



תוכנית הרפורמה המשפטית – הערות על מסמך ברק-קורן

מאת

אריאל ארליך*

על רקע הפולמוס על הצעת הרפורמה במערכת המשפט פרסמה פרופ' נטע ברק-קורן (להלן: ברק-קורן) מאמר מקיף המנתח ומבקר את ההצעה.¹ המאמר בולט לטובה בפירוט ובעומק שיש בו ובניתוח הענייני שהוא מציע, תוך הכרה בצורך בשינויים במצב הנוכחי, ללא הפרזות וללא יצירת תבהלת שווא. בכך הוא תורם תרומה נאה לדיון הציבורי השקול הנדרש על הרפורמה.

במאמר ביקורת זה אציג את עיקרי מאמרה של ברק-קורן, אפרט בקצרה הערות מרכזיות אחדות, אציין את הנקודות שבהן רצוי לשקול לאמץ את המלצותיה של ברק-קורן לטיוב הרפורמה המוצעת, ולבסוף אציג שורת מסקנות כללית. כמאמר תגובה, מאמר זה אינו מתיימר למצות את הדיון בכל ההיבטים הקשורים ברפורמה.

א. רקע – המאמר של ברק-קורן, הבעיות שהוא מזהה במערכת המשפט ועמדתו באשר לרפורמה

ברק-קורן מציגה סקירה מפורטת של עיקרי הבעיות שיש כיום במערכת המשפט בישראל וביחסי הרשויות, על רקע הסמכויות מרחיקות הלכת שאימץ לעצמו בית המשפט העליון בעשורים האחרונים. ראשית, פתיחת השערים של בג"ץ באמצעות החלשת או הסרת מנגנוני הסינון

* עו"ד אריאל ארליך הוא ראש מחלקת ליטיגציה בפורום קהלת.

¹ נטע ברק-קורן [ניתוח תוכנית לוי-רוטמן לשינוי מערכת המשפט: ניתוח מקיף והצעה לדיון](#) (2.2.2023, זמין ברשת).

שנהגו בעבר כלפי עתירות – זכות עמידה, שאלת השפיטות ועילות־ספ נוספות. פתיחת השערים סללה את הדרך להרחבת מנעד הסוגיות שנדונות בפני בג"ץ ולהפיכתו לפוסק האחרון בשאלות רבות שיוחדו בעבר לשדה הפוליטי.

שנית, נטילת הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת מכוח חוקי היסוד שנחקקו בשנת 1992. למרות שברק־קורן סבורה שפרשנות חוקים אלו כמעניקים סמכות לבג"ץ אפשרית, היא מצביעה על הבעייתיות שבהרחבה הפרשנית של הזכות לכבוד אל עבר זכויות רבות, כולל כאלו שבמכוון לא הוכנסו אל חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בפועל מדובר בהחלפת הריבון בקביעת תוכנה של החוקה.

שלישית, העמדת הבחינה הערכית של החקיקה במוקד הביקורת השיפוטית, באופן שהופך את בג"ץ למכריע משיקולים ערכיים בסוגיות הנתונות במחלוקת פוליטית, תפקיד שאמור להיות מסור לכנסת.

ההיבט הרביעי הוא השימוש בסבירות כמבחן לכשרותן של החלטות מנהליות (של הממשלה או רשויות אחרות). דרך פיתוח עילת הסבירות והרחבתה הביע בית המשפט העליון נכונות לדון בכל החלטה מקצועית של הרשות גם כשאין בה פגם חוקי אחר, למרות שבג"ץ אינו מחזיק במומחיות הנדרשת כדי להעריך החלטות. בכך הזמין הגשת עתירות בכל נושא ובכל עניין, והוא מבצע מעת לעת בחינה מחדש של שיקולי הרשות והאיוונים שעשתה ביניהם בהחלטותיה.

חמישית, התעצמות כוחו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה, אשר נבעה מהתרחבות פעילותו של בית המשפט העליון. היועץ המשפטי נדרש לכאורה לייעץ ולחוות דעתו על החלטות מדיניות ופוליטיות תוך השימוש בסטנדרטים עמומים או ערכיים שגם בית המשפט עשוי להפעיל. לאחר שבית המשפט העליון קבע כי חוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה, הוכפפה למעשה כל החלטה ממשלתית להכרעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אשר אמור לשקול את אותם סטנדרטים ערכיים וסובייקטיביים שיכולים להישקל על ידי בית המשפט. כך הפך מערך הייעוץ המשפטי לממשלה לשופט בפועל, גורם בעל כוח מופרז ללא בסיס דמוקרטי, ולשחקן וטו שהשפעתו חורגת מן התחום המשפטי.

ברק־קורן סבורה כי כל הקשיים והבעיות הללו מצריכים טיפול, אולם לדעתה הרפורמה המשפטית הנדונה בימים אלו איננה הדרך הנכונה לטיפול בהן, והיא תביא לקריסת הפרדת הרשויות בישראל ולהתדרדרות חדה של השירות הציבורי. ברק־קורן מציגה ניתוח יסודי של מרכיבי ההצעה לביסוס טענתה זו.

לגופן של ההצעות שברפורמה, ברק־קורן סבורה כי אין לשנות את הרכב הוועדה לבחירת שופטים; כי אין למנוע ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד אלא לאחר הסדרה של הליך חקיקה ייחודי עבורם; כי דרישת ההרכב המלא והרוב המיוחד בבית המשפט העליון לצורך ביקורת חקיקה – מופרזים, ובהמשך לכך כי פסקת ההתגברות תרוקן את הביקורת השיפוטית מתוכנה; וכי יש למתן קמעה את ביטול עילת הסבירות ואת ההצעה בדבר חירותה של הממשלה לבחור את ייצוגה בבתי המשפט. במקביל, ברק־קורן מציעה לאמץ שתי נקודות מהרפורמה כפי שהן – ייחוד סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט העליון, ומתן אפשרות לממשלה לייצג את עצמה בבית המשפט במקרה של מחלוקת עם היועץ המשפטי. בד בבד ברק־קורן מציעה מנגנונים חלופיים רכים לביקורת והגבלת הממשלה בתחומים אחדים, מתוך תקווה שיחליפו את הביקורת השיפוטית למעשה.

