

## מידתיות ותרבות ההצדקה אצל אהרן ברק

משה כהן-אליה\*

מאמר זה סוקר ושולל ארבעה הסברים להתפשטות של המידתיות בעולם ובכתיבתו של אהרן ברק – התפתחות חוקתית מוקדמת, ניהול קונפליקטים, שפה גלובלית וכוח שיפוטי – ומציע הסבר אחר (על יסוד כתיבה משותפת שלי עם ד"ר עידו פורת): הסבר מ"תרבות ההצדקה". תרבות ההצדקה מתאפיינת בהתרחבות של תחומי הנושאים השפטיים, בתפיסת הזכויות כדרישה לאופטימיזציה, בפרשנות שיפוטית תכליתית ומִט־טקסטואלית, באופטימיות לגבי יכולתו של השופט להגיע להכרעות נכונות, ובהתבססות על תפיסת הדמוקרטיה הדליברטיבית. מאפיינים אלה תואמים את עיקרי-היסודי של החוקתיות החדשה שהתפשטה בעולם לאחר מלחמת-העולם השנייה, ואת עיקרי תפיסתו השיפוטית של ברק. הטענה המוצגת במאמר היא שהמידתיות היא יסוד אינהרנטי בתרבות חוקתית כזו, ואף נובעת ממנה באופן לוגי כמעט. אף שמטרתו העיקרית של המאמר היא הסברית, אציג בחלק האחרון של המאמר תחילת טיעון של ספקנות בנוגע לנורמטיביות של תרבות ההצדקה. אטען כי תרבות זו אינה ממלאת בהכרח את הטעמים העומדים ביסודה, ביניהם כבוד, אמון, הסכמה ונשיאה באחריות.

מבוא

- פרק א : מדוע המידתיות מתפשטת בעולם?  
פרק ב : תרבות ההצדקה הגלובלית ומשנתו של ברק
1. אין חורים שחורים
  2. משמעותן של זכויות
  3. תפקידו של הטקסט ומלאכת הפרשנות
  4. סופיות ורציונליות
  5. דמוקרטיה דליברטיבית
- פרק ג : מידתיות ותרבות ההצדקה  
פרק ד : הצדקה לתרבות ההצדקה?  
סיכום

\* דקן, בית-הספר למשפטים, המרכז האקדמי למשפט ולעסקים.

## מבוא

אין זה מפתיע ששני הספרים האקדמיים שהוציא אהרן ברק לאור לאחר פרישתו מבית-המשפט העליון עוסקים בעילת המידתיות.<sup>1</sup> המידתיות מייצגת, לגבי ברק, מפעל חיים בתחום תורת השפיטה ותורת המשפט. עילה זו מבוססת על מה שעמיתי עידו פורת ואנוכי כינינו, בעקבות מוריניק (Mureinik), "תרבות ההצדקה"; כלומר, תרבות שיפוטית המקפלת בתוכה את תפיסת-העומק שלפיה כל פעולה שלטונית טעונה הצדקה מהותית לפני בית-משפט, בשילוב עם האמונה האופטימית ביכולתו של השופט להגיע להכרעות נכונות בנוגע לתוקפה המהותי של ההצדקה.<sup>2</sup>

תרבות ההצדקה אינה ייחודית רק לישראל. לאחר תום מלחמת-העולם השנייה התפשטה תרבות ההצדקה ברחבי העולם, למעט ארצות-הברית. אבל נדמה שהיא מקבלת ביטוי פרדיגמטי דווקא בישראל, ובמשנתו של ברק בפרט. חדירתה של המידתיות למשפט הישראלי היא מסיבית, ואינה מוגבלת לתחומי המשפט הציבורי.<sup>3</sup> המידתיות חדרה גם לתחומי משפט נוספים, כגון דיני העבודה,<sup>4</sup> המשפט הפרטי<sup>5</sup> וסדרי הדין האזרחי.<sup>6</sup>

המטרה העיקרית של מאמר זה היא הסברית: להציע את ההסבר המשכנע ביותר להתפשטותה של המידתיות בעולם, ובמשנתו של ברק בפרט. בפרק א אציג הסברים אחדים שהוצעו לכך, ביניהם התאמה לשלב מוקדם של התפתחות חוקתית, ניהול

- 1 אהרן ברק **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה** (2010) (להלן: ברק **מידתיות במשפט**); AHARON BARAK, *PROPORTIONALITY: CONSTITUTIONAL RIGHTS AND THEIR LIMITATIONS* (Cambridge University Press 2012).
- 2 מאמר זה נסמך באופן משמעותי על מאמרי המשותף עם ד"ר פורת. ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Proportionality and the Culture of Justification*, 59 AM. J. COMP. L. 463 (2011).
- 3 חדירתה של המידתיות למשפט הציבורי התחילה בתחומי המשפט המנהלי – ראו בג"ץ 5510/92 **תורקמאן נ' שר הביטחון**, פ"ד מח(1) 217 (1993). בפרשת בנק המזרחי חדרה המידתיות גם למשפט החוקתי – ראו ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).
- 4 ראו, לדוגמה, ס"ק (אזורי ים) 11/09 **המוסד לביטוח לאומי נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה – הסתדרות עובדי המדינה**, תק-עב (3) 2171 (2009). לסקירה מקיפה ראו גיא דוידוב "עקרון המידתיות בדיני עבודה" **עיוני משפט** לא 5 (2008).
- 5 לסימנים ראשונים של חלחול המידתיות לדיני חוזים ראו ע"א 1445/04 **בייזמן השקעות בע"מ נ' חליוה** (טרם פורסם, 13.11.2008); ולדיני נזיקין ראו ת"א (שלום כ"ס) 7830/00 **בורוכוב נ' אלישי**, תק-של (2) 1216 (2002).
- 6 בג"ץ 891/05 **תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל נ' הרשות המוסמכת למתן רישיונות יבוא – משרד התעשייה, המסחר (לא פורסם, 30.6.2005)** (מידתיות בפסיקת הוצאות); רע"א 6424/98 **סימון נ' מפרק דגני עמירים בע"מ (כפירוק וכינוס נכסים)**, פ"ד נג(1) 280 (1999) (מידתיות במתן סעד זמני – עיכוב יציאה מן הארץ).

קונפליקטים, שפה גלובלית ותאווה כוח שיפוטי. אטען שהסברים אלה הם פונקציונליים או אינסטרומנטליים, וכי הם חלקיים במקרה הטוב או שגויים לחלוטין. בפרק ב אציע הסבר מ"תרבות ההצדקה" להתפשטותה של המידתיות. תרבות ההצדקה מתאפיינת בהתרחבות של תחומי הנושאים השפטיים ("אין חורים שחורים"); בתפיסת הזכויות כדרישה לאופטימיזציה, ולא כטעם מוציא (exclusionary reason);<sup>7</sup> בהנמקה שיפוטית שהיא אנטי-טקסטואלית; באופטימיות לגבי יכולתו של השופט להגיע להכרעות נכונות; ובהעדפתה של תפיסת הדמוקרטיה הדליברטיבית על תפיסת הדמוקרטיה הפלורליסטית. תיאור מאפייניה של תרבות ההצדקה ייעשה בדרך של הנגדה ל"תרבות הסמכות", המאפיינת את המשפט החוקתי האמריקאי. בחלק זה גם אמחיש את האופנים שבהם המורשת השיפוטית של ברק מהווה את הביטוי הפרדיגמטי של תרבות ההצדקה. בפרק ג אצביע על האופנים ההדוקים שבהם המידתיות משתלבת בתרבות ההצדקה, עד כדי כך שהיא נובעת ממנה באופן לוגי כמעט. תיאור זה גם מבהיר את מרכזיותה של המידתיות במשנתו של אהרן ברק.

אף שמטרתו העיקרית של מאמר זה היא הסברית – להציע את ההסבר הטוב ביותר למרכזיותה של המידתיות במשנתו של ברק ולהתפשטותה ברחבי העולם – אבקש להתייחס בפרק ד, בקצרה ובביקורתיות, להיבטיה הנורמטיביים של תרבות ההצדקה. אטען שתרבות ההצדקה, על המידתיות כיסוד אינהרנטי בה, היא בעייתית משני טעמים עיקריים: ראשית, היא חותרת תחת הנימוקים העומדים ביסוד התביעה להצגת הצדקות ונימוקים, ביניהם כבוד, אמון, הסכמה ונשיאה באחריות. אטען כי ההתעקשות – העומדת ביסודה של תרבות זו – שהמדינה תצדיק כל אחת מפעולותיה חותרת תחת המטרות שמאחורי התביעה להצגת הצדקות, ולכן מביסה את עצמה. שנית, תרבות ההצדקה מחייבת הנפקת הצדקה שעולה לכלל "טעם ציבורי" (public reason), אבל אין זה ברור כלל אם קיימים טובים ציבוריים, כיצד מגלים אותם, ועד כמה טובים כאלה – אם קיימים בכלל, כאמור – מדירים קבוצות מיעוט. בסופו של יום, מה שהתחיל כביקורת שיפוטית פרוצדורלית, התובעת מהמדינה להצדיק את כל פעולותיה, גולש מהר מאוד לביקורת שיפוטית מהותית רחבת-היקף שמעוררת בעיות של לגיטימציה.

