

# 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 השבעה באוקטובר ואת המלחמה שפרצה בעקבותיו. מנגד נשמעים קולות הסבורים שוועדת חקירה ממלכתית, במתכונתה הנוכחית, אינה כלי מתאים שיגשים באופן מיטבי את תכליותיו של מוסד ועדת החקירה. גם 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 שהיו בבסיסו בעת הגייתו. אף שוועדות החקירה עוצבו באופן שנועד לצייר אותן כאובייקטיביות וכמקצועיות וככאלה תקבלנה את מרב האמון מצד הציבור, הרי שבמבחן התוצאה מטרה זו אינה מושגת, נהפוך הוא. המציאות הישראלית של היום, שנת 2024, מחייבת חשיבה מחודשת על הרכב ועדות חקירה ממלכתיות בכל הנוגע למעורבות הרשות השופטת בעבודת הוועדה. ראשית המאמר מצביע על ההצדקה שבבסיס המודל הקיים והיא 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 וקונסנזואלי. לצד הביקורות השונות שעלו בספרות בעבר המאמר טוען כי בשל מעורבותה הגוברת של הרשות השופטת בעבודת הרשות המבצעת לא ניתן עוד לראות בה בהכרח גורם 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 וקונסנזואלית 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 עיקרון 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 על המודל השיפוטי. 1. האומנם "יליד-ביתה של הזרוע השופטת"? על סיווגה הפונקציונלי השגוי של הוועדה. 2. גסיסת ועדות החקירה ועליית ועדות הבדיקה. 3. האומנם המודל השיפוטי מגביר את אמון הציבור בממציא 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, וכמוכן לחברי המערכת במהדורת משפטים על אתר, ובעיקר לעורך אלהי זיוון, על עבודת עריכה פנטסטית, מאומצת וזריזה, שתרמה רבות לתוצר המוגמר.

## פתח דבר

במועד כתיבת מאמר זה, נדמה שטרם בא המועד להפנות את תשומת הלב הלאומית, באופן מסודר ורשמי, לאותו יום שחור ולגורמים שהובילו אליו. סלע כבד הוטל במפתיע למרכזו של הקיום הישראלי, והגלים שיצר עדיין מורגשים היטב, כספינה, שעוד לא הצליחה להתייצב. ובכל זאת כבר למוחרת השבעה באוקטובר היה ברור שבשוך הקרבות יהיה הכרח לשבת על המדוכה ולחקור את אשר אירע באופן מדוקדק, ללא מורא וללא משוא פנים.

במבט ראשון ברור מה מתבקש לביצוע בחינה שכזו – הקמת ועדת חקירה ממלכתית. כלי זה שימש בעבר לחקר מלחמות ומשברים לאומיים, ונראה ממבט ראשון שאין מתאים ממנו, אולם יש גם המסתייגים משימוש בוועדת חקירה ממלכתית.<sup>1</sup> סיבה אחת מרכזית להסתייגות היא משך הזמן שיידרש להפיק מסקנות ראויות במסגרת כזאת,<sup>2</sup> אך אין זו הסיבה היחידה. במאמר זה אבקש לטעון כי ועדת החקירה הממלכתית, במתכונתה הנוכחית, היא כלי פגום אשר אינו מסוגל להגשים את התכליות שהיו בבסיסו בעת הגייתו. אף שוועדות החקירה עוצבו באופן שנועד לצייר אותן כאובייקטיביות וכמקצועיות וככאלה הן תקבלנה את מרב האמון מצד הציבור, הרי שבמבחן התוצאה מטרה זו אינה מושגת, נהפוך הוא. לדידי, המציאות הישראלית של היום, שנת 2024, מחייבת חשיבה מחודשת על הרכבן של ועדות חקירה ממלכתיות, ובייחוד בכל הנוגע למעורבות הרשות השופטת בהקמתן.

סדר הדברים יהיה כדלהלן: בפרק א אציג בקצרה את התפתחותו של מוסד ועדת החקירה הממלכתית בישראל ואת הרקע לחקיקת חוק ועדות חקירה; בפרק ב אציג את המנגנונים החריגים המתקיימים במינוי חברי הוועדה ובהיות יו"ר הוועדה, ואעמוד על ההצדקות שניתנו למנגנונים אלה; בפרק ג אדון בכמה מהחסרונות במודל הקיים, שכבר נידונו בספרות, ושהובילו הלכה למעשה לזניחתו של מוסד ועדת החקירה הממלכתית, ואציג ממצאים בנוגע לאפקטיביות המנגנונים שנבחרו מבחינה אמפירית; בפרקים ד ו-ה

1 ראו למשל נדב מולצ'דסקי "צו השעה הוא הקמת ועדת חקירה ממודל חדש" העין השביעית 7.11.2023 (<https://tinyurl.com/32cmn8af>).

2 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 למחדל '23 תוכל לפעול בזריזות דומה? ועדת אור לחקר אירועי אוקטובר 2000 ירבה 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 כבר הספיקה ועדת אסון מירון להגיש את מסקנותיה – י"א), השנייה לפני למעלה משנתיים, ועדת הצוללות. מחדל 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 (<https://tinyurl.com/3r45sa7v>) (23.2.2024)).

אטען כי מנגנון המינוי וזהות היושב ראש אינם מפחיתים את החשש לניגוד עניינים מוסדי, ואין בהם כדי לחזק את אמונו של הציבור הרחב בוועדה ובממצאיה, וכי ההצדקות שהועלו למנגנונים הללו במקורן אינן קיימות עוד. לבסוף, בפרק ו, אציע מודל חדש לחוק ועדות חקירה אשר יחליף את מנגנון המינוי ואת מנגנון היושב ראש 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 הייתה לייצר גוף אשר ישמש בעיקר לצורך ייעוץ לממשל המנדטורי בשאלות של מדיניות. נוסף על זה, הוועדות שימשו שימוש משני גם לצורך בירורים עובדתיים בנושאים ספציפיים שבאחריות הממשלה. הפקודה נשארה בתוקף גם לאחר קום המדינה, אך השימוש בה נעשה אזוטרי למדי. בהיעדר מנגנונים מנהליים מפותחים שימשה ועדת החקירה כלי "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 שרובן המוחלט עסקו בעניינים שוליים ופרטניים.<sup>5</sup> ואומנם, בשנת 1959, כאשר התעוררה סערה ציבורית סביב הרצון לחקור את פרשת רצח ארלוזורוב, היה ברור שוועדת חקירה כזאת 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 הייתה להפוך את מוסד ועדת החקירה לגוף נכבד, חריג וייחודי, שיוקם אך ורק לצורך בירור סוגיות ציבוריות כבדות משקל. כפי שהבהיר שר המשפטים דאז י' 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

3 פקודת ועדות החקירה, 1921, חא"י א 152.

4 אביגדור קלגסבלד **ועדות חקירה ממלכתיות** 60 (2001).

5 כפי שציין שר המשפטים י' 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 שכיום מתבררים בבתי-הדין המשמעתיים הקיימים על פי החוק. רק 25 ועדות נתמנו כדי לחקור בבעיות בעלות משמעות ציבורית" (ד"כ 26.12.1967, 538) (להלן: פרוטוקול קריאה ראשונה).

6 קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 63.

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

של החיים הציבוריים, דאגה אשר אין להסירה עלידי מתן תשובה לשאלתה בכנסת או הודעה רשמית, ואף לא על-ידי הבאת אדם פלוני לדין.<sup>8</sup>

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 ה"אמת". עם זאת בין התכליות השונות עלול לעיתים להיווצר מתח – ואף סתירה.<sup>10</sup> על כל פנים, חקיקתו של 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>

8 פרטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 539.

9 קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 19–20.

10 ואומנם, האמירה שוועדת חקירה נתפסת גם ככלי שמטרתו לייצר מעין "קתרזיס" לציבור טומנת בחובה את האפשרות המסתברת שתיווצר התנגשות מסוימת בין התכליות השונות. כך למשל יש ממצאים (שיפורטו בהרחבה להלן) המלמדים שהאמון שהציבור מעניק לעבודתה של ועדת החקירה תלוי ישירות במידת הביקורתיות של הממצאים כלפי הגורמים הנחקרים (ראו 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, 269–270 (2011)). ממצא זה, הממחיש היטב את ה"קתרזיס" האמור, משקף תכלית סמויה ולא מכוונת, והיא "להצביע על אשמים", תוך שניתנת חשיבות משנית לשאלה אם הם אכן אשמים. נוסף על זה, כפי שמציין קלגסבלד, המתח בין הערכים השונים מחייב לאזן ברגישות רבה בין הרצון לנהל את מלאכת החקירה כמעין "משפט הציבור", פומבי וסקוף לבין הצורך להגן על זכויות הנחקרים ולמנוע פגיעה לא הגונה בהם (קלגסבלד, שם, בעמ' 19–20).

