

כ"ח בשבט, תשפ"ה
26 בפברואר, 2025

לכבוד

ועדת החוקה, חוק ומשפט
בראשות ח"כ שמחה רוטמן

**הנדון: התייחסות מטעם מכון תכלית - הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) והצעת חוק
בתי המשפט (תיקון מס' 101), התשפ"ג, 2023**

ב- 16 בינואר 2025 פרסמה ועדת החוקה, חוק ומשפט את הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון מס' 3) והצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 101), התשפ"ג, 2023 ("מתווה לוין-סער"), המבקשות לשנות את שיטת בחירת השופטים הנוהגת בישראל מאז 1953. בחינת המתווה, כמפורט להלן, מעלה כי לא יגשים את התכליות המוצהרות העומדות ביסודו – גיוון בתי המשפט, שמירה על מקצועיות בחירת השופטים, וקידום גישה שיפוטית מרוסנת. עמדתנו היא כי אין לקדם את ההצעה במתכונתה הנוכחית.

המהלך המרכזי של המתווה המוצע הוא הפיכת הוועדה לבחירת שופטים מוועדה שמקבלת החלטות יחד על בסיס הסכמות לתת-קבוצות שכל אחת מהן מקבלת כלים ותמריצים לפעול בצורה אוטונומית. כתוצאה מכך, אנו חוששים כי מנגנון הבחירה מייצר תנאים להפיכת בית המשפט העליון למוסד בעל אוריינטציית קבלת החלטות פוליטית אשר יחולק לשני מחנות אידיאולוגיים מובהקים ודומים בגודלם. הוא צפוי להיות אקטיביסטי יותר, מקצועי פחות, ורמת האמון בו תצנח. יתר ערכאות השיפוט יאופיינו אף הן בפוליטיזציה. יעילותן תיפגע, ומנגנון המינוי החדש עלול לסבול ממצבים שכיחים של שיתוק – אותו שיתוק אותו הוא מנסה לפתור.

ככל שבדעת הוועדה לקדם את הצעות החוק, אנו ממליצים על הטמעת מספר שינויים לנטרול הקשיים העולים מהן, כדלקמן:

1. הגדלת הרוב הדרוש לבחירת שופט בכל ערכאות השיפוט ל-6 מתוך 9.
2. אימוץ צעדים להבטחת איכותם המקצועית ואי-התלות של נציגי הציבור המשפטנים שתבחר הכנסת. שני הנציגים ייבחרו בהסכמה בין הקואליציה והאופוזיציה ויידרשו לעמוד בתנאי סף.
3. ביטול המנגנון למניעת שיתוק, ולמצער שינויו כך שלא יהיה מנגנון המתגמל אי-הגעה להסכמות.
4. הגבלת סמכויות "הווטו" של הקואליציה, האופוזיציה והשופטים:
 - ביחס לבחירת שופטים לביהמ"ש העליון – הדרישה כי לפחות אחד מנציגי הקואליציה והאופוזיציה יתמכו במועמד תוגבל לשני המינויים הראשונים בכל כנסת;
 - ביחס לבחירת שופטים ליתר הערכאות – הדרישה כי לפחות אחד מנציגי הקואליציה, האופוזיציה והשופטים יתמכו במועמד הנבחר תבוטל כליל;
 - כוח "הווטו" של נציגי האופוזיציה ייכנס לתוקף רק אם גודלה של האופוזיציה 45 חברי הכנסת לפחות.
5. איוש יחסי קבוע של שופטי בית המשפט המחוזי והבטחת ייצוג הולם.
6. הענקת מקום כמשקיף בוועדה לנציג לשכת עורכי הדין.

המלצותינו מובאות כמקשה אחת וכוללות איזונים פנימיים בתוכן. אימוץ חלקי שלהן עלול לסכל את יכולתן לתת מענה לקשיים הקיימים בנוסח הנוכחי. בשורות הבאות נבחן את הקשיים העולים מהמתווה ונפרט את ההיגיון העומד מאחורי המלצותינו. נבקש להתמקד להיבטים מקצועיים בהצעה ולהשפעתה על מערכת המשפט. יובהר כי לו הדברים היו תלויים בנו, היינו מציעים לבחון את סוגיית בחירת השופטים רק כחלק ממהלך שלם לשיפור מערכי האיזונים והבלמים החוקתיים בישראל ושיפור מבנה מערכת השלטון, ולא כיוזמה בודדת הנערכת על רקע משבר נקודתי במינוי שופטים.

בנוסף, הנייר לא יעסוק בהיבטים הרחבים יותר שסביב ההצעה ויתר המהלכים המקודמים בכנסת ובממשלה. כן נעיר, מנקודת מבט מקצועית, כי קיים ערך רב ששינוי במערכת בחירה רגישה ותשתיתית למשטר בישראל כמו הוועדה לבחירת שופטים תעבור בהסכמה פוליטית רחבה מתוך כוונה לייצר יציבות ולמנוע מצב שחילופי שלטון יובילו שוב ושוב לשינויים ב- "כללי המשחק" המשטריים.

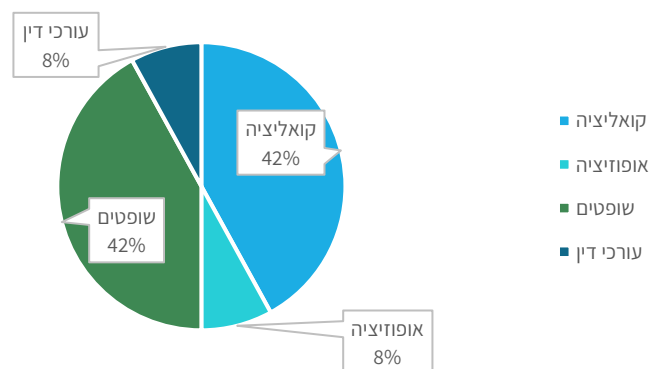
תוכן עניינים

א. הצגת המתווה המוצע והשוואתו למצב הקיים.....	3
ב. הערכת השפעת מנגנון הבחירה המוצע על אופיה ואיכותה של מערכת המשפט.....	5
קושי ראשון: מערכת מינויים המתמרצת לבחירת גורמי קיצון שיעמיקו את משבר הקיטוב.....	5
קושי שני: זניחת מערך השיקולים המקצועי בבחירת שופטים (בכל הערכאות).....	9
קושי שלישי: העצמת יתר של האופוזיציה הפוליטית ללא תלות בגודלה ובמאפייניה.....	10
קושי רביעי: כשלים פנימיים במנגנון הבחירה.....	11
ג. המלצות.....	13
המלצה 1. מעבר לכלל הכרעה של 6 מתוך 9.....	13
המלצה 2. חיזוק דרכי הבחירה של הנציגים המקצועיים.....	13
המלצה 3. ביטול המנגנון למניעת שיתוק, ולמצער שינוי.....	13
המלצה 4. הגבלת סמכויות הוועד של הקואליציה, האופוזיציה והשופטים.....	15
המלצה 5. איוש יחסי קבוע של שופטי בית המשפט המחוזי והבטחת ייצוג הולם.....	16
המלצה 6. הכללת נציג לשכת עורכי הדין כמשקיף בוועדה.....	16
ה. סיכום.....	17

א. הצגת המתווה המוצע והשוואתו למצב הקיים

1. הוועדה לבחירת שופטים פועלת במתכונתה הנוכחית מאז 1953 ואחראית על בחירת מועמדים לכהונה שיפוטית בכל הערכאות. הוועדה מורכבת כיום מתשעה חברים הממונים מארבעה גופים שונים ואמורים לפעול בצורה עצמאית (ולא כמייצגי גוף זה או אחר). החברים כוללים את שר המשפטים ושר נוסף מהממשלה, שני חברי כנסת (הנוהג הוא כי אחד מהם מגיע מסייעות האופוזיציה, אך אין הדבר מתחייב מהחוק), נשיא בית המשפט העליון ושני שופטי עליון מכהנים נוספים, ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שנבחרים על ידי המועצה הארצית של הלשכה.
2. הוועדה בוחרת מועמדים ברוב רגיל של חבריה (חמישה מתוך תשעה) למעט לבית המשפט העליון, אז נדרש רוב מיוחס של שבעה מתוך תשעה. שינוי זה נכנס לתוקף בשנת 2008 וידוע בשם "תיקון סער" (על שמו של יוזמו, השר גדעון סער). בעקבות התיקון, מחזיקים כיום הן שופטי בית המשפט העליון והן נציגי הקואליציה (השרים וחבר או חברי הכנסת) כל עוד הם פועלים במתואם בכוח וטו למנוע בחירה במועמד שאינו ראוי בעיניהם.¹
3. כדי להבין מהי המשמעות של כוח הווטו הכפול וכיצד הוא משפיע על יחסי הכוחות בין הקבוצות השונות בוועדה, בחנו את מבנה הוועדה לפי מודל תורת משחקים המבוסס על מדד הכוח של שפלי, המעניק ציון יחסי (באחוזים) לכוח המיקוח של כל קבוצה בוועדות בחירה מרובות משתתפים.² המדד מסייע להבין את ההשפעה של כל קבוצה לפי כללי הכרעה שונים (גודל הקבוצה אינו מתורגם בצורה זהה לרמת השפעה).
4. כפי שניתן לראות בתרשים א' להלן, הרכב הוועדה הקיים מבוסס על חלוקת כוח שווה בין נציגי הקואליציה לבין שופטי בית המשפט העליון. ליתר השחקנים כוח מופחת, שכן לפחות קול אחד מהם נדרש כדי להביא לבחירה במועמד (לבית המשפט העליון).³ חשוב לציין כי המנגנון הקיים היום תלוי בצורה מוחלטת בהסכמות בין נציגי הקואליציה לשופטים, וכאשר הסכמות כאלה אינן מתגבשות, המנגנון נכנס למצב של שיתוק. זה המצב היום, וכתוצאה ממנו פועל בית המשפט העליון באיוש חסר של שלושה שופטים.

