

על הוועדה לבחירת שופטים – תוכנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

אברהם טננבוים* וסיון רצון**

הוויכוח הציבורי על הרכבו ופועלו של בית המשפט העליון אינו חדש. חלקו של הוויכוח קשור לדרך בחירת השופטים ולהרכב הוועדה הבוחרת אותם (להלן – "הוועדה" או "הוועדה לבחירת שופטים"). התומכים בהרכב הוועדה והמבקרים אותו מבססים את טיעוניהם על תפיסות עולם ואידיאולוגיות שונות.¹ נראה, שאין כל מקום לדיאלוג ביניהם, והוויכוח עקר לחלוטין.

על רקע הדיון הפוליטי בנושא מעמדו של בית המשפט העליון ובנושא הוועדה לבחירת שופטים, אנו מבקשים ברשימה זו להציע שינוי במבנה הוועדה ודרך חדשה לבחירת חבריה. רשימה זו חפה מכל תפיסה פוליטית. היא מתבססת על מחקרים עדכניים בתחומים של תורת המשחקים, אינטליגנציה קבוצתית וחכמת ההמונים.

א. מבוא. ב. הביקורת על בית המשפט העליון. ג. הוועדה לבחירת שופטים בישראל; 1. יחסי הכוחות בהרכב הוועדה; 2. ביקורת על הרכב הוועדה; 3. מקומה של הביקורת על הוועדה לבחירת שופטים והרכבה בראי רשימה זו. ד. חכמת ההמונים והתובנות הרלוונטיות ממנה לוועדה לבחירת שופטים. ה. תורת המשחקים והתובנות הרלוונטיות ממנה לוועדה לבחירת שופטים; 1. על ערך שפלי והשפעתו על מאזן הכוחות בוועדה; 2. על הקשר בין ראשי ה"גושים" הגדולים; 3. אפשרויות שונות של היחסים בין הגושים השונים; 4. הדרישה לרוב של שבעה חברים לבחירה לבית המשפט העליון, ו"גודל השלל" שעל הפרק; 5. פונקציית בחירה חברתית והשלכותיה לענייננו. ו. השפעת התאוריה על המעשה; 1. זהות וגיוון חברי הוועדה והוספת שני חברי אקדמיה; 2. מניעת היווצרות "קבוצות"; 3. דרך הדיון בוועדה עצמה – אפשרויות שונות; 4. מי יהיו המתנגדים לתיקון ומדוע? סוף דבר.

* שופט בדימוס, בית המשפט השלום בירושלים.

** עורכת דין, LL.M אוניברסיטת תל אביב, עוזרת משפטית בבית המשפט המחוזי, תל אביב.

1 יעל כהן-רימר "הליך מינוי השופטים בישראל: עובד – אל תיגעו!" המכון הישראלי לדמוקרטיה

– פרלמנט 72 (2012) 7985/7961/parliaments/idi.org.il.www.

א. מבוא

אופן מינויים ובחירתם של שופטים בישראל, ובפרט, שופטי בית המשפט העליון, זוכה בשנים האחרונות להתעניינות ציבורית רבה ולגילויי ביקורת והתנגדות, בעיקר בקרב אנשי אקדמיה ופוליטיקאים.²

הביקורת כלפי בית המשפט העליון אינה חדשה ומזוהה, בצדק או שלא, עם מורשתו של נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אהרן ברק. ייתכן שיש קשר לכך שהחל משנת 1992 לערך, מוסמך בית המשפט העליון לבטל את חוקי הכנסת.³ בין שלל הטענות, נטען כלפי ברק שהוא מרחיב את סמכותו של בית המשפט העליון לעסוק בנושאים שאינם מענייניו,⁴ ופועל בדרך של אקטיביזם שיפוטי.⁵

בשנים האחרונות החריפה הביקורת, והמתנגדים הביעו רצון להביא לשינוי במינויי השופטים המכהנים בבית המשפט העליון. הביקורת נגעה פחות באקטיביזם השיפוטי כשלעצמו, ויותר בכך שהוא יציר ידי בית משפט, שמנותק מהציבור ואינו משקף את הדעות הרווחות של הציבור כפי שהן משתקפות בבחירות של נציגיו לכנסת ולממשלה. בבסיס התנגדות זו מונחת התפיסה, שעל בית המשפט העליון, הרכב חבריו והחלטותיו, לשקף את המרקם החברתי וצורכי הביטחון המאפיינים את מדינת ישראל והחברה בה. נטען, שהרכב השופטים המכהן בבית המשפט העליון אינו משקף את החברה הישראלית על כל הציבורים המרכיבים אותה.

המבקרים את פועלו של בית המשפט העליון סבורים שהפתרון הוא בשינוי הרכב הוועדה לבחירת השופטים, באופן שהיא תייצג יותר את הלכי הרוח בעם ובמדינה. הנחת המוצא שלהם היא, שהרכב הוועדה הוא המפתח לשינוי בהרכב השופטים היושבים בבית המשפט העליון, וכפועל יוצא גם לאופי ההחלטות היוצאות תחת ידיו באופן, שלדעת המבקרים, ישקף את רצונותיו ודעותיו של הציבור הישראלי.

כתוצאה מכך, הוועדה לבחירת שופטים נמצאת על סדר היום הציבורי זה שנים אחדות. בגדר רשימה זו ברצוננו לבדוק את הליך בחירת השופטים ולהבין אם יש מקום לשיפורו, באופן שיהיה בו כדי לתת מענה הולם לאלו המבקרים את הרכב הוועדה, וליצירת נקודת איוון בין המבקרים לבין התומכים. עד כה, המבקרים הצדיקו את השינויים הדרושים, לטענתם, בהרכב

2 גדעון ספיר "מבוא: בית-המשפט העליון – מבנה והתנהלות מוסדית" מחקרי משפט יט 387 (2003).

3 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995). פסק הדין מסתמך על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק.

4 החלטות של בג"ץ בטוגיות ביטחוניות, סוגיות של מדיניות חוץ או סוגיות חברתיות המצויות במחלוקת, גררו אחריהן גל ביקורת נוקבת בדבר התערבותו של בית המשפט. מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט 423 (2003).

5 אקטיביזם שיפוטי היא גישה לפיה בית המשפט אינו צריך לצמצם את פועלו רק לתפקיד "פה למחוקק", כלומר במתן פרשנות לחוק, אלא מתפקידו לבקר את הרשות המחוקקת והרשות המבצעת ובמידת הצורך גם להתערב בהחלטותיהן. לדין באקטיביזם השיפוטי ובגישות השונות בדבר אופיו וטיבו ראו עמרי ידלין "שיקול דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665 (2003).

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

הוועדה באמצעות הצורך להתאים את שיטת מינוי השופטים בישראל לשיטה הנהוגה במדינות דמוקרטיות אחרות. ברשימה זו, אנו מבקשים להציע שינוי במבנה הוועדה, דרך חדשה לבחירת חבריה וכן מתודולוגיה חדשה להצדקת השינויים בהרכב הוועדה.

רשימה זו חפה מכל תפיסה פוליטית. היא מתבססת על מחקרים עדכניים בתחומים של הידע בתורת המשחקים, אינטליגנציה קבוצתית וחכמת ההמונים ומתמקדת בהצדקות התנהגותיות ולא בהצדקות אידיאולוגיות, כפי שעולה אצל המבקרים. לדעתנו, בהתבסס על תובנות אלה, יש לגבש דרך הצבעה שתפחית ככל האפשר את מספר המועמדים על פי סולם עדיפויות. שיטה זו תתקיים בשני סיבוכי הצבעה, כאשר לסיבוב השני יעלו המועמדים שיקבלו את מספר הנקודות הגבוה ביותר בסיבוב הראשון. דרך בחירה זו תגרום לחברי הוועדה לתת משקל לא רק למועמד המועדף על ידי כל אחד מהם, אלא גם תאפשר לשקול את כלל המועמדים וליצור מדרג ביניהם.

אנו פותחים את הרשימה בהצגת הביקורת על בית המשפט העליון והרכב הוועדה לבחירת שופטים. ההתייחסות להרכב הוועדה נובעת מן הטעם הפשוט שהוועדה היא זו שבוחרת את שופטי בית המשפט העליון כמו גם את השופטים בערכאות הנמוכות, שלימים יהיו מועמדים לבית המשפט העליון. לפיכך, הוועדה הבוחרת ומבנה יחסי הכוחות שבהרכבה משליכים על עיצובו של בית המשפט העליון למשך שנים, ללא קשר לזהותו הספציפית של מועמד כזה או אחר.

לאחר מכן, נבחן את התאוריות המדעיות המקובלות אשר רלוונטיות לענייננו, ואלו הן חכמת ההמונים, אינטליגנציה קבוצתית ותורת המשחקים.

בחלק האחרון, נבדוק אם וכיצד ניתן לשפר את הליך בחירת השופטים על ידי שימוש בתובנות מהתיאוריות המדעיות האמורות ויישומן על הוועדה לבחירת שופטים כמקרה בוחן. את הרשימה נחתום במסקנותינו והמלצותינו לצורך שיפור הליך בחירת השופטים.

ב. הביקורת על בית המשפט העליון

בשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה הופקדה הסמכות לבחירת שופטים בידי הממשלה. ההנהגה הפוליטית ביקשה להוציא את השופטים מעיסוק בעניינים פוליטיים. בתי המשפט נחשבו כרשות היחידה ששוקלת שיקולים שאינם פוליטיים ואשר ביכולתה להתמודד עם הנושאים שהובאו לפניו על בסיס אובייקטיבי לחלוטין.⁶

ברבות השנים, בית המשפט העליון הפך יותר ויותר למוסד מרכזי, משפיע וחשוב. הגידול בכוחו נבע, בין היתר, מפנייתם של כוחות פוליטיים אליו במטרה להשיג הישגים פוליטיים. בית המשפט העליון נקרא למלא את התפקידים שהמערכת הפוליטית לא יכולה הייתה למלא. לצד זאת, אלו שנפגעו מהחלטותיו תקפו אותו על התערבותו באותן סוגיות ועל חריגה

6 יצחק זמיר "האליטה המשפטית" המשפט יא 671 (2006).

מסמכותו.⁷ החל משנות השמונים הואצה ההתפתחות הזאת במכוון. בית המשפט העליון נקט בגישה לפיה, באופן עקרוני, כל רשות שלטונית, והכנסת בכלל זה, כפופה לשלטון החוק, וממילא גם לביקורת של בית המשפט, וכי מלבד תפקידו בהכרעה בסכסוכים המובאים לפניו, יש לו גם תפקיד של שמירה על שלטון החוק. בהתאם לגישה זו, איפשר בית המשפט הגשת עתירות ציבוריות נגד החלטות שלטוניות, והתפתחה תפיסה של "הכל שפייט".⁸

בעקבות מעורבותו ההולכת וגוברת של בית המשפט העליון בסוגיות בעלות משקל מדיני, חברתי, פוליטי וכיוצא באלה,⁹ החלה להישמע בציבור, ובייחוד בקרב הממסד הפוליטי, ביקורת כלפיו בדבר אקטיביזם שיפוטי ומשפטיזציה של המדינה ובעיקר הטענה שמערכת המשפט חורגת מהתפקיד המקובל שלה ומתערבת מדי בעניינים מדיניים, חברתיים וערכיים. עניינים אלה, כך נטען, צריכים להיות מוכרעים על ידי גופים אחרים, ובראש ובראשונה – הכנסת והממשלה. המבקרים טענו, שבעוד שהחברה הישראלית עברה תהליך מואץ של פיצול תרבותי וגיוון תרבותי, בית המשפט העליון מאויש בשופטות ובשופטים הנמנים עם קבוצה תרבותית אחת בלבד. בעיקר נטען שבמקום לשמור על אובייקטיביות פוליטית, בית המשפט העליון נוקט עמדה במאבק על עיצוב דמותה הערכית של ישראל נגד הקבוצה המבקשת לעצב את דמותה על פי ההלכה וערכיה של היהדות.¹⁰

לאורך השנים, ובפרט ככל שהתחזק הימין הפוליטי, גברה הביקורת נגד בית המשפט העליון והושמעה טענה, שהרכב השופטים בבית משפט זה כלל אינו מייצג קבוצות שונות בציבור ואינו מביא לידי ביטוי, ואינו יכול להביא לידי ביטוי, את העוצמה שיש לקבוצות אלו במערך הפוליטי בכנסת ובממשלה. כך, למשל, נטען כי "על בית המשפט העליון השתלטה קבוצת מיעוט שולית [...] תוך שימוש בכח שהפקדנו בידה היא מכתובה אג'נדה קיצונית".¹¹ עוד נטען כי "בית המשפט העליון רושם על שמו בטאבו את הרס היהדות במדינה",¹² ועוד כהנה וכהנה.

גם בין אלו שלכל הדעות חרדים למעמדו של בית המשפט העליון, נשמעה ביקורת על הכיוון שהוא הולך בו, הן בישראל¹³ והן מחוצה לה.¹⁴ נטען שבית המשפט העליון נעשה לגוף

7 מרדכי קרמניצר "דרכי המינוי של שופטים" הרשות השופטת – הסדרה חוקתית, מינוי שופטים, יסודות חוקתיים 44 (אורי דרומי עורך, 2003).

8 מאוטנר, לעיל ה"ש 4.

9 ש.ס.

10 ש.ס.

11 מזל מועלם "השר לוי: לבג"ץ קל יותר להורות על הריסת בית כנסת מאשר מסגד" אל-מוניטור (6.11.2015).

12 ראו הודעה משותפת של ראשי יהדות התורה, יעקב ליצמן ומשה גפני: "החרדים זועמים: בג"ץ הורס את היהדות במדינה" ישראל היום (1.4.2016) www.israelhayom.co.il/article/369785.

13 הבולטים ביניהם היו נשיא בית המשפט העליון לשעבר משה לנדוי והפרופסור למשפטים ושר המשפטים דניאל פרידמן.

14 ראו את ביקורתו של השופט האמריקאי פרופסור פוזנר: Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, NEW REPUBLIC (Apr. 23, 2007), available at <https://newrepublic.com/article/60919/Robert-H.-Bork-Barak's-Rule-5767>; וכן של פרופסור רוברט בורק: Robert H. Bork, *Barak's Rule*, 5767.

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים,
חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

מנותק, שאינו משקף את כלל החברה; שההומוגניות המאפיינת אותו מציבה אותו כגוף זר ומנוכר, רחוק מן המציאות המגוונת, ואולי אפילו מוטה לכיוון אחד מבחינה חברתית ותרבותית, באופן שעשוי להשפיע על החלטותיו, וכי תחושה כזו, גם אם היא מוטעית מבחינה עובדתית, עלולה לפגוע באמון הציבור כלפי בית המשפט, ובסופו של דבר גם לערער את מעמדו באופן שיקשה עליו למלא את תפקידו כראוי.¹⁵

קולות הביקורת סברו, שככל שהשופטים הולכים ומרחיבים את השיח המעניק להם תפקיד של "קובעי ערכים", כך מן הראוי שבסיס הלגיטימציה הקיים של מומחיות מקצועית לא יהווה קריטריון ושיקול יחיד בבחירתם. יש להעניק משקל לעקרונות ה"שיקול החברתי". קרי, בית המשפט ישקף בהרכבו את הרכב האוכלוסייה באופן שיבטיח איזון חברתי ואיזון הדעות השונות.¹⁶ עם זאת, נטען שאיזון שכזה קשה ליישום כאשר השופטים הם אלו הממנים את מחליפיהם או את אלה היושבים על כס השיפוט.¹⁷

תפיסה זו הובילה לשינוי הרטוריקה בדבר בסיס הלגיטימציה לפעולת השופטים, מרטוריקה מקצועית, לרטוריקה המבוססת על עיקרון של ייצוגיות הציבור.¹⁸

ככל שגברה הביקורת על אופיו של בית המשפט העליון, הסתמן שבדיון הציבורי בסוגיית הרכבו של בית המשפט העליון ובדרכי המינוי הרצויות של שופטים בישראל, התקבעו שני מחנות: במחנה אחד עומדים אלו הרואים ב"מקצועיות" המועמד לשפיטה משום שיקול רלוונטי עיקרי, אם לא יחיד, לבחירת שופטים; במחנה השני ניצבים אלו הסוברים שלצד המקצועיות, יש להביא בחשבון שיקולים נוספים, ובכלל זה את הצורך ב"ייצוג" של מגוונים מגוונים בהרכב בית המשפט. הראשונים, מצדם, רואים בחתירה לייצוגיות משום פוליטיזציה של המשפט. בתווך שבין שני המחנות ניצבו דעות ביניים שטענו שיש מקום לבניית הרכב של בית המשפט העליון על בסיס עיקרון של "ייצוגיות זהותית".¹⁹

מבקרי בית המשפט העליון ושיטת מינוי השופטים בו העלו הצעות חוק שנועדו לתת ביטוי לייצוג החברתי. חלק מההצעות נועד להגדיל את מעורבותה של המערכת הפוליטית במינוי שופטים, ובפרט במינוי שופטי בית המשפט העליון.

