

דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית

יהושע (שוקי) שגב*

- א. הקדמה
- ב. התפתחותה של דוקטרינת המעמד המסורתית ומרכיביה
- ג. ההתקפה על דוקטרינת המעמד המסורתית
- ד. בזכותה של דוקטרינת המעמד המסורתית
 1. דוקטרינת המעמד המסורתית וטענות הפורמליזם והאנכרוניזם
 2. מחלוקת באשר לבסיסה הנורמטיבי של דוקטרינת המעמד המסורתית
 3. הטעמים שמאחורי כללי דוקטרינת המעמד המסורתית
 4. תאוריה דמוקרטית, המאבק על דמותה של מדינת ישראל ודוקטרינת המעמד
- ה. תפקידו של בג"ץ כמשתקף מדוקטרינת זכות העמידה המסורתית וזניחתה
- ו. סוף דבר

א. הקדמה

סמכותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק היא סמכות שבשיקול דעת.¹ לכן גם אם בג"ץ קובע כי הוא בעל סמכות פונקציונלית לדון בעתירה שלפניו – ויש שאומרים שגם אם הוכיח העותר את עילת עתירתו² – ככל זאת שמורה לבג"ץ הזכות לסרב לדון בעניין או להושיט סעד לעותר. הטעם

* דוקטור, מרצה, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה. תורת נתונה לפרופ' דפנה ברק-ארז, לד"ר סוזי נבות, לד"ר משה גלברד, לד"ר חיים שיין, לד"ר יובל סיני ולמשתתפים במושב הציבורי בכנס הראשון של האקדמיה המשפטית בישראל, תשס"ה, שנערך בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת בראילן על הערותיהם המועילות והחשובות. ברצוני להודות במיוחד לעורך "הפרקליט", ד"ר יורם רבין, לעורכת המשנה, יעל רדל, ולחברת המערכת, שימרית שחף, על תרומתם לפרסומו של מאמר זה.

1 בג"ץ 6654/98 הלפרין נ' פקידת הבחירות לעיריית הרצליה, פ"ד נב(5) 348, 357; בג"ץ 991/91 פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה(5) 50, 58; בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 449, 456; בג"ץ 24/86 כהנא נ' הלל, פ"ד מ(4) 393, 400 (להלן: עניין כהנא); בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 620 (להלן: עניין איתורית); בג"ץ 10/59 לוי נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד יז 1182, 1194; בג"ץ 45/49 אונטריכט נ' יו"ר ועדת הבחירות לעיריית חיפה, פ"ד ב 731, 735 (להלן: עניין אונטריכט). על שורשיה ההיסטוריים של סמכות שיקול דעת זו ראו י' זמיר "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תשל"ד) 212, 224. עם זאת, יש לציין שהיו שערערו על היות סמכותו של בג"ץ סמכות שבשיקול דעת או לפחות טענו לצמצומה, ראו דברי השופט אור בבג"ץ 5364/94 זלגר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 812.

2 ראו דברי השופט לוין בעניין כהנא, לעיל הערה 1, בע' 402; בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 131. תוקפן של הלכות אלו תלוי בעקיפין בשאלה אם העקרונות המנחים את שיקול דעתו של בג"ץ מהווים תנאי מוקדם לפתיחת שעריו, או שמא עקרונות אלה אינם דרישות מקדמיות טהורות ובית המשפט יכול לנקוט עמדה לגביהם תוך בחינת העילה המהותית עצמה. לעניין זה ראו ז' סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (מהדורה שנייה, תשנ"ד) 18–22.

לכך הוא שהעותר או שהעתירה אינם ממלאים אחר מבחני סף מינימליים.³ מקום של כבוד, מבין מבחני הסף, קנתה לה דוקטרינת זכות העמידה (*locus standi*) המתמקדת בשאלת מעמדו של העותר בפני בג"ץ. העותר נדרש להראות "מדוע הוא, ולא אחר, זכאי לכך שבית המשפט ישמע את עתירתו לגופו של עניין".⁴ מן המפורסמות הוא כי למן שנות השמונים חלה "ליברליזציה" ומתירנות בדוקטרינת זכות העמידה: העותר בפני בג"ץ אינו נדרש להראות מעמד, ודי לו כי יוכיח שבאמתחתו עניין בעל חשיבות חוקתית או ציבורית מהמעלה הראשונה. זניחת דוקטרינת המעמד המסורתית הוצדקה על בסיס תפקידו של בג"ץ כשומר שלטון החוק, כמגן הדמוקרטיה וכמקדם ערכים ליברליים.⁵

מטרתו של מאמר זה היא בחינה, הערכה ושיפוט של התפתחות דוקטרינת המעמד עד שנות השמונים. תחילה, אתאר את התפתחות דוקטרינת המעמד המסורתית ואסקור בקצרה את מרכיביה (פרק ב'). לאחר מכן אבחן את ההתקפה העיונית על דוקטרינת המעמד המסורתית למן שנות השמונים, ואנסה לעמוד על טבעה (פרק ג'). נוכח מתקפה זו, אשוב ואבחן את הבסיס הנורמטיבי של דוקטרינת המעמד המסורתית תוך ניסיון להציב לה פרשנות מודרנית והגנה

3 עם הזמן פיתח בג"ץ כללים ועקרונות שנועדו להנחותו בהפעלת שיקול דעתו: זכות העמידה, שפיטות, טעד הלופי, ניקיון כפיים, שיהוי, שאלה אקדמית וכיוצא בזה. יש לציין, כי עמדת בג"ץ על כללים ועל עקרונות אלה היא כי אין מדובר ברשימה סגורה, אלא ניתן לשנותם ולמלאם תוכן חדש על פי צורכי הזמן והמקום. ראו עניין איתורית, לעיל הערה 1, בע' 621. רשימה זו מתמקדת בזכות העמידה המסורתית ובתהליך "התרופפותה" של דרישת סף זו בבג"ץ למן שנות השמונים. אך תהליך זה מאפיין גם דוקטרינות ומבחני סף אחרים. ראו, לדוגמה, דוקטרינת השפיטות בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441 (להלן: עניין רסלר), ודוקטרינת השאלה האקדמית בבג"ץ 73/85 סיעת כץ נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141. המניע המרכזי לשינויים אלה במבחני הסף, לגישת רוב שופטי בית המשפט העליון, הוא הרצון להגן על שלטון החוק והדמוקרטיה בישראל. טענה זו תיבחן לאורך מאמר זה בהקשר של דוקטרינת זכות העמידה המסורתית, אך אין ספק כי לפחות חלק מהתוכנות התיינה בעלות נפקות לגבי שאר העקרונות המנחים את שיקול דעתו של בג"ץ בהפעלת סמכותו הפונקציונלית.

4 סגל, לעיל הערה 2, בע' 3. בהקשר זה חשוב להבחין בין בעל זכות עמידה, המכונה גם בעל זכות דיונית, לבין בעל זכות מהותית, כפי שהסביר מ"מ הנשיא לנדוי בבג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657, 662 (להלן: עניין פוגל). מכך שבעל הזכות המהותית ממילא נחשב לבעל זכות עמידה אין ללמוד כי כל בעל זכות עמידה הוא בעל זכות מהותית. זכות העמידה עניינה אך ורק מעמדו של העותר, כמי שנפגע כפרט ובמישרו, לפתוח בהליכים משפטיים נגד השלטון. ראו א' ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 5, 7.

5 סגל, לעיל הערה 2, בע' 8; ד' קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט (תש"ז) 551-555; י' זמיר "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?" משפטים יט (תש"ז) 563, 567; ע' דרורי "היציאה ממטעי עמק הארזים: זכות העמידה של העותר 'הנגטיבי' בבג"צ" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 395, 421, 429; אסתר ברק "זכות העמידה בעתירה הציבורית: מבחניה ובעיותיה" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 391, 393-396; מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503, 558, 560, 561, 596. פרופ' פרוש אף מרחיק לכת וקובע כי השינויים בזכות העמידה נבעו משיקולי צדק. ראו ע' פרוש "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט יג (תשמ"ח) 453, 470.

ראויה (פרק ד'). הווה אומר: הגנה ראויה להחזרת עטרתה של זכות העמידה המסורתית ליושנה. לבסוף אשרטט קווים כלליים לתפקידו של בג"ץ עד שנות השמונים, כפי שהדבר משתקף מזכות העמידה המסורתית (פרק ה'). ברצוני להבהיר, כי הגם שניתן לפרש רשימה זו כנוקטת עמדה ביקורתית כלפי הגישה הליברלית והמתירנית שנוקט בג"ץ בזכות העמידה למן שנות השמונים, אין מטרתה של רשימה זו לבחון את הגורמים והנסיבות שהובילו להרחבת זכות העמידה למן שנות השמונים. בדומה, רשימה זו אינה מתעדת לנתח עתירות ספציפיות שבהן הורחבה זכות העמידה למן שנות השמונים ואת תרומתן (אם בכלל) לרמוקרטיה הישראלית. מטרתה של רשימה זו מצומצמת יותר: חשיפת הרעיון, העיקרון וההיגיון שהנחה את בג"ץ בפיתוחה של זכות העמידה המסורתית עד שנות השמונים. לכן אמנע גם מלהציע דוקטרינה חלופית לדוקטרינת המעמד הנוהגת בבג"ץ נכון להיום או מלבחון את זכות העמידה מתוך נקודת מבט של משפט משווה. חדשנותה של רשימה זו מתבטאת בניסיון להציב הגנה נורמטיבית להתקפה שהונחתה על דוקטרינת המעמד מירי תומכי הגישה המתירנית. הגנה זו תקשור בין דוקטרינת המעמד המסורתית, בין הנסיבות הפוליטיות והחוקתיות של הביקורת השיפוטית בישראל ובין תפיסות מודרניות לגבי תפקידו של בית משפט חוקתי בדמוקרטיה מודרנית. חשיפת חוט השני הנ"ל יוביל, לדעתי, גם בהכרח לניפוצו של המיתוס שטיפחו שופטים ואנשי אקדמיה למן שנות השמונים, שלפיו השינויים בזכות העמידה הם תולדה של טיעונים נורמטיביים שענינם הוא ההגנה על שלטון החוק, על הרמוקרטיה ועל הליברליזם.

ב. התפתחותה של דוקטרינת המעמד המסורתית ומרכיביה

באופן כללי, התפיסה שהנחתה את בית המשפט הגבוה לצדק בזמן המנדט הבריטי הייתה כי העותר מחזיק בזכות עמידה רק כאשר הוא יכול להוכיח כי הממשל או רשויותיו היו תחת חובה או מחויבות משפטית כלפיו.⁶ מכיוון שהמחוקק המנדטורי לא חוקק חקיקה ענפה שהטילה חובות על הממשל כלפי אינדיבידואלים, יכלו רק מעטים מהעותרים לבג"ץ לטעון כי נפגעו על ידי פקיד ציבור, תוך שהוא מפר חובה משפטית כלפיהם.⁷ עם קום המדינה אימץ בג"ץ הישראלי השקפה זו והושיט סער מקום שהייתה מוטלת על המשיב חובה חוקית כלפי העותר לבצע פעולה מסוימת. גישה זו לזכות העמידה לא הבחינה בין מה שנדרש להקנייתה של זכות עמידה לבין מה שנדרש להוכחתה של הזכות המהותית, והחילה על השניים את הדרישה שהעותר יראה פגיעה בזכותו החוקית.⁸

6 סגל, לעיל הערה 2, בע' 78-79.

7 פרוש, לעיל הערה 5, בע' 467.

8 סגל, לעיל הערה 2, בע' 78. על ההבחנה בין זכות העמידה כזכות דיונית לבין זכות מהותית ראו לעיל הערה 4. על הגישה המעניקה סער ומעמד רק בגין פגיעה בזכותו של העותר וכאשר מוטלת על הרשות הציבורית חובה חוקית כלפיו ראו בג"ץ 77/49 ברגמן נ' ד"ר בירן, הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד ד 57, 58; בג"ץ 82/49 שורץ נ' הקצין המוסמך לתפיסת נכסים, פ"ד ד 170, 173; בג"ץ 6/50 פרוינד נ' המפקח על נכסי נפקדים, ירושלים, פ"ד ד 333, 336; בג"ץ 34/50 אסנין נ' המועצה המקומית עיר יזרעאל - עפולה, פ"ד ד 898, 902.

אך, למעשה, כבר בהחלטותיו הראשונות ביצע בג"ץ רוויזיה חריפה בדיני המעמד, עת בחר להעניק סעד לעותרים בגין פגיעה בזכויות שאינן כתובות עלי ספר⁹. כישלונה של הכנסת לקבוע חוקה ומגילת זכויות חוקתית עודד את בית המשפט לפתח מגילת זכויות הלכתית משלו. כך זכו להכרה מכוח מקורות חוץ-משפטיים זכויות וחירויות שזכרון לא נודע בספר החוקים הפורמלי¹⁰. תוצאתה של התפתחות מסעירה זו הייתה שהעותר לפני בג"ץ לא נדרש עוד להראות כי הרשות הציבורית נכשלה בביצוע חובה פורמלית כלפיו. עותר שהצביע על פגיעה בזכות או בחירות מהותית שלו במובנן הרחב, מעמדו הובטח. הרחבת זכות העמידה לא הצטמצמה למקום שהעותר הוכיח כי ברשותו זכות מהותית למבוקשו. באיטיות אך בעקביות הרחיב בית המשפט את זכות העמידה גם בפסיקה שדנה בשאלת המעמד בנפרד. כך נפסק כי במקרה של צו איסור המופנה לבית משפט דלמטה הפועל בחוסר סמכות גלוי, אין צורך במעמד¹¹. בדומה, נקבע כי מקום שבו העותר יכול להצביע כי החוק הרלוונטי מקנה לו מעמד מיוחד תהיה בירי אותו עותר זכות עמידה, אף שאין בידיו זכות חוקית לדרוש ביצועה של חובה חוקית¹². בבג"ץ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח¹³, אותת בית המשפט באופן ברור על נכונותו להכיר במעמדו של אדם להגיש עצומותיו בפני בג"ץ אם אינטרס שלו נפגע על ידי פעולה של פקיד או גוף ציבורי, הגם שהעותר אינו יכול להצביע על קיומה של חובה חוקית כלפיו. הלכה זו נוסחה בבחירות בבג"ץ 29/62 בהן נ' שר הביטחון¹⁴, עת הוכר מעמדו של כל עותר שאינטרס לגיטימי שלו נפגע בעקבות פעילות הרשויות:

- 9 ציון דרך מוקדם בנקיטתה של גישה חדשה הן לגבי זכות העמידה והן לגבי הזכות מהותית הוא בג"ץ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, שהנו ללא ספק החלטה חוקתית מהמעלה הראשונה מתקופת ייסוד המדינה. הלכה זו מקורה בעתירה נגד החלטתו של שר המשטרה לאסור את הפרקטיקה של "כותבי בקשות" במשרד הרישוי. על מנת להצליח בעיתרתם נדרשו העותרים להוכיח כי יש בידם "זכות קנויה" לעשות את אשר הם מבקשים. שם, בע' 82. בקבלו את העתירה כתב השופט חשין כי "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד". שם, שם, והוסיף כי "זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה". שם, בע' 83. בכך היה גם משום הרחבתה של זכות העמידה עצמה, שכן בג"ץ הראה נכונות להעניק סעד גם על פגיעה בזכות ש"אינה כתובה על ספר". לגישה דומה, המעניקה זכות עמידה לעותרים שהרשות משתמשת בכוח ובסמכות נגדם, ואינה תולה זכות זו בקיומה של חובה פורמלית המוטלת על הרשות כלפי העותרים ראו בג"ץ 54/50 פיינשטיין נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ד 447, 450; בג"ץ 213/52 מו"ל "העתון הדמוקרטי" נ' שר הפנים, פ"ד ו 867, 872.
- 10 בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, הוא ללא ספק דוגמה מצוינת לגישה הלא פורמליסטית שנקט בית המשפט העליון בפיתוחה של מגילת זכויות בתקופת ייסוד המדינה. על השימוש במקורות חוץ-משפטיים לשם הכרה בזכויות וחירויות במשפט החוקתי ראו ע' שפירא "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר?" עיוני משפט ג (תשל"ג) 625.
- 11 בג"ץ 90/49 נוחימובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד ג 4, 8–12 (להלן: עניין נוחימובסקי).
- 12 כך היה בבג"ץ 107/50 אריאב נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד ה 523 (להלן: עניין אריאב).
- 13 בג"ץ 160/58 שניידר נ' מנהל רשות הפיתוח, פ"ד יג 891, 894.
- 14 בג"ץ 29/62 בהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1023 (להלן: עניין בהן).

"כאשר התערבותנו דרושה למען עשיית הצדק, די לו לאזרח בהסתמכו על אינטרס לגיטימי בעשיית הפעולה הנדרשת מהשלטון או באייעשיותה, כדי להקנות לו זכות ומעמד לכוא ולשפוך לפנינו את תחינתו".¹⁵

גישה זו רחבה ביותר שכן מעמדו של העותר אינו מותנה בקיום זכות חוקית ואף לא בפגיעה חומרית.¹⁶ עם זאת, הודגש כי לא מספיק הדבר שהמבקש, רק כאחד מרבים, מעוניין שדבר מסוים לא ייעשה בניגוד לחוק, אם אינו יכול להראות שדבר זה עלול לפגוע באינטרס שלו עצמו.¹⁷ במילים אחרות, אף שלפנינו גישה מרחיבה מעין כמוה לגבי אותו "דבר מה" שמקים מעמד בבג"ץ, האינטרס שיש לאדם בקיום שלטון החוק אינו מספיק.

הדרישה כי העותר יראה אינטרס לגיטימי לא הייתה המרכיב היחיד של דוקטרינת המעמד המסורתית. בג"ץ דרש כי עותר יראה גם "שיש לו ענין אישי, מיוחד, מוחשי וישיר – להבדיל מענין ציבורי כללי – בתוצאות הדיון".¹⁸ אפרט בקצרה במה דברים אמורים. **אינטרס אישי** – הכלל הנוהג בבג"ץ על פי הגישה המסורתית היה כי לשם הכרה במעמד חייב העותר להצביע על כך שפעולת הרשות, נשוא העתירה, פוגעת באינטרס אישי שלו עצמו.¹⁹ כלומר על העותר להוכיח כי הוא עצמו, ולא מישהו אחר, נפגע או עלול להיפגע ממעשה הרשות. עם השנים פיתח בג"ץ רשימת חריגים לכלל האמור,²⁰ אך לרוב שמר מכל משמר

15 שם, בע' 1028.

16 ראו עניין אריאב, לעיל הערה 12, בע' 532; בג"ץ 28/71 התאחדות הברות לביטוח חיים בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד כו(1) 230, 234 (להלן: עניין התאחדות הברות לביטוח); עניין פוגל, לעיל הערה 4, בע' 662; אמנון רובינשטיין "צעד נוסף להרחבת סמכות הבג"צ הפרקליט כ (תשכ"ד) 197, 199; סגל, לעיל הערה 2, בע' 82.

17 עניין אריאב, לעיל הערה 12, בע' 532. אך ראו גישתו של סגל, לעיל הערה 2, בע' 86.
18 בג"ץ 26/76 ברי-שלום נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד לא(1) 796, 806 (להלן: עניין ברי-שלום). הלכה זו הייתה נהוגה בבג"ץ עד תחילת שנות השמונים, ראו בג"ץ 119/80 הכהן נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(4) 281, 283-284.