תרשים א. מדד הכוח של שפלי בוועדה לבחירת שופטים במתכונתה היום



¹ יש לציין כי כוח הווטו אינו מתחייב וגם לא אמור היה להתפתח לפי לשון החוק, הקובעת כי "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה". סעיף 6א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984. גורמים המעורים בעבודת הוועדה לאורך השנים מצביעים על כך כי בבחירת שופטי בית המשפט העליון קיימת על פי רוב הסכמה בין נציגי אותם גופים.

² Shapley, L. S.; Shubik, M. (1954). "A Method for Evaluating the Distribution of Power in a Committee System". American Political Science Review. 48 (3): 787-792. חשוב להדגיש כי המספרים המיוצגים מבוססים על מספר הנחות יסוד פשטניות ואחידות ביחס לרמת התיאום ויכולות שיתוף הפעולה של הקבוצות ובינן לבין עצמן. מסיבה זו, הם לא מייצגים מספרים מוחלטים אלא מגמות שמתארות לנו את השפעת השינויים ברכיבי הוועדה ומנגנוני קבלת ההחלטות בה משפיעות.

³ ביחס לערכאות הנמוכות, די ברוב רגיל. במצב זה, מדדי הכוח הם כדלקמן: שופטים (33%), קואליציה (33%), עורכי דין (33%) ואופוזיציה (0%).

5. מתווה ליון-סער מציג מודל בחירה המבוסס על העצמת הכוח של הגופים הפוליטיים בוועדה תוך יצירת מערך איזונים בין הקואליציה והאופוזיציה. הרכב הוועדה המוצע יחליף את נציגי לשכת עורכי הדין בשני עורכי דין שייבחרו על ידי הקואליציה (נציג אחד) והאופוזיציה (נציג אחד). ההרכב החדש יהיה כדלקמן:

4 נציגי קואליציה – 2 שרים, 1 ח"כ, 1 עורך-דין

2 נציגי אופוזיציה – 1 ח"כ, 1 עורך-דין

3 שופטי בית המשפט העליון

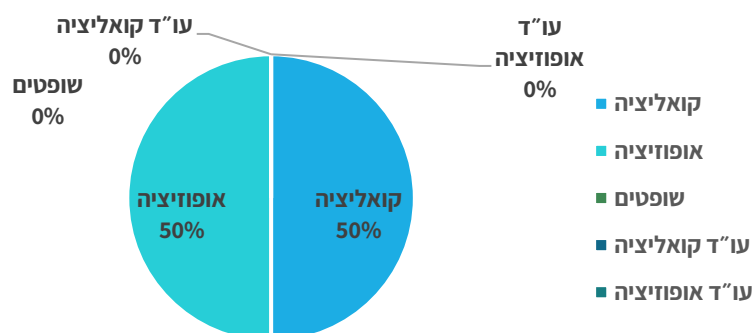
6. שיטת הבחירה לבית המשפט העליון תשתנה כך שהכלל הדורש הסכמה של 7 מתוך 9 נציגים ייזנח ובמקומו ייבחרו השופטים בכל הערכאות ברוב של 5 מ-9. אילוץ שיחול על כלל ההכרעה החדש הוא שבבחירת מועמד לבית המשפט העליון תידרש תמיכה של לפחות נציג קואליציה ואופוזיציה אחד, ולבחירת מועמד לערכאות הנמוכות תידרש תמיכה של נציג קואליציה, אופוזיציה ושופט.

7. חידוש נוסף הוא במנגנון שנועד להתמודד עם שיתוק הוועדה כתוצאה מחוסר יכולת להגיע להסכמות. אם חלפה שנה מאז התפנה תקן או שנה מתחילת כהונת הכנסת ולא הושגה הסכמה למינוי, שר המשפטים יוכל לקבוע כי נציגי הקואליציה והאופוזיציה יציגו כל צד שלושה מועמדים והצד השני יהיה חייב להסכים על אחד מהם. מנגנון זה ניתן להפעיל רק ביחס לזוג המינויים הראשון בכל כנסת.⁴

8. התיקון המוצע יהיה פרוספקטיבי כך שייכנס לתוקף רק מהכנסת הבאה.

9. בניתוח יחסי הכוח, התיקון מביא לשינוי דרמטי של כוח ההשפעה בוועדה.⁵ לפי מדד שפלי, בהינתן זיקה חלקית (כלומר – השפעה חלקית) של נציגי הקואליציה והאופוזיציה על נציגי הציבור, המבנה החדש מעניק כוח מוחלט ושווה בכוחו לקואליציה ולנציגות האופוזיציה, ומרוקן את השופטים מכל השפעה מתחייבת. כלומר: שלושת השופטים יישארו חלק פורמאלי מוועדת הבחירה אך בכל הקשור לבחירת שופטי עליון מעמדם יהיה שקול למשקיפים ללא כוח הצבעה. חשוב לציין כי מכיוון שנציגי האופוזיציה יגיע ככל הנראה מסיעת האופוזיציה הגדולה וגם עורך הדין של האופוזיציה ייבחר במנגנון דומה, יש להניח כי שני נציגי האופוזיציה יפעלו כדבוקה, דבר שמחזק מאוד את כוחם ללא שום תלות בגודל האופוזיציה בכנסת. נציגי הקואליציה מחויבים ככלל אף הם במשמעת קואליציונית ויש סיכוי סביר שיפעלו בתיאום.

תרשים ב. מדד הכוח של שפלי בוועדה לבחירת שופטים לפי מתווה ליון-סער (בחירת שופטי עליון)⁶



⁴ ראו להלן בעמ' 15.

⁵ הנחה מובלעת בניתוח זה היא כי הקבוצות בוועדה פועלות בצורה מתואמת בין חבריהן אך ללא אמון ושיתוף פעולה בין הקבוצות.

⁶ נציין כי אם לא נלקחת בחשבון זיקה בין עורכי הדין לבין הגורם הממנה אותם, יחסי הכוח במדד הם כדלקמן: קואליציה – 47%, אופוזיציה – 47%, שופטים – 1%, עורך דין קואליציה – 2% ועורך דין אופוזיציה – 2%.

ב. הערכת השפעת מנגנון הבחירה המוצע על אופיה ואיכותה של מערכת המשפט

10. שיטת בחירת השופטים המוצעת במתווה ליון-סער שונה בצורה מהותית מהצעת החוק במתכונתה המקורית (כפי שהוצגה בשנת 2023). ניכר שהיא זונחת את הרעיון שבחירת השופטים צריכה להיות בעיקרה בשליטת הממשלה לטובת שיטת בחירה המבוססת על שיווי משקל בין כוח הקואליציה הפוליטית לבין כוח האופוזיציה הפוליטית. חשוב לציין בפתח הדברים כי הסיכון המרכזי שנשקף מההצעה הקודמת נוטרל בהצעה החדשה כמעט במלואו, ובהיבט זה לא ניתן להציג טיעון משכנע כי קבלת ההצעה תוביל ל- "ריכוז כוח שלטוני חסר תקדים בידי הממשלה" באופן שיסכן את מבנה הפרדת הרשויות העומד ביסוד הדמוקרטיה בישראל.⁷

11. אך צמצומו של סיכון מסוג אחד אין פירושו שלא נוצרים סיכונים אחרים. **ההצעה מעלה מספר קשיים מהותיים אשר כל אחד מהם ובעיקר הצטברותם יחד עלולים להוביל לשינוי משמעותי לרעה ביכולתה של הרשות השופטת למלא את תפקידיה באופן מקצועי ולזכות באמון הציבור.**

12. על פי הניתוח שיוצג להלן, המבוסס על ניתוח מוסדי של פרטי ההצעה ושימוש במידע השוואתי ובסימולציות המבוססות על תורת המשחקים, קיימת אפשרות כי אם יתקבל השינוי המוצע במתכונתו הנוכחית, בית המשפט העליון יהפוך להיות מוסד:

- בעל אופי פוליטי מובהק;
- נוטה למעורבות רבה בסוגיות פוליטיות וערכיות ("אקטיביסטי");
- חותר להכרעות על בסיס זיקה אידיאולוגית של שני מחנות שופטים מובהקים שיתחרו על הבכורה;
- ללא הכלים המתאימים למלא את תפקידו כערכאת הערעור העליונה בתיקים אזרחיים ופליליים;
- ובעל רמת אמון ציבורי הדומה ברמתה הנמוכה לרמת האמון במערכת הפוליטית.

