

ההתמקדות במודל
בחירת השופטים
כשלים מתודולוגיים
בדיון העכשווי



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

ההתמקדות במודל בחירת השופטים כשלים מתודולוגיים בדיון העכשווי

עמיחי כהן | גיא לוריא | נדיב מרדכי

עורך הסדרה:
נדיב מרדכי

על חוקתיות 01

The Focus on the Model for Selecting Judges:
Methodological Flaws in the Current Discussion
Amichai Cohen | Guy Lurie | Nadiv Mordechay

עריכת הטקסט: תמר שקר
עיצוב הסדרה והעטיפה: סטוריו תמר בר-דיין
ביצוע גרפי: אירית נחום
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרר 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.

מסת"ב 978-965-519-346-6 ISBN

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), 2021
נדפס בישראל, תשפ"א/א/2021

המכון הישראלי לדמוקרטיה

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

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: www.idi.org.il/books

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300800

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.

הדברים המובאים כאן אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

7	א. מבוא
14	ב. חלוקת הכוח בין המוסדות הפוליטיים
20	ג. מספר הזכויות החוקתיות המוגנות בכל אחת מהשיטות שנבדקו
29	ד. הטבלה המסכמת

א. מווא

חבר הכנסת יריב לוין הציע לערוך רפורמה בשיטת הבחירה של שופטי בית המשפט העליון אשר תביא לשליטה מוחלטת של הקואליציה בהליכי בחירתם. לפי הצעתו, שופטי בית המשפט העליון ייבחרו על ידי הממשלה, ונשיאו ייבחר על ידי הכנסת בהצבעה חשאית.

הצעה זו לרפורמה היא בלתי סבירה, אבל בעיקר מביאה לשיא את ההתמקדות של השואפים לשנות את מודל בחירת השופטים רק – ואך ורק – במודל הבחירה, מתוך שאיפה לפוליטיזציה שלו. כיום הליכי בחירת השופטים בישראל נעשים בוועדה לבחירת שופטים, שהרכבה

* הכותבים מודים לפרופ' יובל שני ולד"ר יהלי שרשבסקי על הערות מצוינות.

כולל נבחרי ציבור ונציגים ממוקצוץ השפיטה והמשפט. מסורתית, שיטת בחירת השופטים בישראל נתפסה כמבטיחה אי־תלות של השופטים ושל מעמדם המקצועי ושיקפה ראייה ממלכתית. המודל הישראלי משתייך למסורת המשפט המקובל, שבו השיקול המקצועי מקבל בכורה בבחירת השופטים.¹ נוסף על כך, הוא מושפע ממגמה רחבה יותר של פרופסיונליזציה של מודל בחירת השופטים בדמוקרטיה שונות, הבאה לידי ביטוי במעבר למינוי באמצעות מועצות רשות שופטת וועדות מינוי שנותנות משקל רב לגורמי מקצוע.²

הצעת חבר הכנסת לוינן משתלבת בהצעות אחרות שלמעשה משמעותן היא שינוי במבנה הבסיסי של השיטה החוקתית הישראלית, מתוך זניחת המסלול שניסה להבטיח איזון בבחירה בין גורמים מקצועיים לפוליטיים ומעבר להליך שהוא פוליטי לחלוטין. מדובר בפוליטיזציה במובן הצר ביותר שניתן לחשוב עליו.

השאיפה לשנות את מבנה השיטה ולעבור להליך פוליטי לחלוטין מבוססת על הטענה שמכיוון שלשופטים יש סמכות לביטול חוקים, ראוי שהציבור הוא שיבחר בהם. טענה זו נוגעת כמובן לוויכוח יסודי בדמוקרטיה בדבר עצמאות בית המשפט כגורם המגביל את הרוב, שבעולם הרחב הוכרע פחות או יותר לטובת מודל של ביקורת חוקתית. בכל מקרה, זה אינו הנושא שנתעכב עליו כאן. תגובה מפורטת וניתוח של דיון זה ניתן למצוא במחקר של אחד מכותבי חיבור זה שכותרתו "הוועדה לבחירת שופטים" (לוריא, 2019).³

1 יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריותות - מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 504 (תשע"ז).

2 NUNO GAROUPA & TOM GINSBURG, JUDICIAL REPUTATION: A COMPARATIVE THEORY 101 (2015)

3 גיא לוריא הוועדה לבחירת שופטים (מחקר מדיניות 137, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019).

הדיון כמובן אינו אקדמי גרידא. רק בכנסת ה־20 הוגשו לא פחות מ־12 הצעות חוק שעוסקות בשינויים של המודל הקיים; והמצב הפוליטי הנוכחי מזמן לבית המשפט העליון אתגרים חוקתיים לא פשוטים, שאחדים מהם נוגעים ישירות לשאלת הלגיטימציה הדמוקרטית של הביקורת השיפוטית.

אחד הנימוקים המרכזיים שהתומכים בשינוי שיטת הבחירה מעלים הוא הטענה ההשוואתית. הדוגמה המעמיקה ביותר לטיעון כזה מופיעה במחקר של פורום קהלת משנת 2019.⁴ ד"ר אביעד בקשי ועורכי הדין שי־ניצן כהן ושמעון נטף בוחנים בו את הליכי הבחירה של שופטי הערכאה החוקתית העליונה במספר רב של דמוקרטיות בעולם. לטענתם, בחינה זו מגלה כי המודל הישראלי חריג. חריגות זו מגולמת בכך שכוח ההשפעה של השופטים בישראל גדול באופן יחסי למדינות אחרות שנבדקו במחקרם.

ברשימה זו נבקש לקיים דיון מתודולוגי במחקר ההשוואתי בכלל,⁵ ובמיוחד במחקר שפרסם פורום קהלת. ברור שמחקר השוואתי איננו הדרך היחידה לקבל החלטות על הסדרים חוקתיים רצויים, שכן לכל מדינה היסטוריה חוקתית משלה. ואולם בדיקה השוואתית חיונית ביותר כאחד מן הכלים היכולים לעזור בעיצוב הסדרים חוקתיים. בדיקה השוואתית מעמיקה מעניקה פרספקטיבה והיא רצויה לדיון, כך שגם נקודת המוצא שלנו היא עמדה אוהדת להשוואתיות. אלא שאיכותה

4 שי־ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים: מחקר השוואתי** (נייר מדיניות מס' 55, פורום קהלת, 2019).

5 לדיון עקרוני בשאלות אלה ראו דפנה ברק־ארז "משפט השוואתי כפרקטיקה: היבטים מוסדיים, תרבותיים וישומיים" דין ודברים 81 (תשס"ח). וראו Adam Chilton & Mila Versteeg, *Empirical Constitutional Studies: Future Directions*, THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW ONLINE (2021), והמאמרים שם.

של בדיקה השוואתית ראויה, כמו של כל מחקר אמפירי, תלויה בכך שהבדיקה אכן טומנת בחובה ראיה כוללת ורחבה של ההסדר במדינות אחרות ואינה מתמקדת במשתנה אחד בלבד. כך למשל, כמעט כל הדמוקרטיות המערביות ביטלו בשנים האחרונות, או לכל הפחות צמצמו מאוד, את החובה לשרת שירות חובה בצבא. ישראל לא. האם יעלה על הדעת לקבוע, באמצעות בדיקה השוואתית שבודקת רק את השאלה אם המדינה מחייבת שירות צבאי או לא, שישראל איננה דמוקרטיה בגלל החובה לשרת בצבא? ברור שלא.

הבעיה המרכזית שהבדיקות ההשוואתיות בנושא בחירת השופטים סובלות ממנה היא שכמעט כולן, והמחקר האמור של כהן, נטף ובקשי בכלל זה, מתמקדות בלעדית במודל הבחירה בלי להביא בחשבון שיקולים מוסדיים רלוונטיים אחרים.

