

רונן שמיר

הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי

א.

בשנים האחרונות רווחה ההכרה בנוכחותו ובמעורבותו הגוברת של בית-המשפט העליון בחיים הציבוריים בישראל. מרבית פרשניו של בית-המשפט שותפים להשקפה לפיה מעורבות גוברת זו מהווה ביטוי לתמורות שחלו בהשקפת-העולם השיפוטית ובתפישת התפקיד של חלק ניכר משופטי בית-המשפט וכי תמורות אלה, בתורן, משקפות את רצונו של בית-המשפט להגן על "שלטון החוק" ולמלא את "החלל השלטוני" שנוצר בישראל כתוצאה מחולשת מנגנוני השליטה הפוליטיים.¹ המשגה זו, כשלעצמה, מטשטשת את המידה שבה "שלטון החוק" הינו מושג דינמי המתמלא תוכן על-ידי בית-המשפט עצמו ומבצרת אבחנה חדה ושרירותית בין משפט לפוליטיקה. בחיבור זה אני מבקש להתרחק, ללא עימות ישיר, מהסברים אלה ומהשפה שבה הם משתמשים כדי לתאר את תהליכי השינוי האמורים. נקודת-המוצא המנחה אותי היא כי יש להמיר את הטענה לפיה מעורבותו הגוברת של בית-המשפט נועדה להגן על שלטון החוק בטענה כי רעיון ההגנה על שלטון החוק הוא חלק מהמאגר הרטורי שבו עושה בית-המשפט שימוש כדי לבסס את לגיטימיות ההסתמכות על שיקול-דעתו של השופט ה"מומחה" וכדי להרחיב את סמכותו של בית-המשפט.²

בחיבור הנוכחי אתמקד בשימוש השיפוטי הגובר במושג הסבירות כאמצעי לבחינת חוקיות או אי-חוקיות פעולותיהן של רשויות שלטוניות שונות. באמצעות ההתמקדות בדוקטרינת הסבירות אני מבקש לחדד דיון ביקורתי בהשקפת העולם שקנתה לה אחיזה בבית-המשפט ולהתייחס למטען הלשוני-מושגי הנלווה לה כלאסטרטגיה שאותה אכנה בשם הפוליטיקה של הסבירות. פוליטיקה זו תוצג כמניפולציה דיסקורסיבית שעניינה בפיתוח שיח הדובר בשםם של אמיתות וערכים אוניברסליים והתובע לנשאי את הפרינציפלים המתבקשות מכך: סמכות, אמון, יוקרה, וכוח.³ כמו-כן, אבקש להיפרד מהרעיון המושמע בספרות המשפטית, לפיו השתחררה השקפת-העולם השיפוטית מהמסורת מהרמליסטית שבתוכה התקיימה עד השנים האחרונות. תחת זאת, אבקש להציג את הפוליטיקה של הסבירות כסוג של פורמליזם "רדיקלי". בכך אני מתכוון לטעון כי שיח הסבירות פועל כצורת שליטה המסווה מנגנון שעניינו בדה-פוליטיזציה של יחסים חברתיים

* אני מודה לשרה חניסקי, יובל יונאי, מני מאוטנר, אביגדור פלדמן, גרעון קונדה ויהודה שנהב על הערותיהם המועילות.

1. ראה: מאוטנר 1993; זמיר 1990; שטרית 1990; טגל 1988. גם חוקרים ממדעי החברה אימצו פרספקטיבה זו. ראה: גלנור 1985; שפרינצק 1985; הורוביץ וליסק 1990.

2. באמצעות הדיבור אודות השופט ה"מומחה" אני מבקש להבהיר כי אין בהסתמכות על שיקול-דעתו של השופט משום הרשאה פורמלית לשפוט על-פי אמות-מידה סובייקטיביות. נהפוך הוא, במקביל להסתמכות גוברת זו התפתח שיח המציג את שיקול-הרעת השיפוט כפרקטיקה מדעית המתוחמת היטב על-ידי פרוצדורות נתונות. עם זאת, בשולי הדברים נשמעת ההודאה כי לעתים אין מנוס מפנייה לאינטואיציה של השופט. או אז, מוגדרת הפנייה לאינטואיציה כפנייה ל"חוש המומחיות" של המשפטן. ביטוי זה, החובק "חוש" עם "מומחיות", הינו חלק מהמאגר הרטורי שמענייני כאן.

3. צורה דיסקורסיבית זו מתוארת לעתים כ-"Foundational discourse". לדיון כללי בדפוס שיח זה כמושא לביקורת מצד גישות סוציולוגיות פוסט-מודרניות ראה: Seidman 1991.

באמצעות הצגתם כ"בעיות" הניתנות לפתרון רציונלי-אובייקטיבי.⁴ בחלקו האחרון של הציבור אנסה להתוות קווים ראשוניים, אלטרנטיביים, להסברים קיימים באשר לנסיבות החברתיות-תרבותיות המקומיות שאפשרו או עודדו את צמיחתה של הפוליטיקה של הסבירות.

ב.

ה"חוק שואף לקיום פורמלי" כותב סטנלי פיש, ומתכוון לומר בכך כי עניינו של החוק, ככל פורמליה דיסקורסיבית אחרת, הוא בראש ובראשונה שמירת מובחנותו וזהותו הייחודית (Fish 1993). החוק שואף, כותב פיש, לכך שהרכיבים המכוננים אותו כשיח אוטונומי ינבעו מתוך עצמו ללא צורך בפנייה לשיח עזר חיצוני כלשהו, מפני שפירושה של פנייה מעין זו הוא כי שיח החיצוני לחוק הוא זה המגדיר מהו חוק. הקיום הפורמלי שאודותיו מדבר פיש שונה מהמשמעות המוענקת למונח "פורמליזם" בשיח המשפטי המקובל: אמונה בשלמותו הפנימית של ההיגיון המשפטי ואמונה ביכולת לפתור מחלוקות קונקרטיות בדרך דוקטיבית; מהכלל המשפטי (הקיים או הניתן לגילוי) אל הפרט. פורמליזם במשמעותו זו עשוי אמנם לשמש מקור לטענות האוטונומיה של החוק אך ככזה הוא מהווה מקרה פרטי בלבד. פורמליזם במשמעותו הרחבה יותר, אצל פיש וגם אצל רוברטו אונגר, מבטא את האמונה באפשרות פיתוח שפה משפטית – יהיו הפרצדורות המופעלות בה אשר יהיו – העומדת בניגוד "בר-הוכחה" לדפוסי המחלוקות האידיאולוגיות והפילוסופיות פרומות השוליים אשר מתחוללות בחברה (Unger 1986). כפי שנראה, זהו פורמליזם השואב את כוחו לא ממבט פנימה – אל כללי השיטה – אלא דווקא משאיפה שאינה יודעת שובע לעכל את כל מה שמצוי בסביבתו של החוק.

לפיכך, כשכותב השופט ברק כי "בעיני מלוא כל הארץ משפט" וכי "אין חלל משפטי", אין להבין זאת כנטישת הפורמליזם המשפטי אלא להיפך, ככינונו על אדנים תובעניים יותר המקנים משקל יתר לשיקול הדעת השיפוטי.⁵ באותו אופן, המחלוקת בין שופטים ומשפטנים ביחס למידה הראויה של מעורבות שיפוטית בסוגיות חברתיות שונות איננה בין פורמליסטים ללא פורמליסטים, אלא היא מתרחשת כל-כולה בתחומיה של פרדיגמה פורמליסטית. חששם של אלה הגורסים זהירות ומתינות בהפעלה יוצרת של שיקול-הדעת השיפוטי נובע מכוח מודעותם לשבריריות הפרויקט המשרטט את המשפטי כספירה מובחנת ומכוח הכרתם במידת הפיקטיביות הכרוכה בהצגת המעשה השיפוטי כאקט תבוני נעדר פניות.⁶ השופט ברק, ובעקבותיו מרבית השופטים היותרבים היום בבית-המשפט, דוחה חלקית את הפורמליזם שגיסה זו מבטאת. חלקית, מכיוון שהוא מכיר בערכו הלגיטימיוני של הרעיון לפיו השופט מכריע סכסוכים באמצעות טכניקה שעניינה גילוי החוק ויישומו על עובדות המתחזרות בהליך שיפוטי החושף את "האמת". רעיון זה הוא פיקטיבי, כותב ברק, אך יש לשמור עליו למטרה אחת: כדי להבטיח את "אמון הציבור בשיפוט" (ברק 1987).⁷ ברק, אם כן, מייחס לפורמליזם מעין זה חשיבות טקטית בהסוואת אופיה "האמיתית" של השיפוט ובהכחשת המידה שבה רצונו הסובייקטיבי של השופט משחק תפקיד בהכרעה השיפוטית. יתר על כן, האינטרס המשפטי בהסוואת אופיה של השיפוט, עומד גם ביסוד דחייתו של ברק את האלטרנטיבה הביקורתית; הוא רואה את המרד שמבטאות גישות המטילות ספק באופיה

4. ייאמר מיד כי אין בכונתו לטעון כי שיח הסבירות אכן מצליח ל"שכנע" קהלים רלוונטיים שונים באובייקטיביות שלו. יתר על כן, בניסיון להרחיב את מרחב הסמכות השיפוטית במסווה טענות של מומחיות אובייקטיבית טמונה דיאלקטיקה המגדילה את האפשרות כי דווקא פרקטיקה זו תחשוף ביתר שאת את אופיה הפוליטי של הפעולה השיפוטית. אך בכך אין כדי לפטור אותנו מהצורך לעמוד על טיבו של האופן שבו מנסה בית-המשפט לשכנע כי סמכותו נשענת על אדנים מוצקים של מומחיות אובייקטיבית.
5. ראה: ברק 1993, 477. בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 477; בג"צ 1635/90 זרביסקי נ' ראש-הממשלה, פ"ד מ"ה 1, 749, 855.
6. האזהרה החוזרת ונשנית מפי מבקרי בית-המשפט היא כי האסרטיביות שמבטא בית-המשפט הנוכחי תביא בסופו של דבר לפגיעה בסמכות המוסדית של בית-המשפט באמצעות סנקציות פוליטיות וחוקיות שיינקטו נגדו. חשש מוסדי זה נובע, לדעתי, מהבנה אינטואיטיבית, אם כי לעתים רחוקות מפורשת, של שבריריות האבחנה בין משפט לפוליטיקה.
7. ראה: ברק 1987. כללית, חרף הטענה כי הכול "שפטי", מוכן ברק להימנע מהפעלת שיקול-דעת שיפוטי במקרים בהם הפעלה זו תביא לפגיעה באמון הציבור בשיפוט; ראה ברק 1993 הע' 5, עמ' 487. השימוש האינטנסיבי בשיקולים של "אמון הציבור" נובע גם הוא מהפרובלמטיקה הכרוכה בפרויקט שעניינו בהרחבה אינטנסיבית של סמכות בית-המשפט.

האובייקטיבי ונעדר הרצון של השפה המשפטית כאיום החותר תחת אפשרות פיתוחה של "גישה מדעית לתורת שיקול-הדעת".⁸

הפורמליזם הרדיקלי, הרואה את המשפט כמצוי בכול, אינו מוותר על טענת מובחנותו של החוק ובוודאי שלא על טענות המומחיות המדעית הנלווית לה. "החוק כמדע" של ברק פוגש את סטנלי פיש: "החוק שואף לקיום פורמלי". אך זוהי פגישה חטופה בין זרמים הפונים איש-איש לדרכו. סטנלי פיש כותב: The law wishes – החוק רוצה, מבקש, מקווה, שואף. הפורמליזם הרדיקלי שבו אוהו ברק מוביל, בדיוק כמו הפורמליזם אותו הוא דוחה, למחזות נעדר רצון. העיקרון המנחה את הפורמליזם הרדיקלי הוא האמונה בקיומה של שפה אוטונומית שאיננה ניתנת לרדוקציה להשפעות המצויות מחוץ לשדה המשפטי.⁹ את טענתו כי "כל פעולה נתפשת בעולם המשפט" מלווה ברק בטענה כי כ"שופטים, איננו פועלים על-פי השקפותינו הפוליטיות. כוכב הצפון המדריך אותנו הוא המשפט. נאמנותנו למשפט היא התשובה לכל טיעון של פוליטיזציה".¹⁰ ובמקום אחר מדבר ברק על כניעתו של השופט לדין: "השופט אינו צד במאבקי הכוח במדינה... ואין הוא נאבק על כוחו הוא, אלא על שלטונו של החוק" (ברק 1987, 293). דפוס רטורי זה מבקש לשכנענו כי השופטים, יצרניו המרכזיים של החוק, יוצרים דבר-מה המוחצן מהם, בעל קיום עצמאי מובחן. השופט, על-פי דימוי זה, נעדר מן הטקסט השיפוטי. אין לשופט שאיפות, אין הוא אלא מכשיר לייצוגו של המשפט, אין הוא אלא משרת, השופט כשפוט.

