

השופט מאיר שמגר

נשיא בית־המשפט העליון



לכבודו

עם פרישתו מבית־המשפט העליון

רשימת פרסומים של מאיר שמגר

1. "הקונגרס השלישי של האגודה הבינלאומית לדיני מלחמה", הפרקליט כא (תשכ"ה) 129.
2. "The Rights of the Accused in Pre-Trial Procedures and the Right to Defence", *Revue de Droit penal militaire et de droit de la guerre* iii (1964) 243.
3. "Extradition for Military Offences", *Recueils de la Societs Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre* (1969) 201.
4. "המשפט בשטחים המוחזקים על-ידי צה"ל", הפרקליט כג (תשכ"ז) 540.
5. "Legal Concepts and Problems", *Military Government in the Territories Administred by Israel, 1967-1980 – Legal Aspects* (Vol. I, Jerusalem, 1982) 13.
6. "The Law in the Area Held by the I.D.F.", [1967] *Public Administration*, 42.
7. "Manual for Military Advocate in Military Government", [1967] *Mil. Adv.*
8. "Prof. S. Shoham – *The Mark of Cain*", הפרקליט כו (תש"ל) 587.
9. יחסי גומלין בין תיקה ומינהל (עלם, תשל"א).
10. "The Universality of the Ethics of the Accountancy Profession", *The Search for Better Solutions* (Institut. of C.P.A. in Israel, 1971) 210.
11. "The Observance of International Law in the Administrated Territories", *Israel Year Book on Human Rights* (1971) 262.
12. "אוניברסליות של המוסר במקצוע החשבונאות", רואה החשבון 5-6 (1972) 305.
13. "פולחן הגיבור", אסופה לזכר משה חביב ז"ל (אוניברסיטת תל-אביב, 1972) 20.
14. "On the Written Constitution", 9 *Israel L. Rev.* (1974) 467.
15. "חקיקה, שפיטה וזכויות אזרח", הפרקליט לו (תשמ"ז) 5.
16. "על האתיקה של המשפטן", עיוני משפט יא (תשמ"ז) 171.
17. "על התקדים ועל ודאות הדין", משפטים יז (תשמ"ז) 433.
18. "על פסלות שופט – בעקבות ידיד תרתי משמע", גבורות לשמעון אגרנט (1987) 118.
19. "Supreme Court of Israel: Present Trends and Concepts", 20 *Israel L. Rev.* (1985) 175.
20. "סוגיות בנושאי הפרייה ולידה", הפרקליט לט (תש"ם) 12.
21. "המשפט בשרות הדמוקרטיה", משפטים כ (תשנ"א) 227.
22. "Judicial Review of Knesset Decisions", *Israel L. Rev.* 28 (1994) 43.



הנשיא מאיר שמגר והמשפט הציבורי

אהרן ברק*

א. מבוא. ב. הנשיא שמגר והמשפט הציבורי - שלטון החוק הפורמלי.
ג. הנשיא שמגר ושלטון החוק המהותי; 1. המתודה של המשפט הציבורי;
2. עיצוב העקרונות, הערכים וזכויות האדם; (א) הפרדת הרשויות; (ב)
טובלנות; (ג) חופש הביטוי; (ד) חופש העיסוק; 3. פרשנות; 4. איוון; 5.
נוסחת האיוון. ד. אקטיביזם שיפוטי; 1. הגדרה; 2. מעמד; 3. הסכמים
פוליטיים; 4. פיקוח שיפוטי על החלטות הכנסת. ה. סוף דבר.

א. מבוא

הנשיא שמגר פורש מבית המשפט העליון, כעשרים שנה הוא כיהן כשופט בית המשפט העליון, וכשתים עשרה שנה כנשיא בית המשפט, בפסקי-הדין הרבים שפסק הקיף שמגר את מלוא המרחב של המשפט הישראלי. בכל אחד מענפי המשפט מוטבע חותם אישיותו והשקפתו. אף שלא בא מרקע "אזרחי", הרבה לכתוב במשפט הפרטי וקבע הלכות יסוד בדיני חוזים, נזיקין, קניין, חברות ושטרות. כמו הנשיא אגרנט לפניו, גם הוא הטיע חותם מיוחד על המשפט הפלילי. אף שלא עסק בפרקטיקה פרטית ומיעט להופיע בבתי משפט, התמחה שמגר בדיני הדיון והניח תשתית מוצקה לדיון האזרחי והפלילי. אך טבעי הוא, כי על רקע עברו כיועץ המשפטי לממשלה, הקדיש תשומת-לב מיוחדת לקידום המשפט המינהלי והחוקתי. אכן, הנשיא שמגר הוא מדמויות המפתח של המשפט הישראלי. הוא מעמודי התווך של השיפוט בישראל. אמת, היצירה השיפוטית היא יצירת שרשרת, שבה כל שופט משמש חוליה ביצירה בלתי פוסקת.⁵ עם זאת, הנשיא שמגר הוא בוודאי מהחוליות המרכזיות ביותר בשרשרת זו. על המסד שהניחו קודמיו הוא בנה מבנים חדשים ומקוריים, והניח בכך מסד חדש ומוצק להמשך התפתחותו של המשפט הישראלי.

* המשנה לנשיא בית המשפט העליון.

1. מועד הפרישה הוא יום ראשון, יז באב תשנ"ה (13.8.1995).
2. השופט שמגר מונה לבית המשפט העליון ביום כב בתמוז תשל"ה (1.7.1975).
3. השופט שמגר מונה לנשיא בית המשפט העליון ביום כא בכסלו תשמ"ד (27.11.1983).
4. בנוסף לפסקי-הדין הרבים, הרבה שמגר בכתובה מדעית. לרשימה ביבליוגרפית ראו עמוד 9 לעיל.
5. R. Dworkin, "Law as Interpretation", 60 Tex. L. Rev. (1982) 527. ראו

אין להעריך את מקומו של הנשיא שמגר במשפט הישראלי בלא לעמוד על פועלו כיועץ המשפטי לממשלה. כשבע שנים – מספטמבר 1968 עד יוני 1975 – שימש שמגר כיועץ המשפטי לממשלה. באתי תחתיו לתפקיד זה. יודע אני איפוא להעריך את חשיבות התפקיד ואת תרומת האדם הממלא אותו. אני יכול לקבוע ללא כל פקפוק: שמגר היה החשוב מכל היועצים המשפטיים לממשלה. חשיבות זו התבטאה לא רק בחוות הדעת הרבות והחשובות שכתב וכינס בקובץ "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה". חשיבות זו התבטאה בכך שהוא הצליח להחדיר את המודעות לשלטון החוק לכל רובדי הממשל. עקב פעולתו האינטנסיבית, חדרה ההכרה לכל זרועות הרשות המבצעת, כי הפעולה השלטונית חייבת להיעשות במסגרת החוק. הוא הפך את היועץ המשפטי לממשלה לראש וראשון בשירות הציבורי. די אם אזכיר את עמדתו, עמדת המדינה, באשר למעמד השטחים המזוהים – יהודה, שומרון, עזה וסיני – כבית המשפט העליון, את פועלו בתחום אכיפת החוק הפלילי על קטן כגדול ואת תרומתו לתחום התכנון והבנייה. בכל היבט של פעולת השלטון היתה ליועץ המשפטי שמגר תרומה מרכזית.

כנשיא בית המשפט העליון הקדיש שמגר זמן רב למינהל השיפוטי. הוא יצק בו דפוסי עבודה שחתרו לאון באופן ראוי בין השאיפה לצדק (במסגרת החוק) לבין השאיפה ליעילות (במסגרת האפשרות). הנשיא שמגר הוא איש מינהל מעולה. הוא שקד על פיתוח מערכות הניהול של בתי המשפט בישראל. הוא קבע דרכי פיקוח, דיווח ובקרה. הוא הקדיש מזמנו לאופן ניהול המשפט וליחס שבין תפקיד השופט ולתפקיד כוחות העזר באולם בית המשפט. שיטת הקלדנות הפועלת עתה במרבית בתי המשפט היא פרי יוזמתו. הוא דאג ליעול המזכירות. הנשיא שמגר ראה חשיבות רבה ביהסים ראויים בין שופט לפרקליט. הוא העריך את תפקידו החשוב של עורך הדין בעשיית משפט, והטיף תמיד ליחס של הוקרה וסבלנות כלפי הצדדים ובאי כוחם.

