



המכון לאסטרטגיה ציונית
THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל

ד"ר אביעד בקשי

אב תשע"א, אוגוסט 2011



המכון לאסטרטגיה ציונית
THE INSTITUTE FOR ZIONIST STRATEGIES

המכון לאסטרטגיה ציונית הוא גוף עצמאי הפועל למען שמירת צביונה היהודי והדמוקרטי של מדינת ישראל על פי עקרונות מגילת העצמאות.

המכון פועל לשמירת זכויות האדם במדינת ישראל ברוח עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

המכון פועל למען הידוק הקשר בין יהודי התפוצות למדינת ישראל על פי ערכי הציונות.

המכון עוסק בעריכת מחקרים, כתיבת תוכניות והגשתן, הדרכת מנהיגים צעירים, ייזום כינוסים, סמינרים, סיורים ופעילויות אחרות למען חיזוקה של מדינת ישראל כביתו הלאומי של העם היהודי.

The Institute for Zionist Strategies is an independent non-partisan organization dedicated to the preservation of the Jewish and democratic character of the state of Israel, according to the principles of Israel's Declaration of Independence.

The Institute strives to promote human rights within Israel in the spirit of the principles of freedom, justice, integrity, and peace as prescribed by the Jewish Heritage.

The Institute strives to fortify the bond between the Jews in the Diaspora and the state of Israel, according to the values of Zionism.

The Institute engages in research, formulation and advancement of programs, training of young leadership, organization of policy conferences, seminars, and field study missions, and in other activities to strengthen the State of Israel as the National Homeland of the Jewish People.

**העמדות המובעות במסמך זה הינן של המחבר
ואינן מייצגות בהכרח את עמדת המכון**

אודות המחבר:

ד"ר אביעז בקשי סיים לאחרונה דוקטורט במשפט חוקתי באוניברסיטת בר אילן. עוסק מזה שנים במחקר בסוגיות הפרדת הרשויות בישראל ובשאלת זהותה החוקתית של ישראל כמדינת לאום. התמחה בעריכת דין במחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה וכיום הוא מנהל מכון ברלינר בקריה האקדמית אונו, מרצה למשפטים באוניברסיטאות ובמכללות שונות וחבר בצוות לענייני חוקה של המכון לאסטרטגיה ציונית.

מדבר סיני 53, ת.ד. 18157 ירושלים 91181

Midbar Sinai 53, P.O.B. 18157 Jerusalem 91181

Tel. +972 2 532 2250; Fax.+972 2 532 2422

; www.izs.org.ilinfo@izs.org.il

שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל

4	1. תקציר	8
5	טבלה מסכמת: סקירה השוואתית	5
6	2. המצב המשפטי הקיים בישראל	6
8	3. פגיעתה של השיטה הקיימת באופייה הדמוקרטי של ישראל	8
8	טיעון תיאורטי	8
9	טיעון פרגמטי	9
13	4. פגיעתה של השיטה הקיימת בזהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית	13
17	5. משפט משווה - סקירת שיטות בחירת שופטים לערכאות העליונות במדינות שונות	17
17	א. רקע כללי	17
19	ב. ארצות הברית	19
19	ג. גרמניה	19
19	ד. צרפת	19
20	ה. בריטניה	20
21	ו. יפן	21
21	ז. אוסטרליה	21
22	ח. קנדה	22
22	ט. דרום אפריקה	22
23	י. ספרד	23
23	יא. פורטוגל	23
24	יב. הולנד	24
24	יג. אוסטרליה	24
24	יד. שבדיה	24
25	טו. הודו	25
25	טז. סיכום הסקירה המשווה	25
27	6. ההצעות הקיימות בישראל	27
28	7. מסקנות	28

1. תקציר

שיטת בחירת השופטים לערכאה העליונה הנוהגת בישראל אינה מקובלת בעולם המערבי. מאמר זה סוקר את שיטת מינוי השופטים לערכאה העליונה בחמש עשרה דמוקרטיות בולטות ומוכיח כי שיטת בחירת השופטים לבית המשפט העליון בישראל היא שיטה חריגה: השיטה הרווחת במדינות הנסקרות היא בחירת שופטי הערכאה העליונה במדינה בידי נציגי ציבור: חברי הרשות המחוקקת ו/או הרשות המבצעת. האקסיומה אותה מנסים תומכי השיטה הנוכחית בישראל להנחיל, לפיה "לא יעלה על הדעת" לתת לנבחר ציבור את השליטה על מינוי שופטים, עולה גם עולה על דעתן של מרבית מדינות העולם המערבי.

מבין 14 המדינות שנסקרו במאמר זה פרט לישראל, (ראו פירוט בטבלה המסכמת המצורפת), שמונה מדינות מרכזיות (ארצות הברית, גרמניה, הולנד, יפן, צרפת, קנדה אוסטרליה ואוסטרליה) לא מעניקות לרשות השופטת דריסת רגל כלשהי בסמכויות מינוי השופטים לערכאה העליונה שלהן. בשבדיה ובדרום אפריקה השופטים מעורבים בייעוץ והמלצות בהליך הבחירה אך נבחר הציבור הם שממנים שופטים. בספרד ופורטוגל השופטים בוחרים חלק קטן משופטי בית המשפט לחוקה ורובם המכריע של השופטים נבחרים בידי נבחר ציבור. לעומת תריסר מדינות אלה, בבריטניה, בה בית המשפט אינו מוסמך לפסול חוקים, הוסמכו לאחרונה אנשי משפט "מקצועיים" לבחור שופטים, כשאפילו במקרה זה הרשות המבצעת מעורבת בהליך. עוד יש לזכור כי בבריטניה בית המשפט העליון לא מוסמך לפסול חוקים כך שזכות המילה האחרונה שמורה לנבחר הציבור בסמכות החקיקה. המודל היחיד שבאמת דומה למודל הישראלי, בו למעשה שופטים ממנים שופטים, הוא המודל ההודי.

שיטת מינוי שופטים שאינה משקפת את ערכי הציבור, המשולבת עם אקטיביזם שיפוטי נדיר בעוצמתו והיקפו, בצירוף סמכויות חוקתיות שמעניק בית המשפט לעצמו מול המחוקק, יוצרים בישראל פגיעה קשה בדמוקרטיה כשלטון העם. יתרה מכך, ניתוקם של שופטי בית המשפט העליון מעולמם הערכי של הציבור ונציגיו, אינה רק בעיה דמוקרטית אלא גם פוגעת בזהותה היהודית של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי.

לאור האמור, מתעורר אינטרס ציוני ודמוקרטי לעדכן את שיטת בחירת השופטים לשיטה אשר תבטיח נאמנות ערכית של הרשות השופטת לעולם ערכי של הציבור הישראלי. בשל כך, סוגיית בחירת השופטים מטרידה את חברי בית המחוקקים הישראלי ובעשור האחרון סוגיה זו הניבה עשרות יוזמות, אותן ניתן לסווג על בסיס שלוש גישות עקרוניות: גישה אחת כוללת הצעות לשינויי מדיניות קלים בשיקול הדעת של הוועדה אך מבלי לשנות את הרכבה, גישה שנייה מציעה שינויים בהרכב הוועדה (חיזוק מעמדם של נבחר הציבור ו/או החלשת כוחם של השופטים בוועדה). גישה שלישית מציעה לפעול בהתאם לדרך מינוי השופטים המקובלת בעולם הדמוקרטי ולהפקיד את מינוי שופטי בית המשפט העליון בידי נבחר הציבור. הגישה האחרונה מוצגת לא פעם כמסוכנת וכתמהונית אך דווקא היא הגישה המקובלת כמעט בכל הדמוקרטיות המערביות.

טבלה מסכמת: סקירה השוואתית

ארה"ב	גרמניה	צרפת	בריטניה	יפן
ביקורת שיפוטית	על ידי בית המשפט העליון.	אין ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מוגמרת, אלא רק במהלך החקיקה.	ביקורת שיפוטית מוגבלת (המלצה בלבד) לבית המשפט העליון	על ידי בית המשפט העליון
שיטת מינוי שופטים	הנשיא מציע מועמדים המאושרים על ידי הסנאט ברוב רגיל לאחר שימוע מקיף.	מינוי על ידי הרשות המחוקקת, מחצית על ידי הבונדסטאג ומחצית על ידי הבונדסראט.	המועצה החוקתית מורכבת ממינויים של נשיא המדינה, נשיאי בתי המחוקקים ומנשיאי הרפובליקה לשעבר.	מינוי על ידי הרשות המבצעת ואשרור במשאל עם כל 10 שנים
אוסטרליה	קנדה	דרום אפריקה	ספרד	פורטוגל
ביקורת שיפוטית	על ידי בית המשפט העליון	על ידי בית המשפט מיוחד לחוקה	על ידי בית משפט מיוחד לחוקה	על ידי בית משפט מיוחד לחוקה
שיטת מינוי שופטים	בפועל מינוי על ידי הרשות המבצעת.	מינוי על ידי הרשות המבצעת. המשלבת את שלוש הרשויות. רוב הכוח לרשות המבצעת	רוב מכריע של השופטים ממונה ע"י בתי המחוקקים. מייעוט שופטים בידי הרשויות האחרות	רוב מכריע של השופטים ממונה ע"י הפרלמנט. מייעוט שופטים בידי הרשות השופטת
הולנד	אוסטריה	שבדיה	הודו	
ביקורת שיפוטית	על ידי בית המשפט העליון	על ידי בית המשפט העליון	על ידי בית המשפט העליון	
שיטת מינוי שופטים	מינוי על ידי הרשויות המבצעת והמחוקקת.	מינוי על ידי הרשויות המבצעת ושיתוף הרשות השופטת.	מינוי על ידי הרשות המבצעת תוך שיתוף הרשות השופטת.	

2. המצב המשפטי הקיים בישראל

כל השופטים בישראל, לרבות שופטי בית המשפט העליון, מתמנים פורמאלית על ידי נשיא המדינה אך נבחרים על ידי ועדה למינוי שופטים שהיא למעשה בעלת הבית היחידה על המינוי.¹ הוועדה למינוי שופטים מורכבת משלושה שופטי בית המשפט העליון, בהם נשיאו, משני נציגי לשכת עורכי הדין, שני חברי כנסת ושני שרים, בהם שר המשפטים שהוא יושב ראש הוועדה.² בשנת 2008 תוקן חוק בתי המשפט ונקבע כי בחירת שופט לבית המשפט העליון מחייבת תמיכה של מספר חברי הוועדה שהשתתפו בהצבעה פחות שניים.³ במקרה הנפוץ של דיון בהרכב מלא, מדובר בדרישת תמיכה של שבעה מחברי הוועדה לכל הפחות. במבט ראשון מדובר בהרכב מאוזן המשלב נציגים פוליטיים עם אנשי המערכת המשפטית. אך כפי שנראה מייד, שיטת מינוי השופטים בישראל מנותקת למעשה ממפת העמדות הפוליטיות בישראל המשתקפת בבחירות לכנסת.

