

”משנגמרה יצירתה ויצאה לרשות הרבים, כל אדם מוצא בה מה שהוא עצמו מניח בה”

מאת

מנחם מאוטנר*

כלל גדול הוא: כל צורת חיים בשעת יצירתה, כלומר, כשהיא עדיין ”במחובר” – היא עצמה משמשת **תוכן** לרוח יוצרה; משנגמרה יצירתה ויצאה לרשות הרבים, כלומר, ”משנתלשה” – מיד היא יורדת לתורת **כלי** ושוב אין לה משלה כלום, אלא כל אדם מוצא בה מה שהוא עצמו מניח וחוזר ומניח בה כל רגע שהוא ממשמש בה.¹

א. מבוא

מן המפורסמות הוא שרון חריס הוא מלומד רב-ידע, עמוק חשיבה (thoughtful) ותמיד מאתגר. אני אסיר תודה לו על שעסק בדברים שכתבתי (גם אם במאמרו הנוכחי העיסוק הוא עקיף, היינו חריס דן בדבריי כפי שהם משתקפים בשיח הפוליטי הימני).²

הערה על האתיקה של האקדמיה

הציטטות שחריס מביא מאנשי ימין שהשתמשו בדברים שכתבתי כדי לבקר את בית המשפט העליון מעוררות שאלה באשר לאתיקה של אנשי האוניברסיטה.

כאשר ברגע מסוים התחלתי לבקר את בית המשפט היה ברור לי שאנשי ימין עשויים לנכס את דבריי כדי לקדם את סדר היום שלהם. אבל אני מודה שהדבר לא העסיק את מחשבותיי יותר מדי. מאז שהגעתי לאוניברסיטה היה לי ברור שהערך העליון שצריך להנחות את אנשיה הוא השגת דעת לשמה העומדת באמות מידה של אמת, ושתרומה חשובה של האוניברסיטה היא הצעת פרשנויות למציאות שנוצרות במסגרת פרדיגמות אקדמיות – פרשנויות שהן שונות ממה שמופץ על ידי פוליטיקאים, מנגנוני מדינה ותאגידים (ולאחרונה גם על ידי אלו הפעילים ברשתות החברתיות). יתר

* פרופסור מן המניין אמריטוס, מופקד הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע”ש דניאל רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.

1 **כל כתבי ח”ג ביאליק** רו, ריא (תשט”ו). ההדגשות במקור.

2 רון חריס ”העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט” **עיוני משפט** מד, 1 (2021).

על כן, תמיד תפסתי את האוניברסיטה כמוסד העומד באופוזיציה למדינה, כמי שצריכה לחשוך במה שמנגנוני המדינה מפיצים, וכמי שצריכה להציע חלופות למה שמנגנוני המדינה מפיצים, ותמיד תפסתי גם את בית המשפט העליון כחלק ממנגנוני המדינה לעניין זה. כבר ב-1994 כתבתי ש"בתי המשפט מהווים חלק ממנגנון המדינה", ולפיכך האוניברסיטה צריכה להתייחס אליהם, ולבית המשפט העליון בפרט, "כפי שהיא מתייחסת לכל רשות אחרת של המדינה: מתוך ריחוק, חשדנות וניסיון לשמור על מחשבה אוטונומית".³ ברבות השנים התאפשר לי לחשוב באופן עמוק יותר על התפקיד של האוניברסיטה,⁴ והצלחתי לבסס לעצמי באופן תאורטי את ההבנה המוקדמת שלי שהערך העליון שצריך להנחות את פעולתה הוא החתירה להשגת דעת לשמה העומדת באמות המידה של אמת. בשנים האחרונות, לנוכח מה שקורה בפוליטיקה בישראל ובמקומות אחרים בעולם; לנוכח הניסיונות של אנשי עסקים להשתלט על גופי עיתונות ותקשורת לשם קידום האינטרסים העסקיים שלהם; ולנוכח התפוצה הנרחבת של חוסר אמת ברשתות החברתיות – ההבנה הזו שלי התחזקה עוד יותר. בשנים האחרונות מצב האמת בחיינו הוא כל כך רע, עד כי חשוב במיוחד שישמע הקול העצמאי ונטול הפניות של האוניברסיטה לשם פרשנות והבנה של המציאות.

הבנתי גם שהדעת המופקת באוניברסיטה היא בעלת האיכויות הגבוהות ביותר מבין כל סוגי הדעת העומדים לרשותם של בני האדם, מבחינת האמת הגלומה בה, משום שהאקדמיה מפעילה פרוצדורות מחקר ייחודיות ודרכי הנמקה ייחודיות שאינן מופעלות על ידינו באף תחום אחר של חיינו.

החתירה לאמת התחזקה אצלי גם ככל שנחשפתי לדוקטרינת חופש הביטוי. תמיד השתדלתי לזכור את האמירה החכמה, העמוקה והאמיצה מהבחינה האינטלקטואלית של ג'ון סטיוארט מיל על האמת הנמצאת תמיד בשני מקומות:

העקרונות המתנגדים זה לזה, תחת להיות האחד מהם נכון והשני מוטעה, מחלקים את האמת ביניהם, באופן שיש צורך בדעה הכופרת כדי לספק את עודף האמת, שרק חלק ממנה מתגשם בעקרון המקובל.

...

ומאחר שהדעות הרווחות, אף כשהן מיוסדות באמת, אינן נכונות אלא למחצה ולשליש ולרביע, מחויבים אנו להוקיר כל דעה שבה מתגשם במדת-מה אותו חלק מן האמת שחסר בדעה השכיחה... מי שיודע

³ מנחם מאוטנר "הפקולטה למשפטים: בין האוניברסיטה, לשכת עורכי הדין ובתי המשפט" על החינוך המשפטי 11, 44 (2002).

⁴ מאוטנר, שם; מנחם מאוטנר "דעת, 'בילדונג' (עיצוב עצמי), ידע: על האידיאלים של האוניברסיטה" התפקיד הציבורי של האקדמיה (איל חוברס, לין חלוזין-דוברת ויוסף שוורץ עורכים, צפוי להתפרסם ב-2021).

לדון על חזיונות החיים בדעה צלולה לא יראה את עצמו מחויב להתמרמר על אנשים המכריחים אותנו לשים לב לאמיתות שאלמלא כן היינו מעלימים עין מהן... אדרבה: אדם כזה יחשוב שכל זמן שהאמת החביבה על הרבים אינה אלא חד-צדדית, רצוי ביחוד שיהיו בעלים חד-צדדיים גם לאמת שאינה חביבה על הרבים.

...

בעניינים החשובים שבחיים המעשיים אין להגיע אל האמת אלא על-ידי השלמת ניגודים והרכבתם; ומעטים מאד הם בעלי תפיסה רחבה כל-כך, ורחוקים כל-כך ממשוא פנים, עד שיוכלו להביא במשקל את הכוחות המתנגדים ולהוציא חשבון שיצדק אפילו צדקת-מה. על-כן יש רק אמצעי אחד להוצאת החשבון האחרון, והוא האמצעי הגס של מלחמת יריבים העוינים זה את זה והנלחמים כל אחד תחת דגלו.

...

ייתכן תמיד שיש דבר-מה הראוי להישמע בפי אומרי-הלאו, ושהאמת תפסיד משהו בשל שתיתקם.⁵

ותמיד זכרתי גם את שלוש ההצדקות הגדולות לחופש הביטוי: ההצדקה הקלאסית, שלפיה ביטוי חופשי מוביל לגילוי האמת; ההצדקה שמכיוון שהחיים הפוליטיים של המדינה הדמוקרטית מבוססים על התדיינות, ביטוי חופשי הוא רכיב הכרחי בחייה של המדינה הדמוקרטית; וההצדקה המבוססת על ערך האוטונומיה, שלפיה, מצד אחד, ביטוי הוא דרך של הגדרה עצמית ומימוש עצמי, ומצד שני האוטונומיה מצריכה התקיימות של אופציות רבות ככל שניתן, שמתוכן יוכלו בני האדם לבחור את דרך החיים שלהם.⁶

⁵ ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** 83, 86–88 (אריה סימון מתרגם, התש"ו); טימותי סניידר, פרופסור להיסטוריה באוניברסיטת ייל, כתב שאחד הצידוקים למשטר של "איזונים ובלמים" הוא הצורך למנוע עריצות בדרך של השתלטות נקודת מבט אחת על המדינה. Timothy Snyder, *The American Abyss*, N. Y. TIMES (Jan. 9, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/01/09/magazine/trump-coup.html>.

⁶ MENACHEM MAUTNER, HUMAN FLOURISHING, LIBERAL THEORY, AND THE ARTS 116 (2018); פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** ז 375 (1977).

רלוונטיים כאן גם דברים נוקבים שכתבה רות גביון המנוחה, שאף היא הייתה ממבקרי בית המשפט:

אם ניתן [ל]אויבי בית המשפט... לשלוט על הדרך שבה אנחנו רואים דברים ומציגים אותם] – אנחנו חותרים תחת המחויבות העמוקה והבסיסית שלנו לאמת וליושר אישי ומקצועי ובכך אנו חותרים גם תחת ההצדקות לדמוקרטיה, לכבוד האדם ולשלטון החוק... בית המשפט העליון עושה את מעשיו בריש גלי ומלווה אותם בהתבטאויות מנמקות ופרשניות רבות. ההימנעות מניתוח ביקורתי ומהוצאת מסקנות מנתונים אלה אינה משיגה כל מטרה חיובית. להיפך: היא פוגעת אנושות באמינותו של מי שתפקידו אמור להיות ניתוח ביקורתי של הליכים חברתיים מרכזיים.

