

נקודת איזון נכונה: חידוש המאמצים לניסוח חוקה מלאה בהסכמה

מאת

גדעון ספיר*

מבוא

אירועי שמחת תורה תשפ"ד ומלחמת חרבות ברזל שפרצה בעקבותיהם אולי עמעמו את זיכרון החודשים שקדמו להם, שבמהלכם נקרעה הארץ במחלוקת פנימית בשאלת המבנה והסמכויות של בית המשפט העליון ומוסד היועץ המשפטי לממשלה (להלן: היועמ"ש). חלק מהציבור תמך ברפורמה שקידם שר המשפטים וסבר שמימושה הכרחי להגנה על הדמוקרטיה בישראל, וחלק אחר התנגד לה בתוקף וסבר שמימושה יפגע קשות ביסודותיה הדמוקרטיים של המדינה. לאורך הדרך נעשו טעויות בשני הצדדים, ויש לקוות שהלקחים נלמדו. אולם השאלות שעמדו במוקד המחלוקת נותרו בעינן ועדיין מונחות לפתחנו: מהו האופי הראוי של מערכת היחסים בין בית המשפט למערכת הפוליטית? כיצד ראוי להגדיר את מעמדו ואת היקף סמכויותיו של היועמ"ש?

בשורות הבאות אציג את עיקרי ההסדר הראוי בעיניי. כרקע לכך אבקש לחזור תחילה אחורה ולתאר כמה שינויים חוקתיים, שהתרחשו בישראל בשלושת העשורים האחרונים.

מהקמתה של מדינת ישראל ועד לראשית שנות ה-90 של המאה ה-20 לא הייתה לישראל מגילת זכויות אדם פורמלית. הכרזת העצמאות אמנם הבטיחה חוקה, אך יכוח ציבורי שנמשך כמעט שנתיים הבהיר לכל שכינונה של חוקה עדיין אינו

* פרופ' מן המניין באוניברסיטת בראילן. המאמר הוא עיבוד אקדמי של טור שפורסם ב"ישראל היום" בפרויקט "[היום שאחרי מחר](#)".

אפשרי. לבסוף, בי-1950, הכנסת קיבלה הצעת פשרה, ולפיה תהליך כינון החוקה ייעשה בשלבים, במתכונת של חוקי יסוד שיאוחדו כשיושלם התהליך.¹

ההחלטה יושמה רק בחלקה. במשך השנים הכנסת חוקקה שורה של חוקי יסוד, אך אלה קבעו בעיקר את כללי המשחק הפוליטי וכמעט לא טיפלו בתחום הזכויות.² בהיעדר מגילת זכויות נקט בית המשפט ריסון וסירב לפסול חקיקה ראשית, הפוגעת במפורש בזכויות האדם.³ במרוצת השנים נעשו כמה ניסיונות לעגן מגילת זכויות בחוק יסוד, אך הם לא צלחו.⁴

בי-1992 נפל דבר בישראל. כך, לפחות, פירש בית המשפט העליון את ההתרחשות לאחר מעשה. הכנסת קיבלה שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק יסוד: חופש העיסוק.⁵ בית המשפט מיהר להכריז שעם קבלתם של חוקי היסוד האלה התרחשה בישראל מהפכה חוקתית, ומאז ועד היום הוא משתמש בהם כפלטפורמה ליצירת חוקה שלמה, כמתואר להלן.

מוסכמה חוקתית שהתגבשה במרוצת השנים הייתה שרק חוקי יסוד "משוריינים" נהנים מעליונות נורמטיבית. חוקי יסוד "לא משוריינים" נעדרים תוקף חוקתי, ומעמדם שווה למעמד של חקיקה ראשית רגילה.⁶ המושג "שריון" הובן כפשוטו, כהצבת דרישת רוב מיוחדת כתנאי לשינוי החוק. בחינת חוקי היסוד מ-1992 לאור מוסכמה חוקתית זו הייתה צריכה להביא לכלל מסקנה, שחקיקתם לא יצרה מהפכה חוקתית של ממש. רק לחוק יסוד: חופש העיסוק יש הוראת שריון, הקובעת שאפשר לשנותו רק בחוק יסוד שהתקבל ברוב מוחלט, ואילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין.

