

## לשמוע או לא לשמוע? זאת (לא) השאלה

ד"ר שוקי שגב\*

עבור בלוג איזונים ובלמים של הפורום הישראלי למשפט וחירות

### (א) הקדמה

1. מדי כמה שנים עולה הצעה – בעיקר מספסלי המחנה הלאומי-שמרני בפוליטיקה ובמשפט – להנהיג הליכי שימוע פומביים בכנסת (או באחת מוועדותיה) למועמדים לשפיטה בבית המשפט העליון.<sup>1</sup> לטענת המציעים, ראיון המועמדים יבטיח שקיפות הולמת של השקפת עולמם ודעותיהם ותאפשר לזרמים מחשבתיים שונים בחברה להשפיע על שיטת המשפט ועל ההכרעות הנפסקות בערכאה העליונה. הצעה זו יונקת השראה מהליכי השימוע בסנאט האמריקני למועמדים לשפיטה בבית המשפט העליון.
2. הצעה זו נתקלת בהתנגדות עזה בקרב שופטי העליון הישראלי ובחוגי חסידי האקטיביזם המשפטי. לטענת המתנגדים, שימוע פומבי יפגע בעקרון הפרדת הרשויות, בעצמאות השיפוטית ובאמון הציבור בשופטים המועמדים.<sup>2</sup> עוד טוענים המתנגדים כי גם בארה"ב נמתחת ביקורת רבה על הליכי השימוע, שהביאו לפוליטיזציה של הליך המינויים ולפוליטיזציה של בית המשפט העליון עצמו.<sup>3</sup>
3. אף שיטה לבחירת שופטים, על מרכיביה ומנגנוניה, אינה מושלמת ולכל אחת יתרונות וחסרונות.<sup>4</sup> עם זאת, המאורעות בשנים האחרונות<sup>5</sup> ובחודשים האחרונים<sup>6</sup> מצריכים בחינה מחדשת של הגישה הישראלית הקיצונית הקובעת את סודיות דיוני והליכי הוועדה ומטילה

---

\* ד"ר שוקי שגב הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים האקדמית נתניה וכן חבר הוועדה המייעצת של הפורום הישראלי למשפט וחירות.

<sup>1</sup> דני זקן "לתקן אבל לא להרוס": התוכנית של גדעון סער עבור מערכת המשפט "גלובס" (3.1.2021); אבישי גרינצייג "הליכוד וכחול לבן בשיתוף פעולה: הצעת חוק לקיום שימוע פומבי למועמדים לעליון" גלובס (13.11.19); יאיר אלטמן "המהפכה הבאה של שקד: שימוע בכנסת למועמדים לעליון" ישראל היום (15.3.2019); חן מענית "המהפכה החוקתית שיריב לוי רוצה להוביל כשר משפטים" גלובס (3.4.2019); מורן אזולאי "היוזמה החדשה: הכנסת תפסול מועמדים לעליון" Ynet (13.7.2011).

<sup>2</sup> ראו תומר זרחין "ביניש: פוליטיקאים מנהלים מסע הסתה נגד שופטי העליון" הארץ (2.12.2011); מרדכי קרמניצר "מאמר דעה: שימוע למועמדים לעליון – הצעה רעה שראוי לדחות" המכון הישראלי לדמוקרטיה (19.3.2019); גיא לוריא "סקירה: שימוע למועמדים לבית המשפט העליון – פגיעה בעצמאותם ובאמון הציבור" המכון הישראלי לדמוקרטיה (22.5.2019).

<sup>3</sup> שם, שם.

<sup>4</sup> לסקירה מקיפה על שיטות לבחירת שופטים ראו שי ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי **בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים** – מחקר השוואתי (פורום קהלת, נובמבר 2019). [https://kohelet.org.il/wp-content/uploads/2020/01/justice.const.\\_elect\\_.pdf](https://kohelet.org.il/wp-content/uploads/2020/01/justice.const._elect_.pdf)

<sup>5</sup> מתן ברניר "אפי נוה והשופטת אסתר כרייף יועמדו לדין בעבירות של שוחד, מרמה, הפרת אמונים והשמדת ראיות בכפוף לשימוע" גלובס (3.12.2019).

