



פורום המרצות והמרצים למשפטים  
منتدى محاضرات  
المحاضري القانون  
لمعן הדמוקרטיה من أجل الديمقراطية  
The Israeli Law Professors' Forum  
for Democracy

## פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה

### נייר עמדה מס' 38: מינוי שופטים בארצות הברית

הופץ ביום 28.3.2023\*

#### תקציר

פורום המרצות והמרצים למשפטים למען הדמוקרטיה - קבוצה בלתי מאוגדת ובלתי תלויה בגוף פוליטי של מומחים ומומחיות למשפט הישראלי ולמשפט הציבורי בפרט הפועלת בהתנדבות - רואה בדאגה רבה את הכוונה המסתמנת לפעול לביטול עצמאותה של הרשות השופטת, להכפפתה לממשלה ולשיקוליה הפוליטיים מפלגתיים של הרשות המבצעת, לפגיעה במעמד העצמאי של היועצים המשפטיים לממשלה ולמשרדי הממשלה ובזכויות אדם. **בנייר עמדה זה אנו מתייחסות להליכי מינוי שופטים בארצות הברית.**

#### **אנו מראות כי:**

- הטענה הנשמעת מפי תומכי השינויים המשטריים לפיה בארצות הברית נבחרו הציבור הם אלה שבחרים בכל השופטים היא גם שגויה וגם מטעה.
- בצד השופטים הפדרליים, מכהנים בכל מדינות ארצות הברית שופטים במספר ערכאות. במדינות ארצות הברית קיימות שיטות מגוונות למינוי שופטים, ונשיא ארה"ב אינו מעורב באף אחת מהן.
- גם במקרה של מינוי בידי הנשיא, לעניין שופטים פדרליים, נדרש בחוקת ארה"ב אישור של הסינאט: בכך יש בלם חשוב, שכן הרוב בסינאט יכול להיות בידי המפלגה היריבה.

---

\* אנחנו, חברות וחברים בפורום מרצות ומרצים למען הדמוקרטיה, בעלי עמדות אקדמיות שונות לגבי פרטי הרפורמות השונות שהציעה הממשלה ה-37 לשינוי שיטת המשטר בישראל. לפיכך, ניירות העמדה או חומרים מקצועיים אחרים המופקים על ידינו משקפים את העמדה הרווחת בקרב החברים, גם אם אינם על דעת כולם. עם זאת, אנו מאוחדים בדעה כי יש במכלול ההצעות של הממשלה – שעניינן מתקפה חסרת תקדים בחומרתה על עצמאות השפיטה, היעוץ המשפטי, המשטרה, הצבא, והשידור הציבורי – כדי לפגוע באופן חמור בשלטון החוק ובאופייה הדמוקרטי של ישראל. לפיכך, חברנו לפורום זה כדי להעמיד לרשות הציבור את חוות דעתנו המקצועית בשעה הרת גורל זו. רשימת חברות וחברי הפורום מתפרסמת באתר הפורום, שם גם מופיעים כל ניירות העמדה מטעמנו: <https://lawprofsforum.org> עקבו אחרינו בטוויטר <https://twitter.com/lawprofsforum>. ליצירת קשר [lawprofessorsforum@gmail.com](mailto:lawprofessorsforum@gmail.com)

- אין לשכוח קיומם של בלמים אחרים, החסרים בישראל: לענייננו, קיום שני בתי מחוקקים ומבנה פדרלי.
- כמו כן, קיימת ביקורת על הפוליטיזציה של מינוי השופטים במבנה הפדרלי, אולם תיקון החוקה הוא מעשית בלתי אפשרי לאור דרישות הרוב המכבידות, שאין סיכוי ממשי לעמוד בהן בשל הגיוון החברתי והקיטוב הפוליטי.
- לפיכך, הטענה לפיה בחירת שופטים בישראל בידי הקואליציה היא מודל התואם למודל האמריקאי – היא כזב.

