המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי־היסוד החדשים

(בתגובה למאמרו של אנדרי מרמור על הביקורת השיפוטית בישראל ובשולי פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות)

עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר*

א. מבוא. ב. הצדקתו של מוסד הביקורת השיפוטית. ג. האידיאולוגיה הכלכלית־חברתית של החוקה המתהווה ושל בית־המשפט העליון: 1. ליברליזם רולסיאני נגד ליברטריאניזם נוזיקיאני – בשולי מאמרו של מרמור; 2. החוקה הכלכלית אליבא דאהרן ברק. ד. מימוש המהפכה החוקתית – פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות. ה. סיכום.

א. מבוא

מטרתה המרכזית של רשימה זו היא להגיב על מאמרו המאלף של אנדרי מרמור על ביקורת שיפוטית בישראל, שפורסם בחוברת הקודמת של משפט וממשל.[1] מרמור כרך במאמרו שני נושאים: הראשון, דיון פילוסופי במוסד הביקורת השיפוטית; השני, ביקורת על גווניה האידיאולוגיים של מגילת־הזכויות המתהווה בישראל. בעקבות מרמור נעסוק בשני הנושאים הללו שלכאורה אין קשר אנליטי ביניהם, אך למעשה – כך נראה – קיים גם קיים קשר כאמור.

בין פרסום מאמרו של מרמור לבין כתיבת מאמר זה נפל דבר בישראל. ב־24 בספטמבר 1997 התממשה המהפכה החוקתית. לראשונה פסל בית־המשפט העליון, שישב בהרכב של 11 שופטים, חוק של הכנסת על בסיס חוקי־היסוד החדשים. בפעם הראשונה בתולדות מדינת ישראל הופעלה ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים ונפסל חוק כנוגד חלק מהזכויות המובטחות בחוקי־יסוד אלו.[2] באופן מפתיע עברה מהפכה זו בשקט. הדיווח

---

* מרצים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. ברצוננו להודות לוויקטור בוגנים, לאריאל בנדור, לאיל גרוס, ליונתן יובל, לגיא מונדלק, לאילן סבן ולדן סיימון על הערותיהם המועילות. בסוג רשימה זה חשוב להדגיש שכמובן כל האחריות לדעות, לעובדות ולטיעונים המובאים כאן היא עלינו.

1. אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 133.
2. בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי השקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם) (להלן: פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות).

nevo.co.il

התקשורתי על פסק־הדין היה מוצנע וגם דברי הפרשנות המשפטית היו מועטים־יחסית (בהשוואה, למשל, להד שזכה לו פסק־הדין שבו קבע בית־המשפט העליון כי בידיו סמכות לבצע ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים, אך לא מימשה[3]). אין זאת אלא כי הציבור הישראלי, שבע אירועים וחדשות, לא קלט את משמעותה של מהפכה זו. משניתן פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות וביקורת שיפוטית יצאה מן הכוח אל הפועל, והיות ויש לו רלבנטיות רבה לטיעוניו של מרמור – נתייחס כאן גם לפסק־הדין. למרבה מזלנו, בחוברת הנוכחית מתפרסמת גם הרצאתו של אהרן ברק על החוקה הכלכלית של ישראל[4] – רשימה שיש לה נגיעה גם לפסק־הדין וגם למאמרו של מרמור, ועל־כן גם היא תשמש אותנו לרקיחת התבשיל הנוכחי. עקב אילוצי הזמן ומגבלות המקום מדובר כאן בהערות ראשוניות בלבד, שתהיינה – כך אנו מקווים – בבחינת הזמנה לדיון מעמיק יותר.

הרשימה תתמקד בשלוש נקודות מרכזיות: (1) ניתוחו של מרמור בדבר לגיטימיות הביקורת השיפוטית; (2) הערכתו של מרמור את מגילת־הזכויות המתהווה בישראל כמגילת זכויות ליברטרינית, על רקע המניפסט של פרופסור ברק בנוגע לחוקה הכלכלית; ו-(3) ביקורת על פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות לאור הניתוח התיאורטי של ביקורת שיפוטית והערכת מהותה של מגילת־הזכויות החדשה בישראל.

תמצית טיעוננו מוצאת אותנו חלוקים עם אנדרי מרמור בשאלת הלגיטימיות העקרונית של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. לדעתנו, זהו מוסד חיוני במסגרת הדמוקרטיה הליברלית (הפועלת על בסיס עקרון הכרעת הרוב) וישנם מקרים שבהם מוצדק וצריך כי הרשות השופטת תפסול חוקים. עם זאת, אנו סבורים כי הוראת סעיף 48 לחוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995 (שבוטלה על־ידי בית־המשפט) אינה המקרה המתאים להפעלת הביקורת השיפוטית, ודאי לא להפעלתה התגיגית לראשונה. במובן זה הן פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות והן מאמרו של ברק מחזקים את ביקורתו של מרמור, שאנו שותפים לה, כנגד העמדה הכלכלית־חברתית של בית־המשפט העליון. לסיום אנו מציעים כמה מבחנים לבדיקת המקרים שבהם ראוי כי בית־המשפט יפעיל את הביקורת השיפוטית.

ב. הצדקתו של מוסד הביקורת השיפוטית

בחלקו השני של מאמרו "ביקורת שיפוטית בישראל", מנסה אנדרי מרמור להעריך את מוסד הביקורת השיפוטית בכלל ובישראל, בפרט, מנקודת־מבט פילוסופית. מסקנתו היא, כי אין הצדקה לקיומה של ביקורת שיפוטית המבוצעת על־ידי בית־המשפט העליון על חוקיותם של חוקים. על־אף שעיקר המסה מנתחת את הטיעונים בעד ביקורת שיפוטית ונגדה במישור הפילוסופיה הפוליטית, דן מרמור גם בבחינה אמפירית־היסטורית של המוסד. תחילה נעסוק בקצרה במישור זה ואחר־כך נעבור לגלעין טיעוניו של מרמור.

3. ע"א 6821/93, רע"א 1908,3363/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221 (להלן: פסק־הדין בעניין בנק המזרחי).

4. אהרן ברק, "החוקה הכלכלית של ישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 357.

nevo.co.il

מרמור טוען, שאם נבחן את ההיסטוריה החוקתית האמריקנית והבריטית נגלה שקיומה של ביקורת שיפוטית בארצות־הברית לא קידם, אלא "בפלח קטנטן אחד, שהתחיל בשנות החמישים ...והסתיים בכל ענות חלושה בשנות השבעים",[5] את האידיאולגיה הליברלית ואת הכוחות הפרוגרסיביים, ומנגד, היעדרה של ביקורת שיפוטית בבריטניה לא פגם בליברליזם ובמסורת הדמוקרטית שם. הוא מסיק, ש"ההיסטוריה, אם כן, אינה מלמדת על טעמים פרגמטיים טובים לתמוך באימוצו של מוסד הביקורת השיפוטית בישראל".[6] מהלך היסק זה בעייתי משהו. יש לזכור, כי בחינה סטטיסטית של מספר המקרים שבהם ביטלו בתי־המשפט האמריקניים חקיקה של הקונגרס או פעולות מינהליות כבלתי־חוקתית, כלל אינה מלמדת אותנו על כמה יוזמות חקיקה או החלטות אחרות שלא באו כלל לאוויר העולם או שלא צלחה דרכן בקונגרס בגלל קיומו של איום הביקורת השיפוטית. כך אין לדעת, אם קיומה של ביקורת שיפוטית באנגליה לא היה מקדם עוד יותר את המסורת הליברלית במקומות שבהם מסורת זו חלשה יותר (כמו בתחום חופש הביטוי או בפעילות הממשלה בצפון־אירלנד).

הוויכוח על תרומת הביקורת השיפוטית בארצות־הברית או על היעדר תרומתה בבריטניה דומה במקצת לוויכוח היסטורי על "תרומת" בית־המשפט העליון שלנו למצב זכויות האזרח בשטחים הכבושים. ניתן לטעון, כי מיעוט בולט של מספר פסקי־הדין שבהם התקבלו עתירות תושבי השטחים כנגד פגיעה בזכויותיהם מלמד על כך, שבית־המשפט אינו תורם מאומה להגנה על זכויות אדם שם. יתרה מזו: בית־המשפט משמש אך ורק נותן לגיטמציה רשמית להפרות זכויות האדם על־ידי ממשלת ישראל.[7] אך ניתן לטעון גם, שמספרן וחומרתן של הפרות זכויות האדם בשטחים היה גדול לאין שיעור ללא ביקורת של בג"ץ וכי הלכות בית־המשפט מונעות מהממשלה צעדים פוגעי־זכויות רבים שבהם היתה רוצה להשתמש.[8] הטיעון ההיסטורי־אמפירי גם יכול להרחיק עוד צעד אחד בכיוון של

5. מרמור (לעיל, הערה 1), 142.
6. שם, 144.
7. ראו, למשל, רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות – שיקול דעת ככוח שיפוטי", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7; ליאון שלף, "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק – בשולי ובשבילי הפסיקה של בית־המשפט הגבוה לצדק בשטחים", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 757; דוד קרצמר, "ביקורת בג"צ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (יצחק זמיר – עורך, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ג) 305.
8. לכיוון זה של טיעון ראו Israel, *The "Intifada" and the Rule of Law* (Israel Ministry of Defence Publications, 1993).
להערכת טיעון זה ראו למשל, דוד קרצמר, "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה IV – דרכו של בית־המשפט העליון", משפטים כו (תשמ"ה) 49, עמ' 95-96, וכן אמנון רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה חמישית מאת אמנון רובינשטיין וברק מדינה, שוקן, תשנ"ו), 1177-1181.

nevo.co.il

מסקנות קוטביות באשר לתרומה או לסיכול על־ידי בית־המשפט העליון של פתרון פוליטי בשטחים באמצעות מעורבותו בפעילות הממשלה שם.[9]

הנקודה המרכזית שלנו אינה זו שלא ניתן להגיע בדרך הניתוח ההיסטורי למסקנות על תרומתו של מוסד מסוים לקידומה של אידיאולוגיה זו או אחרת או להתפתחות היסטורית מסוימת, אלא שבחינה היסטורית הבודקת רק סטטיסטיקה של הצלחות וכישלונות בבית־המשפט אינה מספקת. הערכה היסטורית רצינית של השפעות בית־המשפט העליון תצטרך לבחון מסמכים ורשומות של אותם מקרים שלא הגיעו כלל לבית־המשפט מחשש שזה יבטלם. היא תצטרך לבחון את השפעות בית־המשפט העליון גם על העמדות של הרשויות והפרטים המעורבים בסוגיות הנבחנות. כך, לגבי צעדי ממשלת ישראל בשטחים וכך אם המטרה היא לבחון את תרומת הביקורת השיפוטית לקידום אידיאולוגיה ליברלית, לגבי יוזמות החקיקה ברמת המדינות וברמה הפדרלית בארצות־הברית. מודלים תיאורטיים באשר לפעילותו של בית־משפט עליון "עצמאי" ובאשר להפרדת רשויות, בכלל, והשפעתם על תוצרי ההכרעות החברתיות מוצעים בין השאר על־ידי הגישה הכלכלית למשפט.[10] מודלים כאלו יכולים להעשיר את קריאתנו ההיסטורית את פסקי־הדין של בתי־המשפט ואת תרומתם או אי־תרומתם לקידום אידיאולוגיה כזו או אחרת.

נעבור עתה לטיעון המרכזי יותר במאמרו של מרמור, המנסה לבחון את ההצדקה הפילוסופית־נורמטיבית למוסד הביקורת השיפוטית. ניתן לסכם את טיעונו של מרמור כך:

1. מבנה משטר (ודמוקרטיה היא כינוי למבנה משטר – אליבא דמרמור) הוא אינסטרומנטלי או ניגזר מתיאוריה או מאידיאולוגיה פוליטית.

2. מבנה המשטר הדמוקרטי קובע חלוקה של יחסי־כוחות בחברה המבוססת על הכרעה על־פי רוב קולות.

3. המחזיק באידיאולוגיה ליברלית צריך לצדד במשטר דמוקרטי, שכן כלל הכרעת הרוב מגשים את אחד מהערכים החשובים של הליברליזם – ערך השוויון או החלוקה השוויונית של היכולת להשפיע. נוסף על כך, גם עקרון הפשרה ההוגנת, המאפיין את התפיסה הליברלית, צריך להוביל לתמיכה במשטר דמוקרטי.

---

9. ניתן לטעון כי ללא ביקורת שיפוטית, מצב זכויות־האדם היה הרבה יותר גרוע, אך באופן פרדוקסלי, היה מצב זה מזרז את הפתרון הפוליטי. האינתיפדה היתה פורצת מוקדם יותר וכך גם תהליך השלום הישראלי־פלשתינאי. ניתן לטעון לטובת גישה הפוכה, שהפרות חמורות יותר של זכויות־אדם לא היו מאפשרות ליצור קרקע מתאימה לתהליך פיוס.

10. ראו, למשל, Rafael Gely and Pablo T. Spiller, "A Rational Choice Theory of Supreme Court Statutory Decisions with Applications to the State Farm and Grove City Cases", 6 *Journal of Law, Economics and Organization* (1990) 263; Rafael Gely and Pablo T. Spiller, "The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions – the Case of Roosevelt's Court-Packing Plan. 12 *International Review of Law and Economics* (1992) 45; Eli Salzberger, "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or Why Do We Have an Independent Judiciary?", 13 *International Review of Law and Economics* (1993) 349.

nevo.co.il

4. עם זאת, במסגרת האידיאולוגיה הליברלית ישנם גם ערכים אחרים, כגון הזכות לאוטונומיה אישית, ערכי סובלנות וחירות. אלו מצדיקים הטלת מגבלות על הכרעת רוב, בין השאר בצורת שריון חוקתי של זכויות.

5. על־אף שרצוי לשריין זכויות מפני שינוי על־ידי רוב, אין הצדקה למסירת תפקיד האכיפה של שריון זה לבית־המשפט; שכן הגם שבית־המשפט הוא מוסד בלתי־תלוי פוליטית, ויחסית הוא נכבע פחות לפופוליזם, אין הוא מיומן מבחינה מקצועית לעסוק בעניינים חוקתיים שבמהותם הם שאלות מוסריות פוליטיות ולא שאלות משפטיות.

6. נוסף על כך יש לדחות גם את הטיעון המרכזי המצדיק ביקורת שיפוטית - טיעון הקונסנזוס, שכן גם אם זכויות מוגנות משקפות קונסנזוס חברתי רחב וגם אם מבחינה מבנית אין לבית־המשפט תמריץ להפר אותו, תפקיד הביקורת השיפוטית הוא לא להכריע בדבר עצם קיומה של זכות אלא בעניין גבולותיה ומשקלה - שאלות שלגביהן אין קונסנזוס כלל.

נקדים ונאמר, שמסתו של מרמור מגרה מאוד את המחשבה ומעלה שאלות כלליות נכבדות ביותר כמו מהי "דמוקרטיה" ומהו "המשפט". כך משתמע מניתוחו של מרמור, שדמוקרטיה מתמצית בהכרעת רוב[11] ולכן שריון זכויות הוא אנטי־דמוקרטי, אך מוצדק מטעמים אחרים באידיאולוגיה הליברלית. כך ניתן גם לייחס למרמור תפיסה רזה מאוד של המשפט - פוזיטיבסטית, ואולי אף פורמליסטית - כשהוא מציין ששאלות חוקתיות אינן שאלות משפטיות, אלא שאלות של מוסר ופוליטיקה.[12] מגישה זו משתמע כי ישנה ספירה משפטית (טהורה) הנפרדת מהמוסר ומהפוליטיקה.[13] איננו יכולים במסגרת מצומצמת זו לעסוק בשאלות אלו ונתמקד איפוא רק במרכיבי הטיעון שלהם רלבנטיות מיידית לשאלת לגיטימיותה של הביקורת השיפוטית.

