

אוניברסיטת בר-אילן

פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור

שאל שארף

עבודה זו מוגשת כחלק מהדרישות לשם קבלת תואר
מוסמך בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן

תשע"ב

רמת גן

**עבודה זו נעשתה בהדרכתו של פרופ' גדעון ספיר מן הפקולטה
למשפטים של אוניברסיטת בר-אילן**

לילדי היקרים
ישי ברוך
רות ציפורה
יהודה גרשון
ולאשתי - דורי - יותר מכל
באהבה רבה

תוכן עניינים

6.....	תקציר
8.....	מבוא
11.....	פרק א: תיאור הגישות והטיעונים שבבסיס כל אחת מהן
11.....	1. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור – הגישה התומכת
11.....	א. עמדת הציבור משקפת 'חוכמה קולקטיבית'
20.....	ב. חוקתנות עממית - החוקה כביטוי לעמדותיו ורצונותיו של הציבור
22.....	ג. חשש מתגובת הציבור ולפגיעה במעמדו של בית המשפט
24.....	ד. סיכום ביניים
25.....	2. התעלמות מעמדת הציבור בהליך פרשנות החוקה – הגישה המתנגדת
25.....	א. מורכבות והיעדר עניין ציבורי
26.....	ב. חוסר עקביות ופגיעה בעקרון הסופיות
27.....	ג. פגיעה בזכויות המיעוט
28.....	ד. סיכום ביניים
29.....	פרק ב: דיון ביקורתי בגישות ובטיעונים שבבסיסן
29.....	1. ביקורת כנגד הגישה התומכת
29.....	א. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור משמשת הסוואה לתיקון החוקה
30.....	ב. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור ככלי להתחמקות משימוש במנגנון השינוי החוקתי
30.....	2. ביקורות כנגד הטיעונים שבבסיס הגישה התומכת
31.....	א. ביקורות נגד הטענה אודות קיומה של חוכמה קולקטיבית
37.....	ב. ביקורות נגד גישת ה-Popular Constitutionalism
38.....	ג. ביקורת נגד הטענה לפגיעה במעמדו של בית המשפט בשל התעלמות מעמדת הציבור
41.....	3. ביקורת כנגד הגישה המתנגדת
41.....	א. תיאור המצב העובדתי: בית המשפט פוסק בהתאם לעמדת הציבור
44.....	ב. התמריצים להתאמה בין פסיקות בית המשפט לעמדת הציבור
48.....	4. ביקורות כנגד הטיעונים שבבסיס הגישה המתנגדת
48.....	א. ביקורת כנגד הטיעון כי הציבור חסר כלים, עניין וסבלנות
49.....	ב. ביקורת כנגד הטיעון כי התחשבות בעמדת הציבור מובילה לפגיעה בעקרון הסופיות
50.....	ג. ביקורת כנגד הטיעון לפגיעה בזכויות המיעוט

51.....	5. סיכום ביניים.....
55.....	פרק ג: גיבוש עמדת הציבור – כיצד?.....
55.....	1. מיהו "הציבור".....
55.....	א. הציבור הרחב.....
57.....	ב. ציבור מיוחד.....
61.....	ג. הציבור האחר.....
63.....	ד. סיכום ביניים.....
63.....	2. הגדרת "עמדת הציבור".....
64.....	א. הגדרת המכנה - קוורום להשתתפות (a turn-out quorum).....
65.....	ב. הגדרת המונה - קוורום לאישור (an approval quorum).....
66.....	3. הגדרת "הליך אומדן עמדת הציבור".....
66.....	א. המדד לסוגיה המצדיקה את הליך אומדן עמדת הציבור.....
67.....	ב. אופן ניסוח השאלה והתשובות בסוגיה שעל הפרק.....
68.....	ג. הקמפיין המקדים לגיבוש העמדה.....
69.....	ד. המנגנון היעיל לאומדן עמדת הציבור.....
73.....	4. סיכום ביניים.....
74.....	פרק ד: פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור במדינת ישראל – מחשבות ראשוניות.....
76.....	1. מאפייני המשפט החוקתי במדינת ישראל.....
76.....	א. אופי החוקה במדינת ישראל.....
77.....	ב. יחסי הכוחות בין הרשות השופטת לרשויות האחרות במדינת ישראל.....
80.....	ג. מבנה הביקורת השיפוטית במערכת המשפט במדינת ישראל.....
81.....	ד. אופן בחירת השופטים במדינת ישראל.....
82.....	ה. הרכבו ואופיו של הציבור הישראלי.....
82.....	ו. היחס לעמדת האליטה בישראל.....
84.....	ז. שיטת הבחירות במדינת ישראל.....
84.....	2. האם ראוי במדינת ישראל לפרש את החוקה בהתאם לעמדת הציבור?.....
87.....	3. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור במדינת ישראל - כיצד?.....
88.....	סיכום.....
91.....	ביבליוגרפיה.....

תקציר

עבודה זו דנה בשאלת מעמדה הראוי של עמדת הציבור בהליך פרשנות החוקה אגב יישומה, או במילים אחרות, האם ראוי שבית המשפט יתחשב בעמדת הציבור בהליך זה. במסגרת הדיון, מוצגות ונבחנות הגישות השונות בשאלה - כפי שהתפתחו בעיקר בשיח החוקתי האמריקאי - והטיעונים העומדים בבסיסן. בנוסף, נבחנות שאלות מעשיות הנוגעות לאומדן עמדת הציבור. לבסוף, נבחנת שאלת יישומן של מסקנות הדיון בנסיבותיה של מדינת ישראל.

המצדדים בהתחשבות בעמדת הציבור תומכים עמדתם במספר טיעונים. לדעתם, לציבור יש יתרון בקבלת החלטות על פני יחידים, לרבות יחידים הנחשבים למומחים בתחום (*חכמה קולקטיבית*). בנוסף, הם טוענים שהתחשבות בעמדת הציבור מתבקשת מן העובדה שהחוקה כוננה על ידי הציבור וביטאה את עמדותיו ורצונותיו, ולכן פירושה צריך להמשיך ולבטא אותן (*חוקתנות עממית*). הם טוענים גם שהתעלמות מעמדת הציבור עלולה לעורר את זעמו ולהוביל לפגיעה במעמדו הציבורי של בית המשפט. לבסוף, הם מציינים שהדרישה מהשופטים לא להתחשב בעמדת הציבור תובעת מהם דבר שאינם יכולים לבצע שכן, מחקרים אמפיריים מצביעים על מתאם גבוה בין פסיקות בית המשפט לעמדתו של הציבור, ומעידים על כך שבית המשפט מושפע מאד מעמדת הציבור.

המתנגדים להתחשבות בעמדת הציבור טוענים שפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור אינה ראויה, משום שלציבור אין הכלים הדרושים לכך והוא גם אינו מתעניין בדילמות החוקתיות, התעניינות המהווה תנאי הכרחי ליכולת לעסוק בפרשנות. הם טוענים גם שפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור תפגע בעקרון הסופיות, בשל העובדה שהציבור מגלה חוסר עקביות בשאלות חוקתיות. לבסוף, הם מעלים את החשש שהתחשבות בעמדת הציבור תוביל לפגיעה בזכויות המיעוט.

בפרקים א-ב נדונות הגישות השונות והטיעונים בעד ונגד כל אחת מהן. מסקנת הדיון היא שעל בית המשפט להתחשב בעמדת הציבור בפרשנות החוקה, בעיקר בשל היסוד המוסרי שבבסיס טיעון *החוקתנות העממית*.

על מנת שבית המשפט יוכל להתחשב בעמדת הציבור בהליך פרשנות החוקה, יש לברר תחילה מהי עמדתו ביחס לסוגיה הנדונה. בהקשר זה מתעוררות שתי שאלות בסיסיות: מיהו הציבור עליו מדובר, ומהו הרוב הדרוש על מנת שהעמדה תיחשב ל"עמדת הציבור". בפרק ג נדונות שתי השאלות והמסקנה המוצעת היא שב"ציבור" יש לכלול את אזרחי המדינה וכי מן הראוי לדרוש רוב גדול, הן של משתתפים מקרב כלל הציבור והן של תומכים בעמדה מסוימת מכלל המשתתפים, כתנאי הגדרת העמדה הרלוונטית כעמדת הציבור.

בפרק ג נטען גם כי לצורך בירור עמדת הציבור יש לקיים הליך מקדים המורכב ממספר שלבים: קביעת הסוגיה שתעמוד לבחינה ציבורית; ניסוח שאלה ותשובות אפשריות, מבלי להשפיע בכך על עמדת הציבור; ועריכת קמפיין. לאחר הליך זה, על כל שלביו, יתבצע סקר או משאל עם שתוצאותיהם ייחשבו למשקפים את עמדת הציבור. כדי להתגבר על הסרבול הכרוך בסקר או במשאל ולצמצום המשאבים הנדרשים לעריכתם, מוצע להשתמש במנגנון הצבעה אינטרנטי במסגרתו כל אזרח מצביע על פי קוד אישי.

עוד נטען כי הסמכות להציג שאלה חוקתית לבחינה, בהליך שתואר לעיל, צריכה להיות שמורה לאזרחים עצמם. כאשר סוגיה חוקתית נדונה בבית המשפט, יכול אזרח החפץ בכך לבקש בירור של עמדת הציבור לגביה. הבקשה תעבור סינון, שתכליתו לוודא שהסוגיה זוכה להתעניינות ציבורית רבה. במידה שיתברר שאכן כך, יחל ההליך שתואר לעיל. הטעם העיקרי המוצע לביסוס פרוצדורה זו הוא שהדבר עולה בקנה אחד עם היסוד המוסרי שבבסיס *החוקתנות העממית* - הציבור לא רק מביע את עמדתו ביחס לפרשנות החוקה ותורם בכך לעיצובה, אלא גם מחליט לכתחילה באלו סוגיות חוקתיות על בית המשפט להתחשב בעמדתו.

חרף ההכרעה העקרונית לטובת התחשבות בעמדת הציבור, בפרק ד' נטען שהדבר תלוי גם בנתונייה המיוחדים של היחידה הפוליטית שבהקשרה השאלה נבחנת. לפיכך, יתרת הפרק מוקדשת לתיאור מאפייניה הייחודיים של מדינת ישראל ולבחינת השפעתם על השאלה שבמבחן. מסקנת הדיון היא שמאפיינים אלו מחזקים את התמיכה העקרונית בהתחשבות בעמדת הציבור בפרשנות החוקה.

כאמור, טענת *החוקתנות העממית*, היא שלציבור שמורה הזכות לעיצוב החוקה. המציאות החוקתית בישראל אינה עומדת בתנאי זה. בית המשפט מפרש את החוקה אגב יישומה בהתבסס על חוקה לא שלמה, שחלק ניכר ממנה נולד בנסיבות מפקפקות ושמעמדה הנורמטיבי שודרג על ידי בית המשפט עצמו, ללא הצדקה ברורה, במסגרת "המהפכה החוקתית". זאת ועוד, מערכת היחסים בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות מתאפיינת בהיעדר שיתוף פעולה ובמתח ולציבור השפעה חלשה על קביעת הרכבו של בית המשפט.

מציאות כזו – בה היסוד העממי בעיצוב החוקה הינו כה קטן – מגבירה את הצורך בשיתוף הציבור בפירוש החוקה אגב יישומה.

מבוא

במדינות מערביות רבות, בית המשפט מופקד על הכרעה במחלוקות בשאלות חוקתיות. לעיתים, התשובה מזמנת עצמה מאליה, אך פעמים רבות, מוענק לבית המשפט "שיקול דעת חזק" במובן זה שהחוקה איננה נותנת תשובה חד-משמעית אחת לשאלה שעל הפרק ובית המשפט חופשי להכריע לפי מיטב הבנתו.¹ בנוסף, לבית המשפט מוענקת הסמכות לבקר החלטותיהן של הרשויות השלטוניות - סמכות החלה לא רק כלפי החלטות של הרשות המבצעת אלא גם של המחוקקת. שילוב שני המרכיבים – שיקול דעת חזק וסמכות הביקורת - מציבים את בית המשפט, באותן מדינות, במרכז הזירה הפוליטית-משפטית ומזמינים ביקורת על החלטותיו. לעיתים מדובר בביקורת נקודתית על פסק-דין זה או אחר, אך בצד הביקורת הנקודתית מועלית גם ביקורת עקרונית על ריכוז הכוח בידי בית המשפט. הטיעון המרכזי כנגד הפקדת בית המשפט על פרשנות החוקה ועל אכיפתה הוא שהדבר עומד בסתירה לעקרון היסוד הדמוקרטי של הכרעת הרוב.² למעשה, הביקורת העקרונית מתחלקת לשתי טענות נפרדות. האחת, כנגד עצם ההיררכיה החוקתית המעמידה את החוקה מעל מנגנון קבלת ההחלטות הדמוקרטי, והשנייה כנגד הפקדת הסמכות לפרש את החוקה בידי בית המשפט.

בחיבור זה אתמקד בטענה מן הסוג השני, ובגישה שזכתה להתייחסות מפורטת במספר פרסומים בשנים האחרונות, לפיה הדרך להתגבר על המתח בין הפקדת פרשנות החוקה בידי בית המשפט לבין הדמוקרטיה היא **הדרישה לאמץ תורת פרשנות במסגרתה נדרש בית המשפט להתחשב בעמדת הציבור בפרשנות החוקה**.³ באמצעות אימוץ תורת פרשנות כזו, המציבה את עמדת הציבור כפרמטר מרכזי בהכרעת השאלה

¹ אחת הדרכים היא פרשנות החוקה. סקירת תורות הפרשנות מגלה כי קיימת יותר מגישה אחת באשר לאופן בו יש לפרש את החוקה. ראו מאמרו של גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" **משפטים** 349, 365 - 370 (2007) (להלן: ספיר – שלושה מודלים) וכן גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר הווה ועתיד** 190 – 196 (2010) (להלן: ספיר – המהפכה החוקתית) אשר מפרט שלוש גישות: אורגינליזם (הפרשנות משקפת את הכוונה המקורית של מנסחיה או המשמעות המקורית של הטקסט), נונ-אורגינליזם א' (הפרשנות מתאימה למערכת ערכים אובייקטיבית ראויה) ונון-אורגינליזם ב' (הפרשנות מתאימה לתפיסות הערכיות הרווחות בציבור).

² למקור סוגיית Countermajoritarian difficulty ראו: ALEXANDER. M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS, 16 – 17 (1962). ביקל מתמודד עם השאלה כיצד להצדיק את כוחו של בית המשפט העליון, כגוף שאינו נבחר ואינו עומד לבחירה מחדש, לבטל חוקים של בתי נבחרים שהינם גופים נבחרים העומדים לבחירה מחדשת. לפי ביקל, במקרים בהם אין בחוקה תשובה ברורה אחת בית המשפט צריך לפסוק בהתאם לקונצנזוס הציבורי בסוגיה זו, ראו, שם, בעמ' 25 - 26: "while interpreting and enforcing the Constitution, the court must represent the Enduring values of a society".

³ עולה השאלה האם התחשבות בעמדת הציבור משמעותה כי בית המשפט חייב לשקול את העמדה הציבורית כשיקול במכלול השיקולים או שהעמדה היא בבחינת עצה גרידא? הגדרת התוצאה המתקבלת כמחייבת (binding) – לא מאפשרת מרחב לשיקול דעת של בית המשפט באשר לשאלה האם לאמץ את תוצאות ההצבעה או לא. כלומר, גיבוש העמדה הציבורית הופכת לשיקול מרכזי אותו בית המשפט חייב לשקול בהליך הפרשנות החוקתית. לעומת זאת, אם העמדה המתגבשת היא בגדר עצה בלבד

החוקתית, מרכז בית המשפט במידת מה את המתח עם עקרון הכרעת הרוב. לעומת גישה זו – יש המתנגדים לפרשנות החוקה באופן זה וסבורים שחסרונותיה עולים על יתרונותיה.

שתי גישות אלו מבססות את עמדתן בטיעונים שונים ומבקרות אחת את רעותה – על כך ארחיב ואפרט להלן בחיבור. כתוצאה מבחינת העמדות וביקורתן, אגיע למסקנה טנטטיבית כי יש לצדד בגישה התומכת בהתחשבות בעמדה הציבורית בפרשנות החוקה. ליישום עמדה זו יש לגבש את עמדתו של הציבור. לפיכך אדון בשאלות מיהו "הציבור", כיצד מחשבים את "עמדת הציבור" ומהם השלבים הדרושים לתהליך אומדן עמדת הציבור.

מטרותיי בחיבור זה הן ארבע: ראשית, תיאור פוזיטיבי של הגישות השונות ביחס לתורת פרשנות לפיה נדרש בית המשפט לפרש את החוקה בהתאם לעמדת הציבור - תוך הצגת הטיעונים התומכים בכל אחת מהן. שנית, דיון ביקורתי בטיעונים שבבסיס כל גישה. שלישית, דיון בהגדרת מושאי המחקר – הציבור ועמדתו. כלומר, בחינת הדרכים השונות להגדרתו של הציבור, פירוט האופנים להגדרת עמדתו, תיאור הגורמים העלולים להשפיע ולשנות את עמדתו וכן הצגת דרכים לאומדן עמדת הציבור - הכל בהקשר של הליך פרשנות החוקה. לבסוף, אציע מתווה ראשוני ליישום המסקנות העקרוניות העולות מהמחקר בהקשר הישראלי.

נקודת המוצא לדיון היא שפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור אינה שקולה לשינוי החוקה. כפי שהסבירו רבים, תורות פרשנות כשמן כן הן, כלומר, הן מיועדות לפרש את הטקסט שעל הפרק, ולכן לעולם יישארו כבולות לטקסט. פרשנות המתחשבת בעמדת הציבור אינה יוצאת מכלל זה. היא נעצרת במקום שבו לא ניתן להחיל את עמדת הציבור על הטקסט בנוסחו הקיים. במקרה בו עמדת הציבור מנוגדת באופן חזיתי לאמור בחוקה, יידרש בית המשפט להתעלם מעמדת הציבור ולדבוק בחוקה, והציבור יופנה לפרוצדורת השינוי הקבועה בחוקה כתרופה לטענותיו.

(consultative), התוצאה המתקבלת משמשת כבומרנג בלבד וכאינדיקציה לעמדתו של הציבור בסוגיה ותו לא. ההחלטה אם לאמצה כשיקול מרכזי נתונה להחלטת בית המשפט - זאת גם במחיר של התעלמות מוחלטת ממנה. (ראו דנה אריאלי-הורוביץ "משאלי עם: בין תאוריה לפוליטיקה" פוליטיקה גיליון 5, 9, 13 - 14 (2000). כמו כן ראו דנה בלאנדר וגדעון רהט **משאל עם: מיתוס ומציאות** 16-17 (2000). נראה כי אין טעם להיוועץ בציבור אם לא מייחסים משקל רב לעמדתו ומחייבים את בית המשפט לשקול אותה. במידה ועמדת הציבור היא בגדר עצה גרידא, אין הצר שווה בנוק המלך. כפי שאציג בפרק ג, הליך אומדן עמדת הציבור כרוך בסרבול ודורש משאבים רבים. התייחסות לתוצאות ההליך כלא מחייבות תמעיט בתועלת שבביצוע ההליך ובעקבות כך בהצדקה להשקיע בו מלכתחילה. ההצדקה להשקעה הרבה בביצוע הליך גיבוש עמדת הציבור תהיה אם עמדתו תחייב את בית המשפט לשקול אותו כשיקול מרכזי, או לחילופין, בית המשפט יתמוך את התנגדותו לעמדת הציבור בנימוקים כבדי-משקל (כגון קיפוח קשה של קבוצת המיעוט). בנוסף, הגדרת העמדה הציבורית המתגבשת כעצה בלבד תפגע במוטיבציית הציבור להשתתף בהליך זה. ראו: Michael Gallagher, *Conclusion, in THE REFERENDUM EXPERIENCE IN EUROPE* 246 (Michael Gallagher and Pier Vincenzo Uleri eds., 1996).

מכך נובעת נקודה מוצא נוספת לדיון. פרשנות המתחשבת בעמדת הציבור אין משמעותה ביטול שיקול הדעת של בית המשפט בהליך הפרשנות. לבית המשפט מוענק שיקול דעת על מנת שהליך הפרשנות ייעשה באופן הראוי ובהתאם לגבולות שמציבה החוקה.⁴

מבנה הציבור כדלקמן: *בפרק הראשון* אסקור את שתי הגישות בשאלת מעמדה הראוי של עמדת הציבור בפרשנות החוקה ואפרט את הטענות העומדים בבסיס כל גישה. *בפרק השני* אדון בביקורות על כל אחת מהגישות. *בפרק השלישי* אבחן מיהו הציבור שבהתאם לעמדתו תפורש החוקה. אציג את האפשרויות להגדרת "עמדת הציבור". אציין את הקשיים שבאומדן עמדת הציבור והדרכים האפשריות לאומדן זה. *בפרק הרביעי* אציע יישום ראשוני של מסקנותיי בהקשר הישראלי. תקוותי היא כי יישום ראשוני זה ישמש לי בסיס למחקר עתידי בנושא.

⁴ ממבט ראשון, ההבדל בין הכרעה חד משמעית על פי העמדה הציבורית לבין התייחסות לעמדה הציבורית כשיקול מרכזי בפרשנות החוקה (ולאו דווקא הכרעה) אינו משמעותי במקרה בו יש סתירה בין עמדת הציבור לבין החוקה משום שבכל מקרה יידרש בית המשפט בפרשנותו לא לחרוג מגבולות החוקה. עם זאת, לדעתי קיים הבדל מהותי והשימוש במונחים "התחשבות" או "התייחסות" – לעומת "הכרעה" – נדרש לענייננו. כאמור, במקרה בו בית המשפט יתמודד מול עמדה ציבורית הסותרת ישירות את החוקה יהיה עליו לסטות מעמדת הציבור: אם ברירת המחדל היא להכריע בהתאם לעמדת הציבור – הרי שסטייה מעמדת הציבור מרחיקה לכת ותגרור ביקורת חריפה מאד שעלולה למנוע מבית המשפט לעשות כן. אך אם עליו להתחשב בעמדת הציבור – יפחת החשש לסטות מעמדת הציבור במקרה כזה משום שמוענק לבית המשפט, ולו מבחינה טרמינולוגית, מרחב תמרון לפעול כך.

פרק א: תיאור הגישות והטיעונים שבבסיס כל אחת מהן

כאמור במבוא, קיימות שתי גישות עקרוניות ביחס לשאלת ההתחשבות בעמדת הציבור במהלך פרשנות החוקה: גישה התומכת בפרשנות המתחשבת בעמדת הציבור, כנגדה גישה המתנגדת להתחשבות כלשהי בעמדתו. להלן אציג את הטיעונים התומכים בכל אחת מהן.

1. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור – הגישה התומכת

גישה זו דורשת מהשופטים לכבד את עמדת הציבור ולהתייחס אליה כאל שיקול מרכזי בהליך פרשנות החוקה. המצדדים בגישה זו תומכים יתדותיהם בשלושה טיעונים מרכזיים:

א. **חכמה קולקטיבית** - עמדת הציבור משקפת 'חוכמה קולקטיבית', העולה באיכותה על התבונה המצויה בידי השופטים.

ב. **חוקתנות עממית** - החוקה כוננה על ידי הציבור ומשמשת ביטוי לעמדותיו ורצונותיו ולכן פירושה צריך להמשיך ולבטא אותן.

ג. **מעמדו של בית המשפט** – קיים חשש כי התעלמות מוחלטת מעמדת הציבור תעורר זעם בקרב הציבור ותפגע במעמדו הציבורי של בית המשפט לו הוא נזקק למילוי תפקידיו.

כל אחד מטיעונים אלו מדגיש פן אחר התומך בפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור. הטיעון הראשון מדגיש את הפן האינטלקטואלי. הטיעון השני מצביע על הפן המוסרי. הטיעון השלישי מחדד את הפן התועלתני-תוצאתי. המשותף לטיעונים אלו הוא ההצדקה ליישום עקרון היסוד הדמוקרטי של הכרעת הרוב. להלן אתאר טיעונים אלו ביתר פירוט.

א. עמדת הציבור משקפת 'חוכמה קולקטיבית'

לפי טיעון זה, לציבור, בתור קולקטיב, יש תבונה העולה על שיקול הדעת של פרטים, מומחים ככל שיהיו – גם בסוגיות ערכיות העולות מתוך מחלוקות חוקתיות. הגישה המייחסת עדיפות לעמדתו של הקולקטיב מוצאת תימוכין בעמדות תיאולוגיות, פילוסופיות ומדעיות.⁵

מהזווית התיאולוגית הטענה היא שרצון הציבור מבטא את רצון האל וכשם שהאל איננו טועה - כך גם הציבור.⁶ ביטוי להשקפה זו ניתן למצוא במימרא המפורסמת "קול המון פְּקוּל שְׁדִי".⁷ מהפן הפילוסופי, על

⁵ האבחנה לענייננו בין בחינה מדעית לבחינה פילוסופית באה להעמיד את ההבדל בין פילוסופיה כמחקר אפריורי לבין מדע כמחקר אפוסטריורי.

⁶ ראו למשל פירושו שמואל די אוזידה על פרקי אבות בספרו מדרש שמואל, פרק ג, משנה י"ג: "הר' יוסף ו' נחמיאש ששמע מפני

פי פילוסופים רבים⁸ הקולקטיב האנושי מתנהל כאורגניזם. לאורגניזם זה הם מייחסים יכולות החורגות מיכולותיהם של אנשים בודדים, ובכלל זה יכולות קוגניטיביות. כמו כן, לדעת פילוסופים מסוימים⁹ המדינה היא גילום פוליטי של קולקטיב אנושי וככזו אמורה לבטא את רצונו של הקולקטיב הזה.

במסגרת המחקר המדעי, ניתן להצביע על שתי שיטות הגורסות כי לעמדת הציבור יתרון על פני עמדתו של היחיד בקבלת החלטות ובגיבוש עמדה נכונה:

שיטה אחת דוגלת באיסוף וברכוז עמדות הפרטים המרכיבים את הציבור, וחישוב העמדה הממוצעת¹⁰ האמורה לבטא את עמדת הציבור כקולקטיב. תיאוריה זו הוצגה על ידי המדען פרנסיס גלטון (Galton)¹¹

ר' יצחק מלמד, שנאמר, ואת רוחי אתן ברבכם, **הרי רוח הבריות היא רוח המקום** (דגש לא במקור).⁷
7 בדומה למימרא הלטינית Vox populi, vox Dei המיוחס לאנגלי אלקואין באיגרת ששלח למלך הפרנקים, קרל הגדול, בשנת 798. מיוחס גם לאלקואין במילון THE CONCISE OXFORD DICTIONARY OF QUOTATIONS 124 (3rd ed., Oxford University Press, 1993). במקורות העבריים מימרא זו לא מופיעה בנוסח זה אלא בנוסחים דומים, למשל: 'קול הרבים כקול שדי' (נחלת אבות, פרק שלישי, עמ' קנה, פירוש למסכת אבות של הרב דון יצחק אברבנל, הוצאת משפחת זילברמן, ניו-יורק, תשי"ג: "...לכן בא המאמר השלישי כל שרוח הבריות נוחה הימנו רוח המקום נוחה הימנו. וענינו שאף על פי שיהיה האדם אלה פיהו מלא ומרמות ותוך. הנה הפרסום הכולל יגלה רעתו לפי שכללות העם תמיד ישיג אמתת הדברים ולא יוכל הרמאי לרמות את הכל. ולכן היה **קול הרבים כקול שדי** (דגש לא במקור)".) או 'קול המון כקול שמים' (גנזי-נסתרות, קובץ א, עמ' נ"ג, אוסף כתבי יד הנערך ע"י ליוסף יצחק קאבק). לכוחו הרוחני של ההמון צורף גם הסבר הגיוני, למשל ראו לעיל בדברי נחלת אבות - "לא יוכל הרמאי לרמות את הכל". וכן במדרש שמואל, פרק ג' משנה י"ג: "השקר לא יסכימו עליו רבים. ולזה אמרה תורה אחרי רבים להטות". בדומה לכך ראו בספר המדות להר"ן מברסלב, אמת, ס"ק י': "סימן של השקר, כשלא יסכימו עליו רבים". ראו לציין כי היו שחלקו על עמדה זו, למשל ראו: בעל העקרים, מאמר שלישי, פרק כ"ג: "ובלבד שיהיו הרוב דעות החכמים. לא רוב דעות ע"ה [עמי הארץ - ש.ש.]. לפי שההמון ועמי הארץ נפתים לדבר שאינו...ועל כן אין ראוי להביא ראיה מהסכמת ההמון, כי פעמים יסכימו ההמון על חלופ האמת". וכן ראו גם ספר החינוך, מצווה ע"ח: "ובחירת רוב זה, לפי הדומה, הוא כששני כתות החולקות יודעות בחכמת התורה בשוה, שאין לומר שכת חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפילו כיוצא מצרים". לגישה הרואה את עמדת הציבור כשיקוף לעמדת המשכילים ראו בספרו של ר' עזריה מן האדומים, אמריבינה, פרק מ"ב: "סוף סוף ההמון הנו חצוצרת המשכילים, וקולו הולך וחזק כפי הרוח הנתן בו מהמה".

⁸ ז'אן-ז'אק רוסו **האמנה החברתית** ספר ג 111 (הוצאת רסלינג, עמוס הופמן עורך, עידו בסוק מתרגם, 2006). ראו גם: GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, THE PHILOSOPHY OF HISTORY 39 (J. Sibree trans., 1956): "The State is the Divine Idea as it exists on earth . . . We must therefore worship the State as the manifestation of the Divine on earth, and consider that, if it is difficult to comprehend Nature, it is infinitely harder to grasp the Essence of the State . . . The State is the march of God through the world . . . The State must be comprehended as an organism . . . To the complete State belongs, essentially, consciousness, and thought. The State knows what it wills . . . The State is real; and . . . true reality is necessary. What is real is eternally necessary . . . The State . . . exists for its own sake JOHANN GOTTFRIED HERDER, The State is the actually existing, realized moral life."
.TREATISE ON THE ORIGIN OF LANGUAGE (1772)

⁹ שם.

¹⁰ השימוש בביטוי ממוצע אינו במובן החישובי אלא במובן ההסתברותי. בחישוב עמדת הציבור יש להשתמש בכלי מדידה סטטיסטיים כגון: ממוצע, חציון וכיוצ"ב.

¹¹ תיאוריה זו מיוחסת למדען פרנסיס גלטון, ראו: Francis Galton, Vox populi, NATURE 450 - 451 (1907). מופיע בכתובת: <http://galton.org/essays/1900-1911/galton-1907-vox-populi.pdf?page=7>

ופותחה לאחר מכן על ידי הכלכלן פרידריך האייק (Hayek).¹² **שיטה שנייה** מבוססת על 'תיאורמת המושבעים של קונדורסה' (Condorcet Jury Theorem)¹³ אשר לפיה ההסתברות שרוב הקבוצה יבחר באפשרות הראויה¹⁴ גבוהה יותר מההסתברות שהמיעוט יבחר באפשרות זו.¹⁵

המשותף לשתי השיטות הללו הוא שככל שמספר הפרטים בקבוצה גדל, כך גדל הסיכוי שעמדת הקבוצה תהיה נכונה. השוני בין השיטות הוא במנגנון החישוב: השיטה הראשונה עוסקת במקרים בהם מגוון האפשרויות הוא גדול עד אינסופי, כאשר 'העמדה הקבוצתית' היא **ממוצע** עמדות הפרטים. השיטה השנייה מתמקדת בסוגי החלטות בהן מגוון האפשרויות הוא נמוך מאד ועמדת הקבוצה היא **בינארית** ונקבעת על פי החלטת הרוב.

כוחן של שיטות אלו הוא בהכרה המדעית הניתנת להן. המחקרים והניסויים אשר נעשו כדי לעמוד על טיבן העניקו תוקף לאמיתותן ובעקבות זאת חיזקו את הגישה כי הציבור בעל 'חכמה קולקטיבית'. ארחיב מעט על כל אחת מהן.

1) התיאוריה של גלטון והאייק

המדען פרנסיס גלטון, כמי שטבע את המונח **אֶאוֹגֶנִיקָה** (Eugenics) ודגל בהשבחת הגן האנושי לצורך הישרדותו, לא האמין באיכות האינטליגנציה של האדם הממוצע. תחת השערה זו, ערך גלטון ניסוי שתוצאותיו בסופו של דבר הפריכו את השקפתו. בשנת 1906, במהלך סיור בשוק בשר שבעיר פלימות' (Plymouth) במערב אנגליה, סקר את ניחושיהם של הדיוטות לגבי משקלו של נתח בשר מסוים בשוק. הוא חישב את ממוצע הניחושים וגילה כי הוא תאם בדיוק למשקלו האמיתי של הנתח. גלטון מצא כי הניחוש הממוצע בקרב 787 מנחשים הוא שנתח הבשר שוקל 543.045 ק"ג (פאונד/Lbs.). המשקל האמיתי היה 543.403 ק"ג (פאונד/Lbs.).¹⁶ גלטון, אשר הופתע מהתוצאה, ניסח תיאוריה אשר לפיה במקרים

¹² ראו: F. A. HAYEK, THE ROAD TO SERFDOM (1944), הספר תורגם גם לעברית: פרידריך האייק **הדרך אל העושר** (אהרון אמיר תירגם, הוצאת שלם, 1998).

¹³ ההקשר של התיאורמה למושבעים הוא באופי ההחלטה המתקבלת בדרך כלל על ידי מושבעים. החלטת המושבעים היא דיכטומית: לזכות או להרשע את הנאשם. כמו כן למושבעים ישנה מטרה משותפת – להוציא את האמת לאור, כלומר לבחור באפשרות הנכונה ביותר. עם זאת, המושבעים, כהדיוטות, עלולים לטעות ולכן ההחלטה הנכונה אינה מתקבלת בוודאות.

¹⁴ השימוש במונח "אפשרות ראויה" היא לא בכדי. בהקשר של פסיקת מושבעים לגבי קביעה עובדתית למעשי הנאשם ניתן לומר "אפשרות נכונה". אך בהקשר של פרשנות החוקה – העוסקת בסוגיות בעלות אופי פילוסופי קיים ספק לקביעת "האפשרות הנכונה" באופן אובייקטיבי ולכן המונח "אפשרות ראויה" מתאים יותר בהקשר סובייקטיבי-נורמטיבי.

¹⁵ להרחבה והסבר על התיאורמה ראו: שמואל ניצן **העדפה ובחירה חברתית** 242 – 243 (הוצ' האוני' הפתוחה, 2008).

¹⁶ גלטון במאמרו Vox populi, Galton, לעיל ה"ש 11), אינו מציג את הממוצע אלא את החציון (הממוצע חושב על ידי המחבר). לפי מאמרו, החציון הוא 1207 פאונד/Lbs. (547.485 ק"ג) – גם על פי החציון, ההפרש בין הניחוש לתוצאה הוא מזערי - 4 ק"ג

מסוימים ניתן על ידי חישוב ממוצע הדעות של ההמון להגיע לעמדה הנכונה ביותר. בדרך זו, לטענתו, להמון ישנו יתרון בקבלת החלטות אף על פני יחידים הנחשבים למומחים בתחום.¹⁷

הכלכלן פרידריך האייק, אשר עסק בחקר שווקים כלכליים, הרחיב את התיאוריה של גלטון לגבי חיזוי מחירי השוק לכדי תיאוריה כלכלית-מדינית כוללת. האייק טען כי השינויים בשוק הם רבים מדי וקטנים מדי ולכן אינם ניתנים לחיזוי על ידי מומחה יחיד. עם זאת, מאחר והמחירים הם תוצאה של שקלול שיפטים והחלטות של פרטים רבים, אשר משקפים את טעמיהם של פרטים אלו, השקפותיהם והמידע שברשותם, הרי שמדובר בהליך מבוזר הנותן ביטוי לעמדותיהם.¹⁸ לעומת גלטון, אשר קרא להשתמש בחכמת ההמונים לשם הערכה של המציאות הבלתי תלויה בדעת הציבור, האייק מוצא בה אמצעי לחיזוי תהליכים עתידיים אשר אותם חכמת ההמונים היא המעצבת.

2) תיאורמת המושבעים של קונדורסה

לפי 'תיאורמת המושבעים של קונדורסה' ההסתברות שרוב חברי הקבוצה יבחר באפשרות הראויה גבוהה יותר מההסתברות שמיעוטם יבחר באפשרות זו. התנאי המרכזי ליישום התיאורמה הוא היות מקבלי ההחלטות בעלי 'כישורי החלטה גבוהים', או במילים אחרות ההסתברות שכל פרט יבחר באפשרות הנכונה תהיה גדולה מ-50%.¹⁹ על פי התיאורמה כאשר קבלת ההחלטות מאפשרת לכל הפרטים לקבל החלטה באופן חופשי, ובהנחה כי ההסתברות שכל פרט צודק גדולה מ-50%, ההסתברות כי קבוצת הפרטים תקבל את ההחלטה הנכונה גבוהה מההסתברות כי הפרט המומחה יקבל החלטה כזו. במקרה כזה, ככל שמספר מקבלי ההחלטה גדל – כך גדלה ההסתברות שתקבל החלטה ראויה. לכן כאשר מספר מקבלי ההחלטות

סה"כ. סטייה של כ-0.7%.

¹⁷ ממצא זה הפתיע את גלטון עצמו שטען כי: "This result is, I think, more creditable to the trust-worthiness of a democratic judgment than might have been expected" (תרגום: "התוצאה הביאה לשיפוט הדמוקרטי יותר כבוד מהצפוי"). שם, בעמ' 451.

לאחרונה (בשנת 2012) נעשה שיחזור של הניסוי ותוצאתו הציגה שוב התאמה בין משקל השור לבין ממוצע הערכות הציבור. ראו: *Of oxes and the wisdom of crowds: Lior Zoref at TED2012*, TED – IDEAS WORTH SPREADING (29.2.12). available at: <http://blog.ted.com/2012/02/29/of-oxes-and-the-wisdom-of-crowds-lior-zoref-at-ted2012/>.

¹⁸ האייק בספרו, לעיל ה"ש 12, טוען כי תכנון וארגון הכלכלה על ידי המדינה מועדת לכישלון אם היא אינה מבטאת את המידע האמיתי והאינטרסים של כלל הפרטים החיים בה. לטענתו, תכנון כלכלי קולקטיבי כזה מהווה איום מהותי ועלול להוביל לאסון, מאחר והמוסדות הכלכליים צומחים מתוך פעולת גומלין של אינטרסים פרטיים, ולא על-פי תכנונם מראש על ידי גוף ציבורי. לעומת זאת, בכלכלת שוק חופשי, כל פרט מבטא את האינטרסים והמידע שברשותו באופן מלא ובעקבות כך נוצר שיווי משקל בשוק שממנו ניתן לגזור את המחירים. הסיבה לכך היא משום שסך כל הידע המשותף שנמצא אצל פרטים בציבור הקובעים את האינטרסים שלהם ומחפשים את מזלם, עולה עשרות מונים על הידע המצוי ברשות גוף ציבורי המתיימר לעצב מחדש את החברה באופן מלאכותי. מערכת מחירים המבוססת על תפיסה כזו הינה מכשיר מדויק ומאוזן המאותת על שינויים בשוק – ומגיבה מייד לשינויים. להרחבה נוספת ראו גם: F. A. HAYEK, *THE USE OF KNOWLEDGE IN SOCIETY* (1948).

¹⁹ ניצן, לעיל ה"ש 15, בעמ' 259. להלן בביקורת אציג את הבעיה שבתנאי זה.

שואף לאינסוף, ההסתברות שהחלטה הקבוצתית תהיה נכונה שואפת ל-1, כלומר שואפת לוודאות שהאפשרות שנבחרה היא האפשרות הראויה.²⁰

3) התנאים ליישום התיאוריות

התיאוריה של גלטון ותיאורמת המושבעים של קונדורסה אינן נטולות תנאי-רקע להתקיימותן. גיימס סורוביצקי, בספרו *THE WISDOM OF CROWDS*,²¹ מפרט את התנאים הדרושים למימוש יתרונו של חכמת הציבור על פי השיטות שתיארתי לעיל:

(א) גיוון דעות – שמירה על השונות בין האנשים המרכיבים את הקבוצה מגבירה את הסיכוי לקבלת החלטות קולקטיביות נכונות. השונות מונעת מהקבוצה לקבל החלטות שמסתמכות על השפעה הדדית, נאמנות, סמכות ודעות קדומות ומבטיחה מגוון רחב של רעיונות, דעות, ודרכי חשיבה שמתורגמים למגוון רחב של פתרונות אפשריים.²²

(ב) עצמאות הפרטים בקבלת העמדה – קבלת ההחלטות באופן עצמאי, בהתבסס על הידע האישי שלהם ובלי להיות מושפעים מדעות של אחרים, מונעת מהשגיאות שאנשים עושים להשפיע על אחרים. משום שחיקוי הוא אחת הדרכים העיקריות להעברת ידע - כלומר מכיוון שבני אדם אינם יכולים לדעת הכל ולכן מחקים אחרים ועל ידי כך מפיקים תועלת מהמידע המצוי אצלם – ישנה חשיבות לקבלת החלטות באופן סימולטני, ועל ידי כך לשמור על עצמאות בקבלת ההחלטות על ידי קבוצה.²³

(ג) ביזור – תנאי זה דורש כי השליטה לא תהיה מרוכזת במקום אחד או אצל אדם אחד, אלא ההחלטות תתקבלנה על ידי יחידים על סמך הידע האישי והמקומי שלהם. היתרון של מערכת העומדת בתנאי זה הינו כפול: מצד אחד הוא מעודד עצמאות ותורם לגיוון הדעות במערכת, מצד שני הוא מטפח התמחויות ומאפשר לאנשים להיות יצרניים ויעילים יותר משום שהידע הוא ספציפי למקום מסוים, תפקיד מסוים או התנסות מסוימת.²⁴

²⁰ להוכחת התיאורמה מבחינה מתמטית ראו: ניצן, שם, בעמ' 239 – 244.

²¹ ראו: JAMES SUROWIECKI, *THE WISDOM OF CROWDS: WHY THE MANY ARE SMARTER THAN THE FEW AND HOW* (2004) COLLECTIVE WISDOM SHAPES BUSINESS, ECONOMIES, SOCIETIES AND NATIONS. תרגומו בעברית נקרא: גיימס סורוביצקי **חוכמת ההמונים - מדוע הרבים חכמים מהמעטים ואיך תבונה קולקטיבית מעצבת עסקים, תרבויות ומדינות** (הוצאת עברית הוצאה לאור בשיתוף כתר, 2006). סורוביצקי מדגים לאורך החלק הראשון שבספרו דוגמאות של טעויות בשיפוט של ההמון. לדעתו, טעויות שיפוט אלו הן הוכחה על דרך השלילה על ידי שהן ממחישות את חשיבות קיומם של תנאים מסוימים כדי שהחלטות הקולקטיביות תהיינה טובות - על ידי המחשה של מה שמתרחש בהיעדרם של תנאים אלה.

²² סורוביצקי, שם, בעמ' 41 – 57, בפרק שני בספרו "שונות זה כל השוני: ריקוד הדבורים, מפרץ החזירים וחשיבות הגיוון".

²³ שם, בעמ' 58 – 81, בפרק שלישי בספרו "קוף אחרי בן אדם, חיקוי, מפל אינפורמציה ועצמאות".

²⁴ שם, בעמ' 82 – 98, בפרק רביעי "להרכיב את הפאזל" הסי. איי. אי, לינוקס, ואמנות הביזור". החיסרון העיקרי של הביזור

(ד) תיאום וקיבוץ הידע (אגרגציה) – משום שתנאי הביזור הוא הכרחי לקבלת החלטות מושכלות על ידי הציבור, נדרש מכניזם כלשהו על מנת לקבץ את הידע והמידע ולהפכו לעמדה קולקטיבית. ככל שהמערכת מבוזרת יותר, נדרשת מערכת יעילה יותר של איסוף וניתוח נתונים.²⁵

העובדה שהקולקטיב מכיל מידע עצום המשקף תמונה כמעט מלאה על העולם²⁶ אינו מספיק. סורוביצקי מסביר כי מנגנון זה פועל על ידי ניחוש או הערכתו של כל פרט במסגרת הקבוצה. הניחוש או ההערכה מורכבים ממידע נכון ושגיא.²⁷ אם ממצעים את הערכותיהם של פרטים בקבוצה גדולה, אשר פרטיה שונים ובלתי תלויים, הרי שהשגיאות שהיו לכל אחד מהפרטים בהערכתו או עמדתו מבטלות את אלה של חבריהם. לפיכך, רק בהתקיימות התנאים הללו יתבצע קיזוז הטעויות אשר יוביל להערכה או עמדה מדויקת יותר.²⁸

קאס סאנסטיין בספרו Infotopia,²⁹ בדומה לסורוביצקי, מהלל את יתרונו של הציבור בחוכמתו הקולקטיבית ורואה בריבוי דעות ערובה לייצור השקפה איכותית. בספרו הוא מתמקד ביישום התנאי הרביעי - תיאום וקיבוץ הידע. סאנסטיין מסביר כיצד הסביבה האינטרנטית משמשת כמנגנון יעיל לאגירת עמדותיו של הציבור ולביטוייה של החכמה הקולקטיבית. למשל, תוכנת הויקי (Wiki) בה משתפים הציבור זה את זה בידע מצטבר; בלוגים (Blogosphere) ורשתות חברתיות בהם משתפים הכותבים בתובנות או חוויות שהתנסו בהן; תוכנה בעלת 'מקור פתוח' (open-source software) בה כל משתמש יכול לשדרג או

היא שלא ניתן להבטיח שמידע חשוב שמתגלה בחלק אחד של המערכת יתפשט לכלל המערכת.

²⁵ שם, בעמ' 99 – 122, בפרק חמישי "אולי תרקוד איתי: תיאום בעולם מסובך".

²⁶ שם, בעמ' 29. הדגמה ל'חכמה' זו מציג סורוביצקי, בין השאר, דרך השימוש שעושה חב' Google ברשת האינטרנט. להשגת התוצאה הרלבנטית ביותר (במהירות המרבית), משתמשת חב' Google באלגוריתם המְחַשֵּב, או במילים אחרות מְמַצֵּע, את עמדתו של כלל הציבור ביחס לשאלתא המופנית בשורת החיפוש. על ידי סריקה של מיליארדי דפי רשת 'מאתר' האלגוריתם את עמדתו הרלבנטי של הציבור ובכך מגיע לתוצאות המדויקות ביותר (ראו גם: Sergey Brin and Lawrence Page, *The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*, 30 COMPUTER NETWORKS AND ISDN SYSTEMS 107 (1998). ilpubs.stanford.edu:8090/361/1/1998-8.pdf - 117).

סורביצקי מתאר בספרו ניסויים נוספים המבטאים את "החכמה הקולקטיבית": (1) כיתה התבקשה להעריך את הטמפרטורה בחדר הלימוד, ניתוח התוצאות הראה שממוצע התוצאות התאים בצורה כמעט מלאה לטמפרטורה האמיתית בחדר, נמצא שהתוצאה המקובצת של כלל הקבוצה הייתה קרובה יותר מאשר 80% מהתוצאות הבודדות (סורביצקי, שם, בעמ' 22). (2) סטודנטים התבקשו לחזות כמה גולות יש בצנצנת. 56 סטודנטים העריכו בממוצע כי הצנצנת מכילה 871 גולות בעוד שפועל היא הכילה 850 גולות. ההערכה הקבוצתית הייתה התשובה המדויקת ביותר מכל ניחוש של כל סטודנט בודד בקבוצה (שם).

