

מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון

מרדכי הלר

בית המשפט העליון הוא גוף רב־עוצמה. משעה שהחמנה. משחמש השופט בעוצמה זו ללא בקרה דמוקרטית. כך צריך להיות. אולם, האם אין זה מן התבונה, כי בטרם יפקד הכוח הזה בידי כלל ימי חייו, תבחן הדמוקרטיה את המועמד באופן המקיף ביותר...?
צ'רלס לונד בלק'

עקרון יסוד הוא בתיאוריה הפוליטית הדמוקרטית, שהרשות השופטת עצמה אינה "דמוקרטית". בתי המשפט אינם אמורים לייצג את הלכי הרוח הרווחים בציבור בכל רגע נתון, אלא לשמש חומת מגן כנגד עריצות הרוב. ברם, בישראל עיקרון זה מיושם באופן שונה לגמרי מן הנהוג במדינות אחרות. אכן, בית המשפט העליון בישראל הוא הפחות דמוקרטי, המנותק ביותר מרצון הרוב, מבין בתי המשפט הגבוהים לחוקה בארצות הדמוקרטיות. שופטיו מתמנים למשרה קבועה עד גיל הפרישה, בלא אישור מצד גוף נבחר כלשהו – לא הכנסת, לא הממשלה, וגם לא ראש הממשלה. הם נבחרים על ידי ועדה למינוי שופטים הכוללת אמנם כמה נציגי ציבור, אך מורכבת ברובה מבכירי הממסד המשפטי – המתמנים בידי אותו הממסד. על פי חוק, שלושה מבין תשעת חברי הוועדה הם

שופטים מכהנים בבית המשפט העליון, והשפעתם על החלטות הוועדה מכרעת. במילים אחרות, בישראל הרשות השופטת ממנה את עצמה.

במשך עשרות שנים, הליך מינוי השופטים בישראל עורר אך מעט עניין וביקורת. בציבור רווחה הדעה שיש להגן על בתי המשפט מלחצי התרבות הפוליטית הישראלית, שלא התאפיינה בכבוד רב לעקרון שלטון החוק. בעשורים הראשונים לקיום המדינה נזקק שלטון החוק לכל סיוע אפשרי, וניתנה עדיפות עליונה ליצירת רשות שופטת עצמאית. אולם, מאז שהונהג ההסדר הסטטוטורי הנוכחי לבחירת שופטים בשנת 1953, צברו בתי המשפט עוצמה הולכת וגדלה. היום, פעולות הרשות המבצעת ואף החלטות מנהליות של הכנסת נתונות לביקורת שיפוטית מרחיקת לכת, ובית המשפט נוהג לבטלן כמעשה שגרה, כל אימת שהוא מוצא לנכון. ב־1992 העניקה הכנסת לבית המשפט גם את הסמכות לבטל חקיקה ראשית שאינה עולה בקנה אחד עם אופייה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית", תוך שהיא מותירה בידיו את קביעת פירושם של המושגים הללו. במקביל, דרישות הסף המסורתיות, מבחן ה"עמידה" (סטנדינג) ודוקטרינת ה"אי־שפיטות", שנועדו למנוע פלישה של הסמכות השיפוטית אל תחומים לא לה, פורשו מחדש עד אשר נעלמו בתהום הנשייה.² כתוצאה משינויים אלה, ומן העובדה שבית המשפט העליון גם משמש כבית משפט גבוה לצדק (הערכאה הראשונה לדיון בעתירות נגד רשויות השלטון), הפך גוף זה לגורם מרכזי בקביעת מדיניות ציבורית. למעשה, בית המשפט העליון פתח לרווחה את שעריו בפני כל אזרח המוטרד מעניין כלשהו בתחום המדיניות הציבורית – מיישום בלתי־הולם של החלטות ממשלה, דרך מינויו של נושא משרה ציבורית בלתי־כשיר, עד חקיקה הנראית לו כפוגעת בזכות שכשלעצמה אין לה בסיס בחוק הכתוב – ומעודד אותו לפנות לבתי המשפט, במקום לנציגיו הנבחרים, כדרך הקלה ביותר לתקן את המעוות.

במקביל לעלייה בכוחו, בית המשפט העליון נעשה, לאחר עשורים של מינוי עצמי, לגוף מנותק שאינו משקף את כלל החברה. רק טבעי הוא ששופטים מומחים, הזכאים לבחור את מחליפיהם, יעדיפו למנות עמיתים הדומים להם בהשקפה, ברקע ובסגנון. כתוצאה מכך, בית המשפט העליון מאופיין היום בהומוגניות אינטלקטואלית ומקצועית קיצונית. כמעט כל השופטים הם משפטנים מקצועיים גרידא, תוצרים של מערכת השכלה משפטית, המאופינת בצרות אופקים ובמונוליתיות אינטלקטואלית. רק למעטים מהם יש הכשרה פורמלית רצינית (שלא לדבר על התמחות) בתחום כלשהו מלבד משפטים.

בשל בידוד זה מהמארג החברתי, נעים הציבור הישראלי ושופטיו במסלולים נפרדים בכל הנוגע לערכים ולהשקפות, והם הולכים ומתרחקים זה מזה בהעדו כל אמצעי שיקשר ביניהם. אם לא תימצא דרך לקרב את הרשות השופטת אל החברה שהיא אמורה לשרת, בתי המשפט עלולים לאבד את הנכס שבלעדיו אין הם מסוגלים לתפקד – אמון הציבור.

ב

כל דמוקרטיה המעניקה לרשות השופטת שלה את הסמכות ליישם ולפרש את החוקה חייבת למצוא דרך לאזן שני עקרונות מתחרים: עצמאות שיפוטית, שמשמעותה הגנה על שופטים מפני לחצים חיצוניים העלולים לעוות את פסיקותיהם; ואחריות שיפוטית, הדורשת מן השופטים להתחשב בערכי היסוד של האומה אשר את חוקתה הם מפרשים.

כדי לפסוק כאות חייבים שופטים להיות מבודדים מלחצים חיצוניים. מאחר שהחלטותיו של בית המשפט לעולם תיטבנה או תזקנה לגורמים שונים במגזר הציבורי – פוליטיקאים, קבוצות אינטרס וכיוצא באלה – מן ההכרח הוא שהשופטים לא יהיו תלויים ברצונם הטוב של גורמים אלו. השופטים אף חייבים להיות חופשיים לפעול בניגוד לדעת הקהל, מאחר שהם לבדם יכולים למנוע מהרוב לרמוס את זכויות היחיד או המיעוט. כדי לבצר את העצמאות השיפוטית, רוב המדינות הדמוקרטיות מעניקות לשופטי הערכאה העליונה כהונה לכל ימי חייהם ומשכורת מובטחת; זאת מתוך הנחה ששופטים, אשר הגיעו לראש הסולם המקצועי ונהנים ממשרה ושכר מובטחים, לא ייכנעו ללחץ למעול בתפקידם כמגיני החוק והצדק.³

עם זאת, "חוק" ו"צדק" הם מונחים חמקמקים. מלאכת השפיטה, ובייחוד הפרשנות החוקתית, דורשת יותר ממיומנות טכנית ויושר מקצועי. שופטי בית המשפט העליון ניצבים תמיד נוכח מגבלות החוק הכתוב, ונאלצים להסתמך על התפישות והערכים שלהם עצמם בהכרעותיהם. לפיכך, הם חייבים לעתים קרובות ליצור ולהגדיר נורמות משפטיות חדשות – למעשה, הם כותבים את החוק במו ידיהם.

עובדה זו, שהשופטים לא רק מיישמים את החוק, אלא אף יוצרים אותו, מוכרת היטב למומחים לתורת המשפט ברחבי העולם, ובכלל זה בישראל. כדברי המשפטן האמריקני ארצ'בלד קוקס, "ברור לגמרי שבית המשפט העליון [בארצות-הברית] ממלא תפקיד פוליטי בחלקו – הוא קובע מדיניות בענייני ציבור על בסיס הדוקטרינה של הביקורת השיפוטית".⁴ יצחק אנגלרד, פרופסור למשפטים המכהן עתה כשופט עליון בישראל, כתב בזמנו כי תהליך מציאת האיזון בין ערכים מנוגדים "טומן בחובו יסודות אופייניים של חקיקה בגלל שקילה מוקדמת של אינטרסים והכרעה ערכית על סדר עדיפותם לקראת עיצוב הנורמה המשפטית".⁵ או, בלשונו הקולעת של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, "השופט אינו ראי המשקף את תמונת הדין, אלא אמן היוצר את התמונה במו ידיו".⁶

כמי שיוצר את החוק "במו ידיו", אין לבית המשפט העליון מנוס מהכרעה בנושאים שבהם ערכים שונים – לעתים קרובות אלה שעליהם ניטשת מחלוקת ציבורית עזה – מתנגשים זה בזה. שופט בית המשפט העליון קובע אלו ערכים יבואו לידי ביטוי בפסיקה, וקביעה זו תלויה במידה רבה בהשקפתו האישית, ולא בניתוח מכני של טקסטים משפטיים. כפי שציין המשפטן צ'רלס לונד בלק מאוניברסיטת ייל, "זמן רב מאוד חלף מאז הפעם האחרונה שבה מי שהתעמק בנושא אחז באשליה שעבודתו השיפוטית של השופט אינה מושפעת ומעוצבת על ידי השקפת עולמו הכוללת, תפישותיו הכלכליות והפוליטיות, ותחושתו, החדה או העמומה, לגבי התשובה הצודקת לשאלה הגדולה של זמנו... יהיה קשה למצוא מלומד מודרני בעל-מוניטין, שיטען אחרת".⁷ כך, למשל, החוקרים ג'פרי סגל והרולד ספאת הוכיחו כי בעוד שצורתן של פסיקות בתי המשפט נאמנה במידה רבה לדפוסים משפטיים, ההסבר הטוב ביותר לתוכן הוא דווקא הסבר אידיאולוגי. בהקשר האמריקני, למשל, "בית המשפט העליון מכריע מחלוקות לפי עובדות המקרה, לאור הקו האידיאולוגי והערכים של השופטים. במילים אחרות, רנקוויסט הצביע כפי שהצביע מאחר שהוא שמרני מאוד; מרשל הצביע כפי שהצביע מאחר שהוא ליברלי מאוד".⁸

