

הזכות לביקורת שיפוטית*

מאת

אלון הראל**

במאמר זה אבחן את הטיעונים בעד ביקורת שיפוטית על חוקים ונגד. ככל הנראה, מסקנתי תרגיז את הפולמוסנים משני צדי המתרס. בפרק השני למאמר אבחן באופן ביקורתי את ההצדקה המסורתית לביקורת שיפוטית, הגורסת כי מתן סמכות לבתי המשפט יבטיח הגנה טובה על ערכים חשובים. בדרך כלל הנחה זו מבוססת על יכולתם העדיפה של בתי המשפט לזהות את היקף הזכויות ואת משקלן היחסי. לטענתי, הצדקה זו שגויה מבחינה עובדתית, מסוכנת לתפקוד המוסד שיפוטי ומקוממת. בפרק השלישי למאמר אפתח טיעון אחר בזכות ביקורת שיפוטית על חוקים – טיעון המבוסס על זכות השימוע. הצדקה הביקורת השיפוטית על חוקים איננה מחייבת הנחות בדבר האיכות המיוחדת של החלטות שיפוטיות או היכולת העדיפה של שופטים לקבל החלטות נכונות וראויות. התפקיד של ביקורת שיפוטית הוא להבטיח לאנשים הטוענים כי זכויותיהם נפגעו פורום שבמסגרתו יוכלו להעלות את טענותיהם, להבטיח שטענות אלה ייבחנו וכן להבטיח שקילה מחדש של ההחלטה לאור הטענות הנ"ל. הליך זה איננו מבטיח בהכרח החלטות טובות יותר או מוצלחות יותר מאלו שהיו מתקבלות על ידי המחוקק; כל שהוא מבטיח הוא הזכות להישמע – זכות בעלת ערך משלה שאיננו מותנה בטענה שבתי המשפט טובים יותר או מוצלחים יותר מן המחוקקים. יתר על כן: לטענתי המוסד היחיד המסוגל לקיים שימוע (כעניין מושגי) הוא בית המשפט. זכות השימוע מאפשרת לאדם הסבור כי נפגע להגיש קובלנות, לשמוע הסברים מן הרשות המוסמכת וכן ליהנות מבחינה מחדש של ההחלטה. זהו בדיוק ההליך השיפוטי. ככל שמוסד יהיה אפקטיבי יותר בהגנה על זכות השימוע כך הוא ידמה יותר לבית המשפט.

* גרסאות קודמות של מאמר זה הוצגו בהרצאה שנישאה בטקס פתיחת שנת הלימודים התשס"ט בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים, בטקס מתן פרס צלטנר (2008) באוניברסיטת תל-אביב, במרכז הבינתחומי בהרצליה וכן בסמינר המחלקתי בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. אני מודה על ההערות שקיבלתי במסגרת פורומים אלה. כמו כן אני מודה לאריאל ענבר, ליובל איילון, לריבי וויל ולאסף שרון על הערותיהם. עמרי בן-צבי ונטע ברק-קורן סייעו לי רבות במחקר שקדם לכתיבת המאמר.

** נושא הקתדרה על שם פיליפ פ' ואסטל מיוזק, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

א. מבוא. ב. ביקורת שיפוטית על חוקים: מדוע נכשל הטיעון האינסטרומנטלי?
ג. ביקורת שיפוטית וזכות השימוע. 1. מבוא; 2. זכות השימוע; 3. זכות השימוע
וההליך השיפוטי; ד. ואם למרות הכול אני אינסטרומנטליסט?

א. מבוא

המעורבות של בתי המשפט בהחלטות בעלות אופי פוליטי-ציבורי נתונה כיום הן בישראל והן בעולם תחת התקפה ציבורית. רבים סבורים כי בתי המשפט מעורבים יתר על המידה בהחלטות שצריכות להיות מוכרעות במסגרת ההליך הפוליטי הדמוקרטי. ביטוי אחד לסנטימנט זה הוא ההתנגדות ההולכת וגוברת לביקורת שיפוטית על חוקים; ביטוי בולט אחר הוא ההתנגדות לאקטיביזם שיפוטי הכולל פרשנות תכליתית או יצירתית, הנתפסת כמתנגשת עם כוונת המחוקק או עם רצונה או החלטתה של הרשות המבצעת. פרשנות כזו נתפסת לעתים קרובות כמשקפת את העמדות הפוליטיות ואת הגחמות האידאולוגיות של השופטים.

שתי שאלות אלה שונות זו מזו; עם זאת, ביחס לשתייהן ניכרת נטייה הולכת וגוברת להתבונן בחשדנות הן על הסמכויות של בתי המשפט והן על האופן שבו הם מפעילים סמכויות אלה. בניגוד לעמדה המקובלת, התקפה זו איננה מוגבלת לחוגים קונסרבטיביים. שותפים לה הוגי דעות מכל קצוות הקשת הפוליטית כולל, למשל, ליברלים כמו ג'רמי ולדרון, מארק טושנט ולארי קרמר וכן, כמובן, הוגי דעות קונסרבטיביים כמו בורק וסקליה.¹ בארץ שותפים לה רבים מתומכי הימין והיהדות הדתית אך גם הוגי דעות מן המרכז והשמאל.²

ההתקפה על מה שמכונה "כוח היתר השיפוטי של בתי המשפט בישראל" נושאת אופי מיוחד. בישראל – בניגוד למתרחש באירופה ובארצות-הברית – ההתקפה על הביקורת השיפוטית בכלל ועל מה שמכונה "האקטיביזם השיפוטי של בתי המשפט"

1 לביקורת מן השמאל ראו JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999); MARK V. TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS (2000); MARK V. TUSHNET, WEAK COURTS, STRONG RIGHTS: JUDICIAL REVIEW AND SOCIAL WELFARE RIGHTS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (2008); LARRY D. KRAMER, THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW (2004).
לביקורת מן הימין ראו ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (1997) וכן Robert H. Bork, *Our Judicial Oligarchy* (1996) www.leaderu.com/ftissues/ft9611/articles/bork.html.

2 כך, למשל, בימין שותף לביקורת זו חיים שיין. ראו חיים שיין "מסע ההתנתקות של בית המשפט העליון" מאזני משפט ה 105 (2006); בשמאל שותף לה רונן שמיר. ראו רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994).

בפרט היא חלק ממתקפה כוללת על בתי המשפט. הרשו לי להסתכן ולומר כי מקצת מן הטעמים העמוקים של ההתקפה על בתי המשפט מעוגנים בפסיכולוגיה של המתקיפים ולא בחטאיהם של המותקפים: ההתקפה על בתי המשפט מעוגנת בזעם אותנטי של קבוצות פוליטיות וחברתיות נגד ה"אליטות". מסיבות שונות, הזעם שהצטבר במשך השנים נגד האליטות – וגם נגד קבוצות הנתפסות שלא בצדק כ"אליטות" – מתנקז בעת האחרונה לכדי שגאה יוקדת נגד בתי המשפט.³ הזעם המופנה כיום כלפי בתי המשפט

3 עובדה זו מסבירה את הקישור הנפוץ שעושים מתנגדי הביקורת השיפוטית בין האליטות לבין בתי המשפט. גדי טאוב, למשל, סבור כי "יש משהו מתעתע באופן שבו נאבקה האליטה החדשה לבסס את כוחה; בעודה תומכת במדיניות כלכלית ימנית, באקטיביזם שיפוטי שנועד להפקיע כוח פוליטי מידי ההליך הדמוקרטי – כלומר מידי הכנסת – ולהפקידו בידי שופטי בית המשפט העליון, ובעודה מטפחת רמת חיים בנוסח המעמדות העליונים במערב [...]". ראו גדי טאוב "הישראליות היא לא אנחנו" ארץ אחרת 30, 45 (2008). גיא בכור סבור כי "מתמנה שר משפטים חדש, ועוד לפני שפצה את פיו כבר האליטות הישנות, שמוקד הכוח שלהן בבית המשפט העליון, באקדמיה ובתקשורת, נכנסות להיסטוריה של ממש, ראו דבריו של שופט בית המשפט העליון עד לא מזמן מישאל חשין שיגדע את ידו של מי שיפגע ב'בית שלו'. בית המשפט העליון הוא הבית שלו. כך מתבטא שופט בבית המשפט העליון, שגם אביו היה שופט שם? ועדיין לא שכחתי את הנשיא הקודם ברק, שפסל את פרופ' רות גבזון כי 'יש לה אג'נדה', כאילו לו לא היתה אג'נדה". ראו גיא בכור "מדינה שהברכה נטשה אותה" (2007) www.gplanet.co.il/prodetailsamewin.asp?pro_id=226&mark מעניין לציין כי שעה שגדי טאוב מזהה את בית המשפט עם "האליטה החדשה", גיא בכור מזהה אותו דווקא עם "האליטות הישנות". גם אם בתי המשפט מזוהים עם אליטות כלשהן, אין ניסיון רציני לזהות מיהן האליטות האלו, ממי הן מורכבות ומה טוד כוחן.

קשר לכאורי זה בין האליטות לבין בתי המשפט נדון גם בכתיבה האקדמית. ראו, למשל, מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2002). במאמר זה העלה מאוטנר את ההשערה שהאקטיביזם השיפוטי הוא תוצר של חרדה שאליה נקלעה ההגמוניה הפוליטית, החברתית והתרבותית של תנועת העבודה בשנות השבעים. לדעתו של מאוטנר, "החרדה הכתיבה את דרכי הפעולה של הקבוצה [היהודית, חילונית ליברלית]. השימוש בבית המשפט העליון כזירה לפעילות פוליטית, ומצד אחר, התמיכה הנרחבת של קבוצה זו בבית המשפט העליון והיעדר הביקורת בקרב הקבוצה במשך שנים לא מעטות". גם תאורטיקנים זרים שבחנו את המצב בישראל ייחסו את עלייתה של הביקורת השיפוטית לאינטרסים של אליטות. מנדל, למשל, העלה היפותזה נאו-מרקסיסטית שלפיה הביקורת השיפוטית היא מכשיר להגנה על הקניין הפרטי. ראו Michael Mandel, *A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything so that Everything would Remain the Same"*, 32 ISR. L. REV. 250, 250-253 (1998): "judicial review is [...] the opposite of democracy, and not just in the familiar, definitional way of unelected judges overruling elected legislatures [...] I want to argue that the new constitutionalism was intended to operate as an *antidote* to democracy, that it was meant to preserve the oligarchy of private property from the mortal danger posed by representative institutions elected by people without property [...] As long as representative institutions were kept the personal possessions of the rich [...] their constitutional theorists sang the praise of parliamentary

מזכיר יותר מכל את בכיים של תינוקות מפונקים בקניון הנתקלים לראשונה במילה "לא". בתי המשפט בישראל נדחקים יותר ויותר לעמדה הלא-פופולרית של ההורה, הנדרש להציב גבולות לילדיו שאיבדו שליטה. תפקידו כפוי הטובה של ההורה הוא ללמד את ילדיו שלא כל גירוי ראוי למימוש ולא כל רצייה צריכה לזכות בסיפוק מידי. הורים חונכים את ילדיהם במלאכת ההדחקה – ואם יש דבר מה שאיבדה החברה הישראלית בשנים האחרונות הרי הוא היכולת להדחיק את יצריה.

בהינתן עובדות אלה, טיעונים תאורטיים בזכות מעורבות רבה יותר של בתי המשפט נראים חיוורים ומיותרים. הכוחות הרוחשים מתחת לפני השטח, כמו גם העובדה שהחברה הישראלית איבדה – פיזית ומטאפורית – את היכולת להציב לעצמה גבולות, דנה את טיעוניו של התאורטיקן הפוליטי בזכות המעורבות השיפוטית בהחלטות המחוקק לתהום הנשייה. בכל זאת, למרות להט היצר המעוור את קול התבונה והופך את העיון האקדמי ללא רלוונטי, ראוי לבחון באופן אקדמי קר ואנליטי את תפקידה, את חשיבותה ואת היקפה הראוי של מעורבות בתי המשפט בחברה ליברלית.

שתי השאלות המרכזיות שנזכרו לעיל מעסיקות כיום יותר מאי-פעם את המתדיינים בנושא הביקורת השיפוטית בישראל. שאלה אחת היא עצם הלגיטימציה של בית המשפט להתערב בהחלטות המחוקקים, דהיינו: להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים שהתקבלו באופן דמוקרטי.⁴ יש הגורסים כי אין מקום לביקורת שיפוטית על חוקים כלל;⁵ אחרים

sovereignty. But the moment [...] (that has changed – A. H.) these same theorists started worrying about the "tyranny of the majority" the way they never worried about the tyranny of the minority. They went to the drawing board and came back with judicial review. They changed everything [...] so that everything [...] would remain the same"

בהקשר האמריקני העלה מרק טושנט טענות דומות. לדידו, "Looking at judicial review over the course of U.S. history, we see the courts regularly being more or less in line with what the dominant national coalition wants" ראו MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS 153 (1999).

4 נושא זה העסיק את הציבור בישראלי בשנות התשעים בעקבות החקיקה של חוקי-היסוד. להגנה על מה שכונה אז "המהפכה החוקתית" ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992). לביקורת חריפה על המהפכה החוקתית ראו רות גביוון המהפכה החוקתית: תאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? (1998). לתיאור הסערות הפרלמנטריות והציבוריות בנושא ראו, לדוגמה, אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כך א: עקרונות יסוד 173 (מהדורה שישית, 2005); עדי פרוש "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה" עיוני משפט יז 717 (1992); עלי ולצברג ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1998); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקים" משפט וממשל א 395 (1993) (להלן: זמיר "הביקורת השיפוטית"); אשר מעוז "ריבונות הכנסת וביקורת שיפוטית" הפרקליט מג 25 (1996); אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133 (1997)

גורסים כי יש מקום לביקורת שיפוטית על חוקים ואפילו על חקיקת-משנה בתחומים מסוימים אך לא באחרים;⁶ אחרים גורסים כי יש מקום לביקורת שיפוטית על חוקים בכל

(להלן: מרמור "ביקורת שיפוטית"); אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה 339 (1999).

5 עמדה זו שלטה בפסיקה הישראלית במשך שנים רבות וכונתה גישת "הכנסת הכול יכולה". דוגמה לכך אפשר למצוא בדברי השופט ברנזון בבג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 349 (1965). עמדה זו איבדה את הבכורה בקרב שופטי בית המשפט העליון, אולם עודנה נישאת על-ידי חברי כנסת. ראו, למשל, את דבריו של ח"כ שאול יהלום: "ההתנגדות שלנו מתמצה בכך שאיננו מעוניינים שבית המשפט העליון יהיה בעל סמכות לבטל חקיקה ראשית של הכנסת או של כל בית משפט כפי שהדבר נעשה היום" (המכון הישראלי לדמוקרטיה דגמים של ביקורת שיפוטית – המועצה הציבורית: הכינוס החמישי 62 (התשס"ב)) (להלן: דגמים של ביקורת שיפוטית). במידה רבה זו גם עמדתה של פרופ' גביון, הסבורה שבמדינה שאין בה חוקה נוקשה (דוגמת ישראל) ראוי שלא תהיה אפשרות להעמיד את החלטות המחוקק הראשי לביקורת ולבטלן בכלים משפטיים: "בנוגע לשאלה המצומצמת הזאת, של סמכות שיפוטית או מעין-שיפוטית לבטל חוקי כנסת לאחר שחקיקתם הושלמה, אני מציעה שבמסגרת הסדר חוקתי שלם נשקול באופן מאוד רציני את האופציה שבשלב הזה לא ניתן לאף גוף שיפוטי או מעין-שיפוטי את הסמכות הזאת" (שם, בעמ' 40), ובמקום אחר: "אין פירושה של עמדה זו שאין למחוקק מגבלות. אבל בשיטה כזאת אין עליו מגבלות משפטיות [ההדגשה במקור, א' ה'], הניתנות לאכיפה באמצעות בית המשפט" (רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית 69, 95 (רות גביון, מרדכי קרמיניצר ויואב דותן עורכים, 2000)) (הספר להלן: אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד).

6 עמדה זו זוכה לאחרונה לפופולריות בכנסת. תזכיר חוקי-יסוד: השפיטה (תיקון – שפיטות), התשס"ח-2008 נמצא כיום על שולחן הכנסת. סעיף 15 לתזכיר קובע: "בית משפט לא ידון ולא ייתן סעד בכל נושא אשר בהתאם לאופי הדומיננטי של השאלה הטעונה הכרעה אין הוא מתאים להכרעה שיפוטית, ובכלל זה (1) החלטה בתחום יחסי החוץ של המדינה לרבות החלטה לכרות או לא לכרות הסכם בינלאומי, החלטה לנקוט סנקציה כנגד מדינה או רשות שלטונית זרה או החלטה בדבר כינון יחסים דיפלומטיים; (2) החלטה בדבר יציאה לפעולה צבאית; (3) החלטה להקים או להימנע מלהקים ועדת חקירה או ועדת בדיקה על ידי הממשלה או שר משריה; (4) החלטה בדבר היקף הוצאות המדינה או סדרי העדיפויות בהקצאת מקורות מתקציב המדינה [...]".

סעיף 15 קובע הגבלות נוספות, חלקיות ולא גלובליות. תזכיר הצעת החוק סומך את ההצדקה להגבלת כוחם של בתי המשפט על עקרון הפרדת הרשויות, על סכנת הטעות של בית המשפט, על העיכוב הבלתי-נמנע בפעולות הרשות המבצעת הנגרם עקב עתירות לבית המשפט וכן על הפגיעה באמון הציבור במערכת השיפוטית. זו גם עמדתו של ח"כ גפני, שהציע בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט כי בית המשפט יימנע מלפסוק בנושאים ערכיים ודתיים (פרוטוקול ישיבה מס' 331 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 28 (2.7.2001)). בהסכם קואליציוני ברוח זו עסקה גם פרשת ולנר המפורסמת, בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995). ההחלטה של בית המשפט בנושא כביש 443, שאפשרה לפלסטינים לנסוע בכביש זה, הביאה להצעה פרטיקולרית שנועדה בין היתר להקשות על ביקורת שיפוטית בנושא הסדרת תנועה מטעמי ביטחון.

