

מוניטין ואסטרטגיה בבית המשפט העליון על סף המאה העשרים ואחת

שי דותן*

מאמר זה מסביר את התנהגותו של בית המשפט העליון הישראלי (להלן: בית המשפט) כשחקן אסטרטגי בעל ראייה ארוכת טווח. בתיקים ציבוריים שבהם הוא פוסק נגד הרשות המבצעת (להלן: הרשות), תציית הרשות רק אם עלות הציות נמוכה מהנזק שייגרם למוניטין שלה במקרה של אי-ציות. המוניטין של בית המשפט מודד עד כמה הציבור הישראלי מצפה שהרשות תציית לפסיקותיו העתידיות של בית המשפט: מוניטין גבוה פירושו שהציבור מצפה שהרשות תציית לפסיקות עתידיות רבות יותר. ככל שהמוניטין של בית המשפט גבוה יותר, הפסד המוניטין של הרשות במקרה שלא תציית לפסיקותיו יהיה גדול יותר. מכיוון שכך, בית המשפט פועל כדי

* פרופסור חבר למשפט בין-לאומי וציבורי, מרכז המחקר iCourts, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת קופנהגן. LLB, LLM, PhD הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. מאמר זה מבוסס על מחקר שהחל בעבודת הדוקטורט שלי שכתבתי באוניברסיטת תל אביב בהנחייתו של פרופ' איל בנבנשתי, ואשר עיבוד שלה פורסם מאוחר יותר כספר: SHAI DOTHAN, REPUTATION AND JUDICIAL TACTICS: A THEORY OF NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS (2015). ברצוני להודות לאלעד אורג, לאיאן איירס, לויליאם אסקרידג', לברק אתירם, לזיו בורר, לרפי ביטון, לאיל בנבנשתי, לאור בסוק, לליסה ברנשטיין, לדניאלה גבאי, לאלון גילדין, לתום גינזבורג, לג'ון דונהיו, ליואב דותן, לגיא הימן, לאלון הראל, לאינגו וזנקה, לאורי וייס, לג'ייסון ורוהאס, לאמוץ זהבי, לעמרי ידלין, לאבינעם כהן, לשגיא כץ, למיכל לביא, למריאנה מוטה פראדו, למקסוול סטרנס, לאריאל פורת, לטליה פישר, לאולגה פרישמן, לסוזן רוז-אקרמן, למייקל רייסמן, לסיגל שהב, לאלכס שטיין וליובל שני על שיחותינו הרבות בנושא זה. כמו כן ברצוני להודות למשתתפים בקולוקוויום הדוקטורנטים שהתקיים בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל אביב (2008), למשתתפים בסדנה למשפט וכלכלה באוניברסיטת תל אביב, למשתתפים בסימפוזיון לחוקרים צעירים באוניברסיטת ייל, למשתתפים בסמינר עמיתי פוקס, למשתתפים בסדנה השנתית לעוזרים משפטיים בבית המשפט העליון הישראלי, למשתתפים במפגש השנתי של האגודה האירופית למשפט וכלכלה (2011) ולמשתתפים בפורום ERC שבאוניברסיטה העברית בירושלים על הערותיהם. אני מודה ליהודה וסיונה כהני (לבית גויטיין) על המלגה שתרמו לזכרו של שופט בית המשפט העליון הישראלי דוד גויטיין (1900–1961), וכן ל"מלגת פוקס" על התמיכה הכספית.

להגדיל את המוניטין שלו לאורך זמן, ובכך הוא מבטיח ציות של הרשות לפסיקותיו העתידיות והגשמה של העדפות המדיניות שלו. המוניטין של בית המשפט גדל בכל פעם שבה הרשות מצייתת לפסיקה שלו. ככל שהפסיקה תובענית יותר, וככל שההנמקה מראה שיקול דעת שיפוטי רחב יותר, בית המשפט זקוק למוניטין גבוה יותר כדי שהרשות תציית. לכן, אם הרשות מצייתת לפסיקה תובענית במיוחד או לפסיקה בעלת הנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי רחב במיוחד, תשדר פעולה זו לציבור כי המוניטין של בית המשפט גבוה, ותוביל לעלייה גדולה יותר במוניטין של בית המשפט מאשר ציות לפסיקה תובענית פחות או לפסיקה העושה שימוש בהנמקה המעוגנת בדיון.

עד סוף שנות התשעים של המאה הקודמת זכה בית המשפט בציות של הרשות לרבות מהחלטותיו, וכתוצאה מכך גדל המוניטין שלו במידה משמעותית. בעקבות הגידול במוניטין שלו פנה בית המשפט לצורות הנמקה החושפות שיקול דעת שיפוטי רחב יותר, בצפותו כי לנוכח המוניטין הגבוה שלו תציית הרשות גם לפסיקות אלה. הנמקות החושפות שיקול דעת שיפוטי שימשו את בית המשפט בעיקר בפסיקות תובעניות פחות, שבהן הסיכון שהרשות לא תציית נמוך יותר מאשר בפסיקות תובעניות. בתחילת שנות האלפיים החלה הרשות לפעול לריסון פסיקותיו של בית המשפט על ידי אי-ציות לפסיקותיו ומתיחת ביקורת עליו. טכניקות אלה פגעו במוניטין של בית המשפט. נוסף על כך, התמיכה הציבורית בבית המשפט ירדה במידה משמעותית בעשור הראשון של שנות האלפיים, והדבר הקל על הרשות להתנגד לבית המשפט. בית המשפט ניסה להתאים את עצמו למצב החדש שנוצר על ידי גיבוש טקטיקות שיפוטיות חדשות.

מבוא

פרק א: האסטרטגיה של בית המשפט

1. המסגרת התיאורטית
2. מעבר לשימוש בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי עם העלייה במוניטין של בית המשפט
3. שימוש בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי בפסקי דין לא תובעניים
4. פיתוח תקדימים מדורג
5. סיכום

פרק ב: תגובתה של הרשות המבצעת והירידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט

1. אי-ציות אסטרטגי לבית המשפט
2. ירידת התמיכה הציבורית בבית המשפט
3. שינויים אישיים שהחלישו את בית המשפט

- פרק ג: בית המשפט מתאים את עצמו למצב החדש
1. ניסיון של בית המשפט לרסן את עצמו
 2. הבטחת ציות להחלטות בית המשפט וחסימת תגובות-נגד על פסיקותיו
 3. שימוש יצירתי בצווים על ידי בית המשפט
 4. שותפות עם גורמים המסייעים לבית המשפט

סיכום

מבוא

בית המשפט העליון הישראלי (להלן: בית המשפט), בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ), דן מדי שנה בעשרות רבות של תיקים בעלי השפעה פוליטית משמעותית. פסיקותיו של בית המשפט דורשות לא אחת מן הרשות המבצעת (להלן: הרשות) לנקוט צעדים משמעותיים ויקרים לביצוע. לבית המשפט אין זרוע אכיפה עצמאית היכולה לכפות את הרשות לציית לפסיקותיו. עם זאת, אם הרשות לא תציית לפסיקותיו של בית המשפט, המוניטין שלה בעיני הציבור בישראל ייפגע, כלומר, הציבור יצפה שהרשות לא תציית גם לפסיקות עתידיות. אי-ציית מעיד כי הרשות אינה שומרת על שלטון החוק, אשר משרת את המדינה לטווח ארוך, ופועלת לפי אינטרסים פוליטיים קצרי טווח, והדבר עלול לפגוע בסיכויי הצלחתן של מפלגות הקואליציה בבחירות הבאות, ועקב כך גם ביכולתה של הממשלה הנוכחית לסגור עסקאות עם קבוצות אינטרס. ככל שהמוניטין של בית המשפט גבוה יותר, הציבור מצפה ביתר שאת שהרשות תציית לפסיקותיו, ואם הרשות לא תציית, היא צפויה לסנקציית מוניטין גדולה יותר. לבית המשפט יש לכן אינטרס ברור להגדיל את המוניטין שלו, ובאופן זה להגדיל את סיכויי הציות לפסיקותיו העתידיות, וכך לאפשר לו להשפיע על התנהגותה העתידית של הרשות ולעצב באופן שתואם את שאיפות המדיניות שלו. מאמר זה טוען כי בית המשפט פועל על פי אסטרטגיה ארוכת טווח ומנסה להגדיל את המוניטין שלו באמצעות פסיקותיו.

ציות לפסק דין גורר לרוב עלות כלשהי מצד הרשות. העלות יכולה להתבטא בעלות כספית של ביצוע הפעולות הנדרשות על ידי בית המשפט או בפגיעה באינטרסים בטחוניים, פוליטיים או אידיאולוגיים של הרשות בעקבות הציות. הרשות תציית לבית המשפט רק אם עלות הציות נמוכה מסנקציית המוניטין שתושט עליה בעקבות אי-ציית. מכיוון שכך, הרשות לא תציית לפסיקות התובעות ממנה ביצוע פעולות שעלותן גבוהה אלא אם כן צפויה סנקציית מוניטין חריפה במיוחד במקרה של אי-ציית. סנקציה כזו צפויה רק כאשר המוניטין של בית המשפט גבוה. מכאן שכאשר הרשות מציינת לפסיקה שעלותה גבוהה, הציבור יכול להסיק מכך שהמוניטין של בית המשפט באותה עת גבוה. החלטת הציות של הרשות מושפעת גם מהשאלה מה סוג ההנמקה שבה השתמש בית המשפט. כאשר בית המשפט משתמש בהנמקה המבוססת על רצון המחוקק והדין

הקיים, יבקר הציבור את הרשות ביתר שאת במקרה של אי־ציות לעומת מצב שבו בית המשפט השתמש בהנמקה המבוססת על שיקול דעת שיפוטי. לכן סנקציית המוניטין תלויה בסוג ההנמקה השיפוטית – ככל שההנמקה חושפת שיקול דעת שיפוטי רחב יותר כן סנקציית המוניטין תהיה קטנה יותר. אם הרשות מציינת אף על פי שההנמקה חושפת שיקול דעת שיפוטי רחב, הציבור יכול להסיק מכך שהמוניטין של בית המשפט גבוה במיוחד, ולכן תיווצר סנקציית מוניטין גבוהה מספיק מאי־ציות למרות השימוש בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי.¹

כאשר בית המשפט נותן פסיקה שעלות הציות לה גבוהה (להלן: פסיקה תובענית) או פסיקה שהנמקתה חושפת שיקול דעת שיפוטי, הוא מודע לכך שהרשות לא תציית אם סנקציית המוניטין נמוכה מעלות הציות לה. מכיוון שהרשות מעריכה באופן עצמאי את המוניטין של בית המשפט, פסיקותיו של בית המשפט כשלעצמן יכולות לאותת לציבור על רמת המוניטין שלו. פסיקות כאמור מעידות כי בית המשפט צופה שיצייתו לו למרות תובענות או שיקול הדעת השיפוטי שהנמקתן חושפת, ולכן הדבר מאותת לציבור שלבית המשפט יש מוניטין גבוה.

במשך רוב שנות קיומו היה בית המשפט יכול להתגאות בציות לרוב החלטותיו.² מכיוון שכך עלה המוניטין של בית המשפט לאורך השנים. דבר זה אפשר לבית המשפט לתת פסיקות המתבססות באופן גלוי על שיקול דעת שיפוטי רחב ואף על פי כן להמשיך לזכות בציות. תופעה זו מסבירה את הנטייה של בית המשפט לעבור לאורך השנים ממבחנים משפטיים הנראים מעוגנים בדין לדוקטרינות החושפות שיקול דעת שיפוטי רחב.³ המעבר לכיוון דוקטרינות משפטיות חדשות התנהל באופן מדורג ושיטתי, ופסקי הדין הציגו אותן נדבך על גבי נדבך. כאשר בית המשפט נתן פסיקות תובעניות במיוחד, הוא התאמץ לתמוך אותן בהנמקות המבוססות על החוק, כדי להגדיל את סיכויי הציות להן למרות עלות הציות הגבוהה. נוסף על כך, כאשר בית המשפט הציג דוקטרינות

1 באמצעות טענה דומה הסברתי את מגמת העלייה עם השנים בדרישות של בית הדין האירופי לזכויות אדם מן המדינות שתחת סמכותו לנוכח העובדה שהוא זוכה בציות לרוב פסיקותיו. ראו Shai Dothan, *Judicial Tactics in the European Court of Human Rights*, 12 CHI. J. INT'L L. 115 (2011). טענה דומה העלה דייוויד לו בנוגע לבית המשפט העליון האמריקני, אם כי מסיבות שונות מעט. לו טוען כי יכולתו של בית המשפט ליצור קואורדינציה של הציבור סביב פסיקותיו גדלה ככל שהוא מצליח ליצור קואורדינציה כזו סביב פסיקות לא פופולריות שלו. ראו David S. Law, A Theory of Judicial Power and Judicial Review, 97 GEO. L.J. 723, 780–781 (2009). ראו JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 48 (1980).

2 ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 72 (2004). ראו גם דניאל פרידמן **הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה** 30–31 (יהודה יערי עורך, 2013), שם נטען כי רוב החלטותיו של בית המשפט בשנים הראשונות לקיומו כובדו, למעט מקרים חריגים, כגון פרשת איקרית וברעם – בג"ץ 64/51 **דאוד נ' שר הבטחון** פ"ד ה 1117 (1951).

3 תופעה זו מתוארת לראשונה בספרו של מנחם מאוטנר **ידידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).

שהגדילו את כוחו על חשבון כוחה של הרשות, הוא ניסה לא לתבוע צעדים כלשהם מהרשות, ובכך סלל את הדרך לשימוש בדוקטרינה החדשה מבלי שהרשות יכלה לבטא את התנגדותה באמצעות אי־ציות לפסיקה.

העלייה במוניטין של בית המשפט נתפסה כאיום על ידי הרשות, מכיוון שהיא אפשרה לבית המשפט לתת פסיקות תובעניות יותר בידעו כי הרשות תיאלץ לציית להן כדי למנוע פגיעה במוניטין שלה. המאמר אינו מתיימר לבדוק את הטענה כי בית המשפט הגדיל עם השנים את תובענות פסיקותיו, בשל הקושי להשוות בין עלויותיהם של פסקי דין שונים. עם זאת, יש לציין כי הטענה שבשנות השמונים והתשעים תבע בית המשפט צעדים מרחיקי לכת מן הרשות נשמעת פעמים רבות, וטוענה אף העניקו לתופעה את הכינויים "אקטיביזם שיפוטי" ו"המהפכה המשפטית"⁴.

אילו המשיכה הרשות לציית לכל פסיקותיו של בית המשפט כדי למנוע פגיעה במוניטין שלה, היה המוניטין של בית המשפט ממשיך לגדול, והוא היה יכול לתת עם השנים פסיקות תובעניות יותר ויותר. אך בתחילת המאה העשרים ואחת הגיבה הרשות בצורה אסטרטגית על מגמה זו של בית המשפט, ולא צייתה לחלק מפסיקותיו. באופן זה היא העבירה לבית המשפט את המסר כי אין בכוונתה לציית לפסיקות תובעניות בעתיד, ולכן עליו לרסן את פסיקותיו כדי להימנע מאי־ציות. נוסף על כך הגיבה הרשות בשורה ארוכה של דרכים אחרות שפגעו בבית המשפט, כגון ביקורת על החלטותיו ויוזמות חקיקה אשר עקפו את פסיקותיו של בית המשפט או פונוו לצמצם את סמכויותיו ולפגוע בעצמאותו.⁵ ניתן לראות בצעדי תגובה אלה מאמץ ממוקד לפגיעה במוניטין שצבר בית המשפט העליון, המזכיר טכניקות אחרות של ביוש שנדונות בכרך זה.

מאמר זה יתמקד בעיקר בתופעה הבולטת בעשור הראשון של שנות האלפיים, היא תופעת אי־הציות. בעשור זה נמנעה הרשות פעמים רבות מלציית לבית המשפט, הגם שברוב המקרים הושווה אי־הציות בכסות של בקשות דחייה מתמשכות ונסיונות לגבש פתרונות חלופיים. נתון שהקל על הרשות לסרב לציית לבית המשפט הוא הירידה המשמעותית שחלה בתמיכת הציבור בבית המשפט. התמיכה הציבורית בבית המשפט מודדת מה הציבור חושב על תוכן פסיקותיו של בית המשפט, להבדיל מהערכתו אם הרשות צפויה לציית לו. מכיוון שהציבור אינו תומך בתוכן פסיקותיו של בית המשפט, הרשות יכולה לא לציית, והתמיכה הציבורית בה לא תיפגע במידה משמעותית.

בפתח המאה העשרים ואחת ניצב בית המשפט מול רשות מבצעת שלא חששה עוד

4 רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** 37, 65 (2000); פרידמן, לעיל ה"ש 2, בעמ' 8.

5 חשוב לציין כי חלק מהדוגמאות במאמר כוללות פסקי דין של ביקורת חוקתית שבהם נפסל חוק או התבקשה פסילת חוק. לכאורה, במקרים כאלה השחקן האסטרטגי שבית המשפט מתמודד מולו הוא הרשות המחוקקת, אך למעשה גם כאן יש עימות דומה בין בית המשפט לרשות המבצעת, מכיוון שהמשלה יכולה, באמצעות סיעות הקואליציה בכנסת, לחוקק חוק עוקף בג"ץ, לשנות חוק יסוד או לחוקק חקיקה חדשה אשר מותאמת לכאורה לביקורת החוקתית אך סותרת למעשה את מהותה. מאחר שבחלק מהמקרים יש לרשות המחוקקת תמריצים משלה, במקומות המתאימים יודגש מקומה של הרשות המחוקקת כשחקן נפרד.

לא לציית לו ומול מגמת ירידה בשיעור התמיכה הציבורית בו, והדבר חייב אותו לשנות את התנהגותו. הוא היה יכול לנסות לרסן את פסיקותיו, אך אילו עשה זאת תמיד, הוא לא היה יכול להגדיל את המוניטין שלו, ואף היה משרד לציבור תדמית של חולשה. לכן ניסה בית המשפט להראות שהוא עדיין יכול לתת פסיקות תובעניות, ולו במקרים שבהם היה משוכנע שהרשות תציית. בית המשפט גם ניסה להשתמש בעותרים ציבוריים ובהתערבות חיצונית – לדוגמה, באמצעות בתי דין בין-לאומיים – ככלי לשיפור מעמדו מול הרשות.

כיום, בעשור השני של שנות האלפיים, שורה ארוכה של שינויים פרסונליים ופוליטיים מעמידים את בית המשפט במצב חדש הנראה מסוכן אף יותר למעמדו ולהשפעתו.⁶ עם זאת, לנוכח הקושי בניתוח עדכני של המוניטין והמעמד של בית המשפט והבעייתיות באיתור אסטרטגיה עקבית וברורה מצידו בשנים האחרונות, מאמר זה יתמקד בהתפתחויות שאירעו בעשור הקודם.

פרק א מנתח את האסטרטגיה של בית המשפט להגדלת המוניטין שלו, ומראה כיצד היא השפיעה על התנהגותו של בית המשפט. **פרק ב** סוקר את תגובתה של הרשות המבצעת ואת הירידה שחלה בתמיכה הציבורית בבית המשפט בעשור הראשון של שנות האלפיים. **פרק ג** בוחן את האופן שבו התאים בית המשפט את עצמו לערעור שחל במעמדו בעשור הקודם, והחל להשתמש בשיטות חדשות לביצור מעמדו. לבסוף, **פרק הסיכום** מסכם ומציע מסקנות.

פרק א: האסטרטגיה של בית המשפט

1. המסגרת התיאורטית

מאמר זה מבוסס על ההנחה שלבית המשפט יש העדפות מדיניות לגבי התנהגותה של הרשות. הנחה זו, העומדת בבסיסה של ספרות ענפה העוסקת בהתנהגות שיפוטית, מנוגדת לתפיסה כי בתי המשפט אך ורק מיישמים את החוק מבלי לקדם מדיניות כלשהי – תפיסה העומדת בבסיס המודל הלגליסטי של התנהגות שיפוטית. התפיסה כי שופטים מקדמים מדיניות מקובלת הן על הגורסים כי בתי המשפט מציגים את העדפות המדיניות שלהם בפסיקתם מבלי להתחשב בהשלכות של פסקי הדין שלהם (המודל האיטיודינלי) והן על הגורסים כי שופטים משנים את פסיקתם באופן אסטרטגי לפי תגובתם הצפויה של גורמים אחרים, כדי להציג תוצאות שיהיו רצויות בעיניהם (מודלים

6 דוגמה מעניינת למגוון הדעות העדכניות על המצב החוקתי והפוליטי בישראל, המשליך ישירות על בית המשפט העליון, ניתן למצוא בקישורים המופיעים אצל גילה שטופלר "מיני סימפוזיון: השתלטות חוקתית בישראל? – פתח־דבר" **ICON-S-IL Blog** 8.6.2017 israeliconstitutionalism.wordpress.com/2017/06/08/ – סימפוזיון-השתלטות-חוקתית-בישראל/.

