

אכן, יש וולדרון בירושלים!

מאת

מתנאל בראלי*

תקציר

אחד מהטיעונים העכשוויים והמנוסחים היטב נגד ביקורת שיפוטית הוצג על ידי הפילוסוף ג'רמי וולדרון, במאמרו THE CORE OF THE CASE AGAINST JUDICIAL REVIEW; לאחרונה, בחן פרופ' ניב רוזנאי את התזה של ג'רמי וולדרון ביחס למקרה הישראלי, וטען שאין לאמץ את טיעוניו של וולדרון במערכת המשפטית והפוליטית במדינת ישראל. במאמר זה אבחנו את טענותיו של פרופ' רוזנאי: ראשית, אטען כי ראיותיו האמפיריות ל(חוסר) המחויבות של החברה הישראלית לזכויות האדם – אינן משכנעות; שנית, אראה כי לפי וולדרון, אין צורך בקיומה של מגילת זכויות מלאה כדי ללמוד על מחויבות החברה לזכויות האדם; שלישית, אטען כי המחלוקת בחברה הישראלית לגבי היקף ההגנה על זכויות האדם, והדרך הנאותה לאזן בין זכויות ואינטרסים מתנגשים – היא מחלוקת קבילה וראויה, ולא מעידה על חוסר מחויבות לזכויות האדם; רביעית, אטען כי פרופ' רוזנאי מעמיד רף גבוה מדי לאימוץ טיעוניו של וולדרון – בשונה מדבריו המפורשים של וולדרון בעניין. לבסוף, מסקנתי היא כי ניתן להחיל את טיעוניו של וולדרון נגד הביקורת השיפוטית על המקרה הישראלי.

* תלמיד מחקר לתואר שני ועמית חשין בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית ועמית במכון ארגמן. אני מבקש להודות לפרופ' צבי כהנא על הערותיו המעולות; בסיסו של מאמר זה נכתב בסמינר בהנחייתו בשנה שעברה במסגרת לימודי התואר השני. תודה גם לעו"ד יונתן גרין ועו"ד אוראל אסולין על הערותיהם הטובות, ולד"ר שאולי שארף, עורך הבלוג, על עריכה חכמה, נדיבה ומקצועית.

מבוא

אופנות העולם הגדול מגיעות לישראל תמיד באיחור; כך נהוג לומר. ואכן, על אף שחלף יותר מעשור ומחצה מאז נתפרסם מאמרו רחב היריעה של ג'רמי וולדרון, *The Core of the Case Against Judicial Review*¹, המציג טיעונים כבדי משקל כנגד ביקורת שיפוטית ועליונות בית המשפט על הפרלמנט בשאלות חוקתיות – רק לאחרונה התעורר הדיון המתבקש ביישום המאמר ובהתאמתו למציאות בישראל. טענת היסוד של וולדרון – פילוסוף פוליטי ותיאורטיקן משפטי בולט – היא שמחלוקות בנוגע להיקף ההגנה על זכויות, ולאיוון הראוי בין זכויות ואינטרסים ציבוריים המתנגשים אלו באלו, צריכות להיות מוכרעות על ידי נציגי הציבור, בהליך דליברטיבי ודמוקרטי. לשם ביסוס הטענה, מציג וולדרון שתי טענות עיקריות נגד ביקורת שיפוטית חוקתית, האחת במישור המעשי, ורעותה במישור התיאורטי: הראשונה היא כי אין סיבה להניח שהזכויות יזכו להגנה בצורה טובה יותר באמצעות ביקורת שיפוטית, מאשר על ידי תהליך החקיקה עצמו.² השניה היא כי ביקורת שיפוטית לא מוצדקת מבחינה דמוקרטית, מכיוון שהיא מבוססת על הכרעת רוב של שופטים שאינם נבחרים – ובכך פוגעת בערכים דמוקרטיים של ייצוגיות ושוויון פוליטי, ובזכות להשתתפות פוליטית ולעיצוב עצמי של הקהילה הפוליטית את עצמה.

לאחרונה, בחן פרופ' ניב רוזנאי את התזה של וולדרון ביחס למקרה הישראלי, והסיק כי "יישום התיאוריה של פרופ' וולדרון למקרה הישראלי מראה שישראל מהווה *מקרה חלש* להתנגדות לביקורת שיפוטית".³ מבחינה אנליטית, המהלך שמבוצע במאמר צפוי: מכיוון שהטיעון של וולדרון נגד ביקורת שיפוטית נסמך על ארבע הנחות מצטברות, הרי שיישום למדינה ספציפית דורש עמידה בארבע הנחות. מעתה, בכדי לדחות את אימוץ הטיעון של וולדרון למקרה הישראלי, יש להוכיח שאת אחת או יותר מהנחות היסוד לא מתקיימת בישראל. לטענת פרופ' רוזנאי, הנחות היסוד הראשונה והשלישית – בדבר קיומם של מוסדות דמוקרטיים הפועלים בצורה הולמת וייצוגית, ובדבר מחויבות רחבה בחברה לרעיונות של זכויות הפרט והמיעוט, בהתאמה – לא מתקיימות בישראל באופן ראוי, ומשום כך 'תרגום' הטיעון של וולדרון ל'עברית מדוברת' (או: למשטר הישראלי), שגוי. רוב

¹ Jeremy Waldron *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 Yale L.J. (2006). ראו גם: תרגום מאמרו של ג'רמי וולדרון "ליבת הטיעון נגד ביקורת שיפוטית" בלוג [רשות הרבים](https://lawforum.org.il/waldron-judicial-review) (19.10.2022).
 (כדי להקל על הקורא הישראלי ההפניות להלן יהיו לתרגום. להלן: וולדרון). המאמר מפתח טענות מוקדמות יותר של וולדרון. ראו: Jeremy Waldron, *Deliberation, disagreement, and voting*, in DELIBERATIVE DEMOCRACY AND HUMAN RIGHTS 210–226 (2008)
 Jeremy Waldron, *Judicial power and popular sovereignty*, *MARBURY MADISON DOC. COMMENT. GRABER M PERHAC MEDS CQPRESS LOND.* (2002); Jeremy Waldron, *A right-based critique of constitutional rights*, 13 *OXF. J. LEG. STUD.* 18–51 (1993).

² טענה זו נשענת על ההנחה שהביקורת השיפוטית מוצדקת מכוח צידוקים תוצאתניים, הקשורים להגנה אפקטיבית שלה על זכויות האדם במדינה מסוימת. לעמדה מנוגדת, המצדיקה את הביקורת השיפוטית מכוח נימוקים אינטרניזיים, כגון הזכות לשימוע, ראו: Alon Harel & Tsvi Kahana, *The easy core case for judicial review*, 2 *J. LEG. ANAL.* 227 (2010).

³ ניב רוזנאי "וולדרון בירושלים" פורום *עיוני משפט* מד 2 (תשפ"ג). ההטיה במקור.

