# ביקורת שיפוטית בישראל

אנדרי מרמור*

א. הקדמה. ב. מגילת זכויות ליברטריאנית. ג. ביקורת שיפוטית.
ד. הכרעת הרוב וגבולותיה. ה. ביקורת שיפוטית – למי? ו. מעין סיכום.

## א. הקדמה

בשנים האחרונות, מבשר לנו נשיא בית־המשפט העליון, אנחנו ניצבים לפני מהפכה חוקתית במדינת ישראל. כמי שיוזם ומוביל מהפכה זו, ודאי צודק הנשיא ברק שאמנם מהפכה יש כאן, והיא מתבטאת בשניים: ראשית, בהחלטתם של הנשיא ועמיתיו בבית־המשפט העליון לקרוא את מגילת זכויות האורח הגם שהיא טרם נכתבה. שנית, ובאופן בולט יותר, בהחלטתו של בית־המשפט העליון ליטול לעצמו את סמכות הביקורת השיפוטית במובנה החוקתי הקלסי.[1] במאמר זה אני רוצה להעלות כמה הרהורי ביקורת על סמכות הביקורת השיפוטית שבית־המשפט העליון נוטל לעצמו בימים אלו. יחד עם זאת, אקדים ואומר כמה מילים גם על הפן השני של המהפכה החוקתית, זה הנוגע לתוכן מגילת הזכויות ההולך ומתעצב במשפט הישראלי.

את קוראַי המשפטנים עלי להזהיר מראש שמאמר זה עוסק בתיאוריה פוליטית, ולא במשפט. צדדיה המשפטיים של המהפכה החוקתית רבים ומגוונים, ואין ספק שהם חשובים כשלעצמם. למרות זאת, לא אעסוק בהם כאן. ענייני במהפכה החוקתית הוא מוסרי־פוליטי. בתור שכזה, הוא גם נובע מהשקפה מסוימת, דהיינו, השקפה מוסרית הומניסטית וליברלית. במילים אחרות, המהפכה החוקתית בישראל מדאיגה אותי בתור ליברל (מזן מסוים, שיתברר בהמשך הדברים), ואת דיוני הביקורתי אשתית על תיאוריה פוליטית ומוסרית ליברלית.

ארשה לעצמי עוד הערה מקדימה אחת. מוסד הביקורת השיפוטית מעורר לא רק שאלות משפטיות ומוסריות־פוליטיות. ערכו של כל מוסד חברתי נמדד, בין היתר, גם ביעילותו. אמנם הגדרת היעילות היא ערכית, בעיקרה, אך בחינתה של היעילות הלכה למעשה אינה עניין לפילוסופים לענות בו. הרבה תלוי כאן גם בנתונים אמפיריים, שחלקם אולי גלויים

---

* מרצה בכיר בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודתי נתונה לרות גביזון, חיים גנז, מני מאוטנר, אריאל רוזן־צבי ז"ל, ונויה רימלט, על הערותיהם המועילות לטיוטה של מאמר זה.

1. ע"א 6821/93, רע"א 3363/94, 1908 **בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט (4) 221 (להלן: עניין חוק גל); במונח "ביקורת שיפוטית" אתייחס מכאן ולהבא רק בהקשר החוקתי, דהיינו, לסמכות בית־המשפט לפסול חוק של הפרלמנט מטעמים חוקתיים.



nevo.co.il

על פניהם, אך חלקם סמויים והכלים לבחינתם נוטים להיות בעייתיים מאוד. מצד שני, אי אפשר לנהל דיון רציני בהיבטים המוסריים־הפוליטיים של מוסד חברתי כלשהו מבלי להניח הנחות אמפיריות ומבלי לדון בהיבטים המעשיים הכרוכים בקיומו של המוסד ובאופן פעולתו, הלכה למעשה. לשם דוגמה, נדמה לי שאין זה נבון לדון במוסד הביקורת השיפוטית מבלי להתייחס ברצינות גם להיבטים ההיסטוריים של מוסד זה; אחרי הכול, ההיסטוריה של הביקורת השיפוטית בארצות הברית ובמקומות אחרים עשויה ללמד אותנו לקחים חשובים שיש בהם כדי להשפיע על נקיטת עמדה מבוססת ומושכלת גם לגבי אימוץ הביקורת השיפוטית בישראל. אלא שלקח כזה אינו יכול להילמד באופן מופשט. הלקח שלמדים מההיסטוריה תלוי במקרה זה, כמו במקרים אחרים, גם בהשקפת העולם המוסרית והפוליטית. יוצא, אם כן, שאנחנו נדונים כאן למעגליות הרמנויטית ידועה,[2] שבין השקפות, טיעונים, והערכות עובדתיות, המשפיעים זה על זה ותלויים זה בזה. למותר לציין שאין לי מרשם לבריחה ממעגליות כזאת. כמי שעיסוקו בפילוסופיה, אוכל רק להצטנע בדבר אחד: אני מאמין שצדק ויטגנשטיין באומרו שהפילוסופיה אינה יכולה להוסיף דבר לידע האנושי; לכל היותר, היא יכולה לתרום דבר־מה להבנה.[3]

## ב. מגילת זכויות ליברטריאנית

אין בית־משפט עליון היכול ליטול לעצמו סמכות לביקורת שיפוטית על החלטות הפרלמנט מבלי שיש לו יכולת להצביע על קוד ערכי־משפטי כלשהו אשר לו הוא רוצה להכפיף גם את הפרלמנט. בדרך־כלל, ומטעמים ידועים, קוד כזה מחייב עיגון טקסטואלי; צריך להיות איזשהו טקסט קנוני שמתוכו בית־המשפט העליון גוזר את מערכת הערכים שהפרלמנט אמור להיות כפוף להם. ברוב מדינות העולם, הטקסט הקנוני מעוגן בחוקה כתובה, הגם שאין כמובן כל הכרח שכך זה יהיה. מהו הטקסט הקנוני שבית־המשפט העליון הישראלי מתייחס אליו בתור שכזה? ובכן, כאן קרה דבר מעניין מאוד בהיסטוריה המשפטית של ישראל. שנים רבות חיכינו לחוק־יסוד: זכויות האדם, ומשבושש לבוא, החליט בית־המשפט העליון להפסיק להמתין עוד. במקום חוק־יסוד המעגן את מגילת זכויות האדם במשפט הישראלי, חוק־יסוד שמעולם לא נחקק, קיבלנו שני חוקי־יסוד אחרים, שאחד מהם מעלה לדרגה חוקתית עליונה את חופש העיסוק, והשני מעגן את הזכות לכבוד האדם, לחירותו, ולקניינו לדרגה חוקתית דומה. בית־המשפט העליון החליט אפוא להסתפק בשני חוקי־יסוד אלו, ובהם הוא רואה את הטקסט הקנוני העומד ביסוד הביקורת השיפוטית בישראל.

---

2. על רעיון המעגליות ההרמנויטית ראו למשל Charles Taylor, *Philosophy and the Human Sciences*, (Cambridge U.P, Cambridge, 1985), בעיקר שני הפרקים הראשונים.

3. ראו למשל Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (Blackwell, 1978), sections 124, 126. לביאור מצוין של עמדותיו של ויטגנשטיין בעניינים אלו ראו Gordon Baker and Peter M.S. Hacker, *Wittgenstein, Meaning and Understanding*, (Blackwell, 1992).



nevo.co.il

דברים אלו ידועים לכל משפטן מתחיל. עד כדי כך, שאני מתקשה היום לדבר עם סטודנטים למשפטים על כל נושא שהוא בתחום עיסוקי בתורת המשפט, מבלי שחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו לא יעלה בשיחה, בצורה זו או אחרת. אחרי הכול, חוק־יסוד זה הפך לתמצית חוקתנו, והיום כמעט כל בעל־דין המחפש את ישועתו בבג"ץ, כבר מחויב למצוא את אדני ישועתו בין ששת סעיפיו המהותיים של חוק־היסוד (אלא אם כן מצאם קודם בחוק־יסוד: חופש העיסוק). מהי, אם כן, מערכת הערכים המעוגנת בחוקי־יסוד אלו? האם מסתתרת שם תיאוריה פוליטית קוהרנטית כלשהי? והאם רק בלית ברירה החליט בית־המשפט העליון להרים דווקא שני חוקי־יסוד אלו למדרגת החוקתיות העליונה שאליה הגיעו, שמא יש בהם דבר מה המשקף את עולם הערכים שבית־המשפט העליון שותף לו ממילא? לכל השאלות האלה יש לי תשובה אחת קצרה: חוקי־היסוד החדשים מגלמים מערכת ערכים ליברטריאניים, ומכאן, כך ארצה להראות, גם כוח משיכתם בעיני בית־המשפט העליון וחלקים מסוימים בציבור הישראלי. למי שתזה זו נראית מובנת מאליה, אני מציע לדלג לסעיף הבא של המאמר; לאלה הזקוקים לשכנוע, מוקדשת יתרתו של סעיף זה.

לכינוי "ליברטריאניזם" (להבדיל מ"ליברליזם") זכה ענף מסוים בפילוסופיה הפוליטית הליברלית משנות השבעים ואילך, שמייצגו העיקרי בהגות הפוליטית הוא הפילוסוף רוברט נוזיק.[4] במילים פשוטות, זהו הענף "הימני" בליברליזם העכשווי. חסידיו הפוליטיים בארצות הברית מצויים באגף השמרני־החילוני של המפלגה הרפובליקנית, ובאנגליה זכה הליברטריאניזם לחסידה מרשימה בדמותה של הגברת מרגרט תאצ'ר. הליברטריאניזם משויך, כאמור, לזרם מחשבה חדש יחסית, שבהיבטיו הפילוסופיים מהווה ריאקציה ישירה לליברליזם שיסד ג'ון רולס.[5] אולם במהותה, זוהי מעין תנועת רנסנס ליברלית, שהרי היא מתיימרת להחיות את יסודות הליברליזם הקלסי של המאות ה-18 וה-19. כדי להבין את הצורך ברנסנס, חשוב להיווכח בתפנית המהותית שעשה הליברליזם במאה ה-20. כפי שביטא זאת היטב פרופסור ג'רלד כהן,[6] התפנית הזאת מסתכמת ברעיון כללי אחד: במקום ערך החירות שהיה מרכזי לליברליזם הקלסי של המאות ה-18 וה-19, ערך השוויון הוא שהפך מרכזי בליברליזם של המאה הנוכחית. אין ספק שאת הבסיס התיאורטי לתפנית זו אנחנו חייבים לתורת הצדק של ג'ון רולס. רולס היה זה שמיקד את תשומת הלב של החשיבה הפוליטית הליברלית לערך השוויון כביטוי לערך ההגינות. לפי תפיסה זו, מדינה ליברלית היא מדינה המתייחסת בהגינות לכל אזרחיה. ההגינות, טען רולס, מחייבת התייחסות שוויונית לבני אדם, לא רק במובן הפורמלי של שוויון זכויות, אלא גם בשורה של מובנים מהותיים הרבה יותר, ובראשם, השוויון הסוציו-אקונומי. דוגמה בולטת לכך מצויה בעקרון הצדק השני של רולס, המכונה "עקרון ההבדל" (the difference principle). על־פי עיקרון זה, כל סטייה מחלוקה שוויונית של טובים ומשאבים סוציו־אקונומיים בחברה מוצדקת אם, ורק אם, היא פועלת גם לטובת השכבות

4. Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books, New York, 1974).

5. John Rawls, *A Theory of Justice* (Oxford U. P., Oxford, 1971).

6. Gerald A. Cohen, "On the Currency of Egalitarian Justice", 99 *Ethics* (1989) 906.



nevo.co.il

החלשות ביותר. למעשה, זהו ביטוי קונקרטי יותר למה שרולס מכנה עקרון הצדק הכללי, שלפיו רציונלי להסכים לסטייה מחלוקה שוויונית אך ורק אם סטייה כזאת מיטיבה עם כולם.[7]

הליברטריאניזם, כאמור, לא השתכנע מן התפנית השוויונית הזאת של הליברליזם נוסח רולס. אפילו בקריאה שטחית של נוזיק, למשל, בולטת מאוד המגמה להחזרת ערך החירות למעמד הבכורה שממנו הוא גהנה בליברליזם הקלסי, תוך ביקורת נוקבת על היסודות השוויוניים במשנתו של רולס. אלא, שכאמור, זו היא קריאה מעט שטחית של המחלוקת. כדי להיווכח בעומק המחלוקת, צריך לשים לב לתפנית הרדיקלית במשנתו של רולס לגבי יסודות הליברליזם הקלסי. הליברליזם הקלסי (אגב, כמו מתחרהו הגדול, המרקסיזם) הניח שיש לכל אדם זכות טבעית ליהנות מפירות כישוריו הטבעיים והישגיו האישיים. זהו רעיון מריטוקרטי (meritocratic) ביסודו, המהווה תשתית לערך החירות שתפס מקום מרכזי כל כך בהגות הליברלית. במילים אחרות, ההגנה על החירות היא פועל יוצא של רעיון בסיסי יותר, והוא הרעיון המריטוקרטי של self-ownership. לפי השקפה זו, האדם נתפס כבעלים של עצמו, כמי שגופו ואישיותו כל כולם שלו. ומכאן, שכל פגיעה בחירות האישית היא למעשה פגיעה בקניינו, פגיעה ב-self-ownership. אם כן, יוצא שבאיזשהו מובן, לא ערך החירות, כשלעצמו, בסיסי בליברליזם הקלסי, אלא ערך הקניין וזכות הקניין של אדם על עצמו. ערך החירות הוא פועל יוצא של ערך ה-self-ownership.[8]

רעיון ה-self-ownership, והמריטוקרטיה בכללותה, הוא אחד הרעיונות המרכזיים שרולס יוצא נגדם בתורת הצדק שלו.[9] לטענתו, אין זה הוגן להלוטין לבסס את עקרונות הצדק החלוקתי בחברה על גורמים עובדתיים כאלה או אחרים, שהם למעשה שרירותיים מנקודת המבט המוסרית. למשל, במסגרת אידיאולוגיה של שוק חופשי בנוסח ה-laissez faire, ברור שנקודת הזינוק הסוציו־אקונומית של פרטים שונים בחברה תשפיע באופן משמעותי על תוצאות החלוקה של טובים ומשאבים. די בעובדה זו, טען רולס, להסיק שיש כאן מצב לא צודק, שהרי נקודת הזינוק הסוציו־אקונומית של כל אחד מאיתנו נקבעת על־ידי שורה של גורמים שהם לגמרי שרירותיים מנקודת המבט המוסרית. אלא שהמצב אינו שונה בהרבה גם לפי האידיאולוגיה הסטנדרטית של הסוציאל־דמוקרטים. אפילו נצליח להביא את כל הפרטים בחברה לנקודת זינוק סוציו־אקונומית שווה, כפי שהסוציאל־דמוקרטים מטיפים, עדיין תוצאת התלוקה של טובים ומשאבים בחברה תיקבע על־ידי גורמים שהם שרירותיים מנקודת המבט המוסרית. דהיינו, על ידי כישורים מולדים, או טבעיים. מנקודת המבט המוסרית, הכישורים שאדם נולד עמם (natural endowments, בלשונו של רולס) הם שרירותיים בדיוק כמו הרקע הסוציו־

7. רולס (לעיל, הערה 5), 60.