המחקר של כהן, נטף ובקשי סוקר שורה ארוכה של מדינות, וככזה הוא מספק מידע חשוב ומעמיק. אך הוא מתמקד במשתנה אחד – צורת הבחירה; וגם את המשתנה הזה הוא בוחן בצורה בינרית – גוף נבחר או גוף ממונה. סקירה "רזה" כזאת של מספר גדול של מדינות ועיצוב שאלת המחקר כשאלה בינרית היא, למיטב ידיעתנו, מתודולוגיה נדירה במחקר החוקתי-השוואתי. היא אינה מאפשרת להסיק מסקנות המבטאות קשר בין מספר גדול של משתנים.⁶ דרך סקירה זו עלולה להוביל להשוואה לא מדויקת בין מקרים שבמובנים רבים אינם

6 להיכרות טובה עם הדיונים המתודולוגיים העכשוויים של הדיסציפלינה בהקשר הזה ראו, Vicki Jackson, *Comparative Constitutional Law, and Empirical Legal Science*, 96 B.U. L. Rev. 1359 (2016); לזיון מתודולוגי ב"פונקציונליזם טוטמיסטי", ולא כזה שמבצע ניתוח תלוי הקשר של הנסיבות שבהן צריך לפקח על הרשות המבצעת, ראו אצל Elad Gil, *Totemic Functionalism in Foreign Affairs Law*, 10 HARVARD NATIONAL SECURITY JOURNAL 316 (2019)

דומים. מחקר כזה יכול לכל היותר להראות מגמות של שינוי במבנה הבחירה, כפי שכבר הראה למשל לוריא.⁷ אם מבחינה אמפירית יותר ויותר מדינות עוברות לשיטת בחירה מסוימת, ניתן להצביע על הכיוון ולשאול על מקורותיו וטעמיו. אך בשום אופן הוא אינו יכול להעיד על איכותה, האמפירית או הנורמטיבית, של מערכת הבחירה.

לדעתנו, המחקר של כהן, נטף ובקשי אף משקף מגמה רחבה יותר מהעת האחרונה. בתחום העיצוב החוקתי בישראל בכלל, ובנושא בחירת השופטים בישראל בפרט, הדיון הוסט אל עבר התמקדות קטגורית וחד-ממדית בסוגיה מסוימת. החוקרים, או אנשי הציבור שמאמצים הצעות לרפורמה, מתמקדים בפרמטר אחד, כמו למשל השאלה אם עמדת היועץ המשפטי לממשלה מחייבת את הממשלה, ובוחנים אותו בנפרד מכלל המערכת החוקתית במדינה. כך גם בשאלת האחריות של השפיטה החוקתית, כלומר בשאלה כיצד נבחרים השופטים. הדיון מתעלם מהקשרו הכללי, ובכלל זה משאלות אחרות הקשורות אליו בקשר אמיץ. בלא דיון בתוך הקשר המחקר החוקתי-השוואתי אינו יכול לספק תובנות מועילות.⁸

נראה שלא תמיד הדיון התנהל בצורה כזו, לא במשפט החוקתי בכלל ולא בסוגיית דרך הבחירה של שופטים בפרט. כך למשל, הצורך בדיון מורכב, שמאזן בין שאלת האחריות של שופטים חוקתיים (כלומר, בצד הסדרים אחרים – דרך הבחירה שלהם) לבין שאלת ההסדרים המהותיים שהחוקה קובעת כבר עלה בעבר. פרופ' יואב דותן, במאמר

7 ראו גיא לוריא **שיטת מינוי השופטים בישראל** (דוח מחקר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2018); וכן לוריא, 2019, לעיל ה"ש 3, בעמ' 79-95.

8 עוד לפני המדדים שנציע, המתח הבסיסי בהקשר זה הוא ביחס בין אחריות דמוקרטית לבין עצמאות מקצועית. וגם כאן לטעמנו הדיון במחקר הנוכחי חסר. השוו לוריא, 2019, שם, בעמ' 59-80.

שפורסם כבר לפני יותר מעשור, הצביע על הצורך לדון בשאלת בחירת השופטים וסמכותם בצד הדיון בהסדרים המהותיים שבחוקה עצמה.⁹ אמת, דותן עצמו ביקר במאמר את חוסר הדיון בהליך בחירת השופטים וסבר שהדיון מתמקד יתר על המידה בהסדרים המהותיים שבחוקה (למשל הזכויות המוגנות) ומזניח את סוגיית בחירת השופטים.¹⁰ ואכן, עמדתו של דותן, אף שדגלה בהותרת שיטת בחירת השופטים הקיימת על כנה, צידדה בעמדה בתחום הביקורת השיפוטית שאנו לא מצדדים בה. אך דומה שדותן לא העלה בדעתו כי ניתן לדון בסוגיית בחירת השופטים, ובסוגיות מוסדיות אחרות, בלא לדון כלל בתוכן המהותי של החוקה או במאפייניה בישראל. לנו נדמה כי לדותן ברורה הייתה ההבנה ששאלת האחריות של שופטי בית המשפט העליון היא אומנם שאלה מוסדית חשובה, אך תמיד נכון לדון בה למול שאלות מוסדיות אחרות. ואכן, בעת שבה נכתב המאמר סבר דותן שהדיון בשאלת האחריות אינו מקבל מספיק משקל לעומת שאלות של מהות, ולא כדיון יחיד שיש להתמקד בו העומד בפני עצמו.

אך מאז נראה כי התהפכו היוצרות. היום כבר אין מדברים יותר על ההסדרים החוקתיים המהותיים ועל תוכנו של הטקסט החוקתי שרצוי להשלים ולכונן, אלא בעיקר – אם לא רק – על מנגנוני הבחירה של שופטי בית המשפט העליון ועל הצורך הלכאורי באיזון המודל הקיים בישראל לטובת השפעה פוליטית חזקה יותר במנגנון הבחירה. לדעתנו, יש בכך הסטה של הדיון אל עבר התמקדות קטגורית וחד־ממדית בשאלת האחריות של השפיטה החוקתית, ללא דיון מהותי בהיקף המבנה החוקתי. תופעה זו אינה רצויה, ולטעמנו היא מחייבת דיון

9 דותן, לעיל ה"ש 1.

10 שם, בעמ' 491.

מחודש במתודולוגיה של הדיון (העכשווי) בשיטת בחירת השופטים בישראל.

על מנת שהמחקר ההשוואתי בתחום בחירת השופטים יהיה בעל תועלת של ממש, הוא חייב לבחון את שיטת הבחירה למול מכלול שאלות מוסדיות משיקות, למשל: קיומה של חוקה "קשיחה" ועד כמה פשוט לתקנה; תנאי הכשירות הנדרשים ממועמד לשיפוט; אם ניתן למנות לערכאה בעלת סמכות חוקתית שופט שהגיע מחוץ למערכת השיפוט; אופיים של ההסדרים האחרים בחוקה הנוגעים באחריותם ובעצמאותם של השופטים ושל הרשות השופטת; קיומם של "מוסדות אחריות" נוספים, בצד בית המשפט החוקתי, שמחזקים את מוסד הביקורת השיפוטית; קיומן של ערכאות שיפוט חוקתיות אחרות שיש להן השפעה על הטריבונל החוקתי (כמו למשל בית הדין האירופי לזכויות אדם). ברור גם שמודל לבחירת שופטים שבו מקובל להתחשב בהמלצות השופטים ולייחס להן משקל רב, גם אם מעמדן הוא כביכול בלתי רשמי או לא מחייב, שונה לחלוטין ממצב שבו השופטים אינם מעורבים בצורה כלשהי בבחירת שופטים.

בחינה של כלל הפרמטרים שנמנו חורגת מהיקפו של כל מחקר, קל וחומר מהיקפו של חיבור קצר זה. עם זאת, כדי להמחיש את הטענה בחרנו להוסיף על מחקרם של כהן, נטף ובקשי שני פרמטרים שלא הופיעו בו. מטרת הדיון היא להדגים את הטענה שכדי להבין את התמונה החוקתית המלאה כהלכה, יש להביא בחשבון עוד פרמטרים מוסדיים רלוונטיים שמחקרם אינו מתחשב בהם. המדד הראשון שנוסיף הוא חלוקת הכוח בין המוסדות הפוליטיים הנדרשת לשם הוצאה לפועל של תהליך הבחירה; והמדד השני הוא מספר הזכויות המוגנות על ידי המסמך החוקתי.

