

הגיע זמן פשרה: עו"ד רז נזרי משרטט מתווה לרפורמה במערכת המשפט שבה כל הצדדים מוותרים

"לא רק ההתנגשות בין המערכת הפוליטית למערכת המשפטית מסוכנת, גם אם המאבק הנוכחי יסתיים בהכרעה חדה לכאן או לכאן - התוצאה למדינה תהיה הרת אסון". רז נזרי, המשנה ליועמ"ש לשעבר, מסביר בטור מיוחד לגלובס למה אסור שיהיו מנצחים בדיון על הרפורמה המשפטית, ונותן את הפשרה שלו לפלונטר

עו"ד רז נזרי 10:00 גלובס 19.1.2023

נער הייתי ואף שטרם זקנתי, השתתפתי בעשרות כנסים משפטיים בהם קוננו על סופה המשמש ובא של הדמוקרטיה ועל הצורך להצילה מפני הפוליטיקאים "העומדים עליה.

מנגד, שמעתי גם עשרות התייחסויות של גורמים פוליטיים על המערכת המשפטית "תאוות הכח" ו"המושחתת" שהיא מקור כל הרע במדינה, ועל הצורך להשיב את השליטה לדרג הנבחר ולעצור את "מחטף המשפטים".

ייתכן שקריאות "זאב, זאב" התכופות הקהו את חושינו מלזהות סכנה אמיתית, אך לצערי בשבועות האחרונים, גם מי שכמוני לא ממהר להשתמש בהכרזות בומבסטיות וקיצוניות, לא יכול להימלט מהתחושה שהפעם הסכנה מוחשית. ייתכן שהזאב באמת לפתח רובץ ואורב. הכבשה שעלולה להיתפס במלתעות אותו "זאב" איננה דמות מטאפורית ממשלי איזופוס; היא מדינת ישראל שעלולה להגיע לכאוס חוקתי אשר עלול לפרום את התפרים העדינים של החברה הישראלית.

כשעוקבים אחרי השיח הציבורי לאחרונה קשה להשתחרר מהתחושה המתעצמת לפיה שתי המערכות - המשפטית והפוליטית - דוהרות על שתי רכבות במסלול התנגשות ברוח, כאשר ראשי המערכות מדברים בעיקר אל "הבייס" שלהם, משכנעים את המשוכנעים ומתבשמים מלהט הקרב בקרבם של אלו המריעים להם. אם יגיע רגע ההתנגשות חלילה, נוסעי שתי הרכבות ייפגעו מכך, ובראש ובראשונה דמותה ועתידה של המדינה היקרה לכולנו.

במציאות זו, נראה שלא נותר אלא לקוות ולייחל לכך שראשי המערכות הללו יפסיקו לדבר בלהט אלו על אלו, ויחלו בהקדם לדבר אלו עם אלו. הם מוכרחים לעשות זאת מתוך בניסיון להרגיע את הרוחות ולהגיע להסכמות על עריכת רפורמות חיוניות - ומתוך הבנה והפנמה של כולם, שגם מהפכה חד צדדית וגם קפיאה על השמרים עלולות להיות הרסניות.

נקודת המוצא לשיח כזה בעיני היא כפולה. ראשית, המערכת המשפטית זקוקה באופן חיוני לרפורמה. למרבה הצער, המערכת דחתה ככלל הצעות שונות לתיקונים ושינויים, ובהתנהלותה לאורך השנים קנתה ביושר חלקים לא מבוטלים מהביקורת עליה. גם בעבר וגם כעת רבים מדוברים בעיקר מסבירים בלהט מה ולמה אסור לשנות, אך נמנעים מלהתייחס לשאלה מה וכיצד אפשר וצריך לתקן.

