

בג"ץ 70854-03-25, 70743-03-25, 70604-03-25
71555-03-25, 70827-03-25, 70880-03-25
4230-04-25, 75902-03-25, 73703-03-25

בבית-המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

השלמת טיעון מטעם המשיבות 1-3 (הכנסת)

התנועה למען איכות השלטון בישראל

באמצעות ב"כ, עו"ד ד"ר אליעד שרגא ואח'
רח' יפו 208, ירושלים 9131303
טלפון: 02-5000073; פקס: 02-5000076; דואל: office@mqq.org.il

העותרת

בבג"ץ 70604-03-25

22-1. חיה ארז ואח'

באמצעות ב"כ, עו"ד חגי קלעי ואח'
רח' מזא"ה 22, תל אביב – יפו
טלפון: 03-9070770; פקס: 03-9070771

העותרים

בבג"ץ 70743-03-25

משמר הדמוקרטיה הישראלית

באמצעות ב"כ, עו"ד יובל יועז ואח'
דרך אבא הלל 12 (מגדל חוגי) רמת גן
טלפון: 03-6961011; פקס: 03-6961021; מייל: mishmar.dem@gmail.com

העותרת

בבג"ץ 70827-03-25

האגודה לזכויות האזרח בישראל

באמצעות ב"כ, עו"ד גיל גן מור ואח'
איתמר בן אבי"י 9, תל אביב – יפו
טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165; מייל: gil@acri.org.il

העותרת

בבג"ץ 70854-03-25

1. חה"כ קארין אלהרר

2. חה"כ יואב סגלוביץ'

באמצעות ב"כ, גזית-בקל עורכי דין
רח' הארבעה 30, תל אביב
טלפון: 03-6733331; פקס: 03-6733338; מייל: office@gbc-law.co.il

העותרים

בבג"ץ 70880-03-25

1. לשכת עורכי הדין בישראל

2. ראש לשכת עורכי הדין בישראל

באמצעות ב"כ, עו"ד נדב ויסמן ואח'
מיתר, עורכי דין
אבא הלל סילבר 16, רמת גן
טלפון: 03-6103100; פקס: 03-6103111; מייל: meitar@meitar.com

העותרים

בבג"ץ 71555-03-25

יובל רכבי ו-19 ואח'

באמצעות ב"כ, עו"ד דפנה הולץ-לכנר ואח'
מגדל המוזאון, ברקוביץ' 4, תל אביב – יפו
טלפון: 077-2040881; פקס: 077-2040882; מייל: lechner@publiclaw.co.il

העותרים

בבג"ץ 73703-03-25

האקדמיה למען ישראל דמוקרטית ו-58 ואח'

באמצעות ב"כ, עו"ד רונן ברומר
ש. הורוביץ ושות', עורכי דין
רח' אחד העם 31, תל אביב – יפו
טלפון: 03-5670666; פקס: 03-5660974

העותרים

בבג"ץ 75902-03-25

סיעת הדמוקרטים בראשות יאיר גולן

באמצעות ב"כ, עו"ד עומרי שגב ואח'

שד' שאול המלך 8 (בית אמות משפט) תל אביב – יפו

טלפון: 074-7759600; מייל: 074-7759602; מייל: omri@yselaw.co.il

העותרת

בבג"ץ 4230-04-25

- נ ג ד -

1. הכנסת

2. ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

3. היועצת המשפטית של הכנסת

באמצעות הלשכה המשפטית של הכנסת

משכן הכנסת, קריית בן גוריון ירושלים, 9195016

טלפון: 02-6408650; פקס: 02-6496801, מייל: arkaot@knesset.gov.il

4. היועצת המשפטית לממשלה

5. שר המשפטים

6. שר החוץ

7. הנהלת בתי המשפט

המשיבים 4 ו-7 באמצעות פרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים 91010

טל': 073-3925511; פקס: 02-6467001; מייל: HCJ-dep@justice.gov.il

8. ממשלת ישראל

המשיבים 5-6 ו-8 באמצעות ב"כ, עו"ד ד"ר יעקב בן-שמש ועו"ד אפי מיכאלי

מיכאלי ושות', משרד עורכי דין

טלפון: 03-6439911; פקס: 03-6439966

ה מ ש י ב י ם

9. חה"כ שמחה רוטמן

השלמת טיעון מטעם המשיבות 1-3 (הכנסת)

1. עניינן של העתירות, בתוקפם של שני חיקוקים: חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 4) (להלן: **חוק היסוד המתקן**) וחוק בתי המשפט (תיקון מס' 105), התשפ"ה-2025 (להלן: **החוק המתקן**).

2. בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 22.6.26, מתכבדות המשיבות 1-3 (להלן: **הכנסת**) להגיש השלמת טיעון בעניינים שנדונו במהלך הדיון שהתקיים ביום 21.6.26 (להלן: **הדיון**), וזאת כהשלמה לכתב התשובה מטעם הכנסת (להלן: **כתב התשובה**). עניינים אלו יחולקו להלן לארבעה פרקים, בהתאם לארבעת החלקים העיקריים של חוק היסוד המתקן:

א. שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים (להלן גם: **הוועדה**);

ב. שינוי דרך בחירת השופטים לערכאות הדיוניות;

ג. שינוי דרך בחירת השופטים לבית המשפט העליון;

ד. מתווה המבוי הסתום.

א. שינוי הרכב הוועדה (סעיף 4(ב) לחוק היסוד)