נציגיו של רוב ציבור האזרחים מרכיבים את הממשלה.⁴ במונח זה, קבוצת הרוב מקרב אזרחי המדינה חולשת על נציגותם של שני השרים מתוך תשעת חברי הוועדה. אשר לשני נציגי הכנסת, השתרש הנוהג לבחור אחד מן הקואליציה ואחד מן האופוזיציה.⁵ משמעות הדברים היא סך מצטבר של שלושה נציגים לקבוצת הרוב בישראל מתוך תשעת חברי הוועדה ובכך מסתכם כוחו של רוב ציבור אזרחי ישראל.

לעומת זאת, את הרשות השופטת מייצגים בוועדה באופן ישיר שלושה שופטי בית המשפט העליון. על אף תיקון חוק משנת 2004 האוסר על חבר ועדה לבחור שופטים על פי החלטה מוקדמת של הגוף מטעמו הוא מכהן,⁶ הלכה למעשה יש תמימות דעים בין שלושת השופטים בוועדה לפחות ביחס למינויים לבית המשפט העליון. אין זו טענה בדבר הפרת החוק בידי שופטי העליון: הם אינם מתחייבים לעמדה אחת מראש, הם פשוט בעלי השקפת עולם דומה בהתחשב בשיטה בה הם עצמם מונו.

לאור דרישת הרוב המיוחס בבחירת שופטים עליונים, הרי שיש לנציגות השופטים זכות וטו על כל מינוי לבית המשפט העליון. די בכך כדי לקבוע כי שופטי בית המשפט העליון סוברניים לקבוע מי

¹ חוק יסוד: השפיטה, סעיף 4 (א).

² שם, סעיף 4 (ב).

³ חוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984, סעיף 7(ג)(2).

⁴ חוק יסוד: הממשלה, סעיפים 3 ו 13.

⁵ בקדנציה הנוכחית, באופן חריג, ביצעה הקואליציה התחכמות ובהרה בח"כ אורי אריאל, איש האיחוד הלאומי, כנציג האופוזיציה. כך נוצר תרחיש חסר תקדים של ארבעה חברי ועדה המזוהים עם הימין. אך גם בעקבות התחכמות זו עדיין אין לנציגי הימין רוב בוועדה, בשונה מן הרוב שיש להם במערכת הפוליטית. אין להניח שתרחיש זה יחזור על עצמו בעתיד, ובכל אופן בעקבות דרישת המחוקק לתמיכת שבעה חברי ועדה בבחירת שופט עליון, אין לנציגי הקואליציה כל יכולת למנות שופט עליון ללא הסכמת נציגות השופטים בוועדה.

⁶ חוק בתי המשפט [נוסח משולב] התשמ"ד-1984, סעיף 6א.

לא יכהן עימם.⁷ אליהם מתווספים שני נציגי לשכת עורכי הדין משתייכים מטבע הדברים לקהילה המחויבת ברמת האינטרסים לשופטים בפניהם חבריה מופיעים, ומחונכת לאורך שנים לערכים אותם מתווים האנשים המאיישים את הרשות השופטת. יתרה מזאת, יש חשש אמיתי לקיומו של ניגוד עניינים בשל תלותם העתידית של נציגי לשכת עורכי הדין החברים בוועדה (ובמקרים רבים גם שותפיהם העסקיים) בשופטים המכהנים בוועדה (וכן בשופטים שבגורלם הם נדרשו להחליט) ואשר בפניהם הם עתידים להופיע. בכל אופן, אין המדובר בייצוג אותנטי של ציבור אזרחי ישראל אלא בייצוג של גילדה מקצועית מוגבלת. הלכה למעשה, לפחות אחד משני נציגי לשכת עורכי הדין חותם אוטומטית על עמדת שופטי בית המשפט העליון ולעתים גם שני הנציגים. אם נוסף לכך את המקרה הנפוץ בו נציג המיעוט במערכת הפוליטית מציג עמדה הפוכה מזו של שלושת נציגי הרוב הפוליטי, הרי שלעמדת שופטי בית המשפט העליון מובטח רוב של לפחות חמישה חברי ועדה במצב בו עמדתם מנוגדת לזו של נציגי הקואליציה. אמנם מאז 2008 דרישת הרוב המיוחס במינויים לעליון מחייבת את נציגות השופטים להגיע להסכמות עם לפחות נציג אחד מתוך שלושת נציגי הקואליציה, אך עדיין הדבר רחוק מאד משליטת נבחר הציבור על מינוי השופטים במדינה.

למעשה, הכוח הרב ביותר בוועדה למינוי שופטים שמור לשופטי בית המשפט העליון ומשקלם היחסי של נציגי הציבור בוועדה אינו מסוגל להביא את עמדתם לידי מימוש משמעותי. ניתן לומר שלרשות השופטת הכוח לשבט עצמה לאורך דורות עם תלות מוגבלת מאוד ברצונו של הריבון בדמוקרטיה: העם.

⁷ מעבר לסוגיית זכות הוטו, חתן פרס נובל, פרופ' ישראל אומן, הציג בפני ועדת החוקה של הכנסת טיעון מתחום התמחותו ולפיו על פי תורת המשחקים כוחם של שלושה נציגים בעלי עמדה אחידה, מתוך גוף של תשעה חברים איננו 33.3% אלא 45%. זאת בהידרש רוב רגיל (לפני תיקון החקיקה האמור לעיל) ובטרם נצרך להלן נציגים נוספים לעמדת שלושת השופטים.

לדיווח עיתונאי ראו: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=993647>

3. פגיעתה של השיטה הקיימת באופייה הדמוקרטי של ישראל

שיטת בחירת השופטים הנוהגת בישראל פוגעת בעקרון ריבונות העם ומנוגדת לאופייה הדמוקרטי של ישראל. פגיעה זו נטועה כבר ברמה התיאורטית של הדיון בהפרדת הרשויות, וניתן למצוא את תוצאותיה גם בפרקטיקה הנוהגת בזירה המשפטית בישראל.

טיעון תיאורטי

קיומם של שופטים בעלי סמכויות חוקתיות בערכאה העליונה במדינה, שאינם נבחרים באופן המייצג את ציבור האזרחים, פוגע בעיקרון הדמוקרטי של ריבונות העם. נפרט מעט את הטיעון:

יש הטוענים כי שיפוט חוקתי הוא עניין להכרעה מקצועית של איזונים בין זכויות ואינטרסים שאינה תלויה בהשקפת עולמו של השופט.⁸ פרופ' אהרון ברק מציג עמדה כזו בבואו לתמוך בשיטת מינוי השופטים הקיימת בישראל.⁹ על פי גישתו שילוב פוליטיקאים בשיטת הבחירה עלול להסיט את השיפוט מדבקותו "המקצועית" בתוצאה החוקתית הרצויה אל עבר מסקנות סובייקטיביות פסולות המשקפות השקפת עולם פוליטית. טענה זו אין לקבל: שיפוט חוקתי הוא איזון בין ערכים ואין כל דרך להכריע בו שלא באמצעות ערכיו של השופט. כך למשל, אין בנמצא תוצאה "מקצועית" שתכריע את השאלה האם שמירת זכותו של הציבור החרדי לתרבות ייחודית מצדיקה מתן פטור משירות צבאי לבניו,¹⁰ אין גם בנמצא תשובה מקצועית לשאלה האם בהינתן סיכון X לפיגוע טרור כתוצאה מתוואי מסוים של גדר ההפרדה מוצדק יהיה לפגוע בזכות הקניין של בעלי חלקות אדמה הסמוכות לתוואי זה.¹¹ שיפוט חוקתי, ואף שיפוט בתחומי משפט אחרים הנערך בבית משפט עליון, מתאפיין בהכרעות ערכיות עקרוניות שאינן יכולות להינתק מעולם ערכיו האישי של השופט. פרופ' יואב דותן, לימים דיקאן האוניברסיטה העברית ניסח זאת בחריפות:

"הטענה כי הכרעות לגבי פרשנות החוקה הן עניין "מקצועי" שלגביו קיימים "פתרונות משפטיים" מוסכמים, היא כה חסרת בסיס, עד כדי כך שמי שמעלה אותה מסתכן בהטלת ספקות של ממש לגבי טוהר כוונותיו".¹²

הפעלת שיקול דעת ערכי אינה רק כורח המציאות אלא היא הדרך הראויה לשיפוט בסוגיות עקרוניות מכיוון שהכרעות ערכיות זקוקות לדיון ערכי ולא לתחפושת של טכניקה משפטית מקצועית.

עבור מי שמכיר באופיו הערכי של השיפוט בבית המשפט העליון, נשאלת השאלה איזה עולם ערכים צריך להוביל את בית המשפט, האם עולם ערכי של אליטה מקצועית או עולם ערכי של ציבור האזרחים?¹³

⁸ לניתוח המופיע בתמצית בפסקה זו ראו: גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט 461 (2003).

⁹ אהרון ברק "בית המשפט העליון כבית משפט לחוקה" משפט וממשל ו 315 (2003).

¹⁰ בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון פ"ד מב(2) 441 (1988).

¹¹ בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).

¹² יואב דותן "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?" משפט לחוקה? משפט וממשל ה 417, 437 (2000).

¹³ חסן ג'בארין מסכים עם האבחנה לפיה שיפוט חוקתי מתבסס על עולם ערכי האישי של השופט ובכל זאת תומך בתפיסה "מקצועית" של התפקיד. לשיטתו, בית משפט "מקצועי" פונה אל הקהילה המשפטית האוניברסלית ואילו בית משפט "פוליטי"

עקרון ריבונות העם, נשמת אפה של הדמוקרטיה, גוזר כי ערכיו של הציבור הם הערכים שצריכים להוביל גם את הרשות השופטת.¹⁴ אין כוונתנו לקריאה להתנהלות פוליטית של בית המשפט מבחינת האינטרסים המיידיים של המפלגות, אלא לשיקוף עולם הערכים האידיאולוגי של המפלגות השונות בעולם ערכיה של מערכת המשפט. מערכת המשפט צריכה להיות מונחית על ידי "פוליטיקה של ערכים" ולא על ידי "פוליטיקה של אינטרסים".¹⁵ ואכן, כפי שנראה בהמשך,¹⁶ טיעון ריבונות העם, המכונה "הטיעון המג'ורטני", מוביל את רובן המוחץ של מדינות המערב לשיטת בחירה פוליטית של ערכאות השיפוט העליונות.

