

רפורמה במבנה בית המשפט העליון מטעמים אידיאולוגיים:

ארה"ב וישראל

ד"ר שוקי שגב*

עבור בלוג איזונים ובלמים של הפורום הישראלי למשפט וחירות

א) הקדמה

1. עד לאחרונה, דיבורים על רפורמה מבנית – ובכלל זה הרחבת או צמצום מספר השופטים החברים (court-packing) וקציבת תקופת כהונתם – בבתי המשפט העליונים בישראל ובארה"ב מתוך מניעים אידיאולוגיים נחשבו לדברי "תועבה", דיבורים על דברים שלא יעשו. הסיבה לכך, היא שמניפולציה מעין זו נתפסת על פי רוב כחותרת תחת עצמאות בית המשפט העליון ועקרון הפרדת הרשויות.¹ בהתאם, למרות שהקונגרס האמריקני והכנסת הישראלית מחזיקים בכוח לבצע רפורמה מבנית בבתי משפט העליונים הם נמנעו מכך, והדבר קשור בעיקר לחוסר היכולת לגבש הסכמה רחבה למהלך שייתפס כהתערבות פוליטית במעשי העליונים.
2. אולם ניתן לזהות בשנים האחרונות שינוי בעמדה זו, בישראל ובמיוחד בארה"ב, ופוליטיקאים ואנשי אקדמיה קוראים תיגר על התפיסה השוללת רפורמה מבנית ממניעים אידיאולוגיים. בארה"ב מספר מרצים למשפטים העלו בשנים האחרונות הצעות שונות לרפורמה שיגדילו את מספר השופטים המכהנים בבית המשפט העליון או יקצבו את תקופת כהונת השופטים. הצעות אלו זכו לתמיכה מתגברת כאשר אומצו על ידי חלק מהמתחרים הדמוקרטיים בפריימריז למועמדות לנשיאות ארה"ב.² הצדקה שכיחה למהלך זה, היא שמיץ' מקונל – מנהיג הסיעה הרפובליקנית בסנאט – צמצם את הרכב העליון בשנת 2016 כאשר סירב לקיים שימוע והצבעה על השופט מריק גארלנד, בתואנה כי מדובר בשנת בחירות לנשיאות ארה"ב. **התגברות השיח בדבר הרחבת העליון האמריקני ואימוצו לחלק מהפוליטיקה המרכזית של הדמוקרטים, אילצו את ג'ו ביידן להבטיח כי יקים וועדת מומחים דו-מפלגתית לשיקום מערכת המשפט, ועדה שעל פי הדיווחים מיוסדת בימים אלה ממש.**³
3. גם בישראל ניתן לזהות מגמה דומה. כך למשל, דווח ב-2019 כי הליכוד ואיחוד הימין גיבשו מסמך לרפורמה מקיפה במערכת המשפט, שאחד מסעיפיה הוא הגדלת מספר השופטים

* ד"ר שוקי שגב הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים האקדמית נתניה וכן חבר הוועדה המייעצת של הפורום הישראלי למשפט וחירות.

¹ משה גורלי "הוספת שופטים לעליון: פוליטיקה קטנה, שינוי גדול" כלכליסט (9.11.2016); גיא לוריא "לא לגעת בשיטת מינוי השופטים" גלובס (17.6.2020); משה גורלי "את הגיוק הזה צריך להרוג כשהוא קטן" גלובס (22.3.2001) שם צוטטו דברי הנשיא אהרון ברק בכנס על ביהמ"ש העליון: "בית משפט לחוקה זו מילת קסם לאלה שאומרים: אנחנו לא יכולים להשפיע על בית המשפט, אז בוא נמנה שופטים אחרים שאפשר להשפיע עליהם. את הגיוק הזה צריך להרוג כשהוא קטן."

² כמעט כל המתחרים הדמוקרטיים בפריימריז לנשיאות 2020 אימצו את הרעיון או לא שללו אותו מתלכתחילה, ראו: Burgess Everett & Marianne Levine, *2020 Dems Warm to Expanding Supreme Court*, POLITICO (18.3.2020).

³ ראו: Tyler Pager, *White House, Biden Starts Staffing a Commission on Supreme Court Reform*, POLITICO (27.1.2021) www.politico.com/news/2021/01/27/biden-supreme-court-reform-463126

בארבעה נוספים והגבלת כהונת השופטים לשתיים עשרה שנים.⁴ גם לאחרונה, בביקורת על מינוי עשרות שופטים בחמש שעות על ידי הוועדה לבחירת שופטים בהיעדרות נציגי הליכוד בוועדה, אמר ראש הממשלה נתניהו כי נדרשת רפורמה יסודית במערכת המשפט.⁵ ב-2016 הציעה שרת המשפטים איילת שקד להגדיל את מספר השופטים המכהנים בעליון, לאחר שהוועדה לבחירת שופטים הגיעה למבוי סתום ורצונה למנות שופטים שמרנים לגיוון הרכבו האידיאולוגי של העליון נתקל בקשיים. למעשה, ניצנים למגמה של רפורמה במבנה העליון ממניעים אידיאולוגיים ניתן לזהות כבר ב-2007, כאשר שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן יזם תיקון לחוק בתי המשפט, שקצב את כהונת נשיא בית המשפט העליון לשבע שנים.⁶ המניע לשינויי חקיקה זה, כך נטען, היה קידום אג'נדה שמרנית והחלשת האקטיביזם השיפוטי.⁷

