

הבחירה הציבורית – עקרונות ומחקר בישראל

מאת

עמיחי כהן*

מאמר זה הוא ניסיון להציג, לראשונה בעברית, בצורה מלאה, את הרלוונטיות המשפטית של גישת "הבחירה הציבורית" (Public Choice) או בשמה האחר "הבחירה החברתית" (Social Choice) על פניה השונים. בבסיסה של גישת הבחירה הציבורית עומד הניתוח של הפוליטיקה בכלים כלכליים. חלקו הראשון של המאמר מתאר את גישת הבחירה הציבורית, על מרכיביה המרכזיים: תיאורית קבוצות האינטרס, תיאורית ההצבעה, שיטת הפעולה של מוסדות השלטון ועוד. בהמשך המאמר מוצגות הביקורות המרכזיות על גישה זו. חלקו השני של המאמר הוא ניסיון למפות את הרלוונטיות של גישת הבחירה הציבורית למחקר המשפטי הישראלי. ראשית, מציג המאמר סקירה של השימושים שנעשו בגישת הבחירה הציבורית בכתביה המשפטית הישראלית. שנית, המאמר מציג שורה של עניינים שבהם יש מקום לפיתוח נוסף של המשפט על פי גישת הבחירה הציבורית.

א. הקדמה

ב. סקירה של גישת הבחירה הציבורית

1. תיאוריית ההצבעה

2. תיאוריית קבוצות האינטרסים

3. התיאוריה המוסדית של הבחירה הציבורית

4. האינטראקציה בין המוסדות

ג. הערכה של גישת הבחירה הציבורית

1. ההערכה הפוזיטיבית של גישת הבחירה הציבורית

* מרצה, הקריה האקדמית אונו. ברצוני להודות ליעקב בן שמש, אייל בנבנשתי, עומרי ידלין, אחינועם מרגלית ולחברי מערכת קרית המשפט על הערותיהם. נעזרתי גם במסמכי בית הדין שסופקו לי על ידי עורכי הדין יהודה רסלר, יפה דולב, ד"ר רענן הר-זהב וליאור כ"ץ, מעתירות שהיו מעורבים בהן אני מבקש להודות להם על סיועם ונכונותם.

2. הערכה נורמטיבית של הבחירה הציבורית
 - (א) בעיית הלגיטימיות
 - (ב) הבחירה הציבורית כמשחיתת החברה
- ד. מיפוי המחקר בישראל
- ה. זווית ישראלית – תחומים עתידיים למחקר הבחירה הציבורית במשפט הציבורי הישראלי
 1. על חוקה ופרשנותה
 2. המאבק בין הרשות המחוקקת למבצעת
 3. על מינויים והחלטות של בית המשפט העליון
 4. בית המשפט והמערכת הדמוקרטית הישראלית
 5. השפעת בית המשפט המתערב על תפקודה של הרשות המחוקקת
 6. הבחירות לכנסת ותוצאותיהן
- ו. סיכום
 1. הטעם למיעוט העיסוק
 2. תפקידו של החוקר

א. הקדמה

מדעני המדינה הישראלים טוענים בשנים האחרונות, כי אמון הציבור במוסדות הנבחרים הולך ויורד.¹ למצב זה השפעות ניכרות על השלטון הדמוקרטי. מידה מסוימת של אמון ציבורי במשרתי הציבור (נבחרי הציבור ועובדי הממשלה) הכרחית כדי לשמור על לגיטימיות של שלטון החוק – תנאי שבלעדיו אין זכות לקיומה של מדינה מודרנית.² חוסר-האמון המופגן במוסדות הנבחרים מעמיד בספק את חסינותה של הדמוקרטיה הישראלית כולה. הסכנה היא, כי אי-נחת ממוסדות נבחרים תהפוך לתמיכה במנגנונים אנטי-דמוקרטיים כדי לפתור בעיות שמוסדות הדמוקרטיה לכאורה אינם מסוגלים להתמודד עמן.

נדמה, שחלק מהפתרון לבעיה זו נמצא על ידי הציבור הישראלי הנותן אמון רב במוסדות ציבוריים לא-נבחרים, שבידיהם הוא מפקיד את קבלת ההחלטות המרכזית.³

1 באופן כללי על אמון הציבור במוסדות הפוליטיים ראה: אשר אריאן, ניר אטמור ויעל הדר מדד הדמוקרטיה הישראלית – 2006 (2006). [אפשר גם להוריד את המאמר מאתר המכון הישראלי לדמוקרטיה: www.idi.org.il/hebrew/catalog.asp (נצפה לאחרונה פברואר 2007) במיוחד עמ' 67–69].

2 ראו, למשל, דבריו של השר ההולנדי לרפורמה בממשל בוועידת ה-OECD בשנת 2005 ב-"Trust is the Key" Alexander Pechtold (אפשר להוריד מאתר ה-OECD observer) (www.oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/1695/Trust_is_the_key.html (נצפה לאחרונה פברואר 2007)).

3 ראו שלמה מזרחי ואסף מידני מדיניות ציבורית בין חברה למשפט – בית המשפט העליון, השתתפות פוליטית ועיצוב מדיניות (2006). מזרחי ומידני טוענים, כי בעיית "אי-המשילות" היא הבעיה הבולטת של הממשל בישראל וכי אי-המשילות היא שאפשרה את עליית כוחו של בית המשפט העליון. את המונח "אי-משילות" מגדירים מזרחי ומידני כ"חוסר יכולתה של הממשלה לקבל החלטות יעילות וליצור יציבות ומדיניות בעלת חזון ארוך טווח" (שם, בעמ' 106).

כך האמון בבית המשפט העליון, שהפך למוסד אשר בידיו מופקדות ההכרעות הערכיות החשובות ביותר של מדינת ישראל. כך צה"ל, שבידיו הופקדה השליטה בשטחים נרחבים הנתונים לשליטת מדינת ישראל⁴ וכך רשויות מנהליות שונות שבידן הופקד הפיקוח על שורה של תחומי פעילות מדיניים, למעשה כמעט בלא פיקוח פוליטי.⁵ עם זאת, גם התמיכה במוסדות אלו נמצאת בקו עקיב וברור של ירידה.⁶

התופעות שתוארו לעיל אינן ייחודיות למשטר מדינת ישראל. במדינות רבות בעולם ישנה ירידה באמון במוסדות הנבחרים,⁷ בייחוד לאחר עליית הדמוקרטיה הלא-ליברליות – אותן מדינות אשר הממשלה נבחרת בהן בבחירות, אך צורת הממשל בהן אינה ליברלית כלל וכלל.⁸

מעבר לאבחון הבעיה, מלווה הטיפול בבעיית הדמוקרטיה והאמון במוסדות הנבחרים גם במחקר אקדמי. למחקר זה השפעות משפטיות נרחבות, שכן הוא מאיר באור חדש, ולא דווקא מחמיא, את תהליך קבלת ההחלטות ואת תהליך החקיקה כולו. ענף מחקרי בתחום מדעי המדינה הנוגע באופן ספציפי לנושא זה נקרא "Public Choice" או "הבחירה הציבורית".

מאמר זה מחולק לשני חלקים עיקריים: החלק האוניברסלי והחלק הישראלי. מטרתו של החלק הראשון כפולה: ראשית, אני מנסה להציג את תיאוריית הבחירה הציבורית, הנותנת תשתית תאורטית ואמפירית לחלק ניכר מהחשדות הציבוריים כלפי המוסדות הנבחרים, ובעיקר את ההשפעות המשפטיות של תיאוריה זו. שנית, אני מציע כי על פי גישה של הבחירה הציבורית, מתן אמון ברשויות מנהליות (דהיינו: רשויות מקצועיות ממונות שאינן נבחרות) על חשבון רשויות השלטון הנבחרות הוא

4 ראו Amichai Cohen, *Administering the Territories: An Inquiry into the Application of International Humanitarian Law by the IDF in the Occupied Territories*, 38(3) ISR. L. REV. 24 (2005).

5 כך, למשל, רשות ההגבלים העסקיים, המפקח על הבנקים וכו'. כאשר נעשה ניסיון מצד השר דאז אולמרט להתערב בפעילותו של הממונה על ההגבלים העסקיים גונה ניסיון התערבות זה, כפי הנראה מתוך תפיסה שעל פיה התערבות פוליטית תזיק לפעולת הרשות.

6 ראו אטמור והדר, לעיל ה"ש 1.

7 ראו, למשל, את סקר "Survey on Trust — Part 2" — WEF (World Economic Forum) של הפורום הכלכלי העולמי. את סיכום הסקר אפשר לראות באתר www.gateway.hr/index.php?folder=91&article=19 (נצפה לאחרונה פברואר 2007). קיימת טענה, כי בארצות הברית היתה עלייה באמון בממשלה לאחר אירועי 11 בספטמבר. ראו Virginia A. Chanely, *Trust in Government in the Aftermath of 9/11: Determinants and Consequences*, 23 POLITICAL PSYCHOLOGY 469 (2002). אבל נראה, שמאז חלה ירידה מחדש באמון הציבור בממשל האמריקני. המדובר באותן מדינות שאימצו את שיטת הבחירות הדמוקרטית ברמה סבירה, פחות או יותר, אבל מרגע שהשלטון נבחר, הוא מתעלם מכל חובותיו כלפי האזרח. כך ברוסיה ובכמה ממדינות ברית המועצות לשעבר וכך במדינות מסוימות באפריקה. ראו, למשל, FAREED ZAKARIA, *THE FUTURE OF FREEDOM: ILLIBERAL DEMOCRACY AT HOME AND ABROAD* (2003); Fareed Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*; FOREIGN AFFAIRS (November 1997) available at www.fareedzakaria.com/ARTICLES/other/democracy.html.

שגוי. גם רשויות מנהליות חשופות לסכנות שאליהן חשופים גופים נבחרים. בעיקר של דבר, טענתה של גישת הבחירה הציבורית היא, כי מוסדות נבחרים ומוסדות מנהליים פועלים בצורה רציונלית ומנסים לקדם את האינטרסים שלהם עצמם ולא דווקא את טובת הציבור.

בחלק השני של המאמר אני מבקש לסקור את ההידרשות (המעטה) שיש לגישת הבחירה הציבורית בכתיבה המשפטית בישראל ומציע כמה סוגיות שבהן ניתוח על פי גישת הבחירה הציבורית יכול לקדם את הדיון במשפט הציבורי בישראל.

ב. סקירה של גישת הבחירה הציבורית⁹

אפשר להגדיר את מגוון התיאוריות המרכיבות את גישת 'הבחירה הציבורית' כ"מחקר כלכלי של קבלת החלטות מדיניות"¹⁰. או במילותיו של חוקר אחר: "עלינו תמיד לנסות להבין תוצאות פוליטיות כפונקציה של התנהגות של יחידים המונעים על ידי אינטרס עצמי"¹¹. המדובר הוא אפוא ביישום אוסף של מגמות שונות מתחום מדעי הכלכלה אל העולם הפוליטי.¹² למעשה התמקד עיקר המחקר הקשור בבחירה הציבורית בארבעה

9 הערת הבהרה: הבחירה הציבורית איננה תיאוריה אחידה, אלא אוסף של תיאוריות ותובנות שביניהן מכנים משותפים מסוימים. לשם נוחות הדיון ואחידות המושגים נכנה מעתה את הבחירה הציבורית בשם "גישה", המכוונת להעיד על כיוון כללי, ואת המגמות הפרטניות המרכיבות אותה נכנה בשם "תיאוריות". מזרחי ומידני, לעיל ה"ש 3, בעמ' 14, למשל, מכנים את הבחירה הציבורית בשם "תיאוריה". בהמשך ספרם נראה, שכוונתם בעיקר לתיאוריות קבוצתיות האינטרסים, אם כי במקומות אחרים הם מכוונים לרעיונות מתחומים אחרים במסגרת גישת הבחירה הציבורית הכללית. הדיון נראה לי סמונטי וטכני בלבד ומוכן שאין למושגים אלו שום משמעות מעבר להיותם מכוונים להבהיר ולהקל על הקורא את ההתמצאות.

10 DENNIS C. MUELLER, PUBLIC CHOICE II: A REVISED EDITION OF PUBLIC CHOICE 1 (1989)

11 JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS AND GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 11 (1997).

12 קבלת החלטות רציונלית, שהיא הבסיס למדע הכלכלה, נמצאת בשנים האחרונות מול מתקפה תיאורטית ואמפירית מתחום הכלכלה ההתנהגותית (Behavioral Economics). טענת המבקרים היא, כי למעשה החלטות אינן מתקבלות בצורה רציונלית, אלא סובלות מהטיות מסוימות. ראו, למשל, עמוס טברסקי ודניאל כהנמן "שיפוט בתנאי אי-ודאות: יוריסטיקות והטיות" רציונליות, הוגנות, אושר: מבחר מאמרים 45 (מיה ברהלל עורכת, 2005); דניאל כהנמן, ג'ק ל' קנטש וריצ'רד ה' תיילר "אפקט הבעלות, שנאת הפסד, והטיית המצב הקיים" רציונליות, הוגנות, אושר: מבחר מאמרים 90 (מיה ברהלל עורכת, 2005). ביקורת זו הביאה גם לביקורת על יישומם של עקרונות מתחום הכלכלה למדע המשפט. ראו, למשל Cass R. Sunstein ed., 2000). חשוב להבין, כי עצם ביקורת זו לא שמטה כמובן את הקרקע מתחת לשימוש הכללי בגישות כלכליות לניתוח המשפט. עוד יותר חשוב להבין, כי גישת הבחירה הציבורית בוקרה על בסיס דומה עוד הרבה לפני שהביקורת הגיעה לתחום המשפט הפרטי, ובשל כך למעשה הביקורת מתחום הכלכלה ההתנהגותית לא היתה בעייתית במיוחד עבור גישת הבחירה הציבורית.

רבידים מרכזיים: תיאוריית ההצבעה; ניתוח ההשפעה של קבוצות אינטרסים על תוצאות ההליך הציבורי: חקיקה, מנהל, ושיפוט; ניתוח מוסדי על פי הבחירה הציבורית; וכן ניתוח היחסים בין רשויות השלטון השונות, תוך שימוש בתורת המשחקים. להלן אתאר בקצרה את התובנות של גישת הבחירה הציבורית לגבי כל אחד מהנושאים.¹³

1. תיאוריית ההצבעה

תחת הכותרת "תיאוריית ההצבעה" אני כולל את כל אותם מחקרים העוסקים בניתוח ההתנהגות של בוחרים ובאופן קבלת החלטותיו של הרוב. המדובר הוא למעשה בשורה של תת-סוגיות העוסקות בפנים השונים שבהן שיטה דמוקרטית מכריעה בין העדפות מתחרות הן בדמוקרטיה ישירה¹⁴ והן בדמוקרטיה ייצוגית.

הטענה המרכזית של כל גיוני תיאוריית ההצבעה היא כי הצבעות רוב, הנראות בעינינו פשוטות, למעשה אינן מבטאות הכרעת רוב אמיתית. במהותה גישה זו היא אפוא גישה רדיקלית: בניגוד למחשבה הקלאסית לגבי הדמוקרטיה הייצוגית, לפי גישת הבחירה הציבורית מערכות של בחירות והכרעות במוסדות נבחרות אינן מייצגות את הרוב ה"אמיתי". עיצוב כללי ההצבעה משפיע לעתים על התוצאה.¹⁵

העקרונות הבסיסיים של מחקר זה מצויים בתיאורמה של Kenneth Arrow. התיאורמה של Arrow מבוססת על המעגל השוטה של קונדורסה (marquis de

13 החלוקה שאני מציע כאן מבוססת בחלקה על החלוקה המוצעת אצל MASHAW, לעיל ה"ש 11. הגם שאפשר כמובן להציג חלוקות אחרות בין הזרמים השונים, נראה לי שמבחינה מתודית זו החלוקה הברורה ביותר. כיוון מדויק יותר הוא לתת שמות שונים לזרמים השונים בתיאוריית הבחירה הציבורית על פי החלוקה המקובלת בתחום מדעי המדינה. ישנם הכוללים את תיאוריית ההצבעה בקטגוריה של Social Choice, את תיאוריית קבוצות האינטרסים בקטגוריה של Public Choice, ואת היחסים המוסדיים בין הרשויות בתחום ה-Positive Political Theory. לצורך מאמר זה אני רואה תועלת מועטה בלבד בקטגוריזציה של התחומים.

14 דמוקרטיה ישירה היא שיטת קבלת הכרעות, שעל פיה האזרח מצביע ישירות בעד מדיניות מסוימת או נגדה. מקובל להניח, כי הדמוקרטיה היוונית הקלאסית היתה דמוקרטיה ישירה. רשת האינטרנט, למשל, יכולה להיות בסיס לדמוקרטיה ישירה היות שהיא מאפשרת השתתפות קבועה ומקיפה של כל אזרח באינטראקציה הדמוקרטית. דמוקרטיה ייצוגית היא שיטת שלטון, שעל פיה האזרח בוחר את נציגיו, והם אלו המקבלים החלטות בשמו. הדמוקרטיה המודרנית נוקטת כמעט בלא יוצא מן הכלל שיטה של דמוקרטיה ייצוגית מלאה או כמעט מלאה (למעט חריגים של משאלי עם בנושאים מהותיים במיוחד או שיטת אישור החוקים המיוחדת לשווייצריה).

15 יודגש: במסגרת תורות ההצבעה איני דן בבעיית הנציג, שהיא בעיה נוספת העוסקת בהעדפת הנבחרים את האינטרסים שלהם על פני אלו של הבוחרים. בבעיה זו אעסוק בהמשך. הטענה המועלית כאן היא, כי אפילו אם הנבחרים אכן מייצגים את דעותיהם של הבוחרים, או אפילו אם הבוחרים מצביעים ישירות בעד המדיניות המועדפת עליהם, מערכת קבלת ההחלטות הדמוקרטית נותנת עדיפות בלתי-הוגנת לעמדה אחת בגלל בעיות בלתי-פתירות במערכת קבלת ההחלטות עצמה.

(Condorcet), מתמטיקאי צרפתי בן המאה הי"ח.¹⁶ בקצרה המעגל השוטה מתאר שלושה בוחרים שבפניהם שלוש אופציות הכרעה:

תרשים 1: העדפת המצביעים

מצביע	העדפה א	העדפה ב	העדפה ג
A	X	Y	Z
B	Y	Z	X
C	Z	X	Y

ברור, כי במצב זה אין דרך להגיע להכרעת רוב אמיתית. כל אחת מהאופציות (X, Y או Z) זהה מבחינת רמת ההעדפות שלה לאחרות. שיטת בחירות המבוססת על הכרעת רוב לא תוכל להביא לתוצאה שתפתור את הסבך.

במחקר חשוב הכליל Arrow את המעגל השוטה של קונדורסה.¹⁷ Arrow הוכיח, כי עיקרון הכרעת הרוב כשלעצמו לעולם אינו יכול להבטיח הכרעה, דהיינו: אין שום מערכת כללים היכולה להבטיח שבהצבעה דמוקרטית תתקבל הכרעה שהיא על פי הרוב,¹⁸ כאשר בוחרים יכולים לבחור על פי העדפתם האמיתית, ואין משתמשים בשום כלל שאיננו כלל הכרעת הרוב.¹⁹ כדי להבטיח כי בכל הצבעה תתקבל הכרעה אנו

16 Marquize de Condorcet, *Essai sur l'application de l'analyse a la probabilité des décisions rendues a la probabilité des voix* (Paris, l'imprimerie royale, 1785). Translated as *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision Making*, in CONDORCET.

SELECTED WRITINGS (Keith M. Baker, ed., 1976)

17 KENNETH J. ARROW, SOCIAL CHOICE AND INDIVIDUAL VALUES (1951)

18 כדי להבהיר: אין Arrow טוען שבשום מקרה לא יוכל עקרון הרוב להכריע. הרי ברור שישנם מקרים שבהם עמדת הרוב ברורה ואינה זקוקה לשום מיתון. טענתו של Arrow, שם היא, שאין בידנו שום אפשרות לעצב מערכת קבלת החלטות אשר תוכל להבטיח מראש כי החלטות תתקבלנה רק על פי הרוב, בלא כל כלל ממתן. במילים אחרות: מאחורי מסך הבערות בדבר ההעדפות האמיתיות של הבוחרים לגבי נושא מסוים אנו בהכרח מעצבים מערכות של קבלת החלטות המתבססות על עקרונות אחרים. וראו המשך המאמר לדוגמאות.

19 Arrow הציב כמה דרישות המגדירות, לדעתו, מערכת דמוקרטית:

העדפת פרט: אם כולם מעדיפים אלטרנטיבה מסוימת, הרי שאלטרנטיבה זו תזכה.

אין דיקטטור: אין אדם היכול להכריח את האחרים לקבל את ההעדפה שלו.

עקיבות לוגית בהעדפות: אם A עדיף על B ו-B עדיף על C, אז A עדיף על C.

הבוחרים יכולים להעדיף כל אלטרנטיבה בלא הגבלה.

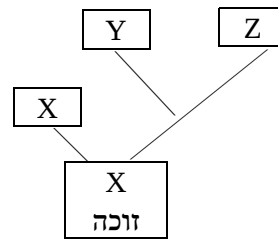
עצמאות מלאה של ההעדפות: כל אחד מדרג את ההעדפות שלו בצורה עצמאית מאחרים ומהדירוג של ההעדפות האחרות שלו.

התיאורמה של Arrow קובעת, כי אף אם מתקיימות כל הדרישות הללו, אין שיטת בחירות

חייבים לאמץ כללים הממתנים את הכרעת הרוב, דוגמת כלל המעניק סמכות הכרעה במקרה של תיקו, או כלל המונע מאופציות מסוימות לעלות לדיון כלל.²⁰ לפיכך, קובע Arrow, המדינה הדמוקרטית אינה יכולה להגיע להכרעה ברורה בדבר חלוקתם של טובין ציבוריים, בלא שתאמץ כללים הממתנים את עקרון הכרעת הרוב.

מובן, שהחיים הפוליטיים מחייבים החלטות מסוגים שונים. פעמים רבות יש צורך לקבל החלטה אף על פי שאין דרך להשיג לה רוב ברור. לשם כך פיתחה המערכת הדמוקרטית שיטה של כללי משחק הממתנים את עקרון הכרעת הרוב. כך, למשל, בדוגמא שהובאה לעיל השאלה האמיתית היא לא למי יש רוב (ברור כי לאף אופציה אין עדיפות על האחרת מבחינת כללי ההכרעה הדמוקרטיים) אלא מי מחליט על סדר ההצבעה.

