



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4956/20

בג"ץ 4980/20

בג"ץ 4989/20

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופטת ד' ברק-ארז
כבוד השופטת ע' ברון

העותרת בבג"ץ 4956/20: התנועה למען איכות השלטון בישראל

העותר בבג"ץ 4980/20: עו"ד משה שפירא

העותרת בבג"ץ 4989/20: משמר הדמוקרטיה הישראלית

נ ג ד

המשיבים בבג"ץ 4956/20: 1. כנסת ישראל
2. הוועדה לבחירת שופטים
3. שר המשפטים, יו"ר הוועדה לבחירת שופטים
4. היועץ המשפטי לממשלה
5. חה"כ אסנת הילה מארק
6. חה"כ צבי האוזר
7. סיעת הליכוד
8. סיעת כחול לבן

המשיבים בבג"ץ 4980/20: 1. הכנסת
2. יו"ר הכנסת
3. יו"ר מפלגת הליכוד, ח"כ בנימין נתניהו
4. יו"ר מפלגת כחול-לבן, ח"כ בנימין גנץ
5. היועץ המשפטי לממשלה

המשיבים בבג"ץ 4989/20: 1. הכנסת ה-23
2. ח"כ אסנת הילה מארק
3. ח"כ צבי האוזר
4. הוועדה לבחירת שופטים
5. שר המשפטים, ח"כ אבי ניסנקורן
6. היועץ המשפטי לממשלה
7. סיעת הליכוד בכנסת ה-23
8. סיעת כחול-לבן בכנסת ה-23

עתירות למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: כ"ב באב התש"ף (12.08.2020)

בשם העותרת בבג"ץ 4956/20: עו"ד ד"ר אליעד שרגא, עו"ד תומר נאור
ועו"ד הידי נגב

בשם העותר בבג"ץ 4980/20: עו"ד משה שפירא ועו"ד אבי קריצברג

בשם העותרת בבג"ץ 4989/20 :
 עו"ד יובל יועז, עו"ד אביגדור פלדמן
 ועו"ד אוהד שפק

בשם המשיבה 1 בבג"ץ 4956/20
 ובבג"ץ 4989/20 והמשיבות 2-1
 בבג"ץ 4980/20 :
 עו"ד אביטל סומפולינסקי

בשם המשיבים 4-2 בבג"ץ 4956/20,
 המשיב 5 בבג"ץ 4980/20 והמשיבים
 6-4 בבג"ץ 4989/20 :
 עו"ד יונתן ברמן ועו"ד סיון דגן

בשם המשיבים 5 ו-7 בבג"ץ
 4956/20, המשיב 4 בבג"ץ 4980/20
 והמשיבים 2 ו-7 בבג"ץ 4989/20 :
 עו"ד אבי הלוי ועו"ד מיכאל ראבילן

בשם המשיבים 6 ו-8 בבג"ץ
 4956/20, המשיבים 3 ו-8 בבג"ץ
 4989/20 והמשיב 4 בבג"ץ 4980/20 :
 עו"ד ערן מרינברג ועו"ד מתן שמעון

פסק-דין

השופט י' עמית:

1. שלוש העתירות שלפנינו נסכות על החלטת הכנסת מיום 15.7.2020 כי נציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים (להלן: הוועדה) יהיו המשיבים 5 ו-6. השניים נבחרו ביום 15.7.2020 בהצבעה חשאית שאלה היו תוצאותיה: חה"כ האוזר (המשיב 6) – 67 קולות; חה"כ מארק (המשיבה 5) – 56 קולות; חה"כ אלהרר – 47 קולות; וחה"כ שקד – 43 קולות.

בשלוש העתירות נתבקש בית משפט זה להכריז על בטלות ההחלטה בשל קיומו של מנהג חוקתי מחייב, לפיו על הכנסת לבחור לוועדה לפחות נציג אחד המשותף לסיעות האופוזיציה. העתירות מתבססות בעיקרן על פסק הדין בבג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017) (להלן: עניין אבירם).

בשתיים מהעתירות (בג"ץ 4956/20 ובג"ץ 4989/20) התבקש סעד נוסף של הכרזה על בטלות סעיף 26 בהסכם הקואליציוני שנכרת בין המשיבות 7-8 (סיעת הליכוד וסיעת כחול לבן) שבמסגרתו הוסכם על זהותם של המשיבים 5 ו-6 כנציגי הכנסת בוועדה.

2. העתירות מעלות את השאלות הבאות: האם הוכח מנהג חוקתי מחייב כנטען על ידי העותרים; האם הוכח מנהג חוקתי מחייב בנסיבות של ממשלת חילופים/ממשלה

פריטטית כמו הממשלה דנן; ובהנחה שהתשובה לשתי השאלות הראשונות היא חיובית – האם מנהג חוקתי זה ניתן לאכיפה? ומה הסעד הראוי בהתחשב, בין היתר, בכך שמדובר בהחלטה שהיא פרי בחירה ישירה וחשאית של חברי הכנסת?

אדון להלן בשאלות אלה, ולא אדרש לאמירות והתבטאויות כאלה ואחרות שאליהן התייחסו חלק מהעותרים, באשר אלו אינן עומדות במוקד דיוננו.

על המנהג החוקתי

3. בפסק הדין בעניין אבירם נדונה חברותו של חבר הכנסת אילטוב, שנבחר לוועדה בעת סביעתו הייתה באופוזיציה, אך לאחר מכן הצטרפה לקואליציה. העתירה שם נדחתה על הסף בשל השיהוי בהגשתה, אך בפסק הדין פרש השופט נ' הנדל יריעה רחבה בנושא המנהג החוקתי. לאחר שסקר את הפסיקה בנושא, עמד השופט הנדל על שלושה מבחנים מצטברים להוכחת קיומו של מנהג חוקתי, והם: האם המנהג קיים בפרקטיקה; קיומה של "תודעת חיוב"; ומבחן נורמטיבי הבודק את הרציונל שבבסיס הפרקטיקה. לא אחזור על הדברים, והקורא מוזמן לעיין שם.

החשוב לענייננו, שפסק הדין בעניין אבירם לא הכריע בשאלה אם דוקטרינת המנהג החוקתי נוהגת במשפט הישראלי, וסוגיה זו נותרה בצריך עיון: "איני סבור כי זהו המקרה בו יש לפסוק לראשונה בסוגית תוקפו המחייב של מנהג חוקתי" (שם, פסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל); "לא ראיתי להידרש לשאלה כבדת המשקל בדבר מקומו של המנהג החוקתי כמקור משפטי מחייב בשיטתנו המשפטית, ואף לא לקבוע מה הם התנאים המקדמיים ההכרחיים להתגבשותו" (שם, פסק דינו של השופט פוגלמן).

מכאן, שאין בסיס לנקודת המוצא של העותרים בעתירות שלפנינו, כביכול פסק הדין בעניין אבירם הכריע באופן פוזיטיבי בדבר קיומו של מנהג חוקתי מחייב כאחד ממקורות המשפט. ממילא לא נקבע שהוכח קיומו של מנהג חוקתי מחייב שלפיו אחד משני נציגי הכנסת בוועדה צריך להיות מהאופוזיציה. עם זאת, השופט הנדל ציין בפסק דינו כי ככל שבעתיד לא ימונה נציג מהאופוזיציה, תעמוד בפני הכנסת "משוכה משפטית רצינית". דברים אלה אינם מגיעים כדי "התראת בטלות" כטענת חלק מהעותרים, והשופט הנדל עצמו סייג את דבריו בציינו כי "כך או אחרת, היה ויוחלט לסטות מנוהג זה, טענות הצדדים שמורות להם". מכל מקום, משנתלו העותרים על אותה "משוכה משפטית", נמשיך אנו בדרכנו.

האם הוכח קיומו של מנהג חוקתי לפיו אחד מחברי הכנסת בוועדה יהיה מהאופוזיציה?

4. העותרים הסתמכו בעניין זה על פסק הדין בעניין אבירם, ולא אחד כי ניתן להבין את טענתם שהוכח קיומו של מנהג חוקתי כאמור. זאת, לאור דברים שנאמרו בעניין אבירם, שמהם עולה כי נקודה זו לא הייתה במחלוקת:

"האם בחירת נציג מטעם הכנסת לוועדה, השייך לסייעות האופוזיציה, היא פרקטיקה מושרשת? אין מחלוקת בקרב הצדדים על קיומה של פרקטיקה מושרשת ועקבית, לפיה בעת הבחירות לוועדה נבחר לפחות חבר כנסת אחד המשתייך לסייעות אופוזיציה. פרקטיקה זו נשמרת ברצף, וללא יוצא מן הכלל, למן שנת 1990.

[...] מרשימה ומפתיעה העובדה שאין מחלוקת בקרב הצדדים על דבר קיומו של נוהג לבחור לוועדה לפחות חבר כנסת אחד מסייעות האופוזיציה (נוהג המכונה 'הסכמה בלתי פורמלית' על ידי המשיבים ו'מנהג חוקתי' על ידי העותרים) (שם, פסקאות 7 ו-8 לפסק דינו של השופט הנדל).

[...] ולא בכדי נוצרה לאורך השנים מעין מוסכמה חוקתית, כי הבחירות בכנסת לבחירת הנציגים לוועדה, תיערכנה באופן שלפחות אחד מתוך שני הנציגים ישתייך לאופוזיציה [...] זו הפרקטיקה הנוהגת וזה גם המצב הנורמטיבי הראוי, כפי שאישר בפנינו בא כוח הכנסת" (שם, פסקה 1 לפסק דיני) (הדגשות הוספו – י"ע).

אלא שמתברר כי מה שלכאורה לא היה שנוי במחלוקת בעניין אבירם, לאמיתו של דבר שנוי עד מאוד במחלוקת. הכנסת טענה בתגובתה ובדיון שבפנינו, כי בעניין אבירם השאלה לא נתלבנה מאחר שהמחלוקת התמקדה בשאלת חובת חבר הוועדה לפרוש ממנה אם סיעתו עברה מהאופוזיציה לקואליציה. אך כעת, משהונחה לפתחנו השאלה בטהרתה, בחינת העובדות מצביעה על כך שלא התגבש מנהג חוקתי כפי שנטען על ידי העותרים.

5. עודנו באים לבחון שאלה זו, נקדים הערה טרמינולוגית: השימוש במונחים פרקטיקה, נוהג, מנהג חוקתי או מוסכמה חוקתית, שימשו בעניין אבירם בערבוביה. שלושת ביטויים אלה ניתן לסווג מהקל אל הכבד: פרקטיקה בחיי המעשה מביאה לנוהג, שהוא דרך התנהגות רווחת ומקובלת; והנוהג יכול בתורו להתגבש לכדי מנהג, שהוא כלל משפטי עצמאי, נורמה משפטית העומדת בפני עצמה. הערת מינוח זו באה מתוך

מאמרו של שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבורי" 199 קלינגהופר על המשפט הציבורי
376, 375 (יצחק זמיר עורך, 1993) (להלן: שטרית), ונביא דברים בשם אומרם:

"המנהג מתפתח בהדרגה. תחילה זוהי פרקטיקה או פעולה חוזרת מטעמי נוחיות או הרגל, ואלה מתפתחים לנוהג, דהיינו: הנחה שיפעלו בדרך מסוימת כאשר עושים פעולה פלונית. ולבסוף, אותה דרך התנהגות הופכת למנהג, דהיינו: לנורמה משפטית עצמאית המחייבת את הנפשות הפועלות, וזאת לאחר שהתמלאו יסודות המנהג: תחושת חובה, מימד הזמן והתמדה. לכשנתמלאו התנאים, המנהג הופך נורמה משפטית עצמאית בעלת כוח מחייב משל עצמה".

