

## הרצאה



# כיצד להבין את התפתחות המשפט החוקתי של ישראל? הערות בעקבות מאמרו של ד"ר שגב

מנחם מאוטנר\*

- א. פתיחה
- ב. הנמקות פורמליסטיות והנמקות ערכיות
- ג. פסקי הדין החוקתיים של שנות החמישים
- ד. סיום

## א. פתיחה

מאמרו המצוין של ד"ר יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת"<sup>1</sup>, מעורר שאלות חשובות באשר להבנתנו את התפתחות המשפט החוקתי של ישראל. מאמרו של ד"ר שגב עשיר בטיעונים. בשורות הבאות אתמקד בשני טיעונים הנראים בעיני מרכזיים. הטיעון הראשון הוא שאף כי הפסיקה של שנות החמישים התאפיינה בפורמליזם, המשפט החוקתי היווה חריג לכך. ד"ר שגב מקבל את הטיעון שפסיקתו של בית המשפט העליון בשנות החמישים הייתה בכללותה פורמליסטית,<sup>2</sup> ואת הטיעון כי מאז

---

\* פרופסור מן המניין, מופקד על הקתדרה לחקר המשפט והתרבות, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. הדברים מבוססים על הרצאה בכנס "צדק בג'י: בין פורמליזם לערכים?", המכללה האקדמית נתניה, בית הספר למשפטים, 4 במרץ 2005.

1 יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג (תשס"ג-תשס"ד) 303.

2 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תל-אביב, תשנ"ג). ראו גם: מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי (תל-אביב, תשס"ב); מנחם מאוטנר "שנות השמונים – המשפט הישראלי: העשור הרביעי" בית-המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל (דוד חשין ואח' עורכים, תשנ"ט) 132; Menachem Mautner "Law and Culture in Israel: The 1950s"; and the 1980s" *The History of Law in a Multi-Cultural Society: Israel 1917-1967* (Ron Harris, Alexandre Kedar, Pnina Lahav & Assaf Likhovski eds., 2002) 175.

שנות השמונים התגבר בפסיקה מאוד מעמדן של ההנמקות הלא-פורמליסטיות,<sup>3</sup> ואולם לדבריו:

"החלטות בית המשפט העליון בתחום המשפט החוקתי בשנות היסוד של המדינה אינן ראויות להיות מקוטלגות תחת התווית של פורמליזם משפטי... החלטות אלה הן במהותן, בטבען וברוחן לא-פורמליסטיות."<sup>4</sup>

...

יסודותיה והתפתחותה של הביקורת השיפוטית בשנות החמישים והשישים היו לא-פורמליסטיים."<sup>5</sup>

ד"ר שגב מכיר בכך שבפסיקה בית המשפט העליון בתחום המשפט החוקתי בשנות החמישים ניתן למצוא גם פסקי דין פורמליסטיים. כדוגמה לכך מביא ד"ר שגב את פסק הדין בבג"ץ 25/53 קול העם נ' שר הפנים,<sup>6</sup> ואולם לדבריו, "משקלן הסגולי של החלטות פורמליסטיות אלו בתחום המשפט החוקתי הוא קטן."<sup>7</sup>

הטיעון השני שאותו מפתח ד"ר שגב הוא שפסיקתו של בית המשפט העליון בתחום המשפט החוקתי בשנות החמישים מגלה התלבטות של בית המשפט בין שתי תפיסות באשר לתפקיד שעליו למלא במדינה ובחברה.

התפיסה האחת מכונה על ידי ד"ר שגב "מודל הרועה המוסרי". בית משפט הפועל על פי מודל זה מנמק את החלטתו באמצעות אימוץ תיאוריה מהותית ובאמצעות הצגת עקרונות רחבים התומכים בהחלטתו לעומת הנמקה הנשענת על שיקולים פרגמטיים, מקריים או נסיבתיים. אף שמודל זה מכיר בכך שתפקידו של בית המשפט ליישב סכסוכים, "תפקיד זה הוא משני לתפקידו כמקדם אידיאלים פוליטיים ומוסריים,"<sup>8</sup> היכולים לשמש אמות מידה להכרעה גם בסכסוכים עתידיים. כדוגמה לפסק דין שנכתב על פי מודל זה, מביא ד"ר שגב את פסק הדין שניתן בבג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים.<sup>9</sup>

