

שיהיה במזל: על אקראיות בסדרי הדין

מבוא

תורת המשפט הליברלית המודרנית מאופיינת בשאיפה לאידאל של "שלטון החוק" – אידאל שאפשר לתאר כרציונליות של המשפט. נורמות משפטיות רציונליות מבוססות על הצדקות בנות-הבנה הקובעות טעמים לפעולה שגם הם ברי-הבנה. תנאי הרציונליות של הנורמה המשפטית מבטיח שהפרט – הנמען של הנורמה, שכבודו וחירותו הם תכליות הסדר המשפטי בדמוקרטיה ליברלית – יוכל להבין את תכנה של הנורמה, לצפות את התוצאות המשפטיות שהיא גוררת, ובהתאם לכך לבחור את התנהגותיו באופן מודע ורצוני.¹ נורמות רציונליות הן אפוא נורמות בעלות הצדקה, צפויות, יציבות ועקיבות: פרט הפועל על פיהן יכול להבין את טעמיהן ולהיות סמוך ובטוח שהוא אינו צפוי להיתקל בהפתעות או בהיפוכים שרירותיים בהפעלתן. כך נמנע הפחד המערער והמשפיל מפני הלא-ידוע, נחסכות עלויות ביטוח, ונוצר תמריץ לתכנון ארוך-טווח ולהשקעה בסיכונים כלכליים ופוליטיים: ודאות בתנאי הרקע המשפטיים מקלה על ההתמודדות עם אי-ודאות בצירי פעולה אחרים.²

בד בבד, אידאל הרציונליות של שיטת המשפט הליברלית חשוף זה עשורים רבים לביקורת מגוונות, חלקן תיאוריות (המפקקות באפשרות קיומה של רציונליות במשפט) וחלקן נורמטיביות (התוהות באשר לרציותו של אידאל הרציונליות). כך, חוסר ההיקבעות (indeterminacy) של השפה, הקיום של כללים וסטנדרטים, אופיו הנסיבתי והאידאולוגי של שיקול הדעת השיפוטי, החלקיות של האכיפה, ההטיות ההתנהגותיות המגוונות של האדם הפועל בתנאי אי-ודאות וכן הלאה – מכרסמים כולם בגישת המשפט לתוקף רציונלי פוזיטיבי. בה במידה, הפירוק הביקורתי של רעיון הרציונליות המשפטית כאמצעי להשגתה של הגמוניות מעמדיות ואידאולוגיות, היישום של גישות פלורליסטיות, רלטיביסטיות ונסייניות (אקספרימנטליות) לאידאל שלטון החוק, חשיפת היתרונות התוצאתיים של אי-

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת ברי-אילן. אני מודה לחבריי איציק בנבגי, צילי דגן, שי לביא, איתי ליפשיץ, שחר ליפשיץ, אורן פרוז, יובל רויטמן, בני שמואלי, הילה שמיר ואדם שנער, ולמשתתפי הסדנה לצדק חברתי באוניברסיטת ברי-אילן והסמינר המחלקתי במרכז האקדמי למשפט ועסקים על הערותיהם המועילות. כן תודה לגל משולם על עזרתו במחקר ולחברי מערכת "פרוצדורות" על תרומתם המשמעותית בשלב העריכה.

1 הרציונליות של הנורמה משמעה גם שהפרט יכול לקחת חלק בהליכים לשינויה או לאשרורה. במובן זה הרציונליות היא גם אידאל דמוקרטי ולא רק ליברלי. ראו Amy Gutmann & Dennis Thompson, Why Deliberative Democracy 133-34 (2004) (הגדרת הדמוקרטיה ההתדיינותית כתהליך שבו מוחלפים "mutually justifiable reasons").

2 ראו, למשל, Brian Z. Lon L. Fuller, The Morality of Law 46-91 (rev. ed., 1969); Tamahana, On the Rule of Law 91-101 (2004).

ודאות במישורי היעילות והחלוקה ועוד – מעוררים כולם תהייה לגבי התוקף המוסרי של השאיפה לעקביות ולוודאות של הדין.

במאמר זה אעסוק בסוג נוסף של טיעונים, המצטרף – לפחות לכאורה – למהלכים המערערים על תוקפו של אידאל הרציונליות במשפט, הן במישור התיאורי והן במישור הנורמטיבי. מדובר בטיעונים שעניינם רכיב האקראיות בהליך השיפוטי. ככוונתי לטעון שיש בעולם סדרי הדין מצבים שבהם החלה של כלל הכרעה אקראי – רנדומיזציה³ – עשויה להלום ערכים ציבוריים שראוי לשיטת המשפט לחתור לקידומם. אף שהנטייה היא לראות אקראיות במשפט כסטייה פסולה, בפועל היא אינה זרה כלל לשיטת המשפט שלנו, ויש מצבים חשובים שבהם היא נוהגת באופן עקבי ומכוון. למציאות זאת יש משמעויות מוסריות מגוונות. אטען, שגם אם במישורים מסוימים האקראיות מעוררת קשיים, הרי דווקא בהיבטים הדיוניים, שעניינם ניהול ההליך השיפוטי, קיימות נסיבות בהן ראוי להעדיף אקראיות על פני כללי הכרעה אחרים. אבקש להראות שבנסיבות מסוימות אימוץ של מנגנון הכרעה אקראי עשוי לקדם צדק חלוקתי, פלורליזם ערכי ועושר אפיסטמי – ערכים שקשה להבטיח בתנאים הדיוניים הנוכחיים, המסתייגים ממופעים של אקראיות.

הטיעון הנורמטיבי בזכות האקראיות ימוקם כאמור בתחום סדרי הדין, ולא בכדי. אף שהבחנה בין "פרוצדורה" ל"מהות" חשובה לאתגרים של ממש מן החשיבה הריאליסטית ומן הגישה הביקורתית, מאמר זה רומז כי ייתכן שעוד יש לה תוחלת. כפי שנראה, נורמה אקראית מקשה על נמעניה להתכונן מראש לתוצאותיה. באופן זה היא יוצרת שדה מוסדי שאינו מתיימר לכוון את ההתנהגות של האנשים הפועלים בו. ההליך המשפטי, הנתפס בדרך כלל כפרקטיקה חברתית מלאכותית שתכליתה היא מסדר שני (כלומר שמטרתה לממש ערכים חיצוניים לה),⁴ יכול להיות זירה הולמת למשטר נורמטיבי שאינו עוסק דווקא בהכוונת התנהגות אלא בהשגת תוצאות רצויות מבחינה חברתית. מנקודת מבט זו, התחום הדיוני עשוי להיות זמין יותר מהנורמות הראשוניות ("מהותיות") לעיצוב מוסדי המשוחרר ממלוא כבלי ההגיונות של אידאל שלטון החוק.

המאמר עשוי שלושה חלקים מרכזיים, המובילים את מהלך הטיעון מן הכלל אל הפרט. חלק א' מניח את היסודות המושגיים לדיון באמצעות בירור משמעויותיו ופעולותיו של רעיון האקראיות. חלק זה מציע הבחנות אנליטיות בין אקראיות תוצאתית לאקראיות הליכית, ובין אקראיות הליכית שרירותית לאקראיות הליכית שוויונית. הוא ממקד את המאמר ברעיון האקראיות ההליכית השוויונית, שעניינו הפעלת מנגנון הכרעה אקראי אדי-הוק (הגרלה) בין כל נמעני הכרעה בזמן נתון. חלק ב' דן כמופעים המרכזיים של האקראיות במשפט. על אף הרתיעה האידאולוגית מן הצירוף הזה, שיטת המשפט הישראלית, כמו שיטות אחרות, עושה שימוש נקודתי אך תדיר בכללי הכרעה אקראיים. הדבר מתרחש בעיקר בשני

3 השפה העברית חסרה שם פועל שיבטא במישורין החלה של כלל הכרעה אקראי (to randomize באנגלית). כהרגלם, האנשים העוסקים בתכנות מחשבים לא קפאו על השמרים ו"עברתו" את המלה הלועזית, ומעתה אומרים "לְרַנְדֵם" (שם הפעולה הוא "רְנַדֵם"). האקדמיה ללשון העברית טרם אישרה את התחדיש. אני מודה לגב' רחל סליג מן האקדמיה ללשון העברית ולד"ר ליאת עין-דור על הפנייתי למושג מתחום המחשוב.

4 כללי השיפוט המשניים של הארט הם דוגמה קלאסית לתפיסה זו; ראו H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 96-98 (2d ed., 1994).

הקשרים: בהקצאה סופית של משאבים שאינם ניתנים לפיצול; ובמנגנונים המנהליים של ניתוב תיקים לשופטים והשמת שופטים בהרכבים. ההקשר השני מעניין במיוחד משום שהוא משקף נכונות לשלב רכיב אקראי בהחלטה בעלת השלכה ממשית על האופי של תוצאות שיפוטיות רבות. עם זאת, בשני ההקשרים השימוש באקראיות נדמה ככרירת מחדל שאליה נזקקים בהיעדר אמצעי טוב יותר לביצוע המשימות. חלק ג' מפתח טיעון נורמטיבי פוזיטיבי בדבר ההצדקות לנקיטה של כלל הכרעה אקראי לצורך בחירת פורום להתדיינות במערכת משפט מבוזרת. חלק זה מתאר את הביזור המוסדי של מערכת המשפט הישראלית, ומבקר את היתרון שביזור זה מקנה כיום ליוזם ההליך המשפטי בקביעת הפורום שבו תתנהל התדיינות – בראש ובראשונה במצבים הנפוצים של סמכות מקבילה. תחת ההסדר הנוכחי מוצע לאמץ כלל ניתוב אקראי לשם קידום תכליות של שוויון, פלורליזם וידע. הטיעון מלווה בכמה דוגמאות, הבולטת שבהן היא מרוץ הסמכויות בין בתי הדין הדתיים לבתי המשפט למשפחה. חלק ד' מסכם, תוך מיקום ההשלכות של המודל האקראי בהקשר הכללי של ההבחנה בין מהות לפרוצדורה.

א. אקראיות

1. מובנים של אקראיות

לרעיון האקראיות (randomness) כמה מובנים, והשימוש בהם משתנה בהתאם להקשר. כך, אקראיות יכולה להתייחס לאופי של הליך מסוים לקבלת החלטה, אך גם לתוצאה של אותו הליך: כשאנו אומרים על הטלות הצבע של ג'קסון פולוק או על סדירויות הצלילים של ג'ון קייג' שהן "אקראיות", אין כוונתנו (בדרך כלל) לכך שהיוצרים הללו לא תכננו באופן מכוון את מבני היצירות שלהם, אלא שהם יצרו אותן כך שקשה לזהות בהן דפוס מארגן. אפשר לכנות אקראיות זו "תוצאתית": היא מאופיינת בכך שאי-אפשר לגזור מתוך סדרת נתונים או החלטות עיקרון מארגן מִסֵּדֶר נמוך יותר, ומכאן שגם אי-אפשר – לאור סדרת הנתונים או ההחלטות הספציפית – לצפות את הפרט הבא בסדרה.⁵ אקראיות תוצאתית כזו יכולה להיות מטרה כשלעצמה, למשל כשהיא מיוערת להקשות על התנגלות ותכנון מצד מי שעוקב אחר הדפוס (פקיד שנתון לביקורות פתע של ממונה, או תצפיתן שעוקב אחר גזרה ששגרתה מופרעת באופן לא עקבי). אקראיות תוצאתית גם משמשת לעתים כאמצעי-שבקירוב לוודא קיומה של אקראיות בהליך שהוביל אל התוצאה, במצבים שבהם ההליך עצמו אינו גלוי. אלא שקשה מאוד להשיג אקראיות תוצאתית ממשית (תקפה מתמטית)⁶

5 Oren Perez, *The Institutionalisation of Inconsistency: From Fluid Concepts to Random Talk*, in PARADOXES AND INCONSISTENCIES IN THE LAW 119, 137-38 (Oren Perez & Gunther Teubner, eds., 2006).

6 DEBORAH J. BENNETT, RANDOMNESS 132-51 (1998). הדוגמה המטאפורית הידועה ביותר לקושי זה היא התחזית של המתמטיקאי אמיל בורל על הקוף המקליר שברבות הימים ישחזר גם את יצירותיו של שייקספיר. ראו גם חורחה לואיס בורחס, "ספריית בבל" בדיונות 71-78 (תרגום יורם ברנובסקי, 1998) (בספריה שבה נמצאים כל הספרים שאי-פעם נכתבו או יכתבו, אחד הספרים "הוא מבוך סתמי של אותיות, אך בעמוד הלפני-אחרון נאמר 'הו זמן הפירמידות שלך'", שם, בעמ' 73).

ולא תמיד היא תספק ראייה חזקה לאקראיות בהליך שהוביל לתוצאה; למעשה, היא חשופה למניפולציות מגוונות.⁷

מאמר זה יתמקד בסוג העיקרי השני של תופעת האקראיות – זו המגולמת בהליך הקבלה של החלטה, כלומר: באקראיות "הליכית". זו מתקיימת כשהמחליט משעה את שיקול הדעת שלו ונוקט אמצעי הכרעה שאין לו (ולאף אחד אחר) יכולת לקבוע את תוצאתו. ביסודה של האקראיות ההליכית מונחים אפוא שני רכיבים: היעדר שליטה ואי-ודאות.⁸ שימוש בהליך החלטה אקראי מבטיח שאי-אפשר יהיה להשפיע על תוצאות ההליך, וכן שאי-אפשר יהיה לצפות תוצאות אלה – איזו החלטה תתקבל מתוך כלל החלופות האפשריות. אקראיות הליכית מופיעה בשתי צורות עיקריות: "אקראיות הליכית שרירותית", שהיא אקראיות חלשה, ו"אקראיות הליכית שווינית", שהיא אקראיות חזקה.

אקראיות הליכית שרירותית מופיעה בכללי הכרעה שבהם ההחלטה מתקבלת על פי קריטריון שאינו נוגע לעניין ושברגע ההחלטה אין למחליט יכולת לשלוט עליו.⁹ כך, למשל, כלל שלפיו סטודנטים שנולדו בחודשים ינואר-יוני ילמדו אצל מרצה מסוימת וסטודנטים שנולדו בחודשים יולי-דצמבר ילמדו אצל מרצה אחרת הוא כלל הכרעה אקראי שרירותי. זהו כלל שרירותי משום שאין כל קשר בין תאריך הלידה של התלמידים לבין מדיניות השמה רציונלית בכיתות הוראה; זהו כלל אקראי מפני שבעת שאדם מגיע ללימודים אקדמיים תאריך הלידה שלו כבר נקבע, ובמובן זה מפעיל הכלל אינו יכול לשלוט בהשמה של הסטודנטים וקובע הכלל אינו יכול לדעת מראש איזה סטודנטים נולדו ביום זה או אחר. מדובר אפוא בשילוב של שרירותיות – המגולמת בהיעדר קשר רציונלי בין הקריטריון למטרה, ושל אקראיות – המבוססת בכך שהחברות בקבוצה המוגדרת בקריטריון נקבעה מראש.

כללי הכרעה אקראיים שרירותיים מעוררים בעיות מורכבות של הגינות. הם קובעים את היחס לאדם על פי מאפיין קבוע שאינו בשליטתו (כגון תאריך הלידה שלו) ומאזכרים לכן פרקטיקות של הפליה על רקע גזעי או מגדרי. ואמנם לאורך זמן התוצאות של כללי הכרעה כאלה עלולות להיות מפלות, בהנצחן יחס שונה לחברי קבוצות שונות (אף אם ההבחנה הראשונית בין הקבוצות הייתה שרירותית, כמו במקרה של תאריכי הלידה). כך, למשל, מיון המבוסס על מספרי זהות הוא לכאורה אקראי שרירותי, אך ככל שקבוצות של עולים או מתאזרחים ממוספרות באופן שונה, הן עלולות להיכדל לאורך זמן. מעבר לכך, כללי הכרעה שרירותיים לעתים גם ניתנים למניפולציה (כלומר לנטרול האקראיות), ואז בכוחם להיטיב עם בעלי כושר תכנון והיערכות מראש (למשל: כלל שמפעיל סמכות אכיפתית כמו ביקורת מס או בדיקה ביטחונית נמל תעופה על כל מקרה חמישי; לכאורה מדובר בכלל

7 ראו JON ELSTER, SOLOMONIC JUDGEMENTS – STUDIES IN THE LIMITATION OF RATIONALITY (1989) 40-43 (יוצר הסדרה יכול לעצבה כך שתיצור רושם אקראי אף שאינה כזו, בהסתמך על נטייתם של אנשים להניח אקראיות אמיתית – הן בתוצאה והן בהליך יצירתה – על בסיס מרגם מצומצם מדי).

8 ראו BENNETT, לעיל ה"ש 6, בעמ' 152-173.

9 ראו Adam Samaha, *Randomization in Adjudication*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 1, 16-17 (2009); Lewis A. Kornhauser & Lawrence G. Sager, *Just Lotteries*, 24 Soc. Sci. Info. 483, 488-91 (1988).

אקראי שרירותי, אך הוא עשוי להקל על מתכננים מתוחכמים לחמוק מביקורת).¹⁰ ככל שהכלל השרירותי ניתן יותר למניפולציה כך מצטמצם יסוד האי־ודאות ביחס לתוצאותיו והוא מאבד מאיכותו האקראית.

אקראיות הליכית שוויוניות מטילה על מקבל החלטה נטל נוסף, מעבר לשרירותיות ההכרעה. כדי לקיים את תנאי השוויוניות, על האקראיות להתחדש בכל החלטה והחלטה, כך שהיא אינה יכולה להיות מבוססת על כלל ברירה עקבי. אקראיות הליכית שוויונית דורשת אפוא הגרלה אד־הוק לצורך הכרעה בין חלופות בכל מקרה ומקרה. בדוגמה הקודמת, כלל הכרעה אקראי שוויוני היה דורש הגרלה בין כל תלמידי השנתון לצורך חלוקתם לקבוצות הלימוד. כלל כזה הוא שוויוני מפני שבכל רגע נתון – עד להכרעה – יש לכל חבר בקבוצה הרלוונטית סיכוי שווה אמיתי לקבל כל אחת מן התוצאות, ואין זה משנה מתי נולד, מה שם משפחתו או איזה מספר קיבל בתור. אקראיות הליכית שוויונית טהורה מחייבת הסתברות שווה (בקירוב האפשרי) לכל אחת מהתוצאות האפשריות. הגרלה כזו מבטיחה יחס שוויוני לכפופים לה הן במובן של התעלמות מכל נתוני הרקע שיצאו משליטתם והן במובן של הימנעות מהעדפה של תוצאה כלשהי על פני רעותה עבור כל אחד מחברי הקבוצה.¹¹ הטלת מטבע היא הדוגמה הפרדיגמטית לאקראיות הליכית שוויונית טהורה כזו; גלגול קובייה הוא דוגמה נוספת (ההבדל ביניהן נעוץ במספר החלופות שמתוכן אפשר לבחור – שתיים או שש). אקראיות שוויונית המבוססת על הגרלה אד־הוק משמרת באופן מלא את יסוד האי־ודאות, וככזו היא מאפשרת לכפופים לה להיערך, לכל היותר, לסיכויים שווים של התוצאות השונות.¹²

כפי שנראה, קיימים מצבים שבהם תיתכן הצדקה להטיית ההגרלה כך שהסיכויים לקבלת התוצאות השונות לא תמיד יהיו שווים. עם זאת, גם הגרלה מוטה שומרת עדיין על

10 דוגמה מוכרת היא הליך המינוי של נשיא בית המשפט העליון בישראל. הכלל הנהוג, לפחות עד לאחרונה, העניק את הנשיאות לשופט הוותיק ביותר. כלל זה הוצדק, בין היתר, בכך שהוא "מנקה" את הליך מינוי הנשיא משיקולים פוליטיים, שהרי ותק הוא נתון חיצוני שאי־אפשר להשפיע עליו ברגע המינוי. עם זאת, מובן שהממנה – המכיר את הכלל האמור – יכול לתכנן מראש ולמנות לבית המשפט שופט בגיל מסוים, שיהפוך אותו לוותיק ביותר בעת הפרישה הצפויה של הנשיא הנוכחי. כלל הוותק יצר אפוא תמריץ עבור ממנים מתוחכמים למנות שופטים צעירים לבית המשפט העליון ובררך זו להשפיע על זהות נשיאו העתידי. ראו גיורא גולדברג "כושר משפטי ומעמד מוסרי במקום 'שיטת הסניוריטי'" *האומה* 176, 28 (2009). כאשר הממנה הוא גם המחוקק (לפחות חלקית) עומדת לו אפשרות ישירה יותר – לשנות את הכללים עצמם ערב מינוי קרב. ראו, למשל, חוק בתי המשפט (תיקון מס' 67), התשע"ב-2012, ס"ח 2329, 98; הצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 66) (תקופת כהונה מזערית כתנאי לבחירת נשיא בית המשפט העליון), התשע"ב-2011, ה"ח הכנסת 412, 2 (ביטול סעיף 8(ג) לחוק בתי המשפט, כך שיתאפשר לשופט גרוניס להתמנות לנשיא בית המשפט העליון אף שנתרו פחות משלוש שנים לכהונתו בעת פרישת הנשיאה בניש; הנימוק האישי לחקיקה הובא מפיו של יו"ם ההצעה, ח"כ יעקב כ"ץ, באתר האינטרנט של <http://tinyurl.com/Sshbbdq>).

