

בג"ץ כשירות הצדק: המסורת ואובדנה

יהושע (שוקי) שגב *

א. מבוא ; ב. פורמליזם משפטי, צדק ובג"ץ ; ג. המיתוס בדבר ה"זר התרבותי" ; ד. על המסורת האבודה של בג"ץ ; ה. מדוע ראוי ללמד את עניין ברגמן ובהרחבה ; ו. על הגישה השיפוטית של בג"ץ למן שנות השמונים ; ז. עניין בנק המזרחי כאנטי-תיזה לעניין ברגמן ; ח. הגורמים לזניחתה של מסורת הצדק והדמוקרטיה של בג"ץ ; ט. סיכום

*"אשר לרועה האמיתי שדיברת בו... והנך סבור שאמנם, כאשר הוא רועה, יהא מפטם את צאנו, ואגב כך ישווה לעיניו לא את טובת הצאן, אלא את סעודתו שלו כאחד הזוללים שמזמן עצמו לסעודה ; או ישא עיניו למכירת הצאן, בחינת סוחר ולא רועה. ואולם אומנות הרועה — הלא אין לה שום דאגה אחרת אלא להבטיח למי שנצטוותה עליו את הטוב ביותר, שהרי היא גופה, כבר מובטח לה די צרכה שתהא טובה ביותר, כל עוד לא תגרע מאומה מהיותה אומנות רועה. ולפיכך סברתי שאמנם עלינו להודות בכך, כי כל שלטון, כאשר הוא שלטון, אינו מבקש טובה אלא לזה שנתון למרותו ולטיפולו, בין שלטון מדיני ובין פרטי. ***

* דוקטור למשפטים. מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. תודתי נתונה לד"ר ישראל צבי גילת, לפרופ' מנחם מאוטנר, לד"ר יואש מייזלר, לפרופ' מיכאל קורנאלדי, לפרופ' יולי תמיר ולמשתתפים בכנס "צדק בגצ"י: בין פורמליזם לערכים?" שהתקיים בבית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה (4 במארס 2005), על הערותיהם המועילות והחשובות.

** מתוך דברי סוקרטס ב"פוליטיאה א", ראו אפלטון כתבי אפלטון כרך ב 185–186 (יוסף ליבס מתרגם, התשנ"ט).

א. מבוא

"צדק", כתב הפילוסוף האמריקני הנודע John Rawls, "הוא הסגולה הראשונה של מוסדות חברתיים"¹. עבור שופטים, מלומדים, ועורכי דין, הרגילים בדרכיו של בית המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"ץ), ראשוניותו של הצדק, כקריטריון להערכת מוסדות חברתיים בישראל בכלל, וכקריטריון להערכת בג"ץ בפרט, מעולם לא הוטלה בספק. מרגע היוולדו ועד היום נתפש בג"ץ, לא רק על ידי שופטים ועורכי דין אלא גם על ידי האוכלוסייה כולה, כמוסד שנועד לקדם צדק, להגן על זכויות הפרט מפני הפרה שלטונית, ולספק סעד אפקטיבי מקום בו מוסדות השלטון פגעו באזרח². ניתן וראוי לנתח את הדרכים השונות בהן העניק בג"ץ צדק ודמוקרטיה לאורך השנים. עם זאת, דבר אחד ברור ומוסכם, הצדק של בג"ץ לא היה תולדה של חוקה נאורה או של קיומה של מסורת ליברלית המאוגדת בחוקי המדינה.

בחלק הארי של שנות קיומה של המדינה, לא הייתה ישראל בעלת חוקה, במובן של מסמך פורמלי הנהנה מעליונות נורמטיבית, שנועדה להגן על פרטים מפני אי צדק ופגיעה שלטונית³. ישראל גם לא בורכה באוכלוסייה מלוכדת, הרגילה ביישומם, הלכה למעשה, של ערכים ליברליים דמוקרטיים של סובלנות, חירות ושוויון. נהפוך הוא. המהגרים למדינה החדשה באו ברובם ממדינות טוטליטריות (פשיסטיות או קומוניסטיות) אירופיות, ומהמונרכיות של המזרח התיכון ואפריקה. לא זאת אף זאת, ישראל ירשה חוקים מנדטוריים דרקוניים, שנועדו למנוע דמוקרטיה או ממשל עצמי, ולפגוע בזכויות. עם זאת, בתום חמש השנים הראשונות להיווסדו (1948–1953), כשהמדינה עוד נלחמת על קיומה, יצק בג"ץ את היסודות לביקורת

1 John Rawls, A Theory of Justice, 3–4 (Revised ed., 1999) (להלן: רולס); אך לביקורת ראו Michael J. Sandel, Liberalism and the Limits of Justice, 15–65 (2nd ed., 1998); Mary Ann Glendon, Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse וגם (2004).

2 על תפישות הציבור בדבר מעמדו של בג"ץ ראו גד ברזילי, אפרים יערייכטמן וזאב סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית 29, 69–72 (1994). לפי מחקר זה, מבין רשויות השלטון העיקריות נהנה בג"ץ מלגיטימציה רבה במיוחד. כך, למשל, 71.7% בציבור רואים בבג"ץ גוף בעל הסמכות המוסרית הגבוהה ביותר במדינה, בעוד רק 10.7% התנגדו להצהרה זו. 66.8% סברו כי בג"ץ מייצג את האזרח הפשוט ורק 14.4% התנגדו לגישה זו; אולם, ראו להלן הש"ש 5, לגבי נתונים עדכניים המתייחסים למידת אמן הציבור בבג"ץ.

3 בעקבות ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי), טענו שופטים ומלומדים שונים, כי ישראל נהנית גם מקיומה של חוקה פורמלית; ראו, למשל, אמנון רובינשטיין וברק מדינה "החוקה של מדינת ישראל" המשפט ח 291, 355 (2003); אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" משפט וממשל ד 357, 358 (1998); לדעה שונה ראו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה שמגשימה את עצמה?" משפטים כח 21 (1997); יואש מייזלר "המהפכה החוקתית" – עשור וקצת אחרי: הדין וחשבון" תרבות דמוקרטית 7, 131, 177 (2003); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה' שלא להחליט" מאזני משפט ה 125 (2006).

שיפוטית איתנה, שמטרתה קידום של צדק ודמוקרטיה, כחלק משיטת המשטר של מדינת ישראל⁴.

התרחשויות רבות התרגשו על המשפט החוקתי ב-57 השנים האחרונות. בג"ץ פיתח, תיקן ועידן ללא הפוגה את הדוקטרינות ואת התפישות החוקתיות שלו. בית המשפט שחרר עצמו במהרה ממרבית הפרוצדורות הטכניות, שאותן ירש מהמנדט הבריטי, ותרם רבות לפיתוחה של דמוקרטיה מודרנית מלאת חיים ותוססת, תוך שהוא מטפח את זכויות הפרט ושומר על מינהל הוגן ותיקן. הגישה הישירה והקלה לבג"ץ בשבתו כערכאה ראשונה ואחרונה, שאליה נתלוותה נכונותם של שופטיו להגן על הצדק, על הדמוקרטיה, ועל זכויות אדם, ולהעניק סעדים יעילים, הפכו את בג"ץ במהרה לבסטיליה של שלטון החוק והדמוקרטיה. לכן, אין זה מפתיע כי גם היום, בשעה ששאר מוסדותיה החברתיים של מדינת ישראל סובלים ממשבר לגיטימציה חריף, בית המשפט העליון עדיין נהנה מאמון ציבורי רחב וכי אין שני לו בתרומתו לאופיה הליברלי-דמוקרטי של מדינתנו. ברם, בעשור האחרון נראה, כי משבר הלגיטימציה לא פסח על בית המשפט העליון, והחלו להתגלות סדקים באמון שרוחשים לו חלקים נרחבים בחברה הישראלית⁵. במקרה, או שלא במקרה, בעשור זה, הלך בית המשפט העליון הישראלי בעקבות מקבילו האמריקני ונטל על עצמו סמכות כמעט בלתי מוגבלת לבקר חקיקה ראשית, בלא הוראה מפורשת המסמיכה אותו לעשות כן⁶.

מטרתה של רשימה זו היא לבחון איזה אידיאל של צדק בחר בג"ץ לקדם ומה היו הדרכים בהן בחר בג"ץ לקידומו של אידיאל הצדק. תחילה, אבחן את הטענה, כי בשלושת העשורים הראשונים נצמד בג"ץ לתפישת העולם של הפורמליזם המשפטי ובעזרתה קידם צדק, דמוקרטיה וזכויות אדם (פרק ב). לאחר מכן, אנתח ואבקר את התיזה בדבר היות בג"ץ "זר תרבותי" בעשורים אלה. תיזה

4 ראו גם יצחק זמיר "המשפט הציבורי: מהפכה או התפתחות? (תגובה להרצאתו של פרופ' קרצמר)" משפטים יט 563 (1990).

5 הממצאים בעניין זה אינם חד משמעיים. במחקר שנערך בשנת 2003 על ידי אשר אריאן, דוד נחמיאס, דורון נבות ודניאל שני הדמוקרטיה בישראל: דוח מעקב 2003, 21 (2003), נמצא כי למרות שבית המשפט שומר על מקומו כמוסד הזוכה לאמון גבוה ביחס למוסדות אחרים (70% אמון בבית המשפט העליון), הרי שנרשמה ירידה ניכרת במידת האמון שהציבור רוחש לו (8% פחות משנה קודמת); ראו גם ממצאי סקר ידיעות אחרונות ומכון דהן, שנערך עם פרישתו של הנשיא ברק, שלפיהם 52% מהציבור הביעו אמון נמוך בבית המשפט העליון, יעל גבירץ וטובה צימוקי "הלך הברק" מוסף ידיעות אחרונות, 16, 18 (1.9.06); עם זאת, ממצאי המחקר שערך בשנת 2004 אשר אריאן, פזית בן-נן ושלומית ברנע מדד הדמוקרטיה הישראלית 2004: סקר עמדות הנערך 26 (2004) עשויים להצביע על מגמה הפוכה של עלייה באמון במוסדות משפטיים — פרקליטות המדינה ובית המשפט העליון, לעומת ירידה באמון במוסדות הפוליטיים — ראש הממשלה, הכנסת ושרי הממשלה.

6 על הקשר האפשרי בין הרחבת גבולות סמכותו של בית המשפט העליון וגישת האקטיביזם השיפוטי לבין פגיעה באמון הציבור והיקלעות לחילוקי דעות, ראו יוחנן פרס ואפרים יערי-יוכטמן בין הסכמה למחלוקת: דמוקרטיה ושלום בתורעה הישראלית 58 (1998).

זו, המתלווה, לעתים קרובות, לפרדיגמת השימוש בפורמליזם המשפטי בעשורים הראשונים, סוברת, כי באימוץ שיח זכויות פעל בג"ץ כ"זר תרבותי" בניגוד לתרבות הקולקטיבית, ששררה במדינת ישראל בשנותיה הראשונות (פרק ג). על אף שאדחה את תיזת "הזר התרבותי", אטען, כי ניתן לזהות קיומה של מסורת ליברלית דמוקרטית של צדק בפסיקת בג"ץ של העשורים הראשונים (פרק ד). ואדגים כיצד היא באה לידי ביטוי בבג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר⁷ (פרק ה). לאחר מכן, אבחן את הגישה השיפוטית החדשה שאותה נקט בית המשפט למן שנות השמונים (פרק ו), ואדגים כיצד היא באה לידי ביטוי בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי⁸ (פרק ז). לבסוף, אדון בגורמים לזינוחתה של מסורת הצדק והדמוקרטיה של בג"ץ (פרק ח).

ב. פורמליזם משפטי, צדק ובג"ץ

פרופ' מנחם מאוטנר במאמרו "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים"⁹, שהוא, ללא ספק, מן המאמרים הטובים ביותר שנכתבו בישראל, גורס כי ההגנה על הצדק, על הדמוקרטיה ועל זכויות האדם בתקופה הפורמטיבית של המדינה ועד לשנות השמונים נעשתה בעיקרה תוך שימוש בפורמליזם המשפטי. הפורמליזם המשפטי, מסביר מאוטנר, מנתק את ההכרעה השיפוטית מהכרעות ערכיות באשר למוסר, לפוליטיקה ולכלכלה, תוך שהוא מייחד לשופט תחום צר מאוד ליצירתיות שיפוטית¹⁰. לגישת מאוטנר, מאפיינים מרכזיים אלה של הפורמליזם המשפטי קסמו לשופטי בג"ץ, מכיוון שאפשרו לקדם ערכים ליברליים, על רקע התנאים החברתיים ששררו בתקופה הפורמטיבית של המדינה ועד לשנות השמונים. באותה תקופה פעל בית המשפט העליון כ"זר תרבותי" בחברה הישראלית, שנשלטה על ידי ערכים קולקטיביסטיים. הפורמליזם אפשר לבית המשפט להצניע את המימד הערכי של החלטותיו ולהציג את ההליך השיפוטי כהליך מכניסטי¹¹. בהצגת דברים זו מפנה

7 פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן).

8 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3.

9 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (1993).

10 מאוטנר, שם, בעמ' 507–517. במאמר זה אני מאמץ את גישתו של מאוטנר לפורמליזם המשפטי, אם כי יש לציין, כי ברבות השנים נעשה שימוש רב במונח "פורמליזם משפטי" עד כי ספק אם ניתן למצוא מכנה משותף לכל השימושים השונים שנעשו בו. עם זאת נראה, כי מרבית אלה המשתמשים במונח פורמליזם מאמצים את המאפיין הגורס כי פורמליזם הוא ניסיון לנתק את המשפט ואת ההכרעה השיפוטית מהכרעות ערכיות מוסריות, פוליטיות וכלכליות; ראו גם: Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of* Law, 97 YALE L. J. 509 (1988); ודשוו Fredrick Schauer, *Formalism*, 97 YALE L. J. 509 (1988). (1988), הגורס, כי בגרעין התפישה הפורמליסטית ניצבת ההנחה כי ההחלטה המשפטית חייבת להיות בהתאם לכללים.

11 מאוטנר, שם, בעמ' 572.

מאוטנר את תשומת ליבנו לאופן שבו תנאים חברתיים הקיימים בחברה נתונה משליכים על ההנמקה המשפטית שנוקט בית המשפט מחד גיסא, ולדרכים בהן ההנמקה המשפטית משפיעה או מנסה להשפיע על אותם תנאים ממש, מאידך גיסא. בהזדמנות אחרת, הטלתי ספק בטיעונו של מאוטנר בדבר מרכזיותו של הפורמליזם המשפטי בפסיקת בית המשפט העליון בעשורים הפורמטיביים של מדינת ישראל בתחום המשפט החוקתי. טענתי, כי מודל הפורמליזם המשפטי אינו מסביר בהצלחה את הדרך בה קידם בג"ץ צדק, דמוקרטיה וזכויות אדם בתקופת תקומת המדינה ועד שנות השמונים¹². מלומדים רבים מזהים את הפורמליזם המשפטי עם פרשנות נוקשה ודוקנית של טקסטים משפטיים¹³. בהתאם, פורמליזם במשפט החוקתי האמריקני נתפש, לעתים קרובות, כפרשנות דוקנית ונוקשה של הטקסט החוקתי: החוקה האמריקנית¹⁴. לכן, עצם התפתחותו של משפט חוקתי ישראלי ענף ופורה על אף היעדרו של טקסט פורמלי, כלומר, בהיעדרה של חוקה פורמלית, מעלה ספקות ובעיות ביישום הפרדיגמה של הפורמליזם המשפטי מגיה וביה במשפט החוקתי.

חמש הערות נחוצות למען אדייק בטענתי. ראשית, איני מכחיש את דבר קיומם של פסקי דין פורמליסטיים בתחום החוקתי בשלושת העשורים הראשונים לקיומה של המדינה. דוגמה מאלפת ומכחימה לפסק דין פורמליסטי בתקופה הפורמטיבית הוא בג"ץ 25/53 קול העם נ' שר הפנים¹⁵. בעניין זה, שהוא גלגולה הראשון של פרשת קול העם, הותקפה הוראתו של שר הפנים על הפסקת פרסומו של עיתון "קול העם" לתקופה של עשרה ימים בשל פרסום ידיעת שווא העלולה לעורר בהלה ולסכן את שלום הציבור¹⁶. בג"ץ דחה את העתירה נגד שר הפנים וציין, כי "השאלה אם פרסום מסרים מסכן את שלום הציבור מסורה לפי החוק להכרעתו של שר-הפנים ולא להכרעת בית-משפט זה"¹⁷. גישתו הפורמליסטית של בג"ץ בעניין קול העם הראשון באה לידי ביטוי בהיצמדות מכניסטית לכלל

12 ראו יהושע (שוקי) שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל — בחינה מחודשת" מאזני משפט ג 303 (2004); לתגובתו של מאוטנר ראו מנחם מאוטנר "כיצד להבין את התפתחות המשפט החוקתי של ישראל? הערות בעקבות מאמרו של ד"ר שגב" מאזני משפט ה 11 (2006).

13 גם מאוטנר מציין כי הפורמליזם מעניק משקל רב לפרשנות הלשונית של הטקסט. מאוטנר, לעיל ה"ש 9.

14 לבחינה מקיפה של שלבים בהתפתחות הפורמליזם החוקתי במשפט האמריקני ראו: Erwin Chemerinsky, *Getting Beyond Formalism in Constitutional Law: Constitutional Theory* Mark V. Tushnet, *Anti-Formalism in Recent* Matters, 54 OKLA. L. REV. 1 (2001) השוו: *Constitutional Theory*, 83 MICH. L. REV. 1502 (1985); ההיצמדות לטקסט החוקתי נתפשת כשלב הבסיסי ביותר בפורמליזם החוקתי.

15 פ"ד ז 165 (1953) (להלן: עניין קול העם הראשון).

16 שם, בעמ' 166.

17 שם, בעמ' 167.

משפטי פורמלי מבלי לקיים כלל דיון בשיקולים הנורמטיביים שבבסיס כלל זה¹⁸. ברם, גורלה של העתירה בעניין קול העם הראשון מלמד על מקומו ותפקידו של הפורמליזם החוקתי במשפט החוקתי מקדמת דנא. בהיעדרה של חוקה, הוביל הפורמליזם המשפטי שאותו נקט בג"ץ בעניין קול העם הראשון לתוצאה הצפויה של כישלון, הלכה למעשה, בהגנה על זכויות האזרח ולהמשך התעמרות שר הפנים בעיתון "קול העם"¹⁹. אין פלא, כי עניין קול העם הראשון שקע למצולות השכחה של התודעה המשפטית, להבדיל מאחיו הצעיר בג"ץ 87/53 קול העם נ' שר הפנים²⁰, הלא-פורמליסטי שיצא להגן על חופש הביטוי וזכה למעמד קאנוני בקודש הקודשים של הקורפוס המשפטי החוקתי²¹. מכאן אנו למדים, כי משקלם הסגולי של פסקי הדין הפורמליסטיים הוא לרוב קטן וזניח בהשוואה לפסקי הדין המסמנים את התפתחות המשפט החוקתי הישראלי בהגנה על זכויות האזרח. פסקי דין אלה, היו רובם ככולם פסקי דין לא פורמליסטיים והצהירו במפורש על הכרעות ערכיות כבסיס להכרעה המשפטית הספציפית²². לאור פסקי דין אלו פעלו מערכת המשפט והמשטר והתחנכו דורות של משפטנים ושופטים²³. לכן אין פלא כי עניין קול העם הראשון הפורמליסטי נקבר "קבורת חמור" כבר בעניין קול העם השני הלא-פורמליסטי, על ידי אותו שופט שישב בדין בלידתו, תוך התעלמות רועמת מעצם קיומו²⁴. האתגר של תיאוריה חוקתית דסקריפטיבית ונורמטיבית במשפט החוקתי הוא, בראש ובראשונה, להסביר אותן החלטות פורצות דרך על מאפייניהן

18 ראו אברהם שפירא "הריסון העצמי של בית-המשפט העליון והכטחת זכויות האזרח (גלגוליה השונים של פרשת 'קול העם') עיוני משפט ג 640, 643 (1973).

19 מכאן שאיני מסכים עם מאוטנר ועם Tushnet, כי בנתוני הפתיחה והרקע, שאפיינו את מערכת המשפט הישראלית בתחילת דרכה, יכול היה הפורמליזם המשפטי לשמש כר איתן לבית המשפט העליון להישען עליו בהגנה על זכויות אדם; ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 372; ראו גם Mark Tushnet, *Book Review: The Universal and the Particular in Constitutional Law*, 100 COLUM. L. REV. 1327 (2000).

20 פ"ד ז 871 (1953) (להלן: עניין קול העם השני).

21 יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמיט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית-המשפט העליון — ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 243 (2004). על פי מחקרם של שחר, גרוס וגולדשמיט, מוביל עניין קול העם השני את רשימת מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון, שם, בעמ' 251.

22 בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80 (1949); בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399 (1951); בג"ץ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תש"ט-1949, פ"ד ט 617 (1955); בג"ץ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023 (1962); בג"ץ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962); ע"ב 1/65 ירדון נ' י"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965); עניין ברגמן, לעיל ה"ש 7. לבחינה ולניתוח מפורט של הגישה הלא-פורמליסטית שננקטה על ידי בג"ץ בעניין בז'רנו, שם, בעניין שייב, שם, ובעניין קול העם השני, לעיל ה"ש 20, ראו שגב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 314-326, 342-360.

23 עמוס שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל — מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג 625, 634-635 (1973).

24 שפירא, שם, בעמ' 643.

השונים²⁵. מודל הפורמליזם המשפטי פשוט אינו מבטא נכונה את הדרך בה הגן בג"ץ בהחלטותיו התקדימיות על הצדק והדמוקרטיה בשלושת העשורים הראשונים. שנית, איני מטיל ספק בקיומם של שופטים בעלי תפישת עולם פורמליסטית בבג"ץ. כלומר, איני מערער אחר הטענה כי היו שופטים שהתבטאו, לעתים קרובות, באופן פורמליסטי בפסיקה ובספרות האקדמית. בהתאם, ניתן למצוא בפסיקה התבטאויות המנסות לנתק את ההכרעה המשפטית של בג"ץ משיקולי צדק²⁶. גם הכתיבה האקדמית של שופטים אחדים מראה ניסיון לנתק בין הכרעות משפטיות בבג"ץ לבין שיקולים מהותיים של מוסר וצדק²⁷. הטעמים לנטייתם של שופטים אלה לפורמליזם ולפוזיטיביזם משפטי²⁸ עשויים להיות מגוונים. הסבר אפשרי אחד לעמדתם של שופטים אלה הוא, כי הם מאמינים שצדק הינו עניין יחסי בלבד, וכי אין תשובות נכונות בכל הנוגע לצדק²⁹. הסבר אחר סומך עמדתם על ספקות בדבר הלגיטימיות הפוליטית של החלטות משפטיות המבוססות על אמונותיהם של שופטים באשר לדרישות המוסר והצדק, להבדיל מאמונות הציבור או המחקק³⁰. לחלופין, עמדתם עשויה להיסמך על גישה הגורסת, כי תורת

25 כך ראו לדוגמה את התיאוריות מבית מדרשם של אקרמן, אילי, ודבורקין המתאפיינות, בין היתר, גם בניסיון להסביר את פסק הדין פורץ הדרך *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), במשפט החוקתי האמריקני; *John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 65–66, 119, 120 (1980); *Ronald Dworkin, We the People: Foundations*, 133–140 (1991); *Law's Empire*, 131 (1986).

