

שתדלנות וההליך הדמוקרטי

מאת

יואב המר* ומשה כהן-אליה**

תקציר

בעשורים האחרונים נרשם בעולם ובישראל גידול דרמטי במספר השתדלנים הפועלים בשם תאגידים, קבוצות ויחידים כדי להשפיע על קובעי מדיניות. במאמר זה אנחנו מבקשים להעריך את תופעת השתדלנות מנקודת-ראות של מוסר פוליטי, ולהציע דרכים רגולטיביות ודוקטרינריות לטפל בבעיות שתופעה זו מעוררת. נקודת המוצא הנורמטיבית שלנו היא של ניאור-פלורליזם, אשר מדגיש, מצד אחד, את הערך החיובי של שתדלנות – הטמון בכך שהיא מזרימה מידע "מלמטה כלפי מעלה" וכך מאפשרת לנבחרים לדעת טוב יותר מהן ההעדפות והצרכים השוטפים של הבוחרים, "מסבסדת" בעבור הנבחרים את איסוף המידע ועיבודו, ומעודדת את השתתפותם של האזרחים בהליך הדמוקרטי – אך מכיר, מצד אחר, בצורך לנקוט צעדים כדי להבטיח תחרות הוגנת בין הקבוצות ולמנוע את תופעת "עושה הרוב". המחקר האמפירי מלמד כי הסיכוי שתופעה כזו תתרחש הוא גדול יותר כאשר הרגולטור מסדיר נושאים טכניים מורכבים, המחייבים השקעת מאמץ רב בהבנתם, וכאשר באותה זירה יש מספר מוגבל של שחקנים פעילים. בנישות כאלה סיכויי ההצלחה של קבוצות-האינטרס "לעשות את הרוב" הם גדולים יותר, מפני שאין מספיק גורמים שיכולים להציג את טיעוני-ההנגד, והציבור אינו מגלה עניין.

אנחנו מבקשים לטעון כי בבעייתיות הטמונה בפעילות שתדלנית העושה את הרוב יש לטפל באמצעות קביעת הסדרי שקיפות מחמירים, ולא הסדרי שוויון, וזאת מכמה טעמים: ראשית, קונספציות של שוויון הן שנויות במחלוקת וחשופות לשימוש לרעה מצד הרגולטור בהשוואה לקונספציה של שקיפות; שנית, בהינתן הדינמיקה שאלסטר מכנה אותה "הכוח המחנך של הצביעות", קביעת הסדרים משפטיים שתכליתם החמרה משמעותית בדרישות השקיפות של פעילות שתדלנית עשויה להרתיע פוליטיקאים ומקבלי החלטות מלשתף פעולה עם קבוצות ותאגידים שחותרים לרווח על-חשבון הכלל (rent-seeking); ושלישית, הסדרי שקיפות מרחיבים עשויים להגדיל את היריבות בין קבוצות-אינטרס ולמנוע מצב דברים שבו הסדרים מתקבלים בלי דיון ובהעדר יריבות.

* מרצה, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת גן.

** פרופ' חבר, דיקן בית הספר למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, רמת גן.

אנחנו מודים לחברי המערכת של כתב העת על הערות מעולות וממוקדות ששיפרו את המאמר. כן נבקש להודות לניר אייל, אריק בירבום, גלית גלעד, דניאל וילהוף, לורנס לסיג, ג'ונתן מרקס, מרק פאגן, עידו פורת, גילה שטופלר, וטומי שלבי. המאמר בגרסתו באנגלית הוצג בשנת 2010 בסדנת המלגאים של המרכז לאתיקה, בית הספר לממשל ע"ש קנדי, אוניברסיטת הרווארד.

- א. מבוא
- ב. שתדלנות – תיאור והסבר
- ג. שתדלנות ותיאוריה דמוקרטית
- ד. שתדלנות וכשלים בהליך הדמוקרטי
- ה. רגולציה של שתדלנות
 1. בעיית הנציג ו"הדלת המסתובבת"
 2. בעיית העיוות של סדר-היום הציבורי והעדר השוויון בכוח ההשפעה
 3. שקיפות, נישות ותחרות בין קבוצות-אינטרס
- ו. הביקורת השיפוטית
 1. פרשנות בהתאם לעקרון השוויון
 2. הליך חקיקה נאות
- ז. סיכום

א. מבוא

את נושא החוברת – דיני דמוקרטיה – אפשר להגדיר בשני אופנים. המובן הצר רואה בדיני הדמוקרטיה תחום משפטי העוסק ברגולציה ובדוקטרינות החולשות על הליך הבחירות לבית-הנבחרים; ואילו המובן הרחב מתייחס להסדרים המשפטיים ולדוקטרינות המבטיחים את תקינותו של ההליך הדמוקרטי באופן מתמשך. נקודת המוצא שלנו במאמר היא התפיסה הרחבה יותר של דיני דמוקרטיה. דמוקרטיה, במובנה הראוי, אינה מסתכמת בזכותם של אזרחים לבחור מדי כמה שנים נציגים שיקבלו החלטות וחוקים. היא חייבת גם לאפשר השתתפות משמעותית יותר של אזרחים בעיצוב ההסדרים הפוליטיים, ולכן יש לשאוף לכך שאזרחים יוכלו להשפיע באופן שוטף על תוכנם של הסדרים אלה.

במוקד מאמר זה עומד השימוש בשתדלנות (lobbying) מול קובעי מדיניות, כאמצעי חשוב בידיהם של יחידים וקבוצות המעוניינים להשפיע על תוכנם של ההסדרים הפוליטיים. שתדלנות היא פרקטיקה של ניסיון להשפיע על מחוקקים, שרים וביורוקרטים, באמצעות תקשורת מילולית או כתובה, לקבל חוקים ולגבש מדיניות שתואמים את האינטרסים של המשדל.¹ בעולם המערבי כולו, כמו-גם בישראל, נרשם בעשורים האחרונים גידול דרמטי במספר השתדלנים הפועלים בשם תאגידים, קבוצות ויחידים כדי להשפיע על קובעי מדיניות. לפעילות שתדלנית יש במידה רבה ערך דמוקרטי חיובי: היא מזרימה מידע

1 הגדרה זו מבוססת על הגדרת השתדלנות בחוק האמריקני: Lobbying Disclosure Act, 2 U.S.C. § 1601 (1995). הגדרה זו מדגישה את המימד הקומוניקטיבי שבפעילות השתדלנית, ובכך מבדילה אותה מפעולות של שוחד. בהיותה פעילות קומוניקטיבית, נראה כי השתדלנות מוגנת על-ידי עקרון חופש הביטוי. לפיכך הטלת הגבלות על פעילות שתדלנית מעוררת קושי חוקתי. אולם במאמר זה נציע שהרגולציה של שתדלנות צריכה להתמקד בדרישות גילוי, שמטרתן להגביר את שקיפותה של הפעילות השתדלנית. אנו סבורים שדרישות גילוי כאלה אינן מהוות הגבלה של חופש הביטוי. כך גם פסק בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בפרשת United States v. Harriss, 347 U.S. 612 (1954).

"מלמטה כלפי מעלה" וכך מאפשרת לנבחרים לדעת טוב יותר מהן ההעדפות והצרכים השוטפים של הבוחרים, היא "מסבסדת" בעבור הנבחרים את איסוף המידע ועיבודו, והיא מעודדת את השתתפותם של האזרחים בהליך הדמוקרטי. חרף כל זאת, לשתדלנות יש מוניטין מפוקפקים בקרב הציבור, והשתדלנים סובלים מתדמית שלילית. פעילות שתדלנית נתפסת כדרך של תאגידים² ובעלי הון להשתלט על ההליך הדמוקרטי, וכפועל יוצא מכך כפגיעה בשוויון ההזדמנויות בכל הנוגע בהשפעה על ההליך הדמוקרטי; כהעברה של מידע מוטה ומטעה, אשר משרת את האינטרסים של שולחי השתדלנים; כביטוי ל"עסקה" מושחתת בין קבוצות-אינטרס לבין קובעי מדיניות, שבה הנבחרים משתפים פעולה עם השתדלנים בתמורה לפיתויים כספיים, אם בדמות קבלת תרומות למימון מסעי בחירות ואם בדרך של קבלת משרה בתאגיד לאחר תום הכהונה הציבורית (תופעת "הדלת המסתובבת"). עסקה כזו יכולה לצאת לפועל מכיוון שחלק גדול מפעילותם של השתדלנים מתקיים הרחק מן העין הציבורית. לבסוף, קיימים פערים ביכולת ההתארגנות בין קבוצות-אינטרס לבין הציבור הרחב, המובילים לכשלים מהסוג של "עושיק הרוב" בקבלת החלטות קולקטיביות (rent-seeking).³ לנוכח אוסף זה של בעיות הגלומות בפעילות השתדלנית, רבים בארצות-הברית החלו לתפוס אותה כסוג של איום אסטרטגי על ההליך הדמוקרטי, עד כדי כך שהיה מי ראה בנסיונות ההשפעה של קבוצות-אינטרס על ההליך הדמוקרטי את "הבעיה החמורה ביותר והמטרידה ביותר" של הדמוקרטיה האמריקנית.⁴

במאמר זה אנחנו מודרכים על-ידי השאיפה למצוא את הדרכים הרגולטיביות והדוקטרינריות למקסום תרומותיה של הפעילות השתדלנית להליך הדמוקרטי ולמזעור עלויותיה. דרך אפשרית אחת שואפת לצמצם את חוסר השוויון בכוח ההשפעה על ההליך הדמוקרטי בין קבוצות-אינטרס חזקות ומאורגנות, בעיקר תאגידים כלכליים, לבין יחידים בלתי-מאורגנים המשתייכים לציבור הרחב. דרך אפשרית אחרת היא לנסות להגביר את שקיפותה של הפעילות השתדלנית – בין מראש, באמצעות קביעת הסדרים רגולטיביים של רישום, זיהוי וגילוי, ובין בדיעבד, באמצעות דוקטרינות שיפוטיות שבוחנות את שקיפותו של ההליך הדמוקרטי (למשל, באמצעות פיתוח יסודות של שקיפות במסגרת דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות"). במאמר זה אנו טוענים לטובת אסטרטגיה רגולטיבית שמתמקדת ברצון להבטיח שקיפות, וזאת משני טעמים. ראשית, מושג השוויון הוא מושג מופשט, ויש דעות שונות לגבי השאלה מתי מתקיים שוויון ובאילו אמצעים כדאי להשתמש כדי להבטיחו.

2 במונח "תאגיד" כוונתנו להתאגדות שהיא למטרת רווח. כדי לייצג צורות התאגדות שאינן למטרות רווח נשתמש במילה "עמותה".

3 לסקירה מעולה של הספרות ראו: PHILIP P. FRICKEY & DANIEL A. FARBER, LAW AND PUBLIC CHOICE: A CRITICAL INTRODUCTION (1991).

4 אמירה זו הושמעה עוד בשנה 1956 ביחס לעליית כוחן של קבוצות-אינטרס בפוליטיקה האמריקנית. GRANT MCCONNELL, PRIVATE POWER AND AMERICAN DEMOCRACY 25 (1965). סקרי דעת-קהל מלמדים כי תופעת השתדלנות נתפסת בשנים האחרונות על-ידי האמריקנים כאחד הנושאים המטרידים ביותר. כך, בסקר משנת 2010 נמצא כי תופעת השתדלנות מטרידה את האמריקנים אף יותר מההתחממות הגלובלית (36% לעומת 28%). ראו: The Pew Research Center for the People & the Press, *Public's Priorities for 2010: Economy, Jobs, Terrorism* (Jan. 25, 2010), people-press.org/report/584/policy-priorities-2010.

לעומת זאת, רעיון השקיפות ברור למדי, וקשה לחשוב על טיעונים נגד דרישה של שקיפות. שנית, מימוש של הסדרי שקיפות, בהתאמות מסוימות, עשוי לשמש כלי אפקטיבי לטיפול באחת הבעיות הקשות שהשתדלנות מעוררת – עושק הרוב, קרי, מצב דברים שבו קבוצה קטנה מצליחה להשיג הטבות על-חשבון הציבור מפני שהדבר אינו נחשף לעין הציבורית. המאמר מתקדם לאורך שני צירים אלה: השוויון והשקיפות. כפרק ב נתאר את תופעת השתדלנות ואת דרכי הפעולה של השתדלנים. כמורכב נציג ונעריך שלוש תיאוריות המנסות להסביר מה מניע נבחרים לשתף פעולה עם השתדלנים: תיאוריית "השתדלנות כעסקה", תיאוריית "השתדלנות כשכנוע" ותיאוריית "השתדלנות כסובסידיה חקיקתית". בחלק זה נראה כי נתח נכבד מהפעילות השתדלנית נעשה על-ידי תאגידים הפועלים למטרות רווח, וכי קיים הבדל משמעותי בין שיטות הפעולה של שתדלנים הפועלים בשירות תאגידים לבין אלה של שתדלנים הפועלים בשירות קבוצות-אינטרס אידיאולוגיות. בעוד שתדלנים של קבוצות-אינטרס אידיאולוגיות פועלים לקידום מטרותיהן תוך שימוש נרחב בכלי התקשורת, מה שמאפיין את דרכי הפעולה של השתדלנים הפועלים בעבור תאגידים הוא התמקדות בנישות מסוימות. הם בוחרים לעסוק בסוגיות בעלות מאפיינים טכניים מורכבים, אשר לציבור הרחב ולנציגיו אין מומחיות או עניין לעסוק בהן. נוסף על כך, מדובר בתחומים שבהם מספר השחקנים הפועלים היריבים מוגבל. שתדלנות תאגידית נוטה אפוא להיות חשופה פחות לעין הציבורית בהשוואה לשתדלנות של קבוצות-אינטרס אחרות.²⁵

כפרק ג נציג שלוש תיאוריות דמוקרטיות – דמוקרטיה אליטיסטית, דמוקרטיה פורוליסטית ודמוקרטיה דליברטיבית – ונעריך את תופעת השתדלנות מנקודת-ראותן. נטען לטובת גישה שמקובל לכנותה "ניאו-פלורליזם", שעל-פיה התהליך הדמוקרטי הוא תחרות בין קבוצות, אך יש לנקוט צעדים כדי להבטיח תחרות הוגנת בין הקבוצות, הזדמנות שווה שלהן להשפיע. כפרק ד נאפיין את שלושת הכשלים בהליך הדמוקרטי שנגרמים כתוצאה מתופעת השתדלנות (שחיתות, עיוות סדר-היום הציבורי, והתמקדות בנישות ללא תחרות וללא מעורבות ציבורית). כפרק ה נבחן את דרכי הפעולה הרגולטיביות לתיקון כשלים אלה: הסדרים לצמצום התלות בכסף ומניעת תופעת "הדלת המסתובבת" (ה); קביעת הסדרים

5 אנחנו מכירים בכך שההבחנה המוצעת במאמר זה בין שתדלנות תאגידית לבין שתדלנות אידיאולוגית אינה "נקייה". יש מקרים שבהם עמותות פועלות למטרות מסחריות (למשל, ארגוני מעסיקים), ויש מקרים שבהם השתדלנות התאגידית מתיישבת עם מטרות אידיאולוגיות (למשל, שתדלנות תאגידית למען עידוד השקעות הון ביישובי פריפריה). עם זאת, לדעתנו יש עדיין ערך להכללה שצורת ההתארגנות מנבאת את המניע (גם אם אין היא בגדר מנבא מושלם). הכללות דומות נעשות גם בתחומי משפט אחרים. למשל, חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, קובע בס' 3(ד)2) חריג לאיסור ההפליה, וזאת "כאשר הדבר נעשה על ידי ארגון או מועדון, שאינו למטרת רווח". מעבר לכך, במאמר זה אנו מציעים להחיל על פעילות שתדלנית דרישה לשקיפות, וזו תחול באופן כללי, ללא הבחנה בין צורות התאגדות שונות. ככל שהדבר נוגע בהחלת ביקורת שיפוטית שתכליתה להבטיח את תקינותו של הליך החקיקה, צורת ההתארגנות כתאגיד למטרת רווח היא שיקול אחד בלבד לטובת הידוק הביקורת השיפוטית. אנחנו מניחים שיהיה לביקורת השיפוטית אפקט חזק יותר על שתדלנות תאגידית לנוכח העובדה (שתפורט בהמשך) שסוג זה של שתדלנות נוטה להיות שקוף פחות בהשוואה לשתדלנות אידיאולוגית.

החותרים להגדיל את השוויון בכוח ההשפעה לשם תיקון העיוות שנגרם בסדר־היום הציבורי כתוצאה מהדומיננטיות של עסקים בתחום השתדלנות (2ה); והרחבה של הסדרי השקיפות כך שיפעלו לצמצם לא רק את סכנת השחיתות, אלא גם את הבעיה של שתדלנות ה"נישות" – אותה שתדלנות שמתקיימת ללא יריבים וללא כל מעורבות ציבורית (3ה). לבסוף, כפרק 1, נציג שתי דוקטרינות שיפוטיות עיקריות שעשויות לצמצם את הבעייתיות של פעילות שתדלנית שחותרת לרווח על־חשבון הכלל: האחת, כללים פרשניים שחותרים להשגת שוויון בהכרעות דמוקרטיות; והאחרת, דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות", תוך שימת דגש בהסדרי שקיפות. נטען שעדיף לטפל בחששות ששתדלנות מעוררת על־ידי קביעת הסדרי שקיפות גולטיביים ודוקטרינריים, ולא באמצעות הסדרי שוויון.

ב. שתדלנות – תיאור והסבר

בשנים האחרונות נרשם גידול דרמטי במספר השתדלנים הפועלים מול חברי־כנסת וקובעי מדיניות אחרים.⁶ תופעה זו אינה ייחודית לישראל. שימוש בשתדלנים כדי להשפיע על קובעי מדיניות נפוץ במיוחד בארצות־הברית,⁷ שם הוא התחיל ומשם התפשט למדינות דמוקרטיות נוספות, כגון אנגליה,⁸ קנדה,⁹ אוסטרליה¹⁰ והאיחוד האירופי.¹¹ בעוד שבעבר נעשתה השתדלנות באופן ממוסד פחות, באמצעות עורכי־דין, רואי־חשבון, אנשי יחסי־ציבור ופעילים מפלגתיים, בשנים האחרונות אנחנו עדים להתמקצעות ולהתמסדות של פעילות

- 6 הלה טל הלובי המסחרי בישראל – הגורמים לצמיחתו ודרכי פעולתו 1 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר־אילן – המחלקה למדע המדינה, 2009). עבודה זו היא המחקר הראשון שנערך בישראל על תופעת השתדלנות. מחקר זה מתעד את התפתחותה של השתדלנות המסחרית בישראל החל בשנות התשעים ואת הגורמים להופעתה, בודק את זהותם של הלקוחות השוכרים את שירותי השתדלנים, מתאר את שיטות הפעולה השונות של השתדלנים, וסוקר את הרגולציה הקיימת בהקשר זה בישראל ובמדינות אחרות.
- 7 לתיאור מעולה של הטרנספורמציה בשלושים השנים האחרונות של הפוליטיקה האמריקנית למה שקיזור מכנה "מודל עסקי", ושל המקום המרכזי ששתדלנים ממלאים במודל זה, ראו: ROBERT G. KAISER, SO DAMN MUCH MONEY: THE TRIUMPH OF LOBBYING AND THE CORROSION OF AMERICAN GOVERNMENT (2009). בשנת 2006 פעלו בארצות־הברית שלושים אלף שתדלנים – פי שניים ויותר ממספרם בשנת 2000. ראו: Jeffrey H. Birnbaum, *Washington's Once and Future Lobby*, THE WASHINGTON POST, Sept. 10, (2006).
- 8 לתיאור תחילת תהליך התרחבותה של השתדלנות בבריטניה ראו: Alan Doig, *Access to Parliament and the Rise of Professional Lobbyists*, 5 PUB. MONEY 39 (1986).
- 9 לתיאור הגידול הדרמטי במספר השתדלנים בקנדה ראו: LANCE W. ROBERTS ET AL., RECENT SOCIAL TRENDS IN CANADA, 1969–2000, 421 (2005).
- 10 לתיאור התפשטותה של השתדלנות לאוסטרליה ראו: JULIAN FITZGERALD, LOBBYING IN AUSTRALIA: YOU CAN'T EXPECT ANYTHING TO CHANGE IF YOU DON'T SPEAK UP (2006).
- 11 בריסל היא זירה מרכזית באירופה לפעילותם של שתדלנים. לאחרונה התפרסם כי בריסל פועלים לא פחות מחמישה־עשר אלף שתדלנים, המשתייכים לאלף וארבע מאות ארגונים. ראו: Dan Bilefsky, *Lobbying Brussels: It's Getting Crowded*, N.Y. TIMES, Oct. 29, 2005.