ב. חלוקת הכוח בין המוסדות הפוליטיים

המחקר של כהן, נטף ובקשי כורך יחדיו את כלל הדמוקרטיות שבהן נבחרו ציבור משפיעים על בחירתם של שופטים כאילו המדובר בקטגוריה אחת – בחירה על ידי נבחרו ציבור. אל מולה מוצבת קטגוריה של שיטת בחירה שבה לשופטים יש השפעה על הבחירה. אלא שברור לגמרי שכריכתם יחד של כל המקרים שבהם נבחרו ציבור בוחרים שופטים היא שגויה. בפרט, יש הבדל בין בחירה של שופטים על ידי מוסד פוליטי אחד (למשל הממשלה) לבין מקרה שבו שני מוסדות פוליטיים, שלא אחת נשלטים על ידי מפלגות שונות, בוחרים במשותף. למשל, בארצות הברית מינוי של שופט בית המשפט העליון צריך להתבצע במשותף על ידי הנשיא (הממליץ על הבחירה) והסנאט (המאשר או דוחה את הבחירה). פעמים רבות הנשיא הוא ממפלגה

אחרת מזו השולטת בסנאט, ועניין זה מוביל לחלוקת כוח שונה בכל הנוגע ליכולת למנות מועמדים באופן פוליטי.¹¹ מקרה אחר, שגם בו יש חלוקת כוח אך בצורה שונה, הוא מצב שבו כל אחת מהרשויות (המחוקקת, המבצעת והשופטת) בוחרת כמה מהשופטים בבית המשפט החוקתי, כמו למשל בספרד. במקרה שלישי הבחירה מתבצעת על ידי מוסד פוליטי אחד אך ברוב מיוחס. כך למשל, בהונגריה נדרשת תמיכה של שני שלישים מהפרלמנט בבחירה של שופט בית המשפט החוקתי. ברוב המקרים, אם כי ודאי לא בכלם, רוב כזה משקף הסכמה בין הקואליציה לאופוזיציה על המועמד.¹²

יתר על כן, הפרקטיקה של בחירת שופטים בדמוקרטיה מלמדת דווקא על חשיבותן של ועדות מייעצות לבחירת שופטים. גם במדינות שבהן הרשויות הפוליטיות הן בעלות הכוח ה"פורמלי" לבחירת שופטים, הפוליטיקאים השכילו להכיר בחשיבות ההתייעצות עם הרשות השופטת בקבלת ההחלטה על בחירת שופטים, ובחלק ניכר מהמקרים משמעותה של התייעצות זו היא קבלת עמדתם של השופטים. חשוב להעמיד את הדיון בוועדות מייעצות, ובעיקר בפרקטיקות הנלוות, בהקשר המתאים. במקומות שהנוהג בהם הוא להתייעץ עם שופטים ולקבל את עמדתם, וכך גם במקומות שהמסורת המשפטית בהם מעניקה בכורה לשיקול המקצועי, נהגים אלו הם חלק מהמארג החוקתי הבלתי כתוב של הסדרים משפטיים; ועל פי המסורת השמרנית מבית מדרשו של אדמונד ברק, הסדרים אלו "משקפים את החוכמה הנצברת במאות שנים של קבלת החלטות פוליטיות [...] וההיגיון שבהן עולה על זה של כל

11 הממשלה ה-34, על המאפיין החריג שבה של "שיחוף הכוח" בדפוטים של וטו הדדי (אשר אינו מייצר הסכמות אלא דווקא סטגנציה), דומה, במידת מה, למצב בארצות הברית. עם זאת, עדיין השיטות שונות כמוברן.

12 השוו לדיון אצל לוריא, 2018, לעיל ה"ש 7, בעמ' 19-23.

יחיד או דור".¹³ התעלמות מנהגים חוקתיים היא אכן אחד המאפיינים הרדיקליים, והבעייתיים ביותר, של תנועות פופוליסטיות.¹⁴ היא בעייתית כפליים כאשר לא מדובר בוויכוח עיוני בעניין הדרך הראויה לפעול, אלא בהפחתת החשיבות של נהגים חוקתיים כפי שהם נהוגים בפועל.¹⁵ למעשה, באחדות מהמדינות שבהן הנוהג הוא של התייעצות עם גורמים שיפוטיים לעולם, או כמעט לעולם, הרשויות הפוליטיות אינן מחליטות על בחירת שופטים בניגוד להמלצותיהם.¹⁶

Ernest Young, *Rediscovering Conservatism: Burkean Political Theory and Constitutional Interpretation*, 72 N.C.L. Rev. 619, 649 (1994)

Samuel Issacharoff & Trevor Morrison, *Constitution by Convention*, 108 CAL. L. REV. 1913 (2020)

15 השופט האמריקאי הידוע פליקס פרנקפורטר סיכם זאת בצורה הקלטיה הבאה:

Deeply embedded traditional ways of conducting government cannot supplant the Constitution or legislation, but they give meaning to the words of a text or supply them. It is an inadmissibly narrow conception of American constitutional law to confine it to the words of the Constitution and to disregard the gloss which life has written upon them.

Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 US 579, 610 (1952)
(Frankfurter J. Concurring)

16 כהן, נטף ובקשי סבורים שיש הבדל ניכר בין מצב שבו השופטים הם שבוחרים את שופטי בית המשפט העליון, או שיש להם וטו על זהותם, לבין מצב שבו השופטים מסננים את המועמדים, אך הרשויות הנבחרות יכולות, ולו באופן תאורטי, לדחות את מועמדי השופטים ולבחור אחרים. טענתם היא שמודל שבו אין לשופטים זכות וטו פורמלית מחייב אותם למתן את המלצותיהם, על מנת שלא להביא את הרשויות הפוליטיות לשקול כלל התעלמות מהמלצות השופטים. אנו נוטים להסכים שיש הבדל מסוים בין ועדות בעלות סמכות וטו לבין ועדות מייצעות, ואפילו אם הנוהג הוא לקבל את המלצותיהן. אלא שיש מרחק עצום בין הצבעה על כך שיש פער לבין המסקנה שניתן לכן לקבוע שלשופטים אין

חשוב לבחון את מודל בחירת השופטים בישראל על רקע ייחודיותו של המבנה המוסדי-פוליטי הישראלי. כפי שהראה אחד מכותבי חיבור זה לאחרונה (כהן, 2018), בפועל הרשות המבצעת בישראל, השולטת למעשה ברשות המחוקקת, איננה מוגבלת כמעט.¹⁷ אם מנתחים את מודל יחסי הכוחות בין רשויות השלטון בישראל, אפשר לטעון טענה של ממש שהמודל השורר בה דומה יותר לממשל סמי-נשיאותי משהוא דומה למודל האיזונים והבלמים או מודל הפרדת הרשויות של ווסטמינסטר.¹⁸ כלומר: מה ש"חריג" בישראל – ככל הנראה הרבה יותר ממודל בחירת השופטים שלנו – הוא כוחה המוסדי היחסי של הרשות המבצעת במבט השוואתי. במצב כזה, שבו השליטה האפקטיבית של

בפועל השפעה על מינוי השופטים. הרבה יותר סביר שבמקרה של מחלוקת בין השופטים לבין הפוליטיקאים מתקיים משא ומתן שמטרתו למנוע מצב לא מקובל של דחיית ההחלטה. במילים אחרות, המצב במדינות אלו דומה מאוד למצב בישראל, שבו השופטים והפוליטיקאים משתדלים להגיע להבנות והסכמות בעניין מינוי השופטים על מנת שלא לשבור את הכלים ביניהם. יתר על כן, הווטו של השופטים בוועדה למינוי שופטים הוא "וטו חלש" וכלל אינו קשיח כפי שמתואר במחקרם של כהן, נטף ובקשי. השופטים נרתעים מלהפעילו בצורה נרחבת, שמה יתחפס פעולתם כמתואמת וכ"פוליטית". ראו עמיחי כהן **מלחמות הבג"ץ: המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד 298–299** (2020).

17 ראו עמיחי כהן "פסקת ההגבלות: איזונים ובלמים של המוסדות הפוליטיים ומערכת המשפט" (2018).