²⁷ שם, בעמ' 28 – 29.

²⁸ סורוביצקי מדגיש כי חייב להיות סוג של מידע מסוים הקיים אצל הפרטים על מנת שקיזוז השגיאות יוביל לעמדה מדויקת. ניסוי הדברים על ילדים או לחילופין על ידי מחשבים, לטענתו, לא תוביל לעמדה נכונה (שם, בעמ' 29).

²⁹ SCOTT E. CASS R. SUNSTEIN, *INFOTOPIA: HOW MANY MINDS PRODUCE KNOWLEDGE* (2006). לקריאה נוספת ראו: PAGE, *THE DIFFERENCE: HOW THE POWER OF DIVERSITY CREATES BETTER GROUPS, FIRMS, SCHOOLS, AND SOCIETIES* (2007). לניתוח התהליך האבולוציוני שבני האדם עוברים ביחס שבין מידע והתפתחות הטכנולוגיה בהקשר לחכמת ההמונים, ראו: HOWARD RHEINGOLD, *SMART MOBS: THE NEXT SOCIAL REVOLUTION* (2002).

להוסיף לפיתוחה.³⁰ פיתוחה של הסביבה האינטרנטית מקילה על בעיית איסוף ותיאום עמדותיו של הציבור לזירה אחת בה ניתן לשכללם לעמדה ציבורית אחת מגובשת.

(4) יישום התיאוריות בספרה המשפטית

סאנסטיין משתמש בטיעון בדבר עליונות הדעה המיוצרת באמצעות שכלול של דעות מרובות גם בהקשר של קבלת החלטות מדיניות-פוליטיות בהליך דמוקרטי³¹ וכן בהליך השיפוטי.³²

סאנסטיין מסביר כי בדומה לגיבוש עמדת הציבור בתיאור המציאות העובדתית, מסוגל הציבור לגבש עמדה כלפי המציאות הנורמטיבית. זאת באמצעות הכרעות ערכיות, המבוססות על פרשנות המציאות, הכוללות מרכיב עצמאי המבוסס על עקרונות מוסריים.³³ עמדתו של סאנסטיין היא שתפקיד השופטים לכבד את עמדת הציבור באמצעות התייחסות אליה בעת קבלת ההחלטות השיפוטיות – בעיקר כשהדבר נוגע לסוגיות חוקתיות.

סאנסטיין טוען שתהליך פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור צריך לחול גם בדיעבד. אם ישנה התנגדות ציבורית להכרעתו של השופט, עליו להטיל בה ספק ולשקול אותה מחדש. הטלת הספק, לפי סאנסטיין, איננה אמורה לנבוע מתוך חשש מהציבור או מתוך פחד אישי אלא מתוך ענווה וצניעות שיפוטית.³⁴ הצניעות השיפוטית, כהגדרתו של סאנסטיין, אינה מידה אישית-סובייקטיבית אלא מידה מקצועית שעל השופט לנהוג בה. הטלת הספק, המבטאת צניעות שיפוטית, נובעת מן ההבנה שפסיקותיו אינן מושלמות וכי קיימת אפשרות כי טעה בשיקול דעתו משום היותו, אחרי הכל, שיקול דעת של יחיד. עמדתו של הציבור אודות סוגיה בענייני חוקה נהנית מיתרונה של חכמת ההמונים, ולכן מהווה בדיעבד אינדיקציה לאיכות ההכרעה של השופט בסוגיה החוקתית. ההתנגדות הציבורית משמשת מעין 'תמרור אזהרה' לשיקול דעת

³⁰ SUNSTEIN, שם, פרק 5.

³¹ למשל ראו SUNSTEIN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 224: "respect for democracy itself stems from the belief that so long as people do not cocoon themselves, large numbers of citizens are not likely to be wrong. the two cornerstones of free societies - markets and democracy - rest on the belief that many minds can be trusted"

³² Cass R. Sunstein, *If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?*, 60 STAN. L. REV. 155

(2007). וכן בספרו CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS: WHY THE FOUNDING DOCUMENT DOESN'T MEAN WHAT IT MEANT BEFORE (2009)

³³ לשיטתו של סאנסטיין, פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור מתבססת על שתי סיבות מרכזיות: 1. חכמתו של הציבור – על כך ארחיב בטיעון זה. 2. החשש מתגובתו של הציבור – ארחיב על כך להלן בטיעון השלישי.

³⁴ Sunstein, שם, בעמ' 159: "The epistemic reason involves humility. Judges cannot always know whether they are right, even about the meaning of the Constitution, and intense public convictions may provide relevant information about the correctness of their conclusions"

מוטעה של השופט, הקורא לעיון מחדש בהכרעה השיפוטית בסוגיה.³⁵ סאנסטיין סבור שמתוקף תיאוריית 'חכמת ההמונים' על השופט אף לפסוק בניגוד לדעתו כשהציבור איננו מסכים עמו.³⁶

סאנסטיין מתאר שלוש גישות שונות לפרשנות חוקתית בהתאם לעמדת הציבור: מסורתיות, פופוליזם וקוסמופוליטיות. אף כי גישות אלו שונות מאד ביישומן, הרי שבבסיס כולן קיימת ההכרה באיכות תבונתו, ובעקבות כך בעדיפות עמדתו, של הקולקטיב.

גישת המסורתיות³⁷ מאמינה כי קיומה של פרקטיקה ארוכת שנים מחייבת להימנע מלמהר ולשלול אותה – ולו רק מתוקף אורך שנותיה וניסיונה המצטבר. סאנסטיין, מציע לבתי המשפט לאמץ את המסורת השיפוטית כאמצעי לפרשנות החוקה. בתי המשפט יאבחנו את החוקה לאור ההלכות, וההשקפות הנובעות מהן, אשר התגבשו לאורך השנים. לטענתו, פסקי הדין מבטאים את חכמתו של הציבור – במקרה זה ציבור השופטים - אשר לאורך הדורות הביעו את עמדותיהם ופיתחו על ידי כך פרקטיקה פרשנית הראויה להישקל בהליך פרשנות החוקה.³⁸

גישת הפופוליזם³⁹ רואה את התפיסות והעמדות הפופולאריות הרווחות כיום בקרב הציבור כעמדות ראויות שצריכות להשפיע על קבלת החלטות שיפוטיות ולהוות משקל מרכזי בפרשנותה של החוקה.

הגישה הקוסמופוליטית⁴⁰ בוחנת את 'חכמת ההמונים' בקנה מידה עולמי. גישה זו מאמינה כי בתי המשפט

³⁵ ראוי לציין כי חכמת ההמונים אינה הסיבה היחידה לעמדתו של סנסטיין. הוא מציין גם את "ההשלכות" בגין התעלמות מעמדת הציבור. ראו על כך להלן בפרק זה בתת-פרק ג "חשש מתגובת הציבור ולפגיעה במעמדו של בית המשפט" – דיון העוסק בהשלכות שעלולות להיווצר עקב זעמו של הציבור כגון פגיעה בלגיטימיות הרשות השופטת ובשל כך פגיעה בתפקודה ויעילותה.

³⁶ כאן המקום להדגיש כי סנסטיין מודע לחסרונות של עמדה זו – עליהן ארחיב בפרק ב, למשל, ראו SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 161: "With respect to constitutional interpretation, however, crowds may not be so wise, because they may suffer from a systematic bias, or because their judgments may be a product of informational cascades or group polarization, often induced by what we might call meaning entrepreneurs. An understanding of the problems introduced by systematic biases, and by cascade and polarization effects, bears both on popular constitutionalism and the risk that large groups may be quite mistaken". עם זאת הוא מוצא את העמדה הזו כטובה ביותר.

³⁷ שם, בעמ' 35 – 121.

³⁸ ביקורת על גישה זו ראו: Adrian Vermeule, *Many-Minds Arguments in Legal Theory*, 1 THE JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 25 (2009): "Which traditions exactly, emanating from whose minds? Is the idea that judges should look to judicial precedent, or rather to larger political and social customs and norms? Many discussions run these things together, treating precedent as a kind of judicial tradition or custom... We may add that the number of justices who have sat on the Supreme Court in its entire history is not high, only 110 in total; calling the body of precedent produced by this group "the work of many minds" exaggerates, at least if the comparison is to genuinely widespread social customs and traditions".

³⁹ SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 125 – 184.

⁴⁰ שם, בעמ' 187 – 209.

צריכים לקחת בחשבון את התמונה הגלובאלית, ולבחון מהי העמדה החוקתית המקובלת בשאר מדינות העולם לגבי הסוגיות החוקתיות הנדונות. בבסיס הגישה עומד הטיעון כי העמדות הנפוצות בעולם משקפות את 'חכמת ההמונים'.

איזו מבין גישות אלה היא הראויה ביותר לפרשנות החוקה? סאנסטיין מסביר כי העניין תלוי באופייה של המדינה ובאופיין של הסוגיות העומדות על הפרק. יש סוגיות המתאימות לגישה מסוימת ולא לגישה אחרת. למשל, גישת *המסורתיות* נוחה יותר ליישום כאשר הסוגיה החוקתית עוסקת בנושא של הפרדת רשויות, פדרליזם ונשיאת נשק. בנושאים אלו, הנוגעים לצד **הטכני**, כגון תחום ניהול המדינה ואופן קבלת ההחלטות בה, כדאי לפנות לפרקטיקה אשר עוצבה בעבר כדי ליישם אותה ביחס לפרשנות חוקתית. קיומה של פרקטיקה לאורך מאות שנים, הישרדותה ובעיקר הצלחתה⁴¹ מבטאים את 'חכמת ההמונים' אשר גיבשה פרקטיקה זו לאורך השנים. לעומת זאת, בנושאים הנוגעים לצד המהותי-תכני, כמו שוויון, מדגיש סאנסטיין כי גישת *המסורתיות* מאבדת מיעילותה. בסוגיות העוסקות בערכים ומוסר, סאנסטיין רואה בהווה יתרון על פני העבר ולכן בסוגיות כאלו גישת *הפופולריות* נוחה יותר ליישום. לדעתו, כיום אנו חשופים לידע וניסיון רב יותר בנושאים אלו מאשר הדורות הקודמים.⁴² ניסיונם של הדורות האחרונים אשר חוו כישלון בסוגיות הערכיות על פי הגדרתם של הדורות הראשונים – הביאו לעיצובם מחדש. בשל "ההתקדמות הערכית" הרי שעל הנורמות הישנות להתבטל בפני הנורמות החדשות. יישום הגישה *הקוסמופוליטית* תלוי באופייה של המדינה. סאנסטיין ממליץ למדינות צעירות, אשר המשטר החוקתי בהן אינו מפותח דיו, להתמודד עם סוגיות סבוכות באמצעות "משפט משווה" ביחס למדינות אחרות בעלות רקע דומה לשלהן וליישם בהן את העקרונות החוקתיים המוחלים במדינות אלו.⁴³

סאנסטיין מצביע גם על הסייגים הנדרשים בכל גישה. למשל, ביחס לגישה *הקוסמופוליטית* הוא מדגיש כי היא תהיה רלוונטית רק במדינות בהן מתקיימות בחירות דמוקרטיות, שכן רק בהן מתקיימים התנאים ההכרחיים להיווצרותה של חכמת ההמונים: עצמאות, ביזור וגיוון הדעות.⁴⁴

בנוסף, סאנסטיין מדגיש כי מדובר בפרשנות **החוקה** בהתאם לעמדת הציבור ולא בהתחשבות בעמדת הציבור במנותק מהחוקה. למשל, פרשנות חוקה בהתאם לעמדת הציבור צריכה להיעשות תוך התחשבות

⁴¹ המשטר בארה"ב מתקיים מעל 200 שנה וחל על מדינה בעלת סדר גודל עצום (שטחה של ארצות הברית הוא 9.83 מיליון קמ"ר, ואוכלוסייתה, נכון ל-2010, מונה כ-310 מיליון תושבים) – בעוד שמטרים אחרים בעולם חלפו וקרסו.

⁴² ראו שם, בעמ' 210 – 211: "our ancestors knew much less than we do . . . because our stock of experience is so . . . much greater than that of those who preceded us"

⁴³ שם, בעמ' 208: "in difficult cases, courts in young nations, or nations without much in the way of constitutional precedent, should be willing to consider using foreign legal materials"

⁴⁴ אלו שלושה מתוך ארבעת התנאים ההכרחיים לקיומן של **חכמת ההמונים** – ראו לעיל דיון בתנאים ליישום התיאוריות.

בזכויות המיעוט ותוך הימנעות מקיפוחו. אמנם פרשנות חוקתית בהתאם לעמדת הציבור מתוקף חכמת ההמונים מיישמת את עקרון שלטון הרוב אך עליה להיעשות במסגרת החוקתית – הכוללת שמירה על זכויות המיעוט.⁴⁵ לדעתי, את התנאי של מחויבות לזכויות האדם ניתן להצדיק באופן נוסף: התנאים לקיומה של החכמה הקולקטיבית - ביזור, שונות וגיוון דעות - מחייבים הליך פוליטי המתנהל באופן תקין, ובכלל זה שמירה על זכויות המיעוט.⁴⁶

ב. חוקתנות עממית - החוקה כביטוי לעמדותיו ורצונותיו של הציבור

לפי טיעון זה, ההתחשבות בעמדת הציבור מתבקשת מן העובדה שהציבור הוא מכונן החוקה.⁴⁷ המצדדים בטיעון זה נמנים על התנועה המכונה *חוקתנות עממית* (Popular-Constitutionalism).⁴⁸ תנועה זו רואה את מאבקם ההיסטורי של "האבות המייסדים" (מחברי החוקה של ארה"ב) למען עצמאותה של ארה"ב ואת כינון החוקה על ידם כמיועדים להשליט את רצונו של העם במדינה תחת רצונו של המלך ששלט בה לפנים. בשורתם הייתה שהלגיטימיות של השלטון מותנית בכך שהוא מבטא את רצון העם, ולכן החוקה, שעומדת בראש פירמידת הנורמות חייבת להתחשב ברצון זה.⁴⁹

⁴⁵ שם, בעמ' 212 – 213.

⁴⁶ הדברים דומים לגישה המוצגת בספרו של JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (1980).

⁴⁷ ראו: LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* 7 (2004): "their Constitution remained, fundamentally, an act of popular will: the people's charter, made by the people". הטיבה לתאר זאת רבקה וייל במאמרה "הנשאל את פי העם: על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" *משפט וממשל* י 491, 461 - 462 (2007): "כל הרעיון של חוקה המבוססת על רצון העם הוא ליצור לגיטימציה לעליונותה של אותה חוקה על חוקים רגילים. לגיטימציה זו נשענת על כך שנותן החוקה (העם) הוא עליון על נותן החוקים (בית-המחוקקים). לפיכך אין המחוקק רשאי לשנות בחקיקה מהוראתו אותם בתי-מחוקקים...". ובעמ' 475: "לא ייתכן שאינסטנציה שנחותה מהעם תשנה את החוקה ללא הסכמתו... יש ליצור מנגנון המשלב את העם בתיקון, כך שנוסף על הסכמת הכנסת תיידרש גם הסכמת העם לתיקון". לענייננו תיקון חוקה ופרשנות חוקה הן היינו הך.

⁴⁸ תנועה זו מורכבת מחוקרים מובילים העוסקים בתיאוריות חוקתיות בארה"ב, למשל: Richard Davies Parker, *The Past of Constitutional Theory—And Its Future*, 42 OHIO ST. L.J. 223 (1981); Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737, 1805 (2006); MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS*, p. x in preface (1999) ("I attempt here to develop an approach to thinking about the Constitution away from the courts in the service of what I call a populist constitutional law"); Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 IND. L.J. 1, 17 (2002); Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, Yale L. ;92 CALIF. L. REV. 1027, 1027 (2004) J. 115 (2005).

⁴⁹ ראו: KRAMER, לעיל ה"ש 47, בעמ' 5 – 6, וכן 25 VOLUME 1 OF WE THE PEOPLE FOUNDATIONS; BERNARD BAILYN, *THE IDEOLOGICAL ORIGINS*; 181 TUSHNET, שם, בעמ' 181 (1993) (להלן: ACKERMAN VOLUME 1).

לטענתם של אנשי החוקתנות העממית, היות והחוקה מכוננת על ידי הציבור, מוקנית לציבור הסמכות לעיצובה מחדש בהתאם לתנודות הזמנים. סמכות זו מואצלת לרשות המחוקקת הנבחרת מטעמו, על מנת שזאת, בתורת נציג, תבטא את עמדותיו של הציבור במערכת הפוליטית. תפקידו של בית המשפט הוא להתחקות אחר עמדותיו של הציבור - בין שהן מבוטאות ישירות על-ידי הציבור ובין שהן באות לביטוי במערכת הפוליטית - ולתת להן מקום בהליך פרשנות החוקה.

תנועת החוקתנות העממית יוצאת כנגד ניסיונותיו של בית המשפט העליון האמריקאי להציב עצמו מעל הרשויות האחרות בהליך עיצוב החוקה, ובהצגתו כגורם כביכול ניטרלי וא-פוליטי.⁵⁰ התנועה גורסת כי כאשר בית המשפט מתעלם מעמדת הציבור בבואו לפרש את החוקה הוא גוזל בכך את הסמכויות השמורות לרשויות האחרות במדינה דמוקרטית ופוגע בכך בעקרון שלטון העם. לדעת חברי התנועה, פרשנות 'אליטיסטית', המפרידה בין משפט לפוליטיקה,⁵¹ מחטיאה את המטרה של כינון החוקה במדינה דמוקרטית. כדי לצמצם את כוחו של בית המשפט קוראים חברי התנועה לפרש את החוקה בהתאם לעמדתו של הציבור. כך, הם מאמינים, יושג האיזון הנאות בין חירותו של העם לעצב את חייו לבין כוח השיפוט המסור לבתי המשפט.

בשולי הטיעון כי כינון החוקה על ידי הציבור מקנה לו את הזכות לעצבה ולפרשה מרומזת טענה נוספת, והיא: השופטים מקבלים החלטות רבות המשפיעות על אורחות החיים והפוליטיקה במדינה – אך כל זאת ללא אחריות פוליטית, כלומר ללא הצורך במתן דין וחשבון בפני גופים פוליטיים או בפני הכוח האלקטוראלי. זאת משום שבניגוד לחברי הרשויות האחרות במדינה, השופטים אינם מתמודדים (שוב⁵²) בבחירות. פרשנות החוקה תוך התחשבות בעמדת הציבור תשווה את כוחו של בית המשפט לכוחן של

OF THE AMERICAN REVOLUTION 182 – 183 (1992): "The primary function of a constitution was to mark out the boundaries of governmental powers – hence in England, where there was no constitution, there were no limits... to what the legislature might do. In order to confine the ordinary actions of government, the constitution must be grounded in some fundamental source of authority, some "higher authority than the giving out [of] temporary laws." This special authority could be gained if the constitution were created by "an act of all"..."

⁵⁰ ראו למשל: TUSHNET, שם, בעמ' 6 – 32 בפרק ראשון: "Against Judicial Supremacy". כמו כן ראו Richard D. Jack M. ;Parker, Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto 95-96, 105, 113-14 (1994)

.Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 NW. U. L. REV. 549, 601 (2009)

⁵¹ לטענת החוקרים הני"ל ההפרדה בין משפט לפוליטיקה היא התפתחות מאוחרת, זאת בניגוד למטרתם של האבות המייסדים אשר נלחמו כדי לכונן חוקה שתבטא את עמדותיו של העם לעומת עמדותיו של המלך.

⁵² בהקשר האמריקאי – השופטים נבחרים פעם אחת ולא עומדים שוב לבחירות (אמנם ישנו תליך המכונה recall בכמה מדינות בארה"ב, אך אין זה דומה לעמידה מחודשת לבחירות).

בהקשר הישראלי – בחירת השופטים לא נעשית כלל על ידי בחירות אלא על ידי מנגנון בחירה המכונה "וועדה לבחירת שופטים". דיון על כך להלן בפרק ד. על הקשר בין מנגנון בחירת השופטים לחוקתנות העממית ראו: David E. Pozen, *Judicial*

.*Elections as Popular Constitutionalism*, 110 COLUM. L. REV. 2047 (2010)

הרשויות האחרות ותצמצם את הפגיעה בעקרון שלטון העם. כך כל רשויות המדינה תבטאנה את עמדת הציבור.⁵³

חזונו של אנשי תנועת החוקתנות העממית הוא שהציבור ישתתף באופן ישיר ופעיל בעיצוב החוקה ובפרשנותה.⁵⁴ אין צורך להיות משפטן מומחה, הם טוענים, או להתמחות בטקסטים משפטיים-חוקתיים כדי ליטול בכך חלק. מומחיותם ומיומנותם של השופטים תסייע להם לתרגם את עמדותיו של הציבור לשפה משפטית וליישם את השקפתו של הציבור במסגרת החוקתית – אך אל לה לשמש אותם לקידום עמדותיהם הפרטיות תוך התעלמות מעמדותיו של הציבור.⁵⁵

ג. חשש מתגובת הציבור ולפגיעה במעמדו של בית המשפט

לפי טיעון זה, התעלמות מעמדת הציבור עלולה לעורר את זעם הציבור ולהוביל לפגיעה במעמדו הציבורי של בית המשפט.⁵⁶

בבסיס הטיעון עומד הרעיון כי במדינה דמוקרטית הציבור מקבל על עצמו באופן חופשי את מרותה של המדינה.⁵⁷ דמוקרטיה אינה חירות מוחלטת. המדינה קובעת לאזרחים את הכללים על פיהם הם ינהלו את חייהם: מגבילה בתנועה, נוטלת כספים, מגייסת למלחמות, מתערבת בתנאי הנישואין, קובעת מה מותר לאכול, היכן אסור לעשן וכיוצא בזה. אין די כוח צבאי או משטירתי לאכיפת החוקים באם יחליט הציבור להתעלם מהם, לכן, ללא קבלת מרות זו מצד הציבור, החוקים בחברה דמוקרטית יהפכו לאות מתה.⁵⁸ לכן

⁵³ לעומת מצב בו הרשות השופטת, שלא כשאר הרשויות, מפרשת את החוקה שלא על פי עמדת הציבור. ראו גם: MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 79-110 (2008). טושנט טוען כי גם על המחוקקים מוטלת האחריות לפרש את החוקה, על ידי הליך החקיקה, בהתאם לעמדת הציבור. בדומה לכך ראו: REBECCA E. ZIETLOW, ENFORCING EQUALITY: CONGRESS, THE CONSTITUTION, AND THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS 9 (2006).

⁵⁴ Reva Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, HARV. L. REV. 191, 194 (2007): "These practices of democratic constitutionalism enable mobilized citizens to contest and shape popular beliefs about the Constitution's original meaning and so confer upon courts the authority to enforce the nation's foundational commitments in new ways". ראו גם KRAMER, לעיל ה"ש 47.

⁵⁵ כפי שמסכם זאת KRAMER, שם, בעמ' 248: "The Supreme Court is not the highest authority in the land on constitutional law. We are"

⁵⁶ ראו: KRAMER, שם. SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, וכן Sunstein, לעיל ה"ש 32, JEFFREY ROSEN, THE MOST DEMOCRATIC, לעיל ה"ש 32, BRANCH: HOW THE COURTS SERVE AMERICA (2006). רוזן רואה את תפקידו של ביהמ"ש כמשקף את עמדת הציבור בסוגיות החוקתיות. כלומר, באופן עקרוני אין לפסול חוקים בשם עקרון חוקתי שיישמו נתון למחלוקת קשה בציבור – וכניסה של בית המשפט לזירת האבקות בין צדדי המתרס הקיצוניים יפגע בלגיטימיות השיפוטית.

⁵⁷ KRAMER, שם, בעמ' 205: "People need to justify this sort of control before they will willingly abide it".

⁵⁸ דוגמא לכך ניתן לראות בתופעה שהתרחשה בסוף שנת 2010 עד תחילת שנת 2012 בעולם הערבי, המכונה "האביב הערבי" - הציבור קרא לשינוי החוקה והתסיסה הציבורית הביאה להפלת המשטר הקיים או לכל הפחות לנזקים רבים בו. דוגמא זו

על רשויות המדינה, ובכללן הרשות השופטת, לדאוג כי בהחלטותיהן ובפעולותיהן הן מתייחסות לעמדת הציבור ופועלות לפיו.⁵⁹

המצדדים בגישה זו מעמידים את הצורך בתמיכה הציבורית כראשון בסדר העדיפויות של בית המשפט.⁶⁰ תמיכה זו מהווה בסיס לשיתוף פעולה הנחוץ כדי שפסיקות בית המשפט יכובדו. בלעדיו אין לבית המשפט יכולת לאכוף את פסיקותיו או להטמיעם בציבור.⁶¹

סאנסטיין קושר את הטיעון הנוכחי (החשש מזעם הציבור) לטיעון הראשון שהוצג לעיל, בדבר כוחה של התבונה הקולקטיבית, בהדגישו את הפן הנורמטיבי בזעמו של הציבור. לשיטתו, זעמו של הציבור מהווה אינדיקציה לאופן הראוי שבו יש לפרש את החוקה, אם תרצו, מעין ברומטר המכוון את השופטים בפסיקתם. אם הציבור מגיב בזעם לפרשנות החוקה – ככל הנראה הליך הפרשנות נעשה באופן לא ראוי. סאנסטיין מציע לשופטים להימנע ממצב של זעם ציבורי על ידי חיזוי תגובתו של הציבור. כאשר השופטים עוסקים בסוגיה חוקתית, עליהם לשער תחילה מה תהא תגובת הציבור לפסיקתם. אם מתעורר חשש שתגובת הציבור תהא קשה וחריפה, עליהם להימנע מפרשנות זו ולפרש את החוקה באופן שתואם יותר את עמדתו של הציבור.⁶²

בארי פרידמן סבור שהצעתו של סאנסטיין מתקיימת בפועל בארה"ב.⁶³ לטענתו, במהלך העשורים האחרונים מתקיים בארה"ב דיאלוג בין בית המשפט לבין הציבור על רקע חששו של בית המשפט מתגובת

ממחישה את כוחו של זעם הציבור. אמנם תופעה זו התרחשה במדינות שאינן דמוקרטיות ולכן אינה משקפות במדויק את החשש במדינות דמוקרטיות בהן ניתן לשנות את השלטון על ידי בחירות לאחר מספר שנים.

⁵⁹ SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 152 וכן Sunstein, לעיל ה"ש 32, בעמ' 170 - 171.

⁶⁰ למשל Sunstein, שם, בעמ' 159: "It is tempting to reject that assumption and to think that judges should rule as they see fit even if the heavens would fall. But if the heavens really would fall, perhaps judges should not rule as they see fit".

⁶¹ למשל ראו: John C. Yoo, *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 U. CHI. L. REV. 775, 782 (2001): "Without this legitimacy, the Court would be unable to perform its role as interpreter of the Constitution, which at times may require the Court to act against the popular will in favor of individual rights".
השופט Frankfurter במאמרו המפורסם בפסק דין Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 267 (1962): "The Court's authority - possessed of neither the purse nor the sword - ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction".

בהקשר הישראלי מצוין במבוא לכללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, ק"ת 934: "תנאי מוקדם ליכולתו של שופט לשמש ככהונתו הוא זה, שהקהילה תרחוש אמון לרשות השופטת, כי תכיר בסמכותה הייחודית לשפוט, כי תקבל עליה הכרעות דין שנעשו".

⁶² SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 149 - 152.

⁶³ BARRY FRIEDMAN, *THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION* (2009).

הציבור לפסיקותיו. בית המשפט עוסק בסוגיות חוקתיות ובמסגרת זו מעניק פרשנות לחוקה. לעיתים, הציבור מגיב ומביע את עמדתו בסוגיה. אם אין תגובה ציבורית כלל או התגובה הציבורית אינה קשה, בית המשפט ממשיך להחזיק בעמדתו. אך אם התגובה חריפה – בית המשפט מרכז את עמדתו. לעיתים בית המשפט שוקל את צעדיו מראש לפני שהוא ניגש לפרשנות החוקה בשל החשש מתגובת הציבור. לכן כאשר הוא חוזה כי הציבור לא יהיה מרוצה מפסיקתו הוא נמנע מלסטות מהעמדה הציבורית באופן קיצוני.⁶⁴ פרידמן מעודד גישה זו ורואה בה את הדרך הנכונה לשמור על הלגיטימציה הדרושה לבית המשפט כדי לפעול במרחב הציבורי, להגן על עצמאותו ולהטמיע את המדיניות המשפטית שלו בקרב הציבור.

ד. סיכום ביניים

המצדדים בפירוש החוקה בהתאם לעמדת הציבור מבססים את עמדתם במספר סיבות: אינטלקטואלית (חכמת ההמונים), מוסרית (חוקתנות עממית) ותוצאתנית (חשש מזעמו של הציבור). ודוק, לשיטתם, לא מדובר כאן בעצה טובה אלא בחובה.

נראה כי גישה זו מציעה לשופטים לשקול את עמדתו של הציבור בפרשנות החוקה גם אם היא מנוגדת לחלוטין לתפיסתו החוקתית של השופט.⁶⁵ עם זאת, מצדדיה אינם תומכים בפסיקה בניגוד מוחלט לאמור בחוקה. אם החוקה מציבה גבולות ברורים – בית המשפט חייב לכבדם גם במחיר של פסיקה בניגוד גמור לעמדת הציבור. כאמור בהקדמה, נקודת המוצא לדיון היא שפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור אינה שקולה לשינוי החוקה. הליך הפרשנות נעשה בגבולות המשמעויות השונות שעולות מתוך החוקה ולא כאמצעי לפרוץ את גבולותיה. פרשנות בהתאם לעמדת הציבור אינה יוצאת מכלל זה. היא מיועדת לפרש את הטקסט שעל הפרק, ולכן לעולם תישאר כבולה לטקסט.

⁶⁴ פרידמן טוען כי אף שהקונגרס ובית המשפט חוששים מהשלכות שבזעם הציבור ההבדל בניהם הוא גדול. הקונגרס מגיב מיידית לכל תגובה חריפה מצד הציבור. לעומת זאת בית המשפט מגיב לעמדת הציבור במסגרת הטווח הארוך – מה שמאפשר לו להיווכח האם תגובתו של הציבור נובעת ממקום הדורש התייחסות, או נובע עקב כשלים בהתנהלותו. לתפיסה המנוגדת לפרידמן, הטוענת כי מנגנוני השלטון (ובניהם בית המשפט) מתעלמים באופן עקבי מעמדת הציבור ומקדמות את האידיאולוגיה שלהם, ראו: BRUCE, ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS VOLUME 2 (1998).

⁶⁵ ביחס להצעה זו עולה הבעיה הבאה: אחד מתפקידי השופט בהליך פרשנות החוקה הוא לקבוע מהן גבולות הפרשנות. כלומר אלו פירושים ניתן לקרוא את אל תוך החוקה ואלו לא. נראה כי אם עמדת הציבור מנוגדת לחלוטין לעמדתו של השופט הרי שאלבא השופט עמדת הציבור חורגת מהכתוב בחוקה. יוצא אם כך כי השופט, האמון על פרשנות החוקה, ממילא יידחה את עמדת הציבור בטענה כי לא ניתן לקרוא את עמדת הציבור בטקסט החוקתי. מאידך, לא ניתן להגביל את השופט מלקבוע את גבולות הפרשנות – כי ללא כך, תפקידו של השופט בהליך הפרשנות יהפוך עקר.

2. התעלמות מעמדת הציבור בהליך פרשנות החוקה – הגישה המתנגדת

גישה זו טוענת כי על בית המשפט להתעלם כליל מעמדת הציבור. היא מעגנת עמדתה בטיעונים הבאים:

- א. **מורכבות והיעדר עניין ציבורי** – בשל אופיין המורכב של הסוגיות החוקתיות הציבור מתקשה לעיתים להבין אותן ולהביע עמדה מושכלת לגביהן. כמו כן, רמת ההתעניינות המיוחדת לציבור לגבי השאלות החוקתיות אינה תואמת את המציאות.
- ב. **חוסר עקביות ופגיעה בעקרון הסופיות** – אופיו ההפכףך של הציבור יוביל לחוסר עקביות בפרשנות החוקתית ולערעור המערכת החוקתית במדינה.
- ג. **פגיעה בזכויות המיעוט** – קיים חשש כי פרשנות המבטאת את עמדת רוב הציבור תתעלם מזכויות המיעוט ואימוצה יוביל לפגיעה בזכויות אלה.

א. מורכבות והיעדר עניין ציבורי

לכאורה, הסוגיות החוקתיות נוגעות לכלל הציבור ולכן גם מעוררות עניין ציבורי, מה שמוביל לכך שלכל אזרח יש דעה בעניין, שמן הראוי לקחת בחשבון. אולם, המתנגדים להתחשבות בעמדת הציבור טוענים שבדרך כלל מדובר בשאלות מורכבות שלרוב הציבור אין הכלים הנדרשים להתמודד עימן. לציבור אין את כל המידע הנדרש, והיכרותו השטחית עם הסוגיה החוקתית, ללא העמקה בניואנסים שבה, מונעת ממנו את היכולת לנקוט עמדה רצינית.⁶⁶ זאת ועוד, בדרך כלל נדרשת לא רק ידיעת מכלול העובדות אלא גם שליטה בתיאוריות רקע שונות - פילוסופיות, חברתיות, פסיכולוגיות, סוציולוגיות ועוד. לרוב האזרחים אין את ההכשרה והרקע הללו ולכן הם אינם יכולים להתמודד עם השאלות החוקתיות בהקשרן המלא והמעמיק.

יתר על כן, יש המערערים על עצם הטענה שהציבור מתעניין עמוקות בשאלות החוקתיות. הטענה היא שניסיון לייחס לציבור התעניינות, מעורבות או אכפתיות באשר לדילמות חוקתיות רחוק מהמציאות. הציבור אמנם יכול לזעום ולכעוס אם וכאשר הכרעה חוקתית כלשהי פוגעת באינטרסים שלו, אך כל זאת רק בדיעבד. לכתחילה, אין הוא מביע את עמדתו בנוגע לאותה סוגיה – גם כשפורשים לפניו את כל היריעה.⁶⁷ בהיעדר עניין ציבורי, פשוט לא ניתן להתחשב בעמדת הציבור.

⁶⁶ ראו אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד 133, 157 (1998): "מאחר שהכרעות שיפוטיות בעניינים חוקתיים אינן טריוויאליות בדרך כלל, והן מחייבות דיון מעמיק ויסודי בטעמים שבגינם היה ראוי להכיר בזכות מסוימת, אינני רואה כיצד ניתן לעגן את הלגיטימיות של הכרעות כאלה ברעיון הקונצנזוס. ההכרעות השיפוטיות מתחילות, בדרך כלל, היכן שהקונצנזוס הסתיים".

⁶⁷ ראו: Neal Devins, *The D'Oh! of Popular Constitutionalism*, 105 MICH. L. REV. 1333 (2007), הטוען כי

טענה נוספת מתמקדת בטבעו של הציבור. לפי הנטען, הציבור מודרך על ידי שיקולים קצרי-טווח ולכן אינו כשיר לקבלת החלטות לטווח ארוך. אף כי קיימת השתדלות מצד גורמים שונים לחנך את הציבור לשקול שיקולים ארוכי טווח מטרם זו קשה להשגה. ניתן להסביר לציבור את השיקולים ארוכי הטווח אשר על בסיסם יתקבלו החלטות המטיבות עימו, אך הציבור מטבעו מרוכז בסיפוק דחפיו ודורש להשביע רצונותיו באופן מיידי.⁶⁸ חסרון זה של הציבור, רלוונטי במיוחד בהקשר החוקתי. החוקה הינה מסמך-על, הנשען על שיקולים ארוכי-טווח והמתעלם לעתים משיקולים קצרי-טווח. סתירה זו, בין שאיפתו של הציבור לסיפוק מיידי של מאוויי לבין אופי החוקה, מקשה על התחשבות בעמדת הציבור בנוגע לפרשנות החוקה. לסיכום, קוצר דעתו, חוסר התעניינותו וסבלנותו המצומצמת של הציבור, מונעים ממנו את היכולת לגבש עמדה ראויה בסוגיות חוקתיות, ולכן לא ראוי להסתמך על דעתו במסגרת פירוש החוקה.

ב. חוסר עקביות ופגיעה בעקרון הסופיות

הנחת היסוד מאחורי טיעון זה היא שהציבור הינו בעל מזג הפכפך ובעקבות כך עמדתו משתנה באופן תכוף. התחשבות בעמדתו תוביל לכן בהכרח לחוסר עקביות. העקביות הינה חיונית במיוחד בהקשר החוקתי, בשל העובדה שהמערכת כולה נשענת על החוקה. בהיעדר עקביות בהקשר החוקתי, תסבול המערכת המשפטית והפוליטית כולה מחוסר יציבות.⁶⁹ משום כך, אין להתחשב כלל בעמדת הציבור בהכרעות חוקתיות.

האמריקאים בעלי ידע רחב יותר בכל הקשור לתוכנית הטלוויזיה 'משפחת סימפסון' מאשר בסוגיות החוקתיות המפלגות את הציבור האמריקאי. ראו גם: Terri Peretti, *The Virtues of "Value Clarity" in Constitutional Decisionmaking*, 55 OHIO ST. L.J. 1079, 1099 (1994). לסקרים המציגים את הבורות של הציבור בנוגע למסגרות חוקתיות באופן כללי ראו: Andrea Billups, *Starr Returns to Court as Schoolteacher; Celebrity Counsel Helps Law Students Hold Civics Class*, WASH. TIMES, Dec. 1, 1999, at A4. הממשל פועל. כמו כן ראו: GERALD N. ROSENBERG, *THE HOLLOW HOPE* 236 (1991). המציג סקר המראה כי יותר מ-60% מהאמריקאים אינם יודעים מה קרה ונפסק בפסק-דין המפורסם *Roe v. Wade*. ראו בנוסף: Marcia Coyle, *How Americans View the High Court*, NAT'L L.J. 1, Feb. 26, 1990 at 1, 36. המציג סקר מ-1990 הנעשה על ידי National Law Journal בו רק 23% מהמשיבים ידעו את מספר השופטים הנכון בבית המשפט העליון ו-59% מהנשאלים לא ידעו למנות שם של שופט אחד משופטי בית המשפט העליון.

⁶⁸ Lisa Patrice Taylor, *Illinois v. Perkins: Balancing the Need for Effective Law Enforcement Against a Suspect's Constitutional Rights*, 1991 WIS. L. REV. 989 (1991): "...society often chooses temporary solutions that prove inadequate in the long run".

⁶⁹ Rebecca Wilhelm, *Giving Public Opinion the Process that is Due: What the Supreme Court Can Learn from Its Eighth Amendment Jurisprudence*, 38 HOFSTRA L. REV. 411 (2009). ראו גם: Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer*, 92 CALIF. L. REV. 1013, 1015 (2004): "...theory devalues the role of judicial finality in interpreting and enforcing the Constitution by failing to recognize the essential, stabilizing effect of binding decisions by the judicial branch when it comes to politically powerless minorities, or ensuring the proper workings of the political process, or safeguarding fundamental rights, the

טעם נוסף לגישה המתנגדת לפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור הוא החשש לפגיעה בזכויות המיעוטים.⁷⁰ הנחת המוצא של טיעון זה היא שאחד מתפקידיה המרכזיים של החוקה, אולי אפילו תפקידה העיקרי,⁷¹ הוא הגנה על זכויות המיעוטים מפני עריצות הרוב.⁷² החשש הוא שעמדת הציבור תבטא את עמדת רוב הציבור תוך כדי קיפוח המיעוט, ובכך ייפגעו זכויות המיעוט.⁷³ זאת משום שחברי קבוצת המיעוט, לרוב אינם נהנים מתמיכה מצד הציבור הרחב במאבקם על זכויותיהם החוקתיות, ולכן לא יוכלו

"political process - and popular constitutionalism - cannot be trusted"

⁷⁰ Chemerinsky, שם, בעמ' 1013 ובעמ' 1022. לגישה הרואה את תפקידו של בית המשפט כמגן על זכויות המיעוט ראו: ELY, לעיל ה"ש 46, בעמ' 116 – 125. אלי טוען כי בית המשפט נדרש להפעיל את סמכותו להתערב בהחלטותיהן של רשויות אחרות בעיקר כאשר הן מקפחות את זכויות המיעוט. לעומת זאת, הפוגעות בזכויות האדם של הרוב, יוכלו למצוא את תיקונן על ידי שלטון הרוב. אין זה מתפקידו של בית המשפט להציל את הרוב מפני עצמו. דיון נוסף בעניין ראו: Neal Kumar Katyal, *Legislative constitutional interpretation*, 50 DUKE L.J. 1335, 1362 - 1363 (2001).

⁷¹ ראו: ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, FEDERALIST No. 78, 469 - 470 (1788). המילטון מדגיש את הצורך בעצמאות שיפוטית כדי לאפשר לשופטים לממש את החוקה כמגן על זכויות המיעוטים. כמו כן ראו ELY, שם, שבדומה מציין את חשיבות העצמאות השיפוטית למימוש תפקיד החוקה כמגן על זכויות המיעוט. לעומת הגישה הרואה את החוקה כמגן זכויות המיעוט ראו: ספיר-שלושה מודלים, לעיל ה"ש 1, המציין תפקידים נוספים לחוקה, כמו חוקה כדיאלוג וחוקה ככלל השתק.

⁷² מי שטבעו את המונח "The tyranny of the majority" היו ג'ון סטיוארט מיל (JOHN STUART MILL, ON LIBERTY, chap.) (1869) I ראו בתרגום בעברית: **על החירות** 7 (הוצאת שלם, 2006) ואלכסיס דה טוקוויל (ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DE LA DÉMOCRATIE EN AMÉRIQUE (1835, 1840) ראו בתרגום בעברית: **הדמוקרטיה באמריקה** (הוצאת שלם, 2008)). ראו גם גישתו של Chemerinsky, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1021: "Certainly, popular constitutionalists are correct that this sometimes occurs. But at many other times tyranny of the majority prevails. Laws enforcing segregation existed throughout the South and likely would have lasted long beyond their invalidation by the Supreme Court if the change had been left to the political process. 25 Throughout history, majorities have persecuted racial, religious, and political minorities. This, too, is "popular constitutionalism," but hardly the kind that any of us wants to preserve or promote". טענה דומה מופיע במאמרו של L. A. Powe, Jr., *Are "the People" Missing in Action (and Should Anyone Care)?: The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. By Larry D. Kramer, 83 TEX. L. REV. 855 (2005).

⁷³ למשל ראו: Chemerinsky, שם, בעמ' 1013: "Popular constitutionalism would mean that courts would be far less available to protect fundamental rights. The rights of minorities would be largely left to the whims of the political majority with severe consequences for racial, ethnic, sexual orientation, and language minorities as well as criminal defendants, public benefits recipients, and others". ראו גם Ely, לעיל ה"ש 46, בעמ' 74 – 101. לפי שיטתו של איליי, יעילותה של הביקורת השיפוטית מצויה דווקא משום שאינה רובנית. הרי מחד תכליתה של הביקורת השיפוטית לוודא כי בקבלת החלטות, החברה לוקחת בחשבון את האינטרס של כל אחת ואחת מן הקבוצות המרכיבות אותה, כנדרש בדמוקרטיה מהותית. מאידך, המיעוטים הסובלים מדעה קדומה, יתקשו להשתלב עם רוב הציבור, ולפיכך הם צפויים להפסיד את חלקם היחסי בטובין החברתיים. לפיכך נדרשת ביקורת שיפוטית, שאינה תלויה ברוב, שתפעל במקרה בו הרשויות מרעות את מצבם של בני המיעוט בבואם לממש זכויותיהם, ותדרוש מאותן רשויות הצדקה למעשיהן.

להגשים את האינטרסים החוקתיים שלהם אם פרשנות החוקה תעשה בהתאם לעמדתו של הרוב.⁷⁴

טיעון זה עולה גם בזיקה למחלוקת בסוגיית תורת הפרשנות החוקתית הראויה. בארה"ב, מוקדשת כתיבה ענפה לתחום הפרשנות החוקתית. בעשורים האחרונים מקובל היה לחלק את הדעות השונות לשני מחנות עיקריים, אוריגינליזם ונון-אוריגינליזם. האוריגינליסטים טוענים שפרשנות החוקה צריכה להלוך את כוונתם המקורית של מנסחיה, או את המשמעות המקורית של הטקסט.⁷⁵ מצד שני של המנעד מצויות תיאוריות המכונות, על דרך השלילה, נון-אוריגינליסטיות. בין הנון-אוריגינליסטים קיימת קבוצה הטוענת כי תפקיד בית המשפט לפרש את החוקה בהתאם לתפיסה ערכית מסוימת. כך, למשל, סבור רונלד דבורקין כי הפרשנות ששופט צריך לתת לחוקה היא זו העולה בקנה אחד עם זכויות אדם – ובעיקר לערך כבוד האדם.⁷⁶ על פי גישתו של דבורקין השמירה על זכויות אדם, ובכלל זה שמירה על זכויות המיעוט, מהווה מערכת ערכים בעלת החשיבות הגבוהה ביותר. על כן בפרשנות החוקה, מערכת ערכים זו צריכה לקבל עדיפות על פני ערכים אחרים – למשל על פני ביטוי עמדתו של רוב הציבור.⁷⁷

ד. סיכום ביניים

ניתן לחלק את הטיעונים של המצדדים בגישה המתנגדת, באופן מועיל, לשני סוגי נימוקים מרכזיים:

(1) *מצד הפרשנות עצמה* - פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור כשלעצמה אינה פרשנות ראויה. בנימוק זה ניתן לכלול את הטיעון הראשון (קוצר דעתו של הציבור).

(2) *מצד התוצאה* - פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור תוביל לתוצאה גרועה. בנימוק זה ניתן לכלול את הנימוקים השני והשלישי (חוסר עקביות, פגיעה בעקרון הסופיות ופגיעה בזכויות המיעוט).

⁷⁴ Chemerinsky, שם, בעמ' 1022.

⁷⁵ להגדרת הגישה האוריגינליסטית ראו למשל J. Rubenfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, 104 YALE L. J. (1995) 1119, 1127. למצדדים בגישת האוריגינליזם ראו: R. H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* (1990); R. BERGER, ; R. H. BORK, *SLOUCHING TOWARDS GOMORRAH* (1996); Raoul Berger, ; *GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT* (1977) (1993) 1151. *Original Intent: The Rage of Hans Baade*, 71 N.C.L. REV.

⁷⁶ ראו: RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW* (1996). דבורקין טוען כי הלשון האבסטרקטית בהן מנוסחות החוקות המגדירות את זכויות האדם מחייבת את השופט למלא אותה בתוכן קונקרטי תוך הפעלת שיקול דעת מוסרי משלו. לדעת דבורקין לא רק שאין בכך פסול אלא שכך ראוי שיהיה.

⁷⁷ ראו: יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר "המהפכה החוקתית" משפטים כח 149, 159-160 (2007).

פרק ב: דיון ביקורתי בגישות ובטיעונים שבבסיסן

בפרק הקודם הצגתי את המחלוקת בשאלת מעמדה הראוי של עמדת הציבור בפרשנות החוקה ואת הטיעונים לטובת כל עמדה. בפרק הנוכחי אציג את הביקורות כנגד הגישות. הדיון הביקורתי בכל גישה יתחלק לשתיים: (א) ביקורת כנגד הגישה עצמה. (ב) ביקורות כנגד הטיעונים השונים העומדים בבסיס הגישה.