אנו מסכימים עם מרמור, כי במקרה של האידיאולוגיה או הפילוסופיה הפוליטית הליברלית, צורת המשטר היא אינצינדטלית או נגזרת מתפיסת ה"טוב החברתי". אין הדבר כך בהכרח לגבי אידיאולוגיות או פילוסופיות פוליטיות אחרות, שבהן ייתכן כי צורת המשטר היא לב־ליבה של האידיאולוגיה. אחד מהמאפיינים המייחדים את התפיסה הליברלית היא ההשקפה כי המסגרת המדינית היא רק אמצעי, נטול ערך אינטרינזי (טבוע) משלו, לשיפור מצבם של הפרטים המאוגדים במסגרת המדינית. עבור אידיאולוגיות הרואות במדינה ערך משל עצמו ייתכן שצורת המשטר לא תיתפס באופן דומה.[14]

11. ראו לעיל, נקודה שנייה בתקציר הטיעון, או מרמור (לעיל, הערה 1), 145-146.

12. ראו שם, 154.

13. תיאור זה מנוגד הן לתפיסות הנון-פוזיטיבסטיות למשפט - כגון זו של רונלד דבורקין, שאינה מכירה בספירה משפטית המנותקת מאמונות מתחום הפילוסופיה הפוליטית - והן לגישות הביקורתיות למשפט, החל מהריאליזם המשפטי וכלה בגישה הביקורתית למשפט, המתכחשות לעצם קיומה של ספירה משפטית עצמאית.

14. יצוין שגם על פי תפיסות ליברליות ניתן לטעון כי הדמוקרטיה אינה אך ורק צורת משטר ועל כן אינה רק מכשיר אינסטרומנטלי. ניתן לטעון כי לפרוצדורה הדמוקרטית עצמה יש

למעשה, חלוקה זו בין סוגים שונים של אידיאולוגיות פוליטיות משתקפת כאשר אנו מתבוננים בסוג ההכרעה הקבוצתית מנקודת־מבטה של תורת קבלת החלטות. ישנם שני נתיבים שונים להגדיר את מרכיב ה"הכרעה" במונח "הכרעת רוב". במסגרת הנתיב הראשון ניתן לראות בהכרעה ניסיון להגיע לאמת עובדתית נכונה יותר. נתיב זה מתאים גם למקרים שבהם יש לקבל החלטה בנוגע לאמיתות מדעית, אך גם למקרים שבהם יש להגיע להחלטה המגשימה אמיתות נורמטיבית מסוימת (הקיימת על־פי גישות מסוימות לתורת־המוסר באופן בלתי־תלוי בהעדפות האינדיבידואליות של המחליטים). במקרים כאלו השאלה שיש לשאול, מבחינת ניתוח דרכי קבלת ההחלטות, היא: בהינתן קבוצת־מחליטים מסוימת שלכל אחת מחבריה/חברותיה הסתברות מסוימת לדעת מה התשובה הנכונה או האמיתית, מהו כלל ההכרעה שימקסם את הסיכוי להכרעה ה"נכונה". הנתיב השני רואה בהכרעה פישור בין העדפות שונות, כאשר ההעדפות הן אקסוגניות (חיצוניות) להליך ההכרעה. אין הצדקה אינטרינזית להכרעה עצמה ולא ניתן לומר עליה כי היא נכונה או בלתי־נכונה באופן בלתי־תלוי בהעדפותיהם של המכריעים. השאלה בהסתכלות כזו היא, מהי הפרוצדורה הטובה ביותר להכרעה קולקטיבית המשקפת את ההעדפות האינדיבידואליות של השותפים בהכרעה. ייתכן שלגבי מי שמחזיק בתיאוריות מוסר דאונטולוגיות, הנתיב הראשון הוא הנתיב שבו יש לבחון את שאלת הכרעתו של הרוב. מתחם הדיון הליברלי של מרמור, כמו גם ביקורתנו כאן, היא במסגרת הנתיב האחרון. על־פי נתיב זה, אין הנחה א־פריורית על טוב ורע הקיים מחוץ להליך ההכרעה הקולקטיבי. השאלה המרכזית במסגרת גישה זו היא, מהי הדרך הטובה ביותר לגשר על־פני האינטרסים האינדיבידואליים השונים.[15]

עיקר הביקורת שלנו במסגרת זו נוגעת לגזירתו הספציפית של מבנה המשטר הדמוקרטי, כפי שהוא מוגדר על־ידי מרמור כצורת משטר שבה שאלות חברתיות מוכרעות באמצעות כלל הרוב הפשוט, מהאידיאולוגיה הליברלית. מרמור דוגל בליברליזם, שבמסגרתו לערך השוויון או לחלוקה השוויונית של היכולת להשפיע חשיבות מכרעת.

ערך, והיא לא רק מבנה משטר, אלא גם תרבות פוליטית. היא מאפשרת שיח ציבורי ומשמשת אמצעי תרבותי מכונן. נשאיר נקודות אלו בצריך עיון.

15. כשאריסטו מצדיק את פרוצדורת הרוב, הוא מערב את שני הנתיבים. כך – הוא טוען – למשל, שהכרעת רוב מוצדקת בהשוותו ערך (virtue) לידע ובקביעתו כי הרוב מחזיק בידע ובניסיון הדרושים להגיע להחלטה הנכונה (ראו ב"פוליטיקה", ספר 3 וכן Ernest Barker, *The Politics of Aristotle* (Clarendon Press, Oxford, 1968), 92-133). אך הצדקה זו משולבת בראיית ערך הדיון הנובע מאימוץ כלל הרוב ובעובדה כי עצם קיום הדיון מפשר בין העמדות, מעודד מתינות ומספק לגיטימציה להכרעה. אריסטו גם מצדיק את עקרון הרוב בגלל נייטרליותו ושיוויוניותו, הצדקה הנובעת מהנתיב הטלאולוגי (ראו ב"פוליטיקה", ספר 5 וכן בארקר, שם, 203-254). ראו גם Elaine Spitz, *Majority Rule* (Chatham, New Jersy, 1984), ch. 8. נשאיר כאן בצריך עיון את השאלה, האם יש קשר חד־חד־ערכי בין שני נתיבי הניתוח המוצעים לבין המיון של תיאוריות פוליטיות על פי השאלה האם במסגרתם ה"טוב" (good) קודם לזכות (right) או ההיפך? למיון זה ראו Michel J. Sandel (ed.), *Liberalism and Its Critics* (New York University Press, New York, 1984), 1-7.

nevo.co.il

יצוין כי ישנם גם זרמים אחרים במסגרת המסורת הליברלית. רבים מהוגי־הדעות הליברלים הקלסיים של המאה ה-19, למשל, המדיניים ובוודאי הכלכליים, לא ראו בשוויון ערך־יסוד של הליברליזם. הדבר נכון לגבי הרברט ספנסר, ולטר בגהוט ואחרים. אך עיקר בעיותינו עם הטיעון של מרמור נוגע לגזירת כלל הרוב מאותו ערך השוויון שבו הוא (בעקבות הליברליזם של ג'ון רולס) דוגל.

מרמור מציין, כי "ערכה של הכרעה דמוקרטית נעוץ ביכולת ההשפעה על קבלת ההחלטה... ההנחה היא שערכה של הכרעת הרוב נעוץ בחלוקה השיוויונית של הכוח לקבל החלטה, וערך זה מתממש במלואו בעצם קיומה של פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית – ורק באמצעותה – גם אם כאמור, תוצאות ההחלטה אינה משקפת את עמדת הרוב".[16] בציטטה זו למעשה שני חלקי טיעון: הראשון גורס, כי הכרעת רוב מגשימה את עקרון החלוקה השוויונית של הכוח לקבל החלטה; והשני קובע, כי רק הכרעת רוב מגשימה ערך זה. נבחן את שני חלקי הטיעון.[17]

האם כלל הרוב מגשים את עקרון החלוקה השוויונית של הכוח לקבל החלטה?

נניח כי אוכלוסייתה של מדינה מסוימת מורכבת מקבוצה א, המהווה רוב של 80%, ומקבוצה ב, המהווה מיעוט של 20%. אוכלוסיות א ו-ב חלוקות ביניהן כמעט בכל סוגיה ציבורית־חברתית. הפעלת כלל רוב בכל ההכרעות הציבוריות תביא לכך שבכל עניין ועניין תתקבל דעתה של אוכלוסייה א, ואילו לאוכלוסייה ב לא תהיה כלל השפעה על תוצר ההכרעות החברתיות.

האם ניתן לומר כי במצב זה הכוח לקבל החלטות מחולק באופן שוויוני? נראה לנו, שהתשובה לשאלה זו תלויה בפרשנות שניתן למונח "יכולת שווה להשפיע על קבלת ההחלטות". ברצוננו להציע שתי משמעויות חליפיות למונח זה. הראשונה, שנכנה "יכולת השפעה שוויונית במישור הפורמלי־סמנטי", קשורה בשאלה, האם בפרוצדורת קבלת ההחלטה נשמר העיקרון של משקל זהה לכל פרט הנוטל חלק בהליך ההכרעה. השנייה, שנכנה "יכולת השפעה שוויונית במישור המהותי", קשורה לסיכויי ההשפעה על תוצר ההכרעה החברתית. ובכן, האם כלל הצבעת רוב מקיים את עקרון השוויון בקבלת החלטות? במישור הפורמלי־סמנטי התשובה חיובית, שכן לכל פרט המשתייך לאוכלוסייה ב ישנה אצבע אחת כדי להצביע ולהשפיע כמו לפרט המשתייך לאוכלוסייה א. במישור המהותי התשובה שלילית, שכן יכולת ההשפעה של פרט המשתייך לאוכלוסייה ב היא למעשה אפס.[18]

---

16. מרמור (לעיל, הערה 1), 146.
17. כיוון שאנו דנים כאן בטיעוניו של מרמור, בחינת הטיעונים תיעשה מתוך הפרדיגמה הליברלית. במלים אחרות, איננו מתיחסים לביקורת על טיעון זה מכיוונים חוץ־ליברליים, כמו, למשל, ביקורתם של אנשי ה-CLS. אלו טוענים ש"יכולת להשפיע" אינה תלויה בפרוצדורת ההכרעה, אלא בגורמים סוציו־אקונומיים ותרבותיים מוקדמים, כמו שליטה באמצעי הייצור ובמדיה, הגמוניה של שיח דתי, מסורתי ותרבותי וכו', וכי השיח הליברלי רק נועד לשמש מנגנון של שמירת ההגמוניה או הסטטוס־קוו של שלטון האליטות באמצעים כביכול שוויוניים.
18. אנו מתעלמים כאן מיתרונות אחרים של הליך הכרעת רוב, כמו היותו כר מתאים לדיון

nevo.co.il

נחשוב לרגע על אותה חברה המחליטה לעבור מכלל הכרעת רוב לשיטה של הכרעות חברתיות באמצעות הגרלה. מכיוון שבחברה זו שתי דעות מנוגדות בכל עניין ועניין – עמדת אוכלוסייה א ועמדת אוכלוסייה ב – בכל פעם ששאלה ציבורית עולה להכרעה מוטל מטבע. האם עתה מקיימת חברה זו את ערך יכולת ההשפעה השוויונית בקבלת החלטות? במישור הפורמלי־סמנטי התשובה היא כן. כשם שתחת כלל רוב יש שוויון פורמלי ביכולת להשפיע על־פיו לכל אחד משקל השפעה זהה של 1/n (כאשר n הוא מספר הפרטים בחברה), הרי שגם תחת כלל ההגרלה נשמר שוויון פורמלי זה – לכל אחד יכולת שוויונית להשפיע, יכולת שלה משקל של 0. עם זאת, במישור המהותי עתה יש שוויון גדול יותר בין שתי האוכלוסיות. אוכלוסייה ב תוכל לקבוע 50% של ההכרעות – פי שתיים וחצי מכוחה ה"אמיתי", וגם אוכלוסייה א תוכל לקבוע גורלן של 50% אחוז מההחלטות, קצת פחות משני שלישים מכוחה ה"אמיתי". מצב זה הוא, אולי פרדוקסלית, יותר שוויוני מהמצב שנוצר מהפעלת כלל רוב פשוט שבו יכולת השפעת המיעוט היא 0 ויכולת השפעת הרוב היא של 100%. מידת אי־שוויוניותו של כלל ההגרלה במישור המהותי תלויה ביחס המספרי בין הרוב למיעוט(ים), בדיוק כשם שהדבר נכון לגבי כלל הכרעת הרוב, אך תמיד (לכל הרכב רוב ומיעוט נתון) אי־השיוויון המהותי יהיה קטן יותר תחת כלל זה מאשר אי־השוויון המהותי (המוחלט) תחת כלל הכרעת הרוב.[19]

עתה נניח, שהחברה שבה מדובר זונחת את כלל ההגרלה וקובעת כלל הכרעה חדש – החלטות ציבוריות יתקבלו אך ורק פה אחד (קונסנזוס). כל פרט בחברה יכול להטיל וטו על כל החלטה שאינה נראית בעיניו. האם כלל זה שוויוני? במישור הפורמלי־סמנטי כלל הקונסנזוס הוא שוויוני בדיוק כמו שני הכללים האחרים. בעוד שעל־פי כלל ההגרלה יכולת ההשפעה של כל פרט היא 0 ועל־פי כלל רוב פשוט יכולת ההשפעה של כל פרט היא 1/n, הרי שעל־פי כלל הקונסנזוס יכולת ההשפעה של כל פרט היא של 100%; לכל פרט יכולת שוויונית להטיל וטו על כל החלטה. במישור המהותי התשובה סבוכה יותר. לכאורה כלל זה יביא למצב של אי־קבלת החלטות. כל החלטה שהרוב מבקש לקדם תיחסם על־ידי המיעוט וכל החלטה שהמיעוט מבקש לאמץ תיחסם על־ידי הרוב. אך תיאור זה הוא התחלתי בלבד. תחת כלל הכרעה קונסנסואלי לאוכלוסייה א (הרוב) יהיה כדאי להגיע להסכם עם אוכלוסייה ב (המיעוט) שעל־פיו הרוב יסיר את הווטו מחלק מההחלטות שהמיעוט דוגל בו תמורת הסרת הווטו על־ידי המיעוט בחלק אחר מההחלטות בו הרוב דוגל. הסכם כזה יושג כיוון שככל חוזה וולונטרי אחר יהיה בו משום שיפור במצב שני הצדדים החתומים עליו. בתנאים של יכולת מיקוח זהה בין האוכלוסיות, אינפורמציה מלאה ומה שמכנים הכלכלנים

ציבורי ושכנוע הדדי, כיוון שיתרון זה של הליך הכרעת הרוב מצוי מחוץ לטיעון של מרמור, שאנו בוחנים כאן בזכוכית מגדלת. אך יצוין, כי יתרון זה קיים גם קיים בהליך ההכרעה האלטרנטיבי, שאנו דוגלים בו – ההליך הקונסנסואלי, שלטענתנו גם מגשים את ערך השוויון בצורה טובה יותר מהליך הכרעת הרוב.

19. מרמור מציין את הליך ההכרעה באמצעות הגרלה כהליך המגלם פשרה הוגנת, אך לא את ערך השוויון. ראו מרמור (לעיל, הערה 1), 148. טענתנו, כאמור, היא שהליך הגרלה הוא יותר שוויוני מהליך הכרעה על־פי רוב.

nevo.co.il

היעדר הוצאות עסקה (עלות ההגעה להסכם) ובמצב שבו אינטנסיביות ההעדפות בכל אחת מההחלטות זהה אצל כל אחד מהפרטים בחברה – ההסכם שיושג יקבע כי ב-20% מההחלטות תתקבל עמדת המיעוט וב-80% מההחלטות תתקבל עמדת הרוב. התוצאה תהיה שוויון מהותי בקבלת הכרעות חברתיות – תוצאה שלה יתרון ניכר על התוצאה שתתקבל מהפעלת כלל הכרעה של רוב קולות.