אם כן, ההשפעה של השקפת עולמם של השופטים על החוק היא מובהקת, והיא תורגש עוד יותר ככל שירבה בית המשפט לפסוק בסוגיות בעלות אופי חוקתי. מאחר שסוגיות אלו נסבות על עקרונות מופשטים, הפתרונות אינם מסתברים מאליהם, ולכן ההכרעה דורשת מידה רבה של שיקול דעת אישי. כמו כן, הסוגיות הללו הן בעלות ההשלכות המקיפות ביותר, הואיל וההכרעה

השיפוטית בהן מקדשת ערכים לכדי חוקה. בנוסף, אותם בתי משפט הדוגלים בפילוסופיה של אקטיביזם שיפוטי, ובשל כך מכריעים בעניינים שאפשר היה להשאירם לשיקול דעתם של נבחרי הציבור, מרחיבים עוד יותר את השפעתה של השקפת עולמם של השופטים על ענייני הציבור.

לנוכח כל האמור, להרכבו של בית המשפט העליון נודעת חשיבות אדירה. הרכב בית המשפט הוא־הוא שקובע אם ה"תמונה" אשר שופטיו יוצרים תבטא רק את השקפת עולמם הם, או גם את זו של האומה שתצטרך לחיות לפי פסיקותיהם. השאלה, לפיכך, היא: כיצד יכולה האומה להבטיח שהחוג המצומצם אשר מופקד על גיבוש פסיקה חוקתית אכן ישקף את ערכי היסוד שלה? כיצד נמנע את הפיכתו של בית המשפט העליון למגדל שן שיפוטי, המנותק מאמונותיו ומשאיפותיו של הציבור, מבלי לחשוף אותו ללחציה הישירים של דעת הקהל? ובקיצור, כיצד נוכל ליצור רשות שופטת אחראית מבלי לסכן את עצמאותה?

ג

הפתרון לדילמה זו, שאומץ על ידי כמעט כל המדינות הדמוקרטיות בעולם, הוא להפקיד את הסמכות למנות את שופטי הערכאות העליונות בידי מוסדות נבחרים המייצגים את הציבור, ובד בבד להעניק לשופטים הגנה מלאה מפני לחצים חיצוניים משעה שיתמנו. הדגם הראשון של הליך דמוקרטי למינון שופטים נקבע בחוקת ארצות־הברית לפני למעלה ממאתיים שנה. בבואם לקבוע הליך למינוי שופטים היו מנסחי החוקה מודעים לצורך באיזון העצמאות השיפוטית עם אחריות השופטים כלפי הציבור: רשות שופטת עצמאית, כך האמינו, היא "מחסום" נחוץ "בפני רצון הרוב לפרוק כל עול", ובה בעת היא מספקת לציבור הגנה חיונית מפני ניצול לרעה של סמכות מצד המחוקק והרשות המבצעת.⁹ עם זאת, מנסחי החוקה האמריקנית ראו הכרח למנוע מן הרשות השופטת להפוך לאצולה סגורה שתכפה את ערכיה בניגוד לרצון העם.¹⁰ הם השיגו את האיזון המבוקש כאשר הבטיחו לשופטי בית המשפט העליון כהונה לכל החיים, מחד גיסא, והנהיגו נוהל בחירת שופטים שיהיה פתוח לציבור ונשלט בידי הרשויות הנבחרות, מאידך גיסא.¹¹

לפי השיטה האמריקנית, כל המועמדים לכס השיפוט הפדרלי, לרבות לבית המשפט העליון, מתמנים על ידי הנשיא, שנבחר באורח דמוקרטי, ומינוים כפוף לאישור הסנאט, שחבריו נבחרים גם הם בבחירות כלליות בכל מדינה ומדינה. מועמד שנבחר על ידי הנשיא מופיע בפני הסנאט במסגרת שימוע ציבורי פתוח, המעניק הזדמנות לסנאטורים לחקור עד תום כל נושא שיראו לנכון בנוגע לכישורי המועמד, ניסיונו, הפילוסופיה המשפטית שלו והקו האידיאולוגי המנחה אותו. השימוע מתנהל כשיבה פתוחה של שאלות ותשובות, והוא עשוי להימשך שעות, ימים או אף שבועות. בעקבותיו מתנהל דיון פתוח בין הסנאטורים, ולבסוף נערכת הצבעה לאישורו או לדחייתו של המועמד. לדעת היסטוריון החוקה האמריקני הרמן שוורץ, נוהל אישור הסנאט מחייב כל סנאטור "להבטיח שמועמד לכהונת שופט יקדם את התפישה החוקתית של הסנאטור ולא יחתור תחתיה... השקפותיו החברתיות, הפוליטיות והמשפטיות של המועמד הן כולן רלוונטיות".¹² ההיסטוריה של תהליך בחירת השופטים בארצות הברית מחזקת טענה זו: כפי שציין שוורץ, במהלך מאתיים השנים מאז שהונהג הליך המינוי, "אחד מכל חמישה מועמדים" לבית המשפט העליון "נדחה על ידי הסנאט, במקרים רבים מסיבות אידיאולוגיות או פוליטיות; מתוך עשרים ותשע דחיות או מועמדות שהוסרו מפאת התנגדות, כמעט שלישי היו בשל השקפות המועמד בענייני ציבור".¹³ חילופי הגברי השופטים של שופטים הפורשים לגמלאות בשופטים חדשים הנדרשים לעבור שורה של משוכות דמוקרטיות, הוכיח את עצמו כגורם מאזן וממתן טבעי, אשר לאורך הזמן מנווט את בית המשפט בכיוונו של ערכי האומה היסודיים. כך, למשל, כאשר נוצרה הסכמה ציבורית רחבה בארצות הברית לתכניות הכלכליות של הנשיא פרנקלין דלאנו רוזוולט בשנות השלושים והארבעים, זכה רוזוולט לאישור הסנאט למועמדיו לבית המשפט העליון, שהיו שותפים להשקפה הכלכלית החדשה של האומה. באופן דומה, כאשר אימצה החברה האמריקנית מחדש, במהלך שנות השמונים ושנות התשעים, את ערכי המשפחה השמרניים, והתמתנה אצלה הנטייה לשוויוניות – השפיעו גם המינויים שנעשו באותה תקופה לבית המשפט העליון על מאזן הכוחות האידיאולוגי בסוגיות אלה בבית המשפט. במהלך השנים, בית המשפט העליון בארצות הברית נתן כמה וכמה פסקי דין שנויים מאוד במחלוקת, ואף על פי כן המשיך לזכות בהערכתו של הרוב המכריע של העם האמריקני. הצלחה זו יש לזקוף לזכות העובדה שאזרחים שלא היו מרוצים מהחלטות בית המשפט הבינו כי בטווח הארוך הליך המינויים יכול לחולל שינויים בהרכב בית המשפט, ובסופו של דבר גם באופיין של פסיקותיו.

יוצא אפוא כי בארצות־הברית, בית המשפט העליון חסין מפני לחצים יום־יומיים, אולם האזרח הפשוט אינו חש שהוא חסר ישע בעיצוב אופיו של בית המשפט בטווח הארוך.

ברבות השנים, הצלחתה המוכחת של השיטה האמריקנית שכנעה את רוב רובן של המדינות הדמוקרטיות בעולם לאמץ שיטה דומה. אף שהמשטרים הדמוקרטיים השונים מגוונים מאוד ביחסם לתפקיד בתי המשפט החוקתיים ובאופן בחירת השופטים, ההנחה המשותפת לכולם היא שהערכאה העליונה תהיה קשובה לערכי היסוד של האומה ותכבדם רק אם הסמכות לבחירת שופטיה תהיה מופקדת בידי נציגי הציבור הנבחרים.

במדינות מסוימות, בית המחוקקים הוא שבוחר את שופטי בית המשפט העליון. בגרמניה, למשל, מחצית השופטים בבית המשפט החוקתי הפדרלי נבחרים על ידי הבית העליון של הפרלמנט (הבונדסראט), יתר השופטים מתמנים על ידי ועדה של הבית התחתון (הבונדסטאג). בשווייץ נבחרים שופטי בית המשפט הפדרלי בידי הפרלמנט, שעליו מוטלת החובה להבטיח ייצוג נאות לשלושת המגזרים הלשוניים של המדינה.