13. ביחס ליתר ערכאות השיפוט, קיים חשש משמעותי להחדרה של פוליטיזציה להליכי המינוי, ולצידו הסתברות גבוהה שהעדר הסכמות בין חלקי הוועדה השונים יהפכו את היכולת לאייש תקנים חסרים לנמוכה, מוגבלת וכפופה למאבקי כוח סביב המינויים לבית המשפט העליון. תוצאה זו עלולה להוביל לפגיעה משמעותית ביכולת של מערכת בתי המשפט בכללותה לספק שירותים משפטיים ברמה הולמת לאזרחי ישראל.

להלן נסביר את הקשיים המרכזיים העולים מההצעה. נדון תחילה בשלושה קשיים מהותיים ולאחריהם בכשלים פנימיים במנגנון המוצע החותרים תחת תכליותיו.

קושי ראשון: מערכת מינויים המתמרצת לבחירת גורמי קיצון שיעמיקו את משבר הקיטוב

14. תחת מבנה הוועדה החדש, הקואליציה והאופוזיציה הפוליטית מקבלות כוח רב להשפיע על מנגנון הבחירה כגורמים אוטונומיים שלא מחויבים לשתף פעולה עם גורמים אחרים כדי לממש את כוחם. תחילה, ביכולתם לבחור ללא תיאום את נציג הציבור (המקצועי לכאורה) המייצג אותם בוועדה. בשלב שני, אם לא תתגבש הסכמה על בחירת שופט עם הצד הפוליטי הנגדי, תינתן להם האפשרות לכפות מועמד (מבין שלושה) מטעמם דרך המנגנון למניעת שיתוק ביחס לכל זוג מינויים ראשון בכהונה. כפי

⁷ השוו בג"ץ 5658/23 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פסקה 31 לפסק דינה של הנשיאה חיות (אר"ש, 1.1.2024).

שנראה בהמשך, קיימת סבירות רבה שהמנגנון יהפוך להיות ברירת המחדל דרכה נבחרים רוב השופטים לבית המשפט העליון.

15. המעבר להליך בחירה במודל של "חלוקת שלל" שמאפשר לקבוצות השונות בוועדה לבחור חלק משמעותי מהמועמדים לשיפוט ללא תיאום עם גורמים אחרים מהווה שינוי חד של המצב הקיים מאז 2008 המבוסס על בניית הסכמות. אם עד היום התרגלנו שהמשלה (בין אם משמאל ובין אם מימין) נדרשת לשאת ולתת עם השופטים והגורמים האחרים כדי לבחור מועמד, כעת שתי קבוצות ההשפעה המרכזיות – הקואליציה והאופוזיציה – יוכלו לממש את כוחן בנפרד. זהו שינוי מהותי.

16. תחת מודל ההסכמה הרחבה הפועל ב-16 השנים האחרונות, אוישו כל המינויים הנוכחיים בבית המשפט העליון. באופן כללי ומבלי להיכנס לשמות כאלה ואחרים, השיטה קידמה גיוון רב יותר מבעבר, הקשתה על קידום מועמדים בעלי אידיאולוגיית קצה (במישור הפוליטי או התורת משפטי), ויצרה אפקט ממתן על המועמדים בעלי הסיכוי לקידום. מערכת המינויים התבססה בעיקרה על קידום שופטים מתוך המערכת, דבר שנחשב כמסייע לייעול הטיפול בתיקים, תוך חיזוק בעורכי דין פרטיים ונציגי האקדמיה המשפטית.

17. מה יהיו דפוסי המינויים תחת המודל המוצע? זוהי כמובן שאלה ספקולטיבית. היא תלויה במפה הפוליטית שתתגבש בישראל, באישיותם של חברי הוועדה הפוליטיקאים, בנטייתם לסיכון ובתנאים סביבתיים רבים נוספים. ייתכן שבמקרים מסוימים מנגנון ההסכמות בין הקואליציה והאופוזיציה יוליד מינויים ראויים. אך בגיבוש מבנה מוסדי חדש לגוף בחירה רגיש ומרכזי כל כך, יש לקחת בחשבון תרחישי קיצון (סבירים). בפרט, עלינו לשקלל את המצב הפוליטי והחברתי הנוכחי, ובכלל זה את רמת האמון הנמוכה בין המחנות הפוליטיים, הקיטוב הגואה, היחסים המתוחים בין המוסדות, ואת הלקחים שנלמדו במדינות אחרות. לפי אלה, יש מספר אינדיקציות שיכולות לספק בסיס טוב להערכת הסיכונים שתוצג להלן.

18. נתון מרכזי בבחינת השאלה הוא שמדינת ישראל מצויה בעשור וחצי האחרון בעיצומה של עלייה חדה ברמת הקיטוב הפוליטי, ונחשבת כיום בין המדינות המקוטבות בעולם הדמוקרטי.⁸ לקיטוב הפוליטי מספר ביטויים מרכזיים. בין היתר, במדינות מקוטבות גדל כוחם של מפלגות ומועמדים קיצוניים, יש חוסר יכולת של מפלגות ממחנות יריבים לשתף פעולה לקידום סדר יום ממלכתי, נאמנות אישית או פוליטית הופכת להיות אמת מידה מרכזית באיוש מינויים ציבוריים, מתגבשות תיבות תהודה פנימיות בהן כל מחנה מגבש תמונת מציאות נפרדת, וכתוצאה מכל אלה – גוברת הלגיטימציה בתוך המחנות לנקיטה בצעדים קיצוניים להרחקת היריב הפוליטי מכל מוקדי הכוח בחברה ובמשל.

19. כל ישראלי היה עד להתפשטות התופעות הללו במערכת הפוליטית שלנו בשנים האחרונות. גורמים שבעבר ידעו לשתף פעולה התקשו לכונן ממשלה הנהנית מאמון הכנסת, מה שהוביל ליציאה תכופה לבחירות ולהגברת חוסר היציבות הפוליטית. בכנסת עצמה, חלה ירידה בשיתופי פעולה של קואליציה ואופוזיציה, תוך הפרה ודריסה של נורמות בלתי כתובות שאפיינו את העבודה בה במשך שנים. אפילו משבר ביטחוני בסדר גודל היסטורי שהוביל לכינונה של ממשלת חירום לאומית החזיק חודשים ספורים עד שהתפרק והוביל לפרישה של מפלגת האופוזיציה שהיתה נכונה לשתף פעולה עם הממשלה.

20. על רקע האקלים הפוליטי המקוטב הזה, יש לבחון את הציפיות הסבירות ביחס להתנהלות הוועדה לבחירת שופטים במתכונתה המוצעת. כזכור, זוהי ועדת בחירה התלויה בשיתופי פעולה ענייניים ופוריים

⁸ לתיעוד התופעה והשלכותיה על מערכת המשפט ראו למשל, יאיר אמיתי, נעם גידרון ועומר יעיר, קיטוב פוליטי בישראל - 1992-2022, *Ido Porat, Political Polarisation and the Constitutional Crisis in Israel, 56(3) ISRAEL LAW REVIEW 369 (2023)*. הקיטוב המאפיין את הציבור בישראל הוא קיטוב רגשי (affective polarization) שפירושו הצטברות רגשות שליליים כלפי אנשי המחנה הפוליטי היריב אל מול הרגשות החיוביים כלפי אנשים מהמחנה "שלנו".

של הקואליציה והאופוזיציה הפוליטית בתוספת נכונות שלהם להיוועץ עם השופטים שמאבדים יכולת להשפיע דרך כוח ההצבעה שלהם.

21. בנסיבות הקיימות בישראל, סביר הרבה יותר שנראה דינמיקה של העדר שיתוף פעולה, בה כל צד עושה שימוש בכוח המינורי, הן של נציגיו בוועדה, והן של השופטים דרך המנגנון למניעת שיתוק, כדי לשרת את מאווי ולקדם את אנשי שלומו. הרבה יותר טבעי, קל, נוח ומתגמל בנסיבות הללו להמתין את הזמן הנדרש ולהכניס דרך המנגנון למניעת שיתוק משפטן בעל הזדהות אידיאולוגית מובהקת עם המחנה שבחר בו, מאשר לשאת ולתת עם המחנה היריב.

22. במצב של קיטוב קיצוני, ההעדפה הברורה של הקואליציה והאופוזיציה צפויה להיות למינוי של מועמדים המזוהים בצורה מוחלטת עם המחנה, שהזהות הפוליטית מעצבת את סט ההעדפות שלהם וגישתם לחוק, שאינם ניטרליים ביחסם לסוגיות ציבוריות ושיחדדו ויעמיקו את ההבדלים הזהותיים הבאים לידי ביטוי בציבור.⁹ המנגנון למניעת שיתוק והיכולת לבחור את עורכי הדין ללא תיאום עם הצד השני הם שני מכשירים עוצמתיים למימוש ההעדפה הזו ולכן צפויים להגביר את הקיטוב והמחנאות בבית המשפט.