<sup>6</sup> אילת כהנא "חמש שעות, 61 מנויים: הוועדה לבחירת שופטים התכנסה" מקור ראשון (7.12.2020); נטעאל בנדל "נתניהו: התנהלות הוועדה לבחירת שופטים מצטרפת לליקויים במערכת אכיפת החוק" הארץ (7.12.2020); משה איפרגן "הפוליטיקה של אסתר חיות" מידה (10.12.2020) <https://mida.org.il/2020/12/10/הפוליטיקה-של-אסתר-חיות/>.

חיסיון על פרטים העוסקים במועמדים למשרה השיפוטית הנכספת בבית המשפט העליון.<sup>7</sup> גישה זו היא חלק ממנגנון שלם המעניק סמכות המינוי לשפיטה בידי וועדה שלגורמים המקצועיים (שלושת שופטי בית המשפט העליון ושני חברי לשכת עורכי הדין) רוב על פני הגורמים הפוליטיים (שני שרים ושני חברי כנסת).

4. את המאמר אקדיש למנגנון השימועים בסנאט האמריקני למועמדים לעליון. אסביר את ההיגיון שבהם למתעניין הישראלי (פרק ב), אסקור כיצד הפכו לזירת קרב חשובה בין שמרנים לפרוגרסיביים במשפט החוקתי בארצות הברית ומדוע הם עצמם מעוררי מחלוקת (פרק ג). **הגם שהשימוע בסנאט אינו חף מקשיים ובעיות (פרק ד), הוא מאגד רעיון של שקיפות, דיווחיות ואחריות דמוקרטיות של השופטים כלפי נציגי הציבור האמריקני והוא מבליט בעיה מובנית במנגנון בחירת השופטים לבית המשפט העליון הישראלי (פרק ה).**

#### (ב) שימועים בסנאט לשופטי העליון הפדראלי: רקע והיסטוריה

5. במערכת המשפט האמריקנית, שופטים פדראליים נהנים מעצמאות שיפוטית, לא ניתן לפגוע בשכרם, ומינויים הוא לכל ימי חייהם.<sup>8</sup> מן המפורסמות הוא כי הסדר זה מחסן אותם באופן כמעט כליל משליטה ולחצים פוליטיים והופך את בתי המשפט לכוח אנטי רובני, המאזן ובולם את הזרועות הפוליטיות ומכפיפים לשלטון החוק והחוקה.<sup>9</sup> אבל במערכת זו גם בתי המשפט נתונים לפיקוח ואיזון, הבאים לידי ביטוי במנגנון המינוי של מועמדים לשפיטה.<sup>10</sup>

6. הסמכות למנות שופטים פדראליים נתונה בידי של הנשיא האמריקני "בעצתו ובאישורו של הסנאט."<sup>11</sup> הסדר זה, כמו הסדרים אחרים בחוקה האמריקנית, הוא תוצר של פשרה בין המעוניינים בשלטון מרכזי בעל עוצמה לבין החוששים מכוחה של הרשות המבצעת.<sup>12</sup> האבות המייסדים יצרו גם כאן מנגנון של איזונים ובלמים בו הסמכות הבלעדית לבחירת המועמדים

<sup>7</sup> כלל 15 לכלי השפיטה (סדרי העבודה של הוועדה לבחירת שופטים), תשמ"ד – 1984: "דיוניה של ועדת הבחירה ושל ועדותיה ותכנם של השאלונים שהובאו בפני חבריה לצורך הדיונים הם סודיים ולא יגלה משתתף לאיש פרטים עליהם זולת פרוטוקולים שאינם עוסקים במועמדים או בעניינים אישיים וזולת דבר המלצתה של הוועדה על מינויו של פלוני, אלא אם כן החליטה הוועדה אחרת, דרך כלל או לענין מסוים". עוד על סודיות הליכי ודיוני הוועדה ראו: בג"ץ 5771/93 **ציטרין נ' שר המשפטים**, פ"ד מח(1) 661; שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" **המשפט ח** 357 (תשס"ג).

<sup>8</sup> סעיף 3, פסקה 1 **לחוקת ארצות הברית של אמריקה**. תרגום לעברית על ידי פרופ' ארנון גטפלד: [https://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US\\_Constitution\\_Hebrew.pdf](https://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US_Constitution_Hebrew.pdf): "הסמכות השיפוטית של ארצות הברית תהיה נתונה בידי בית משפט עליון אחד, ובידי בתי משפט נמוכים שהקונגרס רשאי להסמיך ולכונן מזמן לזמן. השופטים, הן של בתי המשפט העליון והן של בתי המשפט הנמוכים, יכהנו במשרותיהם כל עוד התנהגותם הולמת, ויקבלו, במועדים קבועים, שכר תמורת שירותיהם, אשר לא יופחת במשך תקופת כהונתם."