תרשים 2: A מחליט על סדרי ההצבעה וזוכה



אם A מחליט על סדרי ההצבעה, הרי שהוא יעמת קודם את ההצעה Z מול Y. הצעה Y תזכה לרוב היות שבוחר B יצביע עבורה (הוא תומך בה כאופציה ראשונה) וגם בוחר A, היות שעבורו היא האופציה הגרועה פחות, בין Y ו-Z. בשלב הבא תעמוד הבחירה Y מול ההצעה X. בשלב זה מובטח להצעה X הניצחון. A יצביע עבורה בכל מקרה, ואילו C יצביע עבורה כעדיפה על הצעה Y. התוצאה אפוא נקבעת על ידי בעל היכולת להשפיע על סדר קבלת ההכרעות ולא על ידי דעת הרוב.²¹

היכולה להבטיח קבלת תוצאה. ראו אצל Mueller, לעיל ה"ש 10. לניתוח מלא של גישה זו, כולל השלכותיה האפשריות לגבי מוסדות משפטיים שונים, ראו Maxwell L. Stearns, *The Misguided Renaissance of Social Choice*, 103 YALE L. J. 1219, 1247 (1994).

20 זוהי פרשנות מקובלת אחת לקביעתו של Arrow הנזכרת אצל Robert D. Cooter, *The Strategic Constitution* 43 (2000). לפרשנויות נוספות ראו Amarty K. Sen, *Choice and Social Welfare* 33-41 (1970).

21 ראו אצל Cooter, שם. לביסוס אמפירי ראו Michael E. Levin & Charles R. Plott, *Agenda Influence and Its Implications*, 63 VA. L. REV. 561 (1977). באופן כללי לגבי ההשפעה של קביעת סדר היום ראו: John W. Kingdon, *Agendas, Alternatives and Public Policies* (2nd ed., 1995).

קבלת התיאורמה הזו מעמידה בסימן שאלה את מערכת הכרעת הרוב כולה. היא טוענת, כי מה שנתפס בעינינו כשאלה של הכרעת הרוב איננו למעשה אלא מניפולציה על כללי הדמוקרטיה והכנסת גורם שאינו דמוקרטי אל תוך מערכת קבלת ההחלטות. מובן, שמערכת טרנסטייבית (דהיינו: כזו שיש בה מעגל שוטה שאינו מאפשר קבלת הכרעה) איננה המערכת הרגילה שאנו חוזים בחיי היום-יום ואפשר לטעון, כי היא מערכת מלאכותית שהומצאה אך ורק לצרכים אקדמיים. אך בדיוק זו הבעיה: Arrow סבור, כי המערכות הנדמות כדמוקרטיות מקבלות הכרעות בצורה קלה למדי. מסקנתו היא, כי מערכות אלו פשוט היו חשופות למניפולציות שונות אשר גרמו למערכת להגיע להכרעות בקלות יחסית. לו היתה מערכת קבלת ההכרעות דמוקרטית לחלוטין, קבלת ההכרעות היתה ממילא הופכת למסובכת הרבה יותר. שורה ארוכה של מחקרים שהמשיכו את עקרונותיו של Arrow הראו כיצד מערכות שהן לכאורה דמוקרטיות משתמשות בכללי הכרעה שאינם קשורים להכרעת הרוב כדי להגיע לתוצאות.²² כך, למשל, הכללים הקובעים את סדרי ההצבעה; כך הכללים המעניקים סמכות לוועדות-משנה בבתי מחוקקים; כך שיטות הצבעה ובחירה שונות ומשונות שנועדו ליצור רוב ברור שאינו קשור בהכרח להעדפת האוכלוסייה.²³ שיטה נוספת, מעבר ליצירת כללים ממתנים, לקבלת הכרעות רוב בהיעדר רוב ברור, היא מערכת של מסחר בקולות המכונה "logrolling":²⁴ נציגי קבוצה אחת מצביעים עבור הצעת קבוצה אחרת מתוך הבטחה שנציגי הקבוצה האחרת יגמלו בהצבעה עבור הצעה שחשובה להם. זו שיטה נפוצה בדמוקרטיות פרלמנטריות להשגת רוב ותמיכה בהצעות מסוימות. נציגים בפרלמנט אינם מצביעים על פי העדפות הקבוצה ששלחה אותם, אלא על פי חישוב של רווח והפסד בתמיכה בהצעה ספציפית. יש להדגיש, כי רבים מהמחקרים של גישת הבחירה הציבורית לא ראו את התיאורמה של Arrow כבעלת השפעות שליליות דווקא. אחרי הכול, אם אי-אפשר

22 קבוצת מחקרים חשובה בהקשר זה היא זו הבוחנת את מערכת קבלת ההכרעות בקונגרס בארצות הברית. ההכרעות בקונגרס האמריקני ובכל בית מחוקקים מתקבלות על פי שורה של כללים אשר מטרתם אינה רק להביא לידי ביטוי את הכרעות הרוב באותו מוסד. כך, למשל, הכללים בבית הנבחרים בארצות הברית המעניקים כוח עצום ליושבי ראש של ועדות בבית הנבחרים לחסום כמעט כל חקיקה שאינה מוצאת חן בעיניהם. כך כללים במסודות רבים בעולם הדמוקרטי המחייבים כל חוק שתלוי בהוצאה תקציבית לציין בפירוש מהיכן תילקח ההוצאה. לדיון נרחב בכלל ה-Filibuster, שהוא אחת מהדוגמאות לכללים אלו, ראו Catherine Fisk & Erwin Chemerinsky, *The Filibuster*, 49 STAN. L. REV. 181, 245–252 (1997).

23 הכלל בדבר אחוז החסימה, או לחלופין שיטת הבחירות האזורית, הן דוגמאות קלאסיות שנועדו לצמצם את חופש הבחירה של הבוחר. במקום שהבוחר יצביע על פי העדפתו האמיתית, הוא מצביע על פי שיקולים אסטרטגיים של אחוז חסימה, קואליציות וחסימת היריב. בסופו של דבר התוצאה המתקבלת אינה משקפת את דעת הרוב, אלא נגרמת על ידי הכנסת שיקולים שאינם קשורים להכרעת הרוב (דוגמת הבעיה של מפלגות שאינן עוברות את אחוז החסימה).

24 לתיאור מתמטי ונורמטיבי של התופעה ראו Tomas Stratmann, *Logrolling*, In PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 322 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

להגיע להכרעה באמצעות הצבעת רוב בלבד, הרי שאין ברירה אלא לאמץ כללים שיאפשרו להגיע להכרעות ולפעילות המוסדות הנבחרים, גם אם אלו אינם מבוססים אך ורק על הכרעת הרוב. אלא שדווקא המשפטים סברו, כי לתיאורמה של Arrow השפעות מרחיקות לכת בתחום המשפט, כפי שיפורט להלן.

לתיאורמה של Arrow השפעות רבות הן ברמת התיאוריה החוקתית של המשטר הדמוקרטי הן ברמת השימוש בחוקים בבתי המשפט הן בקביעת זכויות ההצבעה. ההשפעות החוקתיות של התיאורמה הביאו כמה משפטים להטיל ספק בהנחה כי החוק מייצג את דעת הרוב, או כי בכלל אפשר לזהות מהי הכוונה העומדת מאחוריו. אם החוק הוא תוצר של מניפולציה על כללי הדמוקרטיה או של מקריות, ייתכן שהוא מאבד את הלגיטימיות החוקתית שלו. אם החוק אינו מבוסס על עמדת הרוב, מהי ההצדקה שבבסיסו? בהיעדר תמיכת הרוב נשמטת ההנחה המרכזית המצדיקה את שיטת קבלת ההחלטות במשטר דמוקרטי.²⁵ בעיני אחדים מהחוקרים תיאוריה זו מחייבת שינוי במהות הדמוקרטיה החוקתית.²⁶ שינוי אחד שהוצע היה תביעה להכנסת אלמנטים של שיתוף רחב יותר של הציבור בקבלת ההכרעות (המינוח ה"מקצועי" לעמדה זו הוא "דמוקרטיה רפובליקנית").²⁷ היו גם שיישמו את בעיות ההצבעה לגבי

25 לדעה בולטת בכיוון זה ראו WILLIAM H. RIKER, LIBERALISM AGAINST POPULISM: A CONFRONTATION BETWEEN THE THEORY OF DEMOCRACY AND THE THEORY OF SOCIAL CHOICE (1982) 167. במידה רבה התיאורמה של Arrow שומטת את הקרקע מתחת לתומכי הגישה הליברלית לדמוקרטיה. על פי גישה זו, מטרתה היחידה של הדמוקרטיה היא להביא להכרעה בין יחידים על בסיס ההנחה שהכרעת רוב היא היעילה או הנכונה ביותר. ברור כי אם ההכרעה איננה הכרעת רוב אמיתית, כי אז ניטלת ההצדקה היחידה לגישה הליברלית לדמוקרטיה. מנגד, ברור כי הצדקות רפובליקניות יותר, או אלה המבוססות על רעיונות של שיתוף קונסנזואלי, תלויות פחות בהצדקות המבוססות על רוב טכני וממילא הן חשופות פחות לביקורת מצד התיאורמה של Arrow. לטענה רחבה יותר בהקשר זה ראו Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*, 114 YALE L.J. 1897 (2005).

26 טענה זו שונה מהטענה שתיבחן להלן, שעל פיה יש פער בין עמדות המחוקקים ובין עמדות הבוחרים. טענתי כאן היא, כי המחוקקים, אפילו אם הם מייצגים נאמנה את עמדת בוחריהם, נאלצים להגיע לכריתת בריתות ולהחלפת קולות כדי להגיע להישגים כלשהם. טענה זו לכאורה ברורה לנו.

27 ראו, למשל, DANIEL A. FARBER & PHILIP P. FRICKEY, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991). המונח "דמוקרטיה רפובליקנית" עניינו התיאוריה במשפט החוקתי הטוענת, בניגוד מוחלט לבחירה הציבורית, כי כאשר האזרחים עוסקים בפוליטיקה הם מתרוממים לצורת קבלת החלטות אחרת, ראויה יותר, מאשר בחייהם הפרטיים. השתתפות במערכת הפוליטית מאפשרת פעולה משותפת לטובת המטרה הקולקטיבית ולא לטובת האינטרס האישי של כל משתתף. ראו אצל Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 98 YALE L.J. 1539 (1988). למעשה הרעיונות הללו קרובים למדי לעבודתו של Jurgen Habermas, *Popular Sovereignty as Procedure*, in: *Deliberative Democracy: ESSAYS ON REASON AND POLITICS* 35 (James Bohman & William Rehg eds., 1997). הם גם שימשו בסיס לעבודתו של Bruce Ackerman בדבר השינויים בחוקה האמריקנית (1991) *BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE*.

בתי המשפט עצמם, המתמודדים עם אותן בעיות של חוסר יכולת להגיע להכרעת רוב אמיתית, במקרה של שוויון בדעות השופטים לגבי נושא עקרוני מסוים.²⁸ גם לגבי השימוש בחוקים בבתי המשפט לתובנות של Arrow ישנן השפעות ניכרות. השופט Easterbrook, למשל, במאמר קיצוני למדי הניח כי החוק הוא חסר תכלית או כוונה. אין, טען איסטרברוק, מערכת של תכליות או כוונות ברורות המסתירות מאחורי חוק.²⁹ ההכרעות והקואליציות בבתי המחוקקים תלויות במקריות ובהשפעות לא־דמוקרטיות. לפיכך אין שום דרך לאתר מהי הכוונה העומדת מאחורי החוק. המדובר הוא בקואליציה של כוונות, שאין דרך לזהותן או לברור את הדומיננטית מביניהן. הדבר היחיד שאפשר לומר על בתי מחוקקים הוא, שיש להם תוצאות או תוצרים – החוקים. חוקים אלו אין לפרשם או להבינם על פי הקשר, תכלית או כוונה, פשוט מפני שקבלתם מקרית לחלוטין. מסקנה זו הביאה את השופט איסטרברוק לאמץ גישה פרשנית טקסטואלית, המעניקה מקום נרחב לטקסט על פני הקונטקסט, מתוך התפיסה שעל פיה אין משמעות לגישה פרשנית אחרת. רבים אחרים, ובראשם William Eskridge יצאו מנקודת הנחה דומה, אך הגיעו לתוצאה הפוכה. אם אין לחוק כוונת מחוקק, סובר Eskridge כי אז אין ברירה לשופט אלא להכריע בעצמו מהי התכלית הראויה של החוק.³⁰

מקום מרכזי אחר שבו נעשה מאמץ ליישם את לקחי תיאוריית ההצבעה הוא במאבקים השונים המתנהלים בעולם סביב שיטת הבחירות וכלליה. כך, למשל, לעניין השאלה בדבר עצם ההשתתפות בבחירות.³¹ כידוע, ההשתתפות בבחירות אינה פעולה מובנת מבחינת התנהגותו של הפרט הרציונלי. הסיכוי שאדם יחיד ישפיע על התוצאה

28 ראו במיוחד Maxwell L. Stearns, *Standing Back From the Forest: Justiciability and Social Choice*, 83 CAL. L. REV. 1309 (1995); Maxwell L. Stearns, *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, 144 U. PA. L. REV. 309 (1995).

29 Franck H. Easterbrook, *Statutes Domains*, 50 U. CHI. L. REV. 533 (1983). ישנם הטוענים, כי עמדתו של Easterbrook כשופט היתה קיצונית הרבה פחות. ראו, למשל, FARBER & FRICKEY לעיל ה"ש 27, בעמ' 41 ה"ש 7.

30 ראו, למשל, William N. Eskridge Jr., *Politics without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, 74 VA. L. REV. 275 (1988). במקום אחר בדעתי להרחיב נקודה זו במיוחד בקשר לתורת הפרשנות התכליתית במשפט הישראלי. ראו: עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" משפט וממשל יא (1) 317 (2007).

31 לסיכום של הדיון בנושא חשוב זה ראו John H. Aldrich, *When Is It Rational to Vote?*, In PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 373 (Dennis C. Mueller ed., 1997). לכמה מן הדיונים המעניינים בנושא ההסברים להצבעה ראו William H. Riker & Peter C. Ordeshook, *A Theory of the Calculus of Voting*, 62 AM. POL. SC. REV. 25 (1968); John A. Ferejohn & Morris P. Fiorina, *The Paradox of Not Voting: A Decision Theoretic Analysis*, 68 AM. POL. SC. REV. 525 (1974). כפי שציין Aldrich, העובדה שתאוריית ההצבעה אינה מצליחה להגיע להבנה של שיטת ההכרעה הנפוצה ביותר בדמוקרטיה מטילה צל כבד על האפשרות של גישת הבחירה הציבורית בכלל להסביר את הפוליטיקה באמצעים רציונליים באופן כללי (Aldrich, שם).

במערכת בחירות ארצית באופן שישנה את המצב לטובתו היא קטנה מאוד עד אפסית.³² מובן שאנשים מצביעים בכל זאת, דבר המראה שברקע ההצבעה עומדות התנהגויות לא-רציונליות, או שיש בהן תועלות אישיות רבות כגון הרגשת הזדהות עם קבוצה. בכל מקרה זיהוי הבעיה על ידי אנשי מדעי המדינה מחזק את האינטואיציה שעל פיה אם רצוננו להביא לשיעורי הצבעה גבוהים, יש להקל במידת האפשר על ביצוע ההצבעה, שכן הפרט הרציונלי אינו נוטה להצביע אם הפעולה הופכת למסובכת מדי. כל הגבלה, ולו הקטנה ביותר, על ההצבעה, תביא לרמת הצבעה פחותה.³³ בדרך כלל הגבלות כאלו מתקבלות בלחץ של קבוצות המעוניינות להקטין את מספר המצביעים.³⁴

2. תיאוריית קבוצות האינטרסים

לטובת מי פועלת המדינה? מי מרוויח מפעולתה? מהם הגורמים המשפיעים עליה לפעול כפי שהיא פועלת? סקרים מגלים, כי רבים מהאזרחים סבורים שלפחות פעולות מסוימות של המדינה מושפעות מאינטרסים של קבוצות או משפחות

32 אדם יחיד ישפיע על הבחירות בפני עצמו רק אם בשל קולו היה נבחר המועמד העדיף עליו, ואובדן קולו הביא לבחירתו של אדם שאינו מקובל עליו. מובן הדבר נכון גם להיפך. ברי, כי סיכוי זה קטן ביותר. הסיכוי שאדם יצביע קטן עוד יותר אם מבינים שלחלק גדול מהאנשים אין העדפה ברורה למועמד אחד או למפלגה אחת, ובכל מקרה כל קבוצה שתבחר תוכל להשפיע רק במידה מוגבלת מאוד על רווחתו של הפרט. כלומר: תוחלת ההצבעה היא קטנה גם מפני שהתועלת עצמה קטנה גם מפני שהסיכוי שתתממש בעקבות ההצבעה קטן. ראו גם Richard L. Hasen, *Voting Without Law?*, 144 U. PA. L. REV. 2135 (1996); GEOFFREY BRENNAN & LOREN LOMASKY, *DEMOCRACY AND DECISION: THE PURE THEORY OF ELECTORAL PREFERENCE* (1993).

33 בארצות הברית נערכו שורה של דיונים לגבי ההגבלות על מספר המצביעים. עד לשנות השבעים שימשו חוקי הבחירות בארצות הברית כלי למניעת הצבעה משחורים. במדינות הדרום היו מקובלים חוקים שהתירו הצבעה רק ליודעי קרוא וכתוב, בעלי רכוש מסוים וכי'. Pamela S. Karlan, *Ballots and Bullets: The Exceptional History of the Right to Vote*, 71 U. CIN. L. REV. 1345 (2003). ויכוחים עזים מתנהלים היום בדבר שלילת זכות הבחירה מאסירים, שלילה שיש לה הטיה גזעית ברורה. ראו למשל: George P. Fletcher, *Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia*, 46 UCLA L. REV. 1895 (1998–1999); Eric J. Miller, *Foundering Democracy: Felony Disenfranchisement in the American Tradition of Voter Exclusion*, 19 NAT'L. BLACK L.J. 32 (2005).

34 גם היום ניטש בארצות הברית ויכוח לגבי כמה הגבלות: ראשית, בארצות הברית קיימת דרישה להרשמה לפני ההצבעה. שנית, ישנה בארצות הברית תנועה המבקשת לאפשר הצבעות באינטרנט. ראו, למשל, Bryan Mercurio, *Democracy in Decline: Can Internet Voting Save the Electoral Process?*, 22 J. MARSHALL J. COMPUTER. & INFOR. L. 409 (2004). בישראל רוב הדיונים התמקדו בסוגיית יום החופש בעת ההצבעה (דבר המפחית כמובן את עלות ההצבעה למצביע היחיד) ובאפשרות להצביע בדואר למי שנמצא מעבר לים.

מסוימות.³⁵ תיאוריית קבוצת האינטרסים (Interest Group Theory) מעניקה ביטוי מלומד ופורמלי יותר לטענה זו.

תיאוריית קבוצת האינטרסים מורכבת משתי הנחות יסוד: ראשית, ביחס שבין הבוחרים לבחורים קיימת בעיית נציג. כלומר: אין כל ביטחון כי הנציג, הנבחר, יתנהג על פי רצונותיו של הממנה, הבוחר. בעיית הנציג נובעת מכך שלפוליטיקאים אינטרס שונה מזה של בוחריהם, והם מסוגלים לנצל את העובדה כי הצבעות לעולם אינן ברורות ודורשות קואליציות ופשרות³⁶ כדי למנוע פיקוח יעיל על מעשיהם על ידי הבוחרים.³⁷ הנחת היסוד השנייה של תיאוריית קבוצת האינטרסים היא, כי חלק ניכר מפעולתם של הנבחרים מושפע על ידי קבוצות קטנות הפועלות להשאת האינטרס העצמי שלהן (קבוצות אינטרס).³⁸ קבוצות אינטרס אלו אפקטיביות במיוחד מפני שקוטנן מאפשר התארגנות בעלויות עסקה והעברת מידע בהיקף מצומצם יחסית. במילים אחרות: כפי שטען Mancur Olson, קבוצות קטנות ובעלות זהות גבוהה של אינטרסים אינן חשופות לבעיית הרכב החופשי, שהיא הבעיה המרכזית של התארגנות קבוצתית.³⁹ בעיית הרכב החופשי מורכבת מנטייתו של כל אדם רציונלי שלא לפעול אם הוא סבור, כי מטרתו תושג בין אם יפעל בין אם לאו. על כן הפעילות הקולקטיבית של

35 לגבי האמון של הציבור בפוליטיקאים בישראל ראו אטמור והדר, לעיל ה"ש 1. לגבי האמון של הציבור בארצות הברית ראו Karl T. Kurtz, Alan Rosental & Cliff Zukin, *Citizenship: A Challenge For All Generations* (National Conference of State Legislatures, September 2003) available at: www.cpn.org/topics/youth/k12/pdfs/NCSL_Citizenship.pdf (סקר הטוען, כי רוב גדול של הציבור הבוגר בארצות הברית סבור שהממשלה פועלת לטובת קבוצת אינטרסים). ההערכה של הציבור האמריקני לממשלתו חזרה כמעט לרמה שלפני פיגועי ספטמבר 2001 (The PEW RESEARCH CENTER FOR THE PEOPLE & THE PRESS (2005) available at: people-press.org/reports/display.php3?ReportID=261).

36 ראו הדיון לעיל בטקסט ליד ה"ש 18.

37 COOTER, לעיל ה"ש 20, בעמ' 63–64, מניח כי הבעיה האמיתית היא בעיית המסחר – שיטת ההצבעה בדמוקרטיה מחייבת יצירת קואליציות. קואליציה כזו מחייבת נציג להצביע בצורה שאינה תואמת לחלוטין את האינטרס של בוחריו כדי להשיג הישגים חשובים במקום אחר. לכן נבחרים עושים מאמץ להסתיר את הצבעותיהם ותמיכתם האמיתית. הם עושים זאת על ידי ניצול שיטות הצבעה שונות המסייעות להסתיר את דרך ההצבעה. לדעתו, בעיית הנציג אינה טמונה רק בצורך של הנבחרים, אלא בעצם העובדה שהנבחרים מייצגים את הבוחרים באופן חלקי בלבד. אפילו שיטת הבחירות האישית, ובודאי זו היחסית, מאפשרת את בחירתם של נציגים שאינם מייצגים את האינטרסים של בוחריהם כמעט בשום צורה. ראו, למשל, איל בננשתי ומיכל גינוסר-נוי "הבחירות המקדימות במפלגות לקראת הבחירות לכנסת והשפעתן על הדמוקרטיה בישראל" משפט וממשל ז 207, 208–216 (2004).