התפיסה האחרת באשר לתפקידו של בית המשפט מכונה על ידי ד"ר שגב "מודל הבורר המסויג". בית משפט הפועל על פי מודל זה רואה את עיקר תפקידו ביישובם של סכסוכים פרטיקולריים. "בית המשפט משתמש בעקרונות של צדק ועקרונות מוסריים בצורה פרגמטית, נסיבית, בקונטקסט של הצדדים הספציפיים לסכסוך, ובקונטקסט של ההסדרים החוקתיים הקיימים בחברה דמוקרטית נתונה."<sup>10</sup> בית משפט

3 שגב, לעיל הערה 1, בע' 304.

4 שם, בע' 312–313.

5 שם, בע' 325. ראו גם שם, בע' 313.

6 פ"ד ז 165 (להלן: עניין קול העם הראשון).

7 שגב, לעיל הערה 1, בע' 313 בהערת שוליים 36.

8 שם, בע' 342. ראו גם שם, בע' 343.

9 פ"ד ז 871 (להלן: עניין קול העם השני).

10 שגב, לעיל הערה 1, בע' 350.

הפועל על פי מודל זה "ישאף להכריע סכסוכים על בסיס צר ככל האפשר ולהימנע מכללים רחבים או פתרוניות סופיים".<sup>11</sup> כדוגמה לפסקי דין שנכתבו על פי מודל זה, מביא ד"ר שגב את פסקי הדין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה,<sup>12</sup> ובג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון.<sup>13</sup>

ד"ר שגב ממיין אפוא את פסקי הדין בעניין קול העם השני, בעניין בז'רנו ובעניין שייב כמייצגים שתי תפיסות שונות של תפקידו של בית המשפט: פסק הדין בעניין קול העם השני מייצג את מודל הרועה המוסרי; פסקי הדין בעניין בז'רנו ובעניין שייב מייצגים את מודל הבורר המסויג. למרות זאת, ד"ר שגב סובר כי כל שלושת פסקי הדין מייצגים תפיסת עולם לא-פורמליסטית של בית המשפט.<sup>14</sup>

## ב. הנמקות פורמליסטיות והנמקות ערכיות

ד"ר שגב מקבל כאמור את הטיעון המרכזי שלי בדבר דרכי ההנמקה בפסיקתו של בית המשפט העליון:<sup>15</sup> ההנמקה הקאנונית בפסקי הדין של בית המשפט העליון מאז קום המדינה ועד שנות השמונים הייתה ההנמקה הפורמליסטית; בשנות השמונים והתשעים חל שינוי במעמדן היחסי של ההנמקות הערכיות לעומת ההנמקות הפורמליסטיות בפסקי הדין של בית המשפט – ההנמקות הערכיות החלו ליהנות ממעמד של מרכזיות, תוך דחיקה לשוליים של ההנמקות הפורמליסטיות.<sup>16</sup> דומה כי טיעון זה באשר לאפיון

11 שם, בעמ' 351. ראו גם שם, בע' 353.

12 פ"ד ב 80 (להלן: עניין בז'רנו).

13 פ"ד ה 399 (להלן: עניין שייב).

14 שגב, לעיל הערה 1, בע' 315, 316, 317, 318, 322.

15 ראו ההפניות לעיל בהערה 2.

16 לאפיון הפסיקה של שנות החמישים כפורמליסטית ראו: פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479, 487; פנינה להב "יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז (תשנ"א) 475, 488–490; אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית-המשפט העליון 1948–1954" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 333, 381–385; יפעת הולצמן-גזית "דיני הפקעת מקרקעין בשנות החמישים בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין פרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי ללאומי (חנוך דגן עורך, 1999) 223, 229–230; פנינה להב "שנות החמישים – המשפט הישראלי: העשור הראשון" בית-המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל (דוד חשין ואח' עורכים, תשנ"ט) 20, 23 ("רוב פסקי הדין של התקופה [העשור הראשון] מאופיינים בגישה פורמליסטית למשפט, הרואה את מהות המעשה השיפוטי בהחלת כללים קבועים על עובדות הסכסוך, כך שהתוצאה נובעת באופן גיוני מן הפעולה של החלת הכללים. יוצא-דופן היה השופט שמעון אגרנט, שהאמין כי על השופט לזהות את האינטרסים המתנגשים כתוצאה מן הסכסוך שבין הצדדים ולאזן ביניהם"); פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית (תל-אביב, 1999) 19 ("רוב חבריו [של אגרנט] לשיפוט, גם בארץ ישראל המנדטורית וגם במדינת ישראל נמנו עם חסידי התפישה הפורמליסטית והיו מאמינים אדוקים בהפרדה בין משפט לחברה"); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט 21 (פברואר,

