

תוכנית לזין-רוטמן לשינוי מערכת המשפט: ניתוח מקיף והצעה לדין

פרופ' נטע ברק-קורן

הפקולטה למשפטים והמרכז לחקר הרציונליות
האוניברסיטה העברית בירושלים*

לפני שבועות ספורים נפל דבר בישראל: שר המשפטים הנכנס, ח"כ יריב לוין, הציב על סדר יומה של הממשלה תוכנית שאפתנית, מקיפה ונרחבת לשינוי מערכת המשפט, שלא הוצעה כמוה מעולם בישראל. ימים ספורים לאחר מכן הוגשו לוועדת חוקה, חוק ומשפט שתי הצעות מטעם יו"ר הוועדה, ח"כ שמחה רוטמן, ליישום קונקרטי של תוכנית לוין באמצעות שינויים נרחבים בחוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה (להלן: תוכנית לוין-רוטמן). שינויים אלה עתידיים להביא לשינויים נרחבים במבנה וסמכויות הרשות השופטת, כולל ובפרט בבית המשפט העליון, ולשינויים נרחבים במבנה וסמכויות מערך הייעוץ המשפטי לממשלה. מאז הוכרזו תוכניות אלה, קמה סערה ציבורית ומשפטית חסרת תקדים. הניתוח הנוכחי נכתב מתוך התבוננות כאובה ומודאגת במציאות של השבועות האחרונים. אלה ואלה צודקים ואלה טועים. בה בשעה ששני המחנות מציינים את המאבק ביניהם כמקרה ברור של שחור ולבן, החלל ביניהם הולך וגדל, והוא כמעט ריק מניתוחים ופתרונות.

מטרת הרשימה הנוכחית להניח שני טיעונים ועל בסיסם לשרטט את ראשיתה של מפת דרכים למילוי החלל הריק בין המחנות.

ראשית, חלק ניכר מהטענות שמפנים לוין, רוטמן ותומכיהם כלפי מערכת המשפט מוצדקות, לפחות חלקית. אלה טענות שהועלו לאורך שנים ונדחו בצורה עקבית למדי בידי מערכת המשפט, אם כי יש לציין כי לאורך השנים גם הובילו לכמה תיקונים ושינויים שאינם נדונים במידה מספקת בשיח הציבורי. חשוב להכיר בצדקת הטענות כלפי מערכת המשפט לא כצעד טקטי או שכנועי (ייתכן שמבחינה טקטית עדיף לנקוט בגישת הדחייה הגורפת שמובילה מערכת המשפט כיום), אלא, בפשטות, כי הן נכונות.

שנית, הגם שהטענות ראויות לטיפול, תוכנית לוין-רוטמן במתכונתה הנוכחית אינה הדרך לטפל בבעיות מערכת המשפט. נהפוך הוא, היא צפויה להביא לקריסת הפרדת הרשויות בישראל ולהתדרדרות חדה של השירות הציבורי. הדאגה הציבורית העמוקה שמעוררת התוכנית אולי מעוררת פיהוק בקרב מי שהתרגלו לקריאות "זאב, זאב" חוזרות ונשנות כל אימת שמועלית רפורמה משפטית חדשה על הפרק, אבל הפעם הזאב התייצב, והדאגה מוצדקת. על מנת לבאר את הבעיה, אציג את התוכנית במלואה (על בסיס מה שהוצג לציבור עד היום, ותוך התייחסות להבדלים בין ההצעות) ואנתח את רכיביה על רקע מבנה הפרדת הרשויות הקיים בישראל. לא כל רכיבי התוכנית בעייתיים, אולם רובם המכריע – והמכלול שהם מייצרים – מסוכן מאוד.

הרובד השלישי של רשימה זו מוקדש לשרטוט מפת דרכים ראשונית של "מה כן". כיצד ניתן לשפר את מערכת המשפט, לחזק את הפרדת הרשויות בישראל, ולהגביר את האמון במוסדות השלטון? אלה שאלות כבדות משקל והרות גורל ואיני מתיימרת לדעת את התשובות. רבים טובים הציגו הצעות, אולם איש אינו יודע – ואל לאיש לטעון כי הוא יודע – את הדרך ליעדים נכספים אלה. לפיכך, ברצוני להציע מספר כיוונים זהירים למחשבה ולדין, שצריך להתקיים בצורה רחבה, מתוך הכרה בקוצר הרואי האנושי וברמת הסיבוכיות של הבעיה.

* בימים אלה פרופ' אורחת בבתי הספר למשפטים של אוניברסיטאות שיקגו ופנסילבניה ועמיתת מחקר במרכז ספרא לאתיקה באוניברסיטת הרווארד. העמדות המובעות במסמך זה הן שלי בלבד ואינן משקפות בהכרח את עמדת האוניברסיטה העברית או האוניברסיטאות האחרות. מסמך זה מוצע כתרומה לשיח הציבורי ומסיבה זו משתדל להימנע מכתובה טכנית ומרובת הפניות וציטוטים ארכניים מהחוק ומהפסיקה. כללתי קישוריות והערות שוליים רק במקומות המעטים בהם הדבר נראה לי חיוני. החוקים, פסקי הדין, והאירועים המוזכרים במסמך ניתנים לאיתור בקלות באמצעות מנוע חיפוש רגיל. לשאלות, הערות והצעות: barakcorren@huji.ac.il.

א. על התרחבות השפעתו של בג"ץ ובעקבותיו הייעוץ המשפטי לממשלה

הביקורת המופנה כלפי מערכת המשפט מתמקדת בשתי חזיתות מרכזיות: התרחבות השפעתו של בג"ץ והתעצמות הייעוץ המשפטי לממשלה. אין לחדד כי בתהליך ארוך הנמשך עשרות שנים – מאז שנות ה-80 ועד היום – חלו תמורות רבות בשתי החזיתות.

נתחיל בבג"ץ.

מאות ואולי אלפי עמודים נכתבו עד היום על מכלול הדרכים בהם בג"ץ שינה את פניו ופתח את שעריו למגוון עתירות שבעשורים הראשונים לקום המדינה לא היו עוברות את סף הדלת. אין זו רק מטאפורה. בג"ץ, כמו בתי משפט עליונים אחרים שנוסדו בשיטת המשפט המקובל האנגלית (common law), נהג בעבר לסנן את העתירות שהוגשו אליו בשלל מנגנונים הקרויים עילות סף – זכות עמידה, עתירה תיאורטית, עתירה כללית, שאלה אקדמית, שאלה לא שפיטה ועוד. עילות אלה היו מנגנון ריסון עצמי, שאפשר לבג"ץ להימנע מלדון בהחלטות מדיניות ופוליטיות, כמו הסכמים מדיניים והסכמים קואליציוניים, ובסוגיות ציבוריות נפיצות שלא נלוו לריב קונקרטי בין שני צדדים, כמו פטור מגיוס בני ישיבות או דרכי השימוש במשאבי הטבע של ישראל. **בג"ץ החליש והסיר בהדרגה את עילות הסף להגשת עתירות, ובכך סלל את הדרך להרחבת מנעד הסוגיות המובאות ונדונות בפניו:** גיוס בני ישיבות, מתווה הוצאת הגז מהים ומיסויו, עסקאות שבויים, הקמת בית סוהר פרטי, מינוי בכירים, ועוד. הרחבה זו הפכה את בג"ץ לפוסק האחרון בשאלות רבות אשר קודם לכן נדונו באופן בלעדי בזירה הפוליטית.

בתוך כך, בית המשפט פירש את חוקי היסוד של זכויות האדם שעברו בכנסת ב-1992 כמעניקים לו סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת הפוגעת בזכויות אדם. אמנם, פרשנות זו אפשרית בהחלט נוכח לשונם של חוקי היסוד. בין היתר, חוקי היסוד מטילים את החובה לכבדם על כל רשויות השלטון, וכוללים מגבלות מפורשות על כוחה של הכנסת לחוקק בניגוד להוראותיהם.¹ במקביל, חוק-יסוד: השפיטה מסמיך את בג"ץ לתת צווים לכלל רשויות המדינה.² פרשנות זו גם עולה בקנה אחד עם כוונתם של יוזמי חוקי היסוד, ח"כ אוריאל לין (ליכוד) וח"כ אמנון רובינשטיין (מרצ).³

עם זאת, ספק אם אפילו יוזמי החקיקה צפו את המעמד אליו יצמח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ואת מכלול הסוגיות אשר ימתח להכיל ברבות השנים.

חוק-היסוד מגן במפורש על חייו, גופו, וכבודו של אדם; קניינו; פרטיותו; חירותו ממאסר ומעצר; והחופש הנתון לו לצאת מישראל, ולאזרחים – להיכנס אליה. הזכות לשוויון, חופש הביטוי, וחופש הדת עלו במהלך הדיונים שקדמו לחקיקה, ולא הוכנסו לחוק היסוד, בכוונת מכוון של הכנסת. על כך

¹ סעיפים 11 ו-8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

² סעיפים 15(ג) ו-15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה.

³ מפאת קוצר היריעה איני מטפלת במסמך זה במחלוקת שהתגלעה בשאלה האם חברי הכנסת הבינו/ידעו בעת הצבעתם בעד חוקי היסוד של זכויות האדם כי הם מסמיכים את בג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. מקריאה של פרוטוקולי הכנסת בסוגיות אלה, בוועדה ובמליאה, עולה לדעתי שרוב חברי הכנסת שהיו מעורבים בחקיקה הבינו כי הם מצביעים על חקיקה שתסמיך את בג"ץ לבצע ביקורת שיפוטית כבר ב-1992. מי שלא הבין זאת ב-1992 לא יכול היה להתכחש לכך ב-1994, אז תיקנה הכנסת ברוב של 80-75 חבריה את שני חוקי היסוד והכניסה פסקת התגברות לחוק-יסוד: חופש העיסוק. תיקונים אלה נערכו בסעיפי הליבה המאפשרים את הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת, והתקבלו בעקבות התייחסויות מפורשות של בג"ץ לסמכות זו. הכנסת אשררה ברוב מוחץ את הסעיפים בידיעה שהם מעניקים לבג"ץ סמכות לביקורת שיפוטית וראתה במעבר החקיקה ברוב של שני שלישי מחבריה כתיקון לרוב הרגיל בו התקבלה במקור ("היום נאחזו עושים צעד חשוב מאוד במהפך הקונסטיטוציוני שישראל החלה לעבור לפני שנתיים. בגלל התעקשותה של סיעת ש"ס והסכמתו של ראש הממשלה, הפעם מסמיכה הכנסת לא ברוב קטן, אלא ברוב גדול של כמעט שני-שלישים מחבריה, את בית-המשפט העליון לפסול חוקים של הכנסת. לולא יוזמתה של סיעת ש"ס ולולא הסכמתו של ראש הממשלה – שניהם ידועים בהערכתם את מסורת המשפט הישראלי ואת חשיבותו של בית-המשפט – לולא מעשיהם אלה היינו ממשיכים לשמוע טענות, שהיתה תאונה בשנת 1992, שבחשאי העבירו חוקים שמקפחים את זכות הכנסת."). ראו פרוטוקול ישיבת הכנסת השלוש עשרה מיום 09 במרץ 1994. תוצאות ההצבעות על כל אחד מהסעיפים הרלוונטיים מפורטות בעמ' 248, 258, 270, 296, 297, 336. ההקשר ומודעות חברי הכנסת למשמעות התיקון מובהרים בפרט בעמ' 271-270, 305 ואילך.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

אין מחלוקת היסטורית. אף על פי כן, במהלך פרשני שהקיף כעשור ויותר, בג"ץ קרא זכויות אלה ורבות אחרות לתוך חוק-היסוד באמצעות "גזירתן" מהזכות לכבוד האדם.

יש להבהיר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים: שוויון, חופש ביטוי, וחופש דת ומצפון הן נכס צאן ברזל של כל משטר דמוקרטי, וקשה להעלות על הדעת דמוקרטיה יציבה ללא שלושתן. טרם כינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בידי הכנסת, אלה היו הזכויות שעמדו בלב ביקורת זכויות האדם שפיתח בג"ץ על פעולות הרשות המבצעת (פרשת 'קול העם' ועוד). המוטיבציה של בג"ץ "לא להשאיר בחוץ" ולפלא להן דרך למעמד חוקתי – ברורה ומובנת. בד בבד, לא ניתן להתכחש לחסרונן הצורם מחוקי היסוד. היחלצותו של בג"ץ להמציא מעמד חוקתי לזכויות שלא עוגנו בחקיקת הכנסת החליפה – הלכה למעשה – את הכנסת בקביעת התוכן היסודי של המשפט החוקתי בישראל.

קושי שלישי הוא הדרך בה בחן בית המשפט את הפגיעה בזכויות אדם בעתירות שהובאו לפניו. חוקי היסוד קובעים מתווה לבחינה זו: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."⁴ כלומר, בניגוד לטענות לפיהן בג"ץ לקח לעצמו את היכולת להעביר ביקורת שיפוטית ערכית על חקיקת הכנסת ללא סמכות, הכנסת בעצמה הפכה את המבחן לתוקפו של חוק למבחן ערכי, בהכניסה דרישה כי החוק יהלום את "ערכיה" של מדינת ישראל – אשר מוגדרים בסעיף אחר כערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית – ובדרישתה כי החוק יחקק לתכלית "ראויה".

עם זאת, הדרך בה בג"ץ יישם את מבחני פסקת ההגבלה מדגישה את הבעייתיות בהעמדת ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת על מבחנים ערכיים בלבד. לכאורה, הבינו שופטי בג"ץ את המוקש המונח לפתחם והתחמקו ממנו באמצעות מתן "ציון עובר" לתכלית ולערכים של כמעט כל החוקים שעברו תחת שבט ביקורתם. אולם בד בבד, העמידו השופטים את עוקצו של המבחן השלישי – "במידה שאינה עולה על הנדרש" – על בחינה ערכית טהורה של תועלת החוק מול נזקיו.⁵

בחירה זו הפכה חלק ניכר מפסקי הדין מתסכלים לקריאה אפילו לאלה המזדהים מבחינה ערכית עם תוצאתם. אמנם, יש לומר ביושר שמבחן המידתיות (כמו יתר מבחני פסקת ההגבלה) נהוג בכל העולם, ומופעל בשגרה על ידי בתי המשפט העליונים בכלל הדמוקרטיות היציבות. לא מדובר בהמצאה ישראלית. עם זאת, יש להכיר בכך שמדובר באתגר לא פשוט, וכי הדרך בה יושם בבג"ץ מעוררת קושי מיוחד. ראשית, כיום אין כל הליך ברור ומוסדר לדיון בעתירות חוקתיות בבג"ץ, ובפרט אין כל הליך להבאת ראיות, שמיעת עדים וקביעת ממצאים עובדתיים. עתירות חוקתיות מוכרעות על בסיס טענות ותצהירים בלבד, והתוקף העובדתי של טענות אלה כלל אינו מתברר, בוודאי לא בסטנדרטים המשפטיים הנהוגים בכל הליך אזרחי או פלילי. בהעדר תשתית עובדתית שתאפשר יישום מדויק ומורכב של המבחנים החוקתיים, אין פלא שההנמקה של הכרעות רבות אינה משכנעת.⁶

מעבר לכך, יש קושי בהעמדת מרכז הכובד של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת על בחינה ערכית, מאחר שבחברה הישראלית המגוונת, רבת הקבוצות והערכים המתנגשים, הכרעות כאלה יהיו תמיד שנויות במחלוקת עמוקה ולא ניתן לבצען – הלוואי שניתן היה – באופן אובייקטיבי. כמובן שניתן – וצריך – להגיע להכרעות ערכיות בחברה דמוקרטית. דרך המלך לעשות זאת היא בבית הנבחרים, המייצג את כל חלקי העם ואת ההשקפות הערכיות השונות הקיימות בחברה. **אין פירושו שבית הנבחרים צריך להיות משוחרר מכל אילוץ או פיקוח כשהוא מגבש הכרעות ערכיות או פוגע בזכויות אדם.** בכל דמוקרטיה יציבה בית הנבחרים מצוי תחת פיקוח ואילוץ.

⁴ סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

⁵ בית המשפט פיתח שלושה מבחני משנה למידתיות: האם החוק מועיל להגשמת התכלית? האם יש אמצעים חלופיים שהיו יכולים להגשים את התכלית באותה מידה אך תוך פגיעה קטנה יותר בזכות האדם? ולבסוף, האם תועלת החוק עולה על נזקיו? מבחן אחרון זה ידוע בכינויו המטעה "המידתיות במובן הצר", אך כונה במפורש גם "המבחן הערכי".

⁶ במקום אחר אני מסבירה כיצד ניתן להפוך את הבחינה החוקתית לעובדתית ומבוססת ראיות ובכך להשיבה למימדים צנועים יותר – ומשפטיים יותר. נטע ברק-קורן "כלים אמפיריים במשפט החוקתי" משפטים על אתר יט (2022).

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

שונים, שמטרתם למנוע שימוש לרעה בכוחו (על כך בהמשך). בית משפט עליון הוא תמיד חלק ממנגנוני הפיקוח, ואינו יכול להימנע כליל מדיון בסוגיות עם מימדים ערכיים. הבעיה היא שבג"ץ בחר להעמיד את כל כובד הביקורת השיפוטית על בחינה ערכית טהורה, במקום להתמקד בפיתוח והפעלה של כללים משפטיים צנועים יותר, ובירום העובדתי באופן שהיה מביא לידי ביטוי את יתרונו המוסדי ומומחיותו המקצועית כבית משפט.

בעיות דומות עולות מהרחבתה של **עילת הסבירות**. מושג הסבירות משחק תפקיד חשוב במשפט האזרחי, הפלילי והמנהלי בכל מדינות המשפט המקובל. ביסודו הרעיון שישנם מעשים אשר כל אדם שפועל בהיגיון – בסבירות – יבין שהם מסוכנים או לא תקינים ואין לבצעם. הבעיה היא שאף שיטה משפטית לא יכולה להגדיר בחקיקה בצורה ממצה את מנעד המעשים הללו בכל תחום. המציאות מייצרת עוד ועוד אירועים שלא צפינו מראש, הטכנולוגיה מתפתחת מהר מהרגולציה, והכנסת לא יכולה לחוקק תוך צפיית כל מצב נקודתי וחד-פעמי. עילת הסבירות מסייעת לצמצום הבעיה מאחר שהיא מאפשרת לחברה, באמצעות בתי המשפט – אליהם מתנקזים הסכסוכים – להתמודד עם המציאות המשתנה תחת ההנחה שגם אם לא ניתן לנסח מראש כלל כנגד כל התנהגות לא סבירה, ניתן לזהות התנהגות כזו כשפוגשים אותה.

זו, כמובן, לא הנחה מובנת מאליה. יש התנהגויות שתהיה הסכמה רחבה באשר לסבירותן או אי-סבירותן, אולם במקרים אחרים – מה שנראה לא סביר לשופט אחד, עשוי להיראות סביר לשופט אחרת. כאשר מיישמים את עילת הסבירות על רשויות המדינה, הבחינה מסתבכת עוד יותר. מהן אמות המידה להתנהגות סבירה של רשות מנהלית, למשל משרד הפנים או מחלקת החינוך בעירייה? נקודת המוצא צריכה להיות שרשויות המדינה פועלות בסטנדרטים הגבוהים ביותר של הגינות, מקצועיות, רציונליות, ודאגה לאינטרס הציבורי – זה תפקידן, זו אחריותן, ונכון לדרוש זאת מהן. אולם בחינה כזו עשויה לדרוש מומחיות מקצועית (למשל בתחומי הבטחון, התחבורה, החינוך או הבריאות), שאין לבית המשפט. תחומים שונים מערבים שיקולים שונים, איזונים שונים, ותהליכי קבלת החלטות שונים, ובג"ץ לא יכול להחזיק במומחיות-על בכל התחומים כולם – וגם לא נכון שיחזיק במומחיות כזו. זה לא תפקידו.

