

## אקטיביזם שיפוטי – הערכה

מאת

מנחם מאוטנר\*

מקורו של מושג האקטיביזם בספרות העוסקת בפסיקותיו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. בית-משפט נחשב אקטיביסטי ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות שלטון אחרים, בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שבה יוקצו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה<sup>1</sup>. על-פי תפיסה זו, ניתן לומר שבמהלך שנות השמונים היה בית-המשפט העליון של ישראל אקטיביסטי ביותר, הן באשר לדוקטרינות החדשות שאותן פיתח בית-המשפט בפסיקתו והן באשר לשורה ארוכה של החלטות שאותן קיבל בית-המשפט<sup>2</sup>.

בית-המשפט צמצם מאוד את הדרישה לקיומו של "מעמד" כתנאי מוקדם להגשת עתירות לבג"ץ. גישתו המסורתית של בית-המשפט הייתה שתנאי למעמד הוא קיום

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב; המאמר מבוסס על הרצאה בפורום "אימות-עומת" בנושא האקטיביזם השיפוטי (האוניברסיטה העברית, 16 בנובמבר 2003).

1 K.M. Holland "Introduction" *Judicial Activism in Comparative Perspective* (K.M. Holland – ed., 1991) 1; Holland, *ibid.*, At p. 12; M. Shapiro "The United States" *The Judicialization of Politics* (C.N. Tate and T. Vallinder – eds., 1995) 43; Canon "A Framework for the Analysis of Judicial Activism" *Supreme Court Activism and Restraint* (S. Halpern & C. Lamb – eds., 1982), 385-386; Graglia "In defense of Judicial Restraint", *ibid.*, p. 135; Miller "In Defense of Judicial Activism", *ibid.*, at 167; Okere "Judicial Activism or Passivity in Interpreting the Nigerian Constitution" 36 *Int'l & Comp. L. Q.* (1987) 788; Wallace "The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to Moorings" 50 *Geo. Wash. L. Rev.* (1981) 1; Kurland "Toward a Political Supreme Court" 37 *U. Chi. L. Rev.* (1969) 19; S. Wright "The Role of the Supreme Court in a Democratic Society – Judicial Activism or Restraint?" 54 *Cornell L. Rev.* (1968) 1.

2 לסקירה מפורטת ראו: מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993), פרק ג'; י' דותן "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (ר') גביון, מ' קרמניצר, י' דותן – עורכים, תש"ס) 5.

אינטרס אישי, ממשי וישיר של העותר בעניין נשוא העתירה. גישה זו ננטשה בשנות השמונים, ונקבע תחתיה כי לצורך קניית מעמד בבית-המשפט הגבוה לצדק אין העותר צריך להצביע בהכרח על אינטרס כאמור, אלא מעמדו של העותר יזכר גם מקום שעתירתו מעוררת בעיה בעלת אופי חוקתי מובהק או כאשר נשוא העתירה הוא מעשה שחיתות של השלטון. בית-המשפט עבר אפוא מתפיסה שעל-פיה תפקיד הביקורת השיפוטית שלו הוא להגן על אינטרסים אישיים של הפרט, שנפגעו באופן ספציפי ובמישרין, לתפיסה שעל-פיה תפקיד הביקורת השיפוטית הוא להבטיח מימוש של אינטרסים ציבוריים.

בית-המשפט הרחיב את תחום הנושאים שנחשבו על-ידי שפיטס. בית-המשפט קבע כי בהתאם לעקרון שלטון החוק כפופות הפעולות על-פי דין של כל רשות שלטונית לביקורת השיפוטית שלו. כמו כן, תוך צמצום ניכר של כללי העבר שעל-פיהם נחשבו כל פעולותיה של הכנסת באופן עקרוני בלתי שפיטות, קבע בית-המשפט כי פעולותיה של הכנסת על-פי דין, מלבד פעולות הכנסת לקביעת תוכנו של הדין החל במדינה, ייחשבו שפיטות.