כך למשל "הצעת חוק-יסוד: בית משפט לחוקה". ההצעה קבעה שבית המשפט לחוקה, והוא בלבד, יפסוק בכל נושא שבו מתעוררת שאלה חוקתית בסוגיות ערכיות הנוגעות לצביונה של ישראל כמדינה יהודית, ציונית ודמוקרטית. בין היתר קבעה ההצעה שבית המשפט לחוקה יורכב משופטי בית המשפט העליון, דיינים, קאדי, אנשי אקדמיה, נציגי ציבור ועולה חדש; המטרה העומדת מאחורי הרכב זה היא שיקוף של מגוון דעות רחב בסוגיות הנוגעות לסמכותו

AZURE WINTER 125, 131 (2007), available at http://azure.org.il/download/magazine/1119.AZ_27_bork_review.pdf.

- | | |
|--|----|
| מאוטר, לעיל ה"ש 4. | 15 |
| זמיר, לעיל ה"ש 6. | 16 |
| מרדכי הלר "מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון" תכלת 8, 54 (1999). | 17 |
| יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" משפט וממשל 163 (1999). | 18 |
| ידידיה צ' שטרן "בין שופט לשיפוט" משפט וממשל ט 189 (2006). | 19 |

של בג"ץ לבטל חוקים הנוגדים או עומדים בסתירה, לפי פרשנות בית המשפט, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.²⁰

הצעת חוק אחרת היא "הצעת חוק בתי המשפט (תיקון) – שקיפות בהליכי מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובמינוי הנשיא והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), התשע"א – 2011".²¹ מטרת ההצעה הייתה לקבוע הליך של שימוע פומבי למועמדים לבית המשפט העליון וכן לכהונה כנשיא או כמשנה לנשיא בית המשפט העליון, בוועדת חוק חוקה ומשפט בכנסת, ורק לאחר מכן יוכלו להיות מועמדים לפני הוועדה. על פי הצעת החוק, יישאלו המועמדים שאלות הנוגעות לתפיסותיהם החוקתיות, לעמדותיהם בנוגע להפרדת רשויות ולעניין האיזון הראוי בעיניהם בין ערכים שונים. מטרת השימוע היא להבטיח שמלוא השקפת העולם וקורות החיים של מועמדים, העשויים לכהן בערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר, יהיו חשופים לעיני הציבור. כך יתאפשר לכלל הציבור ללמוד על תפיסת היסוד של המועמדים, ובכלל זה על תפיסותיהם בכל הנוגע לסוגיות העקרונות שבית המשפט העליון נדרש להן בעבודתו. ראיון המועמדים יבטיח שקיפות הולמת של דעותיהם ועמדותיהם, ובכך יסייע גם לחברי הוועדה לבחירת שופטים לבחור נשיא, משנה לנשיא ושופטים, בדרך שתאפשר לזרמים מחשבתיים שונים בחברה להשפיע על שיטת המשפט ועל ההלכות הנפסקות בערכאה העליונה.

הצעות חוק נוספות ביקשו לשנות את השיטה של בחירת השופטים ולקבוע תחת השיטה הקיימת שיטה חדשה שבה הוועדה לבחירת שופטים תציג לכנסת רשימת מועמדים הראויים לדעתה לכהן בבית המשפט העליון, אשר תכלול עד פי שלושה, ולא פחות מפי שניים, ממספר המועמדים הנדרשים למינוי. מתוך הרשימה המומלצת, בהצבעה חשאית, תבחר הרשות המחוקקת את שופטי בית המשפט העליון.²² לחלופין, נעשה ניסיון להגדיל את מספר השופטים בבית המשפט העליון לשמונה עשר, כדי להגדיל את הייצוגיות בבית המשפט, מתוך תפיסה שהגדלת מספר השופטים תאפשר את מינויים של שופטים בעלי רקע ועמדות מגוונים באופן שיבטא נאמנה את השקפות העולם השונות הרווחות בציבור הישראלי.²³

בין יתר ההצעות, ומתוך מחשבה שהדרך לשינוי הרכב השופטים בבית המשפט העליון היא באמצעות הוועדה הבוחרת אותם,²⁴ התגבשו הצעות לשינוי אופן פועלה של הוועדה לבחירת שופטים וכן לשינוי הרכב חבריה.

20 הצעת חוק-יסוד: בית משפט לחוקה, פ/4/18.

21 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון) – שקיפות בהליכי מינוי שופטים לבית המשפט העליון ובמינוי הנשיא והמשנה לנשיא בית המשפט העליון), התשע"א – 2011, פ/3423/18.

22 הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – מינוי שופטים לבית המשפט העליון), פ/87/17.

23 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון) – מספר השופטים בבית המשפט העליון), התשע"ב – 2009, פ/1760/18.

24 ה"ש 17, מציין במאמרו שהשופטים בישראל שנבחרים על ידי ועדה לבחירת שופטים, שמורכבת ברובה מבכירי הממסד המשפטי – מתמנים בידי אותו הממסד, ולמעשה דרך הוועדה נוצר מצב ש"הרשות השופטת ממנה את עצמה".

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

ג. הוועדה לבחירת שופטים בישראל

הליך מינוי שופטים בישראל מעוגן וקבוע בחוק-יסוד: השפיטה. מינוי שופטים נעשה על ידי נשיא המדינה על פי המלצות ועדה בוחרת – הוועדה לבחירת שופטים (להלן גם: "הוועדה").²⁵

הוועדה נותנת ביטוי ייצוגי לשלוש רשויות הממשל וכן ללשכת עורכי הדין על ידי נציגות מקצועית שלה. הוועדה מונה תשעה חברים: שלושה שופטים של בית המשפט העליון, ביניהם נשיא בית המשפט העליון ושניים משופטיו, שאותם בוחרים יתר שופטי בית המשפט העליון (באופן מסורתי על פי ותק); שר המשפטים ושר נוסף; שני חברי כנסת (באופן מסורתי אחד מן האופוזיציה²⁶ ואחד מן הקואליציה) ושני נציגים של לשכת עורכי הדין.

הרכב הוועדה נועד להשיג שתי מטרות: האחת – להבטיח את רמתם המקצועית הגבוהה של המתמנים לשפיטה; והשנייה – להעניק להליך הבחירה ממד חזק של לגיטימיות ציבורית באמצעות ייצוג של שלוש רשויות השלטון וכן הקואליציה והאופוזיציה.

הוועדה ממנה שופטים לכל הערכאות: בית המשפט העליון, בתי משפט מחוזיים ובתי משפט שלום ובכלל זה בתי המשפט לתעבורה. הוועדה אינה ממנה דיינים לבתי משפט דתיים. אלו מתמנים בוועדות אחרות בעלות מבנה דומה. בנוסף לבחירת שופטים, הוועדה ממנה את נשיא בית המשפט העליון ואת המשנה לנשיא. סוגיית קידום של השופטים בערכאות שיפוטיות גבוהות כלולה בין סמכויות הוועדה. אולם נשיאי בתי המשפט השונים בישראל ממונים על ידי שר המשפטים, וזאת בכפוף לקבלת הסכמת נשיא בית המשפט העליון.

קיימת הבחנה בין דרך בחירת שופטים לבית המשפט העליון לבין בחירת שופטים ליתר הערכאות. מועמדים לשיפוט בבית המשפט העליון אינם נדרשים לעבור קורס מועמדים לשפיטה.²⁷ בנוסף, מינוי שופטי בית המשפט העליון נעשה על פי מסורת מנהגית בהסכמה כללית של החברים בוועדה. מסורת מנהגית זו קיבלה ביטוי מסוים בתיקון מספר 55 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, שלפיו כדי למנות שופט עליון נדרש רוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה.²⁸

דרישת הרוב המיוחד של שבעה חברים מתוך תשעה (לעומת דרישת רוב רגיל של חמישה במינוי שופטים ליתר הערכאות), יוצרת לכאורה הבחנה מהותית בין מינוי שופטים לעליון לשופטים ביתר הערכאות, ככל שהדבר נוגע למערך יחסי הכוחות בוועדה. ואולם, כפי שיובהר בהמשך, בפועל הבחנה זו אינה רלוונטית. המחלוקות בקרב חברי הוועדה על בחירת שופטים

25 חוק-יסוד: השפיטה.

26 חברי אופוזיציה לא כיהנו בעבר כחברי הוועדה, אולם מאז 1990 התהפך הגלגל וחרב אופוזיציה מכהן בוועדה בדרך קבע. ראו שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח 370, 357 (2003).

27 בשנת 2009 חוללה הוועדה שינוי מהותי בהליך מינוי השופטים בישראל, וקבעה שהמועמדים יעברו מבחני התאמה וקורס. ראו אביעד גליקמן "נגד ביניש? הוועדה קבעה מבחנים לשופטים" YNET (19.6.2009) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3733816,00.html

28 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 51) (רוב מיוחד למינוי שופט בית המשפט העליון), התשס"ח–2008, ה"ח הכנסת 239.

ניכרת גם בערכאות הנמוכות, באופן שמשליך על בחירת שופטי בית המשפט העליון. חברי הוועדה עצמם כורכים את המינויים של שופטים בערכאות נמוכות במינויים של שופטי בית המשפט העליון לצורך הסכמה על מועמד.

1. יחסי הכוחות בהרכב הוועדה

בבחינת יחסי הכוחות בהרכב הוועדה, אנשי מערכת המשפט כ"קבוצה מקצועית" נהנים מרוב על פני אנשי הרשות המחוקקת והמבצעת – חמישה אנשי מקצוע (שלושה שופטי בית משפט עליון ושני נציגים של לשכת עורכי הדין) מול ארבעה חברים מהכנסת והממשלה. בהיבט אחר של יחסי הכוחות בהרכב הוועדה, ארבעה מושבים מתוך התשעה מוחזקים על ידי פוליטיקאים, נבחרים ציבור. ²⁹ היבטים אלו, כפי שיובהר בהמשך, הפכו לחלק בלתי נפרד מהמחלוקת על הרכב הוועדה.

הרכב הוועדה כיום משקף תפיסה משפטית מקצועית של הוועדה. ³⁰ הנחת העבודה של הוועדה כיום היא שבמערך השיקולים בהליך בחירת השופטים, השיקול המכריע הוא הצורך להבטיח את בחירת המועמדים המתאימים ביותר, ולדחות על הסף שיקולים לא ענייניים בהליך הבחירה, כדוגמת חברות אישית, נפוטיזם ועוד. ³¹ בתהליך מינויו של שופט – בייחוד כאשר מדובר בקידום שופטים – לגורמים המקצועיים (השופטים ועורכי הדין) יש כלים להערכת איכות עבודתו השיפוטית (או חומר מקצועי אחר) וממילא גם כלים להערכת מקצועיותם של המועמדים.

לאורך שנות קיומה של הוועדה, השפעתם של שופטי בית המשפט העליון בוועדה הייתה גדולה: למרות שהם מהווים רק שלישי מהוועדה, הם קבוצה מגובשת ויציבה, בעוד שאר החברים מפוצלים ומתחלפים בתדירות גבוהה יחסית. ³² ואכן, עד לסוף שנות התשעים שופטי בית המשפט העליון היו מוסד דומיננטי חשוב במיוחד בשדה המשפטי, וככל שהכנסת איבדה את כוחה הפוליטי, כך רכשו השופטים השפעה רבה יותר. הם היו הגוף המשמעותי ביותר בוועדה לבחירת שופטים, ³³ ושלטו בוועדה באמצעות ברית שכרתו עם נציגי הלשכה. לצד זאת, בבחינת יחסי הכוחות בוועדה, יש להביא בחשבון את סמכותו של שר המשפטים העומד בראש הוועדה ובידו הסמכות לכנס את הוועדה וגם להקפיא את עבודתה. סמכויות השר יוצרות תלות מסוימת של הרשות השופטת ברשות המבצעת. יש המצדדים בהעברת סמכויות השר בוועדה לידיו של נשיא בית המשפט העליון, וזאת לאור האפשרות לניצול לרעה של סמכות זו על ידי השר. ³⁴

29 שטרית, לעיל ה"ש 26.

30 שם.

31 שם.

32 דניאל פרידמן "מי בוחר את השופטים ובאיזה רוב" YNET (6.11.2016) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4875078,00.html

33 ה"ל, לעיל ה"ש 17.

34 שטרית, לעיל ה"ש 26.

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשפטים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

כך, למשל, בשנת 1986 הפעיל השר אברהם שריר, שכיהן באותם ימים כשר המשפטים, את סמכותו כיושב ראש הוועדה לבחירת שופטים והקפיא את עבודתה. השר נקט צעד קיצוני זה בעקבות מחלוקת שפרצה בינו לבין נשיא בית המשפט העליון דאז מאיר שמגר.³⁵ במקרה אחר, מחלוקת חריפה בין שר המשפטים דאז, יוסי ביילין, לבין נשיא בית המשפט העליון דאז אהרן ברק, באשר למינוי שני שופטים לבית המשפט העליון, עיכבה את מינויו של השופט אליעזר ריבלין.³⁶

מחלוקת נוספת, שהתגלעה בעת כהונתו של השופט ברק כנשיא בית המשפט העליון סביב הוועדה לבחירת שופטים, נגעה למועמדותה של פרופ' רות גביון לבית המשפט העליון. השרה ציפי לבני, שכיהנה באותה עת כשרת המשפטים, דחפה למינויה של פרופ' גביון לעליון, הנשיא ברק התנגד. בסופו של דבר לא כונסה הוועדה לבחירת שופטים. המשבר במערכת היחסים נמשך גם לאחר מינויו של חיים רמון לשר המשפטים. בין השר רמון לנשיא ברק לא הושגה הבנה, וועדת המינויים לא כונסה. באותה תקופה, מתוך תקן של 15 שופטים בעליון, אוישו רק 10 תקנים.³⁷ תיקון מס' 51 לחוק בתי המשפט,³⁸ שקבע שבחירת שופט לבית המשפט העליון תיעשה ברוב מיוחד של שבעה חברים, הניח את הכר לשינוי מאזן הכוחות בוועדה.

הדרישה לרוב מיוחד העניקה זכות וטו על כל מינוי של 3 חברי ועדה שיתאגדו יחד. בכך נוצר "איזון כוחות", ובמקרה זה די ברוב ה"מקצועי" של אנשי מערכת המשפט, או ברוב ה"פוליטי" שאליו יצטרף נציג אחד של השופטים או עורכי הדין. בפועל, ולאור כך ששופטי בית המשפט העליון מגיעים כקבוצה מגובשת, הרוב המיוחד מאפשר לשר משפטים למנוע מינויים לא רצויים בעיניו. דרישת הרוב המיוחד חיזקה את מעמדם של נציגי הציבור בוועדה, שכן נציגי מערכת המשפט (אף אם הם רוב) תלויים בשניים לפחות מנציגי הציבור.³⁹ לצד דרישת הרוב המיוחד שאפשרה את שינוי את מערך יחסי הכוחות בתוך הוועדה, חל גם שינוי במעמדה של לשכת עורכי הדין. נציגי לשכת עורכי הדין שינו במידת מה את ההיבט המקצועי של הוועדה להיבט בעל מאפיינים פוליטיים, ולכל הפחות ניכר היה שאין עוד יסוד להנחה שנציגי הלשכה עשויים עור אחד או שייטו להצביע בהתאם לבחירת שופטי העליון.⁴⁰

- 35 ש.ם.
36 מערכת וואלה! NEWS "מחלוקת בין שר המשפטים לנשיא בית המשפט העליון מעכבת מינוי שופטים" וואלה! NEWS (14.8.2000) news.walla.co.il/item/16181.
37 פרידמן, לעיל ה"ש 32.
38 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 51) (רוב מיוחד למינוי שופט בית משפט עליון), התשס"ח–2008, ה"ח הכנסת 239. בהמשך, עלתה גם הצעת החוק להשוות בין הליך המינוי של שופטי יתר הערכאות להליך מינוי שופטי בית המשפט העליון. ראו הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – רוב בוועדה למינוי שופטים), התשע"ב–2012, פ/4059/18.
39 דניאל פרידמן המצדד בדרישת הרוב המיוחד סבור שדרישה כאמור יוצרת איזון בין השופטים החברים בוועדה לבחירת שופטים לבין שאר החברים. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 32.
40 הצעת חוק בחירת נציגי לשכת עורכי הדין בוועדות נושאי המינויים לנושאי משרה שיפוטית (תיקוני חקיקה), התשע"ב–2012, פ/3506/18.