אמנם, מכל הסיבות הללו קבע בג"ץ שהתערבות בהחלטת הרשות תעשה רק במקרים של "חריגה קיצונית" מ"מתחם הסבירות", וכי בית המשפט לא יבוא בנעלי הרשות ולא יחליף את שיקול דעתה בשיקול דעתו. בג"ץ, ובתי המשפט המנהליים, אכן דוחים עתירות רבות הטוענות לחוסר סבירות. אולם ישנן גם עתירות בהן נראה שבג"ץ עושה בדיוק את מה שהתחייב לא לעשות, ומחליף את שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו. למשל, בג"ץ נדרש לשאלה האם החלטה של גורמי המקצוע לא להקים קו אוטובוס ישיר בין שני יישובים הינה סבירה, באמצעות בחינה מחדש של השיקולים התעבורתיים והתקציביים ששקלה הרשות; והאם החלטה של רשות מקומית להקים או לא להקים מבני ציבור שונים הינה סבירה, תוך בחינה מחדש של כלל שיקולי הרשות ושקלול מחדש של האיזון הראוי ביניהם. יש לומר כי בלא מעט מהמקרים בהם אומצה עילת הסבירות, היה יכול בג"ץ לפסוק לפי עילות ממוקדות וברורות יותר, כמו האיסורים על הפליה, שרירות, או חריגה מסמכות. **הבעיה הגדולה היא הנכונות שמביע בג"ץ לפתוח לדיון מחדש כל החלטה מקצועית של הרשות, גם אם אין בה אף פגם אחר. נכונות זו מזמינה כל אדם שאינו שבע רצון מהחלטת הרשות מכל סיבה שהיא לעתור לבג"ץ, ומשימה את רשויות המדינה תחת אי-ודאות תמידית אם החלטתן תיפסל אם לאו – גם אם הקפידו קלה כבחמורה על הליך תקין ומקצועי.**

בכל אחד מהקשיים שמניתי לעיל – התערבות בג"ץ בסוגיות מדיניות ופוליטיות, הרחבת מנעד הזכויות החוקתיות במקום הכנסת, והעמדת הביקורת השיפוטית על מבחנים ערכיים ועוממים במקום על כללים ברורים ובחינה עובדתית – ניתן לנהל דיון מפורט ומורכב יותר. ניתן גם להעלות קשיים נוספים. הניתוח הנוכחי ביקש רק להדגים כיצד הרחיב בג"ץ את עיסוקו בסוגיות פוליטיות וערכיות במרוצת השנים, תוך שהוא גולש לא אחת לתחומן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

חשוב להבין כי השפעתה של הרחבת סמכויות בג"ץ אינה מתמצה בפסיקות בהן בג"ץ פסק נגד הרשות המבצעת או ביטל סעיף חוק.

הידיעה כי כל החלטה פוליטית ומדינית וכל חוק של הכנסת כפופים לביקורת שיפוטית ייצרה אדוות נרחבות בכנסת ובממשלה, וכמובן במערך הייעוץ המשפטי בשתי הרשויות. כל יועצת משפטית מקצועית חייבת להעריך את הסיכוי (והסיכון) שבג"ץ יתערב בהחלטה עליה היא מחווה דעה. **כאשר קשת העילות מתרחבת, גם הייעוץ המשפטי נדרש לחוות דעה על החלטות מדיניות ופוליטיות. כאשר הבחינה החוקתית הופכת ערכית והבחינה המנהלית הופכת עמומה, גם הייעוץ המשפטי יפעיל סטנדרטים עמומים של ביקורת ויידרש לאיזונים ערכיים. אלה כלים שלובים.**

מערך הייעוץ המשפטי לממשלה בישראל ממלא שתי פונקציות עיקריות: כל החלטה מנהלית צריכה להיות חוקית, ולכן קיים יועץ משפטי בכל משרד ממשלתי אשר מנחה את גורמי המקצוע והשרים כיצד לפעול לפי הדין. בנוסף לכך, כל הצעת חקיקה מטעם הממשלה עוברת דרך אגף ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים, אשר אמון על דיוק, שיפור וניסוח החקיקה. בראש עומדת היועצת המשפטית לממשלה, אשר אחראית על כל מערך הייעוץ המשפטי ובכלל זאת מנחה את היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה, מכריעה במחלוקות משפטיות בין משרדי ממשלה שונים ומטפלת בקושיות מערכתיות נוספות (וכל זאת לצד תפקידה כמי שעומדת בראש הפרקליטות, הממונה על ייצוג המדינה בערכאות).⁷ כאשר בג"ץ מרחיב את הדיון לסוגיות של מדיניות, ערכים, וסבירות – בחינה זו מחלחלת לכל מישורי הפעולה של הייעוץ המשפטי ומשפיעה על פעולתה היומיומית של הממשלה.

אדגיש: דיונים שמטרתם להבטיח את מקצועיות הפעולה השלטונית וכי המדיניות השלטונית תהא ראויה הם דיונים נחוצים וחשובים. לא פעם הייעוץ המשפטי יכול לתרום לדיונים אלה תרומה חשובה. הקושי הוא בכך שעמדת היועצים המשפטיים בסוגיות אלה הפכה למחייבת את הממשלה, אף על פי שליועצים המשפטיים אין בהכרח מומחיות מקצועית או ערכית העולה על זו של גורמי המקצוע במשרד ושל השר הממונה לקדם את מדיניות הממשלה במשרדו.

באוקטובר 2017 פרסם מערך הייעוץ המשפטי לממשלה מדריך לעבודת ייעוץ וחקיקה שהוכן על-ידי צוות בראשות המשנה ליועמ"ש לשעבר, עו"ד אבי ליכט, וניסה בין היתר לעשות סדר בביקורת של מחלקת ייעוץ וחקיקה. המדריך הנחה את הרפרנטים המשפטיים להפריד את הערותיהם להערות משפטיות והערות מדיניות, ולציין בפירוש אם ההצעה מעלה קושי משפטי או מניעה משפטית. המדריך רואה במניעה משפטית מצב נדיר, וקובע כי הדרך להתמודדות עם קושי משפטי היא העלאתו לדיון והצעת חלופות למיתונו, חלף הטלת וטו של הייעוץ.

מדריך ליכט הוא צעד חשוב בכיוון הנכון, המעיד על ריסון עצמי ויכול לשפר מהותית את היחסים בין הייעוץ המשפטי לבין הממשלה. הוא אינו מקבל מקום בשיח הציבורי והמשפטי כיום, על אף שהפוטנציאל הטמון בו גדול. לצד זאת, כל עוד שדוקטרינות בג"ץ ספוגות במבחנים ערכיים ועמומים, גם הייעוץ המשפטי לממשלה – דווקא בשל מקצועיותו ומומחיותו – יוסיף להידרש למבחנים אלה.

ב. על הבעיות המשטריות החריפות שתייצר תוכנית לוי-רוטמן

עד כה תיארתי את הקשיים בהתנהלות בג"ץ והכלים השלובים בין בג"ץ לייעוץ המשפטי לממשלה. כניסת בג"ץ לתחומים מדיניים ופוליטיים, הרחבתו את קשת הזכויות הזכות למעמד חוקתי, העמדת את מרכז הכובד של הבחינה החוקתית והמנהלית על מבחנים ערכיים ועמומים – כל אלה תופעות לא אידיאליות, הראויות לטיפול.

⁷ מפאת קוצר היריעה, לא אעסוק במסמך זה בהיבטים מבניים של מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה, כולל שאלות לגבי ריכוז כח הייעוץ והייצוג באותו גוף.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

יחד עם זאת, תוכנית לוי-רוטמן לשינוי מערכת המשפט במתכונתה הנוכחית אינה הדרך לטפל בבעיות מערכת המשפט (וזאת מבלי להתייחס לחלקים בה שטרם נחשפו לציבור). נהפוך הוא, התוכנית צפויה להביא לקריסת הפרדת הרשויות בישראל ולהתדרדרות חדה של השירות הציבורי. ראשית נציג את מרכיבי התוכנית, לפי מה שפורסם עד כה ו/או הובא לוועדת חוקה, חוק ומשפט. עיקר הניתוח יתבסס על [תוכנית רוטמן](#), שהדיון בה נמצא בימים אלה בעיצומו בכנסת, ובמקומות הרלוונטיים אדון בהבדלים בינה לבין [תוכנית לוי](#):

- 1. שינוי שיטת מינוי השופטים לכל הערכאות (בתי משפט שלום, מחוזי ועליון)**
 - א. הממשלה ונציגיה בקואליציה יחזיקו ברוב בוועדה למינוי שופטים.
 - ב. רוב זה יספיק לממשלה למנות לבדה שופטים לכלל הערכאות, כולל לבית המשפט העליון (תוכנית לוי; תוכנית רוטמן עמומה ביחס לבית המשפט העליון)
 - ג. לפי תוכנית לוי, מועמדים לבית המשפט העליון יאושרו בוועדה, ולאחר מכן יעברו שימוע בכנסת, אשר לאחריו הוועדה תאשרר בשנית את מינוים.
- 2. שינוי שיטת בחירת נשיא בית המשפט העליון**, כולל האפשרות למנות לתפקיד זה אדם שלא כיהן קודם לכן בבית המשפט העליון ואולי לא כיהן כשופט כלל. כהונת הנשיא וסגנו תיקצב לשש שנים.
- 3. עיגון סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת – תחת מגבלות כבדות:**
 - א. הסמכות להכריע בחוקתיותו של חוק תהא נתונה לבית המשפט העליון בלבד.
 - ב. בג"ץ יוכל לדון בחוקתיות חוק רק בהרכב מלא של כלל שופטיו (אצל לוי – להוציא נבצרות זמניות).
 - ג. בג"ץ יוכל לקבוע שחוק אינו חוקתי רק אם הוא סותר בבירור הוראה ששוריינה בחוק יסוד. (אצל לוי – סתירה מהותית של הוראה מפורשת בחוק-יסוד)
 - ד. לפסיקה שחוק אינו חוקתי יהיה תוקף רק אם ניתנה פה אחד – כלומר אם הסכימו לה כלל שופטי בית המשפט העליון. (אצל לוי – רוב של 80% לפחות משופטי בית המשפט, קרי 12 שופטים).
 - ה. הצעת לוי כוללת שלל הוראות טכניות יותר בעיקרן לגבי מנגנון הביקורת שמפאת קוצר היריעה לא אדרש אליהן במסמך זה.
- 4. כינון פסקת התגברות אשר תאפשר לכנסת להתגבר על חוק-יסוד ברוב של 61 חברי כנסת.**
 - א. במסלול זה תוכל הכנסת גם למנוע מראש ביקורת שיפוטית על חוק הפוגע בחוק-יסוד, וגם לבטל לאחר מעשה את התוקף של פסיקה שפסלה את החוק כלא חוקתי, כולל פסילה שתיעשה לפי התנאים המחמירים של הרכב מלא, פה אחד, סתירה ברורה. (אצל לוי – הכנסת תוכל להתגבר רק לאחר הפסיקה.)
 - ב. ההתגברות תעמוד בתוקף עד שנה לאחר פיזור של הכנסת המתגברת.
 - ג. ההתגברות ניתנת לחידוש על ידי הכנסת הבאה באותו רוב ולמשך אותו פרק זמן. (אצל לוי – ההתגברות תהפוך קבועה אם הכנסת הבאה תחוקק את החוק בשנית).
 - ד. אצל לוי – אם פסל בית המשפט הוראת חוק בהסכמת כלל שופטיו, הכנסת שחוקקה אותו לא תוכל להתגבר על הפסיקה בתקופת כהונתה. הכנסת הבאה תוכל להתגבר על החוק ברוב רגיל של 61, והתגברות זו תהא קבועה.
- 5. חיסון חוקי היסוד מביקורת שיפוטית**, ללא תלות בתוכנם, תוקפם, או טיב ההליך בו יתקבלו.
- 6. ביטול עילת הסבירות.**
- 7. הפיכת כל היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה למשרות אמון.**
- 8. ביטול המשקל המחייב של עמדות היועצים המשפטיים לממשלה בכל הנושאים.**
- 9. התרת ייצוג עמדת נבחר הציבור בפני בית משפט**, גם אם היא מנוגדת לעמדת היועצת המשפטית לממשלה.

אומר מיד כי לא כל ההצעות האמורות בעייתיות.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

ראשית, הגבלת הסמכות להכריע בחוקתיות חוקי הכנסת לבית המשפט העליון בלבד מוצדקת וכבר כיום משתמעת מחוק יסוד השפיטה, המקנה את הסמכות לתת צווים למוסדות השלטון רק לבג"ץ.

שנית, מוצדק לאפשר לממשלה להביא את עמדתה בפני בית המשפט במקרים בהם היועצת המשפטית לממשלה מסרבת לייצגה. מחלוקת משפטית היא עניין שגרת. כפי ששופטים בבית המשפט העליון חולקים זה על זה בנוגע לפרשנות הדין ולתוצאה המשפטית הנכונה, כך יכולה להתגלע מחלוקת עניינית בין הממשלה והיועצת המשפטית לממשלה. כמובן שרצוי לפעול – בדיונים ובשכנוע – על מנת שהממשלה והייעוץ המשפטי לממשלה ידברו בקול אחד. אבל אם ככלות כל המאמצים נותרת מחלוקת, יש להביא את כל העמדות בפני בית המשפט.

הדיון בשאר ההצעות מצריך בחינה מעמיקה יותר, שאערוך בהמשך פרק זה. כפי שניתן לראות, רבות מההצעות מתכתבות בבירור עם הקשיים שהועלו בחלק הקודם, כולל ההצעה לביטול עילת הסבירות; הניסיון להביא לצמצום הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת בשלל אמצעים (הגדלת ההרכב הדרוש לדיון בחוקתיות חוק ודרישת קונצנזוס מלא של כלל השופטים בבית המשפט; חקיקת פסקת התגברות; ביטול הביקורת השיפוטית על חוקי-יסוד); והניסיון להפחית את עוצמתו והשפעתו של הייעוץ המשפטי בשלל אמצעים (הפיכת משרות הייעוץ למשרות אמון וביטול גורף של משקלן המחייב של עמדות הייעוץ).

אף על פי כן, בחינת ההצעות מראה כי כל אחת מהן מרחיקה הרבה מעבר לנדרש לפתרון הקשיים בפעולות בג"ץ ובמקביל מתעלמת מהבעיות המשטריות הניצבות ברקע התערבות הגוברת של בג"ץ. כתוצאה מכך, מכלול התוכנית מייצר בעיה משטרית הפוכה, וחמורה יותר מקודמתה.

על מנת לעמוד על בעיה זו, יש לעמוד ראשית על מבנה הרשויות בישראל ויחסי הגומלין ביניהן. דיון זה חשוב במיוחד לניתוח תוכנית לוי-רוטמן, המכוונת לפי שמה ל"חיזוק הפרדת הרשויות", אך מבקריה טוענים כי היא מחסלת את הפרדת הרשויות. נוכח ידבר והיפוכו זה, אתחיל בהסבר על מקומו של רעיון הפרדת הרשויות במבנה הדמוקרטי ואז אנתח את יחסיהן של הכנסת והממשלה. **בתמצית, אראה כי המבנה המשטרי הנוכחי בישראל מייצר הן אצל הכנסת, הן אצל הממשלה, חולשות לא זהות שמקורן בתלות ההדדית ביניהן. חולשות אלה מייצרות קשיי משילות לצד קשיי בלימה ובקרה, מספקות הקשר להבנת מוטיבציית ההתרחבות של בג"ץ והייעוץ המשפטי לממשלה, ונחוצות לניתוח ההשפעות הצפויות של תוכנית לוי-רוטמן.** לאחר שאעמוד על כל אלה אפנה לניתוח מפורט של כל אחת מהצעות תוכנית לוי-רוטמן שהוכרזה עד כה, ואראה כיצד ההצעות צפויות להשפיע על חולשת והפרדת הרשויות בישראל.

1. מקומה של הפרדת הרשויות במבנה הדמוקרטי

דמוקרטיה היא ריצה למרחקים ארוכים. האתגר המרכזי הוא זה: אנו רוצים שיטת משטר בה השלטון פועל לטובת האזרחים. הפתרון הטוב ביותר שהשכילו חברות אנושיות ליצור הוא מתן רסן השלטון לאזרחים עצמם: "שלטון של העם, בידי העם, למען העם".⁸

אולם הניסיון האנושי המצטבר מעיד כי לא ניתן לסמוך אך ורק על בחירות עממיות על מנת לקיים שלטון דמוקרטי לאורך זמן. מי שמקבל לידי את רסן השלטון אינו להוט לוותר עליו. מי שמקבל לידי כח נוטה לרצות עוד כח. מי שנבחר בידי העם לא תמיד מפעיל את כוחו לטובת העם. מי שזוכה לרוב עשוי להשתמש בכוחו לפגיעה במיעוט, על אף שגם המיעוט הוא חלק מהעם. על מנת שדמוקרטיה תגשים את מטרתה לאורך זמן – למרחקים ארוכים – יש לבנות מנגנונים שיבטיחו שאף גורם לא ירכז בידי עוצמה המסכנת את שלומם של האזרחים ויכולתם לשלוט בגורלם, ויקדמו פעולה שלטונית לטובת האזרחים.

⁸ כפי שהגדיר זאת אברהם לינקולן בנאום גטיסברג, 19 בנובמבר, 1863.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

אין דרך אחת לקיים מדינה דמוקרטית. דמוקרטיה שונות מקיימות הליכי בחירות שונים למוסדות שונים ומבנות את היחסים בין השלטון והאזרחים בדרכים שונות. אף על פי כן, ניתן לזהות מבנה בסיסי המשותף לכל הדמוקרטיות היציבות בימינו:

1. פיצול הכח השלטוני בין שלוש רשויות – מחוקקת, מבצעת, ושופטת – ולרוב גם בין שלטון מקומי, (לעיתים פדראלי) ולאומי;
2. בחירות כלליות, הוגנות וסדירות (חלק מ)רשויות השלטון;
3. שמירה על אגד של חירויות זכויות אדם.

הרכיב הראשון, פיצול הכח השלטוני בין גופים שונים, מקטין את יכולתו של השלטון לפעול נגד העם ו/או לבצר את שלטונו בצורה שתיתול את הכח למשול מהעם. הפרדת הרשויות היא לקח היסטורי מנסיון ארוך שנים של חברות אנושיות, שתמציתו היא שריכוז הכח השלטוני מביא לעריצות שלטונית ולשלילת חירות האזרחים. ההפרדה נועדה לייצר שלוש רשויות עצמאיות וחזקות, כל אחת בתחומה, שיגבילו זו את זו ויפקחו זו על זו. המרוויחים – הן כתוצאה מהפיצול, הן כתוצאה מהפיקוח ההדדי של הרשויות זו על זו – הם האזרחים.

הרכיב השני, בחירת נציגי השלטון בידי העם, מקיים את הרכיב היסודי של שלטון בידי העם. הבחירות הן מרכיב הכרחי בכל משטר דמוקרטי, אך לא מספיק להבטחת יעדיו. ראשית, הן מתרחשות בתדירות נמוכה מידי, ובאופן כוללני מידי (כן/לא לרשימה מסוימת, מבלי שיש יכולת להביע עמדה ממוקדת יותר לגבי פעולותיה השונות), מכדי לאפשר בקרה שוטפת של העם על המגוון הרחב, המסועף והסבוך של מנגנוני הפעלת הכח המדינתיים. כתוצאה מכך, אי אפשר להסתפק בבחירות כאמצעי להבטיח שלטון "של העם, למען העם" ויש צורך במנגנוני בקרת כוח נוספים, הפועלים ברזולוציה גבוהה יותר, בתדירות תכופה יותר, ועם יכולת תגובה מהירה לפעולה המסכנת את העם או את המשטר הדמוקרטי (ובחירות, המתקיימות בתאריך קבוע מידי ארבע שנים, שאינו בשליטת הציבור, לא יכולות לספק מנגנון מיידי כזה).

הרכיב השלישי, החירויות והזכויות בהן מחזיקים האזרחים במדינות דמוקרטיות, משלים את היעד של שלטון "של העם, בידי העם", בכך שהוא מאפשר לאזרחים שלטון עצמי במובן היסודי ביותר – ריבונות על חייהם – לצד השתתפות בשלטון ובחיי המדינה על בסיס שווה ומיועד. בנוסף, חירויות זכויות האזרח מניחות את התשתית החברתית שיכולה לאפשר בחירות אמת – בה אנשים חופשיים לגבש עמדה, להביעה, לקבל נגישות וכלים להבין את המידע הרלוונטי לגורלם ולדרכי פעולת המדינה. ללא תשתית זו, הבחירות עצמן יהיו חלולות. שלישית, חירויות זכויות מספקות לעם יכולת להתגונן מפני הפעלה דורסנית של הכח השלטוני, שיכולה להתרחש מעת לעת גם במדינה דמוקרטית.