19 סגל, לעיל הערה 2, בע' 86. ראו גם עניין **אונטריובט**, לעיל הערה 1, בע' 735: "בית משפט זה, בשכתו כבית-משפט גבוה לצדק, אינו מושיט סעד בדרך של שיגרה, אלא פועל לפי שיקול-דעתו, ולשם השלטת הצדק. כמו כן, אין הוא מתערב אם לא נוכח לדעת שהפעולה הנדונה, עליה מתאונן המבקש, עשויה לפגוע בזכותו החוקית של זה"; עניין אריאב, לעיל הערה 12, בע' 532: "לא מספיק הדבר שהמבקש, רק כאחד מרבים, מעוניין שדבר מסוים לא ייעשה בניגוד לחוק, אם אינו יכול להראות, שדבר זה עלול לפגוע באינטרס שלו עצמו"; בג"ץ 295/65 אופנהימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"ד כ(1) 309, 335: "עצם הטלת החובה הכללית עדיין אינה מספיקה למתן 'מעמד', אלא העותר צריך להראות שעקב אי-מילוי החובה נפגע אינטרס אישי ישיר שלו"; בג"ץ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 343 (להלן: עניין מירון); "תנאי הוא לקיום זכות-העמידה שהאזרח-הקובל הצביע על עובדות המגלות שהחלטה או הפעולה בנדון פוגעת, או עשויה לפגוע, באינטרס אישי שלו עצמו"; בג"ץ 561/75 אשכנזי נ' שר הבטחון, פ"ד ל(3) 309, 315: "שאלת זכות העמידה של עותר, על-פייה יוכרע אם בית-המשפט יטה אוזן קשבת לדברים המובאים מפיו של עותר זה דווקא, כמי שרוב ריב שהוא ריבו הוא".

20 כך הכיר בג"ץ במעמדו של עותר הטוען לפגיעה באינטרסים של הזולת כאשר החוק הרלוונטי העניק לאותו עותר מעמד. ראו עניין אריאב, לעיל הערה 12, בע' 532. ראו עניין

כי העותר יגלה אינטרס אישי בעתירה, להבדיל מאינטרס ייצוגי או אחר. אינטרס ייחודי – דוקטרינת זכות העמידה המסורתית דרשה גם שהעותר יראה כי ברשותו אינטרס מיוחד בנושא הבקשה.²¹ היה ונפגע העותר באינטרס המשותף לציבור כולו, הוא נעדר זכות עמידה, גם אם פעלה הרשות הציבורית שלא כדין. עם זאת, ההלכה הפסוקה קבעה כי האינטרס שומר על ייחודו גם כאשר הוא משותף לכמה אנשים כל עוד קרבתם לעניין שונה ונבדלת מזו של הציבור כולו או חלק גדול ממנו.²² אינטרס ישיר – על פי הגישה המסורתית נדרש כי העותר יראה אינטרס ישיר בעתירתו להבדיל מאינטרס עקיף בלבד. אינטרס ממש – יסוד נוסף בדוקטרינת המעמד המסורתית הוא כי העותר נפגע באופן ממש מההחלטה או מהפעולה של הרשות. ההכרעה בשאלה זו נעשית תוך שימוש באמות מידה אובייקטיביות, ותחושתו הסובייקטיבית של העותר כי נפגע באופן ממש ממעשי הרשות אינה מספקת.

ג. ההתקפה על דוקטרינת המעמד המסורתית ומרכיביה

למן שנות השמונים ניתן לזהות בכתיבה האקדמית ובהלכה הפסוקה התקפה שיטתית על דוקטרינת המעמד המסורתית.²³ התקפה זו באה לידי ביטוי לא רק ביצירת רשימת חריגים לדוקטרינת המעמד המסורתית,²⁴ אלא גם בכרום שיטתי בדרישותיה, חתירה תחת אושיותיה, והטלת ספק בעצם נחיצותה. השופט ברק (כתוארו אז) כתב בעניין רסלר כי תפקידו של בג"ץ אינו מוגבל לפתרון סכסוכים שבהם נפגעו זכויות או אינטרסים של צד ספציפי:

"לא פעם, לא הזכות היא היוצרת את הסכסוך, אלא הסכסוך הוא היוצר את הזכות. אם זכות היא רצון או אינטרס המוגנים על-ידי המשפט, הרי בהכרעה השיפוטית, הנותנת את הגנת המשפט, נוצרת הזכות עצמה. הנה כי כן, האופי השיפוטי של הפונקציה לא

מירון, לעיל הערה 19, בע' 344. חריג נוסף לכלל זה התגבש בנוגע לצווים מסוג הביאס קורפוס. כאשר נשללת חירותו של אדם על ידי רשויות המדינה והוא אינו יכול לעתור בפני בג"ץ, יכיר בית המשפט במעמדו של אחר לייצג את האינטרס של אותו אדם. צ' ברנזון "על בית המשפט הגבוה לצדק, היקף סמכותו וזכות העמידה בו" הפרקליט לא (תשל"ו) 194, 195-194.

21 סגל, לעיל הערה 2, בע' 89-92.

22 שם, שם.

23 הגם שיש לציין כי היו שיצאו להגנתה של הגישה המסורתית בפסיקה ובכתיבה האקדמית. ראו בג"ץ 448/81 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 81, 88; ד"נ 2/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708, 711; בג"ץ 179/82 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד לו(4) 421, 424; א' ויתקון "מי זכאי לפנות לבג"ץ" משפט ושיפוט: קובץ מאמרים ורשימות של ד"ר א' ויתקון (א' ברק, מ' לנדוי, י' נאמן עורכים, תשמ"ח) 238; ש' לוין "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה" הפרקליט – ספר היובל (תשנ"ד) 387; א' מעוז "על גבולות השפיטות: כנסת, ממשלה, בית משפט" פלילים ח (תש"ס) 389.

24 למעשה השיטה של יצירת החריגים לכללי דוקטרינת המעמד הנה חלק מהשיטה המסורתית לאכיפתה. כפי שנסקר לעיל בפרק ב', ההתפתחות הקוואיסטית של זכות העמידה הייתה במידה רבה התפתחות של חריגים.

נקבע על פי תוכנו של הסכסוך אלא על פי עצם קיומו. [...] גישתי הינה כי הדרישה לקיום זכות או אינטרס כתנאי למעמד ברין הינה דרישה מחוסרת יסוד פילוסופי, אינה מעוגנת בהפרדת רשויות, אינה נשענת על בסיס מוסרי, ופוגעת בשלטון החוק".²⁵

העותר בפני בג"ץ, אליבא דשופט ברק, אינו נדרש להציג כי בידיו אינטרס בתוצאות הדיון, ומקל וחומר שאין לו צורך להראות כי ברשותו אינטרס אישי, מיוחד, מוחשי וישיר. כאשר עומדת סכנה לשלטון החוק, הקרבן הוא שלטון החוק עצמו, ובית המשפט נותר לברו עם החובה לרסן את פעולת הממשל. במקרים כגון אלה, בעלי חשיבות חוקתית מהמעלה הראשונה, רצוי כי תינתן הכרעה סמכותית לגבי החוק, ובית המשפט העליון הוא המוסד היחיד שיכול לספק הכרעה סמכותית מעין זו. זאת ועוד, שלטון החוק דורש מניעתם של מעשים בלתי חוקיים מצד הממשל, ואין לסכל זאת בטעמים פרוצדורליים וטכניים כגון דרישה כי עותר יוכיח כי ברשותו זכות עמידה. גישה דומה מציג פרופ' זאב סגל בספרו המקיף והמעמיק "זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק":

"דיני מעמד ליבראליים מבטיחים את האפשרות לקיומה של ביקורת שיפוטית מקיפה על גופי השלטון, גם כאשר האינטרס היחיד של העותר הוא זה שבהשלטת החוק [...] הכרה במעמדו של עותר שכל האינטרס שלו הוא זה שבקיום עקרונות שלטון החוק, מתבקשת מהכרה בכך שתפקידה של הביקורת השיפוטית הוא גם בהשלטת שלטון החוק".²⁶

הלך רוח זה לא רק שאינו חריג, אלא מתגבש לכדי קונצנזוס מקיר לקיר בין משפטנים.²⁷ תומכי הגישה החדשה ייחסו את נטישת הכלל בדבר אינטרס אישי ומיוחד, שהיה מעמודי התווך של דוקטרינת המעמד המסורתית, לצורך להגן על שלטון החוק. גישה זו הייתה חלק ממהפכה "רעיונית אינטלקטואלית" באשר לתפקידו של בג"ץ בחברה הישראלית. הגישה המסורתית, שלפיה תפקידו העיקרי של בג"ץ הוא יישוב סכסוכים ופתרוןם בין הפרטים לרשויות הממשל, ננטשה והוחלפה על ידי התפיסה הרואה בבית המשפט העליון כמוסד האחראי

25 עניין רסלר, לעיל הערה 3, בע' 465.

26 סגל, לעיל הערה 2, בע' 242-243.

27 ראו דבריו של מ' קרמניצר בספרם של ר' גביוון, מ' קרמניצר וי' דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד - מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (תש"ס) 165, 185-186; דרורי, לעיל הערה 5, בע' 429; ברק, לעיל הערה 5, בע' 401. אפילו השופט חשין שהיווה כוח אופוזיציוני לחלק ניכר מהשינויים שהתרגשו על המשפט החוקתי (ראו לדוגמה עמדתו בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221; כש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355, קיבל בהכנעה את הגישה החדשה. ראו בג"ץ 2148/94 גלברט נ' יושבי-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 600, 573.

להגנת שלטון החוק במובן הרחב, כלומר מוסד שעניינו קידום משטר דמוקרטי צודק.²⁸ דיני המעמד המתירניים הם חלק ממגמה כללית זו.²⁹ להלך רוח זה היו השלכות הרסניות על דוקטרינת המעמד המסורתית. "צדק", כותב ג'ון רולס (Rawls), "הוא המעלה/הסגולה הראשונה של מוסדות חברתיים" (תרגום שלי – י.ש.),³⁰ לכן כללים ומוסדות משפטיים "ואין זה משנה עד כמה הם יעילים ומאורגנים חייבים לעבור רפורמה או אף לבטלם כליל אם אינם צודקים".³¹ בשל התנגדותם לרפורמה בדוקטרינת המעמד המסורתית נמצאו תומכיה של הדוקטרינה אשמים במניעת קידום של שלטון החוק, הדמוקרטיה והצדק. כך הפכו יוצריה ותומכיה של דוקטרינה מפוארת זו לאויבי שלטון החוק, הדמוקרטיה והצדק – גם אם הדברים לא נאמרו ברחל בתך הקטנה. על פי השקפה זו דוקטרינת המעמד המסורתית היא כלל אנכרוניסטי, שריד וירושה מהמשפט האנגלי, שאותו יש לשנות ואף לבטל. לא זאת אף זאת. דוקטרינת המעמד המסורתית ביטאה, לגישתם של אחרים, גישה פורמליסטית למשפט. היא הקנתה לבית המשפט תפקיד מצומצם בחברה הישראלית, וההשתחררות ממנה תאמה גישה של הרחבת החיובים המשפטיים והשלטת ערכים רצויים ונחוצים על ידי המשפט.³² היותך בעל תפיסה צרה באשר לתפקידו של בית המשפט היה שווה ערך להיותך פורמליסט חוקתי ולהתעלמותך מהדרכים שבהן בג"ץ מסוגל לקדם אידאלים ליברליים-דמוקרטיים.

אך המתקפה על דוקטרינת המעמד המסורתית לא הסתיימה בזה. טיעון מרכזי שנשקל ברצינות לטובת הגישה המסורתית, לרוב על ידי מצדדי הגישה החדשה, היה טיעון היעילות שיש שכינו אותו גם "הטיעון המעשי". לטיעון זה היו כמה גרסאות, שהמשותף לכולן הוא שדוקטרינת המעמד המסורתית, ובמיוחד הדרישה לאינטרס אישי ומיוחד, מבוססים על הצורך המעשי לצמצם את מספר העתירות שנשמעות בפני בית המשפט בשם היעילות, טובת המערכת השיפוטית והמנהלית, או טובת הכלל. החשש היה כי הכרה בזכות לעתירה ציבורית תביא להצפת בית המשפט בעתירות ריקות מתוכן והסרות-יחסר.³³ זמנו של בית המשפט

28 קרצמר, לעיל הערה 5, בע' 551; מאוטנר, לעיל הערה 5, בע' 521–522; מ' לנדוי "על שפיטות וסבירות בדיו המנהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5, 6. אך ראו זמיר, לעיל הערה 5, בע' 565, 569, שאינו מאמין כי מדובר במהפכה אלא בהתפתחות הדרגתית. השוו לעניין זה ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (1994) 7, שגם הוא מטיל ספק בקיומה של מהפכה של ממש, אם כי טעמיו שונים. לגישת שמיר, השינוי שחל מאז שנות השמונים הוא שינוי רטורי שאינו משקף תפנית מהותית בהגנה על שלטון החוק.

29 על הליברליות בדיני המעמד למן שנות השמונים כחלק מתפקיד חדש שנטל לעצמו בג"ץ ראו לעיל הערה 5. ראו גם לנדוי, לעיל הערה 28, בע' 7. על נטישת כלל האינטרס האישי והמיוחד על מנת לקדם צדק ראו פרוש, לעיל הערה 5, בע' 469.

30 J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass., revised ed., 1999) 3

31 *Ibid*, *ibid*

32 מאוטנר, לעיל הערה 5, בע' 558–561.

33 ראו דברי השופט ברק בעניין רסלר, לעיל הערה 3, בע' 467; עניין ברי-שלום, לעיל הערה 18, בע' 800; סגל, לעיל הערה 2, בע' 169–171; ברק, לעיל הערה 5, בע' 397. יש לציין כי היו גם בקרב תומכי דוקטרינת המעמד המסורתית כאלה שייחסו משקל נכבד לטיעון

יוקדש לעתירות סרק שיגזלו זמן שיפוטי שיש להקדיש לעתירותיהם של אלה שזכותם נפגעה. יתרה מכך, זניחת דוקטרינת המעמד המסורתית והכרה בעותרים נעדרי אינטרס עשויה להכביד הן על ניהול המשפט, בשל ריבויים של עותרים ומשיבים, והן על ההליך המנהלי, שכן הרחבת חוג המעמד תוביל לעיכוב בלתי רצוי בכיצוע החלטות מנהליות. לטיעון זה, נטען, יש לייחס משקל נכבד, מכיוון שבית המשפט העליון הישראלי "חש יום-יום בכל כבדו את העומס המוטל על בית המשפט",³⁴ וגם יעילותו של ההליך המנהלי אינו שם דבר במדינה, כלשון המעטה. אך, למעשה, טיעון היעילות היה חרב פיפיות, שכן השתתת דוקטרינת המעמד המסורתית עליו טמנה בחובה את זרעי הפורענות שיביאו לזניחתה המוחלטת. אסביר.

טיעון היעילות הותקף מאין ספור כיוונים. ראשית, הוטל ספק אם צפויה הצפה של בג"ץ בעתירות סרק ופגיעה בפעילותו התקינה בעקבות פתיחת שערי לעותרים ציבוריים. ספק זה נסמך גם על ניסיון של מדינות אחרות, שבהן עיצובה של גישה ליברלית בשאלת המעמד לא הביאה להצפה של בתי המשפט.³⁵ שנית, נטען כי את הגורם לעומס העבודה שבו מצוי בית המשפט העליון יש לשייך דווקא לעותרים בעלי זכות עמידה במונח המסורתי, שלמרות מעמדם עתירותיהם נעדרות תוכן.³⁶ שלישית, הוסבר כי בידי בית המשפט כלים נוספים לווסת את זרם הפונים אליו ולברור מתוכם רק את העתירות הראויות לדיון רציני. בין היתר, צוין כי לבג"ץ נתונה היכולת לזהות טרדנים ונרגנים ולהרתיעם באמצעות השתת הוצאות משפט כבדות.³⁷ רביעית, נטען כי על ידי קביעת נהלים ברורים בעתירות ציבוריות ניתן להגיע לניהול תקין של המשפט למרות הימצאותם של עותרים ומשיבים רבים.³⁸ חמישית, נטען כי העתירות לבג"ץ לא רק שאינן מכבידות על ההליך המנהלי, אלא ממריצות את הרשות המנהלית לשפר את דרכיה ולהבטיח את חוקיות פעולותיה.³⁹ טיעוני-נגד אלה לטיעון היעילות מצאו אחיזה במציאות. מחקרים שנעשו לאחרונה גילו כי הגישה החדשה שאימצ בית המשפט למן שנות השמונים, שנטשה את דיני המעמד המסורתיים,

היעילות. ראו דברי השופט ויתקון בבג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פ"ד כד (1) 238, 246 (להלן: עניין בקר). ראו גם דברי הנשיא אגרנט בעניין מירון, לעיל הערה 19, בע' 350.

34 עניין ברי-שלום, לעיל הערה 18, בע' 800; S. Shetreet "The Overburdening of the Supreme Court of Israel: The Problems, the Effects and the Remedies" *Israeli Reports to the Tenth International Congress of Comparative Law* (S. Goldstein ed., Jerusalem, 1978) 56, 68. על המצוקה שבה שרויה מערכת המשפט הישראלית בכללותה בשל עומס התיקים וריבוי ההתדיינות היוצרים עיכוב ניכר בשמיעת תיקים והכרעה בהם ראו מ' בורונובסקי ור' לחמן "הבחנה בין בעיות ארגוניות לאיכותיות במערכת בתי המשפט בישראל" עיוני משפט טו (תש"ן) 273. ראו גם ח' שיין מדינת היהודים שלב הסיכומים (תשס"ג) 195.

35 סגל, לעיל הערה 2, בע' 170. השופט ברק בעניין רפלר, לעיל הערה 3, בע' 467.

36 השופט ברנזון בעניין ברי-שלום, לעיל הערה 18, בע' 800.

37 ראו עניין רפלר, לעיל הערה 3, בע' 468; ברנזון, לעיל הערה 20, בע' 199; ברק, לעיל הערה 5, בע' 398.

38 ברק, לעיל הערה 5, בע' 398.

39 שם, שם.