במסגרת ההנחות שצוינו לעיל כתנאי להסכם בדבר החלוקה בין עמדות הרוב והמיעוט, השתמשנו במושג חדש שיש לבארו – אינטנסיביות העדפה. עד כה תיאורנו את כללי ההכרעה השונים (כמו גם תיאורו של מרמור) הניח במובלע, כי העדפות הפרטים בחברה נמצאות בדרגת אינטנסיביות קבועה וזהה. מובן שבמציאות אין הדבר כך. לחבר קבוצת־המיעוט יש וודאי עמדה בשאלה, האם מוצדק לדרוש מיועצי השקעות הון עצמי של 300,000 שקל, אך עדיפותו בעניין זה תהיה בדרגת אינטנסיביות נמוכה־יחסית לעמדתו בשאלת חובת הממשלה לחלק את תקציב החינוך באופן שוויוני בין מגזרי האוכלוסייה השונים. ייתכן שעמדתו בשאלת מדיניות הקרקעות של מינהל מקרקעי ישראל תהיה בדרגת אינטנסיביות גבוהה יותר מהעמדה בנושא החינוך. כאשר ישנם הבדלים של אינטנסיביות העדפות, משא־ומתן בין אוכלוסיות א ו-ב בנוגע להסרות הדדיות של איום הווטו לא יוביל בהכרח למצב שבו 80% מההחלטות יתקבלו על־פי רצון הרוב ו-20% יתקבלו על־פי רצון המיעוט. ייתכן, למשל, כי עבור החלטה חשובה אחת שבה המיעוט דוגל הוא יהיה מוכן להסיר את הווטו שלו ממספר גדול של החלטות שבהן הרוב מעוניין. כיצד משפיעה עובדה זו על השוויון המהותי בהליך ההכרעה החברתית? לדעתנו, ההשפעה היא בכיוון החיובי, שכן שוויון ביכולת להשפיע על ההכרעות החברתיות צריך לקחת בחשבון את דרגות החשיבות השונות שקבוצות שונות מייחסות להחלטה. אין דינה של החלטה על הפקעת קרקעות המיעוט, עבור הנמנים עם קבוצת־המיעוט, כדין אותה החלטה עבור חברי קבוצת־הרוב התומכים בהפקעה. אינטנסיביות ההעדפות של חברי קבוצת־המיעוט בעניין הפקעת קרקעותיה תהיה גבוהה לאין שיעור מאינטנסיביות ההעדפות של חברי קבוצת־הרוב. למעשה, לקיחה בחשבון של אינטנסיביות העדפות תביא, נוסף על העובדה כי הכרעות תתקבלנה באופן קונסנסואלי, גם למקסום תועלתני בחברה. כלל הקונסנזוס צריך לקבל את תמיכתם של הדוגלים בעקרונות התועלתנות המעוניינים גם לשמור על ערך השוויון הליברלי.[20]

לתמונה ששרטטנו פיתוחים וסיבוכים, אך לצורך מאמר־תגובה זה אולי כדאי שנעצור כאן ונבחן כיצד הניתוח לעיל משפיע על טיעוני מאמרו של מרמור בנוגע לביקורת השיפוטית וכיצד יש להעריך לפיו את פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות שיישם את המהפכה החוקתית לראשונה ופסקי־דין אחרים שבית־המשפט העליון נמנע מלבטל בהם את דעת רוב המחוקקים.

20. לקו־טיעון דומה, אך עם מסקנות שונות, ראו Richard Wollheim, "A Paradox in the Theory of Democracy", *Philosophy, Politics and Society* (2nd series, Peter Laslett and W.G. Runciman (eds.), Basil Blackwell, Oxford, 1972) 71.

nevo.co.il

הניתוח שלנו כאן צריך להוביל לדחיית שני ראשי הטיעון של מרמור – כי כלל ההכרעה הדמוקרטי מקיים את ערך החלוקה השוויונית של היכולת להשפיע על קבלת ההחלטות החברתיות וכי רק כלל זה מקיים את הערך הליברלי הנ"ל. אם מכוון מרמור למה שכינינו "חלוקה שוויונית במישור הפורמלי־סמנטי", הרי שגם כללי הכרעה אחרים, כמו הגרלה או קונסנזוס, מקיימים את ערך החלוקה השוויונית ולא רק כלל הרוב. ואם – כפי שניסינו לטעון – הדגש צריך להיות על שוויון מהותי בהשפעה על קבלת החלטות חברתית, הרי שכלל הרוב כלל אינו מקיים דרישה זאת. עדיפים על־פניו כללים אחרים כמו כלל ההגרלה, ולמעשה הכלל היחיד המביא לאופטימיזציה של חלוקה שוויונית ביכולת להשפיע הוא כלל הקונסנזוס.

איננו ממציאים כאן את הגלגל. מה שעומד ביסוד תורות האמנה החברתית (הוותיקות, כמו זו של תומס הובס בלוויתן (1651), כחדשות כמו זו של ביוקנן וטלוק[21]) הוא כי הלגיטימציה היחידה לסמכות המדינה על הפרט או מקור כוחו של השלטון המרכזי הוא התוזה החברתי. חוזה זה מביא לידי ביטוי את כלל ההכרעה הקונסנסואלי. ג'ון לוק עושה הקשרים אנליטיים ברורים בין הסכמה לבין הכרעת רוב כאשר שוויון בין בני־אדם הוא נתון־יסוד בניתוחיו.[22] אף תיאוריית הצדק של רולס, השמה דגש מרכזי על ערך השוויון שממנה מרמור שואב את הגדרתו את הליברליזם, עושה הקשרים דומים בין הסכמת הכול לבין כלל הרוב.[23] משמעות הדמוקרטיה עבור ערי־המדינה היווניות – הפרקטיקה הדמוקרטית העתיקה ביותר – היתה הכרעה קונסנסואלית. רק כאשר זו לא התאפשרה, פנו לשיטות הכרעה אחרות – אם באמצעות הגרלות אם באמצעות הצבעת רוב.

מדוע, אפוא, כלל הכרעת הרוב כה נפוץ בדמוקרטיות הליברליות המודרניות? הסיבה נעוצה בעובדה, שההנחות לגבי אינפורמציה מלאה והיעדר הוצאות עסקה אינן מאפיינות את העולם האמיתי. בפועל הליך ההגעה להכרעה פה אחד יקר מאוד. היטיבו לבטא זאת ביוקנן וטלוק כאשר הראו כיצד הוצאות הליך ההחלטות החברתיות עולות ככל שהרוב הנדרש לקבלת החלטה גדול יותר.[24] יקר יותר לתפעל כלל שעל־פיו החלטות חברתיות זקוקות לתמיכת 60% מהקולות, מאשר לתפעל את כלל הרוב הפשוט. כך יקר עוד יותר לתפעל כלל הכרעה הדורש 80% מהקולות, וכלל הכרעה קונסנסואלי הוא היקר לתפעול מכולם.[25]

---

21. James Buchanan & Gordon Tullock, *The Calcolus of Consent - Logical Foundation of Constitutional Democrcy* (University of Michigan, Ann-Arbour, 1962).

22. John Locke, *The Second Treatise of Civil Government* (P. Laslett (ed.), Cambridge, Mass., 1960).

23. John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., 1971); וראו גם John Rawls, *Political Liberalism* (Columbia University Press, New York, 1993).

24. ראו ביוקנן וטלוק (לעיל, הערה 11), 63-84.

25. ראוי לציין, שאמנם זול יותר לתפעל כללי הכרעה הדורשים רוב קטן יותר מ-50% לקבלת החלטות, אך כללים אלו השופים לשינוי החלטות אינסופי. כך, אם כלל ההכרעה דורש רק 40% מהקולות (כלל המקיים את ערך השוויון בהגדרתו של מרמור), הרי שסביר שהחלטה x שקיבלו 40% מהפרטים תבוטל ותוחלף בהחלטה y בה 40% אחרים תומכים וכך הלאה. כך למעשה עלות ההגעה להחלטה תהיה גבוהה יותר בפועל מעלות תפעולו של כלל הרוב הפשוט.

nevo.co.il

כלל הכרעת רוב הוא אפוא כלל פרקטי וזול לתפעול. עלות זו אין לתפוס רק במונחים כלכליים המנותקים מהצדקה פילוסופית. העלות היא בת־תרגום למונחי תועלת ועל־כן צריכה להיות לה השפעה גם במישור ההצדקה הפילוסופית.[26] מוצדק (על־פי הטיעון הקונסנסואלי, המבוסס על עקרון השוויון הליברלי) להשתמש בכלל הרוב כאשר החיסכון בעלות הפעלתו יחסית להפעלת כלל ההכרעה הקונסנסואלי גדול מהנזק שהפעלתו גורמת למיעוט שאינו יכול להשפיע על ההחלטה. כאן אנו מגיעים לשריון זכויות ולביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים או על החלטות אחרות של הרוב. על־פי התפיסה המוצעת, זכויות משוריינות מבטאות תחומים שבהם פגיעה במיעוטים באמצעות החלטת רוב גדולה מהחיסכון שבשימוש בכלל הרוב, יחסית להכרעה פה אחד, או במילים אחרות, השריון מוצדק כאשר כולם גורסים, כי מדובר בתחומים שאין למסור אותם להכרעת הרוב, כיוון שבהם הפגיעה בהעדפות המיעוט היא בדרגת אינטנסיביות גבוהה.

זהו תיאור אלטרנטיבי לתיאוריה המסורתית של זכויות האדם, המבוסס על עקרונות טלאולוגיים, אך אינו מביא בהכרח למסקנות שונות מאלו של תיאוריות דאונטולוגיות באשר לתוכן הזכויות המוגנות. עם זאת, יש בתיאור זה תובנות מיוחדות באשר לפרוצדורת שריון הזכויות (או קבלת נורמות חוקתיות) ואכיפתן. ענייננו כאן הוא בנוגע לביקורת שיפוטית. רק נציין, שבאשר לאופן אימוץ הנורמות החוקתיות או הזכויות המשוריינות, קבלת קו־הטיעון שלנו שוללת לחלוטין את דרכי חקיקת חוקי־היסוד בישראל. המסר המרכזי של קו־הטיעון הנ"ל הוא, שחוקה או זכויות משוריינות צריכות לייצג הליך הכרעה קונסנסואלית המנותק ממאבקי הכוחות הפוליטיים היומיומיים. בניגוד לקבלה שוטפת של החלטות חברתיות שהסתכלותה היא קצרת־טווח, נורמות חוקתיות מתוכננות לטווח ארוך. עיקר תכליתן היא הצבת גבולות למוסדות הפוליטיים הפועלים על בסיס כלל הרוב. על־כן מתבקשת הפרדת רשויות אמיתית בין הרשות המחוקקת לאסיפה המכוננת, והאחרונה צריכה לפעול בפרוצדורת הכרעה קונסנסואלית ולא רובנית. אך על כך יורחב בהזדמנות אחרת.

ביקורת שיפוטית מוצדקת, על־פי קו טיעון זה, בדיוק משום שהיא אנטי־רובנית. היא אמורה לשמור על כך שהמחוקק לא יחרוג מהסמכויות שהואצלו לו על־ידי החוזה החברתי. לפיכך, בית־המשפט לא צריך להיות ייצוגי במובן של מתן דין־וחשבון על כל החלטה והחלטה שלו בפני ציבור הרוב. הוא צריך להיות ייצוגי במובן זה, שעליו לייצג את מה שהיה הציבור מאמץ במסגרת כלל הכרעה של פה אחד כאשר מדובר בעקרונות כלליים ובהסתכלות ארוכת־טווח. עקרונות אלו יכולים לבוא לידי ביטוי במה שדבורקין מכנה "הפרשנות הטובה ביותר של ההיסטוריה המשפטית של אותה קהילה".[27] הם יכולים לבוא לידי ביטוי גם במיטפורה היפה של רולס על מסך הבערות – מה כולנו היינו מחליטים

---

26. למה הדבר דומה? לעקרון הצדק השני של רולס – עקרון המקסימין הלוקח בחשבון גם את גודל העוגה המיוצרת ולא רק את השוויוניות בחלוקתה. ראו רולס (לעיל, הערה 23), 60-74.

27. זוהי למעשה הגדרת המשפט של רונלד דבורקין. ראו Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Belknap, Cambridge, Mass., 1986).

nevo.co.il

לפני שהיינו יודעים את מיקומנו האינדיבידואלי בחברה.[28] למעשה, אפילו את העיקרון של תנועת־ההשכלה בגרמניה שיובא למשפטנו בדמות "הציבור הנאור" ניתן להתאים למשבצת זו, אם כי מדובר בקונספציה יותר בעייתית מקודמותיה.[29]

ניתן להתבונן בתפקידו של בית־המשפט גם מזווית אחרת. הביקורת השיפוטית נועדה לבחון, האם בקבלת ההכרעה הרובנית ניתן ייצוג לעמדות המיעוטים?[30] ובשלב שני – האם ניתן גם משקל מספק לעמדות אלו? האם מדובר בסוג הכרעה שבה חלוקה מובהקת בין עמדות קבוצות־הרוב לקבוצות־המיעוט (להבדיל מרוב וממיעוט מקרי בהקשר להכרעה ספציפית אחת)? האם אינטנסיביות ההעדפות של המיעוטים נלקחה בחשבון לעומת אינטנסיביות של העדפות הרוב?

אך אל לו לבית־המשפט להתערב בכל מקרה שבו עמדת הרוב הכריעה את עמדת המיעוט. ישנם אפילו מקרים שבהם על בית־המשפט להגן על עמדות הרוב מפני מיעוטים כוחניים. ספרות מעניינת של אסכולת הבחירה הציבורית (public choice) מנתחת את התשומות והתפוקות של הכרעות חברתיות. ספרות זו מראה, למשל, כיצד קבוצות־אינטרס חזקות יכולות, באמצעות פעילות לובי בקרב המחוקקים, להשפיע על ההכרעות החברתיות כך שבפועל יינתן משקל־יתר להעדפותיהם על חשבון העדפות קבוצות אחרות.[31] במקרה כזה ייתכן שתפקיד הביקורת השיפוטית הפוך – להגן על הרוב מפני המיעוט. על בית־המשפט לשמש אז לפה לאותו רוב פורמלי, שמבחינת גישתו למסדרונות־הכוח־וההכרעה הוא למעשה מיעוט.

הבאנו דוגמא זו כיוון שהיא רלבנטית לשם הערכת פסק־הדין החלוצי של בית־המשפט העליון הישראלי בנושא יועצי ההשקעות, שבו ביטל בית־המשפט לראשונה חקיקה של הכנסת כנוגדת את חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם. הסיטואציה שבפסק־הדין אינה מהמקרים אשר לטעמנו היה המיעוט זקוק בהם להגנה מפני הכרעת הרוב. נהפוך הוא: קבוצת יועצי ההשקעות היא קבוצה כלכלית בעלת כוח והשפעה. אם היו מתקבלות עמדותיה של קבוצה זו, הדבר היה נופל בגדר סיטואציה קלסית של פעילות rent seeking – פעילות שבה קבוצת־מיעוט, שבידיה לעשות רווח נאה מהכרעה חברתית מסוימת על חשבון הרוב, משקיעה בהתארגנות כדי לקדם החלטה זו. לא סביר, כי דווקא זהו מסוג המקרים שהקולקטיב מאחורי מסך הבערות לא היה מסכים עם חקיקת הכנסת. לדעתנו, מאחורי מסך הבערות היו מסכימים כולם שמוצדק להגן על ציבור המשקיעים מפני יועצי

---

28. ראו רולס (לעיל, הערה 20).
29. ראו עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר, "המורשת הגרמנית של בית־המשפט העליון", עיוני משפט כא (תשנ"ח) 259; שמיר (לעיל, הערה 7).
30. למסגרת זו ניתן להכניס את הסיטואציה שבה השחורים בדרום אפריקה בתקופת האפרטהייד או הפלשתינאים בשטחים דהיום כלל אינם יכולים ליטול חלק בהחלטות הנוגעות לחייהם ולזכויותיהם. על־פי התיאוריה המוצעת, תפקיד בית־המשפט העליון במקרה זה הוא לייצג את עמדותיהם שאינן יכולות לבוא לידי ביטוי בהליך הדמוקרטי.
31. לסקירה כללית על ספרות זו ראו Daniel A. Farber and Philipp Frickey, *Law and public Choice* (University of Chicago Press, Chicago, 1991), ch. 1.

nevo.co.il

השקעות בלתי־מיומנים. לא ניתן להכניס מקרה זה לסדר הפרשנות הטובה ביותר של ההיסטוריה המשפטית הישראלית ואפילו לא ניתן לומר שחקיקת הכנסת יש בה לקומם את הציבור הנאור.