4. את המאמר אקדיש לרפורמות מבניות של הגדלת/צמצום מספר השופטים וקציבת כהונה מטעמים אידיאולוגיים בארה"ב ובישראל. תחילה, אסקור את ההיסטוריה המודרנית של הרחבת העליון האמריקני וקציבת תקופת הכהונה של שופטיו (**פרק ב**). לאחר מכן אתאר את העניין המחודש ברפורמות מטעמי אידיאולוגיה בעליון האמריקני ואת התגברות השיח האקדמי בנושא. התפתחות זו הביאה לשחיקת הנורמות הפוליטיות והחוקתיות האוסרות על שינוי גודלו של בית המשפט או קציבת כהונת שופטיו מטעמים אידיאולוגיים (**פרק ג**). הגם שרפורמות מבניות בבתי משפט עליונים מטעמים אידיאולוגיים אינן חפות מקשיים ובעיות, הן **נועדו לתקן חוסר איזון מערכתי ואידיאולוגי בבתי משפט עליונים ומהווים לעיתים תגובת-נגד בריאה של דמוקרטיה חוקתית להתמודד עם בית משפט "פרוע" הסובל מבעיית לגיטימציה חמורה**. לבסוף, אדון בכמה מהבעיות המבניות ההיסטוריות של בית המשפט העליון הישראלי, שהוחרפו על ידי המהפכה השיפוטית של הנשיא אהרן ברק. על רקע הדין במתרחש בארה"ב, אסביר מדוע רפורמה מבנית אידיאולוגית בעליון הישראלי עשויה להיות תרופה נכונה בעת הנוכחית (**פרק ד**).

⁴ מתי טוכפלד "פסקת ההתגברות היא רק ההתחלה: כך תראה המהפכה הגדולה במערכת המשפט" **ישראל היום** (12.5.2019); אריאל כהנא ויהודה שלזינגר "נתניהו לאחר חשיפת 'ישראל היום': 'בית המשפט הוא לא כל יכול'" **ישראל היום** (13.5.19).

⁵ נטעאל בנדל "נתניהו: התנהלות הוועדה לבחירת שופטים מצטרפת לליקויים במערכת אכיפת החוק" **הארץ** (7.12.2020).

⁶ קציבת כהונת נשיא בית המשפט העליון כללה גם מגבלה, כי לא ימונה שופט לנשיא העליון מי שנותרו לו פחות משלוש שנות כהונה. ב-2012 תיקנה הכנסת את החוק וביטלה מגבלת שלוש השנים "בחוק גרוניס". גם תיקון זה נעשה, כך נטען מטעם אידיאולוגי של מינוי נשיא שמרן שימנע מהתערבות בהליכי הכנסת. ראו מורן אזולאי ואביעד גליקמן "חוק גרוניס אושר בקריאה טרומית: 'מדרון חלקלק'" **Ynet** (27.7.2011) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4100997,00.html>

⁷ עלי זלצברג "מחטף חוקתי ביזמת שר המשפטים ובחסות ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת" **מאמרים: המכון הישראלי לדמוקרטיה** (21.6.2007) www.idi.org.il/articles/16409; מורן אזולאי ואביעד גליקמן "חוק גרוניס אושר בקריאה טרומית: 'מדרון חלקלק'" **Ynet** (27.7.2011) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4100997,00.html>

(ב) ההיסטוריה המודרנית של תכנית "דחיסת בית המשפט" (Court-packing)

5. החוקה האמריקנית מפקידה את הסמכות השיפוטית בידי בית המשפט העליון וכי שופטיו יכהנו במשרותיהם לכל חייהם כל עוד התנהגותם הולמת.⁸ עם זאת, החוקה אינה קובעת את גודלו של העליון (קרי מספר השופטים החברים בו), וגודלו נקבע והשתנה – התרחב והתכווץ – לאורך השנים בחקיקה של הקונגרס ולעיתים אפילו מטעמים פוליטיים צרים. **החל משנת 1869 התייצב מספר חברי העליון על תשעה שופטים והוא נשאר כך מאז.**
6. בשנת 1937 יזם הנשיא האמריקני פרנקלין ד. רוזוולט תכנית בחקיקה להוסיף שופטים לעליון על מנת להשיג פסיקה אוהדת, לאחר שהתגבש רוב של חמישה שופטים (ארבעה שופטים שמרנים והשופט המתנדנד אואן רוברטס), שפסל חקיקה פרוגרסיבית כלכלית של תכנית הניו דיל.⁹ על פי היוזמה, לנשיא יוענק הכוח למנות שופטים נוספים (עד למקסימום של שישה) על כל שופט, שהגיע לגיל שבעים, שכיהן כבר עשר שנים לפחות, והמסרב לפרוש תוך שישה חודשים. רוזוולט סבר, כי התוכנית, תקל על העומס בבתי המשפט הפדראליים, תאיץ ותייעל את ההליך השיפוטי, תחסוך בעלויותיו, ותכניס "דם צעיר וחדש" להליך קבלת ההחלטות השיפוטי הנאלץ להתמודד עם פתרון בעיות חברתיות וכלכליות של העולם המודרני.
7. רוזוולט היה מעורב אישית בקידום היוזמה, ובנאום רדיו לאומה האשים את שופטי הרוב כי הם קוראים לתוך החוקה מילים והשלכות שאינן מצויות בה, ומעולם לא נועדו להיות בה.¹⁰ הוא הוסיף כי בחצי המאה שקדמה ליוזמתו, הופר האיזון בין שלושת הרשויות של הממשל הפדראלי על ידי בתי המשפט ובסתירה ישירה לחוקה ולכוונת האבות המייסדים, וכי בכוונתו להחזיר את המערכת לאיזון. בנאומו רוזוולט דחה את הטענות כי המניע לתוכנית הוא מינוי שופטים שיתעלמו מהחוק ויכריעו בסכסוכים ספציפיים על פי העדפותיו, והבטיח כי ימנה שופטים שיהיו נאמנים לחוקה ולאיזון הראוי בין הרשויות, שיכבדו את חקיקת הקונגרס בענייני מדיניות, ושיתנהלו כמו "שופטים ולא כמו מחוקקים".
8. **תכניתו של רוזוולט זכתה לכינוי Court-packing, שאותו אפשר לתרגם למונח העברי "דחיסת בית המשפט", והוא הואשם בניסיון להעמיס ולגדוש את בתי המשפט בשופטים על פי טעמו וכן ברודנות ובפשיזם. גם פוליטיקאים ממפלגתו שלו התנגדו ליוזמה בסנאט עד שנבלמה. מן המפורסמות, כי באותו זמן ממש חלה תפנית בפסיקת העליון האמריקני כאשר השופט אואן רוברט שינה את עמדתו ועבר למחנה המתנגד לפסילת חקיקת תכנית הניו דיל**