11 זו הגרלה "הוגנת" בלשונם של קורנהאוזר וסייגר, או "סטטיסטית" בלשונם של סמחה; ראו Kornhauser & Sager, לעיל ה"ש 9, בעמ' 485; Samaha, לעיל ה"ש 9, בעמ' 9-10.

12 Samaha, לעיל ה"ש 9, בעמ' 17.

ההיבטים ההליכיים של השוויוניות – הן בכך שגורלם של הכפופים לה נקבע אדי-הוק (ללא קשר לנתוני הרקע שלהם) והן בכך שהטיית ההסתברויות חלה באופן שוויוני על כל אחד ממשותפי ההגרלה (בהטיה של 90/10, לכל אחד מן המשתתפים סיכוי של 90% לקבל את תוצאה א' ו-10% לקבל את תוצאה ב').

2. מאפיינים של אקראיות הליכית

(א) עלות

המאפיין הבולט ביותר של כלל הכרעה אקראי הוא עלותו הנמוכה. באופן טיפוסי, כלל הכרעה אקראי יהיה זול יותר מכל כלל אחר, שכן הפעלתו כרוכה ביצירת מנגנון יחיד של אקראיות, והיא פוטרת את המחליט מהעלויות הכרוכות בהפעלת שיקול דעת פרטני.¹³ לכן, במקרים שבהם השיקול בדבר העלות של הליך ההכרעה גובר על שיקולים אחרים, מתבקש לפנות לכלל הכרעה אקראי. דוגמה מובהקת למצב כזה היא התור הממוספר בסניף הדואר או בקופת חולים: במקומות אלה ההנחה היא שכל הלקוחות יקבלו טיפול באותו יום, ולכן השקעת משאבים בבידור הדחיפות היחסית של עניינו של כל אחד מן הלקוחות – שאלה שקריטריון כלשהו של צדק מהותי מסוגל להשיב עליה – נתפסת כזבוז שייחסך באמצעות מיון אקראי, המבוסס על רגע ההגעה לסניף.¹⁴ מובן שגם המערכת המשפטית הייתה חווה התייעלות קיצונית אילו החליפה את שיקול הדעת השיפוטי בכלל הכרעה של הטלת מטבע, למשל; היה בכך כדי לספק את השירות הנומינלי של תוצאה שיפוטית מחייבת, ובמובן זה "ליישב את הסכסוך" תוך חיסכון ניכר בעלויות התדיינות. העובדה שכלל כזה לא אומץ במערכת משפט מודרנית מעידה שעלות ההליך אינה השיקול היחיד המנחה את מעצביה.¹⁵

13 מובן שגם יצירה של מנגנון שיבטיח הליך אקראי ממשי היא אתגר מתמטי או פיזיקלי לא פשוט: נדרשים תנאים רבים כדי להבטיח שהטלת מטבע חוזרת תשמר סיכוי של 50/50 לאורך זמן (בהתחשב בסוג המטבע, שחיקת המתכת, זווית הסיבוב, יציבות מנגנון ההטלה, עצמת ההתנגדות באוויר, מצע הנחיתה ועוד). ראו *Persi Diaconis et al., Dynamical Bias in the Coin Toss*, 49 Soc'y INDUS. & APPLIED MATHEMATICS 211 (2007); Joseph B. Keller, *The Probability of Heads*, 93 AM. MATH. MONTHLY 191 (1986).

14 אכן, רבים מהכללים המבוססים על העיקרון של "כל הקודם זוכה" מעדיפים את השרירותיות הזמינה והזולה של ציר הזמן על עלות הפעלתו של עקרון צדק מהותי להכרעה בתחרות זכאויות. ראו *Richard A. Epstein, Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property*, 64 WASH. U.L.Q. 667, 670 (1986) ("Time offers a unique measuring rod, sufficient in principle to resolve two or two thousand competing claims for priority. Whoever got there first, wins... [A]n enormous decisionmaking capability is contained in a single variable". עם זאת, לא כל תור הוא אקראי. בתנאים המאפשרים תכנון, אדם יכול להשקיע משאבים (מיותרים מבחינה חברתית) ולהתייזב בתור כשעה מוקדמת במיוחד או לשחד את מחלק המספרים. תור אקראי אמתי הוא זה של המטופלים במחלקת הטראומה בבית החולים, שלרוב אינם מתזמנים את תאונותיהם לשעות המתות בחדרי המיון. ראו *ELSTER*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 70-72.

15 ראו, למשל, *Edward Brunet, The Triumph of Efficiency and Discretion Over Competing Complex Litigation Policies*, 10 REV. LITIG. 273, 274 (1991); ברק מדינה "מסחור בלתי

אך הליך החלטה אקראי אינו רק זול; הליך אקראי – בדגש על המודל השוויוני שלו – מציע מאפיינים ייחודיים נוספים שאפשר להתחשב בהם בעת אימוצו של כלל הכרעה, העשויים להצדיק פנייה לאקראיות אף בהתעלם משאלת היעילות ההליכית. שני מאפיינים כאלה הם סטריליות וריבוי.

(ב) סטריליות

מאפיין בולט שני של ההליך האקראי הוא ה"סטריליות" של ההליך.¹⁶ הליך אקראי אמתי מנטרל את האפשרות לשלב בקבלת ההחלטה טעמים כלשהם – בין טעמים שהם מן העניין ובין כאלה שאינם מן העניין. לכן ההליך הוא סטרילי – הוא אדיש לטעמים טובים ורעים כאחד. משמעות הדבר היא שמחליט הנדרש להפעיל כלל הכרעה אקראי פטור מהפעלת שיקול דעת, ולכן גם מהעלות הפסיכולוגית הכרוכה באחריות להחלטה מבוססת-טעמים: מי ששוקל טעמים עשוי לטעות; מי שמטיל מטבע פטור מהפנמה של סיכוני הטעות. כמו כן, מי שמחליט בהליך אקראי הוא גם "בלתי-מושחד" – קשה מאוד להשחית הליך החלטה אקראי, במיוחד אם הוא חשוף. במובן זה אקראיות היא מנגנון הגנה מפני לחצים לא ענייניים על המחליט. במחיר של ויתור על הכללת טעמים ראויים בהליך ההחלטה נחסמים גם טעמים לא ראויים, והמחליט נהנה מחוסר-פניות מוחלט.¹⁷ לבסוף, הסטריליות של ההליך האקראי היא הערובה לשוויוניות הפורמלית שלו: בגלל שלא מעורבים בו רכיבים מעבר למנגנון האקראי, בהכרח הוא מתייחס לכל הכפופים לו באופן זהה ומנטרל העדפות והטיות אישיות או מערכתיות, מודעות ולא מודעות, של מקבל ההחלטה.¹⁸

(ג) ריבוי

מאפיין בולט שלישי של ההליך האקראי הוא ריבוי החלופות. כמו כל כלל הכרעה אחר, גם כלל הכרעה אקראי נכנס לפעולה כשהמחליט נדרש לברור בין כמה חלופות. באופן טיפוסי, פנייה לגיטימית לאקראיות היא מקרה פרטי של מצב הברירה הרגיל, שבו המאזניים השוקלים את החלופות מעוינים ואין למחליט טעם רציונלי להעדיף חלופה אחת על חברתה. ככל כלל הכרעה אחר, גם האקראיות מתחילה אפוא מתנאים של ריבוי – אולם האקראיות מתייחדת בכך שגם מבחינה תוצאתית היא מספקת ריבוי של חלופות לאורך זמן. כלל הכרעה מבוססת-טעם פועל בין היתר להבטיח תוצאות אחידות לאורך זמן, כך שבסבבים חוזרים של בחירה בין חלופות דומות תיבחר אותה חלופה פעם אחר פעם. לעומת זאת, שימוש בכלל הכרעה אקראי מביא לכך שלאורך סדרה של החלטות, כל החלופות העומדות

ראוי של מערכת השפיטה" גלובס 19.9.2011 (<http://tinyurl.com/6gqh778>) ("האצה בלבד של ההכרעות השיפוטיות אינה תכלית ראויה. אם זה היעד, אפשר לקבוע שעם הגשת התובענה תיערך הגרלה, ובכך יסתיים ההליך").

16 בספרות נעשה שימוש במושג הקרוב של "סניטריות"; ראו, למשל, Kornhauser & Sager, לעיל ה"ש 9, בעמ' 489.

17 ראו Perez, לעיל ה"ש 5, בעמ' 138.

18 עדיין אין בכך כדי לפטור מההכרעה הלא-אקראית בשאלה כיצד להגדיר את הקבוצה שתהיה כפופה למנגנון האקראי. בשלב מקדמי זה, סיכוני ההפליה בעינם עומדים. שם, בעמ' 142.

לבחירה יקבלו ביטוי בתוצאות של הליך ההחלטה. האקראיות מתחילה מריבוי, ובתנאים של סדרת הכרעות חוזרות היא גם מסתיימת (לאורך זמן) בריבוי. כלל הכרעה אקראי משמעו אדישות מראש (אקס אנטה) בבחירה בין חלופות; חשוב לא פחות – כאשר מדובר בהכרעה חוזרת לאורך סדרה של החלטות, כלל הכרעה אקראי גם מבטא נכונות, ולמעשה מבטיח, שכל החלופות תתקיימנה בפועל זו בצד זו בעקבות הפעלתו (אקס פוסט). לדוגמה, בדיני משמורת ילדים נדרשת בדרך כלל בחירה בין שתי חלופות – אם ואב. חזקת הגיל הרך קובעת שככלל המשמורת על ילדים עד גיל 6 תהא לאם,¹⁹ ובדרך זו מצמצמת את אופק האפשרויות התוצאתיות. לעומתה, כלל ברירה אקראי היה גורם לכך שילדים יימסרו בפזוור שווה פחות או יותר גם לאבות וגם לאמהות.

ב. אקראיות במשפט

איראל שלטון החוק, המנחה את הדמוקרטיה הליברלית העכשווית, תובע מהנורמה המשפטית מידה של יציבות ועקביות, כך שיתאפשר לנמעניה לצפות ברמה סבירה של ודאות את התוצאות המשפטיות של פעולותיהם. בה בעת, שלטון החוק תובע יחס שוויוני לנמעניו: המשפט נדרש לחול עליהם באופן אחיד, ככל שאין ביניהם הבדל שמצדיק הבחנה רציונלית בהתייחסות אליהם. לכן מקובל לומר שתנאי למוסריותה של סטייה מהסטטוס קוו המשפטי – בין בשינוי של תוכן הנורמה ובין בהימנעות מהחלטה על מי שאמור להיות כפוף לה – הוא הצדקה עניינית, שתקבל ביטוי בהליך ציבורי לגיטימי של קבלת החלטות.²⁰ כאלה הם, למשל, דיון פרלמנטרי בהליך החקיקה, הנמקה שיפוטית והיוועצות מנהלית – כולם הליכים מובנים שחובה לקיים, בין היתר מתוך מטרה לכפות על המחליטים שימוש באמצעי שכנוע – ולכן גם בשיקולים – רציונליים.²¹

על פי ראייה זו, כלל הכרעה אקראי – כלומר: כלל הכופף את תחולתה של נורמה או את שיקול הדעת של אוכף הנורמה לתוצאה של הליך לא נשלט ולא צפוי כמו הטלת מטבע או קובייה – סותר הן את עקרון הוודאות והן את עקרון השוויוניות המבססים את האיראל של שלטון החוק. אקראיות פוגעת בוודאות משום שהאדם הכפוף לכאורה לנורמה אינו יודע אם תחול עליו בפועל ולכן יקשה עליו לתכנן את התנהגותו לאורה.²² אקראיות מסכלת את

19 'ס 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962.

20 ראו, למשל, Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure* 4 (N.Y.U. Sch. of Law, Pub. L. & Legal Theory Research Working Paper No. 10-73, 2010), Available at <http://ssrn.com/abstract=1688491> (תנאים הכרחיים להפעלה לגיטימית של כוח מדינתי כוללים שימוע בפני טריבונל המספק הסבר רציונלי להחלטותיו).

21 ראו דפנה ברק־ארז **משפט מנהלי** כרך א 423-424 (2010) ("החובה לנמק מסייעת לקבלת החלטה רציונלית ולא שרירותית משום שהיא מחייבת את הרשות לבסס את ההחלטה על תהליך מסודר שבו נשקלים טעמיה").

22 אקראיות אינה שוללת לגמרי כל ודאות. למעשה, אקראיות מכניסה לחיינו יסוד של סיכון שיש בכוחנו להתחשב בו בתכנון התנהגויותינו, על פי יחסנו לסיכון ועל פי זמינותם של אמצעי התגוננות מפניו (ביטוח); ראו לעיל ה"ש 12 והטקסט לידה. מובן שכדי להיערך כראוי לסיכון אנו זקוקים למידע – בראש ובראשונה, הסתברות הסיכון שנבחרה במסגרת הנורמה האקראית.

השוויוניות מפני שבהיעדר שליטה על האופן שבו יתפזרו תוצאות הנורמה אמנם אי־אפשר להפעיל יחס שונה לדומים, אך גם אי־אפשר לקיים (בראייה תוצאתית) יחס דומה לדומים. לצד זאת, אפילו באקראיות הליכית שוויונית יש מן השרירותיות, במובן זה שתחולתה או אי־תחולתה של הנורמה אינה נגזרת מטעמים ענייניים אלא מכוח הגורל. לפחות חלק מהתפיסות הליברליות של רעיון כבוד האדם רואות בכך הפרה של זכותו של אדם לא לקבל יחס המבוסס על טעמים לא רציונליים.²³

למרות זאת, שיטת המשפט הישראלית, כשיטות אחרות, מפעילה בנסיבות מסוימות כלל הכרעה אקראי כעניין שבשגרה. האקראיות המשפטית מופיעה בעיקר בשני מצבים אופייניים: האחד – במישור התוצאות המהותיות של המשפט, ביחס להקצאה של משאב שאינו ניתן לפיצול; האחר – במישור הדיוני של ניהול השפיטה, ביחס לניתוב תיקים לשופטים ולשיבוץ מותבים.²⁴ על כן, מחשבה שיטתית על אקראיות במשפט הוקדשה עד כה בעיקר לביסוס ולביקורת האקראיות בשני הקשרים אלה – בהקשר הראשון, כאנומליה חריגה בנוף הרציונלי של המשפט המהותי, ובהקשר השני, כתופעה נפוצה ומקובלת בהליכים של ניהול השפיטה. ארון בהם להלן בזה אחר זה; בהמשך אבקש להיבנות מן הקבלה של אקראיות במישור הדיוני כדי להצדיק אימוץ רחב יותר של כללי הכרעה אקראיים בנייהול המערכת המשפטית כולה.

1. הקצאה של משאב שאינו ניתן לפיצול

המקרה הנפוץ ביותר שבו שיטת משפט רציונלית מרשה לעצמה להפיל גורל ככלל הכרעה בין טוענים לזכות מתעורר כשיש יותר מבעל זכות אחד למשאב העומד להקצאה (allocation), המשאב אינו ניתן לפיצול (indivisible), והתביעות המוצדקות של כל אחד מהזכאים למשאב שוות במשקלן המשפטי.²⁵ כך, למשל, אפשר לחשוב על הקצאת זכאות לדירת מגורים בדיור הציבורי בין שתי משפחות (או יותר) שהן זהות מבחינת קריטריון הזכאות רלוונטי, על אבר להשתלה בין כמה חולים, על כמות מוגבלת של פטורים משירות צבאי בקרב שכבת הגיוס, או על מקלטים ציבוריים לשימוש של אמנים כסטודיו לעת מצוא. סוג נוסף של מצבים שנכלל בקטגוריה זו מתקיים כשאפשר אמנם לפצל את המשאב, אך החלקים שייווצרו עקב הפיצול בהכרח לא יהיו זהים ולכן תישאר בין הזכאים תחרות על החלק העדיף. חלוקת מקרקעין היא מקרה מובהק כזה, ולעתים גם ילד שהוריו נאבקים על מעמד המשמורן העיקרי. במצבים כאלה אפשר שכללי ההכרעה של הדין המהותי ימצו את עצמם בלי שיצליחו לספק הבחנה מוצדקת בין שני טוענים או יותר; אפשר שגם מנגנונים שוקיים של הקצאה לא יהיו זמינים (בגלל מחסור במשאבי מיקוח או בידע, בגלל עלויות עסקה גבוהות, או בגלל קושי בתרגום העדפות שונות למונחים חליפיים). תיתכן אפוא אחת משתי תוצאות: ביטול

23 ראו, למשל, Jeremy Waldron, *Lucky in Your Judge*, 9 THEORETICAL INQ. L. 185, 191 (2007); אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" משפטים מ 239, 262–269 (2011).

24 מובן שאקראיות היא כלי נפוץ מאוד גם במוסדות העוסקים באכיפת החוק – בהצבת מכמונות מהירות, בביקורות מס וכדומה; אך אין מדובר בהליך השיפוטי ולכן אני מותיר את הדין במישורים אלה מחוץ למאמר הנוכחי.

25 ראו Samaha, לעיל ה"ש 9, בעמ' 33–34.

ההקצאה כך שאיש לא ייחנה מן המשאב – ואז יישמר שוויון תוצאתי בין חברי הקבוצה; או הענקת המשאב רק לחלק מחברי קבוצת הזכאים באמצעות קריטריון הכרעה שאינו נוגע לעניין או שהוא חיצוני לשיקול המוסרי שלפיו היו הזכאים שווים זה לזה.

שיטת המשפט, אשר נרתעת מהימנעות מוחלטת מהקצאת המשאב – הנתפסת לרוב כאפשרות בזבזנית ולכן לא יעילה, וככזו שמנציחה סטטוס-קוו חלוקתי ולכן אינה הוגנת – פונה לעתים לאיתור של כלל הכרעה שיהיה לא-ענייני (כלומר שרירותי) ולמרות זאת הוגן. כלל כזה צריך לקבוע למי יוקצה המשאב, ועליו לעשות זאת בלי להתחשב במאפיינים מבחינים שלא הותר לשקול אותם בשלב המיון הראשון. כפי שראינו, הכרעה באמצעות הליך אקראי שוויוני – כלומר, הגרלה אד-הוק – מקיימת את התנאים הללו, ומבטיחה תוצאה שתקיים שוויון בסיכויים לכל המועמדים לקבלת ההטבה, בתנאי הוגנות מרביים.²⁶ ואכן, בשיטת המשפט הישראלית מופיעות פה ושם הוראות שמחייבות או מתירות לקיים הגרלה כאמצעי לפיצוח תיקו בין טוענים למשאב מוגבל. כך, למשל, נכסי ירושה שאי-אפשר לפצל יחולקו בין היורשים "על פי גורל";²⁷ מינהל מקרקעי ישראל רשאי לבצע הגרלה בהקצאת קרקעות במסגרת תכניות בנייה ציבוריות;²⁸ פקיד הסדר זכויות במקרקעין מוסמך לחלק חלקה באזור הסדר בין בעליה המשותפים על פי הגורל, אם הם לא הגיעו בעצמם להסכמה על החלוקה;²⁹ רשות חינוך מקומית נדרשת, בתנאים מסוימים, לקיים הגרלה לצורך שיבוץ תלמידים בחטיבות ביניים שבתחומה במקרה של רישום יתר לבית ספר מסוים;³⁰ מנהל בחירות לרשות מקומית מונחה להקצות עודפי קולות שווים לשתי רשימות או יותר על פי גורל;³¹ רשויות התכנון והבנייה מומרות לנקוט הגרלה (להבדיל ממכרז) להקצאת קרקע לבנייה כשלא ראוי להפעיל את עקרון "המרכה במחיר".³²

- 26 לפיתוח מפורט של הצדקה זו ראו Peter Stone, *Why Lotteries are Just*, 15 J. POL. PHIL. 276, 287-88 (2007).
- 27 ס' 116 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.
- 28 תק' 26 לתקנות חובת המכרזים, התשנ"ג-1993.
- 29 ס' 70(א) לפקודת הסדר זכויות במקרקעין [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, ע"ד 1937. ראו גם תק' 8 לתקנות הסדר זכויות במקרקעין (הליכי הסדר וסדר-ידין), התשל"ג-1972. כן ראו תל"א (קריית) 2691/05 רשיד נ' קאסם, תק-של 2011(2) 151551 (2011) ותל"א (קריית) 2691/05 רשיד נ' קאסם, תק-של 2011(3) 30637 (2011) (בהיעדר טעם להכריע, ביצוע הגרלה על ידי בית המשפט לצורך הקצאה של חלקה פינתית במסגרת פירוק שיתוף במקרקעין). בהיסטוריה הלאומית חקוקה הקצאת הקרקעות הראשונות להקמת אחוזת-בית, היא תל-אביב, כ"הגרלת המגרשים". ראו חיים פיירברג "הגרלת המגרשים של 'אחוזת בית': היווצרותה של מיתולוגיה עירונית" ישראל 4, 107-83 (2003).
- 30 תק' 1א7(ב) לתקנות לימוד חובה וחינוך ממלכתי (רישום), התשי"ט-1959.
- 31 ס' 67(7) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965.
- 32 בג"ץ 5023/91 ח"כ אברהם פורז נ' שר הבינוי והשיכון, אריאל שרון, פ"ד מו(2) 793, 803-801 (1992) (עמותות שיכון מעוטות אמצעים); ע"א 1444/95 עיריית אילת נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד מט(3) 761, 749 (1995) (רוכשי דירות באזור עדיפות). כן ראו עת"מ (ת"א) 31269-04-10 ב.פ. בידוד פרויקטים נ' מדינת ישראל דינים מנהלי (81) 79 (2010) (אישור שימוש בהגרלה לשבירת שוויון בין שתי חברות קבלניות שהציעו מחירים זהים במכרז).