אך לפני שנדון באופן מפורט יותר בפסק־הדין כמה מילות־סיכום לחלק זה: ביקשנו להראות בו, כי תיאוריה ליברלית השמה דגש על ערך השוויון צריכה לדגול בעקרון ההכרעה הקונסנסואלי. עיקרון זה יכול לעבור טרנספורמציה למשטר דמוקרטי, המבוסס על הכרעת רוב, אך ורק אם בצמוד לו קיים גם מנגנון של זכויות משוריינות הנאכפות על־ידי גוף אנטי־רובני. ביקורת שיפוטית מוצדקת אפוא מבחינת האידיאולוגיה הליברלית, והצדקתה גדולה יותר ככל שמנגנוני ההכרעה החברתית האחרים פחות קונסנסואליים ויותר רובניים וככל שניתן לזהות בחברה קבוצות־מיעוט מובהקות בעלי סדר העדפות שונה וייחודי. כך, למשל, קבלת הניתוח שלנו משמעותה היא, כי ביקורת שיפוטית חיונית יותר באנגליה ובישראל מאשר בארצות־הברית, שם גם ללא ביקורת שיפוטית ישנם מנגנונים המבטיחים שהכרעות חברתיות לא תהיינה תוצאה של רוב פשוט (הפרדת הרשויות בין הנשיא לקונגרס ומבני הייצוג השונים של שני בתי־הקונגרס וכן הפרדת הרשויות האנכית בין השלטון הפדרלי למדינות, המבטיחים שכל הכרעה חברתית תייצג למעשה הסכמה חברתית רחבה יותר מרוב של 51%).[32] ביקורת שיפוטית במקרים אינדיבידואליים מוצדקת כדי לתקן כשלים של המערכת הפרלמנטרית־ממשלתית במקרים שבהם היא מונעת ייצוג הוגן ואפקטיבי לכלל היחידים והקבוצות בחברה. כך מוצדק לפסול חוק הפוגע באופן בלתי־הוגן במיעוט שאינו מצליח לקדם את עמדתו או בקבוצות חלשות אחרות הסובלות מתת־ייצוג. מכיוון שכך, כאשר בית־המשפט העליון שלנו פוסל חוק, עליו לעמוד בנטל ההוכחה כי אכן פסילה זו נפלה בגדר הנסיבות המצדיקות את התערבותו.

שאלה נפרדת היא, האם בית־המשפט העליון שלנו מבצע את "תפקידו" על־פי הגישה התיאורטית המוצעת.[33] כדי לענות על שאלה זו, ובעיקר באספקלריה הספציפית של פסק־

---

32. יצוין כי חלק מההסדרים בארצות־הברית (כמו מבנהו הייצוגי של הסנט) נועדו במקורם להבטיח דווקא את זכויות המיעוט בעל הקניין מפני החלטות של הרוב, אך אין בכך לשנות את העובדה כי מנגנונים אלו מקרבים את תוצר הליך קבלת ההחלטות החברתי לכלל קונסנסואלי.

ניתן לטעון, כי ביקורת שיפוטית חיונית יותר בבריטניה מאשר בישראל, כיוון שמנגנוני הייצוג שם מחדדים עוד יותר את דיקטטורת הרוב (שיטת־הבחירה מגדילה את שליטת הרוב ומונעת כמעט תמיד ממשלות קואליציוניות), אך בבריטניה ישנם מנגנונים אחרים בלתי־פורמליים שלא התפתחו אצלנו – השמים גבולות לסמכויות הרוב. נוסף על כך, במדינת ישראל ישנם שסעים נרחבים הגורמים לקבוצות מסוימות שלא להיות מיוצגות כלל (תושבי השטחים ועובדים זרים, למשל) או להיות מיוצגות באופן בלתי־מלא. במסגרת השסעים הקלסיים של החברה הישראלית – כגון השסע היהודי־ערבי, המזרחי־אשכנזי, והדתי־חילוני – ישנם מקרים ברורים של שיתוף חסר בתהליך הדמוקרטי של קבלת ההחלטות.

33. איננו נכנסים במסגרת זו לשאלה נלווית חשובה – ההרכב הרצוי של בית־המשפט המבצע ביקורת שיפוטית ודרך בחירת שופטיו.

nevo.co.il

הדין בעניין יועצי ההשקעות, נעבור עתה לדון בחלקה הראשון של רשימתו של מרמור, הדן בתיאורם ובהערכתם של האידיאולוגיה הכלכלית־חברתית של בית־המשפט העליון ושל חוקי־היסוד החדשים.

ג. האידיאולוגיה הכלכלית־חברתית של החוקה המתהווה ושל בית־המשפט העליון

1. ליברליזם רולסיאני נגד ליברטריאניזם נוזיקיאני – בשולי מאמרו של מרמור
בחלקו הראשון של מאמרו טוען אנדרי מרמור, כי "חוקי־היסוד החדשים מגלמים מערכת ערכים ליברטריאנים, ומכאן .. גם כוח משיכתם בעיני בית־המשפט העליון".[34] ליברטיאניזם הוא הענף ה"ימני" העכשווי באידיאולוגיה הליברלית, השם דגש על ערך החירות, על הקניין העצמי (self ownership) ועל קדושת השוק החופשי.[35] הוא אפיין בין השאר את הקו הפוליטי של ממשלי תאצ'ר בברטניה ורייגן בארצות־הברית. קו זה מנוגד לליברליזם מבית־מדרשו של ג'ון רולס, השם את הדגש המרכזי על מרכיבים של שוויון כביטוי לערך ההגינות, ועל־כן כולל בחובו גם מגוון של זכויות חברתיות.[36] מרמור טוען, כי למעשה גם לפני חוקי־היסוד ייצג בית־המשפט העליון את האידיאולוגיה הליברטריאנית – "הוא 'המפלגה הליברלית' בחברה הישראלית",[37] ועל־כן לא קשה להבין את התלהבותו הגדולה של בית־המשפט מחוקי־היסוד החדשים המייצגים, כאמור, ערכים אלו.

ייאמר מיד, שאנו מסכימים באופן כללי עם הכיוון הנורמטיבי של מרמור, המתנגד לליברטריאניזם הקיצוני ומעדיף גוונים של ליברליזם רולסיאני. אשר לתיאורו הפוזיטיבי, הגם שספק אם ניתן לאפיין באופן חד כל־כך את כל פסיקתו של בית־המשפט כליברטריאנית, הרי קריאת מאמרו של פרופסור ברק על החוקה הכלכלית לישראל וקריאת פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות מעוררים חשש, כי בפסיקתו החוקתית בית־המשפט עלול לפנות לכיוונים אלו. המאמר ופסק־הדין מעלים גם את החשש, שבית־המשפט יקבל הכרעות שאינן מוצדקות לפי אמות־המידה שהצענו בחלקו הראשון של המאמר. באשר לחוקי־היסוד החדשים, חוקים אלו מנוסחים – לדעתנו – באופן די רחב, המאפשר פרשנויות לגיטימיות שונות. לכן לא ניתן א־פריורית, לפסוק כי חוקי־יסוד אלו מייצגים אידיאולוגיה ליברטריאנית באופן חד־משמעי (או כי פרשנותם ה"נכונה" מייצגת אידיאולוגיה כזו). ניתן לפרשם בכיוון ליברלי־רולסיאני ועל־כן לא ניתן לפסוק כי אינם רצויים. תחת המעטפת של הסכמה כללית זו עם ניתוחו של מרמור, כשפורטים את הנמקותיו ודוגמאותיו, מתגלות יותר נקודות של חוסר־הסכמה.

34. מרמור (לעיל, הערה 1), 135.
35. מייצגו הפילוסופי הבולט ביותר הוא רוברט נוזיק (Robert Nozick) בספרו, *Anarchy, State and Utopia* (Basic Books, New York, 1974).
36. הביטוי המרכזי לתפיסה זו של ליברליזם מצוי ב־John Rawls, *A Theory of Justice* (לעיל, הערה 23).
37. מרמור (לעיל, הערה 1), 138.

nevo.co.il

כך, למשל, קובע מרמור, כי ביטוי לכך שהליברליזם של בית־המשפט העליון הלך ונטה בשני העשורים האחרונים לעבר הליברטיאניזם הוא "הגנה הולכת וגוברת על זכויות ליברליות מן הסוג הפיקנטי",[38] כשאלו כוללות – אליבא דהמחבר – זכויות של הומוסקסואלים ונשים. לא ברור מדוע הגנה על זכויות אלו מבטאת עמדות ליברטריאניות ומדוע הגנה עליהם מנוגדת לליברליזם רולסיאני? קבוצות־מיעוט אלו הן דווקא דוגמאות קלסיות לקבוצות שיש להגן עליהן מפני הרוב על־פי ההיגיון הרולסיאני של מסך הבערות.[39] גם ההפרדה הטוטלית בין אופן ההגנה על זכויות אדם בישראל לזכויות אדם בשטחים (המצוינת על־ידי מרמור בעמ' 139 למאמרו) אינה נראית לנו קשורה לוויכוח בין ליברליזם רולסיאני לליברטריאני, אלא לאתוס הציוני־יהודי של בית־המשפט העליון, החורג ממסגרת דיון זו.[40] מרמור גם מציין – כשהוא עובר מניתוח פסיקות בית־המשפט לניתוח חוקי־היסוד – שהניסיון של הנשיא ברק לקרוא בתוך חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו גם את ערך השוויון, הוא ניסיון מאולץ ומלאכותי. אבל עצם ניסיון זה יכול להעיד שגם ה"אידיאולוגיה" של בית־המשפט העליון יותר מורכבת ממה שהמחבר מציג לנו.

ואם בחוקי־היסוד עצמם עסקינן, הרי שאכן ניתן לתמוה על המעמד שזוכה לו חופש העיסוק בחוק־יסוד מיוחד – אחד משני חוקי־היסוד היחידים המרכיבים את מגילת־הזכויות שלנו עד עתה. אך מעמד זה אינו מעיד בהכרח על כיוונים ליברטריאניים. חופש העיסוק יכול להתפרש – כפי שנטען בהמשך – גם כחופש להיות מועסק, ואז לא נכון יהיה לומר ש"אין זו זכות 'פרולטרית' במיוחד" או שזו "זכות קפיטליסטית מובהקת".[41] כך גם לגבי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. אמנם חוק־היסוד כולל הגנה על קניין, אך קודמת לו הזכות לכבוד, ופרשנותן של שתי זכויות אלו יכולה בהחלט להיות יותר רולסיאנית מנוזיקאנית.[42] על־כן אין בידינו להסכים עם מסקנתו החד־משמעית של מרמור, כי "בין

38. שם, 138, 141.

39. בניגוד לשאלות של חלוקה כלכלית, אשר מאחורי מסך הבערות ההכרעה לגביהן תלויה ביחס המתליטים לסיכון (רולס מניח דחיית סיכון מוחלטת), הרי שההגנה על זכויות פוליטיות של מיעוטים אינה על חשבון הרוב, והגיון מסך הבערות, אינו תלוי אפוא בהנחה זו. המסקנה מכך הפוכה להערתו של מרמור: ניתן לומר שמהלך הטיעון המבוסס על מסך הבערות משכנע יותר לגבי קבוצות אלו. רולס עצמו היה משייך את ההגנה על הומוסקסואלים ונשים למסגרת עקרון הצדק הראשון שלו, בניגוד לקבוצות חלשות מבחינה כלכלית המוגנות באמצעות עקרון הצדק השני, שהוא לא רק שני אלא גם משני בסדר לקסיקוגרפי.

40. ראו להלן, הערה 48. מרמור עצמו מציין פן זה של האידיאולוגיה של בית־המשפט העליון כפן נפרד מהאידאולוגיה הכלכלית שלו (עמ' 138 למאמר).

41. מרמור (לעיל, הערה 1), 140.

42. על פרשנות פרוגרסיבית (אנטי־ליברטריאנית) של זכות הקניין ראו, למשל, חנוך דגן, "פרשנות בדיני קנין: הבית המשותף ובעית הפעולה המשותפת", עיוני משפט כ (תשנ"ז) 45; איל גרוס, "זכות קניין כזכות חוקתית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט

nevo.co.il

רולס לנוזיק, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בהר באחרון".[43] במאמר מוסגר יצוין, כי הסבר סביר יותר בעינינו באשר לסוג הזכויות המנויות בחוקי־היסוד החדשים ולהיקפן, הוא ההסבר המתמקד בהליך הפוליטי של קבלתם. היו אלו הזכויות שניתן היה להשיג תמיכת רוב באימוצם, כיוון שלא היה חשש למחוקקים כי מדובר בזכויות טעונות מבחינת המוקשים הפוליטיים שאפיינו את הרכב הכנסת בעת חקיקתם (מדובר בעיקר על מוקשים מנקודת־המבט של הסיעות הדתיות, ועל־כן בחוקי־היסוד לא כלולות במפורש זכויות־יסוד כמו חופש הביטוי).[44] אם הסבר זה נכון, יש בו, מחד גיסא, תמיכה בביקורת על הדרך שבה החוקה הישראלית מאומצת, ומאידך גיסא, יש בו גם טיעון נגד הערכתו של מרמור, כי חוקי־היסוד משקפים עמדות ליברטריאניות. דווקא חלק מהחוגים הדתיים (כמו סיעת ש"ס), שתחמו את היקף הזכויות המנויות בחוקי־היסוד, הם הגורמים הפחות ליברטריאניים בכנסת.

2. החוקה הכלכלית אליבא דאהרן ברק

תיאור האידיאולוגיה של בית־המשפט העליון כאידיאולוגיה ליברטריאנית זוכה לחיזוק בחוברת הנוכחית של משפט וממשל בהרצאתו של אהרן ברק על החוקה הכלכלית של ישראל.[45] בפתח מאמרו מדגיש ברק, כי על־פי רוב נהוג לדון במשולב בחוקה כלכלית ובחוקה חברתית. למרות זאת, הוא בוחר להתמקד רק במה שהוא מגדיר כ"חוקה הכלכלית." במאמרו זה מפרש ברק את כבוד האדם וחירותו, את זכות הקניין ואת חופש העיסוק באופן מצמצם, ומותיר מחוץ להגדרת מושגים אלו זכויות חברתיות/כלכליות מובהקות, כגון זכות לדיור, לחינוך, לבריאות, לעבודה ולביטוח סוציאלי. ברק עצמו מכיר (במאמר זה כבמאמר מ-1994 על חוק־יסוד: חופש העיסוק[46]) כי מטרת חוקי־היסוד החדשים היא בראש־ובראשונה לעגן את זכותו של האדם לכבוד אנושי. הקטיגוריזציה שהוא עושה לזכויות החוקתיות וההפרדה בין חוקה כלכלית לחוקה חברתית אינן נובעות מקדימות ערכי כבוד האדם בפרשנות החוקתית ואף מצמצמות את היקף ההגנה החוקתית הניתנת להם. גם אם נקבל את העמדה כי ישנה רשימה מצומצמת של זכויות אדם – כגון אלו המנויות בסעיפים 2, 4 ו-5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – הראויות להתייחסות מיוחדת, הרי ספק אם יש מקום להפריד בין זכויות "כלכליות" לזכויות "חברתיות". זכויות

כא (טרם פורסם); Joseph Singer, "The Reliance Interest in Property", 40 *Stanford Law Review* (1988) 611.

43. מרמור (לעיל, הערה 1), 140.

44. ראו יהודית קרפ, "חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 323. מבחינה זו הסיעות הדתיות טעו בהערכת היקפה והשלכותיה של הזכות ה"תמימה" של חופש העיסוק, דבר שהביא לחקיקתו מחדש ב-1994 בעקבות פסק־הדין של בית־המשפט העליון בנושא ייבוא הבשר הלא־כשר – בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח', פ"ד מז (5) 485.

45. ברק (לעיל, הערה 4).