דרישת הרוב המיוחד, לצד עליית קרנה של לשכת עורכי הדין, הובילו לשינוי מערך יחסי הכוחות ולתופעה של "דילים" בין חברי הוועדה,⁴¹ דבר שעלול להוביל לטשטוש ההבחנה בין אופן מינוי שופטי בית המשפט העליון למינוי שופטים בערכאות נמוכות יותר. חשש כזה עלה, לדוגמה, בסבב המינויים האחרון של הוועדה, סביב המחלוקת בין חברי הוועדה בעניין קידום מועמדותה של שופטת בית משפט השלום רחל ערקובי לבית המשפט המחוזי בתל אביב. הנשיאה נאור התנגדה לקידום, ואילו חברת הכנסת נורית קורן, החברה בוועדה, טענה שמדובר באפליה על רקע מוצאה התימני של השופטת ערקובי. נאור איימה לפוצץ את הישיבה עוד לפני כינוסה, אך לבסוף התקבלה הצעתו של השר כחלון, ולפיה אחד התקנים במחוזי בתל אביב לא יאויש, ומועמדותה של השופטת ערקובי תידון שוב בישיבה הבאה.⁴² עוד מחלוקת המצביעה על טשטוש ההבחנה בין אופן מינוי שופטי בית המשפט העליון למינוי שופטים בערכאות נמוכות יותר נוגעת למועמדותו של פרופ' דוד האן, שכהן כאפוטרופוס הכללי, לשופטת בית המשפט העליון. פרופ' האן היה מועמדה של השרה שקד. הנשיאה נאור הטילה וטו על מועמדותו. לכן הוסכם שהוא ימונה בעתיד לכהונת שופט מחוזי.⁴³

המלומד פרידמן מסביר שאין מנוס מיצירת דילים שכאלה. הוא מציין שיש בכך צד חיובי, שכן כל צד זוכה למנות חלק מהשופטים. עם זאת, הוא מוסיף, התוצאה היא שבמסגרת "דיל" יוכל צד אחד, המעוניין מאוד במועמד שאולי אינו כל כך מוצלח, להעבירו, ואילו הצדדים האחרים יאלצו להשלים עם מועמד זה, אחרת לא יוכלו להעביר את מועמדיהם. בנוסף, כמעט שאין אפשרות למנות בשיטה זו שופט יחיד (כאשר מתפנה מקום אחד בלבד), וזאת לאור הצורך באפשרות לנהל משא ומתן בין קבוצות שונות בתוך הוועדה.⁴⁴

מעניין לציין שכעת, בשל היחסים שנרקמו בין השרה שקד ליו"ר לשכת עורכי הדין אפי נווה, באופן שמחזק את ההיבט הפוליטי של הוועדה, הועלתה הצעה להחזיר את הגלגל אחורה ולשנות את הרוב הנדרש למינוי שופטי העליון לרוב רגיל, וזאת במטרה לנטרל את כוחם של שופטי העליון בוועדה.⁴⁵ על הצעה זו הוטחה ביקורת בדבר התוצאות השליליות העלולות להיות לכך בטווח הארוך.⁴⁶

41 במסגרת תחקיר ששודר בטלוויזיה בו נערך ריאיון עם ראש לשכת עורכי הדין אפי נווה, התייחס נווה ל"דילים" הנרקמים בין חברי הוועדה לצורך מינויים של שופטים בהתאם להעדפותיהם של מי מהצדדים חברי הוועדה. בין היתר דובר על דילים שנרקמו ביחס לשופט אלרון שהשרה שקד תמכה במינויו מול התנגדותם של שופטי בית המשפט העליון. עובדה "מאחורי הגלימה" (קשת, 22.11.2017).

42 איתמר לוין "התפירה הצליחה: לוין נבחרה" NEWS1 (21.3.2017) www.news1.co.il/Archive/001-D-389526-00.html.

43 טובה צימוקי "מאולטימטום לדיל: מאחורי המהפכה בעליון" YNET (23.2.2017) www.ynet.co.il/articles/0,7340,1-4926386,00.html.

44 דניאל פרידמן "מי בוחר את השופטים ובאיזה רוב" YNET (6.11.2016) www.ynet.co.il/articles/0,7340,1-4875078,00.html.

45 הצעת חוק בתי המשפט (תיקון – רוב רגיל למינוי שופט בית המשפט העליון), התשע"ז–2016, פ/3364/20.

46 קיבא ביגמן "שקד מחזירה את מינוי השופטים לימי ה'חבר מביא חבר'" מידה (3.11.2016) <http://mida.org.il/2016/11/03>.

על הוועדה לבחירת שופטים – תוכנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

יחסי הכוחות בסבב המינויים האחרון משקפים דווקא שינוי ואת עליית כוחם של נציגי הציבור ואת ההיבט הפוליטי, ולחלופין "ייצוגי", בהרכב הוועדה. אולם עוד קודם לכן, ובמטרה לחזק את אותו היבט ציבורי-ייצוגי-פוליטי, הועלו הצעות שונות לשינוי הרכב הוועדה ולאופן פעילותה בבחירת השופטים לערכאות השונות.

2. ביקורת על הרכב הוועדה

התומכים והמבקרים בהרכב הוועדה כיום מצביעים על שיקולים שונים שצריכים לעמוד לנגד עיניה של הוועדה בבחירת השופטים. הן התומכים והן המבקרים סבורים, שאיכותה של הרשות השופטת והרכבה תלוי במידה רבה בשיטת מינוי השופטים, ושהשיקול המכריע במערך השיקולים בהליך מינויים הוא הצורך להבטיח את בחירת המועמדים המתאימים ביותר. אולם, קיימת אי הסכמה לגבי התוכן ויתור השיקולים שמגדירים מיהו אותו מועמד המתאים ביותר. כאמור, הוועדה מורכבת מחמישה אנשי מקצוע (שלושה שופטי עליון ושני נציגים של לשכת עורכי הדין) מול ארבעה נציגי ציבור מהכנסת והממשלה. הרכב הוועדה נותן לוועדה נופך של מקצועיות בבחירת השופטים. המבקרים את הרכב הוועדה טוענים שהנחה זו בדבר מקצועיותה של הוועדה אינה חפה מבעיות, שכן חברי הוועדה, גם אלו שאינם פוליטיקאים, מחזיקים, כך סביר להניח, בדעה פוליטית כזו או אחרת, שיכולה להשתקף בהחלטה בבחירת שופט כזה או אחר, בפרט כאשר מדובר בבחירת שופטי העליון. לפיכך, מתוך הבנה בדבר כוחם של שופטי העליון כקבוצה מגובשת ולאור המחשבה שתפיסתם התרבותית-ערכית כמכלול, אינה מייצגת את הרב תרבותיות בחברה הישראלית, החלו קריאות לשינוי הרכב הוועדה עצמה, ובכלל זה להגדיל את הייצוג של הרוב הפוליטי על פני זה המקצועי. המלומד הלר, בביקורתו על הרכב הוועדה, סבור שהפסול העיקרי בהרכבה הוא בכך ששלושה מבין תשעת חברי הוועדה הם שופטים מכהנים בבית המשפט העליון, והשפעתם על החלטות הוועדה מכרעת. לטענתו, נוצר מצב בו הרשות השופטת ממנה את עצמה.⁴⁷

המלומד הלר סבור שהליך בחירת השופטים בישראל מוטעה ולקוי, פוגע בכללי הממשל התקין ומערער את אמון הציבור במערכת המשפט. הוא מדגיש שאף אם יפעלו השופטים בלב חפץ ובכוונה טובה לתיקון עולם, הם יבחרו מטבע הדברים אנשים הדומים להם, והתוצאה תהיה בית משפט מנותק ושאינו מייצג.⁴⁸

המלומד הלר סוקר את שיטות המשפט הנהוגות במדינות דמוקרטיות אחרות, שבהן בחירת השופטים נתונה בידי המערכת הפוליטית. לטענתו, בשיטת הבחירה של שופטים במדינות אלה מקובלים שני עקרונות, במיוחד כאשר מדובר במינויים לבתי המשפט העליונים/בתי המשפט החוקתיים, שהשלכות פסיקתם רחבות. הראשון הוא שהבחירה נעשית על ידי נציגי הציבור, מכוח האמונה שהדמוקרטיה מבוססת על אמון בכוחו של הציבור, והוא הגוף המתאים לבחירת השופטים; והשני הוא שברגע שהשופט/ת התמנו לשיפוט, אין עליהם מוראו של איש מעבר למורא החוק. דהיינו, מינויים נעשים בדרך כלל לכל החיים (או עד לפרישה), השכר מכובד

47 הלר, לעיל ה"ש 17.

48 שם.

והולם, ואין למעשה כל אפשרות לפגוע בשופט משום שפסיקתו אינה נושאת חן בעיני פוליטיקאי זה או אחר.

המלומד הלר מפרט רשימה של ארצות דמוקרטיות שבהן מתקיימים שני עקרונות אלו. כך, למשל, בארצות הברית, ממנה הנשיא (הנבחר באופן דמוקרטי) את כל המועמדים לכס השיפוט הפדרלי (ובכלל זה בית המשפט העליון) בכפוף לאישור הסנאט (שנבחר גם הוא בידי הציבור). הנשיא ממנה את השופטים לבית המשפט העליון ולבתי המשפט הפדרליים לכל ימי חייהם, אך אלו עוברים שימוע בסנאט.⁴⁹ בשווייץ שופטי בית המשפט הפדרלי נבחרים בידי הפרלמנט, ובשוודיה וביפן הממשלה היא שבחרת את השופטים (ביפן הם אף עומדים לאחר מכן לאישור הציבור בבחירות כלליות). מסקנתו הברורה של המלומד הלר, מסקירת שיטת בחירת השופטים בדמוקרטיות השונות, היא שהרחבת סמכותו של בית המשפט העליון בישראל מחייבת דמוקרטיזציה של תהליך בחירת השופטים.⁵⁰

מבקר אחר של שיטת בחירת השופטים והרכב הוועדה הוא המלומד בקשי, שסבור שהשיטה הישראלית פוגעת בעקרונות דמוקרטיים לאור האקטיביזם השיפוטי שמתאפיין בפסיקותיו של בית המשפט העליון.⁵¹ בקשי, כהלר לפניו, טוען ש"בשיח הציבורי מושלטת אקסיומה כנגד מינוי שופטים על ידי נבחרי ציבור, ושיטת בחירה כזו מוצגת כ"הזויה" וכ"סכנה לדמוקרטיה". הוא מבסס את ביקורתו על מחקר משווה של ארבע עשרה מדינות דמוקרטיות ומראה שבשמונה מהן אין לרשות השופטת כל קשר להליך מינוי השופטים לערכאה העליונה/חוקתית. בחמש מהן, יש לשופטים השתתפות כלשהי, ורק במדינה אחת (הודו) כוח השופטים במינוי הוא משמעותי ואפילו גדול מאשר בישראל.⁵² בקשי, בדומה להלר, קובע ששיטת מינוי השופטים הנוהגת בישראל חריגה מאוד ביחס לשיטות בחירת השופטים המקובלות בדמוקרטיות בולטות.

מסקנתו של המלומד בקשי היא ששומה על מדינת ישראל לאמץ שיטה של בחירת שופטים לבית המשפט העליון המבוססת על נבחרי ציבור ברשות המחוקקת או המבצעת.⁵³ לצד אלו, ובין הקולות שקראו לשינוי הרכב הוועדה, היו כאלה שאמנם עמדו על הצורך לשינוי לצורך מתן ייצוג נכון יותר של האוכלוסייה, אולם לא בכיוון הפוליטיזציה המוצעת של הרכב הוועדה (עמדתם של הלר ובקשי). כך, למשל, המלומד שטרית מבקר את הפוליטיזציה האפשרית שקיימת בהרכב הוועדה. לטענתו, תהליך מינוי שופטים חייב להיות נקי משיקולים פוליטיים וצריך להיות מודרך על ידי שיקולים ענייניים בלבד. השתתפותם של שני חברי כנסת ושני שרים, שאינם אלא נציגים פוליטיים, אין בה צורך, ויש בה פגם. שטרית מוסיף, שדי בהשתתפותם של שר המשפטים, כדי ליתן ייצוג נאות לרשות המבצעת בתהליך מינוי השופטים,

Steven P. Croley, *The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law*, 62 CHI L REV 689, 747 (1995).
 הלר, לעיל ה"ש 17.
 אביעד בקשי "שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל" המכון לאסטרטגיה ציונית (2011) www.izs.org.il/papers/judges.pdf.
 נציין שלא ברור מרשימתו אם החוקה ההודית מאפשרת לשופטים לבטל חוקים בדומה למצב בישראל, או שמא כוחם שונה.
 בקשי, לעיל ה"ש 51.

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

ובאופן דומה יש להסתפק בחבר כנסת אחד בוועדת המינויים. שטרית סבור שאת מקומם של שני הנציגים הפוליטיים שאותם יש להוציא, צריכים לתפוס מרצה למשפטים ופרקליט בשירות המשפטי של המדינה. בחירתם של המרצה והפרקליט יכול שתיעשה על ידי הפקולטות למשפטים והפרקליטים בשירות המדינה, שיבחרו מדי פעם באדם שישמש חבר הוועדה מטעמם לתקופה קצובה.⁵⁴

פרופ' קרמניצר אף הוא התנגד לניסיונות ליצור פוליטיזציה בהרכב הוועדה. לשיטתו, חיזוק הצד הפוליטי בוועדה יוביל לירידה ביוקרה של מי שיתמנו להיות שופטים ובמעמד של המערכת השיפוטית, שכן היכולת של פוליטיקאים להחליט מי השופט המחוזי המתאים ביותר למינוי לבית המשפט העליון היא קלושה למדי. הוא עומד על הצורך בשינוי הרכב הוועדה לכיוון הצד המקצועי. הוא מטיל ספק בדבר השיוך של חברי לשכת עורכי הדין דווקא להיבט המקצועי, ומסביר שאין ביטחון שנוציגי לשכת עורכי הדין מייצגים תמיד את הצד המקצועי, ולא את הצד הפוליטי. קרמניצר, בדומה לשטרית, עומד על כך שלצורך חיזוק הפן המקצועי בהרכב הוועדה, יש להוסיף אנשים מהאקדמיה.⁵⁵

באופן דומה, טרם מינויו לתפקיד שר המשפטים, כתב פרופ' דניאל פרידמן שיש לבצע שינוי מה בהרכב הוועדה, ובמקום ששלושת השופטים יהיו מבית המשפט העליון, יהיו שניים מהם שופטי בית משפט מחוזי או שופטי בית משפט מחוזי בדימוס. היתרונות שראה בכך הם בפיוור סמכויות (מניעת מסירה של עמדת כוח לקבוצה קטנה יחסית של שופטי בית המשפט העליון), גישה אובייקטיבית יותר למועמדים והתקווה שלשופטים המחוזיים תהיה היכרות טובה יותר עם המועמדים לערכאות הנמוכות.

בעקבות הקריאות לשינוי הרכב הוועדה, הוקמה ועדת משנה מקרב חברי הוועדה לבחירת שופטים בראשות השופט יצחק זמיר (להלן – "ועדת זמיר"), שנתבקשה לבחון שינויים בסדרי מינויים לבית המשפט העליון ובהיבטים של תהליך המינויים תוך שהיא מתייחסת לתפיסה המקצועית שלה את השפיטה וכן להכרה הרווחת בכך, שבית המשפט העליון ממלא תפקיד פוליטי מובהק.⁵⁶

ועדת זמיר המליצה להשאיר את בחירת השופטים, כמו גם את הרכב הוועדה, על כנם. עם זאת להוסיף כמה שינויים ודגשים.⁵⁷

בדחייתה את שינוי הליך בחירת השופטים ואת הרכב הוועדה, קבעה ועדת זמיר ששינוי הרכב הוועדה יפגע במקצועיות השופטים הנבחרים ובאמון הציבור בשופטיו. הטענה שלפיה הרכב השופטים באופן כללי, ובמיוחד הרכב בית המשפט העליון, צריכים לייצג את הרכב האוכלוסייה, נדחתה. ועדת זמיר דבקה בתפיסה המקצועית שלה את השפיטה וקבעה, שדווקא בשל מהות הסוגיות הנדונות בבית המשפט העליון והמשקל של הפסיקה בסוגיות אלה, נודעת חשיבות יתרה לרמה המקצועית והאיכות האישית של השופטים בבית משפט זה. המסקנה היא,

54 שמעון שטרית "חיזוק הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים" משפטים 174 (1975).
55 קרמניצר, לעיל ה"ש 7.
56 הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים דין וחשבון (ירושלים, ניסן התשס"א – אפריל 2001).
57 שם, בעמ' 85.