11 ס' 1 לחוק. לכאורה, סמכות זו כוללת גם את הסמכות להפסיק את עבודת הוועדה או לבטל את החקירה לחלוטין בכל שלב לאחר שהחלה (ראו קלגסבלד, שם, בעמ' 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. ראו בג"ץ 94/73 **גבאי נ' שר הביטחון** (נבו 11.3.1973); בג"ץ 3027/95

הממשלה היא שקובעת את גבולות הגזרה של הוועדה, שכן היא שמגדירה את העניין שיהיה 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 בידי נשיא בית המשפט העליון (להלן: "מנגנון המינוי").<sup>13</sup> אקדים ואומר כי ההסדרים הללו (שאותם אכנה בכינוי אחד "המודל השיפוטי") הם שעומדים בלב-ליבו של מאמר זה. למען שלמות התמונה (ואחזור לכך בהמשך דבריי) אציין כי גם לוועדה לענייני ביקורת המדינה של הכנסת סמכות להורות על הקמתה של 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 בידי 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 נראה 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: אומנם במדינות רבות מקובל

עמותת מגן 94 – עמותת נפגעי המדיניות הכלכלית נ' ראש הממשלה (נבו 14.2.1996); בג"ץ 2624/97 רונאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 71 (1997); בג"ץ 6001/97 אמיתי – אורחים למען מנהל תקין וטוהר המידות נ' ראש הממשלה (נבו 22.10.1997). כפי שסיכם קלגסבלד, שם, בעמ' 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".

12 ס' 2 לחוק.

13 שם, ס' 3, 4 (א) ר(ב).

14 ס' 14 (ב) ר(ב) לחוק מבקר המדינה, התשי"ח-1958 [נוסח משולב].

15 פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 540.

16 קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 197. מסקנה זו עולה גם ממחקרים משווים נוספים שנערכו, דוגמת נעמי הימין-רייש "ועדות חקירה ממלכתיות במבט השוואתי" פרלמנט 53 (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2007): "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 מרפוס זה".

לכלול שופט בוועדות כאלה, אך הפיכת הדבר לחובה בכל ועדה היא 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 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 הייתה הכנסת ערה לחריגות המודל השיפוטי. היא הייתה ערה גם לקיומם של כמה חסרונות כבדי משקל במודל שכזה, המוסר את מפתחות הוועדה לידי הרשות השופטת כמעט בלעדית. כפי שיפורט להלן, המודל 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 אמונו 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 החוקה, חוק ומשפט, ח"כ אונא, בעת ההצבעה הסופית על החוק במליאה:

הוועדה קיבלה את עמדת הממשלה, כי בנושאים שיש לגביהם רגישות ציבורית רבה אלה המקרים שבהם תוקם ועדת חקירה – מוטב שלא יהיה

17 קלנסבלר, שם, בעמ' 202: "החוק הישראלי הוא חריג בכך שהוא מחייב מינוי שופט כיושב-ראש ועדת חקירה ממלכתית; לא נוהג או המלצה, אלא חובה חוקית".

18 הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 249.

19 ראו למשל דברי ח"כ פרוש (פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 542), את דברי ח"כ אלוני (שם, בעמ' 543) ואת דברי ח"כ קלינגהופר (שם, בעמ' 545–546).

20 שם, בעמ' 539–540.

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 וקונסנזוס 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, המודל השיפוטי בכללותו מאציל על הוועדה את מעמדה ואת יוקרתה של הרשות השופטת, הזוכה לאמון רב מהציבור והנתפסת כגורם קונסנזואלי הנישא מעל המחלוקות הפוליטיות. מטרה זו נתפסה, בעת חקיקת החוק, כמעניקה משקל נגד הולם לכל הטענות שעלו בנוגע למודל השיפוטי, והיא נגזרה במישורן 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>

21 ד"כ 904-903, 30.12.1968 (להלן: פרוטוקול קריאה שנייה ושלישית).

22 קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 201-205 (ההדגשות הוספו). ראו גם ברוך אברהמי "שופטים בראשי ועדות חקירה: בצילה של פרשת 'נתיבי הנפט' משפטים ד 3, 3-4 (התשל"ד); זאב סגל "ועדת חקירה מכוח חוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968: מעמדה הקונסטיטוציוני ומתחם הלגיטימיות לפעולתה" מחקרי משפט ג 199, 232-233 (1968).

כעולה מהדברים הללו, בימים עברו נהנתה הרשות השופטת מיוקרה ומאמון רבים בקרב הציבור, וועדת חקירה בהובלתם נתפסה כ"ועדה סופר-ניטרלית"<sup>23</sup>. ואומנם, מקריאת דיוני הכנסת למדים כי גם המתנגדים למודל השיפוטי הסכימו לתפיסה שלפיה בית המשפט הוא גורם הנהנה מאמון הציבור ונתפס כנעלה על פני המחלוקות הציבוריות. למעשה, אחת הסיבות העיקריות 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>

לא זו אף זו, כה מושרשת הייתה תפיסת השופטים כנהנים מ"אי־תלות ומחוסר מעורבות בנושא החקירה"<sup>25</sup> עד כי נדמה שאיש 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" היא החלטה נעדרת סמכות ובטלה. בספרות אף עלתה הצעה לשנות את החוק, שיהיה בו כדי לקבוע 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>

23 פרוטוקול קריאה שנייה ושלישית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 917.

24 פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 539. דברים דומים אמר גם ח"כ פרוש: "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 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, בעמ' 542). חזק 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 הדיוס במאמרו משנת 1964?" (שם, בעמ' 545).

25 אברהמי, לעיל ה"ש 22, שם.

26 בג"ץ 152/82 אלון נ' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 455–456 (1982).

27 סגל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 229.

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 בנושא המודל השיפוטי.

## ג. ביקורות קיימות על המודל השיפוטי

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

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

בעיה ראשונה שניתן להצביע עליה נוגעת לתפיסה שלפיה ועדת חקירה היא גוף שיפוטי שהוא (לכל הפחות מבחינה מהותית) אורגן של הרשות השופטת. כאמור, אומנם תפיסה זו קיבלה בעת עיצוב המודל השיפוטי משקל משני לכל היותר, אך נדמה שלאחר חקיקת החוק גרם המודל השיפוטי, במעין היזון חוזר, לכך שתפיסה זו הלכה והתחזקה עם השנים. כפי שיפורט להלן, יש מקום לפקפק בהנחות המוצא שבבסיס תפיסה זו, וכן יש מקום לחשוש

28 פרטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 541.

29 אביגדור קלגסבלד "המלכה מתה, תחי המלכה החדשה – לקראת חוק ועדות חקירה חדש" הפרקליט נב 8, 3 (2013).

30 כפי שיובהר להלן, חלק גדול מהביקורות שעלו עד כה, נשען על כתיבתו של ד"ר קלגסבלד. אמנם בעת האחרונה ביטא קלגסבלד עמדה מסויגת במעט מזו המשתקפת מכתביו הקודמים (וראו למשל דורי קלגסבלד "אין כל צורך להמציא את הגלגל מחדש" העין השביעית (14.11.2003) (<https://tinyurl.com/mrjkhnf3>); ראו גם דבריו בכנס השנתי של מרכז רובינשטיין לאתגרים חוקתיים 2024 (אביגדור דורי) קלגסבלד ועמית סגל "דמוקרטיה תחת אש – שיח בשניים – אחריות בעתות משבר" יוטיוב (23.6.2024) (<https://tinyurl.com/bdzea73p>) אך לצד זאת חזר ועמד על הביקורות והמסקנות המפורטות להלן גם בספר נוסף שפורסם לאחרונה (אביגדור קלגסבלד מודרן לוועדות חקירה (2024)).

שהשתרשה בדעת הקהל עלולה לגזור מסקנות מעשיות מוטעות בנוגע לאופן פעולתן של 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> נוסף על זה, לאחר ניתוח מעמיק של מוסד ועדת החקירה מבחינה פונקציונלית וארגונית מגיע קלגסבלד למסקנה כי גם בישראל נכון להסתכל עליה כעל "ילידת-ביתה" של הרשות המבצעת יותר מאשר של זו השופטת.

אומנם ועדת חקירה תפקידה לתת תשובות לשאלות של עובדות, על בסיס הליך הכולל שמיעת עדויות וחשיפה לראיות, אך זו איננה מומחיותו הייחודית של בית המשפט. כפי שציין קלגסבלד:

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). לפיכך דווקא שופטי ישראל עלולים למצוא עצמם חסרי ניסיון, יחסית, בניהול הליך אינקוויזטורי למהדרין, הנעדר כליל כל היבט אדוורסרי. לעומתם, הגופים המנוסים במלאכת החקירה והביקורת שייכים דווקא, כמעט בלעדית, לרשות המבצעת: המשטרה, הפרקליטות, וכמובן מוסד מבקר המדינה.

31 קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 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, סיווגה 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".

32 שם, בעמ' 83–108.

33 שם, בעמ' 90–91.

34 שם, בעמ' 91–92.

יתרה מזאת, גם ההכרעה העובדתית כשלעצמה אינה נושאת בחובה אופי שיפוטי דווקא. כפי שציין השר שפירא עצמו, במאמר שפרסם כמה שנים קודם לחקיקת 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>

נוסף על זה, בעניין אלון<sup>36</sup> עמד השופט אלון על הפער בין "אמת משפטית", שהיא תוצר של אילושי הפרוצדורה וכללי הקבילות המוטלים על בית המשפט, לבין "אמת עובדתית", שהיא התוצר הרצוי של ועדת החקירה המשוחררת מכבלים אלה. אם כך, אפילו מיומנותו היחסית של השופט בחקר האמת במסגרת ההליך המשפטי אינה תואמת במלואה את המלאכה הצפויה לו בוועדת החקירה.

על כך 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 לממשלה. לא בכדי קבעה גם הפסיקה בישראל כי ועדת חקירה היא "מכשיר עזר בידי הממשלה".<sup>37</sup>

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

35 יעקב ש. שפירא "שיבושי מושגים" מעריב 6 (4.12.1964).

36 עניין אלון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 465–476.

