

## על מקומה של הרשות השופטת בוועדת חקירה ממלכתית: עיון מחדש והצעה לשינוי

מאת

**יחיאל אורן-הרוש\***

בעת האחרונה גוברות הקריאות להקמת ועדת חקירה ממלכתית שתחקור את מחדלי אסון שבעה באוקטובר, ואת המלחמה שפרצה בעקבותיו. מנגד, נשמעים גם קולות הסבורים שוועדת חקירה ממלכתית, במתכונתה הנוכחית – אינה מהווה כלי מתאים שיגשים באופן מיטבי את תכליות מוסד ועדת החקירה. מאמר זה מבקש לטעון כי ועדת החקירה הממלכתית, במתכונתה הנוכחית, שלפיה נשיא בית המשפט העליון הוא שממנה את חברי הוועדה, ושבראש הוועדה עומד בהכרח שופט בכיר – היא כלי פגום, אשר אינו מסוגל להגשים את התכליות שעמדו בבסיסו בעת הגייתו. אף שוועדות החקירה עוצבו באופן שנועד לצייר אותן כאובייקטיביות ומקצועיות; ולהעניק להן את מירב האמון מצד הציבור, הרי שבמבחן התוצאה מטרה זו אינה מושגת, נהפוך הוא. המציאות הישראלית מודל 2024, מחייבת חשיבה מחודשת על הרכב ועדות חקירה ממלכתיות, בכל הנוגע למעורבות הרשות השופטת בעבודת הוועדה. ראשית, מצביע המאמר על ההצדקות שבבסיס המודל הקיים, והם הרצון להגביר את אמון הציבור בוועדה, הן במסירת המינוי לידי גורם חיצוני ו"בלתי תלוי" למושא החקירה, והן בעזרת "האצלת" יוקרתה של הרשות השופטת, הנתפסת כגורם ניטרלי וקונצנזואלי. לצד הביקורות השונות שעלו בספרות בעבר, המאמר טוען כי לאור מעורבותה הגוברת של הרשות השופטת בעבודת הרשות המבצעת, לא ניתן עוד לראות אותה בהכרח כגורם עצמאי ובלתי מעורב בנושאי החקירה. נהפוך הוא: שליטתה בעבודת הוועדה דווקא מגבירה בפועל את החשש לניגוד עניינים מוסדי. עוד נטען, כי הרשות השופטת אינה זוכה עוד לאותה תדמית א-פוליטית וקונצנזואלית כמו בימים עברו. כיום היא מצויה בליבו של משבר פוליטי וחברתי נרחב, דבר שמשפיע על המידה שבה היא תורמת לגיבוש אמון ציבורי רחב בוועדת החקירה. נוכח ביקורות אלו, אך לצד הסתייגות מהעברת המינוי לידי הממשלה לבדה, מציע המאמר מודל חלופי, שלפיו ייבחרו חברי ועדות החקירה באופן המבוסס על עקרון ייצוגי (זבל"א), בשיתוף הממשלה והאופוזיציה.

**פתח דבר. א. רקע כללי: חוק ועדות חקירה. ב. שליטת הרשות השופטת בוועדת חקירה ממלכתית: אובייקטיביות, ניגוד עניינים ואמון. ג. ביקורות קיימות ביחס למודל השיפוטי 1. האמנם "יליד-ביתה של הרשות השופטת"? על סיווגה הפונקציונלי השגוי של הוועדה 2. גסיסת ועדות החקירה ועליית ועדות הבדיקה. 3. האמנם המודל השיפוטי מגביר את אמון הציבור במצאי הוועדה? ד. על ניגוד עניינים ואובייקטיביות: הרשות השופטת כגורם נחקר ה. על אמון, אי אמון ויוקרה ציבורית ו. הדין הרצוי: מנגנון מינוי ייצוגי ז. סוף דבר**

\* עורך דין. תודתי נתונה לעו"ד אהרן טופר על הערותיו המחכימות, וכמובן לחברי המערכת במהדורת משפטים על אתר ובפרט לעורך אחי זיוון, על עבודת עריכה פנטסטית, מאומצת וזריזה, שתרמה רבות לתוצר המוגמר.

## פתח דבר

בחלוף חצי שנה ממאורעות שבעה באוקטובר, נדמה שטרם בא המועד להפנות את תשומת הלב הלאומית, באופן מסודר ורשמי, לאותו יום שחור ולגורמים שהובילו אליו. סלע כבד הוטל בפתע למרכזו של הקיום הישראלי, והאדוות שיצר עדיין מטלטלות את הספינה, שעוד לא הצליחה להתייצב. ובכל זאת, כבר למחרת שבעה באוקטובר, ברור היה שבשוך הקרבות יהיה הכרח לשבת על המדוכה, ולחקור את אשר אירע באופן מדוקדק; ללא מורא וללא משוא פנים.

במבט ראשון, ברור מהי הצורה המתבקשת לביצוע בחינה שכזו – ועדת חקירה ממלכתית. כלי זה שימש בעבר לחקר מלחמות ומשברים לאומיים, ונראה ממבט ראשון שאין מתאים ממנו. מנגד, ניתן לזהות גם קריאות המסתייגות משימוש בוועדת חקירה ממלכתית.<sup>1</sup> סיבה אחת מרכזית להסתייגות, היא משך הזמן שיידרש להפיק מסקנות ראויות במסגרת שכזו.<sup>2</sup> ואמנם, זאת אינה הבעיה היחידה. במאמר זה אבקש לטעון כי ועדת החקירה הממלכתית, במתכונתה הנוכחית, היא כלי פגום, אשר אינו מסוגל להגשים את התכליות שעמדו בבסיסו בעת הגייתו. אף שוועדות החקירה עוצבו באופן שנועד לצייר אותן כאובייקטיביות ומקצועיות, ולהעניק להן את מירב האמון מצד הציבור, הרי שבמבחן התוצאה מטרה זו אינה מושגת, נהפוך הוא. לדידי, המציאות הישראלית מודל 2024, מחייבת חשיבה מחודשת על הרכב ועדות חקירה ממלכתיות, ובפרט בכל הנוגע למעורבות הרשות השופטת בהקמתן.

סדר הדברים יהיה כדלהלן: בפרק א, אציג בקצרה את התפתחות מוסד ועדת החקירה הממלכתית בישראל, ואציג את הרקע לחקיקת חוק ועדות חקירה; בפרק ב, אציג את המנגנונים החריגים המתקיימים ביחס למינוי חברי הוועדה ולזהות יו"ר הוועדה, ואעמוד על ההצדקות שניתנו למנגנונים אלה; בפרק ג, אדון בכמה מהחסרונות שכבר נידונו בספרות ביחס למודל הקיים, שהובילו הלכה למעשה לזניחת מוסד ועדת החקירה הממלכתית, ואציג ממצאים ביחס לאפקטיביות המנגנונים שנבחרו מבחינה אמפירית; בפרקים ד ו-ה, אטען כי מנגנון המינוי וזהות היו"ר אינם מפחיתים את החשש לניגוד עניינים מוסדי ואין בהם בכדי לשפר את אמונו של הציבור הרחב בוועדה ובממצאיה, בעוד שההצדקות שהועלו למנגנונים

<sup>1</sup> ראו למשל נדב מולצ'דסקי "צו השעה הוא הקמת ועדת חקירה ממודל חדש" **העין השביעית** (7.11.2023) (להלן: מולצ'דסקי).

<sup>2</sup> שם. כפי שציין גם העיתונאי חגי סגל: "התקדים שעומד לנגד עינינו הוא כמובן זה של ועדת אגרנט, אשר שיירי הפרוטוקולים שלה מפרנסים כבר עשרות שנים את עיתונאי ישראל ואת סופרי מלחמותיה. היא הוקמה פחות מחודש אחרי הפסקת האש ב'73', ופרסמה את דו"ח הביניים שלה בתוך פחות מחמישה חודשים [...] האם למישהו נראה סביר שוועדת החקירה הממלכתית למחלל 23' תוכל לפעול בזריזות דומה? ועדת אור לחקר אירועי אוקטובר 2000 ישיבה על המדוכה שלוש שנים תמימות. שתי ועדות חקירה ממלכתיות שהוקמו בידי ממשלת בנט-לפיד טרם סיימו את עבודתן. האחת מונתה כבר ביוני 2021, ועדת אסון מירון [מאז כתיבת שורות אלה, ועדת אסון מירון כבר הספיקה להגיש את מסקנותיה – י.א.], השנייה לפני למעלה משנתיים, ועדת הצוללות. מחלל אוקטובר 23' מצריך חקירה מקפת וארוכה באופן מעריכי משתייהן. הרבה יותר עדים, הרבה יותר מסמכים, אינספור זירות אסון, שלל הנחות יסוד, עשרות נפגעים אפשריים בצמרת צה"ל, שב"כ, משרד הביטחון והדרג המדיני. בקיצור, עבודה עצומה. הנשמה תצא עד שהמסקנות יתפרסמו, ספק גדול אם עוד לפני הבחירות הקרובות, אפילו אם יתקיימו במועדן המקורי" (חגי סגל "תשכחו מתקדים אגרנט: המלחמה הזו גדולה יותר מכל ועדה" **מקור ראשון** (23.2.2024)).

הללו במקורן – אינן מתקיימות עוד. לבסוף, בפרק ו אציע מודל חדש לחוק ועדות חקירה, אשר יחליף את מנגנון המינוי ומנגנון היו"ר במנגנונים חדשים ומאוזנים, אשר יגשימו בצורה מיטבית את תכלית המחוקק, יחזקו את מוסד ועדת החקירה, ויגבירו את אמון הציבור בכללותו במסקנות הוועדה.

### א. רקע כללי: חוק ועדות חקירה

עוד לפני קום המדינה, נהג בה מוסד ועדת החקירה, אשר עוגן בפקודת ועדות החקירה המנדטורית.<sup>3</sup> מטרת הפקודה היתה לייצר גוף אשר ישמש בעיקר לצורך ייעוץ לממשל המנדטורי בשאלות של מדיניות. בנוסף, הוועדות שימשו באופן משני גם לצורך בירורים עובדתיים בנושאים ספציפיים שבאחריות הממשלה. הפקודה נשארה בתוקף גם לאחר קום המדינה, אך השימוש בה נעשה אוטורי למדי. בהיעדר מנגנונים מנהליים מפותחים, שימשה ועדת החקירה ככלי "ברירת מחדל" למגוון רחב של בירורים מנהליים, חלקם פעוטים במיוחד.<sup>4</sup> כך למשל, בשני העשורים הראשונים של המדינה, הוקמו כ-150 ועדות חקירה, אשר רובן המוחלט עסקו בעניינים שוליים ופרטניים.<sup>5</sup> ואמנם, בשנת 1959, כאשר התעוררה סערה ציבורית סביב הרצון לחקור את פרשת רצח ארלוזורוב, ברור היה שוועדת חקירה שכזו אינה גוף בעל ערך, והוצע להקים ועדה מיוחדת, מכוח חוק ייעודי.<sup>6</sup>

מציאות זאת השתנתה בשנת 1969, אז נחקק חוק ועדות חקירה.<sup>7</sup> תכלית החוק היתה להפוך את מוסד ועדת החקירה לגוף נכבד, חריג וייחודי, שיוקם אך ורק לצורך בירור סוגיות ציבוריות כבדות משקל. כפי שהבהיר שר המשפטים דאז, "שפירא:

בראש וראשונה נתברר לנו לחלוטין שמוסד ועדת החקירה אינו צריך להיות דבר שבחולין. אין להקים ועדות חקירה חדשות לבקרים ואין להשתמש במוסד זה אלא לשם ייעודו בלבד. ונראה לנו שהייעוד הזה הוא הסרת דאגה ציבורית רחבה הנובעת מחוסר ידיעה או מחוסר אמון בשטחים שונים של החיים הציבוריים, דאגה אשר אין להסירה על ידי מתן תשובה לשאלתה בכנסת או הודעה רשמית, ואף לא על ידי הבאת אדם פלוני לדין.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> פקודת ועדות חקירה, 1921, ח"א כרך א' (ע') 152.

<sup>4</sup> אביגדור קלגסבלד **ועדות חקירה ממלכתיות** 60 (2001) (להלן: קלגסבלד).

<sup>5</sup> כפי שציין שר המשפטים "שפירא בעת הדיון לקראת הצעת חוק ועדות חקירה לקריאה ראשונה בשנת 1967: "מתוך 150 ועדות חקירה שנתמנו עד עכשיו, נועדו כ-70 לעניין מתן פטור לנשים דתיות, לפי חוק שירות הבטחון. ודאי שצריכה להיות ועדת ערר בעלת סמכויות לעניין זה. אבל ודאי הוא שלעניין זה לא צריכה להיות ועדת חקירה. 25 ועדות חקירה נועדו לחקירת תאונות ואסונות; כ-20 ועדות חקירה נועדו לחקר בעיות בעלות אופי מינהלי מצומצם; כ-10 ועדות נועדו – לפני שהוקמו בתי הדין המשמעתיים לעובדי המדינה – לבירור עניינים שכיחים מתבררים בבתי הדין המשמעתיים הקיימים על פי החוק. רק 25 ועדות נתמנו כדי לחקור בבעיות בעלות משמעות ציבורית" (השיבה המאיתיים-ושלושים- וארבע של הכנסת השישית (כ"ד כסלו התשכ"ח), עמ' 538 (להלן: פרוטוקול קריאה ראשונה)).

<sup>6</sup> קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 63.

<sup>7</sup> חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1969 (להלן: החוק).

<sup>8</sup> פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 4, עמ' 539.

כעולה מדיוני הכנסת, ועדת חקירה ממלכתית היא גוף ייחודי למדי, אשר נועד למלא, ברמה ההצהרתית, שתי תכליות שונות: חקר אמת, ושיכוך סערות ציבוריות. היטיב לתאר זאת המלומד קלגסבלד:

כל גופי החקירה מופעלים על מנת לברר סוגיה עובדתית מסוימת ולמסור דוח על תוצאות החקירה לגוף שהקימם. לכן, ככלל, פעולתם של גופי חקירה מופנית כלפי פנים. ועדת החקירה הממלכתית שונה מגופי החקירה האחרים בכך שפעולתה מופנית גם כלפי חוץ. התפקיד הנוסף המוטל על ועדת החקירה הממלכתית הוא לשכך סערה ציבורית, המתאפיינת במשבר אמון בין הציבור לבין הממשלה, באמצעות בירור מלא ומקיף של פרשה בעלת חשיבות ציבורית מיוחדת, שעובדותיה שנויות במחלוקת. תפקיד ייחודי זה של השבת האמון ברשות המבצעת משליך על דמותה של ועדת החקירה הממלכתית ועל מאפייניה [...] הוא מחייב טיפוח של אמון הציבור במוסד החקירה הממלכתית. הוא מעצים את השלכותיה של החקירה הממלכתית לכדי 'בוררות לאומית', 'קתרזיס'.<sup>9</sup>

תכליות אלה לרוב הולכות יד ביד, שכן אמון הציבור תלוי במידה ניכרת בתחושתו שהוועדה אכן ממלאת את תפקידה באופן מקצועי, וכי ממצאיה הם אכן "האמת". עם זאת, בין התכליות השונות עלול לעיתים להיווצר מתח – ואף סתירה.<sup>10</sup> על כל פנים, חקיקת חוק ועדות חקירה אכן שינתה את פניה של ועדת החקירה הממלכתית: על פי החוק רשאית הממשלה להורות על הקמת ועדת חקירה ממלכתית כאשר היא סבורה כי "קיים עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה הטעון בירור".<sup>11</sup> הממשלה היא שקובעת את גבולות הגזרה של הוועדה, שכן היא שמגדירה את העניין שיהיה

<sup>9</sup> קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 19-20.

<sup>10</sup> ואמנם, האמירה שוועדת חקירה נתפסת גם ככלי שמטרתו לייצר מעין "קתרזיס" לציבור, טומנת בחובה את האפשרות המסתברת שתיווצר התנגשות מסוימת בין התכליות השונות. כך למשל, ישנם ממצאים (שיפורטו בהרחבה להלן) המלמדים על כך שהאמון שהציבור מעניק לעבודתה של ועדת החקירה – תלוי באופן ישיר במידת הביקורתיות של הממצאים כלפי הגורמים הנחקרים (וראו יפעת הולצמן-גזית ורענן סוליציאנו-קינן "אמת או ביקורת: אמון הציבור בוועדות חקירה ושינוי עמדות ביחס לאירוע הנחקר – דוח ועדת וינוגרד כמקרה בוחן" **משפט וממשל** יג 225, 270-269 (התשע"א) (להלן: הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן)). ממצא זה, הממחיש היטב את ה"קתרזיס" האמור, משקף תכלית סמויה ובלתי מכוונת, והיא "להצביע על אשמים", תוך שניתנת חשיבות משנית לשאלה האם הם אכן אשמים. בנוסף, כפי שמציין קלגסבלד (עמ' 19-20), המתח בין הערכים השונים מחייב לאזן ברגישות רבה בין הרצון לנהל את מלאכת החקירה כמעין "משפט הציבור"; פומבי ושקוף – לבין הצורך להגן על זכויות הנחקרים ולמנוע פגיעה בלתי גנונה בהם.