...

מחויבותנו לעצמאותו ולכוחו של בית-המשפט צריכה להתבסס על הבנה של תפקידו הייחודי בחיינו החברתיים ולא על ראייתו כ"פרה קדושה" שאין לגעת בה. רק מי שסבור כי פעולתו ה"אמיתית" של בית-המשפט אינה ניתנת להצדקה ואינה ראויה לכבוד, יבסס את יוקרת בית-המשפט על התעלמות, תיאור מטעה ושתיקה. אני איני נמנית עם אלה.⁷

יתר על כן, כפי שכתבתי פעמים אחדות בעבר, אחת החוויות המעצבות של חיי היא מלחמת יום הכיפורים, ולא פחות מכך הקונצנזוס החשיבתי שהתקיים בישראל בשנים שקדמו למלחמה, קונצנזוס שכנער צעיר התקשיתי למצוא עצמי בו והוא גרם לי מועקה.⁸ הקונצנזוס הזה והתוצאות הנוראות שהוא הוביל אליהן גרמו לי לחשוד מאז בכל קונצנזוס ולהטיל בו ספק.

7 רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 25–26 (התשנ"ז).

8 "ימי נעוריי עברו עליי בין מלחמת ששת הימים למלחמת יום הכיפורים. ההגמוניה של תנועת העבודה עדיין הייתה שליטה ובעלת כוח. הרגשתי שבאשר אהיה אמצא עצמי אפוף באותם מסרים... ככל שחלפו הימים ממלחמת ששת הימים העמיקה בי ההבנה שישראל שִׁבְעַת רצון מהסטטוס קוו שנוצר לאחר המלחמה, ואינה רואה צורך לחתור להשגת שלום עם מצרים. התלוותה לכך גם תחושה עמוקה ששביעות הרצון העצמית היהירה בעקבות הישגי המלחמה... תוביל לאסון, אבל גם בהקשר הזה הייתי צעיר וחסר

מאז יומי הראשון כסטודנט למשפטים הזדהיתי עם המפעל הליברלי של בית המשפט העליון. כבר בשלבים מוקדמים של עבודתי האקדמית טענתי שהתרומה ההיסטורית הגדולה של בית המשפט הוא השרשת כמה מהעקרונות המרכזיים של הליברליזם בתרבות הפוליטית של המדינה. בספר הראשון שפרסמתי על בית המשפט העליון, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי",⁹ הכרזתי בגלוי ובאורח חד-משמעי על התמיכה שלי בליברליזם הישראלי ובמפעלו של בית המשפט העליון להגנת הליברליזם הזה ולקידומו. כל מי שמכיר אותי יודע, וכל מי שקרא אותי יודע, שהמחויבות שלי לליברליזם לא השתנתה אפילו במילימטר אחד מאז שהתחלתי את ראשית צעדי באקדמיה. בדומה לכך, גם השכנוע שלי שבית המשפט העליון הוא סוכן ראשון במעלה להטמעת הערכים של הליברליזם בתרבות הפוליטית של המדינה ובתרבות של המדינה בכללותה לא השתנה מאז אפילו במילימטר אחד. שתי העמדות האלה שלי נותרו יציבות ובלא שינוי.

אבל ברגע מסוים התחלתי לחשוב שבית המשפט העליון עושה יותר מדי טעויות במסגרת האופן שבו הוא פועל להגנת הליברליזם הישראלי. אט אט מצאתי עצמי מבקר את בית המשפט. בין השאר הבנתי שבית המשפט הולך ומאבד את הנכס היקר ביותר שלו, הלגיטימציה.¹⁰ לביקורות האלה היה צד לא נעים: מצאתי עצמי מצוטט מעל דפי "ישראל היום", "מקור ראשון" ו"השילוח", וגם בדברי הכנסת, על ידי פובליציסטים ופוליטיקאים העוינים את בית המשפט, משום שהם משתייכים לקבוצה הדתית-לאומית או לקבוצה הלאומית, שתי קבוצות שלא רק שאיני משתייך אליהן, אלא שיש לי מחלוקות עמוקות עם העמדות שלהן.¹¹

ידע היסטורי ותרבותי מכדי להיות מסוגל לנסח את הנימוקים למועקה שחשתי". מנחם מאוטנר "תל אביב-אמריקה-תל אביב" קווים לדמותו: לחקור את ישראל, לכתוב על עצמנו 381, 381 (אבנר בן-עמוס ועופר שיף עורכים, 2020) (להלן: קווים לדמותו).

9 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) (להלן: ירידת הפורמליזם).

10 ראו לעניין זה: מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו פרק א (2019) (להלן: הליברליזם בישראל). בפרק זה מובאים גם דברים של שופטי בית המשפט העליון מהשנים האחרונות בדבר הצורך של בית המשפט לשמור על הלגיטימציה שלו.

11 בספרי הליברליזם בישראל, שם, בפרק השלישי, כתבתי נגד התאולוגיה המיסטית-קבלית העומדת ביסוד מפעלו של גוש אמונים; טענתי שהלאומיות היהודית, הצינונית, עברה בחמשת העשורים האחרונים רדוקציה לרכיב הטריטוריאלי שלה, היינו היעד העיקרי שלה הוא המשך ההחזקה בשטחי יהודה והשומרון וביסוס מפעל ההתנחלות בהם; טענתי שכל מה שקורה בשטחים מנוגד חזיתית לעקרונות היסוד של הליברליזם; טענתי שישראל מכוננת בשטחים משטר אפרטהייד; טענתי שעיקר הפגיעה בליברליזם הישראלי בשני העשורים האחרונים מקורו בכיבוש ובמלחמות בעזה, משום שהפגיעה היא תגובת נגד של רשויות המדינה וגופי ימין של החברה האזרחית נגד הפעולה והמחאה של ארגוני זכויות אדם, אומנים ופוליטיקאים היוצאים נגד המשך הכיבוש ונגד המלחמות בעזה; טענתי שהליברליזם הישראלי מתפקד כשהוא נלחץ משני צדדיו על ידי הלאומיות

בדרך כלל הציטטות של דבריי היו מדויקות, אבל כמעט תמיד הן היו חלקיות, נקודה שחריס מצביע עליה פעמים אחדות במאמרו. אני חושב שבמיוחד צוטט הטיעון שלי שלפיו כאשר "ההגמונים לשעבר הליברלים" מצאו עצמם מפסידים שוב ושוב ב"פוליטיקה של הבחירות" הם העתיקו חלק מהפוליטיקה שלהם לבית המשפט, ובית המשפט שיתף עימם פעולה בגלל תפיסת העולם הליברלית המשותפת לו ולהם. טענתי, עוד במאמר שפורסם ב-1998, שהגשת עתירות לבג"ץ היא דרך גרועה לעשיית פוליטיקה, משום שפוליטיקה צריך לעשות "בשטח", עם "האנשים", ולא "בפסגות מוארות הזרקורים של המשפט".¹² הביקורת שלי הופנתה אפוא לא רק כלפי פסיקותיו של בית המשפט, אלא גם, ולא פחות מכך, כלפי ההתנהגות הפוליטית של ההגמונים לשעבר הליברלים. בהמשך טענתי שהשימוש של ההגמונים לשעבר הליברלים בבית המשפט פוגע בלגיטימציה של בית המשפט, משום שהוא מזהה אותו עם קבוצה אחת מבין השתיים הנתונות ב"מלחמת התרבות" המתקיימת בישראל.¹³

קשה לומר שקריאת ציטטות מדבריי בדברים של פוליטיקאים ופובליציסטים של הימין היא חוויה נעימה, במיוחד כשהמדובר באותם דוברים הידועים במילוליות הקיצונית שלהם. ואולם רות גביון כתבה ש"חיוני לא להרשות טשטוש של ההבחנה היסודית בין ביקורת על היבטים מסוימים בפעולתו של הבג"ץ ובין דה-לגיטימציה שלו כמוסד חיוני בחברה".¹⁴ למותר לציין שהביקורת שלי התייחסה ל"היבטים מסוימים בפעולתו של הבג"ץ", אך היא לא עלתה מעולם כדי "דה-לגיטימציה שלו כמוסד", ממש להפך! דבר שלצערי התקיים אצל חלק ממבקריו של בית המשפט.

חריס כותב: "יש מי שטוען כי הביקורת של מאוטנר על האקטיביזם השיפוטי היא טקטית. האקטיביזם כשל כאמצעי לקידום הליברליזם בישראל ולכן הוא טעות היסטורית".¹⁵ איני יודע אם "טקטית" היא המילה הנכונה לתיאור הביקורת שלי. אני מעדיף לחשוב במושגים של "ביקורת פנימית" ובמושגים של "נְאָמְנִים פְּצָעִי אוֹהֵב" (משלי כז, ו) (פצעו האוהב הם נאמנים משום שהם מועילים וגורמים לכך שהאוהב ייטיב את דרכו). איני רוצה להחמיא לעצמי יתר על המידה, אבל אשמח אם הביקורת

היהודית והדתיות הפועלות בסינרגיה (בחזוק אהרדי) זו עם זו, ושערכים מרכזיים של כל אחת מהן מנוגדים לערכיו המרכזיים של הליברליזם.

12 מנחם מאוטנר "המשפט הסמוי מן העין" אלפיים 16, 45 (1998); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת פרק שישי (2008) (להלן: משפט ותרבות).

13 הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 10, בפרק ראשון.

14 רות גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד 69, 72 (רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן עורכים, התש"ס).

15 חריס, לעיל ה"ש 2.

