

הרפורמה במערכת המשפט: תמצית כתב הגנה

מאת

יחיאל אורן הרוש*

מבוא

בשיח הגועש המתנהל סביב הרפורמה המשפטית שמובילה הממשלה, נשמעה עד כה בעיקר דעה אקדמית אחת. השאלות שעוררה הרפורמה אינן חדשות; הן נידונו בספרות המשפטית ובדעת הקהל מזה עשורים רבים, עם כתיבה ענפה משני צידי הוויכוח. ובכל זאת, כאשר הבשילו הדברים לידי מעשה, התיישרה האקדמיה המשפטית (לפחות למראית עין) מאחורי התנגדות גורפת. במאמרי, ביקשתי להזכיר את מושכלות היסוד של התשתית התאורטית הענפה העומדת בבסיס הרפורמה, ולמלא, ולו במעט, את הקול החסר בקשת הדעות האקדמית, שאינו מוצג כיום לציבור הרחב ולמקבלי ההחלטות באופן מאוזן. אומנם כעת עתיד המהלכים לוט בערפל, ובכל זאת מטרת המאמר לשמש כתב הגנה לרפורמה המקורית, אפילו תתקבל ככתבה וכלשונה.

ברשימה זו, אסקור על קצה המזלג את מהלך הדברים שבמאמר שפורסם בכתב העת השילוח, וארחיב קמעא בפירוט ביחס לרכיבי הרפורמה העומדת על הפרק. מסקנת המאמר, היא שאף שהרפורמה זקוקה לחידוד נוסף ביחס לחלק מרכיביה, הרי שגם במתכונתה המקורית, היא דמוקרטית, הכרחית, דחופה – ועדיפה לאין ערוך על פני המצב הקיים. היא עתידה לשפר את הפרדת הרשויות במדינה; לא לפגוע בה.

* יחיאל אורן הרוש הוא מתמחה לשעבר בלשכת השופט סולברג בבית המשפט העליון, עובד כיום במשרד ש. הורוביץ ושות'. לתגובות והערות: Yechiel.oren@mail.huji.ac.il. הרשימה היא תמצית מאמר שפורסם בכתב העת השילוח: "הרפורמה במערכת המשפט: כתב הגנה" [הגנה](#) השילוח 33, 39 (2023).

א. לא הכול כשורה

בחלקו הראשון של המאמר, מוצגת הבעייתיות הקיימת במצב הקיים. ראשית, קיומה של גישה תאורטית נכבדת, שלדידה במדינה דמוקרטית, ביקורת שיפוטית 'חזקה' על הרשות המחוקקת איננה ראויה – ואיננה נצרכת. אחד מנושאי הדגל של הגישה הזו הוא ההוגה ג'רמי וולדרון.¹ טענתו המרכזית היא שבמדינה שבה ישנם מוסדות דמוקרטיים המתפקדים באופן סביר, ומחויבות מצד מרבית החברה לרעיון של הגנה על זכויות אדם וזכויות מיעוטים, אין כל הצדקה בביקורת שיפוטית 'חזקה' על חוקי הרשות המחוקקת. הטעם המרכזי שבבסיס העמדה הזו מסתמך על הימצאות הרשות השופטת בגירעון דמוקרטי ניכר לעומת הרשויות המחוקקת והמבצעת (בהיותה רשות לא־נבחרת), ועל הבנה שלפיה ביקורת שיפוטית כמעט אף פעם איננה נוגעת לשאלה אם ראוי להגן על זכויות אדם או לא; לרוב מדובר במחלוקת לגיטימית בנוגע לפרשנותן והיקף תכולתן של זכויות האדם המוגנות, ובנוגע לדרך האיזון הראויה בין ערכים מתנגשים במקרה קונקרטי. מכיוון ששאלות אלו לרוב אינן משפטיות, אלא ערכיות, אין לבית המשפט כל יתרון יחסי בהן; הכרעתן צריכה להיות בידי הרשות המחוקקת, שהיא הרשות הנבחרת שמטרתה להכריע במחלוקת הערכיות בעם.

לצד המחלוקת התאורטית, בשיח הציבורי, מתנגדי הרפורמה נוטים להתעלם מן הביקורת שמשמיעים יוזמיה ביחס למצב הקיים, או למצער, להבליט ביקורות מסוימות, תוך יצירת 'איש קש' המאפשר להתעלם מהביקורות השורשיות יותר. כך למשל מופנית תשומת לב חריגה לטענות על ה"מחטף" שהיה או לא היה בעת חקיקת חוקי היסוד; או לביקורת מימין על התנהלות בית המשפט סביב תוכנית ההתנתקות. במאמר, הצגתי תמונה כוללת יותר: כיצד, לאחר המהפכה המנהלית של שנות השמונים,² והמהפכה החוקתית של שנות התשעים;³ נערכה המהפכה העל-חוקתית של שנות האלפיים, בה מיצב עצמו בית המשפט, הלכה למעשה, כגוף עליון אף על חוקי היסוד ועל הכנסת בכובעה המכונן. המכנה המשותף למהפכות אלה כולן, הוא הצורה שבה הרחיבה מערכת המשפט את סמכויותיה בכוחות עצמה, תוך גלישה מהירה במדרון חלקלק אל תחום רשותן של הרשויות האחרות. במילים אחרות, **לרשות השופטת בישראל כוח מוחלט, וגבולות כוחה נתונים באופן בלעדי בידיה היא.** הרשות השופטת, הנהנית מחובת ציות מוחלטת של כל רשויות המדינה, למעשה איננה מוגבלת כלל עת שהיא מפעילה את כוח הפסיקה שלה. הווה אומר, בידיה סמכות בלתי־מוגבלת לשנות ולעצב את מגבלותיה שלה, ואת כללי המשחק המשטריים בישראל כראות עיניה. קשה להפריז בדרמטיות שבכך. יתר רשויות השלטון, המייצגות באופן ישיר יותר את רצון העם, נותרות במשחק שכלליו אינם ידועים להן, ומשונים תדיר על ידי הרשות הסובלת מן הגירעון הדמוקרטי החמור ביותר. לטעמי, בעיה זו היא מחולל הנזק הגדול ביותר

¹ תרגום מאמרו של ג'רמי וולדרון "ליבת הטעון נגד ביקורת שיפוטית" בלוג רשות הרבים (19.10.2022).

² ברכיהו ליפשיץ "הו, תמימות לא־קדושה" בלוג רשות הרבים 3-5 (23.2.2023); נטע ברק־קורן תוכנית לוי־רוטמן לשינוי מערכת המשפט: ניתוח מקיף והצעה לדין 2-4 (2.2.2023); יואב דותן, ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי (2022), ועוד.

³ ברק־קורן, שם, בעמ' 2-3; גרעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה, ועתיד (2010).

במצב הקיים, והיא שמחייבת רפורמה מיידית ושוורשית ביחסים שבין הרשויות. בעצומה שפרסמו 18 שופטי עליון בדימוס, נטען כי:

"השינויים המוצעים בתוכנית [...] מחייבים בדיקה מוקדמת, רשמית וגלויה, שתברר באופן יסודי את המצב הקיים ואת הצורך בשינוי המצב [...] אנו מציעים לממשלה שתיתן יד להקמת ועדה ציבורית בהרכב הולם של אנשי ציבור ומומחים לדבר כדי שתקיים בדיקה יסודית ושקופה של המצב הקיים: תאסוף נתונים ותזמין חוות דעת; תאפשר לציבור הרחב להביע דעה ולהעלות הצעות; ותשקול את ההשלכות הצפויות של כל הצעה".⁴

כאן ראוי שאותם שופטי עליון יישירו מבט ושיבו: האם בשבתם בבית המשפט, קיימו דיון ציבורי כלשהו לפני שקבעו את המציאות שאותה מבקשת הרפורמה להשיב לקדמותה? וזאת לפני שקבעו שסמכותם משתרעת, הלכה למעשה, גם מעל לזו של הרשות המכוננת?

ב. על איזונים, בלמים והפרדת רשויות

בחלקו השני של המאמר, העמדתי על דיוקם כמה עקרונות מרכזיים בשיח היחסים בין הרשויות. הפרדת רשויות, נועדה לבצר את כוחו של העם כריבון: כלומר, מטרת הפרדת הרשויות, והאיזונים ובלמים הכלולים בה, היא למנוע מצב שבו נציגי העם במוסדות השלטון יחרגו מהמנדט שניתן להם ויבצרו את כוחם כך שיאפשר להם לפעול באופן שאיננו משקף את רצון בוחריהם – ואף עלול לפגוע בהם ובחירותם. אמור מעתה: איזונים ובלמים לנציגי העם, לא לעם.⁵ ממילא, המסקנה מתבקשת: ככל שרשות פועלת באופן ישיר יותר מכוח רצון העם, וכפופה לביקורתו, הרי שהיא נצרכת למגבלות מעטות יותר – ולהיפך. בישראל המצב הפוך לחלוטין. הרשות השופטת, אשר פועלת באופן עצמאי לחלוטין, מבלי לשאת באחריות (accountability) לעמדת הציבור על הכרעותיו, פועלת כיום ללא שום איזונים ובלמים חיצוניים. היא קובעת את גבולות הגזרה של עצמה, וכבר הרחיבה אותם לבלי היכר במרוצת השנים. כיום בית המשפט מיצב עצמו, במבחן התוצאה, כרשות עליונה על הרשות המכוננת; נתונה אך ורק למרותן של "עקרונות היסוד של השיטה", שגם את טיבן הוא קובע בכוחות עצמו. מתנגדי הרפורמה מנופפים בטענתו המפורסמת של הפדרליסט, שלפיה לרשות השופטת "אין ארנק ואין לה חרב".⁶ בכל הכבוד, גישה זו – אשר זכתה כבר בעת לידתה לביקורת עזה,⁷ איננה

⁴ נטעאל בנדל "18 שופטים ונשיאי העליון בדימוס: מביעים חרדה מפני המהפכה המשפטית" **ישראל היום**, 11.2.2023.

⁵ אמת זו נכונה עם כוכבית אחת מצומצמת, שכן ישנו נושא אחד שעשוי לספק הצדקה מסוימת ומתוחמת היטב לריסון כוחו של העם: החשש מפני "עריצות הרוב". למושג זה יש משמעות רבה בשיח סביב הרפורמה, והתייחסתי אליו בהרחבה במסגרת המאמר בכתב העת השילוח.

⁶ אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון ג'יי הפדרליסט מאמר מס' 78 (אהרן אמיר מתרגם, 2001) (להלן: הפדרליסט).