12. כיום חלק גדול מהפעילות השתדלנית נעשה על-ידי משרדים אשר מתמחים בפעילות זו ומעניקים שירותי שתדלנות למגוון של לקוחות (השתדלנים המסחריים). מספר קטן יותר של שתדלנים הם שכירים הפועלים באופן קבוע בעבור מעביד אחד (in-house lobbyists). דרכי הפעולה של שתדלנים הן מגוונות. טיפוח קשרים עם מקבלי ההחלטות הוא חלק חשוב מעבודתם, אבל לא החלק העיקרי.¹³ עיקר עבודתם הוא הספקת מידע לנבחרים ולמקבלי החלטות, הסובלים ממחסור במשאבים הנחוצים לשם איסוף מידע. השתדלנים גם עורכים את המידע בעבור נבחרים, מנסחים בעבורם הצעות חוק, עוסקים בבלימה של הצעות חוק הפוגעות באינטרסים של לקוחותיהם, מופיעים בדיונים של ועדות הכנסת הרלוונטיות בנושאים המשפיעים על האינטרסים של שלווחיהם, עוקבים אחר המתרחש בבית-הנבחרים בנוגע להצעות חוק ולדיוניהן של ועדות הכנסת, מסייעים לנבחרים להשיג תמיכה של נבחרים נוספים בחוק המוצע, ומאפשרים ללקוחותיהם להשיג גישה אל הנבחרים. נכונותם של נבחרים ומקבלי החלטות לשמוע את השתדלנים קשורה לכך שהללו יכולים להציע להם הטבות שונות, כגון תרומות למסעי בחירות, סיקור תקשורתי אוהד, הפניה של הצעות חוק פופולריות בעתיד, וסיוע לנבחר בהעברת הצעות חוק אחרות. לעיתים השתדלנים משתפים פעולה עם קבוצות נוספות בעלות אינטרס דומה לשם יצירת קואליציה. במקרים מסוימים הם אף פונים אל אזרחים וקבוצות בניסיון לשכנעם לפנות לנבחרים (grassroots lobbying).¹⁴ רוב הפעילות השתדלנית בישראל, כמו גם במקומות אחרים, נעשית למען קידום אינטרסים כלכליים, ורק מיעוטה נעשה בשם אינטרסים חברתיים וציבוריים. בשנת 2006 פעלו בכנסת ארבעים ושניים שתדלנים בעלי היתר כניסה קבוע. מתוכם רק שלושה פעלו בשם ארגונים חברתיים.¹⁵ מפילוח סטטיסטי שנערך לאחרונה עולה כי יותר מ-81% מלקוחותיהם של משרדי השתדלנים המסחריים הם תאגידים כלכליים או התארגנויות של מעסיקים, ואילו שאר הלקוחות הם עמותות, ארגוני עובדים, מוסדות חינוך, משרדי ממשלה וחברות ממשלתיות.¹⁶ נראה כי הדומיננטיות של התאגידים הכלכליים בקרב הלקוחות של משרדי השתדלנים המסחריים היא פועל יוצא מהיקף המשאבים הגדול יותר העומד לרשותם.¹⁷ נוסף על כך, לנוכח המשאבים שעומדים לרשותם, תאגידים אלה יכולים להרשות

12 Conor C. McGrath, *Towards a Lobbying Profession: Developing the Industry's Reputation, Education and Representation*, 5 J. PUB. AFF. 124 (2005)

13 ראו: ALLAN J. CIGLER & BURDETT A. LOOMIS, *INTEREST GROUP POLITICS* 393 (7th ed. 2007). מחקר זה מראה כי רק 22% מזמנם של השתדלנים המקצוענים מוקצים לבניית יחסים עם מקבלי ההחלטות. 17% מוקצים לאיתור מידע, 16% מוקצים למחקר ולניתוח המידע החקיקתי, וכ-10% מוקצים להכנה לדיונים בקונגרס.

14 טל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 87-119.

15 רועי גולדשמידט "הסדרת מעמד הלוביסטים ופעילותם בכנסת - תמונת מצב" (מחלקת מידע ומחקר של הכנסת, 2006) www.knesset.gov.il/mmm/doc.asp?doc=m01485&type=pdf

16 טל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 82.

17 להלן דוגמה שממחישה היטב את שיטות הפעולה של תאגידים ואת השימוש שהם עושים בשתדלנים ובכוח פוליטי כדי לקדם מטרות עסקיות. Federal Express היא חברה שלקברניטיה יש מודעות גבוהה ביותר לכך שהשפעה על המערכת הפוליטית היא מכשיר חשוב למקסום רווחים. את גישתה זו של Federal Express מעניין להשוות עם מדיניותה של חברת Microsoft,

לעצמם להעסיק גם שתדלן in-house, וכן לקבל שירותי שתדלנות על בסיס קבוע בהיקף נרחב יותר בהשוואה לעמותות.

מושאי הפעילות של השתדלנים הם קובעי מדיניות שלהחלטותיהם עשויה להיות השלכה משמעותית על האינטרסים של הקבוצות שהשתדלנים פועלים בשמן. הכוונה היא בעיקר למחוקקים ולדרגים שונים של הרשות המבצעת.¹⁸ השתדלן האסטרטג בוחר את מושאייה של פעולת השתדלנות שלו על-סמך זיהוי של מוקדי קבלת ההחלטות.¹⁹ במדינות כארצות-הברית, שבהן לנבחרים יש השפעה משמעותית על טיבה של הרגולציה השלטונית, האובייקט המרכזי של הפעילות השתדלנית יהיה חבר בית-הנבחרים. לעומת זאת, במדינות דוגמת בריטניה וישראל, שבהן הבירוקרטיה מרכזת כוח רב ולמשלה יש שליטה טובה בהרכבן של ועדות הפרלמנט, שתדלנים רבים מעדיפים לעבוד מול הפקידות הבכירה במשרדי הממשלה המרכזיים, דוגמת משרד האוצר. כאשר שליטתה של הממשלה בהליך החקיקה

אשר נמנעה לאורך שנים מנסינות להשפיע על הפוליטיקה. אכן, יש המייחסים למדיניות זו את הבעיות שבהן נתקלה חברת מיקרוסופט בנושאים של הגבלים עסקיים. במאמר מאיר-עיניים שהתפרסם לאחרונה סוקרת ג'יל פיש ארבעים שנה של פעילות פוליטית של Federal Express, ומתעדת את נסינותיה של החברה להשפיע על חקיקה פדרלית בתחום עיסוקה – תובלה אווירית. Jill Fisch, *How Do Corporations Play Politics? The FedEx Story*, 58 VAND. L. REV. 1495 (2005). המשאבים הכספיים שהחברה מקצה לסיוע למועמדים בבחירות הם בין הגבוהים ביותר בקרב החברות המסחריות. למשל, בשנים 1999–2000 הוציאה החברה כשישה מיליון דולר בעבור פעילות של שתדלנות ותרומות פוליטיות. Fred Smith, מייסד החברה ובעליה, טס לווישינגטון מדי חודש לפגישות עם פוליטיקאים ופקידים, ומעיד באופן סדיר לפני הקונגרס. הוא נמצא ברמת היכרות אישית עם רבים מחברי הקונגרס, והיו לו קשרים חזקים עם כמה נשיאים. הוא פעיל בארגון אירועים שמטרתם גיוס כספים בעבור מועמדים. החברה, שמשרדי ההנהלה שלה נמצאים בטנסי, מחזיקה בווישינגטון משרד קבוע עם צוות של שישה אנשים שתפקידם לפעול על-מנת להשפיע על נבחרים ועל הממשל. הצוות מורכב מאנשים שהיו בעבר חלק מהמנגנון הממשלתי, ואשר רכשו ניסיון בתחומי החקיקה המעניינים את החברה. כמו-כן, פוליטיקאים נמנים באופן קבוע עם הדירקטוריון של החברה. החברה נעזרת רבות בשירותי שתדלנות שהיא שוכרת. למשל, היא נעזרה פעמים מספר בשירותי השתדלנות של מי שהייתה ראש הצוות של יושב-ראש ועדת בית-הנבחרים לענייני תחבורה ותשתיות. החברה מנסחת באופן קבוע הצעות חקיקה, ומספקת מחקרים ומידע תומך נוסף לפקידים ממשל. בהזדמנויות שונות הייתה החברה שותפה לקידום ולניסוח של חקיקה פדרלית שהייתה לה משמעות קריטית לגבי פעילותה העסקית של החברה. ראו: DAVID LOWERY & HOLLY BRASHER, ORGANIZED INTERESTS AND AMERICAN GOVERNMENT (2004). 85.

18 בארצות-הברית יש תיעוד גם של פעילות שתדלנית מול בתי-המשפט. ראו: Paul Rubin, *Common Law and Statute Law*, 11 J. LEGAL STUD. 205, 207 (1982).

19 מבחינת אנשי מדע המדינה, השתדלנים הם שחקנים אסטרטגים מובהקים הפועלים באופן רציונלי לקידום מיטבי של האינטרסים שהם מייצגים. ראו: David Epstein & Sharyn O'Halloran, *A Theory of Strategic Oversight: Congress, Lobbyists, and the Bureaucracy*, 11 J. L. ECON. & ORG. 227 (1995).

מתרופפת (במיוחד לקראת סוף כהונתה), השתדלנים פועלים באופן נמרץ כדי לקדם את האינטרסים של שולחיהם בזירת הכנסת.²⁰ מה מניע שחקנים אלה – קבוצות-האינטרס שהשתדלנים פועלים בשמם, מצד אחד, וחבריה-הכנסת והביורוקרטים, מן הצד האחר – לשתף פעולה? ככל שהיקף הפעולה של הממשלה מתרחב כן גדל עניינן של קבוצות-האינטרס שונות להשפיע על פעולתה ולקצור רווח גדול.²¹ מחקר אחד הראה כי שתדלנות של תאגידים בנוגע לקבלת הטבת-מס מסוימת הניבה רווח של לא פחות מ-22,000% (ביחס לעלותה של אותה שתדלנות).²² מחקר מקיף אחר גילה כי לאחר ניכוי הוצאות על שתדלנות, חברות שהעסיקו שתדלנים בתחום דיני המס הרוויחו בין 6 ל-20 דולר על כל דולר שהשקיעו בפעילות זו.²³ בעוד המניע של קבוצות-האינטרס להשקיע משאבים בפעילות שתדלנית הינו ברור למדי,²⁴ אנשי מדע המדינה חלוקים בשאלה מה מניע את הנבחרים לשתף פעולה עם השתדלנים. הנחת-המוצא של אנשי מדע המדינה היא שהמניע החשוב ביותר של נבחרים הוא רצונם להיבחר מחדש.²⁵ בספרות ניתן למצוא שלוש תיאוריות שהוצעו כדי להסביר מדוע שיתוף-פעולה עם שתדלנים מקדם את רצונם של הפוליטיקאים להיבחר מחדש: "שתדלנות כעסקה" (exchange), "שתדלנות כשכנוע" (persuasion) ו"שתדלנות כסובסידיה חקיקתית" (legislative subsidy).

- 20 טל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 122-131. להעדפה זו יש גם השלכה משמעותית על מידת שקיפותה של הפעילות השתדלנית, שכן הליך החקיקה שקוף בהרבה מהליך קבלת ההחלטות במסגרת הרשות המבצעת.
- 21 ראו: Beth L. Leech et al., *Drawing Lobbyists to Washington: Government Activity and the Demand for Advocacy*, 58(1) POL. RES. Q. 19 (2005).
- 22 ראו: Raquel M. Alexander et al., *Measuring Rates of Return for Lobbying Expenditures: An Empirical Analysis under the American Job Creation Act* (2009), papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1375082.
- 23 ראו: Brian K. Richter et al., *Lobbying and Taxes*, 53 AM. J. POL. SCI. 893 (2009).
- 24 עוד באשר למניעיהן של קבוצות להשקיע בשתדלנות: מחקר שניתח פעילות שתדלנית של עמותות אידיאולוגיות (NGOs) בארצות-הברית גילה כי לעיתים תכופות עמותות אלה מקיימות פעילות שתדלנית גם כאשר סיכויי הצלחתה של פעילות זו נמוכים מאוד. מה שמניע אותן במקרים אלה הוא רצונן להלהיב את קהל תומכיהן ולהראות להם כי הן פעילות, ובכך להבטיח את המשך תמיכתם בעמותה. ראו: David Lowery, *Why Do Organized Interests Lobby? A Multi-Goal, Multi-Context Theory of Lobbying*, 39 POLITY 29, 36-37 (2007). אחת הדוגמות שמובאת במאמרו של לונרי היא פעילות שתדלנית של ארגוני נשים בארצות-הברית נגד מינויים לתפקידי שפיטה בתקופת כהונתו של הנשיא בוש. לונרי טוען כי לארגוני הנשים היה ברור מראש שהם יפסידו במאבקם, אולם חרף זאת הם פעלו, וזאת בעיקר כדי להראות פעילות ולהבטיח בכך גיוס של חברות חדשות לארגון.
- 25 ראו: ANTHONY DOWNS, *AN ECONOMIC THEORY OF DEMOCRACY* (1957); JOSEPH SCHUMPETER, *CAPITALISM, SOCIALISM, AND DEMOCRACY* (Routledge, 5th ed. 1994); Melvin J. Hinich & Peter Ordeshook, *Plurality Maximization vs. Vote Maximization: A Spatial Analysis with Variable Participation*, 64 AM. POL. SCI. REV. 772 (1970).

התיאוריה של שתדלנות כעסקה מציעה הסבר פשוט ואינטואיטיבי לשיתוף-הפעולה של הפוליטיקאים עם השתדלנים: בתמורה לקידום האינטרסים של השתדלנים, הפוליטיקאים מקבלים הבטחה לתמיכה של מצביעים וכן כספים החיוניים לקידום בחירתם מחדש.²⁶ למרות האטרקטיביות של רעיון זה, נראה שהוא מספק הסבר חלקי לכל-היותר למניע של הפוליטיקאי לשתף פעולה. ראשית, ככל שהדבר נוגע בהבטחת תמיכה של מצביעים, הוא יכול להסביר רק שיתוף-פעולה של פוליטיקאים עם קבוצות-אינטרס אידיאולוגיות (למשל, האגודה לזכויות האזרח) או קבוצות-אינטרס שיש מאחוריהן מספר גדול של תומכים (למשל, ארגוני עובדים). אין הוא מסביר שיתוף-פעולה עם תאגידים, שכן האחרונים אינם יכולים להבטיח תמיכה של מצביעים. שנית, ככל שהדבר נוגע בתמורה הכספית (תרומות למימון מסעי בחירות), במדינות דמוקרטיות רבות, ביניהן ישראל, קיימים הסדרים משפטיים המגבילים את יכולתם של תאגידים לתרום למסעי בחירות.²⁷

בנקודה זו נבקש להדגיש כי חלק ניכר מהפעילות השתדלנית מופנה לשדרת הניהול הביורוקרטית, ולא דווקא למחוקקים. מניעיהם של הביורוקרטים לשתף פעולה עם השתדלנים עשויים להיות שונים מאלה של המחוקקים, שכן התמורה בדמות "מצביעים" או "תרומות למימון מסעי בחירות" אינה רלוונטית לגביהם. תמורה משמעותית שקבוצות-אינטרס יכולות להציע לביורוקרטים (כמו-גם למחוקקים) היא משרה בתאגיד, ולעיתים אף משרת שתדלן בשם התאגיד, לאחר תום כהונתם הציבורית. תופעה זו, שכונתה "הדלת המסתובבת", נעשתה נפוצה במדינות שונות. נטען כי היא הופכת את הרגולטור ל"שבויו" בידי הגורמים שעליהם הוא אמור לפקח. כך, אחד המחקרים הראה כי במקרים רבים בכירים במשרדיהם של הממונה על ההגבלים העסקיים ושל יושב-ראש מועצת הכבלים והלוויין מקבלים לאחר סיום כהונתם משרות בגופים שפוקחו על-ידיהם. נתון זה עשוי להסביר את העובדה שגופים אלה מגלים נטייה לא להגן מספיק על האינטרס הציבורי ולהתחשב יותר מדי באינטרסים של גורמי השוק המפוקחים.²⁸

תיאוריה שנייה שהועלתה לגבי המניע של נבחרים לשתף פעולה עם שתדלנים היא תיאוריית השתדלנות כשכנוע. ההצעה בעניין זה היא ששיתוף-פעולה עם השתדלנים מגדיל את סיכויי הבחירה מחדש של הנבחר היות שהשתדלנים מספקים לו מידע ביחס למה שהמצביעים רוצים – "לאן הרוח נושבת". מכיוון שלעיתים קרובות לנבחרים לא ברור אילו עמדות עליהם לנקוט כדי להיבחר מחדש, קבוצות-האינטרס – באמצעות שתדלנים

David Austen-Smith, *Interest Groups: Money, Information and Influence*, in 26 PERSPECTIVES ON PUBLIC CHOICE 296 (Dennis Mueller ed., 1996); Rebecca Morton & Charles Cameron, *Elections and the Theory of Campaign Contributions: A Survey and Critical Analysis*, 4 ECON. & POL. 79 (1992).

27 ס' 8 לחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973, קובע תקרות נמוכות לתרומות למפלגות. על-פי הוראה זו, תרומה מיחידים לא תעלה על 1,000 ש"ח לשנה "מאת אדם ובני ביתו הסמוכים על שולחנו" (נכון לחודש מרס 2008). בארצות-הברית, לעומת זאת, נפסק כי חלק מההגבלות הסטטוטוריות לגבי מימון מסעי בחירות עומדות בניגוד לתיקון הראשון לחוקה. ראו: Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).

28 תהילה שורץ-אלטשולר 'ה'מעבר הבטוח' מן המגזר הציבורי למגזר הפרטי: קו התפר שבין פוליטיקה לבין רגולציית תקשורת" תקשורת ופוליטיקה בישראל 43 (דן כספי עורך, 2007).

– משיגות, תוך השקעה כספית, מידע על עמדותיהם של אנשים במחזור הבחירה של הנציג, ואז משתמשות במידע זה על-מנת לשכנע את הנבחר לתמוך בחקיקה הרצויה להן.²⁹ באופן דומה, בשיטת הפעולה של grassroots lobbying, קבוצות-האינטרס פונות אל האזרחים על-מנת שאלה ישלחו מכתבים לנציגים וידרבנו אותם לפעול בכיוון מסוים. מתן מענה לרצונם של הבוחרים מגדיל את סיכויי הבחירה מחדש של הפוליטיקאי.