⁸ סעיף 3, פסקה 1 לחוקת ארצות הברית של אמריקה. תרגום לעברית על ידי פרופ' ארנון גטפלד: https://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US_Constitution_Hebrew.pdf; "הסמכות השיפוטית של ארצות הברית תהיה נתונה בידי בית משפט עליון אחד, ובידי בתי משפט נמוכים שהקונגרס רשאי להסמיך ולכוון מזמן לזמן. השופטים, הן של בתי המשפט העליון והן של בתי המשפט הנמוכים, יכהנו במשרותיהם כל עוד התנהגותם הולמת, ויקבלו, במועדים קבועים, שכר תמורת שירותיהם, אשר לא יופחת במשך תקופת כהונתם."

⁹ השופטים השמרנים היו פירס באטלר, גיימס קלארק מקריינולדס, ג'ורג' סטרלנד, וויליס ואן דבנטר, שכונו על ידי העיתונות האמריקנית באותה תקופה "ארבעת הפרשים". להם התנגדו "שלושת המוסקטרים", השופטים: לואי ד. ברנדייס, בנג'מין קרדוזו, והרלן סטון.

¹⁰ לנאום הרדיו ראו: en.wikipedia.org/wiki/File:FDR_Chat_Mar_37.ogg. לתמלול הנאום ראו: <https://web.archive.org/web/20150708184313/http://millercenter.org/president/fdroosevelt/speeches/sp.eech-3309>.

"the switch in time that saved nine")¹¹ היו שיחסו תפנית זו לעצם העלאת היוזמה "לדחוס את בית המשפט" הגם שנכשלה. בנוסף, בחודשים שהיוזמה עמדה לדיון בסנאט, החליט אחד משופטי העליון לפרוש מרצונו והעניק לנשיא את האפשרות למנות שופט לעליון גם בלי היוזמה. התוצאה של התפתחויות אלו הייתה, שנחיצותה הפוליטית הפרקטית של יוזמתו של רוזולט ירדה.¹² בשנים שבאו אחרי כישלון היוזמה (1937-1943), השיג רוזולט "שליטה" על העליון כאשר מינה שמונה מתוך תשעת חברי העליון בנסיבות של פרישה מרצון ופטירה.¹³

ג) העניין המחודש בתוכנית "דחיסת בית המשפט" ובקציבת כהונה

9. למרות שדווקא הסנאט היה זה שהציל את "עצמאות" בית המשפט העליון,¹⁴ מלומדים אמריקנים רבים ראו בכישלון היוזמה של רוזולט סימן לעיגון גודלו הנוכחי של העליון (תשעה שופטים) בנורמה או מוסכמה חוקתית האוסרת גדישת בית המשפט בשופטים מטעמים אידיאולוגיים.¹⁵ אולם, בשנים האחרונות, ניתן לזהות התקפה ישירה ופתוחה כנגד האיסור לגדוש את העליון בשופטים.

10. פרופ' מייקל קלרמן מביה"ס למשפטים של הרווארד כתב כי הדמוקרטים צריכים לגדוש את העליון, אבל לא רק בגלל גניבת המושב של מריק גארלנד.¹⁶ קלרמן טוען כי הרפובליקנים "חטפו" את ביהמ"ש העליון, שינו את כללי המשחק הדמוקרטי באופן עקבי, הפרו את הנורמות הבסיסיות של הדמוקרטיה האמריקנית, והפכו את העליון לסניף של המפלגה הרפובליקנית. עובדה זו באה לידי ביטוי בעוינות העליון כלפי ארגוני עובדים, במתן הכשר משפטי לדיכוי מצביעים מהשכבות החלשות התומכות לרוב בדמוקרטים, בהגבלת כוחם של מושלים דמוקרטים במדינות, בהענקת היתר נרחב למימון פוליטי על ידי תורמים וקבוצות עשירים המטיבים לרוב עם הרפובליקנים, וזה רק מדגם קטן מרשימה ארוכה שקלרמן מונה. קלרמן מודה, כי גדישת בית המשפט בשופטים ליברליים עשויה להיות מסוכנת, שכן הרפובליקנים

¹¹ הכוונה בביטוי היא לשינוי בעמדתו של השופט אואן ג' רוברטס בעניין *West Cost Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1973). על מקור הביטוי ראו: John Q. Barrett, *Attribution Time: Cal Tinney's 1937 Quip, 'A Switch in Time'll Save Nine'*, 73 OKLAHOMA L. REV. 229.

