

כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב

מאת

יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג*

במסגרת הליך בג"ץ בבית המשפט העליון עד לאחרונה השופט התורן היה בוחר כרצונו את שני חברי ההרכב שיצטרפו אליו לכתיבת פסק דין הדוחה את העתירה ללא דיון. יכולת זאת של שופט לקבוע את חבריו להרכב אין דומה לה בעולם, והיא מאפשרת לנו לבחון שלוש תיאוריות בחירת הרכב שונות: בחירה אקראית, בחירה מקצועית, ובחירה אסטרטגית. במאמר זה אספנו נתונים על כל ההרכבים שנבחרו בפסקי הדין בהליך הנ"ל במשך תקופה של כשנתיים בה זהות השופטים בבית המשפט העליון נותרה ללא שינוי (כ-800 פסקי דין, מינואר 2015 עד אפריל 2017). הנתונים מגלים הטייה חזקה של השופטים בבחירת חבריהם להרכב. מדד גייני למדידת אי השוויון בבחירות השופטים, אשר נע בין 0 (שוויון מוחלט) ל-1 (אי-שוויון מוחלט), הינו 0.82 בממוצע, ממצא הסותר את תיאוריית הבחירה האקראית. השונות הרבה בזהות השופטים הנבחרים סותרת את תיאוריית הבחירה המקצועית. הנתונים תומכים בתיאוריית הבחירה האסטרטגית, ובחינה לעומק של מספר מקרים גם היא מגלה שיקולים אסטרטגיים בבחירת ההרכב. בהתאם נראה כי בחירות ההרכב של שופטי בית המשפט העליון חושפות את העדפותיהם הנגלות לחבריהם להרכב. הנתונים על בחירותיהם של השופטים מאפשרים לנו לתאר בצורה גרפית את מערכות היחסים בין השופטים. שימוש בטכניקה זו מגלה שלוש קבוצות של שופטים בבית המשפט העליון. טכניקה זו מאפשרת לנו גם לזהות את מעגלי הקרבה של השופטים לנשיאת בית המשפט הנוכחית, שבסמכותה לקבוע הרכבים. אנו מראים ששופטים הקרובים לנשיאה הנוכחית על פי הנתונים מהתקופה שלפני מינויה לנשיאה, משמשים בהרכב איתה לאחר מינויה לנשיאה בהסתברות גבוהה יותר. ממצא זה גם הוא תומך בתיאוריית הבחירה האסטרטגית. לאור הממצאים, המאמר מסיים עם המלצות מדיניות לשינוי אופן קביעת ההרכבים בבית המשפט העליון. המאמר מציע להשתמש בתוכנת מחשב לקביעת כל ההרכבים בצורה מקרית, וכן לצורך קביעת זהות השופט התורן שיטפל בכל עתירה.

מבוא. א. מסגרת משפטית. ב. תיאוריות של בחירת הרכב. 1. תיאוריית הבחירה האקראית. 2. תיאוריית הבחירה המקצועית. 3. תיאוריית הבחירה האסטרטגית. ג. נתונים. 1. תקופת המחקר. 2. איתור פסקי הדין. ד. תוצאות. 1. נתוני בחירות השופטים. 2. בחינת תיאוריית הבחירה האקראית. 3. בחינת תיאוריית הבחירה המקצועית. 4. בחינת תיאוריית הבחירה האסטרטגית. ה. ראיות נוספות לבחירה אסטרטגית. 1. השופט שהם. 2. השופטים רובינשטיין ודניצ'גר. 3. השופטים עמית וברק-ארז. 4. השופט עמית. 5. השופט פוגלמן. ו. מעגלי קרבה בבית המשפט. ז. בחירת

* יהונתן גבעתי הוא פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, מכהן בקתדרה למשפט ע"ש סילבן מ' כהן. ישראל רוזנברג הוא תלמיד לתואר ראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטת ת"א. מאמר זה מבוסס בחלקו על מאמרנו "How would Judges Compose Judicial Panels? Theory and Evidence from the Supreme Court of Israel", 17 *Journal of Empirical Legal Studies* 317 (2020). אנו מודים לאהוד גוטל, אדם ציילטון, מרסל קאהן, יותם קפלן, יורם שחר, מספר מתמחים ועוזרים משפטיים לשעבר בבית המשפט העליון, משתתפים בכנס של האגודה האמריקאית למשפט וכלכלה באוניברסיטת NYU ובכנס של האגודה הישראלית למשפט וכלכלה באוניברסיטה העברית, ולבית המשפט העליון, על הערותיהם המועילות על טיוטות קודמות. אנו מודים גם למרכז למחקרים אמפיריים של קבלת החלטות והמשפט באוניברסיטה העברית על התמיכה במחקר.

הרכבים ע"י נשיאת בית המשפט. ה. דיון. 1. חשיבות פסקי הדין. 2. קרבה פיזית של לשכות. ט. השלכות המחקר. 1. מדיניות קביעת הרכבים. 2. מחקרים על השפעת מאפייני שופטים על החלטותיהם. 3. כוח מוחלט. י. סיכום.

מבוא

תיקים בבית המשפט העליון נידונים בפני הרכב של שלושה שופטים. בבית משפט הטרונגי בו השופטים הינם בעלי תפיסות ועמדות שונות, החלטתו של הרכב הדן בתיק מסוים עשויה להיות מושפעת מזהות השופטים החברים בהרכב.¹ עובדה זו משמעותה שישנה חשיבות גדולה לשאלה כיצד נבחרים השופטים החברים בכל הרכב.

בבתי המשפט לערעורים בארה"ב, בהם תיקים נדונים בפני שלושה שופטים, הרכבים נקבעים באמצעות הקצאת השופטים בצורה מקרית להרכבים.² בדרך זו מתמודדת שיטת המשפט האמריקאית עם השפעת זהות השופטים החברים בהרכב על פסק הדין. דרך אחרת להתמודד עם בעיה זו היא באמצעות קביעה כי כל השופטים ידונו בכל תיק יחדיו. כך נעשה בבית המשפט העליון האמריקאי, בו יושבים כל תשעת השופטים לדון יחדיו בכל תיק.

בניגוד לארה"ב, במדינת ישראל הסמכות לקביעת הרכבים בבית המשפט העליון נתונה לנשיא בית המשפט העליון.³ מציאות משפטית זו משליכה על החשיבות שבהבנה כיצד שופטים בוחרים את חברי ההרכב. במאמר זה אנו מתמקדים בהליך מסוים שהתקיים בבית המשפט העליון עד לאחרונה, בו ניתנה לכל שופט בבית המשפט העליון הסמכות בפועל לקבוע את חבריו להרכב. התמקדות בהליך זה מאפשרת לנו להבין כיצד שופטים בוחרים את חבריהם להרכב.

כל עתירה המוגשת לבג"ץ מועברת לטיפול השופט התורן. שופט זה לעיתים מגיע למסקנה כי העתירה צריכה להידחות על הסף ללא דיון. מכיוון שנדרש הרכב של שלושה שופטים כדי לתת פסק דין בעתירה, הפרקטיקה המדוברת היא שהשופט התורן כותב את פסק הדין בעתירה ואחר כך פונה

¹ לדוגמה, נוכחותו של שופט רפובליקאי או דמוקרטי משפיע על התוצאה בתיקים טעונים פוליטית. Richard L. Revesz, "Environmental Regulation, Ideology, and the DC Circuit," 83 Virginia Law Rev. 1717 (1997); Frank B. Cross & Emerson H. Tiller, "Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals," 107 Yale Law J. 2155 (1998); Sunstein, Cass R., David Schkade, Lisa M. Ellman, & Andres Sawicki, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington, DC: Brookings Institution Press (2005); Jennifer L. Perisic, "Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts," 114 Yale Law J. 1759 (2005); Sean Farhang & Gregory Wawro, "Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation Under Panel Decision Making," 20 J. of Law, Economics & Organization 299 (2004); Christina L. Boyd, Lee Epstein & Andrew D. Martin, "Untangling the Causal Effects of Sex on Judging," 54 American J. of Political Science 389 (2010).

² Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, *Defining Dicta*, 57 STAN. L. REV. 953, 1009–10 (2005) ("In the Courts of Appeals, panels are the product of random draws of three among a larger set of members of the court."). Lee Epstein, William M. Landes & Richard A. Posner, *Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis*, 3 J. LEGAL ANALYSIS 101, 110 (2011) ("We assume that members of a panel are chosen randomly from the judges of the court, which is the practice in all circuits."). Cass R. Sunstein & Thomas J. Miles, *Depoliticizing Administrative Law*, 58 DUKE L. J. 2193, 2197 (2009) ("Judges are randomly assigned to three-judge panels"). Emerson H. Tiller & Frank B. Cross, *A Modest Proposal for Improving American Justice*, 99 COLUM. L. REV. 215, 216 (1999) ("[T]he random assignment of federal judges to panels has become a 'hallmark' of the 'system'"). Marin K. Levy, *Panel Assignment in the Federal Courts of Appeals*, 102 CORNELL L. REV. 65, 68 (2017) ("The data reveal that none of the courts configure their panels in a strictly random fashion, and that it would have been practically impossible for most to do so . . . it is important to note that the absence of randomness does not (mean the presence of any sort of ideological maneuvering)."

לשני שופטים אחרים בבית המשפט העליון ומבקש מהם להצטרף אליו ולחתום על פסק הדין. ביכולתו של השופט התורן לקבוע מי הם אלו שאליהם הוא יפנה כדי לצרף אותם להרכב.⁴ אנו מפתחים במאמר זה שלוש תאוריות בחירת הרכב שונות, כדי לחזות כיצד שופט בוחר את חבריו להרכב, כאשר הוא יכול לעשות זאת. על פי תיאוריית הבחירה האקראית, כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, חשוב לו שהחלטה זו תעבור ביקורת של שני שופטים מקריים מבין השופטים בבית המשפט העליון. על פי תיאוריית הבחירה המקצועית, כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, חשוב לו שהחלטה זו תעבור את ביקורתם של השופטים המומחים לתחום הבג"ץ. על פי תיאוריית הבחירה האסטרטגית, כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, הוא מעוניין למצוא שני שופטים שיסכימו עם ההחלטה שלו.

כדי לבחון את שלוש התיאוריות הנזכרות לעיל, במאמר זה אספנו נתונים על פסקי דין בעתירות שנדחו ללא דיון בתקופה שבין ה-21 לינואר 2015 ועד ל-5 באפריל 2017. במהלך תקופה זו זהות השופטים המכהנים בבית המשפט העליון נותרה ללא כל שינוי, ולכן בפני כל שופט תורן עמדה בדיוק אותה רשימה של שופטים ממנה היה עליו לבחור חברים להרכב. איסוף הנתונים מוביל ל-794 עתירות לבג"ץ במהלך תקופה זו שבהן ניתן פסק דין ללא שהתקיים דיון בעתירה, ושבהן השופט התורן בחר מי יהיו השופטים שיצטרפו אליו להרכב. עבור כל שופט תורן זיהינו מי הם השופטים בהם הוא בחר כחבריו להרכב בתקופה זו.

כדי לבחון את תיאוריית הבחירה האקראית אנו מודדים את רמת אי השוויון בבחירות השופטים את חבריהם להרכב באמצעות מתודולוגיה שפותחה למדידת אי שוויון בהכנסות, הידועה כמדד ג'יני למדידת אי שוויון. מדד זה נע בין אפס (שוויון מלא) לאחת (אי שוויון מלא). חישוב מדד ג'יני עבור כל שופט מגלה כי המדד הינו 0.9 ומעלה עבור רוב השופטים, ובממוצע הינו 0.82. ממצא זה עומד בסתירה לתיאוריית הבחירה האקראית.

כדי לבחון את תיאוריית הבחירה המקצועית אנו מודדים את רמת השונות בבחירות חברי הרכב של השופטים השונים. התמקדות בשני השופטים המועדפים על כל שופט כחברי הרכב מגלה כי לכל שופט העדפות מאוד שונות לגבי חבריו להרכב. מתוך 13 השופטים שניתן היה למעשה לבחור מתוכם, יש 12 שופטים הנכללים כשני השופטים המועדפים על ידי אחד מהשופטים. ממצא זה אינו קונסיסטנטי עם תיאוריית הבחירה המקצועית.

הממצאים לגבי אי-השוויון בבחירות חברי הרכב של כל שופט, וכן לגבי השונות הגבוהה בזהות השופטים המועדפים על ידי כל שופט, קונסיסטנטיים עם תיאוריית הבחירה האסטרטגית. לאור זאת, ניתן להשתמש בנתונים על בחירות חברי הרכב של כל שופט תורן כדי לחשוף את ההעדפות הנגלות של כל שופט לחבריו להרכב. ההעדפות אלה יכולות להעיד על מערכת הקשרים האידיאולוגיים והאישיים בתוך בית המשפט העליון.

בחינה של מספר מקרים לעומק תומכת גם היא בתיאוריית הבחירה האסטרטגית. לדוגמא, אנו מראים כי השופט שהם נבחר כחבר הרכב יותר מכל שופט אחר, וזאת למרות שהוא ידוע כמומחה למשפט פלילי, ולא כמומחה למשפט ציבורי. עובדה זאת ניתנת להסבר לאור תיאוריית הבחירה האסטרטגית, משום שהשופט שהם נודע בכך שהוא לא היה נוהג לכתוב דעות מיעוט. בנוסף, ממאמר שכתב השופט רובינשטיין משתמע כי הוא היה בוחר בשופט דנציגר כחבר הרכב שבגלל שהשקפותיו של השופט דנציגר קרובות לשלו. אנו מראים שהשופט עמית נמנע במכוון מלשלוח

⁴ כפי שנסביר בהמשך המאמר, מדיניות קביעת ההרכבים השתנתה בנובמבר 2017, לאחר תקופת המחקר שלנו.

החלטה בעניין מניעת עליית יהודים להר הבית ביום ירושלים לשופט סולברג, וכי השופט פוגלמן בחר להחיל את הנוהל החדש לגבי בחירת חברי הרכב בצורה מאוד מצומצמת, ולהמשיך לבחור את חברי ההרכב המועדפים עליו בתיקים רבים.

כדי לבחון את מערכת הקשרים בתוך בית המשפט העליון אנו משתמשים בטכניקה בשם (MDS) Multidimensional Scaling. טכניקה זו מאפשרת הצגה גראפית של קרבה בין שני גורמים בצורה דו ממדית. ניתוח זה מגלה שלוש קבוצות של שופטים. קבוצה אחת כוללת את חיות, פוגלמן, ברק-ארז ומזוז. קבוצה שניה כוללת את עמית, זילברטל דנציגר וגיובראן. קבוצה שלישית כוללת את השופטים סולברג והנדל.

כזכור, הסמכות החוקית לקביעת הרכבים בבית המשפט העליון נתונה לנשיאת בית המשפט העליון. אם אכן תרשים MDS משקף את מערכות היחסים בבית המשפט, ואם אכן שופטים בוחרים את חבריהם להרכב בצורה אסטרטגית, נצפה שחיות, לאחר מינויה לנשיאה, תיקח בחשבון את מידת הקרבה של שופטים אליה בקביעת הרכבים. בפרט, נצפה שחיות תבחר בשופטים הקרובים אליה להרכבים בהם היא יושבת, שהם הרכבים חשובים ומרכזיים בבית המשפט.

כדי לבחון זאת אספנו נתונים מאתר בית המשפט העליון על מספר הפעמים שבהם שובץ כל שופט לשבת בהרכב בראשות הנשיאה חיות, החל מנובמבר 2017 - מועד התחלת נשיאותה של הנשיאה חיות – ועד לדצמבר 2019. ניתוח הנתונים מגלה כי ישנה קורלציה חזקה בין המרחק של כל שופט מחיות, ע"פ תרשים MDS, ושיעור ההרכבים עם חיות בהם השופט שובץ. ניתן להסביר ממצא זה אם נקבל את הטענה שחיות קובעת את ההרכבים איתה בהתאם להעדפותיה, בצורה אסטרטגית.

לממצאים שבמאמר זה מספר השלכות. ראשית, לעניין מדיניות קביעת הרכבים, אם אכן תיאוריית הבחירה האסטרטגית נכונה, קשה להצדיק את מדיניות בחירת ההרכבים הנוכחית, שכן היא פוגעת בשוויון בין העותרים השונים, באחידות הפסיקה בעתירות אלה, וגורמת לפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט. כפי שנסביר בהמשך המאמר, גם לאחר אימוץ הנוהל החדש לקביעת הרכבים על ידי שופטים תורנים בנובמבר 2017, עדיין לשופט התורן יש יכולת מסוימת להשפיע על חבריו להרכב בצורה אסטרטגית. בנוסף, לנשיאה יש יכולת לקבוע הרכבים רגילים בצורה אסטרטגית. לבסוף, עותרים יכולים לקבוע בצורה אסטרטגית את זהותו של השופט התורן שיטפל בעתירתם באמצעות תזמון העתירה למועד בו מכהן שופט תורן אשר להערכתם יגלה גישה אוהדת כלפיהם.