מעבר לטיעון הערכי, בחירה פוליטית של שופטים נחוצה גם לשם שמירת איזון מוסדי ראוי בין רשויות השלטון. יש חשש שבית משפט שעולם ערכיו מנותק מעולם ערכיה של המערכת הפוליטית ייכנס עימה לתחרות קיצונית ובמסגרת זו יפעל להרחבת סמכויותיו באורח חד צדדי.¹⁷ מצב בו בית משפט מסיג את גבולן של רשויות השלטון האחרות מבלי שהוסמך לכך בחוקה, פוגע בעקרונות הדמוקרטיה פגיעה נוספת לפגיעה הערכית שהוזכרה.

טיעון פרגמטי

הטיעונים התיאורטיים שהוצגו מתממשים בזירה הפרגמטית בישראל במלוא עוזן. אשר לטיעון הפער בין ערכי הציבור לערכיו של בית המשפט נסתפק בדוגמא אחת. בשנת 1985 חוקקה הכנסת את סעיף 7א לחוק יסוד הכנסת הקובע כי רשימות מועמדים השוללות את קיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, מסיתות לגזענות או תומכות בטרור¹⁸ לא תשתתפנה בבחירות לכנסת.¹⁹ בית המשפט מיהר לאשר שימוש בסעיף זה כנגד רשימות מועמדים גזעניות²⁰ אך במשך עשרים וחמש שנה מסרב באופן שיטתי ליישום החוק ביחס לרשימות מועמדים המצהירות מפורשות על כוונתן לבטל את אופייה של ישראל כמדינה יהודית.²¹ הבחירות האחרונות מציגות

פונה אל הקהילה ה"שבטית" קרי: אל העם [דהיינו אל הריבון – א"ב]. [ראו: חסן ג'בארין "הפוליטיקה של "המקצוענות המשפטית" בסוגיות חוקתיות" משפט וממשל 1 (2003) 329]. מעבר לדמגוגיה מילולית לפיה העם הוא "שבטי" והקהילה המשפטנית האוניברסלית [אם אכן יש כזו – א"ב] היא "קהילה מקצועית", לא מסביר ג'בארין מדוע שיה ערכיו של העם, דהיינו השיח הפוליטי, הוא פסול ויש לתת עדיפות לשיח ערכי של אליטה בעלת אידיאולוגיה פוליטית השונה מהאידיאולוגיה שנבחרה במסגרת הדמוקרטיה.

John Bell *Judiciaries Within Europe* 28-29 (2006)¹⁴

¹⁵ אביעד בקשי *הקמת בית משפט לחוקה בישראל – שיקולים נורמטיביים* (עבודה כחלק מן הדרישות לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת בר אילן 2003). [להלן: "בקשי (2003)"].

¹⁶ להלן, פרק 5.

¹⁷ ספיר (2003), לעיל הערה 8.

¹⁸ עילת התמיכה במאבק מזויין כנגד המדינה נוספה לחוק היסוד רק בשנת 2002.

¹⁹ חוק יסוד: הכנסת, סעיף 7א.

²⁰ ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה פ"ד מב(4), 177 (1988);

ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש עשרה, פ"ד מו(3) 541 (1992).

ע"ב 2805/92 רשימת "כך" לכנסת השלוש עשרה נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש עשרה, (לא פורסם, 1992)

²¹ ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים עשרה, פ"ד מג(4), 221 (1988);

רע"א 7504/95 יאסין נ' רשם המפלגות, פ"ד נ(2), 45 (1996);

ע"א 2316/96 איזקסון נ' רשם המפלגות פ"ד נ(2), 59 (1996);

דוגמא מצוינת לפער הערכי בין נבחרי הציבור לבין שופטי בית המשפט העליון ביחס ליישומו הראוי של סעיף 7א. ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השמונה עשרה, המורכבת מייצוג יחסי של סיעות הכנסת, פסלה את רשימת בל"ד מהתמודדות בבחירות 2009 בעילת התנגדות לעקרון המדינה היהודית ברוב של 26 חברים כנגד שני נציגי מר"ץ ונציג אחד של תנועת מימד.²² בית המשפט העליון לא ניהל דיון הוכחות על הראיות שהוצגו בפני ועדת הבחירות המרכזית וקיים ביקורת שיפוטית ערכית בלבד על החלטת הוועדה. בפסק הדין ביטל בית המשפט את החלטת הפסילה של הוועדה ברוב של שמונה תומכים כנגד מתנגד אחד.²³ דומה כי לא ניתן למצוא דוגמא מובהקת יותר לפער בין עולם ערכיה של מערכת המשפט לבין עולם ערכיו של ציבור האזרחים המשתקף בערכיהם של נבחרי.

הטיעון בדבר פגיעתה המוסדית של שיטת בחירת שופטים שאיננה ייצוגית בהפרדת רשויות, מתממש בישראל במלוא עוזו. ישראל מתאפיינת באקטיביזם שיפוטי חריף ששיאו בכינון זכויות חוקתיות בחקיקה שיפוטית. בית המשפט, במסגרת מאבקו מול הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, מאבק המתעצם מאוד בשל השוני בין עולם ערכיה לבין עולם ערכיו, מסיג את גבולן מבלי שהוסמך לכך ופוגע בכללי המשחק של הדמוקרטיה הישראלית. נפרט בקצרה: בעשרים השנים האחרונות מתרחשת בישראל מהפיכה חוקתית.²⁴ בית המשפט נטל לעצמו סמכות לפסול את חוקיה של הכנסת מבלי שהוסמך לכך בחוקה,²⁵ וכך הרשות השופטת נטלה לעצמה את הבכורה בתחרות הסמכויות בין שלוש רשויות השלטון.

מדינת ישראל מעולם לא קיבלה חוקה. בעקבות מסקנות ועדה משנת 1951 שהוקמה לבחינת המשטר החוקתי בישראל²⁶ נחקקו במשך השנים 11 חוקי יסוד כבסיס לחוקה עתידית.²⁷ במשך עשרות שנים נמנע בית המשפט מלבטל חקיקה של הכנסת ועל אף אקטיביזם שיפוטי כנגד הרשות המבצעת, כופף עצמו בפני הרשות המחוקקת.²⁸ בשנת 1995 התהפכה המגמה בפסק דין דרמטי של בית המשפט העליון בו קבע לעצמו סמכות לבטל את חוקיה של הכנסת אם אינם עומדים לדעתו בתנאי חוקי היסוד.²⁹ בשנת 1999 ביטל בית המשפט לראשונה סעיף חוק של הכנסת³⁰ ומאז ועד

²² ע"ב 2600/99 ארליך נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג (3) 38 (1999);

בג"צ 2247/02 בשארה נ' ארליך פ"ד נז(2), 587 (2003);

א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה נ' ח"כ אחמד טיבי ואח', פ"ד נז(4), 1 (2003);

בג"צ 9822/08 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' מנהל הבחירות, עיריית סחנין תק-על 2008 (4) 2191 (2008);

²² לדיווח עיתונאי ראו: <http://news.nana10.co.il/Article/?ArticleID=609026>

²³ ע"ב 561/09 בל"ד ואח' נ' ועדת הבחירות המרכזית (7.3.2011).

²⁴ לסקירה מקיפה ראו:

גדעון ספיר המהפיכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד (2010). להלן: "ספיר (2010)"

²⁵ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221 (1995).

²⁶ ספיר (2010) 34-40.

²⁷ חוק יסוד: הכנסת היה הראשון שנחקק בשנת 1958.

חוק יסוד: חופש העיסוק היה האחרון שנחקק כחוק יסוד חדש בשנת 1992.

²⁸ חריג לכך ניתן לראות בבג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר פ"ד כג(1) 693 (1969).

²⁹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221 (1995).

³⁰ בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ. שר האוצר, תק-על 97(3), 721 (1999).

לכתיבת שורות אלה ביטל שמונה חוקים בקצב גובר והולך. אמנם מדובר במספר מועט של ביטולי חוקים אך לא ניתן להפריז בעומק השינוי: כל הצעת חוק הנדונה בכנסת נבחנת בראי השאלה האם היא תעבור "מבחן בג"צ" וחברי הכנסת נמנעים מראש מלחוקק חוקים שאינם עולים בקנה אחד עם העקרונות שמתווה בית המשפט בפסיקותיו השונות. בית משפט שאוחז בידו נשק יעיל כנגד הרשות המחוקקת, לא נזקק להשתמש בו בתדירות בכדי לכפות ציות של הרשות המחוקקת.

יש לציין כי בית המשפט, מחוקק למעשה חוקי יסוד חדשים בדרך של חקיקה שיפוטית. מאז פרשת בנק מזרחי בה קבע בית המשפט את סמכותו לפסול חוקים, הפסיקה הכנסת לחלוטין לחוקק חוקי יסוד חדשים.³¹ בית המשפט בכל זאת ממשיך ומייצר זכויות חוקתיות חדשות בדרך של פרשנות מרחיבה והולכת של המושג "כבוד האדם" הקבוע בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. דוגמא קיצונית לכך ניתן לראות ביחס לזכות לשוויון. הזכות לשוויון הופיעה בטיטת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אך נמחקה ממנו בהצבעת הכנסת לאור החשש שבית המשפט יעשה בה שימוש כנגד הגדרתה היהודית של ישראל. בכל זאת, קבע לימים בית המשפט כי הזכות לשוויון היא חלק מפרשנות המושג כבוד האדם בחוק היסוד.³²

סיכום ביניים של המהפכה החוקתית מראה כי בית המשפט הפך את יחסי ההיררכיה בין רשויות השלטון. אם עד לשנות התשעים הסמכות העליונה בישראל הייתה נתונה לנבחר הציבור בכנסת, הרי שעתה הסמכות העליונה מצויה בידי בית המשפט. אמנם קיימות מדינות רבות בהן שמורה לבתי המשפט סמכות לבטל חוקים אך במדינות אלה החוקה מסמיכה את בתי המשפט לעשות זאת, היא גם קובעת איזונים ובלמים בין רשויות השלטון ובנוסף לכך יש בהן תרבות של ריסון שיפוטי המותירה את הבכורה העקרונית לרשות המחוקקת. כפי שנראה להלן, אין זה המצב בישראל.