הנמקותיו של בית המשפט התקבל בדרך כלל בהסכמה, ואולם מכיוון שלעתים יוחסו לטיעון תכנים או השלכות שאינם בו, ברצוני להדגיש את הנקודות הבאות. ראשית, הפסיקה מאז קום המדינה ועד שנות השמונים לא הייתה פורמליסטית לחלוטין. ניתן למצוא בפסקי הדין של בית המשפט העליון בתקופה זו, בערכוביה, הנמקות פורמליסטיות והנמקות לא-פורמליסטיות בפסקי דין שונים של כל אחד משופטי בית המשפט, ולא אחת אף בפסק דין אחד של אותו שופט עצמו. (אכן, קשה להעלות על הדעת שיטת משפט שאינה נזקקת בעת ובעונה אחת להנמקות פורמליסטיות ולהנמקות לא-פורמליסטיות).<sup>17</sup>

שנית, ובדומה לכך, גם בפסקי הדין של שנות השמונים והתשעים ניתן למצוא לא אחת הנמקות פורמליסטיות לצד הנמקות ערכיות בפסקי דין שונים של כל אחד משופטי בית המשפט, ולא אחת אף בפסק דין אחד של אותו שופט עצמו. שלישי, מכיוון שהתרבות המשפטית מכירה הן בהנמקות פורמליסטיות והן בהנמקות ערכיות, אין זה מפתיע שהן בשנים שחלפו עד שנות השמונים והן בשנים שחלפו מאז שנות השמונים ניתן למצוא בפסקי הדין של בית המשפט העליון הנמקות משני הסוגים האמורים, אלו לצד אלו. כדי להבין נקודה זו יש להבין את העובדה ששופטים הם בני אדם הנדרשים לספק טיעונים משכנעים ככל האפשר להצדקת פעולותיהם.

שופטים הם בני אדם שאנו מקנים להם כוח עצום להתערב בחייהם של בני אדם אחרים. רק רופאים הם בני אדם שאנו מתירים להם כוח כל כך גדול, ואף רב יותר, להתערב בחייהם של בני אדם אחרים, ואולם כשמדובר ברופאים, ההתערבות נעשית בדרך כלל בעקבות בחירה של החולה, וקיימת חזקה חלוטה שמטרת ההתערבות היא הטבת מצבו של החולה. דברים אלה אינם חלים כשמדובר בשופטים. אנו מתירים לשופטים להתערב התערבות עמוקה בחייהם של בני אדם אחרים, ואולם התערבות זו אינה נעשית בעקבות בחירה של המתדיינים, ותמיד, בגמר ההליך השיפוטי, צד אחד עשוי לסבור שהתערבות השופט בחייו הייתה פוגענית (חייו, חירותו, ילדיו, רכושו וכו' נלקחו ממנו). מטעמים אלה, שופטים חייבים לספק למתדיינים לפניהם טיעונים טובים להצדקת אופן התערבותם בחייהם. ראוי לשים לב, כי בנקודה זו קיים

2006) 2 ("הכותרת [של ספרו של מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי] מצביעה על ירידת הפורמליזם בשיטתנו המשפטית, ועל כך דומני שלא ניתן לחלוק"); Martin Edelman "Israel" *The Judicialization of Politics* (C. Neal Tate and Torbjorn Vallinder eds., 1995) 403, 410; אך השוו: רון חריס "המשפט הישראלי" העשור הראשון תש"ח-תש"ח (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, ירושלים, תשנ"ח) 260 ("לא ניתן לצבוע את פסיקת בית-המשפט העליון בעשור הראשון בצבעי איפיון חד-גוניים ועזים... ההנמקה ברבים מפסקי הדין היא פורמליסטית, אך באחדים יש דיון בערכים ובזכויות").