26 ראו, למשל, את קביעתו של הנשיא זמורה בבג"ץ 65/51 'דובינסקי נ' ויצמן, פ"ד ה' 801 (1951), שלפיה, בקביעת גבולות סמכותו של בג"ץ, אין להזיק למקורות פילוסופיים, דתיים ומוסריים. עם זאת, גם אז ציין השופט כי גבולות אלה אינם ניתנים להגדרה לפי שיטה גיאומטרית טהורה, ומכאן שאין לראות בו פורמליסט.

27 ראו יצחק זמיר "על הצדק בבית-המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו' 212, 223–224 (1970); משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א' 303, 292 (1968).

28 על אף שאין קשר הכרחי בין הפורמליזם המשפטי לבין הפוזיטיביזם המשפטי הרי שלעמים קרובות הולכים השניים יחדיו. על הקשר בין פורמליזם לפוזיטיביזם ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 517–518.

29 כלומר, הם שוללים את התיזה, שלפיה יש הכרעות מוסריות שהן נכונות אובייקטיבית, בעוד שהכרעות אחרות הן שקריות אובייקטיבית. נראה, כי הם מקדמים תיזה חלופית, שלפיה הכרעות מוסריות הן תוצאה של העדפות אישיות וערכים אישיים בלבד. רצונם לבודד הכרעות משפטיות מהכרעות מוסריות ופוליטיות נובע, אם כן, מהיעדר האובייקטיביות שהם מייחסים לאחרונות. תיזה זו מכונה על ידי פילוסופים "התיזה האנטי-ריאליסטית"; ראו: *Jeremy Waldron, Law and Disagreement*, 165 (1999). השו' בעניין זה לעמדתו של זמיר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 221, 224. לניתוח מפורט של עמדתם של שופטי בית המשפט העליון באשר לצדק, ראו דני סטטמן "הצדק כ'שדה פרוץ': מעמד המוסריות בעיני בית המשפט העליון" מחקרי משפט יט' 569 (2002).

30 כך, למשל, בתחילת מאמרו, מעלה פרופ' זמיר טענה שאותה ניתן לפרש כמטילה ספק בלגיטימיות הפוליטית של השימוש בטעמים של צדק ביחס להחלטה, בעניין בג"ץ 36/68 בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב' (1) 617 (1968), המאזכר במאמרו של פרופ' יצחק זמיר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 212.

החלטות שיפוטיות, הפונה למקורות מוסריים ופוליטיים של צדק, חותרת תחת ערכים של יציבות וודאות³¹. אולי הם אף סברו כי על מנת לקדם את עקרונות הצדק של החברה יש להיצמד למוסדות, לדוקטרינות, לפרוצדורות ולכללים משפטיים פורמליים³². אין ביכולתי לבחון בנסיבות אלה טענות אלה המצדיקות את ניתוק המשפט משיקולים מהותיים של צדק³³. אולם, ברי, כי בג"ץ מעולם לא אימץ את תפישת עולמם ולא סמך ידיו בעקביות על טענות אלה. נהפוך הוא. הדעה השולטת היום בקרב שופטים ומשפטנים היא, כי פסיקת בג"ץ מוכיחה ששיקולי צדק אכן הובאו לעתים בחשבון על ידי שופטי בג"ץ בעת ההכרעה בשאלות הנוגעות לסמכותו הפונקציונלית, להפעלת שיקול דעתו ובקביעת הדין המהותי³⁴.

אין ללמוד מכך שבג"ץ אימץ גישה של משפט טבעי או גישה נון-פוזיטיביסטית. טענתי היא שבית המשפט לא אימץ תפישת משפט קוהרנטית ועקבית. לנקודה זו אשוב בהמשך. כל שנדרש עתה הוא לציין כי בהגנה על זכויות אדם וצדק נקט בג"ץ לעתים גישה פורמליסטית, ולעתים גישה לא-פורמליסטית, לעתים נקט גישה פוזיטיביסטית, ולעתים גישה נון-פוזיטיביסטית.

שלישית, אני כופר בטענה, כי לעתים ניתן למצוא הנמקה פורמליסטית, הכוללת היצמדות לכללים פורמליים ולדוקטנות לשונית, לצד הנמקה ערכית באותו

31 בהתאם לטיעון זה, הכללת שיקולים מוסריים בהכרעות משפטיות המגדירות את סמכות בית המשפט הופכת הכרעות משפטיות אלה לבלתי צפויות, מאחר שלכל שופט יש תפישות עולם שונות כאשר לדרישות הצדק. תופעה זו אינה רצויה, מאחר שיצירת מסגרת חוקתית צפויה נחוצה לחיינו הפרטיים והציבוריים. ראו למשל לנדוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 303.

32 לטיעון מעין זה ראו עמוס שפירא "הצדק הפוליטי במערכת המשפט" הצורך והבלתי צורך: קובץ מאמרים 87, 95 (מרסלו דסקל עורך, 1977); ראו גם אלפרד ויתקין "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5, 12 (1983), המצטט בהסכמה את טענתו של השופט פרוקפורטר, שלפיה ההיסטוריה של החירות הייתה ברובה היסטוריה של ססתומי ביטחון פרוצדורליים ופורמליים; לטיעון מאלף, השולל פנייה של השופט לסטנדרטים מוסריים ופוליטיים מכוח אותם סטנדרטים, ראו: JOSEPH RAZ, ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: Essays in the Morality of Law and Politics, 203 (1994); רז מציג "תפישת שימושית" (Service Conception) לסמכות החוק. סמכותו של החוק נובעת מיכולתו לתווך בין אזרחים לטעמים המוסריים לפעולה שחלים עליהם. על ידי ציות לחוק, קיימת הסתברות גבוהה יותר כי אזרחים יפעלו טוב יותר על פי הטעמים המוסריים לפעולה שחלים עליהם, מאשר אילו ניסו לפעול על סמך טעמים אלה במישרין, ללא תיווכה של הסמכות. אך החלטה היא שימושית רק אם ניתן לזהותה באמצעים השונים מהשיקולים, מהמשקל ומההוראה שאותה היא אמורה ליישב. נתיני החוק יכולים להפיק תועלת מהוראותיו, רק אם ביכולתם לבסס את קיומן ותוכנן בדרכים שאינן תלויות ושאין מעוררות אותן סוגיות שהחוק נועד ליישב. המסקנה של רז, אם כן, היא כי פנייה לקריטריונים ולסטנדרטים מוסריים אינה מתיישבת עם סמכות החוק.

33 אציין כי בניגוד לעמדתו של פרופ' זמיר, פרופ' פרוש, למשל, נוקט עמדה כי שימוש בהכרעות מוסריות בקביעת סמכות בג"ץ היה רצוי, כלומר, כי היה זה לגיטימי מבחינה דמוקרטית וכי הדבר קידם יציבות במובן הראוי. עדי פרוש "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט יג 453, 495-497 (1988).

34 שם, בעמ' 470; זמיר, לעיל ה"ש 27, בעמ' 225; אך ראו לנדוי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 303.

פסק דין ממש של אותו שופט. אולם לדידי, בנסיבות מעין אלה אין זה נכון לסווג את גישת השופט כפורמליסטית בכללותה או במקצתה. אסכיר: הפורמליזם המשפטי, כהגדרתו של פרופ' מאוטנר, הוא ניסיון לנתק בין ההכרעה המשפטית לבין הכרעות ערכיות ביחס למוסר, לפוליטיקה ולכלכלה, תוך היצמדות על פי רוב לכללים משפטיים או לטקסטים משפטיים פורמליים. היצמדות השופט למקורות משפטיים אלה נעשית תוך התעלמות מכוונת או, לחלופין, תוך חוסר מודעות לשיקולים הערכיים והמהותיים שבבסיס אותם מקורות משפטיים. קיומה של הנמקה ערכית לצד הנמקה פורמלית מוכיחה, על פי רוב, כי ההיצמדות לכלל או ללשון הטקסט נבעה משיקולים נורמטיביים וערכיים, וכי השופט פעל תוך מודעות גבוהה לטעמים שבבסיס אותם כללים משפטיים. דוגמה מצוינת להדגמת טענתי זו היא ההחלטה בבג"ץ 95/49 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל³⁵, כאשר אליה הלן מאוטנר כי "חלק נכבד מהנמקתו של השופט אגרנט [בעניין אל-כורי] היה פורמליסטי"³⁶. בעניין זה הורה בג"ץ לשחרר את העותר, שמידע לגביו הצביע כי ביצע מעשי רצח ואליומות נגד יהודים, בשל העובדה שצו המעצר שהוצא נגדו לא ציין מקום מעצר מסוים, למרות לשונה של תקנה 111(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. לכאורה, תוצאה מעין זו נראית מזוהה לנוכח הפער בין קלות הפגם שנפל בניסוח צו המעצר לבין חומרת המעשים שיוחסו לעותר. פער זה מגושר בעניין אל-כורי רק בעזרת ההנמקה הערכית של השופט אגרנט, המוכיחה, כי היצמדותו לכלל המשפטי הפורמלי ונקיטת פרשנות של דוקנות לשונית נבעו מטעמים ערכיים של חירות הפרט, "ברחל בתך הקטנה"³⁷.

רביעית, איני טוען כי ההנמקה המשפטית הניכרת בפסיקת בית המשפט העליון נותרה ללא שינוי לאורך העשורים שחלפו מאז קום המדינה. כמובן, יש הבדלים רבים העולים מהשוואת הפסיקה של שנות החמישים לפסיקה למן שנות השמונים. כל סטודנט בשנתו הראשונה בלימודי המשפטים מבחין בהבדלים אלו, כאשר מחד גיסא, הוא נדרש לקרוא את עניין בנק המזרחי³⁸ המשתרע על פני 367 עמודים, ומאידך גיסא, את עניין בז'רנו³⁹ הכולל חמישה עמודים בלבד, או את עניין ברגמן⁴⁰ הכולל רק שישה עמודים. עד שנות השמונים היו פסקי הדין של בג"ץ מאוד צרים, בסיסם והנמקתם המשפטית היו, לעתים קרובות, לאקוניים. למן שנות השמונים אנו מגלים כי לא רק שבסיסם המשפטי של פסקי הדין התוקניים הוא רחב מאוד, אלא שההנמקה כוללת גם עומק תיאורטי, אפילו בסכסוכים בהם היא לא הייתה דרושה כלל.

35 פ"ד ד 34 (1950) (להלן: עניין אל-כורי).

36 מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 526, הטקסט בה"ש 66.

37 עניין אל-כורי, לעיל ה"ש 35, בעמ' 37-47.

38 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3.

39 עניין בז'רנו, לעיל ה"ש 22.

40 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 7.

חמישית, איני טוען כי התפקיד שנטל בג"ץ על עצמו למלא במערכת המשטר הישראלית עד לשנות השמונים וזהה לתפקיד שאותו הוא ממלא למן שנות השמונים. התפישה השולטת בין משפטנים בישראל היא, כי חלה תמורה בבית המשפט העליון כלפי טבע הפונקציה השיפוטית⁴¹. השינוי מתבטא בדרך בה שופטי בית המשפט העליון תופשים את תפקידם בחברה דמוקרטית. הגישה המסורתית, שלפיה תפקידו העיקרי של בית המשפט בתחום המשפט הציבורי הוא יישוב ופתרון סכסוכים בין הפרטים לרשויות הממשל, ננטשה והוחלפה בתפישה הרואה בבית המשפט מוסד האחראי להגנת שלטון החוק במובנו הרחב, כלומר, מוסד שעניינו קידום משטר דמוקרטי צודק⁴². אולם, דעתי היא, כי אין לראות שינוי זה כחלק מהמגמה רחבת ההיקף של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים, אלא כחלק מזניחתה של מסורת ארוכת ימים בבג"ץ, בה אדון בהמשך.

ג. המיתוס בדבר ה"זר התרבותי"

בפרק זה ברצוני לבחון את תיזת "הזר התרבותי". רבים מחוקרי מדעי המדינה הטילו ספק במחויבותה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית לערכים ליברליים ודמוקרטיים בתקופה הפורמטיבית⁴³. מלומדי משפט, כמו מנחם מאוטנר, פנינה להב ואחרים, אימצו עמדה זו וטענו כי תפישת העולם בעשורים הראשונים של החברה הייתה קולקטיביסטית: הכפפת הפרט לטובת הכלל ולרצון הכלל⁴⁴. אולם, בניגוד לחברה הפוליטית, בג"ץ, לפי מלומדים אלה, פעל בסביבה שקידשה ערכים ליברליים, ויצא להגנה על חירויות וחכיות האזרח⁴⁵. זהו המיתוס בדבר פעילותו של בג"ץ כ"זר תרבותי" בתקופה הפורמטיבית. בעוד שהפוליטיקה והחברה הישראלית

41 דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט 551 (1990); מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 505; משה לנדוי "על שפיטות וסבירות בדיון המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989); יצחק זמיר, לעיל ה"ש 4; שמעון שטרית על השפיטה: מערכת הצדק במשפט 461–464 (2004).

42 קרצמר, שם. Itzhak Zamir, *Administrative Law, in The Law of Israel: General Surveys*. (Itzhak Zamir & Sylviane Colombo eds., 1995) 51, 78; מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 521–522; אך ראו רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוט" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994), הגורס, כי השינוי שחל מאז שנות השמונים הוא שינוי רטורי שאינו משקף תפנית מהותית בהגנה על שלטון החוק.

43 ראו יונתן שפירא עילית ללא ממשיכים 26, 73–83 (התשמ"ד); ראו גם דן הורוביץ ומשה ליסק מצוקות באוטופיה: ישראל – חברה בעומס יתר 153–154 (1992).

44 ראו מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 571; פנינה להב "יד הרום: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרונט" עיוני משפט טז 475, 481 (1991); וראו גם DAPHNA SHARFMAN, *LIVING WITHOUT A CONSTITUTION: CIVIL RIGHTS IN ISRAEL*, 3 (1993).

45 לגישה, הגורסת כי בית המשפט העליון פעל בתוך תתי-תרבות, שהעדיפה את הפרט על פני המדינה, ראו מאוטנר, שם; לגישה, הגורסת כי בית המשפט התנדנד בין התפישה הקולקטיביסטית לבין התפישה הליברלית עם נטייה לתפישה הליברלית, ראו להב, שם, בעמ' 482.

הכפיפו, שלא לומר הפקירו, את זכויות האזרח לצורכי הכלל ולחסדי השלטון, הרי שבית המשפט העליון נטל על עצמו להיות מבצרן תוך שהוא מקדם ערכים ליברליים בחברה הנשלטת על ידי ערכים קולקטיביסטיים. ביסוד הערכים הליברליים, שקידם בית המשפט העליון, כותב מאוטנר, "עומדת ראייה של הפרט כגורם אוטונומי עליון, שיש לתת תוקף מירבי לרצונותיו באשר לתכנים של חייו, בלא קשר למידה שיש בתכנים אלה כדי לתרום לקידום יעדיו של הכלל... [ו]ההנחה שכל פרט, מעצם טבעו, הוא הבעלים של שורה של חירויות יסוד, המכוונות לאפשר לו תחום פעולה אוטונומי, חסין מפני התערבותן של המדינה והחברה"⁴⁶.

תיוזת "הזר התרבותי" אינה פוסעת לבדה אלא צועדת יד ביד עם פרדיגמת הפורמליזם המשפטי בעשורים הראשונים. בעוד שפרדיגמת הפורמליזם באה לענות על שאלת ה"כיצד" (כיצד קידם בג"ץ צדק, דמוקרטיה וזכויות אדם?), תיוזת הזר התרבותי באה לענות על שאלת ה"איזה" (איזה צדק, דמוקרטיה וזכויות אדם קידם בג"ץ?). במילים אחרות, מודל הפורמליזם נוגע לצורת ההנמקה העולה מפסיקת בג"ץ, ותיוזת הזר התרבותי נוגעת לתוכנה ולמהותה של הנמקה זו. תיוזת "הזר התרבותי" גורסת, כי בג"ץ פעל כ"זר תרבותי" המקדם ערכים ליברליים בחברה קולקטיביסטית אנטגוניסטית לערכים אלה. פרדיגמת הפורמליזם מטעימה כיצד הצליח בג"ץ לעשות זאת: בכך ששיווה להחלטותיו אופי מכני והכרחי תוך שהוא מצניע את ההיבט הערכי שלהם⁴⁷. אניח לעת עתה בצד את השאלה הנורמטיבית מהמעלה הראשונה בדבר הלגיטימיות המוסרית והפוליטית של בית משפט, העוטף את הכרעותיו באצטלה של מכניות משפטית ועל ידי כך "משטה" בחברה בדבר הכרחיות החלטותיו, ואבחן את מידת דיוקה והיתכנותה של תיוזת "הזר התרבותי" בשני קצותיה: התרבות הישראלית הכללית ותת-התרבות המשפטית.

פרופ' Ronald Dworkin מסווג תיאוריות פוליטיות לשלושה סוגים: תיאוריות על בסיס זכות, תיאוריות על בסיס חובה, ותיאוריות על בסיס מטרה⁴⁸. לגישתו, ברוב התיאוריות הפוליטיות ניתן לזהות הכרעות ושיפוטים מסוימים כיסודיים יותר מאחרים, ולבסוף – להסיק על דבר קיומה של זכות בסיסית, חובה עליונה או מטרה אולטימטיבית, כיסודיות לשאר ההכרעות והשיפוטים הערכיים של אותה תיאוריה⁴⁹. תיאוריה על בסיס זכות תציב זכויות מסוימות, כגון הזכות לדאגה

46 מאוטנר, שם, בעמ' 572; לניתוח ברוח דומה ראו להב, שם, בעמ' 487.

47 אך ראו בעניין זה פנינה להב "חירות הביטוי וחופש העיתונות: בית המשפט ריסן את כוחה של הממשלה להכא דעות החורגות מן הקונסנזוס" בית המשפט: חמישים שנות שפיטה בישראל 36, 38 (התשנ"ט). לגישתה של להב, עם חקיקת חוק השופטים בשנת 1953, שהעניק לשופטים קביעות וקבע את אי תלותם במערכת הפוליטית, נוצרו התנאים והנסיבות שאפשרו לשופטי בג"ץ להתרכז בעקרונות המדריכים את הדמוקרטיה הישראלית, בלא מורא מתגובת השלטונות, ולהגן על זכויות אדם בחברה שתרבותה נשלטה על ידי ערכים קולקטיביסטיים.

48 ראו Ronald Dworkin, *The Original Position, in* READING RAWLS: CRITICAL STUDIES ON RAWLS' A THEORY OF JUSTICE, 16 (Norman Daniels ed., 1975).

49 Dworkin, שם, בעמ' 40.

שווה, כיסודיות. תיאוריה על בסיס חובה תציב חובות מסוימות, כגון החובה לציית לרצון האל, כיסודיות. תיאוריה על בסיס מטרה תציב מטרות מסוימות, כגון הישרדותה של מדינת ישראל, כיסודיות. תיאוריות על בסיס מטרה ותיאוריות על בסיס חובה מתאימות במיוחד לחברות הומוגניות ולחברות המאוחדות במטרה דחופה או בחובה עליונה (כמו, למשל, מטרה של הגנה עצמית או חובה לציית לדברי האל)⁵⁰. בהתאם, הטענה תהיה כי התרבות הפוליטית של היישוב בישראל עם קום המדינה מאופיינת בתרבות על בסיס מטרה או על בסיס חובה. מוסדותיו הפוליטיים של היישוב, ששימשו לאחר מכן כיסודותיה של מדינת ישראל, עוצבו על ידי המאבק היהודי ערבי. הצלחה במאבק זה חייבה כינונה של תרבות פוליטית המחויבת למטרה משותפת ועליונה – הגשמת הציונות⁵¹. עד כאן, חוקרי מדע המדינה צודקים ומדייקים. אך הניתוח הופך לסבוך יותר עת אנו מנסים להסיק מסקנות באשר לעמדות ולהסדרים משפטיים מעשיים וקונקרטיים, הנחוצים על מנת ליישם תיאוריות פוליטיות מעין אלה. תיאוריה על בסיס חובה או על בסיס מטרה אינה דורשת בהכרח חובות או מטרות מ"למעלה עד למטה". לעתים, הדרך הטובה ביותר להגשים מטרה מסוימת תהיה על ידי הקניית זכויות לפרטים⁵². במקרים כאלה, התיאוריה הפוליטית בה אנו דנים תהיה מחויבת לזכויות בשלב אחד, אך בשלב אחר ועמוק יותר תהיה מחויבת למטרות בלבד. זה היה המצב גם במדינת ישראל הצעירה. אימוצם של פרוצדורות והסדרים דמוקרטיים ואפילו זכויות יסוד, נעשה מתוך ניסיון להבטיח את האחדות הפנימית והלכידות המוסרית שהיו נחוצות להגשמת הפרויקט הציוני. מכאן, שפרוצדורות, הסדרים וזכויות אלה היו כפופים ומשניים למטרה האולטימטיבית של הקמת בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל. חשוב להבחין, כי ניתוח זה מבליט את העובדה כי המוסדות והתרבות הפוליטית ביישוב לא היו אנטגוניסטיים לשיח של זכויות, כשלעצמו, אלא רק הכפיפו אותו לטוב המשותף.

לניתוח זה, יש השלכות גם באשר לדרך בה עלינו להשקיף על פעילותו של בית המשפט העליון בהגנה על זכויות אדם. אמנם, בית המשפט העליון אימץ שיח של זכויות, אך המסקנות הנובעות מעובדה זו הן הרבה יותר צנועות ממה שמשפטנים כמו מאוטנר ולהב נוטים להאמין. מסקנתם הייתה, כי שיח של זכויות מסמל מחויבות לתיאוריה על בסיס זכות, שלפיה אינטרסים מסוימים של הפרט ראויים להגנה מיוחדת, ולא ניתן להקריבם בשם היעילות וטובת הכלל. אמנם, ייתכן שחלק משופטי בית המשפט העליון ביססו את פנייתם לשיח של זכויות ואת הגנתם על זכויות על רעיון מעין זה. אולם, באותה מידה ייתכן ששופטים אחרים האמינו כי רעיון זה שגוי, או לפחות היססו לאמץ אותו מפורשות. על

50 שם, בעמ' 41–42.

51 ראו גם יואב פלד "האם תהיה מדינת ישראל מדינת כל אזרחיה בשנת המאה שלה?" מחקרי משפט יז 73, 75 (2002).