⁷ ראו דברי האנטי־פדרליסט **ברוטוס**, שפורסמן ב־New York Journal, בשנת 1788. המחלוקת היא למעשה מחלוקת עובדתית, הפדרליסט מניח שהשופטים, בבואם להשתמש בכוחם לבטל חוקים, יעשו זאת לא בשם "הרצון" שלהם, אלא בשם "הכוח השיפוטי" הטהור

משכנעת במקרה הישראלי. בית המשפט הפגין לא אחת כי הוא איננו נרתע מלהורות לרשויות האחרות כיצד לפעול; לרשות המחוקקת כיצד להשתמש בארנק, ולרשות המבצעת כיצד להשתמש בארנק.⁸

מנגד, טענתי כי הרפורמה איננה צפויה להביא לפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. אין זה מובן מאליו שבית המשפט אמור לשחק תפקיד כגורם מפקח על פעולות הכנסת. הכנסת מעצם טיבה כבר עומדת בפני המגבלה הדמוקרטית האולטימטיבית – הצורך להיבחר על ידי הציבור באופן תדיר. זו מגבלה שמספקת הגנה ישירה מאין כמותה מפני החשש שתשתמש בכוחה הבלתי-מוגבל על מנת לסטות מייצוג העם. בישראל קודם לפרשת בנק המזרחי, שלט בכיפה עקרון עליונות המחוקק (Parliamentary Sovereignty),⁹ שלפיו הכנסת היא כול יכולה, ורשאית להשתמש בכוחה אפילו על מנת לפגוע בזכויות אדם – מבלי שלבית המשפט תהיה הסמכות להתערב.¹⁰ הנשיא ברק תיאר זאת במפורש בראשית חוות דעתו בפרשת בנק המזרחי:

כדבר הזה לא היה בעבר. עד כה שררה בישראל ההשקפה כי 'רשאי המחוקק הכול-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין...'. [...] 'גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפליית, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן' [...]. סיכם זאת השופט ברנזון, בקובעו: '...נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר...'. [...] . בהשקפה חוקתית זו חל שינוי. הכנסת, בהפעילה את סמכויות החקיקה שלה, שוב אינה כול יכולה. על כוח החקיקה שלה בתחום זכויות האדם הוטלו מגבלות על-ידי הכנסת, תוך שזו עשתה שם כך שימוש בסמכויותיה המכוננות. זהו השינוי החוקתי הבסיסי.¹¹

למותר לציין, כאשר הוקמה המדינה, עת נוסחה מגילת העצמאות, לא הייתה לבית המשפט סמכות לפסול חוקים – ודאי שלא חוקי יסוד.¹²

והאובייקטיבי המצוי בידיהם. ברוטוס חלק על הנחה זו; דומני כי אינספור מחקרים אמפיריים שנערכו במרוצת השנים, הוכיחו כמה אובייקטיביות כזו רחוקה מהמציאות. ראו: דוד גליקסברג כיצד שופטים מחליטים? עיונים אמפיריים בפסיקת בית המשפט העליון (2021).⁸ ראו בהרחבה בספרו של דניאל פרידמן הארנק והחרב, המהפכה המשפטית ושבירה (2013).⁹ עיקרון זה קיים במוצהר במדינות רבות דוגמת אנגליה, פינלנד, הולנד, ניו זילנד, שוודיה, נורבגיה, דנמרק, איסלנד, שווייץ, ועוד. ראו Dawn Oliver, *Parliamentary Sovereignty*, UK CONSTITUTIONAL LAW ASSOCIATION (2013) *in Comparative Perspective*. ראו גם: שגיאת ברמק "עקרון עליונות הכנסת כעקרון יסוד בשיטת המשטר הישראלית" בלוג רשות הרבים (29.3.2023).

¹⁰ המגבלה היחידה שהוכרה עד אז לחקיקת הכנסת נגעה לפסילת חוקים שנפל בהם פגם צורני: למשל חוקים שהתקבלו בסתירה לדרישת רוב מסוימת שקבעה הכנסת עצמה בחוקי היסוד. ראו בבג"ץ 98/69 ברנזון נ' שר האוצר, כג(1) 693 (1969).

¹¹ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 355-354 (1995) (להלן: פרשת בנק המזרחי).

¹² קולעים דבריו של בן גוריון, בוועדת החוקה חוק ומשפט מיום 13.7.1949 (להלן: בן גוריון): "וביחוד אין הגיון כי נעשה מה שעשו באמריקה: מסרו לבית משפט את הסמכות לפסול חוקים אם הם מתנגדים לחוקה. [...] אך בארץ כמו שלנו, תארו לעצמכם שהעם רוצה משהו, ובאים

עוד הראיתי, מדוע אין לקבל את הטענות בדבר שליטתה המוחלטת של הממשלה בכנסת. 'שליטה' זו מתבססת על מערך הסכמים בין המפלגות המביעות את אמונן בממשלה. הסכמים אלה מבטאים את הכרעת המפלגות השונות בשאלת תעודף הערכים השונים שבגינן נבחרו. כל בוחר נותן אמונו במפלגה מתוך הבנה שהיא לא תעניק לו את מלוא תאוותו בכל נושא – מתוך הבנה וציפייה שתתעדף יעדים מסוימים על פני אחרים. ההסכמים הקואליציוניים והמשמעת בהצבעות הנלוות אליהם, מייצגים תעודף זה, שאינו חותר תחת רצון הבוחר – אלא מסייע בהגשמתו.¹³ הטענות על שליטת הממשלה בכנסת נשענות לטעמי על תפיסה חד-ממדית של המושג 'רצון'. אמת, לעיתים 61 חברי כנסת מצביעים בעד נושא המשקף את משאת נפשם של עשרה חברי כנסת בלבד. אולם אותם 51 אינם נסחטים, ואינם 'פראירים'; הם עושים זאת משום שבמסגרת יחסי התן וקח ההכרחיים בפוליטיקה, אותו נושא נהפך גם לאינטרס שלהם. תעודף זה הוא לגיטימי. הבוחר מקבל אותו ואף מניח את קיומו.

כפי שהזכרתי, האיזונים והבלמים המצויים בדמוקרטיה אינם אמורים להוות בלם לעם, אלא לנציגיו. לקביעה זו חריג בולט אחד: עריצות הרוב. ואומנם, בנקודה זו מתמקד חלק ניכר מהביקורת שמשמיעים מתנגדי הרפורמה. עם זאת, כפי שכותב וולדרון, "הטיעון הרווח הזה מבולבל מאד". לגישתו (הנגזרת ממהלך לוגי מורכב ונרחב), עריצות הרוב מתרחשת רק במקרים שבהם קיימת זהות בין המיעוט ה'החלטי', ובין המיעוט ה'תוכני'.¹⁴ דהיינו, כשהקבוצה שזכויותיה נפגעות בשל ההחלטה מהווה, באופן כרוני, מיעוט בקרב הגורם המקבל את ההחלטה. זהות זו מתרחשת רק במקרים שבהם קבוצת הרוב באוכלוסייה נעשית אדישה לזכויותיו של אותו מיעוט. לטענתו, אין כל סיבה להניח, כעניין שבשגרה, שהרשות המחוקקת (או העם בכללותו) מועדים להשחתה שכזו יותר מאשר שופטי בית המשפט. נהפוך הוא.¹⁵ אם כך, החשש מעריצות הרוב מצדיק ביקורת שיפוטית רק במקרים שבהם יש "דעה קדומה נגד מיעוט מובחן ומבודד" וחשש ממשי שהדבר יביא לפגיעת הרוב בזכויותיו.

כפי שהרחבתי במאמר, חשש זה נכון בישראל בעיקר ביחס לחברה הערבית, אך אינני סבור כי ההיסטוריה מספקת אינדיקציות כלשהן לניסיון שיטתי מצד קבוצת הרוב הישראלית לפגוע בזכויות המיעוט הערבי, או על אדישות לזכויותיו. לא יפלא

שבעה אנשים המכותרים בתואר של שופטים – וכל הכבוד לשופטים [...], ויפסלו חוק אשר העם רוצה בו! אצלנו תהיה מהפכה [...] אני חושב שמתן סמכות כזאת לשופטים הוא דבר ריאקציוני. אצלנו לא יהיה לדבר כזה קיום, הציבור לא ישלים עם זה. הכנסת, או אם יהיה לנו מחר פרלמנט אחר, יקבל חוק אשר נשען על רצון הרוב, ובית המשפט יפסול אותו מפני שלדעתו איננו מתאים לאיזה פסוק בחוקה?!"

¹³ כמובן, אין שום אפשרות לדעת מראש על אילו 'דגלים' תוותר המפלגה, אבל ככלל מדובר בחלק ממערך הסיכונים הסביר שלוקח מצביע. ישנם, כפי שכבר נאמר, מקרים חריגים שבהם מפלגה מפנה עורף לחלוטין להתחייבויותיה לבוחרים, ומשלמת על כך את המחיר ביום הבוחר הבא.

¹⁴ וולדרון, לעיל ה"ש 1.

¹⁵ שם: "האם העריצות של הכרעה פוליטית חמורה יותר מפני שהיא מונהגת באמצעות רוב? [...] האם עריצות של רוב פופולרי (כלומר, רוב של נציגים נבחרים, שלכל אחד מהם תמיכה של רוב מצביעים) היא ביטוי חמור יותר של עריצות? אינני מצליח לראות כיצד זה ייתכן. או שנאמר שעריצות היא עריצות ללא קשר לשאלה איך (או על ידי מי) התקבלה ההחלטה, או שנאמר – וזוהי דעתי – שההיבט הרובני דווקא מרכך את ביטוי העריצות, שכן זה מציין על מאפיין אחד לפחות שאינו רודני בהחלטה: היא לא התקבלה בהליך שהדיר אזרחים מסוימים מהשתתפות בו כשורים".

אפוא לגלות, שמבין 22 החוקים שנפסלו בשל פגיעה בזכויות אדם,¹⁶ מיעוט זעיר בלבד נוגע כהוא-זה ליחסי יהודים-ערבים בישראל.¹⁷ עוד ציינתי, כי החשש מפני עריצות הרוב, כוחו מוגבל. התנאי הראשון לקיומה של דמוקרטיה הוא שלטון המבטא אמנה חברתית; שלטון השואב את כוחו מהעם שלמטה, ולא משליט את מרותו מלמעלה. שלטון שאינו מקיים את התנאי הזה איננו דמוקרטי; לכל היותר מדובר בדיקטטורה נאורה. טיעון עריצות הרוב איננו יכול להרחיק לכת עד כדי הפקעת הכוח מידי העם. אם יבוא היום, שבו רוב הציבור הישראלי יעשה אדיש לזכויותיהם של המיעוטים בחברה, תהא זו תמימות של ממש להניח ש-15 האזרחים המכהנים בבית המשפט יוותרו 'נקיים' מאותה שחיתות שפשתה בקרב אחיהם. תמימות גדולה מזו היא להניח שבחברה כזו, אשר רובה זנח את הרצון לחיות במדינה ליברלית ודמוקרטית, יהיה ערך כלשהו לפסיקות בית המשפט הנוגדות את רצון הציבור. במדינה שבה כל אמות המידה הליברליות קרסו, מדוע שימשיך להתקיים עיקרון הציות לבית המשפט?¹⁸

בחלקו השלישי של המאמר, סקרתי את רכיבי הרפורמה העומדת על הפרק, ובו אתמקד ברשימה זו.¹⁹

¹⁶ ראו עמיר פוקס "כמה חוקים נפסלו עד היום על ידי בג"ץ?" [המכון הישראלי לדמוקרטיה](#), 8.11.2022.

¹⁷ יש החולקים על עמדה זו, וסבורים שמדינת ישראל פוגעת יום ביום בזכויותיו של המיעוט הערבי. לשיטתם, הנתון הנמוך עליו הצבעתי מלמד שבית המשפט אף הוא אדיש לזכויות הערבים, ואיננו נזעק להגנתם מפני עריצות הרוב היהודי. אינני שותף לעמדה זו, אך ממה נפשך: בין כך ובין כך ניכר שלא קיים פער של ממש בין מידת ההגנה שמספק בית המשפט לזכויותיה של החברה הערבית, ובין זו שמספקת הכנסת. ייתכן שזאת הסיבה שהחברה הערבית אינה שותפה פעילה במחאה. ראו "החברה הערבית עדיין אדישה לרפורמה במשפט. צריך להסביר איך החיים שלנו יפגעו", [TheMarker | פודקאסט](#), 2.2.2023. דברים דומים נאמרו גם ביחס לחלקן של יתר האוכלוסיות המוחלשות במחאה. נטען, כי הדבר נובע מכך שבית המשפט איננו מגן על זכויותיהן של האוכלוסיות המוחלשות, אלא רק על זכויותיהם של אנשי המעמד הגבוה והאליטות. ראו יובל אלבשן "מי לא מגן על העליון, ולמה?" [Ynet](#), 26.1.2023. רוח זו ביטא בזמנו השופט אדמונד לוי ביחס לחוק שעסק בצמצום קצבאות ביטוח לאומי: "מים רבים זרמו בנהר המשפט החוקתי מאז ניתן פסק-הדין העקרוני בפרשת בנק המזרחי, והשינוי הנורמטיבי במעמדן של זכויות-האדם, זאת ידענו, נשא עמו בשורה לרבים. הוא נשא עמו בשורה לנושים ולמנהלי תיקי השקעות. הוא נשא עמו בשורה לשוחרת קורס-הטיס ולמבקשת להימנות על דירקטוריונים ממשלתיים. סבורני, כי ברוח זו נכון להוסיף ולקבוע כי אותו שינוי נושא עמו גם בשורה לעותרים, באשר עניינם שאוב מלב-לבו של הצורך בהכרה חוקתית בזכות לכבוד" ראו: בג"ץ 366/03 [עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר](#), ס(3) 464, פסקה 26 לפסקדינו של השופט אדמונד לוי (2005).