בארצות אחרות, הרשות המבצעת, שנבחרה באורח דמוקרטי, היא הממלאת את התפקיד המרכזי במינוי השופטים. בשבדיה, למשל, כל שופטי בית המשפט העליון מתמנים על ידי הממשלה. הליך דומה נהוג באוסטרליה, בקנדה, בבלגיה ובנורבגיה, שבהן להלכה, שופטים נבחרים על ידי המלך או נציגו, אף שבפועל הממשלה היא המציעה או המאשרת את המינוי. ביפן, חמישה־עשר שופטי בית המשפט העליון נבחרים על ידי הממשלה; כדי להבטיח שהמינויים משקפים את ערכי האומה, חייבים שופטים אלה לזכות גם באישור הציבור בבחירות הכלליות הראשונות שלאחר מינוים.¹⁴ כמה מדינות אחרות בחרו בדגם משולב של מינוי שופטים, כגון זה של ארצות־הברית, שבו מעורבים בית המחוקקים והרשות המבצעת גם יחד. בצרפת, למשל, מתחלקים הנשיא וראשי שני בתי המחוקקים של הרפובליקה בסמכות למנות את תשעת חברי המועצה החוקתית – כל אחד מהם ממנה שלושה. באוסטריה, מחצית מחברי בית המשפט החוקתי נבחרים על ידי הממשלה הפדרלית, והמחצית השנייה על ידי הפרלמנט.¹⁵

אותם דגמים חוזרים על עצמם ברחבי העולם הדמוקרטי. הסמכות העיקרית במינוי שופטים ניתנה לנבחר ציבור באיטליה, באירלנד, בדנמרק, בהונגריה, ביוון, במקדוניה, בסלובניה, בסלובקיה, בספרד, בפולין, בפורטוגל, ברפובליקה הצ'כית, וגם ברוב המדינות הדמוקרטיות שנולדו מהתפרקות ברית־המועצות,

כמו אסטוניה ולטביה. גם מחוץ לאירופה וצפון-אמריקה, מדינות דמוקרטיות חדשות וותיקות כאחת כללו בחוקתיהן הוראות מפורשות המקנות את סמכות המינוי לנבחר ציבור. זהו, למשל, המצב באורוגוואי, בארגנטינה, בבוליביה, בדרום-אפריקה, בדרום-קוריאה, בוונצואלה ובקוסטה-ריקה.¹⁶

ברחבי העולם, פיתחו דמוקרטיות שונות מגוון תהליכים לבחירת שופטים, כל אחת בהתאם לתכונות המייחדות את מסורתיה ואת המבנה החוקתי שלה. אולם כולן שותפות לעקרון היסוד שלפיו נושאי משרה שיפוטית חייבים לעמוד, עובר למינוים, במבחן דמוקרטי, וכן להבנה שאין לפגוע כהוא זה בעצמאות המלאה של השופטים מרגע תחילת כהונתם.

ד

ב ישראל, לעומת זאת, השופטים נבחרים על ידי – עצמם. הצורך לאזן בין עצמאות שיפוטית לאחריות ציבורית לא יצר דילמה, מאחר שלא נעשה כל מאמץ להבטיח אחריות זו. אף שהוועדה למינוי שופטים נראית, במבט שטחי, כמייצגת את האינטרסים של מגוון גורמים, לרבות כמה נבחר ציבור, בחינה מעמיקה יותר של מבנה הוועדה ותפקודה מגלה שהיא מהווה, למעשה, מתכון בדוק לשליטתם של שופטי בית המשפט העליון בתהליך הבחירה.

לפי חוק יסוד: השפיטה, השופטים של כל הערכאות, לרבות שופטי בית המשפט העליון, מתמנים בידי ועדה לבחירת שופטים המונה תשעה חברים.¹⁷ חברי הוועדה הם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים נוספים של בית המשפט העליון שנבחרו על ידי בית המשפט, שר המשפטים, שר נוסף שהממשלה ממנה, שני חברי כנסת, ושני נציגים של לשכת עורכי הדין. במילים אחרות, רוב חברי הוועדה לבחירת שופטים – שלושת השופטים ושני נציגי לשכת עורכי הדין – אינם נבחרים על ידי הציבור הישראלי, ואינם אחראים כלפיו. ואכן, השילוב בין נבחר הציבור ובין החברים האחרים בוועדה, יוצר גוף שהחלטותיו אינן מייצגות כלל ועיקר את הרגשות והמאוויים של הציבור. אופייה הבעייתי של הוועדה מתברר כאשר בוחנים את האינטרסים המתנגשים של חבריה. כל ארבעת הפוליטיקאים בוועדה מייצגים אינטרסים שונים. לפי המסורת, אחד משני חברי הכנסת מייצג את הקואליציה והאחר את האופוזיציה, ועל כן סביר

להניח כי השניים יהיו חלוקים בדעותיהם כשתעמודנה על הפרק שאלות אידיאולוגיות. שר המשפטים הוא חבר הממשלה הפחות מתאים לייצוג עמדות הציבור מול אלה של השופטים, בהיותו בדרך כלל עורך דין בעצמו, תוצר של הממסד המשפטי ומחויב לו לעתים קרובות;¹⁸ לפיכך, נטייתו הטבעית תהיה לחלוק על השר השני בוועדה, כאשר זה ינסה לבטא בוועדה את נאמנותו לעמדות הממשלה ולערכיו של ציבור הבוחרים שהעלה אותה לשלטון.¹⁹ לעומת הפוליטיקאים, לחמשת נציגי הממסד המשפטי יש אינטרסים משותפים ברורים: שלושת השופטים הופכים מטבע הדברים לגוש הצבעה אחיד, השומר על האינטרסים של בית המשפט העליון ועל ההשקפות הרווחות בו. יתר על כן, יש להניח שבחירת שני השופטים הנוספים לוועדה מושפעת במידה ניכרת, אם לא מוכתבת ממש, על ידי נשיא בית המשפט העליון, היושב בעצמו בוועדה. באשר לנציגי לשכת עורכי הדין, מעמדם בהייררכיה המשפטית שהשופטים עומדים בראשה נמוך, והם עלולים לשלם מחיר מקצועי כבד אם לא יישרו קו עם השופטים.²⁰

בפועל, שלושת השופטים בוועדה אכן מצביעים כגוש אחד, והצבעתם היא הקובעת כמעט תמיד את התוצאה. דוגמה טובה לכך היא מינויה של מי שהייתה פרקליטת המדינה, דורית בייניש, לכהונה בבית המשפט העליון בשנת 1995. מינויה של בייניש כבר נשקל ונדחה בשנת 1993 משום שנציגי בית המשפט העליון בוועדה סברו שהיא פחות כשירה ממועמדים אחרים. ההצבעה באותה עת הייתה חמישה נגד המינוי וארבעה בעד: המתנגדים היו שלושת השופטים בוועדה, בראשות נשיא בית המשפט העליון דאז מאיר שמגר, ושני נציגי לשכת עורכי הדין. אף שארבעת נבחרי הציבור בוועדה היו מאוחדים בדעתם בעד המינוי, לא היה בכוחם להביא לקבלתו. לפי הדיווחים שהובאו בעיתון הארץ, השופטים הציגו חזית מאוחדת בוועדה על אף "שמועות עקשניות" אודות חילוקי דעות חריפים ביניהם.²¹ נושא המינוי שב ועלה שנתיים לאחר מכן, אבל בינתיים שמגר פרש מתפקידו והוחלף באהרן ברק, ידיד אישי ותיק של בייניש. אף שבשנתיים שעברו לא השתנו כישוריה באופן משמעותי (היא עדיין שימשה כפרקליטת המדינה), היו תוצאות ההצבעה הפעם תשע בעד ואפס נגד מינויה.²² מאוחר יותר הודה ברק כי הוא עצמו יזם את מינויה של בייניש.²³ פירוש הדבר הוא שמינויו של ברק לנשיא בית המשפט העליון הכריע את אופן ההצבעה של חמישה מתוך תשעת הקולות, הרוב בוועדה, והפך את ההחלטה הקודמת על פיה.

ואין להמעיט בחשיבותו של מינוי זה: לפי המסורת, נשיאות בית המשפט העליון – משרה הנותנת בידי הנושאים בה כוח רב בהרבה מזה של שופט ראשי בבית המשפט העליון של ארצות-הברית, למשל²⁴ – מוענקת לשופט הוותיק ביותר בבית המשפט העליון. כאשר יפרוש ברק בגיל שבעים, בשנת 2006, תהיה בייניש לנשיאת בית המשפט תחתיו. הווי אומר, שנתיים בלבד לאחר שמועמדותה של בייניש נדחתה ברוב קולות מפאת העדר כישורים, היה בכוחו של ברק לבחור בה במו ידיו כיורשתו.

כמובן, לא תמיד מסתדרים העניינים לשביעות רצונם של השופטים בפשטות כזאת; אבל עובדה היא שגוש-שלושת-השופטים הוא הקובע את התוצאה הסופית כמעט תמיד. דוגמה לכך היא מינויו של יצחק אנגלרד, פרופסור למשפטים באוניברסיטה העברית, לשופט בבית המשפט העליון ביולי 1997. הפעם התנגדו למינוי נציגי לשכת עורכי הדין, בהפגנה נדירה של עצמאות, משום שאנגלרד – חבר אישי ותיק של ברק ואבי המתמחה שלו – מעולם לא כיהן כשופט ואף לא עסק בעריכת דין. אך המינוי אושר בכל זאת לאחר שברק יזם, על פי דיווחים בתקשורת, עסקה שצירפה לשלושת קולות השופטים שניים מהפוליטיקאים חברי הוועדה, בהבטיחו מינויים עתידיים שיקדמו את האינטרסים האידיאולוגיים שלהם.²⁵

מינויי בייניש ואנגלרד ממחישים את המשקל המכריע של שלושת השופטים בהחלטות הוועדה. כפי שציין מרטין אדלמן, מומחה לרשות השופטת הישראלית, "לפי הנוהג המושרש, המינויים לבית המשפט העליון טעונים הצבעה חיובית של כל שלושת השופטים שבועדה"²⁶. אכן, כמעט לא אירע שמועמד לבית המשפט העליון אושר או נדחה בניגוד לרצונם של השופטים היושבים בוועדה.

