

כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב

מאת

יהונתן גבעתי* וישראל רוזנברג**

עד לאחרונה בהליך בג"ץ בבית המשפט העליון היה השופט התורן בוחר כרצונו את שני חברי ההרכב שיצטרפו אליו לכתיבת פסק דין הדוחה את העתירה ללא דיון. יכולת זו של שופט לקבוע את חבריו להרכב אין דומה לה בעולם, והיא מאפשרת לנו לבחון שלוש תאוריות 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 שבה זהות השופטים בבית המשפט העליון נותרה ללא שינוי (כ-800 פסקי דין, מינואר 2015 עד אפריל 2017). הנתונים מגלים הטיות חזקה של השופטים בבחירת חבריהם להרכב. מדד ג'יני למדידת אי-השוויון בבחירות השופטים, אשר נע בין 0 (שוויון מוחלט) ל-1 (אי-שוויון מוחלט), הוא 0.82 בממוצע, ממצא הסותר את תאוריית הבחירה האקראית. השונות הרבה בזהות השופטים הנבחרים סותרת את תאוריית הבחירה המקצועית. הנתונים תומכים בתאוריית הבחירה האסטרטגית, ובחינה לעומק של כמה מקרים גם היא מגלה שיקולים אסטרטגיים בבחירת ההרכב. לפיכך נראה כי בחירות ההרכב של שופטי בית המשפט העליון חושפות את העדפויות הנגלות לחבריהם להרכב. הנתונים על בחירותיהם של השופטים מאפשרים לנו לתאר תיאור גרפי 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 מזו שישמשו בהרכב מי שקרובים אליה פחות. ממצא זה גם תומך בתאוריית הבחירה האסטרטגית. לאור הממצאים המאמר מסיים בהמלצות מדיניות לשינוי אופן קביעת ההרכבים בבית המשפט העליון. המאמר מציע להשתמש בתוכנת מחשב לקביעה מקרית של כל ההרכבים, וכן לצורך קביעת זהות השופט התורן שיטפל בכל עתירה.

* יהונתן גבעתי הוא פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, מכהן בקתדרה למשפט ע"ש סילבן מ' כהן.

** ישראל רוזנברג הוא תלמיד לתואר ראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב.
מאמר זה מבוסס בחלקו על מאמרנו Yehonatan Givati & Israel Rosenberg, *How would Judges Compose Judicial Panels? Theory and Evidence from the Supreme Court of Israel*, 17 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 317 (2020). אנו מודים לאהוד גוטל, לאדם צ'ילטון, למרסל קאהן, ליותם קפלן, לירוס שחר, לכמה מתמחים ועוזרים משפטיים לשעבר בבית המשפט העליון, למשתתפים בכינוס של האגודה האמריקאית למשפט וכלכלה באוניברסיטת NYU ובכינוס של האגודה הישראלית למשפט וכלכלה באוניברסיטה העברית בירושלים, ולבית המשפט העליון, על הערותיהם המועילות על טיוטות קודמות. אנו מודים גם למרכז למחקרים אמפיריים של קבלת החלטות והמשפט באוניברסיטה העברית על התמיכה במחקר.

מבוא. א. מסגרת משפטית. ב. תאוריות של בחירת הרכב. 1. תאוריית הבחירה האקראית. 2. תאוריית הבחירה המקצועית. 3. תאוריית הבחירה האסטרטגית. ג. נתונים. 1. תקופת המחקר. 2. איתור פסקי הדין. ד. תוצאות. 1. נתוני בחירות השופטים. 2. בחינת תאוריית הבחירה האקראית. 3. בחינת תאוריית הבחירה המקצועית. 4. בחינת תאוריית הבחירה האסטרטגית. ה. ראיות נוספות לבחירה אסטרטגית. 1. השופט שהם. 2. השופטים רובינשטיין ודנציגר. 3. השופטים עמית וברק־ארוז. 4. השופט עמית. 5. השופט פוגלמן. ו. מעגלי קרבה בבית המשפט. ז. בחירת הרכבים בידי נשיאת בית המשפט. ח. דיון. 1. חשיבות פסקי הדין. 2. קרבה פיזית של לשכות. ט. השלכות המחקר. 1. מדיניות קביעת הרכבים. 2. מחקרים על השפעת מאפייניהם של שופטים על החלטותיהם. 3. כוח מוחלט. י. סיכום.

מבוא

תיקים בבית המשפט העליון נידונים לפני הרכב של שלושה שופטים. בבית משפט הטרונגי שבו השופטים הם בעלי תפיסות ועמדות שונות, החלטתו של הרכב הדין בתיק מסוים עשויה להיות מושפעת מזהות השופטים החברים בהרכב.¹ עובדה זו משמעותה שיש חשיבות גדולה לשאלה כיצד נבחרים השופטים החברים בכל הרכב.

בבתי המשפט לערעורים בארצות הברית, שבהם תיקים נדונים לפני שלושה שופטים, הרכבים נקבעים באמצעות הקצאה מקרית של השופטים להרכבים.² בדרך זו מתמודדת

1 לדוגמה, נוכחותו של שופט רפובליקאי או דמוקרטי משפיעה על התוצאה בתיקים טעונים פוליטית. ראו למשל Richard L. Revesz, *Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, 83 VA. L. 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 CASS R. SUNSTEIN ET AL., ARE JUDGES POLITICAL? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006) L.J. 2155 (1998). מחקרים הראו שנוכחותה של אישה בהרכב משפיעה על התוצאה בתיקים הקשורים להפליה על רקע מיני והטרדה מינית. ראו למשל Jennifer L. Peresie, *Female Judges Matter: Gender and Collegial Decisionmaking in the Federal Appellate Courts*, 114 YALE L.J. 1759 (2005); Sean Farhang & Gregory Wawro, *Institutional Dynamics on the U.S. Court of Appeals: Minority Representation Under Panel Decision Making*, 20 J. L. ECON. & ORG. 299 (2004). ראו גם Christina L. Boyd, Lee Epstein & Andrew D. Martin, *Untangling the Causal Effects of Sex on Judging*, 54 AM. J. POL. SCI. 389 (2010).

2 ראו Michael Abramowicz & Maxwell Stearns, *Defining Dicta*, 57 STAN. L. REV. 953, 1009 (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”); 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 appellate judges to panels has become a ‘hallmark’ of the system”); Marin K. Levy, *Panel Assignment in the Federal Courts of Appeals*, 103

שיטת המשפט האמריקאית עם השפעת זהות השופטים החברים בהרכב על פסק הדין. דרך אחרת להתמודד עם בעיה זו היא קביעה כי כל השופטים ידונו בכל תיק יחדיו. כך נעשה בבית המשפט העליון האמריקאי, שבו יושבים כל תשעת השופטים לדון יחדיו בכל תיק. בניגוד לארצות הברית, במדינת ישראל הסמכות לקביעת הרכבים בבית המשפט העליון נתונה לנשיא בית המשפט העליון.³ במציאות משפטית זו חשוב להבין כיצד שופטים בוחרים את חברי ההרכב. במאמר זה אנו מתמקדים בהליך מסוים שהתקיים בבית המשפט העליון עד לאחרונה, שבו 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 לשני שופטים אחרים בבית המשפט העליון ומבקש מהם להצטרף אליו ולחתום על פסק הדין. ביכולתו של השופט התורן לקבוע את אלו שאליהם הוא יפנה כדי לצרף אותם להרכב.⁴

אנו מפתחים במאמר זה שלוש תאוריות בחירת הרכב שונות. על פי תאוריית הבחירה האקראית, כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, חשוב לו שהחלטה זו תעבור ביקורת של שני שופטים מקריים מקרב השופטים בבית המשפט העליון. על פי תאוריית 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 תאוריית 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 התאוריות הנזכרות לעיל אספנו במאמר זה נתונים על פסקי דין בעתירות שנדחו ללא דיון בתקופה שבין 21 לינואר 2015 ל-5 באפריל 2017. במהלך תקופה זו לא היה שינוי בזהות השופטים המכהנים בבית המשפט העליון, ולכן בפני כל שופט תורן עמדה בדיוק אותה רשימה של שופטים שממנה היה עליו לבחור חברים להרכב. איסוף הנתונים מוביל ל-794 עתירות לבג"ץ במהלך תקופה זו שבהן ניתן פסק דין בלא דיון בעתירה, ושבהן בחר השופט התורן מי יהיו השופטים שיצטרפו אליו להרכב. בנוגע לכל שופט תורן זיהינו מי הם השופטים שבהם הוא בחר כחבריו להרכב בתקופה זו.

כדי לבחון את תאוריית הבחירה האקראית מדדנו את רמת אי-שוויון 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

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")

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

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

מלא). חישוב מדד ג'יני לכל שופט מגלה כי המדד הוא 0.9 ומעלה לרוב השופטים, ובממוצע הוא 0.82. ממצא זה סותר את תאוריית הבחירה האקראית. כדי לבחון את תאוריית הבחירה המקצועית מדדנו את רמת השונות בבחירות חברי ההרכב של השופטים השונים. התמקדות בשני השופטים המועדפים על כל שופט כחברי הרכב מגלה כי לכל שופט העדפות שונות מאוד מאלה של חבריו בנוגע לחבריו להרכב. ממצא זה אינו תואם את תאוריית הבחירה המקצועית.

הממצאים בדבר אי-השוויון בבחירות חברי ההרכב של כל שופט, וכן בעניין השונות הגבוהה בזהות השופטים המועדפים על כל שופט תואמים את תאוריית הבחירה האסטרטגית. לכן ניתן להשתמש בנתונים על בחירות חברי ההרכב של כל שופט תורן כדי לחשוף את ההעדפות הנגלות של כל שופט לחבריו להרכב. העדפות אלה יכולות להעיד על מערכת הקשרים האידאולוגיים והאישיים בתוך בית המשפט העליון.

בחינה של כמה מקרים לעומק תומכת גם היא בתאוריית הבחירה האסטרטגית. לדוגמה, אנו מראים כי השופט שהם נבחר כחבר הרכב יותר מכל שופט אחר, אף שהוא ידוע כמומחה למשפט פלילי ולא כמומחה למשפט ציבורי. עובדה זו ניתנת להסבר לפי תאוריית הבחירה האסטרטגית, משום שהשופט שהם נודע בכך שלא נהג לכתוב דעות מיעוט. נוסף על זה, ממאמר שכתב השופט רובינשטיין משתמע כי הוא היה בוחר בשופט דנציגר כחבר הרכב היות שהשקפותיו של השופט דנציגר קרובות לשלו. אנו מראים שהשופט עמית נמנע במכוון מלשלוח החלטה בעניין מניעת עליית יהודים להר הבית ביום ירושלים לשופט סולברג, וכי השופט פוגלמן בחר להחיל את הנוהל החדש בעניין בחירת חברי הרכב בצמצום רב ולהמשיך לבחור את חברי ההרכב המועדפים עליו בחינים רבים.

כדי לבחון את מערכת הקשרים בתוך בית המשפט העליון השתמשנו בטכניקה בשם (MDS) Multidimensional Scaling. טכניקה זו מאפשרת הצגה גראפית של קרבה בין שני גורמים בצורה דו-ממדית. שימוש בטכניקה זו מגלה שלוש קבוצות של שופטים: קבוצה אחת כוללת את חיות, פוגלמן, ברק-ארו ומזוז; קבוצה אחרת כוללת את עמית, זילברטל, דנציגר וג'ובראן; וקבוצה נוספת 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 שבקביעת הרכבים תביא חיות בחשבון, לאחר מינויה לנשיאה, את מידת הקרבה של שופטים אליה. בייחוד נצפה שחיות תבחר בשופטים הקרובים אליה להרכבים שבהם היא יושבת, שהם הרכבים חשובים ומרכזיים בבית המשפט.