## פרק א: מדוע המידתיות מתפשטת בעולם?

התפשטותה של המידתיות במשפט החוקתי של מדינות רבות בעולם היא עובדה שאינה שנויה במחלוקת. הדוקטרינה, שנולדה במשפט המנהלי הפרוסי של המאה התשע-

7 טעם מוציא הוא שיקול מסדר שני האוסר הבאה בחשבון של שיקולים מסדר שני, ובמקרה של המשפט החוקתי – שיקולים כגון גזענות, סתימת פיות, נפוטיזם וכולי. ראו דיון להלן בתת-פרק 2ב.

עשרה,<sup>8</sup> נהפכה לעיקרון חוקתי בגרמניה שלאחר מלחמת-העולם השנייה.<sup>9</sup> משם היא חדרה לפסיקה של האיחוד האירופי,<sup>10</sup> למשפט החוקתי של קנדה שלאחר אימוץ הצ'רטר הקנדי על זכויות וחירויות משנת 1982,<sup>11</sup> ומשם לניו-זילנד,<sup>12</sup> לאוסטרליה,<sup>13</sup> לדרום-אפריקה,<sup>14</sup> לבריטניה,<sup>15</sup> לאמריקה הלטינית,<sup>16</sup> ואפילו למדינות אחדות בדרום-מזרח אסיה.<sup>17</sup> לאחרונה נעשו נסיונות אחדים להחדירה למשפט החוקתי האמריקאי, אך לעת עתה ללא הצלחה.<sup>18</sup> ללא ספק, המידתיות נוכחת בכל מקום כמעט. אפשר לחשוב על כמה הסברים להתפשטותה הדרמטית של המידתיות ברחבי העולם. רוב ההסברים הם פונקציונליים או אינסטרומנטליים. **ההסבר הראשון**, שהושמע על-ידי שְׁוֹר (Schauer), הוא שמידתיות מתאימה למדינות שהמשפט החוקתי שלהן נמצא בשלבי התפתחות ראשוניים.<sup>19</sup> המשפט החוקתי של הדמוקרטיות החוקתיות ברוב

---

8 Kenneth F. Ledford, *Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court (1876–1914)*, 37 CENT. EUR. HIST. 203, 222 (2004).

9 Lüth, Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] 7, 198 (1958) (F.R.G.).

10 Dudgeon v. United Kingdom, 45 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1981); Handyside v. United Kingdom, 24 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1976).

11 R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103, 135–142.

12 Ministry of Transp. v. Noort, [1992] 3 N.Z.L.R. 260, 282–285 (C.A.).

13 Kartinyeri v. Commonwealth, (1998) 152 A.L.R. 540 (Austl.).

14 S. v. Zuma & Others, 1995 (2) SA 642 (CC) (S. Afr.).

15 Margit Cohn, *Legal Transplant Chronicles: The Evolution of Substantive Judicial Review of the Administration in the United Kingdom*, 58 AM. J. COMP. L. 583 (2010).

16 Alonso Reis Freire, *Evolution of Constitutional Interpretation in Brazil and the Employment of Balancing "Method" by Brazilian Supreme Court in Judicial Review* 7–11 (2007), available at [www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20by%20Prof%20Alonso%20Reis%20Freire.pdf](http://www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20by%20Prof%20Alonso%20Reis%20Freire.pdf).

17 S.R. Bommai v. Union of India, (1994) 3 S.C.C. 1. לחירתה של המידתיות להודו ראו: Jeon Hak-Seon, *L'application du principe de proportionnalité dans la justice constitutionnelle en Corée* (unpublished conference paper), available at [www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20by%20Prof.%20JEON%20Hak-Seon.pdf](http://www.enelsyn.gr/papers/w15/Paper%20by%20Prof.%20JEON%20Hak-Seon.pdf).

18 לניסיון האחרון ראו: District of Columbia v. Heller, 128 S. Ct. 2783, 2852 (2008). בפסק-דין זה טען השופט ברייר, בדעת מיעוט, כי "[c]ontrary to the majority's unsupported suggestion that this sort of 'proportionality' approach is unprecedented... the Court has applied it in various constitutional contexts, including election-law cases, speech cases, and due process cases". להערכת מגמה זו ראו: Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 SAN DIEGO L. REV. 367 (2009).

19 Frederick Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, in EUROPEAN AND US

מדינות העולם התפתח לאחר מלחמת-העולם השנייה, ואילו המשפט החוקתי האמריקאי היה כבר מגובש במועד זה.<sup>20</sup> סטנדרטים – אשר המידתיות היא דוגמה מובהקת שלהם – מתאימים במיוחד, לשיטתו של שְׁוֹר, לשיטות משפט הנמצאות בשלבי התפתחות מוקדמים, מכיוון שהם מאפשרים לדוקטרינות באותן מדינות להתפתח בחופשיות ובטבעיות, ואינם כובלים מראש את המשפט החוקתי. לטענתו של שְׁוֹר, ככל שהמשפט החוקתי מתגבש, עשויות להתפתח במסגרתו הבחנות דקות, קטגוריות ותת-קטגוריות, והתפתחות זו תסמן מעבר לשיטה שהיא קטגורית יותר.

יש לדחות הסבר זה משני טעמים. ראשית, אין זה נכון להניח שהמשפט החוקתי של המדינות שאימצו את המדיניות הזו הוא בלתי-מפותח. כך, למשל, הפסיקה של בית-המשפט החוקתי הגרמני, של בית-המשפט האירופי לזכויות אדם ושל בית-המשפט העליון הקנדי היא עשירה ומורכבת, ויהא זה בלתי-מדויק לאפיין אותה כבלתי-מפותחת. שנית, עיון באופן שבו התפתח המשפט החוקתי במדינות רבות מלמד כי הקשר בין התפתחות הפסיקה במישור הזמן לבין העדפה של סטנדרטים או של קטגוריות אינו ליניארי. פסיקתו של בית-המשפט העליון בישראל, למשל, דווקא התאפיינה בעשורים הראשונים בגישה פורמלית וקטגורית, ואילו בעשורים האחרונים חלה תוויה חזקה לכיוון סטנדרטים, כגון איזונים, סבירות ומידתיות.<sup>21</sup> גם עיון בהתפתחות ההיסטורית של המשפט החוקתי האמריקאי מלמד על תנודתיות גלית או מעגלית, ולא ליניארית, בין סטנדרטים לבין גישה קטגורית.<sup>22</sup>

**ההסבר השני** רואה במידתיות כלי שיפוטי אפקטיבי בניהול קונפליקטים בחברות שסועות. לפי הילוכו של הסבר זה, מכיוון שהמידתיות נוגעת בעיקר בבירור עובדות ואינה כוללת שיפוט ערכי,<sup>23</sup> היא כלי חשוב במיתון מלחמות-תרבות בחברות שסועות. ההתמקדות בבירור העובדתי מאפשר לרשות השופטת למתן את ההגזמה הרטרורית שמאפיינת מחלוקות תרבותיות וזהותניות בפוליטיקה. ביטי (Beatty) מפנה לפסק-דינו של אהרן ברק בפרשת **חורב**<sup>24</sup> כדוגמה פרדיגמטית לשימוש נכון במידתיות במסגרת

CONSTITUTIONALISM 49 (Georg Nolte ed., 2005); Frederick Schauer, *The Exceptional First Amendment*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 29, 32 (Michael Ignatieff ed., 2005).

20 לטיעון דומה בהקשר המסביר את החריגות האמריקאית ראו: Franck I. Michelman, *Integrity - Anxiety?* in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 241 (Michael Ignatieff ed., 2005).

21 לסקירה ראו מנחם מאוטנר *ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי* (1993).

22 Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 YALE L.J. 943 (1987).

23 ראו: DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 169 (2004): "Testing the legitimacy of laws through the prism of proportionality creates a framework of analysis around which a very powerful theory of judicial review can be built... On this model of judicial review, it is the formulation of minor premise, where the facts and details of the government's behavior are scrutinized and probed, that all the hard work is done"

24 בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1 (1997).