לא הגבירה משמעותית את מספר העתירות שהוגשו לבית המשפט.⁴⁰ בית המשפט העליון היה ונותר תחת עומס תיקים ועבודה. לכן מבחינה אמפירית נראה כי טיעון היעילות לא היה מבוסס, וכי אין ולא היה כל הכרח בטענה כי נטישת הגישה המסורתית תוביל לתוצאות הרות אסון במובנים הללו. אך טיעון היעילות היה בעייתי עוד יותר מבחינה נורמטיבית. אחת התוכנות שלומדים המצויים ברזי הפילוסופיה הפוליטית הפנימו בעשורים האחרונים – אך משפטנים טרם הפנימו – היא ששיקולי יעילות מוכרעים לרוב על ידי טעמים המצויים בספרת וכויות האדם, שלטון החוק, הצדק או הדמוקרטיה. אין כוונתי לטעון ששיקולי יעילות אינם חשובים כלל, אלא ששיקולי יעילות נתקלים בבעייתיות מיוחדת כאשר הם מתנגשים בטעמים של וכויות, דמוקרטיה וצדק. בסיטואציה של התנגשות מעין זו, נוטים מלומדים לייחס משקל מועט לטיעוני יעילות. הטעם להתמוטטותם של שיקולי יעילות אל מול אידאליים פוליטיים כגון וכויות אדם, שלטון החוק, דמוקרטיה וצדק, מצוי בשיוך טיעוני היעילות לטיעונים תועלתניים, כלומר זיהוים של טיעוני יעילות עם תפיסת טוב תועלתנית.⁴¹

התועלתנות היא התאוריה המפותחת והמורכבת ביותר מבין תאוריות המוסר התוצאתניות, הבוחנות את נכונות המעשה על פי תוצאותיו.⁴² על פי תפיסת העולם התועלתנית, המעשה הנכון הוא המעשה שיבטיח מקסימום הנאה, אושר, סיפוק רצונות, רווחה וכיוצא בזה תועלות.⁴³ המקסימום שבשבו מדברת התועלתנות נקבע לרוב על פי מספר האנשים שבהם מדובר ועצמת תחושתיהם

40 ראו סגל, לעיל הערה 2, בע' 170; לוי, לעיל הערה 23, בע' 393; ברק, לעיל הערה 5, בע' 397-398; י' שחר ומ' גרוס "קבלתן ורחייתן של פניות לבית המשפט העליון: ניתוחים כמותיים" מחקרי משפט יג (תשנ"ז) 329.

41 על הקשר בין הגישה הכלכלית למשפט ושיקולי יעילות לבין התועלתנות ראו גם ע' זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" משפטים כב (תשנ"ג) 261.

42 אחת ההבחנות הבסיסיות בפילוסופיה (מוסרית ופוליטית) היא ההבחנה בין תאוריות תוצאתניות (Consequentialist) לתאוריות שאינן תוצאתניות, המכונות גם תאוריות דאנטולוגיות. על פי התאוריות התוצאתניות, נכונות (או אי-נכונות) המעשה תלויה רק בתוצאותיו הטובות או הרעות. לכן, לדוגמה, את השאלה "האם מותר להרוג אדם מסוים?" תתלה התאוריה התוצאתנית בתוצאות המעשה של נטילת חייו של אותו אדם. לרוב התוצאות רעות, ולכן התאוריה התוצאתנית תאסור על פעולה מעין זו. על פי התאוריות הדאנטולוגיות, נכונות (או אי-נכונות) של לפחות חלק מהמעשים תלויה במשהו אחר מאשר תוצאותיו הטובות או הרעות. תאוריה דאנטולוגית טהורה עשויה אף לקבוע שהתוצאה אינה משנה כלל לגבי נכונות או אי-נכונות המעשה. מה שמשנה הוא הטבע הפנימי של המעשה. כך, לדוגמה, באמרה המפורסמת הקובעת "שהצדק ייעשה והשמיים ייפלו", ברור שעשיית צדק הכרחית גם במחיר של תוצאות קשות. דוגמאות נוספות שיכולות להבהיר את ההבחנה האמורה הן הטענות הדאנטולוגיות הבאות: "פגיעה בחפים מפשע היא רע מוסרי ואין זה משנה מהי התוצאה" או "להפר הבטחה זה דבר רע ואין זה משנה מהי התוצאה שנגרמת בעקבות הפרת ההבטחה". מה שמשנה עבור התאוריות הדאנטולוגיות זה העובדה כי האדם שבו אני פוגע הוא חף מפשע או העובדה שנתתי הבטחה.

43 בין המלומדים המפורסמים הנמנים עם מצדדי התאוריה התועלתנית ניתן למנות את J. Bentham *An Introduction to the Principle of Morals and Legislation* (Oxford, 1970). ראו גם ג' ס' מיל *התועלתיות* (תרג'ג) 13-29, 43-62, 83-85.

האמורות. התועלתנות כתאוריה פוליטית גורסת כי את המדינה ומוסדותיה יש לארגן כך שימקסמו את סך התועלת.⁴⁴ טיעון היעילות כבסיס לדוקטרינת המעמד המסורתית הוא כסות לטיעון תוצאתני-תועלתני, הגורס כי את התועלת שאנו מפיקים מהמוסד החברתי ששמו בג"ץ יש למקסם. בהתאם, פתיחת שערי בג"ץ לעותרים ציבוריים ואחרים הנעדרים אינטרס אישי אינה רצויה מכיוון שתוביל לתוצאות רעות, קרי לתוצאות לא יעילות בדמות הצפת בג"ץ בעתירות סרק, בזבוז זמן שיפוטי, הכבדה על המנהל, פגיעה בטובת הכלל וכדומה.

אך אם טיעון היעילות בענייננו הנו טיעון תועלתני, הבוחן את נחיצות דוקטרינת המעמד על פי תועלת הכלל, הרי שטיעון היעילות פתוח לאותן התנגדויות רציניות שהעלו פילוסופים מכובדים כנגד התועלתנות. התועלתנות, הם טוענים, מאפשרת לעתים להפר, לפגוע או להגביל את זכויותיהם של פרטים למען טובת הכלל והקהילה.⁴⁵ מכיוון שהתועלתנות מבוססת על חישוב אריתמטי באשר לפעולה שתביא למרב האושר, ההנאה או סיפוק הרצונות, הרי שיש בה כדי להקריב, שלא לצורך, אינטרסים הומניים חשובים כנגד שיקולים שהם חשובים הרבה פחות. שיקולים אלה זוכים למשקל רב רק מכיוון שהחישוב התועלתני לוקח בחשבון את כמות האנשים שעליהם מדובר. לכן מבחינה תאורטית, עשויה התועלתנות הפשוטה והגסה להצדיק הקרבתו של אדם אחד, אפילו הוא חף מפשע, אם הדבר יתרום לרווחתם של הכלל והקהילה. רוב התאוריות הפוליטיות והחוקתיות המקובלות היום מאמצות היבט אנטי-תועלתני, כך ששיקולים גסים של תועלת ויעילות אינם גוברים על אינטרסים, זכויות ואידאלים מוסריים בסיסיים.⁴⁶ אינני טוען כי הוויכוח בין התועלתנות למתנגדיה הוכרע בבירור לטובת האחרונים. לתומכי התועלתנות היו ויש תשובות ותגובות להתנגדות שבה

44 בהתאם לכך, אחת ההצדקות לקיומם ולארגונם של מוסדות המדינה במתכונת דמוקרטית של הענקת זכויות הצבעה להמונים והכרעה על פי ההליך הרובני נמצאת במסורת התועלתנית. ההליך הדמוקרטי עובר כמכשיר לגילוי רצונותיהם של האזרחים. כל אורח מביע את רצונותיו והערפותיו על ידי הבחירה בקלפי. הליך הבחירה בקלפי נוטה לקדם את התועלת המקסימלית של מספר האנשים הגבוה ביותר, כאשר אושרו של כל פרט נלקח בחשבון על בסיס שווה. ראו: R. Harrison *Democracy* (London, 1993) 89-112. ראו גם: J.H. Ely "Constitutional Interpretivism: Its Allure and Impossibility" 53 *Ind. L. J.* (1978) 399, 405-408.

45 ראו: Rawls, *supra* note 30, at p. 3: "Each person possesses an inviolability: founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override", and "Utilitarianism does not take seriously the distinction between persons" R. Nozick *Anarchy, State, and Utopia*: (Cambridge, Mass., 1974) 30-31: "Side constraints upon action reflect the underlying Kantian principle that individuals are ends and not merely mean; they may not be sacrificed or used for the achieving of other ends without their consent. Individuals are inviolable" R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., 1977) 269: "If someone has a right to something then it is wrong for the government to deny it to him even though it would be in the general interest to do so"

46 עבור דבורקי, לדוגמה, הטעם המרכזי לשימוש בשיח של זכויות הוא ההיבט האנטי-תועלתני החבויה בהן, כלומר העובדה שכאשר אנו עוסקים בזכויות, הן גוברות על טיעונים

אנו עוסקים, שעיקרן היה ניסיון להראות כי התועלתנות בשינויים מסוימים מסוגלת לענות על האתגר שמציבים מתנגדיה.⁴⁷ אבל אין ספק כי מתנגדי התועלתנות זכו בנקודות חשובות במאבק, מכיוון שהוכיחו בבהירות את גבולות הטיעון התועלתני הגס, שאלמלא יסויג, יאפשר פגיעה בזכויות ובאינטרסים בסיסיים של פרטים בשם התועלת הכללית. תוכנה זו רלוונטית לענייננו. אם הטיעון בדבר חשש מפני הצפת בג"ץ בתביעות סרק הוא טיעון תועלתני פשוט, הרי שבשם הפחד מפני עומס עבודה והרצון לקדם יעילות משפטית ומנהלית נרמסים זכויות אדם, שלטון החוק, הצדק והדמוקרטיה.⁴⁸ זוהי תוצאה בלתי ראויה בעליל שיש להימנע ממנה. בג"ץ אימץ מזמן תוכנה זו, כנראה על סמך האינטואיציות הבריאות של שופטיו, וקבע כי מול עשיית הצדק, שיקולי יעילות אינם יכולים לעמוד.⁴⁹ כך היה גם בענייננו עת עוצב הוויכוח סביב זכות העמידה המסורתית כהתנגשות בין שיקולי יעילות לבין שיקולי צדק, חובת ההגינות של המנהל או זכותו של כל אדם שהרשויות תנהגנה על פי החוק.⁵⁰ המסקנה הנובעת מדיון זה היא שטיעון היעילות נידון לכישלון מלכתחילה. אפילו היה נכון מבחינה אמפירית, מבחינה נורמטיבית היה טיעון זה רעוע ביותר. טיעון היעילות

- תועלתניים המצויים ברקע הפוליטי של המשטר הדמוקרטי. ראו: R. Dworkin "Rights as Trumps" *Theories of Rights* (J. Waldron ed., New York, 1984) 153, 164.
- 47 ראו לדוגמה: H.L.A. Hart "Between Utility and Rights" *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford, 1983) 198. ראו בעניין זה גם גישתו של הרסניי (Harsanyi), המאמצת שיה של זכויות למרות היותה מבוססת על תפיסת העולם התועלתנית: J.C. Harsanyi "Rule Utilitarianism, Equality, and Justice" 2 *Social Philosophy & Policy* (1985) 114.
- 48 עם זאת, ניתן היה לטעון כי ההתנגדות האמורה לתפיסה התועלתנית אינה ישימה לענייננו בנוגע לזכות העמידה המסורתית. זכות העמידה המסורתית מותנית בקיומם של זכות או אינטרס לגיטימיים של העותר. מכיוון שהעותר אינו יכול להצביע על פגיעה בזכות או באינטרס שלו, לא ניתן לטעון כי אין לקחת את השיקול התועלתני בחשבון. הוזה אומר, מכיוון שאין פגיעה באינטרס או בזכות, לא ניתן לומר כי השיקול התועלתני שבבסיס זכות העמידה המסורתית אינו שיקול לגיטימי. אך ראו דיון בטקסט להלן.
- 49 ראו לדוגמה המר' 464/65 עוזר נ' הי"מ, פ"ד יט(4) 31, שבו קבע השופט ברנזון כי החשש מפני הצפת בית המשפט ופגיעה בעבודתו התקינה נסוג מפני עשיית הצדק. ניתן למצוא ביטוי לעדיפותם של שיקולי צדק על פני שיקולי יעילות גם בסדרת החלטות חוקתיות שניתנו בעשור האחרון, ולפיה שיקולי יעילות כלכלית ניגפים אל מול ההכרה בצורך לממש זכויות יסוד המוגנות על ידי המשפט החוקתי. ראו דברי השופט מצא בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 114. השו"ב בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241.
- 50 השופט ברנזון בעניין ברי"שולם, לעיל הערה 18, בע' 803: "אין [...] לעשות את קיום שלטון החוק והמשל התקין במדינה אסקופה נדרסת או שעיר לעזאזל בשל העול הרובץ על בית- המשפט והחשש שמא יכבד עוד יותר אם נרחיב את פתח הכניסה אליו ואת בסיס העמידה בו לאזרחים"; השופט ח' כהן בבג"ץ 348/70 כפיר נ' המועצה הדתית של אשקלון, פ"ד כה(1) 685, 693 (להלן: עניין כפיר); "כשלעצמי, אין אני גורס הקפדה יתרה מצד בית-המשפט הגבוה לצדק בבדיקת ציצייות 'המעמר' של עותר השוטח עתירתו לפנינו; [...] לדירי, אין בית-משפט זה חושך עצמו מן הדין ופורך מעליו עול עשיית הצדק אלא אם ניתן לומר שיש בפניה אליו משום חשש שימוש לרעה בהליכי בית-המשפט, למשל בשל ניסיון ניצולם למטרות פוליטיות גרידא [...] ומסכים אני לדברי חברי הנכבד, אבי-בית-הדין, שגישתו של בית-המשפט לבקעה זו חייבת להיות תמיד 'אמפירית ולא נוקשה', ומצדי אוסיף: גמישה

כבסיס נורמטיבי לדוקטרינת המעמד המסורתית היווה שק חבטות נוח לתומכי הגישה החדשה. טיעון היעילות היה טיעון תוצאתני, במובן זה שהוא סמך את נכונות הגישה המסורתית למעמד בתוצאות הטובות הנובעות ממנה ובתוצאות הרעות שהיא חוסכת מאתנו. בכך הוא הרחיב את המתקפה על דוקטרינת המעמד המסורתית לשני מישורים מקבילים. במישור הראשון הוא אפשר למתנגדי דוקטרינת המעמד המסורתית לפקפק מבחינה אמפירית בתוצאות הנובעות ממנה. במישור השני, טיעון היעילות שימש כר נוח לשלילה נורמטיבית של דוקטרינת המעמד המסורתית על ידי שיוכה לתפיסת העולם התועלתנית. טיעון היעילות הפך מטיעון לטובת דוקטרינת המעמד המסורתית לטיעון המכין את הקרקע לנטישתה.

עתה ניתן לראות עד כמה רחבה וחריפה הייתה ההתקפה על דוקטרינת המעמד המסורתית. תומכי הגישה המסורתית נחשדו במניעת הצדק, באנכרוניזם, בפורמליזם חוקתי ובתפיסה תועלתנית גסה. נוכח התקפה חסרת תקדים זו על מה שנחשב בעבר למושכל ראשון, נטש בג"ץ למן שנות השמונים את הגישה המסורתית לזכות העמידה ויותר על דרישת המעמד כאשר הסכסוך נגע בשאלות חוקתיות, משפטיות או חברתיות נכבדות. במקרים אלה, העותר לא נדרש עוד להראות אינטרס אישי ומיוחד בתוצאות העתירה, והוכחה אינטרס משותף הספיקה.⁵¹ עתה, לאחר שעמדנו על אופייה של המתקפה על דוקטרינת המעמד המסורתית, ברצוני לשוב ולתהות אם קיים בסיס נורמטיבי לזכות העמידה המסורתית?

ונדיבה ולא קמוצה וקפדנית"; השופט ברק בעניין רסלר, לעיל הערה 3, בע' 468: "מן הראוי הוא למנוע [...] פניות סרק של עותרים טורדניים [...] עם זאת, אין בשיקול מעשי זה כדי להכריע את הכף. עומס עבודה של בית-משפט אסור לו שינעל את דלתות בית משפט לפני עותרים, המלינים על הפרה חמורה של החוק בעניין בעל אופי ציבורי". ראו גם סגל, לעיל הערה 2, בע' 171: "בכל מקרה: תהא ההשקפה בדבר סכנת ההצפה בעתירות אשר תהא, מדובר בשיקול חיצוני לעניין, שיקול מעשי, שחייב להיפתר בדרכים מעשיות". והוא ממשיך ומסביר שם, בע' 173, כי גם "האינטרס שביעילות המינהל ובגמישות מצדו אינו שקול בחשיבותו כנגד האינטרס שבהגינות המינהל ובפעולתו כדיון, שיכול להתחזק עליידי הכרה ב'עתירה ציבורית'". לניסוח הדילמה בענייננו כהתנגשות בין שיקולי יעילות לזכותו של הפרט ראו ברק, לעיל הערה 5, בע' 401: "במשפט הציבורי מוכרת זכותו של כל אדם לכך שהרשויות השלטוניות [...] ינהגו על-פי החוק. זכות זו מועגנת בתפיסה, שעל-פיה הרשות השלטונית קיימת למען האזרחים, ולא להיפך, שכן רשויות השלטון הן נאמן הציבור".

פסקי הרין המהווים ציון דרך חשוב בנטישת הגישה המסורתית לדוקטרינת המעמד הם בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429 (עתירה נגד החלטת שר הפנים שלא להפעיל את שעון הקיץ); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (עתירה נגד נשיא המדינה על החלטתו לחון אנשי שב"כ שהיו מעורבים בפרשת קו 300); בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1 (עתירה נגד החלטתו של שר המשפטים שלא להסגיר אדם למדינה אחרת). עם זאת, ניצנים לגישה הליברלית לזכות העמידה ניתן לזהות כבר באמצע שנות השבעים, ראו השופט ברנזון בעניין ברישלום, לעיל הערה 18, בע' 802.

ד. בזכותה של דוקטרינת המעמד המסורתית

אין חולק שדוקטרינת זכות העמידה המסורתית, בדומה למבחני סף אחרים, נועדה לווסת את זרם הפניות והעתירות המוגשות לבג"ץ. אך מהו בסיסה הנורמטיבי? טענתי תהיה כי פיתוחה של זכות העמידה המסורתית נעשה מתוך מחויבות עמוקה לצדק ולשלטון דמוקרטי. בהתאם לכך, אטען גם כי דוקטרינת המעמד המסורתית אינה מבוססת על כללים אנכרוניסטיים וודאי שאינה משקפת פורמליזם משפטי. טענות אלו עומדות בניגוד מוחלט לטענות מתנגדיה, אך, לדעתי, עיון מחודש בהתפתחותה של דוקטרינה זו ומרכיביה יוכיחן.

1. דוקטרינת המעמד המסורתית וטענות הפורמליזם והאנכרוניזם

זכרו של כלל זכות העמידה לא בא בהוראות סטטוטוריות רלוונטיות.⁵² פסק הדין הראשון שאימץ את זכות העמידה והעמידה על רגליה שלה היה עניין נוחימובסקי.⁵³ מר נוחימובסקי, עורך דין במקצועו, שנודע בריבוי העתירות לבג"ץ שהגיש בראשית ימי המדינה,⁵⁴ ביקש הוצאת צו על תנאי הדורש הפסקת הדיון במשפטו הפלילי של איסר בארי באשמת הריגה.⁵⁵ זאת עשה ביזמתו שלו כשהנאשם לא ייפה את כוחו להגיש בקשה זו. בג"ץ בחן אם מר נוחימובסקי הוא בכחינת "זר",⁵⁶ שאז אין לו זכות עמידה במשפט ואין על בג"ץ "להכנס לעצם עניין בקשתו".⁵⁷ בג"ץ הסתמך על ההלכה במשפט האנגלי, כפי שהתגבשה בפסיקה ענפה, ואימץ "כלל גדול",⁵⁸ כי על העותר בפניו להראות כי הזכות לדרוש מילוי החובה המשפטית הנדונה תהיה מצויה בידיו. מר נוחימובסקי, קבע בג"ץ, נכשל בהוכחת מעמדו והוכר כזר המתעבר על ריב לא לו. כך, בפסיקה המשתרעת על עמודים בודדים בלבד, תוך בחינה קונקרטי של טענות המבקש אחת לאחת לעניין הצווים המבוקשים,⁵⁹ וללא דיון עיוני מקיף בטעמיו של כלל העמידה, אימץ בג"ץ את אחד הכללים החשובים ביותר שהנחו את שיקול דעתו בהפעלת סמכותו עד שנות השמונים.⁶⁰

52 על שתיקת המחוקק לגבי דיני המעמד בישראל ראו סגל, לעיל הערה 2, בע' 37-44. ראו גם רובינשטיין, לעיל הערה 16, בע' 198; אמנון רובינשטיין "מעמד העותר בבג"ץ התובע שלילת זכותו של הזולת" הפרקליט כז (תשל"א) 499, 502.

