

## ג'ון הארט גרוניס? פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי\*

מאת

איתי בר-סימן-טוב\*\*

מאמר זה בוחן את פסיקתו של הנשיא גרוניס בתחום המשפט הציבורי לאור התאוריה החוקתית של ג'ון הארט אילי. בשל תמיכתו המוצהרת של השופט גרוניס בתאוריה של אילי בפרשת "חוק טל" מבקש המאמר לבחון אם ועד כמה מספקת תאוריה זו הסבר לפסיקתו של הנשיא גרוניס בשנה וחצי הראשונות לנשיאותו. המאמר טוען שהתאוריה של אילי היא פריזמה מבטיחה לבחינת פועלו של הנשיא בתחום המשפט הציבורי יותר מסיווגים פשטניים כגון אקטיביזם, ריסון, שמרנות או פורמליזם.

עוד טוען המאמר שבחינת פסיקתו של הנשיא לאור התאוריה של אילי יכולה לסייע לא רק להבנת פסיקתו של הנשיא כי אם גם לבחינת התאוריה של אילי עצמה. במיוחד מבקש המאמר להשתמש בבחינה זו על מנת להאיר שני ויכוחים מרכזיים בנוגע לתאוריה של אילי: ראשית, בשאלה עד כמה התאוריה של אילי יכולה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי ולספק הנחיה בדבר סוג המקרים שבהם יהיה מוצדק להתערב בהחלטות הרשויות הנבחרות; שנית, בשאלה עד כמה תאוריה חוקתית זו מובילה בפועל לתוצאות שונות מאלה של תאוריות חוקתיות מתחרות, כגון גישתו של הנשיא בדימוס ברק. בנוסף מבקש המאמר להשתמש בבחינה זו כדי לתרום לוויכוח הרחב יותר בשאלת הערך הפרקטי של תאוריה חוקתית.

מבוא. א. התאוריה החוקתית של ג'ון הארט אילי. ב. התאוריה החוקתית של השופט גרוניס על בסיס התאוריה החוקתית של אילי. ג. ניתוח פסיקתו של

---

\* מאמר זה מבוסס על הרצאה שניתנה בכינוס שנת המשפט באוניברסיטת חיפה ב-10.10.2013, ומשקף את מצב הפסיקה נכון לתאריך זה. אני מודה לפרופ' אמנון רייכמן ולמארגני הכינוס על שהזמינו אותי לשאת בו דברים, וכן ליתר משתתפי הפאנל – השופט רון שפירא ועורכי הדין ענר הלמן ומיקה קונר קרטן – על הערותיהם המועילות. תודתי נתונה גם לחבריי אורי אהרונסון, גור בליי ורעות גלבלום ולחברי מערכת "דין ודברים" על הערותיהם, וכן לעוזרי המחקר הדס אושר להב, אריאל הולצר, שני וינדר ואביתר כהן על עבודתם המצוינת.

\*\* מרצה וחבר סגל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. Ittai Bar-Siman-Tov ©2014.

הנשיא גרוניס לאור התאוריה של אילי; 1. הכרעות ערכיות ומקרים שאינם מעוררים פגיעה בזכויות; 2. פגיעה בזכויות שאינן תומכות דמוקרטיה; 3. פגיעה בזכויות מיעוטים המודרים מההליך הדמוקרטי; 4. חסמים בהליך הדמוקרטי וזכויות תומכות דמוקרטיה; 5. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. ד. סיכום.

## מבוא

אחת השאלות המעניינות בסיכום ההתפתחויות שחלו במשפט הציבורי בשנת המשפט האחרונה היא כיצד נראה המשפט הציבורי בעידן הנשיא גרוניס.<sup>1</sup> שאלה זו מעניינת במיוחד בשל הציפיות (או מבחינתם של אחרים – החששות) שהנשיא גרוניס יוביל קו שונה משל קודמיו – הנשיאים ברק וביניש – במשפט הציבורי. שאלה זו מעניינת גם מכיוון שכבר מתחילת כהונתו כנשיא הותר גרוניס את הפרשנים מבולבלים.<sup>2</sup> נראה שחלק מהחלטותיו הפתיעו (אכזבו או הרגיעו) את מי שסברו שהנשיא החדש יקל על רשויות המדינה,<sup>3</sup> ואילו החלטות אחרות תמכו בסברה זו.<sup>4</sup> כך, גם הציפייה שבית המשפט יטל פחות חוקים לא בהכרח התממשה: גרוניס החל את כהונתו כנשיא בהצטרפות לפסק דינה של הנשיאה בדימוס ביניש שלראשונה ביטל חוק בהרכב של שלושה שופטים, ורק לאחרונה הצטרף הנשיא לפסק דין נוסף שביטל את "חוק המסתננים".<sup>5</sup> דומה שהביטויים שנזרקו לחלל האוויר בעת הוויכוח על מינויו של השופט גרוניס לנשיא, כמו למשל אקטיביזם, ריסון, שמרנות ופורמליזם – אינם מספקים הסבר מספק להחלטות הללו.

- 1 למען הסר ספק, מובן שאיני טוען שפסיקתו של הנשיא משקפת בהכרח את הכיוון שבו הולך בית המשפט העליון כולו, וודאי שלא המשפט הציבורי כולו. בחירתי להתמקד בפריזמה אחת וממוקדת בסיכום שנת המשפט אינה מפחיתה מחשיבות העשייה של יתר השופטים בבית המשפט העליון או בבתי המשפט האחרים, כמו גם מחשיבותן של התפתחויות במשפט הציבורי המתרחשות מחוץ לכותלי בתי המשפט.
- 2 ראו, למשל: עפרה אידלמן, "שומר הסף: שנה לכהונת אשר גרוניס" הארץ – חדשות (2.3.2013), [http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1940758?utm\\_source=mivzakimnet](http://www.haaretz.co.il/news/law/1.1940758?utm_source=mivzakimnet), &utm\_medium=popular&utm\_campaign=mivzakimnet (כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו לאחרונה בספטמבר 2014).
- 3 ראו למשל ההחלטות בעניין מגרון וגבעת האולפנה: בג"ץ 8887/06 תושבי מגרון נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 2012); בג"ץ 9060/08 עבדאללה נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 2012).
- 4 ראו למשל החלטה בעניין כהונתם של ראשי ערים שהוגש נגדם כתב אישום: בג"ץ 5598/13 אומ"ץ נ' ראש עיריית רמה"ש יצחק רוכברגר (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין אומ"ץ).
- 5 ראו: בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין נסר) ובג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין אדם).

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

על רקע זה אבקש לבחון את פסיקתו של הנשיא גרוניס בתחום המשפט הציבורי לאור התאוריה החוקתית של ג'ון הארט אילי (John Hart Ely).<sup>6</sup> יש שתי סיבות להנחה שתאוריה חוקתית זו יכולה לספק הסבר מעניין לפסיקתו של הנשיא: ראשית, התאוריה של אילי אינה מובילה בהכרח לתוצאות שמרניות או ליברליות ואינה מובילה בהכרח לאקטיביזם או לריסון שיפוטי. במקום זאת היא מציעה אמות מידה לשאלה באילו סוגי מקרים יהיה מוצדק שבית המשפט יפעיל ביקורת שיפוטית, ובאילו מקרים התערבות שיפוטית אינה מוצדקת. לפיכך תאוריה זו עשויה לספק הסבר מורכב ומדויק יותר מסיווגו של הנשיא כשופט שמרן או פורמליסט. שנית, וזה העיקר, השופט גרוניס הצהיר במפורש שהוא תומך בתאוריה החוקתית של אילי.<sup>7</sup> זהו מקרה נדיר שבו שופט הצהיר בגלוי שהוא מאמץ תאוריה חוקתית של הוגה מסוים כדי להחליט אילו סוגי מקרים מתאימים להכרעה שיפוטית.<sup>8</sup> אם כן, בחינת פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי עשויה לספק פריזמה מעניינת לבחינת פועלו של הנשיא גרוניס בתחום המשפט הציבורי בשנת המשפט האחרונה.<sup>9</sup>

מעבר לכך, בחינה זו יכולה להיות רלוונטית גם לוויכוחים הרחבים יותר בדבר התאוריה של אילי. כך למשל קיים ויכוח הן בכתיבה האקדמית הן בין שופטי בית המשפט העליון בשאלה אם ועד כמה התאוריה של אילי מסוגלת להבנות את שיקול הדעת השיפוטי ולהנחות מהם סוג המקרים שבהם יהיה מוצדק להתערב בהחלטות הרשויות הנבחרות.<sup>10</sup> כלומר, הבחינה המוצעת יכולה ללמד לא רק על הנשיא גרוניס

6 John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980) (להלן – Ely).

7 בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד (א) 619 (2006), בפסקאות 1, 4–15 לפסק דינו של השופט גרוניס (להלן – עניין חוק טל).

8 ראו: פרק ב למאמר.

9 מובן שקיימות פריזמות מעניינות נוספות, אשר חורגות מגדר מאמר זה, כגון בחינת המגמות בפסיקת הוצאות (ראו: ענבר לוי ונדיב מרדכי, "פסיקת הוצאות לעותרים ציבוריים בבג"ץ: האם כל השערים ננעלו?" משפטים על אתר ו (תשע"ג) 35) או בדיני עילות הסף (ראו, למשל: פסק דינו של הנשיא גרוניס בבג"ץ 2114/12 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2012) אשר דחה עתירה בטענת שיהוי. ייתכן שניתן לראות בהחלטה זו חלק ממגמה רחבה יותר של חזרה מסוימת לשימוש בעילות סף, בעיקר אלה הקשורות לעיתוי העתירה. ראו: בג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי האורתודוכסי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2012); בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2012).

10 Erwin Chemerinsky, "The Price of Asking the Wrong Question: An Essay on Constitutional Scholarship and Judicial Review", 62 *Tex. L. Rev.* (1984) 1207, p. 1222; Mark Tushnet, "Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory", 89 *Yale L.J.* (1980) 1037, pp. 1045–1057. לוויכוח בישראל ראו למשל: עניין חוק טל (לעיל, הערה 7) פס' 75–81 לפסק דינו של השופט ברק ופסקאות 4–15 לפסק דינו של השופט גרוניס; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 2012), פס' 69–70 לפסק דינה של השופטת ביניש; משה

אלא גם על התאוריה של אילי ועל שאלת ישימותה. בהנחה שנגיע למסקנה שתאוריה זו אכן מסבירה את פסיקותיו של הנשיא גרוניס, נוכל גם ללמוד מכך לאילו סוגי תוצאות התאוריה של אילי מובילה. למשל, נוכל לבחון אם ועד כמה תאוריה חוקתית זו מובילה בפועל לתוצאות שונות לעומת תאוריות חוקתיות "מתחרות", כגון גישתו של הנשיא ברק. הדבר עשוי לסייע במתן תשובה על השאלה אם תאוריה חוקתית זו ראויה – היבט נוסף שזכה לוויכוח נוקב בכתיבה האקדמית וגם בין הנשיאים ברק וביניש לבין השופט גרוניס באשר לתאוריה חוקתית זו.<sup>11</sup>

לסיום, בחינה זו מעניינת גם מהפרספקטיבה הרחבה יותר של הוויכוח הכללי בשאלת הערך של תאוריה חוקתית: האם נכונה הטענה שתאוריה חוקתית אינה אלא "שעשוע" של משפטנים אקדמיים המבקשים להחשיב עצמם תאורטיקנים, ואשר אינה תורמת דבר לשופטים במישור הפרקטי? כך למשל טען ריצ'רד פוזנר (Posner) במאמרו *Against Constitutional Theory*.<sup>12</sup> או אולי יש אמת דווקא בתשובתו של ריצ'רד פאלון (Fallon), שלפיה לתאוריה חוקתית יש ערך פרקטי, בין היתר כי היא לכל הפחות מאפשרת לנתח את התנהגות השופטים ולבחון אם הם דבקים בתאוריה חוקתית מסוימת בעקיבות גם כשהיא מביאה לתוצאות סובסטנטיביות שאינן נוחות להם.<sup>13</sup> או בדוגמה קרובה יותר למשפט הישראלי, זהו למעשה הוויכוח בין השופטים אלון וברק בעניין ז'רז'בסקי, שבו השופט אלון תקף את תורת השפיטות של השופט ברק כתאוריה ש"יפה אולי לעיון אקדמי ולחידוד משפטי" אך אינה פרקטית לעולם העשייה המשפטית והשיפוטית, ואילו השופט ברק השיב לו שאין דבר פרקטי יותר מתאוריה טובה.<sup>14</sup>

פרק א פתח בתיאור קצר של התאוריה של אילי. בפרק ב תוצג התאוריה החוקתית של השופט גרוניס על בסיס התאוריה החוקתית של אילי, כפי שהובעה בעניין חוק טל. בניתוח התאוריה החוקתית של גרוניס עצמוד על ההבדלים בין גישת גרוניס לבין אילי

כהן-אליה, "לקראת נוסח הליכי של פסקת ההגבלה", משפט וממשל י (תשס"ז) 521, בעמ' 530–540; גיא דוידוב, "ביקורת שיפוטית בעניינים בעלי השלכה תקציבית" הפרקליט מט (תשס"ח) 345, בעמ' 370–376.

11 שם.

12 Richard A. Posner, "Against Constitutional Theory", 73 *NYU L. Rev.* (1998) p. 1 גם לאחרונה: Marc O. DeGirolami and Kevin C. Walsh, "Judge Posner, Judge Wilkinson, and Judicial Critique of Constitutional Theory", 90 *Notre Dame L. Rev.* (forthcoming, 2015), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2399487>

13 Richard H. Fallon, "How to Choose a Constitutional Theory", 87 *Cal. L. Rev.* (1999) 537, pp. 572–576, 579 Anthony D'Amato, "The Effect of Legal Theories on Judicial Decisions", 74 *Chi.-Kent L. Rev.* (1999) 517

14 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749 (1991) בפסקה 13 לפסק דינו של השופט אלון, ובפסקה 30 לפסק דינו של השופט ברק. וראו גם: אהרון ברק, פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) בעמ' 289–291.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

וכן על ההבדלים בין שיטת גרוניס לבין שיטת הנשיא בדימוס ברק. פרק ג' דיון בדוגמאות הבולטות מפסקי הדין שניתנו בתחום המשפט הציבורי בשנה האחרונה תוך התמקדות בפסקי דין שהנשיא גרוניס כתב, או לפחות הצטרף אליהם. אנסה לסווג את פסקי הדין, מסוגי המקרים שבהם לפי אילי אין הצדקה להתערבות שיפוטית בהחלטות הרשויות הנבחרות ועד לסוגי המקרים שבהם התאוריה של אילי מספקת את ההצדקה הרבה ביותר להתערבות. בענייניו של כל פסק דין נבחן אם ניתן להסבירו או להצדיקו לאור התאוריה של אילי. לבסוף, פרק ד' דיון במסקנות העולות מבחינה זו הן באשר לנשיא גרוניס והן באשר לתאוריה של אילי.

## א. התאוריה החוקתית של ג'ון הארט אילי

את התאוריה של אילי, כמו את רוב התאוריה החוקתית במחצית השנייה של המאה העשרים, ניתן להבין כתשובה לטענות בדבר "הקושי האנטי-רובני",<sup>15</sup> כלומר הקושי להצדיק את סמכותם של בתי משפט שאינם נבחרים ושהם נעדרי אחריותיות לבטל את הכרעת הרוב של נציגיו הנבחרים של העם בפרלמנט.<sup>16</sup> על רקע קושי זה<sup>17</sup> ביקש אילי לפתח תאוריה חוקתית שלפיה לא זו בלבד שהביקורת השיפוטית לא תהא מנוגדת לדמוקרטיה, אלא אף להפך – היא תהיה תומכת-דמוקרטיה.<sup>18</sup> לפי התאוריה של אילי, ביקורת שיפוטית תהא תומכת-דמוקרטיה אף במובן הצר שלה, המדגיש את הדמוקרטיה הייצוגית ואת ההליך הדמוקרטי, להבדיל מהדמוקרטיה המהותית.<sup>19</sup> בכך נבדל אילי לעומת תאורטיקנים אחרים, כגון דוורקין (Dworkin) וברק, שביקשו להצדיק ביקורת שיפוטית נגד הטעון שביקורת כזו היא אנטי-רובנית ולכן אינה מתיישבת עם הדמוקרטיה.<sup>20</sup> בניגוד לדוורקין ולברק, טיעונו של אילי אינו דורש אימוץ הגדרה מרחיבה לדמוקרטיה, שמתנגדי הביקורת השיפוטית לא בהכרח יסכימו לה.<sup>21</sup> נראה

15 Barry Friedman, "The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five", 112 *Yale L.J.* (2002) 153, pp. 155, 162–165, note 34.

16 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2<sup>nd</sup> ed., 1986) pp. 16–23.

17 Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 4–5, 11–12.

18 שם, בעמ' 88.

19 שם.

20 ראו, למשל: Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (1996) pp. 6–7, 14–19, 32; אהרן ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 403, בעמ' 409–415.

21 ראו: ברק מדינה, "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פונור על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)", דין ודברים ג (תשס"ח) 399, בעמ' 419, 420–424.