כדי לבחון זאת אספנו נתונים מאתר בית המשפט העליון על מספר הפעמים שבהן שובץ כל שופט לשבת בהרכב בראשות הנשיאה חיות, מנובמבר 2017 – מועד התחלת נשיאותה של הנשיאה חיות – ועד לדצמבר 2019. ניתוח הנתונים מגלה כי יש קורלציה חזקה בין מידת הקרבה של כל שופט לחיות, על פי תרשים MDS, לשיעור ההרכבים עם חיות שבהם השופט שובץ. ניתן להסביר ממצא זה אם נקבל את הטענה שחיות קובעת את ההרכבים איתה בדרך אסטרטגית, לפי העדפותיה.

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

יש פתרון פשוט וקל ליישום לבעיית בחירת ההרכב האסטרטגית, הן בידי השופטים התורנים, הן בידי הנשיאה והן בידי עותרים. הפתרון הוא בחירה מקרית של הרכבים באמצעות תוכנת מחשב. שיטת בחירה זו נעשית כדבר שבשגרה בבתי המשפט הפדרליים לערעורים בארצות הברית, ואין שום מניעה ליישומה בישראל. אם שיטה זו תיושם, לאחר הגשת עתירה תבחר תוכנת המחשב בחירה מקרית את השופט התורן שיטפל בה. נוסף על זה, כאשר שופט תורן יחליט לדחות עתירה על הסף תקבע לו התוכנה בצורה מקרית לאילו שני שופטים נוספים עליו לפנות. לבסוף הרכבים שונים של שלושה שופטים ייקבעו בצורה מקרית באמצעות התוכנה וישוּבצו ביומן, ועתירות שייקבעו להרכב ישובצו באקראי 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, יש הסתברות זהה לקבל הרכבים שונים. מלבד חשיבותו של מנגנון כזה לקידום עקרון השוויון, הוא גם מקדם שקיפות, ועל כן גם ודאי שסופו להגדיל את אמון הציבור בבית המשפט.

שנית, אם אכן הרכבים בבית המשפט העליון נבחרים בצורה אסטרטגית, הרי שיש בעיית סלקצייה בהשוואת פסקי דין של הרכבים שונים, משום שנושאים שונים מובאים במכוון לפני הרכבים שונים. בעיית סלקצייה 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 אמפירית כיצד שופטי בית המשפט העליון מפעילים כוח מוחלט.

הספרות האקדמית על קביעת הרכבים בבית המשפט העליון היא מצומצמת. מירון גרוס ויורם שחר בחנו במאמרם פורץ הדרך 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 באקראי באף אחת מהתקופות. הכותבים

5 ראו פירוט של המאמרים להלן בפרק ט.

6 מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כט 567 (1999).

מצאו מתאם מסוים בין ותק של שופט לתדירות ישיבתו בהרכב בראשותו של נשיא בית המשפט. שלא כמאמר זה, אשר מתמקד בפסקי דין אשר ניתנו ללא דיון, שניתן לזהות בהם 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, לבד מסמכותו הכללית של נשיא בית המשפט לקבוע את ההרכב. אלה פרקיו הבאים של המאמר: **פרק א** מציג את המסגרת המשפטית. **פרק ב** מציג שלוש תאוריות של בחירת הרכב. **פרק ג** מציג את הנתונים. **פרק ד** מציג את התוצאות. **פרק ה** מציג ראיות נוספות לבחירה אסטרטגית אגב התעמקות בכמה מקרים. **פרק ו** משתמש בנתונים כדי להציג מעגלי קרבה בבית המשפט. **פרק ז** בוחן את בחירת ההרכבים בידי נשיאת בית המשפט. **פרק ח** דן בהשגות שונות על המאמר. **פרק ט** דן בהשלכות המדיניות של המאמר, ו**פרק י** מסכם את המאמר.

א. מסגרת משפטית

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

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

מנגד, יש מקרים רבים שבהם השופט התורן מגיע למסקנה שיש לדחות את העתירה על הסף ללא דיון. יש מקרים שבהם השופט מגיע למסקנה זו מייד, עוד לפני שהתבקשה תגובה מקדמית מהמדינה, ויש 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 הייתה הפרקטיקה הנוהגת בבית המשפט העליון שהשופט התורן כותב את פסק

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

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

9 ש.ם.

10 ש.ם.

11 ס' 26 לחוק בתי המשפט.

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 שקבע את חבריו להרכב, בתקופה שבה המחקר מתמקד (ינואר 2015 עד אפריל 2017), אושרה בשירות שניהלנו עם עוזרים משפטיים שעבדו באותה תקופה בבית המשפט. נוסף על זה, במכתב מיום 25.10.2017 במענה לפנייה בנושא זה הממונה לפי חוק חופש המידע בהנהלת בית המשפט שרון סבן-ספראי מכירה 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 בידי 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 הוא נשיא בית המשפט העליון.¹⁴ לכן קשה למצוא עיגון משפטי לסמכותו של השופט התורן לבחור את חבריו להרכב בפסק דין הדוחה עתירה ללא דיון.

אומנם לאורך השנים הפקידו נשיאי בית המשפט העליון לדורותיהם את קביעת ההרכבים במזכירות, אך הסדר זה כשלעצמו מעורר קשיים משפטיים, שכן ייתכן שמדובר באצילת סמכות שיפוטית.¹⁵ מכל מקום, קביעת ההרכבים השגרתית במזכירות לא הפקיעה את סמכותו של הנשיא במלואה, שכן המזכירות עשויה לפעול לפני הנחיות הנשיא, ובמקרים חריגים שבהם מזהה המזכירות תיקים בעלי חשיבות היא מפנה אותם ללשכת הנשיא, והוא בוחר אם להתערב בזהות חברי ההרכב. כך עדיין נותרת בידי הנשיא היכולת להתערב בקביעת ההרכבים. לעומת זאת כאשר מדובר בעתירות המטופלות בידי שופט תורן אשר נדחות על הסף, הנשיא איבד לחלוטין את האפשרות לקבוע את ההרכב, בניגוד ללשון החוק. במקרים אלה מי שקובע בלעדית את ההרכב הוא השופט התורן.

ב. תאוריות של בחירת הרכב

כיצד שופטים בוחרים את חבריהם להרכב? בפרק זה נתאר שלוש תאוריות בחירה שונות.¹⁶ לאחר מכן נפנה לבחון את התאוריות הללו מבחינה אמפירית.

12 מכתב משרון סבן-ספראי, הממונה על חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט, לעו"ד שמואל שניידר (25.10.2017) (להלן: מכתבה של סבן-ספראי לשניידר) (ההדגשה הוספה).

13 ס' 27(א) לחוק בתי המשפט.

14 לפי סעיף 29(ג) לחוק בתי המשפט, הנשיא רשאי לאצול מסמכיותיו למשנה.

15 יש לציין שהמחקרים הרבים שצינינו לעיל בה"ש 1 מוכיחים שזהות חברי ההרכב משפיעה על התוצאה. עובדה זו ידועה אינטואיטיבית לעורכי דין רבים. לכן קשה לטעון שקביעת הרכבים היא סמכות טכנית שניתן להאצילה ולא סמכות שיפוטית שלא ניתן להאצילה. מכל מקום המאמר אינו מתמקד בשאלה משפטית זו.

16 במחקר זה בחרנו לבחון שלוש תאוריות שנראות סבירות בעינינו לפי הכרתנו את המחקר בתחום התנהגות שופטים. בפרק ח של המאמר נבחן תאוריה נוספת, הקשורה לקרבה הפיזית של הלשכות.

1. תאוריית הבחירה האקראית

על פי תאוריית הבחירה האקראית, כאשר שופט מחליט כי עליו לדחות את העתירה על הסף ללא דיון, חשוב לו שהחלטה זו תעבור ביקורת של שני שופטים מקריים מקרב השופטים שבבית המשפט העליון. בחירה מקרית היא הוגנת משום שמנקודת ראותו של העותר העתירה הופנתה לבית המשפט העליון ולא לשופט התורן. בחירה אקראית היא גם שוויונית, והיא תבטיח שמנקודת מבט של עותר ההסתברות לקבל הרכבים שונים היא זהה. כמו כן מכיוון שהסמכות החוקית לבחירת ההרכב אינה נתונה לשופט התורן, בהתחשב באילוץ לבחור את ההרכב, בחירה מקרית מבטיחה ששום שיקול זר לא יובא בחשבון בבחירת ההרכב.

אם אכן תאוריית הבחירה האקראית נכונה, נצפה לראות, לכל שופט תורן, הסתברות זהה של כל שופט להיבחר כחבר להרכב.

2. תאוריית הבחירה המקצועית

על פי תאוריית 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. תאוריה זו משקפת תפיסה שעל פיה שופטים שונים בבית המשפט העליון הם בעלי התמחויות שונות. היכולת לקבוע הרכבים מאפשרת לנתב תיקים להרכב בעל המומחיות המתאימה.

אם אכן תאוריית הבחירה המקצועית נכונה, נצפה לראות כי שופטים תורנים שונים בוחרים לחבריהם להרכב את אותם שופטים, דהיינו את השופטים בעלי ההתמחות בתחום הבג"ץ.

3. תאוריית הבחירה האסטרטגית

על פי תאוריית 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 עם ההחלטה של השופט הוא גבוה אם הם קרובים אליו מבחינה אידאולוגית או בגלל יחסי חברות.

אם אכן תאוריית הבחירה האסטרטגית נכונה, ושופטים בוחרים את חבריהם להרכב כאשר הם מביאים בחשבון את הסיכוי שחברי ההרכב יסכימו איתם, נצפה לראות כי שופטים תורנים שונים בוחרים בקביעות לחבריהם להרכב שופטים שונים, משום שקרבה אידאולוגית ויחסי חברות משתנים משופט לשופט.

תאוריה זו לא נראתה סבירה בשלב כתיבת המאמר. החלטנו לבחון אותה רק לאחר שבית המשפט העליון טען בתגובתו הרשמית לטיטת המאמר שההרכבים נקבעים לפי הקרבה הפיזית של השופט.

ג. נתונים

1. תקופת המחקר

במאמר זה אספנו בשיטתיות את כל פסקי הדין שניתנו ללא דיון, ושבהם בחרו השופטים התורנים שכתבו את פסק הדין מי יהיו השופטים שיצטרפו אליהם להרכב. לכל שופט תורן זיהינו מי הם השופטים שבהם הוא בחר לחבריו להרכב.

תקופת המחקר שבה התמקדנו היא מ-21 בינואר 2015, המועד שבו הושבעה לתפקידה השופטת ברון, ועד ל-5 באפריל 2017, המועד שבו פרש השופט זילברטל לגמלאות. במהלך תקופה זו זהות השופטים המכהנים בבית המשפט העליון נותרה ללא כל שינוי. שום שופט לא פרש ושום שופט חדש לא נכנס לכהן בבית המשפט. לפיכך במהלך תקופה זו לפני כל שופט תורן הייתה בדיוק אותה רשימה של שופטים שמהם היה עליו 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 כבג"ץ כאלף ושבע מאות פסקי דין. בשלב השני בדקנו בכל פסק דין שניתן אם 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 אין מופיע תאריך הישיבה ובדקנו אם אכן לא התקיים דיון בעתירה. את הבדיקה ביצענו באתר של בית המשפט העליון, שם ניתן לראות אם ומתי התקיים דיון בכל תיק.

