



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 9029/16

לפני: כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופט י' עמית

העותרים: 1. עו"ד יצחק אבירם
2. עו"ד שחר בן מאיר

נגד

המשיבים: 1. שרת המשפטים
2. הכנסת
3. הוועדה לבחירת שופטים
4. היועץ המשפטי לממשלה
5. ח"כ רוברט אילטוב
6. ח"כ יצחק הרצוג

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

בשם העותרים: בעצמם; עו"ד מאיר ברוש

בשם משיבים 1, 3-4: עו"ד יונתן ברמן

בשם משיבים 2, 5: עו"ד בליי גור

בשם משיב 6: עו"ד ערן מרינברג; עו"ד שמעון בראון

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

החייבת הכנסת לדאוג לכך שבועדה לבחירת שופטים יכהן בכל עת חבר מטעם האופוזיציה? סוגיה זו מעלה שאלות שונות הקשורות למשטר החוקתי בישראל ולסדרי השלטון. הנושא רגיש. מצד אחד כולל הוא עקרונות יסוד של משטר חוקתי. הוועדה לבחירת שופטים מכנסת באופן נדיר נציגים של שלוש רשויות – המחוקקת, המבצעת והשופטת. תוצר המפגש משפיע, ואף עשוי לעצב את פניה של הרשות השופטת. מצד שני, בחירת נציגי הכנסת לוועדה מתבצעת על ידי הצבעה חשאית של חברי הכנסת.

במבט על, בית המשפט נדרש להכריע ביחס למאפיין של חבר כנסת שאמור לבחור את היושבים על כס השיפוט. אך העתירה הוגשה. היא מעלה שאלה משפטית שדורשת הכרעה ומלאך הדין מורה "זיל, פסוק!". העתירה מעלה אפוא סוגיה חשובה, עדינה ולא קלה.

א. העובדות והטענות

1. הוועדה לבחירת שופטים (להלן: הוועדה) כוללת תשעה חברים: שלושה משופטי בית המשפט העליון (ובהם הנשיאה או הנשיא), שני שרים (ובהם שר או שרת המשפטים), שני נציגים של לשכת עורכי הדין ושני חברי כנסת (סעיף 4(ב) לחוק יסוד: השפיטה). חברי הכנסת החברים בוועדה נבחרים על ידי הכנסת בבחירה חשאית (שם; סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984). מזה למעלה מ-25 שנים, מאז שנת 1990, בוחרת הכנסת בעת הבחירות לוועדה לבחירת שופטים לפחות חבר ועדה אחד מסיעות האופוזיציה. כך קרה גם בבחירות האחרונות לוועדה, שנערכו ביום 22.7.2015. בבחירות אלה נבחר משיב 5, חבר הכנסת רוברט אילטוב, כחבר הוועדה. סיעתו של חבר הכנסת אילטוב – ישראל ביתנו – ישבה אז באופוזיציה. לוועדה לא נבחר חבר כנסת נוסף שסיעתו משתייכת לאופוזיציה. אחר הדברים האלה, ביום 25.5.2016, הצטרפה סיעת ישראל ביתנו לקואליציה. החל ממועד זה לא יושב בוועדה חבר כנסת מסיעות האופוזיציה. זהו, בתמצית, הרקע להגשת העתירה.

2. זוהי הטענה המרכזית של העותרים: הנוהג לבחור בחבר כנסת מטעם האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים, שעליו אין חולק, הוא מנהג חוקתי מחייב. מכוח מנהג זה מוטלת חובת התפטרות על חבר ועדה שסיעתו עברה לאחר בחירתו מהאופוזיציה לקואליציה, לפחות במקרה שבו לא נותר בוועדה חבר כנסת שסיעתו משתייכת לאופוזיציה. על הכנסת מוטלת חובה לבחור לוועדה חבר כנסת מסיעות האופוזיציה תחת חבר הוועדה שהתפטר. זהו מצב הדברים ביחס לחבר הכנסת אילטוב. לעותרים יש גם טענות אחרות. לדעתם יש להגיע לתוצאה המבוקשת לנוכח קיומו של הסכם מחייב ואכיף בין האופוזיציה והקואליציה, או מכוח חובה חוקתית הקיימת גם ללא מנהג או הסכם.

משיבים 1-5 (להלן: המשיבים) סבורים כי יש לדחות את העתירה על הסף מחמת שיהוי שנפל בהגשתה. לגוף העניין הם חולקים על עמדת העותרים. לטענתם המנהג החוקתי טרם הוכרז כמקור נורמטיבי מחייב בישראל. הוסף כי הנוהג הספציפי, לבחור לוועדה חבר כנסת אחד לפחות מסיעות האופוזיציה – אינו עונה על התנאים

לקיומו של מנהג חוקתי. הודגש כי נוהג זה ממילא אינו כולל התפטרות של חבר ועדה מכהן. לאמור, הנוהג בכל מקרה מתייחס רק לבחירת חבר מטעם סיעות האופוזיציה מלכתחילה – ולא לפרישת חבר ועדה שסיעתו עברה מהאופוזיציה לקואליציה. על פי שיטת המשיבים, גם אם היה נקבע קיומו של מנהג חוקתי – מדובר היה במנהג חסר תוקף, לנוכח קיומו של הסדר חוקתי מפורש ומפורט. המשיבים אינם מסכימים גם עם הטענות בדבר קיומם של הסכם אכיף או חובה חוקתית עצמאית, שמכוחם חייב חבר הכנסת אילטוב להתפטר. משיב 6 הוא יושב ראש האופוזיציה. הוא תומך בעמדת העותרים, מן הטעמים שפרשו בעתירתם.

ב. דיון

3. בבחינת טענת שיהוי בהגשת עתירה, יש לבחון הן את השיהוי ה"סובייקטיבי", מנקודת מבטו של העותר, הן את השיהוי ה"אובייקטיבי", שעניינו תוצאות השיהוי מנקודת מבטה של הרשות. כאשר האיזון בין נקודות מבט אלה מוביל לקבלת טענת השיהוי, יש לבחון את השפעתה של דחיית העתירה על האינטרס הציבורי הרחב (בג"ץ 3250/13 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' שר האוצר, פסקה 19 (9.8.2015)). דהיינו, האם יש פגיעה חמורה בשלטון החוק.

מבחינה סובייקטיבית, העותרים השתהו במידה משמעותית בטרם נקטו בהליכים כלשהם. ישראל ביתנו הצטרפה לקואליציה בחודש מאי 2016. במשך כחצי שנה פעלה הוועדה לבחירת שופטים כסדרה. רק בחודש נובמבר 2016 פעלו העותרים. תחילה פנו לשרת המשפטים ולאחר מכן הגישו את העתירה דנן. הצטרפותה של סיעת ישראל ביתנו לקואליציה הייתה ידועה לכל. כך גם חברותו של חבר הכנסת אילטוב בוועדה. הנוהג לבחור לשורות הוועדה לפחות חבר כנסת אחד מטעם סיעות האופוזיציה היה אף הוא בתחום הידיעה הציבורית. ואכן, עוד קודם שהצטרפה סיעת ישראל ביתנו לקואליציה פנה חבר הכנסת עיסאוי פריג' בעניין זה ליושב ראש הכנסת. בתשובה לפנייה זו ניתנה עמדת היועץ המשפטי של הכנסת, עו"ד איל ינון, לפיה אין כל בסיס משפטי לדרישה להדיח את חבר הכנסת אילטוב מכהונתו, גם אם תצטרף סיעת ישראל ביתנו לקואליציה. הנה כי כן, הדברים לובנו על ידי היועץ המשפטי של הכנסת כבר בחודש מאי 2016. במצב דברים זה, אין כל הסבר מניח את הדעת לפרק הזמן הארוך שבו ישבו העותרים באפס מעשה.

השיהוי הסובייקטיבי לעולם שלוב בשיהוי האובייקטיבי. פרק זמן של מחצית השנה, כשלעצמו, אינו נושא שלט של דחיית עתירה בבית משפט זה או המשך הדיון

בה. השיהוי הסובייקטיבי נבחן אל מול תוצאותיו האובייקטיביות בפרק הזמן שחלף עד להגשת העתירה. בענייננו, במחצית השנה שחלפה מאז שהצטרפה ישראל ביתנו לקואליציה פעלה הוועדה למינוי שופטים במרץ. עשרות שופטים ורשמים נבחרו לכהונה בערכאות השונות. מדובר בפעולה בהיקף משמעותי, המשליך ומקשה על קבלת טענת העותרים כי הרכב הוועדה הנוכחי הוא בלתי חוקתי. לכך מצטרף נתון נוסף וחשוב – עיתוי הגשת העתירה. גלוי וידוע כי בשנה הנוכחית צפויים להיבחר ארבעה שופטים ושופטות חדשים לבית המשפט העליון. מדובר באירוע יוצא דופן בהיקפו. שמות המועמדים נבחרו ופורסמו זה מכבר. הוועדה החלה את הליכי בחינת המועמדים לפני הגשת העתירה. מועמדים רואינו. חבר הכנסת אילטוב השתתף בהליכים האמורים, ולמצער בחלקם. העותרים ידעו על כל אלה מבלי שפעלו בנדון. הם עצמם מציינים בעתירתם כי זהו אחד הגורמים המרכזיים להגשת העתירה, וזהו הנימוק המרכזי למתן צו הביניים שהתבקש (אך לא ניתן). למקרא הדברים עולה שמדובר בעתירה שגם נועדה להשפיע על זהותם הקונקרטי של השופטים החדשים שייבחרו. הרלוונטיות של העניין היא, כאמור, במישור תוצאות השיהוי. הליך הבחירה בעיצומו. נקטו צעדים על ידי הוועדה, על חברה, לשם קידום העניין.

העותרים טענו, בדיון שנערך לפנינו, כי סברו שהעניין מטופל על ידי מנגנון פנימי של הכנסת. רק כאשר נוכחו לדעת שחבר הכנסת אילטוב ממשיך בכהונתו כחבר הוועדה פנו לשרת המשפטים ולבית המשפט. עוד הוסיפו כי חומרת העניין מצדיקה לדון בו לגופו בכל מקרה. כאמור, לנוכח פעילות הוועדה, לרבות פרסומים ברשומות, אין מנוס אלא לקבוע כי מדובר בשיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי. נותרה סוגיית האינטרס הציבורי והפגיעה בשלטון החוק. עניין זה מעלה מורכבות רבה יותר מטענות השיהוי לסוגיהן. בהמשך אעמוד על סוגיה זו בהרחבה. בשלב זה אסתפק בקביעה שהטענות המועלות בעתירה אינן פשוטות מבחינה עובדתית ומשפטית. חלק מן הטענות לגופן הן גבוליות לכל הפחות. לנתון זה משקל בעת בחינת השאלה האם האינטרס הציבורי גובר על שיהוי אובייקטיבי וסובייקטיבי (בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 499 (1996)). סבורני כי בנסיבות הנוכחיות, כפי שפורטו לעיל וכפי שיורחב להלן, יש מקום לקבוע כי דין העתירה להידחות בשל השיהוי. עם זאת, בשל הצורך לבחון את שאלת האינטרס הציבורי, לנוכח חשיבות הסוגיה לגופה וכדי למנוע אי-בהירות ביחס אליה – נפנה עתה למחלוקת המהותית בין הצדדים.