בית-המשפט פיתח את עילת הסבירות והפך אותה לעילה העיקרית לפיקוחו על התוכן של ההחלטות המתקבלות על-ידי רשויות המינהל. בכך הפך עצמו בית-המשפט מגוף המפקח על המידה שבה בעלי תפקידים במינהל פועלים בגבולות סמכויותיהם, לגוף המפעיל פיקוח מהותי על האופן שבו בעלי התפקידים האלה ממלאים את תפקידיהם.

בית-המשפט פיתח את עילת המידתיות והפך אותה לעילה נוספת להתערבותו במעשי המינהל.

בית-המשפט הרחיב את היקף הביקורת שלו על פעולותיהם של הגופים המופקדים על ביטחון המדינה ועל החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה. בית-המשפט הכפיף לסמכות הפיקוח שלו הסכמים פוליטיים.

ביחס לכנסת, קבע בית-המשפט כי יש לו סמכות לפסול חוקים של הכנסת<sup>3</sup>.

ראוי לשים לב שבית-המשפט העליון שלנו לא היה בית-המשפט היחיד בעולם שפעל בדרך אקטיביסטית. קיימת ספרות ענפה שממנה עולה כי בתי-משפט גבוהים בארצות רבות במערב פעלו בעשורים האחרונים באופן אקטיביסטי. בחלק מהספרות על בתי-המשפט האלה ננקט מטבע הלשון "אקטיביזם". בחלק אחר מהספרות מדובר על תהליך של "מישפוט הפוליטיקה" (Judicialization of Politics)<sup>4</sup>.

3 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

4 C.N. Tate and T. Vallinder "The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics" *The Judicialization of Politics* (C.N. Tate and T. Vallinder – eds., 1995) 1; T. Vallinder "When the Courts Go Marching In", *ibid*, p. 13; C. Neal Tate "Why the Expansion of Judicial Power?", *ibid*, p. 27; M. Sunkin "The United Kingdom" *ibid.*, at p. 67; B. Galligan and D.R. Slater "Judicial Intrusion into the

האם האקטיביזם של בית-המשפט הוא דבר טוב? אני רוצה להשיב על השאלה הזו באופן מורכב. מצד אחד, אבקש לטעון שכעיקרון, האקטיביזם השיפוטי של בית-המשפט הוא דבר חיובי. מצד שני, אבקש לטעון שגילויים שונים של האקטיביזם הזה הם בעייתיים.

אני מאמין שיש שתי דרכים עיקריות לפעילות אנושית משותפת. הדרך האחת היא דרך השוק. דרך זו מבוססת על פעילות של חליפין, באמצעות עסקאות חוזיות, שכל אחד מהמתקשרים בהן מעוניין לקדם את מה שנתפס בעיניו כאינטרסים שלו עצמו. הדרך השנייה לפעילות אנושית משותפת היא דרך התרבות. דרך זו מבוססת על כך שקבוצה של בני אדם מפנימה מערכת משותפת של ערכים ויעדים, ופועלת בשיתוף פעולה, ותוך חלוקת תפקידים, לשם הגשמתם של הערכים והיעדים האלה. הספרה הכלכלית פועלת על-פי הגיון השוק. המינהל הציבורי של המדינה פועל על-פי ההגיון של התרבות. אפשר להתווכח בשאלה אם המינהל הציבורי של ישראל צריך להיות רחב היקף או צר היקף. כשלעצמי, אני מאמין שבתנאיה של ישראל נדרש שהמינהל הציבורי יהא רחב היקף, ויפעל בתחומים כגון חינוך, בריאות, שיכון, רווחה, עידוד התעשייה התיירות והחקלאות, עידוד התרבות, הגנת הסביבה ועוד. אבל גם מי שמאמין במינהל ציבורי צר היקף, אינו יכול שלא להאמין בצורך בקיומו בישראל של מינהל ציבורי בהיקף כלשהו, שוודאי איננו טריוויאלי. אם כך, כדי שהמינהל הציבורי הזה יפעל כהלכה, יש הכרח לטפח את התרבות המוסדית שלו. כאן נכנס לפעולה בית-המשפט העליון כבית-משפט מינהלי. עקרונות המשפט המינהלי צריכים לשמש כשלד של התרבות המוסדית של המינהל הציבורי של המדינה. משך כל שנות קיום המדינה, ובייחוד בעשורים האחרונים שבהם השתלט על התודעה הישראלית הקסם של השוק, נעשה מעט מדי לטיפוח התרבות המוסדית של המינהל הציבורי הישראלי.<sup>5</sup>