38 ראו, למשל, Richard A. Epstein, *Toward a Revitalization of the Contract Clause*, 51 U. CHI. L. REV. 703, 710–717 (1984). Jonathan R. Macey, *Promoting Public-Regarding Legislation through Statutory Interpretation: An Interest Group Model*, 86 COLUM. L. REV. 223 (1986).

39 MANCUR OLSON, *THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS* (1965).

קבוצות גדולות חשופה לבעיות קשות. לטענתו של Olson, ככל שהקבוצה גדולה יותר כך קטנה הנכונות של כל אחד מחברי הקבוצה להשקיע מאמץ בפעולה המשותפת, אם התמורה לפעילותו היא התמורה הקולקטיבית בלבד.⁴⁰ נוסף על כך קבוצות קטנות ומאורגנות נוטות להצביע בצורה הומוגנית לחלוטין. התוצאה היא, כי קבוצות קטנות ובעלות זהות אינטרסים גבוהה זוכות להשפעה נרחבת במערכת דמוקרטית הרבה מעבר לכוחן האמיתי באוכלוסייה.

המרכיב הנוסף המאפשר את פעולתן היעילה של קבוצות האינטרס הוא הקלות היחסית של ההשפעה שקבוצות קטנות ומאורגנות יכולות להשפיע על תהליך החקיקה.⁴¹ היות שלרוב הציבור אין אינטרס חזק להשתתף במערכת הדמוקרטית, מלבד אולי ביום הבחירות עצמן,⁴² קל לקבוצה קטנה ומאורגנת להשפיע על תוצאות ההליך. קבוצות קטנות הפועלות לטובת אינטרס צר ומוגדר יכולות להשפיע על דעות הפוליטיקאים באמצעות תרומות למערכת בחירות, שליטה באינפורמציה (לובינג), הבטחות לתמיכה מאורגנת בעתיד ועוד.⁴³

ענף זה של "הבחירה הציבורית" מבוסס על נקודת הנחה שעל פיה פעולות שלטוניות – חקיקה, מנהל ושיפוט – אינן פעולות אשר כוונתן חפה לחלוטין מאינטרסים של המציע אותה ואין היא מכוונת כל כולה לתכלית ציבורית אובייקטיבית. במובן זה דומה אפוא תיאוריית קבוצות האינטרסים לתיאוריות ביקורתיות אחרות – כמו, למשל, הניתוח המרקסיסטי של המשפט, הטוען כי המשפט עוצב כדי לקדם מטרות של קבוצות דומיננטיות בחברה, כמו העשירים, הגברים וכו'. אלא שבניגוד לניתוח המרקסיסטי הקלסי, גישת קבוצת האינטרסים אינה מניחה כי השלטון עוצב כדי להביא להצלחתה של קבוצה מסוימת, אלא להיפך: המגרש הפוליטי פתוח לכול, כאשר קבוצות מסוימות מצליחות לנצל אותו בצורה טובה יותר מאשר אחרות.⁴⁴

40 שם. דוגמא בולטת לעניין זה היא כוחם של היצרנים מול כוחם של הצרכנים. יצרנים ותעשיינים הם קבוצות אינטרס מובהקות, המאוגדות באיגודים מיוחדים, המסוגלים לכוון ולרכז פעולה משותפת. לעומת זאת, קבוצת הצרכנים של מוצרי הצריכה היא קבוצה ענקית בגודלה, אך יכולתה להתאגדות מוגבלת ביותר. התוצאה הנצפית על ידי Olson היא, כי במאבק על זכויות הצרכנים מול היצרנים יד היצרנים תהיה לעולם על העליונה. העובדה כי צרכנים מצליחים בסופו של דבר להשיג הישגים מסוימים טעונה הסבר. אדון בכך בהרחבה מסוימת בהמשך המאמר.

41 ראו Macey, לעיל ה"ש 38.

42 ראו דיונונו לעיל בטקסט ליד ה"ש 33.

43 לתיאור הנסיגות ליצור מודלים פורמליים לתיאור ההשפעה של קבוצות האינטרסים ראו David Austen-Smith, *Interest Groups: Money, Information, and Influence*, in *PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE* 296 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

44 ראו, למשל, את מאמרו של Bruce A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, 98 HARV. L. REV. 713, 722–728 (1985). במאמר זה Ackerman מציע, כי דווקא קבוצות קטנות ומבודדות יכולות להצליח במגרש המשחקים הפוליטי בגלל יכולת ההתארגנות שלהן, בלי קשר לכוחן הכלכלי, כל עוד הן זוכות לזכות בחירה שווה. אינטואיציה דומה היתה לנשיא ארצות הברית לינדון ג'ונסון (Lyndon B. Johnson), שבמהלך המאבק על חקיקת חוק זכות הבחירה (Voting)

ככל שקבוצה מצליחה להתארגן בצורה יעילה ואפקטיבית יותר, היא יכולה להשיג יותר מהממשל בתמורה למה שיכולה היא לתת – הבטחה למשרה עתידית, קולות ביום הבחירות, תרומות והעברת מידע.

העוצמה של קבוצות האינטרס, בשילוב עם הקלות היחסית של ההשפעה על תוצאות של הליך שמעטים המתעניינים בו, מביאה לכך שחלק ניכר מהחקיקה הכלכלית והחברתית במדינה מושפעת מאינטרסים של קבוצות מצומצמות. קבוצות אלו פועלות לקידום האינטרסים שלהן עצמן ולא דווקא לקידום האינטרס החברתי הכללי. התוצאה ההכרחית היא חקיקה המוטה לטובת אינטרסים של קבוצות מסוימות ולא לטובת כלל הציבור. בפועל, חקיקה המקודמת על ידי קבוצות אינטרס נוטלת עושר מהציבור ומעבירה אותו לידי קבוצות קטנות. המינוח המקצועי לרווחים אלו הוא "rent", ופעולתן של הקבוצות ליצירת רווחים כאלו נקראת "rent-seeking".⁴⁵ אפילו התבוננות שטחית בדמוקרטיה הישראלית מגלה, כי קבוצות מיעוט שהשכילו להתארגן בצורה נכונה ולשמש לשון מאזניים, דוגמת החרדים, יכולות להגביר את כוחן הפוליטי.

מובן, כי לצורת תיאור זו של ההליך הפוליטי השפעה ניכרת גם על תוצרי ההליך הפוליטי – הם החוקים. אם מסתבר, כי החוקים הם תוצאה של הליך המושפע בעיקרו על ידי קבוצות אינטרס, הרי שיש לכך השפעה ניכרת על הלגיטימציה של החקיקה, על מחויבותם של אזרחים לחקיקה,⁴⁶ על מבנה המדינה הדמוקרטית ועל תפקידו של בית המשפט. מרחב המחקר בתחום זה הוא כמובן עצום. לגבי כמעט כל הצעת חוק הנדונה בכנסת יש, וצריך, לבדוק את הקבוצות העומדות מאחוריה ואת האינטרסים שהביאו לקבלתה או לדחייתה.

התובנה החשובה של תיאוריית קבוצות האינטרסים העולה מכל האמור לעיל היא, כי חקיקת החוק בתמיכת קבוצת האינטרסים מלווה לעתים קרובות במהלך של

"Yes, yes... I want all those other things — buses, restaurants, all of that — but the right to vote with no ifs, ands, or buts, that's the key. When the Negroes get that, they'll have every politician, north and south, east and west, kissing their ass, begging for their support" MERLE MILLER LYNDON: AN ORAL BIOGRAPHY 371 (1980).

45 לתיאור ולסיכום הספרות הכלכלית בנושא ראו Robert D. Tollison, *Rent Seeking*, in PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 506 (Dennis C. Mueller ed., 1997).

46 למשל: התפיסה הקלסית של הדמוקרטיה מתנגדת לסרבנות כנגד חקיקה שאינה מבוססת על סרבנות מצפון אינדיבידואלית ספציפית. גישה זו מבוססת על ההנחה, שהכרעות קולקטיביות מתקבלות במסגרת מערכת הבחירות ובמסגרת המוסדות המייצגים את הציבור. אך ברור, שאם המוסדות המייצגים סובלים מבעיית נציג קשה ולפיה הם אינם באמת מייצגים את הציבור, כי אז יש בהחלט מקום לעידודן של דרכי ייצוג חוץ-פרלמנטריות כדי ליצור שיח ציבורי קולקטיבי. בין דרכי הייצוג הלגיטימיות האמורות בהחלט ייתכן, שלסרבנות מסוימת על בסיס קולקטיבי יהיה מקום כל עוד זו אינה מסכנת ערכי יסוד אחרים, וביניהם את קיומה של המדינה עצמה. ראו על כך Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*, 114 Yale L.J. 1897 (2005).

הסוואה – חוק הנחשב כחוק הפועל לטובת הציבור ולקידום מטרה ציבורית ואשר מטרתיו המוצהרות הן מטרות ציבוריות, הוא למעשה חוק שנועד לקדם את מטרותיה של קבוצה קטנה ובעלת אינטרס מצומצם. כך, למשל, טוענים החוקרים התומכים בתיאוריית קבוצת האינטרסים, כי חלק ניכר מהרגולציה השלטונית נועדה למעשה לשמש חסם כניסה מפני כניסת מתחרים חדשים לשוק.⁴⁷ לציבור הבלתי-מעורב מוצג מצג שעל פיו החוק מיועד להשגת מטרות ציבוריות נאותות ורצויות, אך בפועל המרוויחות הגדולות מן החוק הן קבוצות אינטרסים קטנות.

3. התיאוריה המוסדית של הבחירה הציבורית

התיאוריה השלישית במסגרת גישת הבחירה הציבורית עוסקת לא רק בניתוח הביקוש וההיצע למוצר החקיקתי, אלא גם בייצורו: כיצד מגיע הפוליטיקאי, או איש הציבור ויצרן המוצר, לידי יכולת לספק את הדרישה של קבוצת האינטרסים? ומהם הכלים העומדים לרשותו לשפר את המוצר שהוא מספק, כדי להעלות את מחירו בשוק? במילים אחרות: מהם המוסדות שבהם משתמש נבחר הציבור כדי לספק את המוצר החקיקתי?

האינטרס הברור של המחוקק הוא לחזק את כוח החקיקה כדי למנוע הפיכה שלה על ידי גורמים מתנגדים בעתיד. על ידי כך המחוקק משפר את המוצר שהוא מוכר, שכן אורך חייו יהיה רב יותר מתקופת שלטונו של הפוליטיקאי.⁴⁸ תיאוריית הבחירה הציבורית עסקה רבות בשאלה, כיצד מאריך הפוליטיקאי את משך חיי המוצר שהוא מוכר? להלן נביא שלוש דרכים שהוצעו בספרות להשגת מטרה זו של הארכת חיי המוצר.

ענף אחד של מחקר הצביע על כך, שהשיטה הבדוקה ביותר להארכת חיי המוצר החקיקתי היא הפיכתו לחוקתי. חוקה היא כלי שקשה מאוד, כמעט בלתי-אפשרי, להפוך אותו. עקב כך כל זכות הקבועה בחוקה הופכת למוצר הרבה יותר טוב – חוק שכמעט לא יהיה אפשר לבטלו.⁴⁹ כך פירשו רבים את ההגנה על חופש הביטוי כהגנה

⁴⁷ ביקורת קלסית בהקשר זה היא על גופי התקינה השונים. גופי התקינה (מכון התקנים ומקביליו בעולם) מציגים את פעולותיהם ככאלו שנועדו להגן על הצרכן. למעשה ישנן הוכחות רבות מאוד לכך, שפעולות תקינה רבות נועדו להגן על היצרנים הקיימים בשוק מפני כניסה של מתחרים מקומיים או כניסת יבוא זול מחו"ל, במסווה של פעילות לטובת הצרכן. אני עוסק בדברים אלו בהרחבה במאמרי "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית", לעיל ה"ש 30. בדיון להלן בהקשר לחוקי הבחירות (מתחיל בטקסט ליד ה"ש 136) אני מציג תובנה דומה לגבי חוקי התעמולה ומימון המפלגות.

⁴⁸ ומכאן הספקולציות לגבי הקיבוע החוקתי של זכויות מסוימות. ראו, למשל, Lynn A. Stout, *Strict Scrutiny: and Social Choice: An Economic Inquiry into Fundamental Rights and Suspect Classifications*, 80 GEO. L.J. 1787 (1992).

⁴⁹ בסיס ראשוני של התיאוריה אפשר למצוא עוד בראשית המאה העשרים: CHARLES A. BEARD,

שנועדה לקדם קבוצות שהיה להן אינטרס בביטוי חופשי.⁵⁰ כך הועלתה טענה, שעל פיה חלוקת הכוח בין המדינות בשלטון הפדרלי בארצות הברית מבוססת על אינטרסים של קבוצות מסוימות.⁵¹

ענף אחר הציג, כי בתי המשפט עצמם הם כלי להארכת חיי המוצר. כבר בראשית שנות השבעים הציגו Landes ו-Posner במאמר פרובוקטיבי, כי מטרת יצירתו של גוף שיפוטי עצמאי היא הארכת חיי החקיקה והעלאת ערך המוצר החקיקתי.⁵² כלומר: כיוון שקיים בית משפט עצמאי, הרי שהוא לא יכנע לשינויים פוליטיים אפשריים בשלטון, אלא ישמור על החוק שהועבר מפני נגיסה על ידי כוחות פוליטיים עתידיים. בעיקר אמור הדבר בפעולות של רשויות מנהליות, שרים וגופים אחרים של הרשות המבצעת. כאשר מנתחים את עצמאותו של בית המשפט יש גם לזכור, כי הגישה לבית המשפט היא יקרה ודורשת תחכום, ואף כאן יתרון מובנה לקבוצות האינטרסים היכולות להדגיש כאן את יתרונותיהן שאינם קשורים לשאלת הכרעת הרוב. קבוצות אינטרסים מנצלות היטב את המגרש המשפטי היות שהדבר מאפשר להן למקסם את יתרונותיהן הכלכליים.

דרך פעולה שלישית שנוקטות קבוצות אינטרסים כדי להאריך את משך חייו של החוק שהן העבירו הוא על ידי שימוש במוסדות מנהליים אשר ימשיכו ביישומם של החוק גם לאחר שהפוליטיקאי שהעביר את החוק כבר לא יהיה בשלטון. הפיתוחים הבולטים של תיאוריה זו נעשו על ידי שניים: מצד אחד, בפיתוח תורת "ההשתלטות על המנהל" המזוהה יותר מכול עם איש מדעי המדינה George Stigler;⁵³ מצד שני, פיתח William Niskanen את התיאוריה שעל פיה מוסדות מנהליים ממונים

An ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES (1913). ראו אצל Bruce A. Ackerman, *The Storrs Lectures: Discovering the Constitution*, 93 YALE L.J. 1013, 1015 (1984).

Jonathan R. Macey, *Some Causes and Consequences of the Bifurcated Treatment of Economic Rights and "Other" Rights Under the United States Constitution*, In ECONOMIC RIGHTS 141 (Ellen F. Paul, Fred D. Miller, Jr., & Jeffrey Paul eds., 1992). Fred S. McChesney, *A Positive Regulatory Theory of the First Amendment*, 20 CONN. L. REV. 355 (1988).

Thomas S. Ulen, *Economic and Public-Choice Forces in Federalism*, 6 GEO. MASON L. REV. 921 (1997-1998). אחרים אף העלו טענה, הנראית לכאורה קיצונית משהו, כי האיסור החוקתי על יבוא של עבדים לאחר 1808 נקבע בלחץ של קבוצת אינטרס של בעלי מטעים גדולים שרצו למנוע תחרות. ראו Gary M. Anderson, Charles K. Rowley & Robert D. Tollison, *Rent Seeking and the Restriction of Human Exchange*, 17 J. LEGAL STUD. 83, 99 (1988).

William M. Landes & Richard A. Posner, *The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*, 18 J. L. & ECON. 875 (1975).

George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 BELL. J. ECON. MGMT. SCI. 3 (1971); Sam Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J. L. & ECON. 211 (1976).

פועלים מתוך אינטרסים עצמיים ובמטרה להגדיל את תקציביהם.⁵⁴ Stigler טוען, כי הפקדת החוק בידי רשות מנהלית היא דרך יעילה לשימור החוק, כיוון שהרשות המנהלית הופכת לגוף בעל אינטרס לשימור עצמי. היתרון של גוף מנהלי כזה הוא כפול: ראשית, הוא מאריך את חיי החקיקה; ושנית, הוא גם משרת את האינטרסים של קבוצת האינטרס שעליה הוא אמור לפקח. כך, למשל, הגוף האמור לפקח על קביעת המחירים של מונופול טבעי מסוים בדרך כלל הוא שבוי בכבלי אותו מונופול, והאינטרסים שלהם דומים. Niskanen הראה, כי מוסדות מנהליים פועלים לשימור עצמי ולהגדלת תקציביהם, דהיינו: הם מנסים למקסם את האינטרס שלהם בתור ארגון.

התיאוריה המוסדית של הבחירה הציבורית השפיעה השפעה עמוקה על ענפי המשפט הציבורי. ראית החוק והמנהל ככלי להשגת יתרונות כלכליים על ידי קבוצות קטנות העמידה בספק עשרות שנים של כתיבה משפטית מנקודת מבט בלתי צפויה. עצם הרעיונות של קיבוע חוקתי, עצמאות מערכת המשפט ומקצוענות המנהל הוטלו בספק. רעיונות יסוד אלו נזקקו לבחינה מחדש לבשל תובנות התיאוריה המוסדית של הבחירה הציבורית.

יש לחזור ולהדגיש את ההבדל שבין גישת הבחירה הציבורית ובין הגישות הביקורתיות למשפט שעלו לפני ולחריה. הריאליסטים, אנשי ה"הליך המשפטי", וגם מתנגדיהם הביקורתיים המרקסיסטיים הכירו כולם בעובדה שקטגוריות משפטיות מסוימות משרתות אינטרס של אדם, גוף או מעמד מסוים. עצם עובדה זו אינה חידוש של גישת הבחירה הציבורית. כתיאוריות אלו, גם גישת הבחירה הציבורית יוצאת מנקודת הנחה כי חוק אינו נייטרלי וכי קבלה של כלל משפטי מסוים משמעה העברת עושר מקבוצה אחת לקבוצה אחרת בציבור. אלא שהבחירה הציבורית נבדלת מכל הגישות שתוארו לעיל בכמה קריטריונים: ראשית, עצם הביקורת על הממשלה. גישת הבחירה הציבורית פסימית לגבי היכולת לשפר או לתקן את הממשלה.⁵⁵ בעייתה של גישת הבחירה הציבורית איננה טמונה בהבדלים בין אזרחים או במהות הקבוצה השלטת. הבעיה טמונה בעצם האפשרות שמעניק קיומו של שלטון ריכוזי ליטול מאזרחים עושר ולהעבירו לאחרים. בשל כך בפתרון של שיתוף קבוצות נוספות בשלטון או שינוי הליכים בשיטת המשטר לא יהיה די.⁵⁶ שנית, גישת הבחירה הציבורית

54 WILLIAM A. NISKANEN JR., BUREAUCRACY AND REPRESENTATIVE GOVERNMENT (1971)
 55 שורשי התפיסה החושדת במניעי הממשלה מצויים עוד בראשית ימי הביניים. חלק ניכר מתורת המשפט האנגלו-אמריקאית בנויה סביב חשד במוסדות הממשלה ובמניעיהם. עם זאת, גישת הבחירה הציבורית מעניקה נופך "מדעי" לחשד האמור, ומכלילה אותו בשורה של אבחנות והיפותזות לגבי התנהגות הממשלה.

56 בכך נבדלים אנשי הבחירה הציבורית מקודמיהם הפלורליסטים (Pluralists). התיאוריה הפלורליסטית של הממשל הכירה בכך שקבוצות פועלות ממניעים אינטרסנטיים. אלא, שלדעת הפלורליסטים עיצוב נכון של רשויות השלטון יכול להביא לכך שתיווצר תחרות בין קבוצות אינטרסים שונות. בחסות המשטר הדמוקרטי תביא תחרות זו לתוצאה בריאה. ראו: FARBER

אינה מסתפקת בחשד כלפי הממשלה, אלא אף משתמשת במודלים כלכליים כדי לנסות ולכמת חשד זה, להצביע על השיטות שבאמצעותן משתמשות קבוצות בממשלה במטרה להרוויח ולצפות סוגים של מוסדות – למשל: רשויות מנהליות מסוימות – שיהיו חשופים במיוחד להשתלטות של קבוצות אינטרסים.

הבדל שלישי בין גישת הבחירה הציבורית לגישות ביקורתיות אחרות הוא ההישענות שלה על מודל אוניברסלי של אדם, כל אדם. כל פוליטיקאי, משרת ציבור, פקיד וכו' נשלט על ידי אינטואיציות דומות. בשל כך הבחירה הציבורית מתמקדת פחות באידיאולוגיות ובמאבקים מעמדיים ומנתחת את הדברים מנקודת ראותו של הפרט.⁵⁷ כפי שצוין, חוקרי הבחירה הציבורית והחוק לא הסתפקו בבדיקת ההשפעה של השוק הפוליטי על המערכת המנהלית. מוסד נוסף שהאינטרסים ודרכי קבלת ההחלטות שלו נחקרו על ידי חוקרי הבחירה הציבורית הוא בית המשפט עצמו. בסדרה של מאמרים הציע המלומד האמריקני Maxwell Stearns, כי מדיניות שיפוטית נועדה להתגבר על בעיות של מעגליות⁵⁸ בקבלת החלטות בגוף כמו בית משפט עליון, המקבל החלטות באופן קולקטיבי.⁵⁹ את כללי זכות העמידה, למשל, הציע Stearns להבין על רקע הניסיון של בית המשפט בארצות הברית לשלוט בתיקים המגיעים אליו כדי להפחית את הסיכוי להחלטות מעגליות.⁶⁰ Stearns גם הציע, כי את מוסד התקדים יש להבין גם על רקע היחסים בין בית המשפט העליון לבתי משפט נמוכים ממנו, כאשר בית המשפט העליון משתמש בכלים שיפוטיים כדי לשלוט בבתי משפט נמוכים.⁶¹ מחקרים אחרים לגבי בית המשפט עסקו גם באינטרס האישי של שופטי בית המשפט, בצורך שלהם להתקדם במעלות השיפוט או ביחסיהם עם חבריהם לשיפוט.