ענייננו-שלנו מתמקד בראש הסולם שהוא המנהג החוקתי או המוסכמה החוקתית
(קונבנציה – convention).

6. כפי שעולה מתגובת הכנסת, מאז קום המדינה ועד לשנת 1992, משך כארבעים שנה, שני נציגי הכנסת שנבחרו לוועדה היו מסיעות הקואליציה. רק משנת 1992, החל מהכנסת ה-13 ועד הכנסת ה-18, אחד משני נציגי הכנסת בוועדה היה מהאופוזיציה. בהמשך, בכנסת ה-19, שני נציגי הכנסת בוועדה היו מהאופוזיציה, ואילו בכנסת ה-20 חזר הנוהג לפיו אחד מהנציגים הוא מהאופוזיציה (פסק הדין בעניין אבירם התייחס לסיטואציה שנוצרה בכנסת זו, לאחר שסיעת האופוזיציה הצטרפה לקואליציה). בכנסת ה-21 ובכנסת ה-22 לא נבחרו נציגים לוועדה.

7. ניתן אפוא לומר כי במשך כעשרים וחמש שנים נוצרה פרקטיקה של חבר אחד בוועדה מהקואליציה וחבר אחד בוועדה מהאופוזיציה, אולם כאשר בוחנים את הדברים מקרוב, קשה לומר שפרקטיקה זו הגיעה כדי נוהג, בוודאי שלא כדי מנהג חוקתי. הפרקטיקה המתוארת לעיל החלה בכנסת ה-13 אך למעשה הסתיימה בכנסת ה-17. בכנסות ה-13-17, שני חברי הכנסת שנבחרו ייצגו את שני הגושים הפוליטיים המרכזיים, האחד מגוש הימין (לרוב מסיעת הליכוד) והשני מסיעת גוש השמאל-מרכז (מסיעת העבודה או מרצ). בכנסת ה-18 חל שינוי של ממש בפרקטיקה, כאשר שני נציגי הכנסת בוועדה נבחרו מאותו גוש אידיאולוגי, הגם שאחד מהם השתייך לאופוזיציה (חבר הכנסת אורי אריאל מסיעת האיחוד הלאומי). כך אירע גם בכנסת ה-20, שעה שנבחר חבר הכנסת אילטוב מסיעת ישראל ביתנו, שהחלה את דרכה באופוזיציה ובהמשך עברה לקואליציה. הדבר מעיד על כך שהקואליציה היא שבחרה למעשה את המועמד

מהאופוזיציה, וכך נבחר מועמד שלא השתייך לסיעת האופוזיציה הגדולה ביותר, ויש להניח כי גם לא היה מוסכם על האופוזיציה.

השינוי בפרקטיקה לא חמק מעיני חברי הכנסת, כפי שעולה מדבריה של חברת הכנסת ציפי לבני במליאת הכנסת, במהלך דיון מוקדם בהצעת חוק שהגישה, שבה ביקשה לעגן בחוק מינוי של חבר כנסת אחד מקרב האופוזיציה:

“אני מאמינה גדולה בנוהג [...] חשבתי שלא צריך חקיקה בהתחלה [...] כשהמשלה הזאת עוברת שלב אחרי שלב ורומסת גם את הנוהג הזה, ההגון הזה, הראוי הזה, הישר הזה, צריך חקיקה [...] עכשיו זה לא בא בבת-אחת. זה התחיל כי בעבר גם האופוזיציה שבדרך כלל הייתה לה נציגות, הייתה, בוא נקרא לזה, המפלגה שהייתה הרוב בקרב האופוזיציה. בכל זאת, היא מייצגת את הרוב בתוך האופוזיציה [...] ככה, לפני כמה כנסות, זכה אורי אריאל בבחירה מטעם האופוזיציה, לכאורה” (ישיבה מס’ 212 מיום 1.3.2017) (הדגשה הוספה – י”ע).

בכנסת ה-18 והכנסת ה-20 חל אפוא שינוי בפרקטיקה, ועל רקע זה ציינתי בפסק דיני בעניין אבירם כי “איני נדרש לשאלה אם כל מפלגה שאינה בקואליציה נחשבת ‘אוטומטית’ כמפלגת אופוזיציה לצורך נציגות בוועדה” (שם, פסקה 2 לפסק דיני). לכך יש להוסיף כי בכנסת ה-19 בחרה הכנסת לוועדה באופן חריג שני נציגים מהאופוזיציה.

8. הנה כי כן, עומדות רגלינו כיום בכנסת ה-23, כאשר רק בחמש הכנסות 13-17, נהגה הכנסת על פי הפרקטיקה של נציג מהאופוזיציה המשתייך לגוש היריב. הכרה בנוהג חוקתי בנושא העומד לפנינו יכולה היתה לשלול את הפרקטיקה שהתפתחה החל משנת 1992, שהרי אם עד לאותו מועד התגבש נוהג חוקתי לפיו שני הנציגים בוועדה הם מקרב סיעות הקואליציה, הרי שיכול היה העותר ההיפותטי לטעון בשנת 1992 כי בכנסת ה-13 הנוהג החוקתי הופר בכך שנבחר חבר אופוזיציה כאחד משני הנציגים.

רוצה לומר, כי קשה להצביע על פרקטיקה עקבית ואחידה לאורך עשרות שנים, כך שאין לפנינו נוהג חוקתי ששורשיו עמוקים עד כדי כך שהפך ל”מוסכמה חוקתית” שאיננה ניתנת לעקירה.

למרות זאת, ולצורך הדיון בלבד, אני נכון להניח שפרקטיקה זו – הגם שאינה כה ותיקה ומושרשת והגם שבכנסת ה-18 הפסיקו למעשה לנהוג על פיה – הפכה

בראייתם של חברי הכנסת לנוהג. אך האם נוהג זה התגבש לכדי מנהג חוקתי מחייב? בנקודה זו נפנה אל המסגרת הנורמטיבית ולהיסטוריה החקיקתית.

ההיסטוריה החקיקתית והמסגרת הנורמטיבית

9. בתקופת המנדט הבריטי מונו שופטי בית המשפט העליון והשופטים בבתי המשפט השונים על ידי הנציב העליון. החל משנות השלושים של המאה העשרים פעלה ועדת מינויים שהמליצה לנציב העליון על המינויים לבתי המשפט, שהורכבה משלושה שופטי בית המשפט העליון (גיא לוריא הוועדה לבחירת שופטים 17 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, אוגוסט 2019)).

בשנת 1953 נחקק חוק השופטים התשי"ג-1953 (להלן: חוק השופטים), שבמסגרתו הוקמה הוועדה במתכונתה הנוכחית הכוללת תשעה חברים. בשנת 1984 עוגן הסדר זה בסעיף 4(ב) לחוק יסוד: השפיטה הקובע כלהלן:

מינוי שופטים

4. (א) [...]

(ב) הוועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה; שר המשפטים יהיה יושב ראש הוועדה.

חוק נוסף הרלוונטי לענייננו הוא סעיף 6 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), הקובע כלהלן:

הוועדה לבחירת שופטים

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, התשנ"ד-1994;

(2) המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין תבחר את נציגיה בבחירה חשאית; הם יכהנו תקופה של שלוש שנים;

(3) שני שופטי בית המשפט העליון יכהנו תקופה של שלוש שנים;

(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;
(4) הרכב הוועדה יפורסם ברשומות.

10. המנהג חל בהיעדרו של חוק, אך "הפרקטיקה והמנהג ניגפים בפני חוק מפורש של הכנסת" (עניין אבירם, פסקה 2 לפסק דיני; שטרית עמ' 385). אולם, כפי שציין עו"ד פלדמן במהלך הדיון בפנינו, גם כאשר יש חוק שמסדיר נושא מסוים, עדיין יש מקום למנהג שיכול לצמוח בין חריציו של החוק.

על כך אין חולק, אך דומה שההסדר החוקתי הנוגע לבחירת נציגי הכנסת לוועדה אינו מותיר חרך שדרכו יכול המנהג הנטען להכות שורש ולצמח גזע וענף. המדובר בהסדר שלם המעוגן כאמור בחוק יסוד: השפיטה ובחוק בתי המשפט, שאינו קובע חובת ייצוג לאופוזיציה. לא למותר להפנות לסעיף 23(1) לחוק יסוד: השפיטה, שבו נקבע כי "בענינים אלה ייקבעו הוראות בחוק: (1) דרכי הבחירה של חברי הוועדה לבחירת שופטים, ומשך כהונתם". הוראה זו מקשה עוד יותר על האפשרות להכיר במנהג הנטען.

לכך יש להוסיף כי בחירת נציגי הכנסת לוועדה נעשית בהצבעה חשאית, מה שמצביע על כך שהמחוקק ביקש להבטיח את עצמאות שיקול הדעת של חברי הכנסת. בהקשר זה לא למותר להזכיר את סעיף 62(ב)(3) לתקנון הכנסת הקובע כלהלן:

"כל אחד מחברי הכנסת, שאינו שר או סגן שר, רשאי להציע את מועמדותו לוועדת מינויים, למעט ועדת המינויים לקאדים-מד'הב, ואולם, לעניין הוועדה לבחירת קאדים, רשאי להציע את מועמדותו רק מי שחבר במפלגה אחרת מהמפלגה שבה חבר נציג הממשלה או נציג הכנסת בוועדה".

המנהג החוקתי הנטען על ידי העותרים עומד אפוא בסתירה להוראה תקנונית זו המאפשרת לכל אחד מחברי הכנסת, למעט שר או סגן שר, להעמיד את עצמו לבחירה ללא קשר להשתייכותו הסייעתית לקואליציה או לאופוזיציה.

11. זאת ועוד. במסגרת תיקון מס' 74 מחודש ינואר 2014, נוסף סעיף 6(א3) לחוק בתי המשפט כמצוטט לעיל, אשר קובע חובת ייצוג הולם לנשים בוועדה. על פי הוראה זו, לפחות אחד הנציגים של כל ארבעת הגופים החברים בוועדה (שופטים, ממשלה, חברי כנסת, לשכת עורכי הדין) חייב להיות אשה. בעקבות התיקון לחוק, נקבע בסעיף

62(ד)(7)(ג) לתקנון הכנסת מנגנון להבטחת הייצוג הנשי בוועדה במצב שבו בסבב הבחירה הראשון נבחרו שני גברים.

משבחר המחוקק לתקן את נושא הייצוג הנשי בוועדה ונמנע מלעשות כן לגבי הייצוג של האופוזיציה בוועדה, הרי ששתיקתו בנושא זה היא שתיקה רועמת (והשוו לבג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455, 468 (2001) (להלן: עניין וייס)), שם נקבע כי לא הוכח קיומו של מנהג חוקתי המצמצם את סמכויותיה של ממשלה יוצאת לסמכויות שוטפות בלבד. בית המשפט נתן שם משקל לעובדה שהכנסת נמנעה מלהכניס בחוק יסוד: הממשלה החדש שינוי פורמאלי בסמכויותיה של הממשלה היוצאת).