בספרות המשפטית יש המציעים להרחיב את השימוש בכלל ההכרעה האקראי להקצאת משאבים גם לנסיבות מורכבות יותר. כך, למשל, הוצג הרעיון – ספק תרגיל מחשבתי, ספק הרהור לדמוקרטיה הלנית – להבנות מחדש את שיטת הבחירות לבית המחוקקים כך שלאחר ספירת הקולות תיערך בין המועמדים הגרלה שתהא מוטה לפי שיעור הקולות היחסי שזכו לו בהצבעה (למשל, למועמד שזכה ב-60% מהקולות יהיו 60% סיכוי להיבחר במקום 100% כיום, ולמועמד האחר יהיה סיכוי של 40%). הסדר זה מתייחס לכוח השלטוני עצמו כמשאב שאינו ניתן לחלוקה, אך שראוי לספק לכל קבוצה באוכלוסייה, כולל מיעוטים, הזדמנות שווה לגשת אליו במוכן של סיכוי לזכות בו בהתחשב בגודל הקבוצה.³³ ברוח משפט שלמה נדונה לא אחת האפשרות לעשות שימוש בהגרלה כדי להכריע בשאלת המשמורת על ילד בין הורים בפירוד, ולו במצבים שבהם משמורת משותפת אינה על הפרק. כלל הכרעה כזה הוא פתרון מעשי לשופט שאין בידו טיעון רציונלי בזכות אחד ההורים על פני האחר, אך יש לו גם ערך אקספרסיבי כלפי הילד, שממנו נחסכת החוויה של דירוג שיפוטי של האיכות ההורית של מולידיו.³⁴ בהקשר אחר פותח לאחרונה מודל לחלוקת קרן הפיצויים בתובענה ייצוגית ששווי התביעות האישיות בהן נמוך. לפי המודל, תובעים ספורים, שייבחרו בהגרלה מקרב הקבוצה התובעת, יקבלו סכומים גדולים יותר משווי התביעה האישית. במקרה זה המשאב – קרן הפיצוי – אמנם ניתן לחלוקה, אך עלויות החלוקה (איתור הזכאים וזיכויים בסכום התביעה הנמוך) יקרות מכדי להשתלם.³⁵ עם זאת, בולט לעין שהשימוש בהכרעה אקראית להקצאת משאבים שאינם ניתנים לפיצול מופיע בפועל, באופן טיפוסי, במקרים שאינם נדמים הרי-גורל. בפועל איננו מכריעים בשאלות משמורת בהטלת מטבע,³⁶ ואיננו בוחרים את מחוקקינו בגלגול קוביה. מציאות זו

33 Akil Reed Amar, *Choosing Representatives by Lottery Voting*, 93 YALE L.J. 1283 (1984)

על מקומה הנפוץ של ההגרלה בהליכים לבחירת נציגים ופקידים במשטרים אירופיים, החל ביוון העתיקה ועד הרנסנס, ראו NEIL DUXBURY, *RANDOM JUSTICE* 26-32 (1999).

34 Robert H. Mnookin, *Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face*

of Indeterminacy, 39 L. & CONTEMP. PROBS. 226, 289-91 (1975), לעיל ה"ש

7, בעמ' 171-172. ההיבט האקספרסיבי למעשה רחב יותר: השוואה על בסיס קריטריונים

אחידים (כמו מסוגלות הורית) משטחת בהכרח את דמותו של האדם הכפוף לנורמה, ומפחיתה

הן מהיחודיות הטבעית בכל אדם והן ממגוון היסודות האישיותיים והתרבותיים המרכיבים את

זהותו. הגרלה אינה מתיימרת למדוד אנשים ולכן גם אינה נדרשת למדד כזה או אחר. השוו

הנורמטיביות המתיימרות לתרגם את כל העדפותיו של אדם למישור השוואה (אחר).

ELIZABETH ANDERSON, *VALUE IN ETHICS AND ECONOMICS* 5-16 (1993) (ביקורת על גישות

נורמטיביות המתיימרות לתרגם את כל העדפותיו של אדם למישור השוואה (אחר).

35 Shay Lavie, *Reverse Sampling: Holding Lotteries to Allocate the Proceeds of Small-*

Claims Class Actions, 79 GEO. WASH. L. REV. 1065 (2011).

36 השוו *In re Brown*, 662 N.W.2d 733, 737 (Mich. 2003), שם הועמדה לדין משמעתי שופטת

שהטילה מטבע כדי להכריע אם ילדיהם של בני זוג גרושים יכלו את ערב חג המולד אצל

האב או אצל הורי האם. במסגרת ההליך התחייבה השופטת “[To] refrain from resolving

any disputed issue by the flip of a coin” ראו, בדומה, *Judicial Inquiry and Review*

Commission of Virginia v. Shull, 651 S.E.2d 648 (Va. 2007) (העמדה לדין משמעתי של

משקפת רתיעה עמוקה, המתועדת במחקר ההתנהגותי,³⁷ מפני הכרעה חלוקתית בעניינים כבדי-משקל באמצעות הטלת מטבע או מנגנון אקראי אחר.³⁸ מערך ההשתלות הלאומי בישראל, למשל, קובע הליך הכולל שורה של התייעצויות חוזרות לצורך שבירת שוויון בין מועמדים להשתלה שהם בעלי נתונים רלוונטיים זהים – ובלבד שלא להצטרך להגרלה.³⁹ הרתיעה מפנייה למנגנוני הכרעה אקראיים לצורך פתרון שאלות משפטיות או פוליטיות "מהותיות" ניכרת במיוחד לאור הנכונות הנפוצה לתת להם מקום בהיבטים מרכזיים של ניהול השפיטה. בכך עוסק החלק הבא.

2. ניתוב תיקים ושיבוץ מותבים

ההקשר השני שבו מופיעה האקראיות בחיי היומיום של שיטת המשפט אינו עוסק בהכרעה בין טוענים לזכות אלא בניהול ההליך השיפוטי עצמו, המוביל להכרעות כאלה. ככל הידוע, מערכת בתי המשפט שלנו משתמשת בדרך כלל במנגנון אקראי לצורך ניתוב רבים מהתיקים המוגשים לשמיעה ולהחלטה בקרב רשמים ושופטים, כמו גם לשיבוץ שופטים בהרכבים בבית משפט נתון.⁴⁰ אף שבמובנים רבים מדובר בתופעה רחבה ועמוקה בהרכבה מהקצאת משאב שאינו ניתן לפיצול, הרי היא כמעט נסתרת וחשאית, ואינה רגילה לעורר תהייה או התנגדות – וזה נתון שיש בו כדי לעורר עניין רב.

ניתוב התיקים לשופטים בבתי המשפט, כמו קביעת ההרכבים, הם פעולות אפופות מסתורין בפרקטיקה הניהולית של השפיטה בישראל. ההסדרה החקיקתית של הנושא היא כללית ולאקונית: נשיא בית המשפט מוסמך לקבוע את השופט או השופטים "אשר ירוננו בענין פלוני",⁴¹ ואילו רשם בית המשפט אחראי לעריכה של רשימת המשפטים, לפי הנחיות הנשיא.⁴² בתנאים אלו, ובהיעדר מנגנון חשוף לניתוב התיקים, יש יסוד להניח

שופט שהטיל מטבע כדי להכריע היכן יבלו ילדים את החלק המועדף של חופשת חג, לאחר ששני ההורים לא הצליחו להגיע להסכמה בנושא).

37 ראו, למשל, Gideon Keren & Karl H. Teigen, *Decisions by Coin Toss: Inappropriate* (2010) *But Fair*, 5 JUDGMENT & DECISION MAKING 83, 98-100.

38 אף על פי שיש גם ראיות לסתור: במשך שנים גייסה ארצות-הברית את חייליה לשיירות צבאי בעתות מלחמה באמצעות הגרלה, כשעל הכף לא פחות מחיים ומוות; ראו GEORGE Q. FLYNN, CONSCRIPTION AND DEMOCRACY: THE DRAFT IN FRANCE, GREAT BRITAIN AND THE UNITED STATES 38 (2002).

39 ראו ס' 9 ל"הנחיות להקצאת אברים מתורמים נפטרים" הנחיות ועדת ההיגוי למרכז להשתלות לפי חוק השתלת אברים, תשס"ח-2008 י"פ 6216, 3282 (התשע"א).

40 איני עוסק כאן בהקצאת תיקים בין בתי המשפט; אהזור לנושא האקראיות בהקשר לדינים העוסקים בסמכות שיפוט בהמשך המאמר. ראו פרק ד(3) להלן.

41 ס' 27(א), 38(א), 47 ו-48(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (לעניין בית המשפט העליון, בית המשפט המחוזי ובית משפט השלום בהרכב וברן יחיד, בהתאמה). הסדרים דומים קבועים ביחס לבתי הדין; ראו, למשל, ס' 19 ו-21 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969; ס' 8, 8א ו-19א(ז) לחוק הדיינים, התשט"ו-1955; ס' 200 ו-213 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955.

42 ס' 101 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

שמדובר בהליך שכולל רכיבים אקראיים – בין שרירותיים ובין שוויוניים – ולו במובן זה שלא מופעל שיקול דעת רציונלי עצמאי לעניין כל תיק ותיק והשופט שיוקצה לרון בו. זאת, להבדיל מתיקים בעלי עניין ציבורי מיוחד או היבט התמחותי. לנשיא בדימוס אהרן ברק יחסה האמירה ששיבוץ הרכבי השלושה בבית המשפט העליון נעשה ברגיל באורח אקראי.⁴³ הבדיקה השיטתית היחידה עד כה שניסתה לכבוד את העקרונות שהנחו את קביעת ההרכבים בבית המשפט העליון בתקופות שונות (טרם נשיאותו של ברק) – העלתה חרס. אף שזוהו סדירויות מסוימות, הן לא היו עקביות דיין כדי לאפיין עיקרון רציונלי.⁴⁴ בערכאות הנמוכות, שכמות התיקים בהן גדולה מאוד, מתבקש שהליך הניתוב הרגיל – בהיעדר טעם ענייני לסתור (כמו התמחות שיפוטית נקודתית או עומס חריג)⁴⁵ – כולל רכיב שרירותי. בשיטות אחרות, למשל ברבות ממדינות ארצות-הברית ובמערכת הפדרלית שם, קיימים כללים פומביים המחייבים ניתוב אקראי של תיקים בקרב השופטים,⁴⁶ ובשיטות הכוללות מושבעים, אלה נדגמים בדרך כלל מתוך האוכלוסייה גם כן באמצעות הגרלה.⁴⁷

מדוע שיטת המשפט פונה למנגנון אקראי-בעיקרו של ניתוב תיקים ושל קביעת הרכבים? אפשר שהשיטה סבורה שאין כל הבדל רלוונטי בין שופט אחד למשנהו, והניתוב האקראי נעשה פשוט משום שזהו ההליך הזול ביותר לניהול תיקי בית המשפט. אך הסבר זה אינו מספק. ראשית, אין בו כדי להצדיק שיבוץ אקראי של שופטים להרכבים, שהרי הרכבים קבועים – המפתחים סדרי עבודה וכללי שיח משותפים – יעילים ללא ספק יותר מהרכבים משתנים. שנית, גם במישור ניתוב התיקים, שיקול יעילות קר יבחר בפיתוח התמחות של כל שופט ושופטת בסוגים מסוימים של תיקים, טענות ואף בעלי דין ולא בפיזור אחיד של

43 אריאל כנדור וזאב סגל עושה הכובעים: דין ודברים עם אהרן ברק 40 (2009). עם זאת, בגוף הריאיון מצוטט ברק כאומר ש"במקרה הרגיל קבע המחשב את ההרכב הרגיל של שלושה שופטים" (שם, בעמ' 49 ו-51). מובן, כי מחשב יכול לקבוע הרכבים לפי קריטריונים מגוונים ולא דווקא אקראיים – הכול לפי רצון המתכנת. כצד זאת ציין ברק שבהרכבים מורחבים הופעל כלל אקראי שרירותי של שיבוץ שופטים לפי קריטריון של ותק, בצירוף התחשבות נסיבתית בשיקולים סקטוריאליים כמו שילוב של שופט ערבי בהרכב שדן בזכויות ערבים, שופט דתי בהרכב שדן בענייני דת ומדינה ושופטת בהרכב שדן בהפליית נשים (שם).

44 ראו מירון גרוס ויורם שחר "לשאלת דרכי השיבוץ של מותבי בית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" משפטים כט 567, 583-585 (1998).

45 ראו את ההנחיות הטנטטיביות בעניין "ניתוב תובענות לגורמים שיפוטיים" ב"תכנית מנ"ת ארצית" הנחיות מנהל בתי-המשפט 10 (תשס"ג) <http://elyon1.court.gov.il/heb/laws/manat.pdf> (הניתוב ייעשה "בין השאר" תוך שאיפה להפנות תובענה "למשאב השיפוטי בדרג הנמוך ביותר האפשרי", מתוך "ראייה מערכתית לעומסים הקיימים", מתן קדימות לתיקים "קלים" על פני תיקים שמצריכים זמן טיפול רב, ומתן דגש להתמחות של הגורמים השיפוטיים השונים).

46 לסקירה של הדינים הללו ראו Samaha, לעיל ה"ש 9, בעמ' 47-48 והערות השוליים שם; Matthew Hall, *Randomness Reconsidered: Modeling Random Judicial Assignment in the U.S. Courts of Appeals*, 7 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 574, 578-79 (2010).

47 ראו Duxbury, לעיל ה"ש 33, בעמ' 74-81. אמת, בחלק מהמצבים הליך בחירת המושבעים מערב גם מיון מבוסס-טעמים – כמו בהליך voir dire, שבו נבחרים מתוך המצאי האקראי, בהליך נשלט ומתוכנן, המושבעים שיכריעו בפועל במשפט.

העניינים בין שופטי בית המשפט. אכן, קיומם החריג של תחומים או עניינים אשר מוקצים לשופטים או להרכבים מסוימים בהתבסס על מומחיות ייחודית (כמו פירוקים, מסים או פשעים חמורים) מעיד על הכלל שאינו מתנהל בדרך זו.

ניתן לשער אפוא שהבחירה במנגנון אקראי של ניתוב תיקים ושיבוץ הרכבים נועדה להתמודד דווקא עם מציאות של הטרוגניות שיפוטית. לפי הסבר זה, הפנייה לאקראיות לא נובעת מזהות בין השופטים אלא מהשוני ביניהם. אכן, ההבנה המקובלת בעידן הריאליסטי היא ששופטים סבירים שונים עשויים להשיב תשובות שונות לשאלות משפטיות דומות. ניתן לייסד הבנה זו הן על הנחות בדבר חוסר ההיקבעות של הנורמה המשפטית,⁴⁸ הן על תפיסה בדבר קיומו של שיקול דעת שיפוטי חזק במצבי ברירה,⁴⁹ הן על תובנות בדבר מגבלות התבונה האנושית השואפת לתשובה אחת נכונה⁵⁰ והן על חשיפת כפיפותה של המחויבות הדוקטרינרית של השופט למחויבותו האידאולוגית.⁵¹ תהא התאוריה אשר תהא – אם נסכים שגורלו של עניין תלוי, בין היתר, בזהות השופט או ההרכב שאליו שובץ,⁵² ואם קשרי התלות הללו ניתנים לזיהוי, אזי למנתב התיקים ולקובע ההרכבים נתונה השפעה משמעותית על תוכן התוצאות השיפוטיות. מנגנון אקראי מנטרל את ההשפעה הזו, באשר הוא מונע מן המערכת את האפשרות לנתב תיקים לשופטים לפי הצפי לתוצאה מסוימת. בה בעת, מנגנון אקראי שוויוני מבטיח לכל בעל דין סיכוי שווה אקס אנטה 'ליפול' על כל שופט ושופט, ושולל מבעלי דין מתוחכמים את היכולת לנתב את תיקיהם לשופט מסוים בבית משפט נתון. הניתוב האקראי "מנקה" אפוא את ההליך משני סוגים של השפעות חיצוניות: ניצול לרעה של כוח ההקצאה של מנתב התיקים, וניצול יתרונם של בעלי דין מתוחכמים. הוא מנטרל בכך הן הפליה מכוונת של מנתבים מושחתים והן הפליה תוצאתית לטובת צדדים חזקים ושחקנים חוזרים. נוסף על כך, מנגנון אקראי עשוי גם לטשטש את עובדת השוני בין שופטים בעיניהם של צרכני השפיטה, ובאמצעות מסר מערכת של אדישות לתוצאות הניתוב של תיקים – להעצים את הלגיטימציה של בתי המשפט כגופים חסרי פניות.

אלא – כפי שהצביעו כותבים רבים – הפתרון שנבחר לנטרול סיכוני ההפליה (או לעמעומם) בשלב ניתוב התיקים מעורר מניה וביה קשיי הפליה אקס פוסט: ניתוב אקראי של תיקים לשופטי בית משפט כלשהו משמעו שילוב יסוד אי-רציונלי משמעותי – מזל – בתוצאה השיפוטית. חומרת העונש שיוטל על נאשם או הסתברות הזכייה במשפט אזרחי

48 ראו (2007) 217, 219-23 THEORETICAL INQ. L. Menachem Mautner, *Luck in the Courts*.

49 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 262-259 (2003).

50 ראו (1986) 263-66 RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE*.

51 ראו (1997) 152-55 DUNCAN KENNEDY, *A CRITIQUE OF ADJUDICATION*; ובראיות אמפיריות:

CASS R. SUNSTEIN, DAVID SCHKADE, LISA M. ELLMAN & ANDRES SAWICKI, *ARE JUDGES*

POLITICAL? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006)

52 ראו מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" *משפט וממשל* ט 223, 246

(2005) ("עלינו להשלים עם כך שבמקרים רבים [...] תוצאת ההליך השיפוטי שבו נתון אדם

תהא עניין של אקראיות ומזל: מכיוון שבין החומרים של המשפט ובין ההכרעה השיפוטית

נמצאות הבחירות של השופט, אין מנוס מלסבור ששופט אחר היה עשוי להגיע, באותו עניין

עצמו, להכרעה שונה מהותית, ואף הפוכה").

נחתכות בין היתר לפי הגורל שניתב את התיק לשופטת אחת ולא לאחרת.⁵³ בראייה תוצאתית, עניינים דומים מקבלים יחס שונה, וזאת באופן אקראי וללא טעם רציונלי להבחנה (אפילו לא טעם פסול – זהו היבט הסטרייליות), מעבר לרצון המקורי למנוע מניפולציה בשלב שיבוץ התיקים ולהוזיל את הליך הניתוב.⁵⁴

בהתחשב ברתיעה הטיפוסית מפני הכרעה של הליך שיפוטי באמצעות הפלת גורל – ידועה אמרתו של השופט ברק כי בבחירה בין אפשרויות פרשניות סבירות, "השופט אינו רשאי להטיל מטבע"⁵⁵ – האקראיות המקובלת בניתוב תיקים, והקלות שבה היא לכאורה מתקבלת, מעוררות תהיות כמו גם ניסיונות הצדקה⁵⁶ והצעות לתיקון.⁵⁷ בד בבד, יש בכך גם כדי לספק רמזים באשר לגבולות ההיתכנות של שילוב מנגנונים אקראיים נוספים במערכת המשפט: אקראיות בהכרעה השיפוטית נתפסת כפסולה, אך אקראיות בניהול המערכת השיפוטית נתפסת כמותרת; השופט אינו רשאי להטיל מטבע, אך מזכיר בית המשפט – דווקא כן.

53 ראו, למשל, Waldron, לעיל ה"ש 23, בעמ' 209; Mautner, לעיל ה"ש 48, בעמ' 222; Samaha, לעיל ה"ש 9, בעמ' 5.