<sup>9</sup> אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וגיון גיי **הפדרליסט מס' 78** בע' 388 (התשס"ב).

<sup>10</sup> ראו: William H. Rehnquist, *Presidential Appointments to the Supreme Court*, 2 CONST. COMMENT. 319 (1985).

<sup>11</sup> סעיף 2, פסקה 2,2 **לחוקת ארצות הברית של אמריקה**. תרגום לעברית על ידי פרופ' ארנון גטפלד: [https://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US\\_Constitution\\_Hebrew.pdf](https://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US_Constitution_Hebrew.pdf)

<sup>12</sup> ראו: Adam J. White, *Towards the Framers' Understanding of Advice and 'Consent': A Historical and Textualist Inquiry*, 29 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 103 (2005); Russell L. Weaver, *Advice and Consent in Historical Perspective*, 64 DUKE L.J. 1717 (2015).

מוטלת על הנשיא, אך לסנאט הוענקה האחריות לחקור, לברר ולוודא כי סמכות זו מופעלת כדין ואינה מנוצלת לרעה.<sup>13</sup> במסגרת זו, הן הנשיא והן הסנאט מפעילים את סמכותם בהתאם לקריטריונים והליכים הנראים להם ראויים.<sup>14</sup> מן המפורסמות בהקשר זה, הוא כי שיקולים של השקפות ותפיסות עולם פוליטיות, משפטיות וחוקתיות נלקחו מאז ומתמיד בחשבון בבחירת המועמד לשפיטה על ידי הנשיא ובאישורו על ידי הסנאט.<sup>15</sup> **נשיאים וסנאטורים אמריקנים נוהגים לומר כי מלבד ההחלטה לצאת למלחמה, ההחלטה על בחירת אדם לכהונה בבית המשפט העליון היא ההחלטה החשובה ביותר שקיבלו במהלך כהונתם.**<sup>16</sup>

7. כאמור לעיל, למרות שהחוקה קובעת את תפקידו של הסנאט בהליך המינוי, היא עצמה אינה מציינת את הדרך והאופן לאישור מועמד לשפיטה.<sup>17</sup> באופן כללי, הפעלת הסמכות "לייעץ ולאשר" מתבצעת במספר שלבים: קליטה והפניה לוועדה בסנאט, בחינה, שקילה ודיווח על ידי הוועדה, קביעת מועד לדיון במליאת הסנאט ולבסוף הצבעה במליאה.<sup>18</sup> עם זאת, לאורך השנים ובמיוחד במאה השנים האחרונות חלו שינויים ניכרים באופן שבו מפעיל הסנאט את סמכותו החוקתית "לייעץ ולאשר", וניתן גם לזהות תהליך של פורמליזציה של כללים לטיפול במועמדים לשפיטה בעליון.<sup>19</sup> אולם חשוב להדגיש, כי הסנאט לא חש כבול לאשר מועמד ספציפי לשפיטה בדיוק באותם הליכים, כללים ואופנים, שבהם אושרו מועמדים אחרים לפניו.<sup>20</sup>

8. כך למשל, במאות השמונה עשרה והתשע עשרה הסנאט נהג להפעיל את סמכותו במהירות – לפעמים בתוך ימים בודדים – לאחר שהנשיא הכריז על בחירתו.<sup>21</sup> בזמנים מודרניים משתרע הליך האשרור על שבועות ואפילו חודשים טרם יגיע המינוי (אם בכלל) להצבעה במליאה. בראשית ימיו של הסנאט גם לא היה נהוג להפנות מועמדים לשפיטה לוועדה, והמועמדות נבחנה בהליך סגור וחסוי, בהעדרו של המועמד, כשרק הסנאטורים ועוזרים יחידים הורשו להיכנס לחדר ההיוועצות. בימינו הנורמה המקובלת היא שוועדת השפיטה של הסנאט תעניין, תראיין ותבחן את המועמד במשך זמן ניכר ובהליכים פתוחים ופומביים.<sup>22</sup>