& FRICKEY, לעיל ה"ש 27, בעמ' 13. למעשה, סביר להניח כי גישה זו השפיעה על תאורית הדמוקרטיה הייצוגית של Ely. לשיטתו של Ely תפקידו של בית המשפט העליון הוא לדאוג לכך שכל הקבוצות יהיו מיוצגות כראוי בבחירות. ההנחה העומדת בבסיס טענתו היא שייצוג ראוי ומלא יביא לשלטון דמוקרטי אמיתי: JOHN H. ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980). אבל ראו את ניתוחו של Ackerman על ההתעלמות של תיאוריה זו משאלות של זכויות המגבילות את הרוב (Ackerman, לעיל ה"ש 44).

57 למרות הרדיקליות שלה, אומצה גישת הבחירה הציבורית על ידי הימין האמריקני כחלופה לתיאוריות המרקסיסטיות המובלות על ידי השמאל. אם פתרונו של השמאל הוא בתיקון הממשלה כך שתתן מעמד דומה לכל הקבוצות בחברה, הרי הימין טוען כי כל ממשלה חשופה בדיוק לאותן בעיות בלא קשר לשאלה למי המעמד הדומיננטי בה.

58 מעגליות, או טרנסטיביות, היא התופעה של חוסר-היכולת של גוף קולקטיבי להגיע לקבלת החלטות מוסכמת על פי עקרון הכרעת הרוב כפי שתואר לעיל, ליד ה"ש 17.

59 Maxwell L. Stearns, *The Misguided Renaissance of Social Choice*, 103 YALE L.J. 1219 (1993–1994).

60 Maxwell L. Stearns, *Standing and Social Choice: Historical Evidence*, 144 U. PA. L. REV. 309 (1995–1996).

61 Maxwell L. Stearns, *Standing Back From the Forest: Justiciability and Social Choice*, 83 CAL. L. REV. 1309 (1995).

אליבא דאחדים מתומכי גישת הבחירה הציבורית, הפתרון היחיד לבעיות שהועלו הוא צמצום הממשלה או הוצאתה ממעגל השוק מתוך מגמה למנוע אפשרות של קבוצות קטנות ליטול עושר מקבוצות גדולות.⁶² בכך מתואמת כמוכך גישת הבחירה הציבורית עם גישות כלכליות המטיפות לצמצום הממשלה ולהתערבות מינימלית בשוק הפרטי.

4. האינטראקציה בין המוסדות

ענף מחקר מתחום הבחירה הציבורית המשלב במידה רבה תובנות משני המישורים שתוארו לעיל הוא זה העוסק בבירור היחסים בין רשויות השלטון ובין עצמן ובחלוקה הראויה של הכוח ביניהן. ענף זה היה מאז ומתמיד חלק ממחקר הבחירה הציבורית. כך כבר בספרם הקלאסי של Buchanan & Tullock⁶³ מתוארים החוקה האופטימלית והיחס בין שני החלקים של בית הנבחרים בארצות הברית. ככל שיותר משפטנים החלו להיעזר בתובנות מתחום הבחירה הציבורית, הלך והתפתח השימוש שנעשה בתיאוריה במגמה לברר את היחסים השונים בין רשויות השלטון, את כלי החקיקה ואת כלי השיפוט בארצות הברית.

בעיני רבים,⁶⁴ התיאורטיקן האמריקני הראשון שעסק באופן מתודי בשאלת היחס הראוי בין מוסדות המתחרים על כוח והשפעה הוא מנסחה הראשי של החוקה האמריקנית James Madison⁶⁵, Madison, ממנהיגי מפלגת הפדרליסטים ולאחר מכן נשיאה הרביעי של ארצות הברית, הסביר היטב את דעותיו בכתביו התומכים בקבלת החוקה, שלמעשה הם חלק של הכרך The Federalist Papers⁶⁶ מדיסון טען, כי בעייתו האמיתית של השלטון היא הפלגנות והפלגים (Factions) ואלו הדואגים לאינטרסים של עצמן ולא לאינטרסים של הכלל. מדיסון סבר, שבעיה זו היא חלק מהטבע האנושי ולפיכך אין טעם להיאבק בה. לטעמו של מדיסון, מבנה המשטר

62 גישה זו ידועה כגישת ה-Chicago School כיוון שרבים מתומכיה היו מאנשי בית הספר למשפטים של אוניברסיטת שיקגו.

63 JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY (1962).

64 Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 STAN. L. REV. 29 (1985-1986).

65 סביר להניח ש-Madison היה מודע לעבודתו של CONDORCET, לעיל ה"ש 16, אם כי לא ברור אם הסתמך עליה: Stearns, לעיל ה"ש 59, בעמ' 1223.

66 THE FEDERALIST PAPERS (Jacob E. Cooke ed., 1961). הכרך הוא אוסף של מאמרים קצרים שפרסמו שלושה מראשי מפלגת הפדרליסטים: James Madison עצמו, Alexander Hamilton (מי שעתיד היה להיות שר האוצר של ארצות הברית) ו-John Jay (שר החוץ של ארצות הברית ולאחר מכן הנשיא הראשון של בית המשפט העליון של ארצות הברית). את עיקר הטענות של Madison לגבי היחסים בין רשויות השלטון הוא פרש בפדרליסט מס' 10 המפורסם, (בעמ' 42). את החשש מפני חקיקה לטובת פלגים פרש Madison בעיקר בפדרליסט מס' 44 (בעמ' 225).

המוצלח הוא כזה המקבל את תופעת הפלגים, אך מתגבר על התוצאות הבלתי־רצויות של התופעה. את שיטת השלטון בחוקה האמריקנית – שעל פיה מבוזר השלטון בין שני בתי הקונגרס, הנשיא והמדינות המרכיבות את האיחוד – ראה מדיסון כפתרון לבעיית הפלגנות. ככל שהכוח מבוזר יותר, כך סביר פחות להניח שקבוצה אחת או פלג אחד יוכל לשלוט בכל זרועות השלטון. סביר יותר להניח, שבמצב זה יתחלק השלטון בין פלגים שונים, כך שאיש לא יוכל לדאוג לאינטרסים הייחודיים שלו בהתעלם מהאינטרסים של גופים אחרים.

גישתו של מדיסון טומנת בחובה כמה ממרכיבי היסוד שעד היום הם התשתית למחקרים מתחום הבחירה הציבורית. ראשית, מדיסון, כליברל קלסי, דוגל בתוכנה שעל פיה אנשים פועלים ממניעים רציונליים כדי למקסם את עושרם האישי. שנית, מבלי להידרש למלוא המורכבות של בעיית קבוצת האינטרסים, תיאר מדיסון בדייקנות את הבעיות העוללות לצורך, כמו רדיפה אחר אינטרס אישי. ושלישית, כפוליטיקאי מעשי הציע מדיסון את הפתרון שעדיין מנחה את חוקרי הבחירה הציבורית: הדרך להתגבר על הכוח המוגזם על ידי פיזור הכוח ויצירת יריבויות בין מוסדות.

בתקופה המודרנית של מחקר הבחירה הציבורית שוב החלו הדיונים באשר ליחסים בין המוסדות. דיונים אלו הושפעו מהמחקרים במדעי המדינה בדבר הרעיונות של הבחירה הציבורית ומתורת המשחקים – ענף כלכלי אחר שהחל לקנות לו שביטה במדעי המדינה ובמשפטים.⁶⁷ חוקרים החלו לנתח את ההתנהגות של מוסדות הממשל

⁶⁷ תורת המשחקים הוא ענף מתמטי העוסק בקבלת החלטות על ידי אנשים רציונליים בתנאים של אי־ודאות. הפיתוחים של תורת המשחקים יושמו בעיקר בתחום הכלכלה, אך השפעותיהם ניכרות גם בתחום מדעי המדינה ויחסים בין־לאומיים. התוכנה המרכזית של תורת המשחקים היא, כי קבלת החלטות של אנשים רציונליים יש לנתח במונחים של ראייה לעתיד (*Ex ante*) ולא במונחים של לאחר מעשה (*Ex post*). תורת המשחקים אפוא היא ניסיון להעריך מה תהיה ההחלטה שיקבל אדם רציונלי כאשר הוא מודע כי מולו פועל אדם רציונלי גם כן, והוא חייב לקחת גם את קבלת ההחלטות שלו בחשבון בעת שהוא עצמו מקבל החלטה. המשחק הבסיסי של תורת המשחקים ידוע בשם "דילמת האסיר". הסיטואציה הבסיסית היא של שני אנשים החשודים בשיתוף פעולה בביצוע שוד. החוקרים שמים אותם בשני חדרים נפרדים ומודיעים להם כי ניצבות בפניהם שתי אופציות: להודות או לא להודות בשוד. אם שניהם לא יודו, ייאלץ התובע להעמידם לדין בחשד לביצוע עבירה של הסגת גבול בלבד, הנושאת עונש קל במיוחד. אם שניהם יודו, יועמדו לדין באשמה של שוד, אבל העונש יופחת עקב ההודאה. לעומת זאת, אם האחד יודה והאחר לא יודה, יזכה המודה למעמד של עד מדינה, ואילו האסיר שלא הודה ייאלץ לשאת בעונש כבד מאוד.

תרשים 3: המשחק הבסיסי של דילמת האסיר

א / ב	ב יודה (אין שיתוף)	ב יכחיש (שיתוף)
א יודה (אין שיתוף)	חמש שנים / חמש שנים	אין כלא / עשר שנים
א יכחיש (שיתוף פעולה עם ב)	עשר שנים / אין כלא	שנה בכלא / שנה בכלא

ויחסייהם ההדדיים מתוך ראייה, שעל פיה המוסדות פועלים בצורה אסטרטגית מתוך הבאה בחשבון של פעולות המוסדות האחרים.

החוקר המוביל בתחום משפטי-כלכלי זה הוא William Eskridge, אשר בסדרה ארוכה של מאמרים (רובם עם שותפים שונים: Philip Frickey, Daniel Farber, John Ferejohn), שהתפרסמה מסוף שנות השמונים ועד סוף שנות התשעים של המאה העשרים, פיתח מאוד את מחקר יחסי הגומלין בין המוסדות, בייחוד בנוגע לחקיקה.⁶⁸ עיקר עניינו של Eskridge הוא בשאלת זיהוי הגורמים המביאים לתהליכי החקיקה ותורת הפרשנות השיפוטית המתחייבת מהבנת תהליכי החקיקה. בעיניו של Eskridge, החוק (The Law) במובנו הרחב, דהיינו: גם החלטות שיפוטיות ולא רק מעשי חקיקה) מייצג את שיווי המשקל בין מוקדי הכוח השונים המשפיעים על קבלתו.⁶⁹ החוק הוא תוצר של העדפות פרטיות וציבוריות, השונות זו מזו מטעמים שונים. לדעתו של Eskridge, המטרה היא להבין כיצד מוקדי הכוח השונים פועלים ומהם הטעמים המביאים לתוצאה מסוימת. לשם בירור התהליכים החקיקתיים משתמש Eskridge בתובנות מתחום תיאוריית ההצבעה, תורת המשחקים ותיאוריית קבוצות האינטרסים.⁷⁰

שורה של חוקרים אחרים הלכו בדרך הפענוח של היחס בין המוסדות והמאבק לצבירת כוח ביניהם. בסדרה של מאמרים פיתחו שלושה חוקרים אמריקנים, הידועים בשם הקולקטיבי McNollgast,⁷¹ גישה המסבירה את היחס בין הקונגרס, בית המשפט והרשות המנהלית.⁷² לגישתם של McNollgast, המשפט המנהלי מבטא את נסיונו

ברור, כי במצב זה עדיף לשני האנשים שלא להודות. הם יישלחו לכלא לתקופה קצרה בלבד. הבעיה היא שכל אחד מהם חושש שהאחר יודה במעשה ויבקש לצאת בלא עונש כלל. התוצאה היא כי האסטרטגיה הדומיננטית – דהיינו: זו ששני האסירים ינקטו – היא האסטרטגיה של הודאה, הגם שברור כי בכך שניהם הרעו את מצבם. לניתוחה של בעיית דילמת האסיר ובעיות אחרות מתחום תורת המשחקים ראו אבינאש דיקסיט ובארי נייבלאף תורת המשחקים: מבוא לחשיבה אסטרטגית בעסקים, בפוליטיקה, במלחמה ובמשחקי החיים (מיכל אילן מתרגמת, JAMES D. MORROW, GAME THEORY FOR POLITICAL SCIENTISTS (1994); (2006

68 חלק מהרעיונות של Eskridge מבוטאים בספר הלימוד שהוציא לקורס ב־Legislation: William N. Eskridge Jr., Philip P. Frickey & Elizabeth Garrett, Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy (3rd ed., 2001).

69 William N. Eskridge & Phillip P. Frickey, *The Supreme Court 1993 Term: Foreward: Law As Equilibrium*, 108 HARV. L. REV. 26 (1994–1995).

70 כמה ממאמריו החשובים (נוסף על אלו המוזכרים במקומות אחרים במאמר זה) הם William N. Eskridge Jr., & John Ferejohn, *Super-Statutes*, 50 DUKE L.J. 1215 (2000–2001); William N. Eskridge Jr., & John Ferejohn, *Structuring Lawmaking to Reduce Cognitive Bias: A Critical View*, 87 CORNELL L. REV. 616 (2001–2002). William N. Eskridge Jr., *The Judicial Review Game*, 88 NW. U. L. REV. 382 (1993–1994).

71 Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll, Barry R. Weingast

72 Mathew D. McCubbins, Roger G. Noll & Barry R. Weingast, *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, 3 J.L. ECON. & ORG. 243 (1987); Barry R. Weingast,

של המחוקק לשלוט ברשות המנהלית. היות שהקונגרס אינו מסוגל לוודא כי הרשות המנהלית אכן מבצעת את הוראותיו, הוא ממנה את בית המשפט לעשות עבורו את עבודת הפיקוח על הרשויות המנהליות השונות. כללי המשפט המנהלי הדורשים שקיפות, שיקולים רציונליים וענייניים ומתן זכות טיעון, מסייעים בידי הקונגרס לוודא כי הרשות המנהלית אינה חורגת מהמטרות שהקונגרס קבע לה. כפי שאפשר לראות בקלות, תזה זו משלבת את הנחת היסוד של תיאוריית קבוצות האינטרסים עם תובנות מתחום תורת המשחקים. השימוש בתורת המשחקים התבסס על ההנחה שלפיה מוסדות השלטון (בית המחוקקים, המנהל, בית המשפט וכו') הם שחקנים רציונליים, המתייחסים זה אל זה בצורה אסטרטגית. בשל כך יכולים גופים אלו לצפות זה את מהלכיו של זה ולנצל לטובתם מגבלות מוסדיות וחוקתיות המוטלות על גופי השלטון השונים. מחקר נרחב בתחום זה נעשה לגבי עקרון הפרדת הרשויות⁷³ והדרך של המחוקק לכפות את רצונו על הרשות המנהלית.⁷⁴

מחקר נוסף שעסק במבנה החוקתי הראוי של מדינה הוא ספרו של Robert Cooter, *The Strategic Constitution*.⁷⁵ בספר זה מתאר Cooter את ההסדרים הראויים לבניית מדינה מודרנית בהתחשב בהנחה שעל פיה כל מוסד במדינה פועל לקידום האינטרס שלו עצמו ולפיכך נוצרת בעיית נציג בהעברת היחס בין הרשויות השונות.⁷⁶ מחקרו של Cooter מתמקד באסטרטגיות השונות שבוחרים ונבחרים יכולים לאמץ כדי לשלוט בשלוחיהם ולאמת כי אכן אלו פועלים על פי ההנחיות שניתנו להם.

כפי שאפשר לראות, כאשר עברה הגישה של הבחירה הציבורית מניתוח של פעילות מוסדות לניתוח היחס בין מוסדות שונים ובין עצמם, התבצע גם מעבר טבעי, כמעט בלא שימת לב, בין ניתוח פוזיטיבי לניתוח נורמטיבי של התנהגות המוסדות.⁷⁷ חוקרי הבחירה הציבורית הפכו לא רק למנתחי המצב, אלא גם לתיאורטיקנים המבקשים

Structure and Process, Politics and Policy: Administrative Arrangements and the Political Control of Agencies, 75 VA. L. REV. 431 (1989)

William N. Eskridge Jr., & John Ferjoh, *The Article I, Section 7 game*, 80 GEO. L.J. 523 (1991–1992).

Jonathan R. Macey, *Separated Powers and Positive Political Theory: The Tug of War Over Administrative Agencies*, 80 GEO. L.J. 671 (1992).

75 COOTER, לעיל ה"ש 20.

76 ספרו של COOTER, שם, עוסק כמעט בכל הסוגיות המועלות במאמר זה, כולל תיאוריית ההצבעה, ההשפעה של חלוקת הרשויות, פרשנות שיפוטית וזכויות חוקתיות.

77 למעשה על הניתוח הכלכלי של המשפט עבר שינוי דומה. בעוד שבראשית הדברים התמקדו חוקרי הניתוח הכלכלי של המשפט בתיאור פוזיטיבי (מתוך טענה, כי לניתוח הכלכלי של המשפט עליונות פוזיטיבית), הוכח די מהר כי למעשה אין לטעון שבתי המשפט או המחוקק אכן מתנהגים בצורה יעילה. ממילא עבר הניתוח הכלכלי של המשפט להתמקד בתיאורים נורמטיביים המבוססים על קריטריון היעילות: כיצד ראוי שהמשפט אכן יתנהג?

להשפיע על המבנה הראוי של המוסדות ועל היחסים הראויים ביניהם.⁷⁸ תחום מחקר מרכזי בהקשר זה היה הוויכוח בדבר מקומם של בתי המשפט ושל הביקורת השיפוטית על מעשי החקיקה והמנהל. דיון רחב בשאלות אלו אקיים בהמשך המאמר וכעת אבקש לעבור להערכה קצרה של גישת הבחירה הציבורית.

ג. הערכה של גישת הבחירה הציבורית

1. ההערכה הפוזיטיבית של גישת הבחירה הציבורית

הנחת היסוד של גישת הבחירה הציבורית על כל ענפיה היא, כי הפוליטיקאים פועלים בצורה רציונלית כדי למקסם את האינטרסים שלהם. האם אכן יש ביסוס לטענה זו? גישת הבחירה הציבורית בשלביה המוקדמים טענה לנכונות מדעית. מבחינה פוזיטיבית סברו אנשי גישת הבחירה הציבורית, כי גישתם היא מעל לכל ערעור – כך מתנהל העולם. אלא מאז נכתבו ראשוני המאמרים בתחום הבחירה הציבורית והמשפט, בראשית שנות השבעים של המאה העשרים, הולך ומתברר כי המצב אינו בדיוק כך. ביקורות התפתחו מכמה כיוונים: ראשית התברר, כי פוליטיקאים מבקשים להשיג מטרות ציבוריות הרבה מעבר למה שהבחירה הציבורית מעריכה.⁷⁹ פוליטיקאים פועלים פעמים רבות משיקולים ציבוריים, מתוך אחריות אישית ומתוך כוונה להיטיב.⁸⁰ גישת הבחירה הציבורית התבססה בעיקר על תפיסה ליברלית של הדמוקרטיה, שבה כל יחיד וכל פוליטיקאי פועל בפני עצמו.⁸¹ במהלך שנות השמונים הלכו והתבססו גישות הרואות בדמוקרטיה פעילות קהילתית אשר אינה מתאימה לניתוח באמצעות כלים פשוטים של שוק.⁸² יתר על כן: מחקרים במהלך שנות התשעים הטילו ספק ניכר בכל הנחות היסוד של הרציונליות. גישת הבחירה הציבורית וההתבססות שלה על פעילות רציונלית של יחידים הוטלו בספק. ככל שעובר הזמן מתברר, כי הטענה בדבר הרציונליות של פוליטיקאים, בוחרים, אנשי עסקים וכו' היא לכל היותר נקודת מוצא, ובכל מקרה אינה יכולה לשמש בסיס יחיד לתיאוריה.⁸³

78 לניתוח מעבר היסטורי זה ראו: Maxwell L. Stearns, *Restoring Positive Law and Economics: Introduction to Public Choice Theme Issue*, 6 GEO. MASON L. REV. 709 (1997–1998).

79 Daniel A. Farber, *Democracy and Disgust: Reflections on Public Choice*, 65 CHI.-KENT L. REV. 161 (1988–1989).

80 Abner J. Mikva, *Forword*, 74 VA. L. REV. 167 (1988).

81 מזרחי ומידני, לעיל בה"ש 3.

82 ראו המקורות לעיל בה"ש 27.

83 הביקורת על העמדה שלפיה הפוליטיקאים אינם פועלים ממניעים רציונליים אינה קשורה בהכרח לביקורת הכללית על תפיסת ה־*homo economicus*, המקובלת בשנים האחרונות במסגרת גישת ה־*behavioral law & economics*. בעוד שבהתייחסות לאדם הפרטי כשחקן בשוק היתה נקודת המוצא שהאדם הוא רציונלי וחובת ההוכחה היתה מוטלת על הטוענים להיפך, הרי במישור

סוג ביקורת שני התמקד בחוסר-היכולת המופגן של חוקרי הבחירה הציבורית לספק תימוכין אמפיריים להנחותיהם.⁸⁴ בחלק מהמקרים מספקים אנשי הבחירה הציבורית הנחות יסוד אשר למעשה אינן מאפשרות ביקורת אמיתית. כך, למשל, אם במסגרת הרצון של פוליטיקאי למקסם את תועלתו נכללות גם ההעדפות האידיאולוגיות שלו, הרי אז אין שום אפשרות לברר האם החלטתו נבעה משיקולים של מקסום תועלת או משיקולים של תועלת ציבורית. למעשה אין גם שום משמעות להבדל. דוגמאות טובות של מחקרים בתחום הבחירה הציבורית מבוססות על הנחות איתנות יותר בדבר האינטרס המוביל את הנבחרים ואת עובדי הציבור – אינטרס שאפשר לבקרו ולהפריכו – והמתורגם בדרך כלל באמצעות יתרונות כלכליים או כוח פוליטי.⁸⁵ כמו כן הנחות חזקות שאפשר להפריכן הן אלו העוסקות בבחינת תוצאות הפעילות של מוסדות הממשל. למשל: נניח כדוגמה היפותטית, כי אנו מבקשים לבחון את תקנות הבטיחות לרכב בארצות הברית. כדי להוכיח שחוקי הבטיחות לרכב נחקקו מטעמים שאינם ענייניים אין די להצביע על אפשרויות אחרות, אלא יש להראות כי המרוויח הגדול אינו הציבור (שכן אין הבדל של ממש בבטיחות כלי הרכב) כי אם יצרני הרכב האמריקנים, שבעזרת תקנות הבטיחות הצליחו למנוע יבוא מקביל זה. רק ראייה פוזיטיבית כזו תוביל למסקנה, כי סביר שמעשה החקיקה וביצועו לא נעשו ממניעים טהורים.

