

# נייר עמדה לעניין חיזוק הפרדת הרשויות

טליה איינהורן\*

נייר עמדה זה מבטא את תמיכתי העקרונית, לצד שיקולים ביקורתיים, בהצעת החוק מטעם ועדת החוקה, על כל חלקיה – הרכב הוועדה למינוי שופטים, סמכות בית המשפט לבטל חוקים ועילת הסבירות.

## הרכב הוועדה לבחירת שופטים

### המצב הקיים

במצב הקיים, בוועדה לבחירת שופטים תשעה חברים. שלושה מתוכם שופטי העליון, שני נציגים של לשכת עורכי הדין, שני חברי כנסת ושני שרים. לחברי הוועדה שאינם נבחרים ציבור – השופטים ועורכי הדין – רוב בוועדה ולכן לא ניתן למנות שופט לשום ערכאה בניגוד לדעתם. נציגי העליון מצביעים כאיש אחד, דבר המעניק להם כוח מיקוח מוגבר. בפועל, לבית המשפט העליון יש וטו על השופטים המצטרפים לשורתיו.

עניין נוסף הוא עקרון הסניוריטי לפיו לנשיא העליון מתמנה השופט שתקופת כהונתו היא הארוכה ביותר. יתר על כן, בידי נשיא העליון בישראל הסמכות לקבוע את ההרכב שידון בתיק ספציפי, סמכות שאינה קיימת ואף נחשבת לא חוקתית בדמוקרטיה מערבית.

### התיקון המוצע ברפורמה

כיוון שלפי הרפורמה בית המשפט העליון יוסמך לראשונה לפסול חוקים שחוקקה הכנסת, פסקי הדין שלו חייבים לקבל לגיטימציה ציבורית, ולפיכך על שופטיו לשקף את העמדות הרווחות בציבור. ברובן המכריע של המדינות שבהן בית המשפט מוסמך לפסול חוקים, שופטי הערכאה השיפוטית העליונה נבחרים בידי נבחרים ציבור.

בעניין זה בחר השר לוי, וכעת ועדת החוקה, בפשרה, לפיה יהיה בוועדה משקל שווה לשלוש רשויות השלטון – שלושה שרים, נשיא ביהמ"ש העליון, נשיא בדימ' של ביהמ"ש המחוזי ונשיא בדימ' של בימ"ש השלום שימונו על ידי שר המשפטים בהסכמת נשיא ביהמ"ש העליון, ושלושה ראשי ועדות בכנסת: ועדת החוקה, חוק ומשפט, ועדת הכנסת והוועדה לביקורת המדינה, שהאחרון בהם הוא חבר האופוזיציה. עקרון הסניוריטי יבוטל.

הוצאת נציגי עורכי הדין מהוועדה מבורכת. התנהלותם בוועדה עוררה בעיות של ניגוד עניינים (גם אם נציגי הלשכה שהם חברים בוועדה לא הופיעו בבתי המשפט, הרי שעורכי דין ממשרדיהם הופיעו). לאור אחוז ההצבעה הנמוך מאוד (פחות מ-25% מהחברים בלשכה) בבחירות המתקיימות במסגרת לשכת עוה"ד קשה מאוד לומר שהלשכה מייצגת כיום את ציבור עורכי הדין.

אני מצטרפת לדעתנו של פרופ' אומן שאין מקום שנשיא העליון יהיה חבר הוועדה ובוודאי שאין מקום לתת בידי נשיא העליון וטו בעניין השופטים שיישבו בוועדה. ברוב המכריע של מדינות ה-OECD השופטים לא משתתפים במינוי השופטים לערכאה העליונה, מהטעם הפשוט שיש בכך פגיעה באיזון בין הרשויות. עצמאות השופטים מובטחת מעצם מינוים עד גיל 70.

\* פרופסור למשפטים, חברה קבועה באקדמיה הבינלאומית למשפט השוואתי.