מניין ובניין של המאמר מוקדש אפוא להוכיח כי השיטה הפרלמנטרית בישראל סובלת מחולשות עמוקות, "פתולוגיות חקיקתיות" בלשונו, ⁴ שמקשים על ראייתה כשיטה דמוקרטית הולמת וייצוגית די הצורך; וכי החברה הישראלית סובלת מ"היעדר מחויבות עמוקה ורחבה" לזכויות האדם.⁵

אולם, הקורא את מאמרו של וולדרון עד סופו יגלה שהוא צפה היטב את סוג הטיעונים הללו, ואף הקדיש לכך את סוף המאמר. "אני סבור שעבור רבים", הוא כותב, "הטיעון בעד ביקורת שיפוטית נשען על הכחשת הנחות היסוד הללו [הראשונה והשלישית]"⁶, דהיינו – על הטענה שזו נועדה לחפות על כשלים מובנים של הדמוקרטיה כפי שזו מתממשת בפועל, ועל הטענה שבפועל אנשים לא מחויבים לשמירה על זכויות באופן עמוק.⁷ לדעת אותם אנשים, "אנו זקוקים לביקורת שיפוטית על חקיקה בעולם האמיתי, ולא בעולם האידיאלי המוגדר באמצעות הנחות היסוד שלי", הבהיר וולדרון את טענת מתנגדיו.⁸ אך בתשובה לטענה זו הדגיש וולדרון – חזור והדגש – שלדעתו הנחות היסוד שלו "הן מציאותיות"⁹; שבדבריו הוא לא מתייחס לתיאור אידיאלי ומושלם של מדינה דמוקרטית וחברה שמחויבת לזכויות אדם; וכי הוא לא התכוון להעמיד רף אוטופי ליישום טיעונו.

לעניין זה נודעת חשיבות מרובה, בשל העובדה שבכך מבהיר וולדרון כי הוא מציב את טענתו גם אל מול אלו שמוכנים להודות לדבריו בעולם 'אידיאלי', אך סבורים שבעולם ה'ממשי' הנחותיו לא מתקיימות – ולשם כך דרושה ביקורת שיפוטית על החקיקה. במסגור זה של הדברים, נראה כי טענותיו של פרופ' רוזנאי צועדות בנתיב שצפה וולדרון, וניצבות בצד השני של המתרס – זה שלעומתו טוען וולדרון את דבריו. מובן שכעת אנו נכנסים לתחום אפור ובעייתי, שקשה מאוד להגדירו באופן מדויק: מה נחשב "עולם אידיאלי", ואיזו מציאות עומדת באופן מספק בהנחות היסוד של הטיעון? כיצד ניתן להגדיר באופן ברור מהם מוסדות דמוקרטיים מתפקדים, או למדוד מחויבות כנה של האזרחים לשמירה על זכויות הפרט והמיעוט?

על אף העמימות המובנית בדיון זה, אני סבור שהתשובות במאמרו של פרופ' רוזנאי לשאלות אלו, תוך הצגת המצב הנוכחי בישראל כחריג ביחס למקובל במדינות דמוקרטיות בעולם המערבי – אינן משכנעות די הצורך.¹⁰ אני מסכים אומנם שניתן לערוך שיפורים ניכרים במבנה המשטר בישראל, כאלו שיתרמו למידת הדמוקרטיה שלו – אך מכאן ועד לטעון שבעיות אלו מעידות על התמונה הכללית, הדרך רחוקה. התמונה הכללית מלמדת דווקא שהדמוקרטיה בישראל מתפקדת בצורה ראויה וסבירה, גם בקנה מידה עולמי; וכי המחויבות העקרונית לזכויות

⁴ שם.

⁵ שם, בעמ' 23.

⁶ וולדרון, לעיל ה"ש 1. ראו גם Waldron, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1401.

⁷ שם.

⁸ שם.

⁹ שם, בעמ' 1402.

¹⁰ אם כי, יש להודות שהוא מדייק בניסוחיו ('מקרה חלש' להתנגדות לביקורת שיפוטית'), המתאימים לאופי זה של הדיון כפי שתיארתי.

הפרט והמיעוט בישראל – שרירה וקיימת. אדגים זאת בקצרה בנוגע לשאלת התקיימות ההנחה הראשונה בישראל.

על אף כתב הביקורת של פרופ' רוזנאי על מצב הדמוקרטיה הישראלית – נראה שהיא בהחלט "במצב תפקוד סביר",¹¹ בהתאם לרף שמציב וולדרון במסגרת ההנחה הראשונה: חברה דמוקרטית שבה החוקים וסוגיות המדיניות הציבוריות נקבעים על ידי העם או נציגיו, באמצעות מוסדות נבחרים; חברה עם מערכת פוליטית דמוקרטית, הכוללת זכות בחירה רחבה והליך בחירות הוגן וראוי; גוף מחוקק גדול ודליברטיבי, שמסוגל להתמודד באופן שגור עם שאלות מורכבות של צדק ומדיניות חברתית; הליכי חקיקה מפורטים הבנויים ממגבלות שונות על חקיקה מהירה ובלתימחושבת, כגון שני בתי מחוקקים (פרמטר שכמובן לא מתקיים בישראל), ועדות, שלבי דיון שונים, הליכי היוועצות והצבעה; חברה שבה חברי הגוף המחוקק רואים עצמם כנציגי הציבור ועסוקים בטובתו; ולבסוף – חברה שבה קיימות מפלגות פוליטיות, שחבריהן רואים עצמם מחויבים לדרכן גם מעבר לאינטרסים המידיים שלהם.¹²

הקורא את המאמר יתקשה להחמיץ את העובדה שניסוחיו ותיאוריו של וולדרון מעמידים רף סבירות ממוצע להנחה הראשונה; וקשה עוד יותר שלא לראות את הדמוקרטיה הישראלית – על אף מגרעותיה – ככזו שעומדת בו בכבוד, בוודאי ובוודאי שביחס למדינות אחרות בעולם. ואכן, כשפונים למדדים בינלאומיים, המבקשים להעניק ציון מספרי למידת הדמוקרטיה של מדינות שונות – אנו למדים שמצב הדמוקרטיה בישראל נמצא הרבה מעל לממוצע במדינות העולם, הרבה מעל אותו רף סבירות שעליו דיבר וולדרון.¹³

פרופ' רוזנאי לא סבור כך, והוא מפרט שורה ארוכה של טענות משנה המוכיחות, לטענתו, את עמדתו. מענה מלא לכל אחת מטענות המשנה שלו זוקק דיון ומענה השוואתי מפורט: בנוגע לגודל בית המחוקקים (היחיד) בישראל;¹⁴ לצורתם של תהליכי החקיקה השונים; לשאלת המשמעת הקואליציונית והטענות בדבר 'שליטת' הרשות המבצעת ברשות המחוקקת; לחולשתה ולחוזקתה (גם יחד) של הכנסת; למעמד הזכות לשוויון בחקיקה הישראלית, ועוד. את הדיון המפורט ביחס להתקיימות ההנחה הראשונה בישראל לא אקיים במאמר זה, בשל אופיו המורכב, ובכוונתי להשלימו בעתיד הקרוב.

כעת, אציין רק זאת: הטענות בדבר חולשתה של הרשות המחוקקת בישראל ביחס לזו המבצעת קיבלו אמנם ביטוי במספר פסקי דין של בית המשפט העליון בשנים

¹¹ וולדרון, לעיל ה"ש 1; Waldron, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1361 ("reasonably good order").

¹² שם.

¹³ ראו תמר הרמן, אור ענבי, איילת רובכש-שיטריה, אברהם (רמי) ריטוב ואלה הדר **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2020** 156-172. ראו גם במדדים בינלאומיים, למשל **DEMOCRACY** (Economist Intelligence) **INDEX 2021**. במדד זה ישראל ממוקמת במקום גבוה באופן יחסי (23 מתוך 167), ואף גבוה יותר מארצות הברית (26).