¹⁸ ראו גם שאול שארף "הפרכת השקר: רוב הציבור הישראלי טוב כי הוא טוב – לא כי כך פסק בג"ץ" [מקור ראשון](#) (6.3.2023).

¹⁹ אקדים ואומר כי אין בכונתני להתייחס לכל פרט ופרט של ההסדרים החדשים; מה גם שחלק מההסדרים (כמו ההרכב המדויק המוצע לוועדה לבחירת שופטים) טרם גובשו עד תום. עוד אציין כי אינני נדרש לרפורמה בנוגע למעורר הייעוץ המשפטי. זהו נושא נרחב, שמרבית פרטיו עדיין נידונים וחלקם נוגעים לשינויים שעשויים להתבצע בעתיד (כגון פיצול מוסד הייעוץ המשפטי לממשלה). רבות כבר נכתב על הנושא (ראו אריאל ארליך "תכנית הרפורמה המשפטית – הערות על מסמך ברק-קורן", [בלוג רשות הרבים](#) 9-10 (12.2.2023); אביעד בקשי "הייעוץ המשפטי לממשלה: ניתוח והמלצות" נייר מדיניות 10, [פורום קהלת](#), 2017; גיל ברינגר "המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל'שומרי סף' השילוח 11 (2018), ואידך זיל גמור.

ג. הוועדה לבחירת שופטים

כאמור, מנסחי הרפורמה טרם עמדו על מודל מדויק ו'סופי' להרכב הוועדה. כמותם, גם אני איני מחזיק בדעה מגובשת ונחרצת בשאלת האיזון המיטבי בין מכלול הערכים הרלוונטיים. עם זאת, אבהיר כי לשיטתי אין כל פסול דמוקרטי במודלים המוצעים. למעשה, לא היה פסול דמוקרטי גם במודלים מרחיקי לכת אף יותר, המותירים את מינוי השופטים בשליטתם הישירה של שר המשפטים או הממשלה.

הביקורת המרכזית על השינויים המוצעים היא כי הם יביאו לפוליטיזציה של בחירת השופטים. השופטים – כך נטען – ממנים שופטים משיקולים מקצועיים, ואילו הפוליטיקאים ממנים שופטים 'מטעם'. הנחה זו מוליכה לשתי טענות. הראשונה, והרדיקלית יותר לענייננו, גורסת כי מינוי השופטים על ידי הממשלה יוביל להכפפת הרשות השופטת לרשות המבצעת. כפי שהרחבתי במאמר, טענה זו משוללת יסוד, שכן מינוי אין פירושו שליטה. ישנם גורמים רבים הממונים על ידי הממשלה (ובכלל זה פרקליט המדינה, היועמ"ש, מפכ"ל המשטרה, הרמטכ"ל, ועוד); איש מהם איננו נחשב ל'נשלט' על ידה. הנחת העבודה המקובלת בשיח המשפטי עוד מימי הפדרליסט,²⁰ היא שעצמאות השופטים אינה תלויה בהליך המינוי שלהם, אלא במשך כהונה ידוע מראש, בלתי ניתן להארכה או לקיצור (למעט במקרים קיצוניים ומוגדרים היטב), ובמשכורת מכובדת וקבועה.²¹ כעניין שבעובדה, בישראל, כמו גם בארצות הברית, שופטים אינם בהכרח מכריעים באופן שניתן היה לצפות בשעת מינוים.²² אם כך, ודאי שלא ניתן להניח, כעניין שבעובדה, ששליטה במינוי השופטים תביא להכפפת המערכת השיפוטית לרשות המבצעת – ודאי בהתחשב בכך שכל ממשלה ממנה בעת כהונתה מספר מצומצם מאוד של שופטים לבית המשפט העליון, ובכך שחברי הקואליציה בוועדה אינם מצביעים בהכרח כאיש אחד. בהצבעת הוועדה אין 'משמעת קואליציונית' (למעשה, החוק אוסר על כך);²³ פעמים רבות מדובר בחברים ממפלגות שונות, המבקשים כל אחד לקדם שופטים מסוג שונה.²⁴

²⁰ הפדרליסט, לעיל ה"ש 6, מאמר מס' 78.

²¹ המתווה המוצע כולל, בהתאם, הקשחה של מנגנון ההדחה, כך שיידרש רוב גבוה בוועדה, של 9 חברים מתוך 11. לטעמי, נכון היה לשקול הקשחה דרמטית אף יותר, למשל קביעה כי הדחת שופט תחייב אישור בכנסת, ברוב של תשעים ח"כים – בדומה להליך הקבוע בחוק היסוד להדחת ח"כ.

²² בארה"ב, שם המינוי הוא פוליטי במובהק, ניתן להצביע על שופטים 'רפובליקנים', שבבית המשפט פסקו באופן אקטיביסטי וליברלי למדי (דוגמת הנשיא וורן או השופט קנדי) כך גם בישראל. כמו כן ברור כי שופטים אינם פוסקים בהכרח לטובת הפוליטיקאים שמינו אותם. כך למשל, השופטים שמינה טראמפ בארה"ב דחו פה אחד את טענותיו בנוגע לפגמים בבחירות 2020; גם בישראל, השופטים שטיין, וילנר, ומיניץ, שלושם מינויים 'שמרניים' מתקופה שבה פוליטיקאים מהימין הצליחו 'להשתלט' על הוועדה – הצביעו נגד עמדת ממשלת הימין בענייניו של ח"כ אריה דרעי.

²³ סעיף 6א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע כי "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה".

²⁴ שונים הדברים ביחס לשלושת השופטים בוועדה, אשר על אף האמור בחוק, מצביעים, כמעט ללא יוצא מן הכלל, כמקשה אחת.

הטענה הרדיקלית פחות, אשר נשמעת תדיר כל אימת שעולה כוחם של הפוליטיקאים בוועדה, היא שמתן הכוח לפוליטיקאים על חשבון הגורמים המקצועיים, יביא למינוי שופטים פחות מקצועיים. גם טענה זו שגויה בעיניי. הוועדה לבחירת שופטים נעזרת בכלי הערכה מקצועיים, כדוגמת 'קורס' ההכנה לשיפוט שמקיימת הנהלת בתי המשפט, וכוללת בתוכה, גם על פי המודלים המוצעים, גורמי מקצוע שיוכלו להביע עמדתם.²⁵

אם לא די בכך, כפי שהרחבתי במאמר, אף שישנה היתממות גדולה בעניין, קשה להכחיש את האמת ההיסטורית: בעשורים האחרונים, נציגי השופטים בוועדה דחפו, במובהק, למינוי שופטי עליון בעלי השקפה שיפוטית מסוימת – אקטיביסטית. כל מי שאינו עושה שקר בנפשו, יבחין מיד כי המתחים העזים המתקיימים בוועדה לבחירת שופטים, אינם בין השופטים ובין הפוליטיקאים, באופן כללי, אלא בין השופטים לפוליטיקאים המובילים קו שמרני.²⁶ אם אכן היו השופטים ניטרלים בשאלת השקפתם השיפוטית-אידיאולוגית של המועמדים, והיו מעוניינים רק באיכותם המקצועית, הרי שלעולם לא היה אמור להיווצר קונפליקט: תמיד היו ממונים שופטים מקצועיים, המחזיקים בהשקפת עולם התואמת את זו של הפוליטיקאים. בכל רשימת מועמדים שגובשה נכללו גם מועמדים שמרנים מובהקים, שהיו ידועים כמשפטנים מבריקים ומצטיינים. אולם, ההתנגשויות החוזרות ונשנות בוועדה, שהביאו לפסילתם של מועמדים אלו על ידי נציגי השופטים, יותר ממרמזות כי עבורם, 'מקצועיות' מחייבת החזקה בהשקפה אידיאולוגית מסוימת.

אם כך, ה'פוליטיזציה' ממנה חוששים מתנגדי הרפורמה, מרקיעה שחקים גם כעת – גם אם תחת כסות 'מקצועית' ואובייקטיבית.²⁷ דומני שההתעקשות להתעלם ולהתכחש לפוליטיזציה הקיימת, ולהותיר את המסווה (השקוף) שעליה, רק מחמירה את הפגיעה באמון הציבור. מחקר חדש מראה באופן אמפירי כיצד ירד אמון הציבור בבית המשפט העליון בעקביות ב-25 השנים האחרונות, במקביל

²⁵ כאשר מדובר בקידום שופט מן השלום אל המחוזי, קיים כיום הליך מקצועי נוסף, אף אם שנוי במחלוקת, של ועדה מייעצת בלתי-רשמית של שופטים בדימוס ('ועדת השתיים'), המגבשת המלצות על המועמדים לקידום.

²⁶ ניתן להבחין כי כל חבריו המובהקים של 'האגף השמרני' המכהן בבית המשפט היום (השופטים סולברג, מינץ, שטיין ואלרון), נבחרו בכובד משקלם של הפוליטיקאים שישבו בוועדה, חרף התנגדותם העקרונית של נציגי השופטים. אף אחד מהם לא היה מועמד מטעם השופטים בוועדה, או מונה בדחיפתם. כמוכך שהשופטים הסכימו בסוף למינוים, אך רק כאשר קיבלו תמורתם מינויים של מועמדים אקטיביסטים בולטים, בתעריף גבוה במיוחד. ואכן, כל מינוי 'שמרני' ניתן במחיר כבד: בתקופתם של אותם שרי משפטים שניסו לדחוף דווקא למינוי של שופטים שמרנים, והצליחו למנות את ארבעת השופטים שהזכרתי (השרים פרידמן, נאמן ושרק), עדיין מונו הרבה יותר שופטים אקטיביסטים 'מובהקים': השופטים מלצר, דנציגר, פוגלמן, עמית, הנדל, שוהם, זילברטל, ברק ארז, קרא, וגרוסקופף.

²⁷ ראו שאול שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" מאזני משפט יד 171, 182-186 (התשפ"א). רבות נכתב על האופן שבו פוליטיזציה זו באה לידי ביטוי בבחירת ההרכבים בבית המשפט העליון, (יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג "כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב" משפטים נא 807 (התשפ"ב)), בחלוקת 'משימות' קבועות לשופטים השונים (קלמן ליבסקינד "העליון שבתוך העליון: כך הופקדו שני שופטים מהשמאל הליברלי על הטיפול במדיניות ההגירה" מעריב, 29.2.2020), ועוד.

להתרחבות האקטיביזם הציבורי ובאופן חסר תקדים ביחס לשאר מדינות העולם וביחס לאמון הציבור ביתר מוסדות המדינה.²⁸

כיום קיים בוועדה מעין 'וטו הדדי' בין נציגי השופטים ונציגי הקואליציה ביחס למינויים לבית המשפט העליון. לדידי, לא די בכך. הוטו הקיים הדדי למראית עין בלבד: פעמים רבות נציגי הקואליציה, בניגוד לשופטים, אינם משמרים חזית אחידה ואינם שומרים על בלוק יציב המאפשר שימוש בזכות הוטו.²⁹ כבר בעת קביעת מנגנון זה חזה פרופ' ישראל אומן בפני ועדת החוקה כי הדרישה לשבעה קולות לא תקנה וטו הדדי של ממש, ותותר בידי השופטים כוח רב מזה שיהיה בידי הפוליטיקאים.³⁰ אכן, את התממשות הנבואה ניתן לראות בפער הקיים מאז בין כמות המינויים השמרנים לכמות המינויים האקטיביסטיים – אף שרוב מוחלט משרי המשפטים שניהנו מאותה תקופה ואילך ביקשו למנות שופטים שמרנים.³¹

יתרה מזאת, קשה להתלהב מהתוצאה של הטלת וטו הדדי, אף אם אכן הייתה כזו. בניגוד לטענה שהיא מאפשרת לנציגי הקואליציה למנות כחצי מהשופטים בהתאם להשקפת עולמם, היא מביאה בעיקר לבחירתם של שופטי 'אמצע' או שופטים זהירים שנמנעו מ'לסמן' את עצמם, תוך שכל צד פוסל את המועמדים הרצויים על הצד השני. במילים אחרות, במקום גיוון ההרכב, וטו הדדי עלול ליצור האחדה גדולה יותר; במקום להביא לבחירת מועמדים מקצועיים ובלוטים, הוא עלול להביא למינוי 'שופטי פשרה', שאינם בולטים במיוחד ביכולותיהם – בפרט בנושאי המשפט הציבורי.