54 השוו Perez, לעיל ה"ש 5, בעמ' 141-142 (הבחירה בהליך הכרעה אקראי מחייבת בהכרח נקיטת עמדה מהותית בזכות הליך ההכרעה, ובמובן זה אינה יכולה להיות ניטרלית).

55 בג"ץ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד (מ) 113, 141 (1986). ראו גם רע"א 565/89 אברג'יל נ' אברג'יל, תק-על 721 (1)90 (1990) (בקשת רשות לערער על החלטה בעניין פסלות שופט שבהליך גירושין הציע להפיל גורל כדי להכריע במחלוקת על גובה המזונות כאשר הפער בין עמדות הצדדים עמד על 300 ש"ח. אף שדחה את הבקשה הוסיף השופט ש' לוין ש"לא היה מקום ליוזם פסיקת הדין על ידי הטלת גורל, שדרך זו לישב סכסוכים אינה מתיישבת עם תפקידו של בית המשפט במדינה מתקנת"). גם המשפט העברי נרתע מפני החלטה שיפוטית מבוססת-הגרלה. ראו ציון אילוז "הפיל פור הוא הגורל לפני המן": הגורל כאמצעי ליישוב סכסוכים" פרשת השבוע 114 (2003).

56 ראו Samaha, לעיל ה"ש 9, בעמ' 66-81 (אפשר לנסות להצדיק אקראיות בניתוב תיקים, בין היתר, כאמצעי להקצאה הוגנת בין מתדיינים של המשאב הנדיר של איכות שיפוטית; לחשיפת ההטיות הפוליטיות המאפיינות הליכים למינורי שופטים; לכיבוד ההטיות הללו, ככל שהן נתפסות כהיבט ראוי של השיטה; לאיסוף השוואתי של מידע על ההשפעה של החלטות שיפוטיות; לשימור מגוון של קולות שיפוטיים ביחס לשאלות נפוצות; ולנטרול אסטרטגיות של judge-shopping).

57 ראו Mautner, לעיל ה"ש 48, בעמ' 223-234 (כדי לצמצם את רכיב המזל בתוצאה השיפוטית יש לשאוף לקירוב כל תוצאה שיפוטית אינדיבידואלית לתוצאה הממוצעת שכל שופטי המערכת היו מגיעים אליה בנסיבות העניין. אפשר לעשות זאת, בין היתר, באמצעות הרחבת השימוש בהרכבים; במתן משקל בתוצאה הסופית לדעותיהם של כל השופטים שהיו מעורבים בשקילת העניין בערכאות השונות; במניעת התייעצות בין שופטים; בדרישת רוב מיוחד בהרכבים ובאיון כוחם של שחקנים חוזרים). לביקורת על המעשיות ועל הרצינות של חלק מהאסטרטגיות הללו ראו Daphna Hacker, *Lack of Luck in the Courts: A Comment on Menachem Mautner*, 9 THEORETICAL INQ. L. FORUM 38 (2007).

3. פרדוקס ההגדרה הלגיטימית: בין שפיטה למנהל

מה מקור הפער שבין הרתיעה העמוקה של שיטת המשפט מפני הכרעה שיפוטית אקראית מצד אחד לבין הופעתה של אקראיות בשלב ניתוב התיקים מצד שני? יש להניח שפער זה – פרדוקס ההגדרה הלגיטימית – משקף את התפיסה הפומבית של תפקוד בית המשפט, וכן את האופן שבו המערכת המשפטית מבנה את מעמדו של השופט כמוקד הפעולה השיפוטית: הוא ראשון והוא אחרון. המושג החמקמק של "אמון הציבור" בבית המשפט, שבית המשפט נדרש לו יותר ככל שמנגנוני הלגיטימציה המסורתיים שלו נשחקים,⁵⁸ מתמקד לרוב בתפקוד של השופט או השופטת, כלומר: באופן שבו הם מנהלים את הדיון המשפטי ומנמקים את ההחלטה השיפוטית. גם העמידה על מימוש של כללי הצדק הטבעי בהליך השיפוטית כתנאי להגנתו של הסֵדֶר המשפטי משקפת תפיסה של הפעולה השיפוטית כתנאי נחוץ ללגיטימיות של השיטה.⁵⁹ מנהל בתי המשפט עשוי להיתפס בשיח זה כמערכת תומכת לליבת המשימה השיפוטית – שאינה נבחנת בקריטריונים המוסריים שהשופט וההליך השיפוטית נדרשים להם.⁶⁰ ייתכן אפוא שהאמונה ברציונליות של שיקול הדעת השיפוטית, בסדרי הדין שנועדו להבטיחה, וברמת כשירות מינימלית מספקת של כל שופטינו משפיעה על הנכונות לוותר בשלב ניתוב התיקים על הרציונליות – כלומר: על החלטה אינדיבידואלית מבוססת-טעם. המרחק שבין ההליך האקראי הראשוני המנתב תיקים ומשבץ הרכבים לבין הרגע הסופי של ההכרעה השיפוטית ה"מהותית" הוא לכאורה גדול דיו כדי לטשטש את השפעת הראשון על האחרון, מה גם שהוא מופרע על ידי "גורם זר מתערב" – תשומתו של השופט הרציונלי. אפשר שיש בפער הזה גם כדי לשקף את הרתיעה הנפוצה של שיטת המשפט מפני אקראיות בהכרעה השיפוטית דווקא, לעומת הנכונות להתירה אצל הרשות המנהלית, לפחות בהקשר של חלוקת משאב שאינו ניתן לפיצול.⁶¹ שיקול הדעת השיפוטית נדמה כייחודי כל כך ברציונליות המנומקת שהוא מפגין, עד שהאקראיות נראית כאנטי-תזה מובהקת שלו. לעומתו, שיקול הדעת המנהלי מעורר חשד: הוא נתפס כחשוף להטיות מגוונות לנוכח התרבות הביורוקרטית, מערך התמריצים הלקוי, פועלן של קבוצות אינטרס ולחצים של דרגים פוליטיים, כך ששילוב רכיבים אקראיים במסגרתו עשוי דווקא לשחרר את הפקיד-המנתב מההיבטים המשחיתים של משרתו. ההגדרה מתאפשרת בשלב המנהלי של השפיטה

58 ראו חיים ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" ספר חיים כהן 367 (2001); יששכר (איסי) רוזן-צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49 (2005).

59 הדובר המרכזי של גישה זו הוא ג'רמי וולדרון; ראו Jeremy Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, 43 GA. L. REV. 1, 20-24, 54-61 (2008).

60 חריג לכך הוא כמוכן קפקא, שזיהה את חוויית המתדיין במבואה אל המשפט כמיצוי העוול הטמון במוסד הזה. ראו פרנץ קפקא *המשפט* (אברהם כרמל מתרגם, 1925).

61 סמחה הצביע על הפער הזה בהקשר האמריקני; ראו Samaha, לעיל ה"ש 9, בעמ' 47. גם בית המשפט העליון בישראל רמז להבחנה כזו; ראו בג"ץ 5871/92 מישראל נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד (1) 521, 528-529 (1993) (השופט אינו רשאי להטיל מטבע אך הרשות המנהלית עשויה להיזקק להגדרה בנסיבות של מכרז שוויוני). עם זאת, ראו פרשת רשיד, לעיל ה"ש 29, שם בית משפט השלום מינה עצמו, כמדומה באופן חריג, למבצע ההגדרה.

בזכותו – ולמען שימורו – של קסם הרציונליות של שיקול הדעת השיפוטי,⁶² אשר גובר בתורו על התביעה לשוויון תוצאתי בין מקרים דומים.⁶³ אם כן, הפרדוקס בעינו עומד, אך הוא מבטא נתון חשוב: נראה שאנו נכונים – בין מרצון ובין במחדל – להתנהל כקהילה פוליטית יציבה למדי גם בהינתן הטרוגניות מובנית בתוצאות השפיטה שלנו. אמנם, מעת לעת מוצעים – ולעתים מבוזעים – מהלכים שמטרתם לצמצם את תחום ההתפרשות של תוצאות שיפוטיות בעניין כלשהו. זו, למשל, מהותו של המהלך להתוויה חקיקתית של שיקול הדעת השיפוטי בענישה;⁶⁴ זו ככל הנראה גם התכלית של רבות מההצעות לריכוז הסמכות לביקורת שיפוטית חוקתית בידי של פורום יחיד – הרכב מורחב של בית המשפט העליון או בית משפט לחוקה.⁶⁵ גם מהלכים של התמחות מוסדית, כמו הקמת המחלקה הכלכלית בבית המשפט המחוזי בתל-אביב, מבטאים בין היתר שאיפה להאחדת הדין באמצעות נטרול האקראיות שבניתוב התיקים.⁶⁶ למרות מהלכים אלה, בפועל השפיטה היא בעיקרה מבוזרת – כך ודאי בעניינים הפליליים והאזרחיים הרבים שמתחילים ומסתיימים בערכאות הדיון בלי לטפס במדרגות הערעור; כך אפילו בבית המשפט העליון, הפוסק במרבית תיקיו בדין יחיד או בהרכב שלושה, בלא מנגנון רשמי של תיאום והאחדה. בחלק הבא של המאמר אבקש להשתמש בתוכנה זו בדבר שיווי המשקל שאליה הגיעה מערכת המשפט, המשלב יסודות ביזוריים ואקראיים ברמה המוסדית עם יסודות של שיקול דעת רציונלי ברמת ההכרעה התוצאתית, כדי לחשוף סוג נוסף של מקרים שבהם התנאים

62 ראו, למשל, Pierre Schlag, *The Enchantment of Reason* 19-29 (1998); וכן Tamana, לעיל ה"ש 2, בעמ' 123 (אפיון של אידאל שלטון החוק, שבמסגרתו "as the judge becomes indoctrinated in the ways of the law and the judicial role, the judge becomes the law personified. In the ideal, the judge is to be unbiased, free of passion, prejudice, and arbitrariness, loyal to the law alone."

63 "יום אחד חניין חיפה פתוח, יום אחר החניין סגור" – כך סיכם בפניי עורך-דין בתחום האזרחי את הדין הנוהג להבנתו בבית המשפט העליון בעניין רשות ערעור ב"גלגול שני" על פסקי דין בערעור של בית המשפט המחוזי. האלוזיה היא להחלטתו המנחה של הנשיא שמגר בעניין ר"ע 103/82 חניון חיפה נ' מצת אור, פ"ד לו(3) 123 (1982), שם נקבעו קווים מנחים לשיקול הדעת השיפוטי בבקשות מסוג זה. הנמשל הוא, כמובן, חוסר הוודאות הנמשך באשר לסיכויי הבקשה, שנתפסים כתלויים בזהות השופט או השופטת הדנים בה ובמצב רוחם.

64 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 2330, 102 (הוספת סימן א' לחוק שעניינו "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה"); ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח (ממשלה) 241, 446 (הצבעה על קיומם של "פערי ענישה גם כאשר המדובר בעבירות דומות שנעברו בנסיבות דומות").

65 ראו, למשל, ס' 13 לדו"ח של ועדת החוקה, חוק ומשפט בעניין הצעות לחוקת מדינת ישראל חוקה בהסכמה רחבה <http://tinyurl.com/2w8yvbs>; המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה ס' 163. <http://tinyurl.com/3aax9pw>; ס' 24(1) לתזכיר חוק יסוד: החקיקה של משרד המשפטים ס' 76fen9c; <http://tinyurl.com/3ly7htc>; ס' 2 להצעת חוק-יסוד: בית משפט לחוקה (הונחה על שולחן הכנסת ביום 1.4.2009 בידי חברי הכנסת רותם ואילטוב) <http://tinyurl.com/3ly7htc>.

66 ראו ס' 742-42 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; דניאל רימון וטל אמיר "בית-משפט כלכלי – מדלוור לישראל" תאגידים ז 3, 9-12 (2010).

המוסדיים של מערכת המשפט עשויים להצדיק אימוץ של מנגנון הכרעה אקראי. לשם כך עלינו להרחיב את הפרספקטיבה ולהתבונן במערכת המשפט בכללותה וביחידות המוסדיות המרכיבות אותה – בתי המשפט בעלי הסמכויות השונות – כפרטים שגם ביניהם נדרש מנגנון מתוחכם של ניתוב תיקים.

ג. אקראיות במערכת משפט מבוזרת

1. הביזור המוסדי של מערכת המשפט

מערכת המשפט הישראלית, כמו כל מערכת משפט מודרנית, היא מערכת מוסדית מבוזרת.⁶⁷ היא עשויה יחידות רבות הממוקמות על כמה צירי סמכות, אשר קובעים את תחומי השיפוט של כל אחת מהיחידות ואת יחסי הכוח ביניהן. שני הצירים המוכרים ביותר הם כמובן סמכות השיפוט המקומית וסמכות השיפוט העניינית. אך שני הצירים הללו אינם חד-ממדיים. כך, הסמכות המקומית מתלכדת לעתים עם סמכות עניינית נקודתית כמו, למשל, בסמכויות הייחודיות של בתי המשפט בירושלים בעניינים מסוימים,⁶⁸ בסמכותו הייחודית של בית המשפט המחוזי בחיפה לרון בענייני מים⁶⁹ ובסמכותו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב לרון בענייני כלכלי בתנאים מוסדיים שונים מאלה של בתי המשפט המחוזיים האחרים.⁷⁰ הסמכות העניינית מתפצלת לכמה מישורים: בשררת השפיטה המרכזית – בין הסמכויות המקוריות של בתי משפט השלום, בתי המשפט המחוזיים, ובית המשפט הגבוה לצדק; בתוך בתי המשפט הללו – בין ראשי סמכות נושאים (משפחה, תביעות קטנות, תעבורה, נוער בשלום; עניינים מנהליים, מחלקה כלכלית במחוזי; בג"ץ וערעורים בעליון); ובמערכות שיפוט מקבילות, הפועלות במרחק מוסדי כזה או אחר מן השדרה המרכזית (בתי הדין הדתיים, בתי הדין לעבודה, בתי הדין ובתי המשפט הצבאיים, בתי הדין המנהליים). נוסף על הציר הגאוגרפי ועל הציר הענייני, המערכת מבוזרת גם לאורך הציר האנכי של ערכאות דיון וערכאות ערעור, במגוון הרכבים.

מערכת השפיטה הישראלית היא אפוא רשת סבוכה של יחידות מוסדיות בעלות תחומי סמכות שונים והסדרי זיקה מגוונים בין יחידה אחת לאחרת. אפשר לדמות אותה לאקסטרפולציה של בית משפט יחיד המונה כמה שופטים: המערכת כולה היא בית המשפט, ויחידות השיפוט השונות הן השופטים היחידים. כשם שנהוג לבחון את סגל השופטים המכהנים בין השאר

67 היסטורית, הביזור המוסדי נגזר מגודל הקהילה הפוליטית, מההתפרסות המרחבית שלה וממורכבות החיים הכלכליים שניהלה. כך, בימי הראשית של ההתיישבות הבריטית בצפון אמריקה, כל קולוניה הייתה יחידה פוליטית-כלכלית עצמאית, מרוכזת ומעוטת אוכלוסייה, וככזו החזיקה מוסד שיפוטי יחיד עבור הכלל – נקודת המוצא הגרעינית לתהליך ההסתעפות של מערכת המשפט של ארצות-הברית. ראו LAWRENCE M. FRIEDMAN, A HISTORY OF AMERICAN LAW 7-16 (3rd ed. 2005).

68 ראו, למשל, ס' 17(ג) לחוק יסוד: הממשלה, התשס"א-2001; ס' 10(ב) ו-29(ה) בשילוב עם ס' 1 לחוק הנפט, התשי"ב-1952; ס' 3(ב) לחוק ההסגרה, התשי"ד-1954; ס' 13(ב) לחוק החברות הממשלתיות, התשל"ה-1975; ס' 13 לחוק כביש ארצי לישראל, התשנ"ה-1994.

69 ראו ס' 1 לצו המים (הקמת בית דין לענייני מים), התש"ך-1959.

70 ראו סעיף 42 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

במונחים של שיקוף חברתי (מגדר, מוצא, לאום, דתיות) ושל גיוון מקצועי (פרקליטים, סנגורים, אקדמאים, "פלייליסטים" ו"אזרחיסטים", מומחיות בפירוקים ומומחי מסים),⁷¹ כך מתבקש אף ביתר שאת להעריך את מערכת בתי המשפט – שהפיצול המוסדי הוא נתון יסודי בעיצובה – לאור התוצאות השונות שיחידותיה מנפקות עבור בעלי הדין הפועלים בה. בין שהדבר מכוון ובין שלא, הסבר בעל ערך למבנה המוסדי של מערכת המשפט חייב להתחשב בהטרוגניות המאפיינת את פעולותיהן של יחידות השיפוט כמו גם את התוצאות השיפוטיות שהן מנפקות.

כך, למשל, קיומם של בתי דין דתיים נועד להבטיח שהשיפוט בענייני נישואים וגירושין (ולעתים גם רכוש, משמורת ומעמד אישי) יהיה שונה מהותית – באמצעות שינוי הדין החל והדין המחיל – מהשיפוט שהיה מתקבל אילו נדונו עניינים אלה בבית משפט אזרחי. אף שבתי דין אלו אמורים לפעול כשופטים "אזרחיים" כשהם נתקלים בשאלות מהדין הכללי,⁷² ספק אם ניתן כלל לסבור שזו אפשרות מציאותית, בהינתן המסורת המוסדית העצמאית ממנה הם יונקים.⁷³ בדומה, קיומו של בית משפט נפרד לענייני משפחה מביא לכך ששיפוט בסכסוכים בעלי היבט משפחתי יהיה שונה – באמצעות סדרי דין נבדלים ותרכות מוסדית ייחודית – משיפוט בסכסוכים אזרחיים נעדרי רכיב משפחתי, אפילו כשהדין המהותי זהה;⁷⁴ וכן הלאה ביחס לבתי הדין לעבודה, לערכאות הצבאיות, ליחידות השיפוט המנהליות, ואף ליחסים שבין המחוזי והשלום.⁷⁵ גם את הביזור המרחבי על ציר הסמכות המקומית, שבו בתי משפט בעלי סמכות עניינית זהה פוזרים ברחבי הארץ, אפשר להסביר כמקדם פערים תוצאתיים בין מקומות שיפוט שונים: אף שהביזור המרחבי נובע לכאורה מאילוץ המרחק ומהרצון להקל על הגישה לבית המשפט, הרי הוא מאפשר גם העצמה של הרכיב המקומי בשפיטה, כך שלשופטים (ולמזכירים, ולקציני מבחן ולפרקליטים) מתאפשר להיות רגישים לאופי הקהילות שבקרבן הם יושבים ולתת לכך ביטוי בדינמיקה הדיונית ובתוצאות השיפוטיות.⁷⁶

71 ראו, למשל, שמעון שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט ח 357, 385-382 (תשס"ג) (דיון בתיאוריית ה"שיקוף"); ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON 123-62 (2009) (דיון בשאלת הגיוון המקצועי הנדרש בפורום שיפוטי).

72 בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).

73 ראו, למשל, עמחי רדזינר "בית-הדין הרבני בין בג"ץ לבד"ץ: השפעת בג"ץ על מעמדו ההלכתי של בית-הדין הרשמי" משפט וממשל יג 271, 281-288 (2012).

74 ראו, למשל, שאול שוחט "בית המשפט לענייני משפחה – האמנם בית? משפחה במשפט ב 375, 376-379 (2009) ("המידה שבה נשקל הצדק בבית המשפט לענייני משפחה – לעומת בית משפט אזרחי רגיל" – שונה היא, והדבר נעשה בחסות המחוקק ומתקין התקנות"; שם, בעמ' 378); יצחק כהן "בין סדר הדין בבתי המשפט הכלליים לסדר הדין בבתי משפט למשפחה – סוגיית גילוי המסמכים" דין ודברים ו 405, 408-418 (2012).

75 ראו LAWRENCE BAUM, SPECIALIZING THE COURTS 205-10, 220-26 (2011) (בתי משפט מתמחים נוצרים בדרך כלל מתוך מטרה להשפיע על המדיניות השיפוטית המהותית בתחום מסוים, וזו אכן התוצאה הטיפוסית של הקמת בית משפט בעל מומחיות).

76 להצגת התפיסה בדבר כוחן הפורה של הבחנות הסמכות המקומית ולביקורת עליה ראו Richard T. Ford, *Law's Territory (A History of Jurisdiction)*, 97 MICH. L. REV. 843, 906-22 (1999).