שלי תובן במושגי "המבקר החברתי" שעליו מדבר מייקל וולצר, זה שמעורב עמוקות בחברה שאותה הוא מבקר ונמצא במרחק של אינצ'ים ספורים מחוצה לה.¹⁶

ובכלל, כאדם העוסק בכתיבה אני זוכר כל ימיי את הדברים שכתב ביאליק ב"הלכה ואגדה", ושאותם הבאתי בפתח מאמרי זה: "כל צורת חיים... משנגמרה יצירתה ויצאה לרשות הרבים... כל אדם מוצא בה מה שהוא עצמו מניח וחוזר ומניח בה כל רגע שהוא ממשמש בה".¹⁷

ואוסיף גם כי השימוש של מתנגדי בית המשפט בכתיבתי מעורר גם שאלות מורכבות של סיבתיות. אצביע על שתיים. ראשית, האם הביקורת שלי ושל אחרים על בית המשפט היא שגורמת למתנגדי בית המשפט להתנגד לו? תשובתי ברורה: המתנגדים מתנגדים מסיבותיהם הם; הם אינם זקוקים לביקורת שלי, או של אחרים, כדי להתנגד לבית המשפט. אכן, רבים מהם מתנגדים אף כי לא שמעו עליי, ולא קראו שורה מדבריי. שנית, מי גורם יותר נזק לבית המשפט העליון? הוא עצמו, במעשיו, או אני ואחרים שמבקרים אותו? עבורי, התשובה לשאלה זו ברורה אף היא.

ב. שנות החמישים

בשורות הבאות אתמודד עם מה שאני תופס כביקורת העיקרית של חריס על עמדותיי. ביקורת זו מתייחסת לאופן שבו אני תופס את בית המשפט של שנות החמישים.

הביקורת העיקרית של חריס: בית המשפט של שנות החמישים לא היה סוכן ליברלי

הביקורת העיקרית על הטיעונים שלי שחריס מפתח במאמרו מכוונת נגד הטיעון שלי שבית המשפט העליון של שנות החמישים היה מעוז של ערכים ליברליים. חריס נסמך על שורה של מחקרים שראו אור בשנים שלאחר פרסום הספר "ירידת הפורמליזם",¹⁸ וטוען שבניגוד לעמדתי לא היה בית המשפט של שנות החמישים בית משפט שקידם ערכים ליברליים.

MICHAEL WALZER, INTERPRETATION AND SOCIAL CRITICISM (THE TANNER LECTURES ON HUMAN VALUES) 1 (1987) 16

ביאליק, לעיל ה"ש 1, בעמ' רו, ריא. 17

ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 9. 18

בפתח הדברים אני רוצה להודות לחריס על הנדיבות, שאינה מובנת מאליה, שהוא מגלה כלפיי כאשר הוא כותב:

בעת פרסום הספר הראשון של מאוטנר, ב-1993, היה המחקר על ההיסטוריה המשפטית הישראלית ממש בחיתוליו. מאוטנר, יחד עם פנינה להב ויורם שחר, היה מחלוצי התחום. עבודותיהם היו פורצות דרך ועיצבו שאלות מחקר לדור הבא, אולם הבסיס המחקרי שעליו יכלו להתבסס היה מצומצם מאוד. מאז התפתח התחום והפך לאחד המובילים באקדמיה המשפטית הישראלית. הנרטיב של מאוטנר המוקדם היה במובנים רבים הנרטיב הראשון שהציע מבט כולל ומארגן על ההיסטוריה של בית המשפט העליון. כמו כל נרטיב-על חלוצי טוב, גם נרטיב מאוטנר משך דור של חוקרים צעירים לבקר אותו, ובכך עיצב את המחקר.¹⁹

חריס כותב שממחקרים שראו אור לאחר פרסום הספר "ירידת הפורמליזם" עולה ש"בית המשפט של העשורים הראשונים היה ממלכתי, בן גוריוניסטי, ציוני ומעט סוציאליסטי, לא בית משפט שהליברלים, אפילו המתונים שבהם, יכולים להתגעגע אליו", וחריס מוסיף: "מבט מחקרי עדכני מראה כי בית המשפט העליון של ראשית המדינה לא העניק הגנה משמעותית לקבוצות מיעוט ולקבוצות חלשות, לא לערבים אך גם לא למזרחיים, לדתיים-חרדים או לנשים".²⁰ כמו כן, בית המשפט העליון לא הגן על בעלי רכוש מפני הפקעתו על ידי הממשלה, ואפשר לנהל כלכלה ריכוזית ומתערבת בתקופת הצנע ואחריה. ככל שבית המשפט היה ליברלי בפסיקותיו זה היה בעיקר במובן הצר והפורמלי של אימוץ הדרגתי של תפיסת שלטון החוק הבריטית או של תפיסת מדינת המשפט הגרמנית. ככל שבית המשפט התערב מטרתו הייתה לחנך את רשויות המדינה לפעול על בסיס הסמכויות שהוקנו להן בדין ובהתאם להליכים שקבע החוק, ולא לבטל את החלטותיהן או לקבוע בעצמו מדיניות.²¹

לדברי חריס, "סיבה מרכזית לייחוס ליברליזם לשופטי הדור הראשון היא כמה פסקי דין מהעשור הראשון, כמספר אצבעות יד אחת, שהגנו על חופש הביטוי וחופש העיסוק, חלקם באופן פורמלי ורק אחד מהם תוך הנמקה ערכית מפורשת, ואשר עברו תהליך של קנוניזציה בשנות ה-80".²² בניסוח אחר, כמה מפסקי הדין של שנות ה-50 עלו לגדולה והפכו לקנוניים בשנות ה-80 לצורכי בתי המשפט האקטיביסטיים של

19 חריס, לעיל ה"ש 2.

20 שם.

21 שם.

22 שם.

שמגר וברק. השניים ביקשו לפתח ולחזק מגילת זכויות שיפוטית. הצגת המפעל שלהם כהמשך של מפעל הבנייה של מגילת הזכויות, שהחל בשנות ה-50 עם פסיקה המגינה על חופש העיסוק וחופש הביטוי, הגבירה את הלגיטימציה שלו... אולם אם נשתכנע שברק המציא את ההיסטוריה של פסקי דין קול העם, בזרנו ודומיהם והפך אותם לקנוניים אף על פי שלא היו חשובים בתקופתם, כי אז נשמת הבסיס של מאוטנר לאפיון העשור הראשון כליברלי.²³

אציע כמה תשובות לטיעוניו אלה של חריס:

א. המשפט של בתי המשפט כמערכת תרבותית ליברלית

באופן כללי אני טוען שהמשפט האנגלי, והמשפט האנגלו-אמריקאי בכללותו, מגלמים באופן ברור ערכים ליברליים, ולפיכך בעקבות ההצלחה הגדולה של מפעל האנגליפיקציה של המשפט המקומי ושל התרבות המקצועית של המשפטנים שחוללו האנגלים בתקופת המנדט, המשפט של בתי המשפט בארץ ישראל ובמדינת ישראל נעשה מערכת תרבותית המבוססת על ערכים ליברליים, והמשפטנים של המדינה, בראשות שופטי בית המשפט העליון, שכולם מתפקדים בתוך המערכת התרבותית הזאת, פועלים כסוכנים הראשונים במעלה להטמעת ערכים ליברליים בתרבות הפוליטית של המדינה ובתרבות של המדינה בכללותה.²⁴

ב. הפסיקה של שנות החמישים מכילה פסקי דין ליברליים מפוארים

קשה לכפור במופעים האנטי-ליברליים שבפסיקת שנות החמישים שחריס מציג. אולם בהמשך לטיעון מרכזי הן של מלומדי הריאליזם המשפטי והן של מלומדי המשפט הביקורתיים, שהמשפט הוא מערכת תרבותית מורכבת ומרובת סתירות, אטען שלצד המופעים האנטי-ליברליים שבפסיקה, שאותם חריס מציג, אני מסוגל להצביע על שורה לא קצרה, ולדעתי גם מרשימה, של מופעים ליברליים, חלקם ממש מפוארים,

23 ש.ש.

24

הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 10, בפרק ראשון. על הצלחתו של מפעל האנגליפיקציה ניתן ללמוד בין השאר מכך שלמרות הקשיים הכרוכים ברכישת השפה והתרבות של המשפט, עם הגירתם לארץ ישראל הטמיעו השופטים חניכי גרמניה את התרבות המשפטית האנגלית לגמרי. כפי שכתב חיים כהן על אלפרד ויתקון, אחד משופטי הדור הראשון, שהיה יליד ברלין ובעל תואר דוקטור במשפטים מאוניברסיטת פרייבורג, "אנגליה היתה בשבילו ... מעין היוולדות חדשה: גילוי הדרו ותפארתו של המשפט האנגלי היה למשפטן הגרמני חוויה עצומה ובלתי צפויה". עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "גרמניותו הנסותרת של בית המשפט העליון בישראל" **משפט והיסטוריה** 357 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, התשנ"ט). המחברים כותבים שההערה לאנגליה, לרעיון החירות האנגלי ולמערכת הצדק האנגלית הייתה חלק מהתרבות הגרמנית שעל ברכיה גדלו שופטי הדור הראשון חניכי גרמניה. שם, בעמ' 392-393. דברים אלה מוסיפים על התמונה שחריס מצייר באשר לסוציאליזציה של שופטי הדור הראשון.

בפסיקת השנים הראשונות. הדוגמאות שאביא הן דוגמאות קלאסיות, והן לא תפתענה אפוא אף אחד. אטען שמה שעולה מפסקי הדין האלה הוא שגם אם, כפי שחריס טוען, בית המשפט של שנות החמישים לא הגן כראוי על שורה של קבוצות חברתיות ועל שורה של זכויות ליברליות, עדיין בית המשפט הגן, ואפילו בצורה תקיפה, על זכויות ליברליות אחרות, כגון חופש העיסוק וחופש הביטוי.

