

הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל —

בחינה מחודשת

יהושע (שוקי) שגב*

- א. הקדמה
- ב. הדעה השלטת בדבר שינוי בתפקידו של בית המשפט העליון
- ג. טיעונו של מאוטנר ביחס לירידת הפורמליזם ועליית הערכים
- ד. בעיות דיסקרפטיביות העולות מהשינוי בתפקידו של בית המשפט
 1. האומנם היה המשפט החוקתי פורמליסטי?
 2. פלורליזם של מטרות וערכים
- ה. בעיות נורמטיביות העולות מהשינוי בתפקידו של בית המשפט
 1. הצגתה מחדש של הדילמה הנורמטיבית: שני מודלים לביקורת שיפוטית
 2. בית המשפט העליון כ"רועה המוסרי" של החברה וההחלטה בעניין קול העם
 1. ההיבט הצורני של מודל "הרועה המוסרי"
 2. ההיבט המהותי של מודל "הרועה המוסרי"
 3. בית המשפט העליון כ"בורר מסויג" וההחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב
 1. ההיבט הצורני של מודל "הבורר המסויג"
 2. ההיבט המהותי של מודל "הבורר המסויג"
- ט. סיכום

א. הקדמה

מן המפורסמות היום כי למן שנות השמונים מאופיין המשפט הישראלי בירידת הפורמליזם ועליית הערכים¹. מאמר זה בוחן פרופוזיציה זו מחדש, ככל שהיא נוגעת למשפט החוקתי הישראלי, תוך הצגת פסקי דין חוקתיים כחריגים עובדתיים ונורמטיביים לפרופוזיציה, ומבקש לחייב את המסקנה כי יש לצמצם את התיאוריה

* ד"ר, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. תודתי נתונה לפרופסור סיני דויטש, דיקן בית הספר למשפטים, לעורכת מאזני משפט ד"ר הדרה בר-מור, ולסגני העורכת, ד"ר ישראל צבי גילת וד"ר משה גלברד, על תרומתם לפרסומו של מאמר זה. תודתי נתונה גם לפרופסור אהרון אנקר ולד"ר חיים שיין על הערותיהם המועילות.
1 מ' מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503.

האמורה בהתאם. אך מדוע זה כה חשוב להכיר במשפט החוקתי כחריג למגמת ירידת הפורמליזם ועליית הערכים?

תומאס קון, פילוסוף מדעי הטבע הנודע, כותב בספרו המבנה של מהפכות מדעיות, כי "תמיד יש קשיים בהתאמה בין פרדיגמה לטבע"². מדען המפסיק כדי לבדוק כל חריגה שהוא נתקל בה, מסביר קון, רק לעיתים רחוקות יצליח לעשות עבודה חשובה. אם כן, שואל קון, מה עושה חריגה לחריגה שנראה כי ראוי לבדוק אותה בדיקה קפדנית? קון נאלץ להודות כי לשאלה זו אין תשובה כללית, אך לפחות שני טעמים נראו לו סבירים במיוחד. הטעם הראשון לבדיקה קפדנית הוא כי החריגה מעמידה בסימן שאלה הכללות מפורשות ויסודיות של הפרדיגמה. הטעם השני לבדיקה קפדנית הוא כי הגם שלכאורה לא מדובר בחריגה בעלת ערך יסודי, הרי שההחלטה או המסקנות שהיא בולמת הן בעלות חשיבות מעשית מיוחדת³. הווה אומר: למרות שהחריגה אינה מובילה מפורשות לזניחת הפרדיגמה, יש בחקר החריגה משום חשיבות מעשית לחיינו. הטעם השני הוא הרלוונטי בענייננו. אין במאמר זה משום כפירה מוחלטת בטענה, או ערעור יסודות הטענה, כי למן שנות השמונים מאופיין המשפט הישראלי בירידת הפורמליזם ועליית הערכים, אלא, כוונתו של המאמר ליצור טענה חריג: המשפט החוקתי⁴. התעלמות מהיות המשפט החוקתי חריג למגמה הכללית מונעת, לדעת, הכרה בדילמה הנורמטיבית המעשית בפניה ניצבים שופטי בית המשפט העליון היום בפתח המאה העשרים ואחת. מותר לציין, כי השפעתה של הפרדיגמה, בדבר ירידת הפורמליזם המשפטי ועלייתה של הגישה הלא-פורמליסטית, כה חזקה במשפט החוקתי עד שלעיתים נראה כי היא הפכה למיתוס: קדימותה של המהות על פני הצורה במשפט החוקתי הישראלי. ככל מיתוס אחר גם היא מכוננת על ידי מערכת של עובדות ופיקציות, דבר שמקשה על הפרכתו. לכן ניפוצו של המיתוס מחייב את התהליך בו נוקט מאמר זה: הליך של ברירת המוץ מן התבן. כלומר, ניסיון להבחין, להבדיל ולסווג בין מרכיבים

2 תומאס ס. קון המבנה של מהפכות מדעיות (תרגום יהודה מלצר, תל-אביב, תשל"ז) 71.

3 שם.

4 חלק מקוראי הטיוטות הקודמות של מאמר זה התייחסו בהערותיהם לשאלת היחס בין המשפט החוקתי לבין שאר תחומי המשפט ככל שהדבר נוגע למגמה של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים. היו שסברו כי למרות שניתן לראות במשפט החוקתי חריג למגמה זו, הרי שבתחומי משפט אחרים פרופוזיציה זו שרירה וקיימת ולא ניתן לערער עליה. אחרים סברו כי המשפט החוקתי אינו חריג משאר תחומי המשפט ויש מקום להטיל ספק בנכונותה של הפרופוזיציה האמורה גם בתחומים אחרים. אין בכונתי להכריע במאמר זה בין העמדות האמורות, למרות שאני נוטה לקבל את העמדה כי המשפט החוקתי הוא חריג בלבד למגמה הכללית. על כל פנים, הטענה המשותפת לשתי עמדות אלו היא חוסר ההתאמה בין הפרופוזיציה בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים לבין המשפט החוקתי הישראלי. טענה זו, הבהרתה, ביסוסה, וההכרה בדילמה הנורמטיבית המתחייבת מזניחת הפרופוזיציה בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט החוקתי עומדים במרכזו של מאמר זה, ועל כן לצרכי מאמר זה אינני נדרש להכריע במחלוקת האמורה לגבי "חריגותו" של המשפט החוקתי.

שונים על מנת לחשוף, או לפחות לשפוך אור, על הדילמה בפניה ניצבת הביקורת השיפוטית בישראל⁵.

עיקר המאמר מתחקה אחר הדעה השלטת לגבי התפתחות הביקורת השיפוטית בישראל (פרק ב ופרק ג) ומאתר בעיות דיסקרפטיביות (פרק ד) ובעיות נורמטיביות (פרק ה) בתיאוריות הקיימות הדנות בטבע השינוי שחל בתפקידו של בית המשפט העליון לאורך השנים. עמידה על בעיות אלו תוביל אותנו לדילמה הנורמטיבית עמה נדרשים להתמודד שופטי בית המשפט העליון (פרק ו). אחתום את המאמר בהצגה והדגמה קצרה של שני מודלים שיפוטיים שמצויים בפסיקת בית המשפט העליון בהחלטות שניתנו בעשור הראשון להיווסדו (פרק ז ופרק ח). מודלים אלה הם בעלי פוטנציאל גבוה יותר לספק לנו תשובות לבעיות שקיימות בתיאוריות מצויות. מפאת מגבלות של מקום, אין ביכולתי להציג כאן טיעון סדור לגבי המידה בה מודלים אלה אכן מתארים את התפתחות המשפט החוקתי הישראלי לאורך כל שנות קיומה של המדינה והמידה בה הם מייצגים גם היום את הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל. מטרתו של מאמר זה, כאמור, מצומצמת יותר: לחשוף את הדרישות בהן נדרשת תיאוריה (דיסקרפטיבית ונורמטיבית) של המשפט החוקתי הישראלי לעמוד, ובכך לסלול את הדרך לפרשנות שונה של ההיסטוריה של המשפט החוקתי שלנו.

ב. הדעה השלטת בדבר שינוי בתפקידו של בית המשפט העליון

התפיסה השלטת זה יותר מעשור בקרב הקהילה המשפטית בישראל היא כי בית המשפט העליון למן שנות השמונים עבר טרנספורמציה ביחס לטבע הפונקציה השיפוטית⁶.

5 בביטוי "ביקורת שיפוטית" אני מתכוון לפרקטיקה של פתרון סכסוכים על ידי בירור האם מעשה או מחדל שלטוני מפר את החוקה או מערכת אחרת של כללים ועקרונות מתחום המשפט החוקתי. מכאן שהשימוש בביטוי "ביקורת שיפוטית" במאמר זה הוא רחב וכולל בתוכו ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית על פי חוקה כתובה, אך אינו מתמצה בכך. גם ביקורת שיפוטית על מעשי מינהל שאינם חקיקה ראשית וביקורת על פי חוקה מאטריאלית יכללו בביטוי זה.

6 ד' קרצמר, "ארבעים שנה למשפט הציבורי", משפטים יט (תש"ן) 551; מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 505: "כל מי שמצוי בעולמו של המשפט הישראלי יודע, כי בשנות השמונים, חלו בו שינויים ניכרים, וכי מחוללם של שינויים אלה היה בית-המשפט העליון." מ' לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5. י' זמיר, "המשפט הציבורי: מהפכה או התפתחות?", משפטים יט (תש"ן) 563: "כשאני בוחן את התפתחות המשפט המנהלי, אני רואה... שתי התפתחויות מרכזיות שיש להן אופי של מהפכה: האחת בתחום החקיקה; והשנייה – בתחום הפסיקה. בית-המשפט נקרא יותר ויותר להכריע במחלוקת בין הרשות לבין האזרח. התפקיד החברתי של הביקורת השיפוטית על המנהל נעשה בולט וחשוב יותר." Shimon Shetreet "Reflections on the Contemporary Trends of Judicial Role in Israeli Society" in *The Role of Courts in Society* (Shimon Shetreet ed., Boston, 1988) 158, 159: "There

יש אף שטענו כי שינוי זה מייצג מהפכה "רעיונית-אינטלקטואלית"⁷. השינוי מתבטא, כך נטען, בדרך בה שופטי בית המשפט העליון תופסים את תפקידם בחברה דמוקרטית. הגישה המסורתית, לפיה תפקידו העיקרי של בית המשפט בתחום המשפט הציבורי הוא יישוב ופתרון סכסוכים בין הפרטים לרשויות הממשל ננטשה והוחלפה על ידי התפיסה הרואה בבית המשפט כמוסד האחראי להגנת שלטון החוק במובנו הרחב, כלומר, מוסד שעניינו קידום משטר דמוקרטי צודק⁸. התוצאה הישירה של שינוי קונספטואלי זה הייתה, בעיקרה, העצמה שיטתית של סמכויות וכוחות בית המשפט העליון על ידי הרחבת היקף הביקורת השיפוטית (לדוגמה, דוקטרינות המעמד והשפיטות) ועומקה (לדוגמה, השינוי התיאורטי והפרקטי שחל בדוקטרינת הסבירות). לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים נעשה שימוש באותה הנמקה משפטית, לפיה תפקיד בית המשפט הוא קידום שלטון החוק במובן שלטון דמוקרטי צודק, על מנת להצדיק את אימוץ מוסד הביקורת השיפוטית בנוסחתו האמריקאית ללא סייגים מהותיים⁹.

has been an important development in Israel in the relative role of the executive and the judiciary in the system of government. The role of the executive has decline, while the Supreme Court has increasingly occupied a greater role in the system of government."

7 כך נטען ברור על ידי קרצמר: "ברצוני לבודד את התופעה הבולטת ביותר בתחום זה של המשפט. כוונתי למהפכה הרעיונית-אינטלקטואלית בתפיסת בית-המשפט את מהות תפקידו השיפוטית", שם. ראו גם לנדוי, שם, בעמ' 5-6, שהשתמש בביטוי "מהפך מחשבתי" בתארו שינוי זה: "את התקופה השלישית [מאז שנות השמונים], הנמשכת עד לימנו אלה, מאפיינים אקטיביזם בוטח בעצמו והתרה כמעט מוחלטת של רסן הריסון העצמי. את המהפך המחשבתי הזה חוללו שופטים חדשניים, בעלי כושר אנליטי מעולה, שהיטו את הכף לעבר המגמה המושלת כיום בכיפה בפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק... מאז ועד היום גבר תהליך הכרסום כמה שנחשב פעם למושכלות ראשונים...". אך ראו זמיר, שם, בעמ' 565, 569: "אולם השורשים של ההלכות החשובות האלה והלכות חשובות נוספות מסתעפים מן הפסיקה של השנים הראשונות כמו ענפים מגזע עבות. הפסיקה צמחה במשך שנים רבות בדרך של התפתחות טבעית כשהיא יונקת מן השורשים, להבדיל מן הדרך של מהפכה המתנתקת מן השורשים... לדעתי לא יהיה זה נכון להגדיר צעד זה כמהפכה".

8 קרצמר, שם. Itzhak Zamir "Administrative Law" in *The Law of Israel: General Surveys*. (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo eds., Jerusalem, 1995) 51, 78. בעמ' 521-522: "ניתן להציג את פשר השינוי שהתחולל בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים גם כשינוי במשקל היחסי של תפקידיו השונים של בית-המשפט... ניתן לטעון, כי בעוד אשר בעשורים הראשונים לפעולתו של בית-המשפט העליון, בלטה בפסיקתו תפיסה של תפקידו כמי שאמור להכריע בסכסוכים המתעוררים במדינה וכמי שאמור להבטיח ודאות אצל פרטים הפועלים להשגתם של יעדים משפטיים, הרי שבשנות השמונים התבלטה בפסיקה, באורך מודגש וברור, הגישה, שלפיה אמורה מערכת המשפט להשפיעה על התכנים הערכיים השוררים בחברה". אך ראו: ר' שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטית", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7: "נקודת-המוצא המנחה אותי היא כי יש להמיר את הטענה לפיה מוערבותו הגוברת של בית-המשפט נועדה להגן על שלטון החוק בטענה כי רעיון ההגנה על שלטון החוק הוא חלק מהמאגר הרטורי שבו עושה בית-המשפט שימוש כדי לבסס את לגיטימיות ההסתמכות על שיקול-דעתו של השופט המומחה' וכדי להרחיב את סמכותו של בית המשפט." כלומר, שמיר מקדם את הטענה כי השינוי שחל מאז שנות השמונים הוא שינוי רטורי שאינו משקף תפנית מהותית בהגנה על שלטון החוק. 9 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פסקאות 78-80

הרחבת התפקיד השיפוטי של בית המשפט העליון בשיטת הממשל של מדינת ישראל, שציידה אותו בסמכויות חדישות, מעלה שורה של שאלות קשות בנוגע למהותו, גבולותיו, ונחיצותו של תהליך זה. עוד בשלב מוקדם כותבים בעלי רקע משפטי מגוון, מרצים, שופטים ועורכי דין, ביקרו את "האקטיביזם החדש" של בית המשפט העליון. ביקורות אלו כווננו בעיקר לפיתוחים ספציפיים בדוקטרינות המשפט הציבורי הישראלי, אך הן נעשו מתוך מודעות ברורה לקונטקסט הרחב בתוכו ננקטו שינויים אלה. כך, לדוגמה, בנוגע לדוקטרינת הסבירות ניתן לציין את מאמרה של מיכל שקד, יועצת לפרקליט המדינה, "הערות על עילת הסבירות במשפט הציבורי" (1982)¹⁰, ואת מאמרו של משה לנדוי, נשיא בית המשפט העליון בדימוס, "על סבירות ושפיטות במשפט המינהלי" (1989)¹¹. שקד ולנדוי טענו כי תיאורית הסבירות החדשה נעדרת אלמנטים של עקביות, קוהרנטיות, סדר, קונקרטיזם וודאות הנחוצים להכוונת פעילותן של רשויות השלטון ולשם מניעת עריצות ושרירות לב שיפוטיים¹². ביחס להנמכת דרישות דוקטרינת השפיטות והכפפת הסכמים והסדרים פוליטיים לנורמות משפטיות, יש לציין את מאמרו של אריאל רוזן-צבי ז"ל, דיקן הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)" (1993)¹³, ואת פסק דינו של השופט אלון בבג"צ 1635/90 זרובסקי נ' ראש הממשלה¹⁴. רוזן-צבי ואלון הטילו ספק ביכולתו של בית המשפט להכפיף שאלות, הסדרים והסכמים פוליטיים לביקורת שיפוטית נוקבת ובחכמתו של מהלך זה. לאחרונה, נוספו לביקורות מוקדמות אלו דור שני ואפילו שלישי של כתיבת ביקורתית¹⁵.

לפסק דינו של הנשיא ברק: "ביסוד הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק עומד עקרון 'שלטון החוק'... תפקידו המרכזי של בית המשפט בחברה דמוקרטית הוא 'התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק'... כאשר בשיטת משפט נתונה מצויה חוקה מחייב 'שלטון החוק' שמירה על שלטונה של החוקה... בהכרזה על בטלותו של חוק שאינו מקיים את דרישותיו של חוק היסוד מגשים בית המשפט את חוק היסוד... כאשר השופטים מפרשים את הוראות החוקה, ומבטלים לאורן חוקים פוגעים, הם נותנים ביטוי לערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו המהלך ההיסטוריה של אותה חברה. בכך הם שומרים על הדמוקרטיה החוקתית, ומקיימים את האזון העדין עליו היא מושתתת".

- 10 מ' שקד, "הערות על עילת הסבירות במשפט הציבורי", משפטים יב (תשמ"ב) 102.
 11 לעיל הערה 6.
 12 שם, בעמ' 12–13. שקד, לעיל הערה 10, בעמ' 126–127.
 13 א' רוזן-צבי, "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689.
 14 פ"ד מה(1) 749.
 15 לגבי דוקטרינת הסבירות ראו מ' מאוטנר, "הסבירות של הפוליטיקה", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 25; שמיר, לעיל הערה 8. ביחס לדוקטרינת השפיטות ראו ד' ברק-ארז, "השפיטות של הפוליטיקה", פלילים ח (תש"ס) 369; א' מעוז, "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית-משפט", פלילים ח (תש"ס) 389.

ג. טיעונו של מאוטנר ביחס לירידת הפורמליזם ועליית הערכים

אך היה זה מאמרו הרפלקטיבי והפרובוקטיבי של פרופסור מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"¹⁶, ששלט בשיח המשפטי בנוגע לשינוי בתפקידו של בית המשפט העליון. לפי מאוטנר, הדבר המשמעותי ביותר שקרה בפסיקה של שנות השמונים הוא הירידה במעמדה של תפיסת עולם שלמה באשר לדרך שבה על בית המשפט להפעיל את נורמות המשפט ובאשר לתפקידו במערכת הממשל של מדינת ישראל¹⁷. התפיסה המסורתית של הפורמליזם המשפטי איבדה מעוצמתה והוחלפה בהדרגה בתפיסת עולם לא-פורמליסטית, המדגישה את המימד הערכי של המשפט ואת התפקיד שהמשפט ממלא במדינה ובחברה¹⁸. במילים אחרות, מרכז הכובד בפסיקת בית המשפט העליון עבר מגישה הנשענת בעיקרה על כללים משפטיים (*rule-oriented*) לכזו המתמקדת בערכים (*value-oriented*), תוך הדגשת תפקידם של ערכים, מטרות, טעמים וסיבות העומדים מאחורי כללי המשפט היבשים. לכן היו שקראו לגישה זו "תורת משפט של טעמים" (*jurisprudence of reasons*)¹⁹. אחד הביטויים של מגמה זו היה הסמכת בית המשפט העליון בתפקיד חדש של קידום מטרות אלו *vis-a-vis* מוסדות השלטון האחרים, ומכאן שהאקטיביזם השיפוטי המוגבר הוא רק מרכיב אחד במסגרת מגמה רחבת היקף זו²⁰.

הפורמליזם המשפטי²¹, כפי שמאוטנר מגדירו, מושגת על ארבעה עיקרים. ראשית,

16 מאוטנר, לעיל הערה 1.

17 שם, בעמ' 506.

18 על ירידת התפיסה הרואה בחוק דיספלינה אוטונומית בתיאוריה המשפטית בכלל ראו: Richard A. Posner "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987" 100 *Harv. L. Rev.* 761 (1987).

19 המונח "תורת משפט של טעמים" (*jurisprudence of reasons*) נטבע על ידי Frederick Schauer במסגרת ביקורת לספרו של רונלד דבורקין *Law's Empire* אותו הוא מכנה ההסבר התיאורטי הטוב ביותר לתורת משפט של טעמים: "The Jurisprudence of Reasons" Frederick Schauer (1987) 85 *Mich. L. Rev.* 847. לפי Schauer, יצירתה של תורת משפט של טעמים היא תגובה למתח הקיים בין הרצון להגיע לתוצאה נכונה בסכסוך העומד בפני בית המשפט לבין הרצון לקיים מערכת של כללים משפטיים, שלפעמים מצדיקה תוצאות השונות מהתוצאות שהיו מתקבלות אילו יישמנו את הטעמים העומדים מאחורי הכללים ישירות על המקרה. לפי Schauer, תורת משפט של טעמים מדגישה את הצורך לעצב או לתפור את הכלל על מנת שיתאים למקרה. גישת הפורמליזם המשפטי, לעומת זאת, גורסת כי המקרה צריך להיות מוכרע על פי הכלל. במקום להתכופף מפני קשיחות הכלל המשפטי ולהכריע את המקרה על פי דרישותיו של הכלל, ההנמקה המבוססת על תורת משפט של טעמים מחפשת אחר הטעמים העומדים ביסוד הכללים. בעשותה כן, היא נוהגת בכלל המשפטי כדבר אותו ניתן להמשיך לעצב ואף לשנות על מנת להגשים בצורה הטובה ביותר את המטרות שהביאו ליצירת הכללים. בדרך זו יכול השופט להגיב בגמישות לעולם המשתנה.

20 מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 506.

21 ברבות השנים נעשה שימוש רב במונח פורמליזם משפטי, במיוחד אם לוקחים בחשבון החלטות ותיאוריות משפטיות שקוטלגו כפורמליסטיות והוקעו בשל כך. על מנת לשאוב את עיקריו של

הפורמליזם המשפטי חותר לארגון ולסדר נורמות משפטיות במערכת הבנויה על-פי הגיון פנימי, אופקי ואנכי כאחד. ארגון אופקי מתבטא בסיווג נורמות משפטיות על פי קטגוריות משפטיות מוגדרות (דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני קניין, וכיוצא בזה). ארגון אנכי מתבטא בשאיפה למקם נורמה משפטית מסוימת כראשונית או בסיסית לכל הנורמות המשפטיות בקטגוריה נתונה ולהסיק את שאר הנורמות המשפטיות מנורמה בסיסית זו. שנית, לפי הפורמליזם המשפטי, ההליך השיפוטי והחלטות משפטיות אמורים להיות מנותקים משיקולים ערכיים מהותיים ביחס למוסר, לפוליטיקה, או לכלכלה. בהתאם, נדרשים שופטים, לפי תפיסה זו, להיות מונחים על ידי ההגיון הפנימי של המערכת המשפטית בלבד²². שלישית, הפורמליזם המשפטי מניח קיומן של נורמות משפטיות העומדות לרשות בית המשפט ברוב, אם לא בכל, הסכסוכים הנדונים בפניו. בהתאם לכך, ההנמקה המשפטית מושתתת על הליכי אינדוקציה ודדוקציה הדורשים מן השופטים להפגין מידה מועטה של יצירתיות משפטית לאורך ההליך²³. לבסוף, מכיוון שהפורמליזם המשפטי מניח במפורש או במשתמע קיומם של נורמות משפטיות ברוב המקרים, ומכיוון ששופט רק מגלה נורמות ואינו יוצרן, הרי שהמשפט נתפס כמכשיר להכוונת התנהגויות הפרטים ביחס לדרכים בהן הם יכולים להשיג את מטרתיהם ורצונותיהם. בהתאם לכך, הפורמליזם המשפטי מיחס משקל רב לערכים כגון וודאות, צפיות ויציבות²⁴.

הפורמליזם המשפטי בוחן מאוטנר את מושג הפורמליזם בשלושה תחומים עיקריים. ראשית, כמונח מפתח בכתיבתו של מקס ובר. שנית כעיקר חשוב בתורת "מדע המשפט" ששלטה בתורת המשפט של גרמניה החל המאה התשע עשרה. שלישית, כפי שנעשה בו שימוש על ידי תיאורטיקנים, סוציולוגים והיסטוריונים של המשפט בארצות הברית על מנת לתאר התפתחויות במשפט האמריקאי מסוף המאה הקודמת ועד ימינו אלה. מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 507–515. שם, בעמ' 509. ראו גם: Ernest J. Weinrib "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law" 97 *Yale L. J.* 949 (1988). על פי Weinrib, מן הכתיבה האקדמית בת-זמננו משתמע הרעיון כי החוק מגלם, או צריך לגלם, איזושהי מטרה (לדוגמה, מיקסום עושר, חירות, תועלת, סולידריות וכיוצא בזה) שניתן לציינה בנפרד מהחוק וניתן להשתמש בה כסטנדרט על פיו ניתן להעריך את החוק. בהתאם לכך, החוק נתפס כמכשיר לקידום מטרה עצמאית רצויה החיצונית מהחוק עצמו. תיאורטיקנים פורמליסטים הבונים את החוק כמערכת בעלת הגיון פנימי קוראים תיגר על גישה זו. על פי התפיסה הפורמליסטית, תוכנו של החוק אינו מיובא מבחוץ. ניתן להבין את תוכנו רק מבפנים. החוק אינו משמש מכשיר בשירותם של אידיאלים "זרים", אלא מהווה מטרה בפני עצמו ומכונן את האידיאל של עצמו (ראו *Id.* at pp. 995–996). אך השוו בעניין זה גם Roberto Mangaberia Unger "The Critical Legal Studies Movement" 86 *Harv. L. Rev.* 561 (1973). כמו כן, ראו Fredrick Schauer "Formalism" 97 *Yale L. J.* 509 (1988). על פי Schauer, בגרעין התפיסה הפורמליסטית ניצבת ההנחה כי ההחלטה המשפטית צריכה להיות בהתאם לכלל. השימוש בכללים על מנת להנחות את שיקול הדעת מביא לניתוק ההכרעה המשפטית מההכרעה הערכית המהותית. בהצמדות לכללים יש משום סינון שיקולים וגורמים שמפעיל שיקול הדעת היה בעצם לוקח בחשבון אילו לא היה משתמש בכללים. הכלל עושה בעצם בדיוק את מה שנחשב לכל-כך בעייתי בפורמליזם: הוא מנתק את שיקול הדעת המשפטי משיקול דעת מהותי הלוקח בחשבון ערכים מוסריים, פוליטיים וכלכליים. מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 510–511. שם, בעמ' 511.

מאוטנר טוען כי בדיקת ההנמקה המשפטית בפסיקת בית המשפט העליון בשנות השמונים מראה הגדלת המשקל היחסי של הגישה הלא-פורמליסטית על פני הפורמליסטית בהשוואה לעשורים קודמים²⁵. שינוי זה התבטא בירידת התפיסה הרואה בבית המשפט מוסד ליישוב סכסוכים המתעוררים במדינה וכמי שאמור להבטיח ודאות אצל הפרטים הפועלים להשגת יעדים משפטיים. בד בבד, ניתן להבחין בעלייה של גישה מתחרה אלטרנטיבית הרואה בבית המשפט מוסד הנדרש לקדם ערכי מוסר, צדק, דמוקרטיה, חירות, שוויון ואידיאלים אחרים של הדמוקרטיה המערבית. בהתאם לכך, פסיקת בית המשפט העליון למן שנות השמונים מאופיינת בהרחבת קהל היעד מעבר לצדדים לסכסוך הפרטיקולרי והקהילה המשפטית אל הציבור בכללותו.