ההתמודדות עם מלחמת-התרבות שבין חילונים וחרדים בירושלים בהקשר של סגירת כביש בר-אילן בשבתות. ביטי טוען כי הבחינה העובדתית המדוקדקת שקיים ברק בעת עריכת האיזון בין חופש התנועה של החילונים בשבת לבין השמירה על רגשות הציבור החרדי מגלה כי מדובר בתחלוף (trade-off) סביר והגיוני של שתי דקות הארכה במשך הנסיעה של החילונים בתמורה לרווח עצום במונחים של רגשות הציבור החרדי במועדי התפילות בשבת. הבדיקה העובדתית המדוקדקת שבית-המשפט מקיים במסגרת מימוש המידתיות במקרים כאלה מצמצמת את גודלי המחלוקות הרב-תרבותיות, אשר נוטות להתלהמות רגשית.

אבל, כפי שברק מציין בצדק בספרו, כאשר בית-המשפט מאזן בין זכויות לבין אינטרסים נוגדים, הוא לא רק מודד את עוצמת הפגיעה בכל אחד מהערכים, אלא גם בוחן את חשיבותו היחסית של כל אחד מהערכים המתנגשים.<sup>25</sup> שכן לא הרי הזכות לחיים כהרי הזכות לקניין. נוסף על כך, עובדות לבד אין בהן כדי לקבוע אילו אינטרסים הם לגיטימיים ואילו אינם כאלה, שהרי שום חברה דמוקרטית לא תסכים לקבל טיעון שלפיו יש לאלין שחורים לנסוע בכביש עוקף בשכונות שמתגוררים בהן בעיקר לבנים רק מכיוון שעצם נוכחותם של השחורים בשכונה פוגעת ברגשותיהם של הלבנים. בהפעלת המידתיות והאיזונים הגלומים בה אי-אפשר להימנע משיפוט נורמטיבי לגבי חשיבותם של הערכים המתנגשים. לכן תפיסת המידתיות כמכשיר לברור עובדתי אינה יכולה להסביר את התפשטותה של המידתיות.<sup>26</sup>

**הסבר שלישי**, אטרקטיבי מעט יותר, להתפשטותה של המידתיות קשור לצורך בשפה משפטית משותפת שתחצה גבולות לאומיים ותאפשר שיח והחלפת מידע בין מערכות חוקתיות שונות. המידתיות מתאימה למלא תפקיד זה, כך נטען, מכיוון שהיא רחבה מספיק להתאים את עצמה לשונות שבין מערכות משפטיות, אך באותה עת גם מובנית דייה לקלוע ליסודות הגנריים של המשפט החוקתי. לפי גישה זו, המידתיות מהווה מנגנון ניטרלי מבחינה ערכית המקטין עלויות תקשורת בין מערכות משפטיות שונות וכן בין הקהילה הגלובלית של השופטים.<sup>27</sup> אך גם הסבר זה אינו מצליח להבהיר מדוע דווקא מידתיות, להבדיל מדוקטרינות קטגוריות יותר, נבחרה למלא את התפקיד של שפה גלובלית. שפה גלובלית אינה חייבת להיות מבוססת על סטנדרטים דווקא. כך, למשל, *lex mercatoria* – השפה של הקפיטליזם הגלובלי והסחר הבין-לאומי – כוללת גם יסודות קטגוריים, המסייעים בהגברת הוודאות בסחר הגלובלי.<sup>28</sup>

25 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 573. על כך ראו גם משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות" **משפט וממשל** ט 297 (2005).

26 השוו גם עם טענתו של אסקרידג' שלפיה גם כללים קטגוריים, כגון איסור מוחלט של הפליה גזענית ושל הטבעת אות-קלון, יכולים לסייע בייצוב מערכות שסועות: William N. Eskridge, *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, 114 YALE L.J. 1279 (2005).

27 Michel Rosenfeld, *Rethinking Constitutional Ordering in an Era of Legal and Ideological Pluralism*, INT'L J. CONST. L. 415 (2008).

28 ראו, למשל: Keith Highet, *Enigma of the Lex Mercatoria*, 63 TUL. L. REV. 613 (1988).

**ההסבר האחרון** הוא הסבר של תאוות כוח שיפוטי. ברחבי העולם, טוען רוברט בורק (Bork), שופטים מעבירים לעצמם כוח על-חשבון הממשלה והפרלמנט, ופועלים "לכפות ערכים ליברליים".<sup>29</sup> הירשל ומאוטנר מסבירים תהליך זה בירידת כוחן הפוליטי של האליטות ההגמוניות הליברליות בחלק מהמדינות, וישראל ביניהן, ובהסתת מוקד פעילותן לזירה השיפוטית, שם קל להן יותר להגשים את ערכיהן, מטעמים דמוגרפיים ואחרים.<sup>30</sup> המידתיות משמשת היטב את השופטים לקידום האינטרסים של האליטות הישנות, שכן היא מעניקה להם כוחות שיקול-דעתיים נרחבים במעטה של דוקטרינה משפטית מובנית ושיטתית.

הסבר זה מתעלם מכך שהכוח העיקרי של שופטים הוא כוח וטו, וכי הכרעות שיפוטיות תלויות בלגיטימיות שלהן ובאמון הציבורי. לכן מוחמצת כאן נקודה חשובה: המידתיות נתפסת בעיני אזרחים ואף פוליטיקאים במדינות רבות כהפעלה לגיטימית של סמכות שיפוטית. כפי שאראה מיד, קיימת תרבות רחבת-היקף (למעט בארצות-הברית) שתופסת את המידתיות כיסוד אינהרנטי ועמוק של הנמקה שיפוטית.

## פרק ב: תרבות ההצדקה הגלובלית ומשנתו של ברק

כל אחד מהנסיגות האלה נותן הסבר פונקציונלי או אינסטרומנטלי שהוא חלקי לכל-היותר להתפשטותה של המידתיות. מטרתי בחלק זה היא להציע הסבר אחר, עמוק יותר, להתפשטותה של המידתיות בעולם ולנוכחותה החזקה בכתיבה ובפסיקה של אהרן ברק. ההסבר לתופעה זו קשור לאחיזה שתפסה לה תרבות שיפוטית שניתן לכנותה "תרבות ההצדקה", אשר המידתיות טבועה בה.

הראשון שטבע את המונח "תרבות ההצדקה" היה המשפטן הדרום-אפריקאי אטיין מוריניק. כך הוא מתאר את המשמעות הטרנספורמטיבית של המעבר ממשטר האפרטהייד למעבר למשטר חוקתי דמוקרטי:

"If the new constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification – a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by government rests on the cogency of the case offered in

(כללים קטגוריים דוגמת Incoterms חלים על מסחר בין-לאומי כחלק מה-Lex Mercatoria). ראו גם: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Apr. 11, 1980, 1489 U.N.T.S. 3. הכוללים הסדרים קטגוריים.

29. ROBERT BORK, COERCING VIRTUES: THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES (2003)

30. RAN HIRSCHL, TOWARDS JURISTOCRACY: THE ORIGINS AND CONSEQUENCES OF THE NEW CONSTITUTIONALISM (2004); מנחם מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו 645 (2002).

defense of its decisions, not the fear inspired by the force at its command. The new order must be a community built on persuasion, not coercion."<sup>31</sup>

פסקה זו מתמצתת היטב את משמעותה של תרבות ההצדקה: חיוב הממשלה לספק הצדקה משכנעת לכל אחת מפעולותיה. מוריניק מציב כאן אומנם ניגוד בין תרבות הצדקה דמוקרטית לבין תרבות סמכות אנטי-דמוקרטית (אשר אפשר לכנותה סמכותנות – authoritarianism)<sup>32</sup>, אולם במאמר זה אתייחס הן לתרבות ההצדקה והן לתרבות הסמכות במסגרת הפרדיגמה של הדמוקרטיה הליברלית, תוך הצגת ארצות-הברית כביטוי המובהק ביותר של תרבות של סמכות.