לדעת הוועדה, שגם בבחירת שופטים לבית המשפט העליון, הרמה המקצועית והאיכות האישית של המועמד צריכות להיות שיקול ראשון במעלה בוועדה לבחירת שופטים.⁵⁸ מסקנות ועדת זמיר היו שהייצוגיות הנדרשת לכאורה הולמת גופים נבחרים, שתפקידם לקבוע מדיניות בעניינים לאומיים או מקומיים, כמו הכנסת או רשות מקומית, אך אינה הולמת גוף מקצועי כמו בית משפט.⁵⁹

עם זאת, ועדת זמיר קבעה שמקום שהרמה המקצועית והאיכות האישית קיימות במידה הנדרשת, הוועדה לבחירת שופטים צריכה לתת משקל גם לעקרון השיקוף החברתי.⁶⁰ ועדת זמיר אמנם התנגדה ל"ייצוג" הציבור בבית המשפט, אך הדגישה את הצורך ב"שיקוף". במצב שבו על הוועדה לבחור בין מועמדים שמתאימים במידה שווה, עליה לבחור במועמד שיתרום למגוון הדעות והלכי הרוח בציבור בבית המשפט. ועדת זמיר קבעה במסקנותיה, שכיום אין בבית המשפט בעיית שיקוף של המגזר הדתי ויוצאי עדות המזרח, וכי בתחום השיקוף של המגזר הערבי והעולים החדשים חל במשך הזמן שיפור מתמיד.⁶¹ עם זאת, עדיין ראוי לשפר את השיקוף של הרכב השופטים בישראל. לכן, ועדת זמיר המליצה שהוועדה לבחירת שופטים תאמץ באופן רשמי מדיניות מינויים הנותנת משקל גם לעקרון השיקוף, כפוף לשיקולים של רמה מקצועית ואיכות אישית של המועמד לכהונת שופט.

ניתן לומר שבאופן כללי ועדת זמיר תמכה במצב הקיים, והשינויים המעטים שהציעה הם טכניים, ולא משמעותיים. חשוב לציין שהוועדה סברה שככל שיהיה שינוי בהרכב הוועדה, הוא לא יבוא לידי ביטוי בהגדלת הכוחות הפוליטיים, וכל שינוי שיעשה בהרכב צריך לכלול אנשי אקדמיה או כוח ניטרלי.⁶²

היו לא מעט ביקורות על המלצות ועדת זמיר. מבקרי ועדת זמיר טענו, שלא ניתנה כל התייחסות לביקורת הציבורית על הרכב הוועדה לבחירת שופטים, ושהמלצותיה היו ידועות מראש לאור הרכבה,⁶³ ועובדה היא שהיא לא טרחה לזמן לשורותיה אפילו מתנגד אחד להרכב הוועדה.⁶⁴

ועדת זמיר לא הייתה סוף פסוק. בעשור האחרון נעשו ניסיונות רבים לשינוי חקיקה בעניין הוועדה לבחירת שופטים. מרבית ההצעות ביקשו לבצע תיקונים שונים במבנה הוועדה וברוב הנדרש לבחירת שופט לבית המשפט העליון. בין ההצעות השונות הועלתה הצעתו של חבר הכנסת יריב לוין לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים. על פי ההצעה, תצומצם נציגות

58 שם, שם.
 59 שם, בעמ' 26.
 60 שם, בעמ' 28.
 61 שם, בעמ' 27.
 62 הוועדה המליצה שהמועמדים יעברו קורס מועמדים לשפיטה בתנאי פנימייה שיהיה חובה (עד אז היה זה רשות), כי יפורסמו הודעות על תקן פנוי, שתהיה קיימת ועדה מייעצת לקידום שופטים מכהנים. שם בעמ' 52-54, 88.
 63 פרופ' זמיר הוא שופט בית המשפט העליון בדימוס ופרופ' רובינשטיין תמך מלכתחילה בוועדה בצורתה. החבר השלישי עו"ד יורי גיא-רון היה גם הוא חבר הוועדה לבחירת שופטים.
 64 שטרית, לעיל ה"ש 26, בעמ' 373. ראו גם הדס מגן "לשכת עורכי הדין נגד ועדת זמיר" גלובס 10.1.2002 (10.1.2002) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=552679.

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

השופטים משלושה לשניים, כשאחד מהם יהיה שופט בית משפט מחוזי בדימוס, שייבחר על ידי נשיא בית משפט מחוזי, ולא על ידי העליון. במקומו של השופט השלישי, ימונה נציג אקדמיה, שאותו ימנה ראש הממשלה, בהתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון ושר המשפטים. מטרת השינוי (כפי שעולה מדברי ההסבר להצעת החוק) היא לאזן בין היקף הנציגות של הרשות השופטת, לזו של הרשות המחוקקת והמבצעת, תוך שימת דגש על הרכב שיבטא באופן נאמן את מגוון הדעות בציבור ובה בעת יבטיח משקל הולם גם לגורמים המקצועיים (נציגי השופטים ולשכת עורכי הדין) ונציגי האקדמיה.⁶⁵

בהצעת חוק אחרת ביקשו לעגן את הנוהג לפיו נציגי הכנסת לוועדה לבחירת שופטים נבחרים האחד מתוך שורות הקואליציה ואחד מתוך שורות האופוזיציה.⁶⁶

עוד הצעת חוק שראוי להזכיר היא הצעתו של חבר הכנסת יואב קיש, לפיה נשיא בית המשפט העליון יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של מליאת הכנסת. מטרת החוק היא, כפי שעולה מדברי ההסבר, להוציא את הליך הבחירה מידי הוועדה בטענה שהוועדה, הלכה למעשה, אינה מפעילה שיקול דעת בשאלת מינוי זה, אלא ממנה באופן טכני ואוטומטי את הנשיא לפי ותק הכהונה על כס השיפוט בבית המשפט העליון (שיטה הידועה בכינויה "שיטת הסניוריטי").⁶⁷

אלו התומכים בהרכב הוועדה הנוכחי, המתנגדים לשינוי, חוששים מפוליטיזציה יתרה של הוועדה שתגרום לבחירת שופטים על פי דעותיהם הפוליטיות, ולא על פי כישוריהם המקצועיים, מה שיביא לפוליטיזציה של השפיטה ולירידת קרנה של מערכת המשפט בעיני הציבור. ממילא, כלל לא ברור שדווקא חיזוק היסוד הפוליטי בוועדה הוא שיביא להגשמת היעד של שיקוף חלקי האוכלוסייה.⁶⁸

שיתופם של שופטים ועורכי דין בהליך בחירת שופטים נעשה לשם הגנה על עצמאותה של הרשות השופטת ולשם צמצום משקלם הסגולי של שיקולים מפלגתיים-פוליטיים בהליך המינוי. השתתפות זו מיועדת להבטיח את רמתם המקצועית הסבירה של המועמדים למשרה שיפוטית. לשר המשפטים ניתן מעמד מועדף בתחום הצעת מועמדים למשרה שיפוטית, ושליטה פרוצדורלית על הוועדה לבחירת שופטים, מעצם תפקודו כיושב הראש שלה.

עוד מוסיפים התומכים בהרכב הוועדה, שהרכבה מאוזן נוכח מקומם של נציגי לשכת עורכי הדין והעובדה שהם מייצגים את שני האינטרסים – גם המקצועיים וגם אלה של נציגי הציבור. בשנים האחרונות הפכו נציגי לשכת עורכי הדין ללשון מאזניים בוועדה לבחירת שופטים. לשכת עורכי הדין הייתה תמיד בעלת חשיבות פוליטית מסוימת למפלגות פוליטיות, אולם

65 הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הרכב הוועדה לבחירת שופטים), פ/19/1417.

66 הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – הרכב הוועדה לבחירת שופטים), פ/20/4229. על פי דברי ההסבר להצעת החוק, מטרת התיקון היא להבטיח שבחירת נציגי הכנסת תשקף את מגוון ההשקפות הרווחות בציבור כפי שהן באות לידי ביטוי בהרכבה הנבחר של הכנסת וכן לשמור על הניטרליות של הוועדה.

67 הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון – בחירת נשיא בית המשפט העליון בידי הכנסת), פ/20/4529.

68 יעל כהן-רימר "הוועדה לבחירת שופטים – מי? כמה? למה? האומנם?" המכון הישראלי לדמוקרטיה (23.6.2009) www.idi.org.il/articles/7978

הגידול במספר עורכי הדין והמעמד המונופוליסטי של הלשכה גרמו לה להיות שאפתנית יותר באשר למעמדה הציבורי. אי לכך, נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה לבחירת שופטים הפכו לקולניים יותר במתן ביטוי לעמדתם בנושאים ציבוריים.⁶⁹ בין התומכים בהרכב הקיים של הוועדה לבחירת השופטים נמצאים באופן טבעי שופטי בית המשפט העליון. השופט בדימוס צבי טל ציין שלפי דעתו, הדרך הנוכחית לבחירת שופטים היא דרך ראוייה וטובה מאוד. עם זאת הוסיף, שדרך בחירת שופטים לערכאות השלום והמחוזי צריכה להיות שונה מבחירת שופטים לבית המשפט העליון.⁷⁰ גם לדעת השופט יצחק אנגלרד, רק שופטים צריכים למנות שופטים, וזאת במיוחד על רקע המעורבות הפוליטית. לשיטתו, תלותה של מערכת השפיטה במערכת הפוליטית היא דבר מסוכן לדמוקרטיה. הוא מבקר את הניסיונות המתמידים של הפוליטיקאים להתערב ולהגדיל את ההשפעה הפוליטית על מערכת המשפט באמצעות התערבות בוועדה לבחירת שופטים.⁷¹ המלומד שפירא, שבחן את הליכי מינוי השופטים במדינות אחרות, במטרה ללמוד על יתרונותיו ועל חסרונותיו של כל מנגנון, מגיע למסקנה שקיים מגוון רחב של הליכים, ומציין שריבוי ההסדרים והשינויים החלים בהם מלמד שישראל אינה יוצאת דופן בהתחבטות באשר לדרך הראויה למינוי שופטים.⁷² בהקשר זה מוסיפה המלומדת כהן-רימר, שאין טעם לשנות שיטה קיימת רק לשם השינוי ומשום שאחרים נוהגים אחרת, וייתכן שדווקא ההסדר הישראלי עדיף על ההסדר המקובל בשיטות אחרות.⁷³

3. מקומה של הביקורת על הוועדה לבחירת שופטים והרכבה בראי רשימה זו

על רקע האמור לעיל, נראה שהמבקרים את הוועדה לבחירת שופטים והרכבה, יחד עם אחרים, החמיצו שתי נקודות חשובות. ראשית, דווקא סקירת הדרכים הנבדלות לבחירת שופטים בעולם הדמוקרטי מראה שונות רבה יחסית. אין דרך אחת מקובלת, אלא הרבה דרכים. לכן, שינוי כלשהו בשיטה הישראלית לא בהכרח יקרב אותנו למקובל, אלא ייצור עוד שיטה ייחודית, כמו כל האחרות. שנית, וחשוב מכל, אין דרך שמבטיחה את אמון הציבור ומונעת ביקורת. נראה שהמבקרים שייכים למחנה פוליטי זה או אחר, שהחלטות בית המשפט העליון אינן ערבות לאוזנו (בעיקר בשבתו כבג"ץ). יש לתת את הדעת לכך שהביקורת והניסיונות לשנות את הרכב הוועדה נובעים מעצם התפיסה שהאקטיביזם השיפוטי עומד בסתירה לכאורה למדיניות של נבחרי הציבור. מה שעומד אחרי טרוניות חלק מהמבקרים, הוא הרצון למנות שופטים שנגינתם תהיה ערבה יותר

69 גר ברזילי "השפה הדו-ערכית של עורכי דין בישראל: פוליטיקה ליברלית, כלכלה ליברלית, שתיקה והתנגדות" המשפט טו 195 (2010).
70 "ריאיון – השופט בדימוס צבי טל" עלי משפט ז 17 (2009).
71 "ריאיון – השופט בדימוס יצחק אנגלרד" עלי משפט ז 77 (2009).
72 אסף שפירא "הליך מינוי שופטים – מבט השוואתי" המכון הישראלי לדמוקרטיה (25.4.2012).
www.idi.org.il/parliaments/7961/7977
73 כהן-רימר, לעיל ה"ש 1.

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

לאוזנם.⁷⁴ ייתכן מאוד, שגם אם השופטים היו נבחרים על ידי נבחרי ציבור, ואפילו הציבור עצמו, הייתה ממשיכה להימתח ביקורת על החלטותיהם. המבקרים לא הביאו ראיות אמפיריות לכך ששופטים שנבחרו על ידי המוסדות הפוליטיים חפים יותר מתלונות וביקורות. בישראל של היום (2017), יהיה זה שגוי לטעון שאין ביקורת, ואפילו קשה, על בית המשפט העליון. אך אם השופטים היו אכן נבחרים בהתאם לרצונם של המבקרים, מי יערוב לכך שהביקורת לא הייתה אף חמורה יותר?

וכאן נכנסים אנו לשאלה המרכזית ברשימתנו – האם ניתן להגיע להסכמה על דרך בחירת שופטים שתהיה מקובלת על כל המחנות? ללא קשר לשיוכם הפוליטי/המפלגתי/הרעיוני? דרך שתנסה לכל הפחות להביא לבחירת המועמדים הראויים יותר? והדגש הוא על הצדדים הטכניים של הדרך שאותה בדרך כלל נוטים להזניח, הן המגנים והן התוקפים. לכך יוקדשו שני הפרקים הבאים ברשימתנו. הראשון יעסוק בחכמת ההמונים והשני בתורת המשחקים.

ד. חכמת ההמונים והתובנות הרלוונטיות ממנה לוועדה לבחירת שופטים

לפני שנסביר את השלכות חכמת ההמונים לוועדה לבחירת שופטים, נסביר (בקצרה) את מרכיביה. זכות היוצרים למונח "חוכמת ההמונים" (The Wisdom of the Crowd) מיוחסת לג'יימס סורוביצקי וספרו רב ההשפעה משנת 2004.⁷⁵ הרעיון המרכזי בספר הוא פשוט ובהיר. בתנאים הנכונים, קבוצה גדולה של אנשים היא נבונה הרבה יותר מכל אחד ממרכיביה, אפילו מהחכמים ביותר בה. יתרה מזו, אפילו אם לא יהיו בין חבריה גאונים מיוחדים, היא תהיה חכמה יותר מכל קבוצת אליטה קטנה. הקבוצה הגדולה טובה יותר בפתרון בעיות, טיפוח יצירתיות, הגעה להחלטות מושכלות ואפילו לחיזוי העתיד.

נתחיל מדוגמה ידועה אותה מפרט המחבר סורוביצקי. סיר פרנסיס גלטון היה בן דודו של צ'ארלס דרווין ומדען בריטי מפורסם בזכות עצמו. הוא טבע את המונח "אאוגניקה", המתייחס לשיפור הגזע באמצעות שליטה על הילודה, ויהיה זה הוגן לומר כי הוא לא התרשם יתר על המידה מהאינטליגנציה של ההמון. באחד הימים הגיע גלטון לתערוכה חקלאית שבה התקיים מעין הימור על משקלו של שור שהוצג בתערוכה. כל משתתף היה צריך לנחש את משקל הבשר שיושג מהשור אחרי שיישחט, ולמנחשים הקרובים למשקל האמיתי הובטחו פרסים. כשמונה מאות השתתפו, כשחלקם היו פקידים, צופים וסתם בטלנים שלכאורה לא היה צריך להיות להם כל מושג על משקל השור. גלטון, שהיה גם סטטיסטיקאי, חישב את הממוצע של כל המנחשים כשהוא מניח שזה יהיה רחוק מהמשקל האמיתי, שהיה 1198 ליברות. גלטון ניסה ללמוד מכך על ההליך הדמוקרטי כולו בציינו, כי למשתתף הרגיל בתערוכה ישנה ידיעה על משקל השור כמו שלבוחר רגיל ישנה ידיעה על העניינים הפוליטיים שלגביהם הוא מתבקש

74 בעבר הביקורת על הרכב הוועדה היה דווקא מהימין. לאחרונה הפכה הביקורת להיות מהשמאל. ראו למשל אלוף בן "במינויים לעליון, השיקו שקד ונתניהו את המהפכה האנטי-חוקתית" הארץ www.haaretz.co.il/news/law/.premium-1.3881935 (23.2.2017).

75 JAMES SUROWIECKI, THE WISDOM OF CROWDS (2004). הספר יצא גם בעברית: ג'יימס סורוביצקי חוכמת ההמונים (ג'וד שבא מתרגמת, 2004).

להכריע. להפתעתו, ממוצע הניחושים היה 1207. דהיינו, ההמון ניחש כמעט בשלמות את המשקל עם טעות של פחות מאחוז. גלטון סיכם את מאמרו בקביעה כי "התוצאה הביאה לשיפוט הדמוקרטי יותר כבוד מהצפוי"⁷⁶

דוגמה זו היא רק אחת משלל רב של דוגמאות מכל תחומי החיים שאותן מביא סורוביצקי: דוגמאות משוק המניות, מהימורים (חוקים או שאינם כאלה), מאלגוריתם החיפוש של גוגל, משכרם של מנהלי חברות ועוד כהנה וכהנה. בכולם התוצאה לדעתו אחת היא, החלטת "ההמון" טובה יותר. החלטה קולקטיבית של רבים, ואפילו אינם חכמים במיוחד, טובה יותר מבחירתם של מומחים מעטים, יהיו המומחים חכמים ומבריקים ככל שיהיו.

