

זכות השימוע: אתיקה בין-אישית, מוסר פוליטי ומה שביניהם

מאת

אביחי דורפמן*

עיקרה של הרשימה בניתוח ביקורתי של הצדקת הביקורת השיפוטית במונחי ההגנה על הזכות לשימוע. הצדקה זו מבקשת להראות מדוע נחוץ – ולא אך אפשרי – שביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים תתבצע על-ידי בית המשפט. מטרתה היא לבסס את הלגיטימציה הפוליטית לביקורת שיפוטית על אדנים שאינם מכשיריים גרידא, שהם בהכרח קונטינגנטיים (שכן הם לעולם מותנים במידת האפקטיביות של המכשיר – בית המשפט – בהשגת התוצאות הרצויות). אך כפי שאבקש להראות, הזכות האמורה מתקשה לבסס את הקשר ההכרחי בין ביקורת על חוקתיות החקיקה לבין בית המשפט כגוף האמון על ביקורת זו. טענתי היא שהמעבר מזכות השימוע אל הצדקה של מוסד הביקורת השיפוטית רצוף בהכרעות ערכיות, חלקן מכשירניות לכל דבר ועניין. נוסף על מהלך ביקורתי זה אבקש להציע פרשנות חדשה להבנתה של זכות השימוע וכך גם לקשר שלה למוסד הביקורת השיפוטית והצדקתו. זכות השימוע, כך אבקש להציע, מקבלת ביטוי פוליטי ייחודי בדמות ההליך הדמוקרטי עצמו. תפיסה זו של דמוקרטיה כהליך שימוע writ large עשויה לתרום לפיתוחה של תיאוריה דמוקרטית, בכלל, וכפועל יוצא מכך גם להציע תיאוריה של ביקורת שיפוטית דמוקרטית, בפרט.

א. מבוא. ב. שאלת הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית בראי הביקורת הרפובליקנית. ג. טיעון על דרך האנלוגיה: קשיי המעבר מן האתיקה הבין-אישית למקבילתה הפוליטית. 1. ביקורת שיפוטית והפרדת המוסד השומע מן הפוגע; 2. ביקורת שיפוטית והפרדת הגוף הפוגע מן המכריע; 3. הכרעה בהליך השימוע ויחסה אל הכרעה שיפוטית; ד. לשאלת הקשר בין הזכות להליך שימוע לבין ההליך הדמוקרטי. ה. סיכום.

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה לאלון הראל ולקורא האנונימי מטעם משפטים על הערות מועילות במיוחד. תודה גם לחברי מערכת משפטים ולעומדים בראשה על הערות חשובות ועל תמיכה טכנית ראויה לשבח.

א. מבוא

שני מכרים, יואב וחנוך, קבעו להיפגש לארוחת צהריים. שעות ספורות לפני הפגישה האמורה הודיע הראשון לאחרון על כוונתו לבטלה משום שבאותה שעה מתוכננת אזכרה של מכר אחר שלו. חנוך מתקומם. מהן האינטואיציות המוסריות שלנו ביחס למקרה זה? ¹ האם מתוך בירורן ואשרורן של אינטואיציות אלה תצמח ולו ראשיתה של הצדקה של הביקורת השיפוטית במדינה דמוקרטית? אלון הראל השיב בחיוב. ² רשימה זו מציעה בחינה ביקורתית של התשובה.

האינטואיציות המוסריות שלנו, כך נראה לי, עשויות להיות אמביוולנטיות ביחס לשאלה אם יש לחנוך טעמים טובים להתקומם. בחינת הטעמים היא במידה לא מבוטלת תלוית-הקשר. כך, למשל, מתעוררת השאלה עד כמה יואב הוא אכן "מכר" של הנפטר; מהי דחיפותה של פגישתו עם חנוך; מדוע נזכר יואב בקיום האזכרה בשלב כל כך מאוחר וכיוצא באלה. ברם, ביחס לשאלה אחרת האינטואיציות שלנו הן חד-משמעיות, ולמצער פחות רגישות לבחינת ההקשר – מהו האופן הראוי שבו על יואב להחליט על ביטול הפגישה עם חנוך. הראל טוען כי על יואב לאפשר לחנוך להשמיע את הסתייגותו מביטול הפגישה, לנמק בפניו את פשר הביטול ואף לשקול מחדש את החלטתו, ככל שהסתייגותו של חנוך מחייבת זאת. ³ במילים אחרות, לחנוך יש זכות מסדר שני – זכות להשמיע את טרונותיו בפני יואב – החלה ביחס לפגיעה בזכויות מסדר ראשון, למשל: הזכות שלא תופר הבטחה להיפגש עמו לארוחת צהריים. חשיבותה של הבחנה זו בין שתי קבוצות של זכויות טמונה בכך שהיא מסיטה את תשומת הלב מן הזכויות המהותיות עצמן (זכויות מסדר ראשון) אל האדם הזכאי להגנתן. כך, במנותק משאלת הפגיעה בזכות, אם אכן הייתה כזו, וללא תלות בשאלת ההצדקה לפגיעה, האינטואיציות המוסריות שלנו מאשרות כי העובדה שנושא הזכות הוא בן-אדם (ובהקשר מסוים: אזרח המדינה) מחייבת התייחסות מיוחדת במינה, המשקפת את ערכו המוחלט ככזה. ⁴ התייחסות זו, כך עולה ממאמרו של הראל, באה לידי ביטוי בזכות מסדר שני שאותה הוא מכנה "זכות השימוע" ובמקבילתה "החובה לשמוע". ⁵

- 1 חשוב להבהיר כי פנייה לאינטואיציות מוסריות אינה נטועה בגישה אינטואיטיבית לשאלות של מוסר ומוסר פוליטי. הכוונה היא למציאת שיווי משקל רפלקטיבי (reflective equilibrium) בין שיפוט קדם-תאורטי (הנשמך על אינטואיציות מוסריות בריאות) של מצב דברים מסוים לבין התאוריה המסבירה אותו. ראו (1971) JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 20.
- 2 ראו אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית", מופיע בחוברת זו בעמ' 239.
- 3 שם.
- 4 זוהי פרשנות קאנטיאנית שלי לטענתו של הראל שלפיה "נכונות [לשמוע את טרונותיו של חנוך] היא חובה הנגזרת מן הסטאטוס המיוחד של חנוך כנושא הזכות". שם, בעמ' 266.
- 5 שם, בעמ' 264-267.

מה לזכות זו ולביקורת שיפוטית? ובכן, לשיטת הראל, סיפורם של חנוך ויואב מבסס את האנלוגיה הדרושה כדי להבין מדוע נחוץ – ולא אך אפשרי – שביקורת שיפוטית על חוקתיות חוקים תבצע על-ידי בית המשפט. בכך שואף הראל לבסס את הלגיטימציה הפוליטית לביקורת שיפוטית על אדנים שאינם מכשיריים גרדא, שהם בהכרח קונטינגנטיים (שכן הם לעולם מותנים במידת האפקטיביות של המכשיר – בית המשפט – בהשגת התוצאות הרצויות). אכן, בניגוד לחלק נכבד מן הטענות המקובלים בדבר הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית, שאינם מזהים ערך טבוע בביקורת השיפוטית המתבצעת דווקא מתוך כותלי בית המשפט, חשיבותה של זכות השימוע היא בכך שכיבורה מחייב, לשיטת הראל, הליך שיפוטי. לפיכך, ככל שסיפורם של חנוך ויואב חושף לפנינו את הערך הטמון בעצם קיומו של הליך הנותן ביטוי לזכות השימוע של חנוך ולחובת השמיעה (וההנמקה והשקילה מחדש) של יואב, ייתכן כי מצאנו הסבר לכך שהליך שיפוטי של שמיעת והשמעת טענות בהקשרים חוקתיים-ערכיים הוא הכרחי.⁶

כאמור, מטרתה של רשימה זו היא לבחון אם טבעה של זכות השימוע – כפי שהיא מוכרת לנו מעולם האתיקה של היחסים הבין-אישיים של הפרטים – אכן מחייב ביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט. טענתי, בקצרה, היא שהמעבר מזכות השימוע אל הצדקה של מוסד הביקורת השיפוטית רצוף בהכרעות ערכיות, חלקן מכשירניות לכל דבר ועניין. ככזו, זכות השימוע אינה מחייבת ביקורת שיפוטית, אף אם בתנאים מסוימים היא עשויה לתמוך בה. זאת ועוד: הזכות האמורה מתקשה, כך אטען, לבסס את הקשר ההכרחי בין ביקורת על חוקתיות החקיקה לבין בית המשפט כגוף האמון על ביקורת זו.

בסיס ביקורתי על מאמרו החשוב של הראל טמון בהתבוננות רחבה על תרגומה של זכות השימוע משפת האתיקה הבין-אישית לשפת המוסר הפוליטי (הפועלת ברובד המוסדות וההליכים הפוליטיים). זכות השימוע – כך אבקש להציע לקראת סופה של הרשימה – מקבלת ביטוי פוליטי ייחודי בדמות ההליך הדמוקרטי עצמו. תפיסה זו של דמוקרטיה כהליך שימוע writ large, כפי שאכנה זאת בהמשך, מאירה באור רפובליקני את ניסיון הצדקתה של הביקורת השיפוטית באמצעות חשיבותה של זכות השימוע.

רשימה זו תתקדם כדלהלן: פרק ב' יבהיר בקצרה את בעיית היסוד של מוסד הביקורת השיפוטית, היא בעיית הלגיטימציה, כמו גם את האתגרים שהיא מציבה לניסיונות להצדיק מוסד זה; פרק ג' ינתח את סיפורם של יואב וחנוך כדי לחשוף את ההכרעות הערכיות והמכשירניות הטמונות בביסוס הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית באמצעות זכות השימוע; פרק ד' ידון (בקיצור נמרץ) בשאלת הקשר בין זכות השימוע

6 הראל מבחין בין שני תרחישים שבהם מתעוררת חשיבותה של זכות השימוע: פגיעה בזכות שאין מחלוקת בעניין קיומה (אך יש מחלוקת אם הפגיעה מידתית או מוצדקת באופן אחר), ופגיעה במה שהנפגע טוען כזכות אך הצד הפוגע אינו מקבל טענה זו, כך שהמחלוקת ביניהם היא בראש ובראשונה בשאלה אם יש זכות ורק בהמשך, ואם נדרש, נבחנת שאלת ההצדקה לפגיעה בה; שם, בעמ' 262. להלן אתעלם מהבחנה חשובה זו שאינה רלוונטית לטיעון שאותו אבקש לפתח להלן.