52 Dworkin, לעיל ה"ש 48, בעמ' 44; Waldron, לעיל ה"ש 29, בעמ' 21.

כל פנים, הנקודה היא שבהיעדר ראייה פוזיטיבית למחויבות לפרופוזיציות אתיות מעין אלה, הרי שאימצו של שיח של זכויות על ידי בית המשפט העליון אינו מוכיח כשלעצמו מחויבות לתיאוריה על בסיס זכות.

עתה אנו יכולים לראות כי הניגוד בין התרבות הכללית לבין תת-התרבות המשפטית אינו כה חד כנטען בתזת "הזר התרבותי". על אף שהתרבות הפוליטית כוננה על ידי תיאוריות קולקטיביסטיות, הרי שהיא לא הייתה אנטגוניסטית לשיח של זכויות, כשלעצמו. על אף שבית המשפט העליון היה מחויב לשיח של זכויות, הרי שאין בכך כדי להעיד, כשלעצמו, על מחויבות לתיאוריה על בסיס זכות. תזת "הזר התרבותי" מתמוטטת בשתי קצוותיה אל תוך אידיאולוגיה ציונית המשלבת בין אלמנטים פרטיקולריים-לאומיים-קולקטיביסטיים לבין אלמנטים אוניברסליים-הומניסטיים-אינדוידואליסטיים⁵³. לא זרות עומדת לפנינו אלא התאמה ושילוב בין התרבות הכללית לתת-התרבות המשפטית: אימצו של שיח זכויות בתוך אידיאולוגיה פוליטית ציונית על בסיס חובה ומטרה.

מסקנה זו, למעשה, אינה צריכה להפתיענו כלל וכלל. מן המפורסמות הוא, כי שופטי בית המשפט העליון בראשית דרכו, למרות שלא היו עסקני מפלגות או אישים המזוהים כדמויות פוליטיות בולטות, ולמרות שלא מונו בריש גלי על פי מפתח מפלגתי, הרי שהיו בעלי נטייה פוליטית ומקורבים לזרמים שונים במגוון הקואליציוני היישובי באותה תקופה⁵⁴. אין זה אך טבעי, כי בהיעדר ראיות פוזיטיביות לכך ש"הפכו את עורם" והחלו לפעול כ"זרים תרבותיים", ניתן להניח כי פסיקתם התיישרה עם השקפתם הפוליטית ולא סתרה אותה⁵⁵. יתירה מזאת,

53 הורוביץ וליסק, לעיל ה"ש 43, בעמ' 157.

54 ראו אליקים רובינשטיין שופטי-ארץ: לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל 62–75 (1980). מבין חמשת השופטים שמונו לבית המשפט העליון עם הקמתו היו הנשיא ד"ר משה זמורה והשופט אולשן מקורבים לזרם המרכזי בתנועת העבודה (מפא"י); שם, בעמ' 62, 70, השופט ד"ר מנחם דונקלבלום היה מקורב לחוגי הציונות הכללית, השופט הרב פרופ' שמחה אסף מונה בלחץ החוגים הדתיים, כנראה תמורת תמיכתם באישור הטיפול בפרשת אלטלנה, שם, בעמ' 63, וד"ר שניאור זלמן חשין שכיהן עוד קודם לכן כשופט מחוזי בארץ ישראל המנדטורית, אך היו שייחסו לו קשרים עם האצ"ל, שם, בעמ' 64; ראו גם יצחק אולשן "על בית המשפט העליון" משפטים א 287 (1969). 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 כמשפטים 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 נתחק לאחר שרבו המקרים בהם העניק בית המשפט סעד בגין הפליה על בסיס מפלגתי. שם, בעמ' 288.

55 לכן, אל לנו להתפלא גם כי פנינה להב זיהתה בפסיקתו של השופט אגרנט מחויבות לשיח זכויות הומניסטי, מחד גיסא, ומאידך גיסא מחויבות לערכים קולקטיביסטיים. לפי להב, מחויבות אלה הן ביטוי של שתי קונספציות ציוניות: ציונות קטטורופלית וציונות אוטופית. הציונות הקטטורופלית מבקשת לכונן בארץ ישראל מקלט ליהודים שנרדפו בעבר ואשר צפויים לרדיפות עתידיות — ולכן מבוססת על יסודות פרטיקולריסטיים. לעומתה, הציונות האוטופית מבקשת לכונן את מדינת ישראל כמדינה ליברלית מתוקנת — ולכן מבוססת על

אלמלא ההתאמה בין השקפת עולמם של שופטי בג"ץ לבין ההשקפות הדומיננטיות בחברה, קשה מאוד גם להניח כי היה מתאפשר לבג"ץ לפעול, אפילו בהיחבא, לקידום של הצדק, הדמוקרטיה וזכויות האדם.

מדחייתם של תיות "הזר התרבותי" מצטיירת התמונה הבאה. ראשית, התרבות הישראלית הכללית בתקופת התקומה לא הייתה צבועה בשחור בלבד, ולכן לא רק שלא דחתה שיח זכויות אלא איגדה שיח זה כמרכיב עיקרי באידיאולוגיה הציונית (אם כי לא מרכיב עליון בתיאוריה). שנית, תהי' התרבות המשפטית לא הייתה "צבועה בוורוד" בלבד, ולכן באימוצו של שיח זכויות על ידי בג"ץ לא היה בהכרח משום מחויבות אתית ומשפטית להנחות יסוד אינדוידואליסטיות, המעניקות קדימות לפרט על פני המדינה והחברה.

ד. על המסורת האבודה של בג"ץ

אם מסורת הצדק והדמוקרטיה של בג"ץ אינה מצויה, כפי שטענתי לעיל, באימוצה של תיאוריה על בסיס זכות ובתפישת עולם הרואה באדם גורם אוטונומי עליון, לו יש להעניק קדימות על פני המדינה והחברה, עולה השאלה אם הייתה לבג"ץ בכלל מסורת של צדק, דמוקרטיה וזכויות אדם, וכיצד היא באה לידי ביטוי. ד"ר אייל גרוס וד"ר גיא מונדלק הגיעו, במאמרים נפרדים, למסקנה זוהי, שלפיה פסיקת בית המשפט העליון אינה מעגנת בעקביות תיאוריה פוליטית מסוימת⁵⁶. לגישתי, בחינת פסיקת בג"ץ עד שנות השמונים מגלה כי לא רק שהפסיקה אינה מכילה בעקביות תיאוריה פוליטית מסוימת, אלא שהיא מתאפיינת לרוב בחוסר רצון ברור לאמץ תיאוריה מוסרית, פוליטית, או חוקתית, כבסיס לשיקול דעת שיפוטי. גישה זו לקבלת הכרעות חוקתיות עשויה לכלול בתוכה תפישת עולם שלמה באשר לשאלה כיצד ליצור ולהבין את המשפט החוקתי. על פי דגם זה, שאותו אני מכנה "מודל הבורר המסויג", תפקידו הדומיננטי של בית המשפט הוא לקדם צדק על ידי פתרון סכסוכים ספציפיים, תוך הימנעות ככל האפשר מאימוצה של תיאוריה ראשית של צדק, דמוקרטיה או שלטון החוק⁵⁷. בהתאם, בית המשפט

יסודות אוניברסליים. אולם, הניתוח לעיל מעלה כי אין מדובר, כפי שהיא טוענת, בהתנגשות ובסתירה בין שתי תיאוריות פוליטיות: בין "ציונות אוטופית" לבין "ציונות קטסטרופה", כי אם במורכבותה של האידיאולוגיה הציונית של השופט אגרנט. פנינה להב "יד הרוקם": יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז 475, 479–480 (2001).

56 אייל גרוס "כיצד היתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? – בנפתולי הזכות לחופש העיסוק" עיוני משפט כג 229, 261 בה"ש 126 (2000); גיא מונדלק "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש: מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם" שנתון משפט העבודה ז 65, 111 (1999).

57 בשנים האחרונות הולכת ומתעצמת תמיכתם של תיאורטיקנים בגישה שיפוטית מעין זו, המייחדת לבית המשפט תפקיד מסויג ומינימלי בחברה דמוקרטית, ראו שגב, לעיל ה"ש 12, בעמ' 350–351; Cass R. Sunstein, One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court (1999); Richard A. Posner, Law, Pragmatism and Democracy (השוו);

משתמש בעקרונות של משפט, צדק ומוסר בצורה פרגמטית, נסיבתית, בהקשר של הצדדים לסכסוך, ובהקשר של ההסדרים החוקתיים הקיימים בחברה דמוקרטית נתונה. ההנמקה המשפטית מתאפיינת בצרות, בשטחיות ובהתמקדות בצדדים שלפני בית המשפט. "אבני הבניין" בהן משתמש השופט בהנמקתו כוללות, בין היתר, מלבד החומרים המשפטיים הקונוונציונליים של פסיקה וחקיקה, הסכמות חברתיות ופוליטיות, מידע ועובדות היסטוריות, אינטואיציות ושיפוטיות מוסריים קונקרטיים. דרך הנמקה והכרעה זו יוצרת, על פי רוב, את המשפט החוקתי מלמטה, תוך שהיא מעניקה משקל רב להליך דמוקרטי, ושמה דגש על הליכים פוליטיים, על הסכמות ופשרות אמיתיות.

למודל הבורר המסויג עשויים להיות חסרונות מסוימים, לפחות מנקודת מבטו של חוקר בתחום המשפט החוקתי. גוף הידע של הפסיקה, שהיא תוצר של בית משפט הפועל על פי מודל זה, מתאפיין בחוסר אחידות, בחוסר עקביות ובוודאי גם בחוסר כוללניות. אלה הם תוצרי לוואי של יתר קונקרטיזציה של משפט וצדק, וחוסר ההתאמה הקיים, הלכה למעשה, בין "אבני הבניין" השונות של המשפט החוקתי, בהן נעזר השופט להצדיק את החלטתו הקונקרטית. אולם, לגישה מעין זו, הגורסת קידום צדק על בסיס ספציפי תוך הימנעות מדיון מופשט, עשויים להיות יתרונות רבים לחברה בכללותה. ראשית, היא מכבדת מחלוקות הקיימות בחברה הישראלית, בכך שהיא מאפשרת לאנשים בעלי עמדות מגוונות להסכים כאשר הסכמה נחוצה, ולא להסכים כאשר הסכמה אינה נחוצה. שנית, גישה הבורר המסויג היא גישה הדרגתית המאפשרת לכנסת ולמערכת הפוליטית לבחון את פסיקת בית המשפט ולהגיב לה. כלומר, זוהי שיטה המגנה מחטפים חוקתיים והמאפשרת לעם להמשיך להתדיין ולהחליט בעצמו על דבר ההסדרים החוקתיים שברצונו לאמץ. שלישית, גישה זו מתמקדת בפתרון הסכסוך בין הצדדים הספציפיים ולכן מביטה על מעשיהם ועל ההסכמות שגובשו ביניהם.

השפעתו של מודל הבורר המסויג עד שנות השמונים ניכרת בשלושת המישורים המאפיינים את פסיקת בג"ץ: מישור הסמכות הפונקציונלית, מישור הסמכות שבשיקול דעת ומישור המשפט החוקתי המהותי. לגבי הסמכות הפונקציונלית, נמנע בית המשפט מדיון שיטתי או מעמיק בשאלות הנוגעות לסמכותו במשפט החוקתי. בהתאם, נמנע בית המשפט מלהכריע באשר למשמעות המושג "עניינים הנחוצים להכרעה למען הצדק", שהגדיר את תחומי סמכותו הכללית לבקר מעשי מינהל, ונטילת הסמכות נעשתה על פי רוב על בסיס ספציפי וקונקרטי⁵⁸. בדומה

130–157 (2003); Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, in THE UNPREDICTABLE CONSTITUTION 217 (Norman Dorsen ed., 2002); רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: כעד וגנד (רות גביון, מרדכי קרמיניצ'ר ויואב דותן) 69 (2000); Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B. U. L. Rev. 273, 301 (1992) גישה זו מנוגדת לגישה שאותה אכנה "מודל הרועה המוסרי" המקנה לבית המשפט תפקיד רחב בחברה הדמוקרטית, של חיפוש ויישום הצדקה רחבה וכוללת למוסדות המדינה בכללותם.

58 אמנם, לאורך תקופה זו ניכרה נטייה בפסיקה להרחיב את סמכות בג"ץ לבקר את פעולות

לכן, התחמק בית המשפט מהשאלה היסודית אם הוא בעל סמכות לבקר חקיקה ראשית מכוח חוקי היסוד⁵⁹. הטעם להימנעות זו של בג"ץ אינו נעוץ בחוסר יכולתם של שופטי בג"ץ לספק תיאוריה כוללת באשר לתפישת הצדק המעוגנת בחוק המסמין, ולא בחוסר יכולתם לאמץ תיאוריה חוקתית כוללת שתסמין את בית המשפט לבטל חקיקה ראשית. הוא נעוץ במתן משקל רב למחויבות, להתדיינות ולהחלטות דמוקרטיות ובאמונה כי פתרון שאלות רחבות של לגיטימציה מוסדית חייב לערב את העם⁶⁰.

גם הפסיקה בעניין הסמכות שבשיקול הדעת התאימה עד שנות השמונים למודל הבורר המסויג. בהתאם, דוקטרינת זכות העמידה, שעוצבה על ידי כלל האינטרס האישי והמיוחד, היותה כלי חשוב לברירת הסכסוכים הראויים והנדרשים להכרעה שיפוטית, תוך שהיא מותירה סכסוכים אידיאולוגיים, כלליים וציבוריים

המינהל, אולם נטייה זו לוותה בהיעדרה של התדיינות שיטתית ובהכפפתה לדוקטרינת ריבונות הכנסת, כך שבידי המחוקק נותר הכוח לצמצם ואף לשלול את סמכות בג"ץ. ראו בג"ץ 1/48 נוימן נ' המושל הצבאי בשטח המוחזק של ירושלים, פסקים 7 (1949); עניין יהושע, לעיל ה"ש 22, בעמ' 622; בג"ץ 83/70 אוהנה נ' בית-הדין הצבאי לערעורים, פ"ד כד(1) 771, 783 (1970); בג"ץ 101/74 בינני ופתוח בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449, 455 (1974); בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141 (1970); בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 362–363 (1970). ברבות השנים, ולאחר הצטברותה של פסיקה ענפה שבה בחר בג"ץ להפעיל את סמכותו הכללית, ניתן להצביע על התגברותם של מספר כללים שהנחו את בג"ץ עת הוא דן בגבולות סמכותו. ראשית, בג"ץ הכפיף את סמכותו לדוקטרינת ריבונות הכנסת. על פי כלל זה, סמכותו של בית המשפט באה לו מרצון המחוקק, וכשהמחוקק שולל או מגביל את סמכות בג"ץ, יש לכבד את רצונו. שנית, בית המשפט קישר את המונח "סעד למען הצדק" עם מחויבותו לשלטון החוק, במובן הצר של המונח. בהתאם, בעניינים בהם רשויות הממשל חרגו מסמכותן, האמין בית המשפט כי הסעד נחוץ למען הצדק. שלישית, בג"ץ קישר את סמכותו הכללית עם המחויבות להגן על זכויות האזרח וחירויותיו. משמע: פגיעה בזכויות וחירויות האזרח נתפשה כמצריכה את התערבות בית המשפט מטעמי צדק.

59 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 7, ולהלן דיון בטקסט הנלווה לה"ש 78–84; ראו גם בג"ץ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים, פ"ד כז(1) 794 (1973); בג"ץ 60/77 רסלר נ' יו"ר ועדת הבחירות, פ"ד לא(2) 556 (1977); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1 (1983); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983).

60 ראו משה לנדוי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" הפרקליט כז 30 (1971); המחויבות להליך ולהכרעה עממיים ניכרה בהחלטות בג"ץ כבר בקום המדינה, שעה שנתבקש ליטול סמכות לבטל חוקים על סמך הכרזת העצמאות — בג"ץ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58 (1948); בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85 (1948); ובג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5 (1949). קובע בית המשפט בעניין אל-כרבוטלי: "...בית המשפט [בעניין זיו] לא קיבל את הטענה, כי תעודה זו [ההכרזה] מהווה את החוקה, שלאורה יש לבחון כשרותם של חוקים בטרם נקבעה על ידי האסיפה המכוננת, החוקה היסודית, אשר עצם ההכרזה מדרבת עליה". מכאן, שלגישתי, נקודת הכבידה של ההחלטות בעניין ליון, בעניין זיו ובעניין אל-כרבוטלי הייתה הדרישה כי החלטות והכרעות יסוד תיוותנה בידי האסיפה המכוננת. הקביעה, כי ההכרזה אינה חוקה, אינה טיעון פורמלי לגבי טיבעה של תעודה זו, אלא טיעון נורמטיבי מהותי מאין כמוהו, הדורש כי העם יכריע בנוגע לצורת המשטר שתאומץ.

מחוץ לכותלי בית המשפט⁶¹. בדומה, דוקטרינת השפיטות אפשרה לבג"ץ לחמוק מהכרעה בשאלות השנויות במחלוקת פוליטית עמוקה וקשה⁶². בעיצוב דוקטרינות אלה ניכרת הכרת בג"ץ בכך שסכסוכים לגבי צדק, תנאי הלגיטימיות של המשטר והמשמעות האמיתית של הדמוקרטיה אינם יכולים לבוא על פתרונם, וגם אין זה ראוי כי יפתרו, על ידי בית המשפט לבדו. שאלות אלה שייכות לעם ויש לשתפו בהכרעתן.

לבסוף, גם המשפט החוקתי המהותי עד שנות השמונים הושפע רבות ממודל הבורר המסויג. בית המשפט אימץ הבנה צרה ושטחית של דוקטרינת ריבונות הכנסת שבאה לידי ביטוי בארבעה היבטים⁶³. ראשית, בג"ץ לא הבהיר מעולם מהם היסודות הנורמטיביים של דוקטרינה זו⁶⁴. שנית, לא נעשה כל ניסיון ליישב בין

61 ראו בג"ץ 107/50 אריאב נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ה' 523, 529 (1950); בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד' (1) 337, 355 (1970); בג"ץ 80/70 אליצור נ' רשות השידור, פ"ד כד' (2) 649, 654 (1970); בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד' (1) 238, 247 (1970); בג"ץ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית של אשקלון, פ"ד כה' (1) 685, 689 (1971); אלפרד ויתקון "מי זכאי לפנות לבג"ץ" משפט ושיפוט: קובץ מאמרים ורשימות של ד"ר א' ויתקון 238 (1988); לבחינה מקיפה של דוקטרינת זכות העמידה המסורתית והטעמים העומדים בבסיסה ראו יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 499 (2006).

62 עניין ז'בוטינסקי, לעיל ה"ש 26; בג"ץ 186/65 ריינר נ' שר המשפטים, פ"ד יט' (2) 485 (1965); בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, פ"ד ל' (3) 309 (1976); Alfred Witkon, *Justiciability*, 1 Isr. L. Rev. 40 (1966); ראו גם דפנה ברק-ארו "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח 369 (2000); אשר מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית-משפט" פלילים ח 389 (2000).

63 השימוש במונח "שטחי" אין כוונתו להביע גינוי, תוכחה או ביקורת לדוקטרינת ריבונות הכנסת. באופן דומה, איני רומז כי אימוצה של דוקטרינת ריבונות הכנסת נעשה כלאחר יד. אלא כוונתי לכך, שבית המשפט מעולם לא ניסה להרחיב בנוגע לרקע התיאורטי של דוקטרינה זו או בנוגע למקורותיה הנורמטיביים שחייבו את אימוצה.

64 בג"ץ לא פירט אם ביסוד דוקטרינת ריבונות הכנסת ניצבת מחויבות ל"הכרעת הרוב", כפי שטען לדוגמה בן-גוריון כי: "אין הדמוקרטיה משטר של 'כל הישר בעיניו' — יעשה". הכרעת הרוב מחייבת. "ד"כ 4 (התש"י) בעמ' 817–818, או שמא המחויבות לדוקטרינה זו נובעת מערכים אחרים (כגון מחויבות לחירות, לשוויון פוליטי ו/או לתועלת הכלל). כבר בתקופה הפורמטיבית היו שטענו כי דרך פעולת הפרלמנט אינה מתבטאת במונחים רובניים בלבד, אלא מחייבת פשרות והסכמים עם המיעוט. לכן הבחינו בין הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית, שהיא דמוקרטיה מהותית, לבין הדמוקרטיה הפורמלית המצויה בקרב שאר עמי העולם; ראו פלטיאל זדיקן "חוקת היסוד למדינת ישראל" הפרקליט ו 2, 4 (1949). מכאן, שהיה ועדיין קיים מגוון של קונספציות העשויות לתמוך בדוקטרינת ריבונות הכנסת. קונספציות אלו היו עשויות לשמש בסיס, במקרים מסוימים, להגבלת תחולתה — לדוגמה, אם הבסיס לדוקטרינה הוא הגנה על חירות הפרט, הרי שבמקרים בהם פוגעת הכנסת בחירות הפרט ניתן להגבילה. על הנמוקים האפשריים להצדקתה של דוקטרינת ריבונות הכנסת; ראו גם יזהר טל "מחוקק כלי-כול: האמנם? ביקורת ההלכה לפיה אין הגבלות לכוח החקיקה של הכנסת" עיוני משפט י' (2) 361 (1984); אולם, היות שבג"ץ היה מחויב למודל הבורר המסויג, הרי שנמנע מלהכריע או מלהבהיר מהם הטעמים הנורמטיביים או התיאוריים הנורמטיביים הספציפית המצדיקים את דוקטרינת ריבונות הכנסת, מעבר לאמירות כלליות כי רצון המחוקק

דוקטרינת עליונות הכנסת לבין תהליך קבלתם בהדרגה של חוקי יסוד⁶⁵. שלישית, יישום דוקטרינה זו במקרים ובנסיבות חריגים לא נדונה בפסיקה באופן מפורש⁶⁶.

הוא החוק. על היעדרו של דיון עיוני, לגבי יסודותיה הנורמטיביים של דוקטרינת ריבונות הכנסת, ראו הקביעות הלקוניות בבג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1965); בבג"ץ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, 445 (1970); בבג"ץ 450/70 רוגוזינסקי נ' שר המשפטים, פ"ד כו(1) 129 (1971).