¹⁴ בנקודה זו רק יש לציין לדבריו של רוזנאי עצמו, בה"ש מס' 25 – שציטט מחקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה הטוען ש"בכשליש מהמדינות האוניטריות (כלומר, שאינן בעלות מבנה פדרלי) יש שני בתים. במובן זה, ישראל, כמדינה אוניטרית, אינה מהווה חריג בנוף העולמי".

האחרונות,¹⁵ ואף הושמעו על ידי מספר מלומדים לאחרונה.¹⁶ ובכל זאת, ניתוח פוליטי-היסטורי מדוקדק של יחסי הכוחות שבין הכנסת לממשלה, שנעשה לאחרונה על ידי פרופ' רבקה וייל, העלה באופן נחרץ שההיפך הוא הנכון: "מבחינות רבות הממשלה נחלשה והכנסת התחזקה לאורך שנות קיומה של המדינה", קבעה וייל.¹⁷ לדבריה, "מוטת השליטה של הממשלה בכנסת נחלשה משמעותית לאורך השנים",¹⁸ קביעות המלווה במסד נתונים מפורט ומשכנע. לסיכום סעיף זה אני מבקש לחדד את הנקודה החשובה הבאה: על אף שאני נוטה להסכים עם חלק מטיעוני המשנה של פרופ' רוזנאי בדבר חולשות מסוימות של השיטה הדמוקרטית בישראל, ומשום כך גם תומך בחלק מההצעות השונות לתיקון¹⁹ – הטענה שההנחה הראשונה לא מתקיימת בגינן בישראל היא מרחיקת לכת ביותר. אל מול טענה זו נכון לשוב ולהזכיר את דבריו המפורשים של וולדרון בנוגע למוסדות הדמוקרטיים – שאת קיומם הוא מניח במאמר:

כלל, אני מניח שהמחוקקים הדמוקרטיים מתפקדים באופן סביר. ייתכן שהם לא מושלמים, ומן הסתם מתקיימים דיונים בנוגע לשיפור התנהלותם. אני מניח שדיונים אלה מושפעים מתרבות דמוקרטית, המעריכה דיון אחראי ושוויון פוליטי.²⁰

נראה שמשפטים אלו מתארים היטב את הדמוקרטיה הישראלית, על חסרונותיה (הסבירים) ועל התרבות הפוליטית השוררת בה – שעל אף המשברים הפוליטיים והציבוריים שבהם אנו נתונים, היא עודנה שומרת על התנהלות דמוקרטית ואחראית.

בעמודים הבאים אתמקד אם כן בשאלת התקיימות ההנחה השלישית – בדבר מחויבות עמוקה לרעיונות של זכויות הפרט והמיעוט – בציבוריות הישראלית. דיון זה זוקק ברכה לעצמו, בשל העובדה שהוא כולל בחובו גם טענה כללית יותר, בדבר אופי הוויכוח בישראל על ביקורת שיפוטית, ועל הנחות היסוד העומדות בבסיסו.

¹⁵ בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (אר"ש, 27.3.2016); בג"ץ 8749/13 שפיר נ' שר האוצר (אר"ש, 13.8.2017); בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל (נבו, 6.8.2017); בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' כנסת ישראל (אר"ש, 10.9.2017); בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

¹⁶ גילה שטופלר "בית המשפט העליון כבלם מפני השתלטות עוינת של הממשלה על סמכויות הכנסת" *ICON-S-IL Blog* 25.3.2018; מתן גוטמן יחסי הגומלין בין הכנסת לממשלה והחוקה המינהלית המוסדית (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר-אילן - הפקולטה למשפטים, 2019); יניב רוזנאי "מיני-סימפוזיון בעקבות בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת – הקדמה" *ICON-S-IL Blog* 13.3.2018; Yaniv Roznai, *Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset*, *IACL-AIDC Blog* (2018).

¹⁷ ראו את פרק א במאמרה של רבקה וייל "הלכת יולי אדלשטיין וכתובות יחסי הכוחות בין כנסת לממשלה בישראל" *עיוני משפט* מד 321 (2021). דיון באחת השאלות הנוגעות ליחסי הכוחות שבין הכנסת לממשלה, סביב פעילות "ועדת השרים לחקיקה", נערך על ידי גיל ברינגר במאמרו "הממשלה המחוקקת" *השילוח* 18 (2020).

¹⁸ שם. ראו גם את הרשומה של רבקה וייל "על יחסי הכוחות בין הכנסת לממשלה בפרספקטיבה היסטורית" *ICON-S-IL Blog* (5.11.21).

¹⁹ להצעה ספציפית שאני נוטה להסכים לה, ראו: עמנואל נבון, "חזיון הדמוקרטיה בישראל – בלי שינוי השיטה" *השילוח* 5 (2017).

²⁰ וולדרון, לעיל ה"ש 1; Waldron, לעיל ה"ש 1.

א. מחויבות עמוקה בחברה לזכויות הפרט והמיעוט

"סקרים מראים היעדר מחויבות עמוקה ורחבה בחברה הישראלית, לזכויות אדם", קובע פרופ' רוזנאי, ובכך תומך את טענתו ביחס להנחה השלישית של וולדרון: "ספק אם הנחה בסיסית זו מתקיימת בהקשר הישראלי באופן הרצוי"²¹. מחקר מסוים הראיות המוצגות במאמר של פרופ' רוזנאי כוללות מקורות שונים: מחקר מסוים שמצא כי רק 37% מהצעירים היהודים בישראל רואים בהגנה על זכויות מיעוטים "ערך בעל חשיבות עליונה"; ירידה – המשתקפת בסקר אחר שנערך – בדעות צעירים יהודים בנוגע לשוויון זכויות פוליטיות; ²² סקר נוסף שלפיו 49% מהציבור היהודי סבור שליהודים מגיעות זכויות יתר מאלו שאינם יהודים; ורוב בציבור היהודי הסבור שהחלטות פוליטיות חשובות בנושאי שלום וביטחון, ממשל וכלכלה, צריכות להתקבל ברוב יהודי בלבד.²³ ראשית, יש לשים לב לבעייתיות המתודולוגית הטמונה בשימוש בראיות אלו. מדוע סקרים שנערכו בקרב צעירים – גיל שכידוע מאופיין ברוחות לוחטות, חוסר מתינות והיעדר יישוב הדעת – משמשים כנייר לקמוס לבחינת מחויבות כלל החברה הישראלית לזכויות הפרט והמיעוט? גם אופן הבחירה המדגמי של המחקרים הללו לא מקבל נימוק מתודולוגי ראוי. כך למשל – מדוע נבחרו מחקרים אלו, ואילו מדד הדמוקרטיה הישראלית – הבוחן את הדירוג של ישראל במגוון מדדי דמוקרטיה וזכויות בינלאומיים – לא נלקח בחשבון? לפי המדד, ישראל זוכה לציונים טובים באופן יחסי, וממוקמת גבוה במדרג ביחס למדינות רבות בעולם – ואף עלתה בו בהשוואה לשנים עברו.²⁴ דוגמה זו ממחישה את הבעייתיות המתודולוגית בהסתמכות על סקרים לביורר שאלות מסוג זה – דבר המייצר וויכוח אמפירי שקשה עד מאוד לחמוק מאתגריו.