12. העדר הסדר חקיקתי לגבי ייצוג האופוזיציה בוועדה, בולט גם על רקע הסדרים אחרים בחקיקה. כך, בסעיף 13 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, נקבע כי ועדת האתיקה תמנה שני חברי כנסת מהקואליציה ושניים מהאופוזיציה. בסעיף 66 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994 נקבע כי "לא יפעל שדלן בכנסת אלא בהיתר מאת הוועדה", והוועדה מוגדרת בסעיף 65 לאותו חוק כ"ועדה שחבריה הם יושב ראש הכנסת, והוא יהיה היושב ראש, ושני סגנים ליושב ראש, אחד מסיעות הקואליציה ואחד מסיעות האופוזיציה".

ובהקשר בו עסקינן, של ייצוג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, נצביע על סעיף 62(ד)(1) לתקנון הכנסת. שם נקבע כי יושב ראש הכנסת יודיע לכנסת על הרכב ועדת הקלפי שמינה לשם בחירת נציגי הכנסת לוועדה, ואלה יכללו "ארבעה חברי הכנסת שאינם מועמדים באותן בחירות, שניים מסיעות הקואליציה ושניים מסיעות האופוזיציה".

עינינו הרואות כי הן המחוקק והן תקנון הכנסת ידעו לומר במפורש באילו מקרים יש להבחין בהשתייכותו של חבר הכנסת לקואליציה או לאופוזיציה.

13. הקושי הכרוך בטענה לקיומו של מנהג מתחדד לאור סקירת ההיסטוריה החקיקתית, שממנה עולה כי חברי הכנסת יצאו מנקודת הנחה שהנציגים של הכנסת בוועדה יהיו מתוך הקואליציה. כך עולה מהדיונים שנערכו לקראת חקיקת חוק השופטים, ואיני רואה לאזכר את כל הציטוטים המופיעים בתגובתה של הכנסת לעתירות. אסתפק בציטוט מדברי חבר הכנסת מנחם בגין מיום 1.7.1953: "אפשר לקוות כי מנימוקי היגינה ציבורית יסכים הרוב שאחד מהם ייבחר מבין סיעות המיעוט..."; ובדיון מיום

17.8.1953 שאל חבר הכנסת בגין "מדוע צריכים להיות שני נציגים לממשלה? שני נציגי הכנסת יהיו בלאו הכי נציגי הרוב התומך בממשלה".

בדומה, כך עולה מהדיונים שנערכו לקראת חקיקת חוק יסוד: השפיטה, אז הציג חבר הכנסת דוד ליבאי לקבוע שנציג אחד ייבחר מבין סיעות האופוזיציה הגדולות (דיון בוועדת החוקה מיום 1.2.1984). לעמדה זו הצטרף גם חבר הכנסת וירשובסקי. אולם הצעות אלו נדחו, ולכך התייחסה חברת הכנסת שולמית אלוני ביום 28.2.1984, בעת שהכנסת אישרה את חוק יסוד: השפיטה בקריאה השניה והשלישית, בציינה כי: "היתה הצעה שהנבחרים מהכנסת יהיו חבר כנסת אחד מהקואליציה וחבר כנסת אחד מהאופוזיציה. וגם הצעה זו לא נתקבלה...". הדברים מצביעים על כך שהכנסת העדיפה להימנע מלקבוע בחוק שעל אחד משני הנציגים של הכנסת בוועדה להשתייך לאופוזיציה.

14. לסיכום, לאור ההיסטוריה החקיקתית, דומה כי יש קושי להכיר במנהג חוקתי שהיכה שורש לצד ההסדר החקיקתי הקיים בחוק יסוד: השפיטה ובחוק בתי המשפט, כמו גם ההסדר בתקנון הכנסת.

האם קיימת "תודעת חיוב"?

15. גם הרכיב של "תודעת חיוב" ביחס למנהג החוקתי הנטען מעורר שאלות.

לאחר שניתן פסק הדין בעניין אבירם, ונוכח קריאת בית משפט זה לכנסת להסדיר את ייצוג האופוזיציה בוועדה, הוגשו לא פחות מ-12 הצעות חוק לשינוי חוק יסוד: השפיטה, הצעות שביקשו לעגן חובה חוקתית לבחור נציג אחד המשתייך לסיעת האופוזיציה (נספח מ/ש/17 לתגובת הכנסת). מדברי ההסבר להצעות החוק עולה כי לפחות חלק מהמציעים גרסו שאין כיום פרקטיקה מחייבת, או שבשנים האחרונות חלו שחיקה או שינוי בפרקטיקה או בנוהג, ועל כן יש לעגנו בחקיקה. דומה כי בדחיית הצעות חוק אלה, אחת מהן ממש ערב ההחלטה מושא העתירות דנן, הביעה הכנסת את דעתה כי אין מקום לקבוע כלל מחייב של בחירת נציג מהאופוזיציה, מה שמחליש עד מאוד את הפרמטר של "תודעת חיוב" לקיומו של נוהג חוקתי.

16. זאת ועוד. לפי מצוות המחוקק, בחירת נציגי הכנסת לוועדה נעשית בהצבעה חשאית של חברי הכנסת. מנגנון זה מלמד כי המחוקק ביקש להבטיח את עצמאות שיקול הדעת של חברי הכנסת, ולאפשר לכל חבר כנסת לבחור לפי מיטב שיקול דעתו ומצפונו.

הטענה המועלית כעת, ולפיה יש להגביל את מרחב שיקול הדעת של חברי הכנסת דהיום, בשל בחירת קודמיהם, אינה מתיישבת עם מנגנון בחירה זה. ובמילים אחרות, הטענה לקיומה של "תודעת חיוב" של הכנסת, שמכוחה הגבילה הכנסת לעתיד את מרחב שיקול דעתו של כל אחד מחברי הכנסת הנדרש להצביע לפי מצפוננו, טומנת בחובה קושי של ממש.

הממשלה והקואליציה הנוכחית

17. אפילו היו העותרים צולחים את כל המשוכות ומגיעים ל"משוכה המשפטית" שהציב השופט הנדל בעניין אבירם, הרי שלא זה המקרה שבו ניתן היה להגביה את אותה משוכה עד כדי חסימת הדרך, כפי שביקשו העותרים. זאת, מאחר שאיננו נמצאים בסיטואציה רגילה של קואליציה-אופוזיציה, אלא במציאות פוליטית ייחודית של ממשלת אחדות, של ממשלה פריטטית, ממשלת חילופים (רוטציה), כאשר הקואליציה עצמה מורכבת משני גושים שאינם מבטאים גוון אחד של עמדת הרוב. ובקיצור, הקואליציה הנוכחית אינה כמו הקואליציה בכנסות 13-20.

בעבר, בשתי ממשלות האחדות הקודמות, שני חברי הכנסת מהקואליציה שנבחרו לוועדה ייצגו את שני הגושים הפוליטיים שהרכיבו בשעתו את הממשלה. כך, בכנסת ה-11 שכינה בשנים 1984-1988, הוקמה ממשלת אחדות לאומית שהתבססה על רוטציה בראשות הממשלה (בין שמעון פרס ויצחק שמיר). שני נציגי הכנסת בוועדה היו חבר הכנסת דוד ליבאי מהמערך וחבר הכנסת דב שילנסקי מהליכוד. בכנסת ה-12 שכינה בשנים 1988-1992 הוקמה גם כן ממשלת אחדות (שבאה לקיצה כעבור פחות משנתיים), ושני נציגי הכנסת בוועדה היו חבר הכנסת דוד ליבאי מהמערך וחבר הכנסת יגאל ביבי מהמפד"ל.

18. העותרים לא הוכיחו קיומו של מנהג חוקתי הרלוונטי לממשלה כמו הממשלה הנוכחית והממשלות בכנסות 11-12. אדרבה, משתי כנסות אלה ניתן ללמוד על ניצני פרקטיקה שלפיה נציגי הכנסת נבחרים מבין שני הגושים שמרכיבים את הקואליציה. פרקטיקה זו הגיונה בצידה לאור מספר חברי הכנסת שהרכיבו את ממשלת האחדות בשתי כנסות אלה – 97 חברי כנסת.

בעניין אבירם עמדתי על כך ש"אחד התנאים הנדרשים על מנת להבטיח עצמאות ואי-תלות של השופטים בישראל, הוא שארבעת נציגי הרשות המחוקקת והמבצעת לא יהיו עשויים מקשה אחת" (שם, פסקה 1 לפסק דיני). כאשר כל אחד משני חברי הכנסת

שנבחרו מייצג גוש אחר ממרכיבי הקואליציה בממשלת אחדות, לא ניתן לומר שנציגי הרשות המחוקקת והמבצעת עשויים מקשה אחת. הדבר נכון במקרה דנן הן לחברי הכנסת שנבחרו (המשיבים 5 ו-6) והן לנציגי הרשות המבצעת. על פי ההסכם הקואליציוני, שר המשפטים הוא מסיעת כחול לבן והשר השני (שרת התחבורה) הוא מסיעת הליכוד, ולכל אחד מהם זיקה לראש הממשלה או לראש הממשלה החלופי. מכאן, שהחלטה מושא העתירות שלפנינו, אינה סוטה למעשה מהעיקרון שבבסיס המנהג החוקתי הנטען של ייצוג ה"גושים" הפוליטיים השונים בוועדה.

המנהג החוקתי – האם מחייב ?

19. בבג"ץ 849/00 שפ"נ' שר המשפטים, פ"ד נו(5) 571, 576 (2002) (להלן: עניין שפ"נ) נדונה השאלה אם יש בכוחו של המנהג לחייב את הנשיא לקצוב עונש מאסר של מי שנדונו למאסר עולם. השופט (כתוארו אז) חשין הביע בדעת יחיד את דעתו כי "עוצמתו [של המנהג – י"ע], ככל שיש בו עוצמה, תמצא את ביטויה בשוליים: בכללי פרשנות או כממלאת חלל במקרי חירום". מכל מקום, השאלה אם בשיטתנו המשפטית המנהג או המוסכמה החוקתית הוא מקור משפטי ליצירת דין חוקתי מחייב נותרה בצריך עיון בעניין אבירם, בעניין וייס, ובהרכב של תשעה שופטים בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' ניר זוהר, פ"ד סד(2) 421 (2010) (להלן: עניין זוהר).

נוכח המסקנה אליה הגענו, ולפיה קיים קושי להכיר במנהג חוקתי המחייב בחירת נציג מהאופוזיציה לוועדה, בוודאי שאין מקום כי נכריע בהרכב זה בשאלה שנתרה עד היום בצריך עיון.

20. זאת ועוד. שאלת כוחה המחייב של המוסכמה החוקתית נדונה בעניין וייס בנוגע לסמכויותיה של ממשלה יוצאת; בעניין זוהר בנוגע לשיקול דעתו של שר המשפטים בבואו לצרף חתימת קיום להחלטת חנינה של הנשיא; ובבג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (9.6.2009) בנוגע לשאלה אם ראש הממשלה יכול למלא, בנוסף לתפקידו כראש הממשלה, גם תפקידים של שר.

אך לא דומה אכיפת מוסכמה חוקתית כנורמה מחייבת על הרשות המבצעת, כאכיפתה כנורמה מחייבת עד כדי ביטול של החלטה שקיבלה הכנסת בהצבעה חשאית של רוב חברי הכנסת, כפי שמבקשים העותרים.