23. קיים גם משקל לשאלה כיצד יתחיל המשחק. אם בנקודת הזמן הראשונה יעדיפו הצדדים להמתין להפעלת המנגנון למניעת שיתוק ולבחור בנציגי מחנה מובהקים שלא ניתן היה להסכים עליהם, יש להניח כי בהזדמנות הראשונה הצד השני יגיב במינוי נציג מובהק משלו, וחוזר חלילה.

24. חיזוק נוסף לתסריט כזה ניתן ללמוד באמצעות השוואה לתהליכים דומים שקרו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון בארצות-הברית. שיטת המינוי של שופטי בית המשפט העליון בארה"ב מבוססת על בחירה מטעם הנשיא ולאחריה הליך אישור המועמדות בסנאט.¹⁰

25. עד לשנת 2017, חל נוהג לפיו מפלגת המיעוט בסנאט הייתה יכולה לעכב את ההצבעה על אישור מינוי של מועמד לשפיטה בבית המשפט העליון באמצעות פיליבסטר שאינו כפוף למגבלת זמן כלשהי, אלא אם 60 סנאטורים הצביעו על הגבלת משך הדיון. כלומר – התקיים מנגנון פרוצדורלי ממתן שדחף את הצדדים להסכמות ויצר תמריץ למינוי מועמדים שהיו מקובלים או לפחות נסבלים עבור המחנה השני.¹¹ האקלים המקוטב בארצות-הברית הוביל להתמוססות הנוהג הזה, ומשנת 2017 החלו נשיאים למנות מועמדים במנגנון שנשען על רוב פשוט בסנאט. זוהי אנלוגיה טובה מאוד למקרה הישראלי שכן בשני המקרים דובר על מעבר ממצב של מינויים קונצנזואליים למינויים שמעניקים לכוח פוליטי אחד סמכות החלטה אוטונומית (כאמור – זה היה המצב לשני המינויים הראשונים לבית המשפט העליון בכל קדנציה).

26. בעקבות השינוי, דפוס המינויים האחרונים לבית המשפט העליון האמריקאי הפך למקוטב ופוליטי יותר. מאז 2017, הממוצע הוא ששופט ממונה לבית המשפט העליון ברוב של 52.25 מול 47 מתנגדים, לעומת ממוצע של 76.5 מול 22.3 בשלושת העשורים הקודמים.¹² התוצאות לא איחרו לבוא: לבית המשפט העליון מונו שופטים אידיאולוגיים ומזוהים פוליטית, והמוסד הפך פוליטי יותר, קיצוני יותר, נכון יותר לגלות אקטיביזם ולהפוך תקדימים ותיקים, ובהתאם לכך סובל כיום מרמות שפל באמון הציבורי בו.¹³

⁹ ביחס למאפיינים של קיטוב שיש סבירות כי יעצבו את ההעדפות לגבי המינויים, השוו Porat, לעיל ה"ש 8.

¹⁰ U.S. Const. art. II, § 2. לניתוח שיטת המינוי בארצות הברית ראו

¹¹ Barry J. McMillion, Supreme Court Appointment Process: Senate Debate and Confirmation Vote, CRS Research Paper 98 R44234, 11 (updated April 1st, 2021).

¹² ראו U.S. Senate, Supreme Court Nominations (1789-Present) (כניסה אחרונה, 19.1.24).

<https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>

¹³ Joseph Copeland, Favorable views of Supreme Court remain near historic low, Pew Research Ctr. (Aug. 8, 2024) <https://www.pewresearch.org/short-reads/2024/08/08/favorable-views-of-supreme-court-remain-near-historic-low>.



27. חוקרי משפט ומדע המדינה אבחנו שהמבנה האידיאולוגי הנוכחי של בית המשפט הפך להיות תחת הרכבו הנוכחי משתנה מסביר דומיננטי בפסיקותיו – כלומר: **זהו לא בית משפט שמרני ומרוסן יותר כפי שניתן היה אולי לדמיין מהרכב שנבחר ברובו על ידי נשיאים רפובליקנים, אלא בית משפט אקטיביסטי ופוליטי שמצביע יותר מבעבר לפי קווים פוליטיים.**¹⁴ אין זה מקרי כי רבים בארצות הברית (ראו בתמונת השער להלן) מזהה את השופטים באופן מוחלט עם דמות הנשיא הנוכחי, למרות שהוא מינה רק את חלקם. לא משנה מיהו הנשיא ומה תהא דעתנו עליו, זוהי אינה מציאות בריאה עבור המוסד השיפוטי העליון, הפוך מהחזון הרצוי ביחס לבית המשפט העליון שלנו.

28. זרם המחקר העוסק בקבלת החלטות בבתי

משפט, הן בישראל והן במדינות אחרות, מצביע באופן מובהק כי **הגברת הפוליטיזציה של הליך הבחירה לא מובילה לבחירה במועמדים הנוקטים בריסון שיפוטי, אלא במועמדים היפר-אקטיביסטים.**¹⁵ האקטיביזם של שופטים שנבחרים דרך מנגנונים פוליטיים מתבטא בעיקר ביחס לממשלות מהמחנה שלא מינה אותן, אך באופן מפתיע מתקיים גם ביחס לממשל שמינה אותם.

29. נקודה נוספת בהקשר זה היא שככל ששיטת בחירת השופטים היא פוליטית יותר ומקצועית פחות, כך גוברת ההשפעה הפוליטית והאידיאולוגית על הפסיקה שלהם, ומצטמצמת באופן יחסי ההשפעה של החוק על הפסיקה. בארצות הברית, בה ההליך הבחירה מבוצע על ידי הגופים הפוליטיים (הנשיא באישור הסנאט), נמצא כי "שופטי בית המשפט העליון הפדראלי בארצות הברית מכריעים בפסקי דין בהתאם לעמדות הפוליטיות שלהם, או של הנשיא שמינה אותם, בלמעלה מ-80% מהתיקים".¹⁶ במילים אחרות, מנגנון בחירה פוליטי יותר יוביל לשופטים יותר אקטיביסטים, פחות אובייקטיביים ופחות מקצועיים.

30. סיכומו של דבר, כפי שניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי ומניתוח דפוסי הצבעה בהסדרים אחרים בישראל, הקיטוב הפוליטי הגואה הוא גורם מרכזי שצפוי להשפיע משמעותית על דפוסי הבחירה של השופטים תחת המודל החדש. קיים תרחיש סביר כי הוא יוביל למינויים של מועמדי קצה שיחדדו את המחלוקות האידיאולוגיות בבית המשפט ויהיו הזרז להתגבשות שני מחנות אידיאולוגים מובהקים שיפסקו בממוצע יותר בהתאם לרוב הפוליטי הרגעי בבית המשפט. מדובר בשינוי דרמטי של אופיו המוסדי של בית המשפט

¹⁴ ראו למשל, CHARLES M. CAMERON & JONATHAN P. KASTELLEC, MAKING THE SUPREME COURT: THE POLITICS OF APPOINTMENTS (2023); Tom S. Clark et al., *Politics from the Bench? Ideology and Strategic Voting in the U.S. Supreme Court*, 214 JOURNAL OF PUBLIC ECONOMICS (2022). מחקרם של קמרון וקסטליק מראה כיצד השינוי האידיאולוגי בבית המשפט גרם לכך ששופטי הרוב הרפובליקני נטו פחות לנסות ולגייס תמיכה חוצת מחנות בבית המשפט, דבר שהקצין את חוות הדעת שלהם. אם בעבר היה גוש שופטים מרכזי שהיה צריך לגייס את תמיכתו, כיום נותרו רק שני גושים אידיאולוגים מובהקים. למען שלמות התמונה, חשוב לציין שהשינויים במוסד אינם רק תוצאה של שינוי במסורת הבחירה אלא תוצאה של הגברת הקיטוב הכללי בארה"ב, מציאות שלא פוסחת גם על ישראל. ראו Neal Devins & Lawrence Baum, *Split Definitive: How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court*, 2016 SUPREME COURT REV. 301 (2017).

¹⁵ ראו קרן וינשל-מרגל **אידיאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי** (2016).

¹⁶ קרן וינשל "השלכות תכנית לויין על קבלת החלטות אידיאולוגיות ואקטיביזם שיפוטי בבית המשפט העליון – ניתוח אמפירי" ICON-S- (15.2.2023) IL Blog.

העליון ושל האתוס המוביל את פסיקותיו. גם בבחינת אמון הציבור, יש לצפות כי השופטים שימונו בשיטה זו יסומנו כנאמנים פוליטיים ויזכו לאמון ציבורי נמוך על ידי הצד שלא מינה אותם.