37 שם, בעמ' 460.

38 ואומנם, במסגרת המודל המוצע במאמר זה אציע לשמור על נוכחותו של שופט כחבר בוועדה.

39 ראו והשוו לאמור בה"ש 31 לעיל. יש לציין כי כלל השופטים לערכאות השיפוטיות עצמן אינם נבחרים בידי שופטים בלבד 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

חשוב להבהיר כי אף שאפשר היה לחשוב כך ממבט ראשון, שאלת הסיווג הקונספטואלי של ועדת החקירה אינו בבחינת פלפול עיוני גרידא. כפי שכבר רמזתי, לתפיסתה המוקשית של ועדת החקירה כגוף שיפוטי מבחינה מהותית עשויות בהחלט להיות משמעויות מעשיות ניכרות. כך למשל בעת האחרונה החלו להישמע טענות שבאמצעות הקמת ועדת חקירה ממלכתית ניתן להניא את בית הדין הפלילי הבין-לאומי 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> ובו הביעה היועצת את עמדתה המקצועית, ולפיה "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 לכלי "שיפוטי"; התפיסה הרווחת, גם בקרב בתי המשפט 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 אם וכיצד לפעול על בסיס מסקנות הוועדה. ממילא הרלוונטיות של ועדות חקירה לצורך "עקרון המשלימות" נתון בספק רב. אומנם טרם התקבלה הכרעה מובהקת בעניין זה, אך הפרשנות המקובלת לעקרון המשלימות נוטה להחיל אותו על ה"חקירה" במסגרת המערכת המשפטית דווקא ובייחוד

מינוי שיפוטי יותר מזה שיש לבתי המשפט עצמם. ובהשאלה מהכלל התלמודי הידוע, "דיו לבא מן הדין להיות כנידון" (בבלי, בבא קמא כ"ה, ע"א).

40 ראו 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 שועדת חקירה ממלכתית היא גוף עם שיניים ממש, זו תשובה טובה ל-ICC" (נדב איל (@Nadav\_Eyal) X (20.5.2024) <https://tinyurl.com/2h8nh28u> (הדגשה הוספה). דברים דומים השמיעו גם השר לשעבר יוסי ביילין (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) <https://tinyurl.com/4x7w2vdb>). ואפילו השר וחבר קבינט המלחמה לשעבר בני גנץ (בני גנץ (@gantzbe) X (23.5.2024) <https://tinyurl.com/yrby5yvt>).

41 מכתב מגלי בהרב-מיארה, היועצת המשפטית לממשלה, לבנימין נתניהו, ראש הממשלה, בעניין ועדת חקירה ממלכתית – מלחמת חרבות ברזל (6.6.2024) (להלן: מכתב היועצ"ש).

42 מכל מקום יש לציין כי נדמה שמכתב היועצ"ש מעורר קושי מסוים, שכן הוא נותן בכפיפה אחת שתי "וועדות חקירה" שונות לחלוטין המופנות לקהלי יעד שונים. השיח הרווח עוסק בוועדה שקהל היעד שלה הוא הציבור הישראלי, והיא תעסוק בחקר מחדלי השבעה באוקטובר ובאופן ניהול המלחמה ביחס ליעדיה הביטחוניים והמדיניים של ישראל, ואילו מכתב היועצת למעשה יוצר "יציר כלאיים" בין ועדה זו לבין ועדה "אחרת", שקהל היעד שלה הוא הקהילה הבין-לאומית אשר תחקור את הטענות שנטענו כלפי ישראל מכוח המשפט הבין-לאומי בכלל ואת הטענות שנטענו בהליכים המתקיימים בהאג בפרט (כלומר את הטענות שלפיהן ישראל מבצעת רצח עם, ושראש הממשלה ושר הביטחון נוקטים במכוון טקטיקה של הרעבה כלפי האוכלוסייה העזתית).

43 עניין אלון, לעיל ה"ש 26, בעמ' 460.

במסגרת הפלילית.<sup>44</sup> ממילא קשה להאמין שהקהילה הבינ-לאומית תכבד את קיומה של ועדת חקירה כאמצעי "חקירה" לגיטימי מכוח עקרון המשלימות.<sup>45</sup> לצד בעיית הבלבול בנוגע לתפקידה ולסיווגה של ועדת החקירה הצביע קלגסבלד על כמה וכמה 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 כי יש בעייתיות גם במסירת סמכות המינוי בידי נשיא בית המשפט העליון, מאחר שאין לו בהכרח הכישורים והכלים המתאימים שיסייעו בידו לאתר ולמנות את חבריה המקצועיים של הוועדה. לדבריו:

נשיא בית-המשפט העליון חסר את הידע הנדרש למינוי חברי הוועדה שאינם שופטים, ואין בידו מנגנון היועצות לגבי מומחיותם ואישיותם [...] במצב דברים זה, קיימת סכנה שהפעלת הסמכות תערב את נשיא בית-המשפט

44 ראו 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, 607–611 (2012); השו"ל Gregory S. Gordon, *Complementary and Alternative Justice*, 88 OR. L. REV. 621, 625–627 (2009).  
 45 בהקשר זה חשוב לציין את דברי המשנה ליועמ"ש, עו"ד גיל לימון, בכנס לשכת עורכי הדין 2024. לימון טען כי בהליך אחר שהתקיים בבית הדין הפלילי בהאג, שנגע לפרשת המרמרה, החליטה התובעת שלא להוציא צווי מעצר בישראל, בהתבסס על עקרון המשלימות ועל דוח ועדת טירקל שבתן 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 בגלל שהיא ראתה שמדינת ישראל חקרה את אירוע המשט עם וועדת חקירה בראשות שופט בית משפט העליון, השופט טירקל, מאוד מכובד עם משקיפים בינלאומיים" (לשכת עורכי הדין בישראל "בג"ץ הלכת הסבירות: האם אכן מצופה מבית המשפט לנהוג באיפוק בזמן מלחמה" 26: 48–26: 29 פייטבוך (26.5.2024) <https://tinyurl.com/yxuwen3m>). לעיון בשתי ההחלטות שנתנה התובעת באותו הליך ראו Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece, and the Kingdom of Cambodia (Final Decision) ICC-01/13-6-AnxA (29 November 2017); Situation on Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic of Greece, and the Kingdom of Cambodia (Final Decision) ICC-01/13-6-AnxA (2 December 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 שהאירועים לגופם אינם מצדיקים חקירה שכזו (החלטת 2017, פס' 332; החלטת 2019, פס' 53–54). הכרעה זו מתבססת על גורמים רבים, ובהם העובדה שחמש מדינות שונות (מלבד ישראל) פתחו בהליכי חקירה בנוגע לאירועי המשט וסגרו אותם מבלי להרשיע איש (החלטת 2019, פס' 52). אומנם התובעת 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.  
 46 קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 205.

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 הנהוג למנות שופטים לראשות ועדות חקירה ממלכתיות נמתחה ביקורת חריפה, המבוססת על החשש מנזק 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> נוסף על זה, החיוב שהשופט ישמש דווקא יו"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

נדמה 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 וליצירת עימותים ישירים בינם ובין הרשות המבצעת.<sup>50</sup> נוסף על זה, מעורבותה הרבה של הרשות השופטת בוועדה, לצד הדרדור 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 מוועדת החקירה הממלכתית בעיקר בעובדה 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 שבהם הוועדה הוקמה על ידי ממשלה מכהנת כדי 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

47 שם, בעמ' 198.

48 שם, בעמ' 202–203.

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

50 שם; קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 202–203.

51 קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, בעמ' 14. כאלה היו ועדת החקירה הממלכתית בנושא הסיוע לניצולי השואה (ועדת דורנר), ועדת החקירה הממלכתית בנושא ניהול משק המים בישראל (ועדת ביין) וועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון (ועדת מצא).

52 ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון (ועדת נאור-ברלינר) וועדת החקירה הממלכתית לעניין כלי השיט (ועדת גרוניס).

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> 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 כדי ניגוד עניינים ושיקולים זרים. אומנם שופטי הרוב הבהירו כי הממשלה רשאית למסור עניין כזה לוועדת בדיקה ממשלתית, אך הדגישו 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 שתיאר קלגסבלד, בית המשפט בא לקלל ונמצא מברך. הלכה למעשה קיבע בית המשפט העליון את ועדות

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

54 שם.

55 ראו האמור לעיל ה"ש 24.

56 בג"ץ 6728/06 **עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל** (נבו) 30.11.2006.

57 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 8 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 לדון בכשל רב-מערכתי. עמדה זו אין, לדעתי, לקבל [...] הוראת סעיף 8 לא באה 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 מצויים בתחום אחריותם והנראים בעיניהם כמחייבים בדיקה שלא בדרך של ועדת חקירה" (שם, בפס' 12–13 לפסק הדין של השופטת ריבלין). במאמר מוסגר יצוין שמקריאת מכתב היועמ"ש (לעיל ה"ש 41) עשוי לעלות הרושם שעמדתה המקצועית של היועצת המשפטית לממשלה היא שקיימת מניעה חוקית בפני 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 המושרות הנוגעות לשיקול הדעת הרחב בבחירה במנגנון החקירה ולהחלטה אם להקים ועדת חקירה, כפי שנקבעו בכמה וכמה פסקי דין לאורך השנים (ראו המקורות לעיל ה"ש 11) וכן בעניין **אומץ**, שם, ושנוהגות גם כיום.