ב. הערות כלליות על מסמך ברק־קורן

ברק קורן סקרה כאמור כמה כשלים מרכזיים במצב המשפטי הנוכחי, אולם לא העניקה להם את המשקל הראוי בניתוח הרפורמה ובהצעת הפתרונות. אעמוד על כמה נקודות עיקריות.

ב.1. עיצוב הרפורמה נוכח המציאות המשפטית במדינת ישראל

הצעת הרפורמה איננה מתיימרת לעסוק בשורה של מרכיבים במצב המוכר לנו היום ובעיותיו. למשל, בתחום הביקורת החוקתית היא איננה נוגעת באופן יישום דרישת ה"מידתיות", לרבות המבחן השלישי שהוא מבחן ערכי טהור.² היא איננה מתייחסת לדוקטרינת הפרשנות החריגה והייחודית שאימצו רוב שופטי בית המשפט העליון, הכוללת את רעיון ה"תכלית האובייקטיבית" של החקיקה, זו המאפשרת לשופט ליצוק כל תוכן שראוי בעיניו כדי לפרש את החוק שלא לפי לשונו. היא איננה נוגעת לדוקטרינת הפרשנות המקיימת, טכניקה שיפוטית מרוסנת כביכול אך מאפשרת בפועל לעקר חוקים ממטרתם בלי ביטולם הפורמלי. ספק אם יש כלי חקיקה שיכול להתמודד עם טכניקות אלו שרווחות בפסיקת בית המשפט העליון, ומעוררות בחלקן את הקשיים שפירטה ברק־קורן.

הרפורמה גם איננה מגבילה את זכות העמידה לפני בית המשפט, דרישה שקיימת במערכות משפט אחרות ובישראל נשחקה כמעט לחלוטין. היא איננה עוסקת בשאלה מהו עניין "שפיט", כך שבית המשפט יכול להמשיך לעסוק בכל שאלה שבאה בפניו. בתחום המשפט המנהלי הרפורמה עוסקת רק בעילת הסבירות, וספק עד כמה צמצום השימוש בה יועיל לתחימת הקו שבין העיסוק במדיניות ובין העיסוק במשפט.

בהתחשב במאפיינים הללו ואחרים יש להניח שהרפורמה לא תשנה באופן מהותי, ובוודאי שלא מייד, את אופן והיקף הביקורת השיפוטית של בג"ץ. מסתבר שהיא לא תשנה את עובדת היותו הגורם המכריע בשאלות ציבוריות רבות על בסיס שיקולים ערכיים, עניין שגם ברק־קורן רואה בו משום בעיה.

מסמך ברק־קורן מזכיר את ההיבטים הללו ומשתית גם עליהם את הערכתו כי בית המשפט עוסק יתר על המידה בתחומים שבמחלוקת ערכית בציבור. אולם בביקורת הפתרונות שמציעה הרפורמה ובהצעת הפתרונות מטעמו זונח המסמך את התמונה הכוללת ואת הצורך המוסכם לתקנה. מסמך ברק־קורן מציע פתרונות כאילו מדובר ביצירת מבראשית של מערכת יחסים בין־דשותית, ולא בבניית פתרונות למצב קיים. אולם העובדה שמערכת המשפט (בית המשפט ומערך הייעוץ המשפטי) הפכה לפוסק האחרון בכל סוגיה ערכית־ציבורית שמעוררת מחלוקת, מחייבת לקחת בחשבון את המצב העובדתי הנתון, את הלכי החשיבה וההתנהגות שאומצו על ידי המערכת המשפטית בישראל בשלושת העשורים האחרונים.

² מבחן זה מכונה מבחן עלות מול תועלת או מבחן המידתיות הצר או מבחן היחס או מבחן האיזון החוקתי. ראו אהרן ברק "איזון חקתי עקרוני ומידתיות: הדיכוי התורתי" ספר ברק: עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 47 (2009): "כה חזק ההבט הערכי של מבחן זה, עד כי השופט מ' חשין ציין כי 'ראוי הוא כי יכונה מבחן המידתיות 'במובנו הערכי'. עניינו של מבחן זה הוא בערכים, וכך ראוי הוא כי נכנהו".

כמובן, אין בדברים האלה כדי לפגוע בחשיבות פעילותו של בית משפט עצמאי, מקצועי וחזק, המבקר ללא מורא את הרשויות ומגבילן מלפעול ללא סמכות בדין, משיקולים זרים, בשרירות, אפליה וכיוצא באלה עילות מוכרות להתערבות שיפוטית.

ב.2. ביקורת חקיקה: הצורך בהליך ייחודי לביקורת חקיקה בהעדר חוקה

המחקר ההיסטורי-משפטי מראה כיצד בחקיקת חוקי היסוד של 1992, מרבית חברי הכנסת לא חשבו או לא הבינו שמדובר בהסמכת בית המשפט לבקר מכוחם חקיקה. ההכרזה על קיומה של 'חוקה' והפיכתה של ישראל לדמוקרטיה חוקתית (שבה הפרלמנט כפוף לחוקה ובית משפט מוסמך לפסול חוקים של הפרלמנט) נעשתה על ידי בית המשפט.³ גם אם יש שחולקים על כך,⁴ אין מחלוקת כי קריאת זכויות נוספות אל תוך חוקי היסוד דרך המונח "כבוד האדם", לרבות זכויות שלא נכללו במכוון בנוסחו של חוק היסוד, היא מהלך של כתיבת חוקה בידי בית המשפט. ברק קורן עומדת על כך בפירוט. תהליך זה הולך ונמשך בפסיקת בג"ץ והיד עוד נטויה. לפיכך גם אם יוסדר כעת מקור הסמכות לביקורת שיפוטית כפי שמוצע ברפורמה, יישאר המשטר בישראל בגירעון דמוקרטי: בית המשפט יוסמך לבטל חקיקה של הפרלמנט לאור "חוקה" שכתב ועיצב, "חוקה" שאיננה ביטוי והגשמה של עיקרון הרוב אלא מסמך גבולותיו ותכניו אינם ידועים כי אם הולכים ומתעצבים על ידי בית המשפט.