אך בחינה מדוקדקת יותר של המחקרים המצוינים מעלה מכהה את תוקפם. כך למשל, המחקר הראשון משווה בין דעות בני נוער בישראל למקביליהם במספר מדינות ערביות – אך לא כולל השוואה למדינות דמוקרטיות מערביות, שנחשבות למחויבות באופן עמוק לזכויות האדם. בנוסף, ממצאי המחקר עצמם רחוקים מלהציג תמונה חד משמעית. למשל, מאותו מחקר גם עולה שציונים גבוהים ניתנו

²¹ רוזנאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23.

²² יש לציין כי מקור הסקר לא ברור: בכתבה מעיתון "הארץ", המופיעה כמקור לנתון זה, שם, בה"ש 61, שויכו הנתונים הללו ל"סקר נפרד שנערך בשני העשורים האחרונים על ידי מרכז מאקרו לכלכלה מדינית", אך לא צוין מקורו. במחקר המקורי, שאליה הפנה פרופ' רוזנאי באותה ה"ש, לא מופיעים הנתונים הללו. בחיפוש מהיר לא מצאתי את המחקרים המדוברים – אם כי "לא ראיתי – אינה ראייה".

²³ רוזנאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23-24.

²⁴ תמר הרמן, אור ענבי, וויליאם קביסון ואלה הלר **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019** 133 (להלן: מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019). ניתן היה לציין גם את מדד הדמוקרטיה הדינונית – הבודק כיצד מתקבלות החלטות ציבוריות: האם בתהליך פוליטי דיאלוגי מכבד, המעמיד אל מול עיניו את הטוב המשותף – או שמא מתוך מניעים צרים של סולידריות מגורית ואינטרסים מיידיים. הציון שישראל זוכה לו במדד זה גבוה באופן יחסי – 73.8, וממוקם מעל ארצות הברית, לדוגמה (עמ' 133). נושא זה מרכזי ביותר להנחה הראשונה של וולדרון, הדורשת תהליכי התדיינות מפותחים בהליך החקיקה, אך כאמור, מאמר זה אינו עוסק בהנחה זו. במדד EIU השייך לעיתון האקונומיסט, עלתה ישראל בשנתיים האחרונות במדרג העולמי, ביחס לשנה שקדמה לה. את תוצאות המדד ניתן למצוא במרשתת: [לשנת 2020](#) ולשנת [2021](#).

בישראל לערכים כמו שוויון זכויות פוליטי, חופש הביטוי ושוויון מגדרי.²⁵ העיון במחקר גם מראה שהשאלה בדבר זכויות מיעוטים לא פירטה האם מדובר בזכויות אישיות או קולקטיביות – הבחנה קריטית בהקשר הזה.²⁶ לבסוף, גם ניסוח השאלות במחקר מקשה על הסקת מסקנות ברורה: בני הנוער נשאלו עד כמה הם רואים ערך זה או אחר כ"בעל חשיבות עליונה" – שאלה שאיננה בוחנת את מידת המחויבות לערך בפני עצמה, אלא ביחס לערכים אחרים. ואכן, למשל, מי יתקע לידינו שרמת החשיבות של חופש הביטוי עולה בחשיבותה, או פחותה בחשיבותה, ממתן שוויון זכויות למיעוטים?

בנוסף, חשוב לציין שדווקא ממצאים אחרים שמוציגים במאמר, מלמדים על מה שמוגדר על ידו כ"תפיסות מתקדמות למדי" בחברה הישראלית בנוגע למגוון נושאים (כגון היחס לבני זוג מאותו המין או להפליה מגדרית);²⁷ לא יהיה מיותר להזכיר בהקשר הזה את חריגות ההסדרים בישראל בנוגע לפונדקאות לבני אותו המין – ביחס למקובל במדינות ליברליות מערביות אחרות. נקל להבין שאין בידינו נוסחאות ברורות – ולכל הפחות, לא נחשפנו לכאלה במאמר – המשקללות את היחס בין המחקרים השונים לכלל מסקנה בהירה בדבר המחויבות של החברה בישראל לזכויות האדם.

נראה כי צבר הטענות הנקודתיות הללו נגד תוקף הראיות מחדד את הקושי בדיון בשאלה 'עד כמה מחויבת החברה הישראלית לזכויות האדם' – שאלה המצריכה מומחיות שאיננה משפטית-חוקתית אלא לקוחה מכלי המחקר של מדעי החברה. נדמה שדווקא בשל כך עלינו לנקוט במשנה זהירות בבואנו לטעון טענות עובדתיות על אודות המציאות בכדי לבסס טענות נורמטיביות, ויש לבססן בדרך איתנה בהרבה.

ב. אימוץ מגילת זכויות כתובה

במאמרו של פרופ' רוזנאי מנוסחת בהקשר זה טענה נוספת, הנשענת על מבחן אובייקטיבי ופשוט יותר למדידה, לפיה ניתן לבחון את היעדר המחויבות לזכויות האדם גם בכישלון לחוקק מגילת זכויות מלאה בישראל, ובפשרות שנדרשו לחקיקת חוקי היסוד – שהובילו לחקיקת מגילת זכויות רזה "בהשוואה לקטלוג הזכויות המקובל בחוקות מודרניות".²⁸ ואכן, כפי שמציין פרופ' רוזנאי, וולדרון עצמו העמיד את אימוץ מגילת הזכויות כמבחן המשקף את מחויבות החברה לזכויות אלו. חלקיות מגילת הזכויות הישראלית – ביחס ל"קטלוג הזכויות המקובל" – מלמדת אף היא על פגם עמוק במחויבות החברה הישראלית לזכויות האדם. האומנם?

ראשית, ובניגוד למה שעשוי להשתמע, חשוב להדגיש שוולדרון לא העמיד תנאי של מגילת זכויות מלאה, ואף לא הזכיר מספר כזה או אחר של זכויות שצריכות

²⁵ רובי נתנזון, דליה שניידלין וינאי ויס דור ה-Z במזרח התיכון ובצפון אפריקה 39 (2019).

²⁶ שם, עמ' 42.

²⁷ רוזנאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24.

²⁸ רוזנאי, שם.

להיכלל במגילה.²⁹ למעשה, וולדרון מדבר על "אימוץ מגילה כתובה, או הצהרת זכויות מהסוג המוכר", ומדגיש:

אינני מניח שכל מגילת הזכויות או חלק ממנה נדרשים להופיע בחוקה כתובה. נשאיר זאת כשאלה פתוחה. כל שאני מניח בשלב זה היא שמגילת זכויות נחקקה על מנת לתת ביטוי למחויבותה של החברה לרעיון של זכויות.³⁰