4. כאמור, העותרים העמידו על עתירתם על שלוש רגלים מרכזיות: מנהג חוקתי, חובה מכוח הסכם או חובה מכוח הדין בשל עקרונות השיטה או ניגוד עניינים. סבורני כי העותרים לא השכילו להצביע על איתנותן של שתי הרגליים האחרונות. לא אאריך בניתוח. אסתפק בכך שהצדדים לא הציגו לפנינו כל הסכם בין צדדים קונקרטיים, שמטיל התחייבויות ספציפיות על הצדדים – זאת להבדיל מנוהג כללי ומושרש. אף לא הוצג כל מקור חוקי המחייב לקבל את עמדת העותרים גם בהנחה שאין כל מנהג או הסכם. לצד זאת, ושלא בשולי הדברים, ראוי להתייחס למספר נקודות העולות במסגרת העתירה שעניינן מנהג חוקתי. חשיבותן, בהיבט של סדרי שלטון וממשל – רבה היא. שרשרת הטיעון של העותרים בהקשר זה חושלה ממספר חוליות. כל אחת מהן מעוררת מורכבות משלה, מן ההיבט העובדתי או הדוקטרינרי. המטרה היא להתייחס לנקודות חשובות שהועלו, אשר אין זה ראוי להותירן מרחפות בחלל המשפטי בלא כל התייחסות. תכלית הדיון להלן היא להאיר ציוני דרך, מבלי למצות את כל השאלות עד לקביעת עמדה פסקנית.

5. מעמדו של מנהג חוקתי בישראל. בהקשרים שונים ובנסיבות שונות עשויים "מנהג" או "נוהג" לזכות לתוקף משפטי מחייב, שבכוחו לחתוך זכויות וחובות על פי דין (ע"א 1773/06 שמואל אלף נ' קיבוץ איילת השחר, פסקאות 46-50 (19.12.2010); רע"א 5247/15 תיאופילוס ג'אנופולוס נ' הימנותא בע"מ, פסקה 21 (28.8.2016)). להבחנה בין "נוהג" ו"מנהג" ולשאלת תוקפם של מנהגים בתחומי משפטים שונים – לרבות בדין המינהלי, החוקתי, האזרחי והפלילי – ראו גד טדסקי "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה' 9 (תשל"ג)). לעיתים החוק עצמו קובע את כוחו המשפטי של נהג או מנהג (ראו למשל סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי)), התשל"ג-1973). למעשה, אחד ההקשרים שבהם בחר המחוקק להעניק משקל מחייב לנוהג הוא בהיבט מסוים של עבודת הכנסת (סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת, שכותרתו "סדרי העבודה והתקנון": "הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהל המקובלים בה").

ההצדקות להכרה בתוקפו המשפטי המחייב של המנהג הן שונות ומגוונות. בראש ובראשונה, ניתן להצביע על הסכמת הצדדים להעניק לפרקטיקה מסוימת תוקף משפטי מחייב. לעיתים הסכמה כזו לובשת צורה של חוק כללי. לעיתים צורה של דין פרטי, כגון חוזה. ולעיתים – צורה של מנהג. למרות השוני בין המקרים, הבסיס לחיוב

המשפטי הוא זהה: הסכמת הצדדים. אם כי עוצמות החיובים מצויות, כמובן, על מדרג רחב, מחיוב ממש ועד להעדר חיוב. משקל רב יש גם לשיקולים של הדדיות והסתמכות, האופפים לעיתים את המנהג.

בפסיקה ובספרות עלתה השאלה האם ניתן לייחס תוקף מחייב למנהג חוקתי או מנהלי בדין הישראלי (ראו שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבורי" 90 קלינגהופר על המשפט הציבורי 375 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: שטרית); בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 468, 455 (2001.25.1), הנשיא א' ברק (להלן: עניין וייס)). טרם נקבעו מסמרות חזקים בסוגיה זו הלכה למעשה. בית משפט זה אף נמנע מכך, ובחר להדגיש כי מוכן הוא להניח שקיים מנהג, ובהתאם לכך להמשיך בניתוח הסוגיה המונחת לפניו (ראו שם). אף עולה כי בית משפט זה הביע אהדה מסוימת במספר הזדמנויות לכיוון ההכרה במנהג החוקתי, או "מוסכמה חוקתית" (ראו למשל בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 9 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש, לעניין מעמד המוסד של "סגן שר במעמד שר"; פסק דינו של השופט י' זמיר בעניין וייס, עמוד 477, לעניין אופן תפקודה של "ממשלת מעבר". בכל הנוגע ליחס שבין "מנהג חוקתי" ו"מוסכמה חוקתית" ראו שטרית, עמודים 386-391, הקושר בין שני המושגים ומעמדם המשפטי בישראל). כך, למשל, כתב השופט א' רובינשטיין בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' ניר זוהר, פ"ד סד(2) 421, פסקה ד לחוות דעתו (2010) (להלן: עניין זוהר):

"תומך אני מאוד בדוקטרינת המוסכמה החוקתית שתיארה הנשיאה. בעיני, מעבר לאמות המידה שעליה דיברה, יש להכרה במוסד של מוסכמה חוקתית חשיבות חינוכית וערכית, המקרינה יציבות והמשכיות במערכת הנורמטיבית, והמאפשרת – גם במדינה שמלאכת כינון חוקתה לא הושלמה עד תום, ומוסדותיה החוקתיים אינם מושרשים במלואם בחוקה כתובה ככל משפטה – להנחיל מורשה חוקתית מדור לדור. לטעמי אין ערוך לחשיבות הדבר".

טענת העותרים במישור זה היא בעלת משקל אפוא. קיים גם קיים יסוד לסברה שבנסיבות מסוימות יוכר מנהג חוקתי בעל תוקף משפטי מחייב (ראו למשל אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א' 95-96 (מהד' חמישית, 1996)). אוסיף כי השופט מכיר ביתרון הגישה שאין לפסוק בשאלה שהושארה בצריך עיון, אם העיון אינו נצרך כדי לפסוק בתיק. ברם, דומני כי שיטה חוקתית בריאה השואפת להתפתחות ולבהירות רשאית לצפות כי שאלות יסוד לא ייוותרו ללא מענה עשורות בשנים (ראו הדברים בקשר להגדרת "זכות יסוד" בחוות

דעתי בבג"ץ 3752/10 אמנון רובינשטיין נ' הכנסת (17.9.2014). מכל מקום, כאמור וכפי שיוסבר, מכיוון שדין העתירה להידחות מחמת שיהוי, והואיל ועסקינן לא רק בנוהג אלא גם בפרשנותו – איני סבור כי זהו המקרה בו יש לפסוק לראשונה בסוגיית תוקפו המחייב של מנהג חוקתי.

ועדיין, נכון להתקדם בשלבי הניתוח. הטעם לדבר, כי השארת הסוגיה החשובה בצריך עיון עלולה לשלוח מסר מטעה אף בדין הרצוי. כך, למרות התנהגות הכנסת בנדון מזה 25 שנים, ופיתוח הפסיקה והדין בדבר מעמד האופוזיציה בסדרי השלטון. למעשה, גישה זו של המשך ניתוח מבלי להכריע בסוגיה היסודית תואמת את מסורת הפסיקה, שקבעה תנאים מקדימים לקיומו של מנהג חוקתי בלא פסיקה מחייבת בדבר תוקפו של האחרון.

6. קיומו של מנהג חוקתי בענייננו. בפסיקה הוצעו שלושה מבחנים מצטברים לשם קביעת קיומו של מנהג חוקתי במקרה קונקרטי. זאת, כאמור, מבלי להכריע בשאלה האם מוסד חוקתי זה קיים בישראל (עניין זוהר, פסקה 32 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש). באי כוח הצדדים התייחסו לקיומם של שני המבחנים הראשונים. אך לטעמי, עיון מדוקדק יותר בפסיקה מגלה מבחן שלישי, שאותו יש להכיר ולפתח.

המבחן הראשון הוא האם המנהג קיים. לאמור, האם ניתן להצביע על קיומה של פרקטיקה מושרשת. זוהי שאלה אמפירית. המבחן השני – האם המנהג הקיים מוכר ומופנם בתור שכזה. הישנה "תודעת חיוב"? היינו, האם בעת ביצוע הפרקטיקה התכוונו הצדדים ליצוק לה משמעות מחייבת. כך, למשל, בניגוד לנוהג הנתפס בעיני הצדדים כרצוי אך בלתי מחייב, או באנלוגיה לדיני החוזים – האם מדובר אך במעין הסכם ג'נטלמני, שכל אחד מן הצדדים רשאי לסטות ממנו לרצונו ללא השלכה משפטית? ההבדל בין שני המבחנים הראשונים הוא שבמסגרת המבחן הראשון יש לבדוק התנהגות מבחינה היסטורית. זהו מבחן אובייקטיבי. המבחן השני בוחן את עמדת הקהילה הרלוונטית ביחס לאותה התנהגות. זהו מבחן סובייקטיבי. אם תרצו – יסוד עובדתי לעומת יסוד נפשי. המבחן השלישי מתייחס לקיומו של רציונל הגיוני המבסס את הפרקטיקה. כשלעצמי הייתי בוחן באיזו מידה יש למנהג עדיפות נורמטיבית לאורם של עקרונות חוקתיים. זהו מבחן נורמטיבי.

בשלב זה נתבונן בשני המבחנים הראשונים. ביחס לשניהם נפלה מחלוקת בין הצדדים. בהמשך הדיון נסיט את זכוכית המגדלת אל עבר המבחן השלישי. אף כי מבחן זה לא עורר דיון או אי הסכמה בין הצדדים, חשיבותו לדיון רבה.

7. קיומו של מנהג. האם בחירת נציג מטעם הכנסת לוועדה, השייך לסיעות האופוזיציה, היא פרקטיקה מושרשת? אין מחלוקת בקרב הצדדים על קיומה של פרקטיקה מושרשת ועקבית, לפיה בעת הבחירות לוועדה נבחר לפחות חבר כנסת אחד המשתייך לסיעת אופוזיציה. פרקטיקה זו נשמרת ברצף, וללא יוצא מן הכלל, למן שנת 1990. במהלך שנים אלה התקיימו בחירות לוועדה פעמים רבות. בכולן נבחר לפחות חבר ועדה אחד מסיעות האופוזיציה. המחלוקת בין הצדדים מתייחסת לחובת חבר ועדה לפרוש אם סיעתו עברה מהאופוזיציה לקואליציה. על פי החומר שהגישו הצדדים, מצב כזה לא אירע מעולם. המשיבים למדים מכך שאין בנמצא כל פרקטיקה, בוודאי שלא עקבית ומושרשת. העותרים אינם מסכימים עם עמדה זו. לשיטתם, הנוהג לבחור חבר ועדה מטעם סיעות האופוזיציה טומן בחובו גם התפטרות של חבר הוועדה, אשר נבחר על "כרטיס" של חבר אופוזיציה אך סיעתו עברה בשלב מסוים לשורות הקואליציה. גרסה משוכללת יותר של הטענה היא שחובה זו קמה כאשר לא נותר חבר ועדה מסיעות האופוזיציה, כפי שקרה בנסיבות מקרנו. כך מכוח העיקרון של ייצוג האופוזיציה בוועדה. אם כן, פרשנות הנוהג היא השנויה במחלוקת במישור זה.

שאלה יפה היא כיצד יש לפרש את הנוהג לבחור לוועדה לפחות חבר אופוזיציה אחד. מן הצד האחד, יש טעם בטענת העותרים. אם מלכתחילה נבחר אדם לגוף מסוים על תקן של מגזר פוליטי כזה או אחר, המרת מגזרו הפוליטי מפרה את האיזון שאותו נועד הרכב אותו גוף ליצור. מן הצד האחר, גם טענת המשיבים עומדת על מסד ממשי. לא ניתן להתכחש להבדל שבין בחירות לוועדה ופרישה של חבר מכהן. בבג"ץ 9/82 וירשובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד לו(1) 645 (1982) (להלן: עניין וירשובסקי) התבקש בית המשפט לקבוע כי חברותו של חבר בוועדה לבחירת שופטים פקעה. הרקע לעתירה – בחירתו של אותו חבר ועדה, חבר הכנסת דב שילנסקי, על תקן של חבר כנסת, ומינויו לסגן שר לאחר מכן. כך ציין בית המשפט במסגרת הכרעתו:

"השאלה שלפנינו איננה, אם יכולה הכנסת לבחור באחד מחבריה שהוא סגן-שר כחבר הוועדה, אלא אם חבר-כנסת, אשר נבחר כדין לוועדה, פסול להמשיך בכהונה כחבר באותה ועדה למשך תקופת הביניים עד בחירת שני חברים אחרים לוועדה על-ידי הכנסת החדשה, עקב מינויו כסגן-שר בתקופת הכנסת החדשה. אין זהות בין שתי השאלות, וגם לו היינו מגיעים לכלל דעה, שאין לבחור מלכתחילה בסגן-שר כנציג הכנסת בוועדה, עדיין אין בהכרח להוציא מכך את המסקנה, שבמקרה כגון זה שלפנינו המינוי לסגן-שר מפסיק את הכהונה בוועדה" (שם, בעמוד 649).