לא הייתי קוצבת את כהונת שופטי העליון, בשל החשש שיהיו לשופטים תמריצים לא ראויים בעת שהם כותבים את פסקי הדין.

## הסמכות לפסול חוקים

**עקרון שלטון החוק במשטר דמוקרטי:** עקרון שלטון החוק במשטר דמוקרטי מאופיין בכך שבדומה לאזרחים, גם הרשויות כפופות לשלטון החוק, וכל אחת מהן מחויבת למלא את תפקידה באופן מיטבי במסגרת החוק. בעוד שאדם פרטי רשאי לעשות כל פעולה שהחוק לא אסר עליו, הרשויות מוגבלות למה שהחוק התיר להן לעשות.

**תפקידה של הרשות השופטת:** תפקיד הרשות השופטת הוא ליישב סכסוכים ומחלוקות בדרכי שלום על פי דין. בישראל אין חוקה כתובה מפני שאין הסכמה רחבה על תוכנה, וכפי שמוכיח ספרו של פרופ' גדעון ספיר, *המהפכה החוקתית* (2010), המחלוקות נוגעות לא רק לענייני דת ומדינה, אלא גם לתפיסות שונות בענייני כלכלה, ביטחון ועוד. גם את חוקי היסוד הכנסת מקבלת ברוב רגיל, וכך היא גם מחליפה או מתקנת את הוראותיהם, אלא אם כן בחוק היסוד עצמו נקבע שריון להוראה מסוימת, המחייב רוב מיוחס לשינויה. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התקבל בתמיכתם של 32 חברי כנסת, בהתנגדות של 21 ונמנע אחד. חוק יסוד: חופש העיסוק התקבל ברוב של 23 חברי כנסת ללא מתנגדים ונמנעים.

**המסקנה המשפטית הנובעת מהיעדר חוקה כתובה:** מאחר שאין חוקה כתובה, אין דין שבו יכולה הרשות השופטת להיתלות בבואה לפסול הוראה בחקיקת הכנסת. באנגליה, שאין בה חוקה כתובה, ביהמ"ש אינו מוסמך לפסול את חוקי הפרלמנט וכך גם בניו זילנד. יוער כי בהולנד, שיש לה חוקה, נקבע בחוקה עצמה (סעיף 120) שאין ביקורת שיפוטית על חוקי הפרלמנט. לא פעם משמיעים את הטענה שאנגליה חברה באמנה האירופית לזכויות האדם, אך לביהמ"ש האירופי אין סמכות לפסול הוראות חוק של המדינות החברות. הוא יכול להצהיר שהוראה מסוימת אינה תואמת את האמנה, אך אין בכך כדי לבטל אותה או להשעות את יישומה, ואף לביהמ"ש העליון באנגליה יש רק סמכות להצהיר שהוראת חוק איננה תואמת את האמנה האירופית, אך ההצהרה אינה משפיעה על תוקפו של החוק ואינו מונע את המשך החלתו. תיקון החוק נשאר בידי הפרלמנט.

**הסמכויות שברא לעצמו בית המשפט העליון:** בהיעדר חוקה, העליון, בראשות הנשיא אהרן ברק, ברא "דמוקרטיה מהותית" אשר בה המחוקק, שנבחר בבחירות דמוקרטיות, כפוף לכללים ועקרונות-על אותם שואב ביהמ"ש מ"ערכים אוניברסאליים" המנחים את "הציבור הנאור", מ"תפיסות היסוד של החברה הישראלית המודרנית באשר לסדרי העדיפות שלה", ומהחובה המוטלת על השופט "ליתן ביטוי ל"אני מאמין" של האומה ולא ל"אני מאמין" אישי". ביטוי נוסף המשמש לכך הוא "תקנת הציבור", שהיא "תקנתו של כלל הציבור – על גווניו, דעותיו, עדותיו ודתותיו – כפי שהיא נראית מזווית הראייה של הציבור הנאור".