ואולם הבעיה היא, שמחקרים אמפיריים כאלו הם מעטים ודרך כלל אינם יכולים לבסס את הטענה שעל פיה החקיקה גרמה נזק לציבור.⁸⁶ גם מחקרים המתארים לעשות כן נתקלים בדרך כלל בחומות כמעט בלתי-עבירות של כשלים סטטיסטיים.⁸⁷ במקרה הטוב מצביעות התוצאות על אמביבלנטיות לגבי תרומתה של חקיקה מסוימת.⁸⁸ כמו כן העובדה כי קיימת חקיקה שלא הצליחה אינה עדיין ראייה

הפוליטי היה המצב הפוך. נקודת המוצא היתה, כי משרתי הציבור עוברים מטמורפוזה עם החילם לשמש במשרותיהם הציבוריות והם מאבדים את האינטרס לפעול לטובת עצמם. חובת ההוכחה היתה על הטוענים להיפך ולא תמיד הצליחו הללו לשאת בנטל הוכחה כבד זה. BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (Cass R. Sunstein ed., 2000)

84 לביקורת על המחקרים האמפיריים של חוקרי הבחירה הציבורית, המשולבת בהתקפה מקיפה על הנחות היסוד של הגישה כולה, ראו Mark Kelman, *On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement*, 74 VA. L. REV. 199 (1988).

85 Mashaw, לעיל ה"ש 11, בעמ' 32–40.

86 ראו אצל FARBER & FRICKEY, לעיל ה"ש 27.

87 שם.

88 תיאורים בעלי משמעות מתמקדים בדרך כלל בהיסטוריה של חוק אחד מסוים ומצליחים להראות לגביו, כי אכן קבוצות אינטרס פעלו לקידומו. למשל: Geoffrey P. Miller, *Public Choice at the Dawn of the Special Interest State: The Story of Butter and Margarine*, 77 CAL. L. REV. 83 (1989). לתיאור חוק שהתקבל הגם שסביר כי לא היה לו רוב ראו את התיאור של קבלת ה-Civil Rights Act 1964 אצל Eskridge, לעיל ה"ש 68, בעמ' 22–24. הבעיה מתחילה כאשר מבקשים להכליל מהדוגמא המסוימת אל מסקנות כלליות יותר.

שהמחוקק כיוון לחוסר-ההצלחה. כדי לאשש את תקפותה של התיאוריה יש להוכיח, כי (א) המצב בלא החקיקה או הרגולציה היה טוב יותר מבחינה מצרפית או לפחות לקבוצה שעליה אנו מנסים להגן במוצהר;⁸⁹ (ב) אם התוצאה היא שלילית עבור התועלת החברתית המצרפית וגם עבור קבוצות מוחלשות, יש צורך לוודא כי אכן התועלת עברה לקבוצה חזקה, שיש בסיס כלשהו להניח כי יש בידה להשפיע על החקיקה.⁹⁰ מעטים המחקרים האמפיריים המצליחים לעבור את שתי המשוכות הללו. גם אלו המתמיימים להביא הוכחות אמפיריות מספקים בדרך כלל תמונה חלקית למדי ויוצאים מנקודות הנחה בעייתיות ביותר. רק במקרים קיצוניים ביותר מצליחים מאמרים להראות באופן פוזיטיבי כיצד חוק מסוים תומך במערכת מסוימת.

מובן שאי-היכולת להוכיח באופן ודאי את תקפותה של ההיפותזה אינה פוגעת בהכרח בתיאוריה בכללה, גם אם הדבר ידרוש הגבלה מסוימת של הנחותיה. הנחה שכל פוליטיקאי הוא אדם כלכלי (homo economicus) בלבד היא הנחה פשטנית מכדי שתהיה תקפה. הדבר נכון יותר לגבי פוליטיקאים, אשר מסלול הקידום שלהם והסינון הטבעי שהם עוברים מעניק עדיפות לאנשים בעלי דעות ואמונות בנושאים מסוימים אשר עומדות בפניהם אופציות אישיות אחרות (אנשי צבא, עורכי דין, מנהלים בכירים וכו').

ההצעה שהציע זוכה פרס נובל Buchanan לגבי ההתייחסות הנכונה למיקומו של ניתוח הבחירה הציבורית נראית מאוזנת ביותר.⁹¹ לגישתו, לבחירה הציבורית אין יכולת ניבוי של תהליכים יותר מאשר לכל תיאוריה אחרת. אין היא יכולה אלא להצביע על מוטיבציות של אנשי ממשל ועל דרכים אפשריות להשפיע על מוטיבציות אלו. אין זאת אומרת שאנשי הממשל יפעלו בהכרח רק על פי מוטיבציות אלו, אלא פשוט כי אנשים בממשלה אינם פועלים רק לטובת הציבור אלא גם לטובת עצמם. אם אכן הם עושים כן, מראה הבחירה הציבורית את הדרך שבה יכולה פעילות זו להשפיע על התוצאה הסופית. עוד יותר נכונים הדברים לגבי היחס בין המוסדות השונים ולא בין האזרח למוסדות.

89 ייתכן כמובן שחקיקה מסוימת תפגע בתועלת המצרפית, אך זאת כדי להגן על קבוצה שבמוצהר רוצים להגן עליה. למשל: ייתכן כי התועלת החברתית המצרפית תגדל אם החברה תתיר להאריך את משך זמנה של עבודת ילדים מעבר למותר בחוק. עם זאת ברור, שבמקרה זה ההכרעה הדמוקרטית היא לפגוע בתועלת המצרפית הכללית כדי להגן באופן מיוחד על קבוצת אוכלוסייה מסוימת. הוכחה אמפירית כזו תהיה, למשל, אם יוכח כי למעשה חוקי עבודת הילדים פוגעים בתועלת הכללית של הילדים כולם.

90 בהמשך לדוגמא הקודמת צריך יהיה להראות, כי למעשה הגוף המפיק תועלת מצמצום עבודת הילדים הוא החברות הגדולות במשק, אשר אינן יכולות להעסיק ילדים ממילא על פי הסכמי העבודה הקיבוציים הנוהגים בהן, בתחרות שהם מנהלים בחברות ובעסקים הקטנים. הנחה זו דורשת ראייה מסוימת על פעילותן של החברות הגדולות לטובת מגבלות אלו. מובן כי ככל שהקבוצה הנהנית גדולה יותר, קשה יותר להניח כי אכן הצליחה לפעול בצורה מסוימת, כיוון שהיא סובלת מבעיות של "רוכב חופשי", כפי שהזכרנו לעיל.

91 Geoffrey Brennan & James M. Buchanan, *Is Public Choice Immoral? The Case for the "Nobel" Lie*, 74 VA. L. REV. 179, 180 (1988).

בלא כל קשר לשאלה מהי המוטיבציה של המוסדות ומהם האינטרסים שהם מקיימים, הרי ברור לכל מי שמתבונן בפוליטיקה כי למוסדות אינטרסים שונים זה מזה וכי הם מתחרים על שליטה. בהקשר זה אפוא גישת הבחירה הציבורית יכולה אך להועיל כדי להבין את הדרכים שבהן מוסדות משפיעים זה על זה.

תובנה זו גם מתאימה לאינטואיציה הבסיסית של המודל הכלכלי – ניתוח האסטרטגיות של יחידים או קבוצות בהנחה שאלו מודעים אלו לאינטרסים של אלו. כלומר: מודל הניתוח של הבחירה הציבורית מתאים במיוחד לניתוח ההשפעה שיש לעובדה כי כל השחקנים במגרש הפוליטי מודעים לכך שלכל גוף האינטרסים שלו הוא פועל לקדם. ניתוח כזה, המתמקד בהשפעות שיש לאינטרסים על תהליך קבלת ההחלטות *ex ante*, יכול לשמש מרכז הדיון של הבחירה הציבורית.

2. הערכה נורמטיבית של הבחירה הציבורית

חלקו הקודם של המאמר עסק בשאלת התקפות הפוזיטיבית של גישת הבחירה הציבורית. בהמשך הדיון נניח, כי לאינטואיציות ולמודלים אלו תקפות מסוימת. גישת הבחירה הציבורית מתיימרת להציג תיאור פוזיטיבי בלבד של המציאות. אך האם אין לומר, כי התיאוריה למעשה מייצרת לא רק משפט פוזיטיבי אלא גם תומכת ומעודדת הערכות נורמטיביות של המציאות?

הבעיה המתעוררת היא כפולה: סוג ראשון של בעיות עוסק ביחס של אזרחים כלפי השלטון. באיזו מידה משפיעה גישת הבחירה הציבורית על הלגיטימיות של השלטון בעיני האזרחים? סוג שני של בעיות נובע מטענת ההשפעה המשחיתה של גישת הבחירה הציבורית. הטענה היא, כי עצם חשיפת התופעה של התייחסות אינטרסנטית של נבחר ציבור תהפוך התנהגות זו ללגיטימית, וכך החסמים מפני השימוש הציני יותר באינטרסים אישיים של הנבחרים ועובדי הציבור יפלו והבחירה הציבורית תהפוך לנבואה המגשימה את עצמה.

(א) בעיית הלגיטימיות

בעיית הלגיטימיות מניחה, כי המשך קיומו של המשטר מושפע מיכולתו לשכנע את האזרחים שהוא אכן לגיטימי. המדינה הדמוקרטית המודרנית אינה יכולה לכפות על האזרח את כל חוקיה. קיומה מותנה בכך, שהאזרחים יפנימו את החוקים ויכירו בהם באורח עקרוני כלגיטימיים. תפקיד האכיפה של השלטון מתמצה בהתמקדות באותם שוליים המפרים את החוק כדי לא להעניק לרוב מקיימי החוק את התחושה כי שגו בכך שבחרו להיות אזרחים שומרי חוק.

אולם, כך הביקורת, הכרת האזרחים בלגיטימיות השלטון היא פגיעה. שימוש מוגזם בבחירה הציבורית, במיוחד בהנחות היותר קיצוניות שלה, יכול להביא לערעור

ניכר של האמון בשלטון ובלגיטימיות שלו.⁹² ניתוח בכלים אלו מסוגל אפוא להביא לערעורה של המדינה הדמוקרטית-ליברלית המודרנית.⁹³ מובן ששאלות אלו מעלות אל קדמת הבמה את שאלת תקפותו של המדע אל מול הסכנה לקיומה של המדינה. שאלות עתיקות אלו לא יוכרעו כאן וגם אין צורך להכריע בהן. כמעט 40 שנה לאחר פריצתה של גישת הבחירה הציבורית בארצות הברית וכ-25 שנה לאחר שהפכה לתיאוריה המובילה בתחום מדעי המדינה ולאחת המובילות במשפט שם, אפשר להעריך את השפעתה של התיאוריה על אמון האזרחים בשלטון. אכן, במשך שנים אלו היתה התפכחות ניכרת מהאשליה בדבר יכולתה של הממשלה להשפיע בתחום חיי הפרט. התפכחות זו נובעת מטעמים רבים, ביניהם אולי גם עלייתה של הבחירה הציבורית. נוסף על כך בית המשפט העליון של ארצות הברית – במקרים רבים בהשפעה מוצהרת של רעיונות מתחום הבחירה הציבורית – עודד את המגבלות על כוחו של הממשל המרכזי, בייחוד לגבי כוחן של המדינות והיחס שבין המדינות השונות ובין עצמן.⁹⁴ אלא שבשום פנים אין לומר, כי יכולתה של המדינה האמריקנית לפעול נפגעת בצורה מממשית. גם כאשר הגיעו אנשי ימין לשלטון בארצות הברית, כאשר חלק מהמצע שלהם הוא חשד עמוק כלפי הממשלה, הם החלו בעיסוק זה בזהירות רבה. גם אזרחי ארצות הברית לא ויתרו על דרישתם הבסיסית מהממשלה לדאוג לצרכיהם.⁹⁵ אם אכן היתה ביקורת, היא התמקדה בחוסר-היעילות של המנהל ובצורך לחזק את מעמדו כמו, למשל, בסוגיית ההתגוננות מפני טרור שהביאה להקמת משרד ממשלתי "לבטחון המולדת", שהוא כוח ממשלתי חזק ביותר אשר בידי מפקדות סמכויות הפעולה בנושאי בטחון הפנים.

92 כפי שאטען להלן, גם אם השלטון מתנהג בצורה מסוימת מבחינה אובייקטיבית, עדיין אין זה אומר שהציבור מודע לכך לחלוטין. חשיפת הפער בין התנהגות הנבחרים או השלטון בפועל ובין התפיסה של התנהגות זו על ידי הציבור היא בדיוק שטח המחיה של התיאוריות הביקורתיות. למשל: אחת הטענות המועלות על ידי התיאוריה המרקסיסטית כלפי המשפט היא, כי מבנים משפטיים הנראים בעינינו נייטרליים נוצרו למעשה על ידי קבוצות בחברה המבקשות לרכוש או לשמר דומיננטיות כלפי קבוצות אחרות.

93 בדימוי קולע תיאררו Brennan & Buchanan, לעיל ה"ש 91, את הבעיה כך: הבה נמשיך את האגדה הידועה על הילד הצועק: "המלך הוא עירום". הבה נניח, כי בעקבות גילוי סכלותו של המלך (שאחרי הכול לא היתה אלא טעות שגילתה את אנושיותו) יאבדו כל אצילי הממלכה את אמונם במלך ויחליטו לסלקו מן השלטון. בשל כך מתפתחת בממלכה מלחמת אזרחים בין שני אצילים הטוענים לכתר – מלחמה הגורמת לסבל ולאובדן חייהם של אזרחים רבים. האם במקרה כזה עדיין נחשוב כי הילד צדק כשצעק?

94 דוגמה בולטת לפסק דין מעין זה היא פסק דינה של השופטת Sandra Day O'Connor בעניין New York v. United States, 505 U.S. 144, 112 B.S. Ct. 2408 (1992). בפסק הדין דחה בית המשפט העליון את עמדתה של מדינת ניו-יורק, כי בידי הממשלה הפדרלית לא היתה את הסמכות לחייב את המדינות לדאוג לפינוי הפסולת הרדיואקטיבית שלהן או לטפל בה בעצמן. פסק דינה של השופטת O'Connor כולל ניסיון נרחב בניתוח דרכי ההתחמקות של מחוקקים מאחירות כלפי אזרחיהם.

95 Edward L. Rubin, *Public Choice, Phenomenology, and the Meaning of the Modern State: Keep the Bathwater, but Throw Out the Baby*, 87 CORNELL L. REV. 309 (2001–2002).

נראה אפוא, כי התחזיות השחורות ביותר של מתנגדי גישת הבחירה הציבורית לגבי ההשפעה שתהיה לה על הלגיטימיות של השיטה כולה התבררו כמוגזמות. אך אין זה אומר שלא ראוי לבחון את השאלה השנייה: האם אין בהשפעה של הבחירה הציבורית כדי להשפיע גם על צורת ההתנהגות של הפוליטיקאים? במאמר מעניין שהתפרסם לפני כמה שנים הציע Jonathan Macey את "התער של Macey" (על משקל התער של אוקוס). לדעתו, חובתו של אזרח במדינה דמוקרטית היא לחשוך בממשלה ולבדוק תמיד האם הממשלה אכן ממלאת את חובותיה ובאיו מידה היא אינה פועלת בניגוד למנדט שלה. האזרח תמיד יסבור, כי העמדה שנקטה הממשלה היא עמדה בעייתית.⁹⁶

Peter Strauss ו-Jerry Mashaw הציגו עמדה מתונה יותר,⁹⁷ שלפיה מבחינה עקרונית למדינה חשיבה חיובית וכי יש להניח כי החוקים נעשו מטעמים ציבוריים. השאלה איננה מהו החוק? אלא, האם ישנן הוכחות שאכן אינטרסים פרטיים השפיעו על תוכנו של החוק?

(ב) הבחירה הציבורית כמשחיתת החברה

האם שימוש בכלים של הבחירה הציבורית משחית את החברה? האם יש סיכון כי שימוש בבחירה הציבורית יביאו לבניית חברה צינית יותר, המסייעת פחות לחלש? ניסוי מעניין שנעשה בתחום הפסיכולוגיה החברתית הוא "משחק האולטימטום".⁹⁸ בניסוי זה חולקה הקבוצה לזוגות. אחד מבני הזוג היה מוצע, והאחר היה ניצע. כללי המשחק היו, כי על המציע להציע לניצע אחוז מסוים מהסכום שנקבע. הניצע יכול לקבל את ההצעה ואז הצדדים יקבלו את הסכום על פי החלוקה שהוצעה, או לדחות את ההצעה ואז אף לא אחד מהצדדים לא יקבל דבר. לכאורה אילו שני הצדדים פועלים בצורה רציונלית, כי אז הניצע יקבל כל הצעה של המציע — כל סכום, קטן ככל שיהיה, עדיף מאשר לא לקבל דבר. אלא שתוצאות ניסוי זה מעיבות על הנחת הרציונליות השולטת במודלים הכלכליים: מתברר, שניצעים אינם מוכנים לקבל הצעות הפחותות הרבה מ-20%. כלומר: על חוסר-הוגנות שבהצעות מענישים הניצעים את המציע, ואפילו במחיר של ויתור על חלקם שלהם. יתר על כן: אף המציעים נוטים להציע הצעות שאינן פחותות מ-20%, גם במקרים שבהם אין להם ידע מוקדם על ההתנהגות המקובלת של הניצעים.

Jonathan R. Macey, *Cynicism and Trust in Politics and Constitutional Theory*, 87 96 CORNELL L. REV. 280 (2001–2002).

Jerry L. Mashaw, *Deconstructing Debate, Reconstructing Law*, 11 97 CORNELL L. REV. 682 (2001–2002); Peter L. Strauss, *Educating Citizens*, 87 CORNELL L. REV. 690 (2001–2002).

Christine Jolls, Cass R. Sunstein & Richard Thaler, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, 50 98 STAN. L. REV. 1471, 1489 (1997–1998).

תוצאות אלו מעניינות בעיקר את העוסקים בתחום הביקורת על הניתוח הכלכלי של המשפט ועל הגישה ההתנהגותית לניתוח זה. בהקשר למאמר זה מעניין במיוחד מה היתה ההתנהגות של השחקנים בניסוי כאשר הם היו מודעים לאפקט ההוגנות? מתברר, כי סטודנטים לכלכלה ולמדעי המדינה בעלי ידיעה בעקרון הרציונליות ובבחירה הציבורית נטו להציע הצעות נמוכות באופן מהותי מחבריהם מחוגים אחרים.⁹⁹ יתירה מזו: גם כאשר לניצעים היה ידע זה, נטו הצדדים להגיע להסכם גם בחלוקה הוגנת פחות. כלומר: הן המציעים הן הניצעים הפנימו את עקרון הרציונליות, והפנמה זו התגברה על עקרון ההוגנות. לכאורה יש בכך כדי להצביע על הצורך לבצע חשיבה בנוגע למחקר בתחום הבחירה הציבורית ולתמוך בטענה שעל פיה עצם המחקר והמודעות לאפשרויות של הסחר-מכר בחוקים מחזקת את השחיתות במוסדות הציבוריים. עצם ההנחה כי רבים מתנהגים בצורה מסוימת הופכת להיתר להתנהג בצורה זו.

בהשאלה למחקר הבחירה הציבורית השאלה היא זו: האם עצם מחקר הבחירה הציבורית, הצגת התיאורמה של Arrow¹⁰⁰ וקבוצות האינטרסים,¹⁰¹ משפיעים על התנהגות הנבחרים, האזרחים ועובדי הציבור? האם יש מקום לחשש כי עצם העלאת התיאוריה הכלכלית תביא לכך שאנשים ישנו את ההתנהגות הקודמת שלהם, יפעלו למקסום תועלתם האישית ויתעלמו משיקולים חברתיים?

מובן, כי החברה בכללה אינה יכולה לצנזר גישה מדעית כמו זו של הבחירה הציבורית. אולם חוקרים רבים של גישת הבחירה הציבורית מתלבטים בשאלה, האם אכן "חשיפת" השיטה שלפיה פועלת גישת הבחירה הציבורית מגדילה את הסיכון שאזרחים ונבחרים ישתכנעו כי אכן זו דרך הפעולה הנכונה והמקובלת וינקטו שיטת פעולה התואמת את האינטרסים האישיים שלהם בלבד, גם במקום שבו סביר להניח שלא היו עושים כן אלמלי נחשפו לגישת הבחירה הציבורית?

לעניות דעתי, התשובה לטענה זו היא, כי בדיוק ההיפך הוא הנכון. גישת הבחירה הציבורית אינה בהכרח ממעיטה את האמון של הציבור ואינה מפחיתה את הנכונות של משרתי הציבור לדאוג למטרות ציבוריות. להיפך: מחקר המתעלם מההשפעות של הבחירה הציבורית סופו שיביא לאכזבה מהמערכת השלטונית, אשר היא עצמה יכולה לפגוע בדמוקרטיה. אמון הציבור במערכת דמוקרטית תלוי ביכולתו להבין נכוחה את הלחצים הפועלים על המערכת.

כדי להבין את השפעתו של המחקר על תפיסת הדמוקרטיה של הציבור יש צורך להבחין בין שתי רמות שונות של דיון: ברמה הראשונה השאלה היא, האם

99 Robert H. Frank, Thomas Gilovich & Dennis T. Regan, *Does Studying Economics Inhibit* 99 Strauss ; *Cooperation?*, 7 J. ECON. PERSP 159 (1993), לעיל ה"ש 97.

100 ראו הדיון לעיל בטקסט ליד ה"ש 17.

101 ראו הדיון לעיל בטקסט ליד ה"ש 38.

הציבור מאמין כי הפוליטיקאים פועלים לטובת אינטרסים עצמיים או מפלגתיים? ברמה השנייה השאלה היא, מהם הפתרונות המקובלים לבעיות אלו? נראה, כי ברמה הראשונה גישת הבחירה הציבורית מחדשת בעיקר בטכניקה ולא באינטואיציה הבסיסית. על פי המחקרים הנעשים בישראל ובארצות אחרות בעולם, הציבור ממילא אינו מביע אמון במניעיהם של הפוליטיקאים.¹⁰² הציבור ממילא סבור כי נבחר ציבור פועלים לקידום אינטרסים אישיים, במיוחד כאשר אלו מוגדרים במובנם הרחב.¹⁰³ אדרבה: פעמים נראה שהאמון הציבורי בפוליטיקאים נמוך מדי, פחות אף מהמגיע להם.