1. ביקורת כנגד הגישה התומכת

טענה מרכזית המושמעת כנגד הגישה המצדדת בפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור היא שפרשנות כזו משמעותה תיקון החוקה, תוך עקיפה של מנגנון השינוי הקבוע בחוקה. מקור הביקורת הוא מבית מדרשה של גישת האוריגינליזם⁷⁸ - גישה המניחה כי קיימת חובה לפרש את החוקה בהתאם לכוונתה המקורית. הביקורת להלן מופנית באופן כללי כנגד הגישה המצדיקה פרשנות שאינה כזו - ולכן הגישה התומכת בפרשנות בהתאם לעמדת הציבור נמצאת בגבולות הגזרה של ביקורת זו. להלן אתאר בקצרה את הטענה על שני מרכיביה.

א. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור משמשת הסוואה לתיקון החוקה

לפי הנטען, פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור אינה אלא תיקונה על ידי הציבור. ביקורת זו מתבססת על שתי טענות: ראשית, הציבור הרחב אינו מכיר את כוונת מנסחי החוקה ואינו יורד לסוף דעתם בפרשנותו. שנית, מאחר והטקסט החוקתי מעורפל, הבנתו מחייבת שליטה במתודה המשפטית-חוקתית, כלים שאינם זמינים לציבור הרחב. מגבלות אלו - אי-ידיעה של כוונת מנסחי החוקה ואי-הבנת הטקסט החוקתי - יוצרות מצב שבו הציבור בפרשנותו אינו מתייחס לאמור בחוקה ואינו חושף אל נכון את משמעותו של הטקסט אלא מביע את עמדותיו במנותק ממנה. כפועל יוצא, עמדת הציבור עשויה להיות מנוגדת למתחייב מן החוקה. יוצא, שקריאה לפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור הינה בעצם קריאה להתעלמות מהטקסט החוקתי גם במחיר של תיקון החוקה.⁷⁹

נקודה נוספת המחזקת טענה זו היא חשיבות פומביות המהלך: ביטול חוק, כצעד דרסטי, מאותת בבירור לרשויות האחרות ולציבור כי בית המשפט מתערב בהחלטותיהם ומאפשר להם להגיב בהתאם. לעומת זאת, לעיתים פרשנות יצירתית המנותקת מהטקסט המקורי מאפשרת להימנע מביטול החוק, וגורמת לכך

⁷⁸ להרחבה לגבי הגישה ראו לעיל ה"ש 75.

⁷⁹ Larry Alexander & Lawrence B. Solum, *Book Review: Popular? Constitutionalism? The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. By Larry D. Kramer, 118 HARV. L. REV. 1594, 1602 (2005).

טענה דומה ראו Powe, לעיל ה"ש 72, בעמ' 857.

שהרשויות השונות והציבור אינם ערים למשמעות המהלך הנעשה על ידי בית המשפט.⁸⁰ ראוי לציין כי טענה זו מאבדת מעוצמתה ביחס לדיון בשאלת פרשנות חוקתית בהתאם לעמדה הציבורית - משום שהפרשנות נעשית ממילא תוך התחשבות בעמדתו של הציבור ועל כן הדרישה למעורבותו פוחתת.

ב. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור ככלי להתחמקות משימוש במנגנון השינוי החוקתי

מרכיב שני של הביקורת נעוץ במנגנון השינוי החוקתי. כידוע, רוב החוקות בעולם⁸¹ כוללות מנגנון המאפשר לשנותן, גם אם בדרך כלל שינוי החוקה קשה יותר מחקיקה רגילה. הטענה היא ששינוי החוקה לגיטימי רק אם נעשה באמצעות מנגנון השינוי. לכן, שינוי תוך שימוש ב"פרשנות" אינו לגיטימי משום שהוא משמש למעשה ככלי להתחמקות מהדרישה המעוגנת בחוקה להפעלת מנגנון השינוי החוקתי.⁸² יש המציעים לפתור בעיה זו באמצעות הרחבת מנגנון השינוי החוקתי. הוספת אמצעי הפרשנות בכלל, והפרשנות בהתאם לעמדת הציבור בפרט, למנגנון השינוי החוקתי תעניק את הלגיטימיות החסרה לצורת שינוי כזו.⁸³

2. ביקורות כנגד הטיעונים שבבסיס הגישה התומכת

כזכור, שלושת הטיעונים התומכים בגישה הקוראת לפרש את החוקה בהתאם לעמדת הציבור הינם:

(1) עמדת הציבור משקפת 'חוכמה קולקטיבית', העולה באיכותה על התבונה המצויה בידי השופטים. (2) כינון החוקה נעשה על פי עמדותיו ורצונותיו של הציבור, לכן פירושה צריך להמשיך ולבטא את עמדתו (גישת ה-Popular Constitutionalism). (3) התעלמות מעמדת הציבור תעורר זעם בקרב הציבור ותפגע במעמדו הציבורי של בית המשפט. להלן אפרט את הביקורות כנגד כל אחד מהטיעונים הללו.

⁸⁰ בהקשר הישראלי ראו את דעת השופט ריבלין בבג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 289 (2004): "מהלך זה (ביטול חוק הסותר חוק יסוד - ש.ש.) הוא המהלך הראוי לאור עקרון הפרדת הרשויות. הסמכות לחוקק חוקים ולתקנם שמורה לרשות המחוקקת, בעוד שבית המשפט מפרש חוקים ומפקח על חוקתיותם. פרשנות אשר אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק - פגיעתה בסמכות הנתונה לגוף המחוקק עולה, לאין ערוך, על זו הכרוכה בהכרזה על בטלותו של חוק מטעמים חוקתיים. פרשנות הנעדרת אחיזה ראויה בלשון החוק עשויה להפר את האיזון העדין שבין הרשויות. במובן מסוים יש בפרשנות עוקפת גם משום התנערות של בית המשפט מתפקידו שלו, להכריז בקול רם וברור איזהו חוק אשר ספר החוקים שלנו אינו יכול לשאתו - לאור עקרונות היסוד של משטרנו, כפי שהם מעוגנים במסמכים החוקתיים. הכרזה חוקתית ברורה היא תכופות צורך חיוני המציג בפני הגוף המחוקק ובפני הציבור הנחייח חוקתית הצופה גם פני עתיד".

⁸¹ קיימות הוראות בחוקה הגרמנית החוסמות לחלוטין את האפשרות של שינוין (שריון מוחלט), כגון סעיף 79(3) לחוק היסוד הגרמני: "Amendments of this basic law affecting . . . the basic principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible." הסעיפים ששינוים אינו אפשרי עוסקים בכבוד האדם (סעיף 1) ובאופי הפדראלי סוציאלי-דמוקרטי של המשטר (סעיף 79).

⁸² ראו Steven Calabrezi, *The President, the Supreme Court, and the Founding Fathers: A Reply to Professor Ackerman*, 73 U. CHI. L. REV. 469, 476 (2006).

⁸³ ספיר - המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 196. הבעיות שמעלה ספיר ביחס לפתרון זה אינן חזקות בהקשר של פרשנות בהתאם לעמדת הציבור - משום שבמרכז הפרשנות עומדת עמדתו של הציבור ולא עמדתו של בית המשפט.

א. ביקורות נגד הטענה אודות קיומה של חוכמה קולקטיבית

התומכים בטענה בדבר קיומה של חוכמה קולקטיבית מייחסים לציבור יתרון רב על פני יחידים ביכולתם לקבל החלטות נכונות ולגבש עמדות נבונות. אולם, יש המערערים על הקביעה שאיכות העמדה הציבורית טובה יותר מעמדתו של היחיד המומחה או שהיא בכלל טובה. חלקן מתנגדות לרלבנטיות התיאוריות המדעיות, עליהן מתבססת תזת החכמה הקולקטיבית, בהקשר משפטי-ערכי. חלקן מצביעות על כשלים מבניים הקיימים מידי פעם בתהליכי גיבוש עמדה קבוצתית והמונעים את מימוש היתרון שבחכמה הקולקטיבית. חלקן טוענות כי לציבור אין כלים באמצעותם יוכל לפרש את החוקה ולבטא על ידם את עמדתו כפירוש ראוי לחוקה.

1) כשלים בתיאוריות המדעיות של גלטון, האייק ותיאורמת המושבעים של קונדורסה

כמו כל התיאוריות, גם לתיאוריות המדעיות עליהן מתבססת טענת החכמה הקולקטיבית, יש חסרונות. תיאוריות אלו משתמשות בחישובים מתמטיים וניתוחים סטטיסטיים כדי להצדיק את טענותיהן. אמנם, במבט ראשון, השימוש הנעשה בנתונים סטטיסטיים בתיאוריות אלה משרה תחושה כי התיאוריות מבוססות היטב, אך בעזרת נתונים סטטיסטיים ניתן גם להציג את המציאות באופן מעוות.⁸⁴ אמרה מפורסמת המובאת על-ידי מרק טויין בביוגרפיה שכתב על בנימין דיזראלי קובעת: "יש שלושה סוגים של שקר: שקר רגיל, שקר נוראי וסטטיסטיקה".⁸⁵ הצגת דברים דרך שימוש בנוסחאות מתמטיות ונתונים שהתקבלו ב'תנאי מעבדה' מתעלמת לעיתים מפרמטרים רבים המשפיעים על התוצאה במציאות.

כאמור, התיאוריה של גלטון ופיתוחה על ידי האייק מבוססים על סקירות דעת קהל ומציאת העמדה הממוצעת באמצעות ניתוח סטטיסטי (חציון וכד') של הנתונים המתקבלים מסקירות אלה. טענת המבקרים היא כי תיאוריה זו מתעלמת מההקשר בו בוצעו הניסויים המובאים כראיה לה. במחקריהם של גלטון והאייק, הציבור הוא בעל זיקה, ולו קלושה, לאובייקט שלגביו הם מביעים את עמדתו. אך במקרים רבים אחרים, בהם אין שום זיקה בין האובייקט לבין הפרטים, 'חכמת ההמונים' איננה קיימת.⁸⁶ למשל, מחקרו של גלטון נעשה על ציבור בשוק הרואה את נתח בשר הבקר ויכול להעריך את משקלו מתוך המפגש

⁸⁴ להרחבה בעניין ראו: DARRELL HUFF, HOW TO LIE WITH STATISTICS (1954). הספר מתאר כיצד פרשנות של נתונים סטטיסטיים מובילים למסקנות שגויות. לדעת המחבר, ברוב המקרים הטעויות הינן מכוונות, ומטרתן להטעות בידועין. בפרק האחרון הוא מסביר ומציע כיצד ניתן להתמודד עם בעיה זו על ידי מספר שאלות שעל האדם לשאול את עצמו: מי אמר את זה; איך מציג הנתונים יודע זאת; מה חסר בנתונים; האם משהו שינה את הנושא; האם זה הגיוני.

⁸⁵ תרגום של "There are three kinds of lies: lies, damned lies, and statistics". ראו: Mark Twain, *Chapters from My Autobiography*, NORTH AMERICAN REVIEW (1906). www.gutenberg.org/files/19987/19987.txt

⁸⁶ ראו Vermeule, לעיל ה"ש 38, בעמ' 9 – 12.

הישיר עם האובייקט.⁸⁷ לעומת זאת, כאשר הציבור יידרש לחוות את דעתו בסוגיות ערכיות המבוססות על עקרונות מוסריים אין מתקיים מפגש ישיר עם "האובייקט" המחווה או לחילופין הידע לגביו הינו אפסי, ולכן חכמת הציבור לא תבוא לידי ביטוי.⁸⁸

גם תיאורמת המושבעים של קונדורסה זוכה לביקורות. על פי תיאורמת המושבעים של קונדורסה, תנאי הכרחי לנכונות עמדת הקבוצה הוא שההסתברות של עמדת כל אחד מן הפרטים נכונה גבוהה מ-50%. אך במקרה שההסתברות לכך נמוכה מ-50% התיאורמה איננה מתקיימת. יותר מכך, במצב דברים כזה, ריבוי הדעות דווקא מגביר את הסיכוי כי העמדה הקבוצתית אינה נכונה.⁸⁹

נסיבות רבות יכולות להשפיע על ירידת הסיכוי לנטייה לתשובה הנכונה. למשל, אם אין מספיק מידע אודות העניין עליו נדרשים להביע עמדה או אם הנגישות למידע אודותיו מוגבל, אומדן סיכוי נכונות העמדה - לקוי. במקרים רבים גם הקריטריונים לקבוע מהי העמדה הנכונה הינם שנויים במחלוקת או עמומים. למשל, בשאלות ערכיות לעיתים קרובות לא ניתן להכריע באופן בינארי. זאת עוד לפני שמבררים את השאלה מהו בכלל עבור עמדה להיות "צודקת".⁹⁰ בעיות אלו בולטות במיוחד בהקשר של פרשנות חוקה בה עוסקים בדרך כלל בסוגיות מעין אלו.

בעיה נוספת המשפיעה לרעה על סיכויי הפרטים לנטות לתשובה נכונה היא בעיית ניסוח השאלה או הסוגיה שלגביה הקבוצה נדרשת להביע את עמדתה. בדומה, ניסוח והגדרת התשובות או העמדות האפשריות אשר פרטי הקבוצה אמורים לבחור מביניהן.⁹¹ גם ניסוח השאלה או התשובה באופן מעורפל, מסובך או מתחכם, מגביר את החשש כי סיכויי הפרטים לנטות לתשובה הנכונה לא יעלה על 50%.⁹² בנוסף, קיים חשש לכך כי

⁸⁷ הדבר נכון גם למחקר מספר הגולות בצנצנת (ראו לעיל ה"ש 26) בו הסטודנטים רואים את האובייקט ונפגשים איתו באופן בלתי-אמצעי.

⁸⁸ הצורך במפגש ישיר עם האובייקט המחווה נדרש לעיתים לשם עיגון אינפורמטיבי ממנו יוכל הציבור לכוון את עמדותיו. למחקר המדגים כי ללא ידע מוקדם בסוגיה מסוימת הדבר מוביל להטיה פסיכולוגית המכונה 'אפקט העוגן' ראו: D.A. Schkade & D. Kahneman, *Does living in California make people happy? A focusing illusion in judgments of life satisfaction*, 9 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 340-346 (1998).

⁸⁹ ראו: N.W. Barber, *Book Review: Two Meditations on the Thoughts of Many Minds: A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, 88 TEX. L. REV. 807, 812 - 813 (2010); SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 166 - 168; Sunstein, לעיל ה"ש 32, בעמ' 187; Vermeule, לעיל ה"ש 38, בעמ' 4 - 5; ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON 313 - 328 (2009).

⁹⁰ ראו Vermeule, שם, 8 - 9: "Condorcet's Jury Theorem does not necessarily assume that exogenous 'right' answers exist, and does not necessarily have anything at all to do with the aggregation of dispersed information" וכן Barber, שם, בעמ' 817.

⁹¹ ראו Vermeule, שם, בעמ' 7. ראו גם Barber, שם.

⁹² Christian List & Robert E. Goodin, *Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem*, 9 THE

דעות קדומות, תפיסות מוטעות או השפעות חברתיות ישפיעו על פרטי הקבוצה ויגרמו לנקיטת עמדה לא נכונה – בכך גודל הסיכוי שהעמדה הקבוצתית שגויה.⁹³

2) חשיבה קבוצתית (Groupthink) ואפקט העדר (Cascade Effects)⁹⁴

התיאוריות של גלטון והאייק ותיאורמת המושבעים של קונדורסה מניחות עצמאות מצד מקבלי החלטה בעת קבלתה כתנאי מחייב לקיומה של החכמה הקולקטיבית. טענת המבקרים היא כי על עצמאות זו מאיימים מספר כשלים מבניים הנגרמים מן העובדה שקבלת החלטות וגיבוש העמדות נעשים במסגרת ציבורית-קבוצתית.

הכשל הראשון הינו תופעה המכונה **חשיבה קבוצתית (Groupthink)**. החשש מחולשותיה של חשיבה קבוצתית בקבלת החלטות הובע על ידי אירווינג ג'ניס בשנת 1972. ג'ניס גרס שקבלת החלטות בקבוצה מקדמת חוסר חשיבה ואחידות דעים אצל חבריה ללא שאלו יטו להביע ביקורת על הדעה הרווחת – גם אם היא נחזית על ידם בבירור כשגויה.⁹⁵ הסיבה להתנהגות זו נובעת מנטייה לקונפורמיות המתגבשת סביב עמדה דומיננטית אשר חברי הקבוצה נוטים להסכים עימה. הקונפורמיות בתהליך קבלת החלטות או גיבוש עמדות בתוך קבוצה מתבטא במספר מאפיינים, כגון: בדיקתן של אופציות מעטות בלבד לפני קבלת החלטה, איסוף מידע על ידי חברי הקבוצה באופן סלקטיבי, צנזורה עצמית שהפרט בקבוצה גוזר על עצמו מחשש לסטייה מהקונצנזוס הקבוצתי או ממה שנדמה ככזה והפעלת לחץ קבוצתי לשם השתקת ביקורת.⁹⁶

JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 277, 280 (2001)

⁹³ לביקורות נוספות על התיאורמה ראו Barber, לעיל ה"ש 89. למשל, הוא מתייחס ליישום התיאורמה גם מהיבט של גישת המסורתיות – עמדת הציבור שגובשה במהלך הדורות. כגון: בשקילת המסורת יש להתבסס על מסורת שהיא נכונה והגיונית – והרי נוכחנו לגלות שמסורות רבות אינן טובות; הציבור היה חסר מידע רב בעבר, דבר הפוגע בצדקת עמדתו; המציאות משתנה עד כדי הצורך בשינוי הכללים שהיו טובים בעבר. טענה מעניינת שמעלה ברבר היא שעל פי התיאורמה יש להפוך את ההיררכיה המשפטית, כך שבתי המשפט הנמוכים – המהווים את הרוב בקרב השופטים – יגבשו את התקדים שעל פיו בתי המשפט הגבוהים יצטרכו לפסוק. טענה שאינה ישימה בפועל.

⁹⁴ התופעה של Cascade Effects ידועה גם כ- Informational Cascades. תופעה זו מתאפיינת בכך שאנשים משנים את התנהגותם על פי התנהגותם של אנשים אחרים. לא מתוך לחץ חברתי או קונפורמיזם, אלא מתוך אמונה כי במידה והרבה אנשים פועלים או חושבים באופן מסוים ככל הנראה חייבת להיות לכך סיבה טובה. לדעתי המושג בעברית 'אפקט העדר' מתאים לתיאור תופעה זו.

⁹⁵ IRVING L. JANIS, VICTIMS OF GROUPTHINK: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF FOREIGN-POLICY DECISIONS AND FIASCOES (1972)

⁹⁶ למאפיינים נוספים ראו אירווינג ל. ג'ניס וליאון מאן **תהליך קבלת החלטות- ניתוח פסיכולוגי של קונפליקט, בחירה ומחויבות** 117 – 118 (1980). ראו גם JANIS, שם, בעמ' 108 – 130. למשל: היווצרות אשליה של אי-פגיעות המשותפת לרוב חברי הקבוצה או לכולם, ואופטימיות יתר לגבי צדקת דרכם בעקבות זאת; ניסיונות הצדקה ומאמצי רציונאליזציה לשם חיזוק עמדה מסוימת; האמונה כי אין לערער אחר היות הקבוצה מוסרית ביסודה; השקפות סטריאוטיפיות הרואות בקבוצות נגד או

הסיבות לקונפורמיות זו שונות. לעיתים, מאחר והקבוצה נוסכת ביטחון בלב האנשים המשתייכים אליה, נוצרת אחידות בתוך שורותיה וביטחון בתוצאות שגויות. יותר מכך, לעיתים החלטה מתקבלת בשם שמירת האחידות הקבוצתית אף על פי שידוע למקבליה כי הינה שגויה או אינה מדויקת.⁹⁷ כלומר הפרטים בקבוצה מקדשים את עצם קבלת ההחלטה על ידי הקבוצה. במקרים אחרים, החשש לפגיעה במעמד החברתי בתוך הקבוצה, בעקבות גילוי עמדה שאינה פופולארית במסגרת הקבוצה, מונעת את גילוייה על ידי חברי הקבוצה.⁹⁸

דוגמא לחשיבה קבוצתית ניתן לראות בסקר רחב שנערך בקרב סטודנטים לפילוסופיה, חוקרי פילוסופיה ופילוסופים בארה"ב. תחילה, הסקר בדק את עמדת המשתתפים ביחס לתחומי פילוסופיה מגוונים. לאחר מכן, נשאלו מה לדעתם הן עמדות רוב הקולגות שלהם באותם תחומים. הסקר גילה פער גדול בין השקפות רבות הנחשבות כקונצנזוס בתחום הפילוסופי לבין המציאות בה התבררו ההשקפות הללו כדעות מיעוט.⁹⁹ יוצא כי חשיבה קבוצתית בתהליך קבלת החלטות מעמידה בספק את אמיתות עמדת הציבור. נראה כי במקרים רבים, לא עמדתו האמיתית של הציבור באה לידי ביטוי, אלא עמדתם של בודדים, אחריהם נסחף הציבור כולו.

הכשל השני מכונה אפקט העדר (Cascade Effects). תופעה זו, הדומה לחשיבה קבוצתית, מתבטאת בנהירת הציבור אחר עמדה כלשהי ללא ביקורת או דיון מקדים בה.¹⁰⁰ הפופולאריות לה זכתה עמדה מסוימת בקרב הציבור גורמים ליחידים המשתייכים לציבור זה להמשיך ולאחוז בה – אף שלעיתים היא באופן מובהק אינה נכונה.¹⁰¹ שורשיה של תופעה זו נעוצים במערך האינסטינקטיבי של האדם, הפועל

בקבוצות מיעוט כטיפשים ואולי אף רשעים, אשר מטרתם היא פגיעה בחברי הקבוצה; בניית מסגרות של 'נאמנות קבוצתית' אשר מנטרלות כל ביטוי של דעות המנוגדות לזו השלטת בקבוצה; הופעת 'נוטרי עמדה' המקדמים את העמדה הנתפסת כעמדה הקבוצתית, וזאת לשם השגת פופולאריות או טובות הנאה אחרות – אף שהם, כשלעצמם, אינם דווקא אוזנים בעמדה זו. ראו Christopher P. Neck, *Letterman or Leno: a groupthink analysis of successive decisions made by the National Broadcasting Company (NBC)*, 11 JOURNAL OF MANAGERIAL PSYCHOLOGY 3, 5 (1996), 29, בפרק 4.

⁹⁷ Neck, שם. SUNSTEIN, שם.

⁹⁸ CASS R. SUNSTEIN, WHY SOCIETIES NEED DISSENT, 122 - 124 (2003).

⁹⁹ ראו: philpapers.org/surveys/.

¹⁰⁰ Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer & Ivo Welch, *A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades*, 100 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 992-1026 (1992); Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer & Ivo Welch, *Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades*, 12 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 151-170 (1998).

¹⁰¹ דוגמאות מפורסמות רבות לעמדות כאלו במהלך ההיסטוריה, כגון: השמש אינו סובב סביב כדור הארץ או שאוויר הלילה הינו מזיק וכיוצא באלו דוגמאות מהתחום המדעי. גם בתחום המוסרי-חברתי ישנן דוגמאות כאלו כגון: קיומן של מכשפות

לעתים כמעט באופן אוטומטי, להימשך אחר עמדות הרווחות בציבור מבלי לבחון את אמיתותם.¹⁰²

ב-1841, צ'רלס מקאיי, עיתונאי סקוטי, ביטא בספרו *Extraordinary Popular Delusions and the Madness of Crowds*¹⁰³ ביקורת חריפה על מידת האינטליגנציה, או על פי לשונו – טיפשותו, של הציבור.¹⁰⁴ מקאיי טוען כי ההמון לוקה באשליה כי עצם היות בחירה או השקפה כלשהי בחירתו או השקפתו "של הציבור" מבטיח את היותה נכונה – ולכן הציבור נוהה אחריה.¹⁰⁵ נהייה גורפת זו מונעת את הדיון הרציונאלי הדרוש לשם קבלת החלטה או עמדה נכונה.¹⁰⁶ לטענת מקאיי, רק כאשר הנסיבות משתנות וההחלטה או העמדה הפופולאריות מתבררות כלא נכונות, מתחיל הציבור להתפכח מהן. ההתפכחות המאוחרת של הציבור מובילה לתגובה היסטורית מצידו ויוצרת אפקט של נטישת ההחלטה או העמדה.¹⁰⁷ העירוב בין העיוורון הציבורי והנטישה ההיסטורית מוביל את המערכת לנקודות שפל אשר נדרשות לו שנים, אם בכלל, כדי להתאושש מהן.

חשיבה קבוצתית ואפקט העדר קיימים גם בהקשר המשפטי.¹⁰⁸ למשל, תהליך קבלת החלטות וגיבוש עמדות בקרב חברי המושבעים מושפע מהגורמים הללו. תופעות אלו עלולות להופיע גם בהקשר של פרשנות

המזיקות לסובבים אותן או מעמדו ותפקידו של אדם (עבד או אדון) בשל מוצאו או גזעו.

¹⁰² ראו: Bikhchandani, Hirshleifer & Welch, לעיל ה"ש 100.

¹⁰³ CHARLES MACKAY, EXTRAORDINARY POPULAR DELUSIONS AND THE MADNESS OF CROWDS (Harimman House Classics published, 2003).

¹⁰⁴ המימרה המפורסמת שלו מספרו היא: "Men, it has been well said, think in herds; it will be seen that they go mad in herds, while they only recover their senses slowly, and one by one".¹⁰⁵ לאחריו התבטא באופן דומה הסופר הצרפתי גוסטב לה בון (Gustave Le Bon) הטוען בספרו *THE CROWD: A STUDY OF THE POPULAR MIND* (1841) כי "בקהל, הטיפשות ולא הבינה, היא המצטברת".

¹⁰⁵ מקאיי מתאר בספרו מקרים רבים בהן שגעונו של ההמון הוביל לצמיחה של בועה בשווקים – כאשר התפוצצה והובילה למיתון קשה. דוגמא לכך היא הבהלה לצבעונים במאה ה-17 בהולנד: בהולנד נסחרו פקעות צבעוני במחירי עתק. משפחות רבות השקיעו את כל הונן בקניית פקעות צבעוני. בשנת 1637 החלו להתעורר תהיות האם המחיר ימשיך לעלות, ובעקבות כך קרס השוק ומשפחות רבות נותרו חסרות כל וכלכלת הולנד נפגעה פגיעה אנושה. דוגמא נוספת לבועה מפורסמת התרחשה ב-1720 במניות סאות' סי הבריטית (South Sea) ומיססיסיפי קומפני. ההצלחה של שתי החברות יצרה גל חסר תקדים של הנפקות לציבור. הנפילה החלה בעקבות מסחר במניות על פי מידע פנים. לאחר שנודע כי דירקטורים בסאות' סי מכרו כמעט את כל אחזקותיהם בחברה, אחזה בהלה בציבור שמיהר למכור את מניותיהן - והשוק התמוטט. בריטניה הידרדרה למיתון עמוק. בעקבות כך הפרלמנט הבריטי העביר את חוק הבועה, שאסר על חברות להנפיק מניות. חוק שהיה בתוקף עד 1825.

¹⁰⁶ לטענת מקאיי הבעיה באה לידי ביטוי כאשר הציבור מתחיל להתפכח מעמדה זו רק כאשר הנסיבות משתנות, וההחלטה או העמדה הפופולאריות כבר אינן נכונות, או שהשיגאה מתגלה בדיעבד. התפכחות מאוחרת של הציבור מנהייה זו, גורמת לתגובה היסטורית של הציבור בשל חשיפה לפחדים קולקטיביים היוצרים אפקט של נטישת ההחלטה או העמדה כתוצאה מפחד. במסגרות כלכליות תופעה זו מכונה Panic selling, ראו MACKAY, לעיל ה"ש 103, בעמ' 82 ובעמ' 111.

¹⁰⁷ במסגרות כלכליות תופעה זו מכונה Panic selling. קיימות תופעות היסטוריות רבות לתהליך של נהירה והתפכחות. אחת המפורסמות שבהן היא תהליך השבתאות ביהדות במאה ה-17 אשר הביאה רבים לנהות באמונה אחר שבת צבי כגואל משיחי. תוצאת ההתפכחות מתהליך זה הביאה לריחוק מכל תופעה המזכירה "שבתאות".

¹⁰⁸ ראו SUNSTEIN, לעיל ה"ש 96, בעמ' 209 – 213.

החוקה. לשיטת המבקרים, בעת גיבוש עמדת הציבור לפרשנות חוקתית, תופעות אלו מנטרלות את העצמאות הדרושה לפרטים על מנת שיתרון החוכמה הקולקטיבית יבוא לידי ביטוי.¹⁰⁹

כנגד ביקורת זו עולות מספר טענות נגד: טענה ראשונה היא כי תופעות אלו חלות אף בקרב השופטים – ולכן אין הם טובים מההמון. אצל שופטים קיימת רתיעה מפני קבלת החלטות גורליות או החלטות בעלות השלכות קיצוניות בעת מתן פסק הדין. רתיעה זו יכולה להוביל את חברי ההרכב לתמוך בעמדה הנתפסת כפופולארית בקרב השופטים ולהיתלות בדעת העמית הדומיננטית.¹¹⁰

בנוסף, כתשובת נגד לביקורת, טוענים התומכים ביתרונותיה של החכמה הקולקטיבית כי קיימים דרכים לצמצום או נטרול ההשפעות של תופעות אלו. למשל, בחשיבה קבוצתית קיים אמצעי המכונה 'פרקליט השטן' (Devil's advocate) אשר תפקידו לשמש, באופן מלאכותי, כבעל 'עמדת מיעוט'. בכך ניתנת לו היכולת לשבור את הלכידות הקבוצתית סביב הקונצנזוס. לעומתם, המתנגדים טוענים שפתרונות אלו יעילים רק במצב בו מתקבלת החלטה או מתגבשת עמדה בקבוצה קטנה - כמו שופטים או חבר מושבעים. אך במסגרות רחבות כמו במקרה שלנו שבהן נדרשים השופטים לאמץ את עמדת הציבור הרחב, פתרונות אלו אינם יעילים.¹¹¹

אמצעי נוסף, המוצע כפתרון להשפעות על עצמאות מקבלי ההחלטה בציבור, הוא שמירה על חשאיות עמדות הפרטים ובכך למנוע לחץ קבוצתי הנוצר בחשיבה קבוצתית או למנוע נהירה אוטומטית (אפקט ההעדף) של הקבוצה אחר עמדה הנחזית כפופולארית. כאשר לפרטים המגבשים את העמדה אין מידע על העדפות חבריהם - דעתם האישית של חברי הקבוצה אינה מוטה. בכך נשמרת עצמאות מגבשי העמדה. בנוסף, יש לשמור כי ההחלטה הקולקטיבית תיעשה במקביל, באופן סימולטני, אצל כל הפרטים. הבעיה מתחילה כשהחלטות קולקטיביות אינן מתקבלות בבת אחת אלא בהדרגה - זו אחר זו. במקרה כזה ההחלטות אינן מתקבלות על בסיס ידע אישי, אלא על בסיס מה שנדמה לאנשים שאלה שקדמו להם יודעים. ברגע שאנשים מפסיקים להתייחס לידע האישי שלהם ומתחילים לחקות אחרים, נוצר 'מפל

¹⁰⁹ ראו למשל SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 173, שאף הוא מכיר בבעיה זו: "if the public comes to abhor a supreme court decision, or to press a certain view about constitutional meaning, relatively few people may have made an independent judgment on the matter at hand. the key point is that when cascades are at work, there is no particular reason to trust the apparent judgments of large groups on condorcetian grounds. By hypothesis, such groups are responding to the beliefs of only a few. a precondition for deference to the wisdom of the crowd - a large number of independent judgments- is absent". אך לעומת השוללים כל אפשרות לעקוף את התופעות הללו – ומכאן שוללים כל שיקול עמדת הציבור בפרשנות החוקה, סנסטיין טוען כי שימוש בטכניקות מסוימות מנטרלות את הבעיות העולות מתופעות אלה – ואם לא בהיקף מלא, הרי שלכל הפחות מקהות את העוקף שבהן. ראו למשל שם, בעמ' 179 - 181.

¹¹⁰ VERMEULE, לעיל ה"ש 89, בעמ' 251 – 252.

¹¹¹ Barber, לעיל ה"ש 89, בעמ' 828.

המידע' בצבירת מידע. בכך המפל נעשה לסדרה של החלטות לא נכונות.¹¹² גיבוש עמדה ציבורית באופן חשאי וסימולטני תתרום לעצמאות מגבשי העמדה, תיצור ביזור ותעודד גיוון הדעות. בכך תיווצר עמדה ציבורית אחת המהווה את ממוצע מגוון הדעות השונות.

3 קוצר דעתו, התעניינותו וסבלנותו של הציבור

לעיל, בפרק א', הוזכרו קוצר דעתו, התעניינותו וסבלנותו של הציבור ביחס לסוגיות חוקתיות כטיעון התומך בגישת הנגד. אולם, טיעון זה רלוונטי גם כטעם להטיל ספק בקיומה של *חכמה קולקטיבית* שהוזכרה לעיל כנימוק לטובת התחשבות בעמדת הציבור. אם לציבור יש קושי לרדת לעומקן של הסוגיות החוקתיות, אם מידת התעניינותו בסוגיות אלו מועטת והיכרותו איתן לקויה, ואין לו סבלנות לשקול את השיקולים המורכבים הקשורים בהן, התוצאה היא שהכרעותיו אינן יכולות לשקף תבונה קולקטיבית.

טעם נוסף לשלילת הרלוונטיות של הניסויים המדעיים העומדים בבסיס תיאורית *החכמה הקולקטיבית* להכרעות חוקתיות קשור לעובדה שהניסויים השונים, המציגים את כוחה של *החכמה הקולקטיבית*, נעשים בעניינים אשר המידע עליהם נגיש לציבור, ושאינם דורשים ידע מוקדם או ניתוח נתונים מעמיק. למשל: משקלו של נתח בשר בקר, מספר גרעינים בצנצנת, טמפרטורת החדר ועוד.¹¹³ לעומת זאת, פרשנות והכרעה חוקתית מצריכות ידע משפטי מוקדם, הבנת הסוגיה לעומקה ויכולת ניתוח והתייחסות למגוון רב של תחומים – ולכן, בהקשר זה יעילות *החכמה הקולקטיבית* נפגמת ואינה אפקטיבית.¹¹⁴

ב. ביקורת נגד גישת ה-Popular Constitutionalism

טענה אחת כנגד המצדדים בחוקתנות עממית היא שתמיכתם בעמדת הציבור, כעמדה שיש להתחשב בה בפרשנות החוקה, אינה תמיכה עקרונית - הנובעת מראיית הציבור כמכונן את החוקה ולפיכך את עמדתו כאחת שיש להתחשב בה בפרשנות החוקה - אלא תלוית נסיבות. הטענה היא שהתומכים בחוקתנות עממית מצדדים בעמדות פרוגרסיביות, ומאחר ורוב השופטים בבתי המשפט בארה"ב מפרשים את החוקה על פי עמדותיהם השמרניות – נוטים חוקרים אלו, לקדם את עמדת הציבור כעמדת נגד. לפי הנטען, אם תשתנה עמדת הציבור לעמדות שמרניות יותר – חוקרים אלו לא יתמכו, או לא יתמכו באותה מידה, בעמדתו של הציבור כשיקול מרכזי בפרשנות החוקה.¹¹⁵

¹¹² סורוביצקי, שם. Bikhchandani, Hirshleifer & Welch, לעיל ה"ש 100.

¹¹³ ראו לעיל ה"ש 26.

¹¹⁴ Vermeule, לעיל ה"ש 38, בעמ' 8. ראו גם Barber, לעיל ה"ש 89, בעמ' 830.

¹¹⁵ ראו: Saikrishna Prakash & John Yoo, 2005 *Survey of Books Related to the Law: Against interpretive supremacy: The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. By Larry D. Kramer, 103

טענה אחרת כנגד גישת החוקתנות העממית היא שזו מבדילה בין נבחרי הציבור ברשות המחוקקת וברשות המבצעת (לרבות פקידי הממשל) לבין הרשות השופטת - כאילו הראשונים הינם עושי דברו של הציבור ומביעים בהחלטותיהם ובמעשיהם את עמדתו בעוד שהרשות השופטת נחשדת בניתוק מרחשי ליבו של הציבור ובהתעלמות מכוונת מעמדתו.

הטענה היא שהחלק הראשון של הנחה זו - הנובע מהעובדה שהרשות המחוקקת והרשות המבצעת נבחרות באופן ישיר על ידי הציבור ולכן ניתן להניח שלא יסטו מעמדת בוחריהן¹¹⁶ - איננו נכון. ההנחה שהרשות המחוקקת, הרשות המבצעת ופקידי הממשל (כגון: שוטרים, סוהרים, חברי וועדות לתכנון ובנייה) שמות את עמדת הציבור בפרשנות החוקה לנגד עיניהם הינה נאיבית ורחוקה מן המציאות.¹¹⁷ ראוי לציין כי ביקורת זו לא מצדיקה את אופי פעולתו של בית המשפט - אם הוא מתעלם מעמדת הציבור - בטענת כשל טו-קווקוה (Tu Quoque).¹¹⁸ כלומר התעלמות או סטיית הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מעמדת הציבור אינה מצדיקה אופי פעולה דומה על ידי הרשות השופטת. עם זאת, היא מוליכה למסקנה לפיה אין להאדיר את קרנן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת כחלק מרטוריקת הביקורת כלפי הרשות השופטת.

ג. ביקורת נגד הטענה לפגיעה במעמדו של בית המשפט בשל התעלמות מעמדת הציבור

כאמור, אחד הטיעונים התומכים בפרשנות החוקה על פי עמדת הציבור הוא החשש שהתעלמות מעמדת הציבור עלולה לעורר את זעם הציבור וכתוצאה מכך להוביל פגיעה במעמדו הציבורי של בית המשפט.

"maybe Kramer sees popular : 857 בעמ' 72, לעיל ה"ש Powe, ראו גם: MICH. L. REV. 1551, 1539 (2005) .constitutionalism only when he approves of the goals of the protestors"

¹¹⁶ ביטוי לכך ראו במאמרו של אדמונד בורק: EDMUND BURKE: SELECTED WRITINGS AND SPEECHES, 187 (Peter J. Stanlis ed., 1963): "Your representative owes: you, not his industry only, but his judgment; and he betrays, instead of serving you, if he sacrifices it to your opinion"

¹¹⁷ Chemerinsky, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1021: "Professor Kramer's popular constitutionalism, at most, justifies eliminating (or reducing) judicial review of the actions of elected officials, but his theory would eliminate (or reduce) judicial review of the actions of unelected officials as well. Much actual governance in the United States is done by unelected officials and regulatory agencies at all levels of government. As stated in Part I, popular constitutionalism stresses the desirability of majority rule, yet it would seemingly extend to acts by these unelected officials whose decisions meet no definition of majoritarianism. Even if one could accept the popular constitutionalists' trust in the majoritarian process, it seems absurd to say that police officers or prison guards or zoning board members will have compliance with the Constitution at the forefront of their concerns"

¹¹⁸ תרגום מילולי מלטינית: "גם אתה!". כלומר, טענה נגדית לביקורת המתבססת על הטענה "אם גם אתה מתנהג כך - אל תבקר אותי" (בדומה לטענת "טול קורה מבין עיניך"). בענייננו, הטענה כי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מתנהלות במנותק מעמדת הציבור אינה מצדיקה התנהגות דומה על ידי הרשות השופטת.

הנחת המוצא של טענה זו היא שבית המשפט זקוק לתמיכה ציבורית כדי שפסיקותיו יכובדו, ולכן עליו לפעול כדי להשיג את הלגיטימיות הציבורית – גם במחיר של איפוק שיפוטי המתבטא בהתייחסות לעמדתו כעמדה מרכזית בהליך פרשנות החוקה.

הביקורת המרכזית כלפי טיעון זה מתמקדת בחשש לפגיעה בעצמאות השיפוטית. לפי הנטען, העצמאות השיפוטית היא ערך עליון והוא אשר מכונן את הרשות השופטת כרשות נפרדת.¹¹⁹ בלעדיו, אין הצדקה לקיומה של רשות זו בתור רשות נפרדת וגם אין אפשרות טכנית לבית המשפט לערוך משפט ללא שיקולים זרים.¹²⁰ העצמאות השיפוטית מתקיימת רק בזכות התעלמות מצד השופטים מעמדותיהם של גורמים שאינם "מקצועיים" – ועמדת הציבור בכלל זה.¹²¹ יוצא לשיטתם, כי התחשבות בעמדה הציבורית מהווה

¹¹⁹ ראו: William H. Rehnquist, *Constitutional Law and Public Opinion*, 20 SUFFOLK U. L. REV. 751(1986); Joseph W. Bellacosa, *Judging Cases v. Courting Public Opinion*, 65 FORDHAM L. REV. 2381 (1997); Ronald Kahn, *Judicial Independence and Judicial Accountability: Searching for the Right Balance The Constitution Restoration Act, Judicial Independence, and Popular Constitutionalism*, 56 CASE W. RES. 1083 (2006).

בהקשר הישראלי ראו חיים כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" **המשפט** גיליון 14 9 (2002), וכן אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 128 (2004): "הדמוקרטיה מבוססת על עצמאות שיפוטית. אנו חייבים להיות מחוסנים מפני תנודות בדעת הקהל. מבחנה העיקרי של העצמאות הוא במצבים של חירום לאומי. דווקא כאשר דעת הציבור נוטה לכיוון אחד, עלינו לגלות יציבות ולבטא עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית". עם זאת ברק עצמו מציין כי אין סתירה בין דמוקרטיה לשמירה על זכויות המיעוט. לטענתו, הדמוקרטיה כוללת בתוכה ממילא הגנה על ערכים אלו. ראו: ברק, שם, בעמ' 90 - 93. לדברים דומים ראו: Aharon Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116. HARV. L. REV. 16, 54 (2002). מעניין לציין כי חברי הקבוצה שצינתי לעיל הם כולם שופטים.

¹²⁰ ראו: Penny J. White, *It's a Wonderful Life, or is It? America Without Judicial Independence*, 27 U. MEM. L. REV. 1 (1996); Christopher M. Larkins, *Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis*, 44 AM. J. COMP. L. 605, 607 (1996); Frances Kahn Zemans, *The Accountable Judge: Guardian of Judicial Independence*, 72 S. CAL. L. REV. 625, 631 (1999).

¹²¹ טיעון זה הינו בעייתי משום שהוא מניח את המבוקש – הרלוונטיות של עמדת הציבור שנויה במחלוקת. עם זאת, ראו REHNQUIST, שם, בעמ' 98, המציין כי שופט אינו ראוי לתוארו ככזה אם הוא פוסק על פי מה שרצוי על רוב הציבור. ראו גם, כהן, שם, בעמ' 119: "נראה כי הקונצפציה של "אמון הציבור" מיותרת היא בשיטת השפיטה, ואף עלולה להזיק על ידי הסחת הדעת מגופם של עניינים". ראו: Neal Devins, *The D'Oh! of Popular Constitutionalism*, 105 MICH. L. REV. 1333 (2007). דווינס טוען כי דווקא קיימת תמיכה ציבורית בעצמאות השיפוטית לאורך השנים, וכל ניסיון של צמצום סמכויותיו של ביהמ"ש – נתקל בהתנגדות ציבורית. לכן התייחסות לעמדת הציבור, תוך כדי פגיעה בעצמאות השיפוטית מובילה להפסד כפול. ראו גם את דברי השופט אור בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 806 (1995) (להלן: בג"ץ ולנר): "אם יימנע בית המשפט העליון מלמלא את תפקידו במסגרת הסמכויות המוקנות לו כדין, רק מכיוון שלהחלטתו יש השלכה על פגיעה אפשרית בבית המשפט עצמו, נמצא הציבור במצב של לית דיין ולא יהא מי שיאכוף את הדין. אין גוף משפטי אחר אשר לו הסמכות לדון ולהכריע בסכסוך אשר הובא לפניו". עוד על המתח שבין תגובת הציבור לבין הצורך לעשות דין ראו את דבריו של השופט לנדוי בבג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4 (1979) (להלן: עניין דויקאת): "אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על-פי הדין בכל ענין המובא לפני בית-משפט כדין, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, בידועי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית-המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל מחלוקות המפלות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים".

נימוק אחר אינו מתמקד בבעיה הנובעת מהטיעון של חשש לפגיעה במעמדו של בית המשפט אלא בחוסר התועלת של התעסקות בסוגיה הזו. הטענה היא כי בסקירת ההיסטוריה השיפוטית של ארה"ב רואים כי לאורך 200 שנות שיפוט אמון הציבור אינו נפגע בקלות.¹²³ למרות המשברים השונים שעברו על מערכת היחסים בין הרשות השופטת לבין הציבור, עדיין בית המשפט נהנה מתמיכה ציבורית רחבה. יותר מכך, המוסד שנהנה מתמיכה ציבורית הרחבה ביותר מבין הרשויות השונות הוא הרשות השופטת.¹²⁴ לטענתם, לבית המשפט יש גרעין של תמיכה ציבורית המסוגל לסבול זעזועים קשים.¹²⁵ לכן עיסוקו של בית המשפט בשימור אמון הציבור על ידי פסיקותיו הינו מיותר ומבזבז משאבים שיפוטיים.¹²⁶

נימוק נוסף נשען על הטענה כי התייחסותו של בית המשפט לאמון הציבור כשיקול בפסיקותיו מובילה לפגיעה באמון הציבור. ניתן לכנות תופעה זו "פרדוקס אמון הציבור".¹²⁷ הנחת המוצא היא שהציבור תופס

¹²² ישנם חוקרים המציעים פתרונות כדי למנוע את הפגיעה בעצמאות השיפוטית. למשל, Bellacosa, לעיל ה"ש 119, טוען כי יש למנוע את הביקורת, שלטענתו שלוחת רסן ואינה עניינית, המופעלת על ציבור השופטים. ביקורת זו פוגעת אנושות בעצמאות השיפוטית ובשל כך בהליך השיפוט התקין. מחד הוא מאשים את השופטים בניסיון להשיג על ידי פסקי דינים 'דעת קהלי חיובית, ומאידך קורא לבעלי הביקורת להימנע מביקורת לא עניינית ולסמוך על הכלים השיפוטיים המצויים בידי השופטים כדי להוציא משפט צדק. עבודת השיפוט דורשת סבלנות ושקט נפשי – אך גם השופטים הינם בני אדם ועל כן ביקורת תוקפנית על ידי מעצבי דעת קהל פוגעת בשיקול דעתם של השופטים. בדומה לו, James G. Wilson, *The Role of Public Opinion in Constitutional Interpretation*, 1993 B.Y.U.L. REV. 1037 (1993), מציע כי בית המשפט צריך לנתק עצמו מהלחץ הציבורי ולא לחשוש מזעמו של הציבור – ורק על ידי כך לא תפגע הלגיטימיות של בית המשפט בעיני הציבור בהבינו כי הסוגיות המשפטיות מחוץ להשפעתו של הציבור הרחב. ללא כך, לא יוכל בית המשפט להתנהל בעצמאות שיפוטית ויהיה נתון למצב רוחו המשתנה של הציבור. דרך נוספת מציע Erwin Chemerinsky, *The Supreme Court, Public Opinion, and the Role of the Academic Commentator*, 40 S. TEX. L. REV. 943, 952 - 954 (1999). אשר אינו חושש מביקורת כלפי בית המשפט, ואף ביקורת חריפה, אך לדעתו יש לחזק את כללי האתיקה של משמיעי הביקורת על מנת שלא יחצו את הגבול ויזיקו לשווא.