השפעת השופטים גלויה עד כדי כך שמגיני שיטת המינויים הנוכחית אף אינם טורחים להכחישה; במקום להודות בפגיעה החמורה בעקרון השלטון הדמוקרטי, הם נאחזים במצב הקיים כבמסורת מפוארת. יצחק אולשן, שהיה נשיא בית המשפט העליון בשנים 1953–1965, סיפר בגאווה כי בתקופת כהונתו כמעט שלא הייתה מחלוקת לגבי מינוי של שופטים. "במשך כל התקופה נתקבלו כל ההחלטות בוועדה כמעט פה אחד. לרוב היה שיתוף פעולה בין השופטים, עורכי הדין ושר המשפטים"²⁷. ומשה בן-זאב, שהיה היועץ המשפטי לממשלה בשנים 1963–1968, כתב ש"לא יתכן מינוי של אדם לכהונת שופט, ובודאי שלא לכהונת שופט בביהמ"ש העליון, אם המינוי נוגד עמדה מאוחדת של

שלושת שופטי ביהמ"ש העליון המשתתפים בוועדה. קיוויתי שזהו הנוהג הבלתי-
כתוב. אך אם אין הדבר כך, יש לדעתי לעגנו בחוק".²⁸

הצהרה מדהימה זו מובנת במלואה רק כאשר רואים כיצד נוצרה השיטה הקיימת, ועד כמה עמל הממסד השיפוטי כדי להקנות לעצמו את סמכות המינוי. לפי פקודת בתי המשפט, שהייתה בתוקף כאשר החלו להרכיב את בית המשפט העליון בשנת 1948, המועמדים לכהונת שופט הוצעו על ידי שר המשפטים, אושרו על ידי הממשלה, ואז אושרו סופית בכנסת – שיטה דומה לזו הנהוגה ברוב המדינות הדמוקרטיות.²⁹ היועץ המשפטי לממשלה דהיום, אליקים רובינשטיין, אפיינ את השיטה ההיא כ"הסדר מתאים, המאפשר לרשות המבצעת למנות את השופטים לבית המשפט העליון – אך נותן את סמכות האישור בידי הרשות המחוקקת, משל לנעשה בארצות-הברית".³⁰ אולם עד מהרה נתברר שלא היה די בהסדר זה כדי להשריש נורמה של פיקוח דמוקרטי על תהליך בחירת השופטים. בראשית שנות קיומה של מדינת ישראל, בתקופה שבה מוסדותיה עברו שינויים תכופים ותשומת לבו של הציבור הוסחה משאלות חוקתיות, הממסד המשפטי פעל בנחישות ובזריזות כדי לכבוש לעצמו את השליטה על הליך המינויים. שר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, המליץ ב-1948 על לא אחר מאשר שותפו לשעבר למשרד עורכי הדין, משה זמורה, לתפקיד הנשיא הראשון של בית המשפט העליון.³¹ במהלך חודשי האביב והקיץ של אותה שנה ניהלו רוזן וזמורה התכתבות אינטנסיבית, וחיברו רשימה מוסכמת של מועמדים לאיוש יתר המושבים בבית המשפט העליון. במהלך שנותיה הראשונות של המדינה, כל המועמדים שהופיעו ברשימת רוזן-זמורה, מלבד אחד, היו לשופטים בבית המשפט העליון, ובהם כמה שנדחו כאשר מועמדותם הוצגה בראשונה.³²

יחד עם שר המשפטים רוזן, פתחו שופטי בית המשפט העליון במערכה כוללת להסרת הפיקוח של נבחר הציבור על הרשות השופטת. בשנת 1951 הגיש רוזן הצעת חוק שהכין בהתייעצות עם השופטים, אשר הייתה אמורה לבודד את הרשות השופטת מרשויות השלטון הנבחרות. "נחלת כל העמים הנאורים", דקלם רוזן בפני הכנסת, "שכל שופט הוא בלתי תלוי ואינו עתיד ליתן דין על פסקיו אלא למצפונו בלבד".³³ בשנת 1953, לאחר כמה תיקונים קלים, נחקק חוק השופטים התשי"ג, אשר שלל מן הכנסת את הסמכות לאשר את מינויי השופטים. מאותו רגע, השופטים נבחרו בידי ועדה דומה בהרכבה לזו הקיימת היום. חשיבותו של הסדר זה מתבהרת בזיכרונות נשיאו השני של בית המשפט העליון, יצחק אולשן. הוא התנגד בזמנו למינוי הרב שמחה אשר לבית

המשפט העליון הראשון, אך לא הצליח למנעו הואיל ולפי נוהל המינויים המקורי, לשופטים לא היה כל תפקיד בבחירת עמיתיהם. כאשר הרב אשר הלך לעולמו בשנת 1953, זמן קצר אחרי שהונהגה שיטת המינויים החדשה, החלו חוגים דתיים לפעול למינוי שופט דתי במקומו, על סמך סעיף בחוק שהתיר מינויו של "משפטאי מובהק" (כגון רב או פרופסור למשפטים) גם אם לא היה חבר בלשכת עורכי הדין בישראל.³⁴ "בפעם הזאת", כותב אולשן, "תוך ידיעה מוקדמת כי אנו, שופטי בית המשפט העליון, ננקוט עמדה נוקשה.... ירדה השאלה מעל סדר יומם של הבוחשים למיניהם".³⁵

במרוצת השנים עשה בית המשפט העליון כל שביכולתו כדי להגן על שליטתו בתהליך הבחירה, או אף להוסיף עליה. בשנת 1978 קרא השופט מאיר שמגר (מאוחר יותר, נשיא בית המשפט העליון) להרחבת מספר השופטים בוועדה, לשם חיזוק התדמית העצמאית של בית המשפט.³⁶ ובזמן האחרון פתח אהרן ברק במערכת מנע, כדי לנסות ולשכנע את הציבור שאין דבר הרסני יותר מהנהגת פיקוח דמוקרטי על בחירת השופטים. בדברים שנשא בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת באוקטובר 1996, הזהיר ברק: "ישמור אתכם אלוהים מניסיון להכניס פוליטיזציה למבנה ולאישו של הערכאה השיפוטית העליונה. אלוהים שבשמים, כך לא עושים משפט חוקתי. זה יהיה אסון למדינה, אם המינויים לבית המשפט לחוקה יהיו פוליטיים..."³⁷.

במאמץ בלתי-נלאה להשיג יותר ויותר עצמאות שיפוטית – עד ליצירת "חסם הרמטי", כלשונו של רובינשטיין, בין הרשות השופטת ובין נבחר הציבור – אימצה ישראל שיטה שבה הרשות השופטת אינה אחראית כלפי איש. שופטים מתמנים על ידי ועדה הנשלטת על ידי השופטים המכהנים, ודיוניה נערכים בחשאי, ואילו האומה נותרת ללא כל זכות להתערב בהכרעה מי יישם ויפרש את חוקיה. בעניין זה ציין המשפטן זאב סגל כי "הכוונה העיקרית של השיטה היא לצמצם את אפשרות ההשפעה הפוליטית על מינוי השופטים המכהנים" – והשפעה פוליטית פירושה, בין היתר, "התערבות בתהליך מצד... חברי בית המחוקקים והרשות המבצעת..."³⁸ אין זה מפתיע ששופטי בית המשפט העליון מרוצים מאוד מן השיטה הזאת – נשיא בית המשפט העליון לשעבר שמעון אגרנט הגדיר אותה כ"טובה בעולם"³⁹ – מאחר שתוצאתה היא שהשופטים יכולים לעצב את בתי המשפט בצלמם הם, וכך הם אכן עושים.

מה קורה כאשר החברות בקבוצת אליטה נשלטת על ידי החברים עצמם? התוצאה, כמעט תמיד, תהיה קבוצת אנשים שהשקפותיהם ודעותיהם דומות מאוד זו לזו. בעוד שהחברה בישראל היא מן המגוונות ביותר בעולם – רוב רובם של אזרחיה הם עולים או בני עולים, המייצגים קשת רחבה של מסורות פוליטיות ותרבותיות – הליך בחירת השופטים יצר במהלך השנים בית משפט עליון חיוור, תפל ואחיד מבחינה אינטלקטואלית, שבו זכות דעותיהם ודאגותיהם של רוב נכבד מהציבור הישראלי לייצוג מזערי, אם בכלל. הבעיה איננה, כפי שטוענים לעתים, ההומוגניות האתנית או הדתית של בית המשפט. אמנם הרכבו האנושי של בית המשפט העליון, מבחינת מוצא אתני ודתיות, הוא חילוני-אשכנזי לרוב,⁴⁰ אבל מיקוד הדיון במאפיינים אלה מחטיא את העיקר. ישנה הומוגניות מסוג הרסני יותר: אחידות וחד-גונית השקפתית ותרבותית.