1. כזכור, עד לחקיקת חוק היסוד המתקן כללה הוועדה שני נציגים שנבחרו על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין (להלן גם: **הלשכה**). בסעיף 4(ב) לחוק היסוד, כפי שתוקן בסעיף 11(1) לחוק היסוד המתקן, הוחלפו שני הנציגים הללו בשני משפטנים הכשירים לכהונה בבית המשפט העליון – אחד נבחר על ידי חברי הכנסת מסיעות הקואליציה, והשני נבחר על ידי חברי הכנסת מסיעות האופוזיציה.
2. בהליכי החקיקה הובאו ארבעה נימוקים לצורך בשינוי זה (ראו סעיפים 164-169 לכתב התשובה):
 - א. נטען כי השתתפותם של נציגי הלשכה בבחירת שופטים כרוכה בניגוד עניינים מובנה ופוגעת בעקרון עצמאות השפיטה;
 - ב. נטען כי הלשכה אינה גוף מקצועי ניטרלי, אלא גוף המעורב בפוליטיקה הארצית, ולכן שני נציגי הלשכה הם למעשה שני קולות נוספים לקואליציה או לאופוזיציה;
 - ג. נטען כי בעבר נציגי הלשכה בוועדה נחשד במינוי שופטים תמורת שוחד, והדבר ממחיש את הסכנות הטמונות במעורבות הלשכה בבחירת שופטים;
 - ד. החלפת נציגי הלשכה במשפטנים מנוסים הנבחרים על ידי חברי הכנסת נדרשת כדי להגדיל את כוחם של נבחרי הציבור ונציגיהם בהרכב הוועדה.
3. בדיון עלו שאלות שונות בעניין זה. כך למשל, עלתה השאלה כיצד החלפת נציגי הלשכה במשפטנים אחרים תפתור את בעיית ניגוד העניינים, ונציגי הלשכה אף טען כי הלשכה היא הגוף היחיד המחזיק במידע ארצי על התנהלות השופטים ועל מקצועיותם, ולכן שותפות הלשכה בבחירת שופטים חיונית לבחירת שופטים מקצועיים. לשאלות אלה ניתנו תשובות שונות בדיוני הוועדה, אולם לעת הזו נדגיש כי השאלה שבמוקד הדיון אינה אם שותפותם של נציגי הלשכה בוועדה תורמת לפעילותה. השאלה הרלוונטית היא אם מעורבות הלשכה בבחירת שופטים היא חלק אינטגרלי מליבת גרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, כך שהחלפת נציגי הלשכה במשפטנים בכירים הנבחרים על ידי נציגי ציבור שוללת את ליבת הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל.
4. כאמור, אחת ממטרות שינוי הרכב הוועדה היה להגדיל את כוחם של נבחרי הציבור ונציגיהם בהרכב הוועדה. גם בהקשר זה, נדגיש כי השאלה אינה אם הרכב הוועדה החדש מוצלח יותר או טוב יותר מהרכב הקודם. השאלה שעל בית המשפט הנכבד להכריע בה היא: האם הרכב החדש של הוועדה – הכולל 4 נציגים הנבחרים על ידי חברי כנסת מסיעות הקואליציה (ש אחד מהם משפטן בעל ניסיון), 3 שופטי בית המשפט העליון, ו-2 נציגים הנבחרים על ידי חברי כנסת מסיעות האופוזיציה (ש אחד מהם משפטן בעל ניסיון) – שולל את ליבת הגרעין הדמוקרטי של מדינת ישראל. כפי שפורט בכתב התשובה, דין טענות אלה להידחות, שכן הרכב הוועדה שנקבע בחוק היסוד המתקן אינו פוגע בגרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל ברמה המצדיקה פסילת חוק יסוד.
5. לעניין זה נדגיש נקודה נוספת. כפי שצוין בכתב התשובה, המבחנים שנקבעו על ידי בית המשפט הנכבד בפסק הדין **בעניין הסבירות** לזיהוי יתיקון חוקתי שאינו חוקתי – מתמקדים בהסדר החוקתי עצמו. אם חוק-יסוד אינו שולל את גרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל – אזי אין מקום להתערבות שיפוטית בו, גם אם בית המשפט הנכבד סבור שההסדר שהוא מחליף היה עדיף. הכרעת בית המשפט הנכבד כי נתונה לו סמכות לקיים ביקורת על-חוקתית על חוקי יסוד אינה חובשת על ראשו את כובע הרשות המכוננת. הסמכות לקבוע

את חוקי היסוד של מדינת ישראל נתונה בידי הכנסת, ובידה שיקול הדעת אם להותיר הסדר קיים על כנו או לשנותו. כל עוד ההסדר שהיא קובעת אינו שולל את גרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל – אין לפוסלו.

6. למעלה מן הצורך, וכדי שלא להותיר את השאלות דלעיל ללא תשובה, נתייחס אליהן בקצרה:

א. **באשר לשאלה כיצד החלפת נציגי הלשכה במשפטים אחרים תפתור את בעיית ניגוד העניינים –**

אכן, כל מעורבות של עורכי דין בבחירת שופטים עשויה לעורר חשש לניגוד עניינים אישי ולפגיעה בעצמאות השפיטה; אולם חברי הכנסת שתמכו בהצעת חוק היסוד המתקן סברו שכאשר עורכי הדין הללו הם נציגים של הלשכה – האיגוד המקצועי המאגד את כל עורכי הדין – החשש גדול יותר, שכן הם עצמם נבחרים על ידי עורכי דין אחרים, שיש להם אינטרסים ישירים, כספיים ומקצועיים בהחלטות השופטים הנבחרים על ידי הוועדה. יש בעייתיות מיוחדת במעורבות המאורגנת של עורכי דין בבחירת שופטים, ובעירוב בין הפוליטיקה הפנימית של הלשכה לבין בחירת שופטים, וזו אחת הסיבות לכך שהוחלט שנציגי הלשכה לא יהיו חברים בוועדה.¹

ב. **ובאשר לטענה כי הלשכה מחזיקה במידע ארצי על התנהלות השופטים ועל מקצועיותם, ולכן**

שותפותה בבחירת שופטים חיונית לבחירת שופטים מקצועיים – אין חולק על הידע המאורגן הרב המצוי בידי הלשכה בעניין התנהלות השופטים ומקצועיותם (מעבר למידע פומבי רב הקיים בעניין זה), ואכן ראוי כי הלשכה תשתף את המידע שבידה עם הוועדה לבחירת שופטים גם לאחר שלא יהיו לה נציגים בה. בדומה לגופים אחרים שיש בידיהם מידע רב משמעות הנוגע לבחירת שופטים (דוגמת נציב תלונות הציבור על שופטים ומשטרת ישראל), גם הלשכה תוכל לסייע לוועדה ולהעביר באופן סדור מידע רלוונטי על השופטים המועמדים לקידום מבלי שיהיה לה נציג בוועדה, וזאת מבלי שיתעורר חשש לניגוד עניינים ולפגיעה בעצמאות השפיטה ברמה דומה למצב שבו נציגי הלשכה חברים בוועדה ומחליטים על קידום שופטים מכהנים.

ב. **דרך בחירת השופטים לבית המשפט העליון (סעיף 4(ה) לחוק היסוד)**

7. עד לחקיקת חוק היסוד המתקן נבחרו שופטי בית המשפט העליון ברוב מיוחס של 7 מתוך 9 חברי הוועדה. בסעיף 4(ה) לחוק היסוד, כפי שתוקן בסעיף 1(3)(ה) לחוק היסוד המתקן, נקבע כי שופטי בית המשפט העליון ייבחרו ברוב רגיל, של 5 מתוך 9 חברי הוועדה, ובלבד שרוב זה יכלול נציג אחד שנבחר על ידי חברי הכנסת מסיעות הקואליציה ונציג אחד שנבחר על ידי חברי הכנסת מסיעות האופוזיציה.

8. בהליכי החקיקה הובאו שני נימוקים עיקריים לצורך בשינוי זה (סעיפים 159-163 ו-170-173 לכתב התשובה):

- א. נטען כי אין מקום למתן זכות וטו לשופטי בית המשפט העליון על בחירת שופטים נוספים לבית המשפט העליון;
- ב. נטען כי בחירת שופטים לבית המשפט העליון צריכה להיעשות בהסכמה רחבה, ברוב הכולל חברי ועדה שנבחרו על ידי נבחר ציבור מהקואליציה ומהאופוזיציה.