לביצור מעמדו פתח העליון, בשבתו כבג"ץ, את שעריו לעותרים ציבוריים מטעם עצמם (ולא רק לנפגעים ישירים כבעבר). בקביעתו כי "מלוא הארץ משפט" הסיר אהרן ברק גם את חסם השפיטות. כך נידונים נושאים כלכליים, ביטחוניים ומדיניים, שהם בלב המחלוקת הציבורית, אשר בהם אין בידי השופטים הכלים המקצועיים שיאפשרו הכרעות שיפוטיות ראויות. כך קיבלנו בית משפט שבמקום ליישב סכסוכים ומחלוקות בדרכי שלום על פי דין, מייצר מחלוקות ומרבה ריב ומדון, פוגע במשילות ואף מערער את יציבות הקואליציה, כשזו אינה תואמת את האג'נדה של בית המשפט, כפי שניסח זאת הנשיא ברק עצמו. החוקים שנפסלו כוללים חוקים הנוגעים למדיניות הכניסה לישראל, חוקים שנועדו לטפל בבעית המסתננים הפוגעים בתושבי שכונות בהן חיים תושבים מהאוכלוסיות המוחלשות ביותר, חוק הגיוס, חוק ההסדרה, חוק בתי

סוהר פרטיים, וחוק מס דירה שלישית. החשש מביטול חוקים יצר גם אפקט צינור כשיועמ"שים מתרים שהצ"ח לא יעמדו במבחן בג"ץ. מהדיון בחוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, למדנו שבעיני בג"ץ גם חוקי היסוד נתונים לביקורת שיפוטית.

באין חוקה כתובה להיאחז בה, פוסק בג"ץ לפי "סבירות" ו-"מידתיות" שהן בעיני המתבונן. דוגמה לכך היא חוק הגיוס, שנפסל ברוב של 8 מתוך 9 שופטים, שקבעו כי הפשרה הפוליטית, שהושגה בעמל רב בידי המחוקק, פסולה מפני שאיננה מקיימת את עקרון המידתיות המחייב קשר רציונלי בין תכליות החוק לבין האמצעי שננקט להגשמתן. השופט סולברג, בדעת מיעוט, סבר כי אופיין המורכב של תכליות החוק אינו מאפשר לקבוע כבר עתה עמדה נחרצת כאילו אין קשר רציונלי. לכנסת ניתנה שנה לחוקק חוק מתוקן, ומשהעניין לא נסתייע נשלחה ישראל למערכת בחירות ראשונה מתוך ארבע בשל אי היציבות הפוליטית. לא למותר לציין שפסה"ד לא תרם דבר לפתרון הנושא.

דרך נוספת לעקוף את דבר המחוקק נמצאת בפרשנות תכליתית יצירתית, הסותרת חזיתית את כוונת המחוקק, כפי שזו הובעה בעת שחוקק את החוק או בעת שתיקן חוק קיים. כך רוקן ביהמ"ש מתוכן את סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת, שנועד למנוע את בחירתם של חברי כנסת תומכי טרור ומפלגות שאינן מכירות במדינת ישראל כמדינת העם היהודי. מדובר בטעם קיומה (ה- *raison d'être*) של ישראל, איננו כובשים בארצנו, שטחי יו"ש אינם כבושים (עמדתה הרשמית של המדינה כפי שנמסרה ל-ICRC) וכך גם כתב המנדט, שבו הובטחו זכויות לאום לעם היהודי. לאחרים הובטח שוויון זכויות אזרחי ודתי. הזכויות הלאומיות של העם היהודי על פי המנדט אושררו גם בסעיף 80 למגילת האו"ם. ביהמ"ש העליון דהעידנא נוטה למדינת כל אזרחיה ומכאן גישתו לחוק יסוד הלאום, לאי גירוש מסתננים, לאיחוד משפחות לא רק ליהודים, וכל כיו"ב.