¹²³ Chemerinsky, לעיל ה"ש 69.

¹²⁴ Chemerinsky, שם, בעמ' 945, מציג סקר שנערך ב-1994 המציג כי בתי המשפט הוא המוסד שנהנה מתמיכה ציבורית הרחבה ביותר (John M. Scheb II & William Lyons, *Public Holds U.S. Supreme Court in High Regard*, 77 (JUDICATURE 273, 273 (1994)).

¹²⁵ Chemerinsky, שם, מציג במאמרו את JOSEPH BENSMAN, MAX WEBER'S CONCEPT OF LEGITIMACY, IN CONFLICT AND CONTROL 42-47 (Arthur J. Vidich & Ronald M. Glassman eds., 1979) הלגיטימיות הציבורית בבתי המשפט: מסורת, רציונאליות וקשרים רגשיים. מסורת – מוסד הקיים 200 שנה משרה אמון. רציונאליות – השיטה המשפטית, אשר מאפשרת דיון בסוגיה הצגת המסקנות השיפוטיות ופירוטן (גם של דעת המיעוט) מחזקת את האמון בבית המשפט. קשרים נפשיים – בית המשפט נהנה מכריזמה אשר מביא את הציבור להעניק לו לגיטימציה. בנוסף, Chemerinsky, שם, בעמ' 947, מדגיש כי אין הוא פוסל לחלוטין את הצורך של בית המשפט בלגיטימיות הציבורית, אך אין בכך הצדקה לנתב את בית המשפט לפסוק על פי עמדת הציבור. כאמור, בית המשפט נהנה מלגיטימיות ולכן עליו להמשיך לפעול מבלי לשקול שיקולים נוספים, חוץ שיפוטיים לכאורה, כעמדתו של הציבור.

¹²⁶ יכולה להעלות טענה נגדית כי דווקא אולי מפני שבית המשפט כן מתחשב בעמדת הציבור הוא נהנה מלגיטימיות ותמיכה רחבה.

¹²⁷ ראו: R.H. Nicholson, *Capturing and Maintaining Public Confidence in Courts Universal Aspects of Judicial*

את בית המשפט כמוסד מורם מהעם וכמונחה על ידי שיקולים מקצועיים, ולא על ידי שיקולים פופוליסטיים, הנתפסים כשיקולים בלתי מקצועיים.¹²⁸ הניסיון להתחמק מזעמו של הציבור על ידי התחשבות בעמדתו עלול לעורר דווקא את אכזבתו של הציבור מבית המשפט. ולכן, לפי הנטען, דווקא בשל העובדה שבית המשפט זקוק לאמון הציבור עליו להכריע מבלי לייחס חשיבות מיוחדת לעמדתו של הציבור לגבי הפרשנות הנאותה של החוקה.

3. ביקורת כנגד הגישה המתנגדת

להלן אתמקד בביקורת המרכזית על הגישה השוללת התייחסות כלשהי לעמדת הציבור בהליך הפרשנות החוקתית. הנחת המוצא של גישה זו היא שבית המשפט יכול (מבחינה מעשית) להתעלם מעמדתו של הציבור. הביקורת שתוצג להלן תטען שהתעלמות כזו איננה אפשרית, ולכן הדרישה מהשופטים לא להתחשב בעמדת הציבור תובעת מהם דבר שאינם יכולים לבצע.

א. תיאור המצב העובדתי: בית המשפט פוסק בהתאם לעמדת הציבור

מחקרים אמפיריים רבים מתחום מדעי המדינה, המתפרשים על פני עשרות שנים, חקרו את ההתאמה הקיימת בין פסיקות בית המשפט העליון האמריקאי לעמדותיו של הציבור.¹²⁹ בשלב הראשון, בחנו המחקרים את שאלת קיומו של מתאם בין פסיקות בית המשפט לבין עמדותיו של הציבור.¹³⁰ בשלב השני, במידה ונמצא מתאם, בחנו המחקרים את אופיו: האם בית המשפט מכוון את דעת הקהל באמצעות פסיקותיו וכך "מחנך" את הציבור או שמא להפך – עמדותיו של הציבור מחלחלות אל ההלכה הפסוקה בבית המשפט?

Independence, YEARBOOK OF THE CENTRE FOR THE INDEPENDENCE OF JUDGES AND LAWYERS 43, 45 (2000)

המציין כי עצם הרדיפה אחר אמון הציבור עלולה להביא לידי אבדן אמונו של בבתי המשפט. בהקשר הישראלי ראו את דבריו של הש' גולדברג בבג"ץ ולנר, לעיל ה"ש 122, בעמ' 806 המעלה טענה מעין 'פרדוקס אמון הציבור': "אכן נכון הדבר, שבעצם קיומה של התחייבות גורפת לבטל כל פסיקה שלא תתיישב עם סטטוס קוו בנושא מסוים, קיימת פגיעה באמון הציבור בבית המשפט, והיטיב לבטא זאת המשנה לנשיא השופט ברק, באומרו: "מי יתייחס ברצינות לעבודה השיפוטית אם מראש ידוע כי נעשית היא לריק"? אלא שאת הפגיעה באמון הציבור בבית המשפט, כתוצאה מקיומה של ההתחייבות האמורה, אין, לדעתי, לתקן בפגיעה באמון הציבור בבית המשפט העלולה אף היא להיגרם באופן מיידי עקב התערבותנו בהסכם, שעל אפיונו המיוחד עמדנו לעיל (הדגש אינו במקור)".

¹²⁸ ראו לעיל ה"ש 122.

¹²⁹ עמדותיו של הציבור במחקרים אלו באים לידי ביטוי בתור 'דעת קהל' או 'מצב רוח ציבורי' ביחס לסוגיה הנידונה. להלן אעמוד על החיסרון שבכך.

¹³⁰ חלק מהמחקרים עסקו בפסיקות בנושאים כלליים וחלק התמקדו בסוגיות חוקתיות. למחקרים שעסקו בהתאמה בין פסיקות בית המשפט לעמדת הציבור בנושאים כללים ראו: Helmut Norpoth & Jeffrey A. Segal, *Comment: Popular*

Influence on Supreme Court Decisions, 88 AM. POL. SCI. REV. 711 (1994)

כל המחקרים הגיעו למסקנה כי יש מתאם בין פסיקותיו של בית המשפט לבין עמדותיו של הציבור. רוב המחקרים אף הצביעו על מתאם גבוה מאד בין השניים.

בשאלה 'מי השפיע על מי?' יש מחקרים הטוענים שקיימת השפעה של בית המשפט על הציבור,¹³¹ אך מסקנת הרוב המכריע של המחקרים היא שפסיקותיו של בית המשפט העליון מתאימות את עצמן לעמדותיו של הציבור וכי הסיבה המרכזית למתאם היא השפעת הציבור על בית המשפט.¹³² במילים

¹³¹ דוגמא למחקר הטוען כי לבית המשפט הכוח להשפיע על עמדותיו של הציבור ראו: James W. Stoutenborough, Donald P. Haider-Markel & Mahalley D. Allen, *Reassessing the Impact of Supreme Court Decisions on Public Opinion: Gay Civil Rights Cases*, 59 POLIT. RES. Q. 419 (2006). מחקר זה מסייג את יכולתו של בית המשפט להשפיע על עמדת הציבור על ידי פסיקותיו בהתאם למספר קריטריונים כגון חשיבות הנושא וההקשר הפוליטי. ראו גם: Valerie J. Hoekstra, *The Supreme Court and Opinion Change An Experimental Study of the Court's Ability to Change Opinion*, 23 AMERICAN POLITICS RESEARCH 109 (1995), הטוען כי יש ביכולתו של בית המשפט העליון לשנות ולעצב את עמדת הציבור. גם מחקר זה מסייג את כוחו של בית המשפט ביחס לחלקים בציבור הרואים אותו באור חיובי ואמונם במוסד זה רב. הוא מרחיב את מחקרו ומסקנותיו בספרו VALERIE J. HOEKSTRA, PUBLIC REACTION TO SUPREME COURT DECISIONS (2003).

לעומת מחקרים אלו ישנם מחקרים הטוענים כי אין בכוחו של בית המשפט לחולל שינוי רחב או להשפיע באופן ניכר על עמדותיו של הציבור. למשל: GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991), טוען בספרו כי בשל האילוצים הקיימים על בית המשפט העליון האמריקאי, מצד החוקה ומצד הקונגרס האמריקאי, אין באפשרותו להשפיע באופן משמעותי על עמדותיו של הציבור. למשל, בשל הצורך שלו בשיתוף פעולה עם הרשות המבצעת – כגון באכיפת פסקי הדין – הרי שהוא תלוי במידת מה ברשות זו. תלות זו מגבילה את בית המשפט מלפסוק באופן עצמאי מבלי לשקול את המגבלות שתציב הרשות המבצעת בביצוע פסק הדין. בעקבות כך, לא בא לידי ביטוי רפורמות שהיו עשויות להשפיע על עמדת הציבור. בדומה לגישה זו ראו GREGORY A. CALDEIRA, COURTS AND PUBLIC OPINION, IN JOHN B. GATES & CHARLES A. JOHNSON, THE AMERICAN COURTS: A CRITICAL ASSESSMENT 304 (1991).

למחקרים הטוענים לרמת קורלציה נמוכה ראו: Micheal W. Giles, Bethany Blackstone & Richard L. Vining, Jr., *The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the Linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making*, 70 J. POLITICS 293 (2008). מחקר זה הינו מן הבודדים שטוען כי רמת ההתאמה נמוכה מאד.¹³² דוגמאות למחקרים שעסקו בסוגיית הסינכרוניזציה בין פסיקת בית המשפט לעמדת הציבור ותומכים במסקנה הנ"ל: David G. Barnum, *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision*, 130 NORPOTH & SEGAL, לעיל ה"ש 130. Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: Making in the Post-New Deal Period*, 47 J. POL. 652 (1985) Richard Funston, *The Supreme Court; The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279 (1957) Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, *Public; and Critical Elections*, 69 AM. POL. SCI. REV. 795 (1975) *Opinion and the United States Supreme Court: Mapping of Some Prerequisites for Court Legitimation of Regime* Michael W. Link, *Tracking Public Mood in the Supreme Court: Changes*, 2 LAW & SOC'Y REV. 357 (1968) James A. Stimson, *Cross-Time Analyses of Criminal Procedure and Civil Rights Cases*, 48 POL. R. Q. 61 (1995) William ; Michael B. MacKuen, & Robert S. Erikson, *Dynamic Representation*, 89 Am. Pol. Sci. Rev. 543 (1995) Mishler & Reginald S. Sheehan, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A* Kevin T. McGuire & James A. Stimson, *The Least; Micro-Analytic Perspective*, 58 J. Politics 169 (1996) *Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences*, 66 J. Pol. Tom Clark, *The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy*, 53 AM. J. Pol. Sci. ; 1018 (2004)

אחרות, כאשר סוגיה חוקתית המעוררת עניין ציבורי נבחנת בבית המשפט העליון, מתגבשת עמדה ציבורית לגביה ובית המשפט העליון מביא בחשבון את עמדת הציבור בפסק-הדין בבואו להכריע בסוגיה.

בין המחקרים המצביעים על כך שהציבור כמשפיע על בית המשפט ישנה מחלוקת על אופי השפעה. חלק מן החוקרים טוענים לקיומה של השפעה ישירה ומיידית – למשל, בדמות קביעת תקדימים או סטייה מתקדימים בלתי-פופולאריים. לעומתם, יש הטוענים כי ההשפעה היא עקיפה ואיטית. למשל, קיימת הטענה כי רק לאחר מספר שנים בו הציבור מבטא את עמדתו בסוגיה כלשהי, בית המשפט פוסק בהתאם לעמדה זו. יש הטוענים כי פסיקתו של בית המשפט לרוב איננה תואמת באופן מלא את עמדת הציבור אלא קיימת התחשבות חלקית בעמדתו, אם כי בלתי מבוטלת.¹³³

גם חוקרים בולטים מתחום המשפטים הגיעו למסקנות דומות. אלכסנדר ביקל היה הראשון לטעון כי אופן פעולתו של בית המשפט, במשמעות אמפירית,¹³⁴ במקרים בהם אין תשובה חד משמעית בחוקה, בית המשפט נוהג לפסוק בהתאם לקונסנזוס הציבורי בסוגיה שעל הפרק.¹³⁵

תומס מרשל מתאר במחקרו¹³⁶ כיצד בית המשפט העליון האמריקאי משקף בפסיקותיו בבירור את עמדותיו של הציבור אפילו בתקופתו של הנשיא רנקוויסט (שנחשב למתנגד לפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור).¹³⁷ ממחקרו עולה כי בית המשפט העליון משתמש לעתים תכופות בסמכותו להפוך פסיקות

Slande Erole, *Correlations Between the U.S. Supreme Court and Public Opinion on the Issues of*; 971 (2009) *Abortion and the Death Penalty* (In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Master of Arts in Political Science the Faculty of California State University, 2010) available at: <http://csuchico-dspace.calstate.edu/xmlui/bitstream/handle/10211.4/264/11%2018%202010%20Sland%20Erole.pdf?sequence=1>

¹³³ ראו: William Mishler & Reginald S. Sheehan, *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, 87 AM. POL. SCI. REV. 87, 96 (1993); Reginald S. Sheehan, *Response: Popular Influence on Supreme Court Decisions*, 88 AM. POL. SCI. REV. 716 (1994); Stimson, MacKuen, & Erikson, לעיל ה"ש 132, בעמ' 558 – 560.

¹³⁴ ROBERT A. DAHL, *DEMOCRACY AND ITS CRITICS* 190 (1989): "the policy views של ביקל ראו: dominant in the Court are never for long out of line with the policy views dominant among the lawmaking majorities of the United States"

¹³⁵ ראו גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט יט** 61, ה"ש 44 (2003) (להלן: ספיר- ההליך החוקתי) המכנה זאת "הטיעון הקונצנזואלי". ראו גם ספיר – המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 195 הטוען כי "הצעתו של ביקל פותרת לכאורה את שני ההיבטים של המתח בין החוקה לדמוקרטיה. אם ההכרעה החוקתית מעוצבת בהתאם לתפיסותיו הערכיות של הרוב הנוכחי נעלם המתח בין הרוב הנוכחי לרוב בעבר ונפתרת בעיית הקיבעון, שכן הפער בין הערכים המעוגנים בחוקה לבין ערכי הדור הנוכחי נסגר. בה בעת נעלמת גם הסכנה למתח בין הרוב הנוכחי לבין בית המשפט".

¹³⁶ THOMAS R. MARSHALL, *PUBLIC OPINION AND THE SUPREME COURT* (1989).

¹³⁷ שם, בעמ' 25 – 31.

של ערכאות נמוכות יותר כדי להתאימן לעמדת הציבור. לטענתו, ניתן אף להבחין בשופטים מסוימים הנוטים לפסוק באופן כזה יותר משאר חבריהם.¹³⁸

חוקר נוסף הטוען שבית המשפט העליון האמריקאי מושפע בפועל מדעת הקהל, הוא בארי פרידמן. על פי התזה של פרידמן, אותה תיארתיו בפרק א', מתנהל מעין דיאלוג בין בית המשפט לציבור.¹³⁹ לבית המשפט יש מרחב פעולה גדול לפסוק על פי שיקול דעתו הוא, למרות זאת, בית המשפט מגביל את עצמו ומתחשב בפסיקות עתידיות במשוב הציבורי שקיבל על פסיקותיו הקודמות. בית המשפט לא נוהג לבדוק מהי עמדת הציבור לפני פסיקתו אך הוא קשוב לתגובותיו.¹⁴⁰ אם התגובה הציבורית חריפה, בית המשפט משתדל למנוע תגובה כזו בפסיקותיו העתידיות.¹⁴¹ יוצא אפוא כי אופי הדיאלוג הוא כזה שבו לציבור נשמרת, במידה רבה, זכות "המילה האחרונה".¹⁴²

בשולי הדיון הביקורתי אציין כי לדעתי קיים חיסרון במחקרים אלו. תנאי הכרחי למחקר אמפירי הבוחן את רמת ההתאמה בין עמדת הציבור לפסיקותיו של בית המשפט הוא מתן תשובה ברורה לשאלה מהי עמדתו של הציבור. ניחוש או השערה לגבי עמדתו אינם עומדים בסטנדרטים מדעיים נדרשים. בפרק ג, להלן, אעמוד על התהליך בו ניתן לברר את עמדת הציבור באופן הקרוב ביותר למציאות.

ג. התמריצים להתאמה בין פסיקות בית המשפט לעמדת הציבור

כפי שפירטתי לעיל, הביקורת כנגד הגישה המתנגדת היא שהדרישה מן השופטים להתעלם מעמדת הציבור איננה מעשית.¹⁴³ בניסיון להסביר את המתאם שנמצא בין פסיקת בית המשפט לדעת הציבור מצביעים

¹³⁸ שם, בעמ' 100 – 103.

¹³⁹ התזה מוצגת לראשונה במאמרו: Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993). לאחר מכן הוא הציגה בהרחבה ספרו: FRIEDMAN, לעיל ה"ש 63.

¹⁴⁰ ראו: Gregory A. Caldeira & James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 AM. J. POL. SCI. 635, 659-60 (1992). הטוענים כי בית המשפט ער לרחשי הציבור.

¹⁴¹ חוקרים נוספים אימצו את התזה הזאת, למשל: KRAMER, לעיל ה"ש 47; 87, Frank B. Cross, *What Do Judges Want?*, 183 TEX. L. REV. 192-93 (2008).

¹⁴² למחקר מדיסציפלינתי מדעי המדינה אשר אוששה את התזה של פרידמן ראו: Lee Epstein & Andrew D. Martin, *Does Public Opinion Influence the Supreme Court?: Possibly Yes (But We're Not Sure Why)*, 13 U. PA. J. CONST. L. (2011).

¹⁴³ ראו: Rehnquist, לעיל ה"ש 119, 752 הטוען כי כוח השפעתו של הציבור על השופט בלתי נשלט ונעשה אף באופן תת-הכרתי. ראו גם את גישתה של Wilhelm, לעיל ה"ש 69, בעמ' 367. אף שרבקה וילהלם רואה בשלילה התייחסות לדעתו של הציבור בפרשנות החוקה, היא מכירה כי אין זה מן המציאות לשלול שקילתו לחלוטין: "The optimum solution would be to take public opinion completely out of the equation, but that does not comport with political reality". שם, בעמ' 409.

החוקרים על מספר תמריצים הגורמים לשופטים להתאים את פסיקותיהם לעמדותיו של הציבור. להלן יפורטו תמריצים אלו:

(1) יושבים בתוך עמם

השופטים הינם חלק בלתי נפרד מהציבור.¹⁴⁴ אמנם השופטים מודרכים להיות מובדלים ואף מורמים מן העם על מנת שהחלטותיהם השיפוטיות תהיינה נקיות משיקולים הנובעים מיחסיו עימו,¹⁴⁵ אך אין משמעות הדבר כי בפועל השופט מתנתק באופן מוחלט מן הציבור.¹⁴⁶ השופט, כשאר בני האדם, חי את חייו עם משפחתו, חבריו וקהילתו. לכן כחלק בלתי נפרד מהציבור, השופט אינו מסוגל להתעלם, מבחינה

¹⁴⁴ ראו: Barry Friedman, *Symposium: Judging Judicial Review: Marbury in the Modern Era*, 101 MICH. L. REV. 2596, 2612 (2003): "Given the incentive judges face to remain within the range of public opinion, it takes no large step to see that they can ensure their decisions do not stray too far outside the mainstream. There certainly is evidence that in high-profile cases judges have taken such care. Judges do not live in a cocoon; they are of this world"

בהקשר הישראלי, מפורסמת הפתיחה של פסקי הדין של בית המשפט העליון העוסקים בנושאים חברתיים-פוליטיים רגישים המתארת את ישיבתו של השופט בתוך עמו לעומת האולימפוס או מגדל השן, ראו: בג"ץ 265/87 גרי לי ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 825, 793 (1989) ("השופט הוא חלק מעמו. הוא מצוי לעתים במגדל-שן, אך זהו מגדל שן בהריה של ירושלים, ולא באולימפוס היווני. השופט מודע למתרחש בעם"), כמו כן ראו בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 861 (2004); בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 573, 606 (1994). עם זאת בדרך כלל פתיחה מעין זאת באה כדי לרכך פסיקה לא-פופולארית שבית המשפט פוסק בסופו של דבר.

¹⁴⁵ למשל ראו בכללי התנהגות לשופטים בארה"ב (Code of Conduct for United States Judges) בס' 2B: "A judge should not allow family, social, political, financial, or other relationships to influence judicial conduct or judgment"

בהקשר הישראלי, בו מוקדש פרק שלם (פרק רביעי) בכללי האתיקה לשופטים המכונה "שופט וסביבתו", ההוראות בנוגע לקשריו החברתיים אף בוטות יותר. למשל ס' 16: "... ראוי לו לשופט כי ייזהר בקשריו החברתיים וייתן דעתו כיצד עשויות הבריות לפרש הימצאותו בחברת אדם מסויים או בחברה מסויימת". או למשל ס' 18 המבטא את ההפרדה של השופט מן הציבור: "שופט יימנע מהביע בפומבי דעה בעניין שאינו משפטי בעיקרו והשוני במחלוקת ציבורית". ראו גם את הצעותיו 'הידידותיות' של השופט שלמה לויין בספרו **להיות שופט 9** (2009): "מצא סוודר ישן ומהווה. לשוק תוכל להמשיך ללכת רק איתו, על מנת להימנע מזיהוי, חנופה וניסיונות ליצור עימד או לעשות שימוש בסמכותך. אם נגזר עליך להשתתף בקורס נהיגה מונעת – הרי גם שופט הוא בן אדם, והדבר אינו סותר את הדין או את כללי האתיקה – השתדל להצטנע בצד החדר וללכת בבגדים פשוטים, וכמובן, לעבור את הקורס", כמו כן ראו שם, בעמ' 10 - 11: "השתדל להימנע מלהיות צד להתדיינות משפטית, גם במחיר ויתור על זכויותיך. נכנסת לוויכוח עם בעל המוסך המטפל במכוניתך, שומה עליך לברור את מילותיך וייתכן שאפילו יהיה עליך לוותר על הגשת תביעה נגדו, תביעה שהיית מגיש, ללא ספק, טרם מינויך לשופט".

¹⁴⁶ אף המחוקק מבין כי ההתערות עם הציבור הינה כורח המציאות. ראו את דברי ההסבר (Commentary) לס' 4 של Code of Conduct for United States Judges: "Complete separation of a judge from extra-judicial activities is neither possible nor wise; a judge should not become isolated from the community in which the judge lives." גם בכללי האתיקה לשופטים בישראל הרישא של ס' 16 ("משמונה לכהונתו, אין מוטל על שופט לנתק את קשריו החברתיים, לרבות קשרים עם עורכי דין...") מביע את מחשבתו הראשונית של המחוקק כי יש לנתק את השופט מן הציבור - אלא שמציאותית הדבר אינו ניתן. כמו כן ראו: אבישי אנטונובסקי "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התיכונה השתיים יחדיו? - על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)" **שערי משפט ח** 11, 49 (2010): "לטענתי, "אובייקטיביות שיפוטית בלא סייג" היא ערך שניתן למימוש רק בחברה ששופטיה מנותקים מן המתרחש בה".

עובדתית, מהעמדות הציבוריות ולכן דעת הקהל משפיעה על שיקול דעתו.¹⁴⁷ אף אם השופט יטען שהוא אינו מתחשב בעמדת הציבור בפסיקותיו – טענתו לא תוכל לעמוד שהרי בסופו של יום ההתחשבות בעמדתו של הציבור היא בלתי נמנעת.¹⁴⁸

2) טיפוח ושמירה על מוניטין

שאיפתו של כל שופט לטפח ולשמר את המוניטין האישי שלו. שאיפה זו קשורה לרצונו של השופט לקדם עניינים שונים, כגון: מקסום רווחיו האישיים,¹⁴⁹ מלאכה שיפוטית ראויה,¹⁵⁰ מדיניות ("אגינדה"), אידיאולוגיה, שמירת המוניטין של הרשות השופטת ועוד.¹⁵¹ תהיינה שאיפותיו של השופט אשר תהיינה, שמירה על המוניטין הטוב היא כלי חשוב במימושן. המוניטין מושפע מתגובותיהם של קהלי יעד רבים – עמיתים, פוליטיקאים, התקשורת, אקדמאים, עורכי דין והציבור עצמו¹⁵² - ולכן התחשבות בעמדות

¹⁴⁷ ראו SUNSTEIN, לעיל ה"ש 32, בעמ' 214: "in any event, society's judgments inevitably influence the judges' judgments, if only because judge live in society"

¹⁴⁸ טיעון זה קרוב לגישה הפסיכולוגית של אדלר אלפרד (Alfred Adler) אשר מאפיין את האדם, בין השאר, בחברתיות. "האדם יצור חברתי" ולכן לא ניתן לנתק אותו, מחשבותיו, מעשיו ומניעיו מהמסגרת החברתית-ציבורית שבו הוא חי. ראו: ALFRED ADLER, UNDERSTANDING HUMAN NATURE (1927).

¹⁴⁹ Richard Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing as Everybody Else)*, 3 SUP. CT. 149
Richard Posner, *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*, 32 FLA. ST. ; ECON. REV. 1 (1993)
U. L. REV. 1259 (2005)

¹⁵⁰ Laurence Baum, *What Judges Want: Judges' Goals and Judicial Behavior*, 47 POL. RES. Q. 749 (1994)
LAURENCE BAUM, JUDGES AND THEIR AUDIENCES (2006)
LAURENCE BAUM, THE PUZZLE OF JUDICIAL BEHAVIOR (2004)

¹⁵¹ לעיון נוסף במחלוקת בעניין מניעיו של השופט ראו: Mark Cohen, *The Motives for Judges: Empirical Evidence from Antitrust Suits*, 12 INT'L REV. L. ECON 13 (1996)
Mark Cohen, *Explaining Judicial Behavior or What's So Special About Judges?*, 7 J.L. ECON. & ORG. 183 (1991)
Frank H. Easterbrook, *What Judges Maximize: What's So Special About Judges?*, 61 U. COLO. L. REV. 773 (1990)
Gordon R. Foxall, *Toward an Economic Psychology of the Judicial Utility Function*, 25 LIVERPOOL L. REV. 177 (2004)
Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, 44 HOUS. L. REV. 1275 (2008); CORNELL L. REV. (2008)
Frederick Schauer, *Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 U. CIN. L. REV. 615 (2000)
Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision*, 30 RUTGERS L.J. 1 (1998)

¹⁵² ראו: Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, *Judicial Audiences and Reputation: Perspectives from Comparative Law*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 451 (2009). במאמרם הם מחלקים את הקהל לשני סוגים, קהל פנימי (עמיתים ברשות השופטת) וקהל חיצוני (התקשורת, האקדמיה והציבור). כמו כן מחלקים את המוניטין לשני סוגים: אישי וקולקטיבי. בעזרת חלוקה זו מנסים הכותבים להציע דרך התמודדות לשופט לשמר את המוניטין מול הקהלים השונים בעיקר במצב בו לא ניתן לשקול את ענייניהם של כל הקהלים, ואף קיימת סתירה בניהם. בדומה ראו גם: Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, *Reputation, Information, and the Organization of the Judiciary*, 4 J. COMP. L. 201 (2010)

קהלים אלו היא בעדיפות גבוהה אצל השופט הרואה בשמירה ובטיפוח המוניטין שלו דבר מועיל לקידום ענייניו.¹⁵³

3) החשש מביקורת חברתית

הרצון של כל שופט לשמר את שמו הטוב איננו נובע רק מהצורך לקדם את המטרות שפירטתי לעיל, אלא גם מטרה בפני עצמה. מחקרים מתחום הפסיכולוגיה החברתית מראים כי כל אדם שואף לרצות את אנשי הקבוצה אליה הוא משתייך על מנת להיות מוערך על ידם.¹⁵⁴ השופטים, כשאר בני אדם, משתייכים לקבוצות חברתיות שונות – בין אם זה הציבור הכללי ובין אם האליטה החברתית.¹⁵⁵ למרות שהשופטים מודרכים להתערות באופן מינימאלי בציבור, כפי שנטען לעיל, בכל זאת הצורך להיות מוערך על ידי הציבור תופס מקום מרכזי במערכת השיקולים האישיים של השופט – עניין המשפיע עליו ישירות בעת מלאכת השיפוט.¹⁵⁶ במקרים של עיתות משבר או מתח ציבורי רב סביב סוגיה חוקתית חשש זה מקבל משנה תוקף. מחקרים מציגים כי במקרים כאלו בית המשפט נוטה לתמוך בהחלטות הרשות המבצעת והחלטותיו בדרך כלל תואמות לדעת הקהל.¹⁵⁷ השופטים נמנעים מלבחון את גבולות הסובלנות של הציבור בעיתות משבר – בהם סף הסובלנות הציבורית ממילא נמוך מאד.¹⁵⁸

¹⁵³ יש לציין כי השופט לא מודה כי זה התמריץ לפסיקותיו, כי אם כך יעשה – הוא יאבד את אמונו של הציבור בשם "פרדוקס אמון הציבור".

¹⁵⁴ ראו: RICK HOYLE, MICHAEL H. KERNIS, MARK R. LEARY & MARK W. BALDWIN, SELFHOOD: IDENTITY, Roy F. Baumeister & Mark R. Leary, *The Need To Belong: Desire for ;ESTEEM*, REGULATION 31-35 (1998) Mark R. ; *Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation*, 117 PSYCHOL. BULL. 497 (1995)

Leary, SELF-PRESENTATION: IMPRESSION MANAGEMENT AND INTERPERSONAL BEHAVIOR (1996)
¹⁵⁵ ראו: TERRY J. PERETTI, IN DEFENSE OF A POLITICAL COURT 182 (1999): "Public and elite support is to a large extent conditioned on political agreement with the Court's policy decisions. Thus, the Court must exercise political caution and be sufficiently responsive or sensitive to public and elite opinion so as not to wake the sleeping lion... .When the justices come from within the ranks of the political elite, the justices are more likely to possess the knowledge to anticipate and the contacts to discover the political reactions to its decisions" : ראו גם:

RICHARD DAVIS, DECISIONS AND IMAGES: THE SUPREME COURT AND THE PRESS 45 - 47 (1995)

¹⁵⁶ ראו: Thomas J. Miceli & Metin M. Cosgel, *Reputation and Judicial Decision-making*, 23 J. ECON. BEHAV. & Neal Devins & Will Federspiel, *The Supreme Court, Social Psychology, and Group Formation*, ;ORG. 31 (1994) ,Baum ; in THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING 85 (David Klein & Gregory Mitchell eds., 2010)

לעיל ה"ש 150, בעמ' 32 – 33, 50 – 150 ; Leary ; לעיל ה"ש 154, בעמ' 67 ; Schauer ; לעיל ה"ש 151, בעמ' 625 – 631.
¹⁵⁷ ראו: Gordon Silverstein & John Hanley, *The Supreme Court and Public Opinion in Times of War and Crisis*, 61 HASTINGS L.J. 1453 (2010)

¹⁵⁸ שם, בעמ' 1494 - 1495. ניתן להוסיף לכך כי בעת משבר גם השופטים, שהינם אזרחי המדינה, מאוימים. כמו כן, בעיתות משבר איכות וכמות המידע העומד לרשות השופטים נמוכות – ולכן הנטייה של הנוגעים בדבר היא לצמצם את הגמישות השיפוטית.

4) שמירה על מרקם היחסים בין הרשויות השונות

במדינה דמוקרטית בית המשפט מתנהל כמוסד במשולש הרשויות: המחוקקת, המבצעת והשופטת. כאשר הרשות המחוקקת והרשות המבצעת פועלות על פי עמדתו של הציבור – בית המשפט אינו רוצה להוות אופוזיציה במרקם הרשויות הללו. כדי ליישר קו עם הרשויות האחרות, תמנע הרשות השופטת מלפסוק בניגוד לעמדת הציבור.¹⁵⁹

5) בסיס והגנה לפסיקה

ללא לגיטימיות ציבורית בית המשפט לא יכול לתפקד כמוסד במדינה דמוקרטית¹⁶⁰ ופסיקותיו לא יכובדו.¹⁶¹ ההתאמה בין פסיקותיו של בית המשפט לעמדתו של הציבור מחזקות את הלגיטימיות הנדרשת.

4. ביקורות כנגד הטיעונים שבבסיס הגישה המתנגדת

א. ביקורת כנגד הטיעון כי הציבור חסר כלים, עניין וסבלנות

הטיעון הראשון בגישה המתנגדת הוא שהציבור אינו בעל יכולת לתפיסה וניתוח של הסוגיה החוקתית. כמו כן, התעניינותו בסוגיות אלו מועטת מאד, והוא מתאפיין בחוסר סבלנות, דבר המקשה עליו לגבש עמדה מושכלת בענייני חוקה.

טענת קוצר הדעת מניחה כי דרוש ידע מוקדם (הנרכש על ידי לימוד משפטים או מקצועות חופפים) כדי להתמודד באופן ראוי עם דילמות חוקתיות. על כך ניתן להשיב כי הנחה זו אינה נכונה, דווקא בשל אופיין

¹⁵⁹ ראו: Stimson, MacKuen, & Erikson, לעיל ה"ש 144; RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 375 (2008);
¹⁶⁰ למשל ראו: Yoo, לעיל ה"ש 61, בעמ' 782: למשל ראו: "Without this legitimacy, the Court would be unable to perform its role as interpreter of the Constitution, which at times may require the Court to act against the popular will in favor of individual rights"
¹⁶¹ ראו: Friedman, לעיל ה"ש 139, בעמ' 2611: "Judges also need popular opinion to see that their decisions are enforced". ראו גם: William Mishler & Reginald S. Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, 87 AM. POL. SCI. REV. 87, 96 (1993); LAWRENCE BAUM, THE PUZZLE OF JUDICIAL BEHAVIOR 55 (2000). בדומה ראו כי הגיבוי של הרשות השופטת הוא התמיכה הציבורית. ראו: Lee Epstein, *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 EMORY L.J. 583; Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, 45 AM. J. POL. SCI. 346, 351-352 (2001): "The idea is that supportive publics can help enforce judicial decisions via an implicit threat of a political backlash in response to instances of public authority defiance or delay in implementation"; ראו גם: Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, 91 GEO. L.J. 1, 47, 67 (2002).

של הסוגיות החוקתיות. שלא כמו סוגיות "דוקטרינריות מובהקות"¹⁶² שהתמודדות עימן מחייבת ידע מקצועי-משפטי, הסוגיות החוקתיות אינן כאלה שהתמודדות עימן מצריכה מקצועיות משפטית. נדרש כאן בעיקר שכל בריא, היכרות עם מבנה השלטון וחוש מוסרי ואלו מצויים גם ברשותו של האזרח מן השורה. גם טענת היעדר העניין של הציבור בדילמות החוקתיות מופרכת על פניה. דווקא בשל העובדה שלא מדובר כאן על שאלות משפטיות במובן הצר אלא על דילמות מוסריות ומבניות, יש להניח שהציבור יגלה בהן עניין מוגבר. אכן, הסערה שפסיקות חוקתיות שונות מעוררת מידי פעם בציבור, בישראל ובמדינות אחרות, מעידה כאלף עדים על העניין שהציבור מגלה בשאלות אלה.

ביחס לטיעון של חוסר סבלנות ציבורית אין טענה כי הציבור אינו כזה, אלא אופיו של הליך הפרשנות מנטרל חסרון זה. לשם כך יש להפריד בין *הבעת* עמדה ציבורית (הנעשית לעיתים בחוסר סבלנות) לבין *יישום* עמדה ציבורית (הנעשית תוך הפעלת שיקול דעת). הליך פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור הינו הליך ארוך ומסורבל ודורש מספר שלבים: דיון ציבורי, גיבוש העמדה הציבורית ופרשנות החוקה על ידי בית המשפט. תהליך קבלת החלטות ארוך ומסורבל מונע קבלת החלטות פזיזות ולא יציבות המונעות מסיפוק מיידי של הצרכים.¹⁶³ לפיכך, אף אם הציבור דורש את סיפוק מאווייו באופן מיידי ובשל כך מביע עמדה המתעלמת משיקולים ארוכי טווח, הרי שאופיו של הליך הפרשנות, והשלבים השזורים בו, מנטרלים, או לכל הפחות מצמצמים, את ההתעלמות הנובעת מחוסר הסבלנות.

ב. ביקורת כנגד הטיעון כי התחשבות בעמדת הציבור מובילה לפגיעה בעקרון הסופיות

פרשנות אחידה וקבועה חיונית לייצוב המערכת המשפטית והפוליטית הנשענת על החוקה. בהיעדר עקביות בהקשר החוקתי, תסבול המערכת כולה מחוסר יציבות. לפי הנטען, מזגו ההפכףכ של הציבור יוביל לפגיעה בעקרון זה באם יתחשבו בעמדתו בפרשנות החוקה.

אולם, ההנחה לפיה עמדתו של הציבור נעה כמטוטלת אינה נכונה מבחינה עובדתית. בעניינים רבים וחשובים עמדתו של הציבור יציבה ועמידה לאורך שנים רבות. לדוגמא בארצות הברית מוסכמים על הכול גבולות המדינה, מבנה החוקה, המשטר הנשיאותי, הפדרליזם, קדושת חירויות האזרח והמשטר

¹⁶² השימוש במונח "דוקטרינות מובהקות" נעשה בהקשר של ניתוח המשפט מתוך עצמו ללא פנייה למקצועות חיצוניים ובינתחומיים. בדרך כלל ניתן לייחס מונח זה למקצועות מסורתיים במשפט כגון: דיני חוזים, דיני קניין, דיני נזיקין משפט פלילי וכיוצ"ב.

¹⁶³ הדבר דומה לאחד הרציונאליים שבמתן כתובה בטקס הנישואים ביהדות: "על מנת שלא תהא קלה בעיניו להוציאה" (כתובות לט ב' יא' א).

הדמוקרטי בכללותו.¹⁶⁴ זאת ועוד, בדומה לנטען לעיל, גם אם עמדת הציבור מרבה להשתנות בסוגיות מסוימות שינוי זה אינו מקבל ביטוי באופן מיידי בפרשנות החוקה. מורכבות הליך פרשנות החוקה, הסרבול שבגיבוש עמדה ציבורית והזמן הרב הנדרש לכך ימנעו לעיתים קרובות את ביטוי אי היציבות שבעמדת הציבור. נתון נוסף שמונע שינוי תכוף בדוקטרינה החוקתית קשור לעובדה שהמפתח לשינוי מצוי בידי בית המשפט. על מנת ששינוי בעמדת הציבור יבוא לידי ביטוי בסוגיה שנידונה בעבר, על בית המשפט לדון בסוגיה זאת שוב. כידוע, לבתי משפט העוסקים בענייני חוקה מסור שיקול דעת נרחב בשאלה האם לדון בסוגיה מסוימת או להימנע מדיון בה, ולכן בידיהם לדחות את הדיון ולשינוי פוטנציאלי.

ג. ביקורת כנגד הטיעון לפגיעה בזכויות המיעוט

כזכור, הטיעון כאן היה שפרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור עלולה בסבירות גבוהה להוביל לפגיעה בזכויות המיעוט. אולם, טיעון זה לוקה בכמה מובנים. ראשית, קבוצת המיעוט אינה מהווה בהכרח מיעוט מבחינה מספרית. הגדרתה כקבוצת "מיעוט" היא ביחס לקבוצה הדומיננטית – כלומר האליטה. במקרים בהם המיעוט מהווה רוב מספרי, פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור – בהנחה שהציבור יכול לגבש עמדה פרשנית באופן דמוקרטי, ללא תלות בתמרוני האליטה – תעניק לקבוצת "המיעוט" יתרון ולכן גם הגנה. שנית, יש סוגיות שלא נוגעות ליחסי הכוחות שבין קבוצת המיעוט לרוב הציבור, או לזכויות חברי קבוצת המיעוט.¹⁶⁵ במקרים כאלה לא מתעורר לקיפוח המיעוט ולכן אין הצדקה להימנע מאימוץ עמדתו הפרשנית של הרוב. לבסוף, אף אם תיווצר סיטואציה בה עמדת הרוב תקפח את קבוצת המיעוט הרי שמתפקידו של בית המשפט להגן על המיעוט ולמנוע קיפוח.¹⁶⁶ כפי שציינתי בהקדמה לחיבור, פרשנות החוקה תוך התחשבות בעמדת הציבור אין משמעותה סירוס בית המשפט והסרת אחריות ממנו בהליך הפרשנות.

¹⁶⁴ ראו בנימין נויברגר **דמוקרטיה ודיקטטורות: רעיונות, הקשרים, משטרים** כרך א 164 (2004). זאת בניגוד לסוגיות לגבי אופן ניהול מדיניות החוץ, צמצום מדינת הסעד או הרחבתה, התמודדות עם בעיית הפער בין לבנים ושחורים באמצעות שוויון הזדמנויות פורמלי או העדפה מתקנת וכיוצא בזה.

¹⁶⁵ למשל בארה"ב קיימת מחלוקת ציבורית באשר להחזקת נשק או היתר להפלוג. בסוגיות אלו אין אלמנט מאפיין לקבוצת מיעוט כזו או אחרת.

¹⁶⁶ לדעתי, נקודת המוצא היא שגם בפרשנות החוקה על פי עמדת הציבור יש לשמור על גבולות החוקה ולהשאיר בידי בית המשפט שיקול דעת לוויסות כוחו של הרוב.

5. סיכום ביניים

להלן סיכום קצר של הטיעונים וטיעוני הנגד ביחס לכל עמדה:

הביקורת המרכזית כנגד הגישה התומכת היא שפרשנות בהתאם לעמדת הציבור משמעותה תיקון החוקה, תוך עקיפת מנגנון השינוי הקבוע בה.

הביקורת כנגד הטיעונים שבסיס הגישה התומכת היו:

(1) כנגד הטענה אודות קיומה של *חוכמה קולקטיבית* מוצגות טענות הסותרות את ההשערה כי איכות העמדה הציבורית טובה: טענות המתנגדות ליישום התיאוריות המדעיות (כשלים בתיאוריה המדעית של גלטון ותיאורמת המושבעים של קונדורסה); טענות המצביעות על כשלים מבניים בתהליכי גיבוש עמדה קבוצתית (חשיבה קבוצתית ואפקט העדר); וכן הטענה כי לציבור חסרים הכלים, העניין והסבלנות הנדרשים לפרש את החוקה.

(2) כנגד גישת *החוקתנות העממית* נטען כי המצדדים בגישה זו אינם תומכים בפרשנות בהתאם לעמדת הציבור באופן עקרוני אלא נוטים אליה בשל היותה משרתת את עמדותיהם הפרוגרסיביות. ביקורת אחרת מערערת על ההבחנה שעושים בעלי הגישה בין נבחרי הציבור לבין הרשות השופטת - כאילו הראשונים הינם עושי דברו של הציבור בעוד שהרשות השופטת מתעלמת בכוונה מעמדתו של הציבור.

(3) כנגד *החשש לפגיעה במעמדו של בית המשפט* נטען כי העצמאות השיפוטית היא ערך עליון ובלעדיו אין הצדקה לקיומה של הרשות השופטת בתור רשות נפרדת. העצמאות השיפוטית מתקיימת רק בזכות התעלמות מצד השופטים מעמדותיהם של גורמים שאינם "מקצועיים" – ועמדת הציבור בכלל זה. לפיכך, התחשבות בעמדה הציבורית מהווה שיקול פסול במכלול השיקולים השיפוטיים. טענה אחרת מצביעה על העובדה שלמרות משברים רבים בין הרשות השופטת לבין הציבור, עדיין בית המשפט נהנה מתמיכה ציבורית רחבה. לבסוף, נטען כי דווקא חיזוריו של בית המשפט אחר אמון הציבור מובילים לפגיעה באמון הציבור ("פרדוקס אמון הציבור").

הביקורת המרכזית כנגד הגישה השוללת הייתה שבית המשפט אינו יכול (מבחינה מעשית) להתעלם מעמדתו של הציבור, ולכן הדרישה מהשופטים להתעלם מעמדת הציבור מבקשת ממנו את הבלתי אפשרי. הוצגו מחקרים אמפיריים המבססים את הטענה כי עובדתית פסיקות בית המשפט עולות בקנה אחד עם עמדת הציבור והוצעו מספר הסברים לתופעה זו.

הביקורת כנגד הטיעונים שבסיס הגישה השוללת היו:

(1) כנגד הטיעון של *ציבור אין הכלים או העניין* הנדרשים נטען כי הסוגיות החוקתיות אינן מצריכות

מקצועיות משפטית, אלא בעיקר שכל ישר והיכרות בסיסית עם מבנה השלטון המצויים ברשותם של האזרחים. כמו כן, המציאות מוכיחה כי הציבור מעורה ומתעניין בסוגיות החוקתיות. כנגד הטענה שהציבור חסר סבלנות נטען כי החשש לגיבוש עמדה המתעלמת משיקולים ארוכי-טווח מנוטרל באמצעות הליך פרשנות ארוך ומסורבל.

(2) כנגד הטענה *לחשש לפגיעה בעקרונות הסופיות* נטען כי מבחינה עובדתית עמדתו של הציבור יציבה ועמידה בסוגיות רבות, וגם אם עמדת הציבור משתנה בסוגיות מסוימות מורכבות הליך פרשנות החוקה, הסרבול שבגיבוש עמדה ציבורית והזמן הרב הנדרש לכך ימנעו לעיתים קרובות את ביטוי אי היציבות שבעמדת הציבור. בנוסף, נטען שבית המשפט יכול לשמש כמסננת שתמנע או תאט את קצב השינוי.

(3) כנגד הטענה *לפגיעה בזכויות המיעוט*, הטענה המרכזית הינה שהליך פרשנות החוקה מפקח על ידי בית המשפט אשר אמון על זכויות המיעוט לבל תיפגענה.

הדיון שקיימנו מסיר מעל השולחן חלק מן הטענות הבסיסיות לטובת העמדה המצדדת בהתחשבות בעמדת הציבור, או לפחות מחליש את תוקפן. למשל, הטענה אודות הקשר ההכרחי בין התחשבות בעמדת הציבור לבין מידת האמון שהציבור רוחש לבית המשפט מאבדת מעצמתה לנוכח נתונים המצביעים על קיומו של קשר הפוך; גם הטענה בדבר התלות ההכרחית בין התחשבות בעמדת הציבור לבין תבונתה של ההכרעה מאבד מתוקפו לנוכח ההבדל בין ההקשר המקורי שבו נדונה שאלת התבונה הציבורית לבין נתוני המוצא של סוגייתנו. חרף זאת, בחינת הטענות השונות שהועלו במסגרת הדיון מובילה אותי לתמיכה טנטטיבית בגישה המצדדת בהתחשבות בעמדת הציבור.¹⁶⁷

הטעם העיקרי לכך הוא שהיסוד המוסרי שבבסיס טיעון *החוקתנות העממית* נראה לי משכנע למדי. לעומת זאת, הטענות שמוצגים כנגדו אינם חזקים. הטענה בדבר המוטיבציה הפסולה לכאורה של התומכים *בחוקתנות עממית* הוא קונטינגנטי, ובכל מקרה איננו מבוסס. הטענה העקרונית בדבר המחויבות לאורייגניליזם יש בו משום הנחת המבוקש. אני מסכים עם הטענות שהתמודדות עם הסוגיות החוקתיות אינה מחייבת ידע מקצועי מוקדם, או שהידע הנדרש הינו פחות בהרבה מהדרוש בהתמודדות עם שאלות משפטיות רגילות. נדמה גם שהמציאות מלמדת שהציבור מגלה עניין רב דווקא בסוגיות אלה. נתונים אלה מסירים לפחות חלק מהביקורת על טיעון התבונה הציבורית שהוצג כטעם להתחשבות בעמדת הציבור. הציבור אינו משנה את דעתו בתדירות גבוהה ובכל מקרה בית המשפט יכול להאט את השפעת השינוי בהלך הרוחות הציבורי על הדוקטרינה החוקתית, לכן לא נשקף חשש רציני ליציבות המערכת כתוצאה מהתחשבות בעמדת הציבור. זאת ועוד, גם לפי הגישה המחייבת התחשבות בעמדות הציבור תפקיד בית

¹⁶⁷ להלן, בסוף פרק ג, אציג מדוע הכרעה שאינה תלויה יחידה פוליטית ספציפית אינה יכולה להיות חד משמעית.