אך התכונה המייחדת את הפורמליזם הרדיקלי אינה קשורה למאמץ הנמרץ להעלמת השופט אלא לעמדה שונה ביחס לטיבו של המשפט. הפורמליזם הרדיקלי נפרד מהתפישה שלפיה ההכרעה לגבי תחומי המחיה של השיח השיפוטי אינה אלא שאלה של מידור; שרטוט גבולות שהינו מעין העתק קוגניטיבי של קו הגבול החוצץ בין מדינות ריבוניות, למשל. תחת דימוי חלש זה מעמיד השופט ברק – נשאו המרכזי והדומיננטי של שיח זה בבית-המשפט הנוכחי – את הטענה שלפיה יש לשופט המומחה כלים מובחנים להמשגתה של המציאות החברתית. צורת הפעלתם של הכלים וטכניקת ההמרה של סוגיות שונות לשפת המשפט הן אלה המשרטטות את הגבול שבין המשפטי ללא-משפטי. או, במלים אחרות, שרטוט הגבולות נשען עתה על תהליך של תרגום והמשגה מחדש: העמדת המציאות החברתית כולה לצילום רנטגן משפטי מתוך השקפה שלפיה יחסים חברתיים לעולם ניתנים וראויים למיפוי ולמיצוי פורמלי.

התנועה לעבר שפה משפטית המבקשת לכוון עולם בצלמה הובהרה ב-1986, עת נדונה בבית-המשפט הגבוה לצדק עתירה שהופנתה כלפי סמכותו של שר הביטחון לפטור תלמידי ישיבות משירות צבאי.¹¹ השופט ברק, שדחה את העתירה, ניצל פרשה זו כדי להבהיר את השינוי שחל במידת נכונותו של בית-המשפט לדון בסוגיות שונות השנויות במחלוקת ציבורית. בשנות ה-60, כתב ברק, הוגשה לבית-המשפט עתירה שביקשה לתקוף את כוונתה של ממשלת ישראל לכוון יחסים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית. העתירה נדחתה על-ידי שופטי ההרכב בטענה כי הנושא לא שפטי; שאלת כינונם של יחסים מעין אלה היא שאלה פוליטית, מוסרית, או כלכלית, שאינה יכולה ואינה ראויה לדיון באמות-מידה משפטיות. החלטה זו, כתב ברק, היתה שגויה: "הטיעון הפוליטי 'לא ראוי' אינו חייב להיתרגם לנורמה משפטית, שתוכנה הוא 'לא ראוי'... הנורמה המשפטית הקרובה ביותר היא זו הקובעת כי כל החלטה שלטונית... חייבת להיות סבירה. הטיעון הפוליטי 'אין זה ראוי לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית' מתורגם לטיעון המשפטי 'אין זה סביר לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה המערבית'". השופט ברק לא חלק על עצם ההחלטה לדחות אותה עתירה. לא התוצאה, אלא הדרך שבה פסע בית-המשפט, היא שעניינה אותו. לשיטתו, הדרך שבה פסע בית-המשפט הביאה לצמצום המעורבות השיפוטית בעוד שהדרך

8. ראה: ברק 1987 הע' 7, עמ' 25. הגישות הביקורתיות אליהן מתייחס ברק הן הגישה הריאליסטית והגישה הניאוריאליסטית. הגישה האחרונה מוכרת בספרות כלימודי המשפט הביקורתי. לספרות אודות הריאליזם המשפטי ראה: Horwitz 1993. לסקירה כללית של לימודי המשפט הביקורתיים ראה: Hunt 1993.

9. התיאוריה הסוציולוגית המבטאת רדיקליזם זה הינה מודל האוטו-פואזיס (Auto-poiesis) של ניקלס לוהמן וגיינר טויבר, המתייחס למערכת המשפטית כמערכת סגורה "קוגניטיבית", המייצרת את האלמנטים המייצרים אותה (אך פתוחה נורמטיבית לסביבה, קרי מסוגלת לעבד ולעכל נתונים חיצוניים). ראה: Teubner 1988.

10. בג"צ ז'רז'בסקי, לעיל הע' 5, 854.

11. בג"צ רסלר, לעיל הע' 5.

המצעת תביא להרחבתה. את העתירה בעניין גרמניה צריך היה לדחות מהטעם כי ההחלטה לכונן יחסים דיפלומטיים עם גרמניה היתה סבירה, בדיוק כפי שהחלטת שר הביטחון לפטור תלמידי ישיבות משירות בצה"ל הוכרעה על-ידו ככזו. סמכותו של השופט להכריע בשאלות אלו, קבע ברק, נובעת מקיומה של חובת סבירות כללית, החלה במידה שווה על כל פרט ופרט ועל כל נושא משרה ציבורית: בהימדה שפעולות יחידים במשפט הפלילי והנוזקי מתערכות לעתים מזומנות בהתאם לקנה-מידה של סבירות – של "האדם הסביר" – כך ניתן וצריך לבחון גם את מעשי השלטון.¹² חובת הסבירות אינה חובה מוסרית או פוליטית אלא חובה משפטית. מול השאלות "האם ראוי" או "האם רצוי" אותן ראה ברק כשאלות פוליטיות או אתיות, שאל ברק "האם סביר", כשאלה משפטית, פוליטית. החלטה סבירה, קבע בית-המשפט, היא זו אשר הביאה בחשבון את מכלול השיקולים (הסבירים) הרלוונטיים לקבלתה ואשר הקנתה לשיקולים אלו משקל [סביר] בינם לבין עצמם.¹³ השימוש המעגלי במושג הסבירות כדי לבסס הכרעות שיפוטיות בדבר סבירותן של פעולות והחלטות שונות נדון בעבר על-ידי כמה משפטנים.¹⁴ ענייני הישיר בחיבור זה אינו ביקורת זו אלא באופן שבו כוננה דרישת הסבירות כדרישה משפטית ובמקביל כונן השופט כזה אשר בידי הכלים המובחנים הראויים לבחינתה. הקביעה כי מידת סבירותה של פעולה היא שאלה משפטית, במלים אחרות, הביאה לקביעה כי חוסר סבירות עולה כדי חוסר חוקיות וממילא ניתנה בידי בית-המשפט מכשיר רב-עוצמה לבחינת "חוקיותה" של כל פעולה שלטונית.

בעניין זה ראוי לחדד: את הסבירות יש להשיב לבית-הגידול המשפטי האנגלו-אמריקני שלה – reasonableness מלשון reason – מלה המתפרקת בעברית לרסיסים המאפשרים לחמוק מעימות ישיר: החוק של ברק הוא חוק הסבירות. אך גם חוק התבונה. הזיקה שבין תבונה לסבירות נעלמת בשפה העברית. אך דווקא פיצול לשוני זה מאפשר להעלות שאלות בנוגע למשמעותה של הבחירה ב"סבירות", ולא ב"תבונה", כמושג מפתח בשפת המשפט. כהנחת עבודה, אני מבקש לטעון כי בבחינה זו יש משהו ביטוי סימבולי למעבר מהישענות על הפוטנציאל האמנציפטורי והביקורתי של התבונה, כאמצעי לשחרור המחשבה האנושית מדוגמות פרסיביות וכמכשיר להגשמת ערכים חברתיים, להישענות על הסבירות כמטרה בפני עצמה, כ"ערך יסוד" (בלשונו של בית-המשפט) וכתבונה הניתנת להערכה ולמידה אמפירית. הפיצול הלשוני שבין "תבונה" ל"סבירות" מהווה ביטוי סימבולי מקומי לתנועה ההיסטורית מהדגשת האלמנט ההומני והמשחרר שהיה מונח בתשתיתה של חשיבת הנאורות להדגשת אלמנט השליטה והשימוש האינסטרומנטלי ב"תבונה" כמכשיר שליטה וניהול; ביטוי לתנועה מהפילוסופיה הביקורתית של המאה ה-18 לפוליטיזם החברתי של אוגוסט קומט וסן סימון, למשל, שביקשו לראות באלטיה ניהולית של אינטלקטואלים ומומחים את הערובה הטובה ביותר לקידומו של סדר חברתי נאור. כמדומני שבשאלת היחס בין תבונה לסבירות במשפט, ולו גם כדפוס ריטורי, מצוי מפתח לפענוח הפרוייקט שאותו אני מכנה הפוליטיקה של הסבירות.¹⁵

ג.

את שיח הסבירות יש למקם במרחב הסמכות הכללית, שאותו תובע לעצמו דור השופטים שהתכנס בבית-המשפט העליון מאז שלהי שנות ה-70. את החזון הכללי התווה השופט ברק ב-1977, עוד טרם הצטרפותו לבית-המשפט: "כמשפטנים, איננו מוגבלים לפירושו והפעלתו של הדין הקיים. אנחנו חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר, וטוב יותר... אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי. לנו הכישורים לבנות שיטה משפטית טובה יותר, צדקת יותר. אנחנו איננו רואים את תפקידנו כמוגבל לטכנאות משפטית, אנחנו רואים את תפקידנו ככולל את המדינאות המשפטית"

12. על האדם הסביר בבית-המשפט ראה: שחר 1990; גור אריה 1992. לייבוא מושג הסבירות מהמשפט הפרטי למשפט הציבורי יש חשיבות רבה להבנת אופיו של הפורמליזם הרדיקלי: מנקודת-ההשקפה לפיה המשפט מצוי בכול מאבדת האבחנה בין המשפט הפרטי והציבורי את חשיבותה בשרטוט גבולות המגדירים את תחומי מעורבותו ועומקו של המשפט בסוגיות שונות. לדין משווה ראה: Galligan 1986.
13. לפיתוח שיטתי, אך רווי עמימות לוגית, של דוקטרינת הסבירות ראה: בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ. רשות השידור פ"ד ל"ה (2) 421.
14. ראה להלן הע' 25.
15. בנקודה זו אני פוסע בעקבות השופט ברק אשר כתב לאחרונה כי "הלשון אינה רק כלי תקשורת או חשיבה. הלשון והביטוי חד הם. הלשון קובעת את המובן של המחשבה" (ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת ואח'. עמ' 13) (טרם פורסם).

(ברק 1977). השקפה זו בישרה עידן של ארכיטקטורה משפטית שבו המומחיות לה טוען השופט נשענת על הצדקה חזקה לאין ערוך מזו שהושמעה בעבר. השופט בן הדור הישן טען למומחיות אנליטית ולבקיאות בכלליה הפנימיים של השיטה המשפטית. תבונתו היתה תבונת המומחה המחויב לעקרונות הקהרנטיות והקונסיסטנטיות של המשפט. הדור החדש שהתכנס בבית-המשפט לא ויתר על טענות אלה, אך הוסיף להן הבטחה מפורשת לניהול ולשליטה "טובה יותר, צודקת יותר"; למומחיות תבונית כפרקטיקה יצירתית המתרגמת את החברתי למשפטי.

הזיהוי שעורך המשפטן הארכיטקט בין שינוי חברתי למדינאות משפטית מבטא מעבר מתפישה לפיה תפקידו המרכזי של המשפט הוא להכריע בסכסוכים לתפישה לפיה על בית-המשפט להשתתף באורח פעיל וישיר בעיצוב אמנות הממשל.¹⁶ המטאפורה הנפוצה בטקסטים שבהם מאתר מישל פוקו את צמיחתה של אמנות זו היא הספינה. הספינה שאותה יש לנווט, אך גם לדאוג לשלום הצוות והמטען, הספינה שאותה יש להוליך בין שרטונות לסערות, וגם לדאוג לזיקה שבין הספינה לצוות. גם השופט ברק נזקק למטאפורה זו: השופט, כקברניטה של ספינה שיפוטית המנווטת "את דרכה בזהירות ובאטיות לאורכו של חוף מבטחים".¹⁷ יתר על כן, השופט כקברניט מפעיל פרקטיקות שיפוטיות הקרובות בצורתן לצורת השליטה שאותה כינה פוקו "כוח פסטורי" (Foucault 1982). הכוח הפסטורי, במקורו, הוא צורת סמכות כנסייתית אשר הסמיכה את הפטטור – הכומר הרועה – כמקור סמכות רוחנית; כמי שמפעיל כוח פטרנלי, מגונן, שלא רק מצווה וכופה אלא גם מוכן להקריב עצמו למען הכלל: "כמדמים אתם ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם" מצטט ברק מהמקורות בבואו לתאר את התפקיד השיפוטי.¹⁸ כוח זה, סבור פוקו, אומץ והוטמע לתוך מנגנוניה השונים של המדינה תוך המרת ההבטחה לגאולה שמיימית בהבטחה להגנה ארצית – מפני עריצות ומפני איומים על גוף, רכוש, נפש – הבטחה למה שפוקו מכנה לעתים בשם "ליברליזם" אמיתי: הבטחת חירות הפרט ומחויבות לביטחון ולסדר, ניווט לאורכו של "חוף מבטחים", אם לשוב ולנקוט את לשונו של ברק.¹⁹

תבונתו וכוחו של הפטטור, ממשיך פוקו, מבוססים על טענת היכרות עם פנימיותו של האדם, על חקירה ודרישה בנבכי נשמתו. זהו כוח המבטא סוג של מבט, צורת ידע, טכניקה של מעקב ופיקוח הקשורה בטבורה עם ייצורה של אמת לגבי מהותו ועצמיותו של כל פרט ופרט. זהו גם הכוח שאותו תובע בית-המשפט. מומחיותו של השופט היא מומחיות החדרת לבנבי הנשמה. השופט בוחן כליות ולב, עוסק בתום-לבם ובסבירותם של הסובייקטים הנתונים לטיפולו, ומבטיח לייצג נאמנה את ערכי היסוד המוסכמים עליהם.²⁰ הסבירות, כותב ברק, איננה ממרצע סטטיסטי, היגיון דוקטיבי, ואף לא "אך ורק רציונליות".²¹ הסבירות ממוקמת ברשימת ערכי היסוד המעוגנים בתודעתו החברתית של העם ואשר אותם מייצג ומשקף השופט. רשימה זו כוללת ערכים נוספים: "שוויון, צדק ומוסר ... קיום המדינה, אופיה הדמוקרטי, הפרדת רשויות, חופש ההתאגדות, חופש השביתה, חופש הביטוי, חופש התהלכות, הפולחן, הקניין, העיסוק, כבוד האדם, טוהר השיפוט, שלום הציבור וביטחונו ... אמות-מידה של תום-לב, צדק טבעי, הגינות, סבירות, אי-משוא-פנים, העדר ניגוד עניינים".²² ערכי יסוד, להבדיל "מרוחות שעה חולפות", ערכים מוחלטים ומוסכמים, להבדיל מהומני והקפריזי. ערכי היסוד הללו הם הגשר עליו פוסע החוק בדרכו מהסובייקטיבי לאובייקטיבי ומהפרטיקולרי לאוניברסלי. בערכי היסוד נפגשים החברה והמשפט ומפגש זה הוא המאפשר את ניסוחה של הסבירות כדרישה שאותה מפנה השופט לבאים בשעריו וכקנה-המידה שעל-פיו מכריע השופט מחלוקות.