53 עניין נוחימובסקי, לעיל הערה 11.

54 ראו אליקים רובינשטיין שופטיאריץ: לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל (1980) 60.

55 הרקע העובדתי לעתירה בעניין נוחימובסקי הוא פרשת הוצאתו להורג של מאיר טוביאנסקי באשמת בגידה. פרשה זו הסעירה את המדינה בימיה הראשונים וגרמה לזעזוע עמוק. ראו ש' טבת "כיתת יורים בבית ג'וז" בית המשפט: המישים שנות שפיטה בישראל (תשנ"ט) 30.

56 עניין נוחימובסקי, לעיל הערה 11, בע' 8.

57 שם, שם.

58 שם, שם.

59 בדומה לכך נכשל מר נוחימובסקי להיכנס לאחד החריגים לכלל העמידה שבהם יינתן צו נגד רשות שלטונית גם על פי בקשת "זר". שם, בע' 8-12.

60 סגל, לעיל הערה 2, בע' 48.

הגם שאין ספק כי השורשים של זכות העמידה אכן מצויים במשפט המקובל, תהיה זאת טעות להתייחס לדוקטרינה זו כאל כלל אנכרוניסטי, שריר לגישה נוקשה, טכנית וקפואה שלא הוגשה לבחינה רציונלית ומקורה ב"חטא הקדמון" שבעניין נוחימובסקי. דוקטרינת המעמד התפתחה בפסיקת בג"ץ כיצירה ישראלית עצמאית, המהווה "משפט מקובל נוסח ישראל",⁶¹ "כשבית המשפט, ביסודם של דברים, משוחרר מהשפעתם של משפטים זרים".⁶² למעשה, בג"ץ עצמו אינו נוטה עוד לציין כי בסיסו של הכלל במשפט המקובל האנגלי. יש שופטים שאף התבטאו, כי הכלל קיים "מאז ומתמיד",⁶³ כי הוא מבוסס על מסורת "עתיקת יומיו",⁶⁴ וכי הוא משום מושכל ראשון. אך אין מדובר בכלל שקפא על שמריו. נהפוך הוא. דיוננו בפרק הקודם הבהיר כי דוקטרינת המעמד המסורתית היא תוצר של התפתחות איטית והדרגתית של עשייה משפטית, שלה תרמו דורות שלמים של משפטים. מכאן שלגישתי, יש להבין את דוקטרינת זכות העמידה כמייצגת גישה "ברקיאניסטית" למוסדות משפטיים. אדמנד ברק (Burke), תאורטיקן בריטי במאה השמונה-עשרה, יצא נגד הלכי הרוח שאפיינו את תקופת ההשכלה, שלפיהם רק התבונה ובחינה רציונלית עיונית מופשטת יכולות לתת הכשר למוסדות קיימים.⁶⁵ לפי ברק, למוסדות הקיימים פרק זמן ממושך יש סיבה ותכלית הטבועות במהותם וחכמה קיבוצית המתגלמת בהם. מה שמשנה בדוקטרינת המעמד אינו תאוריה חוקתית נוצצת העומדת בבסיסה, נקודה שאחזור אליה בהמשך, אלא התבנית של החלטות קונקרטריות שניתנו לאורך שנים ועשורים ומגלמות צובר היסטורי של ניסיון, התנסות ותבונה מעשית.

בדומה, יש להטיל ספק גם בטענה כי דוקטרינת המעמד המסורתית משקפת תפיסה פורמליסטית למשפט. למונח "פורמליזם משפטי" שימושים מקובלים רבים, אך בעיקרו הוא מזוהה עם פרשנות נוקשה ודוקטרינרית של טקסטים משפטיים, ניתוקן של הכרעות משפטיות מהכרעות ומשיקולים מוסריים ופוליטיים,⁶⁶

61 שם, בע' 51.

62 שם, שם.

63 עניין ברי-שלום, לעיל הערה 18, בע' 806.

64 שם, שם.

65 אדמנד ברק מחשבות על המהפכה בצרפת (תשנ"ט) 29-30, 50-51. על משנתו המדינית של ברק ראו גם ש' אבינרי רשות הרבים: שיחות על מחשבה מדינית (2002) 128-135; וגם א' קריסטול "האוטופיזם העתיק והמורדני" מחשבות על השמרנות החדשה (תשס"ה) 80, 88. ליישום גישתו והשקפותיו של ברק במשפט החוקתי ראו: A. M. Bickel *The Morality of Consent* (New Haven, 1975) 11-25; B. Ackerman *We the People: Foundations* (Cambridge, Mass., 1991) 17-24.

66 ראו לדוגמה מאוטנר, לעיל הערה 5. הפורמליזם המשפטי, כפי שמאוטנר מגדירו, מושתת על ארבעה עיקרים שהמרכזי שבהם הוא ניתוקה של ההכרעה המשפטית מהכרעות פוליטיות ומוסריות. לשון אחר: לפי הפורמליזם המשפטי, ההליך השיפוטי והחלטות משפטיות אמורים להיות מנותקים משיקולים ערכיים מהותיים בנוגע למוסר, לפוליטיקה או לכלכלה. בהתאם, נדרשים שופטים, לפי תפיסה זו, להיות מונחים על ידי ההיגיון הפנימי של המערכת המשפטית בלבד.

והיצמדות לכללים פורמליים.⁶⁷ בהודמנות אחרת הטלתי ספק בטיעונו של פרופ' מאוטנר בדבר מרכזיותו של הפורמליזם המשפטי בפסיקת בית המשפט העליון בעשורים הפורמטיביים של מדינת ישראל בתחום המשפט החוקתי. טענתי כי מודל הפורמליזם המשפטי אינו מסביר כהלכה את הדרך שבה קידם בג"ץ צדק, דמוקרטיה וזכויות אדם בתקופת קום המדינה.⁶⁸ עיון בדוקטרינת המעמד המסורתית והתפתחותה יראה כי גם היא אינה משקפת פורמליזם באף לא אחד מהמובנים המקובלים. למן היוולדה בחר בג"ץ שלא לדרוש הוכחה של זכות חוקית המצויה בספר החוקים הפורמלי לשם הענקת מעמד בפניו.⁶⁹ בהתאם, הוענק מעמד גם בשל פגיעה בזכויות שאינן כתובות עלי ספר, וגם כאשר החוק לא הטיל חובה פורמלית כלפי העותר. טשטוש התחומים בין משפט למוסר בזכות העמידה המסורתית הגיע לשיאו בהלכה בעניין בהן, עת קבע בג"ץ כי די לו לעותר להסתמך על אינטרס לגיטימי על מנת להקנות לו זכות ומעמד. הכרה דה פקטו באינטרס לגיטימי – שקשת רחבה של עניינים שונים, ובכלל זה זכויות ושיקולים מוסריים, יכולה לכוננו, כמקנה מעמד וסעד – היא שהובילה ליצירת זכויות משפטיות חדשות. תהליך זה היה אנטי-פורמליסטי בעיקרו, משום הכרתם ומודעותם של שופטי בג"ץ בכך "[שזכויות, שלא בא זכרון בשום הוראה משפטית [...]] בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין".⁷⁰ זאת ועוד, אף שבבסיס דוקטרינת המעמד המסורתית היו כמה כללים משפטיים, לא חשש בג"ץ לסטות מכללים אלה חדשות לבקרים, תוך יצירת פרקטיקת חריגים ענפה כאשר הדבר נראה לו מוצדק.⁷¹ אם פורמליזם משפטי משמעו היצמדות לכללים, הרי שדוקטרינה משפטית המאפשרת סטייה מכללים בנסיבות מגוונות ככל ששופטי בג"ץ מצאו לנכון, והמעודדת ומאופיינת על ידי סטייה כזו, אינה מייצגת פורמליזם משפטי.

2. המחלוקת באשר לבסיסה הנורמטיבי של דוקטרינת המעמד המסורתית

הדיון לעיל מראה כי דוקטרינת המעמד המסורתית אינה אנכרוניסטית ואינה משקפת פורמליזם משפטי. אך עדיין נותרת פתוחה השאלה: מהו בסיסה הנורמטיבי? למעשה, שאלה זו אינה חדשה כלל. אחת המחלוקות החריפות שהתגלעו לאורך השנים בין שופטים ומשפטנים היא מקורם של כללי הסף בכלל

67 ראו: F. Schauer "Formalism" 97 *Yale L. J.* (1988) 509. על פי Schauer, בגרעין התפיסה הפורמליסטית ניצבת ההנחה כי ההחלטה המשפטית צריכה להיות בהתאם לכלל. ראו י' שגב "הדילמה הנורמטיבית של הביקורת השיפוטית בישראל – בחינה מחודשת" מאזני משפט ג (תשס"ד) 303.

68 ראו דיון לעיל בפרק ב'.

69 עניין בהן, לעיל הערה 14, בע' 1027.

71 ראו גם פרוש, לעיל הערה 5, בע' 470.

ושל זכות העמידה בפרט. מחד גיסא, היו שחשבו כי "המבחן הנכון [...] לעניין זכות העמידה בבית-משפט זה [כלומר, בבג"ץ], אינו אלא מה שהצדק מחייב".⁷² מאידך גיסא, היו שטענו כי כללי הסף, ובכלל זה דוקטרינת המעמד, "יותר מאשר הם משקפים צדק מופשט, נותנים ביטוי לצרכים מעשיים של מערכת המשפט".⁷³ זאת ועוד, כי "ביסודו של דבר, הפעלת שיקול דעת שלא לדון הינה אות לריסון עצמי ולהתאפקות שיפוטית [...] גישה זו פועלת, למעשה, כנגד העותר וקשה לומר שהיא משקפת [...] צדק מופשט".⁷⁴ אמנם ניתן למצוא בהלכה הפסוקה התבטאויות מוקדמות לכאן ולכאן,⁷⁵ אולם עד שנות השבעים לא ניסה בג"ץ לתהות בשיתיות ולעומק על שורשיה הנורמטיביים של זכות העמידה. במקום זאת, הפגינו שופטי בג"ץ מחויבות מרשימה לכללי זכות העמידה ולפיתוחה של פרקטיקת חריגים, כשסוגיית בסיסם הנורמטיבי זכתה על פי רוב להתעלמות או להתייחסות לקונית מצד שופטי בג"ץ. הסיבה לאסטרטגיה שיפוטית זו נתבהרה במהרה, ויהיה בה גם כדי להסביר את גישתו של בג"ץ לדוקטרינת המעמד המסורתית בכללותה. תחילה אדרש להבהיר את סלע המחלוקת באשר לבסיס הנורמטיבי של דוקטרינת המעמד וטיבה, ורק לאחר מכן אסביר כיצד התמודד בג"ץ עם מחלוקת זו.

פרופ' זמיר, שהוביל את המתנגדים לביסוסם של כללי הסף על טעמי צדק, כתב במאמרו הנודע "על הצדק בבית-המשפט הגבוה לצדק":

"הצדק, כידוע, הרבה פנים ומובנים לו. אחד מהם אפשר לקרוא לו המובן המשפטי, והוא קובע רק זאת, שאת החוקים יש להפעיל ולהחיל, כפי משמעותם, באורח שוויוני וללא הפליה. במובן זה נוהג הצדק בכל בית משפט [...] שאר המובנים של הצדק מתייחסים לא לדרך ההפעלה אלא לתוכנם של הכללים. מובנים מהותיים אלה אין אחד מהם נכון או אמיתי יותר מן האחרים. יש האומר,

72 דברי השופט ח' כהן בעניין התאחדות הברות לביטוח חיים, לעיל הערה 16, בע' 238, וראו גם דברי השופט זוסמן, שם, בע' 234: "אנו מכירים בזכות העמידה של בעל-ידיו כל אימת שיש בידו להראות שהתערבותו דרושה למען עשיית הצדק"; השוו עניין בהן, לעיל הערה 14, בע' 1028: "כאשר התערבותו דרושה למען עשיית הצדק, די לו לאורה בהסתמכו על אינטרס לגיטימי בעשיית הפעולה הנדרשת מהשלטון או באי עשייתה, כדי להקנות לו זכות ומעמד לבוא ולשפוך לפנינו את תחינתו"; ראו גם פרוש, לעיל הערה 5, בע' 467. עם זאת, יש לציין כי פרוש מתנגד לטענה כי כלל האינטרס האישי והמיוחד שהנו חלק בלתי נפרד מדוקטרינת המעמד המסורתית, מבוסס על טעמי צדק. שם, בע' 469.

73 זמיר, לעיל הערה 1, בע' 225. לעמדה דומה ראו מ' לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292, 303.

74 סגל, לעיל הערה 2, בע' 53.

75 כך בעניין בהן, לעיל הערה 14, בע' 1027, 1028, מאמץ בג"ץ את הטענה כי המבחן לזכות העמידה הוא מה שהצדק מחייב. לעומת זאת, בבג"ץ 65/51 ז'בוטינסקי נ' ויצמן, נשיא מדינת ישראל, פ"ד 801, 813, שנגע בסוגיית השפיות, מבחן סף אחר הוזה לרוב בחשיבותו למבחן המעמד, נקבע כי "אין לשאוב את התשובה לשאלה, מה הם העניינים שהנהלת הצדק דורשת הכרעה בהם, מן הים הגדול של יחסים פילוסופיים, דתיים ומוסריים, כי זה ירחיק את התחומין לכל דבר הדרוש לתיקון העולם".

לדוגמא, כי צדק הוא שלכל אדם ינתן כפי צרכיו, ויש האומר כי צדק הוא שלכל אדם ינתן לפי מעשיו. הבחירה בין מובנים אלה, או בין מובנים אחרים של הצדק, לא יכול להיות לה בסיס בניתוח הגיוני או במבחן מדעי [...] כל תשובה שתינתן אפשר להסכים או להתנגד לה, על פי הנטייה האישית, אך אי אפשר להתווכח עמה. לשון אחרת, התשובה אינה נובעת מכללים ואינה ניתנת לביקורת על-פי כללים, ולכן יש בה משום שרירות. מטעם זה מקובל לומר כי בית משפט, אשר תפקידו להחיל כללים משפטיים, אין זה ראוי שיפסוק על-פי הצדק, במובן מהותי שלו.⁷⁶

לכן המליץ פרופ' זמיר כדלקמן:

"הדיבורים על צדק, בפסקי הדין של בג"צ, מוטעים ומטעים. ומכאן המסקנה כפולה: רצוי היה כי המחוקק, כדי לסלק את מקור הטעות, יתקן את סעיף 7 של חוק בתי המשפט בדרך של השמטת הצדק הן משמו של בית המשפט והן מתיאור סמכותו; ועל כל פנים, גם לפני שיתוקן הסעיף, ראוי שבג"צ יישמר מפני הטעות וימנע מלדחות עותרים מעל פניו בשם הצדק".⁷⁷

הסבר אפשרי לסלידתם של פרופ' זמיר ואחרים מהכללתם של טעמי צדק במבחני הסף של בג"ץ הוא כי הם מאמינים שצדק הוא דבר יחסי בלבד, וכי אין תשובות נכונות בכל הנוגע לצדק. כלומר הם שוללים את "התזה הראליסטית" שלפיה יש הכרעות מוסריות שהן נכונות אובייקטיבית, ואילו הכרעות אחרות הן שקריות אובייקטיבית. נראה כי הם מקדמים תזה חלופית, המכונה "התזה האנטי-ראליסטית", שלפיה הכרעות מוסריות הן תוצאה של העדפות אישיות וערכים אישיים בלבד.⁷⁸ הם דוחים את דרך הפרשנות המבקשת לבסס את מעמדו של העותר בפני בג"ץ על טעמי צדק משום שברצונם לבודד את אובייקטיביות החוק מהיעדר האובייקטיביות המיוחסת להכרעות מוסריות ופוליטיות בנוגע למושג הצדק. במילים אחרות, ניתן להבין את עמדתם של פרופ' זמיר ואחרים בענייננו כטענה שלפיה מעמדו של העותר לא צריך להיקבע על פי סטנדרטים סובייקטיביים לחלוטין. ניתן לפרש את התנגדות השופט אשר בעניין ברי-שלום להעמדת דוקטרינת המעמד על טעמי צדק כנשענת על תזה אנטי-ראליסטית מעין זו:

"משמעותה המעשית של הגישה המוצעת היא החלפתו של המבחן האובייקטיבי הקיים במבחן סובייקטיבי מובהק. אם עד כה ידעו העותרים שאין מקום לפנייתם אלא אם יראו אינטרס אישי ממשי

76 זמיר, לעיל הערה 1, בע' 221.

77 שם, בע' 223-224.

78 ראו: J. Waldron *Law and Disagreement* (Oxford, 1999) 165. השו' בעניין זה לעמדתו של זמיר, לעיל הערה 1, בע' 221, 224.

בתוצאות הדיון, הרי מעתה יישארו ללא משענת של הלכה קבועה. כל הפונים אל בית-המשפט הגבוה לצדק משוכנעים שפנייתם רצינית וענינם צודק, ואילו מה תהיה הערכתו של בית-המשפט בנדון זה לא יוכלו לנחש – בהעדר מבחן ממשי".⁷⁹

אך עמדה זו, שאין הכרעות מוסריות הנכונות אובייקטיבית ואילו אחרות שקריות אובייקטיבית, אינה נקייה מספקות, ומצויה תחת מחלוקת. מלומדים רבים מאמינים כי קיימות הכרעות מוסריות נכונות ואילו אחרות שקריות, וכי הכרעות אלו הן נכונות או שקריות ללא קשר לאמונותיהם של אנשים לגבי הנושאים על הפרק.⁸⁰ העובדה שקיימות מחלוקות לגבי תוכןן של הכרעות מוסריות אלו, אין משמעה היעדר קיומן של תשובות נכונות ואובייקטיביות. בדומה לכך, עצם קיומן של מחלוקות אינו מוביל למסקנה כי כל העמדות וההשקפות הללו בנוגע לצדק ולטעמיו מתקבלות על הדעת באותה מידה. חלק מהעמדות ומההשקפות לגבי מושג הצדק הן יותר הגיוניות או סבירות מאחרות. לכן, לדעתי, עלינו להיות פתוחים לאפשרות שהכרעות מוסריות מסוימות הן נכונות ואילו אחרות שקריות, וכי קביעת מעמדו של העותר, כל עוד היא נסמכת על טעמי הצדק הנכונים, היא ראויה.