ביחסים הבין-אישיים לבין מקומה של הזכות בחיים הפוליטיים, ובכך יעסוק בשאלת היחס שבין דמוקרטיה לבין ביקורת שיפוטית הנשענת על חשיבותה של זכות השימוע. חשוב להדגיש כי הביקורת שאמתח להלן נובעת דווקא מתוך הסכמתי עם האינטואיציה הבסיסית בדבר מרכזיותה של זכות השימוע ביחסים הבין-אישיים וביחסי פרט-מדינה. מטרתי, אם כך, היא להעמיד זכות חשובה זו באור שונה – ולטעמי מדויק יותר – מזה שהציע הראל.⁷

ב. שאלת הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית בראי הביקורת הרפובליקנית

לפני שאנתח את סיפורם של חנוך ויואב בצורה פרטנית כדי לבחון אם אנלוגיה זו מנביעה את הקשר ההכרחי של זכות השימוע לביקורת שיפוטית, חשוב לעמוד על המוטיבציה האינטלקטואלית שעומדת בבסיס השיח הרלוונטי שבו משתתף מאמרו של הראל. למעשה, המוטיבציה המנחה את הטוענים בזכות ביקורת שיפוטית של בתי משפט – קבוצה מכובדת של הוגים שאליה הראל משתייך – היא כפולה. ראשית, שאלת הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט היא למעשה היבט פרטי של שאלה כללית יותר בדבר הלגיטימציה של המדינה הליברלית.⁸ שאלה זו מתעוררת בכל רגע שבו קבוצה מצומצמת מתוך החברה (בדרך כלל שופטים) טוענת שבידיה הסמכות לקבוע כי חוק שקיבלו נבחרי העם עומד בניגוד להוראות החוקה, וכפועל יוצא מקביעה זו – שבידיה הסמכות להכריז על בטלותו. על-פי רוב, שאלת הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית מיוחסת לסמכות השנייה (ביטול חקיקה), אולם כפי שהראה אלכסנדר ביקל, התמקדות בסמכות זו למעשה מניחה את המבוקש, שכן השאלה המקדמית – החשובה לא פחות – היא מי קובע מי קובע; כלומר: למי הסמכות לקבוע שיש לבית המשפט סמכות לקבוע כי חוק מסוים עומד בסתירה לנורמה חוקתית.⁹ בעיית הלגיטימציה של הפעלת סמכות זו יוצרת, לשיטת ביקל וממשיכי דרכו, קושי אנטי-רובני בלב-לב של המשטר הדמוקרטי.¹⁰ ביקל, אגב, ביקש להתגבר על קושי זה בנקודות (כפי

7 כוונתי להתמקד בגישתו של הראל כפי שהיא באה לידי ביטוי במאמרו הנזכר לעיל, בה"ש 2. סבורני כי לצורך הניתוח המוצע ברשימתי אין זה הכרחי, להוציא מקומות מספר, להתייחס במישרין למאמריו (הקודמים) בנושא, שפורסמו בכתבי עת זרים.

8 לדיונים מרכזיים בסוגיית הלגיטימציה של המדינה הליברלית ראו Thomas Nagel, *Moral Conflict and Political Legitimacy*, 16 PHIL. & PUB. AFF. 215 (1987); JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 143-144 (1993).

9 ALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* 3 (1962).

10 שם, בעמ' 16.

שמתאגרף חבול עושה כנגד יריב אימתני): טיעון המבוסס על הטקסט החוקתי, טיעון המבוסס על ההיסטוריה האמריקנית, טיעון המבוסס על ניתוח מוסדי של המשטר האמריקני ועוד.¹¹ לעומתו, הראל מבקש להתגבר על הקושי בנוק-אאוט באמצעות זכות השימוע, שהאנלוגיה לסיפורם של חנוך ויואב מיטיבה להבהיר.¹² אם כן, המוטיבציה של הראל היא להראות מדוע הקושי הדמוקרטי מובס על-ידי טיעון בדבר האופן היחיד שבו אפשר, אם בכלל, לפגוע בזכויותיו של אדם בשל היותו אדם. כל אופן פגיעה אחר, מוצדק לגופו ככל שיהיה, שולל את ההכרה הנדרשת בנושאה של הזכות הנפגעת.

שנית, הקושי הדמוקרטי הטבוע, לשיטת ביקל, בסמכויות הנדרשות להעברת ביקורת שיפוטית על חוקתיות חוק קיבל לאחרונה חיזוק מכיוונם של הוגים רפובליקניים.¹³ אלה מבקשים לחשוף בצורה שיטתית את הקשר הקונטינגנטי בין ההצדקה לקיומו של פיקוח על חוקתיות החקיקה לבין בית המשפט (כגוף שאמון על פיקוח זה). כן הם מבקשים לשכנע כי המחוקק אינו פחות מוכשר – וייתכן שאף מוכשר יותר – בקבלת אותן הערכות ערכיות שבמרכז הביקורת השיפוטית. כך, לא רק שאין נחיצות בזהויה בית המשפט כסוכן הביקורת השיפוטית אלא שאין זה נכון, משיקולים עקרוניים ופרגמטיים, להתעקש על זיהוי כזה.¹⁴ התפתחות זו, ככל שהיא משכנעת, עלולה להיות הרסנית עבור ההצדקות המכשירניות שהוצעו כתמיכה בלגיטימציה של ביקורת שיפוטית על-ידי בית משפט, שכן היא חותרת תחת המחשבה שלפיה בית המשפט הוא המכשיר האפקטיבי (או המיטבי) לפתרון סכסוכים חוקתיים-עקרוניים ולשמירה על כבודו של החוקה. כפי שהסברתי בראשית דבריי, ההצדקה המעוגנת בזכות השימוע מתיימרת לנצח את החשש הזה במגרש שלו, משום שזכות השימוע מחייבת הליך שיפוטי שאינו אלא ביקורת שיפוטית.

חשוב לזכור שני היבטים אלה לאורך ניתוחה של התזה שפיתח הראל, מכיוון שיחד הם מהווים מעין קו-בסיס (baseline) שבאמצעותו אפשר לבחון את מידת הצלחתה של התזה האמורה. כך, הצדקה של ביקורת שיפוטית שאינה מתמודדת עם הקושי האנטי-רובני ועם הקונטינגנטיות של הבחירה המוסדית בבית המשפט כגוף האמון על ביקורת זו, דינה להיכשל. אפנה, אם כן, לבחון את הטיעון האנלוגי שהציע הראל לצורך

11 מבנה טיעון זה אומץ על-ידי תלמידו של ביקל, אך עם מסקנות שונות לחלוטין. ראו BRUCE A. ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991); 2 BRUCE A. ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998).

12 כמובטח, אחזור לסיפור זה בפרק ג'.

13 אחד מדובריה הרהוטים של קבוצה זו בשנים האחרונות הוא ג'רמי ולדרון. ראו במיוחד JEREMY WALDRON, THE LAW (1990); JEREMY WALDRON, THE DIGNITY OF LEGISLATION (1999); JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999).

14 Jeremy Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006).

ביסוס תזה בדבר הנחיצות של הביקורת השיפוטית (של בית המשפט) על חוקתיות חוקים.

ג. טיעון על דרך האנלוגיה: קשיי המעבר מן האתיקה הבין-אישית למקבילתה הפוליטית

השימוש באנלוגיות לצורך פיתוחן של טענות הוא עתיק-יומין בשדה התאוריה הפוליטית (הוא השדה שאליו משתייך מאמרו של הראל), לפחות מימי אפלטון והאנלוגיה שהציע בין נפשו של האדם (על רכיביה השונים) לבין הפוליס.¹⁵ האנלוגיה מקובלת גם בימינו,¹⁶ אף בהקשר של הצדקת הביקורת השיפוטית.¹⁷ כידוע, אנלוגיה מוצלחת מאפשרת לקורא להבין תופעה מסוימת, שבדרך כלל מצריכה פיתוח תאורטי מקדים, באמצעות התבוננות בתופעה אחרת, מוכרת ונגישה.

סיפורם של חנוך ויואב הוא אנלוגיה מצוינת להבהרת הרעיון שבבסיס חשיבותה של זכות השימוע. אכן, ביכולתו להעביר מסר מורכב בפשטות – האופן שבו פוגעים בזכות או באינטרס של הזולת הוא לא פחות חשוב, ולעתים הוא יותר חשוב, מעצם הפגיעה, אם זו אכן מתרחשת. עם זאת, פשטות הניתוח שאנלוגיה טובה מספקת עלולה להסוות היבטים שונים וחשובים, כגון הכרעות ערכיות, שאינן נובעות לוגית מטבעה של האנלוגיה או מושאה. כך, בשובנו מן העולם האנלוגי אל עולמנו שלנו (מסיפורם של יואב וחנוך לביקורת שיפוטית), מתקבלת תמונה מורכבת בהרבה מזו המוצגת על דרך האנלוגיה. בפרק זה אבקש להראות כי המעבר שהציע הראל מסיפורם של יואב וחנוך לביקורת שיפוטית רצוף בהכרעות ערכיות-פוליטיות שאינן מתיישבות עם יומרתו להציג הצדקה לביקורת שיפוטית הנשענת על קשר לוגי הכרחי (ולכן קדם-פוליטי) בין זכות השימוע לבין ביקורת שיפוטית. במילים אחרות, ניתוח מעמיק של האנלוגיה המדוברת ויחסה אל הטיעון בדבר ביקורת שיפוטית מראה כי בניגוד לטענת הראל, הצדקת הביקורת השיפוטית במונחים של זכות השימוע היא תזה פוליטית – ולא אנליטית – הנשענת במידה רבה גם על טעמים מכשירניים לצורך זיהוי של בית המשפט כגוף האמון על יישומה של ביקורת זו.

15 PLATO, REPUBLIC 575, 435a-441c (Edith Hamilton & Huntington Cairns eds., 1961)
 16 כך, למשל, לפילוסופיה פוליטית הנשענת על אנלוגיה בין המדינה הלגיטימית לבין התאגדות פרטית וחבר מושבעים, בהתאמה, ראו §§ 10-25 ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974); DAVID M. ESTLUND, DEMOCRATIC AUTHORITY: A PHILOSOPHICAL FRAMEWORK §§ 136-158 (2008).
 17 JED RUBENFELD, REVOLUTION BY JUDICIARY: THE STRUCTURE OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW §§ 88-98 (2005).