58 שם, בפס' 21 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

59 קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, בעמ' 19–23. קלגסבלד מציין כי בית המשפט מיהר להתערב גם בעניינין של ועדות בדיקה אחרות, דוגמת ועדת טירקל.

הבדיקה הממשלתית כתחליף לגיטימי לוועדות החקירה הממלכתיות – וכך הן התקבעו גם מבחינה ציבורית:

משהתפזר האבק סביב מאבקי ההקמה והפעולה של ועדות הבדיקה הממשלתיות, התחווירו כמה עובדות חשובות: ראשית, נקבע שהממשלה רשאית להקים ועדת בדיקה ממשלתית בכל עניין, גם ב"עניין שהוא בעל חשיבות ציבורית חיונית אותה שעה". [...] שנית, בפועל השימוש היחיד 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 באומרו:

ועדת החקירה הממלכתית אבדה לבלי שוב. סעיף 8 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>

60 שם, בעמ' 25.

61 שם, בעמ' 30. גם בעת האחרונה, שב והדגיש קלגסבלד כי "המצב בו קיימות שתי ועדות חקירה מקבילות, שנועדו לתכלית זהה ושבידיהן סמכויות זהות, יוצר תחרות מוסדית ופרסונלית מזיקה ומיותרת" (קלגסבלד **מדריך לוועדות חקירה**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 36), והדגיש כי "דרוש חוק ועדות חקירה חדש", אשר "יבטל את הכפילויות הקיימות בין ועדות חקירה דומות [...] ויקבע ועדה משמעותית אחת, בה ניתן יהיה לעשות שימושים מגוונים לפי נסיבות העניין" (שם, בעמ' 88). אמנם במקום אחר כתב קלגסבלד: "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). עם זאת, נראה שאמירות נחרצות אלה 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, אין לכחד כי

### 3. האומנם 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 תהיה 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 ואפוליתיות לבין יוקרה ציבורית. על-פי תזה זו, המבנה הייחודי של ועדת חקירה ממלכתית – כפי שבא לידי ביטוי בהסדרי החוק – הוא נתון קריטי לצורך הגדלת רמת האמון הציבורי בגוף החוקר ובמצאיו.<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 לכתחילה 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 ועדת הבדיקה הוא הרשות המבצעת. [...] בדומה לוועדת הבדיקה הממשלתית המוקמת מכוח סעיף 8א, גם בבדיקה השר הוא שממנה את

בשולי דברים אלו (שאינם נוגעים במישרין לענייננו) ניתן למצוא בדבריו של קלגסבלד גם אמירה כללית בשבח המוסד במתכונתו הנוכחית (וראו להלן בה"ש 107), וזאת מבלי להסביר כיצד מתכתבים הדברים עם עמדתו המסורתית, אשר עליה חזר לאחרונה.

62 ראו לעיל הדיון בפרק 0.

63 הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 254.

64 צבי אגמון "רק ועדת חקירה ממלכתית תשקם את אמון הציבור" **כלכליסט** (9.11.2023) <https://tinyurl.com/3zcyfe3z>.

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>

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 העיקרי 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>

ואומנם, לגישתו של קלגסבלד, "נימוקים אלה מוליכים למסקנה כי עדיף להותיר 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 על פרסום דוח וינוגרד (אשר הייתה ועדת בדיקה ממשלתית שחבריה מונו על ידי הממשלה), נבדקה השפעתם של רכיבים מסוימים על אמון הציבור בממצאי הוועדה.<sup>68</sup> אומנם המחקר מצא

65 עניין **אומץ**, לעיל ה"ש 56, בפס' 14-15 לפסק הדין של המשנה לנשיאה ריבלין.

66 קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 198. אומנם יש מקום להסתייג מקביעה נחרצת זו. ייתכנו נסיבות שבהן הממשלה תעדיף להקריב מעט מהאמון הציבורי בוועדה כדי להבטיח שהוועדה תקבע ממצאים שיתאימו לה. מכל מקום, ייתכן שהממצאים האמפיריים שיוצגו להלן מלמדים שאין להפריז במשקלו של חשש זה.

67 שם. בעת האחרונה שב קלגסבלד על עמדה זו, אך סייג אותה בכך שמינוי שופט לראשות הוועדה יעשה **בהסכמת** נשיא בית המשפט העליון, ומינוי יתר חברי הוועדה ייעשה "לאחר התייעצות" של הגורם המקים את הוועדה עם היו"ר שנבחר (וראו קלגסבלד **מדריך לוועדות חקירה**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 89).

68 הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10.

קשר מסוים בין מינוי שופט ליו"ר הוועדה לבין אמון הציבור בממצאי החקירה,<sup>69</sup> אך 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 יחיד, 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 מעבר למנגנון חלופי. ואכן, בפרקים הבאים של המאמר אראה מדוע, אף אם קיים קשר בין הגורם הממנה לבין אמון הציבור, קשר זה אינו תומך בהותרת המודל השיפוטי על כנו. לסיכום פרק זה, חלק נכבד מהפגמים במודל השיפוטי שעליהם הצבעתי עד כה, היו ידועים מראש עוד קודם לחקיקת החוק, והתגשמו במלואם. חלקם התבררו בעשורים שחלפו. אולם כפי שאציג מייד, בעיות אלה מתגמדות לעומת בעיות חדשות שצצו בעקבות התמורות שחלו בעשורים האחרונים באופיו של בית המשפט העליון ובתפיסתו בעיני 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 שבבסיס ההנמקה הזו השתנתה ללא הכר. כפי שנטען לעיל, בעת הבחירה במנגנון המינוי וכן בכתיבה המשפטית שעסקה בו לאורך השנים רווחה ההנחה, כדבר המובן מאליו, שבבחינת שאלות מדיניות, מחדלים ואסונות המצויים באחריות הרשות המבצעת, בית המשפט הוא גורם ניטרלי; צופה מהצד.<sup>73</sup> כפי שסיכם זאת אברהמי:

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

70 שם.

71 שם, בעמ' 269. אומנם 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 וביקורת" (שם, בעמ' 270), אך השערה זו אינה נתמכת בממצאי המחקר, והיא סותרת, הלכה למעשה, קלות את מסקנתם המרכזית והמוצהרת, שלפיה "המאפיינים המבניים המבדילים בין ועדת חקירה ממלכתית לבין ועדת בדיקה ממשלתית אינם משפיעים על אמון הציבור בממצאי החקירה" (שם).

72 משנה, עדיות ב. ב. ובהשאלה לעולם האמפירי, אי-מציאת קשר אין משמעה ממצא דפניטיבי לאי-קיומה של תופעה (לעומת מציאת קשר). כמו בכל מחקר אמפירי, יכולות להיות שלל סיבות לאי-מציאת קשר, ובהן טווח הטעות הסטטיסטית, מאפייניו הפרטניים של אותו מחקר, גודל קבוצת הנבדקים ועוד.

73 ראו הדיון בפרק 0 לעיל.

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 טשטוש הגבולין בין הרשות המבצעת לבין הרשות המחוקקת מוחש מדי פעם בפעם, הרי התייחסו בין הרשות המבצעת והרשות השופטת הוא תיחום ברור מאד".<sup>75</sup> עד כדי כך, שכאמור לעיל ניתן לזהות השקפה שלפיה אל לוועדת החקירה לגעת, ולו כמלוא הנימה, בתוצריו של ההליך השיפוטי, וייתכן אף שראוי שאלה יזכו לחסינות במסגרת עבודת הוועדה.<sup>76</sup>

תפיסה זו, אשר נראתה כמובנת מאליה במשך שנות דור, אבד עליה כלח. אכן, במציאות שבה בית המשפט משמש גוף שמלאכתו מתמצית בבירור סכסוכים בין פרטים ובהענקת סעד פרטני וצדק מקום שבו הוא הכרחי, קיימת הצדקה של ממש להימנע מגרירתו אל מגרשה של הרשות המבצעת, אל עבר המדיניות הציבורית ושאלת עיצוב והתוויית דרכי הפעולה של רשויות המנהל. ואומנם, המקרים שבהם התעורר החשש מפני התערבות ועדות החקירה בעבודת הרשות השופטת, דוגמת עניין אלון,<sup>77</sup> נגעו להליכים פליליים, שהם מטיבם נושאים אופייניים; לחם חוקה של הרשות השופטת מימים ימימה.

אולם ככל שגוברת מידת התערבותה האקטיבית של הרשות השופטת במלאכת הרשות המבצעת, כך פוחתת ההצדקה להענקת חסינות שכזו לפעולתה של הרשות השופטת. אבקש להמחיש זאת בעזרת תרחיש דמיוני. נניח שגופי המודיעין היו מחזיקים במידע המחשיד את 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 בכיקורו 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"? האומנם ראוי שבמקרה כזה (לפי ההצעה 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 שאפשר היה לחשוב. דומה שאין חולק בדבר שינוי המגמה שהתחולל בשלושת העשורים האחרונים בבית המשפט העליון באשר לאופן מעורבותו במלאכת הרשות המבצעת ובאשר להיקפה.<sup>79</sup>

74 אברהמי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 3 (ההדגשה הוספה).

75 פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 535.

76 ראו הכתוב ליד ה"ש 26–27 והמקורות בהן.

77 עניין אלון, לעיל ה"ש 26.

78 ראו הכתוב ליד ה"ש 27 לעיל.