התנאי של וולדרון מניח אפוא אימוץ של מגילת זכויות כתובה, ולא כולל דרישה למגילת זכויות מלאה. תוסף לכך העובדה שגם החוקה האמריקנית ותיקוניה, המוזכרים על ידי וולדרון כדוגמא למגילת זכויות, אינם כוללים את כל אותו "קטלוג זכויות" מקובל.³¹ הדבר גם מסתבר: עצם חקיקת מגילת הזכויות מלמד על מחויבות עקרונית של החברה לזכויות האדם, ואילו היקפה עשוי להיות נתון לוויכוחים ולמחלוקות לגיטימיים מנקודת מבטו של וולדרון.³² בנוסף, וולדרון מציין במפורש שייתכן שאותה מגילת זכויות "נחקקה בעבר ביוזמת החברה עצמה, הייתה תוצאה של חיקוי או שבאה לעולם במסגרת מילוי חובה חיצונית של המדינה תחת חוקי זכויות אדם".³³ בהקשר זה חשוב לציין שישראל חתומה על שבע אמנות מרכזיות בתחום זכויות האדם, כולל האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR) והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (CESCR), מה שעשוי ללמד דווקא על רמת מחויבות גבוהה לקונצנזוס הבינלאומי בדבר חשיבות השמירה על זכויות האדם.³⁴ יש בנותן טעם גם להתייחס לטענה מובלעת במאמרו של פרופ' רוזנאי, המציינת לרעה את העובדה שמגילת הזכויות אומצה בישראל רק זמן רב לאחר קום המדינה.³⁵ נניח שכפי שנרמז, החברה בישראל לא הייתה מחויבת לזכויות האדם עד שנת 1992 – האם מתחייב מכך שכיום, רבע מאה לאחר מכן, היא עודנה עומדת בחוסר מחויבותה? וכי מכיוון שלארה"ב לקח יותר משבעים שנה לעגן בחוקה את התיקונים ה-13 וה-14, האם נאמר שכיום היא פחות מחויבת לאיסור בדבר עבדות, או לחובה לנהוג בשוויון ביחס לכל תושביה? לדידי התשובה על כך שלילית.

²⁹ כמו המספר 35, המוזכר על ידי רוזנאי, שם, בה"ש 67.

³⁰ וולדרון, לעיל ה"ש I. Waldron, לעיל ה"ש I, בעמ' 1365. המשפטים הבאים של וולדרון מלמדים שהביטוי "הסוג המוכר" לא מתייחס לאותו קטלוג זכויות שעליו מדבר רוזנאי, אלא לסוג המסמכים שאותם מביא וולדרון כדוגמה: חוקת ארצות הברית והתיקונים לה, הצ'רטר הקנדי, האמנה האירופית לזכויות אדם, ומגילת זכויות האדם של ניו זילנד.

³¹ במאמר שאליו מפנה פרופ' רוזנאי בה"ש 67, הבוחן באופן אמפירי מגילות זכויות אדם חוקתיות בעולם, ארה"ב אכן ממוקמת קרוב ביותר לישראל – פעם למעלה ממנה, ופעם למטה ממנה. ראו David S. Law & Mila Versteeg, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, 99 CAL. L. REV. 1163, 1253-1257 (2011).

³² יש לציין כי ריצ'רד אלברט הביא – בחשבון הטוויטר שלו – נתונים המלמדים על כך שאין קורלציה בין מספר הזכויות המוגנות בחוקה של מדינה מסוימת, לבין מעמדה הדמוקרטי של אותה מדינה, ולעיתים אף להיפך. ראו: <https://twitter.com/RichardAlbert/status/1340440592703234048?s=20>.

³³ וולדרון, לעיל ה"ש I. Waldron, לעיל ה"ש I, בעמ' 1365.

³⁴ פירוט מלא של אמנות זכויות האדם שעליהם ישראל חתומה ניתן למצוא באתר משרד המשפטים, כאן.

³⁵ רוזנאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24; ה"ש 71 בעמ' 26.

ג. מחלוקת סבירה ואמיתית לגבי זכויות

באופן מהותי יותר, נראה שחוסר השלמת מגילת הזכויות, ואותה "מחלוקת ציבורית" בנוגע לחוקי היסוד, לא משקפים בהכרח היעדר מחויבות עקרונית לזכויות האדם. "הטעם העיקרי לאי השלמתו עד הנה [של מפעל החוקה], כך נראה בעיניי", כתב בעבר השופט רובינשטיין:

[...] הוא לא מה ייכתב בחוקה, אלא ככל הנראה השאלה מי יפרש אותה [...] דומה כי חלקים בכנסת אינם מאושרים מהסמכות החוקתית של בית משפט זה, וחוששים הם פן טקסטים חוקתיים נוספים יעצימו את כוחו.³⁶

חוסר ההסכמה בציבור, ובין הרשויות השונות, נוגע אם כן לאופן הפעלת החוקה, ובאופן ספציפי יותר – לשאלה מי מוסמך לפרש את החוקה, האם החוקה כוללת גם מוסד של ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת, ועוד. המחלוקת הציבורית בישראל כיום לא משקפת חוסר מחויבות עקרונית לזכויות הפרט והמיעוט, כפי שנטען במאמרו של פרופ' רוזנאי; היא נובעת בדיוק מעמדות כמו אלו של וולדרון – המחויבות להגנה על זכויות הפרט והמיעוט, ושוללות ביקורת שיפוטית של בית המשפט.

זוהי גם התשובה לטענה נוספת העשויה להישמע כנגדי. ניתן היה לקבל את טענתי שישנה הגנה ניכרת על זכויות הפרט והמיעוט במדינת ישראל – אך להצביע על כך שהגנה זו הושגה דווקא באמצעות פסיקה וביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון, ולא על ידי חקיקת הכנסת. דוגמה לכך יהיו הישגיה של הקהילה הלהט"בית בישראל, שחלק גדול מהם, כמו פונדקאות – מהעת האחרונה – הושגו בפסיקה ולא בחקיקה. גם חלק ניכר מהזכויות המוגנות כיום באופן חוקתי בישראל, כך ניתן לטעון, הם תוצאה של פרשנות שיפוטית שהרחיבה את חוקי היסוד בדבר הזכויות, הדלים באופן יחסי. אם נכונים הדברים, הרי שמצב עניינים זה מעיד שלא ניתן לוותר על ביקורת שיפוטית בישראל כחלק אינטגרלי מההגנה על זכויות הפרט והמיעוט במדינה, ולא כפי שטען וולדרון; שהלא ההתקדמויות שהושגו לא נבעו מהתדיינות דמוקרטית ודליברטיבית, אלא מביקורת שיפוטית שאליה מתנגד וולדרון.

בתגובה לכך יש לציין ראשית כל שכעניין שבעובדה, ישנן גם לא מעט זכויות שהוגנו על ידי הכנסת במישור החוקי, גם אם לא במישור החוקתי. השמירה על השוויון הושגה למשל בחוקים רגילים כגון חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק שיווי זכויות האישה; וזכויות אחרות עוגנו בהוראות חוק ספציפיות כגון זכויות הסטודנטים שעוגנו בחוק להשכלה גבוהה, או זכויות מטופלים שהוכרו בחוק זכויות החולה.³⁷

אך באופן מהותי יותר, ברצוני להצביע על כך שזהו טיעון מעגלי: הוא מניח מראש שפסיקת בית המשפט בפועל מבטאת בהכרח את ההרחבה הנכונה והראויה של ההגנה על הזכויות, ואת צורת יישומן המיטבית; בעוד שעל פי הגדרותיו של וולדרון, חוסר ההסכמה בדיוק בסוגיות אלו משקף את אותן "מחלוקות סבירות"

³⁶ בג"ץ 10/4908 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (275), פס' ח לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2011).

³⁷ וולדרון עצמו עמד על הבעייתיות הכרוכה בציפייה שכל זכות המוכרת באופן משפטי תוכר גם כזכות חוקתית. ראו: JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 219-221 (1998).