בפתח הדברים חשוב להבהיר שהאנלוגיה כשלעצמה איננה העיקר; רשימה זו ומאמרו של הראל אינם עוסקים בשאלות של אתיקה בין-אישית אלא במוסר פוליטי. אני מניח שאפשר לבחור אנלוגיה אחרת או לוותר עליה כליל ולפתח את התאוריה בדבר זכות השימוע ישירות.¹⁸ בחינת האנלוגיה (סיפורם של יואב וחנן) חשובה מפני שהיא חושפת את הקשיים בביסוסה של הביקורת השיפוטית באמצעות אותה אינטואיציה ראשונית בדבר חשיבותה של זכות השימוע וההגבלות שהיא מציבה על האופן שבו אפשר לפגוע בזכויות מהותיות, משפטיות ואחרות.¹⁹

1. ביקורת שיפוטית והפרדת המוסד השומע מן הפוגע

חזרה לתקרית בין יואב לחנן. נניח, עם הראל, כי בטרם יבטל את מפגשם המתוכנן, על יואב לאפשר לחנן להשמיע את הסתייגותו מביטול הפגישה, לשטוח בפניו את טעמי הביטול וייתכן שאף לשקול מחדש את החלטתו, ככל שהסתייגותו של חנן מחייבת זאת. כך אנלוגיה זו מתפרשת בעולם הפוליטי: כאשר המחוקק מחליט לחוקק חוק הפוגע בזכות יסוד של אדם זה או אחר, יש לאותו אדם זכות להעלות טענות כנגד הפגיעה ולקבל הסבר מאת המחוקק המשיב לטענות אלה, לאחר שהאחרון בחן את הסוגיה מחדש על רקע הטענות בדבר הפגיעה. כפי שהראל מציין,²⁰ ההליך האמור צבוע בצבעים של הליך שיפוטי (ויש להוסיף: הליך שיפוטי אדברסרי), שבו הטוען לפגיעה והפוגע נפגשים בבית המשפט ומנמקים את עמדותיהם בפני שופט, שבסופו של יום מכריע לכאן או לכאן.²¹

כפי שאפנה להראות כעת, המעבר הזה כלל אינו פשוט כפי שהוא מוצג כאן (או אצל הראל). אכן, הוא רצוף הכרעות ערכיות-פוליטיות שהזנחתן היא "מעשה קפיצה" המבקש (לפחות במשתמע) להכריע הכרעה נורמטיבית (בדבר הערך הייחודי של ביקורת שיפוטית כהליך שימוע חוקתי בבית המשפט) באמצעים אנליטיים או מושגיים. בעוד שהכרעה מן הסוג הראשון שנויה במחלוקת פוליטית עזה בקרב החברים בחברה חופשית

18 לפיתוח קודם של זכות השימוע על-ידי הראל ראו Alon Harel & Yuval Eylon, *The Right to Judicial Review*, 92 VA. L. REV. 991 (2006).

19 זאת ועוד: איני טוען כי המעבר מאתיקה בין-אישית למוסר פוליטי בהכרח רצוף הערכות פוליטיות מכשירניות. במקום אחר טענתי כי דיני הנזיקין הם דוגמה לפרקטיקה משפטית שיכולה להיות בשכנות קרובה לאתיקה בין-אישית בסיסית; ראו Avihay Dorfman, *Can Tort Law be Moral?*, 23 RATIO JURIS 205 (2010) available at www3.interscience.wiley.com/journal/123441992/abstract?CRETRY=1&SRETRY=0.

20 הראל, לעיל ה"ש 2.

21 יש לציין כבר בשלב זה של הניתוח, בדרך אגב, את השוני המשמעותי בין ההליך המתואר בענייניהם של יואב וחנן לבין ההליך השיפוטי. הראשון עוסק בשימוע שמלכתחילה ואילו השני, באופן מסורתי, בשימוע שבדיעבד. אחזור לנקודה זו ביתר פירוט בפרק ד'.

ופלורליסטית, ולפיכך חשופה – ככל הצדקה אחרת של ביקורת שיפוטית – לבעיית הלגיטימציה שהוזכרה לעיל, רק הכרעה הלוכשת צורה אנליטית יכולה להציג את מוסד הביקורת השיפוטית כמתחייב מעצם טבעה של זכות השימוע.²² טענתי היא, כאמור, שהצורך בביקורת שיפוטית אינו נובע מקבלת הטענות לזכותה של זכות השימוע; ממילא, סמכותו של בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית אינה נובעת מזכות זו, היא כוחה אשר יהא. מובן שאפשר – ואולי אף ראוי – להכיר בביקורת שיפוטית וכן להפקידה בידי בית המשפט, אך לכך נדרש טיעון מהותי ונורמטיבי, לא אנליזה פילוסופית של מציאת קשרים הכרחיים ומספיקים בין מוסדות פוליטיים שונים כגון קשר בין ביקורת שיפוטית לבין זכות השימוע.

לב הקושי במעבר מסיפורם של יואב וחנוך לביקורת שיפוטית טמון בדברים שסיפור זה אוצר אך לא נחשפו דיים על-ידי הראל. אכן, ניתוח פונקציונלי של התקרית – למן תחילתה ועד סופה – מראה את מורכבותה של זכות השימוע כשהיא באה במגע עם עולם המוסדות הפוליטיים, במיוחד עולמה של צורת השלטון הדמוקרטית.

יואב וחנוך ממלאים בעת ובעונה אחת כמה תפקידים או פונקציות שחשוב להבחין ביניהם ככל שהם מצביעים על מקביליהם הפוליטיים-מוסדיים. ראשית, יואב הוא הפוגע (או שנטען לגביו כי הוא הפוגע) ואילו חנוך הוא הנפגע. הראשון מייצג את בית הנבחרים ואילו האחרון את האדם שזכות יסודית שלו נפגעת (ולמצער הוא טוען לפגיעתה) כתוצאה מפעולת החקיקה. זכות השימוע, החלה כזכור ביחסים שבין הפוגע לנפגע, תובעת כי אופן הפגיעה מציב דרישות שהקפדה עליהן היא ערך בפני עצמו: שמיעת טענותיו של הנפגע, מתן הנמקה על-ידי הפוגע לאור טענותיו של הנפגע לאחר ששקל אותן כהלכה.

בסיפורם של יואב וחנוך, לדמותו של הראשון תפקיד נוסף – יואב הוא גם השומע ואילו לדמותו של האחרון נוסף התפקיד של המשמיע. נראה כי חשיבותה של זכות השימוע, כפי שניתן להבין מדבריו של הראל, דורשת כי הנפגע יהיה גם המשמיע.²³ אולם מה בדבר כפל התפקידים של פוגע ושומע, שאותם ממלא יואב? סבורני כי אין כל קושי מושגי לראות ביצוע כפול כאפשרי; נראה שזו אף האפשרות הסבירה ביותר בהקשר של יואב וחנוך (כך, לפחות, ניסיון החיים של כולנו מלמד מהשתתפות באינטראקציות

22 מובן שגם לטיעון האנליטי יש גבול: הוא יוצא מהנחה שלפיה זכות השימוע מתבקשת ממהותו של נושא הזכות הנפגעת (כלומר: האדם). להוציא קאנט של ביקורת התבונה המעשית, התפיסה המקובלת (אף בין ממשיכיו של קאנט בהווה, כולל ממשיכיו הדווקניים ביותר כגון קריסטין קורסגארד (Christine Korsgaard)) רואה הנחה זו כחלק מגישה נורמטיבית, להבדיל מגישה מושגית טהורה. טענותיי לעיל מתייחסות לשלב שבו אנחנו מקבלים את הנחת המוצא הנורמטיבית האמורה ומנסים לבחון מה נובע ממנה.

23 אפשר, כמובן, לחשוב על הסדרים אחרים (אולי מועדון החברים שאליו השניים משתייכים הוא זה שימלא את התפקיד), אך לצורכי הניתוח הנוכחי אפשר להזניחם.

דומות). אין שום ספק שאפשר להוסיף גם דמות שלישית שתיקח על עצמה את תפקיד השומע ובכך תתנתק מן הפוגע, פרסונלית ולא רק פונקציונלית; אולם אין זה הכרח הנובע הגיונית מטבעה של זכות השימוע או מטבעה של האתיקה הבין-אישית. במילים אחרות, נדרש טיעון נורמטיבי שמסביר מדוע ניתן לבין פוגע לבין שומע עדיף מגילומם בדמות אחת.

מן האנלוגיה אל הביקורת השיפוטית: טענתו של הראל, שלפיה זכות השימוע קשורה קשר ישיר והכרחי לביקורת שיפוטית שתבוצע על-ידי בית משפט, יוצרת הלכה למעשה את אותה הפרדה בין הפוגע לבין השומע. בית המשפט, להבדיל מן המחוקק, מופקד על שמיעת טרוניותיו של פרט הטוען כי פעולת המחוקק (הפוגע) אינה עולה בקנה אחד עם זכויותיו החוקתיות או עם עקרונות יסוד אחרים. כפי שהתבוננות פונקציונלית בסיפורם של יואב וחנן מגלה, אין שום הכרח שהפוגע והשומע ילבושו דמויות שונות; נהפוך הוא: סיפור זה מתיישב עם האינטואיציות המוסריות שלנו בדבר זכות השימוע בין היתר משום שזה נתפס טבעי שהפוגע יהיה גם השומע. מה הופך את ההפרדה בין הפוגע לשומע להכרחית – לכזו הנובעת מן הלוגיקה של זכות השימוע – כאשר עסקינן בפן המוסדי-פוליטי של הזכות, כלומר: בבחינת אופן הפגיעה בזכות חוקתית של הנפגע על-ידי המחוקק?²⁴ זוהי שאלה שעליה, למיטב הבנתי, הראל לא נתן תשובה. ספק רב בעיניי אם ניתן להימנע מהשאת הטיעון האנליטי מאחור ותחת זאת להיכנס אל שדה הטיעון הפוליטי-נורמטיבי: מדוע יגלם בית המשפט את דמות השומע באופן מוצלח יותר מהמחוקק-הפוגע או, לצורך העניין, מכל גוף פוליטי אחר? זהו טיעון בעל אלמנט מכשירני טבוע (built-in), שכן הוא אינו יכול להראות, כעניין של אמת מושגית, מדוע הפוגע אינו יכול לשמש גם שומע (גם אם יכולת השמיעה שלו נחותה משל מתחרהו, בית המשפט).²⁵ כל שבכוחו להראות הוא מדוע ראוי – אף אם אין הכרח לוגי – לבצע הפרדת רשויות בהקשרים של סכסוכים ערכיים בין הפרט לבין הרשות המחוקקת. במילים אחרות, טיעון זה מנסה להראות כי בית המשפט הוא הכלי האפקטיבי ביותר – ולכל הפחות אפקטיבי יותר מן המחוקק – להגשמה של זכות השימוע. אין זה טיעון בעייתי כשלעצמו, אולם זה בדיוק סוג הטיעון שממנו הראל מבקש להימנע כשהוא מבקש לבסס את הביקורת השיפוטית על הקשר ההכרחי בינה לבין זכות השימוע. על רקע זה, טיעון בדבר האפקטיביות של בית המשפט בהגנה על זכות השימוע אינו שונה בהכרח, מבחינת צורתו ומבנהו, מן ההצדקות המקובלות לביקורת השיפוטית ככל שהדברים נוגעים לביקורת הרפובליקנית (שהוזכרה לעיל) בעניין ההטיה הליברלית לטובת בית המשפט על חשבון המוסדות העממיים-נבחרים.

24 חשוב גם להזכיר כי ברמה הבין-אישית שיקולים של הפרדת רשויות אינם מוכרים, לפחות לא ככאלה. לעומת זאת, שיקולים אלה הם מהמרכזיים בספרה הפוליטי-משטרית.

25 כפי שצינתי בפרק ב' לעיל, הנחה זו שנויה במחלוקת.