המשפט הוא לעמוד על משמר זכויות המיעוט ולכן אין סיבה לחשש מפני פגיעה בזכויות אגב ההתחשבות בעמדת הציבור.

לבסוף, רוב המחקרים האמפיריים שנעשו מצביעים על מתאם גבוה בין פסיקות בית המשפט לעמדת הציבור ועל כך שהשפעה העיקרית היא של הציבור על בית המשפט. נדמה שעמדה השוללת התחשבות בעמדת הציבור דורשת מהשופטים את הבלתי אפשרי. לטעמי, יש חולשה בסיסית בעמדה ערכית המציבה אידיאל בלתי ישים.¹⁶⁸

בכך טרם סיימנו את הדיון בנושא. על מנת שבית המשפט יוכל להתחשב בעמדת הציבור בהליך פרשנות החוקה, יש לגבש את עמדתו של הציבור ביחס לסוגיה הנידונה. לפיכך, עלינו לברר תחילה שתי שאלות:

(1) מיהו הציבור עליו מדובר? האם במונח זה נכללים כל אזרחי המדינה ללא יוצא מן הכלל או, למשל, רק בעלי זכות הבחירה? האם רק בעלי ידע משפטי היכולים לחוות עמדה נבונה מתוך הבנת הסוגיה החוקתית?

(2) מהו הרוב הדרוש על מנת שהעמדה תיחשב לעמדת "הציבור"? האם יש צורך בקונצנזוס ציבורי מלא או שהסכמת רוב הציבור מספיקה לשם אפיונו כעמדת הציבור? אם די ברוב, איזה רוב נחוץ? רוב רגיל, רוב מוחלט, רוב מיוחס, רוב מיוחד? כמו כן, האם בחישוב הרוב ייכללו כל מביעי העמדה הפוטנציאליים לרבות אלו שלא הביעו את עמדתם בפועל, או שהרוב יחושב רק מקרב אלו שהביעו עמדה?

הדיון בשאלות אלו אינו נחוץ רק לצורך אומדן עמדת הציבור. התשובה לשאלות עשויה להשליך על מידת האטרקטיביות של העמדה המצדדת בהתחשבות בדעת הציבור.

למשל, אם "הציבור" יוגדר כקבוצת האליטה או כקהילייה המשפטית, הדבר מחליש את טיעון החכמה הקולקטיבית שהוצג בתמיכה להתחשבות בעמדת הציבור, משום שטיעון זה הניח שלהמון יש יתרון בקבלת החלטות אף על פני יחידים הנחשבים למומחים בתחום. גם טיעון החוקתנות העממית מאבד ממשקלו שכן הוא התבסס על ההנחה שראוי להפקיד בידי הציבור את הסמכות לעצב את ההסדרים שיגבילו את חירותו. מצד שני, טיעון הנגד - לפיו לציבור חסרים כלים להתמודדות עם סוגיות חוקתיות וגם אין לו עניין בהן - נחלש, שכן הוא מתייחס דווקא לציבור הרחב הכולל הדיוטות רבים.

גם להגדרת הרוב הדרוש תהיה השלכה על האטרקטיביות של העמדות שבמחלוקת. למשל, הסתפקות בקוורום מינימאלי או ברוב רגיל תחליש אולי את החשש מקיפוח המיעוט אך תיצור סכנה חדשה של

¹⁶⁸ עם זאת, כפי שציינתי בשולי הדיון הביקורתי, לדעתי קיים חיסרון במחקרים אלו. ללא הגדרה חד משמעית של עמדת הציבור, המחקר עומד על בסיס רעוע. מחקר אמפירי הבוחן את רמת ההתאמה בין עמדת הציבור לפסיקותיו של בית המשפט מחייב הגדרה ברורה לעמדתו של הציבור. ניחוש או השערה לגבי עמדתו אינם עומדים בסטנדרטים מדעיים נדרשים.

עריצות המיעוט, משום שקבוצה קטנה, המאורגנת היטב, תוכל להשיג את הרוב המבוקש ובכך להשליט על הציבור את עמדתה.

כמובן, נוסף על הגדרת "הציבור" והיקף התמיכה בעמדה מסוימת כתנאי להצגתה כעמדת הציבור, יש לבחון כיצד ניתן להתחקות אחר עמדת הציבור, והאם על השלטון לנקוט בצעדים כלשהם כדי לסייע לציבור לגבש עמדה וכדי לברר מהי עמדתו. בפרק הבא, אדון בקצרה בשאלות אלה, מבלי להתיימר למצות את הדיון בהן.

פרק ג: גיבוש עמדת הציבור – כיצד?

בפרק הראשון הוצגו הגישות החולקות בשאלת מעמדה הראוי של עמדת הציבור בתהליך פרשנות החוקה והטיעונים לטובת כל גישה. בפרק השני נדונו הביקורות ההדדיות. בסוף הפרק, בסיכום הביניים, הבעתי תמיכה בגישה המצדדת בהתחשבות בעמדת הציבור, בהתבסס בעיקר על טיעון החוקתנות העממית. עם זאת, טענתי כי ההכרעה במחלוקת מחייבת בירור של מספר שאלות יסוד לגבי הציבור והדרך לקבוע מהי עמדתו: מיהו הציבור, איזה חלק ממנו נדרש לצדד בעמדה מסוימת כדי שזו תיחשב לעמדת הציבור וכיצד מבררים בפועל מהי עמדת הציבור. בשאלות אלה נרחיב בפרק זה.

1. מיהו "הציבור"

המונח "הציבור" מופיע רבות בפסיקה, לעתים בצירוף שמות לוואי שונים¹⁶⁹ - אך הגדרתו והרכבו כמעט ולא נידונים. נראה כי בשל השימוש הנפוץ במונח זה הוזנח הצורך בהגדרתו, מתוך תפיסה מוטעית כי הוא ברור מאליו.¹⁷⁰ מיהו אפוא הציבור בהקשר של פרשנות החוקה? להלן יוצגו דעות שונות באשר להגדרת המונח "ציבור", ובצידן הקשיים הכרוכים בכל אפשרות.

א. הציבור הרחב

"ציבור הינו קהל, עדה, חבורה או חברה".¹⁷¹ הנטייה הראשונית היא להגדיר את "הציבור" כציבור הרחב. שם התואר 'הרחב' מבטא את הרב-גוניות והכלליות שאמורה לשרור בציבור זה, להבדיל מקבוצות הומוגניות מסוימות ב"ציבור הרחב", המהוות לעיתים כל אחת בפני עצמה ציבור נפרד.¹⁷² עם זאת, לעיתים, כאשר משתמשים במונח זה בפסיקה מתכוונים דווקא לבטא את עמדתו של "ציבור הומוגני

¹⁶⁹ למשל: The general public ; American public ; The wide public. בהקשר הישראלי – למשל: הציבור הישראלי (ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 15, 7 (1974)); הציבור הכללי (בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4), 1, 61 (1997)).

¹⁷⁰ נדמה שלעתים נושאים מסוימים, בעלי השלכות גורליות וחשיבות מרובה, נזנחים דווקא עקב חשיבותם המרובה והשלכותיהם הגורליות. החשש בהשלכות שבהכרעה בנושאים אלו מובילים להעמדת פנים כי הדברים מובנים מאליהם בעוד שבפועל המצב הוא הפוך.

¹⁷¹ מילון אבן-שושן, כרך חמישי, עמ' 1565 (2007). כהן, לעיל ה"ש 119, מרחיב בהגדרת המושג ציבור: "במשמעותו המקורית, ציבור אינו אלא היפוכו של היחיד. ניתן לקרוא "ציבור" למתי מספר של בני אדם, והוא ציבור קטן או קטן מאוד. ויש "ציבור" החובק עולם, שם תואר לאנושות כולה, לאוכלוסייה כולה, לכלל התושבים במדינה. בתוך מצויים ציבורים גדולים ובינוניים וקטנים ככל צבעי הקשת, ציבור ציבור וסימני ההיכר שלו; ומהם ציבורים שיש להם תפיסות, השגות ועקרונות משלהם או שהנלווים אליהם מתאפיינים במושגי מוסר והשקפות עולם משלהם".

¹⁷² דוגמא לכך ראו בפס"ד ע"ע 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (פורסם בנבו, 11.11.08) בדבריו של הש' דנציגר, פסקה 8: "...הן הציבור הרחב והן קבוצות בציבור (להבדיל מהציבור הרחב – תוספת שלי ש. ש.), דוגמת בני מיעוטים, תושבי הפריפריה, אנשים העוסקים בתחומי האומנות והתקשורת ועוד...".

הפועל בתנאים של הסכמה נרחבת ביחס לערכיו".¹⁷³

נטייה זו מבוססת על כך שכל הטיעונים שבבסיס הגישות – התומכת והמתנגדת – עוסקים בציבור הטרונגי וגדול מבחינה מספרית או במילים אחרות, אזרחי המדינה. *החכמה הקולקטיבית* רואה יתרון במקרה של ציבור גדול מבחינה מספרית. היסוד המוסרי *בחוקתנות העממית* עוסק בזכותם של אזרחי המדינה לעיצוב החוקה. *החשש לפגיעה במעמדו של בית המשפט* מבוסס על נטילת הלגיטימיות מהרשות השופטת על ידי אזרחי המדינה. הטיעונים של היעדר כלים, עניין ועקביות, עוסקים כולם באופיו של הציבור הרחב. כמו כן החשש לקיפוח המיעוט מבוסס על היחסים שבין רוב הציבור למיעוט שבו.

בהקשר מדיני, הציבור הרחב כולל בתוכו כל אדם הנחשב לאזרח ובכלל זה גם ילדים ונוער. לכאורה האם כך ראוי? מצד אחד, גם הילדים והנוער כפופים לפרשנות החוקה ומושפעים ממנה ולכן יש הצדקה לכלול אותם. מצד שני, הרוב המוחלט של הילדים והנוער אינם בעלי השכלה ובגרות נפשית כדי להתמודד באופן הראוי עם הסוגיות החוקתיות. כפי שילדים ובני נוער אינם בוגרים דיים להשתתף בבחירות¹⁷⁴ – על אף שגופם בוגר, הרי שטרם נשלם עיצוב נפשם ומוחם, ועדיין צריך לתת להם הגנה והשגחה כילדים – כך גם ההשפעה על פרשנות החוקה ראויה להינתן רק בידי המשתתפים במשחק הפוליטי.¹⁷⁵

יש המציעים לכלול ב"ציבור הרחב" גם את אזרחי המדינות בעלות משטר דומה.¹⁷⁶ המצדדים בהרחבת זו

¹⁷³ מנחם מאוטנר *משפט ותרבות* 213 (2009).

¹⁷⁴ לדיון מורחב בסוגיית הגיל הראוי לזכות הבחירה, וההתפתחות ההיסטורית לכך ראו: נתי פרלמן *גיל הבחירה לפרלמנט – סקירה משווה* (מוגש לוועדה החוקה, חוק ומשפט, 17.1.2011). מופיע בכתובת: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02766.pdf. ראו שם, בעמ' 3: "אין ספק שזכות הבחירה דורשת מידה מינימלית של בגרות ואחריות".

¹⁷⁵ שם, בעמ' 3: "רובם עדיין גרים בבית ההורים – אף שאינם חייבים לעשות זאת – לומדים בבית-הספר ואינם עובדים. דעותיהם הפוליטיות של בני 18 מגובשות ומבוססות יותר. לעומת זאת, דעתם של צעירים מהם עשויה להיות מושפעת מדעת משפחתם או מבוגרים אחרים שהם מעריצים וחפצים להידמות להם (David Beckham Factor), בלי שהם יבחנו בצורה עצמאית ועניינית את העמדות העומדות להכרעה".

¹⁷⁶ ראו: Ernest A. Young, *The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Foreign Law and the Denominator* 167 - 168 (2005) HARV. L. REV. 148, 119. *Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 161 - 167 (2005). יאנג מבקר את בית המשפט בפרשת *Roper v. Simmons* 125 S. Ct. 1183 (2005), בו צורף הדין בינלאומי לימכנה' כדי לחשב את עמדת הרוב בסוגיית הוצאה להורג של נערים. בדומה לכך, בהקשר האמריקאי, עולה השאלה האם ה"ציבור" מורכב מן המדינות השונות אשר מגבשות לפני כן את עמדתן בסוגיה באופן עצמאי - כפי שנהוג היום בשיטת הבחירות בארה"ב כאשר כל מדינה מיוצגת ע"פ גודלה (אלקטורים), או שמא מורכב מאזרחי הפדרציה כולה - כאשר כל אזרח מביע את עמדתו באופן ישיר ולא דרך מדינתו? ראו Chemerinsky, לעיל ה"ש 69, בעמ' 1019: "By focusing exclusively on restricting judicial review of actors by the federal government, Professor Kramer ignores the importance of having an authoritative interpreter of the Constitution to unify and ensure the integrity of state and local law. By foreclosing judicial review of federal actions in the name of popular constitutionalism, Kramer has implicitly insulated state and local governments from the same review - they are, after all, arguably even closer to the people. Perhaps Professor Kramer only wants popular constitutionalism to apply when it

תומכים את גישתם בטיעון החכמה הקולקטיבית המעודדת את הגדלת מניין מקבלי החלטות.¹⁷⁷ לעומתם, המתנגדים להרחבה מעגנים את התנגדותם בטיעון החוקתנות העממית. צירוף אזרחי מדינות אחרות להגדרת הציבור המתחשבים בעמדותיו, מעניק השפעה על המדיניות החוקתית לגורמים שאינם נוטלים חלק בחובות האזרחיות במדינה ושאינם אמורים להיות שותפים בעיצוב החוקה.¹⁷⁸ בנוסף, ניתן לטעון כי העלויות הנדרשות לבירור עמדותיהם של אזרחי המדינה אינן דבר של מה בכך. הזמן, המאמץ וההוצאות הכספיות הנדרשים לשם כך אלו חסמים גבוהים המקשים על המשימה. קל וחומר כאשר נדרש בירור עמדותיהם של אזרחי מדינות רבות.¹⁷⁹

למרות הנטייה לכלול ב"ציבור" את הציבור הרחב, אבחן להלן הצעות לכלול ב"ציבור" קבוצה מצומצמת יותר של אזרחים.

ב. ציבור מיוחד

היתרון בצמצום ה"ציבור" לקבוצה קטנה ואיכותית הוא בכך שחברי הקבוצה יוכלו להתמודד עם סוגיות מורכבות והיא בדרך-כלל בעלת מעורבות חברתית גבוהה. אף מצד תיאורמת המושבעים של קונדורסה,

"Akhil Reed comes to judicial review of the actions of the other branches of the federal government" ראו גם: Amar, *The Central Meaning of a Republican Government: Popular Sovereignty, Majority Rule, and the Denominator Problem*, 65 U. COLO. L. REV. 749, 766 - 768 (1994), המעלה את בעיית גיבוש המכנה על פי הפדרציה או המדינות.

¹⁷⁷ בדומה לכך, גם גישתו של סאנסטיין – הגישה הקוסמופוליטית - מאמינה כי בית המשפט צריך לבחון מהן העמדות החוקתיות השוררות בשאר מדינות העולם ביחס לסוגיות החוקתיות הנדונות.

¹⁷⁸ את הטענה הזאת ניתן לחלק לשניים: 1. **הטיעון הדמוקרטי** - בבסיס העיקרון הדמוקרטי עומדת השאיפה כי לאזרחי המדינה תהיה יכולת בלעדית להשפיע על המדיניות. יוצא כי אלו שאינם אזרחי המדינה לכאורה אמורים להיות משוללים יכולת כזו. (ראו למשל Young, לעיל ה"ש 176, בעמ' 161 - 162). 2. **הטיעון הדמוגרפי** - המרקם הפוליטי שונה בין מדינה למדינה ולפיכך גם התפיסות החוקתיות, המושפעות ממרקם זה, שונות בין המדינות. השוני נעוץ, בין השאר, בהיסטוריה לאומית, באופיים ומזגם של האזרחים ובמבנה החברתי והרכבו של הציבור. כל אלו משפיעים על עיצוב התפיסות החוקתיות השוררות במדינה. יוצא אפוא, כי צירוף אזרחי מדינה אחת לציבור של מדינה אחרת מערבים מין בשאינו במינו. (ראו: Andrew Moravcsik, *The New Abolitionism: Why Does the U.S. Practice the Death Penalty While Europe Does Not?*, Publications, COUNCIL FOR .sep01.html_EUR. STUDIES AT COLUMBIA UNIV., Sept. 2001, available at www.ces.columbia.edu/pub/Moravcsik ברשימה הזאת מציין מורבסיק מספר מאפיינים שונים בין ארה"ב לאירופה המשפיעים על מתן או אי מתן גזר דין מוות במדינות אלו – למשל: היציבות הפוליטית החברתית (מורשת של אלימות), דעת הקהל (בעד או נגד), מבנה המוסדות הפוליטיים (פדראלי מול מדינת) וכוחה של התרבות השמרנית. להבדל בין המדינות השונות בתוך ארה"ב (כגון מדינות הדרום והצפון) ראו גם Amar, לעיל ה"ש 176, בעמ' 768 - 773).

¹⁷⁹ למשל, נדרש דיון מקדים על חסרונותיה ויתרונותיה הפוטנציאליים של הפרשנות המתבקשת. כאשר ישנה מעורבות של מקבלי החלטה הבאה לביטוי על ידי הצגת העמדות שונות – הרי שריבוי החברים המשתתפים בקבלת החלטה מאריכה ומסרבלת את התהליך הזה. ראו ביקורת דומה ביחס לתיקון חוקה: JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY*, Vol. 2 43, 55, 63 (2004).

Rosalind Dixon, *Updating Constitutional Rules*, 2009 SUPREME COURT REVIEW 319-346 (2009)

במסגרת התיאוריות שבבסיס החכמה הקולקטיבית, ההסתברות כי עמדת הפרטים בקבוצה כזו היא נכונה גבוהה מ-50% ולכן התיאורמה תקיפה. יוצא אפוא, כי הגדרת "הציבור" כקבוצה קטנה ואיכותית, מנטרל את ההתנגדות העקרונית מצד הטעונונים של הגישה המתנגדת. עם זאת, החיסרון בצמצום הקבוצה הרלוונטית נעוץ במתח עם טיעון החכמה הקולקטיבית הרואה דווקא בריבוי הפרטים ערובה להצלחת גיבוש עמדה נכונה. כמו כן, הגדרה זו סותרת את היסוד המוסרי שבסיס גישת החוקתנות העממית - לפיה כל מי שכפוף לחוקה צריך להיות שותף בפרשנותה. להלן ארחיב מעט ביחס למספר סוגים של קבוצות מצומצמות.

1) נציגי הציבור

דמוקרטיה עקיפה¹⁸⁰ הינה מודל שלטוני המבוסס על בחירת נציגים להם מוענקת האחריות לניהול עניני המדינה השוטפים. נציגים אלו ממונים באמצעות בחירות, הנערכות אחת לכמה שנים, בהן מבטא הציבור את השקפותיו ועמדותיו בסוגיות שונות, בין השאר גם בתחום החוקתי. נציגי הציבור, אמורים לייצג את עמדותיהם של בוחריהם. לפיכך, אם בית המשפט נדרש להתחשב בעמדת הציבור יש הגיון בהפנייתו לנציגי הציבור לשם בירור עמדת "הציבור".

היתרון בגישה זו נעוץ בכך שנציגי הציבור מעורים בדילמות החוקתיות מתוקף תפקידם. רמת תבונתם גבוהה מהממוצע השורר בציבור הרחב.¹⁸¹ החשש לקיפוח המיעוט אינו מתבטל, אך מצטמצם, בשל הצורך לגיבוש רוב הכרוך בפשרות פוליטיות – המחייבות להתחשב בעמדות המיעוט. בנוסף, באופן טכני, קל יותר כלשהי לברר מהי עמדתה של קבוצה זו בהשוואה לחילוץ עמדת הציבור הרחב.

החיסרון הוא בצמצום הציבור לנציגיו הוא שכידוע, אין ערובה לכך שהנציג לא יסטה מעמדת בוחריו.¹⁸²

¹⁸⁰ הסוגים הנפוצים של דמוקרטיה עקיפה הם: ממשל נשיאותי, דמוקרטיה פרלמנטרית ודמוקרטיה מעורבת.

¹⁸¹ בניגוד לתפיסה הרווחת בציבור, רמת ההשכלה של חברי הפרלמנט הוא גבוה מהממוצע. ראו למשל ביחס לחברי הקונגרס האמריקאי: Mildred Amer, *Membership of the 109th Congress: A Profile*, CRS REPORT FOR CONGRESS, November 29, 2006. Available at www.senate.gov/reference/resources/pdf/RS22007.pdf: "As has been true in previous Congresses, the Members of the 109th Congress are well educated. At least 396 Members of the House and 97 Senators hold bachelor's degrees; 120 Members of the House and 19 Senators have master's degrees; 170 Members of the House and 58 Senators hold law degrees; 20 Members of the House have doctoral degrees; and 14 Members of the House and four Senators hold medical degrees"

בהקשר הישראלי ראו מחקרה של לירון לוי "מדד ההשכלה של הפוליטיקאים" (המרכז הישראלי להעצמת האזרח, 2009) המציג כי בכנסת ה-18, 77% מחברי הכנסת בעלי השכלה ראשונה ומעלה (מתוכם 22% בעלי תואר שני ו-22% בעלי תואר שלישי). מופיע בכתובת: www.ceci.org.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/politicainseducation.pdf.

¹⁸² אמנם חרב הבחירות הבאות על צווארו כפי שכתב ELY, לעיל ה"ש 46, בעמ' 134: "If we can just get the legislators to legislate we'll be able to understand their goals well enough. I'm not saying we may not still end up with a fair

בנוסף, לעיתים עמדות מסוימות אינן באות לידי ביטוי בדיון הפרלמנטארי בשל הגבלת מספר הנציגים על ידי "אחוז חסימה" או בשל שיטת בחירות הדוחקת עמדות על אף היותן פופולאריות.¹⁸³

2) משפטנים או הקהילייה המשפטית

צמצום אפשרי אחר של הציבור הוא לבעלי ידע משפטי.¹⁸⁴ היתרון הבולט של קבוצה זו הוא שלחבריה יש הכלים הדרושים לניתוח הסוגיה. יתרון אפשרי נוסף הוא שהחינוך המשפטי מכוון את בוגריו למודעות ומעורבות חברתית גבוהה.¹⁸⁵

החיסרון בהגדרה זו הוא בתחום הגדרתה. היא איננה תוחמת את חברי הקבוצה. למשל, קיים קושי בהגדרת "בעלי הידע המשפטי".¹⁸⁶ טענה נוספת היא כנגד ההנחה כי בעלי ידע פורמאלי במשפטים הם בהכרח גם בעלי ידע והבנה עמוקים יותר בסוגיות החוקתיות - הנחה אשר איננה מבוססת או מדויקת.

3) האליטה, ההגמוניה והציבור הנאור

האליטה הינה קבוצת מיעוט בציבור, אשר מחזיקה בעוצמה המאפשרת לה שליטה או השפעה מכריעה על החברה כולה או על חלקים ממנה. היא מסוגלת אף להפעיל את מנגנוני הכוח של הריבון באמצעות משאביה. עוצמתה של האליטה מתבטא במונופול, ביחס לא שווה לגודלה באוכלוסיה, על משאבים נדירים

number of clowns as representatives, but at least then it will be because clowns are what we deserve. עם זאת, לעיתים הפרקטיקה מוכיחה כי חרב זו איננה תמיד מאיימת מספיק על מנת למנוע סטייה שכזו. ראו למשל ווייל, לעיל ה"ש 47, בעמ' 457: "אף הנציג רשאי, בדרך-כלל, לסטות מהצהרותיו במסע הבחירות ולשנות את דעתו ביחס לנושאים השונים העומדים על הפרק. ממילא, הצבעתו של הנציג בעניין מסוים אינה מלמדת בהכרח על עמדתו של הבוחר באותו עניין. זו טיבה של דמוקרטיה ייצוגית. הנציגים נבחרים על-ידי העם, אך תוכן חקיקתם אינו תואם בהכרח את רצונו של העם באותו נושא. כיום יש ממצאים אמפיריים רבים התומכים בתיאוריה זו". ראו גם BURKE, לעיל ה"ש 116.

¹⁸³ במנגנון בחירות הנעשה על בסיס גיאוגרפי (בחירות אזוריות) תיאורטית יכולה להיות עמדה הזוכה לתמיכת 49% מהציבור – יותר מכל עמדה אחרת – ואף על פי כן לא תהיה מיוצגת כלל בפרלמנט, או לכל הפחות לא תתבטא ככוחה האמיתי.

¹⁸⁴ ראו למשל: Kristofor J. Hammond, *Judicial Intervention in a Twenty-First Century Republic: Shuffling Deck*, *Chairs on the Titanic?*, 74 IND. L.J. 653 (1999).

¹⁸⁵ לימודי המשפטים בארה"ב, באירופה ובישראל הינם מאופיינים במעורבות חברתית גבוהה. למשל, קיומם של קליניקות חברתיות בהם הסטודנטים מחויבים להשתלב במסגרת החובות האקדמיות; כתבי עת משפטיים העוסקים בסוגיות חברתיות; עידוד הסטודנטים למעורבות חברתית דרך צינורות התנדבותיים. גם הפרקטיקה המשפטית מעודדת מעורבות כני"ל כגון עידוד משפטנים ליטול חלק בארגונים חברתיים ומתן עזרה פרטית בתחום מקצועיותם (פרו-בונו).

¹⁸⁶ למשל, בהקשר הישראלי, בעלי ידע ישיר אלו בעלי תואר במשפטים (ראשון או שני) לעומת בעלי ידע עקיף - בעלי תארים המשקים לתחומים משפטיים כגון תואר במדעי המדינה, תואר במגדר, תואר בפילוסופיה (הכולל לימודי פילוסופיה מדינית) תואר ביחסי חוץ ואף תארים בכלכלה ובמנהל עסקים, תחומים שבמהלך לימודיהם יש קורסים לגבי רגולציות ספציפיות הקיימות בתחום. בתוך קבוצת בעלי הידע הישיר ניתן להבחין בין בעלי תואר ראשון, הלומדים משפטים באופן נרחב ומקיף יותר מאשר הלומדים רק תואר שני במשפטים. גם בקבוצת בעלי הידע העקיף במשפטים ישנם הבדלים משמעותיים ברמת הידע והיקפו בתחום החוקתי בין התארים השונים.

כמו עוצמה פוליטית, כסף, יוקרה, מידע, שליטה בכוח פיזי וכיוצא באלה.¹⁸⁷ למרות העוינות שקבוצה זו מעוררת בשל התנשאותה על שאר חלקי האוכלוסייה, יש הרואים בה משאב חיוני לציבור הרחב.¹⁸⁸

יתרונותיה של קבוצת האליטה על ההמון – בעיקר בתחום החינוך וההשכלה¹⁸⁹ – מעניקים לה את הכלים הדרושים לשם ניתוח והבנת הדיון החוקתי. זאת ועוד, יש הטוענים כי בשל מאפייניה כקבוצה שלטת, כבעלת השפעה מכריעה, הנוטלת לעיתים אף אחריות ציבורית,¹⁹⁰ עמדתה בסוגיות החוקתיות היא העמדה הפופולארית בקרב הציבור¹⁹¹ – וממילא העמדה הציבורית עצמה.

אחת החולשות של קבוצה זו היא, כאמור, העוינות הקיימת בקרב הציבור הרחב כלפיה.¹⁹² כתוצאה מכך, אף אם עמדת האליטה מבטא את העמדה הציבורית, ייתכן כי הציבור הרחב יתנגד או יביע את מורת רוחו ביחס לעמדתה של האליטה ויגיב בזעם על פרשנות חוקה בהתאם לעמדתה.¹⁹³ בנוסף, סביר להניח כי עמדת האליטה

¹⁸⁷ ראו הגדרתה של חוה עצינוני-הלוי **מקום בצמרת – אליטות ואליטיזם בישראל** 12 (1997).

¹⁸⁸ ראו: EDMUND BURKE, AN APPEAL FROM THE NEW TO THE OLD WHIGS, IN CONSEQUENCE OF SOME LATE DISCUSSIONS IN PARLIAMENT, RELATIVE TO THE REFLECTIONS ON THE FRENCH REVOLUTION (3RD ed., 1791). וכן בספרו EDMUND BURKE, REFLECTIONS ON THE REVOLUTION IN FRANCE (1791). על פי תפיסתו של אדמונד בורק, יש חשיבות לקיומה של האריסטוקרטיה בתור קבוצת-עלית טבעית. לטענתו, התבוננות במציאות תוכיח כי האנשים אינם שווים בכישוריהם – ולכן מצב של עליונות של חלקים של האוכלוסייה על אחרים הוא מחויב המציאות. מבחינה היסטורית האריסטוקרטיה היא המעמד שמרכז את האנשים הכי מוכשרים ובעלי היכולת הגבוהה ביותר, ולכן, לדעת בורק, עלינו לרכז כוח בידי אנשים אלו אשר גודלו או שנבחרו בקפידה להיות מוסריים יותר מאשר כלל האוכלוסייה. לניתוח עמדתו של אדמונד בורק בהרחבה והשלכתו על פרשנות החוקה ראו: Ernest Young, *Rediscovering Conservatism: Burkean Political Theory and Constitutional Interpretation*, 72. N.C. L. REV. 619 (1994).

¹⁸⁹ ראו BURKE, שם, בעמ' 107 - 108: "To be bred in a place of estimation; ... to be habituated to the censorial inspection of the public eye; ... to have leisure to read, to reflect, to converse; to be enabled to draw the court and attention of the wise and learned wherever they are to be found; ... to be taught to despise danger in the pursuit of honour and duty; to be formed to the greatest degree of vigilance, foresight, and circumspection, in a state of things in which no fault is committed with impunity, and the slightest mistakes draw on the most ruinous consequences ... these are the circumstances of men, that form what I should call a natural aristocracy, without which there is no nation"

¹⁹⁰ שם. בורק טוען כי ההיסטוריה האנגלית מוכיחה שהאריסטוקרטיה אינה דואגת רק לעצמה אלא גם לחברה כולה. בדומה ראו את המונח "אליטה משרתת": www.shavim.org.il/articles/kibbutz/070726_muki2.htm

¹⁹¹ ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 173, בעמ' 272: "תוכני התרבות והתודעה שהקבוצה ההגמונית מצליחה להפיץ ולהטמיע קובעים את גבולות של מה שיכול להיחשב מתקבל, סביר, ראוי, אפשרי וכיוצא בזה, באשר לאופן שבו המדינה צריכה להתנהל ובאשר ליחסים שצריכים להתקיים בין המדינה לאזרחיה... הם נהפכים לתפיסת-העולם של אזרחים רבים החיים במדינה ונתפסים על-ידיהם כמשרתים את האינטרסים שלהם (של האזרחים – ש.ש.)."

¹⁹² ראו, כהן, לעיל ה"ש 119, בעמ' 13 הטוען כי עצם השימוש במונח 'הציבור הנאור' הוא "התנשאות שאינה מתקבלת על הדעת".

¹⁹³ ראו Daniel J. Hulsebosch, *Bringing the People Back In*, 80 N.Y.U.L. REV. 653 (2005) אשר רואה בספרו של קרמר (The People Themselves) כהזדמנות לרכז את האנטגוניזם הקיים כנגד האליטה על ידי מתן השראה לאנשים הרגילים

תשרת בסופו של דבר את האינטרסים שלה בתור קבוצה סגורה ולא את האינטרסים של הציבור הרחב.

ג. הציבור האחר

"הציבור האחר" הוא כינוי ל"ציבור" שאיננו ציבור של ממש. מצב בו אדם בודד מבטא עמדה כלשהי ומייחס לה הילה ציבורית או קונצנזוס ציבורי, מבלי לבחון את הדבר מבחינה אמפירית. להגדרה זו שני טיפוסים: האחד הוא "הבודד הצעקני" הגובר בקולו, דרך כלי המדיה, על הציבור הכללי. יוצא כי עמדתו של הציבור אינו אלא עמדתו של חלק קטן ממנו הגובר בצעקתו על הרוב הדומם.¹⁹⁴ כמובן, שלטיפוס זה אין מקום בהגדרת "הציבור" בהיותו מנצל את גישתו לכלי התקשורת כדי להביע את עמדתו האישית ומאפיל בכך על הציבור כולו.¹⁹⁵

הטיפוס השני הוא השופט המשתמש במונח זה כדי לבטא נורמות חברתיות. בבסיס גישה זו קיימת הטענה כי אין להתאמץ ולגבש את עמדת הציבור בפועל משום שעמדת הציבור היא מטפורה¹⁹⁶ המבטאת את ההסכמה החברתית בסוגיה - "פרסוניפיקציה של שיקולים נורמטיביים".¹⁹⁷ גישה זו קוראת להעניק לדרישה המוסרית-חברתית, בהתאם לתיאוריות המוסריות הקיימות, מעמד אונטולוגי – כלומר, לייחס לה תחושת נוכחות במציאות כאילו הייתה העמדה הציבורית בפועל. בדומה, רונלד דבורקין פיתח תיאוריה הטוענת כי המשפט בכללו נתפס כמין פרסוניפיקציה של הקהילה המשפטית-פוליטית אשר מייצגת סיפור מוסרי של הקהילה המשפטית.¹⁹⁸ לפי גישה זו, אין צורך לאמוד את עמדות הפרטים המרכיבים את

מהציבור הרחב להשיב את כוחם, ועל ידי כך אולי לשכנע את האליטה המשפטית לוותר על חלק מכוחה כדי להנדס צורות חדשות של מנהיגות אשר לא יעוררו אנטגוניזם.

¹⁹⁴ למשל ראו: W. Bauer, *Public Opinion*, ENCYCLOPEDIA OF SOCIAL SCIENCES XII 669 הטוען כי לעיתים עמדת הציבור הינה עמדתו של מיעוט אשר זכה להד ציבורי-תקשורתי. ראו גם WILLIAM ALBIG, PUBLIC OPINION 6 – 7 (1939).
¹⁹⁵ ראו ALBIG, שם, בעמ' 136 – 154. כמו כן ראו WILLIAM ALBIG, MODERN PUBLIC OPINION 25 - 38 (1956), בו הוא מרחיב כיצד מנוצל הכוח אשר בידי המיעוט להבעת עמדתו כאילו היתה עמדתו של הציבור כולו. ראו: William E. Forbath, *Judicial Review: Historical Debate, Modern Perspectives, and Comparative Approaches: The Will of the People: The Will of the People? Pollsters, Elites, and Other Difficulties*, 78 GEO. WASH. L. REV. 1191 (2010) הטוען כי עמדת הציבור, אינה עמדתו של הציבור הרחב אלא עמדתם של בעלי האינטרסים המכוונים את הכוחות הפוליטיים באמצעות אנשי מקצוע, טכניקות פרסום והשפעה על הציבור דרך תקשורת ההמונים.

¹⁹⁶ ראו: כהן, לעיל ה"ש 119, בעמ' 12 – 13 הטוען כי "כל ניסיון למיין ולסווג ציבוריים נדון לכישלון לא רק מפני שאין עליהם נתונים סטטיסטיים, אלא גם מפני שלרבים מהם אין כל מסגרת ארגונית והם בלי שם ובלי כינוי, ולעיתים קרובות זיהוים הוא עניין שבאקראי או של האמרה... יש המדברים על "הציבור" כשהם מתכוונים לרוב העם; ויש רבים שלפיהם הציבור אינו אלא מטפורה".

¹⁹⁷ אהרן ברק *פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית* כרך ג 231 – 232 (1994). ראו גם אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" *עיוני משפט* יז 475, 482 (1993): "הקהילה המשפטית היא מושג נורמטיבי, המשקף את עמדות-היסוד, עקרונות-היסוד, כללי הפרשנות והקונצנזוס החברתי באשר לפעילות השיפוטית בחברה נתונה בזמן נתון".

¹⁹⁸ להרחבה ראו: RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986). תיאוריה זו היא חלק מתפיסת עולמו של דבורקין לגבי תפקידו של השופט ולגבי האופן הראוי בו על השופט להפעיל את שיקול דעתו במהלך פרשנות משפטית. עמדתו של דבורקין

הציבור. השופט היושב בדיון, מתוקף תפקידו,¹⁹⁹ מתרגם את הערכים החברתיים למונחים משפטיים ומפרש את החוקה על פיהם.

המתנגדים להגדרה זו טוענים כי קביעת תוכן העמדה הציבורית על ידי אנשים יחידים בנושאים חוקתיים – הנושאים עמם מטען סובייקטיבי – תוביל בהכרח לפרשנות החוקה בהתאם לעמדותיהם האישיות.²⁰⁰ פרשנות כזו אינה מבטאת את עמדת "הציבור" ועלולה להביא לידי ניכור כלפי הרשות השופטת מצד אלה שאינם שותפים להשקפתו של היחיד.

התומכים בהגדה זו טוענים כי הנטייה להגדיר את "הציבור" ככזה נובעת מהתפיסה כי זו הדרך הריאלית היחידה לבטא עמדה ציבורית כלשהי. על פי גישתם, אין הציבור, על כל פרטיו, יכול לכונן, לעצב, לשנות או לפרש את החוקה, אלא רק דרך מוסדות מאורגנים או שלטוניים המופעלים על ידי יחידים.²⁰¹ גישה זו מבוססת על הדוקטרינה המכונה אינדיבידואליזם מתודולוגי.²⁰² הנחת המוצא של דוקטרינה זו היא כי לא ניתן להתייחס לציבור או אל העם כאל ישות אורגנית אחת, משום שפעולות של קבוצות אנושיות חייבות בסופו של דבר להתבטא דרך פעולות הפרטים המרכיבים את הקבוצה. הדבר נכון גם לגבי עמדות הציבור - לא ניתן להתייחס לציבור שלם, ולכן יש להתחשב בדעותיהם של פרטים המרכיבים אותו.²⁰³

נוטה לראות את הפרשנות המשפטית כמציגה את המשפט באופן הטוב ביותר.

¹⁹⁹ למשל ע"פ דבורקין מיוחס לשופטים יושרה (Integrity) האמורה להיות הקיימת באופן אינהרנטי בשל מעמדם כשופטים.

²⁰⁰ למשל ראו, בהקשר הישראלי, את ביקורתו של דן אבנון, להלן בה"ש 282, בעמ' 443 בעניין הפקדת הפרשנות החוקתית רק בידי השופטים על ידי השימוש במושג "הציבור הנאור".

²⁰¹ Alexander & Solum, לעיל ה"ש 79, בעמ' 1606: "On the one hand, Ackerman and Kramer assert that there is a collective entity called "We the People" or "The People" - almost always with capital letters to indicate that a special meaning is being attached. According to Ackerman and Kramer, We the People can institute or interpret a constitution. On the other hand, there are "the people" - the collection of human persons who are the citizens or residents of a particular polity. The people can do many things, but they are ultimately a bunch of individuals. Individual persons can participate in the instituting or the interpreting of a constitution in various ways. The people can act through government, but they cannot act in a corporate capacity outside some institutional form"

²⁰² גישת האינדיבידואליזם המתודולוגי רואה את תפקיד מדעי החברה להסביר את המציאות החברתית באמצעות פעולותיהם של יחידים בלבד. כלומר, אירועים ותהליכים חברתיים נגרמים ומוסברים באמצעות פעולותיהם של בני אדם. אנשים אינם פועלים בחלל ריק, אלא מושפעים מגורמים רבים אך רק פעולותיהם, או חוסר פועלם, מביאים לשינויים ובאמצעותם מוסברות ההתרחשויות. האינדיבידואליזם המתודולוגי הוא מעין דמיסטיפיקציה של רעיון הלאומיות. להרחבה ראו: LARS UDÉHN, METHODOLOGICAL INDIVIDUALISM: BACKGROUND, HISTORY AND MEANING (2001).

²⁰³ ראו בהגדרת אינדיבידואליזם מתודולוגי (Methodological Individualism) ב- STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (מופיע בכתובת: <http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/>): "It is also sometimes described as the claim that explanations of "macro" social phenomena must be supplied with "micro" foundations, ones that specify an action-theoretic mechanism" של JEFFREY ALEXANDER, THE MICRO-MACRO LINK 22 (1987).

ד. סיכום ביניים

לדעתי, שימוש במונח "הציבור" במובן של בודדים – בין על ידי יחידים "צעקניים" דרך כלי המדיה השונים ובין על ידי השופטים – לביטוי הלך הרוח בציבור מהווה ניצול לרעה של מונח זה. טענה כי עמדות מסוימות הינן עמדותיו של הציבור, מבלי לבחון זאת באופן מדעי-אמפירי, הינה מעשה פסול, המעוות את המונח "ציבור" ומטעה את הכלל.

גם הגדרת "הציבור" כאליטה או כקבוצת משפטנים מעוררת קושי. קבוצות הומוגניות אלו, על אף היותן איכותיות, מעלות את החשש לאי-רגישות לכלל חלקי האוכלוסייה במקרה הטוב, ולקידום האינטרסים האישיים שלהם במקרה הרע. לפיכך, גם היא אינה מועמדת ראויה להגדרת "הציבור". נציגי הציבור אינם הומוגניים ואף אינם נתפסים ככאלה ובכך יתרונם. חסרונם המובהק הוא "בעיית הנציג", כלומר, קיים חשש לפער גדול בין רצון המיוצגים לבין מעשיו של הנציג בפועל.

לכן, לדעתי, **הציבור הרחב** הוא "הציבור" שבעמדתו יש להתחשב במסגרת פרשנות החוקה. במסגרתו ראוי לכלול את כל אזרחי המדינה בעלי זכות הבחירה. הגדרה זו היא היחידה שעולה בקנה אחד עם היסוד המוסרי שבטיעון *החוקתנות העממית* – שמהווה לטעמי הנימוק המשכנע ביותר לטובת התחשבות בעמדת הציבור בפרשנות החוקה.

2. הגדרת "עמדת הציבור"

האם יש צורך בקונצנזוס ציבורי מלא לגבי עמדה מסוימת או שמא הסכמת רוב הציבור מספיקה לשם אפיונו כ"עמדת הציבור"? כבר בשלב זה ניתן להניח כי קביעת עמדתו של הציבור נעשית על פי עמדת רוב של הציבור משום שהשימוש בפיקציה הרואה את רוב הדעות ככל הדעות הכרחית בתהליך של קבלת החלטות באמצעות קבוצה של שלושה ויותר.²⁰⁴ אם כך - מהו הרוב הדרוש?²⁰⁵ למשל, מה הדין במקרה בו 50.1% מהציבור מביע את הסכמתו ביחס לעמדה מסוימת ו-49.9% ממנו מתנגדים לעמדה זו - האם ניתן לטעון לגיבושה של עמדה ציבורית על פי הרוב? בנוסף, מהי הגדרת הקבוצה אשר מתוכה ייקבע הרוב המכריע –

²⁰⁴ ראו למשל את השימוש הנעשה במונחים 'רובו ככולו' (ראו למשל: בבלי, חולין יט, ע"א; בבלי, נזיר מב, ע"א; בבלי הוריות ג, ע"ב) או 'אחרי רבים להטות' (שמות כג, 2) כשהכוונה היא להכריע בין מספר דעות שונות על פי הרוב.

²⁰⁵ בעולם מקובלים מספר סוגי רוב לביטוי עמדה: (א) רוב רגיל - רוב כלשהו מתוך מספר מקבלי החלטה **בפועל** (ב) רוב מוחלט – רוב כלשהו מתוך בעלי זכות קבלת החלטה, ללא התייחסות לכמה משתתפים בפועל (ג) רוב מיוחד - רוב כלשהו אשר יהיה מעל 50% לקבלת החלטה (ד) רוב מיוחס - רוב כלשהו אשר יהיה מתחת ל-50%. להלן אתיחס לסוגיית הרוב דרך הפריזמה של בעיית המונה והמכנה.

האם הקבוצה תוגדר כמביעי העמדה הפוטנציאליים (אף שיהיו כאלו שלא הביעו את עמדתם בפועל), או שתוגדר על פי אלו שנטלו חלק פעיל בהבעת העמדה?

סוגיות אלו מכונות בעיית המונה והמכנה.²⁰⁶ בהנחה כי העמדה הציבורית נעשית על סמך הרוב התומך בעמדה מסוימת – יש לברר מהי הקבוצה אשר ביחס אליה נקבע הרוב ("המכנה"), וכן לברר מהו גודל הרוב הדרוש לביטוי העמדה הציבורית ("המונה").

א. הגדרת המכנה - קוורום להשתתפות (a turn-out quorum)

שאלת סף מינימום המשתתפים בקבלת החלטות מעסיקה מנגנונים רבים בעולם. בפרלמנטים, במועצות של רשויות מקומיות או של חברות ציבוריות קיימת דרישה לסף מינימום של השתתפות בהצבעה כדי שהכרעת הרוב בה תקבל תוקף.²⁰⁷ המטרה העיקרית שלשמה נקבע קוורום השתתפות היא הבטחת קיומו של המאפיין הציבורי של עמדה המתיימרת לבטא את העמדה הציבורית²⁰⁸ - בכך מתבטא הטיעון המוסרי

²⁰⁶ הסוגיה המוכרת בספרות היא "בעיית המכנה" (denominator problem) ראו: Amar, לעיל ה"ש 176. כמו כן Vermeule, לעיל ה"ש 38, בעמ' 24, המרחיב בהגדרת בעיית המכנה: "A conceptual problem with arguments for and against majority rule involves the following question: Over what group is the majority defined? A majority of what? A "majority" is a multiplier, and the attractiveness of majority rule in particular domains or cases will often vary with different accounts of the multiplicand. The abstract arguments for "majority rule" are not equally persuasive for a majority of all legislators, of all legislators who choose to vote, of all registered voters, of actual voters, of jurors, of judges, of oligarchs, and so on. There are parallel problems with many-minds arguments in their various forms. Whose minds, exactly, are at issue? If "many minds who think X" is the numerator, what is the denominator, the set out of which the many minds are drawn? The appeal of the particular many-minds argument at issue varies as the denominator varies..."

