

ארבעים שנה למשפט הציבורי

מאת

דוד קרצמר*

א. מבוא. ב. השינויים במשפט הציבורי. ג. הפסיקה בשנים הראשונות.

א. מבוא

אין כל אפשרות לתת סקירה מקיפה בהרצאה קצרה של כל השינויים שחלו בארבעים השנים האחרונות כאותו ענף־משפט שתואר כ"משפט המקובל הישראלי"¹. לא אנסה אפוא לעשות כן. במקום זאת, ברצוני לכוודר את התופעה הבולטת ביותר בתחום זה של המשפט. כוונתי למהפכה הרעיונית־אינטלקטואלית בתפישת בית־המשפט את מהות תפקידו השיפוטי. התפישה המקורית, שלפיה תפקידו היחיד של בית־המשפט בתחום המשפט הציבורי הוא להכריע בסכסוכים בין האזרח לבין הרשות נזנחה והוחלפה בתפישה הרואה את בית־המשפט כמוסד האחראי לחוקיות המנהל הציבורי, או כפי שבית־המשפט עצמו נוהג להגדיר את העניין: לשלטון החוק.

אחלק את הרצאתי לשני חלקים: בחלק הראשון אעמוד בקיצור על השינויים הבולטים שחלו בפסיקה הרנה במשפט הציבורי בשנים האחרונות, ועל התפישה השיפוטית העומדת מאחורי שינויים אלה. לאחר־מכן אנתח כמה פסקי־דין שניתנו בשנתיים—שלוש הראשונות לקיומו של בית־המשפט העליון בישראל תוך ניסיון להציג את התפישה השיפוטית שעמדה מאחורי פסקי־דין אלה. נראה לי שהצגת תפישה זו די בה לחשוף את עוצמתה של המהפכה השיפוטית האמורה.

ב. השינויים במשפט הציבורי

הכול ערים לשינויים המפליגים שחלו בשנים האחרונות במשפט הציבורי. המגמה מאחורי שינויים אלה, כולם פרי יצירתה של פסיקת בית־המשפט העליון, היא ברורה:

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ראה דבריו של השופט י' כהן ז"ל בע"פ 768/80 שפירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 357, 337; וכן זמיר, סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדבר המלך (ירושלים, תשל"ד) 94; ב' ברכה, משפט מינהלי א (תשמ"ז) 28.

הגברה שיטתית של כוחו של בית-המשפט העליון על-ידי הרחבת היקפה של הביקורת השיפוטית והעמקתה. רשתה של הביקורת השיפוטית פרושה היום על כל זרועות השלטון, וכמעט על כל סוגי פעולותיו (אגף אומר "כמעט", מכיוון שבית-המשפט נמנע עד כה מביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, מלבד במקרים של פגיעה בהוראה משורינת בחוק-יסוד). מגוון הפעולות וזשלטוניות שעליהן הוטלה ביקורת שיפוטית בשנים האחרונות כולל את החלטת נשיא-המדינה לחון עבריינים², החלטת נשיאות-הכנסת שלא להניח הצעות חוק על שולחנה³, החלטת מליאת-הכנסת להסיר את חסינותו של חבר-כנסת⁴, החלטת שר-המשפטים שלא להסגיר אדם שהוכרז ברהסגרה על-ידי בית משפט⁵ והחלטת שר-הביטחון לדחות את גיוסם של בהוריישיבה⁶. השינויים בהלכות המשפטיות שבהם באה המגמה הזאת לידי ביטוי פזורים בכל שטחי המשפט הציבורי. במיוחד יש להזכיר את השינויים הבאים:

1. ביקורת שיפוטית על הליכים פרלמנטריים. בית-המשפט קובע, שיש לו סמכות לבחון החלטות הכנסת ומוסדותיה, ושהחלטות אלה הן שפיטות⁷. אמנם, לא בכל מקרה של פגם חוקי יתערב בית-המשפט — הדובר תלוי בפגיעה הנטענת במקום החיים הפרלמנטריים והשפעתה על יסודות המשטר החוקתי — אך פתיחת שערי לעתירות מסוג זה הפכה אותו למפלט האחרון הטבעי של סיעות וחברי-כנסת המסרבים להשלים עם החלטותיהם של המוסדות הפרלמנטריים⁸.

2. זכות עמידה. נזנחה הגישה המסורתית של בית-המשפט העליון, שלפיה טענה בדבר אי-חוקיות בפעולת מנהל אין בה כדי לפתוח את שערי הביקורת השיפוטית כל עוד לא נפגע אינטרס של העותר⁹. מקובל היום, שבמקרים אשר בהם מתעוררת שאלה חוקתית יסודית, אין צורך כלל בזכות עמידה: למעשה בית-המשפט מכיר בתחום זה ב-*actio popularis*¹⁰.