קושי שני: זניחת מערך השיקולים המקצועי בבחירת שופטים (בכל הערכאות)

31. בית המשפט העליון אינו פועל רק כבית משפט חוקתי-מנהלי. למעשה, רק כ-18% מהתיקים שנפתחו בו בשנת 2023 כללו הליכי בג"ץ,¹⁷ כאשר רק מיעוט ממיעוט תיקים אלה הם בעלי אופי פוליטי. רוב פעילות בית המשפט נעשית כבית המשפט העליון לערעורים אזרחיים, פליליים ומנהליים, בתחומים כגון צוואות, תיקי אימוץ, סכסוכים מסחריים ואזרחיים, משפט פלילי, ועוד.

32. בהתאם לכך, הליך הבחירה הקבוע בחוק כיום משקף סדרי עבודה המבוססים בחלקם על שיקולים מקצועיים, ביניהם ידע ומיומנות בתחום המשפט, כולל בקיאות משפטית, רב-גויות בתחומי המשפט השונים, תפיסה משפטית, יסודיות בהכנת החומר המשפטי, כושר הבעה, עמידה בלוח זמנים, כושר לנהל דיון, סובלנות כלפי בעלי הדין ומייצגיהם ועוד.¹⁸ מתוך תפיסה של בית המשפט העליון כמוסד מקצועי שעוסק גם רוב זמנו בסוגיות משפטיות אזרחיות ופליליות, הליך בחירת השופטים נדרש להיות הליך שמשקלל קשת רחבה של שיקולים מבוססי מומחיות והתאמה לשיפוט.

33. לדוגמה, כאשר שופט בעל מומחיות בתחום האזרחי או הפלילי פורש, יש הצדקה לקדם מועמדים בעלי רקע דומה שיוכלו למלא את החלל ולהוביל את התחום בבית המשפט. שיקולים אחרים חשובים עוסקים ביעילות והתאמה לשיפוט: כבית משפט שמנפק אלפי פסיקות בשנה, כולן בעלות כוח תקדימי מחייב כלפי הערכאות הנמוכות, קיימת חשיבות רבה ליכולות השופטים בתחום ניהול יעיל של תיקים, שמירה על מזג שיפוטי בסביבה המתנהלת בעומס רב, ויכולות כתיבה מצטיינות.

34. כאמור לעיל, מבנה הוועדה החדש מעביר את מלוא מכוח ההחלטה וההשפעה בוועדה לידי הדרג הפוליטי (קואליציה ואופוזיציה). מטבע הדברים, גורמים אלה הם בעלי קשב מוגבל והעדר מומחיות בבחינת סוגיות מקצועיות ביחס לצרכי בית המשפט לעומת גורמי מקצוע כמו שופטים ועורכי דין. מערך התמריצים של נבחרי ציבור מושפע בעיקר מסוגיות זהותיות ואידיאולוגיות, ומתווגים כגון "אקטיביסט" או "שמרן". אין ספק ששיקולים כאלה מנחים גם שופטים ועורכי דין, אך שתי אוכלוסיות אלה מושפעות מאוד גם מרמת ההתאמה המקצועית של המועמד למינוי.

35. להבהיר: הבעיה עם המבנה המוצע אינה שהוא מעניק מקום לשיקולים זהותיים ואידיאולוגיים, אלא בכך שהוא מבטל כמעט כליל את מקומם של השיקולים האחרים. מנגנון כזה מעורר ספק בדבר היכולת של הוועדה לאתר את המועמדים המחזיקים בכל סט הכישורים הנדרשים למשרת שופט עליון ולבחור בהם.

36. **המנגנון הפוליטי יעסוק בתחרות על מינוי האנשים בעלי הרקע האידיאולוגי "הנכון" באופן שאולי יחדד את היכולת של בית המשפט לשקף מחלוקות ערכיות בחברה הישראלית, אך יעשה זאת על חשבוננו לתפקד כמוסד משפטי מקצועי וניטרלי.** מציאות זו תוביל לכך שבית המשפט העליון יאבד חלק ניכר מקשת תחומי המומחיות המשפטנית שיש בו היום, ויכלול מועמדים שלא יוכלו לנהל ביעילות את עומס התיקים הרב שמגיע בעיקר מהערכאות הנמוכות.

37. יש לציין כי הליך בחירה המאופיין בזניחת שיקולים מקצועיים לטובת שיקולים פוליטיים הוא בניגוד למגמה הרווחת בבתי משפט עליונים בעולם הדמוקרטי. למען הדיוק, נדגיש כי מעורבות ואף דומיננטיות של גורמים פוליטיים בבחירת שופטי הערכאה העליונה הם תופעה רווחת בעולם, אולם ברוב המדינות בהן

¹⁷ ראו הנהלת בתי המשפט, דו"ח שנתי 2023.
https://www.gov.il/BlobFolder/reports/statistics_annual_2023/he/annualreport2023.pdf
¹⁸ סעיף 11א לכללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), תשמ"ד-1984.

בתי המשפט העליונים מהווים חלק ממערכת בתי המשפט הרגילה קיימים מגננונים מווסתים שמכוונים לייצר הליך בחירה מריטוקרטי המבקש לאתר לתפקיד את המשפטנים הטובים ביותר.¹⁹

38. הבעיה חריפה לא פחות ביחס לערכאות הנמוכות. בתי המשפט האחרים כמעט לא עוסקים כלל בסוגיות חוקתיות וערכיות, וגם במקרים המעטים שיש היבט ערכי בעבודתם, הם מונחים על ידי תקדימי בית המשפט העליון. בוועדה בעלת אוריינטציה פוליטית שבה יש כוח וטו הדדי לשני המחנות הפוליטיים עולה החשש ששיקולים פוליטיים יעיבו על השיקולים המקצועיים וידחקו אותם למטה. המודל הזה צפוי לפגוע באיכות המינויים לכלל הערכאות, ולהשפיע לרעה על השירות המשפטי הניתן לאזרחי ישראל.

39. בנוסף, קיים חשש מפגיעה בעצמאות השיפוטית בערכאות הנמוכות. שופטים מכהנים השואפים לקידום יתמרצו לשקול שיקולים המבוססים על פוליטיקת הזהויות הישראלית, מתוך חשש כיצד ייתפסו על ידי המחנה שיחפצו שיקדם אותם במסגרת "דילים". ניתן לחשוב על דוגמאות רבות כגון הארכות מעצר, טיפולים בעבירות תכנון ובנייה ועוד רבות אחרות שזהותו של בעל הדין עשויה להקרין כיצד נתפס המועמד. חדירה של שיקולים כאלה לתוך אולם בית המשפט היא ההמחשה הברורה ביותר של סכנת הפוליטיזציה.

קושי שלישי: העצמת יתר של האופוזיציה הפוליטית ללא תלות בגודלה ובמאפייניה

40. מתווה לויין-סער מבקש לחזק את השפעת האופוזיציה על הליך בחירת השופטים. זוהי מגמה שיש לברך עליה: כיום, נוכחות האופוזיציה מובטחת רק על ידי נוהג, וגם כאשר הוא מתקיים, השפעתה דלה מאוד והיא מחזיקה ב-8% השפעה לפי מדד שפלי. קיים בכך עיוות, שכן בית המשפט הוא מוסד שהשופטים אליו נבחרים לתקופות כהונת ארוכות במהלכן מתחלפות קואליציות, ואין הצדקה למודל שמשאיר את היקף ההשפעה על בית המשפט ליד המקרה של תזמון המינוי.

41. יחד עם זאת, המתווה פונה לקיצון השני: **הוא מעניק כוח מלא לאופוזיציה (או יותר נכון – לחלק מהאופוזיציה) לבחור שופטים ללא צורך בגיבוש הסכמות עם הקואליציה או השופטים. זהו כוח חסר תקדים בהשוואה בין-לאומית, וקשה מאוד להצדיק אותו כשמגיע ללא כל סייג.**

42. גודל האופוזיציה משתנה בין כנסות, ובמקרים של ממשלות רחבות יכול לכלול רק כרבע עד שליש מהכנסת. אין זה מן הנמנע שבקואליציה קטנה, מפלגות קצה מהימין או השמאל יהיו סיעת האופוזיציה הגדולה ביותר, ובמקרה כזה המנגנון המוצע יעניק להן כוח השפעה חסר כל פרופורציה על בחירת השופטים. באופן טבעי, מפלגות קצה קטנות הן אידיאולוגיות ומייצגות רעיונות מפלגים ומעוררי מחלוקת, ויש להניח כי ישאפו לבחור במועמדים שישקפו את עמדותיהם. המנגנון המוצע עלול ליצור עיוות על ידי הענקת כוח למפלגה כזו להכניס מחצית מהמינויים לבית המשפט העליון ולהחזיק בכוח וטו על המינויים ביתר הערכאות.