נמצא שלפי המוסכמה החוקתית שהייתה מקובלת בעת שנחקקו, רק חוק יסוד: חופש העיסוק – המגן על זכות אחת בלבד – היה אמור ליהנות מעליונות נורמטיבית שתאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית. אם רק חוק יסוד זה נהנה

¹ ראו נוסחת פשרה שהציע ח"כ יזהר הררי: "הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהיה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחדיו יתאגדו לחוקת המדינה." ד"כ 5, 1743 (התש"י).

² חוק יסוד: הכנסת (1958); חוק יסוד: מקרקעי ישראל (1960); חוק יסוד: נשיא המדינה (1964); חוק יסוד: הממשלה (1968); חוק יסוד: משק המדינה (1975); חוק יסוד: הצבא (1976); חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (1980); חוק יסוד: השפיטה (1984); חוק יסוד: מבקר המדינה (1988).

³ בית המשפט קבע כי "כאשר קיימת הוראת חוק מפורשת של הכנסת, שאינה משאירה מקום לשום ספק, יש ללכת על-פיה, הגם שאינה עולה בקנה אחד עם העקרונות שבהכרזת העצמאות". ראו: ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135 (1971) (חוות דעתו של השופט ברנזון). ראו גם: בג"ץ 80/63 גורפינקל נ' שר הפנים, פ"ד יז 2048, 2069 (1963); ע"א עזון נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547 (1963); בג"ץ 356/83 לידור נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד לח(1) 602 (1984).

⁴ לתיאור מפורט של היוזמות השונות ראו ע"א 6821/93 בה, פ"ד מט(4) 221, פסקאות 24-29 לחוות דעתו של ברק (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי); רות גביון "המהפכה החוקתית, תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 95-75 (1997).

⁵ לתיאור הליך קבלת חוקי היסוד וסקירת התזות לקבלתם, ראו: גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** פרק ב (2010).

⁶ בג"ץ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969); ע"פ 107/73 נגב תחנת שירות לאוטומובילים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640 (1973); בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים פ"ד כז(1) 794 (1973).

מעליונות, המהפכה החוקתית היא מהפכה זוטא⁷. אלא שכאן בית המשפט נכנס לתמונה. הוא קבע שאת המושג "שריון" יש לפרש בהרחבה, באופן שגם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יימצא שריון, שבית המשפט כינה "שריון מהותי", להבדיל ממושג השריון הישן, שבית המשפט כינה "שריון פורמלי"⁸.

א. הזכויות שנתרו בחוץ

רעיון השריון המהותי אפשר לבית המשפט לבסס את מעמדו החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך מכשיר זה היה מוגבל בטווח פעולתו, שכן כמעט כל חוקי היסוד האחרים לא היו משוריינים, לא בשריון פורמלי ולא בשריון מהותי. נמצא שגם לאחר ההרחבה השיפוטית של מושג השריון רוב חוקי היסוד נותרו במעמדם הקודם, ולא קנו עליונות נורמטיבית. כאן בית המשפט ביצע הרחבה נוספת וקבע שמכאן ואילך כל חוקי היסוד נהנים מעליונות, לרבות אלה שאינם משוריינים כלל⁹.