ודוק: ברי כי לפרקטיקה המקובלת ולנוהג יש משקל של ממש גם בחייה של הכנסת, וסעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת קובע כי "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" (וראו בג"ץ 706/19 סגן יושב ראש הכנסת ח"כ עיסאווי פריג' נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 9 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (28.3.2019)). אך הכרה במנהג חוקתי כמקור משפטי מחייב הגובר גם על החלטה של הכנסת, מנהג שמחייב את חברי הכנסת עצמם, להבדיל מהכנסת כגוף מוסדי, הוא נושא מורכב יותר. זאת, בהינתן כוחה של הכנסת לחוקק חוק שעומד בניגוד למנהג; בהינתן שהדבר עלול לכבול ידיהן של הכנסות הבאות; ובהינתן הריסון השיפוטי וההיקף המצומצם של הביקורת השיפוטית שניתן להפעיל על החלטת רוב חברי הכנסת בנושא שיש בו מאפיין בעל גוון פוליטי. כידוע, ההתערבות בשיקול הדעת של חברי הכנסת מוגבלת למצבים חריגים ולנסיבות קיצוניות (השוו בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת, פסקה 9 (23.3.2020); בג"ץ 2592/20, 2593/20, 2594/20, 2612/20 ו-2609/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 17 (6.5.2020)).

לא אקבע מסמרות בנושא רגיש ומורכב זה, ולא אמרתי דברים שאמרתי, אלא כדי להמחיש עד כמה הסעד שנתבקש על ידי העותרים מרחיק לכת. מה עוד, שהסעד שהתבקש נסמך על נוהג חלש, העומד בניגוד לרצונו של המחוקק כפי שמשתקף בסעיף 6 לחוק בתי המשפט, בניגוד להיסטוריה החקיקתית, ובניגוד לכאורה לרצונם של רוב חברי הכנסת כפי שבא לידי ביטוי בדחייה חוזרת ונשנית של הצעות חוק שהוגשו בנדון.

בנקודה זו אנו מגיעים לשאלת הסעד.

האם ניתן לאכוף את המנהג החוקתי?

21. במהלך הדיון עוררנו את השאלה מה הסעד המעשי או האפקטיבי שהעותרים מבקשים. וכי מבקשים הם לאכוף על חברי הכנסת את המנהג החוקתי הנטען? או שמא ענייננו בסעד הצהרתי גרידא שלפיו על חברי הכנסת לנהוג על פי המנהג החוקתי הנטען (לדעה לפיה הנורמה המשפטית שנוצרה על ידי המנהג אינה אכיפה, ראו שטרית בעמ' 387-389, 395-398).

22. רוב העותרים הציעו כי תיערך הצבעה חוזרת על ידי חברי הכנסת. העותרת בבג"ץ 4956/20 הציעה כפתרון חלופי שחברת הכנסת קארין אלהרר, שזכתה במקום

השלישי במניין הקולות, היא שתיבחר כנציגת הכנסת. ברי כי פתרון זה, שמשנה בדיעבד את כללי המשחק, אינו יכול לעמוד. אך גם עריכת הצבעה נוספת אינה מבטיחה את התוצאה "המנהגית", בהינתן שמדובר בהצבעה חשאית.

כפי שהזכרנו, בעקבות התיקון לחוק בתי המשפט והוספת סעיף 6(א3) המחייב ייצוג נשי בוועדה, נקבע בסעיף 62(ד)(7)(ג) לתקנון הכנסת מנגנון להבטחת הייצוג הנשי בוועדה במצב שבו בסבב הבחירה הראשון נבחרו שני גברים. על פי מנגנון זה, תיערך מיד הצבעה נוספת ו"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".

מנגנון מעין זה או מנגנון אחר, לא קיים בנוגע לייצוג האופוזיציה בוועדה, מה שמצריך את בית המשפט ליצור יש מאין מנגנון להבטחת אכיפתו של המנהג החוקתי הנטען על חברי הכנסת, ונחזור ונזכיר כי בהצבעה חשאית עסקינן. לא למותר לציין כי בחלק מהצעות החוק שביקשו לעגן חובה חוקתית לבחירת נציג מהאופוזיציה, הוצעו גם מנגנונים שונים כדי להבטיח בחירה כאמור, כגון: כי נציג האופוזיציה יהיה מהסיעה הגדולה ביותר באופוזיציה או מוסכם על ידה, או שהקואליציה תבחר את הנציג שלה והאופוזיציה את הנציג שלה. בהיעדר מנגנון או מודל לבחירת נציג מהאופוזיציה, קיים קושי ליצור סעד קונקרטי שיביא לתוצאה המתבקשת על ידי העותרים.

23. זאת ועוד. המצב לפיו חברי הקואליציה בוחרים את נציג האופוזיציה, אינו מקיים את התכליות של שיתוף המיעוט והבטחת אי תלות השופטים שעומדות בבסיס המנהג החוקתי הנטען. אף ניתן להניח כי קיימת אפשרות של ממש שחברי הקואליציה יבחרו כנציג האופוזיציה בוועדה, דווקא את מי שאינו מייצג את רוב חברי האופוזיציה. איננו צריכים להרחיק עדותנו, שהרי כך בדיוק קרה בכנסת ה-18 ובכנסת ה-20 כמתואר לעיל. על מנת שייבחר נציג של האופוזיציה, ראוי לאפשר לאופוזיציה לבחור את נציגה שלה. אלא שהסעד המבוקש על ידי העותרים אינו מקדם את הסעד התכליתי-האמיתי שהם מבקשים, קרי בחירת נציג אשר מייצג את האופוזיציה. בהעדר הסדר כולל ומקיף, הרי שעל מנת להגיע לתוצאה לפיה ייבחר לפחות נציג אחד של האופוזיציה, ובהינתן שהבחירה היא חשאית, יש לחייב את הקואליציה להעמיד לבחירה רק מועמד אחד מטעמה. זאת, בסתירה לסעיף 62(ב)(3) לתקנון הכנסת, הקובע כי כל אחד מחברי הכנסת (למעט שר או סגן שר) רשאי להציע את מועמדותו. נוכח חשאיות הבחירה, אף לא ניתן לחייב את הקואליציה והאופוזיציה להסכים מראש על שני הנציגים שייבחרו מטעמם. ובקיצור, לא ניתן לקבל את הסעד המבוקש בעתירה מבלי לקבוע הסדר מקיף לנוהג

החוקתי הנטען. ואכן, לא בכדי בחלק מהצעות החוק שהוגשו במטרה לעגן את בחירת נציג האופוזיציה לוועדה, הוצע כי חברי האופוזיציה הם שיבחרו את נציגם.

24. לסיכום, יישום אפקטיבי של המנהג החוקתי הנטען מצריך קביעה של מנגנוני הצבעה שאינם קיימים כיום, נושא שברגיל הוא עניין להליכים פנים פרלמנטריים.

ההסכם הקואליציוני

25. לקראת כינון הממשלה בכנסת ה-23, נחתם בחודש אפריל 2020 הסכם קואליציוני בין סיעת הליכוד לבין סיעת כחול לבן להקמת ממשלה פריטטית. כנגד הסכם זה הוגשו מספר עתירות שנדונו על ידי בית משפט זה (בג"ץ 2592/20, 2593/20, 2594/20, 2612/20 ו-2609/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (6.5.2020 ; 27.5.2020) (להלן: עניין הטלת הרכבת הממשלה), ועל כן לא נחזור על עיקרי ההסכם. לענייננו חשוב סעיף 26 להסכם הקואליציוני, הקובע כלהלן:

26. הוועדה למינוי שופטים – נציגי הממשלה בוועדה לבחירת שופטים יהיו שר המשפטים ושר נוסף מגוש הליכוד. הקואליציה תציג חברת כנסת אחת מטעם גוש הליכוד (גב' אסנת הילה מארק) וחברת כנסת אחת מטעם גוש כחול לבן (ח"כ צבי האוזר) לבחירה מבין חברי הכנסת. כל חברי הקואליציה מחוייבים שלא להציג מועמדים נוספים ומחוייבים לבחור באותם שני המועמדים של הקואליציה לאחר אישור החוק הנורבגי בכנסת [...].

העותרים הצביעו על פסק דינה של הנשיאה חיות מיום 6.5.2020 בעניין הטלת

הרכבת הממשלה, שם נאמר:

"אכן, סעיפים 22 ו-26 להסכם מעוררים קושי לא מבוטל נוכח החשיבות שבשיתוף האופוזיציה בתהליך קבלת ההחלטות לצורך הגשמה מלאה של הרעיון הדמוקרטי (ראו ע"מ 1207/15 רוחמקין נ' מועצת העיר בני ברק, פסקאות 8-9 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (18.8.2016); יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217 (2008); בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים, פסקה 19 לפסק דינו של השופט נ' הנדל (1.2.2017)). עם זאת, בשלב זה טרם התקבלה הצעת הוועדה המסדרת להקמת הוועדות הקבועות בהתאם לאמור בסעיף 2 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994, הטעונה אישור מלאת הכנסת. כמו כן, טרם התקיימה

הצבעה חשאית בכנסת לצורך בחירת נציגיה לוועדה לבחירת שופטים כמתחייב מסעיף 6(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. לפיכך, אנו סבורים כי אין מקום לחרוג מהכלל הנוהג עמנו ולפיו לא תופעל ביקורת שיפוטית על מעשי הרשות טרם שאלה התגבשו (בג"ץ 1570/07 עמותת "אומץ" נ' השר לביטחון פנים (25.2.2007) (שס, פסקה 25(ב)).

העותרים טענו כי סעיף 26 להסכם הקואליציוני נוגד את הפרקטיקה הנוהגת והמחייבת ועל כן אינו חוקי, וכי עצם ההסכמה על בחירתם של המשיבים 5-6 כנציגי הכנסת בוועדה, מהווה כבילה אסורה של שיקול הדעת של חברי הכנסת. כבילה מעין זו אסורה לגישתם, באשר היא נוגדת את אחד מעקרונות היסוד של המשפט המנהלי – החובה המוטלת על הרשות המנהלית להפעיל את שיקול דעתה ולשקול את הצורך התמידי בהפעלת סמכותה. מטעם זה הרשות אינה יכולה לכבול מראש את שיקול דעתה ולהתחייב מראש שלא לשנות את החלטותיה.

26. משהצבענו על הקושי להכיר במנהג חוקתי מחייב, הרי שדין טענות אלו להידחות, ואין מקום להחזירן לשולחן הדיונים והפעם דרך ההסכם הקואליציוני. עיקרו של דבר הוא שאיננו עוסקים בשיקול דעת מינהלי אלא בהסכם פוליטי, ו"נראה, כי אין מקום לראות בהתחייבות בהסכם פוליטי ככזו המגבילה, באופן מעשי, את שיקול הדעת של חברי הכנסת" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – רשויות השלטון ואזרחות כרך ב 811-821 (מהדורה שישית, 2005)). לא בכדי, בהסכמים קואליציוניים רבים ניתן למצוא הסכמות בנוגע לחלוקת התפקידים בין המפלגות בוועדות השונות בכנסת.