גישה זו מנוגדת לגישה האינטואיטיבית שלנו להיעזר במומחים דווקא. אחרי ככלות הכול, לעצם הביטוי "המון" יש לעיתים משמעות שלילית של גוף הפועל בחוסר היגיון. סורוביצקי טוען ההיפך. לשיטתו, הגישה האינטואיטיבית שלנו, להסתמך על מומחה אחד או אפילו כמה, לא תביא לתוצאה מיטבית. מה גם שבתחומים רבים, לא ברור כיצד ניתן לאפיין מומחים, ומומחיותם אינה יכולה להימדד בכלים ברורים.⁷⁷

סורוביצקי ער לכך שלעיתים התוצאה הקולקטיבית אינה מוצלחת כל כך. משברים בשוק המניות נגרמים לעיתים עקב התנהגות מטופשת של כלל המשקיעים. ההיסטוריה מלאה סיפורים על בוכרים, שבחרו את המנהיג שאינו נכון בלשון המעטה. המונים לפעמים התנהגו בטירוף עם תוצאות קטסטרופליות לחלוטין. מדוע שם לא פעל הרעיון כי הרבים חכמים יותר? לדעתו, יש צורך בארבעה תנאים מצטברים כדי לגרום להחלטה קבוצתית להצליח: גיוון, ביזור, עצמאות ודרך קבלת החלטות. גיוון משמעותו שחברי הקבוצה יהיו שונים זה מזה במידת האפשר. על כל אחד להביא עמו פיסות אינפורמציה אחרות, מבט אחר, דרך חשיבה אחרת וכיוצא באלה. ביזור משמעותו שאין אחד מחברי הקבוצה בעל סמכות החלטה. כל אחד מהם מחליט לבדו. ההחלטה אינה נעשית מלמעלה למטה, אלא מלמטה למעלה.

התנאי השלישי הוא עצמאות. זו מתבטאת בכך שכל אחד מחברי הקבוצה מחפש פתרון לגופה של הבעיה, ואינו מתבונן במעשי האחרים. אסור שאנשי הקבוצה יסתכלו זה על זה, והחלטתם תהיה מבוססת רק על סמך החלטת האחרים. אם יעשו זאת, במקום להחליט לבדם, יכול להיווצר מצב של "עיוורון קבוצתי" שבו ילקו כולם באותה טעות. במובנים מסוימים ביזור ועצמאות מהוות אותה תכונה של "אי תלות" חבר בקבוצה בהחלטות של חבר/ים אחר/ים.

התנאי הרביעי הוא טכני אך חשוב, והוא דרך קבלת ההחלטה. חייב להיות מנגנון כלשהו המסכם את רעיונות חברי הקבוצה להחלטה אחת קולקטיבית המסמלת את "דעת הקבוצה". אם הדעות המגוונות והמבוזרות אינן מולידות החלטה ברורה אחת, הרי אין טעם בחשיבה הקבוצתית.

סורוביצקי גם מסביר ממה נובעת הצלחה קבוצתית זאת. לכל אחד מחברי הקבוצה יש פלח אינפורמציה ודרך חשיבה שונה. לכולם יחד יש תמיד יותר מאשר יש למומחה כלשהו, יהיה

76 FRANCIS GALTON, VOX POPULI, IN NATURE 450 (1907).

77 ראו ספרם של סרף ונבסקי, המעלים ספקות רבים באשר ליכולתם של מומחים מוצהרים: כריסטופר סרף וויקטור נבסקי דבר המומחים – תחזיות שלא בדיוק התגשמו (אלכס דורון מתרגם, 2009).

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

גאון אשר יהיה. בנוסף, גם למומחים יש דעות קדומות, הטיות, חוסר ידע וטעויות, ואלו יכולות להשפיע על החלטותיהם. נכון כמובן שגם לחברי הקבוצה יש את אותן מגבלות. אך בקבוצה מתקזזות הטעויות זו עם זאת, כך שהתוצאה הסופית היא טובה יותר. ככל שהקבוצה גדולה יותר, כך יהיה הניחוש מדויק יותר. דרך החשיבה הקבוצתית בעיקר טובה למקרים שבהם יש צורך בתשובה לשאלה ספציפית (כגון הדוגמאות שהבאנו למעלה). כמובן, ישנן משימות שקבוצה אינה טובה בהן, ואלה בעיקר משימות של מיומנות אישית. לא רצוי לתת לקבוצה לבצע ניתוח לב פתוח, להטיס מטוס או לנהוג באוטובוס.

אם ננסה ליישם זאת בעולם המשפט, הרי לדעת סורוביציקי, קבוצת אנשים גדולה תגיע למסקנות עובדתיות אמיתיות יותר במשפט מאשר שופט מקצועי ו/או חבר שופטים קטן. ייתכן גם שפסק הדין וגור הדין של אותה קבוצה יהיו נכונים וצודקים יותר. מי שתומך בשיטת המושבעים האנגלו-סקסית יוכל למצוא ברעיונות אלו צידוק לכך. היו גם שראו בכך הסבר לחשיבותו של המנהג במשפט העברי עד כדי כך ש"מנהג מבטל הלכה"⁷⁸.

מחקרו הראשוני של סורוביציקי היה רחוק מלהיות מושלם, אך הוא כנראה חזה את כיוון המחקר העתידי.⁷⁹ בשנת 2006 נפתח באוניברסיטת MIT הידועה, מרכז המחקר הראשון לחקר "אינטליגנציה קולקטיבית", המנסה לחקור את חוכמתה של קבוצה (בנפרד מחוכמתם האישית של כל אחד מחברי הקבוצה).⁸⁰ אחת ממטרות המרכז המוצהרות היא לחקור את "מנת המשכל הקבוצתית". מסקנת החוקרים הייתה, שאכן ניתן לדבר על אינטליגנציה של קבוצה. היא אינה מושפעת מהותית מהמוטיבציה של חברי הקבוצה, או מתחושת הסיפוק שלהם. בניגוד לאינטואיציה, היא אינה קשורה ישירות לחוכמתם של חברי הקבוצה או מנת המשכל של החכמים ביותר בה. משלל עשרות המשתנים שנבחנו, שני משתנים חזרו על עצמם שוב ושוב.⁸¹ הראשון והעקבי ביותר היה אמפתיה חברתית ורצון כן להקשיב לחברים האחרים בקבוצה. קבוצות שחבריהן הקשיבו זה לזה בלי לקטוע את דבריהם, גילו רגישות לשפת הגוף ולתקשורת הלא מילולית והסכימו לשמוע באוזן חפצה את האחרים, הצליחו יותר. אותה הקשבה עם מוכנות לקבלה סייעה יותר מכל גורם אחר להצלחת הקבוצה.⁸² המשתנה השני היה ניהול הזמן בקבוצות. קבוצות שחבריהן התבטאו במשך זמן שווה וערכו מספר סבבים של התבטאויות כאלו, הצליחו יותר. ככלל אצבע ניתן לומר שבכל מקרה

78 אברהם טננבוים "על חכמת הציבור וקביעת ההלכה" פרשת השבוע ברוח המשפט 338 (פרשת בא, התשס"ט).

79 התזה הבסיסית שלו: החלטה וחשיבה קבוצתית היא פתרון טוב יותר מאשר המומחה. הספר מעניין אך אינו מדויק מספיק.

80 שמו המלא של המרכז המכיל עשרות חוקרים ואנשי צוות הוא: MIT Center for Collective Intelligence. ראו אתר רשמי: cci.mit.edu.

81 משתנה נוסף שחזר על עצמו היה נוכחותן של נשים בקבוצה. התברר כי קבוצות שבהן היו נשים, הצליחו יותר מאשר קבוצות על טהרת המין הגברי. עם זאת, החוקרים סבורים כי משתנה זה של נוכחות נשים קשור לנושא. ראו למשל Alice McCarthy, *Harnessing the Power of Collective Intelligence*, MIT ILP (Nov. 14, 2016), <http://ilp.mit.edu/newsstory.jsp?id=22621>.

82 מדובר על "Social Perceptiveness", שאותה תרגמו תרגום לעברית כ"אמפטיה חברתית" (תרגום חופשי).

בו "צמח" מנהיג/ה דומיננטי/ת, הקבוצה הצליחה פחות. משתנים אלו הראו הצלחה בכל המשימות, החל ממשימות יצירתיות ועד הישגים בניהול מו"מ מול קבוצות אחרות.⁸³ מעבר לשאלה (הפשוטה יחסית) של חקר הצלחתן של קבוצות קטנות של אנשים, החוקרים בשנים האחרונות מנסים לבדוק את יכולתן של קבוצות גדולות, בשילוב עם מחשבים וטכנולוגיה חדישה. לטענתם, קבוצות אנשים בשיתוף מחשבים וטכנולוגיה מנסים כיום להצליח באתגרים מגוונים, החל מכתבת תוכנה ועד לחיזוי הבחירות לנשיאות.⁸⁴ ההתרכזות בתוצאות מחקרים אלו לעומקן, חורגת מתחום מאמרנו זה.⁸⁵ נעיר רק שמדובר בחזית המחקר המדעי, שבה החוקרים מנסים לבדוק אפשרויות, יכולות והשלכות מפתיעות, שלהערכתנו יהפכו תוך זמן קצר לקונצנזוס.⁸⁶ לענייננו חשובה העובדה, שכיום מקובל להסכים עם הרעיונות המרכזיים של חוכמת ההמונים והאינטליגנציה הקבוצתית. כפי שהראינו, כדי שהחלטות הקבוצה תהיינה מוצלחות וטובות ככל האפשר, עדיף ורצוי כי:

- א. הקבוצה תהיה גדולה ככל האפשר (חכמת ההמונים);
- ב. הקבוצה צריכה להיות מגוונת ככל האפשר מבחינת הרכבה (חכמת ההמונים);
- ג. ההחלטה תתקבל באופן עצמאי על ידי כל חבר, ללא קשר להחלטת/רצון האחר (חכמת ההמונים);
- ד. דרך קבלת ההחלטות תוכל "לתרגם" את הדעה הקולקטיבית לערך אחד (חכמת ההמונים);
- ה. חברי הקבוצה יקשיבו זה לזה באופן פתוח מתוך רצון אמיתי להקשיב, ואולי לשנות דעה (אינטליגנציה קבוצתית);
- ו. חלוקת הזמן שבה כל אחד מחברי הקבוצה יפעל, יקשיב וידבר תהיה שווה, ללא מנהיגות רשמית או טבעית (אינטליגנציה קבוצתית).

ה. תורת המשחקים והתובנות הרלוונטיות ממנה לוועדה לבחירת שופטים

תורת המשחקים היא אחד הענפים המעניינים ביותר במתמטיקה המודרנית. את ראשיתה מקובל לראות בספרם של המתמטיקאים ג'ון וון-ניומן ואוסקר מורגנשטרן משנת 1949.⁸⁷

- Anita Williams Woolley et al., *Evidence For A Collective Intelligence Factor In The Performance Of Human Groups*, 330 SCIENCE, 686 (2010) 83
- האתר הרשמי של MIT, לעיל ה"ש 80. 84
- כך למשל הראה מחקר אחר שגם כאשר קבוצה עובדת כקבוצה on line, דהיינו, ללא קשר פיזי ממשי, עדיין הקבוצות המוצלחות יותר הן אלה שלחבריהן רגישות חברתית. ראו David Engel et al., *Reading the Mind in the Eyes or Reading between the Lines? Theory of Mind Predicts Collective Intelligence Equally Well Online and Face-To-Face*, PLOS ONE (Dec. 16, 2014), <http://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0115212> 85
- HAND OF COLLECTIVE INTELLIGENCE (THOMAS W. MALONE et al. eds., לסקירה מעודכנת ראו 2015). mitpress.mit.edu/hci 86
- JOHN VON NEUMANN & OSKAR MORGENSTERN, *THEORY OF GAMES AND ECONOMIC BEHAVIOR* (1944) 87

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

הפופולאריות שלה נובעת בין השאר משימושיה הרבים בחיי היום יום. כמה וכמה מגדולי התורה קיבלו פרסי נובל לכלכלה, מה שמעיד על מעשיותה.⁸⁸ לענייננו ניתן ללמוד ממנה בעיקר בשתי נקודות שאותן נדגיש, ואלו הן "ערך שפלי" וכן מה שמכונה "פונקציית בחירה".⁸⁹

1. על ערך שפלי והשפעתו על מאזן הכוחות בוועדה

אחת הביקורות החוזרות ונשנות לגבי הוועדה לבחירת שופטים היא על כך ששלושת שופטי העליון בוועדה מביעים בדרך כלל עמדה אחידה, ולכן כוחם עדיף. ביקורת אינטואיטיבית זאת מתבססת על מונח מתמטי הקרוי "ערך שפלי", שפותח על ידי המתמטיקאי לודו שפלי בשנות החמישים (Shapley value). זהו מונח המשמש כמעין מדד להערכת כוחם של שחקנים בקואליציה.

כדי להסביר מונח זה נביט במקרה פשוט ובסיסי בו יש שלושה שחקנים (משתתפים), שאין ביניהם כל קשר. לראובן ישנה כפפה ימנית בעוד לשני האחרים (שמעון ולוי) ישנה כפפה שמאלית. ניתן למכור זוג כפפות בשוק בערך של שקל אחד (או כמובן כל ערך). כיצד אם כן יחלקו השלושה את זוג הכפפות שברשותם? מה יהיה פתרון "נכון" לחלוקת הרווח? כיצד בפועל יחלקו השלושה את מה שיקבלו? ויושם לב שזוהי הדוגמה הבסיסית לשאלות מורכבות הרבה יותר. נסתכל לדוגמה על ייצור הלחם. יש לנו את החקלאים מגדלי החיטה, את טחנות הקמח, את המאפיות, את רשתות השיווק ואת המובילים בכל השלבים. בהנחה שהמדינה קובעת את מחיר הלחם הסופי והשאר נתון למשא ומתן, כיצד יחלקו כל השחקנים את התמורה הסופית (מחיר הלחם) ביניהם? האם ניתן לדבר על חלוקה הוגנת? צודקת? ולפי אילו קריטריונים תיקבע הוגנות זו? מטבע הדברים ישנן אפשרויות לכמה וכמה שותפויות וקואליציות בין מאפיה פלונית, טחנת קמח אלמונית ורשת שיווק פלמונית. מה צריכה להיות החלוקה בכל אחת מהשותפויות? ומעבר לשאלת ההוגנות, מה למעשה יקרה בפועל? "ערך שפלי" מדבר על כל המקרים כמובן, אך לנוחיות נחזור למקרה הכפפה הפשוט. נזכיר, לראובן יש כפפה ימנית, ולשמעון ולוי יש כפפה שמאלית. אי אפשר ליצור "קואליציה" (זוג כפפות תקין) ללא ראובן בעל הכפפה הימנית. אולם אפשר ליצור כזו בלא שמעון או בלא לוי. יש צורך רק באחד מהם. לראובן ישנו יתרון, משום שהוא יכול לנהל משא ומתן עם כל אחד מהם ולדרוש כי הוא יקבל את חלק הארי. מבחינתו, אחד מהשניים (שמעון או לוי) הוא מיותר, משום שיש לו צורך רק בכפפה שמאלית אחת. מאידך גיסא, לכל אחד משני האחרים אין אפשרות, אלא לחבור לראובן.

88 בישראל ידועה בעיקר זכייתו של פרופ' ישראל אומן (פרס נובל לכלכלה שנת 2005). נציין כי התחום מפותח מאוד בישראל, ומתמטיקאים ישראלים נמצאים בחזית המחקר.

89 הספרות העוסקת בתחום, הן המקצועית והן הפופולארית, רחבה ועצומה. אנו הסתמכנו בעיקר על ספרם המקיף והטכני בן למעלה מאלף עמודים של שמואל זמיר, מיכאל משלר ואילון סולן תורת המשחקים (2008). נציין אבל שהמושגים הם בסיסיים למדי, וניתן למצוא את הסבריהם בכל ספר לימוד ראשוני בתחום.

מצב זה קרוי לעיתים מצב של "שני מוכרים וקונה אחד", ולעיתים ההיפך, "שני קונים ומוכר אחד". אך העיקרון ברור. לאחד מהמשתתפים ישנו יתרון, משום שהאחרים תלויים בו יותר. עקרונית, ניתן לומר שלראובן יש חמישים אחוז מהרווח (כי יש לו כפפה ימנית), ולשמעון ולוי יחדיו יש חמישים אחוז (הואיל ולכל אחד לבדו יש את הכפפה השמאלית הדרושה). אולם במציאות יש לראובן יותר מחמישים האחוז, והוא יכול לנהל משאים ומתנים נפרדים עם שמעון או לוי.