גולת הכותרת של דאגתו לרשות השופטת היא הקמת הבניין החדש של בית המשפט העליון. מיום היכנסו לתפקידו כנשיא בית המשפט העליון פעל שמגר ללא לאות בעניין זה. לולא השפעתו על משפחת רוטשילד, לא היתה מתאפשרת תרומת קרן רוטשילד להקמת הבניין. לולא השפעתו על ממשלת ישראל לא היתה מוקדשת הקרקע המתאימה לכך. לולא שקדנותו היומיומית עם אדריכלים, מהנדסים ובונים, לא היה מוקם בניינו החדש של בית המשפט העליון. בניין זה משקף את רוחו של הנשיא שמגר: עוצמה ועוז מזה ואהבת האדם מזה.

ב. הנשיא שמגר והמשפט הציבורי – שלטון החוק הפורמלי

העולם הוא משפט, והמשפט הוא אחדות. השופט עוסק בכל תחומי המשפט, ולפעולתו נודעת השפעה של כלים שלובים על המשפט כולו. מלאכותי הוא, על כן, לבודד את המשפט הציבורי מכלל המשפט. מלאכותי הוא לבחון את תרומתו של הנשיא שמגר בענף מיוחד זה. מבחינתו של השופט, סדנא דדינא הוה. אך חזקה עלי ידה של מערכת "משפט וממשל", ולכן אעשה הבהגות מלאכותיות: אבחן בין משפט ציבורי לפרטי ואתמקד בתחום החוקתי והמינהלי.

הקו המרכזי בשפיטתו של הנשיא שמגר במשפט הציבורי הוא הדאגה לשלטון החוק. הנשיא שמגר רואה בשלטון החוק מושג מורכב. הוא מכיר בהבחנה בין שלטון החוק הפורמלי לבין שלטון החוק המהותי.⁶ בעיני הנשיא שמגר, שני ההיבטים האלה הם מרכזיים במדינה דמוקרטית שומרת חופש. בלא שלטון חוק פורמלי שולט האדם ולא החוק. כתב שמגר:⁷

ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאווייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה.

שלטון החוק הפורמלי חיוני למניעת אנרכיה ומהווה אפוא מרכיב של ביטחון לאומי. כתב הנשיא שמגר:⁸

שלטון החוק אינו נוצר יש מאין ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו ביטוי מוחשי ויום-יומי בעצם קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים, בהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא, בהגשמת חירויות היסוד, בהקפדה על השוויון וביצירת אווירה כללית של אמון וביטחון. שלטון החוק, האינטרס הציבורי והגישה הממלכתית אינם מושגים סותרים או מתנגשים. הם משולבים זה בזה, תומכים זה בזה ומסייעים האחד למשנהו. בית-המשפט מופקד במיוחד על כך, שציפיות אלו יוגשמו הלכה למעשה, אך כל רשות מן הרשויות הממלכתיות משולבת בחובת העשייה למען התכליות האמורות. לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבונה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי. סדר זה הוא היסוד לקיומן של המסגרות המדיניות והחברתיות ולהבטחת זכויות האדם. הללו אינם מתקיימים באווירה של לית דין. גם הביטחון הלאומי נשען על שלטון החוק, הן בשמשו להבטחת הסדרים הפנים-מדינתיים והן כעזר ביצירת הבלים, המאפשרים התמודדות עם גורמים עוינים. אין פעולה מאורגנת של יחידת אנשים כלשהי, ולא תיתכן משמעת בלי קביעות נורמטיביות, היונקות מן ההוראה החוקית המחייבת.

6. להבחנה בין סוגי השונים של שלטון החוק, ראו א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, 1991) 262.
7. ע"ב 2/84 ניימן ג' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 261.
8. בג"צ 428/86 ברזילי ג' ממשלת ישראל, פ"ד מ (3) 505, 554-555.

הנשיא שמגר צמח מקרקע העשייה. הוא בעל כישורים מינהליים יוצאי דופן. תפיסת שלטון החוק הפורמלית שלו היא פרי ניסיון אישי ומבטאת את ניסיון חייו של האדם הנבון. שלטון החוק מחייב איפוא הקפדה על החוק, וזה מחייב ידע של הפרטים, ארגון הפרטים, צינורות הפיקוד ואחריות מינהלית. כתב הנשיא שמגר:⁹

שלטון אינו יכול לפעול באופן תקין, אם אין בידו ידיעה מלאה על הנעשה בתחומים אשר עליהם הוא מופקד. אין הכרח, שכל אחד יידע את הכול; נהפוך הוא, יש נסיבות ויש סוגי נושאים ופרטים, שאף קביעתם נשענת על החוק, בהם שמורה הידיעה רק למעטים או אך למעטים מאד. אולם ככל שהנושא חשוב וחיוני יותר, גם חשוב וחיוני שיהיו ידיעה והכרה של הנתונים בידי הגורם הנושא באחריות הממלכתית.

הצורך בקיומם של נהלים כתובים וברורים אינו עניין פורמלי גרידא. בלעדיו אין שלטון החוק.¹⁰ מכאן עמידתו הקפדנית של השופט שמגר על הליך קבלת החלטה מינהלית, שיהא ראוי על-פי אמות-מידה קבועות וידועות מראש. מכאן גישתו, כי משניתנה סמכות לרשות שלטונית עליה לנקוט עמדה פעילה באשר לסמכותה. "נקיטת עמדה עניינה בדיקתו של הצורך בהפעלת הסמכות, ואם בעל הסמכות מחליט להשיב על שאלה זו בחיוב, צריכה גם להישקל דרך הפעלתה של הסמכות".¹¹ זאת ועוד: כאשר בעל סמכות מקבל פנייה של אורת, "עליו לספל בפנייה כמקובל עלינו, בלב פתוח ... עליו לדון בעניין בלי דעות קדומות פסולות ולטפל בבקשה באופן הוגן".¹² מכאן מתבקשים גם כללים באשר לדרך קבלת ההחלטות. "ההחלטה חייבת להיות בכל מקרה תוצאה של בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית, ואם מתחייבים לאור אופיו של העניין או לאור גימוקיה של הבקשה בדיקה, עיון ומחשבה הוררים, אין לדחות את הפנייה החדשה במחיידי ובלי עיון הולם, תוך הסתמכות בלעדית על העובדה, כי לבעל הסמכות הוענק שיקול הדעת להחליט בעניין, או תוך דבקות בהחלטתה משכבר הימים, אשר ייתכן שהיא טעונה בחינה מחדש".¹³

9. שם, 555.

10. ראו בג"צ 549/57 חברת סרטי נוח נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל (1) 757, 766: "מן הראוי שהמועצה תפעל על-פי סדרי מינהל תקינים ואם היא פועלת באמצעות ועדות משנה, כפי שהמציאות והיקף החומר מחייבים, מן הנכון שיוגהגו בה נהלים הבאים להבטיח כי המועצה אכן תהיה מודעת לטיב ומהות העניינים המתאשרים על ידה".

11. בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לו (3) 29, 46.

12. שם, 47.

13. שם, 48.