אלא שהמקרה שלפנינו אכן חריג בכך שזו הפעם, חלוקת התפקידים בין הצדדים להסכם הקואליציוני נעשתה תוך שהצדדים נוקבים בשמותיהם של חברי הכנסת שיאישו את התפקידים. העותרת בבג"ץ 4956/20 טרחה וצירפה 11 הסכמים קואליציוניים שמהם עולה כי הצדדים להסכמים חילקו ביניהם את התפקידים השונים, אך באף אחד מהסכמים אלה לא ניתן לאתר ולו מקרה אחד שבו נקבעה מראש בהסכם זהותו של נציג הכנסת בוועדה.

העובדה שההסכם הקואליציוני נוקב בשמם של המשיבים 5 ו-6, ובכך "מכתיב" לכאורה לחברי הכנסת את דרך הצבעתם, היא אכן חריגה, שמא אף צורמת. אך איני סבור כי יש בכך כדי לבסס התערבות של בית משפט בתוכנו של ההסכם הקואליציוני. נקודת

המוצא היא שבית המשפט נוקט זהירות בכואו לדרוך במגרש הפוליטי, בית המשפט "ינהג באיפוק רב בכואו לבחון הסכם קואליציוני" (עניין הטלת הרכבת הממשלה מיום 6.5.2020 בפסקה 22), וההתערבות בהסכם פוליטי אינה שכיחה כשלעצמה (ע"א 6490/97 אלחג' נ' אבו עקל, פ"ד נג(2) 49, 58 (1999)). במקרה דנן, ניתן להבין את הצורך של הצדדים לעגן ולפרט ככל שניתן את ההסכמות ביניהם, בהינתן נסיבות חתימתו: "ההסכם שבפנינו, כפי שהצהירו הצדדים עצמם, נולד מתוך חוסר אמון הדדי, כקיפודים המתנים אהבים – בחשדנות ובזהירות של האחד מפני קוציו של משנהו" (פסקה 19 לפסק דיני בעניין הטלת הרכבת הממשלה).

אילולא צוק העיתים, ברי כי שני הצדדים להסכם הקואליציוני היו מוצאים עצמם משני עברי המתרס. ההסכם "נתפר" במהודק למידותיהם של הצדדים שביקשו אפוא שלא להתיר לכל סיעה להחליט מי יהיה נציגה בוועדה, אך כידוע, הסכם פוליטי אינו בגדר התחייבות רגילה, אלא "התחייבות-לכשארצה" (כדברי השופט חשין בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995)). כפי שנטען בפנינו, אין למעשה הבדל של ממש בין הסכמה מראש על זהות נציגי הכנסת בוועדה במסגרת ההסכם הקואליציוני, לבין הנחייה שהייתה ניתנת על ידי הצדדים להסכם הקואליציוני עשרה ימים או יום אחד או שעה אחת לפני ההצבעה למי להצביע מבין חברי הכנסת. זו למעשה הפרקטיקה גם לשיטתם של העותרים, שהרי מן הסתם כתוצאה מפרקטיקה זו הגיעו סיעות האופוזיציה והקואליציה להסכמות בנוגע למועמדים בכנסות ה-13-17.

מכל מקום, שמא גם עיקרו של דבר, שההצבעה לבחירת נציגי הכנסת לוועדה היא חשאית, מה שמחליש את הטענה לגבי כבילת שיקול הדעת של חבר כנסת.

המשפט הרצוי

27. בחירת נשיא המדינה, בחירת מבקר המדינה ובחירת נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים – שלוש אלה נעשות בבחירה חשאית של חברי הכנסת. הטעם לדבר הוא החשיבות שמייחס המחוקק להבטחת עצמאות שיקול הדעת של חברי הכנסת בבחירות אלה, ולענייננו, הבחירות החשאיות נועדו להבטיח אי תלות פוליטית של חברי הכנסת בכואם לבחור נציגים לוועדה לבחירת שופטים.

כאמור, הגענו למסקנה שהדין המצוי אינו מחייב שלפחות אחד משני נציגי הכנסת לוועדה ישתייך לאופוזיציה, אך יודגש כי זהו הדין הרצוי. העצמאות השיפוטית ואי תלות השופטים הן היכין והבועז של כל מדינה דמוקרטית מתוקנת. בדיונים לקראת

חקיקת חוק השופטים חזרו חברי הכנסת והתבטאו על אודות חשיבות אי התלות של השופטים, ונביא מדברי חבר הכנסת מנחם בגין ז"ל:

"אנחנו באים להבטיח את אי-תלותם של השופטים, ולשם כך עלינו להבטיח במידת האפשר גם את אי-תלותם של ממוניהם. ההצעה שהובעה זה עתה על ידי חבר הכנסת שפירא, יש בה הרבה מן ההליכה לקראת הדרישה הזאת [...] אני בא להציע תיקון הרכב ועדת המינויים מכפי שהוצע על ידי מר שפירא, ואני מציע את ההצעה הבאה (ה): ארבעה שופטים, שני חברי כנסת, שני עורכי-דין ושני המשפטים [...] אני מציע לחברי [...] ללכת צעד נוסף לקראת הכוון של אי-תלות הוועדה" (פרוטוקול ישיבה מס' 7-6 / 57 ב של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 6-7 (17.8.1953), הדגשה הוספה – י"ע).

אי תלות השופטים מזה, ואי תלות חברי הוועדה שבחרים את השופטים מזה, ובהקשר זה נזכיר את סעיף 6א לחוק בתי המשפט, הקובע כי "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה". איני רואה להכביר מילים על חשיבות עצמאות הרשות השופטת ואי תלותה, ואחזור ואפנה לפסק הדין בעניין אבירם:

"הרשות השופטת חייבת להיות גוף ניטרלי 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. במובן 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-התלות. מכאן שעל מנת לממש באופן מלא עקרון חשוב זה, יש ערך לכך שבוועדה למינוי שופטים יהיו נציגים הן מהקואליציה והן מהאופוזיציה" (שם), פסקה 16א לפסק דינו של השופט הנדל).

28. לא בכדי הפנינו בפסק הדין בעניין אבירם קריאה למחוקק לעגן את הפרקטיקה החיובית שהחלה להתפתח בכנסות ה-13-17, באשר זה המצב הנורמטיבי הראוי והרצוי. "בְּעֵתָהּ אֶתִישָׁנָה" (ישעיה ס, כ"ב), ונקווה שהכנסת תעגן במהרה בימינו את זכותה של האופוזיציה לבחור את אחד משני הנציגים לוועדה לבחירת שופטים, תוך התחשבות במצבים ייחודיים הקשורים לגודל הקואליציה והרכבה.

29. בעתירה שלפנינו נתבקשנו להורות על ביטול החלטת הכנסת מיום 15.7.2020, בה נבחרו המשיבים 5-6 כנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים. זאת, לטענת העותרים, לנוכח קיומו של מנהג חוקתי מחייב, ולפיו אחד מחברי הכנסת הנבחר יהיה מסיעות האופוזיציה.

לאחר בחינת התמונה בכללותה, ומבלי לגרוע מכך שהדין הרצוי תומך במתן נציגות לאופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, מסקנתנו הברורה היא כי לא עלה בידי העותרים לצלוח את המשוכות המצדיקות את התערבותנו. נסכם בקצרה את הנקודות שהובילנו למסקנה זו.

(-) תוקפו המחייב של המנהג החוקתי טרם הוכר במשפטנו. לנוכח התוצאה אליה הגענו, איננו נדרשים להכריע בסוגיה זו בגדרו של פסק דין זה, כמו גם בשאלה אם מנהג חוקתי הוא בר אכיפה. מכל מקום, אף אילו היינו נכונים להכיר, לצורך הדיון בלבד, בתוקפו המחייב של המנהג החוקתי, המענה לשאלה האם הפרקטיקה שהתקיימה לאורך תקופה ביחס לנציגות של האופוזיציה עלתה כדי מנהג חוקתי, רחוק מלהיות ברור.

(-) יש להבחין בין פרקטיקה בחיי המעשה; העשויה להפוך לנוהג (שהוא דרך התנהגות רווחת ומקובלת); היכול בתורו להתגבש לכדי מנהג המהווה נורמה משפטית עצמאית. מבט אל עבר ההיסטוריה ואל התנהלותן של כנסות העבר, מלמד כי במישור העובדתי נותרו סימני שאלה ביחס לקיומה של פרקטיקה עקבית ואחידה לאורך עשרות בשנים שהתגבשה לכדי מנהג חוקתי.

(-) הפרקטיקה והמנהג יכולים לצמוח בין חריציו של החוק, אך הם ניגפים בפני הסדרה חקיקתית. לנוכח מכלול ההוראות המעוגנות בחוק יסוד: השפיטה, בחוק בתי המשפט ובתקנון הכנסת, ההסדר החוקתי בסוגיה שלפנינו אינו מותר חרף שדרכו יכול המנהג הנטען להכות שורש. ההיסטוריה החקיקתית מלמדת גם כן כי המחוקק בחר במודע להימנע מהטלת חובה לבחור נציג מטעם סיעות האופוזיציה.

(-) אחד מהיסודות הנדרשים לצורך התגבשותו של מנהג חוקתי, הוא קיומה של "תודעת חיוב". מההיסטוריה החקיקתית, לרבות מהעת האחרונה בסמוך לפני שהכנסת ערכה את ההצבעה מושא העתירה דנן, נראה כי הכנסת לא ראתה עצמה כפופה לתודעת חיוב כלשהי בסוגיה הנדונה.

(-) המחוקק קבע כי בחירת נציגי חברי הכנסת תיעשה בהצבעה חשאית של חברי הכנסת. הסדר זה מלמד על הרצון להבטיח את עצמאות שיקול דעתם של חברי הכנסת, שיהיו חופשיים לבחור לפי מיטב שיקול דעתם ומצפונם. לנוכח הסדר זה, יש קושי בטענה בדבר קיומה של תודעת חיוב, שבמסגרתה כביכול הגבילו הכנסות הקודמות את מרחב שיקול דעתם של חברי הכנסת בהווה ובעתיד.

(-) גם אילו הוכח קיומו של מנהג חוקתי בסוגיה הנדונה (ולא כך הדבר), הרי שנוהג זה אינו רלוונטי לנסיבות הייחודיות המאפיינות את הקואליציה הנוכחית, המורכבת מממשלת אחדות פריטטית. לאמיתו של דבר, ההיסטוריה מלמדת כי כאשר כוננו בעבר ממשלות אחדות, נציגי הכנסת בוועדה היו שניהם מהקואליציה, משני הגושים הפוליטיים שהרכיבו את הממשלה. באספקלריה זו, בחירת המשיבים 5-6 כנציגי הכנסת בוועדה, כלל אינה סוטה מהעיקרון שבסיס המנהג החוקתי הנטען.

(-) במישור הסעד, יישום אפקטיבי של המנהג החוקתי הנטען יצריך קביעה של מנגנוני הצבעה שאינם קיימים כיום, שיבטיחו כי אחד מנציגי הכנסת הנבחרים יבוא מאחת מסיעות האופוזיציה. ברגיל, קביעת מנגנונים כאמור היא עניין המסור להליכים פנים-פרלמנטריים.

(-) העובדה כי נציגי הכנסת בוועדה נבחרים בהצבעה חשאית של חברי הכנסת, מחלישה את הטענה כי ההסכמות שעוגנו בהסכם הקואליציוני בדבר זהותם של חברי הכנסת שייבחרו לוועדה, הן בבחינת כבילת שיקול דעתם של חברי הכנסת.