המהפכה **החוקתית** מצטרפת לאקטיביזם שיפוטי בתחומי המשפט **המינהלי** ומעצימה אותו.³³ אם בעבר, פסק דין המבטל החלטה מינהלית יכול היה לקבל מענה בדמות יוזמת חקיקה, הרי שכיום פסיקה כנגד החלטה מינהלית נהנית מחסינות כמעט מלאה מכיוון שנבחר הציבור מניחים שלא תהיה תועלת בחקיקה נגדית שכן זו תבוטל על פי עקרונות דומים לאלו שעל פיהן ביטל בית המשפט את החלטה המינהלית. בדרך זו מעניקה המהפכה החוקתית משקל סגולי רב ביותר

³¹ דוגמא לחרדת הכנסת מחקיקת חוקי יסוד חדשים בעקבות המהפכה החוקתית ניתן לראות בדבריו של אריה דרעי אשר הכריז כי אף אם תוצע הצעת חוק יסוד המעגנת את עשרת הדברות ככתבן וכלשונן ללא כל גריעה או תוספת, הוא כחבר כנסת חרדי יצביע נגד. לדיווח עיתונאי ראו: <http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArtPE.jhtml?itemNo=146225>

³² בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש עשרה פ"ד נז"ד (1) 750 (2003).

³³ לסקירות המשפט המינהלי בישראל ראו למשל:

דפנה ברק ארז **משפט מינהלי** כרכים א+ב (2010).

יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** (מהדורה שנייה, 2010).

לפסיקות בית המשפט לא רק בסוגיות בהן נדונה בטלותו של חוק אלא באינספור פסיקות מינהליות בסוגיות ערכיות.³⁴

האקטיביזם השיפוטי והמהפכה החוקתית השיפוטית הנגזרת ממנו, אינם רק תוצר של שיטת בחירת השופטים, אלא מהווים גם גורם המחזק בהיזון חוזר את הצורך להגן על ערכי הציבור במערכת המשפט באמצעות שיטת מינוי שופטים מתאימה.

מכל המקובץ עולה כי השילוב של שיטת מינוי שופטים שאינה משקפת את ערכי הציבור, עם אקטיביזם שיפוטי נדיר בעוצמתו הנגזר ממנה, ועם סמכויות חוקתיות המעניקות לבית המשפט בכורה מול המחוקק ללא מרכיבים מאזנים, יוצר בישראל פגיעה קשה בדמוקרטיה במובנה המילולי הפשוט כשלטון העם.

³⁴ למשל בסוגיית הפעלת לחץ פיזי מתוך כנגד נחקרי שב"כ במצבים של "פצצה מתקתקת": בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים נ' ממשלת ישראל פ"ד נג(4) 817 (1999).

4. פגיעתה של השיטה הקיימת בזהותה של ישראל כמדינת לאום יהודית

ניתוקה היחסי של הרשות השופטת מעולמו הערכי של ציבור האזרחים בישראל ושל נבחריו, פוגע לא רק באופייה הדמוקרטי של ישראל אלא גם בזהותה היהודית. לאורך שנותיה של מדינת ישראל, המחוקק מחויב לערכיה כמדינת הלאום של העם היהודי במידה רבה יותר מהרשות השופטת. ככלל, ניתן לקבוע כי מרכיביה המשפטיים של ישראל כמדינת לאום נקבעו בחקיקה ואילו ההכרעות המשפטיות המצמצמות דמות זו נקבעו בפסיקת בתי המשפט. הדבר נובע כנראה ממחויבותו העמוקה של העם בישראל לרעיון הציוני לעומת זיקתה האוניברסאלית של רשות שופטת שאינה מתמנה בידי נבחריו הציבור. נדגים את הדברים:

המחוקק הישראלי מעניק זכות כמעט לכל יהודי להיכנס לישראל ולהתאזרח בה באופן מיידי.³⁵ חקיקת הבחירות בישראל מחייבת פסילה של רשימת מועמדים השוללת את אופייה היהודי של המדינה.³⁶ מדינת ישראל מעגנת בחקיקה את מעמדם של מוסדות העם היהודי;³⁷ משתמשת בתרבות היהודית בסמליה ובטקסיה הרשמיים;³⁸ קובעת את השבת ואת מועדי ישראל כימי המנוחה הרשמיים;³⁹ מעניקה למשפט העברי מעמד מסוים בפסיקת בתי המשפט;⁴⁰ מעגנת

³⁵ חוק השבות, התשי"ב-1950. (להלן: "חוק השבות") סעיף 1; חוק האזרחות, התשי"ב-1952. (להלן: "חוק האזרחות") סעיף 2.

³⁶ חוק יסוד: הכנסת, סעיף 7א. ראו הדיון בפרק הקודם.

³⁷ ראו למשל:

חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ-ישראל התשי"ג-1952;

חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד – 1953.

לדיון בחוקים אלו ראו:

יפעת הולצמן-גזית "שימוש במשפט כסמל-סטטוס: חוק קרן קיימת לישראל, התשי"ד - 1953, ומאבק הקק"ל לביסוס מעמדה במדינה" עיוני משפט כו 601 (2003).

³⁸ חוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949;

חוק יום ירושלים, התשנ"ח-1998;

חוק השימוש בתאריך העברי, התשנ"ח-1998.

³⁹ פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, בסעיף 18א(א);

חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, בסעיף 7(ב)(1);

בג"צ 5026/04 דיזיין 22 נ' רוזנצוויג תק-על 2005(2), 14 (2005).

⁴⁰ חוק יסודות המשפט, התש"ם 1980.

לדיון בחוק זה ובמידת השימוש שנעשה בו, ראו, למשל:

מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 1349-1472 (מהדורה שלישית, 1988);

דניאל סינקלר "המשפט העברי במדינת ישראל" ישראל בתחילת המאה ה-21: חברה, משפט, כלכלה ותקשורת, 37 (הלל נוסף עורך, 2002);

מנחם אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג 227 (1987);

אהרון ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג 265 (1987);

בחקיקה את זיכרון השואה,⁴¹ דואגת לפיצוי נפגעה⁴² ולשיפוט נאצים על פשעיהם⁴³ ומחילה את חוק העונשין של מדינת ישראל על עבירות "כנגד יהודי באשר הוא יהודי", גם אם בוצעו מחוץ לשטחה וכלפי מי שאינם אזרחיה.⁴⁴

לעומת זאת, בית המשפט אחראי לסדרת פסיקות המצמצמות את זהותה הלאומית של ישראל. בשנת 2000 פסל בית המשפט את מדיניות הקצאת הקרקע ליישובים ליהודים בלבד, וקבע כי היא נגועה בהפליה אסורה, אפילו אם במקביל המדינה מקצה קרקעות להתיישבות המיועדת לערבים בלבד.⁴⁵ כפי שהוזכר לעיל, בית המשפט נמנע באופן עקבי מלאשר פסילת רשימות המבקשות לבטל

מישאל חשין "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אזרח בישראל-קובץ מאמרים לכבוד חיים ה. כהן 47 (גביון עורכת, 1982);

חינאי בן מנחם "חוק יסודות המשפט התש"ם-1980 – חובת ציות או חובת היוועצות?" שנתון המשפט העברי יג 257 (1987);

שמואל שילה "על חוק יסודות המשפט – הערות והארות" שנתון המשפט העברי יג 351 (1987);

פנחס שיפמן "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט" שנתון המשפט העברי יג 371 (1987);

בן ציון שרשבסקי "חוק יסודות המשפט התש"ם-1980" 379 שנתון המשפט העברי יג (1987).

⁴¹ חוק זכרון השואה והגבורה – יד ושם, התשי"ג-1953;

חוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה, התשי"ט-1959;

חוק איסור הכחשת שואה, התשמ"ו-1986;

חוק חינוך ממלכתי, התשי"ג 1953, בסעיף 2(4).

⁴² חוק נכי רדיפות הנאצים, התשי"ז-1957;

חוק התביעות של קרבנות השואה (הסדר הטיפול), התשי"ז 1957;

חוק נכסים של נספי השואה (השבה ליורשים והקדשה למטרות סיוע והנצחה), התשס"ו-2005.

⁴³ חוק עשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"ו-1950;

ת"פ (י-ם) 40/61 היועץ המשפטי לממשלה נ' אייכמן פ"מ מה 3 (1961);

ע"פ 336/61 אייכמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד טז, 2033 (1962);

עפ 347/88 דמיאניוק נ' מדינת ישראל, מז 4 (4) 221 (1988).

⁴⁴ חוק העונשין התשל"ז-1977, סעיף 13(ב).

⁴⁵ בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד נד (1) 258 (2000).

להליכים מאוחרים יותר העוסקים בהרחבת איסור ההפליה שמשילה הלכת קעדאן ראו:

בג"צ 5601/00 דווירי נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא ניתן פסק דין סופי);

בג"צ 8060/03 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2006(2), 775 (2006);

בג"צ 9818/02 אבו אלהיג'א נ' שר האוצר ואח', (לא פורסם, 2003);

בג"צ 7574/06 הסוללים קבוצת מכבי צעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל תק-על 2007(1), 758 (2007);

דנג"צ 1107/07 הסוללים קבוצת מכבי הצעיר להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל תק-על 2007(1), 4183 (2007);

עת"מ (ת"א) 2002/09 סבא ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 10.02.10).

לאחרונה קיבלה הכנסת חוק אשר לטענת יוזמיו נועד להפוך את הלכת קעדאן, אך עיון בנוסח החוק מראה כי לא כך פני הדברים. ראו:

חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8) התשע"א-2011 [התקבל 22.3.11, טרם פורסם].

את אופייה היהודי של המדינה, כמתחייב מחוק יסוד הכנסת גם כאשר הן מצהירות מפורשות שזו כוונתן.⁴⁶ בית המשפט שחק באופן הדרגתי את מעמד הבכורה של השפה העברית מול השפה הערבית ושפות אחרות.⁴⁷ בית המשפט מגביל מאוד את יכולתו של משרד הפנים להיאבק בהשתקעות מסתננים ועובדים זרים בישראל באופן המאיים על הרוב היהודי בישראל,⁴⁸ פסל תמריצים ממשלתיים לעידוד התיישבות יהודית בנגב ובגליל⁴⁹ ולכך ניתן להוסיף עוד דוגמאות רבות.

⁴⁶ ראו המקורות לעיל הערה 21.