46. אהרן ברק, "חוק־יסוד: חופש העיסוק", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 195, עמ' 198.

nevo.co.il

אלו שלובות זו בזו. במקרים רבים הזכויות ה"חברתיות" הן אותן זכויות "כלכליות" של הקבוצות החלשות יותר בחברה.[47]

נראה אפוא כי הגם שברק טוען שהחוקה אינה מניפסט פוליטי והיא מאפשרת תפיסות שונות של פעילות כלכלית ואף מאפשרת למחוקק קפיטליסטי ומחוקק סוציאליסטי להגשים את המצע המדיני שלו, הרי האופן שבו הוא מפרש חוקה זו – כחוקה שבה נקודת המוצא החוקתית הינה התחרות החופשית והפעילות החופשית של השוק – וההפרדה שעושה ברק בין הזכויות הכלכליות והזכויות החברתיות, כמו גם הקדימות המושגית של התחרות הכלכלית, מביאה אותו להציג במאמרו משנה סדורה של חוקה כלכלית, נעדרת היבטים של זכויות חברתיות – חוקה עם גוון ליברלי, ואולי אף ליברטיאריאני מובהק.[48] משנה זו אינה תוצאה הכרחית של חוקי־היסוד החדשים, ולהערכתנו – אף לא תוצאה מתבקשת. משנה זו נובעת מפרשנותו החברתית/משפטית של ברק את חוקי־היסוד האלו.

טלו, לדוגמא, את אחת מנקודות־המפתח בחוק־יסוד: חופש העיסוק – פרשנות הוראת סעיף 3, המנוסחת באופן גורף: "כל אזרח או תושב של המדינה זכאי לעסוק בכל עיסוק, מקצוע או משלח יד". ניסוחה הרחב של הוראת סעיף 3 נותן לכאורה לבית־המשפט כר־פעולה נרחב לקבוע את היקף מושאי הזכות לחופש העיסוק באופן שיקדם ערכים הקשורים לכבוד האדם. אך כאשר בוחנים לעומקה את תפיסתו של ברק בעניין זה, מתקבל הרושם שהיקף הזכות שבה הוא דוגל עניינו בעיקר מעמדות־ הביניים והמעמדות העליונים בחברה. ברק קובע ללא היסוס כי הזכות לחופש העיסוק נתונה גם לפירמות. מנגד, הוא סבור כי שאלה פתוחה היא האם הזכות של עובד לשבות היא זכות חוקתית, והוא אינו בטוח כלל כי הזכות להיאבק על תנאי ההעסקה היא זכות חוקתית. ברק גם קובע, כי חופש העיסוק אינו הזכות להיות מועסק, הוא גם אינו הזכות לעבוד וגם לא הזכות שלא להיות מפוטר. את זאת קובע ברק באופן גורף.[49]

---

47. כך, למשל, טען כבר בשנת 1964 רייך במאמרו החשוב על "הקניין החדש", כי חלק גדול מההטבות השלטוניות – כגון זכויות לדיור, לביטוח סוציאלי וכדומה – הן היום חלק מזכות הקניין, ועליהן להיות מוגנות ככל זכות קניינית אחרת. ראו Charles Riech, "The New Property", 73 *Yale Law Journal* (1964) 733.

48. אך יש גם לסייג את שאמרנו כאן. תפיסתו של ברק אינה אך ורק תפיסה ליברטריאנית, אלא גם תפיסה לאומית, תפיסה ציונית. ברק סבור, כי החקיקה הכלכלית (ככל חקיקה) צריכה לעבור את מבחניה של ערכיה של מדינת ישראל. בכתיבתו כעת סבור ברק, כי ערכים אלו כוללים שלושה מרכיבים: היותה של המדינה יהודית במובן של המורשת היהודית, היותה של המדינה יהודית במובן של המורשת הציונית, והיותה של המדינה דמוקרטית. ברק אינו צופה, כי בתחום הכלכלי, פתרון ההתנגשות בין ערכים אלו יגרום לבעיות מיוחדות, אך נראה כי ברק אופטימי מדי. להערכתנו, אכיפת זכות הקניין שהוא רואה כאחת מהזכויות המרכזיות בתחום החוקה הכלכלית תעמת באופן ברור בין המדינה היהודית לבין המדינה הדמוקרטית. ראו, למשל, להלן, הערה 76.

49. קביעות וסייגים אלו יש לקרוא גם על רקע ההגדרה ההרחבה מאוד של "עיסוק", הכוללת כמעט כל פעילות אנושית עצמאית, שברק הציע במאמר מ־1994 על חוק־יסוד: חופש

nevo.co.il

עמדתו של ברק היא אפוא שזכותם של פירמות, של מעסיקים ושל עצמאים מעוגנות בחופש העיסוק; זכותם של המועסקים, של העובדים, אינה מעוגנת בו. ניתן להקשות ולשאול, האם הענקת הזכות לפירמה משרתת את המטרה של כבוד האדם וחירותו יותר מאשר הענקת ביטחון מסוים מפני שרירות־לבו של מעסיק? האם ההגנה החוקתית לחופש הפרט לעצב את דמותו ואת מעמדו החברתי כאדם יוצר בחברה בה הוא חי נתונה רק למעסיק או לעובד העצמאי? נראה כי כך סבור ברק; חופש העיסוק הוא החופש להעסיק או שלא להעסיק.

פרשנות המבוססת על ערך כבוד האדם היתה יכולה לאמץ מודל הדומה למודל שמרגרט רדין מציעה בנוגע לזכות הקניין.[50] רדין עומדת על ההצדקות להגנה על הקניין המבוססות על תיאוריית האישיות. לשיטתה, ככל שהקניין אישי יותר, כך ישנה הצדקה גדולה יותר להגן עליו. גישתה הולמת את תפיסתו של מחוקק חוקי־היסוד ולכאורה גם את תפיסתו של ברק. כבוד האדם וערכיה של מדינת ישראל הם הנמצאים במוקד, ושאר זכויות האדם נגזרות מהם. פרשנות הנותנת משקל לערכים אלו אינה מעניקה אוטומטית אותה הגנה לפירמה ולאדם. פרשנות כזו יכולה להביא למסקנה, כי זכות הקניין של חסר־בית היא הזכות לדיור ציבורי, חופש העיסוק של פועל שכיר הוא הזכות לשבות, הזכות לחירות ולכבוד אנושי של אזרחים היא הזכות לטיפול רפואי הולם. הפרשנות שברק מציע נראית מתיישבת יותר עם ניתוחו של אנדרי מרמור, הטוען שבית־המשפט אימץ תפיסה חברתית מובהקת: תפיסת השוק החופשי, ואולי אף – כפי שסבור מרמור – פרשנות זו מרמזת על כך שסדר־היום של בית־המשפט הוא סדר־יום ליברטריאני, המגן על הקבוצות החזקות והמאורגנות בחברה.

עד כה בחננו את כתביו האקדמיים של פרופסור ברק בהקשר למדיניות החברתית־כלכלית של בית־המשפט העליון. עתה נבדוק במסגרת זו האם המניפסט האקדמי גם תורגם להכרעות שיפוטיות. נעשה זאת בעזרת פסק־הדין החלוצי בעניין יועצי ההשקעות.

העיסוק (לעיל, הערה 46). תפיסתו של ברק את חופש העיסוק היא כה מרחיבה, עד כי הוא סבור כי כדי שחופש העיסוק יתגבש אין צורך שהעיסוק יהיה חוקי. נראה, כי לפי ברק ניסיון של המחוקק להסדיר פעילות אנושית שלא הוסדרה בעבר, גם אם זו פגומה בפגם מוסרי, הוא פגיעה בחופש העיסוק החייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה. טלו, לדוגמא, את חוק המחשבים, תשנ״ה-1995. פרק ב של חוק זה מגדיר שורה של עבירות מחשב, כגון שיבוש או הפרעה למחשב או לחומר מחשב (סעיף 2) או חדירה לחומר מחשב שלא כדין (סעיף 4) או פעילות הקשורה לנגיפי מחשב (סעיף 5). מכיוון שהוק זה נחקק לאחר חוק־יסוד: חופש העיסוק, הרי שהוראותיו תיתפסנה כפגיעה בעיסוק ועל התובע בנזיקין או המאשים בפלילים יהיה להוכיח כי הוראות החוק עומדות בפסקת ההגבלה. לעומת סוג מקרים אלו בולטת עוד יותר צרות ההגדרה של חופש העיסוק כאשר מדובר בזכות להיות מועסק, בחופש השביתה וכו׳.

50. Margaret Radin, "Property and Personhood", 34 *Stanford Law Review* (1982) 957.

nevo.co.il

ד. מימוש המהפכה החוקתית – פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות

פסק־הדין הראשון של בית־המשפט העליון, שבו בוטל חוק של הכנסת כנוגד את מגילת־הזכויות החדשה, שבה מומשה "המהפכה החוקתית", ניתן בחודש ספטמבר 1997. העתירה הוגשה על־ידי לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, שהיא עמותה שחברים בה חלק מ-800 העוסקים בניהול תיקי השקעות. היא כוונה כנגד חוקיותן של חלק מהוראות חוק הסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, תשנ"ה-1995. חוק זה התקבל לאחר שנים רבות של תקלות בתחום הייעוץ והניהול של השקעות וכספים, ששיאן במפולת מניות הבנקים. ועדות נכבדות הקדישו מחשבה, עבודה וזמן להבטיח שציבור המשקיעים יקבל שירות מקצועי ואמין יותר. בין השאר עסקו בנושא ועדת־חקירה ממלכתית בראשות שופט בית־המשפט העליון משה בייסקי וועדה מקצועית בראשות מאיר גבאי. אחת הבעיות המרכזיות שעמדו לנגד הוועדות הללו היתה, כי לרשות המשקיע בשוק ניירות־הערך לא עומד המידע המלא הדרוש כדי לפקח על הפועלים מטעמו, ולכן גובש הצורך בפיקוח ציבורי ובהסדרת התחום. על בסיס המלצות ועדות אלו עוצב החוק, כך שיבטיח טוב יותר את זכויות המשקיעים.

ניתן לראות אפוא בחוק זה חוק צרכני מובהק, הבא להגן על צרכנים החסרים את הידע המקצועי ואת יכולת המיקוח והפיקוח שיאפשרו להם לשמור על האינטרסים שלהם באמצעות הסדרים חוזיים בלבד. ניתן להצדיק את החקיקה גם במסגרת עקרונות התיאוריה הכלכלית והשוק החופשי, שכן מדובר בענף שבו אין תחרות משוכללת, בעיקר בגלל בעיות של מחסור באינפורמציה ועל־כן מוצדקת מעורבות ממשלתית בשוק.

החוק נכנס לתוקפו באוגוסט 1995. הכנסת, שהיתה מודעת כנראה לפגיעה הפוטנציאלית בעוסקים בתחום זה, קבעה כי כמה הוראות, ביניהן אלו העוסקות בחובת רישוי ובתנאים למתן רישיון, ייכנסו לתוקף בחודש יולי 1997, כמעט שנתיים לאחר כניסת החוק לתוקפו. נראה, כי הכנסת התכוונה לאפשר לעוסקים בייעוץ בתיקי השקעות ובניהולם, שבעקבות החוק היו צריכים לעבור הליכי רישום ומבחני כשירות, להתכונן לכך.

העותרים טענו כי חלק מההוראות בחוק הסדרת ייעוץ ההשקעות סותרות את הזכות לחופש העיסוק, ומכיוון שהחוק התקבל לאחר חקיקת חוק־יסוד: חופש העיסוק, דין הוראות אלו להיפסל. כל הצדדים הסכימו, כי הוראות מסוימות בחוק פוגעות בחופש העיסוק וגדר המחלוקת היה אך ורק, האם הפגיעה מוצדקת לפי פיסקת ההגבלה. בית־המשפט קיבל עמדה זו. ניתן לתמוה על הקלות היחסית שבה הוסכם, כי החוק הוא פגיעה בחופש העיסוק וכי השאלה היא רק האם הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה. במלים אחרות: בית־המשפט דילג על שלב חשוב של דיון מעמיק והתמודדות עם היקף הזכות המוגנת[51] ועבר מיד לדון בפסקת ההגבלה, בדומה למה שעשה בית־המשפט באשר לזכות הקניין בפסק־הדין בעניין בנק המזרחי.[52] על־אף שמדובר במקרה הנוכחי ב"עיסוק" במובנו הצר – פעילות שהיא "מקצוע"

51. מהלך זה תואם את תפיסת חופש העיסוק שפרופסור ברק הביע במאמרו על חוק־יסוד: חופש העיסוק (לעיל, הערה 46), עמ' 203.

52. לעיל, הערה 3. לעניין זכות הקניין ופסק־דין זה ראו ביקורתו של יוסף אדרעי, "על חוקה

nevo.co.il

ומקור קבוע להכנסה – ניתן לטעון שיש מקום לדיון גם בשאלה המקדמית של היקף חופש העיסוק והאם כל מקרה של התניית עיסוק ברישיון שקבלתו כרוכה במילוי תנאים מהותיים היא פגיעה בו, שחוקיותה צריכה להיבחן באמות־המידה של פסקת ההגבלה.[53]

בכל מקרה, בפסק־הדין נדחו מרבית הבקשות לפסילת הוראות החוק. הנשיא ברק, שכתב את חוות־הדעת המרכזית, הגיע למסקנה כי חיוב מנהלי התיקים לפעול רק במסגרת חברה, התניית הפעילות בקיום הון מינימלי של החברה בסך 300,000 שקלים, האיסור על מנהלי תיקי השקעות לנהל תיקים של עצמם או של בני־משפחותיהם, וחיוב המבקשים לעסוק בניהול תיקי השקעות לעמוד בבחינות רישוי הם פגיעה בחופש העיסוק, אך עומדים בפסקת ההגבלה, מכיוון שהם מקדמים מטרה ראויה של הגנה על ציבור המשקיעים, והגנה זו נעשית באופן מידתי.

עם זאת, החליט בית־המשפט לפסול חלק מהוראות המעבר המצויות בסעיף 48 לחוק. סעיף זה קבע, כי במועד הקובע – דהיינו: 1.7.97 – יוכל רק מי שקיבל רישיון מהרשות לניירות־ערך לעסוק בניהול תיקי השקעות, כאשר זה מותנה במילוי התנאים החדשים שפורטו לעיל. עם זאת, מי שעסק בניהול השקעות לפחות שבע שנים יוכל לקבל רישיון גם אם לא יעמוד במבחני הכשירות, וכן יוכל לקבל רישיון מנימוקים מיוחדים ללא עמידה במבחנים גם מי שעסק בניהול תיקי השקעות תקופה קצרה משבע שנים. העותרים טענו, כי יש להתיר לכל מי שעסק בניהול תיקי השקעות בטרם נכנס משטר הרישוי להמשיך לעסוק במקצוע בלי צורך למלא את תנאי משטר הרישוי; או לחלופין, יש להקטין באופן ניכר את פרק־הזמן של שבע שנים, המקנה פטור מחובת הבחינות, או שיש לקבוע תקופת־מעבר ארוכה לעמידה בבחינות.

בקבלתו חלק זה של העתירה פסק בית־המשפט העליון כי עמידתן של הוראות החוק בפסקת ההגבלה (על־אף פגיעתן בחופש העיסוק) לגבי עוסקים חדשים אין משמעותה בהכרח שהוראות אלו ממלאות את תנאי פסקת ההגבלה לגבי עוסקים ישנים. הטלת חובת

דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיבית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם", *משפטים* כח (תשנ"ז) 461, עמ' 511-531.