עם זאת, אין זה ברור כלל ועיקר כי למחלוקת בנוגע לקיומן של סטנדרטים אובייקטיביים של צדק יש השלכות לגבי המשפט החוקתי בכלל או לגבי זכות העמידה בפרט.⁸¹ הכיצד? בעוד שיש הטוענים, כמו לדוגמה השופט אשר בעניין ברישלום, כי דוקטרינת המעמד המסורתית מייצגת גישה אובייקטיבית, ועל כן הם מבקשים לשלול את מעמדם של טעמי צדק כלליים במסגרתה, והרי שמלומדים, כמו פרופ' סגל, טוענים כי דוקטרינת המעמד המסורתית מייצגת דווקא גישה סובייקטיבית.⁸² לגישתם, הגישה הליברלית לזכות העמידה, התולה את מעמדו של העותר בקיומו של "אינטרס [...] משותף לו לציבור בכללו",⁸³ היא הגישה האובייקטיבית. על פי הגישה הליברלית, מעמדו של עותר מתנה בקיומו של אינטרס ציבורי הראוי לאכיפה שיפוטית, אינטרס החיצוני להעדפותיו ולרצונותיו הסובייקטיביים של אותו פרט. הגישה המסורתית לזכות העמידה, לעומת זאת, תולה את מעמדו של העותר בקיומו של אינטרס אישי ופרטי, ולכן מייצגת גישה סובייקטיבית. קיומו של אינטרס פרטי ואישי הוא פועל יוצא של העדפות פרטיות ורצונות סובייקטיביים של הפרט העותר לבג"ץ. אך הבחנה זו מקורה בטעות. כפי שהסביר פרופ' וויליאם פלטר (Fletcher), מבחני הפגיעה באינטרס אישי, מיוחד וממשי לא ניתנים ליישום ולהפעלה בצורה עובדתית גרידא, אלא דורשים אימוצה של אמת מידה נורמטיבית חיצונית הבוחנת את

79 עניין ברישלום, לעיל הערה 18, בע' 807-808.

80 R. Dworkin "Objectivity and Truth: You'd Better Believe It" 25 *Philosophy & Public Affairs* (1996) 87. ראו גם: Waldron, *supra* note 78, at p. 164.

81 ראו גם: דיונו של וולדרון לגבי ראליוז מוסרי או אנטידראליוז והשלכותיהם על הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית: Waldron, *supra* note 78, at p. 184.

82 ראו סגל, לעיל הערה 2, בע' 6-8.

83 שם, בע' 6.

מידת הלגיטימיות של טענתו של העותר כי אינטרס שלו נפגע.⁸⁴ אלמלא אימוצה של אמת מידה נורמטיבית חיצונית ואובייקטיבית, שהנה בלתי תלויה בתחושותיו וברצונותיו הסובייקטיביים של העותר, יצטמצמו מבחני האינטרס הלגיטימי האישי, המיוחד והממשי לבחינה טריוויאלית בדבר כנות טענותיו של העותר על פגיעה באינטרס שלו. להוציא מקרים שבהם העותר משקר לגבי תחושותיו בדבר פגיעה באינטרס שלו, יוכר מעמדו של כל עותר החש נפגע ממעשי הרשות – גם אם תחושה זו היא סובייקטיבית לחלוטין. פרשנות זו לדוקטרינת המעמד המסורתית אינה נכונה, כי קביעת מעמדו של עותר כבג"ץ מעולם לא הייתה פונקציה של תחושותיו הסובייקטיביות של העותר אלא נגזרת של קביעה שיפוטית שהאינטרס שלו לגיטימי וראוי לבחינה שיפוטית. פועל יוצא של ניתוח זה הוא שלשאלה אם קיימים סטנדרטים אובייקטיביים של צדק, אין בכלל השלכה על עמדתנו בנוגע להכללתם של טעמי צדק בדוקטרינת המעמד. אם התזה הראליסטית נכונה, הרי שאמונות (Beliefs) השופטים לגבי מהו אינטרס הראוי לבחינה שיפוטית מתנגשות באמונות העותר כי האינטרס שלו ראוי לבחינה שיפוטית. אם התזה האנטי-ראליסטית נכונה, הרי שעמדות (Attitudes) השופטים לגבי מהו אינטרס הראוי לבחינה שיפוטית מתנגשות בעמדות העותר כי האינטרס שלו ראוי לבחינה שיפוטית. הבעיה אינה אם יש סטנדרטים אובייקטיביים של צדק שניתן להיעזר בהם על מנת להכריע בשאלה אם לעותר יש אינטרס הראוי לבחינה שיפוטית, אלא המחלוקת בין שופטים לעותרים לגבי עצם קיומו של אינטרס הראוי להגנה שיפוטית.

תובנה זו יכולה להוביל אותנו לפרשנות שונה לעמדתם של המתנגדים לביסוסה של דוקטרינת המעמד על טעמי צדק. ייתכן שעמדתם אינה מונעת על ידי יחסיות מוסרית או סקפטיציזם לגבי הצדק עצמו, אלא על ידי ספקות בנוגע ליכולתם של שופטים לזהות ולהכיר את אותם סטנדרטים אובייקטיביים של הצדק. כאשר עמדתם מנוסחת בדרך זו, היא מטילה ספקות בנוגע ללגיטימיות הפוליטית של החלטות המבססות את מעמדו של העותר על אמונותיהם של השופטים לגבי דרישות הצדק ולא על אמונותיהם של המחוקקים או על אמונותיו של הציבור הרחב.⁸⁵ הטיעון יהיה כדלקמן: לשופטים יש רק אמונות לגבי דרישות הצדק. אין שום ביטחון אינהרנטי כי אמונותיהם של השופטים לגבי דרישות הצדק הן נכונות יותר מאשר אמונותיהם של אזרחים או מחוקקים לגבי דרישות הצדק. לכן אין להעדיף את אמונותיהם של המעטים (השופטים) על פני אמונותיהם של הרבים (אזרחים ומחוקקים). הבעייתיות שבהסתמכות על אמונות שופט זה או אחר בקביעת מעמד העותרים אל מול (vis-à-vis) אמונות הציבור כולו, משתקפת מדברי השופט ויתקון בעניין ברישלום:

84 ראו: W. Fletcher "The Structure of Standing" 98 *Yale L. J.* (1988) 221, 221-223.

85 למעשה, בתחילת מאמרו, מעלה זמיר טענה שניתן לפרשה כמטילה ספק בלגיטימיות הפוליטית של השימוש בטעמים של צדק. זמיר, לעיל הערה 1, בע' 212.

"שמא יש בכל זאת מקום לצמצם את ההלכה ולהעמידה על שיקולי צדק, מוסר ואינטרס ציבורי? אין אני גורס ומעולם לא גרסתי כך [...] הדבר הנראה לי גרוע מהכל הוא שההכרעה, אם להיעתר למי שחסר זכות עמידה, תהא תלויה במהות הנושא ובהתרשמותנו הראשונית מהעתירה. האם באמת אפשר לקבוע כלל, שניזקק לעתירה ובלבד שהשערוריה גדולה או שמעורבים בה אנשים רמי-מעלה או שכרוכים בענין היבטים פוליטיים-מפלגתיים המעוררים את דעת הקהל, ושככל מקרה אחר נשיב את פני האזרח ריקם? ומה קנה-העמידה והיכן יהא הגבול? בתוך עמנו אנו יושבים וקל לי לשער, כיצד יהא הדבר תלוי בטעמו של כל שופט ושופט. סבורני אפוא שכל עוד אין בידי העותר להצביע על ענין לגיטימי אישי שנפגע (או עלול להיפגע), מוטב שלא נהפוך את הזירה השיפוטית לבמה לוויכוחים ציבוריים".⁸⁶

פרשנות נוספת לעמדתם של המתנגדים להכללת טעמים של צדק במבחני הסף היא שמהלך פרשני הפונה למקורות מוסריים ופוליטיים חותר תחת ערכים של יציבות, ודאות ויעילות.⁸⁷ בג"ץ, בדומה למוסדות חברתיים אחרים, נדרש לקדם ערכים אלו. הכללת שיקולים מוסריים בהכרעות באשר למעמדם של עותרים הופכת הכרעות אלו לבלתי צפויות, מכיוון שלכל שופט תפיסות עולם שונות על דרישות הצדק. זאת ועוד, שימוש במונחים עמומים, כגון "צדק" ו"טעמי צדק", מערפל את החשיבה ומונע מאתנו לחשוב בהירות ולבצע חישובי מדיניות מדויקים.⁸⁸ הקריטריונים של יעילות ותועלת, שנדונו בפרק הקודם, מציעים לנו דרך חלופית שהיא מדעית וברורה להנחיית שיקול הדעת של בג"ץ מתי להשתמש בסמכותו. בהתאם, דוקטרינת המעמד אינה ביטוי לתפיסת צדק זו או אחרת, אלא נובעת מהצרכים המעשיים של בג"ץ לייעול את הדיון בפניו ולמנוע הצפת בית המשפט בעתירות סרק שיביאו לבזבוז זמן שיפוטי יקר.⁸⁹

ניסוחה מחדש של שאלת כסיסה הנורמטיבי של דוקטרינת המעמד במונחים של התנאים הנחוצים לשם יצירת לגיטימיות פוליטית (צדק, לגיטימיות דמוקרטית, יציבות ויעילות) עשוי לספק לנו מפתח בפענוח הטעמים שמנעו בשיטתיות התדיינות בנושא עד שנות השבעים. הקושי שעמו התמודדו שופטי בג"ץ לא היה רק אם קיימות הכרעות מוסריות הנכונות אובייקטיבית, בעוד שאחרות הן שקריות אובייקטיבית, אליהן יכול בית המשפט לפנות על מנת לקבוע את מעמדו של העותר לפניו. הקושי לא התמצה גם בשאלה אם על בית המשפט הגבוה לצדק לקדם יציבות או יעילות. הקושי בעיקרו היה חילוקי הדעות לגבי מהות הצדק, הערכים והמטרות הנחוצים לשם רכישת לגיטימיות פוליטית.

86 עניין ברישלומו, לעיל הערה 18, בע' 805-806.

87 ראו לנדוי, לעיל הערה 73, בע' 303.

88 טיעון מעין זה מעלה בנתאם נגד חסידי הצדק, המשפט הטבעי והזכויות הטבעיות ראוו: J. Bentham "Anarchical Fallacies" *Collected Works of Jeremy Bentham* (London, 1968) 491.

89 ראו זמיר, לעיל הערה 1, בע' 225.

התנגדותם של זמיר ואחרים לביסוסם של מבחני הסף על טעמי צדק נגזרת מההכרה בקיומם של חילוקי הדעות לגבי מושג הצדק. לאור הכרה זו, מצביע זמיר על הטבע הבעייתי שבשימוש בקריטריונים המבוססים על הכרעות מוסריות בקביעת מעמדו של העותר בפני בג"ץ. זמיר מאמין כי אסור לבסס את דוקטרינת המעמד על קריטריונים מעין אלה, מכיוון שהדבר אינו אובייקטיבי, אינו דמוקרטי ומכיוון שיש בכך כדי לחתור תחת ערכים של יציבות, ודאות ויעילות. לעומת זאת, פרופ' פרוש, לדוגמה, נוקט עמדה הפוכה לזו של זמיר. לגישתו, היה רצוי להשתמש ב"שיקולי צדק" ובהכרעות מוסריות בקביעת מעמדו של העותר בפני בג"ץ, הדבר היה לגיטימי מבחינה דמוקרטית וקידם יציבות במובן הראוי.⁹⁰ לכן יש להשקיף על התנגדותו של זמיר לביסוסם של מבחני הסף על טעמי צדק כחלק בלתי נפרד מחילוקי הדעות לגבי התנאים המבססים את הלגיטימיות של מוסדותינו הפוליטיים. לעומת פרוש, החושב שביסוסם של מבחני הסף על אדני הצדק הנו רעיון טוב, זמיר מאמין כי מדובר ברעיון גרוע.

לדעתי, השאלה החשובה אינה רק בידי איזו מהעמדות המובאות לעיל מצויה האמת, אלא אם נחוץ כי בג"ץ יכריע במחלוקת סביב בסיסה הנורמטיבי של דוקטרינת המעמד המסורתית. לא זאת אף זאת. גם אם התשובה לשאלה זו חיובית, כלומר שיש הכרח של ממש כי בג"ץ יכריע במחלוקת, בכל זאת יש לבחון מהי הטקטיקה השיפוטית הראויה לפתור סכסוכים מעין אלו. הכרה באופי הבלתי פתיר של שאלות בנוגע לצדק וללגיטימיות של מוסדות במדינה דמוקרטית, או לפחות הכרה במורכבותן, עשויה להוביל אותנו למסקנה כי הרשות השופטת אינה יכולה לענות על שאלות מעין אלו בצורה פוללת. קרוב לוודאי ששופטי בג"ץ אף האמינו כי אין זה רצוי. כאן טמונה בעצם התשובה לשאלה מדוע התחמק בג"ץ עד שנות השבעים מהכרעה ברורה בסוגיית בסיסה הנורמטיבי של זכות העמידה. ניסיון ליישב את המחלוקת האמורה היה מצריך התמודדות ישירה וכוללת בנוגע למהות תפיסת הצדק שעליה נשענים מבחני הסף ובכלל זה זכות העמידה. הטקטיקה שנקט בג"ץ, הלכה למעשה, בנוגע להכחלתם של טעמי צדק במבחני הסף ובמסגרת שיקול הדעת השיפוטי בכלל הייתה לסייגם למקום שבו העותר קובל על עוול פרטי. שימוש בטעמי צדק הוא לגיטימי כל עוד הוא נעשה בהקשר של צדדים מידיים ופרטיים לסכסוך:

"בדרך כלל לא יהיה מנוס מזה [מלהיזקק למושג או מושגים של צדק בהכרעה בשאלת חוקיותה של החלטת המנהלית], אם רצונו של בית-המשפט למנוע גרימת עוול פרטי לאזרח הקובל בפניו [...] אולם, אם החלטה שכזאת מותקפת על-ידי מי שקובל אך על פגיעתה באינטרס ציבורי-קולקטיבי [...] כי אז מוטב [...] שלא להכיר בזכות עמידתו של הלה ולהניח לו לבקש את תיקון העוול הציבורי, שהוא בא לקבול עליו, דרך הצינורות המינהליים והפוליטיים".⁹¹

90 פרוש, לעיל הערה 5, בע' 495-497.
91 עניין מירון, לעיל הערה 19, בע' 353.

במקום אימוצה של תאוריה כוללת לגבי בסיסה הנורמטיבי של דוקטרינת המעמד, בחר בג"ץ לבסס את החלטותיו על כללים צרים ושטחיים ועל פרקטיקת חריגים ענפה. בית המשפט נימק את החלטותיו בכך שתפקידו בתחום המשפט הציבורי היה לפתור סכסוכים בין אזרחים לרשות. אם העותר אינו יכול להוכיח כי ברשותו אינטרס מיוחד ואישי בסכסוכו עם הרשות, בית המשפט לא יסייע לו, מכיוון שבית המשפט אמון על פתרוןם של סכסוכים משפטיים ולא על תיקונו של צדק כללי. היטיב לבטא עמדה זו השופט זוסמן (כתוארו אז) בעניין התאחדות חברות לביטוח:

"אנו מכירים בזכות העמידה של בעל-דין כל אימת שיש בידו להראות שהתערבותו דרושה למען עשיית הצדק [...] אימתי ניתן לומר שהתערבותנו דרושה לשם עשיית צדק? על כך אשיב, בראש וראשונה, על דרך השלילה, ואומר, כי לא נשמע עתירתו של אדם הקובל על שהרשות נהגה שלא כדיון, אם אין בידו להראות, מדוע דוקא הוא ולא אחר, יבקש תיקון המעוות. כי זאת לדעת, בית-המשפט לא הוסמך לשקוד על קיום החוק ועל מניעת עוול באורח כללי. לא זו מלאכת השופט, ואין אנו מכירים ב'תביעה ציבורית' [...] תפקידו של בית-משפט זה הוא ליתן סעד למי שקופח"⁹².

3. הטעמים שמאחורי כללי דוקטרינת המעמד המסורתית

הדיון לעיל מסביר מדוע וכיצד התחמק בג"ץ ממתן תשובה ברורה ומפורשת לבסיסה הנורמטיבי של זכות העמידה, אך כיצד יש בדיון זה בכל זאת תשובה לגבי טבעם של דוקטרינת המעמד המסורתית וכלליה? במילים אחרות, השאלה שאת תשובתה אנו מחפשים לכאורה נותרה עדיין ללא מענה: מדוע אומצו כללי המעמד? להלן אטען כי אימוצם של כללים אלה היה משום המשך ישיר לחוסר נכונותו של בג"ץ לפתור את חילוקי הדעות המופשטים לגבי מושג הצדק ולגבי תנאי הלגיטימיות של מוסדות פוליטיים ומשפטיים במדינה דמוקרטית. עם זאת, כללים אלה בכל זאת משקפים מחויבות עמוקה לצדק ולשלטון דמוקרטי. מלומדים, שופטים ועורכי דין מכירים כולם בעובדה שבית המשפט העליון כורע בנטל התיקים והעתירות. אך, כאמור, איננו צריכים לחפש אחר ההצדקה לכללי דוקטרינת המעמד המסורתית על בסיס עובדה זו. במקום זאת, עלינו לחקור מהם הגורמים למצב הדברים האמור. השופט ברנזון כתב:

"המעמסה המוטלת על בית משפט זה היא כבדה מאד, כי מי כעמך ישראל האוהב להתדיין ולהגיע עם כל עניין גדול וקטן עד לערכאה השיפוטית הגבוהה ביותר. גם בגלל חוש הצדק הסוביקטיבי המפותח מאד בציבורנו והרצון המפעם בלב רבים

92 עניין התאחדות חברות לביטוח, לעיל הערה 16, בע' 234.

בתוכנו לראות את מדינתנו כמתקנת וכנאורה שבמדינות, בטוחני כי תמיד יימצאו מתקני מדינה, רודפי צדק ויושר ודורשי חוק וסדר אשר בצר להם ובהעדר מקום אחר בו יוכלו למצוא סעד ועזר, יפנו שוב ושוב אלינו. חוששני, כי נאמר אשר נאמר ונדחה אשר נדחה ונבהיר כביכול את זכות העמידה על בסיס של עניין אישי ככל שנבהיר, הנסיונות מצד משלמי המיסים או אזרחים מן השורה להביא עניינים לשיפוטנו לא יפסקו, כפי שלא פסקו עד כה".⁹³

מאפיין מרכזי בחיים הפוליטיים-החברתיים של מדינת ישראל הוא קיומן של מחלוקות אידאולוגיות עמוקות וחרिפות. למרות המכנה המשותף הברור בין כל הציוניים – הטענה כי ארץ ישראל היא המולדת הלאומית של העם היהודי ובה יזכה להגדרה עצמית – ולמרות ההכרה של מנהיגי הציונות בחשיבותה של האחדות הלאומית, מעולם לא הייתה אידאולוגיה ציונית אחידה.⁹⁴ במקום זאת, התאפיינה הציונות כבר בראשית דרכה, ובמיוחד בראשית המאה העשרים, בהיותה פקעת של אידאולוגיות: ציונות עבודה, ציונות רביזיוניסטית, ציונות כללית, ציונות דתית-לאומית ואידאולוגיות אחרות.⁹⁵ המאבק בין תפיסות העולם, העמדות והציוויים השונים של הציונות היה מאבק על אופייה של מדינת ישראל – המדינה שבדרך. אף על פי שהניסיון ליישב בין האופי הדמוקרטי ובין האופי היהודי של המדינה היה ועודנו אבן פינה של מרבית הפלגים והסיעות,⁹⁶ הם היו חלוקים לגבי הערכים, העקרונות והמטרות שעל פיהם יש לכונן את האומה הישראלית. חילוקי דעות אלו בין הסיעות והפלגים השונים הם שמנעו קבלתה של חוקה עם קום המדינה והשאירו את רישומם על המבנה החוקתי בהחלטת הררי⁹⁷ המפורסמת שנודעה גם כ"החלטה שלא להחליט". אי-קבלתה של חוקה פטר את אבות האומה מהצורך להחליט במרבית מהמחלוקות הבסיסיות שאפיינו את הציונות בראשית דרכה ושמאפיינות את מדינתנו אף היום. אך אי-קבלתה של חוקה והימנעות מפתרון שאלות חוקתיות יסודיות על ידי אבות האומה לא שמו קץ לחילוקי הדעות הללו. כמו שנאמר לכל יהודי, ולעניין זה לכל ישראלי יש "שולחן ערוך" משלו – את המשנה שלו, את ההלכה שלו, את התפיסה הנורמטיבית והאידאולוגית שלו – ועליו הוא מוכן לצאת ולהילחם. אנו ניצבים שוב אל מול הבעיות שעולות מתוך אי-הסכמה בסיסית לגבי תנאי הלגיטימיות של המשטר. האם עלינו להתפלא שבקהילה אזרחית מגוונת

93 ברנזון, לעיל הערה 20, בע' 204; ראו לעניין זה גם דברי שיין, לעיל הערה 34, בע' 201 על "הגן המתדיין" המאפיין את החברה הישראלית.