ניתן לציין, למשל, את העדר הגיוון המקצועי המאפיין את בית המשפט מאז שהונהג נוהל הבחירה הנוכחי בשנת 1953. אחד-עשר השופטים שמונו בשנים 1948–1953 כללו חמישה שופטים מערכאות נמוכות יותר, שלושה עורכי דין פרטיים, דיפלומט אחד, פרופסור אחד לספרות יהודית ומנכ"ל של משרד ממשלתי. לעומת זאת, שלושים ושניים השופטים שהתמנו מאז 1953 כללו עשרים ושלושה שופטים מן הערכאות הנמוכות יותר וחמישה פרקליטים בכירים במשרד המשפטים (שלושה יועצים משפטיים לממשלה ושני פרקליטי מדינה), שני פרופסורים למשפטים, פרופסור אחד למשפט עברי ועורך דין פרטי. זה האחרון, שהתמנה בשנת 1992, היה עורך הדין הפרטי הראשון שהתמנה מאז 1953.⁴¹ הומוגניות מקצועית זו מלווה באחידות השכלתית. איש מבין חמישה-עשר השופטים הקבועים והזמניים המכהנים היום בבית המשפט העליון איננו בעל תואר אקדמי בכל תחום שהוא חוץ ממשפטים.⁴² מגמה זו מדאיגה במיוחד לנוכח השכלתם הצרה של בוגרי הפקולטות למשפטים בישראל. ברוב ארצות המערב, סטודנט למשפטים חייב לרכוש גם השכלה במדעי הרוח או במדעי החברה, ובמהלך לימודיו הוא נחשף למידע בסיסי מגוון ורחב בתחומי התרבות והפילוסופיה. בישראל, מנגד, סטודנטים למשפטים – היינו, השופטים לעתיד – פותחים

ומסיימים את הקריירה האקדמית שלהם בהתמחות בתחום המשפט, ובדרך כלל אינם נחשפים כלל לטקסטים הבסיסיים ביותר בתחומים אחרים – אפילו באותם התחומים שיש להם נגיעה ישירה לסוגיות שתבואנה לפנייהם בעתיד. לשופטים רבים, נושאים כמו מחשבה מדינית, תיאוריה כלכלית, יחסים בינלאומיים, היסטוריה, ספרות ואמנות הם כספר החתום. כפי שאליקים רובינשטיין מנסח זאת בלשון המעטה האופיינית לו: "השופטים שמונו לא היו, בדרך כלל, אישים הנודעים דוקא בפתיחותם לענייני ציבור וחברה..."⁴³

כל זה גורם לצרות אופקים שאינה הולמת כלל ועיקר את משימת הפסיקה החוקתית. על מנת לקבוע עד כמה פעולה או תחיקה מסוימות מתאימות לחוקה, שופטים חייבים להביא בחשבון את השלכותיה של הפסיקה במגוון רחב של הקשרים. כפי שכתב היסטוריון החוקה האמריקני יוג'ין רוסטו, "יש מרכיב פוליטי בפרשנות החוקה, הדורש ששופט יהיה בקיא ביותר בהיסטוריה ובחיי הציבור של המדינה".⁴⁴ בישראל, ידיעת ההיסטוריה והכרת חיי הציבור אין משמען רק לימוד הרעיון הציוני העומד ביסוד המדינה – שהוא עצמו כולל מספר זרמים מתחרים – אלא גם שורה של מגמות וגורמים היסטוריים נוספים: המשפט האנגלי המקובל, תורת הזכויות האמריקנית, הלאומיות האירופית, הסוציאליזם, הליברליזם, התרבויות השונות המרכיבות את המרקם החברתי, ומורשת המשפט היהודי. אולי אין זה סביר לצפות שכל שופט יהיה בקיא בכל דבר. אבל דווקא משום כך הגיוון האינטלקטואלי הוא כל כך חשוב, כדי שלבית המשפט בכללותו תהיה נגישות למסורות שונות אלו, ופסיקתו תשקף תחרות בריאה ביניהן. כפי שטען מזמן ג'ון סטיוארט מיל, בהעדר תחרות בין רעיונות, החשיבה נעשית סגורה בתוך עצמה, רפת כוח ורדודה.

חוסר-כשירותו של בית המשפט העליון בהרכבו הנוכחי לגבש את הפסיקה החוקתית שהמדינה היהודית ראויה לו מתחוויר והולך, ביחוד לאחר חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992 – חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שני החוקים הללו, שבתי המשפט מייחסים להם מעמד חוקתי, מעגנים את חירויות הפרט היסודיות, וקובעים שאין לפגוע בהן אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית". ערכים אלה נותרו ללא הגדרה, אבל נוסח החוק מאפשר רק טווח מוגבל של פירושים סבירים. מאז הקמתה של ישראל, רעיון המדינה היהודית מצא ביטוי במספר רב של חוקים, כמו חוק השבות, חוקי החינוך המחייבים להנחיל תכנים יהודיים באמצעות מערכת החינוך הממלכתית, וחוקים המבטיחים מעמד ציבורי מיוחד למנהגים יהודיים ייחודיים כמו השבת.

במקום לנסות לקבוע מהי מדינה יהודית על פי מסורת החקיקה הישראלית, נטה בית המשפט העליון, בהנהגתו של הנשיא ברק, לפרש מחדש את המילה "יהודית" כדי לשלול ממנה משמעות או תוכן כלשהם. לפי ברק, יש להעניק לערכים יהודיים תוקף חוקתי רק במידה שהם מוכרים כערכים דמוקרטיים. "ערכי היסוד של היהדות", כותב ברק, "הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על המחוקק וכיוצא באלה, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו... אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית..."⁴⁵. הצהרה מעין זו מדאיגה במיוחד, משום שהיא קוראת תיגר על הכוונות שמאחורי ניסוח החוקים – כוונות שאין קושי לבררן, שכן שני החוקים נחקקו לפני שבע שנים בלבד. אין צל של ספק שמשמעות המילה "יהודית" בחוקי היסוד נועדה להיות נבדלת מזו של המילה "דמוקרטית", כפי שנתפשה תמיד בשיח הציבורי הישראלי. כוונתה הייתה לבטא ייחוד יהודי כלשהו – תרבותי, דתי, משפטי, סמלי, לאומי, או שילוב של אלה. גם המחוקק הישראלי וגם האזרח מבינים בבירור שזו, ולא ערכים דמוקרטיים כלל-עולמיים, הכוונה בהגדרת אופייה ה"יהודי" של המדינה. כדי להימנע מן המסקנה שברק וסיעתו מנסים לסכל במתכוון את כוונות הכנסת ולהתעלם מאמונות היסוד הגלומות בתודעת הציבור ביחס לאופי המדינה, נוכל רק ללמד עליו זכות ולומר, כי בית המשפט העליון בישראל כה מנותק ותלוש מן העולם האינטלקטואלי שבו חי הציבור, כה מרוחק מהאידיאלים שבהם מחזיקה החברה הישראלית, עד ששופטיו אינם ערים כלל לעיוות הפרשני המזדקר לעין שבשלילת ערכים יהודיים ייחודיים מן המדינה היהודית.

מצב הדברים הזה מדאיג מסיבה נוספת: חוקי היסוד הללו חוללו "מהפכה חוקתית" בישראל. לראשונה, מופקדת בידי בית המשפט הסמכות לקבוע בדיוק מה הם ערכיה של ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית", ולבטל חקיקה של הכנסת אם היא נוגדת קביעה זו. סמכות כזאת תובעת מהשופטים היכרות מעמיקה עם עולם ההגות והספרות הן של מחשבת ישראל והן של המחשבה הדמוקרטית. ברם, מפאת המגבלות של הכשרתו המקצועית, שופט בית המשפט העליון בישראל אינו "בקיא ביותר", כלשונו של רוסטו, באף אחד מהתחומים. מיעוט בעלי השכלה יהודית רחבה מבין היושבים על כס בית המשפט העליון מונע דיון רציני בערכיה היהודיים של המדינה; בה בעת, רק למעטים מבין השופטים המכהנים היום יש היכרות רחבה עם המקורות הקלאסיים של ההגות הדמוקרטית, וודאי

שאינן הם "מומחים" בתיאוריה הפוליטית הדמוקרטית. שופטי ישראל היום מומחים רק בחוק הישראלי – מומחיות שהופכת פחות ופחות רלוונטית ככל שסמכותם החוקתית החדשה מרחיקה אותם מהחוק היבש.

דוגמה נוספת לסוג הבעיות שמעורר בית משפט הומוגני ומנותק היא מבחן "הציבור הנאור" של השופט ברק.⁴⁶ כשהכריז ברק בשנת 1994 שיש ליישב את הסתירות בין הערכים הדמוקרטיים והיהודיים של המדינה "על-פי תפישותיו של הציבור הנאור בישראל",⁴⁷ הוא ככל הנראה לא היה מודע להשלכות האנטי-דמוקרטיות המחרידות של השימוש במבחן זה – שלפיו ערכיה של קהילה מועדפת מסוימת, ולא אלה של החברה כולה, הם שיעצבו את החוקה – ואף לא להשפעתה של נוסחה זו על יחסו של הציבור לבית המשפט עצמו. אך כפי שניתן היה לצפות, הביטוי עורר שערורייה. העיתונאי בן-דרור ימיני האשים את בית המשפט של ברק בכך שהוא "עוקף את הדמוקרטיה, לכיוון של קבוצה ערכית השולטת בבית המשפט",⁴⁸ ונשיא בית המשפט העליון לשעבר, משה לנדוי, השתמש במונח "פונדמנטליסטים של המשפט" לתיאור אלו המאמינים שחובת השופטים לפסוק לפי ערכי "הציבור הנאור".⁴⁹

ברם, התוצאה המשמעותית ביותר של השימוש בנוסחת "הציבור הנאור" הייתה שאותם חלקים בציבור שכבר חשו ניכור כלפי בית המשפט ההומוגני, הצביעו על הביטוי כהוכחה לדבר שחשדו בו זה מכבר: שבית המשפט העליון בישראל הוא גוף אליטיסטי, אקסקלוסיבי, המקדם את האינטרסים וההשקפות של קבוצה מסוימת, במקום להגן בנחישות על חופש וצדק לכל. מאז נהגים מבקרי בית המשפט העליון להזכיר את המונח "הציבור הנאור" כדבר שבשגרה. כוונתו המדויקת של ברק בביטוי זה אינה נהירה (הוא התחמק מלהבהיר את משמעותו, ובשנים האחרונות נמנע מלהזכירו), אך אין לזה נפקא מינה: השימוש החוזר והנשנה במבחן כה מעליב ומתנשא, המבטא בוז עמוק לערכי הציבור הרחב, המפגין חוסר מודעות מתמיה לנזק שיעולל לבית המשפט עצמו, יכול היה להיעשות רק על ידי נשיא המוקף בעמיתים תמימי דעים.