<sup>11</sup> סעיף 1 לחוק. לכאורה, סמכות זו כוללת גם את הסמכות להפסיק את עבודת הוועדה או לבטל את החקירה באופן מוחלט, בכל שלב לאחר שהחלה (וראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 101). כפי שהובהר בפסיקה פעמים רבות, ההחלטה להקים או שלא להקים ועדת חקירה, מצויה בליבת שיקול הדעת של הממשלה, ובית המשפט אינו מתערב בהחלטה זו. וראו בג"ץ 94/73 גבאי נ' שר הביטחון (נבו, 14.6.1973); בג"ץ 3027/95 עמותת מגן 94 - עמותת נפגעי המדיניות הכלכלית נ' ראש הממשלה (נבו, 14.6.1996); בג"ץ 2624/97 דידי נ' ממשלת ישראל (נבו, 15.6.1997); בג"ץ 6001/97 אמיתי - אורחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה (נבו, 22.10.1997). כפי שסיכם קלגסבלד (שם, עמ' 365): "שיקול הדעת של הממשלה בהחלטה שלא להקים ועדת חקירה ממלכתית או באי-החלטה לגבי הקמת ועדת חקירה ממלכתית הוא, למעשה, שיקול דעת מוחלט, ואולי אפילו שיקול דעת שאינו-ניתן לביקורת שיפוטית מחמת אי-שפיטות מוסדית".

נושא לחקירה.<sup>12</sup> עוד נקבע בחוק כי הוועדה תורכב משלושה חברים (אלא אם תחליט הממשלה, לאחר התייעצות עם נשיא בית המשפט העליון, להגדיל את מספר החברים). בראש הוועדה יעמוד שופט מחוזי או עליון (מכהן או בדימוס) (להלן: "זהות היו"ר"). כמו כן, נקבע כי יו"ר הוועדה, וכן יתר חבריה – ימונו כולם על ידי נשיא בית המשפט העליון (להלן: "מנגנון המינוי").<sup>13</sup> אקדים ואומר, כי ההסדרים הללו (אותם אכנה ביחד "המודל השיפוטי") הם שעומדים בלב-ליבו של מאמר זה.

למען שלמות התמונה (ואחזור לכך בהמשך דברי), אציין כי גם לוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת סמכות להורות על הקמת ועדת חקירה ממלכתית במקרים מסוימים, על בסיס ליקויים שהעלה מבקר המדינה.<sup>14</sup>

### **ב. שליטת הרשות השופטת בוועדת חקירה ממלכתית: אובייקטיביות, ניגוד עניינים ואמון**

שילוב העובדה שבראש הוועדה עומד שופט, עם מנגנון המינוי על ידי נשיא בית המשפט העליון, מכפיף את הוועדה, הלכה למעשה, לשליטתה הכמעט-מוחלטת של הרשות השופטת. וכדברי השר שפירא: "אם ועדת החקירה לפי הפקודה המנדטורית היתה יליד-ביתה של הממשלה; אם ועדת החקירה גם באנגליה [...] היא יליד ביתה של הממשלה – הרי לפי ההצעה שהבאתי היום, ועדת החקירה היא יליד-ביתה של הזרוע השופטת".<sup>15</sup> אכן, בחלוף השנים נדמה לנו המודל השיפוטי כמעט מובן מאליו; אולם בפועל, כפי שציין המלומד קלגסבלד לאחר מחקר השוואתי מקיף: "לדרך מינוי זו אין אח ורע בשיטות המשפט הנסקרות בספר זה. בכל השיטות האלה הממשלה היא שממנה את חברי הוועדה".<sup>16</sup> הדברים האמורים נכונים גם ביחס לזהות היו"ר: אמנם במדינות רבות מקובל לכלול שופט בוועדות שכאלה, אך הפיכת הדבר לחובה בכל ועדה – הוא חריג.<sup>17</sup> גם המלומדים הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן ציינו:

על אף המגמה המשותפת של שיטות משפט דמוקרטיות להסדיר את קיומם של גופי חקירה עצמאיים, המודל הישראלי ביחס לעצמאותה של ועדת חקירה ממלכתית הוא יוצא-דופן במבט השוואתי. הדין בשיטות משפט אחרות אינו

<sup>12</sup> שם, סעיף 2.

<sup>13</sup> שם, סעיפים 3-4.

<sup>14</sup> סעיף 14 לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב].

<sup>15</sup> פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, עמ' 540.

<sup>16</sup> קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 197. מסקנה זו עולה גם ממחקרים משווים נוספים שנערכו, דוגמת נעמי היימין-רייש "ועדות חקירה ממלכתיות במבט השוואתי" פרלמנט 53, (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2007) (להלן: היימין-רייש): "מינוי החברים בוועדה על ידי נשיא בית המשפט העליון הוא חידוש של החוק בישראל, והוא מתקיים בה בלבד [...] כפי שהשוואה בעניין המינוי העלתה, בבריטניה, בקנדה, באוסטרליה ובניו זילנד הממשלה היא שמחליטה בפועל על הקמת ועדת חקירה, והיא גם ממנה את חברי הוועדה. ואילו בישראל יש חריגה מדרוס זה".

<sup>17</sup> שם, עמ' 202: "החוק הישראלי הוא חריג בכך שהוא מחייב מינוי שופט כיושב-ראש ועדת חקירה ממלכתית; לא נוהג או המלצה, אלא חובה חוקית" (ההדגשה במקור – י.א.).

רואה פסול במינוי הרכבה של ועדת חקירה ממלכתית על-ידי הגוף שעשוי להיות מבוקר או נחקר, ואינו מחייב מינוי שופט לראשות הוועדה.<sup>18</sup> בעת חקיקת החוק, היתה הכנסת ערה לחריגות המודל השיפוטי. היא היתה ערה גם לכך שקיימים מספר חסרונות כבדי משקל במודל שכזה, המוסר את מפתחות הוועדה לידי הרשות השופטת באופן כמעט בלעדי. כפי שיפורט להלן, המודל אף עורר התנגדות בקרב חלק מחברי הכנסת.<sup>19</sup> מדוע בחרה אפוא הכנסת, בהובלת שר המשפטים דאז שפירא, לבחור במנגנון ייחודי זה? תשובה לדבר ניתן ללמוד מדבריו המפורשים בעת הבאת החוק להצבעה במליאת הכנסת:

האמון שהציבור שלנו רוחש לשופטים כשהם דנים בעובדות השנויות במחלוקת, מושרש עמוק מאד ולא רק בדעת ציבורנו שלנו [...] הצורך לחזק את אמון של הציבור לוועדת חקירה כלשהי מחייב צעד נוסף. דרך הטבע הוא שכל ויכוח מעין זה, הממשלה היא צד בו, אם מפני שהנושא התרחש או לא התרחש בתוך תחומי סמכותה ואם מפני שכמעט אין לך דבר המעניין את הציבור, המסעיר אותו, שאין תולים אותו כך או כך בממשלה. הלא ועדת חקירה תפקידה הוא לקבוע אם יש אמת בשמועות רעות שפשוטו [...] אסור שעבודתה של ועדת החקירה או הרכבה יעוררו ביקורת, אם מלכתחילה ואם בדיעבד. אסור שהציבור יחשוב שהממשלה הקימה ועדת חקירה בהרכב הנוח לה, ולכן באה הצעתנו לצמצם את סמכותה של הממשלה לגבי ועדות חקירה עד למינימום.<sup>20</sup>

חזר על הדברים יו"ר ועדת חוקה, ח"כ אונא, בעת ההצבעה הסופית על החוק במליאה: הוועדה קיבלה את עמדת הממשלה, כי בנושאים שיש לגביהם רגישות ציבורית רבה והרי אלה המקרים שבהם תוקם ועדת חקירה מוטב שלא יהיה מקום לטענה, כי היו שיקולים כאלה או אחרים לא ענייניים בקביעת הרכבה של הוועדה. שאלה שנייה, שהוועדה נתנה את דעתה עליה, היתה: האם נכון לקבוע כי בכל המקרים יעמוד בראש הוועדה שופט [...] השיקול המכריע בהחלטתה של הוועדה היה, כי בראש ועדת חקירה יש להעמיד אדם הנהנה מאמון הציבור. לדעת הוועדה זהו הקריטריון אשר צריך להכריע. [...] קיבלה הוועדה את הדעה, שכדי לחזק את אמון הציבור בוועדת החקירה, מוטב לקבוע בראשה שופט מן הדרגות הגבוהות יותר.<sup>21</sup>

ודוק: "השיקול המכריע", ושמה היחיד, למנגנון המינוי ולזהות היו"ר, הוא הרצון להעניק חותמת של אמינות, אובייקטיביות וקונצנזוס לעבודת הוועדה. מטרה זו מושגת בשני אופנים: ראשית, מנגנון המינוי מחזק את תדמיתה האובייקטיבית של הוועדה, שכן הוא מקטין את מראית העין של ניגוד עניינים בין הגוף החוקר לרשות הנחקרת (הממשלה); שנית,

<sup>18</sup> הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10, עמ' 249.

<sup>19</sup> ראו למשל דברי ח"כ פורוש (פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 4, עמ' 542), את דברי ח"כ אלוני (שם, עמ' 543), ואת דברי ח"כ קלינגהופר (שם, עמ' 545-546).

<sup>20</sup> שם, עמ' 539-540.

<sup>21</sup> השיבה השלוש מאות וחמישים וחמש של הכנסת השישית, (ט' טבת התשכ"ט) (להלן: פרוטוקול קריאה שניה ושלישית), עמ' 903-904.

המודל השיפוטי בכללותו גם מאציל על הוועדה את מעמדה ויוקרתה של הרשות השופטת, הזוכה לאמון רב מהציבור, ונתפסת כגורם קונצנזואלי הנישא מעל המחלוקות הפוליטיות. מטרה זו נתפסה, בעת חקיקת החוק, כמעניקה משקל-נגד הולם לכל הטענות שעלו בנוגע למודל השיפוטי, והיא נגזרה במישרין מתכליתה הכללית של ועדת החקירה לשכך סערות ציבוריות. כפי שציין קלגסבלד לפני שנות-דור:

הנוהג למנות שופטים בכירים כיושבי-ראש וכחברים בוועדות חקירה ממלכתיות מכוון להקנות להן יוקרה ואמון. המניע ההיסטורי לנוהג זה נעוץ באי-תלות המאפיינת את תפקידם של השופטים, המבטיחה היעדר הטיה לגבי נושא החקירה, ובעקבות זאת – יוקרה ציבורית של הוועדה ואמון ציבורי בתוצאות עבודתה. תכונות אלה חיוניות להכרעה עובדתית בפרשות המערבות מחלוקות פוליטיות וממלאי תפקידים פוליטיים ולהשקטת הסערה הציבורית המאפיינת הקמת ועדות חקירה ממלכתיות. [...] על הנוהג למנות שופטים לראשות ועדת חקירה ממלכתיות נמתחה ביקורת חריפה [...] למרות טיעונים אלה, נראה כי חברותו של שופט בוועדת חקירה ממלכתית בכלל, והצבתו בראשה בפרט, חיונית להגשמת מטרתה העיקרית של הוועדה – שיכוכה של מחלוקת ציבורית-פוליטית בעלת חשיבות יוצאת דופן. תנאי להשגת מטרה זו הוא יוקרתו, אמינותו, ותדמיתו חסרת ההטיה הפוליטית של הגוף החוקר. במציאות הישראלית נראה כי השגת מאפיינים אלה מחייבת חברות של שופט בכיר בוועדת החקירה.<sup>22</sup>

כעולה מהדברים הללו, בימים עברו נהנתה הרשות השופטת מיוקרה ואמון רבים מקרב הציבור, ועדת חקירה בהובלתם נתפסה כ"ועדה סופר-ניטרלית".<sup>23</sup> ואמנם, קריאת דיוני הכנסת מלמדת כי גם המתנגדים למודל השיפוטי, הסכימו לתפיסה שלפיה בית המשפט הוא גורם הנהנה מאמון הציבור, ונתפס כנעלה על פני המחלוקות הציבוריות. למעשה, אחת הסיבות המרכזיות להתנגדות נשענה גם היא בדיוק על תפיסה זו; כפי שציין השר שפירא עצמו:

אודה שהתחבטתי קשות בשאלה בדבר הפרסונל של ועדת חקירה. ידעתי, ואני יודע גם היום, את המגרעת והקושי בהכנסת שופטים לוועדות חקירה. סערות ציבוריות המצריכות הקמת ועדת חקירה מולידות בדרך הטבע חילוקי דעות ציבוריים בדרגה מסויימת של חומרה. וכמובן מוטב שלא לגרור את השופטים לתוך סערת הוויכוח הציבורי.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> קלגסבלד, לעיל ה"ש 4 עמ' 202-205 (ההדגשות הוספו – י.א.). וראו גם ברוך אברהמי "שופטים בראשי ועדות חקירה: בצילה של פרשת 'נתיבי הנפט' "משפטים ד 3, 4-3 (התשל"ד) (להלן: אברהמי); זאב סגל, "ועדת חקירה מכוח חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968: מעמדה הקונסטיטוציוני ומתחם הלגיטימיות לפעולתה" מחקרי משפט ג 199, 232-233 (התשמ"ד) (להלן: סגל).

<sup>23</sup> פרוטוקול קריאה שניה ושלישית, לעיל ה"ש 21, עמ' 917.

<sup>24</sup> פרוטוקול הכנסת, לעיל ה"ש 4, עמ' 539. דברים דומים אמר גם ח"כ פורוש: "בתשומת לב שמעתי מפי שר המשפטים כי גם הוא בעצם, בשיקוליו הראשוניים, היה בדעה שאין למנות שופטים כחברים בוועדה. ויפה אמר שר המשפטים, כי בכל עת שמקימים ועדת חקירה נסער הציבור והמטרה היא השקטת הציבור. וכשהציבור נסער על בעיה מסויימת, על פי רוב חלוקות הדעות בציבור. למה, אם כן, נערבב את הרשות השיפוטית העומדת

לא זו אף זו, כה מושרשת היתה תפיסת השופטים כנהנים מ-"אי-תלות ומחוסר מעורבות בנושא החקירה",<sup>25</sup> עד כדי כך שנדמה כי איש לא העלה בדעתו אפשרות שוועדת חקירה תיאלץ במקרה כזה או אחר לבחון את אחריותה של הרשות השופטת עצמה לנושא העומד בשורש החקירה. נהפוך הוא, נדמה שעם השנים התפתחה גישה המעניקה דה-פקטו חסינות מוחלטת להחלטות שיפוטיות. בעניין אלון,<sup>26</sup> סבר בית המשפט העליון, בהערת אגב, כי החלטה של הממשלה על הקמת ועדת חקירה, אשר יש בה "התערבות בלתי נאותה בהליכי משפט או בסמכותה של הרשות השופטת" – הינה החלטה נעדרת סמכות ובטלה. בספרות אף עלתה הצעה לשנות את החוק, כך שיקבע במפורש כי הקמת ועדת חקירה שתבחן עניינים שהתקבל בעניינם פסק דין חלוט; או שתבחן עניין שאינו נמצא "בתחום אחריות הממשלה כלפי הכנסת" – תחייב את הסכמת נשיא בית המשפט העליון.<sup>27</sup>

למען שלמות התמונה, נדמה שלבחירה במודל השיפוטי, תרמה גם תפיסה שראתה דמיון רב בין תפקידה של ועדת חקירה, לבין עבודתו השגרתית של בית משפט. נראה, שהעובדה שוועדת החקירה עוסקת ב"חקר האמת", וכוללת הליך של שמיעת עדים, הכרזה על אשמים וכן הלאה, תרמה למסקנה כי "עבודתה של ועדת החקירה במהותה דומה לשל בית משפט".<sup>28</sup> על השימוש בתפיסה זו כהצדקה למודל השיפוטי, ועל הכשלים הטמונים בכך – אדון בפרק הבא, במסגרת הצגת הקשיים והביקורות השונים שהועלו בספרות הקיימת ביחס למודל השיפוטי.

## ג. ביקורות קיימות ביחס למודל השיפוטי

כאמור לעיל, כבר מראשית הדרך, העלו המודל השיפוטי והנחות המוצא שבבסיסו, קשיים קונספטואליים ויישומיים. גם בחלוף מספר עשורים, נדמה כי לא נחה דעתם של המבקרים, ולא פעם עלו פקפוקים בדבר ההצדקה למודל זה, ותהיות שמא הנזק בו עולה על התועלת. כפי שציין קלגסבלד, "הטלת מינוי חברי הוועדה על נשיא בית המשפט העליון [...] לוותה מלכתחילה בקשיים מובנים שהלכו והתחזרו במרוצת השנים".<sup>29</sup> בפרק זה אבקש להצביע

מעל לכל הסערות הציבוריות ונסבכה בהכרעות כאלה, בעוד שידוע לנו שמה שלא תהיה ההכרעה, קשה לחזות כי היא תתקבל בדרך כלל על כל חלקי הציבור" (שם, עמ' 542). חיזוק זאת גם ח"כ קלינגהופר, אשר ציין שהשר שפירא הביע בעבר דעה הפוכה: "קיימת הסכנה שיוקרתה של הרשות השופטת תיפגע אם תוצאות החקירה יעוררו ביקורת ציבורית וייתקלו בהערכה שלילית מצד דעת הקהל. [...] מתקשה אני להבין מדוע החוק המוצע מחייב – ואני מתקשה להבין זאת למרות ההסבר שנתן לנו כבוד השר בדבר שינוי דעתו בנקודה זו – מתקשה אני להבין מדוע ההצעה מחייבת שיושב ראש ועדת החקירה יהיה בכל מקרה שופט. כלום בהסדר זה איננה טמונה אותה סכנה של הסתבכות שופטים במחלוקת פוליטית שהצביע עליה, לדעתי בצדק, שר המשפטים דהיום במאמרו משנת 1964? (שם, עמ' 545).

<sup>25</sup> אברהמי, לעיל ה"ש 22, שם.

<sup>26</sup> בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449 (1982).

<sup>27</sup> סגל, לעיל ה"ש 22, עמ' 229.