בתרבות של סמכות הלגיטימיות של פעולה שלטונית נובעת מהעובדה שהסוכן היה מוסמך לפעול. המשפט הציבורי, על-פי תפיסה זו, מתמקד בקביעת גבולותיה של הפעילות השלטונית ובניסיון להבטיח שהחלטות יתקבלו על-ידי הגוף המוסמך לכך. איני מבקש לטעון שלשאלות של סמכות אין משמעות בתרבות ההצדקה. קיומה של סמכות הוא תנאי הכרחי גם בתרבות זו, אך אין הוא תנאי מספיק להכשרתה המשפטית של פעולה שלטונית. הלגיטימיות של פעולה שלטונית נקבעת על-פי "מידת השכנוע" (persuasion) של ההצדקה המוצעת לפעולה זו במונחים של סבירות ורציונליות.<sup>33</sup>

לפני שאעבור לתאר את מאפייניה של תרבות ההצדקה, אבקש להעיר הערה בנוגע למבנה הלוגי של הצגת הצדקה ולאפקט שלה. לפי שְׁנֹר, הנפקת הצדקה לפעולה כרוכה תמיד בסוג של "חקיקה" – קביעת כלל פעולה שכובל במקרים עתידיים. זאת, מהטעם שלהנמקות, מעצם טיבן, יש אופי כללי יותר מאשר להכרעה במקרה קונקרטי. בחברות דמוקרטיות השומרות על עקביות וחותרות לקוהרנטיות, טוען שְׁנֹר, להתעקשות השיפוטית על המצאת הצדקות לכל פעולה יש אפקט מחוקק, שכן הרשויות מצופות לפעול גם במקרים דומים בעתיד על יסוד ההצדקות שהן הציגו לבית-המשפט.<sup>34</sup> כך, ההתעקשות השיפוטית על החובה להמציא הצדקות משעתקת את תרבות ההצדקה.

## 1. אין חורים שחורים

מוריניק מדגיש את העובדה שבתרבות ההצדקה כל פעולה שלטונית מחויבת בהצדקה. בניגוד לתרבות של סמכות, המבוססת על גבולות ותחומי פעולה מוגדרים, הדגש

31 Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. AFR. J. HUM. RTS. 31 (1994).

32 להבחנה בין סמכותיות לבין סמכותנות ראו: JOSEPH VINING, *THE AUTHORITATIVE AND THE AUTHORITARIAN* (1986).

33 לגבי מוריניק, המושג "תרבות ההצדקה" הוא מהותי, ולא רק פורמלי. ראו: David Dyzenhaus, Murray Hunt & Michael Taggart, *The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation and Constitutionalisation*, 1 OXFORD U. COMMONWEALTH L.J. 5, 29 (2001).

34 Frederick Schauer, *Giving Reasons*, 47 STAN. L. REV. 633 (1995).



בתרבות ההצדקה הוא בהצדקה לפעולה. אם מה שחשוב הוא ההצדקה, אזי אין להגביל את החובה להנפיקה בנוגע לכל פעולה שלטונית. שאלות של סמכות נתפסות כשאלות טכניות, פורמליות, המונעות את הבדיקה של מה שחשוב באמת: ההצדקה לפעולה. אין הטענה כאן שבמדינות שבהן תרבות ההצדקה משגשגת בית-המשפט בוחן את ההצדקה באותה רמה של קפדנות לגבי כל תחום ותחום. כך, למשל, כאשר בתי-משפט בוחנים את תוקפה של ההצדקה בסוגיות רגישות, כגון בטחון המדינה, הם נוטים להעניק למדינה מרחב תמרון רחב יותר. אבל פשרות בלתי-נמנעות מסוג זה נתפסות כחריג לאידיאל, שהוא הצדקה של כל פעולה ופעולה.

המורשת של אהרן ברק מתאפיינת, בין היתר, בהסרת מחסומים פרוצדורליים, כגון העדר שפיטות או זכות עמידה, מתוך שאיפה להרחיב את הביקורת השיפוטית על כמה שיותר פעולות שלטוניות. אחת הדרכים המטפוריות היפות שבהן השתמש ברק בתקיפת נסיונות חקיקתיים שונים לקבוע תחומי סמכות שהרשות השופטת אינה רשאית להיכנס אליהם הוא אפיונם כניסיון ליצור "חורים שחורים".<sup>35</sup> החשש של ברק הוא כי העדר פיקוח על כוח שלטוני יוביל לניצול לרעה ולשרירות. גם כאן יש לשים לב לכך שאין קשר ישיר בין קיומו של פיקוח לבין מידת התערבותו של בית-המשפט בהסדרים משפטיים. הפיקוח מוחל באמצעות החלת מבחני איוון, המלווים מתחם של חופש תמרון. בתי-משפט עושים שימוש במתחם זה או במושגי deference אחרים כדי להימנע מלהתערב בנושאים רגישים או בנושאים שאינם מצויים בתחום מומחיותם. אבל התוצאה הברורה של מדיניות שיפוטית זו היא גידול דרמטי במספר התיקים שנידונים על-ידי בית-המשפט העליון בישראל בעשורים האחרונים. כך, בעוד שמספר התיקים שנידונים בשנה אחת בבית-המשפט העליון האמריקאי צנח בשנים האחרונות למספר דו-ספרתי (בעבור אוכלוסייה של יותר מ-300,000,000 תושבים),<sup>36</sup> לבית-המשפט העליון הישראלי מגיעים מדי שנה יותר מעשרת אלפים תיקים (בעבור אוכלוסייה של כ-7,000,000 תושבים).<sup>37</sup>

35 AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY 194, 298 (2006); רועי מנדל "אהרן ברק: תחום לא שפיט הוא חור שחור" *ynet* (29.2.2008) [ynet.co.il/articles/0,7340,L-3512840,00.html](http://ynet.co.il/articles/0,7340,L-3512840,00.html).

36 Adam Liptak, *The Case of the Plummeting Supreme Court Docket*, N.Y. TIMES (28.9.2009), available at [nytimes.com/2009/09/29/us/29bar.html](http://nytimes.com/2009/09/29/us/29bar.html); David R. Stras, *The Supreme Court's Declining Plenary Docket: A Membership-Based Explanation*, 27 CONST. COMMENT. 151 (2010).

37 הרשות השופטת במדינת ישראל – דין וחשבון לשנת 2010 14–15 (קרן אזולאי ואח' עורכים, 2010) [elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh\\_meida2010.pdf](http://elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/hofesh_meida2010.pdf). תופעה זו מתקיימת גם בבית-המשפט האירופי לזכויות אדם – ראו: Laurence R. Helfer, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, 19 EUR. J. INT'L L. 125 (2008) – וכן בבית-המשפט החוקתי בגרמניה, ראו: Erhard Blankenburg, *Mobilization of the German Federal Constitutional Court*, in CONSTITUTIONAL COURTS IN COMPARISON: THE U.S. SUPREME COURT AND THE

## 2. משמעותן של זכויות

בעוד בתרבות של סמכות זכויות נתפסות כטעמים מוציאים (exclusionary reasons), האוסרים קבלת החלטות על יסוד שיקולים הנתפסים כפסולים (כגון גזענות, סתימת פיות, נפוטיזם),<sup>38</sup> זכויות בתרבות ההצדקה נתפסות כערכים – כטובים מהותיים שיש למקסם אותם. אם מה שחשוב הוא ההצדקה המהותית לפעולה, אזי אין הכרח להגדיר את הזכויות באופן צר. בתרבות ההצדקה, אם כן, הזכויות אינן יותר מאשר תביעות לכאוריות, אשר מטילות נטל מסוים על המדינה להצדיק הגבלת חירויות. בפסקה הבאה מתאר אלקסי (Alexy) את תפיסת הזכויות במשפט החוקתי הגרמני כ"עקרונות":

"[P]rinciples are norms requiring that something be realized to the greatest extent possible, given the factual and legal possibilities at hand. Thus, principles are *optimization* requirements. As such, they are characterized by the fact that they can be satisfied to varying degrees, and that the appropriate degree of satisfaction depends not only on what is factually possible but also on what is legally possible. Rules aside, the legal possibilities are determined essentially by opposing principles. For this reason, principles, each taken alone, always comprise a merely *prima facie* requirement."<sup>39</sup>

מכיוון שזכויות הן לא יותר מאשר תביעות לכאוריות, אין סיבה לא להחדיר לתוך המושג "זכות חוקתית" כמעט כל אינטרס לגיטימי שנמצא לו עיגון טקסטואלי, אפילו דחוק, בחוקה. תפיסה זו רווחת במשפט החוקתי הגרמני. הרחבת מושגי הזכויות שם דרמטית עד כדי כך שנפסק שם כי החוקה מעניקה זכויות יסודיות לעשן מריחואנה,<sup>40</sup> להאכיל יונים<sup>41</sup> ולרכוב על סוסים בפרק.<sup>42</sup> לנוכח זה אין פלא שקום (Kumm) אפיין את החוקה הגרמנית כ"חוקה טוטלית".<sup>43</sup>

GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT 157 (Ralf Rogowski & Thomas Gawron .eds., 2002)

Richard. H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, 45 HASTINGS L.J. 711 (1994)

Robert Alexy, *The Construction of Constitutional Rights*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 19 39 (2010)

.BVerfGE 90, 145 40

.BVerfGE 54, 263 41

.BVerfGE 80, 137 42

Mattias Kumm, *Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, 7 GERMAN L.J. 341 (2006)