אסטרטגיים).⁷ תיאוריות שונות הבוחנות התנהגות שיפוטית אסטרטגית נחלקות לתיאוריות הבודקות התנהגות אסטרטגית של שופטים ולתיאוריות הבודקות אסטרטגיות של בית המשפט הפועל כיחידה אחת.⁸ מאמר זה מדבר על בית המשפט כיחידה אחת אשר פועלת באופן אסטרטגי. גם אם אף לא אחד מהשופטים בבית המשפט פועל במודע לקידום האסטרטגיה המתוארת במאמר זה,⁹ המבנה והפרוצדורות של בית המשפט מבטיחים שבית המשפט ימשיך לנהוג כאילו הוא מקדם אסטרטגיה זו באופן רציונלי ושיטתי.

רוב הניתוחים של התנהגות אסטרטגית מדברים על אסטרטגיה ברמת פסק דין יחיד. לדוגמה, בית המשפט יכול לתת פסיקה המתפשרת על המדיניות המועדפת עליו במקרה נתון מכיוון שהוא צופה שהרשות תציית רק לפסק דין המשקף פשרה כזו. מאמר זה מדבר על אסטרטגיה ארוכת טווח, שבמסגרתה בית המשפט מנסה להשפיע לא על התוצאה של מקרה נתון, אלא על הפוטנציאל שלו להשיג תוצאות המשרתות את העדפותיו במקרים עתידיים. האסטרטגיה ארוכת הטווח של בית המשפט מנסה להגדיל את המוניטין שלו כדי לשפר את סיכויי הציות לפסיקותיו העתידיות, וכך לאפשר לו

7 לסקירת החלוקה של הספרות על התנהגות שיפוטית למודלים לגליסטיים, אטיטודינליים ואסטרטגיים ראו JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED 14–44 (2002).

8 לחלוקה דומה ראו LEE EPSTEIN & JACK KNIGHT, THE CHOICES JUSTICES MAKE 138 (1997).

9 בהמשך המאמר מופיעות דוגמאות להתנהגות אידיאולוגית של שופטים היכולה לסתור את האינטרס האסטרטגי הקולקטיבי של בית המשפט, אולם אין בכך משום סתירה לטיעון הכללי במאמר. האינטרס של בית המשפט מיתרגם ללחץ על כל אחד מהשופטים לפעול למען האינטרס הקולקטיבי. לשופטים הפרטניים יש אינטרס לפעול למען האינטרס הכללי ובכך לחזק את בית המשפט ולשפר את המוניטין שלו, אך יש להם גם אינטרסים אידיאולוגיים אישיים, ואלה גוברים לעיתים על האינטרס לקדם את בית המשפט כמכלול. שופט הכותב דעת מיעוט יכול לעשות זאת בגלל האידיאולוגיה האישית שלו, אך אם האינטרס האסטרטגי של בית המשפט הוא להפחית בדעות מיעוט בתקופה מסוימת, הלחץ השווה המופעל על כל השופטים יגרום לירידה במספרן הכולל של דעות המיעוט בתקופה זו. ראו SHAI DOTHAN, REPUTATION AND JUDICIAL TACTICS: A THEORY OF NATIONAL AND INTERNATIONAL COURTS 45 (2015). מחקר אמפירי עדכני על בית המשפט העליון הישראלי מראה כי השופטים מושפעים מעמדותיהם האידיאולוגיות בנושאי דת אך גם מהמצב החוקי. ראו Keren Weinsahl-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 556, 581 (2011). תוצאה זו אינה מפתיעה ביחס למודל המוצג כאן: שופטים עשויים לפעול בחלק מהמקרים לפי עמדה אידיאולוגית אישית, ואילו במקרים אחרים הם עשויים לפעול בהתאם לשינויים בחוק או לחלופין, כפי שנטען כאן, בהתאם לחישוב אסטרטגי של בית המשפט כמכלול. התנהגותו של השופט הפרטני תלויה בעוצמת הלחץ הדוחף אותו לכיוון האינטרס הקולקטיבי, מחד גיסא, ובעוצמת האינטרס האידיאולוגי האישי שלו, מאידך גיסא.

לקדם בעתיד את העדפות המדיניות שלו באופן טוב יותר.¹⁰ כאשר לבית המשפט יש מוניטין גבוה, פירוש הדבר הוא שסיכויי הציות לפסיקתו גבוהים יותר מאשר אילו היה לו מוניטין נמוך יותר. כלומר, באמצעות הגדלת המוניטין שלו בית המשפט יכול להבטיח ציות לפסיקותיו. נוסף על כך, כאשר המוניטין של בית המשפט גבוה, הרשות תיטה לציית גם לפסיקות תובעניות שלו. כך, מוניטין גבוה מאפשר לבית המשפט לבחור בין קבלת ציות גבוה יותר לפסיקות דומות לבין קידום העדפותיו על ידי מתן פסיקות תובעניות יותר.

חשוב להדגיש כי הבחירה במודל אסטרטגי ארוך טווח הרואה בבית המשפט כמכלול שחקן אסטרטגי אין פירושה שהמודלים האחרים שגויים או אינם מתאימים לבתי משפט אחרים. הבחירה במודל זה נעשית הודות לכוחו ההסברתי הרב ביחס להתנהגותו של בית המשפט העליון הישראלי בתקופה הנבחנת. גם ביחס לבית המשפט העליון הישראלי המודל אינו יכול להסביר כל מקרה של התנהגות שיפוטית, שכן יש שורה של תמריצים אחרים המשפיעים על בית המשפט. עם זאת, כוחו של המודל המוצע כאן טמון ביכולתו לתת פרשנות מועילה לחלק משמעותי מהתנהגותו של בית המשפט העליון במהלך התקופה הנבחנת. המודל בוחן היפותזות תיאורטיות לא באמצעות אמפיריקה כמותנית, אלא באמצעות ניתוח עומק – על בסיס הנחות מסוימות – של פסיקת בית המשפט ושל הנסיבות שבהן היא ניתנה.¹¹

10 רבות נכתב על האופן שבו בית המשפט הישראלי משתמש בפסיקותיו באופן אסטרטגי כדי לשרת מטרת ארוכות טווח. כך, רונן שמיר טען כי בית המשפט משתמש בפסיקות מסוימות נגד הרשות המבצעת בנוגע למדיניותה בשטחים המוחזקים שזוכות בחשיפה גדולה כדי להעניק לה לגיטימציה במקרים אחרים. ראו Ronen Shamir, "Landmark Cases" and the Reproduction of Legitimacy: *The Case of Israel's High Court of Justice*, 24 LAW & SOC'Y REV. 781 (1990) ומויקל מנדל הסבירו את העברת הכוח לבתי המשפט ואת רכישת הסמכות לביקורת שיפוטית כמהלך של קבוצות הגמוניות בחברה הישראלית שסברו כי הן מאבדות את כוחן בפורומים רובניים. Ran Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*, 25 LAW & SOC. INQUIRY 91, 138 (2000); RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM 44, 214 (2004); Michael Mandel, *Democracy and the New Constitutionalism in Israel*, 33 ISR. L. REV. 259 (1999). איל בנבנשתי טען כי בית המשפט מחזק בכוונה את כוחה של הרשות המחוקקת מול הרשות המבצעת כדי לגרום לחיכוך בין הרשויות, שמגדיל את הצורך בבית המשפט כגורם המיישב סכסוכים. ראו איל בנבנשתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" **משפטים** לא 797, 817–818 (2001). בהמשך פיתח בנבנשתי את התיאוריה שבית המשפט מקדם חיכוך בין גורמים פוליטיים שונים במאמר נוסף. ראו איל בנבנשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצומם" **עיוני משפט** לב 277 (2010) (להלן: "בנבנשתי 'ביקורת שיפוטית'"). מאמרו של עמרי ידלין מראה כיצד בית המשפט מנסה להגדיל את מרחב שיקול הדעת העתידי שלו באמצעים פרוצדורליים ופרשניים המקשים על הרשות המחוקקת לעקוף את פסיקותיו. ראו עמרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטית ואקטיביזם שיפוטית" כמשחק אסטרטגי" **מחקרי משפט** יט 665 (2003).

11 דן מאיר-כהן הסביר באופן דומה כי תיאוריה משפטית שמה לה לעיתים למטרה לא ליצור הוכחה

הטענה כי בית המשפט מעצב את פסיקותיו על פי אסטרטגיה ארוכת טווח אין פירושה שהדוקטרינה המשפטית אינה משפיעה על התוצאה הסופית. הדוקטרינה מעצבת לבית המשפט מתחם שיקול דעת שיפוטי שרק בתוכו הוא יכול לקדם את האסטרטגיה שלו.¹² גם בתוך מתחם שיקול הדעת השיפוטי ייתכן שהתוצאה הסופית תושפע מגורמים אחרים, כגון העדפות נקודתיות של שופטים או אסטרטגיה קצרת טווח של בית המשפט. עם זאת, מגמות ארוכות טווח העולות משנים רבות של פסיקה צפויות לשקף אסטרטגיה ארוכת טווח של בית המשפט, מכיוון שלחצים נקודתיים של שופטים במקרים נקודתיים צפויים להתקזז לאורך זמן.

הרשות מצייתת לפסיקותיו של בית המשפט מכיוון שאי-ציות צפוי לפגוע במוניטין הציות שלה. הרשות רוצה לשמר לעצמה מוניטין כמי שמצייתת לפסיקות בית המשפט, מכיוון שעל ידי הציות הרשות מראה שהיא מוכנה להתפשר על ההעדפות קצרות הטווח שלה כדי לשרת את הערך של שלטון החוק – ערך שמביא תועלות לטווח ארוך. נכונותה של הרשות לציית לבית המשפט גם במחיר של ביצוע פעולות שאינן תואמות את האינטרסים שלה משדרת לציבור שהרשות היא בעלת שיעור ריבית נמוך, כלומר, היא מוכנה לוותר על תועלות מיידיות כדי להשיג תועלת גדולה יותר בעתיד. שיעור ריבית

אמפירית שתקפה בכל מקרה, אלא להסביר תופעה מסוימת באופן עקבי ומועיל. Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625, 637 (1984). מילטון פרידמן קרא לבדוק תיאוריות לפי השאלה אם הן יכולות לתת תחזיות מדויקות לגבי המציאות, ולא לפי השאלה אם הנחותיהן תואמות את המציאות. על האובייקט הנחקר להתנהג רק כאילו הוא תואם את הנחות, לצורך התחזית הרלוונטית, גם אם בפועל הוא אינו תואם אותן. ראו Milton Friedman, *The Methodology of Positive Economics*, in ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS 3, 8–9 (1953). הדין בשאלות אלה לגבי המודלים השונים של ההתנהגות השיפוטית צריך להיעשות תמיד ביחס לבית משפט מסוים בתקופה מסוימת. לניסיון כזה לבחון איזה מודל מסביר התנהגות באופן מדויק יותר ראו Virginia A. Hettinger, Stefanie A. Lindquist & Wendy L. Martinek, *Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals*, 48 AM. J. POL. SCI. 123, 126 (2004). על אף קיומם של מודלים מתחרים המסבירים את התנהגותם של כמה בתי משפט, המודל האסטרטגי מקובל מאוד ככלי להסברת התנהגות שיפוטית, הודות ליכולתו לספק סיפור מסגרת עקבי לניתוח התנהגותם של בתי משפט. ראו LAWRENCE BAUM, *JUDGES AND THEIR AUDIENCES: A PERSPECTIVE ON JUDICIAL BEHAVIOR* 7 (2006). אף על פי כן, יש מי שרואה גם מודלים אסטרטגיים כפשוטניים מדי מכיוון שהם מניחים כי לשופטים יש עמדות קבועות מראש שהם משנים באופן אסטרטגי, בעוד במציאות שופטים יכולים להשתכנע ולשנות את דעתם באופן כן. ראו Harry T. Edwards, *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*, 151 U. PA. L. REV. 1639, 1659–1661 (2003). המודל האסטרטגי הרואה את בית המשפט כיחידה אחת אינו חשוף לביקורת זו כמו מודלים אסטרטגיים אינדיבידואליים, שכן גם אם השופטים משפיעים זה על זה, ניתן להסביר את פסיקת בית המשפט כמכלול באמצעות מודל אסטרטגי. ייתכנו בהחלט התנהגויות נקודתיות הנובעות משכנוע פנימי של שופטים ספציפיים, אך מגמות ארוכות טווח בהתנהגותו של בית המשפט תואמות את המודל בשל הלחצים המופעלים על כלל השופטים.

12 ראו אהרן ברק *שיקול דעת שיפוטי* 35–41, 58–66 (1987).

נמוך הוא ערובה לכך שהרשות תעמוד בהתחייבויותיה, ולא תיסוג מהן עקב אינטרסים נקודתיים צרים. אמינותה של הרשות כמי שעומדת בהתחייבויותיה משרתת אותה הן ביחסי החוץ של המדינה והן במשא ומתן מול קבוצות אינטרס פנימיות.¹³ נוסף על כך, אם הציבור סבור כי פסיקותיו של בית המשפט מוצדקות מבחינה עובדתית או משפטית, הוא יבקש את הרשות אם לא תציית לפסיקה. מכאן שככל שהתמיכה הציבורית בבית המשפט גבוהה יותר, מכיוון שהציבור סבור כי פסיקותיו ראויות לגופן, הביקורת שתוטח ברשות במקרה של אי-ציות תהיה חמורה יותר, והדבר יפגע בתמיכה הציבורית בה.¹⁴

המוניטין של בית המשפט מודד עד כמה הציבור מצפה שהרשות תציית לו. ככל שהמוניטין של בית המשפט גבוה יותר, הציבור מצפה שהרשות תציית לפסיקותיו במקרים רבים יותר. כאשר הרשות אינה מצייתת לבית המשפט בשעה שהמוניטין שלו גבוה, מדובר בהתנהגות בלתי צפויה, ולכן הציבור מעדכן את ציפיותיו מהרשות באורח משמעותי יותר מאשר במצב שבו הרשות אינה מצייתת לבית המשפט בשעה שהמוניטין שלו נמוך. אי-ציות לבית המשפט כאשר המוניטין שלו גבוה יגרום לכן נזק חמור יותר למוניטין של הרשות. כאשר הרשות מצייתת לבית המשפט, המוניטין שלה משתפר, שכן הציבור מעריך שהרשות תציית גם בעתיד. ככל שהמוניטין ההתחלתי של בית המשפט גבוה יותר, הציות לפסיקותיו צפוי יותר, ולכן רווח המוניטין שייפול בחיקה של הרשות במקרה של ציות יהיה קטן יותר.

ההנחה הבסיסית היא שבישראל יש בית משפט אפקטיבי דיו להבטיח שהציבור יצפה לציות ברובם המכריע של המקרים. מכיוון שכך, הנזק שנגרם למוניטין של הרשות במקרה של אי-ציות גדול מהתועלת הנופלת בחיקה במקרה של ציות. סנקציית המוניטין שעל הרשות להתחשב בה כאשר היא מחליטה אם לציית או לא לציית מורכבת מסכום הנזק שייגרם למוניטין שלה מאי-ציות והתועלת שתצמח למוניטין שלה כתוצאה מציית. מכיוון שהנזקים מאי-ציות תמיד גדולים יותר מהתועלת מציית, סנקציית המוניטין הכוללת גדולה יותר ככל שהמוניטין של בית המשפט גבוה יותר.¹⁵

13 לטענה כי שמירה על שלטון החוק מסייעת למדינות לשרד שיש להן שיעור ריבית נמוך ראו Daniel A. Farber, *Rights as Signals*, 31 J. LEGAL STUD. 83, 89 (2002).

14 פסקי הדין של בית המשפט מסוקרים באופן קבוע על ידי התקשורת הכתובה והמשודרת. פסקי דין גם נלמדים באקדמיה ועל ידי ציבור המשפטנים ועורכי הדין בישראל, שמפרסמים חלק מהתייחסויותיהם לפסיקה לציבור הרחב. באופן זה הציבור נחשף למידע על בית המשפט, ויכול לגבש דעה מושכלת עליו ועל פסיקותיו, אשר הכרחית כדי לאפשר למוניטין ולתמיכה הציבורית של בית המשפט להתפתח בהתאם לתוכנם של פסקי הדין שלו ולתגובותיה של הרשות עליהם. אין ספק שחלקים רחבים מהציבור אינם קוראים באופן ישיר את פסקי הדין של בית המשפט, אבל קבוצות שמחזיקות בידהן את המידע, דוגמת התקשורת, האקדמיה וציבור המשפטנים, יכולות להשפיע באופן עקיף ולעצב את דעתו של הציבור על בית המשפט.

15 ניתן לטעון כי במקביל לעדכון המוניטין של בית המשפט, המודד עד כמה צפוי שיצייתו לו, הציבור מעדכן גם את המוניטין של הרשות, המודד עד כמה הרשות צפויה לציית. כאשר לרשות יש מוניטין גבוה, היא תפסיד יותר מוניטין במקרה של אי-ציות, מכיוון שהיא מתנהגת בניגוד לציפייה

כאשר הרשות מתלבטת אם לציית להחלטה מסוימת, היא שוקלת את סנקציית המוניטין, מצד אחד, ואת העלות החומרית של ציות להחלטה, מן הצד האחר. החלטות שעלות הציית להן גבוהה – החלטות תובעניות – יזכו בציית רק אם סנקציית המוניטין שלהן גדולה דייה לספק לרשות אינטרס לציית. מכיוון שכך, רק כאשר לבית המשפט יש מוניטין גבוה, תציית הרשות לפסיקות תובעניות. הפרטים בציבור מודעים לתחשיב עלויות זה של הרשות, ולכן כאשר הרשות מצייתת לפסיקה תובענית, המוניטין של בית המשפט בעיני הציבור גדל יותר מכפי שהוא גדל כאשר הרשות מצייתת לפסיקה לא תובענית. עם זאת, הציבור אינו יכול להעריך בצורה מדויקת את עלות ההחלטה לגבי הרשות. העלות אינה כוללת רק נקיטת צעדים מיידיים שעלותם ידועה, אלא גם ויתור על אינטרסים ארוכי טווח של הרשות – בטחוניים, כלכליים או פוליטיים – שהציבור אינו יכול להיות מודע לעלותם. מכיוון שכך, ההערכה של הציבור בנוגע לעלותו של פסק הדין לעולם אינה מדויקת, והוא ממשיך לעדכן ממקרה למקרה את הערכותיו לגבי המוניטין של בית המשפט.

הרשות מעריכה בכל מקרה נתון אם משתלם לה לציית לפסיקתו של בית המשפט. החלטתה מסתמכת על הערכתה באשר למוניטין של בית המשפט, הנקבע לפי התפיסה המקובלת בציבור לגבי השאלה אם צפוי שיצייתו להחלטותיו. הציבור מודע לכך שהרשות מקיימת הערכה עצמאית של המוניטין של בית המשפט, ומכאן שבית המשפט אינו יכול לרמות את הרשות ולהתחזות לבעל מוניטין גבוה על ידי מתן פסיקות תובעניות יותר. לכן מתן פסיקה תובענית מהווה כשלעצמו איתות אמין לכך שלבית המשפט יש מוניטין גבוה, שהרי אילו היה המוניטין של בית המשפט נמוך, פעולה זו הייתה לא רציונלית, שכן הרשות לא הייתה מצייתת לפסיקה.

מרכיב חשוב בהחלטותיו של בית המשפט הוא מרכיב ההנמקה המשמשת להצדקת פסק הדין בעיני הציבור. כאשר ההנמקה של פסק הדין מעוגנת בדין הקיים, כלומר בלשון החוק או בפסיקה קודמת, הציבור צפוי לבקר את הרשות יותר אם תבחר לא לציית. מכיוון שכך, ככל שההנמקה חושפת פחות שיקול דעת שיפוטי כן יצפה הציבור יותר שהרשות תציית לפסיקה, כך שאם הרשות לא תציית, ייגרם נזק גדול יותר למוניטין שלה. רק בית משפט בעל מוניטין גבוה יכול לזכות בציית לפסיקה החושפת שיקול דעת שיפוטי, ולכן ציית לפסיקה כזו יגדיל את המוניטין של בית המשפט יותר מאשר ציית לפסיקה המבוססת על הדין. למעשה, עצם מתן הפסיקה החושפת שיקול דעת שיפוטי מהווה איתות אשר מגדיל את המוניטין של בית המשפט, מכיוון שהציבור מודע לכך שהרשות לא תציית לפסיקה כזו אם המוניטין של בית המשפט אינו גבוה מספיק.

הציבורית, אך גם בית המשפט צפוי להפסיד יותר מוניטין. בחרתי לא להתמקד בצבירת המוניטין של הרשות, בעיקר מכיוון שהוא משתנה בתכיפות כאשר ממשלות מתחלפות. תחלופה זו גם מקשה את ראיית המוניטין של הרשות ככזה שמצטבר באופן קבוע, וגם מקטינה את התמריץ לציבור מוניטין. לטענה דומה בנוגע למוניטין של מדינות ראו Rachel Brewster, *Unpacking the State's Reputation*, 50 HARV. INT'L L.J. 231, 249 (2009).