¹ ראוי אולי לדמות קושי זה לקושי שהוצג בעבר על ידי נציגות השופטים ביחס ל'משוב השופטים' שנערך על ידי לשעת עורכי הדין: החשש שמא עורך דין 'יתנקם' בשופט בשל פסק דין לחובת לקוחו, והחשש המקביל שמא שופט ייטה לפסוק לטובת צד המיוצג על ידי עורך דין שיש לו מהלכים אצל הוועדה לבחירת שופטים. על 'משוב השופטים', ראו: אריאל רוזנברג, "זה הקטן – גדול יהיה": ניבוי התקדמות שיפוטית באמצעות משוב השופטים", צפוי להתפרסם בכתב העת **משפטים** נה (<https://lawjournal.huji.ac.il/article/12/2006>);

9. **בדיון עלה החשש כי דרך בחירת השופטים לבית המשפט העליון תוביל לבחירת שופטים 'שיש על מצחם שבב פוליטי'.** לפי חשש זה, זכות הווטו ההדדית תביא ל'עסקאות' הכוללות בחירת שופטים המועדפים על הקואליציה ושופטים המועדפים על האופוזיציה (או אף ל'עסקאות' רחבות יותר, שאינן כוללות בחירת שופטים בלבד), וכך כל שופט יהיה מזוהה עם צד פוליטי מובהק.
10. ראשית נציין כי ייתכן שהחשש לזיהוי ציבורי של שופט עם חברי הוועדה שתמכו בבחירתו הוא אחד מהטעמים העומדים בבסיס כלל 15 לכללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984 (להלן: **כלל 15**), הקובע כי דיוני הוועדה העוסקים במועמדים פרטניים הם סודיים. כלל זה אושר בפסיקה עקבית של בית המשפט הנכבד (ראו: בג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661 (1993); בג"ץ 2283/07 פורום משפטי למען ארץ-ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים, 5.5.08 [להלן: **עניין הפורום המשפטי**]; בג"ץ 8756/07 מבוי סתום נ' הוועדה לבחירת דיינים, 3.6.08; בג"ץ 17686-02-25 לביא נ' הוועדה לבחירת שופטים, 9.2.25). אכן, הניסיון מלמד שלא תמיד כלל 15 נשמר. בפסק דין של בית המשפט הנכבד הוזכר לפחות מקרה אחד שבו ראש לשכת עורכי הדין הפר את חובת הסודיות והעביר מידע על דיוני הוועדה (בג"ץ 1580/99 כלוף נ' הוועדה לבחירת שופטים, 14.3.99), וכבר ציין כב' השופט רובינשטיין כי "דומה שלא תמיד הקפידו הכל על כיבודו של כלל 15" (**עניין הפורום המשפטי**).
11. החשש לזיהוי פוליטי של שופטים אינו מבוטל, אך הוא קיים גם כיום, ולא רק ביחס לשופטים. כל אדם הנושא בתפקיד שלטוני בכיר, הממונה לתפקידו במנגנון שאינו אקראי, נושא על מצחו 'שבב' שעליו חרוטים שמות האנשים שבחרו בו – בין אם מדובר בתפקידים בכירים ממנו ובין אם מדובר בבחירי ציבור. אותו אדם מצוה להתנתק לאחר מינויו מהמחויבות לאלו שמינוהו, למלא את תפקידו באופן אובייקטיבי, ניטרלי, ממלכתי ומקצועי, ולהפעיל את שיקול דעתו בהתעלמות מה'שבב' שעל מצחו. האופן שבו ימלא אותו אדם את תפקידו, יושרו, יושרתו ורמת האמון הציבורי בו – הם שיכריעו אם ייזכר לדורות כדמות ממלכתית וראויה או כמרינוטה של האנשים שמינוהו לתפקידו. כך באשר לממונים למשרות מינהליות חשובות, ועל אחת כמה וכמה שכך באשר לשופטים.
12. גם כיום, בהתאם לחוק היסוד בטרם תיקונו, בחירת שופטים לבית המשפט העליון נעשית ברוב מיוחס של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה. משמעות הדברים היא שאין אפשרות למנות שופט לבית המשפט העליון בלי הסכמתו של לפחות שר אחד או חבר כנסת אחד מסיעות הקואליציה. כל שופטי בית המשפט הנכבד נבחרו לתפקידם במנגנון זה, וקיימים פרסומים עיתונאיים עקביים המדווחים על זהות חברי הוועדה שתמכו ושהתנגדו לבחירתו של כל שופט. ובכל זאת, שופטי בית המשפט העליון דהיום אינם נושאים על מצחם 'שבב פוליטי', ועצמאותם השיפוטית לא נפגעה עקב העובדה שהדרך לרוב המיוחס הייתה כרוכה, על פי אותם פרסומים עיתונאיים, בהסכמות של 'שופט תמורת שופט'. ייתכן שאמון חלק מהציבור במערכת המשפט נפגע בגלל הפרסומים על תמיכת נבחר ציבור מטעם הקואליציה במועמד פלוני ועל תמיכת השופטים במועמד אלמוני; אולם כאמור לעיל – בכל מנגנון בחירת שופטים, שאינו אקראי ושסודיותו אינה נשמרת, קיימת אפשרות לזיהוי של שופט עם חברי הוועדה שתמכו בבחירתו. כך כיום, וכך לאחר אישור חוק היסוד המתקן.
13. סעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה קובע כי "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה זולת מרותו של הדין". השופטים מצוים להתנתק לאחר מינויים מהגורמים שפעלו לבחירתם, להישמר מפני מצב שבו רצונם להתקדם ישפיע על החלטותיהם השיפוטיות, ולשפוט בהתאם לדין ולמיטב הכרתם השיפוטית בלבד. אם שופט נבחר לבית המשפט העליון בקולותיהם של נבחר ציבור – אסור לו להכיר להם פנים כאשר הוא יושב

בדין. אם נציגי לשכת עורכי הדין הם שקידמוהו – עליו להתעלם מכך בעת שהם או חבריהם מופיעים לפניו. גם אם שופט נבחר או קודם בקולותיהם של שופטים החברים בוועדה – אסור לו להתחשב בכך כאשר הוא יושב לצדם בהרכב. ה'שבב' שעל מצח השופט הוא בלתי-נמנע, אולם מבחינתו של השופט – שבב זה צריך להיות שקוף. ואם חס וחלילה שופט חוטא לחובתו ופועל מתוך מודעות לשבב זה – עצמאותו השיפוטית נפגעת ללא קשר לתהליך שבו הוא נבחר, ובין אם התומכים בו היו נציגי ציבור, עורכי דין או שופטים.

