

בשבח האקראיות בקביעת הרכבי בית המשפט העליון

מאת

יהונתן גבעתי*

מבוא ורקע

אחד הגורמים המשפיעים ביותר על תוצאת ההליך בבית המשפט העליון – ובמיוחד בעתירות ציבוריות ובסוגיות בעלות משמעות חוקתית – הוא זהות השופטים היושבים בדין.¹ לכן להרכב השופטים שנקבע לכל תיק יש חשיבות מהותית: הוא אינו רק מסגרת פרוצדורלית, אלא רכיב בעל השפעה של ממש על כיוון ההכרעה, אופי הנימוק ולעיתים אף על עצם ההחלטה אם לדון בסוגיה לגופה. לנוכח זאת, מתחדדת השאלה כיצד נקבעים ההרכבים, באילו שיקולים נעשה שימוש בעת שיבוץ השופטים, והאם קיימת שקיפות, איזון והגינות במנגנון הבחירה. הבנה של מנגנון קביעת ההרכב חיונית לבחינה ביקורתית של תהליך קבלת ההחלטות בבית המשפט העליון ולשיח רחב יותר על אמון הציבור והלגיטימציה של מוסד השפיטה.

* פרופ' מן המניין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, עמית בכיר במכון למדיניות העם היהודי.

¹ ראו למשל Keren Weinshall-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 556, 557–561 (2011). לפי המחקר, כ-80% מהשופטים הדתיים תמכו באינטרס הדתי, ורק 47% מהשופטים החילוניים היו בעדו. ראו גם גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט** יט 461, 465 (2003): "כל העוקב אחרי פסיקת בית המשפט העליון יסכים כי במקרים שמתעוררות בהם שאלות הנוגעות במעמדה של הדת ובהיקפו של עקרון חופש הדת, עמדותיהם של שופטי בית המשפט העליון נוטות להתפלג בהתאם להשקפות עולמם – השופטים הדתיים מזה והחילוניים מזה". להרחבה בסוגיה ראו: שאול שארף "שופט פוליטי בחברה דמוקרטית" **מאזני משפט** יד 171 (2021).

לאחרונה נחשף כי השופט נעם סולברג פנה מספר פעמים בחודש האחרון לשופט יצחק עמית, והביע ביקורת חריפה על כך שהוא קובע את הדיונים בעתירות בג"ץ הערכונות בפני הרכב מצומצם של שלושת השופטים הוותיקים — עמית, ברק-ארז וסולברג — במקום להרחיב את ההרכב ולאפשר ייצוג מגוון של דעות.² הדבר בא לידי ביטוי במיוחד בפסיקות חשובות שבהם נותר סולברג בדעת מיעוט מול הפסיקות האקטיביסטיות של עמית וברק-ארז. סולברג דרש מעמית להרחיב את ההרכב, בטענה כי הדבר חיוני לחיזוק אמון הציבור ולשמירה על טוהר ההליך השיפוטי. על פי הפרסום עמית בחר בהרכב של שלושת השופטים הוותיקים בחמש העתירות החשובות ביותר שנדונו השנה: פיטורי ראש השב"כ רונן בר, הדחת השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר, ביטול חוק לשכת עורכי הדין, ביטול חוק נציב התלונות על השופטים וביטול החלטת הממשלה למנוע פרסום ממשלתי בעיתון "הארץ". הרכב דומה נקבע גם בבג"ץ בסוגיית הגיוס ובבג"ץ מינוי נציב שירות המדינה על ידי עוזי פוגלמן, אך מי שנתן בהם צו על תנאי ונמנע מהרחבת ההרכב הוא עמית.³

לפי הפרסום נטען כי:

"בשל השינוי בזהות השופטים בעליון בשנים האחרונות, נשיא העליון עמית מצוי במצב שלא היה כמותו מעולם בעבר לנשיאים אחרים. עד כהונת עמית, כשנשיא היה מרחיב את ההרכב היה נשמר בכל זאת רוב לשופטים האקטיביסטים - אך כיום הרחבת הרכב הסניורטי משמעותו איבוד הרוב האקטיביסטי".