Australian Cabinet", *ibid*, p. 81; W.A. Bogart "Social Progress and Judicial Power in Canada" *ibid*, at p. 117; J.L. Lafon "France", *ibid*, p. 289; C. Landfried "Germany", *ibid*, p. 307; C. Guarnieri and P. Pederzoli *The Power of Judges* (2002); R. Hirschl "The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons for Four Constitutional Revolutions" 25 *Law & Soc. Inq.* (2000) 91; R. Hirschl "Beyond the American Experience: The Global Expansion of Judicial Review" *Marbury versus Madison – Documents and Commentary* (M.A. Graber & M. Perhac – eds., 2002); Shapiro (*supra*, note 1), p. 43; J.L. Waltman "Judicial Activism in England" *Judicial Activism in Comparative Perspective* (K.M. Holland – ed., 1991) 33; Holland "Introduction" (*supra*, note 1); C. Baar "Judicial Activism in Canada" *Judicial Activism in Comparative Perspective* (K.M. Holland – ed., 1991) 53; B. Galligan "Judicial Activism in Australia", *ibid*, p. 70; M.L. Volcansek "Judicial Activism in Italy", *ibid*, p. 117; F.L. Morton "Judicial Activism in France", *ibid*, p. 133; H.G.P. Wallach "Judicial Activism in Germany", *ibid*, p. 155.  
 ראו לעניין זה: י' גל-נור לא, אדוני הנציב! (2003).

כתוצאה מכך לוקה המינהל הזה בשורה של תחלואים, נוסף על התחלואים הרגילים שכל מינהל ציבורי מועד ללקות בהם, כגון קבלת החלטות על-פי שיקולים זרים. בית-משפט אקטיביסטי הוא בית-משפט הפועל באופן נרחב לחיזוק השלד המשפטי של התרבות המוסדית של המינהל הציבורי של המדינה, או לפחות למניעת בליה (קורוזיה) של השלד הזה.<sup>6</sup> מבחינה זו, בית-משפט אקטיביסטי עושה דבר חשוב.

אני חולק אפוא על ההבחנה שעושה רות גביון בין שני תפקידים אפשריים של בג"ץ: התפקיד של הגנה על זכויות האדם – תפקיד ראוי לבית-המשפט על-פי גביון, והתפקיד של פיקוח על המינהל הציבורי לשם הבטחת מינהל תקין ולשם מניעת פגיעה בשלטון החוק – תפקיד בלתי ראוי לבית-המשפט, על-פי גביון.<sup>7</sup> שני התפקידים כאחד הם חשובים בעיניי. אגב, בהיסטוריה של בית-המשפט העליון דווקא התפקיד השני, זה של הפיקוח על המינהל, נתפס כתפקיד הראשוני של בית-המשפט, ואגב מילוי פיתח בית-המשפט את "מגילת זכויות האדם שאינן כתובות עלי ספר" – אחת התרומות החשובות ביותר של בית-המשפט בכל שנות המדינה.

שאלה אחרת כמובן היא באיזו מידה מצליח בית-המשפט להשריש את הערכים הראויים של המשפט המינהלי במינהל הציבורי של המדינה. התשובה לשאלה זו חייבת ודאי להיות מעורבת.<sup>8</sup> אבל אין זאת אומרת שבית-המשפט צריך להימנע מהמאמץ. כמשפטים, אנחנו יודעים שתמיד קיים פער בין האידיאלים של המשפט לבין המידה שבה הם ממומשים בעולם האמיתי.<sup>9</sup> אבל אין זאת אומרת שצריך לוותר על האידיאלים האלה.

אני חולק על גביון בשלושה עניינים נוספים.