14. העותרים טוענים כי אמון הציבור במערכת המשפט ייפגע ככל שמעורבות נציגי הציבור בבחירת השופטים תגדל. לצד זאת, יש לזכור שמרבית חברי הכנסת – המייצגים את רוב החברה הישראלית – סברו שאמון הציבור במערכת המשפט נפגע דווקא בשל מעורבות שופטי בית המשפט העליון בבחירת שופטים נוספים לבית המשפט העליון. כל מנגנון לבחירת שופטים כרוך בחשש מוצדק או בלתי מוצדק לפגיעה באמון הציבור בעצמאות השיפוטית, ולא ניתן להפיג חשש זה באופן מלא. תפקודו המקצועי והאובייקטיבי של שופט אינו תלוי בדרך בחירתו, וכפי שציין כב' השופט כשר בדין – קיימות בדין ערובות רבות לעצמאות השיפוטית, שאינן תלויות בדרך בחירת השופטים, כגון כהונתו הבלתי-קצובה, חוסר היכולת לפטרו וכד'. כאשר שופט פועל בצורה מקצועית וישרה, הסיכוי לזיהוי עם גורם שהיה מעורב במינויו – פוחת, וְהַאֲמָתַת וְהַאֲמָתַת וְהַאֲמָתַת.²

15. בדין עלה החשש כי החלשת מעמדם של שופטי בית המשפט העליון בבחירת שופטים נוספים של בית המשפט העליון תפגע במקצועיות השופטים המתמנים. ראשית נציין כי בדיוני ועדת החוקה עלתה שוב

ושוב הטענה שכבר הוזכרה, שלפיה מעורבותם של שופטי בית המשפט העליון בבחירת שופטים נוספים לבית המשפט העליון גרמה לפיחות באמון הציבור במערכת המשפט.³ בנוסף, עלתה בוועדה גם הטענה שזכות הווטו של שופטי בית המשפט העליון על בחירת שופטים נוספים לבית המשפט העליון מקדמת הומוגניות בבחירת שופטים, ואילו הגדלת כוחם של נציגי הציבור בבחירת השופטים תורמת למינוי שופטים מגוונים מבחינה מגזרית, מבחינה סוציו-אקונומית ומבחינת מדיניות השיפוטית.⁴ על כן, גם אם נניח שרמת המקצועיות של השופטים המתמנים תרד (והנחה זו, כפי שנסביר מייד, אינה נקייה מספקות), חוק היסוד המתקן משקף את העמדה שראוי לשלם מחיר זה תמורת הגדלת אמון הציבור במערכת המשפט ותמורת

² לעניין זה נוסף כי כיום יש לנציגי הקואליציה זכות וטו, לצד השופטים, על מינוי שופטים לבית המשפט העליון, ואילו לנציגי האופוזיציה אין זכות וטו דומה. אם החשש שמעלים העותרים מבוסס – כלומר, אם אכן קיים חשש ששיקולי קידום ישיעו, ולו בעקיפין, על שופט שינסה 'למצוא חן' בעיני צד פוליטי מסוים – הרי שחשש זה מתקיים ביתר שאת במצב הקיים כיום, שבו שופט יכול להגדיל את סיכוייו לקידום באמצעות פסיקה 'מוטת קואליציה'. חוק היסוד המתקן דווקא מקהה חשש זה, ולא מחריף אותו, בכך שהוא מעניק זכות וטו זהה גם לנציגי האופוזיציה. מעתה, שופט שינסה 'לקרר' לצד פוליטי מסוים – יסתכן בכך שהוא יהפוך ל'סדין אדום' בעיני הצד הפוליטי השני. ניתן אפוא לטעון שדווקא בהתאם לחוק היסוד המתקן, רק פסיקה ניטרלית, אובייקטיבית והגונה תגדיל את סיכוייו של שופט לזכות לקולותיהם של רוב חברי הוועדה הכולל לפחות נציג אחד המזוהה עם הקואליציה ונציג אחד המזוהה עם האופוזיציה.

³ כפי שנאמר בדיון, פחות זה אינו ייחודי למערכת המשפט, וניתן לומר באופן כללי שאמון הציבור במערכות הממשל – ירד. אך יש לזכור שאובדן אמון הציבור במערכת המשפט חמור יותר מאובדן אמון הציבור במערכות שלטוניות אחרות. הלגיטימיות הדמוקרטית של הרשות המחוקקת אינה נשענת על רמת אמון הציבור בחברי הכנסת, אלא על כך שהציבור בוחר את חברי הכנסת בבחירות דמוקרטיות מדי ארבע שנים לכל היותר. גם הלגיטימיות הדמוקרטית של שרי הממשלה אינה מבוססת על אמון הציבור, אלא על כך שהממשלה פועלת מכוח אמון הכנסת (סעיף 3 לחוק-יסוד: הממשלה). בנוסף, במציאות של קיטוב פוליטי, טבעי שהציבור רוחש אמון רק לחברי הכנסת שהוא בחר בהם, ואין לו אמון בחברי כנסת מהמפלגות היריבות. לעומת זאת, הלגיטימיות הדמוקרטית של הרשות השופטת מבוססת כל כולה על אמון הציבור בכך ש"ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן, אובייקטיבי, ניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים, וללא נטייה" (דנ"פ 5567/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 601 (2000)). מסיבה זו, "אמון הציבור הוא תנאי להכרה בתוקף ההכרעה השיפוטית וסדקים בו מערערים את עצם הלגיטימציה של העשייה השיפוטית ואת יכולתה של מערכת המשפט למלא את תפקידה החיוני במדינה הדמוקרטית" (בג"ץ 6301/18 השופטת כץ נ' שרת המשפטים, 27.12.18); ואם לא די בכך – "ידועה אמרתו של דה בלוז, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה" (בג"ץ 732/84 חה"כ צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141 (1986)).

⁴ בדיון נטען שנדרש גיוון גם בעמדה הפוליטית של השופטים, ושלשם כך ראוי לברר מראש את עמדותיהם הפוליטיות של המועמדים לשפיטה. בדיוני הוועדה אין זכר לעמדה כזו, והגיוון שדובר עליו התייחס למישורים שצוינו למעלה.

מינוי שופטים מגוונים המשקפים מגזרים שונים בחברה הישראלית ועמדות שונות מבחינת המדיניות השיפוטית. כפי שרשות מינהלית סבירה חייבת לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים ולתת לכל אחד מהם את המשקל הנכון, כך גם חברים סבירים בוועדה לבחירת שופטים חייבים לשקול את מכלול השיקולים הרלוונטיים – ולא את שיקול המקצועיות בלבד, ולתת לכל אחד מהם את המשקל הנכון.

16. שנית – שלושת שופטי בית המשפט העליון נותרו חברים בוועדה לבחירת שופטים, ויש לשער שלעמדותיהם באשר לבחירת שופטים לבית המשפט העליון תהיה משמעות רבה. לשלושת השופטים יש גם זכות וטו על בחירת שופטים לערכאות הדיוניות, והם יוכלו לעשות שימוש בזכות זו כדי להשפיע גם על בחירת שופטים לבית המשפט העליון (כשם שכיום חברי ועדה יכולים לעשות שימוש בזכות הווטו שלהם על בחירת שופטים לבית המשפט העליון כדי להשפיע גם על בחירת שופטים לערכאות הדיוניות). כך או כך, חבר ועדה ללא זכות וטו אינו זבוב על הקיר, ויש לו השפעה על החלטותיה.