אף שאהרן ברק מסתייג בספרו מגישתו של אלקסי לזכויות,<sup>44</sup> מורשתו של ברק דווקא נתפסת כמרחיבה את היקף הזכויות וכמחדירה לתוכן יסודות מתפיסת הזכויות כתביעה לאופטימיזציה. גישה זו באה לידי ביטוי בדרכים השונות שבהן הרחיב בית-המשפט בעידן ברק את היקף המהפכה החוקתית – אם באמצעות תפיסת הזכות לכבוד האדם כ"זכות-סל" שאליה מתנקזות זכויות נוספות;<sup>45</sup> אם בנכונות להחיל את הנורמות החוקתיות גם על גורמים פרטיים;<sup>46</sup> אם בנטייה לתפוס את הזכויות החוקתיות לא רק כזכויות שליליות, אלא גם כזכויות חיוביות;<sup>47</sup> ואם בשימוש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו כדרך לשינוי הלכות שניתנו קודם לחקיקתו.<sup>48</sup> תחומי השתרעות רחבים של הנורמות החוקתיות מאפשרים פיקוח שיפוטי על כל פעולה שלטונית, ובמידה מסוימת גם פרטית, וזאת לא מתוך תפיסה של אקטיביזם שיפוטי פרוץ וחסר רסן, אלא מתוך תפיסה הקשורה לתרבות ההצדקה – תפיסה המעוניינת לדרוש מכל אורגן צידוק לפעולתו.

### 3. תפקידו של הטקסט ומלאכת הפרשנות

תפקידו של השופט בתרבות ההצדקה הוא לדרוש מהמשלה הצדקה לכל פעולה. תפיסה כזו מצמצמת את תפקידו של הטקסט בהנמקה השיפוטית. הטקסט אומנם מספק סוג של לגיטימציה להנמקה השיפוטית, אבל הוא אינו הכרחי כאשר שופטים בוחנים את ההצדקה לפעולה שלטונית. הלגיטימיות של הפעולה השלטונית נובעת מהצדקה סבירה לקיומה, והלגיטימיות של הכרעת השופט נובעת מבדיקתה של ההצדקה השלטונית. לכן שופט אשר פועל בסביבה של תרבות ההצדקה מתמקד בבחינת סבירותה של ההצדקה עצמה, ועוסק פחות בטקסט. במילים אחרות, שופטים בתרבות ההצדקה עוסקים פחות בפרשנות ויותר בפיקוח.<sup>49</sup> לעומת זאת, בתרבות של סמכות בית-המשפט חייב לבסס את

44 ברק טוען כי "הזכות החוקתית אינה זכות לכאורה. היא זכות ודאית". לשיטתו, הטלת ההגבלות על הזכות מתרחשת ברמה התת-חוקתית. ברק סבור כי האופי הלכאורי של הזכות החוקתית פוגע במעמדה החברתי, בכוחה האנושי וביכולתה המוסרית. ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 64–65.

45 לסקירה ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997).

46 אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 164 (יצחק זמיר עורך, 1993).

47 בג"ץ 2557/05 **מטה הרוכב נ' משטרת ישראל** (לא פורסם, 12.12.2006); בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית "מכבים-רעות"**, פ"ד נ(1) 19 (1996).

48 דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589 (1995).

49 Mattias Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights Based Proportionality Review*, 4 L. & ETHICS HUM. RTS. 1 (2010) ("Within contemporary practice of rights adjudication in liberal democracies arguments relating to legal authorities – legal texts, history, precedence etc. – have a relatively modest role to

הלגיטימיות של פסקי-הדין שלו על הטקסט, ולא על בחינת טיבה של ההצדקה. לכן פעולתו של השופט בתרבות של סמכות היא בעיקרה פרשנות, ולא פיקוח. בתורת הפרשנות התכליתית של אהרן ברק יש מרכיבים מִט־טקסטואליים (ואפילו אנטי-טקסטואליים) ברורים.<sup>50</sup> לפי תורה זו, אם אי-אפשר לגזור עמדה חד-משמעית מתוך כוונתם המקורית של מנסחי החוק, בית-המשפט אמור לקרוא לתוך כל דבר חקיקה את ערכי-היסוד של השיטה, המתפקדים כחזקות בעלות תחולה כללית. המתח שבין מטרתו הפרטיקולרית של החוק (אינטרסים) לבין תכליתו האובייקטיבית (זכויות) נהפך, לפי שיטה זו, למתח שהוא פנימי לחוק עצמו, והוא נפתר לרוב בדרך של איזון בין שתי התכליות הלגיטימיות. כך, מה שמתחיל כמהלך פרשני של טקסט, גולש לאחר כמה מהלכים ורזיזים לאיזון שיפוטי שההכרעה לגבי אינה נובעת מהטקסט, אלא מהערכה שיפוטית לגבי חשיבותם היחסית של הערכים המתנגשים.

#### 4. סופיות ורציונליות

בהדגישה את בחינתה של כל החלטה במונחים של סבירות ונכונות, תרבות ההצדקה מבטאת אופטימיות בנוגע ליכולת האנושית להבחין בין אמת לבין טעות. הרשות השופטת נתפסת כמוסד שיש לו הכלים לבחון את הסבירות והרציונליות של החלטות שלטוניות, מכיוון שהיא חסינה באופן יחסי מפופוליזם ולכן נוטה יותר להכריע על בסיס עקרוני ורציונלי. במובן זה קיים פער עמוק בין תרבות ההצדקה לבין תרבות הסמכות, שרווחת במיוחד בארצות-הברית.<sup>51</sup> תרבות של סמכות מגלה ספקנות לגבי התבונה האנושית והשיפוטית, ושמה דגש גדול יותר בסופיות. ביטוי לצניעות אפיסטמולוגית כזו ניתן למצוא במימרה המפורסמת של השופט האמריקאי ג'קסון (Jackson): "We are not final because we are infallible; we are infallible because we are final."<sup>52</sup> ממימרה זו עולה כי מה שנתפס כנכון או כחוקי נקבע על-ידי האדם שמוסמך לקבל את ההחלטה הסופית, ולא מתבוננת כפי שהיא נבחנת על-ידי שופטים. ליציבות הדין יש כמובן ערך במשנתו של ברק, אבל נראה כי ברק מזדהה יותר עם התפיסה שהביע נשיא בית-המשפט העליון הראשון, השופט זמורה, שלפיה "אמת ויציב

play. Instead the operative heart of the great majority of human or constitutional rights cases is the proportionality test" (Kumm, *The Idea of Socratic Contestation*).

50 אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** פרק שישי – פרשנות 180–213 (2004); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון, שערים ב–ג, וכרך שני, שער ג (1993); ניר קידר "המהפכה הפרשנית; עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" **עיוני משפט** כו 737 (2002).

51 גישה זו יכולה להסביר את המינימליזם המשפטי שמזוהה בארצות-הברית עם סנסטיין ועם רמיוול. ראו: CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS: WHY THE FOUNDING DOCUMENT DOESN'T MEAN WHAT IT MEANT BEFORE (2009); Cass R. Sunstein, *Burkean Minimalism*, 105 MICH. L. REV. 353 (2006); ADRIAN VERMEULE, LAW AND THE LIMITS OF REASON (2009).

52 *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

– אמת עדיף.<sup>53</sup> המחויבות ל"אמת" היא מרכזית בעיני ברק עד כדי כך שהוא עצמו היה מוכן לשנות את דעתו באופן מהותי מדיון לדיון, אף כאשר דובר בשני הליכים שהתנהלו באותו תיק, כפי שעשה בפרשת קלפיהמיקוח.<sup>54</sup> העדיפות הבולטת של סטנדרטים במשנתו של ברק, כגון "מידתיות" או "פגיעה קשה במרקם החיים הפרלמנטאריים",<sup>55</sup> מעניקה לבית-המשפט את החופש להחליט באילו מקרים עתידיים להתערב ובאילו להימנע מכך. בעוד מבחנים קטגוריים כובלים את ידיו של בית-המשפט העליון במקרים עתידיים, סטנדרטים מאפשרים לשופטים לשלוט בהתפתחות הפסיקה, ומעניקים להם חופש להכריע בהתאם למה שנתפס בעיניהם כנכון בנסיבות העניין.<sup>56</sup> באופן כללי, תורת המשפט של ברק מתאפיינת באופטימיות לגבי יכולתם של שופטים להגיע להחלטות נכונות, תוך עשיית שימוש מוגבר במונחים שמבטאים אמונה זו, כגון "אובייקטיביות שיפוטית", "סבירות" או "חוש המומחיות של המשפטן".