אם כן, מערכת המשפט מעוצבת כיצרנית של פלורליזם נורמטיבי-תוצאתי: גם אם הנורמות המשפטיות הכלליות מיוצרות, ככלל, בהליך ריכוזי – בחקיקת הכנסת ומכוחה⁷⁷ – הרי מלאכת פירושן ואכיפתן ניתנה ליחידות שיפוט השונות זו מזו מבחינת המרכיבים האנושיים, הדינוניים והתוכניים שלהן. זהו נתון בעל משמעות מיוחדת בהינתן שמוסדות אלה נדרשים לא אחת לתת תשובות לשאלות משפטיות זהות כמו פירושן של נורמות חוקתיות ("כבוד האדם") או של עקרונות כלליים מהמשפט הציבורי ("סבירות"), מהמשפט הפרטי ("תום לב") ומתחום סדרי הדין ("מעשה בית דין"). אמת, בראש מערכת המשפט הישראלית עומד מוסד יחיד – בית המשפט העליון – שבכוחו לרכז ולהאחיד את הפלט השיפוטי באמצעות ביקורת ערעורית או בג"צית – הנתמכת בעיקרון החוקתי של התקדים המחייב⁷⁸ – על החלטות של הערכאות המגוונות שתחתיו; אולם בית המשפט העליון אינו מבקר כל החלטה או פסק דין של ערכאות הדיון והערעור, ועבור רוב המשתמשים במערכת המשפט, התוצאות המגוונות של יחידות השיפוט השונות הן הביטוי הסופי לפעולה השיפוטית.⁷⁹

מיסוד הפלורליזם הנורמטיבי בפלט השיפוטי מחייב יצירת מנגנון לניתוב הסכסוכים המובאים לפני מערכת המשפט באופן שיממש את תכליותיה. זה פועלם של דיני סמכות השיפוט, שאמורים לקבוע איזה עניין יבוא לפני איזה בית משפט. הם עושים זאת בדרך כלל באמצעות קביעת קריטריון אובייקטיבי כלשהו שאמור להלום את סוג המקרה לסוג המומחיות (או למזהה מוסדי אחר) של ערכאת השיפוט שבה אמור המקרה להתברר. כך, הסמכות המקומית נקבעת על פי המאפיינים הגאוגרפיים של העילה שבגינה מוגשת התביעה (מקום הנכס, מקום העוולה) או על פי מקומו של הנתבע, והסמכות העניינית נקבעת על פי עילת התביעה, נושאה או הסעד המבוקש בה. אך מנגנון ההקצאה אינו מתמצה בדיני הסמכות: הוא מותיר בהקשרים מסוימים כוח גם לבעלי הדין עצמם.

2. רכיב הפועלות בבחירת הפורום

הכללים הקובעים את סמכות השיפוט מאפשרים לבעלי דין מתוחכמים – שצופים את האפשרות שיגיעו לליטיגציה, ושברשותם אמצעים להיערך לאפשרות זו – לתכנן את התנהגויותיהם כך שההתדיינות תתרחש בפורום אחד ולא באחר, במידות משתנות של הסתברות. התנהגות אסטרטגית כזו אפשרית בשני פרקי זמן: טרם ליטיגציה – בשלב יצירת היחסים המשפטיים וניהולם, ובעת ייזום הליטיגציה – כשיש לבחור פורום להתדיינות. כך, בשלב המקדמי, שחקן מתוחכם עשוי למקם את התנהגותו במקום שיקנה לו יתרון בפורום

77 החרגי המשמעויות ביותר לאחידות המקור של הנורמות הכלליות במשפטנו הוא כמובן הדין הדתי בענייני מעמד אישי, שאומץ כמקשה אחת בחקיקת הכנסת, ויצירתו ופיתוחו נתונים למעשה למוסדות שהם חיצוניים למבנה המדינתי שהכנסת בראשו.

78 ס' 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, התשמ"ד-1984.

79 מובן שגם תודעת הכפיפות לערכאת ערעור פועלת את פעולתה הממתנת על שופטי ערכאות הדיון, וזאת אף בלי שהחלטותיהם ייבחנו בפועל במעלה ההיררכיה השיפוטית. המשמעות היא איוון מסוים – התלוי במידת ההתערבות של ערכאת הערעור – בין חירות לכפיפות. ראו Ori Aronson, *Inferiorizing Judicial Review: Popular Constitutionalism in Trial Courts*, 43 U. MICH. J.L. REFORM 971, 990-93, 1017-20 (2010).

שאליו תישלח התביעה על פי דיני הסמכות המקומית – או, כמקובל כיום, לקבוע בחוזה מקום שיפוט שרצוי לו. בדומה, ביכולתו לסווג את התנהגויותיו או לקבוע את היקפיהן כך שדיני הסמכות העניינית ינתבו התדיינות בעניינן לבית משפט או לבית דין מסוים (למשל: הגבלה של סכום עסקה לתחום הסמכות של בית משפט השלום או לרמה של תביעה קטנה; עיצוב יחסים חוזיים כחוזה קבלנות ולא כחוזה עבודה כדי להיחלץ מתחום הסמכות של בית הדין לעבודה).⁸⁰ לא אחת, השקעת משאבים בהיערכות מראש לצורך הגעה לפורום רצוי נתפסת בראייה מצרפית ככזו, שהרי הפורומים השונים נוצרו כדי להתאים למאפיינים אובייקטיביים של התנהגות אנושית, ולא כדי להשפיע על אותה התנהגות.⁸¹ אך מעבר לכך, יש ליכולתם של בעלי דין מתוחכמים להשפיע על סוג הפורום גם השלכות חלוקתיות, שהרי היא נותנת בידי בעלי דין חזקים השפעה על אופי ההליך ועל תוצאתו באופן שמפר מראש את הנחות השוויון הפורמלי בין הצדדים להליך המשפטי. גם השקעת משאבים מצד ה"היצע" – פורומים המנסים למשוך אליהם בעלי דין "מועדפים" (עם סכסוכים מעניינים, בולטים או יקרים יותר, עם ראיות חזקות יותר וכדומה) – מעוררת קשיים של יעילות ושל הוגנות חלוקתית.

בצד זמינותם של הכללים בנושא סמכות שיפוט לתמרון מראש (טרם סכסוך) מצד שחקנים מתוחכמים, גם מנגנון ההפעלה של דיני הסמכות כשסכסוך כבר מוביל לליטיגציה נתון במידה חלקית למניפולציה של בעלי דין מסוימים. כך, אף שכללי הסמכות נועדו לכאורה להביא לניתוב יעיל ורציונלי של תיקים אל יחידות שיפוט ההולמות אותם מבחינת מאפייניהן הייחודיים (מיקום, מומחיות, תרבות דיונית), שיטת המשפט אינה משתמשת במערך ריכוזי לניתוב התיקים בין בתי המשפט השונים במערכת. הרי אפשר היה לפתח יחידה מנהלית שאליה היו מוגשים כל ההליכים והיא הייתה מנתבת אותם לבית המשפט הנכון – כפי שנעשה, בפועל, בתחום ניתוב התיקים בין שופטים בתוך כל בית משפט פנימה.⁸² תחת זאת, שיטתנו משלבת את פועלותו (agency) של יוזם ההליך בבחירה הראשונית של הערכאה שבה יידון התיק. הנמענים המקוריים של כללי סמכות השיפוט הם התובעים, העותרים והמאשימים, והם שבחרים היכן להתחיל את ההליך (ככפוף לחלופות שהדין מאפשר להם).

80 ראו, למשל, Daniel Klerman, *Personal Jurisdiction and Product Liability*, 85 S. CAL. L. REV. 1551 (2012) (בתנאים של עלויות עסקה גבוהות, דיני הסמכות המקומית מאפשרים ליצרנים לכוון את פעילויותיהם העסקיות כך שיהנו מפורומים עדיפים בתביעות אחריות למוצרים פגומים).

81 ראו, למשל, Note, *Forum Shopping Reconsidered*, 103 HARV. L. REV. 1677, 1691-92 (1990) (הצגת טיעוני היעילות נגד תופעת ה"פורום שופינג" וביקורת עליהם); וכן Klerman, שם. אמנם ייתכן שבנסיונות מסוימות השקעת משאבים מראש במטרה להגיע לפורום רצוי עשויה להוזיל את עלויות ההתדיינות בדיעבד על שאלת הסמכות, אולי אפילו במידה שתוביל לתוצאה יעילה מבחינה מצרפית; אך אלה יהיו מצבים מקריים שאי אפשר להכילם ולמסדם והגיונם סותר את התכלית המקורית של דיני הסמכות. אם ענייננו מתמצה בכירור זול של שאלות סמכות, דומה שהפתרון היעיל הוא יצירת דיני סמכות פשוטים (שיתבססו על הבחנות קלות במציאות או על מנגנון זול של בחירה בין פורומים כגון אקראיות), ולא מניפולציות של המציאות כך שיתאימו לדיני סמכות סבוכים. ראו לעיל ה"ש 18 והטקסט שלידה.

82 זו, בקירוב, היתה הצעתו של שלו גנוסר "עיצוב הדין" הפרקליט לא 29, 31-29 (1978).

רק אחרי פעולה ראשונית זו המערכת יכולה להתערב,⁸³ ולעתים אף זאת רק אם בעל הדין שכנגד עורר אותה לפעולה.⁸⁴

הפקדת הבחירה הראשונית בידי יוזם ההליך יכולה להיות מוסברת בכך שיש בידיו יותר מידע משיכול להיות בידי מערכת מנהלית כלשהי באשר לפורום המתאים לניהול התיק. היא יכולה לבטא גם שאיפה להעצים את היבטי החירות והבחירה החופשית של הפרט המתדיין בתוך מערכת שהיא היררכית ונוקשה באופן טיפוסי. גם אם כך, חשוב לראות שבכל המצבים שבהם המערכת או בעל הדין שכנגד אינם פועלים לתיקון שגיאה בסמכות השיפוט, יוזם ההליך נהנה מהיכולת לקבוע את הפורום שבו יידון עניינו.

אך המקרה המעניין והמטריד ביותר שבו בולט במיוחד יתרונו של יוזם ההליך בקביעת הפורום – ביחס לנתבע, למשיב או לנאשם – מתרחש כשדיני הסמכות מאפשרים לעניין כלשהו להידון בפני יותר מיחידת שיפוט אחת בתוך המערכת: מצב של סמכות מקבילה (או חופפת). בתנאים של "פורום שופינג" יוזם ההליך נהנה מאפשרות להשפיע על אופי ההליך ומכאן שגם על תוצאתו, וזאת אף בלי להידרש להשקעת משאבים בשלבי ההתנהגות שהובילו לליטיגציה. האפשרות לבחור בין פורומים בעלי סמכות מקבילה מיטיבה עם בעלי דין מתוחכמים בשני היבטים נוספים לפחות: ראשית, ביכולתם להשקיע בהשגת מידע על החלופות העומדות לפניהם כדי לקדם בחירה מושכלת ומועילה מבחינתם; שנית, במצבים שבהם גם בעל הדין שכנגד עשוי ליזום את ההליך, ביכולתם לפעול במהירות כדי להביא ראשונים את הסכסוך לפורום הרצוי להם.⁸⁵

בהתחשב במרכזיות של יוזם ההליך בבחירת הפורום, ההקבלה בין ריבוי שופטים בבית משפט יחיד לבין ריבוי בתי משפט במערכת משפט אחת מעוררת תהייה של ממש: בתוך בית משפט מסוים יש לפרט המתדיין שליטה מוגבלת ביותר על זהות השופט שישב בעניינו,⁸⁶ ואפילו המערכת עצמה ויתרה (במקרים רבים) על שיקול דעתה בעניין זה ופנתה לכלל ניתוב שרירותי; לעומת זאת, בבחירה בין פורומים עוצבה מערכת מסועפת של כללים מהותיים בדיני הסמכות, המיידעים מראש את השחקנים באשר לפורום שבו הם צפויים להתדיין –

83 ראו ס' 79 (א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (בית משפט חסר סמכות רשא להעביר את התיק לבית משפט או לבית דין אחר שבידיו הסמכות). כן ראו תק' 101(א)(2), (ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

84 הכוונה למצבים שבהם בעל דין שאינו מתנגד לסמכות השיפוט נתפס כמסכים לה. זה העיקרון החל לגבי סמכות שיפוט מקומית, אך לעתים הוא מופיע גם בהקשר לסמכות העניינית אף שעליה לכאורה אי-אפשר להתנות. ראו דורי שוורץ סדר דין אזרחי: חידושים, תהליכים ומגמות 163-166, 175-178 (2007).

85 לדיון, המבוסס על ממצאים אמפיריים, ביתרון שמודל הפורום שופינג מקנה ליוזם ההליך ראו Kevin M. Clermont & Theodore Eisenberg, *Exorcising the Evil of Forum shopping*, 80 CORNELL L. REV. 1507 (1995).

86 בשולי ההליך, הדינים העוסקים בפסלות שופט מאפשרים לבעלי הדין להשפיע על האיוש השיפוטי. אך מדובר לכל היותר באפשרות לפסול שופט (ולא לבחור שופט); וחשוב מכך: במשפט הישראלי, סיכויי הצלחה של בקשות פסלות וערעורים על ההחלטות שניתנו בהן הם נמוכים מאוד. ראו ס' 77 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; רוזן-צבי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 69-71.

ועליהם נוספה שכבה של בחירות אסטרטגיות של בעלי הדין, המעצימה באופן טיפוסי את המתדיינים המתוחכמים. בחלק הבא של המאמר אתמקד ברכיב השני המשפיע על בחירת הפורום – הבחירה של בעלי הדין – ואבקש לטעון שבנסיבות מסוימות ראוי לשקול את החלפתו במנגנון ניתוב אקראי.

3. אקראיות בבחירת הפורום: המודל וההצדקות לו

(א) כללי

אבקש להתרכז במצבים של סמכות מקבילה, שבהם יוזם ההליך זכאי לבחור את בית משפט שאליו יפנה מתוך כמה חלופות שדיני הסמכות יוצרים, כלומר: במצבים שבהם רכיב הפועלות הוא בהיר וניכר. כמה דוגמאות מובהקות בהקשר הישראלי: בחירה של בן זוג או בת זוג אם להתדיין על היבטי המשמורת והרכוש במסגרת גירושין בבית דין דתי או בבית משפט לענייני משפחה; בחירת המדינה אם להעמיד לדין חשוד בעבירת ביטחון שהוא תושב יהודה ושומרון בבית משפט צבאי ב"אזור" או בבית משפט אזרחי בישראל;⁸⁷ בחירת התובע בהליך ששווי נמוך אם לנהל את ההליך בבית משפט לתביעות קטנות או להגיש תביעה רגילה לבית משפט השלום;⁸⁸ בחירת התובעת בהליך אזרחי אם להגיש את התביעה בתל-אביב או בחיפה, בהינתן שלשני אזורי השיפוט סמכות מקומית על העניין;⁸⁹ בחירת התובע אם להגיש את התביעה בבית משפט השלום בבאר-שבע או באילת, בעניין שהסמכות המקומית בו היא למחוז דרום; ובהקשר שונה אך משיק – בחירת הצד המפסיד אם לערער אם לאו (בחירה המקנה לבעל הדין המפסיד – ושוללת מהמערכת – את השליטה במיון התיקים המטפסים בערכאות הערעור והתקדים).

בכל המצבים הללו, ובמצבים אחרים מזן זה, ההכרעה האפקטיבית באשר לערכאה שתכריע בתיק היא בידי יוזם ההליך.⁹⁰ אף שיש בכך כדי לנצל באופן מרבי את הידע שברשותו, ואף שיש בכך כדי לממש את חירותו (גם אם לא את זו של בעל הדין שכנגד), היכולת האסטרטגית של יוזם ההליך בשלב הזה עלולה לגרום להטיות שבראייה חברתית אינן כדאיות או אף פוגעניות. בכוונתי לטעון שהגרלה אדי-הוק בשלב בחירת הפורום יכולה להיות מנגנון מוצלח לנטרול ההטיות הללו. בטרם אעשה זאת אבקש להסביר בקצרה מדוע פתרונות "שמרניים" יותר לבעיה אינם רצויים או אינם מספקים. שני פתרונות אפשריים הם: (1) ביטול התופעה המוסדית של סמכות מקבילה, כך שכל תובענה תוכל להתנהל רק

87 ראו, למשל, אליקים רובינשטיין "על ביטחון וזכויות אדם בימי לחימה בטרור" משפט וצבא 16, 765, 783-784 (2003) (על הבחירה להעמיד לדין את מרואן ברגותי בבית משפט מחוזי ולא בבית משפט צבאי).

88 ראו ס' 161(1) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

89 ראו תק' 3(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984.

90 אמנם בחלק מהמצבים – בעיקר באלה המבוססים על חלוקות מרחביות של סמכות – יש אפשרות להעביר תיק גם לאחר שהוגש, אך הנטל להצדיק זאת יהיה על הטוען להעברה. ראו ס' 49 ו' 78 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984. נוסף על כך, גם לבית המשפט עצמו יש, בנסיבות מסוימות, סמכות להורות מיזמתו על העברת תיק לפורום נכון או מתאים. ראו, למשל, ס' 60(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (לעניין תביעות קטנות).

בפורום יחיד; (2) הפקדת הבחירה בין פורומים עם סמכות מקבילה בידי גורם מנהלי שיפעיל שיקול דעת רציונלי ויכריע בכל מקרה לגופו איזהו הפורום המתאים. הפתרון הראשון (ביטול הסמכות המקבילה) אינו רצוי מבחינה חברתית, לפחות בהקשרים מסוימים. כפי שאטען בהמשך, חפיפה של סמכויות יכולה לשמש בסיס לעושר פלורליסטי ולשיח מפרה (אם לעתים תחרותי) בין יחידות שיפוט שונות הדנות בנושאים דומים, וזהו משאב נורמטיבי הראוי לניצול. הפתרון השני (ניתוב באמצעות שיקול דעת מנהלי) אמנם ישמר את ריבוי החלופות תוך נטרול הבחירה האסטרטגית של בעל הדין, אך הוא יפקיד את כוח הבחירה בידי שחקן מדינתי שעשוי להיות נתון להשפעות מוסדיות ואינטרסנטיות, העלולות להיות הרסניות לפוטנציאל הפלורליסטי ולפוטנציאל האפיסטמי של ריבוי הפורומים.

על יסוד הדיון בפרקים הקודמים של המאמר אני מציע אפוא לבחון פתרון שלישי – הגרלה לבחירת הפורום. על פי מודל זה, ההליך מוגש ליחידה מנהלתית במערכת בתי המשפט, המנתבת אותו אקראית לאחד מבתי המשפט המוסמכים לדון בו.⁹¹ מנגנון הניתוב יכול להתבסס על אקראיות שוויונית, כלומר: כזו שתבטיח סיכוי שווה להגיע לכל אחד מבתי המשפט הרלוונטיים; הוא יכול גם לכלול הגרלה מוטה, הקובעת הסתברויות שונות להגיע לבית משפט אחד ולא לאחר. ההצדקות לחלופות תיגורנה מהתכליות המהותיות שנבקש להשיג בניתוב התיקים. החשוב הוא שהדיון התכליתי הזה מתאפשר רק כאשר אנו משתחררים מהנחת השליטה של יוזם ההליך בבחירה הראשונית.

מנגנון ניתוב אקראי יזין את הליך בחירת הפורום ביתרונות הטיפוסיים של אקראיות הליכית: הוא יקדם את היעילות המצרפית כי שלב הניתוב יקוצר ויפושט, ויחסכו גם העלויות הבזבזניות של תכנון אסטרטגי לצורך הגעה לפורום אחד ולא אחר; והוא גם יקיים הוגנות אקס אנטה בין בעלי דין באמצעות השוואת סיכוייהם לקבל כל אחת מהחלופות (במונחים שפוחחו לעיל אפשר לחשוב על גישה לפורום עדיף כעל משאב שאינו ניתן לפיצול, ולכן הוגן לקבוע בהגרלה את הקצאתו: ברגע הראשית של ההליך, המערכת אמורה להיות חפה מהטיות לטובת מי מבעלי הדין). אך מעבר להצדקות המוכרות הללו אפשר למנות שלושה אינטרסים חברתיים נוספים שעשויים ליהנות מאימוץ האקראיות כמנגנון לבחירת הפורום: הגברת השוויון בין בעלי דין (תכלית חלוקתית), הנצחת הריבוי של חלופות נורמטיביות בנוף המוסדי (תכלית פלורליסטית); והוספת מידע בתהליך שיפור השפיטה (תכלית אפיסטמית). ארחיב על כל אחת מתכליות אלה. בחלק העוקב אתייחס בקצרה לכמה טיעוני נגד חשובים, העשויים להתעורר בתגובה לרעיונות שיוצגו כעת.

(ב) צדק חלוקתי

כפי שהוסבר לעיל, יצירת הזדמנות להתנהגות אסטרטגית מצד יוזם ההליך בשלב הבחירה בפורום השיפוטי מקנה יתרון לבעלי דין מתוחכמים. לבעלי דין כאלה יש אמצעים להעריך

91 אני מניח כאן שאפשר לקבוע בפשטות יחסית אלו הם בתי המשפט שמחזיקים סמכות מקבילה על העניין, כלומר: בין אלו פורומים תיערך ההגרלה. הנחה זו אינה תמיד נכונה, ובפועל תיתכנה מחלוקות לגבי עצם קיומה של סמכות מקבילה. לשם כך יידרש מנגנון מקדמי של יישוב סכסוכים, ועלויותיו בצדו. נתון זה אמנם משפיע על יעילות ההסדר המוצע, אך אין בו כדי להשפיע על היתרונות האחרים של הניתוב האקראי, כפי שיידונו בהמשך.