<sup>28</sup> פרוטוקול הכנסת, לעיל ה"ש 4, עמ' 541.

<sup>29</sup> אביגדור קלגסבלד "המלכה מתה, תחי המלכה החדשה: לקראת חוק ועדות חקירה חדש" הפרקליט נב 3, 8 (התשע"א) (להלן: קלגסבלד "המלכה מתה").



על כמה מהקשיים שהתחדדו במרוצת השנים.<sup>30</sup> ראשית, אציג את הקשיים שמעוררת מעורבותה של הרשות השופטת מבחינה קונספטואלית. לאחר מכן, אציג את הטענה שלפיה המודל השיפוטי הביא, הלכה למעשה, לפגיעה ניכרת במעמדה של ועדת החקירה הממלכתית. ולבסוף, אציג ממצאים המקימים ספק של ממש ביחס לצורך במודל השיפוטי מלכתחילה.

## 1. האמנם "יליד-ביתה של הזרוע השופטת"? על סיווג הפונקציונלי השגוי של הוועדה

בעיה ראשונה שניתן להצביע עליה, נוגעת לתפיסה שלפיה ועדת חקירה מהווה גוף שיפוטי המהווה (לכל הפחות מבחינה מהותית) אורגן של הרשות השופטת. כאמור, תפיסה זו קיבלה אמנם לכל היותר משקל משני בעת עיצוב המודל השיפוטי, אך נדמה שלאחר חקיקת החוק, המודל השיפוטי גרם, במעין היוזן חוזר, לכך שתפיסה זו הלכה והתחזקה עם השנים. כפי שיפורט להלן, יש מקום לפקפק בהנחות המוצא שבבסיס תפיסה זו, וכן יש מקום לחשוש שהשתרשה בדעת הקהל עלולה לגזור מסקנות מעשיות מוטעות בנוגע לאופן פעולת ועדות החקירה.

כאמור, נראה שהבחירה במודל השיפוטי הושפעה, במידה מסוימת, מהנחת המוצא שלפיה עבודתה של ועדת חקירה היא בעלת אופי שיפוטי, המזכיר הליך המתנהל בבית המשפט. ההנחה המגולמת בכך היא, כי מהסיווג הפונקציונלי של הוועדה כגוף העושה מלאכה שיפוטית, נגזרים מאפייניה הרצויים.<sup>31</sup> לשיטת קלגסבלד, תפיסה זו נשענה מלכתחילה על הנחות מוצא שגויות.<sup>32</sup> ראשית, בבחינה השוואתית, ניתן לראות כי "בכל יתר המדינות הנסקרות בעבודה זו, שבהן נהוג מודל דומה או זהה לזה שבאנגליה ובישראל, נקבע במפורש – ובמספר רב של פעמים [...] כי ועדת החקירה הממלכתית היא גוף הממלא פונקציה מינהלית".<sup>33</sup> בנוסף, לאחר ניתוח מעמיק של מוסד ועדת החקירה, מבחינה פונקציונלית וארגונית, מגיע קלגסבלד למסקנה כי גם בישראל נכון יותר להסתכל עליה כעל "ילידת-ביתה" של הרשות המבצעת מאשר של זו השופטת.

אמנם, ועדת חקירה תפקידה במתן תשובה לשאלות של עובדות, וזאת על בסיס הליך הכולל שמיעת עדויות וחשיפה לראיות. אך זו איננה מומחיותו הייחודית של בית המשפט. כפי שציין קלגסבלד:

<sup>30</sup> כפי שיובהר להלן, חלק גדול מהביקורות שעלו עד כה, נשען על כתיבתו של ד"ר קלגסבלד. עם זאת, למען שלמות התמונה חשוב להדגיש שבעת האחרונה הציג קלגסבלד עמדה שונה מזו המשתקפת מכתביו המוקדמים. וראו למשל דורי קלגסבלד "אין כל צורך להמציא את הגלגל מחדש" **העין השביעית** (14.11.2003) (להלן: "קלגסבלד, העין השביעית"); דורי קלגסבלד ועמית סגל, "שיחה בשניים – אחריות תחת משכר" **הכנס השנתי של מרכז רובינשטיין לאתגרים חוקתיים** (23.6.2024) (להלן: "קלגסבלד וסגל").

<sup>31</sup> קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 83-84: "הצורך בסיווג זה אינו מכוון לקונספטואליזציה של ועדת החקירה, אלא להבנה של תפקידה ומיקומה. אכן, הנפקות של הסיווג (בעיקר של הסיווג הפונקציונלי) איבדה הרבה ממשמעותה. עם זאת, סיווג של ועדת החקירה משליך על קביעת מבנה הוועדה, אופי פעולותיה, מטרת פעולתה, הנושאים שניתן וראוי למסור לבדיקתה, תוצאות פעולתה, תחולת עקרונות משפטיים כלליים ותחולת הוראות סטטוטוריות שונות לגביה".

<sup>32</sup> שם, עמ' 83-108.

<sup>33</sup> שם, עמ' 91.

אכן, אחד המבחנים הקובעים בסוגיה זו – מבחן הפרוצדורה או מבחן דמיון ההליכים – יכול שיוליך למסקנה, כי ועדת חקירה ממלאת לפחות פונקציה מעין-שיפוטית. ואולם, ברור כי כל יתר המאפיינים של ביצוע פונקציה שיפוטית או מעין-שיפוטית חסרים בפעולתה של ועדת החקירה, וחוסר זה מכריע את הכף. הכוונה היא להיעדרו של 'ריב' (lis inter partes), היעדרה של הכרעה (adjudication) ולכן גם היעדר השפעה על זכויות וחובות משפטיות.<sup>34</sup>

ודוק: מערכת המשפט הישראלית, היא מטבעה אדוורסרית; לא חוקרת (כמקובל במדינות אחרות). בהתאם, דווקא שופטי ישראל עלולים למצוא עצמם חסרי ניסיון, מבחינה יחסית, בניהול הליך אינקוויזטורי למהדרין, הנעדר כליל כל היבט אדוורסרי. לעומתם, הגופים המנוסים במלאכת החקירה והביקורת שייכים דווקא, באופן בלעדי כמעט, לרשות המבצעת: המשטרה, הפרקליטות, וכמובן מוסד מבקר המדינה.

יתרה מזאת, גם ההכרעה העובדתית כשלעצמה, אינה נושאת בחובה אופי שיפוטי דווקא. כפי שציין השר שפירא עצמו, במאמר שפרסם מספר שנים קודם חקיקת חוק ועדות החקירה: מר בן גוריון קובע, כאמור, שהשאלה [...] היא 'בעיה משפטית'. בדברים אלה אין כל ממש. הבעיה אינה משפטית, כי אם שאלת עובדה [...] המצוי, ולו במקצת, אצל ענייני משפט בארץ יודע על קיומה של הבחנה בין בעיות משפטיות ושאלות של עובדות [...] אין אדם צריך להיות משפטן כדי לדעת שהשאלה האם ניתנה ההוראה? מי נתן את ההוראה? או מי משני העדים אמר את האמת? – היא שאלה עובדתית מובהקת ולא בעיה משפטית. אין כל צורך להיות שופט, ואין צריך לומר שופט בית המשפט העליון, בשביל לתת תשובה נכונה על שאלה עובדתית כל שהיא. ההכשרה הדרושה למשיב היא שיבין את העניין ושלא תהיה לו דעה קדומה לגבי העניין או נטיה למי שהוא מהצדדים לסכסוך.<sup>35</sup>

בנוסף, בעניין אלון,<sup>36</sup> עמד השופט אלון על הפער בין "אמת משפטית", שהיא תוצר של אילוץ הפרוצדורה וכללי הקבילות המוטלים על בית המשפט, לבין "אמת עובדתית", שהיא התוצר הרצוי של ועדת החקירה המשוחררת מכבלים אלה. אם כך, אפילו מימונתו היחסית של השופט בחקר האמת במסגרת ההליך המשפטי, אינה תואמת באופן מלא למלאכה הצפויה לו בוועדת החקירה.

לכך יש להוסיף את המובן מאליו, והוא שמבחינה ארגונית, אין מחלוקת כי ועדת החקירה מצויה בתחומה של הרשות המבצעת. כאמור, ועדת חקירה מוקמת בהחלטת הממשלה – ומגישה את המלצותיה אל הממשלה. לא בכדי, קבעה גם הפסיקה בישראל כי ועדת חקירה מהווה "מכשיר עזר בידי הממשלה".<sup>37</sup>

סיכומו של עניין, אף שלא ניתן להתכחש לדמיון, בעיני צופה מן הצד, בין הליך שיפוטי לבין ועדת חקירה, קיימים הבדלים ניכרים מבחינה קונספטואלית בין ההליכים השונים,

<sup>34</sup> שם, עמ' 91-92.

<sup>35</sup> יעקב ש. שפירא "שיבושי מושגים" מעריב (4.12.1964).

<sup>36</sup> לעיל ה"ש 26.

<sup>37</sup> עניין אלון, לעיל ה"ש 26, עמ' 459.

המוליכים למסקנה שוועדת החקירה איננה כלי שיפוטי, אלא כלי מנהלי. אפילו אם נשתכנע כי רב הדומה על השונה בין עבודתה של ועדת החקירה ובין עבודתו של השופט, יש לשים לב מה ניתן, מבחינה לוגית, לגזור מתוך סיווג פונקציונלי זה. אמנם, יש היגיון בטענה כי סיווג זה עשוי להצדיק את נוכחותו של שופט בין חברי הוועדה;<sup>38</sup> אך לא ניתן לגזור מסיווג זה הצדקה למנגנון המינוי. אין קשר לוגי בין אופי עבודתה של הוועדה לבין אופן המינוי והגורם הממנה של החברים בה.<sup>39</sup>

חשוב להבהיר, כי אף שניתן היה לחשוב כך ממבט ראשון, שאלת הסיווג הקונספטואלי של ועדת החקירה אינו מהווה פלפול עיוני גרידא. כפי שכבר רמזתי, לתפיסתה המוקשת של ועדת החקירה כגוף שיפוטי מבחינה מהותית, עשויות בהחלט להיות משמעויות מעשיות ניכרות. כך למשל, בעת האחרונה החלו להישמע טענות שניתן, באמצעות הקמת ועדת חקירה ממלכתית, להניא את בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג לעסוק בעניינה של ישראל מכוח "עקרון המשלימות".<sup>40</sup> עמדה זו זכתה לעיגון של ממש במכתב רשמי ששיגרה היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה,<sup>41</sup> בו הביעה היועצת את עמדתה המקצועית שלפיה "ועדת חקירה ממלכתית היא האמצעי המיטבי להתמודדות עם הסיכונים הנוכחיים במישור המשפטי הבין-לאומי".<sup>42</sup>

לאור הניתוח שבוצע לעיל, נדמה שעמדה זו מעוררת קושי ניכר. כאמור, ועדת החקירה אינה נחשבת ברחבי העולם ככלי "שיפוטי"; התפיסה הרווחת, גם בקרב בתי המשפט

<sup>38</sup> ואמנם, במסגרת המודל המוצע במאמר זה, אציע לשמור על נוכחותו של שופט כחבר בוועדה.  
<sup>39</sup> ראו לעיל ה"ש 31. יש לציין כי כלל השופטים לערכאות השיפוטיות עצמן אינם נבחרים באופן בלעדי על ידי שופטים, אלא בעזרת הוועדה לבחירת שופטים, הכוללת גם את נציגי הממשלה, הכנסת ולשכת עורכי הדין. וממילא, לא ניתן, בשם נימוק הדמיון הפונקציונלי לבתי המשפט, להצדיק מנגנון מינוי שיפוטי יותר מזה שיש לבתי המשפט עצמם. ובהשאלה מהכלל התלמודי הידוע, "דיו לבא מן הדין להיות כנידון" (בבלי בבא קמא, כ"ה).

<sup>40</sup> וראו למשל את דברי העיתונאי והפרשן נדב איל בציוץ ברשת X (טוויטר לשעבר): "הבקשה של התובע ב-ICC מסוכנת למעמדה של ישראל, ודרך טובה לנסות להתמודד איתה הייתה להקים ועדת חקירה ממלכתית לבחינת ה-7 באוקטובר וכל אירועי המלחמה, כולל החלטות גלנט ונתניהו. החלטה כזו לא רק תשרת את הצורך העמוק בחקירת המחבל הנורא בתולדות המדינה, אלא גם יכולה להמחיש - עם המנדט הנכון - שהמערכת המשפטית הישראלית חוקרת ברצינות את כל מאורעות המלחמה וגם טענות להפרת דינים הומניטריים. משום שוועדת חקירה ממלכתית היא גוף עם שיניים ממש, זו תשובה טובה ל-ICC". דברים דומים השמיעו גם השר לשעבר יוסי ביילין ("האג: לא על הכעס לבדו: רק ועדת חקירה ממלכתית יכולה למנוע את ההליכים בבית הדין בינלאומי נגד ישראל" **ישראל היום** 23.5.2024). ואפילו השר וחבר קבינט המלחמה בני גנץ (סרטון והודעה לעיתונות מיום 23.5.2024).

<sup>41</sup> מכתב היועצת המשפטית לממשלה לראש הממשלה מיום 6.6.2024 (להלן: מכתב היועצמ"ש).  
<sup>42</sup> יש לציין כי בכל מקרה נדמה שמכתב היועצמ"ש מעורר קושי מסוים, שכן הוא כורך, בכפיפה אחת, שתי "וועדות חקירה" שונות לחלוטין, המופנות לקהלי יעד שונים. בעוד שהשיח הרווח עוסק בוועדה שקהל היעד שלה הוא הציבור הישראלי, ושעסוק בחקר מחדלי שבעה באוקטובר ובאופן ניהול המלחמה ביחס ליעדיה הביטחוניים והמדיניים של ישראל – מכתב היועצת למעשה יוצר "יציר כלאיים" בין ועדה זו לבין ועדה "אחרת", שקהל היעד שלה הוא הקהילה הבינלאומית – אשר תחקור את הטענות שנטענו כלפי ישראל מכוח המשפט הבינלאומי בכלל, ואת הטענות שנטענו בהליכים המתקיימים בהאג בפרט (כלומר את הטענות שלפיהן ישראל מבצעת רצח עם, ושראש הממשלה ושר הביטחון נוקטים באופן ישיר במכוון בטקטיקה של הרעבה מכוונת כלפי האוכלוסייה העותית).

בישראל, היא שמדובר בכלי מנהלי לחלוטין – "מכשיר עזר בידי הממשלה".<sup>43</sup> כאמור, אפילו במסגרת המודל השיפוטי הישראלי, לממשלה הסמכות להקים את ועדת החקירה, לבטל אותה לאורך הדרך, והיא שמוסמכת להחליט האם וכיצד לפעול על בסיס מסקנות הוועדה. ממילא, הרלוונטיות של ועדות חקירה לצורך "עקרון המשלימות" נתון בספק רב. אמנם טרם התקבלה הכרעה מובהקת בעניין זה, אך הפרשנות המקובלת לעקרון המשלימות, נוטה להחיל אותו ביחס ל"חקירה" במסגרת המערכת המשפטית דווקא – והמסגרת הפלילית בפרט.<sup>44</sup> ממילא, קשה להאמין שהקהילה הבינלאומית תכבד את קיומה של ועדת חקירה כאמצעי "חקירה" לגיטימי מכוח עקרון המשלימות.<sup>45</sup>

לצד בעיית הבלבול ביחס לתפקידה וסיווגה של ועדת החקירה, הצביע קלגסבלד על שורת בעיות קונספטואליות נוספות שמתעוררות בעקבות המודל השיפוטי. ראשית, ברי כי המודל השיפוטי מעורר מורכבות בהיבט של עקרון הפרדת הרשויות. כפי שציין קלגסבלד, "חלק גדול מהטיעונים [...] נשען על עקרון הפרדת הרשויות, המתנגד למעורבותם של חברי הרשות השופטת בעניינים חסרי לבוש משפטי ובעניינים המצויים בתחומי הרשות המבצעת".<sup>46</sup>

לצד זאת, קלגסבלד סבור גם כי יש בעייתיות במסירת סמכות המינוי בידי נשיא בית המשפט העליון, מאחר שאין לו בהכרח את הכישורים והכלים המתאימים על מנת לאתר ולמנות את חבריה המקצועיים של הוועדה. לדבריו:

<sup>43</sup> לעיל ה"ש 37.

<sup>44</sup> וראו: Kaveri Vaid, *What Counts as State Action under Article 17 of the Rome Statute - Applying the ICC's Complementarity Test to Non-Criminal Investigations by the United States into War Crimes in Afghanistan*, 44 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 573, pp. 607-611 (2012). והשוו: Gregory S. Gordon, *Complementary and Alternative Justice*, 88 OR. L. REV. 621, pp. 625-627 (2009).

