

המשפט בשירות הדמוקרטיה*

דברים בטקס קבלת תואר דוקטור כבוד למשפטים

מאת

מאיר שמגר

בשם עמיתי לקבלת התואר ובשמי, אני מבקש להביע תודה עמוקה על הכבוד והיקר שהונחלו לנו: צורפנו, לפי שיקולכם הנדיב, לרשימה הארוכה של האישים להם הוענקה הערכה זו בעבר, מאז פתחה האוניברסיטה את שעריה לפני ששים וחמש שנים, ביום 1 באפריל 1925, בטקס החגיגי שנערך במקום בו אנו ניצבים כעת.

בעת ההיא היתה בכך תנופה ראשונית רבת-עוצמה למען ההתחדשות הרוחנית על קרקע המולדת, בדרך-כלל, ולשם קידום כוח היצירה האקדמי במחקר ובהוראה, בפרט.

היצירה הרוחנית, בת-חזונו של מייסדי האוניברסיטה, לא נועדה להיות מקומית ומותחמת אלא בעלת תכנים והשפעות אוניברסליים. אולם, תנועת ההתחדשות הלאומית, שהולידה מסר זה, ציפתה בו-בזמן גם לתרומה הייחודית שתצמח מתוך תרבותנו, כך שיווצרו כאן אחד ממוקדי הפריחה בו יטופחו ויישמו יסודות המחשבה והערכים שהם מנכסי הרוח והמוסר המיוחדים שלנו.

לפני זמן לא רב נחוג חלוף מאתיים שנה מעת אירוען של שתי מהפכות שהטביעו את חותמן על מהלך ההיסטוריה האנושית כולה – זו הצרפתית וזו של ארצות-הברית. אנשי ההגות¹ ביקשו להתוות קוים מאכזנים בין השתיים. מקובל ומוסכם, כי המהפכה הצרפתית – או לפחות היעקוביניים שפעלו במסגרתה – ביקשה, בעיקרה, לחולל שינויים חברתיים. לעומת זאת, המושבות המשוחררות באמריקה ביקשו לבצע מהפכה מדינית ות-לא.

הסוציולוג האמריקני דניאל בל² הביע לאחרונה את דעתו, כי סוד ההצלחה של המהפכה האמריקנית – להבדיל מן הצרפתית – היה רווקא בהותרתו של

* דברים שנשא נשיא בית-המשפט העליון, מאיר שמגר, בטקס הענקת תואר דוקטור לשם כבוד של האוניברסיטה העברית בירושלים בארבעה ביוני, 1990.

1 כרוגמת תנה אינוט בחיבורה *On Revolution*.

2 ראה *The Public Interest* (Spring 1989).

הסדר החברתי הקיים על כנו. זוהי התיזה האמריקנית המקובלת, השמה את הדגש על שמירת חופש-הפעולה המוחלט של הפרט, ללא נסיון-התערבות במגמותיו החברתיות.

מאז תכנית באזל נשאה בחובה המהפכה הציונית מטרה מדינית מרכזית, שלתוכה שולבו גם יסודות מעשיים, דתיים, חברתיים ותרבותיים – בעיקר בשלב הסינתזה של ההיסטוריה הציונית. עיקרו של דבר, בכל שלבי התגבשותה של הציונות-לצורותיה הודגש בה הגורם הרוחני-תרבותי, המושתת על הכוח היוצר הפנימי ועל מכלול יצירות הרוח בעבר, תוך שילובן בחזון העתיד. "עם ואבותיו", כביטוי של עמיתו לתואר הכבוד, המשורר יהודה עמיחי³. במקביל, שולבו בה ערכי החירות האנושית, שהם מנכסיה של החברה הדימוקרטית.

מכאן עובר קו מקשר ישיר למערכת האמונות והדיעות שנועדו להנחות את המדינה, ואשר הביטוי ההצהרתי שלהן כונס במגילת העצמאות. כל נדבך שבה מייצג אמיתות היסטוריות ואנושיות, זכויות וחובות, תקוות ומשימות. מגילת העצמאות לא נוצרה כחלל הריק ולא באה לעולם יש מאין. היא שילבה עיקרים עתיקים עם תפיסות מודרניות. כאשר הפנתה אל יסודות החירות, הצדק והשלום, ואל שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור – למעשה הטביעו בה מחבריה עיקרים עתיקים משלנו. האדם – כל אדם – נברא בדמות אלהים⁴, עיקר המבטא את ההכרה בשוויון כל בני-האדם; מכאן גם הציוני לפיו יש לקיים זהות בזכויות המשפטיות לכולי עלמא: כ"אזרח מכם יהיה לכם הגר הגר אתכם"⁵.