18 לדיון תאורטי מפרספקטיבה של שינוי חוקתי מתוך מיטוט ההבחנה בין פרלמנטריזם לנשיאותיות ראו Tom Ginsburg, Jose Antonio Cheibub, & Zachary Elkins, *Beyond Presidentialism and Parliamentarism*, 44 BRITISH JOURNAL OF POLITICAL SCIENCE (2014); לטענה שישראל גם עוברת "פרסונליזציה פוליטית" ברמות גבוהות יחסית מבחינה השוואתית ראו גדעון רהט **ירידת הקבוצה ועליית הכוכבים: מפוליטיקה מפלגתית לפוליטיקה אישית** (מחקר מדיניות 145, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020); וכן הפניות שם ל־GIDEON RAHAT & OFER KENIG, FROM PARTY POLITICS TO PERSONALIZED POLITICS? PARTY CHANGE AND POLITICAL PERSONALIZATION IN DEMOCRACIES, Oxford: Oxford University Press, 2018

הרשות המבצעת בפרלמנט גדולה, ויש מחקרים הטוענים שאך הולכת וגוברת, קשה להניח שניתן לאמץ בישראל מודל המבוסס על הסכמה בין הרשויות הפוליטיות בעניין בחירת שופטים לבית המשפט העליון. מאותה הסיבה גם אין אפשרות לאמץ מודל בחירה שבו כל רשות בוחרת כמה שופטים – שכן בסופו של דבר שליטתה של הממשלה בכנסת תביא לזהות אינטרסים או לזהות פרסונלית בין מועמדי הממשלה למועמדי הכנסת. אם נוטלים את ההשוואה שעשו כהן, נטף ובקשי ומתחשבים במורכבות הפוליטית שבתוך שיטות הבחירה ה"פוליטיות"; ואז מוסיפים לכך את המודל השלטוני שישראל מתייחדת בו – מיעוט מגבלות חוקתיות על הרשות המבצעת ושליטה שלה בכנסת – מתבהר מדוע נכון שלא להטיל רק על הרשויות הפוליטיות את מלאכת הבחירה. למעשה, אם כן, ההצבה הנכונה של הקטגוריות אינה בינרית ("או נבחרי ציבור או שופטים"). מי שתומך בעיקרון ששופטים צריכים להיבחר על ידי נבחרי ציבור נדרש לבחור בין מגוון של שיטות בחירה שחייבות להיות מותאמות למבנה החוקתי-פוליטי של אותה מדינה. בפועל, כפי שצוין לעיל, גם השיטה הישראלית נמצאת על הספקטרום שבין שני הקצוות: בדומה לרוב המדינות הדמוקרטיות, אי-אפשר למנות שופטים לבית המשפט העליון בישראל ללא הסכמת הקואליציה השלטת; בדומה לחלק ניכר ממדינות העולם, כוחה של הקואליציה השלטת לבחירת שופטים מוגבל.

ייתכן שהמסקנה שניתן להסיק מהמחקר של כהן, נטף ובקשי היא שהמודל העדיף בישראל הוא בחירת שופטים ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת. מדובר בתוצאה ההגיונית היחידה, מאחר שבחירה באמצעות רוב קואליציוני "רגיל" היא כאמור שליטה פוליטית מוחלטת של הרוב שניצח בבחירות ללא כל מנגנון בקרה פוליטי מאזן, באופן שלמעשה ניתן להבין כהשתלטות פוליטית טהורה ולא כרפורמה

חוקתית לגיטימית.¹⁹ אולם גם ההצעה לאמץ שיטה של בחירת שופטים עליונים בישראל ברוב של שני שלישים בכנסת בעייתית משורה של סיבות. הקיטוב השורר בכנסת ישראל היום אינו באמת מאפשר הסכמה של שני שלישים מחברי הבית בשום נושא כמעט. לפיכך השגת רוב כזה תהפוך למשימה בלתי אפשרית באופן שלמעשה יוביל לשיתוק, או לחלופין לבחירה של מועמדים שאין להם שום דעה או הישג. תוצאה זו אינה רצויה. אגב, מנקודת המבט של הדוגלים בפוליטיזציה מסוימת של בחירת השופטים היא גם נראית מעין "גול עצמי". הרי במצב הדברים הקיים הצליחה, לעמדתה, שרת משפטים פעילה ונמרצת למנות שופטים בעלי אידאולוגיה "שמרנית" לבית המשפט העליון. במצב שבו האופוזיציה תתבקש להסכים לבחירה, כמובן לא תתאפשר בחירה ברפוס כזה. אבל יתרה מזו, נניח שאנו מקבלים עמדה זו (ואנחנו לא), ונניח שבחירה על ידי שני שלישים מחברי הבית עשויה להיות לגיטימית – גם עמדה כזאת חוטאת בהתמקדות יתר בשינוי מודל הבחירה, מתוך כרסום בשיקול המקצועי בכל הנוגע לבחירה עד כדי ביטול, בשעה שנכון ומוצדק להותיר את מודל הבחירה על כנו ולהתמקד ברפורמות חוקתיות אחרות. למשל, אם כבר מושג רוב שמאפשר שינוי של היבטים מוסדיים של השיטה החוקתית שלנו, מדוע לשריין דווקא את שאלת בחירת השופטים ולא שאלות דוחקות אחרות, כמו חוקי-יסוד: החקיקה, שיסדיר את שאלת הרוב הדרוש לתיקון חוקי יסוד? לנוכח המהירות שבה הכנסת משנה חוקי יסוד, נראה ששאלות אלו אקוטיות הרבה יותר.

ג. מספר הזכויות החוקתיות המוגנות בכל אחת מהשיטות שנבדקו

כאמור, שחקנים רבים במחנה השמרני מתמקדים בשיטת בחירת השופטים, אבל מתעלמים מנתונים מוסדיים רלוונטיים אחרים. מה בעניין מספר הזכויות שהשיטה החוקתית שלנו מגינה עליהן, האם כאן אנו חריגים לטובה או לרעה?

נתון מוסדי שני שלדעתנו חובה להתחשב בו כאשר מבקשים לשנות את שיטת בחירת השופטים הוא אפוא מספר הזכויות שהחוקה מגינה עליהן. בדמוקרטיה חוקתיות מקובל שהחוקה כוללת מגילת זכויות אשר מחסנת את הכלול בה מפני פגיעה של ההליך הפוליטי. נוסף על כך, מידת הגמישות שיש לרשויות הפוליטיות בשינוי הזכויות הללו היא, על

פי רוב, נמוכה מאוד. הגנה חוקתית על זכויות באמצעות מגילת זכויות שבחוקה החרתה מוציאה שורה של עניינים מהדיון הפוליטי הרובני הרגיל.²⁰ מושכל יסוד בהקשר זה הוא ש"שיטה שיש בה זהות (בהרכב הפוליטי, בדרכי הבחירה וכדומה) בין המחוקק לבין הגוף המבקר היא שיטה שעל פניה אינה ערוכה להגן על הערכים החוקתיים".²¹

אפילו מי שתומך במידה גדולה של מעורבות פוליטית בבחירת שופטים יסכים שחייב להתקיים קשר ישיר בין היקף הזכויות המוגנות בחוקה, ומידת הגמישות הניתנת לפוליטיקה הרגילה לצורך שינון, לבין מודל הבחירה של השופטים. אם מספר הזכויות המוגנות בחוקה קטן והפוליטיקה הרגילה יכולה לשנותן בקלות יחסית, ההיגיון שבבחירת שופטים אלו על ידי נבחר ציבור קטן יותר עד לא קיים. אם ממילא אין זכויות מוגנות רבות ש"הוצאנו החוצה" מהפוליטיקה הרגילה; ואם ממילא אפשר בקלות יחסית להסיר את ההגנה על הזכויות שכבר הכנסנו – התועלת של בית משפט שנבחר על ידי פוליטיקאים קטנה מאוד יחסית. במצב כזה מרחב הפעולה של הפוליטיקאי גדול יותר, כיוון שהחוקה מבילה אותו פחות והוא יכול לשנות אותה בנקל, ובמקרה כזה גם מוצדק פחות שבית המשפט יישלט על ידי הרוב השולט בבית המחוקקים.

מזווית הראייה של פרמטרים אלו, הטענה שבית המשפט העוסק בביקורת שיפוטית חוקתית צריך להיבחר על ידי נציגי הציבור נעשית תקפה יותר ככל שהיקף הזכויות המוגנות על ידי החוקה גדל, וככל שקשה יותר לשנות את מגילת הזכויות באמצעות תיקון חוקתי. כל הבנה אחרת של הגברת הייצוגיות ה"רובנית" של בית המשפט החוקתי

20 לדיון כללי בעניין זה ראו ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל (2016), למשל בעמ' 17-25.

21 דוחן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 495.