¹² רוזבלט אף התבטא כי הפסיד את הקרב על יזמת "דחיסת בית המשפט" אך ניצח במלחמה על חוקתיות תכנית הניו דיל. ראו: William E. Leuchtenburg, *When Franklin Roosevelt Clashed with the Supreme Court—and Lost*, SMITHSONIAN MAGAZINE (May 2005) www.smithsonianmag.com/history/when-franklin-roosevelt-clashed-with-the-supreme-court-and-lost-78497994/.

¹³ ראו: William H. Rehnquist, *Judicial Independence*, 38 U. RICH. L. REV. 579, 595 (2004). כמוכך, שה- "שליטה" של הנשיא באמצעות כלי המינוי רחוקה מלהיות מוחלטת מטעמים שונים, כמו למשל היכולת לצפות את המחלוקות הציבוריות, שיעמדו להכרעת העליון בשנים שיבואו לאחר שהשופט תפס את מקומו, ראו: William H. Rehnquist, *Presidential Appointments to the Supreme Court*, 2 CONST. COMMENT. 319 (1985).

¹⁴ רנקוויסט, שם, בע' 295.

¹⁵ ראו: Curtis A. Bradley & Neil S. Siegel, *Historical Gloss, Constitutional Convention, and the Judicial Separation of Powers*, 105 GEO. L.J. 255, 269 (2017); Tara Leigh Grove, *The Origin (and Fragility) of Judicial Independence*, 71 VAND. L. REV. 465, 505 (2018).

¹⁶ ראו: Michael Klarman, *Why Democrats Should Pack the Supreme Court*, TAKE CARE (15.10.2018) <https://takecareblog.com/blog/why-democrats-should-pack-the-supreme-court>

עשויים להגיב באופן דומה בהזדמנות הראשונה שתיקרה בפניהם. אבל מדובר לדעתו בדילמה שקרית: הרפובליקנים כבר גודשים את בית המשפט ככל יכולתם כפי שהדבר בא לידי ביטוי בגניבת המושב של השופט גארלנד.

11. גם פרופ' מארק טושנט מביה"ס למשפטים של הרווארד אינו מודאג מהאפשרות של יצירת מעגל של "עין תחת עין" אם הדמוקרטים יממשו את איומם לגדוש את בתי המשפט בשופטים ליברלים, אבל טעמיו שונים.¹⁷ כאשר הסבבים במשחק החוקתי של מינוי שופטים אינם סדירים, קשה לזהות ולהפריד מי התחיל בהפרה ומי הגיב – האם אי המינוי של גארלנד הוא המהלך הראשון או שמא הרחבת מספר שופטי העליון על ידי הדמוקרטים תהיה המהלך הראשון? או שמא בכלל צריך לחזור לפרשת אי מינויו של רוברט בורק¹⁸ כהפרה הבסיסית של כללי המשחק? כמו כן, הנחה מובלעת בסכנה של "עין תחת עין", היא שהשחקנים בסבבי המשחק ("דמוקרטים" ו-"רפובליקנים") הם אותם שחקנים חוזרים. אבל כאשר הסבבים נמתחים לאורך תקופת זמן ארוכה, וכל אחד מהצדדים הוא שחקן חד פעמי, הסיכוי גובר כי אחד הצדדים יפרוש מהמעגל של עין תחת עין כאשר הדבר יהיה לטובתו האישית או הקבוצתית באותה עת, או שהתנאים הפוליטיים והחברתיים ישתנו ויפחיתו את הצורך והתועלת שבפעולת התגמול. לכן, טושנט מציע לדמוקרטים להרחיב את מספר השופטים בעליון לאחת עשרה לפחות: שופט נוסף על מנת להושיבו על המושב של גארלנד שנגנב, ואחד שיעניק לדמוקרטים את הרוב בעליון, שכן במינוי השופט השמרן ניל גורסאץ, הדמוקרטים איבדו את הרוב הליברלי בעליון.¹⁹

12. מעניין לציין כי בערך באותו זמן שפרופ' טושנט פרש את משנתו להשתלטות דמוקרטית על העליון, גם פרופ' סטיבן קלברזי השמרן וממייסדי תנועת הפדרליסט סוסייטי טען למען שתי רפורמות מבניות משמעותיות במערכת המשפט הפדרלית. התכנית הראשונה כוללת הרחבה משמעותית של מספר השופטים בערכאה הראשונה (כ-200 שופטים נוספים) ובבתי המשפט לערעורים (כ-61 שופטים נוספים).²⁰ את רוב הטיעונים בעד הגדלת מספר השופטים ניתן לאפיין כא-פוליטיים (וכבלתי-אידיאולוגיים), כמו למשל הגידול במספר התיקים בהם בתי המשפט הפדרליים נדרשים להכריע. אולם, התכנית ציינה באופן גלוי שהיא תגובה לטקטיקות שנקטו הדמוקרטים בסנאט בתקופת כהונתו של הנשיא ג'ורג' ווקר בוש על מנת למנוע או לעכב מינוי שופטים שמרנים כשהרוב בסנאט היה בידיהם. עוד נאמר במפורש, שמטרת התוכנית לבטל את "מורשת הנשיא ברק אובמה", שבאמצעות מינויים רבים יצר רוב של שופטים דמוקרטים במרבית ערכאות הערעור. התכנית אמנם לא כוללת הרחבת מספר השופטים בעליון האמריקני,

¹⁷ ראו: Mark Tushnet, *The Pirate's Code: Constitutional Convention in U.S. Constitutional Law*, 45 PEPP. L. REV. 481, 499-500 (2018).