בדבר מימושן של זכויות. כך למשל, נישואין של בני אותו מין מובאים על ידו כדוגמה לסוגיה שבה לפי דעתו העם צריך להכריע, באמצעות תהליך דליברטיבי של נציגיו, מהי עמדתו בה – ולא בית המשפט.³⁸ אחת התובנות החדות שוולדרון חוזר עליה מספר פעמים היא שבמקום בו יש ביקורת שיפוטית, סוגיות הסובלות מחוסר הסכמה עמוק יעברו ממישור הדיון הענייני-מוסרי לטענות עקרוניות בדבר פגיעה בזכויות, וכך כל צד יקרא את עמדתו אל תוך מגילת הזכויות, ויטען שההכרעה לפי הצד השני משמעה "עריצות הרוב".³⁹ ממילא, לא ניתן להוכיח שביקורת שיפוטית הכרחית לשם שמירה על הזכויות, מכיוון שהוכחה זו נשענת באופן מעגלי על תפיסה מסוימת של יישום הזכויות – ושוללת תפיסות אחרות. למעשה, וולדרון מבקש להגן בדיוק על האפשרות לנהל דיון דמוקרטי הוגן בין תפיסות מנוגדות אלו.

יש להרחיב מעט בנקודה זו, מכיוון שהיא ממחישה טעות רווחת שוולדרון מתאמץ לחשוף ולקעקע – והיא קשורה לשימוש מסוים בטיעון "עריצות הרוב" כהצדקה לביקורת השיפוטית. וולדרון מצביע על כך שאם אנו מגדירים את המושג "עריצות" (tyranny) כמצב עניינים שבו זכויותיו של פרט כלשהו מופרות – הרי שבכל מקרה של חוסר הסכמה על זכויות, כל אחד מהצדדים יטען שהצד השני 'עריך' כלפיו. כמובן שעצם העלאת הטענה לא מבטיחה את נכונותה – שצריכה להתברר בפני מוסד כלשהו. לצורך העניין, נניח שישנם שני מוסדות שיכולים לברר שאלות אלו – בית המחוקקים, או בית המשפט. אם המוסדות הדמוקרטיים יקבלו הכרעות בשאלות אלו, ברור שיתכן שהם יקבלו החלטות שגויות בנוגע לזכויות – וינהגו ב'עריצות', כתוצאה מכך; אולם, באותו אופן בדיוק גם בתי המשפט יכולים לקבל החלטות שגויות בנוגע לזכויות, ולנהוג ב'עריצות'. השאלה חוזרת אם כן להיות – מיהו המוסד שיכול להכריע בצורה הטובה ביותר בנוגע לפרשנות הנכונה של הזכויות, ולנהוג כמה שפחות ב'עריצות' – וזוהי בדיוק השאלה שעליה עונה וולדרון את תשובתו: בית המחוקקים. מה שעולה מדיון זה הוא שעצם העלאת הבעיה של 'עריצות הרוב' לא מכריעה את הדיון לטובת ביקורת שיפוטית – שיכולה לסבול בדיוק מאותה הבעיה.

בנוסף, וולדרון מבחין בצורה אנליטית בין שני מושגי מיעוט שונים – המיעוט שדעתו לא התקבלה בהליך קבלת ההחלטות, והמיעוט הממשי שזכויותיו נפגעו כתוצאה מההחלטה. כאשר שני המושגים מתלכדים – כגון במקרה שמחוקקים לבנים מצביעים על פריוילגיות לאזרחים הלבנים – הרי שמתקיים מצב של "עריצות הרוב" כלפי המיעוט השחור. זהו שימוש נכון, לפי וולדרון, בטיעון של עריצות הרוב. אולם, וזו הנקודה החשובה – בעניינים הנוגעים למחלוקת לגבי זכויות של מיעוט מסוים, לא מספיק להצביע על עצם העובדה שדעת המיעוט לא התקבלה על ידי הקהילה כולה בכדי להכריע שהתקיימה 'עריצות הרוב'. ככל שהתקיים דיון הוגן וראוי, ודעת חבר המיעוט נלקחה בחשבון יחד עם דעות שאר חברי הקהילה – יש צורך בהוכחה שההחלטה שהתקבלה אכן מהווה 'עריצות' כלפי המיעוט הממשי. וכפי שמנסח זאת וולדרון:

כל עוד הדעה שמומשה התחשבה באינטרסים שלי כראוי יחד עם האינטרסים של כל האחרים, העובדה שדעתי לא ניצחה לא מהווה כשלעצמה איום על

³⁸ ראו וולדרון, לעיל ה"ש 1. Waldron, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1349.

³⁹ ראו Waldron, שם, בעמ' 1369, 1395 ועוד.

הזכויות, החרות או הרווחה שלי. דבר מזה לא משתנה בהכרח גם אם אני חבר במיעוט הנושאי הזכויות עומדות על הפרק. אנשים – כולל חברים במיעוט נושאי – אינם בהכרח בעלי הזכויות שהם מאמינים שמגיעות להם. הם עלולים לטעות לגביהן; ייתכן שהרוב צודק. [...] לסיכום, עריצות הרוב אפשרית. אולם המונח איננו יכול לציין בפשטות את חוסר ההסכמה של הדובר עם התוצאה של החלטה רובנית.⁴⁰

ממילא, עצם העובדה שבתי המשפט בחרו לנקוט עמדה מסוימת בשאלת יישומן של זכויות – ושעמדה זו לא שיקפה את דעת הרוב בהליך הדמוקרטי – לא מלמדת מאומה על כך שהם אכן הגנו על המיעוט מפני 'עריצות הרוב'. לבסוף, חשוב להתייחס לכך שהעובדה שבית המשפט הוא זה שהרחיב, באקט פרשני, את רשימת הזכויות המוגנות באופן חוקתי בישראל – קשורה בקשר הדוק למהפכה החוקתית שחלה בעקבות חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992. ניתן לשער בסבירות גבוהה שאפשר היה להרחיב את משרעת הזכויות החוקתיות המוגנות ביתר קלות, לולא הייתה הכנסת חוששת מהתערבות רחבה יותר של בית המשפט העליון – על אף הקושי המתודולוגי הכרוך בשרטוטתה של 'היסטוריה אלטרנטיבית'. דווקא התעצמות הביקורת השיפוטית היא זו שפוגעת, לפי ניתוח זה, בהמשך ההגנה החוקתית על הזכויות בחקיקה הישראלית.⁴¹

דינמיקה זו אף ניתנת לניתוח מזווית מעט שונה, שאותה מזכיר וולדרון עצמו במאמרו – ולפיה ביקורת שיפוטית עשויה אף לפגוע במידת המחויבות של הפרלמנט להגן על זכויות הפרט והמיעוט ולשקול אותן ברצינות בתהליך החקיקה, מכיוון שהוא יכול 'לסמוך' על בית המשפט שיהיה זה שיגן על אותן זכויות.⁴² יש הטוענים שבישראל כיום שורר אף מצב חמור יותר, המאפיין דינמיקה של סוחרים המצויים בתהליכי משא ומתן. כשם שמושכל יסוד של לקוח המצוי במשא ומתן הוא שעליו להציע למוכר הצעה ראשונית הנמוכה מזו שהוא אכן מוכן לשלם, כדי שהוא יוכל להגיע עם המוכר לעמק השווה על הסכום המשקף בעבורו את שווי העסקה – כך באופן דומה במשטר הישראלי, הכנסת – החוששת מהתערבותו האפשרית של בית המשפט – בוחרת לחוקק הסדרים קיצוניים מאלו שהיא הייתה

⁴⁰ וולדרון, שם. Waldron, שם, בעמ' 1398.