<sup>45</sup> בהקשר זה חשוב לציין את דברי המשנה ליועמ"ש, עו"ד גיל לימון, בכנס לשכת עורכי הדין (26.5.2024). לימון טען, כי בהליך אחר שהתקיים בבית הדין הפלילי בהאג, שנגע לפרשת המרמרה, התובעת החליטה שלא להוציא צווי מעצר בישראל, בהתבסס על עקרון המשלימות ועל דו"ח ועדת טירקל שבחן את האירועים. לדבריו: "הוגשה תביעה נגד מדינת ישראל ל-ICC על אירוע המשט. אגב בית הדין חשב שיש לו סמכות והתובעת הקודמת התייצבה לצד ישראל כי היא ראתה שמדינת ישראל חקרה את האירוע בוועדת חקירה בראשות שופט בית משפט העליון, השופט טירקל, שופט מאוד מכובד עם משקיפים בינלאומיים". עיון בשתי ההחלטות שנתנה התובעת באותו הליך (Article 53(1) "Final decision of the Prosecution concerning the Report" (ICC-01/13-6-AnxA), dated 6 November 2014 (29.11.2017); Final decision of the Prosecutor concerning the "Article 53(1) Report" (ICC-01/13-6-AnxA), dated 6 November 2014 (2.12.2019) (להלן בהתאמה: החלטת 2017, והחלטת 2019)), מגלה תמונה שונה למדי. התובעת אכן דחתה (פעמיים) את הדרישה לפתוח בחקירה, אך לא בשל היעדר סמכות מצד בית הדין לחקור מכוח עקרון המשלימות, אלא בשל העובדה שהיא השתכנעה בכך שהאירועים לגופם אינם מצדיקים חקירה שכזו (החלטת 2017, פסקה 332; החלטת 2019, פסקה 53). הכרעה זו מתבססת על שורה ארוכה של גורמים, וביניהם העובדה שחמש מדינות שונות (מלבד ישראל) פתחו בהליכי חקירה ביחס לאירועי המשט, וסגרו אותם מבלי להרשיע איש (החלטת 2019, פסקה 52). התובעת אמנם מתייחסת לוועדת טירקל, אך כמקור אינפורמטיבי גרידא, המלמד על השתלשלות האירועים והבדיקות שנערכו – ודאי שלא כהליך חקירה השולל את סמכות בית הדין מכוח עקרון המשלימות.

<sup>46</sup> קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 205.

נשיא בית המשפט העליון חסר את הידע הנדרש למינוי חברי הוועדה שאינם שופטים, ואין בידיו מנגנון היועצות לגבי מומחיותם ואישיותם [...] במצב דברים זה, קיימת סכנה שהפעלת הסמכות תערב את נשיא בית המשפט העליון במחלוקת ציבורית בקשר למומחיותו של חבר ועדה כלשהו או לאישיותו (כגון חשד להטיה פוליטית).<sup>47</sup>

ביקורת דומה, נמתחה גם על החובה להעמיד שופט בראשות הוועדה. לדברי קלגסבלד: "על הנוהג למנות שופטים לראשות ועדות חקירה ממלכתיות נמתחה ביקורת חריפה, המבוססת על החשש מנוזק שייגרם ממעורבותו של שופט במחלוקות בעלות אופי פוליטי".<sup>48</sup> חשש זה מתעצם בעיקר כאשר עסקינן בשופט מכהן – דבר שהתקבע כפרקטיקה הנפוצה לאורך השנים.<sup>49</sup> בנוסף, החיוב שהשופט ישמש דווקא כיו"ר הוועדה בכל מקרה, ללא כל שיקול דעת ובמנותק מהנושא הנחקר במסגרת הוועדה, נדמית אף היא כגורפת יתר על המידה.

## 2. גסיסת ועדות החקירה ועליית ועדות הבדיקה

דמה כי מנגנון המינוי המעניק את השליטה בהרכב לבית המשפט, הלך והתברר, גם במבחן התוצאה, כמנגנון בעייתי. ראשית, בחלק ניכר מהמקרים בחר נשיא בית המשפט להעמיד בראש הוועדה שופטים מכהנים (ואף את עצמו); בחירה זו רק החריפה את הסכנה לגרירת השופטים המכהנים אל הזירה הציבורית, ויצירת עימותים ישירים בינם ובין הרשות המבצעת.<sup>50</sup> בנוסף, מעורבותה הרבה של הרשות השופטת בוועדה, לצד הדרדרור ההדרגתי ביחסים שבין הרשויות, הביאו למעשה לחיסולו דה-פקטו של מוסד ועדת החקירה הממלכתית. בשנת 2002 חוקקה הכנסת את סעיף 8א לחוק הממשלה, התשס"א-2001, אשר הסמיך את הממשלה להקים ועדת בדיקה ממשלתית, הנבדלת מועדת החקירה הממלכתית בעיקר בכך שמינוי חבריה מסור בידי הגורם המקים את הוועדה.

מרגע חקיקת סעיף 8א, הוקמו ועדות חקירה ממלכתיות רק במקרים "שמלכתחילה תוצאות עבודתה של הוועדה לא היו צפויות לפגוע בממשלה, בשרים ובממלאי תפקידים בכירים",<sup>51</sup> או במקרים בהם הוועדה הוקמה על ידי ממשלה מכהנת, על מנת לחקור את כשליה של ממשלה יריבה קודמת.<sup>52</sup> בכל מקרה אחר, יהיה חשוב ככל שיהיה, בחרו הממשלות השונות להשתמש בוועדת בדיקה ממשלתית – אף אם הדבר נתפס ככולל מחיר ציבורי נכבד. הטעם לכך, להערכתו של קלגסבלד, הוא "החשדנות המאפיינת את יחסי הממשלה ובית המשפט העליון".<sup>53</sup> דוגמה מובהקת לכך היא הקמת ועדת בדיקה ממשלתית (ועדת וינוגרד) בעקבות מלחמת לבנון השנייה, חרף קריאות ומחאות ציבוריות.<sup>54</sup>

47 שם, עמ' 198.

48 שם, עמ' 202-203.

49 קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, עמ' 8.

50 שם; קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 202-203.

51 קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, עמ' 14. כאלה היו ועדת דורנר (סיוע לניצולי השואה), ועדת ביין (ניהול משק המים בישראל) וועדת מצא (הטיפול במפוני גוש קטיף וצפון השומרון).

52 ועדת נאור-ברלינר (חקר אסון מירון) וועדת גרוניס (חקר פרשת הצוללות).

53 קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, עמ' 26.

54 שם.

אם לא די בכך, כפי שחששו המתנגדים למודל השיפוטי,<sup>55</sup> המודל גם הביא בפועל להחרפה נוספת במתח בין הרשויות. הרשות השופטת התרגלה לשליטתה בהרכב ועדות החקירה; היא הביעה בגלוי את מורת רוחה, ואף הפגינה נכונות להצר בפועל את צעדיהן של ועדות הבדיקה הממשלתיות. הדברים עולים, בגלוי ובמשמע, מהתנהלות בית המשפט בעניין **אומץ**.<sup>56</sup> בעקבות הקמת ועדת וינוגרד, הוגשו עתירות שקראו לחייב את הממשלה להקים ועדת חקירה ממלכתית. בית המשפט קיים דיון בעתירות בהרכב מורחב של שבעה שופטים – והעתירות נדחו על חודו של קול.<sup>57</sup> שופטי דעת המיעוט (השופטים פרוקצ'יה, נאור ורובינשטיין) סברו שהנושא על הפרק חורג מסמכותה של ועדת בדיקה ממשלתית, ושהחלטת הממשלה בעניין התקבלה בחוסר סבירות, תוך ניגוד עניינים ושיקולים זרים. שופטי הרוב הבהירו אמנם כי הממשלה רשאית למסור עניין כזה לוועדת בדיקה ממשלתית, אך הדגישו גם כי דחיית העתירה "אינה מעידה על נחת רוח מהחלטת הממשלה ואין בה משום מתן גושפנקא ציבורית לבחירה בוועדת בדיקה ממשלתית דווקא".<sup>58</sup> גם לאחר מכן, המשיך בית המשפט והצר את צעדיה של ועדת וינוגרד; התערב פעם אחר פעם בעבודתה ו"דחק את הוועדה לפינה".<sup>59</sup> למרבה האירוניה, כפי שתואר קלגסבלד, בית המשפט בא לקלל ונמצא מברך. הלכה למעשה, קיבע בית המשפט העליון את ועדות הבדיקה הממשלתיות כתחליף לגיטימי לוועדות החקירה הממלכתיות – וכך הן גם התקבעו מבחינה ציבורית: משהתפזר האבק סביב מאבקי ההקמה והפעולה של ועדות הבדיקה הממשלתיות, התחוררו כמה עובדות חשובות: ראשית, נקבע שהממשלה רשאית להקים ועדת בדיקה ממשלתית בכל עניין, גם בעניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה'. [...]. שנית, בפועל השימוש היחיד

<sup>55</sup> לעיל ה"ש 24.

<sup>56</sup> בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל (2006) (להלן: עניין **אומץ**).

<sup>57</sup> על פי דעת הרוב, מפיו של השופט ריבלין, אין מניעה חוקית שהממשלה תבחר להקים ועדות בדיקה ממשלתיות גם לצורך חקר אירועים "בעלי חשיבות ציבורית חיונית" מהמעלה הראשונה: "מקצת מחברי ההרכב סבורים, כאמור, כי סעיף 8א לחוק שולל מן הממשלה את הסמכות להקים ועדת בדיקה בראשות שופט בדימוס, לצורך בדיקת אירוע שהוא "בעל חשיבות ציבורית חיונית" [...] העותרים, וכך גם מקצת מחבריי הנכבדים [...] מבקשים להסיק כי קיימת הבחנה – לעניין הסמכות – בין ועדת חקירה ממלכתית לבין "ועדת בדיקה ממשלתית", באופן שזו האחרונה אינה מוסמכת לדון בנושאים לאומיים בעלי חשיבות ציבורית חיונית, דוגמת המקרה שבו מתעורר הצורך בכשל רב-מערכתי. עמדה זו אין, לדעתי, לקבל [...] הוראת סעיף 8א לא אהא לגרוע מן הסמכות הנתונה לממשלה, כי אם אך להוסיף עליה. אין מקום, אפוא, כי בית משפט זה דווקא יגביל את האפשרות של שר או של קבוצת שרים או של הממשלה כולה, לבדוק נושאים המצויים בתחום אחריותם והנראים בעיניהם כמחייבים בדיקה שלא בדרך של ועדת חקירה". במאמר מוסגר, יצויין שמקריאת מכתב היועמ"ש (לעיל ה"ש 41), עשוי לעלות הרושם לפיו, עמדתה המקצועית של היועצת המשפטית לממשלה היא שקיימת מניעה חוקית על הממשלה לבחור לחקור את אירועי מלחמת חרבות ברזל בעזרת כלי אחר, דוגמת ועדת בדיקה ממשלתית. ברי כי עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם ההלכות המושרשות הנוגעות לשיקול הדעת הרחב בבחירה במנגנון החקירה, ולהחלטה אם להקים ועדת חקירה, כפי שנקבעו בשורת פסקי דין לאורך השנים (לעיל ה"ש 11) וכן בעניין **אומץ**, ושונהגות גם כיום.

<sup>58</sup> שם, פסקה 21 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין.

<sup>59</sup> קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, עמ' 19-23. קלגסבלד מציין כי בית המשפט מיהר להתערב גם בעניין של ועדות בדיקה אחרות, דוגמת ועדת טירקל.

שנעשה עד כה בוועדות בדיקה ממשלתיות הוא לחקירת עניינים שהיו מוטלים בעבר על ועדות חקירה ממלכתיות. ועדות בדיקה ממשלתיות מיועדות עתה לשמש תחליף לוועדות חקירה ממלכתיות. שלישית – ובעקבות אלה – הזירה הציבורית-פוליטית בישראל התרגלה לכך שוועדות בדיקה ממשלתיות – ולא ועדות חקירה ממלכתיות – מוקמות כדי לחקור עניינים בעלי חשיבות לאומית עליונה, שעוררו משבר אמון בין הציבור לבין הממשלה, ומקבלת זאת בהשלמה, אם לא בהסכמה. ועדת הבדיקה הממשלתית נחשבת כיום לאמצעי לגיטימי ומקובל לחקירת עניינים המעוררים את שאלת אחריותם של הממשלה, שריה וממלאי תפקידים בכירים.<sup>60</sup>

קלגסבלד סיכם זאת באמרו:

ועדת החקירה הממלכתית אבדה לבלי שוב. סעיף 8א והפסיקה שבעקבותיו עיצבו את ועדת הבדיקה הממשלתית ככלי לקוי ובלתי מספק. חוק ועדות חקירה חדש, שייצור גוף חלופי לשני מוסדות אלה, ויתקן את ליקוייהם, הוא צו השעה.<sup>61</sup>

### 3. האמנם המודל השיפוטי מגביר את אמון הציבור בממצאי הוועדה?

כאמור, חרף הטענות שעלו עוד קודם לחקיקת החוק, בחרה הכנסת במנגנון מינוי ייחודי וחריג. ההצדקה הבסיסית והעיקרית להסדר זה, נשענה על הנחה שהוועדה תצטייר כאובייקטיבית ונטולת פניות רק אם תתקיים הפרדה הרמטית בין הגוף החוקר לגוף הנחקר.<sup>62</sup> כפי שציינו הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן:

התזה המשפטית מניחה כי קיימת הלימה בין מבנה מוסדי שמחזק עצמאות וא-פוליטיות לבין יוקרה ציבורית. על-פי תזה זו, המבנה הייחודי של ועדת

<sup>60</sup> שם, עמ' 25.

<sup>61</sup> כאמור, בעת האחרונה נדמה שקלגסבלד חזר בו במידת מה מהביקורות הנוקבות שהעלה במרוצת השנים, וטען כי אין כל הצדקה לשנות את ועדת החקירה הממלכתית: "למה, בעצם, להמציא את הגלגל מחדש? מה רע בוועדת החקירה הממלכתית, שהוכיחה את עצמה פעם אחר פעם ככלי חקירה אפקטיבי, המשרת את מטרתו [...] אין כל צורך להמציא את הגלגל מחדש. ועדת החקירה הממלכתית היא כלי מקובל ומוכר בישראל. היא נהנית באופן מסורתי מאמון רחב של כלל הציבור, ובראשה עומד שופט המפקח על הפעלת סמכויות הכפייה הרחבות שניתנו לה [...] ההצעה ליצור דווקא כעת גוף חדש ובלתי מוכר [...] היא מיותרת לחלוטין" (קלגסבלד, העין השביעית, לעיל ה"ש 30). אמנם, האמירות הנחרצות והגורפות בשבח ועדת החקירה במתכונתה הנוכחית, נאמרו בעיקר בקשר להצעותיו של מולצ'דסקי להקים ועדה מסוג שונה לחלוטין מבחינת תפקידה וסדרי עבודתה, שתשלב אלמנטים של "ועדות אמת ופיוס" לצד "אלמנטים מהמנדט שניתן לוועדת החקירה האמריקאית לחקירת פיגועי 11 בספטמבר" (מולצ'דסקי, לעיל ה"ש 1). ממילא, עיקר דבריו של קלגסבלד מוקדשים לעמידה על הפגם בהקמת וועדות שונות שכאלה. עם זאת, בשולי דברים אלו (שאינם נוגעים במישורין לענייננו) ניתן למצוא בדבריו של קלגסבלד גם אמירה כללית בשבח המוסד במתכונתו הנוכחית, כאשר הוא מציין שמבחינה היסטורית ממצאי הוועדה "התקבלו באמון מלא בשיעורים גבוהים על כלל הציבור בישראל", תוך שהוא מפנה לתקדימים כגון ועדת כהן (1982) וועדת אור (2000). את אותה טענה כללית השמיע קלגסבלד גם בראיון שערך לאחרונה (וראו גם קלגסבלד וסגל, לעיל ה"ש 30). ובכך, כעולה גם מכתבתו שלאחר הקמת ועדות אלה (וראו קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29), ספק אם ניתן ללמוד דבר מה מתקדימים אלה בנוגע לתגובה שיזכו לה ועדות חקירה ממלכתיות גם בעתיד.

<sup>62</sup> ראו לעיל הדיון בפרק ב.

חקירה ממלכתית – כפי שבא לידי ביטוי בהסדרי החוק – הוא נתון קריטי לצורך הגדלת רמת האמון הציבורי בגוף החוקר ובמצאו.<sup>63</sup> המחשה עדכנית לעמדה זו, השמיע לאחרונה עו"ד צבי אגמון: חבריה של ועדת חקירה ממלכתית, שלושה במספר על-פי רוב, ממונים על-ידי נשיא בית המשפט העליון. בראש הוועדה עומד שופט (מכהן או בדימוס) של בית המשפט המחוזי או של בית המשפט העליון. אי-תלותם של חברי הוועדה בגורם הממנה מבטיחה את עצמאותם והיא חיונית לאמון הציבור בפעולתה של הוועדה. [...] עצמאותה ואי-תלותה של הוועדה הכרחיות לאמון הציבור בה. בלעדי אמון הציבור קשה יהיה לייחס משקל ומשמעות למסקנותיה והמלצותיה של הוועדה. יתר על כן: שיקום אמון הציבור במערכות השלטון הוא כאמור תכלית מרכזית שאותה נועדו וועדות בדיקה וחקירה להגשים, ובלא אמון הציבור בפעולת הוועדה, אין לתחילה טעם בפעולתה.<sup>64</sup>

האמת ניתנת להיאמר, לאורך השנים עלו קולות המפקקים בנכונות טענה זו. כך למשל ציין השופט ריבלין, בעניין **אומץ**:

העובדה שבמקרה דנן הגוף הנחקר הוא שמינה את הגוף החוקר אינה מהווה טעם המצדיק התערבותנו. [...] יש לציין כי הסמכות של בדיקת דרג מדיני על ידי ועדה שהוא ממנה היא סמכות מקובלת. בשיטות אחדות היא השיטה בלעדית. במדינות אחרות, בהן קיים מוסד בדיקה מקביל, הגורם המורה על הקמת וועדת הבדיקה הוא הרשות המבצעת. [...] בדומה לוועדת הבדיקה הממשלתית המוקמת מכוח סעיף 8א, גם בבריטניה השר הוא שממנה את חברי הוועדה (סעיף 4 לחוק האנגלי) וקובע את נושאי הבדיקה, את היקפה וכן אם יוגשו המלצות (סעיף 5 לחוק האנגלי). בניו זילנד ובאוסטרליה חולשת הרשות המבצעת על מינוי ועדות חקירה [...] יצוין כי הדעה הרווחת שם היא כי אין בעובדה שמינוי הוועדה נעשה על ידי הרשות המבצעת כדי לפגום בעצמאות הוועדה או באי תלותה [...] באופן דומה, בקנדה נעשה מינוי ועדות החקירה [...] הממונה על ידי שרי הממשלה. [...] אכן, מינויים נוספים, של נושאי משרה שלטונית, דוגמת היועץ המשפטי לממשלה ופרקליט המדינה, נעשים על ידי הממשלה. משלא נמצא פסול בעצם המינוי לתפקיד, הרי שמרגע המינוי חל עקרון 'ניתוק חבל הטבור' ובעל התפקיד מחויב בעצמאות מקצועית במילוי תפקידו ובאי תלות בגורם הממנה אותו. באופן דומה, משלא מועלית על ידי העותרות כל טענה אישית כנגד חברי הוועדה בהרכבה הנוכחי, חזקה על ועדת וינוגרד כי היא עושה מלאכתה נאמנה, וכי היא פועלת באופן עצמאי ובלתי תלוי לחלוטין בממשלה, שמינתה אותה.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> הולצמן-גזית וסוליציאנו-קין, לעיל ה"ש 10, עמ' 254.