ג. הנשיא שמגר ושלטון החוק המהותי

1. המתודה של המשפט הציבורי

דומה, כי תרומתו המרכזית של הנשיא שמגר למשפט הציבורי בישראל היא בעיצוב יסודותיו של שלטון החוק המהותי. בעניין זה פעל הנשיא שמגר בשלושה מישורים: ראשית, הוא עיצב את הערכים, העקרונות וזכויות היסוד המרכזיות המבטאים את שלטון החוק המהותי; שנית, הוא גיבש את התפיסה כי ההכרעה בין הערכים, העקרונות וזכויות היסוד היא הכרעה ערכית הנערכת בדרך של איזון עקרוני; שלישית, הוא טבע את נוסחות האיזון העקרוניות בתחומים השונים של המשפט הציבורי. תרומה משולשת זו עיצבה את המתודה של השיח במשפט הציבורי ואת תכניו. מבחינה זו יש לראות את הנשיא שמגר כממשיכו של הנשיא אגרנט בפרשת קול העם¹⁴ וכמעצב וכמבסס את תפיסתו של הנשיא אגרנט.

2. עיצוב העקרונות, הערכים הזכויות האדם

(א) הפרדת הרשויות

הנשיא שמגר פעל לעיצוב העקרונות, הערכים וזכויות היסוד המרכזיות המשמשים את שלטון החוק המהותי במשטר הדמוקרטי. תרומתו בכל אלה היא מרכזית. קשה לתאר את המשפט הישראלי בלעדיה. מבין העקרונות השונים שגיבש הנשיא שמגר, מן הראוי להדגיש את פסקי-הדין שלו אשר עיצבו את עקרון הפרדת הרשויות. כתב השופט שמגר:¹⁵

ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטות כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטוייה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר.

ובפרשה אחרת הוא ציין:¹⁶

הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, היינו על ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מוכטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין

14. בג"צ 73/53 חברת "קול-העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז (2) 871. להערכתה של החלטה זו בהיבט המתודי, ראו א' ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול-העם' – קולו של העם", גבורות לשמעון אגרנט (1987) 129.

15. בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה (4) 118, 141.

16. בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441, 518.

הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקומה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו.

(ב) סובלנות

מבין הערכים השונים קרוב היה ללבו של הנשיא שמגר ערך הסובלנות. יותר מכל שופט אחר הוא חזר והדגיש ערך זה. כתב הנשיא שמגר:¹⁷

בני האנוש הנמנים עם חברה נתונה נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה, כי הדגשים הרגשיים האישיים שונים מאדם לאדם וכי בחברה הופשית אין שאיפה לקולקטיביות של אמונות, דעות או רגשות. חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט ונוהגת בסובלנות, בסובלנות ואף בניסיון להבין את האחר, וזאת גם כאשר המדובר בהליכה בדרכים שאינן נראות בעיני הרוב כמקובלות או כרצויות. כפי שיש לקבל ולכבד זכותה של חברה לטפח תרבותה, לשונה הלאומית, מסורתה ההיסטורית וערכים כיוצא באלה, כך גם צריכה לשרוד נכונות לחיות עם פרט זה או אחר בתוך החברה, הבוחר בדרך שאיננה זהה למגמות ולשאיפות של הרוב שבה. בשם שאין להצר צעדיו של מי שמבקש לקדם בדרכים חוקיות את השלטתה הבלעדית בחיינו של הלשון העברית ואף את הטוהר שבביטוייה והיגויה, וכשם שאין לכבול ידי רובו של הציבור או מקצתו, המבקש לטפח, כדין, גישה המקדמת לשון, מסורת ותרבות לאומיים, כך גם אין מקום לאסור על פלוני, בעל הדעה האחרת, את ביטוייה של גישה אישית או אף ציבורית הפוכה. בחברה הופשית יש מקום לדעות רבות ושונות, וקיומה של החירות שבה, הלכה למעשה, מוכח על-ידי יצירת האיזון הנכון, אשר בעזרתו שואפים לאפשר לכל אחד להגיע לביטויי האישי בדרך שהוא בוחר. זו מהותה של הסובלנות, שהיא מתירה מיגוון של דעות, חירות של ויכוח וחופש מצפון, כל עוד אלה אינם יוצרים סיכון לכלל או לפרט אחר.

17. ע"א 294/91 חברת קדישא גחשיא "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו (2) 464, 481.

ובפרשה אחרת הוסיף הנשיא שמגר:18

בנייה ובנותיה של חברה חופשית, שכבוד האדם הוא חלק מעיקריה, נקראים לכבד את התחושות האישיות-רגשיות של הפרט ואת כבודו כאדם, וזאת מתוך סובלנות ומתוך הבנה כי הדגשים הרגשיים-אישיים ואורחות הביטוי שלהם שונים מאדם לאדם... הסובלנות והסבלנות אינן נורמות בעלות מגמה חד-סטרית, אלא הן נורמות היקפיות ורב-כיווניות. חברה נאורה גם מכבדת אמונותיו ודעותיו של מי שדבק בהן בלהט ובהזדהות שאינם בהכרח מדרכו של האדם מן השורה. ההבנה של הזולת עולה מחשיבותה של ההבנה העצמית. הציווי של "דע את עצמך", הלקוח ממסורת תרבותית אחרת, כבודו במקומו, אך הוא אינו יכול לבוא במקום האימוץ של עקרון הסובלנות, כביטוי, בכלל הגדול "דעלך סני לחכרך לא תעביד" (מה ששנוא עליך, אל תעשה לחברך). סובלנות אינה סיסמא לצבירת זכויות, אלא אמת מידה להענקת זכויות לזולת. סוף דבר, הסובלנות חייבת להיות הדדית. מפגנים כוחניים השאובים לעתים מנוהגיהן של חברות אלימות, ממערב או ממזרח, אינם הולמים אותה.

ובפרשה שלישית הוא הרחיב, בציינו:19

חופש הבעת הדעה מוליד את אוירת הסובלנות לדעותיהם של אחרים, וזהו שדה פורה לצמיחתו של חופש הדת... אולם, הסובלנות איננה צריכה לשמש היתר לפגיעה חמורה ברגשות הדת של הזולת, ואפשר אף לומר, כי פגיעה חמורה ברגשות הדת היא אנטי-תזוה של הסובלנות. זו האחרונה נועדה לטיפול ולקידומו הפוזיטיבי של הביטוי העצמי האנושי ולא לפגיעה ברגשות ולדיכויים. סובלנות הדדית בין אנשים בעלי השקפות, דעות ואמונות שונות היא תנאי יסוד לקיומה של חברה דמוקרטית חופשית, ופגיעה חמורה ברגשות איננה מתיישבת עמה.

הנשיא שמגר הטיף לסובלנות השופט כלפי בעלי דין ופרקליטים; לסובלנות השלטון כלפי אזרחים; ולסובלנות הפרט כלפי כל פרט אחר.

18. בג"צ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח (2) 265, 354.
19. בג"צ 806/88 Universal City Studios Inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג (2) 22, 29-30.

(ג) חופש הביטוי

את התשתית לזכות הביטוי כזכות אדם בסיסית הניח בישראל השופט אגרנט. דבריו על "זכות עילאית זו, אשר ביחד עם בת זוגתה - הזכות לחופש המצפון - מהווה את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות"²⁰ הם הבסיס לכל הפיתוח ההלכתי בתחום זה. מצטרפים אליהם דבריו של השופט לנדוי כי "שלטון הנוטל לעצמו את הרשות לקבוע מה טוב לאזרח לדעת, סופו שהוא קובע גם מה טוב לאזרח לחשוב; ואין סתירה גדולה מזו לדמוקרטיה אמיתית, שאינה 'מודרכת' מלמעלה"²¹. על תשתית אינטלקטואלית זו בנה השופט שמגר את תורת חופש הביטוי המשמשת כיום בסיס לחופש הביטוי בישראל. השופט שמגר הוא שפיתח, ביסס ועיצב את דמותו של חופש הביטוי כזכות אדם בישראל. במספר ניכר של פסקי-דין האיר, מזוויות שונות, את הזכות לביטוי.²² פסקי-הדין החשוב ביותר של השופט שמגר בתחום חופש הביטוי היה ונשאר פסקי-דינו בפרשת "הארץ". על חשיבותה ומרכזיותה של הזכות לחופש הביטוי כתב השופט שמגר:²³

זכות היסוד של חופש הביטוי היא בעלת חשיבות מכרעת בקביעת אופיו של המשטר השורר במסגרת מדינית או חברתית נתונה. יתירה מכך, היא יסוד מוסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האחרות; הווה אומר, בלעדיה מתערערת יציבותן של זכויות יסוד אחרות, כגון חופש הדת וקמות ועולות סכנות למימושן הלכה למעשה. יתירה מזאת, אופיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד על-משפטי.