תחומי המשפט.⁷ השאלה האחרת איננה מוגבלת לביקורת שיפוטית על חוקים אלא מקיפה גם שאלות של פרשנות חקיקה וכן שאלות של ביקורת שיפוטית על חקיקת-משנה ועל החלטות מנהליות. שאלה זו – שאלת האקטיביזם השיפוטי – נוגעת לעומק הביקורת השיפוטית, דהיינו: לשאלה מהי מידת הקפדנות והנוקשות שבה בית המשפט נוהג ומהי מידת נכונותו להתערב – הן באמצעות שימוש נרחב בעילת הסבירות והן באמצעות פרשנות יצירתית או תכליתית לצורך הגשמת ערכי צדק או לצורך יישום ומימוש של מדיניות ראויה.⁸ לעתים ההאשמות בדבר מעורבות היתר של בית המשפט מתמקדות בעצם הסמכות הפורמלית של בית המשפט לפסול חוקים ולכלל הפחות חוקים בתחומים שצריכים לדעת המבקרים להיות חסינים מביקורת שיפוטית; לעתים הביקורת מתמקדת בפרשנות תכליתית או "יצירתית" הנוגדת או מעוותת לדעת המבקרים את כוונת המחוקק או את לשונו של החוק, או מהווה התערבות בוטה מדי בהחלטות מנהליות או בחקיקת-משנה, או אפילו מעורבות "יתר" של בתי המשפט בפרשנות חוזים. למרות הקשר ביניהן, שאלות אלו הן שאלות שונות והתשובות עליהן יכולות להיות שונות. ניתן לתמוך בביקורת שיפוטית על חוקים אך לבקר את בית המשפט על הנוקשות שבה הוא נוהג ועל הנכונות הקלה מדי (לדעתם של המבקרים) להתערב הן באמצעות פסילת חוקים והן באמצעים אחרים. אפשר גם להתנגד לביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית אך לתמוך במעורבות רחבה של בית המשפט בחקיקה או בהחלטות הרשות המבצעת תוך שימוש בטכניקות פרשניות יצירתיות ובאמצעים אחרים.

ראו הצעת חוק הביטחון בדרכים, התש"ע-2010 www.uriorbach.co.il/637. בדברי ההסבר להצעה (שתאפשר הגבלת תנועה בדרכים לצורכי ביטחון) נאמר כי הסמכת הכנסת להטיל הגבלות עשויה "לצמצם במידה רבה את הצורך בהבאת נושאים שהינם ביטחוניים-מקצועיים במהותם לפתחו של בית המשפט".

7 ראו פסק דינו של הנשיא ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995), ובפרט פס' 79: "הביקורת השיפוטית של חוקתיות החוק נגזרת מעקרון הפרדת הרשויות. סמכותה של הרשות המחוקקת היא לחוקק חוקים. לשם כך מוסמכת היא לפרש את החוקה לעצמה. כאשר מתעורר סכסוך בין בעלי דין, ולשם הכרעתו יש לפרש את החוקה, מוטל תפקיד הפירוש על בית המשפט. פירושו של בית המשפט הוא המחייב. פרשנות החוקה היא תפקידו של בית המשפט בהפרדת הרשויות".

8 הוויכוח על אודות תועלתו של האקטיביזם השיפוטי נשען פעמים רבות על חוסר הסכמה בנוגע להגדרה של התופעה. ראו, לדוגמה, אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 476 (1993) – "הדיבור "אקטיביזם שיפוטי" הינו רב-משמעי ומעורפל. חוקרים ושופטים נותנים לו משמעות שונה". השוו: יצחק זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז 647, 649-650 (1993). לדעתו של זמיר האקטיביזם מבטא "נטייה" או "מצב נפשי" ופחות תוצאה. לכן, אף-על-פי שקשה להגדיר את התופעה, קל לזהות שופטים אקטיביסטים. לדוגמאות נוספות להגדרות של אקטיביזם שיפוטי ראו אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5. ראו גם אקטיביזם שיפוטי (אריאל פורת עורך, 1993).

במאמר זה אתמקד בשאלה הראשונה ואבחן את הטיעונים הן בעד והן נגד ביקורת שיפוטית על חוקים. מסקנתי תרגיז ככל הנראה את הפולמוסנים משני צדי המתורס. מצד אחד אטען כי הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית היא מוצדקת אלא שהצדקתה שונה מן ההצדקות המסורתיות; מן הצד האחר אטען כי רוב הטיעונים הנשמעים בעד הביקורת השיפוטית הם שגויים, מסוכנים ומקוממים. הטענה המרכזית בזכות ביקורת שיפוטית גורסת כי מתן סמכות לבתי המשפט תבטיח הגנה טובה על ערכים חשובים. לעתים קרובות הנחה זו מבוססת על יכולתם העדיפה של בתי המשפט לזהות את היקף הזכויות ואת משקלן היחסי.⁹ הצדקה זו שגויה מבחינה עובדתית, מסוכנת לתפקוד המוסד השיפוטי ומקוממת. חוגים רבים מתקוממים בצדק נגד אליטה שיפוטית המצדיקה את

9 ראו, למשל, Owen Fiss, *Two Models of Adjudication*, in HOW DOES THE CONSTITUTION SECURE RIGHTS? 36, 43 (Robert A. Goldwin & William A. Schambra eds., 1985) ("The capacity of judges to give meaning to public values turns not on some personal moral expertise, of which they have none, but on the process. [...] One feature of that process is the dialogue judges must conduct. [...] Another is independence: the judge must remain independent of the desires or preferences both of the body politic and of the particular contestants before the bench"); Owen Fiss, *Forward: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1, 12-13 (1979) ("Their [the judges'] capacity to make a special contribution to our social life derives not from any personal traits or knowledge, but from the definition of the office in which they find themselves and through which they exercise power"); MICHAEL J. PERRY, THE CONSTITUTION, THE COURTS, AND HUMAN RIGHTS: AN INQUIRY INTO THE LEGITIMACY OF CONSTITUTIONAL POLICY MAKING BY THE JUDICIARY 102 (1982) ("As a matter of comparative institutional competence, the politically insulated federal judiciary is more likely, when the human rights issue is a deeply controversial one, to move us in the direction of a right answer (assuming there is such a thing) than is the political process left to its own devices, which tends to resolve such issues by reflexive, mechanical reference to established moral conventions"); LAWRENCE G. SAGER, JUSTICE IN PLAINCLOTHES: A THEORY OF AMERICAN CONSTITUTIONAL PRACTICE 199 (2004) (pointing out "structural features of a constitutional judiciary that make it a promising environment for the contestation of rights"). בישראל טענו משפטנים בכירים טענות דומות. ראו, למשל, את דברי אהרן ברק בתוך דגמים של ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 28-29: "הניסיון של 53 שנות עצמאות הראה כי שופטי ישראל, ובראשם שופטי בית המשפט העליון, רגישים לזכויות האדם. הם הגנו על זכויות האדם לפני חקיקתם של חוקי יסוד בדבר זכויות האדם והם מסוגלים להגן היטב על זכויות האדם המעוגנות בחוקי יסוד [...] שופט בישראל אינו נתפס כבירוקרט. הוא מצוי מחוץ למסגרת הבירוקרטית, הוא נבחר מבין טובי המשפטנים, ומה שמכשיר אותו לשיפוט החוקתי הוא אישיותו, תפיסת עולמו וניסיונו המקצועי". ראו גם זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 397; מרדכי קרמניצר "בג"צ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 165.

הכוחות שלה על בסיס טענות בדבר היכולת המיוחדת והעדיפה לכאורה של שופטים להחליט החלטות נכונות, צודקות או ראויות. חלק לא מבוטל מן האשם בהתקפות על בתי המשפט ועל הביקורת השיפוטית נעוץ דווקא בטיעונים אלה.

הפרק השני של המאמר יוקדש לבחינה ביקורתית של הטיעון הנתפס כמרכזי הן על-ידי חסידי הביקורת השיפוטית והן על-ידי יריביה – הטיעון שלפיו הצדקה לביקורת שיפוטית על חוקים היא האיכות המיוחדת של החלטות בתי המשפט. על-פי טענה זו, בתי המשפט הם מוסדות מוצלחים יותר משום שיש להם יכולת טובה יותר להחליט החלטות בנושאים כגון זכויות מיעוטים, הגנה על חירויות יסוד ועוד. בסיום פרק זה אטען כי מתנגדי הביקורת השיפוטית צודקים בכך שהם דוחים טענות זה בזכות הביקורת השיפוטית על חוקים. הפרק השלישי של המאמר יפתח טענות שונות בזכות ביקורת שיפוטית על חוקים – טענות המבוססות על זכות השימוע. אטען כי הצדקה לביקורת השיפוטית על חוקים איננה מחייבת הנחות בדבר האיכות המיוחדת של החלטות השיפוטיות או היכולת העדיפה של השופטים לקבל החלטות נכונות וראויות. התפקיד של הביקורת השיפוטית הוא להבטיח לאנשים הטוענים כי זכויותיהם נפגעו פורום שבמסגרתו יוכלו להעלות את טענותיהם, להבטיח שטענות אלה ייבחנו וכן להבטיח שקילה מחדש של החלטה לאור הטענות הנ"ל.¹⁰ הליך זה איננו מבטיח בהכרח (או אפילו כעניין מסתבר) החלטות טובות יותר או מוצלחות יותר מאלו שהיו מתקבלות על-ידי המחוקק. כל שהליך זה מבטיח הוא הזכות להישמע – וזו, לדעתי, בעלת ערך משלה, ערך שאיננו מותנה בהנחה שלפיה בתי המשפט טובים יותר או מוצלחים יותר מן המחוקקים.

ב. ביקורת שיפוטית על חוקים: מדוע נכשל הטיעון האינסטרומנטלי?

ביקורת שיפוטית חשופה מטבעה להאשמה שהיא אנטי-דמוקרטית. אחרי הכול, השופטים אינם נבחרים ולכן החלטה שיפוטית לפסול חוק היא פגיעה בזכות ההשתתפות הפוליטית.¹¹ יש שיאמרו כי יש "לאזן" פגיעה זו עם זכויות אחרות.¹² תוצאותיו של

10 בעבר הגנתי על גרסה שונה במקצת של עמדה זו. ראו Alon Harel & Yuval Eylon, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991 (2006), available at ssrn.com/abstract=906460; Alon Harel & Tsvi Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review*, 2 J. LEGAL ANALYSIS 227 (2010).

11 ולדרון, לעיל ה"ש 1, בפרק 11. טענה זו מושמעת רבות בישראל. ראו, למשל, את ביקורתו של המשנה לנשיא אלון על המפנה ביחסי הרשות המחוקקת והשופטת בישראל בבג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85 (1985); את דבריה של גביוון, באקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל

איוון כאמור תלויות כמוכן בחשיבות ובמרכזיות המיוחסות לזכות ההשתתפות הפוליטית. לדעת רבים יש לזכות זו סטטוס מיוחד. ויליאם קובט (William Cobett) קבע:

The great right of every man, the right of rights is the right of having a share in the making of the laws to which the good of the whole makes it his duty to submit.¹³

את התיאור של זכות ההשתתפות כ"זכות של הזכויות" אימץ הפילוסוף הפוליטי ג'רמי ולדרון וראה בה את הבסיס להתקפתו על הביקורת השיפוטית.¹⁴ ביקורת שיפוטית היא פגיעה בזכות היסוד של האזרחים להשתתף בהחלטה על היקף הזכויות ועל עוצמתן. מחלוקות ביחס להיקף הזכויות ולעוצמתן צריכות להיות מוכרעות על-ידי האזרחים בהליך הדמוקרטי. ברמה מופשטת פחות, חלק ממדעני המדינה רואים את הביקורת

ה"ש 5, בעמ' 97-93; ואת דבריהם הבאים של ד"ר דן אבנון, ח"כ שאול יהלום והשרה ציפי ליבני בכינוס החמישי של המועצה הציבורית של המכון הישראלי לדמוקרטיה, בתוך דגמים של ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 5:

ד"ר דן אבנון, בעמ' 66, מתייחס לפרשנות התיבה "יהודית ודמוקרטית" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "ניתן אף לטעון כי לב הדיאלוג בישראל המתהווה (כחברה וכמדינה) מצוי במתח המתמיד בקרבו של כל פרט ובין קבוצות ונציגיהם באשר לפשר היותה של מדינת ישראל הן מדינת העם היהודי והן מדינה דמוקרטית. מה פתאום נלקח דיון מתוח ומפרה זה מרשות היחיד ומרשות החברה והועבר להכרעת רשות שיפוטית?".

ח"כ שאול יהלום, בעמ' 62-63: "חקיקת הכנסת היא תוצאה של מעורבות, של פשרה, של השפעה, של דו-שיח של נציגי החברה הדמוקרטית שנבחרו בתהליך דמוקרטי. לכן כל חוק צריך להיות תוצאה של איוון חברתי דמוקרטי של מדינת ישראל. [...] לכן איננו מסכימים שמוסד חסר איוון דמוקרטי-חברתי מעצם הגדרתו יבטל חוקים שהתקבלו על-ידי מוסד שכולו איוון דמוקרטי".

השרה ציפי ליבני, בעמ' 311: "נכון שהמוסד הזה [בית המשפט העליון; א' ה'] מצטיין במקצועיות, שאין דופי בתהליך הבחירה של המכהנים בו, אלא שזה איננו מאפיל על העובדה שבית המשפט איננו חייב במתן דין וחשבון לציבור. לעובדה זו יתרונות במה שנוגע לשפיטה, אבל היא בעייתית, כי מדובר בגוף שקובע ערכים של ציבור שלא בחר בו ומה עוד שאיננו חייב דין וחשבון לציבור זה. בעצם, בתהליך הזה אין דיון ציבורי".

12 ראו CORY BRETTSCHEIDER, DEMOCRATIC RIGHTS: THE SUBSTANCE OF SELF GOVERNMENT, ch. 7 (2007). לביקורת על עמדה זו ראו Alon Harel, *Judicial Review and the Value Theory of Democracy: A Response to Corey Brettschneider Chapter 7*, publicreason.net/author/msalon.

13 ראו William Cobbett, *Advice to Young Men and Women, Advice to a Citizen* (1829), צוטט במאמר Jeremy Waldron, *Participation: The Right of Rights*, in 98 PROCEEDINGS OF THE ARISTOTELIAN SOCIETY 307 (2003).

14 ראו ולדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232 ואילך. התקפה דומה ניתן למצוא בדבריה של גביוון באקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 93-94.

השיפוטית כמכשיר של אליטות חברתיות המבטיחה את הדומיננטיות הפוליטית שלהן גם לאחר שאיבדו את השליטה במנגנונים פוליטיים.¹⁵ הן הטענה שלפיה ביקורת שיפוטית פוגעת בזכות ההשתתפות והן הטענה שהיא משמשת את האליטות מושמעות גם בישראל ברמה התאורטית-אקדמית כמו גם בשיח הציבורי.¹⁶

התגובה הסטנדרטית של חסידי הביקורת השיפוטית לטיעון הדמוקרטי היא שביקורת שיפוטית היא מכשיר להבטחת תוצאות ראויות או נכונות. ההצדקה האינסטרומנטלית של ביקורת שיפוטית מבוססת על תוצאות קונטינגנטיות רצויות של הביקורת השיפוטית.¹⁷ מרבית הטענות האינסטרומנטליות מבוססות על טענות מריטוקרטיות שלפיהן בית

15 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (2008): "בית המשפט [צייד] את ההגמונים לשעבר במערכת של טקסטים עכשוויים, שסיפקו להם את התשתית האינטלקטואלית לצורך מאבקם התרבותי, ואשר סביבם יכול היה מאבק זה להתגבש". ובעמ' 18: "קבוצה חברתית שמצאה עצמה מאתגרת פוליטית ותרבותית, הפכה את ביהמ"ש העליון – במקום הכנסת, שבה איבדה חלק משמעותי מכוחה – לאתר חשוב לפעילות הפוליטית שלה". ראו גם אורן סופר וגבריאלה פיסמן "ביקורת שיפוטית בחברה מקוטבת" עיוני משפט כד 663 (2001).

16 לטענה התאורטית ראו דן אבנון "הציבור הנאור": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי? "משפט וממשל ג 417, 427 (1996). לטענה הזו ברמת השיח הפוליטי ראו גדי טאוב "אקטיביזם שיפוטי בלי גבול – ההמצאה של זאב סגל" (2008) www.gaditaub.com/hblog/?p=271: "עיתוננו של המאיון העליון, הארץ, תומך זה זמן רב באקטיביזם השיפוטי. צעד צעד האקטיביזם הזה מבקש לכבוש שטחים מן הפוליטי לטובת המשפטי. המגמה ברורה. המאיון הזה מרגיש שמערכת המשפט מייצגת טוב יותר את ערכיו, ולכן הוא תומך בהצבת הרשות השופטת, שאינה נבחרת, מעל הרשויות הנבחרות". ראו גם מאוטנר, לעיל ה"ש 15.

17 מבטאים בולטים של עמדה אינסטרומנטליסטית הם אדריאן ורמוייל ורונלד דבורקין. ראו ADRIAN VERMEULE, JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION 5 (2006) ("My premises are thus firmly consequentialist. Indeed they are rule-consequentialist: judges should interpret legal texts in accordance with rules whose observance produces the best consequences overall"); RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 34 (1996) ("I see no alternative but to use a result-driven rather than a procedure-driven standard for deciding them. The best institutional structure is the one best calculated to produce the best answers to the essentially moral questions of what the democratic conditions actually are, and to (secure stable compliance with those conditions)". בישראל נציגה הבולט של עמדה זו הוא מרדכי קרמיניצר: "אם אמנם שיטה של בלמים ואיוונים ובקרה הדדית של רשויות השלטון היא מיסודות המשטר, ברור כי לרשות המבצעת אין כמעט תפקיד מבקר, וגם התפקיד המבקר של הרשות המחוקקת הוא שולי ולא ניתן לסמוך עליו כמספק בשל זיקה אישית ואינטרסנטית של המחוקק כלפי הממשלה. על רקע זה מתבלטת הרשות השופטת כמעמדה המיוחד ויוצא הדופן, כעצמאית מן השלטון, ומשתי הרשויות האחרות. בשל כך, ובשל יושרם האישי של השופטים, רמתם המקצועית הגבוהה והיותם נטולי אינטרסים ושיקולים זרים, הם נהנים מאמון מיוחד של הציבור כ"מעוז הבטוח והאוברייקטיבי ביותר של האזרח" מפני שרירות שלטונית". קרמיניצר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 170.