16. לטענה דומה, בניסוח שונה, ראה: קרצ'מר 1990.
17. ראה לעיל הע' 7, 229. על העומס המטאפורי אצל ברק ראה: גנו 1989; הדימוי של ניווט הספינה כמטאפורה לשלטון מופיע כבר אצל אפלטון (פוליטאה ו').
18. ראה לעיל הע' 7, 190.
19. על "ליברליזם אמיתי" אצל פוקו ראה: Gordon 1991.
20. לעתים נתפש מבחן "תום הלב" כמבחן "סובייקטיבי" ברור ומבחן "הסבירות" כמבחן "אובייקטיבי" מעורפל. מכאן נובעת הכרה בעובדה שהסובייקט העומד לשיפוט עשוי שלא לדעת אם סביר הוא אם לאו עד הכרעתו של בית-המשפט. זהו ביטוי פסטורי מובהק: בית-המשפט מכונן עצמו הן כדבורה של הסבירות והן כאמת-המידה שלה. ראה: בג"צ 425/89 צופאן ואח' נ. הפצ"ר, פד"י מ"ג (4) 718.
21. בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, טרם פורסם (להלן: בג"צ גינוסר).
22. ראה לעיל הע' 7, 98-99.

כשם שהרפואה צופה בגוף והפסיכיאטריה בנפש, כך צופה בית-המשפט בתבונה. בית-המשפט, בשם דרישת הסבירות הכללית, מכונן סובייקטים משפטיים סבירים – האדם הסביר, השר הסביר, היתעץ המשפטי הסביר, הפקיד הסביר והמנהל הסביר. אך הסבירות המיוחסת לסובייקטים אלה מוענקת להם על תנאי. סבירותם נתונה למעקב, לפיקוח ולשיפוט על-ידי חוק המניח את סבירותו שלו עצמו והתובע מכוחה את הסמכות לשרטט מתחמי סבירות: את גבולות השדה שההימצאות בתוכו מבטיחה סדר חברתי נאור. זהו המסר המרכזי העולה מספרו של ברק שיקול-דעת שיפוט²³. מסמך זה ראוי להיקרא כטקסט קנוני מקומי שבו, במקביל לדרישת הסבירות שאותה מפנה השופט כלפי הסביבה, מקודמת הטענה כי שיקול-דעתו של השופט נסמך על סבירותו שלו עצמו. טענה זו מבודדת את הסבירות משאר ערכי היסוד ומציבה מושג זה כאמצעי-על שמכוחו טוען השופט למומחיות המאפשרת לו תצפית תבונית ונטולת-שררה על שלל הרצונות המתגודדים ומתחרים בזירה החברתית.

הסבירות, במלים אחרות, ממלאת פונקציה כפולה בשירותו של החוק. מחד גיסא, מהווה הסבירות ערך יסוד מכוחו מופנית דרישת סבירות כלפי הסובייקט המשפטי. מאידך גיסא, מוצגת הסבירות כתכונת יסוד של השופט – כנכס המאפשר לו לעמוד בנקודה הארכימדית ממנה דובר החוק את שפתה של התבונה. הניסיון "לצפות" בסבירות ולהעריך את "תנועתה" (קרי, אופן יישומה) מעמדה סטאטית הכוללת בתוכה את הסבירות כתכונה שיפוטית, יוצר סתירה פנימית המונחת בתשתית שיח הסבירות. שירות כפול זה מבטא עמדה רציונליסטית ככל שמדובר בשופט, ובעמדה אמפיריציסטית ככל שמדובר בסובייקטים המשפטיים אותם הוא בוחן. בסופו של דבר, מנוכסת הסבירות על-ידי השופט ומתמצית בהודאה כי "האדם הסביר הוא בית-המשפט עצמו"²⁴. השופט יוצר את הסובייקט הסביר רק על מנת לשוב ולהצמיחו לכוח המקבע של סבירותו הוא.

אכן, בשולי שיח הסבירות נשמע לעתים קולם של משפטנים המטילים ספק בסבירותו של היגיון שיפוטי זה. הם נותנים בכך ביטוי לחוסר-הנוחות הפוקד משפטנים נוכח אי-הוודאות המאפיינת פרקטיקה הנשענת על שיקול-דעתו הבלתי-נלאה של השופט. הרטוריקה המדעית שעליה נשענת דוקטרינת הסבירות, הם טוענים, יוצרת אך קרום דק ופריך המסתיר מונח עמום ובלתי-מחייב היכול לסבול כל משמעות ואשר מעצים ללא גבול "סביר" את מרחב שיקול-הדעת השיפוטי.²⁵ הכוח הפסטורי שאותו מפעיל בית-המשפט מציב אותו כיצרן מרכזי של חוק ומעתיק את מרכז הכובד של הסמכות המשפטית מהמחוקק לשופט. "אליבא דפסקי הדין של בית המשפט העליון", כותב אריאל רחון-צבי, "כל החקיקה הקודפיקטיבית הישראלית אינה אלא הערת שוליים ל'עקרונות היסוד' שנוסחו בפסיקה" (רחון-צבי 1990). החוק הדובר בשפתה של הסבירות ואשר לשירותו נרתם השופט הסביר פועל יותר ויותר כנורמה – כקוד משמעתי המדגיש את מומחיותו ותבונתו של השופט כקובע סמכותי של סטנדרטים ונורמות, ולא דווקא כמנסחם של היתרים, איסורים, חובות וחכאיות. בתהליך זה לא נעלם החוק התובע ציות, אך עולה חשיבותו כטכנולוגיית ניווט, ניהול וחינוך. החוק הפרסטיבי לא נעלם, אך הוא מלווה יותר ויותר בחוק הפרסקריפטיבי – זה אשר מכריז על החוק מתוך עימות מתמיד בין המצוי לבין מה שהשופט רואה כרצוי ומגדיר כ"סביר". חוק זה, אם כן, מבטא רובד עמוק ביותר של התהליך הכללי הקרוי לעתים בשם האימפריאליזם של החוק. לא רק שהחוק מכסה שטחי פעילות חברתית רבים יותר, בצורה פרטנית יותר, אלא ששפתו משתנה באופן המאפשר לשופטים לפעול כמועצת חכמים – אלה אשר בשם תבונתם מנכסים את הסמכות לקבוע את אמות-המידה של הנורמלי, הראוי, הרצוי והמקובל.²⁶

23. ראה לעיל הע' 7. על העמימות הלוגית הנלווית למודל שבונה ברק ראה: ח. גנו, לעיל הע' 17.

24. בג"צ 935/89 כבוד נ' היתעץ המשפטי לממשלה, פד"י מ"ד (2) 485, 503.

25. ראה: לגדי 1989; שקד 1982; העלאתה של הסבירות לדרגת שופטת עליונה, כותבת שקד, תורתם להתגבשות החבורה השיפוטית כ"מועצת אנשים חכמים" (עמ' 126). חיבור זה מורה כי בית-המשפט לא נרתע מחזון זה.

26. ראה: Foucault 1978, 144. מכמה טקסטים משתמע פוקו כמי ש"גירש" את החוק ממוקד התעניינותו בטענה כי להבנת החברה המודרנית יש להתמקד בפרקטיקות דיסציפלינריות ולא יורידיות. בעקבות האנט, ותוך חידוד טענותיו, אני טוען כאן כי פוקו לא גירש את החוק אלא רק צורה ספציפית של חוק: זה המעניש והמגביל, וכי הוא היה רגיש לאופן שבו החוק המודרני ספג לתוכו אלמנטים דיסציפלינריים. ראה: Hunt 1992. הד למעבר זה מצוי אצל דורקיין: "When lawyers reason or dispute about legal rights and obligations... they make use of standards that do not function as rules but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards." (Dworkin 1977). לידע כללי ראה: Guest 1991. לדיון באימפריאליזם של החוק ובתהליכי קולוניאליזציה באמצעות החוק ראה גם: Habermas 1981; Poulantzas 1978. Barron 1990.



החוק הדובר בשפתה של הסבירות מדגיש את מומחיותו ותבונתו של השופט כקובע סמכותי של נורמות. לא רק שהחוק מכסה שטחי פעילות חברתית רבים יותר, בצורה פרטנית יותר, אלא ששפתו משתנה באופן המאפשר לשופטים לפעול כמועצת חכמים — אלה אשר בשם תבונתם מנכסים את הסמכות לקבוע את אמות-המידה של הנורמלי, הראוי, הרצוי והמקובל.

מדינת חוק

מיקי קרצמן

כיצד מפעילה מועצת החכמים שהתכנסה תחת קורת הגג המשפטית את ריבונותה? מה מקומם של משטר האמת והכוח הפסטורי בחברה הישראלית של שנות ה-70 וה-80? טיבם של אלו מתחוויר טיפיוטיפין מתוך ייחוס ערכי היסוד שבשמם דובר החוק למי שהשופטים מכנים בשם הציבור הנאור. חרף העובדה כי הציבור הנאור נזכר פעמים רבות בפסיקותיו של בית-המשפט, אין השופטים מספקים קנרימדיה סוציולוגיים לזיהויו של ציבור זה.²⁷ נהפוך הוא. הדיון אודות הציבור הנאור מכחיש את הפרטיקולריות של המושג ומבנה אותו כמטאפורה לאמות-המידה האובייקטיביות, האוניברסליות והתבוניות של המעשה השיפוטי. פנייתו של השופט לציבור הנאור, על-פי ברק, משקפת את מחויבותו ויכולתו לבטא את "הקונצנוס החברתי הקיים" (המוגדר בלשונו כ"פרי השתכנועות משותפת" אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם "של ערכים כלליים ואוניברסליים").²⁸ הציבור הנאור, על-פי ברק, אינו ציבור חילוני או דתי, יהודי או לא-יהודי, אלא "משקף את מכלול ערכיה הבסיסיות [במקור] של החברה הישראלית המודרנית".²⁹ אכן, בית-המשפט מעמיד את הציבור הנאור במשוואה נוקשה עם ה"אני מאמין" של האומה, עם "החלק המשיכל והמתקדם" שבציבור, עם המודרניות, ולבסוף, כאמור, עם האובייקטיביות השיפוטית. בית-המשפט יוצר את הציבור הנאור, זה אשר שורה עליו האור, כמקור השראה לפסיקותיו של בית-המשפט וכבעל-בריתו של השופט. תכונתו החברתית הבולטת ביותר של הציבור הנאור הינה תכונת ראי; זהו הציבור "המשקף את התבונה והריסון הנדרשים מהשופט בהפעלת שיקול-דעתו" ואשר "השופט בדרך-כלל רואה את עצמו כשייך אליו".³⁰

בית-המשפט, אם כן, מדבר הן כדוברו של האור והן כאמת-המידה שלו. בית-המשפט מניע אותנו בהגדרה מעגלית המסתיימת ברעצמו והמאלצת אותנו לזהות את הציבור הנאור עם הפרופיל החברתי והאידיאולוגי של שופטיו.³¹ הגדרה מעגלית זו מצטרפת למארג הגדרות מעגליות נוספות היוצרות מערכת מושגית המוצגת כמובחנת מבית-המשפט אך כזו אשר בהיבט מכוננת על-ידו: מעורבות בית-המשפט נחוצה לשם הגנה על שלטון החוק, אך שלטון החוק הוא פרי פסיקתו של בית-המשפט. חובת הסיבירות היא נורמה משפטית, אך נורמה זו גם היא פרי יצירה שיפוטית. תכונה סיבובית זו של הריטוריקה השיפוטית מזכירה במידה רבה את האופן שבו מדבר פוקו על השיח המשפטי הקלאסי: "מהו הטוב המשותף ומדי הגאולה הכללית שעליהם מדברים המשפטנים כמטרתה של הריבונות?" שואל פוקו. "אם אנו מביטים היטב בתוכן האמיתי שמשפטנים ותיאולוגים נותנים למטרה זו, אנו רואים כי הטוב המשותף מתייחס למצב עניינים שבו כל הנתינים ללא יוצא מן הכלל מציינים לחוק... פירושו של דבר הוא שמטרת הריבונות היא מעגלית: מטרת הריבונות היא הפעלתה של ריבונות" (Foucault 1991, 87, 95).