3. דוקטרינת השפיטות. בדוקטרינה זו, שולפיה יש שאלות שאינן ראויות להכרעה שיפוטית¹¹, חל כרסום מתמיד עד שבפסק-הדין שניתן לאחרונה בפרשת רסלר נ' שר

- 2 ראה בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.
- 3 ראה בג"צ 724/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד ל(4) 85; בג"צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393.
- 4 ראה בג"צ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169.
- 5 בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1.
- 6 בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441.
- 7 ראה 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197; בג"צ 73/85 סיעת כד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141; בג"צ 724/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת (לעיל, הערה 3); בג"צ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת (לעיל, הערה 3).
- 8 רוגמא בולטת לתופעה זו היא בג"צ 482/88 וייסר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(3) 142.
- 9 לתיאור גישתו של בית-המשפט לשאלת המעמד בתחילת דרכו ראה ג' סגל, זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק 78–80. וראה בג"צ 28/71 התאחדות הברות לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כו(1) 230; בג"צ 26/76 ברישלום נ' זורני, פ"ד לא(1) 796.
- 10 ראה ברזילי נ' ממשלת ישראל (לעיל, הערה 2); אלוני נ' שר המשפטים (לעיל, הערה 5); רסלר נ' שר הבטחון (לעיל, הערה 6).
- 11 ראה בג"צ 65/51 זיבוטנסקי נ' ויצמן, פ"ד ה 801.

הבטחון¹², פקפק השופט ברק בעצם הצורך בה. גישתו זו של השופט ברק אמנם נדחתה על-ידי הנשיא שמגר (שאליו הצטרפה המשנה לנשיא, השופטת בן-פורת), אך גם לדעתו של הנשיא שמגר, מוגבלת תחולתה של הדוקטרינה עד מאוד. כך, למשל, גם הנשיא שמגר מסכים שבעצם בפרשה המפורסמת של ז'בוטינסקי נ' ויצמן שתידון להלן, לא היתה בעיה של שפיטות.

4. מבחן הסבירות. פותחה דוקטרינה כללית של "סבירות" כמבחן לבחינת חוקיותה של החלטה שלטונית¹³. אמנם, המבחן של סבירות אינו חידוש — המבחן מוכר במשפט האנגלי מאז 1898 כמבחן לבחינת תוקפם של חוקי-עזר מוניציפליים. ואולם הנקודה החשובה בפיתוח הדוקטרינה בישראל איננה ההכרה בעילה עצמאית של סבירות, כי אם בקביעה שכל מעשה שלטוני כפוף עקרונית לביקורת על-פי עילה זו. לקביעה זו משמעות מיוחדת לאור נכונותו של בית-המשפט לוותר על דרישת זכות העמידה וצמצומה של דוקטרינת השפיטות. המשמעות היא, ודבר זה זכה בהכרה מלאה בפסק-הדין של השופט ברק בפרשת רסלר נ' שר הבטחון¹⁴, שאין מעשה שלטוני שאיננו, עקרונית, חשוף לביקורתו של בית-המשפט העליון לפי מבחני הסבירות. הניסיון מוכיח, שנכונות בית-המשפט לבחון את סבירותן של פעולות מנהל לא הובילה לביטולן של פעולות רבות. קשה לחשוב על מקרים רבים שבהם התערב בית-המשפט על-סמך עילה זו, כאשר לא היה יכול להתערב באותה מידה על-סמך עילה אחרת, כגון אפליה או שיקולים זרים¹⁵. מעניין גם, שבשני פסקי-הדין המרכזיים שבהם פותח מושג הסבירות, הגיע בית-המשפט למסקנה שלא להתערב¹⁶. ואולם השאלה במשפט הציבורי איננה רק אם בסופו של דבר בית-המשפט מתערב במעשה המנהלי. עצם הנכונות לבחון מעשה לגופו יש לו משמעות רבה, הן מבחינתה של מערכת המנהל הציבורי והן מבחינתה של הרשות השופטת.

5. בחינת כל החלטה מנהלית לגופה. אין רשויות שפעולותיהן חשופות לביקורת שיפוטית רק על-סמך העילה של חריגה מסמכות או פעולה ללא תום-לב. כך, למשל, גם כאשר הרשות היא רשות בטחונית הפועלת מתוך שיקולי ביטחון, יבחון בית-המשפט את החלטת הרשות לגופה מתוך מגמה לבדוק אם היה בסיס ראייתי מספיק לקבלת ההחלטה¹⁷. גם החלטת היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים או להגיש כתב-אישום תיבחן לגופה, כאשר הביקורת אינה מוגבלת למקרים של חוסר תום-לב¹⁸.

12 לעיל, הערה 6.

13 ראה בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729; בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421; רסלר נ' שר הבטחון (לעיל, הערה 6).

14 לעיל, הערה 6.

15 למקרה אחד שבו הוכרעה עתירה על-סמך עילת הסבירות ראה בג"צ 581/87, 832, 849 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529.

16 הכוונה היא לפסקי-הדין במרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל ודפי זהב נ' רשות השידור (לעיל, הערה 13).

17 ראה, למשל, בג"צ 554/81 בהאסנה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד לו(4) 247.

18 ראה בג"צ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לו(4) 326; בג"צ 292/86 העצני נ' מדינת ישראל פ"ד מב(4) 406.