בנוסף הודגש גם כי:

"הרחבת ההרכב תבטל את הרוב האקטיביסטי של עמית וברק-ארז, כשאליהם יצטרפו הבאים בתור בוותק השיפוטי: השופטים דוד מינץ ויוסף אלרון השמרנים, וזו הסיבה שנשיא העליון נמנע מכך".⁴

אומנם סעיף 15(1) בחוק בתי המשפט קובע כי "השופט או השופטים אשר ידונו בעניין פלוני ייקבעו בידי נשיא בית המשפט העליון",⁵ אולם חשיפתו של בנדל מעידה שהשופט עמית משתמש בסמכותו לקביעת הרכבים באופן אסטרטגי. כלומר, כאשר הוא מחליט על זהות השופטים בהרכב, השאלה שמנחה אותו היא האם השופטים יצטרפו לעמדתו בפסק הדין. הרכב בו יש רוב של שופטים שיסכימו איתו הוא הרכב רצוי. הרכב בו אין רוב של שופטים שיסכימו איתו הוא הרכב שאינו רצוי.

² נטעאל בנדל "המתחות בעליון על הרכב הסניורטי, והדרישה של סולברג: 'לגוון את השופטים' | חשיפה" Ynet (03.07.25).

³ פיטורי ראש השב"כ רונן בר - בג"ץ 54321-03-25 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל (אר"ש, 21.5.2025); הדחת השר לביטחון לאומי איתמר בן גביר - בג"ץ 75050-01-22 פטרושקה נ' נתניהו (21.2.2024); ביטול חוק לשכת עורכי הדין - בג"ץ 15779-03-25 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת; ביטול חוק נציב התלונות על השופטים - בג"ץ 6198/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' שר הביטחון (25.6.2024); מינוי נציב שירות המדינה - בג"ץ 37830-08-24 מכון לואיס ברנדייס נ' ממשלת ישראל (12.5.2025).

⁴ בנדל, לעיל ה"ש 2 (דגשים לא במקור).

⁵ חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

א. תיאוריות של בחירת חברי הרכב

הטענה שלפיה השופט עמית מנצל את סמכותו לקביעת הרכבים באופן אסטרטגי מתיישבת עם ממצאי המחקר שפרסמתי יחד עם ישראל רוזנברג לפני מספר שנים.⁶ במאמר זה מצאנו ראיות אמפיריות חזקות לכך ששופטי בית המשפט העליון בוחרים את חבריהם להרכב באופן אסטרטגי.

המאמר ביקש לבחון שלוש תיאוריות של בחירת הרכבים:

1. על פי תאוריית הבחירה האקראית, כאשר לשופט ניתנה הסמכות לבחור את חבריו להרכב, הוא עושה זאת באופן אקראי. בחירה אקראית היא הוגנת ושוויונית, והיא מבטיחה שמנקודת מבט של כל עותר ההסתברות לקבל הרכבים שונים היא זהה.
2. על פי תאוריית הבחירה המקצועית, כאשר לשופט ניתנה הסמכות לבחור את חבריו להרכב, הוא בוחר בשופטים המומחים ביותר בנושא.
3. על פי תאוריית הבחירה האסטרטגית, כאשר לשופט ניתנה הסמכות לבחור את חבריו להרכב, הוא מעוניין למצוא שופטים שיסכימו איתו, מטעמים אידאולוגיים או אישיים.

כדי לבחון איזו מן התיאוריות מתיישבת עם הנתונים, התמקדנו בהליך שהיה קיים עד לא מזמן בבית המשפט העליון, ובו ניתנה לכל שופט בבית המשפט העליון הסמכות בפועל לקבוע את חבריו להרכב. התמקדות בהליך זה אפשרה 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, עד לאחרונה השופט התורן היה כותב את פסק הדין בעתירה ואחר כך פונה לשני שופטים אחרים בבית המשפט העליון ומבקש מהם להצטרף אליו ולחתום על פסק הדין. השופט התורן קבע בעצמו לאילו שני שופטים לפנות. המחקר שלנו התמקד אך ורק בהליך מיוחד זה של דחיית עתירה לבג"ץ על הסף, כדי ללמוד ממנו מה מניע את השופטים כאשר הם בוחרים את חבריהם להרכב.

כדי לבחון את שלוש התאוריות הנזכרות לעיל, אספנו במאמר נתונים על פסקי דין בעתירות שנדחו ללא דיון בתקופה שבין ינואר 2015 ואפריל 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

⁶ יהונתן גבעתי וישראל רוזנברג "כיצד בוחרים שופטי בית המשפט העליון את חבריהם להרכב" משפטים נא 807 (2022). גרסה באנגלית של המאמר התפרסמה בכתב עת מוביל במחקר משפטי אמפירי: [How would Judges Compose Judicial Panels? Theory and Evidence from the Supreme Court of Israel](#), 17 JOURNAL OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 317-341 (2020).

