

ערכים, אידיאלים ופורמליזם במשפט הישראלי

מאת

השופט נעם סולברג*

הכותרת המשולשת שבחברה לשכת עורכי הדין למושב מעניינת, כי היא מציבה את הפורמליזם לא רק כתמונת ראי לערכים, אלא גם כתמונת ראי לאידיאלים. ואני, כבר בתחילת דבריי, מוצא את עצמי במגננה. לא בכדי אני 'פוזל' כאן על הבמה, לעבר חברתי השופטת דפנה ברק-ארז, וחברי השופט (בדימוס) מני מזוז: 2:1 לחובתי. למה? כי אני קצת פורמליסט; בנותיי אומרות שאני אפילו שמרן... והנה לנו, לשכת עורכי הדין, 'ידידת בית המשפט', הציבה כך את המשוואה: פורמליזם מזה, ערכים ואידיאלים מזה. כבר הפסדתי.

אביחי מנדלבלט, חתן השמחה, מביץ בכדורגל. כשרון מבוזבז... אז תגיש לי בבקשה עמדת יועץ בשאלה הבאה: האם נכון שהגישה הפורמליסטית למשפט, כמוה כלשחק 'פונקר'? מי שדוגל בערכים, מי שמציב אידיאלים נשגבים, משחק על המגרש פתוח, משוחרר, שולט בכדור, ראש למעלה, עט קדימה. זהו כדורגל במיטבו, לתשואות הקהל. הפורמליסט, 'נעבעך', משחק פונקר, בקושי מגיע למחצית המגרש של היריב, משעמם את הקהל, לא מפתיע ולא יוזם, לא שולט בכדור, אין תנופה, אין מחשבה, לא שאר-רוח, כל הזמן במגננה.

ובכן. ההנגדה בין פורמליזם לערכים, ימיה כימי מאמרו המכונן של פרופ' מני מאוטנר, אבל יש בה ממד של הטעיה, מפני שהפורמליזם איננו חף מערכים.¹ אומנם אין בהם אותו 'ברק' שיש לערכי זכויות היסוד, אבל גם הפורמליזם דוגל בערכים: פחות זוהרים, יותר אפרוריים, אבל קיימים. הוויכוח בין שפיטה 'פורמליסטית' לבין שפיטה 'ערכית', איננו בשאלה מה מעמדם של ערכים כאלה ואחרים מבחינה פילוסופית, אלא בשאלה מה מעמדם בשדה המשפטי. ושם אנו מוצאים ערכים אחרים, אף הם חשובים, כבודם במקומם מונח, על כל פנים ראוי שיהא מונח: כיבוד הכרעות הרוכ, ודאות, יציבות, אחידות וכו'. אלו הם ערכים

* שופט בית המשפט העליון. רשימה זו מבוססת על דברים שנשא בכנס לכבוד היועץ המשפטי לממשלה א' מנדלבלט בבית ציוני אמריקה ביום 21 בפברואר 2022.
¹ מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

מסוג שונה מאשר ערכי זכויות יסוד המוכרים לנו; אבל כאשר מפנימים שמדובר בערכים מול ערכים, ההכרעה הופכת להיות מורכבת יותר ועדינה יותר. פורמליזם בעולם המשפט איננו מילת גנאי; זהו ערך, או לפחות הלך-רוח אשר משרת ערכים. לכן, עליית הערכים במשפט הישראלי צריכה השלמה של פורמליזם, ולא מאבק עמה. לכן דוגמת משחק הכדורגל אינה טובה, מפני שאין כאן יריבות.