8. Gerard A. Cohen, *Self-Ownership, Freedom, and Equality* (Cambridge U.P., Cambridge, 1995).

9. לכך מקדיש רולס את הפרק השני בתורת הצדק (לעיל, הערה 5), בעיקר עמ' 65-90. ראו גם Brian Barry, *Theories of Justice*, Harvester Wheatsheaf London 1989, pp. 217-229.



nevo.co.il

אקונומי שאדם נולד לתוכו. במילים אחרות, התפיסה המריטוקרטית שגויה, משום שלאיש אין זכות להנות מפירות הישגיו או תכונותיו הטבעיות, שהרי כל אלה אינם אלא גורמים מקריים שהם שרירותיים מנקודת המבט המוסרית. ומכאן, שבהעדר בסיס מריטוקרטי לזכויות האדם, חלוקה שוויונית של משאבים וטובים אינה פוגעת בזכותו של האדם ליהנות מפירות השקעתו ותכונותיו הטבעיות, משום שמלכתחילה אין לאיש זכות טבעית כזאת. זוהי, אם כן, התפנית הרדיקלית בליברליזם של רולס, והיא סלע המחלוקת העיקרי בין רולס, ועמו הזרם הליברלי המרכזי היום, ובין נוזיק.[10] אחרי הכול, גם אצל רולס יש לחירות האישית ערך חשוב מאוד, אלא שערך זה אינו נובע מרעיון ה-self-ownership. על כך, בדיוק, זוכה רולס לביקורת העיקרית מן הכיוון הליברטריאני.

חשוב להבין נקודה זו, בין היתר כדי לראות מדוע הקשר שבין ערך החירות ובין ערך הקניין הפרטי, שהוא מרכזי כל כך בליברטריאניזם, אינו מקרי. יתרה מכך, אם גוזרים את ערך החירות מזכות הקניין של אדם על עצמו, ממילא נובע שיש לכל אדם זכות לא רק על עצמו, אלא אף על כל תוצרי עצמיותו ופעולותיו; ואם יש בהגבלת חירותו האישית של האדם משום פגיעה בזכות זו, ממילא יש פגיעה מקבילה בזכותו אם מגבילים את האדם בכל הקשור להנאה מפירות תוצריו. כאן מצוי הבסיס התיאורטי להתנגדות הליברטריאנית לכל רעיון של חלוקה מחדש של עושר בחברה (redistribution of wealth). חלוקה מחדש של עושר, הכרוכה בנטילת פירות תוצריו של האחד כדי להעניקם לאחר, מפֵרה, לפי התפיסה הליברטריאנית, את זכותו הקניינית של האדם על עצמו. מיסוי, טוען נוזיק, ובמיוחד מיסוי לשם רווחה חברתית, מקביל למעין עבודת כפייה. כפי שאין לכפות על אדם לבחור במקצוע שאין הוא רוצה בו, כן אין לכפות עליו לעבוד למען הזולת.[11]

למותר לציין, לא כל אלה השותפים לאידיאולוגיה הליברטריאנית קיצוניים (או אולי עדיף: עקביים!) בעמדתם כמו נוזיק, בעיקר בכל הקשור להתנגדות למיסוי. יחד עם זאת, נדמה לי שרעיון ה-self-ownership כבסיס לחירות האישית, ומרכזיותו בהגות הפוליטית, הוא המשותף לזרם המחשבה הליברטריאני, ומכאן, כאמור, משותפת לליברטריאנים גם הדבקות בערך הקניין הפרטי וחשיבותו היחסית במערך זכויות האדם.

הבה נחזור כעת לישראל. אין לי דרך אמפירית להוכיח זאת, אך נדמה לי שקשה לחלוק על העובדה שהחברה הישראלית זנחה זה מכבר את האתוס הסוציאליסטי שאיפיין למִצער את האידיאולוגיה הרשמית של המדינה בימיה הראשונים. מאידיאולוגיה של מדינת רווחה עברנו אט אט לאידיאולוגיה של צמיחה כלכלית. אלא שקרה כאן דבר מוזר, לפחות בעיני. עובדה היא שבישראל לא הצליחה להתבסס אף לא מפלגה פוליטית ליברלית אחת, במובנה הקלסי. המפלגה הליברלית, שזיקתה לרעיונות ליברליים קלסיים היתה רופפת מלכתחילה, נבלעה בליכוד, וד"ש היתה אפיזודה חולפת. מאז קריסתה, הגם שהחברה והכלכלה הלכו והתפתחו בכיוונים ליברטריאניים מובהקים, לא קמה בישראל מפלגה

10. נוזיק (לעיל, הערה 4), 213-227. לניתוח מפורט של מחלוקת זו בין רולס לנוזיק, ראו Michael T. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge U.P., Cambridge 1982), בעיקר פרק 2.

11. נוזיק (לעיל, הערה 4), 169-174.



nevo.co.il

בעלת זהות פוליטית ליברלית־קלסית, או ליברטריאנית. חלק מן ההסבר ודאי נעוץ בכך שליברליזם וציונות אינם מסתדרים יחד בקלות: בעוד שהציונות היא תנועת תחייה לאומית, הליברליזם נתפס, עד לאחרונה,[12] כתפיסה פוליטית פאן־הומיסטית העוינת גבולות לאומיים, בפרט אם הם מבוססים על השתייכות אתנית. אלא שיש לי עוד השערה נוספת בעניין זה: נדמה לי שהצורך בהקמתה של תנועה פוליטית ליברלית, במובנה הקלסי, אינו מורגש בישראל משום שבית־המשפט העליון נטל לעצמו את תפקיד ההגנה על הערכים הליברטריאניים. במילים אחרות, ובהכללה מעט גסה, ארצה לטעון שבית־המשפט העליון, ובעיקר בשני העשורים האחרונים, הוא "המפלגה הליברלית" בחברה הישראלית.

מובן שמתבקש כאן סייג חשוב: הכול יחסי. אינני מתכוון לטעון שבית־המשפט העליון נותן ביטוי עקבי להגות הפוליטית של רוברט נוזיק. בית־המשפט העליון היה תמיד, ונשאר במידה זו או אחרת, גם בית־משפט יהודי, ציוני, כבול ל-*real politik* של הסטטוס קוו הדתי בישראל, "ביטחוניסט" במידה רבה, וכן הלאה. יחד עם זאת, ושוב בגבולות הייחודיים של הפוליטיקה הישראלית, בית־המשפט העליון היה תמיד הגורם הליברלי ביותר בחברה הישראלית, ובשני העשורים האחרונים הלך הליברליזם שלו ונטה לעבר הליברטריאניזם בצעדים יציבים ומדודים. במה זה מתבטא? ובכן, הנה כמה הכללות ידועות: הגנה הולכת וגוברת על זכות הקניין הפרטי, בד בבד עם צמצום הולך וגובר של זכויות עובדים לעומת זכויות מעסיקיהם;[13] הגנה הולכת וגוברת על זכויות ליברליות מן הסוג "הפיקנטי",[14] עם גישה צייקנית למדי בכל הקשור לזכויות חשודים ונאשמים בהליך

12. בעשר השנים האחרונות ניכרת מגמה הפוכה: לאחרונה הולכת ותופחת ספרות ליברלית ענפה המתיימרת ליישב בין ליברליזם ללאומיות, תוך הדגשת הבסיס הליברלי לזכויות של הגדרה עצמית לאומית ואתנית. ראו למשל Will Kymlicka, *The Rights of Minority Cultures* (Oxford U.P., Oxford, 1995).

13. ראו למשל פרנסס רדאי, "ארבעים שנה לדיני עבודה", משפטים יט (תש"ן) 787; פרנסס רדאי, "דיני עבודה ויחסי עבודה – מגמות ותפניות בשנת 1988", שנתון משפט העבודה א (תש"ן) 161. פסקי־דין אופייניים בהקשר זה הם למשל ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ ואח' נ' ציזיק ואח', פ"ד מא (3) 169 (הקובע אחריות של שובתים ברשלנות כלפי צד ג' שניזוק עקב שביתה); בג"צ 1074/93 בזק בע"מ נ' בית־הדין הארצי לעבודה (טרם פורסם) (השולל את זכות השביתה של עובדים בעניינים הקשורים לניהול עסקיו של מעבידם, ובכך בית־המשפט מקנה עדיפות ברורה לזכות הקניין של המעביד על־פני זכויות העובדים); בג"צ 1683/93 יבין פלסט בע"מ ואח' נ' בית־הדין הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד מז (4) 702 (להלן: בג"צ יבין פלסט) (המרחיב את זכותו של מעביד לאכוף על עובדיו הגבלות התקשרות עם מעביד מתחרה אף בהעדר התחייבות חוזית מפורשת).

14. ראו למשל בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר בע"מ נ' דנילוביץ ואח', פ"ד מח (5) 749 (להלן: בג"צ דנילוביץ) (זכות של הומוסקסואלים ליחס שווה מצד המעביד); בג"צ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות ואח', פ"ד מז (5) 485 (להלן: בג"צ מיטראל) (זכות אנשי עסקים חילוניים לייבא בשר חזיר); בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני



nevo.co.il

הפלילי;[15] וכמובן, הפרדה כמעט טוטלית בין זכויות האדם בישראל ובין זכויות האדם בשטחים שישראל שולטת בהם שלטון צבאי.[16] במילים פשוטות, בית־המשפט העליון מתגייס לתמיכה בצמיחה הכלכלית, ובאתוס ה"יאפי" הנלווה לשגשוג. מערך זכויות האדם המוגן בישראל בזמן האחרון הוא מעין מערך של זכויות אזרח "יאפיות" ההולך ומתעלם יותר ויותר ממערך של זכויות סוציאליות, וזכויות המיעוטים הערבים בישראל ובשטחים. אם תרצו: יותר חירות, ופחות שוויון.

על רקע זה, לא קשה להבין את ההתלהבות הגדולה מחוקי־היסוד החדשים. אחרי הכול, במה הם עוסקים? חוק־יסוד אחד, כשמו כן הוא, מעלה לדרגה חוקתית את הזכות לחופש

---

דתות ואח', פ"ד מב (2) 221 (להלן: בג"צ שקדיאל) (זכותן של נשים להתמנות למועצות דתיות); בג"צ 953/87 פורז ואח' נ' ראש עיריית תל־אביב-יפו ואח', פ"ד מב (2) 309 (להלן: בג"צ פורז) (זכותן של נשים להתמנות לאספה הבוחרת רב עיר). בג"צים אלו, ורבים אחרים כמותם, ניכרים לא רק במספרם היחסי, אלא בעיקר בתשומת הלב הציבורית והאקדמית שהם זוכים לה.

15. תקצר היריעה מלמנות כאן את ההיסטוריה המשפטית של גימוד הזכויות הדיוניות בהליך הפלילי בישראל. כך, למשל, הפרשנות המרחיבה והנדיבה מאוד של סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש) העבירה, למעשה, חלק ניכר מהכרעת גורלו של הנאשם לזירת החקירה המשטרתית, במקום בית־המשפט. בעניין זה ראו למשל אלכס שטיין, "סעיף 10א לפקודת הראיות ופירושו: התפתחות חיובית או סכנה של עיוות דין?", משפטים כא (תשנ"ב) 325; נינה זלצמן, "אמרה בכתב לפי סעיף 10א לפקודת הראיות [נוסח חדש]: שיקולי מדיניות משפטית מנחים בפירוש ההוראה", משפטים כא (תשנ"ב) 353; דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' חג' יחיא, פ"ד מז (3) 661. על המצב העגום בכל הקשור לקבילות הודיות חוץ של נאשמים ניתן ללמוד היטב מדין וחשבון הועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר (א' גולדברג יו"ר) (1994). על יחסו העדכני של בית־המשפט לזכויות של due process בהליך הפלילי מעיד אולי בצורה הטובה ביותר דווקא פסק־דין שניתן לאחרונה, ויש בו כביכול מעין ניסיון לשינוי המגמה לאור חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו – דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (להלן: דנ"פ גנימאת). התחבטויותיהם של השופטים ופתלתלות טיעוניהם לגבי הצורך בשינוי המגמה יוצרות חשש כבד שמא אין דעתם נוחה משינויים כאלה. חשש זה הולך ומתחזק לאור בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (2) 133 (להלן: בש"פ זאדה) שבו אפילו הנשיא ברק נראה כמי שנחוש בדעתו לסגור את הצוהר הקטן שפתח בדנ"פ גנימאת.