### **נימוקי נייר העמדה:**

רבים מן התומכים בשינויים המשטריים הנדונים כעת בישראל טוענים, כדבריו של בנימין נתניהו בנאומו מיום 23.3.2023, כי "בכל הדמוקרטיות, לרבות בארה"ב, נבחרה הציבור הם אלה שבחרים שופטים. כמעט אין לזה יוצאי מהכלל, בודדים. אז ארה"ב היא לא דמוקרטיה? ניו זילנד היא לא דמוקרטיה? קנדה היא לא דמוקרטיה?".

טענות מסוג זה הן מופרכות. ניירות וסרטונים המציגים את אי הדיוקים מופצים בציבור, בעיקר בפורמטים מקוצרים המעבירים מסר ברור – אך מטעה.<sup>1</sup> בנייר זה מוצגות באופן מפורט יותר מערכות המינויים לשופטים בארצות הברית, בכל הערכאות והמסגרות, תוך קישורם לקיומם של בלמים רבים בשיטה של ארצות-הברית שאינם קיימים בישראל.

הטענה כי כל השופטים בארצות-הברית מתמנים בלעדית בידי נבחרה הציבור, לענייננו, נשיא ארצות הברית, היא מוטעית בעליל. בטענות מסוג זה נשכחו ארבע עובדות מרכזיות:

1. ראשית, בצד השופטים הפדרליים, מכהנים בכל מדינות ארצות הברית שופטים במספר ערכאות. במדינות ארצות הברית קיימות שיטות מגוונות למינוי שופטים, ונשיא ארה"ב אינו מעורב באף אחת מהן;
2. שנית, גם במקרה של מינוי בידי הנשיא, לעניין שופטים פדרליים, נדרש בחוקת ארה"ב אישור של הסינאט: בכך יש בלם חשוב, שכן הרוב בסינאט יכול להיות בידי המפלגה היריבה;
3. שלישית, אין לשכוח קיומם של בלמים אחרים, החסרים בישראל: לענייננו, קיום שני בתי מחוקקים ומבנה פדרלי;
4. ואחרונה, קיימת ביקורת על הפוליטיזציה של מינוי השופטים במבנה הפדרלי, אולם תיקון החוקה הוא מעשית בלתי אפשרי לאור דרישות הרוב המכבידות, שאין סיכוי ממשי לעמוד בהן בשל הגיוון החברתי והקיטוב הפוליטי.

### **א. על מינוי שופטים במדינות ארה"ב**

כל הדיונים על מינוי שופטים מדינתיים בארה"ב, לרבות הדיון להלן, מוכיחים כי מינוי שופטים במדינות נעשה בדרכים מגוונות. לדוגמא, מחקר ומידע שפרסם The Brennan Center for Justice, מכון מחקר

<sup>1</sup> ראו עמיחי כהן וגיא לוריא, "השוואת בחירת שופטים לערכאות עליונות: אין כמעט דמוקרטיה שממנה בלי למנוע שליטה קואליציונית", המכון הישראלי לדמוקרטיה (2023), <https://www.idi.org.il/articles/48482>, (השוואה בין 42 שיטות); זיו בורר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בניו-זילנד", נייר בידי הכותבות (שניהם עוסקים במינוי לבתי משפט עליון, לא במינויים לתפקידים שיפוטיים אחרים, סוגייה אליה מתייחס נייר זה בהקשר של ארצות-הברית).