17. נוסף כי זכות הווטו הנתונה לשופטים בבחירת שופטים לבית המשפט המחוזי משפיעה גם על הרכב בית המשפט העליון, שכן בהתאם לסעיף 25(ב) לחוק בתי המשפט, שני שלישים לפחות משופטי בית המשפט העליון יהיו שופטים שניהנו בבית משפט מחוזי במשך לפחות 5 שנים. שופטים אלה נבחרו בהסכמת שופט אחד לפחות שסבר שהם מקצועיים דיים כדי לכהן כשופטי בית משפט מחוזי.

18. ושלישית – המחוקק סבר שהרצון למנות לבית המשפט העליון שופטים מקצועיים משותף לכל חברי הוועדה. בניגוד לטענת העותרים, רצון זה אינו עומד בסתירה לרצון להגביר את הגיוון בבחירת השופטים. בחירת שופטים אינה נעשית על בסיס אמת מידה אחת בלבד, אלא תוך שילוב של אמות מידה רבות. שופט שהוא מקצועי לעילא ולעילא עשוי שלא להיבחר אם יחסו למתדיינים אינו ראוי, אם הנתונים הסטטיסטיים של פעילותו מלמדים שהוא אינו יעיל, או אם הוא מזוהה ציבורית עם צד פוליטי מסוים ובחירתו תפגע באמון הציבור במערכת המשפט. בדיוני הוועדה נשמעות דעות שונות וניתן הד להיבטים רבים בעניינו של כל מועמד, וכל אחד מחברי הוועדה מתחשב בכלל הנסיבות בבואו להחליט כיצד להצביע. נבחר הציבור החברים בוועדה, כמו השופטים החברים בה, שוקלים שיקולים רבים ומגוונים בבחירת השופטים, והטענה שלנבחר ציבור לא אכפת אם יתמנו שופטים שאינם מקצועיים – לא הוכחה.

19. יש לזכור שבית המשפט העליון משמש הן כערכאת הערעור הבכירה, הן כבית משפט חוקתי. המשפט המשווה מלמד כי במדינות דמוקרטיות רבות בעולם קיימת מעורבות משמעותית של נבחר ציבור בבחירת שופטי הערכאה החוקתית הבכירה. אם הכנסת החליטה לצעוד בדרך זו – לא ניתן לומר שהיא שוללת בכך את גרעין זהותה הדמוקרטי של מדינת ישראל.

20. כפי שכבר ציינו לעיל, בית המשפט הנכבד אינו צריך לדון בשאלה אם המנגנון שנקבע לבחירת שופטים לבית המשפט העליון הוא טוב או לא, ואם הוא עדיף על המנגנון הקיים או נחות ממנו. השאלה העומדת לדיון היא האם זכות הווטו של שופטי בית המשפט העליון על בחירת שופטים נוספים לבית המשפט העליון היא מרכיב הכרחי בגרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל; ולחלופין, האם בחירת שופטים ברוב רגיל של חברי הוועדה, בתנאי שרוב זה יכלול לפחות חבר אחד הנבחר על ידי חברי כנסת מסיעות הקואליציה וחבר אחד הנבחר על ידי חברי כנסת מסיעות האופוזיציה, שוללת את ליבת הגרעין הדמוקרטי של מדינת ישראל. בחינת הוראותיו של חוק היסוד המתקן בראי שאלה זו מובילה למסקנה כי דרך בחירת שופטי בית המשפט העליון

שנקבעה בו אינה שוללת את גרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל ואינה פוגעת בו ברמה המצדיקה פסילת חוק יסוד.

ג. דרך בחירת השופטים לערכאות הדיוניות (סעיף 4(ד) לחוק היסוד)

21. עד לכינון חוק היסוד המתקן, בחירת שופטים לכל הערכאות זולת בית המשפט העליון (להלן: **הערכאות הדיוניות**) נעשתה ברוב רגיל, של 5 מתוך 9 חברי הוועדה. חוק היסוד המתקן אינו משנה כלל זה, אך סעיף 4(ד) לחוק היסוד, כפי שתוקן בסעיף 1(3)(ד) לחוק היסוד המתקן, קובע שהרוב הדרוש לבחירת שופטים לערכאות הדיוניות צריך לכלול לפחות שופט אחד, לפחות חבר ועדה אחד שנבחר על ידי חברי כנסת מסיעות הקואליציה, ולפחות חבר ועדה אחד שנבחר על ידי חברי כנסת מסיעות האופוזיציה.
22. בהליכי החקיקה הובא נימוק אחד מרכזי לצורך בשינוי זה: הרצון לבחור שופטים בהסכמה רחבה, הכוללת שופט וחברי ועדה שנבחרו על ידי נבחר ציבור מהקואליציה ומהאופוזיציה.
23. **בדיון נטען כי זכות הווטו ההדדית תוביל לשיתוק ולא-בחירת שופטים.** על פי טענה זו, חברי הוועדה המחזיקים בזכות וטו עלולים לשתק את הוועדה בכך שלא יסכימו לבחירת שופטים כלל, אלא אם כן ייבחר שופט שהם חפצים ביקרו, וזאת גם אם שאר חברי הוועדה מתנגדים נחרצות לבחירתו.
24. דרישה להסכמה או לשיתוף פעולה בין גורמים שונים אכן עלולה להביא לשיתוק. כך בנושאים משפטיים מן השורה (כאשר סעיף 109(א) לחוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965, מקנה לשר הפנים סמכות להורות כי תכנית טעונה אישורו, עלול הדבר להוביל לשיתוק ולא-אישורן של תוכניות חשובות), וכך בנושאים חוקתיים (דוגמת הסמכת שר המשפטים בהסכמת נשיא בית המשפט העליון למנות נשיאים וסגני נשיאים לבתי משפט שלום ומחוזי [סעיף 9 לחוק בתי המשפט]). לעיתים החוק מצריך הסכמתם של שלושה שרים לעניינים מסוימים, לעיתים התקנת תקנות כרוכה באישור ועדה של הכנסת, ויש מקרים שבהם קבלת החלטה טעונה רוב מיוחס. גם במשפט המשווה, מנגנוני בחירת שופטים כוללים לעיתים קרובות רוב מיוחס או מחייבים הסכמה של רשויות שונות. בכל המקרים הללו – ובמקרים רבים נוספים – הדרישה להסכמה ולשיתוף פעולה עלולה להביא לשיתוק בהפעלת סמכויות חשובות; אולם קיים פער עצום בין סכנת שיתוק לבין שלילת גרעין הזהות הדמוקרטית של מדינת ישראל.
25. גם בהתאם להרכב הוועדה לבחירת שופטים דהיום, הדרישה לרוב מיוחס של 7 מתוך 9 חברי הוועדה לבחירת שופטים לבית המשפט העליון – עלולה להביא לשיתוק. ב"כ היועצת המשפטית לממשלה אמר על כך בדיון שייתכן שבהליך עתידי יבוטל גם תיקון מס' 55 לחוק בתי המשפט. ואכן, זו התוצאה המתבקשת אם ייפסק שכל דרישה להסכמה רחבה פוגעת בגרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל בשל סכנת השיתוק. ההסכמה הרחבה וסכנת השיתוק הן שני צדדיו של אותו המטבע: חוק היסוד מאפשר כיום בחירת שופטים לערכאות הדיוניות ברוב רגיל, ובכך מונע את סכנת השיתוק אך מאפשר בחירת שופטים ללא הסכמת נבחר ציבור החברים בוועדה; ואילו חוק היסוד המתקן מכריח בחירת שופטים לערכאות הדיוניות בהסכמה משולשת רחבה – של חברי ועדה הנבחרים על ידי נבחר ציבור מהקואליציה ומהאופוזיציה ושל שופט – וזאת במחיר הבלתי-נמנע של סכנת שיתוק.