הדוגמה הראשונה היא בג"ץ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה,²⁵ אחד מפסקי הדין הראשונים של בית המשפט. השופט ש"ז חשין הגן על הזכות הליברלית לחופש העיסוק,²⁶ ובתוך כך הניח את היסודות לפיתוחם של המשפט המנהלי והמשפט החוקתי של ישראל ברוח ערכי הליברליזם, בעיקר התפיסה שלפיה כל אזרח רשאי ליהנות משורה של חירויות שכדי להגבילן נדרשת חקיקה. השופט חשין כתב:

כאשר אדם מבקש מאת בית-המשפט צו המטיל על פקיד ציבורי לעשות פעולה מסויימת... על המבקש להראות, כי קיים חוק המחייב את הפקיד הציבורי לעשות את אשר נדרש לעשותו. עקרון זה לא יחול, לדעתנו, במקום שאדם מבקש לא[י] עשיית פעולה מסויימת, אלא הימנעות מעשות פעולה הפוגעת בו... במקרה כזה על המבקש להראות, כי זכות קנוייה לו לעשות את אשר הוא מבקש לעשות, ועל הפקיד הציבורי, לעומת זה, להוכיח כי פעולתו המכוונת לאסור את השימוש בזכות זו בדין יסודה...

כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנוייה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק... אין אנו גורסים... כי כל זמן שאין החוק נותן למבקשים הכשר מפורש לעסוק במלאכתם – אין זכותם זכות. נהפוך הדבר: כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות אשר בחרו לעצמם, וכל זמן שלא הוטל מטעם החוק, עליהם ועל שכמותם, כל תנאי מוקדם להכשרתם כבעלי אומנות זו, זכותם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשל סיבות אשר נאמרו בחוק.²⁷

²⁵ בג"ץ בז'רנו נ' שר המשטרה פ"ד ב(1) 80 (1949).

²⁶ שם, בעמ' 83.

²⁷ שם, בעמ' 82–83. ראו גם: בג"ץ 9/49 יהודה בלוי נ' שר הפנים, פ"ד ב(136) 140 (1949), השופט אולשן: "נכון, שבמקרה שבית-משפט זה מתבקש להוציא צו-עשה נגד

הדוגמה השנייה היא בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**.²⁸ בית המשפט יצא נגד הוראה של דוד בן-גוריון, האב המייסד העוצמתי של המדינה, שלא להעסיק את ישראל אלדד-שייב כמורה בבית ספר תיכון, "מפני שאתה מטיף בספרך ובעתונך להשתמש בנשק נגד צבא-ההגנה לישראל וממשלת ישראל". בית המשפט קבע, בין השאר, שרק אם אלדד-שייב יועמד לדין בגין דעותיו ניתן יהא לגזור עליו עונש, ואולם לא ניתן לפגוע בו בשל דעותיו באופן מנהלי.

הדוגמה השלישית היא בג"ץ 73/53 **חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים**.²⁹ השופט אגרנט כתב פסק דין רחב היקף על מעמדו של חופש הביטוי במדינה הדמוקרטית, ובו קבע שיש לפרש את סמכותו של שר הפנים בכל הנוגע לסגירת עיתונים מתוך הנחה שישראל היא מדינה דמוקרטית שוחרת חופש, שהעקרונות העומדים ביסוד קיומה מגולמים בהכרזת העצמאות. כמו כן, השופט אגרנט קבע את "מבחן הוודאות הקרובה" כאמת המידה לפגיעה מותרת בזכויות ליברליות.

פנינה להב כתבה: פסק דין "**קול העם** היה פריצת דרך אדירה בשנים הפורמטיביות של המשפט הישראלי". בפסק הדין הזה "בתי המשפט זכו במודל תיאורטי ובמתודולוגיה ברורה ומוסמכת להכיר בקיומן של זכויות יסוד במשפט החוקתי של ישראל".³⁰

דוד קרצמר כתב: "פסק הדין המפורסם של השופט אגרנט בפרשת **קול העם**, הנחשב בעיני רבים כפסק-הדין החשוב ביותר שנכתב אי-פעם במשפט הקונסטיטוציוני של ישראל, ניתן חמש שנים בלבד לאחר הקמת בית-המשפט העליון... בפסק דין זה יצר השופט אגרנט יש מאין: תשתית חוקתית למעמדן של זכויות האזרח בשיטת-משפט, החיה עד היום הזה בלי חוקה פורמלית".³¹ במקום אחר כתב קרצמר שהפסיקה של השופט אגרנט בפסק דין **קול העם** הניחה את היסודות להשפעה של התאוריה הדמוקרטית על המשפט החוקתי הישראלי. התפיסה הדמוקרטית שביטא אגרנט אינה טכנית, כזו המבוססת על בחירות של נציגים נבחרים, כתב קרצמר, אלא היא משקפת תפיסה רחבה של הדמוקרטיה הליברלית, שבה זכויות אזרח בסיסיות הן חלק חשוב של המשטר.³²

השלטונות, לא יצליח המבקש בבקשתו כל עוד לא יראה כי החוק מטיל על השלטונות חובה לעשות את הדבר הנדרש. אולם אם השלטון נוקט פעולה הפוגעת בזכויות הפרט, על השלטון להראות כי החוק נותן לו את הסמכות לנקוט פעולה כזאת".

28 בג"ץ 144/50 **שייב נ' שר הבטחון**, פ"ד ה 399 (1951).

29 בג"ץ 73/53 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871 (1953).

30 פנינה להב **ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הצינונית** 161, 162 (1999).

31 דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" **משפטים** יט 551, 560 (התש"ן).

32 David Kretzmer, *Democracy in the Jurisprudence of the Supreme Court of Israel*, in 26 ISRAEL YEAR BOOK ON HUMAN RIGHTS 267, 270, 272 ([Yoram Dinstein](#) and [Fania Domb](#) ed., 1996).

הדוגמה הרביעית היא בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות**.³³ פסק הדין ניתן בדצמבר 1962, אך אפשר לראותו כהמשך של הפסיקה של שנות החמישים, וראוי לזכור גם שהוא ניתן על ידי שופט שכיהן בשנות החמישים, השופט משה לנדוי, שמונה במאי 1951 במינוי זמני לבית המשפט העליון, ובדצמבר 1953 מונה כשופט קבוע. השופט לנדוי הציג את חופש הביטוי כאחת מהזכויות "שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות מאופייה של ישראל כמדינה דמוקרטית שוחרת חופש. השופט לנדוי כתב: "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית שאינה 'מודרכת' מלמעלה".³⁴

דוד קרצמר מציג את פסק הדין כקובע עקרונות יסוד לא רק בסוגייה של חופש הביטוי, אלא באשר להגנת זכויות הפרט בכללותן על ידי בית המשפט:

הכללים שנקבעו בבג"ץ **אולפני הסרטה** סיפקו לבית-המשפט כלי בעל פוטנציה עצומה להגנה על זכויות-היסוד. ואמנם, נעשה בכלי זה שימוש מרשים, שקשה להפריז בתרומתו להגנה שיפוטית על זכויות הפרט. נראה לי, ששני התחומים הבולטים שבהם נעשה שימוש כזה הוא התחום של צנזורה על סרטים ומחזות והתחום של רישוי תהלוכות ואסיפות... התוצאה בשני התחומים היתה דרמטית: כרסום שיפוטי בסמכות בפועל לצנזר מחזות, שהוביל בסופו של דבר לביטול סמכות זו; וביסוס זכותו של הציבור לקיים תהלוכות והפגנות.³⁵

ג. פסקי הדין צוטטו עוד לפני שנות השמונים

חריס מביא את הממצאים של יורם שחר ועמיתיו³⁶ באשר למספר הציטוטים של פסק דין **קול העם**, שכפי שטענתי לעיל הוא בלא ספק אחד מפסקי הדין הליברליים הבולטים של שנות החמישים: בשמונה השנים שלאחר פרסומו לא צוטט פסק הדין

33 בג"ץ 243/62 **אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' לוי גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, משרד-הפנים**, פ"ד טז 2407 (1962) (להלן: **עניין אולפני הסרטה**).

34 שם, בעמ' 2416.

35 דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון – זכויות אדם" **משפט וממשל** ה' 297, 309 (התש"ס).

36 יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמיט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" **משפט וממשל** ז' 234, 287 (2004).

כלל, ומאז ועד שנת 1977 הוא זכה לשבעה אזכורים נוספים, רובם שוליים. רק בשנים 1983–1984 החל פסק הדין להיות מצוטט בהרחבה וזכה למעמד קנוני.³⁷

בדקתי את מספר הציטוטים והאזכורים של פסקי הדין בז'רנו, שייב ואולפני הסרטה – כל אחד מהם מיום הינתנו ועד שנת 1980. להלן הממצאים: פסק דין בז'רנו צוטט 7 פעמים³⁸ ואוזכר 8 פעמים;³⁹ פסק דין שייב צוטט 3 פעמים⁴⁰ ואוזכר 6 פעמים;⁴¹ פסק

37 חריס, לעיל ה"ש 2.