בהמשך ציין השופט שמגר, כי "מתן האפשרות וההודמנות להשמעת ביקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, הוא עיקר-שאינן-בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין". על רעיון זה חזר בפרשה מאוחרת יותר בציינו:²⁴

20. בג"צ 73/53 (לעיל, הערה 14) 818.

21. בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טו (4) 2407, 2416.

22. ראו בעיקר את ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא (2) 281; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב (3) 337; בג"צ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח (3) 233; ב"ש 298/86 ציטרין נ' ביה"הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין כמתווה תל-אביב, פ"ד מא (2) 337; בג"צ 806/88 (לעיל, הערה 19); בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין (טרם פורסם).

23. ע"א 723/74, שם 295.

24. בג"צ 372/84 (לעיל, הערה 22) 238-239.

חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין איש לרעהו הן בגדר תנאי־שאינן־בלעדי לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האזרח לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט, ואיך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית אשר בתוכה הוא פועל... התהליך הדמוקרטי, מותנה, כאמור, באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות, העומדות על סדר יומה של המדינה, ולהחליף דעות עליהן בצורה חופשית... אחד מביטוייה העיקריים של דמוקרטיה, אם כי לא הבלעדי, הוא קיומם של מוסדות שלטון נבחרים ויצוגיים, והתהליך של השמעת דעות והחלפת דעות מקוים, בין היתר, כדי לעצב דמותם של מוסדות השלטון ולהתוות דרכיהם, ואחת לתקופה מוגדרת הוא מקדים את בחירת חבריהם ומסייע בהכרעה לגביהם... חירות הביטוי היא תולדה עיקרית של הדמוקרטיה ומבין מאפייניה המרכזיים; מאידך גיסא, עצם התארגנותה של הדמוקרטיה מעת לעת מותנית בכך, שחופש הביטוי אכן יהיה קיים, ומבחינה זו הדמוקרטיה היא תולדה של הקניית החירויות ושמירתן. סיכומו של דבר, דמוקרטיה אמיתית וחירות הביטוי חד הן, והדבר נכון לכל משך פעולתה של צורת המשטר האמורה בכלל ובעת בחירות בפרט.

חשיבות זו של חופש הביטוי היא בעלת אופי אופרטיבי. יש לה השלכות מעשיות בחיי המשפט. היא משפיעה על כוחות המינהל. היא מהווה מרכיב חשוב בפרשנות השיפוטית. כתב השופט שמגר:²⁵

החובה לקיומו היא בגדר קן מנחה, שלפיו מגבשים וצרים צורתם של חיקוקים ובוחנים חוקיות פעלן של רשויות שלטון. זאת ועוד, יש לכך השלכה ישירה על פרשנותו המשפטית של כל חוק חרות. כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדברי חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק... חופש הביטוי והוראת חוק הבאה להגבילו אינם בעלי מעמד שווה־ערך וזהה, אלא במידה והדבר מתיישב עם הכתוב יש להעדיף את קיומה של הזכות בכל עת על הוראת חוק בה טמונה מגמה להגבלתה. סיכומו של דבר,

25. ע"א 723/74 (לעיל, הערה 22) 295.

אמת המידה על-פיה יש להציב את השמירה על חופש הביטוי כראש וראשון בשיקולים כאשר זכות זו מתנגשת עם רעותה, מן הראוי שתבוא לידי ביטוי מלא לא רק עת מתווה המחוקק הוראותיו של החוק, אלא גם בפרשנותו של החוק וביישום הוראותיו של הדין לנסיבות בהן נבחנת מהותו והפעלתו הלכה למעשה.

דברים אלה הם בעלי חשיבות מכרעת. חופש הביטוי אינו רק רטוריקה. חופש הביטוי הוא פרקטיקה. חופש הביטוי הוא חירות שממנה נגזרות זכויות. חופש הביטוי הוא אמת מידה פרשנית, שעל-פיה מתפרשים כל החוקים.

(ד) חופש העיסוק

את המסד להכרה בחופש העיסוק כזכות אדם מרכזית קבע השופט ש"ז חשין בדברים המהדהדים עד היום בכל רחבי המשפט הישראלי: "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח יד אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח יד אינה אסורה מטעם החוק".²⁶ על מסד זה הניח הנשיא שמגר מבנה מוצק של חופש העיסוק כזכות אדם בסיסית בישראל. כתב ממלא-מקום הנשיא, שמגר:²⁷

נקודת המוצא, המקובלת בחברה חופשית היא, כי אדם רשאי לעסוק בכל עבודה או משלח יד, כל עוד לא נקבעו לגביהם הגבלות או איסורים, ואלו האחרונים אין להטילם ולקיימם אלא לפי הוראתו המפורשת של החוק.

אך השופט שמגר עשה צעד נוסף. הוא קבע כי "כל ספק בדבר תחומיה ונוסח הוראותיה יתפרש באופן שיש בו ככל האפשר, כדי לשמור על חופש העיסוק וכדי לא לסייגו כהוא זה".²⁸ הוא הוסיף וקבע כי:²⁹

כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא... כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות היסוד. זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק

26. בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 82.

27. בג"צ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו (3) 337, 353. המשיב מס' 6 בעתירה זו היה בנו של בז'רנו, העותר בבג"צ 1/49, שם.

28. בג"צ 75/76 "הילרון" בע"מ נ' המועצה לייצור פירות ושיווקם, פ"ד ל (3) 645, 653.

29. בג"צ 337/81 (לעיל, הערה 27) 358.

יסוד הקובע אחרת, גם על ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על ידי המחוקק הראשי.

אכן, הלכותיו של הנשיא שמגר נתנו לחופש העיסוק את מעמדו כזכות אדם, שרק הוראה מפורשת של המחוקק הראשי יכולה לפגוע בה. כמו בחופש הביטוי כך גם בחופש העיסוק, תרומתו המרכזית של הנשיא שמגר היא בתרגום הזכות – אשר הוכרה כבר בעצם – למרכיביה המעשיים, ובהחזרתה, הלכה למעשה, להכרה השלטונית.

3. פרשנות

קביעת עליונותה של זכות אדם היא תנאי חיוני למעמדה המשפטי. אין זה תנאי מספיק. השאלה הבאה היא, מהן ההשלכות הנובעות ממעמד חוקתי עליון זה של זכות האדם? לא די ברטוריקה של עליונות, אם לא נלווית אליה פרקטיקה המגשימה אותה. פרקטיקה מגשימה זו עוצבה על-ידי הנשיא שמגר. הוא הצביע על שני מסלולים עיקריים – הקשורים זה בזה – לעיצובה של זכות אדם. המסלול האחד הוא המסלול הפרשני. עוד בפרשת "הארץ" עמד השופט שמגר על חופש הביטוי כזכות יסוד, וציין כי:³⁰

יש לכך השלכה ישירה על פרשנותו המשפטית של כל חוק חרות. כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדבר חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק.

ובפרשת מיטרני הוא הוסיף:³¹

המעמד המוענק בתוך מסגרת מדינית או חברתית נתונה לזכות מזכויות הפרט היסודיות, משקף את תפיסתיה של המסגרת האמורה וקובע את דמותה. נקודת המוצא החוקתית העיונית, הקובעת, כי כל זכות יסוד שרירה וקיימת – בכל היקפה – כל עוד לא הוגבלה על-פי חוק... איננה מצביעה רק על הלבוש הטכני-פורמלי של דרכי ההגבלה האפשריות של הזכות, וקביעתה של נקודת המוצא האמורה איננה משרתת אך ורק את קיומו של עקרון החוקיות. היא בראש ובראשונה ביטוי למעמד הבכורה המשפטי של זכות היסוד, אשר בעטיו מותנית כל הגבלה שלה בביצועה של פעולה משפטית קודמת בעלת אופי חקיקתי מוגדר... ההכרה בקיומה של זכות יסוד פירושה קביעת מקומה כחלק מן

30. ע"א 723/74 (לעיל, הערה 22) 295.