הבעיות הנוכחיות של ישראל נעוצות במבנה המשטרי של הדמוקרטיה הישראלית. לא ניתן לתקן את השיטה מבלי להבין את החולשות במבנה זה. ניתוח חולשות אלה יסייע למקם את הבעיות הקיימות בתוך הקשרן, להבין מהיכן צמחו, ולכוון אותנו לפתרונות.

2. חולשתה של הרשות המחוקקת בישראל

המבנה המשטרי של הדמוקרטיה הישראלית כורך בין הרשות המבצעת (הממשלה) לרשות המחוקקת (הכנסת), שכן הממשלה זקוקה ל"אמון הכנסת" כדי לקום ולתפקד, ואמון זה משמעותו בפועל היא שיש לממשלה לפחות 61 חברי-כנסת התומכים בה: הקואליציה.

הבעיה היא בצד השני של מטבע האמון. הממשלה משתמשת בכלי של משמעת קואליציונית על מנת לכפות הצבעה אחידה על כלל חברי הקואליציה ובכך עוברת מעמדת תלות בכנסת לעמדה של שליטה בכנסת. חברי הכנסת נכנעים למשמעת הקואליציונית ממספר סיבות. במרבית המפלגות חברי הכנסת אינם נבחרים בפריימריז וכהונתם תלויה בראש המפלגה, ועקב כך יש גם לא מעט תחלופה בקרב חברי הכנסת, המובילה לשחיקה בנסיונם, מקצועיותם, ויכולתם להתנגד למשמעת הקואליציונית. בנוסף, ריבוי הח"כים הנורבגיים בכנסת – ח"כים המכהנים מכח התפטרות שר –

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

מייצר קבוצת חברי כנסת שמעמדם תלוי על בלימה שמא יחליט השר לחזור לתפקידו. כך או כך, התלות הינה מובנה – הממשלה חייבת קואליציה בשביל לתפקד ולכן אינה יכולה לשרוד ללא משמעת קואליציונית.

מצב עניינים זה מוביל לכך שהרשות החשובה ביותר בדמוקרטיה הישראלית, הכנסת, הרשות היחידה בישראל שנבחרת באופן ישיר על ידי הציבור, היא גם הרשות החלשה ביותר, משום שבפועל הכוח הייחודי שלה – כוח החקיקה – נשלט מבחירתה ועד פיזורת בידי רשות אחרת – הממשלה.

אף שהתרגלנו למצב זה בישראל, חולשת הרשות המחוקקת אינה נגזרת הכרחית של השיטה הדמוקרטית ואף לא הפרלמנטרית. במדינות אחרות ישנם כמה בתי פרלמנט (למשל עליון ותחתון, כמו באנגליה, צרפת וארה"ב, או כמה בתי מחוקקים מקבילים בחלוקה פדראלית, כמו בארה"ב וגרמניה) ו/או הפרדה נוקשה בין הרשות המבצעת והמחוקקת (באמצעות בחירות נפרדות לכל גוף, כמו בארה"ב ובצורה אחרת גם בצרפת).

בשיטות כאלה הפרלמנט לא נמצא "בכיס" של הממשלה, והממשלה צריכה לעבוד יותר קשה בשביל להעביר חקיקה. ראשית, קיימת האפשרות כי הציבור לא ייתן את הרוב ברשות המחוקקת לאותה המפלגה השולטת ברשות המבצעת.⁹ שנית, גם מחוקקים המשתייכים למפלגת השלטון עשויים להתנגד לרפורמות ולדרוש שינויים ופשרות כאשר אינם כפופים למשמעת קואליציונית. שלישית, כאשר אחד מבתי המחוקקים מייצג את הפדרציות המרכיבות את המדינה, יש להתחשב גם באינטרסים של היחידות התת-לאומיות בשביל להעביר חקיקה לאומית. בקיצור, בכל המשטרים האלה בית המחוקקים נושא ונותן עם הממשלה מעמדה נפרדת בהרבה. לעיתים הוא מכשיל את מדיניותה, לעיתים משנה אותה בצורה ניכרת, ולעיתים מקדם בהצלחה מדיניות עצמאית לחלוטין.

דינמיקה זו מתרחשת תדיר בדמוקרטיות כמו ארה"ב, בריטניה, גרמניה וצרפת, כמו גם בדמוקרטיות רבות אחרות. בישראל היא תדירה פחות. נדיר מאוד שהכנסת מקדמת מדיניות עצמאית – רק 10% מהחקיקה בישראל מקורה בהצעות חוק שלא הוגשו בידי הממשלה. בנוסף, העובדה שהכנסת היא בית המחוקקים היחיד, הנשלט ברוב רגיל לכמעט כל חקיקה, מקטינה מאוד את יכולתה לחסום את מהלכי הממשלה או להכניס בהם שינויים מהותיים. רק כאשר החקיקה מתנהלת בוועדות הכנסת ובמליאה בצורה סדורה ומקיפה, תוך התחשבות בדעותיהם והצעותיהם של נציגי האופוזיציה והציבור הרחב, מצליחה הכנסת להשיא תרומה נפרדת להליך החקיקה.

פירושו כי בניגוד לדמוקרטיות אחרות, בהן השפעת הרשות המחוקקת מושגת באמצעות הפרדה מובנית וקשיחה מהרשות המבצעת – בישראל ההשפעה של הכנסת תלויה בקיומה של תרבות דמוקרטית של שיח, שיג ופשרה. הקואליציה ויושבי ראש הוועדות מטעמה צריכים לאפשר דיון, חברי האופוזיציה צריכים להשתתף בדיון, ושני הצדדים צריכים לחתור לבניית הסכמות וחקיקה לטובת הציבור כולו – אשר מיוצג במלואו רק בכנסת, ואף פעם לא בממשלה. מרכיבים אלה, שרק בהתקיימם יכולה הכנסת לתרום תרומה עצמאית לחקיקה ולהגשים את תפקידה כגוף המייצג את כלל הציבור, הינם "רכים" ושבריריים, ולא אחת הם מתפוגגים דווקא כאשר תרומה זו נדרשת במיוחד – ברגעים של מחלוקת ציבורית עמוקה אודות נושאים מרכזיים וחשובים.

הצד השני של חולשת הכנסת הוא ריכוז כח אדיר בידי הממשלה: ממשלות בישראל מרכזות בידיהן דה פקטו גם את הכוח הביצועי וגם את הכוח החקיקתי. ובשל כל הסיבות שהוזכרו לעיל, מדובר בריכוז כוח גדול במיוחד. בדמוקרטיות אחרות, גם כאשר הממשלה שולטת בהגדרת הבית התחתון של הפרלמנט (למשל, באנגליה ובצרפת) אין לה שליטה על הבית העליון של הפרלמנט, אשר יכול לבלום ולעכב את החקיקה. קל וחומר כשלממשלה אין כל שליטה בהליך החקיקה (כמו

⁹ הדבר נובע גם מאימוץ שיטות הכרעה שונות במערכת הבחירות (בחירה ישירה של מועמדים לעומת רשימות; ייצוג יחסי מול קרבות ראש בראש) ובקיום בחירות אזוריות מול כלליות. מפאת קוצר היריעה לא אדון בסוגיות אלה כאן.

** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל **

בארה"ב ובמטרים פדרליים, בהם לכל מדינה יש בית מחוקקים משלה ואוטונומיה לקבוע נורמות במגוון תחומי חיים.

אין פירושו שקל לממש את הכח השלטוני בישראל. תלאותיהן של ממשלות בישראל – ומשך חייהן הקצר – יוכיחו. נקודה זו מובילה אותנו לחולשתה של הרשות המבצעת.

3. חולשתה של הרשות המבצעת בישראל

הקשר הגורדי בין הממשלה והכנסת מחליש לא רק את הכנסת, אלא גם את הממשלה. הטענה הזו נשמעת וודאי פרדוקסלית: הרי הרגע פירטתי כיצד חולשת הכנסת מרכזת כח רב לידי הממשלה. אבל אלה חולשות שונות מאוד, שיש להן גרעין משותף.

בתחילת שנות התשעים החלו המפלגות הגדולות בישראל לאבד מכוחן הפרלמנטרי. עוד קודם לכן התאפיינה המערכת הפוליטית בישראל בחוסר יציבות וריבוי מפלגות והמעבר לבחירה ישירה של ראש ממשלה האיץ מגמה זו בעודדו את המצביעים לבחור בפתק אחד מועמד לראשות הממשלה ובפתק שני מפלגה מגזרית שמתאימה להעדפותיהם במדויק יותר ממפלגה גדולה. אחוז החסימה הנמוך חיזק מגמה זו, באפשרו את כניסתן של מפלגות בנות מנדטים בודדים לכנסת. השינוי התודעתי שעבר הבוחר הישראלי התקבע גם לאחר שחוק הבחירה הישירה בוטל, והמפלגות הגדולות לא חזרו לגדולתן (המספרית).

ריבוי המפלגות בכנסת מוביל למתן כוח פוליטי ניכר במסגרת ההסכמים הקואליציוניים למפלגות מגזריות, המייצגות מיעוט קטן של חברי הכנסת. באופן קבוע, מפלגות המונות 10 חברי כנסת (8% מהכנסת) – ואף פחות מכך – מקימות ומפילות ממשלות בישראל. לאחר הקמת הממשלה, רוב הקואליציה, המהווה רק רבע מחברי הכנסת, מחזיק ביכולת לשלוט בכוח החקיקה של הכנסת כולה – וגם בכוח לקבוע את מדיניות הביצוע של הממשלה.

העובדה שלמפלגות הקטנות יש השפעה חזקה כל כך על קיום הקואליציה מחלישה את הממשלה, מאחר שיש ביכולתן (ואף ביכולת חברי כנסת בודדים) לסחוט את הממשלה או לאיים בהפלתה. חייהן הקצרים של ממשלות בישראל אינם ברכה אלא בעיה תפקודית, הנגרמת מהיחסים הלא בריאים בין הממשלה והכנסת.

לסיכום, המבנה הייחודי של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית מחליש הן את הכנסת, הן את הממשלה. **חולשת הכנסת היא בתלותה בממשלה, ובחוסר עצמאותה הנובע מכך, וחולשת הממשלה היא בחוסר יציבותה ופגיעותה לסחטנות של מיעוט קטן מהכנסת.**

השילוב של חולשת הכנסת בחולשת הממשלה רוקח קוקטייל רעיל לדמוקרטיה הישראלית.¹⁰ הבחירות שהדמוקרטיה הישראלית מציבה שוב ושוב בפני אזרחי ישראל הן עריצות המפלגות הקטנות וריכוז כח עצום בידי מיעוט נבחר הציבור; או שיתוק משטרי כתוצאה מנפילת ממשלות בטרם עת ופיזור הכח השלטוני לכל עבר. מה שבתווך – ממשלה מתפקדת ויציבה, הפועלת לטובת כלל אזרחי ישראל, ונהנית מביקורת ופיקוח אפקטיביים של הכנסת ומתרומתה העצמאית של הכנסת לחקיקה – הפך לחזיון נדיר, נדיר מידי.

¹⁰ הניתוח כאן מבוסס על מאמרי "על הקוקטייל הרעיל של הדמוקרטיה הישראלית ובעיית הקצה של מלחמות הבג"ץ: מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד" פורום עיוני משפט מ"ה (2021), אשר בכתבתו התבססתי על ספרו של עמיחי כהן המוזכר בכותרת המאמר ועל מאמרה של רבקה וייל, "הלכת יולי אדלשטיין וכתובתה יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל" עיוני משפט (2021).

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

רקע זה הכרחי על מנת להבין את מהלך הרחבת סמכויות בו נקטו בג"ץ והייעוץ המשפטי לממשלה בעשורים האחרונים.

מיזוג הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, וחולשתן הכפולה הנובעת ממיזוג זה, יצרו ואקום של העדר בלמים על תהליך החקיקה ועל הכוח הביצועי – בלמים המופעלים במרבית הדמוקרטיה באופן יומיומי באמצעות כמה בתי מחוקקים הבולמים ומאזנים זה את זה ו/או באמצעות הפרדה קשיחה בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ובתדירות נמוכה יותר – באמצעות הרשות השופטת.

כדרכם של ואקומים, החלל לא נותר ריק; נכנסו אליו בג"ץ מצד אחד והייעוץ המשפטי לממשלה מצד שני (בעידוד ובתמיכת בג"ץ). כיום, בג"ץ הוא מנגנון הפיקוח העצמאי היחיד על הרשות המבצעת והרשות המחוקקת כאחד. לא פעם הוא דן גם בעתירות של חברי כנסת מהאופוזיציה – בהם גם כאלה החברים בקואליציה הנוכחית – נגד הקואליציה. מנקודת מבטו של בג"ץ, ביקורת שיפוטית על חקיקה ועל סבירותן של החלטות מנהליות נדרשת, נוכח החוסר במנגנוני פיקוח חלופיים אשר יבלמו ויאזנו את מדיניות הרשות המבצעת וחקיקת הרשות המחוקקת.

במקביל, העובדה כי מערך הייעוץ המשפטי לממשלה נוסד מקום המדינה במתכונת הבריטית של שירות ציבורי מקצועי ומומחה, הביאה אותו לאמץ תפיסה של שומר סף, שתפקידו אינו לומר הן אלא אמת לנבחרי הציבור. עצמאות הפקידות נועדה להבטיח כי לשר תעמוד תשתית מקצועית ועובדתית לא מוטה לצורך גיבוש מדיניותו, וכי לאחר מכן יהיה מי שישם את המדיניות הכללית של השר באופן שיווינוי ואחיד על כלל הציבור, ולא רק לטובת ציבור בוחר השר. מנקודת מבטו של הייעוץ המשפטי לממשלה, הביקורת שהוא מפעיל על החלטות הממשלה נדרשת על רקע החוסר במנגנוני פיקוח אפקטיביים אחרים על הממשלה, ומסייעת "לחסן" את הממשלה מהתערבות נוספת ודרסטית יותר של בג"ץ.

יש להדגיש, כי הניסיון של בג"ץ ומערך הייעוץ המשפטי לפצות על מיזוג הרשויות הישראלי באמצעות הרחבת סמכויותיהם פותר בעיה אחת ביצירת בעיה אחרת.

לבג"ץ ישנו תפקיד הכרחי בפיקוח על יתר הרשויות, כמו כל בית משפט עליון במדינה דמוקרטית. אולם כח פיקוח זה אינו תחליף לפיקוח הפוליטי שגופים נבחרים יכולים להפעיל זה על זה, ואינו מכשיר התערבות בסמכויות מובהקות של הרשויות האחרות והחלפת שיקול דעתן בשיקול דעתו. בדומה, גם תפקידו של הייעוץ המשפטי כשומר סף מקצועי ומנוסה הוא תפקיד הכרחי, שמניב תועלת רבה לציבור ולממשלה. אולם גם מומחיות ומקצועיות אינם מצדיקים ריסון יתר של שיקול הדעת של הדרג הנבחר והוספת מניעות לא מחויבות המעכבות את היכולת להוציא מדיניות לפועל ולאפשר לה להוכיח את עצמה בשטח ולקבל את יומה בבית המשפט.

האיזונים שיש להכניס במערכת צריכים אפוא להיות מדויקים וכירורגיים: יש להסיג את בג"ץ והייעוץ המשפטי לממשלה לגבולותיהם המוסדיים הנצרכים מבלי לשחוק את תפקידם המוסדי ההכרחי בפיקוח על הכנסת והממשלה ושמירה על שלטון החוק; תוך מציאת פתרונות לבעיות הבלימה, הפיקוח והאיזון ביחסי הרשויות וייצוב הכח השלטוני, על מנת שהכנסת תשחק תפקיד משמעותי בהליך החקיקה, ממשלות נבחרות ימלאו ימיהן וכוחן לא ייסחט בידי קבוצות מגזריות קטנות.

4. השלכות תוכנית לוי-רוטמן על אתגרי הפרדת הרשויות בישראל

למרבה הצער, התוכנית הנוכחית של לוי-רוטמן אינה פותרת את מרבית הבעיות שעומדות בשורש המצב הנוכחי (למעט הסוגיות אליהן התייחסתי בתחילת הפרק) ואף מחריפה אותן, בהסירה את מרכיבי הפיקוח היחידים הקיימים ביחסי שלוש הרשויות כיום, ללא הוספת מרכיבי פיקוח אחרים שיוכלו לאזן את התמונה.

אראה זאת כעת ביחס לכל אחד מהרכיבים הנותרים של תוכנית ליון-רוטמן:

1. שינוי שיטת מינוי השופטים לכל הערכאות (בתי משפט שלום, מחוזי ועליון)
2. שינוי אפשרי בשיטת בחירת נשיא בית המשפט העליון

הועדה למינוי שופטים, במתכונתה הנוכחית (לפני השינויים המוצעים), כוללת תשעה חברים: שלושת שופטי בית המשפט העליון, שר המשפטים ושר נוסף, שני חברי כנסת הנבחרים על ידי הכנסת בבחירות חשאיות, ושני נציגי לשכת עורכי הדין, הנבחרים אף הם בבחירות חשאיות. על מנת למנות שופטים לבתי משפט שלום ומחוזי יש צורך ברוב רגיל (חמישה מתוך תשעה). על מנת למנות שופטים לבית המשפט העליון יש צורך ברוב מיוחס (שבעה מתוך תשעה). הוראה אחרונה זו היא תיקון שחוקק בימי כהונתו הראשונה של גדעון סער כשר משפטים ב-2008, והובילה לכך ששופטי בית משפט עליון יוכלו להתמנות רק בהסכמה רחבה בוועדה (להלן: "כלל ההסכמה הרחבה").

מבנה זה משקף תפיסה שמינוי שופטים לערכאות השונות צריך לאזן בין שיקולים מקצועיים ובין שיקולים פוליטיים וצריך לתת ביטוי לעמדת שלוש הרשויות, כמו גם לעורכי הדין המופיעים בפני השופטים, ויכולים לספק לוועדה נקודת מבט ייחודית על מקצועיותם של המועמדים לשיפוט והתאמתם לתפקיד של שופטים המועמדים לקידום.¹¹ במקביל, מבנה הוועדה נועד ליצור מצב לפיו לאף קבוצת אינטרס אין רוב מובנה בוועדה.

עם זאת, במשך שנים ארוכות הנהיגו השופטים ועורכי הדין בוועדה ברית לא רשמית שיצרה שליטה בלעדית של הגורמים המשפטיים במינוי שופטים לכל הערכאות, כולל העליון, באופן שמזער את יכולת ההשפעה של נבחר הציבור בממשלה ובכנסת והטיל צל על טיב ההחלטות שהתקבלו בוועדה. קושי זה עמד ביסוד כלל ההסכמה הרחבה לבחירת שופטי עליון שהתקבל ב-2008. מאוחר יותר, חילופי הנהגה בלשכת עורכי הדין ובממשלה הובילו ליצירת ברית הפוכה בין נציגי הממשלה ועורכי הדין, בתקופת השרה שקד ויו"ר הלשכה נווה. לשינויים אלה הייתה השפעה מהותית על דרך מינוי שופטים לבית המשפט העליון, השיקולים הנשקלים בוועדה, התמהיל האידיאולוגי של השופטים הממונים – ועל הרכבו הנוכחי של בית המשפט העליון.

השינויים שמציעים כעת רוטמן וליון בחוק-יסוד: השפיטה מייצרים לממשלה רוב קבוע בוועדה למינוי שופטים ומאפשרים לה למנות לבדה שופטים לכל הערכאות. שתי ההצעות מגיעות לתוצאה זו בדרכים מעט שונות, אולם התוצאה זהה. נשיא בית המשפט העליון ימונה באותה דרך, ויכול שימונה גם מי שלא מכהן כשופט בבית המשפט העליון. בתוך כך, על אף ששתי ההצעות טוענות שרצונן הוא להעביר את כח המינוי לידי נבחר הציבור, מפתח הייצוג שהן קובעות מעוות את תוצאות הבחירות ונותן לנציגי הקואליציה והממשלה משקל השקול ל-100 חברי כנסת מול 20 בלבד לאופוזיציה, וזאת ללא תלות לגודל האופוזיציה.

כעת אפרט. לפי הצעת ליון, הוועדה תמנה 11 חברים והממשלה תחזיק ברוב קבוע של שבעה חברים בוועדה, לפי המפתח הבא: שלושה שרים (אחד מהם שר המשפטים), שני ח"כ המכהנים כראשי ועדות המוחזקות תמיד בידי חברים בכירים בקואליציה, ושני נציגי ציבור הממונים באופן בלעדי על ידי שר המשפטים. במקביל, הצעת ליון מבטלת את כלל ההסכמה הרחבה למינוי שופטים לבית המשפט העליון, מה שהופך את הרוב של הקואליציה בוועדה לשליטה מלאה במינוי כלל השופטים לכל הערכאות.