המשפט מקבל החלטות נכונות יותר וראויות יותר מאלה שמקבל בית המחוקקים. הסיבה שבית המשפט צפוי לממש ערכים חוקתיים באופן מוצלח במיוחד נגזרת מהיכולת העדיפה של השופטים או של בתי המשפט להחליט החלטות בתחומים מסוימים כמו זכויות אדם. הטענות שלפיהן ביקורת שיפוטית היא חיונית להגנה על זכויות אדם, להבטחת צדק למיעוטים, להגנה על הדמוקרטיה או להבטחת מידה של יציבות חוקתית הן כולן תאוריות אינסטרומנטליות. עם זאת, בצד התאוריות האינסטרומנטליות-מריטוקרטיות יש תאוריות אינסטרומנטליות לא מריטוקרטיות. כך, למשל, התפיסה שלפיה תפקידה של החוקה הוא לייצר דיאלוג בשאלות יסוד חוקתיות ולהבטיח דיון ציבורי מעמיק גם היא תאוריה אינסטרומנטלית הנשענת על התוצאות החיוביות הקונטינגנטיות של הביקורת השיפוטית (איכותו של הדיון הציבורי). עם זאת, עמדה זו איננה מבוססת על טענה שלפיה השופטים מחליטים החלטות טובות יותר ככלל.¹⁸ הוא הדין בתאוריה הגורסת כי תפקידה של החוקה הוא להשתיק מחלוקות כדי למנוע חוסר יציבות פוליטי או כדי להבטיח שימוש אפקטיבי במשאבים של המערכת הפוליטית.¹⁹

המשתתף לתאוריות האינסטרומנטליות כולן הוא ההבחנה החדה בין שני שלבים של הניתוח. בשלב הראשון התאורטיקן בוחן את תכליתה של החוקה. כך, למשל, יש הטוענים כי החוקה מיועדת להגן על זכויות מיעוטים בפני הרוב; אחרים גורסים כי תכלית החוקה היא להגן על הדמוקרטיה והשיטה הרובנית, להבטיח דיאלוג ציבורי פורה ועשיר או להסיר מעל סדר היום הציבורי סוגיות שנויות במחלוקת המסכנות את היציבות החברתית. בשלב השני התאורטיקן החוקתי מזהה מהי המערכת המוסדית המסוגלת לממש טוב יותר את הערכים הללו. הכוח לפרש את החוקה צריך להינתן למוסד המבטיח את המימוש המוצלח ביותר של הערכים המגולמים בחוקה.²⁰

שעה שיש תאוריות אינסטרומנטליות רבות המנסות להצדיק את הביקורת השיפוטית, התאוריות האינסטרומנטליות הדומיננטיות (בעולם ככלל ובישראל במיוחד) הן התאוריות האינסטרומנטליות המריטוקרטיות. תאוריות אלו גורסות כי המימוש המוצלח יותר של הערכים המגולמים בחוקה נגזר מן האיכויות המיוחדות של ההחלטות השיפוטיות. במילים אחרות, על-פי תאוריות אלו, שופטים מחליטים החלטות טובות יותר מן המחוקק לפחות בכל הנוגע לתחומים מסוימים.

כך, למשל, המילטון ודבורקין (כמו הוגים רבים אחרים) סבורים כי תכליתה של החוקה היא להגן על זכויות.²¹ התאורטיקן החוקתי אלי (Ely) גורס כי תכליתה של

18 לסקירה מקיפה של עמדה זו ראו גדעון ספיר "שלושה מודלים של חוקה" משפטים לז 349, 371-392 (2007).

19 שם, בעמ' 393-411.

20 לניתוח מפורט של שני השלבים בניתוח האינסטרומנטליסטי ראו Harel & Kahana, לעיל ה"ש 10.

21 על-פי המילטון: "This independence of the Judges is equally requisite to guard the Constitution and the rights of individuals from the effects of those ill humors, which the

החוקה היא להגן על הדמוקרטיה ועל זכות ההשתתפות הדמוקרטית;²² ואילו אקרמן סבור כי תכלית החוקה היא להגן על פוליטיקה חוקתית בפני ביצת הפוליטיקה הדלוחה של היומיום.²³ לאחר זיהוי הערך או הערכים שהחוקה מקדמת, התאורטיקנים הללו מזהים את בית המשפט כמוסד הצפוי לממש באופן מוצלח את התכליות החוקתיות בשל העובדה שהחלטות השופטים מקדמות את התכליות החוקתיות הללו יותר משעושות כן החלטות המחוקקים. פרשנות החוקה צריכה להיות מוענקת למוסד העתיד לפרש את החוקה באופן שיבטיח הגנה על זכויות אדם, הגנה על הדמוקרטיה או הגנה על הפוליטיקה החוקתית.²⁴ חסידי הביקורת השיפוטית טוענים כי מסיבות המעוגנות בהכשרה של השופטים או במבנה המוסדי של בתי המשפט, השופטים הם המוסד הטוב ביותר לפרשנות חוקתית פשוט מכיוון שהם עתידים לפרש טוב יותר את החוקה, דהיינו: באופן המממש באופן מוצלח יותר אחד או יותר מבין הערכים החוקתיים הללו. בפרק זה ברצוני להתמקד רק בתאוריה אינסטרומנטלית-מריטוקרטית אחת – התאוריה המריטוקרטית הדומיננטית במסגרת התאוריות החוקתיות. על-פי תאוריה זו, בתי המשפט מחליטים החלטות טובות יותר בנושאים הנוגעים לזכויות אדם משום שהם ניחנו ברגישות מיוחדת להגנה על זכויות שאיננה נחלתה של הרשות המחוקקת. ברצוני

arts of designing men, or the influence of particular conjunctures, sometimes disseminate among the People themselves, and which [...] have a tendency [...] to occasion dangerous innovations in the Government and serious oppressions of the minor party in the community [...] But it is not with a view to the infractions of the Constitution only, that the independence of the Judges may be an essential safeguard against the effects of ill humors in the society. These sometimes extend no farther than to the injury of private rights of particular classes of citizens, but unjust and partial laws”
Federalist No. 78, in ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS 468 (Clinton Rossiter ed., 2003)
 ראו Alexander Hamilton, *The* RONALD DWORIN, *LAW’S EMPIRE* 356 (1986): “The United States is a more just society than it would have been had its constitutional rights been left to the conscience of majoritarian institutions”
 וכן RONALD DWORIN, *TAKING RIGHTS SERIOUSLY* 133 (1977)
 ראו JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 74 (1980). בבית המשפט הישראלי אומצה עמדה דומה בא”ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ’ חבר הכנסת אחמד טיבי, נז(4) 1, 61 (2003): “לא הרי החלטה של ועדת הבחירות למנוע ממועמד מלהשתתף בבחירות כהרי החלטה שלא למנוע ממועמד מלהשתתף בבחירות. בית המשפט חייב להגן על הדמוקרטיה בשני המצבים הללו, אך תפקידו המיוחד בא לידי ביטוי בהגנה על היחיד ועל המיעוט”.

22 BRUCE A. ACKERMAN, *WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS* (1991) 1.

23 לתיאור מפורט יותר ולאסמכתות ראו Harel & Kahana, לעיל ה”ש 10.

לבחון ולהפריך את הטענה האינסטרומנטלית-מריטוקרטית הזו.²⁵ מסקנת הדיון איננה שבתאי המשפט נחותים או אינם טובים יותר מן המחוקק בהגנה על זכויות, אלא שלשאלה מי מחליט טוב יותר אין תשובה כללית (שאיננה תלויה בזמן או במקום). יתר על כן: אפילו אם אפשר לבסס את העמדה שלפיה בתי המשפט "טובים" יותר, לא נובעת מעמדה זו המסקנה שלפיה ראוי לתת להם סמכות לפסול חוקים.

נתחיל במושכלות יסוד. אין כיום תאורטיקן פוליטי החולק על כך שיש לפרטים זכויות ושהמדינה חייבת להגן על זכויות אלו.²⁶ מתנגדי הביקורת השיפוטית אינם חולקים על כך שיש לפרטים זכויות ושסור למדינה לפגוע בהן, אלא על הטענה שהמוסד הראוי ביותר להגנה על הזכויות הוא דווקא המוסד השיפוטי.²⁷ חשיבותן של זכויות אדם במערך החוקתי איננה מספקת לכשעצמה כדי לבסס צידוק לביקורת השיפוטית. נוסף על כך יש לכל הפחות להצביע על כך שהשופטים טובים יותר או מוצלחים יותר בהגנה על זכויות אדם.

חסידי הביקורת השיפוטית מציעים שני הסברים אפשריים ליכולת העדיפה של השופטים להגן על זכויות. יש תאורטיקנים המאמינים כי את עליונות השופטים יש לייחס למקצוענות השיפוטית. הגנה על זכויות מחייבת מקצוענות משפטנית. מקצוענות זו נרכשת עם ההכשרה המשפטית או עם הניסיון המשפטי. השופטים הם פשוט מומחים לזכויות אדם. ההכשרה המשפטית או השיפוטית מעצימה את היכולת של שופטים לזהות נכונה את ההיקף ואת העוצמה היחסית הראויה של זכויות ולאזן נכונה בינן לבין שיקולי מדיניות.²⁸ הוגי דעות אחרים סבורים כי יכולתם המיוחדת של שופטים להגן על זכויות

25 הדומיננטיות של תאוריה זו כה רבה עד שאפילו רות גביוון, המצדדת במעורבות מעטה של בתי המשפט, גורסת כי בענייני זכויות יש לבתי המשפט תפקיד חיוני בשל כושרם ויכולתם העדיפה. ראו דבריה באקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 97.

26 לקונסנווס סביב עמדה זו ראו, למשל, Alon Harel, *Rights-Based Judicial Review: a Democratic Justification*, 22 L. & PHIL. 247, 250-251 (2003), וכן הקונסנווס המפורש המובע באקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 72 ו-166, בין קרמניצר מצדו אחד של המתרס לגביוון מצדו השני.

27 ראו, למשל, את טענותיו של ולדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232 ואילך, ואת טענותיה של רות גביוון ברוח זו, באקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5, מעמ' 93 ואילך.

28 ראו, למשל, CHARLES BLACK, *A NEW BIRTH OF FREEDOM: HUMAN RIGHTS, NAMED AND UNNAMED* 125 (1997) ("Human Rights claims are made in the name of the law, as the outcome of reasoning from commitment; judges are practiced in this kind of reasoning and some of them are expert at it"). טענה זו זוכה לאהדה רבה בבית המשפט הישראלי. כך, למשל, נקבע: "המפקד הצבאי הוא המומחה לטיבו הצבאי של מיתווה גדר הפרדה. אנו מומחים להיכטיו ההומניטאריים. המפקד הצבאי קובע היכן בהר ובמישור תעבור גדר הפרדה. זו מומחיותו. אנו בוחנים אם פגיעתו של מיתווה זה בתושבים המקומיים היא מידתית. זו מומחיותנו"; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 846-847 (2004). ברוח דומה נקבע:

נגזרת לא מן המומחיות המיוחדת של השופטים אלא מאופיו של המוסד השיפוטי ובמיוחד מאי־התלות היחסית של השופטים באילוצים פוליטיים וסקטוריאליים.²⁹ טיעון זה מבוסס לעתים קרובות על ניתוח התמריצים הפועלים על הגוף המחוקק או המבצע. על-פי עמדה זו, הרשות המחוקקת מייצגת את הרוב ועל כן מטבע הדברים היא מדגישה את האינטרסים של הרוב גם כשיש קונפליקט בין הרוב לבין המיעוט.³⁰ בבסיס עמדות אלה עומדת התפיסה שלפיה ההחלטות בעניין זכויות אדם צריכות להתקבל במסגרת מוסדית משפטנית, מקצוענית ולא פוליטית, משום שמסגרת זו מבטיחה הגנה טובה יותר

"הביקורת השיפוטית אינה בוחנת את תבונתה של ההחלטה לקיים פעילות צבאית. בחינתה של הביקורת השיפוטית הינה חוקיותה של הפעילות הצבאית. על כן, מניחים אנו כי הפעולה הצבאית שבוצעה ברפיח דרושה היא מהבחינה הצבאית. השאלה הניצבת בפנינו הינה אם פעילות צבאית זו מקיימת את אמות המידה הלאומיות והבינלאומיות הקובעות את חוקיותה של אותה פעולה. עצם העובדה שפעילות מתבקשת במישור הצבאי אין פירושה שהיא חוקית במישור המשפטי. אכן איננו מחליפים את שיקול דעתו של המפקד הצבאי בכל הנוגע לשיקולים הצבאיים. זו מומחיותו. אנו בודקים את תוצאותיהם במישור הדין ההומניטרי. זו מומחיותנו".

29 ראו את שתי ההתייחסויות ממאמריו של Fiss, לעיל ה"ש 9, ראו גם קרמניצר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 179 ("מקור כוחו העיקרי של בית המשפט הוא בכך שלאור אופן בחירת השופטים, אי תלותם, מהות תפקידם והדרך בה הם ממלאים אותו, מקצועיותם וחכמתם, בית המשפט נתפס כא-פוליטי"); פרנסס רדאי, בתוך דגמים של ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 5, בעמ' 400: "התקווה למיעוטים וגם התקווה לנשים בארץ, היא רק בית משפט ראוי לשמו שהוא הרכב משפטי שפוסק על-פי זכויות האדם; לא בית משפט חוקתי שמייצג פלגים של הכנסת, ולכן מייצג את המיעוט בכנסת בתור מיעוט". כך טוענת גם ההיסטוריונית ד"ר פניה עוז-זלצברגר (שם, בעמ' 184): "מבחינה היסטורית, הרשות השופטת, שלא כרשות המחוקקת, איננה בנויה על שיקוף מספרי או סוציו-פוליטי של קבוצות הכוח השונות בעם. אני לא שוכנעת שייצוג מדויק של חתך הכוחות בכנסת, או אוטופי מזה – ייצוג מדויק של סדרי הכוחות המספריים של האוכלוסיה הישראלית, יבטיח הגנה טובה יותר של זכויות המיעוטים בבית משפט חוקתי מאשר קבוצה הומוגנית יחסית של אנשי משפט".

30 LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 896 (1978; 3rd ed. 2000) ("Subject to all of the perils of anti majoritarian judgment, courts and all who take seriously their constitutional oaths – must ultimately define and defend rights against government in terms independent of consensus or majority will"); Jesse H. Choper & John Yoo, *Wartime Process: A Dialogue on Congressional Power to Remove Issues From the Federal Courts*, 95 CAL. L. REV. 1243, 1246-7 (2007): ("I begin from the proposition that the paramount justification for vesting the federal courts with the awesome power of judicial review is to guard against governmental infringements of individual liberties (secured by the Constitution); אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג 403, 414 (1996): "דווקא השופט, שאין לו חרב ואין לו ארנק, וכל שיש לו זו עצמאותו ואי תלותו, מסוגל וראוי לשקף את תפיסות היסוד של העם. דווקא שופט, שאינו מחפש כוח ואינו תאב שלטון, מסוגל לתת ביטוי לערכים שהם חיצוניים לו המשקפים את תפיסות היסוד של החברה". לדיון ביקורתי בטענה זו ראו מרמור "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 152-159.

על זכויות. המקצוענות של השופטים – ועל-פי גרסה אחרת: הנסיבות המוסדיות שבהן שופטים מתפקדים – מאפשרים להם לזהות טוב יותר את היקף הזכויות ואת משקלן היחסי. ביקורת שיפוטית מוצדקת משום שהיא צפויה לתרום להגנה על זכויות בין באופן ישיר, בדרך של תיקון חוקים הפוגעים בזכויות אדם, ובין באופן עקיף, בדרך של מניעה מוקדמת של חקיקת חוקים כאלה (שהרי פסילת חוק בבית המשפט עשויה להיות מביכה עבור הרשות המחוקקת). העמדה שלפיה אילו ציפים חוקתיים מיועדים בראש ובראשונה להבטיח את ההגנה האפקטיבית של זכויות כנגד המחוקק נהנית מדומיננטיות בין התאורטיקנים החוקתיים. הפילוסוף הפוליטי ולדרון, מן המתנגדים הנחרצים לביקורת שיפוטית, קבע:

The concern most commonly expressed about legislation is that legislative procedures may give expression to the tyranny of the majority and that legislative majorities are constantly – and in the United Kingdom, for example, endemically and constitutionally – in danger of encroaching upon the rights of the individual or minorities. So widespread is this fear, so familiar an element is it in our political culture, that the need for constitutional constraints on legislative decisions has become more or less axiomatic.³¹

בארץ נתן השופט ברק ביטוי להצדקה זו הן בפסקי דינו והן בכתיבתו העיונית:

דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב; דמוקרטיה היא גם שלטונם של ערכי החוקה, ובראשם זכויות האדם [...] הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק שומרת על ההיבט המהותי של הדמוקרטיה. [...] אכן כל דור ודור מכונן מחדש את החוקה. באמצעות הביקורת השיפוטית אנו נשארים נאמנים לערכי היסוד שהטלנו על עצמנו בעבר, המשקפים את מהותנו בהווה, ואשר ידריכו אותנו בעתיד. [...] כדי שטיעון זה שלי יתפוס נדרש קיומו של תנאי חיוני: אובייקטיביות שיפוטית. בביקורת השיפוטית על השופט לשקף את תפיסות העומק של החברה ולא את השקפותיו שלו.³²

המוסד השיפוטי יכול לממש טוב יותר מהמוסד המחוקק את אידאל האובייקטיביות בשל החינוך ואורח החיים השיפוטי וכן בשל העובדה שהשופט איננו עומד לבחירה:

רק שופט שכל חינוכו מביא אותו לחשיבה מופשטת, שביסודה עומד ההגיון ולא הכוח, משקל הטיעון ולא זהות הטוען יוכל להגשים תפקיד

31 ולדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 11.