ונזכיר כי עוסקים אנו כעת באינדיקציות פרשניות, להיקפו ולתוכנו של הנוהג לבחור חבר כנסת מטעם האופוזיציה לוועדה. הרי קיומו של מנהג הוא שאלה אמפירית. על כן יש היבט אמפירי גם בפרשנות המנהג. בפריזמה זו, כל שיש להסיק מן האמור הוא שאין הכרח לקבל את הגזירה השווה שמבקשים העותרים לגזור, בין מינוי מלכתחילה לפרישה בדיעבד. יש היגיון במנהג לפיו חל קריטריון מסוים בעת בחירת החברים וקריטריון אחר לצורך פרישת חבר מכהן. אפס, צדו השני של המטבע הוא שגם אין הכרח לשלול עמדה זו. אחרי ככלות הכל, תכלית הנוהג של מינוי חבר אופוזיציה היא ייצוגה בוועדה. תכלית זו בעינה עומדת גם לאחר הבחירות לוועדה (ראו חוות דעתו של השופט ש' לויין בעניין וירשובסקי). כך או כך, ולנוכח המכלול, אין כאן המקום ללבן שאלה זו של שינוי שיוך סיעה עד תומה. לשון החוק אף היא מבליטה את הקושי, ועל כך בהמשך.

8. תודעת חיוב. המשיבים גורסים, בגדרי המבחן השני לקיומו של מנהג חוקתי, כי הנוהג לבחור חבר ועדה מטעם האופוזיציה ממילא לא לווה בתודעת חיוב. האינדיקציות שניתנות לכך הן, בין היתר, העובדה שחבריי הוועדה נבחרים בבחירות חשאיות; לפחות באחת מן הפעמים הציגו את מועמדותם לוועדה שני חברים מן הקואליציה; בעבר כיהנו בוועדה שני חברים מטעם האופוזיציה; בעבר הועלו הצעות חוק שונות לקבע את הנוהג באמצעות חקיקה. הצעות אלה לא הבשילו לכדי חקיקה. לעומת זאת, העותרים סבורים כי נתונים אלה תומכים דווקא בעמדתם, לפיה הנוהג לווה בתודעת חיוב.

מרשימה ומפתיעה העובדה שאין מחלוקת בקרב הצדדים על דבר קיומו של נוהג לבחור לוועדה לפחות חבר כנסת אחד מסיעות האופוזיציה (נוהג המכונה "הסכמה בלתי פורמלית" על ידי המשיבים ו"מנהג חוקתי" על ידי העותרים). הסיבה לכך היא שכל חבר כנסת יכול להציע עצמו לבחירה לוועדה, כאשר הבחירות נערכות באופן חשאי. כדי להבטיח את בחירתו של חבר כנסת אחד לפחות מהאופוזיציה תחת שיטת בחירה זו, יש ליצור מנגנון פוליטי מתוכנן ביותר. לשם ההמחשה, סעיף 6(א3) לחוק בתי המשפט קובע כי בנציגי הכנסת בוועדה תהיה לפחות חברת כנסת אחת. סעיף 62(ד)(7)(ג) לתקנון הכנסת קובע מנגנון לשם השגת מטרה זו: "לא נבחרה לוועדה... חברת כנסת... מצביעים מיד שנית; בהצבעה השנייה יועמדו לבחירה רק חברות הכנסת שהיו מועמדות בהצבעה הראשונה, ויראו את חברת הכנסת שקיבלה את מספר הקולות המרבי כמי שנבחרה במקום חבר הכנסת שקיבל את מספר הקולות השני בגודלו". לעומת זאת, ביחס לבחירת חבר מן האופוזיציה לא נקבע מנגנון כזה. על כן, עם מיסודו

של הנוהג לעשות זאת, נדרש היה ליצור מנגנון מתוחכם – וחשוב יותר לענייננו: מכון ומחושב – שיביא לבחירה המתאימה מראש. בחלק מן הפעמים השיטה להבטיח בחירה כזו הייתה העמדת חבר כנסת אחד בלבד מהקואליציה לבחירה. ברם, לא תמיד היה זה המצב. כך, למשל, בעת בחירת נציגי הכנסת ה-18 לוועדה בשנת 2009 התמודדו שני חברי כנסת מסיעות הקואליציה דאז – חברי הכנסת דוד רותם ואיתן כבל. ובכל זאת נבחר נציג מטעם האופוזיציה. צא ולמד, למרות הקושי שבדבר, מאז שנת 1990 נשמר הנוהג בקפדנות. הדבר מלמד על המסירות לקיום הנוהג ותודעת חיוב גבוהה.

מן הצד האחר, טענותיהם של המשיבים בהקשר זה אינן משכנעות. לדוגמא, העובדה שבחלק מן הפעמים נבחרו שני חברי כנסת מטעם האופוזיציה אינה יכולה ללמד על העדר מחויבות לבחור לפחות חבר וועדה אחד מסיעות האופוזיציה. לכל היותר יכולה עובדה זו ללמד על כך שלא קיים מנהג לפיו לפחות אחד משני נציגי הכנסת בוועדה ישתייך לקואליציה. בחינת המכלול מלמדת על כך שהנוהג לבחור לפחות חבר כנסת אחד מן האופוזיציה לווה בהכרה ובהפנמה. הנוהג זכה למשקל של ממש. הוא היה בגדר נתון ידוע לכולם. איש לא ערער על תקפותו. נזכיר כי גם בנסיבות שלפנינו לא קם אדם וערער באופן מעשי על כוחו של נוהג זה. בכנסת הנוכחית, חבר הכנסת אילטוב נבחר מספסלי האופוזיציה כחבר הוועדה. אף כאשר סיעתו עברה אל שורות הקואליציה, היועץ המשפטי של הכנסת נדרש לסוגיה וחיווה דעתו כי אין בכך פגם. מבלי להביע עמדה, הדבר בכל מקרה מחזק את כוחו של המנהג, ולו בשלב בחירת חברי הוועדה, ואת ההבנה כי יש לכבדו.

יתר על כן, הנוהג קיים באופן הדדי, ולכך משמעות רבה בעת בחינת תודעת החיוב. עיון ברשימה ההיסטורית של נציגי הכנסת בוועדה, השייכים לסיעות האופוזיציה, מגלה כי התפקיד מולא על ידי סיעות רבות ושונות. פעם זו ופעם האחרת, במעין כיסאות מוזיקליים. כשם שהשלטון התחלף, כך התחלפה גם זהות הסיעה הנהנית מהנוהג. ההדדיות מחזקת את תוקפה של הפרקטיקה וחושפת מסירות גבוהה יותר אליה. ניתן לסכם ולומר כי הנוהג למנות חבר מטעם סיעות האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים לווה בתודעת חיוב במשך תקופה ארוכה.

9. קיומו של מנהג לצד הסדר חוקתי. בטרם נתייחס למבחן השלישי לקיומו של מנהג חוקתי, יש לדון בהסתייגות נוספת של המשיבים, שעניינה היחס בין מנהג לחוק. נניח כי דילגנו מעל לכל המשוכות עד כאן. נקבע תוקפו המשפטי של מוסד המנהג החוקתי בישראל. הוכר גם קיומו של מנהג ספציפי. עם זאת, ברמה הכללית הכרה כזו אינה ערובה לכך שבית המשפט יאכוף בהכרח את המשך המנהג. במה דברים אמורים?

הכנסת וחבר הכנסת אילטוב טוענים כי על פי ההלכה הפסוקה, במקום שבו הסדר חוקתי מוסדר בצורה מפורטת בחוק לא יסכון מנהג חוקתי. כך נקבע, לעמדתם, בפסק דינו של הנשיא ברק בבג"ץ 849/00 ש"נ' שר המשפטים, פ"ד נו(5) 571 (2002): "אין בדברינו אלה כל השפעה על דבר המוסכמות החוקתיות" (ה- Constitutional Conventions), שהרי בבסיסן של אלה מונח מצב דברים של היעדר הסדר חוקתי או חסר בו" (שם, עמוד 575. וכן ראו בג"ץ 1179/90 סיעת ר"צ נ' עובדיה עלי, פ"ד מד(2) 31, 35-36 (1990)). אכן, קיים אצלנו הסדר חוקתי. חוק יסוד: השפיטה, חוק בתי המשפט ותקנון הכנסת קובעים את הרכבה של הוועדה, לרבות שיוכם של חבריה לרשויות השלטון השונות או לגוף מקצועי. כן נקבע מנגנון הבחירה בנציגי הכנסת בוועדה. אף שאלות של המשך כהונה לאחר שינויים, ושל אי-עמידה בקריטריון הבחירה (כגון ייצוג הולם לנשים) זוכות להתייחסות מפורשת בחוק או בתקנון. בכל אלה לא בא זכרו של הסעד המבוקש על ידי העותרים. בה בעת, לא נשללת במפורש האפשרות של התפטרות חבר ועדה, באופן כללי או בנסיבות מושא העתירה. השאלה היא, אם כן, האם מצב כמו זה שלפנינו מוסדר בחוק בצורה של הסדר שלילי, או שמדובר בחסר (לקונה) שאינו זוכה כלל להתייחסות בחקיקה.

קשה לטעון כי עסקינן בהסדר שלילי. היינו, קשה להלום שתכלית החוק היא למנוע מחבר ועדה להתפטר לנוכח קיום מנהג חוקתי, שנועד להבטיח חברות בוועדה מטעם סיעות האופוזיציה. אכן, לעיתים לשון החוק מפורשת באופן המייתר את הדילמה הפרשנית. כך, למשל, קובע החוק במפורש כי כאשר תמה כהונת כנסת, חברי הכנסת שנבחרו על ידה לוועדה ימשיכו לכהן בוועדה עד שהכנסת החדשה תבחר חברים אחרים במקומם (סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט. השוו לבג"ץ 5/86 סיעת ש"ס נ' שר הדתות, פ"ד מ(2) 742 (1986), לעניין חברי הוועדה למינוי דיינים). מלשון החוק המפורשת ניתן ללמוד במשתמע גם באילו מקרים חדל חבר ועדה מלכהן בה באופן מיידי. כך, למשל, כשמדובר במקרה שבו תמה כהונתו של שר החבר בוועדה (שם, עמוד 750; עניין וירשובסקי, עמוד 649). לדעת המשיבים, גם במקרה הנוכחי ניתן ללמוד מפרטים שונים של ההסדר החקוק שאין חובה על חבר ועדה להתפטר בנסיבות כמו אלה שלפנינו. לדוגמא, ניתן ללמוד זאת מההוראה בתקנון הכנסת, שלפיה "כל אחד מחברי הכנסת, שאינו שר או סגן שר, רשאי להציע את מועמדותו לוועדת מינויים" (סעיף 62(ב)(3) לתקנון). נתתי דעתי להוראה זו, כמו גם להוראות נוספות שעליהן הצביעו המשיבים. סבורני כי לא עלה בידם להצביע על הסדר שממנו ניתן ללמוד, במפורש או במשתמע, כי הסעד שאותו מבקשים העותרים מנוגד ללשון הוראות התקנון או החוק או נשלל מכוחם. החוק לא נועד להסדיר כלל את סוגיית שיוכם של חברי הכנסת בוועדה לסיעות קואליציה או אופוזיציה, לא בהיבט הבחירה

וגם לא בהיבט של המשך כהונה. החוק אינו מתייחס כלל לאפשרות של התפטרות חבר ועדה, מיוזמתו, מכוח הסכם פרלמנטרי או מכוח מנהג. ככל שקיים מנהג ביחס להיבטים אלה, אין בכוח החקיקה הקיימת לפסלו.