לאחר הבדיקה הזאת נותרנו עם 794 עתירות לבג"ץ שבהן ניתן פסק דין בלא דיון בעתירה, ושבהן בחר השופט התורן מי יהיו השופטים שיצטרפו אליו להרכב שנותן את פסק הדין.

הנשיאה והמשנה לנשיאה אינם משמשים תורנים. לכן 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, כדי 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. אישנו עובדה זו בשתי דרכים: ראשית, תחקרנו מתמחים ועוזרים משפטיים לשעבר בבית המשפט העליון, אשר אישרו כי אכן השופט התורן הוא שכותב את פסק הדין הדוחה את העתירה ללא דיון; שנית, למדגם 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. יש מקרים שבהם אין 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 זיהגנו 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 ושבהן 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-ארוז: 42 פסקי דין
- מני מזוז: 73 פסקי דין
- ענת ברון: 42 פסקי דין

17 פוגלמן הוא השופט שנתן את המספר הרב ביותר של פסקי דין ללא דיון. הסיבה לכך היא שהשופט פוגלמן יושב בלעדית כדן יחיד בדיון מקדמי בבג"צים (מידע זה מקורו במאגר פסקי הדין וההחלטות של בית המשפט העליון וכן מתשואל מתמחים ועוזרים משפטיים). דיונים אלו מתקיימים בתיקים שנמשכים זמן רב, בעיקר עתירות נגד הריסת בנייה לא 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. מטבע הדברים אפוא יש תיקים רבים יותר הנמצאים על שולחנו של השופט פוגלמן. בחלק לא מבוטל מן המקרים העותרים מגיעים להסכמות עם המדינה במהלך הדיון המקדמי או סמוך לו, ובמקרה כזה השופט פוגלמן בוחר את מי מן השופטים לצרף למתן פסק הדין. למן אמצע שנת 2018, לאחר תיקון 117 לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, כמעט כל העתירות בנושא בנייה בשטחים ועתירות אזרחות מופנות לבתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט לעניינים מינהליים.

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 בנוגע לחבריו להרכב.

כזכור, בכל פסק דין במסד הנתונים שבנינו זיהינו את השופט התורן. אשר לכל שופט תורן ניתן לזהות אילו שופטים בחר לחברים להרכב. בכל פסק דין השופט התורן בוחר בשני שופטים לחברים להרכב. לכן מספר הבחירות שמבצע השופט התורן הוא כפול ממספר פסקי הדין שבהם הוא שימש תורן.

טבלה 1 מציגה כיצד שופטי בית המשפט העליון בוחרים את חבריהם להרכב. בטבלה זו כל שורה מייצגת את בחירותיו 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 לכל 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 בשיעור גבוה.

נדגים את התוצאות באמצעות התמקדות בכמה שופטים. פוגלמן כזכור שימש שופט תורן ב-137 פסקי דין. משמעות הדבר שב-137 פסקי דין היה פוגלמן יכול לבחור אילו מן השופטים יהיו חבריו להרכב. הנתונים מגלים שב-88% מפסקי הדין הוא בחר לחברה להרכב את ברק-ארז, וב-85% מפסקי הדין הוא בחר במזוז לחבר להרכב. ברק-ארז כזכור שימשה שופטת תורנית ב-42 פסקי דין. משמעות הדבר שב-42 פסקי דין הייתה ברק-ארז יכולה לבחור אילו מן השופטים יהיו חבריה להרכב. הנתונים מגלים שב-90% מפסקי הדין היא בחרה לחבר להרכב את פוגלמן, וב-86% מפסקי הדין היא בחרה במזוז לחבר להרכב.

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

כפי שניתן לראות, הנתונים מגלים קשר קרוב בין פוגלמן לברק-ארז ולמזוז. כל אחד מהם כמעט תמיד בוחר בשני האחרים לחבריו להרכב. אנו נשוב לניתוח הקשר בין השופטים להלן בפרקים ה-ו. בשלב זה חשוב להדגיש שלא תמיד קיימת הדדיות במערכת היחסים שבין שופטים. לדוגמה, מלצר בחר בהנדל לחבר להרכב ב-95% מהמקרים, אך הנדל לא בחר במלצר לחבר להרכב אפילו בפסק דין אחד.

טבלה 1. בחירות הרכב לכל שופט תורן

| | Selected Justices | | | | | | | | | | | | | | |
|----------------|-------------------|------------|-------|----------|-------|--------|----------|-------|--------|--------|---------|----------|-----------|-------|--------------|
| | Amit | Barak-Erez | Baron | Danziger | Hayut | Hendel | Joubbran | Mazuz | Melcer | Shoham | Solberg | Vogelman | Zilbertal | Naor* | Rubin-stein* |
| 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% |
| Joubbran | 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 הייתה הנשיאה, ורוזנברג שטיין היה משנה לנשיאה. הם לא שימשו כשופטים תורנים, אך ניתן היה לבחור בהם כחברים להרכב

2. בחינת תאוריית הבחירה האקראית

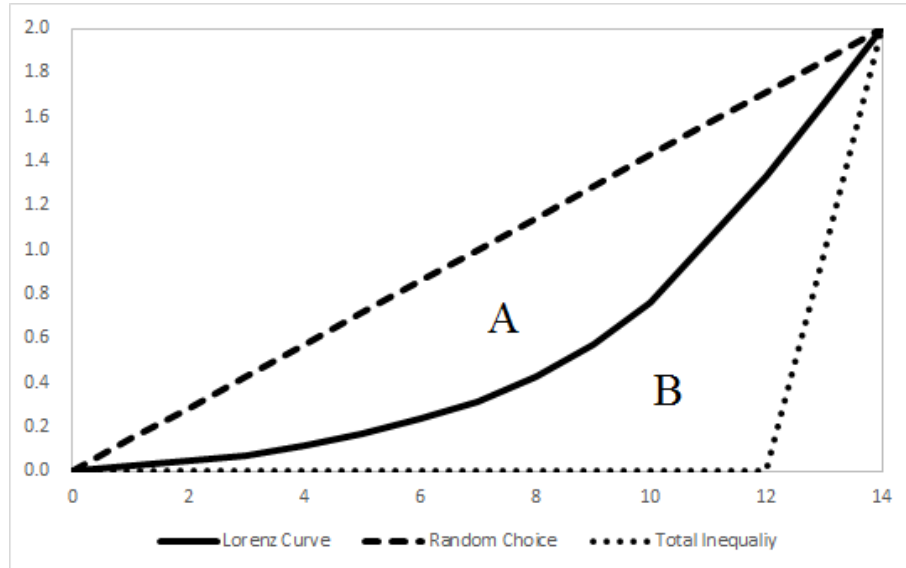
לאחר שהובנו הנתונים המוצגים בטבלה נפנה לבחון אם הם תומכים באחת התאוריות של בחירת הרכב שהוצגו לעיל בפרק ג. כזכור, על פי תאוריית הבחירה האקראית נצפה לראות, עבור כל שופט תורן, הסתברות זהה לכל שופט להיבחר לחבר להרכב. מבחינה מתמטית היינו מצפים לראות בכל תא בטבלה (למעט התאים המייצגים את בחירת השופט בעצמו) 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 שבהם הסתברות של 0%, ותאים אחרים שבהם הסתברות גבוהה במידה ניכרת מ-14.3%.

דרך נוספת לבחינת תאוריית הבחירה האקראית היא חישוב אי-השוויון בבחירות השופטים את חבריהם להרכב. לצורך זה נשתמש במתודולוגיה שפותחה למדידת אי-שוויון בהכנסות. להדגמת המתודולוגיה נשתמש בנתונים של השופטת ענת ברון.

כפי שניתן לראות מטבלה 1, ברון בחרה בפוגלמן ובחיות לחברי הרכב ב-33% מפסקי הדין, בברק-ארז ובשהם ב-29% מפסקי הדין, בג'ובראן ב-19% מפסקי הדין, בדנציגר ב-14% מפסקי הדין, וביתר השופטים באחוזים מעטים. ניתן לסדר את השופטים מהשופט שמספר הפעמים שבהן נבחר בידי ברון היה הקטן ביותר לשופט שמספר הפעמים שנבחר היה הגדול ביותר וליצור את פונקציית ההתפלגות המצטברת של בחירותיה של ברון. פונקצייה זו, הידועה גם כעקומת לורנץ בהקשר של מדידת חוסר שוויון, היא הקו הרצוף בתרשים 1.

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

תרשים 1. עקומת לורנץ עבור השופטת ברון



לאחר סרטוט העקומות השונות עבור ברון ניתן לחשב את מדד ג'יני למדידת אי־שוויון. ראשית, מחשבים את השטח שבין עקומת הבחירה האקראית (הקו המקווקו העליון) לעקומת לורנץ (הקו הרצוף). שטח זה מסומן באות A בתרשים 1. שנית, מחשבים את השטח שבין עקומת לורנץ (הקו הרצוף) לעקומת אי־השוויון המוחלט (קו הנקודות התחתון). שטח זה מסומן באות B בתרשים 1. מדד ג'יני מחושב כך:

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

מדד ג'יני 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 הרצוף) קרובה יותר לעקומת הבחירה האקראית (הקו המקווקו העליון), ולפיכך שטח A קטן ושטח B גדל, והדבר מוביל לירידה במדד ג'יני. במקרה הקצה, כאשר עקומת לורנץ חופפת את עקומת הבחירה האקראית, שטח A הוא אפס, והערך של מדד ג'יני הוא אפס. לעומת זאת התפלגות שוויונית פחות של בחירות השופטים בהרכב משמעותה שעקומת לורנץ (הקו הרצוף) קרובה יותר לעקומת אי־השוויון המוחלט (קו הנקודות התחתון), ולפיכך שטח A גדל ושטח B קטן, והדבר מוביל לעלייה במדד ג'יני. במקרה הקצה, כאשר עקומת לורנץ חופפת את עקומת אי־השוויון המוחלט, שטח B הוא אפס, והערך של מדד ג'יני הוא אחד.

במקרה של ברון, לאחר חישוב עקומת לורנץ על פי הנתונים שבטבלה 1, שטח A הוא 6.2, שטח B הוא 5.8, ועל פי זה מדד ג'יני של ברון הוא 0.52. כפי שעשינו עבור ברון, ניתן

לחשב עבור כל שופט את עקומת לורנץ מהנתונים שבטבלה 1, ולפי זה לחשב את מדד ג'יני לאי־שוויון בבחירות השופטים להרכב עבור כל שופט. טבלה 2 מציגה תוצאות חישוב מדד הג'יני 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 גדול מאוד בבחירות ההרכב של השופטים. מדד ג'יני למדידת אי־השוויון בבחירות השופטים, אשר נע בין 0 (שוויון מוחלט) ל-1 (אי־שוויון מוחלט), הוא 0.9 ומעלה אצל השופטים מלצר, פוגלמן, הנדל, ג'ובראן, מזוז, ברק־ארז וחיות. כלומר, המדד הוא 0.9 ומעלה אצל רוב השופטים. בממוצע המדד הוא 0.82. ממצא זה סותר את תאוריית הבחירה האקראית.