כאשר לבית המשפט יש מוניטין גבוה, באפשרותו לתת פסיקות תובעניות יותר ופסיקות החושפות שיקול דעת שיפוטי רחב יותר ועדיין לזכות בציות. התנהגות זו תאפשר לבית המשפט להמשיך להגדיל את המוניטין שלו. בית המשפט יכול לאזן בין המרכיבים השונים של פסק הדין. כך, אם הוא נותן שתי פסיקות כאשר המוניטין שלו זהה, האחת תובענית והאחרת לא תובענית, משתלם לבית המשפט לתמוך את הפסיקה התובענית בהנמקה המעוגנת היטב בדין, ואת הפסיקה שאינה תובענית – בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי. כך מובטח לבית המשפט ששתי הפסיקות יזכו בציות ויניבו את התמורה המרפית למוניטין שלו. החלקים הבאים יבחנו כיצד מסגרת תיאורטית זו משתקפת בהתנהגותו של בית המשפט.

2. מעבר לשימוש בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי עם העלייה במוניטין של בית המשפט

במשך יותר משבעים שנות קיומו נתן בית המשפט אלפי פסיקות חשובות. התפיסה המקובלת הייתה שעד לפני שנים מספר צייתה הרשות לפסיקות אלה ברובם המכריע של המקרים.¹⁶ לפי התיאוריה שהצגתי לעיל, אם הפסיקות אכן זכו בציות או למצער הציבור האמין שהן זוכות בציות, המוניטין של בית המשפט עלה בהתמדה. לפי התיאוריה, הציבור ציפה שהרשות תציית לבית המשפט גם בעתיד, ואילו החליטה הרשות לא לציית, היא הייתה צפויה לסנקציית מוניטין הולכת וגדלה. לכן הטיעון המוצג כאן היה מציע לבית המשפט לעבור בהדרגה לפסיקות תובעניות יותר ולפסיקות החושפות שיקול דעת שיפוטי רחב יותר. אכן, מאמר זה מתמקד בתיאור המעבר של בית המשפט לפסיקות החושפות שיקול דעת שיפוטי רחב יותר, באופן העולה בקנה אחד עם התיאוריה. המאמר אינו עוסק בשינוי בתובענות של הפסיקות, מכיוון שלנוכח השינויים הדרמטיים שהתרחשו במדינת ישראל למן הקמתה אין שום אפשרות להשוות את עלותה של פסיקה משנות החמישים לעלותה של פסיקה משנות האלפיים. יכולתה של ישראל לעמוד בעלויות כספיות השתנתה לבלי הכר, וגם הזירה הפוליטית שונה לחלוטין. לעומת זאת, אם ניתן להראות כי הפסיקה של בית המשפט מראה בהדרגה שיקול דעת שיפוטי רחב יותר במקביל לעלייה ההדרגתית במוניטין של בית המשפט, אזי התיאוריה המוצגת כאן יכולה להיות הסבר אפשרי לכך.¹⁷

16 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 2; פרידמן, לעיל ה"ש 2.

17 ניתן להעלות על הדעת גם אפשרות שבית המשפט עובר עם השנים לפסיקות תובעניות פחות במקביל לעלייה בשיקול הדעת הנחשף בהנמקה של פסק הדין, ובכך מבטיח ציות להחלטותיו גם אם המוניטין שלו אינו משתנה. אולם האפשרות שבית המשפט עבר באופן מדורג ושיטתי לפסיקות תובעניות פחות ממועד הקמתו ועד תחילת שנות האלפיים נראית בלתי סבירה. למעשה, התפיסה הפופולרית הפוכה, ולפיה בית המשפט הגדיל עם השנים את התובענות של פסיקותיו. מכל מקום, גם אם נניח שהתובענות של הפסיקות לא גדלה, כל עוד היא לא הוקטנה במקביל לעלייה שחלה בחשיפה של שיקול הדעת בהנמקה, העובדות המוצגות בפרק זה תומכות בתיאוריה.

התפיסה שלפיה בית המשפט השתמש בהנמקה פורמליסטית משנות החמישים עד שנות השמונים של המאה הקודמת, ואז עבר לפסיקה המבוססת על ערכים, פותחה לראשונה על ידי מאוטנר.¹⁸ פסיקה פורמליסטית, כהגדרתו של מאוטנר, היא פסיקה אשר חושפת מטבעה מידה פחותה של שיקול דעת שיפוטי, בעוד פסיקה ערכית חושפת את שיקול הדעת של בית המשפט בהכרעה. המעבר לפסיקה ערכית שמאוטנר מתאר משתלב אם כן עם המעבר הצפוי על פי התיאוריה לפסיקה החושפת שיקול דעת שיפוטי רחב יותר. המתאם בין העלייה במוניטין של בית המשפט לבין המעבר לפסיקה החושפת שיקול דעת אינו מהווה כמובן הוכחה לנכונותה של התיאוריה. גורמים רבים ושונים היו יכולים להניע את בית המשפט לשנות את אופייה של פסיקתו, ומאוטנר מציע כמה גורמים כאלה. אחד מהם הוא השינוי שהתרחש בחברה הישראלית, שבמסגרתו היא התקרבה במהלך השנים לערכיו הליברליים של בית המשפט.¹⁹ אולם התיאוריה יכולה לתת הסבר אפשרי אחר למהלך של בית המשפט. הסבר זה קשה אומנם להוכחה, אולם הוא אינו מחייב ניתוח של שינויים מורכבים בחברה הישראלית, אלא רק של התנהגותו של בית המשפט ושל תגובת הרשות עליה.

את הטענות של מאוטנר בנוגע לירידה בהנמקה הפורמליסטית ואת הטענה הדומה המוצגת כאן בדבר החשיפה של שיקול דעת שיפוטי רחב יותר ניתן למדוד באופן אמפירי כל עוד יש הסכמה בנוגע לשאלה מהי הנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי. מאמר זה אינו עורך מחקר אמפירי עצמאי, אלא מסתמך על מחקרים קודמים שבחנו את פסיקתו של בית המשפט. מאמרים אלה לא קידדו את ההנמקה של בית המשפט כשלעצמה, אך הם בדקו מדדים רבים אשר יכולים ללמד באופן עקיף על שינויים במידת החשיפה של שיקול הדעת של בית המשפט. מדד אפשרי אחד היכול להצביע על מידת החשיפה של שיקול הדעת הוא אורכו של פסק הדין: ככל שפסק הדין ארוך יותר, השופט יכול לחשוף את שיקול דעתו ולהיות חופשי יותר ממגבלות משפטיות נוקשות.²⁰ שחר הראה כי אורכם של פסקי הדין של בית המשפט העליון גדל באופן מתמשך משנות השישים ועד שנת 2000, וכי רק אז הם התחילו להתקצר.²¹

18 מאוטנר, לעיל ה"ש 3.

19 שם, בעמ' 126–127.

20 תפיסה זו נתמכת על ידי מחקר משווה המראה כי בתי משפט הדואגים לשמירה על הלגיטימציה שלהם כותבים פסקי דין קצרים יותר. ראו Jean Louis Goutal, *Characteristics of Judicial Style in France, Britain and the U.S.A.*, 24 AM. J. COMP. L. 43, 60–61 (1976).

21 ראו יורם שחר "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 1950–2004" הפרקליט נ 29, 32–33 (2008). שחר מראה כי שינויים אלה אינם מוסברים על ידי שינוי בטכנולוגיה של עיבוד מידע (שם, בעמ' 36). את המגמה של ירידה באורך פסקי דין אחרי שנת 2000 מפתה להציג כניסיון של בית המשפט לרסן את עצמו, באופן המשתלב בטיעון העולה בפרק ג למאמר זה. אולם אין לראות בכך תימוכין משמעותיים לטיעון זה, מכיוון שהמאמר של שחר בודק את אורכם של פסקי הדין רק עד שנת 2004, ותקופה זו אינה מספיקה להוכחת הטיעון. נוסף על כך, קיימים הסברים אפשריים אחרים להתקצרותם של פסקי הדין. שחר מזכיר שני הסברים כאלה – פרישה של כמה שופטים ותיקים או

מדד נוסף היכול ללמד על מידת החשיפה של שיקול הדעת השיפוטי הוא סוג המקורות שבית המשפט מפנה אליהם. כאשר בית המשפט מפנה לדברי חקיקה, הוא משתמש במקור המסתיר את שיקול דעתו ומציג את פסיקתו כנובעת מרצון המחוקק, אשר נהנה מלגיטימציה מיוחדת בהיותו גוף נבחר המייצג את רצון העם. לעומת זאת, כאשר בית המשפט מפנה לספרות אקדמית, הוא חושף את רצונו לפעול לפי שיקול דעתו העצמאי, שאותו הוא יכול לתמוך בקלות במקור אקדמי המציג השקפה דומה. שחר מצא כי בית המשפט הקטין בחמישים שנותיו הראשונות את שיעורן היחסי של ההפניות לחקיקה מבין המקורות שהוא מאזכר, ובמקביל הגדיל את שיעורן היחסי של ההפניות לספרות אקדמית.²²

אחת הדרכים שבאמצעותן בית המשפט יכול לחשוף את שיקול דעתו היא על ידי הצגת דעות מיעוט של השופטים. אם יש אי-הסכמה בין השופטים, אזי התוצאה אינה מוצגת כמתחייבת באופן חד-משמעי מן הדין, אלא כנגזרת מהעדפותיהם השונות של השופטים היושבים בדין. דעת מיעוט הנכתבת בפסק דין מסוים אינה משקפת בהכרח אסטרטגיה של בית המשפט, וייתכן שהיא מבטאת את העדפתו של השופט המסוים לגבי התוצאה בתיק נתון. יתר על כן, לעיתים השופט יכתוב דעת מיעוט כזו גם אם הוא יודע כי היא תפגע באינטרס ארוך הטווח של בית המשפט. אולם שופטים יכולים להפעיל לחצים זה על זה להימנע מכתובת דעות מיעוט אם הדבר פוגע באינטרס של בית המשפט. לכן מגמות ארוכות טווח במספר דעות המיעוט המופיעות בפסקי הדין של בית המשפט יכולות ללמד על התנהגות אסטרטגית של בית המשפט. אם נרשם גידול עקבי במספר דעות המיעוט במקביל לעלייה במוניטין של בית המשפט, אזי ניתן להסביר מגמה זו על פי התיאוריה שלפיה בית המשפט מוכן לחשוף שיקול דעת רחב יותר כאשר המוניטין שלו גבוה יותר.

שחר, גרוס וחריס בדקו מאגר הכולל פסקי דין אשר ניתנו במותב של שלושה שופטים ופורסמו, וזיהו מגמות אחדות במספר דעות המיעוט של בית המשפט.²³ בשנים 1948–1955 עלה בהדרגה שיעור פסקי הדין המכילים דעות מיעוט עד לשיא של 11.5%, ולאחר מכן הוא ירד בתוך שנתיים עד ל-2.2% בשנת 1957. משנה זו עלה שיעור פסקי הדין המכילים דעות מיעוט באופן איטי ויציב במשך עשרים שנה, והגיע ל-15.2% בשנת

התקרבותם לסוף כהונתם, ומגמות כלליות בתרבות המשפטית לכיוון של כתיבה קצרה יותר. ראו שם, בעמ' 34–35.

22 שם, בעמ' 37–39.

23 יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **עיוני משפט** כ 749, 768 (1997). מתוך פסקי הדין שנמצאים במאגר, הכולל כאמור רק פסקי דין שפורסמו, 88.6% ניתנו במותב של שלושה שופטים (ראו שם, בעמ' 752). חשוב לציין כי רק 12% מהתיקים שנפתחו בבית המשפט בשנים אלה הובילו לפסיקה שפורסמה. עם זאת, רוב התיקים הנפתחים מסתיימים ללא הכרעה שיפוטית ממשית וללא כל מחלוקת בין השופטים. מכיוון שכך, המדגם יכול ללמד על רמתה היחסית של מחלוקת בין השופטים (ראו שם, בעמ' 751). באמצעות דגימה של פסקי דין שלא פורסמו הגיעו הכותבים להערכה כי שיעור פסקי הדין המכילים דעות מיעוט בכל פסיקתו של בית המשפט הוא פחות מאחוז אחד (ראו שם, בעמ' 756).

1978. בין השנים 1978 ו-1987 חלה ירידה בשיעור פסקי הדין המכילים דעות מיעוט, ובתחילת שנות התשעים הסתמנה עלייה בשיעור זה. נתונים אלה מצביעים על כמה מגמות ושינויים בהיקף הפסיקות המכילות דעות מיעוט. עם זאת, ניתן לדבר על מגמה כללית של גידול משמעותי בהיקף הפסיקות המכילות דעות מיעוט בין שנות החמישים לשנות השמונים של המאה הקודמת – מגמה העולה בקנה אחד עם טענתו של מאוטנר ועם התיאוריה המוצגת במאמר זה.

בבית המשפט העליון הישראלי נהוגה דרך נוספת היכולה להסוות את שיקול הדעת המופעל על ידי השופטים, והיא מתן פסקי דין בשם בית המשפט, במקום לייחס את פסק הדין לשופט שכתב אותו ולאפשר לשופטים האחרים להצטרף בהסכמה או לכתוב את דעתם. כאשר פסק הדין ניתן בשם בית המשפט, אי-אפשר לייחס את העמדות המופיעות בו לשופט מסוים, וכתוצאה מכך נוצרת מראית עין של פסיקה אוניברסיטאית שאינה מערבת כל שיקול דעת. שחר, גרוס וחריס מוצאים כי בשנת 1948 היוו פסקי הדין שניתנו בשם בית המשפט 43% מפסקי הדין במאגר שניתנו על ידי שלושה שופטים. שיעורם נותר גבוה עד שנת 1954, שבה הגיע שיעור זה לשיא של 56% מפסקי הדין. אולם בסוף שנות החמישים ירד שיעורם של פסקי דין אלה לכ-10% מפסקי הדין, ומאז הוא המשיך לרדת בעקביות, עד שפסקי דין אלה נעלמו כמעט לחלוטין מהמאגר בשנות התשעים. ניתן לייחס את הנכונות לכתוב את פסקי הדין בשם בית המשפט לאופנה שיפוטית שמשנתנה בין השנים, ולכן שימוש בפסיקה בשם בית המשפט במקרה נתון אינו מעיד בהכרח על תכונותיו של פסק הדין.²⁴ עם זאת, המגמה העקבית של הפסקת השימוש בפסקי דין מסוג זה בבית המשפט משתלבת בתיאוריה המוצגת כאן ומספקת לה תימוכין נוספים.

לסיכום חלק זה ניתן לומר כי המגמה של הגדלת החשיפה של שיקול הדעת השיפוטי שתיאר מאוטנר זוכה בתימוכין אמפיריים בספרות. מגמה זו באה במקביל לעלייה שחלה במוניטין של בית המשפט, ולכן ניתן להסבירה על ידי הטענה כי בית המשפט הגדיל את נכונותו לחשוף את שיקול הדעת שלו כאשר המוניטין שלו עלה.

3. שימוש בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי בפסקי דין לא תובעניים

מאמר זה טוען כי בית המשפט מנסה להבטיח ציות לפסיקותיו על ידי התאמת רמת התובענות וסוג ההנמקה שלו לרמת המוניטין שלו. כאשר לבית המשפט יש רמת מוניטין נתונה, באפשרותו לזכות בציות לפסיקה תובענית יותר העושה שימוש בהנמקה המסתירה את שיקול דעתו או לפסיקה תובענית פחות העושה שימוש בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי. הבעיה בהוכחת נטייה זו של בית המשפט היא שבית המשפט ינסה לרוב לגרוס כי הנמקה מסוימת מחייבת תוצאה מסוימת ומובילה אליה באופן בלתי

²⁴ אך שימוש חריג בפסקי דין בשם בית המשפט בתקופה שבה לא נעשה כמעט שימוש כזה יכול ללמד על רצונו של בית המשפט לתמוך בפסיקה שצפויה לעורר מחלוקת עמוקה באמצעות הנמקה המסתירה את שיקול דעתו. ראו דיון בחלק הבא.

נמנע. עם זאת, ניתן לאתר מקרים שבהם בית המשפט היה יכול באופן מובהק לעשות שימוש בשני נתיבים של הנמקה ולהגיע באמצעותם לאותה תוצאה. במקרה כזה בחירה בנתיב מסוים של הנמקה אינה מחויבת מן הדוקטרינה, וייתכן שהיא משרתת את האסטרטגיה של בית המשפט.²⁵

נתבונן, לדוגמה, על העתירה שהוגשה בנוגע לפטור הניתן לבחורי ישיבות משירות צבאי (להלן: עניין רסלר).²⁶ טענות העותרים התחלקו לשתיים: ראשית, הם טענו כי שר הביטחון אינו מוסמך לפטור את בחורי הישיבות, שכן מדובר בהכרעה שצריכה להתקבל בחקיקה ראשית; שנית, הם טענו כי המדיניות שאימץ שר הביטחון אינה סבירה.²⁷ בית המשפט היה יכול אם כן לבטל את המדיניות של שר הביטחון בשתי דרכים: באמצעות שימוש בהנמקה החושפת שיקול דעת שיפוטי רחב ומבקרת את סבירות החלטתו של שר הביטחון או באמצעות החלטה המסתירה את שיקול הדעת השיפוטי ומשתמשת בהנמקה המסורתית של חוסר סמכות. השופט ברק, שנתן את פסק דין הרוב, החליט לא לפסול את ההחלטה של שר הביטחון. הוא הדגיש עם זאת כי סבירות ההחלטה תלויה במספר בחורי הישיבות המשתחררים: אם מספרם יעבור סף מסוים, החלטת שר הביטחון לא תהיה עוד סבירה.²⁸ משמעות הדבר היא שבפסיקה שאינה תובעת דבר מהרשות בית המשפט נוקט במכוון הנמקה החושפת את שיקול דעתו.

כעשר שנים מאוחר יותר הגיע אותו נושא שוב לפתחו של בית המשפט בעניין רובינשטיין.²⁹ בעוד שבתקופה שבה ניתן פסק הדין בעניין רסלר היה מספרם של בחורי הישיבות ששוחררו 17,017, בעת מתן פסק הדין בעניין רובינשטיין עמד מספרם על 28,772.³⁰ כלומר, בית המשפט היה יכול להסתמך על פסק דינו הקודם ולהחליט כי מדיניותו של שר הביטחון אינה סבירה, אולם תחת זאת החליט הנשיא ברק כי שר הביטחון אינו מוסמך לפטור את בחורי הישיבות באופן זה ללא הסדר בחוק. ההסבר המוצע להתנהגות זו הוא שבית המשפט נוטה לתמוך פסקי דין תובעניים בהנמקה שאינה חושפת את שיקול דעתו, כדי להגדיל את סיכויי הציות להם. ניתן לגרוס כי בעוד מדיניות אי-גיוסם של בחורי הישיבות צלחה הן את מבחן הסמכות והן את מבחן הסבירות בעניין רסלר, היא נכשלה בשני מבחנים אלה בעניין רובינשטיין לנוכח השינויים שחלו בעובדות, במדיניותו של שר הביטחון ובדין.³¹ עם זאת, פסקי הדין

25 ידלין משתמש בדוגמאות של התיקים העוסקים בגיוס בחורי ישיבות, שיידונו בפסקה הבאה, כדי להמחיש שבית המשפט יכול לפסול אותה פעולה בנתיבי הנמקה שונים, כגון חוסר סמכות וחוסר מידתיות. הניתוח שידלין מציג מראה את היתרון של הכרעה על פי עילות דוגמת חוסר מידתיות, שכן הכרעה כזו מקטינה את יכולתו של בית מחוקקים מפולג לעקוף את פסיקת בית המשפט. ראו ידלין, לעיל ה"ש 10, בעמ' 690–692.

26 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).

27 שם, בעמ' 455.

28 שם, בעמ' 505.

29 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

30 שם, בעמ' 490.

31 ברק סוקר בפסק דינו שורה של שינויים שחלו בין פסקי הדין: הן שינויים עובדתיים הנוגעים בהיקפו

מדגימים את היכולת להשתמש בהנמקות שונות להשגת אותה תוצאה, והסבר אפשרי לבחירותיו של בית המשפט הוא החישוב האסטרטגי המוצע כאן.

דוגמה נוספת להתנהגות אסטרטגית של בית המשפט נמצאת בפסקי הדין שניתנו בעניין מעצרו של חברי ארגון החיזבאללה אשר לא היוו איום ישיר על בטחונה של מדינת ישראל והוחזקו כקלפי מיקוח לצורך משא ומתן עתידי עם הארגון על החזרת שבויים ישראלים. בפסק הדין בעמ"ם פלוני³² החליט הנשיא ברק, בדעת רוב, כי במקרים חריגים ניתן לעצור אדם בגלל סיכון שאינו נובע ממנו, אלא מסכנה שאחרים מציבים לבטחון המדינה, ולכן שר הביטחון מוסמך לאשר את המעצר. ברק גם קובע כי המעצר הוא מידתי בנסיבות העניין.