38 בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399, 407 לפסק דינו של השופט חשין (1951); בג"ץ 161/52 חברת המזקקים של א"י בע"מ נ' ראש העיר, חברי מועצת העירייה של ראשון-לציון ותושביה, פ"ד ז 113, 121–122 לפסק דינו של השופט צלטנר (1953) (להלן: עניין חברת המזקקים); בג"ץ 311/60 מילר, מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 לפסק דינו של השופט זוסמן (1961); בג"ץ 29/62 שלום כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023, 1028 לפסק דינו של השופט ויתקון, 1033–1034 לפסק דינו של השופט אולשן (1962) (להלן: עניין שלום כהן); ד"נ 27/76 "הילרון" חב' ליצוא ויבוא גדולי מוצרי חקלאות בע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם, פ"ד לא (3) 18 לפסק דינו של השופט י" כהן (1977); בג"ץ 542/76 קונסורטיום אינטרנשונל בע"מ נ' המנהל הכללי של משרד התקשורת, פ"ד לא (3) 490, 477 לפסק דינו של השופט עציוני (1977) (להלן: עניין קונסורטיום); בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא (3) 657, 664 לפסק דינו של השופט לנדוי (1977) (להלן: עניין פוגל).

39 בג"ץ 125/57 אניות מיכל ומשא בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד יא 1490, 1498 לפסק דינו של השופט חשין (1957) (להלן: עניין אניות מיכל ומשא); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד יב 264, 268 לפסק דינו של השופט ברנזון (1958); בג"ץ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טו 2101 לפסק דינו של השופט זוסמן (1962); בג"ץ 236/70 חממה נ' ראש העירייה, פ"ד כה (1) 113 לפסק דינו של השופט לנדוי (1971); בג"ץ 337/72 צור נ' ראש מדור הקניות של משטרת ישראל, פ"ד כז (1) 309, 319 לפסק דינו של השופט לנדוי (1973); בג"ץ 413/73 פנתס וגרדעון ביקל נ' שר החקלאות, פ"ד כח (2) 827, 830, 831, 832 לפסק דינו של השופט אשר (1974); בג"ץ 502/74 טרנס אפריקה שרותי שוק בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד כט (2) 518, 524 לפסק דינו של השופט זוסמן (1975); בג"ץ 10/80 זילכה נ' ראש עיריית חולון, פ"ד לד (4) 651 לפסק דינה של השופטת בן עתו (1980).

40 בג"ץ 76/55 כץ-שמואלי נ' שר החנוך והתרבות, פ"ד ט 1839, 1844 לפסק דינו של השופט זוסמן (1955); בג"ץ 24/56 רטשטיין נ' המועצה המקומית הרצליה, פ"ד י 1205, 1212 לפסק דינו של השופט לנדוי (1956); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד יב 264 לפסק דינו של השופט ברנזון (1958).

41 בג"ץ 74/51 המרכו הארצי של ארגוני הקבלנים והבונים בישראל נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ה 1544, 1550 לפסק דינו של השופט לרין (1951); עניין חברת המזקקים, לעיל ה"ש 38, בעמ' 121; בג"ץ 214/52 שוחט נ' סהר, המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד ז 987, 992 לפסק דינו של השופט לנדוי (1953); עניין אניות מיכל ומשא, לעיל ה"ש 39; בג"ץ 212/74 פלונית נ' ביה"ד הרבני, באר-שבע, פ"ד כט (2) 433, 445 לפסק דינו של השופט י" כהן (1975); עניין פוגל, לעיל ה"ש 38, בעמ' 663.

דין **אולפני הסרטה** צוטט 3 פעמים⁴² ואוזכר 6 פעמים.⁴³ מה מלמדים המספרים האלה? האם הם מצביעים על מעמד זניח של פסקי הדין האמורים? איני סבור כך. האם הם מלמדים על מעמד של מרכזיות? איני סבור כך. איך אפשר להשיב על השאלות האלה בלא לדעת מה הוא ממוצע הציטוטים והאזכורים של פסקי דין אחרים שניתנו בזמן שניתנו פסקי הדין האמורים? יתר על כן, אנחנו יודעים שמסיבות שונות נושאים מסוימים מגיעים בתדירות גבוהה יחסית להכרעתם של בתי המשפט, ונושאים אחרים מגיעים בתדירות נמוכה יחסית, או אף כלל לא,⁴⁴ ומכיוון שכך פסקי דין מסוימים זוכים למספר גדול יחסית של ציטוטים ואזכורים ופסקי דין אחרים זוכים למספר קטן יחסית של ציטוטים ואזכורים. אם כך, האם תדירות הציטוט והאזכור של פסק דין יכולה לשמש המדד הבלעדי לחשיבותו? איני סבור כך.

אולם הסיבה העיקרית להתנגדותי להתייחסות למספר הציטוטים והאזכורים של פסק דין כמדד לחשיבותו היא שמדידת מספר הציטוטים והאזכורים אינה מסוגלת לספק לנו מידע באשר לחשיבות שקוראי פסקי הדין מייחסים להם. (פתגם אפריקאי חכם אומר שאם יש לך מאה ביצים בסל ורק אבן אחת, מוטב שתקדיש תשומת לב לאבן, אף על פי שהיא רק אחת.) כל אחד מארבעת פסקי הדין האמורים אינו עוסק רק בהסדרתה של בעיה משפטית נקודתית; לא פחות מכך הוא מספק לקוראיו תובנות באשר לעקרונות העומדים ביסוד המשפט הישראלי ובאשר למשמעות של היות משפטן בישראל. העקרונות העולים מכל אחד מפסקי הדין הם עקרונות היסוד של המשטר הליברלי, והמשמעות של היות משפטן העולה מהם היא שהמשפטן הישראלי משמש סוכן להטמעתם ולביצורם של עקרונות היסוד האלה.

אני רוצה להציג נקודה אחרונה זו תוך שימוש במונחים שטבע תומס קון בספרו "המבנה של מהפכות מדעיות".⁴⁵ קון מבחין בין "פרדיגמה" לבין "מדע נורמלי". פרדיגמה היא מסגרת חשיבה המכתיבה את דרך התנהלותו של המדע הנורמלי, היינו

42 בג"ץ 381/66 **היועץ המשפטי לממשלה נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, ירושלים**, פ"ד (4) 757, 762 (השופט זילברג); בג"ץ 124/70 **שמש נ' רשם החברות**, פ"ד כה(1) 505, 515 (השופט עציוני); בג"ץ 807/78 **עין גיל נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות**, פ"ד לג(1) 274, 276–277 (השופט לנדוי).

43 ע"פ 126/62 **אריה דיסנצ'יק ושאל הון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד יז 169, פסקה 8 (השופט זוסמן); ע"פ 255/68 **מדינת ישראל נ' אברהם בן משה**, פ"ד כב(2) 427, 435 (השופט אגרנט); בג"ץ 383/73 **דוד אבידן נ' לוי גרי, יושב-ראש המועצה לבקורת סרטים ומחזות**, פ"ד כח(2) 766, 771 (השופט ברנזון); בג"ץ 549/75 **חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע**, פ"ד ל(1) 757, 762 (השופט ויתקון); בג"ץ 595/75 **סלמאן נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה ירושלים**, פ"ד ל(3) 337, 349 (השופט ברנזון); עניין **פוגל**, לעיל ה"ש 38, בעמ' 666.

44 ראו למשל הממצאים אצל: מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" **עיוני משפט** לד 527 (2011).

45 תומס קון **המבנה של מהפכות מדעיות** (יהודה מלצר מתרגם, 1962, 2005).

המדע המתמודד עם שאלות נקודתיות, צרות היקף, המתעוררות בגדר הפרדיגמה. ארבעת פסקי הדין האמורים הם פסקי דין מכווני פרדיגמה. חשיבותם אינה טמונה רק בהלכות הדוקטרינליות שבהם אלא גם, ובעיקר, באספקת התשתית האינטלקטואלית לעיסוקם הדוקטרינלי של המשפטנים, או בניסוח אחר, בהצעת תשובה לשאלת המשמעות של עיסוקם כמשפטנים. אם כך, כיצד קובעים מהו פסק דין מכוון פרדיגמה? תשובתי: פחות בדרך של ספירת ציטוטים ואזכורים ויותר בדרך של ניתוח תרבותי, היינו בדרך פרשנית המבקשת להתחקות אחר המידה שבה פסקי הדין תורמים להבהרת העקרונות העומדים ביסוד שיטת המשפט ושצריכים להכתיב פסיקות פרטניות המתקבלות בגדרה. אציין כי תמיכה בעמדה זו ניתן למצוא גם בדברים של שחר ועמיתיו, שעל המחקר הכמותי שלהם מסתמך חריס.⁴⁶

ד. המרכזיות של מושג הזכות בפסקי הדין של שנות החמישים

חריס כותב שאהרן ברק ומאיר שמגר ביקשו לפתח ולחזק מגילת זכויות שיפוטית. הצגת המפעל שלהם כהמשך של מפעל הבנייה של מגילת הזכויות, שהחל בשנות ה-50 עם פסיקה המגינה על חופש העיסוק וחופש הביטוי, הגבירה את הלגיטימציה שלו. נראה כי הם ביקשו להעביר את המסר: מה שאנחנו עושים הוא המשך טבעי ומתבקש של בניית המבנה שבנייתו התחילה בשנות ה-50. איננו נוטלים לעצמנו סמכויות ותפקידים חדשים.⁴⁷