בלתי תלוי המסונף לאוניברסיטת ניו-יורק,<sup>2</sup> מציג באופן גרפי דרכים אלו. לפי מפה אינטראקטיבית שפירסם המרכז,<sup>3</sup> המוצגת להלן, הוא מזהה שש שיטות שונות למינוי שופטים מדינתיים, וגם במסגרתן ניתן למצוא הסדרים שונים:

1. מינוי בידי ועדה על בסיס איכות מקצועית: התכנית הקרויה Missouri Plan (בעת עריכת המפה, 14 מדינות אימצו שיטה זו).<sup>4</sup>
2. בחירה בידי תושבי המדינה בלא זיהוי פוליטי של המועמדים (14 מדינות).
3. מינוי בידי מושל המדינה (10 מדינות, אך ראו להלן פירוט דרכי הבחירה במדינת ניו-יורק לערכאות נמוכות).
4. בחירות על בסיס זהות פוליטית של המועמדים (7 מדינות).
5. שיטה המזוהה כ"היברידית" – שילוב של מינוי בידי המושל ובחירות (4 מדינות).
6. מינוי בידי בית המחוקקים של המדינה (2 מדינות).



Figure 1: מתוך אתר האינטרנט של מכון ברנן לצדק, אוניברסיטת ניו-יורק

מאז עריכת המפה נערכו שינויים בדרכי מינוי השופטים במדינות, ולכן אין לראות בה אסמכתא מחייבת, אך מכל מקום, עולה ממנה בבירור שיש דרכים מגוונות למינויים של שופטים במדינות ארה"ב.<sup>5</sup>

מספר דוגמאות אודות שיטות המינוי הנוהגות כיום:

<sup>2</sup> לאתר המרכז ראו <https://www.brennancenter.org/> למידע אודות המרכז ראו שם, <https://www.brennancenter.org/about>. לדו"ח המפרט וממליץ על שינויים במערכי המינוי, כולל של שופטי בית המשפט העליון. ראו Alicia Bannon, *Choosing State Judges: A Plan for Reform* (New York 2018). למידע מאתר המרכז ראו להלן. ראו גם ראו חוות דעת בכתב של Herbert Kritzer, מומחה בעל שם עולמי לפוליטיקה שיפוטית והליכיה, 3.3.23 (בידי כותבות הנייר).

<sup>3</sup> <https://www.brennancenter.org/judicial-selection-map>

<sup>4</sup> על שיטת מיסורי ראו

; <https://www.britannica.com/topic/Missouri-Plan>; <https://yourmissourijudges.org/the-missouri-plan>

<sup>5</sup> ראו <http://judicialselectionmap.brennancenter.org/?court=Supreme>. Kritzer, לעיל הערה 2, מזהה שמונה שיטות.

1. מיסורי: תכנית מיסורי, שאומצה בידי 14 מדינות (כולל פלורידה, ניו מקסיקו, ומדינות במערב התיכון של ארה"ב), נקבעה לראשונה בחוקת המדינה ב-1940. על פיה, ועדות מינויים, בהן חברים אנשי משפט ואזרחים, מציעים שלוש מועמדות. מושל המדינה בוחר אחד מהם, והעניין אינו תם בכך: בבחירות במדינה, המתקיימות לאחר תום שנת כהונה, עומדת השופטת לבחירה בידי בעלי זכות הבחירה.<sup>6</sup>
2. קליפורניה: השיטה בקליפורניה הוערכה במחקר האמור כ"היברידית". שופטי בתי המשפט לערעורים ובית המשפט העליון של המדינה מתמנים בידי המושל, לאחר בחינה של ועדה בת שלושה חברים, המורכבת מנשיא בית המשפט העליון של המדינה, היועץ המשפטי למדינה ונשיא הערכאה שבה נדרש למנות שופט. החלטת המושל מחייבת אישור הוועדה, לכן בפועל, מועמד שאינו נתמך בידי הוועדה לא ימונה. שופטים בערכאות אחרות מתמנים בבחירה אזורית ישירה.<sup>7</sup>
3. ניו-יורק: במפה הנזכרת לעיל נקבע כי המינוי הוא בידי המושל, באישור הסינאט, אך בחוקת המדינה כנוסחה היום חלים כללים שונים על מינוי שופטים בערכאות השונות. מינוי השופטים לבית המשפט לערעורים (Court of Appeals), שהוא הערכאה הגבוהה ביותר במדינה, הוא בידי המושל, מתוך רשימת מועמדות מומלצות בידי ועדה, באישור הסינאט של המדינה. הוא הדין בשופטים המכהנים בערכאות ערעור ובערכאה העוסקת בעיקר בתביעות כספיות נגד המדינה (Appellate Divisions, Appellate Terms, Court of Claims). נוסף לאלה, עשרות בתי משפט קרויים "בית משפט עליון", שהם למעשה הערכאה הראשונה ומכהנים במספר מחוזות שיפוטיים, נבחרים בידי תושבי המחוז (מספר המחוזות ניתן לשינוי). שיטת הבחירות בידי התושבים נוהגת גם במינוי שופטים בערכאות אחרות בדרגה נמוכה, למשל בתי המשפט למשפחה ובתי המשפט העוסקים בירושות ובצוואות (Surrogate's Courts). מערכת בתי המשפט של העיר ניו-יורק כפופה לכללי מינוי נפרדים.<sup>8</sup>