לדיון, ראו:

רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור: הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" *גבורות לשמעון אגרנט* 145 (גביון וקרמניצר עורכים, 1987);

אריאל בנדר "זכות המועמדות בבחירות לכנסת" *משפטים* יה 269, 270-273 (1988);

אריאל בנדר "דיני מפלגות בפסיקת בתי המשפט בישראל" *חוק המפלגות בישראל* (דן אבנון עורך 1993);

עליזה בר "חקיקה בנושא מפלגות במדינות דמוקרטיות" *חוק המפלגות בישראל* 17, 29-30 (דן אבנון עורך 1993);

אמנון רובינשטיין ורענן הר-זהב *חוק יסוד הכנסת* 64-65 (1993);

טליה אינהורן *הגבלת סיעה בעלת מצע גזעני על פי סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת* (1994);

רפאל כהן-אלמגור *גבולות הסובלנות והחירות-תיאוריה ליברלית והמאבק בכהנאות* (1994);

עמי פדהצור "בין "דמוקרטיה מתגוננת" ל"דמוקרטיה מתחסנת" - ישראל במבחן" *תרבות דמוקרטית* 6 135 (2002);

שלמה אבינרי "כיצד דמוקרטיות מגנות על עצמן" *כח המילים וחולשת הדעת-תעמולה הסתה וחופש הביטוי* 169 (מיכאל קונפינו עורך, 2003);

Raphael Cohen-Almagor, *Disqualification of Lists in Israel (1948-1984): Retrospect and Appraisal*, 13 LAW AND PHILOSOPHY, (1994), 43;

Raphael Cohen-Almagor, *Disqualification of Political Parties in Israel: 1988-1996*, 11 EMORY INTERNATIONAL LAW REVIEW 63 (1997);

רות גביון *ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית: מתחים וסיכויים* 5-51 (1999);

מיכאל ששר *חיים כהן שופט עליון – שיחות עם מיכאל ששר* 157, 185 (1989);

אמנון רובינשטיין וברק מדינה *המשפט החוקתי של מדינת ישראל* 587-641 (מהדורה שישית, 2005);

מיכל שמיר מיכל וקרן מרגל "תפיסות איום ופסילת רשימות ומועמדים לכנסת" *משפט וממשל* ח 119 (2005);

יגאל מרזל *המעמד החוקתי של מפלגות פוליטיות* 302-303 (2005);

מרדכי קרמניצר *פסילת מפלגות* (2005);

ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" *מחקרי משפט* כב 327 (2006).

⁴⁷ כך, למשל, שחק בית-המשפט באופן הדרגתי את מעמד הבכורה של השפה העברית מול השפה הערבית ושפות אחרות. ראו:

ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א 'קהילת ירושלים' נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992);

ע"א 105/92 ראם מהנדסים נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189 (1993);

רע"א 12/99 מרעי נ' סאבק, פ"ד נג(2), 128 (1999);

בג"צ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).

⁴⁸ בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (טרם פורסם, 13.4.2011).

⁴⁹ בג"צ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל תק-על 2006(1), 2562 (2006).

ניתוקם של שופטי בית המשפט העליון מעולמם הערכי של הציבור ונציגיו, אינו אפוא רק בעיה דמוקרטית אלא פוגע בזהותה היהודית של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי במישור המשפטי ובמישור הריאלי כאחד.

לאור האמור, מתעורר אינטרס ציוני ודמוקרטי ראשון במעלה לשנות את שיטת בחירת השופטים בישראל לשיטה אשר תבטיח נאמנות ערכית של הרשות השופטת לעולם ערכי של ציבור הבוחרים במדינת הלאום היהודית.

5. משפט משווה - סקירת שיטות בחירת שופטים לערכאות העליונות במדינות שונות⁵⁰

א. רקע כללי

שיטת בחירת השופטים לבית המשפט העליון בישראל היא שיטה חריגה ביחס למקובל במדינות העולם. השיטה הרווחת היא בחירת שופטי הערכאה העליונה במדינה בידי נציגי ציבור: יש מדינות המטילות את המשימה על חברי הרשות המחוקקת או על נציגיהן, יש המסתמכות לשם כך על הרשות המבצעת ויש המציעות שילוב שתי רשויות אלו. כפי שנראה מיד, האקסיומה אותה מנסים תומכי השיטה הנוכחית בישראל להנחיל, לפיה "לא יעלה על הדעת" לתת לנבחר ציבור את השליטה על מינוי שופטים, עולה גם עולה על דעתן של מרבית מדינות העולם המערבי. בפרק זה תיסקר שיטת מינוי השופטים לערכאה העליונה בכמה מדינות בולטות בעולם. בטרם ניגש לסקירה יש להדגיש שתי נקודות.

1. מדינות רבות מפרידות בין שיטת בחירת השופטים לערכאה העליונה הקיימת בהן לבין שיטת בחירת השופטים לערכאות הנמוכות. אכן יש יסוד להפרדה כזו הן מפני שהערכאות העליונות מתאפיינות בהכרעות ערכיות עקרוניות בעוד הערכאות הנמוכות עסוקות יותר בהכרעות מקצועיות הממוקדות בשאלות עובדתיות, והן מפני שהערכאות העליונות חולשות על הערכאות הנמוכות במסלולי ערעור שונים ולכן די במעורבות הדרג הפוליטי בקביעת זהות שופטי הערכאה העליונה בכדי להבטיח את הקשר בין עולם ערכיה של מערכת המשפט לעולם ערכיו של ציבור הבוחרים במדינה. לפיכך הסקירה שלהלן תתמקד בשיטת בחירת השופטים לערכאות העליונות בלבד במדינות השונות.

⁵⁰ לסקירות המצב המשפטי של מינוי שופטים בישראל ובעולם ראו למשל:

;Menachem Mautner, LAW AND THE CULTURE OF ISRAELchap. 6 (2011)

הכנסת - מרכז המחקר והמידע **שיטות מינוי שופטים לערכאות עליונות – סקירה משווה** (2010);

;The Senate of Australia **Legal and Constitutional Affairs References Committee** (2009)

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) **Judicial Appointments** (2007);

יעל כהן, **הוועדה לבחירת שופטים – מי? כמה? למה? האמנם?** (2009) באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה בכתובת:

http://www.idi.org.il/breakingnews/pages/breaking_the_news_124.aspx#p4

משרד המשפטים – היחידה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות **מינוי שופטים – סקירה השוואתית** (אין תאריך); אביעד בקשי **הקמת בית משפט לחוקה בישראל – שיקולים נורמטיביים** (עבודה כחלק מן הדרישות לתואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת בר אילן 2003);

יצחק קליין ומשה קופל **לקראת איזון: מאזן סמכויות רשויות השלטון בישראל ושיטת מינוי השופטים** (2003);

אפרת אבן "שיתוף נציגי ציבור בהליך בחירת שופטים" **פרלמנט** 39, 4 (2003);

הכנסת - מרכז המחקר והמידע **מינוי שופטים – מחקר השוואתי** (2001);

מרדכי הלר "מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון" **תכלת** 8 (2000);

רווית קלך, **הקמת בית משפט לחוקה בישראל – מחקר השוואתי**, (עבודה לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב 1999).

2. ישנן מדינות בהן הסמכות השיפוטית העליונה מסורה לבית משפט עליון כללי הדן בכלל הנושאים המשפטיים. ישנן לעומת זאת, מדינות בהן קיים בית משפט מיוחד לחוקה העוסק בשאלות של ביטול חקיקה ראשית ולעתים גם מספר מצומצם של סוגיות יסוד נוספות. שיטה שלישית הקיימת בצרפת מעניקה את הסמכות לבטל חוקים למועצה חוקתית מיוחדת הפועלת רק בשלבי חקיקתם של חוקים ולא לאחר מכן (ביקורת חוקתית אפריורית ולא אפוסטריורית). מאמר זה לא יתעמק בהבדלים בין הגישות השונות אלא בהשוואת שיטות בחירת השופטים לערכאה החוקתית העליונה בכל מדינה.

בעשור האחרון, שיטת בחירת השופטים מעסיקה רבות את החברה בישראל וכתוצאה מכך ניתן למצוא סקירות משוות רבות שנערכו בנושא זה בידי הכנסת,⁵¹ משרדי ממשלה,⁵² ארגונים חוץ ממשלתיים⁵³ ובכתביה האקדמית בישראל.⁵⁴ סקירות חשובות נוספות נערכו ברחבי העולם.⁵⁵ בחלק מן הסקירות קיימת ערבובייה בין שיטת בחירת השופטים לערכאות השונות ולעתים ניתן למצוא השוואות של מין בשאינו מינו.⁵⁶ לעתים גם אין דגש מספיק על ההבחנה בין סמכות פורמאלית למינוי (כגון תפקידו של נשיא המדינה במינוי שופטים בישראל) לבין סמכות ממשית.⁵⁷ סקירה זו, כאמור, תתמקד בערכאה העליונה בכל מדינה שהיא בעלת סמכות לבקר חקיקה ראשית ונבחן מי הם הגופים להם מסורה השליטה האפקטיבית במינוי שופטי הערכאות הללו.

⁵¹ הכנסת - מרכז המחקר והמידע שיטות מינוי שופטים לערכאות עליונות - סקירה משווה (2010) [להלן: "מ.מ.מ. (2010)"] הכנסת - מרכז המחקר והמידע מינוי שופטים - מחקר השוואתי (2001).

⁵² משרד המשפטים - היחידה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות מינוי שופטים - סקירה השוואתית (אין תאריך).

⁵³ יצחק קליין ומשה קופל לקראת איזון: מאזן סמכויות רשויות השלטון בישראל ושיטת מינוי השופטים (2003); אפרת אבן "שיתוף נציגי ציבור בהליך בחירת שופטים" פרלמנט 39, 4 (2003) באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה בכתובת:

http://www.idi.org.il/Parliament/2003/Pages/2003_39/39_A/Parliament_Issue_39_A.aspx

יעל כהן, הוועדה לבחירת שופטים - מי? כמה? למה? האמנם? (2009) באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה בכתובת:

http://www.idi.org.il/breakingnews/pages/breaking_the_news_124.aspx#p4

⁵⁴ ראו למשל:

; Menachem Mautner, LAW AND THE CULTURE OF ISRAEL chap. 6 (2011)

מרדכי הלר "מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון" תכלת 8 (2000).

רווית קלך, הקמת בית משפט לחוקה בישראל - מחקר השוואתי, (עבודה לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב 1999).

בקשי (2003).

⁵⁵ ראו למשל: The Senate of Australia Legal and Constitutional Affairs References Committee (2009)

; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) **Judicial Appointments** ; (2007)

⁵⁶ כך למשל, סקירת מ.מ.מ. (2010), שכותרתה "מינוי שופטים לערכאות העליונות" מציגה את שיטת בחירת השופטים לערכאות הנמוכות בצרפת וכלל לא נוגעת במועצה החוקתית הצרפתית שהיא הגורם השיפוטי היחיד המוסמך לבטל חוקים.