<sup>64</sup> צבי אגמון "רק ועדת חקירה ממלכתית תשקם את אמון הציבור" **כלכליסט** (9.11.2023) (להלן: אגמון).

<sup>65</sup> עניין **אומץ**, לעיל ה"ש 56.



קלגסבלד הוסיף וטען, שדווקא הצורך הברור להקנות לוועדה את אמון הציבור, מפחית את ההכרח להוציא את מינוי חברי הוועדה מידי הממשלה, שכן העובדה שהיא בחרה להקים ועדת חקירה מלמדת שהיא בעלת האינטרס המרכזי שוועדה זו תזכה לאמון רב. לדבריו: חששו של המחוקק לתדמיתה הציבורית של הוועדה מתעלם מהאינטרס של הממשלה עצמה בקיום חקירה שתוצאותיה יתקבלו על-ידי הציבור. בכינון ועדה כזו יש לממשלה עצמה עניין מובהק במינוי חברים העומדים מעל לכל חשד, שאחרת תיכשל בהשגת המטרה שלשמה הקימה את הוועדה.<sup>66</sup> ואמנם, לגישתו של קלגסבלד, "נימוקים אלה מוליכים למסקנה כי עדיף להתיר את סמכות מינוי חברי הוועדה בידי הממשלה".<sup>67</sup>

ואכן, נראה שהממצאים האמפיריים גם הם אינם תומכים בהשערה שאמון הציבור מחייב את מנגנון המינוי. במחקר שערכו הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן סביב פרסום דו"ח וינוגרד (אשר הייתה ועדת בדיקה ממשלתית שחבריה מונו על ידי הממשלה), נבדקה השפעתם של רכיבים מסוימים על אמון הציבור בממצאי הוועדה.<sup>68</sup> המחקר מצא אמנם קשר מסויים בין מינוי שופט ליו"ר הוועדה לבין אמון הציבור בממצאי החקירה;<sup>69</sup> אך לעומת זאת, לא נמצא קשר ישיר בין מנגנון המינוי של חברי הוועדה לבין מידת האמון הציבורי בממצאי החקירה.<sup>70</sup> למעשה, כעולה מהמאמר, הגורם העיקרי שהשפיע על מידת האמון הציבורי בממצאי החקירה, הוא מידת הביקורתיות של המסקנות כלפי הגורמים הנחקרים.<sup>71</sup> אכן, מוטב לבחון את ממצאי המחקר עם קורטוב מלח. מדובר במחקר אמפירי בודד, שנערך לפני קרוב לשני עשורים; מה גם שידועים דברי חכמים "לא ראינו – אינו ראינו".<sup>72</sup> ועם כל זה: מנגנון המינוי הוא מנגנון חריג ברמה ההשוואתית, ועתיר קשיים ברמה הקונספטואלית. ההצדקה היחידה שניתנה לו לעמוד בפרץ נגד כל טענות הנגד, היא היותו הכרחי לצורך הבטחת אמון הציבור. ממילא, אף אם ניחס משקל יחסי בלבד לממצאים האמורים, הרי שעשוי להיות בכך די כדי להטות את הכף לחובת המנגנון הקיים, ולהצדיק

<sup>66</sup> קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 198. אמנם, יש מקום להסתייג מקביעה נחרצת זו. יכולות להיות נסיבות שבהן הממשלה תעדיף להקריב מעט מהאמון הציבורי בוועדה, על מנת להבטיח שהוועדה תקבע ממצאים שיתאימו לה; מכל מקום, ייתכן שהממצאים האמפיריים שיוצגו להלן מלמדים שאין להפריז במשקלו של חשש זה.

<sup>67</sup> שם. כאמור, בעת האחרונה השמיע קלגסבלד דעה אחרת, ואמר כי לדידו מוטב להשאיר את סמכות המינוי בידי השופטים. וראו קלגסבלד וסגל, לעיל ה"ש 30.

<sup>68</sup> הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10.

<sup>69</sup> שם, עמ' 268. ראוי לציין שהמחקר לא ביצע הבחנה בין ההשפעה של עצם חברותו של שופט בכיר בוועדה, לבין היותו יו"ר הוועדה דווקא.

<sup>70</sup> שם.

<sup>71</sup> שם, עמ' 269. אמנם, עורכי המחקר ציינו כי עשויה להיות משמעות עקיפה למנגנון המינוי, שכן "ככל שהוועדה עצמאית יותר בשל מאפייניה המבניים כן גדל הסיכוי [...] למתן דוח פומבי מוסמך וביקורתי" (עמ' 270); אך השערה זו אינה נתמכת בממצאי המחקר, ועומדת, הלכה למעשה, בסתירה קלה עם מסקנתם המרכזית והמוצהרת, שלפיה "המאפיינים המבניים המבדילים בין ועדת חקירה ממלכתית לבין ועדת בדיקה ממשלתית אינם משפיעים על אמון הציבור בממצאי החקירה" (שם).

<sup>72</sup> משנה עדיות ב, ב. ובהשאלה לעולם האמפירי, אי-מצאית קשר אין משמעה ממצא דפניטיבי לאי קיומה של תופעה (בהשוואה למציאת קשר). כמו בכל מחקר אמפירי, יכולות להיות שלל סיבות לאי-מצאית קשר, וביניהם טווח הטעות הסטטיסטית, מאפייניו הפרטניים של אותו מחקר, גודל קבוצת הנבדקים, ועוד.

מעבר למנגנון חלופי. ואכן, בפרקים הבאים של המאמר, אציג מדוע, אף אם קיים קשר בין הגורם הממנה לבין אמון הציבור, הרי שקשר זה אינו תומך בהותרת המודל השיפוטי על כנו. לסיכום פרק זה, חלק נכבד מהפגמים במודל השיפוטי, עליהם הצבעתי עד כה, היו ידועים מראש עוד קודם לחקיקת החוק, והתגשמו במלואם. חלקם התבררו בעשורים שחלפו. אולם כפי שאציג מיד, בעיות אלה מתגמדות לעומת בעיות חדשות שצצו כתוצאה מהתמורות שחלו בעשורים האחרונים באופיו של בית המשפט העליון ובאופן בו הוא נתפס בקרב הציבור.

#### ד. על ניגוד עניינים ואובייקטיביות: הרשות השופטת כגורם נחקר

כאמור, אף אם נתעלם מהממצאים האמפיריים האמורים, או נפחית מחשיבותם, דומה שלא ניתן עוד להישען על הרצון בוועדה בלתי-תלויה כהנמקה למנגנון המינוי הקיים, גם בשל העובדה שהמציאות העומדת בבסיס ההנמקה הזו השתנתה ללא היכר. כפי שנטען לעיל, בעת הבחירה במנגנון המינוי וכן בכתיבה המשפטית שעסקה בו לאורך השנים, רווחה ההנחה, כמובן מאליו, שבבחירת שאלות מדיניות, מחדלים ואסונות שתחת אחריות הרשות המבצעת, בית המשפט מהווה גורם ניטרלי; צופה מהצד.<sup>73</sup> כפי שסיכם זאת המלומד אברהמי:

השופטים נהנים מאי-תלות ומחוסר מעורבות בנושא החקירה. עד כה זכו שופטי ישראל להערכה, יוקרה ואמון. ועדה שעומד בראשה שופט נהנית מכל אותן סגולות החיוניות לה כדי שתוכל למלא את תפקידה כיאות.<sup>74</sup>

שורשי תפיסה זו שזורים היטב בדבריו של השר שפירא, אשר ציין כמובן מאליו כי "אם שטטוש הגבולין בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת מוחש מדי פעם בפעם, הרי התיחום בין הרשות המבצעת והרשות השופטת הוא תיחום ברור מאד".<sup>75</sup> עד כדי כך, שכאמור לעיל ניתן לזהות השקפה שלפיה ועדת החקירה אל לה לגעת כמלוא הנימה בתוצריו של ההליך השיפוטי, וייתכן אף שמן הראוי שאלה יזכו לחסינות במסגרת עבודת הוועדה.<sup>76</sup>

תפיסה זו, אשר נראתה כמובנת מאליה במשך שנות-דור, אבד עליה הכלח. אכן, במציאות שבה בית המשפט משמש כגוף שמלאכתו מתמצית בכירור סכסוכים בין פרטים, ובהענקת סעד פרטני וצדק מקום בו הוא הכרחי, הרי שקיימת הצדקה של ממש להימנע מגרירתו אל מגרשה של הרשות המבצעת, אל עבר המדיניות הציבורית ושאלת עיצוב והתוויית דרכי הפעולה של רשויות המנהל. ואמנם, המקרים בהם התעורר החשש מפני התערבות ועדות החקירה בעבודת הרשות השופטת, דוגמת עניין אלון,<sup>77</sup> נגעו להליכים פליליים, שהם מטיבם נושאים אופיי פרטני; לחם חוקה של הרשות השופטת מימים ימימה. אולם, ככל שגוברת מידת התערבותה האקטיבית של הרשות השופטת במלאכת הרשות המבצעת, כך פוחתת הצדקה להענקת חסינות שכזו לפעולתה של הרשות השופטת. אבקש להמחיש זאת בעזרת תרחיש דמיוני. נניח שגופי המודיעין היו מחזיקים במידע המחשיד את

<sup>73</sup> ראו לעיל הדיון בפרק ב.

<sup>74</sup> אברהמי, לעיל ה"ש 22, שם.

<sup>75</sup> פרוטוקול הכנסת, לעיל ה"ש 4, עמ' 535.

<sup>76</sup> ראו לעיל ה"ש 26-27 ובטקסט שבסמוך.

<sup>77</sup> לעיל ה"ש 26.

פלוני, אזרח חוץ, בקשרים עם מדינת אויב. על בסיס תשתית זו, החליט שר הפנים לאסור על כניסתו לישראל. בית המשפט התערב בהחלטתו של השר, וקבע כי היא איננה מידתית בנסיבות העניין. לאחר מעשה התברר, כי אותו אדם אסף בביקורו מידע אסטרטגי, העבירו לידי אויב – והדבר הביא לפגיעה אנושה בביטחון המדינה. האם יעלה על הדעת שוועדת החקירה שתבחן את האחריות לאירוע החמור, תימנע מלחקור את חלקו של אותו פסק דין, שכן מדובר למעשה בתקיפת "פסק דין חלוט"? האמנם ראוי שבמקרה כזה (בהתאם להצעה שהזכרתי לעיל),<sup>78</sup> תותנה עבודת הוועדה באישור נשיא בית המשפט העליון?

המקרה שתיארתי הוא פרי הדמיון בלבד; אך אין הוא רחוק מהמציאות כפי שניתן היה לחשוב. דומה שאין חולק בדבר שינוי המגמה שהתחולל בשלושת העשורים האחרונים בבית המשפט העליון, ביחס לאופן והיקף מעורבותו במלאכת הרשות המבצעת.<sup>79</sup> ואכן, קושי דומה ואמיתי לגמרי, התעורר אך לאחרונה עם פרסום דו"ח ועדת נאור-ברלינר לחקר אסון מירון.<sup>80</sup> במסגרת דינוי הוועדה, עלה כי הפקעת מתחם הקבר עשויה היתה למנוע את האסון הנורא, אשר עליו נאמר כי "הכתובת היתה על הקיר". כדברי הוועדה:

רק כך ניתן יהיה להתמודד עם הליקויים הרבים שיש לתקן במקום ולמנוע את חזרתם בעתיד. מעורבותם של ההקדשות באתר וריבוי האינטרסים שנבע מכך הביאו לסרבול ולמחלוקות רבות. הן מנעו בפועל את ניהולו השוטף של האתר ואת פיתוחו במידה שמתאימה לאתר דתי מקודש המושך אליו מבקרים רבים מאוד. בשים לב לכל האמור, לעמדת רוב חברי הוועדה, הליך ההפקעה נדרש מן הבחינה המעשית [...] חברי הוועדה שבדעת הרוב הגיעו לכלל מסקנה כי ההפקעה היא אמצעי הכרחי לניהול תקין של המתחם ולשמירה על חיי אדם.<sup>81</sup> ואמנם, הכתובת היתה על הקיר. כבר בשנת 2008, פרסם מבקר המדינה חוות דעת המתריעה מפני הסכנה שבניהול האתר בידיים פרטיות. לדבריו:

לדעת משרד מבקר המדינה דרך פעולתה של הממשלה על זרועותיה בנוגע למתחם קבר רשב"י אינה יכולה להישאר בעינה [...] היא גם מסכנת את מאות אלפי המבקרים בו ופוגעת באופן חמור בסביבה. על משרד התיירות, משרד המדע, התרבות והספורט, משרדי המשפטים והבריאות, המועצה האזורית מרום הגליל, המרכז הארצי לפיתוח המקומות הקדושים, הממונה על המקומות הקדושים, מע"ץ והמשטרה לשתף פעולה ולנקוט את כל הצעדים הנדרשים כדי לשנות את המצב באתר. בנוסף, נדרשת בחינה מקיפה ומהירה

לעיל ה"ש 27

<sup>78</sup> כפי שמקובל להסביר, שינוי זה החל בהדרגה במהלך שנות ה-80, עם עליית כוחם של "השופטים החדשים" בהובלת הנשיאים שמגר וברק – כאשר קו פרשת המים, כפי שהתקבע בדעת הקהל בישראל, מצוי ב"מהפכה החוקתית" שהתחוללה עם כינון חוקי היסוד שעסקו בזכויות האדם, ועם ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**). וראו: יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי** 120-148 (2022); ברכיהו ליפשיץ "הו, תמימות לא-קדושה" **בלוג רשות הרבים** (23.2.2023); יחיאל אורן-הרוש "הרפורמה במערכת המשפט: כתב הגנה" **השילוח** 33, 39, 42-43 (התשפ"ג) (להלן: אורן-הרוש).

<sup>80</sup> דו"ח ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון (פורסם ביום 6.3.24) (להלן: דו"ח ועדת מירון).

<sup>81</sup> שם, עמ' 97.

**של האפשרות למסור את הניהול והתחזוקה של המתחם ושל השטחים****מסביבו לידי גורם מרכזי אחד – מטעם המדינה או גורם אחר בפיקוחה.**<sup>82</sup>

בשנת 2011, שב מבקר המדינה וקבע כי "לדעת משרד מבקר המדינה [...] השלמת מהלך הפקעת המתחם עשויים לסייע להשליט סדר במקום".<sup>83</sup> ואמנם, בשנת 2013, בהתאם לעמדת המבקר והמלצת הוועדה המייעצת לענייני הפקעות – הורה שר האוצר דאז לפיד על הפקעת האתר במירון. דא עקא, זמן קצר לאחר מכן, הוגשו לבג"ץ שורת עתירות התוקפות את החלטת שר האוצר. בדיון שנערך, הבהירו השופטים חיות ופוגלמן לנציגי המדינה, כי דעת ההרכב אינה נוחה מהחלטת המדינה להפקיע את המתחם. כפי שאמרה השופטת (כתוארה אז) חיות:

אנו מוטרדים מהפתרון שבחרתם לנקוט בו, דהיינו אמצעי ההפקעה [...] אנו תוהים אם יש קשר רציונלי בין האמצעי שנקטתם לבין האמצעי שאתם רוצים להגיש, והאם זה האמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>84</sup>

המדינה הביעה תחילה התנגדות לנקיטה בפתרון חלופי. כפי שציין נציג המדינה בדיון: הכי קל למדינה לבוא ולעצום את עניה או לעצום עניה חלקית ולומר העסק בסדר. הוא מתנהל. המדינה משקיעה 5.8 מיליון ₪ בשנה רק על תחזוקת האתר. עוד 5 מיליון ₪ על ההילולה בכל שנה, המדינה יכולה לומר אנו שמים את הכסף בכל שנה נעצום עיניים וניתן לדברים להתנהל. הביטוי הזה להכניס ראש בריא למטה חולה עלה לא אחת.<sup>85</sup>

השופטים לא נסוגו. השופטת חיות שבה ואמרה "ברור לנו שאנו רוצים ללכת לפתרון שהוא פחות דרסטי מהפקעה". השופט (כתוארו אז) פוגלמן סיכם: אנו מבינים את החששות. הרעיון הוא למצוא את המודל המשותף. המודל יעבוד בפרק זמן של כשנה ניסיוני. [...] נראה לי שכל הצדדים יכולים לחיות עם זה. מי שמאמין בטענות שלו צריך לתת הזדמנות.<sup>86</sup>

בעקבות עמדת השופטים, ובעצתם, עוכב הליך ההפקעה, והצדדים פנו להליך גישור על מנת לגבש הסדר חלופי. ביני וביני, חלפו שנים רבות, אשר במהלכן המשיך אתר מירון להתנהל בליט דין ולית דיין. לבסוף, בשנת 2020 (כלומר קרוב ל**שבע שנים** לאחר מועד ההפקעה המתוכנן), ולאחר שבית המשפט קיים שני דיונים נוספים על מנת ללחוץ את הצדדים להסכים לפתרון אחר,<sup>87</sup> הסכימה המדינה להימנע מהפקעת המתחם ולהסתפק בהצעה החלופית שהציע המגשר. כפי שנכתב בפסק הדין:

<sup>82</sup> מבקר המדינה חוות דעת: מצב קבר רבי שמעון בר יוחאי (רשב"י) במירון וההיערכות לל"ג בעומר 27 (2008) (ההדגשות הוספו – י.א.).