53. במקום אחר, בבג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מז (4) 702, הנשיא ברק מסכים כי חופש העיסוק אינו זכות מוחלטת – זכות שיש לאזן לא רק במישור של אינטרס הציבור – כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסקת ההגבלה – אלא גם לגבי זכויות אחרות. שם דן ברק באיזון שבין חופש העיסוק של עובד לבין האינטרס של מעבידו לשעבר, שאותו עובד לא ישתמש בידע ובקשרים שצבר אצלו, ותוצאות האיזון מצמצמות את חופש העיסוק ונוטות לטובת המעביד ולרעת העובד. אך בעוד שבפסק־הדין יבין פלסט בחר ברק להציב באופן ברור את האינטרס של פרט אחד (המעביד המקורי) מול אינטרס פרטים אחר (המעסיק החדש והעובד) במסגרת הדיון המקדמי בהיקף חופש העיסוק, הרי שבפסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות הוא מסתפק באיזון בין חופש העיסוק לבין האינטרס הציבורי, הבא לידי ביטוי בפסקת ההגבלה (ראו עמ' 12 לפסק־הדין). זכותם של המשקיעים העלולה להיפגע מחוסר־מיומנות של מנהלי השקעות בלתי־ראויים כלל אינה מועלית לדיון, ולא נעשה איזון ראשוני כדוגמת זה שנעשה בפסק־הדין בעניין יבין פלסט.

nevo.co.il

בחינות על מי שמבקש לעסוק בניהול השקעות היא הגבלה מוצדקת של חופש העיסוק, כיוון שיש צורך לשמור על עניינם של המשקיעים ושל תקינות שוק־ההון. אבל החלת חובה זו גם על מי שעסק בניהול תיקים פחות משבע שנים אינה מידתית ועל־כן אינה ממלאה את תנאי פסקת ההגבלה. מסקנה זו התקבלה לאחר שבית־המשפט השיב בשלילה על השאלה האם הוראות המעבר שבחוק "בוחרות במדרגת התחולה שפגיעתה בעוסק הישן היא פחותה בהתחשב בתכלית החוק; ואם התועלת לכלל הצומחת מהן עולה על הנזק הנגרם לעוסקים הישנים".[54]

נראה, כי עצם הצבת המבחן בדרך זו היא בעייתית. יש לזכור כי תכליתו המרכזית של החוק היתה להסדיר את המצב הבלתי־רצוי שנוצר לא עקב פעולותיהם של "עוסקים חדשים", אלא דווקא בגלל פעולתם של אותם "עוסקים ישנים". כפי שמסביר הנשיא ברק עצמו, היעדר הפיקוח יצר מצב שבו

> גורמים שאינם עונים לדרישות המינימליות של התאמה וכשירות פעלו בתחום ניהול תיקי השקעות... מנהל תיקים בלתי מיומן עשוי להסב ללקוחותיו נזק רב... תכליתו של החוק להביא לידי כך שהשירות של ניהול תיקי השקעות יינתן על־ידי גורם כשיר ובעל השכלה ורמה מקצועית נאותה. החקיקה נועדה להגן גם, בין היתר על ציבור של משקיעים "לא מתוחכמים" השמים מבטחם במנהלי תיקים.

נראה אפוא, כי תכליתו של החוק והאיזון שעשה המחוקק בין האינטרסים של "העוסקים הישנים" לבין זכות הקניין של ציבור המשקיעים וטובת הכלל הביאה למסקנה, כי יש מקום להסדיר את פעולתם ולהכניסה למשטר של רישוי. מבחינת תכלית החוק, העובדה שמנהל תיקים בלתי־מיומן עושה זאת תקופה ארוכה אין בה כדי להכשיר פעולה זו, אלא להיפך. ייתכן אפילו, כי מבחינה זו היה מקום לחייב את כלל העוסקים בתחום לעבור את בחינות הרישוי.[56]

אך זו אינה דעתו של בית־המשפט. הוא קבע

> כי הוראות המעבר הקבועות בסעיף 48 לחוק תיקי השקעות, עד כמה שהן נוגעות לחובת הבחינות, אינן עולות בקנה אחד עם דרישות המידתיות; הפטור הניתן לעוסקים ישנים אשר עסקו בניהול תיקים לפחות שבע שנים אינו מידתי כלפי עוסקים ישנים אשר עסקו בניהול תיקים תקופה ארוכה, הנופלת משבע שנים, כגון מי שעסקו בכך חמש או שש שנים.[57]

54. פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות (לעיל, הערה 2), בסעיף 58 לפסק־הדין של הנשיא ברק.
55. שם, בסעיף 21.
56. אם כי כמובן שבקשה כזו לא באה בפני בית־המשפט.
57. פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות (לעיל, הערה 2), בסעיף 61 לפסק־הדין של הנשיא ברק.

עוסקים אלו מכונים על־ידי בית־המשפט עוסקים "ותיקים־ותיקים", להבדיל מעוסקים "ותיקים־טריים", שעסקו במקצוע תקופה קצרה יחסית כגון עד שנתיים או שלוש. קשה להבין מניין שאב בית־המשפט את ההבחנה בין עוסקים ותיקים־ותיקים לבין עוסקים ותיקים־טריים. הכנסת קבעה בצורה ברורה בהוראת המעבר מיהם העוסקים הוותיקים־הטריים – אלו הם אותם עוסקים שעסקו במקצוע פחות משבע שנים. באיזון בין האינטרס הציבורי והאינטרס של ציבור המשקיעים שתיקיהם ינוהלו על־ידי מנהלים מיומנים לבין חופש העיסוק של האחרונים, קבעה הכנסת כי קו־הגבול יעבור אצל העוסקים במקצוע מעל שבע שנים.

לטעמו של בית־המשפט, "העוסקים הישנים־ותיקים צברו נסיון רב בניהול תיקי השקעות, אשר מן הראוי הוא – על־פי דרישות המידתיות – להתחשב בו כתחליף לבחינות (כולן או מקצתן)".[58] אך הרי בגלל נסיונם של חלק מעוסקים אלו חוקק החוק. הנשיא ברק עצמו, כאמור, תיאר את חוסר־מיומנותם של חלק מעוסקים אלו. האם הקביעה שלפחות אלו מהם שאינם עוסקים תקופה ארוכה (של למעלה משבע שנים) חייבים לעמוד בתנאים החדשים של החוק ולעמוד בבחינות כשירות היא כה בלתי־מידתית עד כדי שיש בה כדי להצדיק פסילת הוראת חוק? האם אין לומר, כי דווקא באיזון הפנימי בין הוראות חוקתיות יש מקום לברך את הכנסת על כך שבחרה להגן על זכויות המשקיעים?

בית־המשפט גם פסק, כי השוואת מעמדו של מי שעסק בניהול תיקים פחות משבע שנים למעמדו של עוסק חדש אינה מידתית. ההחלה הרטרואקטיבית של החוק על אנשים שעסקו בתחום זה בעבר אף פחות משבע שנים היא, אליבא דהנשיא ברק, לא רק פגיעה בציפייה של העוסקים, אלא גם בזכות לחופש העיסוק, ולעתים אף בזכות הקניין שלהם.[59] נראה, כי בקביעה זו בית־המשפט מקדם מבנה מדורג של זכויות מוקנות. התפיסה החברתית העולה מקביעה זו היא תפיסה הירכית, המקדשת את הוותק אל מעבר לתכלית החקיקה שיועדה, כאמור, לקדם אינטרסים פרטיים וציבוריים חשובים.

עמדתו המרחיבה של הנשיא ברק בפסק־הדין בנוגע לזכות לחופש העיסוק ולזכות הקניינית באה לידי בטוי גם במאמרו, שם הוא קובע כי קניין הוא כל אינטרס אשר יש לו ערך כלכלי, וגם בפסק־הדין בעניין בנק המזרחי.[60] תפיסתו זו מעניקה למעשה הגנה חוקתית, בין אם היא קניינית ובין אם היא נכנסת לגדר חופש העיסוק, לאינטרסים כלכליים ולציפיות רחבי־היקף. תפיסה כה רחבה של הזכות החוקתית לקניין ולחופש העיסוק מזכירה במידת־מה את תיאורו של מורטון הורביץ את השפעת הרחבתו של מושג הקניין בסוף המאה ה־19 בארצות־הברית. הורביץ מתאר כיצד ההתמוטטות ההדרגתית של התפיסה הפיזיקלית

58. שם, שם.

59. ראו שם, סעיף 53. והשוו לעמדת בית־המשפט בעבר לגבי שינויים רטרואקטיביים בחוק ההתיישנות שפגעו בזכויות קניין בקרקע אצל אלכסנדר (סנדי) קדר, "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל", עיוני משפט כא (תשנ"ח) (טרם פורסם).

60. לעיל, הערה 3, עמ' 433-429.

nevo.co.il

של הקניין חיזקה את תפיסת הקניין כמגן לא רק על עצמים מוחשיים, אלא על מערכת הולכת ומתרחבת של ציפיות. בשלב זה, הורביץ מסביר –

> ...American courts came as close as they had ever had to saying that one had a property right to an unchanging world...[61]

אכן בית־המשפט סבור כי "עוסקים ישנים־ותיקים (כלומר אלו העוסקים בתחום פחות משבע שנים, אך יותר משנתיים־שלוש – ע"ז ו־ס"ק) השקיעו שנים רבות מחייהם בביסוס עיסוקם. אינטרס ההסתמכות שלהם הוא כבד. הנזק שיגרם להם, אם לא יעמדו בבחינות, עולה על התועלת לחברה מהעמדתם בחובת הבחינות".[62] לדעת בית־המשפט,

> נקודת החיתוך של הוראות המעבר (סעיף 48 בחוק תיקי ההשקעות לעניין חובת הבחינות, המבחינה בין מי שעסק בעבר לפחות שבע שנים בניהול תיקי השקעות לבין מי שעסק בעבר תקופה קצרה משבע שנים איננה מידתית. אין היא מתחשבת דיה בנסיון החיים ובאינטרס ההסתמכות של העוסקים הישנים... יתכן שניתן היה לקבוע כי נקודת החיתוך תהיה למשל, ארבע שנים או חמש שנים או תקופה דומה אחרת אך לא שבע שנים. נקודת החיתוך של שבע שנים מצויה מעבר למידתיות.[63]

האומנם? האם ניתן לומר כי בית־משפט אינו נכנס לגדר פעולתה של הרשות המחוקקת כאשר הוא קובע, כי פעילות במשך חמש שנים היא עדיין מידתית; ואילו פעילות במשך שבע שנים כבר אינה כזו? האם יש דבר־מה בתקופה של שבע שנים השונה מהותית מתקופה של חמש שנים?[64] האם כל מי שעוסק בתחום מסוים במשך תקופה העולה על

---

61. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law* 1870-1960 – *The Crisis of Legal Orthodoxy* (Oxford University Press, New York, 1992), 151.
ראו גם מאמרה של אורית חביב־סגל, "דיני חברות, והמטרייה החוקתית שנפרשה בחוקי־היסוד", ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"ו (אריאל רוזן־צבי – עורך, פפירוס, תשנ"ז) 205.

62. פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות (לעיל, הערה 2), בסעיף 61 לפסק־הדין של הנשיא ברק.

63. שם, בסעיף 63.

64. קביעה זו נעשתה על־ידי בית־המשפט לאחר שהוא מדגיש, כי הוא "לא בא להחליף את שיקוליו של המחוקק בשיקוליו שלו... הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק", ש"יש להכיר בכח התימרון ובמרחב שיקול הדעת של המחוקק" וכי "הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראה של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק־יסוד". בית־המשפט גם

nevo.co.il

שנתיים־שלוש או חמש, קונה לו זכות קניינית/חופש עיסוק לעסוק במקצוע זה באופן בלתי־מיומן? האם די בכך כדי להקנות פטור מבחינות? לדעת אחד־עשר שופטי בית־המשפט העליון התשובה לכך היא חיובית. תשובתם היא למעשה, כי לעוסקים אלו זכות קניינית או זכות לחופש העיסוק, שעולמם לא ישתנה. למעשה בית־המשפט קובע כי כל מי שעוסק במשך שנים מועטות בעיסוק זוכה בזכות מוקנית לעסוק בו אף באופן בלתי־מיומן. זכות זו עדיפה על זכויות המשקיעים או האינטרס הציבורי.

אם נחזור כעת למבחנים שגיבשנו על תפקידה של הביקורת השיפוטית, נראה כי בפסיקתו במקרה של מנהלי ההשקעות בית־המשפט אינו פועל על־פי מבחנים אלו. ציבור מנהלי ההשקעות הוא ציבור מאורגן, היודע להשמיע את קולו במסדרונות הכוח והפרלמנט. הוא אינו אחד מקבוצות־המיעוט הזקוק לפה של בית־המשפט העליון. אם כבר יש ציבור שאינו מיוצג די צורכו במקרה זה, הרי אלו המשקיעים.[65] לדעתנו פעולתה של הכנסת במקרה זה נופלת ללב מתחם הלגיטימיות של תפקידיה, במסגרת התיאוריה הדמוקרטית־ליברלית; ואם היה מקום להתערבותו של בית־המשפט העליון, אולי היתה צריכה להיות זו התערבות בכיוון ההפוך.[66]

נוסף על כך, באיזון הפנימי בין אותו סעיף שנפסל על־ידי בית־המשפט לבין אותן הוראות שאושרו נראה כי בית־המשפט נטה להגנתם של מי שכבר מצוי ומבוסס במקצוע ייעוץ השקעות וניהול תיקים ובעיקר להגנת חברות גדולות העוסקות בתחום (כמו הבנקים), ופגע דווקא במי שמעוניין להתחיל לעסוק במקצוע זה או בעוסקים האינדיבידואלים בתחום. דרישת ההתאגדות ובעיקר דרישת ההון העצמי של 300,000 ש"ח, שקיבלו את גושפנקת בית־המשפט, הן מכשול ממשי מאותם פרטים המעוניינים והמוכשרים לעבוד בעיסוק הזה. דרישות אלו אינן מכבידות על הבנקים ויש לזכור שהיו אלו דווקא הבנקים אשר עמדו במוקד הבעיות שהתעוררו בנוגע לניהול השקעות וייעוץ להן. טענת העותרים כי החוק מפלה יחידים לעומת בנקים המנהלים תיקי השקעות, הן באשר להתאגדות ולהון העצמי והן בנוגע לאיסור פעולה עצמית, נדחתה כלאחר יד על־ידי בית־המשפט.

ראוי לציין, כי לצד פסק־דינו של הנשיא, שאליו הצטרפו בהסכמה תשעה שופטים, נכתבה גם חוות־דעת נוספת על־ידי השופטת דורנר. על־אף שהשופטת דורנר מצטרפת למסקנות פסק־הדין, מחוות־דעתה עולה חוסר־נחת מסוים מדרך ההנמקה של הנשיא. ראשית, היא מציינת כי ראוי שבית־המשפט יאמץ דרגות בדיקה שונות באשר למילוי תנאי פסקת ההגבלה, המיושמות על הזכויות השונות. דרגות בדיקה אלו צריכות להיות תלויות

מציין, כי "החובה לבחור באמצעי שפגיעתו פחותה, אינה שקולה כנגד החובה לבחור באמצעי שבאופן מוחלט הוא הפוגעני פחות..." (כל הציטטות מסעיף 19 לפסק־הדין).

65. אם כי נקודה זו אינה ברורה לחלוטין. ייתכן שציבור המשקיעים אצל יועצי השקעות ומנהלי השקעות הוא ציבור חזק־יחסית, ואולי לא פחות חזק מאשר ציבור מנהלי התיקים. זוהי שאלה אמפירית שלא הועלתה בדיון בבית־המשפט. אך גם אם נצא מנקודה זו, הרי שמדובר בשתי קבוצות חזקות, ובמקרה זה, על־פי המבחנים שהצענו בחלק א למאמר, אין מקום להתערבות בית־המשפט, אלא די בהסדר שהכנסת הגיעה אליו בעניין זה.

66. התערבות כזו כמובן לא נתבקשה, ולכן אין למתוח ביקורת על בית־המשפט בעניין זה.

nevo.co.il

במידת חשיבותה של הזכות שנטען כי פגעו בה. היא מציינת כדוגמא את ארצות־הברית, שבה ממוקמות זכויות כלכליות בתחתית הסולם. שנית, השופטת דורנר מציינת שגם במסגרת חופש העיסוק ראוי לאמץ רמות בדיקה שונות, המותאמות לערכים ולאינטרסים הנפגעים במקרה ספציפי וליחס ביניהם לבין מטרת הפגיעה. היא קובעת, כי "בענייננו, הרציונל העומד ביסוד חופש העיסוק של העותרים הוא ענינם האישי במשלח ידם. רציונל זה חשוב, אך אין מדובר בזכות על".[67] קריאתנו הסובייקטיבית בדברים אלו היא, כי יש בהם הסתייגות מסוימת מבחירת הסוגיה של תקופת הפטור של מי שעוסק בייעוץ השקעות כפריט היחידי שבית־המשפט בחר לפסול מכלל הוראות החוק; ואולי אף הסתייגות מהבחירה הכוללת של חוק יועצי ההשקעות להיות נשוא ההחלטה הראשונה של בית־המשפט העליון, הפוסלת חוק של הכנסת כמנוגד למגילת־הזכויות החוקתית.