43. נקודה נוספת בהקשר זה היא הדחיפה של סוגיית מינוי השופטים לתוך הסחר-מכר הפוליטי הכללי. במבנה המשטר בישראל, לאופוזיציה יכולת מוגבלת ומועטה להשפיע על מהלך סדר היום הציבורי-פוליטי. כלי הפיקוח הפרלמנטרי חלשים יחסית, והממשלה נהנית מעוצמה רבה. אין זה מן הנמנע כי סיעת האופוזיציה שתקבל את הכיסא היקר בוועדה לבחירת שופטים תעשה בו שימוש לטובת "דילים" עם הקואליציה שיתבטאו בויתור על הכוח למנות שופט תמורת הטבות פוליטיות אחרות.

¹⁹ ראו גיא אלזם, יעל סירקיס ואלעד גיל, עיון השוואתי במעורבות נבחרי ציבור בבחירת שופטים לבתי משפט עליונים, **מכון תכלית** (2023) <https://www.tachlith.org.il/post/comparative-study>. עוד ראו עמיחי כהן וגיא לוריא, בחירת שופטים לערכאות עליונות: מחקר השוואתי, **המכון הישראלי לדמוקרטיה** (2023) <https://www.idi.org.il/books/49032>; שי-ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי, בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי, נייר מדיניות 55 **פורום קהלת** (2019).

44. לסיכום, הענקת כוח בלתי פרופורציונאלי לאופוזיציה בבחירת מועמדים לכל הערכאות צפויה אף היא לדחוף את מערכת בתי המשפט (ובפרט את בית המשפט העליון) לכיוון פופוליסטי, קיצוני, ופחות מקצועי, באופן שבשילוב עם יתר הפתולוגיות שתוארו יפגע ביכולתו לזכות באמון הציבור.

קושי רביעי: כשלים פנימיים במנגנון הבחירה

45. מעבר לקשיים המהותיים העולים מהמתווה המוצע, קיימים בו מספר כשלים שראוי לתת עליהם את הדעת. במונח "כשלים" כוונתנו להסדרים שיש סתירה בין מטרתם המוצהרת או המשתמעת לבין השפעתם בפועל. נדון בהם בקצרה.

46. כשל ראשון – המנגנון למניעת שיתוק ניתן לנטרול על ידי הצדדים

46.1. בהודעה על המתווה מטעם השרים לוין וסער, נאמר כי מטרת המנגנון היא "למנוע שיתוק בהעדר הסכמות על מינויים לעליון". אלא שהאופן שבו המנגנון נוסח מאפשר לכל אחד מנציגי הקואליציה והאופוזיציה, לנטרל את המנגנון.

46.2. נסביר: סעיף 4א(ב) לתיקון מעניק לארבעת נציגי הקואליציה ולשני נציגי האופוזיציה סמכות להציג שלושה מועמדים שעל יתר חברי הוועדה לבחור אחד מהם. אולם המנגנון לא מציע הסדר הקובע כיצד כל אחת מהקבוצות תגיע להסכמות. אם נציגי כל קבוצה לא מגיעים להסכמה על הרשימה שתוצג, המנגנון נתקע, ואין דרך לקדמו. מכאן, לכל אחד מששת חברי הוועדה השותפים למנגנון למניעת שיתוק יש מפתח מיוחד המאפשר להם לנטרל את המנגנון.

46.3. קושי זה מתחדד נוכח סעיף 6א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב] תשמ"ד-1984, הקובע כי "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה". הוראה זו מעניקה בסיס חוקי לכל חבר ועדה שיסרב לשחק פעולה עם יתר הצדדים.

46.4. הכוח לסכל מינוי, הניתן כאן לשישה חברי ועדה, עלול להיות מנוצל לרעה. ככל שבית המשפט יהפוך פוליטי ומחנאי יותר, התמריץ לשיבוש רק יגדל, שכן כל מחנה פוליטי שירגיש שבנקודת זמן כלשהי פרישה של שופט ומערך יחסי הכוחות בבית המשפט העליון שנוצר כתוצאה ממנה משרתים אותו, יוכל לקבע את המצב הקיים על ידי סיכול מינויים שלא מיטיבים את מצבו.

47. כשל שני – דילול דרישות הסף המקצועיות מעורכי הדין בוועדה

47.1. בהודעה על המתווה מטעם השרים לוין וסער, נטען כי מינוי עורכי הדין על ידי הקואליציה והאופוזיציה מבקש לייצר "מקצועיות – ללא ניגוד עניינים". כדי להבטיח זאת, הוצג כי "עורכי הדין יהיו בעלי ניסיון של לפחות עשר שנים בליטיגציה בבתי המשפט. בתקופת כהונתם כחברי הוועדה הם לא יוכלו להופיע בבתי המשפט".

47.2. ואולם, בתרגום המתווה להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 101), התשפ"ג-2023 התכלית הזו נזנחה. לפי המוצע כעת, כל מה שנדרש מנציגי המחנות הפוליטיים הוא להיות "משפטן בעל ניסיון בייצוג בפני בתי המשפט". הוויתור על הדרישות שהוצגו במתווה מגביר את הסיכוי למינוי נאמנים פוליטיים החסרים את הכישורים המקצועיים לשמש כעורכי הדין בוועדה, ומותיר את ההבטחה ל-"מקצועיות – ללא ניגוד עניינים" ריקה מתוכן.

47.3. חשוב לזכור כי לפי המנגנון שנקבע, נציגי הציבור ייחשבו כנציגי הצדדים לצורך מימוש זכות הווטו שלהם. עובדה זו **מעצימה את החשש כי מראש ימונו דמויות שתכונתם החשובה ביותר היא היכולת לצפות את דפוס הבחירה שלהם ולהבטיח נאמנות למחנה שבחר בהם. מבנה תמריצים כזה לא מתיישב עם שיקול דעת מקצועי כפי שתכלית המנגנון מבקשת להגשים.**

48. כשל שלישי – הגבלת השימוש במנגנון למניעת שיתוק

48.1. בנושא אחר ניכר דווקא שהתיקון לחוק משפר את מה שהוצהר עליו במתווה. עמדנו לעיל על הבעיות הקשות במנגנון למניעת שיתוק ולהשפעותיו על דמותו ואופיו של הרכב בית המשפט העליון. סעיף 4א(ה) מגביל את סמכות שר המשפטים להפעיל את המנגנון לפעם אחת בכהונת הכנסת.

48.2. זהו שינוי ראוי, אך השפעתו תהיה מוגבלת מכפי שאולי היה ניתן לצפות, וזאת כתוצאה מחוסר היציבות הפוליטי המאפיין את ישראל. **לדוגמה, ב-20 השנים האחרונות מונו 21 שופטים לבית המשפט העליון. באותה תקופת זמן, כיהנו 10 כנסות.** בחשבון פשוט - 2.1 מינויים במוצא לכנסת, שפירושם הם שגם כאשר "רק" שני מינויים בכהונה ייערכו תחת המנגנון המקטב למניעת שיתוק, בהסתמך על הממוצע זה אומר שכמעט כל המינויים יוכלו להיערך כך.

48.3. אמנם, השנים האחרונות התאפיינו בחוסר יציבות קיצוני: בין השנים 2019-2025 כיהנו חמש כנסות, אך מי יוכל לערוב שהמצב יתייצב בעתיד? וגם אם נתעלם מהאנומליה של השנים האחרונות, הנטייה של המערכת הפוליטית לחוסר יציבות יבטיחו כי שיעור משמעותי מהמינויים לבית המשפט העליון ייערכו בצורה זו.²⁰

טבלה 1. סיכום – הקשיים במתווה לזין-סער

הקושי	היכן בא לידי ביטוי במתווה?
מערכת מינויים המכוונת לבחירת גורמי קיצון שיעמיקו את משבר הקיטוב בישראל	- שינוי כלל הבחירה ל-5 מתוך 9 - הענקת כוח וטו הדדי לקואליציה והאופוזיציה; נטרול השפעת השופטים - מנגנון למניעת שיתוק
זניחת מערך השיקולים המקצועי בבחירת שופטים (בכל הערכאות)	- נטרול השפעת השופטים (בבחירת שופטי ביהמ"ש העליון) - הכפפת עורכי הדין לבחירת הקואליציה והאופוזיציה
העצמת יתר של האופוזיציה הפוליטית ללא תלות בגודלה ובמאפייניה	- הענקת כוח וטו לאופוזיציה בבחירה בכל ערכאות השיפוט - הענקת כוח בחירה אוטונומי במסגרת המנגנון למניעת שיתוק
כשלים פנימיים במנגנון המוצע	- המנגנון למניעת שיתוק ניתן לנטרול על ידי הצדדים - דרישות הסף של עורכי הדין המייצגים - הניסיון להגביל את השימוש במנגנון למניעת שיתוק הוא בעל השפעה מינימלית

²⁰ מה שעלול להחרף את הבעיה הוא מינויים של שופטים צעירים על ידי המחנות הפוליטיים כדי להאריך את תקופת כהונתם והשפעתם. מציאות כזו תוביל לפיחות במספר המינויים הכללי ולכהונות ארוכות יותר. השוו Frederick A. O. Schwarz Jr., *Saving the Supreme Court*, BRENNAN CTR. FOR JUSTICE (Sep. 13, 2019) <https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/saving-supreme-court>

ג. המלצות

אגד ההמלצות המובא בפרק זה מוצג כמכלול. על מנת לתת מענה לסיכונים שתוארו לעיל יש לאמצו על כל חלקיו. מסיבה זו, ועל מנת לשמר גמישות, בחלק מהמקרים יוצעו חלופות שונות תחת אותה המלצה.