עם זאת, נראה לי כי לא צריך להסתפק באיתור עמימותה של המערכת המושגית שבה עושה בית-המשפט שימוש. השימוש בשפה מגלה גם תבניות חשיבה בסיסיות ותפישות חברתיות מוגדרות. כך, הדיבור בשם הציבור הנאור וקישורו המפורש לתבונה טעון משמעות מכוח הקשר ההיסטורי שבין שיח הנאורות לבין העמדת התבונה במוקד הפעולה והחקירה האנושית. בית-המשפט, בדברו אודות ציבור נאור, מניח בכך גם את קיומו של החשוק ואת האפשרות כי החברה הישראלית חצויה בין אלה שבאור לבין אלה המצויים בעלטה. הציבור הנאור הוא זה אשר שורה עליו ה"אור", ציבור משיכל, מודרני, ובן-תרבות. ציבור שעליו העיד אחד-העם כי הוא "מי שנתחנך ברוח אחת האומות הנאורות שבאירופה" ואשר מבטא לכן את זיקתה של החברה הישראלית לערכי הנאורות האירופית.³² הציבור הנאור דוחה את החשוק – את הדתי, המיסטי, הבלתי-רציונלי, האינטואיטיבי, ה"לא-אירופי", ה"אחר". אך הציבור הנאור, בהמשך לטענתי אודות היחס שבין

27. המקור לשימוש בציבור הנאור בפסיקת בית-המשפט העליון אצל השופט לנדוי בע"א 461/62 צים נ' מזיאר פ"ד י"ז 1319, 1335.
28. לעיל הע' 14, עמ' 21.
29. שם, עמ' 22.
30. ראה לעיל הע' 7, עמ' 283. למקורות הציטוטים שלעיל ראה: ע"א 337/62 רחנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1026, 1009 וכן רשימת פסקי הדין אליהם מפנה השופט ברק בע"א 105/92, לעיל הע' 15.
31. אין עניינו של חיבור זה בניתוח הפרופיל החברתי של שופטי בית-המשפט. קשה, עם זאת, שלא לציין עובדת יסוד. בבית-המשפט שמור מושב לשופט בן עדות המזרח, מושב לאשה, ומושב לשופט דתי – עצם קיומן של קטגוריות מוגנות אלה מעיד על הדומיננטיות של גברים ממזרח אירופי בהרכבו, כבשאר מנגנוני הפיקוח והשליטה בחברה הישראלית.
32. מילון אבן-שושן משתמש בהגדרתו של אחד-העם כדי להגדיר את המושג "נאור".

תבונה לסבירות, הוא גם זה העסוק במסע המעגן באידיאלים של הנאורות ואשר מסתיים במיסודם של אידיאלים אלו בכלוב הברזל של הרציונליות האינסטרומנטלית. הדיבור אודות ציבור נאור, מבחינה זו, מניח מטען עמדות, אוריינטציות פעולה וערכים הקשורים בטבורם למאמץ בלתי-נלאה לסילוקם של תנאי אי-סדר ואי-הדאות מתחומי הפעילות האנושית תוך שימוש בגופי ידע "סבירים".

הניסיון לעגן את הריטוריקה העמומה של בית-המשפט בהקשר החברתי הקונקרטי שמתוכו פועל בית-המשפט יוליך לפיכך לטקטיקה הבאה: הפוליטיקה של הסבירות תיחשב כפוליטיקה של ציבור נאור ותתגלם במיצוי תביעותיו ושאיפותיו של מעמד חברתי המוגדר באופן שלילי – על-ידי זיהוי קורבנותיו של בית-המשפט: קבוצות חברתיות אשר במתכוון ושלא במתכוון ממוקמות בצדה האפל של החברה הישראלית. ובאופן חיובי – באמצעות עיגון טענות התבונה, הידע והמומחיות של בית-המשפט בהקשר התעצמותו והתרחבותו של מעמד חברתי "חדש" בישראל. כוחו של מעמד חברתי זה אינו נגזר משליטתו הפוליטית על עמדות מפתח במנגנוני המדינה ומבעלות פרטית על אמצעי הייצור, אלא מבעלות על הון סימבולי: ידע "מדעי" הנרכש ומאושר במוסדות ההשכלה הגבוהה. מכוח השליטה בתחומי ידע מדעיים שונים טוענים חברי מעמד זה למומחיות ולמקצועיות בארגון, בתכנון ובניהול השוק הפרטי והמנגנון הציבורי, הן כמנהלים והן כחברים בקבוצות מקצועיות אוטונומיות ואקסקלוסיביות.³³

להלן כמה מלים מקדימות אודות הדיון במעמד "החדש". בספרות העוסקת בניתוח משמעות התעצמותם של בעלי ה"ידע" קיימת מחלוקת באשר למידת היותם מעמד במונח הסוציולוגי של המושג, באשר ליחסים של "המעמד החדש" עם בעלי ההון ומעמד הפועלים, ובאשר לאוריינטציות הפוליטיות של מעמד זה.³⁴ באופן כללי, גם אלה הטוענים כי מדובר במעמד חברתי מובחן נוטים להסכים כי המומחים, הטכנוקרים, ובעלי המקצועות החופשיים המהווים את רובו של המעמד החדש אינם נוטים לקרוא תיגר על הסדר הכלכלי והפוליטי הדומיננטי בזמן נתון ובתמורה זוכים לטובין חומריים וסימבוליים המאפשרים סגנון חיים מובחן ורמת-חיים גבוהה. דרבר, שוורץ ומגרס מכנים מעמד זה בשם "בורגנות מנדרינית" וטוענים, בעקבות לרסון וגולדנר, כי מעמד זה החזיר לשוק הקפיטליסטי ולמדינה אלמנטים "לוגוקרטיים" המקדשים את הידע המדעי כבעל עליונות תבונית בכל הקשור לארגון ולניהול הסדר הקיים (Derber, Schwartz, Magrass 1990; Sarfati 1977). בישראל, בעלת ההיסטוריה (הקצרה) של הגמוניות המדינה בנושאים כלכליים וחברתיים, מאופיינת התעצמותה של בורגנות מנדרינית זו בהתנתקות מהמדינה וממוסדותיה ובתמיכה מאסיבית בתהליכי הפרטה המעצימים את מעמדה בשוק הפרטי. בהמשך הדברים אעמוד ביתר פירוט על הקשר בין ההיגיון המנדריני לפרקטיקות שאותן נוקט בית-המשפט.³⁵

ה.

הפריווילגיות שתובע שיח הסבירות לנשאו ולא לה שבושם הוא דובר מתממשות במרחב רווי-קורבנות. כך, למשל, הרחבת הביקורת השיפוטית אל מעבר לקו הירוק ונכונותו של בית-המשפט לדון בעתירות שעניינן מדיניות הענישה של ישראל בשטחים לא היטיבה עם הפלסטינים. לא ניתן להתעלם מהעובדה כי צמיחתו של שיח הסבירות בבית-המשפט התרחשה בד בבד עם חזרתו העיקשת של החוק לנבכי נשמתה של האוכלוסייה הפלסטינית. חוק שלא מניח לפרטים הקטנים לחמוק מעיניו, חוק המשלח אנשים למאסר בגין החזקת פקסימיליה ללא רשיון, חוק המבקש ומקבל שוב ושוב את אישורו של בית-המשפט לסבירותו, לצדקתו ולנחישותו להגן על הסדר הציבורי. הפלסטיני העותר לבית-המשפט מביא עמו זהות חברתית מוגדרת של אויב בפתול או בכוח. בעתירה כנגד סבירותה של החלטת שלטונות צה"ל למנוע מתושבי השטחים לטלפן לחו"ל ללא

33. ב-1961 היוו המנהלים ובעלי המקצועות החופשיים והטכניים 15.1% משוק העבודה בישראל. ב-1983 צמח משקלם היחסי לכדי 33.2%. ראה: Kraus 1992. נראה לי כי לשכבה חברתית זו כיוון עמוס עוז בדברו אודות צמיחתה של "בורגנות חדשה" בישראל.

34. לדיון כללי בשאלת המעמד החדש ראה: Bruce-Briggs 1979; Gouldner 1979. לדיון על משפטיים כחלק מהמעמד החדש ראה: Szelenyi and Martin, 1989, 256.

35. במסגרת חיבור זה אני מעוניין להתחייב לעמדה תיאורטית עקרונית באשר לשאלת האוטונומיה הממשית או הפוטנציאלית של המעמד החדש. את הערותי ביחס למעמד החדש בישראל יש לקרוא כניסיון ראשוני בלבד וכאופציה למחקר מעמיק יותר.

קבלת היתר – קבע השופט שמגר כי התקנה סבירה והגיונית מפני שהשימוש בטלפון לצורך העברת הוראות ממפקדות של ארגוני חבלה לפעילי הארגונים בשטח הוא צפוי, גלוי וברור "אף מעבר לוודאות קרובה".³⁶ דוד קרצ'מר בחן את גישת השופטים לעתירות שבהן התבקשו למנוע הריסת בתים של משפחות שמי מבניהן נחשד בפעילות חבלנית. סבירותה של ענישה זו מעולם לא הועמדה בספק – בשורה ארוכה של מקרים שבהם דחה בית-המשפט עתירות מעין אלה הצדיק בית-המשפט את פעולת השלטונות כפעולה סבירה בלי להתעמק בשאלת הסבירות במידת הפרטנות החדרנית המאפיינת את העיסוק בה מצדו הישראלי של הקו הירוק. מבחינה משפטית צרה, כותב קרצ'מר, קשה להבין איך בית-המשפט לא מהסס להפעיל את מבחן הסבירות בבואו לקבוע, למשל, אם שתי אגודות ספורט המתחלקות בשירותי בריכה עירונית זוכות ליחס שווה, "בעוד שהצורך להגן על משפחות שלמות החפות מאחריות אישית למעשי זוועה שבוצעו, אין בו כדי להניע את בית-המשפט לבחון את המשקל היחסי בין רצון המפקד הצבאי בתגובה כוחנית למעשי אלימות לבין הפגיעה בקורת גג של משפחה שלמה" (קרצ'מר 1993, 305, 355). מסקנתו של קרצ'מר היא כי אין קשר בין הסבירות החלה בענייני הריסה ובין שיח הסבירות הכללי שבאמצעותו כבש בית-המשפט מקום מרכזי בתודעה הציבורית.³⁷

מה שנחזה כהפעלת אמות-מידה שונות ובלתי-עקיבות בעת יישומה של דוקטרינת הסבירות הינו רבי-חשיבות להבנת טיבה של פרקטיקה שיפוטית זו. סדק זה בחומת הסבירות האובייקטיבית הוא בדיוק הפתח דרכו מחלחל החשד כי כל תנועה לעבר הכללה של מושג הסבירות אינה אלא ניסיון לאכזף מאויים והשקפות פרטיקולריות על האחר, על מי שאינו שותף לפרויקט של הציבור הנאור. במלים אחרות, מושג הסבירות מכיל בקרבו את הצריכה המיוחדת של החווה שבה הוא צמח, את הדעה הקדומה הנובעת ממיקומו של השופט בתוך מערך מוגדר של לאום, מעמד, מין, שייכות אתנית, סטטוס מקצועי וזיקה דתית.

אופיו של שיח הסבירות כשיח המקדם את האינטרסים של הציבור הנאור וכפרקטיקה כוחנית שעניינה בהרחבת שיקול-הדעת השיפוטי מסתבר גם מתוך יחסו החשדני של בית-המשפט לעולם התכנים של היהדות הדתית, במיוחד לקבוצות החרדיות שבה. שיח הנאורות קשור במקורו לניסיון להשתחרר מאפילת עריצותה של הדת. עולם התכנים הדתי, השפה האלטרנטיבית המגולמת במשפט העברי והתגבשות היחס לדת ככזו העוינת ערכים ליברליים, מציבים את הציבור הדתי מעבר למתרסי החושך שבהם נלחם הציבור ששורה עליו האור. היחס המורכב בין דת למדינה ובין חילוניים לדתיים בישראל משתקף גם בפסיקתו של בית-המשפט. פסיקה זו, שדיון מעמיק בה איננו אפשרי במסגרת המצומצמת של חיבור זה, מגלה יחס אמביוולנטי: מחד גיסא, נתפשת היהדות הדתית כממחישה את הזיקה ההיסטורית בין העם לארצו ומאידך גיסא, היא נתפשת כמי שמקשה על אפשרות כינונו של סדר חברתי "נאור". אם הפלסטיני נתפש כאיום חיצוני על הסדר הכללי שבתוכו פועלת הפוליטיקה של הסבירות, הרי שהיהודי החרדי מאיים על סדר זה מבפנים.