מאחר שלעליון בישראל, בשונה מהמצב בדמוקרטיות מערביות, זכות וטו בקביעת השופטים שיצטרפו לשורתיו, הפך ביהמ"ש לגוף פוליטי לכל דבר, המשליט את הערכים ההומוגניים של חבריו על הרוב.

**הביקורת:** אנו ממנים שופטים ע"פ מומחיותם בדיון. אין להם מומחיות וגם לא עדיפות על פני הציבור ונבחריו במוסר או בערכים. התפקיד שהם ממלאים בעת שהם פוסלים חוקים הוא תפקיד לא שיפוטי וקריאת נימוקיהם מוכיחה. אדרבה, ככל שמדובר בזכויות הפרט, לצערי ביהמ"ש נתנו גושפנקה להפרתן ברגל גסה – ממעצר קטינות לתקופות ממושכות בעת ההתנתקות לחדירה לרשות הפרט בין היתר ע"י רוגלות, להדלפות בלתי פוסקות ע"י רשויות האכיפה המזהמות את החקירה, אין הגנה אמיתית לזכויות עצורים וחשודים, וגם לא ניתן יחס הולם לדרישת חוק היסוד לאישור מוקדם של היועמ"ש לחקירת רה"מ. צא"פ שניתנו בעניין הסוהרות שסרסרו בהן, בעניין הפרות הפרטיות בידי גופי האכיפה ופרשת הפדופילים מנעו הגנה דווקא מהצדדים החלשים. לגבי הטענה שהכנסת עלולה להאריך כהונתה עד אינסוף – אם אכן תהיה כנסת שתעשה זאת שום בימ"ש לא יעמוד בפרץ.

**התיקונים הנדרשים:** להתנהלות בג"ץ אין אח ורע בדמוקרטיות מערביות. משנה לשנה הציבור מאבד את אמונו ברשות השופטת הנראית לו כמוסד פוליטי נוסף של "פוליטיקאים בגלימה", שבראו לעצמם את הסמכות להתייחס לדבר המחוקק כחומר ביד היוצר. במקום להשכין שלום הם מרבים סכסוכים ומעמיקים פערים בחברה.

בהעדר חוקה, מלכתחילה סברתי שהפתרון הראוי ימצא בהוראת חוק מפורשת הקובעת שאין ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת ובשינוי שיטת מינוי השופטים. בנוסף, ככל שפרשנות ביהמ"ש סוטה מכוונת המחוקק, ראוי שהכנסת תחוקק ברוב רגיל חוק שיבהיר את כוונתה. לביהמ"ש העליון בישראל תפקיד חשוב ביותר בקביעת תקדימים מחייבים בכל תחומי המשפט. לא נתקבלה עמדה זאת, היתה הפוליטיזציה

מוצאת מבית המשפט, ובמקום לחפש מועמדים לשפיטה לפי היותם "שמרנים" או "אקטיביסטים" (עניין שלא בהכרח מוכיח את עצמו לאחר המינוי), ניתן היה להתמקד בבחירת השופטים הטובים ביותר מצד מומחיותם בתחומי המשפט השונים – המשפט האזרחי, המשפט הפלילי, המשפט המנהלי, דיני מיסים וכל כיו"ב, וכך לבצר את מעמדו כפוסק אחרון המיישב סכסוכים ומחלוקות בדרכי שלום על פי דין. גם הזמן היקר של בית המשפט יוקדש לפיתוח שיטת המשפט הישראלית בכל התחומים, כמקובל במדינות ששיטת המשפט הנוהגת בהן היא שיטת המשפט המקובל. הדבר חיוני במיוחד לאור העובדה שבישראל רק בית המשפט העליון כותב הלכות פסוקות, תקדימים המחייבים את כל הערכאות פרט לעליון עצמו, ומן הראוי לחייב אותו לדון בסוגיות שבהן יש ספק לגבי הדין בשל מחלוקות בפרשנות בין בתי המשפט המחוזיים. בהקשר זה חשוב לזכור שהמשפט האזרחי ודיני התחרות הם מגילת הזכויות הכלכליות של אזרח בחברה ליברלית והמשפט הפלילי עוסק בדיני נפשות ממש. בתחומים אלה וגם בתחומים האחרים, דוגמת דיני מיסים, האזרח זקוק לוודאות סבירה, המושגת בשיטת המשפט שלנו באמצעות התקדימים שבית המשפט העליון אמור להקדיש להם את זמנו.