## 5. דמוקרטיה דליברטיבית

תרבות של סמכות מקושרת לתפיסה של דמוקרטיה פלורליסטית. על-פי תפיסה זו, הפוליטיקה היא הזירה שבה קבוצות-אינטרס מתגוששות על קידום האינטרסים והערכים שלהן ועל חלוקת המשאבים.<sup>57</sup> התוצאה של מאבק אינטרסים זה הוא הסדרים משפטיים המשקפים את יחסי הכוחות בין הקבוצות השונות. הלגיטימיות של החלטות פוליטיות אינה נובעת מהגיון או מכך שהן מקדמות את "האינטרס הציבורי", אלא מהיותן ביטוי לספירה שווה של העדפותיהם של כלל האזרחים במדינה. תרבות של הצדקה, לעומת זאת, קשורה לתפיסה של דמוקרטיה דליברטיבית.<sup>58</sup> לפי גישה זו, חוקים הם לגיטימיים

53 ראו את דבריו של הנשיא זמורה בע"א 376/46 רוננבאום נ' רוננבאום, פ"ד ב(1) 235, 254 (1949).

ראו המחשה לתמיכתו של ברק בעיקרון זה ברע"א 8925/04 סולל בונה נ' עזבון עבר אלחמיד, פ"ד סא(1) 126 (2006), זמין ב-[elyon1.court.gov.il/files/04/250/089/a04/04089250.a04.HTM](http://elyon1.court.gov.il/files/04/250/089/a04/04089250.a04.HTM).

54 השוו את עמדתו של ברק בעמ"מ 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997) לעמדתו בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).

55 בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197 (1982).

56 Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *Judicial Minimalism and the Double Effect of Rules* 56 (forthcoming in *Can. J. L. Juris.*, 2012).

57 ROBERT A. DAHL, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY (1956).

58 לתמיכה בדגם הדמוקרטיה הדליברטיבית ראו: AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, DEMOCRACY AND DISAGREEMENT (1996); JÜRGEN HABERMAS & WILLIAM REHG, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY (1998); DELIBERATIVE DEMOCRACY: ESSAYS ON REASON AND POLITICS (James Bohman & William Rehg eds., 1997); DELIBERATIVE DEMOCRACY: CAMBRIDGE STUDIES IN THE THEORY OF DEMOCRACY (Jon Elster ed., 1998); DELIBERATIVE POLITICS: ESSAYS ON DEMOCRACY AND DISENGAGEMENT (Stephen Macedo ed., 1999); AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY? (2004).

אם ורק אם הם תוצר של שיח ציבורי המבוסס על היגיון ו"טעמים ציבוריים" (public reason). בלשונו של קום:

"Proportionality-based judicial review institutionalizes a right to justification that is connected to a particular conception of legitimate legal authority: That law's claim to legitimate authority is plausible only if the law is demonstratively justifiable to those burdened by it in terms that free and equals can accept."<sup>59</sup>

דומה כי המידתיות ממלאת תפקיד חשוב בקידום שיח רציונלי ובקיומו של דיאלוג בין המחוקק לבין השופט. בלשונו של ברק:

"מידתיות עוזרת לקיים דיאלוג בין המחוקק לבין השופט. ההחלטה על אי חוקתיות איננה סוף פסוק. הדיאלוג בין הרשויות – שהתחיל בחקיקה ונמשך בקביעה שהחוק איננו חוקתי – נמשך. שקיפותה של ההחלטה השיפוטית מאפשרת למחוקק לדעת מה עליו לעשות אם הוא מבקש להמשיך בהגשמת מטרת החוק."<sup>60</sup>

לסיכום, קשה לחשוב על שופט שמשנתו ופסיקתו מבטאות באופן הדוק יותר את תרבות ההצדקה מאלה של אהרן ברק. ברק הרחיב את תחומי השפיטות; הוא חתר למקסום הערכים שביסוד הזכויות, תוך חריגה מהתפיסה הצרה של מגבלות צידיות, באמצעות פיתוח המימד החיובי של הזכויות והחלתן גם על היחסים שבין פרטים; הוא החזיר לתורת הפרשנות התכליתית שלו יסודות אנטי-טקסטואליים; לדידו, במקרי מבחן, אמת ויציב – אמת עדיף; ומשנתו מתיישבת יותר עם תפיסה של דמוקרטיה דליברטיבית, השמה במוקד את שאלת ההצדקה לפעולה במונחים של סבירות ו"טעם ציבורי", מאשר עם תפיסה של דמוקרטיה פלורליסטית.

### פרק ג: מידתיות ותרבות ההצדקה

מהלכו של המאמר עד כה הוכיח שקילות מוחלטת כמעט בין תרבות ההצדקה לבין משנתו של ברק. בחלק זה אבקש לבסס שקילות נוספת – הפעם בין שני אלה לבין עילת המידתיות. לטענתי, המתאם בין המאפיינים היסודיים של תרבות ההצדקה לבין המידתיות הדוק עד כדי כך שניתן לומר כי המידתיות אינהרנטית לתרבות זו. בעוד גישה

59 ראו Kumm, *The Idea of Socratic Contestation*, לעיל ה"ש 49.  
60 ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 562–563.

קטגורית תואמת את תרבות הסמכות, מכיוון שהיא תוחמת תחומי פעולה של רשויות, בתרבות ההצדקה כל פעולה צריכה להיות מוצדקת במונחים של סבירות האיזון בינה לבין שיקולים נוגדים.

ברק עצמו מתייחס למשמעותה של המידתיות כתביעה להמצאת צידוק לפעולה. "המידתיות – על האיזון שביסודה", כותב ברק, "מדגישה את הצורך בצידוק לפגיעה בזכויות האדם. היא מחייבת בחינה תמידית בדבר קיומו של צידוק כזה. היא מבססת – כביטוי של מורניק – תרבות של צידוק".<sup>61</sup> לטענתו, "החשיבה המידתית אינה מכוונת לסיווגו של מקרה לגדרה של קטגוריה המספקת תשובה לבעיה. החשיבה המידתית מכוונת לבחינה מתמדת בדבר קיומו של צידוק ענייני לפגיעה בזכות, תוך התחשבות בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה".<sup>62</sup>

מרכזיותה של המידתיות בתרבות ההצדקה מתבטאת במבנה הדו-שלבי של הניתוח החוקתי בדמוקרטיה שקמו לאחר מלחמת-העולם השנייה. לפי מבנה זה, בשלב הראשון על הטוען לפגיעה בזכותו להוכיח את קיומה של הפגיעה (נטל שהוא לרוב קל למדי), ועיקר הדיון מתנקז לשלב השני – השלב של בחינת ההצדקות לפגיעה בזכות. המודל הדו-שלבי הזה, אשר וינריב (Weinrib) מכנה אותו *the postwar paradigm*,<sup>63</sup> הוא ביטוי לחוקתיות החדשה, המבוססת על רעיון של דליברציה החותרת להגשים את האינטרס הציבורי, ולערכים אוניוורסליים של זכויות האדם.<sup>64</sup> מכיוון שנקודת הייחוס האנליטית של המידתיות היא שאלת ההצדקה להגבלת הזכות, המידתיות, מטבע הדברים, נהפכת לחלק מרכזי, ואפילו אינהרנטי, בתרבות ההצדקה.

קודם טענתי כי המידתיות מבוססת על הנחה אופטימית לגבי יכולתו של השופט להכריע נכון באופן אובייקטיבי וניטרלי. מכיוון שמקורה של המידתיות במשפט המנהלי הפרוסי של המאה התשע-עשרה, יש למקמה בתוך תורת המשפט הגרמנית *Rechtswissenschaft*, המבטאת אמונה בהיגיון האנושי וביכולתו של המשפטן להגיע להכרעות נכונות. אמונה זו משותפת הן לחסידי התורה הקונספטואלית של סוויני (Savigny) (*Begriffsjurisprudenz*) והן לתומכיה של גישת איזון האינטרסים של יהרינג (Ihering) (*Interessenjurisprudenz*).<sup>65</sup> לדידם של חכמי המשפט הגרמנים של המאה התשע-עשרה, ההיגיון אינו תלוי בטקסט החוקתי, ותפקידו לתת מרפא ל"מקריית, טעויות, תשוקה וחוסר רציונליות", אשר אפיינו את המשפט של אותה תקופה.<sup>66</sup> ביטוי

61 שם, בעמ' 556.

62 שם, בעמ' 557.

63 Lorraine Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism*, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS 84, 98 (Sujit Choudhry ed., 2006).

64 ראו גם את התייחסותו של ברק לרעיון זה (ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 558): "ההתמקדות של המידתיות בצידוק לפגיעה בזכות משרתת יפה את הדמוקרטיה החוקתית."