⁵⁷ ראו למשל סקירת משרד המשפטים, לעיל הערה 52.

במקרה של אחד מפרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה דומה כי מדובר בהטעיה של ממש. ראו הטבלה המופיעה בסקירה של אפרת אבן והשווה לסקירה הנערכת כאן: אבן, לעיל הערה 53.

ב. ארצות הברית

שופטי בית המשפט העליון הפדרלי בארצות הברית ממונים בפרוצדורה המשלבת את הרשות המבצעת ואת הרשות המחוקקת. הנשיא ממנה את שופטי בית המשפט העליון אך עליו לקבל לשם כך את אישור הסנאט ברוב רגיל למינוי. שיקוליהם של הנשיא ושל חברי הסנאט בבואם לבחור או לאשר שופט לבית המשפט העליון הם במידה רבה זהותו הפוליטית והאידיאולוגית והם אף עורכים בירור מקיף בנושא זה ביחס למועמדים לבית המשפט העליון.⁵⁸

ג. גרמניה

בגרמניה מסורה סמכות הביקורת החוקתית על דבר חקיקה פדראלית ראשית לבית משפט מיוחד לחוקה. סמכות זו מסורה באופן ריכוזי אך ורק לבית משפט זה.⁵⁹ שופטי בית המשפט לחוקה מתמנים באופן בלעדי בידי הרשות המחוקקת.

סעיף 194(1) לחוקה הגרמנית קובע כי מחצית משופטי בית המשפט לחוקה הפדרלי ייבחרו על ידי הפרלמנט (Bundestag) ומחציתם ייבחרו בידי המועצה הלאומית בה מכהנים נציגיהן של המדינות המרכיבות את הרפובליקה הפדרלית בגרמניה (Bundesrat). הפרלמנט, באמצעות חוק בעניין, האציל את סמכותו לוועדה בת שנים עשר חברים המשקפים את יחסי הכוחות הפוליטיים בפרלמנט.

בחירת השופטים בכל מוסד טעונה רוב של שני שלישים. הדבר מבטיח משא ומתן ער בתוך הבית העליון ובתוך הבית התחתון אשר למינוי שופטים אלו וגורם למינויים של שופטים קונצנזואליים מנקודת מבטם של נבחריו הציבור.

ד. צרפת

שיטת מינוי השופטים בערכאה החוקתית העליונה בצרפת משלבת את נבחריו הציבור מן הרשות המבצעת ומן הרשות המחוקקת.

CRS Congressional Research Service, "Supreme Court Nomination: Senate Floor Procedure and Practice, 1789-2009", RL33247, (2009)

לסקירות ראו:

H. J. Abraham, **The Judiciary The Supreme Court in the Governmental Process**, 70 (10th ed New York 1996).

A.R. Brewer-Carias, **Judicial Review in Comparative Law** 144 (Cambridge, 1989).

בקשי (2003) 13-19.

D.P. Kommers, **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany** ⁵⁹

3 (2nd ed 1997)..

A. Stone, "Abstract Constitutional Review and Policy Making in Western Europe" in **Comparative Judicial Review and Public Policy** 41 (Westport, Conn, ed. By D.W. Jackson & C.N. Tate, 1992)

בקשי (2003) 6-13.

בצרפת אין כל אפשרות לתקוף חקיקה ראשית לאחר שנכנסה לתוקף. עם זאת, על פי סעיף 61 לחוקה הצרפתית משנת 1958, מקיימת צרפת ערכאת שיפוט חוקתית הבוחנת את תוקפה של חקיקה ראשית הנמצאת בשלבי חקיקה בטרם נכנסה לתוקף. ביקורת חוקתית ייחודית זו מסורה באופן ריכוזי לטריבונל ייעודי המיוחד למטרה זו ולה בלבד. זו היא המועצה החוקתית של צרפת. מדובר בגוף נפרד לחלוטין ממערכת השפיטה הרגילה עד כדי כך שמלומדים שונים מתחבטים בשאלה האם לראותו בכל זאת כגורם ברשות השופטת או שמא הוא מהווה אורגן של הרשות המחוקקת. יש אף שמכנים את המועצה החוקתית "בית שלישי".⁶⁰

המועצה החוקתית בצרפת מורכבת מכל נשיאי הרפובליקה בעבר ועליהם נוספים עוד תשעה חברים. הנשיאים לשעבר מכהנים לכל ימי חייהם ושאר חברי המועצה מכהנים בקדנציה בת תשע שנים.⁶¹ את חברי המועצה שאינם נשיאים לשעבר ממנים נשיא הרפובליקה, נשיא האסיפה הלאומית ונשיא הסנאט באופן הבא: מדי שלוש שנים מתמנים שלושה חברים חדשים למועצה כאשר כל אחד מהגורמים הממנים ממנה חבר אחד מתוך השלושה.⁶² כך נשמרת זיקה ברורה ועדכנית בין העמדות הפוליטיות המובילות את הרשות המחוקקת והמבצעת לבין אופי האנשים המכהנים במועצה החוקתית בצרפת.

הביקורת החוקתית בצרפת מסורה אפוא לגוף המשלב נציגי הרשות המבצעת בעבר ובהווה, יחד עם נציגי הרשות המחוקקת.

ה. בריטניה

בריטניה מתאפיינת בעליונות חוקי הפרלמנט על הרשות השופטת כאשר האחרונה יכולה לכל היותר להמליץ לפרלמנט לשנות חוק בשל פגיעתו בחוק זכויות האדם משנת 1998. בבריטניה מתקיים מודל חדש מאוד המשלב שופטים ועורכי דין במינוי שופטי בית המשפט העליון.

באוקטובר 2009 נכנס לתוקף שינוי דרמטי בערכאת השיפוט העליונה בבריטניה. הוקם בית משפט עליון אשר החליף את בית הלורדים הוותיק.⁶³ באותה הזדמנות נכנס לתוקף שינוי בשיטת בחירת השופטים לערכאה העליונה: בעוד שעד 2009 המלכה הייתה ממנה את שופטי בית הלורדים על פי המלצה אפקטיבית של ראש הממשלה ושל הלורד צ'נסלור⁶⁴ שאף הוא חבר קבינט, הרי שעתה ועדה משפטית המאווישת בשופטים, עורכי דין ואנשי ציבור, מצטרפת להליך המינוי. בריטניה עוברת אם כן ממינוי על טהרת הרשות המבצעת לשיטת מינוי המעניקה משקל רב לאנשי מערכת המשפט. במובן זה, השיטה הבריטית החדשה מתקרבת יותר לשיטה הישראלית הוותיקה.⁶⁵ עם זאת, ללורד צ'נסלור עדיין שמור תפקיד מרכזי בהליך המינוי.⁶⁶

⁶⁰ J.Bell, *French Constitutional Law* (Oxford, 1992) 227-233.

בקשי (2003) 19-21.

Id.⁶¹

Id.⁶²

Constitutional Reform Act 2005⁶³

⁶⁴ תפקיד מקביל באופן חלקי לשר המשפטים בישראל.

⁶⁵ לסקירה ראו:

יעל כהן, הוועדה לבחירת שופטים – מי? כמה? למה? האמנם? (2009) באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה בכתובת:

עוד יש להדגיש, כי בהיעדר סמכות של בית המשפט הבריטי לבטל חוקים, בשונה מן ההלכה הנוהגת בישראל, הרי שגם אם תפתח הרשות השופטת גישה ערכית שונה מזו של נבחר הציבור, זכות המילה האחרונה תישמר לנבחר הציבור.

ז. יפן

ביפן הרשות המבצעת שולטת באופן בלעדי על המינויים. נשיא בית המשפט העליון ממונה על ידי הקיסר לפי בחירת הממשלה⁶⁷ ואילו יתר שופטי בית המשפט העליון מתמנים בידי הממשלה ומינויים מאושר בידי הקיסר.⁶⁸ בעשורים האחרונים קיסר יפן משמש למעשה כמוסד טקסי בלבד, (בדומה לנשיא בישראל), ועל כן מדובר למעשה בשיטת מינוי המסורה בלעדית לממשלת יפן. חוקרי המשפט היפני מדווחים כי בפועל ראש הממשלה הוא שמקבל את ההחלטה בדבר המינויים לבית המשפט העליון.

הליך מעניין נוסף המתקיים ביפן הוא אישור תקופתי של כהונת שופטי בית המשפט העליון מדי עשר שנים במשאל עם.⁶⁹ במסגרת הבחירות הכלליות מועלית שאלת המשך כהונתם של שופטים להצבעה ושופט יודח אם רוב המצביעים בבחירות יתנגד להמשך כהונתו. בפועל, מעולם לא הועבר שופט מכהונתו בדרך זו.⁷⁰

ז. אוסטרליה

באוסטרליה שולטת הרשות המבצעת על מינוי שופטי בית המשפט העליון.

הליך המינוי לבית המשפט העליון אינו מוסדר כראוי בחקיקה. כל שאומר המחוקק הוא ששר המשפטים הפדרלי צריך להתייעץ עם שרי המשפטים של המדינות בעניין המינוי.⁷¹ ועדה של הסנאט האוסטרלי מתארת את הליך המינוי בפועל, במסגרת מסקנותיה משנת 2009 הקוראות להותיר את ההליך הקיים על כנו.⁷² על פי ההליך המתואר, שר המשפטים הפדרלי מתייעץ עם שופטים, לשכות עורכי דין, דיקאני בתי הספר למשפטים ועם שרי המשפטים המדינתיים. שר

http://www.idi.org.il/breakingnews/pages/breaking_the_news_124.aspx#p4

⁶⁶ לניתוח ראו: יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה – שאלת האחריות: מבט השוואתי" משפט וממשל י 489, 505 ה"ש 37 (2007).

ראו הפניות גם אצל ספיר (2010), 157 בהערה 328.

⁶⁷ חוקת יפן, סעיף 6.

לתרגום חוקת יפן לאנגלית ראו:

<http://www.sangiin.go.jp/eng/law/tcoj/index.htm>

⁶⁸ שם, סעיפים 7 ו 79.

⁶⁹ שם, סעיף 79.

⁷⁰ מ.מ.מ. (2010), 5.

⁷¹ High Court of Australia Act 1979, סעיפים 5-6.

⁷² The Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, "Australia's Judicial System and the Role of Judges", December 2009, at:

http://www.aph.gov.au/SENATE/committee/legcon_ctte/judicial_system/report/index.htm

המשפטים ממליץ בפני הממשלה על מועמדיו ואם הממשלה מאמצת את המלצותיו⁷³ המושל הכללי מבצע את המינוי. בדומה לקיסר יפן, גם המושל הכללי באוסטרליה, נציג מלכת בריטניה, ממלא בפועל תפקיד טקסי בלבד, וכך יוצא שסמכות המינוי מסורה למעשה לשר המשפטים ולמליאת הממשלה.