- 6 לגישה שלפיה זכויות משפטיות צריכות לשמש שלד ליחסים עשירים יותר בין בני אדם (כגון יחסי נישואין) ראו J. Waldron *Liberal Rights* (1993), ch. 15
- 7 ר גביון "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (ר' גביון, מ' קרמניצר, י' דותן – עורכים, תש"ס) 69, עמ' 79-84, 103, 104, 119, 137.
- 8 ד' ברק-ארו "השפיטות של הפוליטיקה" פלילים ח (1999) 369 *Judicial*; D. Barak-Erez "Review of Politics: The Israeli Case" 29 *J. L. & Soc.* (2002) 611
- 9 בשנת 1910 פירסם רוסקו פאונד את מאמרו המפורסם "Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action" 44 *American L. Rev.* (1910) 15 במהלך המאה העשרים מספר גדול של מחקרים העוסקים בפער שבין המשפט הכתוב לבין המשפט המופעל למעשה. סוג זה של מחקרים ידוע כ-Gap Studies. ראו לעניין זה: R.L. Kidder "Justice and Power in Law and Society Research" *Justice and Power in Sociolegal Studies* (B.G. Garth and A. Sarat – eds., 1998) 194, p. 198 ("A substantial majority of studies usually identified with the sociology of law (since the inception of the *Law and Society Review* in 1966) delve into the actual operations of legal institutions as opposed to the 'law in the books'"); B.G. Garth and A. Sarat "Justice and Power in Law and Society Research: On the Contested Careers of Core Concepts" *ibid*, p. 1

ראשית, גביזון מקנה לטעמי תפקיד צר מדי לבתי-המשפט, בהשוואה לתפקידיה של הכנסת, בקביעת תוכנו של המשפט החל במדינה<sup>10</sup>. אני סבור שבמסגרת הדמוקרטיה רוב ההחלטות הציבוריות צריכות להתקבל בכנסת – מוסד שאמור לשקף בצורה רגישה את התנודות בעמדות הציבור, וכן את המגוון של העמדות הקיימות בציבור. אבל בדמוקרטיה, חלק מההחלטות הציבוריות צריכות להתקבל בבתי-המשפט, ובראשם בית-המשפט העליון – מוסדות הפועלים במסגרת מסורת, המשקפת את התאוריה הפוליטית ואת עקרונות היסוד החוקתיים של המשטר של המדינה<sup>11</sup>. אני סבור שבית-המשפט העליון צריך לפעול באופן המנוגד לרחשי לב הציבור, אם רחשי הלב האלה מנוגדים לערכי היסוד של המשטר של המדינה.

שנית, בניגוד לגביזון<sup>12</sup>, אינני חושב שתפקידו העיקרי של בית-המשפט העליון הוא הכרעה יעילה ומהירה בסכסוכים. תפקידו העיקרי של בית-המשפט העליון הוא לפתח את המסורת המגלמת את התאוריה הפוליטית ואת עקרונות היסוד החוקתיים של המדינה.

שלישית, ואולי חשוב מכל: אף כי אני מכיר כמובן במחלוקות הערכיות העמוקות הקיימות במסגרת הרב-תרבותיות של ישראל, הרי בניגוד לגביזון<sup>13</sup> אינני חושב שהעובדה שהערכים שאותם מייצג בית-המשפט אינם מקובלים על קבוצות מסוימות במדינה צריכה להיות סיבה טובה לבית-המשפט להימנע מלהכריע על-פי מה שמתחייב על-פי הערכים האלה. בית-המשפט צריך להמשיך לפתח את המסורת הליברלית שלו, כלומר של ישראל, גם אם יש כאלה החולקים עליה, ובוודאי שאין להקנות לחולקים האלה כוח "וטו" על ההחלטות של בית-המשפט. כמובן, עלינו לעשות כל מאמץ כדי להגיע להסכמות בין הקבוצות התרבותיות החיות במדינה. אבל היעדרן של הסכמות כאלה אין משמעו שהמסורת הליברלית של ישראל צריכה להפסיק להתפתח.