חריס צודק. כפי שעולה בין השאר מהציטטות שהבאתי מפסק דין בז'רנו, בית המשפט העליון דיבר בשפת הזכויות הליברליות החל מיומו הראשון. הזכויות החוקתיות עומדות בליבו של המשטר הליברלי ובליבו של המשפט הליברלי, משום שהערך המרכזי של המשטר והמשפט האלה הוא האוטונומיה, והזכויות החוקתיות הליברליות, שהן זכויות שליליות, אמורות ליצור עבור האדם החי במדינה הליברלית את הספרות שבתוכן יוכל לעצב את חייו האוטונומיים ולממשם, כשהוא מוגן מפני התערבויות חיצוניות של המדינה ושל בני אדם אחרים. בדומה לכך, מושג הזכות ממלא תפקיד מכריע גם במשפט הפרטי: הזכויות החוזיות אמורות לאפשר מימוש של האוטונומיה האישית; הזכויות של דיני הנזיקין אמורות להבטיח את החירות השלילית; הזכויות של דיני הקניין אמורות להבטיח את האוטונומיה האישית ואת החירות השלילית; הזכויות של דיני עשיית עושר ולא במשפט אמורות להבטיח אף הן את

⁴⁶ "איננו טוענים כלל, כי מדד כמותי כלשהו הוא המדד היחיד הנכון למדידת חשיבותו של תקדים. איננו טוענים גם, כי המקום הנכון למדוד חשיבותו זה הוא בפסיקת בית המשפט העליון עצמו. אנו טוענים רק כי זהו מדד נכון אחד הנמדד במקום נכון אחד. אחרים ישתמשו במדדים נכונים אחרים. ישנם שיעדיפו לבדוק תקדימים על פי מדד איכותי כלשהו. אחרים יעדיפו לבדוק את מידת נוכחותם של תקדימים בחינוך המשפטי, בכתיבה האקדמית, בפסיקת הערכאות הנכונות, בטיעוניהם של עורכי הדין או בשילוב של כל אלה". שחר, גרוס וגולדשמיט, לעיל ה"ש 36, בעמ' 252.

⁴⁷ חריס, לעיל ה"ש 2.

האוטונומיה האישית ואת החירות השלילית.⁴⁸ משפטנים ליברליים מדברים אפוא בשפת הזכויות הן כאשר הם עוסקים במשפט החוקתי והן כאשר הם עוסקים במשפט הפרטי. אכן, הזכויות הן אבני הבניין המרכזיות בשיח שלהם. אני רוצה לטעון שבישראל של שנות החמישים, שפת הזכויות הזו השרישה במדינה ובחברה את התפיסה הליברלית שחיייהם של אזרחי המדינה יכולים להתקיים בתחומים שהם מוגנים מפני כוחה של המדינה לכפות עליהם את תפיסות הטוב הקולקטיבי שלה, ושבהם הם מסוגלים, תחת זאת, להביא לידי ביטוי את התפיסות האישיות שלהם באשר לחיים הטובים.

כך למשל פנינה להב מצביעה על כך ש"שאלת קיומו והיקף תחולתו של העקרון של חופש הביטוי בשיטת המשפט של ישראל העצמאית עלתה בפני בית המשפט העליון עוד קודם ל**קול העם**. שמונה פעמים עמדה השאלה לדיון בשנים שבין 1948 ו-1953". להב כותבת ש"במרבית המקרים שהובאו לפניו התייחס בית המשפט לקיומו של העקרון של חופש הביטוי כאל דבר המובן מאליה... במרבית המקרים היתה ההתייחסות לעקרון של חופש הביטוי חיובית, דהיינו הופגנו הבנה ורגישות לחשיבותו ולאורח פעולתו בחברה. הנטייה היתה לפרש את הכללים המגבילים פירוש מצמצם, וכך למנוע פגיעה מיותרת בעקרון החוקתי".⁴⁹

ה. בית המשפט כמחברה של "חוקה בלתי כתובה"

חוקה היא המוסד העליון של המדינה הליברלית. חוקות קובעות בדרך כלל את חלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, כדי למנוע ריכוז כוח רב מדי בידי רשות אחת ובכך ליצור איום על חירות האזרחים; חוקות גם מונות בדרך כלל את הזכויות הליברליות המוגנות של האזרחים. לאחר שבעקבות החלטת הררי של יוני 1950 הסתבר שהכנסת לא תעמוד במשימה של חקיקת חוקה, החל בית המשפט העליון להדגיש את תפקידו כיוצרה של "חוקה בלתי כתובה", שבמרכזה מערכת הזכויות השליליות הליברליות. בית המשפט קבע שאף כי כוחה של מערכת הזכויות הזו אינו עומד לה כנגד פגיעה באמצעות חקיקה מפורשת של הכנסת, מערכת הזכויות היא בחזקת כלי פרשני ראשון במעלה כשמדובר בקביעת תוכנה של חקיקת הכנסת, וכן של כל שאר נורמות המשפט החלות במדינה. למשל בפסק דין **לובין ג' עיריית תל אביב מ-1957** אמר השופט אולשן: "העקרון של אי-פגיעה ברכוש האזרח... הינו בחינת מושכל

48 HANOCH DAGAN & MICHAEL HELLER, THE CHOICE THEORY OF CONTRACTS (2017); HANOCH DAGAN, PROPERTY: VALUES AND INSTITUTIONS (2011); HANOCH DAGAN, A LIBERAL THEORY OF PROPERTY (2020).

49 להב, לעיל ה"ש 6, בעמ' 381, 387. ראו גם: פסק דינו של השופט עציוני ("במדינתנו כשאין חוקה המגינה מפורשות על זכויות היסוד של האזרח, בית-משפט זה, בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק, מצווה לשמור על זכויות אלה ולהושיט את הסעד המבוקש לאזרח כשאחת מחירויות היסוד שלו נפגעת על-ידי פעולות השלטונות"), עניין **קונסורטיום**, לעיל ה"ש 38.

ראשון, והינו כעין כלל בקונסטיטוציה הבלתי כתובה שלנו.⁵⁰ פסקי דין נוספים חזרו על מושג "החוקה הבלתי כתובה" בהמשך.⁵¹ בעקבות זאת כתבה רבקה וייל ש"ישראל נהנתה מחוקה מהותית מאז היווסדה, לרבות הגנה על זכויות אדם... היתה לנו 'מגילת זכויות אדם פרשנית' (Interpretive bill of rights), שבמסגרתה פירשו בתי המשפט את החוקים באופן המכבד זכויות אדם ככל האפשר".⁵²

1. השרשת מושג שלטון החוק

שלטון החוק הוא ערך ליברלי מרכזי. בית המשפט של שנות החמישים פעל להשרשת הערך הזה בקרב הפוליטיקאים והמנהל הציבורי של המדינה הצעירה. בכך גם חריס מודה.⁵³ ואולם אני רוצה לטעון שהודאה זו פירושה הודאה בכך שבית המשפט פעל לקידומו של ערך ליברלי מרכזי.

2. ספרות התופסת את בית המשפט כמוסד ליברלי

חריס מסתמך על ספרות הכופרת בליברליות של בית המשפט של שנות החמישים. אולם יש בנמצא ספרות נוגדת נרחבת שמציגה את בית המשפט כסוכן ליברלי מובהק החל מראשית פעולתו. מוסכמה נרחבת בין פרשניו של בית המשפט היא שהחל משנותיו הראשונות פיתח בית המשפט משפט חוקתי מפואר, והגיע להישגים מרשימים מבחינת ההגנה שהקנה לזכויות האדם של האזרח הישראלי. רות גביון כתבה ש"בית המשפט העליון שלנו עשה, בהעדר חוקה, דברים שלעתים הם מרשימים אף יותר ממה שעשה בית המשפט העליון האמריקני בנוכחות חוקה ומגילת זכויות".⁵⁴ ליאון שלף כתב על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שהוא "חקיקה חפוזה, וכנראה מיותרת, שכן

⁵⁰ בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב, פ"ד יב 1041, 1059 (1958).

⁵¹ השופט ויתקון אמר: "לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין... זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצדה של פעולת החקיקה ואינה נכנסה לתחומה". עניין שלום כהן, לעיל ה"ש 38, בעמ' 1027. על דברים אלה אמר השופט לנדוי: "במילים אחרונות מבהיר השופט ויתקון שהתפתחות הפסיקה, כפי שהיא משרטט אותה, יסודה בהגנה על חופש הפרט, דהיינו על חירויות האזרח, אף שאלה אינן כתובות על ספר". כך זכינו למעין מגילת זכויות שיפוטית, בדומה למגילות כאלה הכתובות בחוקות של מדינות אחרות, אך להבדיל מאחדות מהן (לא כולן) כפופה מגילת הזכויות שלנו לרצונה הריבוני של הכנסת כרשות המחוקקת". עניין פוגל, לעיל ה"ש 38; בעניין אולפני הסרטה, לעיל ה"ש 33 בעמ' 2415, דיבר השופט לנדוי על "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר, אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש".

⁵² רבקה וייל "עשרים שנה לבנק המזרחי: סיפורה הפיקנט של חוקת הכלאיים הישראלית" עיוני משפט לח 501, 509 (2016). ההדגשה במקור.

⁵³ חריס, לעיל ה"ש 2.

⁵⁴ רות גביון "ארבעים שנה למשפט החוקתי" משפטים יט 617, 619 (התש"ן).