65 הבעייתיות שבכל ניסיון ליישב בין דוקטרינת ריבונות הכנסת לבין תהליך קבלת חוקי יסוד בהדרגה נובעת מהעובדה, שאם הכנסת היא ריבונית במלוא מובן המילה הרי שכנסת מוקדמת אינה יכולה לכבול כנסת מאוחרת. מכאן, שאין תוקף להגבלות שנטלה על עצמה הכנסת בחקיקת חוקי יסוד. לעניין זה ראו *Eliahu Likhovski, The Courts and the Legislative*, 3 *Isr. L. Rev.* 345, 362 (1968) *Supremacy of the Knesset*; התומכים בהשקפה זו האמינו, כי המסגרת החוקתית הישראלית מתבססת על הגישה המסורתית האנגלית, כי הפרלמנט אינו כפוף או מוגבל להחלטות קודמיו. גישה זו נשענה על ההנחה כי, בניגוד לשאר כללי המשפט המקובל, לא ניתן לשנות בחקיקה כלל זה. לפי השקפה זו, הכלל, שהפרלמנט אינו יכול לכבול את עצמו, הוא עיקרון משפטי אולטימטיבי המשמש בסיס לשיטת המשטר. אולם, מלומדים אחרים האמינו כי הכנסת יכולה ליטול על עצמה מגבלות, ואין בדוקטרינת ריבונות הכנסת משום שלילת סמכותה המכוננת של הכנסת, ראו, למשל, Claude Klein, *A New Era in Israel's Constitutional Law*, 6 *Isr. L. Rev.* 376 (1971); שורש הבעיה מצוי, כמובן, בהחלטה המפורסמת המכונה "החלטת הררי", שקבעה כי הכנסת תקבל חוקה בהדרגה. בעבור אחרים, כמו בן-גוריון ואחרים, סימלה החלטה זו את אימוצו של המודל הבריטי של ריבונות הפרלמנט ועליונותו — בגרסת שלטון הרוב ללא מצרים. בעיניהם, גם הגבלות שמקורן בכנסת עצמה היו נעדרות תוקף, מכיוון שכנסת נוכחית אינה מסוגלת לכבול כנסת עתידית. בעבור אחרים, ההחלטה סימלה את אימוצו של הליך הדרגתי דרכו ניתן יהיה לאמץ את המודל החוקתי האמריקני. בעבור האחרונים, קבלת חוקי היסוד עשויה להגביל את ריבונות הכנסת כמחוקק ולכבול כנסות עתידיות. בבג"ץ עשה, כמובן, מאמצים כבירים שלא להכריע במחלוקת זו, גם בשעה שנתן תוקף לחקיקת יסוד משוריתת; ראו, למשל, עניין ברגמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 700, ושאר פסקי הדין הנזכרים לעיל בה"ש 59.

66 הצלחתה של דוקטרינת ריבונות הכנסת להכיל מחלוקות בסיסיות ועמוקות תלויה הייתה במידת יכולתו של בג"ץ לחמוק מדיון הנוגע לגבולותיה של דוקטרינה זו. אחד התחומים שבהם ניתן היה לבדוק את גבולות הדוקטרינה הוא בסוגיה של חוקים בלתי מוסריים או אנטי דמוקרטיים בעליל. הדוגמה הקיצונית הקלסית, בה נבחנת על פי רוב דוקטרינת עליונות הפרלמנט במשפט החוקתי האנגלי, היא אכיפתו של חוק הדורש מהחתם של תינוקות כחולי עיניים, ראו, למשל, Leslie Stephen, *The Science of Ethics* 143 (1882); כפי שנראה בהמשך, ראו להלן ה"ש 89, למן שנות השמונים נדונה סוגיית החוקים הבלתי מוסריים בהרחבה בפסיקה הישראלית. פסיקת בג"ץ עד שנות השמונים, לעומת זאת, מראה, כי בית המשפט לא התדיין בסוגיה זו מלבד התבטאויות ספורדיות הפתוחות לפרשנויות שונות; ראו, למשל, השופט זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965). לכן, בסוגיה זו אני שותף למסקנתו של פרופ' עדי פרוש כי אפילו שופטים, שפסקו כי הכנסת היא כל יכולה וכי אין בנמצא עקרונות משפטיים המגבילים אותה בפעילותה, לא הביאו בחשבון את האפשרות של מתן תוקף משפטי לחוקים אנטי דמוקרטיים וגזעניים. גם אלה שהעלו בדעתם אפשרות מעין זו האמינו כי מדובר בתסריט דמיוני בעליל, ומתוך רצון שלא לקחת חלק בדיון תיאורטי העדיפו לומר כי הם מקבלים את דוקטרינת עליונות הכנסת. ראו עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי — השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה" עיוני משפט יז 717, 751–753 (1993). מכאן, שטענה בדבר חוסר מוחלטות במשפט החוקתי הישראלי עד שנות השמונים נראית סבירה

רביעית, בג"ץ בחר במידה רבה להותיר את המתח בין דוקטרינת עליונות הכנסת, רעיון שלטון החוק והגנה על זכויות אדם, ללא הכרעה⁶⁷. מכאן, שלמרות העובדה כי בג"ץ אשר בפסיקתו פעם אחר פעם את דוקטרינת ריבונות הכנסת, המשמעות הפרקטית של דוקטרינה זו הייתה כי תחת תנאים נורמליים ורגילים, מבטאת חקיקת הכנסת את רצון העם ולא ניתן להטיל ספק בתוקפה. "שטחיותה" של דוקטרינת ריבונות הכנסת הייתה ביטוי לקונצנזוס צר לגבי כוחות הכנסת ולהימנעות מהכרעה במחלוקת העמוקה באשר ליסודותיה ולמטרותיה של הדמוקרטיה הפרלמנטרית הישראלית.

אף מחויבות בג"ץ לדוקטרינת שלטון החוק, שהייתה מאבני היסוד של המשפט החוקתי המהותי עד שנות השמונים, מתאימה למתווה הרעיוני של מודל הבורר המסוגל⁶⁸. דוקטרינה זו אומצה במטרה לעורר דיון והחלטה דמוקרטית, תוך שהיא מאפשרת פתרון סכסוכים והגנה על זכויות הפרט על אדנים צרים ביותר – העדר חקיקה מסמיכה⁶⁹. בהתאם, לא ניסה בית המשפט לברר לעומק מהם יסודותיו הנורמטיביים של שלטון החוק⁷⁰, ונמנע מיישוב רעיון שלטון החוק עם דוקטרינת

ביותר, שם, בעמ' 753; אולם, בניגוד לגישה שאותה מציג פרוש במאמרו, לגבי הצורך להכיר בסוגיה זו, מודל הבורר המסוגל רואה חוסר מוחלטות זו בעין יפה. במקרים בהם קיימת מחלוקת לגבי גבולותיה של דוקטרינת ריבונות הכנסת, ופתרון מחלוקת זו אינו הכרחי, שכן מדובר בתסריט דמיוני העשוי להוביל לסיכול של שיתוף פעולה חברתי, הרי שאי פתרון המחלוקת נדרש מטעמים מוסריים וליברליים.

טוען יזהר טל במאמרו, לעיל ה"ש 64, בעמ' 366–367, כי בפסיקה שלנו קיימת סתירה 67 "בין מתן סמכות חקיקה בלתי מוגבלת לכנסת מצד אחד לבין ההכרה בקיומן ובחשיבותן של זכויות כחלק מן המשפט המחייב בישראל מצד שני". לאור חוסר היכולת ליישב בין דוקטרינת ריבונות הכנסת למעמדן של זכויות היסוד, הציע טל כי בג"ץ ישקול מחדש את מחויבותו לדוקטרינת ריבונות הכנסת. רשימה זו מכירה, לפחות – במידה מסוימת, בטענתו של טל על חוסר התאמה ואולי אפילו סתירה בין מה שהוא מתאר כדוקטרינת ריבונות הכנסת לבין הרעיון של שלטון החוק וההגנה על זכויות אדם. אולם, בניגוד לטל, אין מדובר פה בסתירה בלבד אלא גם בחוסר מוחלטות של המשפט החוקתי הישראלי עד שנות השמונים. אם הטענה, כי דוקטרינת ריבונות הכנסת היא בטבעה שטחית וצרה, נכונה, הרי שיותר משעומדת לפנינו סתירה אנו ניצבים בפני היעדר הכרעה.

על מרכזיותה של דוקטרינת שלטון החוק בהגנה על הפרט מפני השלטון בעשורים הראשונים 68 לקיומה של המדינה, ראו שפירא, לעיל ה"ש 23, בעמ' 627–629.

פתרון סכסוכים על בסיס עקרונות חוקיות המינהל מותיר מרווח להתדיינות ולהכרעה דמוקרטית 69 מהטעם שהוא דורש כי הגבלות על הפרט יוטלו רק לאחר דיון והחלטה בבית המחוקקים. ראו, למשל, עניין בזירנו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 83; עניין שייב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 404.

לשלטון החוק מובנים רבים. מלומדים אחדים מסיקים אידיאל זה מערכים של יציבות 70 או חירות. מובן זה של שלטון החוק דורש בעיקר מיסודה של מסגרת חברתית יציבה וצפויה שבתוכה חופשיים הפרטים לתכנן, להשיג ולהגשים את תוכניותיהם, את מטרותיהם ושאיפותיהם. מובן זה מכונה, לעתים קרובות, שלטון חוק פורמלי. מלומדים אחרים מציינים כי גם חוקיות מוחלטת, המבטיחה כי כוח הממשל יופעל בהתאם לחוק (ועל כן מבטיחה יציבות וצפויות), 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" (תרגום שלי) F.A. HAYEK, THE CONSTITUTION OF LIBERTY, 205 (1960). עבור Hayek

ריבונות הכנסת⁷¹. במקום לעסוק בפתרון מחלוקות יסודיות לגבי סוגיות מעין אלו, העדיף בית המשפט ליישב ולפתור סכסוכים פרטניים.

גם הצלחתו של בג"ץ בהגנה על זכויות יסוד נעוצה, לפחות בחלקה, בטקטיקת מודל הבורר המסוגל אותה נקט. בעוד שמנהיגי האומה ניסו לחוקק מגילת זכויות כוללת, בית המשפט בשנותיו הראשונות כלל לא ניסה ליצור מגילת זכויות מעין זו. בית המשפט תיפקד כמוסד לפתרון סכסוכים בין פרטים לרשות השלטונית. פרטים אלה פנו לבית המשפט בבקשה להכרה באינטרסים הלגיטימיים שלהם כראויים להגנה ולסעד. מכיוון שלא הייתה בנמצא מגילת זכויות פורמלית, לא הסתכמו טענותיהם בהפרה של זכויות משפטיות פוזיטיביות⁷². שופטי בית המשפט העליון, שנדרשו להכריע בסכסוך, היו חלוקים בדעתם לעתים קרובות לגבי הטעמים המצדיקים סעד לעותר ולגבי האפליקציה הרחבה של החלטתם באותו מועד לגבי מקרים אחרים. בית המשפט העליון חי בתוך עמו, ואותם סכסוכים שנגפו בעם ובנציגיו לא נחסכו משופטינו⁷³. מגילת הזכויות ההלכתית הייתה תוצר לוואי של הכרעות בג"ץ בסכסוכים ספציפיים, ונוצרה בתהליך ממושך, בהכרעה ממקרה למקרה, בצורה של "משפט מקובל נוסח ישראל". האמרה המפורסמת כי

ומלומדים אחרים, שלטון החוק משמעו שלטון בהתאם לחבונה, לצדק או להכרעה דמוקרטית. הניסיון לאתר משמעות בהירה לשלטון החוק העסיק דורות רבים של משפטנים ופילוסופים, ולרוב נשור עם הניסיון לאתר קריטריונים להערכת מוסדות והסדרים חברתיים. ניתן לשער, כי ההכרה באופי הבלתי פתיר שבמחלוקת ביחס ליסודותיו הנורמטיביים של שלטון החוק, הניעה את בג"ץ עד שנות השמונים לחמוק מפני דיון תיאורטי על שלטון החוק ויסודותיו. למרות שניתן למצוא לעתים טיעון יסודי, שלפיו שלטון החוק מניח כי הגבלת החירות תיעשה על ידי בית המחוקקים, הרי שלרוב אין מדובר בניסיון לספק תיאוריה כוללת לשלטון החוק. במקום זאת, התנסחויות בית המשפט מאמצות את היסודות הליברליים ואת היסודות הדמוקרטיים של שלטון החוק, בלי ניסיון ליישב ביניהם או להסביר את האינטראקציה בין היסודות השונים. ראו עניין שייב, לעיל ה"ש 22, בעמ' 411; בג"ץ 74/58 היועץ המשפטי לממשלה נ' הורנשטיין, פ"ד יד 365 (1960); בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657 (1977).

71 חוסר תיאורטי נוסף, שמאפיין את המשפט החוקתי המהותי עד שנות השמונים, הוא ההתעלמות ממידת ההתאמה בין דוקטרינת שלטון החוק לדוקטרינת 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 לחוק ונשלטות על ידי החוק, כך שאחד ממרכיביה הוא גם שלטון החוק במחוקק. לכן, באימצו של האידיאל בדבר שלטון החוק, יש לכאורה משום סתירה לדוקטרינה חוקתית אחרת. בג"ץ לא התייחס לסתירה אפשרית זו בין הדוקטרינות, ולא סיפק 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 המחוקק. היעדר הדיון לגבי יסודותיו הנורמטיביים של שלטון החוק אפשר את היעדר הדיון לגבי מידת ההתאמה בין שלטון החוק לעליונות הכנסת.

72 לתיאור ממצה של תהליך זה ראו עניין כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 1027; ראו גם עניין בורנו, לעיל ה"ש 22; עניין שייב, לעיל ה"ש 22; ועניין פרץ, לעיל ה"ש 22.

73 פרוש, לעיל ה"ש 33, בעמ' 477.

הסעד שהגיש בג"ץ הוליד במקרים רבים את הזכות, והעובדה כי בית המשפט מעולם לא אימץ תיאוריה קוהרנטית באשר לקשר בין אינטרסים לגיטימיים לזכות המוגנת⁷⁴, מעידות אלף מונים על טבעה של פעילות זו. שיח הזכויות אותו אימץ בית המשפט היה שיח של הסכמות ביניים⁷⁵, למרות אי ההסכמה לגבי הטעמים לקיומן של זכויות ספציפיות או לגבי הדרך בה הן נוצרות. הגישה השיפוטית שנקט בית המשפט הפכה אותו לכשיר יותר מהכנסת, מבחינה מוסדית, לגבש הסכמות ביניים, קרי, לגבש הסכמה לגבי זכויות. העובדה, שעליה הצבעתי לעיל, כי התרבות הפוליטית של הכוחות המרכזיים ביישוב לא הייתה אנטגוניסטית לשיח זכויות, מסבירה כיצד הצליח בית המשפט להגן על זכויות ללא תגובה עוינת מצד גורמים פוליטיים. בפיתוחה של מגילת הזכויות ההלכתית, לא פעל בית המשפט העליון תוך התנגשות חזיתית עם הזירה הפוליטית, כי אם מתוך התאמה ושילוב עמה. ברצוני להדגים עתה כיצד מודל הבורר המסווג בא לידי ביטוי, הלכה למעשה, ואת היתרונות שבמודל הכרעות שיפוטי זה בהחלטה פורצת דרך של סוף שנות השישים, הלא היא ההחלטה בעניין ברגמן⁷⁶.

ה. מדוע ראוי ללמד את עניין ברגמן ובהרחבה⁷⁷

לכאורה, לאחר נחשולי המהפכה החוקתית, יש למורה המשפט החוקתי כל הסיבות שבעולם שלא ללמד את עניין ברגמן או לפחות שלא להקדיש לו זמן מעבר למימד ההיסטורי והחלוצי שבו — הפעם הראשונה שבה נטל בית המשפט העליון סמכות לבקר חקיקה ראשית. על פניו, פסק דינו של השופט לנדוי סתום, מבולבל ובעייתי.

74 אלפרד ויתקין "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5, 16–17 (1983); ראו גם פרש, לעיל ה"ש 66, בטקסט שבה"ש 82: "הטענה הכללית של השופט ויתקין, כי אי-אפשר למצוא בפסיקה תיאוריה ברורה ומגובשת בדבר היחס בין אינטרס לזכות, נראית לי נכונה".

75 על זכויות ככלים לגיבושן של הסכמות ביניים, ראו JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM (1986) 181; אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 156 (1997); וגם Andrei Marmor, *On the Limits of Rights*, 16 LAW & PHIL. 1 (1997) 1; ראו בעניין זה מאמרו של שפירא, לעיל ה"ש 18. לדעת שפירא, בהגנה על זכויות אדם התבסס בית המשפט על מוסכמות יסוד המצויות בקונצנוס הלאומי. עובדה זו מהווה את מקור עוצמתו של בית המשפט אבל גם מגדירה את גבולות כוחו, שכן אין בכוחו להגיש סעד בגין פגיעה בזכות מקום שהדבר חורג מהקונצנוס הפוליטי הקיים.

76 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 7.

77 כותרת זו שאובה מחליפת המאמרים בין פרופ' Sanford Levinson לבין פרופ' Eric J. Segall כאשר לערכו האקדמי של פסק הדין התקדימי *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 CRANCH) 137, שאימץ את מוסד הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית בארצות הברית; ראו Sanford Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why Eric J. Segall, Why I You Shouldn't Either*, 38 WAKE FOREST L. REV. 553 (2003) וכן: *Still Teach Marbury (And So Should You): A Response to Professor Levinson*, 6 U. PA. J. CONST. L. 573 (2004); ראו: Sanford Levinson, *Reply: Why I Still Won't Teach Marbury (Except in a Seminar)*, 6 U. PA. J. CONST. L. 588 (2004).

הדברים ידועים, מוכרים ומפרנסים מאות, אם לא אלפי, עמודים ביקורתיים של מאמרי מלומדים על ההחלטה⁷⁸. נטילת סמכות הביקורת השיפוטית על ידי בג"ץ נעשתה תוך התעלמות והתחמקות מסוגיות יסוד במשפט החוקתי הישראלי, כגון סמכותו של בג"ץ לבקר חקיקה ראשית של הכנסת, יכולתה של כנסת מוקדמת לכבול כנסת מאוחרת, יחסי הגומלין בין חוקי יסוד לבין חקיקה רגילה, שפיטות, מעמד והוצאת צו אכיפה/מניעה נגד הכנסת. השופט לנדוי לא רק שלא הסביר מהו הבסיס לביטול החוק, אלא אף ציין, שבהחלטתו רחוק הוא מכל התיימרות לנגוע במשהו בריבונותה של הכנסת כרשות מחוקקת. כך נותר הבסיס הנורמטיבי והתיאורטי של ההחלטה עמום, סתום וחלקי, וספק רב אם ניתן ליישב החלטה זו עם החלטות קודמות שאימצו ללא עוררין את דוקטרינת ריבונות הכנסת. בחינה מדוקדקת מעלה, למעשה, כי השופט לנדוי מעולם לא הכריז כי חוק המימון, שלגביו נטענה טענת אי החוקתיות, בטל. במקום זאת, הוא פשוט הורה לשר האוצר שלא לאוכפו, תוך שהוא עץ עצות לכנסת כיצד לפתור, שלא לומר – לעקוף, בעיה זו. לא זאת אף זאת. למרות שעניין ברגמן הוא, כשלעצמו, עניין היסטורי וחלוצי, הרי שהוא גם רזה מאוד בכל הקשור להיסטוריה חוקתית ישראלית: בכל פסק הדין אין אף לא מילה אחת על כשלונה של האסיפה המכוננת לאמץ חוקה עם קום המדינה, על אימוצה של החלטת הררי או אפילו על הוויכוח הפרלמנטרי שליווה את חקיקתו של חוק-יסוד: הכנסת ואת סעיפיו המשוריינים, שהיו הבסיס לעתירה. לכאורה, בשל מאפיינים אלה של ההחלטה בעניין ברגמן, עדיף למורה המשפט החוקתי ללמד את עניין ברגמן ביעף, תוך שהוא מציין את הפגמים הרבים שבהחלטה, כדי שיוכל להגיע כמה שיותר מהר להחלטות בית המשפט העליון בעידן המהפכה החוקתית.

78 הספרות המקצועית המבקרת את עניין ברגמן במידה זו או אחרת היא עצומה, ראו Peter Elman, Claude Klein & Benjamin Akzin, *Judicial Review of Statute: Aharon A. Bergman v. The Minister of Finance and State Comptroller*, 4 ISR. L. REV. 559 (1969); Claude Klein, *A New Era in Israel's Constitutional Law*, 6 ISR. L. REV. 376 (1971); Melville B. Nimmer, *The Uses of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution*, 70 COLUM. L. REV. 1217, 1222 (1970); Leonard G. Ratner, *Constitutions, Majoritarianism and Judicial Review: The Function of a Bill of Rights in Israel and The United States*, 26 AM. J. COMP. L. 373, 377 (1978); Amos Shapira, *Judicial Review Without a Constitution: The Israeli Paradox*, 56 TEMPLE L. Q. 405, 414 (1983); David Kretzmer, *Judicial Review of Knesset Decisions*, 8 TEL AVIV STUD. L. 95, 116 (1988); Robert A. Burt, *Inventing Judicial Review: Israel and America*, 10 CARDOZO L. REV. 2015 (1989) and נפתלי א' הורנשטיין "שריון הוראות בחוק יסוד" הפרקליט כה 648 (1969–1970); מיכאל שפטר "הרהורים בשאלות קונסטיטוציוניות" הפרקליט כו 6, 8–9 (1970); יואל זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג 213, 216 (1971–1972), בטקסט שבה"ש 15; יעקב ש' צמח "כיצד נוסדת סמכות שיפוט קונסטיטוציונית?" הפרקליט כט 515 (1974–1975); דוד קרצמר "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח 359 (1997); אריאל בנדור "שריון וחוקה – פסק-דין ברגמן והשיח החוקתי בישראל" משפטים לא 821 (2001).