לפי הצעת רוטמן, הוועדה תוסיף למנות תשעה חברים והרוב הקבוע לקואליציה בוועדה יושג באמצעות מינוי חמישה מתוך תשעה חברי הוועדה משורות הממשלה והקואליציה – שלושה שרים ושני ראשי הוועדות מהקואליציה (זאת על חשבון נציגות עורכי הדין, שתבוטל כליל בשתי ההצעות). רוב זה יאפשר לנציגי הממשלה והקואליציה למנות שופטים לבית משפט שלום והמחוזי ללא אף

¹¹ הדבר מקביל לכך, למשל, שסטודנטים ישותפו בהחלטות על העסקת וקידום מרצים – פרקטיקה שנהוגה בחלק מהמוסדות האקדמיים המובילים בארה"ב.

נציג נוסף, ויהפוך את השופטים בערכאות הנמוכות למינוי ישיר ובלעדי של הרשות המבצעת. רוטמן אינו מתייחס בהצעתו לכלל ההסכמה הרחבה, ולכן בשביל להבין את ההשלכות של תוכניתו על מינוי לעליון יש לצעוד כמה צעדים נוספים.

ראשית נבחן מי החברים הנוספים בוועדה. בשתי התוכניות נשיא(ת) בית המשפט העליון תהיה חברה בוועדה. בשתי התוכניות, נציג נוסף יהיה יו"ר הוועדה לביקורת המדינה בכנסת – תפקיד המוחזק בידי חבר אופוזיציה לפי תקנון הכנסת (סעיף 106). אם ניתן להניח שתקנון הכנסת לא ישונה בסוגיה זו (אם כי אין כל קושי לשנותו), פירושו שלאופוזיציה יהיה נציג אחד בוועדה. כלומר, על אף שההצעה מגדילה במידה ניכרת את מספר נבחרי הציבור בוועדה – מארבעה לשישה – היא אינה עושה זאת באופן יחסי לייצוגם בכנסת. רק אחד מבין ששת נבחרי הציבור יהיה חבר אופוזיציה, היא גודלה בכנסת אשר היא.¹² עיוות זה, רק חריף יותר, הוא חלק גם מהצעת לוי, בה רק אחד מבין שבעת נציגי הציבור יהיה חבר אופוזיציה.

בתוכנית לוי, שני הנציגים האחרונים הם שופטי בית המשפט העליון הנבחרים בידי יתר שופטי בית המשפט העליון – כמו במצב הנוכחי. עם זאת, מאחר שלוי מבטל את כלל ההסכמה הרחבה, השופטים הופכים להיות מיעוט כרוני בוועדה, נטולי יכולת להשפיע על החלטותיה. בתוכנית רוטמן, שני הנציגים האחרונים הם נשיאי בתי משפט בדימוס אשר ימונו בידי שר המשפטים, בהסכמת נשיא(ת) בית המשפט העליון. קרי, בניגוד למבנה הנוכחי, בו הגורמים המשפטיים בוועדה – שופטים ועורכי דין – בוחרים את נציגיהם לבדם, במבנה המוצע לשר המשפטים יש שליטה על בחירת השופטים הנלווים לנשיא(ה) בוועדה, ולכן גם שופטים אלה יהיו בעלי זיקה לממשלה. אם ניתן להסיק ממנהג העבר, דרישת ההסכמה עשויה להיות בסיס ל"דיל" שיביא לכך שלפחות אחד מהשופטים בדימוס לא יצביע באופן בלעדי עם הקואליציה – אם כי קשה לדעת כיצד תמומש ההסכמה, בהעדר כללים ברורים בעניין זה.

מהן ההשלכות של הצעת רוטמן על מינוי שופטים לבית המשפט העליון? הכלל הקובע ששופט ימונה לבית המשפט העליון ברוב של שבעה מחברי הוועדה קבוע בחוק בתי המשפט, בעוד שההצעה של רוטמן מתייחסת רק לחוק-יסוד: השפיטה, ומסתיימת בהצהרה עמומה ש"התיקון יחייב עריכת תיקונים משלימים בחוק בתי המשפט". כאמור, הצעת לוי מבטלת כלל זה במפורש. אצל רוטמן, העמימות מטילה צל על משמעותם המלאה של התיקונים המוצעים. ניתן לשרטט כמה אפשרויות:

- א. כלל ההסכמה הרחבה למינוי שופטים לבית המשפט העליון יישמר. במצב זה, הממשלה מחזיקה ברוב של שישה עד שבעה חברים בוועדה (כתלות בשופטים בדימוס שימונו על ידי שר המשפטים). משקל עמדת הממשלה במינוי שופטים לבית המשפט העליון יעלה במידה רבה מאוד ועשוי להפוך בלעדי.
- ב. כלל ההסכמה הרחבה למינוי שופטים לבית המשפט העליון יבוטל. במצב זה, הממשלה תוכל למנות לבדה, ללא כל גורם נוסף, וללא תלות בשופטים בדימוס שימונה שר המשפטים, את שופטי בית המשפט העליון, מכיוון שהיא מחזיקה ברוב רגיל של חמישה מתוך תשעה חברי ועדה.
- ג. בנוסף, חוק בתי המשפט קובע לא רק את כלל ההסכמה הרחבה, אלא גם שנשיא בית המשפט העליון והמשנה לנשיא יתמנו מקרב שופטי בית המשפט העליון. מקום המדינה נעשה מינוי זה לפי שיטת ה"סניוריטי" – השופט או השופטת הוותיקים ביותר מקרב השופטים המכהנים מתמנים לנשיא. עם זאת, כלל הסניוריטי הוא מנהג שאינו מעוגן בחוק, ולפי הצעתו של לוי נשיא בית המשפט העליון ימונה בידי הוועדה, מתוך בית המשפט העליון או מחוצה לו, לכהונה בת שש שנים (אשר בסופה יוסיף לכהן כשופט מהשורה בבית

¹² לבסוף, הצעת רוטמן מבטלת את האפשרות הניתנת לוועדה כיום לפעול בהרכב חלקי, כל עוד לא פחת מספר חבריה משבעה. פירושו שהוועדה תוכל למנות שופטים רק בהרכב מלא של כל תשעת חבריה.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

המשפט העליון).¹³ נוכח שליטתה המוחלטת של הממשלה במינוי שופטים לבית המשפט העליון בהצעת ליון, הנשיא אף הוא צפוי להיות מינוי בלעדי של הקואליציה.

למינוי נשיא לפי רצון הממשלה (והיא בלבד) יכולות להיות השלכות רבות על עצמאות הרשות השופטת, שכן הנשיא עומד בראש הרשות השופטת ומנהל אותה יחד עם מנהל בתי המשפט. תחת הצעת רוטמן, ההשלכה המידית של מינוי נשיא לפי רצון הממשלה היא מתן שליטה מלאה לרשות המבצעת במינוי שופטים לבית המשפט העליון – הן באמצעות קולו של הנשיא בוועדה הן באמצעות קבלת הסכמתו למינוי שני השופטים בדימוס לוועדה. במצב כזה, תחת תכנית רוטמן צפויה לממשלה שליטה בלעדית במינוי שופטים לכל הערכאות, שכן שמונה מתוך תשעת החברים בוועדה ימונו על ידה.

יש להדגיש כי רוב של שבעה חברים ומעלה יאפשר לממשלה תחת הצעת רוטמן לא רק שליטה מלאה במינוי שופטים לבית המשפט העליון, אלא גם שליטה מלאה בהדחת שופטים מכל ערכאות השיפוט, הדורשת רוב של שבעה חברי וועדה וניתנת להתנעה בהצעת שר המשפטים. הצעתו של ליון מסויגת יותר בהיבט זה, שכן ליון מגדיל את הרוב הנדרש להדחת שופט בוועדה בת 11 החברים משבעה לתשעה, כך שלפחות אחד השופטים חייב לתמוך בהחלטה. עם זאת, מאחר והממשלה שולטת במינוי הנשיא, גם הצעה זו נותנת לממשלה משקל גבוה מאוד בייזום והדחה של שופטים מכהנים.

לסיכום, השינויים המוצעים בוועדה למינוי שופטים עתידיים לתת לממשלה כח בלעדי למנות את שופטי בית משפט השלום, המחוזי, והעליון. שינוי הרכב הוועדה מקטין במידה מכריעה את משקל הגורמים המשפטיים בוועדה, אשר יהפכו להיות "מיעוט כרוני" בוועדה, אולם אינו מתורגם להעברת הכח לנבחרי הציבור בהתאמה לתוצאות הבחירות. חמישה מבין נבחרי הציבור בוועדה (שישה אצל ליון) מוגדרים כחברי קואליציה ורק מקום אחד בוועדה שמור לאופוזיציה, וזאת ללא תלות בגודל האופוזיציה. ייצוג זה מעניק לקואליציה משקל יחסי של 100 חברים כנסת יחסי של 20 חברים כנסת בלבד. בהצעת ליון – 103 מול 17. בישראל לא כיהנה מעולם קואליציה כה נרחבת ואופוזיציה כה מצומצמת, כולל, כמובן, בכנסת הנוכחית, בה סיעות הקואליציה זכו במעט פחות מ-50% הקולות הכשרים בבחירות.

בניגוד לנטען, מודל זה אינו דומה כלל למודל הנוהג בארה"ב למינוי שופטים. ראשית, בארה"ב מתקיימות בחירות נפרדות לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת. במודל זה, בו הנשיא נבחר באופן ישיר בידי העם, מפצלת החוקה האמריקאית את סמכות מינוי השופטים בין הנשיא (הרשות המבצעת) והסנאט (הבית העליון של הרשות המחוקקת). הנשיא מחזיק בסמכות להציע את השופטים למינוי, אולם הסנאט כולו – ברוב חבריו – חייב לאשר את המינוי. בישראל הרשות המבצעת אינה נבחרת באופן ישיר בידי העם, כך שהפרדת הרשויות הבסיסית העומדת בבסיס השיטה האמריקאית לבחירת שופטים אינה מתקיימת.

שנית, הצעת ליון-רוטמן אינה מעבירה את הסמכות לאשר את בחירת השופטים לידי הכנסת בהרכבה המלא, אלא מעוותת את יחסי הכוחות בוועדה באופן שמעניק לקואליציה רוב גדול בהרבה ממשקלה האמיתי ברשות המחוקקת. המודל האמריקאי נבנה על מתן משקל שווה לשתי הרשויות, המחוקקת והמבצעת, בהתאמה מלאה לתוצאות הבחירות, במינוי שופטים.

במאמר מוסגר, תוכנית ליון כוללת שימוע ציבורי לשופטים בוועדת חוקה, חוק ומשפט. הצעה זו, שלכאורה שאובה מארה"ב, מסגירה את ההבדל התהומי בין ההצעות. בעוד שבארה"ב הנשיא מציע את המינוי והסנאט עושה שימוע ועל בסיסו מחליט אם לאשר את המינוי, הצעת ליון היא שאותו גוף

¹³ אין בהצעה הסבר מדוע קדנציית הנשיא (וסגנו) נקבעה דווקא לשש שנים. לפי קורות החיים של המועמד הנוכחי לנשיאות, השופט יצחק עמית, במועד מינויו הצפוי לנשיאות יוותרו לו רק 5 שנים לכהן כשופט (עד הגעתו לגיל 70, גיל הפרישה המחויב לשופט לפי חוק), כך שהצעת ליון פוסלת את עמית דה פקטו, על סעיף 'טכני', ממינוי לנשיא.

– הועדה למינוי שופטים – תקבל את ההחלטה על מינוי השופט, רק פעמיים: פעם לפני השימוע ופעם שניה לאחריו.

שלישית, כל מהללי המודל האמריקאי למינוי שופטים צריכים לשאול עצמם ביושר אם מודל זה אכן מייצר אמון ציבורי מוצק בבית המשפט העליון האמריקאי. התשובה לכך שלילית. האמון בבית המשפט העליון בארה"ב [הולך ומדרדר בשנים האחרונות](#), בהלימה מושלמת לפוליטיזציה של בית המשפט העליון. הגם ששיטת מינוי השופטים בארה"ב נותרה כשהייתה, בעבר נבחרו הציבור בסנאט היו מגיעים להסכמה רחבה על המועמדים ומאשרים את מינוים ברוב גורף של 80-90 (מתוך 100) חברי סנאט. אולם הקיטוב הפוליטי בארה"ב, המתבטא הן בכך [ששופטים פוסקים בסוגיות המחלוקת בהלימה גבוהה לאגינדה הפוליטית של הנשיא שמינה אותם](#), הן בקיטוב הגובר בסנאט האמריקאי, הובילו לכך שמינוי השופטים הפך להיות הליך מקוטב פוליטית, המוכרע לפי קווים מפלגתיים ולא לפי איכות המועמדים. במקביל, התזמון (בחלקו אקראי) של פטירת/פרישת שופטים הוביל לכך [שבית המשפט העליון בארה"ב הפך להיות שמרן בהרבה מהציבור](#), ואמון הציבור בו הולך ומדרדר.

תוצאות אלה הן תמרור אזהרה לכל הטוענים כי שינוי שיטת בחירת השופטים יוביל לעלייה באמון הציבור בבית המשפט העליון או במערכת המשפט בכלל. אמון הציבור הוא פונקציה מורכבת של הקיטוב הפוליטי בבית הנבחרים, הלכי הרוח בציבור, והתנהגות בית המשפט העליון. [רק 39% מהציבור האמריקאי כיום נותן אמון בבית המשפט העליון בארה"ב וסבור שהוא עושה עבודה טובה](#). הנתונים לגבי ישראל אינם יציבים בשנים האחרונות, אלא משתנים בהתאם לגובה הלהבות הפוליטיות (השוו [כאן](#), [כאן](#) ו[כאן](#)). אי-יציבות זה כשלעצמו, בשילוב עם המגמות המטרידות בארה"ב, מעידים כי פוליטיזציה של הליך מינוי השופטים אינה צפויה להעלות את אמון הציבור בבית המשפט.

חשוב להדגיש שאין מודל לגיטימי אחד ויחיד למינוי שופטים, והמודל הנוהג בישראל מימים ימימה אינו קדוש. לצד זאת, השיפורים שהונהגו במודל הישראלי, הכוללים דרישת הסכמה רחבה למינוי שופטים לבית המשפט העליון, הובילו לשינויים מוחשיים בהרכבו של בית המשפט העליון וזאת מבלי להכפיף אותו לאף אחת משתי הרשויות האחרות.

מנגד, השינויים המוצעים – בניגוד לכוונתם המוצהרת – אינם מחזקים את הפרדת הרשויות בישראל אלא מחריפים את הבעיה בכך שהם מכפיפים את רובה המכריע של הרשות השופטת, ואולי את כולה, לרשות המבצעת, ומעוותים את ייצוג הרשות המחוקקת – והציבור עצמו – בוועדה, תוך התעלמות מבעיית הפרדת הרשויות הקיימת ביחסי הממשלה והכנסת. [בכך, תוכנית לוי-רוטמן מקריסה את הרשות השופטת לתוך הרשות הסיאמית המבצעת-מחוקקת, ועימה את הפרדת הרשויות בישראל.](#)

3. עיגון סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת – תחת מגבלות כבדות

כאמור בחלקו הראשון של מסמך זה, בג"ץ פירש את חוקי היסוד של זכויות האדם כמקנים לו סמכות לבקר את חקיקת הכנסת. הצעת לוי-רוטמן היא לעגן סמכות זו במפורש – אולם להגביל אותה באופן דרסטי. גם כאן יש מספר הבדלים בין שתי ההצעות, ואתייחס כבסיס להצעת רוטמן.

תוכנית רוטמן משיתה על הביקורת השיפוטית של בג"ץ שלוש מגבלות: כל 15 השופטים צריכים לשבת בהרכב; הפסיקה צריכה להינתן פה אחד; והיא חייבת להתבסס על קביעה כי החוק סותר בבירור הוראה ששורינה בחוק יסוד. אצל לוי הניסוח מעט אחר: סתירה מהותית של הוראה מפורשת בחוק-יסוד.

אתחיל מהסיפא, אשר על פניה מוצדקת. ביטול חוק הוא צעד דרסטי המתערב בהכרעת בית הנבחרים. צעד זה צריך להתבצע רק כאשר השופטים המצביעים עבורו משוכנעים באי-החוקיות של החוק, וכאשר יש לקביעה זו בסיס מוצק בחוק-היסוד. ביטול חקיקה על בסיס עילות אשר אינן מעוגנות בחוק-יסוד מהווה חריגה מסמכות בג"ץ ופגיעה בהפרדת הרשויות בינו לבין הכנסת.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

לעומת זאת, שתי ההגבלות הראשונות מרחיקות לכת יתר על המידה. ניתן לדרוש שבית המשפט העליון ידון בהרכב מורחב בביטול חוקים ובית המשפט נוהג כך בעצמו מזה שנים ארוכות. אולם הדרישה שכל השופטים ישבו בהרכב מתעלמת ממצבים בהם חלק מהשופטים עשויים להיות מנועים (למשל, כי טיפלו בעניין בתפקיד קודם או בשל נגיעה אישית או קרבה לצד שעשוי להרוויח מהתוצאה) או לא נוכחים מסיבות שונות (רפואיות, שבתון, כהונה כיו"ר ועדת הבחירות, וכו'). הצעת לזן טובה יותר בהיבט זה, כי היא מכירה באפשרות של נבצרות שופטים ומאפשרת הרכב קטן יותר בהתאם.

ניתן גם לדרוש שבית המשפט העליון יקבל הכרעה בדבר אי-חוקתיות חוק בהסכמה רחבה – בשל ההשלכות הדרסטיות של ביטול חקיקה של הכנסת. עם זאת, הדרישה של הכרעה פה אחד מתעלמת מכך ששאלות משפטיות אינן שאלות אריתמטיות פשוטות אלא בעיות מורכבות, הכוללות נדבכים פרשניים, דוקטרינריים ועובדתיים אשר שופטים – מומחים והגונים – יכולים להיות חלוקים בכולם או בחלקם. גם במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי, תחומים המצריכים בדרך כלל (אם כי לא תמיד) הכרעות נפיצות פחות מהמשפט החוקתי, שופטים נחלקים לעיתים תכופות. דרישה של הכרעה פה אחד מתעלמת אפוא מכך שהמחלוקת היא אינהרנטית לכל סוגיה משפטית ולכל שיטת משפט. יתר על כן, אם מחילים כלל של הכרעה פה אחד, לא ברור מדוע הכרעה כזו תידרש רק לצורך קביעה כי חוק אינו חוקתי, ולא לצורך קביעה כי החוק חוקתי. משני צידי השאלה עומדת פגיעה בכנסת – זו שחוקקה את החוק ה"רגיל", וזו שחוקקה את חוק-היסוד.

שילוב שתי הדרישות יחד – הרכב הכולל את כל 15 השופטים בבית המשפט, ודרישת הפה האחד – מוליד את **המסקנה הבלתי נמנעת שתוצאת תכנית רוטמן היא לא לעגן את סמכות הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת אלא לאיין את הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת**. קריאת דרישות אלה על רקע השינוי המתוכנן בהרכב הוועדה למינוי שופטים מחזקת מסקנה זו, שכן די במינוי של שופט אחד בידי הוועדה החדשה, הנתונה בידי הממשלה, על מנת למנוע לחלוטין ביקורת שיפוטית על חקיקה מכאן ואילך. גם בהרכבו הנוכחי כמעט ואין הכרעות חוקתיות הניתנות בבג"ץ פה אחד. **למיטב ידיעתי, אף דמוקרטיה יציבה לא משיתה דרישות כה מחמירות על בית המשפט העליון שלה.**

יש לציין שתכנית לזין מציעה מתווה קיצוני פחות (אם כי חסר תקדים במידה זהה) בדורשה רוב של 80% משופטי בית המשפט – במקום פה אחד. עם זאת, קריאת מתווה זה על רקע מתווה מינוי השופטים בהצעת לזין ומתווה ההתגברות בהצעת לזין (ראו בהמשך) מובילה למסקנה דומה. ההצעה דורשת לפחות 12 שופטים לקביעה כי חוק אינו חוקתי (גם אם ההרכב קטן יותר בשל נבצרות, לזין דורש 80% משופטי בית המשפט). כפועל יוצא גם רוב גדול מאוד בבית המשפט העליון – 11 מתוך 15 שופטים – לא יוכל לקבוע כי חוק אינו חוקתי ומיעוט קטן יוכל למנוע באופן קבוע קיומה של ביקורת שיפוטית על חקיקה. בנוסף, גם אם ימצא השופט ה-12 וההחלטה תשתכלל, הכנסת תוכל להתגבר עליה בקלות ובאופן קבוע.