2. ביקורת שיפוטית והפרדת הגוף הפוגע מן המכריע

ייתכן שהניסיון (שלי) להטיל ספקות במידת הצלחתה של הצדקת הביקורת השיפוטית במונחי זכות השימוע לוקה בחוסר הבנה של עניין בסיסי ביותר: חשיבות ההליך השיפוטי להגשמתה של זכות השימוע. הראל ציין כי הגשמתה עוברת דרך הליך בעל שלושה שלבים: הנפגע משמיע את טענותיו בדבר הפרת זכות יסודית שלו, שקילה מחדש של ההחלטה העומדת ביסוד ההפרה וקבלת "הסבר או הצדקה"²⁶ של דבר ההפרה מן הפוגע. לשיטתו, הליך זה אינו אלא הליך שיפוטי, על סדרי הדין ושאר מאפייניו הייחודיים. לכן, גם אם לא נקרא למוסד האמון על הגשמת זכות השימוע "בית משפט", אין בכך כדי לשלול את הטענה שאותו מוסד הוא בית משפט מבחינה מהותית. לכן, זכות השימוע אולי אדישה להבחנה בין דמות הפוגע לדמות השומע, אולם אין היא אדישה כלל וכלל למהותו של השומע – גוף שבמסגרתו מתנהל הליך שיפוטי.

נניח לצורך הדיון שזכות השימוע אכן מצריכה הליך תלת-שלבי כמצוין לעיל, ונניח גם שהליך זה דומה מאוד בסדרי הדין שלו להליך שיפוטי. מכאן, כך אטען, לא נובע כי זכות השימוע מחייבת ביקורת שיפוטית ולא נובע כי ביקורת זו צריכה להיעשות באמצעות מוסדות מתפקדים כבית משפט במהותם, אף אם לא בשם הפורמלי. אם כן, רשימה זו ממשיכה בניתוח הפונקציונלי של האנלוגיה לסיפורם של יואב וחנוך, כדי לחשוף פעם נוספת את ההכרעות הערכיות הטמונות במעבר מהאינטואיציה הבסיסית בדבר זכות השימוע להצדקת הביקורת השיפוטית. שלב זה של הטיעון אף יראה כי השלב הקודם של הטיעון אינו לוקה בחוסר הבנה של חשיבות ההליך השיפוטי לזכות השימוע, אלא שההליך השיפוטי ככזה אינו מגיע כדי הצדקה של ביקורת שיפוטית באמצעות בית משפט.

חלוקת התפקידים בסיפורם של יואב וחנוך אינה מתמצה בפוגע ונפגע או בשומע ומשמיע. ייתכן שהתפקיד החשוב ביותר (לעניין הביקורת השיפוטית) הוא תפקיד המכריע. מישורו של הליך השימוע, צריך לקבל החלטה: מה על הפוגע לעשות לאחר שנשמעו כל הטיעונים ונשקלו כל השיקולים בעד ונגד הפגיעה בנפגע. יואב, כך נראה, הוא המכריע בהליך השימוע שהוא מחויב לספק לחנוך, אלא אם כן הצדדים החליטו להעביר תפקיד זה לדמות אחרת; אולי יואב יטיל זאת על חנוך ("יודע מה? אתה תחליט מה עליי לעשות") או על צד שלישי. מכל מקום, הנקודה החשובה כאן היא שהסיפור הפשוט שבו מתחילה הצדקת הביקורת השיפוטית – סיפורם של חנוך ויואב – כרוך ברובד נוסף של מורכבות. בעוד שניתן לפטור רובד זה כלא מעניין במקרה של יואב וחנוך (שכן אין קושי לזהות כי בדרך כלל יואב יגלם את תפקיד המכריע), פני הדברים שונים בתכלית בכל הקשור ברתימת המקרה להצדקת הביקורת השיפוטית.

26 הראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 260-261.

אכן, כלל לא ברור מדוע זכות השימוע מצריכה הפרדה של תפקיד הפוגע או השומע מתפקיד המכריע. המעבר מהראשונים לאחרון, בדומה למעבר מתפקיד הפוגע לשומע, אינו תולדה של אמת מושגית בדבר זכות השימוע. זוהי הכרעה ערכית הגורסת כי רצוי – אך לא הכרחי – להפקיע מידי המחוקק את הסמכות להכריע במחלוקות ערכיות עם האזרח הנפגע ולהעבירה לבית המשפט. במילים אחרות, הטעמים העומדים ביסוד הטענה שלפיה ההכרעה בסכסוך בין המחוקק הפוגע לבין האזרח הנפגע מסורה לבית המשפט אינם שונים בצורתם מטיעונים מוכרים אחרים המבוססים, בסופו של דבר, על מידת האפקטיביות של בית המשפט בהגשמת זכות השימוע (ועל-ידי כך – ביצוע ביקורת שיפוטית) בהשוואה למוסדות פוליטיים נבחרים. כפי שכבר ציינתי לעיל, טעמים אלה מצריכים את אותה התמודדות עם הביקורות הרפובליקניות שמהן תאוריית זכות השימוע מבקשת להימנע.

כל שטענתי עד הלום הוא שאין הכרח להפריד בין דמות הפוגע לבין השומע מחד גיסא ובין שתי דמויות אלה לבין דמות המכריע מאידך גיסא.²⁷ כל הפרדה כאמור אינה נובעת לוגית מטבעה של זכות השימוע, אלא היא תוצר של טיעון בעל היבטים מכשירניים המייחסים לבית משפט מידת התאמה טובה יותר להכריע מאשר גופים אחרים. לצד זאת חשוב להדגיש כי ייתכן שזכות הטיעון כלל אינה עניין לבית משפט, כלומר: זכות השימוע – כפי שהראל מציג אותה, כזכות הליכית תלת-שלבית – כלל אינה מיעדת תפקיד של מכריע הדומה באופן מהותי לתפקיד המכריע שמאפיין את בתי המשפט. כך, אף-על-פי שהליך השימוע התלת-שלבי מזכיר הליך שיפוטי, טבעה של ההכרעה בו אינה מן הסוג המוכר לנו מעולם העשייה של בית המשפט. אבקש להראות זאת להלן.

3. הכרעה בהליך השימוע ויחסה אל הכרעה שיפוטית

זכות השימוע, כפי שצוין לעיל בעקבות הראל, מורכבת משלושה שלבים (השמעת טענות, קבלת הנמקה ושקילה מחדש לאור הנטען). נניח כי אין למחוקק אפשרות לקיים הליך זה מכיוון שאופי עבודתו אינו יכול להיות מוגבל לסדרי דיון נוקשים ופורמליים.²⁸

²⁷ הביקורות שנמתחו עד כה אינן מובחנות אחת מן השנייה אלא קשורות לוגית זו בזו. בהנחה שהשומע הוא גם המכריע, הטענה שלפיה הפוגע יכול להיות גם השומע היא גם הטענה שהפוגע יכול להיות גם המכריע. כך גם הטענה שלפיה זכות השימוע אינה מחייבת גוף עצמאי מכריע (שאינו הפוגע) מנביעה את המסקנה שהפוגע יכול לשמש גם מכריע. אחת הסיבות לדון בהן בנפרד (כפי שאכן עשיתי) היא הרצון להציף את קשת ההכרעות הנורמטיביות ואת מגוון השאלות המכשירניות הכרוכות במעבר מזכות השימוע ביחסים הבין-אישיים לביקורת השיפוטית.

²⁸ השימועים המתבצעים תחת שבועה ובסדרי דיון מוקפדים בוועדות השונות של הסנאט האמריקני אינם עולים בקנה אחד עם הנחה זו, ובכך מקשים עוד יותר על הצורך בהפרדת השומע מן הפוגע (ולכן גם מן המכריע).

האם מכאן נובע כי הגשמת זכות השימוע במלואה צריכה להיעשות על-ידי שופט? סבורני שלא. הגשמת שלושת השלבים – ועל-ידי כך מתן הגנה מלאה על זכות השימוע – אינה מצריכה גוף שמכריע לגוף הסכסוך בין הפוגע לנפגע, אלא גוף האוכף את הזכויות והחובות (להישמע ולנמק) המוטלות, בהתאמה, על כל צד להליך.

אכיפה זו, אם היא נעשית כהלכה, מגשימה את זכות השימוע במלואה מכיוון שהיא מבטיחה כי ניתנה לנפגע הזדמנות להשמיע את טענותיו ולזכות באוזן קשבת אצל הצד הפוגע, לקבל הנמקה כנה ולהביא לשקילה של כוונת הפגיעה המקורית לאור טענות הנפגע. עצם ההחלטה אם הפגיעה בזכות המהותית של הנפגע היא מוצדקת לגופה אינה חלק אינטגרלי מההגשמה של זכות השימוע. אכן, ההבחנה החשובה (והנכונה לטעמי) העומדת בבסיס התזה בדבר חשיבותה הייחודית של זכות השימוע היא זו שבין הפרת זכות יסוד לבין אופן הפרתה. זכות השימוע – ולכן ההשלכות שלה על שאלות בדבר מגבלות כוחו של המחוקק – עניינה מניעה או ריפוי של פגמים הנופלים באופן הפגיעה בזכות המהותית של הנפגע; רק בעקיפין, אם בכלל, היא עוסקת במניעה או בריפוי של הפגיעה בזכות המהותית עצמה.²⁹ לפיכך, כל שנדרש מהגוף שהראל מזהה כבית משפט הוא לנצח על ההליך השיפוטי שבלבה של זכות השימוע. כך, עליו להיות מצויד בסמכויות לחייב את הפוגע להשיב לטענותיו של הנפגע, לנמק כהלכה ולשקול מחדש את החלטתו בלב פתוח ובנפש חפצה. מכאן כלל לא נובע כי על אותו גוף "מכריע" לקבוע מי זוכה בהליך שיפוטי זה – כלומר: אם הופרה זכותו היסודית של הנפגע ואם הפרה זו מוצדקת או לא. אם כן, ההכרעה הנדרשת היא בשאלה אם אופן התנהלותו של הפוגע בענייניו של הנפגע עולה בקנה אחד עם חובת השימוע. שימוש בסמכויות שצוינו זה עתה ובכל סמכויות העזר³⁰ הנדרשות לצורך יישומן של הראשונות הוא, לפיכך, תנאי הכרחי ומספיק למימושה של זכות השימוע בשאלות חוקתיות-ערכיות.

על רקע זה ניתן לחזור לראשית החלק הזה של הרשימה ולומר כי גם אם ההליך המתחייב מטבעה של זכות השימוע הוא במהותו שיפוטי, אין הוא מגיע לכדי מעשה שיפוטי. גופים פוליטיים רבים יכולים, כעיקרון, להתנהל באמצעות אימוצם של סדרי דיון ובירור הדומים לאלה הנוהגים בהליך השיפוטי (לפחות זה המוכר מן השיטה האדברסרית), אך אין זה מצביע על כך שהם בתי משפט, במהותם לא בשם.³¹ בית

29 בהתאם, הראל מבחין כי "זכות השימוע [...] איננה תלויה [...] בשאלה אם ההחלטות שתתקבלנה בעקבות השימוע מגנות טוב יותר על זכויות האדם (או על כל ערך אחר) מההחלטות שתתקבלנה ללא שימוע." הראל, לעיל ה"ש 2, בפרק ג', ס' 2.

30 לעניין סמכויות עזר ראו ס' 17 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, ס"ח 302.