תוכנית נזרי לרפורמה במערכת המשפט:

פסקת ההתגברות

להעביר חוק יסוד חקיקה כולל שיקבע כי בג"ץ יכול לפסול חוקים רק בהרכב מורחב וברוב מיוחד של שני שלישים. בנוסף, החוק יכלול סמכות של הכנסת להתגבר על פסילת חוקים, ברוב של 65 ח"כ לפחות

חוק היועמ"שים :

לתת לשרים אפשרות להעביר יועמ"שים מתפקידם במקרים חריגים; לחזק את ייצוג השרים בהליך מינוי יועמ"שים; ולהגדיר בצורה ממוקדת יותר את תפקיד היועמ"ש במימוש מדיניות השר ובמסגרת הדין

עילת הסבירות :

לצמצם את עילת הסבירות כך שהשימוש בה יהיה במקרים חריגים וקיצוניים בלבד ולקבוע שהחלטות השרים והממשלה לא יוכלו לא יוכלו להתבטל ע"י עילת הסבירות

בחירת השופטים :

לתת לפוליטיקאים יותר ייצוג בוועדה לבחירת שופטים, אבל לא באופן לא שייתן לכל קואליציה שליטה מוחלטת במינוי שופטים

שנית, המערכת הפוליטית לא אמורה "להעניש" את "המשפטים הרעים". עונש כזה יפגע במדינה, במוסדותיה ובלכידות החברתית החיונית לה. עונש כזה יפגע בעצמאותה ובחוסנה של המערכת המשפטית, ואל לפוליטיקאים להקל ראש בחשיבותם של אלה. מערכת משפט עצמאית וחזקה היא נכס אסטרטגי של המדינה גם בהיבט הדמוקרטי כלפי פנים, אך לא פחות מכך כלפי חוץ; לא כאן המקום לפרט סיטואציות רבות בהן השתמשנו במשרד המשפטים, ובעצמאותם ובחוסנם של בתי המשפט והתביעה הכללית, כדי להגן בערכאות בינלאומיות על נבחר ציבור, פקידים וקצינים בכירים שפעלו בשם המדינה.

המסקנה משתי הנחות יסוד אלו היא כי נדרשת רפורמה שתביא לתיקון, אך יש להיזהר ממהפכה שתביא לריסוק. בעיניי חלקים בתוכנית המוצעת כעת ובאופן ניהולה בעייתיים מאוד ועלולים להיות מסוכנים ככל שייוותרו כך. ככל שתמומש התוכנית במלואה, זה יהיה קרוב יותר למהפכה הרסנית מאשר לרפורמה חיונית.

ועדיין, ההתנגדות המוצדקת בעיני לתוכנית כפי שהיא, לא יכולה להסתיים בהסברים מה ומדוע לא. שיח פתוח ואמיתי חייב להתקיים כשמציעים גם מה כן נכון ונדרש לתקן. אבקש להציג, על קצה המזלג, את הצעותיי בהקשר לנושאים השונים שבתוכנית השר.

כן לפסקת התגברות, לא ברוב 61

פסקת התגברות ברוב של 61 היא מסוכנת. למעשה, היא נותנת לכל רוב קואליציוני מינימלי אפשרות להתגבר על פסק דין של בג"ץ, ותביא לשינויים תכופים כאשר כל ממשלה חדשה תהפוך את החלטות קודמתה וסוגיות יסוד יהיו כחומר ביד היוצר הקואליציוני. ברצותו ירחיב וברצותו יקצר.

לכן דרושה חקיקה כוללת, שתגדיר את המדרג הנורמטיבי, תקבע מנגנון לאופן חקיקת חוקי יסוד שייתן ביטוי ייחודי להיותם פרקים בחוקה העתידית, ובעיקר תקבע את שתי הרגליים המרכזיות להסדרת הדיאלוג החוקתי בין הרשויות: האחת - סמכות בג"ץ לפסילת חוקים

בהרכב רחב וברוב מיוחד (למשל, שני שלישים). והשנייה - סמכות הכנסת להתגבר על פסילת חוק במקרים מסוימים, וגם כאן לא ברוב של 61, אלא של 65 לפחות, או רוב אחר שיכלול גם חלקים מהאופוזיציה.