לפי אחד ההסברים להצלחת המהלך החוקתי במאוס 1992, המהלך התאפשר בזכות השגת פשרה, שלפיה יושמטו מחוקי היסוד החדשים זכויות שנויות במחלוקת. תוצאת הפשרה הייתה שחוקי היסוד אכן התקבלו, אך זכויות חשובות – כגון חופש הדת, שוויון וחופש הביטוי – נותרו בחוץ¹⁰. אולם סמוך לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים החלו השופטים לגבש גישה פרשנית שתאפשר לקרוא לתוך חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו את הזכויות הלא מנויות, לרבות אלה שהוצאו

⁷ דן מרידור ובנימין בגין הגישו אמנם הצעת חוק פרטית, במטרה להוסיף לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו את סעיף הנוקשות, אך הצעתם נדחתה. ראו: הצעת חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו (תיקון – נוקשות החוק), ה"ח התשנ"ג 287.

⁸ מהלך שהחל במאמרו של אהרן ברק "המהפכה החוקתית זכויות אדם מוגנות" **משפט וממשל** א 9, 29-30 (1992) והמשיך לפסק הדין בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 4, בפסקה 64 לחוות דעתו של הנשיא ברק: "חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראת שריון. אין זה שריון פורמלי הדורש רוב מסוים לקבלת החוק הפוגע. זהו שריון מהותי, הדורש כי ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק-יסוד בחוק רגיל, ובלבד שהחוק הרגיל מקים דרישה של מהות". חלק מחברי ההרכב הצטרפו לעמדתו של ברק. כך, למשל, שמגר (פסקה 35 לחוות דעתו); כך (פסקה 3); זמיר (פסקה 2); מצא (עמ' 577); גולדברג (עמ' 572).

⁹ בחוות דעתו בעניין בנק המזרחי הוא קבע כדלקמן: "במרבית חוקי היסוד אין כל הוראות כבילה [...] היעדרה של הוראה בדבר כבילה, אינה מפחיתה ממעמדו הנורמטיבי של חוק היסוד, כנורמה עליונה בשיטת המשפט הישראלית. היעדרה של הוראת כבילה שוללת את נוקשותו של חוק-היסוד ביחס לחוקי-היסוד האחרים, ומאפשרת לחוק-יסוד מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, לשנותו או לפגוע בו. אין בהיעדר הכבילה הורדת מעמד חוק היסוד לדרגה של חוק רגיל. חוק-יסוד שאינו נהנה מנוקשות הוא חוק-יסוד. אין הוא חוק "רגיל", ואין לשנותו בחוק רגיל". עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 4, פסקה 63 לפסק דינו של השופט ברק. בפסיקה מאוחרת בית המשפט יישם קביעה עקרונית זו ביחס למספר חוקי יסוד. לגבי חוקי יסוד: הכנסת ראו, ע"ב 92/03 שאול מופז נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששעשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003). לגבי חוקי יסוד: השפיטה ראו, רע"א 3007/02 יצחק נ' מווס, פ"ד נו(6) 592 (2002); בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (2002); בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששעשרה, פ"ד נו(1) 750 (2003); בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדר קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נו(2) 102 (2003). לגבי חוקי יסוד: הממשלה ראו, בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206 (1998).

¹⁰ ראו ספיר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 67-69.

בכוונה מן החוק כחלק מהפשרה.¹¹ הגישה הזאת אפשרה להשוות את מעמדן למעמד הזכויות המנויות במפורש בחוק היסוד. אגב, הקריאה המרחיבה הזאת, שהפכה במרוצת השנים למוסכמה מקובלת בבית המשפט, שימשה לאחר מכן את בית המשפט כבסיס לפסילת שני הסדרי פשרה בעניין גיוס בחורי ישיבות, שעוגנו בחקיקה ראשית.¹²

בשלב מסוים הפנימו מתנגדי המהפכה החוקתית את השינוי בכללי המשחק והחלו לפתח כלים שימושיים לפעולה במסגרת המציאות החדשה. אחד הכלים היה שדרוג הסדרים מסוימים באמצעות עיגונם בחוק יסוד. כוונת המהלך הייתה למנוע מבית המשפט את האפשרות לפסול אותם הסדרים, שכן הנחת היסוד המקובלת בישראל ובעולם היא שסמכות בית המשפט לפסול חקיקה אינה נוגעת לחוקה עצמה, שהרי החוקה היא המעניקה לבית המשפט את הסמכות לפסול דברי חקיקה שמקומם בהיררכיה החוקתית נמוך משלה.¹³