6. דיון בשאלה אקדמית. בית-המשפט נכון לדון בשאלה שהפכה כבר בעת הדיון לשאלה אקדמית, שהכרעה בה איננה נחוצה למתן סעד, כאשר "טבעו של הארוע, שעליו סבה העתירה, הוא כזה, שהכרעה שיפוטית בו עשויה לבוא לאחר שהארוע התרחש, אך תוך קיום הסתברות סבירה, שארועים דומים יתרחשו בעתיד" ... ומדובר "בעניין קונסטיטוציוני חשוב"¹⁹.

7. פרישת רשתו של המשפט הציבורי על הסדרים פוליטיים. סירוב מוחלט ועקרוני להשאיר שטח כלשהו ל"הסדרה פוליטית". כל עניין הוא נושא ל"הסדרה משפטית". כך, למשל, גם הסכם פוליטי מובהק בין סיעות יריבות בבחירות לגוף סטטוטורי חייב לקבל "לבוש משפטי"; בשום פנים ואופן אין להשאירו כהסכם בעל אופי פוליטי שיהיה כפוף רק לסנקציות פוליטיות. בית-המשפט אומר: "הפיכתו של הסכם הציבורי ללא שפיט, סופה התנכרות הצדדים להסכם ולהסכמתם, והתנכרות זו סופה שהיא פוגעת באיזון הציבור במערכות השלטון. תוצאה זו יש למנוע"²⁰.

חלק מן ההתפתחויות האלה הן בתחום המסורתי של המשפט המנהלי, דהיינו: הגנה על זכויות הפרט ביחסיו של רשויות-המנהל. כך, למשל, ברור שנכונותו של בית-המשפט העליון לבחון החלטה לגופה, גם כאשר נומקה בשיקולי ביטחון, מרחיבה את ההגנה הניתנת לפרט בתחום הבעייתי ביותר של "בטחון המדינה". ואולם נראה שהתוצאה המסתברת האמיתית והבולטת של השינויים היא הרחבת הביקורת השיפוטית גם כאשר אין בעיה של פגיעה בזכויות יסוד של אדם כלשהו.

בהצדקת החלטתו להרחיב את הביקורת השיפוטית, תוך זניחת כללים שנחשבו בעבר כללי יסוד של המשפט המנהלי, נזקק בית-המשפט פעם אחרי פעם לטעם אחד: הצורך לשמור על שלטון החוק, שהרי "במקום שאין בית המשפט מתערב נפגם עקרון שלטון החוק"²¹. רק בשלב מאוחר בהתפתחות הפסיקה הסביר בית-המשפט על מה הוא מבסס את הנחתו ששמירת שלטון החוק הוא תפקיד שהופקד בידיו בנפרד מתפקידו להכריע בסכסוכים²². לכותב שורות אלה לא ברור עד היום, על מה מבסס בית-המשפט את השקפתו שעצם הצורך לפרש חוק, כגון תקנון הכנסת, די בו כדי להצדיק את כניסתו של בית-המשפט לזירה שממנה הדיר את רגליו בעבר²³. העובדה המובנת והמוסכמת שבית-המשפט חייב לפרש חוק, כאשר הדבר דרוש כדי שיוכל להכריע בסכסוך שהוא מצווה להכריע בו, איננה מובילה למסקנה שעל בית-המשפט ליטול לעצמו מעין מונופול על הסמכות לתת פרושנות מוסמכת להוראת חוק. זאת ועוד: הרושם המתקבל הוא, שבית-המשפט מניח כי כללי המשפט הם, וצריכים להיות, האילוצים היחידים על פעולות רשויות פוליטיות. הוא נוטה להתעלם מן העובדה שבמערכת-היחסים בין גופים פוליטיים ובין זרועות שונות של השלטון יש גם אילוצים אחרים, ומן השאלה אם רצוי להכניס למערכת גם אפשרויות אכיפה משפטיות. כך,

19 ראה בג"צ 73/85 סיעת כך נ' יו"ר הכנסת (לעיל, הערה 7), 146.

20 ראה בג"צ 666/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78.

21 ראה בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 431, 441; וראה גם סיעת כך נ' יו"ר הכנסת (לעיל, הערה 7); בג"צ 724/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת (לעיל, הערה 3).

22 ראה רסלר נ' שר הבטחון (לעיל, הערה 6), 464-465.

23 ראה סיעת כך נ' יו"ר הכנסת (לעיל, הערה 7).

למשל, כפי שכבר ראינו, בהסבירו את דעתו שהסכם בחירות בין סיעות שונות חייב להיות כפוף לכללי המשפט הציבורי בית-המשפט אומר, שהפיכת הסכם ציבורי ללא-שפיט סופה התנכרות הצדדים להסכם. על מה מבוססת הנחה זו? הסנקציה בשל אי-קיום הסכם פוליטי היא סנקציה פוליטית. האם הניסיון מראה שצדדים להסכמים כאלה מתנכרים להם? והאם יש לנו אינטרס לאכוף הסכם כזה כאשר הסנקציה הפוליטית אין בה כדי לאלץ את הצדדים לקיימו?