9. **אחת ההתפתחויות המשמעותיות בהליך "הייעוץ והאישור" של מועמדים לשפיטה התרחשה בשנת 1929 כאשר הוחלט בסנאט כי ההליכים והדיונים לגבי מועמדים יהיו לפומביים.** החלטה זו התקבלה בסנאט לאחר דיון ממושך לאורך מספר שנים. בשנים שקדמו להחלטה זו,

<sup>13</sup> ראו: David S. Law, *Appointing Federal Judges: The President, the Senate, and the Prisoner's Dilemma*, 26 CARDOZO L. REV. 479, 482 (2005).

<sup>14</sup> שם, שם.

<sup>15</sup> ראו גם: Erwin Chemerinsky, *Of Course Ideology Should Matter in Judicial Selection*, 7 NEXUS 3 (2002).  
<sup>16</sup> ראו: RICHARD S. BETH & BETSY PALMER, SUPREME COURT NOMINATIONS: SENATE FLOOR PROCEDURE AND PRACTICE, 1789—2011 AT P. 1 (2011).

<sup>17</sup> שם, בע' 2.

<sup>18</sup> שם.

<sup>19</sup> לכללים עדכניים להיום ראו ELIZABETH RYBICKI, SENATE CONSIDERATION OF PRESIDENTIAL NOMINATIONS: COMMITTEE AND FLOOR PROCEDURE (2019).

<sup>20</sup> BETH & PALMER, לעיל הערה 16, בע' 2.

<sup>21</sup> שם, בע' 3; Weaver, לעיל הערה 12, בע' 1731—1732.

<sup>22</sup> BETH & PALMER, לעיל הערה 16, בע' 3.

- גברו ההדלפות לעיתונות מתוך ההליכים הסודיים, וגם הסנאט החליט מספר פעמים להסיר את כלל החשאיות ולפתוח את הדיונים לעיניו הבוחנות של הציבור האמריקני.
10. כך למשל היה בשנת 1916 עת נבחנה מועמדותו של עורך הדין היהודי לואי די. ברנדייס. מועמדותו של ברנדייס נתקלה בהתנגדות משמעותית מטעמים אנטישמיים וגם בשל נטייתו שמאלה,<sup>23</sup> ונתקבלה החלטה לפתוח את ההליכים.<sup>24</sup> פומביות השימוע של ברנדייס עבדה בסופו של דבר לטובתו, מכיוון שחלק מהסנאטורים השמרנים, שהתנגדו למינוי, העדיפו להרחיק את עצמם מההתקפה החזיתית נגדו וזאת מכיוון שבקרב קהל בוחריהם ברנדייס נתפס כגיבור, והדבר עלול היה להתנקם בהם כאשר יעמדו לבחירה. מועמדותו של ברנדייס אושרה לאחר דיון סוער בסנאט, כארבעה חודשים לאחר שהנשיא וודרו וילסון הכריז על מועמדותו, ברוב של 47 מול 22 והוא היה ליהודי הראשון שכהן בעליון האמריקני, ולהערכת רבים אחד משופטיה הגדולים של אמריקה.
11. כנהוג באותה תקופה ברנדייס לא העיד בהליכי האישור של מועמדותו.<sup>25</sup> אולם הדבר נעשה מבחירתו שלו, וזאת בהתאם לעצה שקיבל מאחד מחבריו, מחשש שהשימוע יהפוך "למשפט", כשברנדייס בתפקיד הנאשם.<sup>26</sup> אולם, ברנדייס שיחק תפקיד מרכזי בהגנה על מועמדותו מאחורי הקלעים ושלח את אחד מהשותפים הזוטרים במשרדו להתגורר בווישינגטון בזמן הליך האישור בסנאט על מנת שיספק ראיות להזים את "האישומים" שהופנו נגד ברנדייס על ידי מתנגדיו. ברנדייס לא היה שלם עם ההחלטה שלא להופיע אישית בפני הוועדה. הוא סבר כי ניתן היה לעשות עבודה טובה יותר בהגנה על שמו הטוב ויושרתו המקצועית, בעוד ששליחו בוועדה העדיפו לנקוט בקו לא מיליטנטי, שכן רצו לבסס את מזגו השיפוטי.<sup>27</sup>
12. ראיון אישי של המועמדים לשפיטה על ידי וועדת השפיטה הפך להיות שכיח ונפוץ וגם זכה למיסוד בהליכי הוועדה למן שנות החמישים. מגמה זו מיוחסת גם לחוסר שביעות רצון של סנאטורים דרומיים,<sup>28</sup> שתמכו בסגרציה, מהחלטת בית המשפט העליון בעניין בראון נ' ועדת החינוך של טופיקה.<sup>29</sup> עם זאת, חשוב לציין כי כבר משנת 1925 מועמדים נדרשו להופיע ולענות לשאלות הסנאטורים מדי פעם אבל בלי הסדרה ברורה.<sup>30</sup>