31. בג"צ 337/81 (לעיל, הערה 27) 356-355.

המשפט המהותי שלנו. הווה אומר, אין המדובר אך ורק בעיקרון הצהרתי, המציג אמונות ודעות, אלא באחד מן המרכיבים היסודיים של המשפט החל בישראל... זיהויה של זכות יסוד בתור שכזאת, כמרכיב של המשפט המהותי, היינו קביעת קיומה של הזכות, היא בעלת השלכה ישירה גם על כוחם ותוקפם היחסי של חלק מן האקטים החקיקתיים, אשר מהם עולה סתירה לזכות היסוד או אשר באמצעותם מבקשים להגבילה... בית-משפט זה אינו מעביר בשבט הביקורת את תוקפו של דבר החקיקה של הכנסת... אולם כאשר אין מדובר על תוקפו של חוק אלא על פרשנותו, או כאשר בוחנים, מהי הדרך החקיקתית הנכונה לקביעת הגבלות על זכות יסוד פלונית תוך שמירה על עקרונותיו של שלטון חוק מהותי, הרי יש לזכות יסוד בתור שכזאת בכל מקרה מעמד המבטא מהותה, היינו בין אם מדובר על חקיקה ראשית ובין אם מדובר על חקיקת משנה.

ובפרשה גוספת הוא הרהיב:³²

ההגנה על זכויותיו של הפרט עולה מעקרונות יסוד חוקתיים, אשר מהווים חלק מהותי מן המשפט החל בישראל ואשר משולבים לתוכו. השתלבותן לתוך משפטנו של זכויות היסוד החוקתיות היא בעלת לבוש רב-צורני: ההכרה בחירויות היסוד אין ביטויה רק בתפיסות יסוד מופשטות, המנחות את רשויות השלטון בפועלן, אלא היא גם טומנת בהובה את המסקנה הפורמלית והמהותית, כי חירויות היסוד, כשמן וכיעודן, מהוות חלק מהותי מן הדין.

בכך פרץ הנשיא שמגר את מעטפות המשפט והחדיר לתוך כל תחום משפטי את תפיסות היסוד, עקרונות היסוד וזכויות היסוד של האדם בישראל. אלה אינם רק ערכים ועקרונות בעלי אופי הצהרתי. בזכות פועלו של הנשיא שמגר, הוכר כוחם הלכה למעשה, כ"חלק מהותי מן הדין".

4. איזון

אביה של תורת האיזון (Balancing) במשפט הישראלי הוא השופט אגרנט. בפרשת קול העם הדגיש השופט אגרנט כי "הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הגינתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים בתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על-ידי מימוש העקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (Press)

32. ע"ב 2/84 (לעיל, הערה 7) 260.

נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה.³³ השופט שמגר המשיך במקום שהשופט אגרנט סיים. השופט אגרנט סיים בקביעתו כי ערכים ועקרונות מתנגשים זה בזה, וכי הפתרון צריך להמצא "בתהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים". סיום זה הווה את נקודת הפתיחה של הנשיא שמגר. לפי השקפתו:³⁴

התהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים מתאר את קו ההתחלה הפרשני, אך אין בו כדי לגבש קנה-מידה או משקלות ערכיים בעזרתם תיעשה מלאכת הפרשנות.

ובפרשה אחרת הוא הוסיף:³⁵

הכרעות שיפוטיות בנושאים חוקתיים בדין שיעוצבו אף במקרים קשים מכוחם של עקרונות ועל יסודם ולא על-פי טעמים ומניעים של מדיניות, הבנויה על מה שנראה כרצוי מבחינת צורכי הרגע או רגשות הרוב... כאשר נדונות שאלות חוקתיות או בעיות משפטיות אשר להן השלכה חוקתית... אין לראות בבחירתה של אמת המידה הזו אך ורק מעין מצוות אנשים מלומדה או עצה יעוזה, שהתבונה שבה משכנעת בצדקתה, הבחירה בדרך המוכתבת על-ידי הנאמנות לעקרונות משפטיים עולה בנסיבות כאלה מעצם אופיו של הנושא. היא קמה מן ההכרח לגבש את העיקרים המנחים, לפיהם פועלת מסגרת מדינית או חברתית נתונה, הנאמנה לתפיסות-יסוד המקנות מעמד מיוחד לזכויות האזרח החוקתיות. בין היתר יש לזכור, כי כאשר נבחנים נושאים חוקתיים, יש לתת את הדעת למשמעותם ולהשלכותיהם לטווח הארוך ויש להקנות משקל ראוי להשפעתם על עיצוב דמותה של המסגרת המדינית או החברתית בהן הם מופעלים; אם ישועבדו לצורכי השעה, ואם נאמץ אמות-מידה קוואיטיות בנושאים חוקתיים ובעיקר בנושאים של חירות הפרט וזכויותיו, נחטיא את המטרה ונחטא לנושא.

הנה כי כן, הנשיא שמגר הכניס אותנו לעולמו של האיזון. ערכים ועקרונות מתנגשים. יש לאזן ביניהם. האיזון הוא תחילתו של התהליך ולא סיומו. שאלת המפתח הנה כיצד נעשה האיזון? מן הראוי הוא שאיזון יהא עקרוני ולא "אד-הוקי". כתב השופט שמגר:³⁶

33. בג"צ 73/53 (לעיל, הערה 14) 879.

34. ד"ב 9/77 (לעיל, הערה 22) 361.

35. ע"ב 2/84 (לעיל, הערה 7) 260-259.

36. ד"ב 9/77 (לעיל, הערה 22) 361.

חוששני כי תוצאתה של הצבת ערכים, זה לצד זה, בלי לגבש בו-זמנית גם אמות-מידה להערכת משקלם היחסי, לא תהיה אלא כי בשל העדר קנה-מידה משפטי, יפעיל בית-המשפט בכל מקרה ומקרה, על-פי מיטב הבנתו של המותב המזדמן, אותו קריטריון הנראה לו כהולם באותן נסיבות. במילים אחרות, אמת-המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי, היינו את המגמה לקיומה של חירות-יסוד, תומר ותחלף באמת-מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה.

כך הודגשה חשיבותו של האיזון העקרוני (ה-Principled Balance), והחל המסע הארוך והאינסופי לקביעת "משקלם" של הערכים והעקרונות, בהתחשב במעמדם בשיטת המשפט. זוהי מעין "משיכת חבל" שתיאר הנשיא שמגר באופן הבא:³⁷

קיימת כאן איפוא מעין תחרות, כלשונו של השופט אגרנט (כתוארו אז) בבג"צ 73/53 בין שני סוגי אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה. פתרונה של משיכת החבל האמורה, לשני כיוונים, היא בחיפוש אחר אמת מידה, היוצרת איזון בין העקרונות המתחרים ואף מתנגשים זה בזה... האיזון של לשון המאזניים מושג על-ידי בית-המשפט, באמצעות הטיית הכף, באופן המוליך ליצירת קו מנחה ערכי... על הקו המנחה להיות תולדה הולמת של ההשקפות הנאורות הרווחות בחברתנו.

בכך הונח הבסיס לתורת האיזון בישראל. בכך הודגש כי האיזון ראוי לו שיהיה עקרוני, תוך שהוא מבוסס על אמות-מידה ערכיות, ולא על מקריות נסיבתית.