ניתן לטעון, כי בית־המשפט העליון ביצע מהלך מחושב שמטרתו העיקרית (ואולי הבלעדית) היא ביסוס סמכותו לבצע ביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים. לשם כך בחר לו במכוון מקרה "קל" ועניין "שולי" שלא יעורר סערות ציבוריות והתנגדות מכיוון הרשות המבצעת והמחוקקת. בסך־הכול בית־המשפט ביטל מתוך מכלול הוראות חוק, שגם כך אינו טעון במיוחד מבחינה פוליטית, רק חלק מהוראות המעבר. על־פי קו־הטיעון האמור, נועד מהלך זה ליצור לגיטימציה או תקדים שיאפשר ביקורת מעמיקה יותר בעתיד. מהלך דומה ננקט בפרשה המפורסמת של *Marbury v. Madison* שבה בית־המשפט העליון האמריקני נטל לעצמו את סמכות הביקורת השיפוטית על חוקיותם של חוקים במקרה שבו תוצאות ההחלטה פגעו דווקא בו.[68] ייתכן שזו היתה מטרת בית־המשפט העליון, אך אין להתעלם מהעובדה שבניגוד למקבילה האמריקנית, לפסק־הדין הנוכחי גוון אידיאולוגי כלכלי־חברתי די מובהק. הוא מגן על קבוצה מבוססת בת המעמד הבינוני־עליון על חשבון הרוב הזקוק להגנה על נכסיו. על־כן גם אם מטרת בית־המשפט היתה השגת לגיטימציה, הסימבוליקה בבחירה דווקא במקרה זה – כשניתן להצביע על מקרים רבים אחרים של הפרות זכויות בוטות יותר שבית־המשפט נידרש להכריע בהם, יש בה כדי לתמוך בטיעוניו של מרמור. זאת לא היתה בחירה מוצלחת.

ה. סיכום

בתחילתה של רשימה זו הצגנו את מוסד הביקורת השיפוטית כאחד מהמיכניזמים המרכזיים ל"תיקון" הפגמים הנורמטיביים שהם תוצר של אימוץ כלל הכרעה של רוב קולות. את הביקורת השיפוטית ניתן לשייך לקבוצת מיכניזמים נוספים המאוגדים תחת הכינוי הכללי

67. פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות (לעיל, הערה 2), בסעיף 9 לפסק־הדין של השופטת דורנר.

68. *Marbury v. Madison* 1 Cranch 137, 2 LEd 60 (1803). קבלת העתירה במקרה זה משמעותה היתה איבוד כוחו של בית־המשפט העליון האמריקני להוציא צו־מנדמוס כערכאה מקורית. בית־המשפט העליון פסק, כי חוק המקנה לו סמכויות הוא בלתי־חוקתי, אך כמובן תוצאת פסיקתו היתה התקדים כי בית־המשפט מוסמך לבקר חוקיותם של חוקים.

nevo.co.il

של "הפרדת רשויות".[69] במסגרת זו אחד מתפקידיו של בית־המשפט העליון הוא, מחד גיסא, לשמש פה למיעוטים שאינם מיוצגים כלל (כמו תושבי השטחים או עובדים זרים) או שאינם מיוצגים כראוי (כמו תושבי הדיור הציבורי ומחוסרי־הדיור) בהליך ההכרעה, ומאידך גיסא, להקטין את השפעתם של מיעוטים המצליחים באמצעות קבוצות־אינטרס להגדיל מעבר למשקלם את ההשפעה על תוצר ההכרעה החברתית (לדוגמא: המחזיקים היהודים בקרקעות חקלאיות).[70] מנהלי ההשקעות ויועצי ההשקעות אינם נימנים עם קבוצות הראויות להגנה א־פריורית כזו. ציבור מנהלי ההשקעות ויועצי ההשקעות הוא ציבור מאורגן, היודע להשמיע את קולו במסדרונות הכוח והפרלמנט, ואם כבר יש ציבור שאינו מיוצג די צורכו במקרה זה, הרי זה דווקא ציבור המשקיעים הקטנים.

בפסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות, כמו גם במאמרו על החוקה הכלכלית, קבע הנשיא ברק כי אין זה תפקידו של בית־המשפט לעסוק בעניינים של מדיניות, שהרי אלו מוטלים על המחוקק. כל שהוא עושה הוא לפעול באופן הכרחי ליישום חוקי־היסוד ולשמירה על גבולותיהם המוגדרים. בית־המשפט – אליבא דברק – אינו מקדם עמדה חברתית, אלא פועל ליישום דווקני של הוראות חוקי־היסוד החדשים. ביטול חקיקה של הכנסת אינה דבר של מה בכך, אך

> ריסון שיפוטי אסור לו שיביא לשיתוק שיפוטי. כאשר המחוקק פוגע בזכות אדם המעוגנת בחוקי־היסוד... אין מנוס מנקיטת עמדה שיפוטית ברורה. כשם שאיננו הופשיים לבטל חוק אך משום שלא היינו מחוקקים אותו אילו היינו חברי הגוף המחוקק, כך איננו בני חורין להמנע מביטול חוק אך משום שהמחוקק ראה לנכון לחוקק אותו. עלינו השופטים הוטל התפקיד החוקתי של שמירת אמות המידה לחוקתיות החוק הקבועות בחוקי־היסוד ומניעת חריגה מגבולותיהן.[71]

69. על מיכניזמים נוספים בקבוצה זו ראו עלי זלצברגר, "דוקטרינת הפרדת הרשויות ותפקיד היועץ המשפטי לממשלה בישראל", *פלילים* ה (תשנ"ז) 149, עמ' 152-161.

70. טלו, לדוגמא, את נושא הפשרת הקרקעות החקלאיות. המחזיקים היהודים בקרקעות החקלאיות הם מיעוט מספרי קטן בחברה הישראלית, אך מיעוט זה נהנה מייצוג חזק במיוחד במפלגות הפוליטיות המרכזיות וגם בגורמי הכרעה נוספים, כגון מועצת מינהל מקרקעי ישראל. לעומת זאת, מבחינה כמותית, תושבי הדיור הציבורי, מחוסרי־הדיור ושאר אזרחי המדינה שאינם מחזיקים בקרקע חקלאית הם באופן פורמלי קבוצת־הרוב. מהותית, עקב עוצמת הייצוג של נציגי המגזר החקלאי במערכות אלו מתקבלות החלטות הפוגעות באופן מובהק בזכויות הרוב ומפלות אותו לרעה. עתירה ציבורית כנגד הענקת הטבות מפליגות לקבוצה זו לא התקבלה – ראו בג"צ 5652/95 כחולי נ' ראש ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם, ניתן ביום 18.2.98 מפי הנשיא ברק והשופטים דורנר וטירקל). ראו גם אליסה אודנהימר וזיו מאור, "נדחו העתירות כנגד הפיצויים לחקלאים", *הארץ*, 19.2.98, 4ג.

71. פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות (לעיל, הערה 2), בסעיף 20 לפסק־הדין של הנשיא ברק.

nevo.co.il

מדברים אלו משתמע היעדר־בחירה של השופט. הוא כפוף להוראות חוק־היסוד ועליו למלאן. גישה זו מבטאת תפיסה פורמליסטית של העשייה השיפוטית. עמדתנו הפוסט־ריאליסטית מביאה אותנו לטעון, כי ניסוח חוקי־היסוד החדשים רחב מכדי שניתן יהיה לטעון כי לשופטי בית־המשפט העליון אין שיקול־דעת באכיפתם. השופט הולמס יצא כבר בסוף המאה שעברה כנגד הסכנה הקיימת מהאמונה כי ניתן להגיע למסקנות משפטיות "From some general axioms of conduct ...like mathematics".[72] הנשיא ברק עצמו הוא אחד מחסידי הגישה המכירה בשיקול־דעת שיפוטי.[73] בבחירה של עניין יועצי השקעות כמושא הביקורת השיפוטית הראשונה שצלחה ובהכרעה עצמה הגשים ברק שיקול־דעת זה ביישמו פרשנות ליברטריאנית לחוק־יסוד: חופש העיסוק – פרשנות שעולה בקנה אחד גם עם מאמרו על החוקה הכלכלית.

למרות הקו שבא לידי ביטוי בעניין יועצי ההשקעות, מכיר הנשיא ברק במאמרו בכך שמטרת חוקי־היסוד היא בראש־ובראשונה לעגן את זכותו של האדם לכבוד אנושי. באופן דומה במאמרו על חוק־יסוד; חופש העיסוק, גרס ברק, כי "החוק נגזר במהותו מן העיקרון החוקתי של פיתוח האישיות, המעוגן בכבוד האדם וחירותו. חופש העיסוק אינו אלא ביטוי מוחשי לכבוד האדם וחירותו".[74] על־פי קביעות אלו, גם מי שדוחה את הגישה המרחיבה בנוגע לפרשנות שיפוטית ודוגל בפרשנות מסורתית – דוקטרינרית ופנימית – של חוקי־יסוד אלו, צריך להגיע למסקנה כי הם לא נועדו לקדם מדיניות ליברטריאנית המציבה את עקרון השוק החופשי והתחרות המשוכללת מעל לכל עיקרון אחר. הדגש של חוקי־היסוד על ערך האדם, קדושת־חייו, כבודו וחירותו, לצד ניתוחנו התאורטי את תפקיד מוסד הביקורת השיפוטית, מובילים אותנו לדחות את הפרשנות שהביאה את בית־המשפט העליון להשתמש דווקא במקרה של יועצי ההשקעות כמקרה החלוצי שבו בוטלו הוראות חוק של הכנסת, ולקרוא לבית־המשפט העליון לזנוח פרשנות ליברטריאנית של חוקי־היסוד ולאמץ תחתיה פרשנות שלה גוונים ליברליים – סוציאל־דמוקרטיים.

כאמור, מאמר זה הוא בדיקה ראשונית ותגובה מהירה לשלושה טקסטים: מאמרו של אנדרי מרמור, הרצאתו של פרופסור ברק, ופסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות. עדיין לא עשינו מחקר משווה מעמיק הבוחן את כלל הכרעותיו החברתיות/כלכליות של בית־המשפט העליון, או את האופן שבו הוא מעצב את החוקה החברתית הכלכלית לאחר חקיקת חוקי־היסוד החדשים. מכיוון שכך, אולי מוקדם עדיין לטעון בצורה נחרצת כי דבריו של ברק ופסק־הדין משקפים מגמות ברורות של בית־המשפט העליון. עם זאת, מאמרו של ברק חשוב כשלעצמו. הוא משמש תעודת־זהות אידיאולוגית של נשיא בית־המשפט העליון שלנו. זאת ועוד: פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות אינו סתם פסק־דין. הוא פסק־הדין הראשון שבו פסל בית־המשפט העליון חוק של הכנסת בהסתמך על חוקי־היסוד החדשים. פסק־הדין הוא יישום של הגישה שהותוותה במאמרו של ברק והוא התקבל פה אחד על־ידי רובם המכריע של שופטי בית־המשפט העליון.

72. Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* (1897) 457.
73. ראו אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז).
74. ברק, לעיל, הערה 38, 200.

nevo.co.il

הערכה מבוססת יותר של כיווניו של בית־המשפט העליון תיתכן, כאמור, רק על בסיס מחקר מעמיק יותר. במחקר כזה יש לבחון את מדיניותו החברתית/כלכלית של בית־המשפט לא רק במקרים שבהם הוא מחליט להתערב, אלא לא פחות מכך – גם באלו שבהם הוא מחליט שלא להתערב. רק כך ניתן לראות את מתחם פעילותו המלא ואת שרטוט סדרי־העדיפויות של בית־המשפט. כמו־כן יש צורך לבחון לא רק את הכרעותיו של בית־המשפט העליון במקרים הקשים של ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים, אלא לא פחות מכך – את החלטותיו להתערב או שלא להתערב במקרים ה"קלים" יותר של החלטות מינהליות. בדיקה אקראית של חלק מפסיקתו של בית־המשפט העליון מורה, כי התמונה המצטיירת מורכבת. איננו מסכימים עם גישתו של מרמור, כי בית־המשפט מתערב רק במקרים של הגנה על זכויות מן הסוג הפיקנטי. נראה כי בתחומים של זכויות אזרח, לפחות במגזר היהודי, בית־המשפט תורם תרומה חשובה לביצור זכויות ולהרחבת האוטונומיה האנושית.[75]

עם זאת, אם אכן מתייחסים ברצינות למטרות חוקי־היסוד החדשים וליעדיהם ואת הקריאה לפרש את הזכויות המנויות בהם באופן המקדם את כבודו של האדם ואת חירותו, נראה לנו כי הגנת כבודם וחירותם של בני אדם הנעדרים תנאי דיור מינימליים, המצויים ללא טיפול רפואי בסיסי או השרויים בחוסר־כול, צריכה להיות קודמת להגנת כבוד האדם והחירות של פירמה שהוטלו עליה מגבלות מסוימות בקשר ליכולת העיסוק שלה, או של אנשים המחויבים לעבור מבחני כשירות כדי לעסוק במקצוע מסוים. הגנת זכותו של אדם למקום־מגוריו, שהיא אולי הפרדיגמה של זכות הקניין – שבה משולבים באופן ההדוק ביותר התפיסה של ביטחון, ודאות, קשר אישי למקום ולקהילה, ורכוש – צריכה להיות קודמת להגנת נושים מפני מחיקת חובם. קשה כמעט לתאר פגיעה רכושית הסותרת יותר את עקרונות כבוד האדם מהריסת ביתו של אדם. אך בעוד שבית־המשפט מצא לנכון להקדיש תלי תלים של דיונים בנושא היקף הפגיעה בזכות הקניין של נושים בפסק־הדין בעניין בנק המזרחי, ובעוד שהוא הקדיש דיון מעמיק לשאלת זכותם של יועצי ההשקעות – הרי הפגיעה בזכות הקניין הפרדיגמטית עוברת על־פי רוב כמעשה שגרה בבית־המשפט, ללא בדיקה מדוקדקת של תכלית ראויה, מידתיות וכו'. נראה אפוא שלפחות בחלק מן המקרים מיעט בית־המשפט להושיט סעד במקרים הנראים קרובים יותר לגרעין המושג "כבוד האדם וחירותו", ולעתים פנה אף לכיוון המצמצם זכויות אלו בפסיקתו. גישה זו ניכרת במיוחד בעניינים הקשורים לשסע היהודי־ערבי, בפסיקותיו של בית־המשפט בענייני השטחים, ובמידה מסוימת, גם בתחומה של מדינת ישראל עצמה.[76]

.75 פסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות (לעיל, הערה 2), בסעיף 20 לפסק־הדין של הנשיא ברק.

.75 עיון בדו"חות של האגודה לזכויות האזרח, למשל, מלמד כי בית־המשפט העליון התערב פעמים רבות לטובת הרחבת חופש הביטוי, חופש הדת, ובמקרים מסוימים – אף הזכות לשוויון. ראו האגודה לזכויות האזרח בישראל, התדיינויות עקרוניות (ינואר 1997).