חוק היועמ"שים ייפגע במשילות

לגבי חוק היועמ"שים המוצע, הפיכת היועמ"שים למינויים פוליטיים, לא רק שתפגע ביכולתם למלא את תפקידם בשמירה על שלטון החוק, אלא תפגע גם במשילות. אותה משילות שבשמה מצדדי החוק מבקשים לקדמו. כמי שמאמין שאכן יש בעיה ולעתים משפטיזצית יתר פוגעת במשילות, אני משוכנע מניסיוני המעשי רב השנים במאות סוגיות, כי מימוש החוק המוצע כפי שהוא ייפגע דווקא במשילות.

ליועמ"ש שהשר לא מחויב לעמדתו המשפטית יהיה קל ופשוט יותר לקבוע עמדה מתנגדת למדיניות השר, והוא כלל לא יידרש למצוא פתרון משפטי, גם אם דחוק, לשם מימוש המדיניות. בנוסף, יועמ"ש שיתחלף תדיר עם כל שר חדש, לא יצבור ידע וניסיון שיאפשרו לו לשכנע בנחיצות בחשיבות את קידום מדיניות השר והמשרד ומציאת פתרונות משפטיים מול גורמי משרד המשפטים ומול בתי המשפט. גם הקרדיט שיינתן לו ע"י בתי המשפט כאשר ייתפס כמינוי פוליטי יהיה נמוך יותר. התוצאה תהיה אפוא נזק כפול - הן בהיבטי שלטון החוק והן בהיבטי המשילות.

מה כן צריך לעשות? מתן אפשרות לשר במנגנון שייקבע להעביר מתפקידו יועמ"ש במקרים חריגים. בחינת חיזוק ייצוג השר בהליך המינוי (כיום יש לו נציג אחד מתוך ארבעה חברי הוועדה); הגדרה ממוקדת יותר של תפקיד היועמ"ש לסייע לשר במימוש המדיניות במסגרת הדין, וצמצום השימוש ב"מניעה משפטית" למקרי קצה מובהקים ולא בסוגיות שעיקרן שאלות מדיניות; יישום נוהל, שהכנו במשרד המשפטים, שנועד לייעל את עבודת היועמ"שים והפרנטיים במשרד המשפטים, לקצר לוחות זמנים, להגדיר מנגנוני הכרעה ברורים ומהירים וכו'.

עילת הסבירות יצאה מפרופורציה

עילת הסבירות היא כלי משפטי רב חשיבות שמאפשר הגנה על האזרח מפני תקלות ועוולות המנהל והמנגנון הממשלתי על כשלויו ומגבלותיו. הביטול הגורף המוצע יפגע בכך ויסיג לאחור התקדמות משפטית חשובה שאפשרה הגנה זו לאזרחים. ואולם, לא ניתן להתכחש לכך שהשימוש בעילת הסבירות הורחב עם השנים במקביל למתן הגדרה רחבה יותר לעילה. לא ניתן להתכחש גם לכך שהסבירות הוא מושג סובייקטיבי במהותו, ושימוש רחב בו, בעיקר כלפי דרג נבחר, מעורר בעיה קשה בהיבטי הפרדת רשויות.

מה כן יש לעשות? במקום ביטול, צמצום עילת הסבירות, כך שהשימוש בה לא יהיה בגרסה הרחבה המחדדת יותר את הקושי בהפעלת כלי סובייקטיבי של כניסה בנעלי הגורם המחליט. מעבר לכך קביעה שהחלטות דרג מיניסטריאלי, וכאלה שהתקבלו בממשלה, כולל ענייני מינויים, לא יוכלו להתבטל ע"י עילת הסבירות וכלפיהן יוותרו רק עילות מקובלות של המשפט המנהלי. הצעות שונות בהקשרים אלו עלו גם בעבר ע"י הנשיא גרוניס, השופט סולברג ואקדמאים בכירים שונים - הגיעה השעה ליישמן.