יתר-על-כן, עלינו להכיר בפלורליזם התרבותי הקיים בקרב היהודים החיים בישראל. קו פרשת המים בהיסטוריה המודרנית של העם היהודי הוא צמיחתה של ההשכלה היהודית, במחצית השנייה של המאה השמונה עשרה. עד אז חיו היהודים בהומוגניות תרבותית יחסית, כשכולם מחויבים להלכה. מאז צמיחתה של ההשכלה מתאפיינים החיים היהודיים בפלורליזם תרבותי. לפיכך, עלינו להבין כי אין בנמצא מהות יהודית אחת, נכונה, שקבוצה זו או אחרת של יהודים החיה בישראל מחזיקה בה, ושאותה צריכה כביכול המדינה לממש. קבוצות שונות של יהודים חיות בישראל צורות שונות של

- 10 גביזון (לעיל, הערה 7), עמ' 72, 73, 93, 115.
- 11 לדיון נרחב ראו: מ' מאוטנר "גדמר והמשפט" עיוני משפט כג (תש"ס) 367; מ' מאוטנר "מינוי שופטים לבית-המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט (תשס"ג) 423. לוויכוח עם עמדתה של גביזון בנקודה זו ראו מאוטנר, שם, עמ' 448-449.
- 12 גביזון (לעיל, הערה 7), עמ' 78, 97, 100, 101.
- 13 גביזון, שם, עמ' 104, 163. לוויכוח עם עמדתה של גביזון בנקודה זו ראו: מאוטנר "מינוי שופטים לבית-המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" (לעיל, הערה 11), עמ' 449-451.

דרכי חיים יהודיות הקשורות אלה לאלה, על-פי המטאפורה הידועה, ב"קשרי משפחה". אמנם שני חוקי היסוד של 1992 מגדירים את ישראל כ"מדינה יהודית", אבל יש לפרש את התיבה הזאת כקובעת גם שישראל היא "מדינת היהודים" – כשם שפרו של הרצל, לפחות בתרגומו לעברית. לפיכך, כאשר מוסד של המדינה, למשל בית-המשפט העליון, נותן היתר לפעילות מסוימת, עלינו לפרש זאת לא כקביעה באשר למה שמתחייב מהיותה של ישראל מדינה יהודית, אלא פשוט כהודאה בכך שישראל משמשת מסגרת לקיומן של צורות חיים יהודיות שונות, ושגם צורת החיים שהפעילות שהותרה היא חלק ממנה הינה אחת מצורות החיים היהודיות המתקיימות, והיכולות להתקיים, במדינה<sup>14</sup>. לפיכך, אני חושב שבית-המשפט פעל נכון, למשל, כשהורה על הכנסתם של לא-אורתודוקסים למועצות דתיות<sup>15</sup>; כשהורה על מינוין של נשים למועצות דתיות<sup>16</sup>; כשקבע כי נשים יכולות להיות חברות בגוף הבחור רב עיר<sup>17</sup>; כשהורה לאפשר לנשים להתפלל ברחבת הכותל – לצערי בפסק-הדין השלישי בעניין זה ביטל בית-המשפט את ההיתר שנתן בפסק-הדין השני<sup>18</sup>. בית-המשפט פעל נכון כשהורה על מתן הטבות לבן-זוגו של הומוסקסואל<sup>19</sup>, וכשהכיר בצו אימוץ זר, שעל-פיו נחשבה בת-זוג לסבית כאם של הילד של בת-זוגה<sup>20</sup>. וכל עוד שחילוניים אינם יכולים להינשא ולהתגרש בישראל שלא על-פי ההלכה, אני חושב שצדק בית-המשפט כשהורה כי הילכת שיתוף הנכסים בין בני-זוג צריכה לחול גם בפסיקותיהם של בתי-הדין הרבנים<sup>21</sup>.

אבל אין בדברים האלה כדי לומר שאני תומך בכל מה שנעשה על-ידי בית-המשפט בשם האקטיביזם.

האמצעי העיקרי להפעלת האקטיביזם על-ידי בית-המשפט היה פיתוחה של הסבירות כעילה העיקרית לפיקוח על המינהל. בנקודה זו מצויה הביקורת העיקרית שלי.