בית המשפט לא שקט על שמריו ופעל לבלימת המהלך האמור: הוא קבע שבסמכותו לפסול לא רק חקיקת משנה וחקיקה ראשית, אלא אפילו רכיבים בחוקה עצמה. לצורך כך הוא פיתח שתי עילות התערבות: 1. "שימוש לרעה בחוק יסוד"; 2. "תיקון חוקתי לא חוקתי".¹⁴ בעשותו כן, בית המשפט הציב את עצמו לא רק מעל לכנסת ולממשלה אלא אפילו מעל לחוקה, אף שהיא לכאורה זו שמכוחה הוא פועל.

ב. מכריז, כותב ומסמיך

המסקנה המתבקשת מהנתונים שהוצגו עד כה היא שהמהפכה החוקתית האמיתית לא התרחשה ב-1992, ושמדובר למעשה במהפכה מתמשכת, שרובה הגדול מתרחש בין כותלי בית המשפט העליון.

וכאן חשוב להדגיש: יש בעולם המערבי בתי משפט חוקתיים או עליונים, המפגינים גישה אקטיביסטית ופועלים בדרכים שונות להרחבת היקף סמכויותיהם. אולם למקבץ התפתחויות החוקתיות שתוארו זה עתה אין אח ורע. ישראל היא הדמוקרטיה היחידה שבה בית המשפט מכריז על קיומה של חוקה, כותב אותה

¹¹ כך למשל, לגבי חופש הביטוי נכתב בע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים נ' עיריית נצרת עילית ואח', פ"ד מז(5) 189, 200 (1993): "כיום ניתן להסיק את חופש הביטוי בהגנה הניתנת לכבוד האדם וחירותו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". בדומה, לגבי הזכות לשוויון קובע השופט מצא בבג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, רשות הזכרון לשואה ולגבורה, פ"ד מח(3) 362, 353 (1994): "היום ניתן לעגן את עקרון השוויון בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו". השופטים הציעו מספר טקטיקות פרשניות להשגת המטרה, העיקרית שבהן הייתה שימוש בזכות לכבוד המעוגנת בסעיפים 2 ו-41 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו: הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257, 340 (1997).

¹² ראו: בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' הכנסת** (נבו) 21.2.2012; בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו) 12.9.2017.

¹³ נחקקו חוקי-יסוד: משאל העם בשנת 2014, וחוקי-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי בשנת 2018. שני חוקי היסוד מעגנים את עקרונות המדינה היהודית והדמוקרטיה.

¹⁴ ראו בג"ץ 4908/10 **בראון נ' כנסת ישראל**, פ"ד סד(3) 275, שמציינת את יריית הפתיחה לפיתוח עילות אלו. לדיונים נוספים ראו: בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (אר"ש) 6.9.2017; בג"ץ 8948/22 **שיינפלד נ' הכנסת** (18.1.2023) שעוסק בחוקי-יסוד: הממשלה (תיקון מס' 11); בג"ץ 5969/20 **שפיר נ' הכנסת** (אר"ש) 23.05.2021; בג"ץ 5555/18 **חסון נגד כנסת ישראל** (אר"ש) 8.7.2021.

הלכה למעשה, מסמיך עצמו לפסול בשמה חקיקה ראשית, ולבסוף מעמיד את עצמו אפילו מעליה.

המציאות בישראל חריגה לפחות בשני מרכיבים נוספים הנוגעים לענייננו: מנגנון מינוי השופטים הנוהג אצלנו, ומעמד היועמ"ש.