בית-המשפט העליון מקבל בדרך-כלל את ההסדרים המוסדיים שעליהם מבוססת הזיקה בין דת למדינה, אך עושה כמיטב יכולתו להכפיף מוסדות אלו להייררכיה המוסדית שבראשה מוצב הוא עצמו. במישור המשפטי העיוני מתבטאת חשדנותו של בית-המשפט כלפי השקפת-העולם ההלכתית ביחסם של רוב השופטים לחוק יסודות המשפט שנחקק ב-1980. חוק זה מפנה את השופט למורשת ישראל כמקור פרשני משלים לפסיקותיו. השופט ברק קבע כי יש לפנות למורשת ישראל רק במקרים של לקונה משפטית, קרי במצבים שבהם לא מצויה נורמה משפטית הנחוצה לשם הכרעה. מכיוון שההשקפה הקיימת בבית-המשפט הנוכחי מותירה כר פעולה רחב ביותר לשופט הסביר הפכה אפשרות קיומה של לקונה משפטית לתיאורטית בלבד. בית-המשפט, במלים אחרות, רוקן בידועין את חוק יסודות המשפט מתוכנו מתוך הנחה סמויה לפיה מורשת ישראל אינה אלא מערך הדינים הייחודיים למשפט העברי ההלכתי.³⁸

יתר על כן, בתנאים של תרבות פוליטית שבה מוצגת התמסרותן של המפלגות החילוניות הדומיננטיות למפלגות הדתיות ככפייה דתית הופך בית-המשפט העליון לנשוא דגל החילוניות של

36. בג"צ 270/88 Law in the Service of Man נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, פ"ד מ"ב 23 260, 263.

37. אך ראה בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון (טרם פורסם) כחלק מתנועתו הזהירה של בית-המשפט לעבר פיקוח הדוק יותר על שיקול דעת השלטונות הצבאיים.

38. לגישות ביקורתיות כלפי העמדה הרווחת בבית-המשפט ראה: שלף 1992; קירשנבאום 1985; גנו 1989, לעיל הע' 17; כמרכן עמדתו של השופט מנחם אלון, ראה: בג"צ ז'רז'בסקי, לעיל הע' 5.

הציבור הנאור. בג"צ הפך למסלול מהיר שבאמצעותו ניתן לעקוף את המנגנון הפרלמנטרי ולקדם את האינטרסים של הרוב החילוני. כבר בראשית שנות ה-70 כתב מירון כי "אין כמעט מקרה, שהזרוע השיפוטית של המדינה הושיטה סעד לאזרח יהודי דתי עקב פגיעה בחופש הדת שלו",³⁹ וביטא בכך את התחושה כי רוב שופטי בית-המשפט מתייחסים בעוינות בולטת לטיעונים המבטאים תפישות הלכתיות ואת תרבותם השונה של החרדים.

שתי החלטות קצרות שניתנו בבית-המשפט בשנים האחרונות מגלות טפח מעוינות תרבותית זו. בתחילת שנות ה-90 דן בית-המשפט העליון בסכסוך בין אגודת ישראל לאחד מחבריה. חבר זה הוצא משורות האגודה מפני שניסה לאלצה לקיים ועידה ארצית באמצעות פנייה לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב, בלי שפנה תחילה לערכאה שיפוטית פנימית הדנה על-פי דין תורה. בית-המשפט העליון, בעקבות בית-המשפט המחוזי, ציווה על אגודת ישראל להחזיר את החבר לשורותיה ולכנס ועידה ארצית על-פי דרישתו. בית-המשפט לא קיבל את טענת הרב קרליץ, ממנהיגי האגודה, כי תקנות האגודה מחייבות ציות לסמכות התורה. פנייתו של חבר האגודה לערכאות חילוניות, קבע הרב קרליץ, "מבלי לנסות להתדיין תחילה בערכאות הדתות לפי דין תורה הופכת אותו למי שאינו מכיר בסמכות התורה". הרב קרליץ הסתמך על הרמב"ם. בית-המשפט העליון לא הסתפק בביסוס הכרעתו על נימוקים המעוגנים בזכות הטיעון ובזכויותיהם החזיות של חברי מפלגות, אלא הציע גם פרשנות שונה של הדרישה לציית לסמכות התורה. בית-המשפט החילוני דחה את הפרשנות ההלכתית שהוצעה לו ואישר את החלטת השופט המחוזי כי הרב "לא דיין בדבריו".⁴⁰

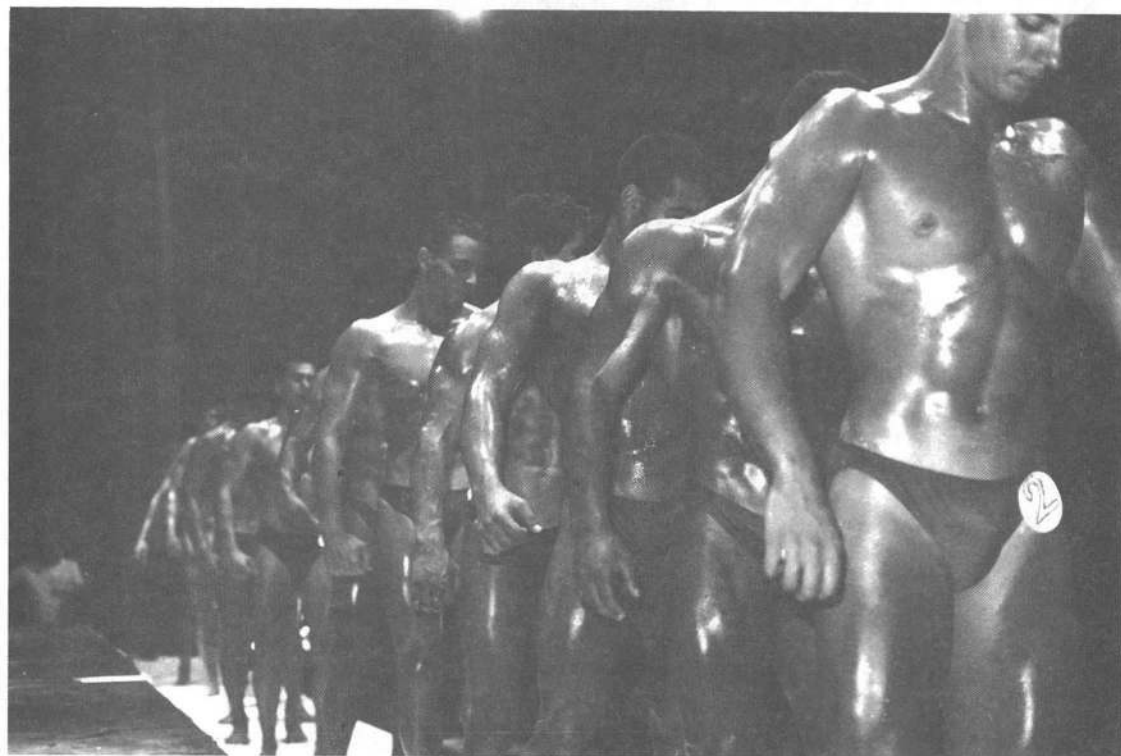
באמצע שנות ה-80 נעתר בית-המשפט לעתירה שכוונה נגד כהונתו של הרב עובדיה יוסף בבית-הדין הרבני. העתירה התבססה על הטענה כי עובדיה יוסף משמש במקביל גם חבר במועצת חכמי התורה וכי פעילותו שם היא פעילות פוליטית שאינה עולה בקנה אחד עם פעילותו כדיין בבית-הדין הרבני. השופט ברק קיבל את הטענה וקבע כי אין לאפשר כפילות תפקידים זו. ברק סירב להכיר בטיעון לפיו יש הבדל מהותי בין שופט לדיין. טיעון זה התבסס על החוק הקובע כי דיין בבית-הדין יהיה רב. רב, כך נטען מפי נציגיו של עובדיה יוסף, הוא אדם "אשר מעצם מהותו הוא להיות מעורב בחיי הקהילה, ליעץ ולעזור בייעוץ ובתמיכה רוחנית לכל הפונים אליו. רב הוא מנהיג קהילתי רוחני". פעילותו של עובדיה יוסף במועצת חכמי התורה, נטען, היא פעילות שנובעת מהיותו סמכות רוחנית לקהילתו ואינה יכולה להישפט לאור הקריטריונים החילוניים בנוגע לחובותיו של שופט. בית-המשפט קבע כי אין כל הבדל בין שופט לדיין והסביר שכל תוצאה אחרת תפגע באמון הציבור הנאור במערכת המשפט.⁴¹

המשותף לשתי הפרשות, שבהן הוצגה בפני בית-המשפט העמדה החרדית, הוא הסירוב העקרוני והמוחלט לתת משקל כלשהו ל"אחרות" התרבותית של הציבור החרדי. אחרות זו, מבחינתו של בית-המשפט, מקיימת פוטנציאל חתרני מתמיד המסרב להכיר בעליונות התבונות של הליגלים הנאור ומסרבת להישמע להנחיותיו של חוק המדינה. בית-המשפט מאיים על-ידי עצם הניסיון לקיים קהילה מתוכבת בין הפרט למנגנוני המדינה שבה יש לכללי משפט פנימיים משקל עדיף על פני החוק המהותי וההיררכיה המוסדית שאותם הוא שואף להשליט. המפגש בין החוק החילוני למשפט הפנימי שאותו מבקשים החרדים לקיים אינו מפגש בין שווים. פתורו אינו מעוגן בתבונה אלא בהכרעה כוחנית, כזו שאינה מכירה בלגיטימיות ה"אחר", הכרעה אלימה הנובעת מעצם הדיבור בשפות שונות (Derrida 1990; Lyotard 1988). התנאי הבסיסי שמציב בית-המשפט בבואו להעניק זכויות הוא הנכונות לקבל את עולו של שיח משפטי המכפוף אפשרויות תרגום

39. ראה: מירון תש"ג; ראה גם, למשל, בג"צ 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מ"ו (2) 464 – החלטת הרוב כנגד דעתו החולקת של השופט אלון.

40. ע"א 197/89 הסתדרות אגודת ישראל בארץ-ישראל נ' שוורץ, פ"ד מ"ה (3) 320, 323.

41. בג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ' (4) 141. לעומת זאת, החשש לפגיעה באמון הציבור הנאור בשפיטה לא הנחה את השופט שמגר בדונו בעתירה שבה הוא התבקש לפסול את עצמו מלדון בעניינים מסוימים הנוגעים למדיניות ישראל בשטחים הכבושים. השופט שמגר, נטען באותה עתירה, הביע דעתו בנשאים אלה במסגרת תפקידו כיועץ משפטי לממשלה, פרסם מאמרים אקדמיים בנושא והנחה את מדיניות ממשלת ישראל. הרעיון כי עיסוקים אלה עלולים להתנגש בטוהר השיפוט נדחה על הסף (בג"צ 785/87 עפו ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מ"ב 2, 1). הרעיון כי ייעוץ רוחני-הלכתי אינו עולה בקנה אחד עם תפקידו של דיין אומץ ללא ספקות.



מדינת חוק

מיקי קרצמן

בית־המשפט גילה דבקות קפדנית בדמות אחידה ועליזנה של האדם הסביר —
אחידות המתבטאת "בסירובו העקבי של בית־המשפט להכיר בשונותן של קבוצות
אוכלוסייה על־פי איזשהו ריבוד אפשרי: מנהגי, תרבותי, חינוכי, או אפילו גופני".

אלטרנטיביות של הסדר החברתי להייררכיה ברורה שבראשה ניצב בית-המשפט המתעטף באצטלת ההיגיון הצרוף של שיקול-הדעת השיפוטי. השיה שאותו מנהל בית-המשפט בשמו של הציבור הנאור הוא שיה המעניק חירות על תנאי: חירות לאלה המוכנים לקבל את תנאי הסדר שחירות זו מכתיבה. הפוליטיקה של הסבירות, במובנה הרחב, היא פוליטיקה הנשענת על הכחשת אופיה הפרטיקולרי ועל הכחשת האופן שבו תביעתה למתן שיקול-דעת שיפוטי רחב מקדמת סדר שאינו מחויב להגנה על אלה שאינם שותפים לפרויקט הציבור הנאור.

נראה ששתייתו הגוברת של בית-המשפט להישען על שיקול-דעתו של השופט לא הועילה גם לזכויותיהם של נאשמים פליליים. בשנים האחרונות, כותב מאוטר, החל בית-המשפט להדגיש את הקשר שבין חשיבות גילויה של האמת בהליך הפלילי לבין הצורך להעניק לשופטים שיקול-דעת רחב יותר. במסגרת מגמה זו "ריכך בית-המשפט את הכללים בדבר קבילותן של ראיות, והעתיק את מרכז הכובד של ההליך הפלילי לשאלת המשקל של הראיות... תוצאתה המעשית של פרקטיקה זו היא שהודאות נאשמים שנחשבו בעבר לבלתי-קבילות משום שהושגו באמצעים פסולים מתקבלות היום בבית-המשפט מתוך עמדה הנותנת "משקל מכריע לשיקול של השגת האמת העובדתית..." (מאוטר 1933, 56). בשם חשיפת האמת, כותב הרנון, מסתמנת בבית-המשפט נטייה המצביעה על "חתירה ליעילות ועל מגמה לסייע למשטרה ולתביעה, גם אם זה מביא לעתים לצמצום זכויות הנאשם" (הרנון 1990, 703, 723). יחד עם זאת, מעורבותו של בית-המשפט ביחסי עבודה, במסגרת פיקוחו על פסיקות בית-הדין הארצי לעבודה, גם לא היטיבה קבוצות עובדים שובות. במהלך שנות ה-80 נכתבו בבית-המשפט העליון החלטות שהרחיבו את אחריותם של שובתים לנוקי שבייתה, הסירו הגנות משובתים, וסירבו להושיט להם סעד. בגישתו הכללית, כותבת רדאי, נותן בית-המשפט ביטוי להשקפת עולם המתרחקת מעקרון היסוד הסוציאל-פילוסופי השם דגש על יצירת מעמד מוגן לעובדים (רדאי 1990א; 1990ב). החל מאמצע שנות ה-70 חל בחקיקה ובפסיקה מפנה אידיאולוגי המעלה על נס את חופש הניהול ומתייחס לשובתים באיבה השמורה עם בית-המשפט לאלה המאיימים על הסדר הקיים. שופטי בית-המשפט, כותבת בן-ישראל, פסעו בעקבות "האליטות בישראל" ואימצו גישה ניאורליברלית אשר נוטה לקיפוח עובדים ואשר מערערת על הלגיטימיות של חוקי העבודה (בן-ישראל 1990, 161; 1993).