במבט כללי יותר, גם בסוגיה זו מתעלמת תוכנית לזין-רוטמן מהבעיה שמיזוג הכנסת והממשלה מציב להפרדת הרשויות בישראל. במצב בו הממשלה שולטת בכנסת ובכוח החקיקה שלה ללא מיצרים, ובממשלה שולטת מפלגות מיעוט קטנות שיכולות להקימה ולהפילה באבחת הצבעה, יש סיכון ממשי שכוח החקיקה של הכנסת יתועל כנגד הציבור עצמו. **בדמוקרטיה אחרות קיימים שני בתי מחוקקים (או יותר), הנבחרים על פי מפתח ייצוג שונה ומוסמכים לבלום או לעכב אחד את השני. בישראל אין כל בלם נבחר על כוחה של הכנסת, אשר כוח החקיקה שלה נשלט הלכה למעשה על ידי הממשלה. ביטול מעשי של הבלם היחיד הקיים כיום – בג"ץ – ללא כל חלופה אחרת, אינו נותן פתרון לצורך הקיים בכל דמוקרטיה: בלמים ואיזונים אפקטיביים על כוחו של השלטון.**

בנוסף לכך, ישראל אינה שונה מכל דמוקרטיה אחרת בכך שיש בה קבוצות מגוונות ואידיאולוגיות שונות, אשר חלוקות זו על זו בסוגיות מהותיות. מחלוקות אלה מגיעות לא אחת לעצמות גבוהה – בפרט בשיח המקוטב והקשה שמתקיים בישראל כבר תקופה ארוכה. **הדמוקרטיה – כל דמוקרטיה**

– אינה חסינה מפני הסיכון הקבוע של התגייסות הרוב הנבחר נגד מיעוטים לא פופולריים, אשר גם הם חלק מהעם, בין אם מדובר במיעוט הערבי, הדתי, הפוליטי, או כל מיעוט אחר. זהו הטבע האנושי. זהו יצר האדם. על כך כתב גיימס מדיסון ב"פדרליסט" עוד בשנת 1787 כי "כאשר לסיעה יש רוב, משטר השלטון העממי מאפשר לה להקריב גם את טובת הכלל וגם את זכויותיהם של אזרחים אחרים ליצר השליט שלה או לאינטרס השליט שלה. ההבטחה של טובת הציבור וזכויות הפרט מפני סכנתה של סיעה מעין זו, תוך שמירה על רוחו ועל צורתו של השלטון העממי, היא המטרה הגדולה שאליה עלינו לכוון את עינינו."¹⁴

מדיסון ומייסדי החוקה האמריקנית סברו שהפתרון לבעיית עריצות הרוב הוא למנוע מראש, בצורה מבנית, את ההיווצרות של רוב שיוכל לתאם ולהגשים תוכניות של דיכוי, מה שמצריך רפובליקה גדולה כמו ארה"ב, שתקשה על הנציגים להתאגד ולתאם עמדות.¹⁵ לישראל יש מעלות רבות, אך גודל (אוכלוסייה, שטח) הוא לא אחת מהן. התובנה המשותפת לכל הדמוקרטיה בעולם כיום – כולל ארה"ב – היא שאין דרך להעלים את הסיכון הקבוע לעריצות הרוב באמצעים המבניים של בחירות והפרדת רשויות. זוהי ההצדקה המרכזית להגנה הישירה על זכויות האדם והאזרח בכל מדינה דמוקרטית, הנאכפת – כשורת הגנה אחרונה – באמצעות ביקורת שיפוטית על חקיקה. הגם שביקורת שיפוטית רחוקה מלהיות פתרון מושלם לבעיה – ובעצמה יכולה ליצור בעיות אחרות, כפי שראינו – הערמת קשיים על ביקורת כזאת עד כדי הפיכתה לבלתי אפשרית מעמיקה את הבעיה ולא פותרת אותה. בחלק השלישי של מסמך זה אציע פתרונות בהתאם.

4. כינון פסקת התגברות ברוב של 61 חברי כנסת

פסקת התגברות אינה רעיון חדש בישראל ואחת כזו כבר מעוגנת כיום בסעיף 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ביסודה, הפסקה נועדה לאפשר לכנסת "להתגבר" על חוק-יסוד (ובפרט על פסיקת בג"ץ לפיה חוק מסוים סותר חוק-יסוד) באמצעות חיקוק החוק מחדש בהליך נוקשה יותר ולזמן מוגבל. הרעיון הוא שצריך ליתן בידי הכנסת כלים לחוקק מחדש חוק שנפסל אם הכנסת משוכנעת בחשיבותו ויש לו תמיכה רחבה. עם זאת, לא ניתן להתגבר לנצח על חוק-היסוד, מאחר שחוק-היסוד קובע את הערכים והכללים הבסיסיים של השיטה, וחקיקה רגילה צריכה להיות, ברגיל, כפופה לו. לכן, ההתגברות הינה זמנית בלבד; חוק-יסוד: חופש העיסוק מגביל את ההתגברות לארבע שנים.

מאז כוננה פסקת ההתגברות בחוק-יסוד: חופש העיסוק בשנת 1994 נעשה בה שימוש פעם אחת, בשביל למנוע ביקורת שיפוטית על איסור ייבוא בשר לא כשר לישראל.¹⁶ בשנים שלאחר מכן עלו מעת לעת הצעות לכוון פסקה דומה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועוררו תמיד מחלוקת נרחבת. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התברר כמצע פורה בהרבה לעתירות נגד חוקי הכנסת (הן בשל כך שהוא כולל הרבה יותר זכויות, הן בשל הפרשנות המרחיבה שהעניק בג"ץ לזכויות אלה). מתן אפשרות לכנסת להתגבר על חוק-יסוד זה טומנת בחובה השלכות נרחבות בהרבה על זכויות האדם בישראל.

בחינה של פסקת ההתגברות המוצעת למול יתר חלקי התוכנית מעלה את המסקנה שהפסקה היא בבחינת "גדר על גדר", שכן ביטול האפשרות המעשית לקיים ביקורת שיפוטית על חקיקה (המושג באמצעות דרישת ההכרעה פה אחד של כל שופטי בג"ץ), לצד מתן שליטה מלאה לרשות המבצעת במינוי השופטים, לא יותירו לפסקת ההתגברות על מה להתגבר. בכל זאת מוטב לבחון את פסקת ההתגברות המוצעת, שכן לו ישתנו היבטיה האחרים של תוכנית לוי-רוטמן, תשחק פסקת ההתגברות תפקיד מרכזי יותר.

¹⁴ הפדרליסט מס' 10, עמוד 47, זמין ב"כותר".

¹⁵ שם, 48-50.

¹⁶ במקרה יחיד זה, קיבעה הכנסת את התגברותו של חוק בשר ומוצריו כך שאין צורך לחדשה מידי ארבע שנים ובג"ץ דחה את העתירות בעניין.

פסקת ההתגברות של רוטמן מאפשרת לכנסת להתגבר על כל חוקי היסוד – לא רק על חופש העיסוק או כבוד האדם וחירותו, אלא גם על חוקי היסוד העוסקים בכנסת, בממשלה, בצבא, בתקציב המדינה, ועוד – ברוב של 61 חברי כנסת (בשלוש קריאות), מראש או בדיעבד: כך, ניתן לחוקק כל חוק כך שימנע מראש ביקורת שיפוטית, וניתן גם לחוקק את החוק המתגבר לאחר שניתן פסק דין ובכך למנוע מבג"ץ לדון שוב בחוק. החוק המתגבר יעמוד בתוקפו עד שנה לאחר תום כהונת הכנסת המתגברת. עם זאת, ההתגברות ניתנת לחידוש ללא הגבלה על ידי הכנסת הבאה ואלה שיבואו אחריה, באותו רוב ולמשך אותו פרק זמן.

פסקת ההתגברות של לוי היא מנגנון מורכב יותר, המשנה מהיסוד את מושג ההתגברות והופך אותו מזמני לקבוע. גם פסקה זו יכולה להיות מופעלת על כל חוקי היסוד, אולם רק לאחר שניתן פסק דין המורה על ביטולו של חוק, ויש לה שני מצבים: הראשון, התגברות על פסק דין שניתן פה אחד על ידי כל שופטי בית המשפט העליון; השני, התגברות על פסק דין שניתן בכל רוב אחר. **במצב הראשון**, שהוא תיאורטי למדי,¹⁷ הכנסת שחוקקה את החוק לא תוכל להתגבר על הפסיקה. עם זאת, כל כנסת עוקבת תוכל להתגבר על פסק-הדין שניתן פה אחד – ובכך על חוק היסוד עצמו – ברוב של 61. **במצב השני**, הכנסת שחוקקה את החוק תוכל לחוקקו מחדש באופן מיידי ברוב של 61 חברי כנסת. בשני המצבים, לוי מקל על התגברות הכנסת בכך שאין צורך לגייס רוב זה לכל שלוש הקריאות, אלא רק עבור הקריאה השלישית והאחרונה. החוק המתגבר יעמוד בתוקפו עד שנה לאחר תום כהונת הכנסת המתגברת. אולם אם כנסת עוקבת תחוקק את החוק מחדש, ההתגברות תהפוך **קבועה**.

פסקת ההתגברות המוצעת, לא בשונה מהצעות קודמות ובדומה ליתר סעיפי התוכנית, אינה מתמודדת עם הבעיה המרכזית של התלכדות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. בעיה זו חריפה יותר כאשר הכנסת מחוקקת חוקי יסוד או מתגברת עליהם. זאת מכיוון שחוקי היסוד דורשים מהכנסת לראות נגד עיניה לא את האינטרס הפוליטי המסוים והייחודי של הקואליציה הנוכחית, הפועלת בקונסטלציה פוליטית מסוימת ולמול אתגרים מסוימים – אלא לראות מעבר לכך, ולהכריע בדבר כללי המסגרת וערכי העומק של החברה הישראלית אשר אמורים להיות טובים לדורות. כיצד כנסת הנשלטת בידי קואליציה פוליטית מסוימת, מוגבלת בזמן, העוסקת מסיבות ברורות בקידום מטרות מסוימות – יכולה להבטיח קבלת החלטות מסוג זה?

יאמרו המתגברים: בדיוק מטעם זו תקפה ההתגברות לארבע או חמש שנים בלבד, ולא לנצח נצחים. לכאורה, אמת הדבר. אולם ראשית, **הצעתו של לוי מאפשרת להפוך את ההתגברות על חוק-היסוד לקבועה** מבלי לשנות את חוק-היסוד עצמו, מה שיוצר סתירה פנימית קבועה בין כללי המסגרת החוקתיים והחוק הרגיל הסותר אותם. התגברות קבועה תתאפשר גם במקרה שבית המשפט קבע פה אחד שהחוק אינו חוקתי, כלומר **אפילו במקרים קיצוניים ונדירים של קונצנזוס שיפוטי מוחלט בדבר אי-חוקתיות החוק**.

שנית, רוב של 61 חברי כנסת (הרוב המספיק להתגברות בשתי ההצעות) הוא רוב קואליציוני רגיל, המוחזק בידי כל ממשלה מעצם קיומה. **אם כל שדרוש על מנת להתגבר על כל חוק-יסוד בישראל הוא רוב קואליציוני רגיל, והחלטה זו אינה כפופה לכל מנגנון בלימה או ביקורת, אזי אין שום משמעות לחוקי-היסוד.** כל ממשלה תוכל להתגבר על כללי היסוד, שיהיו תקפים לסירוגין במקרה הטוב ויאבדו את תוקפם בעקיבות במקרה הרע. מאחר שחוקי היסוד הם האכסניה לכללי היסוד של השיטה הדמוקרטית בישראל ומסדירים את שיטת הבחירות, יחסי הממשלה, הכנסת והרשות השופטת, מעמד הצבא, מבקר המדינה, נשיא המדינה, מאפייניה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, זכויות האדם, ועוד - פסקת ההתגברות של לוי-רוטמן משמיעה שלאף אחד מכללי יסוד אלה אין תוקף מיוחד. ההוראות היחידות עליהן לא תוכל הכנסת להתגבר לפי הצעת רוטמן (בלבד) הן אלה הקשורות בהארכת כהונתה ובהחלת תקנות שעת חירום על הכנסת.¹⁸ **לא תהא לכנסת כל**

¹⁷ ראשית, מכיוון שכאמור לעיל כמעט אין פסיקות הניתנות פה אחד. שנית, בהתחשב בדרישה להרכב מלא – ככל שמגדילים את ההרכב כך הסיכוי לדעת מיעוט גדל. שלישית, בהתחשב בהתווספות הצפוייה של שופטים שימונו בידי הממשלה בלבד.

¹⁸ לפי לשון ההצעה, "הוראות סעיף קטן (ג) [הסעיף האוסר על בג"ץ לדון בחוק מתגבר] לא יחולו על הוראות חוק הסותרות את סעיפים 9א(א), 44, 45 ו-45א לחוק-יסוד: הכנסת."

בעיה להגדיל, ברוב קואליציוני רגיל, את מספר חבריה, לשנות את שיטת הבחירות כך שלא יהיו כלליות, ארציות, ישירות, שוות, חשאיות, ו/או יחסיות, לשנות או לבטל את הזכות לבחור או להיבחר לכל אזרחי ישראל או מקצתם, ועוד.

אמנם, גם כיום חוק-יסוד: הכנסת אינו כולל כל הגנה מפני שינויים כאלה. כבר כיום הכנסת יכולה לחוקק ברוב רגיל וללא הליך מיוחד שינויים בשיטת הבחירות. בעיה מבנית זו אינה יצירת כפיהם של ליון ורוטמן – היא בעיה מושרשת בשיטת המשטר הישראלית. החידוש בחבילת ההצעות הנוכחית הוא שהן מסירות את מנגנון הביקורת היחיד שהושם עד כה על החלטות כאלה – בג"ץ – מבלי שהן משימות תחתיו כל מנגנון ביקורת אחר. בג"ץ אינו מנגנון הביקורת היחיד שניתן להציע. ניתן לעצב מנגנונים אחרים, כולל מנגנונים נבחרים (ועל כך בחלק השלישי של המסמך). הבעיה היא שההצעה אינה כוללת כל בלם ומותירה את המדינה נתונה לחסדיה של כל קואליציה אינטרסנטית מזדמנת.

5. שלילת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

תוכנית ליון-רוטמן קובעת כי חוקי היסוד יהיו חסינים באופן גורף מביקורת שיפוטית. על פניו, הצעה זו מוצדקת לחלוטין. חוקי היסוד קובעים את כלליה הבסיסיים של שיטת המשטר, וביטולם או שינויים הוא צעד מרחיק לכת שצריך להתקבל בהסכמה רחבה, בידי הציבור, בבית הנבחרים, או בשילוב של שניהם. כך בדרך כלל מתקבלות ומתוקנות חוקות בדמוקרטיה יציבות. לא קל לגבש הסכמה רחבה על כללי היסוד של השיטה – יעיד הניסיון שכשל לאחרונה לתקן את החוקה בצ"ילה (לאחר שזו נכשלה במשאל עם) והתיקון האחרון שבוצע בחוקה האמריקאית (לפני שלושים שנה ולאחר יותר מ-202 שנה מאז הוצע!). בג"ץ, גוף המכיל 15 שופטים אשר אינם נבחרים ציבור (אמורים להיות) ממונים בשל כישוריהם המשפטיים, וודאי אינו יכול לייצג הסכמה רחבה כזו או להחליף את הצורך בכיונה.

אליה זו – קוץ בה: אותו רציונל ששולל את האפשרות שבג"ץ יהיה זה שמכריע מהם כללי היסוד של המשטר בישראל מחייב שחוקי היסוד יתקבלו בעצמם בהסכמה רחבה בידי הציבור, בבית הנבחרים, או בשילוב של שניהם. ההליך לתיקון חוקי יסוד לא אמור להיות קל ופשוט. הוא אמור להיות תוצר של דיונים ממושכים ומעמיקים. חוקי היסוד אמורים להיות יציבים ולחייב את שלושת הרשויות והכוחות הפוליטיים בכנסת.

לצערנו, לא זה המצב בישראל. הקלות בה הממשלה שולטת בכנסת באמצעות הקואליציה מובילה לכך שחוקי-היסוד מוטלאים בזריזות וכמעט ללא דיון בכנסת בכל פעם שמוקמת קואליציה חדשה (מימין ומשמאל). הכללים היסודיים של שיטת המשטר משונים תוך כדי תנועה ואף באופן רטרואקטיבי, לתועלת המפלגות החברות בקואליציה. מבנה והרכב הממשלה נמתח על מנת להגשים את האמביציות האישיות של חברי הכנסת, מפתח הייצוג הקבוע בחוק הנורבגי משונה שוב ושוב ואינו מגיע לפיורד מבטחים, ואף תנאי הכשירות לכהונת שר בממשלה אינם חסינים משינוי.

בנוסף, הגם שההחלטה על פרויקט חוקי היסוד התקבלה בכנסת הראשונה, בשנת 1950, עד היום לא התקיימה הכנסת כללים מיוחדים להעברת חוקי-יסוד. אין כל הסדרה של ההליך בו אמורים חוקים כאלה לעבור (הדעת נותנת שעליו להיות מעמיק, רב-שלבי ומכליל יותר מחקיקה רגילה), הרוב בו הם אמורים לעבור (הדעת נותנת שעליו לשקף הסכמה רחבה), והתכנים בהם הם אמורים לעסוק (הדעת נותנת שלא כל נושא מתאים להסדרה ככלל בסיסי של השיטה). כלל הסוגיות האלה יכולות להיות מוסדרות בדרכים שונות. הנקודה המרכזית היא שאף אחת מהן אינה מוסדרת כיום – והניסיון מלמד שקואליציות אינן מרסנות עצמן מרצון בכל האמור בחקיקה ותיקון של חוקי יסוד. לא רק שהצעת ליון-רוטמן אינה מטפלת בסוגיה זו, הצעת ליון קובעת שמעמדו של חוק כ"חוק-יסוד" לא יהיה תלוי בתכניו, משך תוקפו, או בטיב ההליכים לחקיקתו.

אם הכנסת עצמה אינה לוקחת ברצינות את חוקי היסוד, אינה מכוננת אותם בהליך מיוחד, ואינה מגבשת סביבם הסכמה רחבה, מהי ההצדקה לדרוש מבג"ץ לראות בהם יצירה חקיקתית מיוחדת ושונה מחוקים רגילים? הצעת לוי-רוטמן מתיימרת לפתור בעיה אחת – נכונות בג"ץ להכריע, ללא סמכות, בדבר כללי היסוד של השיטה – מבלי לפתור את בעיית השורש שהובילה את בג"ץ לראשונה להידרש לשאלת החוקתיות של חוקי-היסוד: העובדה שהכנסת עשתה מהם פלסטר.

בהעדר הליך מיוחד לכינון חוקי-יסוד, תוכנית רוטמן-לוי מאפשרת לכל כנסת לכונן כל הסדר כחוק-יסוד, יהא אשר יהא תוכנו, הרוב בו נתקבל, וההליך בו נתקבל, ובכך לחסן אותו לנצח מביקורת שיפוטית, אף מבלי להידרש לפסקת ההתגברות. אין אף דמוקרטיה יציבה המכוננת הסדרים חוקתיים בהליך חפוז, נטול דיון, וברוב קואליציוני רגיל, ללא הסכמה רחבה.

6. ביטול עילת הסבירות

תוכנית רוטמן קובעת כי בג"ץ לא יוכל ליתן צו לממשלה, לשר, או לנבחר ציבור אחר בעניין סבירות החלטתם. תוכנית לוי מרחיבה מגבלה זו לכל עובד מדינה. קרי, **לוי מבקש לבטל את עילת הסבירות באופן מוחלט, ורוטמן מבקש לבטלה באשר לדרג הנבחר ולהותירה על כנה בנוגע לדרגים המקצועיים ברשויות המדינה**: פקידים זוטרים ובכירים, המנגנון המקצועי במשרדי הממשלה, רשות המיסים, רשות החברות, רשויות מקומיות, החברה להגנת הטבע, וכדומה.¹⁹

כפי שציינתי בחלק הראשון של רשימה זו, עילת הסבירות באה לגשר על בעיה קשה הקיימת בכל שיטת משפט ובכל ענף משפטי: היכולת המוגבלת לצפות את קשת המצבים והאפשרויות הבעייתיות שתזמן המציאות ולהיערך מולם מראש עם כללים מתאימים. **הצעת רוטמן מנסה לאזן בין חוסר היכולת המובנה למצוא תחליף מלא לעילת הסבירות ובין הקושי להחיל מבחנים של סבירות על מדיניות כללית**. האם זה סביר להעלות או להוריד מיסים, להגדיל או להפחית קצבאות, או למסות את השימוש במשאבי הטבע של ישראל בדרך כזו או אחרת? האם סביר להחזיר שבויים בתמורה לשחרור אסירים? האם סביר לחתום על הסכם מדיני שיחזיר שטחים או יספח שטחים? אלה לא שאלות תיאורטיות: כולן הגיעו לדיון בבג"ץ בעשורים האחרונים.