26. האם סכנת השיתוק ודאית? מובן שלא. ההיסטוריה הבלתי-מתועדת של הוועדה לבחירת שופטים מלמדת על בחירת שופטים לבית המשפט העליון מעת לעת, והיא אף מלמדת על שאיפה להסכמות רחבות בבחירת שופטים גם כאשר הדבר אינו מתחייב בחוק. חברי הוועדה חפצים למנות שופטים – הן כדי למלא את תפקידם הסטטוטורי, הן כדי לתת מענה ללחצים המופנים כלפיהם מהנהלת בתי המשפט וממועמדים לשפיטה, והן כדי להשפיע על דמותה של מערכת המשפט ולמנות שופטים ראויים בעיניהם. הרצון לבחור שופטים משותף לכל חברי הוועדה, וודאי לנבחרי הציבור שבתוכה, הפועלים על 'זמן שאול' הנגזר מהנסיבות הפוליטיות הבלתי ניתנות לצפייה, ואינם יודעים אם יהיו חברים בוועדה גם בעתיד. ההנחה שחברי הוועדה יטילו וטו על בחירת שופטים לערכאות הדיוניות, ובכך ישמטו מידם את הכלי שניתן להם להשפיע על זהות השופטים וימנעו במו ידיהם בחירת שופטים ראויים בעיניהם, אינה מבוססת ברמה שיכולה לשמש כבסיס לפסילת חוק או חוק-יסוד.

27. ישאל השואל: כלום ניתן להגן על חוק-יסוד על בסיס השערה עתידית בדבר הגעה להסכמות רחבות? לאמתו של דבר, השאלה הפוכה: כלום ניתן לבסס טענה לפסילת חוק-יסוד על השערה עתידית בדבר שיתוק? לא ניתן לפסול חוק, וודאי שלא ניתן לפסול חוק-יסוד, על בסיס השערות עתידיות בלתי-מבוססות. לכל היותר, אם בית המשפט הנכבד סבור שרמת הוודאות של הספקולציה בדבר השיתוק מצדיקה שקילת פסילת חוק-יסוד, יש להשהות את ההכרעה בעניין זה עד להבהרת התשתית העובדתית הרלוונטית. בדיוק למטרה זו נוסדה דוקטרינת הבשלות. כאשר בית המשפט הנכבד חשש שהעלאת אחוז החסימה תפגע בייצוגיות של הציבור הערבי בכנסת, נקבע שיש לדחות את העתירה בשל היעדר בשלות ולאפשר את הגשתה בעתיד אם החשש יתממש (בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה, 12.3.15). באותה מידה, אם בית המשפט הנכבד סבור שיש חשש כי מנגנון בחירת השופטים לערכאות הדיוניות יביא לשיתוק מתמשך בבחירת שופטים, יש לדחות את העתירות בשל היעדר בשלות ולהמתין לראות אם החשש יתממש. אין מקום לפסילת חוק יסוד על בסיס ספקולציות תיאורטיות עתידיות, שייתכן שלא תתגשמה.

28. ונזכיר כי גם כיום יש שאיפה לבחירת שופטים בהסכמה רחבה, ובדרך כלל שאיפה זו מתקיימת. חוק היסוד המתקן מעגן שאיפה זו, מתוך הכרה בחשיבות שבבחירת שופטים בקונצנזוס רחב.

29. גם ביחס לסוגיה זו נזכיר כי תפקידו של בית המשפט הנכבד אינו לבחון אם דרך בחירת השופטים לערכאות הדיוניות עדיפה או נחותה לעומת הדרך הנהוגה כיום. הכנסת היא הרשות המכוננת, ובידה הופקדו האחריות והסמכות לקבוע את דרך בחירת השופטים. השאלה העומדת לדיון היא האם סכנת השיתוק פוגעת בגרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל ברמה המצדיקה פסילת חוק יסוד. ולשאלה זו – כמו לשאלה זהה המתייחסת למקרים אחרים שבהם דרש המחוקק הסכמה רחבה או רוב מיוחס – התשובה הברורה היא בשלילה (לפחות כל עוד לא הוכח שדרך בחירת השופטים שנקבעה בחוק היסוד המתקן אכן מובילה לשיתוק).

30. **טענה נוספת שנשמעה בדיון היא כי אין מקום להענקת וטו לנבחרי ציבור על בחירת שופטים לערכאות הדיוניות (ונטען גם כי נבחרי ציבור אינם צריכים להיות שותפים לבחירת שופטים לערכאות אלה), שכן המקצועיות – המצויה בידיעתם של השופטים ועורכי הדין בלבד – היא אמת המידה היחידה לבחירתם.** כפי שציין כב' השופט סולברג בדיון, הטענה שנבחרי הציבור אינם שוקלים את מקצועיות השופטים, או שאין להם כלים לשקול את מקצועיותם, אינה בהכרח נכונה. יש להעמיד את נבחרי הציבור החברים בוועדה על חזקתם כי יתייחסו לתפקידם ברצינות, ויערכו את הבירורים הנדרשים בטרם קבלת החלטה על בחירת שופטים. כך באשר לנבחרי הציבור שייבחרו לוועדה, וכך באשר למשפטנים בעלי הניסיון שימונו לה על ידי

נבחר הציבור, שמידת יכולתם לבחון את המקצועיות של השופטים המועמדים לקידום דומה לזו של נציגי לשכת עורכי הדין ושל השופטים.