אין ברצוני היום להאריך בביקורת על חלק מן ההנחות העומדות מאחורי התפישה החדשה. נושא הרצאתי הוא התפישה עצמה – ולא הביקורת עליה. את התפישה הזאת ניתן לסכם בדרך הבאה:

מעל ומעבר לתפקידו להכריע בסכסוכים בין האזרח לבין הרשות מוטל על בית-המשפט תפקיד אחר, בעל אופי קונסטיטוציוני מובהק. בית-המשפט מופקד על שלטון החוק, ועליו להיענות לפניות הבאות למנוע פגיעות בו. החוק הוא מה שבית-המשפט אומר שהוא החוק, ולכן עליו להיענות לפניות לפרש את החוק החל על רשות ציבורית. אין פה כל חשש להסגת גבולן של רשויות אחרות: תורת הפרדת הרשויות מבוססת על הרעיון של checks and balances, ובית-המשפט ממלא תפקיד מאזן במערכת-היחסים בין הרשויות.²⁴ שלטון החוק אינו מחייב רק כי ההחלטה תיעשה בסמכות, אלא גם שלבית-המשפט תהיה ביקורת שיפוטית על סבירות הפעלתה של סמכות שללא ספק הוקנתה בחוק. בפסיקה האחרונה יש אפילו רמז לכך שאין גוף או רשות ציבורית ואין לשון סופיות הנקוטה בחוק, היכולים למנוע ביקורת שיפוטית זו.²⁵

ג. הפסיקה בשנים הראשונות

לאחר סקירה חטופה זו של השינויים במשפט הציבורי והתפישה השיפוטית העומדת מאחריה, ברצוני להראות שאין כאן התפתחות טבעית בהלכה, כי אם מהפכה בעצם תפישתו של בית-המשפט את מהות התפקיד השיפוטי. אעבור עתה לדיון בכמה פסקי-דין ידועים, שניתנו בשנים הראשונות לקיומו של בית-המשפט העליון בישראל העצמאית.

פסק-הדין הראשון שאליו אתייחס הוא פסק-הדין המפורסם בפרשת ליון נ' גוברניק²⁶, שהגיעה לבית-המשפט העליון ימים ספורים לאחר הקמתו.

הרקע לפסק-דין זה היה פשוט: מכות סמכותו על-פי חוק השיפוט בארצות ניכר החיל מלך אנגליה בשטח המנדט, באמצעות דבר המלך במועצתו, את חוק שעת-חירום האנגלי משנת 1939. על-פי סמכותו לפי דבר המלך האמור, התקין הנציב העליון תקנות לשעת-חירום שבהן ניתנה סמכות לרשות מנהלית לתפוש חזקה ברכוש פרטי. עם הקמת המדינה, נעשה שימוש בסמכות זו כדי לתפוש חזקה בדירות פרטיות שלא היו בשימוש

24 ראה בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118, 141; סיעת כ"ג נ' יו"ר הכנסת (לעיל, הערה 7), 152; רסלר נ' שר הבטחון (לעיל, הערה 6).

25 ראה רסלר נ' שר הבטחון (לעיל, הערה 6), שבו אומר הנשיא שמגר: "הפיקוח השיפוטי קיים לעולם, כי הוא נובע ממהותה, תפקידה ואורח פעולתה של הרשות השופטת ומן התרופות שהן בגדר סמכותה".

26 בג"צ 5/48 ליון נ' גוברניק, פ"ד א 58.

בעליהן לצורך שיכונם של עולים חדשים ופקידי-ממשלה. בשתי עתירות²⁷, שהוגשו לבית-המשפט העליון על-ידי אותו פרקליט בספטמבר 1948, נעשה ניסיון לתקוף את השימוש בסמכות הזאת על-סמך שורה של טענות, שנגעו בחלקן להמשך תוקפן של תקנות ההגנה במדינת ישראל העצמאית והדימוקרטית.

שתיים מן הטענות שנטענו בליון נ' גוברניק מעניינות אותנו: (א) שתקנות ההגנה, שעל-פיהן ניתן צו-החרמה, לא נקלטו במשפט הארץ לאור הסיפא של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, שלפיו קליטת המשפט המנדטורי כפופה ל"שינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה"; (ב) שבנסיבות העניין, השימוש בסמכות ההחרמה לא היה סביר.

נתחיל בטענה הראשונה: מה משמעותה של טענה זו? מצד אחד, ניתן להציג טענה הבאה לתת משמעות מלאה לדבר החקיקה הראשון של מועצת-המדינה הזמנית, בית-המחוקקים הזמני של מדינת ישראל העצמאית. בהתאם לגישה זו, החלטה שחוק מנדטורי אינו תקף לאור הסיפא של סעיף 11 אין בה משום פגיעה בתפקידה של הרשות המחוקקת, כי אם משום כיבוד הוראתה המפורשת. מצד שני, ניתן להציג טענה הבאה להסמך את בית-המשפט למלא תפקיד שאמור למלאו הגוף המחוקק, דהיינו: להחליט על בטלותו של חוק.