65 לסקירה ראו: Jacco Bomhoff, *Genealogies of Balancing as Discourse*, 4(1) L. & ETHICS: HUM. RTS. 107 (2010).

66 Mathias Reimann, *Nineteenth-Century German Legal Science*, 31 B.C. L. REV. 837, 881 (1990).

לאמונה העמוקה ביכולתם של שופטים להפעיל את עילת המידתיות בהיגיון ניתן למצוא כיום בכתיבתם של שני החוקרים העכשוויים העיקריים המצדדים במידתיות: רוברט אלקסי הגרמני<sup>67</sup> ודיוויד ביטי הקנדי.<sup>68</sup> עיון בספרו של ברק על המידתיות מלמד כי גם הוא שותף לתפיסה אופטימית זו בנוגע ליכולתו של השופט ליישם באופן אובייקטיבי ורציונלי את מבחני המידתיות. כך הוא כותב בספרו:

"האובייקטיביות המאפיינת את המידתיות מתבטאת גם בכך שאין היא קובעת מתוכה את משקלה של זכות האדם הנפגעת ואת חשיבותה. כמו כן אין היא נוקטת עמדה באשר למשקלם וחשיבותם של העקרונות המתנגשים באותה זכות. שאלת המשקל והחשיבות מקבלת את תשובתה מחוץ לדיני המידתיות. במובן זה, המידתיות היא מסגרת המבוססת על צורת חשיבה מסודרת. היא קובעת את הנתונים שיש להתחשב בהם... על כן אין לזהות מידתיות עם תיאוריות חברתיות 'ימניות' או 'שמאלניות'... מהיכרותי את מלאכת השיפוט אני יכול לומר כי אובייקטיביות שיפוטית אינה רק חזון. ברוב המקרים היא מציאות."<sup>69</sup>

ברק מדגיש בספרו את יתרונותיה של המידתיות בהבניית שיקול-הדעת: היא שקופה; היא מחייבת את השוקל לחשוב באופן מסודר, קרי, לא לדלג על עניינים שיש להביאם בחשבון ולהתחשב בהם בזמנם ובמקומם; היא מסייעת גם לצורך משפט השוואתי, שכן כך ניתן לבדוק אם יש בסיס מספיק להשוואה; ויש לה אופי מחנך גם כלפי קובעי המדיניות, שכן היא מבנה את החשיבה על סוגיות חוקתיות.<sup>70</sup> מעלותיה של המידתיות, השיטתיות שבה והאובייקטיביות הטמונה בה הופכות אותה לכלי חיוני בתרבות הצדקה.

כפי שצינו, אחד המאפיינים הבולטים של תרבות הצדקה הוא תפיסת זכויות רחבה. תפיסה רחבה זו הופכת את השימוש במידתיות לבלתי-נמנע. ככל שמושגי הזכויות רחבים יותר, הסיכוי שזכויות אלה יתנגשו זו בזו גדל, ולכן יש צורך במנגנונים לאיזון שיפוטי, דוגמת המידתיות. אם בתרבות של הצדקה זכויות חוקתיות הן אכן עקרונות שטעונים אופטימיזציה, אזי הן משתרעות לכל עבר, והדרך היחידה לממשן היא באמצעות מנגנון של מידתיות. אין פלא אפוא שבית-המשפט החוקתי הגרמני קבע, עוד בשנות החמישים, כי "המידתיות נובעת מאופיין של הזכויות כעקרונות".<sup>71</sup> בהתייחסו לפסיקה זו טוען אלקסי כי הנבעה זו נכונה:

67. ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS (2002).  
 68. DAVID M. BEATTY, THE ULTIMATE RULE OF LAW 159, 171–176 (2005).  
 69. ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 557–558.  
 70. שם, בעמ' 558–562.  
 71. עניין *Liith*, לעיל ה"ש 9, בעמ' 198.



"The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality means that the principle of proportionality with its three subprinciples of suitability, necessity (use of the least intrusive means), and proportionality in its narrow sense (that is, the balancing requirement) *logically follows from the nature of principles*; it can be deduced from them."<sup>72</sup>

- את הקשר האינהרנטי שבין המידתיות לבין תרבות ההצדקה ניתן לראות באופן ספציפי יותר ביחסים שבין המאפיינים השונים של תרבות זו לבין דוקטרינת המידתיות:
1. המידתיות היא מכשיר של הצדקה הנהנה מתחומי השתרעות נרחבים, אשר מחייב המצאת הצדקה לכל פעולה שלטונית. לכן המידתיות מתפקדת היטב בסביבה של תרבות ההצדקה, שמתאפיינת בהעדרם של "חורים שחורים" ובהסרתם של מחסומים פרוצדורליים.
  2. בהיות המידתיות מכשיר להצדקה מהותית, היא פועלת בתוך סביבה נורמטיבית הרואה בזכויות ערכים שיש לעשות להם אופטימיזציה, דוגמת הסביבה של תרבות ההצדקה, ואינה מתאימה לסביבה נורמטיבית המחילה איסורים קטגוריים על פעולות שלטוניות המודרכות על יסוד מניעים פסולים.
  3. פעולתה של המידתיות אינה כרוכה בעיקרה בפרשנות של הטקסט החוקתי, אלא בבחינה שיפוטית של ההיגיון שמאחורי ההצדקה השלטונית.
  4. המידתיות היא נסיבתית ואינה "סוגרת" הכרעות. במובן זה אין היא מבוססת על תפיסה קלסית של סופיות, אלא על הנחה שניתן לפתוח מחדש את הדיון לגבי הכרעות שכבר ניתנו.
  5. בהיות המידתיות כלי להערכת ההיגיון הציבורי שביסוד ההסדר המשפטי, היא נטועה בתוך תפיסה של דמוקרטיה דליברטיבית, שהיא הביטוי הדמוקרטי לתרבות ההצדקה.

המידתיות, אם כן, אינהרנטית לתרבות ההצדקה.

### פרק ד: הצדקה לתרבות ההצדקה?

המהלך העיקרי במאמר הוא הסברי – ניסיון לפענח את פשר התפשטותה של המידתיות ברחבי העולם בכלל ואת סוד האטרקטיביות שלה במשנתו של אהרן ברק בפרט. אני מקווה שהקורא עד כה השתכנע כי התפשטות המידתיות קשורה באופן הדוק להתפשטותה של תרבות ההצדקה ברחבי העולם, וכי היא המכשיר המשפטי המרכזי

72 ראו ALEXI, לעיל ה"ש 67, בעמ' 66 (ההדגשה הוספה).

המאפשר לתרבות משפטית זו לשגשג. אי-אפשר להבין את מורשתו של ברק ללא המידתיות, ואי-אפשר להבין את המידתיות במשנתו של ברק מבלי למקמה בתפיסה שלו אשר עוינת "חורים שחורים" וחותרת לבחון את ההצדקה של כל פעילות שלטונית.

לתרבות ההצדקה יש קסם נורמטיבי רב. ככלות הכול, מדוע בעצם שבת-המשפט לא יתבעו מהמדינה להציג נימוק ציבורי להצדקת כל פעולותיה? הרי התביעה להצגת הצדקות או נימוקים לפעולה מבטאת יחס של כבוד כלפי האזרחים, מסייעת בבניית האמון של האזרחים כלפי הרשויות, יוצרת הסכמה רחבה יותר סביב פעילותה של המדינה, ומעודדת נשיאה באחריות של מקבלי החלטות. פעולה שהמדינה הציגה טעם ציבורי להצדקתה היא פעולה הנהנית מלגיטימיות רבה יותר.