16. ראו למשל לאון שלף, "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 757; אייל נון, "מעצר מינהלי בישראל", פלילים ג (1992) 168; דוד קרצמר, "אכיפתה ופירושה של אמנת ג'נבה VI – דרכו של בית המשפט העליון", משפטים כו (תשנ"ה) 49; דוד קרצמר, "ביקורת בג"צ על הריסתם ואטימתם של בתים בשטחים", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי יצחק זמיר (עורך), המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי ומיכאל סאקר, נבו, תשנ"ג, 305.



nevo.co.il

העיסוק. לא קשה להיווכח שאין זו זכות "פרולטרית" במיוחד; את העובדים, המובטלים, העניים והנחשלים בחברה הישראלית לא מעניינת הזכות לבחירה ב"עיסוק, מקצוע או משלח יד", אלא הזכות לעבודה ולשכר הוגן. הזכות להופש העיסוק היא זכות קפיטליסטית מובהקת,[17] שאפילו במדינות קפיטליסטיות מסורתיות אינה זוכה בדרך־כלל למעמד חוקתי נשגב. המצב אינו שונה בהרבה לגבי חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. רשימת הערכים המוגנים בחוק־יסוד זה קצרה למדי: היא כוללת את הזכות לחיים, לשלמות?!?) הגוף, הכבוד, הקניין, החירות, והפרטיות (וכן הזכות לצאת מישראל ולהיכנס אליה). לא רק שאין זו מגילת זכויות להתפאר בה, אלא שמעט הזכויות המעוגנות בחוק־היסוד הן הזכויות הליברטריאניות הקלסיות. כולן כאחת אינן אלא פועל יוצא של רעיון ה־self-ownership: הזכות לחיים ולשלמות הגוף, הכבוד, הקניין והחירות, ובאופן מעט יותר פריפרי, הזכות לפרטיות, אינן אלא ביטוי לרעיון הבסיסי שאדם זכאי להיות אדון לכל מה ששייך לו. ייתכן שזה מקרי, אך אפילו סדר מניית הזכויות בחוק־היסוד מראה על מעין תפיסה של אדנות הולכת ומתרחבת במעגלים: במרכז עומדת שליטת האדם על חייו, אחר כך על גופו, ומכאן, במעין התרחבות הדרגתית של המעגל, באים הכבוד, הקניין, החירות, והפרטיות. והרי זה (כמעט) כל מה שנחוץ לעסקים משגשגים. צמיחה כלכלית מחייבת שליטת האדם על משאבים, בראש ובראשונה על משאבי עצמו. רק מי שיש לו קניין בדבר־מה יכול להציעו למכירה. חוק־היסוד מבטיח לנו שיחסי אדנות אלו על עצמנו ועל תוצרי פעולותינו ועוגנו כזכויות חוקתיות. בין רולס לנוזיק, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו בחר באחרון.[18]

למי שעוד עשוי לתהות אם יש משמעות מעשית להבחנות אלו, פרופסור אהרון ברק נותן תשובה קצרה ומאלפת: "זכויות אדם חברתיות, כגון הזכות לחינוך, להשכלה, לבריאות, ולרווחה חברתית הן בוודאי זכויות חשובות ביותר אך דומה שאין הן חלק מכבוד האדם".[19] ובכן, אם קריאתי את הפילוסופיה הפוליטית העומדת ביסוד חוק־היסוד נכונה, אין ספק שעמדתו הפרשנית של ברק מתבקשת מאליה. אם הזכויות המעוגנות בחוק־היסוד הן הזכויות הליברטריאניות הנובעות מעקרון ה־self-ownership, ברור שאין לחפש שם זכויות חברתיות. מבחינה זו, צודקים אלה הטוענים שההצעות של ברק ושל

17. ראו למשל בג"צ מיטראל (לעיל, הערה 14) ובג"צ יבין פלסט (לעיל, הערה 13); נילי כהן, "תחרות מסחרית והופש עיסוק", עיוני משפט יט (תשנ"ה) 353, ואסמכתאות שם.

18. למען הסר ספק, עלי להדגיש שאינני מתכוון לטעון כאן שהטקסט, כשלעצמו, אינו סובל פרשנות אחרת. כל טענותי הפרשניות, כאן וביתרת המאמר, הן קונטקסטואליות במובהק: כוונתי לטעון שבמסגרת הקונטקסט הספציפי של החברה והמשפט הישראליים דהיום, זאת תהיה הפרשנות הקנונית של חוקי היסוד.

19. אהרן ברק, פרשנות חוקתית, פרשנות במשפט (כרך ג – נבו, תשנ"ד), 419. לאמיתו של דבר, דבריו אלו של ברק מאלפים במיוחד לאור גישתו האקטיביסטית ופרשנותו המרחיבה בכל הקשור לחוקי־היסוד ולמערכת הערכים שהוא מוצא לנכון לקרוא לתוכם. במילים אחרות, לא מתוך צניעות פרשנית וריסון שיפוטי נאמרו דברים אלו, אלא מהשקפת־עולם מוגדרת היטב.



nevo.co.il

אחרים, לקרוא לתוך חוק־היסוד גם את ההגנה על ערך השוויון, הוא ניסיון מאולץ ומלאכותי.[20]

לאמיתו של דבר, אפילו יצליח ברק לשכנע את עמיתיו בבית־המשפט העליון לקרוא את עקרון השוויון לתוך ההגנה על כבוד האדם, לא תהיה בכך סטייה גיכרת מן היסוד הליברטריאני של חוק־היסוד ומשמעותו החוקתית. כשקוראים את ערך השוויון כ'נגזר' מכבוד האדם,[21] ומן הערך הבסיסי של self-ownership, הרי שהוא תואם רעיונות מריטוקרטיים קלסיים, שגם ליברטארין כנוזיק יכול לחיות אתם בשלום. אחרי הכול, גם נוזיק דוגל בשוויון זכויות. הוויכוח בין ליברלים לליברטריאנים אינו נעוץ בערך השוויון כשוויון זכויות לכל האזרחים; על כך מסכימים כולם. הוויכוח נסב על תפקידה של המדינה להבטיח, עד כמה שאפשר, שוויון מעמדי חברתי־כלכלי ולא שוויון זכויות גרידא. את התפקיד הזה, שהוא מרכזי למדינה ליברלית הרואה את עצמה גם כמדינת רווחה, כפי שברק בעצמו טוען, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו השאיר מחוץ לתחום החוקתי. ולא רק חוק־היסוד עשה זאת. גם בית־המשפט העליון עושה זאת זה זמן רב, ובעקביות מרשימה.

אחת הדרכים לבחון את מה שבית־משפט עליון עושה, ולא רק אומר, היא לראות את מי בחברה מרגיזות פסיקותיו, בבחינת אמור לי מי הם אויביך ואומר לך מי אתה. ובכן, את מי מרגיז בית־המשפט העליון לאחרונה? את קהילת העסקים בישראל? לא. את משרד האוצר? לא. את הצבא ומשרד הביטחון? בקושי. את הדתיים, כמובן, ואף זאת רק במספר מועט יחסית של פסקי־דין סנסציוניים שכולם עוסקים בזכויות "פיקנטיות", זכויות המעניינות רק את הציבור ה"יאפי" בישראל, כמו זכותם של הומוסקסואלים ליחס שווה מצד מעסיקיהם,[22] או זכויות אנשי־עסקים חילוניים לייבא בשר חזיר[23] (חופש העיסוק חשוב מאוד, אחרי הכול), זכותן של נשים להתמנות למועצות דתיות,[24] וכיוצא באלה פיקנטריות. לעומת זאת, זכויות לשוויון בחינוך כמעט אינן נדונות, הגם שיש הפליה עצומה בתחום זה בישראל;[25] הבדווים מעולם לא הצליחו לממש את זכותם להמשיך

20. ראו למשל, פרנסס רדאי, "על השוויון", משפטים כד (תשנ"ד) 241, עמ' 254; יהודית קרפ, "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", משפטים כה (תשנ"ה) 129.
21. ראו ברק (לעיל, הערה 19), 425.
22. ראו בג"צ דנילוביץ (לעיל, הערה 14).
23. ראו בג"צ מיטראל (לעיל, הערה 14).
24. בג"צ שקדיאל (לעיל, הערה 14).
25. ראו למשל ספרו המאלף של מאג'ד אלחאג', חינוך בקרב הערבים בישראל – שליטה ושינוי חברתי (מאגנס, תשנ"ו). להתייחסות בית־המשפט העליון, ראו למשל בג"צ 3954/91 אגבריה ואח' נ' שר החינוך והתרבות ואח', פ"ד מה (5) 472 (הדוחה טענות כנגד אפליה של המגזר הערבי בהנהגת יום חינוך ארוך, הגם שאחוז השעות שהוקצו למגזר זה היה בלתי פרופורציונלי ליחסו באוכלוסיה).



nevo.co.il

ולקיים את אורחות חייהם, או לזכות בסעד ממשי כנגד השלטון המנשלם מאדמותיהם;[26] רק ממש לאחרונה מתחילה לחדור לתודעת בית־המשפט העליון הרגישות החוקתית לזכויות חשודים ונאשמים בהליך הפלילי,[27] וגם זו במשורה; ובתחום דיני העבודה הולכת ומתגברת הפסיקה נגד העובדים לטובת מעסיקיהם במגוון גדול של תחומים.[28] זוהי אפוא מגילת הזכויות שבית־המשפט העליון רוצה היום לאכוף לא רק על מתדייניו המסורתיים, אלא אף על הכנסת וחוקיה. ברק אומר ש"כבוד האדם אינו פרוגרמה סוציאליסטית";[29] ובכן, נראה שאף אין הוא פרוגרמה ליברלית.

## ג. ביקורת שיפוטית

הבה נניח כעת לתכנים, ונדבר על כוח. ביקורת שיפוטית במובנה החוקתי כרוכה בהענקת כוח לבית־משפט לפסול חוק שהתקבל בהליך דמוקרטי, משום שהוא נוגד ערכים חוקתיים כאלה או אחרים. זהו כוח פוליטי לא מבוטל, המועניק לגוף לא דמוקרטי, שאינו נבחר בבחירות דמוקרטיות, ובעיקר, אינו חייב דין וחשבון לציבור בוחרים כלשהו. מבנה פוליטי כזה ודאי מחייב הצדקה. למזלנו, מאחר שלא אנחנו המצאנו את מוסד הביקורת השיפוטית, גם אין צורך שנמציא את ההצדקות. בהמשך הדברים אבחן את הצידוקים העיקריים שניתנו לקיומו של מוסד כזה, ואנסה לבחון אותם באופן ביקורתי. אנסה להראות שהצידוקים העיקריים לקיומה של ביקורת שיפוטית קלושים מכפי שנהוג להשוב. יחד עם זאת, אני מודה מראש שאילו היה ניתן לשכנעני שלמִצער מבחינה פרקטית יש יתרון מוסרי־פוליטי לביקורת שיפוטית, יתרון שניתן ללמוד אודותיו מן ההיסטוריה הארוכה של מוסד זה בארצות אחרות, הייתי מוכן לדחוק את השאלות התיאורטיות לקרן זווית. אלא שההיסטוריה, לפחות בארצות הברית, מלמדת אותי משהו אחר לחלוטין.

מתוך כמאתיים שנות ביקורת שיפוטית בארצות הברית, הכוחות הפוליטיים הליברליים והפרוגרסיביים יכולים להתגאות רק בפלח קטנטן אחד, שהתחיל בשנות החמישים (בעיקר עם **Brown v. Board of Education**[30] המהולל) והסתיים בקול ענות חלושה בסוף שנות השבעים. פרט לפלח זה בהיסטוריה המשפטית האמריקנית, לליברלים יש מעט מאוד במה להתגאות בביקורת השיפוטית של בית־המשפט העליון הפדרלי

26. ראו מאמרו המאלף של Ronen Shamir, "Suspended in Space: Bedouins under the Law of Israel", forthcoming in 30 *Law and Society Review*. וכן למשל ע"א 218/74 **אל הושאלה ואח' נ' מדינת ישראל ואח'**, פ"ד לח (3) 141; בג"צ 84/83 **אל וכילי ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז (4) 173; ע"א 518/86 **אבו סולב ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, באר שבע ואח'**, פ"ד מב (4) 518; ובמיוחד בג"צ 2678/91 **אל צנעא ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה ואח'**, פ"ד מו (3) 709.
27. ראו דנ"פ גנימאת, אך כאמור, השוו בש"פ זאדה.
28. ראו מראי מקום לעיל, הערה 13.
29. ברק (לעיל, הערה 19), 419.
30. 347 U.S. 483 (1954).



nevo.co.il

האמריקני. במחצית הראשונה של המאה הקודמת תרם בית־המשפט העליון תרומה די משמעותית לפרוץ מלחמת האזרחים: הוא סירב לשמוע לקולות הפרוגרסיביים שעלו ממדינות הצפון, שדרשו שינוי רדיקלי ביחס למעמד העבדים.[31] בשלהי המאה הקודמת ובתחילת המאה הנוכחית השתמש בית־המשפט העליון בסמכות הביקורת השיפוטית בעיקר כדי לעכב את הכוחות הפרוגרסיביים שרצו לשים סוף לעידן ה־laissez faire.[32] ובשנים האחרונות, לאחר שבית־המשפט העליון כמעט התרוקן מן הכוחות הפרוגרסיביים שאיישו אותו לפני כמה עשורים, הוא ממשיך ומשרת נאמנה את החזון הרפובליקאי. (הרי גם את הליברטריאניזם לא המצאנו; ייבאנו אותו מאמריקה.) שוב, כרגיל בעניינים כאלה, מתבקש כאן הסייג: הכול יחסי, ותמיד ניתן להצביע על יוצאים מן הכלל. אך נדמה לי שאין חולק על המגמה הכללית. למעט אותם שניים שלושה עשורים שבהם שימש בית־המשפט העליון מנוף לקידום רעיונות ליברליים, שוויוניים ופרוגרסיביים, רוב הזמן הוא שימש מכשול לקידומם של שינויים חברתיים רצויים.