אולם, לדעתי, מרצה שאינו מלמד את עניין ברגמן ובהרחבה, חוטא בעיקר ומונע מהסטודנטים התורדעות לא רק למתודה חוקתית אלטרנטיבית לזו הנוהגת היום, אלא גם למסורת הצדק והדמוקרטיה של בג"ץ שהייתה נהוגה עד שנות השמונים. המתודה והמסורת הן השתקפות של מודל הבורר המסווג שנקט השופט לנדוי. כדי להמחיש זאת אחזור לעובדות בעניין ברגמן, ולו רק כדי להניח את היסודות לטענותיי. ד"ר אהרן ברגמן, עורך דין במקצועו, עתר לבג"ץ, מתוקף היותו בוחר כשאר הבוחרים, בבקשה כי ימנע משר האוצר לשלם תשלומים על פי חוק המימון (להלן: החוק) למפלגות השונות. טענתו הייתה, בין היתר, כי חוק זה נחקק שלא כדין, היות שהוא נוגד את עקרון השוויון בבחירות הקבוע בסעיף 4 של חוק-יסוד: הכנסת.⁷⁹ סתירה זו בין החוק לחוק היסוד נבעה, לגישתו של ד"ר ברגמן, מכך שחוק המימון הקצה תמיכה כספית ציבורית רק למפלגות שהיו מיוצגות בכנסת היוצאת ולכן הפלה לרעה מפלגות חדשות. סעיף 4, אליבא דברגמן, הוא סעיף משוריין, ולכן נבדל מחקיקה רגילה, ומסמך את בית המשפט העליון לפסול חוקים הסותרים את הוראותיו. אולם, בלא קשר לטיעון מהותי זה שהציב ד"ר ברגמן לגבי הפרשנות הראויה של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, וליחסי הגומלין בין הוראות משורינות בחוקי יסוד לבין חקיקה רגילה, נדרש ברגמן להתמודד תחילה עם מספר שאלות מקדימות, כגון שפיטות, מעמד והסוגיה בדבר הוצאת צו אכיפה או מניעה נגד הכנסת. הדעה המשפטית המקובלת באותם ימים הייתה, כי סוגיות אלה מונעות, מבחינה משפטית מעשית, כל התקפה על חוקים הסותרים הוראות הקבועות בחוקי יסוד.⁸⁰

השופט לנדוי חמק מהכרעה בשאלות אלה ואחרות, תוך שהוא מפנה לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז, מאיר שמגר, שסבר כי אין זה נחוץ להכריע בשאלות אלה, בשל ההנחה כי העותר יפסיד בשאלה המהותית שהייתה על הפרק, היא שאלת פרשנותו של המונח "בחירות שוות" המוזכר בסעיף 4.⁸¹ לגופו של עניין, הכיר השופט לנדוי בכך שמדובר בשאלה פרשנית, וכי המקרה הוא מקרה גבולי בו יש נימוקים לכאן ולכאן. עם זאת, סבר שכאשר קיים ספק באשר לשאלה איזו פרשנות היא הפרשנות הראויה לסעיף 4, יש להעדיף את הפרשנות המקיימת את עקרון השוויון הכללי, שהוא מנשמת אפה של הדמוקרטיה הישראלית, על פני זו שפוגעת בו. לכן קבע, כי השוויון עליו מדבר סעיף 4 כולל גם שוויון בזכות להיבחר, ולא רק שוויון בזכות לבחור. השופט לנדוי לא קבע במפורש כי חוק המימון בטל, אלא הורה לשר האוצר שלא לאוכפו, תוך שהוא מייעץ לכנסת לעשות

79 ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

80 Likhovski, לעיל ה"ש 65, בעמ' 358, Witkon; לעיל ה"ש 62, Eliahu Likhovski, *Can the Knesset Adopt a Constitution Which Will Be the Supreme Law of the Land?*, 4 ISR. L. REV. (1969) 61, 63-64.

81 עניין ברגמן, לעיל ה"ש 7, בעמ' 696.

אחת משתיים: לחוקק את חוק המימון ברוב קולות; או לתקן את החוק כך שיעניק תמיכה כספית גם למפלגות חדשות על מנת לרפא את הפגם שנפל בו. כאמור, החלטתו של השופט לנודי לבטל דה-פקטו את חוק המימון זכתה לקיתונות של ביקורת בידי מלומדים. עם זאת, ביקורת זו על החלטת בג"ץ היא בעיקרה תולדת השתקפותם של מאפייני מודל הבורר המסויג: צרות, שטחיות והתמקדות בצדדים העומדים לפני בית המשפט⁸². "אבני הבניין" החוקתיות המצדיקות את ההחלטה בעניין ברגמן הן הסכמתו של היועץ המשפטי, מרכזיותו של עקרון השוויון בדמוקרטיה הישראלית, הוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת והרצון לעודד התדיינות דמוקרטית. מזה, כמובן, לא ניתן לבנות תיאוריה חוקתית מוצקה, עקבית וכוללת, באשר למעמד של חוקי יסוד, לסמכותה של הכנסת או לתפקידו של בג"ץ בדמוקרטיה הישראלית. אולם, ניתן בהחלט לבנות החלטות צודקות ודמוקרטיות המקדמות את זכויות האזרח. ההחלטה בעניין ברגמן היא צודקת ודמוקרטית בשל מגוון המקורות דרכם רכש בג"ץ לגיטימציה למעשיו. בדומה, יש להביט על הימנעותו של השופט לנודי מלדרוך בסוגיות מרכזיות כנקודת זכות ולא כנקודת תורפה. על ידי צרות, שטחיות והתמקדות בצדדים ספציפיים, נמנע השופט לנודי מלהכריע בשאלות שלגביהן ניטשה מחלוקת חריפה בפוליטיקה הישראלית: האם בית המשפט העליון הוסמך לבקר ולבחון את חוקתיותה של חקיקה ראשית? או מהו הבסיס הנורמטיבי לפעילות הכנסת (עליונות הפרלמנט או סמכות מכוננת)? השופט לנודי לא הטיל ולא כפה את תפישותו לגבי המשטר החוקתי הראוי על הממשלה והכנסת, אלא הותיר שאלות אלה לעיון נוסף⁸³. העיון

82 אמנם ניתן לטעון כי כשל העובדה שהעותר בעניין ברגמן עתר מתוקף היותו בוחר ככל הבוחרים הרי שהסכסוך שעורר הוא סכסוך רחב וציבורי שהחלטה בו אינה תואמת את מודל הבורר המסויג. אולם, חשוב לשים לב כי היועץ המשפטי לממשלה, המשיב בעניין ברגמן, ויתר על טענה זו וביקש מבית המשפט לבסס את החלטתו לגופו של עניין ובכך ייתר את הצורך בהכרעה בסוגיה זו (וזה, כמובן, תואם את הבורר המסויג). יתירה מזאת, הרחבת דוקטרינת המעמד בענייני בחירות עדיין תואמת גישה שיפוטית מרוסנת. בהתאם, לפי דוקטרינת המעמד המסורתית, אחד החריגים לאי ההכרה בעותר מן הציבור היה בענייני בחירות; מאז בג"ץ 76/63 טרודלר נ' פקדי הבחירות לוועדות החקלאיות, פ"ד יז 2503 (1963), נהג בג"ץ על פי ההלכה כי: "בעל זכות בחירה יש לו עניין מתמיד בכל הנוגע לזכות הבחירה של כל אדם אחר במקום"; ראו גם עניין בקר, לעיל ה"ש 61, בעמ' 246. ההתאמה בין גישה שיפוטית מרוסנת להענקת מעמד רחב בענייני בחירות נובעת מהעובדה שההצדקה לגישת הבורר המסויג נובעת ממחויבות להליך הדמוקרטי (במובן המינימלי של המושג). מכיוון שההצדקה להתמקדות בסכסוכים קונקרטיים נובעת מתוך מחויבות להליך הדמוקרטי, הרי שמחויבות זו עצמה עשויה להצדיק יצירת חריג בענייני בחירות. אם תפקידה של הרשות השופטת הוא שיטור ההליך הדמוקרטי במובן הצר, הרי שבנושאים הקשורים להודמנות השווה להשתתף בהליך הדמוקרטי תישמע גם עתירתו של אזרח מן השורה.

83 מכאן שאיני יכול להסכים עם בנדור, לעיל ה"ש 78, בעמ' 823, כי בעניין ברגמן הובלעה בלא ליבון תיאורטי, תחת מסווה של הימנעות מדין בשאלות החוקתיות המהותיות לגופן, תורה חוקתית המבוססת על שריון ולא על עליונות חוקי היסוד. פרופ' בנדור עצמו, יש לציין, מודה שעניין ברגמן "לא היה – ואף לא התיימר להיות – מורה-נבוכים תיאורטי". שם, בעמ' 836. אך מעבר לכך, לגישתי, הטענה כי עניין ברגמן אימץ תורה חוקתית מהותית המבוססת

וההתדיינות הנוספים לא כוונו לרשות השופטת בלבד, אלא גם לכנסת ולממשלה שיכלו להרהר על ההחלטה בעניין ברגמן. לאחר התדיינות, אימצה הכנסת את הצעותיו הקונקרטיות של השופט לנרדי במלואן. היא תיקנה את חוק המימון, היא העניקה תמיכה כספית למפלגות חדשות וקיבלה ברוב קולות את חוק הבחירות (אישור תוקפם של חוקים), התשכ"ט–1969, שקבע למען הסר ספק כי ההוראות הקבועות בחוק הבחירות תקפות לכל הליך משפטי ולכל עניין. ההחלטה בעניין ברגמן הותירה לכנסת גם מרווח להמשיך ולשקול אם בידי בית המשפט העליון מצויה סמכות לבקר חקיקה ראשית בגין פגיעה בהוראות משוריינות בחוקי יסוד או לגבי מעמדה היא. טקטיקה שיפוטית זו אפשרה לבית המשפט להגשים את עקרון הריבונות העממית, הדורש כי העם ישתתף בבחירת המסגרת החוקתית ובעיצובה. התקדים שבעניין ברגמן לנטילת הסמכות לבקר חקיקה ראשית לאור הוראות משוריינות בחוקי יסוד, לא נקבע על יסוד טיעון מוסרי, פוליטי או חוקתי מופשט וכולל. בית המשפט לא גרס כי סמכות שיפוטית לבקר חקיקה ראשית הופכת את החברה הישראלית לצודקת יותר, או כי ביקורת שיפוטית נדרשת ממהות הדמוקרטיה, או שהינה כורח משפטי. נטילת הסמכות לבקר חקיקה ראשית נעשתה על בסיס הסכמה, שיפוט מוסרי/פוליטי קונקרטי בדבר שוויון בבחירות, אימוצה של הוראת סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת והרצון לאפשר ולקדם התדיינות דמוקרטית. גישתו של הנשיא לנרדי, כפי שבאה לידי ביטוי בעניין ברגמן, גורסת הימנעות

על שריון היא ספקולציה בלבד. זאת, מכיוון שניתן ליישב ללא קושי את עניין ברגמן גם עם תיאוריה בדבר עליונות חוקי היסוד. הטעם לכך הוא, שגם אם מקבלים את התיאוריה בדבר עליונות חוקי היסוד, הרי שהיא אינה פוסלת על הסף את האפשרות כי חקיקה רגילה תעמוד בסתירה לחוקי יסוד, מקום בו חוקי היסוד קובעים כי ניתן לשנותם בחקיקה רגילה. זה היה המצב לאשורו בעניין ברגמן — הוראות חוקי יסוד: הכנסת אפשרו פגיעה בעקרון השוויון בבחירות גם בחקיקה רגילה משתמעת, כל עוד נעשה הדבר ברוב של חברי הכנסת. כשל העובדה, שעניין ברגמן מתיישב הן עם תיאוריה המבוססת על שריון והן עם תיאוריה המבוססת על עליונות חוקי היסוד, ניתן לקבוע כי הוא לא התיימר לפתור או להכריע באשר להסדרים החוקתיים הרצויים בישראל, אלא ליישב את הסכסוך בין הפרטים שעמדו לפני בית המשפט. סימוכין לכך, שאין להבין את עניין ברגמן כניסיון להכריע לגבי ההסדרים החוקתיים, ניתן למצוא גם בדבריו של השופט משה לנרדי במאמר שפורסם שנים ספורות בלבד לאחר מתן ההחלטה בעניין ברגמן, משה לנרדי "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל" הפרקליט כז (1971). לא זאת אף זאת, גם בשיח הפוליטי באותה תקופה ואפילו שנים לאחר מכן רווחה הדעה כי בהחלטה בעניין ברגמן אין משום הכרעה באשר לטבע ההסדרים החוקתיים של מדינת ישראל והיו אף רבים שטענו כי אין בה אפילו הכרעה באשר לתוקפן המשפטי של הוראות משוריינות בחוקי היסוד, ראו חבר הכנסת חיים צדוק, מסיעת המערך, ד"כ 55 (התשכ"ט–1969) 3584; ח"כ יוחנן בדר, מסיעת גח"ל, ד"כ 55 (התשכ"ט–1969) 3562; ח"כ ויקטור שמ-טוב, ממפלגת המערך, ד"כ 55 (התשכ"ט–1969) 3575; ח"כ ברוך אדניה, ממפלגת המערך, ד"כ 55 (התשכ"ט–1969) 3578. גם אלו שסברו, כי בהחלטתו בעניין ברגמן נטל בית המשפט העליון סמכות לבטל חקיקה ראשית, עדיין האמינו כי עובדה זו אינה מהווה סוף פסוק בסוגיה, ובידי הכנסת נתון הכוח להחליט בסוגיה בעתיד, ראו ח"כ אברהם ורדיגר, מסיעת פועלי אגודת ישראל, ד"כ 55 (התשכ"ט–1969) 3578, ראו גם דברי ח"כ בנימין הלי שמונה שנים לאחר מתן ההחלטה בעניין ברגמן, ד"כ 78 (התשל"ז–1977) 956.

מפתרון שאלות קשות וסכסוכים עמוקים הנוגעים לטבע ההסדרים החוקתיים של מדינת ישראל, ולכן נכשלת במתכוון במתן תשובה לשאלות, כגון מעמדם של חוקי יסוד או סמכות בג"ץ לבקר חקיקה ראשית. עם זאת, מצא השופט לנדוי לנכון להגן, על בסיס ספציפי, על עקרון השוויון בבחירות והורה לשר האוצר להתעלם מחוק שהפלה לרעה מפלגות חדשות במימון בבחירות. בכך הוא ממחיש לנו את מסורת הצדק והדמוקרטיה שהייתה נהוגה בבג"ץ עד שנות השמונים: קידום של צדק ודמוקרטיה על ידי פתרון סכסוכים ספציפיים, והיעזרות בעקרונות משפט, מוסר וצדק בצורה נסיבתית ופרגמטית בהקשר של הסכסוך הנתון וההסדרים החוקתיים הקיימים.⁸⁴ עניין ברגמן ממחיש לנו את העובדה שניתוח תיאורטי, כוללניות ועקביות, אינם תנאי הכרחי או מספיק לצדק ולדמוקרטיה.

ו. על הגישה השיפוטית למן שנות השמונים

בחינת פסיקתו של בג"ץ למן שנות השמונים מגלה כי, לעתים קרובות, היא מתאפיינת בשאיפה לאימוצה של תיאוריה מוסרית, פוליטית או חוקתית, שתנחה את שתעמור בבסיס שיקול הדעת השיפוטי. גישה זו לקבלת הכרעות חוקתיות עשויה לכלול בתוכה תפישת עולם שלמה באשר לשאלה כיצד ליצור את המשפט החוקתי ולהבינו. על פי דגם זה, אותו אני מכנה "מודל הרועה המוסרי", תפקידו העיקרי של בית המשפט הוא לקדם צדק על ידי אימוץ תיאוריה ראשית של צדק, של דמוקרטיה או של שלטון החוק. בהתאם, בית המשפט מצדיק את החלטותיו, במקרים קלים וקשים כאחד, על בסיס עקרוני ולא על בסיס פרגמטי ונסיבתי. ההנמקה המשפטית מתאפיינת בכללים רחבים, בעומק תיאורטי, ומתבססת על מערכת טעמים רחבה וכוללת העונה של שאלת הלגיטימציה השלטונית. "אבני הבניין" בהן משתמש השופט, מלבד המקורות המשפטיים הקונונציונליים של פסיקה וחקיקה, לשם נימוק החלטותיו הן אינטואיציות ושיפוטיות מוסריים, פוליטיים ומשפטיים. אולם, בניגוד לדגם השיפוטי של הבורר המסריג, השימוש באבני הבניין הנ"ל להכרעה בסכסוך החוקתי שלפני בית המשפט אינו ישיר, אלא נעשה בתהליך, המוכר היטב לפילוסופים אבל פחות למשפטנים, המכונה "שיווי משקל עיוני" (reflective equilibrium).⁸⁵ איני יכול לספק הסבר מפורט במסגרת זו לטכניקת שיווי המשקל

84 בשל העובדה שבית המשפט בעניין ברגמן חתר להגשמת צדק ספציפי, אין זה מפתיע כי העותר, ד"ר ברגמן, לא חש שנעשה לו עוול – נהפוך הוא. במאמר שהתפרסם שנים מספר לאחר ההחלטה, צידד העותר בגישתו המינימליסטית של בית המשפט, והצדיק אותה. בהתאם, סבר ד"ר ברגמן, כי לשם פתרון הסכסוך כלל לא היה צורך לענות על שאלות חוקתיות יסודיות בדבר סמכותו של בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית או בדבר טיבה ומהותה של ריבונות הכנסת. ראו Aharon A. Bergman, *The Supremacy of the Knesset*, 6 ISR. L. REV. 117 (1971) *Further Comment on the Election Finance Law Case*.

85 ראו Rawls, לעיל ה"ש 1 בעמ' 18; על מכשיר שיווי המשקל העיוני של רולס ראו גם Dworkin, לעיל ה"ש 48, בעמ' 22–37.

העיוני⁸⁶. ברצוני לציין כיצד באה לידי ביטוי טכניקה זו בפעילותו של בית משפט חוקתי מתוקן, הפועל בהתאם לציוריי מודל הרועה המוסרי. כאשר בית משפט חוקתי פועל על פי טכניקה זו, הוא מניח כי מוסדות, החלטות או הסדרים חוקתיים מסוימים, הם צודקים, בעוד שאחרים אינם צודקים. יתירה מזאת, בית המשפט מניח כי אינטואיציות אלה, לגבי הצדק או אי הצדק שבמוסדות, הסדרים או החלטות חוקתיים, ניתנות לארגון בסדר המשייך ודאות רבה יותר לאחדים מהם מאשר לאחרים. על ידי טכניקת שיווי המשקל העיוני, מספק בית המשפט החוקתי מבנה של עקרונות התומך בהכרעות שיפוטיות, תוך שהוא נצמד לשתי מטרות⁸⁷. הראשונה, כי מבנה העקרונות יסביר את השיפוטיות והמחויבויות שלנו בכך שיבליט את הנחות הבסיס, שעליהן הם נשענים ושאותן הם משקפים. השנייה, שעליו לספק הנחיה ב"מקרים קשים", בהם אנו נעדרים מחויבויות או, לחלופין, בעלי מחויבויות חלשות או סותרות. בהתאם, טכניקה זו תגנה תהליך שיפוטי של קבלת החלטות שמגיע להחלטות הנראות נכונות כשהן עומדות לעצמן, אך שלא ניתן להביאן לכדי חלק מתיאוריה כוללת של עקרונות ומדיניות כללית וניחת בעקביות עם החלטות אחרות הנתפשות אף הן כנכונות⁸⁸. דרך הנמקה והכרעה זו יוצרת, על פי רוב, את המשפט החוקתי מלמעלה, תוך שהיא מייחדת משקל רב לתיאוריה חוקתית ולהתדיינות שיפוטית כמקור ללגיטימציה להחלטות שיפוטיות. בהתאם לתהליך זה, "אבני הבניין" של המשפט החוקתי (פסיקה, חקיקה, אינטואיציות ושיפוטיות מוסריים, פוליטיים ומשפטיים) מקבלות או מאבדות את משקלן על פי מידת התאמתן למבנה העקרונות הכללי שאותו יוצר בית המשפט.

למודל הרועה המוסרי עשויים להיות יתרונות רבים, לפחות מנקודת מבטו של מורה המשפט החוקתי. גוף הידע של פסיקה, שהיא תוצר של בית משפט הפועל על פי מודל זה, מתאפיין באחידות, בעקביות ובוודאי גם בכוללניות. אלה הם

86 לספרות מקיפה וביקורתית של מכשיר שיווי המשקל העיוני ראו RICHARD B. BRANDT, A THEORY OF THE GOOD AND THE RIGHT, 16–23 (1979); Richard B. Brandt, *The Science of Man and Wide Reflective Equilibrium*, 100 ETHICS 259 (1990); R. M. Hare, *Rawls' a Theory of Justice-II*, 23 PHIL. Q. 241 (1973/1975); Joseph Raz, *The Claims of Reflective Equilibrium*, 25 INQUIRY 307 (1982); Peter Singer, *Sidgwick and Reflective Equilibrium*, 58 MONIST 490 (1974); Norman Daniels, *Wide* העיוני משקל השיפוטיות מלמעלה, תוך שהיא מייחדת משקל רב לתיאוריה חוקתית ולהתדיינות שיפוטית כמקור ללגיטימציה להחלטות שיפוטיות. בהתאם לתהליך זה, "אבני הבניין" של המשפט החוקתי (פסיקה, חקיקה, אינטואיציות ושיפוטיות מוסריים, פוליטיים ומשפטיים) מקבלות או מאבדות את משקלן על פי מידת התאמתן למבנה העקרונות הכללי שאותו יוצר בית המשפט.

87 Dworkin, לעיל ה"ש 48, בעמ' 22.

88 RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY, 87 (1977); על תהליך מחשבתי מעין זה שאותו נוקטים משפטנים בתיאוריה המשפטית ובתחומי משפט ספציפיים (דיני קניין, דיני נזיקין, דיני חוזים, דיני עונשין וכדומה) ראו Waldron, לעיל ה"ש 29, בעמ' 4–5; Robert J. Lipkin, *Beyond Skepticism, Foundationalism and the New Fuzziness: The Role of Wide Reflective Equilibrium in Legal Theory*, 75 CORNELL L. REV. 811 (1990).

תוצרי הלוואי של השאיפה לתיאורטיות ולהתאמה בין "אבני הבניין" השונות של המשפט החוקתי שאליהן חותר בית המשפט בתהליך שיווי המשקל העיוני. אולם, לגישה מעין זו, הגורסת קידום צדק על בסיס תיאוריה תוך דרישה לדיון מופשט, עשויים להיות חסרונות רבים לחברה בכללותה. ראשית, היא מתעלמת מנסיבות המחלוקת הקיימות בישראל לגבי המסגרת החוקתית, ודורשת הכרעה באשר לטיבה של מסגרת זו ולגבולותיה גם כאשר הכרעה מעין זו אינה נחוצה. שנית, היא מבצעת רדוקציה להליכים ולהתדיינות דמוקרטיים במסגרת הליך עיוני שיפוטי. שלישית, בשם הרצון ליצור מבנה קוהרנטי וכוללני של עקרונות מופשטים היא מתעלמת מהצורך לעשות את המעשה הצודק בין צדדים פרטיים, כאשר זה אינו מתיישב עם מבנה העקרונות אותו אימצה.