### ג) שימועים תחת מחלוקת

<sup>23</sup> Weaver, לעיל הערה 12, בע' 1734.

<sup>24</sup> BETH & PALMER, לעיל הערה 16, בע' 10.

<sup>25</sup> Adam Liptak, *Four Confirmation fights that Shaped the Supreme Court*, NEW YORK TIMES (March : ראו : 16, 2017).

<sup>26</sup> ראו : ראו : Melvin I. Urofsky, *The Outrageous Brandeis Nomination*, 1979 YEARBOOK: SUPREME COURT HISTORICAL SOCIETY 8, 13 (1979); David G. Dalin, *The Appointment of Louis D. Brandeis, First Jewish Justice on the Supreme Court*, LOUIS D. BRANDEIS 100: THEN & NOW (2016).

<sup>27</sup> שם, שם.

<sup>28</sup> ראו : STEPHEN L. CARTER, THE CONFIRMATION MESS 66 (1994).

<sup>29</sup> ראו : Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954). פסק הדין קבע כי סגרציה בין שחורים ללבנים בבתי הספר הציבוריים, שהייתה נהוגה במדינות הדרום בארה"ב, אינה חוקתית שכן היא מפרה את העיקרון של יחס שווה הקבוע בתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית.

<sup>30</sup> ראו : ROBERT A. KATZMANN, COURTS AND CONGRESS 19 (1997).

13. את המחלוקת באשר להליכי השימוע בסנאט נהוג לציין במועמדותו הכושלת של **רוברט בורק** בשנת 1987. לרוברט בורק היו כישורים משפטיים מעולים וניסיון מקצועי מרשים כפרופסור בביה"ס למשפטים של ייל וכשופט פדראלי בביהמ"ש לערעורים של מחוז קולומביה. עם זאת, מועמדותו של בורק עוררה מחלוקת בשל דעותיו האידיאולוגיות השמרניות,<sup>31</sup> ההשערה כי לכשיתמנה לשופט עליון ייתן את קולו להפוך את התקדים בעניין **רו נ' וייד**,<sup>32</sup> והן בשל ציותו להוראת הנשיא ניקסון לפטר את התובע המיוחד בפרשת ווטרגייט, כאשר שאר בכירי מערכת המשפטים פוטרם בשל סירובם לציית להוראה (אירוע הידוע כ-"טבח מוצאי שבת").<sup>33</sup>
14. השימוע של בורק היה מסמר שיער ומחכים, ובמהלכו השיב בורק לשאלות הסנאטורים והרחיב על הפילוסופיה שלו בדבר הצמדות למשמעות המקורית של החוקה והחובה לנקוט בריסון שיפוטי,<sup>34</sup> אבל גם התייחס והסביר התבטאויות עבר בנושאים ספציפיים, כגון תמיכתו במס קלפי, חובת תפילה בבתי ספר ועוד.<sup>35</sup> אולם, בעת הליכי האישור היו גם תופעות פחות רצויות, המלוות הליכי שימוע עד היום. כך למשל קבוצות וארגונים בעלי נטייה פוליטית השתמשו בפרסומות טלוויזיה לגיוס דעת קהל נגד המינוי, עיתונאים חשפו את רשימת הסרטים ששאל בורק מספריית הווידיאו אליה היה מנוי, ועמדותיו סולפו על ידי הסנאטורים. במיוחד זכור נאומו של טד קנדי – 45 דקות לאחר ההודעה של הנשיא רונלד רייגן על המינוי – כי ב-"אמריקה של רוברט בורק... נשים יאלצו לערוך הפלות בחצר האחורית, שחורים יישבו בדלפקי מסעדות נפרדים, המשטרה תפרוץ את דלתות האזרחים בפשיטות ליליות ותלמידים לא יילמדו על אבולוציה."<sup>36</sup>
15. לבסוף, דחה הסנאט, שנשלט על ידי רוב דמוקרטי באותה תקופה, את מועמדותו של בורק ברוב גדול של 58—42, והשם בורק הפך בתרבות האמריקנית לביטוי שגור שמשמעותו דחיית מועמד בעל כישורים מטעמים לא ענייניים או סיכול מועמדות על ידי השחרה, השמצות ומסע ציד פומבי נגד המועמד. בניגוד לדעה רווחת לא הייתה זו הפעם הראשונה לדחיית מועמד מטעמים אידיאולוגיים או להליכים מעוררי מחלוקת, ועל פי חוקרי הסנאט הדבר התרחש פעמים רבות גם בעבר ואפילו עוד בטרם התגבשו ההליכים הפורמליים והפומביים בוועדת השפיטה.