אשר למנגנון מינוי השופטים: כמעט בכל המדינות שבהן קיים בית משפט המוסמך לפסול חקיקה ראשית, השופטים בו נבחרים בדרך דמוקרטית. בכתיבה האקדמית מקובל לראות בכך תנאי הכרחי לגיטימיות, מנקודת מבט דמוקרטית, של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית. בישראל המצב שונה. במשך יותר מ-50 שנה מנגנון מינוי השופטים בישראל העניק לשופטי בית המשפט העליון את האפשרות לקבוע מי יצטרף לשורותיהם.¹⁵ לפני כשני עשורים ההסדר תוקן מעט.¹⁶ השופטים אינם יכולים עוד לקבוע מי יצטרף לשורותיהם, אך נותרה בידיהם היכולת להטיל וטו על בחירת מועמדים שבהם אין הם חפצים. היכולת של בית המשפט לסנן את המועמדים להצטרף לשורותיו מעניקה לשופטיו מידה רבה של שליטה בהשקפת העולם שתוצג בפסיקותיו – השקפה שנכון להיום מצויה לא אחת במתח עם זאת של חלק נכבד מהציבור בישראל.

גם מוסד היועמ"ש בישראל נהנה ממעמד שאין לו אח ורע. היועץ אוהז בשלוש סמכויות: הוא משמש התובע הכללי בדין הפלילי, מייעץ לממשלה ומייצג אותה בכל הערכאות. לדעת רבים, ריכוז סמכות ההעמדה לדין יחד עם סמכויות הייעוץ והייצוג מעורר חשש שהיועץ ישתמש בסמכות ההעמדה לדין באופן לא ראוי – כמנוף לחץ על הממשלה וחבריה לאמץ את עמדתו. לכן נשמעים בקרב המומחים קולות רבים התומכים בהפרדת התפקידים, ובמינוי תובע כללי עצמאי שלא יהיה כפוף ליועץ המשפטי.¹⁷

ג. משלט קדמי מבוזר

אשר לשנייה בסמכויות היועמ"ש, סמכות הייעוץ: שתי ועדות ציבוריות, האחת משנות ה-60 של המאה ה-20, בראשות השופט אגרנט, והאחרת משנות ה-90, בראשות השופט שמגר, סברו שעל הממשלה לתת משקל רב לעמדת היועץ, אך אם עצתו המשפטית אינה מקובלת עליה היא רשאית שלא לאמצה. חרף זאת, בשנות ה-90, בשורה של פסקי דין, בית המשפט העליון קבע שחוות דעתו של היועץ אינה "עצה" במובן המקובל, אלא מחייבת את הממשלה, וזו אינה רשאית לסטות ממנה.¹⁸

¹⁵ להרחבה ראו ספיר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 153-158.

¹⁶ חוק בתי המשפט (תיקון מס' 51) (רוב מיוחד למינוי שופט בית המשפט העליון), התשס"ח-2008, ה"ח 239.

¹⁷ ראו תזכיר שר המשפטים, פרופ' דניאל פרידמן: [תזכיר חוק היועץ המשפטי לממשלה והתובע הכללי \(הפרדת סמכויות, מינוי כהונה והוראות שונות\)](#), התשס"ח-2008, הופץ ב-5 באוגוסט 2008. ראו גם: דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל פלילים ה(2) 149 (1996); גד ברזילי [היועץ המשפטי לממשלה והתביעה הכללית - פיצול מוסדי?](#) מחקר מדיניות 84 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2010).

¹⁸ ראו למשל: בג"ץ 1635/90 ז'רזובסקי נגד ראש הממשלה, פ"ד מה(1), 801 (1991); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נגד ממשלת ישראל, פ"ד מז(5), 427 (1993);

גם בתחום הייצוג בית המשפט העניק ליועץ מעמד יוצא דופן, כשקבע שבמקרה של מחלוקת בין היועץ לבין הממשלה או שר משריה, היועץ רשאי להציג בפני בית המשפט את עמדתו כעמדת המדינה, ואף רשאי להחליט אם בכלל להציג בפני בית המשפט את עמדת הממשלה.¹⁹ כפועל יוצא מכך, כבר היו מקרים שבהם בית המשפט דן בעתירה כנגד הממשלה מבלי להיחשף כלל לעמדת הממשלה. כפי שניסח זאת אחד השופטים – הדבר משול למשחק כדורגל, שבו קבוצה אחת מתקיפה שער ריק.²⁰