בית-המשפט בחר, כידוע, להציג את הטענה בדרך השנייה. הוא הסביר, שעליו להתייחס לטענה בדבר תוקפו של דבר החקיקה "כי באמת מוטל על בית-המשפט הזה לתת תשובה לדעת הרווחת ברבים, כפי הנויאה, כי בית המשפט העליון מוסמך לפסוק שחוקים ידועים פקע תקפם מפני שהם אינם הולמים את רוח הזמן החדש"²⁸.

בית-המשפט המשיך ותיאר את הרעיון, שבית-משפט הוא הצריך להחליט שחוק בטל מכיוון שאיננו מתיישב עם "השינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה" כרעיון שאינו מתקבל על הדעת כלל וכלל²⁹. התפקיד להחליט על קיומם של חוקים הוא של המחוקק ואין להניח שהמחוקק התכוון להעביר את תפקידו זה לבית-המשפט. התערבות בית-המשפט בתוקפם של חוקים תהיה פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. בית-המשפט מכיר בכך, שתורת הפרדת הרשויות "איננה היום עוד כל כך קבועה וקפואה כמו לפי תורת מונטסקו בשעתו", אך ההגמשה בתורה זו באה לידי ביטוי בהוראות חוק המסמיכות בית-משפט למלא לקונות בשיטת-המשפט "כאילו היה מחוקק" (על-פי הדגם השווייצרי). אך "מכאן עד לדרישה ששופטים יבטלו בכוח שיפוטם חוקים הקיימים ללא ספק, אלא שאינם חביבים על הציבור הדרך רחוקה מאוד, ואין אנו מוכנים ללכת בדרך זו, כי ע"י זה נפגע בזכויות הכוח המחוקק בארץ וזהו היום מועצת המדינה הזמנית"³⁰.

כידוע, שני שופטים הסתייגו כעבור עשורים שנה מן הפירוש ה"מינימליסטי" שניתן בליון נ' גוברניק לסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט³¹, אך התופעה המעניינת —

27 העתירה השנייה נדונה בבג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85.

28 ראה ליון נ' גוברניק (לעיל, הערה 26), 66.

29 שם, בעמ' 69.

30 שם, בעמ' 70.

31 ראה דבריהם של השופטים זילברג וויחקון בבג"צ 222/68, המ' 15/69 חוגים לאומיים נ' שר המטרה, פ"ד כד(2) 141. וראה גם דבריו של השופט ברק בבג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 625–626.

לדעתי — איננה בנימוקים שניתנו, אלא כתפישת בדבר תפקידו של בית-המשפט שבאה לידי ביטוי בפסק-דין אלה. אין ספק, שלו רצה בכך, בית-המשפט היה יכול לאמץ פרשנות שונה לסעיף 11; הוא היה יכול גם, בפסק-הדין השני בזיו נ' גוברניק³², לנמק עמדה שלפיה לעקרונות מגילת-העצמאות מעמד של חוק הגובר על חוקים מנדטוריים סותרים. סירובו לעשות כן נעוץ בתפישתו את תפקידו של בית-המשפט במערכת מוסדות-השלטון: תפקידו של בית-המשפט הוא לדון על-פי החוק בסכסוכים בין אזרח ואזרח ובין אזרחים ורשויות-ממשל. בדונו בסכסוכים על בית-המשפט לפרש את החוק הקיים ולהחילו; אך אין זה מתפקידו לתת את דעתו לרציותם של החוקים; עליו להיזהר שמא יסיג גבולה של רשות אחרת, ובראש-זכראשונה — של הרשות המחוקקת. בכפיפות למקרים של פגיעה בהוראה משוריינת בחוק-יסוד, נשאר בית-המשפט נאמן עד היום הזה להלכה שאין ביקורת שיפוטית על התאמתה של חקיקה ראשית לעקרונות-יסוד חוקתיים. בפסק-דינו בערעור רשימת "כך" על פסילתה, שניתן לאחרונה, חזר בית-המשפט על עמדתו זו³³. ואולם העובדה שגישתו השיפוטית של בית-המשפט בעניין ליון לא היתה מוגבלת לעניין הביקורת השיפוטית על חקיקה באה לידי ביטוי כאשר דן בטענה השנייה שהוצגה לעיל, בדבר סבירות צו-ההחרמה. הטענה, כפי שהוצגה על-ידי בית-המשפט, היתה כי "לרשות המוסמכת היתה מכוונת את דעתה [לנסיבות המקרה] לא היתה יכולה לבוא לידי המסקנה שהגיעה אליה"³⁴.

בדחותו טענה זו בחר בית-המשפט לצטט מתוך פסק-דין אנגלי, שבו נאמר:

הטענה הזאת היא, אם אין טוענים זדון, טענה שאין לטעון אותה בבית המשפט הזה. הוחלט בצורה כל כך ברורה, שאם תקנה ממין זה מוסרת לרשות אכסקוטיבית את ההחלטה על כך מה נחוק ומועיל, והרשות מחליטה, הרי אין זה בסמכות של בתי-הדין לחקור את הנימוקים או לחקור אם ההחלטה הינה הגיונית, אם אין טוענים כוונה זדונית. לולא זה היה כך, הרי פירושו של דבר שבתי-הדין ייעשו אחראים לממשל האכסקוטיבי של הארץ בשאלות החשובות האלה... אין לבתי דין הכוח לחקור אם המעשה מתקבל על הדעת ולפי איזו שיטה, איזה הגיון או איזו נקודת מבט, הלך השלטון בביצוע מעשה כזה³⁵.