נוסח הצעת הרפורמה של לוין כולל אומנם הבהרה כי חוקים ייבחנו רק לאור לשונם "המפורשת" של חוקי היסוד, אך יש בכך לכל היותר מענה חלקי. ראשית, משום שהשאלה מהי לשון מפורשת גם היא יכולה להיות נתונה לפרשנות. שנית, משום שלא ברור מה דינה של פרשנות שכבר ניתנה בעבר לחוקי היסוד. הגירעון הדמוקרטי של ביקורת חקיקה ללא חוקה מוסכמת איננו רק שאלה

³ להרחבה ראו גדעון ספיר **המהפכה החוקתית - עבר הווה ועתיד** (2010). ראו גם את הפער בין הצהרתו של חבר הכנסת לשעבר אוריאל לין בזמן אמת ובין טענתו בספרו **לידתה של מהפכה** (2017). בעת הצגת חוק היסוד בפני הכנסת לקריאה שנייה טען כי: "אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית המשפט העליון. אנחנו לא עושים כפי שהוצע בחוק היסוד: החקיקה או בחוק יסוד: זכויות האדם שהוגשו בזמנם. אין מקום בית משפט לחוקה [...] שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים". ד"ר 125, 3783 (התשנ"ב). לעומת זאת בספרו, שם, בראשית דבר, טען כי: "חוקים אלה לא היו זוכים למעמד החוקתי אלמלא הקנה להם בית המשפט העליון, בהנהגתו של פרופ' אהרן ברק, את המשמעות העמוקה והמרחיבה – בדיוק המשמעות העמוקה והרחבה שאנו, המחוקקים, התכוונו וכיוונו אליה".

⁴ ברק קורן נוטה כפי הנראה לקבל את הגרסה כי דווקא היתה לכך מודעות בכנסת, לפחות בשנת 1994. ראו ה"ש 3 במסמך ברק קורן. ברק קורן מבקשת להסתמך על ציטוט מתוך פרוטוקול הדיון בכנסת בשנת 1994, שבו הוצג התיקון לחוק היסוד: חופש העיסוק המוסיף לו פסקת הגבלה, וכן תיקון נוסף בחוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. לאמיתו של דבר התיקון הזה נעשה כדי להחליש את תוקפם של חוקי היסוד ובפרט להוסיף פסקת התגברות לחוק יסוד חופש העיסוק, כדי לשמור על שרידותה של הקואליציה בראשות יצחק רבין. קשה להסיק מתוך דברים שאמר אז בראשית הדיון ח"כ דן מרידור על כוונה (ולו מאוחרת) של הרשות המכוננת ליצור חוקה לישראל.

פורמלית. ביקורת שיפוטית על חקיקה היא הליך בחינת עמידתו של החוק שחקק הפרלמנט בתוך גבולות המסגרת שנקבעה בחוקה. בהעדר חוקה, או בקיומה של חוקה שגבולותיה מעורפלים ולא התקבלו בהליך שבו מקובל לקבל חוקות, יש לכל הפחות לצפות כי הביקורת תיעשה לא רק בריסון רב, אלא גם בהליך יוצא דופן בתוך בית המשפט העליון עצמו. יש אפוא הצדקה של ממש לכך שכל עוד לא התקבלה חוקה מלאה בישראל (ולוואי ותקבל במהרה בימינו) – ביקורת על חקיקת הכנסת תיעשה בקוורום מיוחד של שופטים וברוב מיוחד מקרבם, כפי שמציעה הרפורמה. הניתוח של ברקקורן מחמיץ שיקול חשוב זה.

ב.3. השלכות ציבוריות של המצב הנוכחי

בהמשך לכך, היבט נוסף שהניתוח של ברקקורן אינו מעניק לו משקל הוא ההשלכות הציבוריות של חוסר האיזון שבמצב הנוכחי. הפער שנוצר בין ההכרעה הפוליטיית-דמוקרטית לבין זו המשפטית בסוגיות ציבוריות (כמו גיוס חרדים; הגירה, שבות ומסתננים; מינויי בעלי תפקידים בכירים; עיצוב הסדרי פונדקאות) סדק את האמון ביכולתה של המערכת הדמוקרטית לשמש מנגנון מכריע לסוגיות ציבוריות שבמחלוקת, לצד שחיקתו המתמדת את האמון הציבורי בבית המשפט העליון. ישנן עקבות ברורות המוליכות מירידת האמון אל המהפכה שהוביל בית המשפט בעשורים האחרונים.⁵

למעורבותו העמוקה של בית המשפט בעניינים שבמחלוקת ערכית בציבור יש כמובן גם השלכות פוליטיות. ישראל זקוקה לחוקה שתכלול גם מגילת זכויות, בין אם תתקבל כאחת ובין אם תתפתח בהדרגה. אולם במצב הנוכחי שורר קיפאון בנכונות להתקדם עם הפרויקט, הנובע בראש ובראשונה מביקורת החקיקה במתכונתה הנוכחית. כשתוכנה של החוקה לא ידוע ופרשנותה היצרנית אינה יודעת גבול יש תמריץ שלילי חזק מפני יצירת חומר "חוקתי" נוסף.⁶ יתר על כן, לאחרונה אף החל לבסס בית המשפט העליון את סמכותו לביקורת על חקיקת יסוד. הנכונות העקרונית שמגלה בית המשפט לבטל חקיקת יסוד, בין אם מחמת פגמים הליכיים ("שימוש לרעה בסמכות מכוננת") ובין אם מחמת מהות ("חוקה שאינה חוקתית"), מנטרלת מראש כל סיכוי שתהיה התקדמות בפיתוח המפעל החוקתי בישראל ומצדיקה חקיקה שתמנע התערבות שיפוטית עתידית בחוקי היסוד.⁷ לאור זאת, כדי לאפשר תהליך של יצירת חוקה לישראל נחוץ להגדיר תחילה היטב את גבולות הסמכות של הרשויות באופן ששייב לריבון את יכולת ההובלה שלו ואת הביטחון בהליך הדמוקרטי לשני הצדדים הפוליטיים.