<sup>31</sup> ראו: Erwin Chemerinsky, *Ideology, Judicial Selection and Judicial Ethics*, 2 GEO. J. LEGAL ETHICS 643, 2 (1987).

<sup>32</sup> Ronald N. Dworkin, *The Bork Nomination*, 9 CARDOZO L. REV. 101 (1987); 646 (1989).

<sup>33</sup> ראו: Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973). פסק הדין קבע כי חוקים האוסרים על הפלות מלאכותיות סותרים את הזכות לפרטיות, הכלולה במשתמע בתוך ל"הזכות להליך נאות", שבחוקה האמריקנית.

<sup>34</sup> ראו: Kenneth B. Noble, *New Views Emerge of Bork's Role in the Watergate Dismissals*, NEW YORK TIMES (July 26, 1987); Gerald M. Boyd, *Move to the Right Seen: Opposition Focusing on Abortion Position and Role in Watergate*, NEW YORK TIMES (July 2, 1987).

<sup>35</sup> על שניהם הרחיב אח"כ גם בספרו: ROBERT BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* (1990).

<sup>36</sup> ראו: Al Kamen & Edward Walsh, *Bork Lays Out Philosophy*, THE WASHINGTON POST (Sep. 16, 1987).

<sup>37</sup> ראו: 133 Cong. Rec. S9188-S9189 (daily ed., July 1, 1987).

16. השאלה מה השתבש (אם בכלל)<sup>37</sup> בהליכי השימוע של בורק באופן ספציפי או בהליכי השימוע בסנאט באופן כללי מצויה תחת מחלוקת בין רפובליקנים, דמוקרטים, חוקרים והציבור בכללותו. הליך השימוע בסנאט למועמדים לבית המשפט העליון אינו מתרחש בוואקום. הוא תוצר של בחירת הנשיא, מצב הסנאט באותה תקופה (למשל, האם מדובר בסנאט לעומתי, הנמצא בשליטתה של מפלגה שונה ממפלגתו של הנשיא), המועמד לשיפוט (הרקע האישי ודעותיו), המצב בבית המשפט העליון (למשל, האם מדובר במינוי שישנה את מאזן הכוחות בבית המשפט העליון) והאווירה הפוליטית הכללית בחברה האמריקנית (למשל, האם מדובר בתקופת בחירות).<sup>38</sup> כל אלה מקשים על הערכה ושיפוט של טיב ואופן הליך בחירת השופטים לעליון בארה"ב, זיהוי מקור הבעיה (הנשיא, השימוע בסנאט או בית המשפט), וגיבוש רפורמה לשיקומו.

17. אדגים. יש מלומדים הטוענים, כי עד שנות השישים הליכי המינוי עליון האמריקני לא עוררו עניין מיוחד. המצב השתנה בעקבות מעורבות גוברת של העליון בנושאים שנויים במחלוקת ציבורית קשה ובייחוד בעקבות החלטה בעניין רון, שקבעה כי חוקים האוסרים הפלות מלאכותיות סותרים את החוקה. לפי הטוענים, אקטיביזם שיפוטי הוא מקור הבעיה והוא גם שהוביל לפוליטיזציה של הליכי השימוע: הימין שואף למנות שופטים שמרנים שיחזירו את הגלגל לאחור (או לפחות ימנעו מהשמאל לעשות שימוש פוליטי בבתי המשפט), והשמאל שואף למנות שופטים הרואים בבית המשפט כלי לקידום שינוי חברתי ולהגשמת סדר יום פרוגרסיבי. על פי גישה זו, הבעיה אינה בהליכי השימוע עצמם בסנאט, אלא בהתנהלות בית המשפט העליון, שצריך לסגת לאחור ולנקוט בריסון שיפוטי, דבר שיוביל בתורו לדה-אסקלציה בהליכי השימוע בסנאט. לפי גישה זו מינוי שופטים אידיאולוגיים (שמרנים) זה הפתרון ולא הבעיה.