במדויק, יחסית, את סיכוייהם בכל אחד מהפורומים הרלוונטיים (למשל, אם הם שחקנים חוזרים שמכירים היטב את רכיבי המערכת המשפטית או אם עומד לרשותם עורך-דין מנוסה). באמצעות מידע זה, יוזם מתוכם יכול למקם את ההליך בערכאה שלהערכתו תיתן לו את התוצאה המיטבית. אמנם, בהינתן קיומה של סמכות מקבילה ההנחה היא שמערכת המשפט עצמה אדישה לערכאה שבה יידון העניין, אך מנקודת מבט חלוקתית אין הצדקה להעניק יתרון דווקא ליוזם ההליך על פני הצד שכנגד.

נוסף על כך, באופן טיפוסי, בעלי דין מתווכמים יכולים להיערך טוב יותר לאפשרויות ההתדיינות ולכן גם לפעול מהר יותר ולהקדים לפנות לערכאה כטעמם, טרם פעולתו של בעל הדין שכנגד. ככל שהפער החלוקתי בין הצדדים גדול יותר, גם קטן הסיכוי למהלך תגובתי של בעל הדין שכנגד (למשל: העלאת טענה שהפורום לא נאות, או הגשת בקשה להעברה של מקום הדיון) לאחר שההליך כבר החל. לבסוף, בעלי דין שהם שחקנים חוזרים בהליך המשפטי – בדרך כלל תאגידים גדולים ורשויות ציבוריות – עשויים לנצל את אפשרות הבחירה בפורום כדי להשיג הישגים לאורך התדיינות רבות (למשל, על ידי הפניה אסטרטגית של תיקים בעלי משמעות מיוחדת לבית משפט אחד ולא לאחר כדי לבסס הלכה או דווקא כדי למנוע את ביסוסה, או באמצעות פיתוח מערכות יחסים עם הגורמים הפעילים בבית משפט נתון).

אפשר לחשוב על שני סוגים של מצבים שבהם הפוטנציאל למניפולציה אסטרטגית של בחירת הפורום מעורר קושי חלוקתי. סוג אחד עניינו סכסוכים שבהם יוזם ההליך הוא באופן טיפוסי בעל אמצעים אסטרטגיים רבים מאלה של בעל הדין שכנגד. האישום הפלילי הוא דוגמה מובהקת לכך; דוגמאות נוספות הן הליך לגביית חוב שיוזמים רשות מקומית או תאגיד עסקי גדול או הליך להוצאת צו לאשפוז כפוי.⁹² גם תובענה ייצוגית של קבוצה מאורגנת ומיוצגת היטב נגד נתבע לא גדול עשויה להלוך את הסוג הזה. בהליכים כאלה הבחירה במקום ההתדיינות (ולעתים אף בסוג הערכאה, למשל בעברות בטחון או בתביעה בעניינים כלכליים) עשויה להשפיע על אופי ההליך ועל תוצאתו, בתיק יחיד או לאורך שורה של התדיינות. סוג אחר עוסק במקרים שבהם אופי העניין והערכאות המעורבות, להבדיל ממאפייני הצדדים, מעורר חשש מובנה לפער חלוקתי בתוצאת ההליך. כאלה הם, למשל, סכסוכי ממון ומשמורת בין בני זוג מתגרשים, הכוללים יסוד מגדרי מובהק המשולב במשפטנו עם רכיב דתי-אורתודוקסי: המשחק האסטרטגי המוכר, שבו כל הקורם (להגיש תביעה לערכאה הרצויה לו או לה – בית משפט לענייני משפחה או בית דין דתי) זוכה, משקף לא אחת את ההנחה שהפורום הדתי והפורום האזרחי בעניינים אלה מתפצלים לאורך צירים מגדריים.⁹³ גם סכסוכים בנושאי תכנון ובנייה ביהודה ושומרון או במזרח ירושלים מעוררים מתחים חלוקתיים מובנים במישור הלאומי, וככאלה מושפעים לעתים מהערכאה שבה הם נדונים – בג"ץ, בית משפט השלום, בית המשפט לעניינים מנהליים, בית משפט

92 ראו יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מַעְבַּר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 489, 522-525, 544-547 (2009).

93 ראו אריאל רוזן-צבי "הלכת ה'כריכה' ו'מירוץ הסמכויות' והשפעתם על המשפחה ודיני המשפחה" עיוני משפט יד 67, 69-72 (1989).

לעניינים מקומיים או ערכאות התכנון הצבאיות.⁹⁴ במקרים מהסוג השני, יוזם ההליך אינו נהנה בהכרח מיתרון במשאבים או בתחכום (גבר לעומת אשה, למשל), אך יכולתו למהר לפעול כדי לשריין פורום ראשוני כטעמו חושף את האתגר החלוקתי הטמון בכל הסדר של סמכות מקבילה.

במצבים הנכללים בשתי הקטגוריות הללו – כלומר: בנסיבות שבהן הזמינות האסטרטגית של בוחר הפורום מעוררת קשיים חלוקתיים ניכרים – נדרשת חלופה דיונית שתשלול מיוזם ההליך את אפשרות הבחירה הראשונית ותקשה עליו לתכנן מראש את מהלכיו, כך שתושג נקודת מוצא שוויונית יותר בין בעלי הדין בפתיחת ההליך – לפחות בכל הנוגע לפורום שבו יידון ההליך.⁹⁵ כלל הניתוב האקראי – הגרלה שוויונית אד-הוק ברגע פתיחת ההליך שתקבע איזו ערכאה תדון בתיק – מספק את התנאים הללו. הוא חוסך מבעלי הדין את עלויות ההתנהגות האסטרטגית, ומאפשר להם להיערך מראש, לכל היותר, להסתברות שווה של הגעה לכל אחת מהערכאות הרלוונטיות (כלומר מייקר את ההתכוננות ולכן "מוציא" עוד שחקנים משוק ההתנהלות האסטרטגית). בה בעת, כלל כזה מנטרל גם את יכולתה של המערכת עצמה (כלומר של פקידים מתוכה) להעדיף פורום אחד על משנהו וברוך זו להשפיע על תוצאת ההליך, ומטעם זה הוא עדיף מפתרון המבוסס על שיקול דעת מנהלי לבעיה החלוקתית. כלל הניתוב האקראי הוא אפוא שוויוני אקס אנטה הן בין בעלי הדין בכל תיק נתון והן בין בעלי דין בהליכים שונים (שכן לכל הליך סיכויים זהים להגיע לכל אחת מהערכאות המוסמכות לדון בו), והוא ניטרלי במובן זה שהוא אינו מאפשר העדפה של פורום אחד מאחר.

הואיל וההצדקה החלוקתית מיעדת את כלל הניתוב האקראי רק לסוגים מסוימים של מקרים, מתעוררת שאלת הסיוג: כיצד נקבע – וחשוב יותר: מי יקבע – שתיק מסוים שייך לקבוצת ההליכים המעוררים קושי חלוקתי ולכן יופנה להגרלה? בהקשרים מסוימים המענה פשוט, שכן מדובר בקבוצות תיקים בעלות גבולות ברורים יחסית כמו אישומים ביטחוניים או תביעות רכוש בגירושין. בהקשרים אחרים סדרי הדין יכולים לאפיין קטגוריות שיהלמו בקירוב (proxy) את הקבוצות המוקשות מבחינה חלוקתית. כך, למשל, סדר הדין המקוצר משמש באופן טיפוסי לתביעות של תאגידים ורשויות שלטוניות (שבידיהם רשומות מוסדות מפותחות) נגד צרכנים ותושבים, או לתביעות של בעלי מקרקעין נגד שוכרים ומחזיקים.⁹⁶ על כן, אפשר לקבוע שתביעות המוגשות בהליך זה תהיינה כפופות להגרלה לקביעת מקום השיפוט. אמנם, התובע יוכל עדיין לבחור להגיש את התביעה בסדר דין רגיל וכך להיחלף

94 ראו, למשל, עת"מ (מקומיים, מעלה אדומים) 19/05 כהן נ' המועצה המקומית מודיעין עילית דינים עניינים מקומיים 45, 1158 (2005).

95 Yuval Feldman & Shahar Lifshitz, *Behind the Veil of Legal Uncertainty*, 74 L. CONTEMP. PROBS. 133 (2011) & (הצעה להגברת העמימות באשר לתוצאות המשפטיות של התנהגויות מסוימות כאמצעי לנטרול פעולתם של מניעים פסולים).

96 ראו תק' 202 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. כן ראו תק' 109(ב)-(ב) (ד) לתקנות ההוצאה לפועל, התש"ם-1979, המבטאת כמדומה הכרה בפערים החלוקתיים המאפיינים תביעות טיפוסיות בסדר דין מקוצר, ומתירה לנתבע – באופן חריג – להיות זה שבוחר את הלשכה שבה תידון בקשה לביצוע תביעה לסכום קצוב מכוח ס' 1א81 לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967.

מההגרלה, אך הוא יעשה זאת במחיר של אברן היתרונות הדינוניים הניכרים שסדר הדין המקוצר מקנה לו. התשובות הללו אינן שלמות, אך יש בהן כדי להראות שעומדים לרשותנו מנגנוני סיווג דוקטרינריים ודינוניים שאפשר לנצל (ואולי נדרש לפתח) כדי למצות את הפוטנציאל של מנגנון הניתוב האקראי.

כפי שצוין קודם לכן, ההצדקה החלוקתית לניתוב אקראי במצב של סמכות מקבילה מניחה אדישות מוסרית בבחירה בין הפורומים המתחרים. זו אינה גישה הכרחית, והיא אף אינה מתבקשת מאליה. נקודות מבט אידאולוגיות שונות עשויות להעדיף שתיקים מסוימים יגיעו לבית משפט זה ולא אחר אף על פי שדיני הסמכות הפורמליים מתירים גישה לשניהם. כך, בהליכי גירושין ניתן לשער הטיה אידאולוגית חילונית (ואולי גם פמיניסטית, ואיגליטריאנית) לטובת בית המשפט לענייני משפחה, והטיה קלריקלית (ואולי גם שמרנית, ויהודית) לטובת בתי הדין הרתיים. מודל הניתוב האקראי, המניח הגרלה שוויונית, מבטא לעומת זאת עמדה של כבוד כלפי הנתון של ריבוי מוסדי במערכת השפיטה. בין שמדובר בנתון מכוון ומעוצב ובין שמדובר בתוצאה של תהליכים לא נשלטים או של פשרות קצרות-רואי,⁹⁷ המודל האקראי מציע בחינה סינכרונית של מערכת המשפט. הוא מבקש להתחשב בתנאים המוסדיים הקיימים ולתת להם את מלוא תוקפם. אם, בדוגמה זו, שיטת המשפט שלנו מצאה לנכון לקיים שני פורומים מקבילים להכרעה בסכסוכים הנוגעים לגירושין, אז ראוי לה מנגנון ניתוב שימצה את השימוש בשני הפורומים הללו, וזאת בלי להעניק יתרון לצדדים מהירים או מתוחכמים. כאמור, זו גישה שיש בה כיבוד של מצב עניינים נורמטיבי, המבטאת גם הכרה פרגמטית במגבלות ההיתכנות של שינוי מוסדי.⁹⁸ אם הסדר הסמכות המקבילה הוא תופעה שרירה, מוטב שנכוון את מאמצינו לשיפורו מתוכו, ובתוך כך לחידוד עלויותיו ותועלותיו. אחת הדרכים להביא אנשים להכיר את ההשלכות של העיצוב המוסדי של מערכת המשפט, על הישגיו ועוולותיו, היא לגרום להם להתדיין גם בפורומים שאליהם לא היו מגיעים מיזמתם. עם זאת, בדיון העוקב בנושא פלורליזם אבקש לטעון שיש גם טעמים ענייניים – מעבר למימוש של מצב עניינים נתון – להשוואה שרירותית של הגישה לשני פורומים מקבילים.⁹⁹

בשולי הדברים, אפשר להשתמש בניתוב האקראי גם כאמצעי להשגת כעין "העדפה מתקנת" במישור החלוקתי, וזאת כאמצעות יצירת הגרלה מוטה לטובת פורום אחד או אחר או באמצעות שילוב מתוחכם יותר של מנגנון ההגרלה בהליך הניתוב. כך, למשל, אילו העדפנו שרוב האישומים הביטחוניים נגד תושבי יהודה ושומרון יידונו מעתה בבתי משפט אזרחיים, אך זאת בלי להשבית לגמרי את מערכת השפיטה הצבאית (אולי כדי לשמר את האפקטיביות שלה ליום פקודה), אפשר להגדיר הגרלה שבה לכל תיק סיכוי של 80% (לצורך הדוגמה) להגיע לבית משפט אזרחי ו-20% לבית משפט צבאי. במצב כזה כל תיק עשוי להגיע

97 ראו BAUM, לעיל ה"ש 75, בעמ' 5 (אפיון – אמנם בהקשר האמריקני, אך באופן משכנע גם למקומיתנו – של המקורות לתופעת ההתמחות של בתי משפט כ "inadvertence rather than design").

98 ראו Oona A. Hathaway, *Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System*, 86 IOWA L. REV. 601, 606-22 (2001) (על תלות-מסלול כמאפיין של מוסדות משפטיים).

99 ראו חלק ג(3) להלן.

לאחד משני הפורומים באותה חלוקה הסתברותית, ובמובן זה נשמר שוויון אקס אנטה בין הנאשמים – ובד בבד נשלל כוחן של רשויות התביעה לבחור את הפורום הרצוי להן, ונכפית עליהן העדפה שיטתית של שפיטה אזרחית. בהמשך, בבחינת ההצדקה האפיסטמית, אבקש להראות שעשויות להיות גם הצדקות לא-חלוקתיות לאימוץ של הגרלות מוטות מסוג זה.¹⁰⁰ בהקשר של סכסוכי הגירושין, ככל שנרצה למשל להעצים את כוחה של האשה בבחירת הפורום, אפשר לשלב את ההגרלה רק בהליכים שיוזמים גברים. באופן זה נשים תתוגמלנה על מהירותן, כפי שנעשה כיום, ואילו מגברים יישלל פוטנציאל היתרון הזה – בלי שהוטו יעבור לאשה. אלה אפשרויות סבוכות שמעוררת קשיים רבים, ללא ספק, אך החשוב הוא שאפשר להתחיל את הדיון בהן רק מרגע שאנו זונחים את הנחת הבחירה הראשונית בידי יוזם ההליך ובוחרים תחתיה מנגנונים שאינם תלויים בפועלות הצדדים.

(ג) פלורליזם

נטרול הרכיב האסטרטגי בבחירת הפורום והחלפתו במנגנון ניתוב אקראי משמעם ויתור על מנגנון שוקי של תחרות בין פורומים, ועמו על תהליכי התמקצעות ו"ברירה טבעית" שמקדמים לאורך זמן פורום אחד על פני משנהו. הגרלה בשלב בחירת הפורום לא תאפשר לבעלי דין לכונן את תיקיהם לערכאה היעילה או ההולמת ביותר את העניין, אפילו בראייה אובייקטיבית. המשמעות היא עלות מסוימת מבחינת היעילות המצרפית של מערכת המשפט, שהרי חלק מהתיקים ינותבו בהכרח לפורום פחות מתאים עבורם וחלק מהפורומים שעדיף היה שיתרוקנו (מסיבות אלו או אחרות) ימשיכו לקבל תיקים ולהיות חלק פעיל ממערכת השפיטה.

בצד עלות זו נמצאת גם תועלת לקידומו של האידאל הפוליטי של פלורליזם ערכי (value pluralism) בשפיטה. בקהילה פוליטית מרוברת ומגוונת מבחינה תרבותית, דתית, לאומית, ומעמדית כמו בישראל – ולמעשה כמו בכל הדמוקרטיות המודרניות – התאוריה הליברלית הנוהגת כוללת כיום גם תביעה ליחס שוויוני ומכבד לכל מערכות הערכים המתחרות, ולפחות לסבירות שבהן.¹⁰¹ תפיסה פלורליסטית כזו דורשת, לכל הפחות, מתן מקום לתפיסות תרבותיות מתחרות בעיצוב המרחב הציבורי, בהקצאת משאבים ובתהליכים הציבוריים של קבלת החלטות. בראייה שאפתנית יותר, חברה פלורליסטית גם ממסדת אמצעים לתקשורת, לשיח וללמידה בין הקבוצות המרכיבות אותה מתוך מטרה להעשיר את המשאבים התרבותיים של הקהילה הפוליטית בכללותה, וליצור תנאים ליציאה מהקבוצות ולכניסה אליהן.

מערכת משפט מבוזרת יכולה להועיל בקידום האידאלים הפלורליסטיים הללו. בגלל שבתי משפט הם מוסדות מרכזיים לפיתוח ערכים ציבוריים ולהנחלתם, הטרוגניות מוסדית בעיצובם יכולה לשקף (כעניין סמלי-חינוכי) את הגיוון התרבותי והגאוגרפי המאפיין את

100 ראו חלק ג(3)(ד) להלן.

101 ראו, למשל, John Rawls, *Justice as Fairness: A Restatement* 32-38 (2001); Martha Minow & Joseph William Singer, *In Favor of Foxes: Pluralism as Fact and Aid to the Pursuit of Justice*, 90 B.U. L. Rev. 903 (2010).

הקהילה הפוליטית, לתת ביטוי נורמטיבי אפקטיבי (באמצעות כוח האכיפה של המדינה) לתפיסות ולתביעות של הקבוצות הפועלות בה, וליצור בסיס לתקשורת ולהפריה הדדית בין הקבוצות באמצעות שיח שיפוטי השוואתי על סוגיות נורמטיביות משותפות (כמו פירוש של נורמות חוקתיות, של עקרונות מהמשפט הפרטי והציבורי או של הליכים נפוצים בסדרי הדין). בגלל שהמאפיינים המוסדיים הייחודיים של כל אחת מהערכאות מובילים לשונות גם במישור התוצאתי, ובגלל שרוב ההחלטות השיפוטיות אינן נתונות בדרך כלל לריכוז ולהמוגניזציה באמצעות ביקורת ערעורית, הריבוי של יחידות השיפוט מנציח אופי מגוון לשיטת המשפט ומכונן שדה ייחודי של כוח מדינתי שבו הפלורליזם הערכי של הקהילה הפוליטית מקבל הכרה, ביטוי וקיום.¹⁰² מובן שזהו גיוון מוגבל: הפורומים השונים מיישמים מערכת דינים אחת (או לפחות ניוונים ממקור חוקתי משותף) ורק עושים זאת בווריאציות מוסדיות שונות זו מזו. בכך מובטח שהפלורליזם לא נהפך לפירוד נורמטיבי מוחלט של הקהילה הפוליטית, ונשמרת מסגרת משותפת של כוח ושל שיח המעוגנת במשטר החוקתי המרכזי.

מנגנון ניתוב אקראי של תיקים לבתי משפט שונים בעלי סמכות מקבילה מבטיח שהפלורליזם התוצאתי של שיטת המשפט יישמר, אף אם בעלי דין מסוימים אינם מעוניינים בו. בתחרות בין שני פורומים שתוחל עליה הגרלה שוויונית יובטח לאורך זמן ש-50% מהתיקים יגיעו לכל אחד מבתי המשפט, וכך תיהנה הקהילה הפוליטית מתשומות שוות של כל אחת מהחלופות המוסדיות (דתית וחילונית, צבאית ואזרחית, ירושלמית ותל-אביבית). במנגנון כזה יש ויתור על אוטונומיה אישית של יוזם ההליך,¹⁰³ כמו גם על אוטונומיה קהילתית מתבדלת, בתמורה לקידום אידיאל מוסדי תוצאתי של רב-גוניות נורמטיבית ושל תקשורת קבועה בין חברים בקהילות שונות של דעת ותרבות. חשוב להבחין שהמודל הפלורליסטי המתואר כאן אינו שותף לזרם הקהילתני בחשיבה הרב-תרבותית, התובע מהמדינה להקצות מכוחה כדי לאפשר לקבוצות לקיים מסגרות נורמטיביות נפרדות ומדירות. מדובר במודל השואף לאינטראקציה קבועה בין הקבוצות, ובמובן זה תובע מהן להגמיש את חסמי הכניסה והיציאה של הפורומים השיפוטיים שלהן, כל עוד אלה נהנים מגיבוי כוחה של המדינה. "הנדסה חברתית" מסוג זה אינה חריגה מאד. שילוב של רכיבים שרירותיים – על כל פנים, כאלה שאינם מתחשבים דווקא ברצונו של נמען הכלל – בהליכי ההשמה של תלמידים בבתי ספר,¹⁰⁴ של סטודנטים באוניברסיטאות¹⁰⁵

102 Ori Aronson, *Out of Many: Military Commissions, Religious Tribunals, and the Democratic Virtues of Court Specialization*, 51 VA. J. INT'L L. 231, 266-67 (2011)

103 במצבים של הסכמה ממשית בין בעלי הדין על הפורום הרצוי, מדובר בסיכול רצונותיהם של כל המעורבים. אתיחס לקושי זה בפרק הבא; ראו חלק (ג) (4) (ד) להלן.

