



פורום המרצות | منتدى محاضرات
והמרצים למשפטים | ومحاضري القانون
למען הדמוקרטיה | من أجل الديمقراطية
The Israeli Law Professors' Forum
for Democracy

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

נייר עמדה מס' 8 בנושא צעדי הממשלה ה-37 לשינוי המשטר לאור

עמדות ועדת ונציה (The Venice Commission)

הופץ ביום 4.2.2023*

תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, ולפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה. בנייר עמדה זה בוחנים את צעדי הממשלה ה-37 לאור עמדות ועדת ונציה.

סקירה של דו"חות וחוות דעת הוועדה בנושאים הרלוונטיים לצעדים לשינוי המשטר אותה מקדמת הממשלה בימים אלה מעלה כי הצעדים המוצעים מנוגדים לחלוטין לפרקטיקות הטובות ביותר כפי שמזהה אותן ועדת ונציה. במסמך קצר זה נראה כי בשלב זה, צעדי הממשלה מנוגדים לעמדות ועדת ונציה לפחות בשלושה היבטים: שיטות בחירת השופטים, הפרוצדורה לביצוע שינויים חוקתיים, וכיבוד עקרונות של שלטון החוק. אם ההצעות יעברו, ישראל תעמוד לצד מדינות כגון פולין, הונגריה וטורקיה אשר לגביהן פורסמו בשנים האחרונות חוות דעת שליליות מאד מטעם הוועדה.

* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: <https://lawprofsforum.wixsite.com/home>.
עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofsforum>. ליצירת קשר lawprofessorsforum@gmail.com.

ועדת ונציה (The Venice Commission) הינה גוף אשר הוקם בשנת 1990, על מנת לייעץ למועצת אירופה (The Council of Europe) בסוגיות של שלטון החוק וקידום הדמוקרטיה. תפקיד הוועדה הנו גם לספק סיוע וייעוץ בעניינים משפטיים למדינות החברות במועצת אירופה, ולסייע להן להתאים את מוסדותיהן המשפטיים והשלטוניים לסטנדרטים האירופאים והבינלאומיים המקובלים בתחומי הדמוקרטיה, זכויות אדם ושלטון החוק.¹ בשנת 2002 תוקנה חוקת הוועדה, באופן אשר נועד לאפשר למדינות שאינן חברות במועצת אירופה להצטרף אליה. בעקבות זאת, ישראל הצטרפה לוועדה בשנת 2008.

חברי הוועדה הינם מומחים בתחום המשפט החוקתי, או בתחומים אחרים רלוונטיים לתפקודם של מוסדות דמוקרטיים ולקידום המשפט ומדעי החברה. כל מדינה חברה ממנה חברה אחת (וחברה מחליפה) ואולם, חברי הוועדה עצמאיים ואינם מייצגים את מדינתם.²

הוועדה מוסמכת ליזום מחקרים ומדריכים (guidelines) בנושאים המצויים בתת המנדט שלה.³ כן היא רשאית לנסח חוות דעת (opinions) בנושאים ספציפיים. חוות דעת יכולה להתבקש על ידי הגורמים המנויים בחוקת הוועדה, ובפרט על ידי גופי מועצת אירופה או על-ידי מדינות אשר נוטלות חלק בעבודתה של ועדת ונציה.⁴ במקרים מתאימים, הוועדה עשויה לפרסם חוות דעת דחופה⁵ או הצהרה של נשיא הוועדה.

במקרים מסויימים, המדינות עצמן מבקשות מהוועדה חוות דעת בענייניהן שלהן, כדי לסייע להן בתהליכי רפורמה או על מנת להתמודד עם משברים חוקתיים. כך, היה, למשל ביחס לרומניה.⁶ פנייה לוועדת ונציה על ידי נשיא המדינה או שר המשפטים הינה כלי שיש לשקול להפעילו במסגרת ניסיונות התדיינות לגבי הצעדים אותם מבקשת הממשלה לקדם בישראל. קיימים גם תקדימים לפניית של בתי משפט מדינתיים לוועדה בבקשה כי יספקו חוות דעת להליכים תלויים ועומדים כידידי בית המשפט.

יצויין, כי הן הדו"חות המחקריים והן חוות הדעת של הוועדה אינם מחייבים במישור הפורמלי. ואולם, הם משקפים את התפיסה הבינלאומית המקובלת לגבי הפרקטיקות הטובות ביותר (best practices) בתחומים

¹ https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=EN.

² Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law (Feb. 21, 2002), art. 2 (hereinafter: Statute)

³ Statute, art. 3(1).

⁴ *Id.*, art. 3(2)

⁵ Protocol on the Preparation of Urgent Opinions (Oct. 19-20, 2018).

⁶ See, e.g., Romania - Opinion on draft amendments to Law No. 303/2004 on the Statute of Judges and Prosecutors, Law No. 304/2004 on Judicial Organisation, and Law No. 317/2004 on the Superior Council for Magistracy, adopted by the Commission at its 116th Plenary Session (Venice, 19-20 October 2018).

הרלוונטיים, ומהווים כלי של משפט רך (soft law) המעצב את הציפיות לגבי ההתנהלות של המדינות החברות, ואף תורם להתפתחות הדין הבינלאומי המינהגי דרך אימוצו בפרקטיקה המדינתית והסתמכות עליו בידי בתי משפט שונים.⁷ ככאלה, עשויים הדו"חות וחוות הדעת להשפיע על הליכים פוליטיים ומשפטיים בתוך המדינה עצמה. הדו"חות וחוות הדעת עשויים גם להשפיע על המוניטין של המדינות, ועל תפיסתן כמדינות דמוקרטיות המקיימות את שלטון החוק.⁸ תפיסות אלה, בתורן, עשויות להשפיע על הלגיטימציה של מדינה בזירה הפנימית והבינלאומית, ועל יכולתה לפעול באופן אפקטיבי בפורומים בינלאומיים שונים.

סקירה של דו"חות וחוות דעת הוועדה בנושאים הרלוונטיים לצעדים לשינוי המשטר אותה מקדמת הממשלה בימים אלה מעלה כי הצעדים המוצעים מנוגדים לחלוטין לפרקטיקות הטובות ביותר כפי שמזהה אותן ועדת ונציה. במסמך קצר זה נראה כי בשלב זה, צעדי הממשלה מנוגדים לעמדות ועדת ונציה לפחות בשלושה היבטים: שיטות בחירת השופטים, הפרוצדורה לביצוע שינויים חוקתיים, וכיבוד עקרונות של שלטון החוק. אם ההצעות יעברו, ישראל תעמוד לצד מדינות כגון פולין, הונגריה וטורקיה אשר לגביהן פורסמו בשנים האחרונות חוות דעת שליליות מאד מטעם הוועדה.

יש להדגיש כי את ההיבטים הנסקרים כאן יש לראות כמכלול, יחד עם צעדים מוצעים נוספים כגון פסקת ההתגברות, שתאפשר חקיקה מחדש, ברוב קואליציוני רגיל, של כל חוק שבית המשפט יקבע כי הינו בטל; ההצעה כי בית המשפט יוכל לקבוע כי חקיקה ראשית בטלה רק ברוב של 80% מהשופטים; וכי לא תהיה כל ביקורת שיפוטית על חוקי יסוד. ביחד, המשמעות היא החלשה עד כדי ביטול הלכה למעשה של הביקורת השיפוטית על חקיקה. לכך מצטרפת החלשת הביקורת השיפוטית על החלטות מינהליות על ידי ביטול עילת אי-הסבירות, והחלשת מעמד היועצים המשפטיים למשרדי הממשל באמצעות שלילת המעמד המחייב של עמדתם, והקביעה כי ימונו כמשרת אמון. כל אלו מהווים כשלעצמם, וביחד עם האמצעים האחרים, פגיעות חמורות בשלטון החוק. ואכן, [בחוות דעתה של בעניין פולין \(2017\)](#), קבעה הוועדה כי יש לבחון צעדים מסוג זה כמכלול ולאור ההקשר בו הם ננקטים.⁹

1. עמדת ועדת ונציה בנושא בחירת שופטים

⁷ See generally Kenneth W. Abbott & Duncan Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 *International Organization* 421(2000).

⁸ See generally Wolfgang Hoffmann-Riem, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, 25 *European Journal of International Law* 579–597 (2014).

⁹ CDL-AD(2017)031-e

Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017), para. 129.