תיאוריית השכנוע מספקת הסבר חלקי בלבד למניעיהם של הנציגים לשתף פעולה עם השתדלנים, ובכל אופן משקלה בישראל מוגבל. במדינת-ישראל, שבה כוחן של המפלגות גדול יחסית, לחבריי-הכנסת חשוב יותר לדעת מה מתפקדי המפלגה או חברי מרכז המפלגה רוצים, ופחות מכך מה הבוחרים רוצים.³⁰ לכן העברת מידע בשיטה של grassroots lobbying נפוצה פחות בישראל בהשוואה לארצות-הברית. שיטת פעולה זו יעילה במיוחד במדינות שבהן נוהגת שיטה של בחירות אזוריות, שבה נבחר הציבור נושא באחריות מול קהל בוחרים מוגדר, ולכן חשוב לו לקבל מידע באופן שוטף לגבי העדפותיו של ציבור הבוחרים באזור שלו. נוסף על כך, גישה זו אינה יכולה להסביר את העובדה ששתדלנים מספקים לנבחרים מידע החורג מתיאור רצונותיהם של הבוחרים. כך, שתדלנים מרבים לספק מידע הכולל התייחסות מפורטת לסוגיות מורכבות, וכן הצגה של טיעונים מדוע אימוץ מדיניות מסוימת הוא צעד ראוי. כמו-כן כדאי לשים לב שהנבחר יכול לקבל מידע לגבי העדפותיהם וצורכיהם של הבוחרים ממקורות אחרים מלבד שתדלנים, כגון כלי התקשורת המקומיים במחזור הבחירה שלו או באמצעות עריכת סקרי דעת-קהל. תיאוריית השכנוע גם אינה יכולה להסביר את הפעולה האינטנסיבית של שתדלנים מול שדרת הניהול הביורוקרטית, אשר אינה נדרשת לעמוד לבחירות מדי תקופה.

אך הבעיה העיקרית אשר הן תיאוריית השכנוע והן תיאוריית העסקה ניצבות בפניה היא יסודית יותר. המחקר האמפירי על שתדלנות מלמד כי השתדלנים פועלים בדרך-כלל מול נבחרים שכבר אוהדים את עניינם, ולא מול נבחרים המתנגדים להם.³¹ תיאוריית השתדלנות כסובסדיה חקיקתית מנסה להסביר ממצא זה, אשר נראה, לפחות במבט ראשון, פרדוקסלי. לפי תיאוריה זו, השתדלן ממלא תפקיד חשוב מבחינת הנציג והביורוקרט: הוא מספק מידע

29 JOHN MARK HANSEN, GAINING ACCESS: CONGRESS AND THE FARM LOBBY, 1919–1981 (1991); David Austin-Smith, *Information and Influence: Lobbying for Agenda and Votes*, 37 AM. J. POL. SCI. 799 (1993).

30 מובן שאיננו מתכוונים לטעון כי אין כל חשיבות למידע על רצונם של הבוחרים עצמם, שכן הפוליטיקאים רוצים לזכות גם במספר המנדטים הגדול יותר. באשר למעמדן של המפלגות בישראל, למרות המעבר לשיטת הפריימריז ברוב המפלגות הגדולות, מעבר שהפחית מכוחם של מרכזי המפלגות, המפלגות מרכזות עדיין כוח גדול יותר בישראל בהשוואה לארצות-הברית, למשל, שם נוהגת שיטה של בחירות אזוריות שממריצה את הנבחר לקיים קשר שוטף וישיר עם הבוחרים.

31 Richard Hall & Alan Deardorf, *Lobbying as Legislative Subsidy*, 100 AM. POL. SCI. REV. 69, 70 (2006); FRANK BAUMGARTNER & BETH LEECH, BASIC INTERESTS: THE IMPORTANCE OF GROUPS IN POLITICS AND IN POLITICAL SCIENCE 126 (1998).

ועורך אותו בעבורם.³² לכן ניתן לראות בפעולה זו משום סובסידיה (במונחים של חיסכון בזמן ובמאמצים) שהשתדלן מעניק לנבחר.³³ תיאוריית הסובסידיה מסבירה את העובדה ששתדלנים נוטים להתמקד בנציגים המגלים אהדה לעניינם בכך שבדרך זו הם יכולים לכוון את עיקר מאמציהם לא לשכנוע נציגים לאמץ את עמדתם, אלא ליצירת תמריץ לנציג – אשר זמנו ומשאביו מוגבלים – לבחור בקידום עניינו של השתדלן במקום לקדם עניינים אחרים שהוא מאמין בהם, וזאת על-ידי הספקת מידע ועריכתו בעבור הנציג.

בעוד לפי תיאוריית השכנוע השתדלנים מעבירים מידע לגבי העדפותיהם של הבוחרים, לפי תיאוריית הסובסידיה השתדלנים מעבירים מידע בנוגע למדיניות הרצויה ביחס לסוגיות מורכבות. אף שלתיאוריה זו יש תוקף הסברי ביחס למניעיהם של פוליטיקאים וביורוקרטים לשתף פעולה עם השתדלנים, נדמה שתוקף הסברי זה חזק יותר ביחס למניעיהם של הראשונים. בתחומים של סוגיות מורכבות עשויה להתקיים אסימטרייה אינפורמטיבית בין נציגי הציבור לבין הביורוקרטים, לנוכח העובדה שהביורוקרטים רכשו ידע ופיתחו מומחיות בתחום מסוים במידה גדולה יותר מנבחר הציבור, העוסק במגוון רחב של תחומים. לעיתים תכופות המידע שקבוצת האינטרס מזרימות לנבחרים עוזר לאחרונים להתגבר על פערי המידע ביניהם לבין הביורוקרטים – פקידי משרד האוצר, למשל. נוסף על כך, קובעי המדיניות סובלים ממחסור באמצעי מחקר ובזמן. בכנסת פועל אומנם מרכז מידע, המעסיק חוקרים שתפקידם לאסוף מידע בתחומים שחברי הכנסת רוצים לקדם באמצעות הצעות חוק. אולם פעמים רבות המידע המרוכז על-ידי השתדלנים נתפס כמקצועי, כנגיש וכבהיר יותר, והוא מעובד באופן שתואם טוב יותר את צרכיו של חבר הכנסת.³⁴ לפי תיאוריית הסובסידיה, השתדלנים גם מזרימים לפוליטיקאים מידע ביחס לזהותם של קובעי מדיניות נוספים התומכים במדיניות, ולגבי הסיכויים ליצור קואליציות הדרושות לשם קידום יוזמות חקיקה. מידע זה חיוני לפוליטיקאים, שכן הם מעדיפים לא לבזבז את זמנם על יוזמות שהסיכוי להצלחתן אינו גבוה.

32 הציטטה הבאה מדברי ג'ון קנדי מאירת עיניים בהקשר זה: "Lobbyists are, in many cases, expert technicians and capable of explaining complex and difficult subjects in a clear, understandable fashion... the lobbyists who speak for the various economic, commercial and other functional interests of this country serve a very useful purpose and have assumed an important role in the legislative process." Daniel T. Ostas, *The Law and Ethics of K Street: Lobbying, the First Amendment, and the Duty to Create Just Laws*, 17 Bus. ETHICS Q. 33, 34 (2007).

33 Hall & Deardorf, לעיל ה"ש 31.

34 השתדלנים בישראל אינם מייצרים מידע, אלא רק מעבדים אותו והופכים אותו לנגיש לנבחרים. עם זאת, לעיתים קרובות המידע שהם מספקים הוא מוטא. גם אם אין הם מוסרים מידע מטעה, במקרים רבים הם אינם מציינים מידע שאינו נוח לעניינם, ונמנעים מלהציג טיעונים נגדיים. ראו טל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 89-96. בארצות-הברית חלק מייצור המידע נערך בגופי מחקר שפועלים מטעם קבוצת-אינטרס, המכונים Think Tanks. ראו: MARK A. SMITH, *AMERICAN BUSINESS AND POLITICAL POWER: PUBLIC OPINION, ELECTIONS, AND DEMOCRACY* (2000).

בעיה משמעותית בתוקף ההסברי של התיאוריה היא שעל-מנת שיתקיים מפגש רצונות בין השתדלן לבין הפוליטיקאי, לאחרון חייבת להיות נקודת מוצא תחילית אוהדת כלפי האינטרסים שהשתדלנים מייצגים. בנקודה זו הבחנה רלוונטית היא בין קבוצות-אינטרס שיש מאחוריהם בוחרים (למשל, החקלאים) לבין תאגידים. כך, ניתן להבין מדוע מי שנבחר על תקן של נציג המושבים יכול לצאת מנקודת מוצא אוהדת כלפי אינטרסים של חקלאים (ולכן תיאוריית הסובסידיה יכולה לתת הסבר טוב להניעה שלו להיעזר בשתדלנים), אבל לא ברור מדוע תהיה לו הניעה לשתף פעולה עם שתדלנים מטעם תאגיד. שיתוף-פעולה עם שתדלנים של תאגידים נמצא במתח עם רצונו של הפוליטיקאי להיבחר מחדש. קבוצות-אינטרס תאגידיות מבקשות לעשות רווח על-חשבון האינטרס של רוב האזרחים, ולכן לשתדלנות של תאגידים יש מוניטין מפוקפקים ותדמית שלילית בקרב הציבור הרחב. מטעמים אלה תיאוריית הסובסידיה אינה יכול לעמוד לבדה, ודרוש הסבר נוסף מדוע לנציג יש עמדה תחילית אוהדת כלפי התאגיד. הסבר כזה ניתן לדלות, למשל, מתיאוריית העסקה (קבלת תרומות למסע הבחירות או זכייה במשרה בשירות התאגיד בתום הכהונה הציבורית). הסבר אפשרי למעמדם המיוחד של עסקים אצל פוליטיקאים קשור לתלות של הפוליטיקאים בהצלחה כלכלית. הפוליטיקאים חוששים שאם לא ישביעו את רצונם של הגורמים העסקיים, הללו עלולים להחליט להשקיע במקומות אחרים, ופירוש הרבר כלכלה משגשגת פחות ואובדן מקומות עבודה. מצב דברים כזה הוא אסון מבחינתם של הפוליטיקאים, שכן במערכת הבחירות הם נשפטים במידה רבה על-פי הישגיהם בתחום הכלכלה.³⁵ לכן גופים עסקיים מצליחים בדרך-כלל לשכנע את הממשל להימנע מצעדים המקטינים את הרווחיות ולאמץ צעדים שיאפשרו לעסקיהם לשגשג.³⁶

ג. שתדלנות ותיאוריה דמוקרטית

בחלק הקודם של המאמר עסקנו בתיאור התופעה של שתדלנות: מי משתמש בשתדלנות, כלפי מי היא מופנית, ובאילו שיטות שתדלנים משתמשים. כמו-כן הצגנו הסברים לגבי מטרתיהם של אלה הנעזרים בשירותי שתדלנות ולגבי מניעיהם של נבחרים ובעלי-תפקידים ברשות המבצעת לשתף פעולה עם שתדלנים. בחלק הנוכחי אנו מבקשים להעריך את תופעת השתדלנות.

CHARLES E. LINDBLOM, POLITICS AND MARKETS: THE WORLD'S POLITICAL-ECONOMIC SYSTEMS (1977); Charles Lindblom, *The Market as Prison*, in PHILOSOPHY AND DEMOCRACY: AN ANTHOLOGY 275 (Thomas Christiano ed., 2003)

LINDBLOM, שם, בעמ' 170. הדוגמה הבאה ממחישה נקודה זו: כאשר נבחר קלינטון לנשיאות, הוא תכנן פעולה מהירה של הקונגרס בנוגע למגוון של יוזמות חשובות בתחום המדיניות החברתית. אך כאשר הוא נפגש עם מנהיגים עסקיים, עוד לפני תחילת כהונתו, הוא קיבל מהם "הרצאה" בנוגע למה שהממשל שלו צריך לעשות. כתוצאה מכך הוא נאלץ להחליט שהקטנת הגירעון בתקציב תקבל עדיפות ראשונה במעלה. קלינטון המרוגז והמיואש אמר לעוזריו שהם נהפכו כולם ל-"Eisenhower Republicans". ראו: BOB WOODWARD, THE AGENDA: INSIDE THE CLINTON WHITE HOUSE 165 (1994)

נקודת המוצא שלנו בניסיון להגיע למסקנות נורמטיביות ביחס לשתדלנות היא יתרונותיה של צורת המשטר הדמוקרטית על צורות משטר אחרות. ערכה של צורת המשטר הדמוקרטי נובעת לא רק מהתוצאות הטובות שהיא עשויה להניב, אלא גם מרציותה המוסרית. דמוקרטיה מאפשרת להגשים שני ערכים. ראשית, היא מרחיבה את האוטונומיה של פרטים אל הספירה של קבלת החלטות קולקטיבית, או במילים אחרות מאפשרת הגדרה עצמית קולקטיבית,³⁷ שכן אין זה הוגן שאנשים ייכפו לחיות לפי חוקים של אחרים. שנית, דמוקרטיה מגלמת את הערך של שוויון בין פרטים. כאשר אנשים אשר חיים יחדיו אינם מסכימים כיצד יש לארגן את החיים, אם לכל פרט מובטח equal say, יש בכך הכרה בערך השווה של כולם ובכך שהטוב והאינטרסים של כל אחד צריכים להישקל.³⁸

האם ההגדרה העצמית הקולקטיבית והשוויונית שדמוקרטיה מאפשרת מתמצה בזכות להשתתף בבחירת הנציגים מדי כמה שנים, או שמא ראוי שאזרחים יוכלו להביע את דעתם ולנסות להשפיע גם על תהליכי קבלת החלטות של הנציגים שנבחרו? אם אזרחים זכאים להשפיע לא רק על-ידי הצבעה בבחירות, האם אפשר להבחין בין דרכי השפעה לגיטימיות ולא-לגיטימיות? התשובות לשאלות אלה נגזרות מההבנות ביחס למהות הדמוקרטיה ולתהליך הדמוקרטי. בספרות נידונו שלוש תיאוריות של דמוקרטיה. מכל אחת מהן אפשר להגיע למסקנה לגבי רציותה של השתדלנות.

תיאוריה אחת של דמוקרטיה, המכונה "אליטיזם תחרותי", סבורה כי השתתפותם של אזרחים בדמוקרטיה צריכה להיות מוגבלת להצבעה בבחירות.³⁹ תיאוריה זו רואה את הבחירות כתחרות על הזכות ליטול את מושכות ההנהגה עד לבחירות הבאות – תחרות שבה מכריעים האזרחים. לפי גישה זו, רצוי שקבלת החלטות לגבי חקיקה ומדיניות תיעשה על-ידי הנבחרים לבדם, וכל השפעה של האזרחים על קבלת החלטות אינה רצויה. זאת, מפני שבמציאות של מדינה מודרנית השאלות העומדות להכרעה מחייבות מומחיות בכלכלה, בכיטחון, באקולוגיה, בתחבורה וכדומה, ורוב האזרחים אינם מתמצאים בנושאים אלה כמו הנבחרים (בהנחה ובתקווה שהללו באים מקרב האליטות המשכילות). נוסף על כך, אזרחים נוטים ללחוץ להשגת הסדרים המשרתים את האינטרסים שלהם במקום את האינטרס הציבורי. לפי תיאוריה זו, יש להניח לנבחרים לשלוט בתנאים של "שקט תעשייתי", ואם הם מתפקדים גרוע או באופן מושחת, הבוחרים יכולים להחליפם בבחירות הבאות.

דומה כי מבחינת התיאוריה של אליטיזם תחרותי, שתדלנות אינה דבר רצוי. זאת, מכיוון שהיא חושפת את הנבחרים ללחצים מצד קבוצות שונות מקרב הציבור. כאמור, ההערכה של התיאוריה היא שרוב הציבור אינו מבין מספיק בסוגיות המחייבות החלטה, ושנטייתם של האזרחים היא לקדם את האינטרסים הפרטיים או הקבוצתיים שלהם, ולא את האינטרס הכללי. לכן נראה כי ההסדר שגישה זו תראה כרצוי הוא לאסור את הפעילות השתדלנית.

JEAN JACQUE ROUSSEAU, THE SOCIAL CONTRACT book 1, ch. 6 (Penguin Great Ideas 37 (2006).

PETER SINGER, DEMOCRACY AND DISOBEDIENCE 30–41(1973); JEREMY WALDRON, LAW AND 38 DISAGREEMENT 88–118 (1999).

DAVID HELD, MODELS OF ראו SCHUMPETER, לעיל ה"ש 25. לדיון בגישה זו לדמוקרטיה ראו: 39 DEMOCRACY 125–157 (3rd ed. 2006).

אולם התיאוריה האליטיסטית אינה מקובלת כיום. תיאוריות אחרות של דמוקרטיה מבקרות אותה בשל אי-השיתוף של אזרחים בקבלת ההחלטות. הן אינן מוכנות לקבל את הרעיון שהשתתפות היחידה של אזרחים היא על-ידי הצבעה בבחירות. תיאוריות אלה טוענות כי העדר היכולת של אזרחים להשפיע על החלטותיהם של הנבחרים עומד בסתירה לרעיון שדמוקרטיה היא שלטון עצמי של העם, ושהחלטות המתקבלות מבלי להתייחס להעדפות המובעות של הציבור נגועות בחוסר לגיטימיות.

תיאוריות מקובלות יותר של דמוקרטיה – התיאוריה הפלורליסטית והתיאוריה הדליברטיבית – מצדדות בהשתתפות פעילה יותר של אזרחים בתהליך קבלת ההחלטות.⁴⁰ נקודת המוצא של התיאוריה הפלורליסטית היא שלאזרחים יש אינטרסים שונים אשר לעיתים קרובות נוגדים זה את זה. בדמוקרטיה, על-פי גישה זו, מתקיים מאבק בלתי-נמנע בין קבוצות-אינטרס שונות, ובמאבק זה כל קבוצה זכאית לנסות להשיג את מימוש מירב האינטרסים שלה. תהליך דמוקרטי ראוי הוא כזה שבו המאבק בין קבוצות-האינטרס מתנהל בצורה הוגנת, קרי, לכל הקבוצות ניתנת הזדמנות שווה להשפיע על קבלת ההחלטות (מה שמחייב להבטיח חופש התאגדות, גישה אל השיח הציבורי וזכות לפנות אל הנבחרים). התוצר של תהליך כזה הוא הסדרים שהם בבחינת פשרה המבטאת את יחסי הכוחות שבין הקבוצות, קרי, כמה אנשים מעוניינים במה, ובאיזו אינטנסיביות. מבחינת הגישה הפלורליסטית, להסדרים המבטאים את יחסי הכוחות יש לגיטימיות מפני שהם מהווים הגשמה של ערכי ההגדרה העצמית הקולקטיבית והשוויונית שבבסיסה של צורת המשטר הדמוקרטי. נראה אפוא כי מבחינת התיאוריה הפלורליסטית, שתדלנות היא תופעה לגיטימית. היא מאפשרת לקבוצות להבהיר לנבחרים במה הן מעוניינות, ומהו חלק מתהליך דמוקרטי תקין של ניסיון להשפיע, לצד אמצעים כגון השתתפות בשיח הציבורי או תרומות למפלגות ולמועמדים בבחירות. מבחינת תיאוריה זו, החשש של תיאוריית האליטיזם התחרותי ששתדלנות תאפשר לחץ של אזרחים על הנבחרים מבטא חוסר הבנה של מהות הדמוקרטיה והתהליך הדמוקרטי, שכן בדמוקרטיה אמיתית המטרה היא לעשות מה שטוב לכמה שיותר אנשים.