<sup>83</sup> מבקר המדינה קובץ דוחות ביקורת לשנת 2011, התשע"ב 231 (2011).

<sup>84</sup> בג"ץ 48/14 ישיבת התנא הקדוש רבי שמעון בר יוחאי זיע"א שליד הקדשות הספרדים בצפת ובמירון נ' שר האוצר, פרוטוקול דיון מיום 18.4.2016, עמ' 17.

<sup>85</sup> שם.

<sup>86</sup> שם, עמ' 18.

<sup>87</sup> ביום 12.9.2018 וביום 27.1.2020.

הוסכם על הסדר זמני לתקופה של שלוש שנים שיבוא בשלב זה חלק ההפקעה, תוך שהמדינה הבהירה כי היא שומרת על זכותה לחדש את ההפקעה אם יתברר שההסדר אינו מיושם במהלך התקופה האמורה.<sup>88</sup> למרבה הצער, ההסדר הזמני לא בא אל סופו. האסון אירע פחות משנה וחצי לאחר מתן פסק הדין, והוכיח, מאוחר מדי, שההסדר החלופי שהתקבל בלחץ בית המשפט – כשל. ההפקעה לא התרחשה במועדה, וחיי אדם יקרים מפז הלכו לבלי שוב. דו"ח ועדת החקירה המפורט, מתאר את השתלשלות העניינים האמורה, לצד המסקנה המתבקשת. עם כל זה, הוועדה לא ראתה לנכון להתייחס לחלקם של השופטים, ולו ברמז, במסגרת פרקי המסקנות שבדו"ח. מבין 189 העדים שהעידו במהלך עבודת הוועדה, לא ראתה הוועדה לנכון לשמוע אף לא אחד מהשופטים שישבו בדין, ולבחון את השלכת מעורבותם על האסון שהתרחש.<sup>89</sup>

דומה כי דוגמה זו ממחישה היטב את הצורך להתאים את צורת ההסתכלות על ועדות החקירה הממלכתיות. לא ניתן עוד להתעלם מחלקם ההולך וגובר של הרשות השופטת בשטחה של הרשות המבצעת. במציאות זו, קשה להצדיק את ה"חסינות" שהיא זוכה לה במסגרת ועדות החקירה. קשה עוד יותר לקבל את הטענה שמנגנון המינוי מונע מראיית עין של ניגוד עניינים בין החוקר לנחקר. השופטת חיות, שהבהירה לנציגי המדינה כי עליהם למצוא פתרון חלופי להפקעת המתחם במירון – היא שמינתה, כנשיאת בית המשפט העליון, את הרכב ועדת החקירה שדנה בנוזקים שנגרמו, בין היתר מחמת אי-הפקעת המתחם. כזכור, בעניין **אומץ**,<sup>90</sup> טענו חלק משופטי בית המשפט כי במקרים מסוימים אף ראוי לפסול את החלטת הממשלה להקים ועדת בדיקה ממשלתית – בשל ניגוד עניינים שכזה. דוגמה זו מחייבת גם חשיבה מקדימה, לקראת החקירה שתצטרך להתרחש בעתיד לחקר מאורעות שמיני עצרת, ולחקר ניהול מלחמת חרבות ברזל. אין לכחד; לא פעם התערב בית המשפט העליון, ב"עשה" ו"לא-תעשה", בפעולתם של כוחות הבטחון – גם בעניינים בעלי משמעות מבצעית של ממש.<sup>91</sup> במהלך השנים, עלו טענות רבות (לאו דווקא על בסיס אדנים

<sup>88</sup> בג"ץ 48/14 ישיבת התנא הקדוש רבי שמעון בר יוחאי זיע"א שלידי הקדשות הספרדים בצפת ובמירון נ' שר האוצר (נבו, 28.1.2020).

<sup>89</sup> דו"ח ועדת מירון, לעיל ה"ש 80, עמ' 293.

<sup>90</sup> לעיל ה"ש 56.

<sup>91</sup> וראו דברי נשיאת בית המשפט העליון, השופטת אסתר חיות, בכנס הבינלאומי השנתי ה-12 של המכון למחקרי ביטחון לאומי (ה-INSS) (29.1.19): "יודגש – לצד מדיניות אי-ההתערבות שבה נוקט בית המשפט במקרים מתאימים אשר את חלקם הדגמתי לעיל, אין בית המשפט מהסס לערוך ביקורת שיפוטית כאשר מובאות לפתחו שאלות משפטיות עקרוניות המצדיקות התערבות". והשוו: מיכאל ספרד **החומה והשער – ישראל, פלסטין, והמאבק המשפטי לזכויות אדם** (2018); זאב לב 50 חטאי בג"ץ **התנועה למשילות ודמוקרטיה** (עמ' 2-4). דוגמה נוספת ומובהקת, הזכיר לאחרונה המשנה לנשיאה (בדימוס), השופט חנן מלצר, בכנס לשכת עורכי הדין (26.5.2024): "היה מבצע חומת מגן וחמאס והג'יהאד האיסלאמי תפסו את כנסיית המולד [...] והיה חטופים ובני ערובה בתוך הכנסייה, ואנחנו עשינו מצור על הכנסייה [...] הגישו בג"ץ [...] נגד שר הביטחון על ההתנהלות של צה"ל במסגרת הזו [...] ואז בג"ץ מצא לנכון, תוך כדי הלחימה, לנהל את האירוע ובעילה של סבירות הוא ניהל את האירוע". נראה שהשופט מלצר מתייחס בדבריו לבג"ץ 3451/02 **אלמדני נ' שר הביטחון** (נבו, 2.5.2002). אמנם, קריאת פסק הדין אינה חושפת באופן מלא את מידת מעורבותו של בית המשפט בניהול המצור, כפי שהתבטאה בדיונים שנערכו. וראו: רן רוזנצוויג וצבי מינץ **בג"ץ 3451/02 אל-מרני**: בחינת חוקיות המצור על כנסיית המולד בעיצומה של הלחימה" באתר **צה"ל** (להלן: רוזנצוויג ומינץ).

מוצקים), שלפיהן התערבויות בית המשפט העליון, במעשה וברמיזה, השפיעו באופן ספציפי גם על מדיניות הביטחון ביחס לרצועת עזה.<sup>92</sup> לאחרונה, הרשות השופטת אף הגיבה בפומבי לאחת הטענות הללו, במסגרת הודעה לעיתונות.<sup>93</sup> ניתן לראות דוגמאות מעשיות לכך גם לאחר פרוץ מלחמת חרבות ברזל. כך למשל לפני חודשים ספורים הוגשה עתירה המבקשת מבית המשפט להורות לממשלה להגביר את הסיוע ההומניטרי לרצועת עזה.<sup>94</sup> אין ספק שעתירה שכזו מעצם טיבה, נכנסת עמוק אל תוך קרביה של מלאכת ניהול המלחמה, וכל החלטה בה עשויה להיות בעלת משמעויות ביטחוניות ומדיניות מרחיקות לכת. בית המשפט לא מנע עצמו מלדון בעתירה זו; נהפוך הוא. בדיון שהתקיים ביום 4.4.2024, ושוודר בשידור חי, הכניסו עצמם השופטים לעובי הקורה, תוך בחינה דקדקנית של פרטים דוגמת מספר משאיות הסיוע הנכנסות, האזור ברצועה שממנו הן נכנסות, אתר העגינה של אוניות סיוע, ועוד.<sup>95</sup>

אמנם אין מחלוקת על כך שברבות מהעתירות שנגעו בעניינים הללו נמנע בית המשפט, בסופו של דבר, ממתן צו;<sup>96</sup> אך מן המפורסמות שבהליכים המתנהלים בפני בג"ץ, פעמים רבות אין פסק הדין חושף את מלוא השתלשלות האירועים. די בהצעה או ברמיזה מבית המשפט העליון, על מנת להביא את רשויות המנהל למהר וליישם את רוח הדברים – גם מבלי לקבל צו המורה על כך.<sup>97</sup> בית המשפט הישראלי, המבצע שימוש נרחב בדוקטרינת "אפקט-

<sup>92</sup> כך למשל, עלו טענות על חלקה של מערכת המשפט בשינויים בנהלי הפתיחה באש, שהביאו לשחיקת רצועת הביטחון סביב רצועת עזה. לסקירה עדכנית של הטענות שעלו לאורך השנים ראו עקיבא ביגמן "הדרך אל המחלוקת: כך נשחק הקו האדום בגבול עזה" מידה (24.10.2023); צבי סדן "האם גם שופטים יקראו לחקירה תחת אזהרה?" ערוץ 7 (12.11.2023); קלמן ליבסקינד "ביום שאחרי, גם בית המשפט העליון יהיה חייב לערוך חשבון נפש" מעריב (27.10.2023).

<sup>93</sup> ראו "הודעה לעיתונות בעניין טענות בדבר שינוי הסדרי הביטחון והוראות הפתיחה באש בגבול רצועת עזה על ידי בג"ץ" הרשות השופטת (19.11.2023).

<sup>94</sup> למשל, מני כמה, בג"ץ 2280/24 גישה – מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' ממשלת ישראל.

<sup>95</sup> "דיון בבית המשפט העליון בעתירה שעניינה הסיוע ההומניטרי לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה" YouTube (4.4.2024).

<sup>96</sup> דוגמה מובהקת היא בג"ץ 3003/18 יש דין נ' הרמטכ"ל (נבו, 24.05.2018), שעסקה בעתירה נגד הוראות הפתיחה באש כלפי ההפגנות על גדר הרצועה. באותו עניין בית המשפט דחה את העתירות במלואן בפסק דין מפורט.

<sup>97</sup> תופעה זו עומדת במוקד ספרו של דוד זכריה קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרוור (2012). דומה כי השתלשלות האירועים שתוארה לעיל סביב פרשת כנסיית המולד מהווה אף היא המחשה חיה לכך (רוזנצוויג ומינץ, לעיל ה"ש 91). המחשה אמפירית מאלפת של התופעה, בהקשרים אחרים, ניתן למצוא במאמר של מיה רוזנפלד ותומר עינת "עתירות אסירים – הערכת יעילות ההליך המשפטי" חוקים טו (2021). במאמר מתואר שאמנם רק 4.8% מכלל עתירות האסירים מתקבלות, אך בפועל כ-60% מסתיימות במתן הסעד המבוקש או סעד חיובי אחר. לדברי המחברים (שם, עמ' 61-62): "מחקרים מלמדים שבין כותלי בית המשפט מתרחשים תהליכים חסורים מכללי ההכרעה הפורמליים. בתהליכים אלו, המתקיימים בין הצדדים ובתיווך בית המשפט, עשויים שופטים להביע את עמדתם המשפיעה על הצדדים והמביאה לשינוי בעמדתם. [...] הבנת השפעתו של ההליך המשפטי על הצדדים מחייבת התייחסות גם לתהליכים לא פורמליים המתרחשים בצילו של בית המשפט ולא רק הסתפקות בפסיקה השיפוטית. על מנת לבחון את תועלת ההליך השיפוטי אין להסתפק רק באופן ההכרעה השיפוטית (קבלה/ דחיה של העתירה) המעיד על קבלה של מספר קטן מאוד של עתירות, אלא יש לבחון את קבלת הסעד לעותר".

מצנן" בהקשרים אחרים (ובמקום אחר כתבתי שמדובר בשימוש נרחב מדי)<sup>98</sup> – ודאי אינו עיוור לכך.

חשוב להדגיש, כי אינני מתיימר לקבוע ולהכריע בטענות אודות מידת ההשפעה בפועל של פעולות בית המשפט העליון ביחס למציאות המדינית-ביטחונית שקדמה לשביעי באוקטובר, ולזו שבאה אחריו. ייתכן שאין כל בסיס לטענות הללו. אולם בין כך ובין כך סבורני שמן הראוי שהגוף החוקר שיקום בבוא היום, ייתן דעתו גם לשאלות אלה, ויעניק להן את המשקל הראוי. לא ניתן עוד לראות את הרשות השופטת כגורם חיצוני ועצמאי, מנותק-כליל מאחריות לאירועים שבמוקד החקירה. ממילא, לא ניתן עוד, להישען על הצדקה זו על מנת להצדיק את מוסד ועדת החקירה הממלכתית במתכונתו הנוכחית.<sup>99</sup>

### ה. על אמון, אי-אמון ויוקרה ציבורית

כפי שהצגתי לעיל, התכלית המרכזית להסדר הישראלי הייחודי, היא הגדלת האמון שניתן לוועדת החקירה, והפיכתה לגוף הנתפס על ידי הציבור כאובייקטיבי, בלתי-תלוי, והמורם מעל לכל מחלוקת פוליטית. בפרקים ג(3) ו-ד התייחסתי לרכיב מרכזי באותו אמון, דהיינו תפיסת חברי הוועדה החוקרת כמנותקים מהרשות הנחקרת. כאמור, אני סבור שבהתחשב בממצאים האמפיריים בנושא; בתמורות שהתרחשו בהגדרת התפקיד של הרשות השופטת; ובערוב התחומין ההולך ומתגבר בינה ובין הרשות המבצעת – הנמקה זו איבדה את תוקפה במידה ניכרת. ודוק: אין צורך להרחיק לכת ולהשתכנע שהרשות השופטת היא שותפה שווה לרשות המבצעת בניהול ובאחריות למחדלי המדינה, כדי להודות שאבד הכלח על תדמיתה כ"בלתי-מעורבת" מבחינה קטגורית בחקירת מעשיה של הרשות המבצעת.

לא די בכך. כפי שפתחתי,<sup>100</sup> רכיב מרכזי נוסף באותו אמון, שעלה הן מצד התומכים במנגנון הקיים והן מצד המתנגדים לו, נוגע למעמד הציבורי הרם שהרשות השופטת נהנית ממנו כעניין שבשגרה, ולתדמיתה הציבורית כגוף קונצנזואלי וא-מחנאי. כפי שסיכמ אברהמי:

כל עוד אנו מכירים בצורך ובחשיבות של ועדות החקירה ואיננו מוכנים להעביר מוסד זה מהעולם ראוי לבנותו על בסיס איתן, אין ספק שהשופטים יוכלו לשרת יותר מכל ורק הם יוכלו לשמור על יעילותו. השופטים נהנים מאי-תלות ומחוסר מעורבות בנושא החקירה. **עד כה זכו שופטי ישראל להערכה, יוקרה ואמון.** ועדה שעומד בראשה שופט נהנית מכל אותן סגולות החיוניות לה כדי שתוכל למלא את תפקידה כיאות [...] העצמאות והאמון הם הבסיס לקיומה ולהצדקתה של ועדת חקירה **ושני אלה כמעט ולא שרדו**

<sup>98</sup> יחיאל אורן-הרוש "דוקטרינת האפקט המצנן בחופש הביטוי: כרוניקה של אימוץ פזיז" בלוג רשות הרבים (24.5.2021)

<sup>99</sup> אם לא די בכך, בעת האחרונה עלו טענות הקושרות במישרין בין הצורך לחקור את המלחמה ומחדליה, לבין הצורך לחקור את הרפורמה המשפטית שהובילה הממשלה. כדברי פרופ' אליאב ליבליך בצינור ברשת X (טוויטר לשעבר): "בכל ועדת חקירה עתידית, מקום של כבוד צריך להיות לשאלה כיצד הבז העמוק של ממשלת נתניהו לשלטון החוק ולמקצועיות הלחל לדרגי שטח בצבא, וכיצד המטכ"ל והפרקליטות הניחו לזה לקרות". קשה לדמיין ניגוד עניינים גדול מכך שהרשות השופטת תנצח על ועדת חקירה שתבחן טענות ביחס לרפורמה שנגעה לה עצמה, ואשר היא לקחה חלק פעיל בהתנגדות אליה.

<sup>100</sup> ראו לעיל ה"ש 22-23, והטקסט שבסמוך.