בשנת 2007, אימצה ועדת ונציה דו"ח בנושא שיטות לבחירת שופטים.¹⁰ הדו"ח עומד על כך שבמדינות מסוימות, מעורבות פוליטית בבחירת שופטים מסכנת את עצמאותם של בתי המשפט, ואילו במדינות אחרות, מעורבות כזו אינה מסוכנת, משום שהיא מוטמעת היטב בתרבות פוליטית שמונעת פוליטיזציה פסולה של ההליך.¹¹ עם זאת, נקבע כי המגמה המודרנית הינה דה-פוליטיזציה נרחבת של ההליך בחירת השופטים, וזאת כדי להבטיח שמירה על עקרון הפרדת הרשויות ועל עצמאות בתי המשפט.¹² כך, למשל, עמדת ועדת השרים של מועצת אירופה הינה כי מנגנון בחירת השופטים חייב להיות עצמאי מהמשלה, וכי דרך אחת להבטיח זאת היא באמצעות מעורבות שיפוטית בבחירת שופטים. במקרים בהם כבר קבועים הסדרים ומסורות לפיהם המשלה ממנה שופטים, נדרשים להיקבע מנגנונים להבטחת עצמאותם של ההליכים למינוי השופטים, כדי להבטיח שהמינויים והקידומים יתבססו על "קריטריונים אובייקטיביים" בלבד.¹³

הוועדה סבורה כי מעורבות ממשלתית משמעותית במינוי שופטים אינה רצויה במדינות בהן אין תרבות ומסורת פוליטית מבוססת, המובילה לריסון של הדרג הפוליטי.¹⁴ כן סבורה הוועדה כי גם מעורבות רבה של פרלמנטים בבחירת השופטים עלולה לגרום לפוליטיזציה של ההליך, באופן שיביא למינוי שופטים שלא על בסיס שיקולים רלוונטיים.¹⁵ הוועדה עומדת על כך שבמקומות בהם מינוי שופטים מתבצע על ידי ראש המדינה, על המינוי להתבצע על סמך המלצה מטעם ועדה עצמאית.¹⁶ הוועדה ממליצה, אם כן, שלוועדות למינוי שופטים יהיה תפקיד מכריע במינוי וקידום שופטים.¹⁷

מבחינת הרכב הוועדות למינוי שופטים, הוועדה עומדת על כך שנדרש איזון בין עצמאות שיפוטית לבין אחריותיות של מערכת המשפט. לפיכך, אין לפסול באופן אפריורי חברות של נציגי הרשות המחוקקת והמבצעת בוועדות למינוי שופטים, אך זאת רק באופן שאינו חותר תחת עקרון עצמאות מערכת המשפט.¹⁸ דרך אחת להבטיח זאת, היא באמצעות הסדר לפיו חלק ניכר או רוב החברים הוועדה ייבחרו על ידי הרשות השופטת

¹⁰ CDL-AD(2007)028-e, Judicial Appointments - Report adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session (Venice, 16-17 March 2007).

¹¹ Id., para 2.

¹² Id., para 3.

¹³ Id., para 4.

¹⁴ Id., paras 5-6.

¹⁵ Id., paras 9-12.

¹⁶ Id., para 14.

¹⁷ Id., para 25.

¹⁸ Id., paras 27-28.

עצמה (ס' 29). מכל מקום, הוועדה סבורה באופן חד משמעי כי לא יכול להיות רוב לממשלה, או לתומכיה, בוועדות למינוי שופטים.¹⁹

הוועדה חזרה על עקרונות אלו בדו"ח משנת 2010 בדבר עצמאות שיפוטית²⁰ (ס' 32, וכן מסקנה 4). בהתאם לכך, וועדת ונציה קבעה בחוות דעת בעניין פולין משנת 2017, כי שינוי שיטת בחירת השופטים בפולין לכזו בה נוצר רוב אוטומטי לרוב הפוליטי, וזאת כחלק משינויים מרחיקי לכת נוספים במערכת המשפט בפולין, מהווה איום חמור לעצמאות השיפוטית ולשלטון החוק.²¹

יצויין כי בעוד הוועדה, במסמכיה השונים, סבורה כי מינוי השופטים שנעשה על בסיס פוליטי יכול להיות מתקבל על הדעת מקום בו מדובר במסורת ותיקה הכבולה בתרבות פוליטית מסויימת, היא ודאי לא תומכת בעמדה לפיה מדינות בהן ועדה מקצועית כזו כבר קיימת, יעברו לשיטת מינוי פוליטית.