תיאוריה שחולקת על האופן שבו התיאוריה הפלורליסטית מבינה מהי דמוקרטיה, ואשר נידונה בהרחבה בשנים האחרונות, היא תיאוריית הדמוקרטיה הדליברטיבית. מבחינת תיאוריה זו, לחוקים ולהחלטות שמתקבלים בדמוקרטיה יש לגיטימיות רק אם הם באים בעקבות שיח ציבורי שבו נעשה ניסיון להצדיק טענות ותביעות באופן "ציבורי". דהיינו, אזרחים ונבחרים צריכים לנמק טענות ותביעות אך ורק במונחים של האינטרס הציבורי, קרי, של הטובים המשותפים לכלל האזרחים. שנית, הם צריכים להשתמש רק בטיעונים רציונליים שכל אדם "סביר" יוכל לקבלם. תהליך דמוקרטי ראוי אינו מבוסס על כוח, אלא על נסיונות להגיע להסכמה (להבדיל מפשרה) על הסדרים המשרתים את טובת הכלל. מבחינת התיאוריה הדליברטיבית, נסיונות של רוב לנצל את יתרונו המספרי על-מנת לכפות את העדפותיו או הבנותיו אינם ראויים.⁴¹

40 ROBERT DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1956). כן ראו Held, לעיל ה"ש 39.
41 AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT (1996); JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (William Rehg trans., 1996); DELIBERATIVE DEMOCRACY: ESSAYS

נראה כי עמדתה של התיאוריה הדליברטיבית כלפי השתדלנות צריכה להיות תלויה במטרות שלשמן היא נעשית. כאשר השתדלנות נעשית על-מנת לקדם אינטרסים קבוצתיים במקום את טובת הכלל, יש לשלול אותה, אך שתדלנות שמטרתה לקדם את האינטרס הציבורי היא לגיטימית. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, ההבחנה בין אינטרס קבוצתי לבין אינטרס ציבורי מעוררת קשיים גדולים.

על-מנת לגבש עמדה ביחס לשתדלנות, יש לקבוע איזו מהתיאוריות הדמוקרטיות שפורטו כאן היא המוצלחת ביותר. נראה לנו כי הבחירה צריכה ליפול על התיאוריה הפלורליסטית. תיאוריית האליטיזם התחרותי מנמקת את התנגדותה לאפשר לאזרחים להשפיע על הנבחרים בכך שאזרחים אינם מבינים מספיק ונוטים ללחוץ בכיוון האינטרסים הצרים שלהם.⁴² אך יש גם צד אחר לעניין. האם קבלת החלטות על-ידי הנבחרים תוך בידוד גמור מהאזרחים והתעלמות ממה שיש להם לומר תניב תוצאות מיטביות? ללא קבלת קלט מלמטה, מהשטח, לא ידעו הנבחרים מהם הצרכים והבעיות, ולא יבינו את המציאות.⁴³ במיוחד מתעורר החשש שהם לא יהיו מודעים לצורכיהן ולבעיותיהן של קבוצות שהם אינם נמנים עימן. שנית, תיאוריית האליטיזם התחרותי מציגה תמונה ורודה מדי של הנבחרים. האם אפשר לסמוך על הנבחרים שהם יפעלו לטובת כלל הציבור? האין מקום לחשוש שהנבחרים יבחרו במודע להתעלם מצורכיהן של קבוצות חלשות, תוך שימוש ברטוריקה שהחלטותיהם מבטאות דאגה לכולם? מבחינה זו, הבהרת הצרכים והעדפות לנבחרים והציפייה הנוצרת בעקבות זאת להתחשבות בהם מקשה עליהם להתעלם מקבוצות מסוימות. שלישית, גם אם במערכת הבחירות מפלגות ומועמדים מפרטים את עמדותיהם בסוגיות שונות, ברור שבין מערכות בחירות מתעוררות שאלות רבות שלא נידונו לפני הבחירות, כך שהנבחרים אינם יודעים מה אנשים חושבים על נושאים אלה ומה העדפותיהם.

תמצית ביקורתנו כלפי התיאוריה הדליברטיבית נוגעת בכך שהיא אינה מציאותית.⁴⁴ לעומת זאת, התפיסה הפלורליסטית נראית תואמת יותר את המציאות הפוליטית המוכרת

ON REASON AND POLITICS (James Bohman & William Rehg eds., 1997); DELIBERATIVE DEMOCRACY (Jon Elster ed., 1998); DELIBERATIVE POLITICS: ESSAYS ON DEMOCRACY AND DISAGREEMENT (Stephen Macedo ed., 1999); AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY? (2004)

42 בטענה זו יש לא מעט אמת. אכן, מדיסון והפדרליסטים חששו מלחצים על נבחרים שסופם חקיקה פופוליסטית, וניסו להפחיתם על-ידי צעדים מבניים (למשל, שחוקים צריכים להתקבל על-ידי שני בתים, ולא אחד). ראו: Cass R. Sunstein, *Interest Groups in American Public Law*, 38 STAN. L. REV. 29, 35–45 (1985).

43 אחד הטיעונים של Hayek לטובת שוק חופשי ונגד ניהול הכלכלה על-ידי הממשלה היה שקשה מאוד לראות דברים ממבט על. ראו: Russell Hardin, *Representing Ignorance*, 21 SOC. PHIL. & POL'Y 76, 85–87 (2004).

44 שלושה ראשי-ביקורת נגד הדמוקרטיה הדליברטיבית הם אלה: ראשית, אפשר לתהות אם יכולים להתקיים טובים שהם משותפים לאנשים שונים. שנית, גם אם קיימים טובים כאלה, במישור האפיסטמולוגי עולה השאלה כיצד נוכל לגלות מהם אותם טובים משותפים. ייתכן שההומוגניות של האזרחים בדמוקרטיה הקטנה של אתונה אפשרה לאזרחיה להסכים על טובים משותפים מסוימים, אולם מדינות דמוקרטיות מודרניות הן לרוב הטרוגניות, כך

ואת תחושותינו לגבי מה שניתן לצפות מבוחרים ומנבחרים. התיאוריה הדליברטיבית מציבה אידיאל שקשה לראות איך ניתן לממשו תוך התעלות על אינטרסים אישיים או קבוצתיים והימנעות משימוש בכוח פוליטי. תיאוריה פוליטית נורמטיבית הדורשת התנהגות מסוימת מוכרחה להביא בחשבון את מבנה ההנציות של בני-אדם. "Ought implies can", כפי שאמר קנט. התיאוריה הפלורליסטית משקפת פרגמטיזם, שכן היא מניחה כי אין סיכוי שאנשים יהיו אלטרואיסטים כל-כך. לפיכך, במקום לשלול את רעיון התחרות, היא מבקשת לנהל אותה בתנאים הוגנים. היא מגשימה סוג של שוויון והגיונות בכך שהיא מבקשת להבטיח שוויון בהזדמנות של אזרחים וקבוצות להשפיע על התהליך הדמוקרטי, גם אם בסופו של דבר מדובר בתחרות שבה התוצאות נקבעות לפי מאזן הכוחות.⁴⁵

ד. שתדלנות וכשלים בהליך הדמוקרטי

אולם האם בדמוקרטיה המוכרות לנו מתנהלת תחרות הוגנת? ההנחה של תומכי התיאוריה הפלורליסטית הייתה שקיום של חופש התאגדות וחופש ביטוי יבטיח שוויון בין הקבוצות השונות בהזדמנות להשפיע על חקיקה ומדיניות. אך הנחה זו התבררה כשגויה. מנקודת אולסון (Mancur Olson) חולל מהפכה כאשר הציע סיבות לכך שלקבוצות גדולות תהיה נטייה דווקא לא להתארגן לפעולה פוליטית ואילו קבוצות קטנות יעשו זאת בהצלחה.⁴⁶ למשל, מיליוני צרכנים של מוצר מסוג מסוים לא יתארגנו בדרך-כלל כדי להשיב מלחמה שערה מול מספר קטן של יצרנים של המוצר המנסים לשנות חקיקה או מדיניות כדי להיטיב את מצבם. לגבי כל אחד מהיצרנים המעטים משמעותה של ההטבה עשויה להסתכם בסכומים גדולים מאוד. לכן כדאי להם מאוד להתארגן, ולכל אחד מאותם יצרנים כדאי להשקיע סכומים משמעותיים על-מנת להשפיע על החקיקה (בדרך של שכירת שירותי שתדלנות, למשל). כמו-כך, בקבוצות קטנות קל לזהות מי מתחמק מתרומה למאמץ ההשפעה ומנסה להיות "נוסע חופשי", ולכן יש רתיעה מפני התנהגות כזו. לעומת זאת, לגבי כל אחד ממיליוני הצרכנים הקונים את המוצר ההפסד הצפוי מכך שהיצרנים יזכו בהטבה הוא סכום קטן. לכן האדישות בקרב הצרכנים תהיה גדולה. לאיש מן הצרכנים לא יהיה כדאי להשקיע את מה שנדרש כדי להבטיח את האינטרס של הצרכנים. בקבוצות גדולות כאלה כל אחד יעדיף שאחרים ייטלו מעמסה זו על עצמם, ותופעת "הנסיעה החופשית" תהיה נפוצה. ברור גם שקל הרבה יותר לארגן פעולה של מספר קטן של יצרנים מאשר לפנות אל מיליוני אנשים.

שהסכמה על טובים משותפים נראית לא-סבירה. שלישית, אפילו התקיימה הסכמה כזו, אי-אפשר להניח שאנשים יפעלו אך ורק למען אותם טובים, שכן נסיון-החיים מלמד שאזרחים ופוליטיקאים נוטים במידה רבה לפעול בדרך התואמת את האינטרסים שלהם או את אלה של הקבוצה שאליה הם משתייכים.

45 אין בכך כדי לשלול הכרה של הפלורליסט בחשיבות קיומה של מערכת של זכויות, אשר ימנעו בגזרות מסוימות את תחולת העיקרון של גישתו שיש לפעול על-פי מאזן הכוחות. מטרתה של מערכת הזכויות היא להבטיח את שמירת כללי המשחק הדמוקרטיים.

46 MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1971)

נראה אפוא כי לרוב מי שיתארגנו במטרה להשפיע יהיו קבוצות קטנות, אשר ינסו להשיג הטבות לעצמן, ועלותן של הטבות אלה תוטל על הציבור הרחב, שהאינטרסים שלו לעיתים קרובות לא יהיו מיוצגים בגלל הסיבות שתיאר אולסון.⁴⁷ מחקרים הראו שוב ושוב כי המערכת של קבוצות-אינטרס בארצות-הברית אכן נשלטת על-ידי ארגונים עסקיים, וזאת על-ידי-חשבון האינטרסים של צרכנים ואינטרסים ציבוריים.⁴⁸ ניתוחו של אולסון מאושר אם כן על-ידי בדיקה אמפירית. בעקבות הביקורת שהועלתה נגד התיאוריה הפלורליסטית היו פלורליסטים שהכירו בכך שפערים כלכליים בחברה קפיטליסטית עלולים לגרום לפערים בכוח הפוליטי, ושיש הבדלים ביכולת ההשפעה של קבוצות שאינם מבטאים את יחסי הכוחות ביניהן. אותם פלורליסטים עמדו על הצורך להתערב בתהליך הדמוקרטי כדי להבטיח תחרות על בסיס שוויוני יותר, ואפשר לתאר את עמדתם כניאו-פלורליזם.⁴⁹

מנקודת מוצא ניאו-פלורליסטית ניתן לחשוב על שלושה מובנים שבהם פעילות שתדלנית מהווה כשל בהליך הדמוקרטי. המובן הראשון קשור לתובנה היסודית של אולסון המתוארת למעלה. מכיוון שלעסקים יש משאבים פיננסיים גדולים יותר ויכולת התארגנות טובה יותר, הם שולטים בפעילות השתדלנית.⁵⁰ העדר השוויון בכוח ההשפעה על מקבלי ההחלטות (פוליטיקאים או ביורוקרטים) בא לידי ביטוי בכך שבתמורה ל"סובסידיה החקיקתית" שהשתדלנים מעניקים למקבלי ההחלטות, הם מקדמים את הנושאים שמעניינים אותם לראש סדר-היום. בעידן שבו סדר-היום הציבורי הוא צפוף, פעילותם של השתדלנים מאפשרת לנושאים מסוימים, שקבוצות-האינטרס מעוניינות לקדם, "לקפוץ לראש התור".⁵¹

המובן השני שבו שתדלנות מהווה כשל בהליך הדמוקרטי קשור לתלות ההולכת והגוברת של פוליטיקאים בכסף כדי להיבחר. תופעה זו בולטת במיוחד בארצות-הברית, שם עלויות

JAMES M. BUCHANAN & GORDON TULLOCK, *THE CALCULUS OF CONSENT: LOGICAL FOUNDATIONS OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY* (1965) 47

Frank R. Baumgartner & Beth L. Leech, *Where is the Public in Public Policy?* 48
paper prepared for the conference on Political Participation: Building a Research Agenda, Princeton University Oct. 12–14, 2000, www.unc.edu/~fbaum/papers/B&L-Princeton-Final-Version.pdf.
"לטענת המחברים: The pluralist ideal of fair and equal representation through interest groups has long been seen to be a chimera. Scholars have repeatedly found that the U.S. interest group system is dominated by business (שם) and professional organizations at the expense of consumers and social interests" (בעמ' 1).

ראו HELD, לעיל ה"ש 39, בעמ' 169–172, DAHL; לעיל ה"ש 40. 49

Frank R. Baumgartner & Beth L. Leech, *Business Advantage in the Washington Lobbying Community: Evidence from the 1996 Lobby Disclosure Report*, paper presented at the annual meetings of the Midwest Political Science Association, Chicago, IL, Apr. 15–17, (2000), 50

המונח "קפיצה לראש התור" נלקח מכותרת ספרם של קלמן ולסטר: MARK KELMAN & GILLIAN LESTER, *JUMPING THE QUEUE: AN INQUIRY INTO THE LEGAL TREATMENT OF STUDENTS WITH LEARNING DISABILITIES* (1997) (אם כי ההקשר שם הוא אחר: בהינתן משאבים מוגבלים, תביעות להתאמות סבירות לילדים לקויי-למידה באות על-ידי-חשבון אחרים). 51

המימון של מסעי הבחירות גדלות בטור הנדסי משנה לשנה, ולכן לפוליטיקאים יש עניין לספק את השתדלנים המייצגים קבוצות-אינטרס. כיום קרוב למחצית חברי הקונגרס האמריקני עוברים ל"מגזר הפרטי", כלומר, מצטרפים לחברות שתדלנות מסחריות.⁵² ממחקר שנערך לאחרונה בישראל עולה כי 15 מתוך 17 הבעלים של משרדי השתדלנים המסחריים הפועלים בישראל הם אנשים שמילאו בעבר תפקידים ציבוריים שונים.⁵³ תופעת "הדלת המסתובבת" מעוררת אפוא בעיית נציג קלסית: שיתוף-הפעולה של הנבחרים עם השתדלנים מבוסס על אינטרס אישי וכספי, ולכן הוא מושחת.

אנחנו רוצים להתמקד במאמר זה במובן נוסף, שלישי, שבו שתדלנות מהווה כשל בהליך הדמוקרטי. לפעילות שתדלנית יש אפקטיביות מוגבלת בהשגת מטרותיהן של קבוצות-אינטרס דווקא כאשר מדובר בנושאים שמתקיים לגביהם דיון ציבורי. פומביותו של דיון כזה עשויה למנוע את השתדלנים מלהצליח להעביר מדיניות או חקיקה אם הללו אינן תואמות את העמדות או האינטרסים של רוב הציבור.⁵⁴ דיון ציבורי מתקיים בדרך-כלל ביחס לסוגיות שיש לגביהן מחלוקת אידאולוגיות. הפעילות השתדלנית היא אפקטיבית במיוחד כאשר מדובר בנושאים טכניים מורכבים, המחייבים השקעת מאמץ רב בהבנתם, וכאשר באותה זירה יש מספר מוגבל של שחקנים פעילים.⁵⁵ בנישות כאלה סיכויי ההצלחה של קבוצות-האינטרס הם גדולים יותר, מפני שאין מספיק גורמים שיכולים להציג את טיעוניהם הנגד, והציבור אינו מגלה עניין. לכן קבוצות-אינטרס יעדיפו להשקיע משאבים של פעילות שתדלנית באותם תחומים שבהם יש סיכוי גבוה לכך שהצד האחר לא יבוא לידי ביטוי.

ארגונים הסבורים כי הציבור יצדד בעמדתם משתמשים באסטרטגיות של שתדלנות חיצונית, שהיא אסטרטגיית שתדלנות שמטרתה להביא עניין מסוים למודעות הציבור, וזאת באמצעות הפגנות, כנסים או פניות מהציבור.⁵⁶ לעומת זאת, כאשר ארגונים חוששים מדעת-הקהל, הם משתמשים באסטרטגיה של שתדלנות פנימית, הכוללת פנייה אל נבחרים וביורוקרטים ותרומות למסעי בחירות. מטרתן של השיטות מהסוג האחרון היא להשפיע על

52 מחקר שנערך לאחרונה חשף כי בין השנים 1998 ו-2004 לא פחות מ-43% מחברי הקונגרס הצטרפו לחברות שתדלנות בתום כהונתם. ראו: Public Citizens, *Press Release: Members of Congress Increasingly Use Revolving Door to Launch Lucrative Lobbying Careers* (July 27, 2005), www.citizen.org/pressroom/pressroomredirect.cfm?ID=1999. זהו גידול דרמטי בהיקפה של תופעת "הדלת המסתובבת", שכן בתחילת שנות השבעים רק כ-3% מנבחרי הציבור בארצות-הברית נהפכו עם פרישתם לשתדלנים. ראו: JEFFERY BIRNBAUM, *THE MONEY MEN: THE REAL STORY OF FUND-RAISING'S INFLUENCE ON POLITICAL POWER IN AMERICA* 190 (2000).

53 טל, לעיל ה"ש 6, בעמ' 131.

54 Baumgartner & Leech, לעיל ה"ש 50, בעמ' 4-7.

55 שם.

56 KEN KOLMAN, *OUTSIDE LOBBYING: PUBLIC OPINION AND INTEREST GROUP STRATEGIES* 101-132 (1998). ראו גם דבי גילד-חיוו וסיגל שהב "עריכת-דין חקיקתית ככלי לשינוי חברתי" *מעשי משפט* ב 69, 71-72, 75 (2009).