18. לעומת זאת יש גם הסברים אחרים, ששמים את הדגש על ההקצנה והקיטוב בתוך הפוליטיקה האמריקנית ובמיוחד בקרב הנשיא, המנסה לקדם את האג'נדה הנשיאותית דרך בתי המשפט ולא דרך בית המחוקקים. בחירה בשופטים אידיאולוגיים על ידי הנשיא מובילה לעימות בסנאט, ואם המועמדים יצלחו את הסנאט וימונו לשופטים הרי שהדבר מוביל גם להקצנה האידיאולוגית בתוך בית המשפט העליון עצמו הנחלק לאורך קווים אידיאולוגיים ברורים ומחזק את הרושם בציבור כי בית המשפט הוא מוסד פוליטי, דבר השוחק עוד יותר את אמון הציבור בניטרליות של בית המשפט.<sup>39</sup> לפי גישה זו מינוי שופטים אידיאולוגיים זה הבעיה ולא הפתרון.

#### ד) שימוע למרות הכול

19. ישנן גישות נוספות. יש הסבורים – כמו למשל פרופ' אלנה קגן (היום שופטת בית המשפט העליון) כי השימועים בסנאט הם חסרי טעם ואינם משרתים מטרה מועילה.<sup>40</sup> אך הדבר אינו

<sup>37</sup> עבור הדמוקרטים, כאמור, בסנאט סיכול מינויו של בורק היה הפעלה ראויה של הסמכות "לייעץ ולאשר". לימים הגיב רוברט בורק על נאומו של קנדי, כי לא הייתה בו שורה אחת מדויקת. בורק אולי צודק, אבל הנאום של קנדי עשה את העבודה. ראו: *A Hell of a Senator*, THE ECONOMIST (August 29, 2009).

<sup>38</sup> BETH & PALMER, לעיל הערה 16, בע' 10.

<sup>39</sup> ראו: Adam Feldman, *Reframing the Confirmation Debate*, 165 Pa. L. Rev. Online 21 (2016).

<sup>40</sup> ראו: Elena Kagan, *Book Review: Confirmation Messes, Old and New*, 62 U. Chi. L. Rev. 919 (1995).

נובע מכך שהשימוע של בורק הוא בעיה שחוזרת על עצמה. נהפוך הוא. עבורה ועבור אחרים, **היה השימוע של בורק "סמינריון לאומי במשפט חוקתי"**, שבו העם האמריקני נוכח להעריך את כשירותו של בורק לשרת במשרה המשפטית הבכירה ביותר. לגישה, ההתמקדות בעיוותים, בהגזמות ובהשמצות שבהחלט אירעו במהלך השימוע עושה עוול לגבהים שהשימוע של בורק העפיל אליהם. **בורק סיפק לאומה תשובות גלויות, מעמיקות על מהויות חוקתיות, ועל ההבנה החוקתית שהוא נושא בארגז כליו בדרכו לבית המשפט העליון.**

20. הבעיה בהליכים לאחר השימוע של בורק הוא שהמועמדים מסרבים לענות על שאלות מעוררת מחלוקת, העלולות לסכן את אישור מועמדותם. **במקום זאת הם נשבעים אמונים לעליונות החוקה, מכריזים על נאמנותם לתקדימי בית המשפט העליון,**<sup>41</sup> אבל מערפלים את תשובתם **כך שלא יהיה בה נקיטת עמדה לגבי מהויות חוקתיות.** המועמדים מתורגלים ומאומנים מראש לספק את התשובה המינימלית ביותר האפשרית ושתמנע אפשרות לחזות כיצד יתנהגו, יתנהלו ויפסקו בהיותם על כס השיפוט.<sup>42</sup> אם הסנאטורים לוחצים לקבל תשובה לשאלה ספציפית, הרי שהם משיבים כי מנועים מלתת חוות דעת לתרחישים ספציפיים, שכן התרחיש עשוי להגיע לפנייהם ועדותם כעת תיצור חשש למשוא פנים שמא גיבשו דעה מוקדמת או שעדותם בסנאט כובלת אותם. אם הסנאטורים שואלים שאלה כללית על עקרונות חוקתיים, שאינה קשורה לתרחיש עובדתי קונקרטי, המועמדים משיבים כי הם מנועים מלהתדין במונחים אבסטרקטיים, וכי שופטים מעדיפים לדון ביישום של עקרונות על מערכת עובדות ספציפית.<sup>43</sup>