31. מעבר לכך, הפקדת בחירת השופטים לערכאות הדיוניות בידי שופטי בית המשפט העליון בלבד מעוררת קושי אף היא. כפי שצוין לעיל, חברי הכנסת סברו שמעורבות נבחר ציבור בבחירת השופטים מובילה לגיוון רב יותר ומונעת 'העתקה' של השופטים הקיימים. מאחר ששופטי בית המשפט העליון מתמנים ברובם משופטי בתי המשפט המחוזיים (ראו סעיף 25(ב) לחוק בתי המשפט), הדרת נבחר הציבור ממעורבות בבחירת שופטים לערכאות הדיוניות פירושה צמצום גדול של שיקול דעתם גם ביחס לבחירת שופטים לבית המשפט העליון.

32. זאת ועוד; הטענה כי שופטי הערכאות הדיוניות אינם עוסקים בנושאים שיש לנבחר ציבור עמדה אידיאולוגית לגביהם – אינה מוסכמת. בניגוד להקבלה שהובאה בדיון, הרשות השופטת אינה בית חולים, מלאכתם של השופטים אינה דומה למלאכת הקרדיולוג או הנזירולוג, וגם בחירתם אינה צריכה להיעשות בדרך דומה. שיקול הדעת השיפוטי שונה במאפייניו משיקול הדעת של רופאים ושל בעלי מקצוע אחרים, וגם אמות המידה לבחירתם – שונות. רוב חברי הכנסת סברו כי לנבחר ציבור עשויה להיות עמדה בנושאים רבים הנתונים להכרעת שופטי הערכאות הדיוניות: המתח שבין פרשנות לשונית ופרשנות תכליתית בדיני החוזים; ההתלבטות שבין ענישה מחמירה לבין שיקולי שיקום בדין הפלילי; נושאים הקשורים להשקפת עולם בדיני המשפחה והעבודה; והבחירה בין מדיניות שיפוטית שמרנית לבין אקטיביזם בעולם המשפט המינהלי. חברי הכנסת שתמכו בהצעת חוק היסוד המתקן סברו שהטענה שערכאות דיוניות אינן עוסקות בנושאים שיש להם פן של השקפת עולם מתעלמת מהתמורות בתחום המשפט בעשרות השנים האחרונות: ביטול עילת היעדר זכות העמידה, המעבר מפורמליזם לערכים, שינוי דמותה של עילת הסבירות והמעבר מפרשנות לשונית לפרשנות תכליתית. כל התמורות האלה מלוות גם את הערכאות הדיוניות, ולנבחר ציבור יש פעמים רבות עמדה מובהקת ביחס אליהן.

33. חוק היסוד המתקן קובע כאמור וטו משולש על בחירת שופטים לערכאות הדיוניות, והיא יכולה להיעשות רק בהסכמת שופט אחד, חבר ועדה אחד שנבחר על ידי נבחר ציבור מהקואליציה, וחבר ועדה אחד שנבחר על ידי נבחר ציבור מהאופוזיציה. הכנסת סברה שהווטו המשולש יוביל להסכמות רחבות ולבחירת שופטים מקצועיים, אובייקטיביים, ממלכתיים וניטרליים. ייתכן גם שכפי שנהוג כיום, ההסכמות שהווטו המשולש יוביל אליהן יכללו תמיכה הדדית של חברי ועדה שונים במועמדים המוצעים על ידי חברי ועדה אחרים. כך או כך, התחשבות בעמדתם של נבחר ציבור ביחס לבחירת שופטים לערכאות הדיוניות, לצד מתן זכות וטו לשופטים על זהותם של השופטים הנבחרים, רחוקה מאוד מפגיעה בליבת הגרעין הדמוקרטי של מדינת ישראל.

ד. מתווה המבוי הסתום (סעיף 4א לחוק היסוד)

34. בחוק היסוד ערב תיקונו לא נקבע הסדר לבחירת שופטים לבית המשפט העליון במצב של מבוי סתום. סעיף 4א לחוק היסוד, כפי שתוקן בסעיף 2 לחוק היסוד המתקן, קובע את מתווה המבוי הסתום שהוסבר בהרחבה בכתב התשובה.

35. **בדיון עלה החשש שקיומו של מתווה המבוי הסתום יסכל את התמריץ להגיע להסכמה רחבה, שכן חברי הוועדה יעדיפו להמתין להפעלתו כדי למנות אחד מהמועמדים העדיפים עליהם.** תסריט זה אפשרי, אך לגמרי לא הכרחי, שכן יש להניח כי חברי הוועדה יבקשו להימנע עד כמה שניתן מהפעלת מתווה המבוי

הסתום – הכולל שני שופטים בלבד, שניתן להפעילו פעם אחת בלבד בכל קדנציה של הכנסת, ושעצם הפעלתו עלול להזיק לשיתוף פעולה עתידי בין חברי הוועדה. סביר יותר שמתווה המבוי הסתום לא יופעל, שכן חברי הוועדה יכולים להסכים על בחירת שופטים הדדית מבלי לשאת בהשלכות השליליות של הפעלתו. ודאי שלא ניתן לומר שההשערה שהוצגה בדיון היא ודאית ברמה המצדיקה פסילת חוק יסוד. אף להשערה זו, כמו להשערות אחרות שנטענו על ידי העותרים, נשיב כי אין מקום לפסילת חוק יסוד על בסיס ספקולציות עתידיות, וכי לכל היותר ניתן לדחות את העתירות מחמת היעדר בשלות ובכך לאפשר ביקורת שיפוטית בעתיד, לאחר שהתשתית העובדתית הרלוונטית תתבהר. מתווה המבוי הסתום יופעל לראשונה לכל המוקדם בחודש אוקטובר 2027 – בעוד יותר משנה, ואין הכרח לקיים עליו כבר כעת ביקורת שיפוטית הנשענת על השערות בלתי-מבוססות.

36. **עוד נאמר בדיון, כי מתווה המבוי הסתום יאפשר לראשונה (בתרחיש מסוים) בחירת שופטים ללא הצבעה.** תרחיש זה עשוי להתממש רק אם יוצעו שלושה מועמדים, ויתר חברי הוועדה לא ינצלו את זכותם לבחור אחד מהם. האפשרות (הרחוקה יחסית) שתרחיש זה יתממש אכן משקפת את העובדה שמתווה המבוי הסתום אינו מיטבי, וכאשר הוא ניצב לבדו – הוא אינו תואם את תכליתו העיקרית של חוק היסוד המתקן: עידוד בחירת שופטים בהסכמה רחבה.

37. ההצדקה היחידה לקיומו של מתווה המבוי הסתום, למרות חסרונותיו, פשוטה: הכנסת סברה שהיעדרו הוא חלופה גרועה יותר. כאשר אין מנוס מבחירה בין שתי רעות – אי-בחירת שופטים לבית המשפט העליון במשך תקופה ארוכה, ובחירת שופטים ללא הסכמה רחבה – קבעה הכנסת כי החלופה השנייה עדיפה. מתווה המבוי הסתום כולל כללים ותנאים המבטיחים את הפעלתו רק במצב של מבוי סתום אמתי, והוא מאוזן בכך שהוא מאפשר רק בחירת שופטים הדדית: שופט אחד על ידי חברי הוועדה שנבחרו על ידי חברי כנסת מהקואליציה, ושופט אחד על ידי חברי הוועדה שנבחרו על ידי חברי כנסת מהאופוזיציה. בחירת שופטים בהסכמה רחבה – טובה בהרבה, אולם הכנסת סברה שיש לקבוע מנגנון שימנע שיתוק בבחירת שופטים לבית המשפט העליון במצב של מבוי סתום.