ההחלטות תוך עקיפת המודעות הציבורית.⁵⁷ בעניינים שבהם רמת הקונפליקט גבוהה יש נטייה חזקה להשתמש בשתדלנות פנימית. נוסף על כך, קבוצות הפועלות ממניע של רווח כלכלי בלבד נוטות להשתמש בשתדלנות פנימית בהיקף גדול יותר בהשוואה לקבוצות אחרות.⁵⁸ לפעילות שתדלנית יריבה, במיוחד מהסוג של grassroots, יש אפקט מרתיע המקטין את נכונותן של קבוצות-אינטרס להשקיע בשתדלנות.⁵⁹ ככלל, העיסוק בתחומי-נישה הוא אופייני במיוחד לפעילות שתדלנית של תאגידים, שכן הרגולציה בתחום העסקי היא מורכבת וכרוכה בחישובים אקטואריים מסובכים שהציבור הרחב, ופעמים רבות גם נבחר הציבור, אינם מתעניינים בהם ואינם מבינים אותם.⁶⁰

מחקר מקיף שבחן 19,000 דוחות שהגישו שתדלנים רשומים בארצות-הברית, בהתאם לדרישות החוק האמריקני, מגלה ש-5% (מתוך 137) נושאים "חמים" משכו לא פחות מ-45% מהפעילות השתדלנית, בעוד שמחצית מהנושאים הפחות-"חמים" משכו רק 3% מהפעילות השתדלנית. המחקר מסכם כך: "על כל נושא שמשך מאות קבוצות-אינטרס יש נושאים רבים מאוד שבהם מתקיימת פעילות של שתדלן אחד או של שתדלנים ספורים במקרה הטוב."⁶¹ מנקודת-ראות של דמוקרטיה פלורליסטית, העדר יריבות בין קבוצות-אינטרס מציב איום על תקינותו של ההליך הדמוקרטי. החשש הוא שבמקום שאין בו יריבות, וכאשר הציבור אינו מעורב בהליך החקיקה, יש פוטנציאל גדול יותר לקבלת הסדרים שמשרתים את האינטרסים של מגזר צר, ולא את אלה של רוב האזרחים.⁶²

- 57 כך, המחקר בארצות-הברית מלמד כי קבוצות-אינטרס המעניקות תרומות באמצעות Political Action Committees (PACs) מצליחות להשיג את מטרותיהן בנושאים שאין להם פרופיל ציבורי גבוה, כלומר, באותם נושאים שהציבור אינו מעורב בהם. ראו: Diana M. Evans, *PAC Contributions and Roll-Call Voting: Conditional Power*, in *INTEREST GROUP POLITICS* 114 (Alan J. Cigler & Burdett A. Loomis eds., 2nd ed. 1986); Woodrow Jr. Jones & Robert K. Keiser, *Issue Visibility and the Effect of PAC Money*, 68 *Soc. Sci. Q.* 170 (1987); Alan Neustadt, *Interest Group PACsmanship: An Analysis of Campaign Contribution, Issue Visibility, and Legislative Impact*, 69 *Soc. Force* 549 (1990)
- 58 Thomas L. Gais & Jack L. Walker, *Pathways to Influence in American Politics*, in *MOBILIZING INTEREST GROUPS IN AMERICA* 103 (1991)
- 59 Thomas T. Holyoke, *Choosing Battlegrounds: Interest Group Lobbying Across grassroots Multiple Venues*, 56 *POL. RES. Q.* 325, 333 (2003) מקטינה ב-18% את נכונותן של קבוצות-אינטרס להשקיע בפעילות שתדלנית).
- 60 William P. Brown, *Organized Interests and Their Issue Niches: A Search for Pluralism in a Policy Domain*, 52 *J. POL.* 477 (1990); VIRGINIA GREY & DAVID LOWERY, *THE POPULATION ECOLOGY OF INTEREST REPRESENTATION: LOBBYING COMMUNITIES IN THE AMERICAN STATES* (1996)
- 61 Frank R. Baumgartner & Beth L. Leech, *Interest Niches and Policy Bandwagons: A Pattern of Interest Group Involvement in National Politics*, 63 *J. POL.* 1191, 1206 (2001).
- 62 Beth L. Leech et al., *Does Money Buy Power? Interest Group Resources and Policy Outcomes*, paper submitted at the annual meeting of the Midwest Political Science Association, Chicago, IL, Apr. 12–15, 2007, at 29, ase.tufts.edu/polsci/faculty/berry/

ה. רגולציה של שתדלנות

בחלק זה נבחן את התגובה הרגולטיבית על כשלים שנובעים משתדלנות. נתחיל בכשל של בעיית הנציג, הקשור לתופעת "הדלת המסתובבת" ולתלות הגוברת של פוליטיקאים בכסף למימון מסעי בחירות (ה). משם נמשיך לדיון באופנים שבהם ניתן לצמצם את חוסר השוויון בכוח ההשפעה, אשר מאפשר לשתדלנים לעוות את סדר-היום הציבורי ולגרום לכך שהנושאים "שלהם" יקפצו "לראש התור". את הדיון הזה נקיים תוך הבחנה בין שימוש בכוחות הכופים של המדינה לבין שימוש בכוחות המקצים שלה (ה2). נסיים בהתייחסות לדרכי ההתמודדות עם בעיית השתדלנות של הנישות ועם העדרה של יריבות מספקת (ה3). הערכת ההסדרים הרצויים תיעשה תוך התייחסות להתאמתן לדרישות של המשפט החוקתי הישראלי ושל דמוקרטיה חוקתית אחרות, במיוחד של ארצות-הברית, שם קיימת רגולציה מתוחכמת יחסית בנושא השתדלנות.

1. בעיית הנציג ו"הדלת המסתובבת"

ניתן להגיב בשתי דרכים על החשש מפני השחתה של התהליך הדמוקרטי כתוצאה מהבטחות לנבחרים כי יזכו בתום כהונתם במשרות אצל השתדלנים או אצל לקוחותיהם. ראשית, ניתן לקבוע "תקופות צינון" ארוכות. בישראל תקופת הצינון לחברי-כנסת ולשרים במעבר לשתדלנות היא שנה אחת בלבד.⁶³ בקנדה, לעומת זאת, תקופת הצינון לשרים ולכירורקטים היא חמש שנים.⁶⁴ בארצות-הברית התקופה הוארכה לאחרונה משנה לשנתיים, לאחר התנגדות עזה של חברי קונגרס רבים.⁶⁵ הארכת תקופת הצינון היא דרך אפקטיבית לצמצם את בעיית השחיתות, שכן הפרקטיקה שרווחה בקרב חברות שתדלנות בארצות-הברית הייתה לשלם משכורות לחברי קונגרס פורשים במהלך שנת הצינון הדרושה. הארכת תקופת הצינון לשנתיים מייקרת באופן משמעותי את עלות העסקתם של פוליטיקאים כשתדלנים, ונוסף על כך מרחיקה אותם ממוקדי ההשפעה ומצמצמת את האפקטיביות שבהעסקתם. לכן זהו אמצעי חשוב במאבק בשחיתות פוליטית.⁶⁶ דרך שנייה להתמודד עם תופעת "הדלת המסתובבת" היא להתייחס אל מקור הבעיה, שהיא התלות הגדולה של נבחרים בתרומות למימון מסעי הבחירות שלהם. בעיה זו חריפה יותר בארצות-הברית

moneyBuyPower.pdf (אחד ההסברים לכך שהשקעה משמעותית של קבוצות-אינטרס בפעילות שתדלנית אינה מניבה בהכרח תוצאות הוא העובדה שבנושאים "חמים" יש תחרות רבה).

63 ס' 167 (1) לחוק הכנסת (תיקון 25), התשס"ח-2008.

64 Lobbying Act, R.S.C., ch. 44 § 10.11(1) (1985).

65 תיקון משנת 2007 ל"Lobbying Disclosure Act", לעיל ה"ש 1, האריך לשנתיים את תקופת הצינון הנדרשת ביחס לסנטורים, לחברי בית-הנבחרים ולעובדים בכירים ברשות המבצעת.

66 KAISER, לעיל ה"ש 7, בעמ' 343. לאחרונה הציע פרופ' לורנס לסג לקבוע תקופת צינון של לא פחות משבע שנים לחברי קונגרס לפני המעבר לעיסוק בשתדלנות. ראו: Lawrence Lessig, *How to Get Our Democracy Back?* THE NATION, (Feb. 3, 2010), www.thenation.com/doc/20100222/lessig.

בהשוואה לישראל ולדמוקרטיות רבות אחרות, שכן אין שם מימון ציבורי למסעי בחירות, והפוליטיקאים תלויים באופן בלבדי בתרומות של קבוצות-אינטרס.⁶⁷

2. בעיית העיוות של סדר-היום הציבורי והעדר השוויון בכוח ההשפעה

שתדלנות מעוותת את ההליך הדמוקרטי בשל היכולת לקדם נושאים מסוימים, אשר משרתים את קבוצות-האינטרס שהשתדלנים מייצגים, למקום גבוה בסדר-היום הציבורי, וזאת בשל יתרון של קבוצות-האינטרס בכוח ההתארגנות ובמשאבים. לעת עתה אין הוכחה אמפירית לכך שהשתדלנים מצליחים לשכנע את המחוקקים לאמץ את המדיניות שמשרתת את האינטרסים של שולחיהם בסוגיות שעומדות במוקד השיח הציבורי.⁶⁸ אבל בהינתן סדר-יום ציבורי צפוף, קידום נושאים מסוימים ל"ראש התור" בא על-חשבון נושאים חשובים לא פחות, אשר בשל קשיי התארגנות או משאבים אינם מקבלים את תשומת-הלב שמגיעה להם. בחלק זה נבקש לעמוד על האפשרויות שיש לרגולטור לקדם את השוויון בכוח ההשפעה על תוצאות ההליך הדמוקרטי.

הרעיון שצריך להתקיים שוויון בין אזרחים מבחינת ההזדמנות להשפיע על ההליך הדמוקרטי הוא עקרון-יסוד של דיני הדמוקרטיה. רעיון זה בא לידי ביטוי בכך שמשקל קולותיהם של המצביעים השונים זהה, אולם משמעותו המדויקת והשלכותיו הרגולטיביות נותרו שנויות במחלוקת. קיימות שתי גישות עיקריות להבנת עיקרון זה. לפי תפיסה פורמליסטית של השוויון בהליך הדמוקרטי, על המדינה לשמור על ניטרליות ולצמצם למינימום ההכרחי את התערבותה בהליך זה. לכן, ראשית, על המדינה להימנע מלהציב מחסומים בפני השתתפות של אזרחים או של קבוצות מסוימות בהליך הדמוקרטי. שנית, אסור למדינה לפעול על-מנת להסיר מחסומים שהיא אינה האחראית הישירה לקיומם. גישה כזו מפרשת את הזכות החוקתית לחופש הביטוי כמטילה סייגים חמורים על נסיונות להגביל התבטאויות כדרך להשגת שוויון בכוח ההשפעה. הגישה היריבה היא גישה מהותנית יותר של השוויון בהליך הדמוקרטי, ולפיה על המדינה לדאוג לכך שלכל אזרח תהיה באופן אפקטיבי הזדמנות שווה להשפיע על תוצאות ההליך הדמוקרטי. גישה זו חותרת לכך שהמדינה תקבע הסדרים שתכליתם השגת שוויון בהזדמנות להשפיע על ההליך הדמוקרטי, תוך תיקון פערי כוח חברתיים, סטרוקטורליים וכלכליים שחוסמים גישה אפקטיבית של אזרחים אל ההליך הדמוקרטי.

המתח בין שתי גישות אלה עומד במוקד ההתלבטויות הרגולטיביות של דיני הדמוקרטיה. בעוד ארצות-הברית נוטה באופן ברור לתפיסה הפורמליסטית של השוויון, מדינת-ישראל

67 ראו את הצעת החוק בנוגע למימון ציבורי של בחירות בארצות-הברית, אשר תלויה ועומדת

סנט בימים אלה: The Fair Elections Now Act (S. 752 and H.R. 1826).

68 "Resource-rich organizations were no more likely than resource-poor organizations to

be on the winning side of the policy debate", Leech, ראו Leech, "ה"ש 62. לדוגמה להעדר

הוכחה להצלחת שתדלנים בנושאים שעומדים במחלוקת ציבורית ואשר הציבור מעורב בהם,

ראו גם: Yael V. Hochberg et al., *A Lobbying Approach to Evaluating the Sarbanes-*

Oxley Act of 2002, 47 J. ACCT. RES. 519, 575 (2009).

ומדינות רבות באירופה נוטות לתפיסה המהותנית יותר של השוויון בכוח ההשפעה.⁶⁹ נראה כי ביסוד התפיסה האמריקנית עומדת חשדנות מופלגת כלפי שימוש מניפולטיבי ושרירותי בכוחה הכופה של המדינה אגב הניסיון להבטיח את השוויון האפקטיבי בכוח ההשפעה. לכן, למשל, בוטלה בארצות-הברית "דוקטרינת ההגינות", שבאה להבטיח הגינות ושוויון בסיקור העיתונאי.⁷⁰ גם במשפטן של מדינות רבות אחרות הניסיון להבטיח את השוויון בהזדמנות להשפיע על תוצאות ההליך הדמוקרטי מתמקד בתקופת הבחירות.⁷¹ נראה כי ביסודה של גישה זו עומדת ההנחה שהליך הבחירות הוא נקודה קריטית בהבטחת תקינותו של ההליך הדמוקרטי, ולכן בו צריכה להתמודדות הרגולטיבית העיקרית להתמקד בכל הנוגע בהבטחת השוויון בהליך הדמוקרטי.

מה צריכה להיות העמדה הרגולטיבית בנוגע לפעילות של שתדלנות? עמדנו היא שפעילות שתדלנית היא ראויה ככלל מנקודת-הראות של תיאוריות דמוקרטיות מקובלות, מכיוון שהיא מזרימה מידע לנבחרים מלמטה ומסייעת להם לפעול להגשמת העדפותיהם הדינמיות של האזרחים. לכן איסור מוחלט של פעילות שתדלנית יהיה בגדר תגובת-יתר על בעייתיות שסוגים מסוימים של פעילות שתדלנית מעוררת; מעין פתרון שישפוך את התינוק יחד עם מי האמבט. עם זאת, שתדלנות של תאגידים היא בעייתית, מהסיבות שתוארו לעיל, ויוצרת חשש חריף לפגיעה בעיקרון היסודי שהכרעות דמוקרטיות צריכות למקסם את העדפותיהם של רוב האזרחים, ולפגיעה משמעותית בעקרון השוויון בכוח ההכרעה. ניתן לחשוב על שתי דרכים רגולטיביות להתמודד עם הבעייתיות ששתדלנות תאגידית מעוררת: ראשית, לקבוע שתאגיד אינו משתתף לגיטימי בהליך הדמוקרטי; ושנית, לקבוע

69 בפסק-הדין שניתן לאחרונה בבג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 20.8.2008) נפסק כי האיסורים הקבועים בכללי רשות השידור ובכללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו בנוגע לשידור בתשלום של פרסומת פוליטית הינם חוקתיים. פסיקה זו נומקה, בין היתר, בחשש שבעלי ההון יוכלו להציף את כלי התקשורת במסרים פוליטיים ולסכן בכך את השוויון בהליך הדמוקרטי.

70 להחלטת הרגולטור האמריקני, FCC, לבטל את הדוקטרינה ראו: Syracuse Peace Council, FCC Red. 5043, 5051 (1987). החלטה זו אושרה על-ידי בית-המשפט הפדרלי לערעורים במחוז D.C. ראו: Syracuse Peace Council v. FCC, 867 F.2d 654 (1989). לאחרונה החמיר בית-המשפט העליון האמריקני את הסייגים בנוגע לנסינות חקיקתיים להגביר את השוויון בכוח ההשפעה בשלב הבחירות, תוך שהוא קובע כי גם לתאגידים יש זכות להוציא כספים למימון מודעות פוליטיות בתקופת הבחירות. ראו: Citizen United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010).

71 בית-המשפט האירופי לזכויות האדם הכיר בלגיטימיות של הגבלת ההוצאות לתעמולת בחירות בפרשת Bowman v. UK, 8 Hum. Rts. Case Dig. 57 (1997). בית-המשפט העליון של קנדה אישר הגבלות הקובעות תקרת הוצאות למימון בחירות. בית-המשפט הקנדי גזר עיקרון של הגינות אלקטורלית מהזכויות לשוויון ולהצבעה המובטחות בחוקה הקנדית, ועל-כן סבר כי יש בסיס רציונלי להגבלת הוצאות, שכן מטרתה היא שהשיח האלקטורלי לא יישלט על-ידי העשירים. ראו: Libman v. Quebec (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 569. לדיון בנושא זה ראו: ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 476-486 (2nd ed. 2005).

הגבלות לגבי תחומי הפעילות של השתדלנות התאגידית ולגבי היקפה. הגבלות אלה צריכות לעמוד כמובן בדרישות חוקתיות של הגנה על חופש הביטוי.

טיעון שלפיו אין לגיטימיות להשתתפות של תאגיד בהליך הדמוקרטי מסב את תשומת-הלב לכך שתאגידים אינם אזרחים במדינה הדמוקרטית, אלא ישויות מלאכותיות שנוצרו על-ידי המשפט למטרה של השגת יעילות כלכלית. תאגידים, בניגוד לאזרחים, אינם זכאים להצביע בבחירות. באופן דומה, הטענה היא שאין לאפשר להם להשפיע על ההליך הדמוקרטי גם ברכיבים אחרות, ביניהן שתדלנות. נכון שההתארגנות במסגרת תאגיד משרתת את מטרותיהם של בני-האדם שמאחורי התאגיד, בעלי המניות, אולם אותה קבוצת בני-אדם שעומדת מאחורי התאגיד אינה קבוצה של אנשים בעלי מטרות פוליטיות משותפות, אלא אוסף של אנשים שרכשו את מניות התאגיד כדי להרוויח. הרצון להרוויח אינו מהווה ייפוי-כוח לתאגידים לנסות לקדם כל שינוי במדיניות חברתית-פוליטית שעשוי להגדיל את מתח הרווחים של התאגיד.⁷²

לעומת זאת, השתתפותם של האזרחים במסגרת מוסדותיה של החברה האזרחית ונסיונותיהם להשפיע על ההליך הדמוקרטי הם רצויים ובעלי ערך. השתתפות כזו היא בעלת ערך מפני שבאמצעות חברות בארגונים שיש להם מטרות מוגדרות, אזרחים יכולים לנסות להשפיע ולקדם את האינטרסים שלהם. ההשתתפות היא בעלת ערך גם מכיוון שהיא מטפחת מעלות דמוקרטיות שהן קריטיות לקיומה של דמוקרטיה;⁷³ היא "המצע שעליו צומחות המעלות האזרחיות".⁷⁴

אכן כפי שצוין לעיל, שימוש בכספיהם של בעלי המניות לשם קידום מטרות פוליטיות נתפס על-ידי בית-המשפט בארצות-הברית כמעורר חשש מפני השחתה של ההליך הפוליטי, מכיוון שבעלי המניות השקיעו בחברה כדי להגדיל את רווחתם הכלכלית, ולא כדי לקדם מטרות פוליטיות ספציפיות.⁷⁵ חשש כזה אינו קיים בנוגע להתארגנויות בעמותות

72 אלסטר מבחין בין החלטות של אדם בהקשר השוקי לבין החלטותיו בהקשר של תפקודו כאזרח במדינה דמוקרטית. ההצדקה להחלטות של אדם בשוק מתייחסת לטובתו שלו בלבד, בעוד החלטותיו בפורום הפוליטי צריכות להתייחס לכך שבחירותיו משפיעות לא רק עליו עצמו, אלא גם על אחרים. כך שבעלי המניות מתפקדים במסגרת השוק, ואילו נסיונות של התאגיד להשפיע על מדיניות וחוקים נוגעים כבר במישור של הפורום הפוליטי. ראו: Jon Elster, *The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory*, in FOUNDATIONS OF SOCIAL CHOICE THEORY 103–132 (Jon Elster & Aanund Hyland eds., 1989)

73 Michael Walzer, *The Civil Society Argument*, in DIMENSIONS OF RADICAL DEMOCRACY: PLURALISM, CITIZENSHIP AND COMMUNITY 89, 106 (Cantal Moolouff ed., 1992); Nancy Rosenblum & Robert Post, *Introduction*, in CIVIL SOCIETY AND GOVERNMENT I (Nancy Rosenblum & Robert Post eds., 2002)

74 ANN MARY GLENDON, RIGHTS TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE 109 (1991); ANN MARY GLENDON, SEEDBEDS OF VIRTUE: SOURCES OF COMPETENCE, CHARACTER, AND CITIZENSHIP IN AMERICAN SOCIETY (1995)

75 הפתרון שנמצא בארצות-הברית לבעיה זו הוא שבעלי מניות התומכים במועמד פוליטי מסוים רשאים להעביר כספי תמיכה לאותו מועמד רק באמצעות קרנות מיוחדות, הנקראות PACs, אשר מוקדשות לכך.