בעשורים האחרונים נרשמה ירידה משמעותית במידת האמון שהציבור בישראל רוחש לביהמ"ש העליון.²¹ יש התולים את הסיבות לה בהתקפות שלוחות רסן ובלתי מוצדקות (לדעתם) של אישי ציבור על ביהמ"ש העליון. אולם בסיס להסבר אחר לירידה נעוץ במציאות שתיארתי – בית משפט דומיננטי מאוד, המבצע מהפכה חוקתית תוך שינוי דרמטי של כללי המשחק הפוליטי, בעודו שולט במידה רבה בהרכבו ונתמך במשלט קדמי מבוצר היטב בדמות היועמ"ש, המצמצם באופן משמעותי את מרחב שיקול הדעת של הממשלה.

גם אם יש הסבורים, ואני בהם, שחלקים מהרפורמה שהציע שר המשפטים היו מופרזים, הולכת וגוברת ההכרה, גם בקרב המתנגדים לה, שיש צורך למצוא נקודת איזון נכונה יותר בין שלוש רשויות השלטון מזאת שהכתיב בית המשפט בעשורים האחרונים. כמי שמבין היטב את חשיבות בית המשפט ואת משמעותו של אמון הציבור כתנאי להצלחת בית המשפט במילוי תפקידו, אני יכול רק לקוות שהמתנגדים לרפורמה, בעבר ובהווה, ישקלו ברצינות את ההסבר החליפי למשבר האמון וינסו לתרום לפתרון המשבר.

משלל הפרטים שנכללו ברפורמה הייתי מנסה להגיע להסכמה בשניים: מנגנון מינוי השופטים ומעמדו ותפקידו של היועמ"ש.

אשר למינוי השופטים: לדעתי, יש להפריד בין שאלת המינוי לבתי המשפט הנמוכים לבין שאלת מינוי שופטי העליון, המוסמכים לפסול חקיקה ראשית. מן הראוי שהשליטה במינוי האחרונים תופקד בידי המחוקק, וזאת בשתי מגבלות. ראשית, כדי להימנע מהזלת ההליך (שכבר כיום סובל מזילות) ולשפר את הסיכוי שתיכלל בו גם בחינת התאמה לתפקיד של המועמדים ומצוינותם המקצועית, יש להרחיקו שלב אחד מהכנסת: הבחירה תיעשה בידי ועדה מקצועית, שחבריה ייבחרו בידי חברי הכנסת לפי מפתח יחסי. שנית, מנגנון הבחירה ייתן יתרון לעמדת

בג"ץ 4267/93 אמיתי - אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נגד ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5), 474 (1993) (להלן: עניין אמיתי); בג"ץ 4247/97 סיעת מרצ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות (נבו 3.12.1998).

¹⁹ ראו עניין אמיתי, שם, בעמ' 474: "אם, לדעת היועץ המשפטי לממשלה, הרשות השלטונית אינה פועלת כדין, הרשות בידי היועץ המשפטי לממשלה להודיע לבית המשפט כי הוא לא יגן על פעולת הרשות".

²⁰ ראו בג"ץ 5769/18 אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה, פסקה 1 בחוות דעתו של השופט שטיין (נבו 4.3.2019): "הליך כזה לא נוכל לקרוא בשם 'משפט' אפילו ברמה מושגית הכי בסיסית, כשם שלא נקרא למשחק 'כדורגל' אחרי שניווכח שאחת הקבוצות היריבות מקבלת הזדמנות לנצחו על ידי בעיטת כדור לשער ללא שוער ממרחק של המישה מטרים".

²¹ אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" רשות הרבים (9.11.2022).