ח. קנדה

בקנדה מסורה בחירת שופטי בית המשפט העליון הפדרלי לרשות המבצעת. המושל הכללי מבצע באורח טקסי את המינויים אך בחירת השופטים בערכאה זו מתבצעת בידי שר המשפטים וראש הממשלה הפדרליים.⁷⁴

יחד עם זאת, הליך בחירת השופטים בקנדה אינו מוסדר במלואו בחקיקה והליך הבחירה המתואר באמצעות הרשות המבצעת הוא בגדר נוהג בלבד. בשנת 2006 התערבה הרשות המחוקקת בהליך מינויו של מועמד וערכה לו שימוע בפני בית הנבחרים.⁷⁵ לעומת זאת במינוי שופט נוסף בשנת 2008 נמנע בית הנבחרים מעריכת שימוע.⁷⁶ ניתן לסכם כי שופטי בית המשפט העליון הקנדי נבחרים בידי הרשות המבצעת עם אפשרות בלתי ברורה למעורבות הרשות המחוקקת בהליך בחירתם.

ט. דרום אפריקה

שופטי בית המשפט לחוקה הדרום אפריקאי ממונים בהליך הנשען בעיקר על ראש הרשות המבצעת אך משלב בו נציגות של הרשות המחוקקת ושל הרשות השופטת. יש לציין כי דרום אפריקה שלאחר שלטון האפרטהייד קיבלה חוקה שבעיצובה השתתפו בכירי המשפטנים מכל אוניברסיטאות המערב כך שניתן לכנות את המודל הדרום אפריקאי כמודל האקדמאים.⁷⁷

על פי סעיף 174 בחוקת דרום אפריקה, נשיא בית המשפט לחוקה וסגנו מתמנים על ידי נשיא המדינה (שהוא ראש הרשות המבצעת), בהתייעצות עם הוועדה למינוי שופטים ועם ראשי

⁷³ הממשלה מפעילה שיקול דעת ואינה מאמצת באורח אוטומטי את המלצות. ראו:

The Senate Legal and Constitutional Affairs References Committee, "Australia's Judicial System and the Role of Judges", December 2009, at: http://www.aph.gov.au/SENATE/committee/legcon_ctte/judicial_system/report/index.htm

⁷⁴ אפרת אבן "שיתוף נציגי ציבור בהליך בחירת שופטים" פרלמנט 39, 4 (2003).

⁷⁵ מ.מ.מ. (2010) 17.

⁷⁶ שם, שם.

⁷⁷ לסקירות ראו:

S. Gloppen, *South Africa : The Battle Over the Constitutional* (Aldershot, 1997)

ראיון עם נשיא בית המשפט לחוקה של דרום אפריקה, P. Chasklason בתוך *Toronto University Law Review* 56 (1998) (Lexis Nexis) 161.

רווית קלך, *הקמת בית משפט לחוקה בישראל – מחקר השוואתי*, עבודה לשם קבלת תואר מוסמך במשפטים, 144-148 (אוניברסיטת תל אביב 1999).

בקשי (2003) 17-22.

המפלגות באסיפה הלאומית. שאר שופטי בית המשפט לחוקה מומלצים על ידי הוועדה למינוי שופטים ונבחרים על ידי הנשיא בהתייעצות עם נשיא בית המשפט לחוקה וראשי המפלגות באסיפה הלאומית. הנשיא רשאי לסרב סירוב מנומק להמלצותיה של הוועדה למינוי שופטים ואזי עליה להכין רשימת מומלצים חדשה. הוועדה לבחירת שופטים בדרום אפריקה משלבת אנשי מערכת המשפט עם נציגות המערכת הפוליטית באופן המזכיר את הוועדה הישראלית. אך סמכויותיה פחותות משמעותית: במינוי נשיא וסגן נשיא לבית המשפט סמכויותיה סמכויות ייעוץ בלבד. במינוי יתר השופטים אכן יש כוח בלתי מבוטל לוועדה בהיותה היוזמת בהצעת מועמדים אך גם כאן המילה האחרונה מסורה לנשיא המדינה.

י. ספרד

שיטת בחירת השופטים לבית המשפט לחוקה הספרדי משלבת רוב מכריע של הרשות המחוקקת ושיתוף מסוים של הרשות המבצעת ושל נציגי מערכת המשפט. את המינוי הפורמאלי מבצע המלך אך תפקידו טקסי בלבד.

על פי חוקת ספרד בבית המשפט לחוקה מכהנים 12 שופטים לתקופות כהונה בנות 9 שנים. מתוכם, ארבעה נבחרים בידי הקונגרס, ארבעה, בידי הסנאט, שניים בידי הממשלה ושניים בידי מועצת השפיטה הכללית. במועצת השפיטה הכללית מכהנים שופטים ומשפטנים הנבחרים לתפקידם בידי שני בתי הנבחרים.

יש להדגיש כי שותפותם של אנשי מערכת המשפט בבחירת שופטי בית המשפט לחוקה מוגבלת ביותר בשל שלושה היבטים:

1. מבחינת המינון, מועצת השפיטה הכללית בוחרת רק שניים מתוך שנים עשר שופטי בית המשפט לחוקה.

2. לא דומה שיתוף רשויות השלטון השונות בוועדת בחירה אחת לחלוקת מינוי השופטים ביניהם. בוועדת בחירה אחת, כדוגמת ועדת הבחירה הישראלית, נציגי מערכת המשפט יכולים לנצל חלוקת עמדות טבעית בקרב נבחרי הציבור ולהכריע את הכף ביחס לכל המועמדים באמצעות כוח בחירה קטן יחסית. לעומת זאת, בשיטה הספרדית אין לנציגי מערכת המשפט כל אמירה ביחס לחמש שישיות מן השופטים המתמנים.

3. נציגי מערכת המשפט למועצת השפיטה הכללית נבחרים בעצמם מדי חמש שנים לתפקידם בידי בתי המחוקקים כך שניתן להניח שבחירותיהם הערכיות במינוי שופטים הולמות את בחירותיו הערכיות של הציבור.

נמצא אפוא, שחרף שילוב מסוים של אנשי מערכת המשפט בבחירת שופטי בית המשפט לחוקה, ספרד ניצבת באורח נחרץ באגף המדינות הממנות את שופטי הערכאה העליונה בידי נבחרי ציבור.

יא. פורטוגל

פורטוגל דומה לספרד בשיטה העקרונית של פיצול כסאות המשפט בין גופי בחירה שונים. בבית המשפט לחוקה הפורטוגזי מכהנים 13 שופטים. מתוכם עשרה נבחרים ישירות בידי הפרלמנט. שלושת המושבים הנותרים בבית המשפט כמו גם מינויו של נשיא בית המשפט העליון מסורים

לעשרת השופטים שנבחרו בידי הפרלמנט. ניתוח השיטה הפורטוגזית דומה למדי לניתוח השיטה הספרדית: מדובר בשילוב מסוים של הרשות השופטת יחד עם נציגי הציבור במינוי שופטי הערכאה העליונה. אך כמו במקרה הספרדי שילוב זה נמוך במינונו, מוגבל למספר המינויים שהוקצו לרשות השופטת ואינו משתלב בסל הכללי של המינויים, והוא מתבסס על כך שהשופטים המשתתפים בו נבחרו בעצמם בידי הרשות המחוקקת. גם פורטוגל ניצבת אפוא בצד המדינות הנשענות על נבחרי הציבור בשיטת בחירת השופטים הנוהגת בהן.

י.ב. הולנד

הולנד משלבת את הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בהליך בחירת שופטי בית המשפט העליון. על כל משרת שיפוט שמתפנית מציע הפרלמנט שלושה מועמדים. מתוך שלושה מועמדים אלו בוחרת הממשלה שופט אחד וממנה אותו.⁷⁸

י.ג. אוסטריה

אוסטריה דומה להולנד בהליך בחירת הערכאה השיפוטית העליונה. במקרה האוסטרי מדובר בבית משפט מיוחד לחוקה. הממשלה האוסטרית ממנה את שופטי בית המשפט לחוקה על פי המלצת בתי הרשות המחוקקת.⁷⁹ בשונה מהולנד הרשות המחוקקת מציגה בכל פעם מועמד אחד ואינה מותירה בו זמנית חלופות בפני הממשלה. אך הממשלה רשאית לסרב למועמדה של הרשות המחוקקת ולשלוח אותה לאתר מועמד חלופי.

י.ד. שבדיה

בשבדיה הרשות המבצעת אחראית על מינוי שופטי בית המשפט העליון אך לשופטים יש אמירה מאוד משמעותית בהליך המינוי.⁸⁰ הממשלה היא שממנה את שופטי בית המשפט העליון. אך מינוי זה מתבצע רק לאחר הליך איתור כדלקמן: נציגות של שופטי בית המשפט העליון מציגה מועמדים ובמקביל גם משרד המשפטים (הרשות המבצעת) רשאי להציע מועמדים. לאחר משא ומתן בין נציגות השופטים לבין משרד המשפטים מגובשת רשימת מועמדים המוצגת גם בפני כל שופטי בית המשפט העליון. לאחר מכן מובא המינוי לאישור הממשלה.⁸¹

מחקר של הכנסת מתאר מצב בו הנוהג הוא לאשר דווקא את מועמדי נציגות השופטים.⁸² במובן זה הטענה היא שמבחינת הפרקטיקה שופטי בית המשפט העליון הם שממנים את חבריהם חרף סמכויות האיתור של משרד המשפטים וסמכויות אישור המינויים של הממשלה. אך גם אם כך פני הדברים, אין ספק שהמועמדים שמלכתחילה מעמידה נציגות שופטי בית המשפט העליון לנוכח מועמדים פוטנציאליים של משרד המשפטים ולנוכח הצורך באישור הממשלה הם מועמדים

⁷⁸ משרד המשפטים – היחידה להסכמים בינלאומיים ותביעות בינלאומיות מינוי שופטים – סקירה השוואתית (אין תאריך).

⁷⁹ יצחק קליין ומשה קופל לקראת איזון: מאזן סמכויות רשויות השלטון בישראל ושיטת מינוי השופטים 17 (2003).

⁸⁰ סעיף 4 בפרק 3 וסעיף 2 בפרק 4 של Swedish Code of Judicial Procedure. לתרגום החוק לאנגלית ראו:

[tp://www.sweden.gov.se/content/1/c4/15/40/472970fc.pdf](http://www.sweden.gov.se/content/1/c4/15/40/472970fc.pdf)

⁸¹ שם, שם.