השפעתו של מודל הרועה המוסרי למן שנות השמונים ניכרת בשלושת המישורים המאפיינים את פסיקת בג"ץ מאז. בניגוד לפרקטיקה שהייתה נהוגה עד שנות השמונים, בכל אחד מהמישורים הנ"ל ניתן לזהות מאמץ של בג"ץ להניח בפסיקתו כללים רחבים, לתת עומק תיאורטי להחלטותיו ולספק להן מערכת טעמים כוללת ומושלמת. למן שנות השמונים התדיין בג"ץ בשיטתיות ולעומק בסוגיות הנוגעות לסמכותו הפונקציונלית. בהתאם, שינה בג"ץ את גישתו לסוגיית הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, דבר שהוביל לא רק להרחבתה של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, אלא גם ליצירתה של תיאוריה חוקתית כוללת המפקידה את הסמכות לבטל חקיקה ראשית בידי בית המשפט⁸⁹. בדומה,

89 המיוחד בגישת בג"ץ למן שנות השמונים הוא הניסיון לעצב תיאוריה חוקתית שאפתנית, שלא רק מסבירה את הצורך לאמץ את מוסד הביקורת השיפוטית, אלא גם מספקת לו די רוחב ועומק ביחס לעילות הביקורת לביטולם של חוקים. ציוני הדרך בפסיקת בג"ץ באשר לסמכותו לבקר חקיקה ראשית למן שנות השמונים הם בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990) (להלן: "עניין לאו"ר"); ועניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3; בעניין לאו"ר, שם, כחן השופט ברק את תוקפו של חוק שנחקק על ידי הכנסת בטענה כי הוא סותר עקרונות יסוד חוקתיים. דעת היחיד של השופט ברק הציבה גבולות לדוקטרינת ריבונות הכנסת והאצילה לבית המשפט את הסמכות לבטל חקיקה ראשית. בהתבסס על סקירה ועל ניתוח מעמיקים מגיע השופט ברק אל המסקנה כי, עקרונית, קיימת אפשרות שבית משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה. שם, בעמ' 554. אמנם, בסופו של דבר, דחה השופט ברק את האפשרות לפסול חוקים על בסיס עקרונות יסוד של השיטה, אך הייתה זו נסיגה זמנית וטקטית, תוך שהוא מסייגה ל"שלב זה של חיינו הלאומיים", שם, שם; וראו גם בג"ץ 410/91 בלום נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מו(2) 201 (1992). למרות שהגישה החדשה של השופט ברק מהווה אמרת אגב, הרי שבמהרה הפכה לאבן פינה של המשפט החוקתי, הן בשל העובדה שהיא מציבה גבולות לדוקטרינת ריבונות הכנסת (ראוילי אפילו לדוקטרינת הסמכות המכוננת) והן בשל העובדה שאומצה בגוון זה או אחר ובמידה זו או אחרת על ידי שופטים ומלומדים; ראו עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 544–545; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 541 (1998); בג"ץ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15, 28 (1996); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך א 412 (מהדורה חמישית, התשנ"ו); פרש, לעיל ה"ש 66, בעמ' 717; Kretzmer, לעיל ה"ש 78, בעמ' 144–155. חקיקתם של

הרחיב בג"ץ את סמכותו לבקר מעשי מינהל, תוך שלנטייה זו התלוותה תיאוריה, ששחררה את סמכות בג"ץ מדוקטרינת ריבונות הכנסת ושניסתה להצדיק סמכות זו בעזרת עקרונות חוקתיים רחבים⁹⁰. הפנייה לתיאוריה חוקתית ולהתדיינות שיטתית הציעה אפיק חדש לרכישת לגיטימציה ולהרחבת סמכותו הפונקציונלית של בג"ץ.

שני חוקי היסוד החדשים אפשרו לבית המשפט העליון לבסס ביקורת שיפוטית מלאה, מבלי להסתמך באופן מלא וישיר על הגישה החדשה שאותה הציג ברק בעניין לאורי. בין השאלות החוקתיות הבסיסיות, שהועלו והוכרעו בעניין בנק המזרחי, הייתה שאלת סמכותו של בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית. חוקי היסוד החדשים אינם כוללים הוראה מפורשת בדבר התרופות בגין הפרת זכויות המעוגנות בהם. לכן עלתה השאלה, אם בידי בית המשפט העליון הכוח לבקר חקיקה של הכנסת ולספק סעד בגין חוקים לא חוקתיים. הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי הציג טיעון מורכב להצדקת סמכות הביקורת השיפוטית. במובנים רבים, הטיעון של הנשיא ברק דומה לתיאוריה החוקתית שאותה הציג בעניין לאורי: פנייה למושגים מופשטים, כמו שלטון החוק, עקרון הפרדת הרשויות, דמוקרטיה וערכי יסוד על מנת להצדיק את מוסד הביקורת השיפוטית. עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 445–450. תיאוריה זו, של סמכות רחבה בביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, זכתה לאישורם של מרבית שופטי בג"ץ בפסקי דין רבים, ולמעשה – אין בנמצא דעת מיעוט בעניין זה.

90 הסימן הראשון להתרופפותה של דוקטרינת ריבונות הכנסת, ככל שהיא נוגעת לסמכותו הפונקציונלית הכללית של בג"ץ, היה המעורבות וההתערבות המוגברות בהליכה הפנימיים של הכנסת בשנות השמונים. ההחלטה פורצת הדרך הייתה בג"ץ 306/81 פלאטרו-שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118 (1981). בה עתר חבר הכנסת פלאטרו-שרון לבג"ץ נגד ועדת הכנסת, שהחליטה להשעות את חברותו בכנסת בהתאם לחוק-יסוד: הכנסת; בעניין פלאטרו-שרון סבר הנשיא לנרדי, כי לנוכח עמדת המדינה המסכימה להימצאות סמכות בידי בג"ץ במקרים של תריגה מסמכות של ועדת הכנסת, עדיף יהיה להותיר עניין זה פתוח לעיון נוסף בעתיד, שם, בעמ' 135. אולם, בניגוד לדעתו, סברו שאר חברי ההרכב, כי סוגיית הסמכות אינה ניתנת לפתרון על ידי הסתמכות על הסכמת בעלי הדין להותירה בצריך עיון, שם, בעמ' 124. שופטי הרוב ביססו את סמכות בג"ץ על הכלל כי "הכל שווים לפני החוק", ומכאן, שוועדות הכנסת אינן נהנות מחסינות משפטית וכפופות גם הן לסמכות בג"ץ; להחלטות המבססות את סמכותו של בג"ץ לבקר הלכיה הפנימיים של הכנסת על עקרון יסוד בדבר קיומה של ביקורת שיפוטית ראו בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, פ"ד נה(4) 800, 806 (2001); בג"ץ 971/99 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נו(6) 117, 140 (1999); בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865 (2005), פס' 47 לפסק דינו של הנשיא ברק. לניתוח ביקורתי ומקיף של התפתחות הביקורת השיפוטית על הליכים פנימיים של הכנסת ראו סודי נבות "עשרים שנה למבחן שריד: עיון מחודש בפקוח השיפוטי על הליכים פנימיים של הכנסת" מחקרי משפט יט 721 (2003); וגם סודי נבות "קביעת שחרם של חברי הכנסת: 'המחליטים הם גם הזוכים' " המשפט ט 253 (2004); דוקטרינת ריבונות הכנסת, ככל שהיא נוגעת לסמכות בג"ץ, נחלשה עוד יותר בבג"ץ 294/89 המוסד לביטוח לאומי נ' ועדת העררים עליפי סעיף 11, פ"ד מה(5) 445 (1991); השאלה שעמדה להכרעה בבית המשפט הייתה אם יש בידי סמכות לבקר את החלטת ועדת העררים מכוח סעיף 11 לחוק התגמולים לנפגעי פעולות איבה, התשל"א–1970, למרות הוראת סעיף 11(ה) לחוק, הקובעת, כי "אין אחרי החלטת ועדת העררים ולא כלום". בעניין המוסד לביטוח לאומי, שם, טען המשיב, כי החוק מגביל את סמכות בג"ץ לדון בעתירות נגד החלטותיה של ועדת העררים למקרים חריגים ויוצאי-דופן, בהם הייתה החלטתה נגועה בחוסר סמכות, בחוסר תום לב או במרמה. בג"ץ דחה טענה זו וקבע כי "הוראות סופיות" מעין זו המצויה בסעיף 11 לחוק אינן מהוות מחסום בפני ביקורתו של בג"ץ לדון בגוף ההחלטה לפי סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה. קביעה זו של בג"ץ

אף במישור הסמכות שבשיקול הדעת של בג"ץ חל שינוי עמוק. בהתאם, נזנחה דוקטרינת המעמד המסורתי במקרים בהם העלה העותר שאלה חוקתית

תאמה את הפסיקה שדרשה, כי החקיקה תגלה בלשון ברורה וחד משמעית כוונה להוציא מעשי מיהל מסוימים מתחומי הביקורת השיפוטית. החדשנות בעניין המוסד לביטוח לאומי מצויה בתיאוריה החוקתית אותה מאמץ בית המשפט על מנת לתמוך בקביעה זו ובבחנתה שעושה בג"ץ בין כוונת המחוקק הסובייקטיבית לכוונתו האובייקטיבית. לפי השופט ברק, אליו הצטרפו רוב שופטי בג"ץ, סמכויות בית המשפט "לדון ולהכריע בסכסוכים המתעוררים בין פרטים או בין פרטים לרשויות השלטון... הן מאבני היסוד של משטר דמוקרטי תקין", שם, בעמ' 450. בהיעדרה של ביקורת שיפוטית, טוען השופט ברק, יהיה זה בלתי אפשרי לקיים את עקרון שלטון החוק, להגן על חירות האדם ולקיים מסגרת בסיסית של משטר חופשי. זהו הבסיס לחוקה הפרשנית, כי המחוקק אינו מבקש לשלול או לצמצם את סמכות בית המשפט. למרות שכל חוק יש לפרש על פי כוונת המחוקק, יש להסיק כוונה זו מערכי היסוד של המדינה. זוהי התכלית האובייקטיבית של החקיקה, וחלק בלתי נפרד מתכלית אובייקטיבית זו הם ערכי היסוד הגורסים שימורה של סמכות בית המשפט. השופט ברק מכיר באפשרות שבמשטר דמוקרטי יגביל מחוקק, ואולי אף ישלול כליל, את סמכות בתי המשפט. אולם, הוא התעקש כי כוונה לעשות כן חייבת להתגלות מתוך תהליך פרשני המביא בחשבון ערכי יסוד אובייקטיביים. בין ערכי היסוד הללו נמנית ההכרעה כי ביקורת שיפוטית היא אכן פינה למשטר דמוקרטי תקין. סיווג סמכותו של בג"ץ כערך יסוד של מערכת המשפט הישראלית זכה לפרסום בבג"ץ 5364/94 ולגר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 (1995). במובן מסוים, עניין ולנר הוא יישומה של תיאוריית הביקורת השיפוטית שהוצגה בעניין לאור לגבי סמכותו של בג"ץ. בעניין לאור, כחן השופט ברק את האפשרות כי פגיעה בעקרון השוויון תוביל לביטולה של חקיקת הכנסת על ידי בית המשפט. בעניין ולנר, בג"ץ התבקש לבחון את חוקיותו של הסכם קואליציוני בין מפלגת ש"ס למפלגת העבודה. לפי הסכם זה, המפלגות היו כפופות לחובה לתקן באמצעים חקיקתיים כל החלטה של בית המשפט שתפר את הסטטוס קוו בענייני דת. ההסכם יסד וצדה של חמישה משפטים, שאמורים היו לעקוב אחר פסיקת בית המשפט ולקבוע אלו שינויים חקיקתיים דרושים על מנת לשמר את הסטטוס קוו. למרות ששופטי בג"ץ היו חלוקים לגבי שאלת התערבותו של בג"ץ בעניין, כולם הסכימו, כי מדובר בהסכם בלתי ראוי, שכן הוא הפר את העיקרון הבסיסי של הפרדת הרשויות. לכן, למרות שבית המשפט הכיר בכשירותה של הכנסת לחוקק בתגובה לפסיקות בית המשפט, הוא דרש קיומו של דיאלוג בין בתי המשפט לכנסת. האם פירושו כי בג"ץ יבטל חקיקה ראשית של הכנסת, המגבילה את סמכותו, בניגוד לערכי היסוד של משטר חוקתי? ההחלטה בעניין ולנר אינה מספקת תשובה ברורה לשאלה זו. השופט ברק העלה את האפשרות כי היה ויעוגן ההסכם הפוליטי בחקיקה, יפסול בית המשפט חקיקה זו. במובן זה, עניין ולנר הוא המשך לעניין לאור, וחיוזק של סמכותו של בג"ץ מפני פגיעה של הכנסת. לשחרורה המוחלט של סמכות בג"ץ מדוקטרינת ריבונות הכנסת והשענתה על עקרונות חוקתיים רחבים; ראו ההחלטות האחרונות שניתנו בבג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לרו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102 (2003) ובבג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003). בעניין הפורום נתן בג"ץ בהרכב של שלושה שופטים צו ביניים להקמת גשרון מעל נחל חברון בניגוד לדיני התכנון והבנייה, מכוח סמכותו ה"בלתי קוננוציונלית" להושיט סעד למען הצדק, שם. בעניין חרות קבע בג"ץ כי הוראה בחוק הבחירות, שהתפרשה בפסיקה כמעניקה "חסינות דינית" מפני ביקורת שיפוטית, אין בכוחה לשלול את סמכותו של בג"ץ. ועל כן היא "בטלה בכל הנוגע לתחולתה על בית המשפט הגבוה לצדק"; על הטבע המהפכני של החלטות אלה ראו גם אריאל בנדור "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל 305 (2003); והשוו ניהר רימלט "בית המשפט העליון: בין דין לצדק" משפט וממשל 311 (2003).

יסודית, והעותר היה פטור מהצורך להוכיח כי יש לו אינטרס אישי ומיוחד בעתירה⁹¹. בניגוד לגישה המסורתית לזכות העמידה, שגרסה הימנעות ממחלוקות ומסכסוכים ציבוריים רחבים⁹², הרי שהגישה החדשה סברה כי "ככל שחשיבותו של העניין מבחינה ציבורית גדולה יותר, כן תגדל נטייתו של בית-המשפט להכיר בזכותו של העותר, אף שהוא אזרח מן השורה, להביאו לפניו"⁹³. שנות השמונים הביאו גם לפרומה דרמטית בדוקטרינת השפיטות, שנתפרה בהיקף צר ביותר, ויש אף הטוענים כי בוטלה לחלוטין. לאור זאת, גברה מעורבותו של בג"ץ בתחומים פוליטיים שנחשבו בעבר לבלתי-שפיטים⁹⁴.

לבסוף, מודל הרועה המוסרי השפיע גם על התפתחות המשפט החוקתי המהותי למן שנות השמונים. בגרעין התיאוריה החוקתית שצמחה מאז שנות השמונים ניתן למצוא את המחויבות לעקרונות ולערכי יסוד⁹⁵. ערכי יסוד אלה מכוננים מטרייה נורמטיבית ולאורם ועל בסיסם נוצר המשפט החוקתי. אמנם, גם בפסיקת בג"ץ עד לשנות השמונים ניתן למצוא, לעתים, שימוש בעקרונות ובערכי

91 פסקי הדין המהווים ציון דרך חשוב בנטישת הגישה המסורתית לדוקטרינת המעמד הם בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429 (1980), עתירה נגד החלטת שר הפנים שלא להפעיל את שרון הקין; בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986), עתירה נגד נשיא המדינה על החלטתו לחון אנשי שב"כ שהיו מעורבים בפרשת קן 300; ובג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (1987), עתירה נגד החלטתו של שר המשפטים שלא להסגיר אדם למדינה אחרת. עם זאת, ניצנים לגישה הליברלית לזכות העמידה ניתן לזהות כבר באמצע שנות ה-70, ראו השופט ברנזון בבג"ץ 26/76 בירשלוש נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא(1) 796, 802 (1977).

92 ראו בבג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד(1) 238, 247 (1970).

93 עניין בירשלוש, לעיל ה"ש 91, בעמ' 802; ראו בעניין זה גם דברי השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 466 (1988).

94 פסק דינו של השופט ברק בעניין רסלר מהווה ציון דרך בולט בצמצומה של דוקטרינת השפיטות. בניית תיאורטי, מזהיר ומעמיק, מעמיד השופט ברק את דוקטרינת השפיטות על ראשה והופכה מכלי משפטי שמטרתו הגנה על רשויות שלטוניות אחרות למכשיר שמטרתו הגנה על בג"ץ (מניעת אבדן אמון הציבור בבית המשפט), ועקב כך דוחק את אי השפיטות לשוליים ולמקרים חריגים ביותר. למרות שגישתו של ברק אינה מייצגת את עמדת יתר השופטים, הרי שהלך הרוח המאפיין אותה — צמצום הדוקטרינה לנסיבות חריגות — ניכר בפסקי דין רבים של בג"ץ; לדיון מעמיק בדוקטרינת השפיטות החדשה ובהשלכותיה על המציאות הישראלית ראו ברק-אור, לעיל ה"ש 62, בעמ' 385–387; והשוו מעוז, לעיל ה"ש 62, בעמ' 432.

95 ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985); בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 309 (1988); ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988); בג"ץ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353 (1994); בג"ץ 721/94 אלי-על נ' דנילווביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 285 (2000); על מקומם המרכזי של עקרונות יסוד חוקתיים בלתי כתובים בחוקה של מדינת ישראל והדילמות המשפטיות המאפיינות הכרה בהם ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 61–73 (מהדורה שישית, התשס"ה).

יסוד, אולם, שנות השמונים הביאו לשינוי מרובע בסוגיה זו. ראשית, למן שנות השמונים הפך השימוש בערכי יסוד בהנמקה המשפטית לשכיח ביותר וניכרת מגמה של אינפלציה של ערכי יסוד⁹⁶. שנית, עקרונות וערכי היסוד נתפשים למן שנות השמונים הן כמטרות המשפט החוקתי והן כאמצעים בהם ניתן להגשים את המטרות הללו ממש⁹⁷. שלישית, למן שנות השמונים הונחה בפסיקה מתודה עמוקה, קוהרנטית וכוללת, לזיהויים של עקרונות וערכי יסוד, שאמורה להבדיל מעמדות דעת הקהל ומרוחות השעה מחד גיסא, ומתחושותיו הסובייקטיביות של השופט, מאידך גיסא⁹⁸. במסגרת זו נטען, כי ערכי היסוד הם האידיאלים האובייקטיביים של מערכת המשפט הישראלית, וכי המשימה המוטלת על בג"ץ היא "לחשוף את הערכי והבסיסי, תוך דחיית הארצי והחולף"⁹⁹. רביעית, למן שנות השמונים אומצה בפסיקה תורת "האיוונים", המכוננת תהליך נורמטיבי כוללני ומופשט, בו נעזר הבג"ץ לשם פתרון התנגשות בין ערכים מתחרים¹⁰⁰.

הפסיקה החוקתית החדשה מחויבת גם לתיאוריית הסמכות המכוננת של הכנסת. סוגיה זו, שהושארה, כאמור, ללא דיון והכרעה בעשורים קודמים¹⁰¹, נתמכת עתה בתיאוריה חוקתית שאפתנית, הלא היא תורת "שני הכובעים". בבסיסה של תיאוריה זו מודלים תיאורטיים ומופשטים לביסוסה של תיאוריית הסמכות המכוננת ושל המסקנה כי יש לישראל חוקה פורמלית¹⁰². וכך, בעזרת תיאוריה עמוקה ורחבה,

96 למן שנות השמונים ניתן לגלות מגמה, שלפיה כמעט כל עיקרון או ערך שנתפש כרצוי הוגדר כיסודי. בהתאם, הרטוריקה של עקרונות וערכי יסוד הורחבה מגרעין האידיאל של "מדינה יהודית ודמוקרטית" לעקרונות ולערכים המצויים בפריפריה של אידיאל זה. בין ערכי היסוד שהוכרו בפסיקה ניתן למצוא מושגים, כגון שוויון, סבירות, סובלנות, מידתיות, הגינות, תום לב, צדק, מוסר, הפרדת רשויות, שלטון החוק, כבוד האדם, הבטחת ודאות במשפט, סדר ציבורי, זכויות האדם – הפוליטיות, החברתיות והכלכליות.

97 עקרונות וערכי יסוד משמשים הן כאמצעים פרשניים, ראו עניין פורז, לעיל ה"ש 95, והן כאמצעי לביטול חוקים בניסיונות חריגות, ראו עניין לאור, לעיל ה"ש 89.

98 בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993); על המתודה בה נעזר בית המשפט לזיהויים של ערכי היסוד ראו גם אהרן ברק "תפקידו של בית-המשפט העליון בחברה דמוקרטית" עיוני משפט כא 13, 15–17 (1998); וגם אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 41–45 (התשס"ד).

99 עניין אפרת, שם, בעמ' 780.

100 להרחבה על תורת האיוונים ראו ברק, לעיל ה"ש 98, בעמ' 262–274; מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 235–237.

101 ראו לעיל דיון בה"ש 65 ובטקסט נלווה.

102 הסימן הראשון לנטישת הגישה המסורתית מצוי בדעת השופט ברק בעניין לאור, לעיל ה"ש 89. לגישתו, מקור כוחם המחייב של הוראות משוריינות בחוקי יסוד מצוי בסמכותה המכוננת של הכנסת. בעניין בנק המזרחי הציג השופט ברק שלושה מודלים מופשטים לביסוס סמכות זו. המודל הראשון נסמך על תורתו של Hans Kelsen, ברבר הנורמה הבסיסית, ראו Hans Kelsen, General Theory of Law and State, 102 (1945); על פי מודל זה, הנורמה הבסיסית של ישראל הינה כי מועצת המדינה הזמנית היא הרשות העליונה של מדינת ישראל, והיא זו שהורתה בהכרזת העצמאות כי חוקה תיקבע על ידי האסיפה המכוננת. עם כינונה של האסיפה המכוננת נתפורה מועצת המדינה הזמנית והעבירה לאסיפה המכוננת את הסמכויות

נעשה ניסיון בפסיקה להכריע מחלוקת נושנה ומתמשכת באשר למהותם ולטיבם של מוסדותיה והסדריה החוקתיים של ישראל. יתירה מכך, בפסיקת בג"ץ אף הונחה תשתית רעיונית לפתרון התנגשות פוטנציאלית בין מחויבותו לערכי היסוד של השיטה לבין מחויבותו לדוקטרינת הסמכות המכוננת – בפסיקה הועלתה האפשרות להכיר במגבלות על הפעלת הסמכות המכוננת מכוח עקרונות יסוד של השיטה¹⁰³.

כעת, ברצוני להדגים כיצד מודל הרועה המוסרי בא לידי ביטוי, הלכה למעשה, ואת החסרונות שבמודל הכרעות שיפוטי זה בעזרת התקדים המרכזי לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית למן שנות השמונים, הלא הוא עניין בנק המזרחי. עניין בנק המזרחי ניתן על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים, ולא בשבתו כבג"ץ, אולם הוא מייצג נאמנה את הגישה השיפוטית החדשה שנטל על עצמו בית המשפט העליון בכלל, ובג"ץ בפרט. בחינתו של עניין בנק המזרחי על פי המודל השיפוטי של הרועה המוסרי נחוצה הן בשל העובדה שהוא שימש מאוחר יותר כסיס לפסיקת בג"ץ, בה בוטלו הוראות בחוק רגיל הסותרות את חוקי היסוד החדשים¹⁰⁴, והן בשל העובדה שהוא מהווה מעין אנטי-תיזה ברורה לפסיקת בג"ץ בעניין ברגמן.