אידיאולוגיות או בהתארגנויות כגון ארגון עובדים או מעסיקים. כאן מטרת ההתארגנות ברורה, וכספי החברים מושקעים לשם הגשמת המטרות המוצהרות של ההתארגנות. חששות אלה, מוצדקים ככל שיהיו, אינם יכולים להצדיק, לדעתנו, הטלת איסור גורף על פעילות שתדלנית של תאגידים. מאחורי התאגידים, יש לזכור, עומדים בני-אדם, ולא לה יש אינטרס לגיטימי למקסם את רווחיהם. עובדת התארגנותם במסגרת תאגיד, ולא כעמותה, אינה צריכה להוות, לדעתנו, צידוק למניעת אפשרות הגישה שלהם להליך הפוליטי. איננו מכירים ולו שיטה משפטית אחת בעולם האוסרת פעילות שתדלנית של תאגידים בנושאים שקשורים בקשר הדוק לרווחתם של התאגידים. אכן, לגיטימי שתאגיד יורשה לנסות לשכנע את מקבלי ההחלטות, למשל, שרגולציה מסוימת אשר עומדת על הפרק וקשורה באופן ישיר למטרות ולאינטרסים שלו אינה מוצדקת. יתר על כן, הגבלה של אפשרות זו עשויה להיתקל במחסום חוקתי, שכן התפיסה הרווחת בישראל, כמו גם בדמוקרטיות חוקתיות רבות אחרות, היא שגם תאגידים נהנים מההגנות של הזכויות החוקתיות או לפחות מחלקן.⁷⁶ אף שקשה לקבוע מהי פעילות שתדלנית שאינה קשורה ב"קשר ישיר" למטרות התאגיד, הגבלת מעורבותם של תאגידים על-ידי איסור פעילות שתדלנית כזו נראית בעינינו ראויה.⁷⁷ היא מהווה איזון ראוי בין הרצון לאפשר לבני-האדם שהתארגנו במסגרת תאגידית לפעול למימוש האינטרסים שעומדים מאחורי התארגנותם, מצד אחד, לבין הרצון למנוע את חוסר השוויון הכרוך בהתערבות תאגידית בנושאים פוליטיים מובהקים, ואת ההשחחה של

76 ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין לפגוע בקניינו של אדם", ובית-המשפט העליון פסק כי המושג "אדם" משתרע גם על אישיות משפטית שאינה בן-אדם. עם זאת, בית-המשפט הגביל את פסיקתו לעת עתה לזכות הקניין, ונמנע מלקבוע כי תאגידים הם נושאים לגיטימיים של זכויות חוקתיות אחרות. בית-המשפט העליון האמריקני הלך רחוק יותר, ופסק כי אי-אפשר למנוע תאגיד מלהתבטא בנושאים פוליטיים, גם כאלה שאינם קשורים בקשר ישיר למטרותיו הספציפיות. בפרשת *First National Bank of Boston v. Bellotti, U.S. 765* (1978), פסקל בית-המשפט העליון האמריקני, על יסוד התיקון הראשון לחוקה, חוק של מדינת מסצ'וסטס שאסר על תאגידים להוציא הוצאות למטרה של השפעה על מצביעים במשאל-עם. בית-המשפט נימק את פסיקתו בכך שהתבטאויות של תאגידים תורמות לקיומו של שיח ציבורי תקין, אשר יאפשר לציבור לקבל את ההחלטה הטובה ביותר.

77 מטבע הדברים קיים קושי בזיהוי אותם תחומים של פעילות תאגידית שאינם קשורים בקשר ישיר למטרה היסודית של התאגיד – מקסום רווחים. הכוונה היא להתבטאויות בנושאים פוליטיים כלליים שאינם קשורים באופן ישיר לתחום העיסוק של התאגיד. בהקשר זה ניתן להקיש מפסיקותיהם של בתי-המשפט בישראל בנוגע להגנה הקבועה בס' 2(ג) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988, הקובע כי ניתן להפלות באותם מקרים שבהם ההפליה "מתחייבת מאפיים או ממהותם של התפקיד או המשרה". בית-המשפט האמריקני, בפרשת *Wilson v. Southwest Airlines Co., 517 F. Supp. 292, 293-305 (N.D. Tex. 1981)*, קבע כי סירוב של חברת תעופה להעסיק דיילים גברים מן הטעם שהדבר עונה על העדפותיהם של הלקוחות, ולכן משרת אינטרס כלכלי לגיטימי של החברה, מהווה הפליה פסולה. בית-המשפט קבע כי מטרתה של חברת התעופה היא להטיס באופן בטוח אנשים ממקום למקום, ולא לספק שירות דיילות נשי.

ההליך הדמוקרטי הנובעת משימוש בכספיהם של בעלי המניות למטרות שהם לא הסכימו להן, מן הצד האחר.

אפשרות נוספת של רגולציה שתכליתה להשיג שוויון בכוח ההשפעה על ההליך הדמוקרטי היא לקבוע תקרות של הוצאות שארגונים ותאגידים יכולים להוציא על פעילות שתדלנית. אם לשיח הציבורי בתקופה שבין בחירות לבחירות יש אכן השפעה גדולה על הזכות לשלטון עצמי של האזרחים, כפי שאנו טוענים, אזי העקביות מחייבת שגם בזירת הפעילות השתדלנית יש להבטיח את השוויון בכוח ההשפעה, ולהגביל את היקף המשאבים שארגונים ותאגידים רשאים להשקיע בפעילות כזו.⁷⁸ הסדר הקובע תקרות להוצאות בעבור פעילות שתדלנית, תוך שימוש בכוחה הכופה של המדינה, אינו קיים בשום מדינה. בארצות-הברית, שבה קיימת מערכת רגולטיבית מתוחכמת בנושא השתדלנות, המדינה משתמשת בכוחה המקצה, ולא הכופה, כדי לנסות להביא לידי כך שהפעילות השתדלנית תיעשה באופן שתואם את התפיסה הרווחת לגבי הליך דמוקרטי תקין. שימוש בכוחות המקצים של המדינה הוא אטרקטיבי מכיוון שהוא נתפס כמגביל פחות את האוטונומיה של הרצון החופשי בהשוואה לשימוש בכוחות הכופים. כך, לצד הסייגים החוקתיים החמורים הקיימים בארצות-הברית נגד איסור על פעילות שתדלנית, איסור הנתפס כהגבלה ישירה של חופש הביטוי או של "הזכות לעתור לממשלה", למחוקק יש חופש גדול הרבה יותר ליצור מערכת של תמריצים כלכליים שייקרו פעולות שתדלנות שאינן רצויות ויזילו פעולות שתדלנות רצויות.⁷⁹

דיני המס בארצות-הברית נתפסים כזירה שבה ניתן לקדם פעולות שתדלנות "רצויות" ולדכא פעולות שתדלנות "לא-רצויות", וזאת באמצעות שימוש בכוחה המקצה של המדינה. כך, ההכרה בתרומות לעמותות מסוימות כ"הוצאה מוכרת" לצורך ניכוי מס מהווה סוג של סובסידיה שהמדינה מספקת לאותה עמותה. אנחנו מתמקדים כאן בחוק האמריקני מכיוון שהוא המפותח ביותר בנקודה זו, וההתבוננות עליו גם חושפת את הבעייתיות שבהסדרת

78 הצעת רגולציה כזו אינה מתיישבת עם עקרונותיו של המשפט החוקתי האמריקני. בפרשת *Buckley v. Valeo*, לעיל ה"ש 27, פסק בית-המשפט כי ניתן לקבוע תקרה כאשר מדובר בתרומות למסעי בחירות, אבל אי-אפשר לקבוע תקרה כזו בנוגע להוצאות על מודעות תמיכה במועמדים, שכן זו הגבלה של חופש הביטוי הפוליטי (להבדיל מהעברת תרומה, אשר אינה בגדר התבטאות). מהיגיון זה עולה כי הגבלת פעילות של שתדלנות באמצעות קביעת תקרות להוצאות מהווה פגיעה משמעותית בחופש הביטוי וביכולת "לעתור לממשלה", אשר מוגנים בתיקון הראשון לחוקה.

79 המשפט החוקתי האמריקני מתיר למדינה לדרר ערכים, במסגרת דוקטרינת *government as speaker* (המדינה כדוברת), כאשר היא עושה שימוש בכוחה המקצה, אך אוסר עליה לקדם ערכים באופן לא-ניטרלי כאשר היא עושה שימוש בכוחה הכופה. דוקטרינת "המדינה כדוברת" הנהוגה בארצות-הברית מאפשרת למדינה להעדיף דעה אחת על אחרת כאשר היא משתמשת בכוחה המקצה לקידום רעיונות שהממשל הקיים מאמין בהם. למשל, אף שאסור למדינה לאסור הפלות בארצות-הברית, בשל ההגנה החוקתית על הזכות לפרטיות, המדינה רשאית לא להקצות משאבים למימון פעילותן של קליניקות שמקיימות הפלות. בכך המדינה "מדבררת" את עמדתה נגד הפלות, גם אם אין היא אוסרת זאת. ראו, למשל: *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991); *Harris v. McRea*, 448 U.S. 297 (1980).

פעולות שתדלנות "ראויות" באמצעות דיני המס, קרי, בעזרת כוחה המקצה של המדינה. בחינה מקיפה של תרומת הרגולציה של הפעילות השתדלנית בארצות-הברית במסגרת דיני המס לקידום ההשתתפות האזרחית בהליך הדמוקרטי חושפת את קיומן של מגבלות רבות הפוגעות, חלקן לא בצדק, ביכולתם של אזרחים שפעילים בחברה האזרחית להשתתף בהליך הדמוקרטי ולהשפיע על תוצאותיו.⁸⁰ כך, הסדרים אלה פוגעים לרעה ביכולת של המוחלשים בחברה להשתתף בשיח הדמוקרטי,⁸¹ הם אינם רגישים למידה שבה עמותה מסוימת מעוררת השתתפות של אזרחים,⁸² והם נקבעו בתקופה שבה הפעילות בחברה האזרחית שקקה, עוד לפני הירידה המשמעותית והמדאיגה שחלה בהשתתפותם של האזרחים בחיים הציבוריים ובחברה האזרחית בארצות-הברית.⁸³

מה שניתן ללמוד מן הדיון בחקיקת המס הנוגעת בשתדלנות הוא שהמשפט האמריקני רחוק מלהיות ניטרלי בכל הנוגע ברצון לעודד או לרכא סוגים מסוימים של פעילות שתדלנית. אלא שחוסר ניטרליות זה מתממש תוך שימוש בכוחה המקצה של המדינה, ולא בכוחה הכופה. אפשר לחלוק על ההיגיון העומד ביסודם של הסדרים אלה. ראשית, עצם ההנחה שהשימוש בכוחה המקצה של המדינה הוא אמצעי דרסטי פחות משימוש בכוחה הכופה נראית לנו פשטנית מדי.⁸⁴ ככל שמדובר באוכלוסייה מוחלשת, לא-ימיון עלולה להיות השלכה חריפה על יכולת ההתארגנות וההשפעה של האזרחים ולהקטין באופן משמעותי את יכולתם לממש זכויות-יסוד. ההבחנה לעניין הדרסטיות של השימוש בכוחות הכופים והמקצים של המדינה אינה צריכה להיות בינרית, אלא נכון יותר למקם את האמצעים הרגולטיביים על-גבי רצף שהפרמטר המרכזי בו הוא מידת הפגיעה באוטונומיה של הרצון החופשי.⁸⁵ החשש מפני שימוש בכוחה הכופה של המדינה להבטחת שוויון בכוח

-
- Miriam Galston, *Civic Renewal and the Regulation of Nonprofits*, 13 CORNELL J. L. & PUB. POL'Y 289 (2004) (hereinafter: Galston, *Civic Renewal*); Miriam Galston, *Lobbying and the Public Interest: Rethinking the Internal Revenue Code's Treatment of Legislative Activities*, 71 TEX. L. REV. 1269 (1993) 80
- למשל, של עניים שמעדיפים להשתתף באמצעות פעילות בכנסיות. גלסטון מצביעה על כך שהעשירים יכולים להשפיע על התהליך הפוליטי באמצעות תרומות אישיות או מודעות תמיכה במועמדים, או באמצעות התארגנויות פרטיות שאינן של צדקה (למשל, מועדונים חברתיים). לכן, לדעתה, דיני המס הקיימים בארצות-הברית יוצרים הגבלות לא-הוגנות על ארגונים שפועלים למטרה ציבורית. Galston, *Civic Renewal*, שם, בעמ' 368. 81
- למשל, גלסטון מבקרת את העדר ההבחנה בין עמותות שפעילותם של החברים בהן מתמצית בנתינת צ'קים לבין עמותות שמעודדות חברים להשתתף באופן פעיל יותר. ביקורת נוספת היא נגד הגבלת שתדלנות מסוג grassroots, אשר יש לה ערך השתתפותי חשוב. Galston, *Civic Renewal*, שם, בעמ' 311, 360. 82
- ROBERT PUTNAM, *BOWLING ALONE: THE COLLAPSE AND REVIVAL OF AMERICAN COMMUNITY* (2000). 83
- Moshe Cohen-Eliya, *Is Conditional Funding a Less Drastic Means*, 1 L. & ETHICS HUM. RTS. 354 (2007) 84
- LARRY ALEXANDER, IS THERE A RIGHT TO חופש הביטוי ראו: FREEDOM OF EXPRESSION? 82-102 (2005) 85

ההשפעה נובע מהחשד במניעיו של השלטון בבואו לסווג פעילויות מסוימות כ"ראויות" ואחרות כ"בלתי-ראויות". בחשד זה יש ממש, אבל הפתרון של הסתת הקביעות הנורמטיביות הללו מן התחום של איסורים אל התחום של דיני המס אינו פותר את הבעיה; הוא רק מעביר אותה לזירה מורכבת יותר, טכנית יותר וחשופה פחות לעין הציבורית. הדיון למעלה הראה גם כי זיהוי סוגי השתדלנות שראויים לעידוד ואלה שראויים לדיכוי אינו פשוט, וחשוף להטיות אידיאולוגיות.

3. שקיפות, נישות ותחרות בין קבוצות-אינטרס

לנוכח מורכבותן של ההבחנות בין סוגים רצויים ולא-רצויים של שתדלנות, ולנוכח העובדה שהסדרים הקיימים אינם פותרים את הבעיה באופן מניח את הדעת, אסטרטגיה רגולטיבית שמתמקדת ברצון להבטיח שקיפות נראית בעינינו עדיפה. ראשית, הבטחת שקיפותו של ההליך הדמוקרטי היא מטרה שנויה פחות במחלוקת מאשר השגת שוויון בהליך הדמוקרטי. אף שניתן להתווכח בשאלה מה המשמעות המדויקת של המושג "שקיפות", המושג "שוויון" הוא כמובן מושג מורכב בהרבה, וכפי שראינו, יש מחלוקת בין קונספציות שונות לגבי מה נדרש כדי להגשימו. שנית, בניגוד לחוקי מימון הבחירות, שקובעים תקרות להוצאות ולתרומות, אי-אפשר למנוע מארגון – אשר בשנה מסוימת ייתכן שיש לו העדפות ברמת אינטנסיביות גבוהה – את האפשרות להתבטא באמצעות פעילות שתדלנית רק בשל העובדה שהוא עבר תקרת הוצאות נתונה. אין פלא, אם כן, ששום מדינה דמוקרטית בעולם אינה מסדירה את סוגיית השתדלנות על יסוד הרצון להבטיח שוויון בכוח ההשפעה על תוצאות ההליך הדמוקרטי. אנחנו מבקשים לעבור כעת להצגה ולהערכה של הדרישות הרגולטיביות הקיימות בישראל ובעולם בנוגע לשקיפותה של הפעילות השתדלנית.

מדינות דמוקרטיות נבדלות זו מזו בהיקף ובאינטנסיביות של הרגולציה שהן עושות לפעילות השתדלנית,⁸⁶ אך היעד של רוב ההסדרים הללו הוא להגביר את שקיפותה של פעילות זו.⁸⁷ מכיוון שתופעת השתדלנות צמחה בארצות-הברית, מתקיימת בה רגולציה מורכבת ומתוחכמת של פעילות זו,⁸⁸ ולכן נתמקד בתיאור ההסדרים הקיימים שם. הרגולציה

86 מחקר שנערך לאחרונה סיווג את הרגולציה של פעולת השתדלנות לשלושה מודלים "אידיאליים" (כמובן הובריאני): Raj Chari, Gary Murphy & John Hogan, *Regulating Lobbyists: A Comparative Analysis of the United States, Canada, Germany and the European Union*, 78 Pol. Q. 422 (2007). יש לציין כי מספר המדינות שעושות רגולציה לשתדלנות הוא מצומצם מאוד. רוב הרגולציה נעשית במדינות המשפט האנגלו-אמריקני (ארצות-הברית, קנדה, בריטניה ואוסטרליה). גרמניה היא המדינה היחידה באירופה שקיימת בה רגולציה משמעותית של השתדלנות. לתיאור המצב בקונטיננט ראו: *Lobbying in the European Union: Current Rules and Practices*, EUR. PAR. DOC. (AFCO 104 ec.europa.eu/civil_society/interest_groups/docs/ב" ניתן לצפייה (EN) 44–50 (2003) workingdocparl.pdf.

87 Justin Greenwood & Clive S. Thomas, *The Registration of Lobbyists in Western Europe*, 51 PARLIAM. AFF. 487 (1998).

88 במאמר המסווג רגולציה של שתדלנות, ארצות-הברית משויכת למודל "שיש בו רגולציה ברמה גבוהה של השתדלנות". ראו Chari, Murphy & Hogan, לעיל ה"ש 86.

בארצות-הברית ממוקדת בשתדלנים עצמם, ולא בגורמים שהשתדלן מנסה לשדל, וכוללת הסדרים של רישום, זיהוי וגילוי. החקיקה הפדרלית והמדינתית בארצות-הברית מחייבת שתדלנים (in-house ומסחריים כאחד) להירשם אצל גוף רושם בבית-הנבחרים. הרישום נעשה באמצעות מערכת מקוונת, אשר מתעדכנת באופן שוטף ופתוחה לציבור הרחב. חובת הגילוי של היקפי הפעילות השתדלנית באה לידי ביטוי בשני אופנים: ראשית, מוטלת חובה על שתדלנים לציין מיהם לקוחותיהם ומה היקף ההוצאות שהם הוציאו; שנית, גם השוכר את שירותי השתדלנות חייב לפרט כל הוצאה שהוציא על פעילות זו.

גם בישראל, בעקבות הגידול בפעילות השתדלנית בכנסת, יש מודעות גוברת לצורך ברגולציה בתחום זה.⁸⁹ כמו בארצות-הברית ובמדינות נוספות, גם בישראל המוקד הוא בשאיפה להגביר את שקיפותה של הפעילות השתדלנית. החקיקה בישראל מחייבת רישום של שתדלנים, שגם נדרשים לענוד תג זיהוי במשך כל שהייתם בכנסת. הכנסת חייבת לפרסם את שמות השתדלנים שקיבלו אישור וכן את שמות לקוחותיהם, או אם מדובר בשתדלן שהוא חבר מרכז מפלגה – את שם המפלגה שהשתדלן פועל בשמה. עם זאת, ההסדרים בישראל מוגבלים בהשוואה להסדרים בארצות-הברית ובמדינות נוספות, וזאת בכמה מובנים חשובים: ראשית, החוק מסדיר רק את פעילותם של השתדלנים בין כותלי הכנסת, ולא את הפעילות השתדלנית שמתנהלת מול חברי-הכנסת למשכן הכנסת; שנית, החוק אינו מתייחס כלל לזירה מרכזית שבה נעשית פעילות שתדלנית, והיא השתדלנות מול הפקידות הבכירה של המשרדים הממשלתיים; ושלישית, החוק חל רק על שתדלנים מסחריים, ולא על שתדלנים in-house.