**אלא ברשות השופטת [...] לסיכום, מערכת המשפט בישראל זכתה עד כה לכבוד ואמון בחברה הישראלית. זהו נכס יקר לא רק לשופטים אלא גם לחברה. נכס זה מניב פירות בעבודת בתי המשפט ואפשר להנות ממנו גם במסגרת ועדות חקירה.**

גם רכיב זה מצריך כיום עיון מחודש. דומה שבעת כתיבת שורות אלה, השינוי במעמדה הקונצנזואלי של הרשות השופטת, כרשות "העומדת מעל לכל הסערות הציבוריות"<sup>101</sup>, הוא בבחינת דבר המדבר בעד עצמו. אין מנוס מלהודות שבמציאות הישראלית הנוכחית, הרשות השופטת מצאה עצמה (בצדק או שלא בצדק) במעמקי הקלחת הפוליטית, ועומדת, היא עצמה, בליבה של אחת המחלוקות הציבוריות-פוליטיות הסוערות ביותר שידעה המדינה.<sup>102</sup> יש הטוענים ששינוי זה הוא למעשה תוצר לווי צפוי מראש של מעורבותו הגוברת של בית המשפט בנושאים שבמדיניות, כמתואר לעיל. ואכן, במחקר אמפירי מקיף שפורסם עוד קודם שפרצו אירועי 2023, מצאו גרבר וגבעתי כי בעשורים האחרונים, בעקבות ה"מהפכה החוקתית" של שנות ה-90, צלל אמון הציבור בבית המשפט באופן עקבי וחסר תקדים ביחס ליתר מוסדות המדינה וליתר בתי המשפט בעולם:

באמצעות נתונים אלה אנחנו מראים כי בעקבות המהפכה החוקתית ירד שיעור המשיבים בעלי אמון רב בבית המשפט בכ-34 אחוזים. ממצא זה עומד בעינו גם כאשר מנטרלים מגמות כלליות באמון הציבור במוסדות אחרים במדינות שונות. אנו בוחנים גם את התפתחות הירידה באמון בבית המשפט לאורך זמן ביחס למדינות אחרות. בחינה זו מגלה כי ביחס לשנת 1991 וביחס למדינות אחרות ירד שיעור המשיבים בעלי אמון רב בבית המשפט בישראל בשנת 1998 בכ-11 אחוזים, ובשנים 2008 ו-2018 – בכ-30–34 אחוזים. משמעות הדבר היא שאנו מוצאים שגם בהשוואה למדינות אחרות הייתה תחילתה של הירידה באמון בבית המשפט בעקבות המהפכה החוקתית מתונה, והיא הלכה והתגברה עם חלוף השנים. בהשוואה בין-לאומית הייתה רמת האמון בבית המשפט בישראל בשנת 2018 נמוכה בכשתי סטיות תקן מבשנת 2001. מדובר בירידה דרמטית.<sup>103</sup>

לשיטת גרבר וגבעתי, ממצאים אלה מגשימים את נבואתו של הנשיא לנדוי, אשר חזה כי התערבותו הגוברת של בית המשפט תביא, באופן בלתי נמנע, לזיהוי בית המשפט עם מחנה פוליטי מסוים – דבר שיגרור ירידה עזה באמון הציבור בבית המשפט.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> כדברי ח"כ פורוש, לעיל ה"ש 24.

<sup>102</sup> ראו מני רבים, אורן-הרוש, לעיל ה"ש 79.

<sup>103</sup> אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" **משפטים** נג (צפוי להתפרסם 2023), עמ' 5. הממצאים המלאים אך מחזקים את הממצא: המחברים בחנו, ושללו, שלל הסברים חלופיים לירידת האמון הקיצונית הזו דוגמת שינויים דמוגרפיים, השכלה ונטייה לפופוליזם, השפעת הרשתות החברתיות, ועוד.

<sup>104</sup> שם, עמ' 28. וראו משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" **משפטים** י 196, 200 (1980): "תנאי חיוני לפעולתם התקינה של בתי המשפט במדינה כמדינת ישראל — שבית המשפט יימנע מלעסוק בנושאים שבמדיניות, של בחירה בין השקפות עולם בענייני חברה, כלכלה ופוליטיקה השנויים במחלוקת ציבורית, כל אימת שהכנסת נתנה את דעתה על נושא מנושאים אלה והביעה את רצונה בדרך של חקיקת חוק חרות; ושכל



כאמור, מיום שפורסם מאמרם של גרבר וגבעתי, לא נרגעו הרוחות – נהפוך הוא; דומה שהם הגיעו לנקודת רתיחה. קשה להתאים בין הדברים שנאמרו אי אז במליאת הכנסת, ובספרות הוותיקה בעניין – ובין המציאות העכשווית בחברה הישראלית. הדברים מקבלים משנה תוקף ביחס לוועדת החקירה העומדת על הפרק כעת. שבעה באוקטובר פגש את היחסים בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת כשהם רעועים מאי-פעם – והם המשיכו להידרדר סביב שורת החלטות ופסקי דין שהתקבלו במהלך המלחמה.<sup>105</sup> במצב דברים זה, קשה לטעון שהפקדת מלאכת חקירת מחדליה של הרשות המבצעת הנוכחית, בידיה של הרשות השופטת הנוכחית – תביא לתוצאה הנתפסת על ידי הציבור הרחב כקונצנזואלית ובלתי-מוטה.<sup>106</sup>

### ו. הדין הרצוי: מנגנון מינוי ייצוגי

כפי שעלה מהניתוח שביצעתי במאמר, מבנה הוועדה הנוכחי, ובפרט מנגנון המינוי וזהות היו"ר – איבדו את הצדקתם המקורית, ואדרבא; מעוררים קשיים קונספטואליים ויישומיים ניכרים. אמנם, בהתאם לדעת הרוב בעניין אומץ, הממשלה רשאית, בכל עת, לבחור להקים ועדת בדיקה ממשלתית, חלף ועדת חקירה ממלכתית.<sup>107</sup> ואולם, אין להקל ראש באפשרות שבית המשפט יחליט זאת הפעם לסטות מהלכת אומץ, אשר התקבלה על חודו של קול, ולהתערב בהחלטה כזו. כאמור, היחסים בין הרשויות אינם מיטביים, ונכונותו של בית המשפט העליון להתערב במעשי הממשלה נתפסת כגבוהה מאי פעם.

בנוסף, הממשלה נתפסה תמיד (להבדיל מבית המשפט) כגורם המצוי בליבת המחלוקת הציבורית; ברי כי מצב זה הגיע בעת האחרונה לשיאים חדשים. ממילא, אף אם בעבר התקבל הרושם כי "מבחינת אמון הציבור ברוח אין חשיבות להבדל היסודי שבין ועדת חקירה ממלכתית לבין ועדת בדיקה ממשלתית",<sup>108</sup> ניתן בהחלט לחשוש שבאקלים הפוליטי הנוכחי, בו הקיטוב בין תומכי הממשלה למתנגדיה גדול מאי פעם, החלטות אשר היו מתקבלות כסבירות בעבר (למשל בהקמת ועדת וינוגרד), עדיין עשויות לעורר סערה רבתי כיום. ועדת חקירה עודנה מהווה, מבחינה פורמלית, הכלי הראשון בחשיבותו לחקר אירועים לאומיים

---

ביטול של חוק חרות על-ידי בית משפט בעניינים כגון אלה יהפוך את בית המשפט לשותף בכיר במלאכת החקירה ויעשה את השופטים בנייפלוגתא במחלוקות ציבוריות, כאשר חלק מן הציבור מוחא להם כף וחלקו האחר דוחה את פסיקתם כחד-צדדית ומוטעית מיסודה. כך יגיע בית המשפט לא רק לעימות עם הרוב בכנסת, אלא יאבד לו אותו אמון של כלל הציבור, שהוא תנאי בל יעבור למעמדו הציבורי."

<sup>105</sup> כך למשל פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות (בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (נבו, 1.1.2024)); פסק הדין בעניין חוק הנבצרות (בג"ץ 2412/23 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (נבו, 3.1.2024)); צו הביניים שניתן ביחס לחוק הגיוס (בג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון נ' שר הביטחון (נבו, 28.3.2024)), ועוד.

<sup>106</sup> חשוב להדגיש: אין כוונתי לטעון כי בית המשפט זוכה לאמון נמוך מיתר הרשויות במדינה בכלל, או מהממשלה בפרט. אין כוונתי לטעון גם כי הציבור הישראלי בכללותו איבד את אמונו בשופטים; בהחלט ייתכן שישנו ציבור נרחב אשר אירועי התקופה האחרונה אך חיזקו את מחויבותו למערכת המשפט. כל שביקשתי הוא להצביע על כך שהמצב שהתקיים בעבר, שלפיו הרשות השופטת נתפסה כגורם מאחד וא-מחנאי, אינו מתקיים עוד.

<sup>107</sup> לעיל ה"ש 56.

<sup>108</sup> הולצמן-גזית וסוליציאנו-קנין, לעיל ה"ש 10, עמ' 268.

רבי משמעות. כאשר עסקינן באירוע בסדר הגודל הנוכחי, שאין גדול ממנו, הבחירה לזנוח כלי "דרגה ראשונה" שכזה, לטובת מנגנון אחר "נוח" יותר (אף אם קיימות סיבות ענייניות לעשות כן) – צפויה להתקבל כחשודה בעיני חלק נכבד מהציבור.

הממשלה נמצאת אפוא בין הפטיש לסדן; בין בחירה בוועדה מוגבלת, חלקית ושנויה במחלוקת, לבין בחירה בוועדה גמישה ומותאמת לנסיבות – אך כזו שתצטייר מרגע הקמתה כבלתי-רצינית, ותעמוד בסכנת פסילה. בנסיבות הללו, נדמה שמן הראוי להקדים תרופה למכה, ולבחון ברצינות את שינוי חוק ועדות חקירה. שינוי שכזה בעת הזו הוא צו השעה. כאמור, אחת מתכליותיו המרכזיות של מוסד ועדת החקירה, הוא לשכך סערה ציבורית המתחוללת. בעת הזו, ולנוכח הקיטוב הרב השורר בחברה הישראלית, נדרשת ועדת חקירה שתשכך את הלהבות; לא תלבה אותן.

בעבר, בימים רגועים מאלה, הועלו כבר הצעות לשינויי חקיקה מרחיקי לכת. כך למשל, הציע קלגסבלד לשנות את חוק ועדות החקירה כך שיעניק לגורם הממנה (ויהא זה שר או הממשלה כולה) חופש כמעט מוחלט ביחס להרכב הוועדה, מספר חבריה והעומד בראשה:

הצעתי היא לחוקק חוק חדש ומפורט [...] חוק זה יסדיר את דרך ההקמה והמינוי, את הסמכויות וההגנות ואת ההליכים של ועדת חקירה המוקמת מכוחו. מדובר בוועדת חקירה ממשלתית מסוג חדש, שתחליף גם את ועדת החקירה הממלכתית וגם את ועדת הבדיקה הממשלתית. מדובר בוועדה גמישה ורב תכליתית, היכולה להיות מוקמת לצרכים ומטרות מגוונים – מוועדה לבירור פרשה מוגבלת בעלת חשיבות שבתחומו של משרד מסוים שתוקם בידי שר, ועד ועדה לבירור פרשה לאומית מן הסוג של 'עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית' שתוקם בידי הממשלה כולה. השוני בין נושאי החקירה, חשיבותם הנבדלת וזהותם השונה של מקימי הוועדה, יבואו לידי ביטוי בהרכב המשתנה של הוועדות (מספר חברי הוועדה, זהות חברי הוועדה, העמדת שופט (או שופט בדימוס) בראש הוועדה) ובסמכויות שיוענקו לוועדה לצורכי החקירה. הצעה זו מבוססת על התאמת הדין ללקחים הקשורים בהקמתן ובפעולתן של ועדות חקירה בישראל ולהתפתחויות בחקיקה בשיטות משפט הדומות בהקשר זה לשיטה הישראלית (ובעיקר לחקיקה האנגלית החדשה).<sup>109</sup>

אף שמבחינה עיונית דומני שניתן להצדיק נקיטה במודל זה, לא ניתן להתכחש לעובדה שאימוצו כעת, בעיתוי שכזה, עשוי לעורר גם הוא התנגדות ציבורית. הדברים נכונים על אחת כמה וכמה, בהינתן הקיטוב שהזכרתי לעיל, והחשדנות הקיימת בחלקים נרחבים מהציבור ביחס לממשלה המכהנת. אף שהמודל הנוכחי של ועדת החקירה מעולם לא נועד כדי שזו תשמש "שומר סף" ביחס לרשות המבצעת, ומעולם לא נטען זאת לגביה, קיימת סבירות רבה שבאקלים הנוכחי כל הצעה לשינוי תעורר טענות לפגיעה בשלטון החוק ובשומרי הסף.<sup>110</sup> כאמור, בית המשפט כבר הביע בעבר מורת רוח גלויה מנטיית הממשלה לבכר מנגנוני חקירה

<sup>109</sup> קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, עמ' 29-30. והשוו לאמור בה"ש 61.

<sup>110</sup> למעשה, טענה זו כבר נשמעה ביחס להצעות אחרות שעלו להקים ועדת חקירה ייחודית לחקר אירועי שבעה באוקטובר. וראו למשל: צבי זרחיה "ההפיכה המשטרית חוזרת למושב הקיץ של הכנסת במסווה של חוקים פרטיים" כלכליסט (15.5.2024).

שאינם בשליטתו;<sup>111</sup> וקיים חשש לא מבוטל ששינוי כזה, כעת, עלול להביא להתערבות שיפוטית אשר רק תמשיך להחריף את יחסי הרשויות. בנסיבות הללו, דומה שיש לחפש מנגנון חלופי צנוע יותר, אשר יגשים בצורה מיטבית את הרצון להעניק לוועדה גושפנקא אובייקטיבית ונטולת פניות, ויבטיח שנציגי הוועדה שייבחרו, לא ייתפסו כמשקפים צד אחד בלבד במחלוקת הפוליטית.

כידוע, קיימות מספר דרכים להגיע לתוצאה ניטרלית. ניתן להגיע לתוצאה כזו באמצעות גורם חיצוני ובלתי תלוי – או להיפך, באמצעות ייצוג שוויוני והוגן לכלל בעלי האינטרס. כך למשל, כל משפטן שהתנסה בהליך בוררות יודע, שהשגת טריבונל בוררים ניטרלי יכולה להתבצע בשתי דרכים: ניתן להוציא את הצדדים הניצים ממלאכת המינוי, ולמסור אותה בידי גורם חיצוני ובלתי-תלוי;<sup>112</sup> ולחלופין, ניתן לייצר מנגנון בחירה בו הצדדים הניצים מעורבים באופן שוויוני בתהליך המינוי. דבר כזה יכול להתבצע באמצעות הליך מינוי משותף בו הצדדים מסכימים ביניהם על בורר מוסכם, או לחלופין באמצעות נקיטת מודל של זבל"א,<sup>113</sup> בו כל אחד מהצדדים בוחר בורר אחד מטעמו, ושני הבוררים גם יחד בוחרים את הבורר השלישי.

מחוקקי חוק ועדות חקירה, ביקשו לילך בדרך הראשונה. אך דומה שבמציאות הישראלית הנוכחית, קשה לזהות גוף מוסכם, אשר נתפס על ידי חלקו הארי של הציבור כא-פוליטי באופן קבוע, ואשר ניתן למסור לידיו את מלאכת מינוי חברי הוועדה.<sup>114</sup> הצעתי היא לבחור אפוא באפשרות השנייה.<sup>115</sup>

אמנם, ההשוואה להליך בוררות אינה לחלוטין במקומה, שכן ועדת חקירה אינה מקיימת הליך אדוורסרי, ומתנהלת בהיעדר "ריב" בין שני צדדים.<sup>116</sup> עם זאת, ניתן, באופן עקרוני, לבחון מודל ייצוגי בו חברי ועדות החקירה ייבחרו במשותף על ידי הממשלה מחד, והאופוזיציה מאידך.

אמנם, יש קושי מסויים בהעמדת האופוזיציה, ברמה ההצהרתית, כגוף פורמלי ואחוד העומד אל מול לממשלה. לא מדובר ב"ממשלת צללים" מוסדית ומאורגנת, ולא בכדי קיימים מנגנונים סטטוטוריים בודדים בלבד המכירים באופן פורמלי במושג ה"אופוזיציה".<sup>117</sup> ובכל

<sup>111</sup> ראו לעיל ה"ש 59 ובטקסט שבסמוך.

<sup>112</sup> פרקטיקות מקובלות הן למשל קביעה שהבורר ימונה על ידי בית המשפט, על ידי מוסד בוררות פלוגי, או על ידי ראש לשכת עורכי הדין.

<sup>113</sup> ראשי תיבות של הביטוי "זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד" – בהשראת המשנה במסכת סנהדרין ג, א.

<sup>114</sup> בעת האחרונה עלו קולות שקראו להעביר את סמכות המינוי לידי של נשיא המדינה (ראו למשל "דיווח: נתניהו רוצה שהרצוג יבחר את ראש ועדת החקירה; הנשיא - לא אשתף פעולה" N12 (2.6.2024)). עם זאת, לידי פתרון זה אינו ישים כפתרון קבע, שכן מוסד הנשיאות אינו זוכה תמיד לתדמית א-פוליטית, והדבר תלוי רבות בזהות הנשיא.

<sup>115</sup> ואמנם, כבר בעת חקיקת החוק עלו הצעות אלטרנטיביות למנגנון מינוי ייצוגי שכזה. כך למשל הציע ח"כ רפאל להקים "ועדת מינויים קבועה" בת 7 חברים, שתכלול 2 נציגים שייבחרו על ידי הממשלה, 2 על ידי הכנסת, 2 על ידי בית המשפט העליון, ו-1 על ידי בית הדין הרבני הגדול לערעורים. וראו פרוטוקול קריאה שניה ושלישית, לעיל ה"ש 21, עמ' 911.

<sup>116</sup> ראו לעיל 34 והטקסט שבסמוך.