3. בחינת תאוריית הבחירה המקצועית

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

דרך אחרת לבחינת תאוריית הבחירה המקצועית היא בחינת השונות בבחירות של השופטים השונים. בטבלה 3 אנו מציגים, עבור כל שופט, את שני השופטים המועדפים עליו, דהיינו השופטים שהוא בחר בהסתברות הגבוהה ביותר לחברים להרכב.

טבלה 3. שני חברי ההרכב המועדפים על כל שופט

| Jutices | 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 |

כאמור, על פי תאוריית הבחירה המקצועית היינו מצפים לראות ששופטים תורנים שונים בוחרים לחבריהם 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 חברי ההרכב המועדפים עליו. טבלה 3 מכילה שמות של 12 שופטים. כלומר, מ-15 השופטים שהיה אפשר לבחור מתוכם, יש 12 שופטים שנחשבו מועדפים, וניתן להסביר בקלות שניים מתוך שלושת השופטים שאינם מופיעים ברשימה (נאור שימשה נשיאה, ורובינשטיין שימש משנה לנשיאה). ממצא זה אינו תואם את תאוריית הבחירה המקצועית.

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

סטיית התקן של כל השופטים שונה, וגבוהה במידה ניכרת, מאפס. נוסף על זה, אצל כמעט כל השופטים סטיית התקן גדולה מן הממוצע. עובדה זו מעידה שיש שונות גבוהה יחסית בבחירות השופטים, ורוב התצפיות בכל טור אינן קרובות כלל לממוצע.

אפשרות נוספת היא לבחון את תאוריית הבחירה המקצועית בחינה ישירה יותר – לבדוק אם יש קשר בין מומחיותם של השופטים לבין הנושאים שבהם עסקו פסקי הדין שאליהם

הם נבחרו לחברים 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 הבקשה נידונה בפני דן יחיד.²⁰ כל שופט בבית המשפט העליון ממונה בידי נשיאת בית המשפט העליון לטפל בסוג אחר של בקשות רשות ערעור.²¹ במהלך תקופת המחקר שלנו בכל בקשות רשות הערעור שהוגשו בעניינים מנהליים דנו השופטים פוגלמן וברק-ארז. בכל בקשות רשות הערעור הפליליות דנו השופטים ג'ובראן, שוהם ומלצר. בכל בקשות רשות הערעור העוסקות בדיני משפחה שנמצאים בסמכות בית המשפט לענייני משפחה טיפלו השופטים רובינשטיין, מזוז והנדל. יתר השופטים טיפלו בבקשות רשות ערעור אזרחיות.²² כאמור, הקצאת השופטים לדון בסוגים מסוימים נעשית בידי נשיאת בית המשפט העליון, ובדרך כלל השיבוץ משקף את מומחיותם של השופטים השונים.²³ לכן ניתן להשתמש בסיווג זה של השופטים כדי לזהותם כמומחים למשפט מנהלי, למשפט פלילי, לדיני משפחה ולמשפט אזרחי.

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

18 ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט.

19 שם.

20 ס' 26(4) לחוק בתי המשפט; ס' 12(א) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים.

21 ס' 41(ב) לחוק בתי המשפט; ס' 12(א) לחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים.

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://bit.ly/3yuzbYW> ("סעיף 12(א) לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים מסמיק את נשיא בית המשפט העליון לקבוע מי השופט שיידון 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") (ההדגשות הוספו).

לצורך הפשטה סיווגנו פסקי דין כעוסקים במשפט מנהלי כאשר המשיב היה גוף מנהלי (או גוף מעין-מנהלי), או אם העתירה היא עתירה חוקתית. במקרים כאלו מדובר בתיקי בג"ץ קלאסיים, וכמצופה הם אכן רוב מוחלט של פסקי הדין. סיווגנו תיקים כעוסקים במשפט אזרחי כאשר העתירה תקפה 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 תקפה החלטות שהתקבלו בבתי משפט לענייני משפחה או בבתי דין דתיים (בתי הדין הרבניים, בתי הדין השרעיים ובתי הדין הכנסייתיים). פסקי דין סווגו כעוסקים בעניינים פליליים אם העתירה תקפה 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 מנהלי, משפט אזרחי, משפט פלילי ודיני משפחה), וכן סיווגנו את פסקי הדין שנדחו על הסף לאותם ארבעה תחומי משפט, אנו יכולים לבחון אם אכן השופטים המומחים לתחום ספציפי נבחרו להרכבים שעסקו באותו תחום ספציפי. בטבלה 4 אנו עושים זאת בבודקנו איזה סוג של שופטים נבחר לחברות בהרכב לכל 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 שאליהם 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 תאוריית הבחירה המקצועית היינו מצפים לראות ששופטים המתמחים במשפט מנהלי ייבחרו פעמים רבות יותר להרכב שעוסק במשפט מינהלי, ובאופן דומה למשפט אזרחי, למשפט פלילי ולדיני משפחה. במילים אחרות, בטבלה 4 היינו מצפים לראות בתאים לאורך האלכסון ערכים גבוהים מאוד, וערכים נמוכים מאוד ביתר התאים. אבל כפי שאפשר לראות, אין זה 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 לחבר הרכב בתיק מתחום מומחיותו. נתונים אלו אינם מתיישבים עם תאוריית הבחירה המקצועית.

4. בחינת תאוריית הבחירה האסטרטגית

זכור, על פי תאוריית הבחירה האסטרטגית נצפה לראות כי שופטים תורנים בוחרים בקביעות לחבריהם להרכב שופטים שונים, משום שקרבה אידאולוגית ויחסי חברות משתנים משופט לשופט. הממצאים בנוגע לאי-השוויון בבחירות חברי ההרכב של כל

שופט, וכן בנוגע לשונות הגבוהה בזהות בין השופטים המועדפים על כל שופט, תואמים את תאוריית הבחירה האסטרטגית.

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

קשה לדמיין שיחסי החברות ישפיעו על בחירתו של השופט בחברי הרכב בדרך אחרת. שלא כהרכבים רגילים, שבהם 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 ההחלטה, עם יתר החומר, ללשכת השופטים שבהם הוא בחר לחברי הרכב. משום שאין שום אינטראקציה בין השופטים בהליך שבו אנו מתמקדים, קשה לדמיין שיחסים אישיים בין השופטים משפיעים על בחירת חברי הרכב בצורה כלשהי, לבד מהשפעתם 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 נוגע לשופט שוהם. כפי שניתן לראות מהשורה השנייה מתחתית הטבלה, השופט שהם נבחר לחבר הרכב יותר מכל שופט אחר. ממצא זה מפתיע משום שהשופט שהם ידוע בתור מומחה למשפט פלילי ולא למשפט ציבורי.²⁴ עובדה זו סותרת את תאוריית הבחירה המקצועית.

מדוע אפוא בוחרים השופטים התורנים בשופט שהם לחבר הרכב? ייתכן שניתן להסביר את הבחירה התכופה בשהם לחבר הרכב לפי תאוריית הבחירה האסטרטגית. אחד הדברים שהשופט שהם נודע בהם הוא שהוא לא נהג 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 לחבר הרכב.

24 משה גורלי "השופט שחיפש את אמצע הדרך" כלכליסט (1.8.2018) <https://bit.ly/3mHVuZ9> ("כשופט פלילי במחוזי תל אביב התמחה שהם בפלילים").

25 שם.

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 לחבר "הרכב וירטואלי". ביטוי זה משקף בדיוק את סוג ההרכב שבו דן המאמר, דהיינו הרכב הנבחר בידי שופט תורן אשר החליט לדחות עתירה ללא דיון. וכך מצייין 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 בדיון. אכן בתחומים מסוימים איננו "מאותו הכפר" – השקפותינו האישיות שונות במקצתם, 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 שהיות שבמרבית הנושאים האנושיים והמשפטיים השקפותיהם שלו ושל השופט דנציגר קרובות, היה השופט רובינשטיין בוחר בשופט דנציגר לחבר "הרכב וירטואלי", דהיינו חבר הרכב כאשר השופט רובינשטיין מחליט לדחות עתירה על הסף ללא דיון. הסבר זה של השופט רובינשטיין לבחירתו בשופטים מסוימים לחברי הרכב, ולא בשופטים אחרים, כאשר הוא בוחר לדחות עתירה ללא קיום דיון, משקף את תאוריית הבחירה האסטרטגית.

3. השופטים עמית וברק-ארוז

על פי תאוריית 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 תאוריית הבחירה האסטרטגית נכונה, נצפה שבמקרים כאלה ילמד השופט התורן כי מדובר בשופט שאינו רצוי כחבר הרכב מבחינה אסטרטגית ויפסיק לבחור בו לחבר הרכב. ייתכן שניתן למצוא ראיות לתהליך למידה שכזה במערכת היחסים שבין השופט עמית לשופטת ברק-ארוז.

ביום 19 באפריל 2016 הוגשה עתירה לבג"ץ נגד הכוונה של נשות הכותל לקיים לראשונה "ברכת כוהנות" בחול המועד פסח בכותל המערבי, בזמן שמתקיים בכותל מעמד

26 ראו "דברי ברכה – אליקים רובינשטיין: דברי ברכה לכבוד יציאתו של ספר יורם דנציגר, מאת כבוד השופט בדימוס, אליקים רובינשטיין" המשפט (26.11.2017) <https://tinyurl.com/mdcy67ds>.

"ברכת כהנים" המסורתית.²⁷ עוד באותו יום כתב השופט עמית, שהיה השופט התורן באותו השבוע, פסק דין קצר ו"טכני" המכיל שורות ספורות. השופט עמית דחה בפסק הדין 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 העתירה על הסף".²⁸ השופט עמית בחר לחברי הרכב בשופטת דפנה ברק-ארז ובשופט פוגלמן, ושניהם הצטרפו לפסק הדין ללא הסתייגות.

השופט עמית, שנהנה משיתוף הפעולה של ברק-ארז, בחר בה בשבוע שלאחר מכן שוב להרכב (בג"ץ 3423/16),²⁹ וכך גם בפעם השנייה באותו השבוע (בג"ץ 3195/16).³⁰ בעניין זה כתב השופט עמית פסק דין ארוך ועקרוני שעסק בזכות להיבחר ברשויות המקומיות, אך כאן התרחשה תקלה: השופטת ברק-ארז הפתיעה ובמקום לשמש חותמת גומי, היא אומנם הצטרפה לתוצאה האופרטיבית של פסק הדין, אך עשתה זאת בהסתייגות בולטת: "אני מצטרפת לא בלי התלבטות",³¹ ונוסף על זה סירבה להצטרף גם לקביעותיו העקרוניות האחרות של עמית בפסק הדין ובחרה להשאיר אותן בצריך עיון.

מאותו פסק דין שאליו לא הצטרפה ברק-ארז ועד סיום תקופת המחקר, תקופה בת כשנה, בחר השופט עמית שופטים להרכבים עוד כשלושים פעם (כשישים שופטים). אך הוא לא בחר עוד את השופטת ברק-ארז לחברת הרכב אפילו פעם אחת.³²

27 בג"ץ 3256/16 **בצדק נ' משטרת ישראל** (נבו 19.4.2016).