5. נוסחת האיזון

השופט אגרנט קבע את נוסחת האיזון של "הוודאות הקרובה" להתרחשותו של נזק חמור כאמת-מידה עקרונית לאיזון בין הזכות לחופש הביטוי לערך בדבר שלום הציבור.³⁸ הנשיא שמגר המשיך באמת-מידה זו בתחום חופש הביטוי. הוא הדגיש כי לא כל נזק הנגרם עקב קיומו של חופש הביטוי מפר את האיזון הראוי. "רק פגיעה קיצונית, גסה ועמוקה, עשויה להצדיק את הגבלתו של חופש הביטוי".³⁹ אשר להסתברותה של הפגיעה, חזר הנשיא שמגר אל אמת-המידה של הוודאות הקרובה, והוסיף:⁴⁰

37. בג"צ 806/88 (לעיל, הערה 22) 30.

38. בג"צ 73/53 (לעיל, הערה 14) 893.

39. ראו בג"צ 806/88 (לעיל, הערה 22) 30.

40. שם, 31.

המבחן לקיומה של ודאות קרובה הוא מבחן אובייקטיבי, ובית המשפט בוחן, אם המבחן שימש את הרשות הסטטוטורית לא רק כקו מנחה עיוני, אלא גם כאמת מידה מעשית, שיושמה, הלכה למעשה, בצורה נאותה ונכונה, במקרה הקונקרטי העולה לפני בית המשפט במסגרת הביקורת השיפוטית.

אשר לראיות הדרושות לגיבוש אמות-המידה, ציין הנשיא שמגר "כי הראיות הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה ברבר הפחתתה של הזכות".⁴¹ מבחן זה של "ודאות קרובה" אינו מיוחד לאיזון בין חופש הביטוי לסדר הציבורי. הנשיא שמגר ראה בו עיקרון חוקתי כללי באשר ליחס בין הזכות החוקתית של הפרט והפגיעה בה בשל אינטרס הכללי. בפרשת ניימן הוא הדגיש זאת, בציינו:⁴²

איסורים כלליים על השימוש בחירות הביטוי או על חופש ההפגנה הם במדינות דמוקרטיות אך ורק תולדה של השימוש בסמכות חוקתית מפורשת, הקשורה לעתות חירום מיוחדות. אין הם בגדר סמכות טבועה כללית ומובנת, אשר בעל סמכות יכול להפעילה מבלי שהוסמך לכך בחוק. כאמור, אין שוללים חירות כלשהי מראש אלא בהקשר לקיומה של ודאות קרובה ובלתי ניתנת למניעה של ביצוע עבירה או של פגיעה בבטחון או בשלום הציבור... ואף אז יש לשאוב את הסמכות לכך מהוראת חוק... חירות אין פירושה הפקרות, ויש נסיבות בהן חיונית הפעלתן של הגבלות כפי שתיוגית נקיטת הליכים משפטיים עקב ביצוען של עבירות לסוגיהן... אך לא רק שהגבלות חייבות להתבסס על הוראה חקוקה מפורשת, אלא, עיקרו של דבר, הן צריכות להיות מופעלות אך ורק כאמצעי קיצוני ואחרון מול ודאות קרובה של סכנה. לעולם חייבת להיות זיקה הגיונית בין מידת הסכנה לבין האמצעים אשר אותם מפעילים, ולא כל הספה, אף אם היא מקוממת בצדק את שומעיה, צריכה לגרום לשלילת חירות לכל אורך הקו. דמוקרטיה, המפעילה הגבלות שלא מול הכרח קיומי כאמור, מאבדת מרוחה ומכוחה... מן הנכון שקיומן של החירויות הלכה למעשה לא יהיה מושפע מאירועים חולפים או מרגשות השורדים באותו הרגע, וכאשר מתחייבות הגבלות על זכויות יסוד, אין לאלתרן ואין לעצבן לפי צורכי השעה. במדינה, אשר רואה

41. ע"ב 2/84 (לעיל, הערה 7) 250.

42. שם, 266, 279.

בשלטון החוק אמצעי עיקרי להגנת אורחיה מפני הסכנות לסוגיהן האורבות להם מבפנים והמאמינה בכוחה הערכי של הדמוקרטיה, אין מגבילים חירותו של אדם אלא על-פי חוק, ואין שוללים חירותו של הפרט אך ורק עקב ההתנגדות, ותהא אף העזה ביותר, לתוכן דבריו. הגבלת חירויות למניעת סיכונים שהם בגדר ודאות קרובה היא לפעמים הכרח בל יגונה, אולם הנהגת הגבלות ואיסורים ויישומם – שלא כאמצעי קיצוני ואחרון מול "ודאות קרובה" עלולה לגרום לחירויות, בטווח הארוך, אותה תוצאה ואותו נזק, שלהם גורמת ההטפה להגבלת חירויות, אשר בה עוסקים אלה המתנגדים לעצם קיומן.

בכך הונחה התשתית האינטלקטואלית לאיזון בין הערכים, העקרונות והזכויות המתנגשים. בכך הודגשה חשיבותן של זכויות האדם, שרק ודאות קרובה להתרחשותו של נזק חמור מצדיקה את הגבלתן.

ד. אקטיביזם שיפוטי

1. הגדרה

הדיבור "אקטיביזם שיפוטי" אינו מוגדר. משתמשים בו במשמעויות שונות, ויש לו היבטים שונים.⁴³ אחד מהיבטים אלה הוא היחס שבין בית-המשפט לרשויות השלטון האחרות. במקרה זה ניתן להגדיר שופט כאקטיביסט אם הוא מוכן יותר מרעהו, שאינו אקטיביסט, לפתוח את שערי בית-המשפט לטוענים ולטענות כנגד פעולות רשויות השלטון, ולהפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות שלטוניות. "נייר הלקמוס" לבחינת האקטיביזם והריסון העצמי הן סוגיות כמו⁴⁴ מעמד בדין, שפיטותם של הסכמים פוליטיים, וביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת. כפי שמתבקש מעצם ההגדרה, אקטיביזם וריסון עצמי הם מונחים יחסיים. על-פי "הגדרת עבודה" זו הנשיא שמגר הוא שופט אקטיביסט. הוא זה שהניח את המסד לאקטיביזם השיפוטי בתחומים השונים. על בסיס גישתו נבנתה

43. ראו א' ברק, "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475.

44. סוגיה אחרת היא זו הקשורה בכוחו של בית-המשפט להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד. העלה אפשרות זו השופט זוסמן בע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יש (3) 365. הנשיא שמגר העלה אף הוא אפשרות זו, והשאירה בצריך עיון. ראו בג"צ 889/86 כהן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא (2) 540, 543: "מה שמתבקש מאיתנו במסגרת עתירה זו הוא, להלכה ולמעשה, כי נקבע, שהאמור בהוראת התחילה שבסעיף 3(א) הוא הסר תוקף. אני רואה צורך לרון כאן בשאלה המוקפתית הרחבה, אם הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה משתרעת גם על החקיקה הראשית של הכנסת, מעבר לביקורת בקשר להוראות החקיקת המשוריינות שבחוק היסוד."

עמדת בית־המשפט בתחומים אלה. בעניין זה אני רואה בנשיא שמגר את ממשיכו המובהק של השופט ברנזון. בפשטות ובצניעות הרחיבו השניים את היקף הביקורת השיפוטית על החלטות השלטון. השופט ברנזון הניח את המסד.⁴⁴ השופט שמגר בנה את הטפחות.