אמנם, הוועדה עומדת על כך כי במקרים של "בתי משפט לחוקה" (constitutional courts), עשוי להיות טעם לשיטה שונה לבחירת שופטים, המעניקה יותר משקל לגורמים פוליטיים נבחרים, וזאת כדי להעניק לבתי משפט אלה "לגיטימציה דמוקרטית" גבוהה יותר בבואם להפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה.²² ואולם, אין פירוש הדבר כי ניתן למנות שופטים לערכאות כאלה באופן אשר נותן כוח מוחלט לרוב הפוליטי הנוכחי. כך, קבעה הוועדה פעם אחר פעם - למשל, בהקשר למשבר החוקתי הפולין - כי מנגנונים למינוי שופטים לבתי משפט חוקתיים חייבים להבטיח כי יהיה הרכב עצמאי ומאוזן של בתי משפט כאלה.²³ שיטת מינוי בה לרוב הפוליטי יש שליטה מוחלטת על מינוי שופטים לבתי משפט לחוקה, ודאי שאינה עומדת בתנאי זה. כפי שציינה הוועדה בעניין פולין, כשביקרה את התפיסה בפולין לגבי מינוי שופטים לבית המשפט לחוקה:

¹⁹ Id., paras 31-33.

²⁰CDL-AD(2010)004-e Report on the Independence of the Judicial System Part I: The Independence of Judges adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010), paras. 32, 82(4).

²¹ CDL-AD(2017)031-e

Poland - Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the Judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the Organisation of Ordinary Courts, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017), para 130.

²² CDL-AD(2007)028-e, supra note 10, footnote 1.

²³ CDL-AD(2016)001-e, Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016), para 116.

“Th[e] view of the Constitutional Tribunal with judges ‘belonging’ to one party and other judges ‘belonging’ to the other party seems to equate the Tribunal with another chamber of Parliament...The Venice Commission cannot subscribe to such an approach and it has difficulty understanding the aim of establishing ‘pluralism’ in the Constitutional Tribunal if this just means appointing a sufficient number of one’s own ‘representatives’ to the Tribunal. This logic seems to assume that a lack of such party pluralism is legally relevant, but there is no constitutional basis for such a concept.” (para. 118).

בנייר עמדה של הפורום בעניין הליכי מינוי שופטים, הראינו כי הצעות החוק של שר המשפטים ויו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט מרכזות בידי הממשלה כוח מוחלט למינוי שופטים, וזאת לכל הערכאות, ולא רק לערכאה שניתן להגדירה כמקבילה ל"בית משפט לחוקה". בהקשר זה, יודגש כי בית משפט לחוקה אינו קיים בישראל, שהרי, כידוע, בישראל בית המשפט העליון יושב בעיקר כבית משפט לערעורים. אף אם ניתן היה לראות בבית המשפט העליון כבית משפט לחוקה, הרי מתן שליטה מלאה לממשלה במינוי שופטיו מרוקן מתוכן את מעמדו כגוף עצמאי. לפיכך, הצעות אלו מנוגדות לחלוטין לעמדת ועדת ונציה, בה ישראל חברה. בעוד שהוועדה מקבלת כי בוועדות למינוי שופטים עשויים להיות נציגים לגורמים פוליטיים, היא עומדת על כך כי לאלה לא יכול להיות רוב, ולבטח שלא יכול להיות רוב לנציגי הממשלה.

2. הליך ביצוע שינויים חוקתיים

בשנת 2010, פרסמה הוועדה דו"ח בדבר תיקונים חוקתיים.²⁴ הדו"ח עומד על כך כי הסדרים חוקתיים מחייבים שכללי היסוד המגבילים הפעלת כח שלטוני ומספקים הגנה על זכויות הפרט יהיו יציבים וצפויים, וכי הדרך לשנותם לא תהיה קלה מדי.²⁵ בעיני הוועדה, כאשר הפרוצדורה לשינוי החוק גמישה מדי, התוצאה היא היעדר יציבות, אי-וודאות וקונפליקטים, וחמור מכך - הדבר מוביל להגנה לקויה על ערכי יסוד ועל זכויות המיעוט.²⁶ בעוד שרבות ממסקנות הדו"ח אינן רלוונטיות לישראל בה לא קיימת חוקה מלאה, ההתייחסות בדו"ח לפרוצדורה הראויה לקידום שינויים חוקתיים יפה אף לענייננו.

²⁴ CDL-AD(2010)001, Report on Constitutional Amendment, Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11-12 December 2009).