כעת אעבור לדון ב'ביטול' שיטת הסניוריטי למינוי נשיאי בית המשפט העליון. כשלעצמי אינני נוקט עמדה ביחס לרכיב זה, שלו יתרונות וחסרונות. עם זאת, חשוב להבהיר בשנית: מינוי אין פירושו שליטה. העובדה שהנשיא ימונה על ידי הרוב הפוליטי בוועדה, אין משמעה שהוא ייהפך לעושה דברה.³²

לצד האמור, לא ניתן להתעלם מהפגמים שבשיטת הסניוריטי במתכונתה הנוכחית. השיטה איננה מעוגנת בחוק, והיא מתקיימת מכוח נהג בלבד. החוק מסמך מפורשות את הוועדה לבחירת שופטים למנות את נשיא בית המשפט העליון ואת משנהו, מבין שופטי בית המשפט העליון;³³ אולם הנהג שהשתרש בקרב שופטי בית המשפט העליון הוא שרק ותיק השופטים יגיש לוועדה את מועמדותו לנשיא. כך, בהסכמה שבשתיקה, נטלו השופטים דה־פקטו את הסמכות מהוועדה ללא שום הסמכה, ובניגוד מוחלט לכוונת המחוקק. אם לא די בכך, ההצדקה הידועה לשיטת הסניוריטי גורסת כי היא לכאורה מקרית ואובייקטיבית, ומונעת את הצורך 'למצוא

²⁸ אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" **משפטים** נג (2023).

²⁹ דוגמאות לפיצולים שכאלה בקולות הקואליציה ניתן לראות בשתי הקדנציות האחרונות בוועדה, בראשות השרים סער וניסנקורן.

³⁰ לטענתו, על פי תורת המשחקים, יותר בידי השופטים כוח סגולי רב מזה נראה לעין (כ-43% מכלל הכוח בוועדה) – גם ללא הברית המסורתית עם לשכת עורכי הדין. ראו דבריו בפרוטוקול 573 מישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט, עמ' 12-3 (17.6.2008).

³¹ למעשה, מאז שנחקק "חוק סער" המעגן את ה"וטו ההדדי", כל שרי המשפטים שבתקופתם מונו שופטי עליון דגלו בגלוי במינוי שופטים שמרנים, למעט השרה ציפי לבני (2013-2015).

³² מה גם שלפי המתווה, ממשלות רבות יקבלו נשיא 'בירושה' מהממשלה הקודמת. לא כל ממשלה תמנה את הנשיא שיהן בתקופתה.

³³ סעיף 8(א) לחוק בתי המשפט.

חן' על מנת לקבל קידום. למרבה הצער, שיטת הסניוריטי היא כל דבר מלבד שיטה מקרית ואובייקטיבית. הפוליטיזציה בבחירת הנשיא חיה ובוועט; רק 'מועתקת' למקום אחר – לדיונים על מינוי השופטים. שיטת הסניוריטי מאפשרת לזהות נשיא עתידי כבר ביומו הראשון כשופט בית המשפט העליון.³⁴ כך למשל, כבר בעת מינויה בשנת 2012, ניתן היה לדעת, כי השופטת ברק ארז תתמנה לנשיאה בשנת 2032. מידע זה משחק, כמוכן, תפקיד מרכזי בבחירת המועמדים.³⁵ בנוסף, תפקידו של נשיא בית המשפט (בניגוד לשופט) איננו תפקיד שיפוטי; גם לא פוליטי. מדובר, בעיקרו של דבר, בתפקיד ניהולי. שיטת הסניוריטי אינה מאפשרת לוודא כי הנשיא הנבחר מחזיק בכישורים הניהוליים או המקצועיים הנדרשים – הרי הנשיא 'נבחר' בטרם ישב יום אחד בבית המשפט העליון.³⁶ לא בכדי, בסקר שנערך לאחרונה תמכו בשיטת הסניוריטי תשעה אחוזים בלבד מהנשאלים.³⁷

העובדה ששיטת הסניוריטי איננה מעוגנת בחוק, גם מנטרלת את היעדר המעורבות הפוליטית, שאמור להיות יתרון המרכזי של השיטה. כל מינוי נשיא בעשרים השנים האחרונות, לווה בוויכוח ער בנוגע לשיטת הסניוריטי. כל פעם מחדש עמדה על הפרק כוונה לבטל את השיטה, ונדרשה התגייסות והשתדלות אל מול שר המשפטים כדי להותירה ולהביא למינויו של הנשיא המיועד. אם כך, הרי שהחשש מפני התנהלות בלתי-אובייקטיבית של המועמדים לנשיאות, על מנת למצוא חן בעיני חברי הוועדה – קיים גם כעת; גורלו של כל נשיא עדיין נתון בידיה. מן העבר השני, הותרת השיטה כבלתי מעוגנת משרתת גם את 'תומכי' השיטה, משום שכך מתאפשר להם לסטות ממנה כאשר הדבר מתאים לרצונם.³⁸

³⁴ שופטים אינם מכהנים לתקופה קצובה, אלא מיום המינוי ועד להגיעם לגיל שבעים. אם כך, בהתאם לגילו של שופט בעת מינויו, ניתן לחזות כמה שנים הוא עתיד לכהן, וממילא – האם ובאיזה מועד בדיוק, הוא צפוי להתמנות לנשיא.

³⁵ השופט סולברג, למשל, שמונה גם הוא בשנת 2012, צפוי על פי שיטת הסניוריטי להתמנות לנשיא בשנת 2028 לכהונה של כארבע שנים. סולברג היה מועמד לבית המשפט העליון כבר בשנת 2009; אילו היה מתמנה במועד זה, עשוי היה להתמנות לנשיא כבר בשנת 2023, לכהונה של כתשע שנים. ואכן, הנימוק הרשמי שהוצג בשנת 2009 לדחיית מינויו, הוא גילו הצעיר. ראו חן שליטא "שופט במחלוקת: נעם סולברג מסתמן כמועמד הבולט להחליף את מזוז" **גלובס**, 11.10.2009.

³⁶ בעיה זו מחריפה במקרים שבהם ממונה נשיא לעתיד שמגיע מחוץ למערכת המשפטית, כדוגמת השופטים ברק וברק-ארו. במקרה כזה מדובר במינוי לנשיא עתידי, עוד בטרם כתב השופט פסק דין אחד.

³⁷ 71% תמכו במינוי נשיא באופן אחר, על בסיס כישוריו. ראו: "סקר גלובס: אלה השינויים שהציבור רוצה לראות במערכת המשפט" **גלובס**, 3.2.2023.

³⁸ כך למשל, הנשיאה בייניש, אשר עמדה לא פעם על החשיבות שבשיטת הסניוריטי (ראו למשל שרון פולבר "דורית ביניש על האפשרות לביטול שיטת הסניוריטי: הדבר הכי מסוכן למערכת המשפט" **הארץ**, 27.3.2017, סטתה ממנה בעצמה כאשר מינתה את השופטת נילי ארד לנשיאת בית הדין הארצי לעבודה, תוך עקיפת שני שופטים ותיקים ממנה, וחרף שיטת הסניוריטי הנהוגה גם בבית הדין הארצי לעבודה מיום היוסדו (וראו: יובל יעז "סטיב אדלר פורש: מי את נילי ארד, הנשיאה הנכנסת של ביה"ד הארצי?" **גלובס**, 15.11.2010). יודגש, כי לא עלתה כל טענה שהמועמדים הוותיקים יותר לא היו כשירים לתפקיד; למעשה, אחד מהם (השופט פליטמן) אף החליף את השופטת ארד כנשיא אחרי צאתה לגמלאות.

ד. הגבלת הביקורת השיפוטית על חקיקת הכנסת ופסקת ההתגברות

כאמור, הנחת המוצא של מתנגדי הרפורמה, שלפיה ראוי ונכון להותיר את בית המשפט כגוף המוסמך לפסול את חוקי הכנסת, שנויה במחלוקת תאורטית עזה. גם בישראל ישנם רבים הסבורים כי לא ראוי היה להעניק לבית המשפט סמכות זו מלכתחילה. כבר בפרשת בנק המזרחי, ופעמים רבות מאז, נאמר לחברי הכנסת כי "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", ולכנסת נתונה הסמכות לשנות את דעתה בנושא. כפי שציין הנשיא ברק: "אם פסק דינו של בית המשפט, המפרש חוקי־יסוד, אינו נראה לכנסת, הרשות בידה לשנות את חוק היסוד ולכונן הסדר חוקתי שונה".³⁹ **ביקורת שיפוטית חזקה על חוקי הכנסת איננה תנאי סף לדמוקרטיה הישראלית, גם איננה עיקרון בסיסי בשיטת משטרנו.** בהתאם, כל צמצום של סמכות זו עדיין מותר הגנה רחבה יותר על זכויות האדם מכפי שהייתה ערב פרשת בנק המזרחי (או שמא, ערב חוקי היסוד).

ישנם מודלים רבים לביקורת שיפוטית על חקיקת הפרלמנט; לא בכל מקום נהוגה האפשרות לפסול חוקים. לצד ביקורת שיפוטית 'חזקה' (כפי שנהוגה בישראל), במדינות רבות נהוגה ביקורת שיפוטית 'חלשה', שבמסגרתה מוסמך בית המשפט לדרן בהלימת החוק את הנורמות החוקתיות, ולהתריע לפרלמנט כשסבור הוא שהלימה זו לוקה בחסר.⁴⁰ הנחת המוצא, אשר גם מתממשת בפועל פעמים רבות, היא שהמחוקקים גם הם מעוניינים להגן על זכויות אדם, והצהרת בית המשפט על כך תישמע בלב פתוח ובנפש חפצה.

ביקורת שיפוטית 'חלשה', להבדיל מביקורת 'חזקה', נשענת על תפיסה שונה של הגדרת תפקידה של חוקה. ביקורת חזקה מתבססת על המודל החוקתי הקלאסי, המניח שהחוקה נועדה להגביל את רצונו של הרוב ה'מקרי' בעם (לעומת הרוב ה'נצחי'). ביקורת חלשה לעומת זאת, נשענת על מודל חוקתי שונה (הרווח במדינות משפט מקובל דוגמת קנדה, אנגליה וניו זילנד): המודל הדליברטיבי, שלפיו תכלית החוקה היא לדחוף את העם לקיים (בעזרת נציגיו) דיון אמיתי ומושכל בשאלות ערכיות, קודם הכרעה סופית בעניין.⁴¹ מודל זה מניח (בדומה לוולדרון) ששאלות חוקתיות מהוות שאלות ערכיות ולא משפטיות, ועל כן המילה האחרונה בהן צריכה להיות של נבחרי הציבור – לאחר שנידונו בכובד הראש הראוי. דומני שהמודל הדליברטיבי הוא שעמד לנגד עיניו של מקים המדינה, דוד בן גוריון, שדחה את הגישה הקלאסית וציין כי:

"החוקה [האמריקנית] נהפכה למוסד משמר ריאקציוני שעומד נגד רצון העם [...] אני חושב שמתן סמכות כזאת לשופטים הוא דבר ריאקציוני [...] רק העם קובע את החוקה. חוקה זה מה שהעם רוצה לאחר דיון וביורור

³⁹ אהרן ברק "להגן על האזרח מפני המחוקק" (הרצאה מיום 26.5.2003).

⁴⁰ כך נהוג באנגליה, בניו זילנד ובמדינות משפט מקובל נוספות.

⁴¹ ספיר, לעיל ה"ש 3; גרעון ספיר "עוד על מנגנון ההתגברות" בלוג רשות הרבים (24.11.2022). במקום אחר התייחס ספיר למודל שלישי, "חוקה ככלל השתק", שמטרתה לקבע כללי משחק מוסכמים בין קבוצות שונות בעם כך שלא יוכלו לתקוף אותם בעתיד. ראו ספיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 240-223.