32 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 323-324 (2004).

זה; רק שופט החי יום יום את המתח שבין העיקרון המופשט לבין הפעלתו בחיי המעשה כלפי בשר ודם העומד לפניו, יוכל לעמוד במשימה קשה זו. לשם כל אלה נדרשת רשות שיפוטית עצמאית ובלתי תלויה הצומחת מהעם, המשקפת את הקונסנווס החברתי הבסיסי, אך שאינה נבחרת כל מספר שנים, כפי שחברי הכנסת עומדים לבחירה.³³

אולם, בחינה שיטתית של טיעון זה חושפת לא מעט קשיים. הנחת היסוד של טיעון הזכויות האינסטרומנטלי-מריטוקרטי, שלפיו הרשות המחוקקת – שבשיטה הדמוקרטית יש בה ייצוג לרוב – לוקה לעתים קרובות בנטייה לפגוע בזכויות מיעוטים. דומה כי הנחת יסוד זו מוכרת היטב, ברורה מאלה ואינה שנויה במחלוקת. חסידי הביקורת השיפוטית חושפים בכישרון רב את הבעיות של ההליך הרובני ואת נטייתו לתת משקל לא סביר לאינטרסים של הרוב ולעתים לאלה של מיעוטים דורסניים ולסנטימנטים של הרגע, גם כשמשקל זה פוגע באופן ממש בזכויות הפרט.³⁴

כדי להצדיק ביקורת שיפוטית אין די בקביעה שהרשות המחוקקת איננה רגישה דיה לזכויות אדם. כדי להנביע מסקנה זו נחוצות שתי הנחות נוספות. ראשית יש לבסס את הטענה שלפיה מחוקקים נוטים לפגוע בזכויות יותר משופטים; שנית יש לזכור כי לביקורת שיפוטית יש מחיר באשר בתי המשפט עלולים לזהות באופן שגוי עתירות מסוימות כמבוססות על זכויות ולהגן עליהן ללא הצדקה ראויה. לפיכך, ביקורת שיפוטית עלולה להזיק בשל טעויות שיפוטיות הנוגעות להיקף הזכויות. טעויות מסוג זה פוגעות בסמכות הלגיטימית של המחוקק. חסיד התאוריה האינסטרומנטלית-מריטוקרטית צריך לבסס את הטענה שלפיה טעויות אלו (טעויות של התערבות שיפוטית לא מוצדקת בחקיקה) מסוכנות פחות מן הסכנה ההפוכה – פגיעה בזכויות אדם במסגרת שיטה שאיננה מכירה בביקורת שיפוטית.³⁵

תומכי הביקורת השיפוטית מודעים לעתים לנחיצות של הנחות אלו ומגנים עליהן. כך, למשל, אפשר לבסס את ההנחה הראשונה בדבר רגישות היתר של השופטים לזכויות האדם על בסיס מאפייני יסוד של הרשות השופטת. הניתוק של השופטים מן הלחצים הפוליטיים והציבוריים והרציונליות של ההליך השיפוטי מחזקים את הרגישות של השופטים לחשיבות של זכויות האדם ומחסנים אותם מפני היסטוריה פופוליסטית ומפני כניעה לסנטימנטים של הרגע. גם הטענה השנייה – בדבר הסכנה למעורבות יתר של בתי המשפט – איננה סבירה לדעת תומכי הביקורת השיפוטית. החולשה היחסית של המוסד

33 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, פס' 81 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995).

34 קרמניצר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 167. מעניין לראות כי גם רות גביוון (שם, בעמ' 103) מציינת כי תחום זכויות האדם הוא "התחום בו החשש לכשל מערכתי של הפוליטי המנגנונים הפוליטיים הוא הגדול ביותר, בעיקר כאשר מדובר במיעוטים שאינם מיוצגים די הצורך במערכות הפוליטיות".

35 ראו Harel, לעיל ה"ש 26.

השיפוטי והפגיעות היחסית שלו מבטיחות כי השופטים לא יפגעו במידה ניכרת בהחלטות לגיטימיות של רשויות אחרות ולפיכך ממזערות את הסכנה של מעורבות יתר של השופטים בהחלטות הנתונות באופן לגיטימי למחוקק.

למרבה הצער, גם הבחינה ההיסטורית וגם הבחינה התאורטית אינן תומכות באופן חד-משמעי בהנחות אלו.³⁶ העדויות ההיסטוריות אינן תומכות בטענה שבתי המשפט מגנים טוב על זכויות האדם.³⁷ פסק הדין האמריקני בעניין דרד סקוט מדגים, לדעתם של הספקנים, כי בתי המשפט לא ניחנו בתבונה הנדרשת לזהות נכונה מהן זכויות היסוד החוקתיות.³⁸ פסק דין לוכנר (ופסקי דין נוספים רבים שבאו בעקבותיו) הוא דוגמה המבססת גם את הטענה שבתי המשפט יכולים להגן באופן קנאי מדי על מה שנתפס בטעות כזכויות ולפגוע אגב כך בסמכויות הלגיטימיות של רשויות אחרות.³⁹ לדעתם של

36 ראו, למשל, NEIL K. KOMESAR, IMPERFECT ALTERNATIVES: CHOOSING INSTITUTIONS IN LAW, ECONOMICS, AND PUBLIC POLICY 256-261 (1997); כמו כן ראו VERMEULE, לעיל ה"ש 17, בעמ' 243.

37 DAVID M. RABBAN, FREE SPEECH IN ITS FORGOTTEN YEARS 131 (1997) ("The historical record poses a substantial challenge to current constitutional theorists who identify an independent judiciary as the best protection for individual rights in a democracy"; ולדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 288: "[T]he record on judicial review is far from perfect [...]"; Wojciech Sadurski, *Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*, 22 OXFORD J. LEGAL STUD. 275, 278 (2002) (pointing out that there are many cases "implicating important issues of rights in which the legislature was more rights-protective than the Supreme Court...").

38 Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). סקוט, שהיה עבד ממוצא אפריקני, תבע את חירותו ממעבידתו על סמך העובדה שהתגורר זמן ניכר במדינה ובטריטוריה חופשיות מעבדות. בהחלטתו פסק בית המשפט העליון של ארצות-הברית כי סקוט אינו אזרח אמריקני ולפיכך אין לו זכות עמידה בפני בית המשפט, ושממילא לקונגרס האמריקני אין סמכות לאסור עבדות בטריטוריות השונות של ארצות-הברית – ולפיכך סקוט אינו, ולא יכול להיות, אדם חופשי.

39 Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905). בפרשה זו ביטל בית המשפט העליון של ארצות-הברית חוק של מדינת ניו-יורק, שנועד להגביל את מספר שעות העבודה במאפיות במטרה להגן על בריאות העובדים, משום התנגשותו עם חופש החוזים (החופש של מעסיק ומועסק להתקשר ביניהם בחוזה עבודה), שאותו ראה בית המשפט כמעוגן בתיקון הארבעה-עשר לחוקה. בית המשפט דחה את טענת מדינת ניו-יורק שלפיה החוק נועד להגן על בריאות העובדים וקבע שהניסיון לבצע רגולציה לשעות העבודה של המועסקים היא חריגה מסמכות המדינה. פסק דין זה נתפס כפרדיגמה של התערבות גסה של השופטים בתחומים פוליטיים שאינם מעניינם. ראו, למשל, CHRISTOPHER WOLFE, THAT EMINENT TRIBUNAL JUDICIAL SUPREMACY AND THE CONSTITUTION 154 (2004) (explaining that the court erred in *Lochner* by overextending rights protection beyond the provisions of the constitution); WILLIAM M. WIECK, LIBERTY UNDER THE LAW: THE SUPREME COURT IN AMERICAN LIFE 123-125 (1988) ("*Lochner* has become in

רבים, ארועים אלה מדגימים כי ההצלחה של בתי המשפט בהגנה על זכויות בלי לפגוע שלא בצדק בסמכויותיהם הלגיטימיות של מוסדות אחרים תלויה בהתקיימותן של נסיבות פוליטיות וחברתיות מסוימות. מכאן, שהטענה שבתי המשפט הם טובים יותר ממוסדות אחרים בהגנה על זכויות לא יכולה לבסס הצדקה כללית לביקורת שיפוטית:

Before accepting [the authority of the court] [...] it is necessary to ask about judicial competence to evaluate moral arguments of this sort, and also to ask about facts and incentives. Perhaps the Court is not especially well equipped to evaluate those arguments; and if consequences matter, the moral arguments might not be decisive[...]⁴⁰

גם בחינה תאורטית של השאלה מעלה ספקות תאורטיים ביחס לעליונות של המוסד השיפוטי ביחס לגוף המחוקק. ראשית נטען, כפי שציין אנדריי מרמור: "השאלות שביהמ"ש נדרש להכריע בהן בעניינים חוקתיים קלאסיים [...] הן פשוט לא שאלות משפטיות. אלה הן שאלות מוסריות ופוליטיות par excellence".⁴¹ לפיכך אין סיבה להאמין כי לשופטים יכולת עדיפה לזהות את היקף הזכויות או תוכנן. זאת ועוד: חוקרים רבים אחרים ניסו לבסס לא רק את הטענה שלפיה אין לשופטים יכולת עדיפה לזהות את היקף הזכויות או את תוכנן אלא ששופטים הם נחותים ביכולתם להחליט החלטות משום שהם שייכים לאליטות חברתיות, מגדריות או כלכליות. נטען כי השופטים – בניגוד למחוקקים הנבחרים – משקפים את העמדות של כוחות דומיננטיים או אליטות חברתיות וכי הרקע התרבותי, מעמדי, אתני או מגדרי של השופטים מטה את השיפוט שלהם.

modern times a sort of negative touchstone. Along with *Dred Scott*, it is our foremost reference case for describing the Court's malfunctioning [...] we speak of 'lochnerizing' when we wish to imply that judges substitute their policy preferences for those of the legislature")

40 VERMEULE, לעיל ה"ש 17, בעמ' 242; ראו גם KOMESAR, לעיל ה"ש 36 (disputing the view that judges are "preferred searchers for moral principles and fundamental values" Sadurski); arguing that "[I]t might be rational to support judicial review if the institutional particularities of judicial institutions compared with those of the political branches, render courts more sensitive to rights considerations in general. But this judgment will be contingent on specific institutional comparisons and cannot be made in MARK TUSHNET; abstraction from the particular circumstances in a particular country" RED, WHITE AND BLUE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW 120 (1988) ("Those who write about constitutional law tend to ignore or discount the moral rhetoric that pervades politicians' discourse, but there seems to be little reason to be any more skeptical about politicians' sincerity in using that language than about judges'")

41 מרמור "ביקורת שיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 154.

מחקרים אמפיריים תומכים אף הם במסקנות אלה. כך, למשל, חשפו חוקרי המערכת המשפטית בישראל כי המערכת המשפטית מפלה באופן בוטה בין יהודים לערבים.⁴² אף שהמחקר לא התמקד בביקורת חוקתית יש להניח כי אפליה זו עלולה גם להטות את ההחלטות המשפטיות בנושאים חוקתיים. הפמיניזם המשפטי חשף את העובדה שהמערכת המשפטית לוקה בהטיה גברית ושהיא איננה מגנה דיה על האינטרסים של הנשים.⁴³ כמו כן נטען כי המערכת השיפוטית עלולה להיות רחוקה ומנותקת וכי "ריחוקו [של המוסד השיפוטי] מן הציבור הרחב עלול לעוות את תפישותו. עצמאותו עשויה להביא את חבריו לידי גבהות לב והעדפת האינטרס המוסדי שלהם. הכרעת הציבור תבטא אמיתות שנעלמות מעיני קבוצות חכמים החובשים את ספסלי ביהמ"ש".⁴⁴ יתר על כן: הריחוק היחסי והניתוק של הערכאות השיפוטיות גדול במיוחד בערכאות הגבוהות דווקא. ולדרון ציין:

By the time cases reach the high appellate levels we are mostly talking about in our disputes about judicial review, almost all trace of the original flesh-and-blood right-holders has vanished, and argument such as it is revolves around the abstract issue of the right in dispute.⁴⁵

42 ראו, למשל, מחקרם של Gideon Fishman & Arye Rattner, *Crime and the Criminal Justice System in Israel – A Socio Historical Perspective*, 13 J. QUANTITATIVE CRIMINOLOGY (1997).

43 ראו אורית קמיר פמיניזם, זכויות ומשפט (2002). למחקר אמפירי מקיף על אפליית נשים בבתי המשפט בישראל ראו רינה בוגוש ורחל דון-יחיא מגדר ומשפט: אפליית נשים בבתי משפט בישראל (1999).

44 ראו גדעון ספיר "ההליך החוקתי כהליך פוליטי" מחקרי משפט יט 461, 476 (2003). רבות נטען ששופטים מייצגים רק את פלח האליטה הכלכלית הגברית והחילונית בארץ. כך נטען, שבית המשפט מגן רק על חופש הדת של חילונים – ראו שמחה מירון "חופש הדת לעומת החופש מדת" עיוני משפט ג 414, 426 (1973); שבית המשפט נרתע מלהגן על זכויות האדם של פלסטינים תושבי השטחים – ראו ליאון שלף "גבול האקטיביזם הוא הקו הירוק: בשולי ובשבילי הפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק בשטחים" אקטיביזם שיפוטי 287 (אריאל פורת עורך, 1993); נטען שהטייתו של בית המשפט היא גברית ובאה על חשבון הנשים – וראו אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה: חום דמם של 'האדם הסביר' והישראלית המצויה" בדוקטרינת הקינטור בהלכת אזואלס" פלילים ו 137, 155-156 (1997); ונטען שבית המשפט מגלה פסיביות שיפוטית בכל הקשור לזכויות חברתיות וכלכליות – ראו זאב סגל וליילך ליטור אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי: במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה (2008); יובל אלבשן זרים במשפט (2005), במיוחד בעמ' 128-165.

45 ראו Jerney Waldron, *The Core Case for Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346, 1379-1380 (2006).

לבסוף, כמה ממבקרי החריפים של בית המשפט מציינים כי ההתמקדות הבלתי-נמנעת של בתי המשפט במילים של מגילת הזכויות מביאה בעקבותיה להכרעות פורמליסטיות נוקשות ולגליסטיות בהשוואה לאלו שהיו מתקבלות בבתי המחוקקים. בתי המשפט נשענים בהחלטותיהם על הניסוחים הקנוניים המופיעים בחוקה כמו Due process וכן Equal protection. הדבקות בסמנטיקה המשפטנית ובפלפול המשפטי באה על חשבון דיון מוסרי שאותו יכולים לקיים רק המחוקקים. לדעתם של המתנגדים, הניסיון האמריקני מדגים את הנזק בכך שדיון מוסרי-פוליטי שאולי היה יכול להתקיים בבית המחוקקים, נהפך בבתי המשפט לדיון משפטי-פורמליסטי וסמנטי. תשומת הלב של בתי המשפט למילים המדויקות של החוקה דוחקת לקרן זווית את השאלות המוסריות-פוליטיות ומתמקדת בסמנטיקה של הטקסטים של החוקה. לדעתם של מבקרי בית המשפט, מגבלה זו של ההליך השיפוטי הופכת את ההליך השיפוטי לנחות בהשוואה להליך החקיקתי.⁴⁶

אפילו אם נדחה טענות אלו ונניח כי בתי המשפט אכן טובים יותר מן המחוקק בזיהוי ובהגנה על זכויות, אין זה ברור כי בתי המשפט יכולים להבטיח תוצאות טובות יותר מאלה של המחוקק. הצלחתם היחסית של בתי המשפט בהגנה על זכויות תלויה לא רק ביכולתם לזהות טוב יותר מן המחוקקים את הזכויות אלא גם באופי העתירות המובאות לפניהם. גם אם בתי המשפט מחליטים נכונה ב-70% מן המקרים המובאים לפניהם ואילו המחוקקים מכריעים נכונה רק ב-50%, מתן כוח לבתי המשפט יביא לתוצאות טובות פחות מאלו שאליהן יגיעו המחוקקים אם 99% מן העתירות המובאות לבתי המשפט אינן צודקות, ראויות או נכונות.

לפיכך, מסקנת הדיון היא שיש ספקות כבדים ביחס להנחות האמפיריות שעליהן מבוסס הצידוק האינסטרומנטלי-מריטוקרטי כמו גם ביחס לטיעונים התאורטיים בדבר עליונות בית המשפט על המוסד המחוקק. אינני אומר, כמובן, כי אין חברות או מדינות שבהן המוסד השיפוטי רגיש יותר לזכויות אדם ולהגנה על ערכי הדמוקרטיה מהמחוקק או מהרשות המבצעת; יש אפילו שיאמרו כי במצב העניינים כיום בישראל השופטים אינם נדרשים לסטנדרטים גבוהים במיוחד כדי להתעלות על המחוקקים – לכל היותר הם נדרשים לעשות שימוש במעט היגיון בריא ולגלות מדי פעם חמלה אנושית ולא רק חמלה המכוונת רק אל קבוצתם האתנית, הדתית או החברתית. אולם, העובדה שבישראל של שנת 2010 השופטים הם ככל הנראה טובים לאין שיעור מן המחוקקים איננה מבטיחה שכך יהיה המצב לאחר הבחירות. במילים אחרות: אין בסיס עובדתי לטענה שלפיה המוסד השיפוטי כזוה מייצר החלטות טובות יותר מן המחוקק. מסקנת הדיון היא שקשה – וככל הנראה בלתי-אפשרי – לקבוע מי משתי הרשויות טובה יותר. קושי זה נגזר מן העובדה שיש טענות משכנעות, הן תאורטיות והן אמפיריות, התומכות בכל אחת מן המסקנות ואין דרך משכנעת לשקלל את המשקל היחסי של הטענות המנוגדות. יתר על

46 שם, בעמ' 1381.

כן: התשובה לשאלה איזו מהרשויות טובה יותר משתנה מעת לעת וממערכת משפטית אחת לאחרת. ההרכב הפרסונלי כמו גם המבנה המוסדי משפיע באופן דרמטי על איכות ההחלטות של שני המוסדות.