104 ראו, למשל, בג"ץ 518/80 דיקמן נ' עיריית אשדוד, פ"ד לה(2) 203 (1980) (אישור מדיניות של אינטגרציה קבוצתית בחינוך בהיותה "משימה לאומית ממדרגה ראשונה" (שם, בעמ' 208)); *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1*, 551 U.S. 701 (2007) (הטלת מגבלות על פרקטיקה בת שנות-דור לשילוב כפוי של תלמידים שחורים ולבנים בבתי ספר ציבוריים בארצות-הברית).

105 ראו, למשל, *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003) (היתר להכללת שיקולים של גיוון גזעי בקבלה לבית ספר למשפטים, אף שהגרלה נשללה שם כמנגנון שרירותי "מדי").

או של חיילים ביחידות צבאיות,¹⁰⁶ כמו גם בחסמי הכניסה לעסקים המשרתים את הציבור,¹⁰⁷ הוא אמצעי מוכר לקידום אינטגרציה חברתית, גיוון (diversity) מעמדי וסולידריות ציבורית. מובן, כי תנאי הכרחי ללגיטימציה של ניתוב אקראי מטעמים פלורליסטיים הוא שכל הפורומים הרלוונטיים יעמדו בדרישות סף של הגינות דיונית. ההצדקה לכפות על בעלי דין להידון בפני ערכאה שלא בחרו בה (בהינתן חלופה טובה יותר מבחינתם) חייבת להניח שכל החלופות הן נסבלות מבחינה מוסרית. רמת ה"נסבלות" היא כמובן נגזרת של האידאל המשפטי הנוהג בחברה נתונה ובזמן נתון, וככזו אי-אפשר לקובעה מראש. דומה שקהילה ליברלית סבירה תתבע מכל פורום לקיים לכל הפחות את כללי הצדק הטבעי בהליך, ולוודא שכל בעל דין מקבל בהליך יחס שוויוני ומכבד, אף אם הוא אינו מזדהה עם המחויבויות הנורמטיביות או עם ההתניות התרבותיות המאפיינות את הפורום שאליו נשלח. לכאורה זו לא אמורה להיות משוכה גבוהה מדי, שהרי כל החלופות המוסדיות הן מלכתחילה יצירות של המדינה הדמוקרטית; אך כידוע התמונה מסתבכת כשמביאים בחשבון ערכאות דתיות או צבאיות, שהלגיטימיות הדמוקרטית המקורית שלהן מעוררת תהיות. עם זאת, ככל שגם ערכאות אלה כפופות לביקורת אפקטיבית על הגינות הליכה,¹⁰⁸ הרי שבראייה סינכרונית הן מהוות מקור לגיטימי להעצמת הפלורליזם הנורמטיבי של השפיטה, וככזה – ניתוב אקראי אליהן יהיה ראוי גם כן.

(ד) ידע

הטרוגניות מוסדית אינה רק מימוש של התכלית הפלורליסטית המבוססת על כיבוד של תפיסות טוב מקבילות. היא יכולה גם לשמש אמצעי למטרה אחרת – להעשרה של השיח הפוליטי ושל תהליכי התכנון המוסדי בידע חדש. לרעיון זה כמה היבטים. במישור אחד, שיש לו זיקה ישירה להקשר הפלורליסטי, אפשר להתייחס למחלוקות תרבותיות עמוקות כעניינים שטרם עלה בידינו לחשוף את התשובה הנכונה לגביהם. כך, למשל, התהייה באשר לדרך הנכונה ביותר לקידום הציונות בישראל: האם באמצעות שימור כפוי של רכיבים מוסדיים דתיים בשפיטה בענייני משפחה (ולו עבור הקהילה היהודית בישראל), או דווקא דרך חילון השפיטה בענייני משפחה בשאיפה ל"הפרדת הדת מהמדינה"? קבוצות שונות באוכלוסייה מחזיקות בכנות בדעות שונות בשאלה זו. אפשר שלעולם לא נוכל לתת לה מענה מספק, אך אפשר גם שנדרש לנו זמן נוסף – דור או דורות – כדי להפנים את המשמעות של כל אחת מהחלופות לקיום יהודי בישראל. אפשר גם שבעתיד יקרה דבר מה – יופיע נתון חדש,

106 ראו MORRIS J. MACGREGOR, JR., INTEGRATION OF THE ARMED FORCES 1940-1965 (1985) [Available at http://tinyurl.com/64xnh05](http://tinyurl.com/64xnh05) (הידרשות הצבא האמריקני בתחילת שנות האינטגרציה הגזעית למסכות שיבטיחו שיתוף של חיילים שחורים ביחידות "לבנות").

107 ראו חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

108 ראו בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491 (1994) (החלת כללי הצדק הטבעי על סדרי הדין בבתי הדין הרבניים); בג"ץ 87/85 ארג'וב נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב(1) 353 (1988) (ביקורת על היעדרה של זכות רעורר בבתי המשפט הצבאיים).

יתגבש קריטריון חיצוני, או תפותח תאוריה מקורית – שיאפשר לנטרל את המחלוקת באופן שאיננו ערים לו כיום. אם זה המצב, יש הצדקה לשימור חי של שתי החלופות הרלוונטיות, למצער זו בצד זו, כדי שנוכל להמשיך ולהתנסות בהן, ללמוד מהן, ולאפשר לאיזו מהן לגבור בכוא היום. הליך הניתוב האקראי מבטיח שבעלי דין אסטרטגיים לא יוכלו לחתור תחת המטרה החברתית של שימור החלופות, המשקפות מחלוקת אמיתית ולא פתורה בקרב הקהילה הפוליטית.

במישור מעט מעשי יותר, הטרוגניות של חלופות היא אמצעי רגיל בכל ניסוי המבקש לבחון את התועלת של פיתוח חדש כלשהו. לעתים מוקמות יחידות שיפוט חדשות שמטרתן לשפר את התפקוד של מערכת השפיטה; מהלכי התמחות בשפיטה הם מצבים טיפוסיים מסוג זה. בישראל, לדוגמה, זכורים בעשורים האחרונים המהלכים לייסוד בית הדין לעבודה, בית המשפט לענייני משפחה ובית המשפט לעניינים מנהליים. כל המהלכים הללו התבססו על השערות של מומחים ושל פקידי מנהל וחברי הכנסת שקידמו אותם באשר לתוצאות הצפויות מהם. אך באופן טיפוסי, כאשר הן נכנסו לפעולה, נקבעו ליחידות השיפוט הללו סמכויות ייחודיות שהפנו אליהן את כל התיקים הנוגעים לעניין.¹⁰⁹ תחת זאת אפשר לשער מודל שהיה קובע – ולו לתקופת ניסיון – הסדר של סמכות מקבילה לערכאה החדשה ולו הישנה, תוך ניתוב אקראי של תיקים לשתי הערכאות. בדרך זו אפשר היה לבחון את תועלתן היחסית של שתי החלופות זו מול זו.

מודל זה אינו מקורי במיוחד: הוא מופיע כדבר שבשגרה במחקרים מדעיים מדיסציפלינות שונות, המפצלים אוכלוסייה נבדקת לקבוצת ניסוי ולקבוצת ביקורת שמולה נבדקות תוצאות הניסוי. לאחרונה הוצע להרחיב את המודל גם לתחום של מדיניות משפטית, כך שאימוץ מדיניות רגולטורית חדשה על ידי רשות מחוקקת או מנהלית יכלול שלב מקדמי שבו תיבחן האפקטיביות של המדיניות המוצעת אל מול חלופה אחרת (הסטטוס קוו או רפורמה מסוג שונה), כאשר קבוצות הניסוי והביקורת יוקצו באופן אקראי מתוך האוכלוסייה הרלוונטית.¹¹⁰ רכיב האקראיות כאן חיוני: מטרתו לצמצם את האפשרות שעורך הניסוי יטה את ההרכב של קבוצות הניסוי והביקורת (במודע או שלא במודע), ובעיקר את האפשרות שהנבדקים עצמם יטו את תוצאות הניסוי באמצעות מיצובם בקבוצה כזו או אחרת מטעמים שאינם משקפים את התנהגותם אלמלא עמדו לפניהם חלופות. השאיפה המרכזית של עורך הניסוי היא לבחון את התנהגות החלופות העומדות לבדיקה במצבים דומים; ובענייננו – את האופן שבו יחידות שיפוט שונות מתייחסות לתיקים בעלי מאפיינים רלוונטיים דומים. הדבר מחייב ניתוב של בעלי דין דומים, שברגיל היו בוחרים כפורום זהה, דווקא לפורומים שונים. ההליך האקראי הוא האמצעי המקובל לעשות זאת.

אמת, ניסוי השוואתי של פורומים מתחרים עם הקצאה אקראית של מתדיינים אינו ניסוי "בתנאי מעבדה". הוא אינו ניסוי מעבדה כלל – זהו ניסוי חברתי בחיים האמיתיים, וכל המשתתפים בו מושפעים ממנו באופן ממשי וישיר, ואף אינם בוחרים להשתתף בו (לפחות

109 ראו ס' 24-25 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969; ס' 3 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995; וכן צו בתי המשפט (הקמת בית משפט מחוזי מרכז), התשס"ז-2007.

110 Michael Abramowicz, Ian Ayres & Yair Listokin, *Randomizing Law*, 159 U. Pa. L. Rev. 929 (2011).

לא במובן הרגיל של הסכמה מדעת, להבדיל אולי מההקשר הדמוקרטי, המיוסד על הסכמה משוערת כבסיס להפעלת כוח המדינה). בדומה לתנאי הלגיטימיות של רעיון הפלורליזם, המשמעות היא שכל החלופות נדרשות לעמוד בתנאי מינימום נסבלים של הגינות דינאית כדי להצדיק את התועלת הניסויית שבהן. נוסף על כך, קבוצות ההשוואה אינן עיוורות זו לזו והתנהגויותיהן מושפעות זו מזו.¹¹¹ כך אפשר להסביר את מתח הסמכויות ביחס שבין בתי המשפט האזרחיים לבתי הדין הרתיים,¹¹² ואפשר לשער שהמדיניות השיפוטית של הערכאות הללו מושפעת בין היתר מקיומה של תחרות מוסדית בדמות הפורום המקביל. עדיין, בהינתן תנאי מינימום אחידים של הגינות דינאית, טיפול מקביל לאורך זמן בתיקים דומים בפורומים שונים יכול ללמדנו רבות – הן על תפקוד הפורומים עצמם והן על דרכים שונות להתייחס לבעיות דומות. על כן מקובל להתייחס למערכת משפט מבוזרת כ"מעבדה" שבאמצעותה שיטת המשפט בוחנת חלופות מוסדיות ודוקטרינריות, משווה ביניהן, ומגרה את הדמיון שלה באשר לאפשרויות נורמטיביות חדשות. זו אחת ההצדקות המסורתיות – שיש בה מן האמת ומן הרומנטיקה – לשיטה הפדרטיבית הנהוגה בארצות הברית, שבה המדינות מתנסות בהסדרים משפטיים שונים ולומדות מן הניסיון המצטבר של מדינות אחרות.¹¹³ נקודתית, גם ריבוי הנסיבות שבהן השיטה הפדרטיבית יוצרת סמכויות שיפוט חופפות ומאפשרת גישה מקבילה ליותר מפורום אחד הוסבר באמצעות שאיפתה של המערכת לקדם חדשנות ושיח ביקורתי.¹¹⁴ במובנים רבים, דיני הסמכות המקומית בישראל משקפים פוטנציאל דומה, גם אם בקנה-מידה זעיר בהרבה – הן מבחינה כמותית (מספר האזורים וגודלם) והן מבחינת איכותית (הפערים באופי השיפוט בין האזורים). אלא שהסמכות על פעולותיהם היזומות של בעלי הדין כדי להשיג את האפקט הניסויי מעוררת קשיים. התמריצים של בעלי הדין אינם חופפים בדרך כלל את השאיפה הציבורית להוסיף ידע ולעודד חדשנות ונסיינות. כשחקנים אסטרטגיים, הם יפנו לערכאות הרצויות להם. לאורך זמן, שוק חופשי של פורומים עשוי אפוא להוביל להתכנסות של בעלי דין אסטרטגיים לפורום מסוים ולזניחת חלופות אחרות, אף שייתכן שמבחינה ציבורית יהיה בכך הפסד של מקור חשוב לחדשנות, לידע ולביקורת (וזאת בצד הקשיים החלוקתיים שמעוררת

111 שם, בעמ' 948-951.

112 ראו רות הלפרין-קדרי "דיני משפחה אזרחיים נוסח ישראל – לקראת השלמה" מחקרי משפט יז 105, 108-113 (2002) (תיאור המצב המשפטי בישראל תחת הכותרת "דיני משפחה כדיני מלחמה"); שלמה דיכובסקי "בתי הדין הרבניים ובתי המשפט האזרחיים: הרהורים על תחומי החיכוך שביניהם בענייני משפחה" מאזני משפט ד 261 (תשס"ה).

113 האמירה המפורסמת ביותר ברוח זו הופיעה בדעת מיעוט של השופט העליון האמריקני לואיס ברנדייס; ראו ("It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country"). לדיון ערכני בטיעון זה ולהערכת הביקורות עליו,

ראו Barry Friedman, *Valuing Federalism*, 82 MINN. L. REV. 317, 397-400 (1997).

114 זה טיעונו הידוע של קאבר, ששימש אותו גם לחתירה תחת ההנחות המערכתיות של הניתוח הכלכלי של המשפט: Robert Cover, *The Uses of Jurisdictional Redundancy: Interest, Ideology, and Innovation*, 22 WM. & MARY L. REV. 639 (1981).

תופעת ה"פורום שופינג", כפי שנדון לעיל). יש, למשל, שרואים בריכוז של רוב השפיטה בענייני הממשל התאגידי בארצות-הברית במדינת דלוור הקטנה תהליך מוכן מבחינת האסטרטגיה הרציונלית של התאגידים האמריקניים, אך כזה שצמצם יתר על המידה את החלופות הנורמטיביות הזמינות לשוק העסקי האמריקני.¹¹⁵

המקבילה הישראלית לבית המשפט של Chancery בדלוור – המחלקה הכלכלית החדשה – מוקמה באופן ראשוני בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בלבד, וסמכותה המקומית הוגבלה לתחומי הסמכות של אזור שיפוט תל-אביב (למעט בעניינים כלכליים-מנהליים).¹¹⁶ המשמעות היא שעניינים כלכליים יכולים עדיין להידון בבתי משפט רגילים במחוזות השיפוט האחרים, ובמובן זה נשמרה הטרוגניות בעלת ערך אפיסטמי. אולם דיני הסמכות המקומית במשפט הישראלי מציבים רף נמוך ביותר, שמאפשר בפועל למתכננים לבחור לעצמם מראש, במידה רבה של ודאות, את האזור שבו יידונו הליכיהם.¹¹⁷ ככל שתאגידים ירצו ליהנות משירותיה של המחלקה המומחית, אפשר להניח שבפועל הם יכוונו את ענייניהם כך שהיא תהפך לפורום המרכזי שבו נדונים עניינים כלכליים, והפוטנציאל ההשוואתי לשפיטה כלכלית באזורים אחרים – יוחמץ. כלל הקצאה אקראי יכול לתת מענה לחשש זה באמצעות ניתוב כפוי של חלק מהתיקים דווקא לערכאות הלא מומחיות, ולו לתקופת ניסיון שבה תיבחן תועלתה הממשית של המחלקה החדשה. אגב: גם בהקשר זה אפשר להשתמש במודל ההגרלה המוטה – למשל, לנתב 70% מהתיקים הכלכליים למחלקה המומחית כדי לגבש בה מסה ממשית של ליטיגציה ראשונית, ואת 30% התיקים הנותרים לנתב לבתי המשפט הכלליים במחוזות האחרים, כדי לשמר קבוצת ביקורת קטנה לצורך מעקב.

4. טיעוני נגד ותשובות

(א) האדם כאמצעי ומשמעותה של חירות

ההתקוממות המרכזית נגד סוג הטיעון שהוצג במאמר זה עשויה להדהד את הציווי הקטגורי של קנט, שלפיו אדם הוא בהכרח תכלית ואין להתייחס אליו כאמצעי. ברמה האינדיבידואלית, שילוב היבטים אקראיים באופן ההפעלה של מערכת המשפט לצורך קידום תכליות חברתיות כלליות אכן שולל את מימוש הרצון הפרטי של חלק מהמתדיינים, ואף יש בו כדי לוותר על האפשרות של התאמת ההליך ההולם ביותר למקרה המסוים. ניסיונם הפרטי של בעלי הדין נהפך אפוא לאמצעי להנצחת פלורליזם מוסדי, על היתרונות החלוקתיים, הפוליטיים והאפיסטמיים הנלווים לו, על פי הטיעון שביקשתי לבסס.

אני סבור שאין ממש בטיעון הקנטיאני בהקשר הנוכחי. מערכות משפט נוצרות ומתפתחות בתהליכים פוליטיים וביורוקרטיים מורכבים, המבטאים מגוון טעמים ותכליות. חלקם נוגעים לזכויות הפרט המתדיין ולמימוש כבודו וחירותו, אחרים למטרות ציבוריות או מגזוריות

115 ראו Michael Abramowicz, *Speeding Up the Crawl to the Top*, 20 YALE J. ON REG. 139, 157-59, 189-90 (2003).

116 ראו ס' 42(א)(1), (2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984; רימון ואמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 44-48, 60-61.

117 ראו, למשל, אסף טבקה ועידו באום "להחזיר עטרה ליושנה": מקומה הראוי של הסמכות המקומית בסדר הדין האזרחי" עלי משפט ט 175, 178-181 (2011).

מגוונות. כיבוד האדם העומד לפני החוק אינו מושג בהכרח באמצעות יצירת פורום בעל אופי מסוים, אף לא פורום שהוא דווקא כטעמו. הוא מושג באמצעות ההבטחה שכל פורום שאליו הוא יגיע יבטיח לו תנאי בסיס דיוניים ופוסק חסר פניות, כך שההליך יהיה הוגן ומוכן. בהינתן תנאים אלה, עיצוב המוסדות השיפוטיים ומנגנוני הבחירה והניתוב ביניהם הוא באופן מובהק עניין חברתי-כללי: מדובר בעיצוב של מנגנוני הפיתוח וההטמעה של הנורמות הציבוריות של הקהילה הפוליטית,¹¹⁸ שהם גם מנגנוני השליטה על הפעלת הכוח האלים של המדינה כלפי אזרחיה.¹¹⁹ הכפפת אופני השימוש במערכת הזו לבחירות האסטרטגיות של בעלי דין מסוימים נדמית לאור זאת לא הוגנת (כלפי בעלי הדין שכנגד) ואף לא דמוקרטית (כלפי הציבור בכללותו). בהתקיים תנאי ההוגנות הבסיסית של כל אחד מן הפורומים החלופיים, קשה לראות מדוע אסור לחברה להשתמש במערכת המבוזרת שיצרה כדי לגבש שיטת משפט שמקימת את ערכיה באופן הרחב ביותר.

אמת, תורות של צדק פוליטי המיוסדות על רעיון החירות עשויות לתבוע מהמדינה ליצור תנאים נורמטיביים שיספקו כמה חלופות שמהן נוכל לבחור בצמתים חשובים בחיינו, וכך לכתוב את סיפור חיינו באופן משמעותי.¹²⁰ הגיוון במוסדות קנייניים להסדרת מגורים משותפים או פעילות יצירתית,¹²¹ או הגיוון במוסדות משפחתיים לניהול חיי זוגיות¹²² עשוי להיות מוצדק בראייה זו, שממקמת את חוויית הבחירה ביסוד של אידאל החירות; אך ספק אם פורומים לליטיגציה הם מסוג הטובין הנורמטיביים שקיום אנושי בעל ערך מחייב זמינותה של בחירה ביחס אליהם. אמנם מדובר בזירות שבהן אנו עשויים לממש היבטים של חברותנו בקהילה פוליטית או תרבותית, אך קשה לחשוב על התדיינות משפטית כמקום שביחס אליו אנו מעצבים את חיינו.

נוסף על כך, כזכור, רעיונות הכבוד, החירות והפועלות המונחים ביסוד הביקורת הנוכחית מיוחסים בפועל רק לאחד הצדדים בהליך הטיפוסי – בעל הדין שיזם אותו. בעל הדין שכנגד נגרר ממילא להליך, וככזה הוא מהווה "אמצעי" למימוש תכליתו של הראשון, בלי שיינה מהחירות להשתתף בבחירה הראשונית של הפורום שידון בהליך (אם כי לעתים יש בידיו הכוח להקשות בדיעבד באמצעות העלאת טענות של חוסר סמכות או פורום לא נאות). זו תוצאה של מבנה מסוים של ההליך המשפטי שאינו טבעי או מתבקש – הוא תוצר של החלטות מדיניות, שבנסיבות מסוימות מחזקות בעלי דין מתוחכמים ומהירים ושוללות מהקהילה הפוליטית תשומות שמערכת המשפט אולי הייתה מסוגלת לספק לה אילו תוכננה בדרך אחרת.