2. מעמד

נוהגים לייחס את הרחבת המעמד לפסק־דיני, בפרשת רסלה, שאליו הצטרף הנשיא שמגר.⁴⁵ עם זאת, מן הראוי לציין כי הבסיס המשפטי לליברליזם של דיני המעמד הונח בפסיקה קודמת. נקודת מפנה בעניין זה היתה פסק־דינו של השופט שמגר בפרשת שירן,⁴⁶ שבו צוין כי בסוגיית המעמד "מתבקשת גישה ליברלית יותר, אם מתברר, כי העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי, שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק ולהתוויית הקווים, המבטיחים קיומו הלכה למעשה".⁴⁷ פסק־הדין המרכזי, אשר גיבש את דיני המעמד המודרניים שלנו, ואשר קדם לפרשת רסלה, הוא פסק־דינו של הנשיא שמגר בפרשת אלוני. כתב הנשיא שמגר:⁴⁸

בית־משפט זה ציין בעבר פעמים מספר, כי יש נסיבות בהן יפתח דלתו גם בפני מי שאינו בעל אינטרס אישי, ממשי וישיר. בתחום זה הרחיבה שיטתנו המשפטית בשנים האחרונות את שערי הכניסה לבית־המשפט הגבוה לצדק; אולם, אין להבין מכך, שבית־המשפט ניתק עצמו לחלוטין ולכל צורך מאמת המידה ששירתה בית־משפט זה במשך שנות דור ומעלה... בית־המשפט היה נכון להכיר, בין במפורש ובין מכללא, בהרחבה של זכות העמידה לגבי סוגיות בעלות מהות משפטית יוצאת דופן, הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק, ובכלל זה לבעיות, אשר להן נגיעה לערכים חוקתיים... ההרחבה ... נושאת עמה שני דגשים: ראשית, טמון בה עניין סמכותו של בית־המשפט להכיר, במקרים מסוימים, באינטרס המשותף לרבים, להבדיל מן האינטרס המיוחד לעותר פלוני. שנית, אם מתברר כי העניין המועלה בעתירה נושא אופי

44. ראו, למשל, בג"צ 79/63 טרודלר נ' פקיד הבחירות לצורך הרכבת ועדה חקלאית, פ"ד יז 2503; בג"צ 26/76 בר־שלום נ' זורע, פ"ד לא (1) 796; בג"צ 101/74 כינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח (2) 449; בג"צ 332/78 סאי־טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד לג (2) 593; ע"א 311/57 היועץ המשפטי לממשלה נ' דיזינגוף, פ"ד יג 1026. ראו גם דברים שנאמרו ב"ערב עיון אשר נערך מטעם בית־המשפט העליון ולשכת עורכי־הדין בישראל לכבוד השופט צבי ברנזון, בהגיעו לגבורות", הפרקליט לס (תש"ן) 5.

45. לעיל, הערה 16.

46. בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה (3) 365.

47. שם, 374.

48. ראו בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 3, 22, 23, 25.

ציבורי ממש ונוגע נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק ולהתווית קווים המבטיחים קיומו הלכה למעשה, גם מתבקשת גישה ליברלית יותר בעניין ההכרה בזכות העמידה של העותר.

בכך הונח היסוד לגישה הליברלית הקיימת כיום בעניין המעמד. הלכה זו היא פרי רוחו היוצרת של השופט שמגר.

3. הסכמים פוליטיים

פסק-הדין המרכזי, שהניח את התשתית העיונית לשיטותם של ההסכמים הפוליטיים, הוא פסק-דינו של הנשיא שמגר בפרשת שליט.⁴⁹ בפרשה זו נידון לראשונה הסכם פוליטי בין המשתתפים בקואליציה הממשלתית. נפסק כי מוטלת חובה לפרסם את ההסכם. בהתייחסו לשיטותם של ההסכמים אלה, כתב הנשיא שמגר:⁵⁰

בא־כוחה המלומד של סיעת המערך גרס, כמוזכר לעיל, כי מוטב שעניין פרסום ההסכמים יושאר להסדר בחקיקה הראשית. אף אנו סבורים, כי הנושא ראוי להסדר חקיקתי; יתירה מזו, במצב המשפטי-חוקתי הקיים יש לכלל הסדר בחוק חרות עדיפות על הסדר, הנשען על הבהרתם של מושגים חוקתיים בדרך הפסיקה בלבד. אולם, משהובא העניין לפנינו ביוזמתם של העותרים, איננו רואים להשאיר את השדה פרוץ, ללא אומר ודברים. כל עוד אין חקיקה, מן הראוי שבית-המשפט, המקיים פיקוח שיפוטי בגבולות שהותוו לו בסעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, ועל יסוד תפיסות היסוד החוקתיות העקרוניות, שהן חלק ממשפטנו, יאמר את דברו ויתווה את הכללים, אשר יהולו בהעדר חקיקה.

על בסיס פסק-דין זה התפתחה הפסיקה המאוחרת יותר בעניין ההסכמה הפוליטית.⁵¹ פסיקה זו – אשר בעיצובה השתתף הנשיא שמגר – קבעה כי הסכמים פוליטיים הם "שפיטים". הם כפופים לאמות-מידה משפטיות ונתונים לביקורת שיפוטית. עמד על כך הנשיא שמגר באחת הפרשות בציינו:⁵²

49. בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד (3) 353. בעקבות פסק-הדין תוקן חוק-יסוד: הממשלה וחובת הפרסום עוגנה בסעיף 213 ב.ו.

50. בג"צ 1601/90, שם 362.

51. ראו בעיקר בג"צ 1523/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מד (2) 213; בג"צ 1635/90 זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד נה (1) 749; בג"צ 5466/94, 5364, 5373, 5377, 5432, 3458 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית (טרם פורסם).

52. שם, סעיף 15 לפסק-הדין.

נקודת המוצא שלנו היא, כי תוכנו של הסכם קואליציוני הוא בתחום הפיקוח השיפוטי... אולם שאלת ההתערבות ומידתה צריכות להיבחן, כמקובל עלינו, תוך איוון נאות בין המגמות העקרוניות המתנגשות זו בזו.

4. פיקוח שיפוטי על החלטות הכנסת

בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, מקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הכנסת (שאינן חוקים). בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק במחוקק. בכך מוגשם עקרון הפרדת הרשויות, המבטיח כי כל רשות תפעל כדין בגדר סמכותה. את הבסיס לגישה זו הגיחו ממלא-מקום הנשיא, יצחק כהן, והשופט שמגר בפרשת פלאטו שרון. כתב השופט שמגר:⁵³

כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות – ולהלכה תמיד – בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו. אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית-המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה. ההפעלה, הלכה למעשה, של סמכות הפרשנות האמורה, ככל שהיא נוגעת לנושא, המובא לפני בית-המשפט, אחרי שהוכרע בו בכנסת בתפקידה כמבצע החוק, להבדיל מתפקידה כמחוקק, כרוכה ביישומם של כללים מנחים נוספים, שאינם נגזרים מן התפקיד הפרשני כפשוטו, אלא מושפעים מן העיקרון החוקתי של הפרדת הרשויות ומן החובה לשמור על האיוון הנאות, המאפשר לכל רשות לפעול בתחומים שהוגדרו לה... אולם, מקום בו עולה המסקנה הברורה, כי הפרוש לחוק, שאומץ על-ידי הכנסת, אינו יכול להתיישב עם נוסחו ועם רוחו... וכי יש בפירוש האמור, יתירה מזאת, משום שלילת זכויותיו של חבר הכנסת לשמש בתפקידו – ולעניין זה אין נפקא מינה, אם המדובר בשלילת קבע או בשלילה זמנית – הרי הרשות נתונה. משמע, למרות הוזהירות והריסון, בהם ינהג בית-משפט זה בדרך כלל, בטרם יחליט להתערב בפעולתה של הכנסת, שומה עליו לבטל החלטה נטולת יסוד בחוק, הבאה לשלול זכויות של מי שנבחר כדין כדי לשרת ולשמש כחבר הכנסת.

53. בג"צ 306/81 (לעיל, הערה 15), 118, 141-143.