חופשי ולאחר הצבעה. אך אין למסור זאת לידי שופטים כפי שעשו באמריקה.⁴²

הרפורמה (בנוסח השר לוי⁴³) דוגלת במודל הדליברטיבי, ומציעה אפוא להמיר את הביקורת השיפוטית ה'חזקה' בגישת ביניים מדורגת. על פי גישה זו, במקרים שבהם רוב רגיל מכלל שופטי בית המשפט העליון יסבור כי החוק איננו חוקתי, הדבר ישמש כהתרעה על אייהלימה, אשר לא תפגע בתוקפו של החוק, אך בהחלט עשויה להישמע על ידי הכנסת שתפעל לתקן את המעוות. לעומת זאת, במקרים שבהם רוב מיוחס מקרב השופטים יסבור כי החוק איננו חוקתי, תהיה להחלטתם משמעות אופרטיבית חזקה יותר: החוק יבוטל, דבר שיחייב את הכנסת לבצע הערכה ובחינה מחודשת של ההצדקות בו, תוך בחינת ההנמקות המפורטות שבפסק הדין. אם לאחר דיון ובחינת השיקולים, יחלקו רוב חברי הכנסת על הכרעתו הערכית של בית המשפט בנוגע לאיזון הראוי בין הערכים המתנגשים, אזי יהיה בסמכותם לחוקק את החוק מחדש. על מנת לנטרל את החשש שהכרעתם הערכית של חברי הכנסת תישען על אינטרס קואליציוני צר, ולא תשקף את רצון העם, יוותר החוק 'על תנאי' עד שתאשר אותו גם הכנסת הבאה – לאחר שהעם ישמיע דעתו בבחירות – וסביר להניח שבהרכב קואליציוני שונה. היה והכריעו שופטי בית המשפט העליון כולם, פה אחד, כי החוק פוגע בזכויות באופן בלתי מידתי – יגבר החשש שחקיקתו נובעת מאינטרס צר של הרוב הקואליציוני הקיים. במקרה זה לא ניתן יהיה לחוקק את החוק מחדש עד לכנסת הבאה.⁴⁴

יודגש, כי אין סיבה להאמין שעמדת בית המשפט תיפול תמיד על אוזניים ערלות. גם אין סיבה להאמין שכל סעיף חוק שייפסל – יחוקק מחדש. בשנים שלאחר פרשת **בנק המזרחי** פסל בית המשפט מספר חוקים בשל פגיעתם בחופש העיסוק,⁴⁵ ובכל זאת הכנסת נמנעה מלחוקק אותם מחדש – למרות פסקת ההתגברות שכוננה בשנת 1994. כיום קל אומנם לדמיין כיצד כל פסיקה עתידית בעניין תוקפם של חוקים תתקבל בזעם; אולם יש לזכור כי אנחנו נמצאים בשיאו של משבר חריף בין הכנסת ובית המשפט. בימים שבשגרה, דברי בית המשפט, המלצותיו אל הכנסת, וההנמקות שמופיעות בפסק דינו, זוכים ליחס רציני ביותר בעת חקיקת חוקים, בלב פתוח ובנפש חפצה. לא בכל פעם שקבע בית המשפט כי יש לבטל חוק או החלטה ממשלתית, נענתה פסיקתו בתרעומת ובקולות מלחמה. ישנם ממצאים אמפיריים המלמדים כי גם כיום מתקיים דיאלוג בין הרשויות,⁴⁶ ודברי בית המשפט מתקבלים בקשב רב מצד הרשויות האחרות. הרפורמה צפויה לחזק דיאלוג זה, ולהפוך אותו

⁴² בן גוריון, לעיל ה"ש 15.

⁴³ הצעת החוק של ח"כ רוטמן מאפשרת לבצע את ההתגברות 'מראש', ולא לאחר דיון בבית המשפט, ולכן פוגעת בתכלית הדליברטיבית. ככלל, אציין כי בכל הנוגע לביקורת השיפוטית, הצעת החוק של השר לוי עדיפה, שכן היא מפורטת ומורכבת באופן ניכר מזו של ח"כ רוטמן, וכוללת רכיבים רבים המאזנים זה את זה, לצד רכיבים המבקשים לחסום 'עקיפה' של ההסדר בכלים אחרים.

⁴⁴ אם הכנסת הבאה תחוקק אותו מחדש, הדבר ילמד שעמדתה איננה מבוססת על אינטרס זר, ולכן היא תגבר.

⁴⁵ כך למשל בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, נא(4) 367 (1997), שפסל חוק שהסדיר את עבודת מנהלי השקעות, ובג"ץ 1030/99 **אורון נ' יושבראש הכנסת**, נו(3) 640 (2002), שפסל חוק שהסדיר את שידורי ערוץ 7 – שניהם בשל פגיעה בחופש העיסוק.

⁴⁶ בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" **משפט ועסקים** כב 327, 332 (2019).

מדיאלוג כפוי, לדיאלוג אמיתי – תוך הקטנת האנטגוניזם כלפי החלטות בית המשפט. יש לקוות כי לאחר שוך הסערה, יפרחו ניצני הדיאלוג הזה וילבלבו.⁴⁷

ד.1. דרישת הרוב והקוורום

מתנגדי הרפורמה טוענים שאין זה מוצדק להתנות פסילת חוקים ברוב מיוחס מקרב השופטים כולם, שכן מדובר לרוב בשאלות מורכבות ו"המחלוקת היא אינהרנטית לכל סוגיה משפטית ולכל שיטת משפט";⁴⁸ בהתאם, הציפיה ששמונים אחוז מהשופטים יגיעו לאותה מסקנה איננה סבירה, ותביא לצמצום דרמטי בהיקף החוקים הנפסלים.⁴⁹ ובכן, זאת בדיוק ההצדקה לדרישה זו.

כאמור, שאלות הנוגעות להיקפן של זכויות אדם, ולאיוון הראוי בכל מקרה של התנגשות קונקרטי בין אינטרסים וזכויות, הן לרוב שאלות ערכיות; לא משפטיות. כמעט תמיד סביר שתהיינה דעות שונות בסוגיות הללו. דרישת הקוורום מבקשת לוודא כי הכרעת בית המשפט איננה נשענת על הרכב מקרי (או מתוכנן) כזה או אחר, אלא משקפת נאמנה את עמדת בית המשפט העליון כולו. דרישת הרוב המיוחס מבקשת לשמור את התערבות בית המשפט רק לאותם מקרים חריגים שבחריגים, בהם השאלה האם הוראת החוק פוגעת בזכויות אדם באופן בלתי מידתי איננה שאלה של פרשנות או עמדה אישית של שופט כזה או אחר – אלא תוצאה 'זועקת לשמיים'. בכל מקרה אחר, שבו מתעוררים ספק או מחלוקת משמעותית בעניין, שופטי בית המשפט עדיין יוכלו להביע את עמדתם, וחזקה כי היא גם תישמע; אך לא תינתן להם דריסת רגל להתערב בהחלטות המחוקק.

ד.2. פסקת ההתגברות

בפתח הדברים, חשוב להבהיר שבניגוד לטרמינולוגיה בה נוקטים רבים ממתנגדי הרפורמה, פסקת ההתגברות איננה משמשת "לאפשר לכנסת 'להתגבר' על חוק יסוד",⁵⁰ אלא על פסק הדין של בית המשפט, שהכריע באופן כזה או אחר בשאלה קונקרטי של איוון בין אינטרסים מתנגשים. זוהי טעות טרמינולוגית משמעותית

⁴⁷ "פסקת ההתגברות אינה מבטיחה שבסוף התהליך הפוליטי תופק התוצאה הטובה ביותר, אבל באמצעותה יגדלו הסיכויים שהציבור יהיה קשוב יותר לבית המשפט. כאשר הביטחון העצמי ריבוני של הציבור ישתקם, כי זכות "המילה האחרונה" נתונה בידי נציגיו, חלקים מן הציבור יפסיקו לסווג את בית המשפט העליון כמתחרה להם – וילמדו את פסיקותיו ואולי אף יזדהו עמן, ובהתאם יאותתו לנציגים שלא לשנותן, לפי הצורך". ראו: שאול שארף "בשבח פסקת ההתגברות" [ICON-S-IL Blog](#) (8.12.2022).

⁴⁸ ברקיקורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 16.
⁴⁹ ראו "התייחסות היועצת המשפטית לממשלה לטיוטת תזכיר חוק-יסוד: השפיטה", היועצת המשפטית לממשלה, 2.2.2023, עמ' 37 (להלן: דו"ח היועמ"ש). במאמר מוסגר, אציין שטענה זו איננה נשענת על יסודות מוצקים מבחינה עובדתית. מביין 22 החוקים שפסל בית המשפט עד היום בשל פגיעה בזכויות אדם, רובם המוחלט התקבלו ברוב של שמונים אחוז משופטי ההרכב ומעלה.

⁵⁰ ברקיקורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17. קדמה לברקיקורן גם הנשיאה חיות, שכבר בשנת 2017, כשעלתה על הפרק חקיקת פסקת ההתגברות, טענה כי "טועה מי שסבור כי פסקת ההתגברות 'מתגברת' על בית המשפט. לאמיתו של דבר מדובר בהתגברות על זכויות האדם" (זוהר שחר לוי "הנשיאה חיות תוקפת את פסקת ההתגברות: 'משמעות הרסנית' כלכליסט, 7.5.2018).

ונפוצה, אשר ממנה נגזרות רבות מטענותיהם של המתנגדים לפסקת התגברות.⁵¹ הדברים נאמרים שחור על גבי לבן בהצעת החוק של השר לויז, ובדברי ההסבר לה:

“חוקי־יסוד זה מעגן הוראת התגברות שבאמצעותה יכולה הכנסת לדחות פרשנות שנתן בית המשפט העליון לחוק היסוד או איזון מסוים שקבע בין ערכים או אינטרסים, ולהתגבר על פסיקת בית המשפט העליון הפוסלת חוק. [...] הרעיון שעומד ביסודה של הוראת התגברות איננו פטור של הכנסת מן המחויבות לערכי החוקה אלא מתן אפשרות למחוקק להכריע אחרת מבית המשפט בשאלה של איזון בין ערכים ובחינת שאלות המידתיות הכרוכות בהתנגשות ביניהם.⁵²”

בעוד שהניסוח כהתגברות על חקיקת היסוד מניח שפסק הדין של בית המשפט הוא הקובע, נורמטיבית, מה היא הזכות המוגנת בחוק היסוד ומה הדרך הנכונה לאזן בינה ובין אינטרסים אחרים (כלומר, נוקט במודל החוקתי הקלאסי); הניסוח שבחר השר לויז מניח שעמדתו של בית המשפט היא עמדה ערכית, שניתן לחלוק עליה ולסבור שיש לפרש את חוק היסוד באופן אחר, או לסבור שפגיעה קונקרטית בזכות מוגנת היא מידתית. בהתאם, מטרת ההתגברות היא להותיר את ההכרעה לשיקול דעתו והכרעתו של העם (בהתאם למודל הדליברטיבי). ברי כי המשמעויות השונות למילה 'התגברות' יוצרות הבדלים אופרטיביים ניכרים: אם חברי הכנסת מכירים בכך שהחוק איננו חוקתי, אך מתעקשים לחוקק אותו בכל זאת תוך 'חריגה' מחוקי היסוד, אזי מדובר בחוק "סוג ב'", בעל תוקף זמני בלבד; לא כן הדבר עבור מי שמאמץ את נקודת מבטם של תומכי הרפורמה על טיבה של ההתגברות.⁵³

ניתן לטעון כי פסקת ההתגברות מהווה 'גדר על גדר' לאחר דרישת הרוב והקוורום; אני חולק על כך. אומנם, דרישות אלה עשויות לצמצם את התערבות בית המשפט בחוקי הכנסת, אך לא רק התוצאה היא שחשובה: פסקת ההתגברות מבטאת את הקביעה הנורמטיבית, שלפיה הרשות המחוקקת, נציגת העם, היא בעלת המילה האחרונה בשאלות ערכיות במדינה דמוקרטית – לא הרשות השופטת. יתרה מזאת, פסקת ההתגברות גם חיונית, שכן מדובר בכלי המאפשר לכנסת להתגבר על הפרשנות שניתנה בבית המשפט לחוקי היסוד גם כאשר לא הביא הדבר לפסילת חוק, וכך למנוע ממנה להתקבל כתקדים מחייב להחלטות שלטוניות עתידיות.⁵⁴

⁵¹ היועמ"ש ביקשה לטעון כי לא מדובר בטעות טרמינולוגית, אלא בעמדה מחויבת המציאות. כך, כאשר היא דנה בדרישה שלפיה חוק מתגבר צריך לכלול את המילים "על אף האמור בפסיקת בית המשפט" נטען: "נוסח זה מעורר קושי [...] בהיותו של בית המשפט הפרשן של הדין, ההתגברות איננה על פסיקת בית המשפט אלא ההתגברות היא על הוראה בחוק יסוד ונוסח הוראת 'על אף האמור' צריך לשקף זאת". (דו"ח היועמ"ש, לעיל ה"ש 49, בעמ' 43). ובכן, טענה זו מניחה את המבוקש. מבלי לכפור בעובדה שבית המשפט מהווה, כעניין שבשגרה, את הפרשן המוסמך של החוק, מנסחי הרפורמה סבורים שכאשר עסקינן בשאלות ערכיות הנוגעות לאופן האיזון בין ערכים מתנגשים בחוק ספציפי, בית המשפט אינו פרשן מוסמך יותר מאשר הכנסת; למעשה, היועמ"ש הכירה בכך במפורש עוד קודם לכן: "הנחת המוצא העיונית [של הרפורמה – י.א.ה.] היא שאין בידי בית המשפט את המונופול על הפרשנות החוקתית" (שם, בעמ' 41).