להרכב.⁷ איסוף הנתונים הוביל 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.⁸

כדי לבחון את תאוריית הבחירה האקראית מדדנו את רמת אי-השוויון בבחירות השופטים את חבריהם להרכב באמצעות מתודולוגיה שפותחה למדידת אי-שוויון בהכנסות, הידועה כמדד ג'יני למדידת אי-שוויון. מדד זה נע בין אפס (שוויון מלא) לאחת (אי-שוויון). חישוב מדד ג'יני לכל שופט מגלה כי המדד מעיד על אי-שוויון חריג בבחירות של השופטים. המדד הוא 0.9 ומעלה אצל רוב השופטים, כאשר הממוצע הכללי הוא 0.82. ממצא זה סותר את תאוריית הבחירה האקראית. שופטי בית המשפט העליון לא בוחרים את חבריהם להרכב באופן אקראי.

על פי תאוריית הבחירה המקצועית, היינו מצפים ששופטים תורנים שונים יבחרו שוב ושוב באותם שופטים – כלומר, באלה שמתמחים בתחום הדיון. כדי לבחון תאוריה זו, מדדנו את רמת השונות בבחירת חברי ההרכב על-ידי השופטים השונים. כאשר התמקדנו בשני השופטים המועדפים על כל שופט, נמצא כי לכל שופט יש העדפות שונות מאוד משל עמיתיו כאשר לזהות חברי ההרכב. ממצא זה אינו תואם את תאוריית הבחירה המקצועית. במאמר גם זיהינו את תחום המומחיות של כל שופט, על פי סוגי בקשות רשות הערעור שעליהם היה אחראי. לאחר מכן סיווגנו את העתירות לתחומי המומחיות השונים, ואולם, לא מצאנו כל קשר בין תחום המומחיות של השופט לבין הסבירות שייבחר כחבר בהרכב בתיק מתחום זה.⁹ ממצאים אלו אינם מתיישבים עם תאוריית הבחירה המקצועית, ומעידים כי שופטי בית המשפט העליון אינם נוהגים לבחור את חבריהם להרכב לפי שיקולים מקצועיים.

ב. הבעיה: בחירה אסטרטגית של הרכבים

הממצאים בדבר אי-השוויון בבחירת חברי ההרכב על-ידי כל שופט, כמו גם השונות הגבוהה בזהות השופטים המועדפים, תואמים את תאוריית הבחירה האסטרטגית. בחינה של כמה מקרים לעומק תומכת גם היא בתאוריית הבחירה האסטרטגית.

ממצא מעניין במיוחד נוגע לשופט אורי שהם, אשר נבחר לחבר הרכב יותר מכל שופט אחר בהליך בו התמקדנו. ממצא זה מפתיע, שכן השופט שהם נחשב למומחה במשפט פלילי ולא במשפט ציבורי – תחום שבו עוסקות עתירות לבג"ץ, שהוא מוקד המחקר. מדוע אפוא בוחרים השופטים התורנים בשופט שהם לחבר הרכב? ייתכן שניתן להסביר את הבחירה התדירה בשופט שהם כחבר בהרכב לפי תאוריית הבחירה האסטרטגית. אחד ממאפייניו של השופט שהם היה הימנעות כמעט מוחלטת מכתובת דעת מיעוט – כפי שציין העיתונאי משה גורלי עם פרישתו: "לשהם כמעט שאין עמדות מיעוט. למעט עניין טכני אחד בכל פסקי הלך

⁷ 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 ברוך.

⁸ גבעתי ורוזנברג, לעיל ה"ש 6, עמ' 815-816.

⁹ שם, עמ' 821-823.

שהם עם הרוב".¹⁰ אם שופטים בוחרים בחברי הרכב משיקולים אסטרטגיים, ניתן להבין את היתרון האסטרטגי בבחירה בו לחבר הרכב.

במסגרת המחקר אספנו נתונים גם על בחירות ההרכב של השופט עמית, בהליך בו התמקדנו. בהליך זה ניכר כי השופט עמית הרבה לבחור בשופטים אורי שהם וצבי זילברטל. הבחירה התדירה בשהם מובנת, כפי שהסברנו. הבחירה בזילברטל ייתכן שנבעה מיחסי הקרבה בינו לבין עמית. כך למשל, כתבה נעמי לויצקי כי יצחק עמית הוא "חברו הטוב" של זילברטל, וכי "השניים הם בלתי נפרדים".¹¹