118 ראו OWEN FISS, THE LAW AS IT COULD BE 48-58 (2003).

119 ראו ROBERT COVER, *Violence and the Word*, 95 YALE L.J. 1601, 1601-18 (1986).

120 ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 371-77 (1986).

121 ראו HANOCH DAGAN, *Pluralism and Perfectionism in Private Law*, 112 COLUM. L. REV. 1409, 1437-45 (2012).

122 ראו שחר ליפשיץ "נשואים בעל-כורחם? ניתוח ליברלי של מוסד הידועים-בציבור" עיוני משפט כה 741, 766-767 (2002).

(ב) יעילות

שיקולי יעילות עשויים לבקר את מודל הניתוב האקראי משני טעמים קשורים: הוא אינו מנצל את הידע של בעלי הדין באשר לפורום המתאים, ובחלק מההקשרים הוא גם חותר תחת הגיון ההתמקצעות וההתמחות שהביא ליצירת פורומים נפרדים מלכתחילה. בחלק מן המקרים, אפוא, הפעלה של מנגנון ניתוב אקראי משמעה ניהול ההליך בעלות גבוהה מזו שאפשר היה להשיג בפורום אחר, הולם יותר. המודל האקראי מוותר הן על התשומה הרציונלית של בעלי הדין בשוק הפורומים, והוא אף אינו מחליף אותה בתשומה רציונלית של מתכנן מרכזי כלשהו – הוא פשוט נותן למזל להחליט, ואין סיבה להניח שלגורל יש העדפה להליכים יעילים. שליטתו של המתכנן המרכזי מוגבלת להקמה של יחידות השיפוט השונות (יצירת שדה החלופות), וחלקו של יוזם ההליך מתמצה בהחלטה להביא את התיק לערכאות (כניסה לשדה). הניתוב עצמו יוצא מידיהם, ובמובן זה אפשר לטעון שהמודל המוצע כאן יעיל פחות מחלופות אחרות, מבוססות קריטריון.

מענה חלקי לטענה זו – שהיא נכונה על פניה – הוא שמנגנון ניתוב אקראי הוא כשלעצמו מנגנון זול במיוחד. זהו נתון בעל חשיבות בהינתן העלויות הנכבדות שעצם המחלוקות על סמכות שיפוט ועל פורום נאות גוררות במקרים רבים. בעלי דין החלוקים על שאלת הפורום הנכון להתדיינות משקיעים לא אחת משאבים רבים, ובעיקר זמן רב, בנייהול ליטיגציה ראשונית רק על שאלות אלה – וכמוהם בתי המשפט שנדרשים להכריע בשאלות אלה (ולהיאבק עם פורומים אחרים על הבכורה). לפחות חלק מהמחלוקות הללו, והעלויות שבצדן, ייחסכו אילו נקודת המוצא הייתה שבמצבים של סמכות מקבילה, ההכרעה הראשונית נעשית בהטלת מטבע ולא ביזמה אסטרטגית של אחד מבעלי הדין.¹²³ ניתוב אקראי של תיקים בין הפורומים הרלוונטיים גם מפחית את התמריץ של שחקנים אסטרטגיים להשקיע מראש משאבים בהכוננת התדיינות עתידית לפורום עדיף מבחינתם – השקעה שהיא, כאמור, בכחינת בזבוז מוחלט בראייה מצרפית.

אך המענה החשוב יותר עניינו שינוי של נקודת המבט – מיעילותו של ההליך היחיד לבחינה של תוצאות חברתיות לאורך זמן. אף אם נניח להצדקה החלוקתית של המנגנון האקראי (בהנחה, המוטלת בספק, ששוויון אינו מקדם יעילות), הרי שבמישורי הריבוי והלמידה כלל ניתוב אקראי נתפס כאמצעי לשיפור האיכות של הדין ושל המבנה המוסדי של מערכת המשפט לאורך זמן. התמחות מוסדית היא עיקרון תועלתני חשוב עבור מתכננים ארגוניים, אך התמחות יתרה המכנסת את הפורום בגדריו הצרים של תחום ידע מסוים עלולה גם להוביל לאיבוד מגע עם השיח המשפטי הכללי ולחשוף את הפורום להטיות של קבוצות

123 הידיעה שהתיק ינותב באמצעות הגרלה גם מקדמת כריתת חוזים מראש בין בעלי דין לקביעת פורום מוסכם: נטרול הפוטנציאל האסטרטגי מצמצם את התמריץ להסתרת מידע בין הצדדים ולכן מוזיל ומגביר את סיכויי ההגעה לעמק שווה. ראו Ian Ayres & Eric Talley, *Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade*, 104 YALE L.J. (1995) 1027. יש בכך כדי לקדם את היעילות, הגם שהסכמים דיוניים כאלה אינם הולמים תמיד את תכליות הפלורליזם והידע של המודל האקראי. ראו חלק ג(4)(ד) להלן.

אינטרס ולמפולות ידע שמזינות את עצמן. היעילות עצמה עשויה להצדיק על כן פרימה מסוימת של גבולות ההתמחות, כדי לשמר קשר והזנה הדדית בין היחידות במערכת.¹²⁴ אכן, שום ניסוי אינו "יעיל" בטווח הקצר, שהרי הוא מבזבז משאבים על חלופות שלפחות חלקן הן בהגדרה נחותות ויזנחו בהמשך הדרך; אך אנו מבצעים ניסויים ומנהלים שיח בין מוסדות מקבילים מפני שצבירת ידע היא פרויקט בעל ערך תועלתני מובהק מבחינה חברתית. בראייה זו, פלורליזם אינו רק רעיון שנובע מערכים דאונטולוגיים של כבוד ושוויון, אלא גם אמצעי להשאה תוצאתנית של רווחה חברתית לאורך זמן.

(ג) לגיטימיות

כיצד משפיעה ההגדרה על חווייתו של הפרט המתדיין? ספרות התנהגותית בנושא "צדק דיוני" (procedural justice) מראה שאנשים מייחסים חשיבות של ממש לאופי ההליך שהביא להחלטה בעניינם, וזאת במנותק מתוכן ההחלטה, כלומר: שהליך הוגן מבחינה דיונית יכול להעצים את הלגיטימיות של ההחלטה שאליה הוביל אף אם נמענה הפסיד מבחינה תוצאתית.¹²⁵ תפיסות טיפוסיות של צדק דיוני מתאפיינות בציפייה של נמען ההחלטה להיות מסוגל להשפיע על קבלתה – להציג טיעונים וראיות ולהישקף לאופן שבו טיעונים וראיות אלה השפיעו על ההחלטה הסופית.¹²⁶ תפיסות אלה כורכות אפוא הנחה של הליך רציונלי של קבלת החלטה. הטלת מטבע נתפסת כהיפוכה של הנחה זו ממש.¹²⁷

יש טעם בטיעון זה, אף שחשוב לזכור שעצם הפנייה לכלל הכרעה אקראי נעשית כשלעצמה מטעמים רציונליים ובעקבות המסקנה שזו החלופה הדיונית הראויה ביותר.¹²⁸ אכן, כלל לא ברור מה רצוי יותר מנקודת מבט של צדק דיוני: מחליט שאינו מצליח להכריע בין שתי חלופות ומסווה בחירה שרירותית בטעמים רציונליים שאינם משכנעים אותו עצמו, או מחליט שחושף את המבוי הסתום שאליו הגיע ופונה באופן גלוי להליך שהוא אמנם שרירותי, אך לפחות גם שוויוני, כמו הגרלה.¹²⁹ גם אם כך, בהתחשב בתביעה האנושית המודרניסטית המובהקת לרציונליות ולעקביות בקבלת החלטות,¹³⁰ סביר להניח שפנייה להגדרה גוררת עמה עלות מסוימת במישור הלגיטימציה והאמון במערכת המשפט. הידיעה שהחלטה נפלה בתנאים של שוויון אקס אנטה אינה מקהה תמיד את תחושת העוול

124 ראו Aronson, לעיל ה"ש 79, בעמ' 287-296.

125 ראו Tom R. Tyler, *Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law*, 30 CRIME & JUST. 283 (2003).

126 ראו, למשל, E. ALLAN LIND & TOM R. TYLER, THE SOCIAL PSYCHOLOGY OF PROCEDURAL JUSTICE 93-118 (1988).

127 לתיאור מפורט של הטיעון בהקשר להגדרות ראו DUXBURY, לעיל ה"ש 33, בעמ' 132-135. כן ראו ELSTER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 118-120.

128 ראו ELSTER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 116. השוו Perez, לעיל ה"ש 5, בעמ' 141-142, המשתמש בתבונה זו כדי להבהיר שהפנייה לאקראיות כרוכה בהכרח בהכרעה ערכית, ומכאן שאינה יכולה לשמש מוצא של רליטיבזם מוסרי טהור.

129 ראו DUXBURY, לעיל ה"ש 33, בעמ' 120-121, 132-133.

130 ראו ELSTER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 116; 59 CAL. L. REV. 59; John E. Coons, *Consistency*, 79 (1987).

המתעוררת מההפסד התוצאתי;¹³¹ ואפשר שבאקראיות יש גם כדי להעצים את התחושה המזעררת של חוסר שליטה בגורלנו.

מענה מסוים לחשש הזה טמון בהבחנה שאליה התייחסתי קודם בין החלטות שיפוטיות בהליך המשפטי עצמו לבין החלטות מנהליות בשלב ניתוב התיקים קודם להליך המשפטי. כפי שראינו, בפועל רוב המתדיינים כפופים רוב הזמן להליך אקראי (או לפחות שרירותי) של ניתוב תיקים בתוך בית משפט נתון, בין שופטים והרכבים. אפשר שאנו מוכנים לכך מפני שאנו מניחים שכל השופטים שאליהם אנו עשויים להגיע עומדים בקריטריון כשירות מינימלי כלשהו, כך שלא צפוי לנו אי-צדק משווע אף אם "ניפול" על שופט שהטיותו נוגדת את רצוננו. כזכור, זה גם התנאי ללגיטימיות של פלורליזם כפוי בפורומים שיפוטיים – על כולם לקיים דרישות בסיסיות של הגינות דיונית, כך שניתוב אקראי לפורום הפחות רצוי עדיין יבטיח תנאים הוגנים להתדיינות שם.

חשוב מכך: כפי שהודגש לאורך הדיון, גם ההסדר הנוכחי לבחירת פורום במצב של סמכות מקבילה אינו מסתמך על הליך הוגן של קבלת החלטות, אלא בעיקר על האסטרטגיה של יוזם הליטיגציה, שכמובן אינה מתחשבת בהעדפותיו של בעל הדין שכנגד. אימוץ של כלל ניתוב אקראי תחת עקרון הפועלות של יוזם ההליך יעורר אפוא קשיים של צדק דיוני אצל מי שהתרגל לבחור את הפורום ההתחלתי הנוח – אך תציע רכיב חדש של הגינות לצד האחר. יש בכך יסוד של צדק חלוקתי מתקן.

Opt Out (ד)

אפשר לטעון שבעלי דין מתוחכמים, היודעים שעומד לפניהם חסם מפני היערכות אסטרטגית בדמות ניתוב אקראי, יפעלו מראש כדי להיחלץ מאי-הוודאות הזו. הם יוכלו לעשות זאת, עקרונית, באחת משתי דרכים: לפנות למנגנונים חלופיים ליישוב סכסוכים (ADR) שבהם נתונה לצדדים שליטה רבה יותר על סוג הפורום ועל אופי ההליך; או להתנות בחוזה על מקום השיפוט או על סדרי הדין. אף שאפשרויות אלה קיימות גם כיום וכשלעצמן אולי אינן מעוררות קושי מיוחד, נראה שהן חותרות תחת תכליות הפנייה להסדר האקראי. הן מצמצמות את היתרון החלוקתי של האקראיות, כי בעלי דין חזקים יוכלו לנצל את כוחם (לפחות במערכות יחסים חוזיות) כדי להימנע ממנה, והן גם פוגמות בהיבט הריבוי המוסדי, על יתרונותיו הפלורליסטיים והאפיסטמיים, כי בעלי דין ינטשו את המערכת לחלופות ודאיות יותר ולא יספקו לה את התיקים הדרושים למימוש פוטנציאל הביזור.

טענה זו היא בעלת משקל בהקשרים מסוימים, אך חשוב להדגיש את גבולותיה. ראשית, בנוגע לאפשרות היציאה ממערכת המשפט לפורומים חלופיים, טענה זו אינה רלוונטית להליכים שבעלי דין חייבים לקיים במערכת המשפט דווקא ושאינן בכוחם להתנות על רכיביהם. ההליך הפלילי הוא דוגמה מובהקת לכך, אך גם החלטות בנושא משמורת ילדים, למשל,

131 ראו, למשל, Elster, לעיל ה"ש 7, בעמ' 170 ("Equality ex post has a much more robust appeal than equality ex ante. Once the coin is tossed, the winner takes all and the loser's knowledge that he or she had an equal chance of being the winner is meager consolation").

חייבות לעבור אישור של ערכאה שיפוטית.¹³² שנית, אשר לאפשרות של כריתת חוזה לעקיפת ההליך האקראי, את זו ניתן לכפוף באמצעים דוקטרינריים פשוטים יחסית לביקורת שיפוטית ואף לאיסור קוגנטי,¹³³ ככל שהיתרונות של החלופה האקראית נתפסים כחשובים יותר. כבר היום התניה על מקום שיפוט בחוזה אחיד מוחזקת כמקפחת מטעמים חלוקתיים,¹³⁴ וטעמים מערכתיים יכולים גם כן לשמש בסיס לפיקוח מסוג זה.¹³⁵ אין ספק שמדובר בהתערבות ב"חופש החוזים" של צדדים רצוניים ורציונליים, אך לא ברור שהתכליות הציבוריות של עיצוב מערכת המשפט צריכות לסגת מפני בחירות אינטרסנטיות של שחקנים פרטיים.¹³⁶ מטבע הדברים, החשש מפני חוזים שיעקפו מראש את מנגנון הניתוב האקראי מתעורר גם ביחס לרצון של בעלי דין להתנות בדיעבד על מקום השיפוט או על סוג הפורום, כלומר: לסחור עם הצד השני בתוצאת ההגדרה שנפלה בחיקם (בהתחשב בהסתברויות הזכייה בשני הפורומים ובפערי המידע והיכולת הכלכלית בין הצדדים). בהיתן הגרלה שוויונית, היכולת להתנות על תוצאותיה טיטיב בחלק מהמקרים עם הצדדים החזקים ממילא (אף שלעתים היא תקדם את השוויון החלוקתי, אם בעל דין חזק יידרש לקנות מזה החלש את ההסכמה להידון בפורום אחר); היא גם תחתור תחת התכלית המערכתית של הנצחת הריבוי. אמצעי הפיקוח על חוזים יידרשו אפוא בהקשר זה גם כן.

ד. סיכום: על אקראיות, פרוצדורה ומהות

אחת ההתלבטויות המעסיקות ברגיל את חוקרי סדר הדין נוגעת לגבולות הממלכה שלהם, כלומר לקו התיחום שבין הדין הדיוני והדין המהותי – האם יש קו שכוה, האם ראוי שיתקיים והיכן ראוי שישומן. ההתלבטות, שיש לה היבטים עיוניים והיבטים מעשיים, הולידה מבחנים שונים ופיתוחים דוקטרינריים מגוונים.¹³⁷ עם זאת, בסופו של יום נדמה שכל הדרכים מובילות להבחנה מרכזית יחידה: האם הנורמה נועדה להשפיע על התנהגותם של אנשים בהתנהלות החברתית שלהם – שאז היא מתחום המשפט המהותי, או שמא היא נועדה רק לקבוע את האופן שבו ייאכפו זכויות וחובות בבית המשפט אם ייכשל כוח האכיפה הפנימי

- 132 ראו ס' 24 ו-79 לחוק הכשרות המשפטית והאפורוסות, התשכ"ב-1962.
- 133 השורר ע"א 4991/03 ג'מיל נ' לוי, פ"ד נז(5) 556, 558 (2003) ("שאלת סמכותו העניינית של בית המשפט אינה נתונה להסכמת הצדדים").
- 134 ס' 9(4) לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.
- 135 למודלים כלליים של ביקורת שיפוטית על התניות מראש בנושא סדרי הדין ראו אלון קלמנט ודפנה קפליוק "חוזים דיוניים" עיוני משפט לג 187, 225-220 (2010); Kevin E. Davis & Helen Hershkoff, *Contracting for Procedure*, 53 Wm. & Mary L. Rev., 507, 555-63 (2011).
- 136 השורר בג"ץ 2171/06 כהן נ' יו"ר הכנסת, דינים עליון 115, 868 (2011) ("זכות הגישה לערכאות אין משמעה הזכות לפנות לבית המשפט בכל הליך, בכל צורה ובכל עת").
- 137 ראו מרים בן-פורת "מבחנים לסיווג הוראה בדין כמהותית או דיונית" הפרקליט לח 5 (1988); Paul D. Carrington, "Substance" and "Procedure" in the Rules Enabling Act, 38 Duke L.J. 281 (1989) רע"א 7028/00 אי.בי.אי ניהול קרנות נאמנות נ' אלסינט, דינים עליון 69, 1088 (2006).

של הנורמה המהותית – ואז מדובר במשפט הדיוני. בהבחנה זו טמון, כידוע, קושי כפול: ראשית, בני אדם אינם חווים את החציצות הללו מאליהם, ובפועל הם משתמשים (במגבלות הרציונליות) בכל נתון שידוע להם על התוצאות של מעשיהם כדי לעצב את התנהגויותיהם בחברה, כולל הסיכונים והסיכויים כאשר לאופן התנהלותו של הליך שיפוטי אם וכאשר יגיע העניין לבית המשפט.¹³⁸ שנית, גם להליך השיפוטי עצמו יש השלכות (ואולי אף משימות) פוליטיות, אידאולוגיות וחלוקתיות, ומכאן שגם בית המשפט הוא שדה של חיים חברתיים, ולא רק אמצעי לניהולם.

תוצאה אפשרית אחת של הקושי הזה היא ויתור עקרוני על ההבחנה בין המהותי לדיוני, והכרה בכך שכל המערכים המוסדיים שכוח המדינה פעיל בהם הם חלק מהמשטר הנורמטיבי, המעצב – במידות שונות של אפקטיביות – תמריצים וטעמים לנמעניו. אולם, ככל שיש טעם בהפרדה בין סוגים שונים של נורמות במשפט – כללים מסדר ראשון וכללים מסדר שני – הקושי הזה מציב בפנינו אתגר מוסדי חשוב: כיצד לעצב הליך שיפוטי שמצד אחד לא ישפיע על ההתנהגות בחברה כל עוד הוא אינו מופעל, ומצד שני יבטיח תוצאות חברתיות רצויות אם וכאשר הוא נכנס לפעולה. במונחים של מאיר דן-כהן, השאלה היא כיצד ניצור "הפרדה אקוסטית" של ממש בין התנהגות אנושית לנורמה המשפטית שתחול עליה.¹³⁹ הרעיון לשלב כללי הכרעה אקראיים בהליך המשפטי אינו פתרון-קסם, ועלויותיו בצדו; אך הוא רומז על כיוונים חדשים למענה לאתגר הכפול של המשפט הדיוני. הוא מנטרל תמריצים מיותרים ופוערים חלוקתיים אקס אנטה, ובה בעת מספק תנאים למיצוי הפוטנציאל הפלורליסטי ומאגר הידע המובנה במערכת משפט מבוזרת.

בדרך למטרות אלה נדרשת הכרה באופי הייחודי של הנורמה הדיונית כנורמה מערכתית ולא אישית: עניינה בתוצר המצטבר של מערכת המשפט לאורך זמן ועל פני תיקים וערכאות, ולא בתחושת ההישג של בעל דין זה או אחר. הנורמה הדיונית כפופה אמנם לתנאים בסיסיים של הגינות נקודתית בניהול הליך, כי האדם המתדיין אינו מאבד את אנושיותו; אך אם היא פטורה מהצורך להשפיע על ההתנהגות מחוץ לבית המשפט, אפשר לפטור אותה גם מהתביעה לעקביות נוקשה בניהול השפיטה, לשם מימוש תכליות אחרות. האקראיות מבטיחה חוסר עקביות שאינו מושחת. זהו משאב שראוי לנצלו.

138 ראו אלון קלמנט ורועי שפירא "יעילות וצדק בסדר הדין האזרחי – גישה פרשנית חדשה" **משפט ועסקים** ז 75, 81-93 (2007).

139 Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984).