⁵² תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון – רפורמה במשפט), הופץ ביום 11.1.2023, עמ' 3.
⁵³ ספיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6.

ד.3. הרוב הנדרש להתגברות: רוב מיוחס ועריצות המיעוט

אחת מנקודות המחלוקת המרכזיות ביחס לרפורמה נוגעת לשאלת הרוב הנדרש לצורך התגברות. המתנגדים סבורים כי התגברות צריכה להתבצע רק בעזרת רוב מיוחס מחברי הכנסת, ולא ברוב של 61. לטענתם, רוב זה ("רוב רגיל", "רוב מזדמן", "רוב קואליציוני"), מאיין לחלוטין את הביקורת השיפוטית, שכן כל ממשלה תוכל להתגבר על חוקי יסוד בנקל.⁵⁵ עוד נטען כי התגברות צריכה לבטא קונצנזוס נרחב, שיבוא לידי ביטוי גם בתמיכת חלק מחברי הכנסת של האופוזיציה.

טענות אלו אינן במקומן, מכמה טעמים. ראשית, כפי שכבר ציינתי, ההיסטוריה הישראלית (הנוגעת לשימוש בפסקת ההתגברות שבחוק יסוד: חופש העיסוק) – מלמדת שלחשש זה אין שחר. שנית, דרישה לרוב מיוחס היא הגיונית אם אנחנו מניחים שההתגברות היא על חוק היסוד, ולכן מחייבת הסכמה רחבה; היא נחלשת באופן ניכר כאשר תכלית ההתגברות היא קידום המודל הדליברטיבי; כלומר, להותיר את ההכרעה הסופית בידי רוב העם. מדובר במתן אפשרות לנציגי רוב מוחלט בעם לאמץ הכרעה ערכית לגיטימית ושונה מזו שקבע בית המשפט, ביחס לשאלה אם הסדר מסוים מידתי או לא.⁵⁶

כפי שהזכרתי לעיל, וכפי שנוכחה 'ממשלת השינוי' פעם אחר פעם, גיוס רוב של 61 תומכים בכנסת בקואליציה הטרוגנית, אינו עניין של מה בכך. כך בעניינים שבשגרה, קל וחומר כאשר מדובר בחוק נפיץ שיש בו התנגשות ופגיעה בזכות אדם, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר במקרה שבו בית המשפט, ברוב שופטיו, הצהיר כי החוק איננו חוקתי. נטען כי אם כל שדרוש להתגברות על חוק-יסוד בישראל הוא רוב קואליציוני רגיל, אזי אין שום משמעות לחוקי היסוד;⁵⁷ אם פרשנות זו נכונה, יש לתהות כיצד חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא בוטל (ברוב רגיל) כבר לפני שנים; כיצד לא התגברה הכנסת על החוקים שנפסלו מכוח חוק יסוד: חופש העיסוק; כיצד חוקי הבחירות, שאינם משוריינים, לא נדרסו ברגל גסה. מדוע (קודם לפרשת בנק המזרחי) לא בחרה הכנסת לעגן בחוק כל החלטת ממשלה

⁵⁴ פעמים רבות בית המשפט איננו פוסל חוקים, אך קובע להם "פרשנות מקיימת", המרוקנת אותם מתוכן. יתרה מזאת, גם כאשר בית המשפט קובע כי חוק מסוים הוא חוקתי, לא אחת נלוות לכך קביעות עקרוניות הכוללות פרשנות חוקתית כגון הכרה בזכויות חדשות, או קביעות בדבר היקפן של הזכויות החוקתיות המוכרות. אפילו בפרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 11, שבו נקבעה הסמכות העקרונית לפסול חוקים, לא נפסל החוק האמור. פסקת התגברות תאפשר לכנסת להתגבר על קביעות כאלה של בית המשפט העליון, מבלי להזדקק לשינוי חוקי היסוד עצמם. יש לציין שבנוסף הנוכחי של הצעת החוק, האפשרות להשתמש במנגנון ההתגברות על מנת להתגבר על פרשנות, אינה מעוגנת באופן מפורש די הצורך. להבנתו, יש רמז לכך: "הורה בית המשפט העליון על ביטולו של חוק, ביטול חלק ממנו או הגבלת תוקפו" – משמע, במקרה שביית המשפט רוקן חוק מתוכן בעזרת הפרשנות. מן הראוי לעגן התגברות שכזו באופן מפורש. ⁵⁵ אי אז כשישבתו כסטודנט בקורס בדיני חוקה, אצל פרופ' נטע ברקיקורן, למדתי כי "רוב רגיל" ו"רוב מקרי" הם רוב של 2 מול 1, וזאת להבדיל מדרישת 61 המהווה "רוב מיוחס" או "רוב מוחלט" מחברי הכנסת – דרישה שלא קל לעמוד בה, ומהווה "שריון" של סעיף כזה או אחר בחוקי היסוד, שאין לזלזל בו.

⁵⁶ ספיר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6.

⁵⁷ ראו לדוגמה ברקיקורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18.

שנפסלה על ידי בית המשפט; מדוע (לאחר פרשת **בנק המזרחי**) לא בחרה הכנסת לעגן בחוק יסוד כל חוק שרגיל שנפסל. התשובה היא שבניגוד לתפיסה הצינית והרווחת על אודות נבחרי הציבור, מדובר באנשים שמעבר להיותם (לרוב) בעלי ערכים ורצון להגן על זכויות אדם, גם חרדים מיום הבוחר. לא בלי היסוס ירים נבחר ציבור את ידו כדי לאשר חוק אשר רוב מיוחס של שופטי בית המשפט העליון טענו כי איננו חוקתי. בממשלה הומוגנית גיוס הרוב עשוי להיות משימה קלה יותר; אך בעייתית פחות: כאמור, ככל שהממשלה הומוגנית יותר, כך היא משקפת באופן מיטבי יותר את הרוב האמיתי בכנסת, דבר המגביר את הלגיטימיות הדמוקרטית שבהחלטותיה. מכל מקום, פתרון אפשרי שעשוי לרכך את ההתנגדות להתגברות ברוב מוחלט, הוא קביעה שלפחות אחת מההצבעות על התגברות חוק תיעשה בהצבעה חשאית. הדבר יפיג את החשש מפני הצבעה 'כפויה' בשל משמעת קואליציונית.⁵⁸

בנוסף, דרישת רוב גבוה בכנסת היא דרישה בעייתית מאוד, המעוררת בעיה דמוקרטית משל עצמה. כפי שכבר הזכרתי, דרישת רוב מיוחס למעשה מעניקה למתנגדים 'קול וחצי'. בהתאם, יש בה משום חתירה תחת עיקרון ההכרעה הבסיסי ביותר במדינה דמוקרטית – עיקרון הכרעת הרוב. במילים אחרות, דרישת רוב גבוה היא מנגנון אנטי-רובני של הכרעת המיעוט. השופט חשין הביע בפרשת **בנק המזרחי** את עמדתו, שלפיה הכנסת, מעצם טבעה, איננה רשאית לקבוע מנגנונים המחייבים רוב גבוה (להבדיל מרוב של 61), שכן עיקרון הרוב הוא הבסיס שאין בלתו לכל פעולתה.⁵⁹

בעוד שדרישת רוב של 61 להתגברות איננה מרוקנת את הסדר הביקורת השיפוטית מתוכן, הרי שדרישת רוב גבוה עלולה בהחלט לרוקן את הסדר ההתגברות מתוכן. דרישת רוב רחבה היא בעלת משמעות רק אם היא מחייבת את הסכמת האופוזיציה. אלא שגם בימים רגועים, שבהם יחסי האופוזיציה והקואליציה מיטביים, האופוזיציה, כעניין כמעט-עקרוני, מתגייסת להתנגד כאשר מדובר בחוק אשר יש

⁵⁸ אומנם, הצבעה חשאית כשלעצמה פותחת פתח בעייתי לסטיית חברי הכנסת ממרותם של בוחריהם, אך נדמה כי שימוש מצומצם זה, רק ביחס להתגברות על חוקי יסוד, אינו מהווה פגם משמעותי.

⁵⁹ פרשת **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 11, בעמ' 543: "אורגן שלטון החי והמתפקד במשטר דמוקרטי – וכזו היא הכנסת – לא נכיר בסמכותו המשפטית לקבוע כלל אנטי דמוקרטי מעין זה לגבי פעילותו שלו. כל עוד משטרנו הוא משטר דמוקרטי, עיקרון הרוב הוא שישלוט בנו [...]. אם כך דין, כי אז העמדת דרישה להסכמתם של 62 חברי כנסת ומעלה) לשינויו של חוק, פירושה היא – לאמתם של דברים – שלטון המיעוט וביטול עיקרון הרוב. סמכות זו לא קנתה הכנסת, ואסור עלינו באיסור חמור כי נכיר לה סמכות מעין זו". עמד על כך, עוד קודם לכן, הפרדליסט, לעיל ה"ש 6, מאמר מס' 22: "דבר שאולי ייחשב במבט ראשון כתרופה, למעשה אינו אלא רעל. אם תינתן למיעוט זכות וטו על הרוב (וזה תמיד המצב במקום שדרוש יותר מרוב לקבלת החלטה), יהיה בכך, מטבע הדברים, כדי להכפיף דעת רבים לדעתם של המעטים [...]. אם מיעוט עקשני יכול לשלוט בדעתו של רוב בכל הנוגע לדרך הטובה ביותר לניהול העניינים, אין לרוב מנוס, אם רצונו שיעשה משהו, אלא להסתגל להשקפות המיעוט; וכך תבטל דעת המעטים את דעת הרבים ותכתוב את מהלך הדיונים הלאומיים. [...] במשטר כזה אפילו השגתן של פשרות כגון אלה תיחשב להצלחה, שהרי במקרים ידועים לא תימצא כלל דרך להתפשר, ואז נידונים צעדיה של הממשלה להשהיה מזיקה, או אף לתבוסה שאין אחריה ולא כלום".

להעברתו משמעות של אמון בממשלה, למשל חוקי התקציב או חוק ההסדרים. ובכן, דרישת הסכמת האופוזיציה משמעה הפיכת ההסדר לתאורטי כמעט.