יחד עם זאת, ביטאה המגילה את הדבקות במה שמכונה כיום Irresistible Democracy. תואר זה הוא בבואה לתפישה, שלפיה השוויונות-הדימוקרטי (Democratic Egalitarianism) היא כיום הישג יציב שלא ניתן עוד לערער את יסודותיו; מעין הגשמה של התיזה של De Toqueville, שלפיה ההתקדמות לקראת שוויונות-דימוקרטי היא תהליך היסטורי בלתי-נמנע, שאין כוח היכול לסכלו. דומה, כי התפישה האופטימית העולה מן המסקנה בדבר אי-ההדירות של הדימו-קרטיה יכולה לשמש נושא למחלוקת חכמים.

מגילת העצמאות אינה לובשת את הלבוש הפורמלי של חוק קונסטיטוציוני, אולם לתוכנה יש מהות מדריכה ומכוונת. השתתת המדינה על יסודות החירות והבטחת חופש-המצפון המוזכרים במגילה, מבטאות – כדברי הנשיא אג'רנט – את חזון העם ואת ה"אני מאמין" שלו⁶.

ההבטחה היעילה של קיומן של זכויות-היסוד החוקתיות והעיצוב המתמשך של הנורמות הערכיות החייבות לשרור ברשויות הציבור ולהדריכן בפעולתן, נשענים על פועלה של הזרוע השיפוטית. המחוקק מיעט בדברו בנושאים אלה, שהרי נעדרת אצלנו חקיקה קונסטיטוציונית נורמטיבית – להבדיל מן החקיקה הרגילה בתפקידיהן ובסמכויותיהן של רשויות השלטון ושל שלוחותיהן העיקריות.

3 י' עמיחי, שלווה גדולה: שאלות ותשובות (שוקן, 1980) 60.

4 בראשית, ה', א'.

5 ויקרא י"ט, ל"ד.

6 בג"צ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884.

לפי שיטתנו – להבדיל, למשל, מן השיטה הנוהגת בדרך-כלל בארצות הקונטיננט של אירופה – צמוד ההליך השיפוטי-חוקתי לאירוע קונקרטי, המוליד התדיינות ביוזמתו של בעל-הדין. רק במסגרת ה-*lis* נבחנים עקרונות המשפט הישמיים.

פעולתו של בית-המשפט היא בעלת אופי פרשני. במסגרת ההליך השיפוטי מוגדרים תחומי המשפט ותוכנו של הכלל המשפטי תוך יישום דרכי הפרשנות הנוהגים בשיטתנו, וביניהם הביאור, ההיקש וההתחקות אחר רוחו ומטרתו של החוק.⁷

בימינו אנו עדים לתהליך כלל-עולמי של פתיחת שערי בית-המשפט לסוגים רבים יותר של בעלי-מעמד. תהליך זה החל בשיטתנו כבר לפני שנים רבות. ההכרה במעמדו של בעל זכות-בחירה⁸ בישרה על האפשרות של הרחבת המעמד לפי שיקול-דעתו של בית-המשפט ככל נושא חוקתי מהותי או בכל מחלוקת בה נטענת פגיעה מהותית בשלטון החוק. ההתפתחות האמורה אצלנו הקבילה, למשל, לחיזוק שפותחו באנגליה בעניין ה-*Locus Standi* בשנים 1976 ו-1982⁹ בפרשת ה-*National Federation of Self-Employed and Small Businesses v. Inland Revenue Commissioners* או בפרשת *Smedley*¹⁰, שעניינה עתירת "משלם מסים" שביקש למנוע הטלת מעמסה תקציבית נוספת ללא ביסוס סטטוטורי נאות. כפי שהוסבר בהרחבה בפרשת נקש¹¹, אמנם אין אצלנו – ובאף אחת מן הארצות בעלות שיטת-משפט דומה לשלנו – עתירת ציבורית (*Actio Popularis*), אך מיושם קר-מנחה כללי המאפשר לבית-המשפט, תוך הפעלת שיקול-דעת, לפתוח שעריו במקרה מתאים כדי שיידונו עתירות בעלות אופי ציבורי-חוקתי¹², או כאלה שלנושא הנדון בהן השלכה מהותית על שלטון החוק.

מעמדו של בית-המשפט בתחומי המשפט הציבורי הוא בגדר פועל-יוצא טבעי מתפישות-היסוד החוקתיות המקובלות בעולם החופשי, אף אם אופן היישום של העקרונות שונה במידת-מה ממדינה למדינה. במה דברים אמורים?

מקובל עלינו, כי המבנה הדימוקרטי מעוגן, בין היתר, בהשקפה שלפיה יש למנוע ריכוז-יתר של כוחות וסמכויות בידי זרוע שלטונית אחת ויחידה. מכאן מתבקשת חלוקת סמכויות בין הרשויות, ובעקבותיה הפרדה, שמטרתה המרכזית

7 השווה חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. ראה גם N. McCormick (1981) בספרו על H.L.A. Hart.