ישנו פתרון פשוט וקל ליישום לבעיית בחירה ההרכב האסטרטגית, הן על ידי השופטים התורנים, הן על ידי הנשיאה, והן על ידי עותרים. הפתרון הוא בחירת הרכבים בצורה מקרית על ידי תוכנת מחשב. שיטת בחירה זו נעשית כדבר שבשגרה בבתי המשפט הפדראליים לערעורים בארה"ב, ואין שום מניעה ליישומה בישראל. אם שיטה זו תיושם, לאחר הגשת עתירה תוכנת המחשב תבחר באופן מקרי את השופט התורן שיטפל בה. בנוסף, כאשר שופט תורן יחליט לדחות עתירה על הסף, התוכנה תקבע לו באופן מקרי לאילו שני שופטים נוספים עליו לפנות. לבסוף, הרכבים שונים של שלושה שופטים ייקבעו בצורה מקרית על ידי התוכנה וישוּבצו ביומן, ועתירות שייקבעו להרכב ישובצו באופן מקרי לאחד מהרכבים האלה. מנגנון שכזה לקביעת הרכבים מקדם את ערכי השוויון, משום שמשמעותו היא שבפני כל עותר לבית המשפט יש הסתברות זהה לקבל תורנים שונים שיטפלו בעתירה, ואם העתירה נקבעת להרכב אז יש הסתברות זהה לקבל הרכבים

שונים. מלבד חשיבותו של מנגנון שכזה לקידום עקרון השוויון, מנגנון שכזה מקדם שקיפות, ועל כן גם וודאי שסופו להגדיל את אמון הציבור בבית המשפט.

שנית, אם אכן הרכבים בבית המשפט העליון נבחרים בצורה אסטרטגית, הרי שיש בעיית סלקציה בהשוואת פסקי דין של הרכבים שונים, משום שנושאים שונים מובאים במכוון בפני הרכבים שונים. בעיית סלקציה זו מגבילה את היכולת שלנו להשתמש בפסקי דין של הרכבים שונים כדי להסיק כיצד מאפיינים של שופטים משפיעים על פסקי הדין שלהם, כפי שנעשה במספר גדול של מחקרים.⁵

שלישית, כאשר שופטים תורנים בוחרים את חבריהם להרכב הם מפעילים כוח מוחלט, דהיינו כוח לא מוגבל שאינו נתון לכל ביקורת. בשיטה הקונסטיטוציונית הקיימת במדינת ישראל, שופטי בית המשפט העליון הם בעלי כוח מוחלט גם בהקשרים נוספים. מחקר זה מנתח לראשונה בצורה אמפירית כיצד שופטי בית המשפט העליון מפעילים כוח מוחלט.

הספרות האקדמית על קביעת הרכבים בבית המשפט העליון היא מצומצמת. במאמר פורץ דרך של מירון גרוס ויורם שחר, בחנו הכותבים כיצד משובצים שופטי בית המשפט העליון להרכבים.⁶ באמצעות בדיקה סטטיסטית של הרכבים בשלוש תקופות שונות, גילו הכותבים כי ההרכבים בבית המשפט העליון אינם נקבעים באופן אקראי באף אחת מהתקופות. הכותבים מצאו מתאם מסוים בין ותק של שופט ותדירות ישיבתו בהרכב בראשותו של נשיא בית המשפט. בניגוד למאמר זה, אשר מתמקד בפסקי דין אשר ניתנו ללא דיון, שבהם ניתן לזהות את השופט התורן הבוחר את חבריו להרכב, גרוס ושחר הסתמכו במאמרם על נתונים של פסקי דין אשר פורסמו בקובץ "פסקי דין". בפסקי דין אלה לא ניתן להצביע על השופט שבחר את ההרכב, מלבד סמכותו הכללית של נשיא בית המשפט לקבוע את ההרכב.

אלה חלקיו הבאים של המאמר. חלק ב מציג את המסגרת המשפטית. חלק ג מציג שלוש תיאוריות של בחירת הרכב. חלק ד מציג את הנתונים. חלק ה מציג את התוצאות. חלק ו מציג ראיות נוספות לבחירה אסטרטגית תוך התעמקות במספר מקרים. חלק ז משתמש בנתונים כדי להציג מעגלי קרבה בבית המשפט. חלק ח בוחן את בחירת ההרכבים על ידי נשיאת בית המשפט. חלק ט דן בהשגות שונות על המאמר. חלק י דן בהשלכות המדיניות של המאמר, וחלק יא מסכם את המאמר.

א. מסגרת משפטית

כל עתירה המוגשת לבג"ץ מוגשת למזכירות בית המשפט העליון. לאחר תשלום האגרה העתירה נשלחת לבחינה ראשונית על ידי השופט התורן.⁷ בכל שבוע ישנו שופט אחד מבין שופטי בית המשפט העליון (למעט הנשיא, והמשנה לנשיא) המכהן כשופט תורן, ואחראי, בין היתר, גם על הטיפול הראשוני בתיקים שנפתחו באותו השבוע שבו הוא תורן. השופט התורן ממשיך ללוות תיקים אלו גם בהמשך הדרך.⁸

⁵ ראו פירוט של המאמרים בחלק י של המאמר.

⁶ מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית המשפט העליון - ניתוחים כמותיים" משפטים כט 567585 (1999).

⁷ ס' 5 לתקנות סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק, התשמ"ד-1984.

⁸ מידע זה מקורו במאגר פסקי הדין וההחלטות של בית המשפט העליון וכן מתשאול מתמחים ועוזרים משפטיים.

במקרה שמדובר בעתירה דחופה השופט התורן ישלח את העתירה למזכירות עם הוראה לקיים דיון בהרכב שלושה בהקדם.⁹ במקרים אחרים השופט מבקש תגובה ראשונית מהמדינה לטענות שהועלו במסגרת העתירה, וקובע זמן לתשובה. לאחר שמוגשת תגובת המדינה השופט שהיה התורן בעת הגשת העתירה מחליט האם העתירה מצדיקה דיון בפני הרכב של שלושה שופטים. אם אכן העתירה מצדיקה דיון בפני הרכב של שלושה שופטים התיק מועבר למזכירות לקביעת ההרכב שידון בתיק.

מנגד, ישנם מקרים רבים שבהם השופט התורן מגיע למסקנה שהעתירה צריכה להידחות על הסף ללא דיון. ישנם מקרים בהם השופט מגיע למסקנה זו באופן מידי, עוד לפני שהתבקשה תגובה מקדמית מהמדינה, וישנם מקרים שרק לאחר שמוגשת תגובתה המקדמית של המדינה, מגיע השופט התורן למסקנה שיש לדחות את העתירה על הסף ללא דיון.¹⁰

כאשר מגיע השופט התורן למסקנה שיש לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, נדרש על פי חוק בתי המשפט הרכב של שלושה שופטים כדי לתת פסק דין בעתירה.¹¹ עד לאחרונה הפרקטיקה הנוהגת בבית המשפט העליון היתה שהשופט התורן כותב את פסק הדין בעתירה ואחר כך פונה לשני שופטים אחרים בבית המשפט העליון ומבקש מהם להצטרף אליו ולחתום על פסק הדין. ביכולתו של השופט התורן לקבוע מי הם אלו שאליהם הוא יפנה כדי לצרף אותם להרכב.

העובדה כי השופט התורן הוא הקובע את חבריו להרכב בתקופה בה המחקר מתמקד (ינואר 2015 עד אפריל 2017) אושרה בשיחות שניהלנו עם עוזרים משפטיים שעבדו באותה תקופה בבית המשפט. בנוסף, במכתב מיום 25.10.2017 במענה לפנייה בנושא זה, מכירה שרון סבן-ספראי, הממונה לפי חוק חופש המידע בהנהלת בית המשפט, בעובדה זו. לדבריה "במקרים בהם השופט התורן סבור - בין על סמך העתירה גופה ובין לאחר קבלת תגובה מקדמית - כי יש מקום לדחות את העתירה על הסף בהיעדר עילה, הוא מעביר אותה להרכב על ידי צירופם של שני שופטים נוספים. **זהות השופטים הנוספים נקבעת על ידי השופט התורן** בהתאם לאילוצים שונים (זמינות השופטים, מניעויות וכיו"ב)".¹²

האם ניתן למצוא עיגון חוקי לבחירת ההרכב על ידי השופט התורן? חוק בתי המשפט קובע: "השופט או השופטים אשר ידונו בעניין פלוני ייקבעו בידי נשיא בית המשפט העליון."¹³ כלומר, בעל הסמכות היחיד שהוסמך בחוק לקבוע את זהות השופטים שישבו בהרכב הדין בתיק מסוים, הינו נשיא בית המשפט העליון.¹⁴ לאור זאת, קשה למצוא עיגון משפטי לסמכותו של השופט התורן לבחור את חבריו להרכב בפסק דין הדוחה עתירה ללא דיון.

אמנם, לאורך השנים הפקידו נשיאי בית המשפט העליון לדורותיהם את קביעת ההרכבים בידי המזכירות. אך הסדר זה כשלעצמו מעורר קשיים משפטיים, שכן ייתכן ומדובר באצילת סמכות שיפוטית.¹⁵ מכל מקום, קביעת ההרכבים השגרית על ידי המזכירות לא הפקיעה את סמכותו של הנשיא באופן מוחלט, שכן המזכירות עשויה לפעול לפני הנחיות הנשיא, ובמקרים חריגים בהם מזהה המזכירות תיקים בעלי חשיבות היא מפנה אותם ללשכת הנשיא, הבוחר האם להתערב בזהות

⁹ שם.

¹⁰ מידע זה מקורו במאגר פסקי הדין וההחלטות של בית המשפט העליון וכן מתשואל מתמחים ועוזרים משפטיים.

¹¹ ס' 26 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

¹² מכתב משרון סבן-ספראי, ממונה לפי חוק חופש המידע, הנהלת בתי המשפט, לעו"ד שמואל שניידר (25.10.2017).

¹³ ס' 27(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

¹⁴ לפי ס' 29(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, הנשיא רשאי לאצול מסמכויותיו למשנה.

¹⁵ יש לציין שהמחקרים הרבים שצוינו בהערת שוליים 1 מוכיחים שזהות חברי ההרכב משפיעה על התוצאה. עובדה זו ידועה גם באופן אינטואיטיבי לעורכי דין רבים. לאור זאת קשה לטעון שקביעת הרכבים היא סמכות טכנית, שניתן להאציל, ולא סמכות שיפוטית שלא ניתן להאציל. מכל מקום המאמר אינו מתמקד בשאלה משפטית זו.

חברי ההרכב. כך שעדיין נותרת בידי הנשיא היכולת להתערב בקביעת ההרכבים. לעומת זאת, כאשר מדובר בעתירות המטופלות על ידי שופט תורן אשר נדחות על הסף, הנשיא איבד לחלוטין את האפשרות לקבוע את ההרכב, וזאת בניגוד ללשון החוק. במקרים אלה מי שקובע את ההרכב באופן בלעדי הוא השופט התורן.

ב. תיאוריות של בחירת הרכב

כיצד שופטים בוחרים את חבריהם להרכב? בחלק זה נתאר שלוש תיאוריות בחירה שונות.¹⁶ לאחר מכן נפנה לבחון את התיאוריות הללו מבחינה אמפירית.

1. תיאוריית הבחירה האקראית

על פי תיאוריית הבחירה האקראית כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, חשוב לו שהחלטה זו תעבור ביקורת של שני שופטים מקריים מבין השופטים בבית המשפט העליון. בחירה מקרית היא הוגנת משום שמנקודת ראותו של העותר העתירה הופנתה לבית המשפט העליון, ולא לשופט התורן. בחירה אקראית היא גם שוויונית, ותבטיח שמנקודת מבט של עותר ההסתברות לקבל הרכבים שונים היא זהה. כמו כן, מכיוון שהסמכות החוקית לבחירת ההרכב אינה נתונה לשופט התורן, בהינתן האילוץ לבחור את ההרכב בחירה מקרית מבטיחה ששום שיקול זר לא יילקח בחשבון בבחירת ההרכב. אם אכן תיאוריית הבחירה האקראית נכונה, נצפה לראות, עבור כל שופט תורן, הסתברות זהה של כל שופט להיבחר כחבר להרכב.

2. תיאוריית הבחירה המקצועית

על פי תיאוריית הבחירה המקצועית כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, חשוב לו שהחלטה זו תעבור את ביקורתם של השופטים המומחים לתחום הבג"ץ. תיאוריה זו משקפת תפיסה על פיה שופטים שונים בבית המשפט העליון הם בעלי התמחויות שונות. היכולת לקבוע הרכבים מאפשר לנתב תיקים להרכב בעל המומחיות המתאימה. אם אכן תיאוריית הבחירה המקצועית נכונה, נצפה לראות כי שופטים תורנים שונים בוחרים כחבריהם להרכב את אותם שופטים, דהיינו את השופטים בעלי ההתמחות בתחום הבג"ץ.

3. תיאוריית הבחירה האסטרטגית

על פי תיאוריית הבחירה האסטרטגית כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, הוא מעוניין למצוא שני שופטים שיסכימו עם ההחלטה שלו. הסיכוי ששופטים יסכימו

¹⁶ במחקר זה בחרנו לבחון שלוש תיאוריות שנראות סבירות בעינינו לאור הכרותנו את המחקר בתחום התנהגות שופטים. בחלק ט של המאמר נבחן תיאוריה נוספת, הקשורה לקרבה הפיזית של הלשכות. תיאוריה זו לא נראתה סבירה בשלב כתיבת המאמר. החלטנו לבחון אותה רק לאחר שבית המשפט העליון, בתגובתו הרשמית לטיזת המאמר, טען שההרכבים נקבעים לפי הקרבה הפיזית של הלשכות.

עם ההחלטה של השופט הוא גבוה אם הם קרובים אליו מבחינה אידיאולוגית, או בגלל יחסי חברות.

אם אכן תיאוריית הבחירה האסטרטגית נכונה, ושופטים בוחרים את חבריהם להרכב כאשר הם לוקחים בחשבון את הסיכוי שחברי ההרכב יסכימו איתם, נצפה לראות כי שופטים תורנים בוחרים באופן קבוע כחבריהם להרכב שופטים שונים, וזאת משום שקרבה אידיאולוגית ויחסי חברות משתנים משופט לשופט.

ג. נתונים

1. תקופת המחקר

במאמר זה אספנו באופן שיטתי את כל פסקי הדין שניתנו ללא דיון, ושבהם בחרו השופטים התורנים שכתבו את פסק הדין מי יהיו השופטים שיצטרפו אליהם להרכב. עבור כל שופט תורן זיהינו מי הם השופטים בהם הוא בחר כחבריו להרכב.

תקופת המחקר בה התמקדנו היא החל מ-21 בינואר 2015, המועד בו הושבעה לתפקידה השופטת ברון, ועד ל-5 באפריל 2017, המועד בו פרש השופט זילברטל לגמלאות. במהלך תקופה זו זהות השופטים המכהנים בבית המשפט העליון נותרה ללא כל שינוי. אף שופט לא פרש ושום שופט חדש לא נכנס לכהן בבית המשפט. לאור זאת, במהלך תקופה זו בפני כל שופט תורן עמדה בדיוק אותה רשימה של שופטים מהם עליו היה לבחור חברים להרכב.

במהלך תקופת המחקר כיהנה מרים נאור כנשיאת בית המשפט העליון והמשנה לנשיאה היה אליקים רובינשטיין. שלושה עשר השופטים הנוספים בעליון היו סלים ג'ובראן, אסתר חיות, חנן מלצר, יורם דנציגר, ניל הנדל, עוזי פוגלמן, יצחק עמית, צבי זילברטל, נעם סולברג, אורי שהם, דפנה ברק-ארז, מני מזוז וענת ברון.

2. איתור פסקי הדין

לצורך ביצוע המחקר ריכזנו בשלב ראשון את כל פסקי הדין שניתנו בבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ במהלך תקופת המחקר. בכל שנה ניתנים בבג"ץ כאלף ושבע מאות פסקי דין. בשלב השני בדקנו בכל פסק דין שניתן האם מופיע בראש פסק הדין תאריך הישיבה. אם הופיע תאריך הישיבה הרי שמדובר בתיק שבו התקיים דיון ולכן פסק הדין הוסר מהמאגר שלנו. לאחר מכן לקחנו את כל התיקים שבהם לא מופיע תאריך הישיבה, ובדקנו האם אכן לא התקיים דיון בעתירה. את הבדיקה ביצענו באתר של בית המשפט העליון שם ניתן לראות האם ומתי התקיים דיון בכל תיק.

לאחר הבדיקה הזו נותרנו עם 794 עתירות לבג"ץ שבהן ניתן פסק דין ללא שהתקיים דיון בעתירה, ושבהן השופט התורן בחר מי יהיו השופטים שיצטרפו אליו להרכב שנותן את פסק הדין. הנשיאה והמשנה לנשיאה לא משמשים כתורנים. לאור זאת, המחקר מתמקד בשלושה עשר השופטים הנוספים שניהנו בבית המשפט בעליון במהלך תקופת המחקר. חלקם הגדול עדיין מכהן בבית המשפט העליון כיום.