ההומוגניות של בית המשפט והפער המתרחב בין ערכיו לבין אלה של כלל הציבור כבר החלו לגבות מחיר בכרסום יוקרתו של בית המשפט. במדינה דמוקרטית, אפילו היא צעירה יחסית כמו ישראל, הציבור בדרך כלל מיומן בזיהוי מקורות של כוח בלתי-מבוקר השולט בחייו. ככל שמתרבים אותם חלקים בציבור החשים כי אופייה של המדינה אינו נקבע בידי נציגיהם הנבחרים, כי אם בידי מעין קליקה של משפטנים הממנים את עצמם, פגיעה באמון שרוחש הציבור

לרשות השופטת היא בלתי־נמנעת. כל רשות שלטונית, בסופו של דבר, תלויה באמון שהציבור רוחש לה, אך הדבר נכון במיוחד לגבי הרשות השופטת, שאין לה לגיטימציה הנובעת מבחירה ישירה על ידי העם. כדי שבתי המשפט ייהנו מאמון זה, עליהם להיתפש בעיני הציבור כגוף המשקף ומיישם את הערכים המקודשים ביותר של האומה. כפי שהסביר ארצ'בלד קוקס:

בעוד עמדות בית המשפט יכולות לסייע בעיצוב הבנתנו־העצמית הלאומית, המקור שממנו נובעות החלטותיו חייב להיות האומה עצמה. השאיפות שבית המשפט מבטא חייבות להיות אלו שהקהילה מוכנה לא רק להצהיר עליהן אלא, בסופו של דבר, גם לחיות על פיהן. שכן כוחן של הפסיקות החוקתיות החשובות נשען על כושרו של בית המשפט להבין מהו רצון הכלל, ועל יכולתו, על ידי מתן ביטוי לרצון זה, להוביל בסופו של דבר לקונצנזוס.⁵⁰

ייתכן שהסכנה החמורה ביותר הנשקפת לרשות השופטת בישראל נובעת מחוסר יכולתם של משפטנים רבים להבין את האמת הפשוטה שביטא קוקס. לתפישתם, מערכת הנשלטת בידי קומץ שופטים המנותקים מדעת הציבור מחזקת את אמון הציבור בבית המשפט. כדברי זאב סגל, "העובדה שהוועדה לבחירת שופטים כוללת רוב בולט של משפטנים מונעת, במידה רבה, שימוש פוליטי לרעה בתהליך הבחירה ומבטיחה את אמון הציבור ברשות השופטת".⁵¹ משמעותם המפוקפקת של דברי סגל היא שאילו התמנו השופטים בידי נבחר ציבור, אזי היה העם בישראל מאבד את אמונו בשופטיו; שהציבור בארץ אינו מעוניין לממש את זכותו הריבונית לבחור את מי שימשול בו; ושהוא מעדיף כי רשות שופטת שאינה נותנת דין וחשבון בפני איש תקבע את החוקים שעל פיהם יחיה. דרך חשיבה זו קוראת תיגר הן על השכל הישר והן על המושכלות הראשונים של הרעיון הדמוקרטי. כלשונו של מיכאל פאולסון, מומחה אמריקני לחוקה, "כל עוד בתי המשפט מפעילים כוח עצום, בלתי־סביר הוא, וגם בלתי־צודק באופן עקרוני, לדרוש כי העם יפתח יחס של אדישות מלאת־כבוד בנוגע לשאלות כיצד ועל ידי מי יופעל אותו הכוח".⁵²

תפקידו המתרחב של בית המשפט העליון בישראל כפרשן העקרונות החוקתיים של המדינה מחייב דמוקרטיזציה של תהליך בחירת השופטים. השיטות הנהוגות בדמוקרטיזציה אחרות מעמידות בפנינו מגוון דגמים המבטיחים את הכישורים והעצמאות של היושבים על כס המשפט, תוך כדי הענקת סמכות המינוי לגופים נבחרים. גרסה ישראלית של דגם מינוי השופטים האמריקני, שתפקיד בידי ראש הממשלה הנבחר את הסמכות להציע מועמדים, ובידי הכנסת הליך שימוע פומבי לאישור המועמד או לדחייתו, תציב שתי משוכות דמוקרטיות נפרדות שתבטחנה בטווח הארוך את אחריותה של הרשות השופטת כלפי הציבור, ובה בעת תמנע את הסכנה ששתי הרשויות הללו תפעלנה לבדן ובאופן בלתי-מבוקר. ניתן להוסיף ולהקים ועדה בלתי-תלויה להערכה מקצועית, כדי להבטיח שהמועמדים יעמדו ברמה גבוהה של יכולת מקצועית, על סמך קני מידה שייקבעו מראש. המשך הנהוג הקיים של כהונה לכל החיים יבטיח את העצמאות המוחלטת של השופטים שצלחו את המשוכות הללו.⁵³ יהיו פרטיה של שיטת המינויים החדשה אשר יהיו, חיוני שיכונן הליך מיון דמוקרטי, שיאפשר לבית המשפט העליון לפסוק בשאלות הנוגעות לעקרונות החוקתיים של האומה, ובד בבד ליהנות מאמון הציבור.

כנגד הדמוקרטיזציה של הליך המינוי תועלה בוודאי הטענה שהיא חותרת תחת עצמאות השופטים, אשר עלולים לחוש "מחויבות" כלפי אלה שהעניקו להם את סמכותם. ככלות הכול, זהו הטיעון שהביא מלכתחילה להנהגת שיטת מינוי השופטים הקיימת היום בישראל.⁵⁴ אולם לטיעון זה אין שחר. כל שופט שמשכורתו ומשרתו מובטחות לו לכל חייו מחוסן, הלכה למעשה, מלחצים פוליטיים, ואין זה משנה כיצד הגיע לתפקידו. אין כל סיבה ששופט, שלא יפסיד דבר כתוצאה מהחלטותיו, יתיר לאיזו תחושה של "הכרת תודה" להשפיע על הכרעת הדין הנאותה. אכן, חוקרי הרשות השופטת עמדו על נקודה זו שוב ושוב.⁵⁵ בארצות-הברית, למשל, ניסיון של יותר ממאתיים שנה בבחירה דמוקרטית של השופטים, מלמד ששופטי בית המשפט העליון פסקו לעתים קרובות באופן שונה לחלוטין מזה שציפו לו אותם גורמים שתמכו בבחירתם.⁵⁶ יתר על כן, קיים הבדל מהותי בין נאמנות מפלגתית לנאמנות אידיאולוגית. ברור שאין למנות

שופטים על פי קשריהם עם מפלגות פוליטיות, אך נאמנותו של שופט להשקפת עולם מסוימת, היא אמת מידה לגיטימית בתהליך מינוי השופטים לבית המשפט העליון, מאחר שמשמית השפיטה כרוכה בהכרח – כפי שראינו – בהחלטות אידיאולוגיות; והציבור זכאי שקולו יישמע באשר לבחירת ההשקפות המעצבות את ההחלטות הללו.

באשר לטענה שהפקדת סמכות המינויים בידי הכנסת תביא לפוליטיזציה פסולה של ההליך, התשובה היא פשוטה: אם הכנסת כשירה לשרת כנציגת העם לצורך כינון חוקה, שבכוחה אף לחייב כנסת עתידית, יהיה זה מופרך ואף מגוחך לטעון שהיא איננה כשירה לאשר את המינויים לאותו גוף אשר יפרש את החוקה. מנגנון דמוקרטי חדש לבחירת שופטים חיוני לא רק לשימור מעמדו של בית משפט החשוף לביקורת ציבורית גוברת; הוא אף ימלא תפקיד חשוב בחיזוק הדמוקרטיה הישראלית בכללותה. בין התופעות המסוכנות ביותר העלולות לאיים על משטר דמוקרטי בולטת התפתחותה של תחושה בקרב העם שדעתו אינה נחשבת, שאין לו כל שליטה על מושליו, וכי אין טעם אפוא שייטול חלק בענייני ציבור. השיטה הנוכחית למינוי השופטים בישראל מעודדת בדיוק את התפשטותה של מחלה זו, שכן המסר שלה הוא שאין להותיר בידי נציגיו הנבחרים של העם את ההחלטות החשובות ביותר, ושמסרם כך הרכב בתי המשפט חייב להיקבע בידי ועדה סגורה.

הליך מתוקן למינוי השופטים צריך להגן בקנאות על עצמאותם של שופטי ישראל, ולשחררם לחלוטין מלחצים פוליטיים ומהשפעות בלתי־רצויות אחרות, מעת כניסתם לתפקיד. אבל סמכותה של הרשות השופטת בישראל חייבת להתבסס באופן ברור על אמון העם באמצעות הליך מיון ציבורי של המועמדים לכס המשפט. רק בדרך זו יועבר המסר הדמוקרטי החשוב ביותר: שהשופטים הם, בסופו של דבר, משרתיו של העם. לא פחות ולא יותר.

מרדכי הלר הוא עורך דין המתגורר בירושלים.

הערות

1. Charles L. Black, "A Note on Senatorial Consideration of Supreme Court Nominees," 1970, p. 660 *Yale Law Journal* 79, (להלן "על אישור הסנאט").
2. לפרטים נוספים ראה הלל נייער, "תורת המהפכה של אהרן ברק", חכלת 3, חורף התשנ"ח/1998, עמ' 11-43; ואוולין גורדון, "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו", חכלת 3, חורף התשנ"ח/1998, עמ' 44-77.
3. לצורך מאמר זה, הביטוי "כהונה לכל ימי החיים" מתייחס לשיטות שבהן מובטחות משרות השופטים עד גיל הפרישה (בישראל – גיל שבעים).
4. Archibald Cox, *The Role of the Supreme Court in American Government* (Oxford: Clarendon, 1976), p. 99 (להלן חפקידו של בית המשפט העליון). ראה גם Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model* (Cambridge: Cambridge, 1993), p. 4 (להלן בית המשפט העליון ומודל ההשקפה): "השופטים בהכרח יוצרים את החוק. רק מי שמאמין בסיפורי סבתא מכחיש זאת. גם כך... אין זה נעים להודות שבתי המשפט קובעים מדיניות, לאחר שהקפנו את החלטות בתי המשפט בחומות המיתוס שלפני השופטים והחלטותיהם הנם אובייקטיביים, שקולים וחסרי פניות".
5. יצחק אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחות דיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות", עיוני משפט, כרך יא התשמ"ו-התשמ"ז, 1985-1986, מובא אצל מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הנרכים במשפט הישראלי (תל אביב: מעגלי דעת, התשנ"ד), עמ' 46-47.
6. אהרן ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית", בתוך ספר זוסמן: לזכרו של יואל הכהן זוסמן. נשיא בית המשפט העליון (ירושלים: דף-חן, התשמ"ד), עמ' 93.
7. בלק, "על אישור הסנאט", עמ' 657-658. לדבריו, הוא שואב את גישתו מכתביהם של אוליבר נודל הולמס הבן, פליקס פרנקפורטר והשופט לרנד הנד. ראה גם יוג'ין רוסטו: "כולנו הסכמנו זה מכבר שהשופטים הם בני-אדם ולא רובוטים... הם מביאים בהכרח לבית המשפט השקפות שונות". Eugene V. Rostow, *The Sovereign Prerogative: The Supreme Court and the Quest for Law* (New Haven: Yale, 1962), p. 123 (להלן הזכות הריבונית); ומיכאל פאולסן: "האידיאולוגיה חשובה: בין אם למועמדת יש גישה יצירתית ובין שגישה פורמליסטית או פרגמטית או שהיא דוגלת באקטיביזם שיפוטי, הפילוסופיה המשפטית שלה (וגם, בכפוף לפילוסופיה המשפטית של המועמדת, הפילוסופיה הפוליטית שלה והשקפותיה האישיות) בסוגיות חשובות תשפיע מאוד על התנהגותה כשופטת". Michael Stokes Paulsen, "Straightening Out the Confirmation Mess," *Yale Law Journal* 105:2, November 1995, pp. 549-580 (להלן "סדר").
8. סגל וספאת, בית המשפט העליון ומודל ההשקפה, עמ' 65.
9. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers* (New York: Bantam Books, 1982), no. 78, pp. 392-399 (להלן הפדרליסט); John Arthur, *Words that Bind: Judicial Review and the Grounds of Modern Constitutional Theory* (Boulder: Westview Press, 1995), (להלן מילים כובלות).
10. ארתור, מילים כובלות, עמ' 1-3, 39, 132-133.

11. המילטון, הפדרליסט, מס' 78. ומה שחשוב לא פחות, הליך הדחת השופטים הופקד כולו בידי הרשות המחוקקת. אלכסנדר המילטון הבהיר שמבחינתו העיקר היה להימנע ממתן כל סמכות בתחום זה לרשות המבצעת – כלומר, לנשיא – בשל הפיתוי לסלק שופטים העשויים לפסוק נגדה או להענישים. בדומה לכך, בגלל החשש מפני תחרות או קנאה מקצועית, לא הוטל על חברי בית המשפט עצמם תפקיד כלשהו בנקיטת הליכים משמעותיים נגד שופטים אחרים או בהדחתם – שלא לומר בבחירתם. ניסיונות של נקמה או שליטה מצד בית המחוקקים נראו כסיכון בסבירות נמוכה, בגלל ריבוי האינטרסים הסותרים שיצטרפו להשתלב יחד כדי להניע מספר מספיק של מחוקקים להסכים על דרך הפעולה.

12. Herman Schwartz, *Packing the Courts: The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution* (New York: Scribner, 1988), pp. 48-49. (להלן איוש מנמח').

13. שוורץ, איוש מנמח', עמ' 45. ראה גם Henry J. Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court of the United States* (New York: Oxford, 1974), pp. 33, 65. (להלן שופטים ונשיאים). הפעם הראשונה שהסנאט של ארצות-הברית סירב לאשר מועמד – שהוצע בידי הנשיא ג'ורג' ושינגטון – הייתה ב-1795.

14. לאחר שהמינוי אושר, השופטים היפניים מכהנים כל ימי חייהם, בכפוף לביקורת הבוחרים מדי עשר שנים. נוהג זה אינו מקובל ברוב המדינות הדמוקרטיות שכן הוא אינו שומר באופן מלא על עצמאותם של השופטים.

15. בולטת בהעדרה בריטניה, שבה שיטת הבחירה של שופטים – כמו עניינים רבים אחרים בממשל הבריטי – היא מיוחדת במינה. בית המשפט הגבוה ביותר הוא ועדה של בית הלורדים, גוף שלא נבחר והוא לכאורה גוף מחוקק שאמור לגלם גם את הערכים החוקתיים של האומה כדרך שמגלם אותם בית המשפט העליון בארצות אחרות. "הלורדים-של-החוק" כפי שהשופטים הללו מכונים, מתמנים בידי המלכה לפי המלצת ראש הממשלה, הנועץ מצדו ביושב ראש בית הלורדים (הלורד-צ'נסלור) וכן בכמה לורדים-של-החוק ובמומחי משפט.

16. ברוב הארצות הללו, הליך בחירת השופטים מפורש בחוקה.

17. בסעיפים הנוגעים לעניין בחוק יסוד: השפיטה נאמר: "4. (א) שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים. (ב) הועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחר שתקבע הממשלה, שני חברי כנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה; שר המשפטים יהיה יושב ראש הועדה".

18. בממשלה האחרונה, שר המשפטים צחי הנגבי התיירא כל כך מהשופטים, עד שלמעשה הוא הרחיב את הגוש לארבעה, בהסכימו לכל מינוי שהציעו השופטים. במסיבת פרידה להנגבי ביוני האחרון, שיבח אותו אהרן ברק על ניהול הישיבות "בהגינות וביעילות. בעמדותיו, היה שותף להצעות אשר שופטי בית המשפט העליון הביאו בפני הועדה". הארץ, 7 ביוני, 1999.

19. אלא אם כן הוא עסוק בייצוג האינטרסים של מפלגתו. נציג הממשלה בוועדה בתקופת נתניהו היה שר החינוך דאז, הרב יצחק לוי מהמפד"ל. דומה שדאגתו העיקרית הייתה להגדיל את מספר השופטים הדתיים בבית המשפט העליון. ראה, למשל, הארץ, 23 באוקטובר, 1996. סביר להניח שכל אימת שהשר אינו חבר במפלגה הגדולה בקואליציה, האינטרסים המגוררים שלו יבואו גם הם לידי ביטוי.

-
20. יש אפשרות אחרת: שהוועדה תהפוך לשדה קרב המשקף את היריבויות האישיות בין עורכי הדין והשופטים. בישיבה מתוחה של חמשת חברי הממסד המשפטי מן הוועדה למינוי שופטים בנובמבר 1996, האשים דרור חוטר־ישי, ראש לשכת עורכי הדין, את השופטים שהם "מתנקמים" בו על מעורבותו בכמה עניינים שהובאו בפניהם. כל העיר, 6 בדצמבר, 1996. עוד לפני שהובס בבחירות לראשות הלשכה בקיץ השנה הוחל במערכה לסילוקו של חוטר־ישי מהוועדה. הארץ, 4 במאי, 1999.
21. הארץ, 13 בדצמבר, 1993.
22. ראה הארץ, 13 בנובמבר, 1995. באשר ליחסים האישיים בין משפחות ברק ובייניש, ראה כל העיר, 17 בנובמבר, 1995.
23. ראה כל העיר, 14 ביוני, 1996.
24. ישנם כמה הבדלים בין תפקידיו של נשיא בית המשפט העליון בישראל לאלה של עמיתו בארצות־הברית. ההבדל החשוב ביותר הוא הסמכות לקבוע את הרכב חבר השופטים שידון בכל תיק. בארצות־הברית נידונים העניינים המגיעים לבית המשפט העליון בפני כל תשעת השופטים. אבל בישראל נידונים רוב העניינים בפני הרכב מצומצם הכולל שלושה או חמישה שופטים. בנסיבות רגילות, השופטים נבחרים באקראי לדון בכל מקרה. אבל בעניינים רגישים, נשיא בית המשפט מוסמך לקבוע אילו שופטים יטפלו בכל עניין וכך, למעשה, הוא יכול לקבוע את התוצאה שתתקבל בנושאים טעונים מבחינה אידיאולוגית. לדוגמה חשובה לכך, ראה פנינה להב, ישראל במשפט: שמעון ארנוט והמאה הציונית (תל אביב: עם עובד, 1999), עמ' 277-278.
25. גלובס, 16 ביולי, 1997. ברק הבטיח לשר התחבורה דאז, יצחק לוי מהמפד"ל, מינוי שופט דתי נוסף; לחבר הכנסת אמנון רובינשטיין ממרצ הבטיח ברק מינוי שופט ערבי.
26. Martin Edelman, *Courts, Politics and Culture in Israel* (Charlottesville: University of Virginia, 1994), p. 34.
27. יצחק אולשן, דין ודברים (ירושלים: שוקן, התשל"ח), עמ' 247.
28. משה בן־זאב, "פוליטיקה במינוי שופטים", עורך הדין, 27 במאי, 1981, עמ' 13.
29. פקודת בתי משפט (הוראות מעבר), תש"ח/1948, ישיבה ו, סעיף 1 (ג).
30. אליקים רובינשטיין, שופטי ארץ: לראשיתו ולדמוחו של בית המשפט העליון בישראל, (ירושלים: שוקן, התשמ"א), עמ' 59 (להלן שופטי ארץ).
31. זמורה רוזן היו מודעים לניגוד האינטרסים; זמורה ביקש מרוזן להסתיר את תפקידו בבחירה. רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 60.
32. רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 60-66.
33. דברי הכנסת, כרך ח (1951), עמ' 1176. מובא אצל רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 105-106.
34. רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 106.
35. אולשן, דין ודברים, עמ' 328. זיכרונות השופט אולשן משקפים איבה עמוקה לציבור הדתי, והוא מרבה להזכיר "קנוניות" דתיות לאכופ את חוקי הדת על הציבור הישראלי. ראה, למשל, עמ' 327 ופרק 31. כדברי רובינשטיין, "ספרו חדור, במידה רבה, ביקורת קשה (לולא