עניין זה משליך גם על הטענה שניתן להעביר את הרפורמה שעל הפרק רק בהסכמה ציבורית רחבה (המתבטאת כהסכמה פרלמנטרית רחבה). מדובר בזריית חול בעיני הציבור. זה כמה עשורים ישנה התנגדות מוחלטת לכל הצעה לשינוי המצב הקיים; התנגדות שמנעה העברת מהלכים צנועים בהרבה. הסכמה רחבה היא בוודאי עדיפה כאשר עסקינן בשינויים מרחיקי לכת; אך לא ניתן להעמידה כתנאי סף לשינוי, על אחת כמה וכמה כאשר יחסי האופוזיציה-קואליציה מקוטבים מאי פעם. ישנה אף קבוצה נכבדה של חברי כנסת מהאופוזיציה שהביעו בעבר תמיכה ברורה בכל רכיבי הרפורמה המוצעת (ואף יותר מכך) – ובכל זאת מתנגדים לה כעת, בשל תפקידם האופוזיציוני. אין פירוש הדבר שלא מוטלת על הקואליציה האחריות לנסות, גם אם באופן חד צדדי, לגבש מתווה שיענה לחששות האמיתיים שמביעים המתנגדים – ועל כך ארחיב בסוף דברי.

ה. שלילת ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד

פתחתי את דברי בתיאור הבעיות המשטריות החריפות השוררות במצב הקיים. כאמור, המרכזית שבהן היא התייחסותו של בית המשפט לכללי המשחק כחומר ביד היוצר, כנתונים לשינוי תדיר. דומה, בהתאם, כי זהו הנושא הבעור ביותר ברפורמה; גם משום שהוא מקבע את כללי המשחק ואת הגורם הבלעדי המוסמך לשנות אותם, וגם משום שטיעוני הנגד לשינוי זה ממחישים היטב את הבעייתיות שבמצב הקיים.

ברביום שהוכרזה עליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד על פני חוקי הכנסת, צץ גם הקושי העומד בבסיס טענותיהם של מתנגדי הרפורמה, דהיינו שכינון חוקי היסוד איננו מחייב כל הליך מיוחד; הכנסת (בהובלת הממשלה) עלולה לבצע שינויים בחוקי היסוד בהתאם לרצונה המשתנה – אפילו ברוב של שניים אל מול אחד. כפי שהסביר הנשיא ברק בפרשת בנק המזרחי, מציאות זו איננה מקרית. הקלות היומיומית כמעט שבה מכוונים חוקי יסוד בישראל היא פרי החלטה מתוכננת, שביקשה לספק פתרון למחלוקות השורשיות בעם, שהפכו את גיבושה של חוקה פורמלית שלמה וקשיחה – לפרי דמיון רחוק:

"המציאות הפוליטית הביאה לכך שהחוקה לעתים כוננה לא רק "פרקים פרקים" אלא אף "אטומים אטומים" [...] בלא שהדבר הוצמד לאירוע חברתי יוצא דופן. [...] החוקה שלנו הינה פרי התפתחות חברתית טבעית. היא תוצאה של 'אבולוציה' מתמשכת ולא 'רבולוציה' חד-פעמית [...] יש לכך בישראל, הסברים פוליטיים וחברתיים. לעתים חסר הרצון הפוליטי להוציא את הסמכות החוקתית מהכוח אל הפועל. לעתים נמנע הדבר בשל אירועי השעה. אכן, שונים אנו מעמים אחרים, וגם בעניין כינון החוקה יש לנו ייחוד משלנו".⁶⁰

⁶⁰ פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 11, בעמ' 402.

מכל מקום, כבר באותו מועד, הבהיר הנשיא ברק שאין בכך כדי לפגוע בתוקפו של "מבחן הזיהוי הצורני", הקובע ש"חוק יסוד" הוא כזה מעצם היותו קרוי "חוק יסוד", גם לא להצדיק פגיעה במעמדם העליון של חוקי היסוד הללו:

"היעדרה של הוראה בדבר כבילה [כלומר, הוראה בחוק המקשה על כינון חוקי היסוד או שינויים – י.א.ה.], 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".⁶¹

אם כך, בפרשת בנק המזרחי קיבלה הכנסת באופן רשמי 'כלי' חדש: סמכות לכונן חוקה שתהא עליונה נורמטיבית על יתר רשויות השלטון ועל חוקים אחרים. כלי זה איננו דורש רוב מיוחד; גם לא דרישות תוכן או תהליך מסוימות. רק החלה הכנסת להפנים את גבולות כוחה, ולפתע החלו צעות טענות על הבעייתיות הרבה שבהענקת מעמד-על לחוקי יסוד שאינם נדרשים לרוב או הליך חקיקה מיוחד – בניגוד לאמור בפרשת בנק המזרחי.⁶² וכך, אנו מצויים כעת בפני "חוקה חד צדדית": כשבית המשפט מבקש להגביל את הכנסת – חוקי היסוד הם חוקה, על אף שניתן לשנותם בקלות; כשהכנסת מבקשת להגביל את בית המשפט (באמצעות קביעת נורמות מסוימות בחוקי יסוד כך שלא יהיו נתונות לביקורת שיפוטית) – חוקי היסוד אינם חוקה משום שניתן לשנותם בקלות. טענה זו איננה הגונה, והיא שומטת את הקרקע מתחת להכרה הנורמטיבית בחוקי היסוד כבעלי תוקף חוקתי.⁶³ יש לזכור: בית המשפט הוא שדרש מהכנסת לראות את חוקי היסוד כיצירה מיוחדת ושונה מחוקים רגילים, על אף שהכנסת מעולם לא כוננה אותם בהליך מיוחד או הצהירה על עליונותם בריש גלי. לא ניתן כעת להשתמש בעובדות אלו, שהיו ידועות כבר אז, כטיעון המבקש לשלול את מעמדם העליון של חוקי היסוד למפרע.

אכן, המצב הנוכחי הוא בעייתי ומורכב. הקביעה כי הכנסת היא גם הרשות המכוננת, אף מבלי שנקבעו אמות מידה נוקשות לפעולת החוקה, באה במחיר. מחיר זה הוא כי הכנסת תוכל לבצע שימוש, גם תדיר, בכוח זה. בית המשפט בחר בקביעה זו חרף המחיר הגלום בה. כעת, משעמד בית המשפט על כך שהתחוללה טעות בכדאיות העסקה שכרת עם הכנסת, אין הוא רשאי ליטול לעצמו את הסמכות לשנות את כללי המשחק. מכל מקום, ישנה קפיצה לוגית בין הקביעה שקיימת בעיה, ובין הקביעה שבידי בית המשפט נתונה סמכות על-חוקתית (שמעולם לא ניתנה לו באופן מפורש או מרומז), שתאפשר לו לפתור אותה.

⁶¹ שם, בעמ' 408; ההדגשות הוספו.

⁶² שאול שארף "האם יש חוקה לישראל? תלוי את מי שואלים ומתי" מקור ראשון (8.1.2022).
⁶³ ראו בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת, פסקה 10 לפסק הדין של השופט מינץ (נבו, 23.5.2021): "על פי היסודות שנקבעו בעניין בנק המזרחי, ההכרה בקיומה של סמכות מכוננת (ובסמכות הנתונה לרשות זו להגביל את כוחה של הרשות המחוקקת) מכוח הסכמה חברתית רחבה ועל פי רצון העם משמעה מיניה וביה הכרה בכוח הכמעט בלתי-מוגבל הנתון בידי הרשות המכוננת [...] הזיהוי של כוח זה חייב להיות ברור. בהיעדר הבחנה פשוטה וברורה בין דבר חקיקה לדבר חוקה, נשמטת ההצדקה הבסיסית להכרה בכך שנורמות שיצאו תחת ידי הרשות המכוננת עשויות להגביל את הרשות המחוקקת".

ו. צמצום עילת הסבירות

עילת הסבירות (במתכונתה הנוכחית) זכתה לביקורת רבה מיום היוולדה בפרשת **דפי זהב**.⁶⁴ עילה זו במתכונתה הישראלית חריגה בכל קנה מידה ביחס למדינות אחרות.⁶⁵ לדידי, הבעיה העיקרית שבהצעה הנוכחית נוגעת להיותה מתוחמת מדי. עילות המשפט המנהלי כולן הן יציר הפסיקה – גם עילת הסבירות. אין כל דבר המונע מבית המשפט 'להמציא' עילות חדשות, שיחליפו את עילת הסבירות. ההצעה הנוכחית קובעת שלא ניתן יהיה לפסול החלטה "על יסוד מידת סבירותה". אין בסעיף זה דבר המונע מבית המשפט לפסול החלטה על בסיס "הגיונותה"; "הגיונותה"; "שרירותה"; "מידתיותה" וכו'. ייתכן שנוכחנו לשימוש ראשון שכזה בכלים עוקפים כבר בעת האחרונה, כאשר פסל בית המשפט את מינויו של ח"כ אריה דרעי לשר, תוך הישענות תקדימית על עילות אחרות לצד עילת הסבירות.⁶⁶ דומני כי ראוי למצוא לסעיף ניסוח עקרוני יותר, ומילולי פחות, שיבהיר שישנה מניעה מלבחון את טיב הפעלת שיקול הדעת של הגורם המנהלי.

מתנגדי הרפורמה מציינים תמונת בלהות בה ישוחררו הרשויות המנהליות מכל מגבלה ורסן. זה כמוכן אינו נכון: הרפורמה מבקשת לצמצם כלי פיקוח אחד של הרשות השופטת על הרשות המבצעת; כלי שאמור לשמש במקרי קיצון בלבד – אך בפועל, משמש כאחד הכלים העיקריים להתערבות בהחלטותיה. כפי שניסח זאת השופט סולברג: "פתחנו פתח כחודו של מחט, והוא נתרחב והיה לפתחו של אולם".⁶⁷ יתר העילות הנהוגות לפיקוח על הממשלה – יותרו שרירות וקיימות.⁶⁸

⁶⁴ בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, לה (1) 421 (1980). וראו מני רבים בעמדתו של הנשיא לנדוי בפסק דין זה; משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" **עיוני משפט** יד 5 (1989); יואב דותן "שני מושגים של ריסון – וסבירות" **משפטים** נא 673 (2022); נעם סולברג "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים" **השילוח** 18 (2020) (להלן: סולברג 2020); נעם סולברג "**הלכת דרעי פנחסי בראי עילת הסבירות**" **בלוג רשות הרבים** (13.1.2022).

⁶⁵ בסקירה שביצעה היועמ"ש, הושוותה העילה לאלו הנהוגות בקנדה, אנגליה ואוסטרליה. מסקנתה היא כי "קיימות נקודות דמיון רבות בין התפתחות של הדין בישראל בנוגע לעילת הסבירות לדרך התפתחותה במדינות האמורות, אשר גם בהן בית המשפט בוחן את המשקל שניתן לשיקולים הרלוונטיים כחלק ממבחן הסבירות. מכל מקום, המגמה במדינות שנסקרו היא להרחיב את עילת הסבירות, ולא לצמצמה" (דו"ח היועמ"ש, לעיל ה"ש 49, בעמ' 58). בכל הכבוד, אין כל קשר בין הסקירה ובין המסקנה האמורה. למעשה, המדינה היחידה מבין השלוש שבה קיימת עילת סבירות הדומה במידת מה לזו הישראלית, היא אוסטרליה. באנגליה לעומת זאת קיימת גם עילת סבירות רחבה; אך כפי שציינה היועמ"ש "עילת הסבירות המורחבת מקושרת [...] לביקורת שיפוטית על החלטות המובילות לפגיעה בזכויות אדם" (שם, בעמ' 56) – הרחבה שכאמור איננה נצרכת בישראל, שכן כאמור יש בה עילות נפרדות במקרה של פגיעה בזכויות אדם. גם בקנדה נתפסת עילת הסבירות כעילת ביקורת מצומצמת יחסית, המשמשת במקרים של הנמקה בלתי רציונלית, במקרים של החלטה שאינה הגיונית ביחס לחוק המסמך וכדו' – מקרים שאינם קשורים במאומה לעילת הסבירות הישראלית המורחבת.

⁶⁶ בג"ץ 8948/22 שיינפלד נ' הכנסת (נבו) 18.1.2023.

⁶⁷ סולברג 2020, לעיל ה"ש 64.

⁶⁸ הנשיאה חיות ציינה **בנאומה** בכנס העמותה למשפט ציבורי (12.1.2023), שורה של מקרים שבהם התבצע שימוש 'ראוי' בעילת הסבירות, אך ברובן לא נדרשה עילה זו על מנת להגיע לתוצאה האמורה; ישנן גם עילות מנהליות 'קלאסיות'. בנוסף, מרבית החלטות המנהליות אותן ציינה הנשיאה פוגעות בזכויות אדם, ולכן חוסות ממילא תחת מבחני פסקת ההגבלה.