מקרה בולט שנידון במאמר ממחיש את בחירה אסטרטגית לכאורה של השופט עמית בהרכבי שיפוט כבר בשנת 2017: ביום 17 במאי 2017, פרסם השופט עמית ארבעה פסקי דין שבהם נדחו עתירות על הסף, ללא דיון – דבר שהצריך קביעת ארבעה הרכבים נפרדים, אחד לכל תיק. בכל אחד מארבעת ההרכבים כלל עמית את השופט שהם, כמקובל אצלו גם במקרים אחרים. בשניים מהתיקים כלל את השופט סולברג כחבר ההרכב השלישי, ובשניים האחרים – את השופט פוגלמן לחבר ההרכב השלישי. הבחירה בשופטים שונים כחברי הרכב להחלטות שפורסמו באותו היום – חרף הבחירה החוזרת בשופט שהם – מעוררת תמיהה באשר לשיקולים שהנחו את השופט עמית. מבין ארבעת העתירות שנדחו באותו יום על ידי עמית, אחת מהן – בג"ץ 4021/17 – בולטת בשל הרגישות הפוליטית-ציבורית הכרוכה בה. בג"ץ 4021/17 דן בעתירה לאפשר לאזרחים יהודים לבקר בהר הבית ביום ירושלים.¹² ההחלטה לדחות את העתירה ללא דיון בעתירה מסוג זה, הנוגעת למגבלות דתיות על חופש התנועה, אינה מובנת מאליה. בסוג כזה של עתירות עמדויהם המשפטיות והאידאולוגיות של השופטים עשויות לבוא לידי ביטוי ביתר שאת, ולכן אם ברצונו של עמית לדחות את העתירה על הסף, ללא קיום דיון – לזהותם של חברי ההרכב יש משמעות אסטרטגית חשובה. ואכן, בעתירה זו בחר עמית בפוגלמן לחבר הרכב ולא בסולברג. בהקשר זה, ניתן לשער כי הבחירה בפוגלמן נתפסה בעיני עמית כבחירה "בטוחה" יותר, ואכן – הוא השיג את מבוקשו ופוגלמן הצטרף לעמדתו לדחות את עתירה על הסף.

במאמר נעשה שימוש בנתונים על אופן בחירות ההרכבים בידי שופטים שונים, במטרה למפות את מערכת הקשרים בין שופטי בית המשפט העליון. באמצעות נתונים אלה נמצא קשר מובהק בין קרבתו האישית של כל שופט לשופטת אסתר חיות, לבין שיעור ההרכבים בראשותה שבהם שובץ השופט לאחר מינויה לנשיאת בית המשפט העליון. ממצאים אלה תומכים בטענה שלפיה נשיאי בית המשפט העליון נוטים לקבוע את הרכבי השופטים בהתאם להעדפותיהם מתוך שיקולים אסטרטגיים.

מחקר זה יחד עם חשיפתו של בנדל מעידים שנשיאי בית המשפט העליון מנצלים את סמכותם לקביעת הרכבים באופן אסטרטגי. מציאות זו פוגעת בשוויון בין העותרים השונים ובאחידות הפסיקה ובעיקר פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט. לפיכך קשה להצדיק כזו מדיניות לבחירת הרכבים בבית המשפט העליון.

¹⁰ משה גורלי "השופט שחיפש את אמצע הדרך" כלכליסט (1.8.2018).

¹¹ נעמי לויצקי "השופט זילברטל התעיף, נו באמת" הארץ (7.4.2016).

¹² בג"ץ 4021/17 עמותת עיר ערים נ' מפקד מחוז ירושלים (אר"ש 24.5.2017).

ג. הפתרון: בחירה אקראית של הרכבי בית המשפט העליון

קיים פתרון פשוט וקל ליישום לבעיית בחירה ההרכבים האסטרטגית. הפתרון הוא קביעת הרכבים באקראיות באמצעות תוכנת מחשב. שיטה זו לקביעת הרכבים היא הוגנת ושוויונית. משמעותה היא שהסתברות של כל עותר לקבל כל שופט בבית המשפט העליון כחבר הרכב היא זהה, ללא תלות בזוהר העותר ונושא העתירה.

שיטה זו נהוגה בבשגרה בבתי המשפט הפדרליים לערעורים בארצות הברית, ואין מניעה ליישמה גם בישראל. בבתי המשפט לערעורים בארצות הברית, שבהם תיקים נדונים בפני שלושה שופטים, נקבעים ההרכבים בהקצאה אקראית באמצעות תוכנת מחשב. כך מתמודדת שיטת המשפט האמריקאית עם ההשפעה האפשרית של זהות חברי ההרכב על תוצאת פסק הדין.