מאוטנר מאמת את טיעונו על ידי בדיקת שני עשורים: שנות החמישים ושנות השמונים²⁶. מפסיקת בית המשפט העליון בשנות החמישים עולה, לפי מאוטנר, האמונה שהמפתח לפתרון של בעיות משפטיות אמור להימצא בעיקרו בלשונן של נורמות המשפט²⁷. בהתאם, בפסקי הדין ניכר מאמץ לניתוח מושגי של הנורמות הרלוונטיות תוך השוואת לשונן לנורמות משפטיות אחרות. בפסקי הדין ניתן גם לזהות מחויבות לעמדה הגורסת הפרדת רשויות נוקשה בין הכנסת לבין בתי המשפט. בעוד שהסמכות לשנות את הדין הקיים או ליצור דין חדש נתונה בלעדית לכנסת, לבתי המשפט ניתן התפקיד המשני של יישום הדין²⁸. בנוסף לכך, בתחום המשפט המנהלי ניכרת התמקדות בשאלות של סמכות פונקציונלית – האם מפעילי הסמכות הציבורית פעלו בגדר סמכותם – ואילו ההתייחסות לשאלת תוכן הפעולה עצמה מצומצמת²⁹. לבסוף, לפי מאוטנר, פסיקת בית המשפט בתקופה זו הבליטה את הערך של יציבות הדין וודאותו³⁰. בניגוד לשנות החמישים, שנות השמונים מאופיינות במשקל גובר של הגישה הלא-פורמליסטית בהנמקה המשפטית. בשנות השמונים היינו עדים להתפתחותה של תורת משפט של טעמים וערכים, המדגישה את העקרונות והערכים העומדים בבסיס הכללים הפורמליים של המערכת המשפטית. ניתוח החלטות בית המשפט העליון מגלה נכונות מצד השופטים לערער אחר פרשנויות משפטיות מסורתיות המתמקדות ברובד הלשוני. את מקום ההנמקה המשפטית הלשונית תופסת הנמקה משפטית, המכונה "פרשנות תכליתית", הפועלת יותר ויותר ברובד הערכים העשויים

25 שם, בעמ' 519.

26 מאוטנר מתמקד בשני עשורים בלבד מהטעמים הבאים. ראשית, היה זה כמעט בלתי אפשרי במסגרת מחקרו לבדוק ארבעה עשורים של פסיקת בית המשפט המשתרעים על מעבר למאה כרכים של פסיקה. שנית, מאוטנר האמין כי שנות החמישים ושנות השמונים היו העשורים החשובים ביותר בהיסטוריה של בית המשפט בהכרעת תוכנו של המשפט הישראלי ובהתפתחות ההנמקה המשפטית הישראלית.

27 שם, בעמ' 526.

28 שם, בעמ' 527–529.

29 שם, בעמ' 530.

30 שם.

לשמש הצדקה לנורמות ולכללים המשפטיים, ואף ברובד הערכים המשמשים הצדקה למערכת המשפטית בכללותה. כך, פנה בית המשפט העליון שוב ושוב לערכי היסוד של השיטה, שהוצגו כ"עקרונות יסוד", שלאורם יש לפרש נורמות משפטיות קיימות או ליצור אחרות³¹. דוגמה נוספת להנמקה המשפטית החדשה שאומצה על ידי בית המשפט העליון היא דוקטרינת האיזון בין הערכים המתנגשים. עקרונות היסוד שהפעיל בית המשפט לצורך הכרעותיו הוצגו על ידו כמתחרים אלה באלה, באופן שהאיזון ביניהם יכול להיעשות באמצעות יותר מאשר דרך אחת, ומצריך שיקול דעת שיפוטי באשר למשקלם היחסי ותוצאת איזונן. דוקטרינת האיזון מטילה ספק בהבחנה הבסיסית בין הליך חקיקתי, המאזן בין השקפות ואינטרסים פוליטיים, להליך שיפוטי, המיישם את הדין על עובדות המקרה, הבחנה שהיא אחת מעיקרי הפורמליזם המשפטי³². כמו כן, מאוטנר טוען כי עלייתה של התפיסה הלא-פורמליסטית התבטאה גם בדגש החדש שניתן בפסיקה לתפקידו של בית המשפט העליון ביצירתה של חוקה בלתי כתובה למדינת ישראל. בניגוד לעיקרי הפורמליזם המשפטי, לפיהם אין בית המשפט אמור לעסוק בהכרעות ערכיות, בית המשפט העליון הציג את עצמו כמי שעוסק בהכרעות ערכיות המכוננות את המסגרת החוקתית של המשפט הישראלי³³.

לצד תהליך עלייתה של תפיסת העולם הלא-פורמליסטית, התרחש תהליך מקביל ומשלים במשפט הישראלי של הרחבת החיובים המשפטיים המוטלים על הצדדים. בית המשפט העליון הדגיש את תפקידו בקידום ערכים ומטרות מסוימים (צדק, דמוקרטיה, חירות וכדומה) ולכן מצא לנכון צורך להטיל חובות ומחויבויות על צדדים שונים. בתחום המשפט הציבורי תופעה זו התבטאה בחובה שהוטלה על בית המשפט לקיים את שלטון החוק במובנו הרחב. בהתבסס על פונקציה זו בית המשפט הצדיק את הרחבת היקף הביקורת ואת העמקתה. כחלק מהבנה חדשה זו את עקרון שלטון החוק ועקרון הפרדת הרשויות, נתפס בית המשפט העליון כמוסד השיפוטי האולטימטיבי הנדרש להגן על עקרונות אלה אף מעבר לסכסוך ספציפי.

ד. בעיות דיסקרפטיביות העולות מהשינוי בתפקידו של בית המשפט

"ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" הוא מאמר חשוב וחדשני שהשפיע רבות על הכתיבה האקדמית על בית המשפט העליון. מצד אחד, המאמר מחבר תבניות ודוקטרינות מסורתיות במשפט הישראלי עם תפיסת-העולם של הפורמליזם המשפטי. מצד שני, המאמר מקשר תבניות ודוקטרינות חדשות במשפט הישראלי לערכים מוסריים ופוליטיים מהותיים, ועל ידי כך מבליט את ההמשכיות

31 שם, 532.

32 שם, בעמ' 535-537.

33 שם, בעמ' 543.

בין תורת החלטות משפטית לתורת החלטות מוסרית, פוליטית וכלכלית³⁴. מעבר לכך, מאוטנר מציג את ההתפתחות בפסיקת בית המשפט העליון בקונטקסט של שינויים פוליטיים וחברתיים רחבים, תוך שהוא סוקר ומנתח את הגורמים לירידת הפורמליזם ולעליית הערכים במשפט הישראלי. שני הפרקים הבאים יציינו מספר קשיים ומגבלות לטיעונו הדיסקרפטיבי של מאוטנר³⁵, שנראה שהיה מודע להם, אך ראויים ליבון נוסף כאשר אנו מנסים לתהות על מהותה וטבעה של הביקורת השיפוטית בישראל.

1. האומנם היה המשפט החוקתי פורמליסטי?

האם התיאור של מאוטנר, ככל שהוא נוגע למשפט החוקתי הישראלי, מדויק? האם המשפט החוקתי היה נגוע בפורמליזם משפטי בשנות החמישים והשישים? האם ההתפתחויות המרכזיות במשפט החוקתי בשנות השמונים היו בהשראת ירידת הפורמליזם?

השימוש במונחים פורמלי, פורמליזם ופורמליסטי ביחס להחלטות, תיאוריות והנמקות משפטיות נעשה לרוב על מנת להביע רגשות של גנאי, בוז או סלידה מאותן החלטות, תיאוריות והנמקות משפטיות. לכן, יהיה זה טבעי כי משפטן המעריך, תומך או מעודד את אותן החלטות, תיאוריות והנמקות משפטיות ידחה מכל וכל שימוש במונחים אלה ביחס אליהן. בהתאם, פרק זה יטען כי החלטות בית המשפט העליון

34 תוך חשיפת הגישה הלא-פורמליסטית החדשה של בית המשפט העליון כפי שהיא מושפעת על ידי שיקולים מוסריים ופוליטיים, הצליח מאוטנר לקשר את ההתפתחויות במשפט הישראלי בשנות השמונים לתנועות רחבות במשפט כמו הריאליסטים האמריקאים, התנועה הביקורתית למשפט, משפט וכלכלה ומשפט ופילוסופיה. אף על פי שחלק מתנועות אלה מנוגדות זו לזו בהנחות הבסיס שלהם ובהליך הנורמטיבי אותו הן מעודדות, הרי שהמכנה המשותף שלהן הוא ההשקפה כי החלטות משפטיות הן חלק מהליך רחב יותר של תורת החלטות. על דיון מקיף בצמיחת מחקר אינטרדיסציפלינרי וירידת ההשקפה הרואה במשפט דיספלינה אוטונומית ראו Posner *The Decline of Law*, supra note 18. פוזנר מזהה את התהליכים הבאים שהתרחשו ברבע האחרון של המאה העשרים כגורמים לשקיעתה של האמונה במשפט האמריקאי הרואה במשפט ספירה אוטונומית. ראשית, התנפצותם של קונצנוזסים פוליטיים וסיבוכן של שדות משפטיים רבים בשאלות פוליטיות. שנית, עלייתם של דיספלינות משלימות למשפט, ובמיוחד כלכלה ופילוסופיה. שלישית, אובדן האמון ביכולתם של עורכי דין לפתור בעיות מרכזיות במערכת המשפט. רביעית, הרצון של הקהילה האקדמית לחדש ולא לחקות מצריך מלומדים לחפש כיוונים חדשים. לבסוף, הזדקנותה של החוקה והתרחבות החוק הסטטוטורי על פני "המשפט המקובל" הביאו לכך ששופטים ועורכי דין מתעסקים יותר ויותר בפרשנותם של טקסטים עמומים, להם הכלים המשפטיים הקונבנציונליים אינם מספיקים.

35 טיעונו של מאוטנר בנוגע לירידת הפורמליזם ועליית הערכים לא היה מוגבל למשפט החוקתי. מאוטנר מספק טיעון ארוך ומקיף לגבי תבניות ההנמקה המשפטית החדשה במשפט הפרטי (דיני נזיקין, דיני חוזים וכו'), דיני הראיות, והרחבת חובת תום הלב. לכן כאמור, הקושי אותו אני מזהה בטיעונו של מאוטנר צריך להיות מובן כניסיון לתחום את תחולת הטיעון ולא כקושי המעמיד בשאלה את הטיעון כולו.

בתחום המשפט החוקתי בשנות היסוד של המדינה אינן ראויות להיות מקוטלגות תחת התווית של פורמליזם משפטי. טענתי היא כי החלטות אלה הן במהותן, בטבען וברוחן לא-פורמליסטיות. יחד עם זאת, יש לציין כי סוגיה זו אינה עניין של סמנטיקה. אין ברצוני, ואינני מאמין כי ניתן, לייחס לפרופסור מאוטנר רגשות שליליים כבז, גנאי או סלידה ביחס להחלטות בית המשפט העליון שניתנו בשנות החמישים. אך ברצוני להעלות מספר תהיות מהותיות לגבי השימוש שלו במונחים פורמליזם ופורמליסטי בתארו את התפתחויות המשפט החוקתי בשנות החמישים. במילים אחרות, אני מבקש להטיל ספק בטיעונו בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים ככל שזה נוגע למשפט החוקתי, ולטעון כי מודל הפורמליזם המשפטי אינו מסביר בהצלחה את התנהגות בית המשפט העליון בתחום זה בשנים אלו.

כפי שלא מעט מלומדים הבחינו, תוך חמש שנים מהיווסדות מדינת ישראל, בעיצומו של מאבק על הישרדותה של המדינה, נחלץ בית המשפט להגן על זכויות וחירויות האדם ובכך מלא את החלל שנוצר בהעדרה של חוקה. מלומדים רבים מזהים את הפורמליזם המשפטי עם פרשנות נוקשה ודווקנית של טקסטים משפטיים. לכן, עצם התפתחותו של משפט חוקתי ענף ופורה על אף העדרו של טקסט פורמלי, חוקה פורמלית, צריכה לעורר בנו ספקות לגבי טיעונו של מאוטנר, ככל שזה נוגע למשפט החוקתי. אכן, יהיה זה מוזר לטבוע על ההתפתחויות בשנות החמישים והשישים בתחום המשפט החוקתי תווית של פורמליזם משפטי. בשנים אלו נוצר גוף עצום של הלכות, עקרונות, כללים וזכויות, וכל זאת בהעדרה של חוקה פורמלית.

טענתי אינה שההנמקה המשפטית הניכרת בפסיקת בית המשפט העליון נשארה ללא שינוי לאורך העשורים שחלפו מאז קום המדינה. בדומה לכן, טענתי אינה כי התפקיד שלקח בית המשפט על עצמו למלא בשנות החמישים והשישים זהה לתפקיד אותו הוא ממלא מאז שנות השמונים. טענתי היא כי מודל הפורמליזם המשפטי אינו מסביר בהצלחה את ההחלטות פורצות הדרך של בית המשפט העליון בשנות החמישים והשישים³⁶. כמובן, שהבדלים רבים קיימים כשאנו באים להשוות החלטות חוקתיות של שנות החמישים לאלו של שנות השמונים. כך, לדוגמא, פסקי הדין וההנמקות המשפטיות בשנות החמישים היו הרבה יותר קצרים³⁷, בסיסם המשפטי

36 למרות זאת אבהיר כי אינני כופר באפשרות קיומן של החלטות פורמליסטיות בתחום המשפט החוקתי בשנות החמישים. דוגמה לכך הוא עניין קול העם הראשון, בג"צ 25/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד 165 ז 165, בו נעשה שימוש מכניסטי בכלל לפיו בית המשפט לא יעמיד את שיקול דעתו במקום זה של הרשות המוסמכת. ראו א' שפירא, "הריסון העצמי של בית המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח (גלגוליה השונים של פרשת 'קול העם')", עיוני משפט ג (תשל"ג) 640, בעמ' 643. אך יש להדגיש כי משקלן הסגולי של החלטות פורמליסטיות אלו בתחום המשפט החוקתי הוא קטן, והאתגר של תיאוריה חוקתית דסקרפטיבית ונורמטיבית במשפט החוקתי יהיה בראש ובראשונה להסביר את ההחלטות פורצות הדרך שהיו בלתי פורמליסטיות בעליל כפי שיודגם להלן.

37 על המגמה של התארכות פסקי הדין בשנות השמונים והתשעים ראו י' שחר, מ' גרוס, ר' חריס,

היה צר יותר³⁸, והם היו חסרים את העומק התיאורטי המאפיין החלטות למן שנות השמונים. אך הבדלים אלה אין משמעם כי יש לסווג את המשפט החוקתי בשנות החמישים והשישים תחת כותרת הפורמליזם המשפטי.

ניתן לבסס ולאמת טענה זו על ידי התמקדות בשני מרכיבים המבנים של תיזת הפורמליזם המשפטי. מאוטנר, יש לציין, מאמין כי מרכיבים אלה מרכזיים לתפיסת העולם של הפורמליזם המשפטי. הראשון הוא ניתוק ההכרעה המשפטית מהכרעות סובסטנטיביות לגבי המוסר, הפוליטיקה והכלכלה. המרכיב השני הוא ההנחה המובלעת בפורמליזם המשפטי בדבר קיומן של נורמות משפטיות שבתי המשפט יכולים ליישמן ברוב, אם לא בכל, המקרים העומדים לפניהם. לאור הנחה זו, לגישת הפורמליזם המשפטי, שופטים נדרשים להפגין מידה מועטה בלבד של יצירתיות בהליך השיפוט. על ידי ניתוחן של שלוש החלטות תקדימיות ביחס למרכיבים אלה, בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה³⁹, בג"צ 144/50 שייב נ' שר הביטחון⁴⁰, ובג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים⁴¹, בכוונתי להראות את הבעיות הדסקרפטיביות של מודל הפורמליזם המשפטי כפי שהוא מיוחס למשפט החוקתי, ולא ימוצו ופיתוחו של מוסד הביקורת השיפוטית. כלומר, מטרתי היא להראות כי קיים קשר קרוב בין ההכרעות המשפטיות להכרעות מוסריות, פוליטיות וכלכליות מפורשות, וכי הכרעות אלו דרשו מידה רבה של יצירתיות משופטי בית המשפט העליון.

בעניין בז'רנו, שהינו ללא ספק החלטה חוקתית מהמעלה הראשונה מתקופת ייסוד המדינה, בית המשפט העליון הכיר בזכות לחופש העיסוק, שהייתה מהראשונות שזכו להכרה הלכתית. הלכה זו מקורה בעתירה נגד החלטתו של שר המשטרה לאסור את הפרקטיקה של "כותבי בקשות" במשרד הרישוי. "כותבי הבקשות" היו משמשים כמתווכים בין האזרחים לבירוקרטיה, ופעלו כשליחי האזרח בענייני רישוי ובדיקת רכבים⁴². המשטרה ניסתה למנוע פרקטיקה זו על מנת להילחם בשחיתות, בהשפעה בלתי הוגנת ובחוסר היעילות שפשטו במשרד הרישוי. לעומת זאת, טענו העותרים כי החלטת שר המשטרה שללה מהם את פרנסתם.

על מנת להצליח בעתירתם נדרשו העותרים להראות כי יש בידם "זכות קנויה"⁴³

³⁸ "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 749.

³⁹ ראו להלן הערכת הלגיטימציה של בית המשפט העליון לאור מודל הבוורר המסויג. אך השוו בעניין זה עם *Pnina Lahav Judgement in Jerusalem: Chief Justice Simon Agranat and the Zionist Century* (Berkeley, 1997) 92: "Of course, the Court did protect individuals [in the early 1950's], but only by confining its reasoning to the narrow boundaries of black-letter law."

⁴⁰ פ"ד ב 80 (להלן: "עניין בז'רנו").

⁴¹ פ"ד ה 399 (להלן: "עניין שייב").

⁴² פ"ד ז 871 (להלן: "עניין קול העם").

⁴³ עניין בז'רנו, לעיל הערה 39, בעמ' 81.

⁴⁴ שם, בעמ' 82.

לעשות את אשר הם מבקשים, בעוד שהפקיד הציבורי נדרש להוכיח "כי פעולתו המכוונת לאסור את השימוש בזכות זו, בדין יסודה"⁴⁴. בקבלו את העתירה כתב השופט חשין:

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או המשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק"⁴⁵.

אך מהו המקור המשפטי של הכלל היסודי המזכה כל אדם לעסוק בעבודה אשר יבחר לו? האם היא מצויה בספר החוקים? השופט חשין סיפק את התשובה הבאה:

"זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה"⁴⁶.

אף על פי שההנמקה המשפטית של השופט חשין היא קצרה ולאקונית, הרי שבהעדרה של מגילת זכויות אזרח או חוקה פורמלית, לא ניתן להכחיש כי היא יצירתית וחדשנית באופייה⁴⁷, ונשענת על שיקולים מוסריים ופוליטיים. עניין בז'רנו הוא פרשת דרכים במשפט החוקתי. לא רק מכיוון שהיה מההחלטות הראשונות שמסדו את עקרון חוקיות המנהל, לפיו פעולות מנהליות חייבות לשאוב הסמכה מהדין. לא רק מכיוון

44 ש.ם.

45 ש.ם.

46 ש.ם, בעמ' 83.

47 עם זאת, יש לציין כי באחרונה קמו מלומדים המטילים ספק בחדשנות שבהופעת שיח הזכויות בפסיקת בית המשפט העליון עם קום המדינה ובחדשנותו של עניין בז'רנו, ראו א' לחובסקי, "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", משפטים כט (תשנ"ט) 689. לגבי אי החדשנות שבעניין בז'רנו ראו שיחה עם א' לחובסקי בז'רנו נ' שר המשטרה משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו (עורכת דפנה ברק-ארוז, תל-אביב, 1999) 129. לחובסקי גורס כי התהליך המפכני של הופעת שיח הזכויות בפסיקת בית המשפט העליון החל למעשה עוד לפני הקמת מדינת ישראל, וכי להיסטוריה של שיח הזכויות הישראלי של שנות החמישים יש "פרה-היסטוריה" מנדטורית. ש.ם, בעמ' 704–712. ש.ם, בעמ' 131. גם אם נקבל את טיעונו של לחובסקי בדבר שיח זכויות יסודיות עוד בתקופת המנדט – למרות שיש לי ספקות כבדים לגבי משקלו הסגולי של שיח זה ביחס למשפט הדרקוני שהושלט על ידי השלטון הקולוניאלי ובית המשפט העליון המנדטורי כחלק בלתי נפרד משלטון זה – לדעתי אין זה שולל את חדשנותו של חשין מנקודת המבט של המשפט החוקתי הישראלי. החדשנות שבעניין בז'רנו אינה רק הופעת שיח הזכויות. אלא, החדשנות נעוצה, בין היתר, גם בשני ההיבטים הבאים. ראשית, שיח זכויות זה הוכר כשיח של זכויות שאינן כתובות על ספר, ולכן הכריז בריש-גלי כי שיח זה אינו מצוי בספר החוקים הפורמלי ואינו מתמצה בכללים פורמליים. שנית, למרות שהשופט חשין בעניין בז'רנו הזכיר פסיקה מנדטורית, הרי ששיח הזכויות עצמו נותק משיח הזכויות המנדטורי, ובכך היה משום הכרזה בדבר פיתוח משפט חוקתי עצמאי ישראלי הנבדל מהמשפט המנדטורי והמשפט המקובל כאחד. היבטים פורצי דרך אלה, הם שאפשרו לשופטי בית המשפט לפתח מגילת זכויות עצמאית כבר בעשור הראשון להיווסדו ולהתייחס לעניין בז'רנו כאל יש מאין.

שהוא הצדיק את הזכות לחופש העיסוק על בסיס העיקרון כי כל אדם זכאי לחפש מקורות מחייה ופרנסה⁴⁸. עניין בז'רנו הוא בעל חשיבות עצומה, מכיוון שהוא מגלם הכרעה ערכית בסיסית והצדקה מוסרית, אותה הקורפוס המשפטי הפורמלי אינו יכול להסביר. במילים אחרות, אף על פי שזכותם של העותרים אינה כתובה בספר החוקים הפורמלי, הרי היא זכותם הטבעית, מוצדקת על ידי הטיעון כי כל אדם זכאי לחפש מקורות מחיה על מנת לספק את עצמו. לאור זכות מעין זו, נדרש שר המשטרה להוכיח כי פעולותיו כנגד העותרים מעוגנות בחוק⁴⁹.

פסק דין נוסף הזהה בחשיבותו לעניין בז'רנו במשפט החוקתי הוא עניין שייב שניתן בשנת 1951. בעניין שייב הורה בית המשפט העליון לראש הממשלה דוד בן-גוריון, ששימש גם כשר ביטחון באותה תקופה, להימנע מלהתערב בהעסקתו של דוקטור אלדד שייב, שהיה פעיל פוליטי של הימין וממנהיגי הלח"י, כמורה בבית ספר פרטי. בהעדרה של חקיקה המסמיכה את שר החינוך, כל שכן את שר הביטחון,

48 להצדקת הזכות לחופש העיסוק תוך הסתמכות על השיקול כי כל אדם הוא בעל זכות לחפש מקורות מחייה ופרנסה ראו א' גרוס, "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק", עיוני משפט כג (תש"ס) 229. גרוס טוען כי התפיסה המקורית של הזכות לחופש העיסוק, שהוכרה על ידי בית המשפט העליון בעניין בז'רנו, התבססה על זכותו של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה. עם השנים נוספה, לפי גרוס, תפיסה אחרת של הזכות לחופש העיסוק ששמה את הדגש בזכות לתחרות חופשית ובאפשרות לנהל עסקים ללא התערבות ממשלתית. תפיסה זו התחזקה לאחר המהפכה החוקתית ונראה כי בית המשפט העליון העדיף את תפיסת "התחרות החופשית" על פני התפיסה המקורית של הזכות לחופש העיסוק. גרוס טוען במאמרו כי על בית המשפט העליון לשוב לתפיסה המקורית של הזכות, ה"תפיסה הברז'רנאית", מכיוון שהיא זו המגנה על אינטרסים, עליהם ראוי שנורמות של זכויות אדם יגנו.

49 אך ראו ניתוחו של מאוטנר את עניין בז'רנו: "...אם נעיין, לדוגמה, בבג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה..., אחד מפסקי-הדין הקונסטטיוטיביים הגדולים של שנות החמישים...גגלה הנמקה אקסיומטית ולקונית. עיקרו של פסק-הדין הוא שימוש במושג הזכות ומושג החובה ומיונם של שני מצבים עובדתיים אפשריים אל תוך הקטגוריות המשפטיות המתאימות. משמע: מקום שמן הבחינה התוכנית, היה בית המשפט לא-פורמליסטי, בכך שפסיקתו גילמה הכרעה ערכית מהמעלה הראשונה, הצטיין הסגנון של הצגת הדברים על-ידו כפורמליזם מובהק." מאוטנר, לעיל הערה 1, בהערת שוליים 218. אין לי ברירה אלא לחלוק על מאוטנר בנקודה זו. העובדה כי הנמקתו של בית המשפט הייתה קצרה ולקונית, והעובדה כי בית המשפט השתמש במונחים "זכות" ו"חובה" אינה אינדיקציה מספקת לביסוס הטענה כי בית המשפט נצמד לתפיסת העולם של הפורמליזם המשפטי. כפי שמאוטנר בעצמו נאלץ להודות, עניין בז'רנו מגלם הכרעה ערכית מהמעלה הראשונה, וברור הוא שבית המשפט לא ניתק בעניין זה את ההכרעה המשפטית מההכרעה המוסרית המהותית. לא נראה לי כי ניתן לחלק את עניין בז'רנו לשניים כך שסגנונו של בית המשפט מצויר כפורמליסטי, בעוד שמבחינת תוכנו הוא לא-פורמליסטי. ההכרעה מהותית, ההכרה בזכות המצויה מחוץ לקורפוס משפטי הפורמלי, היא שהנחתה את בית המשפט והביאה אותו לתוצאה הסופית. זוהי בדיוק הסיבה מדוע מודל הפורמליזם המשפטי נכשל כמודל לאימוץ ולהתפתחות הביקורת השיפוטית בישראל. אמנם הוא מסוגל להסביר היבטים מסוימים של החלטות בית המשפט העליון בתחום המשפט החוקתי בשנים הראשונות, אך הוא אינו מצליח להסביר את ההיבטים העיקריים, התוכניים והמכריעים של החלטות אלו.

להתערב בהחלטה להעסקת מורה בבית ספר פרטי, הרי שכל ניסיון התערבות שכזה מגביל את חירויות הפרט והינו בלתי חוקי. אך הנמקתו של בית המשפט העליון לא התבססה רק על הכלל של חוקיות המנהל, אלא על הצדקה פוליטית מהותית העומדת בבסיס הכלל היבש, והיא הכוח המניע את ההחלטה בעניין שייב:

"...לו היינו מסרבים להיזקק לבקשת המבקש היינו מסייעים לכך שעקרון 'שלטון החוק' השולט במדינה יעשה פלסטר. משמעותו היסודית של עיקרון זה היא, שההגבלות – שאין להימנע מלהטילן על חירות הפרט, כדי שחירות זו לא תהיה עשויה לפגוע בחירות הזולת או באינטרסים של החברה – צריכות להיקבע על-ידי החוק, כלומר, על ידי החברה המשקפת את דעתה בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים המייצג אותה, ולא על-ידי השלטון המנהלתי שתפקידו הוא רק לבצע את הטלת ההגבלות האלה, בהתאם לחוקים הנ"ל"⁵⁰.

שופטי בג"צ אמנם הודו כי הטלת הגבלות הדדיות על חירות הפרט של האזרח היא בלתי נמנעת, אך הם ציינו כי עליה להיות מבוססת על רצון החברה כפי שזה משתקף בהחלטת נבחרי העם בבית המחוקקים. הכרה בסמכות הרשות המינהלית להטיל הגבלות כראות עיניה עלולה לסכל את הפרויקט הדמוקרטי כולו:

"...אין הרשות המבצעת בת חורין להטיל הגבלות רק מפני שהיא חושבת אותן כרצויות, אלא אם כן החוק, הדין בענין הנדון, מקנה לה את הסמכות, להטיל את ההגבלות, אם תמצא צורך בהן. אם סמכות כזאת אינה מצויה בחוק מסוים, על הרשות המבצעת לשכנע ולהניע את המחוקק שסמכות זו תינתן לה, אבל כל עוד לא ניתנה לה, אין היא רשאית ליטול אותה לעצמה, אחרת כל העיקרון של 'שלטון החוק', אחת הערכות למשטר הדמוקרטי במדינה, ייהפך למליצה ריקה, וכל החוקים המטפלים, למשל, בהסדרת התעסוקה לאזרחים במקצועות השונים ייעשו טפלים"⁵¹.

בדומה להחלטה בעניין בז'רנו, חשיבות ההחלטה בעניין שייב נמדדת במספר מישורים משפטיים. ראשית, עניין שייב חזר וביצר את מעמדו העליון של עקרון חוקיות המנהל⁵². מכיוון שלא היה בנמצא חוק המסמך את שר החינוך להתערב בהעסקתם של מורים בבתי ספר פרטיים, נאסרה התערבות מעין זו והרשות נדרשה

50 עניין שייב, לעיל הערה 40, בעמ' 411.

51 ש.ס.