31 אפשר לחשוב על דוגמאות אף מחוץ לספרה הפוליטית. למשל, דירקטוריון של חברה עסקית המבקש לבחון את אופן קבלת החלטה של המנכ"ל לפטר את סגנו, אך לא את ההחלטה לגופה. הבחינה, כך נקבע, מחקה את סדרי הדיון הנוהגים בבית משפט אזרחי. האם תיאור זה נותן לנו טעמים טובים להאמין כי הדירקטוריון הוא למעשה בית משפט?

משפט מורכב גם מהליך שיפוטי וגם משופטים המוסמכים להכריע במחלוקות לגופן; הוא מחויב להקפיד על קיומו של הליך שיפוטי תקין, אך הוא גם מחויב להכריע בסכסוך המהותי עצמו (ככל שהכרעה זו נדרשת לפתרון הסכסוך). היעדר קשר בין המימוש של זכות הטענות לבין מחויבות אחרונה זו של בית המשפט הוא בעייתי במיוחד, משום שלב-לבן של הטענות הרפובליקניות נגד הלגיטימציה של מוסד הביקורת השיפוטית נמצא בדיוק כאן – בסמכות של בית המשפט להכריע בנושאים עקרוניים בניגוד לעמדת העם. אם כך, זכות השימוע עשויה להצדיק את הקמתו של גוף עם סמכויות להשלטת סדרי דיון ובירור הנוהגים בבתי משפט, אך בכך – וזה העיקר – אין כדי להצדיק סמכויות להעברת ביקורת שיפוטית.

בהיעדר טיעון אנליטי המראה מדוע טבעה של זכות השימוע מנביע סמכויות הכרעה בשאלת פגיעה בזכויות חוקתיות, הצדקה של סמכויות אלה נדרשת להתייחס לחוסר האפקטיביות של הליך שיפוטי, הנעדר בסופו הכרעה שיפוטית של צד שלישי, לביצוע נאות של חובת המחוקק לשקול מחדש, בלב פתוח ובנפש חפצה, את החלטתו המקורית להפר את זכותו של הנפגע. בכיוון ההפוך, זהו טיעון המבקש להצביע על היתרון שבמתן סמכויות הכרעה למוסד פוליטי אחר משל הגוף הפוגע – לא רק לעניין הגשמתה של זכות השימוע אלא לגוף הסכסוך שבין הפוגע לבין הנפגע. מסקנה זו מלמדת כי זכות השימוע אינה אוצרת, כעניין הטבוע בהמשגתה כזכות שימוע ובערכה האינטרינזי, את חומרי הבניין הדרושים כדי להקים את מוסד הביקורת השיפוטית. המעבר מפתוחה האנליטי של הזכות אל מוסד זה מצריך ייבוא של טעמים מוסדיים ואחרים, חיצוניים לזכות השימוע, שבכוחם לשכנע כי בית המשפט הוא המכשיר המוסדי הראוי להכריע במחלוקות עקרוניות בין הגוף הנבחר לבין הפרט. במילים אחרות: מעבר זה מושתת על הכרעה ערכית החשופה – כמו מרביתן של ההצדקות המכשירניות האחרות – לביקורת הלגיטימציה מבית המדרש הרפובליקני.

אפשר, כמובן, לטעון – כפי שאכן הראל טוען³² – כי הצדקת ביקורת שיפוטית על בסיס חשיבותה של זכות השימוע אינה מסמנת, ואף אינה נדרשת "לסמן", את בית המשפט דווקא כגוף בעל הסמכות להעביר ביקורת שיפוטית. זאת, משום שהצדקה זו אדישה לזהות הגוף השלטוני המבצע את הביקורת השיפוטית כל עוד אותו גוף מקיים, כמתחייב, הליך שימועי. כך גם הרשות המחוקקת, אף אם איננו נוהגים לכנותה "בית משפט", יכולה לנצח על ההליך השיפוטי המעוגן בזכות השימוע. טיעון זה נכנס ישירות אל דרך ללא מוצא, מכיוון שהוא זונח לחלוטין את הבעיה שהתאוריה בדבר זכות השימוע מבקשת לפתור – הקושי האנטי-רובני והיעדר הלגיטימציה של גוף לא נבחר לצאת נגד החלטות העם. כאשר בית הנבחרים מבצע הליך שימועי, כלל לא ברור מדוע מלכתחילה צריכה להתעורר שאלת הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית, שכן היא

32 הראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 272-273.

מתעוררת בגלל שמספר זעום של חכמי משפט מתיימרים לשפוט את רצון העם לשבט או לחסד.

ד. לשאלת הקשר בין הזכות להליך שימוע לבין ההליך הדמוקרטי

הפרק הקודם ביקש להטיל ספקות ביחס לאפשרות להצדיק ביקורת שיפוטית באמצעות פנייה לערך הטבוע בזכות השימוע. טענתי כי ככזה הערך האמור אינו מחייב ביקורת שיפוטית; כן טענתי כי הוא לא מספק הסבר מדוע יהיה זה בית משפט שיוסמך להעביר ביקורת שיפוטית. ההכרעות הפוליטיות-ערכיות שנדרשות מהצדקה של ביקורת שיפוטית על דרך של הגשמת זכות השימוע מעבירות את הדיון מן המישור האנליטי למישור הניתוח הנורמטיבי. השאלה שאבקש לשאול בהקשר זה היא אם חשיבותה של זכות השימוע מספקת לנו, כחברה, טעמים טובים לאמץ מוסד של ביקורת שיפוטית על-ידי בית המשפט. כתשובה אבקש להציע כי תאוריית זכות השימוע, כפי שהיא באה לידי ביטוי במאמרו של הראל, היא בראש ובראשונה תזה להעצמת ההליך הדמוקרטי ורק אחר כך – ורק כתוצאה מכשלים בהליך זה – תזה להצדקת ביקורת שיפוטית.

אל הניתוח הפונקציונלי של סיפורם של יואב וחנוך אפשר להוסיף ממד של זמן. במיוחד אפשר לבחון את מקומה של זכות השימוע כפי שהיא באה לביטוי בשלוש נקודות זמן: בטרם קיבל יואב את החלטתו לבטל את הפגישה עם חנוך; אחרי קבלת ההחלטה אך לפני מועד המפגש המבוטל; ואחרי המועד. בנקודת הזמן הראשונה יואב מגלה כי במועד הפגישה עם חנוך צפויה להיערך אזכרה של מכר. לפיכך הוא מכיר בכך שעליו לקבל החלטה מה עליו לעשות. שלב זה מקביל למצב שבו המחוקק פותח בהליכים לקראת חקיקת חוק העלול לפגוע בזכויות יסוד של פרטים בחברה. ככל שיואב משתף את חנוך בדילמה – לבטל את הפגישה או לוותר על האזכרה – אפשר לקיים את הליך השימוע הנגזר, כאמור, מזכות השימוע. אף אם יחליט יואב בסופו של ההליך כי עליו לבטל את הפגישה עם חנוך, הליך שימועי נאות מבטיח כי אופן הפגיעה בזכויותיו של חנוך הוא ראוי, משום שיואב מכבד את חנוך עצמו כמי שנושא בזכות (שפגישות שקבע עם אחרים לא יבוטלו). הליך השימוע יכול להתבצע גם בנקודת הזמן השנייה, כאשר יואב מודיע לחנוך על החלטתו לבטל הפגישה. הליך השימוע יבטיח כי יואב ישקול החלטתו שנית ובכבוד ראש, ככל שטענותיו של חנוך מחייבות התייחסות כאמור. כן ייתכן כי הליך השימוע יתנהל לאחר מעשה, בנקודת הזמן השלישית, כלומר: לאחר שיואב הודיע על ביטול הפגישה ולאחר שעבר מועד הפגישה שבוטלה. במצב דברים זה מובן כי השימוע שבדיעבד אינו יכול להבטיח כי אופן הפגיעה המקורית בחנוך (אם זו אכן התרחשה) יהיה ראוי, אך הוא יכול לרפא, כתחליף השני הטוב ביותר, את הפגיעה

(למשל: באמצעות התנצלות או קביעה מחודשת של פגישה, על חשבון יואב, תוך התחייבות כי זו לא תבוטל תחת שום תנאי).

על רקע זה ניתן לשאול את השאלה מהי נקודת הזמן הטובה ביותר למימוש של זכות השימוע. זוהי שאלה נורמטיבית ולא אנליטית, שכן אין היא מניחה כי הערך הטבוע בזכות השימוע מחייב נקודת זמן אחת ויחידה. עם זאת, שאלה זו מניחה כי ככל שערכה של זכות השימוע הוא מרכזי, על החברה לדאוג לכך שהליך השימוע יתבצע בנקודת הזמן המיטבית עבורו – אותה נקודה שתגשים את התכלית שבבסיס הזכות בצורה הטובה ביותר.³³ ייתכן כי שיקולים לבר-שימועיים (כגון שיקולים בדבר תחשיב הרווחה המצרפית) יטו את הכף לכיוונה של נקודת זמן אחרת, אך לצרכינו חשוב לבחון את נקודת הזמן הטובה ביותר לזכות השימוע בהיעדר שיקולים אחרים, כדי להבין את חשיבותה של זכות השימוע ללא רעשי רקע, חשובים ככל שיהיו, שאינם ייחודיים ליישומה של זכות זו בעולם המעשה.

לטעמי, נקודת הזמן המיטבית לעריכת הליך השימוע היא זו שמלכתחילה, שכן היא מבטאת בצורה העמוקה ביותר, בהשוואה לאחרות, כבוד לסטטוס של חנוך האדם בנושא הזכות המהותית (נגד ביטול פגישות). במקרה של יואב וחנוך, נראה שרכישת כבוד לחנוך כאדם נושא זכויות מגיעה לשיאה אם בטרם גיבש יואב את החלטתו הסופית ביחס לפגישה היה פונה לחנוך ושוטח בפניו את מצב הדברים ואת נטייתו לבטל את הפגישה וללכת תחתיה לאזכרה. זאת יש להשוות למצב שבו יואב, לאחר שכבר גיבש את החלטתו, מודיע לחנוך על רצונו לבטל את הפגישה אך לצד זאת משאיר לחנוך פתח לנסות ולשכנעו כי החלטתו בטעות יסודה וכי עליו לדבוק בתוכנית המקורית. החזקה במצב זה היא כי הפגישה לא תתקיים במועדה, אלא אם כן חנוך יצליח לסותרה. אופן הפגיעה בזכות נקבע חד-צדדי על-ידי יואב, גם אם נותרה לחנוך השפעה מסוימת על הצורה הסופית שהיא תקבל. לבסוף, נראה שרכישת כבוד לחנוך באמצעות הליך השימוע היא הפחותה ביותר (ביחס לשתי הקודמות) כאשר ההליך מנוהל כולו לאחר שהפגיעה בזכותו של חנוך כבר שוכללה באי-קיומה של הפגישה הלכה למעשה. זכותו של חנוך לשימוע – לטעון כנגד החלטת יואב לבטל הפגישה, לקבל הנמקה ולזכות בשקילה מחדש על-ידי יואב של ההחלטה הפוגעת – מקבלת ביטוי מוחלט ביותר בבחינה של המקרה בדיעבד. אופן הפגיעה בזכותו המהותית נותר כשהיה, כל שהליך השימוע יכול לספק במקרה הטוב הוא תרופה, תרתי משמע, הממתיקה את חוסר הכבוד שהופגן כלפיו בעצם מעשה הביטול החד-צדדי של יואב. בהזנחת שיקולים חיצוניים לערך המגולם בזכות השימוע, רצוי להימנע ככל האפשר מדחיית הליך השימוע לנקודת הזמן השלישית, לאחר מעשה.