גם אם כעניין עובדתי אפשר היה לבסס את הטענה שהחלטות השופטים טובות יותר מאלו של המחוקקים בנושאי זכויות אדם, יש ספקות רבים ביחס למסקנה שלפיה יש להעניק לשופטים זכות וטו על החלטות המחוקקים. ג'רמי ולדרון, מגדולי הלוחמים כנגד ביקורת שיפוטית, טען באריכות נגד המסקנה הנורמטיבית הזו.⁴⁷ לדידו של ולדרון, גם אם בתי המשפט מזהים טוב יותר את היקף הזכויות ואת משקלן היחסי, הביקורת השיפוטית פוגעת בזכות ההשתתפות הפוליטית. בחברה דמוקרטית יש ויכוחים עזים ביחס לתוכן, להיקף ולעוצמה של זכויות האדם. זכות ההשתתפות הפוליטית היא הזכות להשתתף בקביעת התוכן, ההיקף והעוצמה של זכויות האדם ומכאן שאין ליטול מן הרשות המחוקקת והנבחרת את הזכות לקבוע את התוכן, ההיקף והעוצמה של זכויות האדם – אפילו אם השופטים עתידים להחליט החלטות מדויקות יותר ונכונות יותר. עמדתו של ולדרון חשופה ללא ספק לביקורות קשות מסוגים שונים.⁴⁸ עם זאת, בבסיס טענתו ניצבת עמדה המאתגרת באופן אמיתי את תאוריית הזכויות האינסטרומנטלית-מריטוקרטית.

יתר על כן: הטיעון האינסטרומנטלי-מריטוקרטי מזיק לתפקוד המוסד השיפוטי. טיעון זה עלול להביא בעקבותיו לגבהות לב שיפוטית. הד לחשש מביטחון היתר של השופט בכוחותיו וקריאה לצניעות שיפוטית אפשר למצוא גם בהתבטאויותו הציוריות של השופט חשין:

את הנפלא במאמרים השמיענו מיכה הנביא: "הגיד לך אדם מה טוב ומה
ה' דורש ממך? כי אם-עשות משפט נאהבת חסד והצנע לכת עם-אלהיך"
(מיכה, ו, ח [א]). משפט הוא משפט ונעשה משפט. את החסד נאהב
ונשפיע חסד על זולתנו. מוסר שלישי – המוסר של והצנע לכת עם

47 שם, בעמ' 1386 ואילך. ראו גם ולדרון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232 ואילך.

48 ראו, למשל, הסימפוזיון שנערך באוניברסיטה העברית על ספרו של ולדרון ואשר פורסם ב-39(3) Isr. L. Rev. 13-69. בארץ אפשר למצוא הדים לטענה זו בדבריה של גביון באקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 150: "[...] הדיון העיקרי שלי אינו ברמת השאלה אם ההחלטות בהן מתערב בג"ץ הן רעות (בדרך כלל התשובה חיובית), או אם החלטותיו של בג"ץ טובות יותר (גם כאן, בדרך כלל, התשובה חיובית). לטעמי, השאלה העיקרית היא איך מותאמים המוסדות הפוליטיים שלנו, במובן הרחב, לתפקידים הייחודיים שלהם. ברוב המקרים של ביקורת שיפוטית, השאלה איננה מה היא ההחלטה הטובה יותר אלא בידי מי צריכה להיות ההחלטה. כל החלטות בהן אנו עוסקים כאן, למעט פסיקה בסכסוכים ספציפיים, הן החלטות שהופקדו, בכוננת מכוון, בידי רשות פוליטית השונה מן הרשות השופטת" (ההדגשה במקור).

אלוהיך – הוא בבחינת כל התורה כולה. חוששני כי מתקשים אנו, מתקשים אנו במאוד, להצניע לכת עם אלוהים.⁴⁹

מאחורי קריאתו של השופט חשין לצניעות שיפוטית מסתתרת תובנה פסיכולוגית שעשויה לערער על הפיתוי הגלום בכיטחון של המילטון, דבורקין והשופט ברק במריטוקרטיה השיפוטית. שופט המכיר בחולשותיו הוא שופט חדור חרדה מפני טעות שיפוטית ולכן הוא נמנע מלממש את מלוא סמכותו ונוזהר כשהוא בוחן החלטות של רשויות אחרות. דווקא שופט החדור ביטחון בעליונותו – עליונות הנשענת על הטיעון המריטוקרטי – עלול להיכשל. השופט חשין חושש דווקא משופטים חדורי אמונה כזו ומאמין כי השיפוט חייב להתבסס על הנחות ספקניות בדבר היכולות השיפוטיות. לבסוף, אמרתי גם כי טיעון זה הוא טיעון מקומם. שופטים הפוסלים חוק משום שהם טובים יותר מתבססים על ההנחה שהחלטותיהם נכונות יותר או צודקות יותר מאלו של בני תמותה אחרים. אפילו אם נניח כי השופטים טובים יותר בהחלטות בנושאי זכויות אדם, קשה מאוד להסיק מעובדה זו (כפי שציין ולדרון) שיש להעניק להם כוחות להכריע בשאלות אלו. גם אם יוכח מעבר לכל ספק סביר כי הרבי מלובביץ', או נציגיו הרבים עלי אדמות, הם מומחים עולמיים לענייני השטחים – לא יוכלו אזרחי ישראל, גם אם ירצו, להפקיד בידיהם את הכוח להכריע בענייני השטחים.⁵⁰ מתן כוח כזה איננו מתיישב עם התפיסה שלפיה כולנו בני אנוש שניחנו בתבונה אנושית ומסוגלים לבצע הכרעות מוסריות. הוא הדין גם בטענות המוסדיות בדבר העליונות של המוסד השיפוטית. גם אם חברי מועצת גדולי התורה יוכיחו באותות ובמופתים כי האינטליגנציה שלהם, ההשראה האלוהית שממנה הם נהנים או אפילו המבנה המוסדי שלהם מבטיחים הכרעות נכונות וראויות בענייני השטחים, לא יהיה זה ראוי להעניק להם כוח לפסול החלטות פוליטיות. הטענה איננה שמתן כוח לממשיכי דרכו של רבי מלובביץ' או למועצת גדולי התורה להכריע בענייני השטחים ולשופטים בענייני זכויות איננה מתיישבת עם הנחות יסוד של הדמוקרטיה המודרנית; הטענה היא שמתן כוח לממשיכי דרכו של הרבי מלובביץ' או למועצת גדולי התורה להכריע בענייני השטחים ולשופטים בענייני זכויות פשוט משום שהם מסוגלים להחליט באופן נכון יותר איננה מתיישבת עם ערכים אלה. במילים אחרות, הקושי במתן כוח לבתי המשפט הוא קושי הקשור באופן הדוק לטיעון המריטוקרטיה. הקושי הוא לתת כוח לגוף לא נבחר על בסיס ההצדקה שגוף זה מחליט החלטות טובות יותר מן הגוף הנבחר.

49 בג"ץ 7367/97 התנועה לאיכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547, פס' 6 לפסק דינו של השופט חשין (2008). השוו': "אכן, כל יום שבו אנו השופטים יושבים למשפט, אנו עומדים למשפט. נעשה מלאכתנו מתוך עצמאות שיפוטית, ישרה אינטלקטואלית, צניעות מחשבתית [ההדגשה הוספה, א' ה'], וחוש היסטורי וחברתי" (אהרן ברק "בית המשפט העליון ואמון הציבור" מבחר כתבים כרך א 965, 969 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000)).

50 ראו ולדרון, לעיל ה"ש 45.

לפיכך, אפשר להבין את אלו הזועקים חמס כנגד כוחו של בית המשפט. בצד הרצון הטבעי לממש את האידיאלים הפוליטיים שהם חפצים לממש, יש צדק רב בטענתם של אויבי הביקורת השיפוטית שלפיה אין זה נכון שבתי המשפט בהכרח מחליטים טוב יותר מן המחוקקים ובטענה שלפיה גם אם יוכח שבתי המשפט טובים יותר אין זה אומר שראוי להעניק להם כוחות מיוחדים. באופן אירוני, הנחת היסוד האינסטרומנטלית-מריטוקרטית השגויה של הפולמוס משותפת לרבים מתומכי הביקורת וכן לרבים ממתנגדיה. הן תומכי הביקורת השיפוטית והן מתנגדיה סבורים כי הבסיס הנורמטיבי היחיד היכול להצדיק ביקורת שיפוטית הוא היכולת העדיפה של בתי המשפט להחליט החלטות נכונות וראויות בתחומים מסוימים כגון זכויות אדם, הגנה על מיעוטים והגנה על הדמוקרטיה. אולם לא רק שאין בסיס לטענה העובדתית שלפיה בתי המשפט טובים יותר מן המחוקק, אלא שגם אם אפשר היה להוכיח כי הם טובים יותר – אי אפשר היה להצדיק בשם טענה זו את מוסד הביקורת השיפוטית.

כישלוננו של הטיעון האינסטרומנטלי איננו בהכרח מקעקע את ההצדקה לביקורת שיפוטית. על-פי הבנתי, ביקורת שיפוטית היא הכרחית וחיונית לכל משטר המבוסס על זכויות; אלא שהצידוק לביקורת שיפוטית איננו צידוק אינסטרומנטלי ואין הוא נוגע כלל ליכולת העדיפה של בתי המשפט להחליט החלטות כלשהן. טיעון זה איננו נשען על הנחות בדבר האיכות המיוחדת של ההחלטות השיפוטיות או היכולת המיוחדת של המוסד השיפוטי להכריע בשאלות של זכויות אדם או בכל שאלה אחרת. ההצדקה האמיתית לביקורת שיפוטית נעוצה במה שאכנה "זכות השימוע". ההתדיינות המשפטית בדבר הזכות איננה אלא מימוש של פריבילגיה יחידה במינה וחשובה: הפריבילגיה לערער על ההחלטות של הקולקטיב, לתבוע מן הקולקטיב הסבר וצידוק להחלטות אלו ולחייב את הקולקטיב לשקול מחדש את החלטותיו. על טענה זו אגן בפרק הבא.

ג. ביקורת שיפוטית וזכות השימוע

1. מבוא

טענתי בזכות הביקורת השיפוטית נחלקת לשניים. ראשית עלי להגן ולעגן את זכות השימוע כזכות יסוד הראויה להגנה; שנית עלי להצביע על כך שביקורת שיפוטית היא מכשיר להגנה על זכות השימוע, דהיינו: זכות השימוע מעוגנת בפרוצדורות של ההליך השיפוטי. במילים אחרות, עלי להראות כי ההליך השיפוטי הוא דרך אפקטיבית להבטיח את זכות השימוע. יתר על כן: בפרק זה גם אגן על הטענה שלפיה ביקורת שיפוטית היא – כעניין מושגי ולא כעניין קונטינגנטי – הדרך היחידה להגנה על זכות השימוע. בניגוד לטיעון האינסטרומנטלי, ביקורת שיפוטית איננה אינסטרומנטלית למימוש זכות השימוע; ביקורת שיפוטית היא עצמה בגדר מימוש של זכות השימוע. סעיף 2 בפרק זה

יצדיק את זכות השימוע; סעיף 3 יבסס את הקשר המושגי בין זכות השימוע לבין ההליך השיפוטי.

2. זכות השימוע

הצעתי מבוססת על הטענה שלפיה ביקורת שיפוטית מיועדת לאפשר העלאה של טרוניות וקובלנות באמצעות הגנה על זכות השימוע. זכות השימוע כוללת שלושה מרכיבים מובחנים: ההזדמנות להעלות קובלנה או טרוניה בשל מה שנתפס בעיני פרט כהפרת זכותו, ההזדמנות לקבל הסבר או הנמקה בעקבות החלטה הנתפסת כהפרת זכות והחובה לשקול מחדש את ההחלטה שהביאה בעקבותיה את הקובלנה. אטען כי זכות השימוע היא בעלת ערך לא אינסטרומנטלי: היא איננה תלויה (וליתר דיוק: היא איננה תלויה באופן בלעדי) בשאלה אם ההחלטות שתתקבלנה בעקבות השימוע מגנות טוב יותר על זכויות האדם (או על כל ערך אחר) מההחלטות שתתקבלנה ללא שימוע.

מתי ומדוע יש לפרטים זכות שימוע? זכות שימוע תלויה בהתקיימותן של נסיבות המעלות טענה סבירה מצדו של אדם לכך שזכותו הופרה. לפיכך, זכות השימוע מניחה מחלוקת מוסרית ביחס לקיומה של זכות. ניתן להבחין בין שני סוגים של מחלוקות מוסריות כאלה. הסוג האחד הוא מקרה שבו יש הסכמה שקיימת זכות לכאורית (prima facie right) אך יש מחלוקת בשאלה אם הזכות הזו נהדפת עקב שיקולים מתנגשים. אם כן, דרך אחת לתאר את הוויכוח היא לשאול אם הפגיעה בזכות היא פגיעה מוצדקת (justified infringement) או הפרה לא מוצדקת (unjustified violation). במקרה מעין זה הפרט המעלה את הקובלנה טוען כי הפגיעה בזכותו איננה מוצדקת בהינתן הנסיבות ואילו הפוגע טוען כי הנסיבות מצדיקות פגיעה כזו (למשל, משום שהפגיעה נחוצה להצלת חיים, לביטחון המדינה או לערכים אחרים). הנחת היסוד המשותפת הן לפוגע והן לנפגע היא שיש לנפגע זכות לכאורית – וזכות השימוע מיועדת לאפשר לבעל הזכות הזדמנות לבסס את הטענה שהפגיעה בה איננה מוצדקת. הסוג האחר כולל מקרים שבהם יש מחלוקת אמיתית אשר לקיום של זכות לכאורית. הפרט טוען כי זכות כזו קיימת וכי ההחלטה היא בגדר הפרה של הזכות. במקרה כזה זכות השימוע מיועדת לבסס את קיומה של הזכות. אטען, כי בשני המקרים זכות השימוע איננה תלויה בנכונות, באמיתות או בצדקת הקובלנה של הפרט: גם אם הפרט שוגה בקובלתו הוא זכאי לשימוע.

המקרה הראשון הוא מקרה של מחלוקת בדבר התקיימותו של צידוק מוסרי לפגיעה בזכות. במקרה זה הן הפרט הקובל והן הגוף המחליט מסכימים כי לפרט יש זכות שנפגעה אלא שהפרט הקובל סבור שהפגיעה בזכות איננה מוצדקת (והיא לפיכך בגדר הפרה של הזכות) בעוד הגוף המחליט סבור שהיא מוצדקת בנסיבות העניין. כך, למשל, אם בדרכי לפגישת צהרים אני נעצר להציל ילד טובע וכתוצאה מזאת מאחר לפגישה

שנקבעה מראש, זכותו של האדם שאותו הבטחתי לפגוש נפגעת אך פגיעה זו, אליבא דכולם, היא פגיעה מוצדקת. במלים אחרות, זכותו של הפרט "נהדפה".⁵¹

בחינה זהירה של מקרה כזה מעידה כי הקובל על פגיעה בזכות עשוי להעלות שני סוגי טענות: סוג אחד מבוסס פשוט על הטענה שהפגיעה אינה מוצדקת, דהיינו: שהפגיעה היא בגדר הפרה לא מוצדקת של הזכות. הסוג האחר הוא פרוצדורלי. כאשר אדם פוגע בזכות, קרבן הפגיעה עשוי לא להתקומם על הפגיעה עצמה אלא על כך שהפגיעה, אף שהיא מוצדקת (כמו הצלת ילד טובע בנסיבות שאוזכרו לעיל), חייבת להיעשות בשיתוף פעולה עם קרבן ההפרה. קרבן ההפרה עשוי למחות ולומר, למשל: "אין לך זכות להפר את ההבטחה בלי שתיוועץ עימי לפני ההפרה". השימוש במושג "זכות" כאן מבטא את האינטואיציה שלפיה קרבן של פגיעה (אמיתית או מדומה) בזכות זכאי לכך שהמפר ייתן לו את ההזדמנות לשטוח את קובלנתו, להגיב עליה ואף יש לשקול מחדש את החלטתו לאור השיג והשיח הנ"ל. כל זאת – לא משום שהשימוע מבטיח החלטה נכונה יותר או ראויה יותר. במקרים קיצוניים אף אפשר לחשוב על מצבים שבהם ההתדיינות תגדיל דווקא את סיכויי ההפרה של הזכות. גם במקרים כאלה האינטואיציה אומרת כי קרבן ההפרה זכאי ליהנות מזכות השימוע. עמדה זו איננה מבטאת רק רחשי לב של פילוסופים של המוסר היושבים בהיכלות השן האקדמיים. גם בית המשפט הישראלי אימץ עמדה זו, בהקשר המנהלי-נזיקי, בפסק הדין אבנעל. בפסק דין זה קבע הנשיא ברק כי שלילת זכות טיעון לכשעצמה פוגעת בפרט וגורמת לו נזק בר פיצוי.⁵² זאת, אף-על-פי שלא הוכח כי שלילת זכות הטיעון במקרה הנדון הביאה בעקבותיה להחלטה שגויה או לא צודקת.

פגיעה בזכות (כולל פגיעה מוצדקת בזכות) מנביעה חובת שימוע. לאמתו של דבר, תאורטיקנים של זכויות טענו כי מה שאני מכנה "הזכות לשימוע" הוא בגדר נייר לקמוס המשמש להבחנה בין פגיעות בזכות לכאורית לבין מקרים שכלל אין בהם זכות לכאורית. כך, למשל, קבע פיליפ מונטגיו:

If Jones has a right to do A and is prevented from acting, then he is owed an apology at least. But if Jones has only a prima facie right to do A, so that preventing him from acting is permissible, then whoever prevented him from acting has no obligation to apologize. *He almost certainly*

51 על ההבחנה בין פגיעה מוצדקת לפגיעה לא מוצדקת של זכות לכאורית ראו Judith Jarvis Thomson, *Some Ruminations on Rights*, 19 ARIZ. L. REV. 45, 50 (1977); Alon Harel, *Theories of Rights*, in THE BLACKWELL GUIDE TO LAW AND LEGAL THEORY 189-199 (Martin P. Golding & William A. Edmundson eds., 2004); John Oberdiek, *Lost in Moral Space: On the Infringing/Violating Distinction and its Place in the Theory of Rights*, 23 LAW & PHILOSOPHY 325 (2004).