דוגמאות אלה מאפשרות לנו למקם בצורה ברורה יותר את הפוליטיקה של הסבירות. פרקטיקה משפטית זו לא צמחה במובחן מדיכוי הפלסטינים בשטחים, מאילופם של מאבקים מעמדיים, ומדחייתם של דפוסים תרבותיים אלטרנטיביים. היא צמחה בתוכם, בתגובה להם, וכביטוי להשקפות-העולם של ציבור ישראלי מוגדר. פרקטיקה משפטית זו מייצרת גרסה אחידה של סבירות שבמסווה של פנייה אוניברסלית לכל האנשים הסבירים פונה לטיפוס אדם פרטיקולרי ומשתתף את אלה שאינם נתפשים כשייכים למחנה הציבור הנאור. כך צריך גם להבין את ממצאיו של יורם שחר, שבסכמו את רעיון האדם הסביר במשפט הפלילי בישראל, מדבר על דבקותו הקפדנית של בית-המשפט בדמות אחידה ועליונה של האדם הסביר – אחידות המתבטאת "בסירובו העקבי של בית-המשפט להכיר בשונותן של קבוצות אוכלוסייה על-פי איזשהו ריבוד אפשרי: מנהגי, תרבותי, חינוכי, או אפילו גופני".⁴²

בדיבור אודות הציבור הנאור פונה בית-המשפט למעמד חברתי חילוני משכיל ומקצועי שהתפתח בקצב דרמטי בשנות ה-70 וה-80. בסיס כוחו של מעמד זה אינו הון אלא השכלה, ידע מקצועי ומומחיות פרופסיונלית שהפכה בידיו לדת אזרחית חדשה. המומחה משתלט על שדות פעילות רבים יותר ויותר, הופך את הייעוץ והניהול הרציונליים לקניין, ומעמיד מושגים כמו הון אנושי, פרויקט עבודה וידע מקצועי בראש סולם הערכים המושגי שלו.⁴³ זהו מעמד הדוגל בכלכלה חופשית ובארגון השוק כמערך סבוך של שדות מומחיות יישומיות: מנהלי עסקים, יועצים ארגוניים, אנשי תקשורת ומחשבים, מומחי השקעות והנפקות, משפטנים, בנקאים ויועצי ביטוח, מומחים לחקר ביצועים, פסיכולוגים תעשייתיים, מומחי שיווק ופרסום ואנשי ניתוח מערכות. כשהוא נתמך במעגלים פנימיים של מומחים מסורתיים כרופאים, כלכלנים ומהנדסים, ומוקף במעגלים חיצוניים של בורגנות משכילה, משכלל מעמד זה את האוריינטציה הפרגמטית ואת הגישה הרואה את הקיום החברתי כמצב שבו לאנשים יש בעיות ולמומחים יש פתרונות. מעמד מומחים זה מעלה על נס את עליונותו התבונית של הידע הנרכש במוסדות ההשכלה הגבוהה, מקפיד על האוטונומיה

42. ראה: שחר 1990, לעיל הע' 12, 107.

43. על רציונליות כמשאב ראה: שנהב 1991.

המקצועית שאותה תובעים המומחים השונים בתחומי פעילותם, ומקיים זיקה סימבולית חזקה לערכי הדמוקרטיה הליברליות במערב.⁴⁴

ההיגיון המנדריני של בעלי ה"ידע" חדרו חשד עמוק כלפי "אידיאולוגיה" – כלפי פוליטיקה המבוססת על אינטרסים ורצונות נעדרים בסיס מדעי. אידיאולוגיה נתפשת כמפלטו של הנבל – האנטייתוזה למדע, לידע, להבנה ולעובדות. לפיכך, בפעולתו הפוליטית, מדגיש מעמד חברתי זה את מומחיותו וכוחו הניהולי ולא את השקפותיו "האידיאולוגיות". ויכוחים אידיאולוגיים ומחלוקות רעיוניות עקרוניות מנוגדים לפרגמטיות של המנהל והמומחה. תנועת "שינוי", מפלגה פוליטית שגילמה את מאווי של מעמד חברתי זה, נתנה ביטוי מובהק לאוריינטציה זו. אמנון רובינשטיין, פרופסור למשפטים, ממקימי התנועה, הסביר כי הנושא הפלסטיני, למשל, לא בער בעצמותיהם של "אנשי המעשה" מתחום התעשייה והמקצועות החופשיים שפעלו בתנועה. לא עמידה על קצו של יד אידיאולוגי הנחתה אותם, אלא רצונם בשינוי "השיטה". מטרתה של "שינוי", כתב רובינשטיין, היתה "לנווט את ספינת המדינה", לא ב"נכוחות שולית על סיפון הפיקה, אלא בשימת יד על הגה הספינה" (רובינשטיין 1982, 46). שבנו למטאפורה של הספינה ונוטיה – מטאפורה לזיקה שבין ההיגיון המנדריני ובית-משפט המבטיח להוליך את הספינה השיפוטית לאור התבונה המשפטית וחוש המומחיות של המשפטן. ניווט הספינה הוא עניין למומחים; ובנסיבות שבהן המושג פוליטיקה מזוהה עם תאוות שררה ושיקולים זרים, נקלטת טענת המקצועיות והמומחיות המשפטית בקרקע פורייה.

הטענה כי סוגיות ציבוריות שנויות במחלוקת ניתנות לתרגום לשפה מקצועית ולפתרון אובייקטיבי הופכת את בית-המשפט, בנסיבות של חשד כלפי הפוליטיקה ומניעה, לדובר מרכזי של ההיגיון המנדריני ונשאי. ⁴⁵ דוקטרינת הסבירות המשפטית המגלמת היגיון זה לא שירתה את הפלסטינים, לא מכיוון שלא התאימה לעניין זה, אלא מפני שמלכתחילה לא יערה לכך. לא רק אילרצים "אידיאולוגיים", לא רק העובדה שבית-המשפט חי ב"תוך הקונסנוס", אלא גם העובדה שהציבור הנאור לא מתעניין (או לכל הפחות לא התעניין) בסבירותם של הצבא ורשויות הביטחון, רקנה את הפוליטיקה של הסבירות מכל תוכן ממשי בשעה שהופעלה בשטחים הכבושים. הפוליטיקה של הסבירות שצמחה בבית-המשפט הישראלי משקפת פוליטיקה של ציבור נאור המתעניין באפשרות קידומה של מערכת קבלת החלטות רציונלית במנגנוני המדינה השונים ומזוהה את רעיון "המנהל התקין" עם ניהול בידי מומחים. הפוליטיקה של הציבור הנאור היא פוליטיקה של רפורמות ארגוניות, שינוי שיטת הבחירות, ניסוח חוקה פורמלית, ומומחיות רציונלית במנהל הציבורי, בניהול המפלגתי ובמשרדים ממשלתיים. זו פוליטיקה המניחה כי תיקון חברתי הינו בעיה טכנית הניתנת לפתרון באמצעים טכניים. בהתאם לכך, הפוליטיקה של הסבירות בבית-המשפט מתמצית בעיקר בהבטחה לטוהר מידות שלטוני, לסדרי מנהל תקינים, ולפיקוח צמוד על הפוליטיקה המפלגתית והפרלמנטרית.

במלים אחרות, הפוליטיקה של הסבירות מעמידה את עצמה כאלטרנטיבה תבונית למה שמרגז ככישלון המערכת הפוליטית בפתרון בעיות. כמו המעמד שאותו הוא מייצג, מטפח בית-המשפט את המסר לפיו מומחיותו התבונית הינה הערובה היחידה למשטר חברתי תקין. אך באמצעות הדיבור אודות הצורך להבטיח את אמון הציבור במערכות השלטון השונות, ותוך טענה כי ללא מעורבות שיפוטית זו יתמוטט אמון זה, מפעיל בית-המשפט פרקטיקה שתוצאתה הבלתי-נמנעת היא חוסר-אמון ב"פוליטיקה": חוסר-אמון בסבירותם של מקבלי ההחלטות מחד גיסא, וחוסר-אמון ביכולתו של הציבור להשפיע מאידך גיסא.⁴⁶ המסר העקבי שמשגר בית-המשפט בדונו בסבירותו

44. עם זאת, בדיבור אחדות הבורגנות המנדרינית אינו מתכוון לטעון לאחדות אוניברסלית. למדעות המעמדית הנובעת מהשליטה על ידע והשכלה נלווים מאפיינים מקומיים, השקפות המתעצבות בהקשרים סוציו-היסטוריים ספציפיים והתניות הנובעות מהמבנה היררכי והמהמשר הפוליטי המאפיינים מקום נתון בזמן נתון.

45. אך בית-המשפט הוא רק הסמן הבולט של תהליך כללי. בישראל התרחש תהליך עקבי של "משפטיות" – השפעה גוברת של יעוצים משפטיים, הסתמכות על חוות-דעת משפטיות ועל ועדות חקירה המאוישות בשופטים ופורמליזציה חוקית גוברת של תחומי פעילות חברתית שונים. ראה לעניין זה: רובינשטיין 1987.

46. ניתן גם לחשוב על תוצאות אחרות הנובעות מהפוליטיקה של הסבירות. כך, למשל, ניתן לטעון שעצם העובדה שבית-המשפט מכפוף את פעולות הארגונים השלטוניים למבחן הסבירות מבטיחה כי בסופו של דבר, בין אם באשרו ובין אם בפוסלו החלטות שלטוניות, פועל בית-המשפט כמכניזם לגיטימציוני המאפשר לשלטונות להישען על סמכותו התבונית של בית-המשפט. עניין זה

של החלטות שלטוניות שונות הנתונות במחלוקת ציבורית ופוליטית, הוא שהזירה השיפוטית וכללי המשפט הציבורי שבשםם הוא פועל נהנים מעליונות תבונית על פני מה שהשופט אלון כינה "משפט הציבור" – כושרו של הציבור להעריך החלטות שלטוניות ולפקח עליהן באמצעות מוביליזציה של אמצעי פיקוח חברתי ופוליטי שונים הקיימים בחברה דמוקרטית.⁴⁷ בהכרעותיו של בית-המשפט בעניינים כגון מינויים ממשלתיים, הסכמים פוליטיים וקואליציוניים וחובותיהם של ממלאי משרות ציבוריות, כותב קרצ'מר, מסרב בית-המשפט "סירוב מוחלט ועקרוני להשאיר שטח כלשהו להסדרה פוליטית"... הרושם המתקבל הוא, שביית-המשפט מניח כי כללי המשפט הינם, וצריכים להיות, האילוצים היחידים על פעולות רשויות פוליטיות. הוא נוטה להתעלם מן העובדה שבמערכת-היחסים בין גופים פוליטיים ובין זרועות שונות של השלטון יש גם אילוצים אחרים..." (קרצ'מר 1990). המחיר החברתי של פוליטיקה זו, כותב רוזנצבי, הוא ששאלות חברתיות ותרבותיות מוטלות ל"מיטת-סדום של היבטים משפטיים צרים וחלקיים בלבד" (רוזנצבי 1993). אם כן, מבקרים שונים של הפוליטיקה של הסבירות מזהים את הקשר שבין הפרקטיקה המנדרינית לדה-פוליטיזציה של סוגיות ציבוריות. פתרון הבעיות המתבצע בשמו של שלטון החוק, או ליתר דיוק בשמו של שלטון חוק השופטים, הוא פתרון הנשען על מה שמנדל מכנה בשם הלגליזציה של הפוליטיקה: שלטון חוק במובנו המשפטי ולא במובנו הדמוקרטי, שלטון משפטיים אשר בדברם על מסירת כוח לציבור הם מתכוונים לכוון לפנות לבית-המשפט (Mandel 1985, 273). מבחינה זו השיח השיפוטי אינו שונה מפרקטיקות מקצועיות אחרות שבהן קיימת זיקת גומלין בין כוחו של המומחה ליכולתו להפקיע ממטופליו את השליטה על רצונם, גורלם, זמנם וכיוצא בזה. מבחינה זו, לפחות, גם הציבור הנאור שבשמו דובר בית-המשפט הינו קורבן של הקשר בין הדיבור בשם המומחיות האקסקלוסיבית לבין טיפוחו של שיח מעקר המזמין את הציבור לתפקד כצופה פאסיבי בדרכה שיפוטית שאת שפתה אין הוא מבין ואשר משרדת ללא הרף את המסר לפיו דרוש ידע מיוחד במינו כדי לקחת חלק בסוגיות ציבוריות שונות ולהכריע בהן.