- 14 לעמדה דומה ראו W.A. Galston *Liberal Pluralism* (2002). לדין נרחב ראו מ' מאוטנר "מהגמוניה לרב-תרבותיות: משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" (טרם פורסם).
- 15 בג"ץ 699/89 הופמן נ' מועצת עיריית ירושלים, פ"ד מח(1) 678; בג"ץ 4733/94 נאות נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד מט(5) 111; בג"ץ 4247/97 סיעת מר"צ במועצת עיריית ירושלים נ' השר לענייני דתות, פ"ד נב(5) 241.
- 16 בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221; בג"ץ 6981/97 סיעת מרצ במועצת עיריית פתח-תקווה נ' ועדת השרים שלפי חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב], תשל"א-1971, פ"ד נב(5) 289.
- 17 בג"ץ 1/88 פורז נ' שלמה להט, ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309.
- 18 בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265; בג"ץ 3358/98 הופמן נ' מנכ"ל משרד ראש הממשלה, פ"ד נד(2) 345; דנג"ץ 4128/00 מנכ"ל משרד ראש הממשלה נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289.
- 19 בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749.
- 20 בג"ץ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368.
- 21 בג"ץ 1000/92 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221.

עיון במאות פסקי-הדין שבהם הפעיל בית-המשפט את עילת הסבירות יגלה כי הם נחלקים לשתי קבוצות<sup>22</sup>.

בפסקי-הדין של הקבוצה האחת, שאני מציע לקרוא לה "סבירות משפטית", הפעיל בית-המשפט עקרונות יסוד של השיטה, כדי לקבוע את המשמעות המשפטית של פעולת המינהל. מכיוון שבניגוד לגביון אני סבור שעל בית-המשפט לפעול לא רק לשם פרשנותן של הוראות החוק אלא גם, ובאופן נרחב, בדרך של הפעלת עקרונות היסוד של השיטה, הפעלה כזו של עילת הסבירות ראויה בעיניי.

ואולם בפסקי-הדין של הקבוצה השנייה, שאני מציע לקרוא לה "סבירות מקצועית", בחן בית-המשפט את החלטות המינהל לגופן, בלא להפעיל לצורך כך שום אמות מידה משפטיות. כדוגמאות לסוג זה של מקרים יכולים לשמש המקרה שבו בחן בית-המשפט החלטה של רשויות התכנון והבניה להקים באזור הירדן ההררי מיתקן הידרואלקטרי<sup>23</sup>; המקרה שבו בחן בית-המשפט את החלטתו של המפקח על הביטוח למנות לחברת "הסנה" מנהל מורשה<sup>24</sup>; המקרה שבו התערב בית-המשפט בהחלטתו של שר הביטחון שלא לאפשר לכתוב על גבי מצבותיהם של חיילים את המילים "אסון המסוקים", אלא במקום זאת את המילים "תאונת המסוקים"<sup>25</sup>. בית-המשפט התערב בשיקולים המקצועיים של רשויות המינהל, ופסל החלטות מקצועיות של רשויות המינהל בעשרות רבות של מקרים. אני חושב שעל אקטיביזם מן הסוג הזה אי אפשר להגן. בהקשר הזה אני מסכים אפוא עם הביקורת של גביון על כך שבג"ץ אינו מבחין בין סמכות ההחלטה הראשונית לבין סמכות הביקורת השיפוטית עליה, ושם עצמו במקום הרשות המינהלית<sup>26</sup>.

ביקורת דומה יש לי על מבחן המידתיות שפותח על-ידי בג"ץ בשנות התשעים. המבחן מורכב משלושה מבחני משנה. על-פי המבחן הראשון, נבחנת המידה שבה האמצעי שנבחר להשגת המטרה אכן מסוגל להביא להשגת המטרה. "האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה"<sup>27</sup>. על-פי מבחן המשנה השני, יש לבחון "אם האמצעי השלוני הננקט אינו פוגע בערכים הראויים להגנה מעבר למידה הדרושה"<sup>28</sup>. "האמצעי שהשלטון בוחר בו חייב לפגוע הערכים ובעקרונות הראויים

22 מ' מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ה) 25. ראו גם ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ה) 7.

23 בג"ץ 2324/91 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' המועצה הארצית לתכנון ולבניה, פ"ד מה(3) 678.

24 בג"ץ 6156/92 עיזבון המנוח איתן דגן ז"ל נ' המפקח על הביטוח, פ"ד מז(1) 237.

25 בג"ץ 6069/00 העמותה להנצחת חללי אסון המסוקים בשאר ישוב נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 75.