הוועדה למינוי שופטים לא קדושה

ההצעה המונחת לפיה יהיו לקואליציה למעשה שבעה נציגים מול נציג אחד של האופוזיציה מפרה את האיזון באופן בוטה לכיוון אחד ותיצור לכל הפחות מראית עין של פגיעה בעצמאות ביהמ"ש אם לא למעלה מכך. היא גם תפגע במעמד של בית המשפט כלפי פנים וחוץ.

מה כן? ההרכב לא קדוש, וניתן לבחון שינויו. גם מרחב פעולתו של ביהמ"ש העליון השתנה והתרחב מאז ימי קום המדינה, אז נקבע גם ההרכב הנוכחי. הממשלה הקודמת שינתה את הרכב הוועדה לבחירת דיינים והוסיפה להרכבה שר נוסף וכן טוענת רבנית שממנה שר הדתות. יש הבדלים כמובן, אך עדיין ניתן לבחון שינוי מסוים ומתוך יותר מהמוצע, שיגדיל באופן פרופורציונלי את הייצוג הפוליטי. כל זאת, מבלי להגיע לתוצאה הקיצונית המוצעת כעת שיוצרת סכנה לפוליטיזציה יתר. מנגנון שמחד ימנע את זכות הוועדה לשופטים ומאידך לא יאפשר מינוי בקולות חברי קואליציה בלבד יכול להיות כיוון נכון.

כל ניצחון יהיה הפסד למדינה

פירטתי בתמצית התייחסות להצעות השונות, הכוללת גם מה כן נכון לעשות ולא רק מה לא. ניתן לחשוב על רעיונות נוספים בכל אחד מהנושאים, אך הכיוון חייב להיות לא קידוש הקיים ולא ריסוק הקיים, אלא תיקון. **לא "נטורי קרתא" משפטיים המסרבים באדיקות לכל שינוי ורואים בכך כפירה בעיקר, ולא מהפכנים פוליטיים הפועלים ברוח מילות האינטרנציונל "עולם ישן עדי היסוד נחריבה"**. אם הרכבות שתיארנו ימשיכו בדהירתן, ההתנגשות קרובה. האחריות על נהיגה ומנהיגה היא לבלום.

אך לא רק ההתנגשות מסוכנת, **גם אם המאבק הנוכחי יסתיים בהכרעה חדה לכאן או לכאן, התוצאה למדינה תהיה הרת אסון**. אם התוכנית המוצעת תעבור כפי שהיא, תהיה בכך פגיעה משמעותית באופיה הדמוקרטי של המדינה, ובליכודת החברתית בה, כאשר מיליוני אזרחים ירגישו שאמונותיהם ותפיסותיהם נדרסו כליל ע"י הרוב הפוליטי.

בה בעת, אם תוצאת המאבק תהיה הכרעה לכיוון השני, השינויים לא יעברו כלל והמצב הקיים יישמר - גם זו תהיה תוצאה הרת אסון למדינה: מיליוני אזרחים אחרים מצדו האחר של המתרס, ירגישו כי בחירתם הדמוקרטית והמדיניות בה הם מאמינים נדרסה ע"י מונופול משפטי. אסור איפוא שצד אחד ינצח באופן ברור, יהיה זה ניצחון פירוס. הדרך היחידה היא עריכת שינויים ותיקונים ממשיים ולא הפיכה כוללת. בעיני תיקונים ברוח מה שציינתי הם נכונים לכתחילה ולא כאילוץ בדיעבד; אך גם אלו משני הצדדים הסבורים אחרת חייבים להבין שעמדת קצה כזו עלולה להפיל את כולנו לתהום, ואין מנוס, גם אם לשיטתם בדיעבד, מלהקים גשר שיאפשר לחבר בין שני המחנות המצויים על פי התהום וימנע את ההתרסקות. אם יהיה שיח פתוח ואמיתי, אם ראשי המערכות יפסיקו לתקוף אלה את אלה וידברו אלה עם אלה, זה בהישג יד, המתווה הבסיסי קיים. אין לנו ברירה אחרת. אין לנו מדינה אחרת.