52 ראו ע"א 1081/00 אבנעל חברה להפצה בע"מ נגד מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 193, 204 (2005).

*owes Jones an explanation, however. And this obligation to explain strikes me as sufficient to distinguish situations in which prima facie rights are infringed from situations in which no rights – not even prima facie rights – are at stake.*⁵³

זכות השימוע במקרים של מחלוקת הנוגעת להצדקת הפרה מניחה את קיומה המוקדם של זכות לכאורית, כשהוויכוח הוא על השאלה אם הזכות נהדפת על-ידי שיקולים מתנגשים. הקיום של הזכות הלכאורית (לקיום ההבטחה במקרה שלפנינו) מעניקה לבעל הזכות פריבילגיה להשתתף בקביעה של היקף הזכות גם בנסיבות שבהן, בסופו של יום, הזכות הלכאורית נהדפת על-ידי שיקולים מתנגשים. ככלות הכול, זכויות מגנות על מרחב שיש לכבדו – תחום שביחס אליו בעל הזכות הוא האדון, המחליט הסופי והאחרון. זכות השימוע היא ביטוי לכך שכוחו של בעל הזכות איננו פג לחלוטין כשהזכות נהדפת על-ידי שיקולים מתנגשים. במילים אחרות, זכות השימוע היא ביטוי לכך שבעל הזכות הוא שותף בקביעה אם הזכות קמה או נהדפת. כאשר יש מחלוקת על קיומה של הצדקה להפרה של הזכות הלכאורית, יש להבחין בין השאלה אם ההפרה מוצדקת לבין השאלה אם בעל הזכות זכאי לשימוע, דהיינו: זכאי להשתתף בהחלטה בדבר הפגיעה בזכות. העובדה שהפגיעה מוצדקת איננה מאיינת את זכות ההשתתפות של בעל הזכות. הסטטוס של בעל הזכות (המוקנה לו בגין היותו בעל זכות לכאורית) מתמש (אף אם במידה מוגבלת) גם במקרים שבהם הזכות נהדפת, באמצעות זכות ההשתתפות הפעילה בקביעת גבולות הזכות – זכות שביטויה הממשי הוא השימוע. פגיעה בזכות השימוע היא לפיכך פסולה גם אם הזכות שבגינה בעל הזכות תובע שימוע נהדפת, משום שפגיעה כזו איננה מכבדת את הסטטוס של בעל הזכות (הזכות הלכאורית שנהדפה).

ממה מורכבת זכות השימוע? בעבודה קודמת זיהיתי שלושה מאפיינים של זכות זו: ההזדמנות לקרובן ההפרה להשמיע את קובלנתו, החובה של הפוגע בזכות לספק הסבר ונכונות עקרונית לכבד את הזכות אם אכן נתגלה במסגרת ההתדיינות כי הפגיעה בזכות איננה מוצדקת אחרי הכול.⁵⁴ כדי לבסס מאפיינים אלה חישבו על הדוגמה הבאה: הניחו לרגע כי יואב הבטיח לחנוך לפגוש אותו לארוחת צהריים. קודם הפגישה התקשר יואב וביקש לבטל את הפגישה בשל אזכרה למכר המתקיימת באותה שעה. הניחו גם כי חנוך הפגוע מתקומם על החלטתו של יואב וגורס כי אזכרות אינן מצדיקות ביטול של ארוחת צהריים.

53 Phillip Montague, *The Nature of Rights: Some Logical Considerations*, 19 NOUS 365, 368

(1985) (ההדגשה הוספה). ראו גם, Phillip Montague, *When Rights Are Permissibly Infringed*,

.53 PHILOSOPHICAL STUDIES 347, 350 (1988)

54 ראו Harel & Eylon, לעיל ה"ש 10.

נראה כי גם אם חנוך טועה וכי אזכרות מצדיקות הפרת הבטחה מן הסוג הרלוונטי, יואב חב חובת שימוע לחנוך. חובה זו איננה חובה להתנצל על חוסר הנעימות אלא גם חובה לשמוע בסבלנות את טרונייתו של חנוך, להצדיק את החלטתו בפני חנוך, וגם – אולי חשוב מכול – לשקול מחדש את החלטתו לאור ההתדיינות. זכות זו איננה נגזרת מן הטעם שדיון כזה עשוי להבטיח החלטה נכונה יותר או צודקת יותר. הסיבה האמיתית לחובת השימוע היא העובדה שחנוך, בהיותו בעל זכות (אפילו אם מדובר בזכות שנהדפה), צריך להיות שותף מלא בהחלטה של יואב לפגוע בזכותו גם כשהחלטה של יואב לפגוע בזכות היא מוצדקת. אולם, אם לחנוך הפגוע יש זכות שימוע בשל הפרת הבטחה טריביאלית – מדוע תישלל זכות זו מאזרח שנמנעה ממנו הזכות לגור עם אשתו תושבת השטחים, או מעובד זר המועמד לגירוש (שמשמעותו לעתים קרובות סכנת חיים), או מאזרח שרכושו מופקע, שביטו נהרס, או שחלקת האדמה שהיא מקור לחמו נגזלה ממנו? גם אם החלטת הרשות ראויה ונכונה, בעל הזכות זכאי לכך שקובלתו תישמע, תידון ותישקל.

נבחן לרגע את מרכיביה של זכות השימוע. המרכיב הראשון – ההזדמנות לשטוח את הקובלנה – נראה ברור ומובן מאליו. המרכיבים השני והשלישי תובעים הבהרה. כדי להבין את אופי החובות של יואב הניחו כי יואב מודיע לחנוך כי בעבר (לאחר שחשב על כך רבות) הגיע למסקנה שעליו לפעול תמיד לפי הכלל שלפיו במקרה של קונפליקט בין ארוחת צהריים לאזכרה עליו ללכת לאזכרה. כאשר חנוך תובע הסבר יואב מדקלם באוזניו את הטיעונים ששכנעו אותו לאמץ כלל זה בלי לבחון את הרלוונטיות והישימות של הטיעונים הללו לאירוע הנוכחי. אני סבור שהתנהגות כזו פוגעת בזכות השימוע ובמיוחד במרכיב השני של זכות השימוע – הזכות של חנוך שיואב יספק הסבר להחלטתו. זכות זו מחייבת שקילה קונקרטי של הנסיבות המצדיקות את ההחלטה השנויה במחלוקת. לא משום שההחלטה המקורית לאמץ את הכלל היא שגויה או פסולה; ייתכן כי השקלא והטריא שהביאו לאימוץ הכלל הם נכונים וראויים וייתכן גם כי הדרך הטובה ביותר להבטיח החלטה נכונה היא לפעול על-פי כלל אוטומטי כזה. החובה להבטיח שימוע איננה חובה אינסטרומנטלית המיועדת להבטיח (או אפילו להגדיל את ההסתברות) להחלטה נכונה או ראויה. החובה היא חובה הנגזרת מן הסטטוס המיוחד של בעל זכות גם כשזכות זו נהדפת.

לבסוף חישבו על המרכיב השלישי והאחרון, דהיינו: הנכונות לשקול מחדש באופן אמיתי וכן את ההחלטה, בהתחשב בהתדיינות בין יואב לחנוך. הניחו כי יואב מוכן לאפשר לחנוך להשמיע את טרונייתו ואף מוכן להסביר את החלטתו, אלא שהוא מודיע מראש (ואפילו גרוע מכך – מחליט בלי להודיע מראש) כי החלטתו היא סופית ולא ניתנת לשינוי. ברור לחלוטין כי מדובר בהפרה של זכות השימוע. שימוע אמיתי מחייב נכונות

לשקול מחדש "בלב פתוח ובנפש חפצה"⁵⁵ זאת, לא משום שנכונות כזו מבטיחה החלטה טובה יותר, נכונה יותר או ראויה יותר מצדו של יואב; ייתכן אפילו שנכונות כזו מקטינה את הסיכויים להחלטה נכונה או ראויה. נכונות כזו היא חובה הנגזרת מהסטטוס המיוחד של חנוך בנושא הזכות.

נבחן עתה את המקרה השני שהזכרנו לעיל – מצב שבו יש ויכוח לא ביחס לשאלה אם הפגיעה בזכות מוצדקת אם לאו אלא ביחס לשאלה אם בכלל יש זכות לכאורית. הניחו כי יואב הבטיח לחנוך כי בהיעדר טעמים מיוחדים הוא יביא את חנוך לשדה התעופה. שעות ספורות לפני הטיסה יואב מתקשר לחנוך ומבשר לו כי בשל כאב גרון הוא לא יוכל לקיים את הבטחתו. בהינתן התנאי "בהיעדר טעמים מיוחדים" יואב סבור כי לחנוך אין כל זכות (אפילו לא לכאורית) למימוש ההבטחה.

שלא כבמקרה הקודם, הוויכוח בין יואב לחנוך איננו על השאלה אם שיקולים מתנגשים מביסים את החובה של יואב אלא על השאלה אם יש ליואב חובה לכאורית לקחת את חנוך לשדה התעופה, דהיינו: על השאלה אם התמלאו התנאים המקדמיים למימוש ההבטחה. יואב סבור כי כאב גרון הוא "טעם מיוחד" ועל כן הוא מאמין כי לחנוך אין זכות (אפילו לא לכאורית) למימוש ההבטחה. חנוך חולק על הטענה הזו וסבור כי כאב גרון איננו בגדר טעם מיוחד ולפיכך יש לו זכות למימוש ההבטחה. גם במקרה זה נראה כי ללא קשר לשאלה מי צודק בוויכוח הניטש בין יואב לחנוך, יש לחנוך זכות שימוע וכי אי-כיבוד זכות זו הוא עוול – עוול שאיננו תלוי בשאלה מי צודק בוויכוח ואם לחנוך יש אכן זכות שיואב יסיע אותו לשדה התעופה. יתר על כן: החובה של יואב לכבד את זכות השימוע איננה תלויה בשאלה אם השימוע ממקסם את הסיכוי של יואב להגיע להחלטה הנכונה או הראויה.

במקרה זה, הזכות לשימוע דומה במבנה הכללי שלה לזכות לשימוע במקרה הקודם – המקרה שבו הוויכוח ניטש סביב השאלה אם הפגיעה בזכות לכאורית היא מוצדקת. גם כאן הזכות לשימוע כוללת שלושה מרכיבים: ראשית, יואב חייב לאפשר לחנוך להעלות את טרוננייתו ולנמקה; שנית, יואב חייב לספק הסבר להחלטתו ולבחון את ישימות ההסבר למקרה הקונקרטי. לכן יהיה זה לא ראוי אם יואב פשוט יסתמך על כלל כי "כל מחוש גופני, קל ככל שיהיה, הוא בגדר טעם מיוחד" המצדיק את אי-מימוש ההבטחה,

55 ראו דברי השופט חשין בבג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, נד(3) 496 (2000), בהתייחסו לחובת ההתייעצות במשפט המנהלי: "התייעצות חייבת שתהא התייעצות-של אמת, התייעצות של אדם המבקש באמת-ובתמים לשמוע לעצתו של הזולת כדי שידע מה דרך ילך בה; ההתייעצות חייבת שתהא התייעצות ממשית, התייעצות בלב פתוח ובנפש חפצה, התייעצות ברצון טוב ובנפש קולטת; במלה אחת: התייעצות, פשוטה כמשמעה, חייבת שתהא התייעצות בתום-לב". כן ראו את דבריה של הנשיאה ביניש בעניין חשיבות נכונות זו בהליך השיפוטי, בע"א 6093/08 ש.מ. נוה בר בע"מ נ' עמידר החברה הלאומית לשיכון בישראל בע"מ (פורסם בנבו, 9.12.2008).

בלי לבחון את השאלה אם הכלל הזה אכן מוצדק בהינתן הנסיבות. לבסוף, על יואב לשקול מחדש את החלטתו לאור ההתדיינות הזו. רק נכונות לפעול בלב פתוח ובנפש חפצה בהתאם לתוצאות ההתדיינות מבטיחה מימוש מלא של זכות השימוע.

דוגמה זו תומכת באופן אינטואיטיבי בטענה שזכות השימוע חלה לא רק במקרים שבהם הוויכוח הוא בשאלה אם הפגיעה בזכות היא מוצדקת אלא גם במקרים שבהם הוויכוח הוא בשאלה אם יש זכות לכאורית. נראה כאילו קשה יותר להצדיק את זכות השימוע במקרה אחרון זה. במקרה הקודם נסמכנו על הנימוק שלפיו הקובל הוא בעל זכות: הזכות הלכאורית (שאינה שנויה במחלוקת גם אם נהדפה) מקימה את זכות השימוע. כיצד ניתן לבסס את זכות השימוע אם לא ניתן לבסס על הסכמה ביחס לקיומה של זכות לכאורית? מהי התשתית התאורטית המצדיקה את קיומה של זכות שימוע במקרה מעין זה?

אם יש זכות שימוע במקרה זה, היא מעוגנת בסטטוס המיוחד של נושאי זכות ככאלה, דהיינו: בעצם העובדה הנורמטיבית שהקובל הוא נושא זכויות בכלל (ולא, כמו במקרה הקודם, בגין העובדה שהוא נושא את הזכות הפרטיקולרית נושא הדיון). על-פי עמדה זו, ישויות הנושאות זכויות זכאיות להזדמנות לבסס את אמונתן הכנה בקיומה של זכות פרטיקולרית שנויה במחלוקת. שלילת זכות כזו (גם במקרים שבהם אמונה זו שקרית) איננה צודקת משום שהיא איננה מכבדת את הסטטוס שלהם כנושאי זכויות. מכאן, שכשם שזכות לכאורית (גם כאשר שיקולים מתנגשים גוברים עליה) מותרת "טביעת אצבעות נורמטיבית" בדמותה של זכות שימוע, כך ויכוח ביחס להתקיימותה של זכות לכאורית מותר טביעת אצבעות נורמטיבית בדמותה של זכות שימוע – גם אם בסופו של יום יתברר כי ה"זכות" שעליה דובר לא הייתה ולא נבראה.

האם הדוגמאות שהבאנו ישימות לא רק ליחסים בין פרטים אלא גם ליחסים בין הפרט לבין המדינה? האם יש הבדל בין מקרה פרטי שבו פרט פוגע בפרט אחר לבין מקרה שבו מדובר בפגיעה של המדינה בזכות של הפרט? אינני מוצא סיבה להבחין בין השניים. מסורת פוליטית ארוכת ימים תומכת במסקנתי. כך, למשל, גם המשפטן החוקתי האמריקני הנודע לורנס טרייב תומך בקיומה של זכות כזו בהקשר הפוליטי ולא בהקשר האישי, ורואה בה נדבך מרכזי של התאוריה החוקתית שלו.⁵⁶

ייתכן שאפשר לחלוק על התחולה של זכות השימוע בהקשר הפוליטי ולטעון כי המעבר מזכות השימוע בין פרטים אל היחסים עם המדינה איננו מעבר פשוט ונטול קשיים. המדינה, בניגוד לפרט הפוגע, איננה רשאית לשקול אך ורק את טובתו של הפרט שנפגע. בין היתר עליה לשקול כיצד ישפיע מימוש הזכות של פרט אחד על טובתם וזכויותיהם של שאר הפרטים. בחינה זהירה תגלה כי זהו קושי מדומה. כיבוד של זכות השימוע איננו פוגע לכשעצמו באפשרות להגן על האינטרסים של פרטים אחרים. למותר

.LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 503 (1st ed. 1978) 56

לציין כי אחת מטענות ההגנה שהמדינה יכולה להעלות היא העובדה שקובלנתו של הפרט הרלוונטי איננה מוצדקת משום שקובלנה זו מתעלמת או פוגעת בזכויותיהם או באינטרסים חשובים של פרטים אחרים, והזכויות או האינטרסים הללו גוברות על זכותו של הפרט הקובל. הגוף המקיים את הליך השימוע (בתי המשפט, למשל) חייב כמובן להביא בחשבון בהחלטתו את ההשפעות האפשריות על זכויות (או אינטרסים) של פרטים אחרים. העובדה שהקובלנה מופנית כלפי המדינה מחייבת את הגוף השומע להביא בחשבון את ההשפעה של החלטתו על אזרחי המדינה כולם ואולי אף על פרטים שאינם אזרחים. עובדה זו עשויה להשפיע על היקף הזכויות של הפרט הקובל, אולם אין היא מאיינת את החובה לקיים הליך שימוע.

דומה שעיקרי עמדתי בעניין זכות השימוע ברורים עתה דיים. יש שני מקרים המצדיקים ביקורת שיפוטית של החלטות חקיקתיות: במקרה האחד יש לאדם זכות לכאורית זכות זו (בצדק או שלא בצדק) נפגעת על-ידי המחוקק. במקרה זה הוויכוח הוא בשאלה אם הזכות הלכאורית נהדפת אם לאו. במקרה האחר יש ויכוח בשאלה אם יש זכות לכאורית מלכתחילה.⁵⁷ בשני המקרים זכות השימוע מורכבת משלושה מרכיבים: ראשית, יש למדינה חובה לאפשר לנושא הזכות לשטוח את קובלנתו להסביר את עמדתו ולהצדיקה; שנית, על המדינה לגלות נכונות לספק הסבר מדוע הקובלנה שגויה, דהיינו: מדוע הייתה פעולת המדינה מוצדקת; שלישית, על המדינה לשקול בלב פתוח ובנפש חפצה את ההחלטה לאור ההתדינות. יתר על כן, השקלא והטריא הנדרשים מן המדינה אינם מופשטים או כלליים אלא קונקרטיים ואינדיבידואליים. הם חייבים להביא בחשבון את הנסיבות הקונקרטיות של האירוע נשוא הדיון.