94 I. Friedman "Gideon Shimoni – The Zionist Ideology" 3(i) *Israel Stud.* 251 (1998). ראו גם א' יער ו' שביט "רקע היסטורי לדיון בחברה הישראלית: האידיאולוגיה הציונית והחברה היישובית" מגמות בחברה הישראלית (א' יער ו' שביט עורכים, תשס"א, כרך א) 1, 9.

95 שגב, בע' 9–23.

96 זוהי, למעשה, עמדת הרוב המכריע בקרב היהודים החיים בארץ ישראל גם היום. ראו: S. Smooha "Ethnic Democracy: Israel as an Archetype" 2(ii) *Israel Stud.* 198, 207 (1977).

97 ד"כ 5 (תשי"ז) 1743.

בעלת מודעות עצמית גבוהה כמו שלנו, אזרחים ותושבים מחפשים אחר כל דרך, אמצעי ופורום נגישים על מנת להגשים את תפיסותיהם המתחרות לגבי מהות המדינה? ברור שלא. אך מכך לא נובעת המסקנה כי כל סכסוך ומחלוקת הם קרקע פורייה להכרעה שיפוטית של בג"ץ. למעשה, ישנם מספר טעמים העשויים להוביל אותנו דווקא לכיוון השני, כי על בית המשפט להימנע מפתרון של מרבית המחלוקות האידאולוגיות, ולהכריע רק בסכסוכים בעלי אופי מסוים. טעמים אלה עומדים בבסיס דוקטרינת המעמד המסורתית.⁹⁸

ראשית, שופטים צריכים להיות מודעים לכוחותיהם ולכליהם המוגבלים בפתרון סכסוכים מופשטים, ציבוריים ותאורטיים.⁹⁹ הכרעה בסכסוך מופשט דורשת לרוב ידע מיוחד. על מנת להכריע בין אסכולות מדעיות מנוגדות יש צורך בידיעת המדעים. בדומה, יש הטוענים כי על מנת להכריע בסכסוכים מופשטים בין תפיסות טוב כוללות, ובסכסוכים ציבוריים על תנאי הלגיטימיות של המשטר ומסדותיו, יש צורך בידיעת הפילוסופיה.¹⁰⁰ לכן אין זה מקרה ששלומדים המאמינים כי שופטים נדרשים לפתור גם סכסוכים מופשטים בנוגע לתנאי הלגיטימיות של המשטר, מדמיינים ברוחם דמות הרקוליאנית,¹⁰¹ "המרכות כישורים עילאיים של חכמה, תרבות, דת, פילוסופיה, מוסר ורגישות

98 טעמים אלה עשויים לעמוד גם בבסיס גישה שיפוטית הגורסת ריסון שיפוטי כללי ולידע אותנו לגבי הפעלת שאר מבחני הסף הנהוגים בבג"ץ. ראו דיון להלן בפרק ה'. טעמים אלה עשויים גם לשמש כטעמים כלליים לשלילת הלגיטימציה של הביקורת השיפוטית על חקיקה ראשית, אף שיש להדגיש כי מדובר בשאלות נפרדות. כלומר גם אם מכירים בלגיטימציה של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית, בכל זאת עולה השאלה כיצד יש להפעיל סמכות זו, ודוקטרינת זכות העמידה, עניינה הנחיתת בית המשפט בשאלה של הפעלת סמכותו. אך ראו בעניין זה: R.A. Epstein "Standing in Law & Equity: A Defense of Citizen and Taxpayer Suits" 6 *Green Bag 2d* (2002) 17, 28 הטוען כי הצרת זכות העמידה על ידי בית המשפט העליון של ארצות-הברית עולה כדי הפיכה חלקית של התקדים המפורסם בעניין *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), שהוא מפרש כהחלטה הקובעת כי תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא להבטיח כי המחוקק והמנהל לא יחרגו מסמכויותיהם המוגדרות.

99 על הצורך לקחת בחשבון את כוחותיהם המוגבלים של שופטים בפתרון סכסוכים ראו גם: C.R. Sunstein *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, Mass., 1999) 8–10

100 הקישור בין הצורך בידע פילוסופי לשלטון פוליטי ראוי הוא בעל שורשים עתיקים מאוד לפחות מאז אפלטון, עת הגה את רעיון המלך הפילוסוף: Plato's Republic (Great Britain, 1906) 159. לביקורת נוקבת על גישת המלך הפילוסוף ראו ק' פופר *החברה הפתוחה ואיביה* ('אגסי עורך, תשס"ג) 141–159. לביקורת על שימוש בתאוריות פילוסופיות במשפט ראו: R.A. Posner "The Problematics of Moral and Legal Theory" 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 1637, 1698

101 ראו: Dworkin, *supra* note 45, at p. 105. ראו גם דמותו של השופט אצל אהרן ברק "בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל" ספר יצחק כהן (תשמ"ט) 287, 301. עם זאת, יש לציין כי ברק הביע לא פעם דעות אנטגוניסטיות לגבי שילובה של הפילוסופיה בתאוריות השיפוטיות שהוא מציג. ראו אהרן ברק *פרשנות במשפט* (תשנ"ד), כרך ג: פרשנות חוקתית) 318, 421 וגם אהרן ברק "החוקה הכלכלית של ישראל" *משפט וממשל ד* (תשנ"ח) 367, 357.

חברתית".¹⁰² אך שופטים במציאות היומימית הם בסך הכול בשר ודם, וגם הטובים שביניהם לא ניהנו בכוחות על-אנושיים. הכשרתם המקצועית של שופטים מקנה להם כלים מוגבלים ביותר בפתרון סכסוכים מופשטים, תאורטיים וציבוריים, ורובם אינם מצויים ברזי הפילוסופיה. בשל העובדה ששופטים נעדרים את אותו ידע מיוחד, נחפש אחר כללים המונעים מהם להכריע בסכסוכים מופשטים, תאורטיים וציבוריים בנוגע לתנאי הלגיטימיות של המשטר. כללי המעמד המסורתיים, ובמיוחד כלל האינטרס האישי, המיוחד, הממשי והישיר, נראים מועמדים טבעיים למלא תפקיד זה. כללי המעמד, אף שאינם פוסלים כל סכסוך לגבי תנאי הלגיטימיות של המדינה הדמוקרטית כלא ראוי להכרעה שיפוטית, דורשים כי העותר יראה כי אינטרס מיוחד, אישי, קונקרטי וישיר שלו נפגע. מכיוון שבית המשפט מודע לכלים המוגבלים המצויים ברשות שופטים, הוא משתדל לספק הנמקה צרה, המוגבלת לצדדים, ולפתור בעיות מעשיות ושאלות קונקרטיות. אם העותר אינו יכול להצביע על אינטרס אישי, מיוחד, ממשי וישיר שנפגע, קיימת הסתברות גבוהה כי השופט מתבקש על ידי העותר לספק הצדקה נרחבת למוסדות והסדרים חוקתיים יסודיים. בית משפט, שמרגיש יותר נוח לפתור סכסוכים בילטרליים, ספציפיים וקונקרטיים, שהוא כשיר מוסדית לזהות עקרונות של צדק ומשפט בסיטואציה הצרה של הצדדים לפניו והסדרים החוקתיים המצויים והאפשריים, יראה נטייה לאגד את כלל האינטרס האישי והמיוחד כחלק מדוקטרינת המעמד. מומחיותו של בית משפט מעין זה מתבטאת ביכולתו להגדיר ולצקת תוכן קונקרטי להוראות הנורמטיביות הכלליות, המצויות בחוקה או בספר החוקים, תוך התייחסות להקשר עובדתי קונקרטי. הדרישה כי העותר יוכיח כי יש לו אינטרס אישי, מיוחד, ממשי וישיר, להבדיל מציבורי, כללי, עקיף ועמום, מבטיחה כי בית המשפט יפעל בגדר המומחיות המקצועית של השופטים.¹⁰³

שנית, בהיצמדות לדוקטרינת המעמד המסורתית, בית המשפט עשוי להיות מונע על ידי מחויבות חזקה ביותר להרהור, להתדיינות ולהחלטה דמוקרטית, תוך שהוא דוחה את העתירה לגופו של עותר ולא לגופו של עניין.¹⁰⁴ מחויבות דמוקרטית מימים ימימה היא שהדריכה את בג"ץ בפיתוחה של זכות העמידה.¹⁰⁵ הרעיון שבבסיס זכות העמידה המסורתית הוא שלעיתים קרובות הפורום הראוי

102 שיין, לעיל הערה 34, בע' 95.

103 שורשי טיעון זה נעוצים בפסק הדין המפורסם *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).
 וראו גם: P.L. Proctor "No Generalized Grievances: The 'Law of Rules' Approach to Standing" 19 *Ohio N. U. L. Rev.* (1993) 927, 929

104 להשענת דוקטרינת המעמד על טעמים דמוקרטיים ועל טעמים של הפרדת רשויות בדמוקרטיה ראו גם: A. Scalia "The Doctrine of standing as an Essential Element of Separation of Powers" 17 *Suffolk U. L. Rev.* (1983) 881
 M.V. Tushnet "Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the political Question Doctrine" 80 *N. C. L. Rev.* (2002) 1203
 G.R. Nichol, Jr. "Rethinking *Bi-Koret*:" *Calif. L. Rev.* 68 (1984) 72.

105 ראו דברי השופט אולשן בעניין **אריאב**, לעיל הערה 12, בע' 529; ויתקון, לעיל הערה 23, בע' 239. הקושי שעליו הצביעו שופטי בג"ץ הוא למעשה הקושי "האנטי-רובני"

לליבון מחלוקות אידאולוגיות בנוגע למטרות ולשאיפות הקולקטיביות ובנוגע לתנאי הלגיטימיות של המשטר הוא ההליך הדמוקרטי. כאשר העותר נעדר מעמד, כלומר, אינו יכול להצביע על אינטרס אישי ומיוחד המבדיל אותו משאר הציבור, יתכבד ויפנה לערוצים דמוקרטיים על מנת להגשים את שאיפותיו. כל מערכת חלופית מובילה בהכרח לשלטון לא דמוקרטי שבו פונה האזרח לבג"ץ, על מנת לכפות על העם את תפיסת עולמו בנוגע למדינה ולשלטון ראוי. רק כאשר נפגעות זכויות של פרטים ספציפיים וקבוצות ספציפיות יתערב בג"ץ. זו הסיבה לכך שבג"ץ התייחס בצורה אמביוולנטית למעמדו של "העותר האידאולוגי". העותר האידאולוגי פונה לבג"ץ בבקשה לקבלת סעד על פגיעה באינטרס המעוגן בהשקפת עולמו המוסרית, הדתית, החברתית או הפוליטית.¹⁰⁶ כבר בתחילת שנות החמישים הכיר בג"ץ בחשיבותם של אינטרסים אידאולוגיים, עת קבע כי האינטרס המקנה מעמד אינו חייב לשאת אופי חומרי, ודי היה בפגיעה באינטרס רוחני או מוסרי כדי לרכוש מעמד.¹⁰⁷ אחד מיסודות המדינה הליברלית הוא יצירתה של מסגרת חברתית-פוליטית שבה כל פרט יכול לבחור, לתכנן ולהגשים אורח חיים משלו בהתבסס על תפיסת הטוב הספציפית שבה הוא מחזיק. כאשר הרשות השלטונית פוגעת ברשות הפרט ומונעת ממנו את מימושם של החיים הטובים על פי תפיסת עולמו, קמה לאזרח זכות עמידה לטעון לבג"ץ לאי-חוקיות פעולתה, ועל המדינה להצדיק את פגיעתה בהתבסס על יסודות ליברליים.¹⁰⁸ עם זאת, לפרט במדינה ליברלית, המתאפיינת בפלורליזם של תפיסות טוב, אין זכות קנויה כי המוסדות הפוליטיים יתנהלו על פי תפיסת עולמו המוסרית בלבד ויגשימו את תפיסתו המוסרית. בהתאם, הובהר כי השקפת עולמו או אורח חייו של אדם לברם אינם מקנים לו זכות עמידה מקום שבו כל רצונו הוא לממש אינטרס אידאולוגי שהוא ציבורי קולקטיבי.¹⁰⁹ עמדה זו של

(Counter-Majoritarian), שבו הבחין אלכסנדר ביקל (Bickel), לפיו שורש הבעיה במוסד הביקורת השיפוטית הוא היותה כוח אנטי-דמונטי שיש ליישב עם עקרונות הדמוקרטיה הייצוגית. A.M. Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven, 1962) 16. זוהי אחת מהחידות העיקריות של הדמוקרטיה החוקתית. ביקורת חוקתית קשורה בקשר הדוק לדמוקרטיה ייצוגית, אך בה בעת היא מהווה כוח אנטי-דמונטי בתוך מערכת מדינית זו. הניסיונות ליישב את נאמנותנו לדמוקרטיה הייצוגית עם מוסד הביקורת השיפוטית הם רבים מספור. בין המפורסמים שבהם נמנים: J.H. Ely *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., S. Freeman: 1980) 87-104. השוו: Ackerman, *supra* note 65, at pp. 16-24. ראו גם: R. Dworkin "The Forum of Philosophy" (1990) 327 *Philosophy*. לביקורת על נסיגות אלו ראו: John Hart Ely "Principle" 56 *N.Y.U. L. Rev.* (1981) 469. J. Waldron "Book Review: We the People" *The Journal of Philosophy* 90 (1993) 149, 151. על ניסיונו של אקרמן להציג מודל של ביקורת שיפוטית המסתמך על "דואליות דמוקרטית".

106 סגל, לעיל הערה 2, בע' 101.

107 ראו לעיל טקסט נלווה להערות 16-18.

108 ראו בעניין זה גם רובינשטיין, לעיל הערה 52, בע' 503 הערת שוליים 15.

109 עניין מירון, לעיל הערה 19, בע' 355; בג"ץ 80/70 אליצור נ' רשות השידור, פ"ד כד(2)

649, 654 (להלן: עניין אליצור); עניין בקר, לעיל הערה 33, בע' 247.

בג"ץ ננקטה, לא מתוך פחיתותם או יחסיותם של אינטרסים אידאולוגיים,¹¹⁰ ולא מתוך חוסר רצון "להתלכלך בבוץ" של הזירה הפוליטית,¹¹¹ אלא מתוך הבנה עמוקה כי מימושם של אינטרסים ציבוריים קולקטיביים מחייב דיון ציבורי.¹¹² לא זאת אף זאת. בעיצוב זכות העמידה בית המשפט העליון פעל לא רק מתוך רצון לעודד התדיינות דמוקרטית, אלא גם מתוך כבוד והערכה לפעילותם של מוסדות דמוקרטיים וייצוגיים שהגיעו להחלטה על בסיס התדיינות מעין זו.¹¹³

שלישית, דוקטרינת המעמד המסורתית נשענה גם על מחויבותו של בג"ץ לאיראל הצדק, כפי שזה בא לידי ביטוי בכלל שלפיו יש למנוע אדם מלהתעבר על ריב לא לו. מחויבותו של בג"ץ לאיראל הצדק, כפי שהיא באה לידי ביטוי בדוקטרינת המעמד המסורתית, לא נשענה על תפיסה ספציפית של צדק, אלא על ההכרה כי טענות של צדק וטענות לגבי זכויות בהכרח קשורות לפרטים ולקבוצות ספציפיים, "ואין נותנים סעד אלא למי שזכאי לו וזכאות אישית".¹¹⁴ טענות אלו אינן נטענות בוואקום חברתי. פרטים וקבוצות הם המחזקים או הבעלים של הטענות הללו. כאשר הטענות הן בנוגע לאינטרסים האישיים והמיוחדים של מחזיק הטענה, אדם זה צריך להיחשב כבעלים של הטענות, וביכולתו לוותר עליהן, לתבוע אותן בבג"ץ או לבקש סעד בגינן בהליך הפוליטי. צדק הוא ללא ספק הסגולה הראשונה במעלה של מוסדות חברתיים. ברם, מחויבות למידת הצדק לרוב אינה מחייבת כפייה על אדם שלא לנהוג בנדיבות,¹¹⁵ ואינה מחייבת שניתן יהיה לתבוע את מימושן של הצדק בבית המשפט בלבד, ואילו שאר מוסדותינו החברתיים (והדמוקרטיים) הפכו למיותרים. האוטונומיה לוותר על טענה של צדק או לחלופין לבחור במוסד

- 110 על יחסיותם של טיעונים אידאולוגיים ראו לעיל טקסט נלווה להערות 76–84.
- 111 אולם יש לציין כי למרות הכבוד שהפגינו שופטי בג"ץ למטרות אידאולוגיות כשלעצמן, הם הביעו לא פעם סלידה מעותרים אידאולוגיים מפאת החשש שיש בעתירתם משום ניצול לרעה של הליכים משפטיים ומתוך מחויבות לניטרליות פוליטית. ראו עניין בפיר, לעיל הערה 50, בע' 693. גישה אנטגוניסטית זו לעותר האידאולוגי עומדת בניגוד לגישה המתירנית לזכות העמידה שלא רק משקיפה בסלחנות על העותר האידאולוגי, אלא אף רואה בו אמצעי מצוין לשמירת שלטון החוק. ראו לדוגמה דבריו של סגל, לעיל הערה 2, בע' 242.
- 112 בהתאם, קבע השופט לנדוי שדן בעתירתו של חבר מועצת אשקלון נגד הוצאות חריגות של המועצה הדתית בארגון מהאה של חוגים דתיים נגד עריכת מירוץ מכוניות בשבת, בעניין בפיר, לעיל הערה 50, בע' 689, כי על העותר להתכבד ולעורר התדיינות דמוקרטית לשם מימוש האינטרסים הקולקטיביים בהם הוא מאמין.
- 113 כך סירב בג"ץ בעניין אליצור, להעניק זכות עמידה לעותרים נגד חוקיות שידורים בשבת, לאחר ששאלה זו הוכרעה לגישתו מוזמן בפורום המוסמך לכך – הממשלה והכנסת. רצינל דומה ניתן למצוא גם בדברי השופט ח' כהן בעניין בפיר, לעיל הערה 50, בע' 693.
- 114 דברי השופט אשר בעניין ברישלוף, לעיל הערה 18, בע' 808: "והרי כבר אמרנו שבית-משפט תפקידו אהד: לעשות צדק בין צדדים יריבים. ואין תפקידו לפתור בעיות – אפילו הן רציניות וחשיבותן הציבורית גדולה – מבלי שהצד המניע אותו יהיה זכאי לסעד משפטי. סעיף 7(א) לחוק בתי המשפט מורה במפורש שבית-המשפט מוסמך לתת סעד למען הצדק, ואין נותנים סעד אלא למי שזכאי לו וזכאות אישית".
- 115 M.J. Sandel *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge, 2nd ed., 1998) 15–65. ראו: 1998.