הנה, בפסק-דין אחד נתן בית-המשפט ביטוי ברור ביותר לתפישתו השיפוטית: יש להפריד בין תפקידיהן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, מצד אחד, לבין תפקידו של בית-המשפט, מצד שני. אל לו לבית-המשפט להסיג את גבולן של הרשויות האחרות על-ידי ביצוע תפקיד שהופקד בידיהן. השאלה איננה, אם כן, אם דרוש פיקוח שיפוטי על רשויות אחרות כדי להבטיח את "שלטון החוק", או אם בית-המשפט הוא זה שחייב לפרש כל הוראת חוק, אלא אם התפקיד שנתבקש בית-המשפט למלא הוא מטיבו תפקיד השייך לרשות אחרת.

32 לעיל, הערה 27.

33 ראה ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מב(4) 177.

34 ליון נ' גוברניק (לעיל, הערה 26), 79.

35 שם.

תפישוה זו באה לידי ביטוי חריף במיוחד בפסק-הדין בעניין ז'בוטינסקי נ' ויצמן³⁶, שעליו נכתב רבות. כדאי לחזור ולעיין בפסק-דין זה. השאלה שהתעוררה בפרשת ז'בוטינסקי נ' ויצמן³⁷ נראית לכאורה כשאלת פרשנות פשוטה וטהורה.

סעיף 9 לחוק המעבר קבע, כי כאשר יש צורך להרכיב ממשלה חדשה, יטיל נשיא-המדינה, לאחר התייעצות עם נציגי הסיעות בכנסת, את התפקיד להרכיבה על אחד מחברי-הכנסת שהסכים לכך. האם נשיא-המדינה היה חייב למלא אתר הוראה זו גם כאשר הגיע למסקנה שאין סיכוי כי חבר-כנסת שיסכים לקבל על עצמו את התפקיד יוכל להרכיב ממשלה? בשלב יותר מאוחר אמרו שלושה שופטים – אחד בהרצאה³⁸, ושניים בפסק-דין שניתן לא מכבר³⁹ – שבית-המשפט היה צריך להכריע בשאלה מהותית זו, לשלילה כמובן, ולדחות את העתירה לגופה. אך זה בדיוק מה שבית-המשפט רצה למנוע: שהרי הדבר לא התיישב עם תפישתו השיפוטית. וכך נימק בית-המשפט את סירובו לדון בשאלה:

בכלל, כל דבר התפקיד להרכיב ממשלה לפי סעיף 9 של חוק המעבר, חש"ט-1949 – כשמפעילים כלפיו את "חוש המומחיות של משפטן" – נמצא לא justiciable, אינו ניתן להכרעה שיפוטית. יש כאן יחסים שלפי טיבם הם מחוץ לתחום השיפוט; הם שייכים ליחסים בין נשיא המדינה, הממשלה והכנסת, היינו לרשויות האקסקוזיבית והפרלמנטרית. כשמתעוררת שאלה של פגיעה בהוראת סעיף 9 הנ"ל, יש למצוא את התרופה באמצעים פרלמנטריים, היינו בתגובת הכנסת כלפי ממשלה, אשר לפי דעת הכנסת, אינה עומדת לפנייה אפילו זכות קיום של מעבר, לפי סעיף 11(3) של חוק המעבר⁴⁰.

הניסיון לומר שבית-המשפט היה צריך להגיע לאותה תוצאה, דהיינו: דחיית עתירה, על-ידי הכרעה בשאלה המהותית – נוטל את כל הטעם מאחורי ההחלטה. ההחלטה הזאת מבטאת סירוב לדון בשאלה המהותית שיסודו בתפישת המוסדות המונחת ביסוד ההחלטה בפרשת ליון.

מה היה הבסיס לתפישוה זו? ניתן, כמובן, לטעון שהרתיעה מהסגת גבולן של רשויות אחרות מקורה בחשש שהתערבות תוביל לפגיעה במעמדו ובסמכותו של בית-המשפט. אך נראה לי, שטענה זו איננה ממצה את ווענין. התפישוה שבאה לידי ביטוי בז'בוטינסקי נ' ויצמן מבוססת הן על אמון ביכולתן של רשויות אחרות להכריע בשאלות מסוימות, אפילו כאשר יש בהן היבט משפטי מובהק, והן על ההכרה בכך שהמשפט אינו כל יכול: ניתן וצריך לסמוך לעתים על אילוץ פוליטיים לריסון פעולותיהן של רשויות-השלטון אחת כלפי רעותה.

בהקשר זה חשוב לציין שבית-המשפט בפרשת ז'בוטינסקי נ' ויצמן ראה את הטענה בדבר שפיטות כשאלה של סמכות: הוא קבע שאין לו סמכות

36 לעיל, הערה 11.

37 שם.

38 ראה ויתקון, פוליטיקה ומשפט (ירושלים, תשכ"ה).