להשלמת התמונה יצוין כי ניתן לגרוס שהנוהג מחייב בשלב הראשון, בו נבחרים חברי הוועדה. אך משנבחר חבר מסיעות האופוזיציה – אין הנוהג מחייבו להתפטר, גם אם סיעתו הצטרפה לקואליציה. נודה כי לשון החוק אינה סותרת אפשרות זו, וגם ניתן לסבור שהיא משתלבת בו. ברם, יש להודות גם כי השאלה הקשה היא פרשנות הנוהג. לאמור, כפי שאין מחלוקת כי הנוהג למנות בשלב הראשון, מלכתחילה, לפחות חבר כנסת אחד משורות האופוזיציה שריר וקיים מזה כרבע מאה, כך גם הצדדים לא הביאו דוגמא אחת לפיה העברת חבר כנסת אחד מהאופוזיציה לקואליציה הביאה להתפטרותו מהוועדה. לא ברור אם מצב כזה התרחש כלל. אגב, גם מטעם זה סברתי כי אין זהו המקרה המתאים לקבוע אם יתכן נוהג חוקתי מחייב בשיטה הישראלית. זאת, מן הטעם שגם אם נקבע זאת – תעמוד בפנינו משוכה נוספת, בדמות השינוי בסטטוס של המפלגה במהלך הכהונה. כך או כך, אין מדובר בהסדר שלילי בחוק או בתקנון. הדין אינו אוסר על חבר כנסת להתפטר מהוועדה. השאלה האמיתית אינה, כאמור, פרשנות חוק, אלא פרשנות נוהג.

נפנה כעת למבחן השלישי לקיומו של מנהג חוקתי.

10. היסוד הנורמטיבי. הפסיקה הציעה להשתית מנהג חוקתי גם על מבחן הרציונל ההגיוני שבבסיס המנהג (עניין זוהר, פסקה 32 לחוות דעתה של הנשיאה ביניש). לדעתי, החשיבות במבחן השלישי היא כי אין להסתפק בבדיקות אמפיריות בלבד, שהן נחלת שני המבחנים הראשונים. כאמור, מבחנים אלה בודקים האם הושרש נוהג והובן כבעל תוקף מחייב. החסר בשני מבחנים אלה הוא ביחס לתוכן הנוהג. האם לכך אין משקל כלל? מכאן נולד, לדעתי, מבחן הרציונל ההגיוני. יש לשאול – האם הנוהג טוב? ברם, לטעמי יש מקום לחדד מבחן זה, ולהוסיף לו ממד נורמטיבי. קרי, על אף הלשון שבה נוסח המבחן, לאמיתו של דבר אין המדובר במבחן אנליטי-לוגי בלבד. מטרת המבחן לבדוק את התאמת הרציונל שבבסיס המנהג החוקתי לעיקרי המשטר החוקתי. כך למעשה הוא יושם בעניין זוהר (שם, פסקאות 23, 33). בית המשפט העליון, בהרכב מורחב, נדרש להגדרת סמכות החנינה של הנשיא, טיב חתימת הקיום של שר המשפטים במסגרת זו ומידת הביקורת השיפוטית כלפיה. זהו נושא כבד. כדי להכריע בו יש לתת את הדעת להיבטים נורמטיביים וערכיים. כך נעשה. כדברי הנשיאה ביניש:

"המבחן השלישי ליצירה של 'מוסכמה חוקתית' בוחן את הרציונל ביסוד המוסכמה החוקתית – היה ונתגבשה. על רציונל זה עמדנו לעיל, וקבענו כי חתימת הקיום מבטאת את האחריות הפרלמנטרית על סמכות החנינה ואת האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על ההחלטה. אחריות זו, כאמור, נובעת מעיקרי המשטר בישראל, המחייבים קיום הליך של בקרה ואיזון על הפעלת סמכויות שלטוניות" (שם, פסקה 33).

עמדה זו, הדורשת יסוד נורמטיבי במסגרת הכרה במנהג חוקתי, נשענה בין השאר על פסק דין של בית המשפט הפדרלי העליון בקנדה, בו נכתב:

"The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law. Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative" (*Re Resolution to Amend the Constitution* [1981] 1 S.C.R. 753, 888).

לאמור, ניתן היה לחשוב על עמדה שונה, שאינה בוחנת את תוכנו של המנהג אלא את העובדות בלבד – שני המבחנים הראשונים. למרות זאת, נבחרה עמדה הבוחנת את התאמת המנהג לעקרונות החוקתיים של השיטה.

במשפט העברי ניתן למצוא עקרונות דומים. ישנה הכרה במעמדו הנורמטיבי של המנהג (להרחבה בנושא ראו: מנחם אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 777-726 (תשנ"ב)). חכמים נתנו לנוהג הקיים משקל הלכתי מחייב במקרים של פרשנות הדין. כך לדוגמה, במקרים אחדים של מחלוקת, הכריעו חכמים לפי הנוהג הרווח "פוק חזי מאי עמא דבר" [צא וראה כיצד העם נוהג] (בבלי, ברכות מה ע"א; עירובין יד ע"ב). בדומה לכך, במקרים בהם קיימת לקונה הלכתית הכריעו חכמים על פי המנהג: "כל הלכה שהיא רופפת בבית דין ואין את יודע מה טיבה צא וראה מה הציבור נוהג ונהוג" (תלמוד ירושלמי, פאה, פרק ז, הלכה ה). בחלק מהמקרים, סברו חכמים כי מעמדו של המנהג יכול לגבור אף על הדין: "והמנהג מבטל את ההלכה" (תלמוד ירושלמי, בבא מציעא פרק ז, הלכה א). עם זאת, כוחו הנורמטיבי של המנהג מותנה בכך שהוא אינו מנהג טעות, וכך הוא מתיישב עם ערכי המשפט העברי. במקרים בהם סברו חכמים כי המנהג סוטה מהדין הראוי הם ביטלו אותו אף כאשר הוא היה מושרש. כך לדוגמה כותב הרשב"א: "אם נהגו שלא להקפיד כלל על היזק ראייה של בתים וחצרות – מנהג בטעות הוא ואינו מנהג" (שו"ת הרשב"א ח"ב, רסח; ראו גם את דבריו של רבנו תם המובאים בפירושו התוספות, בבא בתרא ב ע"א, ד"ה "בגויל"). ניתן להיווכח שסדנא דארעא חד הוא. אף בשיטת המשפט העברי יש חשיבות לקיומו

של המנהג, תודעת חיוב ותוכן הגיוני ונורמטיבי. הדמיון בדין מעיד על האוניברסליות של הדברים ועל חשיבותם. הדין אינו מכסה את כל האפשרויות. בני האדם מתנהגים. בהתנהגותם יוצרים מנהג.

יתר על כן. אף הובעה עמדה בפסיקה המודרנית לפיה קיימת מעין מקבילית כוחות בין היסוד הנורמטיבי של המנהג ובין היסודות העובדתיים שלו. פסק הדין הקנדי שהובא סמך עצמו על עמדה כזו:

"We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it" (W. IVOR JENNINGS, THE LAW AND THE CONSTITUTION 136 (5th ed., 1959)).

כמובן, כדי לתת תוקף למנהג חייב הוא להיות רציונלי. אך אין בכך לסתור את הקביעה כי ככל שנוהג נטוע עמוק יותר בקרקע העקרונית החוקתיים של השיטה, כך יקל להכיר בו כמנהג חוקתי מחייב. אין צורך לומר שלא בנקל ייתן בית המשפט ידו לאכיפתו של מנהג קלוקל (והשווה למנהג "טעות" בסקירת המשפט העברי דלעיל). אך גם דינו של מנהג ניטרלי שונה מדינו של מנהג ראוי. לדוגמא, נוהג העוסק באופן הטכני שבו יש לערוך את הבחירות לוועדה. סעיף 62(ד)(1) לתקנון הכנסת קובע כי בחירת חברי הכנסת לוועדה תכלול בחירת "ועדת קלפי" על ידי יושב ראש הכנסת, שתמנה שני חברי כנסת מסיעות הקואליציה ושניים מסיעות האופוזיציה. היה ותוכח פרקטיקה מושרשת של מינוי שישה חברי כנסת לוועדה זו במקום ארבעה – שלושה מהקואליציה ושלושה מהאופוזיציה – יתכן שלא יהא מקום לאוכפה אם יוחלט לסטות ממנה. שונה המצב אצלנו. בענייננו אין חולק על כך שבחירת נציג אופוזיציה לוועדה ראויה היא. פן ערכי זה מקרין על הפן העובדתי של המנהג. הוא מחזק את מעמדו. השקפה זו בוקעת מן השילוב שבו עסקינן – תפקיד הוועדה לבחירת שופטים אל מול הרכבה. כך, בגדרי המנגנון החוקתי וסדרי השלטון והממשל בישראל. כדי לעמוד על מלוא המשמעות של שני אלה, יהא זה לעזר להרחיב עליהם ועל חשיבותם בחברה דמוקרטית.

ד. אופוזיציה, שלטון הרוב ומה שביניהם – עקרון הייצוג היחסי

11. מעבר לשאלות הדוקטרינריות הנוגעות לפרשנות החוק, למעמדו של המנהג בכלל ובוועדה למינוי שופטים בפרט, השאלה שבפנינו חורגת מהמקרה הקונקרטי ונושקת לסוגיה רחבה בתורת המדינה: עקרון הייצוג היחסי וזכות ההשתתפות של המיעוט בהליכי קבלת ההחלטות. בשל חשיבות הנושא – וחשיבותו המיוחדת לוועדה למינוי שופטים – אבקש להרחיב בגדר רובד על גבי רובד. עקרון "הייצוג היחסי" חוזר פעמים רבות בפסיקותיו של בית משפט זה בהתייחסו לייצוג סיעתי בוועדות השונות של הכנסת והרשויות המקומיות (ראה: בג"ץ 787/89 סיעת הליכוד נ' מועצת העיר חיפה (1.11.89); בג"ץ 3250/94 אורן נ' מועצת עיריית פתח-תקווה, פ"ד מט (5) 17, (1995); ע"א 2663/99 שמגר נ' המועצה המקומית רמת השרון, פד"י נד(3) 456 (2000); בג"ץ 5743/99 דואק נ' ראש-עיריית קרית ביאליק פ"ד נד(3) 410 (2000); בג"ץ 1020/99 דואק נ' ראש עיריית קרית ביאליק (07.02.2001); עע"מ 7697/14 סיעת "בר" לביקורת ואיכות השלטון נ' מועצת העיר קריית מוצקין (21.2.2016)). עיקרון זה קובע כי יש לשאוף לכך שבכל ועדה הממונה על ידי הרשות הציבורית יהיה ייצוג סיעתי פרופורציוני לגודל הסיעות – כולל סיעות המיעוט (ראה לדוגמה: תקנה 102(א) לתקנון הכנסת (13.5.2016); סעיף 150א לפקודת העיריות [נוסח חדש]; סעיף 19(א1)(ג) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965). לנוכח מספרן הרב של הסיעות בשיטה הפרלמנטרית בישראל, לא תמיד מתאפשר כי כל הסיעות תקבלנה ייצוג. במקרים אלה נקבע כי יש לאפשר לסיעות האופוזיציה למנות נציג מטעמן (על היבטים חוקתיים של הסוגיה ראה: יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח, 217 (2009) שם צוינה ההכרה – גם בצורה פורמאלית – במעמדו של יו"ר סיעות האופוזיציה).