<sup>117</sup> להרחבה ראו יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217 (התשס"ח). מכיוון שהממשלות אינן הומוגניות בהכרח, פעמים רבות ישנן מפלגות "אופוזיציה" משני צידי המפה הפוליטית,

זאת, ניתן בהחלט להצביע על גוף פורמלי הנוגע לדבר, אשר עשוי לספק את משקל הנגד האופוזיציוני לממשלה – הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת. כידוע, אחד מתפקידיה הפורמליים של הכנסת, הוא להוות גוף המפקח על עבודת הממשלה.<sup>118</sup> ככלל, מקובל לפקפק ביכולתה של הכנסת לבצע תפקיד זה באופן אפקטיבי, שכן כמעט כל ממשלה הזוכה לאמון הכנסת, מחזיקה ברוב אוטומטי בה.<sup>119</sup> על כל פנים, ועדת הביקורת היא כלי ייחודי בהיבט הזה. מדובר באחד הכלים הפורמליים שמטרתם המוצהרת היא למלא את מלאכת הפיקוח של הכנסת על הממשלה.<sup>120</sup> נוסף על כך, ועיקר לענייננו, ועדת הביקורת היא אחד מאותם מקרים חריגים, בהם קיים עיגון סטטוטורי למעמד האופוזיציה.

אמנם, ככל ועדות הכנסת, גם ועדת הביקורת מורכבת על פי מפתח מפלגתי-יחסי, אשר מעניק (לרוב) רוב קולות לחברי הקואליציה;<sup>121</sup> אך באופן חריג, ניתנת לאופוזיציה דריסת רגל משמעותית יותר בוועדת הביקורת, שכן תקנון הכנסת קובע כי **בראש הוועדה יעמוד תמיד ח"כ ממפלגות האופוזיציה.**<sup>122</sup> לצד זאת, ועדת הביקורת מהווה כבר כיום כשחקן פעיל במוסד ועדות החקירה: כפי שהזכרתי, היא הגורם היחיד, מלבד הממשלה, המוסמך על פי חוק להורות על הקמת ועדת חקירה ממלכתית.<sup>123</sup>

לטעמי, ניתן לנצל את הרכבה הייחודי של ועדת הביקורת, ואת היותה גורם פרלמנטרי קבוע, בעל זיקה עניינית לוועדות החקירה, כדי להביא (תוך דגש על גורמי האופוזיציה שבוועדת הביקורת) לבחירת ועדות חקירה ניטרליות וא-פוליטיות, אשר אינן לעומתיות במופגן לממשלה – אך גם אינן עושות דברה.

כפי שציינתי, מודל של ניטרליות באמצעות ייצוג שווה, יכול שיתבטא בכך ששני הצדדים יבחרו יחדיו גורם מוסכם "בפה אחד" ("בחירה משותפת"), ולחלופין, שכל אחד מהצדדים יבחר נציגים "מטעמו" באופן שוויוני, כאשר הנציגים הנבחרים ימנו במשותף את "שובר השוויון" ("זבל"א").

<sup>118</sup> שאינן משתפות פעולה זו עם זו. אין זה חסר תקדים גם למצוא מפלגות "אופוזיציה" מבחינה פורמלית, אשר משמשות בפועל כבעלות ברית של הקואליציה, למחצה לשליש או לרביע.

<sup>119</sup> חן פרידברג וראובן חזן **פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה** (מחקר מדיניות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2009) (להלן: פרידברג וחזן).

<sup>120</sup> השוו רבקה וייל "הלכת יולי אדלשטיין וכתובתה יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" **עיוני משפט** מד 321 (התשפ"א); נטע ברק-קורן "על הקוקטייל הרעיל של הדמוקרטיה הישראלית ובעיית הקצה של מלחמות הבג"ץ: מאמר תגובה על ספרו של עמיחי כהן "מלחמות הבג"ץ – המהפכה החוקתית ומהפכת הנגד" **פורום עיוני משפט** מ"ה (2021); אורן-הרוש, לעיל ה"ש 79, עמ' 60-56. אמנם, בשל בעייתיות זו, דומה שבישראל לא ניתן לקבוע שהכנסת היא שתמנה את חברי ועדת החקירה, כפי שנהוג למשל בצרפת, בה קיים משטר נשיאותי בו הפרלמנט הוא גורם נפרד מהרשות המבצעת (היימין-רייש, לעיל ה"ש 16).

<sup>121</sup> פרידברג וחזן, לעיל ה"ש 118, עמ' 43. כך למשל, בכנסת הנוכחית חברים בוועדה עשרה ח"כים: שישה מקרב מפלגות הקואליציה, וארבעה מקרב מפלגות האופוזיציה.

<sup>122</sup> סעיף 106(א)(2) לתקנון הכנסת.

<sup>123</sup> ראו לעיל ה"ש 14. ועדת הביקורת אף השתמשה בסמכות זו, והקימה לאורך השנים ארבע ועדות חקירה ממלכתיות: ועדת בייסקי (לחקר משבר מניית הבנקים), ועדת דורנר (סיוע לניצולי השואה), ועדת ביין (ניהול משק המים בישראל) ועדת מצא (הטיפול במפוני גוש קטיף וצפון השומרון).

אין לכתוד, ניסיון לעצב מנגנון בן מספר שחקנים בעלי אינטרסים נוגדים, מועד תמיד לבעיות בלתי-צפויות, ולנפתוליו של ענף תורת המשחקים. גם כאן, כל אחת מהגישות הללו – שוברת בצידה. מנגנון זבל"א, הוא מהיר וקל ליישום; הוא גם מונע עימותים בין הצדדים, בהיעדר צורך להגיע להסכמה. לעומת זאת, הוא עלול לתמרץ בחירת נציגים "מטעם", להגביר את הקוטביות של הנציגים הנבחרים (אולי על חשבון בחירה מקצועית) ולהביא, מבחינה תדמיתית, ל"צביעת" הנציגים השונים בצבעים מחנאיים. בנוסף, בהקשר של ועדות חקירה, מנגנון כזה, בו אין גוף בוחר אחיד, אינו מאפשר לתכלל שיקולים מערכתיים בבחירת הנציגים.<sup>124</sup> כל אלה עלולים לשאת מחיר בתפיסת הציבור את הוועדה כמקצועית וראויה לאמון – וזוהי כאמור התכלית המרכזית של השינוי.

מנגד, מנגנון הבחירה המשותפת עשוי, בתקווה, להביא לבחירה של מועמדי מרכז, ולנצל את היות הגוף הבוחר אחיד, כדי לתכלל שיקולם מערכתיים ולהביא לוועדה מאוזנת; אך מן העבר השני, מנגנון כזה, ודאי בין גורמים קוטביים במיוחד, עלול להביא למבוי סתום (Deadlock) ולקיפאון של הליך המינוי, בהיעדר הסכמה על גורם מוסכם.<sup>125</sup> ניסיון לפתור בעיה זו יחייב שרטוט עדין במיוחד של כללי רוב וקוורום, כאשר התוצאה תהיה מנגנון מורכב ובלתי שקוף מבחינה ציבורית, דבר שעלול לפגוע גם כן באמון הציבור בהרכב שייבחר. יתרונות וחסרונות אלה, הם רק תחילת הדרך; סביר להניח שהמעבר מן העמודים הללו אל עולם המעשה – יזמן רבים נוספים אשר לא העליתי בדעתי. אין ספק ששכלול מנגנון שכזה לכדי שלמות ידרוש ודאי חשיבה ומומחיות שלמעלה ממידותיי; מכל מקום, פטור בלא כלום אי אפשר. בשורות הבאות אציע מודל ראשוני; בבחינת מצע לדיון בידי המוכשרים לדבר.

לאחר מחשבה רבה, המודל אותו בחרתי לקדם נשען על גישת הזבל"א. הטעם המרכזי לכך, הוא הרצון להפחית ככל הניתן את סרבול ההליך והימשכותו, ולמנוע את העימותים שעלולים לבטח ללוות את הניסיון לגבש הסכמות בין הצדדים השונים. בנוסף, סברתי שמוטב להותיר את המנגנון פשוט ככל הניתן, על מנת להקל על ביצועו וכן לאפשר לציבור לרדת לעמקו.<sup>126</sup> עם זאת, בהחלט ניתן לבחור מנגנון חלופי, המסתמך על גישת הבחירה המשותפת.<sup>127</sup>

נקודה חשובה נוספת, נוגעת לחברות שופט בוועדה בכלל, וכיו"ר הוועדה בפרט. כאמור, נדמה שההצדקות המרכזיות שהובאו במרוצת השנים להסדר זה, אינן מתקיימות במלוא כוחן כיום (וחלקן לא התקיימו מעולם). כפי שהרחבתי לעיל, הקשר המקצועי בין מלאכת השיפוט למלאכת החקירה נמוך באופן ניכר משניתן היה לחשוב במבט ראשון.<sup>128</sup> בנוסף, כאמור לעיל

<sup>124</sup> כלומר, במקום, נניח, בחירה בשופט אחד, איש צבא אחד ופוליטיקאי לשעבר, עלולה לקום ועדה של שני אנשי צבא, וללא שופטים, שכן כל נציג נבחר על ידי גורם אחר. הדברים נכונים גם לשיקולים מערכתיים נוספים, דוגמת הרצון לוועדה מאוזנת מבחינה מגדרית, וכן הלאה.

<sup>125</sup> אמנם, גם במנגנון הזבל"א עלול להיווצר מבוי סתום בין הנציגים שיאלצו לבחור יחדיו נציג שלישי ומוסכם; אך סביר להניח שהקוטביות בין הנציגים תהיה פחותה, ולו במידת מה, מזו של הגורמים הממנים.

<sup>126</sup> דומני שמנגנון זבל"א נושא בחובו פוטנציאל לשמש כלי משמעותי ליצירת הסכמות בחברה מקוטבת, גם בהקשרים אחרים. נקודה זו ראויה למחקר עתידי.

<sup>127</sup> ניתן למשל להציע להקים גוף יעודי כזה או אחר, המורכב ממספר שווה של חברי קואליציה וחברי אופוזיציה, והם שימנו את ועדת החקירה בעזרת רוב מיוחס כזה או אחר.

<sup>128</sup> לעיל פרק ג(1).

ישנם קשיים ניכרים בחיוב שיו"ר הוועדה יהיה תמיד שופט.<sup>129</sup> גם האפשרות למנות שופט מכהן (מה שקרה בפועל בחלק ניכר מוועדות החקירה), מלווה במחירים כבדי משקל.<sup>130</sup> חרף האמור, נדמה שיש בכל זאת תועלת בכך שאחד מחברי הוועדה יהיה שופט בדימוס. כאמור, נוכחות גורם שיפוטי בוועדות חקירה היא נוהג רווח במדינות אחרות (אף אם לא כחובה ולא דווקא כיו"ר), אשר עשויה בכל זאת לתרום לתדמית הוועדה.<sup>131</sup> למרות ההבדלים הקונסטטואליים בין מלאכת החקירה למלאכת השיפוט, קיימות עדיין גם נקודות השקה לא מעטות; שופט בדימוס יוכל לתרום לוועדה מניסיונו המעשי בשמיעת עדויות ובניהול הליך בירור ראייתי.

הצעתי אם כן, היא לשנות את סעיפים 3, 4, ו-6(א) לחוק,<sup>132</sup> כך שחלף ההסדר האמור בהם ייקבע הסדר חלופי על פי העקרונות שלהלן:

א. ועדת החקירה תהיה של שלושה חברים בלתי-תלויים,<sup>133</sup> ובעלי המומחיות הנדרשת לביצוע החקירה. החליטה הממשלה על הקמת ועדת חקירה, ימונו חברים באופן הבא:

ב. חבר אחד של ועדת החקירה, ייבחר על ידי הממשלה במליאתה.

ג. חבר שני של ועדת החקירה, ייבחר על ידי ועדת משנה ייעודית (אד-הוק) של הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת. ועדת המשנה תיבחר על ידי יושב ראש הוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת, ותכלול לכל הפחות שלושה מחברי הוועדה, בהתאם לשיקול דעתו. ראש הוועדה רשאי למנות עצמו לוועדת המשנה.<sup>134</sup>

ד. חבר שלישי של ועדת החקירה, ייבחר על ידי שני החברים שנבחרו. אם לא הצליחו החברים להסכים על זהות החבר השלישי בתוך 30 יום, ימנה מבקר המדינה את החבר השלישי.<sup>135</sup>

ה. לפחות אחד מחברי הוועדה יהיה שופט של בית המשפט העליון או שופט של בית משפט מחוזי שיצא לגמלאות או שפרש.<sup>136</sup> בהרכב הוועדה יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים, ולפחות אחת מחברי הוועדה תהיה אישה.

ו. חברי הוועדה יבחרו אחד מהם כיו"ר הוועדה בהסכמה פה אחד.

<sup>129</sup> וראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, עמ' 200-206; וכן ראו ה"ש 48-49 והטקסט שבסמוך. שם.

<sup>130</sup> הולצמן גזית וסולציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10, עמ' 268.

<sup>131</sup> אותיר בצריך עיון בעת הזו, את היחס בין המודל המוצע לבין המנגנון החלופי בדמות ועדת בדיקה ממשלתית. על פניו, יש לתהות על הצורך בכפילות זו גם אחרי השינויים המוצעים.

<sup>132</sup> כלומר לא בעלי ניגוד עניינים או זיקה ישירה לנושא החקירה או לצד מעוניין. וראו קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, עמ' 32.

<sup>133</sup> מסירת הבחירה לוועדת משנה שאותה בוחר ראש ועדת הביקורת, נועדה לנטרל את הרוב שיש לקואליציה בוועדת הביקורת, ולהביא לכך שבגוף שיבחר את הנציג הנוסף יהיה משקל משמעותי לאופוזיציה – מבלי להעניק עיגון "סטטוטורי" נוסף למעמדה של האופוזיציה (מעבר לעיגון הקיים ביחס לזהות יו"ר הוועדה). הבחירה במינימום של שלושה חברי ועדת משנה, נעשתה כדי לוודא את הרוב של האופוזיציה מחד – אך למנוע שהנציג יתקבל, דה פקטו, על ידי יו"ר ועדת הביקורת לבדו.

<sup>134</sup> הסדר זה נועד לתמרץ את חברי הוועדה להסכים במהירות על החבר השלישי. הבחירה דווקא במבקר המדינה, נשענת על היותו גורם בעל זיקה מקצועית מובהקת למלאכת ועדות החקירה.

<sup>135</sup> כלומר, אם הממשלה או ועדת הביקורת לא יבחרו שופט בדימוס כנציג מטעמם, אזי החבר השלישי שייבחר במשותף יהיה שופט בדימוס.

ז. חברי הוועדה יהיו רשאים, בהסכמת הממשלה, להגדיל את מספר החברים למספר לא-זוגי גדול יותר. במקרה זה, חברי הוועדה הנוספים יבחרו על ידי חברי הוועדה המקוריים בהסכמה פה-אחד.<sup>137</sup>

ח. נפטר חבר ועדת חקירה או נבצר ממנו דרך קבע למלא תפקידו, ימונה אדם אחר להיות חבר ועדה במקומו, על ידי אותו גורם שמינה את חבר הוועדה המוחלף.

## ז. סוף דבר

ימים רבים חלפו מאז טען אברהמי כי "כל עוד אנו מכירים בצורך ובחשיבות של ועדות החקירה [...] אין ספק שהשופטים יוכלו לשרת יותר מכל ורק הם יוכלו לשמור על יעילותו".<sup>138</sup> מים רבים זרמו גם מיום בו טענה ח"כ אלוני כי "יוקרתה של הממשלה, הנהנית מאמונה של הכנסת, חייבת להיות מספיקה כדי למנות ועדה המורכבת משופט מחוזי אחד ושני אנשי ציבור".<sup>139</sup> במציאות בה נתקלת החברה הישראלית בשנת 2024, דומה כי אין מנוס מלהודות שמה שהיה עד כה – לא יועיל עוד. מנגד, לא ניתן עוד להסיט את הספינה באופן מוחלט אל הנתיב השני, בין אם ביישום הצעות שהוצעו במרוצת השנים או בעזרת התחמקות למוסד ועדת הבדיקה הממשלתית.

אמון הציבור הוא הגורם הראשון והמרכזי שנלקח בחשבון בעת גיבוש החוק הקיים, שמזה זמן רב נס ליחו. כפי שהטעים עו"ד אגמון: "בלעדי אמון הציבור קשה יהיה לייחס משקל ומשמעות למסקנותיה והמלצותיה של הוועדה [...] בלא אמון הציבור בפעולת הוועדה, אין לכתחילה טעם בפעולתה".<sup>140</sup> אמון ציבור זה מחייב שאירועים דוגמת מחדלי שמיני עצרת ומלחמת חרבות ברזל, ייחקרו וייבדקו במוסד רם המעלה ביותר שיש בנמצא. אמון הציבור מחייב גם שהגוף החוקר יורכב באופן שיניח את הדעת שהמחדלים נחקרים במלואם, מבלי להעניק חסינות לאף אדם או גוף שלטוני; שימנע לזות שפתיים של ניגוד עניינים, הטיה או התנגחות פוליטיים. נדרשת ועדת חקירה ממלכתית חדשה, אשר הרכבה ישקף היטב את התמורות שחלו במעמדן הציבורי של רשויות המדינה בכלל והרשות השופטת בפרט, וימנע את המשך גסיסתה של ועדת החקירה הממלכתית. אני סבור שהמודל שהצעתי, מגשים תכליות אלה באופן מיטבי. זו העת; יש לשנס מותניים ולפעול לשינוי החוק בהקדם האפשרי.

<sup>137</sup> סעיף זה נועד להתמודד עם הבעיה אותה הצגתי לעיל, שלפיו היעדר גורם ממנה אחד יביא לתוצאה בלתי מאוזנת מבחינת מגוון תחומי המומחיות הנדרשים לעבודת הוועדה.

<sup>138</sup> אברהמי, לעיל ה"ש 22, שם.

<sup>139</sup> פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 4, עמ' 543.

<sup>140</sup> אגמון, לעיל ה"ש 64.