52 ראו בג"צ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657; בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז (3) 337; ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל, פ"ד מה (4) 529; בג"צ 2918/93 עירית קרית גת נ' מדינת ישראל, פ"ד מז (5) 832; בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481; בג"צ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג (1) 763.

לפנות לבית המחוקקים על מנת להסדיר עניין זה. שנית, עניין שייב מהווה תקדים המייסד את דוקטרינת עצמאות שיקול הדעת של הרשות המנהלית⁵³, שהרי, כאמור, בן-גוריון, ששימש אז כראש ממשלה וכשר ביטחון, ניסה להתערב בהחלטתו של שר החינוך. שלישית, יש המזהים כבר בעניין שייב נכונות מצד בית המשפט העליון להגן על פרטים המבטאים דעות מיעוט בדמוקרטיה⁵⁴. רביעית, ההחלטה בעניין שייב הייתה אמיצה. היא הייתה אמיצה מכיוון שהיא המרתה במפורש את רצונו של בן-גוריון ברדיפתו את אנשי ארגון הלח"י⁵⁵.

למרות שההחלטה בעניין שייב חסרה עומק תיאורטי, הרי שקשה לתארה כפורמליסטית לאור האופי פורץ הדרך שבה. בית המשפט גם לא ניתק את ההחלטה השיפוטית מההכרעה הערכית המהותית. בית המשפט לא קבע כי כל פעולה מנהלית היא בטלה בהעדר הסמכה מפורשת. בית המשפט ביסס את החלטתו על ההכרעה הערכית כי במשטר של דמוקרטיה ייצוגית, הגבלות על חירויות הפרט צריכות להיות מבוססות על רצון העם, כפי שהוא בא לידי ביטוי בבית המחוקקים. אף אדם, ואין

53 עניין שייב, לעיל הערה 40, בעמ' 406 דברי השופט חשין: "כבודו של שר הבטחון במקומו מונח, ואיש במדינה אינו מזלזל בכבוד תפקידו ובגודל האחריות הרובצת עליו; אך עניני חינוך לא לו נמסרו, ולא בתחומי סמכותו הם מצויים. לצרכים אלה נתמנה המשיב השני [מנהל אגף החינוך, משרד החינוך והתרבות], ועליו, ורק עליו, הוטלה החובה לפעול בהם. מובן מעצמו, כי שלטון מסועף ומסונף למשרדים ולתאים שונים מצריך לעיתים קרובות התיעצויות בין-משרדיות, לשם יעילות העבודה ותיאום פעולה. מבחינה זו אין, כמוכן, מניעה, כי מנהל אגף החינוך, ככל פקיד ציבורי אחר במדינה, יבקש עצה בשאלות הנוגעות למשרדו מפייהם של שרים ופקידי משרד אחרים, שכן התחומים יונקים זה מזה; אך אין הוא מצוה, ואף אין הוא רשאי, לעשות שליחותם של אחרים בענינים הבאים בתחומי סמכותו של משרדו הוא. בענינים אלה הוא הפוסק האחרון, ובקבלו החלטה חייבת זו להיות החלטתו שלו, ולא תולדת מצוותו של מי שהוא אחר." הלכה זו אומצה שוב ושוב על ידי שופטי בג"צ ראו ע"א 15/87 מדינת ישראל נ' וייס, פ"ד מה(1) 342; בג"צ 9486/96 איילון נ' ועדת הרישום על פי חוק הפסיכולוגים, פ"ד נב(1) 166; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728.

54 ראו דבריו של השופט חשין, עניין שייב, לעיל הערה 40, בעמ' 407–408: "כל מי שמטיף כיום להרמת נשק נגד צבא-הגנה-לישראל, הנכס היקר ביותר שבא לידנו לאחר קום המדינה, או נגד ממשלת ישראל, את נפש האומה הוא קובע, ועליו ליתן את הדין על מעשיו ועל פעולותיו. אולם מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון האישים. ואם הצנזורה עברה בשתיקה על פרסומי המבקש, ולא מיחתה בידו – עד כמה שהדבר מוזר – להטיף למרד, לא פסק עוד, תודה לאל, דין מישראל. יתבעו השלטונות את המבקש לדין ויאשימוהו כחוק, ואז ישתמש לפחות בזכות הקנויה לכל אזרח במדינה, היא הזכות היסודית של אדם להגן על עצמו בדין. אם דעותיו של אזרח פסולות, חיינו אינם הפקר ודמו אינו מותר; ואין נועלים בפניו שערי פרנסה, ואין יורדים לחייו בדרך אדמיניסטרטיבית בלבד." [ההדגשה שלי – י.ש.]

55 ראו בעניין זה גם א' רובינשטיין, שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל (תל-אביב, 1980) 95. ר.ש.פ., "שלטון החוק וחריגה מסמכות", הפרקליט ח (דצמבר 1951) 89–90, המזהה חשיבות ציבורית פוליטית בעניין בז'רנו "בגלל עמדתו העצמאית והתקיפה של בית-המשפט העליון, אשר לא נרתע מלפסוק כפי שפסק למרות מכתבו של ראש הממשלה ושר הבטחון בכבודו ובעצמו כי המבקש הינו אדם מסוכן מבחינה בטחונית."

זה משנה חשיבותו, ואין זה משנה מהי עמדתו, אינו רשאי לקחת את החוק לידיו, וזאת בלעדי שהוסמך לכך מלכתחילה על ידי העם דרך נציגיו. "מדינתנו מושתתת," כותב השופט חשין, "על שלטון החוק ולא על שלטון אישים"⁵⁶.

יש לציין, כי הזיקה בין ההכרעות המשפטיות בעניין בז'רנו ובעניין שייב לבין שיקולים והצדקות מוסריים ופוליטיים אינם מסתיימים בנקודות האמורות. כלל ידוע לכל הוא כי העותר לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק צריך לבוא בידיים נקיות וכשהוא תם לבב. בהלכת בית המשפט ברבות הימים ובכתיבה האקדמית של שנות השבעים והשמונים נתגלעה מחלוקת לגבי השאלה האם לבית המשפט נתונה הסמכות לשקול את האטרקטיביות המוסרית וכיוצא באלה שיקולים מוסריים לגבי הצדדים הפרטיקולריים העומדים בפני בית המשפט⁵⁷. מחלוקת זו נסבה סביב שתי סוגיות עיקריות: האם בית המשפט העליון שקל בעבר במסגרת שיקול דעתו שיקולים מוסריים, והאם זה ראוי כי כך יעשה. אם נניח לעת עתה לשאלה הנורמטיבית, האם ראוי להתחשב במסגרת שיקול הדעת המשפטי בשיקולים מוסריים מעין אלה, נראה כי הדעה השלטת בין מלומדים ושופטים הייתה כי שיקולים מוסריים ביחס לצדדים העומדים בפני בג"צ אכן נלקחו בחשבון בעבר על ידי שופטי בג"צ⁵⁸.

כזכור, על פי מאוטנר, הפורמליזם המשפטי שואף לנתק את ההכרעות המשפטיות משיקולים מוסריים ופוליטיים. קשה לומר כי שיקולים הנוגעים לאטרקטיביות המוסרית של הצדדים הספציפיים הם חלק מהשיקולים המוסריים והפוליטיים אותם שוקל בית משפט לא-פורמליסט על פי מאוטנר. השיקולים המוסריים והפוליטיים

56 שם, בעמ' 407.

57 ראו ע' פרוש, "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק", עיוני משפט יג (1988) 453, בעמ' 467: "זכותו של הפרט 'לעמוד' לפני הבג"צ ולשטוח לפניו את עתירתו נגד השלטון עברה בפסיקה הישראלית כמה גלגולים. התפנית הראשונה ביחסו של הבג"צ כלפי זכות זו החלה בשנים הראשונות אחר קום המדינה. התפנית השנייה החלה בתחילת שנות השמונים. נראה לי כי שתי התפניות משקפות לא רק את 'הצרכים המעשיים של המערכת המשפטית', אלא גם, ואולי בעיקר, את תפיסת הצדק של שופטי בג"צ. בכל אחת מתפניות אלה הרחיב הבג"צ למעשה את זכות העמידה, ומאחורי הרחבה זו ניצבים שיקולים של צדק ולא רק שיקולים של יעילות." אך ראו י' זמיר, "על הצדק בבית-המשפט הגבוה לצדק", הפרקליט כו (תשל"ב) 212. לדעת זמיר, דרישת ניקיון הכפיים וכללי סף אחרים הנהוגים בבג"צ "...יותר משהם משקפים צדק מופשט, נותנים ביטוי לצרכים מעשיים של מערכת המשפט, כמו הצורך בבטחון משפטי, יעילות הדיון וכדומה." ולעמדה דומה ראו מ' לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292, 303: "אין כל רע בכך שבית-המשפט קובע, למשל, כי מטעמי צדק לא יתערב בעניינו של העותר מפני שהלה השהה את הגשת עתירתו או מפני שלא גילה את מלוא העובדות הידועות לו, או מפני שבית משפט אחר יכול לקיים דיון יותר מלא בעניינו. גם זאת איננה אלא צורת דיבור, כי החלטה כזאת מבוססת למעשה לא על איזה מושג היולי של צדק אלא על כללים הניתנים להגדרה."

58 פרוש, שם, בעמ' 470. זמיר, שם, בעמ' 225 בקובעו כי בהחלטות מסוימות "עולה, כי הצדק, לא שימש רק כצורת דיבור, כשהכוונה היא לאחד הכללים המקובלים במסגרת שיקול הדעת, אלא בית המשפט התכוון ממש למה שאמר." אך ראו לנדוי, שם, בעמ' 303.

שמעניינים בית משפט הפועל בהתאם ל"תורת משפט של טעמים" הם שיקולים רחבים ביותר: טעמים, תכליות, ערכים ומטרות שניצבים מאחורי הכללים המשפטיים ושמצדיקים את המערכת המשפטית כולה. כלומר, השיקולים המוסריים והפוליטיים של בית משפט לא-פורמליסט, אליבא דמאוטנר, הם שיקולים הנוגעים לרוב לתנאי הלגיטימיות של המשטר: מה הופך את השלטון ומערכת המשפט לגיטימיים. יחד עם זאת, הסתמכות ישירה על שיקולים מוסריים הנוגעים לצדדים ספציפיים עומדת גם היא בניגוד גמור לתפיסת העולם של הפורמליזם המשפטי. הטעם לכך הוא שהפורמליזם המשפטי מבקש ליצור ספירה אוטונומית המורכבת משיקולים וכללים משפטיים בלבד, ושיקולים מוסריים הנוגעים לאטרקטיביות המוסרית של הצדדים חותרים תחת השאיפה למסד ספירה משפטית אוטונומית⁵⁹.

בעניין בז'רנו, בית המשפט העליון שקל האם האיסור שהוטל על "כותבי הבקשות" במשרד הרישוי היה מוצדק על יסוד טובת הכלל. המשיבים טענו כי האיסורים הוטלו מתוך מאמץ להילחם בנגע השחיתות ולטהר את המנגנון הפקידותי במחלקת התנועה, זאת מכיוון שכותבי הבקשות זכו ליחס מועדף על ידי פקידי משרד הרישוי תמורת בצע כסף⁶⁰. בית המשפט דחה טיעון זה מכמה טעמים⁶¹. בין הטעמים לדחיית הטענות מציין בית המשפט:

"אם אמנם קיימת שחיתות במנגנון הפקידותי, השכל מחייב, כי הטיהור ייעשה

59 ראו גם Schauer (*Jurisprudence of Reasons*), *supra* note 19, at pp. 864–865. על פי Schauer, משטר של כללים, אותו מזהה Schauer כאינדיקציה לקיומו של פורמליזם משפטי, תמיד יוביל למספר מסוים של תוצאות לא נכונות, במובן זה שהאפליקציה של הכלל תהיה שונה מהתוצאה אליה היה מגיע השופט אילו היה מיישם ישירות את הטעמים הרלוונטים לסוגיה בהעדר תיווכם של כללים קשוחים. לדעת Schauer, על אף שהראליסטים, המייסדים של כללי האקוויטי, ורונלד דבורקין, מגיבים בצורה שונה לתופעה של כללים המובילים לתוצאות "לא נכונות", הרי שכולם חושבים שזוהי תופעה חשובה שצריכה להילקח בחשבון. כללי האקוויטי, מסביר Schauer, מגיבים לאירועים מעין אלה, קרי לתוצאות "לא נכונות", לא על ידי קיום אינטראקציה עם הכללים, אלא על ידי יצירת מערכת מקבילה שבמסגרתה ניתן לתקן טעויות מעין אלו. דבורקין, לעומת זאת, אינו "פרטיקולריסט", טוען Schauer. דאגתו אינה נתונה לאטרקטיביות המוסרית של הצדדים הניצבים בפני בית המשפט, או אפילו לדיני היושר הפרטיקולריים החלים בין צדדים אלה.

60 עניין בז'רנו, לעיל הערה 39, בעמ' 84. לנדוי מותח ביקורת על ההיבט האמור בהחלטה בעניין בז'רנו. לגישת לנדוי, "מאחר שהיה ברור לגמרי שהמאכזרים פועלים כרגיל בדרך של מתן בקשים לשוטרים שבלשכת הרישוי, צריך היה למנוע מהם את הכניסה ללשכה. היום," כותב לנדוי, "היינו מחייבים את המגמה הזאת". שיחה עם משה לנדוי בז'רנו נ' שר המשטרה משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו (עורכת דפנה ברק-ארז, תל-אביב, 1999) 133.

61 בין הטעמים לדחיית הטענות מציין השופט חשין את העובדה כי באי כוח המשיבים לא ביססו את טיעונם בכמות מספקת של ראיות, וכי הרשות המינהלית לא קיימה חקירה נאותה לפני שהטילה את המגבלות. שם.

במנגנון הזה עצמו, כי עבריינים, בין במנגנון גופא ובין מחוצה לו יועמדו לדין, ולמה יצא הקצף דוקא על שליחיה הציבור?⁶²

לדעת בית המשפט, השכל מחייב כי המאבק נגד השחיתות יעשה כנגד אלה המבצעים עבירות פליליות ולא על ידי הגבלת או שלילת פרנסתם של קבוצת "כותבי הבקשות" כולם. במילים אחרות, אם הרשות המנהלית מבקשת להילחם בשחיתות חובה עליה לנקוט גם בפעולות כנגד פקידיה. אך מהיכן מצא בית המשפט את הנורמה המשפטית הזאת? ניתן לכנות טעם מעין זה כטיעון של צדק בין הצדדים המיידיים לסכסוך, מכיוון שהוא אינו מנוסח בצורת כלל מופשט של צדק ולא בצורת נורמה משפטית קונבנציונלית. אף על פי שהטיעון כולל הכרעה מוסרית או פוליטית מהותית, הרי שהוא תפור על מידותיהם הספציפיות של הצדדים ועל העובדות הספציפיות של המקרה. לאור הנסיבות של עניין בז'רנו, הדבר המושכל, הנכון, הנכון והצודק הוא לפעול כנגד קבוצת העבריינים ולא כנגד קבוצת "כותבי הבקשות". למרות שהיו בוודאי כאלה שהשתייכו לשתי הקבוצות, קרי "כותבי בקשות" שהיו עבריינים, הרי שלא מדובר בקבוצות חופפות. במצב מעין זה מתבקשת הרשות על ידי בית המשפט לפעול כנגד קבוצת העבריינים ולא כנגד קבוצת "כותבי הבקשות". הנמקת בית המשפט חותרת כנגד עיקרי הפורמליזם המשפטי, מכיוון שלא ניתן להסבירה על פי הקורפוס המשפטי, אלא על ידי טיעון של צדק בין הצדדים המיידיים לסכסוך.⁶³

עניין שייב הוא דוגמה מפורשת יותר למשקל החשוב שבית המשפט מייחס לשיקולים של צדק בין הצדדים המיידים לסכסוך. כתב השופט חשין בעניין שייב:

"יצויין כאן, כי על אף הודעתו הברורה של שר הבטחון על סיבת התנגדותו למבקש, והיא מעשיו הבלתי חוקיים של זה; ועל ציון המקורות, בהם מצויים

62 עניין בז'רנו, לעיל הערה 39, בעמ' 84.

63 לכן איני מסכים עם טענתו של לנדוי, כי התמודדותו של השופט חשין בעניין בז'רנו עם טיעון ביעור נגע השחיתות היתה פורמליסטית (לנדוי, לעיל הערה 60, בעמ' 133). בית המשפט לא התעלם מטיעון זה, אלא האמין כי טיעון זה אינו מספיק על מנת להטיל את ההגבלות החמורות שהוטלו על כל "כותבי הבקשות". הגבלות אלו הביאו לשלילה מוחלטת של פרנסתם של שליחי הציבור, עבריינים ושומרי חוק כאחד. ניתן היה לנסח שיקול זה של בית המשפט כך שיהיה לטעם כללי יותר: "יש להימנע מהענשת או פגיעה בחפים מפשע", או "יש לבחור באמצעי שפגיעתו בחופש העיסוק היא הפחותה ביותר". כמובן, שאילו היה בית המשפט מתנסח כך הרי שנטייתו הייתה לטעון כי הוא פועל על פי "תורת משפט של טעמים". אך בית המשפט לא עשה כן וניסח את ההכרעה המהותית כשיקול הנוגע לצדדים המיידים לסכסוך: "כי עבריינים, בין במנגנון גופא ובין מחוצה לו יועמדו לדין" (עניין בז'רנו, לעיל הערה 39, בעמ' 84). הבהל זה עשוי להיות בעל חשיבות מכיוון שהוא מוכיח לנו כי דחיית הפרדיגמה של הפורמליזם המשפטי כמאפיין החלטות חוקתיות בשנות החמישים והשישים אינה מובילה בהכרח למודל השיפוטי של "תורת משפט של טעמים" – ראו להלן פרק ו ופרק ח. על כל פנים, אין ספק כי בדחיית הטיעון של המשיבים בדבר ביעור נגע השחיתות אנו עוסקים בהכרעה מהותית ולא בהכרעה פורמלית גרידא.

דברי ההסתה של המבקש, לא הובא לפנינו, לא בגוף הצהרתו בשבועה של המשיב השני ולא כנספח אליה, שום מאמר או העתק ממאמר, פרי עטו של המבקש, אשר בו ישתקפו דעות ההסתה האמורות... אילו היה לפנינו שמץ של הוכחה, כי המבקש בדבריו ובמאמריו מפר אמנם חוק, היינו אומרים: מעשיו של זה גרמו לצרותיו, ואין אנו מצווים לסייע בידו. אך דבר זה לא הוכח, כאמור, ואף לא נטען⁶⁴.

בית המשפט קבע כי אילו תמך שר הביטחון את טענותיו בתשתית ראייתית היה דוחה את העתירה מכיוון שאדם מעין זה אינו ראוי לסעד⁶⁵.

עניין קול העם⁶⁶ הוא ללא ספק דוגמה מצוינת לגישה הלא-פורמליסטית בה נקט בית המשפט העליון בתחום המשפט החוקתי בתקופת ייסוד המדינה⁶⁷. ההחלטה בעניין קול העם התייחסה לפרשנות הראויה של סעיף 19(2)(א) לפקודת העיתונות. סעיף זה קובע כי שר הפנים רשאי לצוות על הפסקת ההוצאה לאור של עיתון העלול לסכן את שלום הציבור. בעניין קול העם פירש בית המשפט בצורה יצירתית את פקודת העיתונות תוך פניה למקורות נורמטיביים לא קונבנציונליים, כגון עקרונות ההכרזה על הקמת המדינה⁶⁸, העקרונות המגולמים במערכת החוקים שלפיהם הוקמו

64 עניין שייב, לעיל הערה 40, בעמ' 408. ראו גם דבריו השופט אולשן בעמ' 412–413: "יתכן גם יתכן, שאדם, הפונה אלינו בקובלנה נגד השלטונות, על המכשולים שהם שמים על דרכו בקשר להתעסקותו בהוראה, לא יזכה לסעד המבוקש על ידו, אם יתברר באמת, שהוא מטיף להשתמש באלימות נגד צבא ההגנה לישראל ונגד ממשלת ישראל, מהטעם שהושטת סעד על ידי בית משפט זה בענינים כגון אלה נתונה לשיקול דעתו. אולם כל מה שהיה לפנינו בנדון זה הוא מכתבו של שר הביטחון אל המבקש, בו הוא מייחס לו את האשמה הזאת, והגבתו של המבקש בסעיף 18 של הצהרתו בשבועה, בו הוא אומר: 'ומה עוד שהאשמות הכלולות במוצג ה' תלושות מן המציאות'."

65 יש לציין, כי ברבות השנים נדרש בית המשפט העליון לפרש את דרישת ניקיון הכפיים תוך התחבטות בשאלה האם הכלל מצדיק בדיקת האטרקטיביות המוסרית של העותר בלא קשר לעתירה שבפניו בג"צ. בית המשפט בחר לצמצם את השיקולים אותם הוא יבחן במסגרת דוקטרינת ניקיון הכפיים מכיוון שאם לא כן היו נחסמים שערי בית המשפט בפני ציבורים שלמים כגון פושעים, אסירים, חשודים בפעילות חבלנית ואנשים אחרים בעלי רקע מפוקפק. בית המשפט קבע כי רק אנשים שידיהם אינן נקיות מסיבות הקשורות במישורין לעתירתם אינם ראויים לקבל סעד מבג"צ. ראו בג"צ 320/82 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה (3) 113. לעיל הערה 41.

66 ראו Lahav, *supra* note, at p. 108: "[T]he jurisprudence utilized by Agranat in *Kol ha-Am* was distinctively American, rooted in an upswing in Progressive thinking and politics. *Kol ha-Am* rejected legal formalism and rigid positivism and recognized law as a social system and the judicial process as an enterprise engaged in balancing political interests. In short, Agranat's opinion in *Kol ha-Am* vindicated sociological jurisprudence." אהרון ברק "Constitutional Law without a Constitution: The Rule of the Judiciary" in *The Role of Courts in Society* (Shimon Shetreet ed., Boston, 1988) 448.

67 זאת למרות שניתן היה להבין מהחלטות קודמות של בית המשפט העליון דחייה של אופציה פרשנית מעין זו. ראו בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85: "ההכרזה ... באה רק לשם קביעת

ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, והערכים אותם ניתן ללמוד ממערכת החיים הלאומיים⁶⁹. מקורות אלה הצביעו, לדברי השופט אגרנט, על כך שיש לפרש את המונח "עלול" (*likely*) לפי המושג של "ודאות קרובה" (*probable*), במקום ההשקפה הדוגלת במבחן של "נטיה רעה" (*bad tendency*) או "סיבתיות אמצעית" (*indirect causation*)⁷⁰.

לא זאת אף זאת, הגישה הלא פורמליסטית של בית המשפט התבטאה, לא רק בשימוש במקורות נורמטיביים לא קונבנציונליים, אלא גם בטכניקה שאומצה על ידי בית המשפט: דוקטרינת "איזון אינטרסים". בית המשפט קבע כי החלטת שר הפנים נדרשת לאזן בין האינטרס של שלום הציבור לבין הצורך לקיים חופש ביטוי⁷¹. אין ספק שעניין קול העם מצטיין גם בהכרעה הערכית המהותית שבו, לפיה יש להגן על פלגים המבטאים דעות פוליטיות:

"הדמוקרטיה מהווה בראש וראשונה משטר של הסכמה – היפוכו של משטר המתקיים בכוח האגרוף; והתהליך הדמוקרטי הוא, איפוא, תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, בדרך הבירור והשקלא והטריא המלולית, הווה אומר, על ידי ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה חופשית... בבירור זה, המתקיים באמצעות מוסדותיה הפוליטיים של המדינה – כגון המפלגות, הבחירות הכלליות והדיונים בבית המחוקקים – ממלאה 'דעת הקהל' תפקיד חיוני והיא ממלאה תפקיד זה לא רק בשעה שהאזרח הולך לקלפי כי אם בכל הזמנים ובכל העתים. ... אכן, מתקיים לא רק תהליך מתמיד של הבהרת דעת הקהל אלא גם של עיצובה. לאותה שיטה של בירור בפרהסיה ושקלא וטריא ברבים יש ערך חינוכי רב בשביל האזרח הפשוט. למשל, בעקבו, אם בהרחבה ואם

העובדה של יסוד המדינה והקמתה לצורך הכרתה על ידי החוק הבינלאומי. היא מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו, אבל אין זה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים, או ביטולם." בעניין קול העם עידן השופט אגרנט הלכה זו, כך שלמרות שההכרזה אינה מהווה חוקה שתוקפם של חוקי הכנסת נבחן לאורה, הרי שניתן להשתמש בה ככלי פרשנות חוקית.

69 עניין קול העם, לעיל הערה 41, בעמ' 884: "מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיוסודותיה דמוקרטיות. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושו, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. ... הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".

70 שם, שם.

71 שם, בעמ' 892: "השימוש בסמכות, האמורה בסעיף 19(א)(2) הנ"ל, מצריך, מצד שר הפנים, את שקילת האינטרסים הכרוכים בשלום הציבור מזה ובחופש העתונות מזה, ואת העדפת האינטרס הראשון רק לאחר שימת לב ראויה לערכו הציבורי הגבוה של האינטרס השני. העקרון המדריך צריך להיות תמיד: האם, עקב הפרסום, נוצרה אפשרות של סכנה לשלום הציבור, שהיא 'קרובה לודאי'."

בצמצום, בעתונות, אחרי הדיבורים והוויכוחים המתנהלים בבית המחוקקים, הוא לומד מה שנחוץ לו ונעזר על-ידי-כך בקביעת עמדתו....⁷²

עניין קול העם מדגיש את הערך החינוכי והפוליטי המיוחס לשיח ציבורי פתוח וחופשי על הנחוץ לקיומו התקין של משטר דמוקרטי. על רקע הכרעה זו, הזכות לחופש הביטוי אינה אינטרס פרטי בלבד, אלא אינטרס חברתי ממעלה ראשונה שפגיעה בו מותרת רק במצבים בהם האינטרס של שלום הציבור עומד בסכנה של ודאות קרובה. לסיכום, אימוץ מקורות חוץ משפטיים (כגון שיח זכויות טבעיות, הכרזת המדינה, מבנה מוסדות המדינה ופעולתם, וכדומה) והטמעת הכרעות ערכיות, מוסריות ופוליטיות מהותיות הם אבני הפינה של החלטות בית המשפט העליון בעניין בז'רנו, בעניין שייב ובעניין קול העם. בהחלטות אלו הראו שופטי בית המשפט העליון יצירתיות ותושייה רבה בהתחשב בעובדה שהמשפט הציבורי הישראלי נעדר חוקה כתובה פורמלית או חקיקה נאורה וליברלית. פקודת העיתונות, שפרשנותה נדונה בעניין קול העם, ודברי חקיקה אחרים, אותם ירשה ישראל מהמחוקק המנדטורי, היו בחלקם חוקים דרקוניים שנועדו למנוע דמוקרטיה ולא לקדם אותה, למנוע ממשל עצמי ולא לקדם אותו, לפגוע בזכויות אדם ולא להגן עליהן. כל זאת על מנת לחזק את אחיזת הבריטים על ארץ ישראל ולדכא את השאיפות הלגיטימיות של העם היהודי למדינה במולדתו ההיסטורית. על אף כל הקשיים הנ"ל, תוך חמש שנים מיסודו של בית המשפט יצקו שופטי בג"צ, בהחלטות הנזכרות לעיל ובהחלטות אחרות, את היסודות לביקורת שיפוטית נמרצת שביקשה לקדם צדק ודמוקרטיה כחלק משיטת המשטר של ישראל. דפוס הפעולה המשתקף מההחלטות בעניין בז'רנו, בעניין שייב ובעניין קול העם אינו חריג במשפט החוקתי הישראלי של קום המדינה, אלא בעצם מייצג את הנורמה.

מאוטנר בהחלט מודע להחלטות תקדימיות דוגמת עניין קול העם ואחרות, בהן פירש בית המשפט העליון חוקים באופן יצירתי על מנת להתאימם למטרותיו⁷³, ובהן נעשה שימוש במקורות חוץ משפטיים על מנת לקדם ערכים ומטרות מסוימים⁷⁴. החלטות אלו, כאמור, אימצו במפורש שיפוט ערכי שעיצב את משפטנו החוקתי. לכן מאוטנר נאלץ לסייג את טיעונו, ככל שהוא נוגע למשפט החוקתי:

"מן הראוי לזכור – וזו נקודה בעלת חשיבות רבה – כי היסודות להגנה על זכויות האזרח על-ידי המשפט הקונסטיטוציוני הישראלי וכן יסודותיו של המשפט המינהלי הישראלי הונחו בפסיקת בית המשפט העליון בשנות

72 שם, בעמ' 886–887.