אלה שאלות קריטיות לעתידה של מדינת ישראל, אשר מחייבות דיון ציבורי מעמיק וביקורת ופיקוח של הכנסת על הממשלה. בג"ץ אינו הפורום המתאים להכריע **בסבירות של החלטות אלה**. הוא יכול וצריך לדון בשאלות הנוגעות, למשל, לסמכות והפליה: אם הכנסת לא הסמיכה את השרה לקבוע מדיניות בסוגיה מסוימת, בג"ץ צריך למנוע את פלישת השרה לסמכויות לא לה. אם נטען כי שר הטיל מס המפלה בין שני יצרנים המייצרים את אותו מוצר, טענה זו צריכה להתברר. **אסור לבטל – וההצעה אף אינה מבטלת – את הביקורת השיפוטית על החלטות נבחר ציבור באופן כללי**. עילת הסבירות בעייתית לא מכיוון שהיא מרסנת את נבחר הציבור, אלא מכיוון שהיא מתיימרת לעשות זאת **אך ורק** על בסיס בחינה פתוחה של טיב האיזון בשאלות מדיניות מורכבות, בהן אין לבג"ץ מומחיות מקצועית או מנדט ציבורי להכריע. ממילא, אלה שאלות בהן אנשים סבירים והגיוניים יחלקו זה על זה, והצדק יתברר, אם בכלל, רק בפרספקטיבה היסטורית. המנדט של הממשלה אינו נובע מחוכמתה היתרה. הוא נובע מכך שמישהו צריך להכריע, והממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה.

לצד זאת, בהצעת רוטמן-לוי טמון קושי בארבעה מישורים עיקריים.

ראשית, ההצעה לא מבהירה בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים **שנבחר ציבור יוסיפו להיות כפופים לדיון בכל יתר היבטיה**. זהו סעיף פשוט, שקל לנסח ולהוסיף להצעה, ויתיר את העמימות והחששות אשר יכולים להתעורר מהניסוח הנוכחי.

¹⁹ זאת ברוח **הצעתו** של שופט בית המשפט העליון נעם סולברג.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

שנית, לא כל ההחלטות המתקבלות בידי נבחר ציבור הן החלטות מדיניות עקרוניות וכלליות. נבחר ציבור לעיתים מקבלים החלטות קונקרטיות מאוד בעניינם של אנשים פרטיים, היכולות לפגוע בקניינם או בבריאותם, ביכולתם להתבטא או להתפלל, בחופש העיסוק שלהם, וכיוצא בזה. החלטות אלה אינן יכולות להיות פטורות מביקורת שיפוטית – גם כאשר הן פוגעות בזכויות חוקתיות וגם כאשר הן פוגעות בזכויות ואינטרסים שאינם חוקתיים. כאשר המדינה מפעילה את כוחה בצורה ממוקדת כנגד אדם פרטי, אדם זה חייב להיות מסוגל לקבל את יומו בבית המשפט. כך נהג בג"ץ מקום המדינה, עשרות שנים קודם לכהונת חוקי-היסוד של זכויות האדם בשנת 1992. גם כאן, **יש להבהיר את הצעת החוק בצורה שתתיר את העמימות הנוכחית. ניתן לעשות באמצעות הבחנה בין החלטות מדיניות של נבחר ציבור והחלטות הנוגעות לאנשים פרטיים.**

שלישית, יש להתיר את המחלוקת בין רוטמן ולוין ביחס לתחולתה של עילת הסבירות על דרג הפקידות. בחלק השלישי של המסמך אציע פתרון ביניים בסוגיה זו.

רביעית, הדיון לא יהיה שלם ללא התייחסות לקבוצה מרכזית ובולטת של מקרים – אשר קרוב לוודאי הניעה במידה רבה את תוכנית רוטמן-לוין – בהם עסק בג"ץ **בסבירות מינויים של בכירים**, כולל שרים (למשל השר דרעי וסגן השר פנחס), בשל עניינים של טוהר המידות. זוהי סוגיה ערכית מרכזית, אשר מקרינה על תדמיתה הציבורית של הממשלה, על אמון הציבור בה, ועל יכולתה לתפקד. סוגיה זו טופלה עד כה במסגרת מבחן הסבירות, אולם השאלות המרכזיות שהיא מעוררת הן שאלות ערכיות, פוליטיות, וציבוריות. רוטמן ולוין מבקשים להוציא את ההכרעה בה מידי בג"ץ, אולם הצעתם מותירה את הסוגיה ללא כל מענה. ספק אם מצב זה רצוי, נוכח התדירות הגוברת של הסתבכות נבחר ציבור בישראל בפלילים, לצד היחלשות הנורמה של התפטרות מרצון במצבים כאלה. לפיכך, בחלק השלישי של המסמך אציע ליצור בה הסדר נפרד.

7. הפיכת כל היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה למשרות אמון. **8. ביטול המשקל המחייב של עמדות היועצים המשפטיים לממשלה בכל הנושאים.**

כל חלקי התוכנית בהם דנתי עד כה עוסקים בתיקון חוק-יסוד: השפיטה, העוסק בהגדרת מבנה וסמכויות הרשות השופטת. אולם רוטמן ולוין מציעים גם שינויים בחוק-יסוד: הממשלה, שמטרתם לבצע שינוי יסודי ביחסה של הממשלה לחוק ויחסיה עם הייעוץ המשפטי לממשלה. בנושא זה קיימת רק [הצעה אחת, הצעתו של רוטמן](#), שהופקד על קידום עניין זה בידי לוין.

לפי לשון התוכנית, הממשלה תהא מוסמכת לקבוע את עמדתה המשפטית בכל נושא. בנוסף לכך, ראש הממשלה וכל שר משרי הממשלה יהיו מוסמכים לקבוע את עמדת משרדם בנושאים משפטיים, וגם את עמדת הרשויות המנהליות הנתונות לאחריותם, הן בדרך כלל הן במקרה מסוים; עצה משפטית שתינתן לממשלה, לראש הממשלה, ולשרים, לא תחייב אותם, והם רשאים לדחותה ולפעול בניגוד לה. לבסוף, השינויים המתוכננים יאפשרו לממשלה, לראש הממשלה, ולכל שר, לקבוע את המדיניות שתוצג בשמם בערכאות, כמו גם לקבוע מי ייצג עמדה זו בבית המשפט, לרבות עורך דין פרטי.

כפי שצינתי לעיל, ומהסיבות שתוארו שם, השינוי העוסק ביכולתה של הממשלה לקבוע את העמדה שתוצג בשמה לבית המשפט – מוצדק. עם זאת, יתר השינויים המוצעים מרחיקים לכת יתר על המידה בהפיכתם את הממשלה לרשות שאינה כפופה לדין. אסביר.

ראשית, הממשלה אינה אדם פרטי, אשר יכול להחליט לפי שיקול דעתו הבלעדי אם לנהוג לפי עצת עורכי דינו או לדחותה. הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה. היא אחראית כלפי הרשות המחוקקת – כל הכנסת, לא רק הקואליציה - בפעולותיה. היא כפופה לדין, ומוסמכת לפעול בשם המדינה כולה, ולבצע בשמה כל פעולה שעשייתה בדין אינה מוטלת על רשות אחרת.²⁰ **הממשלה**

²⁰ סעיפים 1, 4, ו-32 לחוק-יסוד הממשלה קובעים כל זאת.

נושאת באחריות ציבורית מרחיקת לכת ואינה יכולה להחליט על הפרת הדין משל היתה אדם פרטי, היכול (וגם זה לא מובן מאליו) להחליט לקחת על עצמו את הסיכון שיעמוד למשפט – וינשא באחריות. הפרת חוק על ידי הממשלה תהא בעלת השלכות רחוב חברתיות המשתרעות משחקת שלטון החוק ועד פגיעה בציבור ו/או באנשים מסוימים.

נמשיך במובן מאליו: ראש הממשלה, הממשלה, ושרי הממשלה אינם בהכרח משפטנים ואין להם בקיאות בפרטי הדין. הכנסת חוקה מקום המדינה אלפי חוקים ומשרדי הממשלה התקינו לאורך השנים אלפי תקנות הפורטות חוקים אלה לכללי משנה. על כך נוספו במרוצת השנים מאות אלפי פסקי דין אשר יישמו את החוק בהקשרים מסוימים, אבחנו מצבים שונים זה מזה, ופירשו מושגים שונים הכלולים בחוק. אף שר בממשלה אינו מחזיק במומחיות הנדרשת ובמשאבי הזמן הנדרשים על מנת לשלוט בכל רזי הדין הקשורים למשרדו, והממשלה בכללותה בוודאי אינה מחזיקה לא במומחיות ולא בזמן בשביל לגבש עמדה משפטית מקיפה ומבוססת בכל ענייניה.

חיבור שתי העובדות הללו: כפיפות הממשלה לדין, לצד חוסר היכולת של חברי הממשלה לגבש באופן עצמאי את עמדתם המשפטית, מנביע כי הממשלה חייבת להיעזר בעורכי דין שיסייעו לה לקבוע את עמדתה המשפטית ולפעול בגדרי הדין. למטרות אלה קם מערך הייעוץ המשפטי לממשלה, המספק לממשלה שירות חיוני וחוסר תחליף ביכולתו לנווט במרחבים המורכבים והמסועפים של הדין בישראל ולהתאים את המדיניות המשלתית לגדרי הדין. עורכי הדין המועסקים במערך הייעוץ המשפטי לממשלה מומחים בתחומם ומחזיקים בניסיון ענף ובידע ארגוני מצטבר בייצוג המדינה בכנסת ובבתי המשפט ובהתמודדות עם תאגידים פרטיים ופניות הציבור, מתעדכנים באופן קבוע בפסיקות רלוונטיות, ומשתלמים במקצועם. זוהי מומחיות שאף שר או ראש ממשלה לא יכול להחליף.

ההתנערות המוחלטת ממערך הייעוץ המשפטי שמציע רוטמן בחקיקה תביא לאחת משתיים:

1. הממשלה תמצא עצמה מפרה את החוק באופן שגרת, שכן נבחרו ציבור שאינם מומחים בדין ובמצב המשפטי יקבלו החלטות מנוגדות לעמדת הייעוץ המשפטי לממשלה, אשר מומחיותו בנבכי הדין עולה על זו של כל שר.

2. הממשלה תחליף את מערך הייעוץ המשפטי הציבורי בייעוץ משפטי פרטי, ותשכור עורכי דין פרטיים שיעצו לה במקום עורכי הדין המשלתיים – (אולי) באמצעות מינויים של יועצים משפטיים במשרות אמון.

הבעייתיות העולה מהאפשרות הראשונה מובנת מאליה. ראוי להתעכב על הבעייתיות העולה מהאפשרות השנייה.

ראשית, מערך הייעוץ המשפטי לממשלה אינו דומה, מבחינה מקצועית, למשרד עורכי דין פרטי. כל התמחותו היא במתן ייעוץ משפטי לממשלה. עורכי הדין המצטרפים אליו בחרו בשירות הציבור ובשירות המדינה על פני קריירות חלופיות אשר בדרך כלל משתלמות יותר מבחינה כלכלית, בשל מחויבותם הציבורית. הם נוטלים על עצמם מגבלות של עובדי מדינה, כגון איסור על פעילות פוליטית, חברות במפלגה, השתתפות בהפגנה, והבעת דעה ברשתות החברתיות. אסור להם לייצג כל אדם מלבד המדינה (גם לא קרוב משפחה) בשביל לא להימצא בניגוד עניינים, ולכן אין להם לקוחות עסקיים או פרטיים שיכולים להיות מושפעים מהמדיניות המשפטית בה הם מעורבים. כללים אלה מייצרים קוד ארגוני מסוים, יש הקוראים לו אתוס, ויש להם חשיבות מבחינת תפקודו הניטרלי וחזותו הציבורית של הייעוץ המשפטי. החלפת עורכי הדין הציבוריים בעורכי דין פרטיים הממונים ישירות בידי השר ומחויבותם המרכזית היא להשבעת רצונו, צפויה באופן בלתי נמנע להפוך את מערך הייעוץ המשפטי למגויס יותר וניטרלי פחות. בנוסף לכך, פוטנציאל ניגוד העניינים של מי שבא מהסקטור הפרטי וצפוי לשוב אליו בחלוף זמן קצר אינו קטן, בפרט בהתחשב בפעילות הרגולטורית

הנרחבת של משרדי הממשלה, שיש לה השפעה ניכרת על אינטרסים עסקיים במשק. תוצאה זו צפויה גם אם רק הקודקוד – היועץ המשפטי של המשרד – יהיה עו"ד פרטי.²¹

שנית, ממשלות בישראל קמות לארבע שנים, ונפלות בתדירות גבוהה יותר. המרת הידע המשפטי המקצועי והנסיון המשפטי המצטבר של הייעוץ המשפטי הציבורי בעורכי דין חיצוניים המתחלפים בתדירות גבוהה תפגע בידע הארגוני ובמומחיות המשפטית של משרדי הממשלה, המתמודדים עם אתגרים שהולכים ונעשים מורכבים מבחינה טכנולוגית, כלכלית, ורגולטורית. ממשלות בכל העולם – ובכלל זאת בישראל – שינו במידה רבה את פניהן בעשורים האחרונים. משרדי ממשלה מטפלים בבעיות בינתחומיות ורב מימדיות, הדורשות מומחיות בשדה המקצועי בו פועל המשרד ומגובשות לא פעם במשך שנים ועל פני מספר ממשלות עוקבות. החלפת הייעוץ המשפטי בתדירות גבוהה תגרום לאובדן ידע ארגוני ומומחיות מקצועית ותפגע ביכולת המקצועית של משרדי הממשלה. כאשר מוסיפים לכך את המטרה העומדת ביסוד ההצעה, למנות יועצים משפטיים בהתאם לעמדתם הפוליטית וכוונתם לספק לשר עמדה אוהדת – ולא בהתאם למומחיותם וכישוריהם המקצועיים – הדבר צפוי לדרדר את רמת השירות הציבורי המסופק לאזרחי ישראל.

שלישית, אין זה סוד שבתי המשפט כיום – המנהליים ובג"ץ – נוקטים בעמדה אוהדת כלפי רשויות המדינה ומחילים עליהן את "חזקת תקינות המנהל". תחת כלל זה יוצאים בתי המשפט מנקודת מוצא שרשויות המדינה פעלו כדין, ונטל ההוכחה שלא כך הוא מוטל על הצד הטוען כנגד. חזקת תקינות המנהל נובעת מכך שהמדינה מקבלת ייעוץ וליווי משפטי צמוד של מערך ייעוץ קבוע, מקצועי, א-פוליטי ובלתי תלוי, ולכן אינה נתפסת כצד רגיל אלא כמי שמייצגת את האינטרס הציבורי בכללותו. ביטול מעמדו המחייב של הייעוץ המשפטי לממשלה יסיר מעל הממשלה את שכבת ההגנה הזו, יהפוך את ההגנה על עמדתה בבית המשפט לקשה יותר, ועלול לגרום הפסדים רבים יותר למדינה בבתי המשפט.

רביעית, לייעוץ המשפטי לממשלה יש גם היבטים מערכתיים ותיאומיים. סוגיות רבות מצריכות פעולה משותפת של מספר משרדי ממשלה, אשר סמכויותיהם חופפות, משלימות, או אף יכולות להתנגש בנסיבות קונקרטיות. כיום, הייעוץ המשפטי לממשלה מתכלל את המורכבות המשפטית הזו ומהווה מנגנון ממשלתי פנימי בו מגובשים הפתרונות המשפטיים המאפשרים לממשלה לפעול כגוף אחד ובהרמוניה. הפרטת הייעוץ המשפטי והפיכת כל שר לאוטונומיה משפטית עצמאית אינה עולה בקנה אחד עם הצורך של הממשלה לדבר בקול אחד ועם חובתה לפעול באחריות משותפת בניהול המדינה. לא יתכן שכל שר בממשלה יחליט על דרך פעולה שונה לפי אותו חוק או ששרים שונים יציגו לבג"ץ עמדות שונות ויבקשו ממנו להכריע במחלוקת שנפלה בתוך הממשלה. התפקיד המתאים שממלא הייעוץ המשפטי לממשלה אינו יכול להתבצע באמצעות ערב רב של יועצים פרטיים.

נוכח כל הטעמים הללו, לא רק שאין להחליף את הייעוץ המשפטי בייעוץ פרטי בשגרה, גם לא נכון לקבוע מראש כי הממשלה תהא רשאית לבחור בכל מקרה ומקרה מי ייצג אותה בבית המשפט. ברירת המחדל צריכה להיות שהמדינה מיוצגת בבית המשפט בידי פרקליטי המדינה, המומחים בייצוג המדינה בערכאות, ובדרך כלל מסורים לתפקיד זה. רק אם המחלוקת שהתגלעה בין היועצת המשפטית לממשלה ובין הממשלה מביאים לכך שהייעוץ המשפטי לממשלה אינו מוכן לייצג את עמדת הממשלה במלואה, יש לאפשר לממשלה להיות מיוצגת בידי עורך דין פרטי.

אין פירושו שמערכת היחסים הנוכחית בין הממשלה והייעוץ המשפטי קדושה וחסינה מכל שינוי (ואכן התייחסתי לשינויים חשובים שהוכנסו וניתן להכניס ביחסים אלה, ואציע עוד בפרק השלישי). **אולם יש לזכור שהמבנה המשטרי בישראל אינו מקביל לזה הנהוג בארה"ב, קנדה, גרמניה, ובריטניה – הדוגמאות המשוות בהצעת רוטמן. ראשית**, הגם שהייעוץ המשפטי לממשלה בחלק מהמדינות

²¹ אין בכונתי לטעון שמעברים מהמגזר הפרטי לציבורי לעולם אינם רצויים – אדרבא, השירות הציבורי יכול להרוויח רבות מרענון שורותיו במתגייסים חדשים המגיעים עם נקודות מבט חדשות וחיזונית. אולם רווח זה תלוי בנכונותם של המתגייסים להותיר מאחוריהם את האינטרסים העסקיים ששירתו בשוק הפרטי ולקבל על עצמם את המגבלות התובעניות של שירות המדינה. מינוי יועצים משפטיים במשרות אמון יעשה בהכרח במתכונת של דלת מסתובבת ולא יאפשר, מבחינה מבנית, הפנמה של מגבלות אלה ופעולה שיטתית לפיהן.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

הללו ממונה על ידי המשלה, בכל המדינות הללו קיים מערך ייעוץ משפטי מקצועי, שאנשיו קבועים ברובם, והדרג הנבחר אינו מתיימר לקבוע את עמדתו המשפטית בכל סוגיה וסוגיה ולדחות את עמדת הייעוץ המשפטי בכל סוגיה וסוגיה – כלשון הצעת החוק של רוטמן. שנית, בכל המדינות הללו קיימת הפרדת רשויות קשיחה בהרבה בין הכנסת והמשלה, הכוללת בחירות נפרדות לרשות המבצעת והמחוקקת, ו/או מספר בתי מחוקקים, ו/או הגבלת סמכותה של המשלה הפדראלית מול ממשלות מקומיות. כתוצאה מכך, סמכות הפעולה והכוח הביצועי של המשלה במדינות אלה מצומצם יותר מכוחה של ממשלת ישראל, ומצוי תחת מגבלות נרחבות יותר. התנערות מוחלטת ממערך הייעוץ המשפטי לממשלה מהווה מקרה נוסף בו רוטמן ולוין מבקשים להסיר בלם קיים בלי לדאוג לבלם אחר במקומו, שעה שבלמים אחרים קיימים במדינות אליהן הם משווים את ישראל.