מעבר לשאלה שעניינה דרכי המינוי, יש להדגיש כי שלא כבשיטת המינוי לבתי משפט פדרליים, מינויים של שופטים במדינות הוא לתקופה קצובה. כך למשל, שופטי בית המשפט העליון של קליפורניה מתמנים לתקופה של 12 שנים, ושופטי "בתי המשפט העליונים" במדינת ניו-יורק, שהם כאמור בתי משפט בדרגה ראשונה, מכהנים במשך 14 שנה. חוקותיהן של המדינות מוסיפות דרכי מינוי זמניים של שופטים שפסקו מלכהן בתוך תקופת המינוי. בחוקות בהם מעורבת ועדת מינויים נקבעו גם מבנה הוועדה.

## **ב. על מינוי שופטים פדרליים**

<sup>6</sup> ראו חוקת מיסורי, סעיפים 25(a)-25(d).

<sup>7</sup> ראו חוקת קליפורניה, סימן VI.

<sup>8</sup> חוקת מדינת ניו-יורק, סימן VI. לדו"ח משנת 2014 מטעם לשכת עורכי הדין של עיריית ניו יורק, ראו NEW YORK CITY BAR, COUNCIL ON JUDICIAL ADMINISTRATION, JUDICIAL SELECTION METHODS OF THE STATE OF NEW YORK: A GUIDE TO UNDERSTANDING AND GETTING INVOLVED IN THE SELECTION PROCESS (New York, 2014).

יש לציין שבחלק מן הספרות, לרבות המפה שהוכנה בידי מרכז ברנן ובמאמר של Ash & McLoed, הנדון להלן, שיטת המינוי במדינת ניו יורק מזוהה כשיטה של מינוי בידי המושל בלבד.

שיטת המינוי של שופטים במערכת הפדרלית ידועה יותר, והיא זו המאוזקרת בידי תומכים שונים של ההפיכה המשטרית. על פי החוקה של ארה"ב, המינוי הוא בידי הנשיא, אך נדרש אישור הסינאט לכל מינוי. שופטים מכהנים לכל ימי חייהם, מאפיין שיש לו השלכה, כפי שנראה, על החלטות פרישה. הליך המינוי יכול להיות פשוט, ולערב רק את מי ששייכים למפלגת השלטון – זאת, אם בתקופת המינוי הרוב בסינאט הוא בידי מפלגתו של הנשיא. גם במקרה זה הצעת הנשיא למינוי איננה מובטחת: מדובר במשטר נשיאותי, החסר את המוסדות של משמעת מפלגתית וקואליציונית האופייניים למשטרים פרלמנטריים; כך, גם במצב בו מפלגתו של הנשיא שולטת בסינאט אין מובטח לנשיא אישור המועמד. שלו. הקושי במינוי עולה כאשר לנשיא אין רוב בסינאט. סינאט לעומתי (כלפי הנשיא) אינו תופעה נדירה. בין השנים 1945 ועד היום, מתוך 49 כהונות של הקונגרס (המתחדש בכל שנתיים), ב- 14 מהן הרוב בסינאט היה לעומתי לזהות המפלגתית של הנשיא. ואכן, מסיום מלחמת העולם השנייה ועד 2016, 13 מינויים מתוך 30 שאושרו (43%) נעשו במצב של סינאט לעומתי הדורש מו"מ ופשרה בין הצדדים.<sup>9</sup> הפוליטיקה של הליכי המינוי מורכבת ותלויה בין היתר בנקודות מוצא, בראשן היווצרות צורך במינוי לאור פטירה או התפטרות של שופט/ת מכהנת/ת והיחסים שבין נשיאים לבין סינאטים לעומתיים. ניתוח סטטיסטי דורש אם כן בחינה של כלל הגורמים העשויים להשפיע, בחינה החורגת מגדר מסמך זה, אך קיימת בספרות.<sup>10</sup>