כדי לזהות מי היה השופט התורן בעת שהוגשה העתירה, זאת בכדי לדעת מי השופט שהחליט על צירוף השניים הנוספים, השתמשנו בכמה שיטות:

- א. ברוב מוחלט של המקרים מופיע בראש פסק הדין שמו של השופט שכתב את פסק הדין, אשר הוא גם השופט התורן. איששנו עובדה זאת בשתי דרכים. ראשית, תחקרנו מתמחים ועוזרים משפטיים לשעבר בבית המשפט העליון, אשר אישרו כי השופט התורן הוא אכן זה שכותב את פסק הדין הדוחה את העתירה ללא דיון. שנית, עבור מדגם מקרי של כ-40 תיקים הפעלנו את שיטות הזיהוי שבסעיפים ב' ו-ג' להלן, ומצאנו שב-100% מהמקרים במדגם השופט שכותב את פסק הדין הדוחה את העתירה ללא דיון הוא אכן השופט התורן.
- ב. ישנם מקרים שבהם לא מופיע שם השופט שכתב את פסק הדין (בעיקר במקרים שבהם פסק הדין הוא טכני בעיקרו, ומכיל שורות ספורות). במקרים כאלו פנינו לאתר של בית המשפט העליון ובדקנו מי היה השופט שנתן את ההחלטות הקודמות בתיק, לפני מתן פסק הדין, וכך זיהנו בוודאות מיהו השופט התורן בעתירה זו.
- ג. היו מקרים ספורים (כ-30 עתירות) שבהם לא נכתב שמו של השופט שנתן את פסק הדין, וגם לא ניתנה כל החלטה קודמת בתיק, שניתן ללמוד ממנה על זהות השופט התורן שטיפל בתיק. במקרים כאלו, ניתן לזהות כמעט בוודאות מי השופט התורן שטיפל בעתירה באמצעות השוואה לעתירות אחרות שהוגשו באותו השבוע, וזיהוי השופט שטיפל באותן עתירות. למרות זאת בחרנו שלא לעשות זאת אלא להשמיט עתירות אלו מבסיס הנתונים של המחקר, כדי לשמור עד כמה שניתן, על הדיוק בנתונים.

לאחר שהפעלנו את שיטת המחקר שלעיל, להלן מספר העתירות שכל שופט דחה ללא דיון ובהן הוא בחר את חבריו להרכב, בתקופת המחקר:

- סלים ג'ובראן: 39 פסקי דין
- אסתר חיות: 67 פסקי דין
- חנן מלצר: 22 פסקי דין
- יורם דנציגר: 52 פסקי דין
- ניל הנדל: 70 פסקי דין
- עוזי פוגלמן: 137¹⁷ פסקי דין
- יצחק עמית: 58 פסקי דין
- צבי זילברטל: 64 פסקי דין
- נעם סולברג: 67 פסקי דין
- אורי שהם: 26 פסקי דין
- דפנה ברק-ארז: 42 פסקי דין

¹⁷ פוגלמן הוא השופט שנתן את המספר הרב ביותר של פסקי דין ללא דיון, הסיבה לכך היא שהשופט פוגלמן יושב באופן בלעדי כדן יחיד בדיון מקדמי בבג"צים (מידע זה מקורו במאגר פסקי הדין וההחלטות של בית המשפט העליון וכן מתשאל מתמחים ועוזרים משפטיים). דיונים אלו מתקיימים בתיקים שנמשכים זמן רב, בעיקר עתירות נגד הריסת בנייה בלתי חוקית של פלסטינים בשטחי C ועתירות למתן אזרחות. הדיון המקדמי מתמקד בסעדי ביניים כמו צו ביניים למניעת הריסה וצו ביניים המונע את גירוש העותר מן הארץ עד ההכרעה בעתירה. לכן באופן טבעי ישנם תיקים רבים יותר הנמצאים על שולחנו של השופט פוגלמן, בחלק לא מבוטל מן המקרים העותרים מגיעים להסכמות עם המדינה במהלך הדיון המקדמי או בסמוך לו, ובמקרה כזה השופט פוגלמן בוחר את מי מן השופטים לצרף למתן פסק הדין. החל מאמצע שנת 2018 לאחר תיקון חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים התשי"ס-2000 (תיקון מס' 117 תשע"ח-2018), כמעט כל העתירות בנושא בניה בשטחים ועתירות אזרחות מופנות לבתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מנהליים.

- מני מזוז : 73 פסקי דין
- ענת ברון : 42 פסקי דין

ד. תוצאות

1. נתוני בחירות השופטים

כזכור, כאשר מגיע השופט התורן למסקנה שיש לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, נדרש על פי חוק בתי המשפט הרכב של שלושה שופטים כדי לתת פסק דין בעתירה. ביכולתו של השופט התורן לקבוע מי הם אלו שאליהם הוא יפנה כדי לצרף אותם להרכב. יכולת זו של כל שופט תורן לבחור את חבריו להרכב מאפשרת לנו לחשוף את ההעדפות הנגלות של כל שופט לגבי חבריו להרכב. כזכור, עבור כל פסק דין במסד הנתונים שבנינו זיהינו את השופט התורן. עבור כל שופט תורן ניתן לזהות אילו שופטים נבחרו על ידי השופט כחברים להרכב. עבור כל פסק דין השופט התורן בוחר בשני שופטים כחברים להרכב. לאור זאת מספר הבחירות שמבצע השופט התורן הוא כפול ממספר פסקי הדין בהם הוא שימש כתורן.

טבלה 1 מציגה כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב. בטבלה זו כל שורה מייצגת את הבחירות של השופט התורן ששמו מופיע בתחילת השורה. העמודות מייצגות את השופטים הנבחרים. סכום האחוזים בכל שורה הוא 300%. סכום זה משקף את העובדה שכל שופט מבצע שתי בחירות עבור כל פסק דין, וכן את העובדה שהשופט תמיד בוחר את עצמו להרכב (כפי שניתן לראות באלכסון שבטבלה). הרקע של כל תא בטבלה כהה יותר אם מדובר באחוז גבוה.

נדגים את התוצאות באמצעות התמקדות במספר שופטים. פוגלמן כזכור שימש כשופט תורן ב-137 פסקי דין. משמעות הדבר שב-137 פסקי דין פוגלמן יכול היה לבחור אילו מבין השופטים יהיו חבריו להרכב. הנתונים מגלים שב-88% מפסקי הדין הוא בחר כחברה להרכב את ברק-ארז, וב-85% מפסקי הדין הוא בחר במזוז כחבר להרכב.

ברק-ארז כזכור שימשה כשופטת תורנית ב-42 פסקי דין. משמעות הדבר שב-42 פסקי דין ברק-ארז יכולה הייתה לבחור אילו מבין השופטים יהיו חבריה להרכב. הנתונים מגלים שב-90% מפסקי הדין היא בחרה כחבר להרכב את פוגלמן, וב-86% מפסקי הדין היא בחרה במזוז כחבר להרכב.

לצורך השלמת המעגל נעבור למזוז. מזוז שימש כשופט תורן ב-74 פסקי דין. משמעות הדבר שב-74 פסקי דין השופט מזוז יכול היה לבחור אילו מבין השופטים יהיו חבריו להרכב. הנתונים מגלים שב-81% מפסקי הדין הוא בחר כחבר להרכב את פוגלמן, וב-73% מפסקי הדין הוא בחר בברק-ארז כחברה להרכב.

כפי שניתן לראות, הנתונים מגלים על קשר קרוב בין פוגלמן, ברק-ארז ומזוז. כל אחד מהם כמעט תמיד בוחר בשני האחרים כחבריו להרכב. אנו נשוב לניתוח הקשר בין השופטים בחלקו של המאמר. בשלב זה חשוב להדגיש שמערכת יחסים הדדית לא מתקיימת תמיד בין שופטים. לדוגמה, מלצר בחר הנדל כחבר להרכב ב-95% מהמקרים, אך הנדל לא בחר במלצר כחבר להרכב אפילו בפסק דין אחד.

טבלה 1 : בחירות הרכב לכל שופט תורן

		Selected Justices														
Selecting Justices		Amit	Barak-Erez	Baron	Danziger	Hayut	Hendel	Joubran	Mazuz	Melcer	Shoham	Solberg	Vogelman	Zilbertal	Naor*	Rubinstein*
	Amit	100%	5%	0%	0%	0%	0%	0%	21%	2%	59%	36%	16%	57%	0%	5%
	Barak-Erez	2%	100%	2%	2%	2%	0%	2%	86%	0%	0%	0%	90%	2%	2%	7%
	Baron	7%	29%	100%	14%	33%	7%	19%	12%	2%	29%	2%	33%	5%	5%	2%
	Danziger	23%	8%	13%	100%	0%	8%	38%	13%	0%	46%	13%	6%	31%	0%	0%
	Hayut	10%	46%	33%	3%	100%	1%	0%	0%	0%	0%	0%	91%	15%	0%	0%
	Hendel	0%	1%	21%	1%	0%	100%	0%	3%	0%	86%	84%	0%	3%	0%	0%
	Joubran	0%	0%	44%	67%	0%	0%	100%	3%	0%	82%	0%	3%	0%	0%	3%
	Mazuz	4%	73%	0%	22%	0%	0%	0%	100%	1%	0%	0%	81%	19%	0%	0%
	Melcer	0%	0%	5%	0%	0%	95%	0%	0%	100%	9%	91%	0%	0%	0%	0%
	Shoham	46%	0%	0%	23%	0%	4%	42%	0%	8%	100%	4%	0%	54%	0%	19%
	Solberg	0%	0%	0%	33%	0%	61%	12%	1%	16%	54%	100%	1%	12%	7%	1%
	Vogelman	4%	88%	1%	1%	0%	0%	0%	85%	0%	0%	3%	100%	17%	0%	1%
	Zilbertal	39%	3%	3%	27%	0%	0%	3%	30%	3%	30%	19%	39%	100%	3%	2%
	Average	11%	21%	10%	16%	3%	15%	10%	21%	3%	33%	21%	30%	18%	1%	3%
	Std. Deviation	16%	31%	15%	20%	10%	31%	16%	32%	5%	32%	33%	37%	20%	2%	5%

* נאור היתה הנשיאה, ורובינשטיין היה משנה לנשיאה. הם לא שימשו כשופטים תורנים, אך ניתן היה לבחור בהם כחברים להרכב.

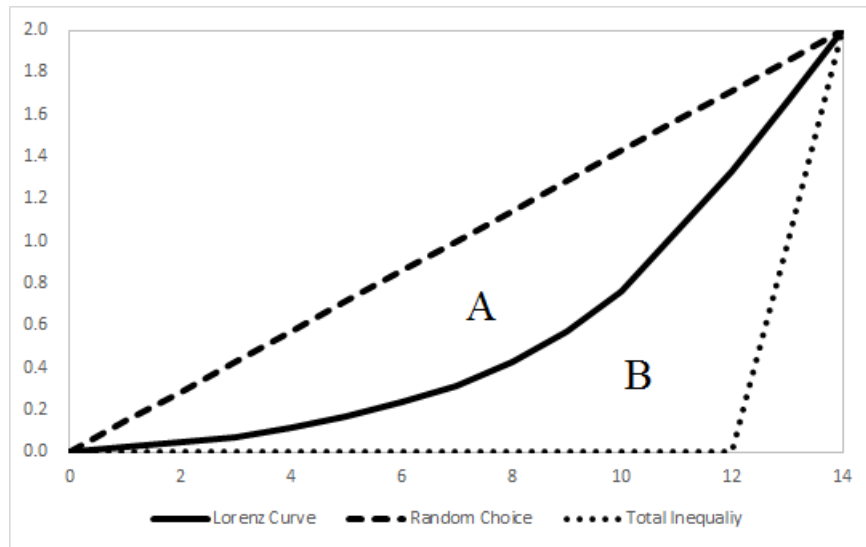
2. בחינת תיאוריית הבחירה האקראית

לאחר שהבנו את הנתונים המוצגים בטבלה נפנה לבחון האם הם תומכים באחת התיאוריות של בחירת הרכב שהוצגו בחלק ג של המאמר. כזכור, על פי תיאוריית הבחירה האקראית נצפה לראות, עבור כל שופט תורן, הסתברות זהה של כל שופט להיבחר כחבר להרכב. מבחינה מתימטית, היינו מצפים לראות בכל תא בטבלה (למעט התאים המייצגים את בחירת השופט בעצמו) את הערך 14.3%, שמשקף בחירה מקרית של שני שופטים מתוך 14. אך בחינה של טבלה 1 מגלה שלא כך הדבר. בטבלה 1 יש תאים רבים עם הסתברות של 0%, ותאים אחרים עם הסתברות גבוהה משמעותית מ-14.3%.

דרך נוספת לבחינת תיאוריית הבחירה האקראית היא באמצעות חישוב אי השוויון בבחירות השופטים את חבריהם להרכב. לצורך כך נשתמש במתודולוגיה שפותחה למדידת אי שוויון בהכנסות. לצורך הדגמת המתודולוגיה נשתמש בנתונים של השופטת ענת ברון. כפי שניתן לראות מטבלה 1, ברון בחרה בפוגלמן ובחיות כחברי הרכב ב- 33% מפסקי הדין, בברק-ארז ובשהם ב- 29% מפסקי הדין, בגיבוראן ב-19% מפסקי הדין, בדנציגר ב-14% מפסקי הדין, וביתר השופטים באחוזים בודדים. ניתן לסדר את השופטים מהשופט שנבחר הכי פחות על ידי ברון לשופט שנבחר הכי הרבה, וליצור את פונקציית ההתפלגות המצטברת של בחירותיה של ברון. פונקציה זו, הידועה גם כעקומת לורנץ בהקשר של מדידת חוסר שוויון, היא הקו החלק בתרשים 1.

כפי שנאמר, על פי תיאוריית הבחירה האקראית נצפה לראות, עבור כל שופט תורן, הסתברות זהה של כל שופט להיבחר כחבר להרכב. פונקציית ההתפלגות המצטברת של בחירות המשקפות את תיאוריית הבחירה האקראית היא הקו המקווקו העליון בתרשים 1. אם השופטת ברון הייתה בוחרת בכל פסקי הדין כחבריה להרכב את אותם שני שופטים, הרי שבחירותיה היו משקפות חוסר שוויון מוחלט בבחירות השופטים. פונקציית ההתפלגות המצטברת של בחירות המשקפות חוסר שוויון מוחלט היא הקו המקווקו התחתון בתרשים 1.

תרשים 1: עקומת לורנץ עבור השופטת ברון



לאחר שרטוט העקומות השונות עבור ברון ניתן לחשב את מדד גייני למדידת אי שוויון. ראשית, מחשבים את השטח שבין עקומת הבחירה האקראית (הקו המקווקו העליון) לעקומת לורנץ (הקו החלק). שטח זה מסומן באות A בתרשים 1. שנית, מחשבים את השטח שבין עקומת לורנץ (הקו החלק) לעקומת אי השוויון המוחלט (הקו המקווקו התחתון). שטח זה מסומן באות B בתרשים 1. מדד גייני מחושב בדרך הבאה:

$$G = \frac{A}{A + B}$$

מדד גייני למדידת אי שוויון נע בין אפס (שוויון מלא) לאחת (אי שוויון מלא). ניתן לראות זאת בתרשים 1. התפלגות שוויונית יותר של בחירות השופטים בהרכב משמעותה שעקומת לורנץ (הקו החלק) קרובה יותר לעקומת הבחירה האקראית (הקו המקווקו העליון), ובהתאם שטח A קטן ושטח B גדל, מה שמוביל לירידה במדד גייני. במקרה הקצה, כאשר עקומת לורנץ חופפת את עקומת הבחירה האקראית, שטח A הוא אפס, והערך של מדד גייני הוא אפס. לעומת זאת, התפלגות פחות שוויונית של בחירות השופטים בהרכב משמעותה שעקומת לורנץ (הקו החלק) קרובה יותר לעקומת אי השוויון המוחלט (הקו המקווקו התחתון), ובהתאם שטח A גדל ושטח B קטן, מה שמוביל לעליה במדד גייני. במקרה הקצה, כאשר עקומת לורנץ חופפת את עקומת אי השוויון המוחלט, שטח B הוא אפס, והערך של מדד גייני הוא אחד.

במקרה של ברון, לאחר חישוב עקומת לורנץ על פי הנתונים שבטבלה 1, שטח A הינו 6.2, שטח B הינו 5.8, ובהתאם מדד גייני של ברון הוא 0.52. כפי שעשינו עבור ברון, ניתן לחשב עבור כל שופט את עקומת לורנץ מהנתונים שבטבלה 1, ובהתאם לחשב את מדד גייני לאי שוויון בבחירות השופטים להרכב עבור כל שופט. טבלה 2 מציגה תוצאות חישוב מדד הגייני לכל שופט ושופט.