¹⁸ על פרשת אי המינוי של רוברט בורק ראו: שוקי שגב "לשמע או לא לשמוע? זו (לא) השאלה" בלוג איזונים ובלמים (12.1.2021).

¹⁹ ראו גם: Mark Tushnet, *For Generation?*, BALKINIZATION (5.7.17) balkin.blogspot.com/2017/07/for-generation.html; Mark Tushnet, *Expanding the Judiciary, the Senate Rules, and the Small c-constitution*, BALKINIZATION (25.11.17) balkin.blogspot.com/2017/11/expanding-judiciary-senate-rules-and.html.

²⁰ ראו: STEVEN G. CALABRESI & SHAMS HIRJI, PROPOSED JUDGESHIP BILL (2017) archive.thinkprogress.org/uploads/2017/11/calabresi-court-packing-memo.pdf.

אבל כפי שעמדו מבקריה הרבים, הרפובליקנים השיגו כבר באותה עת שליטה בעליון על ידי אי המינוי של גארלנד ומינויו של גורסאץ' תחתיו.²¹

13. תכנית נוספת שהציע קלברזי, עוד בשנת 2005, הייתה קציבת כהונת שופטי העליון האמריקני לשמונה עשרה שנה בלבד (יש אחרים המציעים תקופות קצרות יותר כגון שנים עשרה שנים) וזאת בשונה מהמצב היום בו שופטי העליון מכהנים לכל ימי חייהם או עד פרישה מרצון.²² תכנית זו עוררה עניין מחודש על רקע הקרבות הפוליטיים בסנאט בזמן השימועים של גורסאץ', קאוונו ובארט וגם זוכה לתמיכה רחבה של אנשי אקדמיה מהשמאל הפרוגרסיבי²³ ועד הימין הליברטריאני.²⁴ גם הטענות לקציבת כהונה שהציע קלברזי מגוונים ובחלקם א-פוליטיים, וקשורים לעובדה ששופטי העליון אמריקני כיהנו בעבר גם כאשר כשירותם מבחינה בריאותית נפגעה. עם זאת, חלק אחר של הטענות נוגע לירידה באחריות הדמוקרטית של שופטים המכהנים לעיתים שלושים וארבעים שנה ובעתיד אפילו יותר אם העלייה בתוחלת החיים תמשיך לעלות למרות מגפת הקורונה; לחוסר ההגינות והשרירותיות הנובע משיטת המינויים הקיימת בו היכולת של נשיא אמריקני לבחור שופטים לעליון קשורה במועד הפטירה של מי מהשופטים; ולכוח שניתן לשופטים לתזמן את מועד פרישתם והחלפתם לנשיא בעל אגידה אותה הם אוהדים. **הנימוק האחרון הוא מעניין במיוחד, שכן לדעת קלברזי, השיטה הקיימת מאפשרת לשופטי העליון האמריקני לטפח אוליגרכיה שיפוטית של זהות רעיונית, שכן הם יכולים לבחור את זהות מחליפם או לפחות להשפיע עליה.** קלברזי מאמין כי קציבת כהונת שופטי בית המשפט העליון תוביל גם להפחתה בפוליטיזציה של המינויים לעליון, למרות שיש המטילים ספק בכך. עם זאת, חשוב לציין כי הבעיה המרכזית בתוכנית קציבת כהונת השופטים, היא שרבים מאמינים כי הדבר מצריך תיקון חוקתי פורמאלי של החוקה האמריקנית, שכן בניגוד לגודלו של העליון האמריקני שלגביו החוקה שותקת, הרי שכהונת השופטים לכל החיים מעוגנת באופן מפורש בטקסט החוקתי. אבל מעבר לכך, ברור שיישום של התוכנית תצריך תקופת מעבר מהשיטה הקיימת לשיטה החדשה ומציאת פתרון לשופטים המכהנים היום לכל ימי חייהם. בנוסף, במציאות הפוליטית האמריקנית של מחלוקות וקיטוב בעצמות גבוהה, קשה להניח כי הצד שנהנה מיתרון במצב הנוכחי יסכים לוותר עליו.

²¹ לביקורת ראו: Richard Primus, Rulebooks, Playgrounds, and Endgames: A Constitutional Analysis of the Calabresi-Hirji Judgeship Proposal, Harv. L. Rev. Blog (24.11.2017)

blog.harvardlawreview.org/rulebooks-playgrounds-and-endgames-a-constitutional-analysis-of-the-calabresi-hirji-judgeship-proposal // התוכנית זכתה לביקורת חריפה בעיתונות המשפטית הליברלית: Linda Greenhouse, *A Conservative Plan to Weaponize the Federal Courts*, THE NEW YORK TIMES (23.11.2017)

²² ראו: Steven G. Calabresi, *Ending the Poisonous Process of Picking Supreme Court Justices*, THE NEW YORK TIMES (22.9.2020) <https://www.nytimes.com/2020/09/22/opinion/ginsburg-supreme-court-confirmation.html>. הצעתו של קלברזי מבוססת על מאמר שפורסם בשנת 2006 עם גיימס לינדגרן: Steven G. Calabresi & James Lindgren, *Term Limits for the Supreme Court*, 29 HARV. J. L. & PUB. POLICY 769 (2006)

²³ קלרמן, לעיל הערה 16. ראו גם: Sanford Levinson, *Supreme Court Prognosis: Ruth Bader Ginsburg's Surgery for Pancreatic Cancer Highlights Why Supreme Court Justices Shouldn't Serve Life Terms*, THE GUARDIAN (9.2.2019) www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2009/feb/09/supreme-court-ruth-bader-ginsburg