²⁵ Id., para. 5.

²⁶ Id., para. 1.

כך, נקבע בדו"ח כי כאשר מתבקש שינוי חוקתי במדינה, ראוי שיידרש רוב מיוחד בפרלמנט לשם כך, וכי נדרש הליך חקיקה פרוש על משך תקופת זמן משמעותית המאפשרת דיון וחשיבה מעמיקה על השינויים המוצעים.²⁷ במיוחד, נדרש לאפשר דיון ציבורי חופשי ופתוח, ומתן זמן מספיק שיאפשר לדעת הקהל לבחון את משמעות השינויים ומשמעויותיהם האפשריות.²⁸ בהקשר זה, נקבע כי תיקונים חוקתיים שתכליתם להעצים את הרשות המבצעת צריכים להיות כפופים לביקורת מיוחדת.²⁹

בנייר עמדה של הפורום בעניין ההליך הראוי לתיקון חוקתי, הצביעו חברי הפורום על כך שהליכי החקיקה המתקיימים בימים אלה בכנסת מתנהלים בלוח זמנים מהיר במיוחד, תוך עקיפת הפרוצדורות הרגילות המקובלות. הליך זה, שמבקש לקדם שינוי משטרי מרחיק ללכת אך אינו מאפשר זמן מספיק לדיון מעמיק, שמיעת עמדות, וחשיבה ציבורית מעמיקה, סותר אף הוא את עמדת ועדת ונציה.

3. שלטון החוק

בשנת 2011, פרסמה הוועדה דו"ח בדבר שלטון החוק.³⁰ משמעותו של המושג "שלטון החוק" מעוררת שאלות רבות, ולפיכך הציעה הוועדה הגדרה הכוללת מספר יסודות שבעיניה נמצאות ב"קונצנזוס" במסורות השונות.³¹ אחד ממרכיבים ההכרחיים של שלטון החוק הוא עצמאות שיפוטית, וקיומם של בתי משפט נטולי משוא פנים. קיומו של שלטון החוק מחייב רשות שופטת חופשית מלחצים פוליטיים, ובפרט של הרשות המבצעת.³²

מתן רוב מוחלט לקואליציה בבחירת שופטים וקידום עלול לשמש את הרשות המבצעת כאמצעי להפעלת לחץ פוליטי על שופטים, וכן יאפשר לה "לעצב" את בתי המשפט באופן העולה בקנה אחד עם עמדת הממשלה, ובכך לרוקן את עצמאות בתי המשפט מתוכנה ולפגוע דרך כך בשלטון החוק.

סיכום

²⁷ Id., paras 238, 241.

²⁸ Id., para 245.

²⁹ Id., para 24.

³⁰ CDL-AD(2011)003rev-e

Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011)

³¹ Id., para. 41.

³² Id., para. 55.

סקירה קצרה זו מראה כי הצעדים לשינוי המשטר, אותם מקדמת ממשלת ישראל, יעלו לכדי הפרה מערכתית של הערכים המצויים בבסיס עקרונות היסוד המשפטיים, אותם זיהתה ועדת ונציה. הצעדים יחתרו תחת הסטנדרטים המינימליים שהציבה ועדת ונציה, לעניין אופן בחירת השופטים, הפרוצדורה לעריכת שינויים חוקתיים, ועקרונות שלטון החוק הנוהגים במדינות דמוקרטיות מודרניות.

וידגש, כי על פי ועדת ונציה יש לבחון את הצעדים כמכלול ולאור הקשרם, ובחינה זו אך מעצימה את הפגיעה בכל אחד מהאלמנטים הללו. אשר על כן יש לבחון את הצעדים שמוזכרים כאן ביחד עם הצעדים הנוספים שהוזכרו במבוא.

אימוץ הצעדים האלה יכניס את ישראל ל"מועדון" מפוקפק של מדינות מביו חברות הוועדה, אשר המבנה המשפטי והחוקתי שלהן הולך ומתרחק מהמקובל בקרב המדינות הדמוקרטיות המתוקנות והמודרניות.

מסמך זה נכתב על ידי:

פרופ' אליאב ליבליך, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' אייל גרוס, אוניברסיטת תל אביב

פרופ' איריס קנאור, המסלול האקדמי המכללה למינהל

פרופ' דוד קרצמר, האוניברסיטה העברית

פרופ' יובל שני, האוניברסיטה העברית