בדנ"פ פלוני³³ דן בתיק הרכב מורחב של תשעה שופטים. שוב היה זה ברק שנתן את פסק דין הרוב, אך הפעם הוא סתר את החלטתו הקודמת וקבע כי החוק הישראלי, על פי פרשנותו התכליתית, אינו מתיר כלל מעצר של מי שלא נשקפת ממנו באופן אישי סכנה לבטחון המדינה.³⁴ ברק היה יכול לקבוע כי החזקתם של העצורים לפרק זמן כה ממושך אינה מידתית עוד, ולמעשה הוא אומר שהיה עושה כן אילו מצא שהחלטת המעצר היא בסמכות.³⁵ אף על פי כן ברק בוחר בנתיב המסתיר את שיקול הדעת השיפוטי, ותולה את ההחלטה בהעדר סמכות.³⁶

אחת הדרכים שבאמצעותן שופטים מסתירים את שיקול הדעת שלהם היא על ידי שכנוע השופטים האחרים בהרכב לא לכתוב דעות מיעוט או אפילו להצטרף לפסק דין משותף.³⁷ דווקא במקרים שצפויים לעורר מחלוקת עמוקה ניתן לראות ששופטים עשו

של הסדר דחיית השירות; הן שינויים הנוגעים במדיניותו של שר הביטחון, שהרחיבה את הגדרת הזכאים לדחיית שירות; והן שינויים במבנה החוקתי שלנו, שמצדיקים את השינוי בפסיקה. שם, בעמ' 529–530.

32 עמ"ם 10/94 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997) (להלן: עמ"ם פלוני).

33 דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000) (להלן: דנ"פ פלוני).

34 שם, בעמ' 742.

35 שם, בעמ' 744–745.

36 לאחר שניתן פסק הדין בדנ"פ פלוני חוקקה הכנסת את חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ב-2002, שנועד לאפשר את המשך כליאתם של דיראני ועביד – שני האסירים הבכירים מבין אלה שעניינם נדון בפסק הדין. שאר האסירים שוחררו. בטרם הספיק בית המשפט לתת הכרעה בעניין חוקתיותו של החוק, שוחררו גם שני אסירים אלה במסגרת עסקה עם חיזבאללה. ראו בעניין זה ע"פ 3660/03 עביד נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 8.9.2005).

37 התופעה של רצון לשרוד אחדות בין השופטים בתיקים מעוררי מחלוקת נצפתה בבית המשפט העליון האמריקני בכמה פרשות. הבולטת מביניהן היא עניין *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954). פסק דין זה קבע כי מדיניות הסגרגציה בין שחורים ללבנים במערכת החינוך היא בלתי חוקתית. אף שהשופטים שישבו בתיק היו חלוקים ביניהם בשאלת ההכרעה, הופעלו לחצים על כל השופטים לא לכתוב דעות מיעוט. בסופו של יום נתן נשיא בית המשפט העליון ארל וורן פסק דין קצר מאוד, ולא נכתבו כלל דעות מיעוט או דעות יחיד. ראו Michael J. Klarman, *Brown v. Board of Education: Law or Politics?* 18 (Univ. Va. Sch. L., Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Research Paper No. 02-11, 2002) ssrn.com/abstract_id=353361

שימוש בפסק דין משותף, וזאת בתקופה שבה פסקי דין כאלה היו חריגים במיוחד. כך היה בעניין **דמיאניוק**, שבו זיכה בית המשפט את הנאשם מהשתתפות בפשעי הנאצים בגלל ספקות בנוגע לזהותו, וכך גם בעניין **האגודה לזכויות האזרח**, שבו אישר בית המשפט את גירושם הזמני של ארבע מאות וחמישה-עשר חברים בארגונים עוינים.³⁸ עם זאת, כפי שציינתי בחלק הקודם, קשה להסיק מסקנות מפרקטיקה של כתיבת דעות מיעוט בפסק דין נתון. תיקים המעוררים מחלוקת עמוקה בקרב הציבור עשויים לעורר מחלוקת דומה גם בקרב השופטים, דבר שיגרום לכתיבת דעות מיעוט דווקא מקום שבית המשפט כמוסד נזקק לשדר חזית אחידה.³⁹ דוגמה מובהקת לכך ניתן למצוא בעניין **המועצה האזורית חוף עזה**.⁴⁰ פסק דין זה אישר את חוק ההתנתקות, שהיה מצוי בליבה של מחלוקת ציבורית עמוקה. עשרה מבין אחד-עשר שופטי ההרכב הצטרפו לפסק דין משותף, אולם השופט לוי כתב פסק דין מיעוט תקיף שקבע כי החוק אינו חוקתי. אי-אפשר להסביר בקלות את התנהגותו של השופט לוי כמשרתת את האינטרס ארוך הטווח של בית המשפט, והגיוני הרבה יותר לראות בה ייצוג אמיתי של עמדתו האידיאולוגית, אשר התנגדה נחרצות לתוכנית ההתנתקות, עד כדי כך שהשופט העדיף את הבעת עמדתו זו על האינטרס של בית המשפט לשדר אחדות. עם זאת, ייתכן שדווקא הצגת עמדתו שיקפה פלורליזם של דעות בבית המשפט וסייעה בכך להדוף חלק מהביקורת נגד פסק הדין.

4. פיתוח תקדימים מדורג

החלקים הקודמים טענו כי הציות לבית המשפט תלוי בסוג ההנמקה המשמשת את בית המשפט. אך טיבה של ההנמקה אינו סטטי; כאשר בית המשפט משתמש בהנמקה מסוימת פעמים מספר, הוא מקנה לה לגיטימציה מיוחדת על ידי הצגת פסיקתו כעקבית. פסיקה עקבית נתפסת כפסיקה שאינה תוצר של שיקול דעת שיפוטי, אלא כיישום של הדין, ולכן אם הרשות לא תציית לפסיקה, היא תהיה חשופה לביקורת חריפה יותר. אם בית המשפט נותן שתי פסיקות סמוכות זו לזו המשתמשות באותה הנמקה, הוא מפגין את עקביותו ובכך מגדיל את סיכויי הציות לשתי הפסיקות כאחת. ייתכן שאין זה מקרי,

38 ע"פ 347/88 **דמיאניוק נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(4) 221 (1993); בג"ץ 5973/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון**, פ"ד מז(1) 267 (1993). לניתוח בעניין פסקי דין אלה ראו את דבריו של אשר מעוז בספר **משפטים ראשונים – שיחות בעקבות פסקי-דין של בית-המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו** 55, 56 (דפנה ברק-ארז עורכת, 1999).

39 כך, לדוגמה, אטיה וסמרט טוענים כי כאשר בית המשפט יזום שינוי חברתי משמעותי, הדבר עלול לעורר מחלוקת בין השופטים, שצריכים לבחור בין כמה נתיבי פעולה אפשריים. מצד אחר, דווקא בתקיים כאלה, שעלולים לעורר מחלוקת, בית המשפט נדרש לשדר חזית אחידה על ידי צמצום המחלוקת בין דעות השופטים. ראו P.S. ATIYAH & ROBERT.S. SUMMERS, FORM AND SUBSTANCE IN ANGLO-AMERICAN LAW: A COMPARATIVE STUDY OF LEGAL REASONING, LEGAL THEORY, AND LEGAL INSTITUTIONS 288 (1987).

40 בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005).

אם כן, שכמה מן ההלכות החשובות ביותר של בית המשפט, שמציגות דוקטרינה חדשה, ניתנו בזוגות של פסקי דין סמוכים.⁴¹ כך, לדוגמה, בעניין **גנימאת**⁴² ברק קובע כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו צריך להשפיע על פירושם של חוקים שנחקקו לפניו חרף פסקת שמירת הדינים המגינה עליהם מפני בטלות. באותו עניין ברק מסתמך על פסיקתו שניתנה רק שלושה ימים קודם לכן בעניין **בנק המזרחי**,⁴³ שקבעה כי לחוק היסוד יש מעמד נורמטיבי חוקתי. דוגמה נוספת היא פסיקתו של ברק בעניין **עדאלה**,⁴⁴ אשר לא זכתה בהסכמת הרוב, לפחות לעניין התוצאה, ולפיה זכותו של אזרח ישראלי להקים משפחה בישראל מוגנת על ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכיוון שהיא מבוססת על זכותו לשוויון, הקשורה בקשר ענייני הדוק לכבוד האדם. פסיקה זו נסמכת על הפסיקה שנתן ברק שלושה ימים קודם לכן בעניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**,⁴⁵ אשר אימצה את מודל הביניים לתחילת גבולותיו של חוק היסוד. לפי מודל זה, הפליה הפוגעת בכבוד האדם – כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה או חופש פעולה – מנוגדת לחוק היסוד.

כמתואר בחלקים הקודמים, לאורך השנים עלה המוניטין של בית המשפט מכיוון שהוא זכה בציות לרבות מהחלטותיו. במקביל עבר בית המשפט עם השנים מפסיקות המסתירות את שיקול הדעת השיפוטי לפסיקות החושפות שיקול דעת זה ביתר שאת. הפסיקות השונות שניתנו לאורכו של תהליך זה לא היו מנותקות זו מזו; להפך, הן הסתמכו זו על זו ושינו את הדוקטרינות הנוהגות בבית המשפט באופן מדורג. דוגמה למהלך מדורג כזה ניתן למצוא בהתפתחותה של דוקטרינת הבטלות היחסית בפסיקתו של בית המשפט. בית המשפט הסתמך על הדוקטרינה האנגלית שלפיה מעשים של הרשות שנעשו בחוסר סמכות הם בטלים לחלוטין, ובית המשפט מחויב רק להצהיר על בטלותם ללא הפעלת שיקול דעת. למעשה, גבולות שיקול הדעת של בית המשפט היו מצומצמים במיוחד, מכיוון שנקבע כי גם פגמים משניים, כגון הפרת כללי הצדק הטבעי או יצירת חקיקת משנה בלתי סבירה, שקולים לפעולה בחוסר סמכות, ודינם בטלות

41 הסבר אפשרי אחר לסמיכותן של פסיקות חשובות הוא התקרבות מועד הפרישה של שופטים בבית המשפט. כך, הפסיקות בע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין **בנק המזרחי**), וברנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995), ניתנו בימים האחרונים שבהם היה הנשיא שמגר יכול לתת פסקי דין; והפסיקות בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: עניין **עדאלה**), ובבג"ץ 6427/02 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל**, פ"ד סא(1) 619 (2006), ניתנו בימי האחרונים של הנשיא ברק בבית המשפט. הסבר זה יכול אומנם לתרץ את מועד מתן הפסיקות החשובות, אולם אין בו הסבר מספיק לשימוש המובהק בפסיקה סמוכה קודמת ככלי לחיזוק ההנמקה בפסיקה אחרת.

42 עניין **גנימאת**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 653.

43 עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 351.

44 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 41, פס' 39–40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

45 עניין **התנועה למען איכות השלטון בישראל**, לעיל ה"ש 41, פס' 38–40 לפסק דינו של הנשיא ברק.

מוחלטת.⁴⁶ מנקודת מוצא זו, שבה שיקול הדעת השיפוטי מוגבל ביותר, התקדם בית המשפט בהדרגה. ראשית, נקבע כי מקום שהרשות הייתה מוסמכת לפעול אך נפל פגם בפעולתה, בטלותן של הפעולות המנהליות היא בטלות יחסית בלבד, הנותנת לבית המשפט שיקול דעת בשאלה איזה סעד יינתן.⁴⁷ רק לאחר מכן, בשורה של החלטות, התפתחה הדוקטרינה כך שגם מקום שלרשות לא הייתה כלל סמכות לפעול מדובר בבטלות יחסית בלבד.⁴⁸ ההתפתחות המדורגת של הדוקטרינה גורמת להתיישנותם של פסקי דין ותיקים ולהחלפתם בפסקי דין חדשים המבטאים טוב יותר את הדוקטרינה העדכנית הנהוגה בבית המשפט. ייתכן שניתן לראות בתופעה זו הסבר אפשרי אחד לנטייתו של בית המשפט לצטט בעיקר פסיקות חדשות.⁴⁹

להתקדמות מדורגת בדוקטרינה יש יתרונות נוספים מלבד התאמת הפסיקה למוניטין הנוכחי של בית המשפט. כאשר בית המשפט מתקדם כל פעם מעט, הוא יכול לבחון את תגובותיה של הרשות על פסיקותיו, ואם הוא מבחין כי פסיקותיו חשופות לביקורת קשה, הוא יכול לסגת במהירות במקום להמשיך באותו נתיב של התקדמות הפסיקה. נסיגה מהתקדמות מזערית קשה פחות לביצוע ומזיקה פחות לבית המשפט מנסיגה משמעותית.⁵⁰ כמו כן, התקדמות מדורגת מקטינה את עלויות המידע הנדרשות לצורך ההחלטה וכן את עלויות הטעות של ההחלטה.⁵¹

- 46 להגדרת הפרה של כללי הצדק הטבעי כפעולה השקולה לחוסר סמכות ראו ע"א 183/69 **עיריית פתח תקוה נ' טחן**, פ"ד כג(2) 398, 403-406 (1969). להשוואת חקיקת משנה בלתי סבירה לפעולה בחוסר סמכות ראו ע"א 311/57 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ**, פ"ד יג 1039, 1026 (1959).
- 47 בג"ץ 118/80 **גרינשטיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי**, פ"ד לה(1) 246, 239 (1980).
- 48 ראו את החלטתה של השופטת דורנר בבג"ץ 2918/93 **עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 832, 847-848 (1993), ואת החלטתו של השופט זמיר בע"פ 866/95 **סוסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 817, 793 (1996). לניתוח מעמיק יותר של התפתחות הדוקטרינה בתחום הבטלות היחסית ראו שי דותן **הגמשת סעד הבטלות בגין פגם בפעולה שלטונית – הבטלות היחסית** (עבור גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, 2003).
- 49 יותר ממחצית מפסקי הדין שבית המשפט הישראלי מאזכר הם בני פחות מעשר שנים ביום אזכורם. ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" **משפטים** כז 119, 172 (1996).
- 50 זו הסיבה שבעטייה בירוקרטים נוטים להתקדם באופן מדורג ולבחון את תוצאות מעשיהם. התיאוריה הבסיסית של התקדמות כזו תוארה על ידי Charles E. Lindblom, *The Science of "Muddling Through"*, 19 PUB. ADMIN. REV. 79, 86 (1959) מאוחר יותר הוחלה התיאוריה גם על התנהגות שיפוטית. ראו MARTIN M. SHAPIRO, *THE SUPREME COURT AND ADMINISTRATIVE AGENCIES* 73-91 (1968). להסברת הנטייה להתקדמות מדורגת כתוצר של הטיות קוגניטיביות ו"כללי אצבע", כגון רצון לשימור הסטטוס-קוו, ראו מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" **דין ודברים** א 211, 285-286 (2004).
- 51 סנסטין מתאר פרקטיקה של החלטה אשר ממוקדת במקרה הנתון ואינה חושפת תיאוריה כללית, ומכנה אותה "מינימליזם". פרקטיקה זו חוסכת בעלויות המידע, ומקטינה את עלויות הטעות של

במקביל להתקדמות המדורגת בפסיקה, בית המשפט מנסה להציג תקדימים עקרוניים – במיוחד כאלה המחזקים את כוחו – דווקא בתיקים שאינם דורשים ציות מן הרשות המבצעת. טקטיקה זו מקובלת בבתי משפט רבים, וזכתה בכינוי "טקטיקת מרבורי נ' מדיסון", על שם פסק דינו המפורסם של הנשיא מרשל בבית המשפט העליון האמריקני, שבו הקנה לעצמו בית משפט זה את יכולת הביקורת החוקתית.⁵² הנשיא ברק עצמו הודה בגלוי בריאיון שנתן לאחר פרישתו כי הוא נקט טקטיקה זו: כאשר הציג תקדים שנתן לבית המשפט כלי דוקטרינרי חדש, הוא הסתפק תחילה בהצגתו בלבד בפסק דין אחד, ורק בפסקי דין מאוחרים יותר עשה בו שימוש.⁵³ הדוגמה שברק עצמו מביא ליישומה של טקטיקה זו היא פסיקת בית המשפט בעניין **בנק המזרחי**. באותו עניין קבע בית המשפט כי יש לו סמכות לקיים ביקורת חוקתית, ואף קבע כי החוק מושא הדיון פוגע בזכות הקניין, אך פסק כי פגיעה זו היא בגבולות המותר על פי חוק היסוד ולכן אין לבטל את החוק.⁵⁴ בדומה לכך, כאשר השופטת ביניש קבעה בעניין **מגדלי העופות**, בשם בית המשפט, כי ניתן לפסול חוקים שאינם עומדים בדרישות פרוצדורליות בסיסיות, היא פסקה כי החוק מושא הדיון יישאר בתוקפו.⁵⁵

גם כאשר בית המשפט מקנה את הסעד של בטלות דבר חקיקה, הוא מנסה לשמר בידיו את השליטה בתוצאות המעשיות של בטלות זו, ובכך להגדיל את מרחב התמרון שלו ואת יכולתו למנוע אי-ציות לפסיקותיו. הגדלת מרחב התמרון נעשית באמצעות דוקטרינת הבטלות היחסית, שיושמה גם במשפט החוקתי. דוגמה לבטלות יחסית היא השעיית מועד הבטלות, כלומר, קביעה כי אף על פי שהחוק מוכרז כבטל, הוא יישאר

ההחלטה. ראו CASS R. SUNSTEIN, ONE CASE AT A TIME: JUDICIAL MINIMALISM ON THE SUPREME COURT 4 (1999).

52 ראו Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). בעניין זה דובר במינויו של מרבורי, שהיה מתומכי הנשיא אדמס, למשרת שופט בימיו האחרונים של אדמס בנשיאותו. מרבורי פנה לבית המשפט בבקשה לקבלת צו מנדמוס (Writ of Mandamus) שיחייב את מזכיר המדינה מדיסון לאשר את מינויו כשופט. מרשל פסק כי למרבורי יש זכות שצריכה לזפות אותו בסעד, אך אף על פי כן לא ניתן סעד מכיוון שלבית המשפט אין סמכות לתת צו מנדמוס. פסיקה זו מאזנת למעשה בין טענותיהם של שני הצדדים ומחסנת את בית המשפט מביקורת, אך הקביעה החשובה ביותר במסגרתה היא שחוק הרשות השופטת מ-1789, שהקנה לבית המשפט סמכות מקורית להעניק צווי מנדמוס, בטל בהיותו מנוגד לחוקה, אשר מאפשרת לבית המשפט לתת צווי מנדמוס רק כערכאת ערעור (שם, בעמ' 175–179). כך למעשה העניק בית המשפט לעצמו את הסמכות לביקורת חוקתית בתיק שבו הוא קיבל את עמדת המדינה. לניתוח זה ראו THOMAS G. WALKER & LEE EPSTEIN, THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES: AN INTRODUCTION 10 (1993). יתר על כן, כפי שהאיר את עיניי מקסוול סטרנס, בית המשפט הקנה לעצמו את סמכות הביקורת השיפוטית בתיק שבו הוא שלל לכאורה סמכות שהוענקה לו בטענה שהיא בלתי חוקתית, ובכך הוא חיסן את עצמו מביקורת על הגדלת כוחו וסמכויותיו.

53 אריאל בנדור וזאב סגל **עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק** 25 (2009).

54 ראו עניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 351–352.

55 בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל** אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, 56 (2004).

בתוקפו למשך תקופה מסוימת. כך, לדוגמה, בפעם הראשונה שבה ביטל בית המשפט סעיף בחוק – בעניין **לשכת מנהלי ההשקעות** – הוא קבע כי אף על פי שהסעיף בטל, הוא יישאר בתוקפו עד סוף השנה, כלומר, כשלושה חודשים אחרי מועד מתן פסק הדין.⁵⁶ דחיית מועד הבטלות של החוק מאפשרת לרשויות להיערך ולחוקק הוראות חדשות, ובכך מגדיל את סיכויי הציות לפסיקת בית המשפט. גם בעניין **צמח**, שבו קבע בית המשפט כי סעיף בחוק המאפשר לשוטר צבאי לעצור חייל לפרק זמן של תשעים ושש שעות סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא השעה את בטלות הסעיף לתקופה של שישה חודשים.⁵⁷

5. סיכום

בית המשפט משתמש בפסיקתו באופן אסטרטגי כדי לחזק את המוניטין שלו. הוא עושה זאת על ידי התאמת תוכן הפסיקה למוניטין שלו בזמן נתון, על ידי התאמת ההנמקה לסעד הניתן ועל ידי פיתוח מדורג של תקדימים. היקף שיקול הדעת של בית המשפט בנוקטו פעולות אלה מוגבל על ידי הסעד המבוקש ועל ידי הדוקטרינה הקיימת. ככל שמגיעים לבית המשפט תיקים רבים יותר, החושפים לפניו מצבים עובדתיים שונים, כן גדלה יכולתו לתמרן את החלטותיו באופן אסטרטגי. מכיוון שכך, נסיונותיו של בית המשפט לצמצם את דרישותיה של דוקטרינת זכות העמידה ולהרחיב את שפיטותן של ההחלטות המותקפות לפניו הם כלי שמגדיל את יכולת התמרון האסטרטגית שלו.⁵⁸ לבית המשפט אין אפשרות פורמלית לברור את התיקים שבהם יכריע, ולכן ייתכן שפתיחת שעריו לפני תיקים רבים כל כך תחשוף אותו גם לתיקים שהוא אינו מעוניין להכריע בהם. עם זאת, בית המשפט יכול לדחות את ההכרעה בתיקים מסוימים עד למועד שבו הנושא יהיה נפיץ פחות מבחינה פוליטית או לדחות את העתירה מנימוקים טכניים.⁵⁹ באופן זה פתיחת שעריו של בית המשפט מאפשרת לו למעשה לברור את התיקים שסייעו בהגדלת המוניטין שלו.