17 P. S. Atiyah & Robert S. Summers *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions* (Oxford, 1987) 2-3.

הבדל לא רק בין שופטים לבין רופאים, אלא גם בין שופטים לבין מחוקקים. חקיקה היא הליך שבו קבוצה בלתי מוגדרת של בני אדם מסדירה את חייה של קבוצה בלתי מוגדרת מראש של אזרחים. "החיכוך" (הכמעט פיזי) הקיים בין השופט לבין המתדיין; "קשר העין", הקיים בין השופט לבין המתדיין; העובדה שזהותו של כל שופט שהכריע באמצעות פסק דין ידועה והשופט חתום על פסק הדין – רכיבים אלה אינם מתקיימים ב"יחסים" שבין מחוקקים לבין מי שהחקיקה מתערבת בחייהם. שופטים הם אפוא בני אדם הפועלים כל העת כשהם נתבעים לספק הנמקות טובות ככל האפשר להצדקת פעולותיהם. לא ייפלא אפוא ששופטים הפועלים בגדרה של תרבות משפטית המכירה באפשרות לספק הנמקות פורמליסטיות לצד הנמקות ערכיות, יאמצו את שני סוגי ההנמקות האלה גם יחד לשם הצדקת פעולותיהם. רביעית, ובהמשך לשני הנימוקים הראשונים דלעיל, יהא זה משגה להציג את תפיסת העולם הלא-פורמליסטית, הערכית, הניכרת בפסיקה של שנות השמונים והתשעים, כתופעה חדשה לגמרי ומנותקת לחלוטין מתפיסת העולם העולה מהנמקותיו של בית המשפט בעשורים הקודמים. אכן, חוקרי התרבות מלמדים אותנו שפרדיגמות תרבותיות עולות בהדרגה, ולא באמצעות מהפכה והינתקות מן העבר, ושניצניה של כל פרדיגמה חבויים בחיקה של קודמתה.<sup>18</sup> פרדיגמה תרבותית חדשה, שאינה מוכרת בפרדיגמה התרבותית הקיימת, תידחה על ידי הפרדיגמה הקיימת, בדומה לאופן שבו יידחה אבר מושל, שאינו מוכר בסביבה הגנטית שבה הוא מושל.<sup>19</sup> דברים אלה מתקיימים גם בקשר שבין תפיסת העולם הלא-פורמליסטית של שנות השמונים והתשעים לבין תפיסת העולם המשפטית של העשורים הקודמים: גם בפסקי הדין שניתנו מאז קום המדינה ועד שנות השמונים ניתן למצוא הנמקות לא-פורמליסטיות, אולם בהנמקות של שנות השמונים והתשעים התחזק המשקל של הנמקות מסוג זה מאוד, וזכה למרכזיות ולהבלטה.

חמישית, גם הנמקות פורמליסטיות הן כמובן טעונות ערכים, היינו הן מגלמות

18 Itamar Even-Zohar "Introduction" 11 *Poetics Today* (1980) 1, 4 ("this is a regular process in attitude change in culture: we do not understand or accept anything new except in the context of the old"; ננסי עזר ספרות ואידיאולוגיה (תל-אביב, תשנ"ב) פרק 5; נורית גרץ חירבת חיזעה והבוקר שלמהרת (תל-אביב, תשמ"ד) 9-11; א' מרגולין "לבעית החלוקה לתקופות בהיסטוריה של הספרות" הספרות ב (1969) 11.

19 Zohar Shavit "The Entrance of a New Model into the System" *Issues in Slavic Literary and Cultural Theory* (Karl Eimermacher, Peter Grzybek & Georg Witte, Bochum, 1989) 593, 594-595: "A new model enters the system in a slow process in which the new elements and functions distinguishing between this model and the previous one are only gradually structured... [T]he new model *does not* and *can not* enter the system as a global novelty... As in the case of a new transplanted organ, the organ needs to be regarded as already part of the system, to be covered by an already known entity so that it will not .be rejected"