39 ראה דבריהם של השופט ברק והנשיא שמגר בספר נ' שר הבטחון (לעיל, הערה 6).

40 ראה ז'בוטינסקי נ' ויצמן (לעיל, הערה 11), 814.

לדון בעתירה. בפסיקה המאוחרת רואים גישה זו של בית-המשפט כ"טעות"⁴¹: הנושא של שפיטות נוגע לשיקול-דעתו של בית-המשפט, לא לסמכותו⁴². אך לא כך ראה את העניין בית-המשפט העליון בפרשת ז'בוטינסקי נ' ויצמן. בסמכותו של בג"צ באותם ימים היה לדון בעניינים "necessary to be decided for the administration of justice". בית-המשפט החליט שעניין הנוגע ליחסים בין הנשיא, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, איננו נכנס לקטיגוריה של העניינים שיש צורך להכריע בהם לצורך administration of justice. גישתו זו איננה טכנית גרידא: היא מתיישבת יפה עם תפישתו הכללית לגבי תפקידו של בית-המשפט במערכת. גישה דומה אנו מוצאים בפסיקה הדנה ב"זכות עמידה". בפסק-דין שניתן בשנת 1971, השופט זוסמן אומר:

לא נשמע עתירתו של אדם הקובל על שהרשות נהגה שלא כדין, אם אין בידו להראות, מדרע הוא ולא אחר, יבקש תיקון המעוות. כי זאת לדעת, בית המשפט לא הוסמך לשקוד על קיום החוק ועל מניעת עוול באורח כללי. לא זו מלאכת השופט, ואין אנו מכירים ב"תביעה ציבורית" (actio popularis). תפקידו של בית משפט זה הוא ליתן סעד למי שקופח⁴³ (ההדגשה אינה במקור).

גישתו של בית-המשפט בשנים הראשונות באה לידי ביטוי גם בפסק-הדין ברון נ' ראש הממשלה ושר הבטחון⁴⁴. במקרה זה ביקש העותר לתקוף את הכרזת הממשלה הזמנית, בתוקף סמכותה על-פי הפקודה למניעת טירור, כי ארגון לח"י הוא "ארגון טירוריסטי". בין השאר ביקש העותר מבית-המשפט לבחון את נכונותה של הכרזת הממשלה האמורה. בסרבו לעשות כן הסביר הנשיא זמורה, כי "אין לבית משפט זה ליהפך לוועדת ביקורת כביכול הבוחנת את דרכי מילוי תפקידו של המוסד"⁴⁵. העובדה שבית-המשפט ראה את תפקידו כתפקיד מוגבל איננה אומרת שבמסגרת תפקידו זה לא נתן את ידו לשמירה על חוקיות המנהל בתחום החשוב ביותר שעליו מופקד בית-משפט "ציבורי": הגנה על זכויות הפרט כנגד פגיעה על-ידי השלטונות. בשני פסק-דין ידועים שניתנו בתחילת שנת 1949 הבהיר בית-המשפט את עמדתו בעניין זה. בעניין אל כרבוטלי⁴⁶ פסק בית-המשפט, כי אין להשתמש בסמכות להוציא צו מעצר מנהלי על-פי תקנה 111 לתקנות ההגנה כל עוד לא הוקמה ועדה מייעצת על-פי אותה תקנה. בזמן מתן פסק-הדין כבר היתה קיימת ועדה מייעצת, ובית-המשפט היה ער לכך שפסק-הדין שלו יכול להיראות כעניין פורמלי גרידא. מכיוון שכך ראה לנכון להדגיש:

השלטונות כפופים לחוק כמו כל האזרחים במדינה, ושלטון החוק הוא אחד היסודות האיתנים של כל המדינה. יהיה בזה נזק חמור לציבור ולמדינה גם יחד

41 השופט ברק אומר בפרשת רסלר נ' שר הבטחון (לעיל, הערה 6) 474: "לימים נתבהרה הטעות, תוך שהודגש כי יש הכדל בין סמכות ושפיטות".

42 ראה חוגים לאומיים נ' שר המשטרה (לעיל, הערה 31), 164: פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת (לעיל, הערה 24), 125.

43 ראה בג"צ 28/71 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כו(1) 230, 234.

44 בג"צ 16/48 ברון נ' ראש הממשלה ושר הבטחון, פ"ד א 108.

45 שם, בעמ' 113.

46 בג"צ 7/48 אלכרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד כ 5.

אם השלטונות ישתמשו בכוח הניתן מטעם המחוקק ואף באופן זמני, מתוך התעלמות גמורה מהסייגים המוצבים על ידי המחוקק על דרך השימוש בכוח הזה. נכון שבטחון המדינה, המצריך מעצר אדם, אינו חשוב פחות מהצורך לשמור על זכות האזרח, אולם במקום שאפשר להשיג את שתי המטרות גם יחד אין להתעלם מהאחת או מהשנייה.⁴⁷

חודש לאחר מתן פסק-הדין בעניין זלי-הרבוטלי ניתן פסק-הדין בפרשת בזירנו.⁴⁸ כאן השופט חשין מבהיר: כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במלאכת יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במלאכת יד אינה אסורה מטעם החוק. והוא ממשיך ומדבר על "זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה"⁴⁹ (ההדגשה אינה במקור).