ה. שיקולים נוספים שיש להתחשב בהם בענייננו

38. אין אפשרות להמעיט בחשיבותו של הליך שמתבקשת בו פסילת חוק-יסוד בשל פגיעה בגרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל. סעד זה הוא 'נשק גרעיני', המבוסס על יסודות עיוניים הנתונים במחלוקת, שסמכות בית המשפט הנכבד להעניקו אינה מעוגנת בצורה ברורה בחוק-יסוד או בחוק, והכרוך בהחרפת העימות בין הרשות המכוננת לבין הרשות השופטת.

39. זאת ועוד; אין מדובר בחוק-יסוד מן השורה, אלא בחוק-יסוד העוסק בבחירת שופטים – נושא שהסדרתו מצויה במובהק בתחום סמכותה של הרשות המכוננת. לב לבה של הפרדת הרשויות הוא ההבנה שאין רשות שיש לה כוח מוחלט, וכל רשות כפופה במידה מסוימת לרשויות האחרות. הפרוגטיבה של הרשות המכוננת לקבוע את דרך בחירת השופטים, ומעורבותם של שרים וחברי כנסת בבחירת השופטים, הן איברים חיוניים במערך האיזונים והבלמים המכונן את הדמוקרטיה הישראלית. העותרים טוענים שחוק היסוד המתקן פוגע בליבת הדמוקרטיה הישראלית; אך יש לזכור שגם פסק דין הפוסל חוק-יסוד הקובע את דרך בחירת השופטים עשוי לזעזע את היסודות הליבתיים של הפרדת הרשויות ושל הדמוקרטיה הישראלית.

40. "דרישת המידתיות מוטלת על ידי חוקי-היסוד לא רק על הכנסת אלא על 'כל רשות מרשויות השלטון'. משמע, היא חלה גם על כל רשות מינהלית, לרבות הממשלה... ואף על בתי דין ועל בית המשפט" (י' זמיר, **הסמכות המינהלית**, עמ' 3881). משום כך, "שעה שהרשות השופטת מפעילה ביקורת שיפוטית על יצירת משפט על ידי הרשויות השלטוניות האחרות, עליה לפעול על פי אותם כללי מידתיות" (א' ברק, **חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק**, עמ' 2016). בפרפרזה על דוקטרינת המידתיות, ניתן לומר שהפעלת שיקול הדעת השיפוטי באופן מידתי כרוכה בענייננו בעיקר בבחינת שתי שאלות:

א. **האמצעי שפגיעתו פחותה** – האם פסילת חוק היסוד היא 'אמצעי שפגיעתו פחותה'? האם יש דרך שבה יכול בית המשפט הנכבד להימנע מפסילת חוק היסוד, המהווה מוצא אחרון? האם ניתן להימנע מפסילת חוק היסוד כולו ולהסתפק בפסילת חלקים ממנו? ושואל את הדחות את הביקורת השיפוטית על חוק היסוד או על חלקים ממנו כדי לאפשר לכנסת הבאה להידרש אליו, או כדי להמתין להבהרת המצב העובדתי?

ב. **מידתיות במובן הצר** – האם התועלת שבפסילת חוק היסוד המתקן עולה על הנזק מכך? האם אִמון הציבור במערכת המשפט יגדל כתוצאה מפסק דין שבו שופטים יפסלו חוק-יסוד העוסק בדרך בחירתם שלהם, או שמא אִמון הציבור דווקא יפחת? האם המתח בין הרשויות יגדל או יפחת כתוצאה מקביעה שלפיה הגדלת המעורבות של נבחרי הציבור בבחירת שופטים – פוגעת בליבת הגרעין הדמוקרטי של מדינת ישראל? האם זהותה היהודית והדמוקרטית של מדינת ישראל תתחזק בעקבות פסק דין הדוחה את הכרעת הרשות המכוננת באשר לדרך בחירת השופטים, או שמא ראוי לנקוט בריסון שיפוטי בנושא רגיש זה, במסגרת שיקול הדעת השיפוטי הנתון לבית המשפט הנכבד בהפעלת סמכויותיו?

41. לבסוף נציין היבט נוסף: אין ספק שההכרעה בעתירות אינה פשוטה, אולם ספק אם תפקידו של בית המשפט הנכבד להכריע בהן. **גם אם חוק היסוד המתקן אינו אידיאלי – דומה שלמקרים מעין אלה קבע בית המשפט הנכבד את דוקטרינת היעדר השפיטות המוסדית**, שכידוע "באה להשיב לשאלה אם המוסד הראוי להכריע בסכסוך הוא בית המשפט (להבדיל מזירות אחרות, דוגמת הממשלה, הכנסת או השיח הציבורי). לגישת השופט ברק, השימוש בדוקטרינה של היעדר שפיטות מוסדית ראוי שיהיה מצומצם ביותר, ומוגבל למקרים מיוחדים שבהם קיים חשש משמעותי מפני פגיעה באִמון הציבור בשופטים" (ע"א 8573/08 אורן נ' משרד הפנים, פ"ד סו(3) 44 (2013)). כפי שציננה כב' השופטת כנפי-שטייניץ בדיון, אין להקל ראש במחיר הציבורי של פסילת חוק-יסוד בפעם השנייה (או השלישית) על ידי בית המשפט הנכבד בתקופה קצרה יחסית.

42. חוק היסוד המתקן עוסק בסוגיה המבתרת את החברה הישראלית, שהיבטיה הדומיננטיים ערכיים וציבוריים, הכרוכה במעמדו של בית המשפט הנכבד עצמו, ושאלין ספק בדבר החשש המשמעותי לכך שההכרעה בה תפגע באִמון הציבור במערכת המשפט. גם אם חוק היסוד המתקן מעורר קושי, החשש למראית עין של ניגוד עניינים מוסדי מוביל למסקנה כי יש קשיים שייתכן שבית המשפט הנכבד אינו המוסד המתאים לפותרם.

43. מסיבות אלה, ומכל הסיבות שפורטו לעיל, עמדת הכנסת היא כי במכלול הנסיבות דין העתירות להידחות. חוק היסוד המתקן אינו שולל את גרעין זהותה הדמוקרטית של מדינת ישראל, וראוי להותיר את דרך בחירת השופטים בידיה של הרשות המוסמכת לכך – הרשות המכוננת.



יצחק ברט, ע"ד

מייצג הכנסת בערכאות

היום, יום שלישי ז' אב תשפ"ו (21/07/26)