אך כשאני קוראת את הצעת החוק הנידונה בוועדה היום, אני מוצאת שגם בעניין זה התאמצה הוועדה להציע פשרה ראויה. אם כל 15 השופטים של העליון יפסקו פה אחד שחוק מסוים סותר חוק יסוד, וכאשר אין אפשרות לפסוק כך לגבי חוק בו נאמר במפורש שהוא תקף על אף האמור בחוקי היסוד והחוק הכולל את הוראת ההתגברות התקבל ברוב חברי הכנסת בקריאה הראשונה, השניה והשלישית, וטרם חלפה שנה מסיום תקופת כהונתה של הכנסת שחוקה את החוק, ואם חלפה שנה – הכנסת החדשה אישרה בהחלטה ברוב חבריה, את החוק הכולל את הוראת ההתגברות. בעניין זה, אני מקבלת את דעתם של מי שסברו שעדיף רוב מיוחס, של 13 מתוך 15 השופטים, וגם להשאיר את ההתגברות בדיעבד, כפי שהוצעה בתזכיר שהציג השר יריב לוין. בוודאי שכל עוד אין איזון בבית המשפט העליון, יש צורך לדרוש שההתגברות, בין מראש ובין בדיעבד, תהיה ברוב 61. כמוצע בהצעתו של השר לוין, ההתגברות בדיעבד תהיה תקפה למשך ארבע שנים, או עד לתום שנה מתחילת כהונת הכנסת הבאה, שתוכל לבחון אותה מחדש ואם תבחר להתגבר שוב על הפסיקה – התגברות זאת תהיה קבועה. רק אם פסל בית המשפט פה אחד חקיקה ראשית, רק הכנסת הבאה אחריה תוכל להתגבר על הפסיקה ברוב 61 חבריה ואז ההתגברות תהיה קבועה.

מאחר שבית משפט בערכאה נמוכה יותר שנטענה בפניו טענה שהוראת חוק סותרת את חוק היסוד ולדעתו אכן כך המצב, יהיה חייב לפנות לבית המשפט העליון בשאלתא מנומקת, המבארת בפרוטרוט מדוע לדעתו קיימת סתירה כזאת. נשיא בית המשפט העליון יהיה מוסמך לדחות את הבקשה, אך קבלתה תחייב את הדיון במליאת בית המשפט.

## עילת הסבירות

עילת הסבירות במקורה, וכפי שהיא עד היום באנגליה, התייחסה לביטול מעשה הרשות כאשר הוא כל כך לא סביר ששום רשות סבירה לא היתה נוהגת כך. בארה"ב מדובר בפעולה שרירותית וגחמנית, arbitrary and capricious. בארץ, במסגרת המהפכה החוקתית, העילה הרחבה למעשי הרשות שהם חוקיים וניתן להצדיק אותם בשיקולים סבירים אך בעיני בית המשפט הרשות לא איזנה כראוי בין השיקולים השונים. כך קרה בימים האחרונים ממש בעניין השר דרעי, שמינויו היה חוקי לפי חוק יסוד: הממשלה (וזאת גם לפני התיקון). למרות זאת, חמישה שופטים סברו שאף כי היו לרה"מ שיקולים חשובים שיכלו להצדיק את המינוי – תמיכתם של 400,000 מצביעי ש"ס והיותה המפלגה השניה בגודלה בקואליציה, אך מצד שני הם מצאו

שיקולים שונים שנראו להם חשובים יותר. מהרגע שנמצאו שיקולים סבירים המצדיקים את המינוי אין לומר שמדובר באי סבירות קיצונית, אלא בסבירות בעיני המתבונן, מה שנראה סביר לשופט. את עילת הסבירות הזאת יש להחריג במפורש ולקבוע שאין לה תחולה לא לגבי פסילת חוקים ולא לגבי פסילת פעולתה של הרשות המנהלית.