73 ראו מאוטנר, לעיל הערה 1, בהערות שוליים 72 ו-73. אך ראו לעיל הערה 49, החולקת על דעתו של מאוטנר באפיינו את עניין בז'רנו כהחלטה פורמליסטית.

74 ראו בעניין זה "Judicial Review without a Constitution: The Israeli Paradox" Amos Shapira (1983) 405, 421–423 *56 Temple L. Q.*

החמישים, בפסקי דין שהנמקותיהם היו, בעיקרן, לא פורמליסטיות. עם זאת, התבטאויות והנמקות אלה, על אף חשיבותן, היו בעלות מעמד פריפריאלי במסגרת תת-תרבות משפטית, שבמרכזה עמדו ערכי הפורמליזם המשפטי⁷⁵.

הטעם בהדגשת הבעיה הדסקרפטיבית מאחורי הטענה כי שנות החמישים אופייני על ידי תפיסת העולם של הפורמליזם המשפטי הוא הצורך למצוא מודל אלטרנטיבי שיוכל להסביר החלטות אלו ואחרות בתחום המשפט החוקתי. מודל הפורמליזם המשפטי והטענה בנוגע להתפוררותו אינם מצליחים לבאר את אימוצה והתפתחותה של הביקורת השיפוטית בישראל עם ייסוד המדינה ולמן שנות השמונים. יסודותיה והתפתחותה של הביקורת השיפוטית בשנות החמישים והשישים היו לא-פורמליסטים. יחד עם זאת, למן שנות השמונים התרחש שינוי בהנמקה המשפטית של בית המשפט, שינוי בתפקיד ובפונקציות אותן הוא שאף למלא בהשוואה לגישה שננקטה בעשורים קודמים. יש צורך למצוא תחליף לתפיסת העולם של הפורמליזם המשפטי על מנת להסביר הן את שהתרחש בשנות החמישים והשישים והן את השינוי שאירע בשנות השמונים.

יש לציין, כי למרות העובדה שהחלטות בעניין בזרנו, בעניין שייב ובעניין קול העם מייצגות תפיסת עולם לא-פורמליסטית, אין זה ברור כי הן נופלות תחת מודל שיפוטי אחד או כי הן מייצגות מקשה אחת. ההחלטות בעניין בזרנו ובעניין שייב, לדוגמה, מאופיינות בצרות, בשטחיות ובהנמקה מסויגת. צרות, במובן זה שהן אינן מנסות ליצור כללים רחבים החלים על כל המצבים העובדתיים האפשריים. שטחיות, במובן זה שהן אינן מתיימרות לתמוך את ההכרעה המשפטית בתיאוריה מוסרית, פוליטית או חוקתית עמוקה. הנמקה מסויגת, במובן זה שכללי הצדק המגולמים בהנמקה מכוונים בעיקר לצדדים הניצבים בפני בית המשפט. בהחלטות בעניין בזרנו ובעניין שייב באה לידי ביטוי גם מחויבות חזקה להרהור, להתדיינות ולהכרעה דמוקרטית.

לעומת החלטות אלה, ההחלטה בעניין קול העם מצטיינת בכללים רחבים, בתיאוריה עמוקה, ובהנמקה רחבה. כללים רחבים, במובן זה שבית המשפט אימץ את דוקטרינת הסכנה הקרובה לוודאי שאמורה לשמש נוסחה כללית לפתרון כל המצבים העובדתיים בהם יש התנגשות בין אינטרס שלום הציבור לאינטרס חופש

75 מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 531. עם זאת יש לציין, כי מאוטנר מאמין כי אחד הסממנים לירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי הוא "הדגשת חלקו של בית-המשפט ביצירתה של חוקה בלתי-כתובה למדינה" (שם, בעמ' 543). לכן אין זה ברור כלל ועיקר כי בסייג שצוטט בטקסט התכוון מאוטנר להוציא את המשפט החוקתי הישראלי מן הטיעון הכללי של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים. הדיון לגבי עניין בזרנו, עניין שייב ועניין קול העם מוכיח כי יסודות יצירתה של חוקה שאינה כתובה עלי ספר הונחו עוד בשנות החמישים והשישים, ואם חל שינוי בסוגיה זו הרי ששינוי זה אינו נופל תחת הרובריקה של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, אלא תחת רובריקה אחרת בה אדון בהמשך.

הביטוי⁷⁶. תיאוריה עמוקה, במובן זה שהשופט אגרנט מבסס את הכרעתו על תיאוריה לגבי אופי המשטר הדמוקרטי והתפקיד שחופש הביטוי ממלא במשטר מעין זה. הנמקה רחבה, במובן זה שבית המשפט מציג טיעונים הנוגעים לשאלת תנאי הלגיטימיות של המשטר בישראל. ההחלטה בעניין קול העם מתאימה לכך לאותה "תורת משפט של טעמים" שכוחה עלה למן שנות השמונים.

לקראת סיום המאמר אחזור לדון בשלושת ההחלטות התקדימיות הללו ובשני המודלים השיפוטיים המשתקפים מהן. לעת עתה אבקש לדון בבעיה דסקרפטיבית נוספת המשתקפת מהפרדיגמה בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים שיש לתת עליה את הדעת.

2. פלורליזם של מטרות וערכים

מאוטנר מציין כבר בראשית טיעונו כי ירידת הפורמליזם ועליית הגישה הלא-פורמליסטית אינן מייצגות שינוי בערכים המהותיים המגולמים בפסיקת בית המשפט העליון. "באופן כללי", כותב מאוטנר, "מערכת הערכים שאותה קבע בית המשפט העליון בפסיקתו בשנות החמישים זהה לזו שאותה ביקש בית המשפט להשליט בשנות השמונים. אלא, הטיעון הוא, שלמן שנות השמונים, חל שינוי בדרך בה מנמק בית המשפט את הכרעותיו"⁷⁷.

עם זאת יש להדגיש, כי לפי מאוטנר, הכרעות בית המשפט העליון בשנות החמישים הבלטו את תפקיד בית המשפט בקידום ודאות ויציבות⁷⁸. מדוע, אם כן, טוען מאוטנר כי, באופן כללי, לא חל שינוי בערכים שקודמו על ידי בית המשפט? נראה כי מאוטנר סירב לטעון כי חל שינוי בערכים אותם קידם בית המשפט, מכיוון שטענה מעין זו הייתה כרוכה בהערכה בעייתית, שקשה היה גם לאמתה. חוקר שינסה לטעון טענה מעין זו יצטרך לענות על שאלות מעין אלו: האם בית המשפט תחת הנשיא שמגר היה ליברלי או דמוקרטי יותר מבית המשפט תחת הנשיא אגרנט? האם השופט ברק ליברלי או דמוקרטי יותר מהשופט כהן? האם ההחלטה בעניין מגדל דמוקרטי או ליברלית יותר מאשר ההחלטה בעניין ברגמן? האם דעת המיעוט של השופט ברק בעניין לאור ליברלית או דמוקרטי יותר מדעת המיעוט של השופט כהן בעניין ירדור? מלומדים, שופטים, עורכי דין, פוליטיקאים ואזרחים מן השורה עשויים קרוב לוודאי לתת לנו תשובות שונות לשאלות אלו.

76 השוו שפירא, לעיל הערה 36, בעמ' 647. שפירא כותב, תוך התייחסות להגדרת השופט אגרנט את הבעיה בעניין קול העם, כי "קשה למצוא ניסוח רחב יותר לבעיה השנויה במחלוקת. אחת הסיבות להיזקקות לניסוח זה היא הכוונה להפוך את פסק-הדין לתקדים מנחה בשאלה של זכויות אזרח".

77 מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 520.

78 שם, בעמ' 521–522.

אינני טוען כי אין לשאלות אלו תשובות נכונות. קרוב לודאי שיש, ואין ספק שיש תשובות שהן יותר נכונות מתשובות אחרות. מלומדים כתבו וכותבים אין ספור מאמרים בניסיון לענות על שאלות מעין אלו. יחד עם זאת, אין תשובות קלות, פשוטות וברורות לשאלות סבוכות אלו. ההכללה הבטוחה שיכולה להיעשות היא, שבאופן כללי בית המשפט העליון שאף תמיד לקדם ערכים ומטרות ליברליים ודמוקרטיים⁷⁹. שתי תפיסות העולם, של הפורמליזם המשפטי מחד ושל תורת המשפט של טעמים מאידך, מוצגות כאמצעים שונים בהם השתמש בית המשפט העליון על מנת לקדם את אותם אידיאלים ליברליים תוך לקיחה בחשבון את התנאים החברתיים והפוליטיים של שנות החמישים ושל שנות השמונים:

"בשנים הראשונות לפעולתו של בית המשפט, התקיים ניגוד בין הערכים התרבותיים ששלטו בחברה הישראלית לבין הערכים התרבותיים שהתגלמו בנורמות המשפט שהפעיל בית המשפט. בשנות החמישים, שלטה בתרבות הישראלית תרבות קולקטיביסטית, שעל-פיה נתפס הפרט כמכשיר להגשמת יעדים של המדינה... לעומת זאת, הושתתה תת-התרבות המשפטית, שבתוכה פעל בית-המשפט, על ערכי הליברליזם, שהתגלמו בכללי המשפט שייבא בית המשפט מאנגליה ומארצות הברית. ביסודם של ערכים אלה עומדת ראייה של הפרט כגורם אוטונומי עליון, שיש לתת תוקף מרבי לרצונותיו באשר לתכנים של חייו, בלא קשר למידה שיש בתכנים אלה כדי לתרום לקידום יעדיו של הכלל. במסגרת תפיסה זו, בניגוד לתפיסה הקולקטיביסטית, נתפסת המדינה כמכשיר המיועד לאפשר לאוסף של פרטים, החיים זה לצד זה, לפעול באורח הדדי למימוש מירבי של האוטונומיה שלהם. ...

גישת הפורמליזם המשפטי שירתה היטב את צרכיו של בית המשפט, לנוכח מעמדו הבעייתי כ'זר' תרבותי בחברה שבה פעל. הפורמליזם איפשר לבית-המשפט להצניע את המימד הערכי של החלטותיו ולהציג את ההליך השיפוטי כהליך מכניסטי, המוליד הכרעות שהן בגדר הכרח ושאי-אפשר בלעדיהן, על שום עצם מהותו של ההליך, ולא בגלל בחירה, כביכול, של בית המשפט להפעילו תוך מילוי בתכנים ערכיים מסוימים.

...

בשנות השבעים והשמונים, בעקבות השפעתה המואצת של התרבות האמריקאית על התרבות הישראלית, עלתה בישראל מערכת תרבותית מקבילה, לצד המערכת התרבותית המסורתית. מערכת חדשה זו הושתתה על ערכי המימוש העצמי והאינדיווידואליזם, ושורשיה נעוצים בתפיסת-העולם הליברלית. אכן דומה, כי למן שנות השבעים, מתקיימות בחברה הישראלית, זו לצד זו, במקביל, שתי מערכות תרבותיות עיקריות, שערכי-הציר שלהן

79 שם, בעמ' 570-575.

מנוגדים: מערכת המושתתת על ערך הקולקטיביזם ומערכת המושתתת על ערך האינדיווידואליזם. עם עלייתה של המערכת התרבותית החדשה, מצא עצמו בית-המשפט פועל כשחלקים לא-מבוטלים בחברה הישראלית מזדהים עם הערכים התרבותיים שהוא מייצג ומוכנים לתת גיבוי לשליחותו התרבותית.

...

סגירה זו של הפער שבין תת-התרבות של בית-המשפט לבין התרבות הכללית שבה הוא פועל, ויצירת הקרבה בין תת-התרבות של בית-המשפט לבין ערכיהן של האליטות האחרות הפועלות בארץ, חיזקו מאוד את בטחונו העצמי של בית-המשפט והקלו עליו להכריז על הערכים שהוא מייצג. משמע: פחת הצורך של בית-המשפט להציג עצמו כפועל על-פי הגישה המכניסטית, 'המדעית', הניטרלית מן הבחינה הערכית, של הפורמליזם המשפטי, והתאפשרה הצגה בגלוי ובמודגש של ערכיו של בית-המשפט"⁸⁰.

על מנת להבין את הסיבות לירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי מאוטנר פונה לניתוח מערכתי, הבוחן את היחסים ההדדיים שבין בית המשפט, מצד אחד, לבין החברה הישראלית בכללותה והמערכת הפוליטית, מצד אחר⁸¹. מאוטנר בוחר להציג משוואה לפיה מטרות (אידיאלים ליברליים) מושגות על ידי אמצעים (פורמליזם משפטי בשנות החמישים ותורת משפט של טעמים למן שנות השמונים). בשנות החמישים, הפורמליזם המשפטי היה האמצעי הראוי, לאור התרבות הכללית הקולקטיביסטית, להגשמת אידיאלים ליברליים. למן שנות השמונים, תורת משפט של טעמים הייתה האמצעי הראוי, לאור השינויים בתנאים החברתיים, להגשמת אידיאלים אלה. הצגה זו של ההתפתחויות במשפט החוקתי, כאמצעים שונים להשגת אותן מטרות, היא מאירת עיניים. לא רק שהיא חושפת את הדרכים בהן ההנמקה המשפטית מושפעת מהתנאים החברתיים הקיימים בחברה נתונה, היא גם מדגישה את הדרכים בהן ההנמקה המשפטית משפיעה, או מנסה להשפיע, על אותם תנאים ממש.

עם זאת, יש לי ספקות גדולים האם ההבהרות הללו יכולות לשכנע את אלו שמצאו שינויים משמעותיים בערכים המהותיים המגולמים בהכרעות בג"צ בחמישים וחמש השנים האחרונות. דוקטור אייל גרוס, לדוגמה, כתב לאחרונה על הדרך בה הזכות לחופש העיסוק, שהוכרה על ידי בית המשפט עוד בעניין בז'רנו, שינתה

80 שם, בעמ' 571–575. [ההדגשות במקור]

81 לניתוח דומה הבוחן את התפתחות הביקורת השיפוטית בישראל לאור היחסים ההדדיים בין המערכת הפוליטית למערכת המשפטית ראו גם Robert A. Burt "Inventing Judicial Review: Israel and America" 10 *Cardozo L. Rev.* 2015 (1989). למאמר שהתפרסם לאחרונה הנוקט בגישה המנתחת את התנהלות בית המשפט העליון אל מול הרשות המחוקקת כמשחק אסטרטגי ראו גם ע' ידלין, "שיקול-דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 665.

את משמעותה ותוכנה⁸². פרופסור רות בן-ישראל כתבה כי אחרי פרישתו של השופט ברנזון מבית המשפט העליון השקפת העולם הסוציאליסטית נעלמה מפסיקת בית המשפט⁸³. מיכל שקד כתבה על הדרך בה "זכות השביתה" איבדה ממעמדה עד שאינה נמנית עוד למעשה על ערכיה היסודיים של השיטה המשפטית⁸⁴. עבור מלומדים אלה, ועבור מלומדים אחרים, הטענה כי בית המשפט העליון קידם בעיקר ערכים ליברליים מערביים מחמיצה את הנקודה. לומר: "בית המשפט העליון קידם ערכים ליברליים דמוקרטיים מערביים" זה לומר הכל ולא כלום באותו משפט. אילו מהערכים שיוחסו למסורת הליברל-דמוקרטית קידם בית המשפט העליון? אילו ערכים קידם בית המשפט מפקעת המטרות, השאיפות והעקרונות, שלעיתים מתנגשים זה בזה, ושתיוגו תחת כותרת הליברליזם? האם היו אלו ערכיו של רוברט נוזיק (Robert Nozick) כפי שהוצגו בספרו *Anarchy, State and Utopia*?⁸⁵ או שמא היו אלה ערכיו של ג'ון רולס (John Rawls) כפי שהוצגו בספרו *A Theory of Justice*?⁸⁶ או אולי מדובר בערכיו הליברליים קומיוניטריים של מייקל סנדל (Michael Sandel) כפי שהם מוצגים בספרו

82 גרוס, לעיל הערה 48.

83 ר' בן-ישראל, "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה", שנתון משפט העבודה א (תשנ"ד) 27, 45.

84 מ' שקד, "תאוריה של איסור השביתה הפוליטית", שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 185. לפי שקד, הייתה זכות השביתה חלק בלתי נפרד מהמסורת הדמוקרטית סוציאלית עליה נוסדה המדינה. מסורת זו משלבת את זכות השביתה כחלק מחירויות האדם באשר הוא אדם ובחתימה לעולם טוב וצודק יותר. עם זאת, לאורך השנים ירדה קרנה של התנועה הסוציאלי-דמוקרטית, ויחד עמה ירדה קרנה של חירות השביתה. אף על פי שחירות השביתה מוכרת גם היום במשפט הישראלי ויש המשלמים מס שפתיים להיותה ערך יסודי, הרי שעובדה היא כי חירות השביתה היא חירות מדרגה שניה. שקד סוקרת את פסיקת בית המשפט בסוגיה זו וחושפת את ירידתה מגדולתה כפי שהעניין משתקף בהחלטות בית המשפט בשנים האחרונות.

85 פרופסור מרמור, לדוגמה, טוען כי בשני העשורים האחרונים בית המשפט יישם יותר ויותר ערכים ליברליים. ראו א' מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133, 139: "אינני מתכוון לטעון שביטחון המשפט העליון נותן ביטוי עקבי להגות הפוליטית של רוברט נוזיק. יחד עם זאת, ושוב בגבולות הייחודיים של הפוליטיקה הישראלית, בית המשפט העליון היה תמיד הגורם הליברלי ביותר בחברה הישראלית, ובשני העשורים האחרונים הלך הליברליזם שלו ונטה לעבר הליברטריאניזם בצעדים יציבים ומדודים." לגבי התחזקות מגמה זו בעקבות המהפכה החוקתית ראו גם Ran Hirschel "The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of a New Economic Order in Israel" 2 *Israel Studies* (1997) 136.

86 ראו ע' זלצברגר וא' (סנדי) קדר, "המהפכה השקטה" – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי-היסוד החדשים", משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489. זלצברגר וקדר חולקים על מסקנתו של מרמור כי בית המשפט נטה בפסיקתו לכיוונו של הליברטריאניזם והעדיפה על פני התפיסה הרולסיאנית: "כך, למשל, קובע מרמור, כי ביטוי לכך שהליברליזם של בית המשפט העליון הלך ונטה בשני העשורים האחרונים לעבר הליברטריאניזם הוא ההגנה ההולכת וגוברת על זכויות ליברליות מן הסוג הפיקנטים, כשאלו כוללות – אליבא דהמחבר – זכויות של הומוסקסואלים ונשים. לא ברור מדוע הגנה על זכויות אלו מבטאת עמדות ליברטריאניות ומדוע הגנה עליהם מנוגדת לליברליזם רולסיאני? קבוצות-מיעוט אלו הן דווקא דוגמאות קלאסיות לקבוצות שיש להגן עליהן מפני הרוב על פי ההגיון הרולסיאני של מסך הבערות." שם, בעמ' 503.

Liberalism and the Limits of Justice?⁸⁷ בהקשר זה יש לציין גם כי לאחרונה שבות ועולות טענות כי בית המשפט העליון כלל לא קידם ערכים ליברליים, אלא שם לו למטרה לשמר ערכים אתנו-לאומיים העומדים בניגוד גמור לליברליזם.⁸⁸

אולי האידיאולוגיה של בית המשפט העליון מורכבת מדי מכדי שנוכל לארגנה ולשבצה בקלות על פי אמות המידה של אשכולות ערכים אלה או אחרים המיוחסים לליברליזם.⁸⁹ עם זאת, שאלות אלו מעוררות לדעתי קושי דסקרפטיבי נוסף בטיעונו של

87 ראו, לדוגמה, ג' מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", שנתון משפט העבודה ז (תשנ"ט) 65, בע' 120–121, המזהה שתי מגמות מרכזיות בפסיקה. המגמה הראשונה, שהיא גם הדומיננטית, מדגישה את ההיבט האטומיסטי על פי תפיסתו של הליברליזם. במקביל, מסביר מונדלק, מתפתח דגם אלטרנטיבי "המתייחס באופן חיובי יותר לממד החברתי". הקריאה ליישם ולקדם ערכים קומיוניטריים בהחלטות בית המשפט זוכה היום לתמיכה רחבה. ראו יובל לבנת "פרט וקהילה: ביקורת קומיוניטריאנית על בג"צ 205/94 נוף נ' משרד הביטחון", משפטים לא (תש"ס) 219. כותב לבנת: "טענתי היתה כי בפסק-הדין מושא חיבור זה (עניין נוף), כמו בפסק דין מוקדם יותר, אשר נדון לצורך מתן דוגמה נוספת (עניין שירן), עשה בית-המשפט העליון שימוש בתיאוריה הליברלית. סביר להניח, כי שימוש בתיאוריה הקומיוניטריאנית באותן שתי פרשות היה מביא לתוצאות משפטיות שונות. לכל אורך החיבור ביקשתי להציג את התיאוריה הקומיוניטריאנית כאלטרנטיבה ראויה יותר לתיאוריה הליברלית. לדעתי, הליברליזם סובל מאובססיה אינדיבידואליסטית." כמו כן ראו: ג' גונטובניק, "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית", עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129, בעמ' 154 לגבי יישום הגישה הקומיוניטרית לניתוח האינטרסים העומדים בבסיסו של בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה: "...ניתן להציג את האינטרסים העומדים בעניין בראילן בצורה שונה: אנו עוסקים כאן לא בפגיעה ברגשות גרידא, אלא במימושם של הפרטים בקהילה שאחד מעיקרי אמונתה הוא אי-הנסיעה בשבת... אנו עוסקים כאן במרכיבי הזהות של הקהילה הזאת, במימוש העצמי שלהם תוך כינון כלים קהילתיים, מימוש שמסתמן כמימוש עיקרי של ההווה הליברלית בחברה פלורליסטית המורכבת מקהילות קהילות".

88 ב' קימרלינג, "חקיקה ושפיטה בחברת מהגרים-מתיישבים", מחקרי משפט טז (תשס"א) 17. טענתו המרכזית של קימרלינג היא כי "בית המשפט הישראלי על כל ערכאותיו, ובעיקר בג"ץ... לא זו בלבד שאינו מושיט סעד והגנה מפני שרירות לבו של השלטון ואינו מגן על זכויות האזרח והאדם הלא יהודי, אלא מהווה מכשיר דיכוי שלטוני מן המשוכללים שיש, וכלי מרכזי בשעתוק שלטון הגמוני, בעיקר במאבק הבין-אתני המתנהל בארץ זו ובאזור כולו..." (שם, בעמ' 19). אינני יכול שלא לחלוק על דבריו החריפים והגורפים של קימרלינג לפיהם בית המשפט העליון הוא אנטי-ליברל. הטענתי של קימרלינג מבוסס על "האקסיומה... שאחד מן התפקידים המרכזיים של בית משפט בכלל, ושל בית משפט גבוה לצדק בפרט, הוא להושיט סעד והגנה... למיעוטים ולחלשים מבחינה פוליטית, חברתית, כלכלית או מבחינת אחרות – ומבלי להבחין בין מיעוטים הזכאים ליותר סעד או פחות". אך אקסיומה זו, לגיטימית, אינה אקסיומה כלל והיא פתוחה להתנגדויות ליברליות שונות, וביניהן הטענה כי מעצם היותך מיעוט או חלש ביחס לאחרים לא נובעת זכאותך להגנה על פי המסורת הליברלית. לכן, מקריבי תינוקות, נאצים וטרוריסטים, למרות שהינם מיעוט בחברות מודרניות ליברליות, אינם זכאים להגנה שיפוטית מוחלטת על מנת שיוכלו להגשים את שאיפותיהם ותוכניותיהם. השאלה מי, מתוך המיעוטים הקיימים, ראוי להגנה ועל בסיס אילו עקרונות חורגת מתחום מאמר זה. אך מעצם ההבחנה בין מיעוטים הזכאים ליותר או לפחות סעד לא נובעת המסקנה כי בית המשפט העליון הישראלי היה אנטי ליברל.

89 בעניין זה אני בהסכמה מלאה עם גרוס ומונדלק. גרוס, לעיל הערה 48, בהערת שוליים 126:

מאוטנר ביחס לירידת הפורמליזם ועליית הערכים. הטענה כי בית המשפט באופן כללי קידם ערכים ליברליים מערביים משמיטה מתמונת התפתחות מוסד הביקורת השיפוטית את עובדת קיומם של ערכי רב של ערכים בפסיקת בית המשפט וההשלכות של עובדה זו על המוסד עצמו.

ראשית, הטענה מתעלמת מהכתיבה האקדמית הטוענת כי לאורך השנים חל שינוי בערכים שקודמו על ידי בית המשפט העליון. שנית, היא מסתירה תחת הכותרת של "ערכים ליברליים מערביים" את העובדה כי בית המשפט נאלץ פעמים רבות לבחור בין הערכים השונים. מתוך הפקעת של ערכים ומטרות, שלעיתים אינם יכולים לעלות בקנה אחד, שיוחסו לליברליזם המערבי, רק חלק עוגנו על ידי בית המשפט. הכרה בעובדה שחל שינוי בערכים, עשויה לעורר בנו שאלות לגבי המתודה, השיטה או המכניזם לפיהם נבחרו ערכים אלה. יתרה מכך, שינוי בערכים עשוי להצביע על שינוי במתודה באמצעותה הם נבחרים. אם אכן חל שינוי במתודה הרי שתעלה השאלה האם שינוי זה ניתן להצדקה על בסיס יסודות ליברליים⁹⁰. בעזרת ההנחה המקדמית, בדבר אי שינוי לאורך השנים בערכים המגולמים בפסיקת בית המשפט העליון, מאוטנר מצליח להימנע מלדון בשאלת הלגיטימציה, כלומר, בשאלה האם בית המשפט העליון פעל בתחום תפקידו הראוי במערכת הממשל הישראלית לאורך כל שנות קיומה של המדינה. חריפותה של שאלה נורמטיבית זו עולה הן מההכרה בבעיות הדסקרפטיביות עליהן עמדתי ביחס לטענה בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט החוקתי והן מעצם ההכרה שחל שינוי כלשהו בהתנהלותו של בית המשפט העליון למן שנות השמונים. הפרק הבא יעסוק בבעיות הנורמטיביות שבתיאוריות ובעמדות מלומדים לגבי טבע השינוי שחל בתפקידו של בית המשפט העליון למן שנות השמונים.

ה. בעיות נורמטיביות העולות מהשינוי בתפקידו של בית המשפט

בעיית הלגיטימציה שעולה מהשינוי שחל בשנות השמונים בתפקידו של בית המשפט

"...תהיה זו טעות לעשות רדוקציה של הפסיקה כאילו היא משקפת באופן קוהרנטי אידאולוגיה מסוימת, קוהרנטית אף היא." מונדלק, לעיל הערה 87, בעמ' 111: "...אם נבחן את פסיקת בית המשפט העליון נראה כי עמדת בית-המשפט רחוקה מלהיות ליברטריינית או ליברלית, ולמעשה איננה מעגנת באופן קונסיסטנטי תאורייה פוליטית זו או אחרת."

⁹⁰ אך השוו Brian Barry *Justice as Impartiality* (Oxford, 1995) at pp. 5–6. לפי בארי, הגנה על בחירה בערכים מסוימים בסופו של דבר כרוכה בטענה כי אלו הם האידיאלים הנכונים מלכתחילה. בהתאם, טוען בארי, כי פילוסופים פוליטיים, הטוענים כי הם מציעים את הפרשנות הנכונה ביותר לערכים האמריקאיים המשותפים, מסרבים להודות כי הם שואבים ערכים אלה מתוך מבחר האידיאלים של חברתם הסובבת אותם עצמם. סירובם לעשות זאת נובע מההכרה כי יהיה עליהם לענות על השאלה מדוע בחירה זו ולא בחירה שתוביל למסקנות שונות היא הבחירה הנכונה. תשובה לשאלה זו, טוען בארי, כרוכה באופן בלתי נמנע בניסיון להראות כי אלה הם האידיאלים הנכונים מהם צריך להתחיל.