ועכשיו מתבקשת השוואה קטנה: אנגליה היא אחת המדינות הדמוקרטיות היחידות במערב שאין בהן מוסד של ביקורת שיפוטית.[33] האם מצב זכויות האדם והרווחה החברתית באנגליה גרוע מזה שבארצות הברית, למשל? אינני יודע כיצד מודדים דברים כאלה. אוכל רק לדווח כאן על התרשמותי האישית. נדמה לי שעדיפותה של ארצות הברית בעניין זה מוגבלת לתחום אחד ויחיד: חופש הביטוי. בעניין זה יש כנראה לאנגלים עוד מה ללמוד (ולנו, לצערי, עוד הרבה יותר). לעומת זאת, כמעט בכל תחום אחר, הרושם שלי הוא שבפועל מצב זכויות האדם באנגליה ודאי לא נופל מזה שבארצות הברית. כידוע, בית־המשפט העליון בארצות הברית חוזר ומאשר את התוקף החוקתי של עונש המוות, אף כלפי קטינים ומפגרים, למרות הסעיף החוקתי האוסר "cruel and unusual punishment". באנגליה, לעומת זאת, למרות דעת הקהל שבאופן מובהק תומכת בעונש מוות, הפרלמנט מצביע, אחת לכמה שנים, ברוב גדול נגד השבתו. הפלות מלאכותיות באנגליה חוקיות ונתמכות על־ידי המדינה. חשוב מזה, כל תושבי אנגליה זוכים לשירות רפואי חינם באמצעות ה־National Health Service. הגם שגברת תאצ'ר הצליחה במהלך שלטונה הממושך להביא לכרסום משמעותי במערך הזכויות הסוציאליות באנגליה, עדיין מצויות זכויות אלו ברמה גבוהה בהרבה מן המקובל בארצות הברית. לפני כשלוש שנים, כשאמצעי התקשורת באנגליה הצליחו להביא לתודעת הציבור שורה של הפרות צדק חמורות בכמה הרשעות פליליות של "טרוריסטים", כביכול, של ה־IRA, "בתוך חודשים ספורים שוחררו מורשעים אלו, הוחלף (בעדינות) הלורד צ'נסלור, ומערכת המשפט הפלילי נטלה על עצמה בדק־בית רציני. אף־על־פי שאין באנגליה הפרדה פורמלית בין דת למדינה, סובלנות דתית נשמרת שם בקנאות. ולבסוף, אם תורשה לי עוד התרשמות אישית, נדמה לי שאם תונהג באנגליה ביקורת שיפוטית, מצב זכויות האדם שם לא ישתפר במאום; שופטי אנגליה נמנים, באופן מסורתי, עם החלקים השמרניים ביותר

31. **Dred Scott v. Sanford** 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).

32. **Lochner v. People of State of New York** 198 U.S. 45 (1905).

33. עניין זה משתנה בשנים האחרונות, עם כפיפותה של אנגליה למוסדות הקהיליה האירופית.



nevo.co.il

בחברה האנגלית. היטב ידע זאת השמאל האנגלי מאז ומתמיד, ולכן התנגד בעקביות, ולדעתי בצדק, לאימוץ הביקורת השיפוטית שם.[34]

ההיסטוריה, אם כן, אינה מלמדת על טעמים פרגמטיים טובים לתמוך באימוצו של מוסד הביקורת השיפוטית בישראל. ובהעדר פרגמטיקה, אעבור לתיאוריה.

## ד. הכרעת הרוב וגבולותיה

לפני שאני ניגש לבחינתם של הטיעונים בעד ונגד ביקורת שיפוטית, הייתי רוצה למקם את הוויכוח במקומו המתאים. ראשית, אין לי שום רצון להיאחז בטענה הרווחת בקרב חוגים משפטיים מסוימים, שלפיה ביקורת שיפוטית פסולה משום שהיא מערבת את השופטים בפוליטיקה. לא משום שטענה זו מופרכת מבחינה עובדתית, אלא משום שאני מאמין שהשופטים בלאו הכי מעורבים בפוליטיקה, בין אם יש ביקורת שיפוטית במובן החוקתי, ובין אם אין. הכרעות שיפוטיות הן לעתים קרובות הכרעות מוסריות־פוליטיות, גם כשמדובר בפרשנות חוקים ותקנות, ולא רק כשמדובר בפרשנות חוקתית. נדמה לי שנקודה זו כל כך ברורה היום, שאין צורך להתעכב עליה. ואמנם, אלה החוששים ממעורבות יתר של השופטים בפוליטיקה, בדרך־כלל טוענים בעצם מעין טענה כמותית: הם מניחים שביקורת שיפוטית תערב את השופטים בפוליטיקה באופן משמעותי יותר מכפי שהם מעורבים בה ממילא. אלא שבתור טענה כמותית, אין שום ודאות לגבי אמיתותה. יתרה מכך, צריך לזכור שביקורת שיפוטית לא בהכרח מובילה לאקטיביזם שיפוטי. וזוהי בעצם הנקודה השנייה שרציתי להבהיר: צריך להיזהר ולא לבלבל בין הוויכוח על סמכות הביקורת השיפוטית ובין שאלת האקטיביזם השיפוטי. אקטיביזם שיפוטי יכול להתקיים גם בהעדר ביקורת שיפוטית, ולהיפך: בית־משפט שיש לו סמכות לביקורת שיפוטית יכול להפעיל סמכות זו בשמרנות רבה תוך הימנעות מאקטיביזם. ומכאן, שלא שאלת המעורבות של שופטים בפוליטיקה היא השאלה המעניינת אותי כאן, מכל מקום, לא כשאלה כמותית כביכול, אלא אופי המעורבות הזאת בהקשר המיוחד של ביקורת שיפוטית.

לבסוף, וזו היא נקודתי המרכזית בסעיף זה, אני רוצה לנתק את עצמי מאחת הטענות הרווחות כנגד סמכות הביקורת השיפוטית המושתתת על "עקרון הכרעת הרוב". רבים סבורים (וכך סבר גם השופט חשין בעניין חוק גל[35]) שהפגם העיקרי בסמכות הביקורת השיפוטית נעוץ בכך שהיא מנוגדת לעקרון הכרעת הרוב. למעשה, יש כאן שתי טענות שלא תמיד מבחינים ביניהן כיאות. טענה אחת היא שעצם ההגבלה החוקתית של סמכות הרוב בפרלמנט לחוקק חוקים כאוות נפשו יש בה משום פסול, שהרי היא מנוגדת לעיקרון הדמוקרטי הבסיסי של הכרעת הרוב. טענה אחרת היא שגם אם יש טעמים טובים לקיומן של הגבלות חוקתיות על סמכות הרוב להשליט את רצונותיו על־ידי חקיקה, הרי שתפקיד

34. עמדה דומה הביע גם Mark Tushnet, "An Essay on Rights", 62 *Texas Law Review* (1984) 1363, p. 1381.

35. לעיל, הערה 1.



nevo.co.il

בית־המשפט בכל המנגנון הזה הוא המנוגד לעקרונות הדמוקרטיים של הכרעת הרוב, משום שבית־המשפט אינו מוסד דמוקרטי. שתי הטענות האלה הן רציניות ומחייבות דיון מעמיק. בסופו של דבר, אינני סבור שיש ממש בטענה הראשונה, ולביאור נקודה זו אקדיש את יתרתו של פרק זה. בפרק הבא אנסה להראות שבטענה השנייה יש יותר אמת מכפי שנהוג לחשוב. כדי לבסס את עמדתי בעניינים אלו, ארשה לעצמי לחזור כאן לכמה מושכלות ראשונים לגבי הרציונל של הכרעת הרוב, וגבולותיה.[36]

נתחיל בהבהרה מושגית בסיסית. דמוקרטיה היא כינוי לצורת משטר, ולא לתיאוריה פוליטית. תיאוריה פוליטית, או אידיאולוגיה, מתאפיינת בכך שהיא מתיימרת להשיב לשאלות היסוד של החיים במסגרת חברתית ומדינית; כל תיאוריה פוליטית היא בסופו של דבר מענה לשאלה הכללית באיזו חברה אנחנו רוצים לחיות. "דמוקרטיה" אינה תשובה לשאלה זו. אין, למשל, "אידיאולוגיה דמוקרטית". הליברליזם, הליברטריאניזם, המרקסיזם, הקומוניטריאניזם, הפאשיזם, וכיוצא באלה, הם תיאוריות פוליטיות. תיאוריות אלו מושתתות על תפיסת עולם רחבה שיש בה תשובות למגוון גדול של שאלות, כמו, למשל, תפיסת מקומו של האדם בחברה, מהות החברה, מהותה של ההתארגנות המדינית, ובדרך־כלל גם מהות החיים הטובים ומשמעותם. יש, כמובן, תיאוריות פוליטיות שנגזרת מהן הצדקה למשטר דמוקרטי דווקא; אך לא להיפך. מי שמצדד במשטר דמוקרטי לא מחויב בכך לתיאוריה פוליטית מסוימת.[37]

ההבחנה בין תיאוריה פוליטית, או אידיאולוגיה, ובין צורת משטר כזאת או אחרת אינה הבחנה סמנטית אלא הבחנה מושגית־לוגית הנגזרת ממהותם של היחסים האינסטרומנטליים בין השניים. ההכרעה בדבר צורת המשטר הראויה בחברה מסוימת דאוי שתהיה מבוססת על עקרונות הנגזרים מתיאוריה פוליטית, תוך התחשבות בנסיבות החיים והמקום. ההיפך לא ייתכן: אין זה מתקבל על הדעת שנגבש לעצמנו דעה כוללנית בנוגע לצורת החיים הרצויה בחברה מתוך שיקולים הנגזרים מאופיו של המשטר הרצוי. בעיקרו של דבר, מבנה המשטר צריך להיתפס כאינסטרומנטלי למימושה של התיאוריה הפוליטית שאנחנו מחזיקים בה, ויחסים אינסטרומנטליים הם חד־צדדיים. למשל, למי שמצדד בתפיסת עולם ליברלית יש טעמים טובים מאוד לצדד גם בצורת משטר דמוקרטית; אך, כאמור, לא להיפך: לא כל מי שיש לו טעמים טובים לצדד בדמוקרטיה חייב להיות ליברל.

מדוע מחויב הליברליזם לצדד במשטר דמוקרטי? דמוקרטיה, כמו צורות משטר אחרות, עניינה בחלוקת יחסי הכוחות בחברה, והיא קובעת מנגנונים מסוימים להלוקה ולחלוקה מחדש, קרי שינוי, של יחסי הכוחות האלה. הכוח העיקרי שצורות משטר שונות קובעות חלוקה שונה שלו הוא הכוח לקבל הכרעות פוליטיות. מנקודת מבט ליברלית, כוח זה,

36. דברי בעמודים הבאים על עקרון הכרעת הרוב וגבולותיו לקוחים ממאמרי "על גבולות הדמוקרטיה: תורת המדינה בעקבות רצח רבין", ספר השנה למשפט הישראלי, תשנ"ד-תשנ"ה (אריאל רוזן־צבי (עורך), תשנ"ז) 1.

37. ראו למשל Ronald M. Dworkin, *A Matter of Principle* (Harvard U.P., Cambridge Mass., 1985), 196; Joseph Raz, "Liberalism, Skepticism, and Democracy", 74 *Iowa Law Review* (1989) 761



nevo.co.il

כלומר הכוח לקבל הכרעות פוליטיות, הוא נכס ציבורי שצריך לחלקו באופן שוויוני. במילים אחרות, הליברליזם מניח שלכל אחד מאיתנו יש זכות ליטול חלק שווה בקבלת החלטות פוליטיות. ומכאן כמובן מתבקש העיקרון של הכרעת הרוב. הצבעה, בתנאים הוגנים, על עניין מסוים, והכרעה בו על־פי החלטת הרוב, היא הדרך היחידה שניתן לממש בה את עקרון החלוקה השוויונית של כוח ההכרעה. לכל אחד קול אחד אין פירושו אלא זה: לכל אחד יש נתח שווה באופן יחסי לכל האחרים בנכס הציבורי שאנחנו קוראים לו "הכוח לקבל החלטות".

זו היא, מכל מקום, התזה העיקרית שאני רוצה להגן עליה כאן, ולכן מן הראוי להתעכב עליה מעט יותר.[38] צריך לשים לב שעל־פי התפיסה הליברלית שהצגתי, הרציונל של הכרעת הרוב נעוץ בעקרון החלוקה השוויונית של היכולת להשפיע על תהליך קבלת ההחלטות בתחום רלוונטי. מכאן, שיהא זה מוטעה לחשוב שהערך העיקרי של הכרעת הרוב נעוץ בכך שההכרעה משקפת את עמדת הרוב בעניין מסוים. ראשית, משום שלעמדת הרוב, בתור שכזאת, אין ערך. שום דבר בעולם לא נעשה צודק יותר רק משום שאנשים רבים יותר רוצים בו או חושבים אותו לנכון.[39] שנית, וזו נקודה שלעתים קרובות נוטים שלא לשים לב אליה, אין גם קשר ישיר בין הכרעת הרוב לעמדת הרוב. הכרעת הרוב היא עניין פרוצדורלי במהותו, והפרוצדורה אינה משקפת בהכרח את דעת הרוב בעניין העומד להצבעה. (חִשבו, למשל, על משמעותה של הצבעה אסטרטגית!) לפי קו הטיעון שהצגתי קודם, גם אין צורך בכך; גם אין שום צורך להניח קשר הדוק מדי בין הכרעת הרוב ובין דעת הרוב. ערכה של הכרעה דמוקרטית נעוץ ביכולת ההשפעה על קבלת ההחלטה, ולא בקשר שבין ההחלטה המתקבלת ובין עמדת הרוב. כפי שציינתי קודם, ההנחה היא שערכה של הכרעת הרוב נעוץ בחלוקה השוויונית של הכוח לקבל החלטה, וערך זה מתממש במלואו בעצם קיומה של פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית – ורק באמצעותה – גם אם, כאמור, תוצאת ההחלטה אינה משקפת את עמדת הרוב.

חשוב להבהיר נקודה זו, בין השאר משום התמיהה הרווחת בקשר למושג "רוב": אם מניחים שהרציונל של הכרעת הרוב קשור באופן הדוק לרעיון שלפיו הכרעת הרוב משקפת את עמדת הרוב, טבעי מאוד לתמוה מדוע "רוב" פירושו בהכרח "מעל 50 אחוז", מדוע לא רוב גדול יותר. תמיהה זו מובנת מאוד, כאמור, רק אם מניחים שיש משהו בעובדה שהרוב רוצה בדבר־מה כדי לתת לאותו הדבר תוקף, באיזשהו מובן. למה הדבר

38. תזה דומה ראו Chaim Gans, *Philosophical Anarchism and Political Disobedience* (Cambridge U.P., Cambridge, 1992) 112. ראו גם Joseph Raz, *The Authority of Law* (Claredon, Oxford, 1979), 271-275.

39. ייתכן מאוד שהתועלתנות הקלסית סבורה אחרת: על־פיה יש תמיד לפעול למקסום התועלת החברתית, ומכאן שסיפוק מירב ההעדפות של הפרטים בחברה ייחשב לטוב כשלעצמו. יחד עם זאת, צריך לזכור שלא כל הכרעה דמוקרטית עוסקת בשאלה של מקסום העדפות. לעתים קרובות, אין קשר ברור דיו בין העדפת הרוב, במובן הדמוקרטי, ובין מקסום התועלת. מכל מקום, על ההצדקות התועלתניות לדמוקרטיה לא אתעכב כאן: אלה זכו כבר לביקורת נוקבת בספרות. ראו למשל ההפניות לעיל, בהערה 39.



nevo.co.il

דומה? נניח שמסתבר שאנשים רבים יותר מעדיפים צפייה במשחקי כדורגל על פני צפייה באופרה. די בעובדה זו, בדרך־כלל, לעודד רשתות טלוויזיה להרבות בשידורים של משחקי כדורגל ולאו דווקא של אופרות, ובמידה שהיא פרופורציונית לשיעור הצופים המעדיפים את האחד על פני השני. ומכאן, רבים נוטים לחשוב שרציונל דומה חל גם על ההליך הדמוקרטי. אחרי הכול, אם הליך דמוקרטי אמור לשקף את העדפות הרוב בציבור, נראה סביר להניח שחשוב לברר איזה שיעור בציבור מחזיק באותה העדפה; ומכאן אך טבעי להסיק שככל שהעניין חשוב יותר, כן ראוי ששיעור המצדדים בהחלטה יהיה גבוה יותר. אלא שכל המהלך הזה מוטעה מיסודו. למעשה, כל סטייה מעקרון הרוב הרגיל תהווה סטייה מן הערך הליברלי הבסיסי שעליו נשען הרציונל של הכרעת הרוב, קרי, הערך של חלוקה שוויונית של הנכס שאותו כיניתי "הכוח לקבל הכרעות פוליטיות". הדרישה להשגת רוב גדול יותר תיצור חלוקה בלתי שוויונית של הזכות להשפיע על תהליך קבלת ההחלטות, שהרי כוחו היחסי של כל פרט לא יימדד על־פי הנוסחה השוויונית של 1/n.

במילים אחרות, הקשר שבין הערך הליברלי העומד ביסוד הכרעת הרוב, הנעוץ בחלוקה שוויונית של הכוח לקבל החלטות פוליטיות, ובין עקרון ההחלטה על־פי רוב רגיל הוא קשר אינהרנטי ולא קשר מקרי. למען הסר ספק, אינני מתכוון לטעון כאן שאין נסיבות שבהן ראוי לו למשטר דמוקרטי לקבוע סייגים להכרעת הרוב, אפילו בדרך של דרישת רוב גדול יותר לצורך קבלת החלטות מסוגים מסוימים. אלא שצריך לזכור שטעמיה של דרישה כזאת אינם יכולים לנבוע במישרין מן העיקרון ההופך את הכרעת הרוב לפרוצדורת ההכרעה הצודקת, שהרי, כאמור, העיקרון הזה הוא בבסיסו עיקרון של חלוקה שוויונית. על השאלה המתבקשת מהם הטעמים המצדיקים סטייה מן העיקרון האמור לטובת רוב משוריין או לטובת אמצעים אחרים, אנסה להשיב עוד מעט.

יוצא, אם כן, שהערך הליברלי הבסיסי העומד ביסוד ההצדקה להכרעת הרוב בעניינים פוליטיים הוא ערך החלוקה השוויונית של הכוח לקבלת הכרעות פוליטיות. כמובן, אין זה הערך היחידי המצדיק הכרעת הרוב; ולמותר לציין, דמוקרטיה כצורת משטר כרוכה במרכיבים נוספים מעבר להכרעת הרוב. חלקם של מרכיבים אלו, כמו למשל, היות המשטר פרלמנטרי, קשורים לעקרון הכרעת הרוב בקשר הדוק, ומרכיבים אחרים של משטר דמוקרטי, כמו עקרון הפרדת הרשויות למשל, קשורים לערך של הכרעת הרוב בקשר יותר רופף ואינצידנטלי.

כפי שציינתי קודם לכן, מעבר לרציונל הבסיסי המושתת על ערך השוויון, יש לליברליזם טעמים נוספים לצדד בתהליך של הכרעת הרוב בעניינים פוליטיים. בראש ובראשונה, אני מתכוון כאן לעקרון הפשרה ההוגנת. טיבה של הכרעת הרוב שהיא מהווה פיתרון פרוצדורלי להכרעה במחלוקות ערכיות ומהותיות, פיתרון שאינו כרוך בנקיטת עמדה ערכית לגופן של העמדות השנויות במחלוקת. ומכאן שקבוצת אנשים שיש ביניהם מחלוקת מהותית בעניין מסוים, שנדרשת בו מהם הכרעה קבוצתית, ייטו להסכים רק לפרוצדורת הכרעה שאין בה משום נקיטת עמדה במחלוקת המהותית ביניהם. אחרת, כל פיתרון לגבי פרוצדורת ההכרעה יהיה פיתרון שאין זה הוגן להכפיף לו את כל הצדדים, שהרי מעצם מהותו הוא מפלה לרעה את אלה שעמדתם תימצא בנחיתות יחסית. במילים אחרות, היכן שנדרשת הכרעה קבוצתית על רקע מחלוקת מהותית בין חברי הקבוצה לגבי



nevo.co.il

טעמיהם והעדפותיהם בעניין הנתון להכרעה, פרוצדורת הכרעה שאין בה משום העדפה מובנית לטובת (או לרעת) חלק מעמדות הצדדים יכולה בנקל להיתפס כפרוצדורה המגלמת פשרה הוגנת.[40]

יחד עם זאת, ראוי לשים לב שטיעון הפשרה ההוגנת כשלעצמו אינו יכול להצדיק הכרעת הרוב דווקא. הכרעת הרוב אינה הפרוצדורה היחידה הנמנעת מנקיטת עמדה באותו מובן הנדרש מעקרון הפשרה ההוגנת; גם פרוצדורה של הגרלה, למשל, עומדת באותם קריטריונים. ומכאן, שהכרעת הרוב כפשרה הוגנת אמנם מהווה ערך ליברלי מרכזי התומך בהכרעת הרוב, אך פשרה הוגנת אינה יכולה להיות העיקרון הבסיסי; העיקרון הבסיסי הוא עקרון החלוקה השוויונית של הכוח לקבל החלטות פוליטיות, ועקרון הפשרה ההוגנת נלווה לו ובמידה מסוימת תלוי בו.[41]

נדמה לי שכעת כבר יש לנו כלים בסיסיים לטפל בשאלת הגבולות המוסריים של הכרעת הרוב מנקודת המבט של תיאוריה פוליטית ליברלית. שאלת הגבולות מתחלקת לשתי שאלות בסיסיות: ראשית, צריך לבחון את אותם עניינים שבהם מלכתחילה לא ראוי לקבל החלטות על־ידי הליך של הכרעת הרוב; שנית, גם בעניינים שעקרונית ניתן להכריע בהם במסגרת הליכים דמוקרטיים, ייתכן שיש דברים שלא ראוי להשאירם להכרעת רוב "רגיל". אדון בשתי שאלות אלו לפי סדרן.

עד כה יצאתי מתוך הנחה שהיכולת לקבל הכרעות בעניינים מסוימים, שקראתי להם "פוליטיים", היא נכס ציבורי שראוי לחלקו באופן שוויוני. כמובן, לא כל החלטה היא החלטה פוליטית. צריך לזכור שיש אינספור עניינים שבהם ההחלטה הנדרשת אינה שייכת

40. ראו Peter Singer, *Democracy and Disobedience* (Oxford U.P.,Oxford ,1973).

41. נדמה לי שדברים דומים טוען Gans (לעיל, הערה 40, עמ' 110). פרט לטיעון הפשרה ההוגנת, והטיעון התועלתני שהזכרתי בהערה 41 לעיל, יש כמובן טיעונים נוספים המתיימרים לבסס את ההצדקה הליברלית של משטר דמוקרטי, ולא אוכל לסקור כאן את כולם. למשל, כפי שהתעלמתי מהטיעון התועלתני, ומטעמים דומים התעלמתי גם מהמסורת המנסה לבסס את הדמוקרטיה על רעיון ההסכמה. משטר דמוקרטי מוצדק, לפי תפיסה זו, משום שהוא מבטא את הסכמת הנשלטים לשלטונו של השליט. מעבר לכך שרעיון ההסתמכות על הסכמה בהקשר זה זכה לקיטונות של ביקורת, ספק בעיני אם יש בו כדי לבסס משטר דמוקרטי דווקא. הרי על־פי תפיסה זו, כל משטר שניתן לומר עליו שהוא זוכה להסכמת נתיניו, אפילו אין הוא דמוקרטי, יהיה מוצדק באותה מידה. מכל מקום, צריך להבחין בין השאלה שניסיתי לענות עליה כאן, מה מצדיק הכרעת הרוב בעניינים פוליטיים, ובין שאלה אחרת, והיא: מהם הערכים שמשטר דמוקרטי בכלל, והכרעת הרוב בפרט, נותנים להם ביטוי? התשובה לשאלה השנייה מגוונת יותר וכוללת רכיבים שאינם מצויים בתשובה לשאלת ההצדקה הכללית. למשל, אפשר להניח שמשטר דמוקרטי והכרעת הרוב נותנים ביטוי גם לערך של "אזרחות טובה", המתבטאת, למשל, בעידוד למעורבות ולמודעות פוליטית. אינני מתכוון לזלזל בערכים אלו. הם חשובים, ויש קשר הדוק בינם לבין הרציונל של הכרעת הרוב. אלא, שכאמור, עניינו העיקרי נעוץ בהצדקה של הכרעת הרוב במובחן משיטות הכרעה אחרות, ולא במכלול הערכים שמשטר דמוקרטי נותן להם ביטוי.



nevo.co.il

לתחום שבו הכוח לקבל את ההחלטה הוא נכס ציבורי שראוי לחלקו באופן שוויוני. למעשה, רוב רובן של ההחלטות הן כאלה; רק בהתקיים תנאים מסוימים, כוח ההכרעה הופך לנכס ציבורי. למעשה יש שני תנאים עיקריים לכך: ראשית, צריך להניח שההחלטה נוגעת לעניין שיש לו השלכות חברתיות רחבות; שנית, צריך גם להניח שאין לנו טעמים מיוחדים הקושרים בין סוג ההחלטה ובין זהות המחליט הראוי. את ההחלטות לגבי שאלות כגון מה עלי ללבוש היום, לאיזה סרט ללכת, ראוי להשאיר לי, בעיקר בגלל שאין בהן כדי להשפיע על חיי הזולת. אבל יש להשאיר החלטות כאלה לפרט גם בשל סיבות אחרות, הקשורות לערכים מוסריים המצביעים על הקשר שבין סוג ההחלטה המתבקשת ובין זהות המחליט. סיבות אלו ברורות, כמובן, כשמדובר בהחלטות בעלות אופי אישי מובהק. אלא שגם במצבים שמתקיים בהם התנאי הקודם, כלומר, גם כאשר להחלטה מסוימת יש השלכות רחבות על הזולת, עדיין ייתכנו טעמים מוסריים ואחרים שבגינם ראוי לזהות גורם מסוים כגורם הנכון לקבל את ההחלטה. למשל, גם אם להחלטתו של סופר מפורסם להפסיק לכתוב רומנים יש השלכות רחבות על קהל קוראיו, עדיין ברור לנו שהכוח לקבל הכרעות כאלה אינו הופך לנכס ציבורי. וזה, כאמור, התנאי השני שנדרש מהחלטה כדי שתהיה לנכס ציבורי, התנאי האומר שאין טעמים מוסריים עצמאיים שבגינם ניתן לזהות גורם מסוים כגורם שראוי לו לקבל את ההחלטה הרלוונטית.

אין צורך לומר שהטעמים שבגינם אנחנו קושרים בין סוג מסוים של החלטה ובין הגורם שראוי לו להחליט לגביה הם רבים ומגוונים. במקרה של הסופר המחליט להפסיק ליצור, למשל, טעמים אלו נוגעים לערך של אוטונומיה אישית. בהחלטה כיצד לבנות מטוס, למשל, טעמים אלו קשורים להכרת במומחיות ספציפית, וכיו"ב. יוצא, אם כן, שרק בהעדרם של טעמים המצביעים על קשר ברור בין סוג ההחלטה ובין זהות המחליט, וגם אז רק בהנחה שלהחלטה העשויה להתקבל יש השלכות רחבות על ציבור מסוים, ראוי לראות את הכוח לקבלת ההחלטה ככוח פוליטי, כלומר, כנכס ציבורי שראוי לחלקו חלוקה שוויונית.

האם נובעת מכאן המסקנה שכל אימת שמתקבלת הכרעת הרוב בהליך דמוקרטי בנוגע לעניין מסוים, ששני התנאים שציינתי אינם מתקיימים לגביו, ההכרעה הדמוקרטית אינה לגיטימית בתור שכזאת? לא בהכרח. צריך לזכור שבמקרים רבים, אחת השאלות השנויות במחלוקת היא שאלת התחולה של התנאים ההופכים החלטה מסוג מסוים לנכס ציבורי. למעשה, במקרים כאלה מתקיים ההליך הדמוקרטי בין היתר כדי להכריע בשאלה אם ראוי לקיימו. בדרך־כלל, מצב כזה הוא פרדוקסלי ולא רצוי. יחד עם זאת, מאחר שיש מקום נרחב לחילוקי דעות בקשר למימושם של התנאים ההופכים את הכוח לקבלת החלטות מסוג מסוים לנכס ציבורי, הכרעה דמוקרטית על השאלה אם ראוי להחליט בעניין בהכרעה דמוקרטית אינה כה מופרכת כפי שזה נראה ממבט ראשון. כשיש חילוקי דעות מהותיים לגבי טיבה של ההחלטה והשיקולים המעורבים בה, בהחלט ייתכן שיהיה זה הוגן לראות את ההכרעה על טיבה של ההכרעה כנכס ציבורי. יתרה מכך, על רקע חילוקי דעות מהותיים בעניינים כאלה, עקרון הפשרה ההוגנת עשוי אף הוא לתמוך בהליך של הכרעת הרוב. שהרי ההנחה היא שכל הליך אחר שאין בו פשרה הוגנת ייטה לטובת צד מסוים ויפלה את עמדתו לרעה.



nevo.co.il

כפי שכבר ראינו, הכרעת הרוב ברוב רגיל אינה מקרית לרציונל הליברלי העומד ביסוד ההצדקה של הכרעות הרוב, שהרי הוא משקף את ערך החלוקה השוויונית של הכוח לקבל החלטות פוליטיות. האם יש טעמים – מנקודת המבט של תיאוריה פוליטית ליברלית – לסטות מערך זה? האם יש מצבים שבהם ליברליזם מחייב סטייה מעקרון הכרעת הרוב בעניינים פוליטיים? זוהי למעשה השאלה המרכזית השנייה בנוגע לגבולות ההכרעה הדמוקרטית. (צריך לזכור ששאלה זו מעניינת רק לגבי אותם נושאים שבהם מלכתחילה הנחנו שהכוח לקבל הכרעות לגביהם הוא נכס ציבורי; בעניינים שבהם מלכתחילה לא ראוי להכריע בהכרעת הרוב, התשובה לשאלה מובנת מאליה ואינה מעוררת קושי מיוחד.)

נדמה לי שכבר הראיתי מדוע לא ניתן להשיב בחיוב על השאלה אם מותר לסטות מהכרעת רוב רגיל, רק בהסתמך על חשיבותה היחסית של ההחלטה הרלוונטית. אולי אפילו ההיפך נכון: נדמה לי שדווקא ככל שההחלטה המתבקשת היא גורלית יותר, כן מתחזקים הטעמים להתעקש על חלוקה שוויונית של הכוח להכריע, קרי, טעמים המצדדים בהכרעה על בסיס רוב רגיל.

מתי אפוא, אם בכלל, ראוי לסטות מרוב רגיל? בעיקרון, אפשר לחשוב על שני סוגים של שיקולים היכולים לתמוך בסטייה מעקרון הרוב הרגיל (להלן: עקרון הרוב): סוג אחד של שיקולים, והבעייתי פחות משניהם, נובע מן הפער שיש במציאות בין הרציונל השוויוני העומד ביסוד עקרון הרוב ובין מימושו בהליכים פרלמנטריים במסגרת דמוקרטיה ייצוגית. הליך של הכרעת הרוב מושתת, כאמור, על הוכות של כל פרט בחברה ליטול חלק שווה בכוח לקבלת ההחלטות פוליטיות. זכות זו ניתנת למימוש באופן לא בעייתי במיוחד כשהדברים נוגעים לזכות ההצבעה לפרלמנט ולמוסדות דמוקרטיים אחרים. לעומת זאת, כשמדובר באותם עניינים שהפרלמנט עצמו מכריע בהם, הליך ההכרעה הדמוקרטי הופך להליך ייצוגי. בהליך שהוא ייצוגי במהותו, ייתכן פער לא מבוטל בין הערך המרכזי העומד ביסוד עקרון הרוב ובין מימושו בפועל. ושוב, לא בגלל שהכרעת הפרלמנט אינה משקפת בהכרח את עמדת הרוב בציבור, אלא משום שאין היא משקפת בהכרח את החלוקה השוויונית של כוח ההכרעה הפוליטי בציבור. לכך ייתכנו טעמים רבים, החל במבנה שיטת הבחירות לפרלמנט (למשל, ככל שהשיטה יחסית פחות, כן עלול להתעמק הפער בין יחסי הכוחות בפרלמנט ובין יחסי הכוחות בציבור), וכלה בגורמים מקריים כמו "עריקה" של חברי פרלמנט מצד לצד. במצבים כאלה, ייתכן מאוד שאחת הדרכים לתיקון העיוות היא דווקא בסטייה מדרישת עקרון הרוב, סטייה המוצדקת, בסופו של דבר, משום שהיא נחוצה למימוש מוצלח יותר של הערך השוויוני העומד ביסוד עקרון הרוב עצמו.

הסוג השני של שיקולים היכולים לתמוך בסטייה מעקרון הרוב הוא השיקול המרכזי לענייננו. מדובר באותם מצבים שבהם נטען שהסטייה מוצדקת בשל שיקולים הנעוצים בתוכן העניינים שהחלטה ציבורית מתבקשת לגביהם. הדוגמה הבולטת בהקשר זה היא כמובן דוגמת השיריון החוקתי של זכויות או של ערכים המוגנים מפני שינוי על־ידי רוב רגיל. ראוי לחזור ולהדגיש ששיריון חוקתי של זכויות וערכים מעורר שתי שאלות שונות בהקשר הנוכחי: שאלה אחת היא כמובן זו הנוגעת להצדקת הסטייה מעקרון החלוקה השוויונית של כוח ההחלטה הפוליטי. שאלה שנייה נוגעת לתחליף המוסדי להכרעת הרוב:



nevo.co.il

שיריון חוקתי מחייב קיומו של גורם מוסדי כלשהו שאמור לקבל החלטות ביחס לתחולתו של השיריון החוקתי; ולפחות בדמוקרטיות המערביות המוכרות לנו, הגורם הזה הוא בית־משפט, שיש לו סמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הפרלמנט. מה מידת ההצדקה שיש לקיומו של גורם זה, ואם ראוי להקנות לבתי־משפט את סמכות הביקורת השיפוטית בהקשר החוקתי, הן השאלות המרכזיות שיעסיקו אותנו בפרק הבא.

אם כן, כיצד ניתן להצדיק את הסטייה מעקרון החלוקה השוויונית של הכוח לקבלת החלטות פוליטיות מטעמים הקשורים לתוכנם של הערכים העשויים להשפיע על ההחלטה? האמת היא, שמנקודת מבט של תיאוריה פוליטית ליברלית, במישור העקרוני, התשובה אינה סבוכה במיוחד. ערך השוויון המעוגן בעקרון החלטת הרוב הוא רק ערך אחד מני רבים, ולא הבסיסי ביותר, שתיאוריה ליברלית רואה אותו כחיוני לקיומה של חברה צודקת.[42] חברה צודקת היא חברה שממומשים בה, נוסף לערך של חלוקה שוויונית של כוח ההחלטה בעניינים פוליטיים, גם ערכים של שוויון בתחומים רבים אחרים: הזכות לרווחה מינימלית, הזכות לאוטונומיה אישית, ערכי סובלנות, חירות, ועוד. כל תיאוריה פוליטית המחזיקה בריבוי ערכים צריכה להכיר שמימושם כרוך לעתים בהתנגשות ביניהם. הערך העומד ביסוד עקרון החלטת הרוב עלול להתנגש, למשל, בערכי החירות והסובלנות. כשאלה מתנגשים, ייתכן מאוד שיש טעמים טובים להעדיף את ערך הסובלנות, למשל, על־פני הערך של חלוקה שוויונית של כוח ההחלטה. ומכאן הרציונל של ערכים מוגנים חוקתית.

יוצא אפוא שיש לנו כבר תשובה לאחת משתי השאלות ששאלתי בתחילתו של דיון זה על גבולות הכרעת הרוב: האם שיריון חוקתי של זכויות, כשלעצמו, מנוגד לעקרונות היסוד של משטר דמוקרטי? ובכן, התשובה היא שאין כל פסול עקרוני בשיריון חוקתי של זכויות וערכים – למִצער מנקודת המבט של תיאוריה פוליטית ליברלית. יחד עם זאת, הובלתי למסקנה זו בדרך ארוכה במקצת, כדי להטעים את הזהירות המתבקשת לגבי יישומו של רעיון השיריון החוקתי של זכויות וערכים. כפי שניסיתי להראות, שיריון כזה תמיד כרוך בהפרה של עיקרון מרכזי וחשוב לליברליזם, הוא ערך החלוקה השוויונית של הכוח לקבלת הכרעות פוליטיות, ומכאן שנדרשים טעמים מוסריים־פוליטיים כבדי משקל להצדקת שיריון חוקתי כלשהו. יתרה מכך, צריך גם להיווכח שצידוקים כאלה אי־אפשר לגזור רק מעובדת היותו של המשטר דמוקרטי דווקא; לא הדמוקרטיה מצדיקה שיריון חוקתי של זכויות וערכים, אלא התיאוריה הפוליטית העומדת בבסיסה, קרי, הליברליזם. השאלה הספציפית אם ערך מסוים ראוי להגנה חוקתית, ובאיזו מידה, היא אפוא שאלה שניתן לענות עליה רק מתוך השקפת העולם המוסרית־הפוליטית שמחזיקים בה, תוך בחינת היחס הראוי שבין ערך החלוקה השוויונית של הכוח לקבלת הכרעות פוליטיות לעומת הערך שחושבים לעגנו חוקתית.

---

42. צודק, לדעתי, גנז (לעיל, הערה 40), באומרו שאין זה סביר לראות את ערך החלוקה השוויונית של כוח ההכרעה הפוליטי כערך בסיסי בעל מעמד כלשהו. להיפך, אם אנחנו חושבים שיש ערך לחלוקה שוויונית בהקשר הפוליטי, הרי זה משום שאנחנו מייחסים ערך בסיסי יותר לשוויון בתחומים אחרים.



nevo.co.il

למסקנתי זו יש גם משמעות פרקטית חשובה: ככל שקיימת בחברה מסוימת תרבות פוליטית ליברלית משותפת, כן סביר לעגן ערכים ליברליים בחוקה, ולהיפך: ככל שיש פחות הסכמה חברתית על האופי הליברלי של החברה, כן בעייתי יותר עיגון חוקתי של זכויות וערכים. צריך לזכור שעל משטר דמוקרטי הרבה יותר קל להסכים מאשר על האופי המוסרי־הפוליטי של החברה. לא מעט משטרים דמוקרטיים, ואין ספק שאנחנו בתוכם, מתקיימים ומשגשגים בחברות חצויות מבחינה ערכית־פוליטית, חברות שבהן אין הסכמה רחבה לגבי האופי הליברלי (או האנטי־ליברלי) של המדינה. בחברות כאלה, כפייתה של מערכת ערכים המוגנים חוקתית פוגמת בצורה משמעותית יותר בערך החלוקה השוויונית של הזכות לקבלת הכרעות פוליטיות, מאשר בדמוקרטיות ליברליות מסורתיות, כארצות הברית וקנדה, למשל. צריך הרי לזכור שבישראל, כמו במספר מדינות אחרות, עצם אופיה הליברלי של המדינה שנוי מאוד במחלוקת, וראוי שמחלוקות ערכיות בסיסיות תוכרענה על־יסוד עקרונות של חלוקה שוויונית של כוח ההחלטה בעניינים כאלה.

מכל מקום, לצורכי המשך הדיון, אסתפק כאן במסקנתי הבסיסית, שלפיה אין פגם עקרוני בשיריון חוקתי של זכויות וערכים, כל עוד אלה נתמכים בטעמים כבדי משקל והם משקפים הסכמה חברתית רחבה. אלא שמכאן, כזכור, לא בהכרח נובע שיש להעניק סמכות לביקורת שיפוטית לבית־המשפט העליון. על כך בסעיף הבא.

## ד. ביקורת שיפוטית – למי?

רבים סבורים שהמעבר מהצדקתו של עקרון השיריון החוקתי אל סמכות הביקורת השיפוטית של בית־משפט הוא מעבר חלק ולא בעייתי במיוחד. אחרי הכול, אם כבר הגענו למסקנה שיש זכויות וערכים שניתן להקנות להם מעמד־על חוקתי, אך טבעי הוא שבית־משפט יהיה הגוף הממונה על אכיפתם. למעשה, הטיעון הסטנדרטי כאן הוא דו־שלבי: בשלב ראשון מראים לנו שאין כל טעם בשיריון חוקתי של זכויות וערכים, אם אין גוף ממסדי כלשהו שיתן ביטוי מעשי להשלכות השיריון הזה. בשלב השני מראים לנו שאין אלטרנטיבה טבעית ונכונה יותר לזהותו של גוף ממסדי כזה מבלעדי בית־המשפט העליון (או בית־משפט מיוחד לחוקה, כפי שזה קיים בארצות מסוימות).[43] אלא שמהלך זה פשוט לא תקף מבחינה לוגית: גם אם נכונות הנחותיו, לא בהכרח מתבקשת מסקנתו.

קל לקבל את הטענה שאם יש טעמים טובים לשיריון חוקתי של זכויות מסוימות, טעמים אלו מצדיקים בדרך־כלל גם את הצורך במנגנון אכיפה של שיריון כזה. אפשר אפילו להסכים שמבחינה פוליטית־מעשית אין אלטרנטיבה טובה יותר למנגנון אכיפה של השיריון החוקתי מאשר, נאמר, בית־המשפט העליון. אבל מכאן פשוט לא נובעת המסקנה שהצדקנו את קיומו של מוסד הביקורת השיפוטית. צריך להשוב גם על המחיר (במונחים פוליטיים, חברתיים, תרבותיים, וכיו"ב) הכרוך בהענקת הסמכות לביקורת שיפוטית לבית־משפט, ולבחון אם מחיר זה אינו עולה על הרווח הצפוי מהשיריון החוקתי של זכויות. יתרה מכך, אם יסתבר, למשל, שבית־המשפט העליון נוטה לפרש את הזכויות

43. ראו לעניין חוק גל (לעיל, הערה 1).



nevo.co.il

החוקתיות באופן שאינו תואם את מטרתן, ממילא לא יעזור הנימוק שבלעדי סמכותו של בית־המשפט העליון לביקורת שיפוטית לא ימומש השיריון החוקתי, או שאין גוף אחר היכול לממשו טוב יותר. לפעמים יש מטרות טובות שמחיר השגתן עולה על הרווח הצפוי מהן, או שפשוט אין דרך מעשית לממשן. במילים אחרות, הוויכוח על ביקורת שיפוטית בהקשר הנוכחי הוא, בין היתר, וויכוח על ה-Real politik המאפיין מוסד זה בהקשר הספציפי שהוא מצוי בו.

אולי כדאי שנבחן יותר לעומק את הטעמים שמצددי הביקורת השיפוטית מציעים כדי לשכנענו שבית־המשפט העליון הוא המוסד הראוי להיות מופקד על שמירת זכויותינו החוקתיות. נדמה לי שניתן לקבץ שלושה טעמים עיקריים שנהוג להצביע עליהם: אי־תלות פוליטית של בית־המשפט, העדר נטייה מצד בית־המשפט להיכנע לפופוליזם, ומקצועיותו. נבחן טעמים אלו כסדרם.

אין ספק שבמדינות מתוקנות (ומבחינה זו אנחנו חיים במדינה מתוקנת), בתי־משפט נהנים מאי־תלות פוליטית. במדינות ששופטים מתמנים בהן לכל חייהם, ואין עליהם מרות מקצועית או פוליטית של גורמים מחוץ למערכת השיפוטית, נשמרת אי־התלות הפוליטית של השופטים, אפילו היה מינוים מלכתחילה פוליטי במידה זו או אחרת.[44] נכון שגם כאן מתבקש הסייג הידוע: הכול יחסי. גם על שופטים מופעלים לחצים פוליטיים ולעתים הם מתגלים כאפקטיביים; די להיזכר בפרשת הגירוש של כארבע מאות אנשי ה"המאס" ללבנון בשנת 1992, והחלטת בג"ץ בעניין,[45] כדי להיווכח בכך. יחד עם זאת, אין לי כוונה להכחיש שבית־משפט עליון, גם בישראל, נהנה באופן יחסי מאי־תלות פוליטית במובן המקובל של מושג זה.

באותה מידה, ומטעמים דומים, אין לי כוונה להכחיש שבית־משפט עליון חסין יותר מגופים פוליטיים אחרים מפני כניעה להלכי רוח פופוליסטיים. בהעדר מנגנון דמוקרטי המחייב את השופטים להיבחר מחדש, כלומר, בהעדר accountability, אין לבית־המשפט טעמים חזקים למצוא חן בעיני הציבור הרחב ולפסוק לפי הנטיות הרווחת בקרבו. יחד עם זאת, במדינה קטנה וצפופה כשלנו, הסייג הידוע ש"הכול יחסי" משמעותי כאן מאוד. גם שופטים הם בני־אדם, וגם הם זקוקים לקהילת התייחסות שתיתן גיבוי להחלטותיהם ומעשיהם. מבחינה זו יהיה מופרך להכחיש שגם שופטים שואבים את השראתם מהלכי הרוח הרווחים בציבור, אלא שמבחינתם ה"ציבור" הוא בדרך־כלל ציבור מסוים מאוד. זהו הציבור המכונה "משכיל ונאור", כלומר, האליטה הבורגנית והמשכילה בחברה.[46]

---

44. השופט ברנן סיפר פעם שכאשר שאלו את הנשיא אייזנהאור מה היו שגיאותיו בתקופת נשיאותו, אייזנהאור ענה: עשיתי שתי טעויות גדולות, ושניהם עדיין יושבים בבית־המשפט העליון. ברנן היה אחד מהם.

45. בג"צ 5973/92 ואח' האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח', פ"ד מז (1) 267.

46. ראו בעניין זה רונן שמיר, "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי", תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7, ודעתו החולקת מעט של מנחם מאוטנר, "הסבירות של הפוליטיקה", שם, 25.



nevo.co.il

לגבי טיעון המקצועיות, יש לי מעט יותר ספקות. אין ספק שבבית־המשפט העליון יושבים, בדרך־כלל, מיטב המשפטנים בישראל. על מקצועיותם המשפטית אין לי שום כוונה לערער. אולם השאלות שבית־משפט נדרש להכריע בהן בענייגים חוקתיים קלסיים (ולא רק בהם. ראו, למשל, פרשת נחמני הידועה) הן פשוט לא שאלות משפטיות. אלה הן שאלות מוסריות ופוליטיות *par excellance*. אין שום דבר משפטי במיוחד בשאלות הבסיסיות על גבולות חופש הביטוי, על מרכיבי הכבוד האנושי, או על גבולות עקרון הסובלנות, ושאלות מרכזיות אחרות המתעוררות בפרשנות חוקתית. אילו כלים מקנים לשופטים, בתור שכאלה, מומחיות בעניינים אלו? אינני יודע על כלים כאלה, ובמובן מסוים ההיפך הוא הנכון. בשל נטייתם הטבעית של שופטים לנסות ולהרחיק את עצמם ואת דעותיהם מפוליטיקה ומוסר (במיוחד בחברה חצויה ערכית ופוליטית כשלנו), אפילו אם הם חושבים ומתלבטים במונחים מוסריים־פוליטיים, הרי שהם נוטים במפורש ובמופגן לנמק את הכרעותיהם באמצעות כלים משפטיים, פורמליים, ו"ניטרליים", כביכול. גישה זו, שהיא מובנת ואולי אפילו רציונלית מנקודת המבט של השופטים עצמם,[47] אינה מהווה מתכון מבטיח לדיון מוסרי־פוליטי ביקורתי ומושכל. אחרי הכול, אם הדילמות הן מוסריות, גם פתרונן מחייב שיח (discourse) מוסרי. נטייתו הטבעית של בית־משפט, בתור שכזה, להסוות את האופי המוסרי־הפוליטי של השיח אינה מהווה ערובה למומחיות.

כך או אחרת, כפי שכבר ציינתי קודם, השאלה הבסיסית היא לא לגבי מעמדו היחסי של הממסד השיפוטי בעניינים אלו, לעומת גורמים פוליטיים־ממסדיים אחרים, אלא מידת התאמתו לפתרון הבעיות המוסריות והפוליטיות הכרוכות בשיריון חוקתי של זכויות וערכים. מדוע עלינו לחשוב שבית־המשפט העליון מתאים לביצוע המשימה הזאת? ובכן, למיטב ידיעתי יש טיעון מרכזי אחד המתיימר להשיב לכך. הנחתו הבסיסית היא, שבהכריעו בעניינים של שיריון חוקתי, בית־המשפט העליון בעצם נדרש לאכוף ערכים שיש הסכמה נרחבת בחברה על אמיתותם. נקרא לזה טיעון הקונסנסוס.[48] באופן מפורט יותר, הטיעון המלא הולך כך:

(1) השיריון החוקתי משקף ערכים בסיסיים שיש עליהם הסכמה רחבה ושורשית בציבור.

(2) השיריון החוקתי נתון כדי למנוע מפוליטיקאים ואינטרסנטים אחרים הפרה של ערכים אלו.

(3) לבית־המשפט העליון אין תמריץ להפר ערכים מוסכמים אלו, משום שמבחינה מוסדית הוא הגוף הפחות פוליטי ואינטרסנטי בחברה.

(4) ומכאן, שיש להקנות לבית־המשפט את סמכות הביקורת השיפוטית.

---

47. ניסיתי להסביר זאת בספרי Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Clarendon, Oxford, 1992), 119-121.

48. עמדה זו מיוחסת באופן מסורתי לביקל (אך כנראה שלא בצדק). ראו Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, (Bobbs Merrill, Indianapolice), 1962, לניתוח מפורט יותר ואסמכתאות נוספות ראו John H. Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard U.P., Cambridge Mass., 1980), 63-69.



nevo.co.il

האמת היא, שטיעון הקונסנסוס הועלה במקורו לא רק כדי להשיב על השאלה הבסיסית מדוע מלכתחילה יש להעניק לבית־משפט סמכות לביקורת שיפוטית; למצדדיו הוא גם נראה כמיישב את המתח האפשרי הקיים בין עקרון הכרעת הרוב הדמוקרטי ובין הביקורת השיפוטית על הכרעות אלו. הטענה הרווחת היא שאם הביקורת השיפוטית למעשה רק אוכפת ערכים מוסכמים ומושרשים היטב בחברה, ממילא אין היא מנוגדת לעקרון הכרעת הרוב. אני מקווה שטיעוני בחלק הקודם, לגבי הרציונל הבסיסי של עקרון הכרעת הרוב הדמוקרטי, מספיקים כדי להראות מדוע נקודה אחרונה זו אינה לעניין. כזכור, ניסיתי להראות שם שאין קשר הדוק בין ערכה של הכרעת רוב דמוקרטית ובין השאלה אם הכרעה כזאת משקפת את דעת הרוב בציבור. גם הטלוויזיה יכולה לשקף היטב את דעת הרוב בציבור, אך עובדה זו כשלעצמה אינה הופכת אותה למוסד דמוקרטי.

מכל מקום, לא זו הנקודה העיקרית המעניינת אותנו בהקשר הנוכחי. השאלה היא אם יש ממש בטיעון הקונסנסוס כבסיס להצדקתו של מוסד הביקורת השיפוטית. כפי שהקורא הסבלן יכול כבר לנחש, התשובה בעיני היא "לא". אין לי טענות משמעותיות כנגד הנחות 2 ו-3. טענתי העיקרית היא, ששוב, הנחות הטיעון אינן מובילות למסקנתו. אסביר זאת מיד. לפני כן, כמה מילים על הנחתו הראשונה של הטיעון. מובן שהשאלה באיזו מידה הנחה זו נכונה, כלומר, באיזו מידה הערכים המוגנים חוקתית אומנם משקפים קונסנסוס חברתי רחב, היא שאלה עובדתית בבסיסה, והתשובה עליה משתנה ממקרה למקרה. אני מניח, למשל, שהנחה זו נכונה היום לגבי הצ'רטר הקנדי החדש, ואולי במידה דומה אף לגבי עיקריה של החוקה האמריקנית. האם היא נכונה גם בישראל? בכך אני מאוד מסופק. ראשית, צריך לזכור שכל חוקי־היסוד החדשים, זאת אומרת, אלה שנחקקו כבר ואלה שמצויים בהליכי חקיקה או משא ומתן קואליציוני זה או אחר, נכונו וייכונו על אפו וחמתו של הציבור החרדי וחלקו של הציבור הדתי בישראל. (באיזה שיעור מהציבור הישראלי מדובר כאן? אולי 20 אחוז או אפילו 30 אחוז?) שנית, אם הרקע הליברטריאני של שני חוקי־היסוד החדשים ששירטטתי בחלק הראשון של מאמר זה משקף את המציאות, נדמה לי שגבולות הקונסנסוס החברתי מצטמקים עוד במידה ניכרת. לבסוף, ואני מניח שזה העיקר: החברה הישראלית חצויה כל כך ערכית, פוליטית ותרבותית, עד שכל טענה לקונסנסוס חברתי רחב ומושרש בעניינים כאלה נראית לי חשודה מאוד על פניה. על איזו מערכת ערכים בסיסיים יכולים להסכים, למשל, מצביעי מר"צ מצפון תל אביב ומתנחלי "גוש אמונים" ביש"ע? לכל היותר, על כך שהם שותפים לאיזה רעיון מופשט המכונה "ציונות" (אך רבים אחרים אינם שותפים לרעיון: ערבים, חלקם של החרדים, ואולי היום גם ה"פוסט־ציונים"!). האם נחוצה דוגמה נוספת? הנה עוד אחת: לאיזו מערכת ערכים בסיסיים שותפים חסידי הבבא סאלי בנתיבות ובמקומות אחרים ואותם מצביעי מר"צ מהדוגמה הקודמת?

הבה נניח, מכל מקום, שאני טועה בנקודה זו (אחרי הכול, אינני סוציולוג). נניח אפוא שהנחתו הראשונה של טיעון הקונסנסוס נכונה אף בישראל, והשיריון החוקתי משקף מערכת ערכים מוסכמת ומושרשת היטב בתרבות הישראלית. מדוע הטיעון אינו מראה שיש הצדקה לקיומה של ביקורת שיפוטית? התשובה פשוטה מאוד, בעיקרה: גם אם יש הסכמה על הצורך בקיומה של זכות מסוימת, ביקורת שיפוטית בדרך־כלל מתבקשת היכן



nevo.co.il

שאין הסכמה על גבולותיה של הזכות או על משקלה היחסי לעומת זכות אחרת. היכן שגבולות הזכות שנויים במחלוקת, והרי אלה הם העניינים שבית־משפט אמור בדרך־כלל להכריע בהם, ממילא אי־אפשר להמשיך ולומר שהכרעת בית־המשפט משקפת קונסנסוס חברתי רחב. אם יש קונסנסוס, בדרך־כלל הוא מוגבל לעצם קיומה של זכות, ואין הוא משתרע גם על גבולותיה ומשקלה היחסי.

עניין זה מחייב הסבר מפורט יותר, הנוגע לטבען של זכויות ולמאפיינים הייחודיים של שיח של זכויות.[49] אופייני וייחודי לשיח של זכויות שהוא מתאים במיוחד לחברות פלורליסטיות, כלומר, לחברות שיש בהן מחלוקות עמוקות בין קבוצות שונות באוכלוסיה לגבי אורחות חיים ותפיסת הטוב. שיח של זכויות נעדר כמעט לחלוטין בחברות הומוגניות משום שאין בו צורך ממשי. מדוע? ההסבר נעוץ במרכיבים הייחודיים של מושג הזכות, המייחדים אותו ממושג החובה. בניגוד לחובות, זכויות אינן מכוננות טעמים לפעולה. הסכמה על קיומה של חובה מסוימת כרוכה, מעצם טבעה, בהסכמה על כך שיש טעמים מסוימים לפעולה, החלים בנסיבות העניין. לכן, בחברה שיש בה מחלוקות עמוקות ביחס לתפיסת הטוב ואורחות חיים רצויים, נתקשה למצוא הסכמה רחבה על מערך של חובות. מדוע קל יותר אפוא להסכים לזכויות? צריך לענות תחילה על השאלה: מהי זכות? זכות, כפי שנהוג להבינה במסורת המחשבה הליברלית, נתפסת כמערך של אינטרסים המצדיקים הטלת חובות על הזולת. במילים אחרות, הטענה שלפיה יש להכיר בזכותו של אדם לדבר־מה כרוכה בהנחה שלאותו אדם יש אינטרסים כה חשובים לרווחתו, המצדיקים הטלת חובות על הזולת שיש בהן צורך כדי להגן על האינטרסים האמורים.

יוצא, אם כן, שמושג הזכות מהווה מעין מסקנת ביניים בטיעון מורכב, שתחילתו בהנחות לגבי אינטרסים הראויים להגנה וסופו במסקנה שיש להטיל על מאן דהוא חובות מסוג כזה או אחר.[50] ובכן, דווקא מעמד מיוחד זה, כלומר, כמסקנת ביניים בטיעון מעשי מורכב, מקנה למושג הזכות את יתרונו העיקרי בשיח המוסרי־הפוליטי. על מסקנות ביניים קל יותר להסכים מאשר על הטיעון כולו: גם אנשים שיש ביניהם מחלוקת על הנחות הטיעון, כלומר, על האינטרסים הראויים להגנה, וגם אלה החולקים על מסקנתו, קרי, החובות הנחוצות להגנה על אינטרסים אלו, יכולים להסכים לקיומה של הזכות הרלוונטית, שהרי, כפי שראינו, הסכמה זו נושאת אופי טנטטיבי של הסכמה על מסקנת ביניים. כאן אף מצוי ההסבר לחשיבות הגדולה של שיח של הזכויות בחברות פלורליסטיות. בחברות שיש בהן מחלוקות עמוקות לגבי תפיסת הטוב ואורחות חיים רצויים, נחוצות זכויות שניתן להסכים על קיומן, למרות חוסר ההסכמה על הטעמים שבגינם ראוי להכיר בזכות ועל המסקנות המעשיות הנובעות מהכרה זו. ממילא, בחברה הומוגנית שיש בה הסכמה נרחבת על ערכים בסיסיים ועל החובות הנובעות מהם, אין צורך במסקנות ביניים המתנסחות במונחים של זכות.

---

49. על הטיעון המובא להלן עמדתי בהרחבה במאמר אחר. ראו Andre Marmor, "On the Limits of Rights", Forthcoming in *Law and Philosophy*.

50. ראו Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Clarendon, Oxford, 1986), 181.



nevo.co.il

האופי הטנטטיבי של מושג הזכות מסביר אפוא את נחיצותו בשיח הפוליטי. אלא שכרגיל בעניינים מסוג זה, אליה וקוץ בה. כל עוד נדרשת הסכמה על עצם קיומה של זכות מסוימת, קל יחסית, להשיג הסכמה זו. אך כשהדברים מגיעים לצורך בקביעת גבולות הזכות, או משקלה היחסי בהשוואה לזכות אחרת, ההיגיון מחייב אותנו לפנות לטעמים העומדים ביסוד ההכרה בזכות, וחשיבותם היחסית, ושם מיד נגלה שאין הסכמה יותר. למעשה, נגלה שלא היתה שם הסכמה מלכתחילה. במילים אחרות, קונסנסוס חברתי רחב על קיומן של זכויות נחוץ דווקא משום שאין קונסנסוס על הטעמים העומדים ביסודן. ומכאן, שמחלוקות על גבולותיהן של זכויות ויישומן למקרים בעייתיים, בלתי נמנעות, שהרי הן חושפות את המחלוקת שבגינה נדרשה הזכות מלכתחילה. אם כן, יוצא, שיש משהו פרדוקסלי בשיח של זכויות. דווקא בחברות פלורליסטיות, שבהן שיח של זכויות נחוץ לשם גיבוש חברתי, זכויות אינן מסוגלות למלא את הפונקציה הזאת, למצער, במקרים שנדרשת בהם הכרעה לא טריביאלית בהחלתה של הזכות למקרה קונקרטי. כך או אחרת, המסקנה העיקרית שרציתי לנמק כאן היא זו: הסכמה חברתית רחבה על קיומן של זכויות אינה נוטה להשתרע גם על גבולות הזכות והטעמים העומדים ביסודה. מאחר שהכרעות שיפוטיות בעניינים חוקתיים אינן טריביאליות בדרך־כלל, והן מחייבות דיון מעמיק ויסודי בטעמים שבגינם היה ראוי להכיר בזכות מסוימת, אינני רואה כיצד ניתן לעגן את הלגיטימיות של הכרעות כאלה ברעיון הקונסנסוס. ההכרעות השיפוטיות מתחילות, בדרך־כלל, היכן שהקונסנסוס הסתיים.

האמת היא שהמצב מסובך מעט יותר. טיעון הקונסנסוס זכה לאחרונה לחיזוק משמעותי מאוד דווקא מפרי עטו של פרופסור רז.[51] טיעונו מושתת על התזה שלו שלפיה השיח של זכויות הוא בעצם הרבה פחות אינדיבידואליסטי מכפי שהמסורת הליברלית (ומתנגדיה!) נטתה לראות. היקף ההגנה על זכויות, טוען רז, לא ניתן להסבר רק במונחים אינדיבידואליסטיים הנוגעים לאינטרסים של הפרטים שהזכות מגינה עליהם. היקף ההגנה על הזכות לתופש הביטוי, למשל, חורג בהרבה מהאינטרסים של פרטים, בתור שכאלה, לביטוי חופשי. ההסבר והצידוק לכך מצויים, לטענת רז, בעובדה שזכויות אמורות לתרום לא רק לרווחתם של בעלי הזכות הפוטנציאליים, אלא גם לטובת הכלל (common good). קיומה של זכות, והגנה נרחבת עליה בחברה, היא טוב כללי החורג מאינטרסים של הפרטים היכולים ליהנות מקיומה של הזכות המסוימת שמדובר בה. הגנה על זכויות יוצרת סביבה חברתית ותרבותית המסייעת לשגשוגן של צורות חיים מגוונות, ובכך טובתה של הגנה כזאת חורגת בהרבה מתרומתה הישירה לבעלי הזכות הפוטנציאליים.

כיצד עניין זה קשור לביקורת שיפוטית? ובכן, רז טוען ש"טובת הכלל" המושגת על־ידי הגנה על זכויות היא בדרך־כלל מסוג מסוים, דהיינו, טוב שהוא נטול קונפליקטים ובלתי אקסקלוסיבי. אשר על כן, בתי־משפט, העוסקים בהגנה על זכויות, אמנם עוסקים בהכרעות מוסריות ופוליטיות, אך מן הסוג שהוא בדרך־כלל נטול קונפליקטים ונוגע לדברים שהם בסופו של דבר האינטרס של כולם. ומכאן, מסיק רז, יש טעמים טובים

51. ראו Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain* (Clarendon, Oxford 1994), 37-43.



nevo.co.il

לאפשר לבתי־משפט, ולא להליכים הדמוקרטיים הרגילים, להכריע בעניינים הנוגעים להגנה על זכויות חוקתיות. בלשונו:

> Since, controversial though these issues are, they are relatively free from conflict of interests and are to be settled on the basis of the central tenets of the political tradition of the country concerned, it is fitting that they should be removed from the ordinary democratic process and be assigned to a separate political process.[52]

על טיעון זה אני נאלץ לחלוק. אין לי ספק שרז צודק שהיקף ההגנה הראוי על זכויות צריך לקחת בחשבון גם את העובדה שזכויות משרתות את טובת הכלל. אולם אני מטיל ספק בכך שטובת הכלל שמדובר בה כאן היא אמנם בלתי אקסקלוסיבית ונטולת קונפליקטים, כפי שהוא טוען. ההבחנה הבסיסית כאן היא בין שני מובנים של "טוב כללי": common good ו-public good. עם הסוג הראשון נמנים, למשל, ידע ואסטיטיקה. כלומר, טובים שהרחבתם במסגרת חברה נתונה אינה כרוכה בקונפליקט של אינטרסים, ומשתי סיבות עיקריות. ראשית, ההנאה מטוב, כמו ידע, למשל, אינה אקסקלוסיבית; אותו גוף ידע עצמו ניתן להנאה ושימוש על־ידי רבים בעת ובעונה אחת. ומכאן שההשקעה בידע אינה חייבת להיות אקסקלוסיבית לנהנה מסוים; כולם יכולים ליהנות מאותו ידע, שהרי ההנאה של האחד אינה גורעת בהכרח מהנאתו של האחר. שנית, ידע הוא טוב שהצטברותו בחברה אינה נוטה ליצור קונפליקט חברתי. גם אם פעולה מסוימת תורמת לידע של חלק מסוים באוכלוסיה, אין תרומה זו נוטה לבוא על חשבון אחרים, שכן תוספת ידע לאחד אינה גורמת לבורות גדולה יותר של האחר. לעומת זאת, טובים כלליים הנוצרים על־ידי הגנה על זכויות הם בדרך־כלל מן הסוג של public good: גם אם יש טוב ציבורי וכללי בהגנה מסוימת על זכות כלשהי, זהו טוב שמובנה בו קונפליקט של אינטרסים. דוגמה בולטת ואופיינית, לדעתי, נדונה בהרחבה לאחרונה בספרות הפמיניסטית, בקשר להיקף ההגנה על חופש הביטוי. פמיניסטיות רבות טוענות שההגנה על פרסומים פורנוגרפיים בצלה של הזכות לחופש הביטוי פוגמת קשה בחופש הביטוי של נשים.[53] חברה שיש בה פרסומים פורנוגרפיים באופן זמין וחופשי היא חברה שקולן של נשים לא יישמע בה בהערכה ובכבוד השווים לקולם של גברים. תרבות המגוננת על הצגתן השיטתית של נשים כאובייקט לניצול מיני היא תרבות המשתקת את הנשים. כפי שביטאה זאת פרופסור מק'קינון בלשונה הציורית:

---

52. שם, 42.

53. ראו למשל Catherine MacKinnon, "Pornography, Civil Rights, and Speech", 20 *Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review* (1985) 1.



nevo.co.il

Even if she can form words, who listens to a woman with a penis in her mouth?[54]

ובלשון ציורית פחות, הרעיון הוא זה: חופש הביטוי, בהקשר הפורנוגרפי לפחות, מכונן טוב כללי שמובנה בו קונפליקט, והוא אקסקלוסיבי, שהרי קידומו בכיוון מסוים, למשל היתר נרחב לפורנוגרפיה, יוצר סביבה תרבותית המקדמת את רווחתה של קבוצה מסוימת באוכלוסיה על חשבון קבוצה אחרת. מצב מקביל קיים כמעט בכל היבט המעורר דילמות לגבי היקף ההגנה הראוי על חופש הביטוי. למשל, ככל שהחברה ומערכת המשפט נוטים לדה־רגולציה של אמצעי התקשורת, הם בעת ובעונה אחת מקדמים טוב כללי התורם לשגשוגו של חופש הביטוי בהקשר מסוים על חשבון שגשוגו בהקשר אחר: דה־רגולציה של אמצעי התקשורת פועלת בדרך־כלל לרעת יכולת הצנזורה של השלטון, ובכך היא מקדמת את חופש הביטוי, אך היא גם פועלת לטובת בעלי הממון ובכך היא משפרת את יכולתם המעשית לשלוט באמצעי התקשורת על חשבון השכבות העניות יותר בחברה. ומה שנכון לגבי גבולות חופש הביטוי, נכון לגבי זכויות בכלל. הסביבה התרבותית הנוצרת על־ידי הגנה כזאת או אחרת על מערך זכויות מסוים היא סביבה שיש בה קונפליקטים חברתיים בלתי נמנעים. מאחר שאלה הם הקונפליקטים שבית־משפט נדרש אליהם בדרך־כלל, אינני רואה כיצד ניתן לומר שהכרעתו בעניינים אלו היא הכרעה המבוססת על "אינטרס הכלל", ומשקפת הסכמה חברתית רחבה.

מובן שכל זה נכון לגבי שיח של זכויות בכללותו, ולא רק לגבי זכויות המוגנות חוקתית. אינני מתכוון להטיל כאן ספק בסמכות בית־משפט לקבל הכרעות מוסריות וערכיות אחרות בכל הקשור להגנה על זכות כזאת או אחרת. כל שרציתי להראות הוא שכוחו של טיעון הקונסנסוס מוגבל מאוד; אפילו נסכים שיש הסכמה חברתית נרחבת על שיריונן של זכויות מסוימות, הסכמה זו אינה משתרעת גם על ההכרעות השיפוטיות המתבקשות בדרך־כלל לגבי גבולותיהן של זכויות אלו, ומשקלן היחסי בהשוואה לזכויות אחרות. ומכאן מסקנתי שלא בטיעון הקונסנסוס תיוושע הביקורת השיפוטית.

## ו. מעין סיכום

מסקנותי אפוא הן שלא קיימים שיקולים תיאורטיים כבדי משקל התומכים באימוצו של מוסד הביקורת השיפוטית בישראל. מצד שני, צריך להבין שגם אין אפשרות להוכיח, באמצעות טיעונים תיאורטיים, מדוע יהיה זה פסול לאמץ את הביקורת השיפוטית בישראל. בסופו של דבר, הרבה תלוי כאן בעניין של הערכה: עד כמה נכון להניח שהערכים המשוריינים במשפט החוקתי הישראלי אומנם ראויים למעמדם הנשגב, עד כמה הם משקפים קונסנסוס חברתי רחב, ובעיקר, עד כמה סביר לצפות מבית־המשפט העליון בישראל לניצול נכון ופרוגרסיבי של המכשיר רב־העוצמה שהוא נטל לידיו בימים אלו באמצו את מוסד הביקורת השיפוטית. הקורא שהגיע כבר לשורות אלו יכול להבין שאני



nevo.co.il

פסימי מאוד ביחס לכל ההערכות האלה. ממה שאני רואה, הן בחוקי־היסוד החדשים עצמם והן בפסיקתו של בית־המשפט העליון בעשורים האחרונים, אינני משוכנע שמערכת הזכויות המוגנות במשפט החוקתי הישראלי ראויה למעמדה הרם. די לנו בליברטריאניזם הקיים בקרב קבוצות הכוח בחברה הישראלית בלאו הכי, אין צורך שבית־המשפט העליון יתן לו משנה תוקף. אני מטיל ספק גם במידת הקונסנסוס שיש כביכול בחברה הישראלית לגבי הערכים הראויים למעמד־על חוקתי. פשרות קואליציוניות מפוקפקות ומחטפים פרלמנטריים אינם הדרך הנאותה לכונן מגילת זכויות בכל מדינה שהיא, ובוודאי שאין הם ערובה לקונסנסוס חברתי רחב. אם אין דרך אחרת לכונן מגילת זכויות בישראל, הרי זה כנראה משום שאמנם אין הסכמה חברתית ותרבותית די רחבה על תוכנה.[55]

לבסוף, וכמובן במידה רבה על רקע דברים אלו, אינני משוכנע שאמנם מהפכה צפויה לנו מבית־המשפט העליון. לעצמו ולסמכויותיו בית־המשפט אומנם עשה מהפכה, אך האם הוא יעשה אותה גם לחברה הישראלית? בכך אני מטיל ספק. אין זה מטבעם של בתי־משפט לקדם מהפכות חברתיות. כל מי שמסתכל בערגה ל־Warren Court האמריקני, צריך לזכור שזה היוצא מן הכלל המלמד על הכלל. אני יודע שרבים מעמיתי סבורים שדי לנו ב־**Brown v. Board of Education** או ב־**Roe v. Wade** אחד או שניים בעשור הקרוב, כדי להצדיק את כל המהלך הזה. גם בזה, לצערי, אני מטיל ספק. אפשר לנצח בקרב או שניים, ולהפסיד את המערכה.

---

55. למסקנות דומות מגיעה רות גביזון במאמרה "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", **משפטים** כח (תשנ"ז) 21.



nevo.co.il