⁸² מ.מ.מ. (2010) 7.

שעולם ערכיהם הולם את עולמם הערכי של שרי הממשלה. על כן, למרות מעורבות משמעותית של שופטים בהליך בחירת השופטים, ניתן לסווג את שבדיה בקרב המדינות בהן מסורה לרשות המבצעת ההשפעה הדומיננטית על מינוי שופטי בית המשפט העליון.

טו. הודו

שיטת מינוי שופטי בית המשפט העליון ההודי היא הקרובה ביותר לשיטה הנוהגת בישראל והיא מעצימה את כוחם של השופטים בוועדה למינוי שופטים אף יותר מן המקובל בשיטה הישראלית. הוועדה למינוי שופטי בית המשפט העליון ההודי מורכבת אך ורק משופטים בכירים ובראשה עומד נשיא בית המשפט העליון.⁸³ בדומה לישראל את המינוי בפועל מבצע נשיא המדינה אך סמכותו בעניין, כמו גם תפקידו באופן כללי, טקסיים בלבד. הודו מעצימה את כוחה של הרשות השופטת בהליך הבחירה יותר מישראל במובן זה שכל חברי הוועדה לבחירת שופטים הינם שופטים ולא רק חלקם. יחד עם זאת, לאור הניתוח שנערך לעיל,⁸⁴ גם בישראל מירב הכוח האפקטיבי שמור לשופטים בהליך הבחירה.

טז. סיכום הסקירה המשווה

מבין ארבע עשרה המדינות שנסקרו (פרט לישראל), שמונה מדינות מרכזיות לא מעניקות לרשות השופטת דריסת רגל כלשהי בסמכויות מינוי השופטים לערכאה העליונה שלהן. גרמניה מעניקה את כל הסמכות לרשות המחוקקת. אוסטרליה, קנדה ויפן מעניקות את מלוא הסמכות לרשות המבצעת, כאשר יפן משלבת בשיטתה גם מרכיב של משאל עם, ואילו ארצות הברית, צרפת, הולנד ואוסטריה משלבות בדרך זו או אחרת את הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בהליך בחירת השופטים.

שבדיה מעניקה לשופטים סמכויות ייעוץ, מקבילות לסמכויות הייעוץ של שר המשפטים, בפני הממשלה שהיא זו הממנה שופטים. נטען כי בפרקטיקה הממשלה נוהגת לקבל את המלצותיהם של נציגי בית המשפט העליון ובמובן זה ניתן לומר ששופטים ממנים שופטים. אך בסופו של יום הסמכות מסורה לממשלה ויש להניח שגם מומלצי נציגות השופטים מכוונים להפסת דעתם של נבחרי הציבור.

ספרד ופורטוגל משלבות שופטים בהליך המינוי לבית המשפט לחוקה אך בגזרה מאוד מצומצמת ותחומה היטב: ספרד מעניקה לרשות השופטת מינוי של שניים מתוך שנים עשר שופטי בית המשפט לחוקה ופורטוגל מעניקה 3 מתוך 13, כאשר יש לזכור כי השופטים הבוחרים שופטים נבחרו בעצמם בידי נבחרי הציבור.

דרום אפריקה מעניקה את סמכות המינוי העיקרית לנשיא המדינה, ובכל הנוגע למינוי נשיא בית המשפט לחוקה וסגנו מדובר בסמכות בלעדית. יחד עם זאת, ניתן למצוא שותפות משמעותית של השופטים בהליך הבחירה של שופטי בית המשפט לחוקה הרגילים בהיותם הממליצים בפני הנשיא על מועמדים בעוד האחרון רשאי לפסול את המלצותיהם ולשולחם להציע מועמדים

⁸³ מ.מ.מ. (2010) 17.

⁸⁴ לעיל, פרק 2.

נוספים. גם במקרה זה יש לזכור כי השופטים הממליצים עצמם מונו על פי שיקול דעתו של נשיא המדינה.

עד לשנת 2009 גם בריטניה, שאינה מאפשרת לשופטים לפסול חקיקה ראשית, ניצבה עם המדינות המעניקות את מלוא סמכויות המינוי לרשות המבצעת וכמעט כל השופטים המכהנים כיום בבית המשפט העליון הבריטי נבחרו בשיטה זו. המודל הבריטי הטרי מתקרב למודל הישראלי בהיותו מעניק לוועדת משפטנים כוח רב במינוי שופטים. אך גם מודל זה עדיין משאיר כוח משמעותי בידי נציגי הקבינט בשונה מנציגות השרים בישראל העלולה להיבלע במסגרת ההצבעה בגוף אחד. עוד יש לציין כי אם הכוונה ללמוד מניסיוןן של מדינות שונות הרי שהשיטה הבריטית עוד לא הגיעה לידי מימוש משמעותי ומדובר בשלב זה בבחינת עמדה אקדמית גם אם היא כבר התקבלה בחוק.

מבין כל חמש עשרה המדינות הנסקרות, המודל היחיד שבאמת דומה למודל הישראלי, בו שופטים ממנים שופטים לאורך דורות ללא תלות משמעותית בנבחר הציבור, הוא המודל ההודי. אם כן, לישראל נמצאה שותפה: הודו ניצבת עימה בבדידות מזהרת בשיטת בחירת שופטים על ידי שופטים. ביחס לכל שאר המדינות הנסקרות שיטת בחירת השופטים בישראל היא שיטה חריגה.

6. ההצעות הקיימות בישראל

סוגיית בחירת השופטים מטרידה מאוד את חברי בית המחוקקים הישראלי ובעשור האחרון סוגיה זו הניבה עשרות הצעות חוק. מפאת קוצר היריעה, אין זה המקום לסקור את כולן. מרבית ההצעות הנבונות יותר מציעות לאמץ שיטת בחירת שופטים הקיימת כבר במדינות שונות ובמובן זה סקירת המשפט ההשוואתי שנערכה בפרק הקודם משיגה את המטרה של הצבת חלופות ראויות למשפט הקיים בישראל.

נסתפק בחלוקת שלל ההצעות הקיימות לשלוש גישות עקרוניות:

גישה אחת מבקשת להותיר את המצב הקיים על כנו תוך הצעות לשינויי מדיניות קלים בשיקול דעתה של הוועדה לבחירת שופטים כגון הוספת שיקוף של מגזרי האוכלוסייה השונים בבית המשפט העליון. גישה זו אומצה בשנת 2000 בידי ועדה שהוקמה על יד הוועדה לבחירת שופטים ובראשה עמד שופט בית המשפט העליון יצחק זמיר.⁸⁵ במגזר החוץ ממשלתי תומך נלהבות בגישה זו המכון הישראלי לדמוקרטיה.⁸⁶

גישה שנייה מבקשת להציע תיקונים מינוריים בשיטה הקיימת - אם לכיוון חיזוק מעמדם של נבחרי הציבור בוועדה ואם לכיוון החלשת כוחם של השופטים בוועדה. במסגרת זו ניתן להציג למשל את הצעתו של שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן להחליף חלק מנציגות שופטי בית המשפט העליון לנציגות שופטי הערכאות הנמוכות אשר מטבע הדברים מחויבים במידה מופחתת לעמדת נשיא בית המשפט העליון. ניתן גם להציג הצעות להוסיף חברי כנסת לוועדה הקיימת ולדלל בכך את כוחם של השופטים בנוסח הצעתו של ח"כ יריב לוין.⁸⁷

גישה שלישית, אשר מעטים המעזים להציעה, היא לפנות לדרך מינוי השופטים המקובלת בעולם ולהפקיד 100% מכוח מינוי שופטי בית המשפט העליון בידי נבחרי הציבור. בדרך זו צעד השר מיכאל איתן בהצעת חוקה שגיבש בשנים 2007-2008. כפי שעולה מהסקירה המשווה לעיל, לגישה עקרונית זו ניתן להציע חלופות משנה רבות בחלוקת הכוח בין הרשות המחוקקת לבין הרשות המבצעת.

⁸⁵ דו"ח הוועדה לסדר הבחירה של שופטים, ירושלים (תשס"א).

⁸⁶ ראו למשל:

אפרת אבן "שיתוף נציגי ציבור בהליך בחירת שופטים" פרלמנט 39, 4 (2003);

יעל כהן, הוועדה לבחירת שופטים – מי? כמה? למה? האמנם? (2009).

בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה מוצע לעגן בחוקה את שיטת בחירת השופטים הנוכחית. ראו:

מאיר שמגר חוקה בהסכמה שער שלישי, פרק הרשות השופטת (2005).

⁸⁷ לעניין זה ראו למשל הצעתו של ח"כ יריב לוין:

פ 561/18 הצעת חוק יסוד: השפיטה (תיקון – הרכב הוועדה לבחירת שופטים) באתר הכנסת:

<http://knesset.gov.il/privatelaw/data/18/561.rtf>

7. מסקנות

שיטת מינוי השופטים הנוהגת בישראל היא חריגה מאוד ביחס לשיטות בחירת השופטים המקובלות בדמוקרטיות בולטות. כמעט כל המדינות שנסקרו במאמר זה בוחרות את שופטי הערכאה העליונה שלהן באמצעות הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת, בהן מכהנים נציגי ציבור. השיטה הקיימת בישראל פוגעת בעקרונות דמוקרטיים במישור התיאורטי ובמישור המעשי כאחד. שיטה זו פוגעת בסופו של יום גם בדמותה הציונית של ישראל כמדינת לאום יהודית. האקטיביזם השיפוטי הנוהג בישראל והמהפכה החוקתית שהתחוללה בישראל מכוח פסיקות בית המשפט, מעצימים את הבעייתיות של רשות שופטת אשר מתמנית במנותק מערכי הציבור המשתקפים בבחירות.

בשיח הציבורי מושלטת אקסיומה כנגד מינוי שופטים על ידי נבחרים ושיטת בחירה כזו מוצגת כ"הזויה" וכ"סכנה לדמוקרטיה". בעקבות הלך רוח זה, מבין ההצעות השונות לשינוי שיטת בחירת השופטים, ההצעות למסירת המינוי לנבחרים ציבור אינן תופסות מקום של ממש בשיח הציבורי. מסקנות מאמר זה הן שבפרספקטיבה רחבה של משפט השוואתי עם הטובות שבדמוקרטיות ולאור הטיעונים הערכיים והפרגמטיים שהוצגו בקצרה, שומה על מדינת ישראל לאמץ שיטת בחירת שופטים לבית המשפט העליון המבוססת על נבחרים ציבור ברשות המחוקקת או המבצעת.