הכרעות ערכיות.<sup>20</sup> בדומה לכך, גם הכרעות פורמליסטיות הן בעלות השלכות חברתיות, ואולם ההבדל בין הנמקות פורמליסטיות ובין הנמקות ערכיות הוא שהראשונות מצניעות את הממד הערכי הגלום בהן, ואילו האחרונות חושפות ומגלות את הממד הזה. בנוסף, בעוד אשר במסגרתן של הנמקות פורמליסטיות נשקלות המשמעויות הערכיות וההשלכות החברתיות של הכרעות משפטיות ברמת מודעות נמוכה ועל פי השכל הישר<sup>21</sup> של השופטים, הכרעות ערכיות מבקשות לטפל במשמעויות הערכיות ובהשלכות החברתיות של המשפט ברמת מודעות גבוהה ותוך חתירה להפעיל דעת תיאורטית ואקדמית.

שישית, אף שאני סבור שחל שינוי באופיין של ההנמקות המובאות בפסקי הדין של בית המשפט העליון, איני סבור שחל שינוי מהותי בתכנים הערכיים הגלומים בפסקי הדין ובהכרעות של בית המשפט מאז קום המדינה ועד היום. באופן כללי, מערכת הערכים ששלטה בפסיקתו של בית המשפט העליון בשנות החמישים דומה לזו שאותה החיל בית המשפט בשנות השמונים והתשעים.

### ג. פסקי הדין החוקתיים של שנות החמישים

ד"ר שגב מאפיין את פסק הדין בעניין קול העם השני<sup>22</sup> כפסק דין המגלם את מודל הרועה המוסרי, וכן כפסק דין לא-פורמליסטי. אני מסכים לאופן שבו ד"ר שגב מתאר את המודל, וכן לאפיונו של פסק הדין.

ד"ר שגב מאפיין את פסקי הדין בעניין בז'רנו<sup>23</sup> ובעניין שייב<sup>24</sup> כמגלמים את מודל הבורר המסויג, וכן כפסקי דין לא-פורמליסטיים. אני מסכים לאופן שבו ד"ר שגב מתאר את המודל. איני מסכים לאופן שבו מאפיין ד"ר שגב את שני פסקי הדין.

בהחלטה בעניין בז'רנו קיים רכיב לא-פורמליסטי ברור: השופט חשין קובע כי "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנוייה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו"<sup>25</sup>, ואולם קביעה זו מובלעת בהנמקה בעלת אופי פורמליסטי מובהק.

20 פרופ' פרידמן תוהה, לנוכח הטיעון שלי בדבר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, אם עמדתו היא ש"מכיוון שבתי המשפט מאז שנות השמונים הנם פחות 'פורמליסטיים', הם גם ערכיים יותר מאלה שקדמו להם". פרידמן, לעיל הערה 16, בע' 2. ברצוני להדגיש כי עמדתי היא שהמשפט הוא טעון ערכים, היינו הוא מגלם הכרעות ערכיות והכרעות חלוקתיות בכל תג ותג שלו, בלי קשר לסגנון ההנמקה שאותו נוקטים שופטים בפסקי הדין שלהם להצדקת הכרעותיהם.

21 מנחם מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 11.

22 לעיל הערה 9.

23 לעיל הערה 12.

24 לעיל הערה 13.

25 עניין בז'רנו, לעיל הערה 12, בע' 82. ראו גם: דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון: זכויות אדם" משפט וממשל ה (תש"ס) 297, 300 ("לדבריו של השופט חשין



עיקרה של ההנמקה הוא שימוש במושג הזכות ובמושג החובה, ומיונם של שני מצבים עובדתיים אפשריים אל תוך הקטגוריות המשפטיות המתאימות, באופן שהמסקנות המשפטיות מתחייבות בעקבות המיון: כשאדם מבקש כי ייעשה כלפיו מעשה על ידי הרשות, עליו להצביע על חוק המקנה לו זכות לכך כלפי הרשות; כשאדם מבקש כי הרשות תימנע מלעשות כלפיו מעשה, על הרשות להצביע על חוק המקנה לה זכות להמשיך בעשיית המעשה.<sup>26</sup> אכן, מיד בהמשכה של הציטטה האמורה בדבר זכותו הטבעית של כל אדם "לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו", מוסיף השופט חשין את הסייג "כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק".<sup>27</sup>