אין בה כדי להוסיף על מה שכבר היה קיים בתרבות המשפטית הישראלית בזכות פסיקה פעלתנית ומתקדמת בשנים הראשונות של המדינה.⁵⁵ יוסף אדרעי כתב ש"העדרה של חוקה כתובה לא מנע מבתי המשפט בישראל להכריז על קיומן של זכויות יסוד חשובות, שעה שעמים רבים נאלצו להמתין עד אשר זכויות אלה יעוגנו בחוקות כתובות ופורמליות".⁵⁶ אמנון רובינשטיין כתב ב-1971 כי מכיוון שסמכויות החקיקה של הכנסת הן בלתי מוגבלות, "יכול היה הצופה מן הצד לצפות לכך שהכנסת תשתמש לרע בסמכויותיה וכי חוקים הנוגדים את זכויות האדם ואת המושגים המקובלים של שלטון החוק אכן יעברו ויתקבלו בסיטונות".⁵⁷ ואולם, ציין רובינשטיין "תהליך הרסני מסוג זה לא התרחש". אחת הסיבות החשובות לכך שמנה רובינשטיין היא בית המשפט העליון ש"עמד על זכויות האזרח ונתן פירוש מצמצם לחוקים שהצרו זכויות אלה".⁵⁷ יצחק זמיר כתב שהפסיקה שהחלה "מיד לאחר הקמת המדינה בשנת 1948... הפכה, בנייהולו של בית המשפט בלבד, שיטת משפט קולוניאלית לשיטת משפט דמוקרטית, במובן המהותי של המושג, המגן על ערכי היסוד של הדמוקרטיה, ובראשם זכויות האדם. המהפכה הונהגה בנחישות ובאומץ על ידי קבוצה קטנה של שופטים, האבות המייסדים של המשפט בישראל, אף שהיו כמעט חסרי ניסיון בשיפוט".⁵⁸

לסיכום אומר שהניגוד בתפיסת בית המשפט העליון ביני ובין המחברים שהבאתי, מצד אחד, לבין הטיעונים של חריס ושל המחברים שהוא מסתמך עליהם, מצד שני, אינו צריך להפתיע. כל היסטוריוזציה מבוססת על שני מהלכים גדולים: בחירה של העובדות הרלוונטיות,⁵⁹ ופרשנות של העובדות האלה.⁶⁰ כאשר מדובר בפסיקה שהיא עצומה בהיקפה, וכאמור גם מורכבת ומרובת סתירות, היסטוריונים שונים עשויים לבחור פסקי דין שונים, לראותם כ"חשובים" וכ"מייצגים", וגם להציע להם, ולמכלול הפסיקה המקיפה אותם, פרשנויות שונות, ואף מנוגדות.

⁵⁵ ליאון שלף **מרות המשפט ומהות המשטר** 66 (1996).

⁵⁶ יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האמנם?" **משפט וממשל** ג 453, 455 (התשנ"ו).

⁵⁷ אמנון רובינשטיין "המשפט בישראל בשנות ה-70" **עיוני משפט** ב 271, 273 (התשל"ב-התשל"ג).

⁵⁸ יצחק זמיר "בית המשפט: עצמאי, נקי כפיים ומקצועי" **עורך הדין** 39 29 (אפריל 2018).

⁵⁹ "ההיסטוריון הוא בהכרח ברוך", כתב א"ה קאר בספרו הקלאסי. "העובדות מדברות רק כאשר ההיסטוריון מזמין אותן לעשות זאת: ההיסטוריון הוא המחליט אלו מן העובדות יעלו על הבמה, באיזה סדר או הקשר". אדוארד הלט קאר **היסטוריה מהי?** 25 (אורי רם מתרגם, 1986).

⁶⁰ "היסטוריה משמעה פרשנות", כתב קאר. "היסטוריה היא גרעין נוקשה של פרשנות המוקף במעטה רך של עובדות שנויות במחלוקת... [הפרשנות היא] החמצן של ההיסטוריה". שם, בעמ' 35, 39.

ג. שנות השמונים

השינויים בפסיקת בית המשפט העליון וההסברים להתחוללותם

לטענתי, בשנות השמונים של המאה העשרים חלו בפסיקת בית המשפט העליון שלושה שינויים גדולים: עלייתו של אקטיביזם גורף; שינוי במינון של ההנמקות הערכיות לעומת ההנמקות הפורמליסטיות תוך עלייה ניכרת במשקלן של ההנמקות הערכיות; שינוי בתפיסת התפקיד של בית המשפט העליון ממוסד שעיקר תפקידו להכריע בסכסוכים שבין אדם לחברו ושבין אדם לרשות, למוסד פוליטי שלצד הכנסת עוסק בקביעת הערכים שיחולו בחיינו ובחלוקת המשאבים במדינה.⁶¹ מכיוון שפריוזמת הדיון של חריס היא הביקורת של הימין על בית המשפט העליון, הוא מתמקד בשינוי הראשון, אבל חשוב לי להדגיש שלטענתי היו עוד שני שינויים גדולים נוספים.

כאשר חריס עוסק בעליית האקטיביזם הוא קושר את התהליך הזה למהפך הפוליטי של 1977. חשוב לי להדגיש שההצעה שלי להסברת שלושת השינויים שחלו בפסיקת בית המשפט (כאמור, שלושה ולא אחד) הייתה מורכבת מטיעון שבישראל של שנות השבעים והשמונים התחוללו ארבעה תהליכים היסטוריים גדולים: ירידת ההגמוניה החילונית, הפרו-מערבית של תנועת העבודה; שינוי בתפיסה העצמית של הציונות הדתית, היינו ראייתה את עצמה לא עוד כמי שצריכה להיות שותפה בהגמוניה המובלת על ידי אחרים אלא מובילת ההגמוניה הישראלית בעשורים של סוף המאה העשרים וראשית המאה העשרים ואחת; כניסת החרדיות למוסדות המרכזיים של הפוליטיקה והחברה האזרחית; וכתוצאה מהשינויים האלה, התפרצותה מחדש של "מלחמת התרבות" המלווה את העם היהודי ברמות משתנות של עצימות מאז עליית ההשכלה היהודית של ברלין בעשורים האחרונים של המאה השמונה עשרה.⁶²

חריס כותב:

ההוכחה העיקרית של מאוטנר, ובעקבותיו זו של פרידמן, לנכונות ההסבר כי בית המשפט חבר להגמונים לשעבר כדי למנוע את מימוש תוצאות המהפך הפוליטי, היא סמיכות הזמנים וסדר האירועים. ההנחה המובלעת היא כי אם משהו התרחש בעקבות משהו אחר, המהפכה המשפטית בעקבות המהפך הפוליטי, המוקדם גרם סיבתית למאוחר. לא מוצגות ראיות ישירות למוטיבציה ולכוונה של הסוכנים העיקריים שמובילים את השינוי, ברק וחברתו... מאוטנר עושה שימוש בתגובות בחוגים

⁶¹ משפט ותרבות, לעיל ה"ש 12, פרק חמישי, פרק שישי, פרק שביעי (2008); הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 10, בפרק ראשון.

⁶² שם.

ליברליים למהפך הפוליטי, לאובדן ההגמוניה של תנועת העבודה, לעליית הימין ולהתחזקות הדתיים-הלאומיים והחרדים. מאוטנר מזהה חרדה בקרב סופרים, אנשי תרבות ועיתונאים בעיתון "הארץ". ההנחה היא שהשופטים זיהו את החרדה ונענו לה. גם כאן לא מוצגות ראיות ישירות. המהלך של מאוטנר הוא הרמנויטי, פרשני, הוא קורא את פסקי הדין של השופטים ומפרשם לאור הבנתו את הרקע והנסיבות של המהפך והחרדה. זה אינו ניתוח מתחום מדעי החברה המנסה לאסוף נתונים כמותיים ולנתחם על בסיס תאוריות והשערות חלופיות.⁶³

חריס מתאר נכונה את המתודה שלי. כאשר התבקשתי לכתוב את סיפור ההתפתחות האקדמית שלי כתבתי בין השאר:

בשנות נעוריי עוצבה גם הדרך שבה כתבתי כתיבה אקדמית. אני זוכר שקראתי את **האתיקה הפרוטסטנטית ורוח הקפיטליזם** מאת מקס ובר, ונכבשתי בקסמן של התזות הגדולות, אלה המבקשות לתת פשר ומשמעות לתהליכים היסטוריים וחברתיים גדולים. חוויה דומה הייתה הקריאה בכתיבהם של יעקב טלמון ויהושע אריאלי. חשתי לא אחת נבוך ומבולבל לנוכח ריבוי ה"סימנים" בעולם, ותמיד הייתי אסיר תודה למחברים שניסו ליצור סדר במציאות הכאוטית והעשירה, ולתת בה משמעות. כאשר למדתי לתואר דוקטור קראתי כמה ספרים שנכתבו במסורת זו, והם השפיעו עליי במיוחד. הספרים האלה הצטרפו להערכה שחשתי לספריהם של ובר, טלמון, אריאלי ואחרים, וגרמו לי לרצות להיות מלומד אקדמי הממוקם בעמדת הפרשן, זה שמבקש לתת פשר למציאות בהצעת תזות גדולות, המאתרות מגמות עיקריות... תפיסה עצמית זו התחזקה בי כאשר קראתי את כתביו של הנס-גאורג גדמר, שבהם הציג את האדם כיצור שמה שמייחד אותו הוא מתן משמעות לקיומו בכל רגע בחייו.⁶⁴

חריס, לעיל ה"ש 2.

63

קווים לדמותנו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 389. לדיון נרחב ראו גם: מנחם מאוטנר **אוטונומיה ושגשוג: לקראת ליברליזם סוציאלי-דמוקרטי** פרק ראשון (צפוי להתפרסם ב-2021).

64

האדם האקטיביזם החל בשנות השמונים או בעשור של 1977-1967?