על-פי עמדה זו, ביקורת שיפוטית איננה מיועדת לשפר את איכות ההחלטה. יתר על כן: כלל אין זה ברור כי היא אכן תשפר את איכות ההחלטה. מערכת משפטית המכירה בביקורת שיפוטית איננה בהכרח מבטיחה הגנה טובה יותר על זכויות, או הגנה טובה

57 ההבחנה בין שני מקרים אלה מוכרת למשפטן החוקתי. בתי המשפט בישראל, בקנדה ובדרום-אפריקה מבחינים בין שני שלבים של בחינה חוקתית. בקנדה התשתית החוקתית מעוגנת בסעיף 1 לצ'רטר; ראו, למשל, PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 808 (2nd ed. 1985) ("Because of s. 1, judicial review of legislation under the Charter of rights is a two-stage process. The first stage of judicial review is to determine whether the challenged law derogates from a Charter right [...] the second stage is to determine whether the law is justified under s. 1 as a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and a democratic society") ראו M.H. CHEADLE ET AL., SOUTH AFRICAN CONSTITUTIONAL LAW: THE BILL OF RIGHTS 696 (2002) ("A limitation clause necessarily gives rise to two stages of analytical enquiry. The first stage is to determine whether the right in question is infringed. The second is to determine whether that infringement can be justified as a reasonable limitation of the right").

יותר על הדמוקרטיה מאשר מערכת ללא ביקורת שיפוטית. הביקורת השיפוטית היא ראויה פשוט מכיוון שהיא מהווה מימוש של זכות – זכות השימוע. דחיית הגישה האינסטרומנטלית מחסנת את העמדה הזו מפני ההתנגדויות לגישה האינסטרומנטלית שנדונו בפרק הקודם. חשיבותה של הביקורת השיפוטית היא שהיא מגנה על זכות השימוע – הזכות לבחון ולשקול את הצדק שבהחלטות המדינה לאור הנסיבות הפרטיקולריות של המקרה.

קודם שנבחן בפרוטרוט את תפקיד בית המשפט במימוש של זכות השימוע הרשו לי לבחון שוב את שאלת הקשר בין זכות השימוע לאיכות ההחלטה השיפוטית. כפי שטענו לעיל, זכות השימוע איננה תלויה בערכה האינסטרומנטלי להגנה על זכויות או לערכים אחרים. אין זה אומר שאין קשר בין השניים: זכות השימוע מניחה כי קובלנות בגין הפרת זכות נדונות ברצינות וכי המוסדות הרלוונטיים בוחנים בלב פתוח ובנפש חפצה את הקובלנות הללו. שעה שתפיסתי בעניין זכות השימוע דוחה את התפיסה האינסטרומנטלית – שלפיה על ביקורת שיפוטית למקסם את ההסתברות להחלטה נכונה או ראויה – אני עדיין סבור כי מימוש זכות השימוע מחייב שיקול דעת כן ורציני. שיקול דעת כזה ודאי מבטיח מידה מסוימת של הגנה על זכויות האדם (אף אם על-פי עמדותי ייתכן כי הגנה זו עלולה להיות פחותה מזו שהייתה מתממשת ללא זכות השימוע). כמו כן, בבחינת הפרוצדורות השיפוטיות הראויות ובהבניה של המוסדות הרלוונטיים המדינה צריכה לשקול שיקולים אינסטרומנטליים (כמו הגנה אפקטיבית על זכויות האדם, צדק למיעוטים והגנה על הדמוקרטיה). האופן והמנגנונים המוסדיים המבטיחים את התממשות זכות השימוע צריכים להיות מעוצבים באופן שיבטיח במידת האפשר את ההגנה על זכויות. כל שאני טוען הוא כי למערכת השיפוטית יש תפקיד מרכזי בהגנה על זכות השימוע וכי תפקיד זה אינו תלוי בכישורים היחסיים של המחוקק ושל בית המשפט להכריע באופן נכון וצודק.

3. זכות השימוע וההליך השיפוטי

עד עתה הגנו על הטענה שיש לפרטים זכות שימוע. זכות זו באה לעולם כשזכויות (אחרות) נפגעות ויש מחלוקת אם הפגיעה בזכויות מוצדקת או כשיש מחלוקת באשר לעצם קיומן של זכויות (אחרות). מה הקשר בין זכות זו לביקורת שיפוטית? באיזה אופן יכולה זכות השימוע להצדיק את הביקורת השיפוטית? האם ניתן להחליף את הביקורת השיפוטית בביקורת חקיקתית או בביקורת לא שיפוטית? שאלה זו מאתגרת את התשתית התאורטית של ההבחנה בין צידוקים אינסטרומנטליים לצידוקים לא אינסטרומנטליים. זאת, משום שהניסיון להחליף את הטיעונים האינסטרומנטליים המבוססים על המידה שבה ביקורת שיפוטית מממשת ערכים חשובים – כמו הגנה על זכויות או על הדמוקרטיה – בטיעונים לא אינסטרומנטליים (זכות השימוע), מבוסס על הרעיון שלפיו זכות השימוע איננה תכלית חיצונית לביקורת השיפוטית ואי-אפשר (כעניין מושגי)

לממש את זכות השימוע בלי להבטיח ביקורת שיפוטית. אם, בניגוד לטענה זו, אפשר (לפחות כעניין מושגי) להמיר ביקורת שיפוטית בביקורת חקיקתית בלי לפגוע בזכות השימוע, נשאלת השאלה מדוע להבטיח ביקורת שיפוטית דווקא; ואם תומכי הטיעון בדבר זכות השימוע יגנו על בתי המשפט בטענה שבתי המשפט מגנים באופן טוב יותר מהמחוקקים על זכות השימוע, נהפך הטיעון בדבר זכות השימוע לטיעון אינסטרומנטלי גרידא ונחשף לכל הטענות שהועלו בפרק ב'. על-פי תפיסה אינסטרומנטלית כזו של זכות השימוע, המוסד המבקר את החוקים צריך להיות המוסד שמבטיח את המימוש המרבי של זכות השימוע; גם אם מוסד זה בשיטתנו הוא בית המשפט, אין הוא בהכרח בית המשפט. אם כך הדבר, אין הבדל יסודי בין הטיעונים האינסטרומנטליים שדחינו בפרק הקודם לבין הטיעון המבוסס על זכות השימוע, שהרי הטיעון בדבר זכות השימוע הוא בסופו של יום טיעון אינסטרומנטלי.

כדי לבסס את טענתנו שזכות השימוע איננה זכות אינסטרומנטלית יש להראות כי בתי המשפט – ולכל הפחות, ההליך השיפוטי – הם המוסד היחיד המסוגל (כעניין מוסדי) להבטיח את זכות השימוע. לפיכך, ביקורת שיפוטית איננה מוסד טוב יותר לממש את זכות השימוע; היא לכשעצמה (כעניין לוגי-מושגי) בגדר המימוש הבלעדי של זכות השימוע. כדי לבסס טענה זו אטען כי באופן טיפוסי ההליך השיפוטי הוא בעצם הליך שימוע. מובן שגם מוסדות אחרים יכולים לבצע הליך שימוע, אלא שאם יבצע אותו היטב הם יאמצו את המרכיבים היסודיים של ההליך השיפוטי ובמילים אחרות, הם יהפכו למעשה למוסד משפטי. ככל שהמימוש של זכות השימוע טוב יותר, כך ידמה יותר ההליך להליך שיפוטי.

חשבו על הפרוצדורות הנהוגות בבית המשפט: אין מחלוקת על כך שבתי המשפט (במובחן ממחוקקים) בוחנים קובלנות של פרטים.⁵⁸ בחינת קובלנות אלו כוללת שלושה מרכיבים המוכרים לנו מן הדיון בדבר זכות השימוע: ראשית, ההליך השיפוטי מעניק קול לקובלנותיהם של האזרחים;⁵⁹ שנית, ההליך השיפוטי מטיל חובה על המדינה או על

58 ראו ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH 173 (1962) (שם הודגש: "[C]ourts of general jurisdiction [...] sit as primary agencies for the peaceful settlement of Donald Horowitz, *The Judiciary: Umpire or Empire*, 6 LAW & HUMAN ; (disputes [...])" BEHAVIOR 129, 131 (1982) ("For, at bottom, the adjudicative mode – particularly, the resolution according to law of controversies between individual litigants – lies at the core of what courts do and are expected to do"); Richard H. Fallon, Jr., *Reflections on the Hart and Wechsler Paradigm*, 47 VAND. L. REV. 953, 958 (1994) (citing Henry Hart and Herbert Wechsler maintaining that "courts were good at, and indeed essential for, resolving .concrete, narrowly focused disputes")

59 ראו Mullane v. Hanover Central Bank & Trust Co., 339 U.S. 306, 313 (1950) (שם אושר: "Many controversies have raged about the cryptic and abstract words of the Due Process Clause but there can be no doubt that at a minimum they require that deprivation of life,

ישויות אחרות לספק הצדקה להחלטה שהביאה לקובלנה;⁶⁰ שלישית, הוא מחייב בחינה ושיקול מחדש של ההחלטה ואלה עשויים להביא לשינויה.⁶¹ בסופו של יום, כל אלה הם המרכיבים היסודיים של זכות השימוע!

liberty or property by adjudication be preceded by notice and opportunity for hearing Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371, 377 (1971); (appropriate to the nature of the case" ("[D]ue process requires, at a minimum, that absent a countervailing state interest of overriding significance, persons forced to settle their claims of rights and duty through the judicial process must be given a meaningful opportunity to be heard") מופיעה גם בפסיקה הישראלית. ראו, למשל, בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר-הפנים, פ"ד יב(2) 1493, 1504-1503 ר-1508-1509 (1958): "ודוק: לעותר זכות להישמע גם אם נראה כי לא יהיה בכך בכרי לשנות את החלטת הרשות"; ראו גם דברי השופט ברק בבג"ץ 5194/03 גרוסמן נ' שר הביטחון, פ"ד נז(4) 426, 430 (2003): "לעניין זה מקובל עליי כי זכותו של עותר להישמע מופרת גם אם לכאורה אין לו מה להשמיע. בצדק ציין פרופ' זמיר כי "השמיעה כשלעצמה היא תכלית. לפיכך יש תועלת בשימוע אפילו נראה כי אין בשימוע כדי לשנות את החלטת הרשות" (י' זמיר, הסמכות המינהלית 810 (כרך ב', 1996))." עוד ראו סגל וליטור, לעיל ה"ש 44, בעמ' 146-154; זאב סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק 239-240 (מהדורה שנייה, 1994).

60 ראו Daniel L. Shapiro, *In Defense of Judicial Candor*, 100 HARV. L. REV. 731, 737 (1987) ("[R]easoned response to a reasoned argument is an essential aspect of that [judicial] process. A requirement that judges give reasons for their decisions – grounds of decision that can be debated, attacked and defended – serves a vital function [...]"); Scott C. Idelman, *A Prudential Theory of Judicial Candor*, 73 TEX. L. REV. 1307, 1309 (1995) ("[T]he basic rule that judges ought to be candid in their opinions that they should neither omit their reasoning nor conceal their motives seems steadfastly to have held its ground" Fallon, לעיל ה"ש 58, בעמ' 966).

במשפט הישראלי דרישה זו קבועה בחוק במפורש, בס' 2(א) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. ראו בהקשר זה את דברי השופט זמיר בבג"ץ 2159/97 מועצה אוזרית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75, 89 (1998): "אמנם ספק אם השר היה חייב במתן נימוקים לפי חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. אולם, אם לא מכוח החוק, היה עליו לתת נימוקים מכוח ההגינות שהוא, כמו כל רשות מינהלית, מחויב בה. כך התבקש בנסיבות המקרה נוכח המחלוקת הקשה והממושכת שבין העירייה, למועצה האזורית ולחברת החשמל. במיוחד כך כאשר ההחלטה התקבלה בניגוד להמלצה של ועדת החקירה. ראוי היה כי הגופים המעורבים שליוו את ההליך בדרך ארוכה, ידעו בסופה של דרך, ולו רק בתמצית, מה הוביל את השר להחלטה שקיבל. היעדר הנמקה הוא פגם בהחלטה". ראו גם ע"ע 300321/97 יפרח נ' המועצה המקומית נתיבות (פורסם בנבו, 19.2.2002).

61 ראו Herbert Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, 73 HARV. L. REV. 1, 19 (1959) ("The courts have both the title and the duty when a case is properly before them to review the actions of the other branches in light of constitutional provisions, even though the action involves value choices, as invariably action does"); STEVEN J. BURTON,

את הקשר האמיץ בין בתי המשפט לבין זכות השימוע אפשר להדגים באמצעות בחינה של הסטטוס של בית משפט שנכשל בהגנה על זכות השימוע. כישלון כזה שונה ביסודו מכישלון של בית משפט להחליט החלטה נכונה או ראויה. כישלון מהסוג השני איננו מקעקע את הסטטוס של בית המשפט כמוסד שיפוטי. ככל גוף אחר, שופטים עלולים לטעות. בניגוד לכך, בתי משפט שאינם מכבדים את זכות השימוע אינם מתפקדים כבתי משפט. הם אינם מתפקדים באופן שיפוטי שהרי מהות התפקיד השיפוטי היא להאזין לטיעונים, לשקול אותם ולהכריע באופן המשקף את כוחם היחסי של הטיעונים.

הספקן עלול להקשות בשלב זה ולשאול – האין די, לצורך המימוש של זכות השימוע, בדיון בגוף המחוקק עצמו? הרי המחוקקים שלנו נדרשים שוב ושוב להצדיק את החלטותיהם. הכנסת, נוסף על תפקידה כמחוקק, היא גם מועדון דיונים מרתק; בין היתר, תפקידם של דיונים אלה הוא לשמש פה לאזרחים שזכויותיהם תיפגענה בעקבות החקיקה. אלא שגם אם הייתה הכנסת משמשת פה לאזרחים לא היה בכך די. הייחוד במוסד השיפוטי איננו רק זכות השימוע אלא, כפי שציינו לעיל, זכות השימוע הפרטיקולרית – זכות הניתנת לקרבן ההפרה גופו, שתשמע טרונייתו הפרטיקולרית, על צבעיה וגווניה. יואב לא יכבד את זכות השימוע של חנוך אם לאחר שישמע נציגים של קרבנות ארוחות צהריים שבוטלו לרגל אזכרות הוא יסתפק בהכרזה שהוא פועל על-פי כלל מנומק הקובע כי בכל מקרה של קונפליקט בין ארוחת צהרים לבין אזכרה יש להעדיף את האזכרה מארוחת הצהריים. על יואב לשמוע את טרונייתו הפרטיקולרית של חנוך. הוא הדין במדינה.

עדיין נראה כי בתי המשפט אינם נחוצים לצורך הגנה על זכות השימוע. זכות השימוע תובעת קיומו של מוסד המסוגל לקיים פרוצדורות שימוע. לכאורה אין כל סיבה לחשוב כי בית המשפט הוא המוסד היחיד המסוגל לקיים פרוצדורות כאלו. לאמיתו של דבר, באופן תאורטי, אפילו המחוקק יכול לקיים פרוצדורת שימוע. אין דבר המונע מן

JUDGING IN GOOD FAITH 36-37 (1992) (“The good faith thesis maintains, in brief that the judicial duty to uphold the law requires judges to act on the reasons provided by the law”) ראו את דבריו של השופט שמגר בבג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 47 (1983) (ההדגשות הוספו): “כפי שנאמר כבר, מקבלת החובה [לשקול את עצם הצורך וההצדקה להפעלתה של סמכות] לבוש מוגדר ומוחשי, כאשר מתבקש בעל הסמכות על-ידי הפרט להפעיל כוחו על-פי דין. בשלב זה עליו לטפל בפנייה, כמקובל עלינו, בלב פתוח (או 'בנפש קולטת' לפי הלשון שנקט השופט זוסמן (כתוארו אז), בנושא קרוב אך לא זהה, בבג"צ 265/58 [12], בעמ' 141). קרי, עליו לדון בעניין בלי דעות קדומות פסולות ולטפל בבקשה באופן הוגן. אם כבר גמר בדעתו, מראש, כי ידחה את הפנייה, יהיו טעמיה אשר יהיו, הרי התואר 'דיון הוגן' אינו הולם את הנסיבות [...] אין צורך להוסיף כאן דברים על חשיבותו של השיקול הענייני, נטול האיפיון של השלילה מראש, הסוגרת את עצמה בפני כל נימוק וניסיון שכנוע.” כן ראו פרשת יפרא, לעיל ה"ש 60; בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, 502-504 (1993).

המחוקק עצמו (שהוא גם הגוף האחראי לחוק שהוא הבסיס לקובלנה של האזרח) לקיים שימוע ולאפשר לאזרח להעלות את קובלנתו הפרטיקולרית בפני המחוקק, להאזין לקובלנה ולבחון אותה בזהירות.⁶²

תשובתי, שנרמזה בתחילת הפרק, היא שזהותו של המוסד הרלוונטי המקיים שימוע איננה חשובה לענייננו. הנקודה המרכזית לצורך הדיון היא אופיין של הפרוצדורות שהגוף השומע מקיים ולא השאלה מי יושב בגוף זה. מוסד השימוע ההיפותטי (בין שמדובר במחוקק ובין שמדובר בגוף חדש שאיננו בית המשפט ואיננו המחוקק) יצטרך לקיים פרוצדורות זהות לאלו המאפיינות כיום את בתי המשפט. במילים אחרות, מוסד כזה יצטרך לאפשר הגשת קובלנות, לענות לקובלנות אלו ובעיקר לשקול מחדש את ההחלטה שגררה את הקובלנה. מוסדות "לא שיפוטיים" – למשל: מוסדות של הרשות המבצעת, שיבטיחו את זכות השימוע (כגון ערכאות מנהליות) – למעשה יחקו את פעולתם של בתי המשפט. ככל שמוסדות אלה יהיו אפקטיביים יותר בהגנה על זכות השימוע כך הם ידמו יותר לבתי המשפט.⁶³ אם כך, זכות השימוע אינה מצדיקה רק

62 למותר לציין כי הגוף שיוקם לצורך שימוע (בין שמדובר במחוקק עצמו ובין שמדובר בגוף היפותטי אחר שאיננו בית משפט ואיננו המחוקק) צריך שיהיה מסוגל לקיים שימוע הוגן. אין ספק שגם אם ישתדלו המחוקקים כמיטב יכולתם לקיים שימוע הוגן, העובדה שהם עצמם היו מעורבים בהליך החקיקה עלולה להקשות עליהם לקיים שימוע כזה. יתר על כן: יש קונפליקט בין תפקיד המחוקק לתפקיד השופט. המחוקקים הם לעתים קרובות נציגים של אינטרסים או קבוצות לחץ. תפקיד הנציג אינו מתיישב עם התפקיד הנדרש מן הגוף העוסק בשימוע. לפיכך ברור כי בית המחוקקים עצמו אינו יכול לממש את זכות השימוע. לכל היותר אפשר לומר כי הפרטים המכונים בבית המחוקקים יוכלו גם לבצע שימוע (שלא במסגרת תפקידם כמחוקקים). הצעה כזו מחייבת כמובן דיון בדבר הכישורים הנדרשים ממחוקקים ומן הגוף הנדרש לממש את זכות השימוע. אם הכישורים שונים מאוד זה מזה, יש טעמים אינסטרומנטליים למנוע מן המחוקקים לממש את פרוצדורת השימוע. ברצוני, כמובן, לבסס טיעונים לא אינסטרומנטליים – טיעונים שאינם תלויים ביכולת של המחוקק לקיים שימוע.