33 ייתכן אף שאין נקודה אחת כזו ושכל מקרה של פגיעה בזכות ראוי להיות בסיס להליך שימועי בנקודת זמן אחרת. עם זאת, נראה לי כי היתכנות זו היא בשוליים. ככלל, כפי שאטען להלן, אין קושי לקבוע כי הליך השימוע צריך להתבצע לפני קבלת ההחלטה הסופית על הפגיעה בזכות מהותית.

ביקורת שיפוטית מתבצעת, ככלל, בנקודת הזמן השלישית, כלומר: לאחר שחוק שחוקק אכן פגע (לטענת העותר) בזכות יסודית. לדוגמה, תיקון משנת 1998 של חוק השיפוט הצבאי קבע כי תקופת המעצר המרבית לא תעלה על 96 שעות.³⁴ ביקורת שיפוטית על החוק "הופעלה" כנגד טענת העותר, זמן רב לאחר שכבר שוחרר ממעצר, כי זכותו לחירות נפגעה במידה העולה על הנדרש כתוצאה מיישומו של החוק לגביו בעת מעצרו.³⁵ במצבים אחרים, שגרתיים פחות, עצם החקיקה של החוק היא פגיעה בזכות מהותית המאפשרת לבית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על החוק האמור.³⁶ זהו מצב בו נקודת הזמן השנייה והשלישית מתמזגות יחדיו, למשל, לחקיקה בעלת תחולה רטרואקטיבית.³⁷

לעומת זאת, ביקורת שיפוטית אינה חלה בנקודת הזמן הראשונה, אלא אם כן הכוונה היא להליך מיוחד שבו המחוקק מבקש להתייעץ עם בית המשפט באשר לפוטנציאל חוקתיותו של החוק העתידי. הסכסוך המשפטי, שהוא תנאי הכרחי לבקשת סעד מבית המשפט (בסוגיה חוקתית כמו גם בכל סוגיה אחרת), לא בא לעולם בשלב זה.³⁸ על כן, ככל שהערך האינטרינזי הגלום בזכות השימוע מוגשם בצורה הטובה ביותר באמצעות הליך שימוע מלכתחילה, מוסד הביקורת השיפוטית מבטא בחירה מוסדית נחותה, באשר הוא מאפשר רק שימוע בדיעבד.

אם כן, הגשמתה של זכות השימוע מבכרת הליך מלכתחילה, שאינו מתיישב עם האופן שבו אנחנו מכירים את מוסד הביקורת השיפוטית על-ידי בית משפט. כפי שהסברתי לעיל, פנייה להליך שימוע בדיעבד אינה פסולה; עם זאת, באימוץ מסלול זה חשוב יהיה לקבל מהמצדדים הסבר מדוע נדחק הצדה המסלול של שימוע מלכתחילה. יש לזכור כי הסבר זה אינו טמון בטבעה של זכות השימוע (אם בכלל, ההליך שמלכתחילה הולם יותר את טבעה של הזכות) אלא בשיקולים חיצוניים לה. לפני שאסיים אפנה לבחון הסבר כזה, המציג לטעמי את זכות השימוע באור הטוב ביותר – כמכשיר (אולי אף מכשיר אפקטיבי) בשירות הדמוקרטיה.

34 חוק השיפוט הצבאי (תיקון מס' 32) (תיקון), התשנ"ח-1998, ס"ח 278.

35 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נגד (5) 241 (1999).

36 זאת יש להבדיל מהליך של עתירה לבית משפט נגד חוקתיות חוק, במנותק ממקרה פרטני שבו נטענת פגיעה בזכות של מאן דהוא. הליך כזה מוכר, למשל, בגרמניה, שם מוכרת זכות עמידה להגיש עתירה כאמור לחברי רשויות מחוקקות ולממשל, אך לא לאזרחים. ראו DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY §§ 13-14 (2nd ed. 1997).

37 לדוגמה, חקיקה ששוללת למפרע הטבה שניתנה לפרט בחוק קודם. ראו בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט (4) 241 (2004).

38 היותו של סכסוך משפטי תנאי הכרחי לבקשת סעד מבית משפט מקבל ביטוי פורמלי, בין היתר, בסעיף "case or controversy" המפורסם של החוקה האמריקנית. ראו U.S. CONST. art. III, § 2.

כפי שאציע כעת, הליך השימוע הוא בעצם המשגה אחרת של הליך המוכר לנו היטב מחיי היום-יום – הדמוקרטיה. על כן, ההצעה להבנות את מוסד הביקורת השיפוטית סביב הליך השימוע היא למעשה הבניה מחודשת של ההליך הדמוקרטי באמצעות הוספת הליך (דמוקרטי) נוסף בצד זה המסורתי. כך, אני סבור, מתחזקת לאין שיעור הביקורת הרפובליקנית על הלגיטימציה של מוסד הביקורת השיפוטית כמעין מסלול עוקף-דמוקרטיה (מסורתית) – אלא אם אפשר להראות, וכך אני סבור, כי ההליך הדמוקרטי אינו יכול לשאת לבדו בנטל של הגשמת זכות השימוע.

מהם אותם שיקולים ששקלולם תומך, על אף היתרון העקרוני לטובת הליך שמלכתחילה, בהסתת השימוע אל השלב שבדיעבד? אפשר לטעון שהחשוב ביותר נוגע ליכולתו של המחוקק לבצע הליך שימוע. זאת, משום שהליכי קבלת ההחלטות שלו שונים בתכלית מהליך שימועי שבו מתקיים דיון פתוח ומעמיק בין הצד העלול להיפגע מהחלטתו של המחוקק לפתוח בהליכי חקיקת חוק פוגע לבין המחוקק. במילים אחרות, המחוקק אינו מסוגל לבצע את תפקיד השומע (ולא כל שכן המכריע) כנדרש מכיוון שצורת עבודתו זרה להליך השימוע במובנו הרגיל.³⁹

האם קביעה זו היא בבחינת סוף פסוק לזכות השימוע שמלכתחילה? סבורני שתהיה זו ראייה צרה מדי של ההליך הדמוקרטי שאינו אלא הליך שימוע writ large. בעוד הראל מתבסס על זכות השימוע לפיתוח תאוריה של מוסד הביקורת השיפוטית, טענתי היא כי זכות זו יכולה לבסס תאוריה מוצלחת של הדמוקרטיה עצמה.⁴⁰ בעוד שבעולם האתיקה הבין-אישית (של יואב וחנוך, למשל) הליך השימוע חל באמצעות אינטראקציה אחד-על-אחד, בעולם המוסר הפוליטי המורכב לאין שיעור של חברת ההמונים ההליך לובש צורה של דמוקרטיה. אכן, ניתן להסביר את ההיבטים המרכזיים בפרקטיקה הדמוקרטית במונחי זכות שימוע writ large.

ראשית, דמוקרטיה ייצוגית מסמיכה את נבחר העם להשמיע את טענות בוחריהם לפני הרוב המבקש לפגוע בהם באמצעות חקיקה.⁴¹ הדברים מתחדדים כששיטת הבחירות הנוהגת, כמו בישראל ובגרמניה, היא פרופורציונלית כך שמרבית קבוצות

39 אינני סבור שזו הבחנה נכונה והכרחית בכל הקשור לאופי העבודה של המחוקק, אך לצורך הדיון אניח כי המחוקק אכן אינו פועל באמצעות ההליך השימועי המוצע לגישתו של הראל.

40 הסבר מעמיק לטענה זו חורג מגבולות רשימתי הנוכחית ולמעט כמה הבחנות שאציע להלן, ייאלץ לחכות לפיתוח עתידי מצדי.

41 מובן כי פיתוחה של הגישה המוצעת מחייבת התייחסות נרחבת לשאלת טבעו של הייצוג. שאלה יסודית היא אם המייצג הוא הפה של בוחריו או שמא, כך נראה לי, הוא קרוב יותר לתפיסתו של ברק (Edmund Burke), הרואה בבחירת הנציג הסמכה ללכת אחר מצפוננו באשר לאופן הייצוג הטוב ביותר של הבוחר ושל הציבור בכללותו. ראו Edmund Burke, *Speech on Fox's India Bill* (Dec. 1, 1783), in 5 THE WRITINGS AND SPEECHES OF EDMUND BURKE: INDIA: MADRAS AND BENGAL, 1774-1785, 378 (Paul Langford et al. eds., 1981).

האוכלוסייה יכולות לשלוח את נציגיהן לבית המחוקקים כדי שיגנו על אינטרסיהן באמצעות העלאת טענות כנגד ניסיונות פגיעה בחבריהן.⁴² שנית, למיטב ידיעתי אין פרלמנט דמוקרטי שמוציא מעשי חקיקה שאינם עוברים שקלא וטריא שבמסגרתם נדרשים תומכי החוק לנמק – ובכך להגן – על כוונתם לפגוע בחלקים מן הציבור. ההנמקה מופנית הן כלפי יתר חברי הפרלמנט, שחלקם כאמור הם נציגי הציבור העתיד להיפגע, והן כלפי הציבור כולו (ובתוכו הנפגעים הפוטנציאליים) כמי שמסמך את המחוקק לפעול בשמו. שלישית, הליכי חקיקת החוק – על הקריאות השונות ועל הוועדות הפרלמנטריות הדנות בחקיקה המוצעת, לא פעם אגב זימון נציגים מציבור הנפגעים הפוטנציאליים – עשויים להבטיח כי המחוקק ייתן דעתו לטענות הנגד הרלוונטיות וישוב וישקול את נחיצות הפגיעה של החקיקה המבוקשת אל מול דעת הקהל בתוך ומחוץ לפרלמנט, כל זאת בשלב שמלכתחילה. לבסוף, ברמה הגבוהה ביותר של הפשטה, תיאור הדמוקרטיה כהליך שימוע מיטיב לתת פשר מדויק וכן לניסיון החיים הדמוקרטי של כולנו. על-פי רוב, תאוריות רפובליקניות קלאסיות של דמוקרטיה מדגישות את ההשתתפות וסיעור המוחות שבבסיסה ובכך הן נוטות לאידאליזציה מופרזת של המציאות הדמוקרטית;⁴³ כלומר: להתעלמות מהיותה של הדמוקרטיה ביטוי להליך לא-מושלם במהותו, המאופיין בתן-וקח אסטרטגי, בעמדות אנטי-ליברליות, בוויכוחים מרים על שאלות של צדק ולא רק על אופן יישומו, בצווארי בקבוק (כגון

42 שיטת הבחירות first-past-the-post המוכרת באנגליה ובארצות-הברית אינה מונעת את האפשרות שהנבחרים יבקשו להגן על חלקים מבין בוחריהם העומדים לפני סכנת פגיעה בידי הרוב. בגלל שיטת בחירות כזו אינה מאפשרת למנהיגי קהילות מיעוט לשלוח כמות של נציגים ביחס לחלקם באוכלוסייה, בעיקר כשאזור הבחירה שולח נציג אחד בלבד (single-member district), היא עלולה להתברר כאפקטיבית פחות בהגנה על זכויות המיעוט בהשוואה לשיטת בחירות פרופורציונליות.