"ערך שפלי" נותן ביטוי מתמטי לכך.⁹⁰ הוא מניח מספר הנחות (לא תמיד פשוטות) על השחקנים ועל האופן שבו האינטראקציה ביניהם יוצרת הסכם. בהתקיים הנחות אלו, ניתן להוכיח שקיים פתרון מספרי אחד ל"ערך שפלי". בדוגמה שהבאנו, נותן לנו "ערך שפלי" לראובן שני שלישי ($2/3$), ולשמעון ולוי שישית ($1/6$) לכל אחד. זאת משום שראובן יכול להתמקח עם שמעון ולוי לחוד "ולאיים" על כל אחד כי יערוך קואליציה עם השני. העובדה שראובן קיבל יותר מחצי, משקפת את העובדה שהוא מחזיק במונופול על הכפפה הימנית, ובלעדיו לא ייתכן כל פיתרון.

זו כמובן דוגמה פשטנית. ניתן לחשב "ערך שפלי" לקואליציות מסובכות הרבה יותר ולהסביר באמצעותו תופעות מתחומים שונים, החל מכוח המיקוח היחסי של מפלגות בקואליציה וכלה בהרכבי ועדי בתים. כך, למשל, כוחה של המפלגה הגדולה הוא בדרך כלל מעל למספר חברי הכנסת שלה, משום שהיא יכולה להתמקח ולבחור מפלגות זוטרות אחרות. באותה צורה, אם יש שתי מפלגות מתחרות ומפלגה קטנה מהווה את לשון המאזניים, הרי כוחה היחסי עולה פלאים.

ונוסיף כי "ערך שפלי", הידוע לעיתים גם כ"מדד הכוח של שפלי ושוביק" (Shapley-Shubik Power index), אינו המדד היחיד המנסה להעריך את כוחו של כל חבר בקואליציה. ידועים גם מדדים אחרים, כגון "ערך בנזף" (Banzhaf Index), הידוע גם כ"מדד הכוח של בנזף". ערך זה מחושב בצורה שונה מעט מ"ערך שפלי" (עם הנחות יסוד מעט שונות).⁹¹ נחזור לדוגמה הפשוטה של בעל כפפה ימנית אחד ושני בעלי כפפות שמאליות, אותה הזכרנו ("שני מוכרים וקונה אחד"). "ערך שפלי" ייתן שני שלישי ($2/3$) ליחיד בעל הכפפה הימנית, ו- $1/6$ לכל אחד מבעלי הכפפה השמאלית. "ערך בנזף" לעומת זאת ייתן שלוש

90 חישוב "ערך שפלי" נעשה בדרך הבאה: יש לסדר את כל האפשרויות השונות של "חברי הקואליציה". ישנם כידוע $N!$ (N עצרת) אפשרויות כאלו. בכל אפשרות סידור עוברים על חברי הקואליציה אחד אחרי השני ומסמנים את "חבר הקואליציה" שבהגיע אליו זוכה הקואליציה לשלל (ישנו רק אחד כזה). לכל חבר מסמנים את מספר הפעמים שחבר זה הוא החבר הקובע והיחס בין הסכום ל- $N!$ (מספר האפשרויות הכללי) הוא "ערך שפלי".

91 חישוב "ערך בנזף" נעשה בדרך הבאה: מסדרים את כל הקואליציות האפשריות שבהן ניתן להגיע להישג. בכל קואליציה מסמנים את מספר חברי הקואליציה ששינוי בבחירתם יביא לשינוי בתוצאה כולה (ויושם לב שיש בד"כ יותר מחבר אחד כזה בכל קואליציה). מסמנים את הערכים לכל חבר קואליציה, והסכום חלקי המספר הכללי הוא "ערך בנזף".

על הוועדה לבחירת שופטים – תוכנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

חמישיות (3/5) ליחיד בעל הכפפה הימנית וחמישית (1/5) לכל אחד מבעלי הכפפה השמאלית. "ערך שפלי" הוא המפורסם ביותר מבין המדרים האלו.⁹² נסביר כי בעת ניהול המו"מ ברור שאיש מבעלי הכפפות אינו בודק מהו "ערך שפלי" או מהו "ערך בנוף" ועל פיו מבקש את דרישותיו. יופיו של המודל בכך שהוא מנסה ומצליח לחזות את שיקרה בפועל, בלא להתייחס לשחקנים הספציפיים המעורבים.

2. על הקשר בין ראשי ה"גושים" הגדולים

באותה צורה ניתן לחשב "ערך שפלי" של "קבוצת השופטים" בוועדה לבחירת שופטים. כמוזכר לעיל, בוועדה חברים כיום תשעה חברים: שלושה שופטי בית המשפט העליון; שני נציגי לשכת עורכי הדין; שני חברי כנסת (אחד מהאופוזיציה ושני מהקואליציה) ושני שרים, שאחד מהם הוא שר המשפטים. לכאורה, כוחם היחסי של השופטים הוא שלושה חברים מתשעה, וסך הכול שלישי (33%). ההחלטה מתקבלת כמובן כאשר ישנו רוב בוועדה. אולם, בהנחה שכל השופטים מצביעים כגוש אחד, ובהנחה שכל החברים האחרים בוועדה מצביעים באופן מנותק, ולא מתחברים לגוש כלשהו, כוחם עולה. במקרה כזה ניתן לראות את הוועדה כאילו חברים בה רק שבעה חברים כאשר לאחד מהם יש כוח יחסי של שלושה קולות הצבעה (גוש הצבעה), ולכל אחד מהאחרים קול אחד.

במקרה כזה, חישוב "ערך שפלי" מעניק כ-42.8% ל"גוש השופטים", לעומת חלקם היחסי של 33.3%. כוחם של שאר חברי הוועדה יחד יורד ל-57.2%, לעומת חלקם היחסי של 66.6 אחוז. כוחו של כל שופט בודד הוא לכן כ-14.2 אחוז, בעוד שכוחו של חבר אחר בוועדה יורד ל-9.5 אחוז.

מה אומרים לנו מספרים אלו? ניתן לפרש זאת בכמה צורות, אולם הדרך הפשוטה ביותר היא לראות את האחוזים כמצביעים על אחוז המינוריים שיצליחו חברי הוועדה לקדם. קרי, לכל שופט ישנה קבוצת מועמדים שהוא סבור שהם מתאימים יותר ומן הראוי למנותם. אולם ברור שישנן דעות אחרות, והוא יצטרך להתחשב במועמדים שבהם תומכים האחרים. חישוב יחסי יאמר שכל חבר ועדה יצליח באופן אישי לגרום למינוי כ-11.11% מהשופטים. דהיינו, 11.11% מאלו שימונו יהיו מקבוצת המועמדים בהם הוא תומך. אולם לאור "גוש השופטים", הרי כל אחד מהשופטים יצליח למנות 14.2% מהשופטים, לעומת 9.5% שיצליח למנות חבר ועדה אחר. "גוש השופטים" ככלל יצליח למנות 42.8% מהשופטים, לעומת 33% שהיה צפוי למנות לולא היה גוש.

3. אפשרויות שונות של היחסים בין הגושים השונים

הנחתנו הראשונית הייתה שקבוצת השופטים מופיעה כגוש אחד, בעוד שכל אחד מהחברים מגיע לבדו. אולם הנחה זו בעייתית. בעבר, תמיד היו שני שרים חברי ממשלה וחבר כנסת מהקואליציה, כך שלמרות שאולי אחדותם הייתה פחותה או שונה ממה שכינינו "גוש

92 ראו למשל באתר Voting Power and Power Index Website, המזכיר עשרות מדדים אם כי רובם וריאציות של מדדים ידועים, <http://powerslave.utu.fi/index.html>.

השופטים", הרי בוודאי ניתן היה לדבר על "גוש הממשלה". ממילא יש לנו שתי קבוצות של שלושה חברים, ועוד שלושה חברים בודדים. הכוח של השופטים זהה לכן לקבוצה של שני השרים וחבר הכנסת מהקואליציה. נציין גם שבאופן טבעי בראש "קבוצת השופטים" עומד נשיא בית המשפט העליון, ובראש "קבוצת הממשלה" עומד שר המשפטים.

אם נחשב "ערך שפלי" על פי הנחות אלו, הרי יש לנו שני "גושים" בני שלושה קולות, ועוד שלושה קולות בודדים. חישוב "ערך שפלי" במקרה הזה מלמד שלכל אחד מהגושים הגדולים ("גוש השופטים" ו"גוש הממשלה") יש 30%, ולכל אחד מהקולות הבודדים (שני עורכי דין וחבר כנסת אופוזיציוני) 13%. נציין, שבמקרה כזה יש לכל אחד מהקולות הבודדים קצת יותר משקל מאשר אחד מחברי הגושים הגדולים, שכן לכל אחד מחברי הגושים יש משקל של 10% לערך (30% משקל הגוש לחלק לשלושה חברים). הפרש זה מציין את העובדה כי חברי הוועדה "הבודדים" יכולים לנהל מו"מ עם שני הגושים הגדולים, ולכן משקלם עולה במעט.

אולם אצלנו לא מתקיימת הנחת יסוד מתמטית, ונסביר. "ערך שפלי" הקלאסי מניח (מתמטית) שלאף אחד מהשחקנים לא משנה עם מי יתחבר, והשאלה היחידה המטרידה אותו היא כיצד להשיג תמורה מקסימלית. לכן, הערכים הם כפי שהראינו. זו גם הסיבה שהגושים הגדולים אינם משלבים זרועות. זאת היות שלכל אחד מהגושים הגדולים יש פיתוי לצרף אליו שניים מהבודדים ולהגיע לרוב.

אלא שבוועדה לבחירת שופטים המצב שונה. ישנם יחסי עבודה קבועים והכרחיים בין הגושים הגדולים, ובעיקר בין העומדים בראשם שר המשפטים ונשיא בית המשפט העליון. מצב זה מעורר מגמה אחרת והיא של איחוד כוחות. באיחוד כוחות יוכלו שני הגושים להחליט לבד על "כל הקופה" ולחלק את השלל ביניהם, כך שכל אחד מהם יהיה אחראי על חמישים אחוז מהמינויים (אם כי הואיל ו"גוש השופטים" מאוחד יותר, השפעתו אמורה להיות גדולה יותר). הטענה היא כי כאשר שוררים יחסי עבודה תקינים בין השניים, הרי הסכמה ביניהם קובעת פחות או יותר את זהות הנבחרים.

צריך לזכור שמדובר במצב נזיל שיכול להשתנות (ואכן משתנה) מפעם לפעם. למשל, אחד מחברי הכנסת צריך להיות מהקואליציה והשני מהאופוזיציה. אולם קרו מקרים שבהם שני חברי הכנסת שילבו למעשה כוחות עם הקואליציה.⁹³ התוצאה היא כי לפתע נוצרת קבוצה של ארבעה חברי וועדה (שני שרים ושני חברי כנסת שנקרא להם "גוש הממשלה"), קבוצת השופטים (שלושה שופטים שנקרא להם "גוש השופטים"), ושני עורכי דין (שלא תמיד תלויים זה בזה).

חישוב של "ערך שפלי" בקבוצה זו נותן תוצאה שונה לחלוטין. "גוש הממשלה" מקבל 50%. "גוש השופטים" יורד משמעותית ל-16.6%, וזה למעשה הערך של כל אחד משני עורכי הדין העצמאיים לבדו. במילים אחרות, אם קודם יכלו השופטים להשפיע על מינוי בכך-42.8%, הרי אחרי שינוי בוועדה יורדת השפעתם ל-16.6%. לא רק זאת, אלא שהשפעתם כעת ביחד

93 זה למעשה היה המצב בשנת 2012. מטעם הקואליציה היה חבר בוועדה לבחירת שופטים חבר הכנסת אורי אריאל מהבית היהודי. חבר הכנסת השני היה דוד רותם מסייעת ישראל ביתנו, שלא הייתה אז חברה בקואליציה. בפועל, פעלו השניים במשותף.

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

היא כמו כל אחד מעורכי הדין לבדו. הסיבה לכך פשוטה. כדי להגיע לרוב בוועדה, מספיק לגוש הממשלה עוד קול אחד, יהיה זה אחד מעורכי הדין לבדו או כל "גוש השופטים". אפשרות נזילה אחרת היא היווצרות שלושה גושים שווים בכוחם (אך לא במספרם). נסביר: ללשכת עורכי הדין ישנם שני נציגים בוועדה. נניח כי שני נציגים אלו פועלים יחדיו בגוש אחד. בהמשך לניתוח הקודם, יש לנו כעת שלושה "גושים". "גוש השופטים", "גוש הממשלה" ו"גוש עורכי הדין". חישוב "ערך שפלי" מראה לנו כי כל אחד משלושת הגושים מקבל ערך של 33.33% (שליש). הערך הוא שווה, למרות שמספר החברים שונה מאוד. שני עורכי דין ב"גוש עורכי הדין", שלושה ב"גוש השופטים" וארבעה ב"גוש הממשלה". הערך הוא שווה, משום שרק קואליציה בין שני גושים לבדם יכולה להגיע לרוב המוחלט. לא משנה לנו כמה יש בכל גוש, רק אם נגיע לרוב של חמישה נוכל למנות שופטים, ורוב זה מורכב משני גושים, יהיה גודלם אשר יהיה.

4. הדרישה לרוב של שבעה חברים לבחירה לבית המשפט העליון, ו"גודל השלל" שעל הפרק

הדרישה לרוב של שבעה חברים במקום חמישה, משנה את המדרים משמעותית. "ערך שפלי" של "גוש השופטים" (שלושה חברים) יהיה שווה ל"ערך שפלי" של "גוש הממשלה" (ארבעה חברים), קרי, חמישים אחוז (50%). במילים פשוטות יותר, אף אחד משני הגושים לא יכול לפעול לבדו, ויש צורך בהסכמה ביניהם. דעתו של "גוש עורכי הדין" אינה רלוונטית כמעט. מעניינת העובדה שבמקרה פשוט זה של שני גושים, גם "מדר הכוח של בנוף", שאותו הזכרנו קודם, נותן את אותה תוצאה (50%). המסקנה פשוטה: או שתהיה הסכמה בין שני הגושים, ואז ייבחרו מועמדים מוסכמים, או שלא ייבחרו כלל. אלה למעשה שתי האופציות היחידות הקיימות.

כאן צריך להכניס לחשבון את גודל "השלל" שעל הפרק, ונסתכל שוב על דוגמת הכפפה. אם כל שמקבלים הצדדים על זוג הכפפות הוא שקל אחד שאינו בר-חלוקה, צפויות מריבות ומו"מ קשה יותר. אם לעומת זאת מקבלים אלף שקלים על זוג כפפות, הרי החלוקה קלה יותר, שכן יש יותר אפשרויות פתרון. ככל שהתמורה שמקבלת הקואליציה גדולה ומגוונת יותר, כך יהיה יותר קל להגיע להסכמה.

ומכאן לענייננו: אם עומדת על הפרק משרה שיפוטית אחת בלבד, צפוי שההסכמה והחלוקה יהיו מסובכים יותר, משום שאחד "הגושים" לא יכול לבוא על סיפוקו. כמובן שבאופן תאורטי יכולים הצדדים לנסות להגיע להסכמה כי פעם אחת ייבחר מועמד ממחנה אלמוני ובפעם הבאה ממחנה פלמוני. אך כשישנם עימותים וחשדנות הדדית, יהיה קשה להסכים על כך. לעומת זאת, ככל שתהיינה יותר אפשרויות לחלוקה, ייקל למצוא פתרון מוסכם. כך למשל, יהיה קל יותר להגיע להסכמה על מינוי ארבעה שופטים לעליון, מאשר על שופט אחד. זאת משום שכל הצדדים יכולים לקדם את אשר הם רוצים ביקרו. כשיקול מדיניות, לכן, ייתכן שיהיה זה עדיף לא לנסות למנות מספרים קטנים, אלא להמתין ולמלא כמה חוסרים בפעם אחת. עובדה זו מסבירה לנו מדוע בכמה פעמים היה קשה למנות מועמדים, אולם כשגודל מספר המקומות "למילוי", נעשה הרבה יותר קל למלאם.

המסקנה הברורה שנחזור אליה בהמשך היא שטובת העניין מחייבת מניעת היווצרות "גושים" וחברים המחויבים זה לזה המצביעים יחדיו. אולם תורת המשחקים מצביעה על עוד נקודה שמן הראוי לפתרה כעת.

5. פונקציית בחירה חברתית והשלכותיה לענייננו

החוק אינו מסביר במפורש כיצד יוצגו המועמדים לפני הוועדה וכיצד תתבצע הבחירה.⁹⁴ דהיינו, האם שרת המשפטים היא זו המציגה את המועמדים, וחברי הוועדה מצביעים עליהם? האם נשיא/ת בית המשפט העליון? האם מוצג מועמד, נערכת הצבעה, ואם אין רוב עוברים למועמד הבא? האם מצביעים על רשימה עם מתן העדפות? ועוד. אולם הספרות בתחום מראה שעניין זה הוא קריטי ויכול לקבוע בבירור את זהותו של מי שייבחר. לא ברור מדוע החוק אינו מתייחס לכך במפורש, ונראה שכשנקבעו הכללים, לא הייתה מודעות לחשיבות של דרך הבחירה.