בנוסף, בארצות הברית, כאשר מוגשת בקשה לדיון נוסף, ההחלטה אם לקיימו מתקבלת בהצבעה של כלל שופטי בית המשפט. ואם מתקיים דיון נוסף, משתתפים בו כל שופטי בית המשפט. מבנה הגיוני זה מונע בחירה אסטרטגית של הרכבים, וראוי במיוחד לאימוץ בישראל, לאור ממצאי מאמר אחר שלי ושל ישראל רוזנברג, שבו הראינו שנעשה שימוש לרעה בהליך הדיון הנוסף בישראל.¹³

כידוע, בבית המשפט העליון אין תקני מומחיות רשמיים לפי תחומי משפט. בעת מינוי שופט לבית המשפט העליון על ידי הוועדה למינוי שופטים, תחום עיסוקו אינו נקבע באופן רשמי. לכן אין הצדקה לסטות מהליך הקצאה אקראית של הרכבים. אך גם אם נטען שיש להתחשב במומחיות השופטים בקביעת ההרכבים, ניתן ליישם זאת באמצעות תוכנת מחשב. שימוש בתוכנת מחשב למטרות אלה יאפשר לפרסם ברבים מהו בדיוק המנגנון שעל פיו נקבעים ההרכבים, ואילו שיקולים מובאים בחשבון בקביעתם. משמעות הדבר היא שקביעת הרכבים תהיה שקופה לציבור, לרבות השיקולים והקריטריונים שנשקלו.

גם זהותו של השופט התורן המטפל בתיק צריכה להיקבע באופן אקראי, באמצעות תוכנת מחשב. כיום עותרים רבים בוחרים להגיש עתירות דווקא בזמן שבו שופט אשר חפץ ביקרם מכהן כשופט תורן. הגשת עתירה לשופט שנחשב נוח לעותרים עשויה להפחית 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: "בכחול לבן כבר כותבים עתירה לבית המשפט העליון, שמם לב שעכשיו סולברג הוא השופט התורן בבג"ץ, אז אומרים אולי הוא קצת שמרן, אולי נחכה שפוגלמן ייכנס עוד כמה ימים".¹⁴ כך גם מציינת נעמי לויצקי בספרה, כי "לעורכי דין יש פוליטיקה משלהם בכל הנוגע למעצרים, ואת הערעורים הם מנסים לכוון לפי השופט

¹³ Yehonatan Givati and Israel Rosenberg, *Why do Judges Grant Rehearing Requests? Evidence from the Supreme Court of Israel*, 179 JOURNAL OF INSTITUTIONAL AND THEORETICAL ECONOMICS, 6-22 (2023).

¹⁴ תמלול מדויק מדבריו של רביב דרוקר כפי ששודרו במהדורת החדשות של ערוץ 13 בתאריך 16.3.2020. ניתן לצפות בדברים, החל מהדקה 3:42, בכתובת: <https://13news.co.il/item/news/politics/state-policy/2020-elections/coalition-negotiation-1028782>.

התורן".¹⁵ קשה להאמין כי מצב בלתי שוויוני כזה, שבו ניתן להשפיע על סיכויי העתירה באמצעות תזמון הגשתה, עדיין מתקיים בבית המשפט העליון.

סיכום

בחירה אסטרטגית של חברי הרכב אינה הוגנת, ופוגעת קשות בשוויון ובאמון הציבור בבית המשפט. כפי שהראה המחקר שלנו, וכפי שחשף בנדל, סמכותו של נשיא בית המשפט העליון מנוצלת לרעה כדי להשפיע על תוצאות דיונים בבית המשפט. השימוש של עמית בסמכות זו בתיקים החשובים ביותר, והשנויים במחלוקת ציבורית עזה, מעידה על עוצמת הסמכות שבידו. הותרת הסמכות בידו של הנשיא משמעותה היא שנשיא בית המשפט העליון יכול להכתיב את התוצאה בכל פסק דין חשוב. כל שנדרש הוא שופט אחד מתוך כל שופטי העליון שיסכים עם הנשיא.

הפתרון לבעיה זו הוא פשוט וברור, במיוחד באומת הסטארט-אפ. כל ההרכבים בבית המשפט העליון חייבים להיקבע באופן אקראי, באמצעות תוכנת מחשב, ללא מגע יד אדם. גם זהות השופט התורן בכל תיק חייבת להיקבע באופן דומה. זהו פתרון קל ליישום, הוגן ושוויוני.

אזכור מוצע: יהונתן גבעתי "בשבח האקראיות בקביעת הרכבי בית המשפט העליון" **רשות הרבים** (6.7.2025).

¹⁵ נעמי לויצקי כבודו - אהרן ברק: ביוגרפיה 362-363 (2001).