⁴¹ ראו את דבריו של אביעד בקשי, מהקולות הבולטים המתנגדים לביקורת השיפוטית, המתייחס לזכות לשוויון: "נבחרי הציבור בישראל, הן מימין והן משמאל, לא מתנגדים לרעיון השוויון. הבעיה נעוצה במשבר אמון בין המחוקק לבין הפרשן שלו. בית המשפט בחר לדחוק את הקץ ולייחס פרשנויות מרחיקות לכת לצעדים החוקתיים שבחר המחוקק ללכת. תגובת הנגד של המחוקק... היא הימנעות מצעדי הרחבה של עולם זכויות האדם מחשש שכל עוגן שייתן המחוקק יקבל יישום מרחיב ובלתי צפוי בידי בית המשפט... בית המשפט רצה להרחיב את היקף ההגנה על זכויות האדם בישראל, אך דחיקת הקץ גרמה דווקא לתוצאה הפוכה ולהפסקת שיתוף הפעולה של נבחרי הציבור עם פרויקט חשוב זה." אביעד בקשי "האם חוק הלאום שולל את הזכות לשוויון?" **ICON-S-IL Blog** (21.10.2018). הדבר מתעצם לאור חלק מהטענות הסוברות שחברי הכנסת שהצביעו בעד חוקי היסוד של '92 לא הבינו את השלכותיהם על אפשרות בית המשפט להעביר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית של הכנסת; אם כי לדעת חלק מהמלומדים, טענה היסטורית זו איננה נכונה. ראו על כך בפירוט אצל גרעון ספיר **המהפכה החוקתית: עבר, הווה ועתיד** 70-80 (2010).

⁴² וולדרון, לעיל ה"ש 1. Waldron, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1403.

רוצה להעביר, מתוך אסטרטגיה מודעת שלפיה בית המשפט יפסול חלק מההסדר – וכך יישאר חלק הארי שאליו הייתה רוצה הכנסת להגיע. "עייפתי מההשמצה כלפי מתנגדי ביקורת שיפוטית בטענה שהם סקפטיים בנוגע לזכויות", הודה בכנות וולדרון במאמר;⁴³ ובמקום אחר התאמץ להראות שיש לפרש את הוויכוח על הביקורת השיפוטית כעימות בין שני מבטים שונים על הזכויות – ולא כעימות בין מגיני הזכויות למתנגדיהן.⁴⁴ וכפי שהוא מציין בספרו הגדול LAW AND DISAGREEMENT:

אם [...] אנו נוקטים בעמדה שכל חשיבה על אודות זכויות רצופה קשיים, ושלגבי עניין זה – עם כל הרצון הטוב ביותר בעולם – אנשים תמי לב עשויים להיות שונים זה מזה, לא נפגין את אותו חוסר אמון בהצעות מתנגדינו, ולא את אותו ביטחון דוגמטי בהצעותינו. מי שסבורים שיתכן והם טועים צריכים... להיות פתוחים יותר לאפשרות שדיון בקרב חבריהם האזרחים יפיק מעת לעת מסקנות טובות יותר מאלו שלהם.⁴⁵

לדעתי, הוויכוח בחברה הישראלית על מגילת הזכויות הוא בדיוק מסוג המחלוקת המתקיימת בהנחה הרביעית של וולדרון: "מחלוקת עקיבה, סבירה, משמעותית ואמיתית לגבי זכויות" – ויש להכיר בכך ש"כל חשיבה על אודות זכויות – רצופה קשיים".

השאלות העומדות במוקד המחלוקת הן אלו: האם הפגיעה בזכויות, במצבים מסוימים, מידתית ומוצדקת? אילו זכויות זכות להגנה נורמטיבית על-חוקית? איך יש להכריע במקרים אלו, ומהם האיזונים הנדרשים לשם כך? ושאלת השאלות: מי אמור להכריע בהן? שני הצדדים מצדדים אפוא בעד "הגנה על זכויות אדם", אך חלוקים בדבר יישומה של ההגנה בפועל – מלאכה עדינה של איזונים, המושפעת בין היתר משאלות ערכיות מובהקות.⁴⁶ תומכת בכך גם העובדה שבמשך 27 השנים שחלפו מאז פס"ד המזרחי, הכנסת לא ביטלה את חוקי היסוד – ואף אין שום הצעה רצינית שכזו, גם לא בקרב המתנגדים הקולניים ביותר לביקורת השיפוטית. המחשה מיטבית לטענתי ניתן למצוא דווקא באחת הדוגמאות שהובאה במאמרו של פרופ' רוזנאי כראיה לחוסר המחויבות לזכויות – שאלת המדיניות הנכונה בנוגע למסתננים. המחלוקת הציבורית, הפוליטית והמשפטית בדבר דיני ההגירה מורכבת הלא מוויכוחי משנה עובדתיים (האם מדובר במסתננים, מהגרי עבודה או מבקשי מקלט?) וערכיים (שמירה על צביונה היהודי של המדינה אל מול תביעה מוסרית לסייע לפליטים נרדפים), ומשקפת תפיסות שונות של איזונים בין זכויות – ולא דווקא חוסר מחויבות עקרוני לזכויות.

לפני סיום אעיר כי אמנם וולדרון כולל במאמרו הסתייגות בנוגע למקרה שבו קיימת קבוצת מיעוט כרונית שלא שותפה לתהליכים הפוליטיים, ושהרוב מנצל את כוחו בכדי לרומסה בדרך קבע. ניתן היה לטעון שזהו המצב הקיים בישראל ביחס

⁴³ וולדרון, שם, Waldron, שם, בעמ' 1366.

⁴⁴ Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 13 18–51 (1993).

⁴⁵ WALDRON, שם, בעמ' 224. תרגום שלי.

⁴⁶ ראו יהושע (שוקי) שגב "העצמת שיח הזכויות החוקתיות בעקבות המהפכה החוקתית: האומנם תרמה המהפכה החוקתית להגנה על זכויות האדם? משפט ועסקים טז 235, 267-270 (2013); את דבריו של אביעד בקשי, לעיל ה"ש 41; וראו גם אהרן גרבר ומתנאל בראלי "אקטיביזם ביקורתי" ICON-S-IL Blog (10.11.2019).