לפני כ-10 שנים, בפתחת שנת המשפט באוניברסיטת חיפה אמרתי את הדברים הבאים:

"אחד ממוקדי המחלוקת נעוץ בפרשנות ובשיקול הדעת השיפוטי בענייני של זכויות האדם שעוגנו בחוקי יסוד ושל אלה שלא עוגנו בחקיקה – מהותן והיקף פרישתן. אכן, קל יותר לשכנע בצדקתו של פסק דין כשהנמקתו מושתתת על הוראת-חוק חרותה ומפורשת. קשה יותר לשכנע בצדקתו של פסק דין כשבבסיסו ערכים מופשטים. אבל אפשר לגשר על הפער, על כל פנים לחתור לכך בהתמדה: 'אחוז בזה וגם מזה אל תנח את ידך'. אחוז בערכים, אך גם מלשון החוק, מכוונת המחוקק ומתכלית החקיקה אל תנח את ידך. לשון אחר: פריצת הדרך נעשתה, ערכי היסוד עוגנו בחקיקה, כיאה להם, ועתה השעה כשרה לשימור הערכים, לצד חזרה מתונה למשפט פורמלי יותר. ההיסטוריה של המשפט לימדה אותנו שפורמליזם דווקא, מנותק מערכים, יכול להביאנו עד פלות. אבל גם זאת ידענו, שמשפט של ערכים הריהו תלוי בין שמים וארץ, וכדי שיצלח צריך לטעת את שורשיו באדמה. המטוטלת נעה כדרכה מצד לצד ועלינו לייצבה: בצד הערכים, עם בסיס פורמלי"².

נחוצה לנו 'פורמליסטיקה' של ערכים – כללים באשר לערכים מתנגשים, פיתוח דוקטרינות ברורות וחדות, ולא עמומות, במשפט החוקתי, המנהלי, ובכלל, גם במשפט הפרטי. וזאת, מבלי להקל ראש בצורך להגן על זכויות.

אדגים זאת בקצרה בתיאור התפתחותה של דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת'. בפרשת בנק המזרחי נפסק כי חוקי-יסוד יזוהו באמצעות מבחן צורני: כותרת 'חוקי-יסוד', ואי ציון שנת החקיקה.³ מבחן פשוט וברור, שמעניק ביטחון וודאות. ב'צריך-עיון' נותרה השאלה מה יעלה בגורלה של חקיקה 'רגילה', שתוכתר כ'חוקי-יסוד', אף שאינה ראויה לכך. לימים, בפרשת בראון נקבע כי מבחן הזיהוי הצורני עודנו מושל בכיפה, אך לצד זאת נבחן אם ניתן להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקי-יסוד, בשל 'שימוש לרעה בסמכות המכוננת'.⁴ הוזכרו שני היבטים: בחינת מניעי הרשות המכוננת בעת העברת חקיקה שכזו; ובחינת התוצאה הפגומה שתתקבל, אם יחוקק חוקי-יסוד שכזה. ההיבט הראשון – נדחה; ההיבט השני – קנה שביטה מסוימת, למצער ביחס לחקיקת-יסוד זמנית. חלף עוד זמן, ובפרשת המרכז האקדמי, הבשילה לראשונה הדוקטרינה הנ"ל לכדי מעשה; נפסק כי ניתן להכיר בדוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, אף ביחס לבחינת מניעי הרשות המכוננת.⁵ לימים, בפרשת שפיר, הוצע להמיר את המבחן הצורני הקלאסי, במבחן

² "שמרו משפט ועשו צדקה" הרצאה שנישאה בפתחת שנת המשפט באוניברסיטת חיפה ביום ב' במרחשוון תשע"ג (18 באוקטובר 2012).

³ ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

⁴ בג"ץ 2534/97 יהב נ' פרקליטת המדינה, תק-על 97(2)731 (1997).

⁵ בג"ץ 8260/16 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל (נבו) 6.9.2017.