שזהו במידה רבה סוד כוחה של התאוריה של אילי והסיבה להשפעתה הרבה.<sup>22</sup> מנגד, זהו גם מקור מרכזי לביקורת על אילי מצדם של תומכי תפיסת הדמוקרטיה המהותית, לרבות ברק.<sup>23</sup>

לפי התאוריה ההליכית (process-based theory) שהציע אילי, תפקידו של בית המשפט הוא להגן על הדמוקרטיה הייצוגית, על ההליך הדמוקרטי ועל האפשרות של כולם להשתתף בהליך זה. לאור זאת סבר אילי כי ביקורת שיפוטית מוצדקת רק כאשר יש כשלים בהליך הדמוקרטי.<sup>24</sup> לעומת זאת סבר אילי שעל בית המשפט להימנע מהתערבות בנושאים מהותיים, כגון הכרעות ערכיות, ענייני מדיניות, קביעת סדרי עדיפויות ואפילו זכויות שאינן קשורות להליך הפוליטי. נושאים אלו יש להשאיר, אליבא דאילי, לרשויות השלטון הנבחרות.<sup>25</sup> לפי אילי, בית המשפט צריך רק להבטיח שכללי המשחק של ההליך הדמוקרטי מתקיימים. כל עוד כללי המשחק לא הופרו (ואין סיבה להניח שהחלטה היא תוצר של כשלים בהליך הדמוקרטי), אין זה מתפקידו של בית המשפט להתערב בתוכן ההחלטות הסובסטיביביות שמפיק ההליך הדמוקרטי. במובן זה, טען אילי, בית המשפט צריך לנהוג כשופט ספורט (referee).<sup>26</sup> אם להשתמש באנלוגיה של שופט כדורגל, על השופט להתערב רק במקרה של עברה או נבדל, אך את תוצאת המשחק צריכה לקבוע הקבוצה שהבקיעה שערים רבים משהבקיעה יריבתה ולא השופט.<sup>27</sup>

בפירוט סוגי המקרים אשר יצדיקו ביקורת שיפוטית התמקד אילי בשני סוגים מרכזיים של כשלים בהליך הדמוקרטי: סוג ראשון של כשלים הוא חסמים בהליך הדמוקרטי, הנובעים מחסימתו של מי שבשלטון את הדרך לשינוי פוליטי כדי להבטיח שמי שנמצא מחוץ לשלטון יישאר בחוץ.<sup>28</sup> אף שאילי העדיף את האנלוגיה של שופט ספורט, ניתן לומר שבמקרים אלו תפקידו של בית המשפט הוא כשל אינסטלטור אשר מוטל עליו לפתוח את ה"סתומות" בהליך הדמוקרטי, להבטיח שדרכו של איש אינה

22 ראו, למשל: Michael C. Dorf, "The Coherentism of Democracy and Distrust", 114 *Yale L.J.* (2005) 1237, p. 1238.

23 Michael C. Dorf and Samuel Issacharoff, "Can Process Theory Constrain Courts?", 72 *U. Colo. L. Rev.* (2001) 923, p. 931. לביקורתו של הנשיא ברק ראו: עניין חוק טל (לעיל, הערה 7), בפסקה 77 לפסק דינו של הנשיא ברק.

24 Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 73–104.

25 שם, בעמ' 102–103. לפיכך סבר אילי, למשל, שפסק דינו המפורסם של בית המשפט העליון האמריקאי בסוגיית הפלות, *Roe v. Wade*, הוא דוגמה להתערבות לא לגיטימית של בית המשפט. ראו: שם, בעמ' 248, וכך John Hart Ely, "The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*", 82 *Yale L.J.* (1973) 920.

26 Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 103.

27 שם. אנלוגיה נוספת שאילי משתמש בה היא לממונה על הגבלים עסקיים, שתפקידו להתערב רק במקרים של "כשלי שוק" בשוק הפוליטי.

28 Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 103.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

נחסמת ושה"צינורות" לשינוי פוליטי באמצעים דמוקרטיים אינם חסומים. לפיכך על בית המשפט להתערב במקרים שבהם הרשויות הפוליטיות פוגעות במנגנונים המאפשרים להביא לשינוי פוליטי. גם ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית היא מוצדקת כאשר מדובר בהגנה שיפוטית על זכויות שהן הכרחיות להליך דמוקרטי תקין, כגון הזכות לבחור ולהיבחר וחופש הביטוי.<sup>29</sup>

הסוג השני הם כשלים שנובעים מכך שהרוב מפלה מיעוט מסוים מתוך עוינות או דעות קדומות, וכך נמנעת מאותו מיעוט ההגנה שההליך הדמוקרטי מבטיח ליתר הקבוצות.<sup>30</sup> לפי אילי, התערבות שיפוטית אינה מוצדקת במקרים של חסמים פורמליים בהליך הדמוקרטי בלבד אלא גם במקרים שנובעים מהדרה דה פקטו של מיעוטים מההליך בשל דעות קדומות נגדם.<sup>31</sup> זאת, משום שבשני סוגי המקרים ניתן לומר שההליך הדמוקרטי אינו ראוי לאמון.<sup>32</sup> אכן, לטענתו של אילי, לא רק חסמים פורמליים הם כשל שמונע מההליך הדמוקרטי לפעול כראוי, אלא גם דעות קדומות נגד מיעוטים הם כשל כזה.<sup>33</sup>

Prejudice is a lens that distorts reality [...] Our system [...] depends on the ability and willingness of various groups to apprehend those overlapping interests that can bind them into a majority on a given issue; prejudice blinds us to overlapping interests that in fact exist [...] "Race prejudice divides groups that have much in common (blacks and poor whites) and unites groups (white, rich and poor) that have little else in common than their antagonism for the racial minority."

בדרך זו מנסה אילי להצדיק, באמצעות תאוריה הליכית שלפיה ביקורת שיפוטית מוצדקת רק במקרים של כשלים בהליך, גם ביקורת שיפוטית מהותית המאפשרת לבתי

29 שם, וכן ביתר הרחבה בעמ' 105–134.

30 שם, בעמ' 103, וכן ביתר הרחבה בעמ' 135–179.

31 שם, בעמ' 135–136.

32 שם, בעמ' 103 (ההדגשה במקור, א"ב):

Malfunction occurs when the *process* is undeserving of trust, when [...] though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system.

33 שם, בעמ' 153 A) 153 citing Frank Goodman, "De Facto School Segregation: A (Constitutional and Empirical Analysis)", 60 *Clif. L. Rev.* (1972) 275, 315.

משפט לבטל החלטות סובסטנטיביות הפוגעות במיעוטים.<sup>34</sup> עם זאת יש לשים לב שלפי אילי לא כל פגיעה בשוויון ואף לא כל פגיעה במיעוטים תצדיק התערבות שיפוטית, אלא רק כאשר הפגיעה מופנית כלפי אותם מיעוטים מובחנים הסובלים מדעה קדומה שאינה מאפשרת להם ליצור קואליציות ולהבטיח את האינטרסים שלהם בהליך הדמוקרטי.<sup>35</sup> חשוב להדגיש זאת משום שנראה שניואנס חשוב זה בתאוריה של אילי חומק לעתים מתשומת הלב בדיונים על אילי, וכפי שנראה בפרק הבא, ייתכן שאף חמק מתשומת לבו של השופט גרוניס.

אילי טען שהמודל שהציע לביקורת שיפוטית מספק מענה לטענות שלפיהן ביקורת שיפוטית היא אנטי־דמוקרטית, היות שלפי המודל שלו, בית המשפט דווקא מגן על הדמוקרטיה הייצוגית ועל ההליך הדמוקרטי.<sup>36</sup> כן טען אילי כי המודל שלו מתאים יותר לכשירות המוסדית של בית המשפט, אשר אמנם אינו מומחה בהכרח בהכרעות ערכיות ואינו נהנה מיתרון בקבלת החלטות בנושאי מדיניות, אך הוא מומחה בהכשרתו לפרוצדורה ולשמירה על כללי ההליך. כמו כן מיקומו המוסדי של בית המשפט כגוף בלתי תלוי המצוי מחוץ ל"משחק" הפוליטי ממקם אותו כשחקן המתאים ביותר למלא את תפקיד שופט הספורט שמוודא שהמשחק מתנהל על פי כללי ההליך.<sup>37</sup> למעשה, אילי טען שלפי התאוריה שלו, בתי המשפט יתערבו בדיוק במקרים שבהם אי אפשר לסמוך על הרשויות הנבחרות ושבהם אין גורם אחר לבד מבית המשפט אשר יכול לתקן את המעוות.<sup>38</sup>

התאוריה של אילי נחשבת בעיני רבים לתאוריה החוקתית המשפיעה ביותר בעשורים האחרונים.<sup>39</sup> אפילו מבקריו החריפים של אילי מודים כי "Few, if any, books have had

34 Daniel R. Ortiz, "Pursuing a Perfect Politics: The Allure and Failure of Process Theory", 77 *Va. L. Rev.* (1991) 721, pp. 735–741. ראו: Daniel R. Ortiz, "Pursuing a Perfect Politics: The Allure and Failure of Process Theory", 77 *Va. L. Rev.* (1991) 721, pp. 735–741.

35 Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 152–153.

36 שם, בעמ' 101–102.

37 שם, בעמ' 102.

38 שם, בעמ' 103. לצד טיעונים אלו הדגיש אילי טיעון נוסף אשר התבסס על ניסיונו לפרש את החוקה האמריקאית כמבטאת בעיקר גישה הליכית ולא סובסטנטיבית. ראו: שם, בעמ' 88–101. אולם טיעון זה רלוונטי פחות לענייננו ומהותית, זהו הטיעון החלש יותר של אילי. William N. Eskridge, Jr., "Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics", 114 *Yale L.J.* (2005) 1279, p. 1291; Laurence H. Tribe, "The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories", 89 *Yale L.J.* (1980) 1063, p. 1065.

39 ראו, למשל: John H. Garvey et al., *Modern Constitutional Theory: A Reader* (5th ed. 2004) p. 2 (Ely's book is "probably the most influential book on constitutional law in the past few decades"); Michael J. Klarman, "The Puzzling Resistance to Political Process Theory", 77 *Va. L. Rev.* (1991) 747, p. 747 ("John Hart Ely's Democracy and Distrust is the most important contribution to constitutional theory of the past (generation)").



פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

40. the impact on constitutional theory of John Hart Ely's *Democracy and Distrust*"  
 התאוריה של אילי היא גם התאוריה החוקתית המצוטטת ביותר בעשורים האחרונים.<sup>41</sup>  
 לצד השפעתה הרבה – ואולי זו דווקא הוכחה נוספת להשפעתה הרבה – התאוריה של  
 אילי ספגה גם ביקורות רבות.<sup>42</sup> דיון בביקורות אלו או ניסיון להשיב עליהן אינם  
 ממטרותיו של מאמר זה, שכן נושא זה נדון במאמרים רבים,<sup>43</sup> ובעיקר מכיוון שמטרתו  
 של מאמר זה אינה להצדיק את התאוריה של אילי אלא להשתמש בה כפריזמה לבחינת  
 פסיקתו של הנשיא גרוניס. הנקודה החשובה לענייננו היא להבהיר כי תהא זו טעות לסווג  
 את אילי כתומך בהכרח בריסון שיפוטי או בשמרנות. למעשה, התאוריה של אילי זכתה  
 לא רק לביקורות מצד כותבים כמו דוורקין וברק, שטענו שזו גישה צרה מדי שמצמצמת  
 את התפקיד השיפוטי יתר על המידה,<sup>44</sup> אלא באותה מידה גם לביקורות מצד מתנגדי  
 הביקורת השיפוטית והאקטיביזם השיפוטי (כגון טושנט (Tushnet), פוזנר ובורק  
 (Bork)), שטענו שהתאוריה של אילי אינה מצמצמת מספיק את התפקיד השיפוטי.<sup>45</sup> יש  
 לזכור גם שמטרת ספרו של אילי הייתה להגן על פסיקות בית המשפט העליון בארצות  
 הברית בתקופת וורן (Warren), שהייתה שיאו של עידן האקטיביזם הליברלי בבית  
 המשפט העליון האמריקאי.<sup>46</sup> אילי העריך את וורן ואף הקדיש לו את הספר.<sup>47</sup> לכן נכון  
 יותר לומר שאילי תמך בהתערבות שיפוטית בתחומים מסוימים ובהימנעות מהתערבות  
 בתחומים אחרים. מסיבה זו יש בסיס להניח שהתאוריה של אילי עשויה לספק הסבר  
 מורכב ורב-ממדי יותר לפסיקתו של הנשיא גרוניס לעומת סיווגים פשטניים יותר של  
 תפיסותיו השיפוטיות של הנשיא גרוניס כשופט שמרן או פורמליסט.<sup>48</sup>

- Daniel R. Ortiz, "Pursuing a Perfect Politics: The Allure and Failure of Process Theory", 77 *Va. L. Rev.* (1991) 721, p. 721 40  
 Fred R. Shapiro, "The Most-Cited Legal Books Published Since 1978", 29 *J. Legal Stud.* (2000) 397 41  
 Ortiz, לעיל הערה 40, בעמ' 721. 42  
 ראו למשל: המקורות המופיעים בהערות 10, 22–45. 43  
 ראו לעיל: הערות 20, 23. 44  
 ראו למשל: Robert Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990) pp. 194–199; Richard A. Posner, "Democracy and Distrust Revisited", 77 *Va. L. Rev.* 641, 649 (1991); Mark Tushnet, "Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory", 89 *Yale L.J.* (1980) 1037, 1045–1057. 45  
 Ittai Bar-Siman-Tov, "The Puzzling Ely (לעיל, הערה 6), בעמ' 73–74. ראו גם: Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", 91 *B.U. L. Rev.* (2011) 1915, p. 1959 ("Ely's theory was chiefly an effort to justify and reconcile the Warren Court's decisions under a coherent theory of representative government") 46  
 Ely (לעיל, הערה 6). 47  
 ראו והשוו לעניין זה את מאמרו המרתק של רוס (Ross), שלפיו את השינוי בפסיקת בית המשפט העליון האמריקאי בתחום השוויון אי אפשר לפטור בהסבר הפשטני של מינוי שופטים שמרנים, אלא נכון יותר להסביר את השינוי בכך שתאוריות אחרות בנוגע להליך 48

## ב. התאוריה החוקתית של השופט גרוניס על בסיס התאוריה החוקתית של אילי

בעניין חוק טל דן בית המשפט העליון בחוקתיותו של "חוק טל", אשר הסדיר את הפטור מגיוס לבחורי הישיבות.<sup>49</sup> בפסק דין זה הציג השופט (כתוארו אז) גרוניס, בדעת יחיד, גישה לביקורת שיפוטית השונה מזו של יתר חברי ההרכב ומהגישה השלטת בבית המשפט. כפי שהעיד בעצמו השופט גרוניס: "בחילתי שלי את הסוגיה נעשית מזווית שונה לחלוטין מזו של חבריי. להשקפתי, אין מקום שבית משפט זה יקבע את דבר בטלותו של החוק. זאת, מאחר שאין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית [...] כאשר הרוב פועל בדרכים דמוקרטיות ומקבל חוק הנותן עדיפות למיעוט..."<sup>50</sup> עוד הבהיר גרוניס כי "גישתי מבוססת על התפיסה לפיה ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מן הטעם של פגיעה בשוויון תהא מוצדקת כאשר החוק פוגע במנגנונים הדמוקרטיים, כאשר הוא פוגע ביחידים ככאלה או שפגיעתו היא בקבוצות מיעוט".<sup>51</sup> את ההנמקה לגישתו פותח גרוניס (בדיוק כמו אילי) בדיון בקושי האנטי-רובני,<sup>52</sup> ולאחר מכן הוא מבסס את גישתו במפורש על התאוריה של אילי.<sup>53</sup> ואף רואה באילי אסמכתה להכרעתו במקרה ספציפי זה, שלפיה אין הצדקה לביקורת שיפוטית במקרים של הפלייתו של הרוב את עצמו.<sup>54</sup> השופט גרוניס חזר על עמדתו זו גם בעניין רסלר, שבו ביטל לבסוף בית המשפט העליון את חוק טל.<sup>55</sup> בשני המקרים התייצב גרוניס, בדעת יחיד, מול נשיאי בית המשפט העליון (הנשיא ברק בפרשה הראשונה והנשיאה ביניש בפרשה השנייה), אשר דחו במפורש את גישת אילי כאמת המידה הראויה להפעלת ביקורת שיפוטית בישראל.<sup>56</sup> נראה שהנשיא ברק, אף יותר מהנשיאה ביניש, מזהה את תפיסתו של השופט גרוניס עם התאוריה של אילי ולפיכך נכנס לוויכוח מפורש על התאוריה של אילי. הנשיא ברק מציין שהשופט גרוניס "סומך עצמו בעיקר על פרופ' אילי (Ely), אשר פיתח תיאוריה זו"<sup>57</sup>

הפוליטי החלו להשפיע על השופטים (ובמידה רבה במעבר מאמונה בתאוריה של אילי לאמונה בתאוריית הבחירה הציבורית). Bertrall Ross, "Democracy and Renewed Distrust: Equal Protection and the Evolving Judicial Conception of Politics", 101 *Cal. L. Rev.* (2013) 1565

- 49 עניין חוק טל (לעיל, הערה 7).  
 50 שם, בפסקה 1 לפסק דינו של השופט גרוניס.  
 51 שם, בפסקה 4.  
 52 שם, בפסקה 5.  
 53 שם, בפסקה 7.  
 54 שם.  
 55 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 2012) (להלן – עניין רסלר).  
 56 ראו: עניין חוק טל (לעיל, הערה 7) בפסקאות 75–81 לפסק דינו של השופט ברק; עניין רסלר (לעיל, הערה 55) בפסקאות 69–70 לפסק דינה של השופטת ביניש.  
 57 עניין חוק טל (לעיל, הערה 7) בפסקה 75 לפסק דינו של השופט ברק.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

ומקדיש את עיקר תגובתו לשופט גרוניס לתקיפה נרחבת וחרیפה של התאוריה של אילי.<sup>58</sup>