⁵ אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" **משפטים** נג (2023). ראו גם תמצית המחקר: אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "**כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט**" **בלוג רשות הרבים** (9.11.2022).

⁶ כבר בשנות התשעים צוטט אחד מחברי הכנסת החרדים באומרו שהיה מתנגד גם לקבלת עשרת הדיברות כפי שהם כחוק יסוד, מחמת פרשנותו הבלתי צפויה של בית המשפט העליון.

⁷ עצם העובדה ששופטי בג"ץ דנו בכובד ראש בשאלת חוקיותו של חוקי-יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי, ובפרט העובדה ששופט אחד סבר שיש לפסול את הסעיף שמייחד את הזכות להגדרה עצמית לאומית במדינת ישראל לעם היהודי, מעיבים על האפשרות להמשך פיתוח המפעל החוקתי. בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (אר"ש 8.7.2021).

החברה בישראל מתאפיינת בריבוי עמדות עד כדי קיטוב. הצירוף של בית משפט המכריע בסוגיות שבמחלוקת על בסיס ערכי עם בחירת שופטים שאיננה ייצוגית הוא מתכון בטוח לסכסוך מתמשך בין הרשויות, חוסר אמון בבית המשפט, תחושה הדדית של קיפוח ושל "גנבו לנו את הדמוקרטיה". הפתרון חייב אפוא לשלב מידה של ריסון המעורבות של בית המשפט במחלוקות פוליטיות עם הגברת הייצוגיות בהרכבו מצד שני. השיקול הזה צריך לעמוד אף הוא בבסיס עיצובה של הרפורמה.

ג. חולשתן של הכנסת ושל הממשלה – הנחת המוצא והשלכותיה

לאחר שהערנו הערות כלליות ביחס לגישתה הכללית של ברק־קורן, נדון בהנחת המוצא המלווה את הניתוח שהיא מציגה לכל אורכו. ברק־קורן סבורה כי הן הכנסת הן הממשלה בישראל סובלות מחולשה קשה. הכנסת מחמת שליטתה של הממשלה בה ובהליכי החקיקה, ותלותם של חברי הכנסת במשמעת הקואליציונית. הממשלה מחמת תלותה בשרידותה של הקואליציה הרב־מפלגתית הכוללת מפלגות קטנות בעלות כוח מיקוח בלתי פרופורציונלי. ברק־קורן מסיקה מכך כי הרשויות המחוקקת והמבצעת בישראל ממוזגות למעשה זו בזו ללא מנגנוני בקרה הדדיים. ניתוח זה משפיע לדעת ברק־קורן על נחיצותם של מנגנוני בקרה אחרים בישראל. אלא שמצב זה איננו ייחודי לישראל. תלות הדדית בין הפרלמנט והממשלה והבעיות הממשליות שנלוות לה הן מאפייני של כל משטר פרלמנטרי (להבדיל מנשיאותי). העולם הדמוקרטי חי עימה מאז שנוסדו דמוקרטיות פרלמנטריות, ומודע לה מאז אמצע המאה ה־19.⁸ פורמלית הפרלמנט עליון על הממשלה, שהרי הוא הממנה, המחליט והמפטר. אולם מעשית העליונות היא של הממשלה – השולטת בפרלמנט כל עוד יש לקואליציה רוב. במדינות שבהן מפלגה אחת נהנית מרוב בפרלמנט הבעיה כמובן חמורה יותר. גם במשטרים פרלמנטריים שיש בהם שני בתי פרלמנט, הדבר לאו דווקא מגביל את שליטת הממשלה בפרלמנט. ההחלשה שתלות זו גורמת לפרלמנט ולממשלה אכן יוצרת בעיות משילות וכשלים דמוקרטיים מעת לעת ויש מקום לתור אחר דרכים ומנגנונים לשיפור המצב – אחוז חסימה, הסכמי עודפים, הדרך להפלת ממשלה והחלפתה וכלים נוספים.⁹ נראה כי ישנה תמימות־דעים בין חוקרי מדע המדינה שמוצא של ממש מן הסבך – אין כך או כך, אין בתלות הזו כל הצדקה לחיזוקם של המנגנונים הבלתי דמוקרטיים (ייעוץ משפטי ובתי משפט) באופן שיחדרו לתחומן של הרשויות הדמוקרטיות בקביעת המדיניות. אדרבה, התלות שבין הפרלמנט והממשלה דווקא יוצרת מנגנוני ביקורת הדדיים חזקים. ממשלה הנשענת על רוב שברירי בפרלמנט לעולם לא תהיה ממשלה כליכולה, שכן שליטתה בפרלמנט איננה מובטחת לה ועליה לדאוג לתחזק

⁸ WALTER BAGEHOTE, ENGLISH CONSTITUTION (1867).

⁹ ראו למשל דיסקין ונבון תיקונים בשיטת הבחירות והממשל: חיזוק המשילות והייצוגיות נייר מדיניות 30 (פורום קהלת 2016). ברק־קורן עצמה עסקה בכך בהקשר אחר. ראו נטע ברק־קורן "על הקוקטייל הרעיל של הדמוקרטיה הישראלית ובעיית הקצה של מלחמות הבג"ץ" פורום עיוני משפט מה (2021).