ד"ר שגב מאפיין את עניין בז'רנו כפסק דין לא-פורמליסטי "מכיוון שהוא מגלם הכרעה ערכית בסיסית והצדקה מוסרית, אותה הקורפוס המשפטי הפורמלי אינו יכול להסביר",<sup>28</sup> ואולם אני סבור כי העובדה שפסק הדין "מגלם הכרעה ערכית בסיסית והצדקה מוסרית" אין בה כדי ללמד על כך שההנמקה המובאת בו היא לא-פורמליסטית. כפי שטענתי קודם לכן, גם הכרעות הנשענות על הנמקות פורמליסטיות מגלמות הכרעות ערכיות. לפיכך, עצם העובדה שעניין בז'רנו מגלם הכרעה ערכית חשובה אין בה כשלעצמה כדי ללמד על סגנון ההנמקה הנקוט בפסק הדין.

בעניין שייב הביא בית המשפט שלוש הנמקות להצדקת הכרעתו כי יש להעסיק את שייב כמורה בבית הספר התיכון שעמו התקשר בחוזה עבודה. שתיים מהנמקות אלה היו פורמליסטיות. העובדה שפסק הדין מכיל הנמקות פורמליסטיות לצד הנמקה לא-פורמליסטית ממחישה את שטענתי קודם לכן: הנמקות פורמליסטיות והנמקות לא-פורמליסטיות נמצאות לא אחת בפסיקה של שנות החמישים בכפיפה אחת באותו פסק דין עצמו.

מקום של כבוד בביסוס מגילת-הזכויות השיפוטיות. ראשית, הם ביטאו שיח משפטי של זכויות אדם. שנית, היה בהם משום הכרה שיפוטית בהנחת חירות כללית".); דפנה ברק-ארז "זכויות אזרח בבית-המשפט העליון" משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו (דפנה ברק-ארז עורכת, תל-אביב, 1999) 121 ("בפסק-הדין בפרשת בז'רנו נהוג לראות את ראשיתה של מגילת זכויות האזרח הבלתי כתובה שיצרה פסיקתו של בית-המשפט העליון"); אסף לחובסקי "ראשיתה של הזכות לחופש עיסוק: בית-המשפט הכיר בקיומן של זכויות יסוד שאינן 'כתובות עלי-ספר' כמו הזכות לחופש העיסוק" בית-המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל (דוד חשין ואח' עורכים, תשנ"ט) 28 ("פסק-דין בז'רנו, ופסקי הדין שבאו בעקבותיו הניחו אם כן את התשתית לשורה ארוכה של פסקי-דין בהם יצר בית-המשפט, טיפין טיפין, את מגילת זכויות-האדם של מדינת ישראל").

26 ראו גם: משה לנדוי "זכויות אזרח בבית המשפט העליון" משפטים ראשונים: שיחות בעקבות פסקי-דין של בית המשפט העליון בשנה הראשונה להיווסדו (דפנה ברק-ארז עורכת, תל-אביב, 1999) 133. (בפסק הדין בעניין בז'רנו, "השופט חשין התמודד בדרך מאוד פורמליסטית עם הטענות שהובאו על ידי פרקליט המדינה").

27 עניין בז'רנו, לעיל הערה 12, בע' 82.

28 שגב, לעיל הערה 1, בע' 316.

ההנמקה הראשונה, הנמקה פורמליסטית, היא שכאשר מנהל אגף החינוך משתמש בסמכותו, עליו לעשות כן על פי שיקול דעתו שלו, ולא על פי שיקול דעתה של רשות שלטונית אחרת, כגון שר הביטחון. השופט חשין כתב: "כבודו של שר הביטחון במקומו מונח, ואיש במדינה אינו מזלזל בכובד תפקידו ובגודל האחריות הרובצת עליו; אך עניני חינוך לא לו נמסרו, ולא בתחומי סמכותו הם מצויים... אין, כמובן, מניעה, כי מנהל אגף החינוך, ככל פקיד ציבור אחר במדינה, יבקש עצה בשאלות הנוגעות למשרדו מפיהם של שרים ופקידי משרד אחרים, שכן התחומים יונקים זה מזה; אך אין הוא מצווה, 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".<sup>29</sup>