עם זאת יש לשים לב להבדלים בין התאוריה של אילי לבין גרסת גרוניס לאילי. אילי, כאמור, מכיר בשני סוגי מקרים שיצדיקו ביקורת שיפוטית: (1) חסמים בהליך הדמוקרטי ו- (2) פגיעה במיעוטים, כאשר מדובר במיעוטים פגיעים המודרים (דה פקטו גם אם לא דה יורה) מההליך הדמוקרטי.<sup>59</sup> לעומת זאת השופט גרוניס מכיר בשלושה סוגי מקרים המצדיקים ביקורת שיפוטית: (1) חוק הפוגע במנגנונים הדמוקרטיים; (2) חוק הפוגע בקבוצות מיעוט; ו- (3) חוק אשר "פוגע ביחידים ככאלה".<sup>60</sup> השופט גרוניס מבסס את עילתו הראשונה, פגיעה במנגנונים הדמוקרטיים, על אילי ונראה שהיא אכן חופפת את עילת החסמים הפורמליים בהליך הדמוקרטי של אילי. גם את העילה השנייה של פגיעה במיעוטים מבסס גרוניס על אילי, אם כי ייתכן שקיימת כאן הרחבה לעומת גישת אילי. זאת משום שנראה שהשופט גרוניס אינו מתייחס לתנאי הנוסף המצוי בתאוריה של אילי, שלפיה אין מדובר בכל קבוצת מיעוט אלא בקבוצת מיעוט המודרת מההליך הדמוקרטי בשל דעות קדומות נגדה. אולם ההרחבה המשמעותית ביותר בגישת גרוניס לעומת גישת אילי היא בהוספת העילה השלישית של גרוניס – פגיעה ביחידים. מדובר בהרחבה משמעותית ביותר, אשר ספק רב אם אילי היה חותם עליה, שכן נראה שברוב המקרים של המקרים החוק יפגע ביחידים.<sup>61</sup>

מה נותר אפוא מגישתו המצמצמת של השופט גרוניס? על מה יצא קצפו של הנשיא ברק, אשר הזדעק כי השופט גרוניס "חורג [...] מהמסגרת הרגילה של הבדיקה החוקתית" ו"ממצצם אותה עד מאוד",<sup>62</sup> "מעל ומעבר לנדרש"?<sup>63</sup> באילו סוגי מקרים לא תהיה הצדקה לביקורת שיפוטית לפי גישתו של השופט גרוניס? סוג אחד של מקרים, אשר עולה בכירור מפסק דינו של השופט גרוניס, הוא כאשר קבוצת הרוב היא הנפגעת ואי אפשר להצביע על פגיעה ביחידים מתוך הקבוצה. כך מפרש גרוניס את המקרה של חוק טל, שכן "הפגיעה של החוק במקרה דנא הינה פגיעה קבוצתית בבני קבוצת הרוב. אין מדובר בפגיעה ביחידים, שכן לא הוכח שגיוסם של בני הישיבות לצבא יקטין במקביל, באופן יחסי ובצורה נקודתית את הנטל על מי מבין קבוצת הרוב".<sup>64</sup> אף שהשופט גרוניס אינו אומר זאת במפורש, נראה לי שסוג נוסף של מקרים שבהם לא תהיה הצדקה לביקורת שיפוטית לפי גישתו הוא כאשר החוק או ההחלטה של הרשות הפוליטית אינם פוגעים בזכויות אלא בערכים או בעקרונות הדמוקרטיה המהותית. ייתכן

58 שם, בפסקאות 75–80 לפסק דינו של השופט ברק.

59 ראו: לעיל, פרק א.

60 עניין חוק טל (לעיל, הערה 7) בפסקאות 4, 14 לפסק דינו של השופט גרוניס.

61 ראו לעניין זה: דבריו הנוכחים של כהן-אליה (לעיל, הערה 10) בעמ' 530, ה"ש 27.

62 עניין חוק טל (לעיל, הערה 7) בפסקה 75 לפסק דינו של השופט ברק.

63 שם, בפסקה 71 לפסק דינו של השופט ברק.

64 שם, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט גרוניס.

שזהו ההבדל החשוב יותר בין גישת גרוניס לבין גישת ברק, שלפיה תפקידם של שופטים הוא להגן על הדמוקרטיה המהותית "בהיבטה העשיר והרב־גווני".<sup>65</sup> לפי ברק, תפקיד זה כולל לא רק הגנה על "זכויותיו של כל אדם ואדם, בין אם הוא חלק מהרוב ובין אם הוא חלק מהמיעוט", אלא גם על עקרונות יסוד וערכים, כגון הפרדת רשויות, שלטון החוק (הפורמלי והמהותי) ועצמאות הרשות השופטת.<sup>66</sup>

הנה כי כן, על אף ההבדלים בין גישת גרוניס לבין התאוריה של אילי נראה שהתאוריה החוקתית שגרוניס מאמץ בעקבות אילי ממצבת אותו כבעל השקפה שונה מהותית מהשקפתם של הנשיאים ברק וביניש כאשר לתפקידו הראוי של בית המשפט בהפעילו ביקורת שיפוטית. הבדלי השקפה אלו באו לידי ביטוי אופרטיבי בתוצאה שאליה הגיע השופט גרוניס בפרשות חוק טל. על רקע זה מעניין לבחון עד כמה תאוריה חוקתית זו יכולה להסביר את פסיקתו בשנת המשפט האחרונה, כעת כשהנשיאים ברק וביניש כבר פרשו, והשופט גרוניס מכהן כנשיא.

### ג. ניתוח פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה של אילי

בחלק זה אבחן את פסקי הדין הבולטים שניתנו על ידי הנשיא גרוניס (או בהסכמתו) בתחום המשפט הציבורי בשנת המשפט האחרונה (מאי 2012 עד ספטמבר 2013).<sup>67</sup> אף שמאמר זה אינו מתיימר להיות מחקר אמפירי מקיף של כל פסיקותיו של הנשיא בתקופה זו, נעשה מאמץ לוודא שהמדגם שנבחר אכן משקף את פסקי הדין הבולטים בתחום המשפט הציבורי שבהם השתתף הנשיא גרוניס בתקופה זו. לשם כך עברתי על כל פסקי הדין שפורסמו במאגר המידע "נבו" במהלך התקופה ואשר עמדו בקריטריונים האלה: הליכים מתחום המשפט הציבורי (בג"ץ, דנג"ץ, ע"מ, ע"ב וא"ב); הנשיא גרוניס ישב בהרכב; אורך פסק הדין עלה על חמישה עמודים.<sup>68</sup>

את פסקי הדין שנבחרו אסווג לפי סוגי מקרים ואסדר אותם על ספקטרום – מסוגי המקרים שבהם לפי אילי אין הצדקה להתערבות שיפוטית ועד לסוגי המקרים שבהם התאוריה של אילי מספקת את ההצדקה הרבה ביותר להתערבות. בכל פסק דין אבחן אם ניתן להסבירו או להצדיקו לאור התאוריה של אילי.

65 שם, בפסקה 77 לפסק דינו של השופט ברק.

66 שם.

67 תקופה זו נבחרה לא רק לפי המועדים הפורמליים של שנת המשפט אלא אף בשל מועד כינוס סיכומה של שנת המשפט והנחיות מארגניו.

68 כמו כן, כאמצעי בקרה, התייעצתי עם קולגות בדבר פסקי הדין המרכזיים שניתנו השנה בתחום ואשר דורשים התייחסות, וכן בחנתי "סיכומי שנת המשפט" שפורסמו בעיתונות ובכתב העת של לשכת עורכי הדין.

**1. הכרעות ערכיות ומקרים שאינם מעוררים פגיעה בזכויות**

חלק מפקסי הדין שניתנו השנה נופלים בקלות בקטגוריה של הכרעות ערכיות שאינן מתאימות להכרעה שיפוטית לפי גישות אילי וגרוניס. כך למשל בעניין ארגון נפגעי פעולות איבה נדחתה עתירה נגד החלטה שלפיה מרכז הנצחה וזיכרון שיוקם בהר הרצל ינציח חללים שנפלו במלחמות בלבד ולא הרוגים בפעולות טרור. בפסק דינו מדגיש הנשיא גרוניס שהמסלול השיפוטי אינו מתאים להכרעות מסוג זה ומזכיר כי בפני העותרת פתוחה הדרך להתמיד במאמציה הציבוריים לשינוי החקיקה ואופני ההנצחה של נפגעי פעולות האיבה.<sup>69</sup> בדומה לזה, בעניין אלמגור ארגון נפגעי טרור נדחתה עתירה נגד שחרור מחבלים כחלק מהמשא ומתן המדיני עם הפלסטינים. בפסק דינו מדגיש הנשיא גרוניס כי החלטות בעניין שחרור אסירים, בעיקר כאשר הן מתקבלות במסגרת תהליך של משא ומתן מדיני, מצויות במובהק בסמכותה ובשיקול דעתה של ממשלת ישראל, וכי ראוי שמתחם ההתערבות של בית המשפט יהיה מצומצם ביותר.<sup>70</sup> יצוין שאמנם אלו מסוג העניינים שבהם בית המשפט לא היה מתערב גם בעידן ברק וביניש,<sup>71</sup> אולם אין ספק שפסיקה זו מתיישבת עם התאוריה של אילי.

דוגמה מובהקת יותר היא עניין אומ"ץ, שבמסגרתו החליט בג"ץ בהחלטה דרמטית להעביר את ראשי העיריות ורכברגר וגפסו (ובהחלטה נוספת גם את ראש העיר לחיאני) מתפקידם בעקבות כתבי האישום שהוגשו נגדם.<sup>72</sup> דעת הרוב קבעה כי בשל כתבי האישום שהוגשו נגד ראשי העיריות היו מועצות הרשויות חייבות להפעיל את סמכותן להעביר את ראשי העיריות מכהונתם בגין התנהגות שאינה הולמת, כאמור בסעיף 22 לחוק הרשויות המקומיות (בחירת ראש הרשות וסגניו וכהונתם), התשל"א-1975. בית המשפט פסק כי הימנעותן של המועצות מלהפעיל את סמכותן אינה עולה בקנה אחד עם עקרון השמירה על טוהר המידות ושלטון החוק, ולפיכך היא בלתי סבירה באופן קיצוני.<sup>73</sup>

69 בג"ץ 3017/12 ארגון נפגעי פעולות איבה הארגון היציג נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין ארגון נפגעי פעולות איבה).

70 בג"ץ 5413/13 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין אלמגור ארגון נפגעי טרור).

71 ראו: דפנה ברק-ארוז, "מהפכת השפיטות: הערכת מצב" הפרקליט נ (תשס"ח) 3, בעמ' 10–11. עם זאת ייתכן שניתן למצוא הבדלים סגנוניים, בין היתר כי ניתן לטעון שהנשיאה ביניש בכל זאת ראתה ערך בעתירות כאלה אף אם בסופו של דבר לא הייתה מתערבת, מפני שראתה ערך בעצם מתן הזדמנות לעותרים להשמיע את כאבם. אולם בסופו של דבר, התוצאה לדעתי הייתה זהה.

72 בג"ץ 5598/13 אומ"ץ אזרחים למען מנהל תקין וצדק חברתי נ' ראש עיריית רמת השרון (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין אומ"ץ).

73 שם.

הנשיא גרוניס כתב דעת מיעוט (בדעת יחיד מתוך הרכב של שבעה שופטים), ולפיה התערבות בית המשפט אינה מוצדקת משום שיש להשאיר את ההחלטה לפסק דינו של הבוחר.<sup>74</sup> בנימוקים לעמדתו זו מפנה הנשיא במפורש לפסק דינו בעניין חוק טל וחוזר על גישתו שם: "כפי שציינתי במקום אחר, ההצדקה העיונית להתערבות [ברצונו של הבוחר או ברצונם של נציגיו הנבחרים – א"ב] קיימת, לגישתי, מקום שהמחוקק הראשי פוגע בזכות יסוד, בזכותו של מיעוט או בכללי המשחק הדמוקרטי".<sup>75</sup> כאשר הנשיא מסביר מדוע מקרה זה אינו מצדיק התערבות לפי גישתו, הוא מוסיף כי "חברותיי וחבריי חוזרים ומדגישים שני עקרונות על המצדיקים את גישתם, והם שלטון החוק וטוהר המידות", אך גישתו שלו מתבססת בעיקר על עקרון־על אחר, "העיקרון הדמוקרטי".<sup>76</sup> עיקרון זה מוביל לגישתו של הנשיא, שלפיה "...ככלל, ובכפוף לחריגים עליהם עמדתי לעיל, חובה לקבל את הכרעתו של הבוחר שנתקבלה בדרך דמוקרטית, ואת הכרעתם של נציגיו – חברי בית הנבחרים..."<sup>77</sup>

אכן, נראה שעמדתו של הנשיא גרוניס בפסק דין זה מתיישבת היטב עם גישתו של אילי שלפיה תפקידו של בית המשפט צריך להצטמצם לתיקון כשלים בהליך הדמוקרטי, ושהכרעות ערכיות יש להותיר לרשויות הנבחרות ולדין הבוחר. נראה אפוא שפרשה זו מדגימה בצורה הטובה ביותר כיצד התאוריה החוקתית של גרוניס, המתבססת על התאוריה של אילי, מביאה לתוצאות אופרטיביות שונות משל שופטים אחרים. למעשה, גרוניס עצמו מודה במפורש בפרשה זו כי "דומה ששורש המחלוקת ביני לבין חברותיי וחבריי, שופטי הרוב, נעוץ לא בגישה פרשנית זו או אחרת, אלא בהתייחסות שונה למגבלות הכוח של בית המשפט".<sup>78</sup>

מקרה זה גם מאשש את הפרשנות שהצעתי בפרק ב לפסק דינו של השופט גרוניס בעניין חוק טל, שלפיה המשמעות האופרטיבית החשובה יותר של גישתו אינה העמידה על פגיעה ביחידים ככאלה, אלא שלפי גרוניס, בניגוד לגישתו של ברק, התערבות שיפוטית לשם הגנה על ערכים ועקרונות יסוד (להבדיל מזכויות אדם) לא תהא מוצדקת. אמנם מדבריו של הנשיא בדבר עקרונות־העל החלים במקרה זה היה ניתן לכאורה להבין כי הנשיא גרוניס אינו שולל את האפשרות של התערבות שיפוטית לשם הגנה על עקרונות יסוד, אלא שבמקרה ספציפי זה הוא מעדיף עקרונות אחרים (העיקרון הדמוקרטי וחזקת החפות) על פני העקרונות שהדגישו יתר השופטים (שלטון החוק וטוהר המידות).<sup>79</sup> אולם לדעתי תהא זו טעות לקרוא את פסק דינו של הנשיא גרוניס כמחלוקת מצומצמת עם יתר שופטי ההרכב בנוגע לאיזון הראוי בין עקרונות שונים

74 שם.

75 שם, בפסקה 13 לפסק דינו של השופט גרוניס.

76 שם, בפסקה 14.

77 שם.

78 שם, בפסקה 15.

79 שם, בפסקה 14. אני מודה לעורכי "דין ודברים" על הערה זו.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

במקרה הספציפי. לדעתי, פסק דינו של הנשיא מבטא עמדה כללית, המבכרת, ככלל, את העיקרון הדמוקרטי על פני עקרונות יסוד אחרים. העדפה עקרונית זו היא הסיבה לגישה שלפיה כל עוד אין מתקיימים החריגים הספציפיים המצדיקים ביקורת שיפוטית (פגיעה בזכות יסוד, בזכותו של מיעוט או בכללי המשחק הדמוקרטי), יש להותיר את ההכרעה לבוחר ולנבחריו.<sup>80</sup>

שאלה מורכבת יותר עלתה בפרשת ברמר בעניין פתיחת חנויות בשבת.<sup>81</sup> בפסק דין זה הצטרף הנשיא גרוניס לפסק דינה של השופטת נאור ללא נימוקים ("אני מסכים"). אמנם ניתן לטעון שאין לייחס להצטרפות לפסק דין את אותו המשקל שיש לייחס לכתיבת פסק דין מהותי.<sup>82</sup> אולם חשיבותו של פסק הדין מצדיקה התייחסות. מקרה זה עסק בעתירה של בעלי מכולות להורות לעיריית תל-אביב לסגור סופרמרקטים הפתוחים ביום שבת והמפרים חוק עזר עירוני אשר אוסר על פתיחת חנויות ביום המנוחה. השאלה המרכזית הייתה אם יש להתערב בהחלטתה של העירייה לאכוף את חוק העזר אך ורק באמצעות קנסות ולהורות לה להפעיל סמכויות אכיפה משמעותיות יותר העומדות לרשותה. בית משפט לעניינים מינהליים דחה את העתירה, ואילו בית המשפט העליון קיבל את הערעור והפך את ההחלטה.

נראה שפסק דין זה עוסק בדיוק בשאלות הערכיות והאידיאולוגיות שלפי אילי יש להשאירן לרשויות הפוליטיות. אמנם השופטת נאור אינה עוסקת בפסק דינה בשאלות הערכיות אלא רק בשאלת שיקול דעת הרשות באכיפת החוק. היא אף מדגישה כי "עניין זה אינו נובע מהשקפה 'דתית' או 'חילונית'". הוא נובע מההשקפה כי את החוק, לרבות חוק העזר, יש לקיים.<sup>83</sup> אולם פסק דינו של השופט רובינשטיין חושף במפורש כי מקרה זה מעורר שאלות ערכיות פוליטיות מובהקות. לפי השופט רובינשטיין, מדובר בראש ובראשונה ב"עלבונה של השבת, כיום מנוחה לאומי ודתי בעם היהודי".<sup>84</sup> עוד מציין השופט רובינשטיין שמקרה זה נוגע בשאלת "צביונה של השבת בישראל"<sup>85</sup> ובשאלת

80 שם ("בדברי על העיקרון הדמוקרטי, כוונתי לכך שככלל, ובכפוף לחריגים עליהם עמדתי לעיל, חובה לקבל את הכרעתו של הבוחר שנתקבלה בדרך דמוקרטית, ואת הכרעתם של נציגיו – חברי בית הנבחרים").

81 ע"ע 2469/12 ברמר נ' עיריית תל אביב-יפו (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין ברמר).  
82 הימנעות מכתובת דעת מיעוט, ועוד יותר מזה – הימנעות מכתובת נימוקים במקרה של הסכמה עם התוצאה (גם אם לא עם ההנמקה) – אינה מלמדת בהכרח על הסכמה אלא יכולה לנבוע משיקולים כמו מגבלות זמן או שיקולים מוסדיים של הצגת "חזית אחידה". על הגורמים המשפיעים על החלטת השופטים לכתוב הנמקות (ובעיקר הנמקות ארוכות) ראו, למשל: משה בר ניב ורן לחמן, "הנוהגים השופטים בניגוד לשיפוטם?", הפרקליט נ (תשס"ח) 71.