56 בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367, 414, 416–417 (1997). במקרה זה פסק בית המשפט כי סעיף בחוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות, בשיווק השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995, אשר חייב גם מנהלי השקעות מנוסים לעבור בחינות לשם קבלת רישיון לניהול תיקי השקעות, פגע בחופש העיסוק שלהם מעבר למותר ולכן דינו בטלות.

57 בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999).

58 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 3, בעמ' 103–104; גביון, קרמניצר ודותן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 11–15.

59 ראו יואב דותן "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ "משפט וממשל ז 159 (2004).

פרק ב: תגובתה של הרשות המבצעת והירידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט

1. אי-ציות אסטרטגי לבית המשפט

אם בית המשפט אכן מתמרן את פסיקותיו באופן אסטרטגי, הוא יכול לפסוק רק פסיקות שלרשות משתלם לציית להן מכיוון שעלות אי-הציות, מבחינת המוניטין של הרשות, גבוהה מעלות הציות לפסיקה. ייתכן שבית המשפט יטעה בתחשיב העלויות של הרשות, וייתן לעיתים פסיקות שלרשות לא משתלם לציית להן ואשר ייענו עקב כך באי-ציות. עם זאת, ככל שבית המשפט צובר ניסיון שיפוטי, לומד להכיר את צורכי הרשות ומפתח את הדוקטרינה שלו, טעויות כאלה יהיו נדירות יותר.

אם הרשות תמשיך לציית לפסיקותיו של בית המשפט, אזי המוניטין של בית המשפט ילך ויגדל. בית משפט בעל מוניטין גבוה מהווה סיכון מבחינת הרשות, מכיוון שהוא יכול לתת פסיקות תובעניות שהרשות תיאלץ לציית להן כדי למנוע פגיעה משמעותית במוניטין שלה. תהליך זה אינו בלתי נמנע, מכיוון שהרשות מסוגלת לצפות את ההשלכות ארוכות הטווח של גידול במוניטין של בית המשפט ולנסות לרסן את בית המשפט. אם הרשות לא תציית לפסיקות תובעניות גם כאשר עלותן נמוכה מעלות המוניטין של אי-ציות, היא תשדר לבית המשפט שהיא מתחייבת לא לציית לפסיקות מעל עלות מסוימת למרות המחיר הכרוך בכך. האיתות הנשלח לבית המשפט יהיה אמין אם הרשות מסוגלת להתמיד באי-הציות שלה ולשאט את העלות הכרוכה בכך יותר מכפי שבית המשפט מסוגל להתמיד במתן פסיקות כאלה שייענו באי-ציות. העובדה שהרשות ממשיכה להתמודד מול בית המשפט לאורך זמן ויכולה להפסיד מגידול במוניטין של בית המשפט הופכת את האיום שלה לא לציית לבית המשפט כאשר הוא נותן פסיקות תובעניות מדי לאמין.⁶⁰ אם הרשות אינה מציינת לפסיקות תובעניות, בית המשפט עשוי לרסן את עצמו ולהפסיק לפסוק פסיקות כאלה מכיוון שרק התנהגות זו תביא לידי כך שהרשות תציית. יתר על כן, אם הרשות אינה מציינת כמה פעמים, הדבר יכול לפגוע

60 האופן שבו ניתן ליצור איומים אמניים, בין היתר בסיטואציות של מערכת יחסים חוזרת, נחקר על ידי שלינג. ראו THOMAS C. SCHELLING, THE STRATEGY OF CONFLICT 41, 48 (1960). בניגוד למוניטין של בית המשפט, שנגזר בעיקר מהתנהגותה של הרשות מולו, המוניטין של הרשות משתנה ותלוי גם בגורמים אחרים, כגון תוצאות הבחירות והתנהגות הרשות בהקשרים אחרים. הדבר מקנה לרשות כוח רב יותר לאיים על בית המשפט באי-ציות, בידועה כי בית המשפט, החרד למוניטין שלו לטווח ארוך, צפוי להיפגע מאי-ציות יותר ממנה. אף על פי שהמוניטין של בית המשפט מודד את הרשות צפויה לציית לו והמוניטין של הרשות מודד אם היא צפויה לציית לבית המשפט, ייתכן מצב שבו לבית המשפט יש מוניטין גבוה אך לרשות יש מוניטין נמוך. המוניטין של בית המשפט מודד את רשות סבירה כלשהי תציית, ולא רק הרשות השלטת ברגע נתון. לכן בית המשפט יכול לשמור על מוניטין גבוה גם כאשר לרשות יש מוניטין נמוך אם הציבור מצפה שכאשר תתחלף השליטה ברשות או תשתנה מדיניותה, שיעור הציות יהיה שוב גבוה.

במוניטין של בית המשפט, והמוניטין הנמוך יותר של בית המשפט יגרום לכך שהוא יפסיק לתת פסיקות תובעניות נגד הרשות.

בעשור הראשון של שנות האלפיים לא צייתה הרשות לבית המשפט במספר רב של מקרים. עובדה זו מלמדת כי הרשות ניסתה לשרר לבית המשפט שעליו לרסן את פסיקותיו. ברוב המקרים לא הצהירה הרשות בגלוי כי אין בכוונתה לציית לבית המשפט, אלא ביקשה דחיות חוזרות ונשנות, ובכך הסתירה מהציבור את אי-הציות שלה והקטינה את הביקורת הציבורית עליה. בה בעת קיבל בית המשפט את המסר שהרשות אינה מתכוונת לציית לפסיקות תובעניות כאלה.

נבחן כמה דוגמאות לאי-ציות: בעניין **יאסין**⁶¹ קבע בית המשפט כי קטע מגדר ההפרדה שהוקמה בשטחים המוחזקים צריך לעבור בתוך פרק זמן סביר לנתיב אחר העומד בתנאים מסוימים. שמונה חודשים מאוחר יותר הוגשה בקשה לצו בזיון בית משפט, ובית המשפט מצא כי הנתיב החדש שאימצה הרשות אכן אינו עומד בתנאים שהציב, ודרש מהרשות לציית במהירות לפסיקתו.⁶² באותו עניין העניקה פסיקתו הראשונית של בית המשפט מרחב שיקול דעת מסוים לרשות, ולכן הקשתה זיהוי מובהק של אי-ציות. סייג זה אינו מתקיים בפסיקות אחרות. כך, לדוגמה, בעניין **דאהריה**⁶³ הורה בית המשפט, בפסיקה ספציפית ומדויקת, לפרק מכשול בגובה 82 ס"מ שהוקם ליד כבישים בקטע מסוים בגדה המערבית. הרשות לא צייתה לפסק הדין, וביקשה דחייה רק שלושה ימים לפני המועד שבו היא הייתה אמורה לציית לפסק הדין. כתוצאה מכך ביקר בית המשפט בחריפות את הרשות, והקציב לה פרק זמן קצר נוסף של ארבעה-עשר יום כדי לציית לפסיקתו.⁶⁴ שני פסקי הדין שלעיל עסקו בנושאים של ביטחון לאומי, אולם הרשות לא צייתה לפסיקות של בית המשפט גם בתחומים אחרים. כך, לדוגמה, בעניין **קו לעובד**⁶⁵ קבע בית המשפט כי המדיניות של כבילת עובדים זרים למעביד ספציפי פוגעת בזכויותיהם החוקתיות, ויש לבטלה ולהחליפה במדיניות חדשה בתוך שישה חודשים. יותר משנתיים מאוחר יותר, במסגרת דיון בבקשה לצו בזיון בית משפט, קבע בית המשפט כי אף שהרשות שוקלת חלופות אפשריות, העובדים עודם חשופים למדיניות הישנה שבוטלה על ידי בית המשפט.⁶⁶ שלושת התיקים שלעיל עסקו באוכלוסיות

61 בג"ץ 8414/05 **יאסין נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סב(2) 822 (2007).

62 בג"ץ 8414/05 **יאסין נ' ממשלת ישראל** (פורסם באר"ש, 15.12.2008) (החלטה בבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט).

63 בג"ץ 1748/06 **ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם באר"ש, 14.12.2006) (להלן: פסק הדין בעניין **ראש עיריית דאהריה**).

64 בג"ץ 1748/06 **ראש עיריית דאהריה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית** (פורסם באר"ש, 24.7.2007) (החלטה בבקשה לדחיית מועד ביצוע פסק הדין ובבקשות לפי פקודת בזיון בית משפט) (להלן: החלטה בעניין **ראש עיריית דאהריה**).

65 בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346 (2006).

66 בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל** (פורסם באר"ש, 24.11.2008) (החלטה בבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט) (להלן: החלטה בעניין **קו לעובד**). בהחלטה מאוחרת יותר באותו עניין, שניתנה בתאריך 3.12.2009, ביקר בית המשפט את הרשות שוב על כך שהיא אינה

מוחלשות – הפלסטינים בשטחים והעובדים הזרים בישראל – אולם הרשות לא צייתה לבית המשפט גם כאשר הדבר נגע באוכלוסייה יהודית בישראל הנמצאת תחת איום צבאי. בעניין ווסר⁶⁷ קבע בית המשפט כי על המדינה למגן כיתות לימוד באזורים הסמוכים לרצועת עזה מפני רקטות קצרות טווח. שבועיים בלבד לפני תום התקופה שהוקצבה למיגון הכיתות, ביקשה הרשות דחייה, וטענה כי מתוך עשרים וארבעה בתי הספר שיש למגנם ניתן למגן רק שבעה, ואילו את שבעה-עשר בתי הספר הנותרים יש לבנות לגמרי מחדש. למעשה, הרשות עמדה בלוחות הזמנים שהוקצבו על ידי בית המשפט רק ביחס לשלושה בתי ספר, ובכל שאר בתי הספר התמשכו העבודות מעבר לתאריך שנקבע על ידי המשפט.⁶⁸

התיקים שהובאו לעיל הם רק דוגמאות מייצגות מתוך המקרים הרבים שבהם לא צייתה הרשות לפסיקתו של בית המשפט או לפחות לא צייתה באופן מלא ומיידי. אף שהרשות ניסתה להימנע מאי-ציות מופגן, על ידי בקשות דחייה מתמשכות, המדיניות החדשה של אי-ציות לפסיקות בית המשפט הגיעה לידיעת הציבור, בין היתר כתוצאה ממכתב חריף ששלחה יהודית קרפ, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, אל היועץ המשפטי המכהן.⁶⁹ במכתב זה סקרה קרפ בהרחבה את הדוגמאות שהובאו כאן וכן דוגמאות רבות אחרות שבהן הממשלה לא צייתה לפסקי דין של בית המשפט ולפסקי דין של בתי משפט מנהליים או צייתה להם רק כעבור פרק זמן בלתי סביר. מכתב זה פורסם בעיתונות הישראלית,⁷⁰ ואף הוביל לתגובה של משרד היועץ המשפטי לממשלה, שטען כי העיכוב בציות נבע בעיקר ממורכבותן של הסוגיות שנדונו.⁷¹ נוסף על כך, בעקבות

מיישמת מדיניות העולה בקנה אחד עם פסיקתו, אך אף על פי כן דחה את הבקשה למתן צו בזיון בית משפט, בהביעו תקווה כי הרשות תיישם בעתיד מדיניות התואמת את פסק הדין.

67 בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון פ"ד סב(2) 198 (2007) (להלן: פסק הדין בעניין ווסר).

68 בג"ץ 8397/06 ווסר נ' שר הביטחון (פורסם באר"ש, 13.11.2007) (החלטה בבקשה לדחיית מועד ביצוע פסק הדין) (להלן: החלטה בעניין ווסר).

69 מכתב מעו"ד יהודית קרפ ליהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה (פברואר 2010) www.acri.org.il/pdf/karp1.pdf.

70 אור קשתי ותומר זרחין "כך מתעלמת המדינה בשיטתיות מהחלטות בג"ץ" הארץ 5.3.2010 www.haaretz.co.il/news/law/1.1192008.

71 מכתב מקרן דהריבן-נון, ממונה (יועץ וחקיקה) בפועל, לעו"ד יהודית קרפ (2.8.2010) www.news1.co.il/uploadFiles/109020411968232.doc. קרפ ביקרה בחריפות תגובה זו במכתב נוסף, שבו טענה כי התגובה אינה מצביעה על נכונות אמיתית לציית לבית המשפט. ראו מכתב מעו"ד יהודית קרפ ליהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה (2.9.2010) www.acri.org.il/pdf/karp3.pdf. במכתב נוסף ומאוחר יותר קרפ מבקרת במיוחד את הפרקטיקה של אי-ציות להחלטות ביניים של בית המשפט ושל אי-עמידה בהבטחות ובהתחייבויות שניתנו על ידי המדינה לבית המשפט, ומציעה כי נושא זה יוסדר בהנחיות חדשות. ראו מכתב מעו"ד יהודית קרפ ליהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה (2011) www.adalah.org/uploads/oldfiles/upfiles/2011/Karp_letter_to_the_AG_Feb_2011_Hebrew.pdf. גם בית המשפט עצמו הביע ביקורת קשה על הרשות שאינה עומדת בהתחייבויותיה לבית המשפט. ראו בג"ץ 7891/07 תנועת "שלום עכשיו" –

מכתבה של קרפ יזם משרד היועץ המשפטי לממשלה הנחיה חדשה לפיקוח על ציות המדינה לפסקי דין.⁷² לפני הוראה זו הוסדר בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה רק נושא הפיקוח על ציות המדינה לפסקי דין הדורשים תשלום כספי,⁷³ וההנחיה החדשה מאפשרת פיקוח גם על פסקי דין הדורשים ביצוע פעולות מנהליות שונות.

2. ירידת התמיכה הציבורית בבית המשפט

כאשר הרשות אינה מצייתת לבית המשפט, המוניטין שלה נפגע, כלומר, הציבור צופה שהיא לא תציית לבית המשפט גם בעתיד. נוסף על כך, התמיכה הציבורית ברשות עלולה להיפגע עקב אי-הציות, אך מידת הפגיעה תלויה בשיעור התמיכה הציבורית בבית המשפט. ככל שהציבור תומך יותר בבית המשפט – מכיוון שהוא סבור שפסיקותיו צודקות, נכונות מבחינה משפטית או אובייקטיביות – כן תגבר הביקורת הציבורית על הרשות אם היא לא תציית.⁷⁴ מכיוון שכך, שיעור נמוך של תמיכה ציבורית בבית המשפט מקל על הרשות לא לציית לפסיקותיו. הציבור מבין שהירידה בתמיכה הציבורית מגדילה את הסיכוי שבית המשפט יהיה חשוף לאי-ציות, ולכן המוניטין של בית המשפט, המודד עד כמה הרשות צפויה לציית לפסיקותיו, נפגע גם כן.

קל לראות כי התמיכה הציבורית בבית המשפט פחתה במידה משמעותית לאורך העשור הראשון של שנות האלפיים. סקרים מקצועיים שנערכו שנה אחרי שנה הראו בכירור ירידה מתמשכת באמון הציבור בבית המשפט.⁷⁵ נדמה כי קשה לחלוק על

ש.ע.ל. מפעלים חינוכיים נ' שר הביטחון, פס' 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור (פורסם באר"ש, 18.11.2013).

72 "ביצוע פסקי דין של בתי משפט נגד המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1006 (התש"ע) www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/61006.pdf

73 "הוצאה לפועל של פסקי דין נגד המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 6.1003 (התשע"ה) www.justice.gov.il/Units/YoezMespati/HanchayotNew/Seven/61003.pdf (הנחיה שפורסמה במקורה בשנת התשס"ג).

74 אם הציבור סבור כי בדרך כלל פסיקותיו של בית המשפט נכונות ומוצדקות, הוא יתמוך בבית המשפט באופן כללי (תמיכה המכונה בספרות "diffuse support"). אם הציבור מראה תמיכה כללית בבית המשפט, הוא יהיה מוכן לקבל לעיתים גם פסק דין מסוים שהוא מתנגד לו. ראו James L. Gibson, Gregory A. Caldeira & Lester Kenyatta Spence, *Why Do People Accept Public Policies They Oppose? Testing Legitimacy Theory with a Survey-Based Experiment*, 58 POL. RES. Q. 187 (2005). אולם אם בית המשפט מוציא באופן עקבי פסיקות שהציבור מתנגד להן ומפקפק בנכונותן המשפטית, התמיכה הציבורית בבית המשפט פוחתת, ואיתה הנכונות לקבל פסיקות כאלה בעתיד.

75 אשר אריאן ואח' מדד הרמוקרטיה הישראלית 2010 – ערכים דמוקרטיים בישראל הלכה למעשה (2010) www.idi.org.il/media/4848/madad-2010-sofi.pdf. את הירידה באמון הציבור בבית המשפט ניתן לראות בערכים הבאים: 70% (בשנת 2003), 79% (2004), 72% (2005), 68% (2006), 61% (2007), 49% (2008), 52% (2009) ו-54% (2010) (שם, בעמ' 78). חשוב לציין, עם זאת, כי למרות הירידה באמון הציבור בבית המשפט העליון, הציבור נותן בו עדיין אמון רב יותר מאשר

התופעה הכללית של ירידת התמיכה הציבורית בבית המשפט, אף שניתן למצוא לה הסברים שונים. ההסבר של רן הירשל, לדוגמה, הוא שהשמאל החילוני, שהיה מתומכיו המרכזיים של בית המשפט, איבד את יכולת ההשפעה הפוליטית שלו.⁷⁶ כדי לשמר חלק מהשליטה במדינה, השמאל המאבד מכוחו ניסה לחזק את סמכויותיו של בית המשפט ולהקנות לו, בין היתר, את יכולת הביקורת החוקתית, אך כאשר בית המשפט התחיל להתערב באופן משמעותי יותר בפוליטיקה, הוא איבד את תדמיתו האובייקטיבית, וכתוצאה מכך תמיכת הציבור בו ירדה עוד יותר.⁷⁷

במהלך שנות התשעים של המאה הקודמת חלו בישראל שינויים מפליגים נוספים אשר ייתכן שהובילו לירידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט. כך, לדוגמה, שוק התקשורת הישראלי נהיה מבוזר הרבה יותר ופתוח יותר לביקורת על בית המשפט. התקשורת היא חלק חשוב מהציבור, כפי שהוא מתואר במאמר זה. לנוכח ההתפתחויות החשובות שחלו בשוק התקשורת הישראלי, היו חוקרים שבחרו להתמקד בתקשורת עצמה כשחקן עצמאי שהאינטרסים האסטרטגיים שלו השפיעו על תמונת המציאות. בסוק מראה כיצד בימים שבהם שודר בטלוויזיה הישראלית רק הערוץ הראשון, קידם ערוץ זה תדמית של בית המשפט כמקבל החלטות מקצועי אשר חסין מפני ביקורת פוליטית.⁷⁸ בתחילת שנות האלפיים נחשף הציבור הישראלי לשני ערוצי חדשות ישראליים חדשים – ערוץ 2 וערוץ 10 – נוסף על שידורים טלוויזיוניים רבים נוספים מישראל ומן העולם דרך הכבלים והלוויין. הערוצים מתחרים זה בזה על רייטינג, וכתוצאה מכך נוטים לצבוע את הדיווחים על בית המשפט בצבעים פוליטיים ומושכים יותר.⁷⁹ נוסף על כך, הציבור הישראלי נחשף עם השנים למידע רב הרבה יותר על בית המשפט דרך האינטרנט, אשר פתוח לכל ומאפשר הבעת דעות קיצוניות, שחלקן עיונות

בגופים פוליטיים. כך, בשנת 2010 רק 39% מהציבור הביעו אמון בראש הממשלה, רק 33% מהציבור הביעו אמון בממשלה, רק 37% מהציבור הביעו אמון בכנסת ורק 25% מהציבור הביעו אמון במפלגות (שם, בעמ' 77). ראו גם אריה רטנר **תרבות החוק – מערכת החוק והמשפט בראי החברה הישראלית – מחקר אורך 2009–2000** (2009) [law.haifa.ac.il/images/documents/legal](http://law.haifa.ac.il/images/documents/legal%20culture%20report-shasha%20center.pdf) www.culture.gov.il/20report-shasha%20center.pdf. רטנר מוצא ירידה עקבית בכל המגזרים המרכזיים בחברה הישראלית באמון בבית המשפט העליון משנת 2001 ועד שנת 2007 (שם, בעמ' 50–51). לנתונים נוספים על ירידת אמון הציבור בבית המשפט ראו Or Bassok, *Television Coverage of the Israeli Supreme Court 1968–1992: The Persistence of the Mythical Image*, 42 *ISR. L. REV.* 306, 307 (2009) (להלן: *Bassok, Television Coverage*).