טבלה 2: מדד ג'יני למדידת אי-שוויון בבחירות ההרכב של כל שופט

Jutice	Gini
Melcer	0.98
Vogelman	0.95
Hendel	0.95
Joubran	0.93
Mazuz	0.92
Barak-Erez	0.92
Hayut	0.90
Amit	0.81
Solberg	0.79
Shoham	0.78
Zilbertal	0.64
Danziger	0.63
Baron	0.52

הממצאים בטבלה 2 מגלים חוסר שוויון מאוד גבוה בבחירות ההרכב של השופטים. מדד ג'יני למדידת אי השוויון בבחירות השופטים, אשר נע בין 0 (שוויון מוחלט) ל-1 (אי-שוויון מוחלט), הינו מעל 0.9 ומעלה אצל השופטים מלצר, פוגלמן, הנדל, גיבראן, מזוז, ברק-ארז, וחיות. כלומר, המדד הינו 0.9 ומעלה עבור רוב השופטים. בממוצע המדד הוא 0.82. ממצא זה עומד בסתירה לתיאוריית הבחירה האקראית.

3. בחינת תיאוריית הבחירה המקצועית

לאחר שדחינו את תיאוריית הבחירה האקראית, נפנה לבחון את תיאוריית הבחירה המקצועית. כזכור, על פי תיאוריית הבחירה המקצועית נצפה לראות כי שופטים תורנים שונים בוחרים כתבריהם להרכב את אותם שופטים, דהיינו את השופטים בעלי ההתמחות בתחום הבג"ץ. מבחינה מתמטית, על פי תיאוריית הבחירה המקצועית היינו מצפים לראות בטורים מסוימים בטבלה 1 אחוזים מאוד גבוהים, וברוב הטורים האחרים אחוזים מאוד נמוכים. אך בחינה של טבלה 1 מגלה שלא כך הדבר.

דרך אחרת לבחינת תיאוריית הבחירה המקצועית היא באמצעות בחינת השונות בבחירות של השופטים השונים. בטבלה 3 אנו מציגים, עבור כל שופט, את שני השופטים המועדפים עליו, דהיינו השופטים שנבחרו על ידיו בהסתברות הכי גבוהה כחברים להרכב.

טבלה 3 : שני חברי ההרכב המועדפים על כל שופט

Judge	1st Choice	2nd Choice
Amit	Shoham	Zilbertal
Barak-Erez	Vogelman	Mazuz
Baron	Hayut	Vogelman
Danziger	Shoham	Joubran
Hayut	Vogelman	Barak-Erez
Hendel	Shoham	Solberg
Joubran	Shoham	Danziger
Mazuz	Vogelman	Barak-Erez
Melcer	Hendel	Solberg
Shoham	Zilbertal	Amit
Solberg	Hendel	Shoham
Vogelman	Barak-Erez	Mazuz
Zilbertal	Vogelman	Amit

על פי תיאוריית הבחירה המקצועית היינו מצפים לראות ששופטים תורנים שונים בוחרים כחבריהם להרכב את אותם שופטים, דהיינו את השופטים בעלי ההתמחות בתחום הבג"ץ. אך בחינה של טבלה 3 מגלה שלא כך הדבר. נראה בבירור כי לכל שופט יש את חברי ההרכב המועדפים עליו. טבלה 3 מכילה שמות של 12 שופטים. כלומר, מתוך 15 השופטים שניתן היה לבחור מתוכם, יש 12 שופטים שנחשבו מועדפים, וניתן להסביר בקלות שניים מתוך שלושת השופטים שלא מופיעים ברשימה (נאור שימשה כנשיאה, ורובינשטיין שימש כמשנה לנשיאה). ממצא זה אינו קונסיסטנטי עם תיאוריית הבחירה המקצועית.

ניתן לבחון את תיאוריית הבחירה המקצועית גם באמצעות שתי השורות האחרונות שבטבלה 1. השורה לפני האחרונה בטבלה 1 מחשבת את הסיכוי הממוצע של שופט להיבחר כחבר הרכב, דהיינו ממוצע האחוזים עבור כל טור. השורה האחרונה בטבלה 1 מחשבת עבור כל שופט נבחר, דהיינו עבור כל טור, מהי סטיית התקן של הסיכויים של כל שופט להיבחר כחבר להרכב. חישוב הממוצע וסטיית התקן לוקחים בחשבון את העובדה ששופט אינו יכול לבחור את עצמו כחבר להרכב.

סטיית התקן של כל השופטים שונה, וגבוהה משמעותית מאפס. בנוסף, עבור כמעט כל השופטים סטיית התקן גדולה מן הממוצע. עובדה זו מעידה על כך שיש שונות גבוהה יחסית בבחירות השופטים, ורוב התצפיות בכל טור אינן קרובות כלל לממוצע.

אפשרות נוספת היא לבחון את תיאוריית הבחירה המקצועית באופן ישיר יותר, זאת על ידי בדיקה האם יש קשר בין מומחיותם של השופטים לבין הנושאים שבהם עסקו פסקי הדין שאליהם הם נבחרו כחברים בהרכב. לצורך זיהוי המומחיות של כל שופט השתמשנו בהליך אחר בבית המשפט העליון. בשונה מתיקי בג"ץ, המוגשים ישירות לבית המשפט העליון, מרבית התיקים האזרחיים והפליליים מוגשים לבית משפט השלום, וניתן לערער עליהם בבית המשפט המחוזי.

לאחר ערעור בבית המשפט המחוזי רשאים בעלי הדין להגיש "בקשת רשות ערעור" לבית המשפט העליון.¹⁸ כמו כן ניתן להשיג על "החלטות אחרות" (שאינן פסקי דין) של בתי המשפט המחוזיים באמצעות הגשת בקשת רשות ערעור.¹⁹ חלוקת הטיפול בבקשות רשות הערעור לשופטים השונים מאפשרת לנו לזהות את מומחיותם של השופטים.

כאשר בעל דין מגיש בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון בקשה זו נידונה בפני דן יחיד.²⁰ כל שופט בבית המשפט העליון ממונה על ידי נשיאת בית המשפט העליון לטפל בסוג אחר של בקשות רשות ערעור.²¹ במהלך תקופת המחקר שלנו כל בקשות רשות הערעור שהוגשו בעניינים מינהליים נידונו על ידי השופטים פוגלמן וברק-ארז. כל בקשות רשות הערעור הפליליות נידונו על ידי השופטים ג'ובראן, שוהם ומלצר. כל בקשות רשות הערעור העוסקות בדיני משפחה שנמצאים בסמכות בית המשפט לענייני משפחה טופלו על ידי השופטים רובינשטיין, מזוז והנדל. יתר השופטים טיפלו בבקשות רשות ערעור אזרחיות.²² כאמור, הקצאת השופטים לדון בסוגים מסוימים נעשית על ידי נשיאת בית המשפט העליון, ובדרך כלל השיבוץ נעשה כך שהוא משקף את מומחיותם של השופטים השונים.²³ לכן ניתן להשתמש בסיווג זה של השופטים כדי לזהותם כמומחים למשפט מינהלי, משפט פלילי, דיני משפחה ומשפט אזרחי.

כדי לבחון את תיאוריית הבחירה המקצועית, קראנו את כל 794 פסקי הדין שנדחו על הסף במהלך תקופת המחקר וסיווגנו אותם ידנית לארבעת תחומי משפט שצוינו לעיל. במבט ראשוני ניתן לסבור שמכיוון שמדובר בעתירות לבג"ץ שבהן המשיב הוא תמיד גוף מינהלי, אפשר להניח שכל התיקים יהיו קשורים לענייני משפט מינהלי. אולם לאחר קריאת כל פסקי הדין מתברר שזהו איננו המצב בפועל, ורבות מן העתירות המוגשות לבג"ץ עוסקות בנושאים אחרים, למשל: עתירות לבג"ץ נגד החלטה של הפרקליטות שלא להעמיד לדין עוסקת בעניינים פליליים, עתירה לבג"ץ נגד החלטה שניתנה על ידי בית משפט אזרחי עוסקת בעניינים אזרחיים, ואילו עתירה לבג"ץ נגד בית הדין הרבני עוסקת בדרך כלל בדיני משפחה.

לצורך הפשטה סיווגנו פסקי דין כעוסקים במשפט מינהלי כאשר המשיב היה גוף מינהלי (או גוף מעין-מינהלי), או אם העתירה היא עתירה חוקתית. במקרים כאלו מדובר בתיקי בג"ץ קלאסיים, וכמצופה הם אכן מהווים רוב מוחלט של פסקי הדין. סיווגנו תיקים כעוסקים במשפט אזרחי כאשר העתירה תוקפת החלטות של בתי משפט אחרים שעניינם משפט אזרחי, כולל תיקי בורות, תובענות ייצוגיות או פסקי דין של בתי הדין לעבודה. סיווגנו פסקי דין כעוסקים בדיני משפחה אם העתירה תוקפת החלטות שהתקבלו על ידי בתי משפט לענייני משפחה או בתי דין דתיים (בתי הדין הרבניים, בתי הדין השרעיים ובתי הדין הכנסייתיים). פסקי דין סווגו כעוסקים

¹⁸ ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

¹⁹ שם.

²⁰ ס' 26(4) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 וס' 12(א) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

²¹ ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 ו' 12(א) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000.

²² על פי בדיקה שערכנו במאגר פסקי הדין של בית המשפט העליון.

²³ ראו תגובת דוברות הרשות השופטת לכתבתו של קלמן ליבסקינד "העליון שבתוך העליון: כך הופקדו שני שופטים מהשמאל הליברלי על הטיפול במדיניות ההגירה" מעריב 29.2.2020. <https://www.maariv.co.il/journalists/Article-750941>. "סעיף 12(א) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים מסמך את נשיאת בית המשפט העליון לקבוע מי השופט שידון בבקשות רשות ערעור על פסקי דין והחלטות אחרות של בית המשפט לעניינים מינהליים. השופט עוזי פוגלמן, שהוא מומחה במשפט מינהלי ובעברו ראש מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה ושופט בבית המשפט לעניינים מינהליים, הוסמך עוד בימי הנשיאה ביניש לטפל בבקשות רשות ערעור בתחום זה. השופטת דפנה ברק-ארז, שהיא מומחית בעלת שם עולמי במשפט מינהלי, הוסמכה אף היא לטפל בתחום האמור".

בעניינים פליליים אם העתירה תוקפת החלטות של בתי משפט אחרים בתיקים פליליים, עתירות נגד החלטות הפרקליטות בתיקים פליליים או נגד החלטות של בתי משפט צבאיים. לאחר שסיווגנו את השופטים כמומחים בארבעה תחומי משפט (משפט מינהלי, משפט אזרחי, משפט פלילי ודיני משפחה), וכן סיווגנו את פסקי הדין שנדחו על הסף לאותם ארבעה תחומי משפט, אנו יכולים לבחון האם אכן השופטים המומחים בתחום ספציפי נבחרו להרכבים רבים יותר שעסקו באותו תחום ספציפי. בטבלה 4 אנו עושים זאת על ידי בדיקה איזה סוג של שופטים נבחרו כתברים בהרכב עבור כל סוג של תיקים. כל שורה בטבלה 4 משקפת קבוצה של שופטים בעלי מומחיות ספציפית, והעמודות מחולקות לפי סוג התיקים שבהם צורפו אותם שופטים.

טבלה 4: מומחיות השופטים וסוגי התיקים אליהם הם נבחרים

Justice Expertise	Case Type			
	Administrative	Civil	Criminal	Family
Administrative	69%	11%	9%	11%
Civil	60%	14%	13%	12%
Criminal	62%	14%	11%	12%
Family	64%	13%	9%	14%

על פי תיאוריית הבחירה המקצועית היינו מצפים לראות ששופטים המתמחים במשפט מינהלי ייבחרו פעמים רבות יותר להרכב שעוסק במשפט מינהלי, ובאופן דומה למשפט אזרחי, משפט פלילי ודיני משפחה. במילים אחרות, בטבלה 4 היינו מצפים לראות בתאים לאורך האלכסון ערכים גבוהים מאוד, וערכים נמוכים מאוד ביתר התאים. אבל כפי שאפשר לראות, זה לא המקרה שלפנינו. עיון בטבלה 4 מלמד שהתפלגות סוגי התיקים נראית די דומה בכל ארבע קבוצות השופטים. במילים אחרות, נראה שאין קשר בין תחום המומחיות של השופט לסיכוי שלו להיבחר כתבר הרכב בתיק מתחום מומחיותו. נתונים אלו אינם מתיישבים עם תיאוריית הבחירה המקצועית.

4. בחינת תיאוריית הבחירה האסטרטגית

כזכור, על פי תיאוריית הבחירה האסטרטגית נצפה לראות כי שופטים תורנים בוחרים באופן קבוע כתבריהם להרכב שופטים שונים, וזאת משום שקרבה אידיאולוגית ויחסי חברות משתנים משופט לשופט. הממצאים לגבי אי-השוויון בבחירות חברי ההרכב של כל שופט, וכן לגבי השונות הגבוהה בזהות השופטים המועדפים על ידי כל שופט, קונסיסטנטיים עם תיאוריית הבחירה האסטרטגית.

חשוב להדגיש, תיאוריית הבחירה האסטרטגית אינה שוללת את האפשרות שיחסי חברות בין השופט התורן לשופטים אחרים משפיעים על הבחירה של השופט התורן כתבר הרכב. אך היחסים האישיים בין השופטים משפיעים על הבחירה של השופט התורן אך ורק בגלל שהם משפיעים על הסיכוי שחבר הרכב יסכים עם החלטתו של השופט התורן לדחות את העתירה.

קשה לדמיין שיחסי החברות ישפיעו על הבחירה של השופט כתבר הרכב בדרך אחרת. בניגוד להרכבים רגילים, בהם השופטים מבלים זמן רב יחדיו בשמיעת תיקים, ויכולים ליהנות מנוכחותם

של שופטים מסוימים, במקרה הנידון אין שום אינטראקציה בין השופטים. כאשר שופט תורן מחליט לדחות עתירה, הוא כותב החלטת דחייה, ומורה למתמחים להעביר את החלטה, יחד עם יתר החומר, ללשכת השופטים בהם הוא בחר כחברי הרכב. משום שאין שום אינטראקציה בין השופטים בהליך בו אנו מתמקדים, קשה לדמיין שיחסי אישיים בין השופטים משפיעים על בחירת חברי ההרכב בצורה כלשהי, חוץ מאשר בהשפעתם על הסיכוי שחברי הרכב יסכימו עם החלטתו של השופט התורן לדחות את העתירה.

ה. ראיות נוספות לבחירה אסטרטגית

1. השופט שהם

אחד הממצאים המעניינים בטבלה 1 הוא לגבי השופט שוהם. כפי שניתן לראות מהשורה השנייה מתחתית הטבלה, השופט שהם נבחר כחבר הרכב יותר מכל שופט אחר. ממצא זה הינו מפתיע משום שהשופט שהם ידוע כמומחה למשפט פלילי, ולא כמומחה למשפט ציבורי.²⁴ עובדה זאת עומדת בסתירה לתיאוריית הבחירה המקצועית.

מדוע אם כן בוחרים השופטים התורנים בשופט שהם כחבר הרכב? ייתכן שניתן להסביר את הבחירה התכופה בשהם כחבר הרכב לאור תיאוריית הבחירה האסטרטגית. אחד מהדברים שהשופט שהם נודע בהם היא שהוא לא היה נוהג לכתוב דעות מיעוט. ציין זאת עם פרישתו העיתונאי משה גורלי: "לשהם כמעט שאין עמדות מיעוט. למעט עניין טכני אחד בכל פסקי הדין הלך שהם עם הרוב."²⁵ אם שופטים בוחרים בחברי הרכב משיקולים אסטרטגיים, ואכן השופט שהם נוהג להצטרף לעמדת הרוב כפי שנטען בכתבה, אז ניתן להבין את היתרון האסטרטגי בבחירה בו כחבר הרכב.

2. השופטים רובינשטיין ודנציגר

עם פרישתו של השופט דנציגר מבית המשפט העליון יצא לאור "ספר דנציגר" המוקדש לשופט. בהקדמתו לספר, השופט רובינשטיין מתאר את היחסים בינו לבין השופט דנציגר. בין היתר, השופט רובינשטיין מתייחס לעובדה שהוא היה בוחר בשופט דנציגר כחבר "הרכב וירטואלי". ביטוי זה משקף בדיוק את סוג ההרכב בו דן המאמר, דהיינו הרכב הנבחר על ידי שופט תורן אשר החליט לדחות עתירה ללא דיון. וכך מציין השופט רובינשטיין:

את חברי הטוב השופט יורם דנציגר הכרתי (למעט פגישה אקראית ורגעית אחת) רק כשנתמנה לבית המשפט העליון ב-2007, ועל אתר – דומני – נוצרה כימיה בינינו, שהפכה לידידות אישית עמוקה לאורך כל שנותינו בצוותא על כס השיפוט וסביביו – והרבינו לשבת יחדיו בדין. אכן בתחומים מסוימים איננו "מאותו הכפר" – השקפותינו האישיות שונות במקצתם,

²⁴ משה גורלי "השופט שחיפש את אמצע הדרך" כלכליסט (01.08.2018) <https://www.calist.co.il/local/articles/0,7340,L-3743480,00.html> ("כשופט פלילי במחוזי תל אביב התמחה שהם בפלילים").