בשלב ראשון נשארת גישה זו של בית-המשפט פורמליסטית למדי: בהעדר הוראת חוק, אין סמכות לרשות לפגוע בזירות הפרט. אך פריצת-הדרך הושגה גם היא בשנים הראשונות: פסק-הדין המפורסם של השופט אגרנט בפרשת קול העם⁵⁰, הנחשב בעיני רבים כפסק-הדין החשוב ביותר שנכתב אי-פעם במשפט הקונסטיטוציוני של ישראל, ניתן חמש שנים בלבד לאחר הקמת בית-המשפט העליון, בעוד התפישה המאופקת שולטת בכיפה. בפסק-דין זה יצר השופט אגרנט יש מאין: תשתית חוקתית למעמדן של זכויות האזרח כשיטת-משפט. החיה עד היום הזה בלי חוקה פורמלית.

יוצא, אם כן, שלא בגלל רתיעתו מהגנה על זכויות הפרט כנגד השלטון, אימץ לעצמו בית-המשפט העליון תפישה בדבר תפקידו המוגבל. ההיפך הוא הנכון: ההגנה על זכויות הפרט היתה, בעיני בית-המשפט, תפקידו העיקרי כבית-משפט בתחום הציבורי. אך הוא לא ראה חפיפה בין עמדתו זו לבין הצורך בהרחבת סמכותו כדי שתהיה לו אחריות כללית לשלטון החוק במדינה.

אין ספק, שבתחומים רבים פיתח בית-המשפט העליון בשנים האחרונות את העקרונות שנקבעו בפסק-דין קול העם ובפסיקה שהלכה בעקבותיו. כך, למשל, פסקי-הדין שהרחיבו את ההגנה על חופש הביטוי בהקשרים שונים תרמו תרומה חשובה ביותר לביטולו של חופש הביטוי בשיטתנו המשפטית⁵¹. ואולם בתחומים אחרים (כגון זכויות הנאשם בהליך הפלילי, ובמיוחד הגנת זכויות האדם בשטחים המוחזקים), פסיקתו של בית-המשפט העליון מצטיינת לרוב בגישה של איפוק מירבי ובמתן משקל-יתר לשיקוליו של השלטון.⁵²

47 שם, בעמ' 15.

48 בג"צ 1/49 בזירנו נ' שר המשטרה, פסקים א' 121.

49 שם, בעמ' 124.

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

51 פסקי-הדין הבולטים בתחום זה הם ב"ש 998/86 ציטרין נ' בית הדין למשמעת, פ"ד מא(2) 337; בג"צ 399/85 כהנא נ' רשות השידור, פ"ד מא(3) 255; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421; ובג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617.

52 הדוגמאות העיקריות לגישתו זו של בית-המשפט בתחום ההליך הפלילי נדונו בהרצאתו של פרופ' הרנן שכוכברת זו.

אלמלא פעלתנותו של בית־המשפט בתחומים שתוארו לעיל, ייתכן שלא היו נוצרות ציפיות לגישה פעלתנית יותר בתחומים רגישים כאלה.

לגבי השטחים ניתן לתת דוגמאות משני תחומים:

(א) פיצרן בתים: משתמשים באמצעי זה כאמצעי ענישה המוטל ללא משפט, כאשר ההיבט הקולקטיבי של העונש הוא בולט. בשורה של פסקי־דין סירב בית־המשפט להתערב בעצם קבילתו של אמצעי זה או בסבירות השימוש בו. ראה, למשל, בג"צ 434/79 סחוויל נ' מפקד אזור יו"ש, פ"ד לד(1) 464; בג"צ 22/81 חאמרי נ' מפקד אזור יו"ש, פ"ד לה(3) 223; בג"צ 274/82 חמאמרה נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 755. לאחרונה ריכך בית־המשפט את האמצעי כאשר קבע שאין להשתמש בו אלא אם נותנים לבעל הבית העומד להריסה הזדמנות נאותה להשמיע את טענותיו ולפנות לערכאות: בג"צ 358/88 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מג(2) 529. (ב) איחוד משפחות: מאז פסק־הדין בבג"צ 802/79 סמרה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לד(4) 1, שבו התערב בית־המשפט העליון בהחלטה שלא לאפשר לבעל של תושבת מקומית להישאר באזור, סירב בית־המשפט העליון להתערב בסירובם של מפקדים צבאיים לאפשר ישיבת־קבע בשטחים של בני־הזוג הזרים של תושבים מקומיים. ראה בג"צ 13/86, 58, שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פד מא(1) 197; בג"צ 673/86 אל־סעודי נ' ראש המנהל האזרחי ברצועת עזה, פ"ד מא(3) 138; בג"צ 31/87 שראב נ' ראש המינהל האזרחי ברצועת עזה, פ"ד מא(4) 670. לביקורת על גישת בית־המשפט לעניין זה ראה דינשטיין, "איחוד משפחות בשטחים המוחזקים" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 221.