בעע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק (18.8.2016) (להלן: עניין רוחמקין) עסקתי בהרחבה בזכות הייצוג של המיעוט בוועדות השונות, ובחשיבותה הדמוקרטית של זכות זו מנקודת מבטה של הפילוסופיה-הפוליטית ושיטת המשפט העברי. פרשה זו נסבה על דרך הבחירה הראויה לנציגות סיעת המיעוט בוועדת ההנחה מארנונה. נקבע כי גם במקרה זה חייב להיות ייצוג הולם לסיעת המיעוט. אומנם המסגרת החקיקתית והנורמטיבית בפקודת העיריות שונה מזו שבענייננו, אך הרציונאלים המובאים בעניין רוחמקין, רלוונטיים אף לוועדות הכנסת השונות וביתר שאת, כפי שיפורט להלן, לוועדה למינוי שופטים.

בעניין רוחמקין הודגש, כי יישומו המלא של הרעיון הדמוקרטי איננו רק שלטון הרוב, והוא אף אינו מסתכם בהכרה של הרוב בזכויות המיעוט – הדמוקרטיה המודרנית רואה ערך בשיתוף המיעוט בהנהגה ובהליכי קבלת ההחלטות:

“ההכרה בזכותו של המיעוט להיות שותף בהליך קבלת ההחלטות – ולא רק בזכותו הפוליטית לבחור את מקבלי ההחלטות – קיבלה דגש מיוחד בקרב פילוסופים פוליטיים רבים במחצית השנייה של המאה העשרים. ניתן לומר שזהו השלב השלישי בהתפתחות הרעיון הדמוקרטי. עקרון שבראשיתו – בפוליס היווני באתונה – משמעותו היתה שלטון הרוב [פירוש המילה דמוס היא עם, המשמעות המקורית של הדמוקרטיה היתה שלטון על-ידי 'העם' (rule of the people), בניגוד למשטרים מונרכיים ואוליגרכיים]. הדמוקרטיה הפכה בשלב השני לחובתו של הרוב להכיר בזכויות המיעוט, והשתכללה בשלב השלישי, להכרה בכך שאף המיעוט צריך להיות חלק אינטגרלי מהליך קבלת ההחלטות” (שם, פסקה 9).

שיתוף המיעוט אינו פוגע במעמדו של הרוב. המשילות של הרוב באה לידי ביטוי בעובדה שחלקו, מעצם הגדרתו כרוב, גדול מזה של המיעוט. על כן בפרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית אשר סוכמת את מספר הקולות – “אצבעותיו” של הרוב תשארנה על העליונה. עם זאת, שיתוף המיעוט בהליך קבלת ההחלטות מבטא יחס שוויוני ומכבד לכל אדם ומאפשר הדברות ושכנוע הדדיים. רכיבים אלה מעשירים את השיח ובסופו של דבר הם שמעניקים לגיטימציה להחלטות הרוב, גם במקרים בהם הן נוגדות באופן עמוק את עמדת המיעוט:

“...שיתוף המיעוט בהליך הוא גורם מרכזי בלגיטימציה של הכרעת הרוב בעיני המיעוט – אשר עליו לקבל את הכרעת הרוב, גם במקרים בהם לדעתו זוהי הכרעה שגויה כשלעצמה. אסור למיעוט להרגיש שהוא בעל מעמד נחות לעומת הרוב. על פי ראייה זו, הדיון וההצבעה לא מהווים רק כללי הכרעה אלא שומרים על השוויון ובהם נעוצה הלגיטימציה של החלטת הרוב” (שם, פסקה 9).

12. יש לציין כי גם במבט רחב על המשפט המשווה, במדינות רבות ניתן למצוא הסדרים המעגנים את זכותו של המיעוט להשתתף בוועדות השונות: באנגליה ובאוסטרליה, לצד הסדרים ספציפיים הנוגעים להרכב הוועדות, קיים סעיף חוק כללי הקובע כי הרכב הוועדות צריך לשקף את הרכב בית הנבחרים (באנגליה ראו: Standing Orders of the House of Commons, art 86(2); באוסטרליה ראו: Standing Orders

(of the Senate Committees, article 22A(2a)); קובע החוק הסדר המחייב כי לצד יו"ר הוועדה ימונה נציג אופוזיציה רשמי ונציג נוסף של מפלגה מהאופוזיציה (Standing Orders of the House of Commons, article 106(2)). משבאנו להביט בהסדרי החקיקה הנהוגים בשיטות משפט אחרות, נזכיר, בקצרה, אף את שיטת המשפט העברי בעניין.

13. כפי שהבאתי בעניין רוחמקין זוהי גם שיטתו של המשפט העברי לפיו החלטת הרוב מחייבת רק במקרה בו היא התקבלה מתוך דיון ושיתוף של המיעוט. מתוך עקרון זה, פסק הרשב"א כי הכרעת הרוב בבית הדין מחייבת, רק כאשר היא התקבלה לאחר דיון וליבון הדברים במעמד כל הדיינים: "דאין הסכמת הרוב אלא כשהיתה הסכמת הרוב מתוך מעמד כולם כעניין שבדינין דעלמא" (שו"ת הרשב"א ג, שד). כך סוכמו הדברים שם:

"בתוספתא מושם דגש על שינוי הזמנים והנסיבות: 'ר' יהודה אומר לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובין אלא שמא תיצרך להן שעה ויסמכו עליהן' (תוספתא עדויות א, ד). ביסוד הסברים אלה קיימת הנחה, כי ההכרעה על פי הרוב, אינה הופכת את החלטת בית הדין להכרעה היחידה בעלת משמעות. דעת המיעוט שנדחתה אינה נתפסת כשגיאה או כטעות, אלא כאפשרות הלכתית תיאורטית – שאינה הלכה-למעשה בעת הזאת – אך עשויה להשתכלל להיות כזו בזמנים אחרים. זהו טעם נוסף במתן ההזדמנות למיעוט להביע את עמדתו" (שם, פסקה 10).

תוקפם של דברים אלה נכון ויפה לכל המקרים בהם מתקבלות הכרעותיו של הרוב הדמוקרטי, אולם ערך מיוחד להם בבואנו לעסוק בוועדה למינוי שופטים. מעמדה של הוועדה למינוי שופטים הוא ייחודי כפי שיובהר. בה בעת היא מבליטה את עקרונות הייצוג היחסי ואף מוסיפה עליהם. לכך אפנה עתה.

ה. הוועדה לבחירת שופטים

14. הליך מינוי שופטים אינו דומה להליכי מינוי אחרים שנעשים בידי הרשות המבצעת או המחוקקת (על החלטות מנהליות של הרשות המחוקקת ראה: יורם דנציגר, "חיזוק מעמדן של החלטות הכנסת – כיצד?" הפרקליט לד, 212 (1982); יצחק זמיר, הסמכות המנהלית א, 122 (2010)). זוהי אינה פעולת האצלה אנכית המאפשרת לרשויות לפעול באמצעות ידן הארוכה – כנחלת יתר הוועדות; אלא זוהי החלטה מעין "קונסטיטוטיובית" – המכוננת סמכות אופקית, עצמאית ומקבילה לסמכויות שמכוננות

אותה – בכחינת "צבת בצבת עשויה" (משנה, אבות ה, ו). בעוד שדרך בחירת הרשות המחוקקת והמבצעת היא ברורה: הרשות המחוקקת נקבעת לפי העיקרון הדמוקרטי של ייצוג יחסי, והרשות המבצעת מבוססת באופן ישיר ואריתמטי על ספירת קולות סיעות הרוב. לא כן הרשות השופטת – רשות עצמאית שאינה נגזרת באופן ישיר מהצבעת הרוב הפרלמנטרית. עקרון אי-התלות והעצמאות השיפוטית מהווה את ליבת הרעיון של הפרדת הרשויות ביחס לרשות השופטת. על פי המסורת המערבית של הפרדת הרשויות, מבית מדרשו של מונטסקייה (פילוסוף פוליטי, משפטן וחבר פרלמנט מהמאה ה-17 בצרפת). על מנת להבטיח את עשיית הצדק תוך שמירה מלאה על זכויות האזרח, הרשות השופטת חייבת להיות מנותקת מיתר הרשויות. אכן, עקרון העצמאות השיפוטית (Judicial independence) הוא ערוכה לכך שההכרעה השיפוטית (Judicial discretion) תעשה רק לאור עקרונות הצדק ושלטון החוק בלא השפעה של גורמים ושיקולים זרים (ראו בהרחבה כרך שיצא בנושא על ידי האקדמיה האמריקאית למדעים: (2008) DAEDALUS, ON JUDICIAL INDEPENDENCE (4) 137 בנוסף ראו: JUDICIAL INDEPENDENCE IN CONTEXT (Adam Dodek and Lorne Sossin Eds., (2010); אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי 265 (1987)). יש לזכור כי לפי המודל החוקתי – שאומץ ברוב רובן של המדינות המערביות וגם בשיטת המשפט בישראל – הרשות השופטת עשויה אף לבטל את החלטת הרשות המחוקקת.

מכאן, שהרשות השופטת אינה – ואסור שתהיה – ידה הארוכה של הרשות המחוקקת או המבצעת. הרשות השופטת חייבת להיות עצמאית ובלתי תלויה ביתר הרשויות. לצד זאת, הרשות השופטת מהווה אחת משלוש הרשויות של המדינה והיא חייבת להביא לידי ביטוי מחויבות לציבור האזרחים ולערכים הדמוקרטיים. היא אינה פועלת בחלל ריק, אלא בהיבטים שונים – בשיתוף פעולה מובהק עם יתר הרשויות. כדבריו הידועים של הנשיא א' ברק:

"העצמאות של השופט ואי-תלותו מאפשרות לו לעמוד כנגד גלי היום-יום. עליו ליתן ביטוי למגמות היסוד ארוכות הטווח של החברה, ולא לצרכים החולפים קצרי הטווח... דווקא השופט שאין לו חרב ואין לו ארנק, וכל שיש לו הם עצמאותו ואי-תלותו, הכשרתו ונסיונו, מסוגל וראוי לשקף את תפיסות היסוד של העם, דווקא הניתוק מהצורך להיבחר לעיתים מזומנות הוא שמנתק את השופט מהצורך ליתן ביטוי לרוחות השעה, והוא שנותן לו את היכולת והעוצמה לתת ביטוי לערכי עומק, העשויים לעיתים להיות בלתי פופולריים" (אהרן ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" עיוני משפט כא, 15-16 (1998). ראו גם: ע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל פ"ד מט (4) 221, 427 (1995)).

קיימת מחיצה בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות. כך גם לגבי הרשויות האחרות. ודוק, עסקינן במחיצה ולא בחומה. חיי החברה והמדינה הדמוקרטית כפי שהתפתחה, דורשים אינטראקציה מסוימת. גם מכאן הצורך בבלמים ובאיזונים. המידה הראויה של מערכות אלה חיונית היא, אבל לא על כך נתעכב. בענייננו נתמקד ברשות השופטת, הציבור והעקרון הדמוקרטי. נשאל כיצד ניתן לגשר על הפער שבין הרשות השופטת עצמאית ובלתי תלויה, לבין היותה אחת משלוש הרשויות – החבה נאמנות לציבור? מהו הפתרון של המתח שבין שני העקרונות?

15. הגישור על פני הפער שבין שתי דרישות אלה נערך, בין היתר, באמצעות שתי דרישות יסודיות המופנות כלפי הרשות השופטת אשר ניצבות לצד הדרישה לעצמאות ואי-תלות: אחריותיות (accountability) ושיקוף (reflection) (ראו: שמעון שטרית "ערכי היסוד של מערכת השפיטה בישראל" ספר אור - קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 525, (2013); שמעון שטרית "היבטים מוסדיים ומהותיים של מערכת השפיטה בראייה היסטורית" משפט ועסקים י, 525, 572-583 (2009)). לשם מילוי דרישות אלה, נוצר, בין היתר, מנגנון ייחודי למערכת המשפטית והוא ערכאת הערעור. פומביות הדיון מהווה כלי חשוב גם לבית המשפט. אך לא בבקרה הפנימית נדון כאן, אלא בהיבטים חיצוניים. אפרט בקצרה את דרישות אלה, ואחר כך אעמוד על כך שאף הן מעניקות משקל מיוחד לחשיבות ייצוגו של המיעוט בוועדה לבחירת שופטים.