היא מסוכנת. אפשר לבטא טענה זו באמצעות הטבלה הטיפולוגית המובאת להלן – לצורך המחשת טיעוננו, הכנסנו לטבלה את המשתנה הבינרי של כהן, נטף ובקשי (מודל בחירת השופטים) וכללנו בה עוד שני רכיבים מוסדיים של שיטת המשפט הנבדקת:

מגילת זכויות "רזה"	מגילת זכויות "עבה"
מודל בדגש מקצועי*	כלל שינוי גמיש
	כלל שינוי קשיח



לאורך עשורים רבים, וגם בעת הנוכחית, ישראל נמצאת במובהק בתא שמופיעה בו כוכבית. היקף הזכויות המוגנות בה הוא קטן יותר בהשוואה לרמוקרטיות אחרות. מסקנה זו ידועה כמובן. היא עולה, למשל, מפרויקט המחקר ההשוואתי של גינזבורג, אלקינס ומלטון – Comparative Constitutions Project.²² בין השאר, בפרויקט נכלל מדד של מספר הזכויות החוקתיות המוגנות בכל אחת מהדמוקרטיות שנבחרו על ידי כהן, נטף ובקשי. מדידה זו יכול לספק לנו נתונים אמינים יחסית בשאלת מספר הזכויות החוקתיות המוגנות,²³ שניתן לשלב במדד שנבחר במחקרם – אחריותיות פוליטית בדרכי הבחירה.

22 ראו באתר הפרויקט [Comparative Constitutions Project](#). לפרויקט נוסף שיעלה בקרוב ראו [Constitutions](#). לפיתוח של מדד המשווה בין נתוני הזכויות החוקתיות שב-CCP לבין הזכויות שבמשפט הבינלאומי ראו, Colin Beck, John Meyer, Ralph Hosoki, & Gili Drori, *Constitutions in World Society: A New Measure of Human Rights, in CONSTITUTION-MAKING AND TRANSNATIONAL LEGAL ORDER* 85-109 (2019). אנחנו מודים לפרופ' גילי דרורי על שיחה בעניין זה.

23 מדד זה אינו פשוט כמובן. אנחנו מעבים מעט את הדיון בחלק שמיב לטענת "מגילת הזכויות השיפוטית" להלן.

כעולה מהנתונים, ישראל היא מקרה חריג ביותר בעולם הדמוקרטי שבו מספר הזכויות החוקתיות המעוגנות הוא הקטן ביותר.²⁴ ישראל מדורגת במקום הנמוך ביותר מתוך המדינות שנבדקו, עם רק שש זכויות חוקתיות חרותות. במובן זה היא נמצאת מאחור בהשוואה למדינות הדמוקרטיות שחוקתן משריינת זכויות אדם ואזרח רבות או שהתחייבו להגנה על זכויות אדם באמצעות אשרור משטרים על-חוקתיים.

לכך יש להוסיף את הקלות היחסית שבה ניתן לשנות את מגילת הזכויות (הרזה) הקיימת.²⁵ עובדה ידועה היא שבשאר הגמישות בכל הקשור להגנה על זכויות רבה מאוד. על אף מעמדם הנורמטיבי העליון, כל שנדרש על מנת לשנות את חוקי היסוד הוא רוב של חברי הכנסת, ובמקרים מסוימים ייתכן שדי אפילו ברוב רגיל.²⁶ ככל הידוע לנו, אין

24 בטרם מפרשים את הנתונים, הערת הסתייגות אחת נוגעת לחוסר היכולת להחבס על מספר הזכויות בלי לקיים מחקר אמפירי של מידת הציות להן ואיכותו. ריבוי זכויות חוקתיות, כשלעצמו, אינו מדד אמין. עם זאת, ולשמחננו, המחקר של קהלת התמקד במדינות שיש טעמים חזקים לכלול אותן במועדון המדינות הדמוקרטיות, ולכן הסינון בהקשר זה כבר בוצע על ידי החוקרים. להרחבה על עניין זה ראו *Sham, David Law & Mila Versteeg, Constitutions*, 101 CALIF. L. REV. 863 (2013)

25 על ההשלכות של גמישות שינוי החוקה בהקשר אחר עמדו לאחרונה נבות ורוזנאי. ראו *Suzie Navot & Yaniv Roznai, From Supra-Constitutional Principles to the Misuse of Constituent Power in Israel*, EUROPEAN REVIEW OF LAW REFORM (forthcoming, 2020)

26 לדיון במתח הבסיסי בתורת התיקון החוקתי שבין גמישות לבין יציבות, בין היתר מתוך התייחסות להקשר הישראלי, ראו הכנס בנושא "שחיקה מעמד חוקי היסוד: כיצד משפיעים השינויים התכופים על מעמד חוקי היסוד ועבודת הכנסת?", המכון הישראלי לדמוקרטיה, 13.1.2021; וראו גם סוזי נבות "נוקשות – סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי" קומנטר מאמרים על חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (יובל שני וידידיה שטרן עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, בהכנה); וכן *Tom Ginsburg & James Melton, Does the Constitutional Amendment Rule Matter at All?*

שום דמוקרטיה בעלת חוקה קלה כל כך לשינוי. ובניגוד לשנים עברו, שבהן אולי היה אפשר לומר שההסתברות לשינוי נמוכה, די במבט חטוף בשורת התיקונים לחוקי היסוד משנת 2020 כדי להבין שהנורמה שהשתרשה בישראל בעשור החולף היא זילות של כלל השינוי החוקתי, שכאמור, הוא גמיש באופן חריג. כלומר, את החריגות הנטענת במחקר של כהן, נטף ובקשי בכל הנוגע למודל הבחירה מאזנת חריגות מובהקת בכל הנוגע למספר הזכויות החרותות ולהיעדרה של מגילת זכויות ממשית. אם מקבלים את הקשר הנורמטיבי שצריך להתקיים בין שיטת בחירת השופטים לבין מספר הזכויות החוקתיות המעוגנות, נראה שהמצב הנוכחי – שבו השליטה הפוליטית בבחירת השופטים אינה בלעדית – הוא רצוי ביותר. הוספת הנתון בדבר מספר הזכויות החוקתיות החרותות אל המדידה של המסמך של קהלת צריכה לעורר מחשבה, ובלשון המעטה. כל שאיפה להגדיל את הפוליטיזציה של בחירת שופטי בג"ץ חייבת להיות מלווה במתן דין וחשבון כלשהו על המשך העיגון והפיתוח של הזכויות החוקתיות בישראל לנוכח החשש שהמלאי הקיים פשוט אינו מספיק.

טענת ביקורת אחת שיכולה להישמע על מהלך כזה היא "טענת מגילת הזכויות השיפוטית". לפי הטענה, העובדה שברמה הנומינלית מגילת הזכויות שלנו כוללת רק שש זכויות אינה משקפת את המצב במציאות, גם משום שעוד לפני כינונם של חוקי היסוד החדשים בג"ץ הגן על מגילת זכויות שיפוטית;²⁷ אבל בעיקר בשל העובדה שלאחר

Amendment Cultures and the Challenges of Measuring Amendment Difficulty, 13 (3) ICON, 686 (2015); Yaniv Roznai, *Rigid (Entrenched)/Flexible Constitutions*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW [MPECCOL] (2018)

27 להצגת הגנה שיפוטית זו ראו הדיון שפורך שערך בהגנה השיפוטית על זכויות חוקתיות בישראל אגב הדיון שלו בריאליזם ואידיאליזם חוקתי. Adam

המהפכה החוקתית נקט בית המשפט פרשנות חוקתית שיש שראו בה "אקטיביסטית", אשר הרחיבה מאוד את מגילת הזכויות (בעיקר סביב הזכות לכבוד האדם). כך, כפי שמציין גדעון ספיר בספרו, מגילת הזכויות החוקתית הורחבה באמצעות פרשנות חוקתית של הזכויות המעוגנות וגזירת זכויות נוספות, ולכן היא גדולה בצורה משמעותית ממגילת הזכויות החרותה.²⁸ ברמת הפשטה גבוהה טענה זו מוכרת כהבדל שבין "החוקה הקשיחה" לבין ה"חוקה הגמישה" בהגנה על זכויות.²⁹ החוקה הקשיחה היא ההסדרים הנומינליים שקבועים בחוקה החרותה; החוקה הגמישה רחבה יותר ממנה ונוגעת לשורה של נורמות חוקתיות מחייבות שאינן מופיעות בטקסט החוקתי החרות אך שמתקיימות בשיטת המשפט בצורה שהיא חוקתית גם כן.³⁰

נציין בקצרה כמה תשובות לביקורת זו. ראשית, ברמה ההשוואתית, עיגון של זכויות יסוד רק ברמה השיפוטית אינו מקובל כלל בחוקת

Shinar, *Idealism and Realism in Israeli Constitutional Law*, in CONSTITUTIONALISM AND THE RULE OF LAW (Ernst Hirsch Ballin, Maurice Adams, Anne Meuwese eds., 2018)

28 ראו גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד (2010), בעמ' 107-110; וכן הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות: על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח, 257 (1997).