שהיו בדיה, וכך בידי גוף אחד היו הן הסמכות המכוננת והן הסמכות המחוקקת. מאז עוברת הסמכות המכוננת מכנסת לכנסת, ואף נעשה בה שימוש שהוביל ליצירתה של חוקה. המודל השני נסמך על תורתו של H.L.A. Hart, בדבר כלל ההכרה של השיטה H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 84–95 (2nd ed., 1994); לגישת ברק, כלל ההכרה של מדינת ישראל הוא כי לכנסת יש סמכות מכוננת ומחוקקת. קביעה זו, אליבא דברק, אינה קביעה סובייקטיבית, אלא אובייקטיבית. היא מתבססת על מערכת החיים הלאומיים שלנו. לפי תפישות העומק בחברה הישראלית, הכנסת נתפשת בתודעה הלאומית שלנו כגוף המוסמך לתת חוקה לישראל. המודל השלישי נסמך על תורתו של Ronald Dworkin (להלן: דבורקין). בדבר הפרשנות הטובה ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית-משפטית שלנו בזמן נתון: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986). לפי מודל זה, לגוף פלוגי (כגון הפרלמנט) תהיה סמכות להעניק חוקה, אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה חברה. לפי ברק, הפירוש המתאים ביותר להיסטוריה החוקתית שלנו הוא שלכנסת יש סמכות לכונן חוקה, שכן כל פרשנות אחרת תוביל אותנו למסקנה כי הכנסת בזוזה את זמנה כאשר עסקה בחקיקת חוקי יסוד. הפרשנות הטובה ביותר להיסטוריה שלנו היא, שהכנסת עסקה בקבלה של חוקה בהדרגה. הפרשנות הטובה ביותר לפסקי הדין לגבי חוקי יסוד היא, שהם עסקו במתן תוקף לקבלת החוקה בהדרגה.

103 ראו עניין לאור, לעיל ה"ש 89; עניין ולגר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 802; בג"ץ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 31–30 (1996); ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997); בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 541 (1998); וגם רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 95, בעמ' 118–121.

104 ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 376 (1997); בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999); בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נז(3) 640 (1999).

ז. עניין בנק המזרחי כאנטי-תיזה לעניין ברגמן

בניגוד לעניין ברגמן, עניין בנק המזרחי מצטיין בדיון שיטתי, מעמיק ורחב, תוך שהשופטים מתחבטים ומכריעים, לפחות על הנייר, בשאלות יסוד חוקתיות רבות במטרה להציב משנה סדורה ובהירה באשר להסדרים החוקתיים של ישראל. סטודנטים בשנתם הראשונה בפקולטה למשפטים, שלרוב מחפשים תשובות לשאלות חוקתיות מטרידות, ימצאו אותן, קרוב לוודאי, בחוות הדעת השונות ויראו את צמאונם מתוך עושרו של עניין בנק המזרחי. אם עניין ברגמן גורם "בלבול", כדברי פרופ' קליין¹⁰⁵, בקרב הסטודנטים הצעירים, הרי שבעניין בנק המזרחי קיימת כל התורה על רגל אחת — או שמא עלי לומר: כל התורה ב־367 עמודים. נטילת סמכות הביקורת השיפוטית על ידי בית המשפט העליון נעשתה תוך התחבטות והתדיינות בסוגיות יסוד במשפט החוקתי הישראלי, כגון סמכותו של בית המשפט העליון לבקר חקיקה ראשית של הכנסת, יכולתה של כנסת מוקדמת לכבול כנסת מאוחרת, יחסי הגומלין בין חוקי יסוד לחקיקה רגילה וסמכותה המכוננת של הכנסת. לא זאת אף זאת, עניין בנק המזרחי עמוס לעיפה גם בהיסטוריה חוקתית ישראלית: הכרזת העצמאות, כשלונה של האסיפה המכוננת/הכנסת הראשונה לאמץ חוקה, אימוצה של החלטת הררי ותהליך קבלתם של חוקי היסוד השונים. לכאורה, בשל מאפיינים אלו של עניין בנק המזרחי עדיף למורה המשפט החוקתי להתעמק בפסק הדין ולחקור אותו בהרחבה, תוך שהוא פוסע בעקבות השופטים בנבכי המסגרת החוקתית של מדינת ישראל.

אולם, מרצה, המתמקד בסוגיות השונות שנדונו בהרחבה בדעות השופטים בעניין בנק המזרחי, חוטא בעיקר, וסופו שהוא מונע מהסטודנטים לא רק הכרה ומודעות לתורת קבלת ההחלטות בה נעשה שימוש היום על ידי בית המשפט העליון, אלא גם הבנה עמוקה וכנה של טבע ההסדרים הדמוקרטיים והחוקתיים של ישראל. כדי להמחיש זאת אחזור לעובדות בעניין בנק המזרחי ולו רק כדי להניח את היסודות לטענותיי. כאמור, ההחלטה בעניין בנק המזרחי ניתנה על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים. בין ההחלטות שעליהן הוגש ערעור הייתה החלטתו של בית המשפט המחוזי, שלפיה התיקון לחוק הסדרים במגזר החקלאי משפחתי, התשנ"ב–1992 (להלן: חוק גל), בטל, מאחר שהוא פוגע בזכות הקניין המוגנת בסעיף 3 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק גל נחקק על מנת להקל על המשבר הכלכלי הקשה שאליו נקלע המגזר החקלאי בישראל, וקבע, בין היתר, הסדרים לפריסה ולהפחתה של חובות הארגונים החקלאיים. חוק גל היה חסין מפני ביקורת שיפוטית על פי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, מכוח סעיף 10 לחוק היסוד (פסקת שימור הדינים). עם זאת, התיקון לחוק גל, שנחקק במסגרת חוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי

105 קלוד קליין "איך כל זה התחיל: פסק דין ברגמן — התגובות הראשונות" עלי משפט ג 391, 404 (2004).

(תיקון), התשנ"ג–1993, נחקק לאחר כניסת חוק היסוד לתוקף והיה חשוף לביקורת שיפוטית לאורו. תיקון זה האריך את התקופה שהחובות שנוצרו בה יחסו בצל הסדרי השיקום, וכלל שינוי בהגדרת החובות ובהוראות שיערוכם. אם ננסה לסכם 367 עמודים בקצרה, הרי שהשורה התחתונה של פסק הדין הייתה, כי למרות שהתיקון לחוק גל פגע בזכות הקניין של נושי הארגונים החקלאיים, המעוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד, הייתה פגיעה זו מותרת לאור סעיף 8 לחוק היסוד (פסקת ההגבלה). כלומר, ניתן היה להכריע בערעור על בסיס צר ביותר – כי התיקון לחוק גל אינו סותר את חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. אולם, שופטי בית המשפט העליון היו להוטים להציג את השקפת עולמם באשר למהפכה החוקתית, ושאלות חוקתיות רבות נדונו והוכרעו. השופט ברק, שאליו הצטרף רוב של שופטי בית המשפט העליון, שרטט בעניין בנק המזרחי תיאוריה חוקתית, שלפיה ישראל השיגה החל משנת 1992 ביקורת שיפוטית מלאה, וכי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו נהנה מעליונות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה. התגובות לעניין בנק המזרחי היו מעורבות. מחד גיסא, הוא התקבל בתשואות רמות בקרב התומכים המסורתיים ברעיון החוקה והביקורת השיפוטית בפוליטיקה ובאקדמיה¹⁰⁶. מאידך גיסא, היו שביקרו בחריפות את ההחלטה בעניין בנק המזרחי על היבטיה השונים. הנשיא לנדוי, שאף הרחיק לכת וכינה את עניין בנק המזרחי "סמינר אקדמי"¹⁰⁷, גרס כי לנוכח המסקנה הסופית ניתן היה להניח בצריך עיון את השאלות בהן התחבטו השופטים¹⁰⁸. הוא טען, כי יש בהחלטה משום ניסיון ליתן חוקה בדרך פסיקת בית המשפט. פרופ' רות גביון הדגימה כיצד השיח החוקתי שבעניין בנק המזרחי הוא יותר נבואה שמגשימה את עצמה מאשר תיאור המציאות, והדגימה כיצד שיח המהפכה החוקתית שאומץ בפסק הדין טשטש את הנתונים החוקתיים של מדינת ישראל, וביניהם את עצם העובדה כי השאלות הפוליטיות של חוקה לישראל מעולם לא נחתכו בדיון שיטתי¹⁰⁹. מלומדים רבים ראו בעניין בנק המזרחי חלק ממגמה כללית לאמץ השקפת עולם ליברטריאנית של קידוש הקניין הפרטי והשוק החופשי על ידי בית המשפט העליון¹¹⁰. פרופ' חנוך דגן וד"ר

106 קרצמר, לעיל ה"ש 78, בעמ' 385; ראו גם אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט 267 (2000); קלוד קליין "בעקבות פסק־הדין בנק המזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית־המשפט העליון" משפטים כח 341 (1997); והשווה הלל סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א 59, 60 (2004).

107 משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית־המשפט" משפט וממשל ג 697 (2006).
108 לנדוי, שם.

109 גביון, לעיל ה"ש 3, בעמ' 31.

110 אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 139 (1997); Ran Hirschl, *The 'Constitutional Revolution' and the Emergence of a New Economic Order in Israel*, 2 Isr. Stud. 136 (1997); אייל גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל 79 (מנחם מאוטנר עורך, התשס"א).

אייל גרוס ציינו כי עניין בנק המזרחי חסר דיון מורכב בעובדות הספציפיות של המקרה הנדון, באופי הגופים המעורבים, ביחסים ביניהם ובהשפעתו של החוק הנדון עליהם¹¹¹.

ביקורת זו על החלטת בית המשפט העליון היא בעיקרה תולדת השתקפותם של מאפייני מודל הרועה המוסרי: כללים רחבים, עומק תיאורטי ופנייה למערכת טעמים רחבה וכוללת, להבדיל מהתמקדות בבעלי הדין ובעובדות המקרה. אבני הבניין המצדיקות את ההכרעה החוקתית, אליה הגיעו שופטי הרוב בעניין בנק המזרחי, הן רבות ומגוונות: הכרזת העצמאות, החלטת הררי, חוקי היסוד, עמדות נציגי ציבור שונים שאוזכרו בדברי הכנסת, כתיבה אקדמית ענפה, ועוד. "אבני בניין" אלה מאפשרות בנייתו של תיאוריה חוקתית סדורה, מוצקה, עקבית וכוללת. לתיאוריה זו, כפי שבאה לידי ביטוי בדעת הנשיא ברק בעניין בנק המזרחי, לפחות שלושה נדבכים עיקריים: תיאוריית הסמכות המכוננת, יכולתה של כנסת מוקדמת לכבול כנסת מאוחרת, ולגיטימיות הביקורת השיפוטית של בית המשפט על חקיקה ראשית. אולם, השימוש "באבני בניין" אלה לבניית התיאוריה החוקתית הכוללת נעשה בתיווכו של הליך שיווי המשקל העיוני המאפשר ברירה וסלקציה בין האבנים השונות, כשבית המשפט בוחר ממגוון האבנים השונות רק את אלה המתאימות לשאר האבנים בהן הוא משתמש, והמסייעות לו גם לתמוך את התיאוריה בכללותה.

כאמור, הביקורת הנוקבת שנמתחה מצד המלומדים הנזכרים לעיל היא תוצר לוואי של מאפייני מודל הרועה המוסרי ותהליך קבלת החלטות זה. ראשית, ההנחה שבבסיס פסק דינו של הנשיא ברק היא, כי קיימת תיאוריה חוקתית קוהרנטית, עקבית וכוללת, שיכולה להסביר את המסגרת החוקתית של מדינת ישראל. תיאוריה זו, לגישת הנשיא ברק, היא תיאוריית הסמכות המכוננת ותורת "שני הכובעים". בעזרת תיאוריה זו יכול השופט ברק לתאר את התהליך החוקתי בישראל כתהליך של קבלת חוקה בהדרגה, להבדיל מתהליך בו, לגישתו, חוקקה הכנסת לריק את חוקי יסוד. אולם, הנחה זו שבבסיס פסק דינו היא בעייתית ומונעת, למעשה, הכנה עמוקה וכנה של טבע ההסדרים החוקתיים בישראל. הטעם לכך הוא שהעשייה החוקתית בישראל מתאפיינת בריבוי פעילויות של גופים ושחקנים שונים לאורך עשרות שנים. כל ניסיון ליישב בין פעילות הכנסת הראשונה לבין פעילות הכנסת השתים-עשרה תחת תיאוריה חוקתית אחת, המובילה לפתרון קוהרנטי בדמות סמכות מכוננת, אינו מציאותי. זהו ניסיון לאידיאליזציה של העשייה החוקתית בישראל, תוך התעלמות מהקונקרטיים של הפוליטיקה שכוננה אותה. המציאות הפוליטית של ישראל לאורך השנים הותירה את תהליך העשייה החוקתית במדינה

111 אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא 405, 420 (1998); חנוך דגן "שיקולים חלוקתיים בדיני נטילה שלטונית של מקרקעין" עיוני משפט כא 491, 518 (1998), בטקסט מול ה"ש 122.

בלתי מסודר, בלתי עקבי, שסוע ואולי אפילו בעייתי. התיאוריה החוקתית בדבר קיומה של סמכות מכוננת מנסה ליפות תהליך זה, וביכולתה לעשות כן רק באמצעות התעלמות מהשלכות המחלוקות והפשרות שהיו מנת חלקן, והפחתתן. טשטוש הנתונים החוקתיים של ישראל, שעליו מדברת פרופ' גביון בביקורתה על עניין בנק המזרחי, נעשה בעצם הניסיון לסדר את הנתונים החוקתיים של ישראל בתוך תיאוריה חוקתית, קוהרנטית וכוללת.

שנית, פסק הדין הסיט את כובד המשקל שבעשייה החוקתית ממעשים, מפעילות וממחדלים ספציפיים של נבחרי העם ונציגי הציבור, אל השופט והתהליך המחשבתי שאותו הוא מפעיל. קיומה או אי קיומה של חוקה אינו פועל יוצא של פעילות נבחרי הציבור אלא פועל יוצא וישיר של התיאוריה שאותה מאמץ השופט. זו הסיבה בשלה ראה הנשיא לנדוי בעניין בנק המזרחי משום ניסיון להענקת חוקה בדרך של פסיקת בית המשפט. עצם הניסיון להכריע בעזרת תיאוריה חוקתית מחלוקת פוליטיות עזות, יש בו משום הפחתה בחשיבותם של התדיינות ושל הליכים דמוקרטיים אמיתיים.

שלישית, הרצון לקדם צדק ודמוקרטיה בעניין בנק המזרחי אינו בא לידי ביטוי בפתרון הסכסוך הספציפי, כי אם באימוצה של תיאוריה חוקתית כוללת בדבר הסדרה החוקתיים של מדינת ישראל. הסכסוך המסוים בין בנק המזרחי לבין הכפר השיתופי מגדל הוא בעל חשיבות משנית אל מול הרצון והצורך להעמיד תיאוריה חוקתית מוצקה וכוללת. אין פלא כי דגן וגרוס גורסים כי הדיון בפסק הדין לוקה בחסר ככל שהוא נוגע לצדדים הספציפיים ולעובדות המקרה הנדון. איני טוען כי על בית המשפט היה להגיע לתוצאה אופרטיבית שונה בפסק הדין, אבל קשה להימנע מהתחושה כי סכסוך זה שימש לבית המשפט אילן להיתלות בו לשם יישומה, הלכה למעשה, של החלטה תקדימית בעלת חשיבות ציבורית רחבה, וכי העדיף את הצדק הכללי על פני הצדק הפרטי.

ח. הגורמים לזניחתה של מסורת הצדק והדמוקרטיה של בג"ץ

מלומדים רבים גורסים, כי יש להביט על הגישה השיפוטית החדשה למן שנות השמונים כתגובה למחלוקות יסודיות וכפועל יוצא של פרגמנטציה, של הקצנה וקיטוב בחברה הישראלית¹¹². Robert A. Burt (להלן: בארט), למשל, טוען, כי הגישה השיפוטית החדשה שנקט בג"ץ למן שנות השמונים היא פועל יוצא של חוסר יכולתה של התפישה הרובנית לדמוקרטיה לגשר על הפערים, על הפלגים והסעעים שאפיינו את החברה הישראלית בשלהי מלחמת ששת הימים. הדמוקרטיה הרובנית, מסביר בארט, היא תשובה לא משכנעת למצב בו אומה נתונה בסכסוך

112 מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 577; ברזילי, יערי-יוכטמן וסגל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 35; Burt, לעיל ה"ש 78, בעמ' 2028, 2052–2053.

קוטבי ועמוק. כוחה המחייב של הדמוקרטיה הרובנית נעוץ ביכולתו הפיסית של הרוב לכפות את רצונו על המיעוט. הישענותה של הדמוקרטיה הרובנית על כוח גס בולטת במיוחד במצבים של סכסוך קוטבי. הדרך היחידה להימנעות מפתרון כוחני של סכסוך מעין זה, גורס בארט, היא פנייה לסמכות המתעלה מעבר למאבק הפוליטי והכוחני. בהתאם, הגישה השיפוטית החדשה אותה נקט בג'ין למן שנות השמונים היא תגובה ל"חוסר המספיקות" של הדמוקרטיה הרובנית¹¹³. מאוטנר אף מרחיק לכת וטוען כי לא היה זה רק "חוסר המספיקות" של התפישה הרובנית, שהוביל להרחבתה ולהעמקתה של הביקורת השיפוטית, אלא גם פעילותם של פלגים נרחבים הנכונים לבטל את הדמוקרטיה אפילו במונחיה הפרוצדורליים¹¹⁴. הוא מוסיף ומטעים, כי בישראל של שנות השמונים התנהל שיח פוליטי בלתי נורמלי, בו הייתה חסרה הסכמה לא רק באשר לייעדים הלאומיים שיש לשאוף להגשמתם, אלא אף באשר לפרוצדורות לקביעתם של יעדים אלה במקרים בהם קיימים חילוקי דעות¹¹⁵.

בארט ומאוטנר צודקים, כמובן, בטענתם כי שנות השמונים התאפיינו בחילוקי דעות פוליטיים ואידיאולוגיים, אך מקצת מההנחות המשתמעות מתיאורם ניתן לערער. בארט ומאוטנר גורסים, ובצדק, כי פיתוחה של הביקורת השיפוטית של בג'ין בשנות השמונים נעשה על רקע חילוקי דעות פוליטיים ואידיאולוגיים קשים — חילוקי דעות לגבי טיבה, ערכיה ומטרותיה של מדינת ישראל. אולם, מחלוקות אלה לא צצו כך פתאום בסוף שנות השבעים. חילוקי דעות אלה היו מצויים מאז ומעולם בחברה הישראלית, במידה זו או אחרת. למעשה, הם התוצאה הטבעית של מקורות החברה הישראלית. למרות שניתן לזהות מכנה משותף בין הפלגים הציוניים השונים בדמות האידיאל של "שיבת ציון" — קיבוצם של יהודי העולם ובניית יישות חברתית אוטונומית בארץ — הרי שהחברה הציונית כוננה על ידי מהגרים החסרים קונצנזוס רחב בכל הנוגע להשקפותיהם הפוליטיות, האידיאולוגיות, הדתיות והחברתיות¹¹⁶. חילוקי דעות אלו, שמרביתם נסבו סביב טיבה של מדינה יהודית ודמוקרטית, עיצבו את המסגרת החוקתית של מדינת ישראל כבר בשנים הפורמטיביות¹¹⁷. השיח הפוליטי האנורמלי של שנות השמונים, שאותו

113 Burt, שם.

114 מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 577.

115 מאוטנר, שם.

116 על השסעים, המחלוקות והפלגים שאפיינו את היישוב בארץ ישראל, ולאחר מכן את החברה הישראלית, ראו: Isaiah Friedman, *Gideon Shimoni — The Zionist Ideology*, 3 ISR. STUD. (1998) 251; ראו גם אפרים יער וזאב שביט "רקע היסטורי לדיון בחברה הישראלית: האידיאולוגיה הציונית והחברה היישובית" מגמות בחברה הישראלית כרך א 1, 9 (אפרים יער וזאב שביט עורכים, התשס"א); הרוביץ וליסק, לעיל ה"ש 43, בעמ' 69–138. מאוטנר, למעשה, מכיר בעובדה כי החברה הישראלית הייתה שסועה גם בשנות החמישים. עם זאת, לגישתו, שנות השמונים מתאפיינות על ידי הקיטוב של שסעים אלה, מאוטנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 577, בטקסט שבה"ש 234.

117 ראו גם: GARRY JEFFREY, JACOBSON APPLE OF GOLD: CONSTITUTIONALISM IN ISRAEL AND

מתאר מאוטנר, חוסר הסכמה לגבי יעדים וחוסר הסכמה לגבי הפרוצדורות לקביעתם, אינו תופעה חדשה. חוסר הסכמה נרחב זה, על מהות ופרוצדורה חוקתיים, הוביל לכישלון לאמץ חוקה. המסגרת החוקתית הבלתי קוהרנטית והשסועה של ישראל – החלטת הררי וחוקי היסוד – היא התפצה (Objectification) של חילוקי דעות אלו. בדומה, גם חוסר היכולת של "הדמוקרטיה הרובנית" לפתור קונפליקטים אידיאולוגיים, שאותו מדגיש בארט, אינו תופעה חדשה. מדינת ישראל יוסדה כדמוקרטיה פרלמנטרית ופעלה במשך שלושה עשורים שלמים בהתאם לאותו מנגנון של דמוקרטיה רובנית, טרם נטל על עצמו בג"ץ תפקיד חדש ונרחב בחברה הישראלית. לכן, קשה להבין מדוע חילוקי דעות על מהות ופרוצדורה, אליבא דמאוטנר, או חוסר היכולת של הדמוקרטיה הרובנית, אליבא דבארט, הובילו להרחבת הביקורת השיפוטית למן שנות השמונים.

פרשנות שונה לעמדתם של בארט ומאוטנר היא, כי טענותיהם הן עניין של דרגה ומידה. שנות השמונים, בשונה מעשורים קודמים, התאפיינו בהחרפה, בהעצמה ובקיטוב של החברה הישראלית, שכללו גם הפרות חוק חוזרות ונשנות. לפי בארט ומאוטנר, קיטוב זה הוביל את בית המשפט העליון ליטול על עצמו תפקיד שיפוטי מורחב. אולם, גם תצפית זו נראית לי שנויה במחלוקת. אכן, חוסר כבוד לשלטון החוק עלה בכירור מהתנהגותם של חלקים גדולים בחברה הישראלית למן שנות השמונים, ובמיוחד בין המתנחלים היהודים בגדה המערבית. הביטוי הקיצוני ביותר לנטיות אלו של חוסר חוקיות היה פרשת המחתרת היהודית, שבין פעולותיה הייתה התקפה אלימה נגד ראשי הערים בגדה. עם זאת, נטיות אלו היו מצויות גם בשנים הפורמטיביות של מדינת ישראל והתבטאו בסירובן של המחתרות היהודיות, אצ"ל ולח"י, להתפרק מגשקן בשלהי מלחמת העצמאות, ובחוסר נכונותן לעצור פעילות טרוריסטית, כמו רצח הרוזן פולק ברנדוט¹¹⁸. יתירה מזאת, הממשלה עצמה נטתה להשתמש באמצעים בלתי חוקיים ואלים על מנת לדכא קבוצות אלה, ובמישור הסכסוך הערבי ישראלי נקטה גישה, שלפיה אין להתעכב על דקדוקי החוק מקום בו אינטרסים ציוניים עומדים בסכנה.