²⁰⁷ למשל, בפרלמנטים שונים בעולם התנאי לקוורום לשם הצבעה על חקיקה רגילה הוא נפוץ, כגון: באוסטרליה – חמישית מחברי הבית התחתון ורבע מחברי הבית העליון; בארה"ב, בבליה, בגרמניה, בהולנד ובדנמרק – רוב חברי הבית; בריטניה – 40 חברי פרלמנט מתוך 659. (הנתונים מ"דרישות קוורום (מניין) במליאה ובוועדות פרלמנטריות", מופיע בגיליון פרלמנט גיליון 35 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002) מופיע בכתובת: www.idi.org.il/Parliament/2002/Pages/2002_35/C_35/Parliament_Issue_35_C.aspx ומסמך רקע בנושא שנכתב על ידי אלעד ואן גלדר "קוורום השוואה בינלאומית" (מוגש לחה"כ משה ארנס ויוסף לפיד, 2001) מופיע בכתובת: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00433.pdf, וכן מסמך רקע בנושא שנכתב יהודית גלילי ואביטל אפל "קוורום (מניין חבריים)" (מוגש לצוות המשותף לאגודה לפרלמנטריזם ולוועדת הכנסת, 2003). מופיע בכתובת: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00563.pdf.

²⁰⁸ ראו למשל, גלילי ואפל, שם, בעמ' 1: "קיומו של קוורום מבטיח שיתוף מספר מינימלי של מחוקקים בפעילות הפרלמנטרית והרחבת האחריות הציבורית על הפעילות של הפרלמנט. הדבר עשוי לחזק את הלגיטימציה של ההחלטה שהתקבלה". במסמך רקע מצויינת סיבה נוספת המכונה 'מטרה תדמיתית', ראו שם: "היענות לביקורת הציבורית הגוברת לאור דיווחים בכלי התקשורת על מליאה ריקה ועל חוקים המתקבלים בנוכחות דלה".

(חוקתנות עממית) והטיעון האינטלקטואלי (חכמת ההמונים²⁰⁹). מאידך, ישנה השקפה הגורסת כי אין לקבוע סף מינימום ויש להסתפק במשתתפים בפועל בקבלת החלטה כמכנה אשר ביחס אליו יתבטא הרוב - זאת מתוך ההנחה כי מי שאינו מביע את עמדתו ומשתתף בקבלת החלטה, מעיד בכך כי איננו רוצה ליטול חלק בגיבוש העמדה הציבורית ומוותר מרצונו על השפעתו בעניין. בנוסף, המצדדים בהשקפה זו טוענים כי בקביעת קוורום להשתתפות מצרפים את קולות הנמנעים לקולות המתנגדים ובכך מעניקים יתרון מלאכותי לקבוצה המתנגדת.²¹⁰

במסגרת הדיון בהגדרת המכנה עולה גם שאלת גודלו של המכנה. גודלו של המכנה משפיע על הסיכויים לגבש רוב בפועל - ככל שהמכנה גדול יותר באופן מספרי כך יהיה קשה יותר לגבש רוב וכן להפך.²¹¹ התמיכה במכנה גדול נובעת מהחשש לעריצות המיעוט, מצב בו עמדתה של קבוצה קטנה, אשר איננה משקפת את עמדת כלל הציבור, תוצג בתור עמדתו של הציבור כולו. מכנה גדול מבטיח כי הרוב הדרוש לשם גיבוש עמדת הציבור יצטרך להיות גדול אף הוא.

ב. הגדרת המונה - קוורום לאישור (an approval quorum)

התומכים ברף גבוה של קוורום לאישור – בדמות רוב מוחלט או רוב מיוחד²¹² - חוששים שקביעת העמדה הציבורית על ידי שיעור נמוך של תומכים תוביל לאבדן אמון הציבור במערכת הפוליטית.²¹³ טענה נוספת, בדומה לטענה בדבר עריצות המיעוט, יש חשש שקבוצה קטנה, מגובשת ופעילה, תוכל להציג את עמדתה כעמדתו של הציבור כולו ותפעל להגשמת מטרה זו. לעומת זאת, התומכים ברף נמוך של קוורום לאישור,

²⁰⁹ כאמור בפרק א, רווחת טענה שלציבור, בתור קולקטיב, ישנה תבונה העולה על שיקול הדעת של פרטים, מומחים ככל שיהיו. ככל שהציבור גדול במניין כך גדלה חכמתו. אחד התנאים לקיומה של חכמת ההמונים הוא ביזור העמדות השונות. הגדלת המכנה תתרום משמעותית להגדלת מגוון הדעות, ויוביל לשיפור איכות ההחלטה המתקבלת. מאידך, יש המתנגדים לתפיסה כי חכמת ההמונים יעלה, ואף רואים במתודת קבלת החלטות הסומכת על חכמת המונים כמתכון לכישלון גיבוש עמדה איכותית. לשיטתם, הגדלת המכנה תפגע באיכות העמדה ולכן יש לשאוף להקטנת המכנה אשר יהיה מורכב ממקבלי החלטות המעורבים ומבינים בסוגיה החוקתית - ככל שהדבר ניתן.

²¹⁰ ראו למשל בקוד להתנהלות טובה של נציבות ונציה (CODE OF GOOD PRACTICE ON REFERENDUMS) בנושא הקוורום במשאלי עם הנדון בפרק III, בסעיף 7 נקבע כי: "It is advisable not to provide for: a. a turn-out quorum (threshold, minimum percentage), because it assimilates voters who abstain to those who vote no".
[www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)008-e.asp#_Toc208711707](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)008-e.asp#_Toc208711707)

²¹¹ טענה דומה ראינו לעיל בעניין המונה קוורום לאישור (an approval quorum). שם דובר על אישור מונה נמוך, כאן הדיון הוא סביב הגדרת המכנה – כאשר גודלו משפיע על רמת הקושי לגיבוש רוב לעמדה ציבורית.

²¹² ההבדל בין רוב מיוחד לרוב מיוחס תלוי בהגדרת המכנה: רוב מוחלט הוא רוב כלשהו מתוך בעלי זכות קבלת החלטה, ללא התייחסות לכמה משתתפים בפועל, לעומת זאת רוב מיוחד הוא רוב כלשהו אשר יהיה מעל 50% מתוך המשתתפים בפועל.

²¹³ למשל ראו CODE OF GOOD PRACTICE ON REFERENDUMS, לעיל ה"ש 210: "... It is advisable not to provide for: b. an approval quorum (approval by a minimum percentage of registered voters), since it risks involving a difficult political situation if the draft is adopted by a simple majority lower than the necessary threshold."

טוענים שקביעת רף גבוה תוביל לשיתוק. כלומר, תמנע, או לכל הפחות תעכב באופן משמעותי, את גיבושה של עמדה כלשהי בתור עמדת הציבור.²¹⁴

קוורום להשתתפות או לאישור העלולים להוביל לתוצאה בו קבוצה קטנה תבטא את עמדתה כעמדת הציבור הינו מצב לא רצוי. לכן, לדעתי, הקוורום להשתתפות ולאישור צריכים להיות גבוהים – גם אם המשמעות לכך תהיה כי תמנע גיבושה של עמדה כלשהי. בנוסף, קוורום גבוה ידרבן את הציבור ליטול חלק פעיל בעיצוב החוקה ובכך תוגשם השאיפה העומדת בבסיס החוקתנות העממית.

3. הגדרת "הליך אומדן עמדת הציבור"

עד כה, לאור הכרעתי בגישה התומכת, דנתי בהגדרת "הציבור" והיקף התמיכה בעמדה מסוימת כתנאי להצגתה כעמדת הציבור. כתוצאה מהדיון הגעתי למסקנה כי יש לאמוד את עמדתו של הציבור הרחב וזאת על פי קוורום השתתפות ואישור גבוהים. בהמשך לכך, במסגרת הדיון בגיבוש עמדת הציבור, עולה הצורך לבחון כיצד ניתן להתחקות אחר עמדתו של הציבור הרחב. ללא תהליך מסודר האומד את עמדתו, המבטיח כי התוצאה המתקבלת מאומדן זה מבטאת את העמדה הציבורית כראוי, לא ניתן לדרוש מבית המשפט להתחשב בעמדת הציבור. גיבוש עמדתו של הציבור הרחב, כפי שאציג להלן, אינו תהליך של מה בכך. תהליך זה מורכב ממספר שלבים: ראשית, לפני גיבוש העמדה, יש לקבוע מהי הסוגיה שתעמוד לבחינה ציבורית. בנוסף, יש לנסח שאלה ותשובות אפשריות שיבטאו את הסוגיה, והצדדים השונים בה, באופן נכון. לאחר מכן, קיימת חשיבות לעריכת קמפיין המקדים לגיבוש העמדה. רק לאחר קיומם של שלבים מקדימים אלו, ניתן להפעיל את המנגנון האומד את עמדת הציבור (סקר או משאל עם), בתקווה כי התוצאה המתקבלת ראויה לכינוי "עמדה ציבורית". להלן אדון בתהליך גיבוש עמדת הציבור. במסגרת זו, אצביע על קשיים שונים ואציע להם פתרונות.

א. המדד לסוגיה המצדיקה את הליך אומדן עמדת הציבור

שלא כמקרים של תיקון חוקה על ידי המחוקק, מקרים של פרשנות חוקתית על ידי בית המשפט שכיחים למדי. בחינת עמדתו של הציבור כל פעם שמתעוררת שאלה פרשנית עלולה לסרבול מאד את ההליך הפרשני. לכן, לדעתי, רק סוגיות אשר מתאפיינות בהתעניינות ציבורית רבה – אשר מטבע הדברים להכרעה בהן השפעה גדולה על עיצוב העקרונות החוקתיים – מצדיקות קיום הליך לגיבוש עמדת הציבור לשם פרשנות החוקה.²¹⁵

²¹⁴ ראו בגיליון הפרלמנט, לעיל בה"ש 207: "החשש כי הנהגת קוורום עם סף גבוה תעניק כוח למיעוט או למפלגות הקואליציה לשבש את עבודת הפרלמנט על-ידי עצם ההיעדרות מן המליאה וביטול חוזר ונשנה של הצבעות".

²¹⁵ ההחלטות המהותיות, שקבלתן מחייבת הליך מיוחד, נוגעות לעניינים שבדרך כלל נכללים בחוקה: המבנה המוסדי של

הצעתיה היא כי ניתן להעניק לציבור עצמו את הסמכות לקבוע את מידת חשיבותה של הסוגיה. במידה וסוגיה חוקתית כלשהי, הנדונה בבית המשפט מעוררת עניין ציבורי – כל החפץ בכך יכול להציעה בתור סוגיה הראויה להליך גיבוש עמדת הציבור, חרף הקצאת המשאבים הנדרשים והסרבול הכרוך בכך. כלומר, בכל מקרה שבו מגיע תיק לבית המשפט, יוכל אזרח להגיש בקשה לקיום הליך בירור של עמדת הציבור. לשם סינון, יהיה על המציע לעמוד בתנאים מקדימים המעידים כי הסוגיה אכן חשובה וזוכה להתעניינות ציבורית רבה. הצעת פתרון זו נובעת מהיקש להליך דומה המכונה Direct Legislation (חקיקה ישירה).²¹⁶ במסגרת הליך זה, המתקיים במספר רב של מדינות בארה"ב, כל אזרח יכול לנסח הצעת חוק כרצונו ולהביאה להצבעה בפני ציבור הבוחרים. על מנת שהצעת החוק תעמוד להצבעת הציבור, על ההצעה לעמוד בתנאים מקדימים, כגון אישור צורני של הצעת החוק על-ידי פקיד ממונה (בדרך כלל התובע הכללי או מזכיר המדינה). כמו כן על המציע לאסוף כמות מספקת של חתימות תמיכה – כמות המהווה חלק יחסי נתון מתוך מספר כל בעלי זכות הבחירה באותה מדינה (חלק הנע בין 2 ל-15 אחוזים – תלוי במדינה).

בדומה, ניתן להציע למשל, כי על מנת שסוגיה חוקתית תעמוד לבחינת עמדת הציבור, תוטל על המעוניינים בכך לאסוף כמות גדולה של אישורים מאזרחי המדינה - המעידים על התעניינות ציבורית בסוגיה. אם אין אזרח הדורש להעמיד את הסוגיה לבירור עמדת הציבור לגביה, או לחילופין הסוגיה אינה עומדת בתנאים המעידים על תמיכה מהציבור לכך - ממילא היא אינה בעלת התעניינות ציבורית רבה, ולכן אין חובה על בית המשפט להתחשב "בעמדת הציבור" בנוגע לסוגיה זו והוא חופשי לפרש את החוקה כפי שהוא רואה לנכון.

בכך בא לידי ביטוי הולם היסוד המוסרי של החוקתנות העממית: הציבור אינו רק מביע את עמדתו ביחס לפרשנות החוקה ומעצבה לפיה, אלא הוא גם מחליט לכתחילה באילו סוגיות חוקתיות חובה על בית המשפט להתחשב בעמדתו.

ב. אופן ניסוח השאלה והתשובות בסוגיה שעל הפרק

תהליך גיבוש עמדת הציבור נתון להשפעתם של גורמים שונים. קיים חשש כי בסופו של התהליך לא תשתקף העמדה הציבורית האמתית. אמנם, השפעה על עמדת הציבור לא תוגדר כהשפעה שלילית אם היא קשורה לעצם הדיון בסוגיה החוקתית ונעשית בדרכים המקובלות. אך כאשר ההשפעה נובעת מסיבות חיצוניות

המערכת, זכויות היסוד של האזרח והגדרת אופייה ויעדיה של המדינה.

²¹⁶ להרחבה על הליך זה, בין יתרונותיו לחסרונותיו, ראו: DAVID B. MAGLEBY, DIRECT LEGISLATION: VOTING ON M. DANE WATERS, INITIATIVES AND REFERENDUMS; BALLOT PROPOSITIONS IN THE UNITED STATES 35-77 (1984) CITIZENS AS LEGISLATORS – DIRECT DEMOCRACY IN THE UNITED STATES 27-53 (Shaun; ALMANAC 11-27 (2003) Bowler et al. eds., 1998).

לדיון - הרי שהשפעה כזו אסורה בשל החשש לעיוות עמדת הציבור ויש למנוע אותה, או לכל הפחות לצמצמה.

השפעה אסורה יכולה להיגרם כתוצאה מניסוח שונה או לקוי של השאלה והתשובות האפשריות בסוגיה הנידונה. למשל, ניסוח שאלה באופן חיובי עלול להוביל לתוצאה שונה מניסוחה באופן שלילי.²¹⁷ כמו כן, ניסוח מעורפל או מסובך, מגביר את הסיכוי כי הפרטים לא יביעו את עמדתם האמיתית.²¹⁸ בדומה, אופן ניסוח התשובות או העמדות אשר מביניהן פרטי הקבוצה אמורים לבחור יכול להשפיע על התוצאה המתקבלת. למשל, ניסוח תשובות באופן דיכוטומי ("כן" או "לא") עלול להעלים מעל פני השטח מגוון דעות הרווחות בציבור.²¹⁹

גם אופי הסוגיה מהווה גורם חיצוני המשפיע על גיבוש העמדה הציבורית. יש לציין את הקושי בבידוד נושא מסוים אחד משאר הנושאים שעל סדר היום. ניסוח שאלה ממקדת את תשומת ליבו של הנשאל בסוגיה ספציפית אך מתעלמת מנושאים אחרים היכולים להשפיע על דפוסי ההצבעה שלו. למשל, השקפה פוליטית בנוגע לנושאים כלכליים עלולה להשפיע על השקפה בענייני זכויות אדם, אך אין קשר זה בהכרח בא לידי ביטוי בניסוח השאלה בנוגע לזכויות אדם.

ניתן על-ידי מנגנונים שונים לצמצם את בעיית הניסוח בסוגיות קונקרטיות,²²⁰ למשל, על ידי הטלת משימת הניסוח על גוף חיצוני ועצמאי, שאינו תלוי בשלטון או בקבוצות בעלות עניין בתשובה מסוימת. אך אין די בכך למנוע לחלוטין את הפגיעה בביטוי של דעות מסוימות.

ג. הקמפיין המקדים לגיבוש העמדה

במסגרת הדיון ולצורך הכרעה בו לציבור נחוץ מידע רב בנוגע לסוגיה החוקתית. אין רע בקיומו של קמפיין אשר בעקבותיו חלקים בציבור משנים את עמדותיהם. להפך, ישנו פגם בעמדה ציבורית אשר מתגבשת ללא

²¹⁷ כגון סוגיה שבה יש לבחור בין שני מקרים שונים אך לא הפוכים: ניסוח 1 - האם אתה בעד א? ניסוח 2 - האם אתה נגד ב? ראו: Brian Grivin, *Moral Politics and the Irish Abortion Referendums*, 47 PARLIAMENTARY AFFAIRS 203, 214 (1992). המתאר כיצד ניסוח שונה במשאל עם באירלנד בסוגיית הפלות שינה את תוצאות המשאל בנושא זה. ראו גם: REID HASTIE & ROBYN M. DAWES, RATIONAL CHOICE IN AN UNCERTAIN WORLD: THE PSYCHOLOGY OF JUDGMENT AND DECISION MAKING 152 - 155 (1988).

²¹⁸ Christian List & Robert E. Goodin, *Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem*, 9 THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 277, 280 (2001).

²¹⁹ תופעה זו מכונה Separability problem. ראו: Steven J. Brams, D. Marc Kilgour and William S. Zwicker, *Voting*; Steven J. Brams, *on Referenda: The Separability Problem and Possible Solutions*, 16 ELECTORAL STUDIES 359-377 (1997); J. Brams, D. Marc Kilgour, and William S. Zwicker, *The Paradox of Multiple Elections*, 15 SOCIAL CHOICE AND WELFARE 211-236 (1998).

²²⁰ ראו: בלאנדר ורהט, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20-21.

דיון מקדים. יש להבטיח כי העמדה מתקבלת על ידי הציבור גובש באופן יציב, רחב ומודע.²²¹ החשש הוא מניצול הקמפיין וההסברה כדי להסוות תעמולה פסולה.

לתעמולה ישנה השפעה דרמטית על עמדתו של הציבור. השפעה זו יכולה להיות מושגת באמצעים שונים - בין באמצעים לגיטימיים, כגון פרסום ושיווק, ובין באמצעים בלתי לגיטימיים, כגון הפחדה או שוחד. כאמור, בתעמולה אין רע אם השימוש הנעשה בו הוא כחלק מדיון ציבורי על-ידי אמצעים כשרים. לעומת זאת, אם הוא מופעל לשרת אינטרסים של קבוצות דומיננטיות בחברה תוך כדי שימוש באמצעים שונים המעידים על תמרון הציבור או כפייתו לעמדה כלשהי - גורם זה ייחשב פסול.²²²

התעמולה, ככלי להפצה מכוונת של רעיונות פוליטיים בקרב הציבור הרחב, הינה נחלתם של גורמים חזקים ובעלי אמצעים. מחקרים מצביעים על כך כי כוחן של קבוצות האליטה נותנות להן יתרון אדיר בהשרשת עמדותיהן בקרב הציבור הרחב. קבוצות אלו, מתאפיינות בכושר ארגון עודף ונהנות מנגישות יתירה לאמצעים כלכליים ולכלי מדיה שונים. קבוצות-אינטרס אלו דואגות להעסיק יועצים מקצועיים וחברות פרסום כדי לגייס כספים, להשיג שטח פרסום בכלי התקשורת ולתכנן אסטרטגיות וטקטיקות שונות כדי להשפיע על העמדה הציבורית.²²³ המדיה, ושאר כלי הפרסום והשיווק, משמשים בעצם את האליטה כאמצעי להצפת הציבור במידע רב, והעלאה לדיון ציבורי את הסוגיות החשובות להן. ההשפעה מושגת בדרך כלל על ידי הצגת מידע סלקטיבי לציבור במסווה של דיון ענייני בסוגיה.²²⁴ ספק רב אם לציבור הרחב יש נגישות לחלופות אפשריות אשר קבוצות אלו אינן מציגות לבחירה.²²⁵ על ידי כך מעצבות קבוצות האליטה את סדר יומו של הציבור ומשפיעים על עמדתו.²²⁶

²²¹ ראו: Hannu Nurmi, *Referendum Design: An Exercise in Applied Social Choice Theory*, 20 SCANDINAVIAN POLITICAL STUDIES 33, 44 (1997). המושג המופיע בספרות הינו "broad, deep and decisive". ראו: ACKERMAN VOLUME 1, לעיל ה"ש 49, בעמ' 272. על חשיבות עריכת דיון ציבורי לגיבוש העמדה הציבורית בסוגיות חוקתיות ראו: Akhil Amar, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, ACKERMAN VOLUME 1, שם. Jeremy Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, MARBURY VERSUS; 55 U. CHI. L. REV. 1043 (1988) Rivka Weill, ;MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY 181-202 (Mark Graber & Michael Perhac eds., 2002) *The Israeli Case for Judicial Review and Why Should We Care*, 30 BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 15 (2011). ssrn.com/abstract=1739625.

²²² יש הטוענים שעצם ניצול כוחה של האליטה כדי לחזק את עמדתם בקרב הציבור הוא כשלעצמו מהווה תעמולה פסולה – אף שנעשית באמצעים לגיטימיים.

²²³ DAVID BUTLER & AUSTIN RANNEY, REFERENDUMS: A COMPARATIVE STUDY OF PRACTICE AND THEORY 260 (1994).

²²⁴ חוקרים רבים עסקו בניסיון לעצב את עמדת הציבור על ידי התעמולה. למשל ראו: LEONARD W. DOOB, PROPAGANDA AND PUBLIC OPINION (1949). וכך ALBIG, לעיל ה"ש 216; BRUCE LANNES SMITH, EJAROLD D. LASSWELL & RALPH DANIEL KATZ, PUBLIC OPINION AND PROPAGANDA, COMMUNICATION, AND PUBLIC OPINION (1946). PROPAGANDA (1954).

²²⁵ ראו: Robert Bright, Elaine Coburn, Julie Faye, Derek Gaficjzuk, Karen Hollander, Janny Jung & Helen

ד. המנגנון היעיל לאומדן עמדת הציבור

סוגיה מרכזית לעצם גיבוש העמדה הציבורית היא שאלת המנגנון היעיל ביותר לאמוד את עמדתו של הציבור. בבחינת המנגנונים הקיימים יש לבחון שני אלמנטים מרכזיים: דיוק ומהירות. כל אחד מהם מהווה יתרון עבור המנגנון המספק אותו - אך הוא בדרך כלל בא על חשבוננו של השני. מחד, קיימת שאיפה לתוצאה מהירה תוך כדי צמצום הסרבול והעיכוב של הליך זה. מאידך, הדיוק באומדן עמדת הציבור מלווה בעיכובו של התהליך. לאלו יש להוסיף עוד שיקול חשוב, והוא חסכון במשאבים - הבא על חשבון שני אלמנטים אלו. ככל שמנסים להגדיל את הדיוק או את המהירות של ההליך, גדלים המשאבים הנחוצים לשם ביצועו. להלן אפרט שני מנגנונים מרכזיים - על יתרונותיהם וחסרונותיהם - ביחס לאלמנטים הללו.

דרך אחת לאמוד את עמדת הציבור היא עריכת **סקרי דעת קהל** (Opinion poll). במדעי המדינה ומדעי החברה²²⁷ אמצעי זה משמש לשם מדידת עמדותיהם של פרטים בקבוצה מדגמית באמצעות כלים סטטיסטיים. יתרונותיו של סקר דעת קהל הם: הקצאת משאבים נמוכה יחסית, איסוף מידע רב בזמן קצר יחסית ונוחות עיבוד הנתונים הנאספים בסקר. חסרונו המובהק הוא באי דיוק אינהרנטי הקיים בו בשל הסתמכותו על מדגם מייצג, ללא בדיקה של כל (או רוב מוחלט) עמדות הפרטים המרכיבים את הציבור. בעקבות כך, עולה החשש מפני סטייה של התפלגות המדגם מהתפלגות האוכלוסייה כולה אשר תוביל לאי-שיקוף העמדה הציבורית.²²⁸ בעקבות חיסרון זה דבקה בשיטת סקר דעת קהל סטיגמה שלילית אשר פוגעת במוניטין שלו.²²⁹

Syrmbrs, *Mainstream and marginal newspaper coverage of the 1995 Quebec referendum: an inquiry into the functioning of the Canadian public sphere*, 36 THE CANADIAN REVIEW OF SOCIOLOGY AND ANTHROPOLOGY 313

.Barbara S. Gamble, *Putting Civil Rights to a Popular Vote*, 41 AM. J. POL. SCI. 245, (1997); (1999)

David B. Magleby, *Direct Legislation in the American States*, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD :²²⁶ ראו : 234 - 235 (D. Butler & A. Ranney eds., 1994)

²²⁷ שימוש נפוץ בסקר דעת קהל נעשה במחקרי שוק בתחום הכלכלה. חברות ענק מנווטות את עתידם הכלכלי על פי סקרי דעת קהל ומקבלות החלטות כלכליות על פיהן. אמצעי זה משמש גם בדיסציפלינות נוספות כגון מדעי הטבע. דוגמא לסקר הנעשה בתחום מדעי המדינה הוא מדידת אמון הציבור כלפי הרשות השופטת ראו: אריה רטנר **תרבות החוק: מערכת החוק והמשפט בראי החברה הישראלית - מחקר אורך 2000 - 2009** 49 - 51 (מרכז שאשא למחקרים אסטרטגית, 2009).

²²⁸ ראו: אליהו ספיר "סקרי דעת קהל - מדריך למשתמש" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009). מופיע בכתובת: www.idi.org.il/ResearchAndPrograms/Elections_2006/Pages/Research_and_Programs_elections_2006_5.aspx ספיר מציין כי "לעולם לא נוכל לדעת אם עמדות הציבור כפי שהן משתקפות מממצאי הסקר משקפות באופן מושלם את עמדותיו האמתיות של הציבור".

²²⁹ למשל המימרא "מדבר סקר תרחק" (השופט חיים כהן במאמרו לעיל ה"ש 119, בה"ש 25 מייחס אמירה זו לשופט זילברג). לכך ניתן להוסיף מספר מקרים, אף אם בודדים אך מרכזיים בחיים הציבוריים, אשר הסקר שיקף תוצאה שגויה לגבי המציאות. למשל, ב-1936, בעת בחירות לנשיאות בארה"ב, המגזין Literary Digest חזה באמצעות סקר כי הסנטור אלפרד לנדון ינצח ברוב גדול את הנשיא המכהן רוזוולט. בפועל רוזוולט ניצח ניצחון סוחף. לניתוח המקרה ראו: Peverill Squire, *Why the 1936*

לעריכת סקרי דעת קהל עלול להיות חיסרון גדול בדמות מגבלה חוקית המונעת מהשופט להתייחס לסקרים כאלו. כך למשל, בקובץ כללי התנהגות של השופטים בארה"ב (Code of Conduct for United States Judges) מצוין כי: "A judge should be faithful to, and maintain professional competence in, the law and should not be swayed by partisan interests, public clamor, or fear of criticism"²³⁰. בדומה לכך, בכללי האתיקה לשופטים במדינת ישראל נקבע מפורשות כי: "שופט... לא יושפע במילוי תפקידו על ידי דעת קהל..."²³¹. לכאורה עולה מסעיפים אלו כי אין מקום לדעת קהל, הבאה לביטוי בסקרים, להיכלל בשיקולי השופט.

תשובת נגד לטענה זו היא כי כוונת המחוקק היא לשלול מקרה בו "דעת הקהל" אינה נבחנת באופן מדעי-אמפירי. כאשר "דעת הקהל" היא למעשה עמדת יחידים - כגון אנשי תקשורת או נציגי ציבור - המבטאים את עמדותיהם האישיות כאילו היו עמדותיו של הציבור, אזי מזהיר המחוקק את השופט מלשקול זאת בשיקוליו. לעומת זאת, כאשר "דעת קהל" היא תוצאה של סקר הנעשה באופן מקצועי ומדעי, הרי שאין מניעה מלהשתמש בו בתור אומדן לעמדת הציבור וכשיקול ראוי ומרכזי בפרשנות הסוגיה החוקתית.

חשוב לציין כי על אף התדמית השלילית הקיימת ביחס לסקרי דעת קהל יש הטוענים בפה מלא כי "סקרי דעת קהל הם מקור המידע הטוב ביותר שיש בידינו להערכת רחשי לבו הפוליטיים של הציבור"²³² וכי הינם "הכלי הטוב ביותר הידוע לנו להערכת עמדות הציבור בעניינים רבים"²³³.

אמצעי נוסף לאומדן עמדת הציבור הוא **משאל עם** (Referendum²³⁴) או ניצול מערכת הבחירות כפי שנעשה בהליך חקיקה ישירה (Direct Legislation)²³⁵. אמצעי זה משמש בפועל את רוב מדינות העולם

literary digest poll failed, 52 PUBLIC OPINION QUARTERLY 125-133 (1988). בהקשר הישראלי - בבחירות של שנת 1996 חזו כל הסקרים ניצחון לשמעון פרס על בנימין נתניהו בהפרש גדול. בפועל נתניהו ניצח בהפרש קטן. מקרה זה הפך לאב טיפוס לאי-מהימנות הסקרים.

²³⁰ ראו ב- Code of Conduct for United States Judges, לעיל ה"ש 145, ב- canon 3 סעיף A(1).

²³¹ כללי אתיקה לשופטים, התשס"ז-2007, ת"ק 934, 937, בתק' 5(ג).

²³² ספיר, לעיל ה"ש 228.

²³³ שם. ראו גם: Nick Moon, Opinion Polls: History, Theory and Practice, 50-66 (1999). המרחיב ביתרונותיו של סקר דעת קהל.

²³⁴ מונח זה בא להוציא את המונח פלביסיציט (plebiscite) שהינו טיפוס נוסף של משאל-עם. לעומת referendum, פלביסיציט "משמש בדרך כלל לתיאור משאלי עם שהיוזמה לעריכתם מגיעה מלמעלה". ראו אריאלי-הורוביץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 9-10.

²³⁵ להרחבה על שיטה המנצלת את מערכת הבחירות כדי לקדם חקיקה המוצעת על-ידי הציבור (חקיקה ישירה), ראו: Harel, ARNON, A THEORY OF DIRECT LEGISLATION (2008). כמו כן ראו את המקורות לעיל בה"ש 216.

בעת קבלת החלטות בסוגיות חוקתיות.²³⁶

יתרוננו המובהק של אמצעי זה הוא בדיוקן של התוצאות המתקבלות – בהיותן משקפות היטב את עמדת הציבור.²³⁷ שלא כסקר – בו נבדקת קבוצה האמורה להוות מדגם מייצג – במשאל עם או בבחירות מתקיים מפגש ישיר עם כל הפרטים המוכנים לקחת חלק בגיבוש העמדה הציבורית. אמצעי זה אף מיישם את אחד מעקרונות היסוד של הדמוקרטיה – עקרון השלטון העצמי – על ידי ביטוי ברור וצלול של עמדת הציבור וישומו על ידי המערכות הפוליטיות.²³⁸

חסרונו המובהק של משאל עם הוא הסרבול העצום הכרוך בו וריבוי המשאבים הדרושים לשם עריכתו. קיום משאל עם דורש התארגנות טכנית רחבה ויקרה מאד. לכן קיים חשש כי הדבר יהווה עיכוב משמעותי ואף ימנע את הוצאתו לפועל של ההליך. לדעתי, פתרון אפשרי לבעיה זו הוא ייעול אופן ההצבעה. למשל, במקום להקצות קלפיות לכל האזרחים, על כל ההוצאות והקשיים הארגוניים הנלווים לכך, ניתן להשתמש באינטרנט על שלל מנגנוניו כדי לברר את עמדת הציבור.²³⁹ על ידי הצבעה אינטרנטית²⁴⁰ – בה כל אזרח מצביע על פי קוד אישי – ניתן להמעיט את הסרבול הכרוך במשאל העם ולצמצם את המשאבים הדרושים לשם עריכתו.²⁴¹ פתרון זה אינו חף מחסרונות אך תועלתו מרובה מעלותו. לפי שיטת הצבעה האינטרנטית, הנגישות גדולה לאין ערוך מהשיטה הקלאסית. גם אזרחים שאינם נגישים לאינטרנט יכולים להגיע למוקדי הצבעה אינטרנטיים. הקצאת המשאבים היא יחסית מינימאלית – אין צורך בחדרי הצבעה ובפקידים שישגחו על מתקני הצבעה (למעט כמה מוקדים לחסרי גישה אינטרנטית). גם ספירת הקולות תהיה

²³⁶ ראו: David Butler & Austin Ranney, *Practise, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY* 1, 4 (Butler & Ranney eds., 1994). רק חמש מדינות בעולם טרם עשו שימוש במשאלעם כדי להכריע בסוגיות חוקתיות עקרוניות: הודו, יפן, הולנד, ישראל והממשל הפדרלי האמריקאי.

²³⁷ ראו ווייל, להלן ה"ש 47, בעמ' 469: "הדרכים השונות לביטוי רצונו של העם אינן נקיות מקשיים, אך הן מאפשרות קירוב טוב יותר לרצונו של העם... אופן השימוש בפרוצדורות השונות חייב כמובן לעמוד באמות-מידה שיבטיחו כי תוצאותיהן אכן מבטאות הסכמה רחבה, יציבה ומודעת של העם...". וכן בעמ' 472: "עמדתי היא שיש לחייב משאלעם משום שזו אחת הדרכים המקובלות בעולם לביסוסה של חוקה על ריבונות העם". ראו גם את מאמרו של חיים ה' כהן "הערות להצעת חוקת ישראל" **משפט וממשל** ה' 49 (2000).

²³⁸ ראו: DAVID D. SCHMIDT, *CITIZEN LAWMAKERS – THE BALLOT INITIATIVE REVOLUTION* 26 (1989). ליתרונות אלו ניתן להוסיף גם את הטענה כי משאלי עם או בחירות ישירות מביאים לאזרחות מעורבת ופעילה.

²³⁹ ראו: ROZA TSAGAROUSIANOU & DAMIAN TAMBINI, *CYBERDEMOCRACY: TECHNOLOGY, CITIES, AND CIVIC NETWORKS* (1998), העוסק בטיעונים תיאורטיים בעד ונגד "דמוקרטיה אלקטרונית" והפוטנציאל שבאינטרנט למנגנוני בחירות דמוקרטיות.

²⁴⁰ לדוגמאות על שיתוף הציבור בהבעת עמדה ראו למשל, את האתר הממשלתי "הידברות" (<http://hidavrut.gov.il/>) אשר עניינו שיתוף הציבור בקבלת ההחלטות בוועדות השונות כגון וועדת טרכטנברג בסוגיית יוקר המחיה. כמו כן הרשת החברתית 'פייסבוק' הינה כלי מרכזי לניעות חברתית-פוליטית וסקרי דעת קהל.

²⁴¹ ראו בעניין דומה (משאל עם לתיקון חוקה) את גישתה של ווייל, לעיל ה"ש 47, בעמ' 469, הטוענת כי עריכת משאל עם אינה שאלה של יכולת אלא שאלה של רצון פוליטי.

מהירה ומדויקת יותר מהשיטה הרגילה. כנגד טענה לזיופים או השפעה אסורה הרי שחששות כאלו קיימים גם בשיטה הקלאסית.

חיסרון נוסף במשאל עם הוא התקציב הנדרש לשם עריכת הקמפיינים המקדימים לו. הקמפיינים עשויים להשפיע על עמדת הציבור, מידת מעורבותו ואחוז המשתתפים במשאל ולכן חשיבותם רבה.²⁴² הבעיה שעלותם של אלו גבוהה ובשל כך עריכת קמפיין עלולה להיות בלתי אפשרית עבור אזרחים רבים מן השורה. עם זאת, יש לזכור, כפי שצינתי בתחילת הדיון, כי ראוי שהליך אומדן עמדת הציבור יתקיים במקרים חריגים בהם הסוגיה החוקתית העומדת לדיון הינה עקרונית ומעוררת מחלוקת ציבורית קשה. לכן, סביר להניח כי במקרה כזה אזרחים שעניין מסוים קרוב לליבם יתאגדו ויגייסו את המשאבים הדרושים לשם הפקת הקמפיין.

4. סיכום ביניים

בפרק זה דנתי בצדדים ליישום הליך גיבוש עמדת הציבור. הדיון הראשון עסק בהגדת "הציבור" שאת עמדתו יש לאמוד. הצגתי שלוש אפשרויות – הציבור הרחב, ציבור מיוחד והציבור האחר – והצעתי, בסופו של דבר, לבחור בציבור הרחב כהגדרה ראויה למונח זה. לאחר מכן, הצגתי את טיעונים השונים לגבי גודלם הראוי של המונה והמכנה. במסגרת דיון הצעתי כי הקוורום להשתתפות ולאישור יהיה גבוה כדי שהתוצאה המתקבלת תבטא את עמדתו של הציבור ולא עמדתה של קבוצה קטנה ומאורגנת. לבסוף, פירטתי את השלבים והקשיים בהליך אומדן עמדת הציבור עצמו: החל מקביעת הסוגיה העומדת לבחינת הציבור – בה הצעתי היא כי הציבור הוא שיקבע את הסוגיה הראויה בהתאם לעמידה במספר תנאים (בדומה להליך 'חקיקה ישירה' בארה"ב). דרך הצגת הבעיה העולה מניסוח לקוי או מעורפל של השאלה והתשובות בסוגיה שעל הפרק, והצגת החשש מתעמולה הנעשית בדרכים פסולות או המנוצלת לקידום עמדות האליטה. בהמשך בחנתי את הדרכים האפשריות לאומדן עמדת הציבור - סקר ומשאל עם – והגעתי למסקנה כי משאל עם באמצעות האינטרנט יכול להוות את הדרך היעילה ביותר לכך.

²⁴² ראו אריאלי-הורוביץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 20.

פרק ד: פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור במדינת ישראל –

מחשבות ראשוניות

בפרקים א ו-ב הוצגו ונדונו הגישות השונות, בשאלה האם על בית המשפט להתחשב בעמדת הציבור בבואו לפרש את החוקה אגב יישומה.²⁴³ הדיון נחתם בתמיכה טנטטיבית בהתחשבות בעמדת הציבור, ובהתאם, הוקדש פרק ג, לבחינת שאלות הקשורות בהגדרת הציבור ובכלים לברר מהי עמדתו.

כאמור, הטעם העיקרי לתמיכתי בהתחשבות בעמדת הציבור הוא שהיסוד המוסרי שבבסיס טיעון החוקתנות העממית נראה לי משכנע למדי. עם זאת, נדמה שכדי להכריע בשאלת מעמדה הראוי של עמדת הציבור בפרשנות החוקה יש לקחת בחשבון את נתוני המיוחדים של היחידה הפוליטית שבהקשרה השאלה נבחנת.

גישת החוקתנות העממית היא תוצר של ההיסטוריה האמריקאית. האבות המייסדים, מחברי החוקה של ארה"ב, נאבקו להשתחרר מעול שלטון המלך. מנקודת מבטם, הלגיטימיות של השלטון האמריקאי מותנית בכך שהיא מבטאת את רצון העם – תחת רצונו של המלך. החוקה הינה מסמך-על העומד בראש פירמידת הנורמות, ולכן יש להניח שכוונת האבות המייסדים הייתה להכפיף את החוקה לעקרון החוקתנות העממית, כלומר להעניק לציבור את הכוח לעיצוב החוקה. גם ניסוחה של חוקת ארה"ב, כחוקה בעלת אופי "הגנתי", מעיד על תפיסה זו. החוקה האמריקאית מעניקה לאזרחים זכויות מסוג "חירות", ומציבה סייגים לשימוש בכוח הרב שמרוכז בידי המדינה. מדובר בחוקה שכווננה על ידי האזרחים בשביל להגן על האזרחים.

מאפיינים אלה אינם הכרחיים. למשל, נראה כי מאפייני החוקה הגרמנית שונים. החוקה הגרמנית הראשונה, שהייתה בעלת אופי דמוקרטי, התקבלה בינואר 1919 ("חוקת ויימאר"), על בסיס מסמך שניסח פרופ' הוגו פרויס, שר הפנים של הרפובליקה). שלא כחוקה האמריקאית, שכווננה על ידי העם, או על ידי נציגיו ("האבות המייסדים"), החוקה הגרמנית הונחתה על העם מלמעלה - טענה זו מוצאת חיזוק בעובדה כי חלק גדול בעם הגרמני הביע את מורת רוחו מהחוקה ואף התעלם ממנה.²⁴⁴ אופי זה של החוקה הגרמנית נשמר גם בחוקה שהתקבלה לאחר מלחמת העולם השנייה. התוצאות הנוראיות של המלחמה הבהירו למנסחי החוקה הגרמנית כי יש צורך בשינוי עמוק בתודעה של אזרחי גרמניה. לכן החוקה נתפשה שם כמכשיר לטרנספורמציה ערכית ותודעתית, כמסמך שנועד לעצב את "האני מאמין" של החברה, ולא רק

²⁴³ בפרק א הצגתי את הגישות והטיעונים העומדים בבסיסם. בפרק ב דנתי ביתרונות ובחסרונות הקיימים בכל גישה.

²⁴⁴ ראו קציעה איבאלי-טביניאן 1870 – 1970 עידן האימה והתקווה 63 (הוצ' מטח, 2001): "פקידי מדינה רבים נהגו לקחת יום חופשה ב"יום החוקה" כדי להימנע מלהשתתף בטקסיים הרשמיים לכבוד הרפובליקה".

לרסן את הכוח של המדינה. במילים אחרות, החוקה הגרמנית הינה בעלת אופי "מחנך" - חוקה שנוסחה על ידי השלטון כדי לחנך את העם.

ניתן לטעון כי גישת החוקתנות העממית מתאימה לחוקה בעלת אופי "הגנתי", כמו החוקה האמריקאית, אך לא לחוקה בעלת אופי "מחנך". אם מטרת העל של החוקה היא לרסן את העם אין להפקיד בידי את משימת עיצובה אגב פירושה.

בדומה, גם טיב מערכת היחסים בין הציבור לרשויות השלטון השונות ובין רשויות אלה לבין עצמן משתנה ממדינה למדינה, באופן שמסליך על תוקפם של חלק מהטיעונים בעד ונגד התחשבות בעמדת הציבור. למשל, תוקפו של הטיעון לטובת התחשבות, בשל החשש לפגיעה במעמד הרשות השופטת אם זו תתעלם מן הציבור, תלוי לא מעט במידת האמון שרוחש הציבור לבית המשפט וביחסו הכללי לחוקה. החוקה האמריקאית, הוכיחה יציבות מרשימה והיא זוכה להערכה רבה בקרב הציבור האמריקאי.²⁴⁵ גם מוסדות השלטון – ובראשם הרשות השופטת – נהנים מתמיכה רחבה בקרב הציבור האמריקאי.²⁴⁶ לעומת זאת, במדינת ישראל, נסיבות קבלת החוקה שנויות במחלוקת, ומידת האמון הציבורי במוסדות השלטון בכלל ובפרט בבית המשפט הינה נמוכה יחסית.²⁴⁷ בהתאם, החשש לפגיעה במעמד בית המשפט כטעם להתחשבות בעמדת הציבור אינו משכנע כל כך בהקשר האמריקאי אך הוא נשמע משכנע יותר בהקשר הישראלי שבו התמיכה הציבורית בבית המשפט מתכרסמת באופן עקבי.

גם הרכב האוכלוסייה ומאפייניה רלוונטיים לענייננו. למשל, טיעונים כמו היעדר כלים או היעדר התעניינות או החשש לפגיעה בעקרון הסופיות (בשל הפכפכות הציבור) - מצד הגישה המתנגדת, וטיעון חכמה קולקטיבית – מצד הגישה התומכת, תלויים במידה רבה במאפייניו של ציבור האזרחים. אם הציבור מורכב מפרטים בעלי השכלה ממוצעת נמוכה וחסרי מודעות חוקתית – תתחזק הגישה המתנגדת, וכן להיפך.

²⁴⁵ "החוקה האמריקנית היא ... מסמך יסוד הנערץ על העם האמריקני, שלגביו "אמונה" כזו בדמוקרטיה היא עיקרון מקודש, עד כמה שרק אפשר להעלות על הדעת עיקרון מקודש בעידנו החילוני. המונח "הערצה" אינו מוגזם; לפחות לא כשמדובר בדעה הרווחת בקרב האמריקנים. כך היו פני הדברים כמעט מרגע לידתה של האומה האמריקנית". ראו ארווינג קריסטול "הרוח המפעמת בחוקה האמריקנית" (תורגם ע"י המרכז הישראלי לקידום חברתי וכלכלי) מופיע בכתובת: <http://www.kivunim.org.il/article.asp?id=5>. רות גביון "לקחי 'הפדרליסטי' וההליך החוקתי בישראל" תכלת 11 (2001): "למרות התחומים שבהם החוקה לא הצליחה באופן מלא, אפשר לקבוע כי תהליך כינון החוקה בארצות-הברית יצר מסמך קוהרנטי ויציב, שרוב מרכיביו זכו לקונצנזוס רחב, שרק הלך והעמיק עם השנים".

²⁴⁶ Chemerinsky, לעיל ה"ש 69, בעמ' 945, מציג סקר שנערך ב-1994 המציג כי בתי המשפט הוא המוסד שנהנה מתמיכה ציבורית הרחבה ביותר (John M. Scheb II & William Lyons, *Public Holds U.S. Supreme Court in High Regard*, 77 (JUDICATURE 273, 273 (1994)).

²⁴⁷ למחקר מקיף בעניין ראו: רטנר, לעיל ה"ש 227.

אחד הטעמים שהכריעו את הכף, לפחות לטעמי, לטובת התחשבות בעמדת הציבור היה המתאם הגבוה בין הכרעות בית המשפט לעמדת הציבור. קיומו של המתאם הפך את הגישה המתנגדת ללא ישימה. אולם, מתאם כזה איננו חוק טבע. העובדה שהוא קיים בארה"ב אינה מלמדת שהוא קיים גם במדינות אחרות. כמו כן, כפי שצינתי,²⁴⁸ תנאי הכרחי למחקר אמפירי הבוחן את רמת ההתאמה בין עמדת הציבור לפסיקותיו של בית המשפט הוא הגדרתה של עמדת הציבור האמיתית - ללא הגדרה ברורה לכך ייתכן כי המחקרים הללו עומדים על בסיס רעוע.

הדוגמאות שפורטו עד כה מובילות אפוא למסקנה לפיה לא ניתן להכריע במחלוקת באופן אבסטרקטי, אלא יש לדון בשאלה בזיקה לנתוניה הייחודיים של כל מדינה ומדינה. כאזרח ישראלי, טבעי שאגלה עניין מיוחד ברלוונטיות של המחלוקת להקשר הישראלי. לכן בפרק זה אבחן את הסוגיה בזיקה למציאות הישראלית, ואציג את מסקנותי הראשוניות ביחס לישראל. גם בפרק זה הדיון יהיה ראשוני בלבד מתוך כוונה להעמיקו ולהרחיבו בעתיד.

1. מאפייני המשפט החוקתי במדינת ישראל

המשפט, ובכלל זה המשפט החוקתי, מתעצב בכל יחידה פוליטית באופן שונה. הסיבות לשוני זה ברורות: ההיסטוריה הלאומית, גיבוש המרקם המדיני, אופיים ומזגם של האזרחים, המבנה החברתי והרכבו של הציבור שונים בין מדינה למדינה.²⁴⁹ לפיכך, יישום שאלת פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור על יחידה פוליטית ספציפית דורש תחילה סקירת מאפייניו המרכזיים של המשפט החוקתי בה. להלן אסקור את מאפייניו של המשטר החוקתי במדינת ישראל.

א. אופי החוקה במדינת ישראל

מדינת ישראל לא כוננה חוקה פורמאלית בעת הקמתה.²⁵⁰ מאז ועד ימינו שוררת מחלוקת סביב שאלת קיומה. אמנם, הגישה השלטת בכיפה היא קיומה של חוקה מהותית, אך גם לפיה נסיבות קבלתה שנויות במחלוקת.