²⁵ שם.

במנעד שבין דתיות ציונית לבין חילוניות ציונית – **אבל במרבית הנושאים האנושיים והמשפטיים השקפותינו קרובות**, בראש וראשונה בסוג של ליברליות ובית הלל טבוע. כשפרשה חברתנו השופטת אילה פרוקצ'יה התפרק חלקית "הרכב וירטואלי" ותיק שלה יחד עמי וחברנו השופט (לימים המשנה לנשיאה) ג'ובראן, ומיד **צירפנו אליו את יורם** והיינו "מיתולוגיים" לאורך שנים.²⁶

כפי שניתן לראות, מדברי השופט רובינשטיין משתמע שבגלל שבמרבית הנושאים האנושיים והמשפטיים השקפותיהם של השופט רובינשטיין והשופט דנציגר קרובות, השופט רובינשטיין היה בוחר בשופט דנציגר כחבר "הרכב וירטואלי", דהיינו כחבר הרכב כאשר השופט רובינשטיין מחליט לדחות עתירה על הסף ללא דיון. הסבר זה של השופט רובינשטיין לבחירתו בשופטים מסוימים, ולא בשופטים אחרים, כחברי הרכב, כאשר הוא בוחר לדחות עתירה ללא קיום דיון, משקף את תיאוריית הבחירה האסטרטגית.

3. השופטים עמית וברק-ארז

על פי תיאוריית הבחירה האסטרטגית, כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, הוא מעוניין למצוא שני שופטים שיסכימו עם ההחלטה שלו. אך שופטים עשויים לטעות. הם עשויים לבחור להרכב שופט שמערים קשיים על ההחלטה לדחות את העתירה על הסף ללא דיון. אם תיאוריית הבחירה האסטרטגית נכונה, נצפה שבמקרים כאלה השופט התורן ילמד כי מדובר בשופט שאינו רצוי כחבר הרכב מבחינה אסטרטגית, ויפסיק לבחור בו כחבר הרכב. ייתכן שניתן למצוא ראיות לתהליך למידה שכזה במערכת היחסים שבין השופט עמית לשופט ברק-ארז.

ביום 19 באפריל 2016 מוגשת עתירה לבג"ץ נגד הכוונה של נשות הכותל לקיים לראשונה "ברכת כוהנות" בחול המועד פסח בכותל המערבי, בזמן שמתקיים בכותל מעמד "ברכת כהנים" המסורתית.²⁷ עוד באותו יום השופט עמית, שהיה השופט התורן באותו השבוע, כתב פסק דין קצר ו"טכני" המכיל שורות ספורות, בפסק הדין השופט עמית דוחה את העתירה על הסף בנימוק טכני לכאורה: "העתירה הוגשה כמעט "בדקה ה-90", בהתחשב בכך שהיא נסבה על אירוע האמור להתרחש ביום ראשון הקרוב ה-24.4.2016. די בשיהוי זה כדי לדחות את העתירה על הסף."²⁸ השופט

²⁶ "דברי ברכה לכבוד יציאתו של ספר יורם דנציגר, מאת כבוד השופט בדימוס, אליקים רובינשטיין" <https://hamishpat.colman.ac.il/?p=2509>. ההדגשה שלנו.

²⁷ בג"ץ 3256/16 **בצדק נ' משטרת ישראל** (פורסם בנבו, 19.04.2016).

²⁸ על פניו פסק הדין נראה טכני, אך בהתחשב בכך שאם העותרים היו מזדרזים להגיש את העתירה הם היו נדחים על הסף מחמת אי מיצוי הליכים, לא ברור מה היה מוטל על העותרים לעשות. ניתן לטעון שאין אפשרות מעשית לקיים דיון בהתראה כה קצרה, אך כדאי להיזכר במקרים אחרים בהם שופטי בג"ץ לא היססו לדון בעתירה לגופה, גם אם היה מדובר בסד זמנים לוחץ הרבה יותר, ובחלק מהמקרים אף נקבע דיון דחוף מהיום למחר. למשל, במקרה שבו שר הביטחון אביגדור ליברמן סירב לאשר כניסתם של פלסטינים ל"טקס יום הזיכרון ישראל-פלסטיני" (בג"ץ 2964/18 **חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון**) (פורסם בנבו, 17.04.2018), העתירה הוגשה ב-15 באפריל, יומיים בלבד לפני הטקס שנערך ב-17 באפריל. עוד באותו היום השופט פוגלמן קבע דיון דחוף בעניין, כבר ביום המחרת ה-16 באפריל, כשכמובן למחרת הדיון ההרכב, שבו ישב גם פוגלמן עצמו, הוציא פסק דין מפורט שחייב את שר הביטחון להכניס את הפלסטינים לישראל לטקס שאמור להתקיים באותו היום. גם שנה לאחר מכן חזר על עצמו העניין, הוגשה עתירה (בג"ץ 3052/19 **לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הביטחון**) (פורסם בנבו, 06.05.2019) נגד האיסור על כניסת משפחות, והתיק נקבע מיידית לדיון בפני הרכב כבר למחרת. במקרה שלפנינו, העתירה הוגשה ממישה ימים לפני האירוע והיו עוד שני ימי דיונים מלאים בבג"ץ לפני חג הפסח, כך שלא הייתה כל מניעה לקבוע דיון בעתירה לגופה. השופט עמית מציין בדחייה כי, בנוסף לשיהוי בהגשת העתירה, לא נכתב בעתירה כי נעשתה פנייה מוקדמת למשטרה, כך שדין העתירה להידחות על הסף גם בשל אי מיצוי הליכים. גם טענה זו קשה להצדקה. המשטרה איננה צד מהותי בעתירה, והיא לא זו שמחליטה אם לאשר לקיים את האירוע, המשטרה צורפה כמשיבה רק משום

עמית בוחר כחברי הרכב בשופטת דפנה ברק-ארז ובשופט פוגלמן, ושניהם הצטרפו לפסק הדין ללא הסתייגות.

עמית, שנהנה משיתוף הפעולה של ברק-ארז, בחר בה בשבוע הבא שוב להרכב (בג"ץ 3423/16²⁹), וכך גם בפעם השנייה באותו השבוע (בג"ץ 3195/16³⁰). בפס"ד זה עמית כותב פס"ד ארוך ועקרוני העוסק בזכות להיבחר ברשויות המקומיות, אך כאן מתרחשת תקלה: השופטת ברק-ארז מפתיעה ובמקום לשמש כחותמת גומי, היא אמנם מצטרפת לתוצאה האופרטיבית של פסק הדין, אך עושה זאת עם הסתייגות חזקה: "אני מצטרפת לא בלי התלבטות", ובנוסף גם לקביעותיו העקרוניות האחרות של עמית בפסק הדין היא מסרבת להצטרף ובוחרת להשאיר אותן בצריך עיון. מאותו פסק דין שאליו לא הצטרפה ברק-ארז ועד סיום תקופת המחקר, תקופה של כשנה, השופט עמית בוחר שופטים להרכבים עוד כשלושים פעם (כשישים שופטים). אך השופט עמית לא בחר יותר את השופטת ברק-ארז כחברת הרכב אפילו פעם אחת³¹.

4. השופט עמית

ביום 17 למאי 2017, השופט עמית פרסם ארבעה פסקי דין בהם הוא דחה על הסף עתירות ללא דיון.³² משמעות הדבר היא שבאותו היום השופט עמית היה צריך לבחור ארבעה הרכבים, הרכב לכל תיק.

לכל ארבעת ההרכבים השופט עמית בחר בשופט שהם כחבר הרכב. כפי שצינו, הבחירה בשופט שהם כחבר הרכב, היא בחירה נפוצה. בשניים מהתיקים בחר השופט עמית בשופט סולברג כחבר ההרכב בשלישי, ובשניים מהתיקים בחר השופט עמית בשופט פוגלמן כחבר ההרכב השלישי. העובדה שהשופט עמית בחר בשופטים שונים כחברי הרכב, עבור החלטות שפורסמו באותו היום, אומרת דרשני, וזאת לאור העובדה שהשופט עמית לא היסס לבחור בשופט שוהם כחבר הרכב בכל ארבעת התיקים. בפרט, מבחינה של טבלה 1 ניתן לראות שההסברות שהשופט עמית יבחר בשופט סולברג כחבר הרכב יותר מכפולה מההסתברות שהוא יבחר בשופט פוגלמן. למה אם כן לא בחר השופט עמית בשופט סולברג כחבר הרכב לכל ארבעת התיקים, כפי שבחר בשופט שהם כחבר הרכב בכל ארבעת התיקים?

מעיון בארבעת העתירות שנדחו באותו היום על ידי השופט עמית, אחת מהעתירות בולטת מבחינה פוליטית. בג"ץ 4021/17 דן בעתירה לאפשר לאזרחים יהודים לבקר בהר הבית ביום

²⁹ שהיא זו שאמורה לבצע את שהתבקש בעתירה, ולמנוע את האירוע של נשות הכותל. דחיה של עתירה רק מטעם זה, בפרט כשמדובר בעותר ציבורי וכשאין אפשרות לתקן את העתירה בגלל לוח הזמנים הדוחק, היא חריגה מאוד.

³⁰ בג"ץ 3423/16 **דאוד נצ'ר נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 24.04.2016).

³¹ בג"ץ 3195/16 **עלי ח'דר זידאן נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 25.04.2016).

³² טענת נגד אפשרית היא שהשופט מזוז גם הוא בחר לכתוב חוות דעת נפרדת שבה בחר להותיר חלק מפסק דינו של השופט עמית בצריך עיון, ולמרות זאת השופט עמית לא נמנע מלבחור בו בהמשך. אך התבוננות בפסק הדין מלמדת על הבדל יסודי בין פסק הדין של מזוז לפסק דינה של ברק-ארז. השופט מזוז הצטרף ללא היסוס לקביעתו של השופט עמית לפיה יש לדחות את העתירה על הסף מטעמי "שיהוי", והסתייגותו של מזוז התייחסה רק לחלקים אחרים בחוות דעתו של עמית. לעומת זאת לשופטת ברק-ארז כלל לא היה ברור שיש לדחות את העתירה על הסף, והיא אף בחרה להדגיש בפסק דינה שהיא עושה זאת "לא בלי התלבטות". חשוב לציין שלפי הפרקטיקה הנוהגת (בהתאם לאמור במכתבה של שרון סבן-ספראי ממונה על חופש המידע בהנהלת בתי המשפט לעו"ד שמואל שניידר מיום 25.10.17) העתירה נדחתה על הסף רק אם יש קונצנזוס בין השופטים לגבי הדחייה. די בכך ש"אחד משופטי ההרכב סבור כי אין מקום לדחות את העתירה על הסף מועברת העתירה לדיון". אם כך ניתן לשער שהחשש המרכזי של השופט עמית היה מפני התנגדות של אחד השופטים לדחייה על הסף, שכן די בכך כדי שהעתירה תישלח להרכב.

³² בג"ץ 3999/17 **רון ריטבלט נ' משטרת ישראל- המטה הארצי** (פורסם בנבו, 17.05.2017); בג"ץ 6805/16 **סגולת יואב - תיירות אירועים וכנסים בע"מ נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב** (פורסם בנבו, 17.05.2017); בג"ץ 4021/17 **המטה למען ארץ ישראל נ' ראש הממשלה** (פורסם בנבו, 17.05.2017); בג"ץ 3979/17 **פלונית נ' פלוני** (פורסם בנבו, 17.05.2017).

ירושלים הקרוב. ההחלטה לדחות את העתירה ללא דיון בעתירה שכזו, הקשורה למגבלות דתיות על חופש התנועה, אינה מובנית מאליה. בסוג כזה של עתירה עמדוניהם המשפטיות והאידיאולוגיות של השופטים עשויות לבוא לידי ביטוי ביתר שאת, ולכן אם השופט עמית מעוניין לדחות אותה על הסף, ללא קיום דיון, לזהותם של חברי ההרכב יש משמעות חשובה.

ואכן, בעתירה זו בחר השופט עמית בשופט פוגלמן כחבר הרכב, ולא בשופט סולברג, שהינו שופט דתי. ניתן להניח שבהקשר זה הבחירה בשופט פוגלמן הייתה בחירה "בטוחה" יותר מבחינתו של השופט עמית, והיא אכן השיגה את המבוקש – השופט פוגלמן הסכים עם החלטתו של השופט עמית לדחות את עתירה על הסף. בחירה זו של חברי הרכב על ידי השופט עמית היא קונסיסטנטית עם תיאוריית הבחירה האסטרטגית.³³

5. השופט פוגלמן

כפי שנסביר בהמשך המאמר, בנובמבר 2017, לאחר תקופת המחקר שלנו, נקבע נוהל חדש בעניין מינוי חברי הרכב על ידי שופט תורן.³⁴ על פי הנוהל החדש כאשר השופט מעוניין לדחות עתירה על הסף, הוא חייב לצרף כחבריו להרכב את השופט התורן במועד מתן פסק הדין, וכן את השופט שיהיה תורן לאחר השופט התורן במועד מתן פסק הדין. המטרה המשוערת של השינוי, כפי שעולה מכתבה שפורסמה לאחר שנעשה, היא ש"שופטי בג"ץ לא יוכלו לבחור עוד מי יישבו עמם בהרכב שדן בדחיית עתירות."³⁵

כפי שנאמר לעיל, השופט פוגלמן בחר מי יישב עימו בהרכב שדן בדחיית עתירות בשני סוגי עתירות. סוג אחד של עתירות הן עתירות שהשופט פוגלמן קיבל כתורן כמו כל שופט אחר. סוג אחר של עתירות הן עתירות שהגיעו על השופט פוגלמן לאחר שנקבעו בפניו לדיון מקדמי בדן יחיד. בשני סוגי העתירות כאשר השופט פוגלמן מעוניין לדחות את העתירה על הסף, עליו לבחור שני שופטים שיצטרפו אליו לצורך מתן פסק הדין.

ערכנו בדיקה של ההרכבים אותם בחר השופט פוגלמן כאשר דחה עתירות על הסף, לאחר אימוץ הנוהל החדש בנובמבר 2017. הופתענו לגלות שבתיקים אשר הגיעו אל השופט פוגלמן כתורן, השופט פוגלמן מקפיד לקיים את הנוהל החדש כאשר הוא בחר חברי הרכב. לעומת זאת, בתיקים אשר השופט פוגלמן קיבל כדן יחיד (כ-50 תיקים עד סוף שנת 2018), הוא ממשיך לבחור, כמעט בכל המקרים, את השופטים מזוז וברק-ארז, כחברי הרכב לצורך דחיית העתירה, וזאת בניגוד לנוהל החדש.³⁶ כזכור, השופטים מזוז וברק-ארז הם חברי ההרכב המועדפים על השופט פוגלמן, על פי טבלה 3.

קשה להבין מדוע בפסקי דין מסוימים הקפיד השופט פוגלמן על הנוהל החדש, ואילו בפסקי דין דומים השופט פוגלמן התעלם מהנוהל החדש.³⁷ ייתכן שלפי פרשנותו של השופט פוגלמן הנוהל

³³ ישנה עתירה נוספת שנשלחה גם היא לשופט פוגלמן ולא לשופט סולברג. הסבר אפשרי הוא שעתירה זו נשלחה לדחייה על הסף יחד עם העתירה בעניין העלייה להר הבית ולכן נשלחה גם היא לפוגלמן, ואילו שתי העתירות האחרות נשלחו בזמן אחר ולכן לא הייתה מניעה לשלוח אותן לשופט סולברג.

³⁴ רויטל חובל, "נשיאת העליון: שופטי בג"ץ לא יוכלו לבחור מי יישבו לצדם לדון בדחיית עתירות על הסף" הארץ (27.11.2018) <https://www.haaretz.co.il/news/law/1.6695320>. כתבה זו, בה תואר השינוי, פורסמה ימים בודדים לאחר דליפת טיוטה של המאמר הנוכחי לתקשורת ביום 22.11.2018.

³⁵ שם.

³⁶ מתוך 46 פסקי דין, השופט פוגלמן בחר בברק-ארז ומזוז ב-27 פסקי דין. בכל יתר פסקי הדין (19 במספר) השופט פוגלמן בחר את ברק-ארז או מזוז כאחד משני השופטים.

³⁷ לא ניתן להסביר זאת באמצעות תיאוריית "הבחירה המקצועית", שכן העניינים שבהם דן השופט פוגלמן בבג"ץ כ"דן יחיד" זהים לחלוטין לעניינים של תיקים אחרים שבהם דן השופט פוגלמן כ"שופט תורן" ושהם פעל לפי הנוהל החדש.