30. לבסוף, נסיים דברים שאמרנו על הפער בין הדין המצוי לדין הרצוי. העדר קיומו של מנהג חוקתי בסוגיה אינו גורע מאומה מהחשיבות הרבה הטמונה בכך שארבעת נציגי הרשות המחוקקת והמבצעת בוועדה לא יהיו עשויים מקשה אחת, ומהצורך להבטיח את אי תלותם של השופטים, כמו גם את אי תלותם של חברי הוועדה הבוחרים את השופטים. יעמדו הדברים לנגד עיניהם של חברי הכנסת הבוחרים את נציגיהם ולנגד עיניהם של חברי הוועדה הבוחרים את השופטים.

32. סוף דבר, שאציע לחברותי לדחות את העתירות.

1. האם יש ערך וטעם, במישור המשפט הרצוי, כי תובטח נציגות של האופוזיציה הפרלמנטרית בוועדה לבחירת שופטים? כמו חברי השופט י' עמית אין בלבי ספק כי יש להשיב על שאלה זו בחיוב. נציגות לאופוזיציה תשרת את החתירה למגוון של נקודות מבט בהליך של מינוי שופטים. היא תיתן ביטוי לתפקידה החשוב של האופוזיציה במשטר הדמוקרטי שלנו, וכן תתרום לחיזוק העצמאות ואי-התלות של הרשות השופטת. חרף זאת, אף אני סבורה כי אין עילה משפטית להתערבותו של בית משפט זה בהחלטה שהתקבלה בכנסת ביחס לבחירת נציגיה לוועדה אך מן הטעם שאף אחד מהם אינו חבר האופוזיציה. אני מסכימה לפסק דינו של חברי ומבקשת להוסיף עליו מספר הדגשות.

מעמדם של העותרים

2. הגם שהעותרים לא הניחו תשתית להענקת הסעד המבוקש, אני מוצאת לנכון להבהיר כי לא מצאתי דופי בהגשת העתירה על-ידם, אף שאינם מייצגים את מפלגות האופוזיציה. לכאורה, ניתן היה לתהות שמא יש מקום לדיון בעתירה כאשר ה"נפגעות" הישירות כביכול, אותן מפלגות, נמנעו מהגשתה. אינני סבורה כך. כאשר קיים חשש לפגיעה בזכויותיה של האופוזיציה הנפגע מכך הוא כלל הציבור במדינת ישראל. לאופוזיציה יש תפקיד חיוני במשטר הדמוקרטי. אפשר להעלות על הדעת מצבים שבהם נציגי האופוזיציה יימנעו מנקיטת הליכים משפטיים – משיקולים פוליטיים או אף משיקולי נוחות. אולם, אם על הכף מונחות זכויות האופוזיציה, הרי שעמן מונח שם האינטרס הציבורי כולו, ועל כן אין לומר, א-פריורית, שזהו מצב של מי ש"מתעבר" על ריב לא לו (ראו והשוו: בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 70 (2003); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 291-292 (2017)). כמוסבר בהמשך, אין בעמדתו זו כדי להועיל לעותרים, בסופו של דבר, מאחר שאני סבורה שדין עתירתם להיכשל לגופה.

3. נקודת המוצא של העותרים שבפנינו הייתה שזה מכבר הוכח מנהג חוקתי מחייב בכל הנוגע לחובה שייבחר מטעם הכנסת נציג של האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, בהפנותם לדיון בסוגיה זו בבג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים (1.2.2017) (להלן: עניין אבירם). על כן, מבחינתם, כל שנדרש במקרה זה היה אכיפה של המנהג הלכה למעשה. אולם, כפי שהסביר חברי השופט עמית, כמה מכשולים עמדו בדרכם. ראשית, הם נדרשו להוכחת המנהג הנטען על-ידם; שנית, בעניין אבירם לא נדונה כלל שאלת

תחולתו של המנהג במקרה המיוחד של ממשלת אחדות או ממשלה פריטטית; שלישית, בעניין אבירם לא נדונה גם השאלה של אכיפת המנהג באמצעות צו שיפוטי, שהיא מובחנת משאלת ההכרה בו; רביעית, המקרה שבפנינו מעורר את השאלה הקשה במיוחד שעניינה אכיפתו של מנהג כלפי הכנסת, היא בית הנבחרים, וזאת במובחן מאכיפתו על גופי שלטון אחרים השייכים לרשות למבצעת. העותרים לא יכלו להגיע למחוז הפצם מבלי לחלוף על פני כל אחת ואחת ממשוכות אלה. כפי שהסביר חברי, הדבר לא עלה בידם.

מעמדו של המנהג החוקתי

4. מכל מקום, בפתח הדברים, מתעוררת השאלה המקדימה: מנין שהמנהג הוא מוסד מוכר במשפטנו החוקתי? במקרים שבהם נטען לקיומו של מנהג חוקתי מחייב בהליכים קודמים, ההנחה שאומצה לצורך הדיון הייתה שהמנהג הוא בעל מעמד משפטי. אולם, הלכה למעשה, הסוגיה לא זכתה להכרעה ישירה, בין משום שהמנהג לא הוכח (כמו בבג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש-הממשלה של מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 455 (2001) (להלן: עניין וייס)), בין משום שהמנהג הנטען אך חיזק את המסקנה הפרשנית שאליה הגיע בית המשפט באופן בלתי תלוי בו (כפי שהיה בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, פ"ד סד(2) 421 (2010) (להלן: עניין זוהר)), ובין משום שהעתירה נדחתה מטעמים מקדמיים (כמו בעניין אבירם, שבו התקבלה טענת שיהוי). חברי השופט עמית צודק בכך שמבחינה פורמלית איננו נדרשים להכרעה בעניין זה אף עתה. אולם, בזהירות המתבקשת ניתן לומר שהעמדה המכירה במעמדו של המנהג במשפט החוקתי הישראלי השתמעה בבירור מכלל הדיונים שעסקו בכך, גם אם ללא הכרעה מחייבת (ראו למשל: עניין זוהר, בעמ' 458-459; עניין אבירם, פסקה 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל). ואוסיף: אף אני סבורה שראוי לאמץ עמדה זו.

5. ההכרה במעמדו של המנהג תורמת לחיזוק ממד היציבות וההמשכיות של שיטת המשפט. היא מאפשרת ללמוד מניסיון החיים המצטבר ומשיקולים של תבונה מעשית (ראו השוו: עניין זוהר, בעמ' 471). חשוב להדגיש כי עמדה זו אינה צפויה ליצור כל טלטלה נורמטיבית. הטעם לכך הוא שהמנהג החוקתי, עם כל חשיבותו, אינו נאכף במישרין באמצעות צווים שיפוטיים. בית המשפט עשוי להכיר בו ולהיעזר בו – למשל בהקשרים פרשניים (כמו בעניין זוהר). בדומה לכך, במקרים אחרים המנהג עשוי להשליך על הערכת סבירותה של החלטה מינהלית.

6. זהו מקרה נוסף שבו גם הפנייה לניסיון החוקתי של מדינות אחרות היא מועילה. בעשותי כן אתייחס להכרתן של שיטות חוקתיות אחרות ב"מוסכמות" או "קונבנציות", שמידת הביסוס שלהן ומעמדן עולים על זה של נוהג גרידא. לצורך כך, כמו חברי השופט עמית, אתייחס למונחים "מנהג" חוקתי ו"מוסכמות" או "קונבנציות" חוקתיות באופן חלופי (לגישה מעט שונה, ראו: שמעון שטרית "המנהג במשפט הציבורי" 199 קלינגהופר על המשפט הציבורי 375, 386 (יצחק זמיר עורך, 1993)). עוד אוסיף כי הפנייה לשיטות משפט אחרות חייבת להיעשות תוך התייחסות למוסד המנהג החוקתי, על מכלול חוזקותיו וחולשותיו. ניתן היה להתרשם כי העותרים בחרו להדגיש את חוזקותיו.

7. מקור ההשראה הקרוב ביותר להכרה במעמדו של המנהג החוקתי במשפט הישראלי הוא המקום שניתן לקונבנציות החוקתיות במשפט האנגלי. דווקא המשפט האנגלי, שבו הגישה המובילה הייתה מסורת החוקה הבלתי-כתובה, היה חייב לטפח את מקומן של הקונבנציות, שהשלימו את שהחסיר הכתוב. לקונבנציות החוקתיות היה אם כן מקום של כבוד במשפט האנגלי והן השפיעו על הפרקטיקה הפוליטית, בין השאר בכל הנוגע להקמת ממשלות ולהפסקת כהונתן. עם זאת, חשיבות – לחוד, ואכיפה שיפוטית – לחוד. עמדתו החד-משמעית של המשפט האנגלי שללה תמיד את האפשרות של אכיפה שיפוטית ישירה של הקונבנציה החוקתית. גישה זו חזרה ואושרה בפסיקה האנגלית, וראוי להפנות בעניין זה לפסק הדין בעניין *R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, 2 WLR 583 בנושא ה"ברקזיט". כאמור, ההימנעות מאכיפת הקונבנציות אינה שקולה לשלילת חשיבותן המשפטית בהקשרים מתאימים. כך למשל, בעניין *Evans v. Information Commissioner* [2012] UKUT 313 (AAC) שימשה הקונבנציה החוקתית בסיס לפרשנותם של דיני חופש המידע.

8. הקונבנציה החוקתית הוכרה כבעלת חשיבות גם בשיטות משפט שהתפתחו מן המשפט האנגלי. גם בהן, הגישה המובילה מבחינה, ככלל, בין הכרה בקונבנציה לבין אכיפתה. כך למשל פסק באופן ברור בית המשפט העליון של קנדה בעניין *Re Resolution to Amend the Constitution* [1981] 1 SCR 753. להשלמת התמונה אציין – הגם שהעותרים לא הביאו דוגמה זו – כי פסיקתו של בית המשפט העליון של הודו מהווה חריג לכלל (להרחבה, ראו: Farrah Ahmed, Richard Albert & Adam Perry, *Judging Constitutional Conventions*, 17 ICON 787 (2019)). למעשה, בית המשפט העליון של הודו מחזיק בגישה שאף העותרים לא ביקשו לאמץ, וכך העניק תוקף על-חוקי למנהג באופן שהעדיפו על תיקון חוק. בניגוד לכך, העותרים טענו, בין השאר, כי מתן תוקף למנהג אינו מעורר קושי גם משום שניתן לסטות ממנו בחקיקה.

9. למעשה, ההכרה בערכו של המנהג החוקתי מצאה ביטוי אף בשיטות משפט שבהן קיימת חוקה כתובה. אפתח בכך שאציין כי גם בארצות הברית הועלו מעת לעת טענות בדבר קיומן של קונבנציות חוקתיות, חרף העובדה שהמשפט החוקתי שלה התבסס מראשיתו על מסמך כתוב ומפורט. כך למשל, התעוררה בעבר השאלה האם קיימת קונבנציה חוקתית המונעת מנשיא לכהן יותר משתי קדנציות. המחלוקת בנושא הוכרעה בסופו של דבר על דרך תיקון מפורש של החוקה (ראו: Keith E. Whittington, *The Status of Unwritten Constitutional Conventions in the United States*, U. ILL. L. REV. 101 (2013)). בכל מקרה, גם בשיטת משפט זו הגישה המושלת בכיפה היא זו של אי-אכיפת המנהג החוקתי באמצעות צווים שיפוטיים (ראו עוד: James G. Wilson, *American Constitutional Conventions: The Judicially Unenforceable Rules that Combine with Judicial Doctrine and Public Opinion to Regulate Political Behavior*, 40 BUFF. L. REV. 645 (1992); Adrian Vermeule, *Conventions in Court*, 38(2) DUBLIN U. L. J. 283 (2015)).