תצפיות נגדיות אלה, לגבי הגורמים להעצמת הביקורת השיפוטית של בג"ץ למן שנות השמונים, מובילות למסקנה כפולה. ראשית, כי מבחינה אובייקטיבית, נסיבות פיתוחה של הביקורת השיפוטית בשנות השמונים, שהתבטאו בקיזמן של מחלוקות פוליטיות ומוסריות ונטייה לאי חוקיות, לא היו כה שונות מהנסיבות ששררו בעשורים הפורמטיביים. שנית, כי במקרה הטוב יש להבין את עמדתם של בארט ומאוטנר במונחים של מידה ודרגה, ולא כשוני מהותי. כלומר, כי שנות השמונים התאפיינו בהתגברות המחלוקות ששררו כבר קודם לכן. אולם, פרשנות

The United States 123 (1993), הגורס, כי מלחמת ששת הימים אמנם החרפה נטיות קיצוניות בחברה הישראלית, אך היא לא יצרה את השסעים החברתיים והפוליטיים שגרמו להן.

118 הורוביץ וליסק, לעיל ה"ש 43, בעמ' 59–60.

זו של נסיבות פיתוחה של הביקורת השיפוטית, חותרת תחת השקפתם המזהה קשר של סיבה ותולדה בין הנסיבות הפוליטיות לבין העצמת הביקורת השיפוטית בשנות השמונים. תצפיות נגדיות אלה מראות כי העצמת הביקורת השיפוטית והמעבר למודל שיפוטי של רועה מוסרי אינם תגובה מוסדית הכרחית לחילוקי דעות מוסריים ופוליטיים עמוקים. בג"ץ של שנות החמישים פעל על רקע דומה של חילוקי דעות אידיאולוגיים קשים, למרות שלא התפתה להרחיב את תפקידו השיפוטי. מכאן, שאת הגורמים להעצמת הביקורת השיפוטית יש לתור במקום אחר.

פנינה להב, לדוגמה, מייחסת את העצמת הביקורת השיפוטית לשינויים בהרכבו הפרסונלי של בית המשפט עם פרישתם של שישה שופטים מהגורדיה הוותיקה בין השנים 1975–1980.¹¹⁹ מלומדים אחרים, ביניהם פרופ' שמעון שטרית¹²⁰ וד"ר אייל גרוס¹²¹, מייחסים את העצמת הביקורת השיפוטית להיחלשות זרועות השלטון האחרות בתקופה זו, שבאה לידי ביטוי בחוסר יכולתן לפתור בעיות וסכסוכים. כמעט כולם מציינים את היחלשות המערכת הפוליטית, במיוחד לאחר מלחמת יום הכיפורים, שהובילה להגדלת מספר העתירות לבג"ץ מצד אזרחים מהשורה ונציגי ציבור. פרופ' מאוטנר, במאמרים שראו אור לאחרונה, שכלל את טענתו וציין כי יש להבין את השינויים הניכרים שחלו בפסיקתו של בית המשפט העליון החל משנות השמונים כתגובה של בית המשפט העליון להתמוטטות ההגמוניה הפוליטית, החברתית והתרבותית של תנועת העבודה בסוף שנות השבעים.¹²² במסגרת שינויים אלה, מסביר מאוטנר, בית המשפט העליון "תפס צד" במאבק הפוליטי והתרבותי המתחולל בישראל, והפך את עצמו לזירה חשובה לקידום היעדים הפוליטיים והתרבותיים של הקבוצה "היהודית-החילונית-הליברלית" במאבקה על עיצוב אופיה של ישראל בשנים שלאחר התמוטטות ההגמוניה.¹²³

אולם, כל ניסיון להסביר את העצמת הביקורת השיפוטית כתולדה של גורמים מסוימים סופו שיתקל בבעיה רחבה מתחום מדעי החברה שאותה זיהה הפילוסוף קרל פופר בספרו "החברה הפתוחה ואויביה"¹²⁴. בתחומי מדעי

Pnina Lahav, *Rights And Democracy: The Court's Performance, in Israeli Democracy Under Stress*, in ISRAELI DEMOCRACY UNDER STRESS, 125, 142 (Sprinzak & Diamond eds., 1993); שניים מהשופטים שמונו בתקופה זו השפיעו על פסיקת בית המשפט העליון לבלי הכר: השופט מאיר שמגר, מונה בשנת 1975 והתמנה לנשיא בית המשפט העליון בשנת 1984; השופט אהרן ברק, מונה בשנת 1978 והתמנה לנשיא בשנת 1995.

Shimon Shetreet, *Developments in Constitutional Law: Selected Topics*, 24 ISR. L. REV. 368 (1990); וגם שטרית, לעיל ה"ש 41, בעמ' 461–462.

Aeyal M. Gross, *The Politics of Rights in Israeli Constitutional Law*, 3 ISRAEL STUD. 80, 85–86 (1999).

122 מנחם מאוטנר "שנות השמונים — שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2003).

123 מאוטנר, שם, בעמ' 649.

124 קרל פופר החברה הפתוחה ואויביה (יוסף אגסי עורך, אהרן אמיר מתרגם, התשס"ג).

החברה, שהפוליטיקה והמשפט נמנים עמם, ניסיון להבדיל בין גורמים רלוונטיים להתרחשותו של אירוע מסוים לבין גורמים שאינם רלוונטיים, נידון לכישלון. הטעם לכך הוא שבתחומים אלו קיימת כמות אינסופית כמעט של גורמים משתנים. גורמים אלה עשויים להיות מסוגים שונים ומשונים, וזאת ראינו היטב בהסברים השונים להעצמת הביקורת השיפוטית – החל בהחרפת מחלוקות אידיאולוגיות, המשך בשינויים פרסונליים בבית המשפט העליון עצמו, וכלה בהתמוטטות ההגמוניה של תנועת העבודה. מכאן, שכל תיאור באשר לגורמים להעצמת הביקורת השיפוטית הוא סלקטיבי, במובן זה שעליו לבחור גורם או גורמים מתוך העושר והמגוון האינסופיים של ההיבטים האפשריים של העובדות שבעולמנו¹²⁵. נוכל, כמובן, להאריך בתיאור התפתחות זו וגורמיה ככל שנרצה. למעשה, כל הגורמים שצינו מלומדי המשפט עשויים להתגלות כרלוונטיים במידה זו או אחרת להעצמת הביקורת השיפוטית. אולם, גם אז – ואולי לעולם – יהיה התיאור שלנו לוקה בחסר – מבחר בלבד, ומבחר קטן, מן הגורמים להעצמת הביקורת השיפוטית של בג"ץ. פופר, אמנם מציין, כי אין מנוס לבסוף מאימוצה של נקודת מבט היסטורית, אך זאת תהיה על פי רוב ספציפית וסלקטיבית. בהתאם, בסופו של יום, ניוותר עם פירושים שונים להיסטוריה של בג"ץ המייצגים נקודות מבט שונות. אין זאת אומרת, כמובן, כי לכל הפירושים יש תוקף שווה. חלקם לא יעלה בקנה אחד עם הרשומות המקובלות, ובחינה ביקורתית תורה לנו להשליכם הצידה. עתה אנו מתחילים לדת לשורש הבעיה שבניסיון לתור אחר הגורמים להגברת הביקורת השיפוטית של בג"ץ למן שנות השמונים. זהו ניסיון למצוא חוקיות חברתית-מדעית לשינויים ההיסטוריים שעברו על בג"ץ, ניסיון להכניס סדר וחוקיות לשינויים שהתרחשו למן שנות השמונים בתפקידו של בג"ץ. יהיה הגורם לתפקידו החדש של בג"ץ אשר יהיה, וקרוב לוודאי כי מדובר במספר גורמים שחברו יחדיו והביאו להרחבת הפונקציה השיפוטית של בג"ץ, כל הגורמים הנ"ל חולקים מכנה משותף ברור: הם מסיטים את תשומת הלב מנכונות שופטי בג"ץ ליטול על עצמם את התפקיד החדש ומאחריותם האישית לזניחת מסורת הצדק והדמוקרטיה שהייתה נוהגת בבג"ץ עד לשנות השמונים. במהלך זה, תשומת הלב מופנית אל עובדות היסטוריות שהינן מעניינות כשלעצמן, אך חסרות היבט שעניינו הבחירה והאחריות של השופטים למהלך של הפניית העורף לתקדימים ולמסורות מהעבר. שופטים אינם מכונות. על אף, שיש טעמים ואפילו גורמים למעשיהם, הרי שגם אז הם אלה הבוחרים לנקוט פעולות מסוימות וללכת בדרכים מסוימות. על פי רוב, פעולות והחלטות אלה נעשות על בסיס הפילוסופיה השיפוטית שלהם.

מכאן, שהגורם העיקרי לתמורה בתפקידו של בית המשפט העליון נעוץ בעלייתה של אידיאולוגיה טוטלית שתפסה אחיזה בקרב שופטי בית המשפט

העליון. אידיאולוגיה זו היא הרעיון בדבר היות בית המשפט רועה מוסרי של החברה, הנסמך על שלושה אדנים. הראשון, אמונה בעליונות שיפוטית, שלפיה בית המשפט העליון הוא המוסד הראשי והעליון לפתרון סכסוכים. השני, אמונה ביכולתה של התיאוריה המשפטית לספק בעבורנו פתרונות לבעיות השעה, ולפיה ניתן לפתור סכסוכים פוליטיים דוחקים בעזרת תיאוריה המתעלה מעל לצדדים הספציפיים. השלישי, שכחה וטשטוש של מסורת הצדק והדמוקרטיה שהיו נוהגים בבג"ץ עד שנות השמונים. שלושת אדנים אלה יחדיו מכוננים אידיאולוגיה טוטלית, הגורסת כי ברשותה מצויה התשובה ל"טוב החברתי" בדמותו של שלטון החוק המהותי, וכי קיימת דרך להשגתו של אותו טוב, היא הדרך השיפוטית שבית המשפט מבקש לקחת אותנו בנפתוליה.

הרעיון של מוסד חברתי המתפקד כרועה מוסרי של החברה אינו חדש כלל ועיקר. שורשיו מצויים כבר אצל אפלטון, בדו שיח שבין סוקרטס לתרסימכוס ב"פוליטיאה א", בו טען האחרון כי הצדק הוא תועלתו של החזק, והחזק הוא מי שמחזיק בשלטון. בהקשר זה, מעלה תרסימכוס את הדימוי רועה-עדר כדי לתאר את היחס שבין השליט לנתינים¹²⁶. סוקרטס נוטל את משל הרועה והופך אותו על ראשו. התנהגותו של הרועה, עד כמה שהוא רועה, ולא סוחר או קצב, מכוונת כל כולה לטובת הצאן¹²⁷. הנמשל הוא ששליט אמיתי — כל פעולותיו מכוונות לטובת הנשלטים, שאם לא כן אין השליט שליט אמיתי. במילים אחרות, הצדק אינו תועלתו של השליט אלא של הנשלט. בדומה, גורסת אידיאולוגיית בית המשפט כרועה המוסרי כי שלטון החוק אינו שררה שניתנה בידי השופטים, אלא עבדות; כי שלטון החוק אינו לתועלתם של השופטים אלא לתועלתם של הנשלטים¹²⁸; כי שלטון החוק אינו שלטון השופטים אלא שלטון הכללים המשפטיים והתבונה המשפטית, כפי שהם מתגלים בתיאוריה החוקתית והמשפטית.

בתקופה בה אנו עדים להתפוררות מוסדות ותהליכים חברתיים ודמוקרטיים, ושבה רבים מדברים על "קץ האידיאולוגיה"¹²⁹ ואף על "קץ הדמוקרטיה"¹³⁰, צוברת אידיאולוגיית "בית המשפט כרועה מוסרי" עוצמה וחסידיים בארץ

126 אפלטון "פוליטיאה א" כתבי אפלטון כרך ב 182–193 (יוסף ליבס מתרגם, התשנ"ט).

127 ראו גם שמואל שקולניקוב ואלעזר וינריב פילוסופיה יוונית: סוקרטס ואפלטון כרך ב 259 (התשנ"ז).

128 ברק, לעיל ה"ש 98, בעמ' 42.

129 ראו למשל Daniel Bell, *THE END OF IDEOLOGY: ON THE EXHAUSTION OF POLITICAL IDEAS* (1961) in: *THE FIFTIES* (1961); וכן: Daniel Bell, *The End of Ideology Revisited* (part 1 & 2), *GOVERNMENT AND OPPOSITION* 23 (1988); CHAIM ISAAC WAXMAN, *THE END OF IDEOLOGY* (1968) *DEBATE*.

130 על קץ הדמוקרטיה בהקשר של עליית כוחם של בתי המשפט ראו אסופת המאמרים *The End of Democracy? In THE JUDICIAL USURPATION OF POLITICS* (Richard John Neuhaus, et al 1997); וגם: Mitchell S. Muncy, *The End of Democracy? II: A Crisis of Legitimacy* (ed., 1999).

ובעולם¹³¹. אין זו יד המקרה. דווקא בעתות משבר מעין אלו של איום קיומי, הכמיהה למוסד חברתי בדמות מופת של רועה מוסרי, אב רוחני, גיבור עשוי ללא חת, ומנהיג משכמו ומעלה, המגלם באישיותו תבונה ועליונות, היא עצומה¹³². כמיהה זו מהווה קרקע פורייה לנביטתה, לצמיחתה ולפריחתה של אידיאולוגיית בית המשפט כרועה המוסרי של החברה. אולם, במידה רבה, אידיאולוגיית בית המשפט כרועה המוסרי מהווה גם זרז (קטליזטור) לתהליכים אלה, לזניחתם של כללים, מוסדות ותהליכים דמוקרטיים. כפי שציין דני דידרו, מהוגי הדעות של תקופת ההשכלה, האזרחים תחת שלטון העריץ הנאור משולים ל"עדר של חיות שההרגל מכנס אותם יחד, שחוק השוט מצעיד אותן הלאה ושליט אבסולוטי מוביל אותן על פי גחמותיו"¹³³. הווה אומר, אידיאולוגיית בית המשפט כרועה המוסרי "מתדלקת" את תהליכי ההתפוררות שמהווים קרקע פורייה לצמיחתה.

אפלטון (ובג"ץ למן שנות השמונים) שוגה בחושבו כי קיימת תיאוריה עקבית, קוהרנטית וכוללת, המובילה להרמוניה בין הערכים השונים. טעות זו מובילה אותו למסקנה, כי הוא (שמיטיב לדעת את התיאוריה והטוב החברתי) מיטיב לדעת מאחרים את רצונותיהם ואת האינטרסים שלהם, ולפיכך הוא רשאי לכפות עליהם ולמענם את סדרי השלטון הנראים טובים בעיניו. בדיוק כמו שהרועה יודע שהכבשים אינם מסוגלים להבחין באינטרסים שלהם ומרשה לעצמו, ואפילו חייב שלא להתחשב בדעתם¹³⁴, כך אפלטון (ובג"ץ) יודע שלעמים ההמונים והציבור אינם מסוגלים להבחין באינטרסים שלהם (בגלל שהם עיוורים, נבערים או מושחתים), והשופט-הפילוסוף נדרש לדחות את הארעי והחולף ולחשוף את הערכי והבסיסי. דווקא בגלל שעניינים של מוסר, ערכים, עקרונות, מהות הדמוקרטיה וטיבו של שלטון החוק, הם מושאים למומחיות שיפוטית ולא לבחירה עממית, מאמין בג"ץ כי עליי מוטלת מלאכת הרועה המוסרי. אולם, הלך רוח זה עצמו, ששופטי בג"ץ נפלו לאחרונה בקסמיו, בנוי על שכחת העבר ומגלם השחתה וניוון של הדמוקרטיה. חשוב להדגיש כי הצלחתה הזמנית של אידיאולוגיית בית המשפט כרועה המוסרי, המתבטאת באימוצה בקרב משפטנים ואפילו בקרב הציבור הרחב, והעובדה, כי השינויים החברתיים שעברו על החברה הישראלית תואמים אידיאולוגיה זו, אינם מאשררות את נכונותה, אלא רק מהוות ראיה לדבקות אמונתם של חסידיה.

131 ראו במיוחד ברק, לעיל ה"ש 98; Ronald Dworkin, *The Judge New Role: Should Personal* ; 98 *Convictions Count?* 1 JOURNAL OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE 4 (2003).

132 נורברט בוביו עתיד הדמוקרטיה 149 (דליה עמית מתרגמת, התשס"ג).

133 דני דידרו דיאלוגים 274 (עידו בסוק מתרגם, 2004); ראו גם עמנואל קאנט שגרס כי שלטון פטרנליסטי של שליט נאור בדומה לשלטון אב בבניו הוא העריצות הגדולה ביותר שניתן לשער. Immanuel Kant, *On The Common Saying: 'This May Be True in Thoery, But it Does Not Apply in Practice*, in KANT'S POLITICAL WRITINGS 74 (Hans Reiss ed., H.B. Nisbet trans., 1977).

134 ראו בעניין זה ישעיהו ברלין "שני מושגים של חירות" ארבע מסות על חרות 170, 184 (יעקב שרת מתרגם, 1969).

ט. סיכום

במאמר מתחילת שנות התשעים מלין פרופ' קלוד קליין על נפקדותה של "התיאוריה" בהוראת המשפט הקונסטיטוציוני הישראלי ועל השתרשותה ללא דיון של שיטת ה-Case Method¹³⁵. לגישתו של קליין, דרך ההכנה התיאורית עשויה להקנות לתלמיד מכשירי עזר שידריכו אותו בדרכו המקצועית, וכי על ידי למידת התיאוריה התלמיד יוכל להגיע להבנה אחרת, מעמיקה יותר, של השיטה המשפטית הנהוגה כאן ועכשיו¹³⁶. נוטה אני לקבל בסייגים מסוימים את טענתו של קליין בדבר נפקדותה של התיאוריה בהוראת המשפט החוקתי בתקופות עברו. אולם, לגישתי, אין בכך אלא משום השתקפותה של מסורת הצדק והדמוקרטיה של בג"ץ שהייתה נוהגת עד שנות שמונים בטכניקת ההוראה במשפט החוקתי. מסורת זו דרשה את קידמו של הצדק בין בעלי הדין העומדים למשפט וגרסה הימנעות מדיון כללי, מופשט וערטילאי. תורת ההחלטות של בג"ץ לא רק שלא ראתה בתיאוריה החוקתית אמצעי להשגת צדק, אלא הביטה עליה, לצתים, כעל מכשול לקידום של צדק ודמוקרטיה. מכיוון שהלך רוח זה היה דומיננטי בפסיקה, נהיר היה למורי המשפט החוקתי, כי אין צורך להקדיש זמן רב ללימודה של התיאוריה החוקתית.

למן שנות השמונים חלה תמורה אדירה במיקומה של התיאוריה החוקתית בפסיקה הישראלית. הגישה השיפוטית החדשה מתאפיינת בדיון שיטתי, מעמיק ונרחב בסוגיות הנוגעות לטבע ההסדרים החוקתיים של מדינת ישראל, גם בסוגיות שהדבר כלל לא נדרש. אין זה אלא תעתועי גורל כי פסיקה חוקתית זו מתבטאת גם באימוצה, הלכה למעשה, של התיאוריה החוקתית של פרופ' קליין עצמו — ממבקריו החריפים של השופט לנדוי בעניין ברגמן¹³⁷.

לאחר ההחלטה בעניין ברגמן, הציג קליין טיעון שלפיו כל ההוראות והסעיפים, משוריינים ושאינם משוריינים, המצויים בחוקי היסוד, מהווים חוק עליון לאור היותם ביטוי לסמכותה המכוננת של הכנסת¹³⁸. לפי טיעון זה, כל חוקי היסוד עליונים לחוקים רגילים, במובן זה שהם ניתנים לתיקון, לשינוי, או לביטול רק באמצעות חוקי יסוד או הוראות המצויות בחוקי יסוד. התיאוריה של קליין הייתה אטרקטיבית ביותר וניחנה בכל אותם מאפיינים שנפקדו מההנמקה של לנדוי בעניין ברגמן. גישתו של קליין עמוקה, רחבה, עקבית וכוללת ומבחינה בפשטות בין חוקי יסוד לבין חקיקה רגילה של הכנסת. חוקי יסוד הם עליונים לחוקים רגילים, וניתן לשנותם רק בחוק יסוד אחרים. אך עובדה זו מאירה את ביקורתו של קליין על עניין ברגמן באור אחר לגמרי. ביקורתו של קליין על עניין ברגמן אינה נוגעת

135 קלוד קליין "הערות על התיאוריה במשפט הקונסטיטוציוני ועל מקומה בהוראת המשפט" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 297, 299 (יצחק זמיר עורך, התשנ"ג).

136 שם.

137 Klein, לעיל ה"ש 78, בעמ' 569–579.

138 שם, בעמ' 391–392.

רק לאי אימוצה של תיאוריית הסמכות המכוננת, אלא לעצם הדרך בה יש להתדיין בנוגע למהויות חוקתיות (constitutional essentials). לגישתו של קליין, על מנת להתדיין בנוגע למהויות חוקתיות עלינו להתחמש תחילה בתיאוריה חוקתית, בעוד שגישתו של לנדוי גורסת כי בשם הצדק הספציפי והדמוקרטיה עלינו להימנע מאימוצה של תיאוריה חוקתית.

למרות שעדיין ניתן לזהות שופטים הממשיכים לעתים את המסורת האבודה של צדק ודמוקרטיה של בג"ץ, הרי שזכרונה, יתרונותיה וערכה כמעט שנשכחו.¹³⁹ תורת המשפט החוקתית החדשה, שאומצה בשנות השמונים ופותחה בשנות התשעים, אינה נאמנה למסורת זו והיא מתכחשת למקורותיו ולרוחו של המשפט החוקתי הישראלי. גישה זו לא רק שהיא מקריבה את הצדק הספציפי על מזבח הצדק הכללי והחברתי, והמופשט, אלא שמאחר שבבסיסה וביסודותיה היא אנטי דמוקרטית, סופה לנתק את המשפט החוקתי ממקורותיו: העם היושב בישראל. לרבים קוסם הרעיון של בית המשפט כרועה מוסרי של החברה, המוליך את מקנהו למנוחה ולנחלה. מוסד חזק הבנוי לתלפיות, בעל רצון ויכולת להוביל את החברה הישראלית בזמנים טרופים. אולם רעיון זה הוא מקסם שווא והסכנה הנובעת ממנו מצויה ככתובת על הקיר — שיש עדר ההולך אחרי הרועה המוסרי כצאן כנוע לכל אשר יפנה.

139 כך ניתן לציין את השופטים זמיר, כך וטל בעניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 3, שהצהירו, כי אינם מתכוונים להתייחס למחלוקות ולשאלות חוקתיות יסודיות שאינן דורשות הכרעה. עם זאת, נראה, כי לעתים לא עמדו גם שופטים אלה בפני הפיתוי.