המלצה 1. מעבר לכלל הכרעה של 6 מתוך 9

49. **המלצה:** הגדלת את הרוב הדרוש לבחירת שופט בכל ערכאות השיפוט ל-6 מתוך 9.
50. שינוי זה ישרת שתי מטרות מרכזיות. ראשית, הצורך לגבש הסכמה של רוב גדול יותר בוועדה מעלה את חשיבותם והשפעתם של כלל חברי הוועדה, ובמקרה הזה **תעלה את משקלו של הקול המקצועי** המובא בעיקרו על ידי השופטים (ובמידה פחותה, עורכי הדין). שנית, רוב גדול יותר פירושו **חתימה למרחב הסכמה גדול יותר**, המחייבת פנייה למועמדים קונצנזואליים יותר ומקטבים פחות.
51. חשוב לציין כי תחת המנגנון המוצע בחוק, שינוי ככלל הבחירה כשלעצמו לא יוביל לשינוי משמעותי: גם במצב זה יידרשו הקואליציה והאופוזיציה לשתף פעולה כדי להגיע להסכמות, ובהעדרן הן יוכלו לפנות למנגנון למניעת שיתוק. שיתוף הפעולה ביניהן מייתר את הצורך בהסכמת חברי ועדה נוספים, ומותר את השופטים חסרי השפעה. לפיכך, יש לשלב את ההמלצה הזו עם שינויים נוספים.

המלצה 2. חיזוק דרכי הבחירה של הנציגים המקצועיים

52. **המלצה:**
- 52.1. אימוץ צעדים להבטחת איכותם המקצועית ואי-תלותם של נציגי הציבור המשפטיים שתבחר הכנסת על ידי שינוי דרך הבחירה וגיבוש תנאי סף להבטחת מקצועיותם.
- 52.2. באשר לדרך הבחירה, אנו ממליצים כי נציגי הציבור ייבחרו בהסכמה בין הקואליציה והאופוזיציה – או בשיח בין שר המשפטים ויו"ר האופוזיציה, או על ידי בחירתם בכנסת ברוב מיוחד. חלופה זו תשמר את מטרותם של מנסחי המתווה לשמר זיקה בין נציגי הציבור לבין המחנה הפוליטי שמינה אותם, אך תעמיד את הסכמת הצדדים כגורם מווסת שיבטיח מינוי של גורמי מקצוע רציניים.
- 52.3. באשר לכשירות נציגי הציבור, ייקבע בחוק כי נציג ציבור יהיה מי שמתקיים לגביו אחד מאלה: (1) חברות בלשכת עורכי הדין וניסיון מצטבר של הופעה שגרתית בבתי המשפט במשך 25 שנים, וללא הרשעה בעבירה או בהפרת כללי האתיקה של עורכי הדין. (2) ניסיון של עשר שנים בשפיטה או תפקיד משפטי אחר בשירות מדינת ישראל, ואולם לא ימונה לוועדה כנציג ציבור שופט/משפטן מכהן.
- 52.4. במטרה למנוע שיתוק של המנגנון בהעדר הסכמות, ייקבע כי אם לא תושג הסכמה בתוך זמן קצוב מכינס הכנסת, יוכל כל צד לבחור בנציג ציבור מטעמו העומד בתנאי הכשירות המופיע בסעיף (2) לעיל.

המלצה 3. ביטול המנגנון למניעת שיתוק, ולמצער שינוי

53. **המלצה:** כאמור, המנגנון למניעת שיתוק המוצע כעת פגום מיסודו. אם יפעל – הוא יספק לצדדים תמריץ שלילי לעכב מינויים ולפגוע במערכת המשפט במטרה לייצר תנאים לבחירה מבלי הצורך לקבל הסכמת הצד השני והשופטים; אם לא יפעל – מהסיבות המפורטות לעיל, לא יוכל לשרת את מטרותיו. אנו סבורים כי החלופה העדיפה היא ביטולו, מתוך תפיסה הרואה ערך בהטלת אחריות על הצדדים להגיע להסכמות.

ככל שהכנסת תעדיף שלא לקבל את המלצתנו, נציע שתי חלופות לתיקון המנגנון:

54. **חלופה ראשונה** היא הטמעת הרעיון כי מנגנון למניעת שיתוק חייב לשקף מחירים עבור הגורמים שכשלו מלהגיע להסכמות הנדרשות למינוי בדרך הקבועה בחוק. לשם כך נציע:

54.1. דחיית הפעלת המנגנון. לא ניתן יהיה להפעילו אלא לאחר שעברה שנה מהתפנות תקן שני בבית המשפט העליון. יש להניח כי ככל שהאופק של השימוש במנגנון רחוק יותר, הנציגים הפוליטיים, שמועד כהונתם נגזר מהמציאות הפוליטית, יעדיפו להגיע למינויים מוסכמים.

54.2. החלפת חברים. מוצע שלאחר ששר המשפטים הורה על בחירת שופטים בהתאם למנגנון, יוחלפו חברי הוועדה מהקואליציה והאופוזיציה למעט שר המשפטים המכהן בוועדה מתוקף תפקידו.

54.3. קיצור כהונה. גילו של מועמד שייבחר דרך המנגנון לא יפחת מ-65.

55. **חלופה שנייה** היא אימוץ מנגנון למניעת שיתוק המתמרץ את הצדדים להציע מועמדים מקצועיים ומתונים ואשר לא ניתן לנטרול על ידי הצדדים בצורה אופורטוניסטית. הרעיון המארגן של המנגנון יהיה כדלקמן: יותר נכונות לפשרות והסכמות פירושה יותר השפעה על המועמד הנבחר.

56. המנגנון המומלץ כאן פותח במשותף על ידי מומחים מתחומי תורת המשחקים, משפט ופסיכולוגיה חברתית. הרעיון שביסודו הוא לאפשר הסדרי הצבעה שיובילו את הצדדים לחיקוי הפעולה של הגעה להסכמות על ידי הרוב הגדול ביותר האפשרי. דבר זה נעשה על ידי הכנסת רכיבי הצבעה שונים שלא מבוססים על בחירה אוטונומית של מועמדי קצה כשלב מסנן, אלא מעודדים את הצדדים להתפשר על מועמדים מתוך רשימה קבועה מראש.

להלן, נפרט כיצד יפעל המנגנון.

56.1. שלב א' – גיבוש רשימת מועמדים

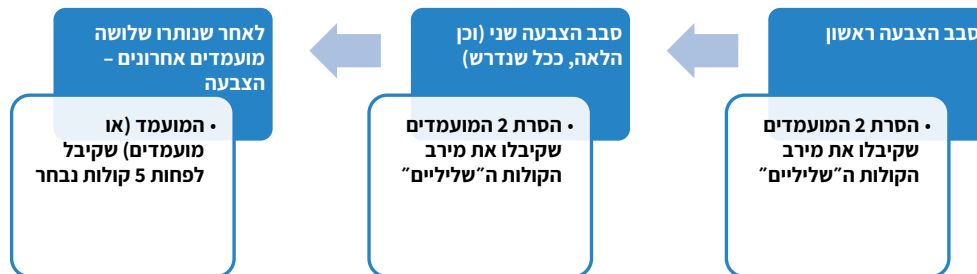
- חברי הקואליציה וחברי האופוזיציה כאחד יציעו **שלוש** קבוצות מועמדים מכל צד. בקבוצה אחת שלושה מועמדים, בקבוצה השנייה חמישה מועמדים ובקבוצה השלישית שבעה מועמדים. אין כל הגבלה על זהות המועמדים ובפרט יכולה להיות חפיפה בין הרשימות של אותו שחקן.
- חברי הוועדה האחרים יבחרו אחת משלוש הרשימות. הרשימה הסופית תתגבש מתוך הבחירה של קבוצת המועמדים הנבחרת מהקואליציה והאופוזיציה ותהיה בת 6-14 מועמדים.
- הרעיון הוא לתגמל מתינות ומקצועיות. מכיוון שכל צד רוצה שיתר חברי הוועדה יבחרו ברשימה הארוכה יותר, הוא יעדיף להכניס אליה מועמדים מתונים יותר. הצד השני יפעל באותו אופן.

56.2. שלב ב' – הצבעה ובחירה

ההצבעה תיערך בשיטת Sequential veto: תתקיים בוועדה הצבעה בסבבים על סינון מועמדים. בכל סבב יוסרו מרשימת המועמדים זוג המועמדים שקיבלו את מירב הקולות השליליים (אם יש יותר מזוג, יוסרו כולם). לאחר שנותרו שלושה מועמדים אחרונים, תיערך הצבעה לאחרונה ייבחר המועמד שקיבל את מירב הקולות (ולפחות חמישה). במקרה של שוויון או שלא הגיע אף מועמד

לחמישה קולות, יוסר המועמד בעל מיעוט הקולות, וייערך סיבוב הצבעה מכריע בין שני המועמדים שנותרו. ואם התפנה מקום של יותר משופט אחד, ייבחרו שני המועמדים בעלי מספר הקולות הגבוה.