21. גם התנהלות הסנאטורים בשימועים בעייתית. חקירת המועמד על ידם נועדה להכשיל אותו בלשונו (שאלות מסוג "תפסנו אותך"),<sup>44</sup> כך שיחשוף השקפה מעוררת מחלוקת שתוביל לפסילתו, או לפחות, לגרום למועמד להשמיע הצהרות סותרות כך שניתן יהיה להאשים אותו בחוסר יושר או בחוסר עקביות. בהתאם, הליכי השימוע בסנאט מתדרדרים למופע סנסציוני של התחכמויות, קיטרוגים ואישומים המבזים את המועמד, הסנאט ובית המשפט.<sup>45</sup>

#### ה) אחרית דבר: שאלת האיך ולא שאלת האם

22. ברגע שמועמד מונה לשיפוט בבית המשפט העליון – בארה"ב ובישראל – הוא יכהן במשרה הנכספת לכל ימי חייו (בארה"ב) או עד גיל פרישה (בישראל) והוא נהנה מעצמאות כמעט מוחלטת בביצוע תפקידו. במונחים פרקטיים השימוע הוא ההזדמנות האחרונה של הרשויות הנבחרות לאזן ולבלום את הרשות השופטת. **השימוע הפומבי בארה"ב מבטא רעיון של דיווחיות ואחריותיות של השופטים: מועמדים לשיפוט – ובמיוחד אם כיהנו כבר כשופטים בערכאות נמוכות – נדרשים לתת דין וחשבון על החלטות, עמדות ותפיסתם החוקתית בטרם יקבלו מינוי לכל החיים.** מעבר להיבט החינוכי עבור הציבור, חברי הכנסת והשופטים עצמם

<sup>41</sup> ראו: Randy E. Barnett & Josh Blackman, *Restoring the Lost Confirmation*, 83 U. CHI. L. REV. ONLINE (2016) 18.

<sup>42</sup> הליכי השימוע של רות בדר גינצבורג.

<sup>43</sup> שם, שם.

<sup>44</sup> ראו: Stephen L. Carter, *The Confirmation Mess, Revisited*, 84 Nw. U. L. REV. 962, 967 (1990).

<sup>45</sup> ראו: David A. Strauss & Cass R. Sunstein, *The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process*, 101 YALE L.J. 1491 (1992).

הנדרשים להתכונן למעמד זה, הרי שהשימוע הוא ביטוי לכך שכשהשופט יושב לדין הוא עומד לדין – לא בפני הפוליטיקאים כי אם בפני הציבור באמצעות נציגיו.

23. אבל המנגנון של שימוע פומבי – והדוגמאות של ברנדייס ובורק ממחישות זאת – יוצר שקיפות, דיווחיות, איזון ופיקוח גם על הכוח למנות שופטים. מינוי שופטים בחדרי חדרים ובעסקאות אפלות הוא פגיעה בדמוקרטיה וגם פגיעה במועמדים לשפיטה. לא במקרה היה זה ברנדייס שכתב כי "אור השמש הוא חומר החיטוי הטוב ביותר", ולא בכדי היה זה בורק שדרש כי הסנאט ישלים את הדיון במועמדותו ויצביע עליה, למרות שידע היטב בשלב זה כי מועמדותו תידחה. שימוע פומבי לשופטים בכנסת הוא כורח הדמוקרטיה, השאלה היחידה היא המנגנונים שבאמצעותם יובטח כי הדיון יהיה ענייני, גלוי ומעמיק – את זה ניתן לפתור בכללים ופרוצדורות שינחו את מהלך השימוע.