10. לא למותר להזכיר אף שיטות משפט המצויות מחוץ לעולם המשפט האנגלו-אמריקני. כך, ברוח דומה, אף במשפט הגרמני הוכר זה מכבר מקומן של הקונבנציות החוקתיות. מעניין לציין כי חלק מן הדוגמאות שנדונו בגרמניה נסבו על מסורות שעניינן חלוקת התפקידים בבונידסטג בין חברים נבחרים ממפלגות שונות, ובכלל זה על הבחירה לתפקיד נשיא הבונדסטג של חבר הנמנה עם המפלגה הגדולה ביותר, ללא קשר לשאלת היותה חברה בקואליציה, וכן הבחירה לתפקיד יושב ראש ועדת התקציב של הבונדסטג של חבר הנמנה עם האופוזיציה. פרקטיקות אלה נחשבות לקונבנציות חוקתיות בתוקף הכיבוד הנמשך שלהן (ראו: Greg Taylor, *Convention by Consensus*: *Constitutional Conventions in Germany*, 12 ICON 303 (2014)). אין צריך לומר שקיימות דוגמאות לכך משיטות משפט נוספות (ראו למשל: Max Vetzo, *The Legal Relevance of Constitutional Conventions in the United Kingdom and the Netherlands*, 14(1) UTRECHT L. REV. (2018)).

11. לקראת ההמשך אומר אפוא כך: לשיטתי, הכרה במעמדו של המנהג החוקתי תואמת את ניסיון החיים והולמת עקרונות מקובלים בשיטות משפט אחרות שהן רלוונטיות להתפתחותה של החשיבה החוקתית בישראל. היא אף מתיישבת עם ההנחות המובלעות בפסקי דין קודמים שניתנו בבית משפט זה. מכל מקום, וכפי שמוסבר בהמשך, הכרה זו אינה משליכה על הסעד המבוקש במקרה כמו זה שבפנינו.

המישור העובדתי: האם הוכח מנהג? והאם הוכח מנהג שחל במקרה שבו מכהנת ממשלת אחדות?

12. אפתח בשתי השאלות הראשונות שאמורות להניח את הבסיס לדיון כולו: האם הוכח מנהג ביחס לבחירתם של נציגי הכנסת לכהונה בוועדה לבחירת שופטים? והאם הוכח מנהג כזה בפרט ביחס לוועדה המכהנת בכנסת שבה הוקמה ממשלת אחדות? בעניין אבירם פירט השופט הנדל בהרחבה את הפרקטיקה שנהגה ביחס לבחירת נציג מן האופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים – מאז שנת 1992 ועד לבחירת הנציגים שהתקיימה בכנסת הזו. עם זאת, לנוכח דחיית העתירה באותו עניין, הפרטים הנוגעים לכך לא נדרשו להכרעה ולא התחדדו עד תום. והנה, כפי שהראה חברי השופט עמית, בחינתם של פרטים אלה מלמדת שפרקטיקה זו כוללת "חורים" ו"פערים". כשלעצמי, לא ייחסתי משקל רב לטענת המשיבים כי באחד המקרים נבחרו לוועדה שני נציגים מן האופוזיציה. אין דומה סטייה ל"טובת" האופוזיציה, כאשר הרוב עושה שימוש בכוחו למען המיעוט, לסטייה ל"טובת" הקואליציה, שבה הרוב עושה שימוש בכוחו למען עצמו. ניתן לטעון כי בחירה של שני נציגים מן האופוזיציה היא אף אינדיקציה לפרקטיקה של הבטחת ייצוג לאופוזיציה. אולם, במהלך השנים התרחשו אירועים רבים נוספים שהשפיעו על הערכת המשקל שיש לתת לפרקטיקה ועל השאלה אם היא עולה כדי מנהג. החל בשנת 2009 נבחרו כנציגי האופוזיציה בוועדה חברי כנסת שעל-פי תפיסתם של חברי הכנסת עצמם לא שיקפו את העמדה הטיפוסית של האופוזיציה. היו אלה חברי כנסת שנבחרו "על כתפי" קולותיהם של חברי כנסת מן הקואליציה. נטען בפנינו כי מצב דברים זה משקף את שחיקת המנהג שלו נטען זה שנים רבות, אפילו היה כזה, במהלך שניתן לתארו כ"עלייתו ונפילתו". לשיטתי, לצורך הדיון שבפנינו, ולנוכח המסקנות שאליהן הגעתי, לא נדרשת הכרעה קונקלוסיבית בשאלה אם קיימת קונבנציה כלשהי ביחס לבחירתם של נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים. זאת, מאחר שכמו חברי השופט עמית, אף אני סבורה כי המקרה שבפנינו הוא מקרה מיוחד שמתמקד בשאלת קיומו של מנהג הנוגע לכנסת שבה מכהנת ממשלת אחדות.

13. אם כן, השאלה הממוקדת שהתעוררה בפנינו נסבה על תחולתו של המנהג, אף לו הוכח, בנסיבות שבהן הממשלה היא ממשלת אחדות או ממשלה פריטטית. עניין זה לא יכול היה להיבחן בתקופה שבה נטען לקיומו של המנהג, שהרי הפעם האחרונה שבה נהגה ממשלה כזו בעבר קדמה לשנת 1992. למדנו כי בתקופת כהונתה של ממשלת האחדות במהלך שנות ה-80 של המאה הקודמת, בוועדה לבחירת שופטים כיהנו שני נציגים של הקואליציה. קיים אפוא ספק גדול ביחס להוכחת המנהג בנסיבות שבפנינו. אכן, ברי כי הצדדים בממשלת אחדות אינם מהווים משקל נגד זה לזה באופן שדומה

ל"התגוששות" הדמוקרטית בין הקואליציה והאופוזיציה. "הצד השני" בממשלת אחדות אינו אופוזיציה, מה גם שהסכמים הקואליציוניים צפויים לנטרל מראש קריאות תיגר פוטנציאליות. יחד עם זאת, יש לכאורה מקום לטענה שממשלת אחדות היא ממשלה שכוללת איזונים אחרים. זו נחשבת להומוגנית פחות מממשלת קואליציה רגילה, ויש לכך רלוונטיות בכל הנוגע לרציונל העומד ביסוד המנהג הנטען.

המישור הנורמטיבי: שאלת האכיפה

14. האמת ניתנת להיאמר: שאלת האכיפה לא זכתה להתייחסות מספקת בטיעוניהם של העותרים. זאת, הגם שלאמיתו של דבר, היא-היא השאלה העיקרית שהעתירות מעוררות. בתחום שנמצא על "התפר" שבין המשפט לזירה הציבורית בית משפט זה הכיר כבר לפני שנים רבות בהתאמה הנדרשת לעתים בדיני הסעדים. כך למשל, הגם שנקבע כי הסכמים פוליטיים אינם הסכמים חוץ-משפטיים, הלכה למעשה הובהר כי במקרה הרגיל לא יתאים להם סעד האכיפה (ראו למשל: בג"ץ 1635/90 ד'וד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 845-846 (1991); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 230-233 (2013)). אם כן, הכרה משפטית ואכיפה לא הולכות בהכרח יד ביד.

15. בשיטות המשפט שהוצגו לעיל, בין אלה שמקורן במסורת המשפט האנגלי ובין אלה שהתפתחו בגדרן של מסורות אחרות, ככלל ההכרה במעמדן של הקונבנציות החוקתיות שלובה בתפיסה המצדדת בהימנעות מאכיפה שיפוטית שלהן. כשלעצמי, אציין כי מנקודת מבטי הטעמים לכך אינם רק מוסדיים – קרי כאלה הנוגעים לכבוד ההדדי בין רשויות השלטון – אלא גם כאלה הנוגעים לתפקידן של הקונבנציות החוקתיות, ובכלל זה היותן בסיס לשיג ושיח בין ה"שחקנים" בשדה הפוליטי. בנוסף, לא ניתן להניח מראש כי קונבנציות אלה הן חסינות מפני כל שינוי. אדרבה, כנורמות שמשקפות את ניסיון החיים עשויות לחול בהן תמורות (ראו למשל: Joseph Jaconelli, *The Nature of Constitutional Convention*, 19 LEGAL STUD. 24, 42-45 (1999)). אכן, לא אחת הקונבנציות החוקתיות משקפות ערכים בסיסיים של השיטה, כדוגמת ההגנה על הדמוקרטיה, ובענייננו הגנה על העצמאות השיפוטית. אולם, בעוד שערכים אלה הם קבועים, פרטיהן של הקונבנציות עצמן עשויים לעתים להשתנות בתהליך הדרגתי. לא למותר לציין כי העותרים עצמם הודו שבמהלך השנים התחולל תהליך של מעבר ממצב שבו הפרקטיקה לגבי מינוי נציגים לוועדה לבחירת שופטים הייתה אחת (נציגי קואליציה) למצב אחר. לא ניתן להניח שתהליך השינוי הוא בהכרח חד-כיווני.

16. הקושי הנוגע לאכיפתן של קונבנציות חוקתיות מתחדד במקרה שבפנינו ביתר שאת. לא זו בלבד שהעותרים הניחו כי בית משפט זה יאכוף מנהג חוקתי, הם הרחיקו לכת בהניחם כי האכיפה תהא גם כלפי הגוף המחוקק. הנחה זו היא קשה מאד. היא מתעלמת במידה רבה מהריסון המיוחד שראוי לנקוט בו בביקורת שיפוטית על החלטות שמקבלת הכנסת (השוו: בג"ץ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסקה 18 לפסק דיני (27.5.2020)), וזאת מבלי לגרוע מהחשיבות שנודעת לה במקרים המתאימים (ראו למשל: בג"ץ 2144/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הכנסת (23.3.2020)). לא מיותר להעיר, כי כל הדוגמאות שהזכירו העותרים עסקו בשאלת מעמדו המחייב של המנהג החוקתי בכל הנוגע להגבלתה של הרשות המבצעת – כך היה בעניין וייס (שנדרש לפעולותיה של ממשלת מעבר) וכך היה בעניין זוהר (שנסב על תפקידו של שר המשפטים במערך החנינה). הקושי באכיפת מנהג כלפי הכנסת מעורר לא רק את הזהירות המיוחדת הנובעת מהפרדת הרשויות, שאף היא אחד האדנים של משטרנו הדמוקרטי, אלא גם את החשש שבמקרה זה עלול להיווצר אפקט של "חובה לחוקק" – וזאת בנסיבות שבהן אף העותרים לא חלקו על כך שהכנסת רשאית לסטות מן המנהג החוקתי הנטען בדרך של חקיקה.