תרשים ד. מנגנון למניעת שיתוק בשיטת Sequential veto



56.3. הרעיון המארגן הוא כי חברי הוועדה שיהיו נכונים לבחור במועמדים הזוכים להסכמה רחבה יזכו ביתרון מובנה בקידום מועמדיהם. הדינמיקה תסנן החוצה מועמדי קצה. גם במצב הקיצון בו כל קבוצה בוועדה פועלת בצורה מתואמת ומצביעה אסטרטגית, יש תמריץ לקדם מועמדים מקצועיים ומתונים.

המלצה 4. הגבלת סמכויות הוועדה של הקואליציה, האופוזיציה והשופטים

57. המלצה:

57.1. ביחס לבחירת שופטים לבית המשפט העליון – הדרישה כי לפחות אחד מנציגי הקואליציה והאופוזיציה יתמכו במועמד הנבחר תוגבל לשני המינויים הראשונים בכל כהונת כנסת.

57.2. ביחס לבחירת שופטים ליתר הערכאות – הדרישה כי לפחות אחד מנציגי הקואליציה, האופוזיציה והשופטים יתמכו במועמד הנבחר תבטל כליל.

57.3. התנאי להסכמת האופוזיציה למינויים לבית המשפט העליון תותנה בכך שגודל האופוזיציה לא יפחת מ-45 חברי הכנסת. במקרה כזה, במקום הדרישה להסכמה של חבר אופוזיציה, יותנה המינוי בהסכמה של לפחות שלושה מחברי קבוצת הקואליציה.

58. נימוקים:

58.1. סעיף 4(ד)-(ה) לחוק מעניק דה-פקטו לנציגי כל אחת מהקבוצות בוועדה כוח וטו על מינוי השופטים, למעט במינויים בית המשפט העליון אז הכוח ניתן רק לנציגי הקואליציה והאופוזיציה ונשלל מהשופטים. כמוסבר לעיל, רכיב הוועדה ההדדי הניתן לקואליציה והאופוזיציה מייצר תמריץ לבחירת שופטים במודל קיצוני של "חלוקת שלל", והוא הגורם המרכזי המוביל לכך שכוחם האפקטיבי של השופטים בוועדה יורד ל-0% (לפי מדד שפלי).

58.2. להבנתנו, מהלך זה נעשה מתוך חשש שיתפתח בוועדה דפוס שלפי טענות מסוימות אפיין אותה בעבר, בו חוברים גורמי המקצוע בוועדה (שופטים + עורכי דין) או השופטים עם קבוצה פוליטית בוועדה (שופטים + קואליציה/אופוזיציה) ומנטרלים לחלוטין את הכוח של הקבוצה שנותרת בחוץ.

58.3. העלאת כלל ההכרעה ל-6 תצמצם מאוד את הסיכון לדפוס בחירה כזה. יחד עם זאת, היא לא תשלול אותו לחלוטין ומתוך כך אנו ממליצים לבחור בדרך הפשרה, ולהותיר את כוח הוועדה על שני המינויים הראשונים לבית המשפט העליון בכל כהונת כנסת. כפי שהסברנו בסעיף לעיל, שני

מינויים בכל קדנציה מהווים לפי דפוסי העבר נתח נכבד מסך המינויים. כתוצאה מכך, במינויים הראשונים יובטח כי עמדת נבחרי הציבור תקבל משקל רב בבחירה, אולם בהמשך ניתן יהיה לבחור ללא מגבלה על ידי השגת רוב של 6/9.

58.4. ביחס לערכאות הנמוכות, אשר ככלל מתנהלות כערכאות דיוניות וערעוריות מקצועיות, אנו סבורים כי בתנאי שיתקבל התיקון של מעבר לבחירה בכלל הכרעה של 6/9 אין הצדקה להכניס שיקולים של חלוקת שלל פוליטית להליך הבחירה, ויש לאפשר לוועדה לבחור מועמדים לפי שיקולים מקצועיים ההולמים את תפקיד ערכאות השיפוט הללו. יודגש כי העלאת כלל הבחירה ל-6/9 תבטיח כי לפחות חלק מנבחרי הציבור ונציגיהם יתמכו במינוי.

המלצה 5. איוש יחסי קבוע של שופטי בית המשפט המחוזי והבטחת ייצוג הולם

59. המלצה: ייקבע בחוק כי בכל עת לפחות שני שליש משופטי בית המשפט העליון יהיו מועמדים שהגיעו לאחר שכיחנו לפחות חמש שנים בבית משפט מחוזי.

60. המלצה זו משקפת את המצב הקיים היום לפיו מאגר המועמדים המרכזי של שופטי בית המשפט העליון הוא מתוך מערכת המשפט. הוא נחוץ מכיוון ששינוי דרך הבחירה והגברת ההשפעה הפוליטית על דרך הבחירה עלולה להוביל להטיה מסויימת למועמדים מבחוץ, הזוכים ליותר מוכרות ציבורית ומייצרים בשל כך תגמול פוליטי רב יותר בשל הבחירה בהם. מדובר בכלי משמעותי לשמירת על אופיו המקצועי והא-מפלגתי של בית המשפט העליון.

61. בנוסף לאמור לעיל, אנו ממליצים כי תתנו את דעתכם על החשש שתחת השיטה החדשה, קיים חשש ממשי כי מועמדים המגיעים מקרב מיעוטים פוליטיים וקבוצות מוחלשות, ובעיקר מהחברה הערבית, יאבדו את מקומם בבתי המשפט תוך פגיעה בעקרון הגיוון העומד ביסוד הצעות החוק. ראוי לשקול עיגון חוקי של החובה להעניק ייצוג לקבוצה זו.

המלצה 6. הכללת נציג לשכת עורכי הדין כמשקיף בוועדה

62. המלצה: הענקת מקום בוועדה כמשקיף לנציג לשכת עורכי הדין.

63. נימוקים:

63.1. עדויות של גורמים שישבו בוועדת הבחירה בעבר מעלות כי לנציגי לשכת עורכי הדין היה תפקיד מרכזי בניתוח מקצועיותם והתאמתם של המועמדים לשיפוט. חשוב לזכור כי למרות הטענות נגד שיקולים זרים שהשפיעו על מעורבות הלשכה בתקופות מסויימות, עורכי הדין הם האוכלוסייה המרכזית שפוגשת את השופטים בכל יום ותושפע לרעה באופן הישיר ביותר מפגיעה במקצועיות השפיטה.

63.2. מסיבה זו, ספק אם הצעד של הוצאת לשכת עורכי הדין מהוועדה יוכח כנכון בטווח הארוך. היה אולי ראוי לחשוב על דרכים אחרות למנות את נציגי הלשכה או לנקוט בצעדים שיבטיחו את אי-תלות נציגיה בוועדה כצעד מידתי יותר.

63.3. ואולם, ככל שזו בחירת הכנסת, נמליץ כי לכל הפחות יינתן לנציג לשכת עורכי הדין מקום בוועדה כמשקיף. תפקיד כזה יאפשר לנציג לשמש כגורם מקצועי הממליץ לחברי הוועדה על מועמדים שונים, מבלי להעניק לו כוח בחירה פורמאלי.

ה. סיכום

64. הליך בחירת השופטים הוא מרכיב קריטי במשטר החוקתי של כל מדינה דמוקרטית. השיטה הקיימת נוהגת בישראל משנת 1953 ורוב השנים היתה בקונצנזוס ציבורי ופוליטי. ככל שתבחר הכנסת לשנות את שיטת הבחירה, מן הראוי לעשות זאת בזהירות הנדרשת ומתוך תפיסה המבקשת לשמר את הרשות השופטת כרשות שלטונית אדמיניסטרטיבית-מקצועית.

65. ההמלצות המובאות בנייר זה מבקשות לזהות את הכשלים הקיימים בהצעה הקיימת ולהציע תיקונים בהתאם. הן נשענות על קבלת תכלית החקיקה כפי שהוצגה על ידי מנסחיה, ומציעות שיפורים מקצועיים להטמעתן הזהירה ותוך שימור אופיה המקצועי והעצמאי של הרשות השופטת.

66. אם יתקבלו המלצותינו, עדיין ייערך שינוי משמעותי במאזן ההשפעה בין הגורמים השונים בוועדה, אולם שינוי זה יהיה מידתי יותר, שקול, ובעל פוטנציאל רב יותר לשמר את רמתו המקצועית של בית המשפט תוך הגברת האמון הציבורי בו.

נשמח להמשיך לעמוד לרשותכם לשם גיבוש המתווה החקיקתי הראוי.



ד"ר אלעד גיל

עמית בכיר וראש המחקר, תכלית- המכון
למדיניות ישראלית