63 האם אין רכיבים הכרחיים נוספים להליך השיפוט או למוסד השיפוט שאינם מוסברים על-ידי זכות השימוע? כך, למשל, נראה כי עיקרון יסודי הוא שבתי משפט אינם נבחרים כי אם ממונים על בסיס כישורים. אם מוסדות נבחרים יכולים גם הם לממש את זכות השימוע נובע כי גופים השונים באופן מהותי מבתי המשפט שאנחנו מכירים (משום שלא כבתי המשפט השופטים בהם נבחרים) יכולים לממש את זכות השימוע. הרשו לי להשיב על כך שלוש תשובות. ראשית, יש מדינות שבהן חלק מהשופטים אכן נבחרים כמו, למשל, ארצות-הברית; שנית, ההצדקה המבוססת על זכות השימוע איננה עוסקת באופן המינוי של שופטים. אין סיבה עקרונית להניח כי שופטים נבחרים לא יממשו את זכות השימוע. עם זאת, מסיבות שצוינו בה"ש 62 יש קונפליקט מובנה בין תפקידו של נציג לבין תפקידו של שופט הנדרש לממש את זכות השימוע. כל עוד השופט פועל כנציג אין הוא פועל כשופט, שכן הוא מייצג את האינטרסים של בוחריו. קונפליקט זה מנביע את המסקנה שיש להניח כי שופטים נבחרים לא יממשו באופן ראוי את זכות השימוע. שלישית, גם אם ההצדקה הבסיסית לביקורת שיפוטית על חקיקה איננה אינסטרומנטלית, המבנה המוסדי של המוסדות השיפוטיים

הקמת מוסד שיבטיח מימוש של זכות שימוע; היא מחייבת הקמתם של מוסדות דומים ל...בתי המשפט. כה דומים הם לבתי המשפט עד שאפשר לומר בפשטות כי זכות השימוע מחייבת להקים... בתי משפט – שהרי עוף ההולך כמו ברווז ומקרקר כמו ברווז איננו אלא ברווז.⁶⁴

הניחו כי אתם מאמצים בשתי ידיים את ההסבר המוצע המבוסס על זכות השימוע. האם באמת זכות השימוע יכולה לבסס ביקורת שיפוטית? לכאורה נראה כי "הביקורת השיפוטית" הנדרשת כדי להבטיח את זכות השימוע היא מינימליסטית. זכות השימוע קובעת כי הפרטים שזכויותיהם נפגעו או טוענים באופן סביר כי זכויותיהם נפגעו יוכלו להעלות את קובלנתם, לקבל הסבר מתאים וליהנות מבחינה מחדש של ההחלטה שהביאה בעקבותיה לקובלנה. אבל מדוע שהחלטה זו תחייב גם במקרים עתידיים? מדוע לא להסתפק – כפי שהסתפקה השיטה הרומית – בהגנה על הפרט הרלוונטי בלי להרחיב אותה לפרטים אחרים?⁶⁵ מדוע יש להרחיב את ההגנה גם לפרטים אחרים על-ידי פסילת החוק?

יש מידה רבה של אמת בהתנגדות זו. רבות מן ההצדקות המסורתיות לביקורת שיפוטית מסתפקות בהצדקה פשוטה ויחידה לביקורת שיפוטית, אלא שהמורכבות של העולם מעלה את האפשרות שהצדקה של ביקורת שיפוטית מערבת אולי כמה שלבים מובחנים זה מזה. אכן, ההסבר המבוסס על זכות השימוע יכול רק להצדיק הגנה על הפרט הקובל שזכותו נפגעה. אפשר לכנות שיטה כזו "ביקורת שיפוטית מינימלית". ביקורת שיפוטית מינימלית דומה לשיטה הרומית, שבה יכלו הטריבוניס להטיל וטו על

מושפע משיקולים אינסטרומנטליים, בין כאלה הנוגעים לזכות השימוע ובין כאלה הנוגעים לערכים חשובים אחרים.

64 מכאן גם נובע כי הטיעון בעניין זכות השימוע איננו עומד בניגוד לרעיון בדבר הקמה של בתי משפט חוקתיים בישראל – בתי משפט שיעסקו אך ורק בהתדינויות חוקתיות. ההתנגדות להקמה של בתי משפט חוקתיים בישראל איננה עקרונית אלא פרגמטית. החשש (המבוסס, ככל הנראה) הוא שתכלית הקמתם של בתי המשפט החוקתיים היא לקעקע את מעמדם של בתי המשפט ולהבטיח בתי משפט נוחים יותר לאינטרסים של הרשות המבצעת או של המחוקק. על התגלגלות הרעיון בדבר בית משפט חוקתי ראו את הצעות חוקי-יסוד: החקיקה מהשנים 1975, 1978, 1992, את הצעת חוקי-יסוד: זכויות האדם, התשל"א-1971 וכן את הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל דין וחשבון (1997) ("ועדת אור"). על הוויכוח בעניין ההקמה של בתי המשפט החוקתיים ראו זמיר "הביקורת השיפוטית", לעיל ה"ש 4, בעמ' 408-410; את דבריהם של אהרן ברק, קלוד קליין, מרדכי קרמניצר וזאב סגל בתוך: דגמים של ביקורת שיפוטית, לעיל ה"ש 5, עמ' 27-34, 35-39, 51-55, 56-57 בהתאמה; וכן הוויכוח המופיע בפרוטוקול ישיבה מס' 331 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15, 28 (2.7.2001).

H.F. JOLOVICZ & BARRY NICHOLAS, HISTORICAL INTRODUCTION TO THE STUDY OF 65
.ROMAN LAW 12 (3rd ed. 1972).

פעולה של הרשות המבצעת שפגעה שלא בצדק באזרח – אך לא יכלו לפסול את החוק שעל בסיסו נעשתה פעולה זו.⁶⁶

עם זאת, קל להראות את הבעיות שאליהן יכולה להיקלע שיטה מסוג זה. יש שיקולים מכריעים מדוע החלטות בתי המשפט צריכות להיות בעלות השלכות החורגות מההגנה על העותר הפרטיקולרי. שיקולי ודאות, ציפיות, קואורדינציה ועוד מספקים טעמים כלליים מדוע החלטות שיפוטיות הן בעלות ערך תקדימי.⁶⁷ לפיכך, זכות השימוע היא רק תחילתו של טיעון שמסקנתו מצדיקה ביקורת שיפוטית מינימלית מן הסוג שהתקיים ברפובליקה הרומאית; אלא שביקורת מינימלית מסוג זה איננה מתיישבת עם ערכי יסוד אחרים של השיטה המשפטית.

שאלה אחרת היא אם זכות השימוע מתיישבת עם שיטת התקדים המחייב המקובלת בשיטת המשפט שלנו ובשיטות אחרות. לכאורה נראה כי בשיטה משפטית שבה התקדים מחייב, אדם לא יכול לקבל שימוע אמיתי שהרי קיומו של תקדים ימנע שקילה עניינית של הטענות. ההנמקה – הן של הפוגע (המדינה) והן של הגוף המקיים את פרוצדורת השימוע (בית המשפט) – תתבסס בעיקר על התקדים ולא על טיעונים לגופה של העתירה.

טיעון נגד זה מתעלם מן העובדה שזכויותיו של אדם תלויות לעתים קרובות בקונבנציות חברתיות ובמיוחד הן תלויות בשאלה כיצד החברה מטפלת בשאלות דומות. תכלית השימוע היא לבחון אם יש לאדם זכות. זכויותיו של אדם תלויות בין היתר גם באופן שבו מטפלת השיטה המשפטית במקרים דומים. שיטת התקדים המחייב מבוססת על הנחות מסוימות בדבר התלות ההדדית בין הזכויות המוענקות לפרטים שונים. ההסתמכות על תקדים איננה לפיכך בהכרח בגדר שלילת זכויות של הפרט ושימוש בתקדים – ואפילו בשיטת התקדים המחייב – איננו "בלתי מתיישב" עם זכות השימוע. לבסוף, יש שיאמרו כי זכות השימוע איננה מתיישבת עם השיטה הישראלית ובמיוחד עם ההחלשה או אפילו הביטול של דרישת זכות העמידה. שימוע כפי שמוצג במאמר זה מתיישב עם המקרה הפרדיגמטי שבו אדם הסבור שזכותו נפגעה עותר לבית המשפט

66 שם. לפחות באופן תאורטי, זו גם השיטה בארצות-הברית. מרבית התרופות שמעניק בית המשפט האמריקני הן "as applied". בעשותו כן, בית המשפט האמריקני למעשה קובע כי החוק הרלוונטי לא יחול על העותר. לעומת זאת, כאשר בית המשפט מעניק facial remedy, הוא מכריז כי החוק עצמו אינו חוקתי ביחס לכולי דעלמא. ההבדל הפרקטי בין השניים הוא שעותר עתידי של תרופה מן הסוג הראשון יצטרך להראות כי מצבו דומה לזה של העותר ביחס אליו הוכרע כי החוק לא חל, ואילו עותר עתידי של תרופה מן הסוג השני לא צריך להראות מאומה.

67 ראו Gerald J. Postema, *Some Roots of Our Notion of Precedent*, in PRECEDENT IN LAW 9, 15 (Laurence Goldstein ed., 1987) (describing the rationales underlying the following of precedents in terms of "certainty and predictability of decisions [...] and in terms of utilitarian benefits of coordination of social interaction and respect for established expectations").

ומקבל תרופה. זכות השימוע היא זכותו של הנפגע ולא זכותם של ארגוני זכויות אדם, אלא שהפרקטיקה המשפטית הולכת ומתרחקת מהמודל הקלאסי של הקרבן העותר.⁶⁸ העותר הציבורי – העותר שעניינו המרכזי איננה הפגיעה הפרטיקולרית בזכותו של עותר זה או אחר אלא העניין העקרוני, דהיינו: הפגיעה בזכות – קיבל בשנים האחרונות מעמד מרכזי הן בעולם והן בשיטת המשפט הישראלית.⁶⁹ החלשת הדרישה בדבר זכות העמידה ניתקה את הקשר בין קרבן ההפרה לבין העתירה הפרטיקולרית.

תשובתי לאתגר זה כפולה. ראשית, אינני מחויב להגן במאמר זה על כל אחד מן ההיבטים הדוקטרינריים של שיטת המשפט הישראלית. ייתכן כי זכות השימוע איננה יכולה להגן על מוסד של "עותר ציבורי". אפשרות זו איננה מנביעה כמובן את המסקנה שמוסד העותר הציבורי איננו מוצדק, אלא רק כי ההצדקה למוסד זה איננה יכולה להיות במונחים של זכות השימוע. כמו כן, הגנה אפשרית על מוסד העותר הציבורי במונחים של זכות השימוע עשויה להתבסס על שיקולים פרגמטיים כמו העובדה שהנגישות המוגבלת למערכת המשפט מחייבת יצירת מנגנונים אלטרנטיביים המאפשרים ומקלים על הגשת עתירות. מנגנונים אלה נועדו להבטיח נגישות קלה יותר ונוחה יותר למערכת המשפט. לפיכך, מוסד העותר הציבורי מבוסס על זכות השימוע שאיננה יכולה להתממש בפועל "בעולם האמיתי" ללא הכרה במוסד של עותר ציבורי.

הניחו ולו לרגע כי טיעוני זכות מתן זכות שימוע משכנעים ומאירי עיניים. יתר על כן, הניחו גם (רק לצורך הדיון) כי זכות השימוע יכולה להצדיק את הביקורת השיפוטית. כיצד עלינו לשקלל את זכות השימוע עם שורה ארוכה של שיקולים אחרים? האם זכות השימוע גוברת על הזכות להשתתפות שעליה דיברנו קודם? האם זכות השימוע גוברת על שיקולי יעילות של המערכת, צדקת החלטות כמו גם הסכנות שבאליטיזם השיפוטי? אין בכוונתי לתת תשובה מלאה לשאלת האיזון הנאות בין זכות השימוע לבין מערכות שיקולים מורכבות אחרות. אומר רק כי הקונפליקט בין זכות השימוע לזכות ההשתתפות הפוליטית הוא מדומה. אם הפרט הקובל צודק בקובלנתו כי זכותו (החוקתית) הופרה, טענתו ממילא היא שהעניין שבו מדובר הוא עניינו הוא – עניין המופקע, לפחות כעניין עקרוני, מן הציבור. הפרוגטיבה של זכות ההשתתפות

68 ראו, למשל, בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד נז(2) 62, פס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003): "בית המשפט הרחיב עד מאוד בהלכה פסוקה את זכות העמידה של העותר הציבורי. הוא עשה כן מקום שמדובר בעניין בעל אופי ציבורי [...] הרחבת המעמד היא חלק מתפיסה רחבה הרואה בתפקידו של בית המשפט לא רק כמכריע בסכסוך בין צדדים אלא גם כמופקד על שמירת שלטון החוק, גם כאשר תפקיד זה אינו כרוך בהכרעה בסכסוך בין שני צדדים".

69 יואב דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד, לעיל ה"ש 5, בעמ' 13: "ההתפתחות החשובה ביותר בתחום המעמד היא פיתוח ההכרה במעמדו של העותר הציבורי בבג"צ. [...] קשה להגזים בחשיבותה של התפתחות זו בדיני המעמד על החיים הציבוריים בישראל".

הפוליטית נוגעת כעניין עקרוני לאותם עניינים שבהם לכל הפרטים מעורבות דומה. כאשר פרט מעלה טענה חוקתית מן הסוג שבו אנו עוסקים כאן, הפרט ממילא מערער על זכות ההשתתפות הפוליטית. טענתו היא שביחס לסוגיה שבה מדובר יש לו עניין מיוחד – עניין מן הסוג המצדיק פריבילגיה מיוחדת. הפרט הקובל עלול כמובן לטעות; הוא עלול להעלות את טענת הזכות שלא בצדק בין משום שזכותו נהדפה ובין משום שלא הייתה זכות מעולם; אולם נראה כי בהיעדר הכרעה ביחס לצדקתה של הקובלנה אין כל סיבה להניח א-פריורית את קיומה של זכות השתתפות פוליטית ביחס לסוגיה הנדונה. מסקנת פרק זה היא, לפיכך, שיש לפרטים זכות שימוע כנגד המדינה ושהביטוי המוסדי של זכות זו היא הביקורת השיפוטית. הדרך היחידה – כעניין מושגי – להבטיח את ההתממשות של זכות השימוע היא לקיים הליך שיפוטי. הסבר זה איננו אינסטרומנטלי והקשר בין זכות השימוע לבין ההליך השיפוטי איננו אינסטרומנטלי. עובדה זו היא המחסנת את הטיעון המוצע מן הפגמים המאפיינים את הטיעונים האינסטרומנטליים.

ד. ואם למרות הכול אני אינסטרומנטליסט?

הביקורת השיפוטית היא מכשיר למתן קול לקרבנות החקיקה, קול המלווה גם בנכונות אמיתית, מהסוג שהמשפטים מכנים "בלב פתוח ובנפש חפצה", לשנות את ההחלטה אם הבירור הפרטיקולרי מחייב מסקנה כזו. עיקר דבריי הוקדש לביסוס הטענה שלפיה מתן שימוע – ולא שיפור של איכות ההחלטות – הוא התפקיד המרכזי של ביקורת השיפוטית. כן טענתי כי רק ההליך השיפוטי יכול, כעניין מושגי, להבטיח שימוע. ההליך השיפוטי איננו מכשיר למקסם את המימוש של זכות השימוע; כעניין מושגי הוא ההתממשות הבלעדית והיחידה האפשרית לשימוע.

עמדתי זו סוטה מהגישה המקובלת. בדרך כלל מקובל לחשוב כי יש למתנגדי הביקורת השיפוטית טיעון לא אינסטרומנטלי – הזכות להשתתפות פוליטית, ושלתומכי הביקורת השיפוטית יש טיעונים אינסטרומנטליים המבוססים בדרך כלל על איכות ההחלטות השיפוטיות. הטיעון המבוסס על זכות השימוע הוא טיעון לא אינסטרומנטלי בזכות הביקורת השיפוטית ובכך ייחודו.

לבסוף, לטובת האינסטרומנטליסטים האדוקים, אוסיף כי יש למתן קול כזה תפקיד מרכזי בשיפור איכות ההחלטות – לא של השופטים אלא דווקא של המחוקקים. קל לו, למחוקק הספון באולם האבן האטום והמאובטח שבקריית בן-גוריון בירושלים, לשכוח את אלה שחיהם וזכויותיהם נפגעים מן החקיקה. הביקורת השיפוטית מספקת הזדמנות למחוקק, כמו גם לציבור, לפגוש באולמות בית המשפט את ההשלכות האמיתיות והאנושיות של החקיקה. אין מחוקק נאור החרד לתוצאות החלטותיו שלא ירצה בכך.

מפגש כזה בין המדינה לבין אזרחיה העותרים בבית המשפט הוא חיוני לאיכות ההחלטות – כאמור, לא של השופטים אלא של המחוקקים דווקא. שיקולים אינסטרומנטליים הנוגעים לאיכות החלטותיו של המחוקק מבססים את החיוניות של הביקורת השיפוטית.