לבסוף, לא ברור שיש צורך בשינוי כה גורף במעמד הייעוץ המשפטי לממשלה גם מנקודת המבט הפנימית של התוכנית עצמה. בכמה מקומות בדברי ההסבר של הצעת רוטמן נראה כי הבעיה העומדת במרכז ההצעה היא שהמשלה אינה מקבלת את יומה בבית המשפט. במקביל, דברי ההסבר מכירים – גם אם בתמצית – ביתרונות המצב הקיים, ובכאוס שעלול להיווצר לו יבוזר הייעוץ המשפטי לממשלה. נשאלת השאלה: אם בעיית ייצוג עמדת המשלה בערכאות תיפתר כך שהמשלה תוכל תמיד להביא את עמדתה בפני בית המשפט; אם עילת הסבירות תצומצם כך שלא תחול על החלטות המדיניות המתקבלות בידי נבחר הציבור, ולפיכך תחדל מלהיות עילה למניעה משפטית; ואם ייושם מדריך אבי ליכט לחקיקה שתואר לעיל, המסיג את מעורבות היתר של הייעוץ המשפטי לממשלה בצורה ברורה, וההצעה הנוכחית אינה מראה כל מודעות לקיומו -- האם גם אז, לשיטתם של יוזמי התכנית, נותר צורך המצדיק שינוי כה גורף ביחסי הייעוץ המשפטי והמשלה – בפרט בהתחשב במחירים הנלווים לשינוי זה? ההצעה אינה מספקת מענה לשאלה זו.

ג. מפת דרכים ראשונית לשיפור וחיזוק מערכת המשפט והפרדת הרשויות בישראל

כאמור במבוא, הרובד השלישי של רשימה זו מוקדש לשרטוט מפת דרכים ראשונית של "מה כן". כיצד ניתן לחזק באמת ובתמים את מערכת המשפט ואת הפרדת הרשויות בישראל, לשפר את המשפט החוקתי והמנהלי, ולחזק את האמון במוסדות השלטון? אלה שאלות כבדות משקל והרות גורל ואיני מתיימרת לדעת את התשובה אליהן. אין איש היודע את התשובה, ואל לאיש לטעון כי הוא יודע בוודאות את הדרך ליעדים נכספים אלה. לפיכך, ברצוני להציע מספר כיוונים זהירים למחשבה ולדיון, שצריך להתקיים בצורה רחבה, מתוך הכרה בקוצר הרואי האנושי וברמת הסיבוכיות של הבעיה.

מספר הערות מקדמיות: ראשית, עוז השבר והיקף הסערה הציבורית שהתעוררה סביב התוכנית הנוכחית עשויים להצמיח מתוק – דיון שלא התקיים בישראל מזה עשרות שנים בכללי היסוד של השיטה ובכתיבת חוקה לישראל. מהלך של כתיבת חוקה אינו נטול סיכונים: הוא יכול להיכשל ולחשוף את עומק אי ההסכמה החברתי במלוא עוזו. אולם הסיכויים אף הם משמעותיים וכדאי לשקול אותם בכובד ראש: ראשית, כינון אסיפה מכוננת לכתיבת חוקה לישראל יתעל את התסיסה החברתית והמחלוקת הפוליטית לערוצים בונים, אופטימיים ואחראים. יש ביכולתנו לשבור באופן יצירתי (במשמעות של disrupt) את הדפוסים הפוליטיים הרגילים ולהביא לבחירת נציגי ציבור מגוונים בעלי גישה רעננה שיצליחו להביא לפריצות דרך שהפוליטיקה הרגילה לא יכולה להן. לו יצלח, מהלך כזה עשוי לגבש הסכמה חברתית רחבה שתשרת את ישראל במגוון הקשרים וחזיתות, תתרום לחוסן החברתי, ותשקט את המריבות היסודיות והעקרוניות לדור ואולי יותר.²²

שנית, בין אם ההצעות הנוכחיות יידונו במסגרת של אסיפה מכוננת האמונה על כתיבת חוקה ובין אם יידונו במסגרת הכנסת הנוכחית, **יש להעדיף גישה זהירה, נסיינית, וכירורגית על פני שינויים**

²² מחקרים מראים כי חוקות בעולם מוחלפות בממוצע אחת ל-19 שנה, אם כי יש דוגמאות רבות לחוקות יציבות יותר, בפרט בדמוקרטיה היציבות, דוגמת ארה"ב, קנדה, גרמניה, צרפת, אוסטרליה, ועוד. בבריטניה אין חוקה, אולם לא נערכו שם שינויים של ממש במבנה המשטר ובחקיקת זכויות האדם מזה שנים ארוכות.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

גורפים ונרחבים במבנה המשטרי בישראל. ראשית, דמוקרטיית זקוקות ליציבות. הן אינן מתנהלות במהפכות. שנית, כל שינוי הוא ניסוי, וכל ניסוי יכול להיכשל ולגרור תוצאות לוואי לא רצויות. לפיכך, יש ללמוד את השפעתם של השינויים שבוצעו במערכת המשפט בשנים האחרונות וככלל להעדיף את הפעולה המדויקת וההדרגתית על פני הפעולה הגורפת והנרחבת שתוצאותיה מי ישרן. ככל שהפעולה פחות כירורגית ויותר גורפת, כך בסיס ההסכמה לה צריך להיות רחב יותר.

כנקודת מוצא להמשך הדיון, ברצוני להדגיש ולרכז את הרכיבים המועילים בתוכנית רוטמן-לויין:

- א. הגבלת הסמכות לבקר את חקיקת הכנסת לבית המשפט העליון בלבד.
- ב. ייחוד סמכות הביקורת השיפוטית למקרים של סתירה ברורה של חוק יסוד.
- ג. מתן אפשרות לממשלה – כגוף אחד – להביא את עמדתה בפני בית המשפט גם במקרים בהם היועצת המשפטית לממשלה מסרבת לייצגה.
- ד. צמצום עילת הסבירות – אם ייעשה תחת הדיוקים וההבהרות שדונו לעיל – כך שלא תחול על נבחר ציבור בקבלתם החלטות מדיניות כלליות; כפועל יוצא, סבירות החלטות אלה גם לא תהווה מושא לייעוץ משפטי לממשלה.

רכיבים אלה בתוכנית פותרים חלק לא מבוטל מהקשיים הקיימים כיום ומתחמים את סמכותו של בג"ץ ושל הייעוץ המשפטי לממשלה בצורה טובה יותר מהמצב הנוכחי. עם זאת, אני סבורה שניתן להוסיף על אלה שיפורים נוספים, ולכך אפנה כעת.

כפי שהראיתי לאורך המסמך הנוכחי, מצבה של הפרדת הרשויות בישראל רעוע. הבעיה אינה מתבטאת רק בהרחבת סמכויותיו של בג"ץ לאורך השנים, אלא נובעת בעיקר מהתלות ההדדית בין הממשלה והכנסת, המחלישה את שתיהן, ומשיתה את עיקר תפקיד הפיקוח והבקרה – על שתיהן – על בג"ץ, שלא בטובתו ושלא בטובת הדמוקרטיה הישראלית בכללותה.

לבעיה זו ניתן להציע פתרונות מגוונים, מהנקודתי למרחיק לכת. נאמנה לגישה זהירה, אצמד במסמך זה לשינויים שאינם כוללים מהפך בשיטת הבחירות הישראלית – כמו כינון בית נבחרים שני, עריכת בחירות ישירות לרשות המבצעת (תוך הפקת לקחים מהניסיון הלא-מוצלח של שנות ה-90), או מעבר לבחירות אזוריות. במסגרת אחרת ותוך דיון מעמיק ונרחב ניתן לשקול גם שינויים כאלה.

אלה הצעותי:

(1) חיזוק הרשות המחוקקת באמצעות מיסוד הליך החקיקה וריסון מעורבות הרשות המבצעת

חולשתה המרכזית של הכנסת היא בכך שכח החקיקה שלה נשלט מבחירתה ועד פיזורת בידי הממשלה. כתוצאה מכך, הכנסת נמצאת בין הפטיש (בג"ץ) והסדן (הממשלה). הממשלה משתלטת על הליכי החקיקה באמצעות הקואליציה, מנהלת את הדיונים בוועדות (לעיתים בצורה כוחנית, תוך השתקת והוצאת האופוזיציה), וברצותה מקדמת חוקים – כולל חוקי-יסוד – במהלך ימים אחדים ומבלי לאפשר לחברי הכנסת לנהל בהם דיון מיועד ומקיף. כל זה מתאפשר מאחר שבכנסת אין כיום הליך מסודר להכנת חוק לחקיקה, אלא רק מסגרת כללית ונורמות רכות - שלעיתים מקוימות ולעיתים לא. כתוצאה מכך, אין לכנסת כיום מנגנון מוסדי שיאפשר לה לבלום, לבקר ולאזן את כוחה של הממשלה.²³

כאמור, חולשתה של הכנסת שונה בתכלית ממבנה הרשות המחוקקת בדמוקרטיית יציבות אחרות, בהן יש בדרך כלל בית עליון המקיים דיון נוסף בכל הצעת חוק, ומחזיק בסמכות להכניס תיקונים או לעכב ולבלום חקיקה.

²³ זאת להוציא הצעת אי אמון, פתרון שהוא קיצוני ולא אפקטיבי בעת ובעונה אחת. קיצוני, מכיוון שמטרתו לא לבקר ולרסן את הממשלה אלא להפילה כליל; ולא אפקטיבי, מאחר שבשביל שהצעת אי אמון תצליח עליה להיות "בונה" – לא רק להפיל ממשלה קיימת אלא לבחור ממשלה חדשה. זוהי משוכה שטרם נעברה עד היום.

מיסוד הליך החקיקה באופן מסודר, כך שיוגדרו לו אמות מידה של זמן, למידה, דיון, ושיתוף האופוזיציה יוכל לספק בלם (מסוים) על הליך החקיקה, בדומה לזה המסופק על ידי בית מחוקקים נוסף (גם אם אפקטיבי פחות). זהו פתרון מוסדי פנימי שהכנסת יכולה לייסד בעצמה. הליך חקיקה סדור ירסן את יכולת ההשתלטות של הממשלה על הכנסת וישפר את יכולת הכנסת לבלום ולאזן את מהלכי הממשלה. זאת ועוד, הליך חקיקה סדור ומקוים יקטין את מעורבות בג"ץ, אשר פיתח דוקטרינה בשם "פגם היורד לשורש הליך החקיקה" המאפשרת ביטול חוק שנחקק בהליך פגום (למשל כאשר לא ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות להבין על מה הם מצביעים או להשתתף בדיונים על החוק²⁴). כשהכנסת תדאג לעצמה באמצעות הסדרת הליך החקיקה ואכיפה עצמית של רכיבי הליך, לא יהיה צורך בשירותי הישמרטפות של בג"ץ. מהלך זה יביא אפוא לחיזוק הכנסת וחיזוק ההפרדה בין כל שלוש הרשויות.

(2) שימוש בהליך חקיקה רב-כנסות בעת תיקון וכינון חוקי-יסוד

כפי שציינתי בפרק הקודם, אין כיום כל הליך מוגדר לכינון חוקי-יסוד חדש בישראל. הדעת נותנת כי חוק הטוען למעמד עליון, ואמור להיות פרק בחוקה המתגבשת של ישראל, יכונן בהליך מיוחד. תכנית ליון-רוטמן במתכונתה הנוכחית ממחרת לקבוע כללים לעניין התגברות על חוקי-יסוד וביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד אולם אינה נותנת את הדעת על ההליך לכינון חוקי-יסוד לכתחילה.

ניתן לעצב הליך לכינון חוקי-יסוד בדרכים שונות. המשותף לכולן צריך להיות התקדמות איטית והדרגתית ובסיס הסכמה רחב, בפרט נוכח המתח המובנה הקיים בכינון כללי משחק כלליים וניטרליים בידי כנסת הנשלטת בידי קואליציה מסוימת שיש לה אינטרס חזק בהטיית כללי המשחק לטובתה. לפיכך, קיים קושי עקרוני בקביעת כללי היסוד של השיטה ברוב רגיל בכנסת יחידה.

מאחר ואין לנו בית מחוקקים שני והקמת בית מחוקקים נוסף תהווה שינוי דרמטי של השיטה, אני מציעה שתי חלופות למנגנון הפיקוח והבקרה שמציע בית מחוקקים נוסף, שיוכלו להתקיים במקביל:

1. **שימוש בכנסת העוקבת כבית מחוקקים שני (הליך חקיקה רב-כנסות).** הכנסת שתיבחר בידי הציבור לאחר הכנסת המחוקקת היא כנסת חדשה. המפלגות המיוצגות בה אינן בהכרח אותן מפלגות, וייצוגן היחסי אינו בהכרח אותו ייצוג. ניתן לראות בכנסת זו כבית נבחרים נוסף, ולעשות שימוש בכוחו על מנת לבקר, לאזן, ולאשרר את החקיקה המתקבלת בכנסת שחוקקה ראשונה. אם תיקון לחוקי-יסוד יעבור שתי כנסות – ברוב חבריהן, בשלוש קריאות – הרי שניתן לראות בתיקון זה כזוכה להסכמה הרחבה הרצויה לחוקי-יסוד. נוכח הנטייה הגוברת בשנים האחרונות של מפלגות הכנסת לפזר את הכנסת בטרם עת, ועל מנת שלא לייצר תמריצים לפיזור הכנסת, יש לדרוש שחקיקת היסוד תעבור בפער של שלוש שנים לפחות בין הכנסת הראשונה לכנסת השנייה (ניתן לדון בפער הזמן המתאים ביותר בהמשך).

2. **שימוש במשאל עם.** לפי מסלול זה, במקום להמתין להצבעת הכנסת הבאה, הכנסת המחוקקת תוכל להעמיד את נוסחו של חוק-היסוד שזכה לתמיכת רוב חבריה למשאל עם. תמיכה ישירה של העם, אם תושג, תספק את בסיס ההסכמה הרחב הרצויה לחוק-היסוד.

אף אחד מחוקי היסוד הקיימים לא עבר הליך כינון מלא כזה, ובמובן זה כולם סובלים מחיסרון – פורמלי, לכל הפחות – של הסכמה רחבה המשתרעת מעבר לקואליציה נקודתית ומסוימת. עם זאת, רוב רובם של חוקי-היסוד חקוקים בספר החוקים של ישראל מזה שנים ארוכות בהן התקבלו, ישמו והופעלו שוב ושוב. לפיכך, אציע כי חוקי יסוד קיימים יעמדו בתוקפם, ורק שינויים שיערכו בהם מכאן ואילך יצטרכו לעבור הליך כינון דו-שלבי. כך, השינויים שהכניסה הממשלה הנוכחית בחוקי-יסוד: הממשלה בעניין הרכב הממשלה והמנגנון הנורבגי יעמדו בתוקפם, אך כל שינוי נוסף בסוגיות אלה יצטרך לעבור הליך חקיקה דו-שלבי; חוק יסוד הלאום יעמוד בתוקפו, הגם שאושר רק בידי קואליציה

²⁴ בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (6.8.2017).

אחת, אך כל שינוי בו יצטרך לעבור הליך חקיקה דו-שלבי; כך גם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, אשר חוקק במהלך משותף של שתי כנסות נפרדות - לראשונה ב-1992 ובשנית בעת תיקונו ב-1994 – אבל רק בפעם השנייה זכה לרוב גדול של 75-80 חברי כנסת.²⁵

לבסוף, כחלק מעיצוב ההליך לכינון חוק-יסוד מוטב יהיה להגדיר נושאים מועטים ונדירים שראוי שימצאו מחוץ לטווח ההסכמה החוקתי – היבטים יסודיים של השיטה שלא הכנסת ולא העם יוכלו לבטל, מאחר ושלילתם חותרת תחת יסודות המשטר הדמוקרטי עצמו. סוגיה זו ראויה לדיון מעמיק ולניסוח מדויק, ומסמך זה אינו מתאים לקבוע בה מסמרות.

(3) התגברות על חוקי היסוד בהליך רב-כנסות (מסלול רגיל) או בהסכמה רחבה (מסלול מיידי)

אותם טעמים המצדיקים יצירת הליך דו-שלבי לכינון חוקי-יסוד מצדיקים יצירת הליך דו-שלבי לחקיקה החורגת מחוקי היסוד ומתגברת על הכללים שאלה קובעים. אם כל הנדרש על מנת להתגבר על כל חוק-יסוד הוא רוב קואליציוני רגיל, ללא כל מנגנון בלימה או ביקורת, אזי אין שום משמעות לחוקי-היסוד. כל ממשלה תוכל להתגבר על כללי היסוד, שיהיו תקפים לסירוגין במקרה הטוב ויאבדו את תוקפם בעקבות במקרה הרע.

לפיכך, אציע מנגנון התגברות בעל כמה חלופות. כל אחת מהחלופות חותרת למנגנון ביקורת נבחר, לא שיפוטי, הרוותם את הרעיון הדמוקרטי הבסיסי של הסכמה רחבה, המושגת באמצעות כמה בתי נבחרים, או באמצעות הסכמה חוצת מחנות, או באמצעות משאל עם. תחת הצעה זו, כנסת המבקשת להתגבר, לתקופה קצובה, על חוק-יסוד, תוכל לעשות זאת באחת משלוש דרכים:

1. **שימוש בכנסת העוקבת כבית מחוקקים שני (הליך חקיקה רב-כנסות)**, באופן זהה להצעה שנוסחה לעיל בדבר כינון חוק-יסוד. היתרון של הצעה זו בהקשר של הדיונים המתמשכים על פסקת ההתגברות הוא שהיא מאפשרת, מצד אחד, התגברות ברוב רגיל של 61 חברי כנסת – רוב חברי הכנסת, ומצד שני מחזקת את היכולת להסיק הסכמה רחבה מרוב זה באמצעות דרישה שרוב זה יושג בשתי כנסות שונות, המגיעות לאותה הכרעה, ועל בסיס אותו מידע – פסק דינו של בית המשפט העליון – בשתי תקופות זמן שונות ובשני הרכבים שונים. הצעה זו שונה מהצעתם של רוטמן ולוין בשני היבטים, המשפרים את הפרדת הרשויות: שתי כנסות ולא אחת צריכות להסכים על ההתגברות בשביל שתיכנס לתוקף, וההתגברות אינה קבועה. זאת מכיוון שהתגברות קבועה מהווה למעשה שינוי של הכלל המעוגן בחוק-היסוד, ושינוי כזה צריך להתבצע בצורה ישירה בהליך הייעודי שייקבע לכך, ולא במסלול המייצר סתירה פנימית קבועה בתוך השיטה המשפטית.

להליך החקיקה רב-הכנסות יש יתרונות – הוא מוסיף בלם המעכב את יכולתה של הכנסת להתגבר באופן מיידי על חוק היסוד – אולם יש לכך גם חסרונות, מאחר שבנסיבות מסוימות – מצב חירום או צורך נקודתי ומוגבל בזמן – עשויה להיווצר דחיפות בהתגברות על חוק היסוד. לפיכך, אציע שני מסלולי התגברות נוספים.

2. **התגברות מיידיית בכנסת המכהנת, בהסכמה רחבה**. הכנסת תוכל לבחור במסלול זה כל אימת שהצורך בהתגברות נקודתית על חוק היסוד דוחק בזמן. על מנת להבטיח שההסכמה על צורך זה אכן רחבה וכי היד על הדק ההתגברות על כללי היסוד אינה קלה, תיעשה ההתגברות ברוב חברי הכנסת בצירוף מספר לא מבוטל של חברי כנסת מסיעות שאינן נמנות על הקואליציה. קשה לקבוע מסמרות באשר לגודלו הרצוי של המחנה הדרוש להפיכת ההסכמה הקואליציונית להסכמה רחבה – מטבע הדברים אין כאן כלל זהב מתמטי ברור. אפשרות הקיימת זה מכבר בחוק-יסוד הכנסת ויכולה להוות השראה להסדר ההתגברות היא תניית ההצטרפות של לפחות 10 חברי כנסת מסיעות

²⁵ התיקון נעשה במהלך תיקון חוק-יסוד: חופש העיסוק, שערך את שני החוקים יחדיו. [פרוטוקול ישיבת הכנסת השלוש עשרה](#) מיום 09 במרץ 1994. תוצאות ההצבעות על כל אחד מהסעיפים מפורטות בעמ' 248, 258, 270, 296, 297, 336 ועוד. ההקשר ומודעות חברי הכנסת למשמעות התיקון מובהרים בפרט בעמ' 271-270, 305 ואילך. התבטאויות חברי הכנסת בדיון מלמדות שהרוב הגדול בו עבר חוק היסוד נתפס בעיניהם כתיקון בדיעבד לרוב הרגיל בו עבר חוק היסוד בראשונה.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

האופוזיציה, אותה תנייה הנדרשת בחוק-יסוד: הכנסת בשביל להתחיל בתהליך של הדחת חבר כנסת מכהן נוכח הסכנות הדמוקרטיות הטמונות בו. השיקולים בהקשר של ההתגברות על כללי היסוד של השיטה דומים, וניתן להחיל הסדר זה בשינויים המחויבים גם לעניין מסלול ההתגברות המיידית.