שיוציאה אל הפועל ויממשה, נתונה בידיו של בעל הזכות. זכות העמידה המסורתית מכבדת את האוטונומיה הזו של הפרט. אך כאשר העותר אינו מסוגל להראות כי הוא נפגע באינטרס אישי ומיוחד, יש לנו סיבה טובה להאמין כי הזכות הלכאורית שמכוחה הוא עותר, אינה שייכת לו.¹¹⁶ כלומר אותו עותר, כדברי בג"ץ, "מתעבר על ריב לא לו". יכול להיות שהטענה שייכת לאחר, והוא בא ומנסה לנצל את זכויותיהם של אחרים על מנת להשיג את סיפוקו. יכול להיות, ואף לפעמים סביר יותר, כי הטענות שהוא טוען שייכות לעם בכללותו. תביעתן של טענות צדק או של זכויות השייכות לעם כולו צריכה לערב את העם בכללותו. העם כולו הוא המחזיק או הבעלים של טענות צדק או של זכויות, ואנחנו חייבים להעניק לו את היכולת להחליט כיצד עליו לפתור סכסוכים וליישב טענות סותרות לגבי צדק וזכויות. בהיעדרה של חוקה הכוללת לעתים קרובות גם הסכמות רחבות לגבי מטרות וערכים קולקטיביים, בית המשפט העליון הישראלי הוא מוסד ליברלי המגן על צדק של פרטים ולא צדק קולקטיבי שאיננו תנאי נחוץ או מספק לגליטימיות פוליטית.¹¹⁷

רביעית, דוקטרינת המעמד המסורתית עשויה לשמש את בית המשפט כדי להותיר מחלוקות וסכסוכים מסוימים ללא הכרעה כלל או לפחות עד שיימצא עותר מתאים בעל זכות אישית לדרוש הכרעה במחלוקות מעין אלו. חברה ליברלית מתאפיינת בחילוקי דעות לגבי תפיסת הטוב,¹¹⁸ לגבי צדק¹¹⁹ ולעתים קרובות אף לגבי תנאי הלגיטימיות של משטר דמוקרטי.¹²⁰ בחברה המתאפיינת בנתוני פתיחה מעין אלה, עשויים טעמים פרגמטיים, כגון הרצון לשתף פעולה לשם תועלת הרדית וחוסר היכולת לכפות בכוח את תפיסת העולם הנורמטיבית של פלגים ספציפיים על שאר אזרחי המדינה, להורות לנו שלא לחתור כלל להכרעה במחלוקות אלה, ולהותיר לפרטים ולפלגים שונים לחיות "איש באמונתו". יתרה מזאת, ערכים של סובלנות, הגינות וכבוד האדם, המצויים מעבר לטעמים פרגמטיים, עשויים גם הם לעתים קרובות להורות לנו שלא להכריע בסכסוכים הנוגעים לתפיסות טוב, צדק ותנאי הלגיטימיות של משטר דמוקרטי. דוקטרינת המעמד המסורתית אפשרה לבית המשפט העליון להותיר סכסוכים קולקטיביים מעין אלה ללא הכרעה לעת עתה ואולי אף לעולם. לא משום שיש גוף אחר שיכול או צריך להכריע בסכסוכים מעין אלה, אלא בגלל שעצם ההכרעה בסכסוכים מעין אלה לגופו של עניין סותרת וחותרת לעתים תחת ערכים של סובלנות, כבוד הדדי והגינות. בהיעדרו של אינטרס מיוחד בהכרעה

116 ראו לדוגמה גם בג"ץ 292/63 גולדברג נ' עיריית ראשון לציון, פ"ד יח(1) 453, 461-462: "גם אנחנו לא נשעה לטענתו של כל טרדן הבא אלינו לריב לאילו [...] העותרים הם לא רק תושבי העיר וממשלמי המיסים שלה, אלא הם באים לפנינו וקובלים על מפעל בו יש להם עניין מיוחד, להם ולא לאחרים."

117 לטעון כי ההחבת זכות העמידה נדרשת על מנת להגן על זכויות וערכים קולקטיביים המעוגנים בחוקה האמריקנית ראו: D.R. Dow "Standing and Rights" 36 *Emory L. J.* (1987) 1195.

J. Rawls *Political Liberalism* (New York, 1993) xiii, 36 118

Waldron, *supra* note 78, at p. 295 119

Ibid, *ibid* 120

בעתירה, פרט לעניין הכללי המשותף לכולנו, ידחה בית המשפט את העותר על הסף לגופו של עותר ולא לגופו של עניין. אולם יש לציין כי דוקטרינת המעמד המסורתית אינה גורסת כי קידומם של ערכים חברתיים כגון סובלנות, הגינות וכבוד הרדי יבוא על חשבוננו של הפרט. מקום שבו מצביע העותר על עניין מיוחד החורג מהעניין הציבורי, דוקטרינת המעמד אינה מהווה מכשול בפניו לתקוף את מעשי הרשות ולעורר מחלוקות מהסוג האמור.

4. תאוריה דמוקרטית, המאבק על דמותה של מדינת ישראל ודוקטרינת המעמד המסורתית

ראינו כי עקרונות של דמוקרטיה וצדק מצויים בבסיס דוקטרינת המעמד המסורתית. אולם חשוב להדגיש כי הצלחתה של הדוקטרינה המסורתית לקדם עקרונות אלה הייתה נעוצה בכך שלא נסמכה על תאוריה עמוקה של צדק או דמוקרטיה, אלא איגדה בתוכה כללים וחריגים ברמת הפשטה נמוכה יחסית. כללים וחריגים אלה של דוקטרינת המעמד שימשו יסוד ובסיס לחיים דמוקרטיים משותפים. אדגים טענה זו בעזרת כלל האינטרס האישי והמיוחד. מלומדים אחדים טענו כי הגישה המסורתית לזכות העמידה, התולה את מעמדו של העותר בגודל הקבוצה שאליה הוא משתייך, לוקה במלאכותיות ובחוסר היגיון.¹²¹ אמנם ברור, ובג"ץ הבהיר זאת שוב ושוב, כי גישה זו נסמכת על כמות ועל דרגה,¹²² אך אין בכך להעיד כי היא נעדרת היגיון. ההיגיון בדוקטרינת המעמד המסורתית הוא שהיא אפשרה לבית המשפט להתנהל בתבונה אל מול חילוקי דעות אידאולוגיים קשים, תוך שהוא נמנע מלנקוט עמדה אידאולוגית במאבק שהתנהל, ולמעשה מתנהל עד היום, לגבי מהותה של הדמוקרטיה הישראלית. דמוקרטיה, כידוע לכול, היא מושג בעל מובנים שונים ומגוונים. נכון להיום, שתי תפיסות שולטות בכיפה בנוגע למשטר דמוקרטי: התפיסה הרפובליקנית והתפיסה הליברלית.¹²³ המאבק בין תפיסות אלו, טוען פרופ' יואב פלד, מתאר את ההיסטוריה וההתפתחות של הדמוקרטיה הישראלית.¹²⁴ לגישתי, דוקטרינת המעמד המסורתית עשויה להשתלב היטב בשתי התפיסות הללו, וזו בדיוק התבונה שבה. דוקטרינת המעמד המסורתית מתבססת על כללים ועל חריגים

121 סגל, לעיל הערה 2, בע' 90. ראו גם דבריו של י' דותן בספרם של גביוון, קרמניצר ורותן, לעיל הערה 27, בע' 5, 11-12.

122 עניין בקר, לעיל הערה 33, בע' 245.

123 ראו: R.A. Posner *Law, Pragmatism, and Democracy* (Cambridge, Mass., 2003) 130-157; C.R. Sunstein "Democracy and Shifting Preferences" *The Idea of Democracy* (D. Copp, J. Hampton & J.E. Romer eds., 1993) 196 J. Habermas "Three Normative Models of Democracy" *Democracy*: השו: J. Elster "The Market and Difference" (S. Benhabib ed., 1996) 21 and the Forum: Three Varieties of Political Theory" *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics* (J. Bohman & W. Rehg eds., Cambridge, Mass., 1997) 3

124 י' פלד "האם תהיה מדינת ישראל מדינת כל אורחיה בשנת המאה שלה?" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 73, 75-76.

לגבי צדדים שיכולים לעורר מחלוקת משפטית בבג"ץ ולדרוש את הכרעתה לגופו של עניין. לכללים ולחריגים אלה יכולים להיות שותפים פלגים שונים בעלי רעיונות שונים, אפילו מנוגדים, כאשר לאופיו של המשטר הדמוקרטי בישראל. הכיצד?

על פי התפיסה הרפובליקנית, השתתפות בהליך הדמוקרטי מכוונת לטובת הכלל ולא להגשמת אינטרסים פרטיים.¹²⁵ פוליטיקה לעתים אף נתפסת, על ידי תאורטיקנים רפובליקנים, כמטרה בפני עצמה ולא רק כאמצעי לסיפוק אינטרסים החיצוניים לה.¹²⁶ אולם המכנה המשותף לכל התאוריות הרפובליקניות הוא ההנחה כי הממשל הוא באחריותם הקולקטיבית של הנשלטים (האזרחים),¹²⁷ והטענה כי המקור היחיד לחוקי המדינה ולזכויות האזרח הוא העם בפעילותו הפוליטית.¹²⁸ בהתאם, זכויות האזרח בשיח הרפובליקני הן תוצר של ההליך הפוליטי או תנאי לקיומו של הליך פוליטי (הזכות לבחור ולהיבחר, חופש הביטוי וכו'). לכן דרשה המחשבה הרפובליקנית את הגדרת נקודות הגישה של העם אל הממשל ואת הגדרת השפעתו, ועודדה אימוצם של מוסדות המקיימים התדיינות ציבורית בין פרטים, קבוצות ופלגים לשם החלטה בנוגע לעקרונות, לכללים, לחובות ולזכויות שינחו את פעולת המדינה ואזרחיה. עם זאת, חשוב להדגיש כי התדיינות ציבורית זו מכוונת על פי התפיסה הרפובליקנית לגיבושו של הטוב החברתי המשותף ולקידום טובת הכלל. למעשה, במרבית התאוריות הרפובליקניות המסורתיות נועדה התדיינות ציבורית זו להבטיח את האחדות הפנימית והלכידות המוסרית הנחוצים להגשמת הטוב המשותף. ניתן לסווג פלגים מרכזיים בציונות, בעבר ובהווה, כמשתייכים לתפיסה הרפובליקנית, שכן הם היו מחויבים למטרה משותפת של הגשמת הציונות, לגיבושו של הטוב המשותף שלרוב בא לידי ביטוי בבניין כוחה הצבאי

125 הראגה לכלל, ולא לאינטרסים אישיים, אליבא דרפובליקנים, היא סלע הקיום של התנהגות דמוקרטית. אזרחים ונציגי ציבור כאחד אמורים לשאול את עצמם, לא מה טוב לאינטרס הפרטי שלי, אלא מה טוב לי כאזרח המדינה והקהילה האמורה. בהתאם, ההצבעה בקלפי אינה נחשבת לאקט דיסקרטי, אינטימי ופרטי שצריך להיקבע על פי שיקולים אנוכיים, אלא לאקט ציבורי שמונחה על ידי המחשבה מה טוב למדינה ולקהילה בכללותה. ראו: Elster, *supra* note 123, at p. 3.

126 למעשה, רבים מבין התאורטיקנים הרפובליקנים טוענים כי החיים הפוליטיים מייצגים את "החיים הטובים" עבור האדם, שבהם הוא מגשים את ייעודו בהתדיינות על הדברים החשובים לכל חבר בקהילה. זאת יש להבדיל מהדברים הרגילים, המוגבלים והאנוכיים שבמרכז החיים הפרטיים. לביטוי מצוין לגישה זו ראו: H. Arendt *The Human Condition* (Chicago, 1958) 37, 41.

127 כלומר הנחת הבסיס של המחשבה הרפובליקנית היא שכוח וסמכות פוליטיים צריכים להיות נתונים בידי העם ונציגיו, ולא בידי אדם יחיד או קבוצה מסוימת של בעלי כוחות מיוחדים. ראו א' המילטון, ג' מדיסון וג' ג'יי הפדרליסט (תשס"ב) 189, 190. בכך יצאה התפיסה הרפובליקנית נגד הנטורליזם הפוליטי של "זכות אלוהית" או "הסמכה אלוהית" שבו נעזרו מלכים ורודנים להצדיק את סמכותם. ראו גם: R.A. Epstein "Modern Republicanism – Or the Flight from Substance" 97 *Yale L. J.* (1988) 1633, 1634.

128 C.R. Sunstein "Beyond the Republican Revival" 97 *Yale L. J.* (1988) 1539, 1551; F. Michelman "Law's Republic" 97 *Yale L. J.* (1988) 1493, 1505; Habermas, *supra* note 123, at p. 23.

של המדינה ולגאולת הארץ. בהתאם, על פי השקפתם, פרוצדורות דמוקרטיות וזכויות האזרח היו כפופות למטרה זו או לחלופין היו תנאי מקדמי להבטחת הגשמת הטוב המשותף.

אך כיצד משתלבת דוקטרינת המעמד המסורתית בסכמה הרפובליקנית? דוקטרינת המעמד היא ניסיון לצמצם את מעורבות בג"ץ בחיים הציבוריים בישראל. כללי המעמד גורסים כי התערבות והכרעה בסכסוכים על ידי בג"ץ תיעשה רק בתנאים מסוימים הנוגעים למהות העותר: רק כאשר העותר מוכיח כי הרשות פגעה באינטרס מיוחד שלו להבריל מאינטרסים המשותפים לציבור כולו. לא משום שטענות לפגיעה באינטרסים משותפים אינן ראויות לדיון. נהפוך הוא. טענות לפגיעה באינטרסים ציבוריים הן לחם חוקה של הדמוקרטיה הרפובליקנית. השאלות מה טוב לרפובליקה, מה טוב לנו כאזרחי הרפובליקה, מהן חובות אזרחי הרפובליקה ומהן זכויותיהם של אזרחי הרפובליקה הן תמצית ההוויה הרפובליקנית. אך מקומן של שאלות אלו הוא בראש ובראשונה בהליך הפוליטי שבו מתקיימים דיון וליבון ציבוריים תוך השתתפות של "המוני העם", להבריל מדיון משפטי יבש, מקצועי, אדברסרי ואליטיסטי של משפטנים שאינם אחראים פוליטית. דוקטרינות משפטיות, כגון דוקטרינת המעמד, מסייעות בקיומם של הרהור והתדיינות ציבוריים ובהבטחת שליטת הבוחרים כי השיח ציבורי אכן יהיה ממוקד לטובת הציבור וייתן ביטוי לרצונו של הציבור. כאן אנחנו מגיעים לצדו השני של המטבע של דוקטרינת המעמד בנוגע לתפיסה הרפובליקנית. לעתים הממשל פועל תוך התעלמות מזכויות הפרט שהעניק השיח הפוליטי. בסיטואציה מעין זו, לאחר שקיימת הכרעה פוליטית בדבר עצם קיומה של ספרה פרטית של אינטרסים וזכויות פרטיים, נדרש בג"ץ לסייע בשמירה על גבולותיה, ועל כן הפגיעה הפרטית בפלוני או באלמוני ראויה לסעד משפטי. במקרים אחרים, השיח הפוליטי וההליך הדמוקרטי נכשלים מלכתחילה לשקף את האידאל של מה שיהיה טוב לכולנו. לרוב הדבר מתרחש כאשר נשללת מפרטים, ממייעוטים ומקבוצות הגישה להליך הפוליטי ונפגעות זכויותיהם הפוליטיות להשתתף כראוי בעיצובו של הטוב החברתי המשותף. במצב מעין זה תצדיק המחשבה הרפובליקנית התערבות שיפוטית המעניקה זכויות לפרטים, לקבוצות ולמייעוטים שנדחקו אל מחוץ ההליך הפוליטי. לא משום שזכויות אלו הן תוצר של ההליך הפוליטי, אלא בשל ההנחה כי הן תנאי לקיומו. בהתאם, מקום שבו נפגעת זכותם של פרטים, מייעוטים וקבוצות להשתתף בהליך הפוליטי, מעמדם בבג"ץ מובטח על ידי כלל האינטרס האישי והמיוחד. זכות העמידה במקרים אלה היא מבחן סף לגופו של עותר שנועד לברור מהו הפורום הראוי לברור טענתו כי אינטרס או זכות שברשותו נפגעו.

דוקטרינת המעמד המסורתית משתלבת היטב גם בתפיסה הליברלית לדמוקרטיה. על פי התפיסה הליברלית, ההליך הדמוקרטי מכוון להמריץ את הממשל להגשים את האינטרסים הפרטיים של חברי הקהילה, ומכאן שפוליטיקה היא אמצעי (ולא מטרה בפני עצמה) להשגת פשרה אופטימלית בין אינטרסים פרטיים מתנגשים.¹²⁹ כמו כן, המחשבה הליברלית גורסת כי האזרח הנהנה ממערך

129 ראו: Habermas, *supra* note 123, at p. 21; ראו גם: Sunstein, *supra* note 123, at p. 196; Elster, *supra* note 123, at p. 3.

זכויות טרום-פוליטיות שמטרתן להגן על האינטרסים של הפרט מפני פגיעה בידי פרטים אחרים ומפני הפרת זכויות בידי השלטון. מעמדו זה של האזרח נובע מהנחות יסוד בדבר היות החברה מקבץ של פרטים בודדים אוטונומיים שהתאגדו יחד לקדם את ענייניהם הפרטיים. המנגנון המרכזי להגשמת מטרה זו הוא ההצבעה בקלפי. האזרחים, המונעים על ידי אינטרסים אישיים, בוחרים נציגים הנדרשים לייצג את מערך האינטרסים של הבוחרים. בחירות חוזרות ונשנות מבטיחות כי נציגים אלה ימשיכו לייצג את האינטרסים של העם ולא ימעלו באמון שנתנו בהם. רצונם של הנציגים להיבחר מחדש הוא, יותר מכל דבר אחר, פוליטת הביטוח של ההמונים, כי הנציגים לא ינצלו את כוח השררה ויפגעו בחירויותיהם ובזכויותיהם של האזרחים.¹³⁰ עם זאת, חשוב להדגיש כי המחשבה הליברלית אינה נוטה לראות בהליך הדמוקרטי טוב כשלעצמו, אלא מנגנון שנועד להגן על אינטרסים ועל זכויות טרום-פוליטיים של חברי הקהילה, ומכאן שתדרוש סירוסו של ההליך הדמוקרטי במקרה של פגיעה בזכויות הפרט והמיעוט. ניתן לסווג זרמים שונים בהווה הישראלית כמשתייכים לתפיסה הליברלית לדמוקרטיה, שכן הם מחויבים בראש ובראשונה לקדימותו של הפרט על פני הכלל ורואים בפוליטיקה אמצעי להגשמת האינטרסים הטרום-פוליטיים של האזרחים. פרופ' פלד אף גורס כי ההיסטוריה של מדינת ישראל מתאפיינת בהתחזקות השיח הליברלי.