אבל, כפי שהראתה לאחרונה מתילדה כהן (Mathilde Cohen), החובה להנפיק הצדקה רחוקה מלממש ערכים אלה.<sup>73</sup> ראשית, לא תמיד הנימוקים שהמדינה מציגה אכן מבטאים כבוד כלפי האזרחים, שכן לא אחת קורה שהרשויות מציעות נימוקים פורמליים-טכניים, ולא נימוקים מהותיים פרטניים. נוסף על כך, אין זה נכון לומר שאי-מתן נימוקים מבטא בהכרח חוסר כבוד. כך, למשל, העובדה שהמושבעים אינם מספקים נימוקים או הצדקות להכרעותיהם אינה נתפסת כחוסר כבוד כלפי המתדיינים. שנית, בטענה כי החובה להציג נימוקים לפעולה מטפחת אמון של האזרחים כלפי השלטון טמון פרדוקס, שכן אמון אמור דווקא לשחרר את השלטון מחובה לתת נימוקים. ניתן להבין את ההתעקשות על המצאת הצדקה לכל פעולה ופעולה כמבטאת דווקא חוסר אמון כלפי הרשויות, שכן אם אני מאמין לגוף, אני צריך לדרוש כל הזמן צידוקים לפעולתו. שלישית, גם ההנחה שנימוקים או הצדקות המבוססים על "טעם ציבורי" יוצרים הסכמה רחבה, ובהתאם לכך גם לגיטימיות, היא בעייתית. גם אם אנחנו מסכימים על ישויות עמומות, כגון "כבוד האדם" או "מדינה יהודית ודמוקרטית", זו הסכמה ריקה מתוכן, שרק מעבירה את סמכות ההכרעה מהמוסדות הנבחרים אל בתי-המשפט. כפי שסנסטיין מציין בצדק, נכון יותר להגיע להסכמות על טעמי פעולה המנוסחים ברמת הפשטה נמוכה מאשר להסכים על עקרונות שאפתניים ועמומים.<sup>74</sup>

**לכסוף**, אין קשר ישיר בין הצגת הצדקה לבין נשיאה באחריות (accountability). הרעיון שלמדינה יש "סמכות" (authority) מבוסס על כך שאנשים צריכים לפעול בהתאם למה שהסמכות אומרת להם, מבלי שהסמכות נדרשת כל הזמן להציג הצדקה לכך. תפיסה של סמכות בדמוקרטיה ליברלית מבוססת על הנחה לגבי האוטונומיה של מקבלי החלטות ועל נשיאה באחריות שלהם כלפי הבוחרים. הדרישה החוזרת ונשנית להצדקה חותרת תחת תפיסה זו, שכן הבחינה השיפוטית אינה מסתפקת בהטלת חובה להציג הצדקה. בחינה זו גולשת מהר מאוד לבחינה מהותית של ההצדקה במונחים של

73 כהן מראה כי רוב ההצדקות לקיומה של דרישה להמציא הצדקות ונימוקים לפעולה אינן מתקיימות. Mathilde Cohen, *Reasons for Reasons* (2007), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=1401707.

Cass R. Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements*, 108 HARV. L. REV. 1733, 74 .1735-1736 (1995).

סבירות או קידום ערכים יסודיים. תוצאתה של תרבות ההצדקה היא לפיכך פגיעה בעקרון הנשיאה באחריות, שכן המצב התודעתי של מקבל החלטות בתרבות זו מתמקד יותר בשאלה איזו מדיניות תצלה את מבחן בג"ץ במקום בשאלה איזו מדיניות היא הטובה ביותר. המציאות גם מלמדת שבמקום לדרבן את מקבלי ההחלטות לשאת באחריות לתוצאות מדיניותם, אלה מגלגלים את האחריות לבית-המשפט, אשר פסל או אישר מדיניות כזו. כך, דווקא מי שאינו מעוניין ב"חורים שחורים" עלול למצוא את עצמו בסופו של דבר דווקא בריק של אחריות.

כאן אנחנו מגיעים לבעיה העיקרית של תרבות ההצדקה. תרבות זו לא רק דורשת המצאה של הצדקה, אלא גם בוחנת את מידת התאמתה של ההצדקה לעקרון-היסוד של "טעם ציבורי" (public reason). "הטעם הציבורי", המשמש עקרון-יסוד בתורת הצדק של רולס, הוא קשה מאוד לפענוח וחשוף לבעיות חריפות. ראשית, במישור האפיסטמולוגי המושג מניח קיומם של טובים משותפים אשר על הימצאותם ניתן לחלוק. שנית, גם אם נניח שקיימים טובים כאלה, עולה השאלה כיצד נוכל לגלות מהם אותם טובים משותפים. ייתכן שההומוגניות של האזרחים בדמוקרטיה הקטנה של אתונה אפשרה לאזרחיה להסכים על טובים משותפים מסוימים, אולם מדינות דמוקרטיות מודרניות הן הטרוגניות לרוב, כך שהסכמה על טובים משותפים נראית בלתי-סבירה. שלישית, אפילו התקיימה הסכמה כזו, אי-אפשר להניח שאנשים יפעלו אך ורק למען אותם טובים, שכן נסיון-החיים מלמד שאזרחים ופוליטיקאים נוטים במידה רבה לפעול בדרך התואמת את האינטרסים שלהם או את אלה של הקבוצה שהם משתייכים אליה.

נוסף על כך, "הטעם הציבורי" הוא מונח הנושא מטען אידיאולוגי לכיוון הרפובליקאי, שכן הוא מניח טוב משותף. הוא מתנגש לפיכך עם הנחות-היסוד של התפיסה הפלורליסטית, המניחה שהאינטרס הציבורי הוא לא יותר מאשר אגרגציה של העדפותיהם של רוב האזרחים במדינה. במונח זה, המידתיות הפועלת לממש אידיאל זה אינה דוקטרינה ניטרלית, כפי שמצדדיה מנסים לטעון. דוקטרינה משפטית שמבוססת על הנחות אפיסטמולוגיות ונורמטיביות לגבי "הטוב המשותף" אינה מתאימה למדינות המעלות על נס את הפלורליזם, כארצות-הברית, וקשה במיוחד להחילה במדינת-ישראל, שבה קיימים שסעים חברתיים עמוקים ואין הסכמה לגבי ערכים משותפים.

והנה – מה שהתחיל כתיאוריה פרוצדורלית, שמסתפקת בהצגת תביעה כלפי הרשויות להצדיק את פעולותיה, גולש מהר מאוד לביקורת שיפוטית מהותית. הרי במדינות שבהן תרבות ההצדקה משגשגת, ובוודאי לפי משנתו של אהרן ברק, בית-המשפט בוחן את רציונה הנורמטיבית של ההצדקה כמונחים של סבירות ואיזונים, תוך התייחסות לערכי-היסוד של השיטה. כך, בעוד במסגרת תפיסה פלורליסטית תפקידו העיקרי של בית-המשפט הוא להבטיח שהכרעות פוליטיות מתקבלות ללא כשל בהליך הדמוקרטי, בְּמציאות תפקידם של שופטים הפועלים במסגרת תרבות ההצדקה הוא הגשמה של ערכים עמומים, המותירים להם טווח נרחב של שיקול-דעת לקבוע איזו מדיניות ציבורית מגשימה אותם. טענתי כאן אינה ששופטים אינם מסוגלים לקבל הכרעות רציונליות לגבי טיב האיזון שבין ערכים מתנגשים. הטענה היא שהכרעות

(נכונות או מיטביות) שמתקבלות על-ידי שופטים בנושאים שלא התקיים לגביהם כשל בהליך הדמוקרטי לוקות בגירעון דמוקרטי ובחסר בלגיטימיות.<sup>75</sup>

## סיכום

במאמר זה טענתי כי ההסבר הטוב ביותר להתפשטותה של המידתיות ברחבי העולם ולמרכזיותה בפסיקה ובכתיבה של אהרן ברק הוא ההסבר מ"תרבות ההצדקה". תרבות ההצדקה מתאפיינת בהתרחבות של תחומי הנושאים השפיטים, בתפיסת הזכויות כדרישה לאופטימיזציה, בפרשנות שיפוטית תכליתית ומקט-טקסטואלית, באופטימיות לגבי יכולתו של השופט להגיע להכרעות נכונות, ובהתבססות על תפיסת הדמוקרטיה הדליברטיבית. מאפיינים אלה תואמים את עיקרי-היסוד של החוקתיות החדשה שהתפשטה בעולם לאחר מלחמת-העולם השנייה, ובמיוחד את תפיסתו השיפוטית של ברק. המידתיות, כך טענתי, היא יסוד אינהרנטי בתרבות חוקתית כזו, ואף נובעת ממנה באופן לוגי כמעט.

אף שמטרתו העיקרית של המאמר היא הסברית, הצגתי בחלק האחרון של המאמר תחילת טיעון של ספקנות בנוגע לנורמטיביות של תרבות ההצדקה. טענתי כי תרבות זו אינה ממלאת בהכרח את הטעמים העומדים ביסודה, ביניהם כבוד, אמון, הסכמה ונשיאה באחריות. מטעמים אלה אפשר לגזור דווקא ביקורתיות כלפי תרבות ההצדקה, בין היתר מכיוון שניתן גם להבינה כמבוססת על חוסר אמון בשלטון וכחותרת תחת העיקרון של נשיאה באחריות. נוסף על כך, האופן שבו היא ממומשת הוא בלתי-מוגדר, וגולש לדגם של ביקורת שיפוטית מהותית הלוקה בבעיית לגיטימציה.

75 לביקורת דומה ראו: Frederick Schauer, *Balancing, Subsumption, and the Constraining Role* of Legal Text, 4(1) L. & ETHICS HUM. RTS. 33 (2010).