עם זאת, המעשה השיפוטי כדרמה של תחרות והכרעה אינו שואב את עוצמתו הסימבולית רק מבית-הגידול של ההיגיון המנדריני. הפוליטיקה של הסבירות אפשרה לבית-המשפט להישען יותר ויותר על שיקול-דעתו של השופט – שיקול-דעת הנתון בסד מוגדר היטב של כללי דיון, הצדקה והכרעה – והישענות זו, בתורה, הרחיבה והעמיקה את נוכחותו הסימבולית של בית-המשפט בשיח הציבורי. בית-המשפט העליון חדר לכל חלל אפשרי באמצעות התקשורת הכתובה והמשודרת והשתלב בתרבות הפוליטית המקומית שצמחה בישראל בשני העשורים האחרונים. יונתן שפירא אפיין אותה כפוליטיקה של כיכרות: "פוליטיקה העוסקת במיתוסים וסמלים במקום בגיבוש מדיניות" והמתנהלת תוך חילופי סיסמאות ותוך העדפת הדרמה על פני "דיון ענייני וחיפוש פתרונות מעשיים לבעיות העומדות על הפרק" (שפירא 1989, 183). השיח המאפיין את הפוליטיקה של הכיכרות, או ליתר דיוק את התרבות הפוליטית שפוליטיקה זו מבטאת, הוא שיח בין טובים לרעים, בין צדיקים לרשעים, בין נאמנים לבוגדים. זהו שיח המתניח בשעמום, אם לא בסלידה, להסכמים פוליטיים, למשא ומתן קואליציוני, ולפשרות פוליטיות. זהו שיח שאינו מתעניין באפשרות הפשרה אלא באפשרות ההכרעה (שפירא 1988, 16–17). ההמרה האינטנסיבית של סוגיות ציבוריות שונות לשפת המומחיות השיפוטית מזינה, ובתורה ניזונה, מפוליטיקת סמלים זו – לבית-המשפט נכנסים צדדים מתחרים ו"שוים" הירצאים ממנו כצודקים וטועים, פושעים וצדיקים, מנצחים ומובסים, סבירים ובלתי-סבירים. הכרעותיו של בית-המשפט העליון מספרות את סיפורה של אמת דרמטית המתבררת במהלך התחרות והקונפליקט בין צדדים המעלים גרסאות שונות וסותרות. בית-המשפט מספק לציבור הצגה, מעלה בפניו את הדרמה הטלוויזיונית, את המתח הכרוך בהמתנה למרצא פיהם של השופטים, את התוצאה ההחלטית, החד-משמעית, את האמת המזוקקת לאורו של הקונפליקט ולא לאורן של פשרות ומשא ומתן. הטקסט השיפוטי, שיאה של הדרמה, מעלים את השופט מן העין ומתייחד בלשונו נעדרת הספק. ההתחבטות, אי-הבהירות,

נכון גם בשעה שביית-המשפט פוסל החלטות שלטוניות מכיוון שאז הוא פועל כמנגנון המבהיר לציבור שבסופו של דבר, על-אף קיומם של פגמים, מתקנת המערכת השלטונית את עצמה בזכות הביקורת השיפוטית. הסיבה שבחרתי להבליט כאן דווקא את העובדה שהחלטות שונות של בית-המשפט מציגות בעלי סמכות שלטוניות שונים, החל מהיועץ המשפטי לממשלה וכלה בממשלה כולה, כ"בלתי-סבירים", נובעת מהנסיבות הקונקרטיות (הזמניות?) שבהן משתתף בית-המשפט בעיצוב דימויה של הפוליטיקה כשדה שיח נחות וחשוך.

47. בג"צ זר'ביסקי, לעיל הע' 5 עמ' 764.

חוסר-העקביות, סימני השאלה, והסיטואציות חסרות-הפתרון מחרחרות וטובעות מתחת לפני השטח של הטקסט השיפוטי המאורגן להפליא, הסדור והמהוקצע, הפורש נרטיב המוליך באופן בלתי-נמנע לתוצאה הבלתי-נמנעת. הטקסט השיפוטי מעלה בפנינו תיאטרון מסוג אחר. הקושיות הסתומות, החומר למחשבה, הדילמה הנותרת מרחפת בחלל האוויר של אולם התיאטרון מומרת באור הזרקורים הנוקב של התשובה החותכת, ההכרעה הברורה, התוצאה הנכונה.

הפוליטיקה של הסבירות המתנהלת בבית-המשפט ניצבת, אם כן, בצומת הנראה ממבט ראשון כבלתי-אפשרי. רגלה האחת נשענת על יומרתה לפיתוח שיח ניהולי-רציונלי בעוד האחרת נשענת על יכולתה לפרנס תרבות פוליטית המעדיפה את הדרמה של התחרות וההכרעה על פני דיון ענייני. יכולתו של בית-המשפט להציע פתרונות מהירים וחד-משמעיים לסוגיות סבוכות, לעקוף את המנגנון הפרלמנטרי המסורבל, את דרך הפשרות והמשא ומתן הקואליציוני נעדר ההוד, המסתבך בתוך מערבולת פתקים מקומטים, הבנות שקטות וסיכומים באישון ליל, ולהמיר אותם בדרמה שיפוטית צלולה, ברורה, גלויה לכול, ששורתה התחתונה מכריזה על האמת, אפשרו לבית-המשפט להציב את עצמו, באמצעות הפוליטיקה של הסבירות, במרכז של תרבות פוליטית המעריצה את הידע של המומחה האובייקטיבי מחד גיסא ואת היכולת לייצר פתרונות דרמטיים והחלטיים מאידך גיסא. סוד הקסם המסתורי של בית-המשפט מצוי במפגש בין הפתרון התבוני וההכרעה הדרמטית. הן האידיאלוגיה של הידע התרה אחר פתרונות רציונליים והן הפוליטיקה של הכיכרות התרה אחר הסמכות המוחלטת נעות בהתמדה לעבר שיח המתמקד באריזה סימבולית של המציאות למספר מצומצם של היגדים תמציתיים. במלים אחרות, הליגליזציה של הפוליטיקה מייצרת סימולציה המשעתקת, בסופו של חשבון, שיח המתמקד בסיסמאות ולא בתכנים, בסמלים ולא בדיאלוג.

הערות סיכום

ההתמקדות בפוליטיקה של הסבירות הינה ניסיון להשיב את המשפט למחוזות הרצון והכוח. יש לקרוא את החיבור הזה כגישוש אחר טיבו של שיח הסבירות וכניסיון להראות כי שיח זה אינו נמלט מלפיתת הברזל המקומית והאתנוצנטרית שאותה הוא מבקש להכחיש. שיח הסבירות מגלם הבטחה לפיה לשופט המומחה מצויים הכלים הנחוצים על-מנת לשקף ולעצב את המציאות החברתית לאור עקרונות התבונה השיפוטית. ההבטחה הנלווית לשיח זה היא ההבטחה הפסטורית, ארוחה במושגים המוצגים ככאלו שאינם טעונים ליבון: שלטון החוק, ערכי יסוד, חירות, זכויות ושוויון. ניווט הספינה השיפוטית, מדינאות משפטית וארכיטקטורה חברתית. הבינאריות המונחת בתשתיתה של חשיבת הנאורות – יחיד מול קהילה, מדינה מול חברה אזרחית, חירות מול סדר, פרטי מול ציבורי, סובייקטיביות מול אובייקטיביות – הינה הדלק המזין פרויקט סיופי שעניינו יצירת קטבים ושאיפה לאחדם. ההבטחה הפסטורית של בית-המשפט היא כי סבירותו של החוק מציידת אותו במפתחות המתאימים ליישובם של מתחים מבקשי פתרון אלו.

בית-המשפט מעלה בפנינו גרסה מחוקת ותובענית של הפורמליזם המשפטי. פורמליזם זה אינו מתכחש לנוכחותם של עקרונות, נורמות וערכים שונים והשפעתם על המשפט, אלא הופך אותם עצמם לעקרונות משפטיים ולמקור ערצמה משפטית. הבטחת "אמון הציבור" בשפיטה, פרויקט המשותף לכל נשאי של השיח המשפטי, נשענת עתה על אדנים תובעניים ביותר: סמכותו של החוק הינה סמכות המוזכרת כל-כולה לאור התבונה האובייקטיבית. עוצמתו של שיח אמת זה אינה נשענת על מומחיות אקסקלוסיבית המוגבלת לשדה פעילות מוגדר פחות או יותר, אלא על הכפפה של אפשרויות התרגום השונות של המציאות החברתית לשפתו נעדרת הרצון של החוק. השימוש בשפת החוק על מנת לייצר ייצוגים אובייקטיביים של המציאות החברתית היא צורה של הפעלת כוח, לפחות אם מקבלים את טענתו הבסיסית של בורדייה לפיה אחת הצורות האלמנטריות של כוח היא קבלת הרשאה פורמלית "לכנות בשם". את הניסיון לקבל הרשאה זו כיניתי בשם "הפוליטיקה של הסבירות" ובאמצעותה ניסיתי להראות את האופן שבו השופט מכונן עצמו בעמדה סמכותית תוך פנייה מתמדת לצורך מושגים היונקים את עוצמתם המוסרית והערכית ממחשבת הנאורות: תבונה, סבירות, ציבור נאור וערכי יסוד.

החדר לפיו הסבירות שבשמה דובר בית-המשפט אינה אלא טקטיקה רטורית להעצמת כוחו של השופט היה רק שלב ראשון בפרויקט עימות זה. השלב השני התמקד בפרטיקולריזציה של טענות הייצוג של בית-המשפט: השופטים טוענים לייצוג שלטון החוק ולייצוג ערכי היסוד של הציבור הנאור. טענת הייצוג, כשלעצמה, היא ניסיון להתחמק מאחריות: לדבר בשם דבריה אובייקטיבי,

להעמיד את השופט בעמדה נטולת-רצון. אך הדיבור בשם שלטון החוק נחשף כמיסטיפיקציה סימבולית בשעה שמסתבר שהשופט הוא עצמו היצרן של החוק שאותו הוא מתיימר לייצג. לעומת זאת, הדיבור בשם הציבור הנאור מניח כי קיים גם ציבור שאינו נאור ומספק מפתחות להבנת הפרויקט שנטל על עצמו בית-המשפט.

מנחם מאוטנר, מפרשניו של בית-המשפט, מדבר מפורשות: "מאז ומתמיד", כותב מאוטנר, "היתה לבית-המשפט העליון תרומה חשובה, אולי מכרעת, לביצור זיקתה הערכית של ישראל למערב הליברלי. בשנות ה-80, יצא בית-המשפט נגד אלו שקראו תיגר על זיקתה של ישראל לערכיו של המערב ופעל בתקיפות ובנחישות למען המשך קיומה של זיקה זו. כל מי שסבור כי בשנים שיבואו, צריכה זיקתה של ישראל למערב הליברלי להימשך ואף להתעצם, חייב לקוות שבית-המשפט יצליח במאבקו" (מאוטנר 1993, 167). מאמר זה ניסה להימנע מהתמודדות ישירה עם הפטיש המכונה "המערב הליברלי" ועם ההנחה כי לבית-המשפט השפעה ממשית על "זיקתה של ישראל" אליו. תחת זאת, ניסיתי ללכת בדרך המניחה כי כל דיבור בשם "ערכי יסוד" מניח אוניברסליות ואובייקטיביות המסוות ספציפיות היסטוריות, חברתיות ופוליטיות, הפועלות בתוך מערך סדר מוגדר ואשר מציתות לתבונה פרטיקולרית וקונטינגנטית. "ביצור זיקתה הערכית של ישראל למערב הליברלי", מנקודת-הראייה שביקשתי להציג כאן, כרוך בהרחקה ובהשתקה של קולקטיבים שאינם שייכים, בסירוב "להרחיב את תחושת ה'אנחנו' ככל האפשר" או, לחלופין, לאלץ את האחר להיות כמונו.⁴⁸

ניסיתי להתוות כיוון חקירה ראשוני של צמיחת הפוליטיקה של הסבירות בקרקע הנסיבות המקומיות והקונקרטיות שאפשרו את הפרייתו ופריחתו. ביקשתי לשרטט שני תהליכים, מנוגדים לכאורה, שבמסגרתם התעצמה הנוכחות הסימבולית של השיח המשפטי. אני מתעקש לדבר על נוכחות סימבולית מכיוון שאין לנו כל אינדיקציה כי לטענות בדבר תפקידו של בית-המשפט כמתקן וכמחנך חברתי יש בסיס עובדתי. נהפוך הוא. כותב אריאל רוזן-צבי: "המעורבות ההולכת ומעמיקה של בית-המשפט בתחומים של השלטת שלטון החוק, שאינם מגיעים כדי הכרעה בסכסוך או שאינם מתייחסים להגנה על זכויות הפרט, השפעתם מועטה. ואנו תוהים לנוכח התופעה. מעורבות עמוקה כל-כך מצד בית-המשפט היתה מחייבת אווירה של שמירת החוק. ואין הדבר כן. התוצאה אינה משיבעת רצון, אלא להיפך. קיים פער בין מעורבות היתר לבין אכיפת החסר של החוק (רוזן-צבי 1993, 702)".⁴⁹ שני תהליכים, אם כן, האחד ריבוי והשני, בהעדר מינוח טוב יותר, תרבותי. מחד גיסא, עלייה בכוחה של "בורגנות מנדרינית" המדברת בשם מומחיות מקצועית ובשם הבטחות לניווט ולניהול מקצועי. מעמד חברתי זה, שבית-המשפט רואה עצמו כחלק ממנו, אימץ את בית-המשפט כדוברו ואפשר לו לדבר בשם הטענה כי הכול נופל בעולמו של המשפט. מאידך גיסא, תרבות פוליטית שאינה קשובה לקיומו של דיאלוג ממשי בין עמדות שונות. תרבות פוליטית העוסקת במיתוסים וסמלים, תרה אחר פתרונות מהירים, ומעריצה את יכולתו הדרמטית של בית-המשפט לפתור בעיות בצורה החלטית. בבית-המשפט, טענתי, נפגשו נביאי הלוגיקרטיה עם מחזאי הפוליטיקה של הכיכרות.