17. לקושי להיעתר למתן הסעד המבוקש במקרה דנן יש לא רק היבטים עקרוניים, אלא גם היבטים פרגמטיים מובהקים. למעשה, אף העותרים עצמם לא ראו עין בעין ביחס לשאלה כיצד יש לאכוף את המנהג הנטען. היו שסברו כי יש לפסול את בחירתה של נציגת הקואליציה שקיבלה את מספר הקולות הנמוך יותר ולהכריז על בחירתה של חברת הכנסת מהאופוזיציה שקיבלה את מספר הקולות הגבוה ביותר. אחרים סברו שיש לפסול את תוצאות ההצבעה כולן ולהחזיר את הבחירה למליאת הכנסת. שתי החלופות גם יחד מעוררות קשיים ניכרים. למעשה, החלופה הראשונה נדונה להיפסל כבר על פני הדברים. על חברי הכנסת הבוחרים את נציגיהם לדעת לפני ההצבעה מהן האפשרויות החוקיות שעומדות בפניהם ולכלכל בהתאם לכך את החלטתם. אין לשלול את האפשרות שלו היו יודעים חברי כנסת מהקואליציה שיכול להיבחר נציג אחד בלבד מטעמם היו שוקלים בדרך שונה את הצבעתם. אף החלופה האחרת מעוררת קושי, במובן זה שכלל לא ניתן להבטיח גם במסגרת "סיבוב" בחירות נוסף כי התוצאה תכלול בהכרח בחירה של נציג אופוזיציה. ייתכן שאף ההפך הוא הנכון. קיים אפוא חשש של כניסה למספר סבבים של בחירות, שסופם מי ישורנו. הבחירה עצמה על-ידי כל אחד ואחת מחברי הכנסת היא הרי חשאית. אחד העותרים טען כי יש מקום לפסילת טופס מועמדות שכולל סימון של שמות מועמדים מן הקואליציה בלבד. טענה זו איננה מתיישבת עם סעיף 62 לתקנון הכנסת המורה מהן הנסיבות שבהן ניתן לפסול טופס בחירה, למשל במקרה שבו סומנו יותר משני שמות של מועמדים. יותר מכך, אפילו כל אחד ואחת מן המשתתפים בבחירות היה

מקפיד שלא לבחור שני מועמדים מהקואליציה הדבר לא היה מוביל בהכרח לתוצאה הסופית האמורה (בשים לב למורכבותו של תהליך ההצבעה, הכולל בין השאר גם אפשרות להצביע נגד מועמד). הדברים אף הופכים מורכבים יותר כאשר מביאים בחשבון את ההסדר הסטטוטורי שעניינו הבטחת בחירתה של אשה אחת לפחות (סעיף 6(א3) לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984), כמו גם את העובדה שמספרן של חברות הכנסת עדיין קטן ממספרם של חברי הכנסת. אם כן, זהו אחד מאותם מקרים שבהם המנהג, גם כאשר הוא קיים, מעורר קשיים מעשיים שמעמידים מהמורות בדרך אל אכיפה שיפוטית, ובמידה רבה הופכים אותה גם בשל כך לבלתי ראויה. לא למותר לציין, ולו על דרך ההיקש, כי אחד הסייגים להחלתו של סעד האכיפה במשפט הפרטי נסב על מקרה שבו סעד זה כרוך בפיקוח שיפוטי מופרז (ראו והשוו: סעיף 3(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970).

18. על כך יש להוסיף, כי אף בעבר נוצר פער בין הערך של ייצוג האופוזיציה לבין הביטוי המעשי שלו. כאמור לעיל, במנגנון ההצבעה הקיים בכנסת בחירתו של חבר כנסת מן האופוזיציה לוועדה הייתה מבוססת על קולותיהם של חברי הקואליציה לא פחות, ואף יותר, מאשר על קולותיהם של חברי האופוזיציה. משמעות הדברים היא שאין כל ערובה לכך שנציג האופוזיציה הנבחר אכן יבטא "קול אופוזיציוני" בוועדה. אדרבה, אפשר אף להניח כי ייבחר מטעם האופוזיציה חבר כנסת שעמדותיו יהיו רצויות יחסית לקואליציה, על-פי תפיסתם של חברי הכנסת הנמנים עמה. עובדה זו כשלעצמה מחדדת את העדיפות הנודעת להסדרתו של נושא זה בחקיקה. לשיטתי, ייצוג לאופוזיציה אמור להיות כזה שמשקף את רצונה של האופוזיציה, ככל שהוא נועד אכן לבטא הכרה בתפקידה החשוב במשטרנו הפרלמנטרי. לכן, ככל שתבחר הכנסת להסדיר את הסוגיה של ייצוג האופוזיציה בוועדה לבחירת שופטים, והדברים נאמרים במבט הצופה פני עתיד, ראוי ששיטת הבחירה של הנציג תשקף את התכליות של ייצוג האופוזיציה במובן זה שהוא ייבחר בקולותיהם של חברי הכנסת המייצגים את האופוזיציה בלבד (כפי שניתן ללמוד, למשל, משיטת הבחירה של ראש האופוזיציה כפי שזו קבועה בסעיף 11 לחוק הכנסת, התשמ"ד-1994).

סוף דבר

19. ראוי ורצוי שאחד מנציגי הכנסת בוועדה לבחירת שופטים יהיה חבר כנסת מן האופוזיציה, ואף ראוי ורצוי שנציג זה ייבחר על-ידי האופוזיציה במישרין. דומה שכך סברו אף חברי הכנסת עצמם, לפחות במשך תקופה מסוימת. אולם, לא ניתן לחתור

לתוצאה זו באמצעות אכיפה שיפוטית של מנהג, ולא כל שכן כזה שהיקפו וגבולותיו לא הוכחו כדבעי.

ש ו פ ט ת

השופטת ע' ברון:

1. שלוש העתירות שלפנינו מתמקדות במינוי נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים, ואנו נתבקשנו להורות על בטלות החלטת הכנסת מיום 15.7.2020 שבה נבחרו שני נציגים מסיעות הקואליציה. לעמדת העותרים, החלטה זו עומדת בניגוד למנהג חוקתי מחייב שלפיו על הכנסת לבחור לוועדה לפחות נציג אחד מסיעות האופוזיציה. אף אני סבורה כחבריי שיש לדחות את העתירות, מאחר שבנסיבות המקרה לא עלה בידי העותרים להוכיח קיומו של מנהג חוקתי בר אכיפה, ואני מצטרפת בנדון לפסק דינו המקיף של השופט י' עמית על נימוקיו. השופטת ד' ברק-ארדו הוסיפה הדגשות מאירות בנושא מעמדו של המנהג החוקתי במשפט הישראלי ובשיטות המשפט של מדינות מעבר לים, תוך שהצביעה על הקשיים הכרוכים באכיפתו. ואבקש מצידו להוסיף מספר מילים.

2. "אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו זהו אמון הציבור בו" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 51 (2004)).

כידוע, האמון הציבורי הוא מקור חיותה של הרשות השופטת וממנו היא שואבת את הלגיטימיות לפועלה. לביסוס יחסי אמון אלה "נדרשת רשות שיפוטית, עצמאית ובלתי תלויה, הצומחת מהעם, המשקפת את הקונסנזוס החברתי הבסיסי, אך שאינה נבחרת כל מספר שנים, כפי שחברי הכנסת עומדים לבחירה" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 426 (1995)). מטבע הדברים, להליך בחירתם של השופטים נודע תפקיד מרכזי בבניית האמון הציבורי במערכת המשפט – ומכאן החשיבות הרבה הגלומה בפועלה של הוועדה לבחירת שופטים.

הוועדה לבחירת שופטים היא גוף סטטוטורי ייחודי, הממלא אפוא תפקיד ראשון במעלה המשליך במידה רבה על איכות פעילותה של הרשות השופטת. הוועדה אינה משתייכת לאף אחת מרשויות השלטון, ואולם בהרכבה מיוצגות שלוש הרשויות כולן, המבצעת המחוקקת והשופטת, וכן יש בה ייצוג ללשכת עורכי הדין. בהיותה מופקדת על בחירתם ומינויים של שופטות ושופטי ישראל, משמשת הוועדה לבחירת שופטים כנאמן

הציבור (עע"מ 414/18 התנועה למשילות ודמוקרטיה נ' הממונה על יישום חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט, פסקה 21 (13.12.2018); בג"ץ 2283/07 פורום משפטי למען ארץ-ישראל נ' הוועדה לבחירת שופטים, פסקה 6 (5.5.2008); בג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים, פ"ד מח(1) 661, 675 (1993)).

כפי שהוברר בפסיקתו של בית משפט זה, על מנת לשמר את יחסי האמון בין הציבור והרשות השופטת חשוב להימנע ממצב שבו הוועדה לבחירת שופטים מזוהה באופן מובהק עם סיעה או מפלגה פוליטית מסוימת. "מקום בו שופטים ממונים על ידי ועדה בעלת אופי פוליטי, הדבר עשוי 'לצבוע' את זהות השופטים ולפגוע בעקרון העצמאות ואי-התלות" (בג"ץ 9029/16 אבירם נ' שרת המשפטים, פסקה 16 (1.2.2017); להלן: עניין אבירם). יש אם כן לשאוף לכך שהרכב הוועדה ישקף ייצוג רחב עד כמה שניתן של הממשל והחברה בישראל – וזאת תוך מתן מקום וקול לנציג מן האופוזיציה, המייצג את המיעוט בכנסת. כפי שהיטיב לבאר השופט נ' הנדל, "דמוקרטיה מהותית אינה רק דרך הכרעה באמצעות הרוב, אלא שיתוף המיעוט בהליך קבלת ההחלטות. כך בכל התחומים וכך אף בוועדה למינוי שופטים" (עניין אבירם, שם).

3. בנקודה זו אציין כי הגם שאיני סבורה כאמור כי קיים בישראל מנהג חוקתי המחייב מינוי של חבר כנסת מהאופוזיציה לוועדה לבחירת שופטים, דעתי היא שאין לשלול קיומו של נוהג בנדון שהתפתח מאז שנת 1992. גם אם התברר במהלך הדיון בעתירות שלפנינו כי בנוהג זה קיימים "חורים" או "פערים" מסוימים כלשונה של השופטת ברק-ארז, אין חולק כי מזה שלושה עשורים התמנה לכל אחת מהוועדות לפחות נציג אחד מהאופוזיציה; ו"החורים" האמורים מתייחסים לכל היותר להשתייכותם האידיאולוגית של נציגים מסוימים מהאופוזיציה שהתמנו לוועדה, ושהיו מזוהים לכאורה עם תפיסות הקואליציה. יתר על כן, פרקטיקה זאת נשמרה כל השנים חרף העובדה שהחוק אינו מסדיר מנגנון שיבטיח את בחירתו של חבר כנסת מהאופוזיציה לוועדה. אין להקל בכך ראש, ותמימת דעים אני עם עמדת השופט נ' הנדל בעניין אבירם שלפיה הדבר מעיד על הכרתם של חברי הכנסת בחשיבותה של פרקטיקה זו ובצורך לכבדה (ראו: שם, בפסקה 8).

בנסיבות המקרה איננו נדרשים להכריע בסוגית קיומו של נוהג – והדברים לא נאמרו אלא על מנת להדגיש שנראה שאף מנקודת המבט של הכנסת עצמה, המצב הנורמטיבי הראוי הוא שלפחות אחד מנציגיה בוועדה לבחירת שופטים ישתייך לאופוזיציה. טוב תעשה הכנסת אם תעגן את הפרקטיקה הנוהגת בחקיקה מתאימה. וטוב

יותר, כפי שעמדו על כך גם חבריי, אם ייקבע כי בחירתו של נציג האופוזיציה תופקד בידיהם של חברי הכנסת מן האופוזיציה בלבד.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, ל' באב התש"ף (20.8.2020).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט