

למנצח שיר מזמור?

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

יאיר שגיא*

מאמר זה עושה צעד חיוני ראשון בהשלמת החסרים התיאוריים והתאורטיים המשמעותיים הנגרמים בעטיו של הנתק הנמשך בין תורת הארגונים לבין הכתיבה המשפטית על אודות בתי המשפט בישראל. כפי שעולה מן המאמר, תורת הארגונים יכולה להקיף באופן מאיר-עיניים הן היבטים פנימיים (יחסי הגומלין בין שופטים שונים ובין ערכאות שונות) והן היבטים חיצוניים (למשל, תוכן הלכות המשפט המופנות לכלל הציבור) של מערכת בתי המשפט, וזאת בתוך מסגרת תאורטית אחת. חלקו הארי של המאמר נדרש לתחום מרכזי אחד של תורת הארגונים – העיסוק ביחסי הגומלין שבין דרגות הארגון השונות – ומצביע על התובנות העולות ממנו עם החלתו על הרשות השופטת בכלל ועל יחסי בית המשפט העליון עם שאר ערכאות השיפוט בפרט. הפריזמה התאורטית המוצגת במאמר מוסיפה ממד הסברי חשוב לשורה של צעדים שנוקט בית המשפט העליון, לא רק ביושבו על כס השיפוט אלא אף מחוץ לאולמות המשפט, במטרה לוודא שבתי המשפט קמא ילכו בתוואי ששרטט בפסיקתו ולחזק את נטייתם לעשות כן. צעדים אלה לא זכו עד כה לתשומת לב מספקת בספרות. הם משתרעים על תחום נרחב של פעילות, החל בהליכי חברות של ציבור השופטים, עבור דרך אופן חלוקת סמכויות השיפוט בין בית המשפט העליון לבין שאר ערכאות השיפוט וכלה באופן שבו בית המשפט העליון מגדיר את ה-*raison d'être* שלו עצמו. עמדתו המרכזית של המאמר בנקודה זו היא שצעדים אלה ודומיהם יוצרים מכלול אחד, אשר עניינו הוא הבטחת שלטונו האפקטיבי של בית המשפט העליון בפסיקת בתי המשפט

* מרצה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות לעילי אהרוסון, לגיא לוריא, לשמוליק לשם, לארנה רבינוביץ-עיני, לרני רזין ולמשתתפי פורום משפט וחברה באוניברסיטת חיפה על הערות שהעירו ועצות טובות שנתנו לאורך הדרך. תודה רבה גם לגלי רכבי, לצחי גולד ולינון חשמונאי על עזרתם החשובה במחקר. המחקר שעליו מתבסס מאמר זה נערך במימון הקרן הלאומית למדע (מענק מחקר מס' 860/12).

השונים לנוכח קיומם של כוחות צנטריפוגליים משמעותיים הפועלים בקרבם. נוסף על כך נטען במאמר כי תורת הארגונים מציגה צדדים מוכרים פחות של פסיקת בית המשפט העליון, קרי את התפקיד הפנים-רגולטורי שהיא עשויה למלא ביחסים שבין בית המשפט העליון לבין שאר בתי המשפט

א. הקדמה. ב. מבוא לתורת הארגונים; 1. הגדרת גבולות הדיון (או מערכת בתי המשפט כ"ארגון" בלשון בני אדם); 2. מערכת בתי המשפט כ"ארגון" בראי תורת הארגונים; 3. תורת הארגונים: מקבץ פרדיגמות. ג. כוחות צנטריפוגליים וצנטריפטיים בעבודת מערכת בתי המשפט; 1. כוחות צנטריפוגליים; 2. כלי הניצוח: כוחות צנטריפטיים; 3. הערת אזהרה בטרם סיכום: לא לעולם חוסן. ד. סיכום: מבט לרוחב ומבט לעומק.

א. הקדמה

כמעט אין בנמצא ספרות המביטה על מערכת בתי המשפט בארץ כעל ארגון ביורוקרטי, תוך החלת תובנות מתחום תורת הארגונים על מהלכיה.¹ זוהי עובדה. דומה שזוהי עובדה מפתיעה.

1 לשניים מהחריגים הבודדים ראו משה בורנובסקי ורן לחמן "הבחנה בין בעיות ארגוניות לאיכותיות במערכת בתי-המשפט בישראל" עיוני משפט טו 273 (1990); מרדכי בן ארי מיהו השופט? שופטים ושיקול הדעת השיפוטי: השפעות ומשתנים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2008), http://shemer.mslib.huji.ac.il/dissertations/W/JLW/001498928_1.pdf. אין להסיק מהאמור, כמוכח, ששם התואר "ארגוני", על הטייתו, או שיקולים ארגוניים אינם נזכרים במאמרי משפט ישראלים. לדוגמה רלוונטית לכך ראו להלן בה"ש 6. עם זאת, אזכורים אלה הם בדרך כלל אגביים ואינם מבוססים, ואף אינם מתיימרים להתבסס על תאוריה ארגונית ברורה. ראו, למשל, בהקשרה של סמכותם המקבילה של בג"ץ ושל בתי המשפט האזרחיים ה"רגילים", שולמית וסרקרוג "סמכותם העניינית של בתי-המשפט לדון בעניינים מינהליים לפי חוק בתי-המשפט לעניינים מינהליים" משפט וממשל ז 381, 403 (2004). בהמשך לכך יש להעיר אף זאת: זה זמן שמקובל שעניינם של ארגונים – גם ארגונים ביורוקרטיים-פורמליים – נדון רבות בספרות הדנה בתאוריות "מוסדיות" (לטענה זו ראו, למשל, B. Guy Peters, Institutional Theory in Political Science: The 'New Institutionalism' 97–98, (1999) 105–106). הדבר עשוי לנבוע מהגישה שלפיה בדרך כלל אין טעם להבחין בין שני המושגים (ארגוני/מוסדי = organizational/institutional) כיוון שהמושג השני מכיל את הראשון. גישה זו מוכרת בקרב אסכולות ה"מוסדיות החדשה", the new institutionalism, הנדונות במקורות הנזכרים להלן בה"ש 143. כפי שניתן לראות שם, אסכולות אלה מתבססות על הגדרה מרחיבה ביותר של "מוסד/ות" (לדיון ביקורתי במגמה זו ראו, בין השאר, Ove K. Pedersen, *Nine Questions to Neo-institutional Theory in Political Science*, 14 SCANDINAVIAN POL. STUD. 125, 131–134 (1991)). כך או אחרת, בין שבמודע ובין שלא במודע, פעמים אינספור כותבים רבים משתמשים לחלופין בשני המושגים מבלי להבחין ביניהם (לעניין זה ראו עוד להלן ה"ש 145). יש להבהיר על רקע זה כי הניתוח שלהלן אינו צריך לנקוט עמדה החלטית בשאלה המתודולוגית הכללית בדבר גבולות הניתוח ה"מוסדי", שכן במרכז הדיון במאמר זה יעמוד ניתוח ארגוני סטנדרטי למדי של ארגון פורמלי. רוצה לומר, לא זו בלבד שהניתוח יעלה תובנות מוכרות ומבוססות של דיסציפלינה מוכרת ומבוססת ("תורת הארגונים" – ראו להלן חלק 2 של המאמר),

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

בכל מקרה, ובה העיקר, זוהי עובדה מצערת.² היא מפתיעה, כיוון שלכאורה מערכת בתי המשפט מקיימת את מאפייניהם של ארגונים רבים אחרים. אחרי הכול, הרשות השופטת הנה מערכת היררכית, אשר דרגותיה השונות עוסקות בתחום עיסוק מוגדר אחד ("שפיטה") ושבראשה עומד אורגן מוכר (בית המשפט העליון), המבקש לכוון את מהלכיה.³ ניתן היה לצפות אפוא כי ייעשה זה מכבר שימוש בתורת הארגונים, במטרה לבחון איזה אור היא שופכת על אופן פעולתה של רשות זו. היעדרו של שימוש כזה מפתיע נוכח העדנה שתורת הארגונים זכתה לה במהלך המאה העשרים,⁴ לאור העובדה שהייתה לה השפעה של ממש על אופן הפעולה של ארגונים רבים במערב⁵ ועוד יותר מכך, משום שלאחרונה גורמים שונים בוחנים דרכים לשפר את מערכת בתי המשפט באמצעים שמקורם בתאוריות ארגוניות שונות.⁶ מאמר זה מכוון להראות כי לא זו בלבד שהיעדרו של הממד הארגוני של מערכת בתי המשפט מהדיון המשפטי-אקדמי בישראל מפתיע, אלא שכאמור הוא אף מצער, כך לפחות משתי סיבות. ראשית, בעטיו אין מתקיים דיון של ממש בפריטים חשובים בשגרת יומם של בתי המשפט ובשורה של עניינים שבוודאי מעסיקים מפעם לפעם את השופטים. חשיבותם של

אלא הוא גם יתייחס לגוף שאין קושי של ממש לסווגו כ"ארגון" על פי אמות המידה המסורתיות של הדיסציפלינה האמורה (ראו להלן חלק ב.2 של המאמר). בכל מקרה, בעיקר בשל מגבלת מקום, אסכולות מוסדיות חדשות, והשאלות המתודולוגיות שנכרכו בהן, תזכרנה רק בשולי הדיון שבמאמר (ראו להלן לדוגמה ה"ש 140, ובעיקר בחלק ב.3(ב)(3) של המאמר).

השוו למיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211, 213 (2004).

ראו להלן טקסט ליד ה"ש 16 ו-37.

להיסטוריה אינטלקטואלית של תורת הארגונים ראו את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 47.
ניתן להצביע כבר עתה על סוג אחד של ארגונים שהפרקטיקה שלהם והתאוריות על אודותם הושפעו מהתאוריה הארגונית והשפיעו רבות עליה. כוונתי לארגונים מינהליים-רגולטוריים. חיבור זה שבין התחומים אינו מפתיע לאור הדומיננטיות שהייתה לרגולציה מדינתית, שהונהגה בדרך כלל על ידי ארגונים מינהליים, על החברה המערבית בכללותה לכל אורך המאה העשרים. ראו כללית, למשל, Richard B. Stewart, *Administrative Law in the Twenty-First Century*, 78 N.Y.U. L. REV. 437 (2003); David Levi-Faur, *Regulation & Regulatory Governance*, In HANDBOOK ON THE POLITICS OF REGULATION ch. 1 (D. Levi-Faur ed., 2011). הקישור המוצע כאן בין ארגונים רגולטוריים מסוג זה לבין מערכות בתי משפט אינו חסר תקדים בספרות המחקרית. ראו, למשל, Tonja Jacobi & Emerson H. Tiller, *Legal Doctrine and Political Control*, 23 J.L. ECON. & ORG. 326 (2007).

ראו, למשל, דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל 15, 19 (1997) (להלן: ועדת אור) ופרוטוקול ישיבה מס' 340 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (14.2.2011), שעל סדר יומה עמד נושא אחד: "התאבדותו של שופט בשל עומס העבודה" (ישיבה מיוחדת זו כונסה לאחר התאבדותו של השופט מוריס בן-עטר ז"ל). ראוי לציון מיוחד בהקשר זה מכרז שפרסמו בשנת 2010 הנהלת בתי המשפט ומשרד האוצר, במטרה "לבחון ולבצע הליכי התייעלות במערכת המשפט [...] ולהיעזר לשם כך בחברה המתמחה בניתוח ובביצוע שינויים ארגוניים ועסקיים בארגונים מורכבים או במוסדות ממשלתיים מרכזיים", ראו הנהלת בתי המשפט ומשרד האוצר "מכרז פומבי מס' 21/10 שירותי ייעוץ ותכנון אסטרטגי לקידום ולשיפור מערכת בתי המשפט" (11.10.2010) <http://elyon1.court.gov.il/heb/dover/html/michraz/2110.pdf> (11.10.2010). לעדות נוספת לחדירת השיח הארגוני למינהל בתי המשפט ראו עוד, למשל, ת"א (שלום ת"א) 44579/08 כהן נ' איילון בע"מ, חברה לביטוח (פורסם בנבו, 29.12.2012). כן ראו את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 88.

פריטים ועניינים אלה נובעת בעיקר מכך שהם עשויים להיות בעלי השפעה על תוכן הכרעותיהם של אותם בתי משפט. חלקם האחד מתייחס לשלבים פורמליים ומוכרים של מינהל בתי המשפט (למשל, הליך המינוי והקידום של שופטים);⁷ חלקם האחר מתאפיין בהיותו פורמלי פחות ובכך שבאופן כללי הספרות המשפטית, שלא כמו תורת הארגונים, כמעט לא דנה בו.⁸ ואולם, כפי שאראה במאמר, אף ביחס לצעדים פורמליים מהסוג הראשון ניתן לומר שתורת הארגונים מציגה צדדים מוכרים פחות שלהם – ואלו הם פני הדברים אפילו ביחס לפסיקת בית המשפט העליון, שהיא שיאו של ההליך השיפוטי הפורמלי. לאמתו של דבר, כפי שאטען בהמשך המאמר, תורת הארגונים מדגישה פן נחבא של פסיקה זו, קרי את התפקיד הפנים-רגולטורי שהיא עשויה למלא ביחסים שבין בית המשפט העליון לבין שאר בתי המשפט.

סיבה שנייה שבגינה יש להצר על היעדרה של תאוריה ארגונית מהספרות המשפטית היא שתורת הארגונים יכולה להקיף, במסגרת תאורטית אחת, היבטים רבים וחשובים, פנימיים ו"חיצוניים", של מערכת בתי המשפט הישראלית. הורגלנו, זה דור לפחות, לבחון את הזיקות המתקיימות בין פסיקת בתי המשפט בישראל לבין יחסי הגומלין של הרשות השופטת עם שאר זרועות השלטון ועם גורמי חוץ נוספים.⁹ תורת הארגונים, המתייחסת גם היא ליחסי הגומלין שבין הארגון לבין סביבתו, מצביעה על הצורך לצרף את נקודת המבט הפנים-ארגונית לנקודת המבט ה"חיצונית" על מנת לקבל תמונה מלאה יותר של אופן פעולת הארגון והבנה טובה יותר של הגורמים המעצבים את תוצריו (במקרה שלנו: הלכות בתי המשפט). יישומה של גישה זו בענייננו יאפשר ללכוד נתח גדול יותר של פעילות בתי המשפט במסגרת הסברית אחת. אפשרות זו פותחת פתח להצבעה על קשרי גומלין שהיו חבויים עד כה בין שלבים שונים בפעילות השיפוטית.

7 ראו להלן ה"ש 30, 92, 190–191 והטקסט לידן.

8 הנה שתי דוגמאות: איזו שופטת ממונה לעמוד בראשות איזו ועדה? ופסק דינו של איזה שופט "נמוך" מצוטט בפסק הדין של בית המשפט העליון? לעניינן של דוגמאות אלה ודומות להן ראו להלן בעיקר חלק ג.2 (א) למאמר.

9 ראו, למשל, אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח" עיוני משפט ג 640 (1973); יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם השופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 74–75, 95–97 (2005); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 169–171 (2008); מיכל שקד משה לנדוי – שופט 132 (2012); ASSAF MEYDANI, THE ISRAELI SUPREME COURT AND THE HUMAN RIGHTS; REVOLUTION: COURTS AS AGENDA SETTERS (2011). יש להזכיר שספרות זו אינה מחויבת למודל הסברי אחד של האופן שבו משפיעים גורמי "חוץ" על תוכנה של פסיקת בתי המשפט. לדיון תאורטי בכך ראו, למשל, McNollgast, *Politics and the Courts: A Positive Theory of Judicial Doctrine and the Rule of Law*, 68 S. CAL. L. REV. 1631 (1995); Howard Gillman & Cornell W. Clayton, *Beyond Judicial Attitudes: Institutional Approaches to Supreme Court Decision-Making*, in SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACH 1 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999); JEFFREY A. SEGAL & HAROLD J. SPAETH, THE SUPREME COURT AND THE ATTITUDINAL MODEL REVISITED (2000); המקורות הנזכרים להלן בה"ש 248.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

המאמר עושה צעד חיוני ראשון בהשלמת החסר התיאורי והתאורטי הנובע מהיעדרה של תורת הארגונים מהספרות על אודות בתי המשפט בישראל.¹⁰ מסיבות מובנות לא נעשה כאן ניסיון להחיל את מלוא היקפה של תורת הארגונים¹¹ על מכלול פרטיה של מערכת בתי המשפט. תחת זאת, המאמר מתרכז בתחום עיסוק מרכזי אחד של תורה זו ומצביע על התובנות העולות ממנו עם החלתו על הרשות השופטת. בפשטות, תחום זה עוסק ביחסי הגומלין שבין דרגות הארגון השונות, המסודרות לרוב היררכית זו מעל זו. במיוחד תעסיק אותנו שאלת השליטה של העומדים בראש הארגון ביחידות הכפופות אליהם. סוגיה זו הייתה סוגיית יסוד בתורת הארגונים מראשיתה, ועוד יותר מכך מרגע שעלתה מתוכה המסקנה בדבר קיומם הבור-זמני של כוחות מפלגים (המכונים במאמר, בדרך כלל, "כוחות צנטריפוגליים") לצד כוחות מאחדים ("כוחות צנטריפטיים") בארגון; הראשונים מבקשים "לפרוס" את רקמת הארגון בעוד האחרים עמלים על שמירת לכידותו הפנימית. חלקו הבא של המאמר (החלק ה"תורת-ארגוני") מספק הקשר תאורטי רחב למסקנה מחקרית זו. בתרגום מהיר לשיח הרשות-השופטת, במוקדן של הסוגיות הארגוניות דנן עומדים יחסי הגומלין בין בית המשפט העליון לבין בתי המשפט האחרים שמתחתיו ומידת יכולתו של זה הראשון לשלוט באלה האחרים. סוגיות שיפוטיות אלה, כפי שהן נראות מנקודת המבט התורת-ארגונית, הן עניינו של חלק אחר (החלק ה"משפטי") של המאמר.¹²

ניתן להניח שהאמור עד כה יעורר תמיהה, שהרי אנו מורגלים במחשבה שבית המשפט העליון שולט בבתי המשפט הרגילים. "שולט", מאי משמע? לכל הפחות, נראה שהכול

10 כיום דומה שחסר זה אינו ייחודי לספרות במדינת ישראל. עם זאת, דור קודם של חוקרים אמריקנים השתמשו בכלים מתחום תורת הארגונים בכואם לנתח את בתי המשפט. ראו Malcolm M. Feeley, *Two Models of the Criminal Justice System: An Organizational Perspective*, 7 LAW & SOC. REV. 407 (1973); Salmon A. Shomade & Roger E. Hartley, *The Application of Network Analysis to the Study of Trial Courts*, 31 JUS. SYS. J. 144, 144 (2013) כן ראו, Lawrence B. Mohr, *Organizations, Decisions, and Courts*, 10 LAW & SOC. REV. 621, 622 (1976). היום המצב איננו כך. לניסיון להסביר את השינוי שחל בספרות האמריקנית בהקשר הנדון (המשולב בניסיון לשנות את מגמתה של הספרות), ראו Gillman & Clayton, לעיל ה"ש 9.

11 וראו להלן ה"ש 47.

12 להלן חלק ג של המאמר. זה המקום להדגיש, שלשם פשטות הניתוח ובשל קוצר היריעה, רובו של הדיון שלהלן עניינו החלוקה בין בית המשפט העליון לבין בית משפט "נמוך" אחד, שהנו בית המשפט המחוזי, מבלי לצרף למסגרת הדיון גם את בית משפט השלום. זהו מהלך מקובל למדי בספרות הרלוונטית. ראו, למשל, Ethan Bueno de Mesquita & Matthew Stephenson, *Informative Precedent and Intrajudicial Communication*, 96 AM. POL. SCI. REV. 755, 757 (2002); McNollgast, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1637. צירופו של בית משפט השלום מוסיפה מורכבות לניתוח ומעוררת שורה של שאלות מעניינות, שלא אוכל להשיב עליהן במסגרת מצומצמת זו. לשם המחשה, שאלות אלה נוגעות ליחסי הגומלין בין בית המשפט המחוזי לבין שתי הערכאות האחרות, ליחסים בין ערכאות שוות מעמד וליחסים בין בתי משפט הנמצאים במרכז לבין בתי משפט של פריפריה. לניתוח הנדרש למורכבות כזו בהקשר האמריקני ראו, למשל, Stephen T. EARLY, *CONSTITUTIONAL COURTS OF THE UNITED STATES: THE FORMAL AND INFORMAL RELATIONSHIP BETWEEN THE DISTRICT COURTS, THE COURTS OF APPEALS, AND THE SUPREME COURT OF THE U.S.* (1977). זוהי אחת הנקודות החשובות שביחס אליהן המאמר מבקש לעזור דיון פורה. יש לקוות שכיוון מחקרי זה אכן יפותח בארץ בעתיד.

מסכימים שהלכות שיוצאות מלפניו מכתובות את פסיקותיהם של בתי המשפט האחרים. כך קובע חוק-יסוד: השפיטה;¹³ זו המציאות העולה מרשימות הקריאה של בתי ספר למשפטים;¹⁴ זו הנחת המוצא של הספרות הישראלית על אודות בית המשפט העליון;¹⁵ כך גם מורים כללי הפעולה של המשפט המקובל. באשר למשפט המקובל ולמקומו של בית המשפט העליון במסגרתו, ידועים דבריו של אהרן ברק, שלפיהם "מהמסורת של המשפט המקובל שאבנו [...] את מעמדו המיוחד של השופט בשיטה, ואת המבנה המיוחד של מערכת בתי-המשפט – מבנה של פירמידה – שבקצהו העליון בית משפט עליון המורכב ממספר קטן של שופטים [...] השולטים על מערכת המשפט כולה, מעין מנצח על התזמורת השיפוטית כולה".¹⁶

לעומת כל אלה, הדיון במאמר מבקש לשכנע שאין לקבל כמובנת מאליה את שליטתו של בית המשפט העליון בבתי המשפט שמתחתיו.¹⁷ כך, אפילו כשמסגרת הניתוח מוגבלת לתחומם של בתי המשפט ה"רגילים"¹⁸ ואפילו ככל שמדובר רק בקביעת תוכנו של המשפט המקובל נוסח ישראל. בהמשך לכך מתוארים במאמר אמצעי הרגולציה (הפנימית) העומדים ברשותו

- 13 זוהי לשונו של ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה: "(א) הלכה שנפסקה בבית משפט תנחה בית משפט של דרגה נמוכה ממנו. (ב) הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון". לאחרונה הרגיש הנשיא גרוניס את החשיבות שיש להקנות לסעיף זה, לדעתו, בפסיקת בתי המשפט השונים בפרשה שזכתה להד רב: ראו רע"א 3749/12 בר-עוז נ' סטר, פס' 18–20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם בנבו, 1.8.2013). לעיון ראשוני בפרשה זו, ראו אורי אהרונסון "מה מתחייב מתקדים מחייב?" עורך הדין 21, 90 (2013).
- 14 אין ספק שמורי המשפטים בארץ מכירים היטב את ההבחנה הידועה בין משפט שעל-י-ספר לבין משפט-שבמעש, שעליה עמד לפני כמאה ורסקו פאונד (Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12 (1910)). הטענה כאן צנועה יותר: רשימות הקריאה הנ"ל (כולל בקורס "משפט ציבורי" של מחבר מאמר זה) נותנות את הרושם שדי ללמוד את פסקי הדין של בית המשפט העליון על מנת לדעת מה בתי המשפט בישראל "אומרים" על הסוגיות המשפטיות שעל הפרק.
- 15 ראו, למשל, יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (2000) (להלן: שחר "הפוליטיקה של התקדים"); יורם שחר "משכן כמשפטו" מחקרי משפט יט 397, 399 (2003).
- 16 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ 197, 203 (1992). דימוי זה של בית המשפט העליון כמנצח על השיטה המשפטית מופיע במקומות אחרים. ראו, למשל, אהרן ברק "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל" מבחר כתבים כרך א 913, 931 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000). כן ראו לאחרונה את דברי הנשיא גרוניס בפרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13, וכך דברי הנשיא לנדוי המובאים להלן בה"ש 268.
- 17 יש להדגיש היטב שאין המאמר קובע עובדתית שבית המשפט העליון "שולט" או אינו "שולט" בבתי המשפט שמתחתיו. כוונתי בנקודה זו להדגיש שאין לקבל זאת כמובן מאליה ויש לבחון את מכלול האמצעים שבית המשפט העליון עשוי לעשות בהם שימוש ברצותו להשליט את מרותו על בתי המשפט שמתחתיו. ראו עוד להלן חלק ג.1. למאמר זה"ש 200 ו-253 להלן.
- 18 השוו לאהרן ברק "בית המשפט הגבוה לצדק ובית הדין לעבודה – הארה מנקודת מבטה של תורת המשפט" ספר בר-ניב: לקט מאמרים בדיני עבודה 103 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1987); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית – היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח 245 (1989). ראו גם מנחם גולדברג "על היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה" הפרקליט לח 263 (1989).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

של בית המשפט העליון, לצד הקשיים העשויים לעמוד בדרכו, ברצותו להנהיג את שאר בתי המשפט הפרוסים ברחבי הארץ.¹⁹ אגב כך מפורטים, מצד אחד, מגוון אופני הפעולה הפתוחים בפני הערכאות הנמוכות²⁰ אם רצונן לחמוק מתכתיביו של בית המשפט העליון; מצדו האחר של הסיפור נטען במאמר כי הפריזמה התאורטית המוצגת בו מוסיפה ממד חשוב של הסבר לשורה של צעדים שנוקט בית המשפט העליון, לא רק ביושבו על כס השיפוט אלא אף מחוץ לאולמות המשפט, במטרה לוודא שבתי המשפט קמא ילכו בתוואי ששורטט בפסקתו. צעדים אלה לא זכו עד כה לתשומת לב מספקת. הם משתרעים על תחום נרחב של פעילות, החל בהליכי סוציאליזציה (חברות) של ציבור השופטים²¹ וכלה באופן חלוקתן של סמכויות השיפוט בין בית המשפט העליון לבין שאר ערכאות השיפוט;²² בכוונתי לטעון שהם נוגעים אפילו לאופן שבו בית המשפט העליון מגדיר את ה-*raison d'être* שלו עצמו.²³ עמדת המרכזית בנקודה זו, כפי שהיא מוצגת במאמר, היא שצעדים אלה ודומיהם יוצרים מכלול אחד, אשר עניינו ניסיונו של בית המשפט העליון לשמור על לכידות הלכתית בתוככי הארגון הנקרא "מערכת בתי המשפט בישראל". במילים אחרות, עניינו הוא הבטחת שלטונו האפקטיבי

19 הניתוח במאמר נערך (בדרך כלל) מנקודת מבטו של בית המשפט העליון, שכן הנחת המאמר היא שיש לראות בבית המשפט העליון את העומד בראש הארגון הנקרא "הרשות השופטת". לטעמים העומדים בבסיסה של הנחה זו, ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 33–39.

זה המקום להדגיש שאין המאמר נוקט עמדה בשאלה עד כמה רצוי שבית המשפט העליון אכן יחזק את שליטתו במהלכי הרשות השופטת. ראוי לציין, עם זאת, כי עשויים להיות היבטים מעוררי-מחלוקת לשאיפה להיטיב את שליטתו הארגונית של בית המשפט העליון ברשות השופטת. אין זה מרחיק לכת לטעון כי עשוי להתקיים מתח בין עקרון עצמאות הרשות השופטת ככלל ועצמאות השופט היושב לדין בפרט לבין הצורך לנהל את מערכת בתי המשפט – בין שמבחינה הלכתית (מצדו של בית המשפט העליון, בעיקר על דרך של קביעת הלכה) או מבחינות אחרות (בעיקר, מצדם של מנהל בתי המשפט ונשיאי בתי המשפט השונים). יתרה מכך, ניתן לטעון כי בנסיבות מסוימות הכבדת ידו של הארגון על השופט שבדין עלולה לפגוע באמון המתדיינים שבפניו (ואולי אף ברשות השופטת כולה). ראו לסוגיות אלה את המקורות הנזכרים להלן בה"ש 43, 183–184 ו-339. כאמור, המאמר לא יידרש לסוגיות חשובות אלה, כיוון שעיקר עניינו הוא בהצבעה על המשמעויות הארגוניות העשויות להתלוות למהלכים שונים שנוקט בית המשפט העליון כמעשה שגרה.

20 אני חש חוסר נוחות להשתמש בשם תואר זה (בתי משפט "נמוכים") ביחס לבתי משפט המחוזי והשלום (השוו לדין במושג "inferior (courts)" שנערך אצל Ashutosh Bhagwat, *Separate But Equal? The Supreme Court, the Lower Federal Courts, and the Nature of the "Judicial Power"*, 80 B.U. L. REV. 967, 983–985 (2000). אעשה כן בכל זאת בהמשך הדיון בהתאם למוסכמה מקובלת בשיח המשפט הישראלי. אעיר כבר עתה שאחד מהדגשים שיעלו במאמר הוא שבתי משפט אלה משפיעים בכמה דרכים על עיצובו של המשפט הישראלי, ולפחות בשל כך אין חשיבותם נמוכה כלל ועיקר. השוו לדין שנערך אצל McNollgast, לעיל ה"ש 9.

21 ראו להלן ה"ש 134–135 והטקסט לידן.

22 אינני מפתח נושא זה במאמר הנוכחי (אך ראו להלן ה"ש 331 והטקסט לידה). במקום אחר אני מדגים כיצד תורת הארגונים עשויה להבהיר באופן מאיר עיניים מדוע הקפידו שופטי בית המשפט העליון של מדינת ישראל באופן עקבי ולאורך כל השנים לבל יילקח בג"ץ מידיהם. ראו עוד Yair Sagy, *A New Look at Public Law Adjudication: A Critical Organizational Analysis & An Israeli Test Case*, J. TRANSNAT'L. L. & POL'Y (forthcoming, 2015).

23 ראו להלן חלק 2.ג(ב)(4).

של בית המשפט העליון בפסיקת בתי המשפט השונים לנוכח קיומם של כוחות צנטריפוגליים משמעותיים הפועלים בקרבם.

זהו סדר הדברים במאמר. חלקו הבא של המאמר, החלק השני, כולל את פרקו ה"תורת-ארגוני" של המאמר. במסגרתו מוצגים עיקרים בתורת הארגונים העשויים להיות רלוונטיים במיוחד בניתוח מהלכיה של מערכת בתי המשפט. הוא פותח בהצגת מגוון סיבות שבגללן יש לראות במערכת בתי המשפט "ארגון" לפי אמות המידה המקובלות על תורה זו, ובהמשכו סקירה של פרדיגמות מחקריות מובילות החוסות בצ'לה. בחלק זה מוצגות שאלות מחקר חשובות שהפרדיגמות המחקריות הללו מעוררות ביחס למערכת בתי המשפט בארץ. בתוך כך, הדיון מורחב במיוחד בעניינה של אחת הפרדיגמות (ה"פרדיגמה ההקשרית-חברתית"), כיוון שבעיקר ממנה עלתה התובנה היסודית – שבה במידה רבה מתמקד המאמר – בדבר קיומם של כוחות צנטריפוגליים וצנטריפטיים בארגונים.

בחלקו העוקב של המאמר (חלקו השלישי, הוא החלק ה"משפטי") נעשה צעד נוסף בהחלטה של תורת הארגונים על מערכת בתי המשפט. הוא מתמקד בבחינת האופן שבו מדגימים יחסי הגומלין בין בית המשפט העליון לבין בתי המשפט שמתחתיו כמה תובנות מרכזיות של תורת הארגונים. במיוחד נדונה בו בהרחבה הטענה שניתן למצוא ביחסי גומלין אלה עדויות רבות ומעניינות לקיומה של דינמיקה צנטריפוגלית-צנטריפטיאלית. דיון זה נועד להראות שיש בנקודת המבט הארגונית כדי להעשיר את הבנתנו בנוגע לעבודת בתי המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט; ייתכן שאף יש בה כדי להעניק פשר לפרקטיקות מקובלות הנהוגות בה. באופן כללי, הדיון שבחלקו השלישי של המאמר מציג שורה של אמצעים – "כלי ניצוח" – שיש בידי בית המשפט העליון לנקוט בניסיון לאחד (בעיקר מהבחינה ההלכתית) את השורות במערכת בתי המשפט: כאמור, חלקם פורמליים ולכן מוכרים יותר וחלקם האחר מוכרים פחות. חלקו הרביעי והאחרון של המאמר מסכם את הדיון.

ב. מבוא לתורת הארגונים

1. הגדרת גבולות הדיון (או מערכת בתי המשפט כ"ארגון" בלשון בני אדם)

אם כך, דרכנו היא לעבר השאלה, האם מערכת בתי המשפט בישראל הנה "ארגון"? בטרם ניגש אליה במישורין, יש לשרטט את גבולות ההתפרסות של השאלה. בראש ובראשונה יש להבהיר מה נכלל במונח "מערכת בתי המשפט" בהקשר הנוכחי. הכוונה היא לבתי המשפט שחוק-יסוד: השפיטה וחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984²⁴ מדברים בהם, דהיינו בית המשפט העליון, בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום, על כל שופטיהם ורשמייהם ועל שלל סמכויות השיפוט הנתונות להם.²⁵

24 להלן: חוק בתי המשפט.
25 אך ראו שוב לעיל ה"ש 12.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

הבחירה להיצמד להגדרה "סטטוטורית" של מערכת בתי המשפט במסגרת הניתוח הנערך במאמר אינה בהכרח נקייה מספקות. כך, למשל, ניתן להקשות מדוע לא נכללה מערכת בתי הדין לעבודה במסגרת זו.²⁶ עם זאת, בחירה זו נראית מוצדקת לעת הזאת משתי סיבות עיקריות. ראשית, החקיקה שהוזכרה בפסקה האחרונה, ודברי חקיקה ראשית וחקיקת משנה דומים לה,²⁷ אכן מבנים את סמכויותיהן של שלוש דרגות בית המשפט כמשתייכות למכלול תפקודי אחד.²⁸ כמתואר בחקיקה זו, זהו מכלול אֶחָד, המקיים פעילות מרכזית אחידה ("שפיטה");²⁹ מכלול זה הנו בעל מבנה היררכי סדור, שבמסגרתו נשמרות זיקות ברורות בין

- 26 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 18.
- 27 כאן כוונתי בעיקר להסדרים הנוגעים לסדרי הדין השונים. בעיקר, תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984; חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.
- 28 אַךְ ראו Wolf V. Heydebrand, *The Context of Public Bureaucracies: An Organizational Analysis of Federal District Courts*, 11 L. & SOC. REV. 759 (1977), בעיקר בעמ' 765-770, המציג את עבודת בתי המשפט כ"רשתות של פעילויות מאורגנות". יש לציין כי היידברנד כולל במסגרת הניתוח כמעט את כל מי שרואים בבית המשפט – ובמיוחד בבית המשפט של ערכאה ראשונה – את מקום עבודתם. מסגרת זו מכסה, לדוגמה, את עבודתם השיפוטית והמינהלית של השופטים, עבודתם של פקידי בית המשפט, ואף חלקם של נציגי הרשות המבצעת (למשל, פרקליטי המדינה) אינו נפקד מהדיון. כאמור, בניגוד לכך אני מבקש להתמקד במאמר זה בנתח מרכזי אחד מתוך המכלול החשוב שמציג היידברנד, קרי עבודתם השיפוטית "פרופר" של בתי המשפט. אכן, יהיה זה בוודאי מעניין לבחון בעתיד את עבודת השופטים והרשות השופטת בהקשרים ארגוניים רחבים יותר. למשל, מאמר היסוד, Paul J. DiMaggio & Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 48 AM. SOC. REV. 147 (1983), מעלה, בעיקר, את השאלות הבאות: לאיזה "שדה ארגוני" ניתן לשייך את בתי המשפט השונים? האם מתקיים בשדה זה תהליך השניוני המבני (האיזומורפי) המתואר במאמר? ואם כן, איזה מכניזם אחראי לתהליך זה? זוהי, כאמור, רק דוגמה אחת לסוג הניתוחים הארגוניים-רוחביים שהמאמר מקווה לעורר, בוודאי לאור האמור לעיל בה"ש 6.
- 29 הטענה המוצגת כאן מתבססת על העמדה שלפיה עיקרה של הפעילות השיפוטית המגוונת הנערכת על ידי שופטים שונים, ביושבם בערכאות שונות, דומה במידה ניכרת, ובאופן המצדיק את החלטה של כל הפעילות הזו, על כל גווניה, תחת כותרת אחת ("שפיטה"). לאפיונה של פעילות זו, ראו, למשל, MARTIN SHAPIRO, *COURTS: A COMPARATIVE AND POLITICAL ANALYSIS* ch. 1 (1981) 75-65; ברוך ברכה *המשפט המינהלי* כרך א 65-75 (1986). אבקש להעיר בהמשך לכך כי דומה שיהיה זה מעניין לבחון את מהלכיה של מערכת בתי המשפט במשקפיה של הספרות המוקדשת לארגונים המציעים שירותים פרופסיונליים בכלל ומשרדי עורכי דין – על השינויים הניכרים שחלו בארגונם בדור האחרון – בפרט. כמבוא לספרות עכשווית זו ראו Roy Suddaby, Royston Greenwood & Celeste Wilderom, *Introducing to the Journal of Organizational Behavior's Special Issue on Professional Service Firms: Where Organization Theory and Organizational Behavior Might Meet*, 29 J. ORG. BEHAV. 989 (2008). כן ראו, למשל, Jean E. Wallace & Fiona M. Kay, *The Professionalism of Practising Law: A Comparison Across Work Contexts*, 29 J. ORG. BEHAV. 1021 (2008); David J. Teece, *Expert Talent and the Design of (Professional) Firms*, 12 INDUS. & CORP. CHANGE 895 (2003); Issachar Rosen-Zvi, *Constructing Professionalism: The Professional Project of the Israel Judiciary*, 31 SETON HALL L. REV. 760 (2001). כן ראו להלן ה"ש 273 והטקסט לידה, לטענה שהדיבור בדבר קיומה של פרופסיה שיפוטית מובחנת עשוי לסייע בהידוק שורות השופטים.

הדרגות השונות. דוגמאות מובהקות לאחדות זו ניתן למצוא בדרכי המינוי הזהות של השופטים בשלוש דרגות השיפוט,³⁰ כמו גם בעובדה שכלל בתי המשפט מתנהלים לפי אותם סדרי מינהל, הנתונים בידיו של מנהל אחד (מנהל בתי המשפט).³¹ שנית, ההיצמדות לבתי המשפט ה"רגילים", שיחסייהם ההדדיים מוסדרים בדברי חקיקה מרכזיים, מונעת מאתנו את הצורך להידרש לשאלות קשות של יחסי הגומלין בין בתי משפט אלה (בעיקר בג"ץ) לבין טריבונלים שיפוטיים שאינם מכונים "בתי משפט" (אלא, בדרך כלל, "בתי דין"). בהמשך לכך, ניתן לומר באופן כללי כי כיוון שהמאמר מבקש להציע ניתוח ראשוני ולהצביע על כיווני מחקר אפשריים, נראה שאפשר להותיר לעיון עתידי סוגיות מספר כגון אלה שהוזכרו עתה, הנגזרות מהתיחום המוצע כאן של "מערכת בתי המשפט".³² בשלב הבא של הדיון יש לשאול זאת: אם מערכת בתי המשפט היא ארגון, מיהו העומד בראשו? תשובתי לשאלה זו נגזרת מהגדרת הפעילות העיקרית שלה אחראי ארגון זה – ושאלון מתבצעת בתוכו – לאמור, שפיטה על פי דין בריבם של בעלי דין הבאים בפניו.³³ מכאן נובע שבית המשפט העליון הוא המועמד הטוב ביותר³⁴ להיחשב כראש הארגון לעניין זה, זאת בשל סמכותו לדון בערעורים על החלטות בתי המשפט שמתחתיו ועוד יותר מכך בשל כוחו לקבוע כללים משפטיים המחייבים את שאר בתי המשפט ("הלכה פסוקה").³⁵ כפי שקבעו לאחרונה

- עם זאת, יודגש כי האמור לעיל אינו שקול לדחיית הטענה שפעילויות "שיפוטיות" שונות עשויות להיות שונות זו מזו באספקטים מסוימים, העשויים, אגב, להיות רלוונטיים למחקר ארגוני: ראו את האמור להלן בה"ש 165 ובטקסט לידה; בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי – בעקבות דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל נ' מלול" עלי משפט י 7, 14, 28–32, 46 וההפניות שם (2012).
- 30 ראו ס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 6 עד 10 לחוק בתי המשפט; וכללית, שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הלכים ואמות מידה" המשפט ח 357 (2003).
- 31 ראו ס' 82 לחוק בתי המשפט; גיא לוריא ממונים על הצדק: רפורמות ברשות השופטת וברשויות התביעה (2011).
- 32 מעניין לציין כי הגם שמעט המחקרים אשר עסקו בנושאים דומים, הנזכרים לעיל בה"ש 1, לא הטרידו את עצמם בשאלה הגדרתית זו, למעשה הם אימצו (במובלע) גישה דומה. ראו עוד להלן ה"ש 51.
- 33 להגדרת ה"שפיטה" ראו לעיל בה"ש 29. כן ראו את ההבהרה המופיעה להלן בה"ש 46.
- 34 אני נוקט ניסוח זה במודע, כיוון שכפי שרומזו הדיון בשורות הבאות, אין להתעלם מהקשיים שמעוררת תשובתי לשאלה שעל הפרק – כך בוודאי מנקודת מבטה של התאוריה הארגונית.
- 35 ראו להלן בחלק 1.ג של המאמר וראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 13.
- עדות למעמדו הבכיר של בית המשפט העליון ניתן למצוא בעובדה ששלושה שופטים מבית המשפט העליון הם חברים קבועים בוועדה למינוי שופטים לכל ערכאות השיפוט, כקבוע בס' 4(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.
- עוד יצוין כי אמנם כמה הוראות חקיקה מקנות לנשיא בית המשפט העליון עמדת בכורה ביחס לשופטים האחרים, אך הוראות אלה עוסקות בדרך כלל בפונקציות מינהליות ולא בפעילויות שיפוטיות שוטפות, שבנוגע אליהן, פורמלית, הנשיא אינו אלא אחד בין שווים. ראו בעיקר ס' 7, 10, 16–17, 24 (הנזכר להלן בה"ש 293), 77א, 78, 82(א) לחוק בתי המשפט, וס' 4(ב) לחוק-יסוד: השפיטה. אין נובע מעובדה זו, כמובן, שהלכה למעשה נשיאי בית המשפט העליון אינם משפיעים השפעה יתרה על אופן פעולתם של בתי המשפט "שלהם" (ושל בתי המשפט האחרים). ראו, בין היתר, מיגל דויטש "מומנט ההנהגה בתפקוד השיפוטי הקולגיאלי של בית המשפט

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

מרדכי קרמניצר וגיא לוריא, אחד מתפקידיו של בית המשפט העליון היום, על פי כל הדעות, הוא לשמש ראש הפירמידה השיפוטית של ישראל. ישראל ממנה את טובי המשפטנים לבית המשפט העליון כדי שישמשו מורי הלכה בכל תחומי המשפט. מוטל עליהם להוביל ולכוון את יתר בתי המשפט בתחומי המשפט הפלילי, האזרחי, החוקתי ובתחומים נוספים.³⁶ אכן, חזקה עלינו שבית המשפט העליון הנו הפרשן המוסמך העליון של המשפט בארץ ושפסיקותיו מחייבות את כל שאר בתי המשפט בארץ. ידועים בהקשר זה, לדוגמה, דבריו הבאים של השופט – לימים הנשיא – שמגר באחת הפרשות:

כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות – ולהלכה תמיד – בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו. אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה.³⁷

יוצא מכך ששר המשפטים אינו יכול להיחשב בהקשר זה כראש הארגון, למרות סמכויותו הנרחבות במינהל המערכת ובקביעת סדרי דינה, שהרי השר אינו רשאי כלל לעסוק בענייני שפיטה.³⁸ קל וחומר שהכנסת אינה מתאימה ל"תפקיד", זאת על אף השפעתה הברורה על תקציב הארגון, על הוראות הדין המהותי והפרוצדורלי המחייבות אותו ועל מינוי שופטים.³⁹

העליון "עיוני משפט טו 167, 180–186 (1990); עלי זלצברגר "מינויים בפועל בבית-המשפט העליון ועצמאות שיפוטית: ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים" מחקרי משפט יט 541, 558–559 (2003); לוריא, לעיל ה"ש 31, בעמ' 90–97. עוד ראו להלן ה"ש 127. בהקשר זה, יוער כי לא אחת נזכר בפסיקה נשיא בית המשפט העליון כמי ש" [...] עומד בראש מערכת בתי המשפט [...] ", ע"פ 8994/08 פלוגי נ' מדינת ישראל, פס' 24 (פורסם בנבו, 1.9.2009); ראו בדומה בג"ץ 5326/10 ספיר נ' שר המשפטים, פס' 5 (פורסם בנבו, 17.10.2010); בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד נד(2) 54, 63 (2000); וכן לאחרונה בג"ץ 4703/14 עו"ד שרון נ' נשיא בית המשפט העליון (פורסם בנבו, 30.11.2014). עוד ראו יצחק זמיר "הרשות השופטת: מהי? האם היא עצמאית? מי עומד בראשה?" מאזני משפט ו 105, 118–122 (2007). מנגד, לדיון ביקורתי בסוגיה זו ראו, למשל, דניאל פרידמן הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושבירה 416–417 (2013).

36 מרדכי קרמניצר וגיא לוריא "עליון, יציב ונכון" TheMarker 16.1.2014 themarker.com/opinion/1.2219510.

37 בג"ץ 306/81 פלטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לח(4) 118, 141 (1981). דברים דומים נאמרו, למשל, באהרן ברק שופט בחרה דמוקרטית 240 (2004), כמו גם בפרשות רבות אחרות. ראו, בין היתר, ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד לח(3) 85, 88–89 (1984); בג"ץ 4253/02 מר בנימין קריתי, ראש עיריית טבריה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 4 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 17.3.2009). כן ראו את דברי הנשיא גרוניס לאחרונה בפרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13.

38 ראו בעיקר ס' 9–10א, 16א–21, 82, 82א, 83, 106–109 לחוק בתי המשפט. כן ראו שמעון שטרית "בעיות ערכיות ומעשיות במנהל המערכת השיפוטית, חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים 80 (התשל"ז); שמעון שטרית "חיזוק הרשות השופטת וצמצום סמכויות שר המשפטים" משפטים ו(1) 154 (1975); זמיר "הרשות השופטת",

בשלב הבא של הדיון, וכהמשך לשאלת זהות הגורם העומד בראש הארגון דנן, יש להזכיר כי אין ארגון שאינו מושפע מארגונים וגורמים אחרים הסובבים אותו⁴⁰ (ומכאן שאין בעצם העובדה שמערכת בתי המשפט סמוכה על שולחנם של השר והכנסת כדי למנוע את סיווגה כ"ארגון").⁴¹ השאלה היא בדרך כלל זו: עד כמה נבדלת פעילותו של ה"ארגון" מפעילויות אחרות שרוחשות סביבה?⁴² במקרה זה, עומד לצדם של בתי המשפט העיקרון של עצמאות הרשות השופטת,⁴³ שמקובל לומר כי מערכת בתי המשפט הרגילים בארץ מקיימת אותה באורח כללי.⁴⁴ דומה שדי בכך כדי לבסס את הטענה שהפעילות העיקרית המאפיינת את בתי המשפט בארץ (שפיטה) נעשית במידה מספקת של אוטונומיה כדי להבדילם מהארגונים הסובבים אותם.⁴⁵

אם כך, האמירות הבאות מסכמות את טענותיו המרכזיות של הדיון שנערך בפסקאות הקודמות: בין שלוש דרגות השיפוט המרכיבות את מערכת בתי המשפט בארץ מתקיימות זיקות אמיצות התומכות בגישה שלפיה יש לראות אותן כמשתייכות לארגון אחד. הארגון כולו

-
- לעיל ה"ש 35, בעמ' 110–118; בג"ץ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים (פורסם בנבו, 30.8.2007).
- 39 כקבוע בס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה ובחוק-יסוד: הכנסת. כידוע, לממשלה, ובעיקר למשרד האוצר, השפעה מכרעת על תקציב הרשות השופטת. ראו לוריא, לעיל ה"ש 31, בעמ' 76–88, וכן John Ferejohn & Larry Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N.Y.U. L. REV. 962, 984–986 (2002). כן ראו בהקשרנו את האמור אצל אהרן ברק "התנהגות שופטים" הפרקליטים 9, 33 (2006).
- 40 ראו להלן חלק ג.3(ב) (3) למאמר.
- 41 ראו, בדומה, Heydebrand, לעיל ה"ש 28, בעמ' 767–768; Bradley C. Canon, *Organizational Contumacy in the Transmission of Judicial Policies: The Mapp, Escobedo, Miranda, and Gault Cases*, 20 VILL. L. REV. 50, 54–55 (1975).
- 42 ראו Kevin T. McGuire, *The Institutionalization of the U.S. Supreme Court*, 12 POL. ANALYSIS 128, 130–131 (2004).
- 43 מבין הספרות העצומה על עיקרון זה ראו, למשל, מאיר שמגר "עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי" הפרקליט מב' 245 (1995); Mauro Cappelletti, *Who Watches the Watchman?*, 31 AM. J. COMP. L. 1 (1983); Peter H. Russell, *Toward a General Theory of Judicial Independence*, in JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE AGE OF DEMOCRACY: CRITICAL PERSPECTIVE FROM AROUND THE WORLD 1 (P.H. Russell & D.M. O'Brien eds., 2001); Charles G. Geyh, *Symposium: Judicial Independence and Judicial Accountability: Searching for the Right Balance: Rescuing Judicial Accountability from the Realm of Political Rhetoric*, 56 CASE W. RES. L. REV. 911 (2006).
- 44 ראו, למשל, שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט 185 ואילך (2004).
- 45 בהקשר זה מעיר היידברנד (בין השאר, בהתבסס על WILLIAM A. NISKANEM, BUREAUCRACY AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT (1971)), ביחס לבתי משפט פדרליים בארצות הברית כך: "For example, the annual or biannual allocation of a budget and the virtual monopoly of courts over the service they provide (authoritative decision-making) [...] render them economically and functionally less dependent on their immediate environment than business corporations are on markets and suppliers. This functional autonomy is a well-known characteristic that courts share with government agencies and other budgeted organizations". Heydebrand, לעיל ה"ש 28, בעמ' 767–768.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

מציע ל"צרכניו" לפחות⁴⁶ שירות מרכזי וחיוני אחד: שפיטה בין בעלי דין נצים בהתאם לדין המחייב, כפי שפורש (אם פורש) על ידי בית המשפט העליון, הוא בית המשפט העומד בראשו של ארגון זה.

2. מערכת בתי המשפט כ"ארגון" בראי תורת הארגונים

עד עתה השתמשתי במונח "ארגון" בצורה חופשית. כעת ניתן לפנות לשאלה, האם, על פי אמות המידה המקובלות בתורת הארגונים, אכן ניתן לראות במערכת בתי המשפט בארץ ארגון? תורת הארגונים, ככל תחום מחקר אחר, אינה תחום מחקר מונוליתי.⁴⁷ ואולם, אפילו

46 ראו חלק ג.2(ב) (4) של המאמר לטענה שלפיה בית המשפט מספק, וצריך לספק, שירותים ציבוריים נוספים.

47 לסקירות כלליות על תורת הארגונים ולהיסטוריה האינטלקטואלית של התורה ראו, למשל, James G. March, *Introduction*, in HANDBOOK OF ORGANIZATIONS ix (James G. March ed., 1965); W. Richard Scott, *The Adolescence of Institutional Theory*, 32 ADMIN. SCI. Q. 493 (1987); Mitchell P. Koza & Jean-Claude Thoenig, *Organizational Theory at a Crossroads: Some Reflections on European and United States Approaches to Organizational Research*, 6 ORGANIZATIONAL SCI. 1 (1995); W. RICHARD SCOTT, INSTITUTIONS AND ORGANIZATIONS 1–26 (3rd ed. 2008); Terry M. Moe, *The New Economics of Organizations*, 28 AM. J. POL. SCI. 739 (1984); יצחק גל-נור מינהל ציבורי בישראל: התפתחות, מבנה, תפקוד ורפורמות (2007); יצחק סמואל ארגונים: מבוא לתורת הארגון (מהדורה שלישית מורחבת ומעודכנת, 2012). כן ראו Gerald F. Davis & Christopher Marquis, *Prospects for Organization Theory in the Early Twenty-First Century: Institutional Fields and Mechanisms*, 16 ORGANIZATION SCI. 332, 335 (2005) ("Organizations simply are not the kind of things amenable to general theory") יובהר, למען הסר ספק, שהדיבור על "תורת הארגונים" אינו מכוון להורות על גוף ידע אחיד, בעל גבולות תחומים לחלוטין. שהרי, כפי שמדגימות ה"ש שלפרק זה של המאמר, מחלקות שונות באקדמיה – שלהן מתודולוגיות ושאלות מחקר מגוונות – עוסקות בפנים רבים ושונים של ארגונים מינהליים, מסחריים ואחרים. כך, לדוגמה, עניינם של ארגונים מעסיק בוודאי מלומדים מבתי ספר למדע המדינה ולניהול, כמו גם כלכלנים ופסיכולוגים. מובן שאף פירוט ראשוני זה אינו ממצה את המגוון המאפיין את המחקר על אודות ארגונים המצוי בספרות המחקרית, ולו בשל ריבוי הדיסציפלינות המתרוצצות בתוך כל אחת מהמחלקות האקדמיות הרלוונטיות. ראו, למשל, את הדיון שנערך בפרקיו השונים של PETERS, לעיל ה"ש 1, ואת הדברים המובאים בפתח המאמר הבא: W. Richard Scott, *Institutions and Organizations: Toward a Theoretical Synthesis*, in INSTITUTIONAL ENVIRONMENTS AND ORGANIZATIONS 55, 55–56 (W.R. Scott et al. eds., 1994). עוד ראו, לשם הדגמת הריבוי הדיסציפלינרי המאפיין את העיסוק בארגונים, Philip M. Podsakoff et al., *Organizational Citizenship Behaviors: A Critical Review of the Theoretical and Empirical Literature and Suggestions for Future Research*, 26 J. MGMT. 513, 514–515 (2000); James M. Perry et al., *Revisiting The Motivational Bases of Public Service: Twenty Years of Research and an Agenda for the Future*, 70 PUB. ADMIN. REV. 681 (2010); והאמור להלן בה"ש 72. לנוכח ריבוי זה, הדיון במאמר מכוון למכנים המשותפים אשר דומה שרבים מהעוסקים בתחום חולקים.

לבסוף, אעיר עוד זאת: לכל אורך המאמר, איני מתייחס להבדלים הקיימים, או עשויים להתקיים, בין ארגונים מסחריים לבין ארגונים ציבוריים בהקשרים שונים. ייתכן שהבדלים אלה עשויים להיות בעלי חשיבות במתן מענה לשאלות מסוימות העולות במאמר. עם זאת, בחרתי שלא להתייחס אליהם במאמר זה, המנסה להציג מיפוי ראשוני של היחס בין תורת הארגונים ה"כללית"

בהתחשב בריבוי פנים זה, ניתן לומר זאת במידה רבה של ביטחון: מנקודת המבט של תורת הארגונים, מערכת בתי המשפט הנה אכן "ארגון", משמע, לפי פרדיגמות מחקריות מבוססות בתורת הארגונים היא עונה בהחלט על הפרמטרים הנדרשים לשם הגדרתה כ"ארגון".⁴⁸ יש לציין בנקודה זו, ראשית, כי נראה שיש הסכמה בסיסית רחבה בקרב מלומדי תורת הארגונים ביחס להגדרת המושג "ארגון".⁴⁹ כל כך ככה, עד שחלקם אינם טורחים כלל להתעכב על הסוגיה של הגדרתו אפילו בבואם לתאר תיאור (מדעי) מקיף של ארגונים.⁵⁰ שנית, אף כשמתקיימת מחלוקת-מגדירים בקרבם, דומה שיקשה לומר שמערכת בתי המשפט מדגימה אותה.⁵¹ ניתן אפוא לומר שמנקודת מבטה של התאוריה הארגונית, התשובה לשאלה שהצגתי

- לכין מערכת בתי המשפט. השוו, לשם הדגמה, לכתיבה על *public service motivation*, הבוחנת את קיומם של הבדלים שכאלה: ראו, למשל, James L. Perry & Lois R. Wise, *The Motivational Bases of Public Service*, 50 PUB. ADMIN. REV. 367 (1990); Sangmook Kim, *Public Service Motivation and Organizational Citizenship in Korea*, 27 INT'L J. MANPOWER 722 (2006); Bradley E. Wright & Robert K. Christensen, *Public Service Motivation: A Test of the Job-Attraction-Selection-Attrition Model*, 13 INT'L PUB. MGMT J. 155, 155-159 (2010). כן ראו Albert Breton, *Organizational Hierarchies and Bureaucracies: An Integrative Essay*, 11 EUR. J. POL. ECON. 411, 425 (1995).
- 48 ראו סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 21-25 (הצגה של כמה הגדרות ל"ארגון" שמעלה "הספרות המקצועית העוסקת בחקר התופעה הארגונית [...]"). וברומה לך, RICHARD H. HALL, ORGANIZATIONS: STRUCTURE, PROCESS, AND OUTCOMES 28-33 (5th ed. 1991). כן ראו, למשל, Canon, לעיל ה"ש 41, בעמ' 52; Heydebrand, לעיל ה"ש 28, בעמ' 623-627. 771-765. לעיל ה"ש 10, בעמ' 627-623; Heydebrand, לעיל ה"ש 28, בעמ' 771-765.
- 49 ראו סקירה אצל סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 23-24.
- 50 אילוסטרציה טובה במיוחד לתמימות דעים זו ניתנת בספר היסוד, אשר נכתב (במקור בשנת 1958) על ידי שניים מהמלומדים החשובים בתחום, שאחד מהם (הרברט סיימון) קיבל בשנת 1978 את פרס נובל לכלכלה בשל מחקריו על תהליכי קבלת החלטות בארגונים כלכליים: JAMES G. MARCH & HERBERT A. SIMON, ORGANIZATIONS (2nd ed. 1995). הספר נפתח (ראו שם, בעמ' 20) בסירובם של שני מחבריו להגדיר בצורה מדויקת את ה"ארגונים הפורמליים" ("formal organizations") שבהם עוסק החיבור. תחת זאת, השניים מסתפקים באמירה מפתיעה מעט, שהרי הם מתיימרים להציג בספרם דיון מדעי, שלפיה "the world has an uncomfortable way of permitting itself to be fitted into clean classifications". נוסף על כך, הם מספקים ארבע דוגמאות לארגונים שהספר עוסק בהם: ענק הפלדה האמריקני The U.S. Steel Corp., ארגון הצלב האדום, מכולת שכונתית של-פינת-רחוב (a corner grocery store) ומחלקת התחבורה במדינת ניו יורק (the New York State Highway Department). הגם שמדובר ברשימה קצרה ביותר, יש בה כדי להעיד הן על היקפם העצום של הארגונים שאליהם מכוונים שני מחברי הספר והן על כך שכפי הנראה, לדידם, כל כך ברור שכל מי שייקח את ספרם לידי בווודאי ידע אילו גופים נכללים תחת הכותרת "organizations" עד שאין צורך להאריך בהסברים בנקודה זו.
- 51 עדות לדבר מצויה בספרו האמור של סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, שבו מוזכרים בתי המשפט, לצד רשימה ארוכה של גופים אחרים, כ"נכללים [...] בתופעה הארגונית", שם, בעמ' 21. ראו בדומה, למשל, Lawrence Baum, *Lower-Court Response to Supreme Court Decisions: Reconsidering a Negative Picture*, 3 JUST. SYS. J. 208, 211 (1978). לעמדה ביקורתית יותר ראו Mohr, *Organizations, Decisions, and Courts*, לעיל ה"ש 10, למשל, בעמ' 629-623. אם כי, יש לציין, גם חיבור זה אינו מטיל ספק בכך שבתי המשפט הנם ארגונים, אך הוא מתרכז בשאלה עד כמה פרודוקטיבית עשויה להיות החלטה של תורת הארגונים

בראש הפרק ברורה.

על מנת להראות כיצד נראים הדברים מנקודת המבט הארגונית ומתוך כוונה להציג בפני ציבור המשפטנים את ייחודה של נקודת מבט זו, בשורות הבאות אנסה להסביר בקיצור נמרץ מה שיוו לנגד עיניהם מלומדי תורת הארגונים בדברם על "ארגונים" ואילו סימנים נתנו ל"ארגון". בהמשך לכך אצביע על כמה פרדיגמות מחקריות מובילות שעלו במהלך השנים בתורת הארגונים, שכדרכן של פרדיגמות,⁵² כל אחת מהן בוחרת להתמקד באספקט(ים) מרכזי(ים) אחד(ים) בעבודת הארגון, או בניסוח אחר, מציגה פילוח נוסף או אחר של המציאות הארגונית. מטרתה העיקרית של סקירת הפרדיגמות היא להציע שהניתוח הארגוני עשוי לעורר שורה של שאלות חשובות ומעניינות ביחס למערכת בתי המשפט.

ובכן, מה הופך את מערכת בתי המשפט ל"ארגון"? אפתח את הדיון בהגדרה הבאה:⁵³ ארגון הוא התאגדות בעלת גבול ברור, יחסית, סדר נורמטיבי, דרגי סמכות, מערכת תקשורת ומערכת תיאום בין המשתתפים; ההתאגדות מתקיימת על בסיס קבוע בסביבה נתונה והיא קשורה בפעילויות בעלות זיקה למטרות מסוימות; לפעילויות אלו יש תוצאות עבור חברי הארגון, הארגון עצמו וכלל החברה.⁵⁴

כמה יסודות בהגדרה זו (ואחרות, דומות לה) ראויים להדגשה:⁵⁵

— יסוד התכליתיות – ארגון הנו גוף מוכוון מטרה. הוא אמור לפעול למען השגתן של תכליות מסוימות.⁵⁶ בהמשך לכך, יש לציין את יסודות החלוקה הפנימית, השליטה והתיאום –

על בתי משפט (ראו שם, בעמ' 624). עוד יש להעיר שחיבור אחרון זה נפתח בבחינת התאמתם של בתי משפט "בודדים" (נאמר, בית משפט השלום באשקלון) – במיוחד ביושכם כבתי משפט פליליים – לתאוריות ארגוניות מקובלות.

52 אני מבקש להשתמש במונח "פרדיגמה" באופן חופשי למדי, כמציין "רשת מושגית" (DAVID J. HESS, SCIENCE STUDIES: AN ADVANCED INTRODUCTION 24 (1997) או, בקירוב, מסגרת מחקרית מקיפה המקנה פשר מסוים לתופעות הנתפסות במסגרתה כרלוונטיות. לפיכך, השימוש להלן ב"פרדיגמות" מבקש להבהיר את קיומה של שונות חשובה (למצער, מהבחינות התאורית, המושגית והמתודולוגית) בין הגישות השונות הנזכרות להלן. בכך אני מכוון לאחד השימושים במונח "פרדיגמה" שלו כיוון, כך לפי עדותו שלו, מחברו של הספר הנודע: תומאס ס. קון המבנה של מהפכות מדעיות (יהודה מלצר מתרגם, 1977). ראו, למשל, שם, בעמ' 139 (אחד ממובניו של המונח "פרדיגמה" הוא "מכלול שלם של דעות, ערכים, טכניקות וכו' שחברי קהילה ידועה שותפים בהם") ובעמ' 143. מכאן ששאלת אפשרות הגישור בין פרדיגמות (המוכרת בספרות כ- the incommensurability thesis) אינה מתעוררת בהכרח בהקשר הנדון בעמודים הבאים. מבין הספרות העוסקת בכך ראו, למשל, IAN HACKING, REPRESENTING AND INTERVENING 65-74, Hess; (1983), שם, בעמ' 22-27.

53 בחרתי בה כיוון שהיא מפורטת ונגישה למדי וכן עדכנית באופן יחסי. להגדרות נוספות ראו הפניות בה"ש 48.

54 HALL, לעיל ה"ש 48, בעמ' 32.

55 אינני מתעכב על דרישות יסוד בסיסיות הגלומות בהגדרה זאת ובדומות לה, שלפיהן ארגון הנו מסגרת קבועה (כלומר, עליו לקיים התמד בזמן), או הנו מסגרת יצירת-אדם – שמע מינה: ארגון הנו פעילות אנושית (משמע, בעיקרון, ארגון אינו תוצר של פעילות "טבעית", כדוגמת משפחה); כמו כן, עליו להיות מובחן וניתן לזיהוי. ראו דיון והפניות אצל סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 22-23. כן ראו Philip Selznick, *Foundations of the Theory of Organizations*, 13 AM. Soc. Rev. 25, 29-30 (1948).

עבודת הארגון נעשית לרוב בצורה מובנית ובדרך כלל במסגרת קבועה למדי של חלוקה פנימית.⁵⁷ יחידות המשנה הנוצרות מתוך חלוקה פנימית זו ערוכות בדרך כלל בסידור היררכי,⁵⁸ הן מקיימות ביניהן יחסי גומלין,⁵⁹ והניסיונות לשלוט בהן ולתאם ביניהן, שהנם שני מאפיינים חשובים של ארגונים, עשויים ללבוש צורות שונות.⁶⁰ שלושת אלה – חלוקה היררכית, שליטה ותיאום – הנם רכיבים חיוניים לשם השגת מטרות הארגון.

– היסוד החברתי-תרבותי – ארגון הוא גוף שעבודתו מתבססת על פעילות חברתית משותפת הנערכת בקרבן;⁶¹ פעילות זו עשויה להיבדל מפעולת הארגון (למשל, היא עשויה שלא לקדם את התכלית המונחת בבסיס הארגון).⁶² בהמשך לכך יש להדגיש את היסוד הסביבתי (או יסוד יחסי החוץ) – ארגון מקיים קשרי גומלין רבים ומורכבים עם ארגונים וגורמים אחרים הסובבים אותו, ולקשרים אלה השפעה ממשית על פעולת הארגון ועל אנשיו.⁶³

– יסוד המידע – ארגון יוצר, אוצר, מעבד ומפיץ מידע; לפעולת אלה השפעה מכרעת על יכולת הארגון להשיג את מטרותיו.⁶⁴ יסוד זה מתמקד בערוצי התקשורת הקיימים הן בתוך הארגון והן בינו לבין הסובב אותו ובמידע המועבר בהם.⁶⁵ לפי גישה זו, אחד התוצרים

- 56 ראו RICHARD DAFT, ORGANIZATIONS: THEORY AND DESIGN 10 (1995) ("ארגון הוא ישות חברתית מכוונת למטרה, הבנויה כמערכת של פעילויות תכליתיות בעלות גבולות חריזים" (התרגום מובא מסמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 24)). ראו בדומה, למשל, Lawrence B. Mohr, *The Concept of Organizational Goal*, 67 AM. POL. SCI. REV. 470, 475 (1973). כידוע, מטרותיו של ארגון יכולות להשתנות לאורך חייו, זאת הן ביוזמת אנשי הארגון או אף שלא ברצונם אלא לנוכח האינטראקציה שהארגון מקיים עם גורמי חוץ. למחקר מפורסם הבוחן את אפשרות השינוי השנייה ("חיצונית") ראו John Maniha & Charles Perrow, *The Reluctant Organization and the Aggressive Environment*, 10 ADMIN. SCI. Q. 238 (1965).
- 57 THEODORE CAPLOW, PRINCIPLES OF ORGANIZATION, למשל, ראו, למשל, ("ארגון הוא מערכת חברתית בעלת זהות קבוצתית ברורה ורישום מדויק של חברים, של תוכניות פעולה ושל נהלים" (התרגום מובא מסמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 23)).
- 58 סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 34.
- 59 לדוגמה מצוינת לניתוח מפורט של יחסי הגומלין בין יחידות שונות של ארגון (והשפעתם על אופן פעולתו), ראו ROBERT A. KATZMANN, REGULATORY BUREAUCRACY: THE FEDERAL TRADE COMMISSION AND ANTITRUST POLICY (1981).
- 60 ראו להלן ה"ש 80–82 והטקסט לידן.
- 61 ראו, למשל, AMITAI EZIONI, MODERN ORGANIZATIONS 3 (1964) (הארגון הוא "יחידה חברתית, או קבוצה אנושית, הנבנית ומשתנית מתוך כוונה לחתור להגשמתן של מטרות מסוימות" (התרגום מובא מסמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 24)); KARL E. WEICK, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF ORGANIZING 3–4 (2nd ed., 1979). כן ראו לעיל ה"ש 56.
- 62 ראו להלן טקסט ליד ה"ש 109–110.
- 63 ראו סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 24, שלפיו "המושג 'ארגון' [...] מתייחס לכל מערכת חברתית העוסקת בהפקה שיטתית ומתמשכת של מוצרים ושירותים, באמצעות מחזורי פעילות תכליתית של בני-אדם, ומתקיימת כתוצאה מיחסי-חליפין עם הסביבה שבמחיצתה היא פועלת".
- 64 לניסוח קלסי של הסוגיה ראו Kenneth J. Arrow, *Control in Large Organizations*, 10 MGMT. SCI. 397 (1964).
- 65 ראו המקורות המובאים להלן בה"ש 150–151.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

המרכזיים העומדים בבסיס קשרי הגומלין בין הארגון לבין סביבותיו הוא מידע; בהמשך לכך מושם דגש בתהליכי עיבוד המידע בארגון, שהנם לא אחת תהליכי קבלת החלטות.⁶⁶

קל להבחין שמערכת בתי המשפט מקיימת את היסודות הללו, ועל כן ניתן אכן לראות בה "ארגון". במעבר מהיר מהיסוד האחרון ליסוד הראשון אפשר להבחין כי מתקיים בה יסוד המידע. פסק דין מנומק של בית המשפט העליון עשוי להדגים נקודה זו בצורה מיטבית, שהרי הוא כולל בדרך כלל את כל אלה: עיבוד מידע (שחלק ממנו מקורו מחוץ למערכת); הפצת מידע (בצורת הלכה); קיומה של תקשורת ערה עם יחידות אחרות במערכת ("בית המשפט דלמטה") ועם מערכות אחרות (רשויות מדינה אחרות, ארגונים עסקיים וכדומה). בדומה לכך מתקיים גם היסוד של יחסי החוץ. עדות לדבר מצויה בעיסוק התדיר בהקשרה של מערכת בתי המשפט בעקרון הפרדת הרשויות בכלל ובעקרון אי-התלות השיפוטית בפרט.⁶⁷ כך גם היסוד החברתי, שהרי מערכת בתי המשפט מורכבת למעשה, גם אם לא להלכה, מ"בתי שופטים",⁶⁸ משמע משופטים רבים ושונים העושים את מלאכתם לצד קלדנים ועובדי מנהלה אחרים המסייעים בידיהם.

כמו כן, נראה בהחלט שמערכת בתי המשפט מקיימת את היסודות הראשונים שהובאו למעלה, אם כי יש להודות, בעיקר בהקשרם של יסודות אלה, שניתן להציע אופנים שונים של עמידה בהם. כך, למשל, ביחס ל"דרישה" לחלוקת משנה: הגם שקשה להטיל ספק בכך שהמערכת מחולקת ליחידות משנה, אפשר להציג חלוקה זו בצורות שונות. החלוקה לשלוש דרגות השיפוט בוודאי יסודית, אך ניתן, לדוגמה, להשלימה עם החלוקה הנושאת בין הערכאות השונות לפי תחומי משפט שונים (תוך התמקדות, למשל, בבתי המשפט העוסקים בשפיטה של עניינים מינהליים).⁶⁹ יסודות התיאום והשליטה עומדים במידה רבה במרכזו של המאמר, ועל כן לא ארחיב על כך כאן. לבסוף יסוד התכליתיות: אף כאן ניתן להתווכח על תכליתיה של הרשות השופטת.⁷⁰ עם זאת, אין לומר שאין לה תכליות מוסכמות (פתרון סכסוכים); ומהצד האחר, אפשר להצביע על כך שגבולותיו של הוויכוח ברורים למדי, כלומר אין באפשרויות (המעטות) העולות בגדרו של הוויכוח, הנערך תמיד בהקשר היסטורי-תרבותי מסוים, כדי להפגיע.⁷¹

66 ראו להלן חלק ב.3(ג) למאמר.

67 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 43-44.

68 ראו את דברי השופט זילברג בד"נ 23/60 קלמנט-אטיין בלן נ' המוציאים לאור של צוואת ר. ליטוונסקי, פ"ד טו 71, 76 (1961), והשוו לדברי הנשיא גרוניס בפרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13, פס' 19.

69 ראו עוד להלן ה"ש 327.

70 ראו להלן ה"ש 310-326 והטקסט לידן.

71 ראו SHAPIRO, לעיל ה"ש 29, פרק 1; Heydebrand, לעיל ה"ש 28, בעמ' 761-762; Kenneth E. Scott, *Two Models of the Civil Process*, 27 STAN. L. REV. 937 (1975); Henry P. Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 YALE L.J. 1363 (1973); Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV. 1 (1964). נשוב לכך בהמשך. ראו להלן חלק ג.2(4) של המאמר.

3. תורת הארגונים : מקבץ פרדיגמות

משביסנו את העובדה שמערכת בתי המשפט ראויה להיקרא "ארגון" על פי הפרמטרים המקובלים בתורת הארגונים, תעלה מאליה השאלה: "ובכן, מה בכך?" כלומר, השאלה היא מה מוסיף אפיון זה של המערכת לדיון המוכר בספרות המשפטית על אודות מהלכיה של מערכת בתי המשפט. לשם מתן מענה על כך מוצג בפסקאות הבאות בצורה תמציתית מקבץ מייצג של פרדיגמות מחקריות מובילות בתורת הארגונים. סדר הצגת הפרדיגמות עוקב במידה מסוימת את הסדר שבו כל אחת מהן זכתה לדומיננטיות בספרות (מבלי שניתן לומר שפרדיגמה אחת הדירה מהשיח את קודמתה).⁷² כפי שנראה, כל פרדיגמה האירה יסודות אחרים מאלה שצוינו זה עתה בהגדרת המושג "ארגון". בהתאם לכך, כל אחת מהן עוררה שאלות שונות ביחס לאופן פעולתו. להלן מפורט האופן שבו כל אחת מהפרדיגמות תיארה את הארגון; בתוך כך מצוינים היסודות שהיא הדגישה בפעולת הארגון (למשל, יעילות), כמו גם דימוי רווח של הארגון שנקשר בשמה ודמות איש הארגון הניבטת אלינו מביין כתביהם של הוגיה המובילים; נוסף על אלה מוזכרות להלן, בצורה מבואית, סוגיות מספר הקשורות בפעולת מערכת בתי המשפט שכל פרדיגמה מעוררת.

(א) הפרדיגמה המכנית

(1) קווי מתאר

ראשונה היא הפרדיגמה המכנית, המדגישה את הממד הרציונלי-תכליתי בעבודת הארגון: לגישה, ארגונים הם התאגדויות המכוונות להשגת מטרות מוגדרות – שלאורן נבחנים הישגיהם – בצורה יעילה. יעילות זו מגולמת בראש ובראשונה באופן ארגונים של הארגונים:

72 זוהי טענה כללית בלבד, שניתן להתווכח בוודאי על מידת הדיוק שבה. עיקרים של הפרדיגמה החברתית, למשל, הוצגו כבר בראשית המאה העשרים בידי מקס ובר (ראו להלן ה"ש 116) וצ'סטר ברנרד (Barnard). ראו בספר היסוד הבא CHESTER I. BARNARD, THE FUNCTIONS OF THE EXECUTIVE (1938), אשר בפתחו נקבע (שם, בעמ' 4) שארגונים הנם "[...] associations of cooperative efforts [...]". זאת ועוד, החלוקה שלהלן לשלוש פרדיגמות מתבססת על MARCH & SIMON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 25. עם זאת, חשוב להדגיש שוב שחלוקה זו אינה חדה כלל. יתרה מכך, כל פרדיגמה שתוצג להלן מקיפה כמה גישות תאורטיות, שמהן היא נבנית. ראו לעיל ה"ש 52 ולהלן ה"ש 140 ו-161. להרחבה (ולחלוקה שונה) ראו, למשל, סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 367-388; JOANNE; MARTIN, CULTURES IN ORGANIZATIONS: THREE PERSPECTIVES (1992). אדגיש שוב שהדיון שלהלן בוודאי אינו מייצג את העושר התאורטי המצוי בתורת הארגונים. כך, למשל, לא אתייחס להלן לגישות ארגוניות פוסטמודרניות. לדיון בגישות שכאלה, ראו, למשל, את דיונה המרתק של MARTIN, שם, בעיקר בפרק 8, וכן ראו ישראל כ"ץ ארגונים בעולם פוסטמודרני (2012).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

בדרך כלל, הארגון בנוי על דרך של חלוקה ליחידות משנה, הסדורות לרוב במבנה היררכי שבראשו עומדת פונקציה מְכוּיֶנֶה,⁷³ אשר קובעת את האופן שבו ימלא הארגון את ייעודו.⁷⁴ מבין מייצגיה המובהקים של הפרדיגמה אציין שלושה: ראשית, הסוציולוג הנודע מקס ובר (Max Weber), שהתמקד בארגון הבירוקרטי;⁷⁵ שנית, פרדריק טיילור (Frederick Taylor), אבי "תורת הניהול המדעי" של ראשית המאה העשרים (Scientific Management), אשר יועדה בעיקרה למפעל הייצור המודרני;⁷⁶ ולבסוף, קבוצה נרחבת של אמריקנים אנשי מדע המדינה, שקידמו בעשורים הראשונים של המאה העשרים את "מדע המינהל" (The Science of Administration) במטרה לשפר את ביצועיהם של גופי מינהל הן מהתחום הציבורי והן מהתחום הפרטי, אם כי את עיקר רישומם הותירו בתחום המינהל הציבורי.⁷⁷

73 יוער כי לעתים נתון בידיה של הפונקציה המכוּיֶנֶה הנ"ל אף הכוח לקבוע במידה זו או אחרת את מטרות הארגון. למשל, יש משטרים דמוקרטיים (ארצות הברית היא דוגמה מובהקת) שבהם בידי ראש הרשות המבצעת הסמכות לעשות כן, אך אף זאת רק בגבולות חוקתיים ברורים למדי. נקודה זו הודגשה במחקריהם של חוקרי ארגונים מובילים בארצות הברית, במיוחד במהלך נשיאותו רבת-היוזמות, ובהן ה-New Deal, של הנשיא רוזוולט. ראו THE PRESIDENT'S COMMITTEE ON ADMINISTRATIVE MANAGEMENT, ADMINISTRATIVE MANAGEMENT IN THE GOVERNMENT OF THE UNITED STATES (1937); BARRY D. KARL, EXECUTIVE REORGANIZATION AND REFORM IN THE NEW DEAL: THE GENESIS OF ADMINISTRATIVE MANAGEMENT 1900–1939 (1963); PERI E. ARNOLD, MAKING THE MANAGERIAL PRESIDENCY: COMPREHENSIVE REORGANIZATION PLANNING, 1905–1980 (1986).

74 לניסוח אוטוריטיטיבי של מרכיבים אלה של הפרדיגמה, ראו, למשל, את שני מאמרי היסוד הבאים (המוקדשים בעיקרם ליציקת יסודות לפרדיגמות מתחרות): Selznick, *Foundations*; לעיל ה"ש 55, בעמ' 25; John W. Meyer & Brian Rowan, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 83 AM. J. SOC. 340, 342–343, 353 (1977).

75 ראו 2 MAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 956–1003 (Ephraim Fischhoff et al. trans., 1978); Guenther Roth & Clauss Wittich eds., על התאוריה הוּבְרִיאֵנִית של הבירוקרטיה ראו, למשל, ANTHONY T. KRONMAN, MAX WEBER 176–182 (1983); REINHARD BENDIX, MAX WEBER: AN INTELLECTUAL PORTRAIT 385–457 (1977); Talcott Parsons, *Introduction*, in MAX WEBER, THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION 56–86 (A.M. WEBER, SOCIAL AND ECONOMIC (להלן): Henderson & Talcott Parsons trans., 1947). על מקומו של ובר בהיסטוריה האינטלקטואלית של התורה הארגונית ראו, למשל, MARCH & SIMON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 55–56. כידוע, ובר לא היה רק מגדולי המפתחים של הפרדיגמה המכנית, אלא גם אחד מראשוני מבקריה ומהחשובים שבהם. על כך ראו, למשל, ROGER COTTERRELL, THE SOCIOLOGY OF LAW: AN INTRODUCTION 149–157 (1992).

76 ראו, למשל, FREDERICK W. TAYLOR, THE PRINCIPLES OF SCIENTIFIC MANAGEMENT (1911). על "מהפכת הניהול" בתחום העסקי ראו ALFRED D. CHANDLER, THE VISIBLE HAND: THE MANAGERIAL REVOLUTION IN AMERICAN BUSINESS 272–283, 415–418, 464–468 (1977). ראו YEHUDA SHENHAV, MANUFACTURING RATIONALITY: THE ENGINEERING FOUNDATIONS OF THE MANAGERIAL REVOLUTION 10–36 (1999).

77 על זרם חשיבה זה ראו, למשל, YAIR SAGY, THE MANAGER, THE JUDGE, AND THE EMPIRICIST: AMERICAN ADMINISTRATIVE LAW AS A THEORY OF EXPERTISE (2006) (unpublished JSD Dissertation, NYU) (on file with the NYU Law School Library); (Sagy, Dissertation (להלן): Dissertation, NYU); DWIGHT WALDO, THE ADMINISTRATIVE STATE (1984); Dwight Waldo, *Politics and Administration: On Thinking about a Complex Relationship*, in A CENTENNIAL HISTORY OF

בהכללה, תחת פרדיגמה זו מדומה הארגון למכונה, או כמינוחו הידוע של ובר ל"אוטומט" ("automaton"),⁷⁸ שהדילמה המרכזית המלווה אותו היא איך להבטיח את פעילותו הרציונלית-יעילה,⁷⁹ משמע כיצד להבטיח עמידה של הארגון במטרותיו תוך ניצול מושכל של משאביו.⁸⁰ לידים של הוגיה,⁸¹ השגתה של יעילות זו מחייבת חלוקה היררכית ברורה של תחומי האחריות של יחידות הארגון השונות, תוך הקפדה על יצירתם של מנגנונים פורמליים שיבטיחו שליטה מלאה ככל הניתן של העומדים בראש הארגון במעשי הכפופים להם. מלומדי ארגונים הצביעו על כמה "אסטרטגיות שליטה" שנוקטים מנהלי ארגונים שונים תוך ציון המאפיינים השונים של כל אסטרטגיה.⁸² באופן כללי, אנשי פרדיגמה מובילים הדגישו רבות את יתרונות שלטונם הריכוזי של ראשי הארגון על הנעשה בתוכו, מתוך שכנוע ששלטון כזה יאפשר לראשי הארגון להנהיג באפקטיביות את יחידות הארגון השונות ולתאם באופן מיטבי בין פעולותיהן.⁸³ במסגרת זו, האנשים המפיחים חיים בארגון נחלקים לשני טיפוסים: מצד אחד ניצב איש הארגון מ"הדגם הרגיל", הנחזה באופן חד-ממדי כמכשיר, פסיכי בעיקרו. מצד אחר ניצב המנהל העומד בראש הארגון והקובע את מדיניותו.⁸⁴ במילים אחרות, המנהל מוצג כתשליל

-
- 78 THE AMERICAN ADMINISTRATIVE STATE 89 (Ralph C. Chandler ed., 1987). כן ראו את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 74.
- 79 WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 2, לעיל ה"ש 75, בעמ' 979.
- 79 להבהרת תוכנה של הרציונליות (האינסטרומנטלית) שהוגי הפרדיגמה שיוו לנגד עיניהם ראו, למשל, את ניסוחו המפורסם של ובר ב- WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 1, לעיל ה"ש 75, בעמ' 223. לניתוח וביקורת ראו, בין השאר, Jerry L. Mashaw, *Conflict and Compromise Among Models of Administrative Justice*, 30 DUKE L.J. 181 (1981); Gerald E. Frug, *The Ideology of Bureaucracy in American Law*, 97 HARV. L. REV. 1276 (1984); ROGER COTTERRELL, LAW'S COMMUNITY: LEGAL THEORY IN SOCIOLOGICAL PERSPECTIVE 143-146 (1995).
- 80 ראו סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 367-371; יצחק סמואל המשחק הפוליטי 17-18 (2002); בורנובסקי ולחמן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 274-276.
- 81 אשר גם בהם, כמו ברבים מאנשי תורת הארגונים, מתקיימים דבריו של גדעון קונדה (שהוא עצמו מלומד הארגונים), שלפיהם "[...] לא הרחק מהמקום שבו מצויים התיאורים, לעולם יימצאו המירשמים [...]". גדעון קונדה מהנדסים תרבות: שליטה ומסירות בחברת היי-טק 18 (1992). תופעה זו אינה מוגבלת, כמובן, לספרות הארגונית. ראו, למשל, Jody Freeman & Daniel A. Farber, *Modular Environmental Regulation*, 54 DUKE L.J. 795, 804-805 (2005); Matthew D. Adler, *Beyond Efficiency and Procedure: A Welfarist Theory of Regulation*, 28 FLA. ST. U. L. REV. 241, 245-247, 268 (2000); JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, AND GOVERNANCE 1-4 (1997).
- 82 ראו, למשל, John Child, *Strategies of Control and Organizational Behavior*, 18 ADMIN. SCI. Q. 1 (1973); John Child, *Organizational Structures and Strategies of Control: A Replication of the Aston Study*, 17 ADMIN. SCI. Q. 163 (1972).
- 83 ראו לעיל את המקורות הנזכרים בה"ש 74. כן ראו Andrew H. Van De Ven et al., *Determinants of Coordination Modes Within Organizations*, 41 AM. SOC. REV. 332 (1976) מנגד ראו, למשל, DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 28, בעמ' 156-157, ולהלן תת-הפרק הבא.
- 84 WEBER, ECONOMY AND SOCIETY 2, למשל, Max Weber, *Politics as a Vocation*, in FROM MAX WEBER: 1405-1393, בעמ' 75, לעיל ה"ש 75, ESSAYS IN SOCIOLOGY 95 (H.H. Gerth & C. Wright Mills trans., 1958); Luther H. Gulick,

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

של הראשון: בעוד הראשון פסיבי ובעל פרספקטיבה מוגבלת וצרה (ולכן זקוק להכוונה מתמדת), השני יוזם ורואה למרחוק (ועל כן ראוי להנהיג).⁸⁵ די בדברים שנאמרו עד כה כדי להבהיר שמנקודת מבטה של הפרדיגמה המכנית, יש לצפות שכל ארגון יידרש לשאלת השליטה המוצלחת של הדרג המנהל בדרג הכפוף לו. לכן חלק נכבד מהמאמץ האינטלקטואלי שהושקע על ידי הוגי הפרדיגמה תועל לשאלות של שליטה נכונה ויעילה של המנהל בעובדיו.⁸⁶

(2) יישום הדברים למערכת בתי המשפט: הדגמה

ניתוח מערכת בתי המשפט לפי פרדיגמה זו מרכז במוקד הדיון את האופנים השונים שבהם ניתן הכוח בידי ראשי המערכת לשלוט בדרגים הכפופים להם. לאמתו של דבר, הפרדיגמה דורשת מאתנו להתחיל את הניתוח בזיהוי מדויק של הגורם הראוי לשאת בתואר "ראש המערכת". כאמור לעיל, במסגרת הניתוח במאמר זה יש לראות בבית המשפט העליון את הדרג המנהל של פעילות השפיטה הנערכת על ידי בתי המשפט ה"רגילים", בהיותו – למצער להלכה – הפוסק הסופי בשאלות של משפט.⁸⁷ הניתוח הארגוני מדגיש את חשיבותה של קביעה זו, בעיקר מן הבחינה הפרקטית.⁸⁸ היא בוודאי מעידה על כך שמערכת בתי המשפט בארץ נבנתה

Notes on the Theory of Organization, in PAPERS ON THE SCIENCE OF ADMINISTRATION 1
Waldo, לעיל ה"ש 77; (Luther H. Gulick & Lyndall Urwick eds, 1937)

85 לעתים מיוחסת לו אף מומחיות ייחודית. ראו: Lawrence B. Mohr, *Authority in Organizations: On the Reconciliation of Democracy and Expertise*, 4 J. PUB. ADMIN. RES. & THEORY 49 (1994), וכן להלן ה"ש 115–117 והטקסט לידן. בהקשר זה ידועים ראשי התיבות POSDCORB, שטבע אחד ממדעני המינהל המוקדמים, לוטר גוליק (Luther Gulick), על מנת לתאר את הפונקציות השונות של דרג ההנהלה בארגון, אשר משמעותם היא: תכנון, ארגון, איוש, אצילה, תיאום, דיווח ותקצוב (Planning, Organizing, Staffing, Delegating, Co-ordinating, Reporting, and Budgeting). ראו Gulick, לעיל ה"ש 84.

86 ראו, למשל, Robert A. Burgelman, *A Process Model of Internal Corporate Venturing in Diversified Major Firm*, 28 ADMIN. SCI. Q. 223 (1983), וכן המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 74.

87 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 35–45. ראו גם את האמור לעיל בה"ש 35.

88 כנרמז למעלה, דומה שלפי פרדיגמה זו, פתרון הבעיה של היעדר היעילות במערכת בתי המשפט הישראלית (ראו דו"ח ועדת אור, לעיל ה"ש 6, בעמ' 16–17, 150; שחר גולדמן הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט: יתרונות מול חסרונות (1999); רענן סוליציאנו-קינן, אמנון רייכמן וערן ויגודה-גדות העומס על מערכות משפט: ניתוח השוואתי של 17 מדינות (2007)) מחייב, בין השאר, את הכפפת המערכת ל"קורדוד" אחד מוגדר. ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 74. ניתן לטעון שיש לשאלה דגן גם משמעות תאורטית, למשל, בהקשרה של הדילמה בדבר סיווגה של שיטת המשפט הישראלית למשפחות המוכרות של שיטות משפט מערביות. ראו, כללית, ברק "שיטת המשפט בישראל", לעיל ה"ש 16; Rosen-Zvi, לעיל ה"ש 29, בעמ' 818–826. בהמשך לדיון הנערך למעלה, אפשר להציע שהתשובה לשאלה זו תלויה, בין השאר, בשאלת מודל הניהול של מערכת בתי המשפט (או של מערכת המשפט כולה), ובאופן מדויק יותר: בזהות הפונקציה העומדת בראשה (שר משפטים/נשיא בית המשפט העליון/חבר שופטים ועוד). לשאלה זו ראו, למשל, שמעון שטרית "האחריות על מינהל בתי המשפט" משפטים יג 516 (1984); לוריא, לעיל ה"ש 31; פרשת נתנאל, לעיל ה"ש 38.

ופועלת (גם) לאורה של הפרדיגמה המכנית.⁸⁹ ייתכן שאפיון זה ברור מאליו, אך כאמור, הוא עדיין מעלה שורה של שאלות מעניינות. בראש ובראשונה עולה השאלה בדבר מידת שליטתו של בית המשפט העליון בהלכות המשפט המנחות את בתי המשפט הכפופים לו (בהמשך המאמר נעסוק בשאלה זו בהרחבה).⁹⁰

באופן כללי, הפרדיגמה המכנית מוליכה את העין לאמצעים שבעזרתם יכול בית המשפט העליון לשלוט בשופטי הערכאות האחרות. היא תתמקד בוודאי במבנה הפורמלי ההיררכי של בתי המשפט⁹¹ ובנוהל מינוי השופטים הנוהג במדינת ישראל, שבמסגרתו ניתנת לשופטי בית המשפט העליון השפעה על מינוים וקידומם של שופטי ערכאות אחרות.⁹² אכן, מנקודת מבט זו, חוקים, תקנות ונהלים פורמליים של הרשות השופטת זוכים למעמד בכורה במסגרת הניתוח.⁹³ לאור זאת יש להתייחס עוד, למשל, לא רק להסדרי המינוי של שופטים אלא גם להליכי פרישה, קידום והדחה של שופטים,⁹⁴ למסלולי הערעור בין הערכאות השונות, כפי שהם מנוהלים על ידיהן,⁹⁵ להסדרי השיבוץ של שופטים לבתי משפט שונים⁹⁶ ולאופן קביעת המותבים.⁹⁷

89 אם כי לא באופן בלבדי, כמובן, כפי שמלמד הדיון בחלק זה של המאמר. כמו כן, ברור שאין להבין מהאמור שמערכת בית המשפט בארץ פועלת באופן מלא לאור הקריטריונים הקבועים בפרדיגמה המכנית. אין בנמצא, ומעולם לא היה, ארגון העומד בסטנדרט זה (והדברים נכונים אפילו ביחס לבתי המשפט שבשיטות המשפט הקונטיננטליות, הפועלים בדבקות רבה יותר למודל הביורוקרטי). לכן, בין השאר, כיוון ובר בתארו "טיפוס אידאלי" (ideal-type) של הארגון הביורוקרטי. על כך ראו, למשל, WEBER, *ECONOMY AND SOCIETY*, לעיל ה"ש 75, בעמ' 19–22, 216–215. כן ראו Parsons, לעיל ה"ש 75, בעמ' 8–29; Donald McIntosh, *The Objective Bases*; Susan J. Hekman, *Weber's Ideal Type: A Contemporary Reassessment*, 16 *POLITY* 119 (1983).

90 ראו להלן חלק ג.1. למאמר.
91 מעניין להזכיר שמקורותיו של עיקרון זה מצויים במורשתה העותמנית של שיטת המשפט הישראלית (שלה עצמה היו, כידוע, יסודות קונטיננטליים). ראו נתן ברון שופטים ומשפטים בישראל – בין קושטא לירושלים, 1930–1900 (2008), בעיקר חלק ראשון; כן ראו יאיר שגיא "למען הצדק? על הקמתו של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט כח 225, 234–238 (2004); Daniel Friedmann, *The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period*, 10 *ISR. L. REV.* 192, 205 (1975).

92 ראו לעיל ה"ש 30; מיכאל ששר חיים כהן, שופט עליון: שיחות עם מיכאל ששר 117 (1989). כן ראו, למשל, מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט(2) 423 (2003); מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 222. אך ראו להלן טקסט לה"ש 189–198.

93 לגישה דומה בניתוח עמדות שופטים ראו Frank B. Cross, *Decisionmaking in the U.S Circuit Courts of Appeals*, 91 *CAL. L. REV.* 1457, 1462 (2003).

94 ראו ס' 16א–21 לחוק בתי המשפט, והמקורות הנזכרים לעיל בה"ש 30 ולהלן בה"ש 187.

95 ראו להלן ה"ש 176 וחלק ג.1(ב) למאמר.

96 והעברתם ממקום למקום, בתוך כך. ראו ס' 9 לחוק-יסוד: השפיטה.

97 ראו ס' 27, 38, 48 לחוק בתי המשפט. רשימה זו אכן אינה ממצה. לסקירה מקיפה ראו אבישי פדהצור מבוא למישמוע שופטים (עבודת גמר לתואר מוסמך במשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2004). אכן, ניתוח מלא ידרוש התייחסות רחבה יותר, שתכלול עוד, למשל, את הנציבות לתלונות הציבור על שופטים. ראו טובה שטרסברג-כהן ומורן סבוראי

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

הפרדיגמה המכנית עוררה דיון סוער. רבים ביקרו אותה. מתוך דיון ער זה עלתה שורה ארוכה של תאוריות חלופיות או משלימות לפרדיגמה המכנית. מתוך שלל תאוריות אלה, שתי פרדיגמות, שניתן לכנותן (באופן שאינו קולע לגמרי) ה"פרדיגמה ההקשרית" וה"פרדיגמה האינפורמטיבית", נראות רלוונטיות במיוחד לדיון הנערך כאן. כל אחת מהשתיים מאגדת בתוכה כמה גישות תאורטיות בעלות מכנה משותף, והוא שיעמוד במרכז הדיון שלהלן. שתיהן, כאמור, מקיימות דיאלוג ביקורתי עם הפרדיגמה המכנית, וכן זו עם זו. במקרה של דיאלוג זה עומדת הטענה שהפרדיגמה המכנית אינה מתארת נאמנה את הדרך שבה מתנהלים ארגונים, הלכה למעשה, ואף לא את האופן שבו פועלים אנשי הארגון במסגרתם. לא אוכל כמובן לתאר בצורה מקיפה את פרטי הדיאלוג. כוונתי אך להציג את הרקע הנדרש על מנת להבין מקצת משאלות המחקר וההמלצות הארגוניות שנגזרות משתי הפרדיגמות האמורות.

(ב) הפרדיגמה ההקשרית

(1) ההקשר החברתי: קווי מתאר

תחילה תידון הפרדיגמה ההקשרית, שניתן לכנותה גם, בין השאר, "הפרדיגמה החברתית"⁹⁸ (כאמור, בשל מרכזיות הפרדיגמה בניתוח שנערך במאמר, היא תידון להלן בהרחבה יחסית). פרדיגמה זו אינה רואה את הארגון כמערכת של פונקציות רציונליות (כפי שטוענת הפרדיגמה המכנית),⁹⁹ אלא כזירת פעולה של קבוצות חברתיות. לפי גישה זו, מטרת הארגון ואופני הגשמתן נקבעים בהשפעה הדדית של פרטים וקבוצות בתוך הארגון. וכך, תחת התרשים האָחוד של הארגון, שאותו מציגה הפרדיגמה המכנית, מתארת פרדיגמה זו את הארגון כאתר התכנסות של קבוצות חברתיות שונות. מילים אלו – "קבוצות חברתיות שונות" – אינן מילים בעלמא, שכן לפי הגישה דנן:

"מנגנוני ביקורת על הרשות השופטת: המקרה של נציבות תלונות הציבור על שופטים – סקירה השוואתית" המשפט יג 445 (2008); מורן סבוראי "העצמאות השיפוטית כרכיב מרכזי באתיקה שיפוטית" שערי משפט ה 295 (2009). לביקורת חריפה על מוסד זה מפי שופט (המציין ביקורת דומה של עמיתים למקצוע), ראו מנחם (מריו) קליין "על אמון הציבור במערכת המשפט והשפיטה המתגוננת" אתר המשפט הישראלי www.psakdin.co.il/fileprint.asp?filename=/sada/public/art_cckd.htm (להלן: קליין "השפיטה המתגוננת").

98 התיאור שיובא בפסקאות הבאות כולל גם עיקרים ב"גישה האורגנית" לפי סיווגו של סמואל (סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 371). זאת ועוד, ניתן לכנות את הפרדיגמה דנן גם ה"פרדיגמה ההתייחסותית" (Attitudinal), באנלוגיה ישירה לגישה ההתייחסותית לבתי המשפט, שלפיה בבסיסו של דבר השופטים עושים שימוש אינסטרומנטלי גרידא בכללי משפט מוכרים (למשל, עקרון התקדים המחייב), וזאת על מנת לקדם את ההעדפות האידאולוגיות שלהם. ראו והשוו SEGAL & SPAETH, לעיל ה"ש 9; McNollgast, לעיל ה"ש 9; Keren Weinsahl-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical Gillman & ; and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. EMPIRICAL L. STUD. 556 (2011).

99 Clayton, לעיל ה"ש 9. ראו עוד להלן ה"ש 200. לעיל טקסט לה"ש 79.

(1) קבוצות של משתתפי-ארגון הן המקנות חיים לארגון – משמע, אין להסתפק בחלוקה הדיכוטומית (מנהלים/עובדים) של הגישה המכנית, אלא יש לתת את הדעת לכך שאנשי הארגון פועלים מתוך השתייכותם לקבוצות שונות מקרב אנשי הארגון.¹⁰⁰

(2) יש הקשר חברתי ברור לעבודת איש הארגון. עצם השתייכותו לקבוצה מעידה בוודאי על כך. ואולם, הטענה כאן בסיסית ביותר: אין להבין את האופן שבו פועל הארגון מבלי לתת את הדעת לאינטראקציה הבינאישית המורכבת שבין אנשיו.¹⁰¹ יתרה מכך, אינטראקציה זו, ככל אינטראקציה חברתית, כפופה רק במידה מוגבלת לכללים הפורמליים הנוהגים בארגון. וכך יוצא שדווקא היחסים הבלתי פורמליים בין עובדים ובין קבוצות עובדים בארגון מכתיבים במידה בלתי מבוטלת את מטרותיו ואת דרכי פעולתו.¹⁰²

(3) הקבוצות החברתיות האמורות עשויות להיות שונות זו מזו במובנים רבים. במסגרת זו נטען, למשל, שאין זה נדיר שיתפתח שסע בין קבוצת המומחים לבין קבוצות אחרות בתוך ארגון (ואף בין קבוצות מומחים שונות).¹⁰³ היו אף שהצביעו על כך שפעמים רבות היריבות בין קבוצות שונות בתוך הארגון הופכת למלחמה של ממש. עלתה של מלחמה זו עשויה להיות מוגוונת. כך, לדוגמה, היא יכולה להיות מלחמה על שטחי השפעה או על הון ארגוני אחר (כבוד, שכר, תנאי עבודה וכדומה).¹⁰⁴ בכל מקרה, לפי הספרות התומכת בעמדה היריבותית והמבססת אותה, פעמים רבות הופך הארגון לזירת התגוששות בין קבוצות שונות.¹⁰⁵ יצחק גל-

100 ראו המקורות הנזכרים להלן בה"ש 105.

101 ראו, למשל, את המאמר הבא, Franziska Tschan et al., *Work Related and "Private" Social Interactions at Work*, 67 SOC. INDICATORS RESEARCH 145 (2004) אשר נפתח במשפט הבא: "Hardly anyone would doubt that social relationships are an important aspect of working life and can have far reaching consequences both for people in an organization and for the organization as a whole"

102 ראו סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 340 וההפניות שם. כן ראו את המחקר הקלטי PHILIP SELZNICK, *TVA AND THE GRASS ROOTS: A STUDY IN THE SOCIOLOGY OF FORMAL ORGANIZATION* 147-149 (New York: Harper & Row 1966).

103 בהקשרם של בתי המשפט ראו Robert Carp & Russell Wheeler, *Sink or Swim: The Socialization of a Federal District Judge*, 21 J. PUB. L. 359, 375, 384-385 (1972).

104 כך, למשל, לורנס מוהר (Mohr, *Authority in Organizations*, לעיל ה"ש 85, בעמ' 61) אומר בפשטות: "Clearly, organizations are also small polities in part, because many organizational decisions readily evoke the competition of interests – pay, carpeting the office, promotion, and so on [...]" ראו עוד, בין השאר, את המקורות המובאים בה"ש 105 להלן. והשוו, Pierre Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, 38 HASTINGS L.J. 805, 831-832 (1987).

105 ראו, למשל, את האבחנה התמציתית הבאה: "Internal friction or drag is thus an inherent part of the executive process [...]" Walter F. Murphy, *Lower Court Checks on Supreme Court*, 53 AM. POL. SCI. REV. 1017, 1017 (1959); James G. March, *The Business Firm as a Political Coalition*, 24 J. POL. 662 (1962); Jeffrey Pfeffer & Gerald Salancik, *Organizational Decision Making as a Political Process: The Case of University Budget*, 19 ADMIN. SCI. Q. 135 (1974); Edgar H. Schein, *Organizational Culture*, 45 AM. PSYCHOLOGIST 109 (1990); יצחק סמואל פוליטיקה 19 (2002).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

נור, מי שהיה נציב שירות המדינה, מדבר בהקשר זה על "טריטוריאליזם ארגוני" ואף על "קנאות ארגונית"¹⁰⁶.

בהמשך לכל זאת יש להזכיר יסודות נוספים של הפרדיגמה החברתית: לפי פרדיגמה זו, תהא זו טעות גסה להתייחס לאנשי הארגון בצורה חד-ממדית, ככלי הנתון לשירותו של אחר. תחת ראייה שטוחה זו של הפרדיגמה המכנית, הציעה הפרדיגמה החברתית לראות את כל אנשי הארגון – אנשי הארגון ה"רגילים" ואנשי הדרג המנהל – כדמויות עגולות, בעלות אמונות, רצונות ואינטרסים.¹⁰⁷ תיקון נוסף שהציעה הפרדיגמה הנו בעל חשיבות מכרעת לכל תאוריה ארגונית. הטענה בבסיס תיקון זה היא ששאיפות ואינטרסים המניעים את אנשי הארגון עשויים לעמוד בסתירה לאינטרס הארגוני, והודגש כי אף ממצא זה עשוי להיות תקף לא רק ביחס לדרג עובדי פס הייצור בארגון אלא אף ביחס למנהליו.¹⁰⁸ אם לא די בכך, נטען עוד שאף על פי ששאיפות ואינטרסים אלה יכולים שלא לעלות בקנה אחד עם מטרות הארגון ומדיניותו, הם עשויים להיות קודמים לארגון.¹⁰⁹ "קודמים", הכי צד? תרתי משמע: במובן זה שאיש הארגון עשוי להיכנס לארגון כשהוא מחזיק בהם, ובכל מקרה ייתכן שיקנה להם עדיפות על פני האינטרסים של הארגון המחייבים (פורמלית) אותו. אף אם לא יגיעו הדברים לכדי כך, תושפע פעולת איש הארגון מתמהיל של האינטרס העצמי והאינטרס הארגוני.¹¹⁰

106 גל-נור, לעיל ה"ש 47, בעמ' 81. לא למותר לציין בהקשר הנדון שאחד מתפקידיו של המשפט המינהלי הנו לשמור את אנשי המינהל השונים במסלולם. בכך אמור להיות לו תפקיד קונסטרוקטיבי ברור בשמירת הקוהרנטיות הארגונית של הגופים הכפופים למרותו. ראו אריאל בנדור "המשפט המינהלי כתורת מינהל" משפט וממשל א 145 (1992); PETERS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 51. שאלה נפרדת היא, כמובן, עד כמה מצליח המשפט המינהלי במשימתו זו. לספרות הבוחנת שאלה זו ראו, למשל, אריאל בנדור "משפט מנהלי מול המציאות" מחקרי משפט טו 365, 367 (2000); דפנה ברק-ארז "המשפט המנהלי והמאבק בשחיתות השלטונית" משפטים לו 667 (2007).

107 ראו למשל את דיונם הקלסי של MARCH & SIMON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 25, ושל Selznick, Foundations, לעיל ה"ש 55. ליישומה של גישה זו ראו, למשל, את הדין הבא, המוקדש למערכת אכיפת החוק: Stephen L. Wasby, *The Communication of the Supreme Court's Criminal Procedure Decisions: A Preliminary Mapping*, 18 VILL. L. REV. 1086, 1104, 1116–1117 (1973).

108 ראו, למשל, קונדה, לעיל ה"ש 81, בעמ' 20 ("[...] [ה]בעיה העיקרית של ניהול [היא] ניגוד האינטרסים המצוי בלב מערכת היחסים שבין אירגונים לחבריהם"). ראו עוד להלן טקסט ליד ה"ש 159 (דיון ב"בעיית הנציג").

109 חשוב להבהיר שטענות אלה התבססו על מחקרים אמפיריים. כך, לדוגמה, נקבע באחד המחקרים הללו, בהתבסס על סקר שהקיף יותר מ-100 חברות (Ross Stagner, *Corporate Decision Making: An Empirical Study*, 53 J. APPLIED PSYCHOL. 1 (1969)), כי "strong divisions within the company may get their way without regard to the welfare of the whole", ראו עוד בדומה, למשל, KATZMANN, לעיל ה"ש 59 (מחקר זה מתייחס לרשות מינהלית).

110 יש להדגיש כי תמהיל זה גם עשוי לחזק מגמות אינטגרטיביות בתוככי הארגון (ואף תהליכים איזומורפיים בין-ארגוניים). ראו John W. Meyer, W. Richard Scott & Terrence E. Deal, *Institutional and Technical Sources of Organizational Structure: Explaining the Structure of Educational Organizations*, in ORGANIZATION AND THE HUMAN SERVICES: CROSS-

תשומת לב רבה הוקדשה במסגרת הפרדיגמה האורגנית לקיומם של שני הכוחות הסותרים אשר פועלים ב־זמנית בתוך ארגונים ושהוזכרו בפתח המאמר (ואשר יידונו בהרחבה בהמשך): כוח צנטריפוגלי וכוח צנטריפטלי; הראשון מושך החוצה את איברי הארגון ומבקש לקורעם זה מזה, בעוד השני, המושך פנימה, מבקש לשמור על אינטגרציה ארגונית. וכך, לשם הדגמה,¹¹¹ כוחות מאחדים עשויים להימצא ביוקרתו של הארגון, בתפיסות רווחות של מומחיות מקצועית בקרב עובדיו כמו כן בגורמים דומים המחזקים את מידת ההזדהות של הביורוקרט עם הארגון ועם אלה העובדים לצדו.¹¹² מנגד, מצדו של הכוח הצנטריפטלי, העדפותיו האישיות של הביורוקרט, כמו גם תפיסה ערכית שונה של איש הארגון מזו של הממונים עליו,¹¹³ עשויות לעמוד בסתירה לדרישות הארגון מעובדיו, ולכן לעמוד בדרכה של אינטגרציה ארגונית.¹¹⁴ כן זכתה להתייחסות רבה הטענה בדבר הכוח המפצל העשוי להיות למומחיות, במיוחד אם היא מצויה בידי הדרג המבצע (בנבדל מהדרג המנהל, שאינו בהכרח – ולא דווקא מצופה להיות¹¹⁵ – "ספציאליסט"),¹¹⁶ וליריבות בין יחידות הארגון השונות.¹¹⁷ הפרדיגמה החברתית שמה במרכז כל דיון על אודות ארגונים שורה של אתגרים שאינם פשוטים. במיוחד מאתגרות התובנות שלפיהן איש הארגון, ככל אדם, עשוי להיות מונע ממוגוון מוטיבציות, ותהיה זו טעות להניח שהציווי הארגוני הפורמלי יגבר בעיניו על העדפותיו

-
- DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 28. DISCIPLINARY REFLECTIONS 151 (Herman D. Stein ed., 1981). כן ראו, כללית, DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 28.
- 111 ראו עוד להלן חלק ג.2. במאמר.
- 112 ראו, למשל, MARCH & SIMON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 76 (Norms for production rates evoked in) an individual worker tend to reflect the *behavior of adjacent individuals* [...] doing the same (work"). ראו עוד, למשל, שם, בעמ' 86–96. WEBER, ECONOMY AND SOCIETY, לעיל ה"ש 75, בעמ' 959–1404; 1183, HARV. L. REV. 86; Louis L. Jaffe, *Illusion of Ideal Administration*, 86 HARV. L. REV. 1183, ; 1404-959 (1973).
- 113 ראו, למשל, Selznick, *Foundations*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 26–28, ובהקשר השיפוטי את הדיון אצל Canon, לעיל ה"ש 41.
- 114 למשל, MARCH & SIMON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 83 ([...] individual members of an organization come to it with a prior structure of preferences – a personality, if you like – on the basis of which they make decisions while in the organization"). ראו גם HERBERT A. SIMON, ADMINISTRATIVE BEHAVIOR: A STUDY OF DECISION-MAKING PROCESSES IN "[The administrator] may (and usually) ADMINISTRATIVE ORGANIZATION 58 (3rd ed. 1976) will) have his own very definite set of personal values that he would like to see (implemented by his administrative organization [...])".
- 115 לשאלה זו, ראו את הסקירה הנערכת אצל Sagy, Dissertation, לעיל ה"ש 77. כן ראו Mohr, *Authority in Organizations*, לעיל ה"ש 85.
- 116 ראו, כללית, Sagy, Dissertation, לעיל ה"ש 77, ולהלן הטקסט ליד ה"ש 159 (הצגת "בעיית הנציג"). כידוע, ובר כבר עמד על נקודה זו. ראו WEBER, SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION, לעיל ה"ש 75, בעמ' 338. מנגד ראו, למשל, DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 28, בעמ' 152–154.
- 117 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 106.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

האישיות אך בשל היותו ציווי ארגוני שמקורו במעלה ההיררכיה הארגונית.¹¹⁸ קבלתן של תובנות אלה מחייבת את איש תורת הארגונים שלא להסתפק רק בבחינתם של כללי הפעולה הכתובים הנוהגים בארגון, אלא גם לחפש היטב אחר הנורמות הבלתי כתובות המסדירות את יחסי העבודה בו ואחר ערוצי התקשורת הבלתי רשמיים הנוהגים בו.¹¹⁹ יתרה מכך, ההכרה בדבר הפער האפשרי, ואולי אף הצפוי, שבין מטרות הארגון לבין הדיספוזיציה האישית של עובדיו מעוררת את הצורך ביצירת מערכת של מנגנונים ותמריצים שישמרו לבל יהפוך הפער לקרע,¹²⁰ או בניסוח אחר, למען השגת "person-organization fit".¹²¹ התובנות הללו מצביעות אפוא על כך שעל מנת שהארגון יתפקד בצורה נאותה נדרש מאמץ לשמר את המוטיבציות האישיות של עובדי הארגון קרוב ככל הניתן למוטיבציות הארגוניות, כך שאופן פעולתם יהלום

- 118 ראו, למשל, Chien-Cheng Chen & Su-Fen Chiu, *An Integrative Model Linking Supervisor*, 23 *J. BUS. PSYCHOL.* 1 (2008) כפי שמדגים מאמר זה, כיוון מחקרי שהתפתח בהקשר הנדון, אשר עניינו הצבעה על הפרמטרים החולשים על מידת מחויבותו הכללית של איש הארגון לארגונו ולמנהליו, הגדיר לעתים את הסוגיה במושגים של "התנהגות [המפגינה] אזרחות ארגונית" (Organizational Citizenship Behavior) או במושגים מקבילים, כדוגמת "התנהגות פרו-סוציאלית" (prosocial). מושגים אלה מתייחסים לרוב להתנהגות, שהנה בעיקרה וולונטרית, החורגת מגבולותיו הפורמליים-צרים של התפקיד אותו נושא איש הארגון. לדוגמה, התנהגות חברית כלפי אנשי ארגון אחרים או סיוע (וולונטרי) בפתרון סכסוכים בינאישיים המתגלעים בקרב עובדים אחרים בארגון. בעשורים האחרונים פורסמה ספרות רבה שתיארה את התופעה ואשר בחנה את הגורמים המשפיעים עליה. לדיון כללי ראו Podsakoff et al., לעיל ה"ש 47; Walter C. Borman, *The Concept of Organizational Citizenship*, 13 *CURRENT DIRECTIONS PSYCHOL. SCI.* 238 (2004). ראו עוד, למשל, Dennis W. Organ & Andreas Lingl, *Personality, Satisfaction, and Organizational Citizenship Behavior*, 135 *J. SOC. PSYCHOL.* 339 (1995); Thomas E. Becker & Mary C. Kernan, *Matching Commitment to Supervisors and Organizations to In-Role and Extra-Role Performance*, 16 *HUM. PERFORMANCE* 327 (2003); Yehuda Baruch et al., *Prosocial Behavior and Job Performance: Does the Need for Control and Need for Achievement Make a Difference?*, 32 *SOC. BEHAV. & PERSONALITY* 399, 401–402 (2004); SELZNICK, לעיל ה"ש 102, בעמ' 252–251; סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 144–145; Breton, לעיל ה"ש 47, בעמ' 415–418.
- 119 ראו, למשל, Chen & Chiu, לעיל ה"ש 118, בעמ' 7–8.
- 120 ראו Charles A. O'Reiley et al., *People and Organizational Culture: A Profile Comparison Approach to Assessing Person-Organization Fit*, 34 *ACAD. MGMT J.* 487 (1991) בדיון ביקורתי בכך ראו אצל קונדה, לעיל ה"ש 81, בעמ' 20–26, המתייחס לגישת ה"שליטה הנורמטיבית", אשר באופן דומה מנסה להניע את חברי הארגון לפעול מתוך "מחויבות פנימית, הזדהות רבה עם מטרות החברה, וסיפוק מעצם העבודה" (זאת בנבדל מפעולה המונעת בעיקר משיקולי תועלת כלכלית). גישה זו מוכרת היטב בתחום הרגולציה הציבורית. שהרי גם תאוריות רגולטוריות עדכניות (ופרקטיקות המיישמות אותן) מקדישות מאמץ מחקרי (ויישומי) רב שמטרתו יצירת התאמה מיטבית בין המדיניות הציבורית, שהרגולטור רואה כרצויה, לבין המדיניות העסקית, שהתעשייה מבקשת לקדם. ראו, למשל, Gunther Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *LAW & SOC'Y REV.* 239 (1983); Richard B. Stewart, *A New Generation of Environmental Regulation?*, 29 *CAP. U. L. REV.* 21, 127–151 (2001); Yair Sagy, *A Triptych of Regulators: A New Perspective on the Administrative State*, 44 *AKRON L. REV.* 425, 463–467 (2011).

בצורה המיטבית את מערכת הציפיות הארגונית, או, אם לנקוט מונח רחב עוד יותר, את ה"תרבות הארגונית".¹²² תהליך זה, שבמסגרתו איש הארגון – במיוחד (אך לא רק) איש הארגון שזה מקרוב הצטרף לשורותיו¹²³ – לומד לנהוג כפי שמצפים ממנו הארגון וראשיו, מומשג לרוב בספרות כתהליך סוציאליזציה.¹²⁴ במאמר יסוד הדין בתהליך זה הודגש שתהליכי הסוציאליזציה הארגוניים יוצרים את ה"דבק" המחבר בין חלקי הארגון השונים.¹²⁵ לסיכום נקודה זו, הפרדיגמה החברתית מדגישה את העובדה שנדרש מאמץ ארגוני ניכר על מנת לשמור על רמה תקינה של אינטגרציה ארגונית. נובעת ממנה ההכרה שעל הארגון לעמול כל העת כנגד הכוחות הצנטריפוגליים הפועלים בתוכו. כך, למשל, על הארגון לכלול מנגנונים לפתרון סכסוכים טריטוריאליים בין יחידות ויחידים בתוכו, ואף גורמי בקרה מספקים שיעמלו כנגד ניסיונות לחמוק מהציווי הארגוני.¹²⁶ אין להתפלא אפוא כי משלב מוקדם הושם במחקר דגש בסוגיות של מנהיגות ארגונית,¹²⁷ זאת מתוך הבנה שמנהיגי הארגון הביורוקרטי נתקלים

- 122 ראו, למשל, Monica Tuttle, *A Review and Critique of Van Maanen and Schein's 'Toward a Theory of Organizational Socialization' and Implication for Human Resource Development*, 66 (2002) HUM. RESOURCES DEV. REV. 66 (2002), Schein; לעיל ה"ש 105. לדיון בסוגיה זו בהקשרם של שופטים ובתי משפט ראו משפט ראו Leonore Alpert et al., *Becoming a Judge: The Transition from Advocate to Arbitrator*, 62 JUDICATURE 325, 332, 335 (1979). לניסוח גורף בדבר מרכזיות התרבות הארגונית להבנת (ולהטבת) אופן פעולתם של בתי משפט ראו Brian J. Ostrom & Roger A. Hanson, *Understanding and Diagnosing Court Culture*, 45 CT. REV. 104 (2009). לדיון מקיף ומרתק (וביקורתי) בתאוריות של תרבות ארגונית ראו MARTIN, לעיל ה"ש 72; קונדה, לעיל ה"ש 81, בעיקר בעמ' 17–36.
- 123 ראו להלן ה"ש 125.
- 124 ראו כללית, למשל, Georgia T. Chao et al., *Organizational Socialization: Its Content and Consequences*, 79 J. APPLIED PSYCHOL. 730, 730–732, 742 (1994), Carp & Wheeler; לעיל ה"ש 103, בעיקר בעמ' 359, 363. על תהליכי חברות של שופטים, ראו להלן ה"ש 134–135 והטקסט לידן.
- 125 John Van Maanen & Edgar H. Schein, *Toward a Theory of Organizational Socialization*, 1 RES. ORGANIZATIONAL BEHAV. 209, 209–215 (1979). לדיון עדכני במאמר זה ראו, למשל, את מאמרה של Tuttle, לעיל ה"ש 122, המדגישה (ראו שם, בעמ' 72) שאין לצמצם את תחומם של תהליכי הסוציאליזציה הארגונית אך לשלב החניכה של איש הארגון. ראו בדומה Chao et al., לעיל ה"ש 124, בעמ' 742.
- 126 ראו כללית, MARCH & SIMON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 149–151. על חשיבות שלב היישום בהליך הארגוני ראו, למשל, PETERS, לעיל ה"ש 1, בין השאר, בעמ' 51 (compliance is one of the principal concerns of the rational choice version of institutional theory, and to some extent of all institutional theory), ובעמ' 134.
- 127 ישנה מסורת נמשכת של כתיבה על אודות מנהיגות ארגונית (שבמסגרתה ניתן מקום של כבוד לנושא של תרבות ארגונית – ראו לעיל ה"ש 122). לסקירת ספרות עדכנית מקיפה בנדון ראו Ken W. Parry & Alan Bryman, *Leadership in Organizations*, in THE SAGE HANDBOOK OF ORGANIZATION STUDIES 447 (Stewart R. Clegg et al. eds., 2nd ed. 2006). אכן, ניתן לתאר פרקים נרחבים של תורת הארגונים בראי "תורת המנהיגות הארגונית", אך כפי שמציינים Parry & Bryman, שם, בעמ' 464, באופן מפתיע חל נתק בין התורות. אין בעובדה זו כדי לפגום בפוטנציאל הניכר הטמון בניתוח מהלכי בתי משפט עליונים בכלל, ודרכי פעולתם של העומדים בראשם בפרט, מנקודת המבט של תאוריות מנהיגות (ותרבות) ארגונית, כפי שמדגימים, למשל,

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

בבעיות של לגיטימציה בהפעלת כוחם, כך שגם עליהם לתור אחר דרכי שכנוע מוצלחות של הכפופים אליהם, שכן (כפי שניסח זאת המלומד החשוב פיליפ סלזניק (Selznick)) "control and consent cannot be divorced even within formally authoritarian structures"¹²⁸. אמת, מנקודת מבט זו סיפור חייו של הארגון הנו בוודאי גם סיפור כוחני. ואם בכוח עסקיני, אין טבעי יותר מלהזכיר שכוח אינו מופעל רק באורח חד-כיווני, מצדו של הצד הבכיר על הצד הכפוף לו, אלא תמיד באופן הדדי.¹²⁹ לפיכך, אחת ממשמעויותיה של הפרדיגמה החברתית היא שלא רק הנהלת הארגון "מלחיצה" את היחידות הכפופות לה, אלא גם אלה האחרונות מפעילות "לחצים" על זו הראשונה.¹³⁰ דומה שזוהי נקודה טובה למעבר ראשוני למערכת בתי המשפט, שכן ניתוח יחסי הכוחות שבין הערכאות יצא בוודאי נשכר, במיוחד אם יתייחס לדינמיקת יסוד זו.

(2) יישום הדברים למערכת בתי המשפט: הדגמה

לדעתי, יישום הפרדיגמה על מערכת בתי המשפט מאיר עיניים במיוחד.¹³¹ ניתן לפתוח, לשם הדגמה, בהבנה שפרדיגמה זו מזמינה אותנו לבחון את היחסים הבינאישיים המתקיימים בין שופטים שונים ובין קבוצות שופטים שונות (למשל, שופטים אקטיביסטיים לעומת שופטים שמרנים), שכן על פיה ליחסים אלה עשויה להיות השפעה של ממש על תוצאתו של הדיון השיפוטי המתקיים בפניהם.¹³² בהמשך לכך ניתן להזכיר עוד, ושוב בקצרה, שלפי גישה זו

128 דויטש, לעיל ה"ש 35; Frank B. Cross & Stefanie Lindquist, *Doctrinal and Strategic Influences of the Chief Justice: The Decisional Influence of the Chief Justice*, 154 U. PA. L. REV. 1665 (2006).

129 Selznick, *Foundations*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 26.

129 ראו, למשל, Moe, לעיל ה"ש 47, בעמ' 745. קשה להזכיר תובנה חשובה זו מבלי להעלות את שמו של מישל פוקו (Foucault), אשר דובר בה רבות, בין השאר בהקשרם של ארגוני כפייה חברתיים (למשל, בית הכלא). לעיון בכך ראו, למשל, HUBERT L. DREYFUS & PAUL RABINOW, MICHEL FOUCAULT: BEYOND STRUCTURALISM AND HERMENEUTICS 184–204 (2nd ed. 1983); DAVID GARLAND, PUNISHMENT AND MODERN SOCIETY: A STUDY IN SOCIAL THEORY 168–175 (1990); STEVEN LUKES, POWER: A RADICAL VIEW 88–107 (2nd ed. 2005).

130 ראו יישומה של תובנה זו על מערכת בתי משפט בארצות הברית אצל Canon, לעיל ה"ש 41, מעמ' 55 ואילך ואצל Bhagwat, לעיל ה"ש 20. כן ראו Amnon Reichman, *The Dimensions of Law: Judicial Craft, Its Public Perception, and the Role of the Scholar*, 95 CAL. L. REV. 1619 (2007).

131 לדיון מפורט, ראו להלן את חלק ג של המאמר.

132 ראו, לדוגמה, Eloise C. Snyder, *The Supreme Court as a Small Group*, 36 SOC. FORCES 232 (1958); Walter F. Murphy, *Courts as Small Groups*, 79 HARV. L. REV. 1565 (1966); ישנה ספרות משפטית רבה העוסקת בשאלות אלה, לכל הפחות בהקשר האמריקני. ראו, למשל, Richard Revesz, *Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit*, 83 VA. L. REV. 1717 (1997); Harry T. Edwards, *Collegiality and Decision Making on the D.C. Circuit*, 84 VA. L. REV. 1335 (1998).

ניתן להזכיר בהקשר זה את התיאור הדרמטי, המובא אצל נעמי לויצקי כבודו: אהרון ברק – ביוגרפיה 169–188 (2001), של הדיון המתוח שהתקיים בקרב שופטי ההרכב שדן בפרשת גירוש

מערכת בתי המשפט אינה בהכרח "מובלת" בידי ראשיה הפורמליים (בית המשפט העליון). לאמתו של דבר, גישה זו הופכת את הטענה, שלפיה בית המשפט העליון מנהיג את שאר בתי המשפט בארץ, ממוסכמה לשאלה. ואולם, לא זו בלבד שהפרדיגמה מעוררת את שאלת היסוד הזאת, היא אף מכתיבה את האופן שבו יש להשיב עליה: היא דורשת שמענה לשאלה יינתן לא רק בהתבסס על קווי הפעולה הפורמליים של המערכת, אלא גם – ואולי בעיקר – בהתבסס על היחסים ההדדיים הבלתי פורמליים בין קבוצות ופרטים שונים המאכלסים אותה. הפרדיגמה מבקשת בעצם לבחון איזה חלק מהמכלול הגדול של האינטראקציות הבלתי פורמליות והפורמליות המתקיימות בין שופטים ראוי להיחשב כנכלל במאמצים לחיזוק הכוחות הצנטריפטיים במערכת.

אם כך, הפרדיגמה דורשת את הרחבת המבט על הנעשה בתוככי מערכת בתי המשפט בשני מובנים חשובים: ראשית, היא מפנה זרקור (גם)¹³³ אל מגוון עצום של פעילויות בלתי פורמליות, אשר מתרחשות לרוב הרחק מאור הזרקורים, בהנהגת שופטי בתי המשפט העליון ובהשתתפות שופטים ואנשים אחרים המשתייכים למערכת בתי המשפט. בהמשך לאמור למעלה, אין ספק שחלקן של פעילויות אלה נכללות בתהליכי סוציאליזציה שהשופטים חשופים אליהם לכל הפחות מיום שמינוים לכס השיפוט עומד על הפרק ועד ליום פרישתם, אם לא מעבר לכך.¹³⁴ בצורה קונקרטיה, כך, לדוגמה, עשויה להתגלות חשיבותם של ימי עיון והשתלמויות הנערכים עבור שופטים (בעיקר שופטים חדשים),¹³⁵ ארוחות משותפות ואירועים חברתיים ששופטים מבתי משפט שונים משתתפים בהם,¹³⁶ נסיעה של משלחת שופטים מערכאות שונות לביקור במדינה זרה או חברות משותפת בוועדה ציבורית כלשהיא.¹³⁷

-
- אנשי החמאס ללבנון, שנדונה בבג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267 (1993).
- 133 על תהליכי סוציאליזציה פורמליים של שופטים, ראו המקורות הנזכרים להלן בה"ש 135, וכן Carp & Wheeler, לעיל ה"ש 103, בעמ' 381–385.
- 134 על כך ראו, למשל, Alpert et al., לעיל ה"ש 122; Susan L. Goldberg, *Judicial Socialization: An Empirical Study*, 11 J. CONTEMP. L. 423 (1985).
- 135 ראו Beverly B. Cook, *The Socialization of New Federal Judges: Impact on District Court Business*, 1971 WASH. U. L.Q. 253 (1971); *Serving Judges and the Courts: Organizations which Deliver Education, Training, and Library Services to Judges and Court Administrators*, 72 LAW. LIBR. J. 628, 638–640 (1979). מובן שיש לציין במסגרת זו את פעולתו של המכון להשתלמות שופטים, המקיים, בין השאר, קורסים עבור עורכי דין המועמדים למשרת שיפוט: ראו "על המכון להשתלמות שופטים" מדינת ישראל – הרשות השופטת לכהונת שפיטה" המשפט ב 239, 254–260 (1994); Rosen-Zvi, לעיל ה"ש 29, בעמ' 793–799.
- 136 ראו, למשל, אצל Carp & Wheeler, לעיל ה"ש 103, בעמ' 375, 384–385; Goldberg, לעיל ה"ש 134, בעמ' 437–438.
- 137 ראו Anne-Marie Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 HARV. INT'L. L.J. 191, 215–217 (2003); Peter M. Haas, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*, 46 INT'L ORG. 1 (1992); Eleanor D. Kinney, *The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential*, 54 ADMIN. L. REV. 415 (2002).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

שנית, הפרדיגמה החברתית קוראת לבחינה מחודשת של מעשי משפט פורמליים (פסקי דין, מינויים, החלטות מינהל וכדומה) מתוך כוונה לגלות אם יהיה זה משכנע לטעון שגלומה בהם (גם) מוטיבציה ארגונית-אינטגרטיבית. מנקודת מבט זו, פסק דין של בית משפט אינו רק כלי להעברת מסר בדבר תוכנו הראוי של הדין, אלא הוא עשוי לשמש גם צינור להעברת מסרים מלכדים בין הערכאות השונות.¹³⁸ וכך מופנה המבט לא רק להלכה הגלומה בפסק דינה של שופטת בית המשפט העליון, אלא גם, למשל, לאופן שבו היא מתארת את פסק דינה של ערכאה נמוכה יותר (באריכות או בקיצור? מתוך כבוד מופגן או בציניות?) ולרשימת השופטים שמפסקי הדין שלהם היא מביאה דברים.¹³⁹

האמור עד כה אינו אלא מעט המרמז על העושר הרב הטמון בפרדיגמה החברתית מנקודת המבט של מערכת בתי המשפט. דומה בעיניי, כאמור, שפרדיגמה זו עשויה להיות רלוונטית במיוחד בניתוח אופן פעולתם של בתי המשפט.

(3) הקשרים נוספים ומוסדיות חדשה

לקראת סיומו של חלק זה, אני מבקש להזכיר קבוצה נוספת של תאוריות ארגוניות הנדרשות להקשר חשוב נוסף באופן התנהלות של ארגונים (ומסיבה זו הן משתייכות לפרדיגמה ההקשרית). עיסוקן של אלה, בהכללה, הוא בתחום יחסי הגומלין של הארגונים עם סביבתם.¹⁴⁰ התאוריה המערכתית נמנית עם קבוצה זו. לפי תאוריה זו, הארגון הנו "מערכת

138 ראו, למשל, Canon, לעיל ה"ש 41, בעמ' 55; Selznick, *Foundations*; לעיל ה"ש 55, בעמ' 29. אכן, כפי שמלמד ניסוח הדברים, ניתן לכלול יסוד זה גם במסגרת הדיון בפרדיגמה האינפורמטיבית, שתידון להלן בחלק ב.3 (ג) של המאמר.

139 ראו Slaughter, לעיל ה"ש 137, בעמ' 198–199. כמבואר שם, בעמ' 206, גם ציטוט ביקורתי מפסיקתם של שופטים אחרים עשוי, בנסיבות מסוימות, להעיד על כבוד הניתן להם על ידי השופטת המצטטת אותם. ראו בדומה H.W. PERRY, JR., *DECIDING TO DECIDE: AGENDA SETTING IN THE SUPREME COURT* 125 (1991).

140 ראו כללית, למשל, SELZNICK, לעיל ה"ש 102, בעמ' 10–16; Maniha & Perrow, לעיל ה"ש 56, בעמ' 254–257; Scott, *The Adolescence of Institutional Theory*; לעיל ה"ש 47, בעמ' 501–509; והמקורות הנזכרים להלן בה"ש 143–145. למחקר הבוחן פן זה בפעולתם של בתי משפט כ-"public bureaucracies" ראו, למשל, Heydebrand, לעיל ה"ש 28. אין ספק שיש תחום חפיפה בין הגישה המחקרית הנ"ל לבין הפרדיגמות שהוזכרו עד עתה בדיון למעלה. בעיקר נכון הדבר ביחס לפרדיגמה ההקשרית, שנדונה לעיל בטקסט ליד ה"ש 98 ואילך, במובן זה ששתייהן בוחנות בקפידה (בין השאר) את האופנים השונים בהם משפיעים גורמים שמחוץ לארגון על מהלכי הארגון ועל אלה הפועלים בתוכו. כך, לדוגמה, הסוגיה הגדולה הבאה מצויה בתחום החפיפה האמור: מידת השפעתם של תפיסות חברתיות כלליות, שעמן מגיע איש הארגון למקום עבודתו אף על פי שהארגון אינו שולט בהן, על אופן עבודת איש הארגון (סדירות עבודתו וכדומה) ועל פעילות הארגון באורח כללי (לשאלה זו ראו, למשל, Scott, *The Adolescence of Institutional Theory*, שם, בעמ' 506–507, והמקורות הנזכרים לעיל בה"ש 113–114). מתוך כוונה להקל על התמצאות בסבך הפרדיגמות השונות, הדיון למעלה הדגיש את הממד הפנימי-אישי בפרדיגמה ההקשרית (כלומר, את השאלות הנוגעות ליחסים הפנימיים בין חברי הארגון) ואת הממד החיצוני-הכללי בגישת יחסי החוץ (משמע, את השאלות הנוגעות לאופני ההשפעה המורכבים המתקיימים בין הארגון [כולו] לבין סביבתו). יש לשוב ולהדגיש שחלוקה גסה זו נעשתה בעיקרה לשם הנוחות בלבד. ראו בדומה, בנוגע לפרדיגמה האינפורמטיבית, James M. Ferris & Shui-

פתוחה" המקיימת סימביוזה עם הסביבה אשר מחוצה לה, שחיונית לשרידותו של הארגון.¹⁴¹ את תוצאותיה של סימביוזה זו ניתן לראות, למשל, באופן שבו הארגון מתעצב.¹⁴² דומה שניתן לכלול במסגרת קבוצת התאוריות דנן גם את ה"תאוריה המוסדית החדשה" (new institutionalism),¹⁴³ שנוכרה כבר בספרות המשפטית בישראל.¹⁴⁴ תחום התפרסותה של ה"מוסדיות החדשה" חורג הרבה מעבר לגבולות תורת הארגונים, ודי לציין בהקשר זה שהתאוריה מחילה את עצמה על מגוון רחב ביותר של "מוסדות", ומסגרת זו עשויה לכסות את כל קשת האפשרויות הפרוסה בין ארגונים פורמליים לבין מנהגים חברתיים ופרקטיקות חברתיות דומות.¹⁴⁵

- Yan Tang, *The New Institutionalism and Public Administration: An Overview*, 4 J. PUB. ADMIN. RES. & THEORY 4, 6 (1993).
- 141 ראו, למשל, את המאמר הנודע Samuel P. Huntington, *The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest*, 61 YALE L.J. 467 (1952).
- 142 ראו, למשל, Scott, *The Adolescence of Institutional Theory*, לעיל ה"ש 47, בעמ' 506–505; סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 342–347; DiMaggio & Powell; לעיל ה"ש 28; Meyer & Rowan, לעיל ה"ש 74.
- 143 יש כתיבה נרחבת מאוד על תאוריה זו, שבמסגרתה מוצגים פניה השונים של התאוריה, כך שנטען שאין לדבר על "תאוריה מוסדית חדשה [אחת]" אלא על ריבוי תאוריות מוסדיות חדשות. ראו, בין היתר, PETERS, לעיל ה"ש 1; Sven Steinmo, *Institutionalism, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL AND BEHAVIORAL SCIENCES* 7554 (Neil J. Smelser & Paul B. Baltes eds., 2001); Philip Selznick, *Institutionalism "Old" and "New"*, 41 ADMIN. SCI. Q. 270 (1996); Mark C. Suchman & Lauren B. Edelman, *Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition*, 21 LAW & SOC. INQUIRY 903 (1996); Roger M. Smith, *Political Jurisprudence, the "New Institutionalism", and the Future of Public Law*, 82 AM. POL. SCI. REV. 89 (1988); James G. March & Johan P. Olsen, *The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life*, 78 AM. POL. REV. 734 (1984). רבים מהמקורות שצוינו עד כה עומדים גם על ההיסטוריה האינטלקטואלית של התאוריה, שהייתה נטועה במחלוקות אידאולוגיות נוקבות. להיסטוריה זו ראו עוד, למשל, Scott, לעיל ה"ש 47, בעמ' 26–46; Cornell W. Clayton, *The Supreme Court and Political Jurisprudence: New and Old Institutionalism, in SUPREME COURT DECISION-MAKING: NEW INSTITUTIONALIST APPROACH* 15 (Cornell W. Clayton & Howard Gillman eds., 1999).
- 144 ראו במיוחד יפעת הולצמן-גזית "בין המשפט, האישיות והמבנה המוסדי: פיתוחם של דיני הפקעת מקרקעין בפסיקתם של בתי-המשפט המחוזיים" עיוני משפט כט 311 (2006). כן ראו מרגית כהן "רגולציה וחוקיות עמומה: המעורבות הממשלתית במשק הדלק הישראלי" ספר זמיר: על משפט ממשל וחברה 535, 564–566 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); דניאל שפרלינג וניסים כהן "השפעתם של חוק ההסדרים ופסיקות בג"ץ על מדיניות הבריאות ועל מעמדה של הזכות לבריאות בישראל – ניתוח נאו-מוסדי" חוקים ד 153, 158–159 (2012). כן ראו Yair Sagy, *The Missing Link: Legal Historical Institutionalism & the Israeli High Court of Justice*, 31 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. (forthcoming, 2015).
- 145 על גבולות ההשתרעות של התאוריה ראו את המקור המוצלח הבא: Philip J. Ethington & Eileen L. McDonagh, *The Common Space of Social Science Inquiry*, 28 POLITY 85 (1995) עוד, למשל, Ferris & Tang, לעיל ה"ש 140; Scott, *Institutions and Organizations*, לעיל ה"ש 47; Stephen Skowronek, *Order and Chaos*, 28 POLITY 91 (1995); Roger M. Smith, *Ideas, Institutions, and Strategic Choices*, 28 POLITY 135, 136 (1995).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

אין ספק שהעושר התאורטי המצוי בכתיבה המוסדית החדשה יכול לקדם בצורה ניכרת את הבנתנו בדבר אופן פעולתם של מוסדות משפטיים רבים, ובתי המשפט בתוך כך.¹⁴⁶ זה מכבר אכן נעשו ניסיונות ממוקדים לבחון איזה אור שופכת התאוריה על אספקטים מסוימים בפעולתם של בתי משפט שונים.¹⁴⁷ כך, למשל, ניתן לציין כי במסגרת זו נבחן התוכן של החלטות בית המשפט העליון של ארצות הברית לאורם של יחסי הגומלין של אותו מוסד עם מוסדות ממשל אחרים (בעיקר הרשות המחוקקת).¹⁴⁸

(ג) הפרדיגמה האינפורמטיבית

(1) קווי מתאר

הפרדיגמה השלישית שתוזכר כאן היא הפרדיגמה האינפורמטיבית. הפריזמה המרכזית שדרכה בוחנת פרדיגמה זו את עבודת הארגון היא מהלכי עיבוד המידע בו, באופן כללי, ובפרט תהליכי קבלת החלטות במסגרתו.¹⁴⁹ נקודת המוצא שלה היא ערכו הקריטי של מידע לקיומו ולשגשוגו של הארגון. לפי הפרדיגמה הזו, ארגונים הם מערכות העוסקות באופן מתמיד בקליטה, צבירה, עיבוד והפקה של מידע, שבתורו מעורר בהן תהליכי שינוע, הערכה וקבלת החלטות. מידע זה, המשונע בין חלקי המערכות הללו באמצעות מערכי תקשורת מורכבים,

ניתן להזכיר שוב (ראו לעיל ה"ש 1) בהקשר זה כי כפי שמראים המקורות הנ"ל ורבים מהמקורות הנזכרים לעיל בה"ש 143, לאורך השנים – ובוודאי לאחר עליית התאוריה הנדונה (new institutionalism) – כוללים לעתים ניתוחים "מוסדיים" אלמנטים ברורים של ניתוחים קלסיים של "ארגוניים קלסיים". בה בעת, אין חולק על כך שהתאוריות המוסדיות החדשות השפיעו עמוקות על התאוריה הארגונית. לניסיונות לשרטט בצורה ברורה יותר (ובהקשרים דיסציפלינריים שונים) את הגבולות בין שני סוגי הניתוח ראו Scott, *The Adolescence of Institutional Theory*, לעיל ה"ש 47; Claude Ménard, *Markets as Institutions Versus Organizations as Markets?* 28 J. ECON. BEHAV. & ORG. 161 (1995); Elias L. Khalil, *Organizations Versus Institutions*, 151 J. INSTITUTIONAL & THEO. ECON. 445 (1995). כן ראו לעניין זה, Carol A. Heimer, *Law: New Institutionalism*, in INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF THE SOCIAL AND BEHAVIORAL SCIENCES 8534 (Neil J. Smelser & Paul B. Baltes eds., 2001). לסקירה כללית של השפעת המוסדיות החדשה על תורת הארגונים ראו, למשל, Royston Greenwood et al., *Introduction*, in THE SAGE HANDBOOK OF ORGANIZATIONAL INSTITUTIONALISM I (2008).

146 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 144 ולהלן בה"ש 147. כן ראו Suchman & Edelman, לעיל ה"ש 143; Sagy, *The Missing Link*; לעיל ה"ש 144.

147 ראו Clayton, לעיל ה"ש 143, בעמ' 30–39; Gillman & Clayton, לעיל ה"ש 9, בעמ' 6–7; הולצמן-גוית, לעיל ה"ש 144.

148 כנרמז, התפתחות מחקרית זו יושמה, בעיקר בארצות הברית. ראו, למשל, המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 98. לדיון בהקשר הישראלי, ראו את תוכנו של כרך יט(2) של כתב העת מחקרי משפט, הנפתח במאמרו של עורכו, גרעון ספיר "מבוא: בית המשפט העליון – מבנה והתנהלות מוסדית" מחקרי משפט יט 387 (2003). כן ראו Weinshall-Margel, לעיל ה"ש 98, בעמ' 558. מובן, שלא אוכל להרחיב עוד במאמר זה על אודות התאוריה המוסדית החדשה ועל האופן שבו ניתן להחיל את תובנותיה המורכבות על אופן פעולתה של הרשות השופטת. להרחבה ראו Sagy, *New Look at Public Law Adjudication*, לעיל ה"ש 22.

149 ראו את ניתוחו החלוצי של Arrow, לעיל ה"ש 64, בעמ' 404.

עובר אפוא במהלך הדרך הערכה על ידי גורמים המוסמכים לכך, ואלה האחרונים עשויים לקבל החלטות (גם) בהתבסס על מידע זה.¹⁵⁰ עם זאת, פרדיגמה זו הדגישה היטב שלמרות עיסוקם הבלתי פוסק של ארגונים במידע, הם פועלים לעולם בתנאים של אי-ודאות, במידה זו או אחרת.¹⁵¹ לאמתו של דבר, תובנת המוצא של הפרדיגמה היא שבני אנוש והארגונים שהם פועלים דרכם מקבלים את החלטותיהם בתנאים בלתי אופטימליים בעליל – תנאים הרחוקים מרחק רב מהעיון הרציונלי שזוכר, למשל, שיווה לנגד עיניו בדברו על הארגון הביורוקרטי הרציונלי.¹⁵² כל כך למה? בעיקר בעטיין של שתי סיבות המשלימות זו את זו: ראשית, ארגונים בהכרח מקבלים את החלטותיהם כשרק חלק מהמידע הרלוונטי להחלטתם מצוי בידיהם, שהרי אין גבול למידע הניתן עקרונית לאיסוף בנוגע לכל החלטה שעל הפרק, אך יש ויש גבול למשאביו של הארגון;¹⁵³ שנית, אף ביחס למידע שכבר מצוי בידי הארגון, הרי שבגינן של מגבלות קוגניטיביות אנושיות עלולים אנשי הארגון – גם ה"מומחים" שביניהם¹⁵⁴ וגם המנהלים שבקרבם¹⁵⁵ – לטעות בעיבודו.¹⁵⁶ וכך,

- 150 ראו, כללית, למשל, Van De Ven et al., לעיל ה"ש 83.
- 151 ראו, כללית, בין השאר, RICHARD M. CYERT & JAMES G. MARCH, A BEHAVIORAL THEORY OF THE FIRM 118–119 (1963); David J. Hickson, *Decision-Making at the Top of the Organization*, 13 ANN. REV. SOC. 165 (1987). אכן, כפי שמראים מקורות אלה, לפי גישה זו, אחד הדברים המרכזיים המבדילים ארגונים שונים זה מזה הוא יכולתם להתמודד עם אי-ודאות. לזכר ראו טקסט ליד ה"ש 75–79, ולביקורת עליו בספרות הארגונית ראו, למשל, את המאמר Richard M. Cyert et al., *Observation of a Business Decision*, 29 J. Bus. 237 (1956). כפי שמעידה כותרתו של המאמר, סיבה מרכזית לביקורת על תאוריית הביורוקרטיה של ובר הייתה העובדה שמבקריו פנו למתודולוגיות שונות (אמפיריות בעיקרן) מאלו שישמו על ידיו (ראו לעיל ה"ש 89) בבואם לבחון ארגונים. כן ראו, כללית, Pfeffer & Salancik, לעיל ה"ש 105, בעמ' 135–139.
- 152 ראו את המאמר הקלסי Charles E. Lindblom, *The Science of "Muddling Through"*, 19 PUB. ADMIN. REV. 79, 80 (1959); Charles E. Lindblom, *Still Muddling, Not Yet Through*, 39 PUB. ADMIN. REV. 517 (1979); Colin S. Diver, *Policymaking Paradigms in Administrative Law*, 95 HARV. L. REV. 393 (1981); Hickson, לעיל ה"ש 151, בעמ' 168, 187–183. ליישום של דרך קבלת ההחלטות הנגזרת מהאילוף האמור בפסיקת בית המשפט ראו, למשל, בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 456–458 (1987). באופן כללי ראו טמיר, לעיל ה"ש 2.
- 153 כפי שמראה, בין השאר, מאמרו הבהיר של דניאל כהנמן "תיאוריית הכשל" הארץ – מוסף הארץ 3.11.2011. www.haaretz.co.il/magazine/1.1546593.
- 154 Moe, לעיל ה"ש 47, בעמ' 744.
- 155 ראו את הדיון שנערך אצל SIMON, לעיל ה"ש 114, למשל, בעמ' 40–41, 240–244. אכן, הרברט סיימון, אחד ממלומדי הארגון החשובים במאה העשרים (שזכה, כאמור, בפרס נובל לכלכלה על עבודתו על תהליכי קבלת החלטות בארגונים כלכליים) הוא שטבע בהקשר הנוכחי את הביטוי bounded rationality. ראו בנדון את ספרי היסוד הבאים: HERBERT A. SIMON, MODELS OF MAN: BOUNDED RATIONALITY, SOCIAL AND RATIONAL 198–199 (1957); MARCH & SIMON, לעיל ה"ש 50, בעמ' 203 ואילך. כידוע, כיוון מחקרי זה קיבל תנופה בעשורים האחרונים בעיקר בלימודי הכלכלה, בין השאר הודות למחקריהם פורצי הדרך של דניאל כהנמן ועמוס טברסקי. ראו, למשל, Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 SCIENCE 453 (1981). לניתוח הספרות הנ"ל, ראו מיה בר הלל ואוריאל פרוקצ'יה "כלכלה התנהגותית" הגישה הכלכלית למשפט 71, 75–112 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). עוד ראו, למשל, Carol

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

כפי שמנסח זאת בתמצית אחד המלומדים, שילובן של שתי הסיבות הללו מוביל למצב שבו

"decisions ensue from narrow perspectives and distorted data!"¹⁵⁷.

ואם לא די בכל אלה, יש להביא בחשבון עובדה נוספת: המידע/אי-הוודאות אינם מפוזרים בצורה שווה בין כל חברי הארגון ודרגיו. למשל, הידע שבידי דרג המומחים או הדרג המבצע בארגון עשוי פעמים רבות להיות רב ושונה מהידע המצוי בידי הדרג המנהל של הארגון; אין זה מתחייב כלל שהדרגים השונים ירצו לשתף זה את זה באופן מלא במידע הייחודי שבידיהם (בשל ניגוד האינטרסים השורר ביניהם בדרך כלל, כפי שלימדה הפרדיגמה ההקשרית-חברתית),¹⁵⁸ או אף יוכלו לעשות כן באופן אפקטיבי (כפי שלימדה הפרדיגמה האינפורמטיבית). התוצאה העולה מוכרת, כמובן, כ"בעיית הנציג", שהתמונה המתקבלת ממנה מתרחקת עוד יותר ממצב הדברים המתואר בפרדיגמה הטכנית.¹⁵⁹ מצב דברים זה בעייתי, בוודאי מנקודת המבט של המנהל, בגין חוסר הסימטריה במידע המצוי בידיו של כל אחד מנושאי התפקידים בארגון. בשל כך, במקרים מסוימים עלול המנהל למצוא את עצמו נתון ממש לחסדי נציגו-שלו, ובכל מקרה עליו להשקיע משאבים ניכרים על מנת למשטר את נציגו ואולי אף בניסיון להשיג חלק מהמידע העודף שיש בידי אותו הנציג.¹⁶⁰

בהתאם לכך, תחת פרדיגמה זו נערכו מחקרים אמפיריים מפורטים שבחנו לעומק את תהליכי קבלת החלטות בארגונים שונים, לרוב תוך ניסיון להציג טיפולוגיה של ארגונים ושל תהליכים ארגוניים¹⁶¹ ואף לפתח תאוריות מקיפות של קבלת החלטות בארגונים.¹⁶² היו שאף

- A. Heimer, *Social Structure, Psychology, and the Estimation of Risk*, 14 ANN. REV. SOC. 491 (1988); Cass Sunstein, *Group Judgments: Statistical Means, Deliberation, and Information Markets*, 80 N.Y.U. L. REV. 962 (2005); שונר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 42-49.
- Hickson, לעיל ה"ש 151, בעמ' 171 (סימן הקריאה מופיע במקור). כן ראו *Regulators*, לעיל ה"ש 121, בעמ' 447-445.
- ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 110-108.
- Anurag Sharma, *Professional as Agent*; לעיל ה"ש 47; Moe, לעיל ה"ש 159, בעמ' 758 (1997); *Knowledge Asymmetry in Agency Exchange*, 22 ACADEMY MGMT. REV.
- ולאחרונה אצל Pauline T. Kim, *Beyond Principal-Agent Theories: Law and the Judicial Hierarchy*, 105 Nw. U. L. REV. 535, 541-552 (2011). כן ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 116. לדין בהקשרם של בתי המשפט, ראו להלן בה"ש 170 והטקסט לידה.
- ראו את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 159; עוד ראו, בהקשרם של ארגונים מינהליים, Mathew D. McCubbins et al., *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, 3 J.L. ECON. & ORG. 243 (1987); Jeffrey Banks & Barry R. Weingast, *The Political Control of Bureaucracies Under Asymmetric Information*, 36 AM. J. POL. SCI. 509 (1992).
- ראו, למשל, Paul C. Nutt, *Types of Organizational Decision Process*, 29 ADMIN. SCI. Q. 414 (1984), וראו כללית, Pfeffer & Salancik, לעיל ה"ש 105. כפי שמלמדים מקורות אלה, הפרדיגמה האינפורמטיבית שילבה אלמנטים ברורים של הפרדיגמות האחרות (בעיקר, הפרדיגמה החברתית) בהסבריה. למשל, המאמר הראשון המובא כאן בוחן את אופן קבלת החלטות בארגון בהתחשב באפשרויות הרלוונטיות הפתוחות בפניו בשל קואליציות האינטרסים התוך-ארגוניות המתקיימות בתוכו. ראו בדומה, למשל, ה"ש 140 לעיל.
- ראו, כללית, את הסקירות המובאות אצל Moe, לעיל ה"ש 47, בעמ' 749-739; Hickson, לעיל ה"ש 151, בעמ' 183-187. ידועה במיוחד בהקשר זה, לדוגמה, היא הבחנתו של סיימון, כי בשל בעיות הארגון באיסוף ובעיבוד מידע, הוא יתור אחר פתרון "מספק", בהליך שמטרתו היא satisficing (קבלת החלטה מספקת), ולא בהליך שמטרתו optimizing (קבלת החלטה

הציעו במסגרת זו המלצות אופרטיביות שמטרתן לשפר את תהליכי קבלת ההחלטות בארגונים.¹⁶³

(2) יישום הדברים למערכת בתי המשפט: הדגמה

הרלוונטיות של הפרדיגמה האינפורמטיבית למערכת בתי המשפט ברורה. אחרי הכול, זוהי מערכת העוסקת בראש ובראשונה בקבלת החלטות, וייתכן בהחלט שנקודת המבט של הפרדיגמה עשויה להאיר, ואולי אף לשפר, את תהליכי קבלת ההחלטות בבתי המשפט.¹⁶⁴ במסגרת זו בוודאי ניתן לבחון עד כמה תקפים מודלים שונים של קבלת החלטות ביחס להחלטות (שיפוטיות) שונות שמקבלים בתי המשפט.¹⁶⁵ בהמשך לכך, ניתן להציג כמה מנגנונים הנוהגים במערכת בתי המשפט כמנגנונים שמטרתם לשפר את הליך קבלת ההחלטות השיפוטיות (למשל, ההתמקצעות של שופטים בתחומים מסוימים).¹⁶⁶ באופן דומה, הפרדיגמה האינפורמטיבית תגלה בוודאי עניין רב במוסד הערעור, ודי אם יצוינו כאן – כמתאבנים לארוחה דשנה במיוחד – הטענות הבאות: הערעור מספק מסלול להעברת מידע מערכאת הערעור לערכאות דלמטה.¹⁶⁷ אגב הדיון בערעור, הערכאה הבכירה יכולה לקבוע

- אופטימלית). ראו SIMON, לעיל ה"ש 114, בעמ' xxx–xxvii וכן את דברי השופט קליין בפרשת כהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 2.
- 163 ראו את סקירתו הביקורתית של Nutt, לעיל ה"ש 161, בעיקר בעמ' 415, 446–447. כן ראו, כללית, סמואל ארגונים, לעיל ה"ש 47, בעמ' 120 ואילך.
- 164 ראו טמיר, לעיל ה"ש 2.
- 165 מעניין לציין בהקשר זה שמחקר חשוב אחד הצביע על האפשרות שאפילו בית משפט אינדיבידואלי מסוים (המחקר התמקד בבית משפט פלילי של ערכאה ראשונה) עשוי להידרש למודלים שונים של קבלת החלטות בתיקים שונים, זאת בכפוף להקשר שבו נערך הדיון. ראו Mohr, *Organizations, Decisions, and Courts*, לעיל ה"ש 10.
- 166 למשל, בהקשרה של שפיטה בעניינים מינהליים. ראו ס' 3 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000; מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, תש"ס–2000" *משפט וממשל* ו 233, 237, 240–243 (2001).
- 167 ראו לעיל ה"ש 138 והטקסט לידה, וכן, לדוגמה, Bueno de Mesquita & Stephenson, לעיל ה"ש Carolyn Shapiro, *The Limits of the Olympian Court: Common Law Judging versus Error Correction in the Supreme Court*, 63 WASH. & LEE L. REV. 271, 321–324 (2006). ניתן לציין כאן את העובדה הפשוטה, אך הקריטית, שככלל, ובלי קשר הכרחי לנשוא הדיון, פסקי הדין של בית המשפט העליון נושאים עמם, במובלע, מידע חשוב לכלל השופטים בדבר הדרך ה"נכונה" לכתיבת פסק דין (השוו לדברי השופט אלון בע"א 377/81 נבואני נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(4) 726 (1983)). ראויה לציון בהקשר זה היא ביקורתו הבאה של הנשיא בדימוס לנדוי על פסק דינו של בית המשפט העליון בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995): "[...] יש להישמר מהפיכת פסק-דין למחקר אקדמי רבתי, יהיה נשוא הדיון חשוב ככל שיהיה. סגנון זה, המשתרש והולך בפסיקת בית-המשפט העליון, נותן את הטון גם בערכאות השיפוט הנמוכות יותר. אבל המאמץ המושקע בכתיבת פסק-דין 'מחקרי' מן ההכרח שיבוא על חשבון צרכים דוחקים אחרים, ובראש ובראשונה הדאגה לפסיקת הדין תוך זמן סביר". משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" *משפט וממשל* ג 697, 698 (1996). ראו בדומה רות גביוון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה"

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

כללי פעולה שיפוטיים (למשל, בנוגע לדרך כתיבת פסק דין)¹⁶⁸ אשר יחייבו את בתי המשפט הנמוכים לחשוף לעיניה מידע רלוונטי ביחס לסוג מסוים של מקרים ולדרך הטיפול בהם.¹⁶⁹ אכן, הערעור הנו דרך המלך להעברת מידע לערכאת הערעור מידיהם של מתדיינים (לא רק המערערים והמשיבים אלא גם גורמים נוספים העשויים לגלות עניין בקיומו של דיון בערכאה הבכירה ואולי אף לבקש להצטרף כ"ידידי בית המשפט") וגם מידיה של הערכאה הדיונית.¹⁷⁰ זו האחרונה יכולה להעביר לבית המשפט העליון מידע מגוון ורב ערך, למשל, על אודות סוגיות משפטיות שבהן היא נדרשת להכוננו,¹⁷¹ בדבר קשיים שהיא חווה ביישום הלכות פסוקות מסוימות או אף ביקורות מצדה על הלכות שכאלה.¹⁷² יש להזכיר כאן גם את נוהגי

- משפטים כח 21, 144–147 (1997); חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415, 427–428 (2000).
- 168 ראו, למשל, פרשת נבואני, לעיל ה"ש 167; ע"פ 252/89 תותרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 573 (1990); בג"ץ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית משפט השלום בחדרה השופט עמירם שרון, פ"ד נב(3) 721 (1998).
- 169 ראו Jacobi & Tiller, לעיל ה"ש 5, בעמ' 343. והשוו ל-McCubbins et al., לעיל ה"ש 160.
- 170 Tracey E. George & Albert H. Yoon, *The Federal Court System: A Principal-Agent Perspective*, 47 St. Louis U. L.J. 819 (2003). כפי שמראה המאמר הנ"ל, אכן ניתן להציג את הסיטואציה בה אנו עוסקים כעת במושגים של "בעיית הנציג", הנזכרת לעיל בטקסט ליד ה"ש 159. לגישה דומה ראו עוד, למשל, Donald R. Songer et al., *The Hierarchy of Justice: A Principal-Agent Model of Supreme Court-Circuit Court Interactions*, 38 Am. J. Pol. Sci. 673 (1994); Charles M. Cameron et al., *Strategic Auditing in Political Hierarchy: An Informational Model of the Supreme Court's Certiorari Decisions*, 94 Am. Pol. Sci. Rev. 101 (2000). אך ראו גם את דיונה הביקורת המצוין של Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, במגבלותיה של גישה זו בהקשרם של בתי המשפט הפדרליים בארצות הברית. כן ראו Deborah Beim, *Learning in the Judicial Hierarchy* (2013), scholar.princeton.edu/dbeim/files/beimjmp.pdf, שם מוצגת בצורה יפה ההבחנה בין הגישה המדגישה את תפקידו הממסטר של הערעור (גישה היאה במיוחד לפרדיגמה המכנית) לבין הגישה הרואה בו שלב מרכזי בהליכי הלמידה, עיבוד המידע וקבלת ההחלטות שלהם שותפות דרגות הארגון השונות.
- 171 ראו, למשל, את דברי סגנית הנשיאה אלשייך בהחלטתה (החלטה מס' 58) בפר"ק (מחוזי ת"א) 12230-04-12 דלק נדל"ן בע"מ נ' רוניק פז נאמנויות בע"מ, פס' 19–20 (פורסם בנבו, 27.9.2012); דברי השופטת אגמון-גונן בעת"מ (מנהלי ת"א) 1860/07 לופו נ' מדינת ישראל, ס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 4.8.2010); ראו לאחרונה את עע"ם 7335/10 קצין התגמולים – משרד הבטחון נ' לופו (פורסם בנבו, 4.3.2013). כן ראו בהקשרה של הלכת ע"א 37/59 שמש נ' מפעל המים כפר סבא, פ"ד יג(1) 834 (1959) את סקירתו של השופט סולברג בפרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13, פס' 12 ואת פסק דינו של השופט עמית (כתוארו אז) בת"א (מחוזי חי') 348/03 קעדאן נ' לחאם (פורסם בנבו, 23.3.2003).
- 172 לדוגמה ראו ע"פ 1478/97 מדינת ישראל נ' חן, פ"ד נא(4) 673 (1997), הנדון אצל רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 98–99. כן ראו Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 574–575.

ההסתמכות של בית המשפט העליון,¹⁷³ שכן אף הם מהווים בוודאי חלק חשוב במלאכת ייצור הידע הארגוני במערכת השיפוט והפצתו.¹⁷⁴

כן יש לשוב ולציין את העומס העצום המוטל על בית המשפט העליון בישראל.¹⁷⁵ אין ספק שבידי בית המשפט העליון נתון שיקול דעת בשאלה אם להתערב בתוצאה המובאת בפניו, אשר הנה בדרך כלל פסק דין/החלטה אחרת של בית משפט נמוך או החלטה מינהלית. כך בוודאי כשמדובר בערעור ברשות.¹⁷⁶ נוצר אפוא מצב במסגרתו, מחד גיסא, בית המשפט העליון מוצף בפניות המכילות כמויות מידע עצומות, ומאידך גיסא, נתונה בידיו האפשרות להימנע מלדון בחלק מפניות אלה. לאמתו של דבר, ראשי ארגונים רבים אחרים עומדים בפני מצב דברים דומה, וספרות ענפה בתורת הארגונים מוקדשת לבחינת דרכים להתמודדות עמו.¹⁷⁷ יהיה זה לבטח מעניין לבחון את ישימותה של ספרות זו על פסיקת בית המשפט העליון בישראל המוקדשת לסוגיה זו.¹⁷⁸ אנו אמנם מורגלים להביט על הסוגיה דרך משקפיים של ענפי המשפט השונים, אך תורת הארגונים מרמזת שייתכן שמבט סינופטי על כלל הליכי הסינון של בית המשפט העליון ועל המקרים שבהם הוא מבקש להיכנס, או שלא להיכנס, בעובי הקורה יניב תובנות מאירות עיניים על דרך פעולתה של ערכאה זו,¹⁷⁹ או רשימה אינטר-דוקטרינרית של "סימנים" ("cues") מקובלים לכך שהתערבותו נדרשת (למשל, במקרה של מחלוקת בין בתי משפט שונים ביחס לסוגיה משפטית מסוימת).¹⁸⁰

- 173 ראו את המאמר החשוב של יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי הסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119, 179–182 (1996). כן ראו שחר "משכן כמשפטו", לעיל ה"ש 15.
- 174 כן ראו רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81 (1997).
- 175 סוליציאנו-קינן ואח', לעיל ה"ש 88; דו"ח ועדת אור, לעיל ה"ש 6.
- 176 ראו, בין היתר, חמי בן-נון וטל חבקין *הערעור האזרחי* 195–255 (מהדורה 3, 2012). כן ראו, למשל, את פסק הדין ברע"פ 8132/11 גבאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.11.2011), אשר מסתמך, בין היתר, על פסק הדין המפורסם ר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982), שנדון גם אצל Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Israel's Supreme Court Appellate Jurisdiction: An Empirical Study*, 96 CORNELL L. REV. 693, 720 (2011).
- 177 ראו, למשל, את המאמר הנודע הבא העוסק בכך: Matthew D. McCubbins & Thomas Schwartz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols Versus Fire Alarms*, 28 AM. J. POL. SCI. 165 (1984).
- 178 ראו Songer et al., לעיל ה"ש 170, בעמ' 693–694.
- 179 ראו, למשל, Eisenberg et al., לעיל ה"ש 176.
- 180 השוו ל- Tanenhaus et al., *The Supreme Court's Certiorari Jurisdiction: Cue Theory*, in *JUDICIAL DECISION MAKING* 111 (Glendon Schubert ed., 1963). עוד ראו, למשל, Cameron et al., לעיל ה"ש 170.

ג. כוחות צנטריפוגליים וצנטריפטליים בעבודת מערכת בתי המשפט

כפי שראינו, לפי הפרדיגמה החברתית יש לצפות שדרכם של ארגונים בהשגת מטרותיהם תהיה דרך תחתית. סיבה ראשית לכך נעוצה בטענת הפרדיגמה בדבר קיומם של שני כוחות סותרים בארגונים: צנטריפוגליים וצנטריפטליים. בחלק זה של הדיון אבקש לשכנע שמערכת בתי המשפט מגלמת דינמיקה דואלית זאת היטב.¹⁸¹

1. כוחות צנטריפוגליים

(א) מקצת מקשיי הניצוח

ראוי לפתוח בכוחות הצנטריפוגליים. מדוע? כיוון שאחד הדברים המייחדים את הרשות השופטת כארגון היררכי הוא מידת העצמאות הנכבדת שממנה נהנים השופטים בדרגות השיפוט השונות.¹⁸² די אם יוזכרו כאן העיקרון שלפיו "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין"¹⁸³ וההגנות הניתנות בדין על כהונתו של שופט¹⁸⁴ כמקורות העלולים לעמוד בדרכה של אינטגרציה שיפוטית. מנקודת מבט זו, האתגר העומד בפני בית המשפט העליון המבקש לנצח בצורה אפקטיבית על הרשות השופטת אינו קל ערך. קשה לקבל כפשוטה את הטענה, שלפיה בית המשפט "מנצח על התמורת השיפוטית כולה".¹⁸⁵ ודוק: העמדה המוצגת כאן איננה שלבטח אין זה המצב. הטענה היא שהדבר דורש עיון מפורט.¹⁸⁶

ומה בנוגע לסמכויות הסטטוטוריות הנתונות בידי בית המשפט העליון, האמורות לסייע בהשלת מרותו על שופטים קמא? עיון בסמכויות אלה עלול לעורר ספקות בדבר מידת האפקטיביות שלהן. כך, למשל, ניתן לציין שאופציית השיפוט המשמעתית נגד שופט סורר

181 השוו ל-Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 572-573.

182 ראו לעיל ה"ש 43-44 והטקסט לידן.

183 זוהי, כמובן, לשונו של ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה.

184 ראו ס' 7 לחוק-יסוד: השפיטה.

185 לעיל טקסט ליד ה"ש 16.

186 כך בוודאי במיוחד לאחר עלייתן של שתי הגישות הבאות: (1) ה"גישה ההתייחסותית" לשפיטה, הנזכרת לעיל בה"ש 98; (2) ה"גישה האסטרטגית" לשפיטה, שמהותה היא החלתן של תובנות כלכליות קלסיות על ניתוח אופן פעולת השופט, בהתבסס על ההנחה כי באופן עקרוני השופט-האינדיווידואל פועל בראש ובראשונה בצורה אסטרטגית על מנת לקדם אג'נדה מסוימת החביבה עליו (למשל, השאיפה להשיא את תועלתו האישית או הרצון לקדם מדיניות מסוימת הראויה בעיניו). לדוגמאות לניתוח כלכלי שכזה ראו Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, 3 Sup. Ct. Econ. Rev. 1 (1993); Lee (1998) *McNollgast*; EPSTEIN & JACK KNIGHT, *THE CHOICES JUSTICES MAKE* (1998). לעיל ה"ש 9. שימו לב שלפי שתי הגישות הללו, עיקר דאגתו של השופט מופנה להשגתן של תוצאות מהותיות מסוימות, ופחות מכך לשימוש "נכון" בדוקטרינות המשפטיות הרלוונטיות: Bueno de Mesquita & Stephenson, לעיל ה"ש 12, בעמ' 755-757, ועוד להלן ה"ש 200.

ננקטת רק לעתים רחוקות ביותר,¹⁸⁷ כמו גם הסמכות להעביר שופט ממקום למקום.¹⁸⁸ וביחס להשפעתם של שופטי בית המשפט העליון על קידומם של שופטים¹⁸⁹ יש לומר זאת: ראשית, קידום מבית משפט השלום לבית המשפט המחוזי יכול להיעשות על אפם ועל חמתם של שופטי בית המשפט העליון.¹⁹⁰ שנית, ייתכנו מקרים שבהם שופטים לא יירתעו מלהתעמת עם

187 ראו ס' 9, 13–14 לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 16 א–21 לחוק בתי המשפט; כללי אתיקה לשופטים, התשס"ז–2007. כן ראו, בין היתר, בר"מ 2461/05 שרת המשפטים נ' השופטת הילה כהן, פ"ד ס(1) 457 (2005) (עוד על פרשה זו מיד בסמוך); קליין "השפיטה המתגוננת", לעיל ה"ש 97; דפנה אבניאלי "מי יבקר את השופטים וכיצד?" משפט וממשל ט 387 (2006); רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 110–111, 115; ברק "התנהגות שופטים" לעיל ה"ש 39. כן ראו פרשת ספיר, לעיל ה"ש 35, פס' 5.

יש לציין עוד כי בכל מקרה ספק אם אופציית השיפוט המשמעתית מכוונת בכלל לטיפול במקרים של "טעות" בתוכן של החלטות שופטים, למעט אולי במקרים נדירים. לראשית דיון בכך ראו פדהצור, לעיל ה"ש 97, בעמ' 144, ה"ש 302, ובעמ' 165, ה"ש 342; Mary Ellen Keith, *Judicial Discipline: Drawing the Line Between Confidence and Public Information*, 41 S. Tex. L. Rev. 1399, 1405 (2000).

עוד יוער, בהקשר זה, כי ניהול הליך משמעתית כנגד שופט מכהן עלול לפגוע לא רק בשופט הנדון אלא אף במעמדה הציבורי של הרשות השופטת כולה: ראו להלן ה"ש 256 והטקסט לידה (כמו גם הדברים שיובאו בהמשכה של ה"ש זו). לפיכך, יהיו שיטענו שבכך נוצר תמריץ לענישת-חסר מצד חברי בית הדין המשמעתית לשופטים. אין זה מפתיע, לכן, שבשנת 2001 אישר הנשיא ברק כי מאז קום המדינה התקיימו "כ-20 מקרים ויותר – מספר לא גבוה לכל הדעות" של הליכים משמעתיים כנגד שופטים מכהנים. ראו תפקוד שופטים: בקרה והערכה 31 (2001). עם זאת, ברק מציין (שם) את חשיבותם הרבה של "הליכים לא פורמליים" לתיקון דרכיו של שופט שלא התנהג כראוי; הליכים ש [...] במקרים הקשים ביותר [...] עשויים להוביל לפרישת השופט. יש להזכיר כאן, בהמשך לכך, כי השופטת הילה כהן הודחה בעקבות פנייה של שרת המשפטים לוועדה לבחירת שופטים (בהסכמת נשיא בית המשפט העליון) לאחר שבית הדין המשמעתית נמנע מלהדיחה (ראו נועם שרביט "סוף לסיפור: השופטת הילה כהן הודחה ע"י הוועדה לבחירת שופטים" גלובס 1.12.2005 www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000035361). בדומה לכך, לאחרונה הודח מכס השיפוט השופט שלמה נחשון אטינגר עקב התבטאות פוגענית, וזאת מבלי שנפתח נגדו הליך משמעתית פורמלי (על פרשה זו, ראו רויטל חובל "השופט שהתבטא באופן לא ראוי הודיע על פרישה מתפקידו" הארץ 29.4.2013 www.haaretz.co.il/news/law/ 1.2006881, שם מובא, בין השאר, ציטוט של דברים שאמר בהקשרה של הפרשה נשיא בית המשפט המחוזי בבאר שבע, השופט יוסף אלון: "אסור לטאטא דברים כאלה. מצד שני, צריך להיזהר אנחנו עוסקים פה בדיני נפשות ובכבוד של מערכת שחשובה לכולנו. אין לנו מערכת שמחליפה את מערכת המשפט ולפעמים שוכחים את זה [...]").

188 ראו ס' 9 (א) לחוק-יסוד: השפיטה. ראו גם שם, ס' 9 (ב). ראו בהקשרו של סעיף זה שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 91, בעמ' 281.

189 ראו לעיל ה"ש 30 ו-92 והטקסט לידן.

190 יש הטוענים שהדבר נעשה בעבר. ראו לויצקי, לעיל ה"ש 132, בעמ' 44, ורוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 101. ניתן לציין כי לשם הבטחת מינוי לבית המשפט העליון נדרש שלפחות אחד משלושת שופטי בית המשפט העליון יצביע בעד מועמד, שכן נדרש רוב של שבעה חברים מקרב תשעת חברי הוועדה למינוי שופטים למינוי שכזה. ראו ס' 7 (ג) לחוק בתי המשפט. וכבר היו מקרים מעולם ששלושת שופטי בית המשפט העליון לא הצביעו כגוף אחד, אם כי לא בנוגע למינוי לבית המשפט "שלהם". ראו עפרה לקס "בדרך שלו" ערוץ 7 7.4.2005 www.inn.co.il/Besheva/Article.aspx/4189.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

בית המשפט העליון בגין שיקול זה ממגוון סיבות.¹⁹¹ למשל, תיתכן שופטת המעריכה שסיכוייה להתקדם במעלה ההיררכיה השיפוטית נמוכים ממילא (למשל, מפאת גילה),¹⁹² ועשוי להיות שופט אחר שיסבור שעומות שכזה, במיוחד אם הוא נוגע להלכה ספציפית השנויה במחלוקת (לדוגמה, הלכת אפרופים הנודעת),¹⁹³ דווקא יעלה את קרנו בקרב שאר חבריה של הוועדה לבחירת שופטים¹⁹⁴ ואולי אף בעיני שופטים מבית המשפט העליון שהם במיעוט ביחס להלכה זו.¹⁹⁵ יש להעיר לבסוף, כי בעוד הדיון עד כה הניח שלפסיקת שופטים (בעיקר, מבחינת תוכנה ומידת עמידתה במבחן הערעור) השפעה רבה על סיכויי קידום, נשמעה בספרות הטענה שאין זה כך.¹⁹⁶ ניתן בוודאי להעריך שאין זה כך תמיד,¹⁹⁷ ולו רק כיוון שבית המשפט העליון נחשף (בין שבדרך של ערעור ובין שבדרך אחרת) רק לחלק מפסקי הדין של הערכאות קמא.¹⁹⁸

אם כן, קשה לקבל כפשוטה את הטענה שלפיה כיוון ששופטי בית המשפט העליון נוטלים חלק בהליך הקידום של שופטים, יש להניח ששופטים בערכאות נמוכות יקפידו ללכת בדרך אשר הוותה בפסיקת בית המשפט העליון. אדגיש שאינני טוען כי אלו אינם בהכרח פני

191 כך, לדוגמה, באחד המחקרים שנעשו בארצות הברית בניסיון להסביר התנהגות שיפוטית, בין היתר, כנגזרת של השאיפה להתקדם במעלה ההיררכיה השיפוטית, נמצא כי "if constraints [...] operate on judges, these constraints must come from sources other than possibilities of reversal"; Richard S. Higgins & Paul Rubin, *Judicial Discretion*, 9 J. LEGAL STUD. 129, 137 (1980). כן ראו, כללית, את האמור להלן בה"ש 254.

192 ניתן לשער ששיקול זה רלוונטי יותר לשופטי בית משפט השלום (ואולי אף בקרב שופטי בית המשפט המחוזי) בגיל מתקדם יחסית. עם זאת, ברור ששיקול הגיל עשוי "להימהל" בשיקול סותר אחר, למשל, רצונה של השופטת להותיר אחריה מורשת שיפוטית משלה. ראו אצל Higgins & Rubin, לעיל ה"ש 191.

193 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995).
194 השוו לדיון שנערך במקור הבא, המתאר נסיבות שבהן שופטים נטו לכוון בפסיקתם לדעתם של פקידי ממשל מסוימים (כלומר, לגורמים שמחוץ למערכת השיפוט) שלהם הייתה השפעה על הליכי הקידום של שופטים: Mark A. Cohen, *The Motives of Judges: Empirical Evidence* (1992), 12 INT'L REV. L. & ECON. 13, 16-19. כן ראו זלצברגר, לעיל ה"ש 35. קשה לומר שהרכבה המגוון של הוועדה לבחירת שופטים בישראל מונע את התפתחותה של דינמיקה דומה בנסיבות מסוימות אצלנו.

195 השוו לממצאי המחקר המובאים אצל זלצברגר, שם, בעמ' 556-562.

196 ראו, בהקשר האמריקני, Posner, לעיל ה"ש 186, בעמ' 5, 14-15. אך ראו זלצברגר, לעיל ה"ש 35, בעמ' 562. זהו המקום להדגיש שאין בהסתמכותי הרבה במהלך הדיון על כתיבה אמריקנית כדי להתעלם מההבדלים הקיימים בין מערכות בתי המשפט בישראל ובארצות הברית באופן כללי, ואף לא מההבדלים המשמעותיים בין דרך פעולתם של בתי המשפט העליונים של מדינת ישראל ושל ארצות הברית. לעניין זה ראו, למשל, את הדיון התמציתי שנערך בדויטש, לעיל ה"ש 35, בעמ' 176-178, ואצל Bhagwat, לעיל ה"ש 20, בעמ' 993-995. על דרך פעולתו של זה האחרון ועל יחסיו עם בתי המשפט המדינתיים והפדרליים האחרים, ראו עוד, בין היתר, Murphy, *Lower Court*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1018-1019; Carolyn Shapiro, לעיל ה"ש 167, בעמ' 275-284, 278; והמקורות הנזכרים להלן בה"ש 323.

197 פרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13, מספקת דוגמה לנקודה זו. ראו עידו באום "מה שיאיר לפיד יכול ללמוד מגרוניס" *TheMarker* 6.8.2013 www.themarker.com/law/1.2090215

198 ראו Eisenberg et al., לעיל ה"ש 176, בעמ' 711-720, ולהלן בטקסט ליד ה"ש 216-243.

הדברים. כוונתי רק להצביע על הצורך לקיים בחינה ביקורתית בטענה זו. שימו לב, עם זאת, שאין סתירה בין הטענה דנן (שלפיה אין זה הכרחי שבשל השתתפותם של שופטי בית המשפט העליון בהליך הקידום של שופטים קמא ידבקו אלה האחרונים בהלכותיהם של הראשונים), לבין טענה שנייה, שלפיה שופטים קמא מעדיפים בדרך כלל ששופטי בית המשפט שלערעור לא יהפכו את פסקי הדין שלהם,¹⁹⁹ כך, אפילו שאלת קידומם אינה עומדת על הפרק. תיתכנה כמה סיבות לכך ששופטים יעדיפו שפסקי הדין שלהם יצלחו את מבחן הערעור: למשל, משיקולי יוקרה או בשל אמונתם העזה בדבר הכלל המשפטי שנכון להחילו על הסוגיה שעל הפרק.²⁰⁰ המעניין הוא כי גם טענה שנייה זו אינה גורמת לנו לצפות ששופטי ערכאות נמוכות יישמעו תמיד לתקדימי בית המשפט העליון. הם עשויים להימנע מלעשות כן, למשל, אם להערכתם לא יוגש ערעור על פסק דינם או אם הם משוכנעים בצדקת דרכם (ואולי הם אף מבקשים להביא לשינוי ההלכה).²⁰¹

- 199 ואכן, השופט פוזנר משמיע את שתיהן באותו מקום. ראו Posner, לעיל ה"ש 186. לניתוחים המקנים מקום מרכזי לשאיפת השופט שלא תיהפך החלטתו בערעור ראו, למשל, Baum, לעיל ה"ש 51, בעיקר בעמ' 213; Cameron et al., לעיל ה"ש 170, בעמ' 102.
- 200 באופן כללי, סקירת הספרות המנסה להצביע על הגורמים המנחים את השופטים בבואם לפסוק את פסקם מגלה ריבוי של מוטיבציות המיוחסות להם (יעילות, רצון לקידום, השאיפה לקדם תוכן נורמטיבי או אידאולוגי מסוים, הרתיעה מהיפוך הפסק על ידי שופטים אחרים ועוד), מבלי שניתן לומר שהדיון נראה קרוב לסיכום מוסכם פחות או יותר. כך אף כשהמדובר "רק" בתחום הניתוח הכלכלי של המשפט. ראו, למשל, את הסקירה המובאת אצל Hugo Mialon et al., *Judicial Hierarchies and the Rule-Individual Tradeoff*, 15 SUP. CT. ECON. REV. 3, 4-7 (2007). עור ראו, למשל, ברק מדינה "משפט ציבורי" הגישה הכלכלית למשפט 565, 626-630 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012); Frank B. Cross & Emerson H. Tiller, *Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals*, 107 YALE L.J. 2155, 2155-2159 (1998); Bueno de Mesquita & Stephenson; L.J. 2155, לעיל ה"ש 12, בעמ' 755-757; Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 570-575. כפי שמראים מקורות אלה, "בגדול" יש שני מחנות מרכזיים בספרות. לפי המחנה האחד (ששני אגפיו המרכזיים נזכרים לעיל בה"ש 186), השאיפה לקדם מדיניות מסוימת היא המנחה את השופטים, אשר בהתאם לכך עושים שימוש אינסטרומטלי בכללי המשפט המוכרים, וזאת על מנת להשיג מגוון אפשרי של מטרות. לאמתו של דבר, ניתן לארגן את הגישות השונות המשתייכות למחנה זה בהתאם למטרה העיקרית המיוחסת לשופטים בהקשר זה: למשל, הרצון לקדם אידאולוגיה פוליטית מסוימת (כך לפי הגישה ה"התייחסותית", הנזכרת לעיל בה"ש 98) או אינטרס אישי מסוים שלהם (ראו לעיל ה"ש 186). לפי המחנה השני (ה"מחנה הלגליסטי"), השופטים מחויבים בראש ובראשונה ליישום מקצועי ומדויק של כללי הפעולה של מערכת המשפט (ראו, למשל, אהרן ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית" עיוני משפט כא 13 (1997)). יש גישות נוספות לאופן פעולת השופטים, ובעיקר יש לציין את הגישה המוסדית החדשה, הנדונה בהרחבה, בהקשרם של בתי המשפט, בידי Clayton, לעיל ה"ש 143, והולצמן-גזית, לעיל ה"ש 144.
- 201 ראו Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 557 (The handful of relevant empirical studies have failed to find evidence that fear of reversal drives lower court decisionmaking).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

הדיון שנערך למעלה הוליך אותנו אל עקרון התקדים המחייב.²⁰² הטענה המרכזית עד כה הייתה שאין זה ברור עד כמה יש בכוחה של האדמיניסטרציה השיפוטית כדי להשפיע בצורה משמעותית על תחולתו. כלומר, עד כה התמקדתי בדין מינהלי-פנימי שהוא במובנים רבים "חיצוני" לדין המהותי שמחילים בתי המשפט. השלב הבא של הדיון, אשר יפנה "פנימה", יראה כי עקרון התקדים המחייב, הוא עצמו, ושיטת המשפט (המקובל) כוללים מרכיבים שיש בהם כדי לחתור תחתיו. לפיכך, אין זה ברור עד כמה יש בכוחו של עקרון התקדים המחייב – עיקרון שהפרדיגמה המכנית ממש דורשת אותו²⁰³ – כדי לחייב את שופטי הערכאות הנמוכות לדבוק בהלכה שקבע בית המשפט העליון.²⁰⁴ כיוון שעיקרון זה הוא עקרון יסוד של המשפט המקובל נוסח ישראל, אני מבקש להרחיב מעט בכך.²⁰⁵

202 ראו ס' 20 לחוק-יסוד: השפיטה, המובא לעיל בה"ש 13, וס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. לשאלה מהי "הלכה פסוקה" המהווה תקדים מחייב, ראו, למשל, איתן מגן "תקדים מחייב – קשיי יישומו במישור האנכי" הפרקליט מג 324 (1997); חיים כהן "אוביטר", לעיל ה"ש 167; שנוור, לעיל ה"ש 29, בעמ' 40-42, על הפניותיו. כן ראו המקורות הנזכרים להלן בה"ש 225. יש לציין שמרבית הכתיבה בישראל על עקרון התקדים המחייב נוגעת במחויבותו של בית המשפט העליון לתקדימיו שלו (ראו מגן, שם, בעמ' 326, הקובע שזה מצב הדברים גם במדינות אחרות; אך ראו, למשל, Posner, לעיל ה"ש 186, בעמ' 18-22, 37-38, 41). ראו, בין היתר, שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון", לעיל ה"ש 15; טמיר, לעיל ה"ש 2; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 121, 388 (1993); משה לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א 292, 292-298 (התשכ"ח-התשכ"ט). לצד זאת יש ספרות העוסקת בשאלה של מידת כפיפותם של בתי דין (למשל, בית הדין לעבודה) לתקדימיו של בית המשפט העליון. ראו לעיל את המקורות המובאים בה"ש 18. זאת ועוד, יש בנמצא כמה מאמרים, שהנם פילוסופיים במוצהר, העוסקים בסוגיה דנן. ראו עמרי בן צבי "התקדים כמוסד פילוסופי" משפטים מ 777 (2011); דן אשכנזי "על בעיה אחת בתורת התקדים המחייב ופתרונה על דרך הפילוסופיה הקנטיאנית" עיוני משפט ג 804 (1974). למאמר ייחודי המתרכז בבחינת היישום של הלכות בית המשפט העליון במישור האנכי, דהיינו על ידי הערכאות הכפופות לו ראו: מגן, שם. חשוב להזכיר שכל הספרות הגדולה הזו, ואף המאמר הנוכחי, שמים לנגד עיניהם פסקי דין שבהם בית המשפט העליון קובע "הלכה". נובע מכך שאין הם מתייחסים בדרך כלל לפסקי דין רבים מאוד הניתנים על ידי בית המשפט העליון סמוך מאוד לשמיעת טיעוני הצדדים באולם; פסקי דין אלה, שהנם קצרים ביותר, נכתבים לרוב תוך כדי הטיעון בעל פה. ברוב המוחלט של המקרים קשה לומר שפסקי דין הנכללים בקטגוריה זו קובעים "הלכה", והגם שכיום ניתן למצוא אותם במאגרים ממוחשבים, אין בעלי דין נוהגים לצטט אותם. סוג אחד של פסקי דין מסוג זה זכה לכינוי "הלכת נחה". ראו אריאל בנדור וזאב סגל עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרון ברק 32 (2009). ראו גם יצחק זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו 212, 226-229 (1970); שנוור, שם, בעמ' 22-23.

203 השו, למשל, לדיון שנערך אצל Jacobi & Tiller, לעיל ה"ש 5, ואצל Bhagwat, לעיל ה"ש 20, בעמ' 977-978.

204 כפי שאזכורה של הפרדיגמה המכנית מתכוון לרמוז, אין ספק שהחלתו של עקרון התקדים המחייב כרוכה בעלויות מסוימות וייתכן שאף נגרמים בגינה הפסדים מסוימים (למשל, צמצום הפלורליזם המחשבתי בקרב השופטים). עובדה זו מזמינה דיון מעמיק ברציונלים שעיקרון זה מקדם או נועד לקדם ועוד יותר מכך בדרכים לצמצם את עלויותיו. אין זה המקום להרחיב על כך, כמובן. ראו בנדון את הסקירה המובאת אצל Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 564-568, ואת הדיון הנרחב הנערך אצל טמיר, לעיל ה"ש 2.

205 היטב ידוע לי שחלק נכבד מהאמור בפסקאות הבאות נדון בספרות בעבר (אכן, ספרות זו היא שתוזכר במהלך הדיון). עם זאת, נראה לי שלמצער לצורכי מאמר זה, יש חשיבות להצגה

(ב) עד כמה מחייב התקדים ?

אם כן, מה עשויים להחמיץ דימוי המנצח והפירמידה, שנזכר בדברי ברק שהובאו בפתח המאמר,²⁰⁶ בכל הקשור בעקרון התקדים המחייב? יהא זה מועיל לפתוח את הדיון בהצגה סכמתית של הליך שיפוטי פשוט יחסית, כזה הנפתח בבית המשפט המחוזי ואשר במסגרתו אין אפשרות לערער לבית המשפט העליון על החלטות ביניים של בית המשפט המחוזי (כלומר, ניתן לערער רק על פסקי דין "סופיים" של בית המשפט המחוזי).²⁰⁷ מה היא חלוקת העבודה בין בית המשפט העליון לבין בית המשפט המחוזי במסגרת זו? דיון בבתי משפט מחוזיים ברחבי הארץ מניב שורה ארוכה של פסקי דין. חלק מפסקי דין אלה קובעים הלכות. אמת, אין אלה הלכות של בית המשפט העליון. ובכל זאת, יש בכוחן להנחות, במידה מסוימת לכל הפחות, את צרכני המשפט שבתחום שיפוטו של בית המשפט המחוזי שקבע אותן (בהם אף אנשי רשויות מינהליות שונות, למשל, פרקליטות המחוז), ועל פי סעיף 20(א) לחוק-יסוד: השפיטה יש בהם כדי "להנחות" את בתי משפט השלום.²⁰⁸ על חלקם של פסקי דין אלה מוגש ערעור לבית המשפט העליון, אם בעלי הדיון בוחרים לעשות כן. למצער, מקצת מהערעורים מתקבלים. כיצד? בדרכים שונות: לדוגמה, על דרך של דחיית המסקנה המשפטית שקבע בית משפט מחוזי מסוים וקביעת מסקנה משפטית אחרת.²⁰⁹ מסקנה חלופית זו יכולה להיות מבוססת על הלכה ישנה, שלדעת בית המשפט העליון היא ההלכה הנכונה למקרה שלפניו.²¹⁰ לחלופין, מסקנת בית המשפט העליון יכולה לבסס הלכה חדשה, אשר כך הופכת להלכה משפטית שעל כל בתי המשפט ללכת בעקבותיה להבא.²¹¹ בין שההלכה ישנה ובין שהיא

- תמציתית אך מקיפה, ובמרוכז, של טענות מרכזיות המועלות בהקשר הנדון במקורות שונים, בארץ ומחוצה לה.
 206 ראו טקסט לעיל ליד ה"ש 16.
 207 תרשים זרימה זה מוכר לנו היטב. באופן כולל, זהו תרשים הזרימה השיפוטי הנוהג בארץ בתחום המשפט הפלילי ככל שמדובר בעבירות שבית המשפט המחוזי דן בהן כערכאה ראשונה (למשל, רצח).
 208 ראו לעיל ה"ש 13.
 209 אכן, הדיון כעת מתמקד בחלקו ה"משפטי" (לעומת חלקו ה"עובדתי") של הדיון השיפוטי. החלוקה עובדה-משפט תידון להלן בחלק ג.2(ב)(3) של המאמר. עם זאת, יש לציין כבר כעת כי גם במקרים שבהם מתמקד הדיון בבית המשפט העליון בצדדיו העובדתיים של הערעור, יש כמה דרכים שבהן יכול להסתיים טיפולן של הערכאות השונות בפרשה שעל הפרק. ראו עמנואל גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטית – התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה: עיון נוסף" ספר גבריא אל בכ 225, 256–261, 283–284, 296–298 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011).
 210 ראו, למשל, רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485 (1994). באופן מעניין, לעתים הדרך (חזרה) להלכה הישנה עוברת בדרך העקלתון של דיון נוסף, ההופך הלכה חדשה שנקבעה בערכאת הערעור. דוגמה ידועה מצויה בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989).
 211 ראו ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב 235, 254 (1949), נקבע הכלל הידוע, שלפיו "אמת ויציב – אמת עדיף". כן ראו, למשל, רע"א 188/02 מפעל הפיס נ' כהן, פ"ד נז(4) 473 (2003); פרשת אפרופים, לעיל ה"ש 193; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

חדשה, בית המשפט העליון יכול להחיל את ההלכה שקבע על המקרה שלפניו ובכך לסיים את הדין השיפוטי בתיק²¹² אך הוא גם יכול להחזיר את התיק לבית המשפט שלמטה על מנת שזה יבחן כיצד יש להחיל את ההלכה הנכונה על עובדות המקרה הספציפי.²¹³ חלק מאותם תיקים שנשלחו לבתי המשפט המחוזיים מסתיימים שם. חלק אחר שב לבית המשפט העליון על דרך של ערעור על האופן שבו יושמו הוראות בית המשפט העליון על ידי בתי המשפט המחוזיים.²¹⁴

תרשים זרימה "פשוט" זה מרמז על שורה של מקורות לקופוניה – בוודאי לא הרמוניה – שיפוטית.²¹⁵ כמו כן די בו כדי להיווכח שכל ראייה פירמידיאלית של מערכת השיפוט היא פשטנית. במה דברים אמורים? אזכיר תחילה כי אחד ממאפייני ההליך השיפוטי במשפט המקובל (וערעור בתוך כך) הוא דבקתו בכלל שלפיו בית המשפט נדרש למתדיין על מנת להפעיל את סמכותו.²¹⁶ מכאן שבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים שומע

212 ראו תק' 462 לתקנות סדר הדין האזרחי. כן ראו, למשל, ע"א 5293/90 בנק הפועלים בע"מ נ' שאול רחמים בע"מ, פ"ד מז(3) 240 (1993). כידוע, לעתים עושה כן בית המשפט העליון תוך העדפת עמדתו של בית משפט השלום מדעתו של בית המשפט המחוזי. ראו, לדוגמה, ע"א 65/49 פריזר נ' וויס, פ"ד ה' 878 (1951).

213 ראו, למשל, ע"א 630/68 כהן נ' עלי טבק בע"מ, פ"ד כג(1) 707 (1969); ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים, פ"ד מט(3) 196 (1995). כן ראו את תק' 455 לתקנות סדר הדין האזרחי, שלפיה בית המשפט שלערעור יכול להורות לערכאה הדייונית להכריע "בפלוגתה פלונית או בשאלה של עובדה [...]"; ערכאת הערעור אף יכולה להורות על דיון חדש בפני שופט אחר. ראו יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 856 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995); ע"א 21/64 וורביצ'יק נ' שינגרטן, פ"ד יח(3) 95 (1964); ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש, פ"ד מה(2) 663, 676, 714 (1991); נועם שרביט "תאגידי הענק והרשויות בכוננות: השופט ד"ר מיכל אגמון-גונן, הטראבל מייקריית הגדולה, מתמקמת במחוזי בת"א" גלובס 29.11.2007. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000280091. בית המשפט שלערעור יכול לקבוע מנגנונים נוספים, כמובן, לפתרון הסכסוך הנדון. ראו, למשל, ע"א 501/84 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' דוד מירון, פ"ד מב(2) 89, 108 (1988).

214 ראו, כללית, למשל, זוסמן, לעיל ה"ש 213, בעמ' 856. ראו גם את ההתפתחות המעניינת שאירעה בע"א 5610/93 זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד נא(1) 68 (1997). כן ראו שנוור, לעיל ה"ש 29, בעמ' 22, ה"ש 59, לרשימת פרשות ידועות מהעת האחרונה שעברו את המסלול המתואר בטקסט כולו (דהיינו, הן חייבו את בית המשפט העליון להידרש לאותה פרשה יותר מפעם אחת).

215 לדוגמה מפורסמת מהעת האחרונה לסטייה של שופטת מתרשים הזרימה הנ"ל, ראו פרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13 ופרשת קעדאן נ' לחאם, לעיל ה"ש 171. עוד ראו, למשל, פרשת ספיר, לעיל ה"ש 35; ע"א 5381/07 פוזאילוב נ' חלפון, פס' 10 (פורסם כנבו, 26.11.2007); ועידו באום "איך קובעים פיצוי למשקיעים מרומים? השופטת אגמון-גונן מתעקשת על דרכה" *TheMarker* www.themarker.com/law/1.2320404 14.5.2014.

216 עיקרון זה מובע במכתם הלטיני, *nemo iudex sine actore* ("בהיעדר מתדיין, אין שופט"). ראו Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* 32 (1989). מוכרת הטענה כי אין המדובר בעקרון טכני גרידא, אלא בעיקרון ה"קשור לתפיסה יסודית של תפקיד בית-המשפט ומקומו במערכת השלטון". גביון, לעיל ה"ש 167, בעמ' 145 (עוד על תפקידו של בית המשפט, ראו להלן חלק ג.2(ב) (4) של המאמר). כותבים אחרים הדגישו את הכוח הניתן בידי מתדיינים בהליך השיפוטי הודות לעיקרון. ראו Wasby, לעיל ה"ש 107, למשל, בעמ'

ערעורים רק במקרה שצד לדיון בבית המשפט המחוזי בוחר להשיג על פסקו של בית המשפט של ערכאה ראשונה.²¹⁷ לכן רק חלק מהעניינים הנשמעים בבתי המשפט המחוזיים אכן מגיעים אל שולחנו של בית המשפט העליון. כך יכול להתקיים מצב שבו שאלות משפטיות חשובות אינן מגיעות משך זמן רב, אם בכלל, לבית המשפט העליון, וזאת גם אם בתי משפט שונים פוסקים ביחס אליהן בצורה שונה ואף מנוגדת.²¹⁸ שימו לב שתרחישי זה עלול להתרחש בלי קשר לעמדתם האישית של השופטים קמא ביחס לתשובות שניתנו בפסיקת בית המשפט העליון לשאלות המשפטיות שעל הפרק (האם הם תומכים בהן, מתנגדים להן או אגנוסטיים ביחס אליהן).²¹⁹ לאמור, אפילו במקרה שבו שופטי הערכאות הנמוכות תומכים בהלכה שקבע בית המשפט העליון ומנסים ליישמה נאמנה על המקרה שלפניהם, הם עשויים לשגות בכך וליצור קרע באחידות ההלכה במערכת בתי המשפט. ואולם, כפי שראינו זה עתה, לא תמיד יוכל בית המשפט העליון לתקן טעות זו, אף אם היה מעדיף לעשות כן במקרה הספציפי.²²⁰ יתרה מכך, הדעת נותנת שהסיכוי להתפתחותה של קופוניה שיפוטית עולה במקרים שבהם יש הבדלי גישה בין הערכאות ביחס לדרך שבה על בתי המשפט להשיב לשאלות משפטיות מסוימות. הטענה המרכזית שתידון כעת היא שבמקרים אלה המשפט המקובל מציג הזדמנויות רבות לשופטת קמא, המבקשת שלא להחיל בצורה נאמנה את הלכתו של בית המשפט העליון אלא להחליט (כדין) אחרת, בהתאם לצו מצפונה.²²¹ משמעותה של הסקירה

- 1091–1092, 1100–1101 (על חלקם של בעלי דין (ובעיקר, באי כוחם) בהפצת הלכות בית המשפט העליון, למשל, לבתי המשפט השונים, אגב התדיינות שנערכת בפני אלה האחרונים) ר-
 Jacobi & Tiller, לעיל ה"ש 5, בעמ' 340 (מתדיינים שונים עשויים לערוך שימוש שונה באותה דוקטרינה, ובכך להוביל לשינויה).
- 217 ראו, למשל, Mialon et al., לעיל ה"ש 200, בעמ' 4–5.
- 218 השופט עמית עמד על נקודה זו בפרשת קעדאן נ' לחאם, לעיל ה"ש 171. כן ראו, למשל, Richard J. Pierce, Jr., *What Do the Studies of Judicial Review of Agency Action Mean?*, 63 ADMIN L. REV. 77, 85–86 (2011). ראו כללית Carp & Wheeler, לעיל ה"ש 103, בעמ' 361–362.
- 219 וראו לעיל ה"ש 200.
- 220 שהרי בדרך כלל, ובעיקר בגין המגבלה על משאביו, אין להניח שבית המשפט העליון יחפוץ לתקן כל "טעות" שיפוטית, אף אם נעשתה על ידי בתי המשפט המחוזיים. ראו McNollgast, לעיל ה"ש 9, למשל, בעמ' 1634.
- 221 וזאת, יש להדגיש, בלי קשר הכרחי למקורו של פער העמדות בין הערכאות השונות. שכן, בהמשך לאמור לעיל בה"ש 200, ייתכנו מקרים שאפילו שופט המחויב "באמת" לכללי הפעולה המוצהרים של השיטה המשפטית (שופט בן המחנה ה"לגליסטי") עשוי לסטות מהלכה שקבע בית המשפט העליון בהתבסס על נימוקי משפט מקובלים. הוא עשוי לעשות כן, למשל, כיוון שהוא עצמו סבור שהתקדים הרלוונטי עתיק יומין ואינו משקף את גישת הפסיקה דהאידיא. השוו, למשל, לרע"א 1287/92 בוסקילה, ראש המועצה הדתית טבריה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159, 166 – 167 (1992) ולפרשת קעדאן נ' לחאם, לעיל ה"ש 171 (שבה התבסס השופט עמית על פרשת בוסקילה הנ"ל בבואו לסטות מתקדים בית המשפט העליון), וכדוגמה לדיון שנערך בספרות האמריקנית (שם מכונה הסוגיה "underrule"), ראו Bhagwat, לעיל ה"ש 20, בעמ' 969–973. בה בעת ניתן לטעון ששופטת בת המחנה המתחרה, אשר עיקר מרצה מוקדש לקידום עמדה נורמטיבית מסוימת (שאינה תמיד מתיישבת עם הלכות בית המשפט העליון), לא תסטה בהכרח ובכל המקרים מתקדימים שקבעו שופטים אחרים. זאת, למשל, כיוון שהיא סבורה שיציבות וודאות המשפט הנם ערכים הגוברים על הערכים המגולמים בעמדה הנורמטיבית שבה היא

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

הקצרה שלהלן ברורה: יש מגבלות של ממש על כוח הניצוח שבידי בית המשפט העליון אף במקרים שבנוגע אליהם נפסקה זה מכבר הלכה על ידו. הסיבה לכך היא, בתמצית, ששופטי בית המשפט המחוזי הם שצריכים ליישם הלכה זו.²²² בשל מקומה המכריע של הפרשנות בעבודת השיפוט,²²³ בגין החינוך המשפטי המלמד את השופטת כיצד להבחין בין שני מקרים הנחזים כדומים,²²⁴ בשל עקרונות פרשנות מסורתיים נוספים (למשל, ההבחנה בין "רציו" לבין "אוביטר")²²⁵ ואולי אף בשל סיבות אחרות²²⁶ – אין ספק, שפעמים רבות מאוד נתון בידי אותה שופטת מחוזית שיקול דעת של ממש בבואה להחליט איזו הלכה להחיל, ובאיזה אופן, על מקרה שלפניה.²²⁷ אין זה מפתיע, ואין זה מוגזם, לומר אפוא שפעמים רבות בית המשפט הנמוך עשוי למצוא לעצמו כר נרחב לפעולה "בין חרכי" פסיקתו של בית המשפט העליון באופן שעשוי לשנות, מהותית, את אשר ביקש בית המשפט הבכיר להשיג בפסיקתו.²²⁸

מאמינה או מתוך רצון שלא לפגום בלגיטימציה של המערכת השיפוטית כולה. ראו לעניין זה את דיונם הביקורתי של Bueno de Mesquita & Stephenson, לעיל ה"ש 12, בעמ' 755–757, וכן האמור לעיל בה"ש 187.

נמצא אפוא שלכל היותר ניתן לומר שקיומה של מחלוקת פוסקים בין הערכאות, תהא עילתה כאשר תהיה, עשויה להגדיל את המוטיבציה של שופטים מסוימים מהערכאות הנמוכות להציב קשיים על יישומה המלא של ההלכה הרלוונטית. הדיון שיערך להלן מצביע על נסיבות רבות למדי שבהן תיפתח הדרך בפני שופטי ערכאות נמוכות, החולקים על בית המשפט העליון, שלא להחיל את הלכת בית המשפט העליון "במלואה".

נקודה אחרונה שיש להאיר בהקשר זה נוגעת למידת הדבקות של שופטי ערכאה נמוכה בהלכות של ערכאה גבוהה: כפי שהראתה הספרות, פעמים רבות אין זה פשוט לקבוע עד כמה פסק דינו של בית משפט קמא מיישם "כהלכה ובצורה מלאה" את תוכנו ואת רוחו של פסק דין מנחה. אינני מרחיב בכך כאן, על מנת לשמור את מסגרת הדיון בגבולות סבירים. ראו על כך, למשל, McNollgast, לעיל ה"ש 9, למשל, מעמ' 1639 ואילך; Jacobi & Tiller, לעיל ה"ש 5; Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 559–561.

222 ראו בהרחבה EARLY, לעיל ה"ש 12. כן ראו שחר "משכן כמשפטו", לעיל ה"ש 15, בעמ' 399; אהרונסון, לעיל ה"ש 13.

223 ראו, למשל, אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי – הלכה למעשה 343–399 (1987).

224 ראו, למשל, בג"ץ 243/71 אייזיק נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 33 (1972); רע"א 8548/96 פדידה נ' סהר, חברה ישראלית לביטוח בע"מ, פ"ד נא(3) 825 (1997); ע"א (מחוזי חי') 4052/98 נאהי נ' "הפניקס" חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 21.5.1998). כן ראו לנדוי "הלכה ושיקול דעת", לעיל ה"ש 202, בעמ' 296–297.

225 להבחנה זו, ראו, למשל, את הדיון (הביקורתי) שעורך חיים כהן "אוביטר", לעיל ה"ש 167, בעמ' 418–424. כן ראו את נקודת המבט הייחודית המוצעת על ידי Posner, לעיל ה"ש 186, בעמ' 20–21. עוד ראו, למשל, ע"א 14/63 החברה להשקעות קבע בישראל בע"מ נ' סילבר, פ"ד יז(3) 1655, 1660 (1963); ד"ר 25/66 ד"ר בר-חי נ' שטיינר, פ"ד כ(4) 327, 330 (1966).

226 למשל, בשל חפיפה בין דוקטרינות שונות, שבגינה גדלה יכולת התמרון של השופט קמא (ראו Jacobi & Tiller, לעיל ה"ש 5, בעמ' 342; Carolyn Shapiro, לעיל ה"ש 167, בעמ' 293–294).

227 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 223–224; ועוד, למשל, ע"א (מחוזי חי') 3405/06 צרפתי נ' אלבו (פורסם בנבו, 23.10.2007).

228 ראו Murphy, Lower Court, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1018: "The Supreme Court typically formulates general policy. Lower courts apply that policy, and working in its interstices, inferior judges may materially modify the High Court's determinations". ראו בדומה Carolyn Shapiro, לעיל ה"ש 167. משקלו של שיקול זה גדל כמובן ככל שבית משפט עליון נותן להלכותיו

מצב דברים זה אינו ייחודי למערכת המשפט הישראלית, אלא דומה שהוא רווח ברחבי עולם המשפט המקובל. המלומד האמריקני סטיבן ארלי (Stephen Early), שהצביע כבר לפני כ-40 שנה על המגבלות המשמעותיות הקיימות על כוח הפיקוח של בית המשפט העליון של ארצות הברית על בתי המשפט הפדרליים הנמוכים יותר, קבע בנחרצות כי "A Supreme Court precedent, perhaps more often than is popularly realized, means to no little degree only what a lower-court judge is willing to concede that is means"²²⁹. בנסיבות אלה, עקרון התקדים המחייב עשוי להיות בעל יכולת מוגבלת בהכתבת דרכיהם של השופטים הכפופים לו.²³⁰ ומההלכה השיפוטית לקביעת העובדות. חלוקה זו של ההליך השיפוטי מוכרת ומבוססת בעולם המשפט האנגלו-אמריקני.²³¹ למראית עין, היא מצביעה על חלוקה "טבעית" של מהלך הדין בבית המשפט: תחילה יש לברר בצורה ראויה את עובדות המקרה העומד לדין; רק לאחר מכן יש להחיל עליהן את הדין הראוי להן.²³² אין נדרשת בחינה ממושכת כדי להסכיין עם הרעיון שיש להבחנה בין עובדה לבין משפט גם הבט ארגוני חשוב. אחרי הכול, היא מסדירה חלק חשוב בחלוקת העבודה בין הערכאות השונות. אשוב לנקודה זו בהמשך המאמר.²³³ לעת עתה די בציון הנתון הבא: מקובל להצהיר ששופטי הערכאה הראשונה הם האמונים עקרונית על קביעת העובדות בתיקים שבפניהם.²³⁴ אין צורך להסביר את מידת העוצמה המצויה בשלב זה של הדין, עד כמה רבה השפעתו על תוצאת ההליך השיפוטי ועד

יותר צורה של "סטנדרטים" ופחות צורה של "כללים". להבחנה זו, ראו כללית מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (1987): 321; לדין ביקורתי במעבר לפסיקה על דרך של קביעת "סטנדרטים", ראו, למשל, Bhagwat, לעיל ה"ש 20.

229 EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 57. ראו עוד, למשל, Murphy, Lower Court, לעיל ה"ש 105; ולאחרונה Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, מעמ' 556 ואילך. ראוי להפנות שוב בנקודה זו להערת האזהרה המושמעת לעיל בה"ש 196 (בדבר הבדלים בין מערכת בתי המשפט של ארצות הברית לזו של ישראל).

230 השוו לאמור אצל שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון", לעיל ה"ש 15, וראו גם את דבריו של חיים כהן "אוביטר", לעיל ה"ש 167, בעמ' 418. עם זאת, יש להדגיש שאין נובע מטענה זו שהלכה למעשה, בתי המשפט הנמוכים בארצות הברית אינם מנחים את עצמם לאור תקדימי בית המשפט העליון. ראו להלן ה"ש 253.

231 ראו, למשל, Anderson v. City of Bessemer City, 470 U.S. 564, 575 (1985), והשוו בין JOHN HENRY MERRYMAN & ROGELIO PÉREZ-LEBÍN, לעיל ה"ש 71, בעמ' 947, לכין-ROGELIO PÉREZ-LEBÍN, PERDOMO, THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEMS OF EUROPE AND LATIN AMERICA 121 (3rd ed. 2007). כן ראו Martin Shapiro, Appeal, 14 LAW & SOCIETY REV. 629 (1979-1980).

232 הלכה למעשה, הדברים אינם כה פשוטים ואין זה קל לעתים להבחין בין שני שלבי הדין. ראו עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209, בעמ' 230-228, 239-238, 255-254.

233 ראו להלן בחלק ג.2(ב) של המאמר.

234 ראו, למשל, ע"א 373/89 מסרי (שאהין) נ' ח' ח' ח' לך, פ"ד מה (1) 729, 735 (1991); ע"א 583/93 מדינת ישראל נ' טחנת קמח שלום בע"מ, פ"ד נ (4) 536, 544-545 (1997); ע"פ 9352/99 יובטוביאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (4) 632 (2000); ע"פ 6295/05 וקנין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2007); ע"פ 8146/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.9.2011). לעיון נרחב בכלל ובחריגיו, ראו עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

כמה רחב שיקול הדעת הנתון בדרך כלל בידי השופט היושב בדין לקבוע את ה"עובדות הצריכות לעניין" שבפניו.²³⁵ בשל ההקפדה שמקפיד המשפט המקובל הישראלי על שמירת הקשר ההדוק בין עובדות המקרה המסוים לבין ההלכה היאה לו,²³⁶ הנה לנו פתח נוסף דרכו יכול שופט בית המשפט הנמוך להימנע מהחלת הלכה אחת, תוך הובלת הניתוח להלכה האחרת או למסקנה שאין הלכה מוכרת שעובדות המקרה מתאימות לה.²³⁷ ידועה בהקשר זה אבחנתו של נשיא בית המשפט האמריקני צ'רלס אוונס יוז (Charles Evans Hughes), אשר קבע (בשנת 1931) בצניניות שזוהי תחינתו של אדמיניסטרטור מושחת: "Let me find the facts for

the people of my country, and I care little who lays down the general principles"²³⁸.

מה עוד יכולים לעשות בתי המשפט הנמוכים ברצותם לסכל כוונתו של בית המשפט העליון להכתיב מציאות משפטית מסוימת? קודם כל, הם יכולים "פשוט" לפסוק בניגוד להלכה; חזקה מכך, הם יכולים לעשות זאת אף במופגן, תוך שהם אווזים בקרני המזבח של עצמאותם השיפוטית.²³⁹ אך הם יכולים לנקוט טקטיקות סיכול עקיפות יותר. הם יכולים, למשל, לגרור רגליים: לדחות דיון, לקמץ זמנם בשמיעת עדות, להשהות מתן החלטות ועוד ועוד.²⁴⁰ אם להביא דוגמה מפורסמת במיוחד, כך נהגו בתי משפט נמוכים בארצות הברית לאחר שבית המשפט העליון הכריז חגיגית, קבל עם ועדה, שלא תחול עוד דוקטרינת ה-

235 לניסוח חריף במיוחד של סוגיה זו ראו את המקור הידוע הבא: JEROME FRANK, COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE (1972) (1949). ראו שם, למשל, בעמ' 75: "[...] in most cases the trial judges have an amazingly wide 'discretion' in finding the facts, a discretion with which upper courts, on appeals, seldom interfere, so that, in most instances this 'fact discretion' is almost boundless".

236 ביטוי קולע לכך ניתן באמירה שלפיה "בדרך כלל הסעד הולך לא רק אחרי הדין, אלא קודם כולו אחר העובדות [...]" בג"ץ 1759/94 סרוברג נ' שר הביטחון, פ"ד נה(1) 625, 628 (1994) (ההדגשה הוספה).

237 יש להבהיר, בהמשך לדברים האמורים לעיל בה"ש 232, כי פשיטא שאין מובלעת כאן הטענה שלפיה המשפט המקובל "באמת" שומר (או שהוא "יכול" – או צריך – לשמור) על הקשר הגורדי שבין עובדה לבין הלכה. לבחינה ביקורתית נוספת של הסוגיה ראו, למשל, DUNCAN KENNEDY, A CRITIQUE OF ADJUDICATION: FIN DE SIÈCLE 26–38 (1997). טענתי כאן פשוטה: בשל דרך הפעולה המוצהרת של שחקנים בכירים במסורת המשפט האנגלי – שבמסגרתה התקבעו הן החלוקה הנ"ל שבין עובדה לבין משפט והן חלוקת העבודה בין דרגות השיפוט השונות הנגזרות מחלוקה זו – נתון כוח רב בידי שופטי הערכאה הראשונה בקביעת עובדות המקרה. לאמור, החלוקה הדוקטרינרית דגן מצטרפת לטיעונים נוספים, שיחדיו מקנים לשופטי הערכאות הראשונות צידוק לגיטימי בהפעלת שיקול דעת רחב למדי בקביעת עובדות המקרה.

238 Chief Justice Charles Hughes, *Address Before Federal Bar Association in 1931*, N.Y. TIMES, FEBRUARY 13, 1931. אמירה זו מצאה את דרכה לפסיקה האמריקנית. ראו NLRB v. Curtin Matheson Scientific, Inc., 494 U.S. 775, 942 (1990).

239 אהרונסון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 92. כפי שמציין (שם) אהרונסון, נתונה בידי השופטים קמא גם האפשרות ליישם את הדין "תחת מחאה", תוך הפיכתה של מחלוקת משפטית הרוחשת בתוככי הרשות השופטת לפומבית. ראו עוד SAGY, *New Look at Public Law Adjudication*, לעיל ה"ש 22.

240 Jerry Beatty, *Reconsideration of Evidence: A Canon*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 50–55. כן ראו Jerry Beatty, *Rebuttal*, 7 VAL. U. L. REV. 197, 197 (1973); לעיל ה"ש 239.

separate but equal בחינוך הציבורי בארצות הברית.²⁴¹ בית המשפט העליון אמנם קבע הלכה ברורה למדי, אך דבר זה לא מנע מכמה שופטים פדרליים ממדינות הדרום, שתמכו בהפרדה גזעית, לנקוט טקטיקות שהיה שונות במטרה לעכב את יישום ההלכה.²⁴² אם לא די בכל זאת, ניתן לציין עוד, לקראת סיום חלק זה של הדיון, את שתי העובדות הבאות: ראשית, בתי משפט נמוכים יכולים להשפיע על סיכוייו של ערעור-שבשיקול-דעת (בישראל הכוונה היא לערעור ברשות) להישמע על ידי הערכאה הבכירה יותר לפי האופן שבו הם מנמקים את החלטתם²⁴³ (למשל, האם עולה מפסק הדין כי השופטת קמה הסתמכה על הלכה שנויה במחלוקת או שמא פסק דינה מנוסח כמבוסס בחלקו המכריע על ממצאים שבעובדה?); שנית, לעתים האשם בכך ששופטי בתי המשפט הנמוכים אינם הולכים בנתיב שהותווה בפסיקת בית המשפט העליון נעוץ בשופטי בית המשפט העליון עצמם. בין הגורמים המצויים באופן מובהק בשליטת אלה האחרונים והעלולים להערים קשיים על יכולתם להכווין את התנהגות הערכאות שמתחתיהם,²⁴⁴ ניתן למנות לשם המחשה את אלה: היעדר לכידות הלכתית בקרב שופטי בית המשפט העליון²⁴⁵ וחוסר ודאות באשר לכיוונה של הפסיקה,²⁴⁶ חוסר בהירות בהגדרת ההלכה²⁴⁷ וחוסר דבקות מספקת של בית המשפט העליון עצמו בעקרונות התקדים המחייב.²⁴⁸

- 241 היה זה, כמובן, בפרשת *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
 242 ראו *Canon*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 50–55. לדיון נוסף בפרשה זו ובדוגמאות מפורסמות נוספות מהפסיקה האמריקנית, ראו שם; *Murphy, Lower Court*, לעיל ה"ש 105; וכן *EARLY*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 64–69. כן ראו, בהקשר הרחב יותר של אכיפת פסיקת בית המשפט העליון, למשל, *Wasby*, לעיל ה"ש 107.
 243 ראו עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209, בעמ' 230 ו-253; *Murphy, Lower Court*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1018. ראו עוד בהקשר האמריקני, בין היתר, *Note, Evasion of Supreme Court Mandates in Cases Remanded to State Courts Since 1941*, 67 HARV. L. REV. 1251 (1954); *Ronald Schneider, State Court Evasion of United States Supreme Court Mandates: A Reconsideration of the Evidence*, 7 VAL. U. L. REV. 191 (1973), לעיל ה"ש 20, בעמ' 986–990.
 244 תיתכנה כמובן סיבות רבות, שאינן בשליטתו של בית המשפט העליון, שבגינן לא תזכנה החלטותיו להכרה מספקת מצדן של ערכאות נמוכות יותר (ומצדן של זרועות הרשות המבצעת). למשל, ייתכן שהחלטה אשר תפורסם בעת משבר לאומי לא תזכה לתשומת לב מספקת. לתפריט מקיף של סיבות כגון זו, ראו *Wasby*, לעיל ה"ש 107. כן ראו כללית *EARLY*, לעיל ה"ש 12, למשל, בעמ' 169–174.
 245 ראו, למשל, *Murphy, Lower Court*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1018, ה"ש 3. כן ראו דויטש, לעיל ה"ש 35, בעמ' 169–174.
 246 *Canon*, לעיל ה"ש 41, בעמ' 63–65; שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון", לעיל ה"ש 15. דוגמה ישראלית ידועה במיוחד בהקשר זה נגעה לסוגיית "העד השותק" ועמדתו של השופט אלון ביחס אליה. ראו ע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221, 268–272 (1991). לדוגמה עדכנית יותר, ראו, למשל, הילה רו "לתביעות לשון הרע דרוש: קו אחיד בפסקי הדין" *TheMarker* 19.3.2013 1.1969881 www.themarker.com/law/1.1969881.
 247 ראו מגן, לעיל ה"ש 202, בעמ' 332–333, 336–340; יהושע ויסמן "על מצוות 'עשה' ועל 'מצוות לא תעשה' בכתובת פסקי דין" *עלי משפט* ט 307 (2011); שנוור, לעיל ה"ש 29. כן ראו, למשל, *Wasby*, לעיל ה"ש 107, בעמ' 1087, 1101–1103; *Carolyn Shapiro*, לעיל ה"ש 167, בעמ' 334.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

להשלמת התמונה יש להוסיף כי ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם העובדה שהחלטת בית המשפט העליון אינה מנחה בצורה חד-משמעית את בית המשפט קמא אינה תוצאה של תקלה מצערת, אלא יש היגיון בצדה. ומהו אותו היגיון? ניתן להביא בהקשר זה את שתי התזות הבאות: לפי התזה הראשונה, ייתכן שבית המשפט העליון בוחר לעתים לנסח את הוראותיו לבתי משפט קמא בלשון רחבה, על מנת לאפשר את ביטויים של לחצי התנגדות הסובבים במערכת השפיטה ואת שחרורם. לפי גישה זו, לשון עמומה של בית המשפט העליון בדברו אל שופטי הערכאות השונות משולה לעתים להתקנתו של שסתום ביטחון במערכת השפיטה; שסתום זה מאפשר לבתי משפט נמוכים להביע בצורה מבוקרת גישות שונות מגישתו של בית המשפט העליון ביחס לשאלות משפטיות מסוימות.²⁴⁹ לפי התזה השנייה, ניתן לומר שכישלוננו של בית המשפט העליון להתאחד סביב הלכה ברורה בסוגיה מסוימת כאילו מסמן לשופטים קמא "אזור סובלנות"²⁵⁰ שבתחומו הם יכולים, ואולי אף מצופים, לגלות מידה של יצירתיות; מיצירתיות זו יכולים ליהנות מתדיינים אחרים, ואף בית המשפט העליון עצמו יכול להסתייע בה בהתמודדותו עם הסוגיה שעל הפרק.²⁵¹

יש לקוות שדי באמור עד כה²⁵² כדי לשכנע כי אף אם בית המשפט העליון טורח (במודע) להוביל את בתי המשפט האחרים בנתיב פסיקתו, הדבר אינו מובטח כלל, בעיקר כיוון שבידי בתי המשפט הנמוכים מצויים פתחי מילוט רבים וחשובים ללכת דרכם, כדן, אם רצונם "לברוח" מעולו של תקדים.²⁵³

רלוונטית בהקשר זה היא השאלה האם הלכת בית המשפט מנוסחת כ"סטנדרט" או כ"כלל". ראו לעיל ה"ש 228; Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 U. CHI. L. REV. ; 1175 (1989).

248 ראו את המאמר המפורסם Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Influence of Stare Decisis on the Votes of United States Supreme Court Justices*, 40 AM. J. POL. SCI. 971 (1996), שערור דיון נרחב. ראו, למשל, Saul Brenner & Marc Stier, *Retesting the Segal and Spaeth's Stare Decisis Model*, 40 AM. J. POL. SCI. 1036 (1996).

249 ראו Murphy, *Lower Court*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1018. יש לציין כי ברקע דבריו אלה של מרפי עמדה הטלתה העזה שעברה מערכת המשפט בארצות הברית (בעיקר בדומה) לאחר החלטת בית המשפט העליון בפרשת *Brown* הנודעת, שנוכרה למעלה. ראו שם ולעיל ה"ש 240–241. כן ראו להלן ה"ש 277 והטקסט לידה.

250 ראו Scalia, לעיל ה"ש 247, בעמ' 1186.

251 ראו הולצמן-גזית, לעיל ה"ש 144, בעמ' 368–370; Pauline Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 572–575. כן ראו, בהקשר של הדיון האמריקני (שם מקובל רעיון ה-"percolation"), למשל, Bhagwat, לעיל ה"ש 20, בעמ' 979, 981; Carolyn Shapiro, לעיל ה"ש 167, בעמ' 331–332. פרשנות נוספת של מצב דברים זה היא שבית המשפט עשוי לקבוע הלכה בעלת שוליים פרוויזורים לנוכח אופוזיציה "לעומתית" בבתי המשפט הנמוכים, זאת בתקווה לשדל את אלה האחרונים לפסוק בתחומיה הרחבים של ההלכה. ראו McNollgast, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1634. כפי שנראה להלן, אני מכנה התנהגות מסוג זה שנוקט בית המשפט העליון התנהגות "קואופטיבית". ראו להלן טקסט ליד ה"ש 261.

252 עליו ניתן להוסיף עוד. ראו Sagy, *New Look at Public Law Adjudication*, לעיל ה"ש 22.

253 יש להזכיר שוב בנקודה זו כי עדיין נמשך הוויכוח בשאלה עד כמה יש בכוחו של עקרון התקדים המחייב, הלכה למעשה, כדי להגביל את שיקול דעתם של בתי משפט נמוכים. כך, בכל מקרה, בארצות הברית: ראו לעניין זה שוב את האמור לעיל בה"ש 200, וכן, למשל, Songer et al., לעיל

לבסוף, עליי להעיר כבר עתה, בטרם נעבור לחלקו הבא של המאמר, כי אין להסיק מהאמור כאן שבית המשפט העליון נעדר כל יכולת להכווין את מהלכי בתי המשפט האחרים (או שנטייתם הטבעית של שופטים הנה להפר את עולו של תקדים).²⁵⁴ נראה שכוחו רב לו לעשות כן, כך אף מבלי להידרש לאמצעים משמעותיים.²⁵⁵ הוא יכול, לדוגמה, לבקר (בעת הדיון או בפסק הדין) בנימה חריפה את השופט ה"סורר", אולי אפילו תוך הצבעה (פומבית) על הטעויות שבהם לקה ניתוחו המשפטי.²⁵⁶ חלקו הבא של המאמר מצביע על שורה של אמצעים ארגוניים שיש בידו לנקוט לשם כך. אך עוד לפני שנגיע לכך, יש לציין זאת: יש לזכור כי במקרה הרגיל יש אינטרס משותף – גם אם עוצמתו עשויה להיות שונה עבור ערכאות שונות ושופטים שונים – לשמור על מעמדה הציבורי של הרשות השופטת.²⁵⁷ ובכל זאת, הדיון

ה"ש 170, Jacobi & Tiller, לעיל ה"ש 5; Frank Cross, *Appellate Court Adherence to Precedent*, 2 J. EMPIRICAL L. STUD. 369, 398–405 (2005). ומהו מצב הדברים בישראל? אין לדעת, שכן למרבה הצער טרם נערכו מחקרים שבדקו את מידת הסטייה של בתי משפט נמוכים בארץ מפסיקת בית המשפט העליון. לראשית ראייה בנדון, ראו Eisenberg et al., לעיל ה"ש 176, בעמ' 720.

254 כך, למשל, סביר להניח שאותו חינוך משפטי אשר לימד את השופטת את דרכי האבחון של הלכות (ראו לעיל ה"ש 224 והטקסט לידה) הוא שהשריש בה את התפיסה בדבר חשיבותם של תקדימים, כמו גם תפיסות מקובלות של האופן שבו עליה לנהוג כשופטת. כן יש להניח שההליך של ברת המועמדים לשפיטה (לדיון בהליך זה, ראו שטרית "תהליך מינוי שופטים", לעיל ה"ש 30) מוסיף נדבך נוסף לתהליך הממושך, שבמסגרתו במקרה הרגיל נבררים לשפיטה מי שמקבלים על עצמם תפיסות אלה. לניסוח מוצלח של תובנה זו, ראו את הדברים שכתב בנדון שופט ומלומד אמריקני מפורסם במיוחד: Posner, לעיל ה"ש 186, בעמ' 26–29. כן ראו Epstein & Knight, לעיל ה"ש 186, בעמ' 163–164, אך ראו גם McNollgast, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1666. חובה עליי להזכיר כאן שתובנה זו הנה אחת מתובנות היסוד של הגישה המוסדית החדשה, הנזכרת לעיל בחלק ב.3(ג)2 של המאמר. ראו בדומה לכך את האמור לעיל בה"ש 200, וכן Kim, לעיל ה"ש 159, בעמ' 573–575.

255 ראו לעיל ה"ש 187 והטקסט לידה.

256 Murphy, *Lower Court*, לעיל ה"ש 105, בעמ' 1030–1031. כן ראו PERRY, לעיל ה"ש 139, בעמ' 267–277, Baum; לעיל ה"ש 51, בעמ' 213; שלמה לוין "איי-תלות שיפוטית – מבט כלפי פנים" עיוני משפט כט 5, 11 (2005). נראה, שמקרים אלה נדירים בישראל. למקרים, חלקם דרמטיים פחות, שבהם הביע בית המשפט העליון ביקורת נוקבת על שופטים קמא, ראו, למשל, פרשת וורביצ'יק, לעיל ה"ש 213; ע"א 256/57 אפלבוים נ' בן-גוריון, פ"ד יד 1205 (1960); ע"א 6095/00 מדינת ישראל, משרד הפנים נ' ח'באוי, פ"ד נה(2) 1 (2000); בש"פ 10928/03 ג'פרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2003); בר"ם 3186/03 מדינת ישראל נ' פלונית, פ"ד נח(4) 754, 766–768 (2004); פרשת ספיר, לעיל ה"ש 35; פסקי הדין הנזכרים לעיל בה"ש 168. כן ראו זכריה כספי "על הזכות לטעות" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 21, 22 (1995); "ריאיון עם השופט יצחק שילה" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 28, 35, 41 (1998). לדוגמאות מארצות הברית, ראו, למשל, Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 519 (1978); Bhagwat; לעיל ה"ש 20, בעמ' 979–978. ראו Carp & Wheeler, לעיל ה"ש 103, בעמ' 375–376; EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 174–175; 257 אך ראו גם Bueno de Mesquita & Stephenson, לעיל ה"ש 12, בעמ' 757. כן ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 89.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

דלעיל מלמד על חלק מהמגבלות, מהבחינה הארגונית, שעשויות לחול על יכולתו של בית המשפט העליון לעשות כן.

2. כלי הניצוח: כוחות צנטריפטיים

מהי מסקנת הדברים? האם נחרץ על הרשות השופטת להיקרע לגזרים, בשל כוחות צנטריפוגליים הפועלים בתוכה פנימה? דומה שהאופן שבו אנו תופסים את מערכת בתי המשפט בישראל אינו עולה בקנה אחד עם הערכה זו.²⁵⁸ אם כן, מה מונע את התפוררותה של מערכת זו? להלן מוצגות כמה פרקטיקות הנקוטות באופן תדיר בידי בית המשפט העליון, שופטיו ונשיאו, מתוך כוונה להציע שהן משקפות, בין השאר, ניסיונות להשלטתה של רמת אינטגרציה סבירה בקרב בתי המשפט באופן הנראה רצוי לבית המשפט העליון. הדיון בוודאי אינו ממצה. הוא נועד רק להצביע על כיווני מחשבה פוריים אפשריים.

(א) אזרחות טובה וגאוות יחידה

אם כך, טוב יעשה בית משפט עליון החפץ להנהיג את הרשות השופטת באופן אפקטיבי אם יקפיד על נקיטתם של צעדים מקדמי "אזרחות טובה"²⁵⁹ בקרב ציבור השופטות והשופטים, כלומר צעדים אשר סביר שיקדמו שיתוף פעולה חיובי, וולנטרי ואקטיבי מצדם של כלל השופטים.²⁶⁰ ניתן לכנות מדיניות שיפוטית זו "מדיניות קואופטיבית" (co-optive), כלומר מדיניות מטמיעה או מדיניות מקדמת-שיתוף-פעולה.²⁶¹ כפי שראינו, חלק נכבד מהספרות

258 ראו, בהקשר האמריקני, למשל, Songer et al., לעיל ה"ש 170, בעמ' 693.

259 ראו לעיל ה"ש 118.

260 פאולין קים טוענת כי "[The Supreme Court] must procure [the lower courts'] cooperation in applying its precedents to create a coherent body of rules" לעיל ה"ש 159, בעמ' 573. יש להדגיש שבדומה לכותבים האחרים שיאזכרו מיד, קים אינה מפתחת את הטענה ואינה כוללת אותה במבנה התאורטי הרחב יותר המוצע במאמר זה. ראו בדומה Bhagwat, לעיל ה"ש 20, למשל, בעמ' 986; Arthur D. Hellman, *The Shrunken Docket of the Rehnquist Court*, 1996 Sup. Ct. Rev. 403, 436-437. השוו לאמור אצל McNollgast, לעיל ה"ש 9, בעמ' 1633. ראו שימוש דומה אצל Selznick, *Foundations*, לעיל ה"ש 55, מעמ' 33 ואילך, שם מוגדר המונח (שהנו, כנטען שם, "a defensive mechanism") באופן הבא: "Cooptation is the process of absorbing new elements into the leadership or policy-determining structure of an organization as a means of averting threats to its stability or existence" כן ראו את דיונו המקיף יותר במושג: SELZNICK, לעיל ה"ש 102, בעיקר בעמ' 13-16, 259-261. כפי שנראה, אני עושה שימוש נרחב יותר במונח, על מנת לציין מגוון רחב יותר של צעדים אשר מטרתם לקדם התנהגות ארגונית, שראשי הארגון חפצים ביקרה, מצד אנשי הארגון. דומני שההבדל בין סלזניק לביני נובע מכך שהרעה המרכזית שעמה מתמודדים הארגונים אשר אנו מתארים שונה בחריפותה: עבור סלזניק קואופטיבית נועדה להתמודד עם חשש לפגיעה קשה ביכולתו של הארגון לפעול, למשל, חסר בלגיטימציה של ההנהגה מצד אלה הכפופים לה. לעומת זאת, אני מתייחס להתנהגות כ"קואופטיבית" גם במקרים שבהם הקושי שעמו מתמודדת ההנהגה (בית המשפט העליון) אינו כה חמור; בכל מקרה, בוודאי אין הכרח שהוא יגיע עד כדי היעדר לגיטימציה מצד הכפופים להנהגת הארגון (שופטים של בתי משפט קמא). בנייתו שלי, מקור הקושי מבחינת ראשי הארגון הוא בכללי הפעולה של הארגון, אשר מותירים פתחים רבים לחמיקה "לגיטימית"

השייכת לפרדיגמה החברתית (ולתחום הרחב של הפסיכולוגיה הארגונית) מוקדש לבחינתן של דרכים שמטרתן השגת יעד זה בארגונים ציבוריים ופרטיים שונים.²⁶² במעבר לענייננו, ניתן להעריך שלצעדים העשויים להחדיר בקרב כלל ציבור השופטים תחושה של שותפות במשימה – "גאוות יחידה" – יש חשיבות רבה בהקשר זה. תחושה זו עשויה להגביר את נאמנותם של שופטי הדרגות השונות לרשות השופטת ולשופטים העומדים בראשה ולהחדיר בקרב כלל השופטים מידה של פטריוטיזם, קרי מחויבות לתפקידם התובעני ומוסר עבודה גבוה.²⁶³ ניתן לחשוב על דוגמאות מספר ליישומה בפועל של מדיניות זו. המשותף לדוגמאות אלו היא ההכרה שהאינטראקציה בין שופטי הערכאות השונות אינה מושפעת רק מהחלוקה ההיררכית ביניהם אלא גם מגורמים נוספים. למשל, מעמדם החברתי של השופטים השונים וההערכה המקצועית הכללית כלפיהם, אשר מובן שאינם חייבים לחפוף את החלוקה ההיררכית-ארגונית ביניהם.²⁶⁴ מכאן שניתן לראות כקואופטיביים צעדים אשר מטרתם לקדם תהליכי חברות בקרב שופטים בני אותה דרגת שיפוט ומדרגות שיפוט שונות, הנעשים בעידודם של בית המשפט העליון ושופטי מפתח נוספים במערכת.²⁶⁵ להלן כמה דוגמאות אפשריות: מינוי לכהונה בפועל בערכאה גבוהה;²⁶⁶ קידום מעמדו של השופט בתוך הערכאה שבה הוא

מתכתביהם. מכאן שבאופן ממוצע, ובהשוואה לניתוח האמור של סלזניק, בתיאור שלי הנהגת הארגון אולי עשויה לערוך שימוש תדיר יותר בטקטיקות קואופטיביות, אם כי – שוב, בממוצע – הסכנה העומדת לנגד עיניה בנוקטה אותן חמורה פחות. מכך לא נובע בהכרח, כמוכח, שהשפעותיה הארגוניות של התנהגות קואופטיבית מצדה של הנהגת הארגון, שאתן מציין סלזניק, אינן חלות גם במקרה שבו עוסק מאמר זה. ראו להלן ה"ש 281 והטקסט לידה.

262 ראו, למשל, Selznick, *Foundations*, לעיל ה"ש 55, וכן לעיל הטקסט ליד ה"ש 124–125.

263 ראו, למשל, את דברי הנשיא ברק בע"פ 344/99 בשן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 599, 611 (1999) ("כל שופט היושב לדין צריך להיות מודע לכך שאותה עת הוא עצמו וכל מערכת המשפט עומדים לדין"). כן ראו כלל 7(א) לכללי אתיקה לשופטים, הקובע כך: "אלה יאפיינו שופט בתכונותיו ובאורחותיו: יושר לב, טוהר מידות ומסירות לתפקיד. שופט יימנע ממעשים שאינם הולמים מעמדו של שופט או העלולים לפגוע בדימויה של מערכת השיפוט". אכן, נראה כי כללים מסוג כלל 7 הנ"ל, שמטרתם לבודד את השופטים מסביבתם הפיזית והאנושית, כמו גם אמצעים ארכיטקטיים שונים התומכים בכך, עשויים לתרום להנחלתה של גאוות יחידה ומחויבות ארגונית בקרב כלל ציבור השופטים. על האמצעים לבידודם של השופטים, ראו, למשל, אביגדור פלדמן "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית המשפט" תיאוריה וביקורת 1, 143 (1991), ולהלן ה"ש 273.

264 ראו Posner, לעיל ה"ש 186, בעיקר בעמ' 14–15, והשוו לאמור אצל Tschan, לעיל ה"ש 101, בעמ' 148–151; DiMaggio & Powell, לעיל ה"ש 28, בעמ' 154. כדוגמה מפורסמת במיוחד ניתן לציין כאן את הכבוד הרב שהקהילה המשפטית האמריקנית כולה רחשה לשופט לרנד הנד (Learned Hand), אף על פי שלא מונה לבית המשפט העליון של ארצות הברית. ראו, למשל, Michael Boudin, *The Master Craftsman*, 47 STAN. L. REV. 363 (1995).

265 EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 76–77, 97–99. כן ראו Rosen-Zvi, לעיל ה"ש 29, בעיקר מעמ' 788 ואילך. ראו עוד המקורות הנוכחים לעיל בה"ש 137–138.

266 לפי נוסח ס' 10 לחוק בתי המשפט, מינוי לכהונה בפועל אמנם נעשה על ידי שר המשפטים, אך נדרשת לשם כך גם הסכמתו של נשיא בית המשפט העליון (והסכמת המועמד). לדין מקיף במינויים בפועל לבית המשפט העליון, ראו זלצברגר, לעיל ה"ש 35. השוו ל-Goldberg, לעיל ה"ש 134, בעמ' 435–436.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

מכהן על דרך מינויו כסגן נשיא או כ"שופט בכיר"²⁶⁷; יצירת מסגרות ארגוניות שונות (כאמור, ביוזמת שופטים בכירים או בהנהגתם) שבמסגרתן השופטים כולם פועלים יחדיו, לדוגמה, למען קידום של תנאי עבודתם או לשם רכישת ידע רלוונטי לעיסוק השיפוטי;²⁶⁸ מיסודו וקיומו של כתב עת של כלל חברי הרשות השופטת,²⁶⁹ שבמסגרתו אין ניתנת עדיפות, בוודאי

267 ראו ס' 35 (ב) לחוק בתי המשפט; "אמות מידה למינוי שופט בכיר" הוראת נוהל של מנהל בתי המשפט 6-09 (2010); הודעת משכורת נושאי משרה שיפוטית, התשע"ג-2013, ק"ת 749; "ריאיון עם הנשיא דן ארבל" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 11, 14, 21 (1995); ענת רואה "כך זוכים שופטים לתוספת של אלפי שקלים בחודש – בלי שקודמו בתפקיד" כלכליסט 14.6.2009 www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3304885,00.html

268 כפי שהזכיר שר המשפטים בשנת 1952 (חיים כהן) באחת משיבות ועדת החוקה, חוק ומשפט, "עוד בשנת 1949 התארגנו השופטים בארגון מקצועי ובחרו נציגות שלהם [...] בבחירות דמוקרטיות [...]". פרוטוקול ישיבה מס' 42 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-6 (27.8.1952), גנוך המדינה, תיק 72/3, ישיבה מיום 27.8.1952, עמ' 6. לאופן התאגדותם כיום של השופטים, ראו מיכה לינדנשטראוס "על נציגות השופטים בישראל" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 28, 90 (1998). כן ראו לוריא, לעיל ה"ש 31, בעמ' 109–111, שם נדונה ההיסטוריה הקצרה של "מועצת שופטים", שהקים הנשיא שמגר (במקביל לנציגות השופטים), אך שפעולתה פסקה עם פרישתם של שופטי בתי המשפט המחוזיים ממנה בשל רפורמה רחבה במבנה הרשות השופטת, שיזם הנשיא. לרפורמה, ראו הצעת חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) והצעת חוק השפיטה (הוראות מעבר), התשמ"ח-1988, ה"ח 206. לתגובות לה, ראו משה בורנובסקי ורון לחמן "סקר עמדות עורכי-דין ושופטים בסוגיית הרפורמה בבתי-המשפט" מחקרי משפט ח 139 (1990); משה טלגם "מורה נבוכים" בסוגיית הרפורמה במבנה בתי-המשפט" מחקרי משפט ח 9 (1990); יהושע גרוס "חלוקת הסמכויות והקטנת העומס בבתי-המשפט" מחקרי משפט ח 97 (1990); משה טלגם "הרהורים על מועצת השופטים" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 8, 21 (1995).

מעניין להביא כאן, בהקשר זה, את הדברים הבאים שנכללו בחוות דעתה של ועדה בראשות הנשיא בדימוס לנדוי, אשר הוקמה על ידי הנשיא שמגר לבחינת נושא האתיקה המקצועית של שופטים: "בידי מי יש להפקיד את הסמכות להדריך את כלל השופטים [...] באותם מקרים שבהם אין לכאורה עילה לאישום משמעתי? כבר רמזנו לעיל שהנושא כולו שייך לתחום האוטונומי של הרשות השופטת שבו היא צריכה "לנצח על עצמה" ולעשות לביתה. משום כך הברירה היא לדעתנו בין הפקדת הסמכות בידי נשיא בית המשפט העליון לבדו או יחד עמו בידי גוף שנקרא לו בשם "המועצה לאתיקה השיפוטית". אנו מעדיפים את החלופה השניה מבין שתיים אלה, והטעם לדבר ששיתופם של שופטים אחרים – ואנו מציעים שיהיו אלה שופטים מכל שלוש הערכאות – יוסיפו למשקל המוסרי של ההוראות שתנתנה, כי הן לא תיכפינה על כלל השופטים "מלמעלה", כי אם תשקפנה את דעותיהם של כל הערכאות – כל ערכאה וזוית הראיה שלה". "דין וחשבון הוועדה לאתיקה מקצועית של שופטים" ספר לנדוי כרך א – כתבים 250 (אהרן ברק ואלנינער מזוז עורכים, 1995) (ההדגשות הוספו). השופט מלץ מציין ביחס לוועדה הנ"ל כי "הרכבה [...] היה מעניין שלעצמו שכן היו שופטים מכל שלוש הערכאות: נשיא בדימוס של ביהמ"ש העליון (לנדוי), שופט מחוזי (ולנשטיין) ושופט שלום (סיון)". יעקב מלץ "אתיקה שיפוטית" ספר לנדוי כרך א – כתבים 618 (אהרן ברק ואלנינער מזוז עורכים, 1995). כן ראו טלגם "הרהורים על מועצת השופטים", שם, בעמ' 9–10, Rosen-Zvi; לעיל ה"ש 29, בעמ' 791.

269 ראו את החוברות השונות של כתב העת הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל. כך, למשל, בגיליון אחד נכתב מפי המערכת כי נכללים בעלון [...] הגיגים והרהורים משולחניו של נשיא ועד מכתבת השופט הטירון; מן הדרגה השיפוטית הגבוהה ועד לדרגה הנמוכה" (הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 31, 1, 2 (2001)); ובגיליון קודם כתבה המערכת, כי "העלון צריך לשמש, ראש וראשונה, אמצעי להבעת דעה, מפי שופטים, בסוגיות של ניהול ודרכי פעולה,

לא עדיפות פורמלית, לשופטי בית המשפט העליון;²⁷⁰ ביקורי שטח של שופטי בית המשפט העליון בבתי משפט שונים ברחבי הארץ;²⁷¹ הדיבור הרווח בקרב שופטים בכירים על כלל השופטים כעל בני "משפחה" אחת,²⁷² כמו גם אמצעים רטוריים דומים, אשר מבקשים לשכנע בקיומם של יסודות נעלים המתקיימים בשופטים והמבחינים אותם מהציבור הרחב בכלל ומציבור עורכי הדין בפרט.²⁷³

ייתכן שניתן לכלול במסגרת זו גם את שתי הקטגוריות הבאות: ראשית, העטרת כיבודים שונים על שופטים (מכהנים או בדימוס), בעיקר בדמות מינויים לכהונה, למשל, בוועדות שונות

- אמצעי פעולה, דרכי קבלת החלטה, אינטראקציה בין שופטים ובין ערכאות אמצעי בקרה וביקורת, השתלמות והרחבת אופקים, מבט לעולם הרחב וכל כיוצא באלה" (הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 30, 1 (2000)); כן ראו להלן ה"ש 272.
- 270 השוו לניתוח (הביקורת) המפורסם שנערך אצל ארווינג גופמן על מאפייני המוסדות הטוטליים 104–102 (אורי רם עורך, מעין זיגדון מתרגמת, 2006).
- 271 ראו על כך, למשל, אצל יצחק אולשן דין ודברים – זיכרונות 225 (1978); יעקב אבי וברוך טירקל "עיני העדה" הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 22, 25, 29 (1995) (על נשיאותו של הנשיא שמגר). ניתן לדמות ביקורי שטח שכאלה לטכניקה הידועה בספרות הארגונים כ-"Management By Walking Around (MBWA)". לדיון ביקורתי בכך, ראו MARTIN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 30 ו-72.
- 272 ראו, למשל, דברי הנשיא אהרן ברק בטקס מינוי שופטים בבית הנשיא: "השפיטה כצורת חיים" News 1 מחלקה ראשונה 19.5.2005 www.news1.co.il/Archive/003-D-10297-00.html; דברי הנשיאה בניש, שלפיהם "[...] עלון [השופטים] נועד לאפשר לשופטים לחלוק מידע בנוגע לאירועים, חוויות והתלבטויות שמלווים את חיי היום-יום שלנו, והופכים אותנו למשפחת שופטים אחת". הרשות השופטת – עלון השופטים בישראל 32, 9 (2003). ראו גם Carp & Wheeler, לעיל ה"ש 103, בעמ' 389. מאמציו של בית המשפט העליון להנחיל תחושה משפחתית בקרב כלל ציבור השופטים ראויים לדיון מלא יותר. דיון כזה צריך לכלול, בין השאר, את שני אלה: (1) תיאור צעדים שונים שעושים שופטי בית המשפט העליון, העשויים לסייע בביסוסה של תחושה שכזו. במסגרת זו ייכללו, למשל, תגובות פומביות של נשיאי בית המשפט העליון על (מה שנתפס בעיניהם כ) מתקפות בלתי ראויות על שופטים בכלל ועל שופטי הערכאות הנמוכות בפרט. לשתי דוגמאות לכך, ראו אצל רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 103–107; אולשן, לעיל ה"ש 271, בעמ' 238–247. (2) דיון ביקורתי בשימוש הרווח במטפורת ה"משפחה" בקרב ארגונים: ראו MARTIN, לעיל ה"ש 72, בעמ' 34, 76–77, 125; קונדה, לעיל ה"ש 81, למשל, בעמ' 93; אלון עידן "בני היקר, אתה מפורט" הארץ – מוסף הארץ 18.11.2012 www.haaretz.co.il/magazine/ 1.1865469.theword/1.1865469.
- 273 ראו, למשל, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 782 (1993), שם נאמר כך: "חינוכו, ניסיונו והתרבות השיפוטית בה הוא [השופט – י"ש] חי הפנימו בו את ערכי העצמאות, אי התלות והיכולת להבחין בין ההשקפה האישית לבין דרישות התפקיד. אין כשופט המקצועי, המודע למגבלות המוטלות עליו בחברה דמוקרטית". כן ראו את הדיון המפורט והמרתק הנערך אצל Rosen-Zvi, לעיל ה"ש 29 (תיאור תהליך היסטורי שבמסגרתו החל משנות השבעים מקדם בית המשפט העליון זהות מקצועית ייחודית לבתי המשפט, הנבדלת מזהותם המקצועית של ציבור עורכי הדין); רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 64–66, 74–75, 96. לסקירה כללית על אודות כוחן – "החוצה" (כלפי ההדיוטות) ו"פנימה" (כלפי החברים למקצוע) – של טענות מומחיות והתמקצעות בחברה המערבית, ראו Sharma, לעיל ה"ש 159, בעמ' 763–766, ובהרחבה MAGALI S. LARSON, THE RISE OF PROFESSIONALISM: A SOCIOLOGICAL ANALYSIS (1977).

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

או בתפקידים פרה-שיפוטיים ששכר נאה ו/או יוקרה רבה בצד; ²⁷⁴ שנית, קיומם – ואולי אף עידוד של שופטים בכירים לקיומם – של "שסתומי ביטחון" מערכתיים, שמטרתם לאפשר שחרור מבוקר ומקובל של לחצי ביקורת הרוחשים בקרבם של שופטים קמא על בית המשפט העליון. ²⁷⁵ כך, למשל, מאמר ביקורת מלומד בכתב עת אקדמי והרצאה אקדמית בעלות אופי דומה, אשר לעתים נדמה שראשי המערכת ממש מעודדים אותה, ²⁷⁶ נותנים פתח להשמעתה של ביקורת פומבית על פסיקת בית המשפט העליון (מבלי שהשאלה אם לקיים את ההוראה האופרטיבית הגלומה בה מונחת על הכף, בדרך כלל). ²⁷⁷ ככל שמקובל במערכת השיפוט הישראלית להשמיע ביקורת (מנומסת) מסוג זה גם בפסק הדין או באולמה של ערכאה קמא, ²⁷⁸ הרי שניתן להעריך כי גם פרקטיקה זו עשויה לסייע ב"שחרור קיטור" מצד בתי המשפט הנמוכים. ²⁷⁹ יש סיבה להניח שבדומה לסיטואציות מקבילות, גם כאן קיומן של פרקטיקות מהסוג הזה והסובלנות המופגנת כלפיהן אינן אלא עדות לעוצמתו של הארגון. ²⁸⁰ ככל מקרה, יש להן היבט קואופטיבי ברור.

(ב) השפעה על הדין המהותי?

מעניינת במיוחד היא השאלה אם הפריזמה התאורטית המוצגת במאמר זורה אור חדש על תוכן של דוקטרינות יצירות-פסיקה. ²⁸¹ במילים אחרות: האם ניתן להסביר (גם) באמצעותה

- 274 ראו, למשל, ס' 4 לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968. באופן כללי ראו בן ארי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 132.
- 275 ראו Murphy, Lower Court, לעיל ה"ש 105.
- 276 ראו, למשל, את הערת הפתיחה של השופט גולדברג, נשיא בית הדין לעבודה דאז, במאמרו הנזכר, לעיל בה"ש 18. כן ראו גיא קלס "אוניברסיטה בגלות: ההיסטוריה של החינוך המשפטי בעשור הראשון למדינה" משפטים מא 605, 658 (2011); כלל 30 לכללי אתיקה לשופטים ("שופט רשאי לפרסם ספרים שכתב ומאמרים בביטאונים מקצועיים").
- 277 ראו, לדוגמה, רון שפירא "מערערים על המוסכמות" עורך הדין 19, 58 (2013); מנחם (מריו) קליין "הצעה לשימוש בנוסחה מדעית לצורך חישוב אריתמטי של פסק דין לפי סעיף 79א(א) לחוק בתי המשפט" אתר המשפט הישראלי /sada/fileprint.asp?FileName=www.psakdin.co.il/public/art_cceh.htm. כן ראו Bhagwat, לעיל ה"ש 20, בעמ' 980-981.
- 278 אך ראו את ההפניות המופיעות לעיל בה"ש 215.
- 279 ראו לעיל ה"ש 249 והטקסט לידה. ראו עוד, למשל, פרשת סילבר, לעיל ה"ש 225, בעמ' 1660. אינני טוען כמובן כי זוהי הפונקציה היחידה, ואף לא בהכרח המרכזית, של פרקטיקה שכזו, אם היא אכן מתקיימת במערכת השיפוט בישראל.
- 280 השוו לגופמן, לעיל ה"ש 270, בעמ' 113.
- 281 יש לציין, בהמשך לאמור לעיל בה"ש 261, כי אחת מתובנותיו החשובות של סלזניק הייתה שיוזמות קואופטיביות משנות את אופיו של הארגון הנוקט אותן. ראשית, הן עשויות להוביל לשינוי אופייה של הנהגת הארגון – שינוי העשוי במקרים מסוימים לעלות עד כדי הרחבתה של שכבת ההנהגה של הארגון (בשל הטמעת גורמים חדשים לתוכה). שנית ובהמשך לכך, לדבריו, קואופטיביות משפיעה על אופן תפקודו של הארגון, כיוון שיש בה כדי לצמצם את מרחב שיקול הדעת הפתוח בפני הנהגת הארגון. ראו SELZNICK, לעיל ה"ש 102, בעיקר בעמ' 15-16. תובנות אלה נשמעות משכנעות לא רק על רקע ניתוחו המפורט של סלזניק, אלא גם על רקע פרקטיקת המשטר הקואליציוני הנוהג בכנסת ובממשלה בארץ. יהיה מעניין לבחון לעומק את מידת

את התוכן המסוים שניתן להלכות שנקבעו בפסיקת בית המשפט העליון?²⁸² במיוחד מעניין להצביע במסגרת זו על צדדיהן הקואופטיביים של דוקטרינות משפטיות מסוימות שלפסיקה היה תפקיד חשוב בעיצובן.

אני מבקש כעת לצעוד צעדים ראשונים בכיוון החקירה המוצע. לפיכך, אסתפק בהצגת כמה קטגוריות של מקרים, שלהערכתי ההלכות החלות במסגרתן משקפות, בין היתר, שיקולים ארגוניים שנדונו בחלקיו הקודמים של המאמר. בכל מקרה, ניתן לטעון שיש להן, להלכות אלה, ממד ארגוני מעניין, אשר חשיפתו תעשיר את הבנתנו בנוגע להלכות דנן ואת האינטראקציה הארגונית שמקיים בית המשפט העליון עם שאר בתי המשפט. מטבע הדברים, הדוגמאות עוסקות ב"חשודים המידיים", במובן זה שהן מתמקדות בהלכות הנוגעות בבירור ליחסים שבין הערכאות, ואשר, בשל כך, עשויות להיות רלוונטיות במיוחד לחיפוש אחר מענה לשאלה דכאן.

(1) תעשיית הצדק

שני תחומים שנדמה שיש בהם כדי להציע דוגמאות להכללתם של שיקולים ארגוניים בהלכות בית המשפט העליון הם תחומי הפרוצדורה והראיות, שכן בתחומם של שני אלה בית המשפט העליון יכול להכתיב את שגרת העבודה של שופטי הערכאות האחרות בצורה פשוטה וישירה יחסית.²⁸³ כוונתי כאן היא, כמובן, לכל אותן אינסוף הלכות הנוגעות לנוהלי העבודה של בתי המשפט הנמוכים בהן נותן בית המשפט העליון את תשובותיו המוסמכות לשורה ארוכה של שאלות מתחום סדרי הדין ודיני הראיות.

כאמור, זוהי טענתי המרכזית בהקשר זה כאן: יש לשער שבהידרשו לחלק מן השאלות מסוג זה עשוי בית המשפט העליון להביא בחשבון גם שיקולים ארגוניים הנוגעים ליחסי הגומלין שבין הערכאות; במיוחד עשוי להיכלל בגדר חישוביו רצונו של בית המשפט העליון לשמר את מחויבותם הקואופטיבית של כלל השופטים לארגון שבראשו הוא עומד. להלן אציג שתי דוגמאות לביסוס הטענה.

דומה, למשל, כי תחום הדינים הרחב של פסלות שופט בשל טענה למשוא פנים מדגים את הטענה היטב. אחרי הכול, התחום מציע לשופטי בית המשפט העליון מקור לא אֶכּוּב של הזדמנויות להציג את השופט שאת פסלותו מבקשים – ועמו את כלל ציבור השופטים – כעשויים עור אחד.²⁸⁴ במילים אחרות, במסגרת זו ניתן להציג את אותו שופט, שהנו בדרך כלל

ישימותן על מערכת בתי המשפט בארץ. הפסקאות הבאות תוקדשנה לראשית בחינתה של שאלה זו. ראו עוד *Sagy, New Look at Public Law Adjudication*, לעיל ה"ש 22.

282 השוו לדין המרתק שנערך ב-Jacobi & Tiller, לעיל ה"ש 5, וב-McNollgast, לעיל ה"ש 9.

283 ראו EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 152–160, 166–168.

284 לפי הוראת ס' 77א(ג) לחוק בתי המשפט, רשאי בעל דין לערער בפני בית המשפט העליון על החלטת השופט בנדרון. לניתוח הפסיקה הענפה הדנה בכך, ראו יגאל מרזל דיני פסלות שופט (2006). כן ראו, למשל, ב"ש 48/75 ידיד נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 375 (1975); פרשת בשן, לעיל ה"ש 263; ע"פ 1988/94 בראון נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(3) 608 (1994). לעיון ביקורתי מקיף בפסיקה זו, ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

שופט מבתי המשפט השלום והמחוזי, כמי שבמובנים רבים וחשובים אינו שונה משופטי בית המשפט העליון.²⁸⁵ מטרה נוספת שניתן להשיג במסגרת זו, ואשר גם פעולתה היא כלפי פנים וכלפי חוץ גם יחד, היא חיזוק תפיסת המשפחתיות של כלל ציבור השופטים,²⁸⁶ זאת במיוחד במקרים (הרבים)²⁸⁷ שבהם בית המשפט העליון דוחה את ערעור הפסילה, כלומר מגבה את החלטת השופט שישבה בדיון.²⁸⁸

הנה דוגמה נוספת שפעולתה דומה: לא פעם עולה בפני בית המשפט העליון הטענה שבית המשפט קמא חרג מתקופת 30 הימים הקצובה בחוק לצורך מתן פסק דין.²⁸⁹ כיוון שפעמים רבות הסיבה המוצהרת לאיחור היא העומס הרב המוטל על בתי המשפט, גם כאן ניתנת

285 ראו, למשל, בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, 605 – 606 (1994); ע"פ 6752/97 פרידן נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 329, 334 – 335 (1997); מאיר שמגר "על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע" גבורות לשמעון אגרנט 87, 106 (אהרון ברק ואח' עורכים, 1987). אך ראו לעניין זה את דיונו המרתק של רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, למשל, בעמ' 97–99, 105, שממנו ניתן ללמוד שלא תמיד הדגישה פסיקת בית המשפט העליון את המאחד בין השופטים, אגב עיסוקה בדיני פסלות שופטים, אלא יש שהיא הדגישה דווקא את המפריד בין בית המשפט העליון לבין שאר הערכאות. ראו להלן הטקסט ליד ה"ש 341, שבו מודגש כי לא תמיד עושה בית המשפט העליון שימוש "מקרב" בכל הניצוח שבידיו. ראו להזכיר כאן גם את ס' 255 לחוק העונשין, התשל"ז–1977, העוסק בעבירה של זילות בית המשפט. גם פרשנותו המוסמכת של סעיף זה בידי בית המשפט העליון פותחת פתח להעברת מסר – טוב, פנימה והחוץ – בדבר דמותו המצויה והרצויה של השופט ובדבר מידת מחויבותו של בית המשפט העליון להגן עליו מפני פגיעה בלתי הוגנת. לפרשנות זו ולהקשרים דומים אחרים בהם פסיקת בית המשפט העליון נחזית כמגנה (אולי אף הגנת יתר) על כלל השופטים, ראו רוזן-צבי, שם, בעמ' 56–61, שם נדונה, בין השאר, רע"א 3202/03 מדינת ישראל נ' יוסף, פ"ד נח(3) 541 (2004), שבה הגן בית המשפט העליון על שופטים מפני חקירה בעל פה בכלל וחקירה נגדית בפרט באולמות בתי המשפט. ראו לעניין זה גם כלל 32 לכללי אתיקה לשופטים.

286 ראו לעיל ה"ש 272 והטקסט לידה.

287 ראו רוזן-צבי, לעיל ה"ש 9, בעמ' 70 ("מדגם מקיף שערכתי מלמד [...] כי מספר ערעורי הפסלות המתקבלים על ידי בית המשפט [העליון] הוא מצומצם ביותר"). אך ראו שם, גם בעמ' 97.

288 רלוונטית לעניין זה, בין השאר, השאלה איזה משקל נותן בית המשפט העליון לתחושת השופט בערכאה הראשונה שהוא יכול לשבת בדיון. כפי שמראה רוזן-צבי, שם, בעמ' 71, ה"ש 58, ובעמ' 97, במהלך השנים חל שינוי בעמדתו של בית המשפט העליון בסוגיה. לפי הניתוח שנערך כאן, שינוי מסוג זה (וראו עוד שם, בעמ' 84–88) הנו בעל חשיבות ארגונית, החורגת מתחומיהם הצרים של דיני הפסלות. יש לציין כי באופן דומה רוזן-צבי, שם, מצביע על השלכות חשובות אחרות שהיו לפסיקה בדיני הפסלות, בעיקר חיזוק פרויקט ההתמקצעות של בית המשפט העליון.

289 ראו ס' 181 א לחוק סדר הדין הפלילי ותק' 190 (ד) לתקנות סדר הדין האזרחי. שתי ההוראות קובעות תקופה של 30 יום לצורך מתן פסק דין, אך הן קובעות הסדר שונה למקרה של חריגה ממסגרת זמן זו: בעוד ההוראה הראשונה קובעת, כי "נשיא או סגן נשיא של בית המשפט רשאים להאריך את התקופה מטעמים מיוחדים שיירשמו; [וכן] על הארכה כאמור ידווח נשיא או סגן נשיא של בית המשפט לנשיא בית המשפט העליון [...]", ההוראה השנייה מסתפקת בקביעה שלפיה "לא נתן [בית המשפט] החלטתו במועד האמור, יתן על כך הודעה מנומקת בכתב לנשיא בית המשפט". ראו לעניין זה, כללית, בין השאר, ע"א 45/90 עבאדה נ' עבאדה, פ"ד מח(2) 77, 80–81 (1994); בג"ץ 2986/05 זהבי נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 15.6.2005); פסקי הדין הנזכרים להלן בה"ש 291. כן ראו לאחרונה אליהו מצא "השהיית פסק דין? עולת רשלנות ומחדל אתי" עורך הדין 19, 14 (2013).

ההזדמנות בידי שופטי בית המשפט העליון להצביע על המשותף בין השופטים כולם ולהדגיש את לחץ העבודה העצום המוטל על כל בתי המשפט.²⁹⁰ מהבחינה הדוקטרינרית ניתן לטעון כי סירובו של בית המשפט העליון לבטל את פסק דינו של בית משפט קמא בדרך כלל²⁹¹ נובע, בין השאר, משיקולים קואופטיביים, זאת בהנחה שברגיל יפורש ביטול פסק דין כפגיעה קשה במיוחד בשופט המאחר.²⁹²

לעת עתה אסתפק בשתי הדוגמאות הללו. ניתן להעריך, עם זאת, שיש מקרים נוספים הנוגעים לתחומי סדר הדין והראיות, אשר בהם ניתנת ההזדמנות בידי שופטי בית המשפט העליון לאחד את השורות בקרב ציבור השופטים אגב קביעתן של הלכות רלוונטיות.²⁹³

(2) צווים פרוגטיביים: נשק יום הדין

כידוע, בג"ץ מוסמך להוציא צווים פרוגטיביים לא רק כנגד גופים מעין-שיפוטיים המצויים מחוץ לתחום הרשות השופטת, אלא אפילו כנגד בתי משפט "רגילים".²⁹⁴ עם זאת, בג"ץ היה עקבי בגישתו, שלפיה הוא ינקוט צעד זה רק בנסיבות חריגות בהחלט.²⁹⁵ בית המשפט העליון שמר אפוא על מסר דואלי אחיד: מחד גיסא, הוא הקפיד להזכיר מעת לעת שיש ביכולתו להתערב בהליכים שיפוטיים "רגילים", מחוץ ומעבר למסילות הערעור הרגילות, על דרך של

290 ראו, למשל, ע"פ 2103/07 הורוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 338 (פורסם בנבו, 21.12.2008). ראו בדומה ובהקשר קרוב: בש"פ 1240/07 מדינת ישראל נ' ריאן (פורסם בנבו, 21.2.2007); ע"פ 4865/09 עו"ד פלדמן נ' בית המשפט המחוזי בתל-אביב (פורסם בנבו, 9.7.2009). כן ראו את המשקל שנותנים שופטי בית המשפט העליון, בין היתר, לעומס המוטל על מערכת בתי המשפט בדונם, למשל, בשאלה האם יש להפוך את "הלכת קינוי" הנודעת: בג"ץ 11339/05 מדינת ישראל נ' בית המשפט המחוזי בבאר-שבע (פורסם בנבו, 8.10.2006).

291 לניסוח הכלל, ראו ע"פ 125/74 מירום, חברה למסחר בינלאומי בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ל (1) 57 (1975); פרשת מסרי (שאהין), לעיל ה"ש 234, בעמ' 735-742; פרשת ע"פ 8994/08 פלוני, לעיל ה"ש 35, פס' 24-25.

292 לטענה זו, ראו לעיל ה"ש 199.

293 דיון מלא יותר בדוגמאות מסוג זה עשוי לכלול בוודאי גם ניסיון לחלק אותן לקבוצות שונות לפי פרמטרים שונים. למשל, ייתכן שניתן יהיה לחלקן לפי מידת השפעתן הארגונית (אקס-אנטה או אקס-פוסט). כך, לדוגמה, יש להניח כי האופן שבו פועל נשיא בית המשפט העליון במסגרת ס' 24 לחוק בתי המשפט עשוי להיות בעל השפעה ארגונית (קואופטיבית ו/או אחרת) רבה. ראו בהקשרו של הסעיף הנ"ל יואב יצחק "אהרון ברק הביא להחלפת שופט שלא לפי חוק בתביעה נגד רעיית נשיא המחוזי בייס" גלובס 29.6.1997 [www.globes.co.il/news/article.aspx? did=64115](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=64115).

294 ראו שגיא "למען הצדק", לעיל ה"ש 91, בעמ' 294-299. ראו עוד, למשל, בג"ץ 206/59 גילה נ' שופט השלום, ירושלים, פ"ד יד 1709 (1960); פרשת בית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לעיל ה"ש 290, פס' 5 לפסק דינו של השופט לוי.

295 ראו, למשל, בג"ץ 583/87 הלפרין נ' כב' סגן נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד מא (4) 683 (1987); בג"ץ 6654/98 הלפרין נ' פקיד הבחירות לעיריית הרצליה, פ"ד נב (5) 348 (1998); פרשת צירינסקי, לעיל ה"ש 168, בעיקר פסק דינו של השופט קדמי.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

הוצאת צווים פרוגטיביים; מאידך גיסא הוא הבהיר כי זוהי אכן סמכות בלתי רגילה²⁹⁶ השמורה לנסיבות חריגות.

גישה זו מתקבלת על הדעת מנקודת מבט ארגונית. אין לצפות בדרך כלל שבית המשפט העליון יעשה שימוש נרחב בצווים פרוגטיביים לשם משטורם של בתי המשפט "רגילים", זאת בוודאי בשל העומס המוטל עליו, אך ייתכן שאף בשל שאיפתו שלא לעורר התמרמרות בקרב שופטי הערכאות הנמוכות מפאת השימוש בנשק בלתי קונבנציונלי שכזה. בה בעת גם אין גם לצפות כי, כמי שמבקש לנצח על המערכת, ייטוש בית המשפט העליון לחלוטין את הסמכות העקרונית להוציאם ויהפוך אותה לאות מתה.²⁹⁷

(3) עובדה/משפט

כמקובל, בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט של ערעורים נסמך על הממצאים העובדתיים של הערכאות שמתחתיו,²⁹⁸ אך הוא טורח גם להתייחס לטיעון המשפטי המופיע בפסקי הדין שלהן, על העמדות הנורמטיביות הגלומות בהם.²⁹⁹ דומה שבתי משפט עליונים נוהגים כך ללא קשר ממשי לשאלה אם הדין מחייבם לעשות כן.³⁰⁰ נראה שבית משפט עליון ינהג באופן כללי כבוד בבתי המשפט שמתחתיו לא רק מטעמים של יעילות, למשל, או מתוך שכללי נימוס דורשים זאת,³⁰¹ אלא מתוך הכרה שהדבר הכרחי על מנת לעודד תרבות של שיתוף פעולה של בתי המשפט הנמוכים עם פסיקותיו של אותו בית משפט עליון.

דומה שניתן לדייק את הטיעון עוד יותר. אם מדיניותו הכללית של בית המשפט העליון היא התחשבות במסקנות השופטים קמא, הרי שהוא מקפיד הקפדה מיוחדת עם ממצאיו העובדתיים של פסקי הדין קמא. מדוע בעצם בתי משפט גבוהים נוטים להצהיר שוב ושוב על נטייתם שלא להתערב במסקנות העובדתיות של בית המשפט שמתחתם?³⁰² גישה זו, שאינה נוהגת בכל

296 בלשונו של השופט אגרנט בבג"ץ 14/51 הי"מ נ' דבר, פ"ד ה' 1017, 1047 (1951).

297 ראו פסקי הדין המובאים לעיל בה"ש 295.

298 ראו את סקירתו המקיפה והעדכנית של עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209. כן ראו את שאר המקורות המובאים לעיל בה"ש 234 ואת הדברים המובאים לעיל בה"ש 235.

299 ראו חיים ה' כהן "מאור פנים במשפט" ספר זוסמן – לזכרו של יואל הכהן זוסמן נשיא בית המשפט העליון 1, 9 (אהרון ברק ואח' עורכים, 1984).

300 ראו לעניין זה, לדוגמה, את הוראות ס' 213, 215–216 לחוק סדר הדין הפלילי ותקנה 450 לתקנות סדר הדין האזרחי, וכן את דיונו הביקורתי של עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209, למשל, בעמ' 252–253 ("בפסיקתו של בית המשפט העליון [בנדון] מורגשים חוסר אחידות וחוסר עקביות בגישותיהם של שופטיו [...]). הרושם הנוצר הוא שגבולותיה של הלכת אי-ההתערבות [של ערכאות הערעור בממצאים העובדתיים של הערכאה הדיונית] הם גמישים ובלתי צפויים [...]").

301 ואף לא מטעמים אחרים, כגון, הרצון להימנע מחשיפת טעויותיהם של שופטים בשם הדאגה לשמור על מעמדה של הרשות השופטת. ראו עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209, בעמ' 285, EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 158–159. כן ראו פרשת ספיר, לעיל ה"ש 35, בפס' 5, לאזכור [...]. כללי הנימוס הנוהגים בין הערכאות השונות"; דברי הנשיא גרוניס בפרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13, פס' 19.

302 ראו זוסמן, לעיל ה"ש 213, בעמ' 856–857, והמקורות המובאים לעיל בה"ש 231 ו-234. כן ראו לעיל ה"ש 235.

שיטות המשפט המערביות,³⁰³ אינה ברורה מאליה,³⁰⁴ שהרי מקובל לומר שהרכב השופטים הבכיר יותר הנו מוכשר יותר. אם כן, האם אין לומר שיש לתת עדיפות לממצאיו העובדתיים של ההרכב הבכיר יותר?³⁰⁵

התמקדות בנקודת המבט הארגונית בוודאי מעלה על פני השטח את היעילות הכרוכה במדיניות שיפוטית זו מבחינת משאביו הכוללים של הארגון, שכן במקרה הרגיל אין טעם שהרכב נוסף יבחן את הראיות מחדש.³⁰⁶ ואולם, נקודת מבט זו יכולה להציג שיקול נוסף, סמוי יותר מהעין: למדיניות שיפוטית בדבר מתן עדיפות להליך קביעת הממצאים בערכאה הנמוכה עשויות להיות משמעותיות קואופטיביות נכבדות, כך לפחות משתי סיבות: ראשית, נוח להציג מדיניות זו כמבוססת על אותו יחס של כבוד של הערכאה הגבוהה לערכאה הנמוכה ממנה, שהזכרתי למעלה.³⁰⁷

שנית, אפשר להצדיק מדיניות שיפוטית זו בנימוקים של מומחיות המיוחסת לכל ערכאה.³⁰⁸ לפי גישה זו, מלאכת השיפוט כולה מצויה על רצף הנע בין שני מוקדים: האחד, עניינו בניתוח המשפטי העיוני-תאורטי, המנותק מכל הקשר עובדתי, והאחר נסוב סביב העיסוק העובדתי שעניינו קביעת סיפור המעשה העומד לדיון.³⁰⁹ מנקודת המבט הארגונית-קואופטיבית יש להקפיד על המסר הבא: שני המוקדים הללו שייכים לעיסוק אחד, הוא העיסוק השיפוטי. מנקודת מבט זו, ההבדל בין הערכאות אינו אלא הבדל של מידה, שמקורו במיקומה היחסי של כל ערכאה לאורך הרצף האמור.³¹⁰ במסגרת זו ניתן לומר שלכל ערכאה שמורה מומחיות משלה. הערכאה הראשונה היא בעלת מומחיות מיוחדת במלאכה הקשה של קביעת

- 303 ראו, למשל, Martin Shapiro, לעיל ה"ש 231, בעמ' 646–649; MERRYMAN & PÉREZ- PERDOMO, לעיל ה"ש 231, בעמ' 121.
- 304 אך ראו FRANK, לעיל ה"ש 235, בעמ' 23–24.
- 305 במיוחד במקרה שבו מספר השופטים הדין בערעור גדול ממספר השופטים שדין בעניין בערכאה קמא. ראו עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209, בעמ' 233. ראו עוד שם, לביקורת עקרונית על הלכה זו.
- 306 ראו, למשל, Kenneth Scott, לעיל ה"ש 71, בעמ' 946–947.
- 307 ראו, למשל, דברי השופט חשין בע"א 3124/90 סבג נ' אמסלם, פ"ד מט(1) 102, 113 (1995).
- 308 Kenneth Scott, לעיל ה"ש 71, בעמ' 947. ראו, למשל, את דברי השופט דב לוין בע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 580, 611 (1993) ("השופטים המלומדים בדרגה הראשונה צוברים ניסיון עם השנים, ויש להם היכולת לקיים תהליך מחשבתי מורכב ומעמיק זה באובייקטיביות, באחריות ומתוך ראיית התמונה הכוללת"); דברי השופט דורנר בע"פ 2439/93 זריאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(5) 265, 281 (1994); וע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 325, 632–634 (2004). לבחינה ביקורתית של ההלכה העולה מפסיקה זו, ראו עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209, בעמ' 261–273.
- 309 ראו, למשל, ברק "תפקידו של בית המשפט העליון בחברה דמוקרטית", לעיל ה"ש 200 (דברים שנאמרו בטקס מינויים של שני שופטים לבית המשפט העליון).
- 310 ראו שם, בעמ' 13–14. כן ראו דיין וחשבון הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בית המשפט 226–225 (1997) ("כך משלימה מלאכת הפסיקה בשתי הערכאות זו את זו ואין מלאכתו של השופט הראשון נחותה ממלאכת חברו היושב בערעור עליו, אפילו חולק הראשון על האחרון. ואחרי ככלות הכל, במה שונה בטול של פסק-דין בערעור מבטול דעתו של שופט מיעוט בהרכב מפני דעתם של שני חבריו החולקים עליו [...]").

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

העובדות, זאת לצד שליטה מספקת בכללי הניתוח המשפטי.³¹¹ ערכאת הערעור, לעומת זאת, מתמחה בניתוח משפטי עיוני (נוסף על כך נדרשת ערכאת הערעור לשליטה מספקת בהליך איסוף העובדות, כפי שהוא נעשה בהליך השיפוטי, במידה המאפשרת פיקוח על הערכאה הראשונה). גישה זו, המקצה לכל ערכאה מומחיות יחסית משלה, מסייעת בעידון הממד ההיררכי-אנכי של הרשות השופטת. ניתן להציג באמצעותה את הערכאות השונות כמצויות על רצף אופקי אחד, משל היו כולן חלק מפעילות אחת, כך שכל אחת מהן תורמת את חלקה במלאכת השיטה.³¹² באופן זה מועצמת אותה תחושה של "גאוות יחידה" בקרב שופטי הערכאות השונות, מתוך תקווה שכך נשמרת נאמנותם של כלל השופטים למערכת.

(4) הגדרת המשימה של בית המשפט העליון

רמזתי למעלה שתורת הארגונים חושפת פן מרתק בנוגע לשאלת היסוד, מהו ה"שירות" המרכזי שעל בית המשפט העליון, כבית המשפט הבכיר ביותר בשיטת המשפט הישראלית, לספק לשיטת משפט זו?³¹³

ניתן להתחיל את הדיון בהצגה קצרה של תפיסה מקובלת של הפונקציה השיפוטית, שלה שותפים עקרונית כל בתי המשפט. התפיסה דגן מציגה את הפונקציה השיפוטית לאורך ספקטרום המשתרע בין שני קצוות.³¹⁴ לפני שנפנה לתיאור גס של שני הקצוות, יש להבהיר זאת: שני הקצוות אינם בהכרח סותרים זה את זה,³¹⁵ אלא הם חולקים את ההנחה שתפקידו של בית משפט לפסוק ביריבות שהונחה לפתחו. מה מבחין אפוא בין שני הקצוות? הם חלוקים בשאלה של רוחב היריעה שעל בית המשפט לפרוס בהידרוסו למחלוקת שבפניו: הקצה האחד

311 ואף ביחס ל"רכיב" זה יש היררכיה בין הניתוח המשפטי הנדרש לצורך איסוף העובדות (שהנו בעל חשיבות עליונה עבור ערכאה זו) לבין הניתוח המשפטי העיוני. ראו, למשל, Kenneth Scott, לעיל ה"ש 71, בעמ' 946-947; שונר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 31-36.

312 ראו, למשל, את דברי השופט לנדוי בפרשת שטיינר, לעיל ה"ש 225, בעמ' 330.

313 לשאלה זו, בהקשר הארגוני, ראו, למשל, Selznick, *Foundations*, לעיל ה"ש 55, בעמ' 30. אין לכחד שהתשובה לשאלת יסוד זו עשויה להיות סבוכה במיוחד בהקשר הישראלי בשל ריבוי תפקידיו של בית המשפט העליון בארץ, כבג"ץ וכבית משפט (אחרון) לערעורים בתחומי המשפט הפרטי והפלילי. עם זאת, נראה שהתשובה העקרונית שניתנה לה בפסיקה הישראלית והמוצגת להלן מביאה בחשבון סיבוך זה. ובכל זאת, יש להודות, הדיון שלהלן מתרכז בפעילותו של בית המשפט העליון בתחומי המשפט הציבורי והפרטי (ופחות בתחום המשפט הפלילי). מכך לא נובע שאי-אפשר לקשור אנלוגיות מאירות עיניים בין ההליך השיפוטי הפלילי לבין ההליכים במשפט הפרטי והציבורי בכל הקשור לסוגיות הנדונות להלן בטקסט. ראו, למשל, Packer, לעיל ה"ש 71.

314 ראו Kenneth Scott, לעיל ה"ש 71, בעמ' 946-947. כן יש לציין כאן (בהמשך לאמור לעיל בטקסט ליד ה"ש 69) את הספרות שהתמקדה בתפקידים המיוחדים של בתי המשפט בדונם בסוגיות מתחום המשפט החוקתי ואשר בה הוצגו מודלים נוספים על אלה שיוצגו להלן בטקסט. ראו, למשל, Monaghan, לעיל ה"ש 71, המציג שני מודלים של judicial competence: מודל המשפט הפרטי ומודל ה"פונקציה המיוחדת", החל בתחום הציבורי; ראו בדומה Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976) והשוו לדיון אצל Packer, לעיל ה"ש 71, בעמ' 52-55.

315 ראו, למשל, Kenneth Scott, לעיל ה"ש 71, בעמ' 950.

דורש מבית המשפט לשים לנגד עיניו את בעלי הדין שבפניו,³¹⁶ הקצה השני דורש מבית המשפט לכלול במסגרת שיקוליו אף (ואולי בעיקר)³¹⁷ את עניינם של שאר בנות החברה ובניה. במילים אחרות, הקצה הראשון דורש מבית המשפט להתרכז בפתרון הריב שנתגלע בין שני בעלי דין שבפניו. כנגד זאת, הקצה השני דורש מבית המשפט לפעול בד בבד ובמקרים המתאימים להשגתו של "דבר מה (מרכזי!) נוסף", שכן, לגישתו, על בית המשפט לעמול על השגתן של מטרות חברתיות ראויות רחבות יותר, אגב הדיון בריב של בעלי הדין הנצים שבפניו, זאת בהתבסס על ההנחה שמטרות אלה עשויות להשפיע על עניינם של רבים פרט לאלה השניים.³¹⁸

הספקטרום האמור מתייחס, כאמור, לכלל בתי המשפט בשיטת המשפט המקובל. עתה נותר לבחון עד כמה הוא רלוונטי לבתי משפט עליונים בכלל,³¹⁹ ולבית המשפט העליון בשיטת המשפט הישראלית, שיושב תדיר הן כערכאת ערעור עליונה והן כערכאה ראשונה (כבג"ץ), בפרט.³²⁰ ידוע בהקשר זה הוויכוח שהתפתח בפסיקה בין השופטים אלון וברק, שבמסגרתו "משך" השופט אלון לקצה הראשון, בסוברו שעל בית המשפט העליון להתרכז בפתרון סכסוכים קונקרטיים בין בעלי דין (בעלי זכויות מוכרות),³²¹ אך השופט ברק, שלא הסתפק בכך, "משך" לקצה השני.³²²

- 316 ראו, למשל, ד"ר 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 462, 457 (1981).
- 317 שהרי אם כוונתו המרכזית של בית המשפט הנה, לדוגמה, להכווין את התנהגותם של מזיקים מסוגו של הנתבע שבפני בית המשפט, אין חשיבות מיוחדת לכך שדווקא התובע הספציפי יקבל את הפיצוי (לבד מהעובדה שיש לוודא שנתבעים מסוגו יתומרצו מספיק להגיש תביעות מועילות בעתיד). ראו, למשל, Kenneth Scott, לעיל ה"ש 71, בעמ' 939.
- 318 ראו, למשל, המקורות הנזכרים להלן בה"ש 320. כן ראו זאב סגל זכות העמידה בבג"ץ 160 (מהדורה שנייה, 1993); Kenneth Scott, לעיל ה"ש 71; Mialon et al., לעיל ה"ש 200.
- 319 לשאלה זו, ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 314 ולהלן בה"ש 323. ראו עוד, למשל, ברק "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל", לעיל ה"ש 16, ואת הדיון המרתק שנערך אצל Martin Shapiro, לעיל ה"ש 231.
- 320 השוו לדיון שנערך בהקשר הישראלי ביחס לבית המשפט העליון אצל מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 35 (1993); גביוון, לעיל ה"ש 167, בעמ' 144–147; עמנואל גרוס, לעיל ה"ש 209, מעמ' 286 ואילך; מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 160–168.
- 321 ראו, למשל, מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 307–302, 253 (1995).
- 322 ראו, למשל, בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988), בעיקר בעמ' 457–469; בג"ץ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 856, 749 (1991); עניין גלברט, לעיל ה"ש 285, בעמ' 592; בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 786, 758 (1995). יש לציין, כפי שהדגישה לאחרונה נילי כהן, שהדי המחלוקת בין השופטים ברק ואלון ניכרו היטב הן בתחומי המשפט הציבורי והן בתחומי המשפט הפרטי. ראו נילי כהן "שפיטות ותום לב באור של צדק ומתינות" עורך הדין 19, 32 (2013). אך ראו, מנגד, דוד הד "מעבר לחירות ולכבוד: הרהורים מטא-משפטיים על פסק-הדין בעניין שפר" משפט וממשל ג 649 (1996). השופט אלון לא היה השופט היחיד שהתעמת בסוגיה זו עם השופט ברק לאורך השנים. כידוע, בין השאר, גם הנשיא לנדוי חלק על ברק פומבית בהזדמנויות שונות. ראו, למשל, בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980). כן ראו משה לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו"

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

מחלוקת זו שבין שני השופטים (ושתי האסכולות שהם מייצגים) – שאותה ניתן בוודאי לנסח בדרכים נוספות על אלה שהוצגו כאן³²³ – הנה בוודאי עקרונית. נאמן לגישתי במאמר, בדבריי הבאים אני מבקש להתייחס לפן הארגוני של המחלוקת ולהצביע על הזיקה ההדוקה המתקיימת בין המחלוקת דנן לבין סוגיית היחס שבין שופטי הערכאות השונות המרכיבות את הרשות השופטת.

איזה אור שופכת תורת הארגונים על המחלוקת בשאלה אם ייעודו העיקרי של בית המשפט העליון הוא הכרעה בסכסוכים או שמא (למשל) שמירה על עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית?³²⁴ יש לשים לב שלפי הדגש הראשון, בית המשפט העליון אינו שונה, מהותית, מבתי המשפט האחרים במדינה. אמת, כבית משפט של מוצא אחרון, הפועל בסביבת עבודה של המשפט המקובל, עליו מוטלת החובה לקבוע הלכות מחייבות – ובכך, לקדם ערכים של ודאות וצפיות עבור הציבור הרחב – אך חובתו הראשונית היא לפסוק בין הצדדים הנצים הבאים לפניו. כיוון שכך, גם בית המשפט העליון, ככל בית משפט, חייב לשקוד על חזות ניטרלית, תוך הקפדה על מתן מענה (רק) לשאלות הדוקטרינריות הצרות שהמקרים שבפניו מעלים.³²⁵ מנגד, לפי הגישה המתחרה, בית המשפט העליון אינו ככל הערכאות. בידיו מסורה משימה ייחודית. לפי דעה דומיננטית אחת, עליו במיוחד מוטלת השמירה על שלטון החוק ועל ערכי בסיס נוספים של השיטה המשפטית.³²⁶ אכן, לבית המשפט העליון צריך להיות תפקיד של ממש בהגדרתם של ערכים אלה. לאמור, בעוד הגישה הראשונה מדגישה את המאחד בין בית המשפט העליון (גם בשבתו כבג"ץ) לבין בתי המשפט ה"רגילים", הגישה השנייה נוטה,

משפטים י 196 (1980); שקד, לעיל ה"ש 9, למשל, בעמ' 467–475. לדיון כללי בוויכוח שבין השופטים אלון ולנדוי מזה לבין ברק מזה, ראו, בין היתר, את המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 320; יואב דותן "האם ישראל צריכה בית-משפט לחוקה?" משפט וממשל ה 117, 141–151 (1999); עלי מ' זלצברגר "יובל לבית המשפט העליון: בית המשפט העליון בין שועל לקיפור" מחקרי משפט טז 141 (2000); מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 9, בעמ' 160–168. אכן, דילמה זו אינה ייחודית לבית המשפט העליון של מדינת ישראל. ראו אהרן ברק "על תפקידי כשופט" משפט וממשל ז 33, 33–34 (2004). בית המשפט העליון של ארצות הברית, למשל, מתחבט בה זה שנים ארוכות. לדיון ולמקורות בנדון, ראו, למשל, EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 9–7, 137–139, 163, 173–174; Paul A. Freund, *Why We Need a National Court of Appeals*, 174–173, 163, 139–137 (1973); William H. Rehnquist, *The Changing Role of the Supreme Court*, 59 A.B.A. J. 247 (1973); Ruth Bader Ginsburg & Peter W. Huber, *The Intercircuit*, 14 FLA. ST. U. L. REV. 1 (1986); Carolyn Shapiro, Bhagwat; *Committee*, 100 HARV. L. REV. 1417 (1987) לעיל ה"ש 167.

323 ראו, למשל, ברק "על תפקידי כשופט", לעיל ה"ש 323.
324 ראו, למשל, את דברי שופט המיעוט, הנשיא לנדוי, בפרשת פלטו שרון, הנזכרת לעיל בה"ש 37, בעמ' 134–135.

325 כידוע, השופט ברק מזוהה במיוחד עם עמדה זו. ראו, למשל, פרשת רסלר, לעיל ה"ש 322, בעמ' 461–462. עוד אעיר שלגישתו של השופט ברק, שתי המטרות שציינת – הכוונת התנהגות "נכונה" וקידום שלטון החוק – בוודאי עולות בקנה אחד זו עם זו, וניתן להציע כאילוטרציה לכך את קביעתו הידועה שחזקה על כל דבר חקיקה כי הוא בא לקדם הן תכלית ספציפית (שיסוד הכוונת התנהגות מקיים זיקה הדוקה אליה) והן תכלית כללית, כגון קידום שלטון החוק וזכויות הפרט. ראו, למשל, בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994); רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, 374–376 (2001).

הלכה למעשה, להצביע על מאפייניו הייחודיים של בית המשפט העליון באופן המבדיל אותו מבתי המשפט ה"רגילים".³²⁷

מוכרת היטב הטענה שלפיה חל שינוי פרדיגמתי בפסיקת בית המשפט העליון לאורך השנים, ובמסגרתו עלתה חשיבותם של "ערכים" בפסיקתו, כך שאת מקומו של "בית המשפט המקצועי הישן" תפס "בית המשפט הערכי החדש".³²⁸ שניות זו נתפסת ומשתקפת בוויכוח אלון-ברק, כשהעמדה הראשונה מזדהה עם "בית המשפט הישן" והשנייה עם "בית המשפט החדש". הדיון הקצר שערכתי זה עתה מעלה את האפשרות שעם עליית הפרדיגמה החדשה בפסיקת בית המשפט העליון עלתה גם פילוסופיית ניהול חדשה בקרבו והשתנו בהתאם גם יחסיו עם שאר בתי המשפט. הוא מזמין אותנו לחשוב בתוך כך על השפעתה של המהפכה החוקתית, שאותה הוביל באופן ברור בית המשפט העליון, על לכידותה של הרשות השופטת.³²⁹ מטבע הדברים, המהפכה עוררה שורה ארוכה של שאלות-משפט, הנוגעות, למשל, לפרשנותה של חקיקה "ישנה"³³⁰ ולסמכויות השיפוט של בתי המשפט השונים.³³¹

327 לתמיכה נלהבת בגישה השנייה, תוך הדגשת ייחודו של בית משפט עליון, ראו Felix Frankfurter, *Some Observations on the Nature of the Judicial Process of Supreme Court Litigation*, 98 PROC. AM. PHIL. SOC'Y 233 (1954); Felix Frankfurter, *The Supreme Court in the Mirror of Justice*, 105 U. PA. L. REV. 781 (1957); ראו, מנגד, Ginsburg & Huber, לעיל ה"ש 323, בעמ' 1434; Bhagwat, לעיל ה"ש 20, מעמ' 992 ואילך; Hellman, לעיל ה"ש 260, בעמ' 433-438; Carolyn Shapiro, לעיל ה"ש 167, בעמ' 330-331. בהמשך לכך, יהיה זה מרתק לבחון את מהפכת השיפוט בעניינים מינהליים, שהחלה ביוזמת בית המשפט העליון עצמו בראשית שנות התשעים, בראי הניתוח שבו עוסק חלק זה של המאמר. ראו Sagy, *New Look at Public Law Adjudication*, לעיל ה"ש 22; שגיא "הסמכות והרשות: על הקמתו של בית המשפט העליון במדינת ישראל" משפטים מד 7 (2013); Sagy, *The Missing Link*, לעיל ה"ש 144.

328 דותן, לעיל ה"ש 322. ראו מאוטרנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 9, פרקים 5-7.

329 זהו כיוון חקירה אפשרי אחד בכיוון זה: אחת ממשמעויותיה של המהפכה החוקתית הייתה העלייה הברורה בהשפעתם של זכויות יסוד בכלל ושל "כבוד האדם" בפרט על כלל פסיקתו של בית המשפט העליון (ראו, למשל, פרנסס רדאי "חוקתיותה של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד 151 (1994); בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009); בג"ץ 7471/05 בלדי בע"מ נ' מועצת הרבנות הראשית (פורסם בנבו, 20.6.2007); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נה(2) 246 (2000); בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995)). מכאן שלפחות בתקופת ההסתגלות שלאחר המהפכה היה בית המשפט העליון חייב להדגים את פועלה של המתודולוגיה החוקתית החדשה על שאלות משפטיות מגוונות – אף אם קודם לכן ניתן היה לסבור שבית המשפט העליון אינו מקנה להן חשיבות יתרה (נראה, שפרשת גמזו, הנזכרת לעיל בה"ש 326, מדגימה זאת). אם תזהו משכנעת, נובע ממנה שבאופן מפתיע המהפכה החוקתית יכלה להפוך שאלות משפטיות וענפי משפט "אפורים" ל"זוהרים" – ולו לרגע – ולכן ל"ראויים" להיכנס בדלתו של בית המשפט העליון. התפתחות זו הייתה בהחלט יכולה להשפיע על יחסיו של בית המשפט העליון עם בתי המשפט הנמוכים.

330 ראו, למשל, את פסקי הדין הנזכרים לעיל בה"ש 329.

331 שאלה מרכזית המועלית בהקשר הנדון היא זו: האם ראוי להחיל מודל של פיקוח שיפוטי-חוקתי מבוזר (שבמסגרתו כלל בתי המשפט יוסמכו לבחון חוקיותם של חוקים) או צנטרליסטי (שלפיו רק בג"ץ/בית המשפט העליון יוסמך לכך)? ראו תזכיר חוק-יסוד: השפיטה (תיקון) – ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים). כן ראו אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק:

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

בעידן הבתר-מהפכני. כפי שראינו, תשובותיו של בית המשפט העליון לשאלות כגון אלה בהחלט עשויות להשפיע על מידת התמיכה ה"פנימית" שהוא זוכה לה בקרב יתר השופטים ומכאן גם על מידת הלכידות של הרשות השופטת כולה.³³²

3. הערת אזהרה בטרם סיכום: לא לעולם חוסן

נקודת המוצא של מאמר זה היא הצהרתם של הנשיאים ברק ושמגר על בית המשפט העליון כ"מנצח" על שיטת המשפט הישראלית, הצהרה המקבלת כעובדה מוכחת את שליטתו האפקטיבית של בית המשפט העליון בהלכות המשפט של כלל בתי המשפט (ובתי הדין) בארץ.³³³ כנגד זאת, המאמר מעורר את השאלה אם בית המשפט העליון אכן "שולט" בבתי המשפט האחרים, וחשוב מכך, המאמר גם מצביע על המאמץ הנדרש על מנת לקיים שליטה שכזו. מסיבה זו, חלק עיקרי מהדיון במאמר עוסק בפקוח בית משפט אחד על בית משפט אחר. גם מצדה של תורת הארגונים יש היגיון רב בעיסוק זה. כפי שראינו, התורה הארגונית גילתה מראשיתה עניין באופנים השונים שבהם ניתן להסדיר את היחסים ההיררכיים המאפיינים בדרך כלל ארגונים.³³⁴ לפיכך, המסגרת התאורטית המוצגת במאמר מזמינה אותנו לחשוב שוב על אינספור המקרים שבהם בית משפט אחד נקרא לבחון את החלטותיו של בית משפט אחר.³³⁵ אמנם ניתן לטעון שלא כל המקרים הללו עשויים מקשה אחת, שכן ניתן להבחין בין התערבות שגרתית ו"נעימה" של הערכאה הבכירה (למשל, בפסק דין של ערעור שנכתב מתוך כבוד מופגן לשופט שאת מסקנותיו דוחה ערכאת הערעור)³³⁶ לבין התערבות נחרצת או אף "בוטה" מצדה (לדוגמה, תוך הטחת ביקורת קשה בשופט קמא או על דרך של הוצאת צו פררוגטיבי על בסיס טענה להיעדר סמכות מצדה של הערכאה הנמוכה יותר).³³⁷ בכל מקרה, הניתוח שנערך במאמר מציע שאין בשכיחותם של מקרים שבהם נבחנות החלטותיה של

צנטרליסטית (ריכוזית) או דה-צנטרליסטית (מבוזרת) "משפט וממשל ח 13 (2005), שם מובעת תמיכה במודל הריכוזי, תוך ציון הטעמים התומכים והמתנגדים לה, אך לא נזכרים כלל שיקולים ארגוניים.

332 ראו בהרחבה את הניתוח הנערך אצל Reichman, לעיל ה"ש 130. כן ראו Bhagwat, לעיל ה"ש 20.

333 לעיל טקסט ליד ה"ש 16 ו-37.

334 ראו לעיל חלק ב.3 למאמר.

335 EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 142-143, 148.

336 ראו, למשל, דברי מ"מ הנשיא זוסמן על החלטת שופטת בית משפט השלום (כתוארה אז) נתניהו בהמ' 521/72 לאון נ' וייס, פ"ד כז(2) 337, 340 (1973); ודברי שופט בית המשפט העליון דב לוין על החלטת השופטת המחוזית (כתוארה אז) נאור בע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 221, 265 (1996).

337 ראו, למשל, ע"א 428/66 זלמנוביץ נ' גרמן, פ"ד כ(4) 799 (1966); ב"ש 312/78 לחמני נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 766 (1978); ב"ש 339/78 ערמי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 103 (1979); דברי הנשיא גרוניס בפרשת בר-עוז, לעיל ה"ש 13, פס' 19. כן ראו EARLY, לעיל ה"ש 12, בעמ' 166-167, ואת הפרשה הבאה: בג"ץ 307/51 י. לאלו נ' ד"ר י. זוסמן, שופט ביהמ"ש המחוזי, ת"א, פ"ד ו 1062 (1952).

ערכאה אחת על ידי ערכאה אחרת כדי להעלים את רגישותם.³³⁸ יש בהם כדי לחייב את שתיהן לנהוג זהירות. על פי המוסכמות המקובלות במקומותינו, הערכאה הנמוכה יותר נדרשת למלא אחר תקדימי הערכאה הבכירה ממנה (או לפחות להתחשב בהם), ואם אין היא עושה כן – עליה להסביר את צעדה זה באופן שיספק את הערכאה הבכירה יותר. זו האחרונה, מצדה, חייבת להיזהר לבל יידחו החלטותיה, בצורה זו או אחרת, על ידי הערכאות הכפופות לה. בהערכה גסה, נדמה לי שהמוסכמות הארגוניות הללו אכן פעלו את פעולתן לאורך השנים והכתיבו לשופטי הערכאות השונות את הדרכים שבהן נהגו זה בזה. בכך, ניתן להעריך, הן השפיעו את השפעתן על תוכנו של המשפט שיצא תחת ידי שופטים אלה.

בה בעת, לקראת סיום הדיון במאמר, אני מבקש להעיר כי גם אם אני צודק בהערכתי הכללית בדבר האופן שבו התנהלו השופטים עד כה, אין סיבה לחשוב שאלה יהיו פני הדברים מעתה ולעולם. ייתכנו שינויים. שופטים מבית המשפט הנמוך עשויים לנהוג אחרת בשופטי בית המשפט העליון, ולהפך.³³⁹ אם כך יהיה, יעמוד בית המשפט העליון בפני אתגרים חדשים, אם עדיין יחפצו שופטיו לשמור על שליטתם בפסיקתם של בתי המשפט האחרים. יש להעריך שאגב כך יקבלו כלי הניצוח המצויים בידו כיום אופי אחר. מי יודע? אולי אף ייעשה שימוש באמצעי ניצוח חדשים. בכל מקרה, ביקשתי להזהיר לקראת סיום מפני ראייה סטטית של המאפיינים הארגוניים של מערכת בתי המשפט אשר נדונו במאמר.³⁴⁰ בדומה לכך, יש להזהיר מראייה מהותנית של כלי הניצוח אשר זוהו במאמר, הואיל וכלי הניצוח שבידי שופטי בית המשפט העליון ניתנים לשימושים שונים – אפשר לקרב, אך גם להרחיק, באמצעותם.³⁴¹

ד. סיכום: מבט לרוחב ומבט לעומק

עיסוקם של ארגונים רבים, ומערכת בתי המשפט בישראל בתוך כך, מאופייני בשניות: הם עוסקים באספקת שירות מסוים או בייצור מוצר כלשהו לעולם שסביבם, ובה בעת הם עוסקים ברגולציה פנימית. תורת הארגונים, וזו ללא ספק אחת ממעלותיה, מכסה היטב את שני הפנים הללו. ניתן היה לצפות אפוא שתורה זו תיושם, כעניין שבשגרה, על מערכת בתי המשפט, שהרי, כאמור, גם זו מגלה את השניות הארגונית האמורה. ולא היא. זוהי נקודת המוצא של המאמר.

³³⁸ בהמשך לכך, ואך כדוגמה נוספת לשאלות רלוונטיות למערכת היחסים הנדונה מנקודת המבט של תורת הארגונים, יהיה מעניין לבחון את היחס השונה המתגלה בקרב שופטי בית המשפט העליון להחלטות בתי המשפט קמא, למשל, בפרשת צירינסקי, לעיל ה"ש 168, ובע"פ 9978/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 145 (2004).

³³⁹ כך, למשל, דומני שיש חידוש מסוים בכך ששופטים מובילים מדברים לאחורונה, באופן פומבי, על ה"איום שמבפנים" על עצמאות השופט היושב בדין. ראו שלמה לוי, לעיל ה"ש 256, בעמ' 14–15; מיכל אגמון "אי-תלות שיפוטית? האיום מבפנים?" המשפט י 213 (2005). כן ראו קליין "השפיטה המתגוננת", לעיל ה"ש 97; טלגם "הרהורים על מועצת השופטים", לעיל ה"ש 268, בעמ' 8; וכללית, דויטש, לעיל ה"ש 35, בעמ' 178–182.

³⁴⁰ נראה כי תורת הארגונים בוודאי תומכת בגישה זו, כמודגם לעיל בה"ש 56.

³⁴¹ להדגמה נוספת של הנקודה ראו לעיל ה"ש 285.

לקראת ניתוח ארגוני של מערכת בתי המשפט בישראל

המאמר מבקש להראות כי יש להצטרף על הנתק שנוצר בין תורת הארגונים לבין הכתיבה המשפטית על אודות מערכת בתי המשפט בישראל. הוא מצביע על כך שהתאוריה הארגונית יכולה לחשוף היבטים חדשים ומעניינים באופן פעולתו של בית המשפט העליון בישראל ושל הרשות השופטת כולה. יתרה מכך, המאמר כולו מזמין אותנו להרחיב את מבטנו על בתי המשפט. כפי שראינו, המסגרת התאורטית המוצגת בו מקנה חשיבות לקשת רחבה של "מעשים" שבהם יש לשופטי הערכאות השונות יד – הלכות פסוקות אך גם נאומים פומביים; קידומם של שופטים אך גם האופן שבו פונה בית המשפט אחד לבית משפט אחר מעל דפי הפסיקה. המאמר מראה שכל אחד ממעשים אלה ודומיהם עשוי להיות בעל חשיבות. סיבת הדבר נעוצה בכך שיכולה להיות להם השפעה על מידת יכולתו של בית המשפט העליון להנהיג את שאר שופטי בתי המשפט; מהבחינה הזו, תורת הארגונים מאפשרת לנו להביט בצורה רחבה יותר על בתי המשפט, תוך שאנו נותנים את הדעת על שורה של פרקטיקות יומיומיות בפעולתם, אשר בדרך כלל חומקת מעינינו.

ואולם, כפי שהמאמר מראה, תורת הארגונים עושה יותר מכך. היא פועלת לא רק "לרוחב" אלא גם "לעומק". נוסף על הרחבת המבט, היא מזמינה אותנו ומאפשרת לנו לבחון ביתר עמקות גם את הפעילות שבה אנו, אנשי המשפט, מורגלים להתמקד: פסיקת בית המשפט העליון. היא מלמדת שלפעילות שגרתית זו עשויה להיות השפעה לא רק בתחום "יחסי החוץ" של מערכת בתי המשפט³⁴² אלא אף בתחום "יחסי הפנים" של הארגון. במילים אחרות, הדיון שנערך למעלה נועד לשכנע שלעתים ניתן לראות את פסק הדין של בית המשפט העליון ככלי ניהולי-רגולטורי של הרשות השופטת. יש להניח שעבור משפטנים לא מעטים מדובר בנקודת מבט חדשה. ראשית, משום שמשפטנים מורגלים להתמקד ב"רציו" של פסק הדין, בחפשם אחר המסר הנורמטיבי שהוא משמיע "החוצה", כלומר לצדדים, להליך ולכולי עלמא. כך, נקודת המבט המוצעת במאמר מאירה מסר נסתר, נוסף שעשוי להיחבא בין עמודי פסק הדין. מסר זה מיועד "פנימה", קרי (גם) לשופטים אחרים. שנית, ובהמשך לכך, בעוד כלי ניהול פנימי המצויים על פי דין בידי הנשיא ושאר שופטי בית המשפט העליון הם בעלי נראות רבה יחסית, אין הדבר תמיד כך ביחס לאמצעי ניהול זה (קרי, פסק הדין). כיוון שכך מיעטה עד כה הספרות המשפטית לדון באספקט זה של הפסיקה. כותב המאמר מקווה לעורר דיון זה, תוך הצבעה על תורת הארגונים כמקור השראה חשוב ומאיר עיניים. תורת הארגונים אכן מציעה תיקון חשוב לחסר זה. היא מראה שתוכנו של פסק דין עשוי לשקף, במידה כזו או אחרת, גם ניסיונות של בית המשפט העליון להיטיב את שליטתו בשופטים ובערכאות הפוזורים ברחבי הארץ, בין השאר, בהתחשב באילוצים ארגוניים שבית המשפט העליון חשוף להם. מבחינה זו, תורת הארגונים חושפת שורה של אילוצים, שהגם שכל בתי המשפט חשופים להם, אין הדיון המשפטי רגיל לעסוק בהן.

לבסוף, יוצא מהדברים שכתבתי זה עתה, כי הדיון במערכת בתי המשפט בפריזמת תורת הארגונים טומן בחובו יתרון גדול נוסף. לא זו בלבד שדיון זה מרחיב את הדעת לרוחב ולעומק, אלא הוא מאפשר לעשות כן בנשימה אחת. כפי שמראה הניתוח במאמר, תורת הארגונים

342 כאמור, הספרות המשפטית מרבה לעסוק בכך. ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט לידה.

מאפשרת לנו להקיף היבטים פנימיים (יחסי הפנים בין שופטים וערכאות שונים) והיבטים חיצוניים (הלכות המשפט המקובל נוסח ישראל המופנות לכלל הציבור) של מערכת בתי המשפט תחת מסגרת תאורטית אחת. גם מסיבה זו, יש לקוות שהמאמר יעורר שורה חדשה של שאלות³⁴³ ושהספרות המשפטית תעסוק יותר בעתיד בסוגיות ארגוניות.

343 כדוגמת השאלות הנזכרות לעיל בה"ש 12, 28, 281, 329 ו-338.