ברמה השנייה השאלה המעניינת היא, למי מעניק הציבור את נאמנותו? אם לא בפוליטיקאים, במי מאמין הציבור ועל מי הוא סומך? בישראל, כבשאר המדינות, זוכה לאמון זה הרשות השופטת וכן מוסדות שונים שהם חלק מהרשות המבצעת, כגון הצבא, מוסדות מנהליים דוגמת הממונה על ההגבלים העסקיים וכדומה.¹⁰⁴ דווקא כאן נודעות לגישת הבחירה הציבורית משמעות ניכרת וחשיבות עצומה. הבחירה הציבורית חושפת את האינטרסים המוסדיים של גופים שלטוניים שאינם נבחרים. כמו כן מאתרת הבחירה הציבורית את השיטות שבאמצעותן מצליחים גופים לא-נבחרים אלו להגביר את כוח השפעתם ולהתגבר על הצורך להתחשב בגופים הנבחרים. במישור זה חשיבותה של הבחירה הציבורית רבה מאוד. גם אם הציבור צודק בהעבירו את תמיכתו מגופים נבחרים לגופים "מקצועיים", הרי שעל הציבור להיות מודע לאינטרסים המניעים גם גופים "מקצועיים" אלו ולדרכים שבאמצעותן הם משתלבים בשיטת הבחירות הדמוקרטית. בהקשר זה חשוב במיוחד יחסה של הבחירה הציבורית לפרשנות השיפוטית ולתפקידו של בית המשפט. בעניין זה יעסוק החלק הבא של המאמר.

ד. מיפוי המחקר בישראל

מה מצבו של המחקר האקדמי בישראל בתחום זה? בשנת 1993 פורסם כך של כתב העת משפטים שהוקדש לניתוח הכלכלי של המשפט.¹⁰⁵ עורכי כתב העת ציינו, אולי שלא לגמרי בצדק, כי עד לאותן שנים כמעט לא היתה בישראל כתיבה שניצלה את הניתוח הכלכלי של המשפט.¹⁰⁶ עורכי כתב העת

102 ראו המחקרים שצוטטו לעיל בה"ש 35.

103 ראו הדיון לעיל בטקסט ליד ה"ש 44.

104 אטמור והדר, לעיל ה"ש 1.

105 משפטים כב (1993).

106 דווקא בדיני החברות התמקדו כמה מהחוקרים בישראל בשימוש בכלים מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט עוד כמה שנים קודם לכן. ספרו הידוע של אוריאל פרוקציה דיני חברות חדשים

הקדישו מאמץ ניכר לחפות על חסר זה בפרסמם מאמרים העוסקים בניתוח הכלכלי של המשפט באופן כללי ובניתוח הכלכלי בתחום דיני הנזיקין, בתחום דיני החברות ובתחום המשפט הפלילי. אף להם היה ברור, כי כתיבתם זו אינה מכסה על כל החסרים שבכתיבה על הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל.

ביותר מעשור השנים שעברו מאז עברה הכתיבה בדבר הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל מהפכה: חלק גדול מהמאמרים המתפרסמים בישראל בנושא המשפט המסחרי מבוססים על ניתוח כלכלי של המשפט. יתר על כן: מאמרים של כותבים ישראלים בחו"ל עוסקים במידה רבה בניתוח כלכלי של המשפט, ומהם שהתפרסמו בבמות המכובדות ביותר.¹⁰⁷

מול בציר מכובד זה בולט המיעוט היחסי של העניין שגילו חוקרים ישראלים בגישת הבחירה הציבורית ולמרכיבי הבחירה הציבורית בניתוח הישראלי. לא שלא היה מקום לניתוחים מעין אלה: שנות העלייה של הניתוח הכלכלי של המשפט בישראל הקבילו במידה רבה לשנות ההתפתחות של המשפט החוקתי בישראל. בשורה של עניינים בוערים – ביניהם "המהפכה החוקתית", ההפרטה של השירותים הציבוריים, התעצמות כוחו של בית המשפט העליון – מיעוט באופן יחסי חוקרי המשפט בישראל לעסוק מנקודת המבט של הבחירה הציבורית. רק בשנת 1997 פרסם אוריאל פרוקצ'יה מאמר יסודי המנתח את פסק הדין בעניין חוק גל על פי הכלים של Tullock ו-Buchanan.¹⁰⁸ זרם המאמרים המנתחים את המשפט הציבורי הישראלי מנקודת המבט של הבחירה הציבורית הפך קילוח דיק. להלן אנסה לעסוק בפרסומים המרכזיים בתחום. בחלקו השני של פרק זה אנסה להסביר מדוע גישת הבחירה הציבורית לא קנתה לה מקום רחב יותר בפסיקה הישראלית.

קבוצה ראשונה של מחקרים עוסקת בהצלחתן של קבוצות אינטרס לנצל את תהליכי החקיקה לטובתן. מאמרו של רונן פרי בעניין חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים¹⁰⁹

בישראל – דין נוהג, דין רצוי והדרך לחקיקה (1989) התבסס כמעט כולו על גישת הניתוח הכלכלי של המשפט. גם כתיבתו של ידידיה שטרן בתחום דיני החברות מבוססת בעיקרה על הגישה הכלכלית. ראו למשל: ידידיה צ. שטרן רכישת חברות (1996). בתחומים אחרים דומה שהכתיבה היתה מעט דלה יותר.

107 כמדומני, שהדברים אינם צריכים ראייה. כמה דוגמאות בלתי-מייצגות הן Hanoch Dagan, *Just Compensation, Incentives and Social Meanings*, 99 MICH. L. REV. 134 (2000–2001); Robert Cooter & Ariel Porat, *Decreasing Liability Contracts*, 33 J. LEGAL STUD. 157 (2004); Zohar Goshen & Gideon Parchomovsky, *The Essential Role of Securities Regulation*, 55 DUKE L.J. 711 (2005–2006); Ehud Guttel & Alon Harel, *Matching Probabilities: The Behavioral Law and Economics of Repeated Behavior*, 72 UNI. CHI. L. REV. 1197 (2005).

108 אוריאל פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח 621 (התשנ"ז).

109 חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975, ס"ח 234; רונן פרי "מהפך או מפח? סיפורו של חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים" עיוני משפט כח 147 (2004).

הוא דוגמא טובה למאמר מעין זה. במאמר זה טוען פרי, כי חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים הוא פרי פעולתן של חברות הביטוח, שביקשו להגן על האינטרסים שלהן באמצעות הגבלת החבות ופיזור הנזק. במהלך דומה ביקשו רון שפירא¹¹⁰ ושחר אלדר¹¹¹ לתאר כיצד ניצלה לשכת עורכי הדין את השפעתה במערכת החקיקה והביאה לחקיקה המגנה עליה. דוגמה נוספת, מוקדמת יותר לצורת ניתוח זו, הוא מאמרה של יהודית קרפ, המנסה לתאר את התהליכים שהביאו לחקיקת חוקי היסוד בשנת 1992.¹¹² מאמרה של קרפ חשוב במיוחד במתן הוכחה לתזה שעל פיה אין משמעות לכוונת המחוקק בחקיקת חוקים. קרפ מראה, כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התקבל כפשרה על ידי כל הצדדים, כאשר אין למעשה מי שתמך בו כאופציה הרצויה ביותר.¹¹³ מנגד, קרפ מראה היטב כי חלק מחברי הכנסת עצמם לא הבינו כלל את ההשפעה מרחיקת הלכת של קבלת חוקי היסוד, ובייחוד את סוגיית כוחו של בית המשפט העליון לבטל חקיקה של הכנסת על סמך חוקי היסוד.¹¹⁴

קבוצה שנייה של מחקרים עסקה במחקר המוסדי, בעיקר בניתוח האינטרסים של בית המשפט עצמו. מאמרים ראשונים בכיוון זה פורסמו על ידי מירון גרוס, יורם שחר ורון חריס עוד בסוף שנות התשעים.¹¹⁵ גרוס, שחר וחריס ניתחו את פסקי הדין של בית המשפט העליון בניתוחים כמותיים ומצאו, כי בית המשפט העליון מצטט בעיקר את עצמו ובמקרים רבים מתעלם מפסיקה זרה או מהחלטות בבתי משפט נמוכים.¹¹⁶ יששכר רוזן-צבי ביקש לנתח את האינטרסים של שופטים על פי ניתוח של מבחני הפסילה העצמית והמוסדית של שופטים.¹¹⁷

110 רון א' שפירא "המקצוענות של החינוך המשפטי" מחקרי משפט יז 263 (2002).

111 שחר אלדר "הזכות לסוס בלי מושכות: על הקשר בין הזכות לייצוג על ידי עורך דין לבין מעמדה המונופוליסטי של לשכת עורכי הדין בישראל" קרית המשפט ו 441 (2006).

112 יהודית קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (התשנ"ג).

113 שם, בעמ' 337–344.

114 שם, שם. ראו את דבריו של חה"כ לין בדיון על הקריאה השנייה של החוק, שמהם משתמע כי לדעתו לבית המשפט העליון אין סמכות לבטל חוקים על סמך חוקי היסוד בד"כ 125, 3783 (התשנ"ב). לעומת זאת, ראו דברי חה"כ אמנון רובינשטיין (בדיון על הקריאה הראשונה של החוק), אשר בהחלט מכיר בכך שלבית המשפט תהיה הסמכות לבטל חוקים על סמך חוק היסוד בד"כ 123, 1247 (התשנ"ב).

115 מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כט 567 (התשנ"ט); יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" מחקרי משפט יג 329 (1996); יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749 (1996).

116 יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס "נוהגי ההסתמכות של בית – המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כז 119 (התשנ"ו).

117 יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49 (2005).

קבוצה נוספת של מחקרים עסקה באינטראקציה בין מוסדות שונים. מדובר בעיקר ביחס שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת. כך, למשל, הציע אייל בנבנישתי לראות בשורת הפסיקות של בית המשפט, הקוראת לכנסת לקבל הכרעות בנושאים עקרוניים, ניסיון של בית המשפט לבצר את מעמד הכנסת מול הממשלה.¹¹⁸ עומרי ידלין הציע לבחון את השאלה, האם בית המשפט העליון אקטיביסט או לא על פי השפעתו על חוזקן של ההכרעות המתקבלות בכנסת. עומרי ידלין תיאר בעיקר את האקטיביזם של בית המשפט העליון, בכוונתו לתיאוריית ההצבעה: לדעתו של ידלין, אפשר לתאר אקטיביזם שיפוטי כשאלה, באיזו מידה מאפשר בית המשפט למחוקק להגיע להכרעות חזקות.¹¹⁹ ידלין מראה בשורה של דוגמאות, כי בית המשפט בלם בשנים האחרונות את כוחה של הכנסת להגיע להכרעות, וממילא הוא מצדיק את תיאורו של בית המשפט כאקטיביסט.

ההשוואה בין המאמרים של בנבנישתי ושל ידלין מצביע בעליל על חוסר – התוחלת בהתייחסות כוללנית ל"תיאוריה של בחירה ציבורית". שני המלומדים יוצאים מנקודת הנחה המשותפת לכל חוקרי הבחירה הציבורית: אנשים ומוסדות פועלים למיקסום התועלת גם במישור הציבורי ולא רק במישור הפרטי. למרות זאת בנבנישתי וידלין הגיעו לתוצאות הפוכות לחלוטין: בנבנישתי הגיע למסקנה, כי בית המשפט מבקש לחזק את הכנסת; ואילו ידלין סבור כי בית המשפט דווקא מחליש את הכנסת. הדבר רק מראה, כי בסופו של דבר אין הבחירה הציבורית תיאוריה אחידה אלא אוסף של גישות המבוססות על נקודות מוצא דומות.

כיוון מעניין של ניתוח, אשר טרם זכה לפיתוח מלא בישראל, הוא היחס בין הרשות המקומית לרשות המרכזית בישראל וחלוקת הכוח והסמכות הנכונה ביניהם. ישי בלנק השתמש בכלים מתחום הבחירה הציבורית כדי לנתח סוגיות אלו, כאשר הוא מעמיד מול הבחירה הציבורית שורה של גישות תורת-משפטיות ודמוקרטיות אחרות המביאות אותו למסקנות שונות.¹²⁰

חוקר ישראלי נוסף שהתעמת בשנים האחרונות עם האינטרסים של בית המשפט העליון בישראל הוא עלי זלצברגר.¹²¹ זלצברגר בחן את האינטרסים של שופטים בבית המשפט העליון והגיע לידי מסקנות מעניינות לגבי האינטרסים שלהם. הנחת המוצא של

118 איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797 (התשס"א).

119 עומרי ידלין "שיקול-דעת שיפוטי ו'אקטיביזם שיפוטי' כמשחק אסטרטגי" מחקרי משפט יט 665 (2003).

120 ישי בלנק "מקומו של ה'מקומי': משפט השלטון המקומי, ביזור ואי-שוויון מרחבי בישראל" משפטים לד 197 (התשס"ד).

121 Eli M. Salzberger & Stefan Voigt, *On Constitutional Processes and the Delegation of Power, with Special Emphasis on Israel and Central and Eastern Europe*, 3 THEOR. INQ. IN LAW 207 (2002).

זלצברגר היא, כי הממשלה בוחרת לקדם שופטים עצמאיים, והוא אף הוכיח מבחינה אמפירית טענה זו.¹²²

הסקירה שלעיל אינה מלאה. ברם לדעתי, היא מייצגת את המגמות המחקריות העיקריות בכתיבה המשפטית בישראל. יותר ממה שיש בכתיבה זו, בולט מה שאין בה. רבים מאוד מהחוקרים בתחום המשפט הציבורי בישראל והשופטים העוסקים במשפט הציבורי מעדיפים שלא לשלב בכתיבהם תובנות או ביקורות של גישת הבחירה הציבורית כלל.¹²³ ייתכן כמובן כי הם עושים זאת מתוך קבלת הביקורת על גישת הבחירה הציבורית ושליטת הנחות היסוד שלה. לעניות דעתי, בכמה מקומות העיסוק בגישת הבחירה הציבורית היה יכול לתרום לדיון ענייני במשפט הציבורי בישראל.

מאמר זה אינו המקום הראוי להפנות אל כל המקומות שבהם אני סבור כי שיח כזה היה יכול לפתח את הדיון. מן הסתם מדובר בתחומים נרחבים של המשפט הציבורי, החל במשפט החוקתי ובחירת הזכויות החוקתיות, עבור דרך מבנה מוסדות השלטון וכלה במשפט המנהלי. בחלק הבא של המאמר אפרוש רק כמה הצעות בסיסיות בדבר דיון שהיה יכול להתפתח בישראל בהשפעתה של הבחירה הציבורית ואשר נעשה רק בחלקו.

ה. זווית ישראלית – תחומים עתידיים למחקר הבחירה הציבורית במשפט הציבורי הישראלי

חלק מהתובנות שתוארו במאמר זה הן כלליות: גישת הבחירה הציבורית מוחלת בצורה אוניברסלית או למצער לגבי דמוקרטיות ליברליות בעולם כולו. הטענה בחלק זה של המאמר היא, כי גישת הבחירה הציבורית יכולה לשמש כלי חשוב בהידרשות למשפט מזווית ישראלית ייחודית. מובן שאין בדעתי לטעון, כי גישה זו היא הגישה היחידה או העיקרית למחקר המשפטי בישראל. מה שאנסה לעשות הוא להצביע על תרומה אפשרית ועל כיווני מחקר פוטנציאליים בשורה של תחומים אשר בהם גישת הבחירה הציבורית יכולה, וצריכה, לספק זווית נוספת על הנעשה בתחום הציבורי-משפטי בישראל.

¹²² עלי זלצברגר "מינויים בפועל בבית המשפט העליון ועצמאות שיפוטית: ניתוח תיאורטי וממצאים אמפיריים" מחקרי משפט יט 541 (2003).

¹²³ מובן שאפשר לטעון, כי הכתיבה בישראל נקייה גם מהידרשות לתיאוריות ביקורתיות אחרות. אך ראשית נראה לי, כי בתחומים אחרים ישנה כתיבה נרחבת יותר. שנית, וחשוב יותר, גישות ביקורתיות אחרות, כמו גם כתיבה מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט, "הוטמעו" לתוך הדיון במשפט האזרחי, במשפט הפלילי וכו'.

1. על חוקה ופרשנותה

מאז 1992 מרוכז חלק ניכר מהשיח הציבורי בישראל בשאלת המהפכה החוקתית, ועקב כך – בשאלת מעמדו של בית המשפט העליון ביחס לכנסת. למרות העושר העצום במחקר, הרי שרק חלק קטן ממנו, כפי שצוין לעיל, עוסק בשאלת קבלתה של החוקה מנקודת המבט של הבחירה הציבורית.¹²⁴

השאלות הראויות לדיון בהקשר זה הן רחבות ביותר.

ראשית, מיהם בעלי האינטרסים המעוניינים בקבלתה של חוקה ומקדמים אותה? הבחירה הציבורית יכולה להוסיף זווית מלאת עניין שכמעט שלא נידונה בישראל באקדמיה אלא בהקשר אחד, שיפורט להלן. בארצות הברית הכתיבה בשאלה זו רחבה הן מן הבחינה ההיסטורית (מה היו האינטרסים שתמכו באימוץ החוקה?) הן במובן המעשי (אילו קבוצות מרוויחות יותר מקיומה של חוקה?).

בהקשר הישראלי יש מקום רב למחקר מעין זה, שעד כה נעשה רק בצורה חלקית למדי.¹²⁵ קבוצות שונות בישראל מתנגדות לחוקה או לחוקי היסוד הן לאלו שהתקבלו הן לאלו הנידונים כיום. למשל: החוקה המוצעת על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה כוללת הסדר ייחודי בדבר הגבלת סמכותו של בית המשפט לדון בנושאים מסוימים. צורת שריון זו של חקיקת הכנסת, השנויה במחלוקת ציבורית, נתקבלה בלחצם של גופים שונים. אך האם ישנה הצדקה לסעיף מעין זה? ההנחה כאן היא, שקבוצות אוכלוסייה מסוימות עלולות להיפגע מבית המשפט העליון בצורה שאינה מאפשרת להם להצטרף לתמיכה בהליך חוקתי בלא שיוכטח להם כי בפועל תהיה הגנה מלאה על הישגיהם מפני בית המשפט. המשמעות היא הפרה של האיזון בין בית המשפט ובין הרשות המחוקקת שנקבעה במקומות אחרים בחוקה. האם הפרת איזון זו מוצדקת?

2. המאבק בין הרשות המחוקקת למבצעת

במחקר קצר, שאוזכר לעיל,¹²⁶ ניתח אייל בנבנישתי את פעולת בית המשפט העליון והשפעתה על היחס שבין הרשות המחוקקת לזו המבצעת. כזכור, טען בנבנישתי כי כמה מההחלטות של בית המשפט העליון נועדו לקדם את כוחה של הכנסת מול הממשלה וליצור איזון כוחות ברור יותר בין כוחה של הכנסת ובין כוחה של הממשלה.

124 הדיון במשמעותם של חוקי היסוד, ובמיוחד של פסקי הדין שהתיימרו ליישם אותם, תפס חלק ניכר מהדיון במשפט הציבורי בישראל בעשור וחצי האחרונים. ראו, למשל, כך של כתב העת משפטים כח (התשנ"ז) כולו; וכן מאמרים רבים בכתב העת משפט וממשל ד (התשנ"ז-התשנ"ח).

125 Eyal Benvenisti, *Party Primaries as Collective Action with Constitutional Ramifications: Israel as a Case Study*, 3 THEOR. INQ. IN LAW 175 (2002).

126 ראו בנבנישתי, לעיל ה"ש 118.

ניתוחו של בנבנישתי משתלב בכמה תובנות של הבחירה הציבורית ויכול לשמש בסיס להרחבתן. ראשית, שאלת היחס בין המוסדות ותחרות הכוחות ביניהן היא נושא שטרם מוצה. במסגרת זו עדיין לא נעשה מחקר מקיף בדבר כוחן של ועדות הכנסת, למשל.¹²⁷ אמנם, בנבנישתי, במחקר אחר, הצביע על עלייה בפעילות של חברי הכנסת בתחום הגשתן של הצעות חוק פרטיות ובפעילות בוועדות (דבר שהוא ייחס אותו לעלייה בחשיבות הבחירות הפנימיות [פריימריס] במפלגות).¹²⁸ ברם, גם אם בנבנישתי צודק, הרי שעדיין קיים הצורך למפות את ההשפעות של פעילות ועדות הכנסת בשורה של תחומים. למשל: באיזו מידה ההפניה לכללים מסוימים לצורך אישורם של חוקים בוועדות הכנסת אכן מביאה לפיקוח על ביצועם של החוקים? מהם מחסומי ההצבעה התקפים בוועדות? כיצד הצבעה בוועדות מעניקה כוח לחברי כנסת יחידים? ובאיזו מידה היא מתמרצת פעילות אנטי-קואליציונית של חברי הכנסת הנמנים לכאורה עם הקואליציה? ובכלל, באיזו מידה המושגים "קואליציה" ו"אופוזיציה" תקפים בישיבות השוטפות של הוועדות?

שאלה נוספת העולה בהקשר זה היא זו של הגדרת היחס הראוי בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת. זה זמן רב ברור למדי, כי הממשלה בישראל איננה רק הרשות המבצעת, אלא היא בעלת כוחות רבים, פורמליים ובלתי-פורמליים, בתחום החקיקה. הממשלה היא הקובעת את המדיניות הכללית של המדינה, היא המכריעה את ההכרעות החשובות והיא המנחה את הכנסת בפעולתה. החלוקה המסורתית בין הרשות המבצעת לרשות המחוקקת, אשר אינה נכונה עוד גם במכירתה ארצות הברית, ודאי וודאי שאינה יכולה עוד להלוך את שיטת המשטר הקיימת בישראל. להיפך: מרבית הביקורת המופנית כיום כלפי הממשלה טוענת, כי הממשלה בישראל חלשה מדי וכי היא חסרה את מימד ה"משילות" שיעניק יציבות ואפקטיביות לממשלה. גם מצדה של הכנסת קשה לראות התאמה בין התיאוריה האנליטית של הכנסת כריבון המחוקק ובין תפקידה של הכנסת בפועל. כפי שכבר טענתי, במקרים רבים הכנסת היא רק חותמת גומי להכרעות הממשלה.