43 דוגמה מוכרת מההווה לתאוריה עם יומרות רפובליקניות היא JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTION TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (William Rehg trans. 1996). הברמאס פיתח תאוריה של דמוקרטיה השתתפותית על אתיקת שיח אידאלי ונכזו בהכרח היפותטית. אין זה המקום להרחיב בנושא, אך ספק רב בעיניי כיצד ניתן לבסס דמוקרטיה השתתפותית על שיח היפותטי. במרכזו של דמוקרטיה-מבוססת-שיח זו עומדת, לשיטת הברמאס, פרוצדורת ההחלטה הדורשת כי "Just those action norms are valid to which all possibly affected persons could agree as participants in rational discourses" (שם, בעמ' 107). השתתפות דמוקרטית ממשית, מיותר לציין, אינה עומדת – וליתר דיוק: אינה יכולה לעמוד – בדרישה זו. הדרך היחידה למלא את דרישה זו היא באמצעות הכפפת ההליך הדמוקרטי למגבלות ליברליות נוקשות ביותר, שמטרתן לבצע קירוב לתוצאות שהיו מתקבלות אילו היינו משתתפים כולנו בשיח אידאלי, מה שהברמאס כינה בעבר ideal speech situation. ראו JÜRGEN HABERMAS, 1 THE THEORY OF COMMUNICATIVE ACTION 25 (Thomas McCarthy trans. 1984). מגבלות אלה, כמובן, אף הן "מונחתות" על האזרחים ואינן תוצר של השתתפות בשיח ההברמאסיאני – שהוא, כזכור, היפותטי לעילא ולעילא.

מפלגות שהן בבחינת לשון מאזניים או ועדות של בית הנבחרים בעלות השפעה דרמטית על הליכי חקיקת חוקים), ובקיצור – בפוליטיקה (במובן הצר של המילה).⁴⁴ זכות השימוע כתאוריה של דמוקרטיה, להבדיל מתאוריות רפובליקניות קלאסיות, אינה מעלימה עין ממציאות זו. היא מתייחסת מפורשות להליך דמוקרטי לא אידאלי ככזה שבמסגרתו המשתתפים מבקשים להפעיל את כוחם הפוליטי, שלעתים אינו מוקצה באופן שוויוני, כדי להשפיע על תוצאותיו. זכות השימוע מבנה לתוך הפוליטיקה הדמוקרטית, במובנה הצר והרחב, מחויבות בסיסית לכבד את נקודת המבט של המשתתפים בהליך זה, מחויבות שמקבלת ביטויים מוחשיים. ביטויים כאלה הם, למשל, הבחירות ומסע הבחירות, הצורך של נבחרי הציבור לזכות בתמיכת חבריהם כדי לחקוק, האינטראקציה הבלתי-פוסקת בין המפלגות השונות (למשל להרכבה ולשימור של הקואליציה), הדיון בוועדות הפועלות בבית הנבחרים, הפנייה המתמדת אל דעת הקהל ועוד. בכך, חשוב להבהיר, הגישה התאורטית המוצעת על-ידי אינה קורסת לתוך הדמוקרטיה השומפטריאנית שבה אין ממש מלבד כוחו של העם להחליף אליטה שלטונית אחת בשנייה פעם בכמה שנים באמצעות בחירות.⁴⁵ נהפוך הוא: היא מוצאת גם בפוליטיקה הדמוקרטית הממשית את אותם בסיסי כיבוד והכרה בנקודת המבט של האחר, ובצורה כזו חושפת את הערך העצמאי שיש בקבלת החלטות קולקטיביות על דרך של הליך דמוקרטי.

מרכיב חשוב נוסף בגיבושה של תאוריה של דמוקרטיה באמצעות מודל של זכות שימוע writ large הוא ההבחנה שהיא עושה בין צורה (form) לפונקציה. פונקציות רבות מיוחסות לדמוקרטיה. יש, למשל, הרואים בה כלי חשוב להשגת תוצאות נכונות;⁴⁶ אחרים רואים בה יישום של עקרון השוויון הבסיסי בין בני-אדם לספרה הפוליטית;⁴⁷

44 בעוד הדמוקרטיה נותנת ביטוי להליכים לא מושלמים של קבלת החלטות קולקטיביות, עמדות ליברליות (שאינן רואות בדמוקרטיה ערך כשלעצמו) חוגגות הליכים חפים מאי-שלמות. דוגמה בולטת היא תאוריית הצדק כהגיונות של רולס, שבבסיסה פרוצדורה טהורה (pure procedural justice) שבהכרח מובילה אותנו לגזירת עקרונות הצדק הראויים, הלא היא הנקודה ההתחלתית מאחורי מסך הבערות. לדיון בפרוצדורה טהורה ובסוג נוסף – פרוצדורה מושלמת (perfect procedure) – ראו RAWLS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 85-88. אין זה מפתיע אפוא שליברלים דוגמת רולס סוברים כי "[W]e submit our conduct to democratic authority only to the extent necessary to 'share equitably in the inevitable imperfections of a constitutional system' (שם, בעמ' 355). גישה זו אינה ייחודית, כאמור, לרולס. ראו, למשל, עמדה דומה אצל דבורקין: RONALD DWORKIN, SOVEREIGN VIRTUE: THE THEORY AND PRACTICE OF EQUALITY 186, 204 (2000).

45 JOSEPH A. SCHUMPETER, CAPITALISM, SOCIALISM, AND DEMOCRACY 269-283 (3rd ed. 1950).

46 גרסאות שונות של תימה זו מופיעות, בין היתר, אצל ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON (2009), לעיל ה"ש 16.

47 DWORKIN, לעיל ה"ש 44, בעמ' 184.

ויש הרואים בה את הרע ההכרחי שמאזן בין הצורך במשילות לבין הרצון לשמור על שוויון וחירות של האזרח.⁴⁸ תהא הפונקציה שהדמוקרטיה משרתת אשר תהא, הדגש בתאוריה המוצעת הוא על הצורה הייחודית של ההליך הדמוקרטי. הטענה היא שההליך עצמו – במובחן מתוצריו – מבטא הכרה וכיבוד הדדיים (mutual respect and recognition). כך, כפי שביחסים הבין-אישיים הליך השימוע יוצר קהילה מכבדת בין נקודות המבט של הצדדים המעורבים, ההליך הדמוקרטי מייסד קהילה של אזרחים שמכירים, כל אחד, בנקודת המבט של האחר לצורך גיבוש עמדה ציבורית וקבלת החלטה קולקטיבית.⁴⁹

כפי שטענתי במקום אחר,⁵⁰ על אף העובדה שמושג הדמוקרטיה טרם זכה לפיתוח התאורטי המעמיק שהוא זקוק לו כדי לעמוד על רגליו-שלו, ניסיונות בולטים בכיוון זה, מאז ימיו של רוסו ועד היום, תומכים בתפיסה שלפיה ההליך הדמוקרטי הוא מסגרת משותפת הרוותמת את המשתתפים בהליך לתוצאתו החקיקתית אף במצב שבו עמדתם לא התקבלה בסופו של הליך.⁵¹ במילותיו של רוברט פוסט, ההשתתפות בהליך הדמוקרטי הופכת כל אחד ממשתתפיו (הבוחר והנבחר כאחד) ליוצר במשותף (co-author) של

48 ידועה בהקשר זה אמרתו של וינסטון צ'רציל שלפיה "[D]emocracy is the worst form of government except all those other forms that have been tried from time to time" Winston S. Churchill, *Speech at the House of Commons* (Nov. 11, 1947), in 7 WINSTON S. CHURCHILL: HIS COMPLETE SPEECHES, 1897-1963, 7566 (Robert James ed., 1974).

49 התעקשותי על נקודת המבט צריכה להיקרא על רקע דרך אחרת שבה בני אדם יכולים לכבד את זולתם – כיבוד האינטרס או הטוב של הזולת. לצורך המחשה ניתן לחשוב על מושא הכבוד שמנחה הורים ביחסם אל ילדיהם – רצונם או טובתם. צורת הכיבוד האחרונה (טובת הילד) היא בהכרח כזו הדורשת מהמכבד לקבוע – לבצע שיפוט ערכי – איזה מהאינטרסים של הילד גובר (נניח, להכין שיעורים או ללכת לשחק עם חברים בגינה). לעומת זאת, כיבוד נקודת המבט של האחר דורשת מן המכבד להכיר בכוונות (intentions) ובשיפוט של הזולת ככאלה.

50 Avihay Dorfman, *Freedom of Religion*, 21 CAN. J.L. & JURIS. 279, 293-303 (2008).

51 רוסו כשל בביסוס טענתו בדבר יכולתו של ההליך הדמוקרטי ליצור את הרצון הכללי, בין היתר משום שהוא סבר כי משתתפי ההליך יכירו בלגיטימציה של החלטות העם מפני שהם יקבלו החלטות אלה לגופן. לטענתו, במצב שבו הרצון הפרטי שלי סותר את הרצון הכללי, "I would have done something other than what I wanted. It is then that I would not have been free" JEAN-JACQUES ROUSSEAU, ON THE SOCIAL CONTRACT 111 (Roger D. Masters ed., Judith R. Masters trans., St. Martin's Press. 1978). הנס קלזן ציין, בצדק לטעמי, כי ההכרה הנדרשת אינה צריכה להגיע כדי הסכמה לתוכן החלטות העם. בתנאים מסוימים, עצם ההשתתפות בהליך עשויה להספיק ליצירתה של תחושת 'בעלות' על תוצרי ההליך הדמוקרטי. ראו HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE §§ 285-288 (Anders Wedberg trans. 1945). לשאלת היותה של הדמוקרטיה מסגרת משותפת הרוותמת את משתתפיה לתוצאות ההליך באמצעות אופי ההשתתפות הנדרשת, ראו WALDRON, THE LAW לעיל ה"ש 13, בעמ' 102.

החוק, גם כשתוכני היצירה המשותפת אינם מקובלים על כולם.⁵² ככזה, ההליך הדמוקרטי מבטא את הלגיטימציה של תוצאותיו במנותק מטיבן, כלומר: גם כשאין תמיד צודקות (לפחות לטעמם של חלק מן המשתתפים). בתרגום לשפה של זכות השימוע, ההליך הדמוקרטי מבטא זירת תחרות פוליטית (הכוללת כמובן גם תחרות על כוח פוליטי). כללי המשחק שלו מבקשים להבטיח, מנקודת מבט שמלכתחילה, כי האופן ההשתתפותי שבו התחרות מתנהלת (ולכן גם האופן שבו נפגעות זכויות מהותיות כפועל יוצא של התחרות) יבטא כבוד לנקודת המבט שכל אחד משתתפיה – כבוד השמור למי שהוא בבחינת יוצר במשותף של החוק.