26 גביון (לעיל, הערה 7), עמ' 89, 91, 115.

27 בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1.

28 בג"ץ 4330/93 גאנם נ' ועד מחוז תל-אביב של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221.

להגנה במידה הקטנה ביותר<sup>29</sup>. על-פי מבחן המשנה השלישי, נבחן היחס שבין הפגיעה שתיגרם לפרט לבין התועלת שאמורה לצמוח לציבור, בעקבות הפעלת האמצעי שנבחר על-ידי הרשות המינהלית. חוסר יחס הולם בין הפגיעה בפרט לבין התועלת לציבור עשוי להביא לפסילת ההחלטה המינהלית מחמת היותה בלתי-מידתית<sup>30</sup>.

כמו מבחן הסבירות המקצועית, גם מבחן המידתיות הוא במידה רבה בלתי משפטי, היינו שופט המפעיל את מבחן המידתיות משתמש בעיקרו של דבר ב"שכל הישר"<sup>31</sup> שלו כאדם, ולא בידע או בכישורים שהם ייחודיים לו כשופט או כמשפטן. יתר-על-כן, מן הראוי לשים לב כי על-פי מבחן המשנה השלישי של מבחן המידתיות, בית-המשפט ממקם את עצמו בעמדה של מי ששוקל שיקולים באשר למידה שבה יש לאמץ החלטות המקדמות את התועלת הציבורית. עם זאת הפעלתו של מבחן המשנה השני של מבחן המידתיות עשויה להיות כרוכה בהפעלתן של אמות מידה שיפוטיות.

חלק מהאקטיביזם של בית-המשפט התבטא בפסילתם של מינויים במסגרת המינהל הציבורי. אני סבור כי בית-המשפט פעל בהקשר זה בדרך כלל בצורה ראויה. לעניין מינויו של יוסי גנוסר לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון<sup>32</sup>, אני חולק על גביון הכותבת כי "בארצות אחרות, גנוסר היה יכול בהחלט להתמנות לתפקיד ציבורי"<sup>33</sup>. לדעתי, מעשיו של גנוסר היו כה חמורים עד כי הם פסלו אותו מלשמש בכל תפקיד ציבורי. בדומה לכך, אני סבור שאהוד יתום אינו יכול לשמש ראש המטה ללוחמה בטרור<sup>34</sup>; שמוריס ניסן אינו יכול לשמש מנכ"ל עמידר<sup>35</sup>; שניר גלילי אינו יכול להיות אלוף בצה"ל<sup>36</sup>. ייתכן שהיה צריך לפסול החלטות נוספות בהקשר הזה, למשל: החלטתו של נשיא המדינה לחון את אנשי השב"כ שהיו מעורבים בפרשת "קן 300"<sup>37</sup>. בנקודה זו אני מסכים עם קרמניצר<sup>38</sup>.

- 29 ש.ם.  
 30 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367.  
 31 73 (1983) *Local Knowledge* "Common Sense as a Cultural System"; C. Geertz; מ' מאוטנר "שכל ישר, לגיטימציה, כפיה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 11.  
 32 בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229.  
 33 גביון (לעיל, הערה 7), עמ' 125-126.  
 34 בג"ץ 4668/01 שריד נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(2) 265.  
 35 בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יושב ראש הוועדה לבדיקת מינויים, כבוד השופט (בדימוס) מרדכי בן-דרור, פ"ד נג(3) 769.  
 36 בג"ץ 1248/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (להלן – פרשת פלונית).  
 37 בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.  
 38 מ' קרמניצר "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה" אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (ר' גביון, מ' קרמניצר, י' דותן – עורכים, תש"ס) 165, עמ' 173, 196.