אותה בכל רגע. ממשלה שעוברת את קצה גבול הסובלנות של שותפיה (מפלגות קטנות או סיעות בתוך המפלגה המובילה בקואליציה) תיפול, ולעיתים אף הפרלמנט יאלץ להתפזר.¹⁰ הגמישות בין הגושים בישראל, וקיומו של גוש מרכז גדול, יוצרים תמריץ חזק לממשלות שלא לסטות מהנורמה ולהבריח קולות בבחירות הבאות. עוד יש לציין כי בניגוד לאינטואיציה, ריבוי מפלגות קטנות (וסחטניות) דווקא מקטין את כוח המיקוח שלהן ומאפשר ממשל יציב יותר, שכן הוא מאפשר חלופיות ביניהן.¹¹

התלות ההדדית וה"חולשה" הם צידו האחד של המטבע, ריסון וביקורת הם צידו השני. אולם מנגנוני הביקורת הנובעים מהתלות אינם היחידים. לצידם מצויים מנגנוני הפיקוח הנוספים של הכנסת, כגון הדיונים וההצבעות בוועדות על כל חקיקה או טיוטת תקנות.

החולשה המבנית של המשטר הפרלמנטרי היא מאפיין של כל משטר כזה, וישראל איננה ייחודית. הייחודיות בישראל נעוצה בעיקר בכניסתה של המערכת המשפטית לתוך השדה הפוליטי, תוך ניצול החולשות הללו. היא נעשתה הודות לדומיננטיות של אישים שהובילו שינוי משטרי ביחסים בין הרשויות ללא מקור סמכות בחוק, ללא הליך של דיון ציבורי רחב, וללא מנגנונים שיגדירו את היקף הסמכויות החדשות שאימצה לעצמה המערכת המשפטית מעת לעת. זהו אינו הפתרון הרצוי, שכן הוא מחליף בעיה אחת בבעיה אחרת, כפי שציינה ברקקורן עצמה.

לסיכום נקודה זו, הטענה כי שליטתה של הממשלה בכנסת לצד תלותה בהרכב הקואליציוני מחייבות לחזק מנגנוני בקרה שאינם נשענים על נבחרי ציבור אינה מבוססת. הכשלים שבתפקוד הממשלה והכנסת אינם מצדיקים דווקא את חיזוק כוחו של בית המשפט או היועצים המשפטיים, פתרונות שרק מחלישים עוד את כוחו של הפרלמנט (ובוודאי שלא יכולה להכשיר מהלך חד צדדי של נטילת סמכויות מצד גורם שאינו נבחר).¹² הפתרון הרצוי יותר הוא לחפש אחר דרכים לייעול ולשפר את עבודתן של הכנסת והממשלה בתוך המסגרת הנתונה של משטר פרלמנטרי.¹³ מסמך ברקקורן מפריז אפוא בהסתמכותו על טיעון ה"מיזוג" של הרשות המחוקקת והמבצעת לשם ביקורת על הרפורמה.

ד. רפורמה בהליך בחירת שופטים

ברקקורן מסבירה כיצד הצעת הרפורמה מעניקה לממשלה שליטה בלעדית בהליך בחירת השופטים, ללא יחס פרופורציונלי בין הכנסת והממשלה. היא סבורה שכתוצאה מהליך בחירה כזה תוכפף הרשות השופטת לרשות המבצעת ואף "תקרס" לתוכה, ובכך רק תחריף בעיית הפרדת הרשויות בישראל.

¹⁰ ב-75 שנות קיומה של מדינת ישראל הורכבו 37 ממשלות. בממוצע, קצת יותר משנתיים לכל ממשלה.

¹¹ דיסקין ונבון, לעיל בה"ש 9, עמ' 31-32.

¹² שאול שארף "בשבח פסקת ההתגברות" ICON-S-IL Blog 8.12.22 ובה"ש שם.

¹³ ראו רבקה ווייל, "הלכת יולי אדלשטיין וכרונולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת והממשלה בישראל", עיוני משפט מד 321 (2021).

ברקיקורן איננה מקדימה לטענותיה ניתוח עובדתי או תיאורטי של ממש בשאלה כיצד רצוי לעצב את מנגנון בחירת השופטים. טיעוניה מתבססים בעיקר על המצב הקיים, תוך הנחה מובלעת שהוא משקף את המצב הרצוי שכן כביכול הליך בחירת שופטים "צריך לאזן בין שיקולים מקצועיים ובין שיקולים פוליטיים וצריך לתת ביטוי לעמדת שלוש הרשויות".

אלא שברקיקורן מתעלמת מן המחקר בתחום, שממנו עולה באופן ברור כי **כמעט בכל הדמוקרטיה המפותחות נבחרים שופטי הערכאה החוקתית העליונה על ידי נבחרי ציבור**.¹⁴ ברוב המשטרים, מעמדם של גורמים מקצועיים (כמו נציגות עורכי הדין) או של שופטים הוא של ממליץ בלבד. במדינות המשפט המקובל (קנדה, ניו זילנד, אוסטרליה) בחירת השופטים נעשית בידי הממשלה באופן בלעדי, לכל היותר לאחר התייעצות וולונטרית עם ועדה ממליצה או עם נציגי השופטים. המודל האמריקאי, שברקיקורן מעירה בצדק שאיננו דווקא ראוי לחיקוי, איננו מחלק את סמכות הבחירה בין הנשיא והסנאט. הסמכות נתונה לנשיא, אולם הצורך באישור הסנאט גורם לכך שבתקופות שאין לנשיא רוב בסנאט הוא איננו ממנה שופטים. במדינות אחרות שופטים נבחרים על ידי תמהיל מסוים בין הממשלה לפרלמנט, על פי רוב בשיטה רובנית פשוטה, ולא מוכרות טענות על רמה מקצועית ירודה של מינויים הנעשים על ידי המערכת הפוליטית. החשש מ"שליטה" של הרשות המבצעת בבית המשפט מקבל מענה בכמה היבטים: בעובדה שהרשות המבצעת עצמה מתחלפת מעת לעת, בהקשחה של הליכי הדחתם של שופטים, ולעיתים גם באמצעות מנגנוני הגבלת כהונה של שופטים.