א. אחריותיות (accountability) – על אף שהרשות השופטת אינה נבחרת ישירות על ידי הציבור, היא אחת מרשויות המדינה והיא נושאת באחריותיות כלפי הציבור ובכך גם כלפי הרשות המחוקקת והמבצעת. היטיב לנסח את הדברים פרופ' יואב דותן:

"שיטה ממשלתית שבה הרכבו של הגורם המבקר משקף באופן ישיר את היחסי הכוחות הפוליטיים בבית-המחוקקים היא שיטה שפותחת פתח לשורה של כשלים מנקודת ראות חוקתית. שהרי כבר אמרנו כי בלב ליבו של מושג החוקתיות עומדת התפיסה כי יש הצדקה להטיל הגבלות מסוימות על כוחו של המחוקק הייצוגי... מאידך גיסא, העובדה שמוסד הביקורת השיפוטי יכול (וצריך) להיות ייצוגי פחות מאשר המחוקק אין פירושה שמוסדות אלה צריכים להיות משוחררים מכל חובה של אחריותיות דמוקרטית" (יואב דותן, "הביקורת השיפוטי במסגרת חוקה: שאלת האחריותיות-מבט השוואתי" משפט וממשל י, 495-496 (2007)).

בעוד שעקרון העצמאות השיפוטית מאפשר לבתי המשפט להיות נאמנים ליושר השיפוטי ולערכי החוק, המוסר והצדק, האחריותיות היא זו שקושרת את הרשות השופטת לציבור ולערכיו. היטיב לתאר זאת פרופ' Stephen Burbank מרצה למשפטים מאוניברסיטת ברקלי:

“Judicial independence is merely the other side of the coin from judicial accountability. The two are not at war with each other but rather are complements; neither is an end in itself but rather a means to an end (or variety of ends); the relevant ends relate not primarily to individual judicial performance but rather to the performance of courts and court systems; and there is no one ideal mix of independence and accountability, but rather the right mix depends upon the goals of those responsible for institutional architecture with respect to a particular court or court system” (Stephen B. Burbank, *Judicial independence, judicial accountability and interbranch relations* 137(4) DAEDALUS, ON JUDICIAL INDEPENDENCE 17 (2008))

הרשות השופטת אינה אי בודד. השיפוט – וביתר דיוק השופט, כל שופט – חייב לפסוק על פי מיטב הבנתו ומצפונו, בהתאם לדין ולדרישותיו. השילוב של עקרון העצמאות ואי-תלות יחד עם חובת האחריותיות, יוצר איזון ראוי בין היותה אחת מרשויות המדינה הדמוקרטית לבין אחריותה לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית והנורמות המחייבות. כנגזר מחובה זו הדגישו מלומדים ואנשי משפט את חובת השיקוף החלה על הרשות השופטת.

ב. שיקוף (reflection) – כפי שצוין לעיל, הרשות השופטת חייבת להיות עצמאית ובלתי תלויה. כחלק מכך, מקובל כי עקרון הייצוג לא חל – ודאי לא באופן מלא ופורמלי – על הרשות השופטת. זו חייבת להישאר ניטרלית ומקצועית, למשוך ידיה מתיוגים פוליטיים ולהישאר נאמנה לערכי המשפט הצדק והיושר. עם זאת, למרות שעקרון הייצוג לא חל לגביה, היא חייבת לשקף את הציבור בו היא פועלת. זהו עקרון השיקוף אשר אומץ במדינות מערביות רבות ואף קיבל ביטוי במספר אמנות בינלאומיות (Sonia Lawrence, *Reflections: On Judicial Diversity and Judicial Independence*, in JUDICIAL INDEPENDENCE IN CONTEXT (Adam Dodek and Lorne Sossin Eds, 2010); Shimon Shetreet, *The Administrative of Justice* –

Practical Problems, Value Conflicts, and Changing Concepts 13 U.B.C.L REV. 52 (1973); Shimon Shetreet, *On Assessing the Role of Court in Society*, 10 MANITOBA L.J. 399 (1980); The Montreal Universal Declaration on the Independence of Justice, 10 June 1983, Act 2.15; Mt. Scopus Approved (2008) § 7 (Revised International Standards Independence). כך גם במסגרות הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים בראשותו של השופט י' זמיר (12.3.2011): "כאשר הרמה המקצועית והתכונות האישיות קיימות במידה הנדרשת, יש לתת משקל גם לעקרון השיקוף החברתי" (פרק 16, פסקה 1).

אולם היחס בין בית המשפט לבין עקרון הייצוג והשיקוף מורכב יותר ואינו חד ממדי. יחס זה אינו בנוי על כללים פורמאליים, מחייבים, בלתי גמישים ואריתמטיים ומספריים; אלא על רגישות חברתית במינוח הנכון, לצד שיקולים מקצועיים. ביטוי לכך עשוי לבוא גם בדרך בחירת השופטים.

חשיבותו של השיקוף נובעת גם משיקולים של נראות ואמון הציבור (Shimon Shetreet, *The Doctrinal Reasoning for More Women Judges – The Principle of Reflective Judiciary*, in WOMEN IN LAW 183 (1998)), אך יותר מכך משיקולים מהותיים של צדק. פרופ' אלון הראל, מסביר כי הלגיטימציה של בית המשפט, על אף שהוא אינו מחויב לעקרון הייצוג, נובעת מעקרון התאימות, לפיו: "...כללים ועקרונות צריכים להיות רגישים לאמונות המוסריות של הציבור" (אלון הראל, ההצדקה הדמוקרטית לביקורת שיפוטית, מאזני משפט ה, 90 (2006)). בהמשך הדברים מוסבר כי שיקוף ערכי הציבור הוא מלאכת איזון עדינה בין ערכים סותרים. היא אינה זהה לספירת קולות מדויקת:

"השיפוט הנורמטיביים של האזרחים מערבים ערכים שונים ומורכבים המעוגנים בפרקטיקות, אופני חיים, ותפיסות עולם שונות. רגישות לשיפוט כאלה בדמוקרטיה מערבת תהליכים מורכבים, וכלל לא מובן מאליו שדרישת התאימות מחייבת אימוץ של כל החלטה שהרוב תומך בה. לחלופין, אפשר לטעון שהיבט התאימות של הדמוקרטיה יכול לבוא לידי ביטוי בדרכים שונות, ואין סיבה לטעון אפרורית כי 'ספירת קולות' משרתת את היבט התאימות טוב יותר ממנגנונים חלופיים" (שם, עמוד 91).

הלגיטימציה של הרשות השופטת נובעת ותלויה בכך, שרשות זו ממלאת תפקיד אחר מזה של יתר הרשויות. טול מהחברה את הרשות השופטת וספק כמה זמן תמשיך

החברה להתקיים. לא בכדי תפיסת המשפט העברי היא כי על בני נח – אומות העולם – חלים שבע מצוות בלבד וביניהן רק מצוות עשה אחת, והיא מצוות הדינים – קיום מערכת משפטית (בבלי, סנהדרין נו ע"א). ניתן להקשות: האם מערכות שונות כגון בריאות וחינוך אינן חיוניות אף הן לחברה? אך המשפט העברי בשלו. כנראה המקור והיסוד של המערכות הציבוריות יחד עם יחסי הפרט – תלויים במערכת המשפט. כמובן כי תפקידה של המערכת המשפטית איננו רק למנוע תוהו ובוהו חברתי, אלא גם לשפר את החברה ולתרום להיותה צודקת יותר. על רקע זאת, כלל העצמאות השיפוטית חיוני לחברה כולה. לכן, בניגוד להחלטות של הרשות המבצעת אשר מקבלות את תוקפן מכוח הצבעת הרוב של הרשות המבצעת ואף המחוקקת, החלטות שיפוטיות מקבלות את תוקפן גם מכוח היותן משקפות את מכלול ערכי הציבור.

16. המאפיינים הייחודיים של הרשות השופטת – עצמות ואי-תלות, חובת האחריות ועקרון השיקוף – משווים לייצוג המיעוט בוועדה לבחירת שופטים ערך מוסף ייחודי בעל חשיבות רבה. ודוק, איננו עוסקים בהליך זה בנורמות המחייבות את הרשות השופטת עצמה, אלא בהסדרי הוועדה לבחירת השופטים. עם זאת, כפי שאפרט כעת, הסדרים אלה מושפעים מאופייה של הרשות השופטת והעקרונות המנחים החלים עליה. דעתי היא, כאמור, כי בנוסף לעקרון הייצוג ההולם החל על הוועדה למינוי שופטים כשם שהוא חל על כל יתר הוועדות, הוא חל ביתר שאת כלפי ועדה זו. אפרט.

א. עצמאות ואי-תלות. הרשות השופטת חייבת להיות גוף ניטראלי ועצמאי שאינו תלוי בגורמים פוליטיים. לשם כך, גם הוועדה לבחירת שופטים צריכה להיות ועדה ניטרלית, ככל שניתן, שאינה מייצגת באופן מובהק סיעה או מפלגה פוליטית. כמובן זה, ככל שהייצוג רחב יותר – וכולל גם את נציגי האופוזיציה – מתחזקת אי התלות. מקום בו שופטים ממונים על ידי ועדה בעלת אופי פוליטי, הדבר עשוי "לצבוע" את זהות השופטים ולפגוע בעקרון העצמאות ואי-תלות. מכאן שעל מנת לממש באופן מלא עקרון חשוב זה, יש ערך לכך שבוועדה למינוי שופטים יהיו נציגים הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה.

ב. אחריותיות. כפי שהורחב לעיל, העובדה כי הרשות השופטת מחויבת לעצמאות אינה שוללת את אחריותיותה. זו היא שקושרת את הרשות השופטת ליתר רשויות המדינה ולציבור. יש לציין כי המתח שבין שני עקרונות אלה ניצב בלב המחלוקת בדבר הפרוצדורה הראויה למינוי שופטים בכל המדינות המערביות (Charles G. Geyh, *Methods of judicial selection and their impact on judicial independence*, (2008) 86 DAEDALUS, ON JUDICIAL INDEPENDENCE (4) 137).

הדרך בה בחר המחוקק הישראלי לאזן בין העקרונות היא באמצעות הוועדה למינוי שופטים. כמובן זה, הוועדה צריכה לבטא את העובדה כי הרשות השופטת אינה זרוע ארוכה של הרשות המבצעת, אלא אחות תאומה במעמדה לרשות המבצעת והמחוקקת. משכך, נכון הוא לכלול בוועדה גם את נציג האופוזיציה. כך מתקבל ייצוג מלא של הרשות המחוקקת. יושם אל הלב כי החוק עצמו מעניק ייצוג לכל שלוש הרשויות, ובעניין ייצוגה של הרשות המחוקקת הוא קובע ייצוג על ידי שני חברי כנסת. לא בכדי קבע המחוקק ייצוג של שני חברי כנסת המאפשר – כפי שאכן הונהג במשך הזמן – יצירה של איזון הולם בין הקואליציה לאופוזיציה. יש לזכור כי מינוי שופטים אינו פעולה של הרשות המבצעת כי אם פעולה מכוונת של שלוש הרשויות גם יחד.