8 למשל, בפרשת טרודלר משנת 1963, בה הוכרה זכותו של מי שכלול ברשימת בוחרים לחלוק על זכותו של כל בוחר אחר (בג"ץ 79,77,76/63 בורנשטיין נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועה הקלאית למעצת המקומית רמת השרון, פ"ד יז 2505); כן ראה פרשת ברגמן משנת 1969, בה הותר טיעון בעניין חוקיותו של חוק מימון הבחירות לפונה רגיל מן הציבור, שלא היה מועמד בבחירות (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693); וכן פרשת קפלן, משנת 1970, בה הוענק מעמד בענייני רשות-השידור לכל משלם אגרת טלביזיה (המרצה 708,704/69, בג"ץ 28/69 ראש הממשלה נ' עדי קפלן, פ"ד כג(2), 394).

9 *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses* R. v. G.L.C. Ex. Parte Blackburn (1976) 1 Q.B. 657, 667, 669 (1985).

10 *Smedley* (1982) A.C. 617, 644 (1982) 1 W.L.R. 550 (C.A.).

11 בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1.

12 בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505.

היא מניעת ריכוזיות תוך יצירת אפשרות לביקורת הדדית בלתי-תלויה בין הרשויות. ההפרדה בין הרשויות אין משמעה דווקא בנייתו של חיץ החלטי ביניהן¹³; אלא עיקר ביטויה של ההפרדה הוא בקיומו של שיווי-משקל בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, הבא לאפשר פעולה עצמאית של כל רשות בתחום שהותווה לה תוך פיקוח וביקורת הדדיים מוגדרים.

הרשות השופטת פועלת בתוך ד' האמות של התחום שהותווה לה בין רשויות השלטון, ולשם מילויין של אותן פונקציות שעליהן היא מופקדת מכוח סדרי השלטון והמשפט שלנו (הבאים לידי ביטוי לגבי בית-המשפט העליון, למשל, בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה). בפרפרזה לדברי שופט נכרי דגול¹⁴ ניתן לומר, כי בכל הנוגע למדיניותה וליעילותה, הרשות המבצעת – על שלוחותיה – נושאת באחריות לגבי מעשיה ומחדליה כלפי הכנסת; ובהקשר זה, הכנסת – ובעקיפין, ציבור הבוחרים – הם השופטים היחידים. אולם, היא גם נושאת ב-רזמנית באחריות כלפי בתי-המשפט בכל הנוגע לחוקיות מעשיה; בהקשר זה, בית-המשפט הוא השופט היחיד. השוויון בפני החוק והכפיפות להכרעה השיפוטית הם סממן לוואי חיוני לחברה חופשית ושוויונית. העברת שאלות בדבר חוקיותו של המעשה השלטוני להכרעתו של גורם חיצוני לבתי-המשפט עלולה לערער את יסודותיו של שלטון החוק ולפגוע בחלוקת הסמכויות החוקתית, שנועדה, כאמור, למנוע את ריכוז הסמכויות בידי זרוע אחת.

תדירותן של הפניות לבית-המשפט בנושאי המשפט הציבורי הולכת וגוברת בכל הדימוקרטיות בעולם. מגמה זו היא פועל יוצא של שורה של תופעות הקיימות גם אצלנו, שהעיקריות ביניהן הן אלה:

- א. חידוד מודעותו של הפרט לזכויותיו בחברה חופשית.
- ב. התרחבות פעולתה ומידת התערבותה של הרשות המבצעת בכל תחומי החיים.
- ג. ליקויים במידת היעילות של פעולותיהן של רשויות הציבור, ובכלל זה ליקויים במידת היעילות והמוטיבציה של פקידי הציבור האינדיבידואליים. הניסיון להתמודד עם הביורוקרטיה המתסכלת והמייאשת – תופעה שהיא חמורה במיוחד בישראל – היא סיבתן של רבות מהפניות לבית-המשפט העליון.
- ד. הקמת רשויות שלטוניות סטטוטוריות עצמאיות הנוטלות לידיהן מסמכויות השלטון, אך לעתים אינן מקיימות את הכללים הנאותים בטיפולן באזרח.
- ה. הפרץ ההדוניסטי בדימוקרטיה המצויה, המשפיע על תחומי האתיקה ברשות המבצעת.

- ו. התנגשויות אינטרסים תדירות בין חוגים או קבוצות-לחץ מדיניות, חברתיות או כלכליות, המביאות את ההיבט המשפטי שבסכסוכים להכרעה שיפוטית. הפתרון לתופעות ולבעיות אלה אינו בהתעלמות מהן, או בהצבת מכשולים בדרכים המובילות להענקת תרופה על-ידי הרשות השופטת, אלא ביצירת כלים משפטיים ומנהליים נאותים, שיהיה בהם כדי לסלק תקלות בתחומי השלטון ולהיטיב עם הפרט; כתוצאה נגזרת מכך גם תמעט ההתדיינות.

13 דברי בכ"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141.

14 לורד זיפלוך בפרשת *Inland Revenue* הג"ל; שם, 644.

מאיר שמגר

משפטים כי תשנ"א

כל אלה מחייבים את חיזוקה של הזרוע השיפוטית ואת השלמת עצמאותה – שכיום עדיין לוקה בחסר – למען העמקת שלטון החוק וחיזוקה של הרשות המופקדת על קיומו.