באשר למידתיות, בית המשפט העליון מתייחס למידתיות כמו לסבירות. כך היה בחוק הגיוס, כאשר בית המשפט הסתפק באמירה כללית, כביכול בית המשפט לא מצא קשר רציונלי בין הוראות החוק למטרותיו. אך כאשר מחילים אותה כראוי, כפי שעושים במדינות בהן היא מקובלת (גרמניה, ממנה היא זלגה למשפט האיחוד האירופי) היא עילה מדויקת בהרבה. היא באה לאזן פגיעה **בזכות יסוד מוכרת בדין שיש לאדם הנפגע ממעשה הרשות**. אין מחילים אותה לבקשת עותרים ציבוריים, שלא קיימים בשיטות משפט אחרות כדרך שהם מוכרים בישראל.

למידתיות, במדינות בהן מסתמכים עליה בביקורת שיפוטית, שלושה תנאים – הפעולה של הרשות צריכה להיות הולמת מטרה לגיטימית של החוק המסמיק, היא צריכה להיות חיונית להשגת המטרה (כלומר, שאין אמצעי מכביד פחות שהיה משיג את המטרה) והיא צריכה להיות מידתית במובן הצר, קרי שיתרונותיה עולים על חסרונותיה. בחינה מדוקדקת של הפסיקה במדינות שבהן מחילים את עקרון המידתיות מצביעה על כך שאין שום דמיון בין הסבירות והמידתיות, כפי שאלה מוחלות על ידי ביהמ"ש העליון בישראל, לבין המידתיות כפי שהיא מוחלת שם באופן מדוקדק. יש להגדיר את המידתיות בחוק ולדרוש מביהמ"ש שבעת שהוא מעביר ביקורת שיפוטית, יבחן את כל חלקיה.

לענ"ד, ראוי להגדיר כרשימה סגורה את העילות המוכרות במשפט המנהלי לביטול מעשה הרשות במפורט – חריגה מסמכות, שיקולים זרים, אי הבאה בחשבון של שיקולים רלוונטיים, איסור משוא פנים, וכל כיו"ב. במסגרת זאת ניתן להגדיר גם את המידתיות באופן המפורט לעיל.

בנוסף, ראוי להגביל את זכות העמידה לאדם שנפגע במישרין מפעולת הרשות, אלא אם כן המחוקק קבע במפורש בדבר חקיקה זכות עמידה לעותר ציבורי, שאם לא כן קיים חשש סביר שבית המשפט העליון יקדיש זמן שיפוטי יקר ורב במידה לא סבירה לשאלות אלה, במקום לעסוק בתפקידו המרכזי בפיתוח שיטת המשפט הישראלית, שתהיה בה ודאות סבירה בכל תחומי המשפט לרווחת כלל התושבים.

לסיכום, אני משוכנעת שלאחר שהתיקונים המוצעים ברפורמה יועברו בחקיקה, כנסת אחרת לא תשנה בהם דבר, כי כל ממשלה תהיה מעוניינת בחיזוק המשילות, מחד גיסא, ובבית משפט המבצע את מלאכת הביקורת השיפוטית באופן ראוי כמקובל בדמוקרטיה מערבית מתוקנות.

מכאן איחוליי לשר יריב לוין וליו"ר הוועדה ח"כ שמחה רוטמן, שבעה"ת תעשו ותצליחו!