79 כפי שמקובל להסביר, שינוי זה החל בהדרגה במהלך שנות השמונים, עם עליית כוחם של "השופטים החדשים" בהובלת הנשיאים שמגר וברק – כאשר קו פרשת המים, כפי שהתקבע בדעת הקהל בישראל, מצוי ב"המפכה החוקתית" שהתחוללה עם כינון חוקי היסוד שעסקו בזכויות האדם, ועם ע"א 6821/93

ואכן, קושי דומה ואמיתי לגמרי התעורר אך לאחרונה עם פרסום דוח ועדת נאור-ברלינר לחקר אסון מירון.<sup>80</sup> במסגרת דיוני הוועדה עלה כי הפקעת מתחם הקבר עשויה הייתה למנוע את האסון הנורא, אשר עליו נאמר כי "הכתובת הייתה 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>

ואומנם, הכתובת הייתה 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 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: "לדעת משרד מבקר המדינה [...] השלמת מהלך הפקעת המתחם עשויים לסייע להשליט סדר במקום".<sup>83</sup> ואומנם, בשנת 2013, לפי עמדת המבקר והמלצת הוועדה המייעצת לענייני הפקעות, הורה שר האוצר דאז לפיר על הפקעת האתר במירון. דא עקא, זמן קצר לאחר מכן הוגשו לבג"ץ כמה וכמה עתירות התוקפות את החלטת שר האוצר. בדיון שנערך בהחירו השופטים חיות ופוגלמן לנציגי המדינה כי דעת

**בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995); ראו יואב דותן **ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי** א 120–148 (2022); ברכיהו ליפשיץ "הו, תמימות לא-קדושה" **רשות הרבים** (23.2.2023); יחיאל אורן-הרוש "הרפורמה במערכת המשפט: כתב הגנה" **השילוח** 33, 39, 43–42 (2023).

80 ועדת החקירה הממלכתית לחקר אסון הר מירון **דין וחשבון** (2024) (להלן: דוח ועדת מירון).

81 שם, בעמ' 97.

82 מבקר המדינה חוות דעת: מצב קבר רבי שמעון בר יוחאי (רשב"י) במירון וההיערכות ל"ג בעומר 27 (2008) (ההדגשות הוספו).

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

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 להשיג, והאם זה האמצעי שפגיעתו פחותה.<sup>84</sup>

המדינה הביעה תחילה התנגדות לנקיטת פתרון 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 כדי לגבש הסדר חלופי. ביני וביני חלפו שנים רבות, אשר במהלכן המשיך אתר מירון להתנהל בליט דין ובלית דיין. לבסוף, בשנת 2020 (כלומר קרוב לשבע שנים לאחר מועד ההפקעה המתוכנן), ולאחר שבית המשפט קיים שני דיונים נוספים כדי ללחוץ על הצדדים להסכים לפתרון אחר,<sup>87</sup> הסכימה המדינה להימנע מהפקעת המתחם ולהסתפק בהצעה החלופית שהציע המגשר. כפי שנכתב בפסק הדין:

הוסכם על הסדר זמני לתקופה של שלוש שנים שיבוא בשלב זה חלף ההפקעה, תוך שהמדינה הבהירה כי היא שומרת על זכותה לחדש את ההפקעה אם יתברר שההסדר אינו מיושם במהלך התקופה האמורה.<sup>88</sup>

84 עמ' 17 לפרוטוקול הדיון מיום 18.4.2016 בבג"ץ 48/14 עמותת ישיבת התנא הקדוש רבי שמעון בר יוחאי זע"א שלידי הקדשות הספרדים בצפת ובמירון נ' שר האוצר.

85 שם.

86 שם, בעמ' 18.

87 ביום 12.9.2018 וביום 27.1.2020.

88 בג"ץ 48/14 עמותת ישיבת התנא הקדוש רבי שמעון בר יוחאי זע"א שלידי הקדשות הספרדים בצפת ובמירון נ' שר האוצר (נב) 28.1.2020.

למרבחה 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 קופחו.

דוח ועדת החקירה המפורט מתאר את השתלשלות העניינים האמורה, לצד המסקנה המתבקשת. עם כל זה לא ראתה הוועדה לנכון להתייחס לחלקם של השופטים, ולו ברמז, בפרקי המסקנות שבדוח. מתוך 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 מראית 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 כזה.

דוגמה זו מחייבת חשיבה מקדימה, לקראת החקירה שתידרש ותקום בעתיד לחקר מאורעות שמיני עצרת ולחקר ניהול מלחמת "חרבות ברזל". אין לכחד: לא פעם התערב בית המשפט העליון, ב"עשה" וב"אל תעשה", בפעולתם של כוחות הביטחון – גם בעניינים בעלי משמעות מבצעית של ממש.<sup>91</sup> במהלך השנים עלו טענות רבות (לאו דווקא על בסיס

89 דוח ועדת מירון, לעיל ה"ש 80, בעמ' 293.

90 עניין **אומץ**, לעיל ה"ש 56.

91 ראו דברי נשיאת בית המשפט העליון בדימוס, אסתר חיות "תפקידו של בית המשפט בקבלת הכרעות שיפוטיות הנוגעות לביטחון הלאומי של מדינת ישראל": "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" (תקצירי מושבים ונאומים – הכנס הבינלאומי השנתי ה-12 INSS המכון למחקרי ביטחון לאומי (2019) <https://tinyurl.com/3z6z4c88>). השוו למיכאל ספרד **החומה והשער: ישראל, פלסטין והמאבק המשפטי לזכויות אדם** (2018); זאב לב **50 חטאי בג"ץ** 4–2 (התנועה למשילות ודמוקרטיה 2023) <https://tinyurl.com/592ez7kx>. דוגמה נוספת ומובהקת הזכיר לאחרונה המשנה לנשיאה (בדימוס) השופט חנן מלצר בכנס לשכת עורכי הדין 2024: "היה מבצע חומת מגן ושוב חמאס והג'יהאד תפסו את כנסיית המולד [...] והיו חטופים שם בני ערובה בתוך הכנסייה, אנחנו עשינו מצור על הכנסייה [...] הגישו בג"ץ [...] נגד שר הביטחון על ההתנהלות של צה"ל במסגרת הזאת [...] ואז בג"ץ מצא לנכון, תוך כדי הלחימה, לנהל את האירוע ובעילה של סבירות הוא ניהל את האירוע" (בג"ץ הלכת הסבירות: האם אכן מצופה מבית המשפט לנהוג באיפוק בזמן מלחמה", לעיל ה"ש 45, 4:04–5:30 (ההדגשה הוספה)). נראה שהשופט מלצר מתייחס בדבריו לבג"ץ 3451/02 **אלמדני נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 30 (2002). אומנם קריאת פסק הדין אינה חושפת את מידת מעורבותו של בית המשפט בניהול המצור במלואה, כפי שהתבטאה בדיונים שנערכו. ראו רן רוזנצווייג וצבי מיניץ "2002 – בג"ץ 3451/02 'אל-מדני' – בחינת חוקיות המצור על כנסיית המולד בעיצומה של הלחימה" **הפרקליטות הצבאית** <https://tinyurl.com/2cymb9c6>

אדנים מוצקים), שלפיהן התערבויות בית המשפט העליון, במעשה וברמיזה, השפיעו ספציפית על מדיניות הביטחון בנוגע לרצועת עזה.<sup>92</sup> לאחרונה הרשות השופטת אף הגיבה בפומבי לאחת הטענות הללו בהודעה 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 כזו, 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, ושודר בשידור חי, הכניסו עצמם השופטים בעובי הקורה תוך כדי בחינה דקדקנית של פרטים דוגמת מספר משאיות הסיוע הנכנסות, האזור ברצועה שממנו הן נכנסות, אתר העגינה של אוניות סיוע ועוד.<sup>95</sup>

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

92 כך למשל עלו טענות על חלקה של מערכת המשפט בשינויים בנוהלי הפתיחה באש, שהביאו לשחיקת רצועת הביטחון סביב רצועת עזה. לסקירה עדכנית של הטענות שעלו לאורך השנים ראו עקיבא ביגמן "הדרך אל המחדל: כך נשחק הקו האדום בגבול עזה" **מידה** (24.10.2023) <https://tinyurl.com/4dantah3>; צבי סדן "האם גם שופטים יקראו לחקירה תחת אוהרה?" **ערוץ 7** (12.11.2023) <https://tinyurl.com/mu5tw6yn>; קלמן ליבסקינד "ביום שאחרי, גם בית המשפט העליון יהיה חייב לערוך חשבון נפש" **מעריב** (27.10.2023) <https://tinyurl.com/3nzk5brd>.

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

94 למשל בג"ץ 2280/24 גישה – **מרכז לשמירה על הזכות לנוע נ' ממשלת ישראל** (נבו 9.10.2024).

95 דוברות הרשות השופטת (@Israel\_Courts) "דיון בבית המשפט העליון בעתירה שעניינה הסיוע ההומניטרי לאוכלוסייה האזרחית ברצועת עזה" **יוטיוב** (4.4.2024) <https://tinyurl.com/2p9ueua8>.

96 דוגמה מובהקת היא בג"ץ 3003/18 **יש דין מתנדבים לזכויות האדם נ' הרמטכ"ל** (נבו 24.5.2018), שעסקה בעתירה נגד הוראות הפתיחה באש כלפי ההפגנות על גדר הרצועה. באותו עניין דחה בית המשפט את העתירות במלואן בפסק דין מפורט.