אך כיצד משתלבת דוקטרינת המעמד המסורתית בסכמה הליברלית? היא מבטיחה כי סכסוכים ציבוריים, סכסוכים המעריבים אינטרסים של חלקים רחבים בציבור, יועמדו למשפט הציבור ולא יוכרעו בחדרי חדרים על ידי פקידים שאינם נבחרים. לזה בדיוק תוכנן ההליך הדמוקרטי של הצבעה בקלפי. כאשר הרשות פוגעת בזכויות ובאינטרסים משותפים של הציבור, הכוח לשקול פגיעה זו ולהגיב אליה נתון בידי הציבור על ידי החלפת הפקידות הפוגעת באחרת. אולם כאשר הרשות פוגעת באינטרסים פרטיים של פרט זה או אחר, או של קבוצת מיעוט זו או אחרת, לרוב לא יהיה בידי אותם פרטים ספציפיים או מיעוטים מוגדרים הכוח לסלק את הפקידות הנבחרת. אם משום הקושי המעשי של האזרח הקטן להציב את העוול הפרטי שלו במרכז הבמה הציבורית ואם משום שלעתיים פגיעה באינטרסים של מיעוטים ופרטים משרתת את האינטרסים של הרוב הדמוקרטי. בסיטואציות מעין אלו עומדת לרשות הפרט והמיעוט זכות עמידה כבג"ץ כי ישמע ריבם עם הרשות, שכן הם (בניגוד לשאר הציבור) נפגעים באינטרס האישי והפרטי שלהם. נראה כי כלל האינטרס האישי והמיוחד תפור היטב למידותיה של התפיסה הליברלית לדמוקרטיה. כלל זה נוקט ניטרליות כלפי תפיסות טוב מהותיות ומתחרות, ואינו מאגד בתוכו הכרעה ושיקולים מהותיים לשם קביעת מעמד.¹³¹

Ely, *supra* note 105, at p. 78 130

131 על אבדן הניטרליות הפוליטית שבגישה המורדנית לזכות העמידה ראו דברי השופט ויתקון בעניין ברישולום, לעיל הערה 18, בע' 805-806. וראו גם דברי השופט אשר, שם, בע' 807-808.

ניטרליות בין תפיסות טוב מתחרות נחשבת לאבן פינה במחשבה הליברלית.¹³² במקום זאת, מעמדו של העותר נבחן מבחינה כמותית והדרגתית בנוגע ליכולתו או לכישלונו של ההליך הדמוקרטי לקחת בחשבון את האינטרסים והזכויות של העותר. רק לאחר שהראה העותר כי ההליך הדמוקרטי אינו מתאים לבחינת טענתו לפגיעה באינטרסים ובזכויות שברשותו יבחן בית המשפט טענות אלו. ניתוח זה מלמדנו כי דווקא בשל העובדה שכלל האינטרס האישי והמיוחד לא נסמך על תאוריה עמוקה באשר למהות הדמוקרטיה ונתפס ברמת הפשטה נמוכה יחסית, הוא שימש בסיס לחיים דמוקרטיים משותפים בישראל בין פלגים בעלי תפיסה רפובליקנית ובין פלגים בעלי תפיסה ליברלית. ברצוני להטעים בשלוש הערות על מנת שטיעוני יובן כהלכה. ראשית, חשוב להדגיש כי דוקטרינת המעמד המסורתית אינה מתמצה בכלל האינטרס האישי והמיוחד, אלא כוללת גם את החריגים לאי-הכרה בעותר מן הציבור כגון: הכרה במעמדם של עותר מן הציבור בענייני בחירות ושל עותר מן הציבור בענייני שחיתות שלטונית.¹³³ ניתוח דומה לזה שביצעתי לעיל עשוי להצדיק חריגים אלה מנקודות המבט של התפיסה הרפובליקנית והתפיסה הליברלית. כלומר טענתי היא שדוקטרינת המעמד המסורתית על כלליה וחריגיה שימשה נקודת מפגש של הסכמה בין הגישה הרפובליקנית לגישה הליברלית באשר לפורום הראוי לבידור טענתו של העותר (אם בכלל) תוך הצבת מבחנים לגופו של עותר (בנוגע לציבור הרחב) ולא לגופו של עניין. שנית, בגישתי רחוק אני מלשייך מטען רומנטי לבחירות ולהליך הפוליטי, וברי כי ההליך הדמוקרטי רווי בכשלים ובבעיות שעמן נדרשות להתמודד התפיסות השונות לדמוקרטיה. עם זאת, כלל האינטרס האישי והמיוחד קובע מעין חוקה הניתנת לסתירה כי עותר שאינו יכול להצביע על אינטרס אישי ומיוחד אינו יכול להתניע מהלך משפטי בג"ץ. אם בידי העותר טעמים המראים על כישלונותיו ועל פגמיו של ההליך הדמוקרטי בנוגע לעותר במקרה הנדון, בידי בג"ץ נתונה הסמכות לסטות מכלל זה באמצעות יצירת חריג לכלל. דוקטרינת המעמד המסורתית אינה בנויה על תאוריה חוקתית נוצצת, אלא על כללים ועל חריגים שהפעלתם דורשת מהשופט להיות קשוב לעובדות ולממצאים בשטח. ההחלטה על הפעלת הכללים והחריגים או על יצירתם של חריגים חדשים הייתה פועל יוצא של תבונתם המעשית והקונקרטית של שופטי בג"ץ. שלישית, ניתן להבין מהנאמר לעיל כי אף שקיים קשר אמיץ בין זכות העמידה, שהנה זכות דיונית, לבין הזכות המהותית, קשר זה הוא קשר עקיף בלבד. לגישה הרפובליקנית ולגישה הליברלית יש רעיונות שונים לגמרי לגבי מקור, טיב ומהות זכויות האזרח, וזאת, למרות הוזהות הפוטנציאלית בעמדתן לגבי עצם קיומה של הזכות הדיונית, הלוא היא זכות העמידה. בהתאם, יכול מאוד להיות, שאף ששתי הגישות יכירו בזכות העמידה של פלוני במקרה מסוים, עצם קיומה של זכות מהותית באותו מקרה יהיה נתון למחלוקת בין הגישות האמורות. אין

132 על הררישה של הליברלים להצדקה ניטרלית למוסדותינו הפוליטיים ראו: Rawls, *supra* note 118, at p. 24; B. Barry *Justice as Impartiality* (Oxford, 1995); ראו גם: B.A. Ackerman *Social Justice in the Liberal State* (New Haven, 1980) 10-11.

133 עניין בקר, לעיל הערה 33, בע' 246.

הדבר צריך להפתיע אותנו, מכיוון שזכות העמידה מצויה בצומת דרכים המקשרת בין שיקולים מהותיים לגבי טיבן של זכויות לבין שיקולים מוסדיים לגבי מבנה ומהות המשטר הדמוקרטי.

ה. תפקידו של בג"ץ כמשתקף מדוקטרינת זכות העמידה המסורתית וזניחתה

אף שדוקטרינת המעמד המסורתית אינה מעוגנת בתפיסה דמוקרטית ספציפית – וזה כאמור גם אחד מיתרונותיה – צודקים הטוענים כי גישת המעמד טומנת בחובה גישה ערכית באשר לתפקידו של בג"ץ בדמוקרטיה הישראלית.¹³⁴ תפקידו הדומיננטי של בג"ץ, כמשתקף מפרשנותי לדוקטרינת המעמד המסורתית, מתמקד בקידום של צדק ודמוקרטיה על ידי פתרון סכסוכים.¹³⁵ אך אין מדובר בפתרון כל הסכסוכים והמחלוקות הקיימים בחברה הישראלית, אלא בפתרון של סכסוכים בעלי אופי מסוים – סכסוכים בין פרטים וקבוצות מיעוט מוגדרות לבין הרשות השלטונית. תפקיד זה נגזר ממודעותו של בג"ץ לכלים המוגבלים המצויים בידי שופטיו וממודעותו לנסיבות הרקע החוקתיות, שאפיינו, ומאפיינות עדיין, את המשטר הדמוקרטי של ישראל. נסיבות אלו הן נסיבות של חוסר הסכמה ומחלוקות בין סיעות, פלגים וקבוצות באשר לדמותה ולמהותה של הדמוקרטיה הישראלית. בית משפט הנוטל על עצמו תפקיד זה מיישב לרוב רק את המקרה המצוי לפניו ובוחר להשאיר סוגיות רבות ללא פתרון. בהתאם, בית המשפט ישאף להכריע בסכסוכים על בסיס צר ככל האפשר ולהימנע מכללים רחבים או מפתרונות סופיים. דוקטרינת המעמד המסורתית, בדומה למבחני סף אחרים שהיו נהוגים בבג"ץ, שירתה את בית המשפט בהשגת מטרה זו ואפשרה הימנעות מהכרעה שיפוטית בקרבות ציבוריים ספציפיים ובמאבק הכולל על דמותה של הדמוקרטיה הישראלית:

"ככל שיש לנשוא הקובלנה אופי ציבורי יותר, והוא מן העניינים המנסרים בזירה הפוליטית ומשמשים נושא לדיונים בפני הממשלה והכנסת, כך יש להחמיר בדרישה שהקובל יהא נפגע פגיעה ממשית בתוך רשות היחיד שלו, כדי להקנות לו זכות עמידה לפני הרשות השופטת."¹³⁶

134 השופט ברק בעניין רפולר, לעיל הערה 3, בע' 458. ראו גם סגל, לעיל הערה 2, בע' 3-12.
 135 בשנים האחרונות הולכת ומתעצמת תמיכתם של תאורטיקנים לגישה שיפוטית מעין זו, המייחדת לבית משפט חוקתי תפקיד מסויג ומינימלי בחברה דמוקרטית, ראו: Sunstein, R.A. Posner "Against Constitutional Theory" *The Unpredictable Constitution* (New York, N. Dorsen ed., 2002) *supra* note 99, at pp. xi-xiv. ראו גם דבריה של ר' גביון בספרם של גביון, קרמניצר ורותן, לעיל הערה 27, בע' 69-70. גישה זו מנוגדת לגישתו של דבורקין, הגורס כי לבית המשפט תפקיד רחב המתבטא בחיפוש ויישום הצדקה רחבה וכוללת למוסדות המדינה בכללותם. R. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass., 1986).
 136 עניין בקר, לעיל הערה 33, בע' 247.

עולם ומלואו מבדיל בין הגישה המסורתית לזכות העמידה לבין הגישה החדשה והמתירנית. על פי הגישה המתירנית, כאשר מתעוררת שאלה חוקתית נכבדה, אין כלל צורך במעמד. היטיב לבטא זאת השופט ברנזון בעניין ברישלום:

"וככל שחשיבותו של הענין מבחינה ציבורית גדולה יותר, כן תגדל נטייתו של בית המשפט להכיר בזכותו של העותר, אף שהוא אזרח מן השורה, להביאו לפניו".¹³⁷

על פי הגישה המסורתית תפקידו של בג"ץ הוא בראש ובראשונה להגיש סעד לאזרח הקטן ולמיעוטים מוגדרים על ידי פתרון ריבם עם הרשות, ואילו לפי הגישה המתירנית תפקידו של בג"ץ הוא לקדם צדק כללי על ידי אימוצה של תאוריה דמוקרטית וחוקתית כוללת. הסכסוך של הפרט עם הממשל הנו משני בחשיבותו למטרה זו, משום שבית המשפט נתפס בעיניה של הגישה המתירנית כמוסד ליישוב סכסוכים במובן רחב הרבה יותר, כלומר כמוסד האמון גם, ואולי בעיקר, על פתרון סכסוכים ציבוריים. בהתאם, מבססת הגישה המתירנית את דוקטרינת המעמד על תאוריה חוקתית אבסטרקטית ושאפתנית לגבי מהות הדמוקרטיה ותפקידו של בית המשפט. תאוריה זו גורסת קיומו של קשר הכרחי בין מושגים מופשטים כגון "הפרדת רשויות" או "שלטון החוק" לבין ביקורת שיפוטית אקטיביסטית.¹³⁸

אמנם גם דוקטרינת המעמד המסורתית עשויה להיתמך על ידי עמדות עמוקות ותאוריות שונות לגבי מהות השלטון הדמוקרטי,¹³⁹ אך כשלעצמה היא בנויה מכללים ומחריגים ואינה נתמכת בתאוריה עמוקה ומסוימת. היצמדות לכללים אלה, בניגוד להיצמדות לאחת התאוריות, היא שאפשרה גיוס תמיכה לדוקטרינה זו מפרטים בעלי השקפות אידאולוגיות עמוקות שונות ולעתים אף מנגודות. דוקטרינת המעמד המסורתית על כלליה ועל חריגיה היוותה נקודת הסכמה צרה אבל איתנה בין פלגים שונים באשר לפורום המתאים לבירור סכסוכים, תוך שהיא בוחנת מיהו זה שיכול לעורר ולתבוע יישובו של סכסוך והיכן. דוקטרינת המעמד המסורתית לא עמדה לבדה. היא הייתה חלק ממערך רחב של מבחני סף שהיוו כללים מוסכמים לבחירת הפורום הראוי לבירור סכסוכים במשטר הדמוקרטי של ישראל. בהתאם, תפקידו של בית המשפט היה בעיקרו – אם כי בכפוף לפרקטיקת חריגים – קידום של צדק ודמוקרטיה על ידי היותו פורום ליישוב סכסוכים פרטיים.

137 עניין ברישלום, לעיל הערה 18, בע' 802. ראו בעניין זה גם דברי השופט ברק בעניין רסלר, לעיל הערה 3, בע' 466: "ככל שהפגם הנטען בפעולת הרשות הוא חמור יותר, וככל שהסכסוך נושא אופי ציבורי יותר, וככל שבעלי הזכות והאינטרס הם מעטים יותר שכן הבעיה היא בעלת אופי ציבורי כללי, כך השיקולים לטובת הכרה 'בעותר הציבורי' גוברים".

138 ראו בעניין זה ביקורתו של לנדוי, לעיל הערה 28, בע' 7, על גישתו של הנשיא ברק בעניין רסלר.

139 ראו לעיל פרק 4.

ו. סוף דבר

במאמר זה טענתי כי הרעיון והעיקרון שהנחה את בג"ץ בפיתוחה של דוקטרינת המעמד המסורתית היה מחויבות לצדק ולדמוקרטיה. אך קידומם של צדק ודמוקרטיה נעשה, לא על ידי אימוצה של תאוריה חוקתית או דמוקרטית כוללת, אלא בעזרת פתרון סכסוכים ספציפיים וקידומו של צדק פרטי. דוקטרינת המעמד המסורתית עוצבה כך שאפשרה לבג"ץ הימנעות מהכרעה בסכסוכים אידאולוגיים עמוקים, כאשר שיקולים של צדק פרטי ודמוקרטיה לא חייבו את יישובם. ההיגיון בדוקטרינת המעמד המסורתית נעוץ היה אפוא בכך שהקנתה לבית המשפט יכולת להתנהל בתבונה ולקדם צדק ודמוקרטיה לנוכח חילוקי דעות אידאולוגיים קשים, תוך שהוא נמנע מלנקוט עמדה במאבק על דמותה של הדמוקרטיה הישראלית. הצלחתה של הדוקטרינה לקדם טעמים אלה דרשה מבג"ץ לכוננה בצורת כללים וחריגים ברמת הפשטה נמוכה יחסית.

מדוע אפוא נזנחה דוקטרינת המעמד? פרופ' מאוטנר כתב כי יש להבין את השינויים הניכרים שחלו בפסיקתו של בית המשפט העליון החל משנות השמונים – ובכלל זה האקטיביזם המוגבר שהוא נוקט – כתגובה של בית המשפט העליון להתמוטטות ההגמוניה הפוליטית, החברתית והתרבותית של תנועת העבודה בסוף שנות השבעים.¹⁴⁰ במסגרת שינויים אלה, מסביר מאוטנר, בית המשפט העליון נקט עמדה במאבק הפוליטי והתרבותי המתחולל בישראל והפך את עצמו לזירה חשובה לקידום היעדים הפוליטיים והתרבותיים של הקבוצה "היהודית-החילונית-הליברלית" במאבקה על עיצוב אופייה של ישראל בשנים שלאחר התמוטטות ההגמוניה.¹⁴¹ אכן, רבים הם הסוברים, ואני ביניהם, כי השינויים בפסיקת בית המשפט העליון למן שנות השמונים מהווים עדות וראיה לניסיונו של בית המשפט לחתור לדמוקרטיה ליברלית ולזנוח את רעיון הדמוקרטיה הרפובליקנית.¹⁴² מובן שאם כך הדבר, יש להצטער על כך. מדוע? ראשית, מכיוון שאין זה ברור כלל ועיקר כי הדמוקרטיה הליברלית המנוכרת עדיפה על פני הדמוקרטיה הרפובליקנית. שנית, מכיוון שיש לבכות על אבדן הניטרליות הפוליטית של בג"ץ – ניטרליות שאפיינה, כאמור, גם את דוקטרינת המעמד המסורתית. שלישיית, מכיוון שראוי לגנות גם את הניסיון להכריע בדרך שיפוטית את המאבק על דמותה הדמוקרטית של מדינת ישראל.

אולם הדבר המטריד במיוחד המשתקף מזניחתה של דוקטרינת המעמד המסורתית מצוי מעבר להיבטים אלה. בזניחת דוקטרינת המעמד המסורתית יש משום נקיטת עמדה אידאולוגית המצויה אפילו מעבר לקידומה של הדמוקרטיה הליברלית. ניתן לכנות עמדה זו בשם "עליונות שיפוטית". גישה זו גורסת כי בית המשפט הוא המוסד המוביל והעליון במשטר של מדינת ישראל לפתרון סכסוכים. הסכנות שבגישה זו היו ברורות למשפטנים רבים כבר בתחילתו של תהליך התרופפותה של דוקטרינת המעמד המסורתית – השתתת החוק והמשפט על יסודות אנטי-דמוקרטיים. העובדה שבית המשפט העליון סירס ומסרס סכנות

140 מ' מאוטנר "שנות השמונים – שנות החרדה" עיוני משפט כו (תשס"ג) 645.

141 שם, בע' 649.

142 ראו בעניין זה גם פלד, לעיל הערה 124, בע' 83.

אלו באמצעות אימוצה של תאוריה דמוקרטית ליברלית, אינה צריכה להשקיט את פחדנו. בית משפט המתרכז בתאוריה ובחשיבה תאורטית מנתק את המשפט והמשטר החוקתי מהרצונות והמאווים של אזרחי המדינה. חסידי הגישה הליברלית לדמוקרטיה תומכים לעת עתה בגישתו האקטיביסטית של בית המשפט העליון בעיקר בשל העובדה כי הוא נלחם עתה את מלחמתם. עם זאת, ניתן לשער כי ניצחונם בגיוס בית המשפט למערכה על דמותה של הדמוקרטיה הישראלית יהיה במידה גדולה ניצחון פירוס, שכן הוא יוביל, ולמעשה מוביל כבר עתה, לאחד משניים: לראקציה רפובליקנית או לבג"צוקרטיה.¹⁴³

143 למונת בג"צוקרטיה ראו ש' אבינרי "בג"צוקרטיה" הארץ 7.7.04.