28 שם. על פני הדברים 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 שבהם 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 סירב שר הביטחון אביגדור ליברמן לאשר כניסתם של פלסטינים ל"טקס יום הזיכרון ישראלי-פלסטיני" בבג"ץ 2964/18 **חוג ההורים פורום המשפחות, משפחות שכולות למען שלום נ' שר הביטחון** (נבו 17.4.2018), הוגשה העתירה ב-15 באפריל 2018, יומיים בלבד לפני הטקס שנערך, ב-17 באפריל. עוד באותו היום, קבע השופט פוגלמן דיון דחוף בעניין, וכבר ביום המוחרת, 16 באפריל, כשכמובן למחרת הדיון הוציא ההרכב, שבו ישב גם פוגלמן עצמו, 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 בבג"ץ 3052/19 **לוחמים לשלום בע"מ נ' שר הביטחון** (נבו 6.5.2019). נגד האיסור על כניסת משפחות, והתיק נקבע מייד לדיון לפני הרכב כבר למחרת. במקרה שלפנינו העתירה הוגשה חמישה ימים לפני האירוע והיו עוד שני ימי דיונים מלאים בבג"ץ לפני חג הפסח, ולא הייתה אפוא כל מניעה לקבוע דיון בעתירה לגופה. השופט עמית ציין בדחייה כי נוסף על השיהוי בהגשת העתירה לא נכתב בעתירה כי נעשתה פנייה מוקדמת למשטרה, ולכן דין העתירה להידחות על הסף גם בשל אי-מיצוי הליכים. גם טענה זו קשה להצדקה. המשטרה איננה צד מהותי בעתירה, ולא היא שמחליטה אם לאשר לקיים את האירוע. המשטרה צורפה כמשיבה רק משום שהיא שאמורה לבצע את ההתבקש בעתירה ולמנוע את האירוע של נשות הכותל. דחייה של עתירה רק מטעם זה, בייחוד כשמדובר בעותר ציבורי וכשאין אפשרות לתקן את העתירה בגלל לוח הזמנים הדוחק, חריגה מאוד.

29 בג"ץ 3423/16 **נצר נ' שר הפנים** (נבו 24.4.2016).

30 בג"ץ 3195/16 **זידאן נ' שר הפנים** (נבו 25.4.2016).

31 שם, פס' 1 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

32 טענת נגד אפשרית היא שגם השופט מזוו בחר לכתוב חוות דעת נפרדת שבה בחר להותיר חלק מפסק דינו של השופט עמית בצריך עיון, ולמרות זאת לא נמנע השופט עמית מלבחור בו בהמשך. אך

4. השופט עמית

ביום 17 במאי 2017, פרסם השופט עמית ארבעה פסקי דין שבהם דחה על הסף עתירות ללא דיון.³³ משמעות הדבר היא שבאותו היום היה השופט עמית צריך לבחור ארבעה הרכבים, הרכב לכל תיק.

לכל ארבעת ההרכבים בחר השופט עמית בשופט שהם לחבר הרכב. כפי שצינו, הבחירה בשופט שהם לחבר הרכב היא נפוצה. בשניים מהתיקים בחר השופט עמית בשופט סולברג לחבר ההרכב השלישי, ובשניים מהתיקים בחר השופט עמית בשופט פוגלמן לחבר ההרכב השלישי. העובדה שהשופט עמית בחר בשופטים שונים לחברי הרכב, להחלטות שפורסמו באותו היום, אומרת דרשני, היות שהשופט עמית לא היסס לבחור בשופט שהם לחבר הרכב בכל ארבעת התיקים, ובייחוד שבבחינתה של טבלה 1 ניתן לראות שההסתברות שהשופט עמית יבחר בשופט סולברג לחבר הרכב יותר מכפולה מההסתברות שהוא יבחר בשופט פוגלמן. אם כן, למה לא בחר השופט עמית בשופט סולברג לחבר הרכב לכל ארבעת התיקים, כפי שבחר בשופט שהם לחבר הרכב בכל ארבעת התיקים?

מעיון בארבע העתירות שנדחו באותו היום בידי השופט עמית, אחת מהעתירות בולטת מבחינה פוליטית. בג"ץ 4021/17 דן בעתירה לאפשר לאזרחים יהודים לבקר בהר הבית ביום ירושלים הקרוב. ההחלטה לדחות את העתירה ללא דיון בעתירה שכזאת, הקשורה למגבלות דתיות על חופש התנועה, אינה מובנת מאליה. בסוג כזה של עתירות עמדוניהם המשפטיות והאידאולוגיות 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 לחבר הרכב ולא בשופט סולברג, שהוא 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

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 שלפיה יש לדחות את העתירה על הסף מטעמי "שיהוי", והסתייגותו של מזוז התייחסה רק לחלקים אחרים בחוות דעתו של עמית. לעומת זאת לשופטת ברק-ארז לא היה ברור כלל אם יש לדחות את העתירה על הסף, והיא אף בחרה להדגיש בפסק דינה שהיא עושה זאת "לא בלי התלבטות". חשוב לציין שלפי הפרקטיקה הנוהגת (לפי האמור במכתבה של סבן-ספראי לשניידר, לעיל ה"ש 12) העתירה נדחת על הסף רק אם יש קונצנזוס בין השופטים בנוגע לדחייה. די בכך ש"אחד משופטי ההרכב סבור כי אין מקום לדחות את העתירה על הסף מועברת העתירה לדיון". אם כן, ניתן לשער שהחשש המרכזי של השופט עמית היה מפני התנגדות של אחד השופטים לדחייה על הסף, שכן די בכך כדי שהעתירה תישלח להרכב.

33 ראו בג"ץ 3999/17 ריטבלט נ' משטרת ישראל – המטה הארצי (נבו) 17.5.2017; בג"ץ 4021/17 המטה למען ארץ ישראל נ' ראש הממשלה (נבו) 17.5.2017; בג"ץ 3979/17 פלונית נ' פלוני (נבו) 17.5.2017; בג"ץ 6805/16 סגולת יואב – תיירות אירועים וכנסים בע"מ נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב (נבו) 17.5.2017 (להלן: פרשת סגולת יואב).

החלטתו של השופט עמית לדחות את עתירה על הסף. בחירה זו של השופט עמית בחברי הרכב תואמת את תאוריית הבחירה האסטרטגית.³⁴

5. השופט פוגלמן

כפי שנסביר בהמשך המאמר, בנובמבר 2017, לאחר תקופת המחקר שלנו, נקבע נוהל חדש בעניין מינוי חברי הרכב בידי שופט תורן.³⁵ 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".³⁶

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 בהיותו תורן כמו כל שופט אחר. סוג אחר של עתירות הן עתירות שהגיעו אל השופט פוגלמן לאחר שנקבעו לפניו לדיון מקדמי בהיותו דן 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 שבחר השופט פוגלמן כאשר דחה עתירות על הסף, לאחר אימוץ הנוהל החדש בנובמבר 2017. הופתענו לגלות שבתיקים אשר הגיעו אל השופט פוגלמן בהיותו תורן, הקפיד השופט לקיים את הנוהל החדש כאשר בחר חברי הרכב. לעומת זאת בתיקים שקיבל השופט פוגלמן בהיותו דן יחיד (כ-50 תיקים עד סוף שנת 2018), הוא המשיך לבחור, כמעט בכל המקרים, את השופטים מזוו וברק-ארז לחברי הרכב לצורך דחיית העתירה, בניגוד לנוהל החדש.³⁷ כזכור, השופטים מזוו 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 התעלם השופט פוגלמן מהנוהל החדש.³⁸ ייתכן שלפי פרשנותו של השופט פוגלמן הנוהל החדש לא חל על תיקי בג"ץ שהוא קיבל בהיותו דן יחיד אף שבתיקים אלה נתון לו בדיוק אותו שיקול דעת לבחירת חברי ההרכב כמו בתיקים שהוא

34 יש עתירה נוספת, בפרשת סגולת יואב (שם), שנשלחה גם היא לשופט פוגלמן ולא לשופט סולברג. הסבר אפשרי הוא שעתירה זו נשלחה לדחייה על הסף 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.

35 ראו רויטל חובל "נשיאת העליון: שופטי בג"ץ לא יוכלו לבחור מי יישבו לצדם לדון בדחיית עתירות על הסף" **הארץ** (4.12.2018) <https://bit.ly/38jxnrg> (כתבה זו, שבה תואר השינוי, פורסמה ימים ספורים לאחר דליפת טיוטה של המאמר הנוכחי לתקשורת ביום 22.11.2018).

36 שם.

37 מתוך 46 פסקי דין בחר השופט פוגלמן בברק-ארז ובמזוו ב-27 פסקי דין. בכל יתר פסקי הדין (19 במספר) בחר השופט פוגלמן את ברק-ארז או את מזוו כאחד משני השופטים.

38 לא ניתן להסביר זאת באמצעות תאוריית "הבחירה המקצועית", שכן העניינים שבהם דן השופט פוגלמן בבג"ץ בהיותו "דן יחיד" זהים לחלוטין לעניינים של תיקים אחרים שבהם דן השופט פוגלמן בהיותו "שופט תורן" ושבהם פעל לפי הנוהל החדש.

קיבל בהיותו תורן. אך קשה לקבל הסבר זה, ראשית משום שניסיון לפרש את הנוהל החדש שהתקינה נשיאת בית המשפט העליון ב"פרשנות מילולית דווקנית" חוטא לתכלית הנוהל ומנוגד לשיטת הפרשנות התכליתית הנוהגת במשפט הישראלי ושבה השופט פוגלמן מצדד. נוסף על זה, על פי הנתונים שבידנו, בתאריך 15 בנובמבר 2018 הייתה הפעם האחרונה שבה השופט פוגלמן התעלם מהנוהל בתיקים שאותם קיבל לדיון מקדמי, ואילו בפסקי הדין הבאים, למן שנת 2019, החל השופט פוגלמן לבחור חברי הרכב אך ורק על פי הנוהל החדש גם בתיקים שהוא קיבל לדיון מקדמי.³⁹

מכל מקום, ניסיונו של השופט פוגלמן להחיל את הנוהל החדש בצמצום רב ולהמשיך לבחור את חברי ההרכב המועדפים עליו בתיקים רבים יש בו כדי לבטא את החשיבות הרבה שהשופט פוגלמן מייחס לבחירת שופטים מסוימים לחברי הרכב ולא שופטים אחרים. תפיסה זו תואמת את תאוריית הבחירה האסטרטגית.

ו. מעגלי קרבה בבית המשפט

הממצאים לעיל בפרקים ד ו-ה תומכים בתאוריית הבחירה האסטרטגית. לפיכך ניתן להשתמש בנתונים על בחירות חברי ההרכב של כל שופט תורן כדי לחשוף את ההעדפות הנגלות של כל שופט לחבריו להרכב, ומכאן את מערכת הקשרים האידאולוגיים והאישיים בתוך בית המשפט העליון.

כדי לבחון את מערכת הקשרים בתוך בית המשפט העליון נשתמש בטכניקה MDS (Multidimensional Scaling). טכניקה זו מאפשרת הצגה גראפית של קרבה בין שני גורמים בצורה דו-ממדית.⁴⁰ לדוגמה, הקרבה יכולה לשקף מרחק גאוגרפי. בהינתן מטריצה הדומה לטבלה 1 של מרחקים בין ערים, שימוש ב-MDS יניב מפה דו-ממדית של הערים הללו.⁴¹ במקרים אחרים קרבה יכולה לבטא משמעות אחרת. לדוגמה, במחקר בתחום השיווק שימוש ב-MDS יכול לשמש כדי ליצור "מפה" של מוצרים שבה המרחק משקף את מידת ההבדלים בין מאפיינים של מוצרים שונים.⁴²

שימוש ב-MDS נעשה בספרות המשפטית להצגת מערכת היחסים האידאולוגית בתוך בתי משפט אחרים.⁴³ מאמרים אלה התבססו על העובדה שבבית המשפט העליון האמריקאי

39 יש לציין כי כאמור לעיל, ביום 22.11.2018 דלפה טיוטה ראשונית של מאמר זה ופורסמה באמצעי התקשורת. הנהלת בתי המשפט פרסמה תגובה רשמית לטיוטת המאמר. לדוגמת פרסום תקשורתי ראו יהודה יפרח "מחקר: שופטי בג"ץ משפיעים על פסקי הדין באמצעות בחירת חבריהם להרכב" **מקור ראשון** (24.11.2018) <https://bit.ly/3mHaWEJ>.