דמסתפינא הייתי נוקט ביטוי חריף יותר) כלפי החוגים הדתיים בישראל". רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 154-155.

36. הארץ, 24 באוגוסט, 1978. מובא אצל רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 120.

37. הארץ, 23 באוקטובר, 1996.

38. Ze'ev Segal, "A Constitution without a Constitution: The Israeli Experience and the American Impact," *Capital University Law Review* 21:1, Winter 1992, p. 16. ברור שסגל מתכוון בכך הן לאינטרסים הצרים של הפוליטיקה המפלגתית והן לבחינת האידיאולוגיה הפוליטית של המועמד, מאחר שהוא תובע "התערבות מינימלית של פוליטיקאים (חברי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת) בתהליך" – כלומר, סגל מתריס לא רק נגד מעורבותם של עסקני מפלגה אלא גם נגד זו של קובעי המדיניות שנבחרו בידי העם.

39. רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 119.

40. לדיון כללי בהרכב האתני והדתי של בתי המשפט (עד לפני עשרים שנה) ראה רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 137-157. ראה גם Shimon Shetreet, *Justice in Israel: A Study of the Israeli Judiciary* (Dordrecht, the Netherlands: Martinus Nijhoff, 1994), pp. 270-272 (להלן משפט בישראל); אמיר בן-דוד, "כוח עליון", מעריב, מוסף סופשבוע, 19 ביולי, 1996.

41. רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 36-37; דובר בית המשפט העליון; יואב יצחק, מחלקה ראשונה, תשנ"ח/1998 (תל-אביב: עגל הזהב, 1998), עמ' 55-73 (להלן מחלקה ראשונה).

42. מבוסס על מידע שהעביר דובר בית המשפט העליון; ראה גם יצחק, מחלקה ראשונה, עמ' 55-73.

43. רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 218. וכן, "לרגל גילם הקשיש של מרבית השופטים, ריחוקם הכפוי ממגע עם הקהל והיותם שרויים בתוך מסורת שיפוטית שמטרתה להרחיק שופטים מלחצים חיצוניים – עשויה השקפתם להיות שונה מזו של כלל הציבור". Shimon Shetreet, "Reflections on the Protection of the Right of the Individual: Form and Substance," *Israel Law Review* 12, 1977, p. 32. מובא אצל רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 218.

44. רוסטו התייחס באופן כללי יותר למשימת הפסיקה החוקתית. רוסטו, הזכות הריבונית, עמ' 93. ראה גם רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 202. שופט אמריקני חשוב הרחיק לכת עוד יותר: "חשוב באותה מידה ששופט הנקרא לפסוק בשאלות חוקה יכיר את אקטון ומייטלנד, את תוקידידס, גיבון וקרלייל, את הומרוס, דנטה, שקספיר ומילטון, את מקיאווולי, מונטיין וראבלה, את אפלטון, בייקון, יום וקאנט, כשם שיכיר ספרים העוסקים במיוחד בנושא הנידון. כי בעניינים כגון אלה, הכל תלוי ברוח שבה הוא מתמודד עם השאלה שלפניו. המילים שעליו לפרש הן בבחינת כלים ריקים שהוא יכול לצקת בהם כמעט כל מה שירצה". *The New York Times Magazine*, November 28, 1954. מובא אצל אברהם, שופטים ונשיאים, עמ' 53.

45. אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א, 1992-1993, עמ' 30.

46. למקורות עמדתו של ברק, ראה אהרן ברק, "חוק יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב, חוברת 1, 1994, עמ' 207 (להלן "חופש העיסוק").

47. אהרן ברק, "חופש העיסוק", עמ' 208.

48. משה לנדוי, מצוטט אצל בן-דרור ימיני, "פונדמנטליסט נאור", מוסף הארץ, 1 באוקטובר, 1997, עמ' 28.

49. ימיני, "פונדמנטליסט נאור", עמ' 28.

50. קוקס, תפקידו של בית המשפט העליון, עמ' 117-118. וכן: "דומה שיכולתו של בית המשפט העליון לזכות בהסכמה ובתמיכה בתפקידו השלטוני תלויה בקיומה של דעה רווחת שהוא פועל באורח לגיטימי, כלומר ממלא את התפקידים שנמסרו לו, ורק תפקידים אלה, בהתאם לסמכויותיו". קוקס, תפקידו של בית המשפט העליון, עמ' 104-105. רוסטו מסכים לכך, "שכן בני העם, ולא בתי המשפט, הם פרשני החוקה האמיתיים. בית המשפט העליון והחוקה שהוא מפרש לא יהיה להם קיום אם לא יסכים העם, באופן כללי, לקבל את מרותם. רוסטו, הזכות הריבונית, עמ' 142.

51. סגל וספאת, בית המשפט העליון ומודל ההשקפה, עמ' 16. רובינשטיין מסכים עם האפיון של סגל, שהשיטה הנוכחית לבחירת שופטים היא "ניסיון לניטרול המינויים מסכנת הפוליטיזציה". רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 115.

52. פאולסן, "סדר", עמ' 579.

53. ראה פאולסן: "מתן הזדמנות לבחינה אידיאולוגית פתוחה ומהותית של המועמדים לכהונת שופטים מעורר תמיד את ההתנגדות... שהשופטת תהיה מחויבת להצביע בדרכים מסוימות במקרים שעשויים לבוא בפניה, תוך פגיעה בעצמאות השיפוטית ובאתיקה השיפוטית כאחת... [אבל] דיון רציני בפילוסופיה המשפטית לפני המינוי אינו פוגע כלל ועיקר בעצמאות החוקתית של השופטים, המכהנים כל ימי חייהם משעה שאושרו ומונו... הרשויות הפוליטיות רשאיות לבקש מידע הנחוץ להן כדי לחזות כהלכה את הצפוי, אבל אין הן זכאיות לתבוע הבטחות או התחייבויות. המועמדת תוכל להשיב על כל שאלה עניינית, אבל תמיד בהסתייגות השומרת על זכותה לשנות את דעתה ותמיד מתוך אזהרה שלמרות עמדותיה הקיימות היא תדון בכל עניין לגופו על בסיס העובדות ולאור הטיעונים המשפטיים שיוצגו". פאולסן, "סדר", עמ' 570-573. ראה גם אלכסנדר המילטון: "מאחר שדבר אינו יכול לתרום לנחישות [השופט] ולעצמאותו, כמו הקביעות במשרתו, בצדק אפשר לראות תנאי זה כיסוד חיוני", המילטון, הפדרליסט, מס' 78; וכן שטרית: "הכללים הנוגעים למשך כהונת השופטים מונחים בדרך כלל ביסודותיה של מערכת שפיטה עצמאית". שטרית, משפט בישראל, עמ' 54.

54. דברי הכנסת, כרך ח (1951), עמ' 1176-1179, 1191-1192; כרך יג (1953), עמ' 440-442. ראה גם אולשן, דין ודברים, עמ' 224; רובינשטיין, שופטי ארץ, עמ' 103-120; Asher Arian, *Politics in Israel: The Second Generation* (Chatham: Chatham House, 1985), p. 182.

55. Steven P. Croley, "The Majoritarian Difficulty: Elective Judiciaries and the Rule of Law," *The University of Chicago Law Review* 62:1, 1995, p. 747.

56. לא זו בלבד שמעצבי החוקה של ארצות-הברית לא ראו בבתי המשפט איום, הם גם "היו מוטרדים מהחשש שהשופטים יהיו כפופים לרשויות האחרות. כדי להבטיח את עצמאות השופטים, מעצבי החוקה הבטיחו להם כהונה לכל החיים ושכר מובטח, ויצרו תהליך בחירה שאינו בשליטת הנשיא לבדו או הקונגרס לבדו". סגל וספאת, בית המשפט העליון ומודל ההשקפה, עמ' 13.