העליון הועלתה במפורש לראשונה על ידי פרופסור זמיר במאמרו "המשפט הציבורי: מהפכה או התפתחות?"⁹¹, שהיווה תגובה למאמרו של פרופסור קרצמר שכותרתו הייתה "ארבעים שנה למשפט הציבורי"⁹². קרצמר טען כי בשנות השמונים התרחשה מהפכה במשפט הציבורי הישראלי. המהפכה התבטאה בהרחבה והעמקה משמעותית של מרחב הביקורת השיפוטית. שינוי זה, לגישתו של קרצמר, משקף שינוי בתפיסת תפקידו של בית המשפט בספירה זו. בתגובתו, מעלה זמיר את הבעיה הבאה:

"כיום, כאילו נוסף לו [לבית המשפט] תפקיד, והוא רואה עצמו מופקד גם על שלטון החוק. לפיכך הוא עשוי להיחלץ להגנה על שלטון החוק ולבטל החלטה שלטונית גם בהעדר סכסוך במשמעות המסורתית. הוא נוהג כך בלי שישכיר מה הבסיס והטעם לתפקיד זה שנטל על עצמו. לכן עשויה להתעורר השאלה, אם מהפכה זאת הנה לגיטימית. על-רקע דבריו של פרופ' קרצמר ניתן לשאול אם אמנם בית-המשפט נטל לעצמו, לצורך המאבק על שלטון החוק, תפקיד לא לו, ובכך פגע, הוא עצמו, בשלטון החוק"⁹³.

קיימות לפחות שתי דרכים בהן ניתן לפרש את הקושי אותו מעלה זמיר. הראשונה מפרשת את שאלת הלגיטימציה במונחים ובמושגים של "חוקיות", כלומר, האם בית המשפט הוסמך על ידי החוק ליטול את התפקיד אותו הוא נטל לעצמו. על פי פרשנות זו, נטילת התפקיד על ידי בית המשפט תחשב לגיטימית אם "חומרי" הניתוח המשפטי – המקורות המקובלים של החוק (דוגמת חוק יסוד: השפיטה או חוקים ועקרונות חוקתיים אחרים) ושיטות העבודה המקובלות עם מקורות אלו (דוגמת דוקציה והיקש משפטיים) – מספקים את המסקנה כי בית המשפט היה מוסמך ליטול את תפקידו החדש. הדרך השנייה להבין את שאלת הלגיטימציה כרוכה במונחים ובמושגים מוסריים ופוליטיים. מלומדי המשפט החוקתי מייחסים לרוב את בעיית הלגיטימציה של מוסד הביקורת השיפוטית לקושי "האנטי-רובני" (counter-majoritarian)⁹⁴, בו הבחין אלכסנדר ביקל (Alexander Bickel), לפיו שורש הבעיה במוסד הביקורת השיפוטית הוא היותה כוח אנטי-רובני אותו יש ליישב עם עקרונות הדמוקרטיה הייצוגית⁹⁵. פילוסופים פוליטיים ייחסו, קרוב לוודאי,

91 זמיר, לעיל הערה 6.

92 קרצמר, לעיל הערה 6.

93 זמיר, לעיל הערה 6, בעמ' 563.

94 Alexander M. Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962) 16.

95 זוהי, למעשה, אחת מהחידות העיקריות של הדמוקרטיה החוקתית. ביקורת חוקתית קשורה בקשר הדוק לדמוקרטיה ייצוגית, אך היא מהווה כוח אנטי-רובני בתוך מערכת מדינית זו. הניסיונות ליישב את נאמנותינו לדמוקרטיה הייצוגית עם מוסד הביקורת השיפוטית הם רבים מספור. בין המפורסמים שבהם נמנים *John Hart Ely Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, 1980) 87–104; *Bruce Ackerman We the People: Foundations* (Cambridge, 1980) 87–104.

את שאלת הלגיטימציה לבעיה של אימוץ קריטריונים על פיהם ניתן לשפוט מוסדות חברתיים⁹⁶. בית המשפט העליון, בהתאם ללגיטימציה במשמעותה השנייה, פעל בצורה לגיטימית בנוטלו את התפקיד החדש, אם קיימים טעמים המיישבים את תפקידו החדש עם סכמת הדמוקרטיה הייצוגית של מדינת ישראל, או אם קיימים טעמים מהם נובעת דרישה מוסרית/פוליטית כי בית המשפט ייטול תפקיד זה.

בתחילה נראה כי זמיר דן בבעיית הלגיטימציה הנובעת משינוי תפקידו של בית המשפט במונחים של חוקיות ובמונחים משפטיים. זמיר בוחן את החלטות בית המשפט העליון בעבר ובהווה על מנת לעמוד על הלגיטימיות של ההתפתחות החדשה ולקבוע האם היא מהווה מהפכה של ממש או רק אבולוציה. זמיר מחלק את ההחלטות שניתנו למן שנות השמונים בתחום המשפט הציבורי, שנטען לגביהן כי הן בעלות אופי

Samuel Freeman "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review" 9 *Law and Philosophy* (1990) 327
 Ronald Dworkin "The Forum of Principle" 56 *N.Y.U. L. Rev.* (1981) 469 (ביקורת על ניסיונו של John Hart Ely לנתק את הביקורת השיפוטית מהכרעות מוסריות ופוליטיות מהותיות);
 Jeremy Waldron "Book Review: *We the People in Journal* of Philosophy" (1993) 149, at p. 151 (ביקורת על ניסיונו של Bruce Ackerman להציג מודל של ביקורת שיפוטית המסתמך על "דואליות דמוקרטית");
 Jeremy Waldron *Law and Disagreement* (Oxford, 1999).

96 בכל מקרה, שאלת הלגיטימציה במשמעותה השנייה היא עצמאית ונפרדת משאלת קיומה או אי קיומה של לגיטימציה משפטית (המשמעות הראשונה של המושג) ביחס לתפקיד החדש אותו נטל לעצמו בית המשפט העליון. קיומה של לגיטימציה משפטית או הצדקה משפטית לתפקיד ולסמכות החדשים של בית המשפט העליון הוא עובדה ניטרלית מבחינה מוסרית. בהתאם, קיומו של חוק יסוד, חוק רגיל או עקרון חוקתי המסמיך את בית המשפט ליטול את התפקיד החדש גם הם כולם עובדות ניטרליות מבחינה מוסרית. אם למוסד משפטי או להצדקה משפטית יש תוקף מוסרי כלפינו הרי זה משום שיש בסיס לדרישה מוסרית לקיים מוסדות או הסדרים מעין אלו. בסיס זה הוא עצמאי מהמערכת המשפטית המגדירה מוסדות והסדרים אלה. ראו A. John Simmons *Moral Principle and Political Obligation* (New Jersey, 1979) 21 של הצדקה משפטית, זכות משפטית או חובה משפטית לעולם אינו מוכיח (כשלעצמו) קיומה של דרישה מוסרית, אף על פי שעובדה זו יכולה להיות רלוונטית להצדקה מוסרית. אסביר: נניח ובמדינה נתונה קיימת חוקה שהיא פרי הסכמתם המפורשת והברורה של הנתינים, וחוקה זו מסמיכה במפורש את בית המשפט לקדם ולהגן על שלטון החוק במשמעותו הרחבה. העובדה כי החוקה מסמיכה את בית המשפט לתפקיד הנ"ל אינה מעלה ואינה מורידה מבחינה מוסרית כשלעצמה, אך היא רלוונטית לניתוח המוסרי. נניח ואנו מצדדים בעמדה כי הסכמת הנתינים למוסד מסוים הופכת מוסד זה ללגיטימי מבחינה מוסרית. בסיטואציה מעין זו ניתן לומר כי יש להסיק כי הנתינים הסכימו לקיומו של בית המשפט ולתפקידו כמקדם שלטון החוק במובנו הרחב. אך יש לשים לב לכך כי העובדה שהחוקה הסמיכה את בית המשפט אינה מעלה ואינה מורידה מבחינה מוסרית. מה שקובע מבחינה מוסרית היא "הסכמת הנתינים" שמהווה את הבסיס למסקנתנו כי המוסד לגיטימי. העובדה כי החוקה הסמיכה את בית המשפט למלא את התפקיד הנ"ל היא רלוונטית מבחינת הניתוח הכולל, אך היא אינה מהווה את הבסיס להצדקה המוסרית, שכן בסיס זה הוא כאמור הסכמת הנתינים, והסמכת החוקה את בית המשפט היא רק כלי באמצעותו ניתן להסיק קיומה של הסכמה זו.

חדשני, לשתי קבוצות⁹⁷. האחת כוללת החלטות בהן בית המשפט הניח בסיס תיאורטי ומושגי לדוקטרינות מסורתיות⁹⁸. השנייה כוללת החלטות בשלוש סוגיות: דוקטרינת השפיטות (הכוללת התערבות בהליכים פרלמנטריים), דוקטרינת המעמד ודוקטרינת השאלות האקדמיות.

לגבי הקבוצה הראשונה, זמיר מסיק כי לא התרחשה מהפכה במהות תוכן ההחלטות הנכללות בקבוצה זו, אלא מדובר רק ב"התפתחות בצורה"⁹⁹. לפי זמיר, בהחלטות אלו בית המשפט התמודד "במישור העיוני"¹⁰⁰ (תיאורטי?) עם הלכות, כפי שהן התפתחו במשך הזמן ממקרה למקרה לאורך תקופה ארוכה, במסלול המוביל "אל מבנה שיטתי ושלם יותר של המשפט המנהלי"¹⁰¹. לגבי הקבוצה השנייה זמיר מסיק כי בנושאים אלה אכן התרחשה בשנות השמונים התפתחות מהותית, וכי מאחורי התפתחות זו עומדת מגמה של בית המשפט העליון להיות פעיל יותר בשמירת שלטון החוק. יחד עם זאת, לפי זמיר, אין בכך משום שינוי בתפיסת התפקיד של בית המשפט העליון בחברה, אלא רק "התפתחות טיפוסית של ההלכה, ברוח המשפט המקובל"¹⁰². בהתאם, זמיר פותר את הקושי שבבעיית הלגיטימציה העולה מהשינוי בתפקידו של בית המשפט העליון על ידי הטענה כי לא התרחשה כל מהפכה, אלא רק התפתחות טבעית וחיוכית מקום המדינה ועד ימינו אנו:

"...השורשים של ההלכות החשובות האלה [103] והלכות חשובות נוספות מסתעפים מן הפסיקה של השנים הראשונות כמו ענפים מגזע עבות. הפסיקה צמחה במשך שנים רבות בדרך של התפתחות טבעית כשהיא יונקת מן השורשים, להבדיל מן הדרך של מהפכה המתנתקת מן השורשים..."¹⁰⁴.

כפי שציינתי לעיל, נראה כי זמיר מנתח את בעיית הלגיטימציה במונחים משפטיים. בחינת השינויים בשתי הקבוצות עשתה שימוש בכלים ובכללים דוקטרינריים משפטיים. לקראת סוף מאמרו, משנה זמיר לפתע כיוון ונוקט בעמדה הבאה:

"אולם הגדרת השינוי בנושאים אלה, בהתפתחות או מהפכה, הנה בעיקר עניין של מינוח ולפיכך אין לו חשיבות של ממש. חשיבות רבה יותר נודעת לשתי שאלות אחרות הקשורות זו בזו: ראשית, מה הדבר שהביא את בית המשפט

97 זמיר, לעיל הערה 6, בעמ' 565.
 98 בקבוצה הראשונה נכללות הלכות בעניין הסבירות, ההלכה הדורשת כי ההחלטה המנהלית תהיה מבוססת על תשתית של ראיות, וההלכה בעניין איזון אינטרסים. שם, בעמ' 565–566.
 99 שם, בעמ' 566.
 100 שם.
 101 שם.
 102 שם, בעמ' 558.
 103 ההלכות שזמיר מכוון אליהן הן הלכות שניתנו למן סוף שנות החמישים ועד לסוף שנות השבעים. שם, בעמ' 565.
 104 שם.

הגבוה לצדק בשעה זו לשנות את מדיניותו ולהרחיב את שער־הכניסה אליו? ושנית, האם שינוי זה מוצדק וטוב?¹⁰⁵.

השאלה האחרונה אותה מעלה זמיר משתייכת לסדר של הלגיטימציה מהסוג השני, כלומר, האם ניתן ליישב את ההתרחשויות בהלכות בית המשפט למן שנות השמונים עם סכמת השלטון הדמוקרטי בישראל, או האם השינוי מוצדק במונחים מוסריים ופוליטיים. שאלה זו דורשת אימוץ של איזשהו קנה־מידה בסיסי של מוסר או צדק: מה טוב? מה צודק? מה ראוי? זמיר טוען:

"אילולא נחלץ בית המשפט להגמיש את ההלכות בעניין המעמד והשפיטות, ובדרך זאת להרחיב את מעורבותו במאבק על שלטון החוק, הסכנה של שימוש־לרעה בכוח השלטון היתה גדלה. הניסיון לימד כי אין לסמוך רק על הכנסת והממשלה – שבישראל יש להן כוחות עצומים מעבר למקובל במדינות אחרות – שתמיד יפעילו את הכוח באיפוק הראוי. הניסיון לימד גם כי מערכת של ריסונים ואיזונים, המכוונת למנוע שימוש פסול בכוח, אינה מפותחת די הצורך בישראל. כל אלה מטילים על בית־המשפט בישראל אחריות שבדרך־כלל אינה מוטלת על בתי־משפט בדמוקרטיות אחרות. נראה שבית המשפט הכיר בכך. לדעתי, הוא נשא באחריות זאת עד כה בהצלחה רבה"¹⁰⁶.

האם מצליחה תשובתו של זמיר לפתור את השאלה שהוא עצמו העלה? האם יכולה דעתנו לנוח כי השינוי היה טוב או מוצדק? האם ניסיונו המשפטי כה חד וחלק עד כדי כך שנוכל לומר בבהירות כי אילו המשיך בית המשפט העליון בדרכיו המסורתיות המצב היה "יותר גרוע" או "פחות טוב"? פרופסור מעוז, לדוגמה, משקיף על התפתחויות אלו מנקודת מבט שונה:

"לאן הוביל ביטולן של זכות העמידה ושל תורת השפיטות? בפתחו שערינו לרווחה, נהפך בית המשפט הגבוה לצדק לכותל הקובלנות לכל מי שיש בליבו על רשות מרשויות המדינה או על תופעה בחייה הציבוריים"¹⁰⁷.

כמובן שיש בטענתו של זמיר היבט עובדתי חלופי. על מנת לבסס את טענתו אנו נדרשים להשוות בין התפתחות הביקורת השיפוטית למן שנות השמונים במציאות לבין סיטואציה דמיונית, לפיה בית המשפט ממשיך לפעול על פי הכללים והדוקטרינות המסורתיים, לפני שנוכל להסיק בביטחון כי השינוי היה לטובה. יתרה מכך, יתכן מאוד שטענה מעין זו תצריך אותנו לבצע חישוב מורכב בו נחסר או נחליף אלו

105 שם, בעמ' 570.

106 שם, בעמ' 571.

107 מעוז, לעיל הערה 15, בעמ' 432. ראו גם חשין בבג"צ 2148/94 גלברט נ' יושב־ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573, 600.

באלו צדק, דמוקרטיה או אידיאלים אחרים. לדוגמה, זמיר טוען כי אם בית המשפט לא היה מנמיך את דרישות הסף של דוקטרינות העמידה והשפיטות, הסכנה מפני ניצול לרעה של כוח ציבורי היה גדל. אם נתעלם מההיבט העובדתי החלופי בטענה זו¹⁰⁸, זמיר כנראה צודק בקובעו כי שיקול הדעת לגבי לגיטימיות השינוי בתפקיד בית המשפט צריך להיות מונחה על-ידי, או לפחות צריך לקחת בחשבון את העובדה כי הנמכת דרישות הסף הפחיתה את הסיכון מפני ניצול לרעה של כוח ציבורי. אך, כפי שאחרים ציינו, הנמכת דרישות הסף ושינויים דוקטרינריים אחרים הגדילו את הסיכון מפני ניצול לרעה של כוח שיפוטי על ידי בית המשפט העליון¹⁰⁹. אנו נדרשים לבצע איזשהו חליפין בין הפחתת הסיכון מפני ניצול לרעה של כוח ציבורי על ידי פקידי מינהל לבין עליית הסיכון מפני ניצול לרעה של כוח שיפוטי על ידי בית המשפט¹¹⁰. זמיר מתעלם מבעיית החליפין או לפחות לא מקדיש לה תשומת לב מספקת. זו לא הייתה הדרך היחידה בה מלומדים ניסו להימנע מבעיית הלגיטימציה המתעוררת מהשינוי בתפקידו של בית המשפט העליון. פרופסור מאוטנר מסכם את מאמרו בהערות הבאות:

“מאז ומתמיד היתה לבית המשפט העליון תרומה חשובה, אולי מכרעת, לביצור זיקתה הערכית של ישראל למערב הליברלי. בשנות השמונים, יצא בית המשפט

108 יכול מאוד להיות שזמיר היה מודע לאופי הבעייתי של הטענה, לכן אין הוא טוען כי הנמכת דרישות הסף מנעה בסך הכל יותר ניצול לרעה של כוח, אלא כי הנמכת דרישות הסף הקטינה את הסכנה מפני שימוש לרעה בכוח שלטוני.

109 ראו לדוגמה דברי שקד בהקשר של עילת הסבירות בקשר לשינוי בהתנהלותו של בית המשפט העליון, לעיל הערה 10, בעמ' 127–128: “בשנים האחרונות הולכת ונוצרת תחושה לפיה לא ניתן לצפות באופן סביר אילו ממעשיה של הרשות המינהלית יעמדו בביקורת שיפוטית, ואלו מהם ייפסלו. בכל הזהירות הראויה, קיים חשש מכך שמידת אי-הוודאות הכרוכה בעילת חוסר הסבירות היא כה גדולה, עד שהיא עלולה להוביל לשרירות-לב שיפוטית. שכן העומס המוטל על בית המשפט, המחסור בכלים טכניים, ליקויי המינהל, הרצון לסייע לאדם העומד בפני בית המשפט וטוען שקופח, דוחפים את בית המשפט, כאשר אין עקרונות וכללים שידריכוהו, לעשות 'צדק' כמיטב יכולתו, על פי המקרה הקונקרטי העומד בפניו ולפי הרגשת השופטים. מתופעה זו יש להיזהר בשבע עיניים. בג'צ מופקד על נשמת אפה של הדמוקרטיה, על לב לבו של שלטון החוק. הוא השומר של הפרט ושל הציבור מפני שרירות לבו של המינהל ומפני הפגיעה בשלטון החוק. בשל כך עליו להקפיד הקפדה יתרה על כך שהחלטותיו תהיינה נקיות אף ממראית עין של שרירות לב. בית המשפט הוא השומר על הצדק והשוויון. הוא השומר עלינו מפני השררה ושרירות הלב. עליו אין שומרים. שומה עליו לשמור את עצמו”.

110 על הצורך לשקול זה מול זה תועלת ונזק ראו, לדוגמה, דברי רוזן-צבי, לעיל הערה 13, בעמ' 695: “...אפתח בחשש למעורבות-יתר [מצד בית המשפט], שמתאפיין במידה מופרזת של שפיטה דיוניסית. ...במעורבות-יתר כוונתי, למשל, לסוגיה הנוגעת בהשלטת הדין באמצעות בית-המשפט בעניינים 'פוליטיים'; ...לטעמי, הפיכת הסכם פוליטי לשפיט, כמו גם פרשנות מרחיבה של מבחן הסבירות לשם בחינת שיקול-דעת מינהלי, בתחומים שאינם נוגעים בהגנת חירויות הפרט, היא השלטת נורמות משפטיות שנזקה מרובה על תועלתה.” [ההדגשה שלי – י. ש.]

נגד אלה שקראו תיגר על זיקתה של ישראל לערכיו של המערב ופעל בתקיפות ובנחישות למען המשך קיומה של זיקה זו. כל מי שסבור כי בשנים שיבואו חייבת זיקתה של ישראל למערב הליברלי להימשך ואף להתעצם, חייב לייחל שמאבקו של בית-המשפט יוכתר בהצלחה"¹¹¹.

בפרק הקודם דנו, כאמור, בבעיה הדסקרפטיבית שבטענה כי בית המשפט העליון קידם אידיאלים וערכים מערביים דמוקרטיים. קיימות מספר מערכות של ערכים אותן ניתן להגדיר כמערכות של ערכים ליברליים מערביים. אנו נדרשים לפרט בבהירות איזו מהמערכות הללו קודמה על ידי בית המשפט. דרישה זו חושפת למעשה את בעיית הלגיטימיות שבפנייתו של מאוטנר לערכי המערב הליברלי. גם אם אנו עובדים בתוך מסורת נכבדה זו של ערכים ליברליים, עדיין נידרש מאתנו להצדיק את הערכים שקודמו על ידי בית המשפט ואת הבחירות שביצע בית המשפט במסגרת זו. כל זאת, בנוסף לצורך להסביר ולהצדיק את הפנייה לערכים מערביים מלכתחילה. יתרה מכך, השאלה האמיתית, לדעתי, צריכה להיות האם התפקיד החדש שבית המשפט העליון נטל לעצמו, ולא רק החלטה זו או אחרת, מוצדק, מוכר ומוסבר על ידי ערכים ליברליים-דמוקרטיים. חשיבותה של שאלה זו מתבססת על ההנחה שיתכן מאוד שקיים יותר ממודל שיפוטי אחד על פיו יכול בית המשפט העליון לפעול בדמוקרטיה ליברלית. האין אמירתו של זמיר, כי מוטלת "על בית-המשפט בישראל אחריות שבדרך-כלל אינה מוטלת על בתי-משפט בדמוקרטיה אחרות"¹¹², מבליעה

את ההנחה כי אכן קיים יותר ממודל אחד לתפקידו של בית המשפט בדמוקרטיה? שאלה חשובה היא האם אין כל חיסרון או היבט שלילי בכך שבית המשפט פועל במפורש לקידום של ערכים ליברליים מערביים סובסטינטיביים מנקודת המבט של ערכים אלו ממש. יתרה מכך, מה קורה כאשר, לדוגמה, ערך "ליברלי מערבי" מסוים מורה לבית המשפט להתערב בסכסוך, בעוד ערך "ליברלי מערבי" אחר מורה לו להימנע מלהתערב? כיצד על בית המשפט העליון לפעול? האם הוא צריך להעדיף ערך אחד על פני השני? האם הוא צריך לעיתים לקדם ערך אחד ולעיתים לקדם את השני? אלו אינן שאלות אבסטרקטיות הנעדרות תוקף פרקטי. יכול מאוד להיות כי תגובתו של מאוטנר לטיעון זה תהיה על ידי פניה לדוקטרינת "איזון האינטרסים" המהווה אחד הכלים המרכזיים של בית משפט לא-פורמליסטי. אף על פי כן, לא ניתן שלא להתייחס עוד לשאלת הלגיטימציה, מכיוון שאין לנו שום ביטחון בקיומה של מערכת ערכים אוניברסלית, קוהרנטית וקונסיסטנטית אותה שופטי בית המשפט מכירים, מזהים ומיישמים. קושי זה מקבל משנה תוקף בקרב אלו המאמינים כי אחד מערכי המערב הוא כי הכרעה ראויה היא הכרעה המערבת את העם ויוצרת ערוצים בהם הוא משתתף בהכרעות פוליטיות. אם הכול נחתך ברמת ערכי-העל לשם מה

111 מאוטנר, לעיל הערה 1, בעמ' 596.

112 זמיר, לעיל הערה 6, בעמ' 571.

נחוץ הליך דמוקרטי? אין כוונתי כאן להכריע את הכף לטובת גישה זו או אחרת, אלא לציין כי תשובתו של מאוטנר לשאלת הלגיטימציה היא תשובה חלקית. לאחר חקיקת חוקי היסוד החדשים, ובמיוחד לאחר ההחלטה בע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל¹¹³, בה נטל לעצמו בית המשפט העליון את הסמכות לבטל חקיקה ראשית של הכנסת כמעט ללא סייגים מהותיים, נותבה שאלת הלגיטימציה לטיעונים המוכרים יותר למשפטנים אמריקאים. מלומדים נאבקו עם שאלות כגון: האם יש להתיר לבית המשפט העליון לפסול חוקים שנחקקו על ידי מחוקק דמוקרטי?¹¹⁴ האם בית המשפט מגן על הערכים הנכונים או על הקבוצות הנכונות שעה שהוא מחליט לבטל חקיקה ראשית? הפעם, יש לומר, ננקטה עמדה ביקורתית הרבה יותר, ככל שהדבר נוגע ללגיטימיות של החלטות בית המשפט העליון המקדמות ערכים ספציפיים¹¹⁵.

הכתיבה האקדמית, שבחנה שאלות אלו, היא חלק מתהליך מתמשך של הערכת המהפכה החוקתית של 1992 ששינתה את המשפט החוקתי ללא הכר. חלק מהמאמרים הבוחנים את הערכים שקודמו על ידי בית המשפט שואפים להשפיע על החלטות עתידיות של בית המשפט העליון. אחרים, מעלים ספקות באשר לתועלת וליתרונות שבהתערבות ההולכת וגדלה של בית המשפט העליון בחיינו הציבוריים. יש להשקיף על מרבית המאמרים שנכתבים כחלק ממבחן-תוצאה (*Result-driven test*), הבוחן לא רק את צדקתן של החלטות ספציפיות, אלא גם את הלגיטימיות המוסדית של בית המשפט העליון במערך השלטון המדינתי¹¹⁶. על ידי חקירה, בחינה, הערכה ושיפוט של

113 פ"ד מט(4) 221 (להלן: "עניין מגדל").

114 ראו, למשל, Daphne Barak-Erez "From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective" 26 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 309, 346 (1995): "The Israeli system will now face the same unresolved problems raised by judicial review in the American system: invalidation of the so-called 'will of the majority' and adjudicating on the border of politics. In other words, it will face the legitimacy question: Should the courts be allowed to defeat laws enacted by a democratic legislature."

115 ראו: מרמור, לעיל הערה 85; בן-ישראל, לעיל הערה 83; פ' רדאי, "הפרטת זכויות האדם" והשימוש לרעה בכוח, משפטים כג (תשנ"ד) 21; א' גרוס, "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405; ג' מונדלק, "זכויות חברתיות כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד חברתי של זכויות האדם", שנתון משפט העבודה ז (1999) 65; ג' גונטובניק, "המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית", עיוני משפט כב (תשנ"ט) 129.

116 המונח "מבחן-תוצאה" כחלק מניתוח הלגיטימיות המוסדית של בית משפט עליון בחברה דמוקרטית נטבע על ידי רונלד דבורקין: Ronald Dworkin *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, 1996) at p. 34: "I see no alternative but to use a result-driven rather than a procedure-driven standard...The best institutional structure is the one best calculated to produce the best answer to the essentially moral question of what the democratic conditions actually are, and to secure stable compliance with these conditions." John Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., revised ed., 1999) 173 לפי רולס, על חברי הקהילה לבחור

מעריך החלטותיו של בית המשפט העליון והתנאים הכלכליים, החברתיים והפוליטיים בהם הן ניתנו, מלומדים אלו מנסים להעשיר את ידיעותינו על הלגיטימיות המוסדית של בית המשפט העליון: האם ביקורת שיפוטית אכן מקדמת את המטרות והערכים שהיא טוענת להם? האם וכיצד התנאים הכלכליים, החברתיים והפוליטיים בישראל משפיעים על ההסתברות כי הביקורת השיפוטית תצליח במשימתה?

בסוגיות מסובכות מעין אלו, שהן בעלות רבדים רבים של הערכה ושיפוט, המערבות הנחות נורמטיביות ואמפיריות, תוכנית מחקר אחת לא תספק. מה גם שקיים טעם נוסף מדוע עלינו לחפש אחר מבחנים נוספים על מנת לשפוט את הביקורת השיפוטית. מחקרים אלו, הבוחנים את הלגיטימיות מוסד הביקורת השיפוטית על ידי המטרות אותן הוא אמור לקדם, אינם מספיקים, מכיוון שמבחן-התוצאה עצמו אינו מספק לבחינת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית. אזרחים בישראל, כמו בדמוקרטיות אחרות בעולם, אינם מסכימים על מהי טובת הכלל, תפיסת הצדק, זכויות היסוד ו/או ערכי היסוד הראויים להגנה. מחלוקות אלו אינן פוסחות על משפטנים, שופטים ומלומדים אחרים¹¹⁷. חילוקי דעות אלו מונעים מאתנו את השימוש

את החוקה הצודקת והאפקטיבית ביותר שתביא על פי חישובם לחקיקה האפקטיבית והצודקת ביותר: "[T]he first problem is to design a just procedure. To do this the liberties of equal citizenship must be incorporated into and protected by the constitution...Clearly any feasible political procedure may yield an unjust outcome. ...Nevertheless, some schemes have a greater tendency than others to result in unjust laws. The second problem, then, is to select from among the procedural arrangements that are both just and feasible those which are most likely to lead to a just and effective legal order." לטיעון המצדיק והמבסס את הלגיטימיות מוסד הביקורת השיפוטית על המטרות אותן הוא מקדם ועל התנאים האמפיריים המתקיימים, או שאינם מתקיימים, בחברה נתונה ראו Samuel Freeman "Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review" 9 *Law and Philosophy* (1990) 327, 361: "This means that whether judicial review is appropriate for a particular democratic constitution is a strategic question. Unlike the argument for democratic legislative procedures, the argument for judicial review does not attempt to show that this institution is essential to a democratic constitution. Instead, it takes democratic legislative procedures for granted, and its justification is contingent upon the extent to which these procedures serve the ends in virtue of which they are found appropriate. ...These contentions can be made only with respect to specific democratic regimes, and their justification must proceed on empirical ground." Christiano "Waldron on Law and Disagreement" 19 *Law and Philosophy* (2001) 513, 542: "If a bill of rights with judicial review is necessary to achieve this result, there is nothing in the proper account of the justification of democracy that rules this out. ...[However], what institutions actually are necessary to protect democratic and liberal rights is a contingent question and probably has different answers for different societies that experience different kinds of social conflict."