76 ראו HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 58. הירשל טוען שם כי בעוד שבשנת 1981 ייצגו 95 חברי כנסת תפיסות חילוניות ובורגניות ורק 25 חברי כנסת ייצגו תפיסות של גורמים "פריפריאליים", בשנת 1999 מנתה הקבוצה הראשונה רק 58 חברי כנסת ואילו הקבוצה השנייה גדלה ל-62 חברי כנסת.

77 שם, בעמ' 70.

78 *Bassok, Television Coverage*, לעיל ה"ש 75.

79 Or Bassok, *The Israeli Supreme Court's Mythical Image – A Death of a Thousand Sound Bites*, 23 *MICH. ST. INT'L L. REV.* 39 (2014).

מאוד את בית המשפט.⁸⁰ ייתכן שהחשיפה של בית המשפט לציבור גדלה גם בעקבות מעברו לבניין חדש ומפואר בנובמבר 1992, מה שסלל את דרכו ללב המחלוקת הציבורית.⁸¹

ייתכן שחלק מהירידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט ניתן לזקוף באופן ישיר לחובת הרשות ושליחיה, אשר פעמים רבות ביקרו בחריפות את פסקי הדין של בית המשפט. כך, לדוגמה, בשנת 2009 ביקר שר האוצר את בית המשפט בטענה שפסקי הדין שלו פוגעים בישראל מבחינה כלכלית.⁸² מצד אחד, הביקורת של גופים רשמיים התאפשרה על ידי הירידה בתמיכה הציבורית, מכיוון שזו הקטינה את הנזק התדמיתי שהיה צפוי להיגרם לרשות כתוצאה מהביקורת, ומצד אחר, היא תרמה להמשך ההידרדרות בתמיכה הציבורית בבית המשפט. ביקורת של גורם רשמי פוגעת לא רק בתמיכה הציבורית בבית המשפט, בגלל הטעמים הענייניים שהיא מעלה; היא פוגעת גם במוניטין של בית המשפט, מכיוון שהיא מראה כי הרשות אינה חוששת מעימות עימו. בעוד התמיכה הציבורית נגזרת מהשאלה אם הציבור חושב שפסיקותיו של בית המשפט טובות, המוניטין מודד אם הציבור צופה שהרשות תציית לבית המשפט. כאשר הרשות מתגרה בבית המשפט באמצעות ביקורת על פסיקותיו, היא פוגעת גם במוניטין של בית המשפט, על ידי שליחת מסר שלפיו היא לא בהכרח תציית לפסיקותיו בעתיד. השפעת הביקורת המוטחת בבית המשפט על התמיכה הציבורית בו אינה ניתנת לשליטה מלאה על ידי הרשות. הביקורת יכולה להתחיל להטות את הציבור נגד בית המשפט באופן שיאפשר לרשות לא לציית בעתיד. עצם הסיכון לאי-ציות עתידי שהרשות יוצרת באמצעות ביקורתה יכול להוות איום שיניע את בית המשפט לרסן את עצמו.⁸³

80 לדוגמה קיצונית ראו "בהעדר צדק משפטי אין צדק חברתי! מחאה כנגד מערכת המשפט בין השנים 2003–2008 ואולי אין חדש תחת השמש!" **דורון טל: צדק חברתי** dorontal.net/Barak.htm.

81 Bassok, *Television Coverage*, לעיל ה"ש 75, בעמ' 335.

82 לדבריו של שר האוצר יובל שטייניץ נגד בית המשפט ראו תני גולדשטיין "שטייניץ נגד השופטים: אין להם אחריות כלכלית" **ynet** 15.12.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3819873, בעקבות דבריו של שר האוצר פנתה נשיאת בית המשפט דאז דורית ביניש לראש הממשלה בנימין נתניהו והתלוננה באוזניו על תקיפת בית המשפט. ראש הממשלה הבהיר כי הנאום לא ניתן בהוראתו וכי הוא תומך בבית המשפט, ואף ביקש משר האוצר להתקשר לביניש ולהבהיר כי הוא אינו מאיים על בית המשפט. שטייניץ אכן התקשר לביניש כדי להבהיר כי אין בכוחותו לפגוע בבית המשפט אך הוא אינו חוזר בו מדבריו. ראו אביעד גליקמן ורוני סופר "נתניהו לביניש: דברי שטייניץ – לא על דעתי" **ynet** 17.12.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3821102,00.html.

83 התנהגות זו דומה למה ששלינג מכנה *brinkmanship*. אם צד אחד אינו יכול לאיים באמצעי קיצוני, כגון מלחמה גרעינית, מכיוון שהוא ייפגע ממנו מאוד, הוא יכול לנסות להגדיל את הסיכוי שאמצעי זה ייחפך בעתיד לבלתי נמנע. עצם הסיכון יכול לשכנע את הצד האחר לסגת מעמדתו, בעוד שאיום במימוש ודאי של האמצעי הקיצוני יהיה בלתי אמין. ראו SCHELLING, לעיל ה"ש 60, בעמ' 199–201.

3. שינויים אישיים שהחלישו את בית המשפט

אף על פי שמאמר זה מנתח את בית המשפט תוך הסתכלות על התנהגותו כמוסד, אין ספק שלאישיותם ולפעולותיהם של שופטים בבית המשפט יש השפעה רבה על התנהגותו ועל התמיכה הציבורית בו. חלק זה יסקור כמה מן הגורמים האישיים שהשפיעו במיוחד על בית המשפט ועל הנתיב שבו בחר ללכת. סקירה זו מבהירה כי על אף השפעתם החשובה של פרטים, אין בה כדי לבטל את הצורך בתיאוריה של התנהגות מוסדית המתוארת במאמר זה.

השינוי המרכזי שחל במקביל לתופעה המתוארת של הירידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט הוא הגעת כהונתו של הנשיא אהרן ברק לסופה בשנת 2006. המוניטין הבין-לאומי של ברק כחוקר וכשופט בוודאי תרמו רבות לתפיסה הציבורית בדבר איכות פסיקותיו של בית המשפט. רבים העלו ספקות בנוגע ליכולתה של ביניש כנשיאה למלא את החלל שהשאיר אחריו ברק. הדבר אף גרר נסיונות לשינוי שיטת הסניוריטי בבית המשפט, שלפיה השופט בעל הוותק הגדול ביותר מחליף את הנשיא בפרישתו. היו שהאשימו את מערכת המשפט הישראלית בנסיונות להתנכל לשר המשפטים חיים רמון, שניסה לשנות את שיטת הסניוריטי. הטלת הספק ביכולותיה של הנשיאה ביניש ותיאוריות הקונספירציה בדבר מהלכים שנועדו כביכול להבטיח את כהונתה ייתכן שפגעו בתמיכה הציבורית בבית המשפט.⁸⁴

84 שר המשפטים חיים רמון, שיצא ביוזמה לבטל את שיטת הסניוריטי, הורשע בבית משפט השלום בתאריך 31.1.2007 במעשה מגונה בשל כך שנשק לקצינה צעירה והחדיר את לשונו לפיה ללא הסכמתה. מחליפו מאיר שטרית מהיר להודיע כי הוא תומך בשיטת הסניוריטי. היו שטענו כי רמון סולק מהזירה במכוון רק כדי לסלול את הדרך למינויה של ביניש כנשיאה. טענות אלה מצאו את דרכן אפילו לדיוני הכנסת בנושא. ראו מתן פרידין "הקונספירציות חוגגות; היועמ"ש מכחיש" News1 14.9.2006 www.news1.co.il/Archive/001-D-110611-00.html; מכתב מחיים יטיב למני מזוז, היועץ המשפטי לממשלה (30.8.2006) www.nakim.org/toyoetzvahada.htm. אין ספק שתיאוריות קונספירציה אלה גרמו נזק משמעותי למעמדו של בית המשפט ולמעמדה של המערכת המשפטית כולה. הם אף הובילו להתבטאות חסרת תקדים של השופט לוי, מעל דפי פסק דין של בית המשפט, נגד המערכת הפוליטית שגיבתה את רמון וביקרה את המערכת המשפטית שהרשיעה אותו. ראו בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, פס' 70 לפסק דינו של השופט לוי (2008). חיים רמון לא היה היחיד שהתנגד למינויה של ביניש כנשיאה. פרופ' אמנון רובינשטיין הציע למנוע מביניש את המינוי ולמנות באופן זמני את הנשיא בדימוס של בית המשפט מאיר שמגר, וזאת בגלל התנהגותה של ביניש בענייניו של מנהל בתי המשפט בועז אוקון, שהובילה לפרישתו. ראו יואב יצחק "פרופ' רובינשטיין: להימנע ממינוי ביניש לנשיאה" News1 24.7.2006. שערוריות אלה הן רק חלק קטן ממסכת רחבה שנפרשה, בין היתר, בספרה של נעמי לויצקי שהציג רבים מהקשרים האישיים בצמרת המשפט הישראלית. נעמי לויצקי העליונים – בתוככי בית המשפט העליון (מנחם פרי ומירי צפריר עורכים, 2006).

אולם יש להיזהר מלייחס את הירידה המשמעותית בתמיכה הציבורית בבית המשפט רק לפרישתם של הנשיא ברק ושל כמה מהשופטים הוותיקים שעיצבו את דמותו של בית המשפט בתקופת נשיאותו. אף שאיש לא חלק על יכולותיו האינטלקטואליות והמשפטיות של ברק, חלקים רבים בציבור ביקרו את מעורבותו בסוגיות פוליטיות ואת מגמת "האקטיביזם השיפוטי" שהוא הוביל. למעשה, ייתכן שדווקא מעמדו הביני-לאומי של ברק וקשריו באקדמיה האמריקנית חיזקו אצל כמה ממבקריו את האמונה כי הוא מעדיף את המוניטין האקדמי שלו על טובת המדינה. ביקורת זו התגברה כאשר התפרסם בעיתונות דוא"ל אישי של ברק לעמיתו באוניברסיטת ייל ובו הסביר כי אף שמבחינה טכנית הוא לא הצליח לבטל בעניין **עדאלה** את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק האזרחות),⁸⁵ יש רוב לעמדותיו העקרוניות בבית המשפט, כך שבסופו של דבר יבוטל החוק.⁸⁶ מכל מקום, לאחר שפרש ברק מבית המשפט, הביקורת על המדיניות שהוביל נותרה ואף התחזקה, וזאת כאשר המוניטין האישי שלו לא היה יכול עוד לסוכך על בית המשפט מפני ביקורת על תוכן פסיקותיו.

ניתוח הבודק את מעמדו של בית המשפט בראי השפעתם של גורמים אישיים אינו יכול להתעלם גם מכהונתו של השר דניאל פרידמן כשר המשפטים (2007–2009). פרידמן העלה לסדר היום שורה ארוכה של רפורמות במערכת המשפט הישראלית. אף על פי שרוב הרפורמות הללו לא יצאו אל הפועל במלואן, יש אפשרות שעצם האיום שהן הציגו לבית המשפט היה בו כדי להניע את בית המשפט לרסן את עצמו.⁸⁷ נוסף על כך חלו לאורך השנים שינויים רבים בהרכב הפרסונלי והאידיאולוגי של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת בישראל, אשר העצימו את נכונותם של גורמים פוליטיים לבקר את בית המשפט ולפגוע ביוקרתו. ניתוחם של שינויים אלה חורג מגבולותיו של מאמר זה.⁸⁸

85 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 41.

86 ראו יובל יועז "הנשיא ברק: אם הכנסת תאריך את חוק האזרחות – הוא ייפסל בבג"צ" News1 18.5.2006. www.news1.co.il/Archive/001-D-101140-00.html. לביקורת הציבורית העולה נגד

ברק ראו גם לויצקי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 389–391.

87 לסקירה של כמה מהרפורמות הללו ושל ההתנגדות שהן עוררו במערכת המשפט ראו יובל יועז "שמונה רפורמות בחמישה חודשי כהונה" **הארץ** 8.6.2007 www.haaretz.co.il/misc/1.1416133

88 לדין בכמה מהשינויים הללו ראו את ההפניות לכתביהם של Mandel ו-Hirschl, לעיל ה"ש 10.

פרק ג: בית המשפט מתאים את עצמו למצב החדש

1. ניסיון של בית המשפט לרסן את עצמו

חלקו הקודם של המאמר טען כי במהלך העשור הראשון של שנות האלפיים חלה ירידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט, וכי נוסף על כך הרשות לא צייתה לשורה של פסיקות, דבר שהוביל לירידה במוניטין של בית המשפט. על פי התיאוריה המוצגת במאמר זה, בית משפט שהמוניטין שלו נמצא בירידה צריך לעבור להחלטות תובעניות פחות ולתמוך אותן בהנמקה המסתירה את שיקול הדעת השיפוטי שלו. רק כך הוא יוכל להבטיח לעצמו ציות לפסיקותיו ולמנוע אי־ציות שיוביל להידרדרות נוספת של המוניטין שלו. קשה מאוד לבדוק אם תיאוריה זו אכן מתגשמת בהתנהגותו של בית המשפט, וזאת משתי סיבות: ראשית, משום שקשה להוכיח שבית המשפט אכן שינה את התנהגותו באופנים אלה; ושנית, מכיוון שיייתכנו גם הסברים חלופיים לשינוי בפסיקותיו של בית המשפט.

יש מקרים שבהם בית המשפט הצהיר במפורש על גישה שלפיה אין להתערב בסוגיות המחייבות גיבוש הסדרים מורכבים, ובכך ניתן לכאורה לראות מגמה מכוונת של ריסון שיפוטי והפחתת התביעות מן הרשות. לדוגמה, הנשיא גרוניס קבע, בדעת רוב בעניין **גלוטן**⁸⁹, כי יש לדחות עתירה שקראה להחיל את חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א-1951, גם בתחום הסיעוד, בקובעו כי לבית המשפט אין כלים להתמודד עם מורכבות הסוגיה והשלכותיה הכלכליות והחברתיות. אולם כדי להוכיח מגמת ריסון של ממש מצד בית המשפט, יש להראות שבית המשפט אכן פנה באופן עקבי לפסיקות תובעניות פחות. אלא שהוכחה זו קשה לגיבוש, מכיוון שקשה להעריך את מידת תובענותן של פסיקות, שכן העלות האמיתית של הפסיקה מוכרת רק לרשות עצמה, ולרוב היא קשה לניתוח. זו גם הסיבה שמאמר זה לא בדק שינויים בתובענותן של הפסיקות לאורך השנים.

מאידך גיסא, השינויים שהמאמר מצביע עליהם במידת שיקול הדעת הנחשף בהנמקה של פסקי הדין הם שינויים שניתן לזהותם רק לאורך תקופה ארוכה של עשרות שנים שבה בית המשפט מחליף ומשנה את הדוקטרינות שלו. לעומת זאת, תופעת הירידה במוניטין של בית המשפט התרחשה במהירות במהלך העשור הקודם. בית המשפט לא היה יכול לשנות את הדוקטרינות שלו בפרק זמן קצר כל כך. תקדימים שנבקעו בתקופה קודמת והתאימו למצב קודם המשיכו להשפיע על האופן שבו נימק בית המשפט את החלטותיו, גם אם היה עדיף להשתמש בהנמקה מסוג אחר. חשוב לציין כי גם אילו שינה בית המשפט את ההנמקה של החלטותיו באופן מיידי, היה הדבר משפיע על התנהגותה של הרשות רק כעבור זמן. התמיכה הציבורית בבית המשפט

89 דנג"ץ 10007/09 **גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד סו(1) 518, פס' 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2013).

והביקורת על רשות שמסרבת לציית אינן נגזרות רק מההנמקה של בית המשפט במקרה נתון, אלא גם מתדמית שנצמדת להחלטות בית המשפט ככלל לאורך תקופה. כל עוד היה המוניטין של בית המשפט בשיאו, הוא טיפח תדמית שלפיה החלטותיו תובעות פעולות משמעותיות מהרשות והנמקותיו מבוססות על שיקול דעת רחב. גם אם בעשור הקודם השתלם לבית המשפט לשנות תדמית זו, אין די בפסקי דין ספורים לעשות זאת, אלא יש צורך במהלך ארוך טווח יותר. נוסף על כך, גם כאשר ברור כי היא זה נכון מצד בית המשפט לשנות את תדמיתו, ייתכן ששופטים ירצו לדבוק דווקא בתדמית האקטיביסטית האישית שלהם, ולהמשיך לפסוק פסיקות תובעניות ולחשוף את שיקול דעתם, גם אם הדבר מזיק לבית המשפט.

גם אילו הוכח כי בית המשפט עבר בעשור הקודם להנמקות המסתירות שיקול דעת שיפוטי, לא היה בכך בהכרח כדי לתמוך בתיאוריה הרואה בבית המשפט שחקן אסטרטגי ארוך טווח, מכיוון שאותה התנהגות יכולה להיות מוסברת גם על ידי הסברים חלופיים. לדוגמה, ייתכן שהשופטים אינם נוהגים כלל באופן אסטרטגי, והשינוי באופן הפסיקה צריך להיזקף לזכותם של שינויים פרסונליים בבית המשפט, אשר הביאו אליו שופטים חדשים בעלי העדפות שונות באשר להנמקת פסיקותיהם.⁹⁰ ייתכן גם שבית המשפט פעל מתוך שיקול אסטרטגי קצר טווח, שכל מטרתו הייתה להימנע מאי־ציות של הרשות במקרה נתון, ולא להגדיל את המוניטין של בית המשפט לאורך זמן. בית משפט שהמוניטין שלו נמוך צריך להימנע ממתן החלטות תובעניות או מלחשוף שיקול דעת שיפוטי גם אם הוא מעוניין רק במניעת אי־ציות במקרה נתון. בעוד ניסיון של בית המשפט לעבור באופן מדורג להנמקה החושפת שיקול דעת רחב יותר אינו מוסבר על ידי שיקולים אסטרטגיים קצרי טווח, מהלך הפוך, שפונה להחלטות המסתירות את שיקול הדעת, משתלב בניסיון למנוע אי־ציות במקרה נתון.

מכיוון שלא ברור אם ההחלטה של בית המשפט נובעת מההעדפות הקונקרטיות של השופטים או מניסיון אסטרטגי של בית המשפט לרסן את עצמו, יש לנסות לאתר מקרים שבהם סביר פחות שהשופטים מעוניינים לתת החלטה מסוימת מסיבות אישיות, ולא אסטרטגיות. מקרים שבהם בית המשפט מחליט לרסן את עצמו למרות ההעדפה המובהקת של חלק מהשופטים לתוצאה מסוימת יכולים ללמד כי לפחות חלק מהשופטים נטלו על עצמם את האחריות לגורל המוניטין של בית המשפט, ולכן פסקו באופן שונה מההעדפותיהם הקונקרטיות לגבי המקרה כדי לשמר את כוחו של בית המשפט. דוגמה למקרה שבו ייתכן שחלק מהשופטים שינו את פסיקתם כדי לרסן את ההחלטה הסופית ולהגן על בית המשפט היא פסקי הדין שניתנו בעניין חוק האזרחות. בעניין **עדאלה**⁹¹ נחלקו דעות השופטים – חמישה שופטים תמכו בכיטול חוק האזרחות וחמישה שופטים התנגדו לכך. הקול המכריע של השופט לוי מקבל מצד אחד את

90 שחר מתאר כיצד קבוצה גדולה של שופטים ותיקים בבית המשפט התפרקה במהלך שנות האלפיים, ומציג גם את האפשרות ששופטים מתנהגים באופן שונה לקראת סוף כהונתם. ראו שחר, לעיל ה"ש

21, בעמ' 34.

91 עניין **עדאלה**, לעיל ה"ש 41.

ההנמקה של אלה התומכים בביטול החוק, אך בסופו של דבר מחליט לא לבטל את החוק. לנוכח התחרות הצמודה בין שתי העמדות עולה החשד כי לפחות חלק מהשופטים שפסקו נגד ביטול החוק שינו את עמדתם במכוון כדי להגן על בית המשפט. עמדתו של השופט לוי מתאימה במיוחד לתיאור זה, מכיוון שהוא תמך בהנמקה ששימשה את התומכים בקבלת העתירה. חשד זה מתחזק מקריאת פסק הדין בעניין **גלאון**.⁹² באותו עניין נדון גלגול מאוחר יותר של חוק האזרחות, שהוכנסו בו תיקונים אחדים, ושוב נחלק בית המשפט באופן שווה כמעט: שישה שופטים תמכו בדחיית העתירה, וחמישה שופטים תמכו בקבלתה. השופט לוי כתב את פסק הדין הראשון בתיק, והפעם הוא תמך באופן נחרץ בקבלת העתירה, אלא שהפעם קולו לא היה מכריע. מעיון בשני פסקי דין אלה מסתמנת התמונה כי לפחות חלק מהשופטים החליטו במכוון לרסן את פסיקתם ולהצטרף לעמדת הרוב שדחה את העתירה אף שהיו מעדיפים לבטא את העמדות המופיעות דווקא בפסקי דין המיעוט. גם העובדה שההכרעה בתיקים התעכבה תקופה ארוכה יש בה כדי לרמוז שנעשה כאן מהלך מתוכנן של השופטים שמטרתו ריסון פסק הדין. כך, בגין העיכוב במתן פסק הדין התרחשה פרישתה לגמלאות של השופטת פרוקצ'יה, שפסק דינה בעניין **עדאלה** תמך בביטול החוק, בטרם ניתן פסק הדין בעניין **גלאון**. מחליפה, השופט הנדל, תמך בדחיית העתירה, וכך נסללה הדרך לתוצאה של דחיית העתירה.⁹³ מובן שניתן להסביר את התגלגלות העניינים בפרשה זו בדרכים שונות, אך יש בניתוח האסטרטגי המוצע כאן משום הסבר אפשרי אחד לאופן הכרעתם של השופטים.