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

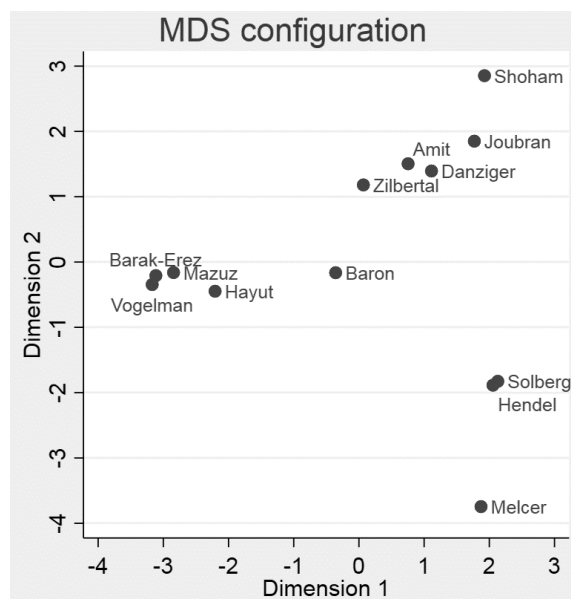
41 שם, בעמ' 19–23.

42 TREVOR F. COX & MICHAEL A.A. COX, MULTIDIMENSIONAL SCALING 71–73 (2nd ed. 2000) (שבו מוצגת מפה של דגני בוקר).

43 Bernard Grofman & Timothy J. Brazill, *Identifying the Median Justice on the Supreme Court through Multidimensional Scaling: Analysis of "Natural Courts" 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

כל השופטים דנים ומחליטים יחד בכל התיקים, ולכן ניתן לחשב את מידת ההסכמה בין כל שני שופטים ולהשתמש בערך זה כדי ליצור מטריצה מהסוג שבטבלה 1 כדי לתאר גראפית את מידת ההסכמה בין כל שני שופטים ואת מערכת היחסים בתוך בית המשפט. במאמר זה הפעלנו את טכניקת MDS על בחירות ההרכב של השופטים. העדפת שופטים מסוימים כחברי הרכב על 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 יתרה, משום שהיא כוללת בתוכה את נשיאת בית המשפט הנוכחית, חיות. קבוצה שנייה כוללת את עמית, זילברטל, דנציגר וג'ובראן. השופטת ברון מצויה בין שתי הקבוצות האלה. קבוצה שלישית כוללת את השופטים סולברג והנדל. מעגלי קרבה אלה יכולים לשקף הן קרבה אידאולוגית והן קרבה אישית.

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. 269 (2015).

ז. בחירת הרכבים בידי 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 שהשופטת חיות, לאחר מינויה לנשיאה, תביא בחשבון את מידת הקרבה של שופטים אליה בקביעת הרכבים. נצפה במיוחד שחיות תבחר בשופטים הקרובים אליה להרכבים שבהם היא יושבת.

כדי לבחון זאת אספנו נתונים על מספר הפעמים שבהן שובץ 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.

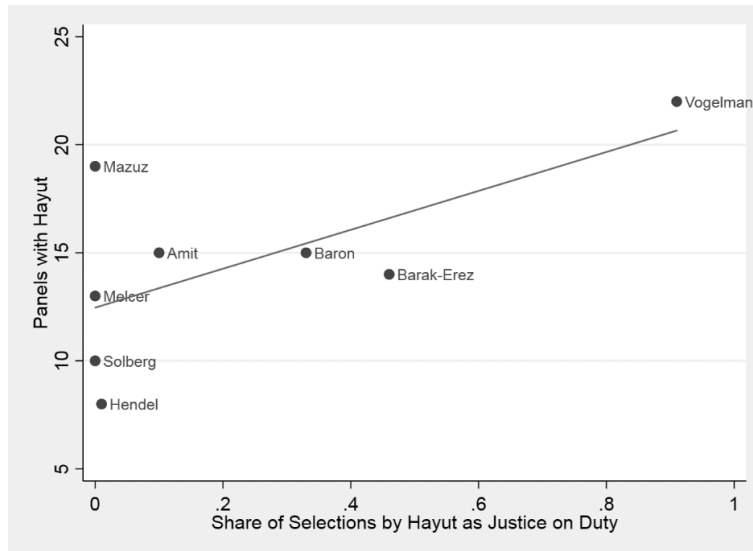
עברנו ידנית על ההרכבים השונים ואיתרנו את כל ההרכבים הרגילים שבהם ישבה הנשיאה חיות. לאחר מכן עברנו על כל ההרכבים המיוחדים שבהם נידון תיק או שניים, בדקנו מהם התיקים שנידונו בהם וסיננו את כל הדיונים שהיו דיוני המשך בתיקים קודמים על מנת למנוע הטיה של הנתונים, שכן הרכב השופטים במקרים אלו הוא קבוע מראש לפי השופטים שישבו בדיון הראשון.

לצורך הניתוח התמקדנו בשופטים שהיו בבית המשפט הן בתקופת המחקר הראשונה (ינואר 2015 עד אפריל 2017) והן לאחר מינויה של חיות לנשיאה.⁴⁴ לכל שופט חישובו ככמה הרכבים עם חיות הוא נכלל, בהנחה שהרכב סטנדרטי הוא של שלושה שופטים. חשוב להדגיש שהקרבה לשופטת חיות חושבה בהסתמך על הנתונים מינואר 2015 עד אפריל 2017 על בחירת הרכב בתיקי בג"ץ שנדחו ללא דיון. בתקופה זו לא שימשה חיות נשיאה. לעומת זאת חישוב מספר ההרכבים עם חיות שבהם נכלל השופט נעשה בהסתמך על הנתונים על ההרכבים שבהם התקיים דיון מנובמבר 2017 ועד אפריל 2019. בתקופה זו שימשה השופטת חיות כנשיאה.

אפירורית לא נראה שיש סיבה שתהיה קורלציה בין בחירותיהם של חיות ושל שופטים אחרים בהרכבים כאשר הם שימשו תורנים, לבין בחירותיה של חיות בהרכבים בתור נשיאה, בייחוד בשל הטענה הרווחת שמזכירות בית המשפט העליון היא הקובעת את ההרכבים לדיונים, ומשמעותה שהרכבים אלה אינם אמורים לשקף את העדפותיה של חיות. ראשית נבחן את הקרבה לשופטת חיות על פי בחירותיה בחברי הרכב בהיותה תורנית, לפני מינויה לנשיאה. אנו מציגים בתרשים 3 בציר האופקי את בחירותיה של חיות בחברי הרכב כאשר דחתה עתירות על הסף בתור שופטת תורנית. נתונים אלה לקוחים מהשורה של השופטת חיות בטבלה 1. הציר האנכי הוא מספר ההרכבים הרגילים שבהם ישב השופט עם השופטת חיות לאחר מינויה לנשיאה, כאשר בסמכותה החוקית לקבוע את ההרכב.

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

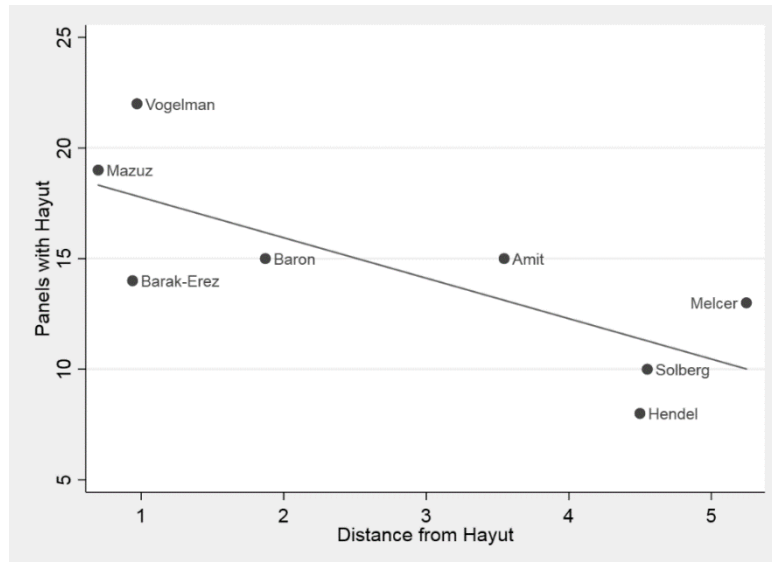
תרשים 3. בחירותיה של השופטת חיות בחברי הרכב בהיותה שופטת תורנית ובהיותה נשיאה



כפי שניתן לראות מתרשים 3, יש קשר חיובי בין בחירותיה של חיות בחברי הרכב לפני שמונתה לנשיאה, כאשר היא הייתה יכולה לבחור חברי הרכב לאחר שהחליטה לדחות עתירה ללא דיון, לבחירותיה לאחר מינויה לנשיאה, כאשר בסמכותה לקבוע את כל ההרכבים בבית המשפט, ובייחוד 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 תאוריית הבחירה האסטרטגית.

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

תרשים 4. מידת הקרבה לשופטת חיות בתרשים MDS ובחירות של השופטת חיות בשופטים להרכב כנשיאה



כפי שניתן לראות, יש קורלציה חזקה בין מידת הקרבה של כל שופט לחיות, על פי תרשים 2, ומספר ההרכבים עם חיות שבהם השופט שובץ. רגרסייה ליניארית בין שני המשתנים מגלה קשר מובהק מבחינה סטטיסטית ($p < 0.05$). ממצא זה תואם את תאוריית הבחירה האסטרטגית.