בהמשך לטיעון שפיתח בספר שראה אור ב-2014,⁶⁵ חריס טוען ש"המשפוט התרחש לתפיסתי בעשור 1967–1977 ולא החל ב-1977. כלומר, המהלך הושלם ברובו המכריע לפני שנות ה-80". חריס מציע את נקודות הציון שלהלן לתהליך המשפוט: התחזקות מעמד היועץ המשפטי לממשלה; משפוט השליטה בשטחים באמצעות החלת אמנת ג'נבה הרביעית, ומתן זכות עמידה בבג"ץ לפלסטינים תושבי השטחים; חקיקת חוק ועדות חקירה; מינוי כמה ועדות חקירה, שהמשמעותית שבהן הייתה ועדת אגרנט, ומשפוט הדיונים והמסקנות של הוועדות; עלייה במספר ההתדיינויות בבג"ץ; עלייה במספר עורכי הדין; פסק דין ברגמן, שבו נקבע לראשונה שתיקון חוק רגיל של הכנסת אינו תקף משום שהתיקון לא עמד בתנאי חוק יסוד: הכנסת. חריס כותב ש"כל אלו מצביעים על כך שהאקטיביזם החל בלשכת היועץ המשפטי לממשלה ולא בבית המשפט העליון ובית המשפט רק נגרר אליו, ועל התפקיד המרכזי של שמגר לעומת זה של ברק בקידום האקטיביזם השיפוטי", ובהמשך הוא מוסיף: "ייתכן ששמגר ראוי לכתר מחולל האקטיביזם השיפוטי הישראלי".⁶⁶

על טיעון זה ברצוני להעיר שתי הערות.

ראשית, אני חושב שצריך להבחין בין משפוט לבין אקטיביזם. משפוט מתייחס לתהליך שבו המשפט נעשה בולט יותר ובעל כוחות רבים יותר בחיים הפוליטיים והציבוריים. אקטיביזם הוא מושג המתייחס לבית משפט, היינו המושג מתייחס למידה שבה בית משפט עליון מרשה לעצמו להתערב בהחלטותיהן של רשויות השלטון האחרות. במובן מסוים, אקטיביזם הוא אפוא מקרה פרטי של משפוט.⁶⁷ עם זאת, אני מקבל את אמירתו של חריס ש"השוואת הנרטיבים מזמינה אותנו החוקרים לחדד את ההבחנה בין אקטיביזם שיפוטי לבין משפוט".⁶⁸

שנית, לא עסקתי במשפוט; עסקתי בעליית האקטיביזם, כלומר התמקדתי בדוקטרינות שפיתח בית המשפט העליון (עמידה, שפיות, סבירות, מידתיות) ואשר אפשרו לו התערבות נרחבת יותר מאשר בעבר בהחלטותיהן של רשויות השלטון האחרות, וכן בדרכים שבהן הפעיל בית המשפט את הדוקטרינות האלה. בניסוח אחר: מרבית נקודות הציון של המשפוט שחריס מצביע עליהן התקיימו מחוץ לבית המשפט העליון. בניגוד לכך, הדיון שלי התמקד בבית המשפט. אני חושב שאם מתמקדים בבית המשפט אי אפשר להגיע למסקנה שבית המשפט "רק נגרר" אל האקטיביזם, אלא המסקנה המתבקשת היא שאהרן ברק הוא שתרם את התרומה המכרעת לעליית

65 רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977 201–223 (2014).

66 חריס, לעיל ה"ש 2.

67 לדיון בהגדרת המושג אקטיביזם ראו: משפט ותרבות, לעיל ה"ש 12, בפרק חמישי.

68 חריס, לעיל ה"ש 2.

האקטיביזם. ברק הוא שפיתח את דוקטרינת העותר הציבורי בגדרי דוקטרינת זכות העמידה; הוא זה שדילל את דוקטרינת השפיטות כמעט עד לנקודת ההיעלמות; הוא זה שפיתח את תורת המשפט של הסבירות והמידתיות; ובהמשך, הוא זה שהעלה את טיעון "המהפכה החוקתית" ואת הטיעון שעם חקיקתם של שני חוקי היסוד של 1992 נתנה הכנסת למדינה חוקה.

"העלמת שמגר"

חריס מצביע על נקודה מעניינת: מתנגדי בית המשפט מהימין מיקדו את הביקורת שלהם באהרן ברק ולא הפנו שום ביקורת כלפי מאיר שמגר, זאת אף על פי שהמתנגדים מיקדו את הביקורת שלהם באקטיביזם של בית המשפט, ואולם לפי הניתוח של חריס, כאמור "ייתכן ששמגר ראוי לכתר מחולל האקטיביזם השיפוטי הישראלי". חריס מציע כמה הסברים מאירי עיניים, וגם משכנעים, לדעתו, להיעדר הביקורת כלפי שמגר:

שמגר לא היה מטרה נוחה עבור המבקרים מימין. הוא היה בצעירותו איש אצ"ל, וככזה הוגלה על ידי הבריטים למזרח אפריקה. לאחר מכן היה הפרקליט הצבאי הראשי שהכין את התשתית המשפטית וביסס את ההסדרה המשפטית של השליטה בשטחים. עם ביוגרפיה כזו נחשב שמגר כמי שמבין את צורכי מערכת הביטחון, לא נחשד כמתנגד לכיבוש ולא אדם שקל לגייס את מבקרי בית המשפט העליון נגדו תוך צביעתו כאיש שמאל. ברק, לעומתו, היה מטרה נוחה יותר משום שאצלו לא התקיימו כל אלו, משום שחשף את עצמו לביקורת רבה יותר בכתיבתו הארוכה, האקדמית, המתבססת על הנמקות ערכיות, ומשום שהצטייר כאיש שמאל ליברלי וקוסמופוליטי.⁶⁹

כאמור, ההסברים שחריס מציע באשר ל"העלמת" שמגר הם מאירי עיניים ומשכנעים. ואולם על פי הניתוח שלי, מי שמזוהה עם פיתוח הדוקטרינות האקטיביסטיות של בית המשפט (דוקטרינת זכות העמידה, השפיטות, הסבירות והמידתיות) היה ברק, ולא שמגר, וכשמדובר בדוקטרינת השפיטות, שמגר יצא נגד גישת ברק וביקש להשאיר את הדוקטרינה בהיקף גדול יותר מזה שהציע ברק.⁷⁰ על פי

⁶⁹ חריס, לעיל ה"ש 2.

⁷⁰ בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988), השופט ברק הציע צמצום דרסטי של דוקטרינת השפיטות. ברק הבחין בין "שפיטות נורמטיבית" ובין "שפיטות מוסדית". הוא הציע לבטל את מושג אי-השפיטות במובנו הנורמטיבי. ברק טען כי לא

הניתוח שלי, אפוא, אם הימין מתנגד לאקטיביזם של בית המשפט העליון הוא צודק בכך שהוא ממקד את ביקורתו בברק, וחוסך את הביקורת משמגר.

ד. סיכום

רון חריס מ ציע טיעון מורכב הנע בין שתי רמות: רמת הנרטיב ההיסטורי שהוצע על ידי דניאל פרידמן ועל ידי, ורמת הנרטיב ההיסטורי המוצע על ידי דוברי ימין.

אני חושב שהמחלוקת העיקרית שבין חריס לביני מתייחסת לשאלה אם בית המשפט העליון של שנות החמישים היה בית משפט ליברלי. חריס, בהסתמך על שורה של מחקרים, משיב על שאלה זו בשלילה. במאמר זה ניסיתי לשכנע שלמרות שורה של נקודות ציון אנטי-ליברליות בפסיקה של בית המשפט, ניתן לומר שבית המשפט של שנות החמישים היה סוכן חשוב בהטמעת ערכים ליברליים מרכזיים בתרבות הפוליטית של המדינה.

אף על פי שהצעתי הסברים לשינוי בסגנון ההנמקה של בית המשפט שהחל בשנות השמונים ("ירידת הפורמליזם ועליית הערכים"),⁷¹ אני מסכים עם אמירתו של חריס שעד כה לא התקיים דיון משמעותי בשאלה מה מסביר את המעבר הזה, "האם זה רצון לחנך את הציבור? לגייס את המחנה הליברלי? האם זו השתקפות של השפעה אמריקאית? האם השינוי הזה קידם את המטרות של השופטים שפסקו ערכית או שנבע מטעות טקטית שלהם?"⁷² אני מקווה שדיון בשאלה זו, ובשורה של שאלות היסטוריות אחרות שחריס מראה כי קהילת המשפט של ישראל טרם ירדה לעומקן, יתפתח כהמשך לדיאלוג המתקיים בין חריס לביני מעל דפיו של "עיוני משפט".

ייתכן קיומו של מצב שבו לא תימצא בידי בית-המשפט נורמה משפטית לבחינת מעשה של רשות מנהלית או פוליטית. הטעם לכך הוא שנורמת הסבירות היא נורמת-על משפטית, שלאורה בית המשפט יכול לבחון את הפעילות האנושית כולה. ברק בחן את ההצדקות המקובלות לקיומה של אי-שפיטות במובן המוסדי, ודחה אותן. השופט שמגר הציע לשמור על קיומה של דוקטרינת השפיטות, במובן של השפיטות המוסדית. אם כך, כיצד ניתן לקבוע אילו מקרים צריכים להיחשב שפיטים על ידי בית המשפט ואילו מקרים צריכים להיות מושארים על ידי בית המשפט להכרעתן של רשויות השלטון האחרות? לדברי השופט שמגר, "אין לכך נוסחה מתמטית [...] המבחן היכול לשמש לכך הוא המבחן של האופי הדומיננטי של הנושא" (519). לעיתים האופי הדומיננטי יוביל למסקנה שמן הראוי שהעניין יוכרע על ידי בית המשפט, ולעיתים למסקנה שמן הראוי שהעניין ייוותר בסמכותן של הממשלה או הכנסת.

⁷¹ משפט ותרבות, לעיל ה"ש 12, בפרק שביעי; הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 10, בפרק ראשון.

⁷² חריס, לעיל ה"ש 2.