²⁴ ראו גם למשל: Ilya Somin, *Two Cheers for Supreme Court Term Limits*, REASON (23.9.2020) <https://reason.com/volokh/2020/09/23/two-cheers-for-supreme-court-term-limits/>

14. אבל הייתה זו תכניתם הנועזת והיצירתית של הפרופסורים **דניאל אייפס וגנש סיטאראם**, שני מרצים צעירים מאוניברסיטת וושינגטון שבסנט לואיס ומביה"ס למשפטים של ונדרבילט, שמשכה את תשומת ליבה של האקדמיה המשפטית בארה"ב באשר לרפורמה מבנית בבית המשפט העליון.²⁵ במאמר בכתב העת של ביה"ס למשפטים של ייל שכותרתו "איך להציל את בית המשפט העליון", הציעו אייפס וסיטאראם שני מנגנונים מתוחכמים לדחיסת העליון האמריקני. **את הראשון הם הכתירו בשם "הגרלת הלוטו של בית המשפט העליון"**, והוא עובד כדלקמן: כל אחד מ-179 השופטים בבתי המשפט הפדראליים לערעורים יקודם לחברות בבית המשפט העליון. בית המשפט העליון ימשיך לשמוע תיקים בהרכבים של תשעה שופטים שיוגרלו רנדומאלית מתוך מאגר כל השופטים. על פי חוק, יובטח גם שלא ישבו בהרכב יותר מחמישה שופטים דמוקרטים/רפובליקנים. בנוסף, רק רוב מיוחד של שישה שופטים מתוך תשע יוכל לבטל חקיקה פדראלית ומדינתית.

15. **המנגנון השני הוא להרחיב את מספר השופטים בעליון לחמישה עשר באופן המאוזן הבא.** בשלב הראשון ימונו חמישה שופטים על ידי הדמוקרטים וחמישה שופטים על ידי הרפובליקנים. בשלב השני, יבחרו עשרת השופטים הנ"ל עוד חמישה שופטים מהערכאות הנמוכות (מבתי המשפט לערעורים ואולי אפילו מבתי המשפט המחוזיים) לשבת עימם לשנת כהונה אחת. עם זאת, הבחירה של חמשת השופטים צריכה להיות פה אחד או ברוב מיוחס ואם השופטים המכהנים לא יצליחו להגיע להסכמה הרי שהעליון כולו יושבת באותה שנה מחמת העדר קוורום.

16. אינני יכול להתייחס במסגרת זו למורכבות המנגנונים של אייפס וסיטאראם ואופן פעולתם הצפויה. מה שמעניין הוא ששניהם נועדו להציל את בית המשפט העליון האמריקני ממשבר הלגיטימציה שהוא מצוי בו, קרי, הירידה המתמשכת באמון הציבור בעליון והתפיסה הרווחת כי השופטים העליונים הם פוליטיקאים בגלימות הנחלקים לפי קווים אידיאולוגיים מפלגתיים. לטענת אייפס וסיטאראם, המנגנונים יביאו לדה-פוליטיזציה של בית המשפט העליון, יקדמו נאמנות לתקדימים ומינימליזם שיפוטי, וימנעו מצב בו שופטים מסוימים יכולים לקדם לאורך שנים אג'נדה שיפוטית רדיקלית (כמו במקרה של וורן, רנקוויסט, ברנן, סקאליה, וגינצבורג) או להשפיע יותר משופטים אחרים על המשפט החוקתי מכוח היותם הקול המתנדנד (כמו במקרה של אוקונור וקנדי).

²⁵ ראו: Daniel Epps & Ganesh Sitaraman, *How to Save the Supreme Court*, 129 YALE L.J. 148 (2019).

ד) מסקנות ולקחים לסצנה הישראלית

17. מן המפורסמות כי בית המשפט העליון הישראלי סובל מכמה בעיות מבניות היסטוריות יסודיות – כגון למשל היותו ערכאה ראשונה ואחרונה בעתירות בג"ץ,²⁶ בעיית ההרכבים,²⁷ עומס התיקים²⁸ ואופן מינוי השופטים.²⁹ בעיות אלו נובעות מדרך התפתחותו ההיסטורית, וכפי שציננה פרופ' טליה איינהורן, יצרו מוסד שיפוטי, שאין לו אח ורע בעולם המערבי "ללא הליך מסודר של קבלת ראיות, ... [כש] השופטים לא פעם מחליטים על פי תחושות".³⁰ עם זאת, לעליון הישראלי בעיות יסודיות נוספות הקשורות לאובדן האמון הציבורי בו והן מאפילות על הבעיות המבניות הללו ובמידה רבה מחריפות אותן. בכך דומה העליון הישראלי לעליון האמריקני וקשה שלא למתוח קווים מקבילים גם בדרישות לרפורמה מבנית מטעמים אידיאולוגיים. קווים מקבילים אלו עשויים להצדיק רפורמה מבנית גם בהקשר הישראלי. אסביר.