97 תופעה זו עומדת במוקד ספרו של דוד זכריה **קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** (2012). דומה כי השתלשלות האירועים שתוארה לעיל סביב פרשת כנסיית המולד אף היא המחשה חיה לכך (רוחצווייג ומינץ, לעיל ה"ש 91). המחשה אמפירית מאלפת של התופעה, בהקשרים אחרים, ניתן למצוא במאמרם של מיה רוזנפלד ותומר עינת "עתירות אסירים – הערכת יעילות ההליך המשפטי" **חוקים** טו 49 (2021). במאמר מתואר שאומנם רק 4.8% מכלל עתירות האסירים מתקבלות, אך בפועל כ-60% מסתיימות במתן הסעד המבוקש או סעד חיובי אחר. לדברי המחברים: "מחקרים מלמדים שבין כותלי בית המשפט מתרחשים תהליכים החורגים מכללי ההכרעה הפורמליים. בתהליכים אלו, המתקיימים בין הצדדים ובחיווך 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

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

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

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

כפי שהצגתי לעיל, התכלית העיקרית להסדר הישראלי הייחודי היא הגדלת האמון שניתן לוועדת החקירה והפיכתה לגוף הנתפס בעיני הציבור כאובייקטיבי, בלתי תלוי ומורם מעל לכל מחלוקת פוליטית. בפרקים ג(03) ו-ד עסקתי ברכיב 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; בערכוב 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 כלח על תדמיתה כ"בלתי מעורבת" מבחינה קטגורית בחקירת מעשיה של הרשות המבצעת. לא די בכך. כפי שפתחתי,<sup>100</sup> רכיב עיקרי 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 קונסנזואלי ו"א-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

(קבלה/ דחיה של העתירה) המעיד על קבלה של מספר קטן מאוד של עתירות, אלא יש לבחון את קבלת הסעד לעותר" (שם, בעמ' 61–62).

98 יחיאל אורן-הרוש "דוקטרינת האפקט המצנן בחופש הביטוי: כרוניקה של אימוץ פזיז" **רשות הרבים** (24.5.2021).

99 אם לא די בכך, בעת האחרונה עלו טענות הקושרות במישרין את הצורך לחקור את המלחמה ומחדליה לצורך לחקור את הרפורמה המשפטית שהובילה הממשלה. כדברי פרופ' אליאב ליבליך בציוץ ברשת X (טוויטר לשעבר): "בכל ועדת חקירה עתידית, מקום של כבוד צריך להיות לשאלה כיצד הבוז העמוק של ממשלת נתניהו לשלטון החוק ולמקצועיות חלחל לדרגי שטח בצבא, וכיצד המטכ"ל והפרקליטות הניחו לזה לקרות" (Eliav Leiblich (@eliavl) X (3.4.2024) <https://tinyurl.com/yck5ewe3>). קשה לדמיין ניגוד עניינים גדול מזה שבו הרשות השופטת תנצח על ועדת חקירה שתבחן טענות בנוגע לרפורמה שנגעה לה עצמה, ואשר היה לה חלק פעיל בהתנגדות אליה.

100 ראו הכתוב ליד ה"ש 22–23 והמקורות בהן.

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 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.<sup>101</sup>

גם רכיב זה מצריך כיום עיון מחודש. דומה שבעת כתיבת שורות אלה השינוי במעמדה הקונסנזואלי של הרשות השופטת כרשות "העומדת מעל לכל הסערות הציבוריות"<sup>102</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>103</sup>

יש הטוענים ששינוי זה הוא למעשה תוצר לוואי 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 "המהפכה החוקתית" של שנות התשעים, צלל אמון הציבור בבית המשפט באופן עקיב 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

101 אברהמי, לעיל ה"ש 22, שם (ההדגשות הוספו).

102 ראו האמור לעיל ה"ש 24.

103 ראו למשל אורן-הרוש, לעיל ה"ש 79.

בין-לאומית הייתה רמת האמון בבית המשפט בישראל בשנת 2018 נמוכה  
בכשתי סטיות תקן מבשנת 2001. מדובר בירידה דרמטית.<sup>104</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 חדה באמון הציבור בבית המשפט.<sup>105</sup> כאמור, מיום שפורסם מאמרם של גרבר וגבעתי לא נרגעו הרוחות – נהפוך הוא, דומה שהם הגיעו לנקודת רתיחה. קשה להתאים את הדברים שנאמרו אי אז במליאת הכנסת ובספרות הוותיקה בעניין למציאות העכשווית בחברה הישראלית. הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בוועדת החקירה העומדת על הפרק כעת. השבעה באוקטובר פגש את היחסים בין הרשות המבצעת לבין הרשות השופטת כשהם רעועים מאי פעם – והם הוסיפו והידרדרו סביב כמה וכמה החלטות ופסקי דין שהתקבלו במהלך המלחמה.<sup>106</sup> במצב דברים זה קשה לטעון שהפקדתה של מלאכת חקירת מחדליה של הרשות המבצעת הנוכחית בידיה של הרשות השופטת הנוכחית תביא לתוצאה שבעיני הציבור הרחב היא קונסנזואלית ולא מוטה.<sup>107</sup>

104 אהרן גרבר ויהונתן גבעתי "כיצד השפיעה המהפכה החוקתית על האמון בבית המשפט" **משפטים** נג (2025). הממצאים המלאים אך מחזקים את הממצא: המחברים בחנו, ושללו, שלל הסברים חלופיים לירידת האמון הקיצונית הזו, דוגמת שינויים דמוגרפיים, השכלה ונטייה לפופוליוזם, השפעת הרשתות החברתיות ועוד.

105 שם, בעמ' 28; ראו 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 ביטול של חוק חרות על-ידי בית משפט בעניינים כגון אלה יהפוך את בית המשפט לשותף בכיר במלאכת החקיקה ויעשה את השופטים בניפולוגתא במחלוקת ציבורית, 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").

106 כך למשל פסק הדין בעניין ביטול עילת הסבירות (בג"ץ 5658/23 **התנועה למען איכות השלטון בישראל 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 בישראל נ' שר הביטחון** (נבו 25.6.2024)), ועוד.

107 חשוב להדגיש: אין כוונתי לטעון כי בית המשפט זוכה לאמון פחות מזה שזוכות לו יתר הרשויות במדינה בכלל או מהממשלה בפרט. אין כוונתי לטעון גם כי הציבור הישראלי בכללותו איבד את אמונו בשופטים; ייתכן שיש ציבור נרחב אשר אירועי התקופה האחרונה אך חיזקו את מחויבותו למערכת המשפט. לא ביקשתי אלא להצביע על כך שהמצב שהיה בעבר, שלפיו הרשות השופטת נתפסה כגורם מאחד וא-מחנאי, אינו קיים עוד. אמנם כאמור לעיל (ה"ש 61) קלגסבלד התבטא לאחרונה 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 החקירה לחקירת הארועים במחנות הפליטים בביירות (ועדת כהן, 1982) וועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 (ועדת אור, 2000) (קלגסבלד **העין השביעית**, לעיל ה"ש 30, וראו גם קלגסבלד **מוריץ לוועדות חקירה**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 38). ובכן, כעולה גם מכתבתו שלאחר הקמת ועדות אלה (ראו קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29), ספק אם

## 1. הדין הרצוי: מנגנון מינוי ייצוגי

כפי שעלה מהניתוח שביצעתי במאמר, מבנה הוועדה הנוכחי, ובייחוד מנגנון המינוי וזהות היו"ר, איבדו את הצדקתם המקורית. אדרבה, הם מעוררים קשיים קונספטואליים ויישומיים ניכרים. אומנם לפי דעת הרוב בעניין **אומץ**, הממשלה רשאית, בכל עת, לבחור להקים ועדת בדיקה ממשלתית חלף ועדת חקירה ממלכתית.<sup>108</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 כרבה מאי פעם.

נוסף על זה, הממשלה תמיד נתפסה (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 בדוח אין חשיבות להבדל היסודי שבין ועדת חקירה ממלכתית לבין ועדת בדיקה ממשלתית",<sup>109</sup> בכל זאת ניתן לחשוש שבאקלים הפוליטי הנוכחי, שבו הקיטוב בין תומכי הממשלה למתנגדיה גדול מאי פעם, החלטות אשר היו מתקבלות כסבירות בעבר (למשל בהקמת ועדת וינוגרד) עשויות לעורר סערה רבתי כיום. ועדת חקירה עודנה, מבחינה פורמלית, הכלי הראשון בחשיבותו לחקר אירועים לאומיים רבי משמעות. כאשר עסקינן באירוע בסדר הגודל הנוכחי, שאין גדול ממנו, הבחירה לזנוח כלי כזה מ"דרגה ראשונה" לטובת מנגנון אחר "נוח" יותר (אף אם קיימות סיבות ענייניות לעשות כן) צפויה להתקבל בחשד 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 כלא רצינית ותהיה בסכנת פסילה. בנסיבות הללו נדמה שראוי להקדים תרופה למכה ולבחון ברצינות את שינויו של חוק ועדות חקירה. שינוי שכזה בעת הזו הוא צו השעה. כאמור, אחת מתכליותיו העיקריות של מוסד ועדת החקירה היא לשכך סערה ציבורית מתחוללת. בעת הזו, ולנוכח הקיטוב הרב השורר בחברה הישראלית, נדרשת ועדת חקירה שתקטין את הלהבות; לא תלבה אותן.