ג. שיקוף. שני ההיבטים שהובאו לעיל, עוסקים במסגרת המאפיינת את הרשות השופטת ולא בהשלכה של הוועדה על מהות השיפוט. כפי שהובא לעיל, עקרון השיקוף מבטא תפיסה עמוקה ומהותית של מלאכת השפיטה. "שופט – בתוך עמו הוא יושב". על כן, על אף שהרשות השופטת אינה מחויבת לעקרון הייצוג, ראוי כי הבחירה של בוחרי השופטים תשקף איזונים בתוך החברה ובתוך הממשל. הדרה של האופוזיציה מהוועדה למינוי שופטים עלולה לפגוע בערך השיקוף ובדרך זו למנוע את הגברת חוסנה של הרשות השופטת בעיני הציבור.

יש בכך ביטוי נוסף לעקרון הייצוג היחסי. כפי שהובא בפתח הדברים, דמוקרטיה מהותית אינה רק דרך הכרעה באמצעות הרוב, אלא שיתוף המיעוט בהליך קבלת ההחלטות. כך בכל התחומים וכך אף בוועדה למינוי שופטים. בנוסף לכך, כפי שפורט בהרחבה, אופייה המיוחד של הוועדה למינוי שופטים מעניק חשיבות מיוחדת לייצוג של המיעוט בוועדה.

נדרשת הבהרה מהותית. בית המשפט אינו מוסד פוליטי. הוועדה לבחירת שופטים גם היא אינה מוסד פוליטי. הדין קובע: "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה" (סעיף 6 לחוק בתי המשפט). חברי הוועדה לבחירת שופטים צריכים גם הם להפעיל שיקול דעת עצמי. יתכן שיהיה מי שיטען שמעקרונות האחריות או השיקוף ניתן לחלץ גישה אחרת. ולא היא. האחריות והשיקוף עניינם הציבור כולו, על ערכיו ועקרונותיו. אלה שלובים בדין. כמובן זה יש צורך בייצוג של המיעוט. נראה כי עליו להיות חלק מהתמונה, ולא מחוצה לה. רצוי שיהיה נוכח בוועדה לבחירת שופטים. ערכיו הם חלק ממערכת הערכים שמקבלת ביטוי בדין. מדובר בהבחנה רגישה: אחריות ושיקוף –

כן. ייצוגיות של גופים מסוימים – לא. המחוקק היה ער להבחנה זו. הוא נתן לה ביטוי בחוק בתי המשפט, הקובע חלוקה "ייצוגית" ביחס להרכב הוועדה – שלוש רשויות ונציגים מקצועיים – לצד כלל של שיקול דעת עצמאי. כך גם ניתן להבין מדוע הבחירה לוועדה למינוי שופטים חשאית היא. אף בתהליך בחירת חברי הוועדה מוענק שיקול דעת עצמאי. באופן עדין זה נכון להביט על הדברים.

17. אפנה עתה לעיון קצר במקורות המשפט העברי בסוגיית מינוי השופטים. מצוות מינוי שופטים חקוקה בפסוקי התורה: "שפטים ושטרים תתן לך בכל שעריך אשר יי אלהיך נתן לך לשבטיך ושפטו את העם משפט צדק" (דברים טז, יח). הפסוק אינו מטיל את החובה על מינוי השופטים דווקא על ההנהגה, אלא נוקט בלשון כללית. פרשן המקרא דון יצחק אברבנאל (ספרד ופורטוגל, מאה 15) לומד מפסוק זה שמינוי הדיינים לא נעשה על ידי ההנהגה אלא על ידי העם:

"והנה אדון הנביאים ביאר בזה שהשופטים שיהיו בישראל, שאין ראוי שימנה אותם המלך, ולא יהיו מידו, אבל שהעם ימנו אותם. רוצה לומר, שכל שבט ושבט ימנה את השופטים הראויים בכל עיר מעריהם. ועל זה אומר: "אשר ה' אלהיך נתן לך לשבטיך". רוצה לומר, שה' אלוהיך נותן מינוי השופטים לשבטיך, שהם ימנו אותם בשעריהם. לא המלך" (פירוש אברבנאל לתורה, דברים טז, יח. ראו גם: מיכאל ויגודה, מינוי שופטים, פרשת שבוע 83 (התשס"ב) (להלן: ויגודה).

דבריו של אברבנאל מבטאים מודעות לכך שמערכת המשפט צריכה להיות עצמאית ובלתי תלויה ברשות המבצעת – ועל כן גם מינוי הדיינים צריך להיעשות על ידי הציבור.

נראה שאברבנאל עוסק בכינון המערכת המשפטית בתקופתו ובתקופתו אנו – באין סנהדרין. שכן ניתן להקשות ולשאול, כי אין חולק על כך שבתקופת הסנהדרין מינוי הדיינים – המכונה סמיכה – נעשה באמצעות הסנהדרין בהסכמת הנשיא, כפי שמתואר בדברי הירושלמי: "חזרו והתקינו שלא יהא בית-דין ממנה אלא מדעת הנשיא, ולא יהא הנשיא ממנה אלא מדעת בית-דין" (ירושלמי, סנהדרין ו ע"ב. ראה גם את תיאורו של הרמב"ם במשנה תורה, סנהדרין ד, א). עם זאת, גם כאשר המינוי היה נתון בידי הסנהדרין, ניתן למצוא במקורות כי לצד חשיבות ידיעותיו התורניות של הדיין, נתנו חכמים משקל למעמדו הציבורי כשיקול מרכזי בהסמכתו. כך מלמדת התוספתא במסכת סנהדרין:

”שולחין ובודקין כל מי שהוא חכם ושפוי וירא חטא
ופרק טוב ורוח הבריות נוחה הימנו עושין אותו דיין
בעירו” (תוספתא סנהדרין ז, א).

לאמור, לצד עקרון העצמאות ואי-התלות המשתקף בדברי האברבנאל, על הדיין להיות מוערך על ידי הציבור. עוגן לדרישה זו ניתן למצוא כבר בפסוקי התורה. לנוכח דברי הביקורת שמשמיע יתרו על העומס שהוטל על משה רבנו ”מדוע אתה יושב לבדך, וכל-העם ניצב עליך מן-בוקר עד-ערב” (שמות יח, יד), מחפש משה שופטים ראויים שיוכלו לחלוק עימו את מלאכת השפיטה. לשם כך הוא פונה לציבור: ”הבו לכם אנשים חכמים ונבנים וידעים לשבטיכם ואשימם בראשיכם” (דברים א, יג). רש”י על אתר מסביר מדוע נדרשת הפנייה לציבור לשם איתור השופטים: ”שהם ניכרים לכם. שאם בא לפני מעוטף בטליתו, איני יודע מי הוא ומאיזה שבט הוא ואם הגון הוא; אבל אתם מכירין בו, שאתם גדלתם אותו; לכך נאמר וידועים לשבטיכם” (פירוש רש”י לתורה, דברים א, יג). תפיסה דומה מביא הרמב”ן בפירושו לפסוק הנזכר: ”ואלה היו ידועים לשופטים מתחילה. כי היו הכל אומרים: ראוי זה להיות שופט” (פירוש הרמב”ן לתורה דברים א, יג).

המתח בין השאיפה לכך שהדיין יהיה גורם ניטרלי ללא משוא פנים לבוחריו, לבין הדרישה לכך שהוא יהיה מקובל על הציבור וישקף את ערכיו, נפתר בקהילות היהודיות לאורך ההיסטוריה בדרכים שונות (ראו: ויגודה, שם, ובהפניותיו; מיכאל ויגודה ”בתי הדין ומינוי הדיינים במשפט העברי” מחניים 12 (תשנ”ו)). אולם על אף ההבדלים בסדרי בחירת הדיינים בין הקהילות, שני העקרונות – עצמאות השופט ועקרון השיקוף והאחריות – נוכחים אף במקורות המשפט העברי. מחד גיסא, צריך השופט להיות עצמאי ומנותק מהשלטון, ומאידך גיסא מינויו תלוי בהיותו מקובל ומוערך על ידי הציבור אשר הוא אף שותף פעיל בהליך בחירתו.

בענייננו, מעניין במיוחד האמור בספר שנכתב על ידי שופט בית משפט זה – ש’ אסף – בדבר תיאור מינוי הדיינים בקהילת קראקא, כפי שהוא מתועד בפנקסי הקהילה:

”ביום ראשון של חול המועד התאספו ארבעת ה’ראשים’ וחמשת ה’טובים’ וארבעה עשר חברי ועד הקהילה, וקבלו על עצמם ‘באמונת שמים’, על דעת המקום ועל דעת הבריות’, שלא עשו ולא יעשו שום קנוניא עם מי שהוא על דבר הבחירות, וכל אחד מהם יחווה דעתו לשם שמים ולטובת הכלל. הנאספים מטילים לתוך הקלפי פתקאות, ועל כל פתקה כתוב רק שמו של איש אחד.

השמש מוציא מתוך הקלפי תשע פתקאות, והרשומים עליהם נחשבים לבוררים ראשונים. תשעת הבוררים נכנסים לבית הכנסת, והשמש משיבם לפני ארון הקודש הפתוח שיבחרו בחמשה אנשים חשובים והגונים לבוררים שניים. השמש מאסף תכף את חמשת הבוררים השניים לבית הכנסת ומשיבם שיתחשבו בבחירת כל ממוני הקהילה רק עם טובת הכלל. אחר השבועה מכניסים אותם לחדר מיוחד בבית הקהל, ושם הם יושבים 'סגורים ומסוגרים אין יוצא ואין בא אליהם... ואפילו בלילה יעמדו השומרים לשמור דלתי פתחיהם', והם בוחרים בדיינים, פרנסים, טובים, רואי חשבון ויתר ממוני הקהילה לשנה הבאה" (מובא אצל שמחה אסף בתי הדין וסדריהם אחרי חתימת התלמוד 44 (תרפ"ד))

מינוי הדיינים לא נעשה באופן ישיר על ידי נבחרי הציבור, אלא על ידי ועדה מיוחדת "בוררים ראשונים" שמונתה על ידם. פרקטיקה זו משקפת איזון בין שני ערכים: מחד גיסא, נבחרי הציבור הם שממנים את הוועדה ובכך נשמר עקרון "השקיפות"; אולם מאידך גיסא, וועדת המינוי נבחרת בצורה חצי-אקראית על ידי "הגרלה" של תשע שמות מבין 23 הצעות של ראשי הקהל ואף זו דרך להגשמת עקרון העצמאות והאי-תלות בין הדיינים לבין ראשי הקהילה. בכך ניתן למצוא דמיון מסוים ברמת העיקרון בין שיטת הבחירה לפני מאות שנים לבין הוועדה למינוי שופטים הנוהגת בישראל.

18. סופו של עניין זה, שאלת בחירת השופטים אינה רק שאלה פרוצדוראלית. היא מגלמת תהייה מהותית על מאפייניה הדמוקרטיים והחוקתיים של הרשות השופטת. השיטה שעוצבה בישראל במשך השנים, במטרה לאזן בין העקרונות, קובעת כי מינוי השופטים יעשה באמצעות הוועדה למינוי שופטים על פי ההרכב המוזכר לעיל בו כלולים נציגים מקצועיים לצד נציגים מכל שלוש הרשויות. על רקע זאת, טוב פעלה הכנסת בקביעת נוהג, למשך רבע מאה, לפיו הרשות המחוקקת תיוצג על ידי שני חברי כנסת, כדרישה לייצוג שוויוני של חבר קואליציה לצד איש אופוזיציה. הבעתי את עמדתי כי יש להעניק יותר משקל לנוהג ככל שהוא משקף עמדה חוקתית ראויה. זהו אינו שיקול יחיד. לכך יש להוסיף, כאמור, הפנמת הנוהג, אך שיקול זה מוסיף משקל בפני עצמו לתקפו של הנוהג הקיים. לנוהג יסודות נורמטיביים. המפגש שבין עקרון הייצוג היחסי של המיעוט לבין הוועדה למינוי שופטים מעצים את התאמת הנוהג לשיטה החוקתית של תחילת המאה ה-21 במדינת ישראל. כך הנוהג בפועל, וכך ראוי – אם לא למעלה מכך – שיונהג אף בעתיד.