אם אכן אין חיות מעורבת לאחר מינויה לנשיאה בבחירת חבריה להרכב, קשה להסביר מדוע יש קורלציה חזקה בין בחירותיה של חיות בשופטים להרכב בהיותה תורנית, או מידת הקרבה לחיות בהתבסס על נתוני הבחירות של השופטים בהיותם תורנים, לבין הסיכוי של שופט לשבת עם חיות בהרכב לאחר מינויה לנשיאה. הנתונים המוצגים בתרשימים 3 ו-4 קלים להסבר אם נקבל את הטענה שחיות קובעת את ההרכבים איתה לפי העדפותיה, בצורה אסטרטגית. גם אם למעשה המזכירות היא שקובעת את ההרכבים, הרי שיתכן שהיא עושה זאת מתוך מודעות להעדפותיה של חיות.⁴⁵

45 חשב לציין שאין אנו טוענים שהעדפותיה של חיות הן השיקול היחיד בבחירת ההרכב. ייתכנו שיקולים נוספים, כגון בכירות (סניוריטי). אבל הקורלציה בין העדפותיה של חיות, על פי הנתונים שלפני מינויה לנשיאה, להרכבים שנקבעו לאחר מינויה, נותרת מובהקת מבחינה סטטיסטית גם לאחר כלילת בכירות כמשתנה בניתוח הסטטיסטי. שיקולים מקצועיים כמו התמחות שופטים אינם רלוונטיים לשיבוץ להרכב הנשיאה, משום שההרכב בראשות הנשיאה, כמו כל הרכבי השלושה בבית המשפט העליון, אומנם דן בנושאים מנהליים אך בה בעת גם בסוגים אחרים של תיקים. נוסף על זה יש לציין שהנהלת בתי המשפט טוענת שהשופטים נקבעים להרכבים השונים באקראי (ראו מתוך מכתבה של עו"ד שרון סבן-ספראי, הממונה על חוק חופש המידע בהנהלת בתי המשפט, לעו"ד יעל סינמון (9.10.2018)) ("ככלל, השופטים

ח. דיון

1. חשיבות פסקי הדין

מאמר זה התמקד בתחילתו בפסקי דין במסגרת דחייה על הסף של עתירות. חשוב להדגיש שבמסגרת הליך זה, כפי שיודגם להלן, לעיתים מתפרסמים פסקי דין מלאים ומנומקים, פסקי דין אשר לעיתים אף קובעים הלכות חדשות. משמעות הדבר היא שההליך אינו מוגבל לדחייה של עתירות שאינן חשובות מבחינה משפטית וציבורית, בניגוד לטענת בית המשפט העליון בתגובתו הרשמית לטיטת המאמר.⁴⁶

לדוגמה, בפסק הדין בבג"ץ 990/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הפנים השופט התורן היה השופט סולברג.⁴⁷ העותרים ביקשו להפסיק את כהונתה של ח"כ פאינה קירשנבאום כסגנית שר הפנים, משום שהייתה חשודה בתיק של מתן שוחד. השופט סולברג כתב פסק דין בן 11 עמודים וקבע כי בנסיבות הנדונות אין מקום להפסיק את כהונתה של סגנית שר הפנים. השופט סולברג בחר לחברי ההרכב את השופטת נאור ואת השופט זילברטל, והם הצטרפו אליו לפסק הדין.

בפסק הדין בבג"ץ 3195/16 זידאן נ' שר הפנים דן בית המשפט בשאלה אם עובד עירייה יכול להתמודד בבחירות לעירייה אף שלא הספיק להתפטר מעבודתו 90 יום לפני הבחירות.⁴⁸ הסיבה שהעובד לא הספיק להתפטר מעבודתו בזמן היא שאלה היו בחירות מיוחדות שנקבעו בשל פטירתו הפתאומית של ראש המועצה, ושתאריכם נקבע לחודשיים לאחר הפטירה. השופט התורן היה השופט עמית, והוא בחר לחברי ההרכב בשופטת ברק-ארז ובשופט מזוז. פסק הדין כולל 13 עמודים, והשופטים מזוז וברק-ארז בחרו לכתוב חוות דעת נפרדות בסוגיה, כאשר בחלק מהסוגיות הם חלקו על השופט עמית.

פסק הדין בעניין אירוע "יובל להתיישבות" (בג"ץ 7491/17) הוא דוגמה נוספת לפסק דין "מהותי" שעסק בנושא המצוי במחלוקת ציבורית עזה, שנתן שופט תורן שבחר את מי לצרף אליו להרכב.⁴⁹ אל הטקס הממלכתי לציון "חגיגות היובל" שעל קיומו החליטה הממשלה ושהתקיים 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

משובצים על ידי היומן באופן אקראי), והדבר סותר את הטענה שהשיבוץ מושפע מההתמחות הספציפית של כל שופט.

46 הנהלת בתי המשפט "התייחסות ראשונית של מערכת בתי המשפט לטיטת המחקר של יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג" (עותק נמצא בידי המחברים) (להלן: התייחסות מערכת בתי המשפט למאמר) ("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").

47 בג"ץ 990/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הפנים (נבו 15.3.2015).

48 עניין זידאן, לעיל ה"ש 30.

49 בג"ץ 7491/17 רגבים נ' הרשות השופטת (נבו 27.9.2017).

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, בבחורו לצרף אליו את השופטים עמית ודנציגר. העתירה נדחתה בפסק דין מנומק בן 8 עמודים, ובאופן חריג גם השופט עמית הוסיף חוות דעת מנומקת שלו לדחייה.⁵⁰

לבסוף, פסק הדין בעניין מפגשים עם חברי הוועדה למינוי שופטים (בג"ץ 6022/17) דן בשאלה אם 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 אסרה בהנחיה בעל פה 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 שהם שופטים בעצמם) יכולים להיפגש עם המועמד, וחלק מחברי הוועדה (שאר החברים בוועדה) אינם יכולים להיפגש עם המועמד. הנחיה זו הייתה מנוגדת לפרקטיקה רבת שנים שלפיה לא הייתה מניעה לשופטים להיפגש עם חברי הוועדה.⁵¹ קביעה כזאת מעלה בעיות עקרוניות בעניין תפקוד הוועדה והשוויון בין חברי הוועדה. עתירה שתקפה את האיסור שהטילה הנשיאה נאור הוגשה לבג"ץ, ומי שקיבל אותה בהיותו שופט תורן היה השופט עמית. השופט עמית החליט לדחות את העתירה ללא דיון ולצרף אליו את השופטים שהם וקרא. אף שפסק הדין דוחה את העתירה לגופה, הדיון כולל תשעה עמודים, ובו קביעות עקרוניות בדבר סמכותו הטבעית של נשיא בית המשפט העליון, שהנחיות הנשיאה אינן

50 אין לדעת אם התוצאה הייתה שונה לו היה השופט שהם בחר לצרף למשל את השופטים הנדל וסולברג להרכב. אף שהשופט הנדל קיבל פנייה דומה לזו של נשיאת העליון הוא לא ראה כל טעם לפגם בהשתתפות בטקס, ורק בעקבות האיסור שהטילה הנשיאה הוא נאלץ לבטל את השתתפותו. ראו תלם יחב ואלישע בן קימון "בלחץ הנשיאה נאור: שופט העליון לא ישתתף באירוע יובל להתחלואות" Ynet (26.9.2017). <https://bit.ly/3mHHkHb>. גם בהודעת הביטול הוא ניסה להצניע את הסיבה לביטול. השופט הנדל התקשר למשרד התרבות לבטל את השתתפותו באומרו שאיננו חש בטוב. ראו קלמן ליבסקינד "השבוע שבו התרסקה שארית הכבוד שנותרה בבית המשפט העליון בסיום כהונת נאור" מעריב (30.9.2017). <https://bit.ly/3ypd32k>. 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 כאדם פרטי ולא כנציגה של הרשות השופטת. ראו חן מענית "בניגוד לדעת נאור: שופט עליון נכח בטקס לציון 50 להתיישבות" גלובס (3.10.2017). <https://bit.ly/38tzusl>.

51 ייתכן שגם בעבר היו ניסיונות לאסור זאת, אך בפועל הוסיפו מפגשים מסוג זה להתקיים. 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://bit.ly/3zx3wHK> ("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") (ההדגשה הוספה).

נחשבות הנחיות מנהליות, ושמותר לנשיאה להנחות את השופטים בעל פה ולא לפרסם את ההנחיה לציבור.

2. קרבה פיזית של לשכות

במאמר בחנו שלוש תאוריות של בחירת הרכב: בחירה מקרית, בחירה מקצועית ובחירה אסטרטגית. הנתונים שהצגנו אינם תואמים את תאוריית הבחירה המקרית והבחירה המקצועית, והם תואמים את תאוריית הבחירה האסטרטגית. אך האם יש תאוריה נוספת שיכולה להסביר את הממצאים? למשל, ייתכן ששופטים תורנים בוחרים חברי הרכב על פי קרבתם ללשכותיהם. תאוריה זו העלה בית המשפט העליון בתגובתו הרשמית לטיטות המאמר.⁵²

יש כמה בעיות בטענה ששופטים תורנים בוחרים בחברי הרכב לפי קרבת הלשכות. ראשית, לשכות השופטים אינן רחוקות זו מזו. הזמן הנדרש להליכה מכל לשכה ללשכה המרוחקת ממנה ביותר הוא פחות מדקה.⁵³ קשה להאמין שמרחק כה קטן הוא קריטי לבחירת ההרכבים. נוסף על זה, חשוב לציין שהשופט התורן אינו נושא בעצמו את התיקים מלשכתו ללשכות של השופטים שבהם הוא בחר לחברי הרכב. מי שעושה זאת הם המתמחים של השופט התורן.⁵⁴ קשה להאמין שחשוב לשופט התורן לחסוך מן המתמחים הליכה כה קצרה ולבחור אפוא לחברי הרכב בשופטים שלשכותיהם קרובות לשלו. לבסוף, לשכות השופטים אינן מוקצות אקראית, ושופטים הקרובים זה לזה מבחינה אישית מבקשים לעיתים קרובות לקבל לשכות סמוכות. משמעות הדבר היא שקרבת הלשכות זו לזו יכולה לנבוע מאותן סיבות שגורמות לשופטים לבחור זה בזה לחברי הרכב.

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

52 התייחסות מערכת בתי המשפט למאמר, לעיל ה"ש 46 ("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").

53 מידע זה מקורו מתשאל מתמחים ועוזרים משפטיים.

54 מידע זה מקורו מתשאל מתמחים ועוזרים משפטיים.

תרשים 5. מפת לשכות בית המשפט העליון והסתברות להיבחר לחבר הרכב בידי השופטת חיות

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

לאחר בחינת תרשים 5 קשה לראות כיצד בחירות של חברי הרכב בידי השופטת חיות נבעו מקרבה פיזית של לשכות. לשכותיהם של השופט סולברג והשופט פוגלמן צמודות ללשכתה של השופטת חיות, אך ב-91% מהמקרים שבהם היא בחרה חברי הרכב בחרה השופטת חיות בשופט פוגלמן, ואילו בשופט 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 שבהם היא בחרה חברי הרכב, ובשופט הנדל היא בחרה רק באחוז אחד מהמקרים. לשכתו של השופט מזוז קרובה ללשכתה של השופטת חיות יותר מלשכתה של השופטת ברון. למרות זאת השופט מזוז מעולם לא נבחר לחבר הרכב בידי השופטת חיות, ואילו השופטת ברון נבחרה לחברת הרכב ב-33% מהמקרים שבהם בחרה השופטת חיות חברי הרכב. ניתוח דומה לשופטים אחרים גם הוא אינו תואם את 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 בתאוריית הבחירה האסטרטגית. כלומר, נראה כי שופטים מביאים בחשבון שיקולים אסטרטגיים כאשר ביכולתם להשפיע על הרכבים. מציאות זו פוגעת בשוויון בין העותרים השונים ובאחידות הפסיקה ופוגעת באמון הציבור במערכת המשפט. לפיכך קשה להצדיק את מדיניות בחירת ההרכבים הנוכחית.