בהתאם, אין ממש גם בטענה שעל פיה ביטול עילת הסבירות יפגע בהגנה מפני פגיעה שרירותית בזכויותיהם של פרטים כאלה ואחרים בחברה.⁶⁹ במקרה שבו החלטה שלטונית פוגעת בזכויותיו של אדם או קבוצה, אין צורך בעילת הסבירות. פגיעה בזכויות יסוד היותה עילת התערבות עצמאית בהחלטות הרשות המבצעת עוד מראשית ימי המדינה.⁷⁰ כיום היא מעוגנת במישורין תחת חוקי היסוד, כך שכל פגיעה מצד הרשות המבצעת צריכה להיעשות בהתאם למבחני פסקת ההגבלה, הכוללת מבחני הסמכה, תכלית ראויה ומידתיות.⁷¹ צמצום עילת הסבירות אינו צפוי למנוע הגנה שיפוטית במקרים של פגיעה בלתי-ראויה בזכויות אדם על ידי הרשות המבצעת.

טענה נוספת נוגעת להתערבות במינויים פוליטיים משיקולי טוהר המידות. המתנגדים טוענים שביטול עילת הסבירות יחסום ביקורת שיפוטית על החלטות בדבר מינויים פוליטיים, והדבר אינו רצוי.⁷² לשיטתי, ההיפך הוא הנכון. השימוש בעילת הסבירות בהקשר של מינויים מהווה את הדוגמה הבוטה ביותר להתערבות בית המשפט בשיקול דעתה של הרשות המבצעת בנושאים ערכיים שבהם אין לו ולו בדל של יתרון יחסי. השאלה האם ראוי שאדם שביצע מעשה מסוים (או חשוד בביצועו) ישמש בתפקיד כזה או אחר היא שאלה שבה לכל אדם עשויה להיות עמדה שונה; אין בה דבר משפטי; כולה ערכית. בהתאם, אין כל הצדקה להפקיע אותה מידי הציבור. ואכן, לנושא זה ישנה הסדרה מפורשת במסגרת מבחני הכשירות המנויים בחוק לכל תפקיד. ניתן כמובן לטעון שתנאי הכשירות כיום מקילים מדי; אך הפתרון לכך הוא לגייס רוב מתאים, ולשנות אותם. לא יעלה על הדעת שבית המשפט יחליף את דעת העם בדעתו, ויקבע כי מינוי מסוים אינו סביר – על אף שהוא עומד במפורש בתנאי הכשירות.

ז. מי יגביל את השלטון?

שאלה זו מסכמת למעשה את החשש העומד בבסיס ההתנגדות לרפורמה כולה. מן הראוי שמתנגדי הרפורמה ישאלו עצמם את אותה שאלה ביחס לבית המשפט. דומני כי כיום, התשובה היא שאין ולו גורם חיצוני אחד המשמש ככלם בפני בית המשפט, אף שהתערבותו הגוברת והולכת בתחומי הרשויות האחרות מייצרת פוטנציאל נזק ניכר גם מצידו. על כל פנים, כפי שהבהרתי בדבריי, אני סבור כי גם הרפורמה המוצעת מותירה מנגנוני הגנה נכבדים מפני עריצות הרשות המבצעת. אבקש לסכם כעת את המנגנונים הללו:

⁶⁹ ברק'קורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21.

⁷⁰ ראו בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בבג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 404 (1951); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, ז 871 (1953); ועוד.

⁷¹ אומנם, גם עילת המידתיות (ובעיקר מבחן המשנה השלישי בה, המכונה "המידתיות כמובן הצר") נשענת על בחינה ערכית של החלטת הרשות המבצעת; אך בחינה זו מעוגנת בחוק יסוד, ולכן זוכה ללגיטימציה ציבורית רבה יותר. היא גם מתוחמת בהרבה: היא איננה בוחנת את שיקול דעתו של מקבל החלטה, אלא את התוצאה המושגת; היא איננה שוקלת את כל יתרונותיו וחסרונותיו של ההסדר, אלא מאזנת אך ורק בין רכיב הפגיעה בזכויות האדם, ובין התועלת הכללית המושגת מהפעולה האמורה.

⁷² ברק'קורן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 21.

1. **בית המשפט**. בית המשפט שימש ביעילות כגוף מפקח על הרשות המבצעת זמן רב קודם לפרשת **בנק המזרחי**. הרפורמה איננה מצמצמת את סמכותו זו (למעט עילת הסבירות), והוא ימשיך לפקח ביעילות על החלטות הממשלה וזרועותיה בעזרת יתר עילות המשפט המנהלי. מרבית פסיקות המופת שחרט בית המשפט על דגלו במרוצת השנים, שבהן הגן וקידם זכויות אדם, ואשר גם בסערה הנוכחית עומדות במוקד ההתנגדות לרפורמה – לא היו נחסמות על ידיה.⁷³ כפי שצינתי, גם השינוי במינוי השופטים איננו צפוי לפגוע ביעילות הפיקוח של השופטים על יתר הרשויות.
2. **הממשלה עצמה**. כאמור, ממשלות הן כמעט תמיד הטרוגניות במידת מה, ולרוב אינן משקפות חלוקה דיכוטומית בין הקואליציה והאופוזיציה. פעמים רבות ניתן למצוא בממשלה מפלגות ימין ושמאל – וכך גם באופוזיציה. בהתאם, משמעת קואליציונית איננה קלה להפעלה כפי שמקובל לטעון – ודאי כאשר מדובר בנושאים מהותיים העומדים בלב ויכוח ציבורי-ערכי.
3. **הכנסת**. ההתמקדות ברוב הקבוע של הממשלה בכנסת מתעלמת מהעובדה שהאופוזיציה בישראל מסוגלת להיות גורם פיקוח יעיל למדי. כשהאופוזיציה פועלת באופן ענייני, ולא בדה-לגיטימציה מוחלטת והתנגדות גורפת לכל פעולה של הממשלה (כפי שנהוג בשנים האחרונות), היא עשויה גם לשכנע לעיתים בצדקת דרכה. חברי האופוזיציה יושבים בוועדות, יכולים להעלות שאילתות והצעות לסדר היום, להציע שינויים, להעלות חששות, וכפי שאנחנו עדים היום, גם לנצח על מחאה ציבורית. בישראל התקיימו בעבר אופוזיציות יעילות מאוד, שגם הצליחו להשפיע על סדר יומה של הממשלה ואף להביא להתפרקותה. הרוב של הממשלה איננו מאיין אפוא את הפיקוח של הכנסת.
4. **שיקולי מאקרו**. הממשלה נדרשת בכל עת לשים ליבה גם להשפעה של פעולותיה על עוצמתה המדינית והכלכלית, על יחסיה עם מדינות אחרות ועל איתנותה בזירה הבינלאומית. גורמים אלו מהווים גם הם מנגנון הגנה נכבד מפני החשש שתפנה לעריצות בעבור אינטרס צר.
5. **הציבור**. הבחירות אומנם אינן כלי פיקוח מושלם, אך הן מאפשרות לציבור להביע את אמונו במפלגות השונות ואת שביעות רצונו מתפקוד נבחריו בכנסת שחלפה. הציבור משפיע על התנהלות הממשלה גם בעזרת כוחו להפגין ולמחות, בשיתוף עם התקשורת והאקדמיה החופשיות. מדובר בכלי ביקורת יעילים למדי: רק לאחרונה ביטל השר מיקי זוהר את תוכניתו לכיטול 'שבת ישראלית' בשל לחץ ציבורי קצר וממוקד.⁷⁴ כך גם נסוגה ש"ס באופן מידי מכוונתה לקדם את הצעת חוק הכותל.⁷⁵

⁷³ פרשת **בזרנו**, לעיל ה"ש 70; פרשת **קול העם**, לעיל ה"ש 70; בג"ץ 4541/94 **אליס מילר נ' שר הביטחון**, פ"ד מט (4), 94 (1995); בג"ץ 721/94 **אל על נחיבי אוויר לישראל נ' דנילוביץ**, פ"ד מח(5) 749 (1994); רע"א 8821/09 **פרוד'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (נבו) 16.11.2011; בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד (1) 258 (2000); ורבים רבים נוספים.

⁷⁴ אורי סלע "מיקי זוהר: האירועים בשבת יימשכו – הם טובים גם לשומרי שבת" **וואלה**, 24.1.2023.

⁷⁵ יהודה שלזינגר, אמיר אטינגר, אריאל כהנא "לאחר הביקורת: חוק הכותל לא יעלה בוועדת השרים בשבוע הבא" **ישראל היום**, 9.2.2023.

סיכום

לא ניתן לבקר את הרפורמה מבלי לעמוד על דיוקן של הבעיות שהיא מבקשת לפתור. בחינה כנה של המצב הקיים מבהירה את הצורך העז בשינוי דרמטי ויסודי, 'טיפול שורש' של ממש. לדידי, צורך זה גובר על הסכנות האפשריות הצפויות מפני הרפורמה. אומנם, הרפורמה המוצעת, אשר מתכונתה הסופית טרם גובשה, איננה חפה מבעיות. לפרקים היא כוללנית מדי; לפרקים נחרצת. ישנם נושאים רבים אשר צריכים להתלבן בטרם תבשיל ותיכון כחלק מחוקתה של המדינה. תהליך זה התחולל בליבם ובכתיבתם של רבים מזה שנות דור; הוא ממשיך בימים אלה במסדרונות הכנסת. לא בהליך בזק; אלא בהקשבה, הפנמה וחשיבה מעמיקה. כמובן שיש מקום לחשש – הרבה עומד על הפרק – אולם חשש זה צריך שינותב למקום קונסטרוקטיבי; לטיוב השינויים הקרבים, לא למניעתם. ובעיקר – חשוב לשמור על פרופורציה. התנגדות לרפורמה אינה מחייבת את שבירת הכלים; גם לא הקמת קול זעקה. לא מדובר בקץ הדמוקרטיה; אלא בניסיון הגשמתה. הממשלה הנבחרת, הזוכה לרוב יציב בכנסת ובציבור, רשאית לבצע שימוש ברוב זה על מנת לקדם את המדיניות הרצויה על נבחריה.

גישה זו, מהווה לדעתי את האמת; אך לא ניתן להעמיד את האמת לבדה, מבלעדי השלום. הזכרתי במהלך דבריי כי הסכמה רחבה איננה יכולה להיות תנאי סף לרפורמה. לצד עמדה זו, קשה להיוותר אדישים לגודל הקרע הנפער בעם, המדיר שינה מעיני ומעיני רבים. בחודשים שמאז הצגת הרפורמה, וביתר שאת בשבועות האחרונים, התנהלו מגעים והידברויות, שיש לקוות שיבשילו לכדי מתווה מוסכם. ייתכן שברבים מהנושאים ניתן להגיע אל עמק השווה. המעשה הראוי הוא לחשוב על ויתורים שניתן לבצע במסגרת הרפורמה, באופן מוסכם או חד צדדי, מבלי לרוקן אותה מתוכן. במאמר, הצעתי גם אני כמה שינויים שכאלה, שאני סבור שיש בהם כדי להביא מזור לרבים מהחששות. כולי תפילה שבהידברות המתרחשת כיום, ישכילו קברניטי המדינה לחתור לשני הערכים יחדיו, בבחינת "הַאֲמֶת וְהַשְּׁלוֹם אֶהְבּוּ"⁷⁶ וכמו שפירשו חז"ל: "כל מקום שיש אמת, אין שלום. וכל מקום שיש שלום, אין משפט. ואיזהו משפט אמת? – שיש בו שלום. הוי אומר זה ביצוע"⁷⁷.

ציטוט מוצע: יחיאל אורן הרוש "הרפורמה במערכת המשפט: תמצית כתב הגנה"
בלוג רשות הרבים (23.4.2023)

⁷⁶ זכריה ח, יט.

⁷⁷ תוספתא סנהדרין א, ג. "הוי אומר: זה ביצוע" הכוונה היא ששני הצדדים מתרצים בדבר.