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

ניתן ללמוד דבר מה מתקדימים אלה בנוגע לתגובה שיזכו לה ועדות חקירה ממלכתיות גם בעתיד. למעשה, קלגסבלד עצמו מציין כי גם בעבר פרסום ממצאי הוועדה הביא לא פעם למחלוקת ציבורית קשה (מעניין לציין כי גם כאן מובא דו"ח ועדת כהן כדוגמה), ומדגיש כי "הקיטוב הפוליטי ההולך ומחריף בישראל מצביע על כך שתופעות אלה יחזרו על עצמן, וביתר שאת" (קלגסבלד **מדריך לוועדות חקירה**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 75).

108 עניין **אומץ**, לעיל ה"ש 56.

109 הולצמן-גזית וסוליציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 268.

הצעתו 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>110</sup>

דומני שאף שמבחינה עיונית ניתן להצדיק נקיטת מודל זה, לא ניתן להתכחש לעובדה שאימוצו כעת, בעיתוי שכזה, עשוי לעורר גם הוא התנגדות ציבורית. הדברים נכונים על אחת כמה וכמה לנוכח הקיטוב שהזכרתי לעיל ולנוכח החשדנות הקיימת בחלקים נרחבים בציבור בנוגע לממשלה המכהנת. אף שהמודל הנוכחי של ועדת החקירה מעולם לא נועד לשמש "שומר סף" של הרשות המבצעת, ומעולם לא נטען זאת בענייניו, קיימת סבירות רבה שבאקלים הנוכחי כל הצעה לשינוי תעורר טענות לפגיעה בשלטון החוק ובשומרי הסף.<sup>111</sup> כאמור, בית המשפט כבר הביע בעבר מורת רוח גלויה מנטיית הממשלה לבכר מנגנוני חקירה שאינם בשליטתו,<sup>112</sup> וקיים חשש לא מבוטל ששינוי כזה, כעת, עלול להביא להתערבות שיפוטית אשר רק תוסיף ותחרף את יחסי הרשויות. בנסיבות הללו דומה שיש לחפש מנגנון חלופי צנוע יותר אשר יגשים בצורה מיטבית את הרצון להעניק לוועדה גושפנקה אובייקטיבית ונטולת פניות ויבטיח שנציגי הוועדה שייבחרו לא ייתפסו כמשקפים צד אחד בלבד במחלוקת הפוליטית.

כידוע, קיימות כמה דרכים להגיע לתוצאה ניטרלית. ניתן להגיע לתוצאה כזו באמצעות גורם חיצוני ובלתי תלוי – או להפך, באמצעות ייצוג שוויוני והוגן לכלל בעלי האינטרס. כך למשל כל משפטן שהתנסה בהליך בורות יודע שאפשר להשיג טריבונל בורות ניטרלי בשתי דרכים: להוציא את הצדדים הניצים ממלאכת המינוי ולמסור אותה בידי גורם חיצוני

110 קלנסבלר "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, בעמ' 29–30; השוו לאמור בה"ש 61.

111 למעשה, טענה זו כבר נשמעה בנוגע להצעות אחרות שעלו להקים ועדת חקירה ייחודית לחקר אירועי השבעה באוקטובר. ראו למשל צבי זרחיה "ההפיכה המשטרית חוזרת למושב הקיץ של הכנסת במסווה של חוקים פרטיים" **כלכליסט** (15.5.2024) <https://tinyurl.com/4dn5ssdw>.

112 ראו לעיל ה"ש 59 ובטקסט שבסמוך.

ובלתי תלוי<sup>113</sup>, לחלופין לייצר מנגנון בחירה שבו הצדדים הניצים מעורבים באותה מידה בתהליך המינוי. דבר כזה יכול להתבצע באמצעות הליך מינוי משותף שבו הצדדים מסכימים ביניהם על בורר מוסכם, או לחלופין באמצעות נקיטת מודל של זבל"א<sup>114</sup>, שבו כל אחד מהצדדים בוחר בורר אחד מטעמו, ושני הבוררים גם יחד בוחרים את הבורר השלישי.

מחוקקיו של חוק ועדות חקירה ביקשו לילך בדרך הראשונה. אך דומה שבמציאות הישראלית הנוכחית קשה לזהות גוף מוסכם אשר נתפס בעיני חלק הארי של הציבור כא-פוליטי, ואשר ניתן למסור לידיו את מלאכת מינוי חברי הוועדה.<sup>115</sup> הצעתי היא לבחור אפוא באפשרות השנייה.<sup>116</sup>

אומנם ההשוואה להליך בורות אינה ממש במקומה, שכן ועדת חקירה אינה מקיימת הליך אדוורסרי ומתנהלת בהיעדר "ריב" בין שני צדדים.<sup>117</sup> עם זאת ניתן, עקרונית, לבחון מודל ייצוגי שבו חברי ועדות החקירה ייבחרו במשותף על ידי הממשלה והאופוזיציה.

אומנם יש קושי מסוים בהעמדת האופוזיציה, ברמה ההצהרתית, כגוף פורמלי ואחוד העומד אל מול הממשלה. אין מדובר ב"ממשלת צללים" מוסדית ומאורגנת, ולא בכדי קיימים מנגנונים סטטוטוריים בודדים בלבד המכירים פורמלית במושג ה"אופוזיציה".<sup>118</sup> ובכל זאת ניתן 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 להיות גוף המפקח על עבודת הממשלה.<sup>119</sup> ככלל, מקובל לפקפק ביכולתה של הכנסת לבצע תפקיד זה באפקטיביות, שכן

113 פרקטיקות מקובלות הן למשל קביעה שהבורר ימונה על ידי בית המשפט, על ידי מוסד בוררות פלני או על ידי ראש לשכת עורכי הדין.

114 ראשי תיבות של הביטוי "זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד" – בהשראת המשנה, מסכת סנהדרין ג, א.

115 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) <https://tinyurl.com/4ekvdw3>). עם זאת לידי פתרון זה אינו ישם כפתרון קבע, שכן מוסד הנשיאות לא תמיד זוכה לתדמית א-פוליטית, והדבר תלוי רבות בוהות הנשיא. גם מסירת מינוי הוועדה בידי גורם חיצוני אחר, דוגמת מבקר המדינה, עלולה לעורר במקרים מסוימים תרעומת בשל מעורבות הממשלה במינוי.

116 ואומנם, כבר בעת חקיקת החוק עלו הצעות חלופיות למנגנון מינוי ייצוגי שכזה. כך למשל הציע ח"כ רפאל להקים "ועדת מינויים קבועה" בת שבעה חברים שתכלול שני נציגים שייבחרו על ידי הממשלה, שניים על ידי הכנסת, שניים על ידי בית המשפט העליון, ואחד על ידי הדין הרבני הגדול לערעורים. ראו פרוטוקול קריאה שנייה ושלישית, לעיל ה"ש 21, בעמ' 911.

117 ראו הכתוב ליד ה"ש 34 והמקור בה.

118 להרחבה ראו יגאל מרזל "המעמד החוקתי של האופוזיציה הפרלמנטרית" משפטים לח 217 (2008). מכיוון שהממשלות אינן הומוגניות בהכרח, פעמים רבות יש מפלגות "אופוזיציה" משני צידי המפה הפוליטית שאינן משתפות פעולה זו עם זו. מציאת מפלגות "אופוזיציה" מבחינה פורמלית, אשר משמשות בפועל כבעלות ברית של הקואליציה, למחצה לשליש או לרביע אינה חסרת תקדים.

119 חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעה לרפורמה (מחקר מדיניות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה 2009).

כמעט כל ממשלה הזוכה לאמון הכנסת מחזיקה ברוב אוטומטי בה.<sup>120</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>121</sup> נוסף על כך, ועיקר לענייננו, ועדת הביקורת היא אחד מאותם מקרים חריגים שבהם קיים עיגון סטטוטורי למעמד האופוזיציה.

אומנם ככל ועדות הכנסת, גם ועדת הביקורת מורכבת על פי מפתח מפלגתי-יחסי אשר מעניק (לרוב) רוב קולות לחברי הקואליציה,<sup>122</sup> אך באופן חריג ניתנת לאופוזיציה דריסת רגל גדולה יותר בוועדת הביקורת, שכן תקנון הכנסת קובע כי **בראש הוועדה תמיד יעמוד חבר כנסת ממפלגות האופוזיציה**.<sup>123</sup> לצד זאת כבר כיום ועדת הביקורת היא שחקן פעיל במוסד ועדות החקירה: כפי שהזכרתי, היא הגורם היחיד, מלבד הממשלה, המוסמך על פי חוק להורות על הקמתה של ועדת חקירה ממלכתית.<sup>124</sup>

לטעמי, ניתן לנצל את הרכבה הייחודי של ועדת הביקורת ואת היותה גורם פרלמנטרי קבוע, בעל זיקה עניינית לוועדות החקירה, כדי להביא (תוך שימת 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 "פה אחד" ("בחירה משותפת"), ולחלופין, שכל אחד מהצדדים יבחר נציגים "מטעמו" באופן שוויוני, כאשר הנציגים הנבחרים ימנו במשותף את "שובר השוויון" ("זבל"א").

אין לכחד, ניסיון לעצב מנגנון בן כמה שחקנים בעלי אינטרסים נוגדים תמיד מועד לבעיות לא צפויות ולנפתוליו של ענף תורת המשחקים. גם כאן כל אחת מהגישות הללו – שובר 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,

120 השוו רבקה ווייל "הלכת יולי אדלשטיין וקרנולוגיית יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בישראל" **עיוני משפט** מד 321 (2021); 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** מה (2021); אורן-הרוש, לעיל ה"ש 79, בעמ' 56–60. אומנם דומה כי בשל בעייתיות זו לא ניתן בישראל לקבוע שהכנסת היא שתמנה את חברי ועדת החקירה, כפי שנהוג למשל בצרפת, שבה קיים משטר נשיאותי שבו הפרלמנט הוא גורם נפרד מהרשות המבצעת (הימין-רייש, לעיל ה"ש 16).