נסביר זאת לעומק. הוועדה לבחירת שופטים היא מקרה פרטי של בחירה דמוקרטית בין כמה אפשרויות. כך, למשל, אנו בוחרים מפלגה לכנסת, ועד בית או ועד כיתה, ועד עובדים וכן הלאה. אפילו כשמשפחה יוצאת למסעדה או כמה חברים יוצאים לביילוי, הם בוחרים בין העדפות שונות. למעלה התייחסנו למקרה שבו לכל נציג/חבר בוועדה יש מועמד יחיד. אך בפועל ישנם כמה מועמדים, ולכל חבר יש העדפות משלו.

לנוחיות נראה את הטבלה הבאה, המדברת על מקרה שבו ישנה ועדה בת 21 איש הצריכה לבחור שגריר. ישנם שלושה מועמדים לתפקיד: א, ב, ג, כאשר לכל אחד מחברי הוועדה העדפות אחרות. דירוגי הוועדה הם כפי הטבלה הבאה:

מספר בוחרים	מועמד ראשון	מועמד שני	מועמד שלישי
1	א	ב	ג
7	א	ג	ב
7	ב	ג	א
6	ג	ב	א

פירוש הטבלה הוא פשוט. חבר ועדה אחד מתוך 21 מעדיף את א, ואם זה לא ייצא לפועל – את ב, ואחריו את ג. באותה צורה שבעה מעדיפים את א, ואם לא ייצא לפועל את ג, ואחריו את ב וכן הלאה.

כיצד נבחר את השגריר? אפשר לחשוב על כמה דרכים. הראשונה היא פשוט לספור מי קיבל את מרב הקולות לאפשרות הראשונה. במקרה שלפנינו, יש שמונה בוחרים המעדיפים את א כשגריר (מביניהם אחד מעדיף את ב אם הדבר לא ייצא לפועל, ו-7 מעדיפים את ג אם א לא ייבחר). סה"כ שמונה מעדיפים את א כשגריר, לעומת 7 את ב ו-6 את ג. א קיבל שמונה קולות במקום הראשון ולכן א ייבחר לשגריר.

94 כללי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), התשמ"ד-1984.

על הוועדה לבחירת שופטים – תוכנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

אלא שדרך זו מתעלמת מכך שיתכן שאלו שבחרו עבור ב, יעדיפו את ג על פני א. לוי היו יודעים שתוצאת בחירתם היא כי א ייבחר. אפשר לחשוב לכן על "שני סיבובים". קרי, בוחרים את שני אלה שקיבלו את מרב הקולות בסיבוב הראשון, ובוחרים רק ביניהם. במקרה שלפנינו, א ו-ב קיבלו את מרב הקולות. אם ייערך סיבוב נוסף, הצדדים ימשיכו להחזיק בדעתם. לכן הטבלה שנקבל תהיה כמקודם (להוציא ג, שיצא מהמשחק). לכן נקבל:

מספר בוחרים	מועמד ראשון	מועמד שני
1	א	ב
7	א	ב
7	ב	א
6	ב	א

ולכן בשיטה זו, ייבחר דווקא ב לשגריר, ולא א. אלא שאין זו השיטה היחידה. דרך אחרת היא לנסות להשוות בין כל זוג מתוך השלושה. קרי, להשוות בין א ל-ב. לבדו, בין ב ל-ג לבדו ובין א ל-ג לבדו. אם אחד מהמועמדים היה מנצח כל אחד לבדו, נראה הגיוני לבחור בו.⁹⁵ לא תמיד יש מנצח כזה, אבל במקרה הזה יש מנצח כזה והוא דווקא ג! ונראה את הטבלאות בהן הוא מתמודד עם כל אחד לבדו. ג. מול א: ל-ג 13 מצביעים ול-א רק 8.

מספר בוחרים	מועמד ראשון	מועמד שני
1	א	ג
7	א	ג
7	ג	א
6	ג	א

ג. מול ב: ל-ג 13 מצביעים ול-ב רק 8.

מספר בוחרים	מועמד ראשון	מועמד שני
1	ב	ג
7	ג	ב
7	ב	ג
6	ג	ב

נמצאנו למדים לכן שתוצאות הבחירה בוועדה רגישות מאוד לשיטת הבחירות. קרי, שיטת הבחירות הספציפית והדווקנית קובעת לעיתים רבות את התוצאה. בארצות הברית נערכו

⁹⁵ שיטה זו נקראת "מנצח קונדורסה" על שמו של המתמטיקאי הצרפתי המרקז דה קונדורסה (1743–1794). ראו זמיר, משלר וסולן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 643–644.

מחקרים רבים בנוגע לכך.⁹⁶ יתרה מכך, כמעט כל שיטות הבחירות מאפשרות את שנקרא בספרות "מניפולציה". קרי, מצביעים שאינם מצביעים על העדפותיהם האמיתיות כדי לגרום כך לתוצאה סופית נוחה מבחינתם.⁹⁷ לא רק זאת, אלא שברור וניתן להוכיח מתמטית שכל שיטת בחירה שנבחר תהיה בעלת מגבלות שנעדיף שלא תהיינה.⁹⁸ נסכם בקצרה את תובנותיה של תורת המשחקים לענייננו, ולמעשה, לכל ועדת בחירה מעין זו. נראה כי נוכל לסכמה בשלוש תובנות עיקריות.

א. יצירת גושים מכל סיבה שהיא, מעוותת את יחסי הכוחות בוועדה ופוגעת במשקל חבריה, ועל כן מן הראוי לנסות למנוע זאת ככל האפשר;

ב. שיטת הבחירה הטכנית של הצדדים משפיעה מהותית על זהות הנבחרים;

ג. קשה מאוד עד בלתי אפשרי למנוע מניפולציות בבחירה.⁹⁹

ו. השפעת התאוריה על המעשה

לאחר ההסברים התאורטיים, ננסה כעת לסכם ולראות מה ניתן ללמוד מעולם התאוריה על המעשה. נזכיר כי שאלתנו הייתה כיצד יכולים אנו לשפר ולייעל את עבודת הוועדה וזאת ללא קשר לדעות חבריה. המטרה היא שהוועדה תמליץ על המועמדים הטובים/המתאימים ביותר (על הקריטריונים ל"טוב" נעמוד במקצת מאוחר יותר). בקצרה, תהיה אשר תהיה דעתנו הפוליטית ו/או השקפת עולמנו, אנו רוצים לבנות ועדה שתיתן את התוצאות הטובות ביותר. האם וכיצד לעשות זאת?

אנו סבורים כי ניתן למצוא את כל שכתבנו וליישם זאת בהתייחסותנו לכל מרכיבי הוועדה. אלו כוללים את זהות חבריה, היחסים ביניהם, דרכי בחירתם ושיטת עבודתה של הוועדה.

1. זהות וגיוון חברי הוועדה והוספת שני חברי אקדמיה

הוועדה כוללת כיום את נציגי שלוש הרשויות (הרשות השופטת, המחוקקת והמבצעת) ונציגי לשכת עורכי הדין. למרות שרשויות אלו בישראל אינן נפרדות זו מזו לגמרי, הרי אין חולק כי רצוי שכולן תהיינה מיוצגות בוועדה. נזכור כי חלק ממסקנותינו היו כי הקבוצה צריכה להיות

96 בעיקר בשל שיטת "האלקטורים" שם, על פיה מי שזוכה ברוב במדינה כלשהי, זוכה בכל האלקטורים של המדינה לנשיאות ארה"ב. הליך בחירה זה גורם (בין השאר) כי ייתכן שמועמד יזכה לרוב הקולות לנשיאות בארה"ב כולה, אך בגלל חלוקת הקולות במדינות עצמן, לא יזכה בבחירות.

97 על מניפולציה ראו זמיר, משלר וסולן, לעיל ה"ש 89, בעמ' 638–641.

98 מה שידוע בספרות כ-"Arrow's Impossibility Theorem". ראו Kenneth J. Arrow, *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*, 58 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 328 (1950); KENNETH J. ARROW, *SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL* (1951).

99 נדגיש שוב כי בדברנו על מניפולציה, איננו מתכוונים לרמאות ו/או לפעולה בלתי חוקית. אנו מתכוונים למצב שבו חברי הוועדה מסתירים את מבוקשם ואינם מצביעים על פי העדפותיהם האמיתיות, אלא אחרת. זאת מתוך מטרה כי הצבעתם תעזור להעדפותיהם האמיתיות.

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

גדולה ומגוונת ככל האפשר (חכמת ההמונים). לכן רצוי כי זהות חברי הוועדה תהיה מגוונת, ואלו ייבחרו ממגזרים שונים על ידי קבוצות אחרות. מבחינה זו, זהות חברי הוועדה הגיונית וסבירה. אולם, לדעתנו, חסר קולה של קבוצה אחת והיא האקדמיה הישראלית. יש אינספור מומחים למשפט, והפעילות המחקרית ענפה ושוקקת וראוי כי קולם יישמע גם בוועדה לבחירת שופטים. אשר על כן, מן הראוי כי נוסף על חברי הוועדה הקיימים, יוספו שני חברי ועדה בעלי דרגת פרופסור, המכהנים כמרצים קבועים בבית ספר למשפטים בישראל.¹⁰⁰ תיקון אחר מוצע גם באשר לזהות נציגי הרשות השופטת. כיום מדובר בשלושה נציגים: נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים לצידו (שדרכי בחירתם אינן ברורות, אך נראה שלפי הוותק שלהם בעליון). אנו מציעים להגדיל זאת לארבעה נציגים, אך בדרך אחרת. לצידו של נשיא העליון יהיו שופט עליון בדימוס, נשיא בית משפט מחוזי בדימוס ונשיא של בית משפט שלום בדימוס. כפי שצינו, מן הראוי כי הקבוצה תהיה מגוונת ככל האפשר. לכן רצוי כי נציגי הרשות השופטת יהיו לא רק נציגי העליון, אלא גם נציגי הערכאות האחרות, במיוחד לאור העובדה (המבורכת) שחלק משופטי העליון נבחרים ישירות לערכאה זו מהאקדמיה ו/או משירות המדינה ו/או מעריכת דין פרטית. על כן, לא תמיד בקיאים הם בנעשה בבתי המשפט האחרים. לשופטים בדימוס יש בדרך כלל ידע רב יותר אודות המתרחש בערכאות הנמוכות, במיוחד לנשיאים שמתוקף תפקידם עסקו בתפקידי ניהול. רצוי לכן כי דעתם תישמע. שילוב זה של שופטים מכל הערכאות, ולא רק מערכאת העליון, רק יטיב לדעתנו את ההחלטה. תאורטית, אין סיבה כי חבר הוועדה לא יהיה נשיא בית משפט מחוזי או שלום מכהן (בהנחה שיוותר מראש על כל אפשרות לקידומו). אולם אז ייווצר מצב שייתכן שהנבחר יישב בערעורים על הבוחר. נראה לכן עדיף כי אלו יהיו נשיאים בדימוס.¹⁰¹ הקבוצה אכן תהיה גדולה במקצת מהקיימת. שנים עשר חברים במקום תשעה. כפי שהראינו קודם, צריך להיות איוון בין גודל הקבוצה הנותן החלטה טובה יותר, לבין היכולת לנהלה. ככל שהקבוצה גדולה יותר, כך גם ישנם קשיי התכנסות וניהול. מספר זה של שנים-עשר חברים הוא סביר ויעיל. יושם גם לב כי מדובר במספר זוגי דווקא. לדעתנו יש בכך יתרון. החלטות לא תיפולנה על חודו של קול, אלא לפחות על חודם של שני קולות (שבעה מול חמישה). במקרה המאוד לא שכיח של שוויון בהצבעות (ש/ה מול ש/ה), ניתן לקבוע כלל החלטה סביר.¹⁰²

2. מניעת היווצרות "קבוצות"

בסעיף הקודם התייחסנו לתובנת חכמת ההמונים שהקבוצה תהיה מגוונת ורחבה ככל האפשר. שילוב זה של אנשי הרשות השופטת, אנשי אקדמיה, נציגי ציבור ועורכי דין פעילים ממלא

100 יושם לב כי לא ציינו אם מדובר בדרגת פרופסור חבר ו/או פרופסור מן המניין. ייתכן שיש מקום להוספת דרישות אלו וייתכן שלא.

101 לא נכנסנו לשאלה טכנית של מספר המועמדים. לא ברור אם יש מספר מספיק של נשיאי שלום ומחוזי בדימוס היכולים ורוצים בתפקיד כדי להוות מאגר מספיק. במקרה כזה ייתכן שצריך יהיה להסתפק בדרגה של סגן-נשיא, וכאלה בוודאי ישנם מספיק.

102 לדעתנו ניתן לקבוע כי לכל הערכאות מלבד העליון תכריע דעתו/ה של נשיא/ת בית המשפט העליון. אין בכך מתן כוח נרחב יותר לרשות השופטת לאור שאר ההצעות שיובאו מאוחר יותר.

אחרי הדרישה. אולם, כפי שהראינו, חכמת ההמונים מבקשת גם כי הקבוצה תהיה מבוזרת. כל החלטה אמורה להיות עצמאית. כל חבר בקבוצה צריך להחליט בנפרד, כשהוא חושב באופן בלתי תלוי. דרישה זו משתלבת עם תוכנת תורת המשחקים, המבקשת למנוע היווצרות "קבוצות" ו"גושים" שכוחם היחסי עולה על מספרם.¹⁰³

לכן לעניין זה מן הראוי לדאוג שהוועדה תהיה גם מגוונת וגם בלתי תלויה. דהיינו, הנציגים בה לא יהיו מאותה קבוצה ולא קשורים זה לזה. יש למנוע היווצרות "גושים" וקליקות מכל סוג שהוא. לשם כך נדון בחבריה והדרכים לבחירתם.

נתחיל בנציגי הממשלה, הרי אלו שני שרים. באשר לאלו מוצע כי השר השני לא יוכל להיות חבר במפלגתו של שר המשפטים המכהן. מטבע הדברים, עצם החברות בקואליציה מהווה שיתוף פעולה מסוים והשתייכות למחנה כלשהו. הצעתנו מנסה להפחית את "הקבוצתיות" של שני השרים כמידת האפשר.

באשר לנציגי הכנסת, הרי על פי החוק הכנסת בוחרת את שני נציגיה, כאשר המגבלה היחידה למעשה היא כי נציגיה יכללו לפחות אישה אחת. המנהג היה כי בוחרים חבר כנסת אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה, אך מנהג זה אינו מחייב ולא דווקא נשמר. כך, למשל, בזמן כתיבת רשימה זו (מרץ 2017) שני חברי הכנסת הם מן הקואליציה (אם כי אחד מהם נבחר קודם הצטרפות מפלגתו לקואליציה).¹⁰⁴ צריך גם לזכור שלעתים גם חברי כנסת מהאופוזיציה הם למעשה עקרונית עם הקואליציה. כך, ייתכן מצב שבו הקואליציה משתייכת עקרונית לשמאל, וחבר הכנסת הנוסף שייך למפלגה שמאלנית יותר בדעותיה. ברור שבפועל לשני חברי הכנסת דעה דומה.¹⁰⁵ לכן, לדעתנו, צריך לקבוע במפורש בחוק כי חבר כנסת אחד יהיה מהקואליציה וחבר כנסת נוסף יהיה מהמפלגה הגדולה ביותר באופוזיציה. שילוב זה גם ייתן מגוון דעות וגם ימנע היווצרות קבוצה. תיתכן גם אפשרות לקביעה כי חבר הכנסת מהקואליציה שייבחר, לא יוכל להיות ממפלגתו של שר המשפטים או של השר הנוסף. דרישה זו אכן תשפר את הגיוון בוועדה, אך ייתכן שתיתפס כקיצונית מדי. לכל הפחות, מן הראוי לשקול אותה.

באשר לנציגי לשכת עורכי הדין, הרי לדעתנו גם כאן יש צורך בשינוי. כיום נבחרים שני נציגי הלשכה על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין. ממילא שני הנציגים נבחרים יחד על ידי מחנה פוליטי אחד בלשכה. בדרך כלל הם גם מועמדים לבחירה יחדיו מול שני נציגים של מחנה אחר. בקצרה, מי שבירדו הרוב במועצה בוחר את שני הנציגים.¹⁰⁶ לפי מה שהסברנו,

103 נציין כי בחוק ישנו סעיף הקשור לכך הקובע כי "חבר הוועדה יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה". ראו ס' 1 לחוק נושאי משרה שיפוטית (שיקול דעת של חברי ועדה לבחירת נושאי משרה שיפוטית) (תיקוני חקיקה), התשס"ד-2004.

104 מדובר בחברת הכנסת נורית קורן מהליכוד וחבר הכנסת רוברט אילטוב ממפלגת ישראל ביתנו. נציין אבל כי חבר הכנסת אילטוב נבחר לתפקידו טרם הצטרפות ישראל ביתנו לקואליציה.