29 לדיון חוקתי-השוואתי בעניין זה, בשימוש במתודולוגיה של סקר מומחים והתייחסות למקרה הישראלי, ראו Adam Chilton & Mila Versteeg, *Small-c Constitutional Rights*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2019-67 (November 20, 2019)

30 לאופרציונליזציה של המושג ראו David Law, *Constitutions*, in THE OXFORD HANDBOOK OF EMPIRICAL LEGAL RESEARCH 376 (Peter Cane & Herbert M. Kritzer eds., 2010). לדיון תאורטי בשלוש גישות מתודולוגיות לזיהוי החוקה הגמישה (גישת השריון החוקתי, הגישה הפונקציונלית והגישה הנומינליסטית) ראו Chilton & Versteeg, 2019, לעיל ה"ש 29, בעמ' 7 ואילך.

מודרניות.³¹ גם אם מתחשבים בזכויות שאינן מעוגנות במפורש בחוקה החרתה אלא ש"הוספו" בצורה שיפוטית או אחרת, ישראל עדיין לא עומדת בקריטריונים השוואתיים. זכויות חוקתיות ליבתיות – כמו הזכות לחופש הביטוי, הזכות לשוויון,³² הזכות לחינוך והזכות לבריאות – מעוגנות כיום ברוב המכריע של החוקות "הקשיחות" של דמוקרטיות וכלל אינן מעוגנות בשיטתנו. הנתונים שעלו משאלון מומחים בינלאומי בהקשר זה ברורים ביותר.

המקור לזכויות חוקתיות ספציפיות (% מתוך המדינות)

משיבים שמסכימים שהזכות קיימת		כל המשיבים			
החוקה הגמישה	החוקה הקשיחה	הזכות אינה קיימת	החוקה הגמישה	החוקה הקשיחה	
5.0	95.0	0.0	5.0	95.0	חופש הביטוי
16.1	83.9	4.1	15.5	80.4	הזכות להקים מפלגות
19.1	80.9	5.3	18.1	76.6	הזכות להקים איגודים מקצועיים
4.3	95.7	4.1	3.1	92.8	חופש הדת
7.2	92.8	1.0	7.1	91.8	חופש ההתאגדות

31 בעניין זה ראו גם David Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CALIF. L. REV. 1163 (2011)

32 על הבעיות שביחס לזכות זו ראו, לאחרונה, יובל שני חוקי-יסוד: שוויון (הצעה לסדר, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2020).

משיבים שמסכימים שהזכות קיימת		כל המשיבים			
החוקה הגמישה	החוקה הקשיחה	הזכות אינה קיימת	החוקה הגמישה	החוקה הקשיחה	
12.9	87.1	3.1	12.5	84.4	שוויון בין המינים
12.0	88.0	2.1	11.7	86.1	חופש התנועה
16.1	83.9	3.1	15.6	81.3	איסור על עינויים
12.0	88.0	5.1	11.3	83.5	הזכות לחינוך
16.9	83.1	15.3	14.3	70.4	הזכות לבריאות
29.7	70.3	31.9	20.2	47.9	הזכות לדיור
19.1	80.1	13.4	16.5	70.1	הזכות לביטחון סוציאלי

מקור: Chilton & Versteeg, 2019 (לעיל ה"ש 29), לוח 4, בעמ' 28.

שנית, גם אם בעבר היה אפשר, אולי, להתנחם במגילת הזכויות השיפוטית, המחקר העדכני על החוקתיות הישראלית שלאחר המהפכה החוקתית אינו מבשר טובות בהקשר של המשך מגמת פיתוח כזאת של זכויות. כך למשל, ברק מדינה, גילה שטופלר ואדם שנער מציגים מגמות של שינוי בחוקתיות הישראלית שלאחר המהפכה החוקתית – ובכלל זה מגמת שחיקה של ההגנה החוקתית על זכויות ("rights erosion").³³

33 Adam Shinar, Barak Medina, & Gila Stopler, *From Promise to Retrenchment: On the Changing Landscape of Israeli Constitutionalism*, X INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW (2020); ועל מגמה דומה בחוסם ההגירה ראו Rivka Weill & Tally Kritzman-Amir, *Between Institutional Survival and*

חוקרי משפט חוקתי בישראל מכירים בכך שאומנם הפיתוח השיפוטי של חוקתיות יכול להיות משום "הבטחה", אבל הוא עשוי באותה המידה להוביל ל"נסיגה".³⁴

שלישית, מגילת הזכויות השיפוטית בישראל נקבעה על ידי שופטים שמונו בהליך שבו לשופטי בית המשפט העליון הייתה השפעה כלשהי על בחירת השופטים. הצעות להליך בחירה פוליטי מבקשות לשנות מצב זה ולהדיר את השופטים מהליך הבחירה. הליך בחירה פוליטי עלול להביא לידי כך שזכויות אלו יצומצמו מאוד או אף יבוטלו – שלטון, כל שלטון, מעוניין בכמה שפחות מגבלות על כוחו. נציגי הרוב השולט ידאגו אפוא למנות שופטים שיטילו מגבלות פחותות על כוחם. על כן, הטענה של מבקרי המהפכה החוקתית שקיימת הגנה שיפוטית רחבה על זכויות אדם מאבדת מתוקפה במקרה שמי שטוען אותה מבקש לעבור להליך בחירה הנשלט על ידי הרוב הפוליטי.

Human Rights Protection: Adjudicating Landmark Cases of African Undocumented Entrants in Israel in Comparative and International Context, 41 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW (2019)

34 ראו בהקשר זה לאחרונה אדם שנער, גילה שטופלר וברק מדינה "מהבטחה לנסיגה? מיניסימפוזיון על הנוף המשתנה של המשפט החוקתי הישראלי: מבוא" ICON-S-IL Blog (11.2.2021); אריאל בנדור "חוקתיות שפיטתית בישראל" ICON-S-IL Blog (14.2.2021); אלון הראל ונועם קולט "פוליטיקה ומשפט בישראל: בין פופוליזם לדמוקרטיה" ICON-S-IL Blog (17.2.2021); תמר הוסטובסקי ברנדס "המסגרת הנורמטיבית החלה בגדה המערבית: בין משפט בינלאומי למשפט חוקתי" ICON-S-IL Blog (21.2.2021); יופי חירוש "משפט חוקתי נמוג: שלושה עשורים של פסיקה בג"ץ בעניין הדרת נשים" ICON-S-IL Blog (24.2.2021).

ד. הטבלה המסכמת

כדי לסכם את המהלך של חיבור זה, אנו רוצים לצרף למשתנה היחיד שבדקו תומכי השינוי במודל הבחירה של השופטים את שני המשתנים שאנו הוספנו ושלטענתנו רלוונטיים ביותר לכל דיון מוסדי רציני ברפורמה בתחום. כך, אם ניקח את הטבלה של חוקרי קהלת ונכניס פנימה את הפרמטרים שביקשנו להוסיף ושלא הופיעו במחקרם – שתי העמודות השמאליות בטבלה המובאת להלן – מתברר שישראל כבר אינה חריגה כל כך.

ראשית, הוספת המדר של חלוקת הכוח בין הרשויות (והדגשת הפרקטיקות של התייעצות עם שופטים) מלמדת שבשיטות רבות שהשופטים נבחרים בהן על ידי "נבחרי ציבור", חלוקת הכוח בין רשויות השלטון או בין

הקואליציה לאופוזיציה מאזנת את מודל הבחירה ה"פוליטי". לפי ניתוח זה, המודל הישראלי פועל על פי המקובל ברוב עצום של הדמוקרטיה – באמצעות הגבלת הכוח של הקואליציה השלטת לבחירת שופטים. "הווטו השיפוטי" החלש יחסית של השופטים בישראל בבחירה לבית המשפט העליון גם הוא חריג הרבה פחות ממה שנראה במבט ראשון, על רקע הפרקטיקה החוקתית המקובלת בדמוקרטיה רבות.

שנית, הוספת המדרג של מספר הזכויות המעוגנות בחוקה מעלה שישראל חריגה גם מהכיוון ההפוך, היות שמגילת הזכויות שלה היא הרזה ביותר מתוך הדמוקרטיה שנבדקו. במצב כזה חיזוק כוחם של השופטים בהליך הבחירה הוא ערוכה טובה להבטחת ההגנה החוקתית על הזכויות המעטות. ואם נוסיף לשני מדדים אלו גם מדרג שלישי – קלות התיקון של חוקת³⁵ – ישראל נראית חריגה עוד הרבה פחות.