פסק־דין זה עסק בהחלטה מעין שיפוטית של הכנסת. על כן הוא הוחל במישרין על החלטת הכנסת להסיר את חסינותו של חבר כנסת שאף היא החלטה מעין שיפוטית. עם זאת, הנשיא שמגר הדגיש כי פסק דינו בפרשת פלאטו שרון אינו מוגבל אך להחלטה מעין שיפוטית של הכנסת, והוא משתרע על כלל פעולותיה של הכנסת שאין בהן מעשה חקיקה. כתב הנשיא שמגר:⁵⁴

פשוט וברור הוא, כי הביקורת השיפוטית לפי סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה חלה גם על פעולותיהן של רשויות הכנסת (בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת...). הרשות המהוקקת אינה פטורה מעולו של החוק, ובשקבעה את תוכנו והקנתה לו חיות ולא פטרה עצמה – בנוסחו – מתחולתו, הרי היא חבה בכיבודו ככל אחר. אם הגדיר המחוקק את דרך פעולתו בתחום המיוחד לו, כמו למשל בסעיף 13 לחוק הנ"ל, הרי אינו נגרע מאומה מכוחו המחייב לגבי הכנסת של דבר החקיקה, בשל כך שהוא מתווה אך ורק את פעולתה של הכנסת או של רשות מרשויותיה. משהולבשה ההוראה בלבושו של חוק, חייבים הכול, לרבות רשויות הכנסת, בכיבודה, ואין משנים מתוכנה ומהיקף תחולתה אלא בדרך שבה מתקנים כל דבר חקיקה של הכנסת. הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת מסתברת גם מתפיסות היסוד החוקתיות, אף לפיהן קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעולתה של כל רשות הוא תנאי יסוד לשלטון החוק, ואשר מבחינתן ההפרדה שבין הרשויות אינה מתבטאת בסגירת הדרך בפני הביקורת השיפוטית... אולם יש להבחין בין עצם קיומה של הסמכות של בית־המשפט הגבוה לצדק לבין דרך הפעלתה.

ובהתייחסו להחלטה של הכנסת שאינה "מעין שיפוטית", ציין הנשיא שמגר:⁵⁵

ציינו בעבר לא אחת, כי סמכויותיו של בית־המשפט בכל הנוגע לסדרי העבודה של הכנסת, היינו התחום הפנים־פרלמנטרי המינהלי, מצאו ביסוין בסעיף 15 לחוק־יסוד: השפיטה; אולם למעשה לא ימהר בית־המשפט להפעיל ביקורתו השיפוטית, בהתאם לסמכויותיו, בכל הנוגע לאותם חלקים מסדרי עבודתה של הכנסת שאינם לובשים צורה של החלטות מעין־שיפוטיות.

54. בג"צ 325/85 מיערי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 122, 127-128. ראו גם בג"צ

5711/91 פורז נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מו (1) 299.

55. בג"צ 1179/90 סיעת ר"צ, התנועה לזכויות האזרח ולשלום נ' ממלא מקום יושב ראש הכנסת, פ"ד מד (2) 31, 35.

כאמור בבג"צ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת... האיזון הראוי בין הצורך להבטיח את קיומו של החוק לבין הצורך לכבד את ייחודה של הכנסת בהחלטותיה בענייניה הפנימיים נוצר על יסוד הפעלתה של אמת מידה הבוחנת את המהותיות ואת המשקל של הפגיעה הנוצרת במקרה קונקרטי.

על רקע נורמטיבי זה בחן הנשיא שמגר בכל מקרה את מהות הפעולה של הכנסת, ובכל מקרה קונקרטי את משקל הפגיעה בשלטון החוק. אחת הטענות המושמעות בהקשר זה היא הטענה של חוסר שפיטות. הנשיא שמגר לא קיבל את הטענה בהקשר זה. הוא הדגיש כי מהאופי הפוליטי של השאלה העומדת לדיון אינה נגזרת חוסר שפיטותה של השאלה. הוא חזר והדגיש, כי "גם אם יש לבעיה פלוגית היבטים פוליטיים, הרי אמת המידה המיושמת על-ידי בית-המשפט היא משפטית, ורק על-פיה נבחן, אם הנושא ראוי לדיון בערכאותינו".⁵⁶ מבחן לשפיטותה של שאלה הוא, בין השאר, בקיומה של אמת מידה משפטית להכרעה בסכסוך. עמד על כך הנשיא שמגר באחת הפרשות בהן נטען לאי שפיטותו של הליך הסרת החסינות. כתב הנשיא:⁵⁷

השאלה, אם תחום מסוים מעורר שאלות של שפיטות ואם נושא ספציפי זה או אחר הוא שפיט או לאו, אינה נגזרת דוקא ממידתו של האופי הפוליטי של השאלה העומדת לדיון. כאשר ניתן להכריע בנושא הנדון באמות-מידה משפטיות, ואף התנאי המצטבר השני הנ"ל מתקיים, הרי הנושא שפיט, ובית-המשפט יוכל לפסוק בו, אפילו הוא קשור גם למחלוקות פוליטיות... רשימת הנושאים והתחומים, שאינם מתאימים להכרעה שיפוטית בהעדר אמות-מידה משפטיות, אינה רשימה סגורה, ודומה שהיא אף אינה קבועה.

על רקע זה קבע הנשיא שמגר, כי הפיקוח השיפוטי על החלטות הכנסת הוא פיקוח שפיט, שהרי קיימות אמות-מידה משפטיות, המעוגנות לרוב בחקיקה או בתקנון הכנסת, המאפשרות הכרעה שיפוטית על-פי אמות-מידה משפטיות.

ה. סוף דבר

פרישתו של הנשיא שמגר מן השיפוט היא אירוע מרכזי בתולדות המשפט בישראל. אחד מגדולי שופטי המדינה עוזב את כס השיפוט. על כך יש להצטער. תמיד סברתי כי ראוי להאריך את משך כהונתם של השופטים, כך שנוכל ליהנות מניסיונם ומתבוננתם. לנשיא

⁵⁶ בג"צ 852/86 (לעיל, הערה 48) 33.

⁵⁷ בג"צ 620/85 מיעארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא (4) 169, 190-191.

שמגר אין תחליף. חסרונו יורגש בכול. במיוחד יורגש העדרו עתה, כאשר אנו צועדים את צעדינו הראשונים כדמוקרטיה חוקתית. המהפיכה החוקתית שעברה עלינו עם חקיקתם של חוקי-יסוד: חופש העיסוק וחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וקוקה לשופטים כשמגר לשם הגשמתה. היא מחייבת רוחב יריעה, תפיסה חוקתית מקיפה, הפגמה של זכויות האדם, אובייקטיביות שיפוטית ואומץ לב שיפוטי. היא מבוססת על פרשנות שיפוטית חוקתית שנותנים שופטים שהם "מדינאי משפט", המתרחקים מפורמליזם ופרזנטיות שיפוטית, והמסקיפים על המשפט כתופעה חברתית, ועל החוקה כניסיון אנושי. בכל התכונות החיוניות האלה – בתוספת צניעות אישית – גיחן הנשיא שמגר.

אין לחדד, לא פעם נחלקו דעותינו. ברוב רובם של המקרים לא היה זה על העיקרון, אלא על יישומו. ברוב רובם של המקרים הלכנו יד ביד. ראיתי בו תמיד אח בכור, המחזק את הרוח השיפוטית. עם פרישתו מבית-המשפט, יחסרו תמיכתו וניסיונו. שעות קשות עברו עלינו בהכרעות משותפות. שעות יפות עברו עלינו בהלכות משותפות. מי יתן ונוכל להמשיך ולפתח את משפטה של ישראל על-פי תפיסות היסוד ועקרונות היסוד שטבע הנשיא שמגר. נזכור תמיד את דבריו אלה הבאים מפסקי-הדין בפרשת הארץ, אשר מהווה, לדעתי, את החשוב בפסקי-הדין של השופט שמגר:⁵⁸

לשיטת הממשל הדמוקרטית חולשות ונקודות תורפה לא מועטות ואחת מביניהן היא, ללא ספק, בכך שהחירויות אותן היא מעניקה, עלולות לשמש גורמים שכוונתם רעה, אך אותה שעה גם מקובל עלינו כי טרם נמצאה שיטת ממשל טובה יותר, יהיה זה לפרט, לכלל או לאיזון הגאות בין צרכיהם וזכויותיהם של שניים אלה.

58. ד"נ 9/77 (לעיל, הצרה 22) 362.