כאשר הסטרוקטורה של המוסדות הפוליטיים היא כזו שבה מערכת התמריצים מושפעת מכסף ומאינטרסים אישיים, כלומר כאשר קיימת "שחיתות מוסדית",⁹⁰ אנשים נוטים לחשוד בהניעות של קובעי המדיניות. דרך אחת להפחית את החשדנות הזו היא באמצעות הגברת שקיפותו של ההליך הדמוקרטי. שקיפותה של השתדלנות תקטין את הסיכוי שקבוצות קטנות יוכלו לקבל הטבות על-חשבון הציבור. ראשית, כאשר הדברים יהיו גלויים, יצטמצם הסיכוי שהאינטרס של הציבור לא יובא בחשבון. שנית, בגלל קיומה של מוסכמה שהטבות

89 הוועדה להכנת כללי האתיקה לחברי הכנסת (ועדת זמיר) **דין וחשבון 108** (2006), ניתן לצפייה ב-www.knesset.gov.il/committees/heb/public/ethics_final_report.pdf.

90 DENNIS THOMPSON, ETHICS IN CONGRESS: FROM INDIVIDUAL TO INSTITUTIONAL CORRUPTION (1995). בעקבות תומפסון יצא לורנס לסיג בשנים האחרונות במסע פוליטי נגד "השחיתות המוסדית": "For this is the core of the corruption in our present system of government. 'Corruption' not in the sense that representatives are bribed. Rather, 'corruption' in the sense that the system induces the beneficiaries of Congress's acts to raise and give money to Congress to induce it to act. There's only so much time; there's only so much Congress can do. Why not limit its actions to those things it must do – and those things that pay?" LAWRENCE LESSIG, FREE CULTURE: HOW BIG MEDIA USES TECHNOLOGY AND THE LAW TO LOCK DOWN CULTURE AND CONTROL CREATIVITY 216 (2004).

על-חשבון הציבור אינן ראויות, יירתעו קבוצות במקרים לא-מעטים מלנסות להשיגן. כפי שטען אלסטר, לצביעות יש כוח מחנך.⁹¹

אולם לדעתנו, הסדר השקיפות הקיימים, אפילו בגרסה המפותחת יותר הקיימת בארצות-הברית, אינם מטפלים בכשל השלישי של הפעילות השתדלנית – בעיית העדר היריבות בין קבוצות-אינטרס שונות וקיומה של שתדלנות "נישה", שהציבור אינו מעורב בה. המחקר האמפירי מלמד כי מכשלה עיקרית בניסיון לקיים "שתדלנות תחרותית" היא העלויות של איסוף המידע שקבוצות-אינטרס צריכות לשאת בניסיון לפקח אחר פעילותן השתדלנית של קבוצות-אינטרס יריבות.⁹²

ברצוננו להציע כאן דרך להקטין עלויות אלה באמצעות חיוב שתדלנים להעלות בזמן-אמת לאתר אינטרנט כל חומר כתוב שהם מעבירים למחוקקים או לביורוקרטים. ניצנים של חשיבה ברוח זו ניתן למצוא באתר הרשמי של נשיא ארצות-הברית הנוכחי ברק אובמה, שבו כל חומר של קבוצות-אינטרס או שתדלנים שנשלח אליו מועלה באופן מיידי לאתר אינטרנט, והציבור מוזמן להציג את תגובותיו.⁹³ נראה כי מימוש הצעה כזו מחייב הסדר סטטוטורי, שכן חוק חופש המידע הקיים כיום בישראל מאפשר אומנם לבקש מהרשויות הציבוריות לחשוף מידע שמצוי ברשותם, אולם לרשויות יש שיקול-דעת אם להיעתר לבקשה.⁹⁴ מהלכים מכוח חוק חופש המידע מחייבים פעולה אקטיבית מצד קבוצות-אינטרס יריבות. כמו-כן הם מניחים ידיעה מסוימת על פעילות שתדלנית של קבוצה מתחרה, ודורשים זמן יקר. הצעתנו חוסכת בעלויות אלה.

דרך נוספת להקטין את עלויות הפיקוח של קבוצות-אינטרס יריבות היא לשלוח באופן אוטומטי את כל החומרים הכתובים שמחוקקים וביורוקרטים מקבלים משתדלנים אל כל מי שהביע מראש עניין לקבל עדכונים בנוגע לפעילות שתדלנית של קבוצות-אינטרס מתחרות. הסדר כזה אינו מטיל מעמסה לוגיסטית כבדה מדי, שכן הוא כרוך בפעולה פשוטה של העלאת חומרים לאינטרנט, והוא גם ניטרלי בנוגע לתכנים, ולכן אינו חשוף לטענה כי הוא מפלה נגד נקודת-השקפה מסוימת או מהווה הגבלה תוכנית לגבי זכותם של שתדלנים

91 הנה טענתו של אלסטר בעניין זה: "The presence of a public makes it especially hard to appear motivated merely by self-interest. Even if one's fellow assembly members would not be shocked, the audience would be. In general, this civilizing force of hypocrisy is a desirable effect of publicity." Jon Elster, *Deliberation and Constitution Making*, in *DELIBERATIVE DEMOCRACY* 97, 111 (Jon Elster ed., 1998)

92 "given that organized interests are generally strategic in spending their lobbying resources, the 'cost' of commenting – including the possibility of what we view as a new cost, the observation of opponent behavior – must be high enough to dissuade some from taking an active role in commenting" Amy McKay & Susan W. Yackee, *Interest Group Competition on Federal Agency Rules*, 35 AM. POL. RES. 336, 349 (2007).

93 change.gov/open_government/yourseatatthetable

94 נוסף על כך, חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, חל על הכנסת כגוף, וככל הנראה אינו חל על חברי-הכנסת כחידים. ראו ס' (3) לחוק. לכן יש לו אפקטיביות מוגבלת בהבטחת זרימה מלאה של מידע ששתדלנים מעבירים לחברי-הכנסת.

וקבוצות לחופש הביטוי. כנגד הצעתנו ניתן לטעון כי השתדלנים ימצאו דרכים לעקוף גם הסדר כזה – למשל, על-ידי העברת חומרים באופנים לא-פורמליים. אף שאיננו שוללים חשש זה, אנחנו מחזיקים בדעה כי לנוכח העובדה שההסדרה בתחומי-הנישה כרוכה בידע מקצועי מורכב בנושאים שהם טכניים לעיתים קרובות, אין זה סביר שהשתדלנים יוכלו להימנע לחלוטין מלהעביר חומר כתוב למחוקקים ולבירוקרטים. חלק נכבד מהשתדלנות המקצוענית מוקדש למחקר ולכתיבת מזכרים.⁹⁵ כפי שהסברנו בחלק הראשון, השתדלן מעניק סובסדיה למחוקקים, ואלה זקוקים לחומר הכתוב כדי להבין טוב יותר תחומים שהם טכניים ומורכבים.

השאיפה המרכזית של הרגולטור צריכה להיות אם כן להגביר ככל האפשר את שקיפותו של ההליך הדמוקרטי. כל עוד קיימת תרבות ציבורית שעוינת אינטרסים צרים ואישיים, שקיפות מרבית תקטין (אף אם לא תעלים) את בעיית עושק הרוב, ותפחית את החשדנות שאזרחים רבים מגלים כלפי נבחרי הציבור. נוסף על כך, שקיפות עשויה להקטין את עלויות הפיקוח על פעילות שתדלנית מתחרה, ולהבטיח שההליך הדמוקרטי יערב יותר מקבוצת-אינטרס אחת. עם זאת, המציאות מלמדת שהשתדלנים מוצאים דרכים לעקוף את הרגולציה בתחום השקיפות, ולכן יש חשיבות לקיומו של מנגנון בקרה, מהסוג של ביקורת שיפוטית, להערכת השפעות לא-לגיטימיות של פעילות שתדלנית לא-שקופה על הסדרים משפטיים. לכך נעבור כעת.

1. הביקורת השיפוטית

בירור התפקיד שבית-המשפט יכול למלא כדי לתקן חלק מהבעיות הכרוכות בפעילות שתדלנית קשור באופן הדוק לדיונים הכלליים יותר בספרות המשפטית בנוגע לשימוש בביקורת השיפוטית כמנגנון שמונע את עושק הרוב בהליך הדמוקרטי. המצדדים בשימוש כזה ניסו למעשה לגזור מסקנות נורמטיביות מהמסקנות הדסקריפטיביות של תורת הבחירה הציבורית (public choice).⁹⁶ כזכור, נקודת המוצא של תורת הבחירה הציבורית היא התובנה הקריטית של אולסון בנוגע לפערים ביכולת ההתארגנות בין קבוצת-אינטרס לבין הציבור הרחב.⁹⁷ פערים אלה מאפשרים לקבוצת-האינטרס לקבל במסגרת ההליך הדמוקרטי יותר מכפי שמגיע להן, וזאת על-חשבון האינטרס של רוב האזרחים, אשר נוטים לא להתארגן. המצדדים בביקורת שיפוטית מצביעים על כמה דוקטרינות משפטיות קיימות ששימוש בהן עשוי לתקן את הכשלים שתורת הבחירה הציבורית חושפת. אנו נתמקד בשתי דוקטרינות: פרשנות של הסדרים משפטיים חשודים כך שיתאימו לעקרון השוויון, ודוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" (legislative due process). בעוד הדוקטרינה הראשונה מושכת לכיוון של

95 לפירוט חלוקת זמנם של השתדלנים ראו CIGLER & LOOMIS, לעיל ה"ש 13, בעמ' 393. ראו גם לעיל בה"ש 13 עצמה.

96 להצעות השונות שהועלו ביחס להשלכות של תיאוריית הבחירה הציבורית על הביקורת השיפוטית ראו: Einer R. Elhauge, *Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?* 101 YALE L.J. 31, 44–46 (1991).

97 הספרות על הבחירה הציבורית בתחום מדע המדינה היא עצומה. לתיאור טוב של ספרות זו ראו FRICKEY & FARBER, לעיל ה"ש 3.

הסדרה ישירה יותר של השוויון בכוח ההכרעה, המוקד של הרוקטרינה השנייה הוא הבטחת שקיפותו של ההליך הדמוקרטי.

1. פרשנות בהתאם לעקרון השוויון

אצל אסקרידג' ניתן למצוא את ההצעה המתוחכמת ביותר לשימוש בכללים של פרשנות תכליתית על-ימנת לתקן כשלים הנובעים מהשתלטות של קבוצות-אינטרס על ההליך הדמוקרטי.⁹⁸ אסקרידג' מציע ששופטים יחילו פרשנות תכליתית דינמית, אשר משלימה את החוק ופועלת להגביר את השוויוניות שבו. גישה פרשנית זו אינה נותנת היתר גורף לשופטים לקדם מערכת ערכים מסוימת, אלא מדריכה את השופטים לזהות את ההקשרים שבהם יש סיבה לחשוד כי החוק הוא תוצר של פעילות לא-לגיטימית של קבוצות-אינטרס.⁹⁹ לפי אסקרידג', כאשר החוק נותן לקבוצה יתרון שאינו פרופורציוני לגודלה, יש מקום לחשוד שמדובר בעושה הרוב, ועל בית-המשפט לאמץ פרשנות שתנסה לצמצם את חוסר השוויון שבחוק.¹⁰⁰ האינטואיציה הבסיסית שמעוררת את החשד לקיומה של פעילות שהיא עושה הרוב היא שאין זה סביר שהרוב ירצה לשלם בעבור הטבות למיעוט.

הנסיגות לגזור מהאמפיריקה של הבחירה הציבורית מסקנות נורמטיביות לעניין הביקורת השיפוטית עמדו במוקד ביקורתו של אלהוג' (Elhaug). טענתו היסודית היא שהניסיון לזהות השפעה "לא-פרופורציונית" של קבוצות-אינטרס על ההליך הדמוקרטי יבוסס באופן בלתי-נמנע על הערכה נורמטיבית לגבי התוצאות הרגולטיביות הראויות. כך, אלה הסבורים כי מדיניות של העדפה מתקנת היא ראויה ייטו לראות בהשפעת קבוצות-אינטרס מאורגנות של מיעוטים מוחלשים משום השפעה מידתית על ההליך הדמוקרטי; ואלה שעוינים השפעה של תאגידים ייטו לאפיין פעילות שתדלנית של תאגידים כהשפעה שמחבלת בתקינותו של ההליך הדמוקרטי. מכיוון שאין הסכמה בנוגע לשאלה אילו תוצאות

98 William N. Eskridge, *Politics without Romance: Implications of Public Choice*

Theory for Statutory Interpretation, 74 VA. L. REV. 275 (1988). להצגה וליישום של

גישתו של אסקרידג' בנוגע לפסקי-הדין העוסקים בהחלטות של המכון הישראלי לתקנים ראו

עמיחי כהן "הבחירה הציבורית ופרשנות תכליתית" *משפט וממשל* יא(1) 317 (תשס"ח).

99 כמובן זה גישתו של אסקרידג' צרה יותר מהפרשנות התכליתית של אהרן ברק. גישתו

של ברק מניחה קיומן של חזקות בעלות תחולה כללית – תכליות "אובייקטיביות" –

אשר מבטאות את עקרונות-היסוד של השיטה. מטרת הפרשנות התכליתית הדינמית של

אסקרידג' צנועה יותר – לפרש את החוקים באופן שמתקן כשלים בהליך הדמוקרטי, ואין

היא מבטאת חתירה להגשמת ערכים עמומים ובלתי-מוגדרים, להבדיל מגישתו של ברק.

להערכת הפרשנות התכליתית אצל אהרן ברק ראו ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של

הפרשנות התכליתית בישראל" *עיוני משפט* כו(2) 737 (2002).

100 אסקרידג' טוען כי יש הצדקה לביקורת שיפוטית או לפרשנות מצמצמת של חוקים במקרים

שבהם אנשים רבים מהציבור הרחב משלמים את מחיר הרגולציה, ומי שנהנים או מרוויחים

ממנה הם בעיקר קבוצה קטנה יחסית של פרטים; ואילו במצב ההפוך, שבו יש נהנים רבים

ומפסידים מעטים, בית-המשפט צריך לאמץ פרשנות מרחיבה של הסדרי החקיקה. ראו

Eskridge, לעיל ה"ש 98, בעמ' 298-299.

רגולטיביות הן ראויות, אין דרך אובייקטיבית, לטענת אלהוג', להעריך את השפעתן של קבוצות-האינטרס מבלי לצאת מנקודת מוצא נורמטיבית (normative baseline).¹⁰¹ נוסף על כך, אלהוג' סבור כי אסקרידג' ותומכיו שוגים בכך שהם תופסים את ההליך הדמוקרטי כאגרגציה ("ספירת ראשים"), ואינם מביאים בחשבון את האינטנסיביות של ההעדפות שיש לאזרחים. אלהוג' מסיק מסקנה הפוכה מזו של אסקרידג' בנוגע למשמעותה של הטבה שמשרתת קבוצת מיעוט. לטענתו, חוק שמשרת את המיעוט צריך להיחשב תקין לפי חישוב תועלתני, שכן ההשקעה בהתארגנות מצד המיעוט על-מנת להביא לידי העברת החוק מהווה "העדפה נגלית" (revealed preferences), כלומר, היא משקפת את האינטנסיביות של ההעדפות שיש לחבריה של קבוצת מיעוט זו.¹⁰² לנוכח זאת אלהוג' סבור כי ההסתמכות על הבחירה הציבורית כדרך לפרשנות של חוקים אינה מועילה, אלא רק מסיטה את הדיון מהנושא המרכזי, שהוא הנושא הנורמטיבי.

אלהוג' צורך כמוכן בטענתו שתחשיב תועלתני ראוי של העדפות חייב להביא בחשבון לא רק את מספר האנשים העומדים מאחורי כל העדפה, אלא גם את דרגת האינטנסיביות של העדפתם. אבל לדעתנו הוא שוגה במסקנתו שעצם קבלתו של חוק מהווה אינדיקציה למידת האינטנסיביות של ההעדפות שיש לאזרחים. מסקנה זו מתעלמת מהתובנה היסודית של אולסון בנוגע לקשיי ההתארגנות של קבוצות הרוב. התעלמות זו מוזרה לנוכח העובדה שאלהוג' עצמו מכיר בכך שיש מקרים שבהם מתקבלים הסדרים בלתי-יעילים, כלומר, הסדרים שהתועלת של הנהנים ממנה נמוכה מהעלות של מי שנושא בה.¹⁰³ ככל שהדבר נוגע בטענתו של אלהוג' כי אי-אפשר להימנע מהנחות נורמטיביות בעת הערכת הפרופורציוניות של העדפה, נראה לנו שיש להבחין בין עצם הזיהוי של קבלה לא-פרופורציונית של הטבה לקבוצת מיעוט – דבר שניתן למדידה אובייקטיבית – לבין ההכרעה בשאלה אם יש כאן פעילות שהיא עושק הרוב. ככל שהדבר נוגע בהערכת השאלה השנייה, ניתן לחשוב על אמות-מידה לזיהוי ההקשרים המעוררים חשד לפעילות שהיא עושק הרוב, בדומה לאופן שבו גובשה בארצות-הברית דוקטרינת "ההבחנות החשודות", ובכך לצמצם את השרירותיות בהערכת חוסר הפרופורציה של ההטבה. תנאי להפעלתה של דוקטרינת "ההבחנות החשודות" הוא קיומה של הבחנה מפורשת על בסיס גזע, מין, דת, לאום וכולי.¹⁰⁴ אולם ההכרעה לגבי רמת הביקורת השיפוטית על הבחנות חשודות (מבחן קפדני, מבחן-ביניים או מבחן של קשר רציונלי) תלויה בהתקיימותם של תנאים נוספים, ביניהם סיכויי הרלוונטיות של ההבחנה, קיומה של היסטוריה של הפליה, מידת הסטריאוטיפים

101 Elhauge, לעיל ה"ש 96, בעמ' 49-66.

102 שם, בעמ' 65.

103 MAXWELL STEARNS, PUBLIC CHOICE AND PUBLIC LAW: READINGS AND COMMENTARY 251 (1997).

104 Korematsu v. United States, 323 U.S. 214 (1944); United States v. Carolene Products, 304 U.S. 144 (1938). ככל שהדבר נוגע בחוקי Civil Rights (חוקי איסור ההפליה), בית-המשפט מוכן להתערב גם כאשר ההבחנה אינה מפורשת, כלומר, כאשר המדיניות ניטרלית על פניה אבל יש לה אפקט מפלה נגד קבוצה מוגנת. ראו למשל: Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).

בהווה, אם זו הבחנה על יסוד תכונה שאינה ניתנת לשינוי, ומה מידת כוחה הפוליטי של הקבוצה שהבחנה מכוונת נגדה.

הדיון שקיימנו בחלק הראשון – אפיון שיטות הפעולה של שתדלנים – מאפשר לנו לזהות טוב יותר את ההקשרים שבהם יש סיבה רצינית לחשוד שהתקיימה פעילות שתדלנית שהיא עושק הרוב. ראשית, התחום הכלכלי מעורר חשד יותר מן התחום האידיאולוגי. שנית, תחומים כלכליים מורכבים ובעלי אופי של "נישה", שבהם אין יריבים משמעותיים, מעוררים חשד יותר מתחומים כלכליים שבהם מושמע ה"אידך גיסא"¹⁰⁵. שלישית, מכיוון שההליך המנהלי שקוף פחות מן ההליך החקיקתי, החשד לפעילות של עושק הרוב הוא גדול יותר כאשר מקבל ההחלטה הוא דרג מנהלי, ולא דרג חקיקתי. ניתן לחשוב על פיתוח של דוקטרינות משפטיות נוספות שיעבירו את כוח ההכרעה מהדרג המנהלי לדרג החקיקתי. כך, למשל, הכלל האוסר על הרשות המנהלית לקבוע הסדרים ראשוניים – הסדרים שאמורים להיות מסורים לרשות המחוקקת בלבד¹⁰⁶ – עשוי לצמצם את בעיית חוסר השקיפות של פעילות שתדלנית, שהיא חמורה במיוחד בדרג המנהלי. אמות-מידה אלה מאפשרות לבית-המשפט לתעל את משאביה של הביקורת השיפוטית רק לאותם הקשרים שבהם מתעורר חשד מיוחד לקיומה של פעילות שתדלנית לא-שקופה שמניבה הטבות לקבוצת-אינטרס, וזאת מבלי להיכנס לבדיקה פרטנית בכל מקרה ומקרה.