שיטת בחירת השופטים בישראל נקבעה בראשית שנות החמישים. בעת ההיא לא ראה בית המשפט את עצמו כבעל שליחות בעיצוב מדיניות וביקורת חקיקה כלל לא עלתה על הדעת. היום ברור לכל כי הסמכות לבקר חקיקה, כמו גם העמקת הביקורת המנהלית והחדרת שיקולים ערכיים לתוכה, חייבות להיות כרוכות במנגנון בחירת שופטים שמשקף במידה מניחה את הדעת את מגוון העמדות ותפיסות היסוד הרווחות בציבור. ביקורת על הצעת הרפורמה דרך הפריזמה של המצב הנוכחי (החריג מאד) בישראל, ללא התייחסות למקובל בדמוקרטיה אחרות בעולם, איננה מועילה למציאת פתרונות רצויים.

שינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים נחוץ גם מטעמים נוספים. קשה להשלים עם המצב שבו נציגי הרשות השופטת מחזיקים יחדיו (ולרוב גם מצביעים כאיש אחד) בזכות וטו על בחירת חבריהם לכס השיפוט. הניסיון מלמד כי זכות וטו זו שימשה לסיכול בחירתם של מועמדים ראויים במהלך השנים, בין היתר על בסיס העמדות שבהן החזיקו. גם הצורך שיש כיום לכרות בריתות עם נציגי הגילדה של לשכת עורכי הדין איננו תורם לייצוגיות ההליך או לאמון הציבור בו.

ניתן לחשוב על כיווני פתרון לרפורמה מועילה בבחירת השופטים, תוך קבלת השראה מדמוקרטיה אחרות. אם הבחירה נעשית על ידי ועדה, הרי שהענקת דומיננטיות לממשלה בוועדה זו עונה על הצורך ליצירת מתאם גבוה יותר בין

¹⁴ שייניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי** נייר מדיניות 55 (פורום קהלת, 2019); יואב דותן "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי" **משפט וממשל** י 489 (2007).

עולמם של השופטים לעולמו של הציבור. ממשלות בישראל משתנות ומתחלפות, ושירי המשפטים מייצגים מעת לעת קהלים שונים ועמדות שונות. האלטרנטיבה של הענקת דומיננטיות או זכות וטו לנציגי המיעוט טובה פחות, ותשמר את כשליה של השיטה הנוכחית.¹⁵ פתרון של ייצוגיות מלאה, במובן של שיקוף תוצאות הבחירות, בלתי ישים וגם לא רצוי. עצמאות שיפוטית יכולה להישמר גם במצב של דומיננטיות ממשלתית בהליך הבחירה, שכן האפשרות להדיח שופטים כמעט שאינה קיימת, וכך גם מוכיח ניסיון של מדינות אחרות.

כך או כך, ברקקורן איננה מציעה כל פתרון לסוגיה זו המהווה אחת מאבני היסוד של הרפורמה.

ה. מעמד היועץ המשפטי, מונופול על ייצוג וייעוץ

ברקקורן עומדת בפירוט על הבעייתיות שבמונופול הנתון כיום ליועץ המשפטי לממשלה הן בייצוג הממשלה (או במקרים החריגים סירוב לייצוג), הן ביייעוץ המשפטי. היא מציינת כי לאור התרחבות הבחינה החוקתית אל המחוזות הערכיים ולאור עמימות הבחינה המנהלית של בג"ץ, הייעוץ המשפטי מפעיל אף הוא סטנדרטים עמומים וסובייקטיביים.

עם זאת ברקקורן מצמצמת את הפתרון שהיא מציעה לנקודה אחת בלבד, והיא מתן אפשרות ייצוג פרטי של הממשלה כאשר היועץ המשפטי לממשלה מסרב לייצג את עמדתו (וגם אז – תוך הצגת שתי העמדות). אולם ברקקורן איננה מסבירה מדוע את כפיפות הממשלה ליועץ המשפטי לממשלה יש להותיר על כנה, חרף הבעיות שהיא תיארה בכפיפות זו. אלו כמובן שתי שאלות נפרדות, והעדר ההתייחסות לראשונה במסמך ברקקורן משאיר את סוגיית הכפיפות ללא פתרון. אין מחלוקת כי הממשלה חייבת לפעול במסגרת הדין ולפי סמכויותיה בלבד, וראוי למצוא מנגנונים שיחזקו מחויבות זו. אולם לא ניתן להשלים עם המצב שבו הכרעה בשאלה משפטית של יועץ תחייב את הממשלה, בייחוד בעולם שבו שאלות מדיניות רבות יכולות להיות מוצגות כשאלות משפטיות (כפי שברקקורן עצמה מציינת). משמעות הדבר היא מתן זכות וטו ליועץ המשפטי לממשלה על החלטות הממשלה והשרים, תוצאה שאין להסכים לה משורה של טעמים: במישור העקרוני זכות וטו כזו סותרת את העיקרון הדמוקרטי של הכרעת הרבים או נציגיהם. היא גם סותרת את העיקרון הפרקטי והמוסרי המחייב זהות בין בעל הסמכות לנושא באחריות. המצב הנוכחי אינו מתמרץ את בעל הסמכות למנוע נזק ציבורי עקב החלטות שגויות. במישור המעשי היא פוגעת ביכולת התפקוד של הממשלה והשרים, הן באופן ישיר במניעה של קבלת החלטות, הן באופן עקיף בהפיכת כל החלטה לעניין בעל היבטים משפטיים ולכן לנתון למשא ומתן עם הייעוץ המשפטי. היא גם מתמרצת את הייעוץ המשפטי להחמיר ולמנוע פעולות, שכן הקרדיט על מימושן אינו מגיע אליו.

הדברים מקבלים משנה תוקף ביחס להצעות חוק ממשלתיות, שבהן השימוש בכוח הווטו של היועץ המשפטי הוא חדש יחסית ודומה שבעבר לא עלה על הדעת. חקיקה היא כלי מרכזי לשינוי מדיניות מקיף והרעיון כי גורם בלתי נבחר יוכל לאשר

¹⁵ ראו בהקשר זה גם רשימתה של תמר (תמי) מייזלס "אסור לאפשר את עריצות הרוב, אך חמורה לא פחות רודנות המיעוט", הזירה | TAU Impact Arena, 10.2.2023.