לבסוף, כמה מלים על כיוונו האפשרי של תהליך זה. התהליך שהוצג כאן לא היה בלתי-נמנע והכיוון שאליו הוא פונה אינו בלתי-הפיך. שינויים בכוחה הפוליטי של הבורגנות המנדרינית, למשל, עשויים להעתיק את מרכז הכובד של שיח המומחיות מבית-המשפט לזירות ניהול או ממשל אחרות. יתר על כן, ניתוח המונופוליזציה של שטח השיפוט המשפטי חייב להביא בחשבון את הדיאלקטיקה המסתברת ממנו. אנדרו אבוט כותב כי העיקרון המארגן את שטח השיפוט של מומחים מקצועיים (jurisdiction) הינו הידע המדעי-תיאורטי לו הם טוענים. שטח שיפוט זה, טוען אבוט, אינו יכול לגדול בצורה בלתי-מבוקרת. ככל שמתרחב שטח השיפוט עולה רמת ההפשטה של

48. על הצורך למתוח ככל האפשר את משמעות ה"אנחנו" ראה: Rorty 1989. גם את טענותיו של מאוטנר יש לקרוא בהקשר של המתח בין דתיים לחילוניים שאליו הוא מתייחס כציור-מאבק מרכזי בחברה הישראלית.

49. על השיח השיפוטי המיטיב כמיתוס ראה תהייתו של רוזן-צבי (1993, 702) אודות הפער בין מעורבות בית-המשפט ומצבו של שלטון החוק המעיד אולי על תפקידו של בית-המשפט העליון כמנגנון מדינה אידיאולוגי יותר מאשר כמנגנון מדינה רפרסיבי. ראוי להעיר כאן גם כי קיימת נטייה לזהות את מעורבותו הגוברת של בית-המשפט בשאלות שונות עם נטייה להתעמת עם עמדת רשויות השלטון האחרות. אין בסיס תיאורטי, וכנראה שגם לא אמפירי, לזיהוי זה. עוד לעניין זה ראה שקד, הע' 25 לעיל.

המבנה הקונסטיטיוטיבי המארגן אותו. אך ככל שעולה רמת ההפשטה של הרעיונות המארגנים את שטח השיפוט, גוברת פגיעותם לביקורת ומסתמנת אפשרות התמוססותם לתרבות הכללית המקיפה את שטח השיפוט (Abbot 1988, 88). במילים אחרות, העמימות הנלווית לשפת הסבירות, היקף הסוגיות הפוטנציאליות הניתנות לטיפול באמצעותה, וההפשטה הגוברת של הידע המשפטי-מדעי המגויס לצורך המרת סוגיות חברתיות לשפת המומחיות האקסקלוסיבית, כל אלה עשויים למוסס בהדרגה את טענת העליונות התבונית של השופט ולחדד את שרירותו של החיתוך בין החברתי, הכלכלי, האידיאולוגי והמשפטי. התוצאה הבלתי-נמנעת של תהליך כזה תהיה כרסום גובר בעמדתו הסמכותית של בית-המשפט והבנה ציבורית גוברת כי בית-המשפט אינו נהנה מעליונות תבונית כלשהי.⁵⁰ תחוית זו היא בגדר סיוט עבור מומחי משפט רבים אך אינה צריכה להרתיע את אלה הסבורים, כמוני, כי ניתוחים ביקורתיים וחשדניים של זירות המרכזות עצמה הם תנאי בסיסי לקיומה של חברה דמוקרטית. עמדותי הנורמטיבית כלפי בית-המשפט, מבחינה זו, מתמצית באפוזיטום של פוקו: "איני אומר שכל דבר הוא רע, אלא שכל דבר הוא מסוכן".

המחלקה לסוציולוגיה ולאנתרופולוגיה, אוניברסיטת תל-אביב

ביבליוגרפיה

- אפלטון. פוליטיקה, ספר ו', כרך 2, 384–385, שוקן, ירושלים.
- גור אריה, מירי. 1990. "משפט יחסי העבודה – תמונת מצב בישראל – ההרורים ראשוניים", שנתון משפט העבודה א: 7–36.
- ברק, אהרון. 1977. "שלטון החוק", בתוך: ש. שטרית (עורך), קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים, תשל"ו, ירושלים.
- , 1987. שיקול דעת שיפוטי, פפירוס, תל-אביב.
- , 1993. "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז: 475–497.
- גור אריה, מירי. 1992. "המשפט והאדם הסביר", מחשבות ו (מאי): 63 : 53–59.
- גלנר, יצחק. 1985. "התוצאות הפוליטיות של בחירות 1984 וסימני השאלה שבעקבותיהן", מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים 25 : 34–45.
- גנו, חיים. 1989. "שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק", משפטים יח: 509–529.
- הורוביץ, דן ומשה לויסק. 1990. מצוקות באוטופיה: ישראל חברה בעומס יתר, עם עובד, תל-אביב.
- הרנן, אליהו. 1990. "ארבעים שנה לסדר הדין הישראלי במשפטים פליליים", משפטים יט(4): 723–703.
- זמיר, יצחק. 1990. "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" משפטים יט(4): 563–571.
- לנדוי, משה. 1989. "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", עיוני משפט יד(1): 5–17.
- מאונטר, מנחם. 1993. ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, מעגלי דעת, תל-אביב.
- מירון, שמחה, תשל"ג. "חופש הדת והחופש מדת", עיוני משפט ג(2): 414–432.
- סגל, זאב. 1988. זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק, שוקן, ירושלים.
- קירשנבאום, אהרן. 1985. "חוק יסודות המשפט – מציאות וציפיות", עיוני משפט יא: 117–126.
- קריצמר, דוד. 1990. "ארבעים שנה למשפט הציבורי", משפטים יט(4): 551–561.
- , 1993. "ביקורת בג"צ על הדיסצפלינה ואטימותם של בתים בשטחים", 199 קלינגהופר על המשפט הציבורי, האוניברסיטה העברית בירושלים, ירושלים, 305–357.
- רדאי, פרנסיס. 1990. "ארבעים שנה לדיני העבודה", משפטים יט(4): 787–801.
- , 1990. "דיני עבודה ויחסי עבודה – מגמות ותפניות בשנת 1988", שנתון משפט העבודה א: 161–188.
- רובינשטיין, אמנון. 1982. ניסיון פוליטי מסוים, עידנים, ירושלים.
- , 1987. "המשפטיזציה של ישראל", הארץ, 9.6.1987.
- רוזן-צבי, אריאל. 1990. "קלקולים במערכת המשפט", עיוני משפט ח: 55–57.
- , 1993. "תרבות של משפט (על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים)", עיוני משפט יז: 689–716.
- שחר, יורם. 1990. "האדם הסביר והמשפט הפלילי", הפרקליט לט (תש"ן): 78–107.

50. השופט אהרון ברק, מכל מקום, מכין כבר עתה את התשתית הלגיטימצינית שעליה תתבסס הרחבת סמכותו של בית-המשפט בעתיד. ברק מתייחס למהפכה החוקתית שבחוקי היסוד החדשים. אלה, הוא טוען, יאפשרו לנע ממצב שבו ענפי משפט שונים קובעים את אופן עיצובן של זכויות חוקתיות שונות למצב שבו זכויות חוקתיות יעצבו את התפתחותם של ענפי משפט שונים. בטענה זו כלולה ההבטחה כי לא רחוק היום שבו יבטל בית-המשפט חקיקה ראשית של הכנסת מכוח חוקי היסוד. הבטחה זו, בתורה, מעידה גם על המשך המגמה הקיימת להרחבת סמכותו של בית-המשפט תוך פרקטיקה שתישען בעתיד על פרשנות שיפוטית יוצרת של חוקי היסוד.

- שטרית, שמעון, 1990. "ארבעים שנה למשפט החוקתי", משפטים יט (4): 573-615.
 שלף, ליאון, 1992. "בין משפט פלילי לבין משפט עברי – לקראת יסודות משפטיים למורשת ישראל", פלילים כרך ג: 102-146.
 שנהב, יהודה, 1991. אידיאולוגיות ניהול בעידן הרציונליות, אוניברסיטה משודרת, משרד הביטחון, תל-אביב.
 שפירא, יותן, 1988. "משחק השווה לאפט", פוליטיקה 22: 16-17.
 —, 1989. לשלטון בחרתנו, עם עובד, תל-אביב.
 שפרינצק, אהוד, 1985. איש הישר בעיניו: איילגליוס בחברה הישראלית, שוקן, ירושלים.
 שקד, מיכל, 1982. "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי", משפטים יב: 102-128.
- Abbot, Andrew, 1988. *The System of Professions*. Chicago: University of Chicago Press.
 Barron, Anne, 1990. "Legal Discourse and the Colonisation of the Self in the Modern State," in *Post-Modern Law*, ed. Anthony Carty. Edinburgh: Edinburgh University Press, pp. 107-125.
 Bruce-Briggs, B. ed. 1979. *The New Class?* New York: McGraw-Hill.
 Derber, Charles, William A. Schwartz, and Yale Magrass, 1990. *Power in the Highest Degree: Professionals and the Rise of a New Mandarin Order*. New York: Oxford University Press.
 Derrida, Jacques, 1990. "Force of Law: The 'Mystical Foundation of Authority'," *Cardozo Law Review* 5:920-1045.
 Dworkin, Ronald, 1977. "Is Law a System of Rules?" in *The Philosophy of Law*, ed. R. Dworkin. Oxford: Oxford University Press.
 Fish, Stanley, 1993. "The Law Wishes to Have a Formal Existence," in *The Fate of Law*, ed. Austin Sarat and Thomas R. Kearns, Ann Arbor: University of Michigan Press, pp. 159-208.
 Foucault, Michel, 1978. *The History of Sexuality*, vol. 1. New York: Random House.
 —, 1982. "The Subject and Power," in *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, ed. Herbert Dreifus and Paul Rainbow, Chicago: University of Chicago Press, pp. 87-104.
 —, 1991. "Governmentality," in *The Foucault Effect*, ed. Graham Bruchel, Colin Gordon, and Peter Miller. Chicago: Chicago University Press.
 Galigan, Denis, 1986. *Discretionary Powers*. Oxford: Clarendon Press.
 Gordon, Colin, 1991. "Governmental Rationality," in *The Foucault Effect*, ed. Graham Burchell, Colin Gordon, and Peter Miller, Chicago: University of Chicago Press, pp. 1-51.
 Gouldner, Alvin, 1979. *The Future of Intellectuals and the Rise of the New Class*. New York: Seabury Press.
 Guest, Stephen, 1991. *Roland Dworkin*. Stanford: Stanford University Press.
 Habermas, Jürgen, 1981. *The Theory of Communicative Action*, vol. 1. Boston: Beacon Press.
 Horwitz, Morton, 1993. *The Transformation of American Law, 1870-1960*. New York: Oxford University Press.
 Hunt, Alan, 1992. "Foucault's Expulsion of Law: Towards a Retrieval," 17. *Law and Social Inquiry* 1: 1-38.
 —, 1993. *Explorations in Law and Society*. New York: Routledge.
 Kraus, Vered, 1992. "Industrial Transformation and Occupational Change in the Israeli Labor Force," 7 *Israel Social Science Research* 1&2: 1-14.
 Lyotard, J., 1988. *The Differend*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
 Mandel, Michael, 1985. "The Rule of Law and the Legalisation of Politics in Canada," 13 *The International Journal of the Sociology of Law*: 273-287.
 Poulantzas, Nicos, 1978. *State, Power, Socialism*. London: New Left Books.
 Rorty, Richard, 1989. *Contingency, Irony, and Solidarity*. Cambridge: Cambridge University Press.
 Sarfati, Larson Magali, 1977. *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*. Berkeley: University of California Press.
 Scheingold, Stuart, 1974. *The Politics of Rights*. New Haven, Conn.: Yale University Press.
 Szelenyi, Ivan and Bill Martin, 1989. "The Legal Profession and the Rise and Fall of the New Class," in *Lawyers in Society*, ed. Richard Abel and Philip Lewis. Berkeley: University of California Press, pp. 256-288.
 Seidman, Steven, 1991. "The End of Sociological Theory: The Postmodern Hope," 9 *Sociological Theory* 2: 131-153.
 Teubner, Gunther, 1988. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: Walter de Gruyter.
 Unger, Roberto M., 1986. *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge: Harvard University Press.