עם זאת אני חולק על בית-המשפט וגם על קרמניצר<sup>39</sup>, ומסכים עם גביון<sup>40</sup>, בנוגע להמשך הכהונה של אריה דרעי כשר<sup>41</sup> ובנוגע להמשך הכהונה של רפאל פנחסי כסגן שר<sup>42</sup>, לאחר שהוחלט להגיש נגדם כתבי אישום. אני מכיר בנחיצות של דוקטרינת הראיה המינהלית, אבל לדוקטרינה זו אין מקום לדעתי במקום שאדם כופר באשמותו, ושאלת האשמה שלו עומדת להתברר בפני בית-משפט. במקרים כאלה, אין לדעתי מקום להפעיל על מי שהוגש נגדו כתב אישום את דוקטרינת הראיה המינהלית, למשל כדי להשעותו מתפקידו, ויש למנוע כל פגיעה בו כל עוד לא הורשע על-ידי בית-משפט, אחר שהוא נהנה מן ההגנות החשובות של המשפט הפלילי: חזקת החפות; הצורך בהוכחת האשמה מעבר לכל ספק סביר; הזכות לייצוג משפטי; הכרעת-הדין על-ידי שופט הפועל בתנאים של אובייקטיביות ואי-משוא פנים. הגישה שאומצה על-ידי בית-המשפט בפסקי-הדין בעניין דרעי ובעניין פנחסי מחלקת את כוח ההחלטה בשאלות של אשם וחפות בין בתי-המשפט לבין פרקליטות המדינה ובכך חותרת תחת מעמדם של בתי-המשפט כמוסדות היחידים שבכוחם להחליט החלטות בשאלות של אשם וחפות. בפסלו החלטות בנוגע למינויים הדגיש בג"ץ שוב ושוב את הצורך ב"שמירה על אמון הציבור בשלטון". זהו ביטוי לא מוצלח. הציבור צריך לחנך עצמו שלא להאמין בשלטון. הציבור צריך לחנך עצמו לחשוד בשלטון ולהשגיח עליו. בית-המשפט היה צריך אפוא לדבר בהקשר זה על הצורך בשמירה על שלטון החוק במדינה. אכן, במקרים אחדים, מעטים מדי, הצדיק בג"ץ בטעמים האלה את החלטותיו בנושא המינויים<sup>43</sup>. ולסיום, באשר לפיקוח של בג"ץ על היועץ המשפטי לממשלה, אף שגביון מביאה טעמים כבדי משקל בעד הצרת הפיקוח הזה<sup>44</sup>, אני סבור שבסופו של חשבון הטעמים שמביא קרמניצר<sup>45</sup> צריכים לגבור: הניסיון של שני העשורים האחרונים מלמד שקיים החשש כי ימונו לתפקיד אנשים בלתי מתאימים, שלא יצליחו לעמוד כהלכה בפני מורא השלטון, מצד אחד, ובפני מוראם של עורכי-דין – ובשנים האחרונות גם יחצ"נים – הנשכרים בידי חשודים, מצד שני.

עם זאת ראוי לשים לב כי לפחות כשמדובר בהחלטה של היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד אדם לדין מהטעם של היעדר ראיות מספיקות, אין ולו גם מקרה אחד שבו התערב בג"ץ בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה והורה על העמדה לדין בכל זאת. כפי

- 39 קרמניצר, שם, עמ' 173, 199, 209.  
 40 גביון (לעיל, הערה 7), עמ' 95, 141-149.  
 41 בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404.  
 42 בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441.  
 43 ראו למשל פרשת פלונית (לעיל, הערה 36). על אמון הציבור בבית-המשפט העליון ראו: ח' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 14 (2002) 9; מ' חשין "אמון הציבור בבית המשפט" המשפט 15 (2005) 4.  
 44 גביון (לעיל, הערה 7), עמ' 130-132.  
 45 קרמניצר (לעיל, הערה 38), עמ' 242-245.

שעולה משורה של פסקי-דין של בג"ץ, ובייחוד מפסק-הדין האחרון בסוגיה בעניין אי-העמדתו לדין של ראש הממשלה אריאל שרון<sup>46</sup>, גישתו של בג"ץ היא כי התערבותו בשיקול-הדעת של היועץ המשפטי לממשלה אמורה לקרות במקרים נדירים ביותר. עמדה זו ראויה בעיניי. ואולם כאמור, אין זאת אומרת שיש לאפשר ליועץ המשפטי לממשלה לפעול בתנאים שבהם הוא יודע כי הוא חסין מפיקוח כלשהו של בג"ץ.

46 בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז (טרם פורסם).