או למנוע אותה מראש סותר מושכלות יסוד של עקרון הכרעת הרוב. זו פגיעה גם ברעיון הפרדת הרשויות. במובנים האלה, קיבוע הרעיונות הללו בנוהל העבודה הפנימי של מחלקת ייעוץ וחקיקה של משרד המשפטים, שברק-קורן מוצאת בו תקווה, הוא דווקא מקור לדאגה.

בכל המובנים הללו ישראל חריגה לחלוטין בנוף הבינלאומי.¹⁶ גם העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה הוא גורם ממונה ועצמאי ואינו כשר מבשרה של הרשות המבצעת מציבה את מדינת ישראל בכדידות קורנת. במדינות המשפט המקובל היועץ המשפטי לממשלה הוא תפקיד פוליטי. ההבדלים שיש בין מערכת המשפט הישראלית לאחרות מתקשים לספק הסבר מניח את הדעת לאנומליה זו.

סיכומו של דבר, היועץ המשפטי לממשלה בישראל הוא במובנים רבים רשות רביעית, עצמאית, שברצותה יכולה לכפות את דעתה על הרשות המבצעת. מצב זה מחייב שינוי, ויש להגדיר בחוק במפורש כי אין הממשלה כפופה ליועץ מטעמה (במובן, אסור שמקביעה זו ישתמע כי הממשלה איננה כפופה לחוק). הבהרה כזו נעשתה כבר בדו"ח אגרנט על הייעוץ המשפטי לממשלה אי-אז בשנת 1962, בסביבה שבה בית המשפט כמעט שלא עסק במחלוקות ציבוריות ולא הפעיל עילות ביקורת כמו עילת הסבירות.¹⁷ ברק-קורן עומדת על הבעיה אך לא מציעה לה פתרון, וזאת למרות חריפות הבעיה שעליה עמדה בעצמה.

1. נקודות במסמך ברק-קורן ביחס לרפורמה שרצוי לאמץ

לצד הביקורות שלעיל, בכמה נקודות רצוי לשקול שינויים ושיפורים ברפורמה בהתאם לדברים שברק-קורן עומדת עליהם:

א – החרגתם של חוקי יסוד מן הביקורת השיפוטית מחזקת את הצורך לקבוע הליך ייחודי לחקיקתם, ורצוי לנצל את ההזדמנות ולהסדירו

יש להזכיר כי ראשיתה של המבוכה בעניין זה נעוצה בפסיקת בית המשפט העליון (בפסק דין בנק המזרחי) אשר העלה את חוקי היסוד למעמד של חוקה רק על סמך כותרתם.¹⁸ בית המשפט הוא אשר יצר את הפרדוקס של עליונות על סמך צורה בלבד, כדי להניח כביכול תשתית אנליטית ודמוקרטית לסמכותו לבקר חקיקה "רגילה". קביעה זו מעוררת קשיים מתמשכים, שכן חלק מחוקי היסוד המשטרניים כוללים הוראות מפורטות למדי ומעת לעת עולה צורך לשנותן, מה שמוזיל את ערכם וגורר ביקורת ציבורית. בית המשפט הוא גם זה אשר "פתר" לאחרונה את הפרדוקס הזה בהכריזו על עצמו כבעל יכולת לבקר גם את חוקי היסוד, אגב התנתקות מאותה תשתית דמוקרטית ומשפטית. כעת, כשהמחוקק-מכונן מבקש

¹⁶ ראו גד ברזילי "היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית - פיצול מוסדי?" מחקר מדיניות 84 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010); אביעד בקשי הייעוץ המשפטי לממשלה: ניתוח והמלצות נייר מדיניות 10 (פורום קהלת, 2017).

¹⁷ [חוות דעת משפטית של ועדת המשפטים שמעון אגרנט, צבי ברנזון ואברהם לויץ בנוגע לסמכויות שר המשפטים והיועץ המשפטי לממשלה](#) (1962), בתוך ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 448, 421 (יצחק זמיר עורך, 1993).

¹⁸ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221 (1995).

להעניק לראשונה סמכות פורמלית לבית המשפט העליון לבקר חקיקה על סמך חוקי יסוד, מתחזק הצורך כי לצד הגדרה ברורה מהו חוק יסוד תיקבע גם דרך ייחודית לחקיקתו. רצוי שדרך החקיקה של חוקי יסוד תשקף את מהותם המיוחדת המעניקה להם עליונות על רוב מזדמן.

ב – הקשחת דרישת הפורום המיוחד והרוב המיוחד בבית המשפט העליון כדי לבטל חקיקה יכולה להיות חלופית לפסקת התגברות

אם תיחקק ההצעה הנוכחית יוסמך בית המשפט העליון לראשונה בחוק יסוד מפורש לבקר חקיקה. כאמור לעיל, ישנן הצדקות טובות לדרישת פורום ורוב ייחודיים לפסילת חקיקה בבית המשפט העליון. מנגד, חקיקה של פסקת ההתגברות עלולה להביא לתוצאות בלתי צפויות. היא עלולה מצד אחד להקל על בית המשפט לפסול חקיקה, על סמך הידיעה שהכנסת תוכל אם תרצה לשוב ולחקוק. מצד שני הכנסת עלולה לחשוש מלעשות כן, כפי המצב כעת ביחס לחוק יסוד חופש העיסוק, או אולי לעשות כן בקלות יתירה, ובכך לרוקן את מנגנון הביקורת מתוכנו.

מנגנון התגברות מעין זה המוצע ברפורמה קיים בקנדה, וגם בישראל בחוקי יסוד: חופש העיסוק. בישראל לא נעשה בו שימוש מעולם, לבד מעניין הגבלת יבוא הבשר שלכבודו נחקקה פסקת ההתגברות.¹⁹ פסקת ההתגברות היא אפוא רעיון אפשרי, אך אם ייקבע רף של פורום ורוב ייחודיים בבית המשפט העליון לדיון בתוקפו של חוק, ייתכן שהצורך בפסקת התגברות יקטן.