83 עניין ברמר (לעיל, הערה 80) בפסקה 49 לפסק דינה של השופטת נאור.

84 שם, בפסקה א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

85 שם, בפסקה ח.

האיזון בין שני חלקי הגדרתה של המדינה – יהודית ודמוקרטית.<sup>86</sup> לפיכך נראה שגישתו של אילי תומכת דווקא בעמדת בית המשפט לעניינים מינהליים, אשר קבע כי יש לנקוט ריסון משפטי רב בכל הנוגע למדיניות אכיפה בעניין המצוי בלבה של מחלוקת פוליטית וציבורית, ולפיכך הפנה את העותרים לפעול במגרש הציבורי ולשכנע באמצעים דמוקרטיים כי עמדתם עדיפה.<sup>87</sup>

ניתן אף להקשות ולשאול כיצד ניתן ליישב את הצטרפותו של הנשיא גרוניס לפסק דין זה עם עמדתו בעניין אומ"ץ.<sup>88</sup> בשני סוגי המקרים הטענה למעשה הייתה נגד מחדל של העירייה שגורם לפגיעה בעקרון שלטון החוק. בעניין ברמר הטענה הייתה שהעירייה פוגעת בשלטון החוק כיוון שאופן האכיפה שהיא נוקטת הוא כה סלחני עד שהוא מאפשר למי שמפר את החוק העירוני להמשיך ולהפר אותו, כמעט באין מפריע. בפרשת אומ"ץ הטענה הייתה שמועצת העירייה פוגעת בשלטון החוק כיוון שסירובה לפעול מאפשר למי שנאשם בעבריינות ובשחיתות להמשיך לכהן כראש העיר באין מפריע. בפרשות אומ"ץ סבר הנשיא גרוניס כי אין זה מתפקידו להתערב בהחלטת מועצת העירייה לגלות סלחנות כלפי ראש עיר הנאשם בשחיתות. האין לטעון מקל וחומר שאין זה מתפקידו להתערב במדיניות העירייה לגלות סלחנות כלפי תושביה הנאשמים בהפרת חוק עזר עירוני שנוי במחלוקת? ואם סוברים שיש להשאיר לדין הבוחר את ההחלטה אם לאפשר לראש עיר הנאשם בפלילים להמשיך לכהן, האין לומר, מקל וחומר, שגם את ההחלטה אם לאפשר לעירייה להמשיך במדיניות האכיפה של חוק העזר הנוגע לשבת יש להתיר לבוחר?

אולם ייתכן שניתן בכל זאת למצוא דרך ליישב בין הצטרפותו של הנשיא גרוניס לפסק דין זה לבין עמדתו בעניין אומ"ץ. בעניין אומ"ץ הנשיא גרוניס מסייג את גישתו ומדגיש כי "יש להבדיל באופן ברור בין התערבות ברצון הבוחר וברצון נציגיו הנבחרים לבין התערבות בהחלטות של רשויות המינהל".<sup>89</sup> ואמנם, ייתכן שאת עניין ברמר ניתן לראות לא כהתערבות שיפוטית ברצון הבוחר או במדיניות הרשות הנבחרת אלא כהתערבות בהחלטה מנהלית שאינה מייצגת בהכרח את רצון הבוחרים. תמיכה מסוימת לקריאה זו של עניין ברמר ניתן למצוא בדבריה של השופטת נאור כי לא הוכח כי העירייה בכלל שקלה את מדיניות האכיפה שלה באותו מקרה. תמיכה נוספת ניתן למצוא בקביעתה של נאור כי אם לדעת העירייה אופי העיר צריך לאפשר פתיחת חנויות בשבת, המקום לעריכת האיזון העקרוני באשר לשיקולים הרלוונטיים הוא בהחלטת העירייה אם להתקין או לשנות את חוק העזר בדבר פעילות בתי עסק בשבת ולא בקביעת מדיניות אכיפה של החוק.<sup>90</sup> אכן, ניתן לומר שסיבת ההתערבות כאן הייתה שהעירייה פעלה

86 שם, בפסקה ט.

87 לעמדתו זו של בית משפט קמא ראו: פסקאות 11–12 לפסק דינה של השופטת נאור.

88 עניין אומ"ץ (לעיל, הערה 71).

89 שם, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט גרוניס.

90 שם, בפסקה 52 לפסק דינה של השופטת נאור.



פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

בשיטת "ישראלוף", כדברי השופט רובינשטיין. כלומר, העירייה לא טענה שקיבלה עמדת מדיניות עקרונית נגד אכיפת חוק העזר לאור אופייה של העיר אלא טענה שהיא אוכפת את חוק העזר.<sup>91</sup> אולם בפועל בחרה העירייה באמצעי אכיפה שללא ספק אינו משיג את תכליתו ומאפשר את המשך הפרת החוק.<sup>92</sup> לכך מצטרף הסעד שניתן בפסק הדין – החזרת הסוגיה לעירייה כדי שתפעיל את שיקול דעתה ותקבל החלטה לגופו של עניין בדבר אופן אכיפת חוק העזר.<sup>93</sup> אם קריאה זו של עניין ברמר נכונה, ייתכן שניתן אפילו לומר שפסק הדין בעניין ברמר הוא "תומך-דמוקרטיה", במובן זה שהוא מחייב את העירייה לקבוע מדיניות מוצהרת וגלויה אשר תמשוך תשומת לב ציבורית, כלומר להבטיח שההכרעה תתקבל בדרך דמוקרטית יותר.<sup>94</sup>

## 2. פגיעה בזכויות שאינן תומכות-דמוקרטיה

היבט נוסף בתאוריה של אילי הוא התפיסה שלביקורת שיפוטית אשר אוכפת זכויות תומכות-דמוקרטיה, כגון הזכות לבחור או חופש ביטוי, יש הצדקה חזקה מזו שיש לזו שאוכפת זכויות שאינן תומכות-דמוקרטיה. היבט זה אינו ניכר בגרסתו של גרוניס לאילי

91 עניין ברמר (לעיל, הערה 80) בפסקאות ג-ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

92 שם.

93 עם זאת יש להיזהר מליתן משמעות מופרזת לסעד מסוג זה, משתי סיבות: ראשית, יש לשים לב שבית המשפט לא הסתפק בהחזרת ההחלטה לעירייה מתוך עמדה שההחלטה צריכה להישאר בידי ההליך הדמוקרטי, אלא הדגיש כי ההחלטה שתתקבל לגופו של עניין תהיה "כפופה כמובן לביקורת שיפוטית נוספת", שם. שנית, זו טעות לראות בסעד מסוג זה הימנעות מוחלטת של בית המשפט מהתערבות בסוגיה הפוליטית לגופו של עניין. פסק הדין אמנם מחזיר את הנושא לעירייה, אך בכך מתערב באג'נדה של העירייה, וחשוב מכך – משנה את הסטטוס קוו שלאורו תידון הסוגיה: פסק הדין הופך את הסטטוס קוו ממצב של פתיחה בשבת והטלת נטל על העותרים לנסות לשנות זאת בדרך דמוקרטית (כפי שהציע בית המשפט דלמטה) למצב של סגירה בשבת והטלת נטל על המשיבים לנסות לשנות זאת בדרך דמוקרטית. זה כשלעצמו משפיע על המציאות הפוליטית ועל הסיכוי של החלטה להתקבל לצד זה או אחר. ראו והשוו: William N. Eskridge Jr., "Backlash Politics: How Constitutional Litigation Has Advanced Marriage Equality In the United States", 93 *B.U. L. Rev.* (2013) 275, pp. 310-313.

94 ראו והשוו: Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 125-131, שבהם אילי מדגיש את חשיבותו של הליך חקיקה שקוף יותר, שבו נחשפות התכליות האמיתיות של המחוקקים, וכן שחשוב שהמדיניות או החוק יתקבלו על ידי הנבחרים עצמם (ולא על ידי רשויות מנהליות בלתי נבחרות). עם זאת ייתכן שניתן לומר שהחלטה זו מוצדקת מכוח תאוריות חוקתיות אחרות – תאוריות דיאלוגיות שלפיהן תפקיד בית המשפט להפנות את תשומת לב הרשויות הפוליטיות לנושאים שלא קיבלו משקל בהליך הדמוקרטי ולהיות קטליזטור לדיון פוליטי וציבורי – יותר משהיא מוצדקת מכוחה של התאוריה של אילי. על תאוריות דיאלוגיות ראו, למשל: Barry Friedman, "Dialogue and Judicial Review", 91 *Mich. L. Rev.* (1993) 577; גדעון ספיר, "שלושה מודלים של חוקה", משפטים לז (תשס"ז) 349, בעמ' 374-372, 391-392.

בעניין חוק טל.<sup>95</sup> הוא אף אינו ניכר במובהק בגישתו של הנשיא גרוניס בפסיקתו מהשנה האחרונה. מובן שהנשיא אינו קובע שאין זה מתפקידו של בית המשפט לאכוף זכויות שאינן תומכות־דמוקרטיה.<sup>96</sup> עם זאת נראה שהנשיא גרוניס מבטא נטייה גדולה יותר לדחות טענות הנוגעות לפגיעה בזכויות חוקתיות אלו כבר בשלב הראשון של הניתוח החוקתי – שלב הפגיעה בזכות. נעמוד תחילה על נטייה זו של הנשיא גרוניס, ולאחר מכן נדון בשאלה עד כמה נטייה זו מתיישבת עם תפיסתו של אילי שלפיה על בתי משפט להתרכז באכיפת זכויות תומכות דמוקרטיה ולא באכיפת זכויות שאינן תומכות־דמוקרטיה.

הגישה המקובלת שהשתרשה בפסיקה מאז חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מחלקת את הבחינה החוקתית לשלושה שלבים: בשלב הראשון נבחנת שאלת הפגיעה (אם החוק הרלוונטי פוגע בזכות המעוגנת בחוקי היסוד); בשלב השני נבחנת חוקתיות הפגיעה (כלומר אם הפגיעה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה); בשלב השלישי נבחנת התוצאה של אי־החוקתיות (כלומר מהו הסעד הראוי על אי־החוקתיות).<sup>97</sup> ניתן לומר שגישת הנשיא ברק הייתה להקל, ככלל, בשלב הראשון של הניתוח ולפרש זכויות בהרחבה ובנדיבות תוך שהוא משאיר את הגבלתן ואיזונן עם זכויות ואינטרסים אחרים לשלב השני של הניתוח החוקתי – שלב חוקתיות הפגיעה.<sup>98</sup> לעומתו, הנשיא גרוניס מדגיש בעניין חטיבת מפיצי הסיגריות כי "הגבלת הזכות נעשית הן בשלב הראשון, בו אנו נדרשים לבחון את קיומה של הפגיעה, הן בשלב השני [...] בו נבחנת עמידת החוק הפוגע בתנאי פסקת ההגבלה".<sup>99</sup> בעניין שטנגר קובע הנשיא גרוניס בצורה מפורשת יותר כי –

לטעמי מוטב שלא לדלג על השלב הראשון בבדיקה החוקתית, גם אם הכרעה בשלב זה אינה פשוטה, אלא אם הנסיבות מצדיקות דילוג על שלב זה. וזאת, גם אם הדיון בשלב השני יוביל למסקנה שהחוק עומד במבחן

95 ראו: לעיל, בפרק ב.

96 אחרי הכול, כפי שמציין הנשיא בדבר חופש העיסוק והקניין, "אין חולק כי שתי זכויות אלו הינן בעלות מעמד חוקתי בשיטת המשפט שלנו". בג"ץ 5975/12 חטיבת מפיצי הסיגריות נ' משרד הבריאות (פורסם בנבו, 2013), בפסקה 9 (להלן – עניין חטיבת מפיצי הסיגריות). וכן ראו: בג"ץ 2442/11 שטנגר נ' יו"ר הכנסת (פורסם בנבו, 2013), בפסקה 27 (להלן – עניין שטנגר) ("דומה כי אין מי שיחלוק על כך שהזכות לחירות [...] היא זכות יסוד בישראל").

97 ראו, למשל: בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 2012), בפסקה 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שבו מציינת הנשיאה כי "חלוקה זו הפכה למושכלות יסוד של המשפט החוקתי בישראל" (להלן – עניין חסן).

98 ראו למשל: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006), בפסקאות 104–108 לפסק דינו של השופט ברק (להלן – עניין עדאלה).

99 עניין חטיבת מפיצי הסיגריות (לעיל, הערה 96) בפסקה 8 לפסק דינו של השופט גרוניס.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אלי

המידתיות. פרשנותה של הזכות בשלב הראשון לשם קביעת התפרשותה, והכרעה אם ישנה פגיעה בזכות החוקתית, תסייע בחידוד היקפן של הזכויות החוקתיות. היא תבטיח שבית המשפט לא יוצף בבקשות לבדיקת חוקתיותו של כל חוק וחוק. היא תמנע זילות ודילול של הזכויות החוקתיות והתרופפות של ההגנה הניתנת להן מפני פגיעה. אכן, משהותו בשיטתנו שני שלבים מרכזיים בדיון החוקתי, יש לתת לכל אחד מהם את מקומו הראוי.<sup>100</sup>

גישה זו של הנשיא גרוניס באה לידי ביטוי גם בתוצאות האופרטיביות שאלהן הגיע הנשיא בפסקי דין אלו. כך למשל בעניין חטיבת מפיצי הסיגריות נדחתה עתירה לבטל חוק שקובע שמשנת 2014 יהיה אסור להציב מכונות אוטומטיות למכירת מוצרי טבק. את טענתם של משווקי סיגריות באמצעות מכונות אוטומטיות על פגיעה בזכות הקניין דוחה הנשיא גרוניס כבר בשלב הראשון של הניתוח החוקתי, הבוחן אם נפגעה הזכות. העותרים טענו כי הוצאת המכונות משימוש תגרום להם הפסד כלכלי, וכי ההשקעה הכספית שהשקיעו במכונות תרד לטמיון. על כך משיב הנשיא, בין היתר, כי "...הכרה בטענתם של העותרים לפיה הירידה בערכן של המכונות שברשותם מהווה פגיעה בקניין, עלולה להביא להרחבת יתרו של המונח 'קניין' כמשמעו בחוק היסוד, ולהחלשת המשמעות החוקתית של הזכות לקניין".<sup>101</sup>

את טענתם של משווקי סיגריות באמצעות מכונות אוטומטיות לפגיעה בחופש העיסוק הנשיא אמנם לא דוחה כבר בשלב הניתוח הראשון, אך נראה ששלב זה "עושה את רוב העבודה" בדחיית טענתם. בשלב הניתוח הראשון מפרש הנשיא גרוניס את זכותם של העותרים לחופש העיסוק באופן המצמצם את ההגנה על הזכות. הנשיא מפרש את עיסוקם של העותרים, מפיצי הסיגריות במכונות אוטומטיות, לא כ"ממכר סיגריות במכונות אוטומטיות" אלא באופן רחב יותר, כ"שיווק מוצרי טבק". מכאן הוא מסיק כי עצמת הפגיעה בחופש העיסוק היא נמוכה, מפני שאין מדובר בשלילת העיסוק או בעצם הכניסה לעיסוק, אלא בפגיעה באופן מימוש העיסוק בלבד.<sup>102</sup> על סמך קביעה זו משלב הניתוח הראשון מוצא הנשיא בקלות, בשלב הניתוח השני, כי הפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.<sup>103</sup>

100 עניין שטנגר (לעיל, הערה 96) בפסקה 24. זו עמדה שהנשיא גרוניס הביע גם בעבר. ראו, למשל: עניין עדאלה (לעיל, הערה 98) בעמ' 513–514.

101 עוד קובע הנשיא כי "במקרה שלפנינו אין מדובר בהפקעת קניינם של העותרים או בהוראה המונעת מהם להשתמש במכונות ולבצע עסקאות לגביהן. לכל היותר מדובר בטענה, שלא הוכחה, בדבר ירידת ערכן של המכונות, שייתכן ומביאה להפסד כספי לעותרים". עניין חטיבת מפיצי הסיגריות (לעיל, הערה 96), בפסקה 10.

102 שם, בפסקה 9.

103 שם, בפסקאות 11–12.

דוגמה נוספת, מהשנה האחרונה, לדחיית טענה לפגיעה בזכות הקניין כבר בשלב הניתוח הראשון ניתן למצוא בעניין רונן.<sup>104</sup> בעניין זה דחה הנשיא את עתירתם של גמלאי צה"ל לבטל תיקון לחוק הגימלאות שקבע שמאותה עת ואילך יהיה מנגנון ההצמדה של הגמלה צמוד למדר לצרכן ולא למשכורתו של בעל התפקיד. הנשיא נמנע מלקבוע אם הזכות לגמלה היא חלק מזכות הקניין במובנה החוקתי, אך קבע שאף בהנחה שקיימת זכות חוקתית כאמור, היא לא נפגעה באותו מקרה.

עניין שטנגר הוא דוגמה נוספת לדחיית טענה לפגיעה בזכות כבר בשלב הניתוח הראשון. באותו עניין נדחתה הטענה שלפיה ביטול האפשרות להגיש ערר שני בזכות על מעצר (והפיכתו לערר ברשות) היא פגיעה בזכות החוקתית לחירות.<sup>105</sup> הנשיא קבע כי הזכות החוקתית לחירות אינה כוללת הגשת ערר שני בזכות על החלטות מעצר.<sup>106</sup> עם זאת מדובר בדוגמה מובהקת פחות מכיוון שנראה שהמשקל שהנשיא גרוניס מייחס לזכות לחירות רב מזה שהוא מייחס לקניין ולחופש העיסוק ונכון לפרשה ביתר הרחבה חרף מסקנתו הסופית במקרה זה.<sup>107</sup> דוגמה זו מובהקת פחות גם משום שניתן להתווכח על הקטגוריה שאליה משתייך מקרה זה. כך, ניתן אולי לטעון שנאשמים וחשודים, אף שאינם משתייכים לקבוצת מיטוט מובחנת ופגיעה קלאסית, הם קבוצה הסובלת מדעות קדומות ולפיכך נעדרת יכולת אפקטיבית להגן על האינטרסים שלה בהליך הדמוקרטי.<sup>108</sup>

בשולי הדברים אזכיר עניין נוסף שחוזר בפסקי דין אלו והנוגע לחוק אשר מתקן חוק קודם באופן שמצמצם לכאורה את הזכות החוקתית. הן בעניין שטנגר הן בעניין רונן המחוקק שינה את החוק הקיים. בעניין שטנגר קבע הנשיא כי החוק המתקן שינה לרעה את מצבם של חשודים ונאשמים ביחס למצב החוקי הקודם. בעניין רונן קבע הנשיא כי לא הוכח שהחוק המתקן שינה לרעה את מצבם של העותרים לעומת החוק הקודם. אולם בשני המקרים הדגיש הנשיא כי עצם השינוי לרעה אינו מוביל בהכרח למסקנה שקיימת

104 בג"ץ 5998/12 גיא רונן נ' הכנסת (פורסם בנבו, 2013) (להלן – פרשת רונן).

105 עניין שטנגר (לעיל, הערה 96).

106 שם.

107 כך, הנשיא מציין כי "החירות האישית... היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד אחרות..." שם, בפסקה 27. ולאור זאת קובע כי "פרשנותה של הזכות לחירות כזכות החלה אך על החלטת המעצר, היא פרשנות המצמצמת יתר על המידה את גבולותיה של הזכות. חשיבותה ומרכזיותה של הזכות לחירות – בפני עצמה וכאמצעי לקידום ולמימוש זכויות אחרות – מחייבת פרשנות מרחיבה יותר של הזכות, כך שתחול גם על הגנות דיוניות והסדרים דיוניים הקשורים קשר ישיר לזכות ולמימושה." שם, בפסקה 28. וראו גם: שם, בפסקה 28: "אכן, פרשנות זו של הזכות לחירות, כזכות החלה גם על הגנות דיוניות הקשורות קשר ישיר והדוק להגנה על הזכות, מתיישבת אף עם העיקרון המקובל בשיטתנו לפיו יש לפרש זכויות חוקתיות מתוך 'מבט רחב'".

108 ראו: אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן, "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?", משפטים מא (תשע"א) 97, בעמ' 132–133.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

פגיעה בזכות חוקתית (או שהתיקון אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה). הנשיא הבהיר כי חוקתיות החוק המתקן צריכה להיבחן ביחס לרף החוקתי שקובע חוק היסוד ולא ביחס למצב החוקי שקדם לתיקונו של החוק. זאת, משום שייתכן שהרף שקבע המחוקק בחוק הקודם הוצב גבוה יותר מהרף החוקתי. לפיכך כל עוד התיקון לחוק לא קבע רף נמוך מהרף החוקתי, אין לקבוע שהסדר החדש אינו חוקתי.<sup>109</sup>

נראה אפוא שאחד התחומים שבהם ניתן להצביע על הבדל ניכר בין גישת ברק לבין גישת גרוניס היא נטייתו החזקה יותר של הנשיא גרוניס לדחות עתירות כבר בשלב הניתוח הראשון – שלב הפגיעה – לפחות כשמדובר בזכויות שאינן תומכות דמוקרטיה, כגון חופש עיסוק וקניין. ניתן לכאורה לומר כי פסקי הדין הללו מתיישבים עם תפיסת אילי, שלפיה בתי המשפט צריכים להתרכז באכיפת זכויות תומכות דמוקרטיה ולא זכויות שאינן תומכות דמוקרטיה. אולם חשוב להדגיש כי לא בטוח שניתן לקשור את נטייתו של הנשיא גרוניס לדחות עתירות כבר בשלב הניתוח הראשון לתמיכתו בתאוריה החוקתית של אילי, בעיקר כשלא ברור אם גרוניס מאמץ חלק זה מהתאוריה של אילי. כמו כן ייתכן שגם הנשיאים ברק וביניש היו מקבלים החלטות דומות במקרים ספציפיים אלו, שכן נראה על פני הדברים שהטענות לפגיעה חוקתית לא היו חזקות, ובחלקן, כפי שמציין הנשיא בעניין שטנגר, אף "היו כלליות וסתומות".<sup>110</sup> כמו כן יש לציין כי מגמה מסתמנת זו של שימוש גובר בשלב הראשון של הניתוח החוקתי אינה ייחודית בהכרח לנשיא גרוניס, שכן תמיכה לנטייה זו ניתן למצוא גם בפסיקתם של שופטים נוספים בשנת המשפט האחרונה.<sup>111</sup> לסיכום, ניתן לומר שפסיקתו של הנשיא גרוניס בנוגע לזכויות שאינן תומכות דמוקרטיה מתיישבת עם התאוריה של אילי אך לא בהכרח נובעת ממנה.

### 3. פגיעה בזכויות מיעוטים המודרים מההליך הדמוקרטי

אילי סבר שניתן להצדיק ביקורת שיפוטית אשר אוכפת גם זכויות שאינן הכרחיות להליך הדמוקרטי כאשר מדובר בפגיעה במיעוטים אשר סובלים מעוינות או מדעות קדומות שגורמות לכך שהם למעשה מודרים מההליך הדמוקרטי. ניתן להציג שלוש דוגמאות בולטות לפסקי דין מהשנה האחרונה השייכות לקטגוריה זו.

109 עניין שטנגר (לעיל, הערה 96) בפסקה 45; עניין רונן (לעיל, הערה 104), בפסקה 14.

110 עניין שטנגר (לעיל, הערה 96) בפסקה 22.

111 כך, למשל, הגישה המדגישה את שאלת הפגיעה בזכות באה לידי ביטוי הן בפסק דינו של השופט רובינשטיין הן בפסק דינה של השופטת ברק-ארז בבג"ץ 7956/10 גבאי נגד שר האוצר (פורסם בנבו, 2012). בדומה, הנטייה לדחות עתירות כבר בשלב הניתוח הראשון של שאלת הפגיעה באה לידי ביטוי בפסקי הדין של כל שופטות ההרכב בבג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 2013). בפסק הדין אף הדגישה השופטת ארבל כי "יש להימנע מהרחבת יתר של תחום התפרשות הזכות החוקתית. הרחבה גורפת של גבולות הזכות החוקתית בשלב הראשון, ומעבר 'אוטומטי' למבחני פסקת ההגבלה בכל מקרה שבו נטען כי דבר חקיקה פוגע בה, עשויה להביא, באיזון הכולל, לשחיקת ההגנה שמקנים חוקי היסוד". שם, בפסקה 46.

דוגמה אחת היא עניין נסר, אשר עסק בחוקתיות הטבות מס הניתנות לתושבי המדינה על פי מקום מגוריהם מכוח סעיף 11(ב) לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]. פסק הדין פסל את ההסדר הקיים בשל פגיעתו בשוויון.<sup>112</sup> פסק הדין הראשי אמנם נכתב בידי הנשיאה בדימוס ביניש בשלהי חודשי הכתיבה שלאחר פרישתה, והנשיא גרוניס כתב רק הנמקה קצרה להחלטתו להצטרף לפסק הדין, אולם פסק הדין מצדיק התייחסות בשל חשיבותו ומכיוון שמדובר בביטול החוק הראשון בתקופת נשיאותו של השופט גרוניס. לכאורה מדובר בפסק דין אקטיביסטי מאוד. נוסף על כך שמדובר בביטול סעיף חוק מכוח זכות בלתי מנויה (שוויון), זו הפעם הראשונה שבה בוטל חוק בהרכב של שלושה שופטים (ולא בהרכב מורחב). פסק הדין אקטיביסטי גם מבחינת הסעד, שכן לצד סעד הבטלות הרגיל זו הפעם הראשונה שבה בית המשפט העליון הפעיל את הסעד החוקתי של "קריאה לתוך הסדר" (reading in).<sup>113</sup> יתרה מזאת, העתירה עסקה לכאורה בדיוק בסוג המקרים שלפי התאוריה של אילי אינם ראויים להכרעה שיפוטית: הכרעות בנוגע להקצאת משאבים והטבות אשר כרוכות מטבען בשאלות מדיניות ובהכרעות תקציביות ופוליטיות.<sup>114</sup>

אולם אילי לא סבר שאין להתערב כלל בהחלטות על הקצאת משאבים או טובין, אלא שבהחלטות מסוג זה מוצדק להתערב רק במקרה של כשל הליכי, כגון הפליית מייעוטים שמודרים מההליך.<sup>115</sup> ואכן, נראה שעניין נסר נופל במובהק בקטגוריית המקרים שבהם אילי סבר שראוי להתערב בהחלטת המחוקק על הקצאת משאבים בשל הכשל ההליכי שהוביל להחלטה. במקרה זה האופן שבו החליט המחוקק על זהות היישובים שיזכו להטבות מס נראה שרירותי לחלוטין וללא כל קריטריון מנחה. כפי שקובעת הנשיאה ביניש:

רשימת היישובים הנהנים מהטבות המס לפי סעיף 11(ב) לפקודה נקבעה ללא אמות מידה ברורות, גלויות ושוויוניות. יישובים הוספו או הורדו ממנה ללא כל רציונל כתוב, שיכול לסייע בבחינה האם ישנה הבחנה רלוונטית בין יישובים שזכו להטבת המס ובין יישובים שאינם נהנים מהטבה זו [...] פרקטיקה חקיקתית זו – מעבר לשרירותיות הרבה הטמונה בה – מעוררת חשש ממשי לפגיעה בזכות לשוויון, המחייבת

112 עניין נסר (לעיל, הערה 5).

113 על היבט חדשני זה בפסק הדין, ראו: Ittai Bar-Siman-Tov, "Time and Judicial Review in Israel: Tempering the Temporal Effects of Judicial Review", *The Effects of Judicial Decisions in Time* (P. Popelier et al. eds., 2013) 207, pp. 225–226, 228.

114 ואכן, גם בית המשפט סבר "כי מן הראוי שהפגמים שדבקו באופן מתן הטבות המס, כפי שנחשפו בעתירות שלפנינו, יירפאו תחת ידיהן של הרשויות האחרות – המחוקקת והמבצעת [...] אם הגענו לכתיבת שורות אלה, אין זאת אלא מפני שהכנסת והממשלה משכו ידן מן המלאכה". עניין נסר (לעיל, הערה 5) בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ביניש.

115 Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 135–136.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

מתן יחס שווה לשווים ויחס שונה לשונים [...] היעדר קריטריון חקוק להגדרת המאפיינים אשר בהתקיימם קמה ליישובים זכאות להטבות, מלמד על היות החקיקה שרירותית, בלתי עקבית ועל כך שלא נעשה כל ניסיון לבחור את רשימת היישובים הזכאים באופן שוויוני ואובייקטיבי.<sup>116</sup>

ואם לא די בכך, הליך לקוי זה של קביעת יישובים הזכאים להטבות מס הביא לכך שרק יישובים יהודיים נכללו ברשימה, ואילו יישובים לא-יהודיים הסמוכים (ואף נושקים) לאותם יישובים לא נכללו ברשימה.<sup>117</sup> כזכור, לפי אילי, לא כל פגיעה בשוויון ואף לא כל פגיעה במיעוטים תצדיק התערבות שיפוטית אלא רק כאשר הפגיעה מופנית כלפי מיעוט מובחן הסובל מדעה קדומה ומעוינות מצד הרוב ולפיכך אינו מסוגל להבטיח את האינטרסים שלו בהליך הדמוקרטי. דומה שהמיעוט הערבי עונה בבירור על הגדרה זו,<sup>118</sup> ולמעשה, עניין נסר הוא דוגמה מובהקת לכך. אכן, הנשיאה ביניש מבססת את מסקנתה כי ההפליה של תושבי מזרעה, כיסרא-סמיע ובית-ג'אן נמנית עם "ההפליה המובהקת שישנן" לא רק על סמך העובדה שהסעיף הרלוונטי נוקט בעניינם יחס שונה לשווים ללא כל שונות רלוונטית, ואף לא רק משום שמדובר בהבחנה על בסיס לאום – "אחת מן ההבחנות החשודות ביותר",<sup>119</sup> אלא גם מאחר שמקרה זה מדגים היטב את חוסר יכולתם להבטיח את האינטרסים שלהם באמצעות ההליך הפוליטי:

התמשכות ההפליה לאורך שנים; התעלמות הגורמים הרלוונטיים בממשלה מפניות נציגי התושבים והימנעות הכנסת מהסדרת המצב, מגבירות את עוצמת הפגיעה בזכות לשוויון. ככל שנמשכה ההתעלמות, כך נכרכה הפגיעה באופן הדוק יותר בזכותם החוקתית של התושבים לכבוד [...] פגיעה כה בולטת בזכות לשוויון ובזכות לכבוד של התושבים מן העבר האחד, ואדישותן של הרשויות המבצעת והמתוקקת מן העבר השני, חותרות תחת העקרונות הבסיסיים של שיטת המשפט שלנו.<sup>120</sup>

אכן, מדובר במקרה מובהק שבו ההצדקה להתערבות השיפוטית נבעה מכך שהוכח כי לא ניתן לסמוך על ההליך הפוליטי שיביא לתיקון הפגם החוקתי.<sup>121</sup> נראה שזה היה

116 עניין נסר (לעיל, הערה 5) בפסקאות 37–38 לפסק דינה של השופטת ביניש.

117 שם, בפסקאות 50–52.

118 ראו: כהן-אליה (לעיל, הערה 10) בעמ' 530. אך ראו והשוו: דוידוב (לעיל, הערה 10) בעמ' 374–376.

119 עניין נסר (לעיל, הערה 5) בפסקה 53 לפסק דינה של השופטת ביניש.

120 שם.

121 שם, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ביניש.

הנימוק המרכזי אשר הצדיק בעיני הנשיא גרוניס את ביטול החוק. כפי שהוא ציין בהנמקתו הקצרה:

במקרה הנוכחי נאלץ בית המשפט להתערב בחקיקה ראשית, שעה שהן הרשות המחוקקת והן הרשות המבצעת מכירות בפגמים שבחוק. עם זאת, אותן רשויות אינן מביאות בעצמן לתיקון הפגמים שבחקיקה אלא מפנות הן, למעשה, את התפוח הלוהט למגרשה של הרשות השופטת [...] 'שוב נדרשים אנו להוציא, עבור אחרים [...] ערמונים מן האש הפוליטית'. אילו פעלו הרשויות האחרות ואילו תיקנו את הטעון תיקון, לא היה בית משפט זה מתערב בחקיקה של הכנסת.<sup>122</sup>

גם המקרה השני שבו בוטל חוק בעידן הנשיא גרוניס, עניין אדם,<sup>123</sup> עסק בפגיעה בזכויות של קבוצת מיעוט המודרת מההליך הדמוקרטי. בעניין זה קבע בית המשפט כי התיקון לחוק למניעת הסתננות, המאפשר להחזיק במשמורת, ללא משפט, מסתננים שהוצא נגדם צו גירוש לתקופה של שלוש שנים אינו חוקתי.<sup>124</sup> הנשיא גרוניס הצטרף למסקנתם של כל תשעת שופטי ההרכב כי החוק פוגע פגיעה לא מידתית בזכות החוקתית לחירות, ואף הצטרף לדעת הרוב אשר קבעה סעד בטלות נרחב מזה שהציע השופט הנדל.<sup>125</sup>

פסק דינו של הנשיא אמנם כולל טעמים מעט שונים משל השופטת ארבל, שכתבה את פסק הדין הראשי, אך נימוקים אלו אינם מתייחסים לרציונלים מהתאוריה של אילי או לפסק דינו בעניין חוק טל. עיקר ההבדל בנימוקים הוא שהנשיא חלק על קביעתה של השופטת ארבל שלפיה החוק בטל משום שאינו עומד במבחן המשנה השני של המידתיות וקבע כי לגישתו הפגם שבחוק נובע מאי־עמידתו במבחן המשנה השלישי של המידתיות (מבחן המידתיות הצר).<sup>126</sup> למעשה, ניתן לכאורה לומר שהנקודה שבה חלק הנשיא גרוניס על השופטת ארבל – העדפתו את מבחן המשנה השלישי של המידתיות לשם פסילת חוק המסתננים – דווקא מרחיקה אותו מגישת אילי. כאשר פרופ' משה כהן־אליה הציע לאמץ פסקת הגבלה הליכית בהשפעת התאוריה החוקתית של אילי, הייתה הצעתו המרכזית לבטל את מבחן המשנה השלישי של המידתיות. כהן־אליה טען, במידה רבה של צדק, כי שלא כמו שני מבחני המשנה הראשונים של המידתיות, מבחן

122 שם, בפסק דינו של הנשיא גרוניס.

123 עניין אדם (לעיל, הערה 5).

124 החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3' והוראת שעה), התשע"ב–2012, אשר נחקק כתיקון לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד–1954.

125 דעת הרוב קבעה שיש לבטל את כל ההסדרים שנקבעו בסעיף 30א לחוק למניעת הסתננות, ואילו השופט הנדל סבר כי יש לבטל את סעיף 30א(ג) לחוק בלבד.

126 ראו: עניין אדם (לעיל, הערה 123) בפסקאות 3–4 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.



פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

המשנה השלישי טומן בחובו הכרעה סובסטנטיבית-ערכית *par excellence*.<sup>127</sup> לפיכך קשה יותר להלמו עם גישת אילי, שלפיה את ההכרעות הערכיות יש להותיר לנבחר הציבור.<sup>128</sup>

עם זאת מעניין שבעניין אומ"ץ, שם חזר הנשיא גרוניס על גישתו בעניין חוק טל בדבר מקרים המצדיקים ביקורת שיפוטית, בחר הנשיא את המקרה של חוק המסתננים כדוגמה המדגימה את גישתו.<sup>129</sup> מיד לאחר פירוט גישתו כלפי המקרים המצדיקים ביקורת שיפוטית ("מקום שהמחוקק הראשי פוגע בזכות יסוד, בזכותו של מיעוט או בכללי המשחק הדמוקרטי") כתב הנשיא: "דוגמה יפה להתערבות שיפוטית מעין זו נמצא בפסק דין [...] אדם נ' הכנסת [...] שם מדובר היה בחוק של הכנסת שאיפשר השמה במשמורת של "מסתנן" לתקופה של שלוש שנים. החוק פגע בזכות החוקתית לחירות במידה העולה על הנדרש. בנוסף לכך, הציבור הנפגע היה קבוצת מיעוט".<sup>130</sup> אכן, נראה שמקרה זה מצדיק התערבות שיפוטית לא רק לפי גישת גרוניס, המסתפקת בפגיעה בקבוצת מיעוט, אלא אף לפי גישת אילי, השמה דגש על קבוצות מיעוט פגיעות, המודרות מההליך הדמוקרטי. לדעתי, ה"מסתננים" הם דוגמה קלאסית של מיעוט מובחן ונפרד אשר אינו יכול להגן על זכויותיו באמצעות ההליך הדמוקרטי.<sup>131</sup> מלבד העובדה שמדובר בקבוצת מיעוט הסובלת מדעות קדומות ועוינות,<sup>132</sup> מדובר בקבוצה הנעדרת אפילו זכות פורמלית להשתתף בהליך הדמוקרטי.

דווקא על רקע זה נראה לי שיש מקום לתהות על פסק דינו של הנשיא גרוניס במקרה אחר מהשנה האחרונה אשר עסק במיעוט המודר מההליך הדמוקרטי – הדנג"ץ בעניין גלוטן.<sup>133</sup> באותו עניין כתב הנשיא גרוניס את דעת הרוב, אשר סירבה להפוך את החלטתו של בג"ץ שלפיה חוק שעות עבודה ומנוחה, התשי"א–1951 אינו חל בעניינם של עובדים בתחום הסיעוד. הנקודה הרלוונטית לענייננו היא שנימוקו המרכזי של הנשיא לא להושיט סעד לעובדים הסיעודיים היה כי מדובר בסוגיה שאינה מתאימה להכרעה שיפוטית, ולכן יש להותיר את ההכרעה למחוקק. הנשיא קבע:

127 ראו: כהן-אליה (לעיל, הערה 10); וראו גם: גדעון ספיר, "מידתיות ופשרה" ספר דליה דורנר (תשס"ט) 397, בעמ' 409–411; Ittai Bar-Siman-Tov, "Semiprocedural Judicial Review", 6 *Legisprudence* (2012) 271, 294-295.

128 ראו: כהן-אליה (לעיל, הערה 10).

129 עניין אומ"ץ (לעיל, הערה 72) בפסקה 13 לפסק דינו של השופט גרוניס. שם. 130

131 ראו והשוו: עניין אדם (לעיל, הערה 5) בפסקאות 10–13 לפסק דינו של השופט פוגלמן, בדבר עצם הבחירה בהליך החקיקה להשתמש בביטוי "מסתנן", להבדיל מ"מבקש מקלט" או "שוהה בלתי חוקי", על המשמעות הכרוכה בשימוש בביטוי זה.

132 ראו, למשל: מורן אזולאי ועומרי אפרים, "רגב קראה למסתננים סרטן: המצב מעודד אלימות" *Ynet* (24.5.2012) <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4233655,00.html>.

133 דנג"ץ 10007/09 גלוטן נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין גלוטן).

הסוגיה הניצבת לפתחנו בהליך זה הינה סוגיה קשה וסבוכה. היא קשורה בטבורה לשאלות מתחום המדיניות הסוציאלית והכלכלית. הדיון בשאלות שעלו, כמו גם התווית ההסדר הראוי בעניינן, מצריכים ידע מקצועי רחב ומקיף, שאינו מצוי בידי בית המשפט, ואשר לבית המשפט אין את הכלים לאספו ולעבדו. מעצם טיבן, שאלות מסוג זה אינן יכולות להתלבן כראוי בהליך שיפוטי. את הפיתרונות המתאימים יש לגבש בצורה מושכלת בזירה הפוליטית והציבורית, תוך העזרת בגורמים מקצועיים אשר יקדישו לכך את הזמן והמשאבים הנדרשים.<sup>134</sup>

לכאורה הנמקה זו מתיישבת היטב עם גישתו של אילי שלפיה בית המשפט צריך להימנע מהתערבות בסוגיות של מדיניות כלכלית וסוציאלית, משום שאין לבית המשפט הכשירות המוסדית או הלגיטימציה הדמוקרטית להכריע בהן. אולם השאלה היא אם אין מדובר כאן בדיוק בחריג שאילי הכיר בו במקרים שבהם לא ניתן לסמוך על ההליך הדמוקרטי כיוון שמדובר בקבוצת מיעוט חסרת כוח ויכולת להשתתף בהליך הדמוקרטי הרגיל. כפי שציין השופט הנדל בדעת מיעוט, "בהיות מרביתם עובדים זרים המקובצים לישראל מארצות רבות, עובדי הסיעוד מהווים קבוצה נעדרת קול וייצוג לפני מוסדות המדינה".<sup>135</sup> אכן, נראה שבדומה לעניין נסר, גם כאן מדובר במקרה מובהק שבו אין לסמוך על ההליך הפוליטי. כפי שציינה השופטת ארבל בדעת המיעוט שלה:

כבר בפסק דינו של בית משפט זה [...] לפני כשלוש שנים, נקרא המחוקק להסדיר את הסוגיה הסבוכה. מאז, כידוע, טרם הוסדרה הסוגיה והעובדים הסיעודיים עדיין ממתינים להסדרת זכויותיהם הבסיסיות. יש לציין כי במצב הנורמטיבי הנוכחי, כאשר הקבוצה הנפגעת מפסק הדין היא קבוצת העובדים הזרים, יש חשש שהמחוקק לא יזדרז להסדיר את עניינם, ובידוע אין מאחוריהם קבוצת לחץ חזקה שיכולה לפעול למענם [...] העובדים הזרים עצמם, מיותר להגיד, אינם יכולים לקדם את עניינם אצל המחוקק בעצמם [...] לעובדים [אלו – א"ב] אין נציגות ישירה בכנסת או בממסד וזאת בניגוד לבעלי הבית המעסיקים אותם.<sup>136</sup>

אמנם יש להזכיר את נימוקו הנוסף של הנשיא בעניין גלוטן: "ההתמודדות עם הסוגיה שעלתה בהליך דנא מציבה את בית המשפט בפני דילמה, שכן מדובר במאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, הנואשות לתמיכת החברה ולהגנתו של החוק. בהכרעה לכאן או

134 שם, בפסקה 16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

135 שם, בפסקה 5 לפסק דינו של השופט הנדל.

136 שם, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ארבל.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

לכאן טמונה, מטבע העניין, פגיעה באחת מהקבוצות הללו.<sup>137</sup> נימוק זה יכול לכאורה להסביר את ההבדל בין גישת הנשיא בפסק דין זה לבין גישתו בפרשות נסר ואדם. אולם הסבר זה אינו נקי מספקות, שהרי גם את עניין אדם היה ניתן לכאורה להציג כ"מאבק בין שתי קבוצות מוחלשות, הנואשות לתמיכת החברה ולהגנתו של החוק" – המסתננים מול תושבי דרום תל-אביב – וכמקרה שבו כל הכרעה שיפוטית תפגע באחת מהן.<sup>138</sup> למעשה, באותה פרשה הכירה השופטת ארבל באפשרות ש"תוצאת פסק דין זה [...] תהיה קשה במיוחד לתושבי דרום תל-אביב, שהמצוקה המשתקפת מזעקתם נשמעת כיוצאת מן הלב ומעוררת אמפתיה והבנה באשר לצורך לסייע להם במצבם".<sup>139</sup> עם זאת קבעה השופטת שאין בכך כדי להצדיק את הפגיעה באוכלוסיית המסתננים ואף ציטטה מעמדתה בפרשת גלוטן, שלפיה "צרכיה החשובים ככל שיהיו של אוכלוסייה אחת אינם יכולים להיות מסופקים על ידי פגיעה בצרכים ובזכויות של קבוצת אוכלוסייה אחרת".<sup>140</sup> באופן כללי יותר ניתן לטעון כי במקרים רבים ההחלטה השיפוטית טומנת בחובה, מטבע הדברים, פגיעה באחד מהצדדים להליך, ופעמים רבות בשני הצדדים תהיינה קבוצות מוחלשות. לכן גישה שלפיה במקרים אלו לא תהיה תחולה לגישה אילי תביא לצמצום ניכר מאוד שלה. יתרה מזאת, אינני בטוח שצמצום כזה הוא פרשנות נכונה של התאוריה של אילי.<sup>141</sup> לדעתי, התאוריה של אילי אינה מתמצה בטענה שלפיה על בית המשפט להגן על מיעוטים מוחלשים מפני עריצות הרוב, אלא הדגש הוא שביקורת שיפוטית מוצדקת כאשר אי אפשר לסמוך על ההליך הדמוקרטי (למשל כשמדובר בקבוצה שמודרת מההליך הדמוקרטי).<sup>142</sup> לפיכך ביישום התאוריה של אילי השאלה

137 שם, בפסקה 17 לפסק דינו של השופט גרוניס.

138 ראו: עניין אדם (לעיל, הערה 5) בפסקאות 14, 62, 120 לפסק דינה של השופטת ארבל.

139 עניין אדם (לעיל, הערה 5) בפסקה 120 לפסק דינה של השופטת ארבל.

140 שם. אני מודע כמובן להבדלים בין המקרים ולכך שהטענה שכל הכרעה לטובת קבוצה אחת תפגע בקבוצה האחרת קשה ומורכבת יותר במקרה של עניין גלוטן. אולם הרעיון כאן הוא להדגים שבמקרים רבים, לרבות בעניין אדם, יהיה ניתן להציג את הדילמה כהכרעה בין שתי קבוצות מוחלשות. יתרה מזאת, ניתן גם לטעון כי התפיסה של עניין גלוטן כמשחק סכום-אפס בין שתי קבוצות מוחלשות, כאשר למדינה אין כל אחריות בסוגיה, אינה הכרחית. ראו והשוו: שירי רגב-מסלם, "בעקבות תיאוריית האחריות הציבורית של פיינמן: ניתוח משטר הסיעוד הישראלי", מעשי משפט ה (תשע"ג) 27, בעמ' 30–32.

141 אני אמנם מכיר בכך שכאשר אילי דן בהקשר הספציפי של העדפה מתקנת הוא הבחין בין העדפה מתקנת לטובת קבוצת מיעוט אשר באה על חשבון הרוב לבין העדפה מתקנת לטובת קבוצת מיעוט אחת אשר באה על חשבון קבוצת מיעוט אחרת. ראו: Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 171–172, וכן הדיון של הנשיא גרוניס בתאוריה של אילי בעניין חוק טל (לעיל, הערה 7) בפסקה 7 לפסק דינו. אולם אינני חושב שזה נכון לפרש את התאוריה של אילי כקובעת שהגנה שיפוטית על זכויות מיעוטים שאינם זוכים להגנת ההליך הפוליטי תהיה מוצדקת רק במקרים שבהם ההכרעה השיפוטית תבוא על חשבון הרוב (ולא תהא מוצדקת כאשר ההכרעה השיפוטית טומנת בחובה גם פגיעה במיעוט אחר).

142 כלומר, התאוריה של אילי אינה עוד חזרה על העמדה שלפיה יש הצדקה לביקורת שיפוטית מקום שבו החקיקה עוסקת במיעוטים "מוגדרים ומגודרים", אלא כפי שמתארים זאת היטב

המרכזית צריכה להיות אם מדובר במקרה שבו אין לסמוך על ההליך הדמוקרטי, ולא מי הקבוצה שעלולה להיפגע מההכרעה השיפוטית: קבוצת הרוב או קבוצת המיעוט אחרת.<sup>143</sup> במקרים שבהם ההליך הפוליטי אינו ראוי לאמון, הרצון הטבעי להימנע מהדילמה הכרוכה בהכרעה בין שתי קבוצות מוחלשות אינו מצדיק את השארת ההחלטה למחוקק. יתרה מזאת, אם נכונה טענת השופטת ארבל כי אין זה סביר שהכנסת תסדיר את הסוגיה, הרי שפסק דינו של הנשיא גרוניס אינו בבחינת הימנעות מהחלטה סובסטנטיבית והותרתה למחוקק אלא הכרעה סובסטנטיבית לטובת המטופלים הסיעודיים ולרעת העובדים הסיעודיים לא פחות מכך שדעת המיעוט היא הכרעה סובסטנטיבית בכיוון ההפוך.

הסבר אפשרי אחר לפסק דינו של הנשיא בפרשה זו הוא שעניין גלוטן שונה מפרשות נסר ואדם, שכן כאן לא נתבקש ביטול חוק אלא השאלה הייתה אם ועד כמה יכול בית המשפט לספק את הפתרון בהיעדרו של פתרון חקיקתי הולם. אולם גם הסבר זה אינו נקי מספקות, שכן לא ברור מדוע התאוריה של אילי בעניין סוגי המקרים המצדיקים התערבות שיפוטית צריכה לחול רק על סוג מסוים של התערבות שיפוטית (ביטול חוק), בעיקר כשלא ברור אם ההתערבות השיפוטית שנדרשה בעניין גלוטן אקטיביסטית או בעייתית מבחינת הקושי האנטי-רובני יותר מביטול חוק של הכנסת.<sup>144</sup>

#### 4. חסמים בהליך הדמוקרטי וזכויות תומכות דמוקרטיה

כזכור, אילי סבר שהתערבות שיפוטית תהיה מוצדקת כאשר מי שבשלטון חוסם את הדרך לשינוי פוליטי. לדעת אילי, תפקידו של בית המשפט הוא להבטיח שדרכו של איש אינה נחסמת. פסק דינו של הנשיא גרוניס בעניין זועבי מתיישב היטב עם גישה זו.<sup>145</sup> בפסק דין זה סירב הנשיא גרוניס, אשר כתב את פסק הדין הראשי, לאשר את החלטתה

גזל-אייל ורייכמן (לעיל, הערה 108) בעמ' 133, ה"ש 94, אילי "פיתח עמדה זו לכלל הצדקה להפעלת ביקורת שיפוטית ככלי הכרחי להגנה על המיעוט בהליך הפוליטי (או ליתר דיוק, להגנה על ההליך הפוליטי עצמו כאשר נדרש הוא לעסוק במיעוטים)".

143 שאם לא כן יתייתר הדגש של אילי שאמת המידה צריכה להיות ההליך שהוביל לחלוקת המשאבים ולא הצדק הסובסטנטיבי של החלוקה הסופית שהתקבלה. ראו: Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 103 ("the referee is to intervene only when one team is gaining unfair advantage, not because the 'wrong' team has scored.") 136 (the) "constitutional of most distributions thus cannot be determined simply by looking to see who ended up with what, but rather can be approached intelligibly only by attending to the process that brought about the distribution in question..."

144 אף כי ניתן אולי לטעון שהיא הייתה בעייתית יותר מבחינת הכשירות המוסדית של בית המשפט.

145 א"ב 9255/12 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת התשע-עשרה נ' זועבי (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין זועבי).

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

של ועדת הבחירות המרכזית למנוע את השתתפותה של חברת הכנסת זועבי בבחירות לכנסת. פסק דינו של הנשיא ביטא היטב את הגישה שלפיה על בית המשפט להגן על הדמוקרטיה הפרוצדורלית ועל המנגנונים שמטרתם להבטיח את האפשרות לקיים משטר ייצוגי, לרבות הגנה מפני "פגיעה במנגנון הבחירות בדרך של פסילת רשימה [...] [אשר – א"ב] מוציאה מן המשחק הפוליטי קבוצות בכך שלא ניתנת להן אפשרות לקדם את מצען באמצעים פרלמנטריים".<sup>146</sup> הנשיא גרוניס אמנם הכיר ברעיון הדמוקרטיה המתגוננת ובצורך להגן על עצם חיותה של המדינה ומשטרה הדמוקרטי,<sup>147</sup> אך בסופו של דבר הכרתו בחשיבותן הרבה של הזכויות לבחור ולהיבחר הכריעה את הכף.<sup>148</sup> יצוין שעמדה זו, שלפיה לבית המשפט תפקיד מכריע בהגנה על הזכות של כולם להשתתף במשחק הפוליטי, אינה ייחודית לנשיא גרוניס והביעו אותה גם שופטים אחרים שאינם מזוהים בהכרח עם התאוריה החוקתית של אילי.<sup>149</sup> גם התוצאה האופרטיבית, המבכרת את הזכות לבחור ולהיבחר על פני הרציונלים של הדמוקרטיה המתגוננת, אינה נובעת בהכרח מתאוריה חוקתית הייחודית לפסק דין זה אלא היא יישום של אמות המידה שהתוו בפסיקה קודמת.<sup>150</sup> עם זאת אין לקחת את ההחלטה במקרה זה כמובנת מאליה, שכן כפי שמעיד הנשיא:

לא קיבלנו החלטה זו על נקלה. הטרידונו לא מעט מעשיה והתבטאויותיה של חברת הכנסת זועבי בהקשר של המשט לעזה, ובעיקרם, העובדה שבמקרה הנוכחי מדובר בפעולה להבדיל מדיבור גרידא. הפרשה שלפנינו אינה מתמצית בהתבטאויות, נאומים או כתיבה אקדמית ופובליציסטית, אלא בפעולה פיסית של ממש ליישום רעיון תיאורטי הלכה למעשה. אם בכל זאת החלטנו להתיר את השתתפותה של חברת הכנסת זועבי בבחירות ולא לאשר את החלטת ועדת הבחירות המרכזית, הרי זה מפאת חשיבותן של הזכויות לבחור ולהיבחר, ומשום

146 שם, בפסקה 7 לפסק דינו של הנשיא. פסק הדין מבטא גם את הגישה המדגישה את הצורך להגן על הדמוקרטיה המהותית וכן על זכויות תומכות-דמוקרטיה, כגון חופש הביטוי וחופש ההתאגדות ובעיקר הזכויות לבחור ולהיבחר. ראו: שם, בפסקאות 7, 30, 35 לפסק דינו של הנשיא.

147 שם, בפסקאות 8–11 לפסק דינו של הנשיא.

148 שם, בפסקאות 30, 35 לפסק דינו של הנשיא.

149 ראו, למשל: בג"ץ 11243/02 פייגלין נ' יושב-ראש ועדת הבחירות, פ"ד נז(4) 145 (2003), בפסקה 4 לפסק דינו של השופט לוי ("בתחום זה שמור לבית-המשפט תפקיד מכריע, באשר הוא אמור לפקח על חיקוקים שנועדו להגביל את הזכות לבחור ולהיבחר ולבקדם כדי להבטיח שהכתרים אשר קושרים הכול לראשן של זכויות היסוד לא ישמשו לתפארת המליצה בלבד, אלא יעמדו לרשות כל אלה המבקשים ליטול חלק במשחק הפוליטי").

150 ראו: עניין זועבי (לעיל, הערה 145) בפסקה 35 לפסק דינו של הנשיא.

ששוכנענו שחברת הכנסת זועבי לא חברה לארגון ה-IHH במסגרת  
המשט.<sup>151</sup>

מכל מקום, אף אם היה ניתן להגיע לתוצאה דומה גם ללא התאוריה של אילי, אין ספק שפסק דינו של הנשיא גרוניס, הן בנימוקיו הן בתוצאתו, מתיישב היטב עם התאוריה של אילי.

נוסף על ההגנה על הזכות לבחור ולהיבחר סבר אילי שגם הגנה שיפוטית על זכויות אחרות שהן הכרחיות להליך דמוקרטי תקין, כגון חופש הביטוי, מוצדקת. גישה זו באה לידי ביטוי בפסק דינו של הנשיא גרוניס בעניין עוצמה לישראל, אשר הפך את החלטת יו"ר ועדת הבחירות לפסול את התשדיר של רשימת בל"ד וחלק מהתשדיר של רשימת עוצמה לישראל.<sup>152</sup> אכן, הנמקתו של הנשיא גרוניס מבטאת היטב את הגישה המצדיקה ביקורת שיפוטית סובסטנטיבית, אשר מגנה על זכויות כגון חופש הביטוי ובעיקר חופש הביטוי הפוליטי, בצורך להגן על ההליך הדמוקרטי. כפי שמציין הנשיא, "חופש הביטוי הוא המסד לחיים הדמוקרטיים, והוא היסוד המרכזי לקיומה של מערכת בחירות פורה וליישומן של הזכויות הנעלות לבחור ולהיבחר".<sup>153</sup> הנשיא אמנם מכיר בכך ש"רם ככל שיהיה מעמדו של חופש הביטוי בשיטתנו, ובמיוחד על רקע נחיצותו לשכלול הליך הבחירות הדמוקרטי, במקרים מסוימים, הגם אם חריגים, ייסוג הוא מפני האינטרס של שמירת שלום הציבור, רגשותיו וביטחוננו".<sup>154</sup> אולם במקרה זה מגיע הנשיא למסקנה כי קיימת הצדקה להפעלת ביקורת שיפוטית ומורה על שידור שני התשדירים במלואם.<sup>155</sup>

כמו בעניין זועבי, גם פסק דין זה אינו מהפכני במובן זה שהוא מיישם את מבחני הפסיקה הקיימים. אולם גם כאן ההחלטה אינה מובנית מאליה משום שהיא הייתה כרוכה בהפיכת החלטת יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, שנהנה על פי החוק משיקול דעת רחב,<sup>156</sup> ובאבחון מקרה זה מפסקי דין קודמים שבהם אישר בית המשפט פסילת תשדירים שהיו להם לפחות נקודות דמיון מסוימות לתשדירים בפרשה זו.<sup>157</sup> לפיכך גם

151 שם, בפסקה 30 לפסק דינו של הנשיא (ההדגשה במקור – א"ב) ופסק דינה של השופטת ארבל.

152 בג"ץ 236/13 עוצמה לישראל נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת (פורסם בנבו, 2013) (להלן – עניין עוצמה לישראל).

153 שם, בפסקה 16 לפסק דינו של הנשיא.

154 שם, בפסקה 17 לפסק דינו של הנשיא.

155 שם, בפסקאות 22–28 לפסק דינו של הנשיא.

156 שם, בפסקאות 15, 21 לפסק דינו של הנשיא.

157 הכוונה היא להבחנה שעורך הנשיא בין השימוש בהמנון המדינה בתשדיר של בל"ד לבין השימוש בהמנון בתשדיר שנפסל, בבג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (2003) (ראו – עניין עוצמה לישראל (לעיל, הערה 151) בפסקה 24 לפסק דינו של הנשיא) ולהבחנה שעורך הנשיא בין התשדיר של עוצמה לישראל לבין התשדיר שנפסל בבג"ץ 2194/06 מפלגת שינוי מפלגת המרכז נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית (פורסם בנבו, 2006), אף שבשניהם היו סממנים

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

פסק דין זה הוא דוגמה טובה למקרה שבו הנשיא גרוניס פועל, הן בנימוקיו הן במסקנתו האופרטיבית, באופן ההולם היטב את התאוריה של אילי.

## 5. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה

אילי אמנם לא עסק במפורש בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, אך התאוריה שלו מבטאת "a concern [...] with the process by which the laws that govern society are made"<sup>158</sup> והוא אף מדגיש את החשיבות שבהבטחת "a legislative lawmaking process"<sup>160</sup>. "a visible legislative process"<sup>160</sup> לכן אין ספק בעיניי שגישתו של אילי, שלפיה על בית המשפט לפעול כשופט ספורט המוודא שההליך הדמוקרטי מתנהל על פי כללי המשחק, כוללת בחובה גם את הגישה שלפיה על בית המשפט להבטיח שהליך החקיקה עצמו מתנהל לפי כללי המשחק. אכן, כפי שטענתי בהרחבה במקום אחר, התאוריה של אילי מספקת הצדקה חזקה במיוחד לביקורת שיפוטית מסוג זה.<sup>161</sup>

בשניים מפסקי הדין החוקתיים מהשנה האחרונה עסק הנשיא גרוניס בביקורת שיפוטית על הליך החקיקה: בעניין רונן ובאופן מעמיק ונרחב יותר בעניין שטנגר. בעניין רונן בחן הנשיא את טענת העותרים שבהליך החקיקה לא ניתנה להם זכות טיעון, וכי הדבר פוגע בכללי הצדק הטבעי.<sup>162</sup> בפסק דינו חזר הנשיא על ההלכה הפסוקה שלפיה אין חובה להעניק זכות טיעון אינדיווידואלית בהליך החקיקה בכנסת, לרבות לפרטים העשויים להיפגע מהחקיקה.<sup>163</sup> עם זאת ואף שהלכה זו נקבעה במספר רב של פסקי דין, לא הסתפק הנשיא בנימוק זה אלא בדק את הליך החקיקה ומצא שלגופו של עניין במקרה זה ניתנה זכות טיעון לעותרים בהליך החקיקה.<sup>164</sup> בעניין שטנגר הקדיש הנשיא חלק נכבד מפסק דינו לבחינת טענות העותר לעניין הפגמים בהליך החקיקה.<sup>165</sup> בסופו של דבר מצא הנשיא שנפלו פגמים בהליך החקיקה – סטייה משני כללי תקנון הכנסת המסדירים את סדר הדיון וההצבעה בקריאה השנייה – אך קבע שפגמים אלו אינם

גזעניים ופנייה מכלילה לקבוצת אוכלוסייה שלמה (ראו: עניין עוצמה לישראל (לעיל, הערה 151) בפסקאות 25–27 לפסק דינו של הנשיא).  
 158 Ely (לעיל, הערה 6) בעמ' 74.  
 159 שם, בעמ' 131.  
 160 שם, בעמ' 125.  
 161 Ittai Bar-Siman-Tov, "The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", 91 *B.U. L. Rev.* (2011) 1915, pp. 1958–1962.  
 162 עניין רונן (לעיל, הערה 104) בפסקה 11 לפסק דינו של הנשיא.  
 163 שם.  
 164 שם.  
 165 עניין שטנגר (לעיל, הערה 96) בפסקאות 15–21 לפסק דינו של הנשיא.

מגיעים לכדי "פגם היורד לשורש ההליך", אשר מביא לבטלות החוק לפי אמות המידה שנקבעו בפסיקה להפעלת ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.<sup>166</sup> לדעתי, צדק הנשיא בתוצאות שאליהן הגיע במקרים אלו, שכן במקרים אלו אכן לא נפלו בהליך החקיקה פגמים מהסוג המצדיק ביטול חוק לאור המבחנים שנקבעו בפסיקה, בעיקר בהלכת ארגון מגדלי העופות.<sup>167</sup> אולם החשוב הוא שהנשיא גרוניס גילה נכונות להפעיל ביקורת שיפוטית משמעותית על הליך החקיקה. בשני המקרים ההכרעה לא התבססה על התפיסה שאין זה מתפקידו של בית המשפט להתערב בהליך החקיקה אלא על דחיית הטענות לגופן, לאחר ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ובחינה מעמיקה יחסית של ההליך שהתקיים. ניתן אפילו לומר לכאורה כי הנכונות לבצע ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה שמגלה הנשיא גרוניס רבה מנכונותו של הנשיא ברק, אשר היה הראשון שהכיר באפשרות התאורטית של ביטול חוק בשל פגמים בהליך החקיקה, לעשות זאת.<sup>168</sup> זאת, משום שהנשיא גרוניס בחן את הליך החקיקה לגופו של עניין, אף אם לבסוף לא התערב, במקרים שבהם אכן לא הייתה הצדקה להתערב. לעומת זאת הנשיא ברק סירב להתערב בשני המקרים שלטעמי היו הדוגמאות הבולטות ביותר למקרים שהיו עשויים להצדיק התערבות לאור אמות המידה שנקבעו בהלכת ארגון מגדלי העופות – עניין ליצמן (אשר עסק בהצבעות הכפולות) ועניין ארדן (אשר עסק בפגיעה בולטת בזכות ההשתתפות של חברי הכנסת בהליך החקיקה) – ואף עשה זאת באופן שהעיד על חוסר נכונות בולט להפעיל ביקורת שיפוטית משמעותית על הליך החקיקה.<sup>169</sup>

166 שם.

167 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

168 ראו: בג"ץ 975/89 נמרודי נ' יו"ר הכנסת, מה(3) 154 (1991).

169 בבג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004), ציין הנשיא ברק כי "הופרו הכללים החלים על סדרי ההצבעה" וכי "הצבעה אסורה זו פגעה בערכי היסוד של המשטר הדמוקרטי המונחים ביסוד כללי ההצבעה [...] הצבעה פסולה פוגעת קשות בעקרון-הייצוג עליו מתבססת הדמוקרטיה הפורמלית. היא פוגעת בדמוקרטיה המהותית, שכן נפגם עקרון השוויון ומופרת חובת הנאמנות של חבר הכנסת. 'היווצרותו של רצון הבית' משתבשת". ועל אף כל זאת קבע הנשיא כי אפילו במקרה שבו "הפגם לא נרפא [על ידי הצבעה חוזרת אשר בה לא חזר הפגם, א"ב], והוא פגע בערכי היסוד המונחים ביסוד הליך החקיקה אך לא היה בו כדי להשפיע על תוצאות ההצבעה [...] התרופה המידתית [...] אינה בפגיעה בתוקפו של החוק". בבג"ץ 1139/06 ארדן נ' יושב ראש ועדת הכספים (פורסם בנוב, 2006) דובר בפגיעה בזכות ההשתתפות של חברי הכנסת, במובנה הגרעיני והבסיסי של היכולת הפיזית להיות נוכח בהצבעה. אף על פי כן לא ראה הנשיא ברק צורך לבחון את טענות העותרים לגופן ודחה את העתירה בפסק דין קצרצר, שנדמה כמתקרב לגישה המסורתית בדבר שפיטות הליך החקיקה: "אין אנו מוצאים צורך לדון ולהכריע בשאלות השנויות במחלוקת בין הצדדים. זאת משום שמצאנו כי המקרה שלפנינו אינו נופל בגדר אותם מקרים חריגים אשר יצדיקו את התערבותו של בית המשפט בהליכה הפנימיים של הרשות המחוקקת. אין המדובר בעניינינו בתפקיד 'מעין שיפוט' של ועדת



פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

למעשה, נראה שהנשיא גרוניס עצמו מכיר בכך שהתאוריה של אילי מצדיקה גם ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה. כאשר השופט גרוניס פירט את התאוריה החוקתית שלו בעניין חוק טל ועסק בתפקידו של בית המשפט בשמירת כללי המשחק הדמוקרטי לפי התאוריה של אילי, הוא ציטט את פסקי הדין בעניין ארגון מגדלי העופות ובעניין ליצמן ואף הזכיר במפורש את "קבלתו של חוק בהליך פסול" כדוגמה למצבים שבהם "על בית המשפט לעמוד על המשמר ולתקן את המעוות"<sup>170</sup>. ואכן, ככל שהנשיא גרוניס מפגין נכונות מוגברת לבצע ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, נכונות זו מתיישבת היטב עם התאוריה החוקתית של אילי.

#### ד. סיכום ומסקנות

מהי אפוא התמונה המצטיירת מניתוח פסקי דינו של הנשיא גרוניס בתחום המשפט הציבורי בשנת המשפט האחרונה? מצד אחד ראינו כי היו מקרים שבהם פעל הנשיא באופן המבטא ריסון שיפוטי. הדוגמה המובהקת ביותר היא דעת המיעוט שלו בעניין אומ"ץ שעסק בראשי הערים שהוגש נגדם כתב אישום, אך ניתן להזכיר גם את עניין ארגון נפגעי פעולות איבה, את עניין אלמגור ארגון נפגעי טרור ואת עניין גלוטן. כן היו מקרים שבהם ביטא הנשיא נכונות גבוהה יותר לדחות עתירות נגד חוקים כבר בשלב הניתוח החוקתי הראשון, כגון בפרשות חטיבת מפיצי הסיגריות, רונן ושטנגר. מצד שני היו מקרים שבהם הראה הנשיא נכונות להפוך החלטות של רשויות נבחרות ואף לבטל חקיקה של הכנסת ולפעול בדרך אנטי-רובנית ואנטי-פופוליסטית. כך למשל בביטולי החוקים בפרשות נסר ואדם וכן בהפיכת החלטותיה של ועדת הבחירות המרכזית ויושב ראשה בפרשות זועבי ועוצמה לישראל. דומה שהנשיא גילה נכונות גדולה יחסית גם לערוך ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, כפי שמדגימות פרשות רונן ושטנגר. עינינו הרואות אפוא שהנשיא תמך בריסון במקרים מסוימים אך בהתערבות שיפוטית במקרים אחרים. לפיכך נראה שפסיקתו של הנשיא בתחום המשפט הציבורי בשנת המשפט

---

הכנסת כי אם בתפקיד מינהלי-חקיקתי מובהק. בכגון אלה, הביקורת השיפוטית הינה מוגבלת ומרוסנת [...] לא מצאנו כי המקרה שבפנינו, אף אם נקבל את גירסת העותרים במלואה, נופל לגדר אותן פגיעות קשות העולות כדי 'פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי', המצדיקות את התערבותנו בהליכי החקיקה. בנסיבות אלה, יש להעדיף את עקרון עצמאות הרשות המחוקקת, ולהימנע מהתערבות בהליכים פנים-פרלמנטריים. אפילו סטה [י"ר ועדת הכספים] מהוראות הדין [...] הרי זו סטייה שחייבת למצוא פתרונה בהליכים הפנים-פרלמנטריים עצמם".

170 עניין חוק טל (לעיל, הערה 7) בפסקה 7 לפסק דינו של השופט גרוניס.

האחרונה אינה מתיישבת עם סיווג פשטני של הנשיא כשופט שמרן, אנטי־אקטיביסט או פורמליסט.

לעומת זאת נראה שככלל, פסיקותיו של הנשיא עולות בקנה אחד עם התאוריה החוקתית שלו בעקבות אילי, כפי שהביע אותה בעניין חוק טל. אכן, גישת אילי אמורה להוביל להתערבות שיפוטית במקרים של חסמים בהליך הדמוקרטי (עניין זועבי); פגיעה בזכויות הכרחיות לצורך ההליך הדמוקרטי (עניין עוצמה לישראל); פגיעה בזכויות שאינן תומכות־דמוקרטיה כאשר הפגיעה נובעת מכשל הליכי ובעיקר הדרת מיעוטים פגיעים מההליך (נסר ואדם). מנגד, גישת אילי אמורה להוביל לריסון שיפוטי במקרים של פגיעה בזכויות שאינן תומכות דמוקרטיה כאשר הפגיעה אינה נובעת מכשל הליכי ומהדרת מיעוטים פגיעים מההליך (פרשות חטיבת מפיצי הסיגריות ורון) ואף לריסון שיפוטי רב יותר במקרים שבהם אין פגיעה בזכויות אלא בערכים ובעקרונות (אומ"ץ, ארגון נפגעי פעולות איבה ואלמגור ארגון נפגעי טרור).

פסקי הדין היחידים שאינם מתיישבים היטב עם תאוריה חוקתית זו הם פסק דינו של הנשיא בעניין גלוטן והצטרפותו (ללא נימוקים) לפסק הדין בעניין ברמר. נראה לכאורה שגישת אילי הייתה צריכה להוביל דווקא להתערבות שיפוטית בעניין גלוטן ולריסון שיפוטי בעניין ברמר. כפי שראינו, ייתכן שניתן למצוא הסברים לעמדותיו של הנשיא גרוניס בשתי הפרשות הללו באופן שיישב אותן עם התאוריה של אילי אם כי הסברים אלו אינם נקיים מספקות (בעיקר כאשר לעניין גלוטן).

הנה כי כן, נראה שהתאוריה החוקתית של אילי מספקת פריזמה רלוונטית ומעניינת לבחינת פסיקתו של הנשיא. נראה שהיא אף מספקת הסבר – אם כי לא מושלם – לפסיקתו של הנשיא. יודגש כי אינני טוען שקיים בהכרח קשר סיבתי בין פסיקתו של הנשיא לבין התאוריה של אילי, כלומר שהנשיא גרוניס הכריע כפי שהכריע בפסקי דין אלו בשל תמיכתו בתאוריה של אילי. די לנו בטענה כי פסיקתו של הנשיא בשנת המשפט האחרונה מתיישבת, ככלל, עם התאוריה של אילי, ולכן היא יכולה לספק הסבר אפשרי. לצורך מאמר זה שאלת המניע לפסיקתו של הנשיא גרוניס חשובה פחות מבדיקת הכוח של התאוריה של אילי כתאוריה המסבירה את פסיקתו של הנשיא. אחרי הכול, התאוריה של אילי לא נכתבה כתאוריה נורמטיבית בלבד אלא גם כניסיון להסביר את פסיקת בית המשפט האמריקאי בתקופת ורון. יש אפילו הטוענים כי ניתן לאפיין את התאוריה החוקתית של אילי בראש ובראשונה כניסיון לספק הסבר קוהרנטי של המשפט החוקתי האמריקאי באותה תקופה.<sup>171</sup>

כמו כן דומה שהתאוריה החוקתית של אילי יכולה להיות גם כלי הערכה לבחינת הקונסיסטנטיות של הנשיא גרוניס, כלומר לדבקותו בתאוריה חוקתית אחידה כאשר לסוגי המקרים המצדיקים התערבות גם כשהתוצאות שאליהן היא מובילה אינן נוחות

Michael C. Dorf, "The Coherencism of Democracy and Distrust", 114 *Yale L.J.* (2005) 171 .1237

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

לו.<sup>172</sup> מבחינה זו הנשיא אכן הראה קונסיסטנטיות גבוהה. לא רק שהנשיא פעל על פי התאוריה השיפוטית שלו ברוב המכריע של פסקי הדין ובספקטרום רחב של מקרים, הוא אף עשה זאת (ככל שניתן לשפוט מהרטוריקה הגלויה של פסקי הדין) גם במקרים שבהם דעתו לא הייתה נוחה מהתוצאה. הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא עניין אומ"ץ, שבו הנשיא הבהיר במפורש שהתוצאה שאליה הגיעה דעת הרוב משקפת גם לדעתו את העמדה הראויה מבחינה ציבורית ואת הדין הרצוי, אך הדגיש כי התוצאה שאליה הוא הגיע נובעת מגישתו הכללית כלפי תפקידו הראוי של בית המשפט וגבולות כוחו של בית המשפט להביא את הדין המצוי לעבר הדין הרצוי.<sup>173</sup> גם במקרים אחרים, לרבות מקרים שבהם התערב הנשיא בהחלטת הרשויות, הוא חשף לא פעם את העובדה שדעתו אינה נוחה מהתוצאה.<sup>174</sup>

מה ניתן אפוא ללמוד מבחינת פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה של אילי על התאוריה של אילי עצמה? בעיקר מה ניתן ללמוד על יכולתה של התאוריה של אילי לספק אמות מידה לשאלה באילו מקרים תהיה הצדקה להתערבות שיפוטית? דומה שהמסקנה היא שבמקרים רבים, לפחות במקרים פרדיגמטיים כפי שהוצגו בפסיקה שנסקרה לעיל, גישת אילי אכן מספקת אמות מידה לשאלה אם ראוי שבית המשפט יתערב. דומה שכוחה חזק במיוחד בהצדקת התערבות שיפוטית בקטגוריה הראשונה של כשלים שמונה אילי, חסמים בהליך הדמוקרטי, ובהצדקת ריסון במקרים של הכרעות ערכיות וקביעת מדיניות (כאשר ההכרעה אינה נובעת מכשל הליכי או מהדרת מיעוטים מההליך). מקרים אלו קלים יותר לזיהוי. הקושי ביישום גישתו של אילי הוא בעיקר

<sup>172</sup> לעניין זה חשוב להוסיף הבהרה באשר לקונסיסטנטיות: הקונסיסטנטיות שבה שופט דבק בתאוריה חוקתית מסוימת היא כלי הערכה אך לא תמיד היא ערך בפני עצמו. לא היינו רוצים שופטים שמשנים את התאוריה החוקתית שלהם בתדירות גבוהה לאור התוצאה הקונקרטית הרצויה להם בכל מקרה ומקרה. לדוגמה, שופט שמצהיר שהוא דוגל בגישת הפרשנות התכליתית ושהיא שהובילה אותו לתוצאה במקרה מסוים, אך כשהתוצאה אינה נוחה לו במקרה אחר הוא מצהיר לפתע שהוא דוגל באוריגינליזם, ולאחר זמן קצר הוא נוקט את גישת הטקסטואליזם. לעומת זאת אין כל פסול, ונראה שהדבר אף רצוי, שהשופט יבחן בינו לבין עצמו, לאור הניסיון שהוא צובר, אם עליו לעדכן או לשנות את התאוריה החוקתית ואת הפילוסופיה השיפוטית המנחה אותו. למעשה, אם הניסיון השיפוטי של שופט מסוים מגלה לו כי התאוריה החוקתית שלו מובילה לתוצאות לא רצויות, זהו בעיניי נימוק לגיטימי ואף רצוי לעדכון התאוריה החוקתית שלו.

<sup>173</sup> עניין אומ"ץ (לעיל, הערה 72) בפסקאות 1, 13, 15–16 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

<sup>174</sup> ראו, למשל: עניין זועבי (לעיל, הערה 145) בפסקה 30 לפסק דינו של הנשיא גרוניס, אשר צוטט לעיל. כן ראו את פסק דינו בעניין עוצמה לישראל (לעיל, הערה 152) בפסקה 23 ("צפייה בתשדיר התעמולה [של בל"ד – א"ב], למי שסמלי המדינה יקרים לליבו, אינה קלה [...] ישנם רגעים שהדעת אינה נוחה מצפייה בתשדיר. אך, חוסר נוחות זה הוא הוא המבטא באופן הטוב ביותר את משמעותו המהותית של חופש הביטוי, ואת התפרשותו גם על ביטוי שצורם את האוזן וצובט את הלב") ובפסקה 25 לפסק דינו (תשדיר הבחירות של עוצמה לישראל "אף הוא אינו קל או נוח לצפייה").

בקטגוריה השנייה של כשלים שהוא מונה – פגיעה במיעוטים פגיעים שהעוינות והדעות הקדומות כלפיהם פוגעות ביכולתם להשתתף בהליך הדמוקרטי. עניין שטנגר מראה שסיווג המקרים בקטגוריה זו לא תמיד יהיה קל.<sup>175</sup> עם זאת אין להפריז בבקורת על היכולת ליישם את התאוריה של אילי בקטגוריה זו של כשלים בהליך. כפי שפרשות נסר ואדם – ולדעתי במידה רבה גם עניין גלוטן – מלמדות, פעמים רבות יהיה קל לזהות את הקבוצות שפגיעה בהן ראויה לתשומת לב שיפוטית מיוחדת.<sup>176</sup>

מסקנות אלו בנוגע לתאוריה של אילי מספקות תובנות גם באשר לוויכוח הרחב יותר בשאלה אם יש בכלל ערך פרקטי לתאוריה חוקתית. המסקנות שאלהן הגענו מלמדות כי לתאוריה חוקתית טובה אכן יש ערך פרקטי רב. תאוריה חוקתית יכולה לסייע לשופטים ככלי לגיבוש אמות מידה באשר למקרים המצדיקים התערבות שיפוטית. למעשה, יש הטוענים כי תאוריה חוקתית אינה רק בעלת ערך לשופטים, היא אף בלתי נמנעת:<sup>177</sup>

[T]here is simply no way to avoid a constitutional theory in deciding, or having views on, constitutional issues. Justices... need to decide how they will go about giving the Constitution meaning.... There is no way to avoid that question, and whatever the answer, that is a constitutional theory. More generally, there needs to be an approach to deciding when courts should defer to the political process and when they should overrule it. This, too, is a constitutional theory... [C]onstitutional theory is inescapable.

ואם שיפוט חוקתי אכן טומן בחובו, באופן בלתי נמנע, אימוץ תאוריה חוקתית כלשהי, נראה שהשאלה החשובה יותר אינה השאלה האבסטרקטית אם לתאוריה חוקתית יכול להיות ערך פרקטי מבחינתם של שופטים, אלא עד כמה תאוריה חוקתית מסוימת מוצלחת במילוי פונקצייה זו. יתרה מזאת, תאוריה חוקתית יכולה להיות בעלת ערך לא רק בשביל שופטים. היא אף יכולה לסייע לציבור ולקהילה המשפטית ככלי הערכה ובקרה על שופטים, המאפשר לבחון אם שופט מסוים פועל בגלוי ובעקבות לאור

175 לכאורה ניתן לטעון דבר דומה גם בנוגע לעניין ארגון נפגעי פעולות האיבה (לעיל, הערה 69): גם משפחות נפגעי הטרור יכולות לטעון שהן קבוצת מיעוט בלי גישה מספקת להליך הפוליטי (בעיקר בהשוואה לנפגעי צה"ל).

176 וראו גם: כהן-אליה (לעיל, הערה 10) בעמ' 530. עם זאת חשוב להדגיש שהנקודה החשובה לענייננו היא שאלת ישימותה של התאוריה של אילי. כפי שצוין בפרק ב, איני מביע עמדה בעניין ביקורות אחרות שהוטחו בתאוריה של אילי, לרבות הטענה שהתאוריה של אילי, ובעיקר בחירת הקבוצות שפגיעה בהן תצדיק התערבות שיפוטית לפי תאוריה זו, אינה חפה מהכרעות ערכיות סובסטיביביות.

Erwin Chemerinsky, "The Inescapability of Constitutional Theory", 80 *U. Chi. L. Rev.* 177 (2013) 935, pp. 937–38.

פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה החוקתית של אילי

תאוריה חוקתית כלשהי (גם כשהתוצאות אינן נוחות לו) ואם מדובר בתאוריה טובה וראויה.<sup>178</sup>

ומה ניתן ללמוד מבחינת פסיקתו של הנשיא גרוניס לאור התאוריה של אילי על התוצאות שאליהן מובילה תאוריה זו? דומה שניתן לקבוע שבמקרים רבים התאוריה של אילי – בעיקר בגרסתו המרחיבה של גרוניס לאילי – תוביל לתוצאות דומות לתאוריה החוקתית של ברק. כפי שראינו, ייתכן שברוב המקרים שנדונו סביר להניח שהיה ניתן להגיע לתוצאה זהה גם לפי גישת אילי וגם לפי גישת ברק. כך במקרים שבהם בית המשפט נמנע מלהתערב, כגון בפרשות ארגון נפגעי פעולות איבה ואלמגור ארגון נפגעי טרור (ובאופן מובהק פחות, בפרשות חטיבת מפיצי הסיגריות, רונן ושטנגר). כך גם במקרים שבהם בית המשפט התערב ופסל את החלטת הכנסת או הרשות, כגון בפרשות נסר, אדם, זועבי ועוצמה לישראל. דהיינו, דומה שגם גישת ברק לא תוביל להתערבות רבה יותר בפועל בשאלות מדיניות מובהקות, ושגישת גרוניס, מצדה, תביא להגנה נחרצת לא פחות מגישת ברק על מנגנוני ההליך הדמוקרטי, ולעמידה איתנה לא פחות על זכויות תומכות דמוקרטיה וכנראה גם על זכויות מיעוטים (בסייג של עניין גלוטן, שלדעתי יישום נכון של גישת אילי היה מביא להתערבות). זאת ועוד, כפי שעולה מדבריו של הנשיא גרוניס בעניין אומ"ץ ומהחלטתו בפועל בעניין ברמר, נראה שהתאוריה החוקתית שלו תוביל לתוצאות שונות מאלה של ברק רק במקרים העוסקים בהתערבות ברצון הבוחר וברצון נציגיו הנבחרים, אך לא במקרים אשר עוסקים בהתערבות בהחלטות של רשויות המנהל.

ההבדל בתוצאות האופרטיביות בין גישת גרוניס לגישת ברק אמור להתבטא במקרים שבהם נפגעת קבוצת הרוב ואי אפשר להצביע גם על פגיעה ביחידים כיחידים, כפי שהיו הנסיבות בעניין חוק טל. אולם נראה שרק במקרים נדירים יהיה אי אפשר להצביע גם על פגיעה ביחידים. לכן ההבדל המהותי יותר בתוצאות צפוי במקרים שבהם החוק או ההחלטה של הרשות הנבחרת אינם פוגעים בזכויות אלא בערכים או בעקרונות הדמוקרטיה המהותית. להבדל זה עשויות להיות השלכות פרקטיות ניכרות. כפי שראינו, הביטוי המובהק ביותר לכך הוא עניין אומ"ץ. שני הבדלים אפשריים נוספים, אך פחות מובהקים, עשויים להיות בנכונות לדחות עתירות בעניין זכויות שאינן תומכות דמוקרטיה כבר בשלב הראשון של הניתוח החוקתי, וכן בנכונות להפעיל ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה.

לאור זאת יש יסוד סביר להניח כי מי שציפה (או חשש) שהנשיא גרוניס יוביל קו שונה לחלוטין במשפט הציבורי לעומת הנשיאים ברק וביניש צפוי כנראה להתבדות (וזאת מבלי להיכנס לשאלה הנפרדת בדבר יכולתו של נשיא, כראשון בין שווים, להוביל קו מסוים בפסיקת בית המשפט). סביר יותר לצפות שהנשיא גרוניס יפגין קו שונה, ומרוסן יותר, רק בסוגי המקרים הספציפיים שתוארו לעיל.

178 ראו והשוו: פאלון (לעיל, הערה 13).

עם זאת חשוב לסייג את המידה שבה ניתן להסיק מסקנות או לנבא נבואות על סמך הניתוח שנערך במאמר זה. ראשית, המאמר מנתח מספר מוגבל של פסקי דין בולטים, ואף שנעשה מאמץ לוודא שהמדגם שנבחר אכן משקף את פסקי הדין הבולטים בתחום המשפט הציבורי שבהם השתתף הנשיא גרוניס, המאמר אינו מתיימר להיות מחקר אמפירי מקיף של פסיקתו של הנשיא גרוניס בשנה האחרונה.<sup>179</sup> שנית, המאמר עסק בסיכום פועלו של הנשיא בשנת המשפט האחרונה ולא בסיכום כהונתו של הנשיא גרוניס כולה. הניסיון מלמד שאסור להקדים לערוך סיכומים. למעשה, הניסיון מלמד ששלהי כהונתו של שופט (ולא כל שכן נשיא) עשויה להיות תקופה שיתקבלו בה החלטות דרמטיות במיוחד. די להזכיר את פסק דינו של הנשיא בדימוס שמגר בעניין בנק מזרחי<sup>180</sup> או את העובדה שבשלהי כהונתה ביטלה הנשיאה ביניש שלושה חוקים בתוך שלושה חודשים, וזאת לצד קביעת הלכות חשובות ומרחיקות לכת.<sup>181</sup> שלישית, שופטים עשויים להשתנות ולהפתיע. למעשה, הנשיא וורן, "גיבורו" של אילי, הוא דוגמה מפורסמת לכך. השופט וורן עצמו אמר שהוא אינו רואה כיצד אדם יכול לשבת בבית המשפט ולא לשנות את השקפותיו באופן משמעותי עם השנים.<sup>182</sup> ואילו הנשיא אייזנהאואר (Eisenhower), אשר מינה את וורן בציפייה שיהיה שופט שמרן, התייחס להחלטה זו באמירתו המפורסמת: "עשיתי שתי טעויות מרכזיות כנשיא ושתייהן יושבות בבית המשפט העליון".<sup>183</sup>

האם ילך הנשיא גרוניס בדרכו של הנשיא וורן ו"יפתיע" בהמשך כהונתו? או שידבק בתאוריה של אילי? ואולי אפשר גם וגם? אחרי הכול, מטרה מרכזית בספרו של אילי הייתה להציג תאוריה חוקתית שתסביר את וורן ותצדיק אותו. בשלב זה עוד מוקדם לדעת. אין לנו אלא לחכות לכינוס שנת המשפט הבא.

179 על המתודולוגיה בבחירת פסקי הדין שאליהם התייחס המאמר, ראו: לעיל, הערות 67–68 והטקסט לידן.

180 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).  
181 ראו: עניין רסלר (לעיל, הערה 55); עניין חסן (לעיל, הערה 97); עניין נסר (לעיל, הערה 5) אשר ניתנו בתוך תקופה של שלושה חודשים (מפברואר 2012 ועד מאי 2012). וכן ראו: בג"ץ 1758/11 אורית גורן נ' הומסנטר (פורסם בנבו, 2012).

182 ראו: H. J. Abraham, *Justices & Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court* (2<sup>nd</sup> ed., 1985) p. 69.

183 לפי גרסאות אחרות, התייחס אייזנהאואר למינויו של וורן בתור "the biggest damn-fool mistake I ever made". ראו: Jeff Brown, "The Platonic Guardian and the Lawyer's Judge: Contrasting the Judicial Philosophies of Earl Warren and John M. Harlan", 44 *Hous. L. Rev.* (2007) 253, p. 258 n. 41.