18. ככלל מוסכם כי חל איסור לבצע רפורמה מבנית בעליון מטעמים אידיאולוגיים. כלומר, צמצום או הרחבת מספר השופטים וקציבת תקופת הכהונה הם אסורים כאשר המניע למהלך הוא ניסיון להשפיע על פסיקת בית המשפט. אולם אין המדובר בנורמה או מוסכמה אבסולוטית, והיא עשויה להישחק כאשר יש תחושה מצטברת ועקבית בקרב הציבור או חלק ממנו כי בית המשפט עצמו הפר את האיזון החוקתי בין הרשויות או שהוא עצמו יצא מאיזון: שופטים המתנהלים כמחוקקים (רוזולט) או בית משפט שהפך לסניף של מפלגה או תנועה פוליטית (קלרמן, קלברזי). בישראל נדמה ששני טיעונים אלו – בית המשפט העליון כמחוקק בפועל ובג"ץ כמייצג אינטרסים של קבוצה פוליטית מובחנת – נפוצים מאוד, לרבות מפי משפטנים בכירים ומוערכים.

²⁶ כידוע, בג"ץ, מטעמים היסטוריים בעיקרם, יושב כערכאה ראשונה ואחרונה, כשהדיון בו מקוצר וסופי: הוא אינו שומע עדויות בעל פה, ועל פי רוב אינו מתיר חקירת עדים על תצהיריהם. בעבר הדבר נחשב לאחד מסגולות הבג"ץ. עם זאת, היום נשמעת ביקורת חריפה בהקשר זה, כי למודל זה של ערכאה חוקתית ראשונה ואחרונה אין אח ורע בדמוקרטיה מערביות, ראו: שמעון כהן "פרופ' טליה איינהורן: בג"ץ מוביל לאנרכיה, העם ישלם את המחיר" ערוץ 7 (11.2.2021); עפרה לקס "פרופ' טליה איינהורן: לא צריך את בג"ץ" בשבע (5.6.2020): ".

²⁷ יעקב קוואט "על מבנה בית המשפט העליון" הפרקליט כב 249 (תשכ"ו); יצחק הרצוג "על קביעת הרכבים בפרשנות חוקי יסוד" קרית המשפט ט 203, 209 (תשע"א). זוהי בעיה מבנית הפוגעת ביכולתו של בימ"ש העליון שלנו לשמש הן כ-"בית משפט פוסק אחרון" והן כ-"פרשן החוקה".

²⁸ בעיית העומס של ביהמ"ש העליון היא בעיה קבועה לאורך השנים, ראו: Shimon Shetreet, *The Overburdening of the Supreme Court of Israel*, ISRAELI REPORTS TO THE TENTH INTERNATIONAL CONGRESS OF COMPARATIVE LAW 56, 68 (S. Goldstein ed., 1978); מ' בורונבסקי ור' לחמן "הבחנה בין בעיות ארגוניות לאיכותיות במערכת בתי המשפט" עיוני משפט טו 273 (תש"ן); שחר גולדמן הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט: יתרונות וסכנות 17 (בהנחיית רות גביון ומרדכי קרמניצר, 1999); גיא לוריא ממונים על הצדק: רפורמות ברשות השופטת וברשויות התביעה (בהנחיית מרדכי קרמניצר, 2011).

²⁹ ראו שוקי שגב "רפורמה בוועדה לבחירת שופטים אינה רמיסה של חלשים" גלובס (4.5.15). שיטת מינוי השופטים היא חריגה גם בהשוואה למדינות אחרות, ראו שי ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים – מחקר השוואתי (פורום קהלת, נובמבר 2019) http://kohelet.org.il/wp-content/uploads/2020/01/justice.const_elect.pdf?fbclid=IwAR3X7aCLgznLY4D2JPmCaV8VF9NmmUuqoFJLNKfH8TEB8YIVzeM4mufngI.

³⁰ לקס, לעיל הערה 26.

19. סיבה נוספת לשחיקת האיסור קשורה לעובדה שהאיסור אינו מכובד בפועל, וצמצום והרחבת מספר השופטים מטעמים אידיאולוגיים כבר מתבצע על ידי הצד שכנגד (**קלרמן וטושנט**). כך למשל בישראל, התכנסות או אי התכנסות הוועדה לבחירת שופטים הפכה כלי נשק במאבק האידיאולוגי על בג"ץ, והשופטים – כך נטען – מונעים את כינוס הוועדה כאשר האג'נדה השיפוטית של המועמד אינה לרוחם. בדרך זו, הם מצמצמים או מרחיבים את מספר השופטים בפועל על פי נוחות ותועלת האידיאולוגיה האקטיביסטית השלטת כרגע בעליון.³¹ כך למשל נמנע כינוס הוועדה כדי למנוע מינויה של רות גביון בתואנה של תקופת בחירות, או סוכל מינוי של גידי ספיר באמצעות האיום של השופטים להשבית את הוועדה אם שרת המשפטים תמשיך לעמוד על מינויו.³²

20. שחיקה נוספת של האיסור מתרחשת כאשר צד מבין כי לא מתקיימת הרתעה הדדית וכי הצד השני אינו חושש מפני תגובות נגד עתידיות (**טושנט**). כך למשל, בישראל התבצע לאחרונה מחטף של מינוי עשרות שופטים תוך מספר שעות, למרות היעדרותם של שלושה מנציגי הממשלה והכנסת בוועדה, תוך העזרות בחוות דעת משפטית שהוכנה מראש אך נשמרה בסתר ולא נתנה התראה טרם הפעלתה.³³ אם בעבר היינו רגילים לעסקאות ולכיפופי ידיים בין הגורמים השונים בוועדה, המצב בו ממנים שופטים במחטף על אפס וחמתם של שלושת חברי הקואליציה ובהעדרם, מעיד כי תומכי המהלך אינם חוששים מתגובת הנגד של המחנה הלאומי. דחיית העתירה של מארק ורגב שהוגשה לבג"ץ רק מעצימה את תחושת חוסר ההגינות שבהתנהלות המחנה שכנגד והעדר החשש של מחנה זה מתגובת נגד.