121 פרידברג וחזן, לעיל ה"ש 119, בעמ' 43.

122 כך למשל בכנסת הנוכחית חברים בוועדה עשרה חברי כנסת: שישה מקרב מפלגות הקואליציה, וארבעה מקרב מפלגות האופוזיציה.

123 ס' 106(א)(2) לתקנון הכנסת (16.10.2023).

124 ס' 14 לחוק מבקר המדינה. ועדת הביקורת אף השתמשה בסמכות זו והקימה לאורך השנים ארבע ועדות חקירה ממלכתיות: ועדת החקירה לענין ויסות מניות הבנקים (ועדת בייסקי), ועדת החקירה הממלכתית בנושא הסיוע לניצולי השואה (ועדת דורנר), ועדת החקירה הממלכתית בנושא ניהול משק המים בישראל (ועדת ביין) וועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון (ועדת מצא).

מבחינה תרמיתית, ל"צביעת" הנציגים השונים בצבעים מחנאיים. נוסף על זה, בהקשר של ועדות חקירה, מנגנון כזה, שבו אין גוף בוחר אחיד, אינו מאפשר לתכלול שיקולים מערכתיים בבחירת הנציגים.<sup>125</sup> כל אלה עלולים לשאת מחיר בתפיסת הציבור את הוועדה כמקצועית וכראויה לאמון, וזוהי כאמור התכלית העיקרית של השינוי.

מנגד, מנגנון הבחירה המשותפת עשוי, בתקווה, להביא לבחירה של מועמדי מרכז ולנצל את היות הגוף הבוחר אחיד כדי לתכלול שיקולם מערכתיים ולהביא לוועדה מאוזנת, אולם מנגנון כזה, ודאי בין גורמים קוטביים במיוחד, גם עלול להביא למבוי סתום (Deadlock) ולקיפאון של הליך המינוי, בהיעדר הסכמה על גורם מוסכם.<sup>126</sup> ניסיון לפתור בעיה זו יחייב סרטוט עדין במיוחד של כללי רוב וקוורום, כאשר התוצאה תהיה מנגנון מורכב ולא שקוף מבחינה ציבורית, דבר שעלול לפגוע גם הוא 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 שהן למעלה ממידותיי. מכל מקום, פטור בלא כלום אי אפשר. בשורות הבאות אציע מודל ראשוני, בבחינת מצע לדיון בידי המוכשרים לדבר.

לאחר מחשבה רבה המודל שאותו בחרתי לקדם נשען על גישת הזבל"א. הטעם העיקרי לכך הוא הרצון להפחית ככל הניתן את סרבול ההליך ואת הימשכותו ולמנוע את העימותים שעלולים ללוות את הניסיון לגבש הסכמות בין הצדדים השונים. נוסף על זה סברתי שמוטב להותיר את המנגנון פשוט ככל הניתן כדי להקל את ביצועו וכן לאפשר לציבור לרדת לעומקו.<sup>127</sup> עם זאת ניתן גם לבחור מנגנון חלופי המסתמך על גישת הבחירה המשותפת.<sup>128</sup> נקודה חשובה נוספת נוגעת לחברות שופט בוועדה בכלל וכיו"ר הוועדה בפרט. כאמור, נדמה שההצדקות העיקריות שהובאו במרוצת השנים להסדר זה אינן מתקיימות במלוא כוחן כיום (וחלקן לא התקיימו מעולם). כפי שהרחבתי לעיל, הקשר המקצועי בין מלאכת השיפוט למלאכת החקירה רופף במידה רבה משאפשר היה לחשוב במבט ראשון.<sup>129</sup> נוסף על זה, כאמור לעיל, יש קשיים ניכרים בחיוב שתמיד יו"ר הוועדה יהיה שופט.<sup>130</sup> גם

125 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 אחרים, דוגמת הרצון לוועדה מאוזנת מבחינה מגדרית, וכן הלאה.

126 אומנם גם במנגנון הזבל"א עלול להיווצר מבוי סתום בפני הנציגים שייאלצו לבחור יחדיו נציג שלישי ומוסכם, אך סביר להניח שהקוטביות בין הנציגים תהיה מתונה, ולו במידת מה, מזו של הגורמים הממנים.

127 דומני שמנגנון זבל"א נושא בחובו פוטנציאל לשמש כלי יעיל ליצירת הסכמות בחברה מקוטבת, גם בהקשרים אחרים. נקודה זו ראויה למחקר עתידי.

128 ניתן למשל להציע להקים גוף ייעודי כזה או אחר, המורכב ממספר שווה של חברי קואליציה וחברי אופוזיציה, והם שימנו את ועדת החקירה בעזרת רוב מיוחס כזה או אחר.

129 לעיל פרק ג(0).

130 ראו קלגסבלד, לעיל ה"ש 4, בעמ' 200–206; ראו גם ה"ש 48–49 והטקסט שסמוך להן.

האפשרות למנות שופט מכהן (מה שקרה בפועל בחלק ניכר מוועדות החקירה) מלווה במחירים כבדי משקל.<sup>131</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>132</sup> למרות ההבדלים הקונספטואליים בין מלאכת החקירה למלאכת השיפוט עדיין קיימות נקודות השקה לא מעטות; שופט בדימוס יוכל לתרום לוועדה מניסיונו המעשי בשמיעת עדויות ובניהול הליך בירור ראיתי.

אם כן, הצעתי היא לשנות את סעיפים 3, 4, ו-6(א) לחוק,<sup>133</sup> שינוי שלפיו חלף ההסדר האמור בהם ייקבע הסדר חלופי על פי העקרונות שלהלן:

- א. ועדת החקירה תהיה בת שלושה חברים בלתי תלויים<sup>134</sup> ובעלי המומחיות הנדרשת לביצוע החקירה. החליטה הממשלה על הקמת ועדת חקירה, ימונו חבריה כך:
- 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 שלושה מחברי הוועדה לכל הפחות, לפי שיקול דעתו. ראש הוועדה רשאי למנות עצמו לוועדת המשנה.<sup>135</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>136</sup>
- ה. לפחות אחד מחברי הוועדה יהיה שופט של בית המשפט העליון או שופט של בית משפט מחוזי שיצא לגמלאות או שפרש.<sup>137</sup> בהרכב הוועדה יינתן ביטוי הולם לייצוגם של בני שני המינים, ולפחות אחת מחברי הוועדה תהיה אישה.
- ו. חברי הוועדה יבחרו אחד מהם ליו"ר הוועדה בהסכמה פה אחד.

131 שם.

132 הולצמן-גזית וסולציאנו-קינן, לעיל ה"ש 10, בעמ' 268.

133 אותיר בצריך עיון בעת הזו את היחס בין המודל המוצע לבין המנגנון החלופי בדמות ועדת בדיקה ממשלתית. על פני הדברים יש לתהות על הצורך בכפילות זו גם אחרי השינויים המוצעים.

134 כלומר לא בעלי ניגוד עניינים או זיקה ישירה לנושא החקירה או לצד מעוניין. ראו קלגסבלד "המלכה מתה", לעיל ה"ש 29, בעמ' 32.

135 מסירת הבחירה לוועדת משנה שאותה בוחר ראש ועדת הביקורת נועדה לנטרל את הרוב שיש לקואליציה בוועדת הביקורת ולהקפיד שבגוף שיבחר את הנציג הנוסף יהיה משקל נכבד לאופוזיציה – מבלי להעניק עיגון "סטטוטורי" נוסף למעמדה של האופוזיציה (מלבד העיגון הקיים בנוגע לזהות יו"ר הוועדה). הבחירה בשלושה חברי ועדת משנה לפחות נעשתה כדי לוודא שיש רוב לאופוזיציה מחד, ולמנוע שהנציג יתקבל, דה פקטו, בידי יו"ר ועדת הביקורת לבדו מאידך.

136 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.

137 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 ייבחרו על ידי חברי הוועדה המקוריים בהסכמה פה אחד.<sup>138</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>139</sup> מים רבים זרמו גם מיום שבו 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>140</sup> דומה שבמציאות שחוה החברה הישראלית בשנת 2024 אין מנוס מלהודות שמה שהיה עד כה – לא יועיל עוד. מנגד, לא ניתן עוד להסיט את הספינה לגמרי אל הנתיב השני, אם ביישום הצעות שהוצעו במרוצת השנים ואם בעזרת הבריחה אל מוסד ועדת הבדיקה הממשלתית.

אמון הציבור הוא הגורם הראשון והמרכזי שמובא בחשבון בעת גיבוש החוק הקיים, שזה מכבר 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>141</sup> אמון הציבור 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 שיבטיח שהמחדלים נחקרים במלואם, מבלי להעניק חסינות לשום 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 ושל הרשות 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.

138 סעיף זה נועד להתמודד עם הבעיה שהצגתי לעיל, שלפיה היעדר גורם ממנה אחד יביא לתוצאה לא מאוזנת מבחינת מגוון תחומי המומחיות הנדרשים לעבודת הוועדה.

139 אברהמי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 3.

140 פרוטוקול קריאה ראשונה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 543.

141 אגמון, לעיל ה"ש 64.