לסיכום, גישה השוואתית היא חשובה, אפילו הכרחית, בהצעות לרפורמה מוסדית, ודאי במערכת רגישה כמו משפט חוקתי. עם זאת, השוואה חד-ממדית שבאה לידי ביטוי בהתמקדות כמעט אובססיבית במודל בחירת השופטים היא שגויה. כדי להסיק ממנה מסקנה של ממש יש לשלב בניתוח שורה של פרמטרים מוסדיים נוספים להשוואה, שהשווה צריך לשקלל את השלכותיהם על כל הצעה לרפורמה, ודאי הצעה כה מרחיקת לכת אשר משנה את מבנה הבסיס של השיטה כמו רפורמה במודל בחירת השופטים. חיבור זה הוסיף שני פרמטרים כאלה, שאיננו לחלוטין את ה"חריגות" הלכאורית של ישראל שנמדדה על ידי המחקר המקורי של קהלת.

35 במדד זה ישראל חריגה גם כן בשל הקלות הרבה שניתן לתקן/לשנות בה את החוקה ברמה הפורמלית (ככלל, ברוב פוליטי רגיל), וכן בשל התפתחותה של תרבות פוליטית שמאפשרת תיקון כזה. לדיון בעניין זה ראו Roznai, 2018, לעיל ה"ש 26. נראה שגם מדד זה מצדיק איזון של קלות תיקון החוקה באמצעות יותר מקצועיות בבחירת השופטים החוקתיים, בדומה למצב בבריטניה ובהודו.

מחקר חוקתי-השוואתי הוא כלי בעל תועלת רבה. הוא מלמד על תפיסתן של מדינות דמוקרטיות אחרות בעניין הגישה היעילה לדמוקרטיה. אבל כמו כל כלי אמפירי, מחקר חוקתי-השוואתי חלקי יכול להביא למסקנות חלקיות ושגויות. מחקרם של כהן, נטף ובקשי הוא תוספת מבורכת למחקר ההשוואתי בתחום בחירת שופטים בישראל. אלא שכפי שהראינו ברשימה קצרה זו, על מנת להסיק מסקנות מההשוואה לנעשה במדינות העולם נדרשת עבודה שתקיף פרמטרים רבים יותר מאלו שעלו במחקרם.

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחרי ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
ארה"ב	עליון	כן	לא	נשיא המדינה (ראש הרשות המבצעת), באישור הסנאט	לכל החיים	כן	אין	35	בין הרשויות
גרמניה	חוקה	כן	לא	בידי שני בתי המחוקקים: 8 נבחרים בידי הבונדסטאג ו־8 בידי הבונדסראט.	12 שנים או עד גיל 68	כן	אין	48	בין קואליציה לאופוזיציה
צרפת	חוקה	כן	לא	3 בידי ראש הרשות המבצעת, 3 בידי נשיא הסנאט, 3 בידי נשיא האסיפה הלאומית. כולם באישור בית המחוקקים	9 שנים ללא אפשרות חידוש	כן	אין	13	בין הרשויות
קנדה	עליון	כן, קיימת פסקת התגברות	לא	ראש הרשות המבצעת על סמך המלצה בלתי מחייבת של מועצה מייעצת	עד גיל 75	כן	המלצה מנהגית בלתי מחייבת	36	הרשות המבצעת - על סמך התייעצות
אוסטרליה	עליון	כן	לא	ראש הרשות המבצעת לפי המלצת שר המשפטים	עד גיל 70	כן	המלצה מנהגית בלתי מחייבת	11	הרשות המבצעת - על סמך התייעצות
ניו זילנד	עליון	לא	לא	שר המשפטים	עד גיל 70	כן	המלצה מנהגית בלתי מחייבת	40	הרשות המבצעת - על סמך התייעצות
יפן	עליון	כן	לא	הרשות המבצעת עם אישור תקופתי במשאל עם	עד גיל 70 עם אפשרות חידוש כל 10 שנים בכפוף לאישור חוזר במשאלי עם	כן	נשיא בית המשפט - בהמלצה מנהגית בלתי מחייבת; יתר השופטים לא	48	הרשות המבצעת

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחרי ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
בלגיה	חוקה	כן	לא	הרשות המחוקקת בשיתוף הרשות המבצעת	עד גיל 70	כן	אין	35	בין רשויות ובין קואליציה ואופוזיציה
שווייץ	עליון	לא	לא	הרשות המחוקקת	6 שנים עם אפשרות חידוש, עד גיל 68	כן	אין	65	הרשות המחוקקת
אוסטריה	חוקה	כן	לא	11 בידי הרשות המבצעת, 9 בידי בית המחוקקים	עד גיל 70	כן	לא	15	בין רשויות
מקסיקו	עליון	כן	לא	ראש הרשות המבצעת בשיתוף הסנאט	15 שנים ללא אפשרות חידוש	כן	אין	81	בין רשויות ובין קואליציה ואופוזיציה
צ'כיה	חוקה	כן	לא	נשיא המדינה שאינו ראש הרשות המבצעת אך נבחר בבחירות כלליות, באישור הסנאט	10 שנים עם אפשרות חידוש	כן	אין	57	בין רשויות
הונגריה	חוקה	כן	לא	הרשות המחוקקת	12 שנים ללא אפשרות חידוש או עד גיל 70	כן	אין	68	בין קואליציה ואופוזיציה
סלובקיה	חוקה	כן	לא	הרשות המחוקקת בשיתוף נשיאת המדינה שאינה ראש הרשות המבצעת אך נבחרת בבחירות כלליות	12 שנים עם אפשרות חידוש	כן	אין	74	בין רשויות
סלובניה	חוקה	כן	לא	נשיא המדינה שאינו ראש הרשות המבצעת, אך נבחר בבחירות כלליות, בשיתוף הרשות המחוקקת	9 שנים ללא אפשרות חידוש	כן	לא	72	בין רשויות

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחרי ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
פולין	חוקה	כן	לא	הרשות המחוקקת	9 שנים ללא אפשרות חידוש	כן	אין	60	הרשות המחוקקת
אסטוניה	עליון	כן	לא	נשיא בית המשפט העליון נבחר בידי הרשות המחוקקת על פי הצעת נשיאת המדינה שאינה ראש הרשות המבצעת; היתר בידי הרשות המחוקקת	עד גיל 68	כן	נשיא בית המשפט העליון - אין. יתר שופטי העליון - המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת של משפטנים שמונו בעצמם על ידי נבחרי הציבור	66	בין רשויות
אירלנד	עליון	כן	לא	הרשות המבצעת	עד גיל 70	כן	במועמדים שהם שופטים - אין, במועמדים שאינם שופטים - המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת	31	הרשות המבצעת - לגבי חלק מהשופטים על סמך התייעצות
הולנד	עליון	לא	לא	שר המשפטים בהמלצת הרשות המחוקקת	עד גיל 70	כן	המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת	26	בין רשויות - על סמך המלצה
דנמרק	עליון	כן	לא	שר המשפטים על סמך המלצה בלתי מחייבת של ועדה	עד גיל 70	כן	המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת	21	הרשות המבצעת - על סמך המלצה
שוודיה	עליון	כן	לא	הרשות המבצעת על סמך המלצה בלתי מחייבת של ועדה	עד גיל 69	כן	המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת	34	הרשות המבצעת
נורבגיה	עליון	כן	לא	הרשות המבצעת על סמך המלצות בלתי מחייבות של ועדה ושל נשיא העליון	עד גיל 70	כן	המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת של משפטנים שממונים על ידי נבחרי הציבור	39	הרשות המבצעת - על סמך התייעצות