ההנמקה השנייה אף היא פורמליסטית: החוק לא הקנה למנהל אגף החינוך סמכות להתערב בחוזי העסקה שבין בתי ספר למורים. על פי עקרון שלטון החוק, כותב השופט אולשן, הגבלות על חירות הפרט "צריכות להקבע 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... זכויותיו של הפרט אינן נתונות להגבלה או לשליטה, על ידי פקיד או שר רק מפני שהם חושבים – ואפילו בצדק – שיש בזה משום תועלת למדינה. עליהם לשכנע את בית המחוקקים, כי יש הכרח או צורך בהגבלות האלה, ורק לאחר שהמחוקק נותן להן את הגושפנקא שלו, רשאים הם לבצע אותן".<sup>30</sup>

ההנמקה השלישית היא לא-פורמליסטית: רק אם שייב יועמד לדין בגין דעותיו, ניתן יהא לגזור עליו עונש, ואולם לא ניתן לפגוע בו בשל דעותיו באופן מינהלי. כפי שכתב השופט חשין: "אם דעותיו של אזרח פסולות, חייו אינם הפקר ודמו אינו מותר; ואין נועלים בפניו שערי פרנסה, ואין יורדים לחייו בדרך אדמיניסטרטיבית בלבד".<sup>31</sup>

ד"ר שגב כותב כי "למרות שההחלטה בעניין שייב חסרה עומק תיאורטי, הרי שקשה לתארה כפורמליסטית לאור האופי פורץ הדרך שבה".<sup>32</sup> ואולם אני סבור כי

29 עניין שייב, לעיל הערה 13, בע' 406.  
 30 שם, בע' 411. ההדגשה במקור. ראו גם בע' 412. להנמקה דומה, ראו דברי השופט חשין שם, בע' 408–409, ודברי השופט ויתקון בע' 417–418.  
 31 שם, בע' 407 לפסק הדין. ראו גם: דפנה ברק-ארז "בלי פוליטיקה בבית-הספר: בג"ץ קבע כי התערבות שלטונית למניעת העסקתו של פעיל לח"י כמורה בבית-ספר פרטי איננה חוקית" בית-המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל (דוד חשין ואח' עורכים, תשנ"ט) 34, 35.  
 ("חשיבותו של פסק-הדין [בעניין שייב] היא, בעיקר, בהגדרתו הברורה של עקרון שלטון החוק ובאכיפתו על השלטון").  
 32 שגב, לעיל הערה 1, בע' 318.

החשיבות של ההחלטה שבפסק דין אין בה כדי ללמד אם ההנמקה הנקוטה בפסק הדין היא פורמליסטית או לא-פורמליסטית.

#### ד. סיום

מנחם אלון כתב, בעקבות השימוש במושג "מהפכה חוקתית" במשפט הישראלי בשנות התשעים, כי "אם הייתי רואה צורך להשתמש בביטוי מהפכני של מהפכה, הרי כתר המהפכה ראוי הוא שיוכתרו בו האבות המייסדים של בית המשפט העליון. אלה יצרו וביססו עקרונות יסוד של כבוד האדם וחירותו בפסיקה גדולה ונועזת, בחינת יש מאין, מכוח 'אני מאמין' ויצירה מופלאה".<sup>33</sup> אני מצטרף להערכתו של אלון, אבל אני סבור ששופטי שנות החמישים העלו את תרומתם ההיסטורית הגדולה בעיקר באמצעות שימוש בהנמקות פורמליסטיות בפסקי הדין שלהם.

---

33 מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 253, 256–257. ראו גם: עמוס שפירא "חופש דת לכל: בית-המשפט הגן על זכותם של יהודים רפורמים לשכור אולם לצורך קיום תפילה" בית-המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל (דוד חשין ואח' עורכים, תשנ"ט) 74. ("במעשה מרכבה שיפוטי מפואר זה, לא עמדו לרשות בית-המשפט העליון לא מסמך חוקתי-פורמלי תומך ולא מערכת חקיקה מסייעת. תוך שהם נזקקים לכלים השיפוטיים המקובלים של פרשנות החקיקה ופיקוח על שיקול-הדעת של רשויות הממשל, השכילו השופטים להפנים בהחלטותיהם את ערכי הדמוקרטיה הליברלית בתחום זכויות האדם וחירויות הפרט").