דוגמה נוספת לתחרות צמודה בין השופטים היכולה ללמד על ריסון מכוון של פסק הדין ניתן למצוא בעניין **אומץ**.⁹⁴ באותו עניין הוגשה עתירה שדרשה כי תוקם ועדת חקירה ממלכתית לחקירת התנהלותם של הדרג המדיני והדרג הצבאי במהלך מלחמת לבנון השנייה, וכי תבוטל הקמתה של ועדת וינוגרד, שהיא ועדת בדיקה ממשלתית. כל שבעת השופטים שישבו במושב כתבו פסקי דין: שלושה תמכו בביטולה של ועדת וינוגרד, וארבעה החליטו לא להתערב. פסק הדין המכריע של השופט גרוניס ציין במפורש את הצורך להפעיל ריסון שיפוטי במקרה זה, ובכך הוא מאשש את הטענה כי לפחות אחד המניעים להחלטה הוא רצון לרסן את בית המשפט.

ניתן ללמוד על ריסון אסטרטגי של השופטים לא רק מתחרות צמודה בין עמדות הרוב לעמדות המיעוט, אלא גם מסטייה מפרקטיקות מקובלות בבית המשפט. כך, לדוגמה, מחקר אמפירי מוכיח כי כאשר דעות השופטים חלוקות, לשופט שכותב את

92 בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 44 (2012).

93 לטענה כי ביניש לא זירזה את כתיבת התיק לפני פרישתה של פרוקצ'יה, שהתנגדה לחוק האזרחות, ואפשרה את הצטרפותו להרכב של הנדל, שדחה את העתירה יחד עם רוב השופטים, כדי למנוע את ביטול החוק ואת הביקורת הציבורית שהחלטה כזו תגרור, ראו תומר זרחין "משפטנים: על אף התנגדותה, ביניש חששה לבטל את החוק" **הארץ** 13.1.2012 www.haaretz.co.il/news/law/ 1.1616390.

94 בג"ץ 6728/06 **עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי) נ' ראש ממשלת ישראל** (פורסם באר"ש, 30.11.2006) (להלן: עניין **אומץ**).

פסק הדין הראשון יש הסתברות גדולה פי שניים להיות ברוב, ולא במיעוט, וכי גם לנשיא בית המשפט יש הסתברות גדולה יותר להיות בעמדת רוב.⁹⁵ תיקים שבהם השופטים אינם משתכנעים מדעתו של השופט הראשון בתיק או של הנשיא יכולים ללמד כי יש נימוקים טובים בעד עמדת השופט הכותב ראשון אך שופטים אחרים מחליטים לפסוק אחרת מתוך רצון לרסן את בית המשפט לנוכח המוניטין הנמוך שלו. דוגמה אפשרית לכך ניתן למצוא בפסק הדין בעניין **פלונית (א)**.⁹⁶ מקרה זה עסק בהחלטתו של היועץ המשפטי לממשלה להגיע לעסקת טיעון עם נשיא המדינה לשעבר משה קצב שלפיה הוא יואשם רק בעברות מיניות קלות בהרבה מהתלונות שהוגשו נגדו ומטיוטת כתב האישום שגובשה לפני השימוע שנערך עם עורכי הדין של קצב. השופט לוי, שידוע במומחיותו במשפט פלילי, כתב את פסק הדין הראשון, והנשיאה ביניש כתבה את פסק הדין השני, ושניהם תמכו בביטולה של עסקת הטיועון. אולם שלושת השופטים האחרים הכריעו, בדעת רוב, לדחות את העתירה ולהשאיר את עסקת הטיועון על כנה.

ציניתי לעיל כי קשה לאתר שינוי מגמה בהנמקת פסקי הדין בתקופה קצרה יחסית, אך ניתן למצוא עדויות לכך שיש שופטים הרוצים לשנות את ההנמקה המקובלת בבית המשפט להנמקה המסתירה שיקול דעת שיפוטי. כך, לדוגמה, בעניין **אומץ**⁹⁷ השופט גרוניס מבקר את בחינת החלטותיהן של הרשויות במבחן הסבירות, שהוא מבחן החושף שיקול דעת שיפוטי רחב, וגורס כי לשופטים אין יכולת להעריך שיקולי מדיניות ציבורית בנושאים שאינם מערבים פגיעה ישירה בזכויות אדם. בעניין **אבו צפיה**⁹⁸ השופט פוגלמן קובע כי סגירת כביש 443 (העובר דרך שטחי הגדה המערבית) לתנועת פלסטינים נעשתה ללא סמכות, מכיוון שהמפקד הצבאי אינו מוסמך למנוע לחלוטין תנועת פלסטינים בשטח, להבדיל מהטלת הגבלות תנועה. פוגלמן בוחר במפורש בנתיב של קביעת חוסר סמכות, המסתיר את שיקול הדעת השיפוטי, אף שהוא קובע כי החלטת המפקד היא גם בלתי מידתית, ואף שהשופט לוי מבקר בפסק דינו את הניתוח המשפטי הלא-מקובל הזה המבלבל בין חוסר סמכות לפעולה בלתי מידתית. גם מחוץ לתחומי

95 שחר, גרוס וחריס, לעיל ה"ש 23, בעמ' 775. מחקר זה מראה כי כאשר דעות השופטים חלוקות, להחלטה הראשונה יש הסתברות של 68% להיות בדעת רוב, בעוד לדעות אחרות יש הסתברות של 32% בלבד להיות בדעת רוב. אם מתחשבים בכל ההחלטות, אזי להחלטה הראשונה יש הסתברות של 98% להיות בדעת רוב, מכיוון שברוב המקרים אין כלל מחלוקת בין השופטים. נשיאי בית המשפט כותבים לרוב את ההחלטה הראשונה, ורק לעיתים רחוקות נשארים במיעוט. יש להודות עם זאת כי המחקר מתמקד במותבים של שלושה שופטים, שהם צורת המותב המקובלת בבית המשפט, בעוד בתיקים רבים המעוררים מחלוקת קשה יותר יושבים חמישה שופטים או יותר. ייתכן שהיתרון של השופט הראשון יהיה קטן יותר בתיקים שבהם יש יותר משלושה שופטים. המאמר מראה כי השופטים אינם עובדים על דעותיהם בזמנית, אלא השופט הכותב את ההחלטה הראשונה כותב את פסק הדין ראשון ומפיץ אותו בין השופטים. ראו שם, בעמ' 761–763. ייתכן שהשופטים נוחים יותר להשתכנע מהשופט שכותב את פסק דינו ראשון.

96 עניין **פלונית (א)**, לעיל ה"ש 84.

97 עניין **אומץ**, לעיל ה"ש 41.

98 בג"ץ 2150/07 **אבו צפיה נ' שר הביטחון**, פ"ד סג(3) 331 (2009).

המשפט הציבורי ניתן לראות סימנים לניסיון להסתיר שיקול דעת שיפוטי. כך, לדוגמה, השופט דנציגר מבקר את שיטת הפרשנות התכליתית בדיני חוזים, החושפת שיקול דעת שיפוטי רחב, וקורא להתמקדות בלשון החוזה מקום שהיא ברורה.⁹⁹ אילו ריסן בית המשפט את עצמו בצורה ברורה ומובהקת, הוא היה שולח לציבור מסר שהוא חושש מאוד מאי-ציות, מה שהיה יכול לגרום לפגיעה במוניטין שלו. כדי להימנע ממתן פסק דין שלא יזכה בציות, מצד אחד, ומפסיקה מרוסנת מדי שתחשוף את חולשתו של בית המשפט, מצד אחר, בית המשפט יכול להימנע מלקבל החלטה. בית המשפט יכול להימנע ממתן החלטה לכאן או לכאן על ידי דחיות מתמשכות של מועד ההכרעה בתיק, קידום פשרות בין הצדדים או ניסיון לנטרל את הנפיצות הפוליטית של ההחלטה על ידי מתן החלטות טכניות.¹⁰⁰ בית המשפט יכול גם למחוק עתירות מטעמים פורמליים ולהגביר את השימוש בעילות הסף כדי להימנע מלהכריע בסוגיות רגישות. יש הטוענים כי בתקופת נשיאותו של גרוניס התגבר במידה משמעותית השימוש בעילות הסף בדיוק מסיבה זו.¹⁰¹

2. הבטחת ציות להחלטות בית המשפט וחסמת תגובות נגד על פסיקותיו

בית המשפט היה צריך למצוא דרכים לתת פסיקות תובעניות שעדיין יזכו בציות של הרשות, כדי לשמר את המוניטין שלו. דרך אחת לעשות זאת היא לתת פסקי דין תובעניים רק בתיקים שבהם אי-ציות יהיה חשוף לחלוטין לפני הציבור ויוביל לביקורת ציבורית שהרשות אינה יכולה לשאת.¹⁰² כך בית המשפט מקרין ביטחון ביכולתו לכפות את הרשות לציית, אך למעשה נושא בסיכון קטן בלבד לאי-ציות. דוגמה לכך ניתן למצוא בפסק הדין בעניין המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.¹⁰³ פסק דין זה הוא תובעני ביותר, שכן הוא ביטל חוק שלם שנועד להסמיך את הקמתו של בית הכלא הפרטי הראשון בישראל, והייב את הממשלה לסגת מהתחייבויותיה בחוזה תוך ספיגת הפסד כספי ניכר. בניגוד למקרים שנסקרו במאמר זה שבהם הרשות לא צייתה לפסק הדין, כאן

99 ראו, למשל, את פסק דינו של השופט דנציגר בע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל חברה לבניה 1992 בע"מ נ' טהוליאן (פורסם באר"ש, 10.9.2009).

100 ראו דותן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 193–194.

101 ראו עפרה אידלמן "שומר הסף: שנה לכהונת אשר גרוניס" הארץ 2.3.2013 www.haaretz.co.il/news/law/1.1940758 (שם מועלית טענה זו על ידי עו"ד דן יקר, היועץ המשפטי של האגודה לזכויות האזרח).

102 בעניין זה ראו את הטענה כי הרשויות במקסיקו צפויות פחות לציית כאשר הן יודעות כי הציבור לא יהיה מודע לאי-הציות ולא יוכל לאכוף ציות על הרשות, מה שמוביל לריסון שיפוטי רב יותר בהחלטות כאלה. ראו JEFFREY K. STATON, JUDICIAL POWER AND STRATEGIC COMMUNICATION IN MEXICO 25 (2010).

103 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ער' 2-58026630), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פ"ד סג(2) 545 (2009).

היה ברור כי אי־אפשר לא לציית בצורה מוסווית או מוצנעת, שהרי אי־אפשר לפתוח את בית הכלא מבלי שהדבר ייחשף בתקשורת. כמו כן אי־אפשר לאמץ דחיות חוזרות ונשנות או פתרונות יצירתיים כדי לעקוף את פסק הדין, ולכן הציות לפסק הדין מובטח כמעט. היה ברור כי גם הרשות המחוקקת תתקשה לעקוף את פסק הדין, מכיוון שהוא פוסל את החוק כהפרה של חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ולכן הדרך היחידה לעקוף אותו היא לשנות את חוק היסוד עצמו, מה שיגרור ביקורת ציבורית משמעותית.¹⁰⁴ עובדה נוספת שהקשתה אי־ציות לפסק הדין וביקורת ממשלטת עליו היא שהתוצאה בפסק הדין עלתה ככל הנראה בקנה אחד עם העדפות הציבור.¹⁰⁵

גם אם הרשות אינה יכולה לא לציית לבית המשפט, יש בידיה דרכים רבות אחרות לפגוע בו: היא יכולה לבקר את בית המשפט באופן שיפגע בתמיכה בו או לנסות להניע תהליכי חקיקה אשר יעקפו את החלטותיו ויפגעו בסמכויותיו או בעצמאות השופטים. בית המשפט צריך להיות מודע לכך שפסיקה תובענית, גם אם אי־ציות לה יהיה חד וברור ולכן בלתי סביר, אינה נטולת סיכון. לעיתים בית המשפט מנסה להתמודד עם בעיה זו על ידי סיוג פסיקות תובעניות באופן שמקטין את הסיכון לחיכוך עם הרשויות. דוגמה לפסיקה שמתערבת בהחלטת הרשויות הפוליטיות, מצד אחד, אך מסייגת התערבות זו, מן הצד האחר, היא פסיקותיו של בית המשפט בעניין הדחת ראשי העיריות שנאשמו בפלילים.¹⁰⁶ בשני פסקי דין¹⁰⁶ העביר בית המשפט מכהונתם לאלתר, זמן קצר

104 לעניין ההתמודדות האסטרטגית של הרשות המחוקקת ראו לעיל ה"ש 5. פסק הדין מציין שלוש דרכים שונות שבהן היה אפשר לבטל את החוק: הראשונה, שבה נעשה שימוש בפועל, היא הפרת הזכות לכבוד ולחירות לפי חוק היסוד; השנייה היא הפרה של ס' 1 לחוק־יסוד: הממשלה, שלפיו הממשלה היא הרשות המבצעת בישראל; והשלישית היא ביטול החוק מכיוון שהוא מנוגד לעקרונות יסוד של השיטה. השיטה שבה בחר בית המשפט מוכרת ומקובלת מפסיקותיו הקודמות של בית המשפט, גם אם היא אינטואיטיבית פחות בנסיבות המקרה. יש בסיס לחדש כי ניסיון לבטל את החוק בגלל הפרה של חוק־יסוד: הממשלה היה מוביל לתגובה של המחוקק בדמות מניעת ביקורת חוקתית על בסיס חוקי יסוד אחרים מלבד חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק־יסוד: חופש העיסוק, שכן יוזמה כזו עלתה עוד לפני פסק הדין במטרה לטרפד אפשרות זו מראש. ראו טובה צימוקי ומיכל גולדברג "סוכלה חקיקה עוקפת בג"ץ" **ידיעות אחרונות** 14.8.2009. שימוש בכלי חוקתי אחר לביטול החוק היה גם מקטין את הלגיטימציה הציבורית של פסק הדין. ראו Barak Medina, *Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization*, 8 INT'L J. CONST. L. 690, 712–713 (2010).

105 סקר שנערך בדצמבר 2007 מצא כי רוב הציבור, ובעיקר אלה בעלי ההכנסות הנמוכות, מתנגדים ליוזמת בית הכלא הפרטי. ייתכן שאפשר לראות בפסק הדין ניסיון של בית המשפט לחזק את התמיכה הציבורית בו, בעיקר בקרב השכבות החלשות, אשר לרוב מבקרות אותו. ראו פורום השולחן העגול ע"ש ג'ורג' שולץ "שולחן עגול: הפרטת בתי הסוהר" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** [web.archive.org/web/20120119191520/http://www.idi.org.il/events1/roundtablediscussion/pages/events_rt_forum_84.aspx#p4](http://www.idi.org.il/events1/roundtablediscussion/web.archive.org/web/20120119191520/http://www.idi.org.il/events1/roundtablediscussion/pages/events_rt_forum_84.aspx#p4). חשוב לציין כי הדבר לא מנע לחלוטין ביקורת של הרשות, ושר האוצר שטייניץ הזכיר את פסק הדין בביקורתו על חוסר האחריות הכלכלית של בית המשפט. ראו גולדשטיין, לעיל ה"ש 82.

106 בג"ץ 4921/13 אומ"ץ אורחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (פורסם

מאוד לפני הבחירות לרשויות המקומיות, שלושה ראשי ערים שהוגשו נגדם כתבי אישום בעברות פליליות. על אף ההעברה המיידית של ראשי הערים מכהונתם, קבע בית המשפט כי יש לאפשר להם להשתתף בבחירות שהתקיימו סמוך להחלטותיו. בסופו של יום ניצחו שלושת ראשי הערים בבחירות ונבחרו לכהונה נוספת. בעקבות פסק הדין חוקק תיקון לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"ה-1975, שהסדיר את השעייתם של ראשי עיריות שהוגשו נגדם כתב אישום על ידי ועדה ממונה.¹⁰⁷ אף שפסקי הדין של בית המשפט בעניין זה התערבו באופן משמעותי בשיקול הדעת של הרשויות המקומיות, הם השאירו את ההכרעה הסופית בידי של הציבור, ובכך הקטינו את העימות בין בית המשפט לבין המערכת הפוליטית.

3. שימוש יצירתי בצווים על ידי בית המשפט

כלי אחר להבטחת ציות לפסיקת בית המשפט הוא איום של בית המשפט בהוצאת צווי בזיון בית משפט. בית המשפט יכול להוציא צו בזיון בית משפט נגד הרשות ולאכופ את פסיקותיו באמצעות קנס או מאסר של אנשי ציבור.¹⁰⁸ אולם בית המשפט מעולם לא השתמש בכלי זה נגד הרשות. הדבר אינו נובע ממחסום משפטי, כפי שמעידה פסיקה של בתי משפט נמוכים, שדווקא קיבלו, אף אם לעיתים רחוקות, בקשות לצו בזיון בית משפט נגד הרשות.¹⁰⁹ כיום גם קשה לטעון ברצינות כי הדבר נובע מהעובדה שהרשות מצייתת תמיד לבית המשפט, כפי שנטען בעבר,¹¹⁰ וזאת לנוכח המקרים הרבים שבהם נרשם אי-ציות של הרשות, שחלקם נסקרו במאמר זה. דומה כי הסיבה האמיתית לאי-השימוש בכלי של בזיון בית משפט נגד הרשות היא החשש שהשימוש בכלי זה יפגע במוניטין של בית המשפט, מכיוון שהוא יחשוף לציבור את אי-הציות של הרשות. יתר על כן, אם הרשות לא תציית גם אחרי הוצאת צו בזיון בית משפט, חולשתו של בית

באר"ש, 14.10.2013; בג"ץ 6549/13 תנועת אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי ומשפטי נ' ראש עיריית בת ים (פורסם באר"ש, 20.10.2013).

107 חוק הרשויות המקומיות (השעיית ראש רשות מקומית בשל הגשת כתב אישום) (תיקוני חקיקה), התשע"ד-2013, ס"ח 150. בעקבות חקיקתו של חוק זה ותחילת הפעלתו, מחק בית המשפט עתירה נגד כהונתם של שלושת ראשי הערים שנבחרו – בג"ץ 7174/13 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש עיריית נצרת עילית הנבחר (פורסם באר"ש, 12.1.2014).

108 ס" 6 (1) לפקודת בזיון בית משפט, 1929, חא"י א 332.
109 לקביעה כי ניתן לתת צו בזיון בית משפט נגד הרשות ראו את פסיקתו של בית המשפט המחוזי של תל אביב בעת"ם (מנהליים ת"א) 1293/04 דומברובסקי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 1.6.2004). לקבלת בקשה לצו בזיון בית משפט נגד הרשות על ידי בית המשפט לעניינים מנהליים ראו בש"א (מנהליים י-ם) 251/08 אבנים מור בע"מ נ' מינהל מקרעי ישראל (פורסם בנבו, 6.8.2008). עם זאת, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהוצגה בבג"ץ 2364/17 סדקה נ' מפקד מחוז מרכז במשטרה (פורסם באר"ש, 18.6.2017), היא כי הליכים לפי פקודת בזיון בית משפט אינם מתאימים לכפיית ציות על המדינה, אף שהמדינה מחויבת לציית לפסקי דין ולצווים משפטיים.

110 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 2, בעמ' 72.

המשפט תגלה ביתר שאת. בית המשפט מאיים לעיתים בסעד הביזיון כדי להניע את הרשות לציית, אולם גם כלי זה אינו מושלם מבחינת בית המשפט, שכן אם הצו לא יינתן בסופו של דבר, הוא יחליש את אמינות האיום בצו לעתיד. נוסף על כך, עצם האיום בסעד חריף זה מגדיל את הסיכוי שהתיק יתפרסם בתקשורת ויחשוף את חולשתו של בית המשפט. מאידך גיסא, על אף עלותו של האיום בסעד הביזיון, לעיתים הוא יכול להוביל לציית של הרשות, ואז הדבר יכול להצטייר כניצחון שיפוטי.