ראו Waldron, *supra* note 95, at p. 295: "On the one hand, we cannot use a result-driven test, because we disagree about which results should count in favor of and which against a given decision-procedure. On the other hand, it seems we cannot appeal to

במבחן-התוצאה: איננו מסכימים אלו תוצאות הן תוצאות רצויות, ומכאן שאיננו יכולים להסכים על פרוצדורה להשגת תוצאות רצויות.

אינני מתיימר להציג פתרון לבעיה זו. יחד עם זאת, בניגוד למחקרים ולמאמרים מצויים, אני מאמין שיש לגשת לשאלת הלגיטימציה של בית המשפט העליון מזווית שונה. על מנת להעריך את הלגיטימציה המוסדית של פעילותו של בית המשפט העליון לאורך השנים עלינו להימנע משתי שאלות הגורמות לאנשים לרוב להתחפר בעמדותיהם, והמונעות, לדעתי, עמידה על הדילמה הנורמטיבית בפניה ניצבים שופטי בית המשפט העליון. ראשית, אני מאמין כי בחינת הלגיטימציה של תהליך אימוץ והתפתחות מוסד הביקורת השיפוטית צריכה להיעשות תוך התעלמות מהשאלה, או לפחות אי נקיטת עמדה ברורה לגבי השאלה, האם ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית הינה לגיטימית. שנית, יש להימנע, ככל האפשר, מבחינת החלטות בית המשפט על ידי פניה ישירה לערכים ספציפיים¹¹⁸. במקום זאת, יש להעריך את אימוצה והתפתחותה של הביקורת השיפוטית על ידי פנייה לשני מודלים נורמטיביים לביקורת שיפוטית, המייצגים שתי דרכים לגיטימיות לפעולתו של בית משפט חוקתי בדמוקרטיה ליברלית, והמניחים פלורליזם של תפיסות טוב וערכים. פרופסור מאוטנר צדק כשבחן את פסיקת בית המשפט על פי תפיסות עולם שיפוטיות. אך התיאוריה בדבר ירידת הפורמליזם ועלית הערכים אינה תואמת מבחינה דסקרפטיבית את ההתפתחויות במשפט החוקתי הישראלי ואינה מבטאת את הדילמה הנורמטיבית המאפיינת את התנהלות בית המשפט העליון בתחום החוקתי.

אחת הסיבות שהניעו אותי לבחור בנתיב זה של שיפוט מוסד הביקורת השיפוטית היא אמונתי כי הוא עשוי לספק לנו תובנות נוספות לאלו המצויות במאמרים ובכתיבה האקדמית. פרופסור דפנה ברק-ארוז, במאמרה *From an Unwritten to a Written Constitution*, הביעה את דאגתה ביחס לשאלת הלגיטימציה שבאימוץ ביקורת שיפוטית על פי הסגנון האמריקאי, אליה נלווים השינויים וההתפתחויות של ההלכה

any procedural criterion either, since procedural questions are at the very nub of the disagreement we are talking about.”

118 ניתן למצוא בגישה זו הד לגישתו של רולס ושל פילוסופים אחרים לגבי הדרכים השונות בהן ניתן להעריך חוקים, תקנות, צווים, החלטות ופרקטיקות משפטיות. דרך אחת להעריך חוקים והחלטות משפטיות היא על ידי פניה ישירה לתפיסת הצדק. בהתאם לכך, החלטה שיפוטית תחשב ללא צודקת אם היא מפרה את דרישות הצדק. הדרך השנייה להעריך חוקים והחלטות שיפוטיות היא על ידי פניה לאילן היוחסין או לפרוצדורה (pedigree) שבהתאם לו הם התקבלו. בהתאם לדרך השנייה, חוקים והחלטות משפטיות הם לגיטימיים, לא מכיוון שהם צודקים, אלא מכיוון שהם התקבלו בהתאם לפרוצדורה דמוקרטית מקובלת. ראו John Rawls *Political Liberalism* (New York, 1993), at p. 428. מכאן, שהלגיטימציה של החלטות משפטיות תלויה בהכרח בשאלה האם הן תוצאה של הפעלת אחד משני המודלים הנורמטיביים של ביקורת שיפוטית שיוצגו להלן. השאלה הבסיסית יותר היא האם שני המודלים עונים על דרישות תפיסת הצדק הליברלית. מפאת מגבלת מקום אין ביכולתי לספק תשובה לשאלה זו, אך אציין כי לדעתי שני המודלים נובעים מתפיסת צדק ליברלית.

הפסוקה למן שנות השמונים¹¹⁹. גם אני טרוד בבעיית הלגיטימציה העולה משילובן של מספר מגמות העולות מפסיקת בית המשפט העליון בשני העשורים האחרונים. בשל כך, אני מעוניין להשקיף על אימוצה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית בעניין מגדל¹²⁰, כחלק מתהליך מתמשך של פיתוח ביקורת שיפוטית מאז קום המדינה ולא כפרשת דרכים במשפט החוקתי בעלת מעמד מיוחד. כפי שהדגמתי לעיל, שאלת הלגיטימציה של תפקידו של בית המשפט העליון עלתה זמן רב לפני נטילת הסמכות החדשה לבקר חקיקה ראשית מכוח חוקי היסוד החדשים.

ו. הצגתה מחדש של הדילמה הנורמטיבית: שני מודלים לביקורת שיפוטית

אני מאמין, כי שני המודלים לביקורת שיפוטית שאציג להלן, לא רק מתארים בדייקנות את אימוצה והתפתחותה של הביקורת השיפוטית בישראל, אלא גם חושפים את האתגר הנורמטיבי עמו ידרשו שופטי בית המשפט העליון להתמודד בשנים הבאות. הצגת המודלים האמורים תעשה תוך מבט נוסף אל ההחלטות פורצות הדרך בעניין בז'רנו, בעניין שייב ובעניין קול העם¹²¹. למעשה, הימצאותם של שני המודלים עוד בהחלטות אלו מוכיחה כי אתגר זה קיים מאז ומעולם במשפט החוקתי הישראלי. הדילמה של המשפט החוקתי הישראלי אינה בחירה בין תורת משפט של ערכים

119 Barak-Erez, *supra* note 114, at p. 353: "I believe that the legitimacy of a new constitutional practice of judicial review is very much dependent on the policy adopted by the Israeli Supreme Court. The Court will have to adjust its judicial consciousness to the new constitutional era. ...During this period [the 0891's], the court was willing to adopt an 'activist' approach — to declare new norms as derivatives of general principles and then enforce them against the government when necessary. Viewing this development, some may argue that the court has no significant adjustment to make; it has only to follow its value-oriented form of adjudication. But it is misleading to think so. In the past, judicial activism was accompanied by restraint. It fell short of invalidating legislation, and, theoretically, could be overruled by the Knesset. Now, these restraints are gone. The Court must be aware of this change and be more cautious. The value of invalidating a law will have to be weighed against the counter-majoritarian Ruth Gavison, "The Role of Courts in difficulty and the problem of legitimacy." *Rifted Democracies* 33 *Israel L. Rev.* 216 (1999): "The Supreme Courts...enjoy great acclaim and respect within Israel and abroad, but have recently come under attack from a variety of sources...This situation creates a dilemma for those who want a strong and independent judiciary...but who believe that, during the last two decades, the courts have transgressed limits they should respect."

120 לעיל הערה 113.

121 ראו טקסט הנלווה להערות 75–76, הדין בעובדה שהחלטות אלה אינן עשויות מקשה אחת, אלא מייצגות שני מודלים לביקורת שיפוטית. ראו גם פרקים ז–ח להלן.

על פני תפיסת הפורמליזם המשפטי. המשפט החוקתי הישראלי מעולם לא היה פורמליסטי. עשיית צדק וקידום משטר דמוקרטי היו מאז ומעולם מטרותיו של בית המשפט העליון. הדילמה לרוב הייתה איזה צדק צריך לקדם, איזו דמוקרטיה צריך לכוון ובאילו דרכים מגשימים אידיאלים אלה. כאמור, מפאת מגבלת מקום איני יכול להציג טיעון סדור מדוע הפרשנות הטובה ביותר של המשפט החוקתי הישראלי מיוצגת על ידי הבחירה בין תפיסה עולם שיפוטית, אותה אכנה מודל "הרועה המוסרי", לבין תפיסת עולם שיפוטית, אותה אכנה מודל "הבורר המסויג". איני יכול גם להציג כאן הגנה ראויה על מודלים אלה. הצגת המודלים במאמר זה נועדה אך כדי להציג אלטרנטיבה פרדיגמטית לירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט החוקתי הישראלי. שני מודלים אלו מפנימים את העובדה שבית משפט חוקתי פועל במדינה דמוקרטית. שני המודלים נעוצים בקרקע של המסורת הליברלית-דמוקרטית, ושניהם שואפים לקדם אידיאלים ליברלים דמוקרטיים. עם זאת, הם מצווים דרכים שונות, כמעט מנוגדות, להגשמת מטרות ואידיאלים אלו. למודלים אלה פוטנציאל גבוה להתגבר על הקשיים הדסקרפטיביים והנורמטיביים בתיאוריות הקיימות של המשפט החוקתי הישראלי.

ז. בית המשפט העליון כ"רועה המוסרי" של החברה והחלטה בעניין קול העם

לפי מודל הרועה המוסרי לביקורת שיפוטית, תפקידו העיקרי של בית משפט חוקתי הוא לקדם צדק, שיתוף פעולה הוגן, דמוקרטיה או אידיאלים מוסריים ופוליטיים אחרים על ידי אימוץ תיאוריה ראשית של אידיאלים אלה. למרות שמודל זה מכיר בהיות בית המשפט פורום ליישוב סכסוכים, תפקיד זה הוא משני לתפקידו כמקדם אידיאלים פוליטיים ומוסריים. בהתאם לכך, מודל הרועה המוסרי מבקש מבית המשפט להצדיק את החלטותיו והכרעותיו, אפילו במקרים קשים, על בסיס עקרוני ולא על בסיס פרגמטי, מקרי או נסיבתי. אך מה כוללת בדיוק הדרישה ל"הצדקה על בסיס עקרוני" לפי מודל זה?

כמובן, שמודל הרועה המוסרי, בכל וריאציה סבירה, אינו יכול פשוט להרשות לשופט להסתמך ללא שום ריסון על דעותיו המוסריות תוך כדי בניית הצדקה על בסיס עקרוני. במקום זאת, דעות מוסריות ופוליטיות אלו צריכות להיות מעוגנות בתיאוריה משפטית, חוקתית או פוליטית, שמכתיבה מתי וכיצד שופטים רשאים לפנות לדעות אלו בפתרון סכסוכים חוקתיים. כדי להבין טוב יותר את מודל הרועה המוסרי וכיצד הוא בא לידי ביטוי בהחלטת בית המשפט העליון בעניין קול העם אחלק את הדיון לשניים: היבט צורני והיבט מהותי.

1. ההיבט הצורני של מודל "הרועה המוסרי"

בית משפט חוקתי הפועל כהלכה ובהתאם למודל הרועה המוסרי שואף לייסד את החלטותיו על כללים רחבים המתעלים מעבר לצדדים המידיים לסכסוך. החלטותיו צריכות לפתור לא רק את הסכסוך המצוי בפני בית המשפט, אלא גם סכסוכים עתידיים או לפחות צריכות להנחות אותנו לגבי פתרונם הראוי של סכסוכים עתידיים. אך כיצד באה דרישה זו לידי ביטוי בעניין קול העם? הרקע להחלטה בעניין קול העם הוא מאבקו הפוליטי של ראש ממשלת ישראל דאז, דוד בן-גוריון, במפלגת מק"י (קומוניסטים) ובדובריה, עיתון קול העם ועיתון אל-אתיחאד בערבית. באותה תקופה נקטה ברית המועצות של סטאלין בקו אנטישמי מובהק, כשהציונות הואשמה בשותפות לפשעים של ארצות המערב ובבגידה במחנה הקומוניסטי. מפלגת מק"י ועיתוניה, לא רק שלא הסתייגו מהאשמות אלו ושימשו להן שופר, אלא גם הוסיפו משלהם. במסגרת זו עיתון קול העם פרסם מאמר, שכותרתו "ילך אבא אבן להלחם לבד...". שהסתמך על דיווח בעיתון הארץ, לפיו הביע שגריר ישראל בארה"ב, מר אבא אבן, הסכמה לשגר חיילים ישראלים לעזרת ארה"ב במלחמת קוריאה. מאמר זה הילל את נאמנותה של ברית המועצות למדיניות של אחוות העמים והתקין את "המדיניות האנטי-לאומית של ממשל בן-גוריון המספסרת בדם הנוער הישראלי"¹²². העיתון אל-אתיחאד הלך בעקבות קול העם והאשים את הממשלה בכניעה לאדוניה האמריקאיים ובמכירת ההמונים כבשר תותחים למכונת המלחמה שלהם. על רקע פרסום זה הורה שר הפנים על הפסקת הוצאתם לאור של העיתונים לתקופה קצובה, ועל כן עתרו עורכי העיתונים לבג"צ.

אך בהחלטתו בעניין קול העם מגדיר השופט אגרנט את הסכסוך שבפניו בצורה רחבה ביותר המתעלה מעבר לצדדים המידיים לסכסוך:

"מזמן לזמן מגיע לערכאה זו משפט בו מתעוררת בעיה יסודית, התובעת עמידה מחדש על עקרונות ידועים ועתיקים. לסוג זה שייכים שני המשפטים הנדונים [עניין קול העם ועניין עיתון אל אתיחאד], בהם מצווים אנו להגדיר את היחס הקיים בין הזכות לחופש העיתונות מזה, לבין הסמכות המצויה בידי השלטונות... להטיל הגבלה על השימוש באותה זכות, מזה. אנו רואים את חופש העיתונות כצורה ספציפית אחת של חופש הביטוי, ולהלן לא נבדיל – למטרת דיוננו – בין שני מושגים אלה"¹²³.

בנתחו דברים אלה, כותב אברהם שפירא, כי קשה למצוא ניסוח רחב יותר לבעיה השנויה במחלוקת, ומשער כי אחד הטעמים לניסוח רחב זה הוא כוונתו של השופט

122 עניין קול העם, לעיל הערה 41, בעמ' 875.

123 שם, בעמ' 875–876.

אגרנט להפוך את עניין קול העם לתקדים מנחה בסוגיית זכויות האזרח¹²⁴. נאמן לכוונה זו, ממשיך השופט אגרנט בסדר יורד ממוסכמות לאומיות לגבי מסמכי יסוד, כגון הכרזת העצמאות, ולגבי מהות ומבנה מוסדותינו הפוליטיים להגדרה המשפטית של המונח הרלוונטי בפקודת העיתונות. כוונה זו, לייסד כללים רחבים, מתמצה לבסוף באימוצה של דוקטרינת הסכנה הקרובה לוודאי, שאמורה לשמש נוסחה כללית לפתרון כל הסכסוכים העתידיים בהם מתנגש האינטרס של שלום הציבור באינטרס של חופש הביטוי. לכן, כפי שכותבת פנינה להב, "פסק-הדין לא רק תקע טריז בגלגלי המבצע לביעור מק", אלא גם שימש דגם לטיפול באוקיאנוס הסמכויות הבלתי מוגבלות שהעניק החוק הישראלי לרשות המבצעת"¹²⁵.

בפתרון סכסוכים חוקתיים, בית המשפט, המונחה על ידי מודל הרועה המוסרי, מנסה גם לספק עומק תיאורטי להחלטותיו ולא רק לייסדם על כללים רחבים. עומק תיאורטי זה מיועד לחשוף כמה שיותר ועד כמה שהדבר אפשרי את השיקולים המוסריים, הפוליטיים והאחרים שהביאו את בית המשפט להכרעותיו. לכן, לפי מודל הרועה המוסרי, על בית המשפט לעגן את הכרעותיו המשפטיות בתיאוריה חוקתית, פוליטית או מוסרית, שכן רק היא יכולה להוות בסיס איתן להכרעות משפטיות¹²⁶. בעניין קול העם מבסס השופט אגרנט את הכרעתו על תיאוריה לגבי אופי המשטר הדמוקרטי ותפקידו של חופש הביטוי במשטר מעין זה. הדמוקרטיה מבוססת על רצון העם, ומניחה את שלטונם העצמי של אזרחי המדינה וכפיפותם של המושלים בפועל

124 שפירא, לעיל הערה 36, בעמ' 646.

125 ראו גם: פ' להב, "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט", עיוני משפט טז (תשנ"א) 475, בעמ' 507: "הניתוח והתוצאה [בעניין קול העם] היו מרכזיים למאמץ לגשר בין התיאוריה של הזכויות לפרקטיקה בשטח. פסק-הדין לא רק תקע טריז בגלגלי המבצע לביעור מק", אלא גם שימש דגם לטיפול באוקיאנוס הסמכויות הבלתי מוגבלות שהעניק החוק הישראלי לרשות המבצעת. ...בחסות פסק-הדין, החלה העיתונות הישראלית ליהנות מחופש רחב יותר לדווח ולבקר, אלה שמקצועם לפרש את ההתפתחויות המשפטיות קיבלו פסק דין שיוכלו להניף בגאווה כאות וסמל למחויבותה של המדינה לזכויות, ואילו לפני בתי-המשפט נסללה הדרך אשר באמצעותה יהיה אפשר לעגן את הזכויות במשפט הישראלי ולהגן עליהן".

126 ראו לדוגמא Ronald Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge Mass., 1977) at p. 15: "Day in and Day out we send people to jail, or take money away from them, or make them do things they do not want to do, under coercion of force, and we justify all of this by speaking of such persons as having broken the law or having failed to meet their legal obligations, or having interfered with other people's rights. Even in clear cases...when we are confident that someone had a legal obligation and broke it, we are not able to give a satisfactory account of what that means, or why that entitles the state to punish or coerce them. We may feel confident that what we are doing is proper, but until we can identify the principles we are following we cannot be sure that they are sufficient, or whether we are applying them consistently. In less clear cases, when the issue of whether an obligation has been broken is for some reason controversial, the pitch of these nagging question rises, and our responsibility to find answers depends."

(נציגי העם) לרצונם של האזרחים¹²⁷. היות והדמוקרטיה, אליבא דאגרנט, היא "בראש וראשונה משטר של הסכמה"¹²⁸, המחייב תהליך של "בחירת המטרות המשותפות של העם"¹²⁹, הזכות לחופש הביטוי ממלאת תפקיד חיוני ומאפשרת דיון וליכון של בעיות לשם הבהרת דעת הקהל ועיצובה¹³⁰. בכך הניח השופט אגרנט בעניין קול העם מודל תיאורטי ומתודולוגיה ברורה ומוסמכת להכרה בקיומן של זכויות יסוד במשפט החוקתי של ישראל¹³¹.

הרצון להניח תיאוריות עמוקות ויסודיות, לצאת אל מחוץ לסכסוך הספציפי ולעסוק בהנמקה אבסטרקטית מונעת על ידי מחויבותו של בית המשפט לצדק, הגינות או אידיאלים פוליטיים אחרים. בית המשפט מצהיר על או מוכיח את צדקתו, על ידי כך שהוא מכפיף את החלטותיו לביקורת של סדר (מוסרי או פוליטי) גבוה (המצוי מעל הסדר המשפטי)¹³². בהתעלות מעבר לסכסוך הספציפי, מעבר לכלל החוקתי הפורמלי, מעבר להסדר החוקתי או להסדר הסטוטורי הקיים יש משום ניסיון לתת הסבר מעמיק להכרעות בית המשפט ולספק מערכת טעמים רחבה וכוללת העונה על שאלת הלגיטימציה השלטונית. שיטתו של השופט אגרנט בעניין קול העם, מסביר שפירא, שואבת נורמות משפטיות מהמוסכמות ומהקונצנזוס הכלליים, בהליך בו בית המשפט נדרש לפתח את רעיון טבע הממשל של ישראל לאורם של רעיונות יסוד של המשטר הדמוקרטי¹³³. לימים כינה פרופסור ברק את תפיסת העולם המשפטית המשתקפת מעניין קול העם כ-"מודל הבנת הרקע" (*background understanding model*)¹³⁴, והסביר כי בהתאם למודל זה קיימת הסכמת רקע ביחס לזכויות אדם, שלטון

127 עניין קול העם, לעיל הערה 41, בעמ' 876.

128 ש.ם.

129 ש.ם.

130 להב, לעיל הערה 125, בעמ' 503–507.

131 פ' להב, ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית (תל-אביב, 1999) בעמ' 162.

132 ראו Cass R. Sunstein *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge Mass., 1999) at p. 245.

133 שפירא, לעיל הערה 36, בעמ' 647–648.

134 ראו Aharon Barak "Constitutional Law without a Constitution: The Role of the Judiciary" in *The Role of Courts in Society* (Shimon Shetreet ed., Boston, 1988) 448, 451. פרופסור ברק כותב כי ניתן להבחין מתודולוגית בין שני מודלים פרשניים לפתרון בעיות חוקתיות. הראשון הוא מודל הבנת הרקע, שתחתיו קיימת הבנת רקע כללית ביחס לזכויות אדם, שלטון החוק, הפרדת רשויות וכדומה. בהתאם למודל זה יש לפרש כל טקסט – חוקה, חוק, ופסק דין – לאור הבנת רקע זו. המודל השני הוא מודל שאינו נסמך על הבנת רקע (*non-background-understanding-model*). בהתאם למודל זה, אין הבנת רקע כללית, וכל תוצאה משפטית חייבת להיות תוצר של קריאת הטקסט בלבד. ראו גם Zeev Segal, "A Constitution Without a Constitution: The Israeli Experience and the American Impact" *21 Cap. Univ. L. Rev.* 1, 4 (1992). שימו לב: למעשה, פרופסור ברק מעצב את הדילמה הפרשנית האמורה בקווים התואמים את טיעונו של פרופסור מאוטנר, וכל זאת כחצי עשור לפני כן. על פי פרופסור ברק, הבחירה היא בין פרשנות הנסמכת על טעמים המצויים ברקע החיקוקים הרלוונטיים (ולכן תואמת את "תורת המשפט של טעמים") לבין פרשנות טקסטואלית

החוק, הפרדת רשויות ועקרונות יסוד אחרים. הבנת הרקע עליה ניצבת שיטת המשטר הישראלית, המאגדת בתוכה ערכים דמוקרטיים והכוללת את תנאי הלגיטימיות של המשטר הישראלי, מחייבת את בית המשפט לפרש כל טקסט סטטוטורי (דוגמת פקודת העיתונות שבעניין קול העם) בהתאם להסכמות כלליות אלו.

2. ההיבט המהותי של מודל "הרועה המוסרי"

מודל הרועה המוסרי כולל גם מחויבויות חוקתיות מהותיות. אחד המוטיבים החוזרים בפילוסופיה הפוליטית העכשווית הוא הימצאותם של חילוקי דעות בחברה דמוקרטית מודרנית – חילוקי דעות לגבי דת, פילוסופיה, מוסר ושאלות פוליטיות¹³⁵. בית משפט הפועל בהתאם למודל הרועה המוסרי מכיר בקיומן של מחלוקות סבירות ביחס לתפיסות טוב כוללות. אל מול פלורליזם זה של ערכים, בית המשפט נדרש הלכה למעשה לספק הצדקה המתעלה מעבר לחילוקי הדעות. מחויבות זו מתבטאת בעיקר ברצון לספק "הצדקה ציבורית ניטרלית"¹³⁶. משמע: מודל הרועה המוסרי דורש כי ההצדקה או ההנמקה של ההכרעה המשפטית תהיה בעלת איכות מסוימת: ציבורית וניטרלית.

הנסמכת על הטקסט הפורמלי (ולכן תואמת את הפורמליזם המשפטי). כפי שהובהר לעיל, גישתי שונה, שכן אני מאמין כי הדילמה הרלוונטית אינה בין פרשנות ערכית-מהותית לבין פרשנות פורמליסטית. בעצבו את הדילמה פרופסור ברק מניח קיומן של שתי סיטואציות בלבד – קיומה של הסכמה רחבה וכללית והעדרה – ודיכוטומיה חדה זו מובילה אותו לדילמה בין פרשנות ערכית-מהותית ובין פרשנות פורמליסטית. לעומת זאת, גישתי מניחה קיומו של מצב ביניים בין קיומה של הסכמה רחבה וכללית לבין העדרה של הסכמה מעין זו. מצב ביניים זה מתבטא בהסכמה צרה וספציפית שההבדל בינה לבין ההסכמה הרחבה הכללית הוא כמותי בעיקרו – למרות שקיימות הסכמות המצויות מחוץ לטקסט המשפטי, הרי שהן צרות ביותר ומתמקדות בסוגיות מסוימות ו/או במקרים מסוימים.

ראו Rawls (*Political Liberalism*), *supra note* 118, at p. xvii: "A modern democratic society is characterized not simply by pluralism of comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines but by a pluralism of incompatible yet reasonable comprehensive doctrine. No one of these doctrines is affirmed by citizens generally. Nor should one expect that in the foreseeable future one of them, or some other reasonable Barry, *supra* note 90, at p. 5: "Perhaps some societies might be found to be less culturally diverse than the United States; others are surely more divided. Two things can be said with confidence. One is that no contemporary society is really homogeneous. The other is that claims to derive conclusions from the allegedly shared values of one's society are always tendentious." Bruce A. Ackerman *Social Justice in the Liberal State* (New Haven, 1980), at p. 54: "Different people want material resources for vastly different reasons. when these conceptions of the good are elicited through dialogue, the verbalization come in countless variations. They do not have a common form, much less a common substance."

Barry, *supra note* 90, at p. 6: "[W]e ask for some justification of social and political institutions that can be presented for the approval of each person's reason..."

הצדקה ציבורית וניטרלית כשמה כן היא. היא ציבורית מכיוון שהיא פונה לציבור בכללותו ומבוססת על תפיסותיו. היא ניטרלית מכיוון שנאסר עליה להיות מבוססת על תפיסת טוב ספציפית ועליה להתעלות אל מעבר להבדלי גזע, מין, דת או עמדה חברתית שהנם שרירותיים מנקודת המבט המוסרית¹³⁷.

התיאוריה של השופט אגרנט בעניין קול העם מניחה קיומן של חילוקי דעות פוליטיים ואידיאולוגיים, דוגמת המחלוקת בין ראש הממשלה דאז בן-גוריון לבין מנהיגי מק"י. לפי השופט אגרנט, ההליך הדמוקרטי הוא הליך של הבהרה, עיצוב ושכנוע דעת הציבור, והליך מעין זה יש בו טעם רק לאור קיומן של מגוון דעות, עמדות והשקפות פוליטיות. השאיפה לספק הצדקה ציבורית ניטרלית באה לידי ביטוי ברצונו של השופט אגרנט לאפשר סחר חופשי בדעות, כשהמבחן הטוב ביותר לאמת הוא כוחה של המחשבה להתקבל תוך התחרות בשוק הרעיונות החופשי. ניסיונו של בית המשפט ליצור ולהגן על אותו מרחב ציבורי של דיון חופשי מיקם אותו כמתנשא מעל לפוליטיקה הקואליציונית-מפלגתית במדינת ישראל¹³⁸. על מנת

137 Rawls (*Political Liberalism*), *supra* note 118, at p. 24: "[O]ne of our considered conviction is this: the fact that we occupy a particular social position is not a good reason for us to propose, or expect others to accept, a conception of justice that favors those in this position. Similarly, the fact that we affirm a particular religion, philosophical, or moral comprehensive doctrine with its associated conception of the good is not a reason for us to propose, or to expect others to accept, a conception of justice that favors those of that persuasion. To model this conviction in the original position, the parties are not allowed to know the social position of those they represent, or the particular comprehensive doctrine of the person each represents." Barry, *supra* note 90, at p. 160: "[A]t the point where the basic principles and rules are being drawn up, no conception of the good should be given a privileged position. Putting the same idea less abstractly, we may say that nobody is to be allowed to assert the superiority of his own conception of the good over those of other people as a reason for building into the framework for social cooperation special advantages for it." Ackerman, *supra* note 135, at pp. 10–11: "The germ of the idea is that nobody has the right to vindicate political authority by asserting a privileged insight into the moral universe which is denied the rest of us. A power structure is illegitimate if it can be justified only through a conversation in which some person (or group) must assert that he is (or they are) the privileged moral authority: *Neutrality*. No reason is a good reason if it requires the power holder to assert: (a) that his conception of the good is better than that asserted by any of his fellow citizens, or (b) that, regardless of his conception of the good, he is intrinsically superior to one or more of his fellow citizens."