.76 לאופן שבו בית־המשפט דחה את בקשתם של ערבים להכיר בזכותם לקרקע שבה החזיקו במשך שנים רבות ראו, למשל, ע"א 520/89 מדינת ישראל נ' ע' א' שיבלי ואח', פ"ד מו (2) 81; ואת הרקע להחלטה זו אצל קדר (לעיל, הערה 59). ראוי לציין שהחלטה זו ניתנה

שוב, אם נחזור למבחן שהצענו, הרי שכשמדובר בקבוצת־מיעוט, הנעדרת את הכלים המשפטיים והפוליטיים המינימליים לשותפות במשחק הפוליטי, ראוי שבית־המשפט יתערב וישמש פה לאותם אנשים. במקרים של הריסות בתים אין צורך שבית־המשפט יפעיל את הנשק הלא־קונבנציונלי של פסילת חוקים; די אם יפעיל בצורה רצינית את העילות המינהליות. אם אינו מסוגל לעשות כן, אם מגבלות העוצמה הפוליטית של בית־המשפט מונעות ממנו זאת, עדיף שיחשה ולא יאמר דבר, מאשר שפסק־דין לאחר פסק־דין יעניק לגיטימציה לפגיעות חמורות אלו.[77] אם אכן כבוד האדם וחירותו הם נר לרגליו של בית־המשפט, ראוי שיפעל קודם־כול במקומות בהם הפגיעה בזכויות אלו היא החמורה מכול. יועצי ההשקעות, כמו גם הבנקים הנושים במושבים (ונראה כי לא פחות מכך גם המושבים החייבים לבנקים) מאורגנים היטב, מיוצגים בכל מוקדי־הכוח בחברה הישראלית וזכויותיהם החברתיות והכלכליות אינן נמצאות בסכנה. ואם במקרה זה או אחר בית המחוקקים פוסק כי האיזון בין ביטחון הציבור בהשקעותיו לבין החופש של אדם להמשיך בעיסוק שעסק בו בעבר עובר בתקופה של שבע שנים, מה לבית־המשפט להפעיל את הנשק הבלתי־קונבנציונלי הזה? היכן ההצדקה לכך בהתחשב בעובדה שבית־המשפט אינו משתמש בנשק הקונבנציונלי במקרים המשוועים לעזרתו – מקרים שבהם אנשים שאינם אזרחי המדינה מוחזקים כ"קלפי מיקוח" לצורך שחרור שבויים ישראלים, אנשים מפונים

לפני חקיקת חוקי־היסוד החדשים. ראו גם בג"צ קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'. במקרה זה דובר בעתירה שהוגשה על־ידי האגודה לזכויות האזרח בשם בני זוג ערבים אזרחי המדינה שביקשו לרכוש חלקת קרקע באזור מסוים בישוב קציר. בקשתם נדחתה היות ונטען כי אזור זה (הממוקם על קרקע בבעלות המדינה) מיועד לקלוט יהודים בלבד. הנשיא ברק אמר בדיון שנערך בתאריך 17.2.98, כי זו אחת הסוגיות הקשות ביותר שנדרש להכריע בהן. הנשיא הפנה את הצדדים, קרי בני־הזוג, ומולם – מינהל מקרקעי ישראל, משרד הבינוי והשיכון, המועצה המקומית, הסוכנות היהודית, התאחדות האיכרים והאגודה השיתופית קציר – למגשר, על־מנת למצוא פתרון לנושא. ראו גם משה רינפלד, "בג"צ ממליץ למצוא 'פתרון הולם' לזוג הערבים המבקשים לרכוש קרקע בקציר", הארץ, 18.2.98, א7. ראו גם Serge Schemann, "Israeli learns some are more Israeli than others", New York Times, Sunday, February 29, 1998 at p.1.

77. לפסקי־דין בנושא הריסת בתים שניתנו לאחר חקיקת חוקי־היסוד החדשים ראו, למשל, בג"צ 6026/94 נזאל ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח (5) 338; בג"צ 1730/96 ואח' סביח ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון ואח', פ"ד נ (1) 353; בג"צ 2006/97 ג'נימת ואח' נ' אלוף פיקוד המרכז (טרם פורסם); ופסק־הדין שניתן לאחרונה בעניין קרובי המשפחה של חברי חוליית צוריף, שבו נדחתה בקשתם של החשודים בקרבה משפחתית לחשודים בפיגוע לדחות את ההריסה עד לעריכת בדיקה גנטית בחו"ל. כן נדחתה הטענה כי אטימת בתיהם אינה מידתית. ראו בג"צ 6299/97 עבדאללה ואח' נ' המפקד הצבאי ביו"ש (טרם פורסם). ראו גם Dan Simon, "The Demolition of Homes in the Israeli Occupied Territories", 19 *Yale Journal of International Law* (1994) 1.

מבתים שבהם גרו במשך שנים,[78] מקרים שבהם אחדות התא המשפחתי בסכנה,[79] מקרים

78. ראו, למשל, בג"צ 2966/95 הרש ואח' נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם), שבו בית־המשפט אינו מוכן להושיט סעד לבני משפחת הג'אהלין מפני פינוים משטח שבו החזיקו במשך שנים מספר. השוו את עמדת הנשיא ברק ואת אי־השימוש בחוקי־היסוד, מחד גיסא, למבחנים המדוקדקים שהוא מפעיל בפסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות, ומאידך גיסא, לעמדת השופטת דורנר הסבורה, כי יש לאפשר לעותרים לנסות ולהוכיח כי הם מחזיקים בקרקע כ-40 שנה. ראו גם עמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון (ניתן ביום 13.11.97 מפי הנשיא ברק ובהסכמת השופט קדמי, השופטת דורנר בדעת מיעוט).
במקרה זה דובר בערעורם של קבוצת עצירים מינהליים לבנונים שהוחזקו במעצר מינהלי במשך תקופה ארוכה כדי לשמש "קלפי מיקוח" לקידום שחרורם של שבויים ונעדרים ישראליים. הטענה המרכזית בערעור היתה, כי מכיוון שלא נשקפת סכנה לבטחון המדינה מן העצור עצמו, הרי טעמים של הגנה על כבוד האדם וחירותו אינם מאפשרים מעצר זה. הנשיא ברק קבע כי פדיון שבויים מהווה טעם של בטחון המדינה, וממלא גם תפקיד חשוב בכל הקשור במורל הצבא. ברק הכיר בכך שמעצר אדם כדי שיהווה "קלף מיקוח" מהווה "פגיעה חמורה בכבוד האדם, שכן העצור נתפס כאמצעי להשגת המטרה ולא כמטרה בפני עצמה. המעצר פוגע, בנסיבות אלה, באוטונומיה של הרצון...", אך לדעתו, פגיעה זו מחויבת המציאות הבטחונית והמדינית (בסעיף 12). המערערים גם טענו כי החזקתם במעצר מינהלי במשך שנים היא במידה העולה על הנדרש. ברק שוכנע כי בנסיבות המקרה אין כל אלטרנטיבה שניתן לנקוט תוך פגיעה קטנה יותר בזכויות־היסוד של המערערים. ראו גם את דעת המיעוט הנוקבת של השופטת דורנר הסבורה, כי לאחר חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לא ניתן לפרש את חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), תשל"ט-1979, כמאפשר החזקת אנשים במעצר מינהלי כ"קלפי־מיקוח". לדבריה, עמדת שופטי הרוב "מובילה לפירוש החוק כמאפשר מעצר, לתקופה בלתי מוגבלת, של אדם כלשהו, ובלבד שבמעצר יש תועלת, ולו עקיפה, לבטחון המדינה. סמכות גורפת ובלתי מוגבלת כזו אינה מוכרת אף על פי דיני המלחמה שמתחום המשפט הבינלאומי. אין באפשרותי להכיר בקיומה על־פי החוק הישראלי" (בסעיף 2 לפסק־דינה).

79. דוגמא עכשווית של פסק־דין שאינו עוסק בסוגיה שבה מוגבל כוחו (הפוליטי) של בית־המשפט להושיט סעד היא בג"צ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם). בית־המשפט דחה שם את הבקשה להאריך את אשרת־הביקור של בניה של הררי, בורמזית לשעבר, מנישואיה הראשונים. העותרת טענה, כי אביהם של בניה נפטר ואין להם בית אחר זולת בית אמם בארץ. לטענתה, הסירוב להאריך את שהייתם, הוא פגיעה בזכות לכבוד לפי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית־המשפט לא הקדיש שורות רבות לבחינת האיזונים הקיימים בחוק, אלא קבע, כי "ענייננו בעותרים בוגרים, העומדים ברשות עצמם. ככאלה לא ניתן לומר עליהם כי זכותם האלמנטרית לגור עם אמם, וכי מחובתה שלה גם כיום לחנכם ולתמוך בהם נפשית וכלכלית כשהם לידה.... כנגד האינטרס של העותרים לגור בצוותא בארץ עומד לנגד שר הפנים השיקול שלא לפתוח פתח לכניסתם של זרים רבים, שמצבם כמצב העותרים, המתדפקים אף הם על שערי המדינה." חשוב לציין, כי בית־

nevo.co.il

שבהם חינוכם של בני־אדם נפגם?[80]

המשפט אינו סבור כלל כי לאם, כאזרחית המדינה, ישנה אף זכות לכאורית, שילדיה יגורו עמה – זכות שיש לבחון אם הפגיעה בה עומדת בפסקת ההגבלה. השוו זאת לעמדת בית־המשפט בעניין יועצי ההשקעות, שבו לקח כברורה מאליה את הפגיעה, והדיון נסב רק על השאלה, האם הפגיעה מוצדקת. אם עוסקים בכבוד האדם, באנושיותו, יש לתמוה מדוע בית־המשפט לא נכנס לעובי הקורה של המקרה.

80. קשה שלא להשוות את עמדתו של בית־המשפט בפרשת יועצי ההשקעות עם עמדתו בבג"צ 7715,1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט ואח', פ"ד נ (3) 2. במקרה זה נדחתה עתירה בנושא מימון תוכנית חינוכית פסיכולוגית, שמטרתה לאפשר התפתחות קוגניטיבית תקינה לילדים הגדלים בתנאים של קיפוח ומצוקה סביבתית קשה. בין השאר נטען, כי לא קיימת תוכנית אלטרנטיבית לגיל"ת ולכן אי־מימוש התוכנית משמעו הפסקה מוחלטת של הטיפוח החינוכי של העותרים וילדים נוספים ללא יצירת כל תחליף. העותרים טענו, בין השאר, כי "זכות היסוד לחינוך... חיונית למימוש זכות היסוד לחירות ומהווה תנאי הכרחי למימוש מהותי של זכויות יסוד אחרות כמו חירות המחשבה, הזכות לבחור והזכות להופש עיסוק" (עמ' 24). השופט אור הסכים, כי "החינוך הוא, בלי ספק, מכשיר חשוב בהבטחת זכויותיו וחירויותיו של כל פרט ופרט" (שם), אך המשיך וקבע כי בעמדה זו

> אין כדי לחייב את המסקנה כי קיימת בשיטתנו זכות יסוד חוקתית לחינוך. זכות יסוד חוקתית טעונה עיגון חוקתי... המסמך החוקתי היחיד אשר עשוי להיות רלבנטי לטיעון זה הוא חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק זה אינו מעגן במפורש את הזכות לחינוך. האם ניתן לטעון, כי במסגרת זכותו של כל אדם לכבוד, המעוגנת בחוק זה כלולה גם הזכות לחינוך? טענה זו מניחה "מודל רחב"בפרשנות הזכות לכבוד. מודל כזה מעורר קושי ניכר (עמ' 25).

כדי לבסס את עמדתו כי אין זכות חוקתית לחינוך השופט אור מתבסס על עמדתו של הנשיא אהרן ברק בספרו פרשנות במשפט (כרך שלישי – פרשנות חוקתית, גבו, תשנ"ד), ומצטט מתוך עמ' 423:

> ...אכן, אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, נפגע בכבוד האדם שבו. הוא הופך לאובייקט. מכאן אין לעבור לקיצוניות, המאפיינת את המודל הרחב לפיו יש לו לפרט זכות כנגד המדינה לחיים טובים יותר. על כן ספק בעיני אם ניתן להסיק מכבוד האדם זכות לחינוך, להשכלה, לבריאות ולרווחה חברתית. יחד עם זאת ניתן להסיק מכבוד האדם את הזכות לסיפוק צרכים בסיסיים לקיום אנושי.

השופט אור ממשיך וקובע, כי "ברוח דברים אלה, הנני סבור שאין לגזור מזכותו של אדם לכבוד את קיומה של זכות יסוד חוקתית לחינוך." שאלת הסתמכותם של הילדים על הטיפול שקיבלו והנזק שייגרם להם אם הטיפול ייפסק ללא מתן טיפול אלטרנטיבי לא נפתרה ואף לא נידונה באותה מידת פירוט שבה בוחן בית־המשפט את זכותם של יועצי ההשקעות הישנים־ותיקים, למשל. השופטים דורנר וטל השאירו בצריך עיון את שאלת הזכות

nevo.co.il

תחילתה של רשימה זו בניסיון להראות, כי מוסד הביקורת השיפוטית הוא מוסד רצוי ואף חיוני במסגרת התיאוריה הדמוקרטית־ליברלית. סופה בביקורת על הדרך שבה הופעל מוסד זה עד כה וקריאה לבית־המשפט העליון לאמץ נתיבי פרשנות אחרים לחוקי־היסוד החדשים. במגזר היהודי מילא בית־המשפט העליון תפקיד חשוב בגיבוש זכויות־היסוד הקלסיות עוד לפני חקיקת חוקי־היסוד החדשים. בפסק־הדין בעניין יועצי ההשקעות מימש בית־המשפט את המהפכה החוקתית והפעיל "כלי נשק בלתי קונבציונלי" רב־עוצמה. נשק זה יכול להיות "מכפיל עוצמה" של הקבוצות החזקות והמאורגנות בחברה, ואז שימוש בו אינו מוצדק. לדידנו, ההצדקה המרכזית לשימוש בכלי זה היא הגנה על זכויות אלו שאינם זוכים לתנאים שוויוניים ולייצוג הולם בהליכי קבלת ההחלטות הציבוריות, כאשר ההכרה בערך האדם, בקדושת־חייו, בכבודו ובחירותו משמשים מצפנים לעיצוב הזכויות ולגזירת זכויות חדשות. תקוותנו היא כי בית־המשפט ישתמש בכלי זה, אך יעשה זאת בזהירות ובתבונה – בנתיב ההולם את תפקידו של בית־משפט גבוה לצדק.

החוקתית לחינוך. על־אף ששניהם ממליצים להמשיך בהפעלת התוכנית, והשופט טל אף סבור כי "הפסקת התוכנית – על כל מגבלותיה ומגרעותיה – קודם שתופעל תוכנית אחרת, תשלול מן הילדים האלה גם את מעט הטיפול שהם כה זקוקים לו", הם לא חייבו את משרד־החינוך לעשות כן והצטרפו להכרעתו של השופט אור. בקשה לקיום דיון נוסף נדחתה על־ידי הנשיא מן הטעם שבפסק־הדין לא נקבעה כל הלכה בסוגיית קיומה של זכות חוקתית לחינוך (דנג"צ 5456/96 יצחק נ' שר החינוך ואח' [טרם פורסם]).

ראוי לציין כי מנגד, כאשר דובר בנער נכה אחד וכאשר יכול היה בית־המשפט לעגן את החלטתו בחקיקה של הכנסת, הוא גילה גישה מרחיבה בהרבה. כך, בבג"צ 7081/93 בוצר ואח' נ' המועצה המקומית מכבים־רעות ואח', פ"ד נ (1) 19, עתר נער הרתוק לכיסא־גלגלים כנגד כך שהמועצה המקומית סירבה להתקין מעלית בבית־ספרו כדי שיוכל להגיע לכיתה שבה הוא לומד. במקרה זה היה חוק ספציפי שממנו גזר הנשיא ברק את החובה על הרשות להבטיח את שילוב הנער גם אם הדבר כרוך בהוצאה כספית גבוהה. במקרה זה קבע בית־המשפט, כי

> במרכזם של ערכים אלה עומד כבודו של הנכה כאדם והשוויון בינו לבין שאר בני האדם. ברמת ההפשטה העליונה ניתן לקבוע כי תכלית החקיקה היא לאפשר את שילובו של הנכה בחברה ... מטרתה לאפשר לנכה להשתתף באופן מלא בחיי החברה בכל תחומי החיים. היא נועדה להגשים את הערך המרכזי של השוויון בכל הנוגע לנכה. היא נועדה להעניק לנכה שוויון של הזדמנות. היא באה לאפשר לנכה עצמאות ואי תלות. היא באה להגן על כבודו של הנכה וחירותו על ידי הבטחת שיווין והשתתפות בחברה בכל תחומי החיים. ... מטרת ההסדרים אינה להיטיב עמו בבדידותו, אלא לשלבו – תוך שימוש לעתים בהעדפה מתקנת – במרקם הרגיל של חיי החברה. ... הבטחת שיוויון ההזדמנויות לנכה עולה כסף. חברה האמונה על ברכי כבוד האדם, החירות והשוויון מוכנה לשלם את המחיר הנדרש. עם זאת היא מודעת ליכולה. נדרש ומתקבל איזון בין הצרכים לבין האפשרויות.

nevo.co.il