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחרי ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
פינלנד	עליון	פסילת חוקים אינה אפשרית, אך ניתן להתעלם מחוק שאינו חוקתי במסגרת המקרה הנדון	לא, קיימת פסקת התגברות	נשיא המדינה, מראשי הרשות המבצעת, על סמך המלצה בלתי מחייבת של בית המשפט	עד גיל 68	כן	המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת	48	הרשות המבצעת - על סמך התייעצות
איסלנד	עליון	כן	לא	שר המשפטים על פי המלצת ועדה עם אפשרות סטייה מסוימת	עד גיל 70	כן	המלצה סטטוטורית מחייבת עם מנגנון התגברות פוליטי	40	הרשות המבצעת - על סמך המלצה
לטביה	חוקה	כן	לא	3 בידי הרשות המחוקקת, 2 בידי הרשות המבצעת, 2 בידי בית המשפט העליון, כולם באישור הרשות המחוקקת	10 שנים ללא אפשרות חידוש או עד גיל 70	5 שופטים - כן; 2 שופטים - לא	5 שופטים - המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת. 2 שופטים - מעורבות מחייבת	44	בין רשויות
ליטא	חוקה	כן	לא	3 בידי יו"ר פרלמנט; 3 בידי נשיא (שאינו חלק ממבצעת); ושלושה בידי נשיא העליון - כולם באישור הפרלמנט	9 שנים ללא אפשרות חידוש	6 שופטים - כן; 3 שופטים - לא	3 שופטים - כן; 6 שופטים - לא	66	בין רשויות
איטליה	חוקה	כן	לא	5 בידי נשיא המדינה שאינו ראש הרשות המבצעת, 5 בידי הרשות המחוקקת, 5 בידי הרשות השופטת.	9 שנים ללא אפשרות חידוש	10 שופטים - כן; 5 שופטים - לא	10 שופטים - אין, 5 שופטים - מעורבות מחייבת	56	בין רשויות ובין קואליציה ואופוזיציה

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחרי ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
ספרד	חוקה	כן	לא	8 בידי הרשות המחוקקת, 2 בידי הרשות המבצעת, 2 בידי הרשות השופטת	9 שנים עם אפשרות חידוש לאחר תקופת צינון	10 שופטים - כן; 2 שופטים - לא	10 שופטים - אין, 2 שופטים - מעורבות מחייבת של משפטנים שמונו על ידי נבחרי ציבור	60	בין רשויות ובין קואליציה ואופוזיציה
פורטוגל	חוקה	כן	לא	10 בידי הרשות המחוקקת, 3 בידי שופטי בית המשפט לחוקה עצמם	9 שנים ללא אפשרות חידוש	10 שופטים - כן; 3 שופטים - לא	10 שופטים - אין, 3 שופטים - מעורבות מחייבת של משפטנים שמונו על ידי נבחרי ציבור	87	בין קואליציה ואופוזיציה
דרום קוריאה	חוקה	כן	לא	3 בידי ראש הרשות המבצעת, 3 בידי הרשות המחוקקת, 3 בידי נשיא ביהמ"ש העליון שנבחר על ידי נבחרי ציבור	6 שנים עם אפשרות חידוש אך עד גיל פרישה (65) שופט ביהמ"ש לחוקה, 70 לנשיא ביהמ"ש (לחוקה)	6 שופטים - כן; 3 שופטים - לא	6 שופטים - אין, 3 שופטים - מעורבות מחייבת של משפטנים שמונו על ידי נבחרי ציבור	56	בין רשויות
צ'ילה	חוקה	כן	לא	3 בידי ראש הרשות המבצעת, 3 בידי ביהמ"ש העליון, 4 בידי בית המחוקקים	9 שנים ללא אפשרות חידוש, עד גיל 75	7 שופטים - כן; 3 שופטים - לא	7 שופטים - אין, 3 שופטים - מעורבות מחייבת	46	בין רשויות ובין קואליציה ואופוזיציה
בריטניה	עליון	לא	לא	ועדה מקצועית, בשיתוף שר המשפטים אשר לו מוקנית זכות סירוב והשפעה מוגבלת	עד גיל 75	לא	מעורבות מחייבת	44	בין רשויות

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחרי ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
לוקסמבורג	חוקה	לא	לא	5 בידי ועדה מקצועית, באישור ובשיתוף הרשות המבצעת, 4 מתוקף תפקידיהם הסטטוטוריים	לכל החיים	לא	מעורבות מחייבת	27	בין רשויות
טורקיה	חוקה	כן	לא	ראש הרשות המבצעת והרשות המחוקקת (נשיא המדינה), מתוך רשימות מועמדים המגובשות ברובן על ידי גורמים משפטיים שונים	12 שנים ללא אפשרות חידוש אך עד גיל 65	4 שופטים - כן; 11 שופטים - לא	7 שופטים - אין, 8 שופטים - מעורבות מחייבת	68	בין רשויות
יוון	חוקה (ביהמ"ש העליון המיוחד)	כן	לא	תפקידים סטטוטוריים	10 שופטים המתמנים בהגלרה - שנתיים. 3 שופטים שאינם מתמנים בהגלרה - עד תום כהונתם בתפקידיהם הסטטוטוריים	לא	מעורבות מחייבת	56	הרשות השופטת
ישראל	עליון	כן	כן, היחידה מבין המדינות שנסקרו	ועדה שבה הסכמת השופטים נדרשת לבחירה במועמד	עד גיל 70	לא	מעורבות מחייבת	6	בין רשויות

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחרי ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
אורוגוואי	עליון	לא	לא	הרשות המחוקקת	10 שנים, ניתן לשוב לכהונה נוספת אחרי 5 שנות צינון, אך לא מעבר לגיל 70	כן	המלצה מנהגית בלתי מחייבת.	54	בין קואליציה ואופוזיציה, ואם אין הסכמה, אז מהרשות השופטת
מאוריציוס	עליון	כן	לא	נשיא בית המשפט העליון, בידי נשיא המדינה שאינו ראש הרשות המבצעת אך נבחר על ידי הפרלמנט. השופט הבכיר - בידי נשיא ביהמ"ש העליון, יתר השופטים - בידי ועדת משפטנים	עד גיל 67	נשיא בית המשפט העליון - כן; יתר השופטים - לא	נשיא ביהמ"ש העליון - אין, יתר השופטים - מעורבות מחייבת של משפטנים שמונו על ידי נבחרי הציבור	36	בין רשויות, עם דומיננטיות של רשות שופטת
מלטה	חוקה	כן	לא	ראש הרשות המבצעת	עד גיל 65	כן	נשיא ביהמ"ש לחוקה - אין, יתר השופטים - המלצה סטטוטורית בלתי מחייבת של משפטנים שמונו על ידי נבחרי הציבור	46	הרשות המבצעת - על סמך המלצה
קוסטה ריקה	חוקה (מותב בביהמ"ש העליון בעל מאפיינים של ביהמ"ש לחוקה)	כן	לא	הרשות המחוקקת	לכל החיים עם אפשרות הדחה פוליטית מדי 8 שנים	כן	אין	55	בין קואליציה לאופוזיציה

מדינה	סוג ביהמ"ש	סמכות לפסול חוקים	הכרזה שיפוטית על חוקה	שיטת בחירה	קדנציה	נבחר ציבור מכריעים	מעורבות משפטנים	מספר הזכויות המעוגנות בחוקה	שיתוף פעולה בין רשויות או קואליציה ואופוזיציה
כף ורדה	חוקה	כן, קיימת פסקת התגברות על פסילה שנעשית בטרם השלמת הליך החקיקה	לא	הרשות המחוקקת	9 שנים ללא אפשרות חידוש	כן	לא	87	בין קואליציה לאופוזיציה
בוטסואנה	עליון (מכונה ביהמ"ש לערעורים)	כן	לא	נשיא ביהמ"ש העליון - נשיא המדינה שהוא ראש הרשות המבצעת, יתר השופטים - בידי ועדת משפטנים	עד גיל 70	נשיא ביהמ"ש העליון - כן; יתר השופטים - לא	נשיא ביהמ"ש העליון - אין יתר השופטים - מעורבות מחייבת של משפטנים שמונו על ידי נבחר הציבור	36	בין רשויות

מקור: כהן, נטף ובקשי, 2019 (ראו לעיל ה"ש 4).

פרופ' עמיחי כהן הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ומנהל המרכז לביטחון לאומי ודמוקרטיה במכון. הוא חבר סגל הפקולטה למשפטים בקריה האקדמית אונו, בעל תואר שלישי במשפטים מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת ייל. מחקריו האקדמיים עוסקים במשפט חוקתי, במשפט הביטחון הלאומי של ישראל ובמשפט בינלאומי.

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

נדיב מרדכי הוא רכז התוכן של המרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה ועמית מחקר במרכז חשין ללימודים מתקדמים בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. עוסק במשפט חוקתי ומינהלי, תאוריה חוקתית וביקורת שיפוטית.