105 מצב שכזה היה בוועדה לבחירת שופטים בשנים 2011-2016, כאשר חברי הכנסת היו אורי אריאל מהקואליציה מטעם הבית היהודי ודוד רותם ממפלגת ישראל ביתנו שהייתה באופוזיציה. למעשה, שניהם השתייכו לאותו מחנה אידיאולוגי והצביעו כקבוצה מאוחדת.

106 כך, למשל, היה בבחירות לנציגות שהיו בתאריך 27.1.2015. עורכי הדין אילנה סקר וחאלד זועבי היו נציגים של עו"ד אפי נוה יו"ר ועד מחוז ת"א. אלו התמודדו נגד עורכי הדין דליה רבין ופנחס

על הוועדה לבחירת שופטים – תובנות מתורת המשחקים,
חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

הדבר יוצר "קבוצה" ומביא לתוצאות פחות טובות. כדי לשפר זאת, מן הראוי לחלק את הבחירה כך שלא מחנה אחד של לשכת עורכי הדין יבחר את שני המועמדים, אלא יינתן קול גם למיעוט שלשכת עורכי הדין, מיעוט שכיום אין לו קול כזה (שכן בעלי הרוב במועצה גורפים את כל הקופה). ישנן דרכים שונות לכך. מוצע למשל כי מועמד אחד ייבחר מתוך רשימה שתוצג על ידי יו"ר לשכת עורכי הדין, ומועמד שני ייבחר מתוך רשימה שתוצג על ידי ראש הסיעה הגדולה ביותר שהיא באופוזיציה. כמובן, תיתכנה דרכים נוספות, אך עיקרן הוא אחד: מניעת היווצרות קבוצה/מחנה.

קבוצה נוספת שאינה קיימת היום, אך רצוי שתהיה, היא נציגי האקדמיה. אלו יהיו שני מרצים קבועים בפקולטה ישראלית למשפטים בדרגה של פרופסור לפחות. בעניין זה אנו מציעים כי המינוי יהיה חד-פעמי לתקופה של חמש שנים. שני נציגי האקדמיה לא יוכלו להיות מאותו מוסד אקדמי. בנוסף, מחליפו של כל נציג יהיה ממוסד אקדמי אחר. שוב, המטרה של כללים אלו היא למנוע היווצרות דעה אחת בלבד.

הצעתנו שתהיה אולי השנויה ביותר במחלוקת קשורה לנציגי הרשות השופטת ודרכי בחירתם. כפי שהסברנו, איננו מציעים להפחית מכוחם, אלא דווקא להגדיל את מספרם. כיום יש בוועדה שלושה נציגים שהם שלושה משופטי בית המשפט העליון. אנו מציעים להגדיל זאת לארבעה שופטים. לדעתנו, השופטים הם בדרך כלל בעלי הידע הראשוני המדויק ביותר באשר ליכולתם וכישוריהם של המועמדים לשיפוט, במיוחד בקידום של אלו אשר כבר נמצאים במערכת. לכל הפחות, המידע שבידם טוב יותר מאשר הנציגים האחרים בוועדה. אולם כפי שהסברנו, רצוי כי הנציגים יהיו מכל תחומי הרשות השופטת, ולא רק שלושה משופטי העליון. לכן אנו מציעים כי בנוסף לנשיא בית המשפט העליון המכהן, ישבו עמו שלושה שופטים בדימוס, שופט עליון, שופט מחוזי ושופט שלום. אנו מציעים כי גם שופטי המחוזי והשלום יהיו נשיאים בדימוס, זאת משום שלנשיאים שעסקו בניהול יש בדרך כלל הבנה מקיפה יותר של צרכי המערכת. נזכיר, כיום יש לרשות השופטת שלושה נציגים מתוך תשעה, ולפי הצעתנו יהיו להם ארבעה מתוך שנים עשר. סך הכול כוחם נשאר שלישי, אולם כוחן של הקבוצות האחרות ירד בשל הוספת שופט אחד וכן שני נציגים מהאקדמיה.

כפי שהראינו קודם, הטענה המרכזית לגבי הרכב הוועדה היא שהשופטים בוחרים את עצמם. המבקרים טוענים שהציבור באמצעות נבחריה הוא זה האמור למנות את שופטיו. אולם כנגד טענה זו, יש הטוענים שהפוליטיקאים לא הוכיחו יכולת מרשימה במינויים בכלל, ויש סכנה בהפקדת עתיד הרשות השופטת בידיהם, במיוחד במדינה קטנה כמו ישראל בה יהיו חברי הוועדה חשופים ללחצים קשים מכל עבר. לגישתם, הרכב הוועדה הוא הרע במיעוטו. הדרך הנכונה לדעתנו לפתור בעיה זו קשורה גם היא לתורת המשחקים ודומה לבעיית "חלוקת העוגה". כיצד מחלקים עוגה בין שניים? אחד מהם חותך את העוגה לשני חלקים,

מרינסקי, שהיו מועמדיו של ראש לשכת עורכי הדין עו"ד דורון ברזילי. מלכתחילה הייתה זו התמודדות של קבוצה נגד קבוצה. ראו בעניין זה: יסמין גואטה "לשכת עורכי הדין בחרה את אילנה סקר וחאלד חוסני זועבי" דה מרקר – משפט (27.1.2015) www.themarker.com/law/1.2550353

והשני בוחר ראשון את החלק המבוקש. החותך אינו יכול להתלונן, שכן הוא זה שחתך שני חלקים שווים. הבוחר אינו יכול להתלונן, שכן הוא זה שבחר את חלקו. אנו מבקשים ליישם פתרון זה במקרה שלפנינו. כידוע, הצענו כי יהיו שלושה שופטים בדימוס ושני נציגי אקדמיה. לכן, הצעתנו היא כי שר המשפטים יבחר את חמשת הנציגים הללו. ממילא, הפוליטיקאים לא יוכלו להתלונן שכן שר המשפטים בחר את נציגי הוועדה. השופטים גם הם לא יוכלו להתלונן שכן כוחם לא רק שירד, אלא אף עלה בוועדה.¹⁰⁷

מעבר לכך, אנו מבקשים למנוע מצב שבו שר המשפטים בוחר את כל חמשת הנציגים בבת אחת. על כן מוצע כי כל נציג יתמנה לתקופת כהונה אחת של חמש שנים, אך אלה ימונו בשנים עוקבות, ולא בעת ובעונה אחת. דהיינו, כל שנה יהיה צורך במינוי אחד מהם. במצב הפוליטי בישראל, אורך כהונה ממוצע של שר משפטים הוא כ-3.2 שנים.¹⁰⁸ ממילא שר ממוצע ימנה כ-3-4 נציגים בלבד והשפעתו תהיה מוגבלת (גם בהנחה שאלו בדרך כלל ישתפו עמו פעולה, הנחה שרחוקה מלהיות מוכחת).

דעתנו היא כי, ככל האפשר, רצוי שנבחרי הציבור יטלו חלק במינוי שופטים. נציגי הציבור ממנים את הממסד הביטחוני (כולל הרמטכ"ל, המפכ"ל, ראשי השב"כ והמוסד ועוד), את הממסד הכלכלי (כולל נגיד בנק ישראל, נציב המס, מנהל המכס ועוד). אין כל סיבה שאלו לא יטלו חלק במינוי השופטים. אולם כדי למנוע לחצים מיותרים, ולאור הפרקטיקה שכבר התפתחה, יהיה זה עדיף כי אלו ימנו את נציגי הוועדה, או לפחות חלק מכובד מהם. זוהי הסיבה שדעתנו היא שעל שר המשפטים למנות גם את נציגי האקדמיה.

3. דרך הדיון בוועדה עצמה – אפשרויות שונות

למיטב ידיעתנו לא מפורסמת כיום שיטת העבודה של הוועדה עצמה ולא ברור אם יש כזו. נראה כי יו"ר הוועדה מציע מועמד/ים, והנציגים משוחחים עליהם ומביעים את דעתם. אולם לא ידוע לנו על דרך מסודרת ומובנית לבחירת השופטים. כפי שהצגנו קודם, על פי חוקרי האינטליגנציה הקבוצתית, יש לנסות להקפיד על שתי נקודות כדי להגיע לתוצאה אופטימלית. ראשית, חברי הקבוצה יקשיבו זה לזה באופן פתוח מתוך רצון אמיתי להבין ולקבל, ואולי לשנות דעה. שנית, חלוקת הזמן שבה כל אחד מחברי הוועדה יפעל, יקשיב וידבר תהיה שווה, ללא מנהיגות רשמית או טבעית. בפועל קשה להקפיד על כך. מדובר בוועדה שמטבע הדברים לחבריה דעות מגובשות הנעוצות בתפיסות עולם ואידיאולוגיות שונות. נראה שבמקרים רבים חבריה מגיעים עם רשימת מועמדים מטעמים שאותם הם מנסים לקדם, ולכל הפחות חלק מהם

107 פתרון חלוקת העוגה אינו אידיאלי בכל המקרים. הוא הוגן לחלוטין כאשר העוגה "זהה". אולם ייתכן מצב שבו יש בעוגה חלקים שונים. בענייננו, ניתן לטעון כי שר המשפטים יבחר בשופטים הקרובים אליו יותר. אולם אם נקבל טענה זו, אנו טוענים בהכרח שהשופטים מוטים, ואז נשאלת השאלה מדוע בכלל צריכים הם להיות הבוחרים, ולא נציגי ציבור המוטים גם הם, אך לפחות באופן גלוי ומוצהר.

108 עד מרץ 2017 היו בישראל 21 שרי משפטים כולל השרה הנוכחית. פרטים מדויקים על אורך כהונתם ניתן למצוא באתר משרד המשפטים: www.justice.gov.il/About/BaaleyTafkidim/Pages/FormerMinisters.aspx.

על הוועדה לבחירת שופטים – תוכנות מתורת המשחקים, חכמת ההמונים ואינטליגנציה קבוצתית לשיפור הרכבה ונהליה

תוך כדי משא ומתן עם החברים האחרים. במציאות כזאת קשה יהיה להקפיד על הנקודות שהזכרנו, אולם אפשר להשתדל.

כפי שהסברנו קודם, שיטת הבחירה הטכנית של הצדדים משפיעה מהותית על זהות הנבחרים. לא רק זאת, אלא שקשה מאוד עד בלתי אפשרי למנוע מניפולציות בבחירה. אין גם שיטה טכנית העדיפה על האחרות, ולכל אחת יתרונותיה וחסרונותיה. אך רצוי להשתמש באחת מהן, תהיה אשר תהיה, מהדרך המקובלת כיום שהיא למעשה ללא שיטה כלשהי. אנו נדגים כאן שיטה אחת בלבד, אך נדגיש כי ניתן עקרונית להשתמש גם בשיטות אחרות. ובלבד שאלו תהיינה ברורות ושקופות.

לפי הצעתנו, הנבחרים ייבחרו בשני סיבובים, כאשר לסיבוב השני יעלו אלו אשר ישיגו את מרב הנקודות בסיבוב הראשון בו ישתתפו כל המועמדים. נדגים זאת עם דוגמה פשוטה יחסית. נניח שיש לנו ארבעה מועמדים לתפקיד שיפוטי אחד (א, ב, ג ו-ד) ושלושה חברי וועדה הבוחרים אותם (ראובן, שמעון, ולוי). כל אחד מחברי הוועדה מדרג את כל הארבעה לפי עדיפותו. נוכל לקבל למשל את הדירוג:

ראובן	ד.1	ב.2	א.3	ג.4
שמעון	ב.1	ד.2	א.3	ג.4
לוי	א.1	ד.2	ב.3	ג.4

המשמעות היא שראובן מדרג בראש ובראשונה את ד לתפקיד. במקום השני אחרי מועמד ד נמצא מועמד ב, במקום השלישי א ולבסוף מועמד ג. נעיר שבמקרה שלפנינו יש לכל אחד מחברי הוועדה עשרים וארבע אפשרויות דירוג.¹⁰⁹

כדי לבחור בין המועמדים, נעניק לכל אחד מהם ציון משוקלל ונבחר את שני המועמדים המובילים. איך נעשה זאת? נסתכל על ראובן. הוא מעדיף את ד במקום ה-1, ולכן ד יקבל ממנו את הציון 1. ראובן דירג במקום ה-2 את מועמד ב ולכן מועמד ב יקבל ממנו את הציון 2, וכן הלאה. יושם לב כי ככל שהציון נמוך יותר, המשמעות היא שהמדורג דורג גבוה יותר. אם היה מועמד שציונו היה 3 בלבד, המשמעות הייתה כי כל שלושת המדרגים נתנו לו את המקום הראשון. נחזור לדוגמה שלנו ונראה את הציון שכל אחד קיבל:

א	ראובן	שמעון	לוי	סה"כ
3	3	3	1	7
2	2	1	3	6
4	4	4	4	12
1	1	2	2	5

הטבלה מראה כי מועמדים ב ו-ד קיבלו את הציונים הנמוכים ביותר. אשר על כן ב ו-ד עולים לסיבוב הבא, שבו יכריעו שלושת חברי הוועדה ביניהם על פי רוב רגיל.

109 הנוסחה המתמטית היא N ! במקרה שלפנינו 4 ! ולכן עשרים וארבע אפשרויות.

בחרנו בשיטה זו משום שהיא מתייחסת לכלל ההעדפות של הבוחרים. דהיינו, היא אינה מתייחסת רק למועמד העדיף עליהם, אלא גם נותנת משקל למועמדים במקומות האחרים. שוב, גם שיטה זו אינה נקייה מאפשרויות מניפולציה.¹¹⁰ ניתן אולי לחשוב על שיטות אחרות, אך עדיפה לדעתנו כל שיטה ברורה וידועה מהמצב הקיים כיום.

4. מי יהיו המתנגדים לתיקון ומדוע?

ההתנגדות הראשונה יכולה לנבוע מחשש כללי משינויים. מה שקרוי במחקר הטיית "הסטטוס קוו". קרי, ככלל אנשים אינם אוהבים לשנות את המצב הקיים, במיוחד כשיש מחלוקת שאינה קלה.¹¹¹ אולם, בדרך כלל, המתנגדים העיקריים לתיקונים הם אלו הנפגעים מהשינויים (או ליתר דיוק הסבורים כי ייפגעו). במקרה שלפנינו ייתכן שראשי הוועדה הנוכחיים (שר/ת המשפטים ונשיא/ת בית המשפט העליון) יחששו כי כוחם יפחת. שר המשפטים יחשוש מכך שהשפעתו תרד היות שיתווספו תנאים לגבי השר הנוסף וחברי הכנסת שימנעו מחברי הקואליציה להתאגד. נשיא בית המשפט העליון יוכל לחשוש מכך שבמקום שלושה שופטי עליון כנציגי הרשות, יתקבלו ארבעה שופטים שמונו על ידי הדרג הפוליטי ואולי לא יפעלו כקבוצה אחת. חששם של אלו מובן, אולם התיקון המוצע מוסיף לכוח של שניהם. הרשות השופטת תמנה ארבעה נציגים במקום שלושה, ולשר תהיה אפשרות למנות נציגים בוועדה. בכל מקרה, במידה שתהיה התנגדות, ניתן אולי לשקול את תיקון החוק תוך כדי דחיית התיקון לשלוש שנים מהיום, מה שיגרום לכך שהתיקון ישפיע רק על הדור הבא, ובדרך כלל קל יותר להסכים עם תיקון כזה.

סוף דבר

כפי שהסברנו כבר בתחילה, המחלוקת העיקרית כיום על פסיקות בג"ץ קשורה לשיטת הבחירה של שופטיו. כל צד סבור (לדעתנו בטעות) כי שינוי שיטת הבחירה יביא לתוצאה נכונה יותר (לדעת המצדדים) או לתוצאה שגויה יותר (לדעת המתנגדים). ברשימתנו החפה מכל אידיאולוגיה ו/או נטייה פוליטית, ניסינו להציע תיקונים לשיפור עבודת הוועדה. המטרה היא מוצהרת ופשוטה:

כיצד ניתן להגיע לתוצאות טובות יותר על סמך התובנות הידועות בפסיכולוגיה, כלכלה ומתמטיקה (חוכמת ההמונים, אינטליגנציה קבוצתית ותורת המשחקים). ניתן להתווכח אולי על פרט זה או אחר בהצעותינו, אך דומנו שכל המומחים בתחום יסכימו עם הכיוון העקרוני.

110 גם כאן ניתן לערוך מניפולציה: אם למשל שמעון, המעדיף את ב על ד, היה רושם את ד כהעדפה אחרונה. זו אינה העדפתו האמיתית, והוא רושם זאת אך ורק כדי לפגוע בסיכוייו של ד. אולם כשמדובר בוועדה שבה ישנם שנים עשר חברים ולא שלושה, קשה יותר לבצע מניפולציה משום שכלל יחסי הכוחות אינם ברורים. המניפולציה תמיד אפשרית אך פחות קלה.

111 לעניין הרצון להימנע משינוי הסטטוס קוו בעיקר בנושאים שנויים במחלוקת ראו Eric J. Johnson & Daniel Goldstein, *Do Defaults Save Lives?*, 302 SCIENCE 1338 (2003).