21. סיבה נוספת לשחיקת האיסור לבצע רפורמה מבנית מטעמים אידיאולוגיים היא תחושה של היווצרות אוליגרכיה שיפוטית המטפחת זהות רעיונית באמצעות הכוח שניתן לשופטים לבחור או להשפיע על מחליפיהם או על אלה שיצטרפו לבית המשפט העליון (**קלברזי**). גם כאן הדברים ידועים, כיצד ניסה אהרן ברק לברוא את העליון בצלמו ובדמותו האידיאולוגית האקטיביסטית ולא אחזור על הדברים. בהקשר זה, חשוב להזכיר את בעיית ההרכבים ההיסטורית, שעולים לגביה שוב ושוב טענות לניצול לרעה מטעמים אידיאולוגיים.³⁴ וכן ראוי להזכיר את השרירותיות שבאורך כהונת השופטים, הנקבעת על פי גילם הביולוגי בעת מינוים לעליון, והמאפשרת לשופטים צעירים המקדמים אג'נדה אקטיביסטית (כמו אהרן ברק) להשפיע על תורת המשפט של ביהמ"ש העליון לאורך זמן רב כאשר עמיתיהם משרתים תקופות קצרות בהרבה (כמו אלכס שטיין).

22. סיבה אחרונה אותה ראוי לציין לשחיקת האיסור לבצע רפורמות מטעמים אידיאולוגיים, הוא שמול עינינו מתבצעות כבר רפורמות מבניות בעלות השלכות אידיאולוגיות ברורות שמחזקות

³¹ ראו יובל יועז "ברק מתנגד למינוי גביון: האג'נדה שלה אינה ראויה" **הארץ** (12.11.05); גיל ברינגר "הסטנדרט הכפול של בית המשפט העליון ביחס למינוי שופטים בתקופת בחירות" **גלובס** (21.1.2021);

³² נעמי לויצקי **העליונים: בתוככי בית-המשפט העליון: מהדורה מורחבת – העליונים החדשים 2017** (2017) בע' 425.

³³ משה איפרגן "הפוליטיקה של אסתר חיות" **מידה** (10.12.2020) <https://mida.org.il/2020/12/10/הפוליטיקה-של-אסתר-חיות/>.

³⁴ יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג "כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב" **משפטים** נא <https://lawjournal.huji.ac.il/sites/default/files/2020-11/כיצד20בוחרים20שופטים20בית20המשפט20העליון20את20חבריהם20להרכב20-%20ללאחר20מעבר20קוסמטי.pdf>.

את הנטיות האקטיביסטיות של שופטי העליון. כוונתי בעיקר לרפורמה בתקנות סדר הדין האזרחי. אם הרפורמה אכן תוביל לצמצום הערעורים האזרחיים כמו שטוענים יוזמיה, הרי שהדבר יגביר את הפונקציה החוקתית של העליון ואת האקטיביזם במשפט הציבורי.³⁵ דוגמא נוספת לרפורמה מבנית מטעמים אידיאולוגיים היא היוזמה להקים בית משפט שלום לעניינים מינהליים, שיצטרף לשתי הערכאות הקיימות בבית המשפט המחוזי ובבית המשפט העליון. המהלך שגובש על ידי המשנה ליועמ"ש דינה זילבר וצוותה במשרד המשפטים ובשיתוף הנהלת בתי המשפט יחליף את המודל המנדטורי שהיה נהוג עד שנות האלפיים, שריכז את הביקורת על השלטון והמינהל בידי בג"ץ. גם רפורמה זו היא אידיאולוגית: שכן בעוד שהאזרח הקטן ישלח לכתת רגליו במסדרונות בית המשפט השלום, ימשיכו העותרים הציבוריים והעתירות החוקתיות לדון בבג"ץ בערכאה ראשונה ואחרונה באופן התואם להפליא את האגינדה השיפוטית האקטיביסטית.

23. מהאמור לעיל עולה בבירור כי מרבית הטענות המצדיקות רפורמה מבנית במערכת המשפט חלים בישראל, וביתר שאת. בנסיבות הללו, עולה השאלה האם יש טעם לכבד את מה שכבר מזמן אינו זוכה לכבוד? האם הבשילו התנאים לשינוי מוסדי מקיף בכללי המשחק המשפטיים בישראל?

ציטוט מוצע: שוקי שגב "רפורמה במבנה בית המשפט העליון מטעמים אידיאולוגיים: ארה"ב וישראל" **בלוג איזונים ובלמים** (21.2.2021).

³⁵ תהליך דומה התרחש בארה"ב עם חקיקת "חוק השופטים" של 1925, שצמצם את הפונקציה הערעורית של העליון האמריקני, והעניק לו את הסמכות לדחות ערעורים ובלי לנמק את דחייתם. רפורמה מוסדית זו, אותה דחפו ועודדו בקונגרס השופטים האמריקנים בעצמם, מיצבה את בית המשפט העליון של ארה"ב כבית משפט הדן באופן אקסלוסיבי ב-80 תיקים חוקתיים בלבד בשנה מתוך 8000 עתירות הנדחות ללא נימוק. השופטים האמריקנים דנים רק במה שמעניין אותם, ובאופן טבעי מפנים את מיטב המשאבים האינטלקטואליים שלהם לעתירות חוקתיות וציבוריות המפלגות את החברה האמריקנית. חוק השופטים של 1925 הפך את העליון לשחקן פוליטי מרכזי בהוויה האמריקנית ולבית המשפט החזק ביותר בעולם.