לצרכינו, די לציין כי בצד כישלונות במינוי, משיכת מינוי או היעדר קידום של התהליך (מנשיאותו של ניקסון ועד נשיאות ביידן ידועים חמישה מקרים כאלה, ועוד מקרה של מינוי בניסיון השני<sup>11</sup>), לאור התנגדות הסינאט או שימוש בשיטת הפיליבסטר—משיכת הדיון עד תום המושב של הסינאט שבמהלכו הועלתה מועמדות לדיון—בתקופות בהן נשיא אינו נהנה מרוב בסינאט, יכול להיווצר מצב בו שופטים התומכים במפלגת הנשיא ממשיכים לכהן כל עוד הנשיא המכהן שייך למפלגה היריבה, עד היבחרו של נשיא התואם את עמדותיהם. הדוגמה האחרונה עד כה למהלך כזה היא מינוייה של השופטת Ketanji Brown Jackson בשנת 2022 בידי הנשיא ביידן (מהמפלגה הדמוקרטית), במקומו של השופט Breyer, שמונה בשנת 1994 בידי הנשיא ביל קלינטון (מאותה מפלגה), שהתפטר מתפקידו לאחר חילופי הנשיאות, בהיותו בן 84. המינוי אושר בידי הסינאט, בו 51 מחבריו תמכו במפלגה הדמוקרטית.<sup>12</sup> בנוסף לכך, התפתחה בארה"ב מוסכמה, לפיה לא ימונה שופט פדרלי אם קיימת התנגדות למינוי מטעם חברי הסינאט המייצגים את המדינה ממנה מגיע המועמד לשפיטה.<sup>13</sup>

<sup>9</sup> ראו <https://constitutioncenter.org/blog/presidents-vs-opposing-senates-in-supreme-court-nominations>

<sup>10</sup> ראו LEE EPSTEIN & JEFFREY A. SEGAL, *ADVICE AND CONSENT: THE POLITICS OF JUDICIAL APPOINTMENTS* (2007).

<sup>11</sup> דחיית מועמדים: Clement Haynsworth ו- Harrold Carswell בתקופת נשיאותו של ריצ'רד ניקסון, של Robert Bork בעת כהונת הנשיא רייגן; חזרה ממועמדות של Harreit Meyers והצלחה בסיבוב השני של מינוי John Roberts בתקופת נשיאותו של ג'ורג' ו. בוש; והפסקת התהליך למינויו של Merrick Garland בעת נשיאותו של אובמה.