3. התגברות במשאל עם. משאל עם יכול לאפשר מסלול מיידית נוסף, כאשר לא קיימת בכנסת הסכמה רחבה – אך, כמובן, לא ניתן לשלול שהסכמה כזו קיימת בציבור. חשוב שהצעה כזו תובא להצבעת הציבור כחוק מנוסח ומוגמר, בליווי דברי הסבר מפורטים, ולא כשאלה כללית שיכולה להיות מנוסחת במגוון מסגורים אשר עשויים לתמרן ולהטות את ההצעה.

בכל התנאים יידרשו התנאים הצורניים המקובלים כיום באשר להתגברות: הכרזת התגברות מפורשת, מילוי הדרישות הרובניות בשלוש קריאות, ותוקף התגברות מקסימלי של ארבע שנים.

(4) הקשחת התנאים לפסילת חוק בידי בית המשפט העליון

כפי שהראיתי לעיל, התנאים הכלולים בהצעת רוטמן-ליון במתכונתה הנוכחית יביאו לביטול דה פקטו של הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת. ביטול זה מסוכן, מכיוון שגם אם יישמו כל ההצעות הכלולות בפרק זה, עדיין אין בהן תרופה לאפשרות שכוחו של הרוב יפנה בצורה דורסנית נגד חלקים לא פופולריים בעם.

לצד זאת, הקשחת התנאים לפסילת חוק יכולה להועיל ליחסי הרשויות בהרחבת בסיס ההסכמה להתערבות בחקיקת הכנסת. עיגון המנהג הקיים של דיון בחוקתיות חוק בהרכב מורחב ונרחב של בית המשפט העליון (11 שופטים ומעלה, מבלי לחייב הרכב מלא – מהסיבות שמניתי לעיל), לצד העלאת הרוב הנדרש לפסילת חוק כך שידרשו 8 שופטים מבין ה-11 (75% מההרכב, שהם רוב שופטי בית המשפט העליון), יביאו לכך שפסילתו של חוק לא תיעשה ברוב מקומי שאינו משקף את רוב שופטי בית המשפט העליון אלא תעיד על הסכמה משפטית רחבה על אי-החוקתיות הטמונה בחוק. שיבוץ השופטים להרכב יכול שיעשה באופן אקראי, על מנת להסיר חששות משיבוץ מוכוון תוצאה. הקצאה אקראית של שופטים לתיקים נהוגה באופן כללי במערכת המשפט בישראל וגם בבית המשפט העליון.

הצעתי אינה רחוקה מהצעתו של ליון, אך יש לה כמה יתרונות חשובים. ראשית, היא מאפשרת יכולת ניהול עומסים טובה יותר לבית המשפט העליון, אשר, יש לזכור, משמש כערכאת הערעור של כלל בתי המשפט במדינה, ואינו דן רק בעתירות נגד חוקתיות חוקים. "סנדול" כלל השופטים בבית המשפט לשבת בכל עתירה המופנה נגד חוקתיות חוק שיש אפשרות שתתקבל הוא מעמסה ניהולית גדולה מאוד. שנית, יש לזכור שגם הכנסת אינה מחויבת לדון בכל חוק-יסוד בהרכב הכולל את כל חבריה ולאשרו ברוב של 80%. גם אם יש היגיון בכך שהרוב שיידרש בבית המשפט יהיה גדול יותר מהרוב המקביל בכנסת – בגלל המשמעות מרחיקת הלכת של פסילת חוק וההרכב המצומצם יותר בו מתקבלות החלטות – יש גם קושי בכך, שכן, כאמור לעיל, משני צידי הכרעת בג"ץ קיים סיכון לפגיעה בכנסת – הכנסת שחוקקה את החוק הרגיל מול הכנסת שחוקקה את חוק-היסוד. הטיית הרוב בצורה קיצונית מידי לצד אחד של המשוואה אינה מוצדקת.

לבסוף, העברת מרכז הכובד בצורה קיצונית למיעוט השופטים בהרכב אינה עולה בקנה אחד עם התפיסה הבסיסית השלטת גם בכנסת, גם בממשלה, וגם במערכת המשפט והיא שהמחלוקת הינה לגיטימית ובלתי נמנעת, ואין בה כשלעצמה בשביל לאיין את היכולת להכריע. זהו הקו המנחה את כל הצעותי. יש להבחין בין דרישת הסכמה רחבה, שהיא רצויה, ובין העברת כוח ההכרעה למיעוט קטן, שאינה רצויה. ההבחנה בין השתיים אינה תמיד חדה, אולם בין רוב צר של 51% לרוב עצום של 80% קיימות נקודות הכרעה שונות – שני שלישי, שלושה רבעים, או 10+61 – שמבצעות את ההבחנה בצורה טובה יותר.

(5) הסדרת סדרי דין לדין בחוקתיותו של חוק בבית המשפט העליון

כפי שציינתי לעיל, בית המשפט העליון העמיד את מרכז הכובד של הבחינה של חוקתיותו של חוק על מבחן המידתיות, ובפרט חלקו השלישי של מבחן זה הידוע כמבחן "הערכי". עם זאת, המבחנים השזורים בחוקי היסוד, ובכלל זאת מבחני המידתיות, ניתנים להגדרה וליישום צמודי עובדות. בחינה עובדתית זו יכולה להפיג חלק לא מבוטל מהבעייתיות הנורמטיבית בביקורת השיפוטית של חקיקת הכנסת, כי מרכז הכובד של הבחינה החוקתית יעבור מניסיון מוקשה וסובייקטיבי להכריע בין ערכים מתחרים, שלא בית המשפט הוא המקום להכריע בהם, לבחינה עובדתית של טענות הצדדים ביחס למידת הפגיעה של החוק והתועלות הטמונות בו – בחינה שיש לבית המשפט יתרון ומומחיות מוסדית בביצועה.

בעוד שבמדינות אחרות עתירות חוקתיות מתחילות להתברר בערכאות דיוניות, אשר שומעות עדים וקובעות ממצאים עובדתיים, בישראל בג"ץ הוא הערכאה הראשונה והאחרונה לבירור עתירות חוקתיות – ואין בו כל הליך המאפשר קביעת ממצאים שבעובדה. כיום, בג"ץ מסתמך על תצהירים בלבד בעתירות המובאות לפניו. הוא מסתפק בדרך כלל בתצהירים מועטים – אחד או שניים מטעם כל צד לעתירה; אינו מזמן עדים או מומחים; ואינו חוקר את המצהירים על תצהיריהם או מוודא את אמיתותם. מחקרים אמפיריים כמעט ואינם נדונים בבג"ץ ודיון מעמיק בתשתית העובדתית של החלטות בעלות מימדים חוקתיים תלוי במידת העניין של השופטים בשאלות שבעובדה. כפועל יוצא, התשתית העובדתית של רוב העתירות החוקתיות כלל אינה מתבררת. חסך זה משליך באופן ישיר על איתנות ההכרעות היוצאות מלפניו.

הרחבתי אודות הצורך בפיתוח כלים אמפיריים למשפט החוקתי במקום אחר. אני תומכת בשיפור תהליכי קבלת ההחלטות בכל שלוש הרשויות כך שיהיו מבוססי עובדות ונתונים.²⁶ קביעת הליך לבירור עובדות עבור עתירות חוקתיות הוא צעד חשוב במיוחד, שיכול לסייע בטיוב איכות ההליך, ריסון הליך קבלת ההחלטות של בג"ץ, וייצור הכרעות ממוקדות, צנועות ומשכנעות יותר, אשר נותרות בגדר המומחיות המוסדית של בית המשפט העליון ואינן מסיגות את גבולה של הכנסת.

(6) הקמת ועדה ציבורית שתעסוק בטוהר המידות של נבחרים וציבור ובכירים בשירות המדינה

טוהר המידות של נבחרים וציבור ובכירים בשירות המדינה הוא סוגיה המצויה מאז ומתמיד במוקד העניין הציבורי ובעלת רלוונטיות הולכת וגדלה בשנים האחרונות, בפרט מאז כינונה של הממשלה הנוכחית. עם זאת, עד היום לא נעשה ניסיון להגיע להסכמה ציבורית רחבה בסוגיה זו.

ההסדרה הנוכחית של הסוגיה מועטת ומעוררת קשיים לא מבוטלים. תיקון חוק-יסוד: הממשלה על מנת להכשיר מועמדים מסוימים או לחסום מועמדים מסוימים – מהסוג שנדון פעמים רבות בשנים האחרונות ונעשה לראשונה בכנסת הנוכחית – מעורר חשש לשינוי פרסונלי של כללי היסוד של השיטה ופעולה בניגוד עניינים של הכוחות הפוליטיים, המבקשים לבצר את כוחם באמצעות שימוש אינסטרומנטלי בטוהר המידות, או באמצעות הסרת כל חסם הנובע ממנו.

האינטרס הציבורי בנבחרים וציבור ישרי דרך, נאמנים לטובת הציבור ולשלטון החוק הוא אדיר. בה בעת, אדירה גם המחלוקת הציבורית בנוגע לסטנדרטים הקונקרטיים שצריכים לחול על נבחרים וציבור ובנוגע לשאלה מי יחליט מי כשיר ומי לא. למחלוקת האדירה בעניין זה אין פתרון קסם, ובעת הנוכחית היא מובילה להתנגשות איתנים בין הרשות השופטת לרשות המבצעת, השולטת ברשות המחוקקת בכל יוזמות החקיקה בעניין.

בנסיבות אלה, אציע להקים ועדה ציבורית בהרכב רחב המשקף את כל גוני החברה הישראלית ומקפיד על ייצוג הולם לכל הקבוצות בחברה. הוועדה תכלול מומחים בתחומי האתיקה וטוהר המידות, מדע המדינה והמשפט, ונבחרים וציבור בדימוס, ותוסמך להציע כללי טוהר מידות עדכניים

²⁶ ראו "כלים אמפיריים במשפט החוקתי", לעיל ה"ש 6.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטענות מהקשרם הכולל ****

לבכירים בשירות המדינה ולנבחרי ציבור ולהמליץ על מתווה הסדרה רצוי בסוגיה זו, החל מכללים "רכים" שיבואו לידי ביטוי בהצהרות המועמדים ועד למנגנוני הדחה.²⁷ בכלל זאת יש לשקול הקמה של בית דין מיוחד שידון בכשירות מינויים בנסיבות של פגיעה בטוהר המידות, מתן כלים לכנסת לפתוח בהליך הדחה של שר בשל פגיעה חמורה בטוהר המידות (הליך אשר אינו קיים כיום), ועוד.

עד לגיבוש כללים ומנגנונים עדכניים בסוגיה יש להימנע מתיקונים פרסונליים נוספים של חוקי-היסוד.

(7) הקמת מנגנוני בקרה עצמאיים בתוך משרדי הממשלה שיוסמכו לדון בסבירות החלטות הדרגים המנהליים ויצמצמו את העתירות לבתי המשפט המנהליים

הצעת רוטמן במתכונתה הנוכחית מותירה את עילת הסבירות על כנה ביחס לדרג הפקידותי בעוד שהצעת לוין מבקשת לבטלה. כפי שתיארתי בחלק הראשון של המסמך, בדומה ללוין אני סבורה כי עילת הסבירות יכולה לעורר קושי לא מבוטל גם כאשר היא מיושמת על החלטות מקצועיות של הדרג הפקידותי, מאחר שמשמעותה הוא איזון מחודש של שיקולי הרשות והחלפת שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו של בית המשפט. אמנם, יש להותיר פתח לעתור כנגד החלטות שרירותיות ומופרכות של הרשות המנהלית, אולם הצעת רוטמן אינה מטפלת בחשש שבית המשפט יתערב בשקלול השיקולים המקצועיים של הרשות, גם כאשר זו שקלה את כל השיקולים הנדרשים לעניין, לא שקלה שיקולים זרים, לא הפלתה ולא פעלה בשירות, וקיימה הליך חף מפגמים.

הצעתי היא לשמר את חובתה של הרשות המנהלית לפעול בסבירות ואת האפשרות להשיג על סבירות החלטתה, אך להעביר את הביקורת על סבירות ההחלטה למנגנוני בקרה עצמאיים שיוקמו בתוך משרדי הממשלה ויורכבו מאנשי מקצוע, בעלי מומחיות בתחומי פעולת הרשות, אשר יקבלו עצמאות מעין-שיפוטית לדון בעררים שיוגשו אליהם בידי אזרחים שנפגעו ממדיניות הרשות.

מנגנוני ערר לא מעטים קיימים במשרדי הממשלה כבר היום, אולם חשיבה מחודשת על הבנייתם בצורה יעילה ואפקטיבית תוכל לסייע בפתרון בעיית הסבירות, ובמקביל להפחית את העומס על בתי המשפט המנהליים ולצמצם את התערבותם. כאשר מנגנון הערר יובנה כמוסד עצמאי ומקצועי, פניה אליו תוכל להוות תנאי להגשת עתירה מנהלית. הידרשותו של גורם מקצועי ועצמאי נוסף לסוגיית הסבירות תאפשר לבטל את ההידרשות אליה בבתי המשפט, ובכך תאפשר את צמצום ההתערבות השיפוטית, שתמוקד לעילות שאינן נוגעות לאיזון השיקולים המקצועיים ששקלה הרשות.

סיכום

פתחתי מסמך זה בהצגת הביקורת המוצדקת כנגד מערכת המשפט העומדת ביסוד חלק לא מבוטל מתוכנית לוין-רוטמן. בג"ץ, ובעקבותיו הייעוץ המשפטי לממשלה, הרחיב את תחומי התערבותו לסוגיות מדיניות ופוליטיות, נטל לעצמו סמכות לקבוע את התוכן של כללי היסוד החוקתיים, והעמיד את הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ועל רשויות המנהל על מבחנים ערכיים ועמומים, אשר לא יושמו באופן משכנע, חרגו מהמומחיות המוסדית והמקצועית של מערכת המשפט, והשימו את רשויות המדינה באי-ודאות מתמדת לגבי תוקף החלטותיהן.

לאחר מכן הראיתי כי לצד צדקת הביקורת, תוכנית לוין-רוטמן מתעלמת מהבעיות המשטריות הקיימות בישראל אשר עומדות ברקע להתרחבות בג"ץ והייעוץ המשפטי לממשלה. בעיות אלה כוללות הן את חולשת הכנסת (אשר כוח החקיקה שלה משועבד לממשלה), הן את חולשת הממשלה (אשר בעצמה לא יציבה וסחיטה בידי מפלגות נישה קטנות המרכיבות אותה). הראיתי כיצד בעיות אלה מציבות למשטר הדמוקרטי בישראל אתגר גדול בהרבה ממה שתוכנית לוין-רוטמן מתמודדת

²⁷ הפעם האחרונה שהתכנסה [ועדה ציבורית לדון בסוגיה זו היתה בשנת 2008](#), לפני 15 שנה. הוועדה לא עסקה בסוגיות של הדחה, התפטרות, או פיטורים, העומדות בימים אלה במרכז השיח.

**** נוכח רגישות וחשיבות השיח, נא להימנע מציטוט המוציא את הטעונונים מהקשרם הכולל ****

עימו – ממשלה מתפקדת אך סחיטה, השולטת בכנסת חלשה ונטולת מנגנוני בקרה ופיקוח על הרשות המבצעת; או העדר ממשלה, כתוצאה מהפלתה בידי הכנסת ופיזור הכח השלטוני לכל עבר.

המצב הרצוי: ממשלה מתפקדת ויציבה הממלאת ימיה לטובת כלל הציבור, לצד כנסת חזקה עם שיניים המפקחת על הממשלה ותורמת תרומה עצמאית להליך החקיקה, נדיר במציאות הישראלית, שבה הרשות היחידה הפועלת בצורה עצמאית מעמיתותיה היא הרשות השופטת – שאף היא חורגת מסמכויותיה. טענתי כי בעיות אלה מצדיקות תיקונים מדויקים וכירורגיים, אשר יסיגו את בג"ץ והייעוץ המשפטי לממשלה לגבולותיהם המוסדיים הנצרכים מבלי לשחוק את תפקידם המוסדי ההכרחי בפיקוח על הכנסת והממשלה ושמירה על שלטון החוק; תוך מציאת פתרונות לבעיות הבלתי ניתנות לפיקוח והאיזון ביחסי הרשויות וייצוב הכח השלטוני, על מנת שהכנסת תשחק תפקיד משמעותי בהליך החקיקה, ממשלות נבחרות ימלאו ימיהן וכוחן לא ייסחט בידי קבוצות מגזריות קטנות.

בשונה מכך, מרבית המנגנונים המוצעים בתוכנית ליון-רוטמן, לחוד וכמכלול, צפויים להחליף בעיה אחת בבעיה אחרת – חמורה יותר – ולסכן בצורה חריפה את הפרדת הרשויות השברירית ממילא בישראל. על בסיס ניתוח זה של המוצדק והמסוכן בתוכנית רוטמן-ליון הצעתי מספר הצעות לחיזוק הפרדת הרשויות בישראל, המתכתבות עם הצעת רוטמן-ליון ועם הצעות רבות אחרות שהועלו בעשורים האחרונים בידי משפטנים רבים וטובים:

1. מיסוד הליך החקיקה וריסון מעורבות הרשות המבצעת בו
2. שימוש בהליך חקיקה רב-כנסות בעת תיקון וכינון חוקי-יסוד
3. התגברות על חוקי היסוד בהליך רב-כנסות (מסלול רגיל) או בהסכמה רחבה (מסלול מיידי)
4. הקשחת התנאים לפסילת חוק בידי בית המשפט העליון
5. הסדרת סדרי דין לדיון בחוקתיותו של חוק בבית המשפט העליון
6. הקמת ועדה ציבורית שתעסוק בטוהר המידות של נבחרים וביורם ובכירים בשירות המדינה
7. הקמת מנגנוני בקרה עצמאיים בתוך משרדי הממשלה שיוסמכו לדון בסבירות החלטות הדרגים המנהליים ויצמצמו את העתירות לבתי המשפט המנהליים

הצעות אלה מבקשות לנקוט בגישה זהירה, נסיינית, ושמרנית, אשר נרתעת מערעור יציבות המבנה המשטרי וממהפיכות גדולות, ומבקשת להוסיף איזונים ותהליכי בקרה שיטייבו את פעולתן ההדדית של הרשויות ואת איכות המשפט החוקתי והמנהלי. סוגיה מרכזית שלא טיפלטתי בה במסמך זה ודורשת התייחסות נפרדת היא התיקונים הנדרשים לצורך ייצוב הכוח השלטוני וחיזוק יכולתה של הממשלה לפעול לטובת כלל הציבור. אני מכירה בכך שמסמך זה מוגבל וחסר בהעדר הצעות מספקות לטיפול בבעיה זו ומותירה משימה זו לחשיבה נוספת.

עם סיכום הניתוח, ברצוני להדגיש את החשיבות של הילוך זהיר בעין הסערה הנוכחית. שינויים משטריים צריכים להתבצע בזהירות, תוך דיונים מעמיקים, ובחתימה להסכמה רחבה. רק כך ניתן יהיה להבטיח יציבות משטרית, לכידות חברתית, ואת אמון הציבור בכנסת, בממשלה, ובבית המשפט. לישראל נחוצים מאוד תיקונים ושיפורים שיחזקו את שלוש הרשויות וישפרו את הפרדת הכוחות והסמכויות ביניהן, למשל באמצעות המנגנונים שהצעתי ואחרים דוגמתם. בתוך כך, יש להישמר מכל שינוי שעלול להקריס את הפרדת הרשויות, שהיא תנאי לקיומה של כל דמוקרטיה יציבה, ולסכן את הבלמים והאיזונים החיוניים להבטחת חירות ושלוה הציבור. במקום בו מתלכדות שלוש הרשויות, ומי שעומד למשפט קובע את הדין שיחול בעניינו וממנה את שופטיו, אין צדק, אין חירות, ואין משפט. וציון, כאמור, במשפט תיפדה.