הרוב, אך לשם בחירתו המועמד יידרש לזכות בתמיכת לפחות חלק מנציגי המיעוט. כך, בסופו של דבר, הבחירה תחייב פשרה.

נוסף על כך, יש לקצוב את תקופת כהונתם של שופטי בית המשפט העליון, כמקובל ברוב הדמוקרטיות. הגבלת משך הכהונה תשפר את הסיכוי לקיום מתאם בין משקלן היחסי של הדעות השונות בחברה בזמן נתון לבין ייצוגן בבית המשפט העליון באותו הזמן.²²

בתקופת המשבר גיבשתי הצעה על בסיס העקרונות שהוצגו לעיל.²³ ההצעה, שהתפרסמה גם בעיתונות, זכתה לתמיכת חברי אחת ממפלגות האופוזיציה הנוכחית, ולתמיכת כמה חוקרים בולטים מפורום המשפטנים שנלחם ברפורמה. להערכתי, הסיכוי להשגת הסכמה ברוח זו עדיין קיים.

אשר למוסד היועמ"ש: כאן נחוצים שני שינויים. הראשון – הפרדה בין סמכויות הייעוץ והייצוג לסמכות ההעמדה לדין, ומינוי תובע כללי עצמאי שלא יהיה כפוף ליועץ המשפטי. השני – ביטול המעמד המחייב של עמדת היועמ"ש בכל הנוגע להחלטות הממשלה והשרים, ומתן זכות לממשלה ולשרים לייצוג עמדתם בפני בית המשפט אם היועמ"ש יסרב לייצגה, מבלי לחייב את אישור היועץ. שני השינויים המוצעים זוכים לתמיכה חוצת מחנות.

יש לייחל לשינוי נוסף. חלק ניכר מהכרסום המתמשך במעמדו של בית המשפט נובע מתחושה רווחת בציבור, שבית המשפט נטל לעצמו בעשורים האחרונים סמכויות שלא הוענקו לו בדרך דמוקרטית. בין שהתחושה מוצדקת ובין שלא, נדמה שחוקי יסוד חלקיים, שמעמדם ונסיבות קבלתם שנויים במחלוקת, אינם יכולים עוד לשמש תחליף לחוקה מלאה ומפורטת שתנוסח בהליך רציני ומסודר ותזכה לתמיכה ציבורית רחבה. לכן יש לקוות לחידוש המאמצים להעביר נוסח מלא של חוקה בהסכמה רחבה. לספקנים הסבורים שהסיכוי לכך קלוש, כדאי להזכיר שבכנסת ה-16 התנהל בוועדת החוקה, חוק ומשפט הליך רציני של ניסוח חוקה. ההליך – שהובילו ח"כ מיכאל איתן, יו"ר הוועדה, ופרופ' רות גביון, ששימשה יועצת חיצונית לוועדה - הוליד נוסח כמעט סופי, ואלמלא הייתה הכנסת מתפזרת היה סיכוי טוב שיאומץ בחקיקה מתאימה.²⁴ אני מאמין שבעזרת רצון טוב ומנהיגות פוליטית ומקצועית מתאימה ניתן יהיה לשחזר את המהלך ולסיימו בהצלחה.

אזכור מוצע: גדעון ספיר "נקודת איזון נכונה: חידוש המאמצים לניסוח חוקה מלאה בהסכמה" רשות הרבים (22.10.2024)

²² להרחבה בהצעה זו ראו ספיר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 183-188.

²³ ראו: אמיר אטינגר "הצעת הפשרה לבחירת שופטים של פרופ' גידי ספיר ממיסדי פורום קהלת" ישראל היום (17.4.2023). ראו גם: גדעון ספיר "עוד בעניין מנגנון ההתגברות" רשות הרבים (24.11.2022).

²⁴ ראו דברי רות גביון "דברי פתיחה – לקחים מההליך החוקתי בכנסת ה-16", על הליך זה, כפי שפורסמו באתר הכנסת.