החדש לא חל על תיקי בג"ץ שהוא קיבל כדן יחיד, על אף שבתיקים אלה נתון לו בדיוק אותו שיקול דעת לבחירת חברי הרכב כמו בתיקים שהוא קיבל כתורן. אך קשה לקבל הסבר זה, ראשית, משום שניסיון לפרש את הנוהל החדש שהותקן על ידי נשיאת בית המשפט העליון ב"פרשנות מילולית דווקנית" חוטא לתכלית הנוהל ועומד בניגוד לשיטת הפרשנות התכליתית הנוהגת במשפט הישראלי ושההאחרונה שבה השופט פוגלמן התעלם מהנוהל בתיקים שאותם קבל לדיון מקדמי ואילו בפסקי הדין הבאים החל משנת 2019 השופט פוגלמן החל לבחור חברי הרכב אך ורק על פי הנוהל החדש גם בתיקים שהוא קיבל לדיון מקדמי.³⁸

מכל מקום, ניסיונו של השופט פוגלמן להחיל את הנוהל החדש בצורה מאוד מצומצמת, ולהמשיך לבחור את חברי ההרכב המועדפים עליו בתיקים רבים, עשויה לבטא את החשיבות הרבה שהשופט פוגלמן מייחס לבחירת שופטים מסוימים כחברי הרכב, ולא שופטים אחרים. תפיסה זו הינה קונסיסטנטית עם תיאוריית הבחירה האסטרטגית.

ו. מעגלי קרבה בבית המשפט

הממצאים בחלקים ה-ו' של המאמר תומכים בתיאוריית הבחירה האסטרטגית. לאור זאת, ניתן להשתמש בנתונים על בחירות חברי ההרכב של כל שופט תורן כדי לחשוף את ההעדפות הנגלות של כל שופט לחבריו להרכב, ובצורה זו את מערכת הקשרים האידיאולוגיים והאישיים בתוך בית המשפט העליון.

כדי לבחון את המערכת הקשרים בתוך בית המשפט העליון אנו נשתמש בטכניקה בשם MDS (Multidimensional Scaling). טכניקה זו מאפשרת הצגה גראפית של קרבה בין שני גורמים בצורה דו ממדית.³⁹ לדוגמא, הקרבה יכולה לשקף מרחק גאוגרפי. בהינתן מטריצה הדומה לטבלה 1 של מרחקים בין ערים, שימוש ב-MDS יניב מפה דו ממדית של הערים הללו.⁴⁰ במקרים אחרים קרבה יכולה לבטא משמעות אחרת. לדוגמא, במחקר בתחום השיווק שימוש ב-MDS יכול לשמש כדי ליצור "מפה" של מוצרים, בה המרחק משקף את מידת ההבדלים במאפיינים של מוצרים שונים.⁴¹ שימוש ב-MDS נעשה בספרות המשפטית להצגת מערכת היחסים האידיאולוגית בתוך בתי משפט אחרים.⁴² מאמרים אלה התבססו על העובדה שבבית המשפט העליון האמריקאי כל השופטים דנים ומחליטים יחד על כל התיקים, ולכן ניתן לחשב את מידת ההסכמה בין כל שני שופטים, ולהשתמש בערך זה כדי ליצור מטריצה מהסוג שבטבלה 1 כדי לתאר מבחינה גראפית את מידת ההסכמה בין כל שני שופטים, ואת מערכת היחסים בתוך בית המשפט.

³⁸ יש לציין כי בתאריך 22 בנובמבר 2018 דלפה טיוטה ראשונית של מאמר זה ופורסמה באמצעי התקשורת, תוך שהנהלת בתי המשפט מפרסמת תגובה רשמית לטיוטת המאמר.

³⁹ INGWER BORG & PATRICK J.F. GROENEN, MODERN MULTIDIMENSIONAL SCALING: THEORY AND APPLICATIONS 3 (2d ed., 2005).

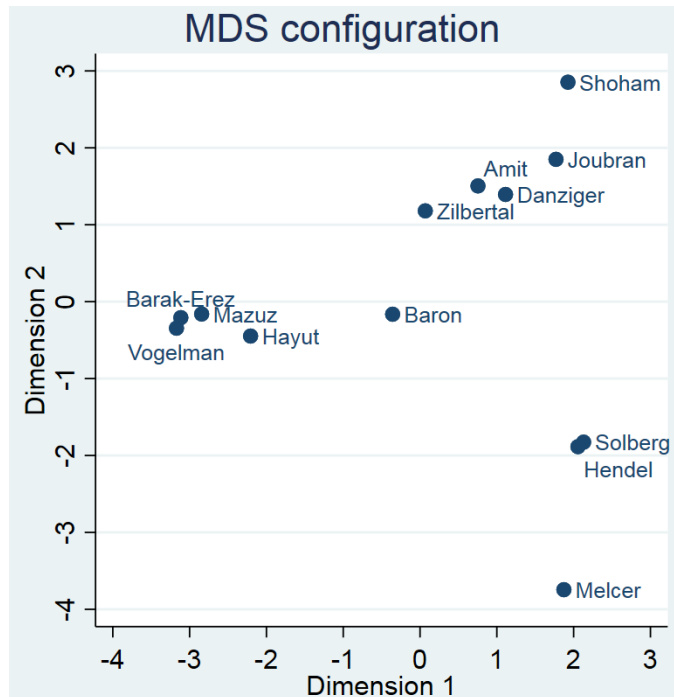
⁴⁰ שם, בעמ' 19-23.

⁴¹ TREVOR F. COX & MICHAEL A.A. COX, MULTIDIMENSIONAL SCALING 71-73 (2d ed., 2000) (בו מוצגת מפה של דגני בוקר).

⁴² Bernard Grofman & Timothy J. Brazill, *Identifying the Median Justice on the Supreme Court Through* 1953-1991, 112 PUB. CHOICE 55 (2002). Peter A. Hook, *The Aggregate Harmony Metric and a Statistical and Visual Contextualization of the Rehnquist Court: 50 Years of Data*, 24 CONST. COMMENT. 221 (2007). Joshua B. Fischman & Tonja Jacobi, *The second dimension of the Supreme Court*, 57 WM. & MARY L. REV. 1671 (2015); Joshua B. Fischman, *Do the Justices Vote Like Policy Makers? Evidence from Scaling the Supreme Court with Interest Groups*, 44 J. LEGAL STUD. S269 (2015).

במאמר זה אנו מפעילים את טכניקת MDS על בחירות ההרכב של השופטים. העדפה של שופטים מסוימים כחברי הרכב על ידי שופט מסוים היא מדד טבעי לקרבה בין שופטים. תוצאת הפעלת MDS על הנתונים שבטבלה 1 מוצגת בתרשים 2.

תרשים 2: מערכות היחסים בתוך בית המשפט העליון



תרשים 2 מציג את מערכות היחסים בין השופטים בבית המשפט העליון, בהתבסס על בחירות ההרכב של כל שופט ושופט. התרשים מגלה שלוש קבוצות של שופטים. קבוצה אחת כוללת את חיות, פוגלמן, ברק-ארז ומזוז. לקבוצה זו יש חשיבות יתירה, משום שהיא כוללת בתוכה את נשיאת בית המשפט הנוכחית, חיות. קבוצה שניה כוללת את עמית, זילברטל דנציגר וגויבראן. השופטת ברון מצויה בין שתי הקבוצות האלה. קבוצה שלישית כוללת את השופטים סולברג והנדל. מעגלי קרבה אלה יכולים לשקף הן קרבה אידיאולוגית והן קרבה אישית.

ז. בחירות הרכבים ע"י נשיאת בית המשפט

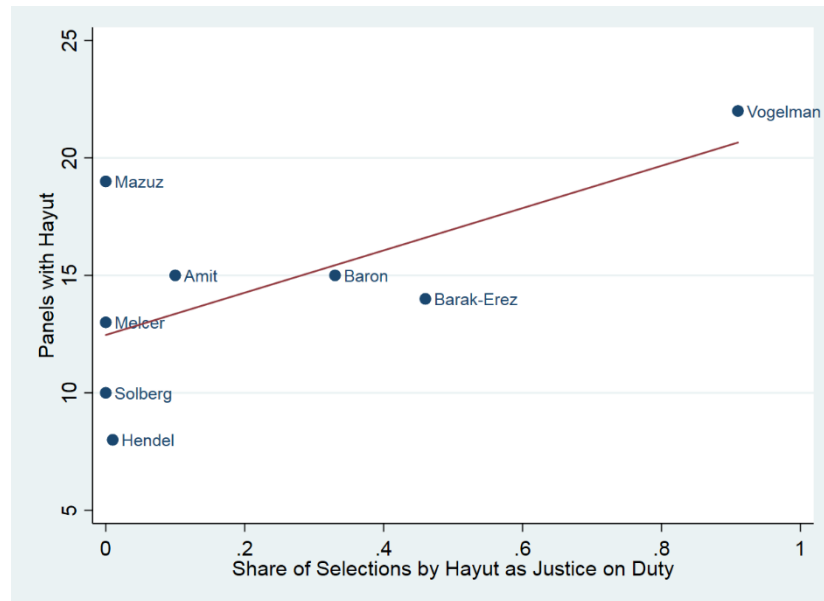
כזכור, הסמכות החוקית לקביעת הרכבים בבית המשפט העליון נתונה לנשיאת בית המשפט העליון. אם אכן תרשים 2 משקף את מערכות היחסים בבית המשפט, ואם אכן שופטים בוחרים את חבריהם להרכב בצורה אסטרטגית, נצפה שחיות, לאחר מינויה לנשיאה, תיקח בחשבון את מידת הקרבה של שופטים אליה בקביעת הרכבים. בפרט, נצפה שחיות תבחר בשופטים הקרובים אליה להרכבים בהם היא יושבת.

כדי לבחון זאת אספנו נתונים על מספר הפעמים שבהם שופט כל שופט לשבת בהרכב בראשות הנשיאה חיות. הנתונים נאספו מאתר בית המשפט העליון, שם ניתן לצפות ביומנו של בית המשפט

העליון. אספנו את כל ההרכבים שבהם ישבו שלושה שופטים החל מנובמבר 2017 - מועד התחלת נשיאותה של הנשיאה חיות – ועד סוף יולי 2019, וכן הרכבים שנקבעו ביומן עד לסוף דצמבר 2019. עברנו ידנית על הרכבים השונים ואיתרנו את כל ההרכבים הרגילים שבהם ישבה הנשיאה חיות. לאחר מכן עברנו על כל ההרכבים המיוחדים שבהם נידון תיק או שניים, בדקנו מהם התיקים שנידונו בהם, וסיננו את כל הדיונים שהיו דיוני המשך בתיקים קודמים, על מנת למנוע הטיה של הנתונים, שכן הרכב השופטים במקרים אלו הוא קבוע מראש לפי השופטים שישבו בדיון הראשון. לצורך הניתוח התמקדנו בשופטים שהיו בבית המשפט הן בתקופת המחקר הראשונה (ינואר 2015 עד אפריל 2017) והן לאחר מינוי של חיות לנשיאה.⁴³ עבור כל שופט חישבנו בכמה הרכבים עם חיות הוא נכלל, תחת ההנחה שהרכב סטנדרטי הוא של שלושה שופטים. חשוב להדגיש, הקרבה לשופטת חיות חושבה בהסתמך על הנתונים מינואר 2015 עד אפריל 2017 לגבי בחירת הרכב בתיקי בג"ץ שנדחו ללא דיון. בתקופה זו חיות לא שימשה כנשיאה. לעומת זאת, מספר ההרכבים עם חיות בהם השופט נטל חלק נעשה בהסתמך על הנתונים של ההרכבים בהם התקיים דיון מנובמבר 2017 ועד אפריל 2019. בתקופה זו חיות שימשה כנשיאה. אפריורית לא נראה שיש סיבה שתהיה קורלציה בין בחירות ההרכבים שחיות ושופטים אחרים עשו כאשר הם שימשו כתורנים, לבין בחירות ההרכבים שחיות עושה כנשיאה. בפרט לאור הטענה הרווחת שמזכירות בית המשפט העליון היא הקובעת את ההרכבים לדיונים ומשמעותה שהרכבים אלה אינם אמורים לשקף את העדפויות של חיות. ראשית נבחן את הקרבה לשופטת חיות על פי הבחירות בחברי הרכב שהיא עשתה כתורנית, לפני מינויה לנשיאה. בהתאם, בתרשים 3 בציר האופקי אנו מציגים את הבחירות של חיות בחברי הרכב כאשר דחתה עתירות על הסף כשופטת תורנית. נתונים אלה לקוחים מהשורה של השופטת חיות בטבלה 1. הציר האנכי הוא מספר ההרכבים הרגילים בהם השופט ישב עם השופטת חיות לאחר מינויה לנשיאה, כאשר בסמכותה החוקית לקבוע את ההרכב. כפי שניתן לראות מתרשים שלוש, יש קשר חיובי בין הבחירות בחברי הרכב שחיות עשתה לפני שמונתה לנשיאה, כאשר היא היתה יכולה לבחור חברי הרכב כאשר היא החליטה לדחות עתירה ללא דיון, והבחירות של חברי הרכב שחיות עשתה לאחר מינויה לנשיאה, כאשר בסמכותה לקבוע את כל ההרכבים בבית המשפט, ובפרט לקבוע אילו שופטים ישבו איתה בהרכבים רגילים. רגרסיה לינארית בין שני המשתנים מגלה קשר מובהק מבחינה סטטיסטית ($p < 0.05$). ממצא זה הוא קונסיסטנטי עם תיאוריית הבחירה האסטרטגית.

⁴³ מאז אפריל 2017 פרשו מבית המשפט השופטים נאור, רובינשטיין, גיוראן, דנציגר, זילברטל, ושהם. השופטים קרא, מינץ, אלרון, וילנר, גרוסקופף ושטיין הצטרפו לבית המשפט לאחר תקופת המחקר אפריל 2017.

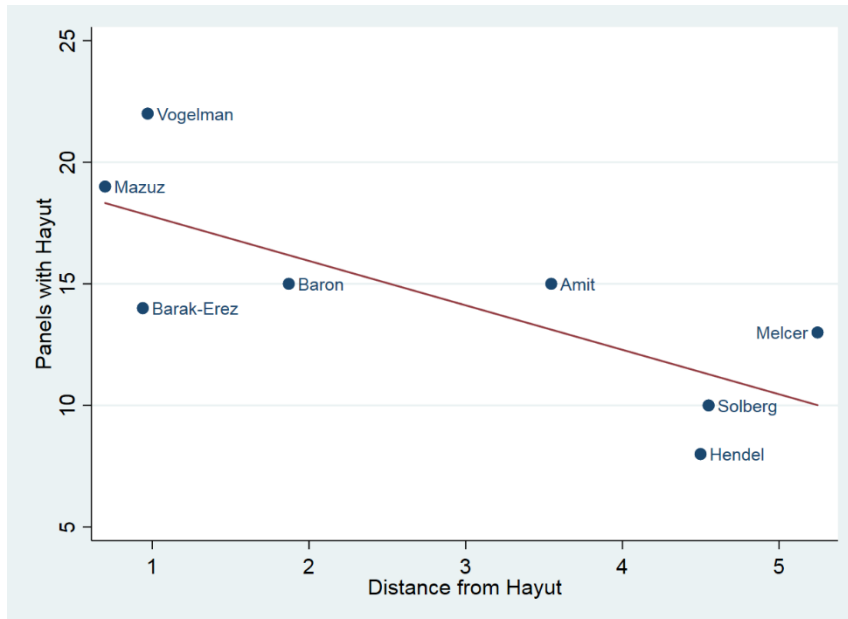
תרשים 3 : בחירות חברי הרכב על ידי השופטת חיות כשופטת תורנית וכנשיאה



דרך אחרת למדוד את הקרבה לשופטת חיות היא באמצעות חישוב המרחק בין כל שופט לשופטת לחיות, ע"פ תרשים 2. היתרון בגישה זו הוא שהיא משתמשת בנתוני הבחירות של כל השופטים, ולא רק של השופטת חיות. בתרשים 4 אנו מציגים על ציר האופקי את נתוני המרחק האלה. הציר האנכי הוא מספר ההרכבים הרגילים בהם השופט ישב עם השופטת חיות לאחר מינויה לנשיאה, כאשר בסמכותה החוקית לקבוע את ההרכב.

כפי שניתן לראות ישנה קורלציה חזקה בין המרחק של כל שופט מחיות, ע"פ תרשים 2, ומספר ההרכבים עם חיות בהם השופט שובץ. רגרסייה לינארית בין שני המשתנים מגלה קשר מובהק מבחינה סטטיסטית ($p < 0.05$). ממצא זה הוא קונסיסטנטי עם תיאוריית הבחירה האסטרטגית.