138 שפירא, לעיל הערה 36, בעמ' 640. לגישת שפירא, בית המשפט העליון עיצב את תדמיתו הא-פוליטית במודע וכמדיניות שיפוטית, תוך הימנעות מהכרעה בסוגיות שהן נפיצות מבחינה פוליטית, מאז הקמת המדינה. גישה זו של א-פוליטיות תוך הימנעות מדיון תואמת את מודל הבורר המסויג שידון להלן, ודווקא מצביעה על חריגותו של עניין קול העם. בעניין קול העם, הרצון שלא לנקוט בעמדה פוליטית התבטא בדיון ובהצדקה אבסטרקטים המנשאים מעל למחלוקת הפוליטיות העכשוויות ולא בהימנעות מדיון בסוגיה. על הא-פוליטיות של בית

להצדיק מהלך זה משתמש השופט אגרנט במוסכמות יסוד התואמות את הקונצנזוס הלאומי¹³⁹.

ההנחה המובלעת בתוך מודל הרועה המוסרי היא כי אל מול הצורך להתעלות מעבר לחילוקי דעות לגבי תפיסת הטוב, ואולי אף לגבי תפיסת הצדק, קיימת גם היכולת של בית המשפט ליצור תיאוריה חוקתית קוהרנטית וכוללת. נדרש כי תיאוריה זו תהא מפותחת דיה וקוהרנטית דיה, על מנת שבית המשפט יוכל לכונן מערכת נורמטיבית וחד-משמעית בעזרתה ניתן להכריע בסכסוכים ספציפיים. בהעדרה של חוקה, גישר השופט אגרנט בין התיאוריה הדמוקרטית לבין הכללים הרחבים (דוקטרינת הסכנה הקרובה לוודאי) בעזרת מוסכמות יסוד פוליטיות, שאת רישומן ניתן היה למצוא במסמכי יסוד (מגילת העצמאות) ובמבנה מוסדות המדינה (בית המחוקקים, מפלגות, בחירות כלליות)¹⁴⁰. אמנם ניתן להטיל ספק בטענה בדבר קיומן של מוסכמות יסוד אלו, ובטענה כי מסמכי יסוד דוגמת מגילת העצמאות ומבנה מוסדות המדינה משקפים הסכמה רחבה בעלת תוצאות מעשיות וקונקרטיות¹⁴¹. אך יש להכיר בכך שבעזרת ההנחה בדבר קיומן של מוסכמות אלו והשלכותיהן הקונקרטיות יוצר

המשפט העליון ראו גם י' אולשן, "על בית המשפט העליון", משפטים א (תשכ"ט) 287. אולשן מסביר כי אחת המטרות הראשונות שבית המשפט הציב לעצמו, מיד עם תחילת פעולתו, הייתה רכישת אמונו של הציבור. מכיוון שהשופטים באותם ימים היו מוכרים לא רק כמשפטנים אלא גם כבעלי נטייה פוליטית, החליטו שופטי בית המשפט העליון לנתק עצמם מכל קשר עם פעילות מפלגתית. הדימוי של בית המשפט כמוסד אל-מפלגתי ובלתי משוחד נתחזק, לאחר שרבו המקרים בהם העניק בית המשפט סעד בגין הפליה על בסיס מפלגתי. שם, 288.

139 שם, בעמ' 647. לדעת שפירא, התבססות בית המשפט על מוסכמות יסוד המצויות בקונצנזוס הלאומי מהווה את מקור עוצמתו של בית המשפט, אבל גם מגדירה את גבולות כוחו, שכן אין בכוחו להגיש סעד מקום שהדבר חורג מהקונצנזוס הפוליטי הקיים. בהתאם לכך, מסביר שפירא, כי עניין קול העם הראשון בו נדחתה עתירה קודמת של עיתון קול העם על הפסקת פרסומו בשל ידיעת שווא, ניתן בתקופת השפל ביחסי ברית המועצות-ישראל, כשבדעת הקהל הישראלית ניכרה סלידה עמוקה מהתנהגות המשטר הסטאליניסטי. לעומת זאת, ערב ההחלטה בעניין קול העם [השני] חל שינוי דרסטי במצב הבינלאומי עם מותו של סטאלין וחידוש היחסים התקינים בין ברית המועצות לישראל. לגישת שפירא, אין מקום לספק כי השינוי באקלים יחסי החוץ הקל בהרבה את קבלת ההחלטה בעניין קול העם על ידי הממשלה ודעת הקהל. מסקנתו של שפירא היא שלמרות שבית המשפט מכיר בערך החברתי הגבוה המונח ביסוד חופש הביטוי, הרי שהוא נשאר בגבולות הקונצנזוס הלאומי בפרישת חסותו עליו.

140 להב, לעיל הערה 125, בעמ' 505–507.

141 ראו לדוגמא Moshe Landau "The Limits of Constitutions and Judicial Review" in *Constitutionalism: The Israeli and American Experience* (Daniel J. Elazar ed., Lanham, MD., 1990) 200. בדומה למלומדים אחרים מציין לנדוי, כי הכרות העצמאות אכן מעגנת את אופייה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אבל בניגוד לאחרים הוא גורס כי השאלה כיצד לפתור את המתח בין שני היסודות היא שאלה שמלווה אותנו שנים רבות ותלויה אותנו גם בעתיד. מדברים אלה ניתן להסיק מסקנה כפולה. ראשית, הכרות העצמאות משקפת לא רק הסכמה אלא גם מחלוקת עמוקה ביחס לאופי המדינה. שנית, גם אם קיימת בהכרזה הסכמה ביחס לסוגיות מסוימות הרי שאין זה ברור כי להסכמה זו השלכה ישירה על או פתרון ישיר של סכסוכים עכשוויים.

השופט אגרוט תיאוריה חוקתית מפותחת וקוהרנטית המתעלה מעבר לחילוקי הדעות הפוליטיים והקואליציוניים, שהיו הקרקע לסכסוך בעניין קול העם, ואשר הינה בעלת פוטנציאל לספק תשובות לסכסוכים רלוונטיים.

היכולת ליצור או לאמץ תיאוריה חוקתית קוהרנטית וכוללת מקנה לבית המשפט תפקיד ייחודי. התיאוריה החוקתית עליה ממליץ מודל הרועה המוסרי מתחילה בעקרונות אבסטרקטים ונעלים ויורדת מטה לכללים ולהכרעות ספציפיים. העובדה שתיאוריה מעין זו מבוססת בהכרח על אידיאל מוסרי ואינה בהכרח מבוססת על איזושהי פרוצדורה פוליטית, פשרה פוליטית או עסקה פוליטית אמיתית, היא מה שעושה את בית המשפט החוקתי לגוף מיוחד כל כך. בית משפט חוקתי, שהינו גוף הפועל על סמך שיקולים נורמטיביים, מוסמך למעשה על ידי מודל הרועה המוסרי ליישם בצורה ישירה את התיאוריה הראשית של הצדק, הדמוקרטיה או שלטון החוק ולנגח כל תוצאה בלתי רצויה של ההליך הדמוקרטי¹⁴². אין זה מקרה כי מלומדים פירשו את ההחלטה בעניין קול העם כהוכחה לכך שביקורת שיפוטית עשויה להתבסס על מוסכמות היסוד הפוליטיות ולא דווקא על קיומה של חוקה כתובה¹⁴³. הגדילה לעשות פרופסור פנינה להב שכינתה את עניין קול העם ה-*Marbury v. Madison* של המשפט הישראלי¹⁴⁴. בית המשפט נימק בעניין קול העם את הכרעתו המשפטית בכך שאת המשפט יש ללמוד "באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים [שלנו]"¹⁴⁵. אידיאל מוסרי ופוליטי זה ניצב מעל לכל פרוצדורה פוליטית ספציפית, ובית המשפט הוא שמגבש אידיאל זה ממקורות שונים ונותן לו ביטוי. הגשמת האידיאל היא חלק בלתי נפרד מתפקידו של בית משפט, שאינו מתמצה

Ronald Dworkin *A Matter of Principle* (Cambridge, 1985) at p. 198: "So the liberal, drawn to the economic market and to political democracy for distinctly egalitarian reasons, finds that these institutions will produce inegalitarian results unless he adds to his scheme different sorts of individual rights. These rights will function as trump cards held by individuals; they will enable individuals to resist particular decisions in spite of the fact that these are or would be reached through the normal working of general institutions that are not themselves challenged. The ultimate justification for these rights is that they are necessary to protect equal concern and respect." See also Rawls (Political Liberalism), *supra* note 118, at p. 233: "By applying public reason the court is to prevent that [higher] law from being eroded by the legislation of transient majorities, or more likely, by organized and well-situated narrow interests skilled at getting their way. If the court assumes this role and effectively carries it out, it is incorrect to say that it is straight-forwardly antidemocratic."

שפירא, לעיל הערה 36, בעמ' 640. השוו בעניין זה Israel Supra- Shlomo Guberman "Constitution" 2 *Israel L. Rev.* 455 (1967) בעקבות ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, מגיע גוברמן למסקנה דומה כי עקרונות יסוד חוקתיים מכוננים בישראל חוקה בעלת עליונות נורמטיבית על פני חוקים ותקנות.

144 להב, לעיל הערה 125, בעמ' 507.

145 עניין קול העם, לעיל הערה 41, בעמ' 884.

בפתרון של סכסוכים ספציפיים¹⁴⁶. למעשה, כפי שמסביר ג'ון רולס, תפקידו של בית משפט מעין זה אינו "רק הגנתי"¹⁴⁷, והוא אינו מוגבל לפסילת תוקפם של חוקים ותקנות. תפקידו, במובן מסוים, הוא בהיותו דוגמה לתבונה ציבורית, שכן נדרש ממנו לבטא מוסריות פוליטית¹⁴⁸.

ח. בית המשפט העליון כ"בורר מסויג" והחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב

לפי מודל הבורר המסויג, תפקידו הדומיננטי של בית המשפט הוא לקדם צדק על ידי פתרון סכסוכים. מודל הבורר המסויג אינו ממליץ אפילו על פתרון של כל הסכסוכים הקיימים בחברה אלא רק על פתרון של סכסוכים מסוימים. אין זה אומר כי מודל הבורר המסויג מאמץ עמדה שהיא אנטגוניסטית לקידומו של הצדק. נהפוכו. מחויבותו לצדק, לדמוקרטיה או לאידיאלים מוסריים אחרים, ומועדו לנסיבות בהן הוא פועל כחלק ממערכת דמוקרטית רחבה בה מתקיים מגוון רחב של עמדות והשקפות מוסריות ופוליטיות, הן שדורשות כי יתמקד בפתרון סכסוכים ספציפיים. במילים אחרות, מודל הבורר המסויג גורס כי קידום הצדק ואידיאלים מוסריים אחרים על ידי בית משפט חוקתי צריך להיעשות על ידי פתרון סכסוכים ספציפיים. בית המשפט משתמש בעקרונות של צדק ועקרונות מוסריים בצורה פרגמטית, נסיבתית, בקונטקסט של הצדדים הספציפיים לסכסוך, ובקונטקסט של ההסדרים החוקתיים הקיימים בחברה דמוקרטית נתונה. בדומה למודל הרועה המוסרי, אחלק את הדיון במודל הבורר המסויג לשני היבטים: היבט צורני והיבט מהותי, ואדגים כיצד מודל זה בא לידי ביטוי בהחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב.

1. ההיבט הצורני של מודל "הבורר המסויג"

בית משפט חוקתי, הפועל על פי הוראות מודל הבורר המסויג, מיישב את המקרה

146 תפיסת עולם שיפוטית זו לגבי תפקידו של בית המשפט העליון בחברה הישראלית משתקפת גם בדבריה של פרופסור להב ביחס לגישתו של השופט אגרנט בעניין קול העם. כותבת להב: "אגרנט הבהיר את עמדתו בעניין הביקורת השיפוטית כבר בסוגיית קול העם. הוא השלים עם הטענה שבהעדר חוקה ומגילת זכויות, אין מקום לביקורת שיפוטית על נפקות החוק עצמו, אך לא השלים עם גישת בית המשפט בעניין זיו נ' גוברניק, המצמצמת את תפקידו הפרשני של השופט. אמנם, קול העם לא התייחס במפורש לתפקידו של בית המשפט כמגן על חירויות הפרט, אך הנחתו העיקרית הייתה שיש לפרש את חוקי ישראל ברוח מערכת הערכים של האומה. כמו ידידיו האמריקנים... ראה גם הוא את השיפוט כשליחות ואת השופט כמשתתף במפעל של עיצוב מערכת הערכים החברתית דרך המשפט." להב, לעיל הערה 131, בעמ' 166.

147 Rawls (*Political Liberalism*), *supra* note 118, at p. 235.

148 ראו לדוגמא: Ronald Dworkin "In Praise of Theory" 29 *Ariz. St. J.* 353 (1997) at p. 375: "we have no choice but to ask [judges] to confront issues that, from time to time, are philosophical. The alternative is not avoiding moral theory but keeping us in the dark."

המצוי לפניו ובוחר להשאיר סוגיות רבות ללא פתרון. בהתאם, בית המשפט ישאף להכריע סכסוכים על בסיס צר ככל האפשר ולהימנע מכללים רחבים או פתרונות סופיים¹⁴⁹. אמנם במקרים מסוימים החלטה בעניין מסוים תכריע או לפחות תשפיע על עניינים אחרים. יחד עם זאת, מודל הבורר המסויג דורש משופטים לפתור סכסוכים על פי כללים צרים, המותירים מרווח להתדיינות ולהכרעה דמוקרטית בסכסוכים דומים או אחרים בעתיד.

מלומדים רבים ציינו כי אחד ממרכזי הכובד¹⁵⁰ בהחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב הוא הכלל בדבר חוקיות המינהל, לפיו פעולות מנהליות חייבות לשאוב הסמכה מהדין¹⁵¹. בשני העשורים האחרונים נמתחה ביקורת, מקצתה מרומזת ומקצתה מפורשת, על היבט זה של פסקי הדין האמורים. פרופסור קרצמר כינה היבט זה, הגורס כי בהיעדר הוראת חוק אין סמכות לפגוע בחירות הפרט, "גישה...פורמליסטית למדי"¹⁵². פרופסור פנינה להב טענה כי זוהי גישה פוזיטיביסטית, המשאירה "מקום לרעיון של הטלת מגבלות על זכויות: הכנסת, באמצעות חוק, יכולה תדיר לגדר זכויות או לשלול"¹⁵³. נראה לי שפרשנות ראויה של עמדתם של מלומדים אלה סומכת את ביקורתם על כך שעניין בז'רנו ועניין שייב מאמצים את האידיאל של שלטון החוק הפורמאלי, לפיו הפרט הוא בן חורין לנהוג כרצונו, כל עוד לא הגביל או שלל המחוקק את חירותו¹⁵⁴.

149 ראו גם Cass R. Sunstein *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge Mass., 1999) at p. ix. ביצירת מודל הבורר המסויג הושפעת רבות מ"בית המשפט המינימליסטי" של Sunstein. יחד עם זאת מודל הבורר המסויג שונה מ"בית המשפט המינימליסטי" של Sunstein במובנים הבאים. ראשית, בבניית "בית המשפט המינימליסטי" של Sunstein הניח כי קיימת הסכמה בחברה לגבי מבנה וכללי רקע מהותיים. כחלק מהסכמה זו, Sunstein מציין את ההסכמה על לגיטימיות מוסד הביקורת השיפוטית. בישראל, מקום בו קיימת מחלוקת קשה לגבי סוגיות מבניות, בנוסף למחלוקת לגבי סוגיות מהותיות, לא ניתן להניח הנחה מעין זו. לכן הטווח בו קיימת הסכמה לגבי המבנה החוקתי הישראלי וכללי הרקע המהותיים הוא צר יותר מהטווח אותו מניח Sunstein לגבי המשפט החוקתי האמריקאי. שנית, Sunstein מאמין כי "בית משפט מינימליסטי" מסוגל להגיע לנקודה של הסכמה חברתית רחבה על ידי יישום של כללים צרים והנמקה שטחית. למרות שמודל הבורר המסויג נשען על הסכמה על מנת להצדיק חלק מהכרעותיו, הרי שהסכמה אינה העיקרון הבלעדי בו הוא נעזר, והוא עשוי להיעזר בעקרונות מוסריים ופוליטיים אחרים.

150 כאמור, מרכז כובד אחר של ההחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב הוא ההכרה בזכות לחופש העיסוק, ראו לעיל טקסט נלווה להערות 48–49, ולעיל טקסט נלווה להערות 50–52.

151 לגבי עניין בז'רנו ראו להב, לעיל הערה 125, בעמ' 487. ראו גם קרצמר, לעיל הערה 6, בעמ' 560. לגבי עניין שייב, ראו רובינשטיין, לעיל הערה 54, בעמ' 94–97. ראו גם לעיל טקסט נלווה להערות 55–56.

152 שם.

153 להב, לעיל הערה 125, 488. פרופסור להב מביעה עמדה דומה גם בספרה לפיה ההגנה על זכויות אדם על ידי בית המשפט העליון בעניין בז'רנו ובעניין שייב הייתה תוך הקפדה "לכלוא את נימוקיו בין ארבעת הקירות של הפרשנות הדווקנית ו'החוק היבש'". להב, לעיל הערה 131, בעמ' 136 ובהערות השוליים 9 בעמ' 366.

154 ראו Asher Maoz, "Constitutional Law" in *The Law of Israel: General Surveys* (Itzhak

בהתאם לכך, שלטון החוק הפורמאלי אינו בוחן את תוכן החוק או את טיב המשטר, אלא מהווה דרישה להגיון, להנמקה ולהצדקה משפטיים¹⁵⁵. בניגוד לאידיאל הפורמאלי, שלטון החוק המהותי מאגד בתוכו גם ערכים דמוקרטיים מהותיים ודורש את שלטונו של החוק הראוי. בהתאמה, חוק ראוי מכיל בתוכו גם איזון נאות בין צורכי הכלל לבין זכויות הפרט¹⁵⁶.

גם אם נקבל את ההבחנה האמורה בין שלטון חוק פורמאלי לשלטון חוק מהותי, נראה לי כי הביקורת על ההחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב אינה במקומה, וכי החלטות אלו אינן מאמצות תפיסה פורמליסטית של שלטון החוק¹⁵⁷. אך בדבר אחד צודקים המקטרגים: עצם ההצמדות לכלל זה מותירה בעינה את האפשרות כי בעתיד יגביל המחוקק את החירות או הזכות האמורה¹⁵⁸. אפשרות זו אכן גם עולה מפסקי הדין¹⁵⁹. למעשה, בעניין שייב, הביע השופט חשין סלידה עמוקה מעירוב

Zamir & Sylviane Colombo eds., Jerusalem, 1995) 5, 30 השו"א רובינשטיין וב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית, ירושלים ותל-אביב, תשנ"ז) בעמ' 227–228. על מרכזיותו של כלל זה בהגנה על הפרט מפני השלטון בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה ראו גם ע' שפירא, "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?", עיוני משפט ג (תשל"ג) 625, בעמ' 627–629. רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 228.

155

שם, בעמ' 227.

156

157 בהחלטות אלו לא קבע בית המשפט העליון כי כל פעולה מנהלית היא בטלה בהעדר הסמכה מפורשת, אלא ביסס את תחולתו של כלל זה בפגיעה בחירות הפרט. בעניין בז'רנו דרש השופט חשין כי העותר יראה תחילה קיומה של "זכות קנויה" (עניין בז'רנו, לעיל הערה 39, בעמ' 82) לעשות את שהוא מבקש, ורק לאחר מכן נדרש שר המשטרה להוכיח "צידוק לאיסור אותו הוא אוסר" (שם). תחילה הכריע בית המשפט כי עומדת לעותר "זכות טבעית" לעסוק בעבודה או במשלח יד אשר יבחר לעצמו, זכות הנובעת מזכותו של כל אדם לחפש מקורות מחיה, ורק לאחר מכן דרש כי הגבלתה של זכות זו יעשה בחוק. בעניין שייב קבע בית המשפט כי "חיינו [של אדם] אינם הפקר ודמו אינו מותר, ואין נועלים בפניו שערי פרנסה..." (עניין שייב, לעיל הערה 40, בעמ' 408), ללא הסמכה חוקית הנקבעת בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים. הווה אומר: יישומו של עקרון חוקיות המנהל הותנה בהכרעה ערכית כי הפרט נפגע בחירותו, שבמקרה הספציפי הייתה החירות לעסוק ולהתפרנס ממשלח יד. מכאן אנו למדים, כי יישומו של עקרון זה מאגד בתוכו מלכתחילה (ובמפורש) הכרעה בדבר קיומם של ערכים דמוקרטיים מהותיים ואינו בוחן רק שרשרת של חוקיות פורמאלית.

158

ראו לדוגמא להב, לעיל הערה 125, בעמ' 507.

159 ראו עניין בז'רנו, לעיל הערה 39, בעמ' 83: "כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות אשר בחרו לעצמם, וכל זמן שלא הוטל מטעם החוק, עליהם ועל שכמותם, כל תנאי מוקדם להכשרתם כבעלי אומנות זו, זכותם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשל סיבות אשר נאמרו בחוק." בעניין שייב, לעיל הערה 40, בעמ' 404, התבטא השופט חשין בלשון ציורית כי: "אני נוטל חירות לעצמי להביע בהזדמנות זו, ומעל דוכן מכובד זה, את משאלתי ותקוותי, אשר הן – בטוח אני בכך – גם משאלתם ותקוותם של אלפי תושבים במדינה, כי לא ירחק היום וה'כנסת' תחוקק חוק, אשר יאסור איסור חמור על מורים ומחנכים ועל כל העוסקים בצרכי חינוך הלכה למעשה, לעסוק, בין בגלוי ובין בסתר, אם בין כתלי בית הספר ואם מחוצה לו, בענייני פוליטיקה, או בכל התעסקות אשר ריח של פוליטיקה עולה ממנה. חינוך ילדינו קודש הוא ועל מזבחו אין להקריב אש זרה. יעסקו להם איש הפוליטיקה

מין בשאינו מינו – פוליטיקה והוראה – ואף ראה בכך הרעלת "נשמותיהן של תינוקות-של-בית-רבן בתככי פוליטיקה ובריבי מפלגות"¹⁶⁰. מתוך השקפה זו, ביקש כי המחוקק יתערב ויסדיר את התחום האמור. הצבת ההכרעה בעניין בז'רנו ובעניין שייב על הכלל בדבר חוקיות המנהל נועדה להציב את פתרון הסכסוכים בפרשות הנדונות על אדנים צרים ביותר – העדר חקיקה מסמיכה. הנמקה זו מותירה מרווח להתדיינות ולהכרעה דמוקרטית בסוגיה של גבולות חופש העיסוק. העם, באמצעות נציגיו בבית המחוקקים, נדרש לחוות את דעתו על פעילותם של שליחי ציבור בשכר במשרדי הרישוי, על עירוב הוראה ופוליטיקה בין כותלי בית הספר או על האמצעים הכשרים בהם יכול לנקוט בן-גוריון ברדיפתו את אנשי הלח"י. ההחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב אינן מכילות פיתרון אפריורי לשאלת הסדרתן של סוגיות אלו, והן אינן פוסלות מכל וכל את האפשרות להסדר חקיקתי שיקבע על ידי בית המחוקקים. זוהי עוצמתן מבחינה דמוקרטית – הן אינן מציבות פתרון סופי ביחס לגבולות הזכות לחופש העיסוק, אלא מבקשות את מעורבותם של פורומים דמוקרטיים ייצוגיים, דוגמת בית המחוקקים בגיבושן של פתרונות ופשרות חלופיים.

הכרעה על בסיס צר תוך השארת מרווח להתדיינות ולהכרעה דמוקרטית אינה המאפיין הצורני היחיד של מודל הבורר המסויג. למודל זה גם ספקות רבים לגבי יכולתן של תיאוריות שאפתניות לספק פתרונות במקרים רגילים, שלא להזכיר מקרים קשים. לכן מודל הבורר המסויג מנחה שופטים להימנע מתיאוריות אבסטרקטיות, למקד את תשומת ליבם על המקרים הבודדים הפרטיקולריים שלפניהם, ולבחון מקרוב בעיות אקטואליות והסדרים פוליטיים קונקרטיים. במובן זה, בית המשפט שואף לשטחיות ולא לעומק תיאורטי, ונמנע מלהצהיר או מלאמץ עקרונות יסוד או תיאוריות אבסטרקטיות.

בעניין בז'רנו ביסס בית המשפט את החלטתו על השיפוט הערכי כי "לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד אשר יבחר לעצמו"¹⁶¹, וציין כי "זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה..."¹⁶². אך עניין בז'רנו דל מאוד בכל הנוגע לתיאוריה משפטית, פוליטית או מוסרית של זכויות. ראשית, ההצדקה הלאקונית של הזכות לחופש

בשלו ואיש החינוך בשלו, ואל יכנסו זה לתוך תחומו של זה. ואם חשקה נפשו של המורה והמחנך בקלחת הפוליטיקה דוקא, יפשוט מעליו איצטלא של הוראה וילך לו ויעסוק בפוליטיקה כאוות נפשו, אך על סף בית-האולפנא אל תדרוך עוד כף רגלו, ולא ירעיל נשמותיהן של תינוקות-של-בית-רבן בתככי פוליטיקה ובריבי מפלגות. אך חוק כזה לא בא עוד על הכתוב, לצערנו, בספר החוקים של המדינה, וכל הרוצה לכרוך הוראה ופוליטיקה בא וכורך, ואין מוחה בידו. וכיון שכך, אין למנוע מזה מה שמותר לזה, ואין פוסלים מורה, או מי שמכין עצמו להיות מורה, בשל דעותיו הפוליטיות ופעילותו הפוליטית בלבד".

160 שם.

161 עניין בז'רנו, לעיל הערה 39, בעמ' 82.

162 שם, בעמ' 83.

העיסוק, כי לכל אדם זכות לעבוד על מנת לפרנס את עצמו, אינה מפרטת האם זכות זו כוללת הטלת חובות הימנעות בלבד על הממשל, או שמא נדרש הממשל מכוח חובות אפרמטיביות לפעול ולספק עבודה לכל אדם¹⁶³. שנית, גם הדין בגבולות חופש העיסוק לוקה בחסר, כך שמלבד התייחסות למקרים ספציפיים בהם הוטלו סייגים בחוק על חירות זו (עריכת דין, רפואה, שמאות קרקע וכדומה), אין כל דיון באינטרסים המתנגשים בחופש העיסוק, או בנסיבות, באמצעים ובתנאים המכנים את גבולות הזכות. שלישית, למרות הרטוריקה של השופט חשין לגבי היות הזכות לחופש העיסוק "כלל גדול", "זכות טבעית" ו"שאינה כתובה על ספר", הרי שהנמקתו מותירה בערפל את מקור הזכות לחופש העיסוק, כלומר, מניין באה חירות/זכות זו אל המשפט הישראלי. ניתן כמובן לטעון כי השופט חשין מאמץ בעניין בז'רנו שיח של משפט טבעי וזכויות טבעיות. אך טענה זו אינה נקייה מספקות. על פי התיזה הקלאסית של המשפט הטבעי, קיימים עקרונות מוסריים וזכויות טבעיות, שחוקים מעשי ידי אדם צריכים לעמוד בדרישותיהם על מנת להיות תקפים. אך בעניין בז'רנו, השופט חשין סייג את זכותם של העותרים לעסוק במשלח יד שיבחרו לעצמם בכך שלא הוטלו מגבלות על זכות זו על ידי המחוקק. אילו אימץ השופט חשין את התיזה של המשפט הטבעי, הרי שבמקרה בו עסקינן בזכות טבעית, אין בכוחו של המחוקק האנושי והחוק הפוזיטיבי לפגוע ולהגביל זכויות אלו¹⁶⁴. על פי המשפט הטבעי, חוק הטבע ניצב מעל לחוק האנושי, והאחרון אינו יכול לסתור או לפגום בחובות ובזכויות העולות מהראשון. ניתן

163 יש לציין כי בא כוח המשיבים בעניין בז'רנו טען כי "אין להכריח את המשיבים לתת למבקשים את הרשות לעבוד במשרדי התנועה" (שם), וניתן לפרש את הטענה ככפירה בחובה המוטלת על הרשות לספק עבודה לכותבי הבקשות. השופט חשין דחה את הטענה האמורה בכך שזוהי "גישה לא נכונה. אין משרד התנועה מוסד פרטי, אשר בעליו – ברצותם מרשים את הכניסה אליו וברצותם אוסרים. זוהי מחלקה ציבורית אשר דלתותיה מחוייבות להיות פתוחות לכל דורשה". לכן קשה להסיק מדבריו אלה של השופט חשין מסקנות ברורות לגבי תוכנה של הזכות לחופש העיסוק. ההשקפה כי על הממשל מוטלות חובות אפרמטיביות לספק עבודה לכל אדם, כחלק אינטגרלי של הזכות לחופש העיסוק, לא הייתה זרה לשיח הפוליטי עם קום המדינה. ראו דברי חברי הכנסת יזהר הררי (המפלגה הפרוגרסיבית) בדיון בשאלת חוקת המדינה, שנערך בכנסת הראשונה: "בחוקות חדשות ישנם גם סעיפים כלכליים – זכותו של אדם לקבל עבודה, וחובת השלטון לספק עבודה לכל אדם. גם זאת יש צורך לקבוע בחוקה, ולא מספיק לומר שאם אין זה אסור בחוקה – הרי שאדם רשאי וזכאי לעבוד. צריך שיתנו לו עבודה, שיספקו לו עבודה. זוהי אחת החובות של השלטון". דברי הכנסת ד (תש"י) 779. ראו גם דברי חבר הכנסת מאיר וילנר (מק"י): "חוקת-יסוד צריכה לכלול בתוכה את הזכויות הסוציאליות היסודיות של האזרח במדינה, וראשית-כל את הזכות לעבודה, למנוחה, לביטוח סוציאלי, לחינוך ובריאות על חשבון המדינה". דברי הכנסת ד (תש"י) 802.