כידוע, ב-1950 התקבלה בכנסת הצעתו של חבר-כנסת יזהר הררי בדבר תהליך כינון החוקה. הצעתו היוותה פשרה אשר לפיה תהליך כינון החוקה ייעשה בשלבים על ידי חקיקת חוקי יסוד שיוסבו לחוקה עם השלמת התהליך. הצעה זו לקתה במספר חסרונות. ראשית, לא נקבע מה מעמדם של חוקי היסוד עד לסיום התהליך בו הם יאוחדו למסמך אחד – האם הם בעלי עליונות נורמטיבית או ככל חוק רגיל. שנית,

²⁴⁸ ראו לעיל בפרק ב, תת-פרק 3 "ביקורת כנגד הגישה המתנגדת".

²⁴⁹ ראו Moravcsik, לעיל ה"ש 178, וכן ראו Amar, לעיל ה"ש 176, בעמ' 768 - 773.

²⁵⁰ לסיבות לכך ראו ספיר – המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 37 - 40.

לא נקבע מועד בו על הכנסת לסיים את התהליך או לוח זמנים על פיו יש לפעול לחקיקת חוקי היסוד. מצב זה הוביל לכך כי במשך שנים רבות לא נחקקו חוקי יסוד בתחום הערכים וזכויות אדם. אמנם, בית המשפט העליון במדינת ישראל יצר מנגנונים שונים כדי להתמודד עם פגיעה של פעילות שלטונית בזכויות יסוד – אך בהיעדר חוקה, בית המשפט סירב לפסול חקיקה ראשית הפוגעת בערכים אלו. שלישית, הצעת הררי לא לקחה בחשבון את גודל השעה והחשיבות שבכינון חוקה בעת הקמת המדינה. ככל שעובר הזמן, הבעיות החוקתיות משתכללות והפערים בין חלקי הציבור גדלים ומתרחבים. השסע בתפיסת העולם בין חלקי הציבור אשר בגינו נמנע כינון חוקה המוסכמת על הכל בתחילת הדרך – נראה כיום גדול אף יותר.

רק ב-1992, לאחר שנחקקו שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם - חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, הוענק לבית המשפט העליון המנגנון לפסילת חוקים. נטען, בעיקר על ידי בית המשפט העליון עצמו, כי חוקי היסוד הללו הינם הבסיס לקיומה של חוקה שלמה. אך גם חוקי יסוד אלו, המסמלים את תחילתה של 'המהפכה החוקתית', עומדים עד היום במרכז המחלוקת באשר לקיומה של חוקה מהותית ובשאלת הצדקתו והיקף סמכותו של בית המשפט העליון בביקורת השיפוטית.²⁵¹

ב. יחסי הכוחות בין הרשות השופטת לרשויות האחרות במדינת ישראל

בבסיס עקרון הפרדת רשויות עומד השוויון שבין שלושת הרשויות. מחד, כל רשות מעוגנת בתפקידה ובסמכותה, מאידך, לכל רשות יש חפיפה לרשות אחרת על מנת לאזן ולבלום את חברתה. יחסי הכוחות השוויוניים בין הרשויות הכרחיים לייצוב המשטר במדינה.

המתח בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת לבין הרשות השופטת קיים במדינות רבות בהן מוענק לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית. עם זאת, נראה כי במדינת ישראל שורר מתח גדול יותר, באופן יחסי, בין הרשויות הללו. מתח זה בא לידי ביטוי בביקורות הדדיות המפנה כל רשות כלפי רעותה והפעולות הננקטות על ידן בעקבות כך. למשל, בית המשפט העליון אינו חושש לפתוח את שעריו לכל דכפין ולעסוק בסוגיות פוליטיות מובהקות באצטלה של ביקורת שיפוטית לגיטימית,²⁵² זאת חרף הטענה כי דיון בסוגיות כאלו מקומם בבית המחוקקים בלבד. דוגמא נוספת למתח הרב השורר בין הרשויות הוא תגובת הנגד של הרשות המחוקקת לביקורת השיפוטית של בית המשפט אשר זכה לכינוי "חוק עוקף בג"ץ".²⁵³

ניתן להצביע על מספר סיבות חופפות אשר גרמו לחיכוך הרב שבין הרשויות במדינת ישראל:

²⁵¹ בשאלת הצדקת והיקף הביקורת השיפוטית ראו למשל: אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239 (2011).

²⁵² למשל ראו דפנה ברק-ארז "מהפכת השיפוט: הערכת מצב" הפרקליט נ 3, 4 (2008): "פתיחת הדלת בפני עותרים ציבוריים הביאה אל בית המשפט עתירות שנגעו לחיים הפוליטיים ולביטחון המדינה, אשר בעבר היו נחשבות לבלתי שפוטיות".

²⁵³ עצם ההליך אינו בעייתי אלא המאפיין השלילי שנדבק למונח 'עוקף' מסמל את המתח הקיים בין הרשויות.

1) אופן הענקת סמכות הביקורת השיפוטית לבית המשפט – כאמור בתחילת הפרק, ניסוח החוקה במדינת ישראל נעשה בשלבים (שלא לומר 'טלאים טלאים'). אופן ניסוח כזה העמיד בשאלה את מעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד אשר שימשו אבני יסוד לחוקה הנרקמת. בעקבות כך הוטל ספק באשר להיקף הסמכות של הרשות השופטת במסגרת הביקורת השיפוטית. ספק זה לא מנע מבית המשפט העליון לבטל פעולות שלטוניות שפגעו ישירות בזכויות יסוד, אך עם זאת, נמנע מלבטל חקיקה ראשית.

לניסוח החוקה באופן מטולא יש להוסיף את הטענה כי חקיקת חוקי היסוד ב-1992 נעשה במחטף פוליטי. הביקורת המרכזית על כך היא שאין זה ראוי שכינון חוקה (על ידי חקיקת חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם) יעשה באופן כזה.²⁵⁴ כמו כן, שדרוג מעמד של חוקי היסוד (בעזרת מוסד "השריון") נעשה בסופו של דבר על ידי בית המשפט עצמו. כלומר, נראה כי בית המשפט העליון העניק לעצמו את הסמכות לבטל חוקים הסותרים זכויות יסוד – ובכך הפך להיות מוביל 'המהפכה החוקתית'.

ניסוח החוקה באופן מעורפל, חקיקת חוקי יסוד במחטף והענקת סמכות לביטול חקיקה ראשית על ידי בית המשפט עצמו באופן עקיף תורמים למתח השורר בין הרשויות במדינת ישראל.

2) המהפך במעמדו של בית המשפט העליון - בית המשפט העליון במדינת ישראל שינה את מעמדו, מקום המדינה ועד היום, מקצה לקצה. בתחילת דרכה של המדינה, בית המשפט העליון היה האחרון להצטרף למוסדות המרכזיים של הרשויות השונות. הכנסת והממשלה, כמוסדות מרכזיים של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, התקיימו ופעלו מיומה הראשון של המדינה.²⁵⁵ לעומת זאת, בית המשפט העליון, החל לפעול רק לאחר 4 חודשים מקום המדינה.²⁵⁶ מצב זה מעיד כי בקום המדינה "לא ניתנה לבית-המשפט העליון עדיפות ראשונית".²⁵⁷ יותר מכך, בתקופה זו שופטי בית המשפט העליון "זכו ליחס שהיה בדרך-כלל אדיש ואפילו צייקן ועוין".²⁵⁸ מעמד זה של בית המשפט העליון לא היווה איום על הרשויות האחרות. גם התפקיד שבית המשפט ייעד לעצמו – חיזוק המדינה הצעירה והלגיטימיות לקיומה – תרם לשיתוף הפעולה בין הרשויות ולהפחתת החיכוך בניהן.

²⁵⁴ ספיר – המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 70 – 75. תחת הצגת הגישה כי חקיקת חוקי היסוד נעשתה תוך כדי הטעייה של יוזמי החקיקה טוען ספיר כי: "תהיה דעתנו על אופן תפקודה של הכנסת אשר תהיה, לא הגיוני שבהצבעה משמעותית כל כך ישתתפו חברי כנסת מעטים כל כך", שם בעמ' 78.

²⁵⁵ ההכרזה על הקמת מדינת ישראל מציינת את הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, אך אין בה ציון של הרשות השופטת.

²⁵⁶ ראוי לציין כי בתי המשפט הנמוכים החלו לפעול מיד ביום ראשון שלאחר הכרזה על קום המדינה (ראו: ניר קידר "מבט חדש על הקמת מערכת המשפט בישראל" ישראל חוברת 11 10 (2007): "כבר בשבוע הראשון להקמת המדינה, ובמקומות מסוימים אף ביום ראשון בבוקר – כארבעים שעות לאחר הכרזת העצמאות – נפתחו רוב בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים") אך בית המשפט העליון, כמוסד מייצג של הרשות השופטת, נחנך רק ב-14 לספטמבר 1948.

²⁵⁷ פנינה להב "המשפט הישראלי: העשור הראשון" בית-המשפט - חמישים שנות שפיטה בישראל 20 (הוצאת הנהלת בתי-המשפט, 1999).

²⁵⁸ שם, בעמ' 21.

מצב זה השתנה. בית המשפט העליון לאורך השנים ביסס את מעמדו בקרב הרשויות האחרות וחיזק את הלגיטימיות שלו בציבור הרחב. בשנות ה-80, בית המשפט העליון החל לעבור מרטוריקה פורמאלית לרטוריקה של ערכים – מה שקידם את האופי האקטיביסטי שלו. כמו כן 'המהפכה החוקתית' בשנות ה-90 חיזקה את מעמדו של בית המשפט כבעל סמכות לביקורת שיפוטית. תהליך זה העניק לו מנגנוני התערבות בפעילותיהן של הרשויות האחרות מעבר לאלו שעמדו לרשותו עד לאותה תקופה.

לכל אלו יש להוסיף את ירידת ערכן של הרשויות האחרות בעיני הציבור במהלך השנים - הן בשל פרשיות שחיתות פוליטיות, פליליות ומוסריות והן בשל התנהלות חלושה של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת וחוסר הכרעתן בסוגיות עקרוניות. התנהלות זו העלתה את קרנו של בית המשפט העליון בעיני הציבור, אשר נתפס כמוסד יותר מקצועי ורציני וכחסר פניות, לעומת הרשויות האחרות.

המהפך שעבר בית המשפט העליון – ממוסד נחות ולא מאיים למוסד הנתפס כבכיר, מקצועי ובעל כלים לביקורת שיפוטית רחבה – מוסיף למתח הקיים בינו לרשויות האחרות.

3) ההגמוניה-לשעבר - סיבה נוספת אשר ניתן להצביע עליה כגורם לחיכוך הקיים בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות נעוצה בתיאוריה של מנחם מאוטנר באשר להתבצרות ההגמוניה ששלטה במדינה, מתקומתה ועד לסוף שנות ה-70, בתוך בית המשפט העליון.²⁵⁹

מאוטנר טוען כי המהפך בשלטון בשנת 1977 הוביל להשתלטות הימין על המוסדות המרכזיים והמינהל הציבורי של המדינה ועל ידי כך נדחקה ההגמוניה המאפי'יניקית (להלן: ההגמוניה-לשעבר) מהשלטון.²⁶⁰ תהליך זה מסביר את התמיכה של ההגמוניה-לשעבר באקטיביזם השיפוטי של בית המשפט מתקופה זו ואילך.²⁶¹ לטענתו, האליטה ששלטה במדינה מאז הקמתה זיהתה כי לא תוכל להשפיע ולהנהיג את המדינה על פי השקפתה דרך הרשות המחוקקת והרשות המבצעת כפי שהורגלה לעשות עד אז. לכן התבצרה בתוך

²⁵⁹ ראו: מנחם מאוטנר, לעיל ה"ש 173, בעמ' 16 - 29; מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 218 - 225 (2009); מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי: העשור הרביעי" **בית-המשפט - המישים שנות שפיטה בישראל** 132 - 139 (הוצאת הנהלת בתי-המשפט, 1999) (להלן: מאוטנר – העשור הרביעי). ראו גם מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי בחברה רב-תרבותית" **שלטון החוק בחברה מקוטבת** 27, 43 (1999): "הן באמצעות האקטיביזם הגורף שלו והן באמצעות ניסיונו להשתתף בקביעת דמותה הערכית של המדינה נטל בית המשפט העליון חלק פעיל במאבק הפוסט-הגמוני של עיצוב דמותה של ישראל, שהחל מתחילת סוף שנות ה-80. בית המשפט 'תפס צד'. הוא פעל באופן המזוהה בבירור עם הקבוצה החילונית המבקשת לשמר ולחזק את זיקתה של ישראל לליברליזם המערבי". ראו גם מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" **תיאוריה וביקורת** 5 (1994). לביקורת על גישתו של מאוטנר ראו גדעון ספיר "בין ליברליזם לרב-תרבותיות - בעקבות ספרו של מנחם מאוטנר: משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" (ביקורת ספרים) **מחקרי משפט** כו 311 (2010).

²⁶⁰ מאוטנר מכנה אותם הגמוניים-לשעבר, שם בכל המקורות.

²⁶¹ ראו מאוטנר – העשור הרביעי, שם, בעמ' 137: "ברית בין הקבוצות ה"ישנות" נגד הקבוצות ה"חדשות".

מוסד הנחשב למקצועי²⁶² ואינו נתון לתחלופות פוליטיות ולבחירות הציבור – בית המשפט העליון. דרך מוסד זה, על ידי שכלול הביקורת השיפוטית כלפי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת ופתיחת השערים לכל סוגיה פוליטית באשר היא,²⁶³ מנסה ההגמוניה-לשעבר לשמר את כוחה והשפעתה על מהלך העניינים הפוליטי במדינת ישראל.

על פי תיאוריה זו, ניתן להסביר כי הרקע למתח הקיים בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות הוא מתח הנובע מיריבות פוליטית.

ג. מבנה הביקורת השיפוטית במערכת המשפט במדינת ישראל

סוגיית מודל הביקורת השיפוטית מתחלקת לשני סוגים עיקריים: מודל ביזורי ומודל ריכוזי.²⁶⁴ במודל הביזורי לכל בית משפט הסמכות לבצע ביקורת שיפוטית. במודל הריכוזי, רק בית משפט אחד מוסמך לבצע ביקורת שיפוטית. לכל מודל יתרונות וחסרונות בהתאם לסמכות הנתונה לרשות השופטת ולתפקיד המצופה ממנה באותה מדינה. למשל, התפיסה הרואה בביקורת השיפוטית פעולה בעלת גוון פוליטי-חוקתי, החודרת ופוגעת בסמכותו של המחוקק, תעדיף את המודל הריכוזי כדי לצמצם את סמכות הביקורת מהרשות השופטת כולה.²⁶⁵

הרשות השופטת במדינת ישראל מתאפיינת במבנה ביניים הכולל מרכיבים מהמודל הביזורי והמודל הריכוזי.²⁶⁶ מחד, כל בתי המשפט רשאים לפסול חוק, ובכך משיק למודל הביזורי. מאידך, הסמכות של בתי המשפט לעשות זאת נקנית רק אגב הדיון וההכרעה בעניין אחר המצוי בסמכותם באותה העת ('גררא')²⁶⁷ –

²⁶² מקצועיותו באה לידי ביטוי בהבעת שאט נפש כלפי כל עניין המערב שיקול פוליטי בהחלטות השיפוטיות. חשש המכונה "פוליטיזציה של מערכת המשפט הישראלי", למשל ראו: בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 521 (1970) (להלן: עניין שליט); עניין דויקאט, לעיל ה"ש 121, בעמ' 25; בג"ץ 620/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, מ"א (4) 169 (1987). ניתן לציין כי יש הרואים יתרונות בשילוב והכרה של ההליך הפוליטי במערכת המשפט ראו: ספיר - ההליך החוקתי, לעיל ה"ש 135; גד ברזילי "המלך אינו עירום: מדוע המשפט פוליטי" *דין ודברים* ד 58 (2008).

²⁶³ גישתו המפורסמת של אהרן ברק "מלוא כל הארץ משפט" (ראו "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוטו אקטיביזם שיפוטי" בתוך *מבחר כתבים א* 695, 697, 709 (2000)) ביטאה את שחיקת דוקטרינת השפיטות. ראוי לציין כי האמירה "הכל שפיט" אשר יוחסה לברק אינה מופיעה באף אזכור רשמי שלו.

²⁶⁴ לתיאור שני המודלים וההבדלים ביניהם ראו: A. R. BREWER-CARIAS, *JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW*, 125-135, 185-194 (1989) Victor F. Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a*; 333, 332 (2004) *Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705 (2004); ברק, לעיל ה"ש 119, בעמ' 332 – 333; יואב דותן "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?" *משפט וממשל* ה 117, 124 – 121 (2000).

²⁶⁵ Comella, שם, בעמ' 468 - 470.

²⁶⁶ ראו ספיר – המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 146 - 147. כמו כן ראו: בג"צ 6871/03 *מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה*, פ"ד נח(2), 943 (2003).

²⁶⁷ ראו סעיף 76 לחוק בתי-המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד – 1984: "הובא עניין כדון לפני בית משפט והתעוררה בו דרך אגב שאלה שהכרעתה דרושה לבירור העניין, רשאי בית המשפט להכריע בה לצורך אותו עניין אף אם העניין שבשאלה הוא בסמכותו

מגבלה המסייגת את אופיו הביזורי של מבנה הביקורת השיפוטית במדינת ישראל.²⁶⁸ יוצא אפוא, כי בית המשפט היחיד במדינת ישראל אשר הכרעתו לביטול חוק הופכת לתקדים מחייב, הוא בית המשפט העליון. לעובדה זו לא הייתה משמעות מיוחדת לולא בית המשפט העליון בישראל נתפס כמרכז בידו כוח רב מדי ביחס לרשויות האחרות.

ד. אופן בחירת השופטים במדינת ישראל

אופן בחירת השופטים במדינה משפיעה השפעה ישירה על שיטת המשפט החוקתי במדינה משום שמנגנון זה מבטא את יחסי הכוחות במבנה הממשל וקובע את הרכבה של הרשות השופטת.

אופן בחירת השופטים במדינת ישראל שונה מהמקובל בשאר מדינות העולם המערבי. בשאר המדינות, הליך הבחירה נעשה בין על ידי הרשות המבצעת, בין על ידי הרשות המחוקקת ובין על ידי שתי הרשויות יחד²⁶⁹ – כך שהציבור, דרך נציגיו, משפיע על הרכבו ואופיו של הרשות השופטת. לעומת זאת, מדינת ישראל מקיימת מנגנון ייחודי המכונה "וועדה לבחירת שופטים".²⁷⁰ בתחילת דרכה של המדינה בחירת השופטים נעשתה בדומה למנגנונים המקובלים – הממשלה היא זו שמינתה את שופטי העליון והכנסת אישרה את המינוי במליאה. אך ב-1953, בחקיקת חוק השופטים, שונתה השיטה לוועדה מצומצמת המורכבת מנציגי הרשות המבצעת, הרשות המחוקקת, לשכת עורכי-הדין והרשות השופטת. מטרתו של הליך זה הייתה לנטרל מינוי שופטים משיקולים פוליטיים ולהדגיש את הפן המקצועי-משפטי שבבחירת השופטים.²⁷¹

ייחודו של מנגנון זה הוא חיזוק כוחה של הרשות השופטת בבחירת החברים הנכנסים לשורותיה. אמנם, חיזוק מעמדה של הרשות השופטת ביחס לרשויות האחרות, בעיקר בתחילת דרכה, הייתה נדרשת.²⁷² אך יש הטוענים כי הליך זה הפך לרועץ. מתן דומיננטיות לייצוג השופטים בוועדה (3 שופטים מתוך 9 חברים כאשר יש צורך בהסכמה של 7 חברים למינוי שופט עליון) מנטרל חדירה של עמדות הנוגדות לחלוטין את

הייחודית של בית-משפט אחר או של בית דין אחר".

²⁶⁸ התוצאה היא שההכרעה בשאלה חוקתית בבתי משפט רגילים מחייבת רק את הצדדים המעורבים במחלוקת ואינה מהווה תקדים מחייב כלפי כולם.

²⁶⁹ דוגמא לשילוב בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת ניתן לראות באופן בחירת השופטים בגרמניה ובארה"ב.

²⁷⁰ ס' 4 בחוק-יסוד השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78, קובע:

1. שופט יתמנה בידי נשיא המדינה לפי בחירה של ועדה לבחירת שופטים.

2. הוועדה תהיה של תשעה חברים, שהם נשיא בית המשפט העליון, שני שופטים אחרים של בית המשפט העליון שיבחר חבר שופטיו, שר המשפטים ושר אחד שתקבע הממשלה, שני חברי הכנסת שתבחר הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי הדין שתבחר המועצה הארצית של הלשכה, שר המשפטים יהיה יו"ר הוועדה".

²⁷¹ להב, לעיל ה"ש 257, בעמ' 22-23.

²⁷² ראו לעיל בפרק זה תחת הכותרת "יחסי הכוחות בין הרשות השופטת לרשויות האחרות במדינת ישראל" לנחיתות מעמדו של בית המשפט העליון ביחס לרשויות האחרות.

ההשקפה השלטת כיום בבית המשפט. על ידי שכלול שיטת "חבר מביא חבר" שומר בית המשפט העליון על אופיו המונוליטי.²⁷³ חיסרון נוסף במנגנון זה הוא צמצום השפעתו של הציבור בהליך זה. כאשר הציבור מביע את עמדתו דרך נציגיו המהווים פחות ממחצית חברי הוועדה,²⁷⁴ הרי שכוחו נחות באופן יחסי.

ה. הרכבו ואופיו של הציבור הישראלי

אלמנט מרכזי נוסף המעצב ומבטא את שיטת המשפט החוקתי במדינה הוא הרכבו ואופיו של הציבור. מדינת ישראל, כמדינה המבוססת ברובה על הגירה, מתאפיינת ברב-תרבותיות. אפיון זה מתבטא במדינת ישראל ביתר שאת, משום שמספר קבוצות האוכלוסייה המרכיבות אותה הינו גדול ומגוון, והיחסים בין הקבוצות השונות מתוחים בשל הקוטביות הרבה.²⁷⁵

מצד מספר קבוצות האוכלוסייה: במדינת ישראל מספר קבוצות המיעוטים מהווה באופן מספרי חלק גדול במדינה. למשל, אוכלוסיות החרדים, הערבים והעולים ממדינות חבר העמים מהוות כל אחת מהן 10% - 20% מאוכלוסיית מדינת ישראל.²⁷⁶ יוצא כי סך שלושת הקבוצות הללו מהווים יותר מ-40% מאוכלוסיית מדינת ישראל.

מצד הקוטביות: מספר הקיטובים במדינת ישראל הוא גדול והשסע הקיים בין קיטובים אלה גדל ומתרחב במשך שנות קיומה. למשל, יהודים-ערבים, חרדים-דתיים-חילוניים, אשכנזים-ספרדים, עולים-וותיקים, יהודים-בעלי זיקה ליהדות שאינם יהודים.²⁷⁷ המתח השורר בין האוכלוסיות הללו מתבטא חדשים לבקרים בסוגיות רבות העוסקות בין השאר בהגדרת אופייה של המדינה מבחינה דמוקרטית, יהודית, תרבותית, דתית וכיוצא"ב.²⁷⁸

ו. היחס לעמדת האליטה בישראל

בהמשך לדיון לגבי הרכבו ואופיו של הציבור הרחב במדינת ישראל – יש מקום להתייחס גם למקומה של האליטה בציבור זה.

²⁷³ ספיר - ההליך החוקתי, לעיל ה"ש 135, בעמ' 486 – 487.

²⁷⁴ בהנחה כי נציגי הרשות המחוקקת ונציגי הרשות המבצעת – סה"כ 4 במספר – מייצגים את הציבור במנגנון זה.

²⁷⁵ להרחבה ראו: רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998); אדם ד. דנאל מדינה יהודית ודמוקרטית – מבט רב-תרבותי (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2003).

²⁷⁶ על פי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה בשנת 2009 היו במדינת ישראל 20.3% ערבים, 10% חרדים, 12% עולים ממדינות חבר העמים. ראו: www.cbs.gov.il/www/statistical/isr_pop_heb.pdf.

²⁷⁷ ניתן להוסיף לקבוצות אלו גם קבוצת העובדים הזרים או המהגרים והפליטים הלא-חוקיים.

²⁷⁸ ראו ספיר – המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 1, בעמ' 251: "מדינת ישראל מתאפיינת בשסעים ובחילוקי דעות עמוקים בין הקבוצות המרכיבות אותה בסוגיות ערכיות מהותיות, חילוקי דעות שאינם ניתנים להכרעה קלה באמצעות כללי צדק ברורים".

עמדת האליטה הישראלית קנתה לה מקום מרכזי בספרה החוקתית-משפטית. דוגמא מפורסמת לכך היא פנייתו של ראש ממשלת ישראל בשנות ה-50, דוד בן גוריון, לאליטה האינטלקטואלית שבזמנו לשם גיבוש עמדה ציבורית בסוגיה חוקתית מרכזית במדינת ישראל – 'מיהו יהודי?'.²⁷⁹

גם בתי המשפט הישראליים, בפסקי הדין השונים,²⁸⁰ מתייחסים אל עמדתה של האליטה הישראלית ופוסקים בהתאם אליה. אליטה זו זכתה בפסקי הדין לכינוי **הציבור הנאור**.²⁸¹ נראה כי נאורותה²⁸² של קבוצה זו מעניקה לה את הלגיטימציה להביע את עמדתה כעמדה הציבורית אשר אליה יש להתייחס בפסיקה בכלל ובפרשנות החוקה בפרט. אמנם, הביקורת הרבה²⁸³ כנגד השימוש ברטוריקה זו ('הציבור

²⁷⁹ דוד בן גוריון פנה ל-50 "חכמי ישראל". בין חכמים אלו ניתן למנות את הרב מנחם מנדל שניאורסון מליובאוויטש, הסופר שמואל יוסף עגנון, הפילוסוף סר ישעיה ברלין, הסופר חיים הזז, הרב דב יוסף הלוי סלוביצי'ק, פרופ' אפרים אלימלך אורבך, הפילוסוף שמואל הוגו ברגמן, הרב שלמה גורן, הרב הראשי לישראל באותה תקופה הרב יצחק אייזק הלוי הרצוג, השופטים משה זילברג וחיים כהן וחוקר התלמוד פרופ' שאול ליברמן. מתוך חמישים 'חכמי ישראל' שדוד בן גוריון פנה אליהם, ארבעים וחמישה נענו לאתגר ושיגרו את תשובותיהם. שלושים ושבעה מביניהם (יותר מ-80%) תמכו בעמדה הדתית-האורתודוקסית, וקבעו כי ההלכה היא המקור שיש להסתמך עליו לצורך הגדרת השייכות לעם היהודי. תשובותיהם של שמונה האישים האחרים לא עלו בקנה אחד עם ההלכה. המכנה המשותף לבעלי חוות-הדעת ההלכתיות-אורתודוקסיות היה הזיהוי המלא שבין 'דת' ו'לאום', ובפרט בתפיסותיהם את המושג 'יהודי'. לדעתם, מבחינת ההלכה אין ערך לכניסה ליהדות אם איננה הדרך הקבועה מדורי דורות (מי שנולד לאם יהודייה או גר שנתגייר על פי פרטי ודקדוקי הגרות הקבועים בישולחן ערוך). המשותף לשוללי התשובה ההלכתית-האורתודוקסית היה בתפיסתם החופשית, החילונית, את מדינת ישראל ואת ייעודיה הרחניים, וכן את המושג 'יהודי'. למשל ראו תשובתו של ישעיה ברלין, מופיע בכתובת: http://in.bgu.ac.il/SiteAssets/Pages/news/berlin_bg/berlin_bg.pdf. לתשובות נוספות ראו: אליעזר בן-רפאל **זהויות יהודיות: תשובות חכמי ישראל לבן-גוריון** (2001).

²⁸⁰ בית המשפט מציין את עמדתו של הציבור הנאור כעמדה ציבורית שיש לקחת אותה בחשבון בהכרעת הדין, למשל ראו: ע"א 461/62 **צים נ' מזיאר**, פ"ד יז 1319, 1335 (1963) בו השופט לנדוי דן שאלת הסמכות של בית-המשפט לפסול חוזים הנוגדים את תקנת הציבור; עניין **שליט**, לעיל ה"ש 262, בעמ' 600, בו השופט אגרנט מברר את הסוגיה 'מיהו יהודי'. ע"א 337/62 **ריזנפלד נ' יעקובסון**, פ"ד יז 1009, 1026-1027 (1963) בו השופט ויתקון מכריע במחלוקת פרשנית על משמעות מוסד הנישואין.

²⁸¹ המושג 'הציבור הנאור' הופיע לראשונה בפסקי הדין המאזכרים שם. אף על פי כן, אפיון הציבור עצמו על ידי השופטים בפסקי הדין הללו, באומרם כי מדובר ב"חלק המשכיל והמתקדם" או בכך שזהו "ציבור שערכיו הם אוניברסאליים ושהוא חלק ממשפחת העמים הנאורים" – לא עורר עליו ביקורות כפי שעורר השימוש במושג זה על ידי הש' ברק, בהגדירו מושג זה כמטאפורה לחיוניותה של האובייקטיביות השיפוטית. כלומר, אמת המידה שעל השופט להפעיל בשיקול דעתו השיפוטי על מנת להבטיח אובייקטיביות הינה אמת המידה של **הציבור הנאור** (אהרן ברק "הציבור הנאור" **ספר לנדוי** כרך ב 677, 680 (1995)). בנוסף לכך, הש' ברק מסביר כי המושג "הציבור הנאור" הינו פרסוניפיקציה (האנשה) של שיקולים נורמטיביים או של רעיון האיזון בין הערכים והעקרונות המתחרים (שם, בעמ' 685; ברק, לעיל ה"ש 119, בעמ' 297, וכן ביטוי לתפיסה כי בכל שיטת משפט מתקיימות "מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות" בחלל הנורמטיבי (ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות**, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985)).

²⁸² עמנואל קאנט בספרו **מיהו נאורות?** – **מאמרים פוליטיים** 8 (הוצאת רסלינג, יפתח ה'רמון-כרמל מתרגם, 2009): "הנאורות היא יציאתו של האדם ממצב חוסר הבגרות שהביא על עצמו. חוסר בגרות משמעו חוסר היכולת להשתמש בשכל בלא הנחיה של אחר. כשהסיבה לחוסר הבגרות אינה בעיה שכלית, אלא הימנעות מהחלטה להשתמש בו בלא הדרכה של אחר, או היעדר האומץ לעשות כן, אפשר יהיה לומר שהאדם הביא חוסר בגרות זה על עצמו. *sapere aude!* היה אמיץ להשתמש בשכלך בעצמך! זהו המוטו של הנאורות".

²⁸³ הביקורת כלפי הש' ברק היתה רחבה, למשל הש' אלון מבקר על עצם השימוש במושג מעורפל זה כאשר "אין אדם יודע מה טיבם, מה מהותם ומה מידתם של האור, ההשכלה והתרבות הדרושים כדי לזכות ולהיכלל בתואר האדם או הציבור "הנאור"', ונראה כי לא נתקררה דעתו עד שטען כי ידוע לכל על "דרכה ומעלליה הנוראים של אחת מאלה האומות, שנתכנו נאורות, שבוצעו

הנאורי') הובילה למיעוט השימוש בה,²⁸⁴ אך אין בכך להעיד כי השופטים נמנעים מלהמשיך ולהתייחס לעמדת האליטה בפסיקותיהם בפועל.²⁸⁵

ז. שיטת הבחירות במדינת ישראל

השפעה נוספת לעיצוב המשטר החוקתי במדינה נובע ישירות משיטת הבחירות. שיטת הבחירות במדינת ישראל היא יחסית-ארצית. שיטה זו מאפשרת גם לקבוצות קטנות מאד להגשים את כוחן ברשות המחוקקת. מחד, יש הרואים יתרון במתן אפשרות ביטוי לקבוצות האוכלוסייה השונות על אף המגוון הרחב הקיים במדינה. מאידך, לעיתים, ביטוי לגיוון הרב של האוכלוסיות השונות במדינה מקשה על הגישור ומגדיל את השסע בניהן ובכך מתערערת היציבות החוקתית.

2. האם ראוי במדינת ישראל לפרש את החוקה בהתאם לעמדת הציבור?

אקדים ואומר, כי לדעתי, מתוך ניתוח כלל מאפייני החוקתיים של מדינת ישראל עולה כי מבחינה נורמטיבית יש להטות את כובד המשקל בתשובה לשאלה לעיל לחיוב. במילים אחרות, ראוי, ואף הכרחי, כי בית המשפט העליון במדינת ישראל יתחשב בעמדת הציבור כשיקול מרכזי בהליך פרשנות החוקה.

בפרק א ציינתי את הגישות השונות בשאלה האם ראוי לפרש את החוקה בהתאם לעמדת הציבור: התומכים בכך מעגנים את טיעוניהם ביתרונותיו של *החכמה הקולקטיבית*, בכוחו של העם כמכונן החוקה

לאור השמש, בעיצומה של המאה העשרים, בתקופת מלחמת העולם השנייה, בימי חורבן ושואה וכי "אין צורך ואין זה מן הראוי להכניס למערכת משפטנו אלמנט והגדרה כגון "השקפות הציבור הנאור בישראל". ראו: ע"א 506/88 שפר נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, 102 (1993).

בנוסף, רונן שמיר מאשים את ברק בשימוש במושג 'הציבור הנאור' כחלק מרטוריקה המעצימה את דחיקת רגליהם של ציבור אשר לא מיוחס ל'ציבור נאור', מהשיח של תפיסת הערכים במדינת ישראל ראו: רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" **תיאוריה וביקורת** 5, 7, 13 – 15 (1994). מנחם מאוטנר מגבה את רונן שמיר ומוכיח כי ברק פועל לסובייקטיביות שיפוטי במסווה של אובייקטיביות, וכל זאת בעזרת המושג *הציבור הנאור*. ראו: מאוטנר, לעיל ה"ש 259, בעמ' 25 ו-47 – 48 (1994). דן אבנון מאשים את הש' ברק בשימוש במושג *הציבור הנאור* ככלי להשלת תפיסותיו הליברליות. ראו: דן אבנון "הציבור הנאור": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי? " **משפט וממשל** ג 417, 431 (1996). דני גוטוויין טוען כי הש' ברק משתמש במושג 'הציבור הנאור' כמסווה לתקינות פוליטית המאפשרת לבית המשפט לכוון פסיקותיו על פי מדיניות ההפרטה ולביסוס גישת 'שלטון ההון'. ראו: דני גוטוויין "מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" **מעשי משפט** א 47, 51 – 56 (2008).

²⁸⁴ כפי הנראה, הביקורת הרבה הביאה את הש' ברק להודות כי עדיף היה לו לא היה עושה שימוש במושג זה. ראו: ברק, לעיל ה"ש 119, בעמ' 297: "על התבטאויות אחדות משלי שיש בהן רטוריקה חזקה נמתחה ביקורת... כך למשל הרטוריקה של "הציבור הנאור" הובנה כמסתייגת מהציבור הדתי... בנסיבות אלה היה עדיף שלא להשתמש ברטוריקה זו".

²⁸⁵ למחקר הטוען כי השופטים בארה"ב מקדמים בפסקי הדין את המדיניות העדיפה על האליטה אף שאין הדברים נאמרים מפורשות בגוף פסק הדין, ראו: Neal Devins & Lawrence Baume, *Why the Supreme Court Cares About Elites, Not the American People*, 98 GEO. L.J. 1515 (2010). טענתם של דווינס ובאום היא שהשופטים, כחלק מן האליטה, דואגים למוניטין שלהם בתוך קבוצה זאת. טענתם מתבססת על תיאוריה פסיכולוגית הטוענת כי כל אינדיבידואל שואף לרצות את אנשי קבוצתו – כך גם השופטים עצמם רואים באליטות הכלכליות, האקדמיות והעיתונאיות כקבוצה שיש לרצות על ידי התחשבות בעמדתן.

לפרש את החוקה (חוקתנות עממית), ובחשש מפגיעה במעמדו של בית המשפט. המתנגדים לכך מעגנים את טיעוניהם בקוצר דעתו של הציבור בפרשנות החוקה (חסר כלים, התעניינות וסבלנות), בחוסר עקביות בפרשנות החוקה בשל אופיו של הציבור ובחשש לפגיעה בזכויות המיעוט. בפרק ב, פירטתי את הביקורות כנגד כל גישה וטיעון העומד בבסיסה. בחינת הטיעונים השונים שהועלו במסגרת הדיון הובילה אותי לתמיכה טנטטיבית בגישה המצדדת בהתחשבות בעמדת הציבור. הטעם העיקרי לכך הוא שהיסוד המוסרי שבבסיס טיעון החוקתנות העממית עומד איתן לעומת טיעוני הנגד, לעומת שאר הטיעונים אשר מתמודדים מול ביקורות שקולות.

ניתוח המאפיינים החוקתיים של מדינת ישראל לא מוביל להכרעה בכל המחלוקות שבין הטיעונים שבבסיס הגישות לבין טיעוני הנגד. למשל, אינני מוצא מקום להכריע באופן חד משמעי בשאלת כוחה של החכמה הקולקטיבית. המאפיינים שתוארו לעיל, אינם מעניקים יתרון לעמדה מסוימת במחלוקת זו. הדבר נכון גם לגבי מידת סבלנותו של הציבור. אין ראייה חד משמעית המעידה על רמת סבלנותו של הציבור הישראלי בנוגע לקבלת החלטות בסוגיות חוקתיות. עם זאת, קיימים מאפיינים המצדדים לטובת טיעונים מסוימים. למשל, לדעתי, אופייה החוקתי והציבורי של מדינת ישראל מחזקת את התמיכה בטיעוני החוקתנות העממית והחשש לפגיעה במעמדו של בית המשפט.

מטרתה של החוקה הישראלית – בניגוד לחוקה האמריקאית (חוקה "מגינה") ולחוקה הגרמנית (חוקה "מחנכת") – אינה ברורה דיה. התלאות בניסוחה לא מאפשרות לעמוד על מטרת העל שלה. לפיכך, לא ניתן לשלול כי העמדה המוסרית המוצגת בגישת החוקתנות העממית אינה רלבנטית למדינת ישראל.

כאמור, גישת החוקתנות העממית רואה בציבור כמכונן החוקה ולכן, בין השאר, יש להעניק לו את הסמכות לבטא את עמדותיו החוקתיות בהליך פרשנותה. אך מה במקרה בו ניטלת מן הציבור או מנציגיו, ולו באופן חלקי, סמכות זו?

אמנם, בית המשפט העליון בישראל אמון על עיצוב החוקה, בעיקר באמצעות הפעלת הביקורת השיפוטית באופן ישיר (המודל המעין-ריכוזי). עם זאת, בית המשפט מפרש את החוקה אגב יישומה בהתבסס על חוקה לא שלמה, שחלק ניכר ממנה נולד בנסיבות מפוקפקות ושמעמדה הנורמטיבי שודרג על ידי בית המשפט עצמו, ללא הצדקה ברורה, במסגרת "המהפכה החוקתית". זאת ועוד, מערכת היחסים בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות מתאפיינת בהיעדר שיתוף פעולה ובמתח ולציבור השפעה חלשה על קביעת הרכבו של בית המשפט.

אילו היחסים בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות, המייצגות את הציבור, היו על מי מנוחות – היה

מקום להאמין כי הרשויות ישתפו פעולה בהליך פרשנות החוקה ועמדת הציבור תבוא לידי ביטוי בכך. אילו הרכב שופטי בית המשפט העליון היו נקבע דרך מנגנון פוליטי – בית המשפט היה נתפש ופועל כמוסד הטרוגני בלא ניתוק מהעם. אך במציאות כזו – בה היסוד העממי בעיצוב החוקה הינו כה קטן – גובר הצורך בשיתוף הציבור בפירוש החוקה אגב יישומה.

לטיעון החוקתנות העממית מצטרף הטיעון לחשש לפגיעה במעמדו של בית המשפט. ניתן לזהות כרסום רב באמון הציבור ברשות השופטת מאז החל בית המשפט העליון להרחיב את סמכותו ביחס לפרשנות החוקתית תוך התעלמות מהפן הציבורי.²⁸⁶ נראה כי התעלמות מעמדת הציבור מובילה הלכה למעשה פגיעה במעמדו הציבורי של בית המשפט.

ניתוח טיעוני הגישה המתנגדת מובילים לאותה מסקנה. אין תשובה ברורה לשאלה האם לציבור הישראלי יש את הכלים הדרושים לניתוח הסוגיות החוקתיות, אך המציאות מעידה כאלף עדים כי רמת התעניינותו גבוהה מאד בסוגיות אלו.

בנוסף, כפי שנטען, מדינת ישראל התברכה במיעוטים רבים ומידת הקוטביות בה גבוהה. אם כן, מה הדין ביחס לחשש מפגיעה בזכויות המיעוט - מי מבטיח כי הרוב לא יקפח את המיעוט בהליך פרשנות החוקה?

ראשית, כפי שציינתי בהקדמה לחיבור, הליך פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור אין משמעותו התעלמות מגבולותיה של החוקה. על בית המשפט מוטלת האחריות כי הליך הפרשנות ייעשה באופן הראוי, בין השאר, מבלי לפגוע בזכויות המיעוטים. יותר מכך, דווקא בהקשר הישראלי - בו בית המשפט העליון מתנהל באופן הגמוני, והשקפת עולמו, אותה הוא מקדם בפסקי הדין, אינה תואמת בדרך כלל את השקפת עולמם של קבוצות המיעוט במדינת ישראל²⁸⁷ – אימוץ תורת פרשנות זו יוביל למצב בו בית המשפט העליון יחויב לדאוג כי זכויות המיעוט אינן נפגעות. שנית, במציאות בה קבוצות המיעוט מהוות מבחינה מספרית קבוצה גדולה, יכולות הן לנצל את הליך פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור כדי לגבש עמדה ציבורית שלא תקפח את זכויותיהן.

²⁸⁶ ראו: רטנר, לעיל ה"ש 227, בעמ' 49 – 51. המחקר מציג כי בשנת 2000 בית המשפט העליון זכה למידת האמון הגבוהה ביותר בכל המגזרים, למעט המגזר החרדי. 80% במגזר היהודי הכללי מביעים אמון בבית משפט העליון במהלך הסקר בשנת 2000. לעומת זאת, שיעור המביעים אמון בבית המשפט העליון צונח עד לשנת 2007 ל-56%. לנתון זה ניתן לשקלל את שיעור המביעים אמון בקרב המשיבים מיש"ע (25%), בקרב החרדים (10%) ובקרב הערבים (58%). ללא ספק בית המשפט העליון הישראלי סובל מהבעת אמון נמוכה מאד מכפי שהיה מצופה.

²⁸⁷ ראו לעיל בה"ש 283 את הביקורת על השימוש במונח "אמון הציבור", בעיקר ביקורתם של רוני שמיר ומנחם מאוטנר שם. לדעתי, גם אם מבחינה אמפירית יתברר כי בית המשפט בישראל פוסק על פי עמדת הציבור (כפי שמתברר שנעשה בארה"ב) יש לפעול באופן "שהצדק לא רק יעשה אלא גם יקָאָה". כלומר, ממה נפשך – אם בית המשפט ממילא מפרש את הסוגיות החוקתיות בהתאם לעמדת הציבור, כדאי שינצל זאת ויצוין בפסיקותיו כי פרשנותו נעשית בהתאם לעמדת הציבור על מנת שהציבור יכיר בכך.

3. פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור במדינת ישראל - כיצד?

לאחר הצגת עמדתי בשאלת פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור במדינת ישראל, ברצוני לנסות ולהעלות הצעות ראשוניות באשר לשאלת יישום הליך זה בישראל. בפרק השלישי הצגתי מספר דיונים אשר עסקו בהגדרת "הציבור", "עמדת הציבור" וכן דנתי בסוגיות ובדרכים בהם ניתן לאמוד את עמדת הציבור. להלן אציע במסגרת דיונים אלו, בקווים כלליים בלבד, את עמדתי לאופן יישום ההליך לאור מאפייניה החוקתיים של מדינת ישראל כפי שתיארתי בתחילת פרק זה.

בדיון על שלבי הליך אומדן עמדת הציבור הצעתי מספר הצעות עקרוניות המתאימות גם ליישום במדינת ישראל. למשל, הצעתי כי בהתאם לרמת ההתעניינות הציבורית תקבע הסוגיה הראויה לעמוד בהליך גיבוש עמדת הציבור. בנוסף, הצעתי לאמוד את עמדת הציבור בדרך של משאל עם באמצעות הצבעה אינטרנטית בה כל אזרח מצביע על פי קוד אישי דרך מחשב ביתי או עמדות מחשב העומדות לרשות הציבור.

גם תחת הגדרת "הציבור" ניתן להכניס בהקשר הישראלי את הציבור הרחב. התוקף לכך הוא על דרך השלילה: כפי שתיארתי לעיל, לאליטה בישראל יש מעמד מרכזי במימד החוקתי אך קיימת ביקורת ציבורית נוקבת כלפי ההתחשבות בעמדתה ולכן אין היא ראויה להיות תחת הגדרה זו. ביחס לנציגי הציבור קיימת מחשבה ראשונית להגדירם תחת מונח זה – משום ששיטת הבחירות בישראל מאפשרת לקבוצות קטנות להגשים את כוחן ברשות המחוקקת ובכך מצמצמת את הסיכון לקיפוח עמדה משמעותית. דא עקא, חברי הכנסת במדינת ישראל אינם מחויבים לבחריהם ואין מי שיעצור בעדם לפעול בהתאם לעקרון זה.²⁸⁸ לפיכך, גם הנציגים לא ראויים להיכנס להגדרת "הציבור".

בשאלת הגדרת "אומדן הציבור" נראה כי הרכבו של הציבור הישראלי, כציבור בעל קבוצות מקוטבות רבות, מחזק את המסקנה כי יש להגדיר את קוורום להשתתפות ולאישור גבוהים. הגדרת המונח והמכנה ככאלו ימנעו מצב בו קבוצה קטנה ומאורגנת תבטא את עמדתה כעמדתו של הציבור כולו. כמו כן, בציבור מפולג, כציבור הישראלי, ישנה חשיבות גבוהה למעורבות הציבור במשחק הפוליטי. קביעת קוורום גבוה תדרבן את הציבור להביע את עמדתו ולהשתתף בעיצוב החוקה.

²⁸⁸ מקרה מפורסם מופיע בבג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 446, 468 (2004): "לקווי היסוד של הממשלה חשיבות. כך לא רק בגלל העובדה שהם מבטאים לרוב את הפועל היוצא של הסכמים קואליציוניים שונים שנחתמו ... אולם חשיבות זו של קווי היסוד אין בה לכבול את שיקול-דעתו של ראש-הממשלה ... כבילת שיקול-דעתו של ראש-הממשלה לקווי היסוד משמעה עיקור של יכולתו לנווט את הממשלה כרשות המבצעת של המדינה על-פי הצרכים המשתנים".

סיכום

חיבור זה ביקש להציב על הפרק את שאלת מעמדה הראוי של עמדת הציבור בפרשנות החוקה. חשיבות הדיון בדבר מעמדה נובע מהמתח השורר בין הפקדת בית המשפט על פרשנות החוקה לבין עקרון היסוד הדמוקרטי של הכרעת הרוב. בהעדר דיון בגישות השונות ביחס לדרישת אימוץ תורת פרשנות בה נדרש בית המשפט לפרש את החוקה בהתאם לעמדת הציבור עלולה להשתרש התפיסה כי לא ניתן לגשר על מתח זה. לפיכך חשוב להציג את צדדי המחלוקת בשאלה זו, לעמוד על הטענות שבסיסן ולהציג באופן גלוי את הקשיים העולים מהן. בעקבות כך ניתן יהיה לנסח עמדה פרשנית אשר תגשר על הקטבים.