תרשים 4: מרחק מהשופטת חיות בתרשים MDS ובחירות של השופטת חיות בשופטים להרכב כנשיאה



אם אכן חיות, לאחר מינויה לנשיאה, אינה מעורבת בבחירת חבריה להרכב, קשה להסביר מדוע יש קורלציה חזקה בין הבחירות של חיות של שופטים להרכב כתורנית, או מרחק מחיות בהתבסס על נתוני הבחירות של השופטים בהיותם תורנים, לבין הסיכוי של שופט לשבת עם חיות בהרכב לאחר מינויה לנשיאה. הנתונים המוצגים בתרשים 3 ו-4 קלים להסבר אם נקבל את הטענה שחיות קובעת את ההרכבים איתה בהתאם להעדפותיה, בצורה אסטרטגית. גם אם למעשה המזכירות היא שקבועת את ההרכבים, הרי שייתכן והיא עושה זאת תוך מודעות להעדפות של חיות.⁴⁴

ח. דיון

1. חשיבות פסקי הדין

מאמר זה התמקד בתחילתו בפסקי דין במסגרת דחיה על הסף של עתירות. חשוב להדגיש שבמסגרת הליך זה, כפי שיודגם להלן, לעיתים מתפרסמים פסקי דין מלאים ומנומקים, פסקי דין אשר לעיתים קובעים אף הלכות חדשות. משמעות הדבר היא שההליך אינו מוגבל לדחייה של

⁴⁴ חשוב לציין, אין אנו טוענים שהעדפותיה של חיות הינן השיקול היחיד בבחירת ההרכב. ייתכנו שיקולים נוספים שנקחים בחשבון, כגון סניוריטי. אבל הקורלציה בין העדפותיה של חיות, על פי הנתונים שלפני מינויה לנשיאה, וההרכבים שנקבעו לאחר מינויה, נותרת מובהקת מבחינה סטטיסטית גם לאחר כלילת סניוריטי כמשתנה בניתוח הסטטיסטי. שיקולים מקצועיים כמו התמחות שופטים אינם רלוונטיים לשיבוץ להרכב הנשיאה, משום שההרכב בראשות הנשיאה כמו כל הרכבי השלושה בבית המשפט העליון איננו דן רק בנושאים מינהליים, אלא דן בעת ובעונה אחת בתיקים מסוגים שונים. בנוסף יש לציין שהנהלת בתי המשפט טוענת שהשופטים נקבעים להרכבים השונים באקראיות ("ככלל, השופטים משובצים על ידי היומן באופן אקראי" מתוך מכתבה של עו"ד שרון סבן-ספראי לעו"ד יעל סינמון מיום 9.10.2018) מה שעומד בסתירה לטענה שהשיבוץ מושפע מההתמחות הספציפית של כל שופט.

עתירות שאינן חשובות מבחינה משפטית וציבורית, וזאת בניגוד לטענת בית המשפט העליון בתגובתו הרשמית לטיוטת המאמר.⁴⁵

לדוגמה, בפסק דין בג"ץ 990/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הפנים⁴⁶ השופט התורן היה השופט סולברג. העותרים ביקשו להפסיק את כהונתה של ח"כ פאינה קירשנבאום כסגנית שר הפנים, וזאת משום שהיתה חשודה בתיק של מתן שוחד. השופט סולברג כתב פסק דין של 11 עמודים, וקבע כי, בנסיבות הנדונות, אין מקום להפסיק את כהונתה של סגנית שר הפנים. השופט סולברג בחר כחברי הרכב את השופטת נאור והשופט זילברטל, אשר הצטרפו אליו לפסק הדין.

בפסק דין בג"ץ 3195/16 זידאן נ' שר הפנים⁴⁷ בית המשפט דן בשאלה האם עובד עירייה יכול להתמודד בבחירות לעירייה וזאת על אף שלא הספיק להתפטר מעבודתו 90 יום לפני הבחירות. הסיבה שהעובד לא הספיק להתפטר מעבודתו בזמן היא שמדובר היה בבחירות מיוחדות שנקבעו עקב פטירתו הפתאומית של ראש המועצה, ושתאריכם נקבע לחודשיים לאחר הפטירה. השופט התורן היה השופט עמית, והוא בחר כחברי הרכב בשופטת ברק-ארז ובשופט מזוז. פסק הדין כולל 13 עמודים, והשופטים מזוז וברק-ארז בחרו לכתוב כל חוות דעת נפרדות בסוגיה, כאשר בחלק מהסוגיות הם חולקים על השופט עמית.

פסק הדין בעניין אירוע "יובל להתיישבות" (בג"ץ 7491/17)⁴⁸ הוא דוגמה נוספת לפסק דין "מהותי" שעסק בנושא המצוי במחלוקת ציבורית עזה, שניתן על ידי שופט תורן שבחר את מי לצרף אליו להרכב. אל הטקס הממלכתי לציון "חגיגות היובל" שעל קיומו החליטה הממשלה, והתקיים בחודש ספטמבר 2017 הוזמנו נציגי הרשות השופטת. לשכתה של נשיאת בית המשפט העליון הודיעה שהשופט ניל הנדל יהיה נציגה של הרשות השופטת באירוע, ושמו של השופט הנדל אף התנוסס על ההזמנה לאירוע. יממה לפני קיום הטקס הודיעה נשיאת בית המשפט העליון דאז מרים נאור על החלטתה לאסור על השתתפותו של השופט הנדל בטקס, בנימוק שהטקס עוסק בנושא שמצוי במחלוקת ציבורית. עתירה נגד החלטתה של הנשיאה נאור הוגשה לבג"ץ, ומי שקיבל אותה כשופט תורן היה השופט שהם. בצעד נדיר הגיש היועץ המשפטי לממשלה תשובה מנוגדת לדעתה של הנשיאה נאור וטען שיש לקבל את העתירה משום שמדובר באירוע ממלכתי. למרות זאת בחר השופט שהם לדחות את העתירה ללא דיון, תוך שהוא בוחר לצרף אליו את השופטים עמית ודנציגר. העתירה נדחתה בפסק דין מנומק של 8 עמודים, תוך שבאופן חריג גם השופט עמית הוסיף חוות דעת מנומקת שלו לדחייה.⁴⁹

⁴⁵ "התייחסות ראשונית של מערכת בתי המשפט לטיוטת המחקר של יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג", מסמך ללא תאריך (פסקי דין שניתנים במסלול הטיפול הראשון אינם מבוססים כאמור על נימוקים מהותיים אלא רק על נימוקים טכניים המצביעים על ה"פאול הטכני" שנפל בעתירה. בעתירות כאלה אין שום הכרעה "אידיאולוגית" כפי שנטען במאמר או כל הכרעה "מהותית". בעתירות שבהן עוסק המחקר ואשר נדחות על הסף לא נפסקים תקדימים ואין פיתוח של ההלכה").

⁴⁶ בג"ץ 990/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.03.2015).

⁴⁷ בג"ץ 3195/16 עלי ח'דר זידאן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 25.04.2016).

⁴⁸ בג"ץ 7491/17 רגבים נ' הרשות (פורסם בנבו, 27.09.2017).

⁴⁹ אין לדעת האם התוצאה לא הייתה שונה לו השופט שהם היה בוחר לצרף למשל את השופטים הנדל וסולברג להרכב. למרות שהשופט הנדל קבל פניה דומה לזו של נשיאת העליון הוא לא ראה כל טעם לפגם בהשתתפות בטקס, ורק בעקבות האיסור שהטילה הנשיאה הוא נאלץ לבטל את השתתפותו (תלם יחב ואלישע בן קימון "בלחץ הנשיאה נאור: שופט העליון לא ישתתף באירוע יובל להתנחלויות" <https://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5021288,00.html>). גם בהודעת הביטול הוא ניסה להצניע את הסיבה לביטול, השופט הנדל התקשר למשרד התרבות לבטל את השתתפותו תוך כדי שהוא מספר ש"איננו חש בטוב". (קלמן ליבסקינד "השבוע שבו התרסקה שארית הכבוד שנתרה בבית המשפט העליון בסיום כהונת נאור" **מעריב** (30.09.2017) <https://www.maariv.co.il/journalists/Article-601038>). השופט סולברג אף הגדיל לעשות, וגם לאחר שבג"ץ דחה את העתירה, בחר להשתתף בעצמו באירוע הממלכתי, לאחר שהודיע לנשיאת בית המשפט העליון כי הוא ישתתף בטקס שיתקיים סמוך לביתו, אך זאת רק כאדם פרטי ולא כנציגה של הרשות השופטת(חן מענית "בניגוד לדעת נאור: שופט

לבסוף, פסק הדין בעניין מפגשים עם חברי הוועדה למינוי שופטים (בג"ץ 6022/17) דן בשאלה האם בסמכותה של הנשיאה למנוע משופטים המועמדים לקידום, להיפגש עם חלק מחברי הוועדה למינוי שופטים הבוחנים את קידומם. כידוע, בוועדה למינוי שופטים מכהנים שלושה שופטים ושאר חברי הוועדה הם נציגי הכנסת, הממשלה, ולשכת עורכי הדין. הנשיאה נאור, באמצעות הנחיה בעל פה, אסרה על כל השופטים במערכת המשפט להיפגש עם חברי הוועדה למינוי שופטים שאינם שופטים בעצמם. משמעות האיסור היא שכאשר הוועדה למינוי שופטים דנה במועמד מסוים, חלק מחברי הוועדה (חברי הוועדה שהינם שופטים בעצמם) יכולים להיפגש עם המועמד, וחלק מחברי הוועדה (שאר החברים בוועדה) אינם יכולים להיפגש עם המועמד. הנחיה זו עמדה בניגוד לפרקטיקה רבת שנים לפיה לא היתה מניעה לשופטים להיפגש עם חברי הוועדה.⁵⁰ קביעה שכזו מעלה בעיות עקרוניות לגבי תפקוד הוועדה, והשוויון בין חברי הוועדה. עתירה שתקפה את האיסור שהוטל על ידי הנשיאה נאור הוגשה לבג"ץ, ומי שקיבל אותה כשופט תורן היה השופט עמית. השופט עמית החליט לדחות את העתירה ללא דיון, ולצרף אליו את השופטים שהם וקרא. על אף שפסק הדין דוחה את העתירה לגופה, הדיון כולל תשעה עמודים, ובו קביעות עקרוניות לגבי סמכותו הטבועה של נשיא בית המשפט העליון, על כך שהנחיות הנשיאה אינן נחשבות הנחיות מנהליות, ועל כך שמותר לנשיאה להנחות בעל פה את השופטים ולא לפרסם את ההנחיה לציבור.

2. קרבה פיזית של לשכות

במאמר בחנו שלוש תיאוריות של בחירת הרכב: בחירה מקרית, בחירה מקצועית, ובחירה אסטרטגית. הנתונים שהצגנו אינם קונסיסטנטיים עם תיאוריית הבחירה המקרית והבחירה המקצועית, והם קונסיסטנטיים עם תיאוריית הבחירה האסטרטגית. אך האם ישנה תיאוריה אחרת שיכולה להסביר את הממצאים? למשל, ייתכן ששופטים תורנים בוחרים חברי הרכב על פי קרבתם של לשכות השופטים המצורפים ללשכתו של השופט התורן. תיאוריה זו הועלתה על ידי בית המשפט העליון בתגובתו הרשמית לטיטוט המאמר.⁵¹

ישנן מספר בעיות בטענה ששופטים תורנים בוחרים בחברי הרכב לפי קרבת הלשכות. ראשית, לשכות השופטים אינן רחוקות אחת מהשנייה. הזמן הנדרש להליכה מכל לשכה ללשכה המרוחקת ביותר הוא פחות מדקה.⁵² קשה להאמין שמרחק כה קטן הוא קריטי לבחירת ההרכבים. בנוסף, חשוב לציין שהשופט התורן אינו סוחר בעצמו את התיקים מלשכתו ללשכות של השופטים בהם הוא בחר כחברי הרכב. מי שעושה זאת אלה המתמחים של השופט התורן.⁵³ קשה להאמין שחשוב לשופט התורן לחסוך למתמחים הליכה כה קצרה, ולכן הוא יבחר כחברי הרכב בשופטים

עליון נכח בטקס לציון 50 להתיישבות" גלובס (03.10.2017) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001207046>

⁵⁰ ייתכן שהיו נסיונות גם בעבר לאסור זאת אך בפועל המשיכו להתקיים מפגשים מסוג זה. כך השופט הנדל סיפר על פגישתו עם חברי הוועדה. (עמית סגל "שופט קו: הפגישה הסודית של ניל הנדל ערב מינויו לעליון" **מקור ראשון** (27.10.2018) <https://www.makorrishon.co.il/opinion/86795> "נפגשתי בזמנו, לפני כ-11 שנה, עם חבר הכנסת כתוארו אז גלעד ארדן. בפגישה הצגתי, לבקשתו, את קורות חיי, לרבות היותי עולה מארה"ב וקליטתי בנגב. שוחחנו על כמה פסקי דין שכתבתי. לא נתבקשתי וממילא לא מסרתי עמדה לגבי פסיקתו של בית המשפט העליון. **בשעתו לא הייתה ידועה לי כל הנחיה בדבר הימנעות מפגישות כאלו**".

⁵¹ "ההתייחסות ראשונית של מערכת בתי המשפט לטיטוט המחקר של יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג", מסמך ללא תאריך ("כיצד ניתן אפוא להסביר את הנתונים המופיעים במאמר? לעתים מדובר בשיקולי נוחות גרידא בשל סמיכות פיזית בין הלשכות. כך לדוגמה, בתקופה הרלוונטית למאמר לשכותיהם של השופטים חיות, פוגלמן, ברק-ארז ומזוז היו סמוכות אחת לשנייה באותו מסדרון...").

⁵² מידע זה מקורו מתשאל מתמחים ועוזרים משפטיים.
⁵³ מידע זה מקורו מתשאל מתמחים ועוזרים משפטיים.

שלשכותיהם קרובות לשלו. לבסוף, לשכות השופטים אינן מוקצות באופן מקרי, ושופטים הקרובים זה לזה מבחינה אישית מבקשים לעיתים קרובות לקבל לשכות סמוכות. משמעות הדבר היא שקרבת הלשכות אחת לשנייה יכולה לנבוע מאותן סיבות שגורמות לשופטים לבחור אחד בשני כחברי הרכב.

אבל האם קרבתן הפיזית של לשכות באמת מסבירה את בחירותיהם של שופטים כחברי הרכב? לאחר שיחות שקיימנו עם מתמחים ועוזרים משפטיים שעבדו בבית המשפט בתקופת המחקר שלנו, הצלחנו לשחזר מפה של הלשכות בתקופת המחקר. לשכות השופטים מאורגנות לאורך שני מסדרונות, כאשר בכל מסדרון יש שבע לשכות. בתרשים 5 אנו מציגים את מפת לשכות השופטים בבית המשפט העליון, וההסתברות של כל שופט להיבחר כחבר הרכב על ידי השופטת חיות, כאשר היא מחליטה לדחות עתירה על הסף ללא דיון. הסתברות זו נלקחה מהשורה של השופטת חיות בטבלה 1.

תרשים 5: מפת לשכות בית המשפט העליון וההסתברות להיבחר כחבר הרכב על ידי השופטת חיות

		33%	0%	46%	91%	X	0%	1%			
		Baron	Mazuz	Barak-Erez	Vogelman	Hayut	Solberg	Hendel			
Entrance	Corridor	Eastern Corridor							Corridor	Naor	0%
		Western Corridor									
		Joubran	Melcer	Shoham	Zilbertal	Amit	Rubinstein	Danziger			
		0%	0%	0%	15%	10%	0%	3%			

לאחר בחינת תרשים 5, קשה לראות כיצד בחירות של חברי הרכב על ידי השופטת חיות נבעו מקרבה פיזית של לשכות. לשכותיהם של השופט סולברג והשופט פוגלמן צמודות ללשכתה של השופטת חיות, אך השופטת חיות בחרה בשופט פוגלמן כחבר הרכב ב-91% מהמקרים בהם היא בחרה חברי הרכב, ובשופט סולברג היא לא בחרה ולו פעם אחת. לשכותיהם של השופט הנדל והשופטת ברק-ארז הן במרחק לשכה אחת מלשכתה של השופטת חיות, אך השופטת חיות בחרה בשופטת ברק-ארז כחברת הרכב ב-46% מהמקרים בהם היא בחרה חברי הרכב, ובשופט הנדל היא בחרה רק באחוז אחד מהמקרים. לשכתו של השופט מזוז קרובה יותר ללשכתה של השופטת חיות מלשכתה של השופטת ברון. למרות זאת השופט מזוז אף פעם לא נבחר כחבר הרכב על ידי השופטת חיות, ואילו השופטת ברון נבחרה כחברת הרכב ב-33% מהמקרים בהם השופטת חיות בחרה חברי הרכב. ניתוח דומה עבור שופטים אחרים גם הוא אינו קונסיסטנטי עם הטענה שקרבה פיזית של לשכות היא גורם דומיננטי בבחירתם של חברי הרכב, כאשר השופט התורן בוחר לדחות עתירה על הסף.