164 בעניין זה ראו גם להב, לעיל הערה 125, בעמ' 488. פרופסור להב גורסת כי מבחינת התפישת של זכויות האזרח, לא היה עניין בז'רנו מהפכני. על פי להב, למרות הרטוריקה של זכויות טבעיות, לא דחה בית המשפט את התפיסה הפוזיטיביסטית לזכויות והעלה על נס את "העיקרון הליברלי הקלאסי (אחי הפוזיטיביזם), שהאשה (וגם הגבר) בת חורין לעשות כרצונה כל עוד אין חוק האוסר זאת ותו לא."

לפתור קושי זה בדבריו של השופט חשין, בכך שהתכוון לאותן זכויות המוכרות זה כבר במשפט המקובל¹⁶⁵, או כי הסתמך על פסיקה מנדטורית שהכירה בחירויות הפרט¹⁶⁶. אך מכיוון שפסק הדין שתק בעניין זה, ולא נידב מידע מעבר לשורות ספורות בהן הוא מהלל את אותו "כלל גדול" וזכות "שאינה כתובה על ספר", כל אחת מהפרשנויות לעיל היא פרשנות סבירה לעמדת בית המשפט. רביעית, למרות שבית המשפט אימץ בעניין בז'רנו שיח של זכויות, אין זה ברור כלל ועיקר כי שיח זה מבוסס על הנחות יסוד אינדבידואליסטיות ולא על הנחות יסוד קולקטיביסטיות. גם השקפת עולם קולקטיביסטית עשויה להעניק בחוצות האידיאולוגיה זכויות לאזרחים, אך בגרעינה להישאר מחויבת לעקרונות קולקטיביסטיים. מצב מעין זה מתרחש כאשר הדרך הטובה ביותר להשגת המטרה הקולקטיבית היא בהענקת זכויות וחירויות לפרטים. כך לדוגמא, בן גוריון, למרות שהשתמש לרוב ברטוריקה של זכויות וחירויות בהקשר של הסדר החוקתי החדש שנוצר בישראל, תמך באידיאולוגיה קולקטיביסטית, מכיוון שזכויות וחירויות אלו היו בדרך כלל (ואולי אפילו ללא יוצא מן הכלל) משניות למטרה הכללית של ייסודה ובניינה של מדינה יהודית בארץ ישראל. לכן, עצם העובדה, שבעניין בז'רנו נעשה שימוש בטרמינולוגיה של זכויות, אינה מוכיחה כי רטוריקה זו מבוססת על הנחות אינדבידואליסטיות¹⁶⁷. למעשה, ההכפפה של הזכות לחופש העיסוק לרצון המחוקק, דהיינו לרצון הרוב ולטובת הכלל, מעלה חשש רציני כי שיח זכויות זה יכול להתבסס גם על הנחות קולקטיביות ולא רק אינדבידואליסטיות. גם ההחלטה בעניין שייב מאופיינת בשטחיות ובהעדר עומק תיאורטי. בית המשפט נימק את החלטתו בכך שמשמעותו היסודית של שלטון החוק היא כי ההגבלות על חירות הפרט צריכות להיקבע על ידי החברה, המשקפת את דעתה בחוקים הנחקקים בבית המחוקקים המייצג אותה, והוסיף כי אין הרשות חופשייה להטיל מגבלות על הפרט כרצונה. אך הנמקה זו היא שטחית בשני המובנים הבאים: (1) היא

165 ש.ם.

166 טענה מעין זו משתמעת מדבריו של לחובסקי, לעיל הערה 47, בעמ' 131: "אני רוצה לטעון שקביעתה של שנת 1948 כגבול היא, במידה רבה, קביעה של גבול מלאכותי, ולא רק עקב העובדה שבפסק הדין בז'רנו עצמו אנחנו מוצאים את השופט חשין... מזכיר בעצמו פסיקה מנדטורית, ואף מתייחס אל 'בית המשפט הזה (בתקופת המנדט)' (עמ' 82), כלומר מכיר ברצף. הטענה מבוססת, קודם כל על הפסיקה המנדטורית שהכירה בחירויות הפרט, ושאותה שכחנו במידה רבה."

167 לכן אינני יכול להסכים לקביעתה של פרופסור להב, לעיל הערה 125, בעמ' 487, כי "השלכותיו של פסק-הדין בעניין בז'רנו היו מהפכניות, באשר הוא הדגיש את מגבלות הצידוק התועלתני ואותת לממשלה שלא כל מדיניות, אפילו כוונתיה טהורות, תזכה לברכת הרשות השופטת או 'להבלגה בג'צית'". אינני חושב שאימוצו של שיח זכויות מנוגד בהכרח לתפיסת עולם תועלתנית. כאמור, גם אידיאולוגיה תועלתנית יכולה לתמוך בהענקת זכויות לאזרחים על בסיס תרומתם לתועלת החברתית הכללית. ראו בעניין זה לדוגמא גישתו של Harsanyi המאמצת שיח של זכויות למרות היותה מבוססת על תפיסת העולם התועלתנית John C. Harsanyi "Rule Utilitarianism, Equality, and Justice" 2 *Social Philosophy & Policy* 114 (1985).

אינה מכריעה בין היסודות הנורמטיביים של עקרון שלטון החוק. (2) היא אינה מיישבת את עקרון שלטון החוק עם הדוקטרינה של עליונות הכנסת. לשלטון החוק מובנים רבים. מלומדים אחדים מסיקים אידיאל זה מערכים של יציבות או חירות. מובן זה של שלטון החוק דורש בעיקר מיסודה של מסגרת חברתית יציבה וצפויה שבתוכה חופשיים הפרטים לתכנן, להשיג ולהגשים את תוכניותיהם, מטרותיהם ושאיפותיהם¹⁶⁸. מלומדים אחרים מציינים כי גם חוקיות מוחלטת, המבטיחה כי כוח הממשל יופעל בהתאם לחוק (ועל כן מבטיחה יציבות וצפיות), אינה מספיקה. "אם החוק יעניק לממשל כוח מוחלט לפעול כרצונו", כתב מלומד בשם Hayek, "הרי שכל פעולותיו יהיו חוקיות אך בוודאי שלא בהתאם לשלטון החוק"¹⁶⁹. עבור Hayek ומלומדים אחרים, שלטון החוק משמעו שלטון בהתאם לתבונה, לצדק או להכרעה דמוקרטית. הניסיון לאתר משמעות בהירה לשלטון החוק העסיק דורות רבים של משפטנים ופילוסופים ולרוב נשזר עם הניסיון לאתר קריטריונים להערכת מוסדות והסדרים חברתיים. ניתן לשער, כי ההכרה באופי הבלתי פתיר שבמחלוקת, ביחס ליסודותיו הנורמטיביים של שלטון החוק, הניעה את בית המשפט העליון בעניין שייב לחמוק מפני דיון תיאורטי על שלטון החוק ויסודותיו. למרות שניתן למצוא בעניין שייב טיעון יסודי, כי שלטון החוק מניח כי הגבלת החירות תעשה על ידי בית המחוקקים, הרי שאין כאן ניסיון לספק תיאוריה כוללת. במקום זאת, התנסחות בית המשפט מאמצת את היסודות הליברליים והיסודות הדמוקרטיים של שלטון החוק בלי ניסיון ליישב ביניהם או להסביר את האינטראקציה ביניהם¹⁷⁰. חוסר תיאורטי נוסף בהנמקת בית המשפט בעניין שייב הוא ההתעלמות ממידת ההתאמה בין דוקטרינת שלטון החוק ודוקטרינת ריבונות הכנסת (עליונות המחוקק). דוקטרינת ריבונות הכנסת מכירה בכנסת כבעלת עליונות חקיקתית או ככל יכולה. לעומת זאת, דוקטרינת שלטון החוק גורסת כי כל הרשויות במדינה כפופות ונשלטות על ידי החוק, כך שאחד ממרכיביה הוא גם שלטון החוק במחוקק. לכן באימוצו של האידיאל בדבר שלטון החוק יש משום סתירה לדוקטרינה חוקתית אחרת. בית המשפט אינו מתייחס לסתירה אפשרית זו בין הדוקטרינות, ואינו מספק טיעון להשלמת החוסר התיאורטי האמור. החוסר התיאורטי שבדיון לגבי יסודותיו של שלטון החוק משתלב היטב עם החוסר התיאורטי לגבי מידת ההתאמה שבין שלטון החוק לעליונות הכנסת. הכרעה לגבי מקורותיו הנורמטיביים של שלטון החוק הייתה גוררת כמעט בהכרח גם הכרעה לגבי מידת ההתאמה בין שלטון החוק לעליונות המחוקק¹⁷¹. העדר הדיון לגבי יסודותיו

168 מובן זה של שלטון החוק כונה לעיתים שלטון חוק פורמאלי. ראו גם טקסט נלווה להערות 155–156.

169 F.A. Hayek *The Constitution of Liberty* (Chicago, 1960) 205 [תרגום שלי – י.ש.].
170 התנסחויות דומות של בית המשפט המאמצות נוסחה זו, ללא ניסיון להכריע בין היסודות השונים של דוקטרינת שלטון החוק, ניתן למצוא בבג"צ 74/58 הי"מ נ' הורנשטיין, פ"ד יד (1) 365 (שלטון החוק הוא שילוב של מרכיבים דמוקרטיים וליברליים).

171 לפני בית המשפט עמדו האפשרויות הבאות: להכריע כי מאחורי שלטון החוק עומד האידיאל

הנורמטיביים של שלטון החוק אפשר את העדר הדיון לגבי מידת ההתאמה בין שלטון החוק לעליונות הכנסת.

העדר העומק התיאורטי אינו אומר כי מודל הבורר המסויג מעודד החלטות משפטיות שהן ללא בסיס או ללא טעמים. המודל דורש משופטים לתת רק טעמים מוגבלים להכרעותיהם. כלומר, ההצדקה שמספק בית המשפט היא חלקית בלבד, וזאת בניגוד לבית משפט הפועל לפי מודל הרועה המוסרי. מה הכוונה בטעמים מוגבלים? ראשית, ההנמקה מתרכזת בצדדים הספציפיים העומדים בפני בית המשפט או אלה המושפעים ישירות מהחלטת בית המשפט. לכן בעניין בז'רנו ובעניין שייב מעניק בית המשפט משקל רב לשיקולים של צדק בין הצדדים המיידים לסכסוך¹⁷². שנית, בית המשפט מספק טעמים המצדיקים רק את ההחלטה המסוימת, בניגוד למודל הרועה המוסרי המבקש לספק מערכת טעמים כוללת בעל יכולת להצדיק את כל החלטותיו ולמעשה את כל המערך השלטוני. בית משפט הפועל על פי צווי מודל הבורר המסויג ינסה, אם כן, להתחמק מפתרון סכסוכים הנוגעים לתנאים המבססים את לגיטימיות המשטר. העובדה שבית המשפט בחר שלא להציב תיאוריה ברורה לגבי זכויות שאינן כתובות עלי ספר או להכריע בהתנגשות הפוטנציאלית שבין שלטון החוק לעליונות הכנסת בהחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב משקפת את תפיסת העולם השיפוטית של מודל הבורר המסויג.

2. ההיבט המהותי של מודל "הבורר המסויג"

מודל הבורר המסויג כולל גם מרכיבים מהותיים. בדומה למודל הרועה המוסרי, מודל הבורר המסויג מכיר בקיומם של חילוקי דעות סבירים בחברה הטרוגנית. אך ההכרה בקיומן של מחלוקות אלה אינה מניעה את המודל לאמץ תיאוריה ראשית של צדק או תיאוריה חוקתית כוללת, המתוכננת לפתור מחלוקות יסוד בנוגע לתנאי היסוד שעל בסיסם פועלים מוסדות המדינה הדמוקרטית. המחויבות לצדק, לדמוקרטיה או לאידיאלים מוסריים ופוליטיים אחרים, תוך שילוב ההכרה במחלוקת הקיימת לגבי מובנם הראוי של אידיאלים אלה, מובילה את בית המשפט לדחות את המתודה של מודל הרועה המוסרי כמתודה הראויה לפיה צריך "לעשות" או "ליצור" משפט חוקתי. מודל הבורר המסויג משקיף על בית המשפט כחלק אינטגרלי מהמשטר הדמוקרטי, ולכן שואף לקדם השתתפות, התדיינות ואחריות פוליטית. על ידי הכרעה ממקרה

של שלטון המחוקק בלבד. הכרעה מעין זו הייתה יוצרת התאמה מלאה בין דוקטרינת שלטון החוק ודוקטרינת ריבונות הכנסת, שהרי גם האחרונה גורסת את שלטונו של המחוקק ללא סייג. להכריע כי מאחורי שלטון החוק עומד האידיאל של הגנה על חירויות הפרט בלבד. הכרעה מעין זו הייתה סותרת את דוקטרינת ריבונות הכנסת הגורסת כי למחוקק כוח בלתי מוגבל בשלילת חירויות.

172 ראו טקסט נלווה להערות 57–65.

למקרה, על בסיס כללים צרים, בית המשפט מותיר מרווח למערכת הפוליטית לקיים התדיינות דמוקרטית, מאפשר את גיבושן של עמדות לגבי עובדות וערכים בעולם משתנה, ומקווה כי החלטותיו תתמכנה על ידי פרטים בעלי עמדות תיאורטיות מגוונות. מכיוון שבית המשפט מודע לקיומן של מחלוקות, הוא ישאף להימנע מלהכריע בשאלות יסוד. על ידי צרות, שטחיות וטעמים מסויגים, בית המשפט מצליח לגייס תמיכה להכרעותיו מחברי קהילה הבאים ממחויבויות תיאורטיות מגוונות¹⁷³.

כפי שראינו, ההחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב, באמצע את עקרון שלטון החוק ושיח הזכויות שאינן כתובות עלי ספר, אכן משאירות מרווח להתדיינות ולהכרעה דמוקרטית, ולמעשה, אף מעודדות אותן. בעניין שייב הביע השופט חשין נרגשות את משאלתו ותקוותו, שהאמין כי היא גם משאלתם ותקוותם של אלפי תושבים במדינה, "כי לא ירחק היום וה'כנסת' תחוקק חוק, אשר יאסור איסור חמור על מורים... לעסוק... בענייני פוליטיקה, או בכל התעסקות אשר ריח של פוליטיקה עולה ממנה"¹⁷⁴. לכן, הא-פוליטיות של בית המשפט התאפיינה לא בכפיית/יצירת הסדר משפטי האוסר עירוב הוראה ופוליטיקה בחברה הישראלית, אלא בהפניית הסכסוך לבית המחוקקים. לא זאת אף זאת. העובדה, שהדוקטרינות המשפטיות בהחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב אופיינו ב"שטחיות", אפשרה לבית המשפט לגייס תמיכה להכרעות אלו מאזרחים בעלי אידיאולוגיות שונות. חוסר הבהירות והעדר התיאורטיות שבדוקטרינת הזכויות שאינן כתובות עלי ספר הותירו את הדוקטרינה המשפטית האמורה פתוחה לפרשנויות שונות ומגוונות. בהתאם לכך, ניתן למצוא בעניין בז'רנו סימוכין להנמקה המתבססת על משפט טבעי קלאסי ("זכות טבעית" ו"שאינה כתובה על ספר"), ומנגד סימוכין להנמקה המתבססת על פוזיטיביזם משפטי (שהרי ניתן להגביל בחוק זכויות)¹⁷⁵; ניתן למצוא בו סימוכין לראשיתו של שיח זכויות אינדיבידואליסטי (הזכויות מוענקות לפרט אפילו בניגוד לטובת הכלל), ומנגד סימוכין לשיח זכויות קולקטיביסטי (הכנסת יכולה לפגוע בזכויות בשם התועלת החברתית וטובת הכלל)¹⁷⁶. בדומה לדוקטרינת הזכויות שאינן כתובות עלי ספר, דוקטרינת שלטון החוק שאומצה בעניין שייב הייתה פתוחה אף היא לפרשנויות שונות ומגוונות. מחד, ניתן היה לראות בדוקטרינה זו הכרה בערכן של חירויות הפרט וניסיון לצמצם עד כמה שאפשר את הנסיבות, בהן ניתן להפר או לפגוע בזכויות אלו. מאידך, ניתן היה לטעון כי הבסיס לדוקטרינה זו הוא קידומו של ממשל עצמי ודמוקרטיה, ולכן נדרשות רשויות הממשל להוכיח הסמכה בחוק מאת בית המחוקקים לפעילותן¹⁷⁷. מגוון הפרשנויות לבסיס העקרוני

173 Sunstein, *supra* note 149, at p. ix.

174 עניין שייב, לעיל הערה 40, בעמ' 404.

175 ראו טקסט נלווה להערות 164–166.

176 ראו טקסט נלווה להערה 167.

177 Benjamin Akzin "Problem of Constitutional and Administrative Law" in *International Lawyers Convention in Israel 1958* (Jerusalem, 1958) 161, at p. 175–176

עליו נשענות ההחלטות בעניין בז'רנו ובעניין שייב אפשר לבית המשפט לגייס תמיכה להכרעותיו מכל קצוות הקשת הפוליטית. בהתאם לכך, ניתן לתמוך החלטות אלו לא רק בתפיסתו האידיאולוגית של חבר הכנסת דאז מנחם בגין, מנהיגה של תנועת חירות האופוזיציונית, שהטיף ל"מדינה חופשית" או ל"מדינת שומר הלילה" בה סמכותה של המדינה וסמכות המחוקק אינן משתרעות מעבר לשמירה על חירויות וזכויות האזרח¹⁷⁸, אלא גם בתפיסתו של ראש הממשלה בן גוריון בכבודו ובעצמו, שטען בלהט בדיון במליאה ב-20 לפברואר 1950, כמעט שנה שלמה לפני ההכרעה בעניין שייב:

"חירות היחיד וחירות העם...[תלויה] בדבר אחד עקרוני: בשלטון החוק. רק במדינה שבה כל אחד – אזרח, חייל, פקיד, שר, מחוקק שופט, ושוטר, כפוף לחוק ופועל לפי החוק; רק במדינה שאין בה שרירות, לא של שרים ומושלים, ולא של נציגי עם ופקידי מדינה, גם לא של יחידים ומנהיגים פוליטיים – רק במדינה כזו מובטחת החירות ליחיד ולרבים, לאדם ולעם... רק במסגרת של חוקים... מובטחת החירות האמיתית של האזרח ושל העם, ושמורה הזכות של כל אדם ואדם.

בוויכוח על החוקה התלבטו שני צ'מפיונים של 'חירויות' האזרח: חבר הכנסת בגין וחבר הכנסת יערי. אבל יש להצטער על כך שהם לא הגדירו מה זאת חירות. האם חירות פירושה – כל הישר בעיניו יעשה? לדעתי זו אינה חירות אלא אנארכיה... החוק צריך לחול על כל אחד בלי יוצא מן הכלל. נשיא המדינה, ראש הממשלה וכל אחד השרים רשאי לעשות בתוקף תפקידו אך ורק מה שהחוק מרשה לו לעשות. לעומת זאת כל אזרח רשאי לעשות הכל – מחוץ למה שהחוק אוסר עליו לעשות. החוק יכול להיות רע בעיני מי שהוא – אף אז חייבים להישמע לו. אפשר להציע תיקון, אבל

178 ראו דברי חבר הכנסת מנחם בגין בישיבת מליאת הכנסת בדבר חוקת המדינה, מהם משתמעת תמיכה ברורה במדינת "שומר הלילה", בה סמכויות המדינה מתמקדות בהגנה על החירות הטבעית של האזרחים: "צאו וראו, רבותי. פעם בתקופה שבה פרחתה המחשבה הליבראלית, נחצבה אימרה על סמכות המדינה, שיש להגבילה לתפקיד של 'שומר לילה'. התקופה היא חלפה, ולכו של כל איש חפשי מתפלל לכך שלא נאלץ לאמר כי חלפה לבלי שוב... אצלנו מתקבל הרושם כי נמצאה תשובה סופית לשאלה, מהו משטר החיים שנקים במדינה. לא זו בלבד שנרחיב את סמכות מנגנון הממשלה על כל שטחי החיים, אלא נהפוך את המדינה שתהיה בבחינת 'גנב לילה'. סביב האזרח – בלשים, מפקחים, שוטרים, פקידים. הכלל הוא – החשד, היוצא מן הכלל – האמון. הכלל הוא שהאזרח הוא עבריין, והיוצא מן הכלל הוא שהאזרח הוא אדם ישר. ועל כן צריך להיכנס לתוך הבית הפרטי ולחפש שם במקרה, ולכן צריך להטיל פיקוח על פיקוח ולערוך חיפושים אישיים... אנו רוצים מדינה חופשית. אנחנו רוצים במדינה שבה האזרח יוכל לנשום את אוויר החירות שבה, שהוא יהיה בעל ביתו, שכבודו לא יירמס על ידי נושאי השררה, שהוא ירגיש את עצמו מוגן על ידי החוקה, שידע מה הן זכויותיו גם כלפי נושאי השררה." דברי הכנסת ד (תש"י) 739.

כל עוד יש לו תוקף הוא מחייב, כי אין שום ערובה לחירות ולזכויות מלבד השלטון" ¹⁷⁹. [ההדגשה שלי – י.ש.]

דבריו אלה של בן גוריון כווננו לספסלי האופוזיציה, ובמיוחד לחבר הכנסת מנחם בגין, על התנהגותו שמובילה את המדינה לאנרכיה ¹⁸⁰. בן-גוריון כנראה התכוון לסירובן של תנועות האצ"ל והלח"י לציית להוראות הנהגת היישוב היהודי בתקופת המרי בכריטיים ולאחריה, סירוב שהביא בסופו של דבר לפרשת אלטלנה ולהתנגדות לפירוק המחותרות עם קום המדינה. בן-גוריון, אמנם, דרש ציות לחוק ולשלטון החוק מאותן קבוצות מיעוט, אך ההחלטה בעניין שייב, היא בבחינת "טול קורה מבין עיניך", וניתן לגבותה בעמדתו של בן-גוריון עצמו לגבי שלטון החוק.

יש לציין, כי גם אם אנו ספקנים לגבי היכולת להגיע להסכמה על ידי פניה לצרות, לשטחיות ולטעמים מוגבלים ¹⁸¹, הרי שאנו יכולים לתמוך את הטקטיקה של מודל הבורר המסויג בדרך נוספת. בית המשפט יכול, לדוגמה, להאמין כי יש חוסר צדק בהכרעת סכסוכים על בסיס תיאוריות עמוקות ועקרונות אבסטרקטיים ולא על בסיס אינפורמציה היסטורית אמיתית. מודל הבורר המסויג מאמין כי במדידת הצדק וההוגנות של מבנה חוקתי, כלל חוקתי ותוצאה לסכסוך חוקתי נשקול לא רק את התאמתם לעקרונות צדק, לעקרונות הגינות, לערכי יסוד אבסטרקטיים, אלא גם כיצד נוצר מבנה, כלל וסכסוך זה. לכן בית משפט הפועל על פי מודל הבורר המסויג מתמקד על פעולות, מחדלים, עסקאות ובחירות הצדדים המתדיינים, ובכך מכבד את זכויותיהם ובחירותיהם במובן הנכון.

הכרה בחוסר היכולת ובהעדר הרציות ליצור תיאוריה קוהרנטית כוללת, והדגש על הליכים דמוקרטיים פוליטיים ממשיים, מונעים מבית המשפט לאמץ תיאוריה ראשית של צדק או של משפט חוקתי. במקום זאת, בית המשפט מבקש לזהות עקרונות מוסריים, פוליטיים ומשפטיים בקונטקסט המוגבל של הצדדים לפני בית המשפט. לכן תפקידו של בית המשפט מסויג לפתרון של סכסוכים ספציפיים בהתאם לחוק

179 לקוח מדיון במליאת הכנסת בדבר חוקת המדינה דברי הכנסת ד (תש"י) 817.

180 ראו גם ש' אהרונסון, "חוקה לישראל – הדגם הבריטי של דוד בן-גוריון", פוליטיקה 2 (תשנ"ט).

181 הבעיה הראשונה שעשויה להתעורר היא שאנשים בדמוקרטיה מודרנית לא מסכימים על האסטרטגיה שבית המשפט צריך לנקוט בה. לכן גם אם נמצא נקודות הסכמה בין הצדדים המתדיינים, אין בכך הבטחה כי התוצאה של דרך הנמקה מעין זו תהיה מוסכמת על הצדדים – מכיוון שהם לא מסכימים על הדרך. סנסטיין עשוי לענות להתנגדות זו, בכך שהעובדה שהצדדים אינם מסכימים לתוצאה אינה צריכה לשנות, מכיוון שבית המשפט מתחיל מהנחות להן הם מסכימים, ולכן הוא מציג להם טיעון שהם צריכים לקבל, צריכים להסכים לו, או שלא יכולים לדחות בסבירות (תבונה ציבורית). אך גם תשובה זו אינה מספיקה. ראשית, העובדה שבית המשפט מתחיל מהסכמה אינה הופכת הסכמה זו לצודקת. שנית, הדרך בה מגיע בית המשפט לתוצאה מההנחות המוסכמות מצויה תחת מחלוקת, וזה מעלה את השאלה האם באמת הצדדים צריכים או נדרשים לקבל הנמקה משפטית מעין זו.

ולצדק. לפי מודל הבורר המסויג, בית המשפט אוהז בכלים וביכולות מוסדיים לספק צדק לפרטים.

ט. סיכום

כאמור, אין ביכולתי להציג כאן תמונה שלמה, מעבר להדגמה הקצרה לגבי ההחלטות בעניין בז'רנו, בעניין שייב ובעניין קול העם, מדוע התפתחות המשפט החוקתי הישראלי ומוסד הביקורת השיפוטית תואמת את שני המודלים האמורים, או להגן על מודלים אלה מנקודת המבט של הליברליזם המערבי. משימות אלו נותרו לעתיד לבוא. עם זאת, היתרון שבמודלים אלו על פני הדעות המקובלות היום לגבי התפתחות הביקורת השיפוטית ניכר בפוטנציאל שלהם לענות על הקשיים שזוהו לאורך מאמר זה. ראשית, המודלים אינם מאמצים את תפיסת העולם הפורמליסטית, שכאמור מעולם לא הכתה שורשים במשפט החוקתי הישראלי. שנית, המודלים מניחים פלורליזם של ערכים ושל תפיסות טוב כוללות ומנסים לשרטט נתיב דרכו בית המשפט אמור להתמודד עם פלורליזם זה. שלישי, בעיית הלגיטימציה של מוסד הביקורת השיפוטית, שעה שהוא מתערב בהחלטות שלטוניות של מוסדות אחרים בדמוקרטיה, ניצבת במרכז המודלים.