בתחילת החיבור, בפרק א, סקרתי את הגישות השונות בשאלת פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור. מחד, גישה התומכת בפרשנות כזו הרואה בעמדת הציבור כאופציה פרשנית שעל בית המשפט לבכר אותה בהליך פרשנות החוקה. תחת דיון זה הצגתי את הטענות המרכזיים התומכים בגישה זו - חכמה קולקטיבית, חוקתנות עממית והחשש מתגובת הציבור - טענות אלו מציגים צדדים שונים לתמיכה בתורת פרשנות הקוראת לפרש את החוקה בהתאם לעמדת הציבור.

מנגד, הראיתי כי קיימת גישה המתנגדת לאימוץ תורת פרשנות זו בשל חסרונותיה הרבים. בבסיס גישה זו עמדו טענות שונות. טענות מצד הפרשנות עצמה, כלומר, פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור כשלעצמה אינה פרשנות ראויה - כגון קשיי הציבור לנתח את הסוגיה החוקתית לאשורה בשל קוצר דעתו או סבלנותו. טענות מצד התוצאה, כלומר, פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור מובילה לתוצאה גרועה - כגון חוסר עקביות ופגיעה בעקרון הסופיות או חשש לפגיעה בזכויות המיעוט.

לאחר הצגת הגישות החלוקות בשאלת מעמד עמדת הציבור בפרשנות החוקה, קיימתי בפרק ב דיון ביקורתי ביחס לגישות ולטענותיהן. למשל, ביקורות העולות כנגד הגישה התומכת הן החשש כי פרשנות החוקה בהתאם לעמדת הציבור משמעותה תיקון החוקה, תוך עקיפת מנגנון השינוי הקבוע בה. מנגד הצגתי ביקורת 'קשה' כנגד הגישה המתנגדת בדמות מחקרים אמפיריים המוכיחים כי באופן עובדתי קיימת התאמה גבוהה בין מה שנחזה כעמדתו של הציבור²⁸⁹ לבין פסיקות בית המשפט - באופן בו בית המשפט מושפע מעמדת הציבור.

כנגד הטענות שבבסיס הגישות גם תיארתי ביקורות שקולות. למשל, כנגד הטענה אודות קיומה של חוכמה קולקטיבית מוצגות טענות הסותרות את ההשערה כי איכות העמדה הציבורית טובה, או כנגד הטענות שלציבור אין הכלים או העניין הנדרשים נטען כי הסוגיות החוקתיות אינן מצריכות מקצועיות

²⁸⁹ לעיל, בפרק ב, בסוף תת-פרק 3, ציינתי כי החיסרון במחקרים האמפיריים הוא אי-הגדרה ברורה לעמדתו של הציבור.

משפטית, אלא בעיקר שכל ישר והיכרות בסיסית עם מבנה השלטון המצויים ברשותם של האזרחים.

לאחר הדיון הנורמטיבי והביקורתי בגישות החלוקות, הצעתי לצדד בגישה התומכת על בסיס הפן המוסרי שעולה מטיעון החוקתנות העממית. עם זאת, על מנת שבית המשפט יוכל לממש בפועל גישה זו ולהתחשב בעמדת הציבור בהליך פרשנות החוקה, יש לברר תחילה מהי עמדתו ביחס לסוגיה הנדונה. בהקשר לכך העליתי שתי שאלות בסיסיות: מיהו הציבור עליו מדובר, ומהו הרוב הדרוש על מנת שהעמדה תיחשב ל"עמדת הציבור". בפרק ג דנתי בשאלות אלו והמסקנה המוצעת היא שב"ציבור" יש לכלול את אזרחי המדינה וכי מן הראוי לדרוש רוב גדול, הן של משתתפים מקרב כלל הציבור והן של תומכים בעמדה מסוימת מכלל המשתתפים, כתנאי הגדרת העמדה הרלוונטית כעמדת הציבור.

בהמשך פרק ג טענתי גם כי לצורך בירור עמדת הציבור יש לקיים הליך מקדים המורכב ממספר שלבים: קביעת הסוגיה שתעמוד לבחינה ציבורית; ניסוח שאלה ותשובות אפשריות, מבלי להשפיע בכך על עמדת הציבור; ועריכת קמפיין. לאחר ביצוע שלבים אלו, יתבצע סקר או משאל עם שתוצאותיהם ייחשבו למשקפים את עמדת הציבור. כדי להתגבר על הסרבול הכרוך בסקר או במשאל ולצמצום המשאבים הנדרשים לעריכתם, הצעתי להשתמש במנגנון הצבעה אינטרנטי במסגרתו כל אזרח מצביע על פי קוד אישי.

בנוסף הצעתי כי הסמכות להציג שאלה חוקתית לבחינה, בהליך שתואר לעיל, צריכה להיות שמורה לאזרחים עצמם. כאשר סוגיה חוקתית נדונה בבית המשפט, יכול אזרח החפץ בכך לבקש בירור של עמדת הציבור לגביה. הבקשה תעבור סינון, שתכליתו לוודא שהסוגיה זוכה להתעניינות ציבורית רבה. במידה שיתברר שאכן כך, יחל ההליך שתואר לעיל. הטעם העיקרי המוצע לביסוס פרוצדורה זו הוא שהדבר עולה בקנה אחד עם היסוד המוסרי שבבסיס החוקתנות העממית - הציבור לא רק מביע את עמדתו ביחס לפרשנות החוקה ותורם בכך לעיצובה, אלא גם מחליט לכתחילה באלו סוגיות חוקתיות על בית המשפט להתחשב בעמדתו.

חרף ההכרעה העקרונית לטובת התחשבות בעמדת הציבור, בפרק ד טענתי שהדבר תלוי גם בנתוני המיוחדים של היחידה הפוליטית שבהקשרה השאלה נבחנת. לפיכך, את תחילת הפרק הקדשתי לתיאור מאפייניה הייחודיים של מדינת ישראל - אופי החוקה, יחסי הכוחות בין הרשות השופטת לרשויות האחרות, מבנה הביקורת השיפוטית, אופן בחירת השופטים במדינת ישראל, הרכבו ואופיו של הציבור הישראלי, היחס לעמדת האליטה בישראל ושיטת הבחירות – ובסופה בחנתי את השפעתם על השאלה שבמבחן. מסקנתי היא שמאפיינים אלו מחזקים את התמיכה העקרונית בהתחשבות בעמדת הציבור בפרשנות החוקה. כאמור, טענת החוקתנות העממית, היא שלציבור שמורה הזכות לעיצוב החוקה.

המציאות החוקתית בישראל אינה עומדת בתנאי זה. בית המשפט מפרש את החוקה אגב יישומה בהתבסס על חוקה לא שלמה, שחלק ניכר ממנה נולד בנסיבות מפקפקות ושמעמדה הנורמטיבי שודרג על ידי בית המשפט עצמו, ללא הצדקה ברורה, במסגרת "המהפכה החוקתית". זאת ועוד, מערכת היחסים בין הרשות השופטת לרשויות הפוליטיות מתאפיינת בהיעדר שיתוף פעולה ובמתח ולציבור השפעה חלשה על קביעת הרכבו של בית המשפט. מציאות כזו – בה היסוד העממי בעיצוב החוקה הינו כה קטן – מגבירה את הצורך בשיתוף הציבור בפירוש החוקה אגב יישומה.

בנוסף, הצעתי, על קצה המזלג, הצעות ליישום אומדן עמדת הציבור במדינת ישראל. ציינתי כי גם בהקשר הישראלי ראוי כי הציבור הרחב הוא שיקבע את הסוגיה שתעמוד להליך גיבוש עמדת הציבור בהתאם לרמת התעניינות הציבורית. כמו כן הליך גיבוש עמדתו ייעשה בדרך של משאל עם באמצעות הצבעה אינטרנטית ויקבע על פי קוורום גבוה.

כולי תקווה כי הסוגיות שהעליתי בחיבור זה, מסקנותיי והעקרונות שהצעתי ליישום ראוי של הליך פרשנות החוקה יילקחו בעתיד בחשבון על ידי העוסקים במלאכה זו.

ביבליוגרפיה

פסיקה ישראלית

- בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון, פ"ד מח(3) 606, 573 (1994).
- בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 289, 241 (2004).
- בג"ץ 265/87 גרי לי ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 825, 793 (1989).
- בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 25 (1979).
- בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 806, 758 (1995).
- בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4), 1, 61 (1997).
- בג"ץ 6871/03 מדינת ישראל נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נח(2), 943 (2003).
- בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 861, 807 (2004).
- בג"ץ 620/85 מיערי נ' יו"ר הכנסת, מ"א (4) 169 (1987).
- בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 468, 446 (2004).
- בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 521, 477 (1970).
- ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 15, 7 (1974).
- ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1335, 1319 (1963).
- ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט(2) 75, 70 (1985).
- ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1026-1027 (1963).
- ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 102, 87 (1993).
- עע"ם 10845/06 שידורי קשת בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו (פורסם בנבו, 11.11.08).

ספרות בעברית

- קציעה איבאלי-טביביאן 1870 – 1970 עידן האימה והתקווה 63 (הוצ' מטח, 2001).
- דנה בלאנדר וגדעון רהט משאל עם: מיתוס ומציאות 16-17 (2000).
- אליעזר בן-רפאל זהויות יהודיות: תשובות חכמי ישראל לבן-גוריון (2001).
- אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית כרך ג 231 – 232 (1994).
- אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 128 (2004).
- אירווינג ל. גניס וליאון מאן תהליך קבלת החלטות- ניתוח פסיכולוגי של קונפליקט, בחירה ומחויבות 117 – 118 (1980).
- אדם ד. דנאל מדינה יהודית ודמוקרטיה – מבט רב-תרבותי (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2003).
- פרידריך האייק הדרך אל העושר (אהרון אמיר תירגם, הוצאת שלם, 1998).
- אלכסיס דה טוקוויל הדמוקרטיה באמריקה (הוצאת שלם, 2008).
- שלמה לוין בספרו להיות שופט 9 (2009).
- מנחם מאוטנר משפט ותרבות 213 (2009).

- מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 218 - 225 (2009).
- ג'ון סטיוארט מיל על החירות 7 (הוצאת שלם, 2006).
- בנימין נויברגר דמוקרטיה ודיקטטורות : רעיונות, הקשרים, משטרים כרך א 164 (2004).
- שמואל ניצן העדפה ובחירה חברתית 242 – 243 (הוצ' האוני' הפתוחה, 2008).
- ג'יימס סורוביצקי חוכמת ההמונים - מדוע הרבים חכמים מהמעטים ואיך תבונה קולקטיבית מעצבת עסקים, תרבויות ומדינות (הוצאת עברית הוצאה לאור בשיתוף כתר, 2006).
- גדעון ספיר המהפכה החוקתית – עבר הווה ועתיד 190 – 196 (2010).
- חוה עציוני-הלוי מקום בצמרת – אליטות ואליטיזם בישראל 12 (1997).
- עמנואל קאנט בספרו מהי נאורות? – מאמרים פוליטיים 8 (הוצאת רסלינג, יפתח הלרמן-כרמל מתרגם, 2009).
- ז'אן-ז'אק רוסו האמנה החברתית ספר ג 111 (הוצאת רסלינג, עמוס הופמן עורך, עידו בסוק מתרגם, 2006).
- רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית: ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, 1998).

ספרות לועזית

- BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE FOUNDATIONS VOLUME 1 25 (1993).
- BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS VOLUME 2 (1998).
- ALFRED ADLER, UNDERSTANDING HUMAN NATURE (1927).
- WILLIAM ALBIG, PUBLIC OPINION 6 – 7 (1939).
- WILLIAM ALBIG, MODERN PUBLIC OPINION 25 - 38 (1956).
- JEFFREY ALEXANDER, THE MICRO-MACRO LINK 22 (1987).
- BERNARD BAILYN, THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION 182 – 183 (1992).
- LAWRENCE BAUM, THE PUZZLE OF JUDICIAL BEHAVIOR 55 (2000).
- LAURENCE BAUM, THE PUZZLE OF JUDICIAL BEHAVIOR (2004).
- LAURENCE BAUM, JUDGES AND THEIR AUDIENCES (2006).
- R. BERGER, GOVERNMENT BY JUDICIARY: THE TRANSFORMATION OF THE FOURTEENTH AMENDMENT (1977).
- ALEXANDER. M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS, 16 – 17 (1962).
- R. H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW (1990).
- R. H. BORK, SLOUCHING TOWARDS GOMORRAH (1996).

- JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY, Vol. 2 43, 55, 63 (2004).
- EDMUND BURKE, AN APPEAL FROM THE NEW TO THE OLD WHIGS, IN CONSEQUENCE OF SOME LATE DISCUSSIONS IN PARLIAMENT, RELATIVE TO THE REFLECTIONS ON THE FRENCH REVOLUTION (3RD ed., 1791).
- EDMUND BURKE, REFLECTIONS ON THE REVOLUTION IN FRANCE (1791).
- DAVID BUTLER & AUSTIN RANNEY, REFERENDUMS: A COMPARATIVE STUDY OF PRACTICE AND THEORY 260 (1994).
- GREGORY A. CALDEIRA, COURTS AND PUBLIC OPINION, IN JOHN B. GATES & CHARLES A. JOHNSON, THE AMERICAN COURTS: A CRITICAL ASSESSMENT 304 (1991).
- RICHARD DAVIS, DECISIONS AND IMAGES: THE SUPREME COURT AND THE PRESS 45 - 47 (1995).
- ROBERT A. DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS 190 (1989).
- RONALD DWORKIN, FREEDOM`S LAW (1996).
- RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986).
- BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION (2009) .
- JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980).
- F. A. HAYEK, THE ROAD TO SERFDOM (1944).
- F. A. HAYEK THE USE OF KNOWLEDGE IN SOCIETY (1948).
- ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, FEDERALIST No. 78, 469 - 470 (1788).
- GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, THE PHILOSOPHY OF HISTORY 39 (J. Sibree trans., 1956).
- JOHANN GOTTFRIED HERDER, TREATISE ON THE ORIGIN OF LANGUAGE (1772).
- RICK HOYLE, MICHAEL H. KERNIS, MARK R. LEARY & MARK W. BALDWIN, SELFHOOD: IDENTITY, ESTEEM, REGULATION 31-35 (1998).
- DARRELL HUFF, HOW TO LIE WITH STATISTICS (1954).
- LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW 7 (2004).
- IRVING L. JANIS, VICTIMS OF GROUPTHINK: A PSYCHOLOGICAL STUDY OF FOREIGN-POLICY DECISIONS AND FIASCOES (1972).
- Mark R. Leary, SELF-PRESENTATION: IMPRESSION MANAGEMENT AND INTERPERSONAL BEHAVIOR (1996).
- THOMAS R. MARSHALL, PUBLIC OPINION AND THE SUPREME COURT (1989).

- JOHN STUART MILL, ON LIBERTY, chap. 1 (1869).
- SCOTT E. PAGE, THE DIFFERENCE: HOW THE POWER OF DIVERSITY CREATES BETTER GROUPS, FIRMS, SCHOOLS, AND SOCIETIES (2007) .
- TERRY J. PERETTI, IN DEFENSE OF A POLITICAL COURT 182 (1999).
- RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK 375 (2008).
- HOWARD RHEINGOLD, SMART MOBS: THE NEXT SOCIAL REVOLUTION (2002).
- JEFFREY ROSEN, THE MOST DEMOCRATIC BRANCH: HOW THE COURTS SERVE AMERICA (2006).
- CASS R. SUNSTEIN, INFOTOPIA: HOW MANY MINDS PRODUCE KNOWLEDGE (2006).
- CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS: WHY THE FOUNDING DOCUMENT DOESN'T MEAN WHAT IT MEANT BEFORE (2009).
- CASS R. SUNSTEIN, WHY SOCIETIES NEED DISSENT, 122 - 124 (2003).
- JAMES SUROWIECKI, THE WISDOM OF CROWDS: WHY THE MANY ARE SMARTER THAN THE FEW AND HOW COLLECTIVE WISDOM SHAPES BUSINESS, ECONOMIES, SOCIETIES AND NATIONS (2004) .
- MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS, p. x in preface (1999).
- MARK TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 79-110 (2008).
- GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE 236 (1991).
- ALEXIS DE TOCQUEVILLE, DE LA DÉMOCRATIE EN AMÉRIQUE (1835, 1840).
- ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON 313 – 328 (2009) .
- CHARLES MACKAY, EXTRAORDINARY POPULAR DELUSIONS AND THE MADNESS OF CROWDS (Harimman House Classics published, 2003).
- GUSTAVE LE BON, THE CROWD: A STUDY OF THE POPULAR MIND (1841).
- EDMUND BURKE: SELECTED WRITINGS AND SPEECHES, 187 (Peter J. Stanlis ed., 1963).
- JOSEPH BENSMAN, MAX WEBER'S CONCEPT OF LEGITIMACY, IN CONFLICT AND CONTROL 42-47 (Arthur J. Vidich & Ronald M. Glassman eds., 1979).
- VALERIE J. HOEKSTRA, PUBLIC REACTION TO SUPREME COURT DECISIONS (2003) .
- GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? (1991).
- WILLIAM H. REHNQUIST, THE SUPREME COURT: HOW IT WAS, HOW IT IS, 95, 97 (1987) .

- R. BREWER-CARIAS, JUDICIAL REVIEW IN COMPARATIVE LAW, 125-135, 185-194 (1989).
- NICK MOON, OPINION POLLS: HISTORY, THEORY AND PRACTICE, 50 – 66 (1999).
- HAREL ARNON, A THEORY OF DIRECT LEGISLATION (2008).
- DAVID D. SCHMIDT, CITIZEN LAWMAKERS – THE BALLOT INITIATIVE REVOLUTION 26 (1989) .
- ROZA TSAGAROUSIANOU & DAMIAN TAMBINI, CYBERDEMOCRACY: TECHNOLOGY, CITIES, AND CIVIC NETWORKS (1998).
- DAVID B. MAGLEBY, DIRECT LEGISLATION: VOTING ON BALLOT PROPOSITIONS IN THE UNITED STATES 35-77 (1984).
- M. DANE WATERS, INITIATIVES AND REFERENDUMS ALMANAC 11-27 (2003).
- CITIZENS AS LEGISLATORS – DIRECT DEMOCRACY IN THE UNITED STATES 27-53 (Shaun Bowler et al. eds., 1998).
- REID HASTIE & ROBYN M. DAWES, RATIONAL CHOICE IN AN UNCERTAIN WORLD: THE PSYCHOLOGY OF JUDGMENT AND DECISION MAKING 152 - 155 (1988).
- LARS UDÉHN, METHODOLOGICAL INDIVIDUALISM: BACKGROUND, HISTORY AND MEANING (2001).
- REBECCA E. ZIETLOW, ENFORCING EQUALITY: CONGRESS, THE CONSTITUTION, AND THE PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS 9 (2006).

מאמרים בעברית

- דן אבנון "הציבור הנאור": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי? "משפט וממשל ג' 417, 431 (1996).
- אבישי אנטונובסקי "הפסיכולוגיה ומערכת המשפט – התילכנה השתיים יחדיו? - על תרומת הידע על הטבע האנושי (המצוי) לתהליך עשיית הצדק (הרצוי)" **שערי משפט** ח' 11, 49 (2010).
- דנה אריאלי-הורוביץ "משאלי עם: בין תאוריה לפוליטיקה" **פוליטיקה** גיליון 5, 9, 13 - 14 (2000).
- גד ברזילי "המלך אינו עירום: מדוע המשפט פוליטי" **דין ודברים** ד' 58 (2008).
- אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוטו אקטיביזם שיפוטי" **בתוך מבחר כתבים** א' 695, 697 (2000).
- אהרן ברק "הציבור הנאור" **ספר לנדוי** כרך ב' 677, 680 (1995).
- אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז' 475, 482 (1993).
- דפנה ברק-ארז "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" **הפרקליט** נ' 3, 4 (2008).
- רות גביון "לקחי 'הפדרליסט' וההליך החוקתי בישראל" **תכלת** 11 (2001).
- דני גוטוויין "מ"מהפכה חוקתית" ל"הפיכת נגד": ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי"

- **מעשי משפט א 47, 51 – 56 (2008).**
- יואב דותן "האם ישראל צריכה בית משפט לחוקה?" **משפט וממשל** ה 117, 124 – 121 (2000).
- יואב דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר "המהפכה החוקתית"" **משפטים** כח 149, 159-160 (2007).
- אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ 239 (2011).
- רבקה ווייל "הנשאל את פי העם? על הקשר בין הליכי אימוצה של חוקה לבין הליכי תיקונה" **משפט וממשל** י 491, 461 - 462 (2007).
- חיים ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" **המשפט** גיליון 14 9 (2002).
- חיים ה' כהן "הערות להצעת חוקת ישראל" **משפט וממשל** ה 49 (2000).
- פנינה להב "המשפט הישראלי: העשור הראשון" **בית-המשפט - חמישים שנות שפיטה בישראל** 20 (הוצאת הנהלת בתי-המשפט, 1999).
- לירון לוי "מדד ההשכלה של הפוליטיקאים" (המרכז הישראלי להעצמת האזרח, 2009). מופיע בכתובת: www.ceci.org.il/_Uploads/dbsAttachedFiles/politicainseducation.pdf.
- מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי בחברה רב-תרבותית" **שלטון החוק בחברה מקוטבת** 27, 43 (1999).
- מנחם מאוטנר "המשפט הישראלי: העשור הרביעי" **בית-המשפט - חמישים שנות שפיטה בישראל** 132 – 139 (הוצאת הנהלת בתי-המשפט, 1999).
- אליהו ספיר "סקרי דעת קהל – מדריך למשתמש" (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009). מופיע בכתובת: www.idi.org.il/ResearchAndPrograms/Elections_2006/Pages/Research_and_Programs_elections_2006_5.aspx.
- גדעון ספיר "בין ליברליזם לרב-תרבותיות - בעקבות ספרו של מנחם מאוטנר: משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" (ביקורת ספרים) **מחקרי משפט** כו 311 (2010).
- גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" **משפטים** לו 349, 365 - 370 (2007).
- גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" **מחקרי משפט** יט 61, ה"ש 44 (2003).
- אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד 133, 157 (1998).
- ניר קידר "מבט חדש על הקמת מערכת המשפט בישראל" **ישראל** חוברת 11 10 (2007).
- רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" **תיאוריה וביקורת** 5 7, 13 – 15 (1994).
- ארווינג קריסטול "הרוח המפעמת בחוקה האמריקנית" (תורגם ע"י המרכז הישראלי לקידום חברתי וכלכלי) מופיע בכתובת: <http://www.kivunim.org.il/article.asp?id=5>.
- גיליון **פרלמנט** גיליון 35 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002) מופיע בכתובת: www.idi.org.il/Parliament/2002/Pages/2002_35/C_35/Parliament_Issue_35_C.aspx.

- Michael Gallagher, *Conclusion*, in THE REFERENDUM EXPERIENCE IN EUROPE 246 (Michael Gallagher and Pier Vincenzo Uleri eds., 1996).
- Francis Galton, *Vox populi*, NATURE 450 - 451 (1907) . מופיע בכתובת: <http://galton.org/essays/1900-1911/galton-1907-vox-populi.pdf?page=7>.
- *Of oxes and the wisdom of crowds: Lior Zoref at TED2012*, TED – IDEAS WORTH SPREADING (29.2.12) available at: <http://blog.ted.com/2012/02/29/of-oxes-and-the-wisdom-of-crowds-lior-zoref-at-ted2012/>.
- Sergey Brin and Lawrence Page, *The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*, 30 COMPUTER NETWORKS AND ISDN SYSTEMS 107 - 117 (1998). ilpubs.stanford.edu:8090/361/1/1998-8.pdf .
- Cass R. Sunstein, *If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?*, 60 STAN. L. REV. 155 (2007).
- Christian List & Robert E. Goodin, *Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem*, 9 THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 277, 280 (2001).
- Adrian Vermeule, *Many-Minds Arguments in Legal Theory*, 1 THE JOURNAL OF LEGAL ANALYSIS 25 (2009).
- Richard Davies Parker, *The Past of Constitutional Theory—And Its Future*, 42 OHIO ST. L.J. 223 (1981).
- Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737, 1805 (2006).
- Robert C. Post & Reva B. Siegel, *Protecting the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power*, 78 IND. L.J. 1, 17 (2002).
- Robert Post & Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy*, 92 CALIF. L. REV. 1027, 1027 (2004).
- Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, Yale L. J. 115 (2005).
- Reva Siegel, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, HARV. L. REV. 191, 194 (2007).
- John C. Yoo, *In Defense of the Court's Legitimacy*, 68 U. CHI. L. REV. 775, 782 (2001).
- Christopher P. Neck, *Letterman or Leno: a groupthink analysis of successive decisions made by the National Broadcasting Company (NBC)*, 11 JOURNAL OF MANAGERIAL PSYCHOLOGY 3, 5 (1996).

- Richard D. Parker, *Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto* 95-96, 105, 113-14 (1994).
- Jack M. Balkin, *Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 NW. U. L. REV. 549, 601 (2009).
- David E. Pozen, *Judicial Elections as Popular Constitutionalism*, 110 COLUM. L. REV., 2047 (2010).
- L. A. Powe, Jr., *Are "the People" Missing in Action (and Should Anyone Care)?: The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. By Larry D. Kramer, 83 TEX. L. REV. 855 (2005).
- Jed Rubenfeld, *Reading the Constitution as Spoken*, 104 YALE L. J. 1119, 1127 (1995).
- Raoul Berger, *Original Intent: The Rage of Hans Baade*, 71 N.C.L. REV. 1151 (1993).
- Neal Devins, *The D'Oh! of Popular Constitutionalism*, 105 MICH. L. REV. 1333 (2007).
- Terri Peretti, *The Virtues of "Value Clarity" in Constitutional Decisionmaking*, 55 OHIO ST. L.J. 1079, 1099 (1994).
- Andrea Billups, *Starr Returns to Court as Schoolteacher; Celebrity Counsel Helps Law Students Hold Civics Class*, WASH. TIMES, Dec. 1, 1999, at A4.
- Larry Alexander & Lawrence B. Solum, *Book Review: Popular? Constitutionalism? The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. By Larry D. Kramer, 118 HARV. L. REV. 1594, 1602 (2005) .
- Saikrishna Prakash & John Yoo, *2005 Survey of Books Related to the Law: Against interpretive supremacy: The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. By Larry D. Kramer, 103 MICH. L. REV. 1551, 1539 (2005).
- Marcia Coyle, *How Americans View the High Court*, NAT'L L.J. 1, Feb. 26, 1990 at 1, 36.
- Lisa Patrice Taylor, *Illinois v. Perkins: Balancing the Need for Effective Law Enforcement Against a Suspect's Constitutional Rights*, 1991 WIS. L. REV. 989 (1991).
- Rebecca Wilhelm, *Giving Public Opinion the Process that is Due: What the Supreme Court Can Learn from Its Eighth Amendment Jurisprudence*, 38 HOFSTRA L. REV. 411 (2009).
- Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer*, 92 CALIF. L. REV. 1013, 1015 (2004).

- Neal Kumar Katyal, *Legislative constitutional interpretation*, 50 DUKE L.J. 1335, 1362 - 1363 (2001).
- Steven Calabrezi, *The President, the Supreme Court, and the Founding Fathers: A Reply to Professor Ackerman*, 73 U. CHI. L. REV. 469, 476 (2006).
- Mark Twain, *Chapters from My Autobiography*, NORTH AMERICAN REVIEW (1906). www.gutenberg.org/files/19987/19987.txt .
- D.A. Schkade & D. Kahneman, *Does living in California make people happy? A focusing illusion in judgments of life satisfaction*, 9 PSYCHOLOGICAL SCIENCE 340-346 (1998).
- N.W. Barber, *Book Review: Two Meditations on the Thoughts of Many Minds: A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, 88 TEX. L. REV. 807, 812 - 813 (2010).
- Christian List & Robert E. Goodin, *Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem*, 9 THE JOURNAL OF POLITICAL PHILOSOPHY 277, 280 (2001).
- Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer & Ivo Welch, *A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades*, 100 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 992-1026 (1992).
- Sushil Bikhchandani, David Hirshleifer & Ivo Welch, *Learning from the Behavior of Others: Conformity, Fads, and Informational Cascades*, 12 JOURNAL OF ECONOMIC PERSPECTIVES 151-170 (1998).
- William H. Rehnquist, *Constitutional Law and Public Opinion*, 20 SUFFOLK U. L. REV. 751(1986).
- Joseph W. Bellacosa, *Judging Cases v. Courting Public Opinion*, 65 FORDHAM L. REV. 2381 (1997).
- Ronald Kahn, *Judicial Independence and Judicial Accountability: Searching for the Right Balance The Constitution Restoration Act, Judicial Independence, and Popular Constitutionalism*, 56 CASE W. RES. 1083 (2006).
- Aharon Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116. HARV. L. REV.. 16, 54 (2002).
- Penny J. White, *It's a Wonderful Life, or is It? America Without Judicial Independence*, 27 U. MEM. L. REV. 1 (1996).
- Christopher M. Larkins, *Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis*, 44 AM. J. COMP. L. 605, 607 (1996).

- Frances Kahn Zeman, *The Accountable Judge: Guardian of Judicial Independence*, 72 S. CAL. L. REV. 625, 631 (1999).
- Neal Devins, *The D'Oh! of Popular Constitutionalism*, 105 MICH. L. REV. 1333 (2007).
- James G. Wilson, *The Role of Public Opinion in Constitutional Interpretation*, 1993 B.Y.U.L. REV. 1037 (1993).
- Erwin Chemerinsky, *The Supreme Court, Public Opinion, and the Role of the Academic Commentator*, 40 S. TEX. L. REV. 943, 952 - 954 (1999) .
- John M. Scheb II & William Lyons, *Public Holds U.S. Supreme Court in High Regard*, 77 JUDICATURE 273, 273 (1994) .
- R.H. Nicholson, *Capturing and Maintaining Public Confidence in Courts Universal Aspects of Judicial Independence*, YEARBOOK OF THE CENTRE FOR THE INDEPENDENCE OF JUDGES AND LAWYERS 43, 45 (2000).
- Helmut Norpoth & Jeffrey A. Segal, *Comment: Popular Influence on Supreme Court Decisions*, 88 AM. POL. SCI. REV. 711 (1994).
- James W. Stoutenborough, Donald P. Haider-Markel & Mahalley D. Allen, *Reassessing the Impact of Supreme Court Decisions on Public Opinion: Gay Civil Rights Cases*, 59 POLIT. RES. Q. 419 (2006).
- Valerie J. Hoekstra, *The Supreme Court and Opinion Change An Experimental Study of the Court's Ability to Change Opinion*, 23 AMERICAN POLITICS RESEARCH 109 (1995).
- Micheal W. Giles, Bethany Blackstone & Richard L. Vining, Jr., *The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the Linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making*, 70 J. POLITICS 293 (2008).
- David G. Barnum, *The Supreme Court and Public Opinion: Judicial Decision Making in the Post-New Deal Period*, 47 J. POL. 652 (1985).
- Robert A. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, 6 J. PUB. L. 279 (1957).
- Richard Funston, *The Supreme Court and Critical Elections*, 69 AM. POL. SCI. REV. 795 (1975).
- Walter F. Murphy & Joseph Tanenhaus, *Public Opinion and the United States Supreme Court: Mapping of Some Prerequisites for Court Legitimation of Regime Changes*, 2 LAW & SOC'Y REV. 357 (1968).

- Michael W. Link, *Tracking Public Mood in the Supreme Court: Cross-Time Analyses of Criminal Procedure and Civil Rights Cases*, 48 Pol. R. Q. 61 (1995).
- James A. Stimson, Michael B. MacKuen, & Robert S. Erikson, *Dynamic Representation*, 89 Am. Pol. Sci. Rev. 543 (1995).
- William Mishler & Reginald S. Sheehan, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective*, 58 J. Politics 169 (1996).
- Kevin T. McGuire & James A. Stimson, *The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences*, 66 J. Pol. 1018 (2004).
- Tom Clark, *The Separation of Powers, Court Curbing, and Judicial Legitimacy*, 53 AM. J. Pol. Sci. 971 (2009).
- Slade Erole, *Correlations Between the U.S. Supreme Court and Public Opinion on the Issues of Abortion and the Death Penalty* (In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Master of Arts in Political Science the Faculty of California State University, 2010) available at: <http://csuchico-dspace.calstate.edu/xmlui/bitstream/handle/10211.4/264/11%2018%202010%20Slade%20Erole.pdf?sequence=1>.
- William Mishler & Reginald S. Sheehan, *The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*, 87 AM. POL. SCI. REV. 87, 96 (1993).
- William Mishler & Reginald S. Sheehan, *Response: Popular Influence on Supreme Court Decisions*, 88 AM. POL. SCI. REV. 716 (1994).
- Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993).
- Gregory A. Caldeira & James L. Gibson, *The Etiology of Public Support for the Supreme Court*, 36 AM. J. POL. SCI. 635, 659-60 (1992).
- Frank B. Cross, *What Do Judges Want?*, 87 TEX. L. REV. 183, 192-93 (2008).
- Lee Epstein & Andrew D. Martin, *Does Public Opinion Influence the Supreme Court?: Possibly Yes (But We're Not Sure Why)*, 13 U. PA. J. CONST. L. (2011).
- Barry Friedman, *Symposium: Judging Judicial Review: Marbury in the Modern Era*, 101 MICH. L. REV. 2596, 2612 (2003).
- Richard Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing as Everybody Else)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993).

- Richard Posner, *Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 1259 (2005).
- Laurence Baum, *What Judges Want: Judges' Goals and Judicial Behavior*, 47 POL. RES. Q. 749 (1994).
- Mark Cohen, *The Motives for Judges: Empirical Evidence from Antitrust Suits*, 12 INT'L REV. L. ECON 13 (1996).
- Mark Cohen, *Explaining Judicial Behavior or What's "Unconstitutional" About the Sentencing Commission?*, 7 J.L. ECON. & ORG. 183 (1991).
- Frank H. Easterbrook, *What's So Special About Judges?*, 61 U. COLO. L. REV. 773 (1990).
- Gordon R. Foxall, *What Judges Maximize: Toward an Economic Psychology of the Judicial Utility Function*, 25 LIVERPOOL L. REV. 177 (2004).
- Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, *Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases*, CORNELL L. REV. (2008).
- Eric J. Miller, *Judicial Preference*, 44 HOUS. L. REV. 1275 (2008).
- Frederick Schauer, *Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior*, 68 U. CIN. L. REV. 615 (2000).
- Dan Simon, *A Psychological Model of Judicial Decision*, 30 RUTGERS L.J. 1 (1998).
- Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, *Judicial Audiences and Reputation: Perspectives from Comparative Law*, 47 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 451 (2009).
- Nuno Garoupa & Tom Ginsburg, *Reputation, Information, and the Organization of the Judiciary*, 4 J. COMP. L. 201 (2010).
- Roy F. Baumeister & Mark R. Leary, *The Need To Belong: Desire for Interpersonal Attachments as a Fundamental Human Motivation*, 117 PSYCHOL. BULL. 497 (1995).
- Thomas J. Miceli & Metin M. Cosgel, *Reputation and Judicial Decision-making*, 23 J. ECON. BEHAV. & ORG. 31 (1994).
- Neal Devins & Will Federspiel, *The Supreme Court, Social Psychology, and Group Formation*, in *THE PSYCHOLOGY OF JUDICIAL DECISION MAKING* 85 (David Klein & Gregory Mitchell eds., 2010).
- Gordon Silverstein & John Hanley, *The Supreme Court and Public Opinion in Times of War and Crisis*, 61 HASTINGS L.J. 1453 (2010).
- William Mishler & Reginald S. Sheehan, *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court*

Decisions, 87 AM. POL. SCI. REV. 87, 96 (1993).

- Lee Epstein, *The Supreme Court as a Strategic National Policymaker*, 50 EMORY L.J. 583, 584-585 (2001).
- Georg Vanberg, *Legislative-Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review*, 45 AM. J. POL. SCI. 346, 351-352 (2001).
- Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part II: Reconstruction's Political Court*, 91 GEO. L.J. 1, 47, 67 (2002).
- Ernest A. Young, *The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148, 161 - 167 (2005).
- Akhil Reed Amar, *The Central Meaning of a Republican Government: Popular Sovereignty, Majority Rule, and the Denominator Problem*, 65 U. COLO. L. REV. 749, 766 - 768 (1994).
- : Andrew Moravcsik, *The New Abolitionism: Why Does the U.S. Practice the Death Penalty While Europe Does Not?*, Publications, COUNCIL FOR EUR. STUDIES AT COLUMBIA UNIV., Sept. 2001, available at www.ces.columbia.edu/pub/Moravcsik_sep01.html.
- Ernest Young, *Rediscovering Conservatism: Burkean Political Theory and Constitutional Interpretation*, 72. N.C. L. REV. 619 (1994).
- Daniel J. Hulsebosch, *Bringing the People Back In*, 80 N.Y.U.L. REV. 653 (2005).
- W. Bauer, *Public Opinion*, ENCYCLOPEDIA OF SOCIAL SCIENCES XII 669.
- William E. Forbath, *Judicial Review: Historical Debate, Modern Perspectives, and Comparative Approaches : The Will of the People: The Will of the People? Pollsters, Elites, and Other Difficulties*, 78 GEO. WASH. L. REV. 1191 (2010).
- Brian Grivin, *Moral Politics and the Irish Abortion Referendums*, 47 PARLIAMENTARY AFFAIRS 203, 214 – 219 (1992).
- Steven J. Brams, D. Marc Kilgour and William S. Zwicker, *Voting on Referenda: The Separability Problem and Possible Solutions*, 16 ELECTORAL STUDIES 359-377 (1997).
- Steven J. Brams, D. Marc Kilgour, and William S. Zwicker, *The Paradox of Multiple Elections*, 15 SOCIAL CHOICE AND WELFARE 211-236 (1998).
- Hannu Nurmi, *Referendum Design: An Exercise in Applied Social Choice Theory*, 20 SCANDINAVIAN POLITICAL STUDIES 33, 44 (1997).
- Akhil Amar, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V*, 55 U. CHI. L. REV. 1043 (1988).

- Jeremy Waldron, *Judicial Power and Popular Sovereignty*, MARBURY VERSUS MADISON: DOCUMENTS AND COMMENTARY 181-202 (Mark Graber & Michael Perhac eds., 2002).
- Rivka Weill, *The Israeli Case for Judicial Review and Why Should We Care*, 30 BERKELEY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 15 (2011). ssrn.com/abstract=1739625.
- Robert Bright, Elaine Coburn, Julie Faye, Derek Gaficjzuk, Karen Hollander, Janny Jung & Helen Syrmpros, *Mainstream and marginal newspaper coverage of the 1995 Quebec referendum: an inquiry into the functioning of the Canadian public sphere*, 36 THE CANADIAN REVIEW OF SOCIOLOGY AND ANTHROPOLOGY 313 (1999).
- Barbara S. Gamble, *Putting Civil Rights to a Popular Vote*, 41 AM. J. POL. SCI. 245, (1997).
- David B. Magleby, *Direct Legislation in the American States*, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD 234 - 235 (D. Butler & A. Ranney eds., 1994).
- Peverill Squire, *Why the 1936 literary digest poll failed*, 52 PUBLIC OPINION QUARTERLY 125-133 (1988).
- David Butler & Austin Ranney, *Practie*, in REFERENDUMS AROUND THE WORLD: THE GROWING USE OF DIRECT DEMOCRACY 1, 4 (Butler & Ranney eds., 1994).
- John M. Scheb II & William Lyons, *Public Holds U.S. Supreme Court in High Regard*, 77 JUDICATURE 273, 273 (1994).
- Victor F. Comella, *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism*, 82 TEX. L. REV. 1705 (2004).
- Neal Devins & Lawrence Baume, *Why the Supreme Court Cares About Elites, Not the American People*, 98 GEO. L.J. 1515 (2010).
- Rosalind Dixon, *Updating Constitutional Rules*, 2009 SUPREME COURT REVIEW 319-346 (2009).
- Mildred Amer, *Membership of the 109th Congress: A Profile*, CRS REPORT FOR CONGRESS, November 29, 2006. Available at www.senate.gov/reference/resources/pdf/RS22007.pdf.
- Kristofor J. Hammond, *Judicial Intervention in a Twenty-First Century Republic: Shuffling Deck Chairs on the Titanic?*, 74 IND. L.J. 653 (1999).

משפט עברי

- שמות כג, 2.
- בבלי, חולין יט, ע"א.
- בבלי, נזיר מב, ע"א.
- בבלי הוריות ג, ע"ב.
- מדרש שמואל, פרק ג, משנה י"ג.
- נחלת אבות, פרק שלישי, עמ' קנה, פירוש למסכת אבות של הרב דון יצחק אברבנל, הוצאת משפחת זילברמן, ניו-יורק, תשי"ג.
- גנזי-נסתרות, קובץ א, עמ' נ"ג, אוסף כתבי יד הנערך ע"י ליוסף יצחק קאבק.
- ספר המדות להר"ן מברסלב, אמת, ס"ק י'.
- בעל העקרים, מאמר שלישי, פרק כ"ג.
- ספר החינוך, מצווה ע"ח.
- ר' עזריה מן האדומים, אמריבינה, פרק מ"ב.

שונות

- מילון אבן-שושן, כרך חמישי, עמ' 1565 (2007).
- יהודית גלילי ואביטל אפל "קוורום (מניין חברים)" (מוגש לצוות המשותף לאגודה לפרלמנטריזם ולוועדת הכנסת, 2003). מופיע בכתובת: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00563.pdf.
- אלעד ואן גלדר "קוורום השוואה בינלאומית" (מוגש לחה"כ משה ארנס ויוסף לפיד, 2001) מופיע בכתובת: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00433.pdf.
- נתי פרלמן **גיל הבחירה לפרלמנט – סקירה משווה** (מוגש לוועדה החוקה, חוק ומשפט, 17.1.2011). מופיע בכתובת: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m02766.pdf.
- אריה רטנר **תרבות החוק: מערכת החוק והמשפט בראי החברה הישראלית – מחקר אורך 2000 – 2009** 49 – 51 (מרכז שאשא למחקרים אסטרטגית, 2009).
- THE CONCISE OXFORD DICTIONARY OF QUOTATIONS 124 (3rd ed., Oxford University Press, 1993)
- CODE OF GOOD PRACTICE ON REFERENDUMS. [www.enice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)008-e.asp#_Toc208711707](http://www.enice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)008-e.asp#_Toc208711707).

Abstract

This paper explores the issue of the appropriate weight allocated to public opinion in processes of constitutional interpretation vis-à-vis its application, or in other words, is it proper for the court to consider public opinion in this process. In the framework of this discussion, we will present and examine the various approaches to the question—primarily as these approaches have developed in American constitutional discourse—and their underlying claims. Additionally, we will examine practical questions regarding the evaluation of public opinion. Finally, we will examine the question of applying the conclusions of this discussion within the circumstances of the State of Israel.

Proponents of considering public opinion support their position with a number of claims. In their view, the public has an advantage over individuals when making decisions, even when these individuals are considered experts in their fields (wisdom of crowds). In addition, they claim that considering public opinion is necessary due to the fact that the constitution was established by the public and serves as an expression of that same public's positions and desires; therefore, its interpretation must continue to express these elements (popular constitutionalism). They also posit that ignoring public opinion may potentially engender public resentment and therefore damage the public's regard for the court. Finally, they point out the flaw in requesting that judges disregard public opinion since this is an impossibility. Empirical studies indicate a high correlation between the court's rulings and public opinion, a testament to the fact that the court is heavily influenced by the public's stance.

Opponents of considering public opinion claim that constitutional interpretation in accordance with the public's stance is inappropriate due to the fact that the public possesses neither the necessary tools nor the sufficient interest in constitutional dilemmas, and interest is an essential prerequisite to the ability to engage in interpretation. They also claim that interpreting the law in accordance with public opinion will damage the concept of finality, due to the fact that the public finds inconsistencies within constitutional questions. Finally, they raise the issue that considering public opinion may lead to a violation of minority rights.

Chapters A through B discuss the various approaches and claims in support of and against each of these issues. The conclusion of this discussion is that the court must consider public

opinion when interpreting the law, primarily due to the moral principle that underlies the claim of popular constitutionalism.

In order for the court to consider public opinion in the process of interpretive legal discourse, we must first clarify the public's stance in regard to the case in question. In this context, two basic questions arise: Who constitutes the public, and what majority is necessary to designate a particular idea as “public opinion”? Chapter C discusses these questions and presents the conclusion that “the public” must be comprised of citizens and ideally a large majority, drawing on participants from the general population as well as those who support particular stances from among those participants, as a condition for designating a relevant position as the public's opinion.

In chapter C, we will also claim that in order to determine the public's stance on an issue, there must be a preliminary procedure consisting of several phases: establishing the issue slated for public consideration; formulating a question and possible answers, taking care not to bias public opinion in the process; and waging a campaign. Following this procedure in all of its stages, a survey or referendum is conducted, the results of which are considered to reflect the public's sentiments. In order to overcome the complications inherent in surveys or referenda and in order to minimize the resources required to conduct them, a proposition was made to utilize an online voting system in which every citizen could vote using an individualized code.

Another point argued was that the authority to pose a constitutional question for discussion, in the framework of the aforementioned process, should be restricted to the citizens themselves. When a legal issue is discussed in a court of law, any citizen who so desires may request a clarification of the public opinion on that issue. The request would then undergo a process of review whose purpose would be to verify that the issue indeed warrants deep public interest. In the event that this is determined to be true, the aforementioned procedure commences. The primary purpose that was offered as a basis for this procedure is that the matter is consistent with the moral tenets underlying popular constitutionalism: not only does the public express its opinion regarding constitutional interpretation and thereby contribute to its design, but also originally decides which constitutional issues even warrant the court's evaluation.

Despite the fundamental decision for the benefit of considering public opinion, chapter D claims that the matter is also dependent on the context of the specialized data of the political unit in which the question was raised. Thus, the remainder of the chapter is dedicated to describing the unique characteristics of the State of Israel and the examination of their influence on the issue at hand. The conclusion of this discussion is that these characteristics strengthen the fundamental support for considering public opinion in constitutional interpretation.

As stated, the claim for popular constitutionalism is that the public retains the right to shape the law. The current constitutional reality in Israel does not measure up to these conditions. The court defines the law, though its application is based on an imperfect constitution, a sizable portion of which was borne of dubious circumstances and whose normative status has been modified by the court itself without clear justification, all within the framework of “the constitutional revolution”. Furthermore, the relationship between the judicial authority and the political authorities is characterized by tension and a lack of cooperation, leaving the public with very little sway over determining the makeup of the court.

Such a reality—in which the popular element of the shaping of the law is so minuscule—amplifies the need for public inclusion in constitutional interpretation in the context of its application.

This work was carried out the supervision of Prof. Gideon Sapir
Department of Law, Bar-Ilan University.

BAR-ILAN UNIVERSITY

**CONSIDERATION OF PUBLIC
OPINION IN CONSTITUTIONAL
INTERPRETATION**

Shaul Sharf

Submitted in partial fulfillment of the requirements for
the Master's Degree in the Faculty of Law, Bar-Ilan
University

Ramat-Gan, Israel

2012