ט. השלכות המחקר

1. מדיניות קביעת הרכבים

ממצאי המאמר תומכים בתיאוריית הבחירה האסטרטגית. כלומר, נראה כי שופטים לוקחים בחשבון שיקולים אסטרטגיים כאשר ביכולתם להשפיע על הרכבים. מציאות זאת פוגעת בשוויון בין העותרים השונים, באחידות הפסיקה, וגורמת לפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט. לאור זאת, קשה להצדיק את מדיניות בחירת ההרכבים הנוכחית.

מיד לאחר שטייטה של המאמר התפרסמה,⁵⁴ התפרסם כי שנה קודם לכן בנובמבר 2017, לאחר תקופת המחקר שלנו, אימצה הנשיאה חיות נוהל חדש בעניין מינוי חברי הרכב על ידי שופט תורן.⁵⁵ "לפי הנוהל החדש, זהות השופטים הנוספים בהרכב תיקבע לפי סדר התורנות. כך, לשופט התורן יצטרפו שני השופטים התורנים הבאים."⁵⁶ כלומר, כאשר השופט התורן מעוניין לדחות עתירה על הסף, הוא חייב לצרף כתבריו להרכב את השופט שאמור להיות תורן בשבוע הבא ואת זה שיהיה תורן בעוד שבועיים. אם השופט שדוחה על הסף איננו מכהן במועד מתן פסק הדין כשופט תורן (וזאת משום שחלף זמן מאז קבלת העתירה, כאשר השופט היה תורן, ומתן פסק הדין), אזי עליו לצרף להרכב את השופט התורן במועד מתן פסק הדין ואת השופט שיהיה תורן לאחר השופט התורן במועד מתן פסק הדין.

מובן כי נוהל זה אינו פותר לגמרי את בעיית הבחירה האסטרטגית. תחת הנוהל החדש שופט אשר קיבל עתירות שונות בהיותו תורן, יכול להמתין לשחרור פסק הדין לשבוע בו השופט התורן הוא שופט כלבבו. בדרך זו השופט התורן יכול לקבוע את זהות השופט שיצטרף אליו להרכב, ולהבטיח את דחיית העתירה. כלומר, הנוהל החדש עדיין מאפשר לשופטים התורנים לבחור את חבריהם להרכב בצורה אסטרטגית.⁵⁷

מעבר לכך, הנוהל החדש אינו פותר את בעיית הבחירה האסטרטגית של חברי הרכב על ידי הנשיאה בהרכבים רגילים. כזכור, במאמר איתרנו שופטים המועדפים על ידי הנשיאה באמצעות בחירות ההרכב שהיא בחרה כתורנית, לפני שמונתה לנשיאה. הראנו ששופטים מועדפים אלה יושבים עם הנשיאה בהרכבים רגילים, לאחר מינויה לנשיאה, בהסברות הרבה יותר גבוהה, מאשר שופטים אחרים. ממצא זה הינו אינדיקציה להרכבת הרכבים בצורה אסטרטגית. גם אם מבחינה טכנית המזכירות היא שקובעת את ההרכבים, הרי נראה שהיא עושה זאת תוך מודעות להעדפות של הנשיאה.

לבסוף, הנוהל החדש אינו פותר את הבעיה החמורה של בחירה אסטרטגית של עותרים בשופט תורן. כיום עותרים רבים בוחרים להגיש עתירות דווקא בזמן בו שופט אשר חפץ ביקרם מכהן כשופט תורן. הגשת עתירה לשופט שכזה עשויה להקטין מאוד את הסיכוי שהעתירה תידחה על הסף, שכן החלטה שלא לדחות על הסף מתקבלת רק על ידי השופט התורן, ומאפשרת לשפר את סיכויי העותרים לקבל סעדים זמניים. כך למשל דיווח העיתונאי רביב דרוקר לאחרונה: "כחול

⁵⁴ בתאריך 22 בנובמבר 2018 טייטה של מאמר זה נשלחה ברשימת התפוצה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית לקראת הצגת המאמר בסמינר המחלקתי בשבוע שלאחר מכן. מרשימת תפוצה זו, הכוללת מעל 400 נמענים, דלפה טייטה ראשונית של מאמר זה ופורסמה באמצעי התקשורת.

⁵⁵ רויטל חובל "נשיאת העליון: שופטי בג"ץ לא יוכלו לבחור מי יישבו לצדס לדון בדחיית עתירות על הסף" **הארץ** (27.11.2018). <https://www.haaretz.co.il/news/law/1.6695320>

⁵⁶ שם.
⁵⁷ למעט במקרים שבהם השופט איננו יכול לעכב את פרסום פסק הדין, כמו במקרים שבהם העתירה מעלה שאלה אקטואלית דחופה שאיננה סובלת דיחוי.

לבן כבר כותבים עתירה לבית המשפט העליון, שמים לב שסולברג הוא עכשיו השופט התורן בבג"ץ, אז אומרים אולי הוא קצת שמרן, אז נחכה שפוגלמן ייכנס עוד כמה ימים".⁵⁸ כך גם מציינת נעמי לויצקי בספרה כי "לעורכי דין יש פוליטיקה משלהם בכל הנוגע למעצרים, ואת הערעורים הם מנסים לכוון לפי השופט התורן".⁵⁹ מקרה חשוב של בחירה אסטרטגית של עותרים להשהות את עתירתם התעורר בעתירה נגד טקס הזכרון הישראלי פלסטיני. בתאריך 10.4.2018, כשבוע לפני הטקס, פרסם שר הביטחון ליברמן את החלטתו, שלא לאפשר למשתתפים פלסטינים להגיע לכנס. מארגני האירוע הודיעו כי יעותרו למחרת לבג"ץ.⁶⁰ למרות הצהרות המארגנים העתירה לא הוגשה כל אותו השבוע, וזאת על אף שהיה להם מספיק זמן כדי להגישה, ולמרות שמיצוי ההליכים הושלם כבר ביום חמישי לפי האמור בפסק הדין.⁶¹ העתירה הוגשה לבסוף רק ביום ראשון 16.4.18 יומיים לפני האירוע. בדיקה שערכנו מלמדת שהשופט התורן באותו שבוע היה השופט סולברג, ואילו השופט בשבוע שלאחר מכן היה פוגלמן שקבע את העתירה לדיון כבר למחרת, למרות שהיה מתבקש לדחות את העתירה לאחר שהוגשה בשיהוי, "בדקה התשעים" לפני הטקס.

למעשה, הנוהל החדש שאימצה הנשיאה חיות מחמיר מאוד את בעיית הבחירה האסטרטגית של עותרים בשופט תורן. בעבר קשה היה לעותרים לדעת מי יהיה השופט התורן בכל שבוע, ובהתאם האם כדאי להמתין עם העתירה. כיום ניתן לדעת במדויק מי יהיה השופט התורן בשבוע הבא, משום שעל כל פסק דין הדוחה עתירות על הסף בשבוע מסוים, חייב לחתום השופט התורן בשבוע שלאחר מכן, וכך לחשוף לציבור את זהות השופט בשבוע הבא.⁶²

ישנו פתרון פשוט וקל ליישום לבעיית בחירה ההרכב האסטרטגית, הן על ידי השופטים התורנים, הן על ידי הנשיאה, והן על ידי עותרים. הפתרון הוא בחירת הרכבים בצורה מקרית על ידי תוכנת מחשב. שיטת בחירה זו נעשית כדבר שבשגרה בבתי המשפט הפדראליים לערעורים בארה"ב, ואין שום מניעה ליישומה בישראל.

משמעות יישום שיטה זו היא שעותרים לא יוכלו לקבוע את זהות השופט התורן שיטפל בעתירתם. לאחר הגשת העתירה תוכנת המחשב תבחר באופן מקרי את השופט התורן שיטפל בכל עתירה. כאשר שופט תורן יחליט לדחות עתירה על הסף, התוכנה תקבע לו באופן מקרי לאילו שני שופטים עליו לפנות לצורך קביעת ההרכב של שלושה שופטים שיכריע על דחיית העתירה. לבסוף, הרכבים שונים של שלושה שופטים ייקבעו בצורה מקרית על ידי התוכנה וישוּבצו ביומן. כל תיק שנקבע להרכב יוקצה באופן מקרי בין הרכבים אלה.

כידוע, אין באופן רשמי תקני מומחיות על פי תחומים בבית המשפט העליון. כאשר שופט ממונה לבית המשפט העליון על ידי הוועדה למינוי שופטים תחום עיסוקו לא נקבע על ידי הוועדה. לאור זאת, לטעמנו, אין מקום לסטות מהקצאה מקרית של הרכבים. אך אם נטען שיש לקחת בחשבון

⁵⁸ תמלול מדויק מדבריו של הפרשן רביב דרוקר כפי ששודרו במהדורת החדשות של ערוץ 13 בתאריך 16.3.2020. ניתן לצפות בדברים ב: <https://13news.co.il/item/news/politics/state-policy/2020-elections/coalition-negotiation-1028782> החל מהדקה 3:42 בערך.

⁵⁹ נעמי לויצקי **העליונים** 362-363 (2006).

⁶⁰ יניב קובוביץ ואור קשתי "ליברמן אסר על 110 פלסטינים להשתתף בטקס יום הזיכרון: "מפגן של טעם רע" **הארץ** (10.04.2018) <https://www.haaretz.co.il/news/politics/1.5990302> ("מארגני הטקס אמרו כי יפנו לבג"ץ מחר נגד החלטתו של ליברמן").

⁶¹ בג"ץ 2964/18 **חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 17.04.2018) ("בעקבות כך פנו העותרות ביום 11.04.2018 למנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה והודיעו לו כי בכוונתן להגיש עתירה נגד ההחלטה לדחות את בקשתן למתן היתרי הכניסה למוזמנים הפלסטינים. ביום שלמחרת, נענו העותרות על ידי המשנה ליועץ המשפטי למערכת הביטחון, עו"ד הילה ארליך").

⁶² כדי להדגיש את חשיבות החשיפה הזו, יש לציין שבבית המשפט המחוזי בתל אביב נעשה ניסיון בעבר לשמור את רשימת התורנים סודית כדי למנוע תזמון של תביעות. ענת רואה "הסוד השמור ביותר בביהמ"ש המחוזי: רשימת שיבוץ השופטים התורנים בפגרה" **הארץ** (01.08.2005) <https://www.themarker.com/misc/1.314838>.

את מומחיות השופטים בקביעת ההרכבים, גם זאת ניתן לעשות באמצעות תוכנת מחשב. שימוש בתוכנת מחשב למטרות אלה יאפשר לפרסם ברבים מה בדיוק המנגנון שעל פיו נקבעים ההרכבים, ואילו שיקולים נלקחים בחשבון בקביעתם. משמעותו הדבר היא שתהיה שקיפות מלאה כלפי הציבור לגבי אופן קביעת ההרכבים בבית המשפט.

מנגנון לקביעת הרכבים המוצע כאן מקדם את ערכי השוויון. משמעותו שבפני כל עותר לבית המשפט יש הסתברות זהה לקבל תורנים שונים שיטפלו בעתירה. אם העתירה נקבעת להרכב אז יש הסתברות זהה לקבל הרכבים שונים. מלבד חשיבותו של מנגנון שכזה לקידום עקרון השוויון, מנגנון שכזה מקדם שקיפות, ועל כן גם וודאי שסופו להגדיל את אמון הציבור בבית המשפט.

2. מחקרים על השפעת מאפייני שופטים על החלטותיהם

בשנים האחרונות פורסמו מספר מחקרים אשר בוחנים כיצד מאפייניהם של שופטים בישראל משפיעים על החלטותיהם. מחקרים אלה נעשו בהשראת מחקרים דומים שנעשו בארה"ב. חלק מהמחקרים הללו מתעלמים משאלת בחירת הרכבי בית המשפט העליון, ולמעשה מנתחים את הנתונים כאילו ההרכבים נקבעים בצורה מקרית.⁶³ מחקרים אחרים מכירים בעובדה שההרכבים בבית המשפט העליון אינם נקבעים בצורה מקרית, אך הם מניחים את תיאוריית הבחירה המקצועית, ומנסים לכלול משתני בקרה המסבירים את הבחירה לאור מאפיינים מקצועיים של שופטים שונים.⁶⁴

אך אם תיאוריית הבחירה האסטרטגית היא נכונה, משמעות הדבר שבאופן מכוון הרכבים נבחרים כדי להגיע לתוצאה הרצויה על ידי בעל הסמכות לקביעת ההרכבים. כלומר, השופט בעל הסמכות לקביעת ההרכב מנסה לחזות כיצד כל שופט יחליט בנושא שבפניו, ולפי זה מחליט האם לכלול את השופט בהרכב. אם כך הרי שישנה בעיית סלקציה חמורה, ולא ניתן להשוות את החלטותיהם של שופטים בהרכבים שונים, כי סוג התיקים שכל שופט מקבל נבחר בצורה מכוונת, ואינו דומה לסוג התיקים שמקבל שופט אחר.

3. כוח מוחלט

כאשר שופטים תורנים בוחרים את חבריהם להרכב הם בעלי כוח מוחלט, דהיינו כוח לא מוגבל שאינו נתון לכל ביקורת. אין דרך להפוך את החלטתם, ואין שום סמכות חיצונית אליה השופט התורן כפוף בקבלו את החלטה. בשיטה הקונסטיטוציונית הקיימת במדינת ישראל, למעט שופטי בית המשפט העליון, אין אף אדם או גוף בעל כוח מוחלט. לעומת זאת, שופטי בית המשפט העליון הם בעלי כוח מוחלט בהקשרים נוספים מלבד בחירת הרכבים.

כאשר שופטי בית המשפט העליון מחליטים האם פעולה של הרשות המבצעת הייתה לא סבירה, ולכן לא חוקית, הם מפעילים כוח מוחלט. השופטים רשאים לקבוע שכל החלטה של הרשות היא

⁶³ מיכאל בירנהק ודוד גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב 499 (1999). קרן וינשל-מרגל אידאולוגיה וחוק בפסיקת בית המשפט העליון: ניתוח כמותי והשוואתי (2016).

⁶⁴ Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Does the Judge Matter: Exploiting Random Assignment on a Court of Last Resort to Assess Judge and Case Selection Effects*, 9 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 246 (2012). Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Group Decision Making on Appellate Panels: Presiding Justice and Opinion Justice Influence in the Israel Supreme Court*, 19 PSYCHOLOGY PUB. POLICY & L. 282 (2013).

סבירה או אינה סבירה, וכוח זה אינו מוגבל או נתון לביקורת. כלומר, אין שום כוח חיצוני לשופטים שמכריח אותם לקבוע כי פעולה היא סבירה, או שמונע מהם לקבוע כי פעולה אינה סבירה. בצורה דומה, על פי כלל הפרשנות התכליתית, השופטים הם בעלי כוח מוחלט לתת משמעות לחוק. בכוחם של השופטים להרחיב או להצר, לשנות, לעצב ואף להפוך, את משמעות החוק, וכוח זה הינו מוחלט ואינו נתון לביקורת.

תרומה חשובה של המחקר הנוכחי היא בכך שהוא לראשונה מנתח בצורה אמפירית כיצד שופטי בית המשפט העליון מפעילים כוח מוחלט אשר הופקד בידם. ייתכן ששופטים המפעילים את כוחם המוחלט בבחירת הרכבים בצורה מסוימת יפעלו בצורה דומה בהפעילם כוח מוחלט בהקשרים אחרים, אף אם קשה למדוד בצורה אמפירית כיצד הם מפעילים את כוחם המוחלט בהקשרים אלה.

י. סיכום

מאמר זה מרים מספר תרומות לספרות המשפטית. ראשית, המאמר מפתח שלוש תיאוריות חדשות לגבי השאלה כיצד שופטים בוחרים את חבריהם להרכב. שנית, המאמר מקבץ מסד נתונים חדש, על הליך שהתקיים עד לאחרונה בבית המשפט העליון, שאין דומה לו בעולם, לפיו לשופט יש סמכות לבחור את חבריו להרכב. שלישית, המאמר משתמש במסד הנתונים כדי למדוד, עבור כל שופט, את רמת אי השוויון בבחירות ההרכב, וכן את מידת השונות בבחירות ההרכב של השופטים. בדרך זו המאמר דוחה את תיאוריות הבחירה האקראית והבחירה המקצועית, ומקבל את תיאוריית הבחירה האסטרטגית. רביעית, המאמר מתעמק במספר מקרים ומבצע ניתוח איכותני התומך בתיאוריית הבחירה האסטרטגית. חמישית, המאמר משתמש במסד הנתונים ובטכניקת MDS כדי לשרטט לראשונה מעגלי קרבה בתוך בית המשפט העליון, ולמפות את מערכת היחסים בין השופטים. שישית, המאמר משתמש בנתונים על מעגלי הקרבה לנשיאת בית המשפט העליון, ומראה כי שופטים הקרובים לנשיאה על פי הנתונים מהתקופה שלפני מינויה לנשיאה, משמשים בהרכב איתה לאחר מינויה לנשיאה בהסתברות גבוהה יותר, ממצא התומך בתיאוריית הבחירה האסטרטגית. שביעית, המאמר מסיים עם מספר השלכות מדיניות וכן השלכות מחקריות הנובעות מהניתוח האמפירי.