למיעוט הערבי, ושמשום כך טיעונו של וולדרון לא רלוונטיים למקרה הישראלי. לדידי ברי לי כי אין זה המצב בישראל; תעיד על כך הממשלה היוצאת, שבה ישבו נציגי המפלגות הערביות; ועוד קודם לכן, הרוב היהודי לא רומס את המיעוט הערבי בדרך קבע. בכל אופן, גם אם נקבל את הטענה שזהו המצב בישראל, הרי שניתן להצדיק מכוחה ביקורת שיפוטית אך ורק בנוגע לנושאים שקשורים לזכויות המיעוט הערבי. עד כה מיעוט קטן ביותר של החוקים שנפסלו על ידי בית המשפט העליון מתייחס ליחסי יהודים-ערבים במדינה, וחלק הארי של המקרים נוגע להיבטים אחרים כגון הגירה, דת ומדינה, גיוס חרדים, פונדקאות, הפרטת בתי הסוהר, ועוד.⁴⁷

ד. מדינת ישראל: מדינה "ככל העמים"

עד כה טענתי שהניתוח במאמר של פרופ' רוזנאי את מחויבות החברה הישראלית לזכויות אדם משקף מסגור לא מדויק של הוויכוח בין מתנגדי הביקורת השיפוטית לתומכיה. הזכרתי שאם פונים למישור האמפירי, יש מקום להזכיר שישראל דווקא מדורגת במקומות גבוהים במדדי דמוקרטיה וזכויות אדם בינלאומיים, וממוקמת ברבעון העליון של הסולם.⁴⁸ לצד זאת, חשוב להצביע על כך שגם מנקודת מבט תיאורטית קיימת נטייה להעצים את משקל המתחים הקיימים בין הליברליזם בישראל למערכות ערכים אחרות, כגון דת ולאומיות, ולראותם כחריגים בקנה מידה עולמי; מתחים שנדמה כי פרופ' רוזנאי, לצד אחרים, מוטרד מהם ורואה אותם כמאיימים על הפרויקט הליברלי בישראל.⁴⁹ אלו יבקשו להצביע על מוקדי מתח נפיצים בחברה הישראלית – כגון חוסר האפשרות להינשא בנישואין לא-דתיים, המונעים מזוגות בעלי דתות שונות להינשא בישראל, או פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר באמצעות סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת – כעדות לפגיעה מתמשכת וסיטמתית בזכויות, המעיבים על הטענה שבישראל יש מחויבות עמוקה לזכויות הפרט והמיעוט.

אך כפי שהראו אמנון רובינשטיין ואלכסנדר יעקובסון, מדינות דמוקרטיות רבות בעולם משלבות מודל של מדינת לאום יחד עם מחויבות עמוקה לזכויות אדם, ובכך מתמודדות עם סט שאלות ומתחים זהה: היחס שבין לאומיות לאזרחות; זכויות מיעוטים; מעמד הדת; המסורת והתרבות הלאומית במדינה; ועוד.⁵⁰ המתחים המתעוררים במדינת ישראל בין מערכות הייחוס והערכים הללו לא חורגים מהנורמה המקובלת בעולם המערבי ובמדינות הלאום הדמוקרטיות הרבות – הן מנקודת המבט האמפירית, הן מהזווית התיאורטית.

⁴⁷ אני מודה ליחיאל אורן-הרוש שהאיר את עיניי בנקודה זו.

⁴⁸ ראו גם מדד הדמוקרטיה הישראלית 2019, לעיל ה"ש 24, בעמ' 119. ראו גם המדדים המוזכרים בה"ש 13.

⁴⁹ ראו למשל רוזנאי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 24: "בהינתן הכוח הפוליטי הרב של קבוצות אלו [מצביעי ימין, דתיים לאומיים וחרדים], יש לעמדות אלו חשיבות רבה במישור הפוליטי הישראלי"; ובעמ' 26, ליד ה"ש 72. וראו גם אצל מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו (2019).

⁵⁰ אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים: מדינת לאום יהודית וזכויות האדם (2003).

אין ספק שקיימים מתחים עמוקים: בין הזהות הלאומית של המדינה לבין מתן זכויות קיבוציות למיעוט הערבי; בין הרצון להגן על מסורת ישראל ארוכת השנים לבין פגיעות אפשריות בזכויות הפרט; מתחים שלעיתים אף קשה ליישבם. אך כאמור, הניסיון למסגר חלק ניכר מהעמדות הרווחות בשאלות אלו כאילו הן נובעות מחוסר מחויבות לזכויות הפרט והמיעוט – פשטני ומטעה. במציאות הממשית, כל מדינה מתחבטת בשאלות מורכבות הנוגעות לצורך לאזן בין זכויות המיעוט לאינטרסים של קבוצת הרוב, ובין שמירה על המסורת התרבותית והדתית לבין מתן אוטונומיה מלאה לאזרחיה – וגם בכך מדינת ישראל לא שונה ממדינות אחרות.

לבסוף חשוב להדגיש כי גם אם נקבל באופן מלא את הטענות העולות במאמרו של פרופ' רוזנאי, הרי שאליבא דוולדרון עצמו – במקום שבו לא מתקיימות כל ההנחות הרי שמתעוררת הצדקה לביקורת שיפוטית חלשה. במונחיו של וולדרון, הדוגמה לביקורת שיפוטית חלשה היא המודל הבריטי: שם בית המשפט יכול להצהיר כלפי הפרלמנט שחוק מסוים מצריך בחינה מחדש על ידי הפרלמנט, מכיוון שהיבטים מסוימים בו עשויים לפגוע בזכויות הפרט או המיעוט. במודל כזה, זכות המילה האחרונה בנוגע לאותן מחלוקות עמוקות וסבירות ביחס לזכויות – שמורה למוסד שנהנה מלגיטימציה דמוקרטית – הפרלמנט. מיותר לציין שהביקורת השיפוטית בישראל רחוקה ממודלים דיאלוגיים, רכים ו'חלשים' כגון אלו;⁵¹ נראה כי פרופ' רוזנאי עצמו מייחל לביקורת שיפוטית חזקה יותר.⁵² ממילא, אם אנו מקבלים את עמדתו של וולדרון – הרי שאין מקום לביקורת שיפוטית חזקה בישראל.

בפרט יש להזכיר שחלק מהחוקים וההסדרים שקבעה הכנסת, ושנפסלו שוב ושוב על ידי בית המשפט העליון – נוצרו דווקא לאחר תהליכי חשיבה, דיונים ודליברציה ממושכים ועמוקים. אני מרמז כמובן לסוגיות גיוס בני הישיבות והיחס למסתננים, שלגבי שתיהן קשה לומר שההסדרים שנקבעו בחוק לא הושגו לאחר תהליכי דיון ערני ותוסס – הן במרחב הציבורי הן במרחב הפוליטי; ממילא, פסילתן מעידה על כך שבית המשפט איננו סבור שהמקום הנכון לקבלת ההכרעות בשאלות אלו הוא בית המחוקקים, כפי שטוען וולדרון.

לסיכום, נראה כי הדמוקרטיה הישראלית ומחויבות החברה בישראל לזכויות האדם דווקא עונות על הגדרותיו של וולדרון ועומדות בתנאי "המצב הסביר" לעילא. קיימים טיעונים חזקים וכבדי משקל לטובת ביקורת שיפוטית בישראל, אך נראה שעדיף שלא לגייס את וולדרון עצמו כתומך בעמדה זו.

ציטוט מוצע: מתנאל בראלי "אכן, יש וולדרון בירושלים!" בלוג רשות הרבים (5.12.2022).

⁵¹ להצעות בדבר מודל דיאלוגי של ביקורת שיפוטית ראו אצל ספיר המהפכה החוקתית, לעיל ה"ש 41, בעמ' 254-261; בל יוסף "הדיאלוג החוקתי: שתי נקודות מבט" משפט ועסקים כב 327 (2020).

⁵² ראו יניב רוזנאי ביקורת חוקתית: התפתחות, דגמים והצעה לעיגון הביקורת השיפוטית בישראל (2021), ובפרט בפרקים 3, 4, 8.