נחזור לדוגמה שאלהוג' מביא בנוגע להסדרי חקיקה של העדפה מתקנת. נכון אומנם שהסדר זה נותן הטבה לא-פרופורציונית למיעוט, אולם לדעתנו אין מדובר בהקשר שמעורר חשד לעושק הרוב. מדובר בתחום אידיאולוגי, שזוכה בדרך-כלל בחשיפה תקשורתית, שיש בו אידך גיסא, ואשר אינו נושא מאפיינים טכניים מורכבים. סביר יותר להניח במקרה כזה שההסדר המשפטי המעניק זכות-יתר למיעוט משקף את רצון הרוב.¹⁰⁷ בנוגע להסדרים

105 כהן, לעיל ה"ש 98, בעמ' 329, מביא את פרשת בנק המזרחי (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995)) כדוגמה למקרה של חקיקה כלכלית שהיו מעורבות בו אומנם קבוצות-אינטרס, אלא שהתוצר היווה פשרה הוגנת בין האינטרסים של הקבוצות הרלוונטיות – בנקים וחקלאים, ולכן אין הצדקה במקרה כזה להחלת ביקורת שיפוטית קפדנית.

106 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 27.2.2006). איסור זה דומה בהגיונו לדוקטרינת איסור האצילה – non-delegation doctrine – שקיימת במשפט הציבורי האמריקני. אצל סנסטיין אפשר למצוא טיעון לטובת החייאת דוקטרינה זו כדרך לצמצום השפעותיהן של קבוצות-האינטרס. סנסטיין טוען שדוקטרינת אי-האצילה לא מתה, אף שמשנת 1935 ועד היום לא בוטל חוק בשל אצילה פסולה. תחת זאת בית-המשפט קובע כי יש תחומים שאסור לרשות המבצעת להחליט לגביהם. Cass R. Sunstein, *Nondelegation Principles*, in *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State* 139 (T. Kahana & R.W. Bauman eds., 2006).

107 בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת (טרם פורסם, 11.5.2006) ערך השופט גרוניס אנלוגיה בין תוכניות של העדפה מתקנת שהרוב קובע לטובת המיעוט לבין המקרה שנידון באותה פרשה – זכות-יתר (פטור משירות צבאי) למיעוט החרדי, וזאת על-מנת להצדיק הימנעות מהחלת ביקורת שיפוטית בהקשר זה. גרוניס הסתמך על גישתו של איליי – JOHN H.

המעניקים זכות יותר לקבוצות מיעוט המשמשות לשון-מאזניים במערכת הפוליטית (דוגמת המפלגות החרדיות בישראל) הושמעה הטענה כי מפלגות הרוב נתונות ב"דילמת אסיר", והסדרים כאלה מהווים לפיכך כשל בהליך הדמוקרטי, שעשוי להצדיק ביקורת שיפוטית לשם תיקונו.¹⁰⁸ לדעתנו, מתפיסה של דמוקרטיה פלורליסטית, העומדת ביסוד מאמר זה, עולה כי אין לראות מצב דברים זה ככשל המצדיק התערבות שיפוטית. נכון יותר לאפיין מצב דברים כזה כתחלוף של העדפות בעלות דרגות אינטנסיביות שונות,¹⁰⁹ אשר מאפשר למיעוטים לתמוך במערכת הפוליטית ולהיחלץ מעמדת הנחיתות הכרונית. לכן הצלחה של שתדלנים המייצגים קבוצת-אינטרס במקרים כאלה אינה צריכה להיחשב ביטוי לכשל בהליך הדמוקרטי שמצדיק החלה של ביקורת שיפוטית מחמירה. מקרה שלישי הוא הסדר כלכלי שנותן הטבה חריגה לתאגיד מסוים – בנקודה זו קשה לראות מדוע הרוב ירצה להעניק זכות יותר לתאגיד מסוים על-חשבון תאגידים אחרים או על-חשבון הציבור הרחב, ולכן זהו הקשר המעורר חשד לעושה הרוב, ובית-המשפט צריך להחיל בו ביקורת שיפוטית מחמירה.

2. הליך חקיקה נאות

תוכנה מרכזית במאמר זה היא שהסדרים משפטיים, רגולטוריים או דוקטרינריים, החותרים להבטיח את שקיפותו של ההליך הדמוקרטי יצמצמו את התופעה של קבלת הסדרים שעושים את הרוב הבלתי-מאורגן. דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" (legislative due process),¹¹⁰ אשר התפתחה בשני העשורים האחרונים במשפט החוקתי האמריקני בסוגיות של פדרליזם, יכולה לספק בסיס דוקטרינרי מתאים להבטחת שקיפותו של הליך

ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 171 (1980) – אשר שוללת

החלת ביקורת שיפוטית בהקשרים שאינם מעוררים חשד, דוגמת הערפה מתקנת.

108 "דילמת האסיר" היא סוג של כשל בקבלת החלטות משותפות, שבו צדדים פועלים בניגוד לאינטרס המשותף שלהם בשל חוסר אמון וחוסר שיתוף-פעולה. על "דילמת האסיר" בהקשר של הפוליטיקה בישראל ראו: Eyal Benvenisti, *Israel 1992: An Accidental Constitutional Reform Created by the Introduction of Party Primaries*, 3 THEORETICAL INQ. L. 175 (2002) (הטוען כי מפלגות הליכוד והמערך היו נתונות בשנות השמונים והתשעים של המאה העשרים ב"דילמת אסיר" בנושאים של דת ומדינה – בשל החשש שהמפלגות החרדיות יצטרפו לקואליציה עם המפלגה היריבה, הן הסכימו להסדרים בתחום דת ומדינה המנוגדים לאינטרסים של הציבור החילוני, שאותו הן מייצגות).

109 למשל, למפלגות השמאל יש העדפות בעלות רמת אינטנסיביות גבוהה לטובת תהליך השלום והעדפות ברמת אינטנסיביות נמוכה נגד הסדרים המעניקים הטבות לחרדים. נכונותם לוותר על העדפה בעלת דרגת אינטנסיביות נמוכה כדי לממש העדפה ברמת אינטנסיביות גבוהה מהווה ביטוי לפשרות בקבלת החלטות, והגישה הפלורליסטית רואה בפשרות כאלה חלק לגיטימי של ההליך הדמוקרטי.

110 הראשון שטבע את המושג היה Hans Linde. ראו: Hans A. Linde, *Due Process of Lawmaking*, 55 NEB. L. REV. 197 (1976). טרייב פיתח מעט את הרעיון בשנות השבעים. Laurence H. Tribe, *Structural Due Process*, 10 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 269 (1975). לגישה נוספת ראו גם: Terrance Sandalow, *Judicial Protection of Minorities*, 75 MICH. L. REV. 1162 (1977).

החקיקה ולצמצום בעיית עושי הרוב. החוקה האמריקנית קובעת את חלוקת הסמכויות בין הממשל הפדרלי לבין המדינות. אחת ההוראות מעניקה לקונגרס סמכות להסדיר כל נושא שעשוי "להשפיע על המסחר הבין-מדינתי" (interstate commerce). אולם בכמה פסקי-דין משני העשורים האחרונים תחם בית-המשפט העליון האמריקני בצורה מחמירה את כוחו של הקונגרס לפלוש לתחומי הסמכות של המדינות, תוך הצבת דרישה לביסוס עובדתי משמעותי ותייעוד כל ממצא, פורמלי או לא-פורמלי, המוכיח קשר בין החוק המוצע לבין הוראת "הסחר הבין-מדינתי" או כל הוראה חוקתית אחרת המעניקה סמכות לחקיקה פדרלית.¹¹¹

אם יהיה אפשר לעגן את דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" במשפט החוקתי הישראלי,¹¹² היא תוכל לתת מענה לחלק מהבעייתיות שבפעילות שתדלנית החותרת לקבל הטבות לקבוצת-אינטרס על-חשבון האינטרס הכללי.¹¹³ בית-המשפט צריך לברר אם הייתה פעילות שתדלנית סביב הסדר מסוים, ואם השתדלנים העבירו חומר כתוב (או אף בלתי-כתוב) לחברי-הכנסת. אם הועבר חומר כזה, על בית-המשפט לדרוש שהוא יוצג לפניו. בית-המשפט צריך גם לבחון אם הייתה מודעות מצד חברי-הכנסת לקיומה של פעילות שתדלנית או לכך שחבר-כנסת שהציע הצעת חוק מסוימת פעל בתיאום עם שתדלנים שמייצגים קבוצת-אינטרס. על יסוד הממצאים שהצגנו בחלק הראשון, אנו סבורים כי חשיפת הפעילות השתדלנית ושיטות הפעולה שלה עשויה להקטין את החשש שקבוצת-אינטרס יצליחו לקבל הטבות על-חשבון הכלל, שכן בהינתן תרבות ציבורית העוינת נסיונות לקדם בחקיקה אינטרסים צרים, הנבחרים לא ירצו להצטייר בציבור כפועלים באופן המנוגד לאינטרס הכללי.¹¹⁴

כנגד ההצעה להחיל את דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" ניתן לטעון – כשם שנטען בארצות-הברית נגד יישומה של דוקטרינה זו בהקשר של פדרליזם – כי היא קשה ליישום, כי היא אינה מציאותית, וכי היא מתעלמת מן האופן שבו הפוליטיקה מתנהלת.¹¹⁵ עוד נטען כי החלת עקרונות של המשפט המנהלי על בית-המחוקקים עומדת בניגוד לעיקרון של הפרדת הרשויות, ותוביל להתערבות שיפוטית יתרה בפעילות דמוקרטית בבית-הנבחרים.¹¹⁶ חשיבה

111 ראו, למשל: Gregory v. Ashcroft, 501 U.S. 452 (1991); United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995); City of Boerne v. Flores, 521 U.S. 507 (1997).

112 בכל אותם מקרים שבהם הסדר חקיקתי פוגע בזכויות חוקתיות ניתן לעגן את הדוקטרינה בדרישה הקבועה בפסקת ההגבלה (ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו), שלפיה פגיעה בזכויות תיעשה אך ורק "בחוק... או לפי חוק". בכל שאר המקרים בית-המשפט יכול להחיל את הדוקטרינה מכוח יצירה שיפוטית.

113 להצעה ברוח זו ראו: Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U. L. Rev. 367 (2004).

114 Elster, לעיל ה"ש 91.

115 Philip P. Frickey & Steven S. Smith, *Judicial Review, the Congressional Process, and the Federalism Cases: An Interdisciplinary Critique*, 111 YALE L.J. 1707, 1736 (2002).

116 Bryant A. Christopher & Timothy J. Simeone, *Remanding to Congress: The Supreme Court's New "On the Record" Constitutional Review of Federal Statutes*, 86 CORNELL L. REV. 328 (2001); William W. Buzbee & Robert A. Schapiro, *Legislative Record*

ברוח זו הייתה ביסוד פסיקת בג"ץ בעניין ארגון מגדלי העופות, שם נדחתה ההצעה להחיל את דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" על חוקי ההסדרים במשק המדינה.¹¹⁷ בית-המשפט ציין אומנם שהליך קבלתו של חוק ההסדרים אינו נאות, שכן אין הוא מאפשר דיון מעמיק וממצה בהוראותיו השונות, אך נמנע - בעיקר משיקולים של הפרדת רשויות - מלקבוע כי על המחוקק חלה חובה חוקתית כללית לקיים הליך חקיקה נאות. על-פי פסיקת בג"ץ, התערבות שיפוטית בהליך החקיקה תתקיים רק כאשר הליך החקיקה מסב פגיעה חמורה במרקם החיים הפרלמנטריים, וזו לא התקיימה בנסיבותיה של העתירה.¹¹⁸

על חששות אלה ניתן להשיב בכמה דרכים. ראשית, החשש מפני תגובות-נגד של המערכת הפוליטית בשל חדירה לתחום הפעולה החקיקתי הוא קטן יותר בהקשר של הצבת דרישה לשקיפותה של הפעילות השתדלנית בהשוואה להתערבות שיפוטית בנוגע לחוקי ההסדרים בישראל או בנוגע לחלוקת הכוחות בין הפרוציה לבין המדינות בארצות-הברית. בעוד המשמעות של התערבות בחוקי ההסדרים או בחקיקה פדרלית היא חמורה מנקודת-הראות של הממשלה או של הממשל הפדרלי, נראה לנו שהצבת תביעה לשקיפות של פעילות שתדלנית אינה צפויה לעורר תרעומת בקרב נבחרי הציבור או בקרב הפקידות הממשלתית. אדרבה, סביר להניח שחלק משמעותי מהנבחרים יראו בהסדרים כאלה דווקא פתרון שיסיר מעליהם חלק מהלחץ של קבוצות-אינטרס מסוימות. גם בנקודה זו יש רלוונטיות להבחנה שבין שתדלנות של קבוצות-אינטרס תאגידיות לבין שתדלנות של קבוצות-אינטרס שיש מאחוריהן קהל מצביעים. סביר להניח שהחשש לתגובות-נגד של הנבחרים כאשר בית-המשפט פוסל חקיקת אינטרס אידיאולוגי הוא גדול יותר בהשוואה למקרה שבו הוא פוסל חקיקת אינטרס של תאגידים.

שנית, ההצעה שלנו אינה קוראת למימוש מושלם ודווקני של כל היבטיה של דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות". מדחייתה של תפיסת הדמוקרטיה הדליברטיבית ומאימוצה של תפיסת הדמוקרטיה הפלורליסטית עולה כי אין להחיל באופן מקיף את כללי המשפט המנהלי על המחוקק, ואין לכוון את בית-המשפט לבחון את איכותה של הדליברציה החקיקתית ואת טיב הביסוס העובדתי שעומד ביסוד הרגולציה. כאמור, הצעתנו לקבוע הסדרי שקיפות לפעילות השתדלנית היא מינימליסטית יותר בהשוואה למרכיבים אחרים של דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות", שכן היא אינה דורשת מבתי-המשפט לבחון את טיב הראיות שעליהם הסתמכו המחוקקים, אלא מסתפקת בהקפדה על בירור שקיפותה של הפעילות השתדלנית. נוסף על כך, לדעתנו בית-המשפט צריך לעשות שימוש בתביעה מחמירה יותר לשקיפותה של הפעילות השתדלנית רק בהקשרים שבהם יש מקום לחשד רב שמתבצע עושק הרוב, ולא לגבי כל החוקים שעומדים לביקורתו. כך יהיה אפשר לצמצם עוד את היקף התערבותה של הרשות השופטת במעשיהן של הרשויות האחרות. הצעה זו חשופה

Review, 54 STAN. L. REV. 87 (2001); Ruth Colker & James J. Brudney, *Dissing Congress*, 100 MICH. L. REV. 80 (2001).

117 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).
 118 בית-המשפט הסתמך על ההלכה בבג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982) (בג"ץ יתערב בהליכים פרלמנטריים פנימיים של הכנסת רק כאשר עולה טענה לפגיעה חמורה במרקם החיים הפרלמנטריים).

אומנם לביקורת ששופטים עלולים להיות מושפעים מעמדתם הנורמטיבית הסובייקטיבית בקבלת ההחלטה היכן להקפיד יותר על דרישת השקיפות,¹¹⁹ אולם – כפי שהדגמנו בסעיף הקודם – ניתן לקבוע אמות-מידה לזיהוי "השתדלנות החשודה" בדומה לאופן שבו בית-המשפט העליון האמריקני מזהה את ההקשרים המעלים חשד למניעים מפלים במסגרת דוקטרינת "ההבחנות החשודות".

לכסוף, עצם העלאת הטענות בדבר הפרדת הרשויות נגד ביקורת שיפוטית שחותרת להגברת שקיפותו של הליך החקיקה נראית לנו תמוהה מבחינה תיאורטית. העמדה שגיבש בית-המשפט העליון בפסק-הדין בעניין ארגון מגדלי העופות מבטאת לדעתנו גישה צרה מדי להליך הדמוקרטי, שאינה מביאה בחשבון את הנזקים שעלולים להיגרם כתוצאה מחקיקת אינטרס שאינה מבטאת את רצון הרוב. נראה לנו שדווקא שיקולים של יחסים ראויים בין הרשויות מחייבים את בית-המשפט להבטיח שהכרעות דמוקרטיות אכן מבטאות את רצונם של רוב חברי-הכנסת. ביקורת שיפוטית, במובנה הנכון, היא כלי חיוני על-מנת להבטיח שהכרעות פוליטיות יממשו את הערך של שלטון-עצמי קולקטיבי על-ידי רוב האזרחים, ולכן יש לתת לכך משקל גדול יותר מאשר לשיקולים מוסדיים של הפרדת רשויות. על כל פנים, שיקול של הפרדת רשויות אינו יכול לחסום ביקורת שיפוטית על פעילות שתדלנית שמתקיימת מול רשויות המנהל, להבדיל מפעילות שמתקיימת מול נבחרי הציבור.

ז. סיכום

נקודת המוצא הנורמטיבית במאמר זה היא של ניאור-פלורליזם. מצד אחד, גישה זו מדרגשה את הרציות המוסרית של שתדלנות, אשר מזרימה מידע "מלמטה כלפי מעלה" וכך מאפשרת לנבחרים לדעת טוב יותר מהן ההעדפות והצרכים השוטפים של הבוחרים, "מסבסדת" בעבור הנבחרים את איסוף המידע ועיבודו, ומעודדת את השתתפותם של האזרחים בהליך הדמוקרטי. מצד אחר, ניאור-פלורליסטים מכירים בצורך לנקוט צעדים כדי להבטיח תחרות הוגנת בין הקבוצות ולמנוע את תופעת "עושק הרוב". המחקר האמפירי מלמד כי הסיכוי שתופעה כזו תתרחש הוא גדול יותר כאשר הרגולטור מסדיר נושאים טכניים מורכבים, המחייבים השקעת מאמץ רב בהבנתם, וכאשר באותה זירה יש מספר מוגבל של שחקנים פעילים. בנישות כאלה סיכויי ההצלחה של קבוצת-האינטרס הם גדולים יותר, מפני שאין מספיק גורמים שיכולים להציג את טיעוני-הנגד, והציבור אינו מגלה עניין.

טיעון-היסוד במאמר היה שבבעייתיות הטמונה בפעילות שתדלנית העושה את הרוב יש לטפל באמצעות קביעת הסדרי שקיפות מחמירים, ולא הסדרי שוויון, וזאת מכמה טעמים: ראשית, קונספציות של שוויון הן שנויות במחלוקת וחשופות לשימוש לרעה מצד הרגולטור בהשוואה לקונספציה של שקיפות; שנית, בהינתן הדינמיקה של "הכוח המחנך של הצביעות", קביעת הסדרים רגולטיביים ודוקטרינריים שתכליתם החמרה משמעותית בדרישות השקיפות של פעילות שתדלנית עשויה להרתיע פוליטיקאים ומקבלי החלטות

119 מסיבה זו הציע Goldfeld, לעיל ה"ש 113, להחיל את דוקטרינת "הליך החקיקה הנאות" באותה רמה של קפדנות בכל מקרה. הצעתו הונעה על-ידי השאיפה להימנע מנקודת מוצא נורמטיבית בהערכת החשד לגבי פעילות אשר "עושה את הרוב".

מלשתף פעולה עם קבוצות ותאגידים שחותרים לעשוק את הרוב; ושלישית, הסדרי שקיפות מרחיבים, הכוללים חובה להעלות לאתר אינטרנט כל חומר שהשתדלנים מעבירים לקובעי המדיניות, עשויים להגדיל את היריבות בין קבוצות־אינטרס ולמנוע מצב דברים שבו הסדרים מתקבלים בלי דיון ובהעדר יריבות.