

**המאמר טרם עריכה טכנית ולשונית, ולכן צפויים שינויים מסוימים בנוסח הסופי.*

פסק הדין בעניין הסבירות: שימור הערכים הליברלים ושימור שלטון החוק

מנחם מאוטנר*

בג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (1.1.2024)

בלב דואב, אני מקדיש את המאמר הזה לזכרו הטוב של חברי האהוב גדי ברזילי, שהסתלק מעמנו קודם זמנו. גדי היה מלומד מבריק, עשיר בתובנות, ורב ידע. אבל מעל הכל הוא היה אדם נפלא: נדיב, מאוזן, ישר והגון. חבל על דאבדין.

מאמר זה עוסק בפסק דינו של בית המשפט העליון שבו נפסל תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה, שביקש לבטל את תחולתה של דוקטרינת הסבירות על פעולות ראש הממשלה, הממשלה והשרים. המאמר נחלק לחמישה חלקים. בחלק הראשון אדון בדוקטרינת הסבירות כפי שהיא התפתחה בפסיקתו של בית המשפט החל מקום המדינה. בחלק השני אטען כי בפסק הדין בעניין הסבירות ניתן למצוא ארבע גישות בשאלת מעמדה של דוקטרינת הסבירות במשפטנו. בחלק השלישי אטען שהחלטת בית המשפט משמרת את תחולת הערכים הליברלים על פעולות הממשלה, ראש הממשלה, והשרים. בחלק הרביעי אדון בעקרון שלטון החוק, שהיה רכיב מרכזי בפסיקת השופטים שביטלו את תיקון מס' 3. אצביע על מורכבות המושג, ואטען שלצד התפיסות המסורתיות של המושג נדרש פיתוח שלו שיתאים לפסיקות בתי המשפט. בחלק החמישי אדון בסכנות שאני רואה בהישג המשפטי של פסילת תיקון מס' 3 על ידי בית המשפט.

חלק א': דוקטרינת הסבירות: שתי תקופות

א. מבחן הסבירות בתקופה שמאז קום המדינה ועד שנות השמונים

החל מקום המדינה ועד ראשית שנות השמונים עקרון היסוד של המשפט המנהלי הישראלי היה "עקרון חוקיות המנהל". כפי שכתב ברוך ברכה, על פי עקרון זה, "רשות מנהלית נהנית אך מאותן סמכויות שהוענקו לה מכוח הדין. ... התימרה הרשות לחרוג מהתחום המוקצב, יוצאת היא מתחום הכרתו של

הדין, ומבחינתו של זה, מעשיה כמוהם ולא היו. והרי לך, בקליפת אגוז, עיקרו של המשפט המנהלי¹. מעקרון חוקיות המנהל נגזרה תפיסתו של בג"ץ את תפקידו בתחום המשפט המנהלי, מקום המדינה ועד שנות השמונים: בג"ץ לא ראה עצמו כמי שאמור להפעיל ביקורת מהותית על החלטותיהן של רשויות המנהל, אלא כמי שצריך לאתר את תחום הסמכות שהדין קבע למוסדות ולבעלי תפקידים, ולקבוע אם אלה פעלו בתחום סמכותם, או מחוצה לו. בג"ץ פעל אפוא כ"שומר הגבולות" של הסמכות שהוקצתה לרשות המנהלית. אכן, מושג מרכזי בפסיקתו של בג"ץ באותן שנים היה *ultra vires* – חריגה מסמכות. בהמשך לכך, כאשר בג"ץ פסל החלטה מנהלית הוא ניסח את טעמי הפסילה לא במונחים המתייחסים להחלטה גופה, אלא בכך שהחלטה נחשבה כמי שהתקבלה בחריגה מסמכות².

בית המשפט העליון התווה את אמות המידה האלה של פיקוחו על הרשות המנהלית באחד מפסקי הדין הראשונים שלו:

אם מוסד ציבורי עשה פעולה מסוימת במסגרת הסמכות הניתנת לו על פי החוק ... אין מקום לדרוש מבית משפט זה בירור מחדש של העובדות שעל יסודן בא המוסד הציבורי לידי החלטתו לנקוט פעולה זו; במילים אחרות, אין לבית משפט זה ליהפך לוועדת ביקורת כביכול הבוחנת את דרכי מילוי תפקידו של המוסד. ...

אם המחוקק מוסר למוסד ציבורי מסוים סמכות להחליט בשאלה מסוימת, הרי יוצא מזה כי המחוקק חושב את המוסד הזה לראוי ומתאים לבדוק את כל החומר העובדתי הנוגע לשאלה זו ולהחליט, לפי הבנתו הוא, על המסקנות הנובעות מתוך אותן העובדות, ואין רשות לבית משפט זה לקחת לעצמו את הסמכות שניתנה על ידי המחוקק לאחרים. ...

תפקיד בית המשפט הזה הוא להקפיד על כך שהחוק יישמר ושהשלטונות האכסוקטיביים לא יפעלו בניגוד לו, אבל כל זמן שהשלטון האכסוקטיבי פועל בתוך המסגרת ששם לו החוק, אין זה מסמכותו של בית משפט לבדוק את טיב הפעולה³.

* פרופסור מן המניין (אמריטוס), הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

¹ ברוך ברכה, משפט מנהלי (1986) 35.

² ראו לדוגמה: בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד י' 40, 49; בג"ץ 261/60 כרדוש

נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1169. ראו גם: פסק דין הסבירות, השופטת ברוך, פסקה 7.

³ בג"ץ 16/48 ברוך נ' ראש הממשלה ושר הבטחון, פ"ד א' 109, 112, 113, השופט זמורה.

בית המשפט חזר על גישתו זו בשורה ארוכה של פסקי דין.⁴

ברוח זאת, באותן שנים מושג הסבירות היה שולי בפסיקתו של בית המשפט. באותם מקרים מעטים שבהם המבחן הופעל, הדבר נעשה ברוח פסק הדין האנגלי *Wednesbury*,⁵ היינו החלטה נחשבה בלתי סבירה אם ניתן היה לומר עליה שהיא "מופרכת", "מעוותת", "בלתי הגיונית", "לא צודקת בעליל", "בלתי מתקבלת על הדעת", וכיוצא באלה.⁶

באותה תקופה, טענת חוסר סבירות הייתה טענה של חוסר סמכות, שנשמכה על פרשנות החוק המסמך.⁷ הניתוח המשפטי היה אפוא פורמליסטי לגמרי; "הניתוח הזה מנותק לחלוטין משאלות הנוגעות למידת התבונה או הרציות של הפעולה, כלומר משקילה של שיקולים תוכניים לגופו של עניין ומאזונום".⁸ כמו כן, עילת הסבירות הייתה בעלת מעמד שולי במשפט המנהלי, ונחשבה עילה שיווית, היינו בדרך כלל כאשר בית המשפט היה דן בשאלת הסבירות של החלטה מנהלית הוא היה עושה זאת תוך דיון בפגמים אחרים שבהחלטה. בניסוח אחר, בית המשפט היה מגיע לדיון בטענת הסבירות רק לאחר שבחן קודם לכן אם התקיימו העילות האחרות לבטלותה של ההחלטה המנהלית (חוסר סמכות, שיקולים זרים, הפליה), והמסקנה של חוסר סבירות הייתה גלווית בדרך כלל למסקנה מוקדמת שלפיה ההחלטה המנהלית פסולה מחמת אחת מעילות הפיקוח האלה. "עד תחילת שנות השבעים לפחות לא היה בית המשפט מוכן להגיע למסקנה שניתן לפסול אקט מנהלי אף שהוא תקין מכל בחינה אחרת, אך לוקה בחוסר סבירות".⁹ בהמשך, כונה מבחן הסבירות הזה במשפט הישראלי "אי-סבירות במונח של מופרכות".¹⁰

⁴ ראו בין השאר: בג"ץ 12/49 התאחדות הסוחרים הכללית בתל אביב וביפו נ' עיריית תל אביב, פ"ד ב' 357, 359; בג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות, פ"ד 40, 51; בג"ץ 311/60 י. מילר מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989, 1996; בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2426, 2412; בג"ץ 39/64 חברת אל-ארד בע"מ נ' הממונה על מחוז הצפון, פ"ד יח 343, 340.

⁵ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.* [1948] 1. K.B. 223

⁶ יואב דותן, "שני מושגים של ריסון – וסבירות", משפטים נא 673, 679 (תשפ"ב). כמו כן, ראו: השופטת חיות, פסקה 136; השופטת וילנר, פסקה 11; השופט שטיין, פסקה 92; השופטת כנפי-שטייניץ, פסקה 19; השופט כבוב, פסקה 47; השופטת ברוך, פסקה 7.

⁷ דותן, שם, בעמ' 679; השופט עמית, פסקה 40.

⁸ דותן, שם, בעמ' 703.

⁹ שם, בעמ' 677.

¹⁰ יואב דותן הוא שטבע את המונחים "סבירות של מופרכות" ו"סבירות איזונית" (מונח שבו אדון

בהמשך). דותן, שם.

ב. מבחן הסבירות בתקופה שמאז שנות השמונים

בפסיקה שפיתח מאז שנת 1980, נטש בית המשפט העליון את הגישה שעל פיה הוא בודק את חוקיות מעשיו של המנהל הציבורי על פי מבחן הסמכות שהדין קבע למנהל. בית המשפט הקנה תוכן חדש לגמרי ל"מבחן הסבירות", והפך אותו לאמצעי המרכזי לפיקוחו על החלטות המנהל הציבורי.¹¹

מי שעמד מאחרי פיתוחו של מבחן הסבירות החדש היה השופט אהרן ברק. בפסק הדין דפי זהב¹² קבע ברק את תוכנו של מבחן הסבירות החדש, שהוחל על ידי בית המשפט על מעשיה של הרשות המנהלית. מצד אחד, על הרשות המנהלית לאתר את האינטרסים השונים שעליה לקדם בפעולתה, ולאזן ביניהם באופן ראוי. היינו על הרשות לתת לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים את משקלו היחסי הראוי.¹³ מצד אחר, עשוי להתקיים "מתחם של סבירות" – מתחם של החלטות של הרשות שכל אחת מהן תיחשב מאזנת נכון בין השיקולים הרלוונטיים, ולכן סבירה. רק החלטה של הרשות הנופלת מחוץ למתחם הסבירות תיפסל, קבע ברק. (ברק אימץ אפוא רטוריקה של תחומים וגבולות - "מתחם" - הלקוחה מהעידן הקודם, עידן עקרון חוקיות המנהל, כדי להכשיר הפעלה של סוג חדש לגמרי של פיקוח מטעמו של בג"ץ על מעשי המינהל, קרי, פיקוח מהותי על שיקולים שכולם מצויים בגדר הסמכות.) בהמשך, כונה מבחן זה במשפט הישראלי "סבירות איזונית".¹⁴

אי-אפשר להגזים בגודל השינוי שחולל פסק דין דפי זהב בתוכנה ובמעמדה של דוקטרינת הסבירות של בית המשפט. אכן, יואב דותן מציג את פסק הדין כ"שינוי מהפכני"¹⁵, שנחת על קהילת המשפט "כרעם ביום בהיר",¹⁶ היווה "נקודת מפץ"¹⁷ בהתפתחות המשפט, ויצר "משחק חדש לחלוטין

¹¹ לדיון נרחב ראו: מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת -134 (2008) 131; מנחם מאוטנר, "הסבירות של הפוליטיקה", 5 תיאוריה וביקורת 25 (1994); מנחם מאוטנר, "בין כשירות לסבירות", יד המשפט 403 (תשע"א).

¹² בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421.

¹³ "ה'נוסחה' האיזונית הזאת ... היא על פני הדברים החידוש החשוב ביותר של פסק הדין". דותן, הערה 6, בעמ' 682; השופטת רונן, פסקה 9 ("הנוסחה האיזונית" שבפסק דין דפי זהב הייתה "החידוש" העיקרי והמהותי ביותר" שבפסק הדין).

¹⁴ דותן, הערה 6.

¹⁵ שם, בעמ' 675-676.

¹⁶ שם, בעמ' 681.

¹⁷ שם, בעמ' 684.

בשדה המשפט המנהלי¹⁸.

אכן, עד פסק הדין דפי זהב, בהתאם לעקרון חוקיות המנהל, הנחת היסוד בפיקוחו של בג"ץ על המנהל הייתה שאין בג"ץ מתערב בשיקולים המהותיים שהופעלו על ידי הרשות המנהלית, אלא רק בוחן אם השיקולים הללו יכלו להיחשב כמצויים בגדר הסמכות שניתנה לרשות. מכאן ואילך, בג"ץ ראה עצמו מוסמך לפקח על שיקוליה של הרשות, גם אם נקבע על ידו שכולם נמצאו בגדר השיקולים שהרשות הייתה מוסמכת לשוקלם. בכך נטש בג"ץ את תפקידו המסורתי כ"שומר הגבולות" של פעולות המנהל, ומיקם את עצמו בעמדה של מפקח על רשויות המנהל בדרך של הכפפת מעשיהן לאמת מידה הבוחנת אותן לגופן.

כפי שכותב יואב דותן, בהפעילו את מבחן הסבירות האיזונית, "על בית המשפט עצמו לשקול את כל השיקולים התוכניים הנוגעים להחלטה המנהלית לגופו של עניין ... לקבוע מהו המשקל הראוי שיש לייחס לכל אחד מהם, ולאחר מכן להשוות את המשקל שנתנה הרשות המנהלית לכל שיקול למשקל ה'ראוי' בעיניו של בית המשפט."¹⁹ ובניסוח אחר, הסבירות האיזונית מחייבת את בית המשפט "לבצע בדיוק את אותו הליך מחשב שמבצעת הרשות המנהלית, קרי שקילת כל השיקולים התוכניים וייחוס משקל כזה או אחר לכל אחד מהם."²⁰

אכן, שורה של שופטים ומלומדים התנגדה לדוקטרינת הסבירות האיזונית מהטעם שעל פי הדוקטרינה הזו בית המשפט נמצא במצב שבו הוא עשוי להחליף את שיקול הדעת של הרשות המנהלית בשיקול הדעת שלו.²¹

ואם בית משפט נחשב אקטיביסטי "ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שיוקצו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה",²² כי אז אין ספק שאימוצה של דוקטרינת הסבירות האיזונית והפעלת הדוקטרינה על ידי בית המשפט העליון היו אחד משיאיו הבולטים של האקטיביזם השיפוטי שהפעיל בית המשפט מאז שנות השמונים של המאה העשרים.

לעמדתו של השופט ברק התנגדו השופטים לנדוי ואלון.

¹⁸ שם, בעמ' 685. ראו גם: השופטת וילנר, פסקה 13 (פסק דין דפי זהב חולל "שינוי רדיקלי" במשפט); שם, פסקה 14 (פסק דין דפי זהב חולל "שינוי דרמטי"). ראו גם: דניאל פרידמן, "החוקה ממשיכה לשנות את פניה: בעקבות בג"ץ 5658/24 בג"ץ הסבירות", **ICON-S-IL Blog** (26.3.2024).

¹⁹ דותן, הערה 6, בעמ' 700.

²⁰ שם, בעמ' 702. ההדגשה במקור.

²¹ לסקירה ראו: השופטת וילנר, פסקאות 25-30, 85; השופט כבוב, פסקה 69.

²² מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, בעמ' 124-125.

השופט לנדוי טען, ברוח התפישה המסורתית העומדת ביסוד העיקרון של חוקיות המינהל, כי בעקבות הפעלתו של מבחן הסבירות, כמוצע על ידי השופט ברק, "נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (de novo), כאילו מקיים בית המשפט דיון חוזר בנכונות ההחלטה", היינו בית המשפט יקבל על עצמו "לעשות את מלאכתו של עובד הצבור מחדש", ואולם "תפקיד זה לא קיבל בית משפט זה על עצמו מעולם עד כה".²³ טיעון נוסף שהעלה השופט לנדוי נגד מבחן הסבירות החדש משקף את המתח הקיים לאורך כל דרכה של הציונות בין הדינאמיות של ה"עשייה", מצד אחד, לבין מוסרות ה"חוקיות", מצד שני. בהביעו חשש פן תגביל "החוקיות" את ה"עשייה" יתר על המידה, טען השופט לנדוי, כי כתוצאה מהכפפת המנהל למבחן הסבירות "עלולים יעילות המנהל הציבורי וכושרו לפעול ללא השהיות להיפגע מרוב הגבלות משפטיות".²⁴ לדברים אלה הצטרף השופט אלון.²⁵

אך למרות התנגדויות אלה, בית המשפט העליון אימץ את עמדתו של השופט ברק. בעקבות זאת, מאז ראשית שנות השמונים הפך בג"ץ את מבחן הסבירות האיזונית לאמצעי העיקרי לפיקוחו על השימוש שרשויות המינהל הציבורי עושות בסמכויותיהן.

ג. "סבירות משפטית" ו"סבירות מקצועית"

מבחן הסבירות החדש הופעל על ידי בית המשפט בשני אופנים שונים: בדרך כלל המבחן הופעל במה שניתן לכנות "סבירות משפטית". ואולם בחלק מהמקרים הוא הופעל במה שניתן לכנות "סבירות מקצועית".²⁶

כאשר בית המשפט מפעיל את מבחן הסבירות כסבירות משפטית הוא בוחן עד כמה הרשות נתנה משקל ראוי לעקרונות המשפטיים הרלוונטיים לפעולותיה. במקרים כאלה, אילו נמצאה נורמה משפטית חקוקה, הקובעת באופן מפורש את סוג השיקולים שעל הרשות להביא בחשבון במסגרת פעולותיה ואת המשקל שעליה לתת לכל אחד מהשיקולים האלה, כי אז היינו רואים, כמובנת מאליה, את הבחינה של בג"ץ את מעשיה של הרשות. במקרה כזה היינו אומרים שבג"ץ מילא תפקיד שהוא במובהק במסגרת תפקידיו כבית משפט. אולם בהפעילו את מבחן הסבירות המשפטית פעל בג"ץ בדרך אחרת. בג"ץ לא בחן את מעשי הרשות לאורה של נורמה משפטית חקוקה ומפורשת, אלא קבע כי פעולת הרשות נשלטת על ידי שורה של עקרונות, המהווים חלק מתכני המשפט של המדינה, וכי על הרשות המנהלית לאזן בין העקרונות על ידי מתן משקל ראוי לכל אחד מהם. באמצעות קביעת העקרונות המשפטיים החלים על

²³ בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 432.

²⁴ שם, בעמ' 431, 432.

²⁵ בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד (3) 729, 744, 754.

²⁶ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, בעמ' 133-134; מאוטנר, הסבירות של

הפוליטיקה, הערה 11; מאוטנר, בין כשירות לסבירות, הערה 11; השופטת וילנר, פסקה 32.

מעשה הרשות, ועל ידי קביעת האופן שיש לאזן בין העקרונות, יצק אפוא בג"ץ נורמה משפטית פוזיטיבית חדשה יש מאין, ולאורה בחן את הדרך שבה פעלה הרשות, היינו את האופן שבו איתרה את העקרונות המשפטיים החלים על פעולתה ואת האופן שבו איזנה בין עקרונות אלה.

מאז ראשית שנות השמונים הפעיל בית המשפט את מבחן הסבירות המשפטית באלפי מקרים. בדרך כלל אישר בג"ץ את ההחלטות שהתקבלו על ידי רשויות המינהל. במיעוט קטן של המקרים פסל את החלטותיהן של הרשויות.²⁷

בחלק מהמקרים הפעיל בית המשפט את מבחן הסבירות במה שניתן לכנות "סבירות מקצועית". כאשר בג"ץ מפעיל את מבחן הסבירות במקרים של סבירות מקצועית, הוא בוחן לגופם את השיקולים המקצועיים של רשות המנהל, הנופלים בגדר המומחיות והידע המקצועיים הייחודיים של הרשות. שופט המפעיל בדרך זו את מבחן הסבירות עושה בעצם שימוש ב"שכל הישר" שלו כדי לבחון על פיו עד כמה הפעלת הסמכות על ידי הרשות סבירה.²⁸ כלומר, שופט המפעיל את מבחן הסבירות המקצועית אינו עושה שימוש בשום כישור שהוא ייחודי לו כמשפטן או כשופט, אלא בידע שרכש כאדם שעבר חיברות בקבוצה חברתית מסוימת. ברוב המקרים שבהם הפעיל בג"ץ את מבחן הסבירות כמבחן של סבירות מקצועית, הוא אישר את סבירות מעשיהן של רשויות המנהל. עם זאת, בכמה מקרים מצא בג"ץ, כי החלטה שהתקבלה על-ידי רשות מנהלית, ושנמצאה בתחום הידע והמומחיות של הרשות, הייתה בלתי סבירה.²⁹

חלק ב': פסקי הדין בעניין הסבירות: ארבע גישות

בפסק הדין בעניין הסבירות ניתן למצוא לא פחות מארבע גישות שונות בקרב 15 שופטיו של בית המשפט בשאלת התכנים של דוקטרינת הסבירות במשפט המנהלי הישראלי:

א. גישה ראשונה: לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד, ויש לבטל את תיקון מס' 3 לחוק יסוד:

השפיטה

בגישה זו צידדו שמונה שופטים: השופטים חיות, עמית, רונן, פוגלמן, כבוב, ברוך, גרוסקופף וברק-ארוז.

²⁷ ראו: השופט עמית, פסקה 43; השופטת ברוך, פסקה 11.

²⁸ Clifford Geertz, "Common Sense as a Cultural System" in *Local Knowledge* (1983)

73 מנחם מאוטנר, *משפט ותרבות* (2008) פרק ד'.

²⁹ לסקירה ראו: מאוטנר, *משפט ותרבות בישראל*, הערה 11, בעמ' 133-134. ראו גם: בג"ץ

8397/06 ווסר נ' שר הביטחון (2007) (מיגון עוטף עזה).

(1) אקטיביזם וריסון

המהלך של שופטים אלה הוא אקטיביסטי ככל שהמדובר בחוק היסוד (ביטול הוראה שבחוק יסוד), והוא מרוסן ככל שהמדובר בפרשנות התיקון לחוק היסוד. שופטים אלה סירבו להפעיל "פרשנות מקיימת" של תיקון מס' 3, באופן שהיה מבטל את דוקטרינת הסבירות האיזונית, אך משאיר על כנה את הסבירות במובן של מופרכות.³⁰ חלק משופטי הקבוצה הזאת (השופטים חיות,³¹ עמית,³² פוגלמן,³³ ברק-ארז³⁴) הצביעו בהרחבה על כוחה העצום של הממשלה בין רשויות המדינה, ועל הסכנות הכרוכות בהשאת הכוח הזה בלא בקרה שיפוטית.

(2) מלחמת הרשויות

את פסק הדין של שופטי הגישה הזאת יש להבין בהקשר של "מלחמת הרשויות" שפרצה בינואר 2023 כחלק מתוכנית המהפכה המשטרית של שר המשפטים, יריב לוין. ב-4 בינואר הודיע לוין על תכנית המהפכה המשטרית שלו. הנשיאה חיות הגיבה על התוכנית באופן תקיף בהרצאה שנשאה בכנס העמותה למשפט ציבורי שמונה ימים אחר כך, ב-12 בינואר. בפסק דינה של הנשיאה בעניין הסבירות ניתן למצוא לא מעט מהטיעונים ומהביטויים שבהם השתמשה בהרצאתה. פסק הדין של הנשיאה הוא אפוא פסק דין לוחמני, שהגיונו העמוק הוא שמכיוון ששר המשפטים ואנשיו (בעיקר ח"כ שמחה רוטמן, יו"ר ועדת חוק, חוקה ומשפט של הכנסת) נקטו בצעדים המאיימים על מושכלות יסוד של המשטר (בראש ובראשונה

³⁰ השופטת חיות, פסקאות 125, 126, 132, 135; השופט עמית, פסקה 120; השופטת רונן, פסקאות 13, 14; השופט פוגלמן, פסקאות 16, 17, 20; השופט גרוסקופף, פסקה 70; השופטת ברק-ארז, פסקאות 60, 61, 95. יניב רוזנאי מציג את עמדת שופטי הרוב כעמדה "שמרנית", כלומר כעמדה שהיא בבירור לא אקטיביסטית. ראו: יניב רוזנאי, "בג"ץ הסבירות – לא מה שחשבתם! – שמרנות, אקטיביזם והתיקון החוקתי הלא-חוקתי", בתוך: פסק דין הסבירות – עיונים ראשונים (סוזי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות, 2024) 191. יובל שני רואה את פסק הדין של הרוב כפסק דין "ירדורי", היינו כפסק דין של דמוקרטיה מתגוננת. ראו: יובל שני, "בג"ץ ביטול עילת הסבירות", בתוך: פסק דין הסבירות – עיונים ראשונים (סוזי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות, 2024) 168.

³¹ השופטת חיות, פסקאות 81, 112.

³² השופט עמית, פסקה 35.

³³ השופט פוגלמן, פסקאות 9, 22.

³⁴ השופטת ברק-ארז, פסקאות 93, 110.

ביטול עצמאותה של מערכת המשפט על ידי הכפפתה למערכת הפוליטית,³⁵ וגם שינוי בזהות העצמית של היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה³⁶), יש להגיב בתקיפות על מאמצייה של הפוליטיקה לפגוע במערכת המשפט.

³⁵ מונטסקיה כתב ב-1748 שמצב שבו קבוצה אחת של בני אדם שולטת גם ברשות המבצעת, גם ברשות המחוקקת, וגם ברשות השופטת הוא מתכון ברור לעריצות. מונטסקיה, *על רוח החוקים* (תרגום עידו בסוק, תשנ"ח) 148. בישראל, הממשלה שולטת בכנסת, ולא אחת אנחנו אומרים ששתיהן מהוות "רשות אחת". אם נוסף על שליטתה בכנסת הממשלה תשלוט גם במינוי השופטים, התוצאה תהיה רעה וקשה. ייווצר מצב שבו ההגנה על אזרחי המדינה, ובמיוחד על מה שנקרא "האזרח הקטן", מפני הפעולה של רשויות המדינה - תיפגע. אפשר לחשוב על דוגמאות רבות. כדוגמא ראשונה, נניח שלאדם יהיה סכסוך עם רשויות המס על גובה חיובי המס שלו. אם הסכסוך יתברר בפני שופט חסר עצמאות, שופט שמונה על ידי הפוליטיקה ושהקידום שלו יהיה תלוי בפוליטיקה, השופט יחשוש שאם הוא יפסוק נגד המדינה, הקידום שלו ייעצר, משום שהפוליטיקאים העומדים בראש המדינה יהיו אלו שישלטו בוועדה למינוי שופטים, והם לא יאהבו פסיקה שלו נגד המדינה. כדוגמא שנייה, נחשוב על מצב שבו מגרש שבבעלות אדם הופקע על ידי המדינה. אם בעל המגרש ייקח את הסכסוך שלו לבית המשפט, אבל הקידום של השופט יהיה תלוי בפוליטיקאים, השופט יפסוק בעד המדינה, בעד הפוליטיקאים, ולא בעד האזרח הקטן, שזכויות הרכוש שלו נפגעו. כדוגמא שלישית, נחשוב על אזרח שיש לו סכסוך כספי עם אדם שהוא תורם כבד למפלגת השלטון. ברור שהאזרח הקטן הזה לא יזכה לצדק משופט שמונה על ידי המערכת הפוליטית, והוא גם חייב לה וגם תלוי בה לשם קידומו. בכל המקרים האלה, ודומיהם, שופט יחשוש שאם יפסוק נגד המדינה ייצא לו שם של "עושה צרות" (trouble maker), והקידום שלו ייעצר. ניתן היה לראות את ראשית ההתפתחות של הסכנות האלה בחודשים הראשונים של שנת 2023 כאשר בעקבות ניסיון המהפכה המשטרית של יריב לוין, משקיעים זרים, למשל בענף ההייטק, סרבו להזרים כסף למדינה ולהשקיע בה, משום שהם חששו שבמקרה של סכסוך בינם לבין רשויות המדינה, השופטים לא יגנו על ההשקעות שלהם, אלא על האינטרסים של רשויות המדינה.

³⁶ משך שנים רבות ציפינו מהיועצים המשפטיים במשרדי הממשלה שהם יחנכו עצמם לכך שהם נאמני הציבור. על פי הצעתו של השר לוין, היועצים המשפטיים יתפסו עצמם כנאמנים אישיים של השר שמינה אותם. הצעה זו מבוססת על מה שהפילוסוף ג'ילברט רייל קרא "טעות בקטגוריה". דבר אחד הוא כאשר אדם מנהל עסק פרטי שלו או של משפחתו. אדם כזה רשאי לצפות שעורך הדין שלו יהיה נאמן כלפי האינטרסים האישיים שלו. אבל דבר אחר לגמרי הוא כאשר אדם הוא שר העומד בראש משרד ממשלתי. שר צריך לפעול לקידום טובת הציבור. אנחנו יודעים שלא תמיד קל לפוליטיקאים לפעול רק לטובת הציבור. יש להם חובות כלפי אלו שבחרו בהם, אלו שתורמו להם כספים, אלו שהם מצפים שיבחרו בהם בפעם הבאה. מכיוון שכך, אנחנו מצפים מהיועצים המשפטיים של השרים שיקפידו על כך שהשרים יפעלו לטובת הציבור, לא לטובתם האישית ולטובת המקורבים להם. אם הצעתו של השר לוין בעניין

נקל להבין מדוע חמש המפלגות שהן שותפות הליכוד בקואליציה שהוקמה בסוף שנת 2022 עוינות את בית המשפט העליון. מאז קום המדינה, בית המשפט הוא הסוכן בהא הידיעה להטמעתם של ערכים ליברליים בתרבות הפוליטית של המדינה,³⁷ ואילו חמש המפלגות עוינות את תרבות המערב, עוינות את המשטר הדמוקרטי-ליברלי וחותרות לכונן בישראל תיאוקרטיה. בניסוח אחר, את העוינות של חמש המפלגות שהן שותפות הליכוד בקואליציה הנוכחית צריך להבין על רקע מלחמת התרבות המתנהלת בעם היהודי זה מאתיים וחמישים שנה בין האופציה המערבית-חילונית-ליברלית לבין האופציה היהודית-דתית-הלכתית. מלחמת התרבות התפרצה עם הולדתה של ההשכלה היהודית בברלין של המחצית השנייה של המאה השמונה עשרה, ומאז היא מתנהלת בעם היהודי בעצימויות משתנות. במחצית הראשונה של המאה העשרים התנהלה מלחמת התרבות בעצימות נמוכה. יתר על כן, ביום הקמת המדינה היה נראה שהאופציה המערבית-חילונית-ליברלית זכתה בעליונות מובהקת. ואולם בשנות השבעים של המאה העשרים שבה מלחמת התרבות והתפרצה בעצימות גבוהה.³⁸ אני סבור שההסכמים הקואליציוניים שבין הליכוד לבין חמשת המפלגות שותפות הליכוד בקואליציה שהוקמה בסוף שנת 2022 הם רגע השיא בעצימותה של מלחמת התרבות.

אפשר להבין גם את התמיכה של חוגים נרחבים במפלגת הליכוד במאבק בבית המשפט העליון. חוגים אלה הוזנו משך שנים בתכנים של פופוליזם ימני, שעיקריו ההנחה שהעם אומר את דברו בבחירות לכנסת, ואולם לאחר מכן הבירוקרטיה המדינית, היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה, ובית המשפט העליון (המאוד אקטיביסטי בעשורים האחרונים), כולם משבשים את רצון הבוחרים כפי שזה בא לידי ביטוי בבחירות.³⁹

היועצים המשפטיים הייתה מתקבלת, ישראל הייתה נעשית מדינה שבה השלטון עוסק בביזת נכסי המדינה לטובת עצמו ולטובת המקורבים לו, והכל בגיבוי של חוות דעת משפטיות ("אינדולגנציות") שהונפקו על ידי יועץ משפטי שמונה על ידי השר, והוא נאמן לשר.

³⁷ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, פרק 4; מנחם מאוטנר, הליברליזם בישראל:

תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו (2019) פרק א'.

³⁸ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, פרק 7; מאוטנר, הליברליזם בישראל, שם, פרק

א'.

³⁹ מנחם מאוטנר, "הכל מתחיל בכתה א': מחשבות על שורשי הפופוליזם", עיוני משפט (מד1)

ניתן לטעון גם שהאופן שבו פעלו שופטי בית המשפט העליון משך שנים בכל הנוגע לצירוף שופטים חדשים לשורותיהם, וכן הליכותיהם של השופטים בשורה של הקשרים, לא הוסיפו לאהדה של חוגים נרחבים בחברה לבית המשפט.⁴⁰

ואולם אין בידי הסבר לרקע האישי של השר לוי שהוביל ללוחמנות המאוד עיקשת שלו בבית המשפט. מכל מקום, אין ספק שלוין מיצב עצמו בראשית שנת 2023 בראש קואליציה מורכבת של גורמים פוליטיים וחברתיים שהמכנה המשותף שלה היה עוינות קשה לבית המשפט העליון.

על רקע הדברים האלה צריך להבין את סירובה של הנשיאה חיות והשופטים האחרים שצידדו בגישה להפעיל פרשנות מקיימת באשר לתיקון של חוק היסוד (ויתור על הסבירות האיזונית ושימור הסבירות במובן של מופרכות, או, בניסוח אחר, ביטול הלכת דפי זהב ושימור הלכת וודנסבורי). ספק אם דיונם של שופטים אלה לשלילת הפרשנות המקיימת משכנע. ניתן לסבור כי לא היה נדרש מאמץ פרשני מרחיק לכת מדי כדי להשאיר את התיקון לחוק היסוד על כנו, תוך ויתור על הסבירות האיזונית, אך תוך שימור הסבירות במובן של מופרכות.⁴¹ אבל גם כאשר המדובר בנקודה זו, צריך להבין את פסק הדין חסר הפשרות של הנשיאה והשופטים שהצטרפו אליה בהקשר של מלחמת הרשויות שדנתי בה לעיל, היינו חוסר נכונות לוותר אפילו על עמדה אחת במאבק לשמירת כוחה של מערכת המשפט אל מול המערכת הפוליטית. בניסוח אחר, איננו חיים בימים כתיקונם, ואיננו חיים בימים של פוליטיקה "רגילה", ולנוכח ההיסטוריה של המאמצים לפגוע במשטר בתשעת החודשים הראשונים של 2023, השופטת חיות והשופטים שהצטרפו אליה מצאו לנכון לפתח עמדה תקיפה ולוחמנית שאין בה שום ויתור או פייסנות.⁴²

⁴⁰ מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית", מחקרי משפט יט

(תשס"ג) 423.

⁴¹ השופט אלרון ביקר את סירובם של שופטי הרוב להפעיל את גישת הפרשנות המקיימת: "ראשית, בית משפט זה בעבר, בשורה ארוכה של מקרים, בחר שלא להיצמד ללשון החוק משיקולים כאלו ואחרים. איני רואה מדוע דווקא הפעם זו יש להקנות ללשון החוק משקל כה מכריע; שנית, הקושי שבעיגון סמכות בית משפט זה לפסול חוק-יסוד על בסיס עקרונות רחבים ומונחים עמומים עולה בהרבה על הקושי שבאימוץ פרשנות שבה תומכת הכנסת ובה תמכו גם משיבי הממשלה בשלב מסוים". השופט אלרון, פסקה 19.

⁴² "את עמדת הרוב בפסק הדין נכון להבין כפסיקה תומכת דמוקרטיה, כבלם של הפרדת רשויות בפני הכוחות הרדיקליים ביותר בימין הישראלי". נדיב מרדכי, "איך צריך להבין את בג"ץ הסבירות: חמישה סיפורים סוציו-פוליטיים", ICON-S-IL Blog (15.4.2024).

פסקי הדין של השופטת חיות ושל השופטים שהצטרפו אליה מלמדים גם עד כמה פעלה הנשיאה בתבונה בפסקי הדין **שפיר וחסון**.⁴³ בשני פסקי הדין האלה יצרה הנשיאה את הכלים שיאפשרו ביטול של חוק יסוד, והמועד להפעלת הכלים האלה הגיע בפסק הדין בעניין הסבירות.

תכנית המהפכה המשטרית של יריב לויין נתקלה ביועצת משפטית עצמאית ואמיצה, שסירבה לפעול בכפיפות ליוזמות הממשלה לפגוע במערכת המשפט. לא אחת דובר על כך שהממשלה תפטר ברגע מסוים את היועצת. תיקון מספר 3 לחוק יסוד: השפיטה היה אמור לאפשר לממשלה לנקוט בצעד הזה בלא שסבירותו תהיה כפופה לפיקוחו המשפטי של בג"ץ. תוצאת פסק הדין בעניין הסבירות מבטיחה שאם הממשלה תרצה לפטר את היועצת, החלטת הממשלה תוכפף לביקורתו המשפטית של בג"ץ.⁴⁴

תיקון מס' 3 מדבר גם על שחרור שרי הממשלה ממבחן הסבירות כאשר הם נמנעים מלקבל החלטה.⁴⁵ מכיוון שהשר יריב לויין לא הצליח להשיג בוועדה למינוי שופטים את הרוב הנחוי לו לשם תוכניותיו, הוא נמנע מלכנס את הוועדה. פסק הדין בעניין הסבירות מכפיף את החלטתו זו של השר למבחן הסבירות באופן שיאפשר לבג"ץ להורות לשר לכנס את הוועדה.⁴⁶

3) הזילות שבחקיקת חוקי יסוד

ברור גם שמה שסייע לנשיאה ולשופטים שהצטרפו אליה בעמדתם הוא הזילות שנהגו הממשלה והכנסת בשנים האחרונות במוסד של חוק יסוד. בשורה ארוכה של מקרים, הכנסת תקנה את חוקי היסוד באופן שמסמס לגמרי את ההבדלים שבינם לבין חקיקה רגילה.

השופט עמית דיבר על "הקלות הבלתי נסבלת של מנגנון התיקון החוקתי בישראל", מה שמאפשר, לדבריו, לחברי הקואליציה ללוש את חוקי היסוד "כפלסטלינה לצרכיהם בתכיפות גוברת

⁴³ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (2021); בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (2021). ראו גם: פסק דין הסבירות, השופטת חיות, פסקאות 58, 63. ליאב אורגד מתנגד בצורה תקיפה לדוקטרינה של "פסקאות נצחיות" בחוקות. ראו: ליאב אורגד, "פסיקה אנטי-דמוקרטית להגנה על הדמוקרטיה", ICON-S-IL Blog (8.4.2024).

⁴⁴ ראו: השופט עמית, פסקאות 87-89, 94; השופטת ברק-ארז, פסקה 42. ראו גם: אייל גרוס, "התגברות על הפרדוקס החוקתי? ההבטחות והמגבלות של בג"ץ עילת הסבירות", ICON-S-IL-Blog (13.3.2024).

⁴⁵ ראו גם: השופטת חיות, פסקה 139; השופט עמית, פסקה 95.

⁴⁶ ראו גם: Aeyal Gross, "Did the Israeli Supreme Court Kill the Constitutional Coup?",

והולכת".⁴⁷ ועוד כתב השופט עמית שהכנסת עוברת מתפקיד הרשות המחוקקת לתפקיד הרשות המכוננת "בתכיפות ובזריזות גבוהה, כמעט חדשות לבקרים".⁴⁸ השופטת חיות כתבה ש"השיטה הישראלית הינה מקרה קצה מובהק שבו ההליך הפשוט לאימוץ נורמות חוקתיות, מעניק לרוב פוליטי מזדמן את האפשרות לשנות מן היסוד, בקלות ובתוך זמן קצר, את המבנה החוקתי ואת הזהות הלאומית של המדינה".⁴⁹

השופטים חיות ועמית הביאו נתונים באשר לקצב המהיר של השינויים שמכניסה הכנסת בחוקי היסוד. לדברי השופטת חיות, "קצב השינויים בחוקי היסוד של ישראל הוא הגבוה בעולם, ובפער ניכר ממדינות אחרות.⁵⁰ השופטת חיות הביאה מדבריו של השופט עמית בפסק דין שפיר: "קצרים היו ימי שני חייה של הכנסת ה-23, משך כתשעה חודשים בלבד, אך במהלך תקופה קצרה זו תוקנו חוקי היסוד 13 פעמים (!!!) בהוראת שעה, בגדר שיא אולימפי בתיקוני חוקה למרחקים קצרים".⁵¹ והשופטת חיות הוסיפה: "החוקה האמריקנית תוקנה 27 פעמים, מתוכם 8 תיקונים חוקתיים בלבד במאה השנים האחרונות. ... בשמונה השנים האחרונות מספר השינויים בחוקי היסוד בישראל (4.75 שינויים בשנה בממוצע) הכפיל את עצמו לעומת מספר השינויים (2.15 שינויים בשנה בממוצע) במשך עשרות שנים מאז שנת 1958".⁵² והשופט עמית כתב: "חוק יסוד: הכנסת כבר תוקן מעל 50 פעמים, ומאז כינונו בשנת 1958, הוכנסו בחוקי היסוד השונים למעלה ממאה שינויים. בשנת 2020 לבדה התקבלו תשעה תיקונים לחוקי יסוד, ומאז שנת 2013 התקבלו 28 תיקונים לחוקי יסוד".⁵³

השופט עמית סיכם: "מספר התיקונים מעיד על כך שאין 'קדושה חוקתית' אשר שורה על מרביתם של חוקי היסוד, וכי החוקה בישראל 'גמישה' עד מאוד, שלא לתפארת מדינת ישראל, אלא כ'אסקופה הנדרסת שכל רוח מצויה, אם כלכלית ואם פוליטית, מרוקנת אותו מתוכנו לעבר ניסויים ותעויות".⁵⁴ ועוד כתב השופט עמית: "הביקורת השיפוטית על חוקי היסוד צריכה לעמוד בהלימה ליציבות, להליך, לרצינות, לחגיגות, ולרוב הנדרש לחקיקת חוקי יסוד. מה שנחקק בהליך רגיל; ברוב רגיל; שעושים בו

⁴⁷ השופט עמית, פסקה 35.

⁴⁸ שם, פסקה 20.

⁴⁹ השופטת חיות, פסקה 78. ראו גם פסקה 76.

⁵⁰ שם, פסקה 83.

⁵¹ בג"ץ 5969/20 שפיר נ' הכנסת (2021), השופט עמית, פסקה 4.

⁵² פסק דין הסבירות, השופטת חיות, פסקה 83.

⁵³ השופט עמית, פסקה 23.

⁵⁴ השופט עמית, פסקה 21.

שינויים תכופים, לעיתים אף שינויים נקודתיים ופרסונליים, שינויים אד-הוק שלא מאחורי 'מסך בערות' – אינו מצדיק מתן חסינות מפני ביקורת שיפוטית".⁵⁵

לנוכח הדברים והנתונים האלה, עמדתם של הנשיאה ושל השופטים שהצטרפו אליה, החל מפסקי הדין שפיר וחסון, ובהמשך בפסק הדין בעניין הסבירות, היא אולי אנומליה מנקודת הראות של המשפט החוקתי כפי שהוא נוהג בעולם, וכפי שהוא צריך להיות, אבל בתנאיה של ישראל, לנוכח הזילות שנוהגת הכנסת בחוקי היסוד, עמדתם של הנשיאה ושל השופטים שהצטרפו אליה צריכה להיחשב מתקבלת על הדעת לגמרי. מבקריו של בית המשפט, שנרעשים לנוכח ביטולו של חוק יסוד על ידי בית המשפט, טוב יעשו אם ייטלו קורה מביין עיניהם, ויכירו בכך שבישראל הכנסת עושה כבר לא מעט שנים שימוש לרעה במושג "חוק יסוד". הכנסת נוהגת בחוקי היסוד כאילו היו חוקי עזר עירוניים, ואולם כאשר בית המשפט מראה נכונות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי היסוד, המבקרים מרעישים שמים וארץ כאילו היה מדובר בחוקה כהלכתה.

ב. גישה שנייה: לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד, ואולם לא קיימת הצדקה לעשות שימוש

בסמכות הזאת לשם ביטולו של תיקון מס' 3

בגישה זו צידדו השופטים אלרון,⁵⁶ כנפי-שטייניץ⁵⁷ וכשר⁵⁸.

ג. גישה שלישית: לבית המשפט אין סמכות לבטל חוקי יסוד

בגישה זו צידדו השופטים מיניץ⁵⁹ וסולברג.⁶⁰

⁵⁵ שם, פסקה 35. ראו גם: שם, פסקאות 21, 38. ראו גם: דינה זילבר, "ילקוט הכוזבים מכה שנית:

פסק הדין בעניין החוק לביטול עילת הסבירות בין מיתוסים למציאות", **ICON-S-IL Blog** (15.5.2024).

⁵⁶ השופט אלרון, פסקאות 18-21.

⁵⁷ השופטת כנפי-שטייניץ, פסקאות 5, 14-17.

⁵⁸ השופט כשר, פסקאות 9, 10, 27, 35. על פסק דינו של השופט כשר ראו גם: סוזי נבות, "על

טענת 'התמונה בכללותה', בעמדות השופטים", בתוך: פסק דין הסבירות – עיונים ראשונים (סוזי נבות

וענת טהון אשכנזי עורכות, 2024) 131.

⁵⁹ השופט מיניץ, פסקאות 26, 29, 36, 86.

⁶⁰ השופט סולברג, פסקאות 2, 4.

ד. גישה רביעית: לבית המשפט סמכות לבטל חוקי יסוד, ואולם כשהמדובר בתיקון מס' 3

יש לפעול בדרך של הפעלת פרשנות מקיימת

על פי גישה זו, במסגרת הפעלתה של פרשנות מקיימת, התיקון החקיקתי ייקרא כמורה שיש לבטל את דוקטרינת הסבירות האיזונית (דפי זהב), אך להשאיר בתוקפה את דוקטרינת הסבירות במובן של מופרכות (וודנסבורי). בגישה זו צידדו השופטים וילנר,⁶¹ שטיין,⁶² וכנפי-שטייניץ.⁶³ בפסקה האחרונה לפסק דינו, השופט סולברג מקבל גישה זו, גם כן. המהלך של השופטים שצידדו בגישה זו הוא מרוסן מבחינת התייחסותו לתיקון החקיקתי (המהלך משאיר את התיקון על כנו), אבל הוא אקטיביסטי מבחינת הפרשנות שהוא מציע לתיקון.

לראשונה מזה שנים רבות ניתן למצוא אפוא גיוון בעמדות השופטים בסוגייה מרכזית. דומה שהגיוון הזה ילווה אותנו בשנים הבאות.

חלק ג': שימור הערכים הליברליים של בית המשפט

כמה מהשופטים בפסק הדין בעניין הסבירות הבינו היטב כי המחלוקת שבה דן פסק הדין מתייחסת להקצאת הכוח בין הממשלה לבין בית המשפט.⁶⁴ שופטים אחרים הציגו את המחלוקת כמתייחסת להקצאת הכוח בין העם, באמצעות נציגיו שברשות המכוננת, לבין בית המשפט העליון.⁶⁵ אני מבקש להציג את המחלוקת כמחלוקת באשר לערכים שבגדרם צריכה לפעול הממשלה.

מאז עליית ההשכלה היהודית בברלין, במחצית השנייה של המאה ה-18, מתקיימת בעם היהודי "מלחמת תרבות" ("קולטורקמפף"). גישה אחת מצדדת בקשירת התרבות של העם בכלל, ושל מדינת ישראל, בפרט, לתרבות המערב, ובעיקר לחילוניות ולרכיב הליברלי שבתרבות זו. הגישה המתחרה מצדדת בהשלטת ערכי היהדות המסורתית וההלכה.⁶⁶ מלחמת התרבות התנהלה בתקופות שונות ברמות

⁶¹ השופט וילנר, פסקאות 7, 8.

⁶² השופט שטיין, פסקאות 39, 40, 43. ראו גם: פסקאות 70, 103, 106, 107, 111, 112.

⁶³ השופט כנפי שטייניץ, פסקאות 17, 30, 32, 34, 35, 36, 38. ראו גם השופט מיניץ, פסקאות 58, 86. ליאב אורגד טוען שדחיית הגישה של הפרשנות המקיימת על ידי שופטי הרוב, מבלי לבטל חוק יסוד, יוצרת את הרושם "שאולי אצה לשופטים הדרך". אורגד, הערה 43.

⁶⁴ השופט עמית, פסקה 81; השופט כנפי-שטייניץ, פסקה 55; השופט רונן, פסקאות 25, 26,

43; השופט פוגלמן, פסקה 9; השופט ברון, פסקה 12; השופט ברק-ארז, פסקאות 73, 107.

⁶⁵ השופט סולברג, פסקאות 71, 72, 104, 114, 151. השופט כשר כתב שבאופן הזה הציגו את

המחלוקת נציגי הממשלה. ראו פסקאות 12, 13 לפסק דינו.

⁶⁶ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, בעמ' 57-61; מאוטנר, הליברליזם בישראל, הערה

37, בעמ' 88-93.

שונות של עצימות. בסוף המאה ה-19, היא כמעט קרעה לגזרים את תנועת "חיבת ציון" של אחד העם ואת התנועה הציונית הרכה בשנים של בנימין זאב הרצל. ב-14 במאי 1948, יום הקמת המדינה, היה נראה שהאופציה החילונית, הפרו-מערבית, ניצחה ניצחון חד-משמעי. אבל ההיסטוריה לעולם אינה עוצרת, והחל משנות השישים של המאה העשרים החלה הציונות הדתית תופסת עצמה כמי שאמורה לעמוד במרכז ההגמוניה שתוביל את המדינה בעשורים האחרונים של המאה, ובעשורים הראשונים של המאה העשרים ואחת.⁶⁷ בעקבות זאת, מלחמת התרבות שבה והתפרצה בעוז.

במדינת ישראל, יש למלחמת התרבות ביטוי מוסדי ברור. זה כמעט חמישה עשורים, מאז המהפך הפוליטי של 1977, הממשלות בישראל מורכבות, בין השאר, מנציגים של מפלגות דתיות וחרדיות. בגלל התפיסה העצמית החדשה של הציונות הדתית, הנציגים של תנועה זו בממשלה, וגם הפקידות הממשלתית הבכירה המתמנית על ידי הנציגים האלה, פועלים לחיזוק הרכיב היהודי-הלכתי בחייה של ישראל.⁶⁸ באופן דומה פועלים גם הפוליטיקאים החרדים והפקידות המתמנה על ידם.

שיאו של תהליך זה הוא בממשלה הנוכחית, המורכבת מקואליציה של הליכוד עם חמש מפלגות דתיות וחרדיות, שהאידיאולוגיה שלהן מושתתת על שלילת המערב; שלילת הדמוקרטיה הליברלית; וחתירה לכינונה של תיאוקרטיה. אכן, אני סבור שההסכמים הקואליציוניים שעומדים ביסוד הממשלה הנוכחית הם רגע השיא עד כה מבחינת העצימות של מלחמת התרבות מאז התפרצותה לפני כ-250 שנה.

לממשלות בישראל יש אפוא מחויבות חלקית בלבד לערכי הליברליזם והמערב, ויש להן מחויבות מתמשכת לערכי היהדות המסורתית וההלכה. מנגד, בית המשפט העליון משמש החל מהיום הראשון לקיום המדינה כסוכן הראשון במעלה להשלטתם של ערכים ליברליים בתרבות הפוליטית.⁶⁹

שימור דוקטרינת הסבירות בהיקפה שמאז פסק דין דפי זהב, והחלת הדוקטרינה הזו על פעולות הממשלה (שני רכיבים מרכזיים בפסקי הדין של שופטי הרוב) פירושם אפוא הכפפה של מעשי הממשלה לאמות המידה של הליברליזם. זאת, במיוחד משום שהסבירות של דפי זהב, הסבירות האיזונית, עוסקת

⁶⁷ מאוטנר, הליברליזם בישראל, הערה 37, בעמ' 64-77.

⁶⁸ יואב פלד והורית הרמן פלד טוענים שהציונות הדתית הצליחה לבסס במדינה הגמוניה חדשה. Yoav Peled and Horit Herman Peled, *The Regionalization of Israeli Society* (2019) אני חולק על טיעון זה. הגמוניה הוא מצב שבו קבוצה חברתית אחת שולטת בפוליטיקה של המדינה, במוסדות המרכזיים של החברה האזרחית, ובקביעת התכנים של עיקרי התרבות המונחלת באופן נרחב לאזרחי המדינה. אני סבור כי אף אחד מהתנאים האלה אינו מתקיים בציונות הדתית. לדעתי, אנחנו מצוים מזה כארבעה עשורים בשלב פוסט-הגמוני.

⁶⁹ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, בעמ' 91-94; מאוטנר, הליברליזם בישראל, הערה

באיזון של ערכים⁷⁰ (נקודה שמשום מה לא הובלטה על ידי אף אחד מהשופטים), וכשהמדובר בערכים של בית המשפט אלו ערכי הליברליזם. שלילת סמכותו של בית המשפט להחיל את מבחן הסבירות על שתי גרסאותיו (וודנסבורי, דפי זהב) ביחס לפעולות הממשלה, כפי שהציעו השופטים מינץ וסולברג, פירושה לא רק שחרור הממשלה מפיקוח שיפוטי, אלא גם צמצום ההכפפה של פעולות הממשלה לאמות המידה הליברליות, ומתן חופש פעולה נרחב יותר לממשלה להחיל את הערכים היהודיים. גישת הביניים, המשמרת את הסבירות של המופרכות (וודנסבורי), פירושה שחרור חלקי של הממשלה ושריה מהפיקוח של הערכים הליברלים.

כל מי שמצדד בהשלטתה של תפיסת העולם הליברלית בישראל צריך לקבל אפוא בסיפוק את תוצאת פסק הדין בעניין הסבירות. ניתן אמנם להטיל ספק בכוח השכנועי של שניים מהטיעונים המרכזיים של שופטי הרוב - הטיעון שביטול הסבירות בחוק יסוד השפיטה הוא בדרגת חומרה כל כך גבוהה מנקודת המבט הדמוקרטי-ליברלית עד כי אין מנוס מלפסול את תיקונו של חוק היסוד, והטיעון שלא ניתן לבחור במקרה זה ב"פרשנות מקיימת", תוך ביטול הסבירות האיזונית של פסק דין דפי זהב ושימור הסבירות של המופרכות במובנו של פסק דין וודנסבורי. ואולם, כפי שטענתי לעיל, אין ספק שאת תוצאת פסק הדין צריך להבין כתגובת נגד של בית המשפט לתוכנית המהפכה המשטרית של השר יריב לוי מ-4 בינואר 2023, ואם זה ההקשר שבו צריך להבין את פסק הדין, כי אז טוב שבית המשפט יצר מענה תקיף ובלתי מתפשר לתוכניתו של השר.⁷¹

⁷⁰ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, בעמ' 133-134.

⁷¹ השופט אלרון כתב: "לא נעצום עינינו מהעובדה שהעיקרון שניצב בבסיס תיקון מס' 3 נכלל בהצהרת שר המשפטים הנוכחי בדבר שינויי חקיקה שבכוונת ממשלת ישראל הנוכחית לקדם לצד צעדים נוספים". מיד אחר משגר השופט אלרון עקיצה לשופטת חיות, בכתבו: "אולם, בית משפט זה נזהר עד כה מלהתבסס בהליך משפטי על הצהרות במסיבות עיתונאים או מסמכים המבטאים כוונות פוליטיות, ולא בכדי". השופט אלרון, פסקה 24. וראו גם את דברי השופטת ברון: "הדמוקרטיה הישראלית נתונה בימים אלה בסכנה מבית, והיא מגולמת בתיקון לחוק יסוד: השפיטה – שנועד להביא לשינוי משטרי יסודי במדינת ישראל". השופטת ברון, פסקה 1.

אייל גרוס כתב ש"הפרדוקס החוקתי הישראלי הוא שחוקי יסוד נחקקים באותו פורום ובאותו הליך כמו חקיקה רגילה, ובכל זאת נהנים מעליונות על חקיקה רגילה. פרדוקס זה עושה את המבנה החוקתי הישראלי פגיע במיוחד לרפורמות סמכותניות, שכן הרוב בכנסת יכול בכל רגע נתון לתת למהלכים האנטי-דמוקרטיים שהוא רוצה לקדם מעמד חוקתי. ... נראה שפסק הדין בא לתת פתרון משמעותי לפרדוקס החוקתי הישראלי, על דרך הגבלת הסמכות המכוננת, והבנה שהשילוב של השליטה הקואליציונית בכנסת יחד עם 'תורת שני הכובעים' של הכנסת, מסוכן ומאפשר השתלטות סמכותנית על המפעל החוקתי". גרוס, הערה 44. דניאל פרידמן כתב ש"עקב האכילס" של התיאוריה החוקתית שפותחה על ידי בית המשפט העליון בעשורים האחרונים "נעוץ בכך שחוקי היסוד מתקבלים בהליך חקיקתי שאינו

אכן, כאשר בוחנים את אמות המידה לביקורת הסבירות, שהוצעו על ידי השופטים שציידו בסמכות הפיקוח של בית המשפט על תכניהם של חוקי היסוד, בולטים לעיין התכנים הליברליים שבאמות המידה האלה. השופטת חיות דיברה על "הטקסט החוקתי", ועל "המערך החוקתי בכללותו".⁷² השופטת וילנר דיברה על "ליבת הזהות הדמוקרטית של ישראל".⁷³ השופט שטיין דיבר על הכרזת העצמאות כמקור לסמכות החקיקה של הכנסת, הקובע את הגבולות התוכניים של החקיקה.⁷⁴ השופט עמית דיבר על "המערך החוקתי בכללותו", וכן על הכרזת העצמאות, והעקרונות העל-חוקתיים שבפסיקה.⁷⁵ השופט כשר דיבר על "המערך החוקתי בכללותו", שתחילתו בהכרזת העצמאות, במסמכי היסוד של המשפט הישראלי וב'החלטת הררי', והמשכו בחקיקת חוקי היסוד עד כה".⁷⁶ השופט פוגלמן דיבר על "מאפייני הזהות הגרעינית של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית",⁷⁷ ועל "העקרונות הדמוקרטיים היסודיים".⁷⁸ השופטת ברון דיברה על הכרזת העצמאות.⁷⁹ השופט גרוסקופף דיבר על ערכיה של "החוקה בהתהוות", כלומר העקרונות המגולמים בחוקי היסוד הקיימים, וגם על "מאפייני הזהות הגרעיניים", ועל "נתונים חוקתיים".⁸⁰ השופטת ברק-ארז דיברה על הכרזת העצמאות ועל ערכי הדמוקרטיה.⁸¹

שונה מזה של חוקים רגילים. ... עובדה זו המחישה את הגיחוך שבתורה אשר לפיה נולדה לפתע חוקה, שההבחנה בינה לבין חקיקה רגילה נעוצה אך ורק בכותרת 'חוק יסוד'. גיחוך זה לא מנע את ההתלהבות שבה אומצה תורה זו, שנלמדה בשקדנות בפקולטות למשפטים. אבל נותר בעינו הקושי הנעוץ באפשרות שהכנסת תחוקק, ברוב רגיל או ברוב של 61, חוקי יסוד שיהיו מחוץ להישג ידו של בית המשפט, בהיותם חלק מ'החוקה'. נוצרה גם סכנה שבאמצעות חוקי יסוד תיטול הכנסת מבית המשפט חלק מסמכויות היתר שנטל לעצמו, שלגביהן יש הסוברים ש'שטח משוחרר לא יוחזר'. פרידמן, הערה 18.

⁷² פסקה 65.

⁷³ פסקאות 2, 8.

⁷⁴ פסקאות 16, 17, 39-42, 70, 127.

⁷⁵ פסקאות 17-19.

⁷⁶ פסקאות 4, 35, 53.

⁷⁷ פסקה 2.

⁷⁸ פסקה 11.

⁷⁹ פסקה 3.

⁸⁰ פסקאות 36, 37, 38, 42, 62.

⁸¹ פסקאות 6, 11. נדיב מרדכי טוען ש"ברמה הדוקטרינרית, אין בעמדת הרוב שבפסק הדין משום חידוש. למי שצופה בהתפתחות המשפטית שבפסק הדין ממרום התיאוריה החוקתית והמשפט החוקתי ההשוואתי, בית המשפט העליון שלנו לא חידש בפסק הדין הלכה גדולה. הוא התקדם עקב בצד אגודל וביסס דוקטרינה משתמעת של תיקון חוקתי שאינו חוקתי, מהלך שבסך הכל מוכר היטב בעולם הביקורת השיפוטית בעשורים האחרונים, ומאפיין טריבונלים חוקתיים שמתמודדים עם רשות מבצעת מתעצמת.

עם זאת, השופטים דיברו גם על רכיב היהודיות שבחוקתיות הישראלית. השופטת חיות דיברה על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,⁸² ועל "גלעין זהותה היהודית דמוקרטית" של המדינה.⁸³ השופטת וילנר דיברה על הזהות היהודית והדמוקרטית של המדינה.⁸⁴ השופט שטיין דיבר על עקרונותיה של הכרזת העצמאות, שעיקרם צדק, שוויון והיותה של ישראל מדינה יהודית.⁸⁵ השופטת כנפי-שטייניץ דברה על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁸⁶ השופטת רונן דברה על ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית,⁸⁷ וכך גם השופט כשר.⁸⁸ השופט גרוסקופף דיבר על "מאפייני הזהות הגרעיניים של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁸⁹

... המהפכנות של העידן הנוכחי אינה מצויה אצל בית המשפט. היא מצויה אצל העולם הפוליטי. ... [פסק הדין משתלב] במגמה הכללית שבמשפט החוקתי ההשוואתי, של בתי ממשט שמגנים על ערכים דמוקרטיים למול כוחות פופוליסטיים שמנסים לשחוק אותם. באותה השנה שבה ניתן פסק הדין, גם במדינות שונות בעולם נעשים מהלכים שיפוטיים שכאלה, למשל, במקסיקו, בארצות הברית בברזיל".
מרדכי, הערה 42.

נטען כי קיים פער מטריד בין פסילת תיקון מס' 3 לחוק יסוד: הממשלה במקרה הנוכחי לבין אישורו של חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי ברוב של 10 שופטים מתוך 11. עו"ד שקיב עלי כתב שפסק הדין עורר "תחושה של מועקה ואכזבה", והוליד פעם נוספת את הטענה "שבית המשפט לא עושה עם הערבים את הצדק שהוא מעניק ליהודים. ... הפסיקה בעניין חוק הסבירות המחישה שחור על גבי לבן שכשמדובר בציבור היהודי, השמירה על האינטרסים החוקתיים הדוקה יותר בהשוואה למקרים הקשורים בציבור הערבי". שקיב עלי, "איפה הייתם בחוק הלאום", 11.1.2024 YNET.

⁸² פסקאות 64, 70, 106.

⁸³ פסקה 66.

⁸⁴ פסקה 6.

⁸⁵ פסקאות 16, 17, 39, 41, 42, 70, 127.

⁸⁶ פסקאות 3, 10, 11, 15.

⁸⁷ פסקאות 1, 2, 20, 43.

⁸⁸ פסקאות 7, 15, 21, 35, 53.

⁸⁹ פסקאות 27, 84. דניאל פרידמן כותב שלמקרא פסק הדין "אפשר אולי לומר שבית המשפט החליט שהחוקה של ישראל מתמצית כולה בשלושת המילים 'מדינה יהודית ודמוקרטית'. פרידמן, הערה 18. אייל גרוס כותב שהעובדה ששופטי הרוב דיברו על ישראל כמדינה שאחד מערכי הליבה שלה הוא שהיא מדינה "יהודית" "עשויה בעתיד לסכן תיקונים שיבקשו להגדיר את ישראל באופן שוויוני ... בצורה שמחזקת את השוויון האזרחי על חשבון האופי היהודי". יש לזכור שיש כאלו שעבורם פסיקות כמו למשל בג"ץ קעדאן נתפסות כפוגעות באופי היהודי של המדינה וניתן לחשוב על איך ההיגיון של פסק דין חסון ופסק הדין הנוכחי עלולים לפגוע ברפורמה חוקתית מוכוונת-שוויון". גרוס, הערה 44.

במקום אחר הצבעתי על כך שעד שני חוקי היסוד של 1992 המשפט שנוצר והופעל בבתי המשפט פעל והתפתח בהשראתו של קוטב השראה אחד: הדמוקרטיה הליברלית. (אכן, זו התרומה ההיסטורית הגדולה של בית המשפט העליון וקהילת המשפט בכללותה החל מקום המדינה: הטמעתם של ערכי הליברליזם בתרבות הפוליטית של המדינה). ואולם מאז קיבועה של הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית" במשפט הישראלי בשני חוקי היסוד של 1992, הוכפף המשפט של בתי המשפט לקוטב השראה נוסף, היהדות, והחל מאותו שלב נדרשים אפוא בתי המשפט לאזן בפסיקותיהם בין המחויבות לערכי הדמוקרטיה הליברלית לבין המחויבות לערכי היהדות.⁹⁰ אכן, בעקבות חקיקתה של הנוסחה "מדינה יהודית ודמוקרטית", התגלע ויכוח עז בין השופטים אהרן ברק ומנחם אלון באשר לאופן שבו יש לאזן בין שני רכיבי הנוסחה.⁹¹ בשנים הבאות בית המשפט העליון עשוי להידרש להכשיר חקיקה שתבקש לקדם את ערכי "המדינה היהודית", ושתוצדק בשם הערכים היהודיים. חקיקה כזו עשויה להיות בעייתית מנקודת המבט של ערכי הליברליזם ("מדינה דמוקרטית").

חלק ד': עקרון שלטון החוק

א. מרכזיותו של מושג שלטון החוק בפסק הדין בעניין הסבירות

בפסקאות קודמות ציינתי שפסק הדין בעניין הסבירות גרם להמשך הכפפתם של הממשלה, ראש הממשלה, והשרים לעקרונות הליברלים המופעלים על ידי בית המשפט. אבל בעצם, מה שתיקון מס' 3 ביקש לעשות הוא לא לשחרר את הממשלה, ראש הממשלה והשרים מכפיפות לעקרונות הליברלים, אלא לעשות משהו שהוא מקדמי לכך: לשחרר את הממשלה, ראש הממשלה והשרים מאמצעי מרכזי של פיקוח על הרשות המבצעת, שהופעל על ידי בית המשפט מאז קום המדינה, ומאז ראשית שנות השמונים של המאה העשרים, באינטנסיביות רבה – דוקטרינת הסבירות. השופטים שפסלו את התיקון הבינו היטב את משמעותו זו של התיקון. הם הציגו אפוא את תיקון מס' 3 כפוגע קשות בעקרון שלטון החוק.⁹²

כיצד נמקו השופטים את הפגיעה בעקרון שלטון החוק?

השופטת חיות כתבה כי "משמעותו הבסיסית של עקרון שלטון החוק במדינה דמוקרטית היא ש'אין איש או גוף שהוא מעל המשפט'. ... 'כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות

⁹⁰ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, בעמ' 102-105.

⁹¹ מנחם מאוטנר, "הוויכוח בין מנחם אלון לבין אהרן ברק על הזהות התרבותית של המשפט

הישראלי", בתוך: הלכה ומשפט: ספר הזיכרון למנחם אלון 109 (אריה אדרעי, ואח', עורכים, 2018).

⁹² "פסק הדין בעניין החוק לביטול עילת הסבירות הוא אולי פסק הדין החשוב ביותר מאז הקמת

המדינה, בקובעו את תחולת עקרון שלטון החוק, באמצעות אפשרות הביקורת השיפוטית, גם על הסמכות המכוננת וחוקי היסוד". זילבר, הערה 55.

לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק".⁹³ השופטת חיות הוסיפה כי "שלטון היודע כי מראש כי הוא לא נתון לביקורת שיפוטית, הוא שלטון העשוי שלא להשליט את החוק, והעשוי להביא להפרתו".⁹⁴ ועוד כתבה השופטת חיות ש"שלילת הביקורת השיפוטית ביחס לסבירות החלטות הממשלה ושריה, מובילה להשלכות הרסניות ופוגעת בלב ליבו של עקרון שלטון החוק. מדובר בפגיעה אנושה ורב-מימדית: התיקון מוביל בפועל לכך שהממשלה ושריה מצויים 'מעל הדין'; הוא מייצר 'חללים ריקים' של ביקורת שיפוטית ביחס לאינטרסים ציבוריים חשובים כמו תקינות המנהל וטוהר המידות בשירות הציבורי וכן ביחס להתנהלות ממשלות מעבר בתקופת בחירות; והוא מותיר פתח להעברת סמכויות נרחבת לידיהם של השרים במטרה לחסן החלטות מפיקוח שיפוטי".⁹⁵

השופט עמית כתב ש"ביטול עילת הסבירות משמעותה יצירת חור שחור נורמטיבי, כזה שכוח הכבידה העוצמתי שלו שואב אליו שורה ארוכה של ערכים ונושאים עד שלא נודע כי באו אל קרבו".⁹⁶ השופט עמית הביא שורה ארוכה של דוגמאות לפגיעות בשלטון החוק שיתקיימו אם תבוטל עילת הסבירות: תתאפשר פגיעה בתקינות המעשה המנהלי;⁹⁷ תתאפשר פגיעה באפשרות להגיש תובענה אזרחית-נזיקית בעילת הרשלנות נגד רשות מנהלית שפעלה באופן בלתי סביר;⁹⁸ תתקיים חסינות של המדינה מפני תביעות בדיני העבודה;⁹⁹ תתקיים פגיעה בזכות הגישה לערכאות;¹⁰⁰ הממשלה ושריה יימצאו מעל החוקה;¹⁰¹ מינויים ופיטורים של שומרי סף יימצאו בלתי שפיטים;¹⁰² מינויים ופיטורים לא ראויים ובלתי סבירים יימצאו בלתי שפיטים;¹⁰³ הימנעות מהפעלה של הסמכות המנהלית תימצא בלתי שפיטה;¹⁰⁴ התעלמות של שרים משיקולים מקצועיים תימצא בלתי שפיטה;¹⁰⁵ בית המשפט לא יוכל

⁹³ פסקה 158.

⁹⁴ פסקה 173.

⁹⁵ פסקה 175.

⁹⁶ פסקה 100.

⁹⁷ פסקה 63.

⁹⁸ פסקה 64.

⁹⁹ פסקה 65.

¹⁰⁰ פסקאות 78, 79.

¹⁰¹ פסקה 85.

¹⁰² פסקה 87.

¹⁰³ פסקאות 89, 90, 93.

¹⁰⁴ פסקה 95.

¹⁰⁵ פסקה 96.

להעביר ביקורת שיפוטית על ממשלת מעבר; ¹⁰⁶ בית המשפט לא יוכל לפקח על טוהר הבחירות; ¹⁰⁷ בית המשפט לא יוכל להגן מפני פגיעות בזכויות יסוד חוקתיות. ¹⁰⁸

השופטת רונן כתבה כי הפגיעה בשלטון החוק, בעקבות תיקון מס' 3, תתבטא בכך שבית המשפט לא יוכל לפקח באופן אפקטיבי על המינוי וסיום הכהונה של שומרי הסף. ¹⁰⁹

השופטת ברון כתבה שתיקון מס' 3 יחסום פיקוח של בית המשפט על המינויים בשירות המדינה; ¹¹⁰ על התנהגות הממשלה בתקופת בחירות; ¹¹¹ ימנע פיקוח על הגנת הסביבה ומשאבים ציבוריים, במיוחד לשם הגנת האינטרסים של הדורות הבאים; ¹¹² יפגע ביכולתו של בית המשפט להגן על זכויות האדם של האזרחים. ¹¹³

השופטת ברק-ארז כתבה: "שלטון החוק משמעו שלטון החוק גם בממשלה ובשריה. על כן, הגבלת האפשרות לפנות לערכאות שיפוטיות על מנת לבחון את סבירותה של החלטה שהתקבלה על ידי הממשלה או שריה, כאשר זו משליכה על עניינם של פרטים, פוגעת פגיעה אנושה בשלטון החוק". ¹¹⁴

ב. תכניו של מושג שלטון החוק (1) שלטון החוק: התפיסה הקלאסית: דייסי

¹⁰⁶ פסקה 97.

¹⁰⁷ פסקה 99.

¹⁰⁸ פסקה 99.

¹⁰⁹ פסקה 35.

¹¹⁰ פסקה 28.

¹¹¹ פסקה 29.

¹¹² פסקה 30.

¹¹³ פסקה 30.

¹¹⁴ השופטת ברק-ארז, פסקה 28.

ראשיתו של מושג שלטון החוק בעידן המודרני בספרו הגדול של אלברט ון דייסי "הקדמה ללימוד המשפט החוקתי", שפורסם לראשונה בשנת 1885.¹¹⁵ מאז התפתחו תפיסות שונות באשר למושג, וקיימים ביניהן הבדלים ניכרים.¹¹⁶

דייסי טען שרכיב ייחודי של החיים באנגליה, משך דורות רבים, הוא שהיחסים שבין האזרחים והמדינה נשלטים על ידי מושג "שלטון החוק", או "עליונות המשפט". דייסי הגדיר את מושג שלטון החוק כמובנו באנגליה כמורכב משלושה עקרונות גדולים:

ראשית, העקרון ששום אדם לא יסבול עונש או פגיעה בגופו או ברכושו, אלא אם כן נקבע בבית משפט שהוא עבר על החוק. קיומו של עקרון זה מנוגד למצב שבו מופעלת על אזרח כפיה מכוחו של שיקול דעת נרחב ושרירותי, כתב דייסי.

עקרון זה הוא בעל חשיבות עליונה למניעת מצב של עריצות, שבו המדינה מפעילה כפייה ואלימות כלפי אזרחיה על פי רצונה ובחירתה, ושלא במסגרת החוק. (ראו גם הדיון שלהלן.) מרגרט ג'יין רדין כותבת שכאשר אנחנו אומרים ששלטון החוק פירושו ש"חיייהם של בני אדם נשלטים על ידי החוק ולא על ידי בני אדם" בעלי כוח, אנחנו מתכוונים לעיקרון הזה.¹¹⁷

שנית, העקרון של שוויון הכל בפני החוק. על פי עקרון זה, כל אדם, בלא קשר למעמדו או לתפקידו, החל בראש הממשלה וכלה בפקיד מנהל זוטר, כפוף לדרישות החוק ולסמכותם של בתי המשפט.

עקרון זה הוא שרלוונטי לתיקון מס' 3 של חוק יסוד: השפיטה, שנדון בפסק הדין בעניין הסבירות: התיקון ביקש לשחרר את הממשלה, ראש הממשלה והשרים מכפיפותם לנורמה שהתקיימה במשפט המנהלי הישראלי החל מקום המדינה לשם פיקוח על ההחלטות של רשויות המדינה, ושהפכה מרכזית במשפט המנהלי שלנו בראשית שנות השמונים של המאה העשרים.

שלישית, דייסי טען שמה שייחודי בשלטון החוק האנגלי הוא שעקרונותיו הם תוצר של הכרעות של בתי המשפט והפרלמנט, ולא של מסמך חוקתי מוגדר.

A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* Part II (8th ed.,¹¹⁵

1915)

Martin Krygier, "Four Puzzles about the Rule of Law: Why, What, Where? And¹¹⁶

Who Cares?", in *Getting the Rule of Law – Nomos* L 64, 67, 73, 81, 91 (James E. Fleming ed., 2011)

Margaret Jane Radin, "Reconsidering the Rule of Law", 69 *BU L. Rev.* 781, 781¹¹⁷

(1989) 781

2. שלטון החוק והגנת החירות

העיקרון הראשון בתפיסת שלטון החוק של דייסי מכוון להבטיח שלא יתקיים מצב שבו חירותם של האזרחים תיפגע בגלל פעולה אלימה ושרירותית של המדינה נגדם. מושג החירות ממלא תפקיד מרכזי במסגרת תפיסות אחרות של שלטון החוק, כאלו שמתמקדות ברשויות המנהל של המדינה, ומבקשות למנוע מצב שבו רשויות אלה פועלות באופן המסכל את דרכי הפעולה שאותם בחרו האזרחים כדי לממש את האוטונומיה שלהם. אנדרו אלטמן כותב שמושג שלטון החוק הוא בעל מרכזיות בתיאוריות של הוגים ליברלים משום שהוא מגן על הערך המרכזי של הליברליזם: החירות, ועל הערכים שקשורים בחירות, כמו סובלנות, אינדיבידואליות, פרטיות וקניין פרטי.¹¹⁸

(א) לון ל. פולר

תפיסה של שלטון החוק שאמורה להבטיח את החירות ניתן למצוא בספרו של לון ל. פולר "מוסריות המשפט", המהווה תרומה מרכזית לחשיבה על מושג שלטון החוק במאה העשרים.¹¹⁹

פולר מונה שמונה מידות טובות שצריכות להתקיים במערכת משפט כדי שהיא תיחשב ראויה: ראשית, כלליות, היינו הדין אמור להיות עשוי ממערכת של כללים שאמורים לחול על מקרים ספציפיים שנופלים לגדרי הכללים. שנית, בהירות, היינו התכנים של כללי המשפט צריכים להיות ברורים לאלה שאמורים לציית לכללים. שלישית, היעדר סתירות, היינו הכללים צריכים להיות כאלה שאלו הכפופים להם לא ייתבעו לעשות באותן נסיבות מעשים סותרים.¹²⁰ רביעית, מודעות, היינו הכללים צריכים להיות גלויים ומפורסמים, באופן שאלו שיידרשו לציית להם יידעו מה נדרש מהם כדי לעמוד בדרישות הכללים. חמישית, צפייה לעתיד, היינו היעדר תחולה רטרואקטיבית של הכללים על פעולות. שישית, יציבות, היינו היעדר שינויים תדירים מדי בתכני הכללים באופן שמקשה על אלו שצריכים לציית לכללים ללמוד את תכניהם. שביעית, ריאליות, היינו הכללים צריכים לתבוע מהאזרחים רק התנהגויות שהן בגדר האפשר, או, בניסוח אחר, הכללים צריכים לתבוע מאלו שהם מופנים אליהם רק התנהגויות שניתן בסבירות לקיימן. שמינית, אכיפה, היינו הכללים צריכים להיאכף בהקפדה על ידי בתי המשפט, המשטרה, ושאר מוסדות המדינה.

¹¹⁸ Andrew Altman, *Critical Legal Studies – A Liberal Critique* 12-13 (1993)

¹¹⁹ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Part II) 1964

¹²⁰ מחברים הנמנים על הזרם של לימודי המשפט הביקורתיים (CLS) טענו שהמשפט הליברלי

אינו מסוגל לעמוד בהצלחה בערך מרכזי שלו, שלטון החוק, בגלל היעדר הדטרמיניזם (ההיקבעות) שלו, היינו היותו מכיל תכנים סותרים. ראו: אלטמן, הערה 118, בעמ' 14-15.

תפיסת שלטון החוק של פולר הוצגה כפורמליסטית, היינו כבעלת זיקה חלשה יחסית לעקרונות מהותיים.¹²¹ מרגרט רדין, למשל, טוענת שאם משטר נאצי היה מעוניין לממש את מטרותיו באמצעות כללים, הוא היה מיטיב עשות לו היה מציית לשמונה המידות הטובות של פולר.¹²² ואולם צריך לזכור שגם משפט פורמליסטי, כזה המצניע את המימד הערכי של המשפט, מגלם תמיד ערכים,¹²³ והערך המרכזי הגלום בשמונה המידות הטובות של פולר הוא ערך החירות, שהוא תנאי מוקדם ליכולתם של בני אדם לחיות חיים אוטונומיים.¹²⁴

אכן, ג'רמי וולדרון כותב שעל פי תפיסות של שלטון החוק כגון אלו של פולר "הדבר החשוב ביותר שבני אדם צריכים מהחוק שחל עליהם הוא ודאות ויכולת ניכוי בעת שהם מנהלים את חייהם ואת עסקיהם. ... הידיעה מראש כיצד החוק יפעל מאפשרת לתכנן תוכניות ולפעול בהתאמה לדרישות החוק. ... שלטון החוק מופר כאשר נורמות המוחלות על ידי אנשי המדינה אינן תואמות לנורמות שפורסמו עבור האזרחים, או כשאנשי המדינה פועלים על פי שיקול הדעת האישי שלהם, ולא בהתאם לנורמות שנוצרו מראש."¹²⁵

(ב) ג'ון רולס

ג'ון רולס מציג תפיסה של שלטון החוק שהיא קרובה לזו של פולר, וקושר אותה במפורש לערך של הגנת החירות.¹²⁶ "שלטון החוק קשור באופן הדוק לחירות", הוא כותב, היינו בהיעדר שלטון החוק נפרצים גבולות החירות, ונמנעת האפשרות לפעולה שהיא חסינה מפני התערבותם של אחרים. לדברי רולס, שלטון החוק מתקיים כאשר כללים ברורים ומיודעים, שניתן בסבירות לקיימם, מוחלים באופן מתמשך, באי-משוא פנים, שלא באופן רטרואקטיבי, באופן שמקרים דומים זוכים להחלה של אותו כלל משפטי עצמו, היינו תוך היעדר שרירותיות, וכאשר הכללים מופעלים על ידי שופטים, השופטים נהנים מעצמאות. (רולס קורא לתפיסתו זו של שלטון החוק "צדק כרגולריות").¹²⁷ (כזכור, טענתו שתוכנית ההפיקה המשטרית של יריב לוין ביקשה לפגוע בעצמאות השופטים בדרך של הכפפתם למערכת הפוליטית. התוכנית חתרה אפוא

¹²¹ Jeremy Waldron, "The Rule of Law and the Importance of Procedure", in *Getting*

the Rule of Law – Nomos L 3, 4 (James E. Fleming ed., 2011), הערה 115, בעמ' 786.

¹²² רדין, הערה 117, בעמ' 786.

¹²³ מנחם מאוטנר, *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993).

¹²⁴ מנחם מאוטנר, *אוטונומיה ושגשוג: לקראת ליברליזם סוציאל-דמוקרטי* 83-84 (2021).

¹²⁵ וולדרון, הערה 121, בעמ' 21.

¹²⁶ John Rawls, *A Theory of Justice* 235-243 (1971)

¹²⁷ ראו גם קריגייר, הערה 116, בעמ' 96 (הבטחת אוטונומיה מוסדית לבתי המשפט היא רכיב

מרכזי במפעל של השלטת שלטון החוק).

תחת עקרון שלטון החוק). עם זאת, רולס מודה בכך שתפיסה רזה של שלטון החוק עשויה לחול גם על כללים שהם בלתי צודקים. רולס כותב עוד שכאשר מתקיים שלטון החוק, מסולק החשש שהממשלה אינה אוכפת על אחרים את החיובים החלים עליהם (היינו נוצרת דמורליזציה). כמו כן, לדבריו, כללים המופעלים בגדרי שלטון החוק מאפשרים שיתוף פעולה וקואורדינציה.

(ג) פרידריך הייק

גם פרידריך הייק מציג תפיסה שעל פיה שלטון החוק אמור להבטיח את חירויות האזרחים מפני התערבות של הממשלה בחייהם. לדבריו, מושג שלטון החוק, שאמור לקבוע כיצד צריך להיות המשפט בחברה חופשית, הוא הישג חשוב של מדינות המערב.¹²⁸

הרכיבים של שלטון החוק שהייק מונה הם:

ראשית, הפעלת אמצעי כפייה של המדינה כלפי האזרחים רק בהסתמך על כללים ודאיים שפורסמו. הכללים אמורים למנוע מהמדינה הפעלת אמצעי כפייה בשרירות. לגבי הפרסום, הייק מצטט את המימרה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". כללים ודאיים שפורסמו אמורים לאפשר לאזרחים לחזות מה תהיינה התוצאות המשפטיות של מעשיהם, וגם לשתף פעולה אלו עם אלו כדי לקדם את ענייניהם הכלכליים והאחרים, כותב הייק.

לדברי הייק, מי שאמורים להכריע בשאלה אם יש מקום להפעיל אמצעי כפייה על אזרח הם בתי המשפט. הייק כותב כי שום דבר לא גרם לשגשוגו של המערב יותר מאשר עמידתו בדרישה הזו. הוא מוסיף כי אם החקיקה מורכבת מכללים ברוח עקרון שלטון החוק, מקרים רבים כלל אינם נדרשים להגיע להכרעתם של בתי המשפט, משום שידוע מראש מה יפסקו בתי המשפט. (לדברי הייק, כאשר הממשלה פועלת בעניינים שמעבר לאכיפה פלילית, היא נהנית מחופש פעולה, ואין היא מוגבלת באופן הזה).

שנית, הכללים צריכים להיות כלליים, היינו הם אינם אמורים לחול על בני אדם, מקומות ועצמים פרטיקולריים. בניסוח אחר, לא ייתכנו חריגים המונעים משיקולים זרים. הייק מבחין בין פקודה, המופנית לאדם פרטיקולרי, לבין חוק, המופנה לקבוצה בלתי ידועה מראש של אזרחים. ברוח העיקרון השני של דייסי, הוא כותב שגם בעלי הכוח על פי החוק אמורים להיות כפופים לחוק, והדבר אמור לצמצם את הסכנה של עריצות.

שלישית, הכללים צריכים לחול באופן שווה על כל מי שבאופן ענייני צריך להיחשב נופל לגדרי הכללים.

Eugen Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, chapter 14 (1960) ¹²⁸ ראו גם:

F. Miller, *Hayek's The Constitution of Liberty Part II* (2010).

רביעית, הכללים צריכים להיות פרוספקטיביים, היינו לא תיתכן חקיקה רטרואקטיבית.

חמישית, קיימת הפרדת רשויות בין הרשות המחוקקת והרשות השופטת.

שישית, נדרש שהשופטים יפעלו בעצמאות מהממשלה.

לדברי הייק, כאשר השופטים דנים בפעולות הממשלה, הם צריכים לברר אם הממשלה פעלה במסגרת הסמכויות שהדין היקנה לה, ואם הממשלה פעלה כפי שניתן היה להניח שהחוק ציפה ממנה לפעול. (במילים אחרות, הייק חושב במונחים של "עקרון חוקיות המינהל" והלכת וודנסבורי, ששלטו במשפט המינהלי הישראלי עד ראשית שנות השמונים של המאה העשרים). הייק כותב שעם עליית המדינה הברוקרטית, עיקר הפגיעה בחירות האזרחים עלולה לנבוע ממעשי המינהל של המדינה.

הייק דן בדרישה המהותית שהחוקים יהיו צודקים, ודוחה אותה. לדבריו, די בדרישה שהחוקים יהיו כלליים.

הייק מכיר בכך שתיתכן חקיקה שקובעת נורמות מסוג סטנדרד,¹²⁹ היינו חקיקה המצפה מבתי המשפט להשלים את קביעת תוכן החקיקה. כמו כן, הוא מכיר בכוח היוצר של בתי המשפט. לדבריו, במלאם חללים, על השופטים לגזור פתרונות מתוך העקרונות הכלליים העומדים ביסוד מערכת המשפט ומתוך מכלול התכנים של המשפט.

(ד) יוסף רז

גם יוסף רז רואה את עיקר החשיבות של שלטון החוק בכך שהוא מאפשר לבני אדם לתכנן את מעשיהם. רז מתמקד בדרישת היידוע ובדרישת הבהירות של תכני המשפט, וכותב שעל פי עקרון שלטון החוק "נדרש שהחוק יהיה כזה שבני אדם יוכלו להיות מונחים על ידי תכניו. ... אם יש לציית לחוק, על החוק להיות מסוגל להנחות את ההתנהגויות של אלו שאליהם הוא מופנה. על החוק להיות כזה שנמעניו יהיו מסוגלים לאתר את תכניו ולפעול על פיהם".¹³⁰

(ה) ג'רמי וולדרון

¹²⁹ מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של

החקיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 321.

¹³⁰ Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue", in *The Authority of Law* 213-214

(1979) ההדגשה במקור.

ג'רמי וולדרון מונה את שמונה המידות הטובות של פולר, ומציע להשלימן בעשר דרישות שהוא קורא להן "פרוצדוראליות"¹³¹. עשר הדרישות האלה הן בעצם פיתוח של העיקרון הראשון בתפיסת שלטון החוק של דייסי, זה שעל פיו לא ניתן לפגוע בגופו או ברכושו של אדם בלא שייקבע בבית משפט כי הוא עבר על החוק (אכן, וולדרון מונה את מה שצריכות להיחשב הערובות הפרוצדוראליות העומדות לנאשם בהליך הפלילי): ראשית, דיון בפני טריבונל שפועל באי-משוא פנים, ומכריע בהסתמך על ראיות. שנית, הליך המתקיים בפני אדם שעבר הכשרה משפטית, והוא עצמאי מרשויות הממשלה האחרות.¹³² שלישית, ייצוג על ידי עורך דין להגנתו של מי שעומד להיפגע על ידי המדינה. רביעית, מי שעומד להיפגע על ידי המדינה רשאי לנכוח בכל שלבי ההליך. חמישית, מי שעומד להיפגע על ידי המדינה רשאי לחקור עדים. שישית, העדויות המובאות על ידי המדינה נאספו בדרך כשירה. שביעית, מי שעומד להיפגע על ידי המדינה רשאי להביא עדים להגנתו. שמינית, מי שעומד להיפגע על ידי פעולת המדינה רשאי לטעון טיעונים להגנתו. תשיעית, מי שטריבונל קיבל החלטה הפוגעת בו צריך לקבל הנמקה התומכת במסקנת הטריבונל. עשירית, מי שטריבונל קיבל החלטה הפוגעת בו רשאי לערער לערכאה גבוהה יותר.

3. שלטון החוק והליברליזם של המלחמה הקרה

סמואל מויין כותב על "הליברליזם של המלחמה הקרה"¹³³. מויין מתייחס לשורה של הוגים אמריקאים, שבעקבות הפשיזם והזוועות של גרמניה בשנות השלושים והארבעים, ובעקבות הפשעים של סטלין, פיתחו ליברליזם שרואה במדינה איום על אינטרסים חיוניים של היחיד, ולפיכך מציב כערך העליון של הליברליזם את חירות היחיד, וחותר להגבלת כוחה של המדינה. מויין מאשים את ההוגים האלה בנטישת האידיאלים הנאצלים של הנאורות, שחתרו לשיפור חייהם של בני האדם, ושבשנות השלושים והארבעים התגלמו בין השאר בפעולה הפוליטית של הנשיא רוזוולט.

דוגמא לליברליזם מהסוג הזה ניתן למצוא במאמר מפורסם של ג'ודית שקלאר "הליברליזם של הפחד"¹³⁴. נקודת המוצא של שקלאר היא שהערך העליון שהליברליזם אמור לקדמו הוא החירות. החירות נחוצה כדי לאפשר לכל אדם לקבל החלטות רבות ככל האפשר באשר לחייו, וגם כדי לאפשר לבני אדם פיתוח של הפוטנציאלים הטמונים בהם, היא כותבת. "האמונה הזאת היא המשמעות המקורית של

¹³¹ וולדרון, הערה 121, בעמ' 5-6.

¹³² לנקודה זו ראו גם: רז, הערה 130, בעמ' 216-217. כפי שטענתי לעיל, ההפיכה המשטרית של

יריב לויין ביקשה לפגוע בעקרון העצמאות של מערכת המשפט.

Samuel Moyn, *Liberalism Against Itself - Cold War Intellectuals and the Making of* ¹³³

Our times (2023)

Judith N. Shklar, "The Liberalism of Fear", in *Liberalism and the Moral Life* (Nancy ¹³⁴

L. Rosenblum ed., 1989) 21

הליברליזם, וגם המשמעות היחידה של הליברליזם שניתן להגן עליה.¹³⁵ היא מוסיפה עוד ש"שלטון החוק הוא העקרון המקורי הראשון של הליברליזם".¹³⁶ לדבריה, האיום הגדול על החירות בא מצד המדינה. אמנם קיימים סוגים רבים של דיכוי שמקורם בחיים החברתיים, ואולם אף אחד מהם אינו יכול להתחרות ברוע ובאכזריות שמסוגלת לנקוט המדינה. היעד העליון של הליברליזם, על פי הליברליזם של הפחד, אמור להיות אפוא יצירת התנאים שיגנו על בני האדם מפני הפעלה של רוע ואכזריות על ידי המדינה כלפי אזרחיה. ייתכן שקיימות גרסאות מרוממות נפש יותר של הליברליזם מאשר הליברליזם של הפחד, כותבת שקלאר, ואולם אף אחת מהן אינה נחוצה בדחיפות כמו הליברליזם של הפחד. ואחד התנאים הראשוניים להבטחת החירות, לדבריה, הוא ממשלה בעלת כוחות מוגבלים.

מוין אינו מזכיר במפורש את הזרם הליברלי שקראתי לו "הליברליזם של השגשוג" (והידוע גם כ"ליברליזם סוציאלי" או "סוציאליזם ליברלי").¹³⁷ זרם זה הוא הזרם הגדול השני בליברליזם של המאות האחרונות, לצד הליברליזם של האוטונומיה, ועל פיו אידיאל החיים הטובים הוא פיתוח ומימוש מרביים של יכולות אנושיות, בראש ובראשונה היכולות האינטלקטואליות והמוסריות. הזרם הזה אינו תופס את המדינה כמקור לאיום וסכנה, אלא להפך, כסוכן מוסרי חשוב, שבכוחו לפעול לשיפור חייהם של בני האדם, והציפיות שלו מהמדינה חופפות אפוא לציפיות של הסוציאל-דמוקרטיה מהמדינה. עם זאת, מוין מתייחס לקיומו של הזרם הליברלי הזה פעמים אחדות בספרו, אף כי לא במפורש ולא בהרחבה, ויוצא נגד נטישת האידיאלים שלו על ידי הליברלים של המלחמה הקרה.

צריך לראות את התפיסות של שלטון החוק שנדונו בפסקאות הקודמות כמגלמות את הליברליזם של המלחמה הקרה, וכמי שבמידה רבה נוצרו בתנאים ההיסטוריים של הליברליזם הזה או של מורשתו. אכן, רובין ווסט כותבת שהתפיסות האלה תופסות את המדינה כמקור לרוע ולפגיעה ביחיד, ורואות לנגד עיניהן פעילות כלכלית בשוק.¹³⁸

במקום אחר טענתי שתפיסות ברוח הליברליזם של השגשוג יהפכו את המשפט המינהלי לענף שחיבתו במשפט גדולה במיוחד.¹³⁹ אני סבור שאם מאמצים את הגירסה הזו של הליברליזם, נדרש פיתוח חדש של מושג שלטון החוק. אני סבור שעיקריו של המושג הזה צריכים להילקח מעקרונות היסוד

¹³⁵ שם, בעמ' 21.

¹³⁶ שם, בעמ' 37.

¹³⁷ מאוטנר, אוטונומיה ושגשוג, הערה 124.

Robin West, "The Limits of Process", in *Getting the Rule of Law – Nomos L* 32, 34, ¹³⁸

44 (James E. Fleming ed., 2011)

¹³⁹ מאוטנר, אוטונומיה ושגשוג, הערה 124, בעמ' 192-193; מנחם מאוטנר, "פתח דבר:

ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי", עיוני משפט לו 7, 68 (2013).

של המשפט המינהלי: עקרון חוקיות המנהל, שעל פיו רשות מנהלית רשאית להפעיל רק את הכוחות שהמחוקק הקנה לה; פעולה של הרשות אמורה לעמוד באמות המידה של סבירות, בין אם במובן של סבירות המופרכות (וודנסבורי) או במובן של הסבירות האיזונית (דפי זהב); בתי המשפט אמורים לפקח על רשויות המנהל, ולוודא שהן פועלות בגדרי הסמכות שלהן, ובסבירות. את העקרונות האלה צריך להשלים בשורה של עקרונות פרוצדורליים, שיבטיחו השתתפות של הציבור בתהליכי קבלת ההחלטות של המנהל, וגם הבטחה של זכות הטיעון לציבור קודם לנקיטה של המנהל בצעדים שעשויים להשפיע על הציבור.

ועם זאת, לצד התמיכה שלי בליברליזם של השגשוג, אני מציע להתייחס ברצינות לליברליזם של הפחד של שקלאר. שקלאר טוענת, בצדק, שלא הייתה מדינה שלא נהגה במידה קטנה או במידה גדולה של רוע ואכזריות כלפי אזרחיה. ישראל נוהגת ברוע ובאכזריות זה שנים במי שאינם אזרחיה, היינו תושבי השטחים. אבל מצבם של הדמוקרטיה הליברלית וזכויות האדם בישראל – שביר. קיימים בחברה ובפוליטיקה של המדינה כוחות משמעותיים ששוללים את ערכי הדמוקרטיה הליברלית וזכויות האדם, ומבקשים להשליט במדינה תפיסות לאומניות ודתיות, ששוללות את ערכי הליברליזם וזכויות האדם, או לפחות מבקשות להקנות להם מקום צנוע בחיי המדינה. (כך, כל חמשת שותפות הליכוד בממשלה שהוקמה בסוף 2022 שוללות את תרבות המערב; שוללות את הדמוקרטיה הליברלית; מבקשות להשליט במדינה תיאוקרטיה). המשנה של חלק מהכוחות האלה היא גזענית, ואף טרנספריסטיט.¹⁴⁰ ניתן להניח שהתפתחויות דמוגרפיות והמשך מצב המלחמה עם העם הפלסטינאי יגרמו להתחזקות ניכרת בכוחם של הכוחות האלה, אפילו עד כדי השתלטות על השלטון במדינה. בנסיבות האלה, טוב יעשו הליברלים הישראליים אם ישמרו תפיסות של הליברליזם בנוסח הליברליזם של הפחד כחלק מהמאגר האינטלקטואלי שהם נסמכים עליו עת שהם פועלים להגנתו של הליברליזם הישראלי.

4. שלטון החוק והפוזיטיביזם המשפטי

לתפיסות של שלטון החוק בנוסח פולר, הייק ודומיהם, זיקה הדוקה לפוזיטיביזם המשפטי. הפוזיטיביזם של ה.ל.א. הארט יכול לשמש דוגמא טובה.

התפיסות האמורות מניחות שהמשפט מורכב מכללים. כך גם הפוזיטיביזם של הארט. על פי הארט, המשפט מציג עצמו למתבונן בו בצורה ברורה, קרי: בדמותם של כללים שקל לעמוד על תוכנם ולדעת איזו התנהגות אמורה להינקט על פיהם כדי להשיג את התוצאות המשפטיות הנקובות בהם. לדבריו, "חיי המשפט מורכבים במידה נרחבת מאוד מן ההדרכה שבעלי תפקידים ויחידים כאחד מסוגלים למצוא בכללים קבועים ... שאינם מצריכים אותם להפעלת שיפוט בכל מקרה ומקרה מחדש".¹⁴¹ ברוח

¹⁴⁰ מנחם מאוטנר, למות ולהרוג בשביל מדינה (רב-תרבותית) פרק ז' (2023).

¹⁴¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961) 132

התפיסות דלעיל של שלטון החוק (פולר, הייק ודומיהם), הארט כותב שאחד היעדים של כל שיטת משפט הוא לייצר "כללים מסוימים שיחידים יוכלו להחילם על עצמם בביטחון בתחומים נרחבים של פעילותם".¹⁴²

עמדתו של הארט, לפיה המשפט עשוי כללים שאין בעייתיות באיתור תוכניהם, חלה גם על המשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט. לדבריו, "אין מקום להטיל ספק בכך שבשטחים נרחבים ומרכזיים של המשפט, פעולתם של בתי המשפט נשלטת על ידי כללים".¹⁴³ בהמשך לכך, הארט טוען כי אף שבתי המשפט מפעילים שיקול דעת בעת שהם יוצקים תוכן קונקרטי באמות מידה עמומות, וכן בעת שהם עוסקים בהבהרת תוכניהם של חוקים או בפתחם כללים, עדיין "הן המסגרת בה הפעולות האלה של בתי המשפט מתקיימות והן התוצר הסופי העיקרי של פעולות אלה הינם כללים כלליים".¹⁴⁴ ומייד אחר כך, ברוח התפיסות דלעיל של שלטון החוק, הוא מוסיף שהכללים האלה הם "כללים שאת אופני תחולתם יכולים יחידים לראות בעצמם במקרה אחר מקרה, בלא שיצטרכו להיזקק להנחייתם או לשיקול דעתם של בעלי תפקידים".¹⁴⁵ אף שהארט מודע לכך שתוכניהם של כללים המחולצים מפסקי דין עשויים להיות שנויים במחלוקת, עדיין, לדבריו, "ברוב המקרים של המכריע של המקרים קיים בעניין זה ספק מועט בלבד".¹⁴⁶ ברוח זאת, הארט מניח שבדרך כלל שופטים מאתרים כללים קיימים ומיישמים אותם, ואינם יוצרים כללים לגבי המקרים הפרטיקולאריים שלפניהם. הוא משווה בין המשפט של חברות בלתי מפותחות לבין המשפט של חברות מפותחות, ומדבריו בהקשר זה עולה כי עמדתו היא שבתי המשפט של חברות מפותחות אינם עוסקים בדרך כלל בייצורם של כללים או בעיצובם של כללים פרטיקולאריים לגבי המקרים הנידונים על-ידם. אלא, בתי המשפט עוסקים בהחלה של כללים על עובדות, כלומר, במיון המקרים הנידונים על ידם אל תוך כללים מוכנים מראש, ובהחלה של התוצאות המשפטיות הנקובות בכללים.¹⁴⁷

עמדתו של הארט, לפיה אין בעייתיות באיתור תכניו של המשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט, באה לידי ביטוי גם בעמדתו באשר למקומו של שיקול הדעת השיפוטי בהפעלת המשפט. הארט ממקם את שיקול הדעת השיפוטי בשולי הכללים. הוא טוען כי ניתן להבחין בין שני סוגים של יחסים היכולים להתקיים בין כללים לבין המצבים העובדתיים שהכללים מבקשים להסדיר: מצבים עובדתיים הממוקמים ב"גרעין הקשה" של הכלל, דהיינו, מצבים שנקל לקבוע לגביהם בוודאות שהם נמצאים בגדר חלותו של הכלל; מצבים הנמצאים ב"מעטפת" של הכלל, דהיינו, מצבים שלגביהם, לנוכח הלשון בה הכלל מנוסח, עשוי להתעורר ספק אם הם מצויים בתחום חלותו של הכלל, או מחוצה לו. הארט מקצה לשיקול הדעת

¹⁴² שם, בעמ' 127.

¹⁴³ שם, בעמ' 50.

¹⁴⁴ שם, בעמ' 132-133.

¹⁴⁵ שם, בעמ' 133.

¹⁴⁶ שם, בעמ' 131.

¹⁴⁷ שם, בעמ' 94.

השיפוטי את אזורי השוליים של הכללים; לדבריו, אזור המעטפת הוא מקום הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי.¹⁴⁸ הארט מתעלם אפוא מתובנה ריאליסטית מרכזית, לפיה השורש העיקרי של הפעלת שיקול הדעת במשפט אינו פרשנות הלשון של כללים, אלא ריבוי החומרים המשפטיים המציעים עצמם לצורך הפתרון.

האופן בו הארט תופס את המשפט בא לביטוי גם בשורה של מקומות בספרו, שבהם הוא משווה את יחסו של המשפטן לכללי המשפט ליחסו של שחקן השחמט לכללים המסדירים את המסעים האפשריים על לוח השחמט. טענתו של הארט היא שמשפטנים דומים לשחקני שחמט מבחינה זו שכללי המשפט מחשקים את פעולתם של המשפטנים בדומה לאופן בו הכללים המסדירים את סוגי הצעדים המותרים במשחק השחמט מחשקים את מהלכיהם של שחקני השחמט.¹⁴⁹

5. שלטון החוק והפוזיטיביזם של השופט שטיין

התפיסה הפוזיטיביסטית של מושג שלטון החוק באה לידי ביטוי גם בפסק דינו של השופט שטיין, המכתיר את גישתו בשם "משפט כעובדה".¹⁵⁰ ("ובכן, זה מה שאני מבקש - עובדות. אל תלמד נערים ונערות אלה דבר מלבד עובדות", אומר גיבורו של דיקנס שפעל בתקופת הפריחה של הפוזיטיביזם. "אתה יכול לעצב את תודעתו של בעל-חיים חושב בעזרת עובדות בלבד. שום דבר אחר לא יהיה בו מועיל לגביו").¹⁵¹ השופט שטיין מוסיף ואומר על גישתו כי היא "נטועה במסורת הפוזיטיביסטית".¹⁵² ברוח התפיסות המסורתיות של שלטון החוק, השופט שטיין כותב כי "תוכנו של הדין אינו יכול להיות תלוי ברצונותיו ובערכיו האישיים של השופט או בערכיהם של האזרחים הטובים עמהם השופט מזדהה – יהיו נאורים ונעלים ככל שיהיו. מסכת הדינים שהשופט נדרש להפעיל וליישם בפסיקתו חייבת להימצא בעובדות המשפט שאינן תלויות בשופט. השאלה 'מה אומר הדין בעניין כזה או אחר?' היא שאלה עובדתית שצריכה לקבל מענה עובדתי".¹⁵³ בהמשך כותב השופט שטיין: "תוציאו את הפורמליות מתוך הפרקטיקה החברתית שנקראת 'משפט' ותמצאו את עצמכם במהרה בתוך פרקטיקה אחרת לחלוטין, שבמסגרתה

¹⁴⁸ שם, בעמ' 119.

¹⁴⁹ שם, בעמ' 55, 87, 136, 137, 142, 143. ראו גם: מאוטנר, משפט ותרבות, הערה 28, בעמ'

75-77.

¹⁵⁰ פסקה 22.

¹⁵¹ צ'רלס דיקנס ימים קשים 5 (תרגום אסתר כספי, תש"ל) (הספר ראה אור ב-1854).

¹⁵² פסקה 22.

¹⁵³ פסקה 59.

מתקבלים ונאכפים החלטות ופסקי דין של שופטים המבוססים על 'נראה לי' ועל 'לא נראה לי' – כאשר איש-איש לפי דרכו את הישר בעיניו עושה (במקרה הטוב)".¹⁵⁴

ועם זאת, בהמשך, אומר השופט שטיין שכוח החקיקה של הכנסת כפוף לעקרונות הכרזת העצמאות, "כדוגמת צדק, שוויון ומדינה יהודית", ואולם העקרונות האלה צריכים להיות מופעלים גם על ידי בית המשפט, שאמור להפעיל ביקורת שיפוטית "במקרים של חריגה ברורה מכל המובנים המקובלים של אותם עקרונות כלליים".¹⁵⁵ משמע: גישת ה"משפט כעובדה" של השופט שטיין קורסת לנוכח העובדה שהמשפט מורכב, בין השאר, מנורמות פתוחות מהסוג של סטנדרט.¹⁵⁶

אכן, השופט סולברג מציין, בצדק, כי השופט שטיין "מבקר את המבקשים להסתמך על 'עקרונות מופשטים' ובלתי כתובים, אך בסופו של דבר, גם חברי מעמיד את התשתית העל-חוקתית כולה, על עקרונות מופשטים: 'צדק', 'חירות', וכיוצא באלה". התוצאה, לפי השופט סולברג, היא, שבניגוד לצפייה של השופט שטיין, העקרונות "העמומים" ו"המופשטים" של השופט שטיין "מאפשרים לשופט היושב בדין, להגיע לכל תוצאה שבה יחפוץ". השופט סולברג מוסיף: "אם כך ננהג, נמצאנו ממירים את שלטון החוק והמשפט בשלטון השופט". ועוד אומר השופט סולברג כי "ביקורת שיפוטית מכוח עקרונות עמומים ומופשטים, יכולה להתפשט עד בלי די, בלי גבול ומידה. היא מייצרת כוח אבסולוטי לשופט היושב בדין, ובמקביל, מנטרלת את יכולתו של הריבון, העם בישראל, לסטות ימין או שמאל, מבלי שניתנה הסכמת בית המשפט לכך".¹⁵⁷ (בנקודה זו רואה אפוא השופט סולברג את המחלוקת שבפסק הדין בעניין הסבירות לא כמחלוקת בין הממשלה ובית המשפט, אלא כמחלוקת שבין העם ובית המשפט).

6. התזכורת של רובין ווסט

¹⁵⁴ התייחסותו של השופט שטיין למשפט כעובדה מקרבת את הפוזיטיביזם שלו למדעי טבע. כשם שמדעי הטבע מתמקדים בחקר המצב העובדתי של העולם הפיסי ובחקר היחסים הפנימיים הקיימים בין מרכיבים שונים של העולם הפיסי, כך מזמין הפוזיטיביזם של השופט שטיין התמקדות בחקר המצב העובדתי של העולם המשפטי, היינו בתכנים של הכללים המהווים את המשפט ובחקר היחסים הפנימיים הקיימים בין מרכיבים שונים של המשפט. במילים אחרות, כשם שהעולם הוא בגדר עובדה עבור המדען של מדעי הטבע, כך גם המשפט הוא בגדר עובדה מבחינתו של מדען המשפט בנוסח השופט שטיין.

¹⁵⁵ פסקה 70.

¹⁵⁶ מנחם מאוטנר, כללים וסטנדרטים, הערה 129. על פסק דינו של השופט שטיין ראו גם: שירי פרידמן, "נאמנים למגילת העצמאות" באופן פורמליסטי – חוות דעתו של השופט שטיין בפסק דין הסבירות, בתוך: פסק דין הסבירות – עיונים ראשונים (סוזי נבות וענת טהון אשכנזי עורכות, 2024) 157.

¹⁵⁷ פסקאות 149, 150, 151.

רובין ווסט מחוללת מפנה בדיון על שלטון החוק בהזכירה כי כוחה של המדינה אינו הכוח הפוגעני היחיד הקיים בחייהם של בני האדם; גם הכוח הפרטי של יחידים ותאגידים מסוגל לפגוע בבני האדם, ותפקיד המדינה, באמצעות המשפט שלה, הוא להגן על הצדדים החלשים במסגרת יחסי הכוח האלה. לדבריה, עלינו לשאול לא רק באילו תנאים המדינה מסוגלת לפגוע בנו, אלא גם באילו דרכים מסוגל המשפט להגן עלינו, למשל להגן עלינו מפני אלימות פרטית לסוגיה, לקיים הגינות ביחסים החוזיים שלנו, ליצור עבורנו חיים של רווחה ושלוש.¹⁵⁸

7. ג'רמי וולדרון: שלטון החוק והרכיב הארגומנטטיבי שבמשפט

ג'רמי וולדרון מחולל מפנה אחר בדיון על שלטון החוק בהעלותו את השאלה כיצד תפיסות של שלטון החוק כדוגמת אלו של פולר ורז (וולדרון קורא להן "פורמליות") מתיישבות עם הרכיב הארגומנטטיבי שבמשפט. לדבריו, קיים מתח בין תפיסות של שלטון החוק הדורשות שהמשפט יהיה עשוי כללים ושהוא יהיה ודאי, לבין הרכיב הארגומנטטיבי שבמשפט. בתוך כך, וולדרון טוען שזהו כשל של הפוזיטיביזם

¹⁵⁸ ווסט, הערה 138, בעמ' 45, 47. קריגייר, הערה 116, בעמ' 88, מאמץ את דבריה של ווסט.

בהקשר אחר, זה של התיאוריה הפוליטית, אליזבט אנדרסון מציעה גישה ברוח דבריה של ווסט – גישה של "שוויון דמוקרטי". לדברי אנדרסון, המטרה העיקרית של השוויון אינה צריכה להיות חלוקה של משאבים באופן שכל אדם יקבל את המגיע לו על פי אמות מידה של מוסר, אלא, מטרת השוויון צריכה להיות יצירתם של יחסים חברתיים שהם שוויוניים ככל האפשר – יחסים חברתיים שבהם אינה מתקיימת אופרסיה, היינו יחסים היררכיים שבהם "העליון" פוגע במידת הנגישות של "התחתון" לכבוד עצמי, לחירות, למשאבים ולרווחה. אנדרסון טוענת שיש לפעול ליתר צדק בדרך של תיקון של הנורמות החברתיות המסדירות את היחסים החברתיים, ובדרך של צמצום הפגיעה שהשוק גורם לשוויון שביחסים החברתיים. זאת, מתוך חתירה לכינונה של "קהילה של שווים", שבה מתקיימים יחסים חברתיים שבהם הכל נהנים ממידה שווה של חירות וכבוד (respect). ברוח גישתה של אנדרסון, פרנק לובט מציע גישה שהוא קורא לה "צדק כמיזעור של דומינציה". על פי גישה זו, חלוקה של טובין תיחשב צודקת אם היא מצליחה למזער או לחסל מצבים של דומינציה. דומינציה מתקיימת כאשר יחסים בין יחידים או קבוצות מתאפיינים בתלות, היינו (א) בעלויות יציאה מהיחסים מצדו של הצד הכפוף לדומינציה; (ב) בכוח חברתי, היינו בכוח של הצד העליון בדומינציה להשפיע על מה שהצד הכפוף יבחר לעשות; ו-(ג) בשרירותיות, היינו ההפעלה של הכוח על ידי הצד העליון אינה נשלטת על ידי כללים, פרוצדורות ויעדים המקובלים על הצדדים, אלא היא תלויה ברצונו של הצד העליון. השרירותיות קרובה למצב של הפעלת טרור, במובן הזה שאפילו אם הכוח של הצד העליון אינו מופעל, די בידיעה שהוא עשוי להיות מופעל כדי לכונן את טיב יחסייהם של הצדדים. לובט כותב כי כאשר הצד העליון בדומינציה מוציא מהצד הכפוף משאבים, מתקיים מצב של ניצול. מצבים של דומינציה כרוכים בדרך כלל בריטואלים של חנופה ומתן כבוד על ידי הצד הכפוף, וכן בריטואלים של חוסר כבוד והשפלה של הצד הכפוף על ידי הצד העליון.

מאוטנר, הערה, 120, בעמ' 119-122.

המודרני שהוא מתמקד ברכיב הפקודה והשליטה שבמשפט, בלא להתייחס לרכיב הארגומנטטיבי שבמשפט.¹⁵⁹

מרטין קריגייר מאמץ את הטיעון של וולדרון בדבר אופיו הארגומנטטיבי של המשפט, ואולם בניגוד לוולדרון, שיוצר דיכוטומיה בין התפיסה המסורתית של שלטון החוק לבין אופיו הארגומנטטיבי של המשפט, קריגייר קושר בין השניים. לדבריו, על פי התפיסה המסורתית אסורה הפעלה של המשפט בשרירות, ואולם כדי לעמוד בדרישה זו יש לאפשר לנמעני המשפט להשמיע את קולם קודם שהוראות המשפט מוחלות עליהם.¹⁶⁰

מרגרט ג'יין רדין מתמודדת עם האופי הארגומנטטיבי של ההליכים המתקיימים בבתי המשפט. לדבריה, ההליכים האלה יוצרים קושי לתפיסה המסורתית של שלטון החוק, המניחה שהמשפט עשוי כללים שנוצרו בבית נבחרים, והמניחה גם שהמשפט נוצר ומופעל על ידי בתי המשפט במסגרת גישה של פורמליזם משפטי (איתורו של כלל מוכן מראש והחלתו על המקרה המובא לדיון). לדבריה, בעיה זו גרמה למלומד כמו רונלד דבורקין להשקיע אנרגיה אינטלקטואלית רבה במאמץ להראות שבתי המשפט אינם גופים שיוצרים משפט. (לדברי רדין, דבורקין כשל במשימתו, ואילו ה.ל.א. הארט מודה אמנם שבמקרים קשים בתי המשפט יוצרים משפט, ואולם, כפי שהראיתי לעיל, לדעתו המקרים הקשים אינם שכיחים במשפט). רדין כותבת שמושג שלטון החוק במובן של הישלטות האזרחים על ידי המשפט, לא על ידי בני אדם, הוא רעיון חשוב שיש לשמרו, ואולם נדרש עידכון של הבנתו את מה שקורה במשפט: המשפט אינו פועל בגדרו של הפורמליזם המשפטי, ובמרכז הפעילות של בתי המשפט לא ניצבת ההחלה של כללים מוכנים מראש. אלא, שופטים פועלים כחלק מקהילה פרשנית העוסקת בפרקטיקה נורמטיבית שהיא הרמנויטית ופרגמטיסטית. על פי גישה זו, כאשר הקהילה הפרשנית של המשפט יוצרת כלל משפטי חדש, היא מכריזה על משהו שקיים במשפט במשתמע.¹⁶¹

8. פסק הדין בעניין הסבירות ועקרון שלטון החוק – פעם נוספת

ציינתי כי מבין התפיסות השונות של מושג שלטון החוק, זו שרלוונטית לפסק הדין בעניין הסבירות היא התפיסה המגולמת בעקרון השני של דייסי: העקרון של שוויון הכל בפני החוק, שעל פיו כל אדם, בלא קשר למעמדו או לתפקידו, החל בראש הממשלה וכלה בפקיד מנהל זוטר, כפוף לדרישות החוק ולסמכותם של בתי המשפט. תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה ביקש לשחרר את הממשלה, ראש הממשלה והשרים מכפיפותם לנורמה שהייתה חלק מהמשפט המנהלי הישראלי החל מקום המדינה, ושנעשתה נורמה

¹⁵⁹ וולדרון, הערה 121, בעמ' 20-22.

¹⁶⁰ קריגייר, הערה 116, בעמ' 78-79.

¹⁶¹ רדין, הערה 117, בעמ' 813-817.

מרכזית במשפט המנהלי מאז שנות השמונים של המאה העשרים כאמצעי לפיקוח על תכני ההחלטות של מנהל המדינה.

ואולם, אם מקבלים את התפיסות המסורתיות של מושג שלטון החוק, כגון אלו של פולר והייק, היינו תפיסות המניחות שתכליתו העיקרית של שלטון החוק היא יצירת תנאי החירות בחייהם של האזרחים, ושהדבר החשוב ביותר שאזרחים זקוקים לו מהמשפט הינו שהמשפט יאפשר להם יכולת תכנון וודאות בניהול חייהם, כי אז שופטי בית המשפט העליון המדברים על שלטון החוק ייקלעו לקושי. זאת, משום שכפי שהראיתי בחלק השני של מאמר זה, בניגוד לתפיסה זו של שלטון החוק, בפסק הדין בעניין הסבירות ניתן למצוא לא פחות מארבע גישות שונות בקרב 15 שופטיו של בית המשפט בסוגיית המשך מעמדה של דוקטרינת הסבירות במשפט המנהלי שלנו.

יתר על כן, כפי שהראיתי לעיל, בין השופטים קיים חוסר הסכמה באשר להיסטוריה של דוקטרינת הסבירות במשפטנו. חלק מהשופטים סברו שפסק הדין דפי זהב היה פסק דין מהפכני שסימן קו פרשת מים בהתפתחות הדוקטרינה, היינו הוא פתח תקופה חדשה באשר לתכני הדוקטרינה.¹⁶² לעומת זאת, שופטים אחרים הציגו את פסק דין דפי זהב כשלב אחד נוסף בהתפתחות הדוקטרינה במשפט הישראלי, היינו על פי שופטים אלו החלוקה של ההיסטוריה של דוקטרינת הסבירות לשתי תקופות – תקופת וודנסבורי (סבירות במובן של מופרכות) ותקופת דפי זהב (הסבירות האיזונית) – היא שגויה, ויש לראות את ההיסטוריה של הדוקטרינה בשבעים וחמש שנות המשפט כהיסטוריה של התפתחות אורגנית אחת.¹⁶³

ואם לא די בכך, שופטי הרוב, שביססו את החלטתם בין השאר על הפגיעה של תיקון מס' 3 בעקרון שלטון החוק, צידדו בהמשך קיומה על דוקטרינת הסבירות האיזונית, ואולם בדוקטרינה הזו טבועה אי ודאות קשה, משום שהדוקטרינה אינה מסוגלת לומר מראש אילו שיקולים צריך בית המשפט לשקול כאשר הוא מפעיל את מבחן הסבירות, ומה המשקל שעליו לתת לכל אחד מהשיקולים האלה.¹⁶⁴

במקומות אחרים טענתי שהמשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט הוא מערכת תרבותית.¹⁶⁵ כמו כן טענתי שתהליכי קבלת ההחלטות המתקיימים בבתי המשפט של המשפט המקובל דומים לתהליכי קבלת ההחלטות על פי דגם התבונה המעשית האריסטוטליאני (ולכן תהליכי קבלת ההחלטות במשפט רוויים בחוסר הסכמה בין השופטים).¹⁶⁶ אם מקבלים את התפיסות האלה של המשפט, מבינים שברוח גישותיהם

¹⁶² השופטת וילנר, פסקאות 12, 13, 14, 44; השופט עמית, פסקה 41; השופטת כנפי-שטייניץ,

פסקאות 19, 21; השופט פוגלמן, פסקה 15; השופט כבוב, פסקה 52; השופט סולברג, פסקה 186.

¹⁶³ השופטת חיות, פסקה 127; השופטת רונן, פסקאות 10, 15.

¹⁶⁴ ראו: דותן, הערה 6, בעמ' 675, 683.

¹⁶⁵ מאוטנר, הערה 28, פרק ב'.

¹⁶⁶ מנחם מאוטנר, "אי-הסכמה בפוליטיקה ובמשפט", בתוך: ספר אשר גרוניס 395 (ק' אזולאי

ואח' עורכים, 2022). אפשר לפרק את תהליך קבלת ההחלטות הערכיות המתקיים על פי הדגם הזה

של וולדרון ו-רדין, יש להוסיף לצד התפיסה המסורתית של שלטון החוק (הכוללת גם את גישתו של השופט שטיין; גישה המניחה שהמשפט עשוי כללים, שתכליתם לאפשר חיים אוטונומיים המבוססים על תכנון), תפיסה נוספת, המתאימה לדרכי קבלת ההחלטות במשפט המקובל. תפיסות כאלה לא יצפו לכך שבמשפט של בתי המשפט תימצא תמיד תשובה אחת מוכנה מראש. אלא, הן יניחו ששלטון החוק מתקיים במשפט של בתי המשפט במובן של גזירת פתרונות משפטיים מתוך מתחמים מוגדרים של תכנים, המאפשרים דרכים שונות של חשיבה והנמקה, וגם פתרונות משפטיים, שכולם יכולים להיחשב קבילים במסגרת שיטת המשפט, אף כי הם אינם עומדים באמת המידה של דטרמיניזם (היקבעות), היינו הם אינם מסוגלים להוליד פתרון משפטי אחד שרק הוא ייחשב הפתרון המשפטי ה"נכון".¹⁶⁷

לחמישה שלבים. (עם זאת, ראוי לשים לב: למען הצגת הדברים אני מפרק את התהליך לשלבים, אבל בתהליך עצמו, עת שהוא מתקיים במוחו של שופט, או משפטן בכלל, השלבים מעורבים זה בזה, ומה שחשוב עוד יותר: הם משליכים אלו על אלו.) בשלב הראשון נדרש איתורם של הרכיבים העובדתיים של המקרה, שהם רלוונטיים לצורך ההחלטה. בשלב השני נדרש איתורם של השיקולים הערכיים שהם רלוונטיים לצורך ההחלטה. בשלב השלישי נדרש פירושם של השיקולים הערכיים שאותרו כרלוונטיים לצורך ההחלטה. בשלב הרביעי נדרשת יצירת איזון בין השיקולים הערכיים שאותרו כרלוונטיים. בשלב החמישי נדרשת בחינה של השלכות ההחלטה, במידה שהיא תאומץ בעולם האמיתי. אני חושב שכעת ברור מדוע צדקו הריאליסטים האמריקנים כאשר הם טענו שאישיות השופט ממלאת תפקיד מכריע בקביעת תוכנה של ההכרעה השיפוטית, ומדוע תהליכי קבלת ההחלטות בבתי המשפט אינם מתיישרים עם התפיסה המסורתית של שלטון החוק, המניחה שהמשפט עשוי כללים, שהם ברורים. מצד אחד, תהליך ההכרעה השיפוטית הוא תהליך המורכב מכמה שלבים, שבכל אחד מהם יכולה להתקבל יותר מהחלטה אחת שתיחשב סבירה. דבר זה גורם לכך שבסיומו של התהליך יכולה להתקבל יותר מהכרעה משפטית אחת שתיחשב סבירה. מצד שני, כל שופט, כל משפטן בכלל, הוא אדם ייחודי: הוא מביא עמו לכל אחד משלבי תהליך הבחירה האמור את נטיות האופי הייחודיות שלו, את ניסיון החיים הייחודי שלו, את החינוך הייחודי שהוטבע בו, את הערכים הייחודיים שלו, ואת דרך החשיבה הייחודית שלו.

¹⁶⁷ מאוטנר, הערה 28, בעמ' 58, 182-182. ראו גם: אלטמן, הערה 118, בעמ' 54 (גם חוקים עמומים מגבילים את הכוח המדינתי; יש הבדל בין היעדר משפט לבין מצב שבו יש משפט, אבל תכנון עמומים).

הקשר נוסף שבו ננקט המושג שלטון החוק בעשורים האחרונים הוא זה של כלכלת הפיתוח של מדינות הגוש הסובייטי לשעבר ומדינות מתפתחות. כלכלני פיתוח ניאו-ליברליים קידמו את הטיעון שמדינות כאלה זקוקות להשקעות מבתוך, ואולם תנאי מוקדם לכך שהשקעות כאלה יגיעו הוא שבמדינות יתקיים שלטון החוק, במובן של ודאות בהבטחת ההשקעות, כלומר חופש הקניין, חופש החוזים, וגם הימנעות מחקיקה להגנת זכויותיהם של עובדים ולהגנת הסביבה. ראו: וולדרון, הערה 119, בעמ' 18; קריגיר, הערה 116, בעמ' 64, 73; ווסט, הערה 138, בעמ' 44.

חלק ה': סכנות

אני רוצה להצביע כעת על שתי סכנות הטמונות בשביעות הרצון של תומכי הליברליזם הישראלי מפסק הדין של בית המשפט בעניין הסבירות.

1. ההסכמים הקואליציוניים

הסכנה הראשונה היא ההסכמים הקואליציוניים. פסקי דין של בית המשפט העליון הם נקודות ציון מוגדרות ובולטות שקל להתייחס אליהן ולדון בהן. אבל מאז הקמת הקואליציה הנוכחית, במסגרתם של ההסכמים הקואליציוניים ננקטו על ידי שרי הממשלה אלפי פעולות שתכליתן לדחוק את הליברליזם מחייה של ישראל, ולהשליט במדינה ערכים יהודיים ולאומיים. בחלק מהמקרים המדובר בתקצוב פרויקטים המקדמים את מעמדם של ערכי הדתיות היהודית במדינה. קשה לעקוב אחר הפעולות האלה, משום שמספרן רב מאוד, ומשום שהן מגולמות בהחלטות בירוקרטיות שאינן גלויות לעין. אבל עלינו להבין שבעודנו "חוגגים" את פסק הדין בעניין הסבירות, עם כל חשיבותו העקרונית הרבה, הליברליזם הישראלי מוסג לאחור, רגע רגע, ב"שטח".¹⁶⁸

2. עשיית פוליטיקה בדרך של הגשת עתירות

הסכנה האפשרית השנייה בעקבות תוצאת פסק הדין בעניין הסבירות היא שהניצחון הליברלי בפסק הדין עלול לחזק עוד יותר נטייה בת עשרות שנים של הקבוצה הליברלית "לעשות פוליטיקה" בדרך של הגשת עתירות לבג"ץ.¹⁶⁹

העותרת בעתירה בעניין הסבירות, התנועה למען איכות השלטון בישראל, מילאה תפקיד מכריע, ראשון במעלה, בתהליך הנדון כאן. לפי אתר "נבו", מאז שנת 1977 ועד מועד כתיבתן של שורות אלה הגישה התנועה לא פחות מ-1,727 עתירות. בין השאר, בין השנים 2006 ועד 2010 הגישה התנועה 152 עתירות, כלומר כ-30 עתירות בשנה. בין השנים 2011 ועד 2015 הגישה התנועה 355 עתירות, כלומר כ-70 עתירות בשנה (יותר מעתירה אחת מדי שבוע). בין השנים 2016 ועד 2020 הגישה התנועה 543 עתירות,

¹⁶⁸ ראו גם: חן מענית ואח', "ההפיכה הוקפאה בגלל המלחמה, אבל הפגיעה בדמוקרטיה רק

התגברה", **הארץ** 8.1.2024.

¹⁶⁹ הצבעתי על סכנה זו לראשונה במאמר: מנחם מאוטנר, "המשפט הסמוי מן העין", 16 **אלפיים**

כלומר למעלה מ-100 עתירות בשנה (כלומר כשתי עתירות בשבוע). בין השנים 2021 ועד 2023 הגישה התנועה 551 עתירות, כלומר כ-183 עתירות בשנה (למעלה משלוש עתירות בשבוע).

מה שסייע לעותרת זו ולעותרים דומים אחרים היו התכנים החדשים של דוקטרינת המעמד של בית המשפט החל משנות השמונים של המאה העשרים, היינו ההכרה בזכות העמידה של "העותר הציבורי". כמו כן, סייעה כמובן גם ההרחבה הניכרת של דוקטרינת השפיטות של בית המשפט. במקום אחר הצבעתי על ההשלכות ההרסניות שהיו לתהליך זה על מעמדו של בית המשפט העליון בציבור ועל מידת אמון של הציבור בבית המשפט.¹⁷⁰ בשורות הבאות ברצוני להצביע על ההשלכות ההרסניות של התהליך על האופן שבו ניהלה הקבוצה הליברלית של ישראל את הפוליטיקה שלה, ובמיוחד על אפס היכולת של הקבוצה להרחיב את התמיכה באידיאולוגיה שלה לקבוצות חברתיות שמעבר לה.

הקבוצה הליברלית במדינה, זו שאני קורא לה "ההגמונים לשעבר הליברלים", מצאה עצמה החל מסוף שנות השבעים של המאה העשרים במצב שבו היא איבדה מאחזי כוח בהיקף נרחב בפוליטיקה; מאחזי כוח בהיקף נרחב בשורה של מוסדות של החברה האזרחית; התרבות של הקבוצה נמצאה מאותגרת על ידי הציונות הדתית.¹⁷¹ אני טוען שבנסיבות האלה, הקבוצה הליברלית הייתה צריכה "ללכת אל העם" ולנהל פוליטיקה של "שטח" עם "האנשים", פוליטיקה של "דפיקה על דלתות", המבוססת על יצירת "קשר עין" עם שכבות נרחבות בחברה. פוליטיקה מסוג זה היא הפוליטיקה האפקטיבית מכולן ליצירת נאמנויות פוליטיות. הבוחרים מבינים שנוהגים בהם כבוד, מתעניינים בעמדותיהם, ומבקשים להבין את עמדותיהם ולהטמיען בחשיבה ובפעולה הפוליטית. ואילו הפוליטיקאים לומדים על הבעיות האמיתיות של הבוחרים, ומתייחסים אליהן בדבריהם ובמעשיהם.

אכן, הסוציולוגים פיטר ברגר ותומס לוקמן כתבו בספרם הקלאסי מ-1967, "התיבנות החברתי של המציאות": "הקשר החשוב ביותר עם בני אדם נוצר במצבים של מפגשי פנים-אל-פנים... האחר נעשה בעבורי אמיתי במלוא מובן המילה רק כאשר אני פוגש אותו במפגש פנים-אל-פנים".¹⁷² הפילוסוף הקנדי צ'רלס טיילור כתב: "לא אחת, קשר של פנים-אל-פנים מצליח לרכז עוינויות שמקורן בסטריאוטיפים".¹⁷³ יש עשרות דוגמאות בעולם לכך שאפילו בעידן הרשתות החברתיות והמסכים אין תחליף לפוליטיקה של שטח. אביא שתי דוגמאות בולטות.

¹⁷⁰ מאוטנר, הליברליזם בישראל, הערה 37, בעמ' 98-116.

¹⁷¹ מאוטנר, משפט ותרבות בישראל, הערה 11, פרק ז'; מאוטנר, הערה 37, בעמ' 44-77.

¹⁷² Peter L. Berger and Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality: A*

Treatise in the Sociology of Knowledge (1966, 1991) 43-44.

¹⁷³ Charles Taylor, Patrizia Nanz and Madeleine Beaubien Taylor, *Reconstructing*

Democracy (2020) 23.

הדוגמא הראשונה לקוחה מהמסעות הפוליטיים של ברק אובמה.¹⁷⁴ ב-2007 התמודד אובמה בפריימריז של המפלגה הדמוקרטית נגד הילארי קלינטון. אנשי המטה שלו אמרו לעצמם "אנחנו מריצים רוק סטאר". הם צדקו. אבל הם מיהרו להוסיף: "זה לא מספיק. נדרשת פעולת שטח". הם הקימו אפוא בשיקאגו מטה מרכזי, ובמקביל הקימו עשרות מטות במדינות השונות של ארצות הברית. המטות שפעלו במדינות אוישו על ידי פעילים פוליטיים שעברו הדרכות, ועיקר הפעולה שלהם היה "לדפוק על דלתות", לדבר עם בוחרים פוטנציאליים, לגלות בהם עניין, וללמוד מהם על מה שמטריד אותם. המסרים שאותם קלטו הפעילים ברמת השטח של המדינות הועברו על ידם למטה המרכזי שבשיקאגו, תוך יצירת היזון חוזר בין המטה הזה, מצד אחד, לבין אנשי השטח שבמדינות השונות, מצד שני. ההמשך ידוע. אובמה גבר על קלינטון ונבחר להיות מועמד המפלגה הדמוקרטית בבחירות לנשיאות. ואולם המטה המרכזי שבשיקאגו והמטות שבמדינות המשיכו לפעול. הם שירתו את אובמה היטב בהתמודדות שלו מול ג'ון מקיין בבחירות לנשיאות של 2008. הם המשיכו לפעול משך כל הכהונה הראשונה של אובמה כנשיא. הם שירתו את אובמה היטב בהתמודדות שלו על הנשיאות מול מיט רומני ב-2012. הם המשיכו לפעול משך כל הכהונה השנייה של אובמה כנשיא. רבים התפעלו בזמנם ממערכת המחשוב המתוחכמת לאיתור ולפילוח של בוחרים שיצר המטה של אובמה. חשוב לזכור שמערכת זו הייתה אמורה לפעול בשירות פוליטיקת השטח של המטה.

הדוגמא השנייה היא ישראלית, וגיבורה הוא יצחק שמיר.¹⁷⁵ ב-1970 התמנה שמיר לראש מטה הארגון של הליכוד. עד אז ניהל הליכוד את הפעילות הפוליטית שלו בדרך של עצרות המונים שבהם נאם מנהיג התנועה, מנחם בגין. לשמיר לא היה יותר מדי כבוד לדרך הזו של עשיית פוליטיקה. הוא הקים עשרות סניפים של המפלגה בכל רחבי הארץ, והקפיד על כך שהם יהיו שוקקי פעילות ויקבצו אליהם אנשים רבים ככל שניתן. ב-1977 זכה הליכוד בניצחוננו הגדול בבחירות, ומאז תמיד נכללו ברשימתו לכנסת נציגים של הפריפריות (היהודיות), והוא זכה בתמיכה נרחבת בפריפריות.

Michael Ganz, "Organizing, Obama: Campaign, Organization, Movement",¹⁷⁴ *Proceedings of the American Sociological Association Annual Meeting*, August 8-11, 2009; Tom Hamburger, "Grass-roots Organizing Gives Obama an Edge", **Los Angeles Times** 9.2.2008; Scott Neuman, "How Obama Took The Battleground States", **NPR** 7.11.2012; Simon Baribeau, "5 Ways The Obama Campaign Was Run Like A Lean Startup", **The Pivot** 14.11.2012; Reid Epstein, "Organizing for Action was formed from the Campaign Group Organizing for America", **Politico** 4.6.2013; Peter Overby, "Grass-Roots Group Born of Obama Campaign Now Helps Push His Causes", **NPR** 15.4.2016.

¹⁷⁵ אורי כהן וניסים ליאון, **מרכז תנועת החירות והמזרחים, 1965-1977: משותפות אדנותית**

לשותפות תחרותית (2011).

אני חושב שכעת, אף כי באיחור של עשרות שנים, אבל אולי יותר מאשר אי פעם בעבר, מה שהקבוצה הליברלית של ישראל ("ההגמונים לשעבר הליברלים") צריכה לעשות הוא להרחיב את שורותיה, וזאת בדרך של עבודת שטח בפריפריות של ישראל.

לאורך כל שנת 2023 פיתחו אנשי הקבוצה והפגינו יכולות ארגוניות מרשימות, יצירתיות, מסירות והשקעה. בתשעת החודשים הראשונים של השנה הופנו היכולות האלה למאבק בתוכנית המהפכה המשטרית של השר יריב לוין. בחודשים שלאחר 7 באוקטובר הופנו היכולות האלה לסיוע לתושבי עוטף עזה והגליל העליון. בשני המקרים הגיעו אנשי הקבוצה להצלחות מרשימות.

אני מציע שהקבוצה הליברלית של ישראל תפעל פעולה כפולה.

ראשית, שיח עם הפריפריות: למרות ראשיתם של שינויים חיוביים בשנה האחרונה, הנתק מהפריפריות ממשיך להיות עקב האכילס של הקבוצה הליברלית. ברור שהרכה מהנתק הזה, ככל שהמדובר בפריפריה היהודית, מקורו בתהליכי קליטת העלייה של שנות החמישים, שיצרו פריפריה מזרחית הסובלת מאז מחוסר שוויון בהכנסה, בהשכלה, בתעסוקה, ובבריאות.¹⁷⁶ במקביל, קיים מאז מלחמת העצמאות נתק מהפריפריה הערבית. אני מציע הקמה של ארגון ארצי וולונטרי, שיפתח חלק תורתי, ויכשיר מתנדבים שיצרו קשרים חברתיים ושיח מתמשך של המרכז עם הפריפריות – הן הפריפריה היהודית והן הפריפריה הערבית.

אני מציע לקיים שיח על חמישה נושאים: המשטר הכלכלי-חברתי; המשטר המשפטי; משקעי הקליטה הלא-מוצלחת של שנות ה-50 והדרך לרפאם; מעמדם של האזרחים הערבים של המדינה; הכיבוש ועתיד היחסים שבין ישראל והעם הפלסטינאי.

שנית, השכלה: מערכת החינוך שלנו מידרדרת בהתמדה כבר שנים. כשם שהחברה האזרחית ממלאת בחודשים האחרונים את החלל שהותירו משרדי הממשלה, הקבוצה הליברלית צריכה למלא את החללים המתקיימים זה שנים במערכת החינוך. הארגון הוולונטרי שיוקם צריך לפתח מערך של השכלה לילדי הפריפריות, בשעות אחר הצהריים, במקצועות האנגלית והמתמטיקה, וגם בתחום החינוך ההומניסטי. הידע בתחומים האלה קיים באופן נרחב בקבוצה. אם נשות ואנשי הקבוצה יגיעו ליישובי הפריפריה כדי ללמד, הם לא רק יסייעו להעלאת רמת ההשכלה של ילדי הפריפריה; הם גם יצרו קשרים חברתיים עם הוריהם של הילדים. בכך תושג גם המטרה של יצירת שיח.

המלחמה בעזה הרעה מאוד את מצבם של האזרחים הערבים של ישראל. הילו גלזר ואיתי משיח כתבו שבעקבות המלחמה רבים בחברה הערבית מרגישים "שהאווירה הציבורית הולכת ונעשית מפחידה". האזרחים הערבים ניצבים בפני "גל של מעצרים, חקירות, פיטורים, השעיות, שימועים והרחקות מלימודים". כמו כן, "בתחומים שמסמלים יותר מכל את הקיום המשותף, כמו מערך הרפואה

¹⁷⁶ מאוטנר, פתח דבר, הערה 139.

ומערכת ההשכלה הגבוהה, מתמלאת האווירה בחשדנות. במקומות עבודה מעורבים צוות הלשנות. חשבונות פייסבוק של קולגות נגללים שנים אחורה בחיפוש אחר התבטאויות מפלילות".¹⁷⁷

יתר על כן, עם או בלי הסתה של גורמי הימין, קיים כל העת החשש שהיחסים שבין האזרחים היהודים והאזרחים הערבים יגלשו לאלימות פיזית.

האזרחים הערבים זקוקים באופן מיידי להושטת יד תומכת ומחבבת מצד האזרחים היהודים שבוחרים בחיים משותפים של שני העמים במדינה. יצירת מסגרות שיח ומסגרות להשכלה כמוצע כאן תוכל לשמש אמצעי ראשון במעלה להעמקת הקשרים בין האזרחים המשתייכים לשתי הקבוצות.

משמע: עם כל קורת הרוח לנוכח ניצחוננו של המחנה הליברלי בפסק הדין בעניין הסבירות, חשוב לזכור את הצורך לעקוב בצמידות אחר ההסכמים הקואליציוניים, מצד אחד, ולנהל פוליטיקה ליברלית של "שטח", עם "האנשים", מצד שני.

סיום

מושג שלטון החוק היה רכיב מרכזי בפסקי הדין של שופטי בית המשפט שסברו שיש לפסול את תיקון מס' 3 לחוק יסוד: השפיטה. במאמר זה הראיתי עד כמה "שלטון החוק" הוא מושג מורכב, והצעתי השלמה של התפיסה המסורתית שלו (המזוהה עם דייסי, פולר, הייק ואחרים) בתפיסה המביאה בחשבון את דרכי הפעולה של בתי המשפט, וכן בתפיסה המביאה בחשבון את קיומו ואת חשיבותו של המשפט המנהלי.

פסק הדין בעניין הסבירות צריך לשמש מקור לקורת רוח לכל מי שמבקש להכפיף את הממשלה לערכים הליברליים של בית המשפט. אבל פסק הדין גם מלמד עד כמה נכונה המימרה הוותיקה ש"מי שממנה את השופט הוא הקובע את תוצאות פסק הדין". בשנים הבאות ימונו שופטים חדשים לא-מעטים לבית המשפט. מכיוון שהמשפט הנוצר ומופעל בבתי המשפט מצטיין באובייקטיביות (הוא מאפשר מספר מוגבל בלבד של פתרונות שיוכלו להיחשב קבילים), אבל אינו מסוגל לעמוד בדרישת הדטרמיניזם (היקבעות), המינויים האלה הם שיקבעו בסופו של דבר את המשך ההתפתחות של פסיקת בית המשפט העליון. אם לא ננהל מאבק נחוש נגד הניסיון של שר המשפטים ותומכיו להביא להשתלטות פוליטית על

¹⁷⁷ הילו גלזר ואיתי משיח, "מעצרי שווא, פיטורים בנימוקים הזויים: כך נראית הרדיפה של ערביי

ישראל", הארץ, 3.11.2023. ראו גם: "לא להדרת האזרחים הערבים", מאמר המערכת, הארץ, 5.3.2024 ("החברה הערבית נמצאת בתקופה הדרמטית ביותר בתולדות המדינה מבחינתה. בקרוב רוב האזרחים הערבים שוררת תחושת חוסר ביטחון אישי. הם שקופים, נרדפים, פוליטית וחוששים להתבטא בפומבי. הם נמנעים לדבר בשפת אמם במרחב הציבורי מחשש שיעוררו תשומת לב וייתחסו אליהם כחשודים. תפקידה של חברה ליברלית ושוחרת שוויון הוא להיאבק ולמנוע פגיעה במימוש זכויותיהם של הערבים").

הוועדה למינוי שופטים, לא מן הנמנע שהמינויים האלה יהפכו את פסק הדין בעניין הסבירות לזיכרון עמום מן העבר.