כפי שכבר ציינתי, תפיסה זו של דמוקרטיה ממתנה לפיתוח תאורטי מעמיק ולכן אינה יכולה, במצבה הנוכחי, לשאת במלוא נטל השכנוע. עם זאת, אין זה בלתי-סביר לקבל את הדגש שהיא מעניקה לחשיבות ההשתתפות מלכתחילה של כל אורח (כבוחר, כנבחר, כמשתתף בשיח הציבורי, כמחנך ועוד) ולקרבה הרעיונית של ההשתתפות הדמוקרטית, כהליך שימוע writ large, אל זכות השימוע במובנה הצר יותר, כפי שהיא באה לידי ביטוי ביחסים שבין גוף מסוים אחד (הפוגע) לבין גוף מסוים אחר (הנפגע). אם אכן הממד ההשתתפותי של הדמוקרטיה מבטא את חשיבות האופן ההליכי של קבלת ההחלטות הפוגעות, להבדיל מהיותה אך ורק טכנולוגיה לאגרגציה שוויונית של העדפות הפרטים, כי אז חשיבותו של הליך שימוע שבדיעבד באמצעות ביקורת שיפוטית על-ידי בית משפט מוגבלת למצבים שבהם הדמוקרטיה כושלת ביישום הפוטנציאל שלה כמסגרת פעולה משותפת המכבדת את חברי החברה באמצעות השתתפותם בהליכי קבלת החלטות קולקטיביות. אם לא כן, הליך שימוע שבדיעבד באמצעות בית המשפט הוא ניסיון ליצור מעין "משחק חוזר", תוך עקיפה של כללי המשחק הדמוקרטיים (כגון "קול אחד לכל אחד") שאינם הכרחיים או רלוונטיים לצורך קבלת הכרעה סופית של בית המשפט. לפיכך, נראה שחשיבותו של הליך שימוע שבדיעבד באמצעות בית משפט – או באמצעות כל גוף פוליטי אחר הפועל מהותית כפי שפועל בית משפט – מצויה רק במקום שבו ההליך הדמוקרטי אינו מקיים את הבטחתו לכבד את זכותם של כל הנוגעים בדבר להשמיע (בעצמם או באמצעות נבחריהם) ובכך להשפיע על אופן קבלת ההחלטה הסופית; בקצרה: להיות היוצרים במשותף של החוק. למשל, כשיש מגבלות חוקתיות על יכולת ההשתתפות שלהם בהליך הדמוקרטי⁵³ או כשקבוצת הרוב מנצלת את כוחה כדי לשלול זכויות בסיסיות אחרות (כגון חופש הביטוי או זכות לחינוך) ההכרחיות לקיומו של הליך דמוקרטי ראוי. אציין כי מגישתי לא בהכרח נובע איפוק שיפוטי המזוהה בדרך כלל עם עמדות רפובליקניות, שכן היא דורשת מהליך השימוע שבדיעבד להתערב בהליך

⁵² Robert Post, *Democracy and Equality*, 1 L. CULTURE & HUM. 142, 145 (2005).

⁵³ דוגמה לכך בהקשר הישראלי היא הגבלת הזכות להיבחר למי שקורא במצעו לשלילת האופי היהודי של מדינת ישראל. לסוגיה זו ראו אביחי דורפמן "התיאוריה של כלל השינוי החוקתי: מדוע אופן תיקון החוקה משליך על אופי המשטר?" משפט וממשל י 429, 441-444 (2007).

שימוע שמלכתחילה (כלומר: ההליך הדמוקרטי) ככל שהוא אינו מתנהל כהלכה באופן הדרוש כדי לרתום את המשתתפים לתוצאותיו. זאת, גם מבלי שהופרו זכויות יסוד מהותיות. דוגמה לכך מהעת האחרונה היא פרשת חוק ההסדרים – אליטה שלטונית שמורידה מסדר היום את עצם האפשרות לקיים דליברציה בנושאים הרלוונטיים טרם קבלת החלטה.⁵⁴

כך, הזיקה הרעיונית בין ההליך הדמוקרטי לבין זכות השימוע שבדיעבד (באמצעות בית משפט) מקבלת תפנית רפובליקנית חדה (שבמבט שטחי אינה רחוקה מעמדותיו של אילי לשאלת הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית, אם כי כלל אינה זהה לה).⁵⁵ ביקורת שיפוטית, ככל שהיא מבוססת על חשיבות ההכרה בזכות השימוע, אינה יכולה להיות אדישה להליך הדמוקרטי ולצורה שבה הוא מגשים את הערך שבבסיס הזכות. נהפוך הוא: ביקורת שיפוטית כהליך שימוע היא למעשה אמצעי שבדיעבד לתקן כשלי השתתפות מלכתחילה בהליך הדמוקרטי. בכך הביקורת הרפובליקנית בדבר הקושי האנטי-רובני נהדפת לאחור. פרשנות זו של זכות השימוע כעניין אינטגרלי לצורת שלטון דמוקרטי מסבירה היטב מדוע חברות דמוקרטיות רבות מקיימות הליכי שימוע בדיעבד (חלקן באמצעות בתי משפט, חלקן באמצעים אחרים) אף על פי ששימוע מלכתחילה הוא כעיקרון הדרך המיידית ביותר להגשים את ערכה של זכות השימוע. ההסבר, כאמור, הוא שחברה דמוקרטית שיש בה מוסד של ביקורת שיפוטית מכירה בחלוקת עבודה בין ההליך הדמוקרטי, כהליך שימוע writ large, לבין ההליך שבדיעבד המתבצע על-ידי בית

54 ראו בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004). איני טוען, כמובן, כי בית המשפט העליון טעה בכך שלא פסל את חוק ההסדרים בשל הפגמים הקשים שמצא בהליך חקיקתו. הטענה היא שפגמים בחקיקה, גם כשאינם מסכנים ישירות זכויות יסוד, הם מועמדים ראויים לביקורת שיפוטית לא פחות מפגיעה בזכויות יסוד. JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980) 55 הצדקה זו זכתה בעדנה מחודשת בפסיקתו (בדעת היחיד) של השופט גרוניס בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.5.2006). הגישה המוצעת כאן, להבדיל מגישתו של אילי, אינה מתמקדת באפשרות להשתתף בהליך ולקבל ייצוג פרלמנטרי הולם אלא בשאלה אם ההליך הדמוקרטי רותם את האזרח לתוצאותיו. פגיעה בזכות השימוע שמלכתחילה יכולה להתרחש לא רק בשל ייצוג לא הולם (של קבוצות מיעוט) אלא גם כשההליך אינו מאפשר לאזרחים (בעצמם ודרך נבחריהם) ליצור את יחסי הגומלין של כיבוד והכרה הדדיים. כך, למשל, דמוקרטיה שקבלת ההחלטות בה מתבצעת אך ורק על-ידי משאל-עם תכופים בכל סוגיה וסוגיה אינה כושלת בייצוג הולם ובמתן הזדמנות "להשתתפות". לשיטתי, זו אינה דמוקרטיה מכיוון שהליכי קבלת ההחלטות בה אינם פוליטיים, שכן הם נעדרים את הצורך לבוא במגע עם אזרחים ולהתייחס אל נקודת המבט של אזרחים ושל נבחרים אחרים. מובן שזוהי דוגמה היפותטית, אך כוחה בכך שהיא מראה שהצורה של ההליך הדמוקרטי אינה ריקה מתוכן או דלה באינטראקציה פוליטית. לפיתוחה של נקודה זו ראו Robert Post, *Equality and Autonomy in First Amendment Jurisprudence*, 95 DORFMAN; MICH. L. REV. 1517, 1523-1524 (1997) בעמ' 293-296.

משפט. חלוקה זו אינה מתקיימת בין שווים; היא היררכית: ההצדקה של ההליך האחרון קשורה בטבורה להליך הראשון באשר הלגיטימציה שלו כהליך משפטי מבוססת על כשלי ההליך הדמוקרטי. במילים אחרות, לא רק שערכו של הליך שימוע באמצעות ביקורת שיפוטית אינו עצמאי (freestanding), אלא שאפשר שמקור תוקפו הדמוקרטי נעוץ במידת האפקטיביות של הליך זה בתיקון כשלים שנפלו בהליך הדמוקרטי.

ה. סיכום

האנלוגיה לסיפורם של יואב וחנוך מציגה בפנינו בצורה חדה ובהירה את חשיבותה של זכות השימוע ביחסים הבין-אישיים. ביקשתי להראות כי המעבר ממנה למישור הפוליטי של יחסים בין מוסדות השלטון ושל קבלת החלטות קולקטיבית אינו מיידי באשר הוא אינו מתמצה בניתוח אנליטי של הדרכים למימושה של הזכות האמורה. מעבר זה בהכרח רצוף בהכרעות אידאולוגיות (בדבר המוסד הראוי לקיומה של ביקורת על חקיקת הפרלמנט) שאינן יכולות לחמוק מעימות ישיר עם קשיי הלגיטימציה של מוסד הביקורת השיפוטית בחברה דמוקרטית. הכרעות אלה, טענתי, מושפעות (בין היתר) משיקולים מכשירניים הנוגעים למידת האפקטיביות – אך לא בהכרח למידת הלגיטימציה הדמוקרטית – של גיוס בתי משפט לצורך הגשמתה של זכות השימוע. בצד זאת, אחת מאותן הכרעות נוגעת ללב המחלוקת סביב מוסד הביקורת השיפוטית ועוסקת בשאלת מקומה הראוי של ביקורת שיפוטית ביחס לדמוקרטיה. אין זה הכרח, כך הצעתי, לראות את הליך השימוע כעניין זר להליך הדמוקרטי, שכן האחרון הוא (בין היתר) הביטוי הפוליטי של הראשון. בכך ביקשתי להראות כי יש דרכים שונות להמשיג את מושג זכות השימוע.⁵⁶ ההמשגה שהראל מציע היא כמובן אפשרית; עם זאת – ובניגוד למה שניתן להבין ממאמרו – אין היא נובעת כעניין הכרחי ממושג זכות השימוע. במילים אחרות, הוויכוח על ההמשגה הראויה הוא נורמטיבי ומכשירני לעילא ולעילא. השאלה היחידה שמונחת על הכף היא עד כמה ההמשגה – כל המשגה – מתמודדת בהצלחה עם בעיית הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית. על רקע זה, ההמשגה הדמוקרטית של זכות השימוע, כפי שפיתחתי אותה פיתוח ראשוני ביותר ברשימה זו, נראית לי מציגה את תאוריית זכות השימוע באור החזק ביותר, שכן היא מוסיפה בסיס דמוקרטי חשוב למוסריותו הפוליטית של מוסד הביקורת השיפוטית. מכאן ביכולתה להתמודד בהצלחה לפחות עם חלקן של הביקורות הרפובליקניות כנגד מוסד זה.

56 על ההבחנה החשובה בין מושג (concept) לבין המשגותיו (conceptions), שהן בבחינת תאוריות של המושג, ראו RAWLS, לעיל ה"ש 1, בעמ' 5-6.