<sup>12</sup> לדיון בנתונים אודות אופני הפעולה של הסינאט ראו למשל Scott Bomboy, *Presidents vs. opposing Senates in Supreme Court Nominations*, NATIONAL CONSTITUTION CENTER (2016), <https://constitutioncenter.org/blog/presidents-vs-opposing-senates-in-supreme-court-nominations>. בהרכב של 2022, 49 מתוך 100 חברי הסינאט השתייכו למפלגה הדמוקרטית. ראו <https://www.senate.gov/history/partydiv.htm>

<sup>13</sup> להגדרה מילונית של המוסכמה הקרויה senatorial courtesy ראו <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/senatorial-courtesy>. לדיון במוסכמה ראו למשל Tonja Jacobi, *The Senatorial Courtesy Game: Explaining the Norm of Informal Vetow in Advice and Consent Nominations*, 30(2) LEGISLATIVE STUDIES QUARTERLY 193 (2005).

מכל מקום, על שיטה זו קמה ביקורת, והישענות על מרכיב בודד בהיעדר יתר המרכיבים (בין היתר, חוקה כתובה קשיחה ביותר, פדרליזם, קיומם של שני בתי מחוקקים ותרבות משפטית לגליסטית בהרבה מזו בישראל, עושה עוול לרעיון של "השוואה". לעניין חשוב זה נידרש להלן.

**ג. הקושי הבסיסי בחילוץ מאפיין אחד (כאן, מינוי שופטים) מתוך כלל המערך החוקתי/משטרי מתוך מטרה להשוות לשיטה אחרת**

חילוץ מרכיב אחד, שיטת המינויים, כפי שזו קיימת רק במערך הפדרלי של ארצות הברית, ואימוצו בישראל לוקה לא רק בהתעלמות מן המגוון של שיטות המינויים הקיימות בארה"ב. כל השוואה מחייבת הבחנה של מערך שלם של מרכיבים המשליך על תפקודם של שופטים ויכולתם לבקר בצורה עצמאית את פעילות הרשות המבצעת. ארצות הברית רחוקה מרחק רב ביותר מהשיטה הנקוטה בישראל (או זו המוצעת). זוהי מדינה עם משטר נשיאותי בו לקונגרס ולנשיא יש מארג של איזונים ובלמים בניגוד לשיטה המוחלטת של הממשלה בכנסת המאפיינת את המשטר הפרלמנטרי בישראל; ברמה הפדרלית, יש בארצות הברית שני בתי מחוקקים, מה שמוביל לקיומו של מערך בולם במקרים רבים; המבנה הפדרלי, המעניק למדינות כוח לעסוק בתחומים רבים (כולל חינוך, בריאות ושיטור) מוסיף נדבך חשוב למערך האיזונים והבלמים; חוקת ארה"ב הנוקשה מהווה אף היא הגנה מפני שררת השלטון, ובמערך הנוכחי, חוקה זו איננה ניתנת דה-פקטו לשינוי או תיקון בשל דרישות הרוב הנדרשות לשינוי החוקה, ומשום כך כל מחשבה על שינוי השיטה נתקלת במחסום של אי-היתכנות, גם אם מבקרים של שיטת המינויים סבורים שיש להחליפה. אף אחד ממרכיבים אלה, המשליכים ישירות על הביקורת השיפוטית (כמו גם מאפיינים נוספים שאינם נדונים כאן) אינו קיים בישראל.

**לסיכום**

הטענה שהועלתה בעניין מינוי כל השופטים בארה"ב בידי הנשיא מוטעית או בידי נבחר ציבור. הגיוון של דרכי המינוי של שופטים במדינות השונות והמעברים בין שיטה לשיטה רחוקים מאד מההנחה שבכל הפדרציה של ארצות הברית יש דרך מינוי אחת. קיימת חובה לציין בצד שיטות המינוי את קיומם או היעדרם של מרכיבים נוספים המספקים בלמים לרשות המבצעת המרכזית, בלמים שאינם קיימים בהצעה לתיקון השיטה בישראל.

**נייר עמדה זה נכתב על ידי:**

פרופ' מרגית כהן, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית  
ד"ר יעל שומר, בית הספר למדע המדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים, אוניברסיטת תל אביב