ברוב המקרים הרשות אינה מצהירה שהיא אינה מציינת לבית המשפט, אלא מבקשת דחיות חוזרות ונשנות. דפוס פעולה זה משמר בידי בית המשפט את הכוח להחליט אם הוא נותן דחייה משמעותית נוספת או דורש מהרשות ציות מיידי. בית המשפט משתמש בכוח זה מתוך התחשבות בסיכויי הציית. חלוף הזמן מפסק הדין המקורי ועד בקשת הדחייה מאפשר לבית המשפט לצפות טוב יותר את תגובתה של הרשות ולשנות את החלטותיו בהתאם. כך, לדוגמה, כאשר הרשות לא ציינה לפסיקה שדרשה את מיגון בתי הספר ליד רצועת עזה בעניין ווסר,¹¹¹ הבין בית המשפט כי פסיקתו הייתה תובענית ויקרה מדי, ולכן נתן לרשות את דחיית הביצוע המבוקשת, ואפילו סירב לתת את הסעד הזמני שדרשו העותרים – הסעת הילדים לבתי ספר מחוץ לטווח הרקטות.¹¹² לעומת זאת, כאשר הרשות לא ציינה לפסיקה זולה לביצוע ופשוטה בהרבה של בית המשפט בעניין דאהריה,¹¹³ ביקר בית המשפט את הרשות בחריפות והקציב לה פרק זמן קצר במיוחד של ארבעה-עשר יום לצורך ציות לפסק הדין.¹¹⁴

נוסף על האיום בסעד הביזיון, בית המשפט מחפש דרכים אחרות לבטא את מורת רוחו מהרשות ולשכנע אותה לציית בהקדם. כך, לדוגמה, בעניין ראש מועצת עיריית עזון¹¹⁵ קבע בית המשפט כי תוואי גדר ההפרדה הוא בלתי חוקי, אך הרשות לא ציינה לפסק הדין במשך יותר משנתיים, עד שברגע האחרון היא ציינה בעקבות הגשת בקשה לצו בזיון בית משפט. אף שהרשות ציינה בסופו של דבר, ביקר בית המשפט את התנהגותה, וכדי לבטא את מורת רוחו, הוא קייב את הרשות לשאת בהוצאות המשפטיות של הגשת הבקשה לצו בזיון בית משפט בסך 20,000 ש"ח.¹¹⁶ הוצאות אלה קטנות מכדי להשפיע תקציבית על הרשות, אך הן משדרות לה מסר של ביקורת שמיועד לגרום לכך שבעתיד היא תציית במהירות רבה יותר. בעניין קו לעובד שידר בית המשפט את ביקורתו על הרשות בכך שהחליט כי עותק מהחלטתו, המבקרת את הרשות, יישלח ליועץ המשפטי לממשלה.¹¹⁷

111 פסק הדין בעניין ווסר, לעיל ה"ש 67.

112 החלטה בעניין ווסר, לעיל ה"ש 68.

113 פסק הדין בעניין ראש עיריית דאהריה, לעיל ה"ש 63.

114 החלטה בעניין ראש עיריית דאהריה, לעיל ה"ש 64.

115 בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 15.6.2006).

116 בג"ץ 2732/05 ראש מועצת עיריית עזון נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 5.10.2009) (החלטה בבקשה לפי פקודת בזיון בית משפט).

117 החלטה בעניין קו לעובד, לעיל ה"ש 66.

כל הכלים האמורים מיועדים להגדיל את סיכויי הציות של הרשות, אולם בית המשפט יכול לנקוט גם גישה הפוכה, ולנסות להקטין את הנזק שייגרם לו אם הרשות לא תציית על ידי מתן המלצות לא פורמליות לרשות בלוויית איום בלבד בפסיקה עתידית נגדה. בדרך זו התעלמות של הרשות מההמלצה תגרום לבית המשפט נזק קטן בלבד, ואילו אם הרשות תשתכנע ותציית, יוכל בית המשפט להציג זאת כניצחון שיפוטי. כך, לדוגמה, הן בפסקי דין והן בדיונים בבית המשפט רמזו שופטי בית המשפט העליון כי ייתכן שהפרקטיקה של הריסת בתי מחבלים לצורכי הרתעה היא בלתי חוקית, אף שבפועל אושרו הריסות כאלה בשורה ארוכה של פסקי דין. בעקבות איתותיו של בית המשפט הוקם בצה"ל צוות חשיבה, שאכן המליץ בסופו של דבר להפסיק את מדיניות הריסת הבתים. המלצה זו אומצה על ידי הצבא, והוא הפסיק את הריסת הבתים לצורכי הרתעה.¹¹⁸ חשוב לציין, עם זאת, כי אין מדובר בסיפור הצלחה מושלם, שכן ארבע שנים לאחר אותו שינוי מדיניות החליט הצבא לשנות שוב את מדיניותו ולחזור להרוס בתים לצורכי הרתעה. בית המשפט אישר את שינוי המדיניות, וקבע כי בסמכותה של הרשות לשנות את מדיניותה עם שינוי הנסיבות.¹¹⁹ סיפור זה מדגים את החיסרון בהמלצות שיפוטיות – הן יכולות אולי להוביל לשינוי מדיניות בטווח הקצר, אך הן אינן מגבילות את הרשות, וזו יכולה תמיד לחזור למדיניותה הקודמת.¹²⁰

4. שותפות עם גורמים המסייעים לבית המשפט

בנסינונו לשפר את המוניטין שלו ואת התמיכה הציבורית בו, בית המשפט יכול להיעזר בגורמים המעצבים את דעת הקהל בחברה האזרחית. גורם חשוב כזה הוא עותרים

118 היו שייחסו את השינוי במדיניותה של הרשות לאמירתו של הנשיא ברק במהלך הדיונים בבג"ץ 7733/04 נאסר נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (פורסם באר"ש, 20.6.2005). שלפיה ייתכן שהריסת הבתים אינה חוקית לפי המשפט הבינ-לאומי. אכן, בפסק הדין שניתן באותו עניין בית המשפט מתאר את שינוי המדיניות של הרשות, שהחליטה להפסיק את הריסת הבתים (ובכלל זה את ביתו של העותר), ולפיכך דוחה את העתירה. לטענה זו ראו יוסי וולפסון "הריסת בתים עונשית: בג"ץ 1730/96 סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון ואח' (פסק דין מיום 19.3.1996) "המוקד להגנת הפרט" (1.12.2009) www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=1272. לעומת זאת, היו שייחסו את שינוי המדיניות לרמז של השופט אור – בבג"ץ 8575/03 עזאדין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(1) 210, 213 (2003) – שלפיו יש לשקול מחדש את מדיניות הריסת הבתים. לטענה זו ראו בנבנשתי "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 10, בעמ' 298–299.

119 בג"ץ 9353/08 אבו דהים נ' אלוף פיקוד העורף (פורסם באר"ש, 5.1.2009).

120 דיון בהמלצות שיפוטיות ובדרכים אחרות לשכנע את הרשות לשנות את דרכיה מצוי מחוץ לתחומו של מאמר זה, המתמקד בטקטיקות המופעלות על ידי פסקי דין. מכל מקום, אין מדובר בשיטות חדשות של בית המשפט, שכן הוא הרבה להשתמש בהן במהלך האינתיפאדה הראשונה. לדיון בכך ראו Yoav Dotan, *Judicial Rhetoric, Government Lawyers, and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice during the Intifada*, 33 LAW & SOC'Y REV. 319, 347 (1999).

ציבוריים המגישים עתירות בשם ציבור מסוים או מצטרפים לעתירות כדיד בית המשפט. עותרים כאלה נותנים לבית המשפט יתרונות רבים: הם מעלים את המוניטין של בית המשפט, כי הם משדרים ביטחון ביכולתו לאכוף את פסיקותיו; הם יכולים לשפר את התמיכה הציבורית בבית המשפט על ידי הבעת האמון בו ועל ידי פרסום וסיקור חיובי של פסיקותיו; הם חושפים את בית המשפט לנושאים הנמצאים על סדר היום הפוליטי, ומאפשרים לבית המשפט להתערב בהם; ונוסף על כך הם מספקים לבית המשפט, באמצעות עתירותיהם וחווות הדעת שלהם, תמונה טובה לגבי מפת האינטרסים של הגורמים המשפיעים במדינה. העותרים מרוויחים גם הם מהפנייה לבית המשפט, שכן הדבר מעניק להם חשיפה ציבורית משמעותית – אשר מועילה להם גם בגיוס תרומות ותומכים – וכן מקנה להם אפשרות להשפיע על המדיניות באמצעות פסיקותיו של בית המשפט.

לעותרים הציבוריים יש שתי דרכים להשפיע על בית המשפט ולהניעו להסיט את פסיקותיו לכיוון הרצוי להם: אפשרות אחת היא על ידי תוכן העתירות שלהם, שיכול לשכנע את בית המשפט באמצעות נימוקים משפטיים ונימוקי מדיניות; והאפשרות האחרת היא באמצעות איום לא לפנות עוד לבית המשפט, ובכך למנוע ממנו את התועלות שהוא מפיק מהמשך העתירות הציבוריות. נכונותם של עותרים ציבוריים למשוך את עתירותיהם מבית המשפט או לאיים לא להגיש לו עתירות נוספות יכולה להשפיע על מדיניותו.¹²¹ לדוגמה, במרץ 2009 החליטו שלושה עותרים ציבוריים למשוך את עתירתם נגד חוק שעסק במעצרים של חשודים בעברות ביטחון ואשר אפשר, בין היתר, את שמיעת התיק ללא נוכחות החשוד.¹²² העותרים משכו את עתירתם במחאה על החלטת ביניים של בית המשפט להחליט על סמך מידע שיישמר חסוי מן העותרים.¹²³ העותרים הציבוריים היו מודעים, עם זאת, כי עתירה דומה נגד החוק שהוגשה על ידי אדם פרטי עודנה תלויה ועומדת, כך שמישכת עתירתם לא תסתום את הגולל על המאבק המשפטי נגד החוק. אכן, באותה עתירה החליט בית המשפט פה אחד, בהרכב של תשעה שופטים, כי סעיף 5 לחוק, המאפשר קיום דיונים בהארכת מעצרו של חשוד בעברות ביטחון ללא נוכחותו, בטל מכיוון שהוא סותר את חוק-יסוד: כבוד האדם

121 הדינמיקה שבה נכונות של פרטים לבצע "יציאה" ממשטר שהם מתנגדים אליו יכולה להשפיע על המשטר מתוארת בספרו של אלברט הירשמן – ראו ALBERT O. HIRSCHMAN, EXIT, VOICE, AND LOYALTY: RESPONSES TO DECLINE IN FIRMS, ORGANIZATIONS, AND STATES 24 (1970). ארגון עדאלה איים לשקול לא לפנות שוב לבית המשפט כדרך להביע תרעומת על פסיקותיו. ראו "שולחן עגול" גיליון מס' 45 **עדאלה** (פברואר 2008) www.adalah.org/newsletter/heb/feb08/roundtable/roundtable.html.

122 חוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו-2006.
123 ראו בג"ץ 2028/08 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' שר המשפטים**, תק-על 2009(01) 7236. לסיקור הסוגיה ראו "השופטים שמעו חומר סודי – הארגונים מחקו עתירה עקרונית" **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל** (24.3.2009) web.archive.org/web/20151126135907/http://www.stoptorture.org.il/he/node/1404. אני מודה לאבינעם כהן ולסיגל שהב על שיחותינו בעניין זה.

וחירותו.¹²⁴ אי-אפשר לדעת, כמובן, עד כמה השפיעה משיכת העתירות על התוצאה הסופית, אך אין ספק שהשופטים שקלו אותה, וייתכן שאף הושפעו ממנה. ניתן ללמוד זאת מכך שהשופט רובינשטיין מבקר במפורש, בפתח פסק דינו, את העותרים שמשכו את עתירתם.

גורם נוסף שיכול לשפר את מעמדו של בית המשפט מול הרשות הוא פסיקות של בתי דין בין-לאומיים נגד הרשות ומדיניותה או אף איום במתן פסיקות כאלה. פסיקות כאלה משרתות את בית המשפט משתי סיבות עיקריות: ראשית, הן משנות לרעה את מצבה של הרשות על ידי פגיעה בלגיטימציה שלה, ובכך מגדילות את הצורך של הרשות בבית המשפט כגורם שיכול להשיב לה חלק מהלגיטימציה הבין-לאומית שאבדה לה; שנית, הן מאפשרות לבית המשפט להתחייב בצורה אמינה לפסיקה המגבילה את הרשות, שכן הן יוצרות תמריץ חזק לבית המשפט לא להיכנע לתכתיבי הרשות כדי לשמר את מעמדו הבין-לאומי שלו עצמו.¹²⁵ פסק הדין בעניין **בית סוריק**,¹²⁶ שדרש שינויים בתוואי של גדר ההפרדה, ניתן זמן קצר לפני החלטת בית הדין הבין-לאומי לצדק, בחוות דעת מייעצת, כי הגדר הנמצאת מחוץ לתחומי הקו הירוק היא בלתי חוקית.¹²⁷ פסק הדין בעניין **מראעבה**,¹²⁸ שדרש גם הוא שינויים בתוואי, ניתן זמן קצר לאחר אותה החלטה של בית הדין הבין-לאומי לצדק. בית המשפט היה יכול להתחייב לפסיקה כזו מכיוון שאילו לא דרש שינויים בתוואי היה מעמדו הבין-לאומי נפגע, ואילו הרשות נאלצה לציית לפסקי הדין הללו מכיוון שאילו התעלמה מהם הייתה הלגיטימציה הבין-לאומית של מעשיה נפגעת.

בית המשפט ותומכיו מודעים לאופן שבו בתי דין בין-לאומיים יכולים לשפר את עמדתו של בית המשפט מול הרשות. זו אולי אחת הסיבות לתמיכתו של אהרן ברק בכך שישראל תאשרר את אמנת רומא, ועל ידי כך תהיה כפופה לסמכותו של בית הדין הבין-

124 כ"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500 (2010). שמונה שופטים החליטו כי הסעיף בטל באופן מידי, ואילו השופטת נאור, שפסקה גם היא כי הסעיף בטל, החליטה, בדעת מיעוט, להשעות את הבטלות לתקופה של שישה חודשים.

125 הרעיון של התחייבות אמינה נחקר על ידי שלינג – ראו SCHELLING, לעיל ה"ש 60, בעמ' 28. מקרה דומה, שבו מוסד מסוים מגביל מוסד אחר ועל ידי כך דווקא מחזק אותו בהתמודדותו מול מוסד שלישי, מתואר במאמרו של פוטנם – ראו Robert D. Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games*, 42 INT'L ORG. 427, 440 (1988). את אותה סיטואציה ניתן לתפוס גם בשינוי תפקידם של השחקנים. כך, לדוגמה, בנבשתי מדבר על הרשות כמוגבלת על ידי בית המשפט המקומי באופן שדווקא מחזק את יכולתה לעמוד מול לחצים חיצוניים. ראו Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, 102 AM. J. INT'L L. 241 (2008).

126 כ"פ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נח(5) 807 (2004).
127 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136 (July 9).

128 כ"פ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477 (2005).

לאומי הפלילי.¹²⁹ אם ישראל תצטרף לבית הדין הבין-לאומי הפלילי, אזי עקרון המשלימות, המונע את בית הדין מלדון בתיקים הנדונים במדינת המוצא של העברייין, ייתן לבתי המשפט בישראל כוח לחסן קצינים ישראלים מפני תביעה בבית הדין הבין-לאומי הפלילי, ובכך ישפר את כוח המיקוח של בתי המשפט מול הרשות.

סיכום

מאמר זה טוען כי בית המשפט מתנהג כשחקן אסטרטגי ארוך טווח המנסה להגדיל את המוניטין שלו כדי לשפר את סיכויי הציות לפסיקותיו העתידיות ובכך לקדם את העדפותיו. עם השנים בית המשפט לומד את תגובותיה של הרשות ואת האינטרסים שלה, ומשפר את הכלים המשפטיים המאפשרים לו לממש את מטרותיו. מן העבר האחר, הרשות מנסה גם היא לשפר את מצבה מול בית המשפט. בעשור הראשון של שנות האלפיים, לנוכח הירידה בתמיכה הציבורית בבית המשפט, הרשתה לעצמה הרשות יותר ויותר לא לציית לפסיקות, וכתוצאה מכך נפגע גם המוניטין של בית המשפט.

מאבקי הכוחות בין הרשות לבית המשפט לא הסתיימו. קשה להעריך את מצבו של בית המשפט כיום, וקשה עוד יותר לנבא כיצד ייראו המוניטין של בית המשפט והתנהגותו בעוד שנים מספר. הרבה תלוי, בין היתר, בגורמים אישיים – שופטים ובכירים ברשות יכולים להשפיע על מערכת יחסים זו בצורה משמעותית ולעיתים בדרכים בלתי צפויות. כך, לדוגמה, לרשות יכול להיות אינטרס למנות ולקדם שופטים הנתפסים כמרוסנים או כתלויים ברשות, אך טקטיקה זו מובילה פעמים רבות לתוצאה הפוכה. שופט שנתפס כמתון או כתלוי ברשות יכול לעיתים להרשות לעצמו לתבוע מהרשות יותר, מכיוון שהציבור ממילא תופס את פסיקותיו כמרוסנות ולכן יתבע מהרשות ציות ביתר שאת. שופטים שנתפסו כתלויים ברשות, דוגמת נשיא בית המשפט העליון האמריקני ארל וורן ושופט בית המשפט העליון הישראלי צבי ברנזון, התגלו עד מהרה כשופטים אקטיביסטיים מאוד.¹³⁰

129 ראו אנשיל פפר "אהרן ברק: על ישראל להצטרף לבית הדין בהאג" **הארץ** 5.1.2010 www.haaretz.co.il/news/law/1.1182935. גם מבלי שישראל תאשרר את אמנת רומא, קציניה יכולים להיות חשופים בתנאים מסוימים לשפיטה לפני בית הדין הבין-לאומי הפלילי. ראו יובל שני "ישראלים על ספסל הנאשמים? השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא מבחינת מדינת ישראל" **המשפט** ט 51 (2004). לאחר אשרור האמנה שפיטה של קצינים מישראל תהיה אולי סבירה יותר, אך עמיחי כהן טוען כי כבר החלת המשפט הבין-לאומי על ידי בית המשפט על תיקים בעניין השטחים המוחזקים, אחרי שנת 2002, נעשתה כתגובה על הקמת בית הדין הבין-לאומי הפלילי. ראו עמיחי כהן "בית המשפט העליון והעימות הישראלי-ערבי: מבט מן המשפט הבינלאומי" **קרית המשפט** ו 263, 331–332 (2006).

130 הנשיא האמריקני דווייט אייזנהאואר מינה את וורן לנשיאות בית המשפט העליון האמריקני בשעה שהוא נתפס כשופט התלוי ברשויות, אולם לאחר מכן הוא נהפך לשופט האקטיביסטי ביותר

התובנות המופיעות במאמר זה יכולות לסייע לא רק לרשות ולבית המשפט לשפר את התנהגותם האסטרטגית. גם עותרים ועורכי דין המופיעים לפני בית המשפט ומודעים לאסטרטגיות המעצבות את התנהגותם של בית המשפט והרשות יכולים לשפר את סיכויי ההצלחה שלהם אם יעשו שימוש מושכל בתובנות אלה. כך, לדוגמה, אם העותר מעוניין בפסיקה תובענית, מאמר זה ימליץ לו לחפש הנמקות אשר מעוגנות בדין ואינן מערבות שיקול דעת שיפוטי שבהן יוכל בית המשפט להשתמש. כאשר בית המשפט נדרש לפסיקה התובעת פעולות משמעותיות מהרשות, הוא זקוק להנמקה המסתירה את שיקול הדעת השיפוטי שלו, ועותר המציג הנמקות כאלה לפני בית המשפט יכול לשפר בכך את סיכויי הצלחתו. לעומת זאת, בעתירות המכוונות לפסיקה שתתבע פחות מהרשות יוכל לעיתים העותר להציע דווקא הנמקות החושפות שיקול דעת שיפוטי רחב יותר. בית המשפט מעוניין בהנמקות כאלה לתמיכה בפסיקה שאינה תובענית, ולכן עותר המציג הנמקות כאלה יכול להגדיל את סיכויי ההצלחה של העתירה. כמו כן, עותרים ציבוריים המופיעים לפני בית המשפט פעמים רבות מחזיקים בידם כוח גדול עוד יותר בגלל האיום למשוך את עתירותיהם מבית המשפט בעתיד. הבנת החישובים האסטרטגיים שבית המשפט נוקט יכולה לאפשר להם לנצל כוח זה להשגת מטרות המדיניות שלהם.

בהיסטוריה של בית המשפט האמריקני, עד כדי כך שאייזנהאואר הצטער לימים על מינוי זה והגדירו כשגיאה המטופשת החמורה ביותר שעשה כנשיא. ראו John Fox, *Biographies of the Robes*: Earl Warren, THIRTEEN (Dec. 2006), www.thirteen.org/wnet/supremecourt/democracy/robes_warren.html. צבי ברנזון היה בעברו היועץ המשפטי של הסתדרות העובדים, ובעת מינויו שימש המנהל הכללי של משרד העבודה, דבר שהוביל להתנגדות של האופוזיציה למינויו בטענה שהוא נעשה ממניעים פוליטיים. אולם זמן קצר לאחר מינויו נהפך ברנזון לשופט עצמאי וביקורתי כלפי הרשות. ראו יצחק זמיר "לכבוד השופט צבי ברנזון" **משפט וממשל** ב 325, 327 (1994).