מייד לאחר שטייטה של המאמר התפרסמה,⁵⁵ התפרסם כי שנה קודם לכן בנובמבר 2017, לאחר תקופת המחקר שלנו, אימצה הנשיאה חיות נוהל חדש בעניין מינוי חברי הרכב בידי שופט תורן.⁵⁶ "לפי הנוהל החדש, זהות השופטים הנוספים בהרכב תיקבע לפי סדר התורנות. כך, לשופט התורן יצטרפו שני השופטים התורנים הבאים".⁵⁷ כלומר, כאשר השופט התורן מעוניין לדחות עתירה על הסף, הוא חייב לצרף בתור חבריו להרכב את השופט שאמור להיות תורן בשבוע הבא ואת זה שיהיה תורן שבועיים לאחר מכן. אם השופט שדוחה על הסף איננו מכהן במועד מתן פסק הדין כשופט תורן (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. לפי הנוהל החדש שופט אשר קיבל עתירות שונות בהיותו תורן יכול להמתין לשחרור פסק הדין לשבוע שבו 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.⁵⁸

מלבד זאת, הנוהל החדש אינו פותר את בעיית הבחירה האסטרטגית של חברי ההרכב בידי הנשיאה בהרכבים רגילים. כזכור, במאמר איתרנו שופטים המועדפים על הנשיאה באמצעות בחירות ההרכב שהיא בחרה בהיותה תורנית, לפני שמונתה לנשיאה. הראינו ששופטים מועדפים אלה יושבים עם הנשיאה בהרכבים רגילים, לאחר מינויה לנשיאה, בהסתברות גבוהה בהרבה מזו של שופטים אחרים. ממצא זה הוא אינדיקציה להרכבת הרכבים בצורה אסטרטגית. גם אם מבחינה טכנית המזכירות היא שקובעת את ההרכבים, הרי נראה שהיא עושה זאת מתוך מודעות להעדפותיה 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 שבו 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 בידי השופט התורן ומאפשרת לשפר את סיכויי העותרים לקבל סעדים זמניים. כך למשל דיווח העיתונאי רביב דרוקר לאחרונה: "בכחול לבן כבר כותבים עתירה לבית המשפט העליון, שמים לב שעכשיו סולברג הוא השופט התורן בבג"ץ, אז אומרים אולי הוא קצת שמרן, אולי נחכה

55 בתאריך 22 בנובמבר 2018 נשלחה טיוטה של מאמר זה ברשימת התפוצה של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים לקראת הצגת המאמר בסמינר המחלקתי בשבוע שלאחר מכן. מרשימת תפוצה זו, הכוללת יותר מ-400 נמענים, דלפה טיוטה ראשונית של מאמר זה ופורסמה באמצעי התקשורת (ראו לעיל ה"ש 39).

56 ראו חובל, לעיל ה"ש 35.

57 שם.

58 למעט מקרים שבהם השופט איננו יכול לעכב את פרסום פסק הדין, למשל מקרים שבהם העתירה מעלה שאלה אקטואלית דחופה שאיננה סובלת דיחוי.

שפוגלמן ייכנס עוד כמה ימים".⁵⁹ כך גם מציינת נעמי לויצקי בספרה כי "לעורכי דין יש פוליטיקה משלהם בכל הנוגע למעצרים, ואת הערעורים הם מנסים לכוון לפי השופט התורן".⁶⁰ 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 לטקס. מארגני האירוע הודיעו כי יעותרו למחרת לבג"ץ.⁶¹ למרות הצהרות המארגנים העתירה לא הוגשה כל אותו השבוע אף שהיה להם מספיק זמן להגישה, ואף שמיצוי ההליכים הושלם כבר ביום חמישי לפני האמור בפסק הדין.⁶² העתירה הוגשה לבסוף רק ביום ראשון 16.4.2018, יומיים לפני האירוע. בדיקה שערכנו מלמדת שהשופט התורן באותו שבוע היה השופט סולברג, ואילו השופט בשבוע שלאחר מכן היה פוגלמן, והוא קבע את העתירה לדיון כבר ליום המחרת, אף שהיה מתבקש שהעתירה תידחה מאחר שהוגשה בשיהוי, "בדקה התשעים" לפני הטקס.

למעשה, הנוהל החדש שאימצה הנשיאה חיות מחמיר מאוד את בעיית הבחירה האסטרטגית של עותרים בשופט תורן. בעבר היה קשה לעותרים לדעת מי יהיה השופט התורן בכל שבוע, ולכן גם לא ידעו אם 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 השופט התורן בשבוע שלאחר מכן לחתום, ובכך לחשוף לציבור את זהות השופט בשבוע הבא.⁶³

יש פתרון פשוט וקל ליישום לבעיית בחירה ההרכב האסטרטגית, הן בידי השופטים התורנים, הן בידי הנשיאה והן בידי עותרים. הפתרון הוא בחירת הרכבים אקראית באמצעות תוכנת מחשב. שיטת בחירה זו נעשית כדבר שבשגרה בבתי המשפט הפדרליים לערעורים בארצות הברית, ואין שום מניעה ליישמה בישראל.

משמעות יישום שיטה זו היא שעותרים לא יוכלו לקבוע את זהות השופט התורן שיטפל בעתירתם. לאחר הגשת העתירה תבחר תוכנת המחשב אקראית את השופט התורן שיטפל בכל עתירה. כאשר שופט תורן יחליט לדחות עתירה על הסף, תקבע לו התוכנה אקראית

59 לתכתוב מדויק של דברי הפרשן רביב דרוקר, כפי ששודרו במהדורת החדשות של ערוץ 13, ראו אילה חסון, ספי עובדיה ורביב דרוקר "עיקר המחלוקת במו"מ לאחדות: משך כהונת נתניהו כראשון ברוטציה" **חדשות 13** (16.3.2020) <https://bit.ly/3sW9Eqp> (ניתן לצפות בדברים ב"חדשות 13" (ערוץ 13, 16.3.2020), החל מהדקה 3:42 בערך).

60 נעמי לויצקי **כבודו** 362–363 (2001).

61 ניב קובוביץ ואור קשתי "ליברמן אסר על 110 פלסטינים להשתתף בטקס יום הזיכרון: מפגן של טעם רע" **הארץ** (4.12.2018) <https://bit.ly/3zytqLq> ("מארגני הטקס אמרו כי יפנו לבג"ץ מחר נגד החלטתו של ליברמן").

62 עניין **חוג ההורים**, לעיל ה"ש 28, פס' 3 לפסק דינה של הנשיאה חיות ("בעקבות כך פנו העותרות ביום 11.4.2018 למנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה והודיעו לו כי בכוננתן 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").

63 כדי להדגיש את חשיבות החשיפה הזאת יש לציין שבבית המשפט המחוזי בתל אביב נעשה ניסיון בעבר לשמור את רשימת התורנים סודית כדי למנוע תזמון של תביעות. ראו ענת רואה "הסוד השמור ביותר בביהמ"ש המחוזי: רשימת שיבוץ השופטים התורנים בפגרה" **TheMarker** (1.8.2005) <https://bit.ly/3mEiQid>.

לאילו שני שופטים עליו לפנות לצורך קביעת ההרכב של שלושה שופטים שיכריע על דחיית העתירה. לבסוף, הרכבים שונים של שלושה שופטים ייקבעו אקראית באמצעות התוכנה וישוּבְצוּ ביומן. כל תיק שנקבע להרכב יוקצה אקראית בין הרכבים אלה. כידוע, אין בבית המשפט העליון תקני מומחיות רשמיים על פי תחומים. כאשר שופט ממונה לבית המשפט העליון על ידי הוועדה למינוי שופטים תחום עיסוקו לא נקבע בוועדה. לכן לטעמנו, אין מקום לסטות מהקצאה מקרית של הרכבים. אך אם נטען שיש להביא בחשבון את מומחיות השופטים בקביעת ההרכבים, גם זאת ניתן לעשות באמצעות תוכנת מחשב. שימוש בתוכנת מחשב למטרות אלה יאפשר לפרסם ברבים מהו בדיוק המנגנון שעל פיו נקבעים ההרכבים, ואילו שיקולים מובאים בחשבון בקביעתם. משמעותו הדבר היא שתהיה שקיפות מלאה בפני הציבור באשר לאופן קביעת ההרכבים בבית המשפט. המנגנון לקביעת הרכבים המוצע כאן מקדם את ערכי השוויון. משמעותו שלכל עותר לבית המשפט יש הסתברות זהה לקבל תורנים שונים שיטפלו בעתירה. אם העתירה נקבעת להרכב, יש הסתברות זהה לקבל הרכבים שונים. מלבד חשיבותו של מנגנון כזה לקידום עקרון השוויון, הוא גם מקדם שקיפות, ועל כן גם ודאי שסופו להגדיל את אמון הציבור בבית המשפט.

2. מחקרים על השפעת מאפייני שופטים על החלטותיהם

בשנים האחרונות פורסמו כמה מחקרים אשר בוחנים כיצד מאפייניהם של שופטים בישראל משפיעים על החלטותיהם. מחקרים אלה נעשו בהשראת מחקרים דומים שנעשו בארצות הברית.

חלק מהמחקרים הללו מתעלמים משאלת בחירת ההרכבים בבית המשפט העליון, ולמעשה מנתחים את הנתונים כאילו ההרכבים נקבעים באקראי.⁶⁴ מחקרים אחרים מכירים בעובדה שההרכבים בבית המשפט העליון אינם נקבעים באקראי, אך הם מניחים את תאוריית הבחירה המקצועית ומנסים לכלול משתני בקרה המסבירים את הבחירה לפי מאפיינים מקצועיים של שופטים שונים.⁶⁵

אך אם תאוריית הבחירה האסטרטגית נכונה, משמעות הדבר היא שהרכבים נבחרים בכוונה להגיע לתוצאה הרצויה לבעל הסמכות לקביעת ההרכבים. כלומר, השופט בעל הסמכות לקביעת ההרכב מנסה לחזות כיצד כל שופט יחליט בנושא שלפניו, ולפי זה מחליט אם לכלול את השופט בהרכב. אם כך, הרי שיש בעיית סלקצייה חמורה, ולא ניתן להשוות את החלטותיהם של שופטים בהרכבים שונים, כי סוג התיקים שכל שופט מקבל נבחר במכוון, והוא אינו דומה לסוג התיקים שמקבל שופט אחר.

64 ראו מיכאל דן 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).

65 ראו 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). ראו גם 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 PSYCHOL. PUB. POL'Y & L. 282 (2013).

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 שהשופט התורן כפוף לה בקבלו את ההחלטה. בשיטה הקונסטיטוציונית הקיימת במדינת ישראל, למעט שופטי בית המשפט העליון, אין שום אדם או גוף בעל כוח מוחלט. שופטי בית המשפט העליון הם בעלי כוח מוחלט בהקשרים נוספים מלבד בחירת הרכבים.

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

ברומה לזה, על פי כלל הפרשנות התכליתית, השופטים הם בעלי כוח מוחלט לתת משמעות לחוק. בכוחם של השופטים להרחיב את משמעות החוק או להצר אותו, לשנותו, לעצבו ואף להפכו, וכוח זה הוא מוחלט ואינו נתון לביקורת.

תרומה חשובה של המחקר הנוכחי היא בעובדה שהוא מנתח לראשונה 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 כמה תרומות לספרות המשפטית: ראשית, המאמר מפתח שלוש תאוריות חדשות בדבר 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, ולפיו לשופט יש סמכות לבחור את חבריו להרכב; שלישית, המאמר משתמש במסד הנתונים כדי למדוד, לכל שופט, את רמת אי־השוויון בבחירות ההרכב וכן את מידת השונות בבחירות ההרכב של השופטים. בדרך זו המאמר דוחה את תאוריות הבחירה האקראית והבחירה המקצועית ומקבל את תאוריית הבחירה האסטרטגית; רביעית, המאמר מתעמק בכמה מקרים ומבצע ניתוח איכותני התומך בתאוריית הבחירה האסטרטגית; חמישית, המאמר משתמש במסד הנתונים ובטכניקת MDS כדי לסרטט 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 מזו ששופטים אחרים משמשים בו. ממצא זה תומך בתאוריית הבחירה האסטרטגית; שביעית, המאמר מסיים במספר השלכות מדיניות וכן בהשלכות מחקריות הנובעות מהניתוח האמפירי.