גישת הבחירה הציבורית מציעה, כי המבנה האנליטי הנכון לפתרון שאלות אלו הוא מתחום "תורת המשחקים". את הכנסת, הממשלה, המנהל ורשויות השלטון האחרות יש לראות כשחקנים רציונליים המבקשים למקסם את כוחם ואת סמכויותיהם. מתפתח אפוא "משחק" שבו שורה של שחקנים המושפעים כל אחד מבחירותיהם של השחקנים האחרים. ניתוח כזה של מערכת הכוחות ילמד אותנו לא רק על מערך הכוחות הקיים בין רשויות השלטון בישראל, אלא גם על מערך הכוחות הראוי.

127 צורת קבלת חוקים במדינת ישראל, מעניקה לוועדות בכנסת הממונות על הכנת חוקים לקריאות מתקדמות כוח רב. מחקר מקיף יבדוק עד כמה נוצל כוח זה על ידי חברים בולטים בוועדות אלו לשינוי הוראות מהותיות בחוק, לקידום מטרותיהם, ולחסימת אינטרסים שהם מעוניינים בקידומם.

128 בנבנישתי וגינוסר-נוי, לעיל ה"ש 37.

3. על מינויים והחלטות של בית המשפט העליון

כאמור לעיל, מחקרים אמפיריים בדבר צורת המינויים לבית המשפט העליון וצורת קבלת ההחלטות בו נכתבו הן מההיבט הכמותי הן מההיבט האיכותי.¹²⁹ במידה רבה זהו אולי המקום שבו התנהל הדיון הרחב ביותר במחקר המשפטי הישראלי הנושק לגישת הבחירה הציבורית. אלא שגם כאן המחקר לוקה בחסר. השימוש בכלים מתחום תורת המשחקים, למשל, יכול להוסיף רבות לבירור דוקטרינות משפטיות הבאות לידי שימוש בבית המשפט העליון. בארצות הברית, למשל, נידונו שאלת התקדים המחייב, זכות העמידה ודוקטרינות פרשניות שונות על פי הניתוח של תורת המשחקים והניסיון של בית המשפט העליון לשלוט בהחלטות שיפוטיות שלו עצמו ושל בתי משפט נמוכים ממנו.¹³⁰

שאלות אלו דורשות בירור נוסף, מעמיק, תוך בחינה של מערכת ההשפעות של הפסיקה הייחודית הישראלית בשורה של תחומים: השחרור הכללי כמעט של המגבלות על זכות העמידה; ההשתלטות של בית המשפט העליון על מערכת השיפוט כולה, כולל מערכת שיפוט בתחום יחסי העבודה ומערכות השיפוט הצבאית והרבנית. כל אלו שאלות הממתינות עדיין לניתוח מעמיק ומושכל. יתר על כן: תפקידו המרכזי של בית המשפט העליון במערכת הפוליטית הישראלית מביא לתחרות בין קבוצות לחץ בתוך המערכת הפוליטית ומחוץ לה על מינויים לבית המשפט העליון. חשיבותו של שופט דתי, ימני, ספרדי ידועה זה כבר. בשנים האחרונות הולכת ומתפתחת דרישה לבחינת האידיאולוגיה השיפוטית של שופטים עוד לפני מינויים ולבדיקת האפשרות להקמתו של בית משפט לחוקה.

4. בית המשפט והמערכת הדמוקרטית הישראלית

כאמור לעיל, מזרחי ומידני ניסו להציג מודל כולל בדבר מקומו של בית המשפט העליון במערכת השיפוטית הישראלית. לוז טענתם הוא, שעליית כוחו של בית המשפט העליון היתה פתרון "דמוי יציאה" לתופעת אי-המשילות שהתגלתה במערכת

129 ראו, למשל, מאמריהם של שחר, חריס וגרוס, לעיל ה"ש 116 מן הפן הכמותי; ואת מאמרו של זלצברגר, לעיל ה"ש 122, מהפן הכמותי והאיכותי.

130 ראו, למשל, Mashaw, לעיל ה"ש 11, בעמ' 58 (הצעה לרפורמה בדבר זכות העמידה בבית המשפט הפדרלי בארצות הברית כדי לשנות את התמריצים בעתירות נגד תקנות מנהליות); Stearns, *Standing Back from the Forest*, לעיל ה"ש 28 (ניתוח של זכות העמידה בבית המשפט הפדרלי בארצות הברית לפי הבחירה הציבורית); Michael Abramowicz & Maxwell (2004–2005) *Defining Dicta*, 57 STAN. L. REV. 953 (ניתוח של השפעת ה"אוביטר" של בתי משפט לערעורים על בתי המשפט שתחתיהם); Saul Levmore, *Ruling Majorities*, 3 THEOR. INQ. L. (2002) *and Reasoning Pluralities*.

הפוליטית הישראלית.¹³¹ קביעה זו איננה עונה על השאלה החשובה ביותר העולה במסגרת ראיית מעמדו של בית המשפט העליון – מהם הטעמים שהובילו את הציבור הישראלי לפנייה אל בית המשפט העליון דווקא? מהי המשמעות של תפקיד זה של בית המשפט העליון?

כמה שאלות מחקריות יכולות לעלות בהקשר זה. ראשית, חשוב להבין כי הציבור הישראלי שם את יהבו על מוסד אשר חשוף ליצרים, לרצונות, לשאיפות ולמוטיבציות בדיוק כמו כל מוסד אחר בישראל. העובדה כי אנשים נבחרו לשופטים אינה משחררת אותם מהאינטרסים והתמריצים שהניעו את פעולתם קודם לכן.¹³² התוצאה היא כי גם לבתי המשפט, ובמיוחד לבית המשפט העליון, אינטרסים במשחק הפוליטי הישראלי. זיהויים של אינטרסים אלו הוא מרכיב חשוב בהבנת התהליכים העוברים על החברה בישראל בכלל בשנים האחרונות.

שנית, תפקודו של בית המשפט העליון מביא את החברה הישראלית לפתח מנגנוני פעולה שנועדו להביא כמעט כל שאלה לבג"ץ. מהי ההשפעה של מנגנונים אלו על השיח הדמוקרטי בישראל? באיזו מידה הוא הושפע ממנו? וכיצד משפיע תפקידו המרכזי של בג"ץ על מערכת הבחירות, למשל, או על התפתחותם של ארגונים לא-ממשלתיים? שאלות אלו התחילו להידון בכמה מקומות,¹³³ אך טרם חלחלו אל השיח והמחקר המשפטי.

5. השפעת בית המשפט המתערב על תפקודה של הרשות המחוקקת

חשוב מכך: ניכר החוסר בדיון בדבר ההשפעה של עליית כוחו של בית המשפט העליון על תפקודה של הרשות המחוקקת. מתוך הנחה שהמחוקק איננו מעוניין כי בית המשפט העליון יהפוך את החלטותיו סביר להניח, כי לעובדה שבית המשפט העליון מתערב יותר בעבודת המחוקק השפעה מסרסת על עבודת המחוקק. סביר להניח, כי הוספת מחסום פוטנציאלי של פסיקה של בית משפט שתבטל את החוק מביאה לחסר של מוצר החקיקה. התוצאה היא כי מחירו של כל מוצר חקיקתי עולה:

¹³¹ מזרחי ומינדי, לעיל ה"ש 3.

¹³² היינו רוצים אולי להניח, כי במנגנון הסינון לבחירת שופטים יש בכדי להוציא מן המערכת את הדוגמאות הקיצוניות ביותר של אלו הפועלים למען האינטרס האישי שלהם. ייתכן כי אכן זהו המצב. אלא שגם השופטים הנבחרים חשופים להטיות ולמוטיבציות, אם כי אולי ברמה פחותה ומכיוונים אחרים. לגבי הביקורת על התנהלות שופטים והתמודדות של השופטים עמה ראו באופן כללי לימור זר-גוטמן "מישורי הביקורת על התנהלות שופטים בישראל" משפט וממשל ט 329 (2006).

¹³³ ראו במיוחד מחקריו של ד"ר ניב גורדון, למשל: ניב גורדון "זכויות אדם ומרחב חברתי: כוחה של האגודה לזכויות האזרח בישראל" סוציולוגיה ישראלית: כתב עת לחקר החברה הישראלית ז 23 (2005); Neve Gordon & Nitza Berkovitch, *Undermining the Critical Edge: The* (forthcoming, manuscript on file with author).

הוא עולה גם כיוון שבצד ההיצע על המחקר להשקיע מאמצים ניכרים יותר בייצור באופן שיפחת הסיכוי שבית המשפט יהפוך אותו וגם כיוון שהביקוש לחקיקה עולה כאשר זו מצויה בחסר.

תופעה של חקיקה בחסר היא כשלעצמה בעייתית, אך ייתכן שהיא גם מביאה לכך שפחות חוקים אשר יש בהם פגיעה באזרח יתקבלו. ההערכה של תופעה זו תלויה אפוא בהכרעה בשאלה מוקדמת, אידיאולוגית במהותה – האם חקיקה ורגולציה הן פעולות שתועלתן עולה על נזקן או שמא לא.

אך מעבר לדיון זה, האקדמי במהותו, ישנה שאלה חשובה יותר: האם אפשר לזהות סוגים מסוימים של חוקים שלגביהם נוטה בית המשפט להתערב יותר? אם כך הוא הדבר, הרי שעיקר האנרגיה החקיקתית תתרכז בעיסוק בחוקים אשר לגביהם הסיכוי רב יותר כי בית המשפט אינו נוטה להתערב בתוכנם. כך בדיוק הוא המצב בישראל: בית המשפט העליון ידוע בהתערבותו בנושאים ערכיים, עקרוניים – כגון הגדרת מיהו יהודי, שירות חרדים בצבא ושוויון האישה. לעומת זאת, בית המשפט העליון ממעט להתערב בעניינים כלכליים-חברתיים וגם כאשר הוא עושה זאת, הוא פועל בזהירות יתירה.¹³⁴

מהי התוצאה של פער זה בין רמות הביקורת של בית המשפט? התוצאה המסתברת היא הפניית משאבי חקיקה של הכנסת לכיוון הכלכלי. אולם דווקא פעולה זו היא המעלה את כל הדגלים האדומים אל מול פניה של גישת הבחירה הציבורית. דווקא זירת ההסדרה הכלכלית של הפעילות במשק היא הזירה שבה קבוצות האינטרסים יכולות להביא לידי ביטוי את היתרונות היחסיים שלהם. אי-התערבות של בית המשפט בחקיקה כלכלית משמעותה יכולת גדולה יותר לקבוצות אינטרסים להשתלט על נכסים ציבוריים ולהביא לפגיעה כלכלית בנכסי קבוצת הרוב.¹³⁵ לסיכום: התגובה של הכנסת להתערבות המואצת של בית המשפט העליון במעשה החקיקה טרם זכתה לניתוח ראוי.

¹³⁴ אמנם, בית המשפט העליון ביטל חוק בפסק הדין בעניין לשכת מנהלי ההשקעות, אך ביטול זה של החוק היה בשוליו של החוק בלבד, כאשר את עיקר הוראותיו של החוק הותיר בית המשפט על כנו. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997). אמנם, בבג"ץ 8276/05 עדאללה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הבטחון, תק-על 2006(4) 3675 (2006), הורה בג"ץ על ביטול סעיף 5 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 7), התשס"ה–2005, ס"ח 2026. את פסק הדין הזה יש להבין כפסק דין שעניינו קידום זכויות האדם של תושבי השטחים ולא כפסק דין העוסק בתחום כלכלי-חברתי בישראל עצמה.

¹³⁵ כמובן גם הצד השני של המטבע מעורר חשש: דווקא בנושאים ערכיים ואידיאולוגיים היינו מקווים לראות פעילות רבה של המוסדות הנבחרים. לפי הניתוח שהובא כאן, דווקא במקומות אלו המחקר נמנע מלחקק מחשש להתערבות של בית המשפט העליון.

6. הבחירות לכנסת ותוצאותיהן

המקרים שהובאו לעיל הם דוגמאות אפשריות בלבד לתחומי מחקר עתידיים אשר בהם גישת הבחירה הציבורית יכולה לתרום לפיתוח המחקר המשפטי בישראל. מטבע הדברים אין באפשרותי במאמר מבוא כעין זה לפתח את הנושאים עד תומם, ובדעתי לעשות כן במקומות אחרים. עם זאת, ייתכן כי גם במסגרת זו יש מקום להדגים כיצד מחקר הבחירה הציבורית אמור להתבטא בפסיקת בית המשפט ובעיצוב המוסדות על ידי הכנסת.

שיטת הבחירות לכנסת – כולל השוויוניות שבהוראות מימון הבחירות,¹³⁶ אחוז החסימה, חלוקת הקולות העודפים,¹³⁷ תעמולה, ובייחוד תעמולת הבחירות המשוורת – כל אלו נידונו בהרחבה בפסיקות של בית המשפט העליון. גם הכתיבה האקדמית ניתחה פסקי דין אלו בהרחבה.¹³⁸ אולם הדיון האמור התמקד בשאלת הסמכות הפורמלית של בית המשפט העליון לפסול חקיקה של הכנסת על פי חוקי יסוד ולפני שהתקבלה חוקה פורמלית. פסקי דין אלה קשורים בקשר הדוק לסוגיות העולות בהקשר לגישת הבחירה הציבורית.

השאלה המרכזית העולה בפסקי הדין הללו היא יכולתה, סמכותה וכושרה של הכנסת להגביל את הכניסה בשעריה ואת דרכי התעמולה, ולהשפיע על חלוקת הקולות הנעשית בתוכה. הכללים שהתקבלו בהקשר זה על ידי הכנסת (כגון הגבלת המימון למפלגות חדשות, חלוקת הקולות על פי חוק באדר-עופר והאפשרות לפסול רשימות)¹³⁹ הן דוגמאות קלסיות לכללים הבלתי-דמוקרטיים שעליהם חשב Arrow. כזכור, התיאורמה של Arrow גרסה, כי לא תיתכן הצבעה דמוקרטית אמיתית בלא שיתקבלו כמה חוקים בלתי-דמוקרטיים. לפנינו דוגמאות בולטות לחוקים מעין אלו. מחקרים בארצות הברית גילו, כי כללים המגבילים את הבחירות, את כניסת המפלגות החדשות, את מימון הבחירות ואת קיום הבחירות המקדימות היו למעשה עיוות של כללי המשחק לטובת המפלגה השלטת.¹⁴⁰

136 פסק הדין הראשון של בית המשפט העליון העוסק בפסילת חוקים, פסק דין ברגמן, עסק בשוויון במימון בין מפלגות ישנות לחדשות. ראו בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן).

137 לעניין זה ראו בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973) (להלן: עניין קניאל).

138 דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (התשנ"ז); קלוד קליין "הרשות המכוננת במדינת ישראל" משפטים ב 51 (1970); יעקב ש' צמח "כיצד נוסדת סמכות שיפוט קונסטיטוציונית?" הפרקליט כט 515 (1975–1974); David Kretzmer, *Judicial Review of Knesset Decisions*, 8 TEL-AVIV U. STUD. L. 95 (1988).

139 כל צורות המגבלות הללו יוסברו להלן בקשר לפסקי הדין הספציפיים שבהם הם נידונו.

140 ראו, למשל, את שרשרת הפסיקות של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין הבחירות הפנימיות (פריימריס) ללבנים (White Primary Cases), שעסקו בכללים במדינת טקסס במחצית

ניתוח של פסקי הדין הישראליים בהקשר זה הוא הכרחי. השאלות העולות נוגעות לסמכותה של הכנסת להגביל את הבחירות שלאחריה, ליכולת של נבחרים להאריך את שהותם בבית המחוקקים, להשפעה של המפלגות הגדולות על הטיית תוצאות הבחירות לטובתן ועל אחריותו של בית המשפט העליון לתיקון מצב זה. ככל הידוע לי, ניתוח מקיף של פסקי דין אלו מנקודת המבט של גישת הבחירה הציבורית טרם נעשה. הניתוח שיובא להלן הוא ניסיון ראשון וחלקי להציע כיצד יש להבין את פסקי הדין הללו ואת הרקע שלהם לפי גישת הבחירה הציבורית.

פסק הדין הראשון העוסק בביטולו של חוק יסוד הוא פסק הדין הידוע בעניין ברגמן. כזכור, בפסק הדין בעניין ברגמן לא דן כלל בית המשפט בסמכותו לבטל חוקים, אלא פשוט עשה כן.¹⁴¹ אלא שמעבר לדיון העקרוני הידוע בדבר סמכותה של הכנסת לביטול חוקים עולה בפסק הדין השאלה בדבר תוכנו של החוק שבוטל על ידיו. חוק מימון המפלגות משנת 1969,¹⁴² קבע, כי מימון ממלכתי יינתן רק לרשימת מועמדים אשר לה ייצוג בכנסת הקודמת. בכך העדיף המחוקק את שיטת המימון לפי הכנסת היוצאת על שיטת המימון לפי הכנסת הנכנסת.

פסק הדין ידוע לכל תלמיד שנה א בפקולטות למשפטים כפסק דין הראשון שבו נפסל חוק של הכנסת משום שהוא נוגד את דרישת שוויוניות הבחירות הקבועה בסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת,¹⁴³ הדורש כי כל שינוי שלו ייעשה ברוב של חברי הכנסת. אולם כדי להבין נכונה את הרקע לפסק הדין יש לשוב אל מועד חקיקתו ולהבין את העמדה הניצבת מאחוריו. הבחירות של שנת 1969 היו בחירות מוזרות ומיוחדות. למעשה כמעט כל המפלגות ה"ציוניות" היו שותפות בממשלה שהוקמה לפני מלחמת ששת הימים וכמעט כולן הצהירו על רצונן להמשיך ולהיות שותפות בממשלה זו. כלומר: בבחירות אלו לא היתה כל תחרות על השלטון, שכן הרכב הממשלה שלאחר הבחירות היה ברור למדי לכל הצדדים. השאלה היחידה שעלתה ברצינות בבחירות אלו היתה כוחן של המפלגות החדשות, הקטנות, שביקשו להתמודד בבחירות ולהציע

הראשונה של המאה העשרים, שמנעו השתתפות של שחורים בבחירות הפנימיות במדינה זו: Nixon v. Herndon, 273 U.S. 536 (1927); Nixon v. Condon, 286 U.S. 73 (1932); Smith v. Allwright, 321 U.S. 649 (1944); Terry v. Adams, 345 U.S. 461 (1953). לניתוח פסקי הדין מנקודת המבט של הבחירה הציבורית: Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 STAN. L. REV. 643 (1997–1998).

141 היועץ המשפטי שמגר סבר כי בכל מקרה לא יבוטל החוק ולפיכך ויתר על דיון בעניין הסמכות העקרונית של בית המשפט לבטל חוק, ודיון בעניין אכן התקיים לראשונה בפסק הדין שעסק בחוק גל ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי). ראו קרצמר, לעיל ה"ש 138, בעמ' 362.

142 חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), התשכ"ט–1969, ס"ח 48 (להלן: חוק מימון המפלגות משנת 1969).

143 חוק-יסוד: הכנסת, ס"ח התשי"ח 69 (להלן: חוק יסוד: הכנסת).

אלטרנטיבה למפלגות הקיימות. בעיקר מדובר במפלגות מן השמאל, אשר לא נכללו ב"מערך" מפלגות השמאל בראשות מפא"י ואשר יכלו להציע אלטרנטיבה לבוחרי השמאל המסורתיים.

מטרת חוק מימון המפלגות משנת 1969, וזו היתה מטרתן המשותפת של מפלגות הקואליציה כולן, היתה למנוע את עליית הכוחות החדשים הללו.¹⁴⁴ לשם כך קיבלו מפלגות הקואליציה את החוק המעדיף את המימון על פי גודלן של הסיעות בכנסת היוצאת. תובנה זו היא תובנה של "בחירה ציבורית". היא חושפת, כי מאחורי חוק מימון המפלגות משנת 1969 עומדות קואליציות פוליטיות המושפעות מהאינטרסים הצרים של אותה קבוצה ואשר תפקידן למנוע את הפסד השלטון או אפילו את הצורך להתחלף בו.

אמנם, בפסק הדין בעניין ברגמן נפסל חוק מימון המפלגות, אלא שהדבר נעשה מטעם טכני צר של חוסר ברוב מיוחס בכנסת. אמנם, קביעת רוב מיוחס בכנסת מקיימת דרישה בסיסית של הוכחת רוב – כלומר: היא פועלת לקידום המטרה של מניעת שוד הרוב על ידי המיעוט – אלא שהסתבר כי אין בדרישה זו די.

חלק הארי של פסקי הדין הבאים של בית המשפט העליון העוסקים בטענות בדבר פסילת חוקים עוסקים גם הם בדרישה לפסול חוקים העוסקים בבחירות. בחינה מעמיקה של פסקי דין אלו מגלה, כי מטרתם של פסקי הדין הללו היא לתת עדיפות למפלגות הרוב. פסק דין אחד מבין פסקי דין אלו הוא פסק הדין בעניין קניאל.¹⁴⁵ העותר בפסק הדין קניאל ביקש לתקוף את חוקיותו של חוק באדר-עופר, העוסק בצורת חלוקתם של עודפי הקולות בין הרשימות בכנסת.¹⁴⁶ תוצאת חלוקת הקולות כפי שנקבעה בחוק זה משמעה העדפה ברורה של המפלגות הגדולות בעת חלוקת עודפי הקולות. העותר מלביש את טענתו בטענה משפטית של פגיעה בשוויוניות הבחירות, אך למעשה מדובר כאן בטענה עמוקה הרבה יותר – טענה שניתוחה הנכון הוא, ששתי הסיעות הגדולות בכנסת עשו יד אחת כדי להעצים את כוחן המשותף. בית המשפט דחה את הטענה הפורמלית – טענת השוויון – פשוט מפני שהתיקון לחוק הבחירות התקבל, כלקח מפרשת ברגמן, ברוב של חברי הכנסת בכל שלוש הקריאות שלו. בית המשפט העליון דחה את טענת העותרים, שעל פיה כדי לשנות את סעיף השוויון יש צורך בחוק יסוד או בחוק מיוחד אחר. כאן גם מתגלה דרישת הרוב המיוחס במערוםיה. מובן שדרישת הרוב המיוחס אינה יכולה להגן על המפלגות הקטנות מפני המפלגות הגדולות כיוון שהמפלגות הגדולות, אשר לחבריהן אינטרס מובנה בהגדלת כוחן בבחירות הבאות, מונות יחד יותר ממחציתם של חברי הכנסת.

144 בעיקר מדובר במפלגות השמאל הקטנות – העולם הזה ומוקד; ובמפלגת המרכז – הרשימה הממלכתית (של דוד בן גוריון).

145 עניין קניאל, לעיל ה"ש 137.

146 חוק הבחירות לכנסת (תיקון מס' 4), התשל"ג-1973, ס"ח 108.