19. את המקובץ ניתן לסכם כך: בהגשת העתירה נפל שיהוי כבד. העותרים לא פעלו בחודשים שלאחר הצטרפות ישראל ביתנו לקואליציה, מבלי שניתן לכך הסבר הולם. בחודשים אלה הוועדה פעלה באינטנסיביות. בפרט, החלו הליכי בחינת מועמדים לבית המשפט העליון. השלכות קבלת העתירה במועד הנוכחי עלולות להשפיע באופן ישיר על הליכים רגישים אלה. זאת ועוד, העותרים מבקשים כי נכריע לראשונה במעמדו של המנהג החוקתי בישראל. הם מעוניינים כי נקבע שבענייננו קיים מנהג כזה, תוך הרחבת המנהג באמצעות פרשנות למקרים שבהם מעולם לא הוחל. לכן אין מקום לקבל את העתירה במתכונת הנוכחית. יחד עם זאת, חשוב שבית המשפט יאמר את דברו לגבי הנוהג למנות לוועדה חבר כנסת אחד לפחות מסיעות האופוזיציה. רואה אני, בלי להכריע בשאלת המנהג החוקתי, חשיבות רבה בהמשך קיומו. זאת מכוח עקרונות חוקתיים של השיטה, המכירים בעקרון הייצוג היחסי. התפיסה הפרלמנטרית היום אינה כי על האופוזיציה לשבת בקרן זווית ללא תפקיד, עד לקיום הבחירות הבאות. יש לה תפקיד למלא. תרומתה חשובה היא לעשיית הכנסת. כך עולה מהחוק ומהפסיקה שהובאו לעיל.

ראינו את כוחו של עקרון הייצוג היחסי בסדרי השלטון והממשל בישראל. עמדנו על חשיבות הוועדה לבחירת שופטים. המחוקק עצמו מצא לכנס במסגרתה פורום יוצא דופן המורכב מגורמים בכירים ברשות השופטת וברשות המבצעת, כמו גם נציגים של הרשות המחוקקת שנבחרים בבחירות חשאיות וגורמים מקצועיים. ספק אם ניתן להצביע על פורום בעל הרכב כה ייחודי בהקשרים אחרים. ברם, בוועדה לבחירת שופטים הדבר מתבקש. השילוב בין השניים – עקרון הייצוג היחסי ומשמעותו, והוועדה לבחירת שופטים – זורק אור על הנוהג לבחור לוועדה נציג מסיעות האופוזיציה. השילוב מסביר אותו מבחינה היסטורית. הוא מדגיש את חשיבותו הערכית על רקע עקרונות חוקתיים של השיטה. כל אלה משמשים נדבך חשוב גם במסגרת בחינת קיומו של מנהג חוקתי.

אדגיש שוב כי איני מכריע בכל טענות העותרים. השאלות אינן קלות. התשובות להן מעלות מורכבות. אך החכם עיניו בראשו. נאמר שבמבט צופה פני עתיד ומבחינת הממשל הרצוי – ויתכן שאף מעבר לכך – נכון לשמור על הנוהג לפיו סיעות האופוזיציה מיוצגות בוועדה לבחירת שופטים. נאמר זאת בצורה ברורה: אין אנו מתערבים במקרה הנוכחי. עם זאת, היה ותחליט הכנסת בבחירות הבאות לוועדה לבחירת שופטים שלא למנות מטעמה בעת הבחירות לוועדה נציג מסיעות האופוזיציה

– תעמוד בפניה משוכה משפטית רצינית. זאת ועוד, ניתן לסבור כי טוב תעשה הכנסת אם תיתן דעתה לגיבוש הכלל העמום לכדי כלל ברור. כך או אחרת, היה ויוחלט לסטות מנוהג זה, טענות הצדדים שמורות להם.

ונסיים בחזרה לפתח הדברים. הובהר שם כי עתירה זו, על תוכנה, עדינה ורגישה היא: היחס בין בית המשפט לבין הכנסת, במילוי תפקידה במינוי נציגים לוועדה למינוי שופטים. אך נראה שיותר ממתח – נוצרה סוג של הרמוניה נורמטיבית. יפה נהגה הכנסת כשקיבלה על עצמה את הנוהג במשך 25 שנים. כך ראוי. בכך שימשה דוגמא לפיתוח החברה כיהודית ודמוקרטית.

20. הייתי מציע לדחות את העתירה ללא צו להוצאות. יש תרומה בעצם הגשת העתירה, גם אם נדחתה.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים לדחיית העתירה.

1. חברי, השופט נ' הנדל, פרס יריעה רחבה ומרתקת אודות העצמאות השיפוטית, ודלה ביד רחבה ממכמני מקורותינו ומהמשפט המשווה. אי-התלות של שופטים ניצבת בבסיס השיטה הדמוקרטית, ועל חשיבותו של עקרון זה אין חולק. אחד התנאים הנדרשים על מנת להבטיח עצמאות ואי-תלות של השופטים בישראל, הוא שארבעת נציגי הרשות המחוקקת והמבצעת לא יהיו עשויים מקשה אחת. הסכנה-רבתי שבמצב מעין זה לא נעלמה מעיני הכנסת, ולא בכדי נוצרה לאורך השנים מעין מוסכמה חוקתית, כי הבחירות בכנסת לבחירת הנציגים לוועדה, תיערכנה באופן שלפחות אחד מתוך שני הנציגים ישתייך לאופוזיציה (אציין כי באחד המקרים בעבר נוצר מצב בו נבחרו שני נציגים מהאופוזיציה). זו הפרקטיקה הנוהגת וזה גם המצב הנורמטיבי הראוי, כפי שאישר בפנינו בא כוח הכנסת. יש אפוא לשבח את הכנסת שנהגה ונוהגת על פי פרקטיקה זו במשך שנים.

2. המקרה שבפנינו הוא "תאונתי", מקרה חריג הנובע מתהפוכות הפוליטיקה, כאשר מפלגה שחבריה ישבו בספסלי האופוזיציה (ואיני נדרש לשאלה אם כל מפלגה שאינה בקואליציה נחשבת "אוטומטית" כמפלגת אופוזיציה לצורך נציגות בוועדה), חצתה את הקווים ועברה לחבוש את ספסלי הקואליציה. על מקרה מעין זה חל סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 הקובע כלהלן:

6. הוראות אלה יחולו לענין הוועדה לבחירת שופטים שלפי סעיף 4 לחוק-יסוד: השפיטה (להלן - הוועדה):

(1) הכנסת תבחר בבחירה חשאית את שני חברי הכנסת שיכהנו כחברי הוועדה; הם יכהנו כל עוד הם חברי הכנסת, ואם תמה כהונת הכנסת - עד שהכנסת החדשה תבחר חברים אחרים במקומם והכל בכפוף להוראות חוק הכנסת.

נראה כי המחוקק לא נתן דעתו על המקרה החריג שבפנינו, אך הוראות החוק הן ברורות והפרקטיקה והמנהג ניגפים בפני חוק מפורש של הכנסת. לדידי, די בטעם זה כדי לדחות את העתירה, ומבלי לקבוע מסמרות בנושא המנהג החוקתי כמקור משפטי מחייב.

3. העתירה הציפה סוגיה חשובה שראוי ליתן לה את הדעת. טוב יעשה המחוקק אם יעגן בחוק בתי המשפט את הפרקטיקה הנוהגת עליה עמדנו לעיל. כך נעשה בתיקון מס' 74 משנת 2014, במסגרתו נוסף סעיף 6 (א3) לחוק, על מנת להבטיח ייצוג נשי בוועדה:

א3. לפחות אחד מנציגי שופטי בית המשפט העליון בוועדה, לפחות אחד מנציגי הממשלה בוועדה, לפחות אחד מנציגי הכנסת בוועדה ולפחות אחד מנציגי לשכת עורכי הדין בוועדה יהיו נשים;

אציין כי בהקשרים אחרים, המחוקק נתן דעתו על כך שיש להבטיח ייצוג הולם לאופוזיציה. כך, סעיף 13ד(א) לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, תשי"א-1951 קובע סוגי מקרים בהם חברי כנסת יהיו נתונים "לשיפוטה של ועדת האתיקה" וסעיף 13ד(ב)(1) לחוק זה קובע כלהלן:

ועדת האתיקה תהיה של ארבעה חברי הכנסת שימנה יושב ראש הכנסת, למשך תקופת כהונתה של אותה כנסת, בהתחשב, בין השאר, בהרכב הסיעתי של הכנסת, שניים מהם חברים בסיעות הקואליציה ושניים מהם חברים בסיעות האופוזיציה; יושב ראש הכנסת יקבע את היושב ראש של ועדת האתיקה, מבין חבריה;

המחוקק דאג אפוא כי ועדת האתיקה לא תורכב רק מחברי כנסת המשתייכים לקואליציה, על מנת להבטיח את העצמאות ואי התלות של ועדה זו. אם כך לגבי ועדה פנימית מעין שיפוטית של הכנסת, קל וחומר לגבי הוועדה למינוי שופטים, שהרכבה נועד להבטיח את עקרון העצמאות ואי התלות שעליה ניצבת המערכת המשפטית כולה. ואכן, חשיבות הדבר לא נעלמה מעיניהם של חברי כנסת בעבר, שבכל אחת מארבע הכנסות האחרונות הניחו הצעת חוק פרטיות על מנת לעגן פרקטיקה זו בחוק. איננו צריכים להרחיק עדותנו. שרת המשפטים דהיום, איילת שקד, הייתה ערה לחשיבות עקרון זה עוד בהיותה חברת כנסת ואפנה להצעת החוק הפרטית שהגישה בשעתו עם חבר הכנסת יריב לוי (פ/19/1994). בהצעת החוק הפרטית, ככל שהיא מתייחסת לנציגי הכנסת, מוצע כי "אחד יהיה נציג סיעות הקואליציה ואחד נציג סיעות האופוזיציה", ובדברי ההסבר לתיקון המוצע נכתב:

"מוצע לעגן בחוק באופן מחייב את הנוהג לפיו נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים נבחרים האחד מתוך שורות הקואליציה והאחד מתוך שורות האופוזיציה, על מנת להבטיח כי גם בחירת נציגי הכנסת תשקף את מגוון ההשקפות הרווחות בציבור כפי שהן באות לידי ביטוי בהרכבה הנבחר של הכנסת" (ההדגשה הוספה – י.ע).

למצער, טוב תעשה הכנסת אם תעגן את הנוהג הקיים בתקנון הכנסת, שם ניתן ייצוג לחברי סיעות האופוזיציה במסגרות שונות של הפעילות הפרלמנטרית.

ש ו פ ט

כחברי השופט נ' הנדל אף אני סבור כי דין העתירה להידחות על הסף מחמת השיהוי שנפל בהגשתה. לפיכך, לא ראיתי להידרש לשאלה כבדת המשקל בדבר מקומו של המנהג החוקתי כמקור משפטי מחייב בשיטתנו המשפטית ואף לא לקבוע מהם התנאים המקדמיים ההכרחיים להתגבשותו. זאת הגם ששותף אני להשקפתם של חבריי כי הפרקטיקה הנוהגת בכנסת שלפיה זו בוחרת נציג מסיעת קואליציה ונציג מסיעת אופוזיציה לחברות בוועדה לבחירת שופטים היא ראויה ומשרתת תכליות משטריות בעלות חשיבות. על כן, גם להשקפתי, ומבלי להכריע בשאלה אם חל מנהג חוקתי בכלל ובנסיבות המקרה בפרט, ראוי שהכנסת תפעל להסדרת הנושא בצורה מפורשת.

אין צריך לומר כי בהיעדר הסדרה כאמור הרי שכל שבבחירות הבאות לוועדה לבחירת שופטים לא תבחר הכנסת נציג מסיעות האופוזיציה, טענות כל הצדדים שמורות להם.

ש ו פ ט

הוחלט לדחות את העתירה ללא צו להוצאות כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ה' בשבט התשע"ז (1.2.2017).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט