

פרשנות, סבירות, מידתיות: ערכים סובייקטיביים, שופטים אובייקטיביים
דברים בכנס העמותה למשפט ציבורי בישראל
נעם סולברג

הקדמה

1. בספרו "שיקול דעת שיפוטי" (1987), ובספרו "שופט בחברה דמוקרטית" (2004), משרטט פרופ' אהרן ברק בהרחבה את המדיניות הראויה, לשיטתו, באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי. האתגר המשמעותי בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי, מסביר ברק, איננו במקרים ה'קלים', שבהם התוצאה המשפטית היא ברורה; הקושי הוא ביחס למקרים ה'קשים', שבהם ישנו יותר מאשר פתרון חוקי אחד. על מנת להכריע באותם מקרים קשים, עומד לרשות השופט מגוון של כלים. ברק דן בכמה מהמרכזיים שבהם: פרשנות; מושגי שסתום; השלמת חסר; ואיזון (המוכר לנו כיום בשמו העדכני 'מידתיות'). הפעלתם של כלים אלו על-ידי השופט, כרוכה מטבע הדברים בהפעלת שיקול דעת. לא צריך להיות משפטן מדופלם, כדי להבין שאלמלא מידה מסוימת של מרחב תמרון ושיקול דעת, אין השופט יכול לעשות מלאכתו נאמנה. יחד עם זאת, לא יכול להיות חולק – והנשיא ברק מכיר בכך, ודן בכך – כי שיקול הדעת השיפוטי אינו בלתי-מוגבל. שופט אינו עושה במשפט כבתוך שלו. הוא אינו פועל בחלל ריק; חלילה לו מלנווט את דרכו בנבכי הסוגיה המשפטית המונחת לפתחו, אך ורק בהתאם לתוצאה הרצויה בעיניו. על השופט לפעול באובייקטיביות; בגבולות ההסכמה החברתית; עליו לתת את הדעת על חשיבותו של אמון הציבור בשפיטה; עליו להפעיל את הכלים העומדים לרשותו בהתאם למגבלות הדין.

2. מבין הכלים העומדים לרשותו של השופט בהפעילו את שיקול דעתו, שלושה הם המרכזיים והמשמעותיים ביותר – פרשנות, סבירות ומידתיות. ידם בכל, ויד כל בהם. למעלה מ-3 עשורים חלפו מאז באתי בשעריו של עולם המשפט, סטודנט צעיר באוניברסיטה העברית בירושלים; למעלה מ-2 עשורים חלפו-עברו מיום שנתיישבתי על כס השיפוט. נער הייתי (במשרד המשפטים), גם זקנתי (בבית המשפט), ולא ראיתי, כמעט, פסק דין משמעותי שניתן על-ידי בית המשפט העליון במהלך השנים – לבטח בתחום המשפט הציבורי – שאינו מבוסס, באופן זה או אחר, על דיון או שימוש באחד מן הכלים הללו –

פרשנות, סבירות, ומידתיות. השימוש בכל אחד מן הכלים הללו, נושא עמו היבטים שונים, ולכל אחד מהם יש מורכבות משלו ושאלות יחודיות לו. הם ראויים לעיון מקיף ומעמיק, החורג הרבה מעבר לסד הזמנים המצומצם שנתון לנו. אינני מתיימר אפוא להקיף באופן ממצה את הסוגיות שעל הפרק.

3. ענייננו במשפט הציבורי; לשם כך נתכנסנו. לפיכך, בדברי על פרשנות, לא אעסוק בפרשנות חוזה או צוואה, ובדברי על סבירות, לא אדבר במונח זה כדרך שהוא משמש, למשל, בדיני הנזיקין (הגם שסוגיות אלו ראויות אף הן לדיון מעמיק בכל הקשור לגבולות שיקול הדעת השיפוטי). את הדיון היום אייחד לסוגיות מתחום המשפט החוקתי והמשפט המינהלי. קרוב לוודאי שלא אחדש לרובכם דבר. מכל מקום, ניסיוני השיפוטי מלמד אותי, כי יש טעם לשוב ולבחון מנקודת מבט ביקורתית, היבטים מסוימים של השימוש שעושה בית המשפט בכלים הללו – פרשנות, סבירות, ומידתיות. באופן קונקרטי, ברצוני לעמוד על מצבים המעוררים ביתר שאת מתח בין שיקול דעתו של השופט, לבין שיקול דעתה של הרשות השלטונית – תהא זו המחוקקת או המבצעת. ישנן גישות שונות באשר לאופן שבו יש להתמודד עם מתח זה. ההכרעה בין הגישות הללו, נגזרת במידה רבה מן האופן שבו אנו מגדירים את גבולות שיקול הדעת השיפוטי, ובאופן רחב יותר – מן האופן שבו אנו תופסים את תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית.

4. ר' משה חיים לוצאטו (הרמח"ל), שחי ופעל באירופה במחצית הראשונה של המאה ה-18, כתב בהקדמתו לספרו המפורסם 'מסילת ישרים' כך: "החיבור הזה לא חברתיו ללמד לבני האדם את אשר לא ידעו, אלא להזכירם את הידוע להם כבר ומפורסם אצלם פרסום גדול. כי לא תמצא ברוב דברי, אלא דברים שרוב בני האדם יודעים אותם ולא מסתפקים בהם כלל, אלא שכפי רוב פרסומם וכנגד מה שאמתתם גלויה לכל, כך ההעלם מהם מצוי מאד והשכחה רבה". אף אני לא באתי אלא לשוב ולהזכיר דברים ידועים, שדומה כי 'ההעלם מהם מצוי מאד'. אמנם כן, קשה לומר כי 'אמתתם גלויה לכל'; הם שנויים במחלוקת, לעתים עזה. מכל מקום, אני סבור כי מידה רבה של אמת בכל זאת יש בהם; מן הראוי לשוב ולהזכירם, והריני כאן לפניכם היום.

הערה על ענייני דיומא

5. קודם לכן, הערה אישית קטנה. ציינתי את שנותי הרבות במערכת המשפט, ואני מרגיש, בדומה למה שנאמר בפרשת השבוע על יעקב אבינו לגבי שנים ארוכות של עבודה

אצל לבן הארמי כדי לזכות ברחל לאשה – "ויהיו בעיניו כימים אחדים באהבתו אותה"¹. קורטוב של גוזמה, אבל זוהי תחושתו. בשנה הראשונה לכהונתי בבית המשפט העליון נתבקשתי לומר דברים בפתיחת שנת המשפט באוניברסיטת חיפה, על מגמות במשפט הישראלי במבט צופה פני עתיד². דיברתי על הברכה שהביאה בכנפיה המהפכה החוקתית, על מעלתה המוסרית בהגנה על הפרט מפני זולתו, מפני הרוב ומפני השלטון. השעה כשרה עתה, אמרתי, לשימור הערכים הגלומים בזכויות היסוד החוקתיות, בד בבד עם חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר, כדי לבסס את מעמדן. אינפלציה של זכויות מוזילה את ערכן; ציינתי שגם פורמליזם דיוני נחוץ, זכות עמידה, מיצוי הליכים, כדי לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, להבטיח קבלת החלטות מקצועיות מושכלות של הרשות המבצעת. המשפטן הוא שחקן-המשנה שם. השחקן המרכזי הוא הפקיד המקצועי. המשפט אינו עויין את המשילות; הוא בעל-בריתה. גם על חובות דיברתי, בצד הזכויות. אמרתי דברים אלה ועוד אחרים ו... נשארתי בחיים. מאז – כמעט ולא דיברתי. משום שב'שמרנותי' אני באמת ובתמים חושב ששופט צריך לדבר בעיקרו של דבר בבית המשפט, בהחלטות ובפסקי דין, וגם זאת רק מה שנחוץ להכרעה. אבל בחלוף 7 שנים מאז, ובהתרגש עלינו מהומה שאנו חווים בעת האחרונה, ומשהוזמנתי לדבר בכמה החשובה הזאת – לא אשמור על זכות השתיקה.

6. "ר' חנינא סגן הכהנים אומר: הוי מתפלל בשלומה של מלכות שאלמלא מוראה, איש את רעהו חיים בלעו" (משנה, אבות ג, ב). המלכות שרבי חנינא מדבר בה, היא מלכות רומי; זו שהחריבה את בית המקדש, הגלתה אותנו אל בין האומות, ונהגה בנו, בעם ישראל, באכזריות רבה; על שלומה של מלכות כזאת צריך להתפלל. למה? משום ששלטון עריץ הוא גרוע; אבל אנרכיה גרועה עוד יותר. "מה דגים שבים" – נאמר בתלמוד (עבודה זרה ד, א) – "כל הגדול מחברו בולע את חברו, אף בני אדם, אלמלא מוראה של מלכות כל הגדול מחברו בולע את חברו". יצר לב האדם רע מנעוריו, ומבלעדי מערכת חוק ומשפט איתנה, בני אדם מאבדים עפבות מוסריות וכולעים זה את זה. כדי לשבר ולנתץ, לא צריך דווקא אבנים ובליסטראות. להרוס אפשר גם בהבל-פה. חס וחלילה. רק בשלומה של מלכות, יהיה גם לאזרח שלום.

¹ בראשית כט, כ.

² נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" דין וחברים ח (תשע"ד) 13 (מצ"ב).

7. בשנותי במשרד המשפטים – 7 שנים טובות – במחיצתם של שלושה יועצים משפטיים לממשלה, ותקופה קצרה גם בפרקליטות, חוויתי על בשרי ולמדתי להכיר ולהוקיר את האנשים, את החשיבה, את המקצועיות והמסירות. לאחר מכן, בבית משפט השלום, בבית המשפט המחוזי, ובבית המשפט העליון, אני מביט סביב ורואה מכל טוב הארץ הזאת, לגוניה: חכמה בינה ודעת, אנושיות וחתירה לצדק.

ובכל הדברים הללו שאמרתי, אין כדי לפטור את הגורמים השונים במערכת מעשיית בדק-בית. הציבור שומע שהמערכת קשובה לביקורת; הציבור צריך להשתכנע שאכן כך, ושלא מדובר בדיבור בלבד, כמצוות אנשים מלומדה. בחיל האוויר, בצעירותי, תחקרנו כל אירוע. הודינו בשגיאות, למדנו מתקלות. ממשבר אפשר לצמוח – אומרת לנו המסורת, אומרים לנו המומחים – אבל הצמיחה לא תבוא מאליה; צריך להיפתח, להכיר בטעויות, להיות נכונים לשינוי ולתיקון.

8. את הערתי זו אני מסיים בסימן קריאה. בדברי מעתה ואילך – יהיו יותר סימני שאלה. פסק דין צריך שיהיה החלטי; הרצאה שכזו, אינה אלא פתיח לעיון ולדיון, חלק מן הנכונות לחשוב, אולי להציע תיקון או לשנות קמעא.

פרשנות – 'רצון המחוקק' או 'רצון השיטה'?

9. בשנת 1999 ניתן על-ידי בית המשפט העליון פסק הדין בע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ. סיפור המעשה, בתמצית שבתמצית, הוא זה: אלקה סיפקה נעלי ספורט ללקוחותיה, והוציאה חשבוניות כדין. בהתאם להוראות חוק מס ערך מוסף, שילמה אלקה את המע"מ הדרוש על סמך הסכום הנקוב בחשבוניות. דא עקא, בהגיע מועד פרעונם של השיקים שקיבלה אלקה מלקוחותיה – חוללו השיקים. אלקה עשתה מאמצים לגבות את הכספים מלקוחותיה, אך התברר כי סיכויי הגבייה – אפסיים, והחובות – 'אבודים'. הנה כי כן, תמורה אין, ובצר לה פנתה אלקה לרשות המסים, בבקשה להחזר המע"מ ששילמה בגין אותן עסקאות. בנסיבות העניין, כך טענה, אין הצדקה לחייבה במס ערך מוסף על עסקה שתמורתה לא התקבלה.

10. במסגרת הכרעתו נדרש בית המשפט העליון לפרשנות סעיף 49 לחוק מס ערך מוסף. סעיף זה קובע שלושה מצבים שבהם קמה זכות להחזר מע"מ, בכלל זה כאשר "העסקה או מקצתה לא יצאה לפועל". השאלה שאליה נדרש בית המשפט בעניין אלקה

היתה, האם מקרה של 'חובות אבודים' נחשב למקרה שבו 'מקצת' מן העסקה לא יצא לפועל? הדעות נחלקו. דעת הרוב (השופטת שטרסברג-כהן בהסכמת השופט ש' לוי) קבעה, כי 'עוסק' זכאי להחזר מע"מ מקום שבו התמורה לא שולמה והחוב הפך ל'חוב אבוד', שכן במקרים מעין אלו 'מקצתה' של העסקה 'לא יצאה לפועל'. דעת המיעוט (השופט אילן) קבעה, כי לא קמה זכות להחזר מע"מ במצבים אלו. לענייננו חשובה חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן (להלן: ש"כ), שכתבה את דעת הרוב.

11. בחוות דעתה נדרשה ש"כ לפרשנותו של סעיף 49 לחוק מע"מ, וצעדה במסלול המקובל של הפרשנות התכליתית, כפי שהתווה הנשיא ברק. כידוע, אין ליתן ללשון החוק משמעות שהיא אינה יכולה לשאת. הפרשנות חייבת למצוא נקודת אחיזה בלשון החוק. אך מה יעשה השופט-הפרשן, כאשר מונחות לפניו מספר אפשרויות פרשניות? במצבים אלו עליו לתת פירוש ההולם את מטרתו ותכליתו של החוק. תכלית החקיקה מורכבת מתכלית טובייקטיבית – היינו, כוונת המחוקק, ותכלית אובייקטיבית – שעניינה בערכי היסוד של השיטה המשפטית, במטרות ובמדיניות שדבר חקיקה נועד להגשים בחברה דמוקרטית. בחוות דעת הרוב נקבע, כי לשונו של סעיף 49 לחוק מע"מ סובלת את שתי האפשרויות הפרשניות – את זו שלפיה נחשבת עסקה של 'חובות אבודים' לעסקה שמקצתה לא יצא לפועל, ואת זו שלפיה נחשבת עסקה זו לעסקה שלמה ומוגמרת לעניין תשלום המע"מ. לפיכך פנתה ש"כ לבחון את תכלית החוק.

12. התכלית הטובייקטיבית באותו עניין היתה ברורה ומובהקת. בדברי ההסבר לחוק, גילה המחוקק דעתו באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי אין לאפשר החזר מע"מ בגין 'חובות אבודים', וכך אמר:

"אין החוק מכיר בחובות רעים. משהוצא חשבון יש לשלם את המס הקבוע בו או הנובע ממנו [...] הנימוק לאי-הכרה בחובות רעים הוא, כי לאחר שהוצא חשבון-מס זכאי הרוכש לנכות מהמס שהוא חייב בו את המס הגלום בחשבון שהוצא לו, אף אם למעשה עדיין לא שילם אותו. אם חובות רעים ינוכו מחובו של המוכר לשלטונות המס, יצא שהמס הגלום בעסקה מוחזר הן לקונה והן למוכר".

13. זוהי אפוא כוונתו של המחוקק; מפורשת ומנומקת. אשר לתכלית האובייקטיבית קבעה ש"כ, כי חזקה על כל דבר חקיקה שהוא נועד להשיג צדק; תוצאות סבירות; ליצור שילוב והרמוניה חקיקתית; ולהגשים זכויות יסוד, בכלל זה זכות הקניין. בנסיבות העניין קבעה, כי התכלית האובייקטיבית של החוק מוליכה לפרשנות שלפיה זכאי ה'עוסק' להחזר המע"מ בגין 'חובות אבודים'. כל קביעה אחרת, לשיטתה, אינה צודקת, אינה סבירה, ופוגעת באופן ממשי בזכות הקניין של ה'עוסק'.

14. משהגיעה ש"כ למסקנה, כי התכלית האובייקטיבית והתכלית הסובייקטיבית עומדות בסתירה זו לזו, נשאלה השאלה מה הדין במקרה זה? כיצד יש ליישב בין התכליות? על כך השיבה, בהתבסס על דברים שכתב הנשיא ברק, כי במצבים אלו על בית המשפט לשקול את שתי התכליות, לאזן ביניהן, ולגבש את 'תכליתו הסופית' של החוק:

"כתוצאה מהפעלת שיקול הדעת השיפוטי מתגבשת תכלית חקיקה 'סופית'. תכלית זו אינה מזדהה בהכרח עם התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני המחוקק. תכלית זו אף אינה משקפת באופן 'טהור' ערכי יסוד אלה או אחרים של השיטה. תכלית 'סופית' זו מהווה 'פשרה' בין תכליות מתנגשות. היא פרי 'איזון' בין ערכים ומטרות מתנגשים. היא נגזרת ממשקלם של השיקולים השונים"³ (ההדגשות הוספו).

15. וכיצד יש 'לאזן' בנדון דידן? מהי ה'פשרה' שאליה הגיעה ש"כ? גם בעניין זה ביססה את דבריה על דברים שכתב הנשיא ברק: "התכלית הסובייקטיבית תפנה את הדרך לתכלית אובייקטיבית, אם החוק לא נותן ביטוי לשוני ראוי לתכלית הסובייקטיבית"⁴. לאמור, אם לשון החוק אינה מבטאת כראוי את התכלית הסובייקטיבית, תכלית זו תיסוג מפני התכלית האובייקטיבית של החוק. בהמשך קבעה ש"כ: "מלשון סעיף 49 לא עולה בצורה מפורשת, ברורה וחד-משמעית, כי תכלית החוק היא שלא להתיר החזר מע"מ בגין 'חובות אבודים' [...] לפיכך על התכלית הסובייקטיבית, שלא מצאה ביטוי מפורש ברור וחד-משמעי בסעיף 49 לחוק, לסגת מפני התכלית האובייקטיבית, שהיא – להתיר החזר מע"מ בגין 'חובות אבודים'"⁵ (ההדגשה הוספה). הנה כי כן, לא פשרה ולא איזון. בהתנגשות

³ א' ברק, פרשנות במשפט כרך ב, עמודים 204-205.

⁴ שם, כרך א', עמוד 380.

⁵ עניין אלקה, עמוד 796.

שבין כוונתו הברורה והחד-משמעית של המחוקק לבין התוצאה הצודקת, הסבירה והחוקתית (כפי שפירשה זאת השופטת ש"כ) – העדיפה ש"כ את האפשרות האחרונה.

16. המהלך הפרשני שננקט בעניין אלקה – של העדפת תכלית "אובייקטיבית", על פני כוונתו הברורה של המחוקק כפי שהשתקפה באופן חד-משמעי מדברי ההסבר – מעורר, לטעמי, קושי. ולא משום שהתוצאה אליה הגיעה דעת הרוב פחות צודקת; אדרבה. הקושי הוא בכך שבית המשפט מבטל, הלכה למעשה, את כוונתו הברורה של המחוקק, כשגם לשיטתו יש לה אחיזה בלשון החוק, וזאת באמצעות מהלך משפטי פרשני הנחזה להיות טכני, אובייקטיבי, כמעט מדעי.

17. עמדתו של ברק, עליה התבסס פסק הדין בעניין אלקה, לפיה כוונת המחוקק צריכה לקבל ביטוי מפורש, חד-משמעי וברור בלשון החוק – שאם לא כן עליה לסגת מפני התכלית האובייקטיבית – מצמצמת באופן ניכר את משקלה של כוונת המחוקק בפרשנות החוק, ומעניקה משקל כמעט מכריע לתכלית האובייקטיבית, כפי שהיא נקבעת על-ידי השופט-הפרשן. היא גם אינה מתיישבת, כמדומני, עם שיקולים כבדי-משקל שעליהם עמד ברק עצמו, בכתובה מוקדמת יותר, באשר לחשיבותה של כוונת המחוקק בפרשנות חוק:

"ראשית, היא משקפת הגיון בריא, לפיו אין כיוצרה של נורמה להעיד על תכליתה; שנית, היא עולה בקנה אחד עם עקרונות הפרדת הרשויות, לפיו הרשות המחוקקת היא היוצרת את החוק, ואילו השופט נותן תוקף ליצירתו של המחוקק; שלישית, היא מדגישה את האובייקטיביות והניטרליות של מעשה השפיטה. לא מחשבותיו הסובייקטיביות של השופט בדבר המדיניות הראויה הן הקובעות את תחום התפרסותה של הנורמה, אלא תפיסתו של המחוקק והכרעתו שלו בין האלטרנטיבות השונות של המדיניות הן הקובעות. לבסוף, היא מגבירה את הבטחון המשפטי, ואת היכולת לצפות מראש את פירושה של הנורמה, ובכך היא משיגה הפעלה שיוונית של החוק"⁶.

⁶ א' ברק "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון" הפרקליט לו 165 (1985).

18. לשיטתי, שיקולים נכבדים אלו, מורים אותנו כי בהתנגשות בין תכלית סובייקטיבית לתכלית אובייקטיבית, יש לפעול על-פי כלל הכרעה ברור, ולפיו ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה (ובלבד שהיא מעוגנת בלשון החוק). כפי שציינתי באחת הפרשות, "העדפת התכלית האובייקטיבית על-פני התכלית הסובייקטיבית נמקום שבו כוונת המחוקק צלולה וברורה] משמעה העדפת 'רצון השיטה' על-פני 'רצון המחוקק'; זו אינה פרשנות, זוהי ביקורת חוקתית"⁷. דבר חוק של כנסת ישראל, איננו 'ספרות יפה'. הקורא אינו רשאי לפרשו כפי אמונתו והבנתו, בניגוד מוחלט לכוונת המחבר. 'מות המחבר' יכול להנחות אולי את מבקר הספרות, אך שופט אינו מבקר ספרות. פרשנותו מכוננת משפט, יש לה חשיבות רבה בעולם המעשה.

הנה כי כן, פרשנות לחוד, וביקורת חוקתית לחוד. הגיון בריא; הפרדת רשויות; אובייקטיביות וניטרליות של מעשה השפיטה; ודאות משפטית – כולם כאחד מצדיקים כלל הכרעה ברור. במלאכת הפרשנות – 'רצון המחוקק' עדיף על פני 'רצון השיטה'.

19. אפשר כמוכן להתווכח אם דברי צודקים, אם לאו. דבר אחד אני מבקש לטעון, ולהוכיח, שאני עקבי... בגנזי מצאתי באקראי מחברת בחינה שכתבתי בשנת 1988 כסטודנט בקורס בדיני פרשנות שניתן על-ידי – מי אם לא – פרופ' אהרן ברק. לא אלאה אתכם בהגיגים סטודנטיאליים מהעת ההיא. אציין, עם זאת, דיון נרחב שעשיתי בבחינה בסוגיית גיבושה של תכלית החקיקה לפי שיטתו של ברק, אבל לא נמנעתי גם מלציין שם את דעתי החולקת, לפיה מוטב להימנע מהרחבה יתרה של שיקול הדעת הנתון לשופט-הפרשן: "כלל הקבילות הגורף של ברק מושך את הלב, האינטליגנציה וחוש הצדק. כיון שרק כך לכאורה נגיע לאמת 'הצרופה'. רק כור היתוך כזה יכול להוביל לתכלית החקיקה האמיתית [...] ולא היא: התוצאות המעשיות עשויות להיות קשות. גישתו של ברק עלולה להרחיב את יריעת המחלוקת ולא לצמצמה [...] אף כי הוכרה כלגיטימיות, הכרחית, כפוייה, מציאותה של תופעת שיקול הדעת במשפט – הרי גישה שמרחיבה את שיקול הדעת יתר על המידה – אינה רצויה".

כזהו מורנו הדגול, פרופ' ברק, שלא רק תורת משפט לימד אותנו, ואין כמותו מומחה בכל ענפי המשפט, אלא שנטע בנו גם מחשבה ביקורתית. דברים שאמרתי ושעוד אומר, באים מן המקום הזה, סימני שאלה אחדים בשולי מפעלו האדיר של ברק.

⁷ דנג"ץ 5026/16 גיני נ' הרבנות הראשית, פסקה 15 לחוות דעתי.

סבירות – איתה או בלעדיה?

20. עמותת אביב מפעילה בתל אביב מוסד חינוכי ברוח השיטה האנתרופוסופית – 'בית חינוך' קראה לו העמותה, כך אכנה אותו גם אני. מעמדו של בית החינוך במשרד החינוך היה מוסד מוכר שאינו רשמי. משמעות הדבר, כי בשונה ממוסדות החינוך הממלכתיים הרשמיים, לא היה בית החינוך זכאי להקצאת מבנה לצורך פעילותו; מוריו לא היו מועסקים על-ידי משרד החינוך; והוא לא היה זכאי לתקציבים בהיקף דומה לאלו שלהם זכאים מוסדות החינוך הממלכתיים.

21. בשלב מסוים פנתה העמותה לעיריית תל אביב, בבקשה להכיר בבית החינוך כמוסד ממלכתי רשמי. פנייתה סורבה, ולפיכך עתרה העמותה לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים. בעתירתה ביקשה להורות לעירייה להכיר בבית החינוך כמוסד ממלכתי-רשמי, ולהקצות לו מבנה מתאים לשם פעילותו. לטענתה, התנגדותה העקרונית של העירייה, להכיר באופן רשמי בבית החינוך, הריהי בלתי-סבירה באופן קיצוני. כך במיוחד לנוכח העובדה, שמשרד החינוך קבע כי שיטת החינוך האנתרופוסופית היא שיטה לגיטימית, שיש לאמצה אל תוך החינוך הרשמי. מנגד טענה העירייה, כי דין העתירה להידחות. החלטתה שלא להכיר בבית החינוך כמוסד ממלכתי-רשמי, נגזרת ממדיניות עקרונית, עקבית, רבת שנים, ולפיה אין להקים בתי ספר 'יחודיים' חדשים בעיר, כי אם לעודד אימוץ של גישות חינוכיות 'יחודיות' בתוך בתי הספר הממלכתיים ה'רגילים'. לטענת העירייה, מדיניות זו מבוססת על שאיפתה לחזק את מוסדות החינוך הממלכתיים הקיימים, וליצור מערכת חינוך עירונית שוויונית ואינטגרטיבית. העירייה הדגישה כי היא ערה לעמדתו של משרד החינוך, אולם ציינה כי גם משרד החינוך – במסגרת עמדתו העקרונית – אינו כופה את עמדתו על הרשות המקומית, ומותר זאת לשיקול דעתה.

22. בית המשפט לעניינים מנהליים נעתר לעתירה, בקובעו כי התנגדותה של העירייה לבקשת העמותה אינה סבירה. וכל כך למה? משלושה טעמים: ראשית, התנגדות עקרונית, גורפת, להכרה רשמית בבתי ספר יחודיים, אינה סבירה. החשש מפני החלשת החינוך הממלכתי עשוי להיות שיקול רלבנטי בנסיבות מסוימות, אך לא כך בנסיבות העניין דנן; שנית, העירייה לא לקחה בחשבון את העובדה שהזכות לחינוך היא זכות יסוד, מעין-חוקתית; שלישית, טענת העירייה כי הכרה רשמית כרוכה בהקצאת משאבים על חשבון

החינוך ה'רגיל' (מבנה, הסעות וכו'), אף היא אינה מצדיקה את ההתנגדות. דווקא הכרה רשמית בבית החינוך תאפשר, כך לשיטת בית המשפט המחוזי, "חלוקה צודקת של התקציב בין כלל התלמידים".

23. על פסק הדין הגישה העירייה ערעור לבית המשפט העליון. לטענתה, מקום שבו קיימת מחלוקת מקצועית של ממש בקרב מומחי החינוך, בשאלת יתרונותיו וחסרונותיו של החינוך ה'יחודי', הרי שכל החלטה המתקבלת על-ידי הרשות המקומית נמצאת ב'מתחם הסבירות'. העירייה שבה והציגה את עמדתה, לפיה מדובר במדיניות עקרונית, עקבית, מאז נכנס ראש העירייה לתפקידו, החלה באופן שווה על כל סוגי החינוך ה'יחודי'.

24. החלטנו לקבל את הערעור. בפתח פסק הדין הדגשנו, כי אין אנו עוסקים בשאלת טיבו של החינוך האנתרופוסופי; גם לא בשאלה האם ראוי, כעניין של מדיניות, לשלב מוסדות חינוך בעלי אופי 'יחודי' במסגרת החינוך הממלכתי-רשמי. ענייננו בשאלה משפטית: האם ישנה עילה להתערב בהחלטת העירייה שלא להכיר באופן רשמי בבית החינוך? בפסק הדין ציטטתי באריכות מן הדיון הנוקב שנערך בעניין זה במליאת מועצת העיר, במסגרתו עמד סגן ראש העיר על החשש מפני פיצול מערכת החינוך העירונית למערכת ציבורית 'קטנה, מתרוקנת, דלה', ולמערכת פרטית 'אליטיסטית'. ציינתי גם את דבר המשא ומתן שהתקיים בין העמותה לבין העירייה, בשיתוף נציגים ממשד החינוך, שבסופו נשארה העירייה איתנה בדעתה ובמדיניותה העקרונית. האם עמדת העירייה היא בהכרח הטובה ביותר בנסיבות העניין? שמא ראוי להעדיף את עניינו של הפרט, המבקש לילדיו חינוך 'יחודי', על פני עניינו של הכלל? ואולי, כפי דעתו של בית המשפט המחוזי, דווקא קליטת בית החינוך אל החינוך הרשמי, תוביל לפתיחת שערי לאוכלוסייה רבה ומגוונת יותר, ובכך תקדם שוויון הזדמנויות בין ילדי העיר? אכן, כל אלו שאלות קשות, עמוקות ומורכבות. ואולם – ההכרעה בהן מסורה לשיקול דעתה של העירייה והעומד בראשה: "לא נבוא בנעליהם, לא נמיר את שיקול דעתם-שלהם בשיקול דעתנו-שלנו".

25. סוף דבר: הערעור התקבל, פסק הדין של בית המשפט המחוזי בוטל, בכך תם הטיפול בתיק זה, והחל הטיפול בתיקים הרבים שאחריו. דרכו של עולם, שצרות אחרונות משכיחות את הראשונות. אף על-פי כן, פסק הדין הזה הוסיף להטרידני. כיצד הגענו עד הלום? הנה לפנינו עירייה, המבקשת לקדם את המדיניות החינוכית העירונית הטובה והנכונה בעיניה. אין חולק כי זו סמכותה; אין חולק כי שקלה את השיקולים הרלבנטיים;

אין חולק כי לא שקלה שיקולים זרים. כאמור, אין זו בהכרח העמדה הנכונה ביותר. ניתן לחלוק עליה, אך לבטח היא מתקבלת על הדעת. הגיונה בצדה. מה ראה אפוא בית המשפט המחוזי, להכניס עצמו בשיקולי תקציב ומדיניות חינוכית? האם 'הזכות לחינוך' ו'עקרון הפלורליזם', שעליהם נסמך בית המשפט, ואני חלילה אינני מקל בהם ראש, די בהם כדי לבטל באחת מדיניות חינוכית רבת שנים, שאותה מובילים מי שנבחרו באופן דמוקרטי לתפקידם? להגדירה בלתי-ראויה ובלתי-סבירה?

26. פסק הדין של בית המשפט לעניינים מנהליים, איננו 'מעידה' מקרית, חד-פעמית; הוא ביטוי ל'פתולוגיה' של המשפט המינהלי. זוהי דוגמה מובהקת, אחת מני רבות, לכשל מובנה שטומנת בחובה עילת הסבירות. ציטטתי בתחילת דברי את הרמח"ל על דברים "שאמיתתם גלויה לכל" אך "ההעלם מהם מצוי מאד והשכחה רבה". שוב ושוב אנחנו אומרים שלא נבוא בנעלי הרשות המינהלית, ולא נמיר את שיקול-דעתה בשיקול-דעתנו, אבל נודה על האמת שלא אחת אנחנו עושים כך. על מנת לעמוד על שורש העניין, עלינו לחזור 39 שנה אחורה, אל פסק הדין המפורסם בעניין דפי זהב⁸. באותו עניין הרחיב השופט ברק את תחומי התפרשותה של עילת הסבירות, וקבע כי החלטה מנהלית עשויה להחשב בלתי-סבירה – גם כאשר התקבלה בסמכות, על יסוד שיקולים ענייניים ורלבנטיים – אם לא ניתן בה "משקל ראוי" לאינטרסים השונים שעל הרשות להתחשב בהם בהחלטתה. חידושו של פסק הדין בכך, ש"חוסר סבירות כשלעצמו הוא עילה לפסילתו של שיקול דעת מנהלי"⁹. ברק נדרש למתח שבין עילת הסבירות, לבין עקרון שיקול הדעת המינהלי, ומיישב אותו באמצעות 'מתחם הסבירות'. לאמור: שיקול הדעת המינהלי קובע חופש בחירה בין אפשרויות שונות; עקרון הסבירות קובע מתחם של אפשרויות שהן סבירות בנסיבות העניין. לרשות המינהלית נתון אפוא חופש פעולה במסגרת 'מתחם הסבירות'. כל עוד החלטתה אינה חורגת ממתחם זה, הרי שאין עילה לפוסלה, גם אם בית המשפט סבור כי זו אינה ההחלטה הנכונה או היעילה ביותר. ברם, אם חרגה ההחלטה מ'מתחם הסבירות', קרי – אם היתה זו החלטה בלתי סבירה 'באופן מהותי' ו'קיצוני', או אז יורה בית המשפט על פסילתה.

27. ברבות השנים הפכה גרסה זו של עילת הסבירות שם כולל לעקרון הסבירות, תוך שטוש ההבחנה בינה לבין עילות הביקורת המינהלית המסורתיות – חוסר סמכות,

⁸ בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421 (1980); להלן: עניין דפי זהב.

⁹ עניין דפי זהב, עמוד 437.

שרירות, שיקולים זרים ועוד. לשם הנוחות, אכנה את עילת הסבירות של דפי זהב 'סבירות מהותית' – כינוי שדבק בה לאורך השנים¹⁰.

28. עילת הסבירות המהותית מעוררת קשיים. אעמוד על שניים מהם. הראשון קשור בפער המהותי שבין עילה זו כפי שנוסחה במקור, במשפט המקובל, לבין נוסחה ושימושה בעניין דפי זהב. כך, בעניין דפי זהב מציין השופט ברק, כי הגישה שלפיה עילת הסבירות היא עילה עצמאית העומדת בפני עצמה, היא גם הגישה המקובלת במשפט האנגלי. זאת, בהסתמך על פסק הדין המפורסם בעניין *Wednesbury*¹¹ (להלן: עניין וונסברי). אולם עיון באותה פרשה מלמד, כי עילת הסבירות המהותית כפי נוסחה שם, מצומצמת לאין שיעור מכפי שהיא מנוסחת בעניין דפי זהב. בעניין וונסברי נדון חוק עזר עירוני שאסר על צפייה בקולנוע בימי ראשון, לצופים שגילם פחות מחמש-עשרה. בית המשפט לא העניק סעד למבקשים לבטל את חוק העזר, אך אמירותיו העקרוניות הפכו להיות בסיס לעילת הסבירות המהותית¹². לענייננו, חשוב הקטע הבא:

"If a decision on a competent matter is so unreasonable that no reasonable authority could ever have come to it, then the courts can interfere. That, I think, is quite right; but to prove a case of that kind would require something overwhelming, and, in this case, the facts do not come anywhere near anything of that kind"¹³ (ההדגשות הוספו).

29. על-פי הלכת וונסברי, על מנת שבית המשפט יתערב מכוח עילת הסבירות המהותית, עליו לצלוח שתי משוכות משמעותיות: ראשית, מדובר בהחלטה שאין שום רשות 'סבירה' או 'הגיונית' שהיתה מגיעה אליה; שנית, על מנת להוכיח כי החלטה היא אכן כזו, יש צורך בנתונים 'מוחצים'¹⁴. בחזרה לעניין דפי זהב. השופט ברק מסכים אמנם, כי חוסר סבירות הפוסל שיקול דעת מינהלי, צריך להיות 'מהותי' או 'קיצוני'¹⁵. אולם

¹⁰ ברק מידתיות במשפט עמוד 460.

¹¹ *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corporation* (1948)

¹² ראו מרגית כהן "עילת אי הסבירות המשפט המנהלי: היבטים השוואתיים והערות נורמטיביות אחדות" 780, 773, 780 (2013).

¹³ עניין וונסברי, עמוד 230.

¹⁴ כך על-פי תרגום מילון אוקספורד למילה *overwhelming*.

¹⁵ עניין דפי זהב, עמוד 437.

בפועל, הפער בין עילת הסבירות של וונסברי לעילת הסבירות של דפי זהב גדול מאד. הרף שהוצב בעניין דפי זהב נמוך מזה שבעניין וונסברי, ובמהלך השנים נשחק עוד יותר. אכן, במונחים עמומים עסקינן – סביר, הגיוני, מהותי, קיצוני – כל אחד מאיתנו עשוי לצקת לתוכם משמעות שונה, מחמירה יותר או פחות. כך או אחרת, דומני כי נוכל להסכים על קיומו של פער, לא סמנטי, לא זניח, בין עילת הסבירות של וונסברי, לעילת הסבירות של דפי זהב.

30. קושי שני שמעוררת עילת הסבירות המהותית, והוא פועל יוצא של הקושי הראשון, נעוץ בכך שהיא מסמיכה את בית המשפט להתערב בשיקול הדעת המינהלי באופן גורף, גם ביחס להיבטים לא-משפטיים של שיקול הדעת. כאמור, הסבירות המהותית מבוססת על עקרון איזון האינטרסים. בעניין דפי זהב מדגיש ברק, כי עקרון זה אינו חדש עמנו, ולהוכחת דבריו מביא ארבע דוגמאות, שבהן בדק בית המשפט אם האיזון שערכה הרשות המינהלית בין האינטרסים השונים שיש להתחשב בהם הוא ראוי¹⁶. אלא מאי? כל ארבעת פסקי הדין הללו, דנים במצבים שבהם החלטת הרשות פגעה בזכות יסוד¹⁷. לעומת זאת, עילת הסבירות המהותית, בהתאם להלכת דפי זהב, מחילה את עקרון איזון האינטרסים גם ביחס למצבים שבהם אין מדובר בהחלטה מינהלית הפוגעת בזכות יסוד. משמעות הדברים היא, שכאשר בוחן בית המשפט החלטה מינהלית מעין זו, "הריהו בוחן סבירות מחוץ להקשר של נורמה משפטית, סבירות שאינה נוגעת לחוקיות האקט, אלא לתוכנו, וזאת בחריגה מן המשפט המינהלי המוכר"¹⁸. במילים אחרות, בית המשפט חורג מן התפקיד הטבעי שהוא נועד למלא, ובא בתחומה של הרשות המבצעת.

31. החלת עקרון איזון האינטרסים על אינטרסים שונים באשר הם, שאינם זכויות או אינטרסים משפטיים מוגנים, הולידה קושי מעשי. כיצד ממינים אינטרסים רבים כל כך, שונים כל כך, שכולם חסרי מעמד משפטי?¹⁹ מהם העקרונות, הכללים והמבחנים שבאמצעותם מדריך עצמו השופט, בבקשו להתחקות אחר "האיזון הראוי" בין האינטרסים השונים? מהן אמות המידה שעל-פיהן יקבע אם המשקל שנתנה הרשות המנהלית לאינטרס פלוני, הוא 'המשקל הראוי' בנסיבות העניין? האם יכול השופט, באמת

¹⁶ עניין דפי זהב, עמודים 445-446.

¹⁷ דוד קרצ'מר "ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" פיליפס ה(2), 121, 143 בה"ש 80 (התשנ"ז) (להלן: קרצ'מר).

¹⁸ מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב 102, 119 (1982) (להלן: שקד).

¹⁹ שם, עמוד 120.

ובתמים, להידרש לשאלת 'המשקל הראוי', מבלי שישים עצמו הלכה למעשה בנעליה של הרשות המינהלית? ואם תאמרו: אין השופט שם עצמו בנעלי הרשות, שהרי נתון לה לרשות חופש הבחירה להכריע בין אפשרויות שונות הנמצאות ב'מתחם הסבירות', אף אני אשאל: כיצד משרטטים את גבולותיו של 'מתחם הסבירות' בכל עניין ועניין? ומה באשר למצבים שבהם ההכרעה היא בינארית (כגון החלטות בעניין מינויים או העמדה לדין)?²⁰

32. אכן, בהעדר תורת הפעלה סדורה וברורה לעילת הסבירות המהותית, עלול ההליך השיפוטי לאבד מן המימד האובייקטיבי המאפיין אותו. עמדה על כך מיכל שקד במאמר חשוב, זמן קצר לאחר שניתן פסק הדין בעניין דפי זהב (ההדגשות הוספו)²¹:

"עקרון איזון האינטרסים הוא אפוא נוסחה, שאפשר לומר עליה שהיא מבטאת רעיון כולל לגבי מטרות המשפט בכלל, ואפשר להסכים לכך שהיא יכולה להיות מטרה של המשפט המינהלי. אולם היא אינה יכולה להוות בסיס משפטי הולם לביקורת שיפוטית על שיקול דעת הרשות המינהלית, שכן היא כוללנית ומעורפלת מדי. אם מבקשים למלא את עקרון איזון האינטרסים בתוכן משפטי, יש ליצור לשם כך תורה נוספת או תורות נוספות.

אולם, וזה העיקר: בינתיים תורה כזו אינה קיימת ותורת הסבירות חיה, ומופעלת מפעם לפעם, למרות שאין לה כללים סובסטנטיביים, כלומר אין היא נותנת בידי בית המשפט עקרונות וכללים שינחוהו וידריכוהו. התוצאה היא, שבית המשפט מכריע בשאלות שבמחלוקת על-פי דעותיהם ותחושות הצדק של שופטי ההרכב. החשש הוא שדבר זה עלול להביא לוויתור על כל אמות מידה משפטיות אובייקטיביות".

ובהמשך דבריה:

"תורת הסבירות מעניקה לבית המשפט מידה גבוהה ככל שניתן להעלות על הדעת של סמכות ושל גמישות. ובכך היא

²⁰ ברק-ארז, משפט מנהלי, עמוד 764.

²¹ שקד, עמוד 121.

מאפשרת יותר פיקוח שיפוטי על פעולות הממשל והמינהל. אולם, המחיר המשפטי עלול להיות גבוה מדי. כאשר בית המשפט לא יוכל לסמוך את החלטותיו על שיטה משפטית בעלת עקרונות וכללים, אלא יסמוך אותן רק על עובדות המקרה ועל דעותיהם של שופטי ההרכב, שוב לא תהיה זאת עשיית משפט. בית המשפט יחדל למלא תפקיד שיפוטי ויתחיל לתפקד כ'מועצת אנשים חכמים'²².

33. כידוע, לא רק מחוץ, אלא גם מבית, בית המשפט העליון, היו מי שהסתייגו במהלך השנים מעילת הסבירות המהותית; ראש וראשון היה הנשיא המנוח משה לנדוי, שכבר בעניין דפי זהב הביע התנגדות עקרונית לעילת הסבירות המהותית:

"הסכנה העיקרית שאני רואה היא, שהמונח 'סבירות' משמש תדיר כדי להגדיר קנה מידה אובייקטיבי דווקא של התנהגות [...] בדרך זו נגיע עד מהרה לבחינה עניינית של ההחלטה מחדש (de novo), כאילו מקיים בית המשפט דיון חוזר בנכונות ההחלטה [...] לדעתי, די לנו בנוסחאות [המקובלות], ואין להוסיף עליהן נוסחה חדשה בדבר מתן משקל יחסי בלתי סביר לאינטרסים השונים הראויים להישקל – נוסחה העלולה לערב את בית המשפט בבדיקת תבונתה ויעילותה של ההחלטה המינהלית"²³.

34. אליבא דלנדוי, מן הראוי להתכנס אל עילות הביקורת הקונקרטיות, שנהגו בבית המשפט מימים ימימה. במאמר שכתב כ-9 שנים לאחר שניתן פסק הדין בעניין דפי זהב, אמר כך:

"תחת קנה-המידה של סבירות, שכוללניותה מדומה, אני חוזר ומציע ללכת בהליכה אינדוקטיבית בהכרעות קונקרטיות, המביאה בסופו של תהליך, ולא בתחילתו, לגיבוש עילות בעלות תוכן קונקרטי, כגון חריגה מסמכות, פרשנות מוטעית של דין חרות, שרירות, אפליה, אי-הגינות דינונית, התחשבות

²² שם, עמוד 126.

²³ עניין דפי זהב, עמוד 432.

בגורם שאינו נוגע בעניין ואי-התחשבות בגורם הנוגע בעניין, וגם החלטה מנהלית כה מופרכת על פניה (אבסורדית) עד שיש לראות בה חריגה מסמכותה של הרשות המחליטה. שיטה זאת מיטיבה להבטיח את צמיחתה האורגנית של חקיקה שיפוטית יוצרת, כי רשימת העילות אינה סגורה, אלא היא עשויה להתפתח על סמך הניסיון השיפוטי המצטבר ממקרה למקרה²⁴ (ההדגשה הוספה, ולא בכדי; תכף אשוב אליה).

35. כשני עשורים לאחר מכן, השמיע נשיא אחר של בית המשפט העליון, אשר גרוניס, דברים דומים לאלו של הנשיא לנדוי:

“חסרונה הגדול של [עילת הסבירות] בהיקפה זהיום נמצא ברמת ההפשטה הגבוהה שלה. רמת ההפשטה הגבוהה מעצימה את שיקול הדעת השיפוטי וממילא מגדילה את אי הוודאות המשפטית [...] לא ניתן להתעלם מכך שהקביעה בדבר חוסר סבירות מבוססת במידה מכרעת על בחינה של התוצר הסופי, קרי, נפקותה של החלטה [...] השימוש במטפורה של משקל באשר לשיקולים אותם שקלה הרשות המוסמכת שקיבלה את ההחלטה משמש לעיתים, כך נראה, ככסות לאי הסכמה עם התוצאה [...] אין בכוונתי לומר, כי עלינו להתעלם מעילת חוסר הסבירות או לבטלה. מה שראוי לעשות על פי השקפתי הוא להעדיף שימוש בעילות בעלות פריסה מצומצמת יחסית ושהינן יותר קונקרטיות, כמו שיקולים זרים, מטרה זרה או אפליה [...] השימוש [בעילות אלון] יקטין את המרחב של שיקול הדעת השיפוטי ויגביר את הוודאות המשפטית²⁵” (ההדגשה האחרונה במקור).

36. מעין הדברים הללו הוספתי גם אני, באחד העניינים שהובאו לפתחו של בית המשפט לפני שנים ספורות:

²⁴ מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד(1) 5, 13 (1989).
²⁵ בג"ץ 5853/07 אמונה נ' ראש הממשלה, פסקה 9 ופסקה 11 לחוות דעתו של הנשיא גרוניס.

“הסבירות פנים רבות לה, וגם הראוי הריהו תלוי בעיני המתבונן. מה שנראה בעיני העותרים לעיתים מזומנות כבלתי סביר במידה קיצונית, לא ראוי, והרה-אסון לשלטון החוק, נחזה בעיני המשיבים צח, זך ונקי; ובית המשפט בתווכ, חותר לפרוט לפרוטות את עילת הסבירות, לאמות-מידה, כדי לנמק אל-נכון את פסיקתו בנושא העתירות שעל הפרק, ועל מנת לפזר את עננת העמימות, לתרום לבהירות, ולצמצם את מרחב אי-הוודאות שבו שוכנת הסבירות, גם במבט צופה פני עתיד. כלי העבודה העומדים לרשותנו בענייני סמכות ופרוצדורה, עניינים שבהם כוחנו ומומחיותנו עמו, כשופטים, אינם זמינים ופחות ישימים במה שנוגע ל’סביר’ ול’ראוי’; שלגביהם השקפתו של בית המשפט לא תמיד נחזית כעדיפה על דעת הבריות. מוטב אפוא לשימוש בעילת הסבירות שייעשה עם קב הַמְטִיין²⁶ (ההדגשה הוספה).

37. אכן, עיון בדברים המצוטטים – של לנדוי, של גרוניס ושלי – מגלה כי גם אנו, “השמרנים”, חוששים מפני סתימת הגולל על עילת הסבירות המהותית. כך, לנדוי מציע להתכנס אל עילות ההתערבות הקונקרטיות, אך בד בבד טוען כי גם החלטה מנהלית ‘אבסורדית’, שהיא ‘כה מופרכת על פניה’ ראויה להתבטל. לנדוי מסווג אמנם החלטה מעין זו למשבצת של ‘חריגה מסמכות’, כפי שנעשה במשפט המקובל, אולם בפועל נראה כי קביעה שלפיה החלטה מנהלית היא ‘אבסורדית’, מחייבת להידרש לתבונתה של ההחלטה. גרוניס מבקר בחריפות את השימוש במטאפורה של משקל ואיזון, המשמשת לעתים ככסות לאי-הסכמה עם התוצאה, אולם מצהיר כי אינו מבקש לבטל את עילת הסבירות המהותית, אלא רק לצמצמה לממדיה המקוריים. אני מצדי הלכתי בעקביהם של לנדוי וגרוניס – לא שללתי לחלוטין את עילת הסבירות המהותית, אך טענתי כי מוטב לשימוש בה שיעשה בצמצום.

38. הגישה המסוייגת ביחס לעילת הסבירות המהותית – יסודה בהתלבטות: מחד גיטא, שיקולים כבדי משקל (עליהם עמדתי לעיל בדברי על פרשנות), בכלל זה עקרון הפרדת הרשויות, אופיו האובייקטיבי של מעשה השפיטה, וודאות משפטית – מצדיקים לדבוק

²⁶ בג”ץ 43/16 אומ”ץ נ’ ממשלת ישראל, פסקה 15 לחוות דעתי.

בעילות ההתערבות המוכרות במשפט המינהלי מימים ימימה. עילות אלו מתמקדות כאמור בשאלת הסמכות ובשאלת תקינותו של ההליך המינהלי, שאלות שההכרעה לגביהן היא הכרעה משפטית מובהקת, ובהן נתון לבית המשפט הכשר דמוקרטי²⁷ והכרה במומחיותו. עילות אלו אינן מבוססות על בחינת 'משקלים' ו'איזונים', מונחים עמומים המכוונים במידה רבה כלפי תבונתה של ההחלטה המינהלית.

מאידך גיסא, ניסיון החיים השיפוטי מלמד, כי לעתים 'עילת סל', דוגמת הסבירות המהותית, היא כלי חיוני בידו של בית המשפט להושיט סעד, מקום שבו מתקבל מנסיבות העניין בכללותן רושם חזק כי נפל פגם בפעולת הרשות, אלא שלא ניתן להוכיח זאת. כך, למשל, באשר לעילה שעניינה אי-שקילת שיקולים רלבנטיים. האם יכול השופט להבחין באופן ברור בין מצב שבו הרשות המינהלית שקלה שיקול רלבנטי, אך נתנה לו בנסיבות העניין משקל זניח, לבין מצב שבו התעלמה ממנו לחלוטין? אכן, "במישור המעשי, קשה ליישם את ההבחנה בין התעלמות מוחלטת משיקול ענייני לבין התייחסות זניחה אליו (גם אם מבחינה אנליטית, היא ברורה). במקרים רבים, שיקול שהרשות מתעלמת ממנו למעשה זוכה למס שפתיים, וכך ההבדל בין המצבים הופך להיות סמנטי גרידא"²⁸.

39. קושי דומה עלול להתעורר במצבים שבהם יש לבית המשפט יסוד סביר להניח, כי החלטת הרשות המינהלית התקבלה על בסיס שיקול זר, אולם קיימת מניעה עובדתית להוכיח זאת²⁹. כלפי מה הדברים אמורים? כידוע, הליך בג"צ נשען על תצהיריהם של הצדדים. הוא אינו מתאים לבירור מחלוקות עובדתיות, או לבחינת מהימנותם של מגישי התצהירים. לפיכך, "קשה לבג"צ לקבוע ממצאים עובדתיים העומדים בסתירה לעובדות שהוגשו בתצהיר שהוגש לו מטעם הרשות המינהלית"³⁰. אולם לעתים ישנם מקרים שבהם הרקע לסכסוך המגיע לפני בית המשפט, יש בו כדי לעורר ספק בדבר השיקולים המוצגים כשיקוליה של הרשות בקבלת ההחלטה. במקרים מעין אלו, "הרושם הוא [...] שעילת הסבירות משמשת לפעמים מסווה להחלטה המטילה ספק בדבר כשרותם של שיקולי הרשות, או ליתר דיוק, שהיא מאפשרת לבית המשפט לתת ביטוי לתחושתו החזקה שהשיקול האמיתי בהחלטת הרשות היה שיקול זר"³¹.

²⁷ המונח 'הכשר דמוקרטי' שאוב ממאמרו של ב' מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקת בית המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" משפט וממשל יז 63, 65 (התשע"ו).

²⁸ ברק-ארז, משפט מנהלי, עמוד 728.

²⁹ שם, עמוד 726.

³⁰ קרצ'מר, עמוד 140.

³¹ שם, עמוד 141.

40. כזה היה מצב הדברים לכאורה בבג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים³². באותו עניין נדונה החלטת מנכ"ל משרד הפנים, שלא לאשר תכנית להקמת איצטדיון כדורגל בירושלים. שנים רבות היתה הקמת איצטדיון בירושלים שנויה במחלוקת, כאשר המתנגדים החריפים ביותר להקמתו היו חוגים חרדיים, שהתנגדותם היתה אידיאולוגית-עקרונית. בוועדות התכנון גברה ידם של התומכים בהקמת האיצטדיון, אולם מאחר שהדבר היה כרוך בשינוי תכנית מיתאר מקומית, היתה החלטת הוועדה המחוזית טעונה אישור של שר הפנים. מנכ"ל משרד הפנים, אליו הואצלו סמכויות השר, השתייך לחוגים החרדיים שהתנגדו להקמת האיצטדיון. הוא סירב לאשר את החלטת הוועדה, ונימק את סירובו, בין היתר, בצורך בתכנון כולל של האזור לפני שיאושר מתקן בגודל של איצטדיון. בית המשפט העליון לא שלל שיקול זה, גם לא קבע כי שיקול זה עמד ביסוד החלטתו של המנכ"ל. יחד עם זאת, בית המשפט פסל את ההחלטה מכוח עילת הסבירות המהותית, ונימק כך:

"בעניין שלפנינו, אם שוקלים את טענות [מנכ"ל משרד הפנים] לעומת התשובות שהובאו לעיל ואת אופן ביצועו של האיזון בין האינטרסים המצוינים לעיל, השיקול שנעשה נעשה, לדעתי, באופן בלתי סביר בנסיבות העניין. גם אם תמצי לומר, כי קיימת עדיפות כלשהי לתכנון תכנית מיתאר כוללת... הרי ודאי שעדיפות זו אינה כה מכרעת עד שיינתן לה הכוח להביא לידי דחייה כה ארוכה בביצוע התכנית הנדונה... אם תכנית האיצטדיון תצטרך להמתין עד לבדיקת כל התכניות בתכנית רבת המימדים – מתי, אם בכלל, יקום האיצטדיון? [...]. התרשמותי על-פי כל הטיעונים לפנינו ועל-פי הנסיבות, כי הדרישה לתכנית הכוללת הגדולה לוקה כאמור בחוסר סבירות. רצון העירייה והצורך בבניית איצטדיון לעיר ירושלים, הטיפול והתכנון הממושך בתכנית זו – לא ניתן להם משקל ראוי, בעוד שלדרישה של הכנת תכנית כוללת ניתן משקל מעל ומעבר לראוי ולנדרש"³³ (ההדגשות הוספו).

³² תמצית העובדות וההכרעה המובאות להלן, מבוססות על מאמרו של קרצ'מר.

³³ בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, עמוד 545.

41. נימוקו של בית המשפט אינו משכנע כל כך, ומדגים היטב את הקושי הגלום בעילת הסבירות המהותית. אם אמנם קיימת עדיפות לתכנון תכנית מיתאר כוללת, כפי שטען מנכ"ל משרד הפנים, מדוע היא אינה יכולה להביא לדחיית הקמת האיצטדיון? ודוק: גם אם מבחינה מקצועית יכול היה המנכ"ל להגיע בנסיבות העניין להחלטה אחרת, טובה יותר, האם ניתן לומר כי החלטתו בלתי סבירה 'באופן קיצוני'? הלכה למעשה, הרושם המתקבל הוא כי מבחן הסבירות המהותית שימש את בית המשפט לפסול החלטה "חשודה", הלוקה על פני דברים בשיקולים זרים – שיקולים שלא הוכחו בבית המשפט, אך זעקו מנסיבות העניין.

הנה כי כן, יתרון מובהק של עילת הסבירות המהותית, יכול לבוא לידי ביטוי במצבים שבהם יבקש בית המשפט להתגבר על קשיי הוכחה ביחס לעילות הביקורת הקונקרטיות – הן כאשר נטען כי לא נשקלו שיקולים רלבנטיים, הן כאשר נטען כי נשקלו שיקולים זרים.

42. דא עקא, אליה וקוץ בה. אם היה מתמצה השימוש בעילת הסבירות המהותית, באותם מצבים שבהם ישנו קושי להוכיח אחת מן העילות הקונקרטיות, אפשר שלא היתה מתעוררת מחלוקת של ממש. אך זה אינו המצב. בפועל, כפי שמלמדים אותנו פסקי דין רבים שניתנו במהלך השנים, השימוש בעילת הסבירות המהותית חרג הרבה מעבר למצבים של קשיי הוכחה, ושימש את בית המשפט בשורה של הכרעות בעלות אופי ערכי-נורמטיבי, או כאלו הכרוכות בשיקולי מדיניות: קביעת נורמות אתיות שלהן כפופה הרשות המבצעת; חיוב הרשות המבצעת לבצע פעולות שנודעות להן השלכות תקציביות משמעותיות; ביקורת על החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה, וכיוצא באלו סוגיות ציבוריות-ערכיות³⁴. חלקן עוררו עניין, שלא לומר 'סערה', וזכו לדיון נרחב; חלקן עברו בשקט יחסי, מחמת 'חוסר עניין לציבור'.

43. על רקע הדברים הללו, מתחדדת כמדומני נקודת התורפה של הגישה המסויגת אותה הציגו לנדוי וגרוניס, ואני בעקבותיהם. 'על הנייר', יש אולי היגיון בקביעה כי השימוש בעילת הסבירות המהותית צריך להצטמצם רק למקרים 'קיצוניים', לאחר ש"מוצו כל אפשרויות הביקורת באמצעות עילות מדויקות יותר" (כלשונו של גרוניס). בפועל, נראה

³⁴ ראו סקירה אצל ברק-ארז, משפט מנהלי, עמודים 736-757.

כי אין שום דרך מעשית להציב גבול לשימוש שיעשה בעילת הסבירות המהותית. משעה שהוכשר השימוש בעילת הסבירות המהותית, שוב אין יכולת אפקטיבית להגביל את היקפה. פתחנו פתח כחודו של מחט, והוא נרחב והיה לפתחו של אולם. אכן, בהעדר תוכן ממשי שינחה את בית המשפט במלאכתו, שוב לא נותר לכאורה דבר מלבד "דעותיהם ותחושות הצדק של שופטי ההרכב" (כלשונה של מ' שקד). השימוש ברטוריקה מרסנת של חוסר סבירות 'מהותי' או 'קיצוני', 'מתחם סבירות' וכיוצא באלו מונחים עמומים, אינו משנה את העובדה הפשוטה שבמבחן התוצאה, עילת הסבירות המהותית היא כחומר ביד השופט היוצר – ברצותו מרחיב, ברצותו מקצר³⁵.

אז מה עושים?

44. האם אין מנוס אלא 'לבחור צד'? לאמץ את עילת הסבירות המהותית, כמות שהיא, חרף 'מחיר' שהיא גובה בהרחבה יתרה של שיקול הדעת השיפוטי? או שמא יש לדחותה, על אף מעלות מסוימות הגלומות בה, ולשלם 'מחיר' באותם מצבים שבהם קצרה ידן של עילות הביקורת הקונקרטיות מלהושיע? ואולי אין צורך בהכרעה חדה, חותכת? שמא ניתן לגבש תורת הפעלה ברורה יותר לעילת הסבירות המהותית? עקרונות וכללים שינחו את בית המשפט בבואו לדון בעילה זו?

45. אני מאמין כי הפתרון לקשיים שמציבה לפתחנו עילת הסבירות המהותית, איננו בביטולה. אך גם הותרתה על כנה, במתכונתה הנוכחית, אינה מניחה את הדעת. הפתרון עשוי להימצא, לעניות דעתי, בהבחנה בין דרג נבחר לדרג מקצועי. כלפי מה הדברים אמורים?

46. החלטות המתקבלות על-ידי דרג נבחר – ממשלה, שרים, ראשי רשויות³⁶ – הן על-פי רוב החלטות המשקפות תפיסת עולם; תפיסת עולם ערכית, תפיסת עולם מקצועית. לעתים עוסקות החלטות בסוגיה נקודתית, לרוב עניינן בהתוויית מדיניות הנושאת עמה משמעויות רוחביות. עובדה זו כשלעצמה, אינה מחסנת החלטות אלו מפני ביקורת שיפוטית. יחד עם זאת, מן הראוי כי אופיין של החלטות אלו יכתיב את היקפה של

³⁵ שם, עמוד 764.

³⁶ שאלה לעצמה היא מה מעמדם של פקידים מקצועיים בכירים, הממונים על-ידי הממשלה. בין אלו ניתן למנות את היועץ המשפטי לממשלה, נגיד בנק ישראל, ראש רשות התחרות ועוד. מחד גיסא הריהם דרג מקצועי, מאידך גיסא החלטותיהם דומות במידה רבה להחלטות של דרג נבחר.

הביקורת. ביקורת שיפוטית המבוססת על עילת הסבירות המהותית, הרחבה, העמומה, אינה הולמת ביקורת שיפוטית על החלטות המשקפות הכרעה ערכית-מקצועית של דרג פוליטי נבחר. היא פוגעת בגרעין הקשה של עקרון הפרדת הרשויות. נעדרים ממנה שני היסודות שעליהם עמדתי לעיל: מומחיות והכשר דמוקרטי. גם הניסיון בשטח מלמד, כי הביקורת נגד השימוש בעילת הסבירות המהותית, מופנית בעיקרו של דבר כלפי אותם מצבים, שבהם מתערב בית המשפט בשיקול דעתו של דרג נבחר.

47. שונים הם פני הדברים ביחס להחלטות המתקבלות על-ידי דרג מקצועי. בדברי על החלטות הדרג המקצועי, כוונתי למה שאנחנו מכירים בתור 'ביורוקרטיה' – מכרזים, היתרים, רישיונות, אישורים וכיוצא באלו הליכים מינהליים המתישים כוחו של אדם. הצד השווה בהחלטות אלו, שרובן ככולן החלטות נקודתיות; ועניינן ישום מדיניות, להבדיל מהתוויית מדיניות. במצבים מעין אלו, ישנה הצדקה רבה יותר לשימוש בעילת הסבירות המהותית. אמנם כן, בדומה להחלטות של דרג נבחר, גם ביחס להחלטות של דרג מקצועי נעדר בית המשפט את יסוד המומחיות. יחד עם זאת, מצד ההכשר הדמוקרטי, התערבותו של בית המשפט בשיקול דעתו של פקיד מקצועי שאינו נבחר, היא צעד לגיטימי יותר. פגיעתה הפוטנציאלית בעקרון הפרדת הרשויות, מתונה הרבה יותר.

48. זאת ועוד. דווקא אופיין הביורוקרטי של החלטות הדרג המקצועי, עשוי להצדיק שימוש בעילת הסבירות המהותית. במערכת היחסים שבין 'האזרח הקטן' לבין 'המערכת', אנו מעוניינים לאפשר לבית המשפט מרחב תמרון גדול יותר, בעת שהוא נדרש לבקר את החלטת הרשות המינהלית. תנו דעתכם: אדם שאינו מרוצה מהחלטת הדרג הנבחר, יכול להביע את מחאתו בקלפי; גם 'פוסט' או 'ציוץ' הן אפשרות זמינה ולגיטימית 'להפעיל לחץ' על הגורם הפוליטי הרלבנטי. לעומת זאת, את הפקיד המקצועי – שבכוחו להשפיע באופן מהותי על היבטים שונים של אורחות חיינו – לא האזרח בוחר, קרוב לוודאי שגם לא השר הממונה. כהונתו אינה קצובה בזמן, לרוב יהנה מקביעות. אלמלא ביקורת שיפוטית אפקטיבית על החלטותיו, עלול האזרח למצוא עצמו עומד לפני שוקת שבורה. ודוק: עילת הסבירות המהותית בצמצומה עומדת. העדר מומחיות; חזקת התקינות המינהלית; מיצוי עילות הביקורת המסורתיות – כל אלו מחייבים כי בית המשפט לא יפנה אל הסבירות המהותית, אלא כאשר כלו כל הקצין. הסבירות המהותית אינה 'פתרון קסם'. מכל מקום, בכוחה לתת מענה באותם מצבים שאינם באים במובהק בגדרן

של אחת העילות המסורתיות, אך מכלול נסיבות העניין מצדיק התערבות בשיקול הדעת. כך הוא במצב של קושי להוכיח אחת מן העילות המסורתיות; כך גם במצב שבו התרשם בית המשפט, כי החלטת הרשות המינהלית לא התאפיינה ב'ראש גדול' או בחריצות-יתר.

49. צמצומה של עילת הסבירות המהותית, והחלטה רק ביחס להחלטות של דרג מקצועי, להבדיל מדרג נבחר, עשויה להישמע אולי מרחיקת לכת. שלטון החוק ברשויות השלטון מה יהא עליו? אנסה להפיג מעט את החשש: הביקורת השיפוטית על החלטות הדרג הנבחר, שרירה וקיימת. צמצומה של עילת הסבירות המהותית, איננו מבטל את עילות הביקורת המסורתיות, העומדות לרשותו של בית המשפט. מבין העילות הללו, ראוי לייחד מספר מילים לעילת המידתיות, שמכוחה מבקר בית המשפט החלטות מינהליות הפוגעות בחירויות יסוד של הפרט. היא חשובה לענייננו, שכן טמון בה פוטנציאל רב למלא את חסרונה של עילת הסבירות המהותית, בכל הקשור לביקורת שיפוטית על החלטות הדרג הנבחר.

50. בשנת 1991 פרסם זאב סגל מאמר על עילת העדר היחסיות במשפט המינהלי, ובו ביקש "לצקת תוכן קונקרטי למושג אי-הסבירות, על-ידי קביעת מושג מוגדר של העדר יחסיות בין המטרה שעמדה לנגד עיני הרשות לבין האמצעי שהיא נקטה בו. עקרון זה, אשר לאורו יבחן בג"צ את מעשה הרשות, יכול להמיר, במקרים רבים, את עילת אי-הסבירות"³⁷. כמעט 30 שנה לאחר שנכתבו הדברים הללו, ועל יסוד ניסיון רב שהצטבר, דומני כי עילת העדר היחסיות – המוכרת כיום במחוזותינו כעילת המידתיות – אכן כשרה וכשירה, במקרים רבים, לתפוס את מקומה של עילת הסבירות המהותית.

51. שלושה יתרונות טמונים בה, בעילת המידתיות: ראשית, היא מחזירה את בית המשפט ל'מגרשו הביתי', לדון בנורמות משפטיות, עניינים שביחס אליהם מומחיותו עמו. שנית, ביקורת שיפוטית על רשויות המינהל לשם הגנה על חירויות היסוד של הפרט, היא הביקורת השיפוטית ה'קלאסית'. זהו הביטוי המובהק ביותר לתפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית. שימוש בעילת המידתיות, חלף 'בריחה' אל מחוזותיה העמומים

³⁷ ד' סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507, 528 (1991).

(והנעימים) של הסבירות המהותית, יזכה אפוא למידה רבה יותר של הכשר דמוקרטי³⁸; שלישית, בניגוד לעילת הסבירות המהותית, נהנית עילת המידתיות מיתרון מתודולוגי. מזה חצי יובל עילת המידתיות זוכה לדיון ענף – הן במשפט החוקתי, הן במשפט המינהלי; עבודה רבה נעשתה באשר לפיתוחה והמשגתה. במובן זה מספקת עילת המידתיות מענה לחסרון משמעותי המאפיין את עילת הסבירות המהותית – הבניית שיקול הדעת.

52. ולא שאני סבור כי עילת המידתיות חפה מפגמים. ישנם כאלו. לו היתה מאפשרת לנו מסגרת הזמן, הייתי מרחיב את הדיבור על אודות הכשל הטמון בהגדרה הרחבה – רחבה מדי – של הזכות החוקתית והפגיעה בה; הייתי מפרט על השחיקה בתפקידם ובמעמדם של מבחן הקשר הרציונלי ומבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; הייתי עומד על המשקל הלא מידתי שניתן למבחן המידתיות במובן הצר (שאינו אלא גרסה נוספת של עילת הסבירות המהותית). עוד חזון למועד. בינתיים, נסתפק בדברים הללו – פרשנות, סבירות וקורטוב של מידתיות. כולם מזמנים אתגרים משמעותיים, ומחייבים אותנו להרחיב ולהעמיק את הדיון החשוב, על אודות גבולותיו הראויים של שיקול הדעת השיפוטי.

³⁸ עוד על ה'בריחה' אל מחוזות הסבירות המהותית, ראו מ' לופט "חבר'ה, קצת הגזמתם, לא?' – לאן נעלמה הביקורת השיפוטית של בתי המשפט הישראליים על מעשי המנהל" המשפט ברשת: זכויות אדם מבזקי הארות פסיקה 29, עמוד 25 (2014).

שמרו משפט ועשו צדקה

מאת

נעם סולברג*

במבט צופה פני עתיד אעמוד על מגמות במשפט הישראלי שעיקרן בעליית הפורמליזם, במיקוד הערכים ובערך המוסף.

ברכה רבה הביאה בכנפיה המהפכה החוקתית למצוקות רבות של הפרט, בכל תחומי החיים. זוהי מעלתה המוסרית: ההגנה על הפרט מפני זולתו, מפני הרוב ומפני השלטון. חרף קיטוב אידאולוגי בחברה הישראלית והעדר תמימות־דעים באשר לערכי היסוד, הרי שערך רב צפון בהם: גם יהודי, גם דמוקרטי. השעה כשרה עתה לשימור הערכים, עם חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר כדי לבסס את ערכם, לצמצם את מרחב העמימות, להתוות מדרג, למנוע זילות ולקדם שיווי משקל.

גם פורמליזם דיוני נחוץ, כדי לשמור על עקרון הפרדת הרשויות, להבטיח קבלת החלטות מקצועיות מושכלות של הרשות המבצעת. המשפטן הוא שחקן המשנה. השחקן המרכזי הוא הפקיד המקצועי. ודוק: המשפט איננו עוין את המשילות. הוא בעל בריתה.

מהערכים לפורמליזם, וחוזר חלילה אל הערך המוסף: נדרשת חירות עם אחריות. עליית הערכים ושיח הזכויות הביאונו אל נקודת קצה. הקסם שבה הוא מימוש זכויות עד בלי די; מכשלתה היא בהענקת פטור מאחריות חברתית. בצד העדנה לזכויות נשכחו החובות. שיח הזכויות כשלעצמו אינו מסוגל להבטיח צדק חברתי. נדרשת מחויבות מצדו של היחיד כלפי זולתו, כלפי החברה וכלפי המדינה. לא רק הפרט הוא נושא לזכויות אלא גם האומה. אנושיותו של האדם באה לידי ביטוי כחלק מהחברה. בצד חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו אציע להעמיד חוק־יסוד: אחריות האדם. זהו "אני מאמין" שראוי לקבל ביטוי חוקתי במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

א. מבוא – במבט צופה פני עתיד; ב. מבט אל העבר; ג. שילוב ערכי מדינה יהודית ודמוקרטית; ד. המטוטלת: שימור הערכים ופורמליזם; ה. עמימות; ו. פורמליזם מהותי – פוזיטיביזם; ז. פורמליזם דיוני; ח. חירות עם אחריות; 1. אלימות ופער חברתי בעידן של ערכים; 2. שיח הזכויות – אליה וקוץ בה; 3. ישראל ערבים זה בזה; 4. חוק־יסוד: אחריות האדם; 5. צדק וצדקה; 6. זכות שהיא חובה; ט. לסיכום: שיווי משקל.

* שופט בית המשפט העליון. הרצאה שנישאה בפתחת שנת המשפט באוניברסיטת חיפה ביום ב' במרחשוון תשע"ג (18 באוקטובר 2012).

א. מבוא – במבט צופה פני עתיד

כבוד האדם, חירותו, חייו, שלמות גופו, זכות הקניין, פרטיות, חופש התנועה, חופש העיסוק – זכויות אדם אלו, אשר עוגנו בחוקי היסוד,¹ בתחילת שנות התשעים של המאה שעברה, ועוד שכמותן שהוטמעו במשפט הישראלי לאחר מכן, סימנו את שיאו של התהליך שעליו עמד מני מאוטנר: "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי".² משנשאלתי לדעתי על המגמות המשפטיות הצפויות לתת את אותותיהן בעתיד, כמעט שנכשלתי בתשובה המידית וחסרת האחריות הזאת: "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי ובחזרה", או "עליית הפורמליזם וירידת הערכים". או אז נזכרתי במורי למתמטיקה מהתיכון שעל כל תשובה נמהרת ופזיזה היה מפנה אותנו אל הכיתוב על גבי החוגה במכשיר הטלפון של הימים ההם: "האזן לפני שתחייג". חשוב לפני שתפלוט דברי הבל. אחרי שהאזנתי – ניסיתי להאזין לשלל קולות הסימפוניה – תשובותי הן אלה: קצרה וארוכה. הקצרה: "עליית הפורמליזם, מיקוד הערכים והערך המוסף".

כדי להיות פורמליסט, כמעט טרחן, אציין שגם בשתי התשובות הראשונות, הנמהרות, יש מקצת הקצת מן האמת. אסביר את הדברים בתשובתי הארוכה, להלן, שהיא עיקרה של ההרצאה, שהייתה כאן למאמר.

תחילה אומר מילים אחדות על פיתוחן של הזכויות החוקתיות במשפטנו ועל ריבוי. בהמשך אנמק את דעתי כי פְּשֵׁלָה השעה לחיזוק הפורמליזם ולמיקוד הערכים כדי לבסס את ערכם, לצמצם את מרחב העמימות, להתוות מדרג ולמנוע זילות. מן הפורמליזם אשוב אל הערכים ואסביר את דעתי כי לצד זכויות אדם נדרשת הטלת אחריות חברתית על הפרט כלפי הסובב: הזולת והקהילה.

ב. מבט אל העבר

שני ציוני דרך בהמשכה של המגמה הקודמת באו לידי ביטוי בשנה שחלפה בשני פסקי דין חשובים ועקרוניים: האחד,³ אשר קבע כי אי אפשר להאריך עוד את תוקפו של חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב–2002,⁴ והשני,⁵ אשר דן

1 סעיפים 2–7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 150; סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.

2 מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503.

3 בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2012).

4 נודע בשמו "חוק טל" על שם שופט בית המשפט העליון בדימוס צבי טל, אשר עמד בראש ועדה ציבורית שהמליצה על חקיקתו.

5 בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).

בחוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה). שני פסקי הדין צעדו בתלם שחרש קודם לכן נשיא בית המשפט (בדימוס) אהרן ברק בקביעה כי עקרון השוויון הריהו זכות יסוד חוקתית על-חוקית,⁶ ולראשונה אף בוטל חוק – חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, תשס"ב–2002 – מחמת פגיעה בשוויון, כי השוויון מצא לו עוגן ב"כבוד האדם וחירותו". בעניין חוק האזרחות הכיר בית המשפט העליון בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם. בפסק הדין האחרון,⁷ שהקריאה, לעת פרישתה, הנשיאה (בדימוס) דורית ביניש נוסף נדבך חשוב לשיח החוקתי בקביעה כי אמת המידה לבחינת חוקתיותן של זכויות חברתיות-כלכליות הריהו זהה לזו של זכויות אזרחיות-פוליטיות. על פי פסק הדין בוטל סעיף בחוק הבטחת הכנסה,⁸ אשר שלל את זכאותן לגמלת הכנסה של מי שמחזיק ברכב. פסק הדין הדגיש כי הזכות למינימום של קיום אנושי בכבוד מצויה בלבו ובגרעינו של כבוד האדם. בין השיטין נותן פסק הדין ביטוי משפטי לדרישה לצדק חברתי. אכן, בעבר נשמעה ביקורת על שהזכויות החוקתיות שזכו להגנה הן זכויות פוליטיות (כגון חופש הביטוי) או זכויות אשר מקנות הגנה לבעלי אמצעים (כגון זכות הקניין) תוך הזנחת הזכויות החברתיות.⁹ ברי כי יש צורך להגן גם על מי שנמצא בתחתית הסולם החברתי והכלכלי, מי שאין ברשותו אמצעי מחיה בסיסיים, וכבודו כאדם – במובן הפשוט ביותר – נפגע.

רבות דובר ונכתב על האופן שבו פותחו הזכויות החוקתיות בכל תחומי המשפט, על חקיקת המחוקק, על יצירת המשפט,¹⁰ על התהליך ועל התוצאה.¹¹ דיני לצורך דבריי

- 6 בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006); בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 11.5.2006). לסקירה מאירת עיניים בסוגיה ראו: דפנה ברק ארו, **משפט מנהלי** (כרך ב, תש"ע) בעמ' 676.
- 7 בג"ץ 10662/04 **חסן נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 28.2.2012) (להלן – עניין חסן).
- 8 סעיף 9א(ב) לחוק הבטחת הכנסה, תשמ"א–1980, ס"ח 30.
- 9 ראו: גיא מונדלק, "זכויות חברתיות-כלכליות בשיח החוקתי החדש – מזכויות חברתיות לממד החברתי של זכויות האדם", **שנתון משפט העבודה ז** (תשנ"ט) 65.
- 10 בית המשפט העליון פיתח זכויות רבות, ובכללן חופש הביטוי, חופש האמונה, הפולחן והדת, חופש ההתאגדות, הזכות לשוויון, חופש היצירה, הזכות להפגין, כבוד המת, חופש האספה והתהלוכה, חופש החוזים, זכויות הצרכן, הזכות להורות, לחיי משפחה, זכותו של אדם לדעת מיהם הוריו, חובתם של רופא ובית חולים למסור לחולה מידע על טיפול שקיבל, רהביליטציה לעבריינים, זכות הפנייה לערכאות, זכויות עובדים, זכויות אסירים, זכותו של עציר להיפגש עם עורך דין, הזכות לחקירה נגדית, זכויות של נחקרים, הזכות לבחור ולהיבחר ועוד.
- 11 אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (תש"ע); אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", **משפט וממשל א** (תשנ"ב) 9; רות גביון, "המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", **משפטים כח** (תשנ"ד) 21; משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט", **משפט וממשל ג**

כאן לומר כי אם בעבר עברנו מפורמליזם,¹² לערכים, הרי שבשני העשורים האחרונים עלינו מדרגה נוספת: ממשפט של ערכים למשפט של ערכים נעלים יותר, בדמותם של הערכים החוקתיים וערכי היסוד של השיטה המשפטית הנוהגת. אסייג קמעא את דבריי: ההנחה הרווחת כי לעת הזאת המשפט הישראלי ערכי יותר מבעבר, מחמת קיומן כיום של זכויות יסוד מוכרות רבות יותר, אינה מוכרחת. בעשורים הראשונים לקיומה של המדינה טרם פותח שיח הזכויות. עיקרו של השיח סב אז על חובות האזרח למדינה ולקולקטיב. השירות הצבאי למשל נחשב זכות ולא חובה או נטל. השיח התמקד בזכות לתרום למדינה. הלך מחשבה שכזה, של רצון לתרום וראייה בתרומה זכות, מעיד דווקא על חברה ערכית. ברם המשפט צריך לשקף את הלכי הרוח בחברה ולהתאים את עצמו לתמורות אשר חלות בה על ציר הזמן. אך טבעי הוא כי לעת קום המדינה הייתה החשיבה קולקטיבית, ולאחר שהמדינה התבססה קמעא, "התפנה" מקום גם להגשמת הערך העצמי של האדם. מדובר בהתפתחות בריאה של החברה. אין אפוא שמץ של גריעותא בהענקת זכויות בסיסיות לכל אדם באשר הוא אדם. מנגד אין לבעוט במושכלות ראשונים, ואין לומר כי אין תוחלת ברצון לשרת את החברה ולתרום למדינה. נחזור לעידננו, עידן של ריבוי זכויות חוקתיות. המשפט בכללותו – לא רק המשפט החוקתי – מושפע מן השינוי, משום שכל חוק עלינו לפרש לאור חוקי היסוד. כל חוק חדש שנחקק לעת הזאת, בכל תחום מתחומי המשפט, צריך לעמוד במבחן החוקתיות. בכל החלטה של רשות צריך לוודא שהיא אינה פוגעת בזכויות החוקתיות פגיעה לא מידתית. מכאן שאכן מדובר במהפכה חוקתית – שמה נאה לה, לטב ולמוטב – ונמשיך לדון בה בשנים

(תשנ"ו) 697; גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** (תש"ע); הלל סומר, **הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית**, **משפטים** כח (תשנ"ז) 257.
 12 לטעמי, האמירה הקטגורית שלפיה בעבר המשפט היה פורמליסטי אף היא ראויה למחשבה ולהסתייגות. שכן דווקא לפני עשורים רבים (ובסמוך לקום המדינה), בטרם נחקקו חוקי היסוד שחוללו את המהפכה החוקתית, ידע בית המשפט העליון לפתח זכויות יסוד ולשמור עליהן. למשל, בבג"ץ 1/49 **בוזרנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב(1) 80, נקבע כי לכל אדם זכות טבעית לעסוק בכל עבודה או משלח יד שיבחר לעצמו. כל עוד הזכות לא נשללה בחוק אי אפשר לפגוע בה. חופש העיסוק אפוא לא היה זקוק לחוק יסוד כדי שבית המשפט העליון, בתקופה הפורמליסטית לכאורה שלו, יעניק לו הגנה כזכות יסוד, זכות שצוין בפסק הדין כי היא "זכות שאינה כתובה עלי ספר". יתרה מזו, בבג"ץ 73/53 **חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד ז(2) 871 נקבע כי חופש הביטוי הוא זכות יסוד, זכות שהיא חלק בלתי נפרד מהדמוקרטיה, תוך הסתמכות על מגילת העצמאות ותוך הכרה בחופש הביטוי כזכות עילאית במשפט החוקתי. קיימות עוד דוגמאות שלא כאן המקום למנותן, ודי להזכיר את בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, שבו למעשה נפסל בשנת 1969 חוק מימון מפלגות הואיל ולא עלה בקנה אחד עם עקרון השוויון שבחוק-יסוד: הכנסת. כמו כן ראו: ע"א 10251/05 **ברשף אילת בע"מ נ' פקיד שומה אילת** (פורסם בנבו, 19.2.2007); מנחם רניאל, **איש מידות – נשיא בית המשפט העליון יצחק כהן וחפישתו את המשפט והשופט** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, 2012) פרקים 3 ו-4.

הבאות. העיסוק בזכויות רבות ומגוונות ובשאלה באיזה מובן עשויות הזכויות הללו לבוא לידי ביטוי במסגרת החוקתית יוסיף להיות לחם חוקנו. בעיקר כך באשר לזכויות החברתיות – חינוך, בריאות, רווחה ועוד. ברכה רבה הביאה בכנפיה המהפכה החוקתית למצוקות רבות של הפרט, בכל תחומי החיים. זוהי מעלתה המוסרית: ההגנה על הפרט מפני זולתו, מפני הרוב ומפני השלטון.

ג. שילוב ערכי מדינה יהודית ודמוקרטיה

אף על פי כן לא הכול שבעי רצון. החברה הישראלית אינה עשויה מקשה אחת. רב-תרבותיות; מחלוקת על ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; שסעים חברתיים; פלגנות רעיונית; קיטוב אידאולוגי. כל אלה הם גם סיבה גם מסובב לאי-תמימות-דעים מלאה בדבר חלק מערכי היסוד, אם כי לפי האמת דומני שהמחלוקת האמתית מצומצמת מכפי שהיא נחזית לעתים בשיח הפוליטי, הציבורי והתקשורתי. בחלוקה המחנאית הפשטנית במקומותינו יש לעתים נטייה לסווג את ה"מחנה" הדתי כמתנגד לחוקי היסוד. אין טעם בדבר הזה.¹³ מהו "כבוד האדם" אם לא "כי בצלם א-להים עשה את האדם"?¹⁴ מהו "עקרון השוויון" אם לא "משפט אחד יהיה לכם פגור פאזרה יהיה"?¹⁵ מהי "חירות האדם" אם לא חופש הבחירה, כדברי הרמב"ן: "היות מעשה האדם רשות מוחלטת בידו, אם ירצה יעשה ואם לא ירצה לא יעשה",¹⁶ או כדברי הרמב"ם: "פעולות האדם כולן מסורות לו, אין מכריח עליו בהן ולא מביא זולת עצמו",¹⁷ או במקום אחר: "יסוד תורת משה רבנו ע"ה וכל ההולכים אחריה הוא שהאדם בעל יכולת מוחלטת, כלומר שיש בטבעו ובבחירתו וחפצו לעשות כל מה שביד האדם לעשות".¹⁸ אמת נכון הדבר, חוקי היסוד נחקקו בכנסת ולא בבית הכנסת. פרשנותם המחייבת נעשית בבית המשפט ולא בבית המדרש. אך תוכנם יונק מערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לא פחות מאשר מערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. לא אכחד: ברור שאין זהות מוחלטת, קיימים פערים ידועים בין דמוקרטיה לבין יהדות, ולבטח אין לטאטא אל מתחת לשטיח אכזבות של קהילות מגוונות בפסיפס הישראלי מחלק מערכי היסוד. מצב הדברים איננו כליל השלמות, אבל בחלקו הניכר הוא טוב מאוד. צריך להודות בכך, ולהודות על כך. צריך להכיר ולהעריך גם דבר חלקי. אנחנו

13 לסקירה השוואתית בין זכויות היסוד שבחוקי היסוד לבין גישת המשפט העברי ראו: הרב שלמה אישון, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לאור ההלכה", תחומין טז (תשנ"ו) 313.

14 בראשית ט, ו.

15 ויקרא כד, כב.

16 פירוש רמב"ן על התורה, בראשית כב, א.

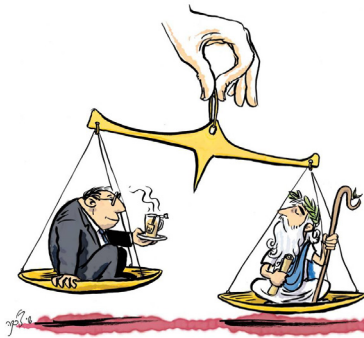
17 רמב"ם, שמונה פרקים, ח; מאבי מורי ד"ר שאול סולברג למדתי משחר ילדותי על הבחירה החופשית בכלל ואצל הרמב"ם בפרט. ראו מאמרו של שאול סולברג, "בחירה והשגחה במשנת הרמב"ם לאור הפסיכולוגיה של ימינו", ניב המדרשיה י"א (תשל"ד).

18 רמב"ם, מורה נבוכים יז, חלק ג, שי"א.

רגילים בבית המשפט, דבר יום ביומו, להציע הצעות פשרה. בתביעה על מיליון ש"ח לעתים אנו מצביעים על סיכונים וסיכויים ומציעים להתפשר על רבע מיליון, ובעלי הדין שוקלים כל אחד מנקודת מבטו, אם טוב ציפור אחת ביד משתיים על העץ, ומקבלים החלטה. בעניינים ממוניים יודעים להעריך גם דברים חלקיים. לעומת זאת בענייני ערכים קשה יותר להתפשר. אך זו טעות שלא להעריך את החלקי אלא רק את השלם. הפרפקציוניזם לא יקדם אותנו. צריך להתברך אפוא בערכי היסוד, גם אם אינם חופפים לחלוטין השקפת עולם של מגזר כזה או אחר בחברה הישראלית. ערך רב צפון בהם: גם יהודי, גם דמוקרטי.

ד. המטוטלת: שימור הערכים ופורמליזם

אחד ממוקדי המחלוקת נעוץ בפרשנות ובשיקול הדעת השיפוטי בעניינין של זכויות האדם שעוגנו בחוקי היסוד ושל אלה שלא עוגנו בחקיקה, מהותן והיקף פרישתן. אכן, קל יותר לשכנע בצדקתו של פסק דין כשהנמקתו מושתתת על הוראת חוק חרותה ומפורשת. קשה יותר לשכנע בצדקתו של פסק דין כשבבסיסו ערכים מופשטים. אבל אפשר לגשר על הפער, על כל פנים לחתור לכך בהתמדה: "אחוז בזה וגם מזה אל תנח את ירך".¹⁹ אחוז בערכים, אך גם מלשון החוק, מכוונת המחוקק ומתכלית החקיקה אל תנח את ירך. לשון אחר: פריצת הדרך נעשתה, ערכי היסוד עוגנו בחקיקה כיאה להם, ועתה השעה כשרה לשימור הערכים לצד חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר. ההיסטוריה של המשפט לימדה אותנו שפורמליזם דווקא מנותק מערכים יכול להביאנו עד כלות. אבל גם זאת ידענו, שמשפט של ערכים הריהו תלוי בין שמים וארץ, וכדי שיצלח צריך לטעת את שורשיו באדמה. המטוטלת נעה כדרכה מצד לצד ועלינו לייצבה: בצד הערכים, עם בסיס פורמלי.



19 בהשאלה מדברי קהלת ז, יח.

ה. עמימות

הנשיאה (בדימוס) דורית ביניש ציטטה בפסק דינה שהזכרתי, בהסכמה, דימוי שבו השתמשה יהודית קרפ: "ניתן לראות את ערך 'כבוד האדם' מוקף מעגלי תכנים. כאילו השליך המחוקק את אבן 'כבוד האדם' לחלקת מימי אגם חוק-היסוד, ומגעה במימיו יצר מעגלים מתרחבים והולכים, המכים אחד בשני בשוליהם ומתמלאים האחד מן השני, וכל מעגל הוא תולדה של האחר, והם נזרמים האחד אל השני והולכים ומתרחקים ממקורם עד לעמעום".²⁰ אכן, דימוי נאה ומשובב נפש, אך ספק אם העמעום משקף מצב דברים רצוי. משל למה הדבר דומה? לאיש שיושב בהצגת תאטרון, ולפניו יושב אדם הדור בלבדו וכובע רחב שוליים על ראשו. האיש שמאחור פונה לבעל הכובע ומבקש ממנו להסיר את הכובע כי הוא מסתיר את ההצגה. בעל הכובע מסרב. האיש שמאחוריו שב ומבקש, ובעל הכובע עומד בסירובו: "פרנציפ, לא!". האיש שמאחור מבקש בשלישית, ובעל הכובע בשלו: "פרנציפ!". או אז מתעצבן האיש שמאחור ומעיף בידו את הכובע. כעת, כשראשו של בעל הכובע מתגלה, אומר לו האיש שמאחוריו: "אהה. זה לא פרנציפ, זו קרחת". העמעום שאליו התייחסה יהודית קרפ אינו פרנציפ – זו קרחת. בעולם הטבע יפים הם מימי האגם, ומשיבי נפש הם מעגלי המים המתרחקים ממקורם עד לעמעום. בעולם המשפט העמעום איננו יתרון אלא חיסרון.

ו. פורמליזם מהותי – פוזיטיביזם

מידה הגונה של פורמליזם נחוצה לא רק כבסיס, כגשר, לערכי היסוד של השיטה המשפטית; לא רק כדי להביא להזדהות ולהגברת האמון אלא גם כדי שידעו משפטנים ומתדיינים לפלס את דרכם בנבכי המשפט. הערכים העלו את קרנו, אך הותירו לעתים ענני ערפל על שביליו. בגישה פורמלית ניתן לצעוד בדרך בבטחה, עקב בצד אגודל. בכל צומת מורה תמרור את הכיוון להמשך הדרך עד ליעד. קשה ללכת לאיבוד. ואולם, מבלעדי ערכים, כפי שאמרנו, אפשר להגיע לאבדון. הערכים נחוצים לנו כעמוד ענן לפני המחנה, אך בד בבד תוואי הדרך צריך להיות ברור, "כאן על פני האדמה, לא בְּעֵבִים מעל", כמילות שירה של רחל.²¹

פרשנות משפטית ערכית תכליתית יכולה להותיר לעתים מרחב של עמימות, ותולדתה – חוסר ודאות.²² הלשון עשויה להיות מרפא. לשון החוק צריכה להיות עיקר לצורכי פרשנותו. בדיני החוזים ביקש המחוקק בתחילת שנת 2011 להדגיש את

20 עניין **חסן** (לעיל, הערה 7) בפסקה 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

21 רחל המשוררת, "כאן על פני האדמה" (תל אביב, תרפ"ז–1927).

22 על חוסר ודאות במשפט בשל השפעתם של תחומים לבר-משפטיים וכן בשל טשטוש ההבחנות בין תחומי המשפט השונים ראו: יצחק עמית, "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות, ואי ודאות במשפט", **דין ודברים** ו (תשע"א) 17.

חשיבותה של לשון החוזה בתהליך הפרשנות,²³ ובעקבותיו אמר בית המשפט העליון בתחילת שנת 2012 מפיו של השופט ריבלין, ובהמשך להלכות אפרופים,²⁴ וארגון מגדלי הירקות:²⁵ "עיקרון הוודאות המשפטית מחייב לתת ללשון החוזה משקל משמעותי בתהליך הפרשנות".²⁶ אכן, לא מעמד בלעדי, אבל ראוייה המילה הכתובה למעמד של בכורה.²⁷ זהו צוק איתן להאחז בו. מכנה משותף. כך יוכל עורך הדין לייעץ ללקוחו לכלכל את צעדיו לפי חפצו: לכרות חוזה, לנסח צוואה, להבין את מידת אחריותו בניזקין, את אשמתו או את חפותו בפלילים. אל תגשש באפלה: המילים הן התמורות, הרמזורים ואבני הדרך. דע מאין באת ולאן אתה הולך.



אין ערוך לחשיבותן של זכויות היסוד החוקתיות. ראוי בית המשפט העליון להכרת הטוב מצד החברה הישראלית כולה על טיפוח זכויות היסוד ועל העשייה העיקשת היום-יומית למימושן (אני רק זה מקרוב באתי בהיכלו של בית המשפט, ולכן דברי השבח אינם מתייחסים אליי). קבוצות חלשות באוכלוסייה, ופרטים בודדים, יודעים היום טוב יותר לעמוד על משמר זכויותיהם. תבואנה על הברכה עמותות ציבוריות אשר חותרות על דגלן את העזרה לחלשים. ממקום מושבי בבית המשפט אני צופה באהדה באלו שקיבלו עליהם משימה להיות פה לאילם, לשטוח את טענותיו של הזר, לריב את

23 חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), תשע"א–2011, ס"ח 202.

24 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום בע"מ, פ"ד מט(2) 265.

25 נ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1.

26 רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ (פורסם בנבו, 26.2.2012).

27 כדברים הללו אמרתי בע"א 3894/11 דלק – חברת הדלק הישראלית נ' ניר בן שלום (פורסם בנבו, 6.6.2013) בפס' 19: "המטוטלת נעה מן הדגש על הלשון, אל עבר הנסיבות; בהמשך כרכה אותם יחדיו; וכעת שוב עולה קמעה משקלה של הלשון. דרך הכלל היא כי לצורך פרשנות חוזים 'אחוז בזה (בלשון) וגם מזה (נסיבות העניין) אל תנח את ידך'. ברם, לטעמי, ההיסטוריה החקיקתית, לשון סעיף 25(א) הנ"ל לחוק החוזים, ומדיניות משפטית ראוייה, מחייבים גם זאת: ככל שהחוזה ברור יותר מתוכו, על-פי לשונו, פוחת משקלן של הנסיבות החיצוניות, עד כי, לעיתים, נדירות, תזכה הלשון למעמד בלעדי".

ריבו של האזרח. אולם מרוב "צפיפות" בזכויות היסוד לא תמיד רואים את היער. עלינו לקבוע סדר עדיפויות.²⁸ עלינו להבחין בין גרעינה של הזכות, הליבה, לבין הפריפריה. לא כל דחיית בקשה לפטור מאגרה היא פגיעה בזכות החוקתית של הגישה לערכאות. לא כל הקצאת משאבים וחלוקת תקציבים בדרך מסוימת היא פגיעה בזכות לחינוך או בזכות לבריאות. סיפר לי חבר שביקר בבית משפט בקנדה, שם ראה שלט שעליו ציור של בקבוק בושם, ועליו סומן X. הוא שאל לפרש הדבר ונענה כי השלט מורה על איסור כניסה לבית המשפט מבושמים בבושם. העניין איננו בגדר זכות יסוד, אך מתברר שהוא חשוב דיו. עד כדי כך הגיעו זכויות הפרט אל זכותו שלא להיחשף לריחם של מי קולון. חדשים לבקרים מגסים עותרים שונים נושאי דגל כזה או אחר להרים אותו ברמה ולהעלותו לדרגת זכות יסוד.²⁹ יש המבקשים להכיר בזכויות חדשות, ויש המבקשים להרחיב את הקיימות.³⁰ אכן, ברבות השנים הרחיב בית המשפט העליון את רשימת הזכויות וכלל בה בין היתר גם את אלה: הזכות להורות, לחיי משפחה, זכותו של אדם לדעת מיהם הוריו, חובתם של רופא ובית חולים למסור לחולה מידע על טיפול שקיבל, רהביליטציה לעבריינים, זכות הפנייה לערכאות, זכויות עובדים, זכויות אסירים, זכותו של עציר להיפגש עם עורך דין, הזכות לחקירה נגדית, זכויות של נחקרים, הזכות לבחור ולהיבחר ועוד. אנשים רואים את המהפכה החוקתית כי טוב, כי "שווה" להיות זכות יסוד. אלא שזכות יסוד אינה זכות בת-חלוף שמתנדפת ובה. חוקה, לפי מהותה, מגדירה

28 ראו גישתה של השופטת דורנר כפי שנותחה במאמרם של מרדכי קרמיניצר, חאלד גאנים ואלון יפה, "קווים לדמותה של דליה דורנר", ספר דליה דורנר (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם – עורכים, תשס"ט) 415. שם הוצגה כמי שדוגלת באימוץ מדרג של זכויות ואינטרסים לצורך הפעלת מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה, ודבריה הנזכרים שם כי יש לדרג את חשיבות הזכויות השונות על פי זיקתן לכבוד האדם.

29 אסירים רבים מגישים עתירות לבתי המשפט בטענה כי נשללות מהם זכויות רבות שהן, לטענתם, זכויות חוקתיות. כך למשל נדחתה עתירה של אסיר חולה איידס שביקש לקיים יחסי אישות עם בת זוגו בטענה כי הזכות להתייחדות היא חוקתית וחרף קיומו של נוהל הגיוני בשב"ס אשר בנסיבות מסוימות מונע התייחדות במצב דברים מעין זה כדי שלא לסכן את בת הזוג ראו: רע"ב 2416/05 פלוני ז"ל נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד סב(3) 13.

30 נדמה כי עותרים ממהרים לעתים לבקש סעד של ביטול חוק של הכנסת במקום לבקש את סעדם במתניות, במידתיות ובמצבים המתאימים. יפים לענייננו דברי השופט זמיר בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, בעמ' 496–497: "המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מן החוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח. עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט... עורכי דין באים בפני בית המשפט חדשות לבקרים, כשרוממות חוקי-היסוד בגרונם, וטוענים כי חוק זה או אחר סותר חוק-יסוד. האם כסדרם היינו ולעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה?... הסמכות של בית משפט לבטל חוקים דומה לנשק בלתי קונבנציונלי (...). כל אחד יודע עד כמה נשק כזה עלול להיות הרסני, אם כי לא כל אחד מבין עד היכן עלול ההרס להתפשט. מי שמופקד על נשק כזה מחוייב באיפוק מירבי. אוי לסמכות שאין עמה אחריות."

כמה זכויות אשר אמורות להיות יציבות ותקפות למשך זמן ארוך.³¹ אינפלציה של זכויות מוזילה את ערכן.³² המוסף, לעתים גורע. גם אין להעמיד את הזכויות כולן בשורה אחת, אלא יש לסדרן בסדר עדיפות, "בגדול החל ובקטון פילה",³³ עם הייררכייה ברורה, שבה החברה מגדירה מהן זכויות היסוד שלה. אכן, הציפייה היא מן הכנסת כרשות מכוננת להשלים את המלאכה הברוכה שהחלה בה, ולעשות כן במהרה בימינו, עד כדי כינונה של חוקה מלאה.

ז. פורמליזם דינוני

תולדה נוספת של חיזוק הפורמליזם, מחויבת, היא מיצוי ההליכים במשפט המנהלי; כלל בסיסי, שהתרגלנו – עורכי דין ושופטים – לדוש בעקבינו, והוא הכרח בל יגונה. לאו דווקא מחמת העומס המוטל על בית המשפט, לא ביוורקרטיה לשמה ולא טכנוקרטיה.



דרישת מיצוי ההליכים נועדה בראש ובראשונה לטייב את החלטות הרשות המנהלית

31 כדברי פרופ' אהרן ברק בספרו: "לחוקה אופי מיוחד [...] היא נועדה לכוון את ההתנהגות האנושית לתקופה ארוכה; לא קל לשנותה"; אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: **פרשנות חוקתית**, תשנ"ד) בעמ' 80.

32 יפים לענייננו דברי השופט חשין: "... בבואנו לבחון את תחומי התפרשותה של זכות יסוד, חייבים אנו לשוטט במבט מאופק-אל-אופק ומעלה-מטה. ריכוז מבטנו בעץ הבודד בהתעלם מן היער שהוא שוכן בו שקול כנגד התעלמות מן המציאות. להגנה על העץ האחד עלולים אנו לפגוע ביער, ונמצאנו פוגעים בכלי-דעת בעץ עצמו, שהרי קיומו של העץ קיום הוא בתחומי היער. ונדגיש: בחינה זו ראוי לה כי תיעשה – ולו בחלקה – במקור הזכות, לעת לידתה ועיצובה של זכות היסוד. שכן פרישת הזכות מלכתחילה אל-עבר מחוזות רחוקים – מחוזות שאפשר לא יועדו לה – תביא ממילא להגבלתה בשלב של פיסקת ההגבלה. הליך זה, כפי שאמרנו, עלול להביא לזילות השיח החוקתי" ראו: בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202, פסקה 43 לפסק דינו של השופט חשין.

33 בראשית מד, יב.

ולהיטיב עם כלל הנוקקים לשירותיה. ניסיונות לקיצורי דרך גורמים לעתים קרובות להארכתה וגורעים מטיב ההחלטה המנהלית. המגמה היא שהאזרח יבוא בדברים עם הרשות. על הפקיד להיות קשוב אליו ופתוח, להחליט בהתאם, ולעתים גם לעמוד על טעותו ולשנות את גישתו. לעשות את הבירור, לנסות ליישב את המחלוקת עם האזרח, ולמצער לצמצמה. על הפקיד לקמט את המצח, לחשוב, להתייעץ ולגבש את החלטתו. דילוג על הרשות המנהלית היישר אל בית המשפט כמוהו כעקיפתם של הממתינים בסבלנות לתורם במסווה אלגנטי, כביכול לא כוחני, ולא היא.

יתר על כן, הדילוג פוגע בעקרון הפרדת הרשויות. הדילוג גורע מן השיח המפרה שבין האזרח לבין הרשות. הכדור עובר לשדה המשפטי במקום לשטח המקצועי. עורך הדין של המדינה תופס את מקומו של הפקיד המקצועי בטרם עת, וזאת שלא בטובת העניין. עלינו לזכור ולהזכיר כי המשפטן הוא שחקן המשנה, והשחקן המרכזי הוא הפקיד המקצועי הנוגע בדבר. עליו לפעול כמובן כדין, לקבל את ההכוונה ואת הייעוץ המשפטי הנדרש, אבל אל לו לפקיד להיאלם דום, ואל לו – לעורך הדין – לבוא בנעליו. איננו חפצים בפקידים נרפים, כאלה שמשליכים אחרי גוום ומעבירים את ערמת התיקים שעל שולחנם היישר אל שולחנו של היועץ המשפטי או הפרקליט. אנחנו חפצים בפקיד "ראש גדול", מקצועי, חושב, מתייעץ ומחליט. כדין. אי-מיצוי הליכים גורע ממקצועיות ההחלטה המנהלית. לא מזמן דחינו עתירה של אדם טבע ודין ושל התנועה למען איכות השלטון בישראל,³⁴ מן העמותות החשובות אשר חרתו על דגליהן ערכי יסוד חשובים. העתירה ביקשה לתקוף החלטת ממשלה לאשר הסכם בין משרד האוצר לבין מפעלי ים המלח בקשר לקציר מלח שהצטבר באגן הדרומי של ים המלח, ואשר גורם לעליית מפלס המים באופן שמסכן אינטרסים שונים, בכללם בתי המלון שבאזור. העותרות טענו כי החלטת הממשלה לוקה באי-סבירות קיצונית, כי היא מתבססת על תשתית עובדתית שגויה, מפקירה את הקופה הציבורית, פוגעת בצדק החלוקתי ועוד כהנה וכהנה טענות קשות. אך עד מהרה התברר שעדיין אין מדובר בהסכם אלא במתווה לפתרון. זאת ועוד, ניכר כי נעשתה בממשלה בחינה מקצועית מעמיקה – כלכלית, גאולוגית, משפטית, סביבתית, ומצב הדברים איננו "כצעקתן" של העותרות. אבל העיקר איננו בזה, אלא בכך שהעותרות פנו אל שר האוצר שלושה ימים לפני החלטת הממשלה (כשיום השבת בתוכם). בחלוף חמישה ימים – יומיים אחרי החלטת הממשלה – החישו פעמיהן והגישו את עתירתן. מחמת החיפזון לא צירפו העותרות כמשיבים גורמים חיוניים הנוגעים בדבר, המשיקים לים המלח, את בתי המלון המייחלים זה שנים לפתרון לסכנת ההצפה המרחפת עליהם ואת המועצה האזורית. אמרנו שם: "את החלטת הממשלה שאותה ביקשו לתקוף לא צרפו העותרות, אלא את ההודעה לעיתונות שהוציא מזכיר הממשלה; ולא הרי זו כהרי זו. ממילא לא עמד לממשלה פרק זמן מינימלי סביר על מנת לבחון את טענות העותרות. העתירה נוסחה בבהילות, התשתית העובדתית חסרה בה ולא מדויקת, דברים

34 בג"ץ 112/12 אדם טבע ודין נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.5.2012).

שניתן היה לחסוך אילו המתינו העותרות לתשובת הממשלה. לא בדקדוקי-עניות של פרוצדורה עסקינה, אלא במהות: הסדר הטוב; היעילות; החסכון במשאבים; מיקוד המחלוקת וציוני-דרך לפתרון; הפעלת שיקול דעת מקצועי; הפריית השיח שבין האזרח לבין הרשות; כיבוד הדדי בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת; כל אלה מחייבים מיצוי הליכים תחילה, וביקורת שיפוטית אחר כך.³⁵ לפיכך דחינו את העתירה על הסף.³⁵ פסיקת הוצאות? כן. לא כשיעור שהיינו פוסקים בתיק שכל-כולו כלכלי-פיננסי. אבל לניהול תיק שכזה עלויות רבות, גם למדינה וגם למשיבים אחרים. אין סיבה שיצאו בחסרון כיס. אין הצדקה לכך שנימנע מפסיקת ההוצאות גם כדי למנוע מעקפים וכדי לנתב את העותרים – בכללם עמותות ציבוריות חשובות – אל דרך המלך. הפורמליזם בהקשר הזה של מיצוי ההליכים איננו מילה גסה, ולא פְסוּת לאטימות. הקפדה על מיצוי הליכים תשפר את התהליך, תטיב את התוצאה, וגם מקומה של הביקורת השיפוטית לא ייפקד. אך בית המשפט לא ימיר את שיקול דעתה של הרשות המנהלית בשיקול דעת-שלו ויידרש אל העניין רק כשהיה בשל לכך, לאחר שהרשות הפכה בו על כל צדדיו – העובדתיים, המקצועיים והמשפטיים – ולא כשהוא עודנו בוסר. אציין עוד בהקשר זה שניים מן המאפיינים של עליית הערכים שמאוטנר עומד עליהם:³⁶ המעבר מכללי הוכחה (במתודה של מדעי הטבע) לכללי שכנוע (במתודה של מדעי הרוח והחברה) והמעבר משיח מקצועי עם הרשויות לשיח עם החברה. ברקע שניים אלה ניכר מעבר בין מטרות המשפט: ממשפט מסדיר ומיישב סכסוכים למשפט מחנך ומעצב ערכי חברה. הפורמליזם הדיוני חוזר בהקשר זה לכללי הוכחה ולשיח מקצועי, וברקע – למשפט מסדיר ומיישב סכסוכים.

ח. חירות עם אחריות

1. אלימות ופער חברתי בעידן של ערכים

ושוב, בתנועת המטוטלת נחזור מן הפורמליזם לדבר על ערכים. שיח הזכויות תפס מקום מרכזי, כראוי לו, בציבוריות הישראלית. חשיבות רבה לכך, זוהי ערובה לשמירה על זכויות הפרט, על כבוד האדם וחירותו. שמעתי לאחרונה בנסיעה במכונית ריאיון ברדיו עם אשת חינוך בעקבות גילוי נוסף של אלימות נוער. המראיין התריס לעומתה שאין חינוך לערכים. אשת החינוך השיבה מצדה כי יש ויש חינוך לערכים. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק תלויים לראווה בכיתות בית הספר, והם

35 לתוצאה דומה ראו אשר נפסק בבג"ץ 4567/12 תנועת אומץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 15.7.2012).

36 מאוטנר (לעיל, הערה 2) בעמ' 523–524.

נדונים בשיעורי חברה השכם והערב. לכאורה הכול טוב: גם עולם המשפט מרוצה מעיגונן החוקתי של זכויות הפרט; גם מערכת החינוך שבעת רצון מהנחלתן לתלמידים. אז מדוע במבחן התוצאה אין הצלחה? מדוע גילויי האלימות? חוצפה כלפי מורים? התרסה כלפי הורים? איך אלו מתיישבים עם עליית הערכים? עוד שמענו כולנו בעת האחרונה על המחאה החברתית. על עושר רב שמרוכז אצל יחידים לעומת דלות ועניות אצל רבים וטובים. איפה השוויון שאנחנו מרבים לדבר על אודותיו, שהיה לחלק בלתי נפרד משיח הזכויות, עיקרון חוקתי על-חוקי על פי פסיקת בית המשפט העליון? כיצד מתיישב הפער המעמדי הזה בין עשירים לעניים עם עליית הערכים?

2. שיח הזכויות – אליה וקוץ בה

אנסה להשיב ולהציע. עליית הערכים ושיח הזכויות הביאונו אל נקודת קצה. הקסם שבה הוא מימוש זכויות הפרט עד בלי די; מכשלתה היא בהענקת פטור מאחריות חברתית. יש מאזרחי מדינת ישראל שכישוריהם, קשריהם, סגולותיהם או מזלם גרמו להם לממש את זכויות הפרט, לעלות מעלה ולהגיע לדרגות הצלחה גבוהות. אך לא מעטים הם האזרחים שמימוש זכויות הפרט לא הועיל להם כדי לספק את מחסורם. עיניהם רואות את העשירים המתעשרים עוד, רואות וכלות, והם נותרים מאחור עם תחושת קיפוח וחיים מן היד אל הפה.³⁷

תוצאת לוואי לא רצויה של העלאת שיח הזכויות על ראש שמחתנו היא טיפוח אשליה כי המשפט הוא חזות הכול, וכי בו, גם כשהוא לעצמו, יש די כדי להוביל לשינוי חברתי.³⁸ בית המשפט מעניק סעדים ותרופות – ככל שיש עילה לעשות כן – ועומד לימינו של הפרט בריבו עם הרשות. ברם קצרה ידו של המשפט לעשות צדק עם כל אחד ואחד מבני החברה. לא כל אחד מצליח לממש את הפוטנציאל הגלום בזכות הקניין. לא כל אחד מסוגל להפוך את חופש הביטוי למנוף להצלחה, וגם חופש העיסוק נחזה לעתים כלעג לרש, למובטל שמחפש נואשות אחר עבודה למחייתו. לשון אחר: זכויות האדם הן מתכון להצלחה ולשגשוג אינדיווידואליסטי תחרותי.³⁹ אך התחרות איננה בין שווים. עקרון השוויון, שאותו העלינו על נס, נותר לעתים מבויש, כססמה התלויה על בלימה, מבלי "לספק את הסחורה". עמדת המוצא של כל אחד ואחד מבני החברה היא שונה, לפי

37 ראו: אליעזר שביד, "האם חירות האדם היא אנוכיותו או אחריותו?", **כבוד האדם וחירותו במורשת ישראל** (מנחם אלון – עורך, תשנ"ה) 47. לביקורת על שזכויות היסוד אינן נגישות לכלל האוכלוסייה, ראו: אמיר פז-פוקס, "נגישות יתר ונגישות חסר לזכויות חברתיות וכלכליות", **דין ודברים ה** (תש"ע) 307.

38 ראו: יואב דותן, "בית המשפט העליון כמגן הזכויות החברתיות", **זכויות כלכליות חברתיות ותרכותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני – עורכים, תשס"ה) 69, בעמ' 89.

39 שביד (לעיל, הערה 37) בעמ' 59 ואילך.



סגולותיו ובית גידולו. יש כאלה ששייגו, ויש כאלה שייסוגו. המעבר הבין-דורי מזכויות הדור הראשון – זכויות אזרחיות-פוליטיות – לזכויות הדור השני – זכויות חברתיות-כלכליות – לבטח מועיל לצמצום הפער, אך גם הוא אינן בכוחו להביאנו אל הארץ המובטחת.⁴⁰ שיח זכויות הפרט אינו יכול לשמש שפה בלעדית. אחת ההשלכות הטובות פחות של השיח הזה מצויה בתפיסה שלפיה נועדו זכויות הפרט להגן על חירותו של האדם, הן ואינן בלתי. החירות נתפסת בעיניים ליברליות כחופש מהתערבות בחייו של הפרט.⁴¹ בקיצוניותה הביאה גישה זו בארצות הברית למקרים של אדישות כלפי מי שנפגע בתאונת דרכים לנגד עיני עוברים ושבים, לסגירת חלון הבית בשעה שמישהי נאנסה ברחוב מתחת לחלון,⁴² להיעדר חמלה ולא אמפתיה כלפי אדם שמשווע לעזרה.⁴³ כדי שלא לקטרג על אזרחי ישראל, לא נזכיר מעשים ומחדלים דומים במקומותינו.

40 לקושי בהשגת שינוי חברתי באמצעות בתי המשפט, ראו: רות גביזון, "התקווה החלולה: האם בתי המשפט יכולים להביא לשינוי חברתי?"; **מעשי משפט** ב (2009) 15; דותן (לעיל, הערה 38).

41 גדי טאוב, "האמריקניזציה של שיח הזכויות", **מדיניות ציבורית** 7 (2011) 4.
 42 למען הזהירות מן הראוי לציין כי לימים הוטל ספק באמינותו של סיפור המעשה הזה (סטיבן לויט וסטיבן דבנר **סופר פריקונומיקס** (2011), בעמ' 134).
 43 מנגד ראוי להפנות לחובת ההצלה המוטלת במשפט הישראלי במסגרת חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998, ס"ח 1670, אשר נחקק ביזמתו של יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת דאז, ח"כ חנן פורת ז"ל. כדברים הללו אמר בהביאו את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית: "לא היינו נזקקים לחוק הזה אילו באמת היינו במצב שבו המוסר הטבעי, שלפיו אדם הרואה אדם אחר שנמצא במצוקה לנגד עיניו, לא היה מהסס, היה טורח ומציל, גם אם הדבר הזה היה עולה לו בהוצאות מרובות של ממון ואפילו בסיכון של גוף. חשבנו בכל זאת, על רקע מקרים מצערים מאוד שהיו בשנים האחרונות ועל רקע רצון לקבוע נורמה שמעגנת את המוסר היהודי, הקובע 'לא תעמוד על דם רעך', שאינך יכול לעמוד מנגד בשעה שאתה רואה את חברך נמצא בסכנה, וחברך הוא אדם באשר הוא אדם, יהודי כגוי, כל אדם באשר הוא גדול, קטן, איש, אשה, עליך להושיט לו יד ולהציל אותו" (ד"כ לא (תשנ"ח) 8344). לסקירה מקיפה על אודות החוק, ראו ניל הנדל, "חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 השראה ומציאות", **מחקרי משפט** טז 2 (תשס"א) 229.

3. ישראל ערבים זה בזה

חירות קיצונית שכזו גובלת בהפקרות. לא אליה אנו מייחלים אלא לחירות עם אחריות. לא לניכור, אלא לאחוזה: "ישראל ערבים זה בזה".⁴⁴ איננו מסתפקים במניעת הפרעה לזולת לממש את זכויותיו, בסובלנות פסיבית, ביחס של "שב ואל תעשה" כלפי האחר; אנו מצפים ליחס של "קום עשה". חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מגביל את זכויות היסוד רק בהתנגשותן בינן לבין עצמן או בזכויותיהם של אחרים. לבד מכך אין גבול להתפרסותן. חסרים איזונים ובלמים. אלו נחוצים, כמו בכל תחום, כדי שהגולם לא יקום על יוצרו. אכן, נדרשת מחויבות כדי לאזן את הזכות ולתחום את גבולותיה. האדם הוא יצור חברתי, בתוך עמו הוא יושב, בקרב קהילתו. מוטלת על האדם אחריות חברתית. דולפינים נצפים מעת לעת כשהם נושאים אחד מחבריהם ומגביהים אותו מעל למים, מכיוון שאותו דולפין נפצע ואיננו מסוגל לדאוג בכוחות עצמו לקיומו. החיה היא יצור חברתי. סממנים שונים של קהילתיות טבועים בחיות. ומותר האדם מן הבהמה. אם אצל חיה כך, מכוח אינסטינקט, לא כל שכן אצל האדם, נזר הבריאה, מכוח המחשבה. על פני הדברים, במבט שטחי, אחריות חברתית אשר מהדקת קשרים בין אנשים ואף מטילה עליהם חובות מפחיתה מעצמת החירות על פי ההשקפה הליברלית,⁴⁵ וגורעת מעצמאותו של האדם. אלא שאחריות חברתית זו היא הכרחית לשם השגת חברה צודקת. בפער החברתי, ב"דלתא" שבין עמדת המוצא השונה של כל אחד מבני החברה לבין מימושן בשווה של זכויות הפרט, שם מקומה של האחריות החברתית. כי מצוין תצא תורה. זו הבשורה שצריכה לצאת מציון. לא כאנטיתזה לזכויות האדם הליברליות המודרניות, אלא כסינתזה עמהן.

זכויות אזרחיות-פוליטיות מבקשות להבטיח את חירותו של הפרט במובן הליברלי ויוצרות חיץ בינו לבין החברה. לעומתן, זכויות חברתיות-כלכליות מעצם טיבן דורשות יצירת גשר בין הפרט לבין החברה ועיצוב אופייה.⁴⁶ כידוע, מן ההיבט התקציבי, יקרות זכויות הדור השני מזכויות הדור הראשון לאין שיעור.⁴⁷ אף על פי כן נראה כי בעתיד

44 בבלי, סנהדרין כז, ב.

45 טאוב (לעיל, הערה 41).

46 רות גביון, "על היחסים בין זכויות אזרחיות-פוליטיות ובין זכויות חברתיות-כלכליות", **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני – עורכים, תשס"ה) 25, בעמ' 46–47.

47 ראו: אהרן ברק, הקדמה לספר **זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל** (יורם רבין ויובל שני – עורכים, תשס"ה) 5, בעמ' 8. בהקדמה זו משקף ברק תפיסה רווחת אשר לפיה הגשמתן של זכויות חברתיות קשורה הלכה למעשה להקצאת מקורות כספיים לאומיים של המדינה. מנגד, יש החולקים על ההבחנה בין זכויות כלכליות-חברתיות לזכויות פוליטיות-אזרחיות בעניין הקצאת המשאבים הנדרשים למימוש הזכויות הללו. לסקירת התפתחות ההכרעה באשר לזכויות חברתיות, ראו: דפנה ברק־ארז ואיל גרוס, "הזכויות החברתיות והמאבק על אזרחות חברתיות בישראל: מעבר לזכות לכבוד" **ספר דליה דורנר**

הנראה לעין צפויה עדנה מסוימת לזכויות החברתיות,⁴⁸ גם אם במגבלות התקציב ולפי סדר עדיפות. ואולם, בל נשלה את עצמנו. מחאה חברתית הקוראת להסטת משאבים לאומיים לדיור, להשכלה, לבריאות, לרווחה, אינה מספקת. "העם רוצה צדק חברתי", אך חוששני כי לא נגיע אליו רק על בסיס האינדיווידואליזם המצוי בבסיס שיח הזכויות, וגם לא בעקבות חקיקה של חוק-יסוד: זכויות חברתיות. כל אלה צריכים להיות מלווים באחריות חברתית,⁴⁹ בתחושה של מחויבות מצדו של היחיד כלפי זולתו, כלפי החברה וכלפי המדינה. רק אז ניתן יהיה להגיע לצדק חברתי. שיח הזכויות מטמיע בקרב רבים תחושה כי תפקידה של המדינה לספק את כל מאויינו, את כל צורכי אזרחי המדינה. וממילא, אם החובה – מהחל ועד פלה – מוטלת על המדינה, הרי שהפרט פטור מלדאוג לצורכי הזולת ולטובת החברה.⁵⁰ לעניות דעתי זו טעות כפולה: ראשית, המדינה חייבת, והרבה, אך הפרט איננו בן-חורין להיבטל ממחויבותו-שלו. שנית, לא רק הפרט הוא נושא לזכויות: גם האומה. כך נקבע בהכרזת העצמאות.⁵¹ לא רק זכויות הפרט על הפרק; גם צרכיה הלגיטימיים של האומה.

4. חוק-יסוד: אחריות האדם

נקיטת לשון "שיח חובות" אינה מיטיבה עם המסר שאותו אני מעוניין להעביר. כששיח הזכויות מבטיח לו, לפרט, מימוש עצמי מיטבי, מה לו לסגת לאחור, לדבר על חובות, כשמנייה וביה הן ינגסו בזכויותיו. ואולם, מטבע בריאתו האדם איננו מנותק מן הסובב, אינו חי בכועה אלא בקרב בני אדם. אנושיותו באה לידי ביטוי כחלק מהחברה. זאת, גם לטובת החברה, גם לטובת הזולת, גם לטובת עצמו, כי האדם מגשים את עצמו במסגרת של חברה.⁵² החברה יוצרת תנאים להתפתחותו. חלק אלוהי ממעל שבאדם עשאו ליצור החי בסביבתו. אינני בא אפוא לחדש חידושים וליצור חובות יש מאין. החובות הללו טבועות בנו מימי בראשית. אלא ששיח הזכויות מאיים לגנוז אותן. תלמידי בתי הספר משננים השכם והערב את הוראות חוק זכויות התלמיד. הם מומחים בזכויותיהם ובחובות מוריהם כלפיהם, וטוב שכך. אך לעתים נדמה כי שיח הזכויות עלה

(שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם – עורכים, תשס"ט), 189 בעמ' 191–193; גביון (לעיל, הערה 46).

48 ראו עניין חסן (לעיל, הערה 7).

49 הילארי פטנאם וימימה בן מנחם, "בחירה אין משמעותה זכויות-יתר, אלא אחריות", פילוסופיה יהודית כמדריך לחיים (תשע"ב).

50 טאוב (לעיל, הערה 41); אבי שגיא, "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות", מחקרי משפט טז (תשס"א) 37.

51 אליקים רובינשטיין ונעם סולברג, "הכרזת העצמאות של מדינת ישראל אחרי בלזתה (כמעט) היתה לה עדנה", נתיבי ממשל ומשפט: סוגיות במשפט הציבורי בישראל (תשס"ג) 179.

52 ישראל גלעד, דיני נזיקין – גבולות האחריות (כרך א, תשע"ב) בעמ' 172–173.

לתלמידים עד למעלה ראש, השינון המתמיד השכיח מהם כי מוטלות עליהם גם חובות. יהיה מי שיאמר כי מדובר בעניין בסיסי, טבוע בנו, עד כי אין צורך לחקקו בחוק יסוד. אך הניסיון המצטבר מאז חקיקת חוקי היסוד מתחילת שנות התשעים ועד עתה, מלמד כי בצד העדנה לזכויות נשכחו החובות. בצד חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ראוי שיעמוד חוק יסוד: אחריות האדם,⁵³ המעגן את אחריותו של אדם כלפי חברו ואחריותו כלפי החברה. זהו "אני מאמין" שראוי לקבל ביטוי חוקתי במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית; זהו ערך שראוי לחנך לאורו. אמת נכון הדבר, אין לצפות מחוק יסוד לשנות הלכי רוח בחברה. כוחו של חוק לחולל שינוי הוא מועט. רק חוק עם תנועה חברתית גם יחד יכולים לחולל שינוי.⁵⁴ ואולם, יותר משאני מבקש לשנות, אני מבקש לתת ביטוי לקיים. לחשוף את מה שמצוי בנו כבני אדם מטבע בריאתנו, ואשר לעתים נדמה כי נשכח מלב מחמת רוב עיסוקנו בזכויות.

יש כר נרחב לזויכוח,⁵⁵ על רמת המחויבות החברתית שראוי לעגן בחוק יסוד שכזה על אחריות האדם. לאלטרואיזם יש מקום במוסר האישי, לאו דווקא בחקיקה. "ואהבת לרעך כמוך",⁵⁶ נראית על פניה רמה עילאה מכדי לעגנה בחקיקה, מה שאין כן לכאורה באשר ל"מה ששנוא עליך לא תעשה לחברך".⁵⁷ גם אין כוונה לסולידריות מעושה ולא לחברות דביקה. אין לטאטא אל מתחת לשטיח שסעים ופילוגים, קבוצות שונות המרכיבות כיום את אוכלוסיית מדינת ישראל; לכולן זכות קיום עצמאית ונבדלת. אבל גם אין מקום לתחושת האיום הקהילתני על האינדיווידואליות.⁵⁸ מצב זכויות הפרט הביא את האינדיווידואליזם לרמה שמאפשרת לגלות מידה של נדיבות ורוחב לב כלפי הקהילה מבלי לסכן את חופש הפרט. במשפט האמריקאי לא מצאנו חובות בצד זכויות

53 ראו בהקשר זה את דברי אהרן ברק, שלפיהם: "חוקה כוללת, בדרך כלל, הוראות באשר לחובותיו של האדם ושל האזרח כלפי המדינה", אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: **פרשנות חוקתית**, תשנ"ד) בעמ' 366.

54 גביוון (לעיל, הערה 40).

55 הנשיא (בדימוס) לנדוי חיווה דעתו כי אין צורך בחוק יסוד חובת האזרח כלפי מדינתו, אולם יש למצוא את האיזון הנכון במסגרת הפסיקה. כדבריו: "אין לנו, ואין לנו צורך בחוק יסוד: טובת הכלל או בחוק יסוד: חובת האזרח כלפי מדינתו. בית המשפט העליון הדגיש מראשית ימיו, והוא חוזר ומדגיש גם בפסיקתם של שופטי הדור הזה [...] שיש למצוא את האיזון הנכון בין זכויות הפרט לבין צרכים חיוניים של כלל החברה. העובדה שמקצת זכויות האזרח קיבלו לבוש חקיקתי, בעוד שחבות האזרח וטובת הכלל אינן כתובות עלי ספר, אין בכוחה להשפיע על מציאת האיזון הנכון בין אלה לאלה. חירות הפרט עומדת במרכז של השקפת העולם הליבראלית המוסכמת על כולנו. אבל הדגשת יתר של זכויות הפרט כחזות הכל עלולה לבלבל את המוחות של אזרחים, כאילו הדין והפסיקה נותנים את הגושפנקא שלהם לרוח הרעה של אנוכיות חומרנית ודורסנית הפושה והולכת בחברה שלנו" ראו: משה לנדוי, "מחשבות על המהפכה החוקתית", **משפטים** כ"ו (תשנ"ו) 419, בעמ' 422.

56 ויקרא יח, יט; זהו כלל גדול בתורה, כדברי ר' עקיבא בירושלמי, נדרים ל, ב.

57 בבלי, שבת לא, א.

58 ליאור ברשק, "אזרח ומדינה בדמוקרטיה", **משפטים** לב (תשס"ב) 217, בעמ' 240.

הפרט בחוקה. בחוקות של כמה מדינות כן מצאנו כדבר הזה,⁵⁹ וכך גם בהכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות אדם, בסעיף 29: "כל אדם יש לו חובות כלפי הכלל, כי רק בתוך הכלל נתונה לו האפשרות להתפתחות החופשית המלאה של אישיותו". הסדר דומה עשוי להתאים לנו בחוק יסוד, ויהיה בו כדי להחזיר עטרה ליושנה. ראש לכול – אמר הרמח"ל בתחילת ספרו "מסילת ישרים" – על האדם לברר לעצמו "מה חובתו בעולמו".⁶⁰ מכל מקום, דחיקת שיח החובות, או מוטב נקרא לו אחריות האדם, פוגעת בחתירה אל עבר שינוי חברתי. יש להעיר את השיח הזה מתרדמתו. "אחרי הפעולות נמשכים הלבבות",⁶¹ אמר בעל ספר החינוך, אחרי הדיבור נמשך המעשה.

5. צדק וצדקה

במסגרת המחאה החברתית נשמעה הקריאה "רוצים צדק, לא רוצים צדקה". אני חלוק במקצת על הסיפא של הקריאה הזו. אמת נכון הדבר, אף אחד אינו חפץ בתחושה של נזקקות ואינו רוצה לקבץ נדבות. אך טמונה בדרישה לצדק במקום לצדקה הסתפקות בדרך הקלה של דרישה מן המדינה. המדינה לבטח חייבת. אי אפשר לחלוק על כך. אך חובת הצדקה מוטלת על כל אדם בהיותו אדם, להיות קשוב למצוקות הזולת ולצרכיו. צדקה של יחיד כלפי זולתו אינה גורעת מכבוד האדם. בהלכה היהודית אין מדובר רק במעשה של חסד: הלכה היא ש"כופין על הצדקה".⁶² ניתן לחייב אדם כפי יכולתו ליתן צדקה. הצדקה מובילה למימוש כבוד האדם. היא דורשת ממני כאדם לקבל אחריות על חברי לא רק מתוך כבוד שאני רוחש לו אלא מתוך כבוד לעצמי כאדם. נכון, תפקידה של המדינה הוא להבטיח את מימוש זכותם של אזרחים לדיור ברה"שגה, אך ראוי לו גם למשכיר הדירה, שלא לגבות שכר דירה מופקע. עוד שלל דוגמאות ניתן להביא. לבטח אין מקום לעגן בחקיקה, אלא להותירן לשיקול דעתו ולמצפוננו של כל אזרח, אך סבור אני כי ראוי לעגן בחוק יסוד את הערך העקרוני של אחריות האדם.

בתורה נמנו כידוע כמה וכמה מצוות חקלאיות, להתוות את יחסי בעל השדה והעניים שידם אינה משגת. במצוות "פאה" למשל נדרש בעל השדה להשאיר את התבואה שצמחה בקצה השדה, בפאה, לעניים. כך גם מצוות ה"לקט". שיבולים שנשרו אגב קצירה אין ללקוט אותן אלא להשאירן לטובת דלת העם. הסיבה למצוות הללו גלויה לעין – רווחת עניי העם, שיתוף מעמד האביונים בנכסי בעל השדה העשיר. בעל ההון מנוע מלממש את מלוא בעלותו על כל קניינו, ומוטל עליו לספק את צורכיהם של הנזקקים. כך נוצרת תחושה בסיסית של אחווה בין העשיר לבין העני. אין כאן יומרה למימוש דקדקני של עקרון השוויון אלא כוונה לגישור על פני המעמדות, לאיזון. זהו

59 ראו: סעיף 6 לחוקת שוויון; סעיף 19 לחוקת אסטוניה; סעיף 54 לחוקת איטליה; סעיף 51(A) לחוקת הודו.

60 מסילת ישרים, א.

61 ספר החינוך, טז.

62 שולחן ערוך, יורה דעה, סימנים רמ"ז-רמ"ח.

אפקט מצנן על תחושת ההתנשאות הרכושנית של בעל השדה העומד במרחבי שדותיו, דשן ושבע למראה היכול השופע.⁶³ התורה כופה על העשיר לחלוק עם העני. מצווה חקלאית נוספת, מובנת פחות, היא השכחה: "כי תקצור קצירך בשדך ושכחת עומר בשדה, לא תשוב לקחתו. לגר, ליתום ולא למנה יהיה".⁶⁴ לא רק אני. לא רק שלי. לא רק זכות הקניין. אדם רשאי לצבור רכוש וקניין, אך התורה מבקשת לעדן את הנטייה הזאת, להרגיל את בעל השדה לתת מן היכול לאחרים, לשכבות מעוטות יכולת באוכלוסייה. זאת, בקביעות, בדרך השגרה ולא במבצע ראוותני חד-פעמי, מעין אלה שאנחנו נחשפים אליהם מעת לעת – ויש לברך עליהם – אך אין בהם כפרה על הדורסנות שמביאה לעתים לצבירת העושר המופלג. מצוות הלקט והפאה שהזכרנו מלוות בתחושה שבעל השדה הוא הנותן, הוא הנדיב. במחשבתו הוא ממשיך להיות מתנשא. לא כך כשמדובר במצוות השכחה. בעל השדה אינו מתבקש לתת משלו – לוקחים ממנו. הוא אינו נותן דבר, אין לו ידיעה ולא כוונה לתת – מדובר בעומר שנשכח בשדה. התורה מנצלת את העובדה שבעל השדה שכח את העומר בשדה כדי להפקיע אותו מבעלותו. כך מוטמע בתודעתו של בעל השדה כי לא הוא הנותן, לא מרצונו, לא מנדבת לבו. הבעלות מועברת בעל כורחו לגר, ליתום ולא למנה. בעל השדה, עם כל עושרו, איננו אדון לעצמו אלא חי ופועל בתוך קהילה.

6. זכות שהיא חובה

ראוי להדגיש כי אין דרישה ולא ציפייה לשוויון, לחלוקה מחודשת של המשאבים כדי להשוות לכל דבר ועניין את העשיר ואת העני. אין זהות בין אדם לבין זולתו, לא בתכונות ולא במשאבים. עקרון השוויון איננו היעד אלא האחוה, הרגישות, האחריות החברתית,⁶⁵ ועם זאת העושר, זכות הקניין, איננה רק זכות אלא גם חובה. אמרתי זאת לא כדי לעודד הסבה ממשפטים לחקלאות אלא רק כחומר למחשבה שייתכן דגם של חתירה לצדק חברתי גם כשהשוויון איננו היעד, כשבד בבד עם חירותו של האדם ניצבת אחריותו החברתית. יש שלל דרכים למימוש מחויבות חברתית. הכסף הוא רק אחת מהן.

ט. לסיכום: שיווי משקל

חוקי היסוד הם כלי מחזיק ברכה. זכויות אדם שעוגנו בהם העלו את קרנה של החברה בישראל. זכויות האדם קנו להן שביתה במקומותינו: בחקיקה, בפסיקה, ובעיקר

63 משה גרילק, פרשה ופשרה (כרך ב, תשנ"ה) בעמ' 409.

64 דברים כד, יט.

65 בני פורת, "אדם לאדם – אח ורע", היחיד, הזולת והקהילה במסורת ההלכה – מספורות האחוה והרעות כנוסחה מאזנת בעמ' 22. ראו: המכון הישראלי לדמוקרטיה, ספרים ומאמרים, הוצאה לאור, הספרייה לדמוקרטיה. <http://www.idi.org.il/media/1761892>. pdf/אדם%20לאדם%20אח%20אח%20ע%20-%20-%20טייטה.pdf (נצפה לאחרונה בנובמבר 2013).

בתודעה, הלכה למעשה. ראויים כל העושים והמעשים להכרת הטוב. השעה כשרה עתה לשימור הערכים לצד חיזוק הבסיס הפורמלי. האתגר שלפנינו בשנים הבאות הוא במיקוד הערכים, בקביעת סדר עדיפות, בהבחנה בין עיקר לטפל ובשווי משקל הערכים עם הפורמליזם. הפורמליזם נחוץ בשביל להביא לידי ביטוי הולם את הערכים, להתוות את דרך הגישה אליהם, ולמען הבטחת עקרון הפרדת הרשויות. ציינתי לדוגמה, במשפט המנהלי, מיצוי הליכים תחילה, וביקורת שיפוטית אחר כך, על מנת לשפר את החלטות הרשות המנהלית וכדי שבית המשפט לא יבוא בנעליה. והעיקר – על מנת שנגיע לשווי משקל – הוא הערך המוסף: אחריות האדם כלפי זולתו, כלפי החברה וכלפי המדינה.⁶⁶ זהו השילוב הראוי למדינה יהודית ודמוקרטית: זכויות האדם ואחריות האדם.

66 לדיון בנוגע לחובת האזרח כלפי הרשות ראו את פסק הדין החשוב בעניין קונטרם ראו: בג"ץ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב (1) 289. רשות המכס סירבה לחדש את הרישיון לעותרת בגין הפעלת מחסן. השאלה שנדונה שם הייתה אם על העותרת לגלות מיזמתה לשלטונות המכס שקיימת מחלוקת בדבר הזכויות בנכס. השופטים נחלקו בשאלה הכללית אם לפרט יש חובות כלפי הרשות ומהו המקור לחובות מעין אלו. השופט זמיר הציג תפיסה של שותפות רעיונית בין האזרח לבין השלטון. המדינה, לפי תפיסה זאת, היא מפעל משותף של כל האזרחים. יש בה חלוקת תפקידים. התפקידים קובעים גם את היחסים המשפטיים. השותפות פירושה מתן הזדמנות אמיתית לאזרח להשתתף בניהול השוטף של ענייני המדינה ואפשרות מעשית לפעול ולהשפיע דבר יום ביומו, ולא רק בדרך של בחירות. לשיטתו, על הפרט מוטלת חובה כללית של התנהגות ראויה כלפי עובד הציבור. כלשונו: "אני קורא לחובה זאת בשם חובת ההגינות. זהו מינוח של נוחות. אין לו חשיבות רבה. אפשר לקרוא לה בשם חובת תום הלב. הכוונה היא לחובה כללית של התנהגות ראויה. התנהגות ראויה היא חובה אלמנטרית. היא מוטלת על כל אדם כלפי כל אדם. לדעתי, כך גם, ואולי אף בגדר קל וחומר, על אזרח כלפי עובד הציבור. לעומתו, פסק הנשיא (בדימוס) ברק: "...על פי השקפתי אין מקום להטיל על הפרט חובת הגינות כללית כלפי השלטון, שכן הטלתה של חובה כללית שכזו אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתנו את הפרט בחברה...". לשיטתו, השלטון הוא הנאמן של הציבור. גישתו מבוססת על תפיסה דמוקרטית, המעמידה את חירות הפרט כבסיס מרכזי במבנה החברתי. אך הפרט אינו נאמן של השלטון. חובות הפרט הן חובות ספורדיות, בעלות תכנים משתנים, כפי שמתבקש מתוך הנסיבות. אין חובה כללית של הפרט כלפי השלטון – לבד מן החובה לקיים את החוק – ובוודאי לא חובת הגינות כללית. גם השופט חשין קבע כי אין חובת הגינות כללית של האזרח כלפי הרשות: "אינני סבור כי יחסי היחיד והשלטון הם יחסי 'ידידות', כמו היו השניים ידידים שחובת הגינות צומחת מאליה ביניהם... היחיד והשלטון אין הם שווי זכויות, אין הם שווי כוחות ואין הם שווי מעמד. הם גם אינם ידידים זה לזה". בית המשפט העליון נדרש שם לקונסטרוקציות שונות ומורכבות ולאריכות רבה לשם הטלת חובה פשוטה על האזרח כלפי הרשות. לדעתי, הפתרון צריך להיות פשוט וברור, כחלק מאחריות חברתית המוטלת על האזרח גם כלפי המדינה. הסדרת הסוגיה כמוצע ממילא תיתר את המחלוקת ואת הדיון המפורט בעניין קונטרם.