ג – האפשרות שיש להותיר בידי הממשלה לבחור ייצוג פרטי צריכה להישאר באופן מעשי החריג ולא הכלל

דרך המלך היא ההסתייעות במערך הייעוץ המשפטי של הממשלה, המלווה את הממשלה ורשויותיה בשגרה ומחזיק בידע וניסיון רלוונטיים ובזיכרון ארגוני בתחומים שבהם עוסקת הממשלה. עם זאת, ספק אם יש דרך לקבוע בחוק את היחס בין הכלל והחריגים באופן שלא יהפוך את העניין הזה עצמו למוקד מחלוקת משפטית. מסתבר יותר שהמצב הנוכחי יישאר כפי שהוא, כלומר המשך תפקודו המלא של מערך הייעוץ והחקיקה, אלא שבמקרים המתאימים יוכלו הממשלה והשרים לפנות לחוות דעת חיצונית.

ז. סיכום

מסמך ברקקורן ממפה היטב את הבעיות המרכזיות במצב הנוכחי. אולם בהצעת הפתרונות נותרנו ללא מענה לכמה בעיות חשובות, מתוכן כמה שהמסמך עצמו מכיר בהן:

ראשית, בנקודות המוצא של המסמך. המסמך איננו נותן משקל מספיק לעובדה שמערכת המשפט הפכה לפוסק אחרון בכל מחלוקת ציבורית, נקודת המוצא המצריכה איזון. הוא אינו מעניק משמעות לעובדה שגם לאחר הסמכת בית המשפט העליון לביקורת חקיקה, תוכן הביקורת צפוי להיעשות על סמך חוקה שאינה

¹⁹ ראו "שיחה אישית עם פרופ' אמנון רובינשטיין" משפט ועסקים יד 31, 59 (2012). רובינשטיין ציין שם שחוק בשר ומוצריו נחקק מחמת "אילוץ קואליציוני. יצחק רבין אמר שבלי התיקון לגבי יבוא בשר לא יהיה הסכם שלום".

כתובה וגבולותיה עמומים. הוא איננו לוקח בחשבון את הצורך בשיקום יחסי האמון בין הרשויות לבין עצמן ובינן לבין הציבור, הן כעניין בעל ערך עצמי והן כבסיס לפיתוח חוקה.

שנית, המסמך מפריז בטענה כי חולשתן ותלותן ההדדית של הכנסת והממשלה מביאה למיזוגן בפועל לרשות אחת. תלות זו מאפיינת כל דמוקרטיה פרלמנטרית, והיא איננה מצדיקה את חיזוק מנגנוני הביקורת הבלתי ייצוגיים.

שלישית, המסמך מציג את סוגיית בחירת השופטים מנקודת מבט ישראלית פנימית, בהתעלם מן המצוי בעולם בתחום זה. המסמך מסתמך על ההנחה כי מתן זכות וטו לשופטי בית המשפט העליון בשאלה מי ימונה לערכאה שהם מכהנים בה היא מצב ראוי, ואינו מציע כל שינוי בתחום זה.

רביעית, על אף ההכרה בבעייתיות שבמתן זכות וטו ליועץ המשפטי לממשלה על החלטות ממשלה המסמך אינו מציע כל שינוי בתחום זה, ומסתפק במתן אפשרות לייצוג מקביל של הממשלה ושל היועץ המשפטי בפני בית המשפט במקרים של מחלוקת.

בהסתמך על כל האמור עד כה אבקש להציג את הקווים הרצויים לרפורמה:

1. הבהרה כי חוקי היסוד חסינים מפני ביקורת שיפוטית. קביעת הליך ייחודי לחקיקת חוקי יסוד.
 2. הסמכת בית המשפט העליון בלבד לדון בשאלת עמידתם של חוקי הכנסת בהוראות המפורשות של חוקי יסוד, בפורום מיוחד וברוב מיוחד. הצורך בפסקת התגברות תלוי בקשיחותם של התנאים שיידרשו לפסילת חוק ובשיטת בחירת השופטים.
 3. הבהרה כי הייעוץ המשפטי לממשלה אינו מחייב אותה, וכי במקרי מחלוקת הממשלה תוכל לבחור לה ייעוץ אחר או ייצוג אחר שאינו משורות מנגנון הייעוץ המשפטי. בפועל יש לעודד ולוודא את המשך ההסתמכות של הממשלה על מערך הייעוץ המשפטי בכל מצב שבו לא מתעוררת מחלוקת חזיתית.
 4. שינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים כך שתהיה בה דומיננטיות ממשלתית כנהוג בשיטות המשפט המקובל, ולא יינתן וטו לנציגי הרשות השופטת.
- ראוי שדיון ענייני על הבעיות שהרפורמה המשפטית באה לפתור ועל דרכי פתרון חלופיות יוסיף להעסיק את המערכת האקדמית, הציבורית וכמובן הפוליטית, כל עוד הרפורמה מצויה בהליך גיבושה. ראוי שהם יוסיפו להעסיק את המחקר והכתיבה גם לאחר גיבושה ועד לקבלתה של חוקה בישראל, שיש לקוות כי לאחר הרפורמה תיפתח הדרך לכינונה. נקווה גם שהמהלך כולו ילווה בשיח ענייני ומתון, ללא הליכה לקצוות וללא יצירת תבהלה. זו ערוכה לכך שהוא יוביל לשיפור המערכת השלטונית והדמוקרטית במדינת ישראל, לחיזוק שלטון החוק, לכיבוד זכויות האדם ולהעמדת מערכת היחסים בין הרשויות על מקומה הנכון.

ציטוט מוצע: אריאל ארליך "תוכנית הרפורמה המשפטית – הערות על מסמך ברקקורן" בלוג רשות הרבים (13.2.2023).