פסק הדין הבא, שבו בית המשפט העליון נתקל בשאלת חוקתיותו של חוק הקשור לבחירות, הוא פסק הדין רסלר.¹⁴⁷ בפסק דין זה נידון תוקפו של חוק דרכי התעמולה אשר קבע, כי זמני התעמולה יינתנו למפלגה כמעט לחלוטין על פי גודלה בכנסת היוצאת.¹⁴⁸ שוב טענו העותרים, כי חוק זה סותר את עקרון שוויוניות הבחירות הקבוע בחוק יסוד: הכנסת. שוב דחה בית המשפט העליון את טענתם בקובעו, כי בכל מקרה עקרון השוויון יכול להשתנות על ידי כל חוק ולא רק על ידי חוק יסוד.

ברור, כי הדיון בפסק הדין שוב מתעלם מהבעיה העקרונית שמבקשים העותרים להעלות. הבעיה המרכזית המתעוררת לגבי חוק דרכי התעמולה היא, שהוא למעשה חוסם את דרכן של מפלגות קטנות אל דרכי התעמולה התקשורתיות, ובמיוחד אל הטלוויזיה. מפלגה גדולה נהנית מדקות תעמולה רבות ומפלגה קטנה כמעט שאינה נהנית מהן כלל. נוסף על כך למפלגות הגדולות יש בדרך כלל אפשרות להשפיע על סדר היום הציבורי באופן שיסוקר בכל מקרה על ידי אמצעי התקשורת במהדורות החדשות ובמשדרי האקטואליה. לעומת זאת, מפלגות קטנות, ובמיוחד מפלגות קיצוניות, אינן זוכות בדרך כלל לסיקור אוהד. אם כן, הדרך היחידה של מפלגות אלו לזכות בתשומת לב ציבורית היא על ידי שימוש באמצעי התעמולה, ואילו חוק דרכי התעמולה חוסם נתיב יחיד זה אל לב הציבור. מובן, כי חסימה כזו היא אינטרס של המפלגות הגדולות, המעוניינות למנוע תחרות מצד מפלגות קטנות וחדשות. אין תימה אפוא, כי החוקים שהתקבלו בכנסת ואשר משקפים מן הסתם את עמדת המפלגות הגדולות הקיימות בכנסת, נושאות חותם של אפליה כנגד מפלגות קטנות.

פסק דין אחרון שרצוני לסקור בהקשר זה הוא פסק הדין בעניין לאור.¹⁴⁹ בפסק דין זה נידונה שאלת תוקפו של חוק המגדיל באופן רטרואקטיבי את יחידות המימון של מפלגות הכנסת. כאן מקבל בית המשפט העליון את הטענה שעל פיה הגדלת יחידת המימון נעשתה שלא כדין, היות שהקריאה הטרומית של הצעת החוק הפרטית לא התקבלה ברוב של חברי הכנסת,¹⁵⁰ כלומר: העתירה התקבלה מטעמים טכניים.

גישת הבחירה הציבורית מציעה כמה פרספקטיבות לגבי המקרים הנדונים בפסקי הדין שתוארו: ראשית, תיאוריית ההצבעה. בית המשפט העליון פסק באופן עקיב, כי דרישת הרוב הפורמלי (למעלה מ-61) היא למעשה הדרישה היחידה שעליה מקפיד

147 בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושב – ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לא(2) 556 (1977) (להלן: עניין רסלר).

148 חוק הבחירות (דרכי תעמולה), תשי"ט-1959, ס"ח 138 כפי שתוקן בס"ח התשכ"ט-1969, ס"ח 199: חוק הבחירות (דרכי תעמולה) (תיקון מס' 3), התשכ"ט-1969, ס"ח 199.

149 בג"ץ 172/89, 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב – ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: עניין לאור).

150 פסק הדין בעניין לאור, שם, ידוע במיוחד בגלל הערה של השופט ברק המופיעה בו המצביעה על כך שהוא מוכן באופן עקרוני להכיר בעליונות של עקרונות יסוד על חקיקה ראשית, אם כי לדעתו אין המצב בשל לכך. עם זאת, לגופו של עניין השופט ברק היה דווקא בדעת מיעוט שעל פיה יש להכיר בתוקפו של החוק.

בית המשפט העליון בכל פעם שנדרש שינוי בחוק היסוד. אין לומר כי דרישה זו היא חסרת-משמעות. דרישה לרוב של חברי הכנסת בהצבעה מסוימת בהחלט מקטינה את סיכויי הקבלה של שינוי החוק; ובהקשר לחוק הקובע דרישה בסיסית כשוויוניות הבחירות סביר להניח, כי ראוי להקשות על שינוי הדרישה. אלא שבמקרים שעלו בפני בית המשפט העליון מסתבר, כי אימוץ דרישה זו בלבד כמעט שלא הועיל. חברי הכנסת ישיגו את הרוב הנדרש בלא כל בעיה פשוט מפני שלחברי הכנסת, ולמצער לרובם, יש אינטרס לקדם את החוק.¹⁵¹ הצבת בלעדיות של הדרישה הופכת אפוא את הדרישה המהותית לדרישה בלתי-מהותית בעליל. משום כך במובן זה ברור כי לו רצה בית המשפט לתמוך באמת ובתמים בדרישת השוויוניות, היה עליו לאמץ מחסומים נוספים מפני הפגיעה בשוויון כגון אימוץ כלל הדורש שינוי חוק בחוק יסוד, כדרישת העותרים;¹⁵² או אימוץ כלל האוסר פגיעה כלשהי בשוויון בבחירות, כרמיזתו של השופט ברק בפסק הדין בעניין לאור.

פסקי הדין הללו חשובים גם כדי להבין את דרכי פעולתן וצמיחתן של קבוצות אינטרסים. מבחינה עקרונית מימון הבחירות וקביעת המועדים של זמני שידור בטלוויזיה הם חוקים רצויים, אשר נועדו להפחית את שליטת בעלי ההון על מערכת הבחירות באמצעות מתן מימון ציבורי, ואת השפעת הגופים השולטים בתקשורת (פרטיים או ציבוריים) על מערכת הבחירות. חלוקת הכספים וזמן השידור, נוסף על ההגבלות על קבלת תרומות ואיסור על תעמולה, אמורים ליצור שיטה שלפיה הבחירות לכנסת תהיינה מנותקות מקבוצות אינטרסים כלכליות היכולות להשפיע על הבחירות.

כפי שציינתי לעיל, אחת הטענות של תומכי הבחירה הציבורית היא, כי גם חוקים הנראים ככאלה שלהם מטרה ציבורית נאצלת וחיובית מתבררים לעתים קרובות כחוקים שנועדו לקדם אינטרסים של קבוצות מסוימות. כללי דרכי התעמולה ומימון הבחירות הן דוגמאות מובהקות לתופעה זו. המימון הציבורי לבחירות נשלט על ידי המפלגות הקיימות באופן שגודלה של המפלגה קובע את היקף מימונה. יתר על כן: גודל המפלגה בבחירות הקודמות מעניק לשלטון הקיים, או למצער למפלגות הגדולות, עדיפות עצומה בזמני התעמולה. מפלגה חדשה המבקשת להתמודד בבחירות נתקלת

151 דוגמה מאלפת מובאת בפסק הדין בעניין רסלר, לעיל ה"ש 147. כאשר הועלה החשש כי חוק דרכי התעמולה פוגע בשוויוניות הבחירות, פשוט דאגה הכנסת להעביר "חוק מאשרר" אשר הועבר ברוב של יותר מ-61 חברי כנסת בכל הקריאות.

152 לכאורה הדרישה לשינוי בחוק יסוד היא דרישה נוספת אשר קל לעקוף אותה; שהרי הכנסת יכולה לאמץ כל חוק ולשים בראשיתו את השם "חוק יסוד" ומדוע אפוא דבר זה ישמש מחסום? הניסיון מלמד, כי הדבר אינו כה פשוט. ניסיון לשינוי מפורש של חוק יסוד או לחקיקה של חוק אשר המונח "חוק יסוד" מופיע בראשית שמו מעורר דיון ציבורי. הדיון מתנהל על עצם החוק, אך גם בדבר הקלות שבשינוי חוק יסוד או בשימוש נפוץ במינוח. לפיכך יש להניח, כי דרישה לשינוי חוק יסוד על ידי חוק יסוד אחר דווקא תביא להפחתה בשינוי חוקי היסוד.

במחסומים עצומים של מימון (עקב המגבלות על קבלת תרומות) ושל תעמולה (עקב האיסור על רכישת זמן תעמולה; עקב הסדרת התעמולה באופן מחייב). ההגבלה על הוצאות במערכת הבחירות גם היא מגבילה את יכולתה של מפלגה חדשה או מפלגה קטנה להתחרות במערכת הבחירות.¹⁵³ טענתי היא אפוא, כי חוקים שהוצגו כמקדמים את טהירות מערכת הבחירות נוצלו על ידי המפלגות הגדולות למימון מערכות הבחירות שלהן על ידי כספי ציבור ולביצור שליטתן במערכת הפוליטית הישראלית.¹⁵⁴

הבחירה הציבורית מציעה פרספקטיבה נוספת לדיון בחוקי הבחירות ובפסקי הדין, בבחינת תפקידו של בית המשפט העליון בייצוב הכנסת ובחיזוק כוחה של זו אל מול הממשלה. יש לטעון, כי בית המשפט העליון היה מודע לרפיסות המגבלות שהוא מטיל על הכנסת כאשר זו בוחרת להגביל את הבחירות, אך בית המשפט בחר לתמוך בבחירות אלו של הכנסת, כיוון שסבר כי כל צורת פעולה אחרת תביא לאי-יציבות שלטונית. כלומר: למרות האמירות של בית המשפט העליון בזכות שוויוניות הבחירות, הוא היה מודע לחלוטין להשפעה הלא-שוויונית של פעולות הכנסת ולא התייחס אליהן דווקא בשלילה. ההסבר לכך נעוץ בתיאורמה של Arrow: ממילא מודע בית המשפט העליון לכך שהדמוקרטיה הייצוגית אינה פועלת באמצעות כלים של הכרעת רוב מוחלטת, אלא ישנם כללים המטילים מגבלות על הכרעת הרוב. השאלה אפוא היא, באילו כללים המגבילים את הכרעת הרוב יתמוך בית המשפט? בשורת פסקי הדין העוסקים בחוקי הבחירות ניכר, כי בית המשפט העליון השתכנע שחוקים המגבירים את יציבות המערכת הפוליטית ולכידותה, אף אם הם מקטינים את הסיכוי לכניסת מפלגות מפצלות, הם מסוג הכללים מגבילי הרוב הנסבלים.¹⁵⁵ פרספקטיבה אחרונה המוצעת על פי גישת הבחירה הציבורית לפסקי הדין האמורים היא זו המדגישה את ההשוואה בין פסקי הדין של בית המשפט בעניין חוק יסוד:

¹⁵³ מובן שאינני טוען, כי חסמים אלו מנעו לחלוטין כניסת מפלגות חדשות, שכן טענה זו איננה יכולה להיות נכונה מכיוון שמפלגות חדשות אכן נכנסו לכנסת ואף העצימו את כוחן. טענתי היא חלשה יותר: חסמי הכניסה הגבילו ועיכבו את כניסתן של המפלגות החדשות וגרמו למפלגות הגדולות הוותיקות להיות גדולות יותר ממה שהיו בלא התקיימותן של המגבלות המתוארות.

¹⁵⁴ אפשר גם לבחון את השאלה מכיוון אחר: אחד הכללים הבסיסיים ביותר של יצירת שוק יעיל הוא הסרת חסמי הכניסה לשוק. את כללי הבחירות אפשר לראות כחסמי כניסה לשוק הפוליטי, אשר למעשה מנעו תחרות משוכללת על קולו של הבוחר.

¹⁵⁵ בהקשר זה מעניין להשוות את ההקשר הפוליטי שבו ניתנו שני פסקי הדין אשר פסלו חוקים (עניין ברגמן, לעיל ה"ש 136; ועניין לאור, לעיל ה"ש 149) מול שני המקרים שבהם אישר בית המשפט את חוקי הבחירות (עניין קניאל, לעיל ה"ש 137; ועניין רסלר, לעיל ה"ש 147). פסקי הדין ברגמן ולאור ניתנו בבחירות שבהן הממשלה היוצאת היתה ממשלת אחדות לאומית וסביר היה להניח שלאחר הבחירות תוקם ממשלת אחדות לאומית ממשיכה, כפי שאכן קרה בפועל (בשנים 1969 ו-1973, בהתאמה). לעומת זאת, בפסקי הדין קניאל ורסלר מדובר במערכות בחירות שבהן היתה תחרות ניכרת בין הגושים (בשנים 1973 ו-1977 בהתאמה). האם ייתכן שהחשש מפיצול הנחה את בית המשפט העליון יותר בבחירות שבהן סביר היה להניח כי תקום ממשלה קואליציונית צרה, וממילא כוח המיקוח של מפלגות קטנות יגדל?

כבוד האדם וחירותו, לפסקי הדין בעניין חוקי הבחירות. כפי שאמרנו, יסוד חשוב של פסקי הדין בעניין הבחירות הוא ההכרעה כי כדי לשנות חוק יסוד אין צורך בחוק יסוד אחר. תקפותה של הכרעה זו מוטלת בספק בשל דברים שכתב הנשיא ברק בפסק הדין בעניין בנק המזרחי,¹⁵⁶ אשר על פיהם לצורך שינוי חוק יסוד (בניגוד לפגיעה סתם בו) יש צורך בחוק יסוד אחר. כלומר: בית המשפט בחר להעניק הגנה מהותית לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁵⁷ שאלה חשובה בהקשר זה היא, באיזו מידה אנו מעוניינים להרחיב את ההגנה שמעניק בית המשפט העליון לזכויות מסוגים מסוימים? והאם יש מקום להבדיל בין סוגי הזכויות?

טענה חשובה של הבחירה הציבורית היא, כי חוקי הבחירות נתונים למניפולציה על ידי כוחות שונים. עקב כך חובתו של בית המשפט היא להגן על טהירותה של מערכת הבחירות ולשם כך להתגבר על המחוקק, המעוניין לשמר את שליטתו ולמנוע את קיומה הצודק של מערכת הבחירות. למעשה טענתו הידועה של John Hart Ely היתה, כי זוהי ההצדקה היחידה למתן זכות לבית המשפט לבטל חוקים של בית המחוקקים.¹⁵⁸ לעומת זאת, סמכותו של בית המשפט העליון לבטל חוקים, בהתבסס על הכרעות ערכיות או מוסריות, מוטלת בספק. כלל אין זה ברור מדוע יכול בית המשפט להחליף את שיקול דעתו של המחוקק, בהתבסס על תפיסות מוסריות שאינן מבוססות על דעת הרוב?¹⁵⁹ ההשוואה בין פסקי הדין של בית המשפט העליון בעניין הבחירות ובעניין חוקי היסוד מגלה, כי לכאורה נקט בית המשפט העליון בישראל גישה הפוכה לזו המומלצת על ידי חוקרי הבחירה הציבורית.

1. סיכום

האמור לעיל אינו אלא, על קצה המזלג ממש, שורה של הצעות היכולות להביא לפיתוח של שיח ישראלי בדבר ההשפעות של גישת הבחירה הציבורית על כל ענפיה על המחוקק המשפטי בישראל. במאמר זה לא התיימרתי לנתח בצורה מלאה, או אפילו חלקית, את ההשפעות של ניתוח על פי גישת הבחירה הציבורית, אלא רק להביא בפני החוקר והקורא הישראלי את אופק האפשרויות הנפתח בעזרת השימוש במתודות כלכליות ופוליטיות שקשורות לבחירה הציבורית.

¹⁵⁶ עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 141.

¹⁵⁷ האם בשל פסיקה זו יש מקום לתקוף מחדש את כל חוקי הבחירות? נראה שלא. חוק יסוד: הכנסת, אינו מבדיל בין שינוי לפגיעה. חוקי הבחירות בדבר דרכי מימון ותעמולה אינם משנים את חוק יסוד: הכנסת, כי אם רק פוגעים בזכות השוויון שבו.

¹⁵⁸ Ely, לעיל ה"ש 56, בעמ' 88-101.

¹⁵⁹ בעיה זו, הידועה בשם "הבעיה הרובנית" (counter-majoritarian difficulty), הועלתה לראשונה על ידי ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962).

לסיכום דיון זה אבקש לטעון שתי טענות שעניינן המחקר המשפטי בתחום המשפט הציבורי בישראל. הראשונה נוגעת לטעמים העומדים מאחורי מיעוט העיסוק בבחירה הציבורית; ואילו השנייה היא לגבי השאלה, היכן יכולים החוקרים לתרום לדיון המתנהל?

1. הטעם למיעוט העיסוק

כפי שציינתי לעיל, העניין הבולט במיוחד לגבי כל העיסוק בניתוח הכלכלי של המשפט הציבורי בישראל הוא העובדה שהוא מצומצם לדיונים מסוימים. בעוד שכמעט כל מאמר בתחום דיני הנזיקין, למשל, כולל דיון כזה או אחר בניתוח כלכלי, הרי שמאמרים רבים בתחום המשפט הציבורי – ליתר דיוק: כמעט כולם – מתעלמים מהניתוח הכלכלי של המשפט הציבורי כמעט לחלוטין. התופעה בולטת עוד יותר, כפי שציינתי, אצל חוקרים שעיקר עיסוקם בתחום המשפט הציבורי. ייתכן כמובן, שחוקרי המשפט הציבורי פשוט סבורים כי מבחינה אמפירית ועובדתית התזות המוצגות על ידי הבחירה הציבורית שגויות ולפיכך אין טעם לעסוק בהן כלל.¹⁶⁰ אם זהו הטעם, כי אז הוא נראה לי שגוי. נכון הוא, כי אין גישת הבחירה הציבורית יכולה להציע פתרון לכל קושיה ובעיה מתחום המשפט החוקתי וגם אין זה ראוי שתעשה כן. אבל שימוש בכלי הניתוח של גישת הבחירה הציבורית – דוגמת ניתוח של אינטרסים, ניתוחים כמותיים ותורת המשחקים – יכולים לתרום לכל תחום משפטי. טעם אחר נעוץ בשאלת "שכר הלימוד": באיזו מידה מוכנים חוקרי המשפט הציבורי לשלם את שכר הלימוד הנדרש כדי להיכנס לתחום הניתוח הכלכלי של המשפט הציבורי? ניתוח כלכלי ופוזיטיבי על פי גישת הבחירה הציבורית גם מחייב מחקרי שטח (כמותיים או איכותיים), שאינם יכולים להסתמך על ניתוח של פסקי דין במנותק מהקשרים חברתיים רחבים.¹⁶¹

במקום אחר הצעתי, שטעם נוסף אפשרי למיעוט היחסי של העיסוק בשאלות של הבחירה הציבורית קשור בטבורו לתיאוריית הפרשנות התכליתית ולתפקיד שנטל לעצמו בית המשפט.¹⁶² אם בית המשפט מאמץ לחלוטין את גישת הפרשנות התכליתית, הרי שהשאלה האמיתית איננה הטעמים להתווייתו של חוק ספציפי, אלא הצורה שבה הוא מפורש. כל עוד בית המשפט משכיל לעקוף את מהמורות המחוקק, להתעלות מעל טעמים המובילים אותו ולפרש את החוק בצורה ראויה, אין כל כך סיבה לעסוק בניתוח

160 כאמור, ביקורת פוזיטיבית על הנחות היסוד של הבחירה הציבורית רוחת מאור גם בארצות הברית. ראו הדיון לעיל החל מהטקסט ליד ה"ש 79.

161 אחת מהבעיות המרכזיות של ספרם של מזרחי ומידני, לעיל ה"ש 3, היא הסתמכותם של המחברים על ניתוח של פסקי דין כבסיס מרכזי לתזות שלהם. פסקי הדין שהם מציינים יכולים להיות מובנים רק על רקע הקשר חברתי כולל, שחסר בניתוח שלהם.

162 כהן, "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית", לעיל ה"ש 30.

הגורמים המשפיעים על חוק ספציפי. השאלה האמיתית היא, כיצד בית המשפט מפרש את החוק? ולא, מדוע הכנסת חוקקה אותו? אולם כדי להבין את הגורמים שמשפיעים על החוק, לדעת מדוע יש לפרשו בצורה מסוימת ולא בצורה אחרת ומפני אילו קבוצות יש להיזהר בתהליך הפעלתו – על בית המשפט להיות מודע לאפשרויות העולות מגישת הבחירה הציבורית.

עד כה בחרו בתי המשפט בישראל, ובייחוד בית המשפט העליון, להתעלם מאפשרויות אלו ומדרכי הניתוח המוצעות על ידי גישת הבחירה הציבורית. אימוץ של דרכי פרשנות אלו לפחות בחלק מהנושאים יכול להביא לשיפור בעומק הפסיקה של בית המשפט העליון.

2. תפקידו של החוקר

התבססות על פסקי דין של בית המשפט כעל כלי עבודה דומה לקביעת ההיסטוריה של המהפכה הצרפתית רק על סמך כתביהם של מהפכנים צרפתים. בירור הטעמים האמיתיים העומדים מאחורי עתירות, בלא קשר למהותן, דורש מחקר מעמיק הכולל לא רק הידרשות לעתירות הצדדים, אלא גם בדיקה של הנתונים הכלכליים, ההיסטוריה שמאחוריהם והאינטרסים שאינם מיוצגים בעתירות לבית המשפט – בדרך כלל אלו של הציבור הרחב שאינם מיוצג.

תפקיד זה אינו יכול להיות תפקידו של בית המשפט. טווח הראייה של בית המשפט בביקורת כלכלית מצומצם הן על ידי פרקליטי העותרים הן על ידי טווח הסוגיות המופיע בפניו. תפקיד המחקר המשפטי הוא לחדור באמצעות פסקי הדין אל עבר השאלות האמיתיות העומדות בבסיס ההתנהגות של רשויות השלטון, הכנסת ובית המשפט. תפקידם של חוקרי המשפט הציבורי איננו רק לעמת את החלטות בית המשפט מול מודלים תיאורטיים או פסיקות קודמות של בית המשפט, אלא גם לפרוש בפני הציבור את השיקולים המנחים את כל רשויות השלטון, לרבות בית המשפט. משימתם של החוקרים היא גם לנתח את הכלים והאמצעים שבהם מושגות המטרות על ידי רשויות השלטון. בסופו של דבר, סוג מחקר כזה יוביל גם לשיפור הפסיקה של בית המשפט העליון, אשר תוכל להתבסס על מידע מדויק יותר על אודות ההשפעות של הפסיקה הקונקרטית על מכלול הגורמים המושפעים ממנה.