לזיהוי הנורמות החוקתיות שביסוד חקיקת-היסוד, באמצעות כמה מבחני-עזר: מבחן היציבות, מבחן הכלליות, ומבחן ההתאמה למארג החוקתי הכולל.⁶ משמעות הדבר למעשה, היא הכללת דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת בתוך מבחן הזיהוי. על-פי גישה חדשנית זו, יוכל בית המשפט להפעיל שיקול דעת מהותי ביחס לחוקי יסוד, ויהא בכוחו לקבוע אם אכן מדובר בחוקי-יסוד. לימים, בעתירות שהוגשו לגבי מנגנון ממשלת החילופים, כבר הוצע להפוך את דוקטרינת השימוש לרעה בסמכות המכוננת, לשולית של דוקטרינת 'התיקון החוקתי הבלתי חוקתי', בזעיר אנפין.⁷

הנה כי כן, התפתחות דוקטרינת 'השימוש לרעה בסמכות המכוננת' ממחישה היטב את הסכנה שבמעבר מכללים פורמליסטיים, צורניים וברורים, למבחנים מהותיים. עיסוק שיפוטי בגבולות החוקה הנרקמת – צריך שייעשה בדחילו ורחימו; לא באמצעות דוקטרינה שיפוטית עמומה. בקיצור: הבו לנו חוקי-יסוד: החקיקה.

על הקשר בין פורמליזם לבין מובן אחר של ערכים, לרבות ערך של צדק הבא לידי ביטוי ביציבות ו-וודאות, עמד כבר השופט בנימין כהן, לימים נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב, במאמרו "בשבח הפורמליזם" משנות ה-50:

"מה עדיף, האם הצדק הממוצע ברוב המקרים, המתגלם בנוסחה מגובשת הנותנת בידך קנה מידה אובייקטיבי, או שמא הצדק המוחלט בכל מקרה מסוים, הנתון לשרירות רגש הצדק הסובייקטיבי שבך, שאינו ניתן לגיבוש פורמלי, והמקעקע את עצם מושג הקבע ההכרחי לכל משפט אם רצונו לשמש מסגרת כל שהיא בחיי החברה? מאמין אני באמונה שלמה כי ההשקפה הפורמליסטית, זו הבוועטת כביכול בצדק, סופה להיות הערובה היחידה לרמה הוגנת של צדק במדינה, וכי מתנגדי הפורמליזם ומבקשי הצדק, עלולים, בסופו של דבר לסייע, למרות רצונם הסובייקטיבי, להעלאת הצדק מן המדינה".⁸

באשר להנגדה בין פורמליזם לאידיאלים: זה קשור בעיני למגבלות המשפט. יש תוצאה אידיאלית, אבל למשפט יש מוגבלויות שאינן מאפשרות לממש את האידיאל עד תום (במסגרתו). פורמליזם עשוי להיות 'כלי העבודה' שמבטא את המוגבלות הזו, אבל היא קיימת גם בלעדיו. פורמליזם במובן הזה מבטא הכרה במגבלות המשפט, ולפעמים התעלמות מכללים פורמליסטיים מבטאת ניסיון לאתגר את המגבלות הללו (אם בהצלחה או לא, יכול כל אחד לשפוט כהבנתו).

לעניין זה יפים דבריו של אנטונין סקאליה, לשעבר שופט בית המשפט העליון בארצות הברית, אשר היטיב לחדד את הקשר בין הפורמליזם וה"צורה" לבין שלטון החוק והימנעות מהפעלת כוח שלטוני שרירותי:

"מכל הביקורות המופנות כלפי הטקסטואליזם, האווילית ביותר היא שהוא "פורמליסטי". התשובה לכך היא, כמובן שהוא פורמליסטי! כל עניינו של שלטון החוק הוא צורה. [...] רוצח נתפס עם דם על הידיים, רוכן מעל גופת הקורבן; שכן עם מצלמת וידאו צילם את הפשע; והרוצח הודה בכתב ובעל

⁶ בג"ץ 5969/20 סחיו שפיר נ' הכנסת (נבו, 23.5.2021).

⁷ לדוגמה: עתירה בבג"ץ 2922/20 סיעת מרצ נ' הכנסת, עתירה בבג"ץ 2905/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, עתירה בבג"ץ 2941/20 פלדמן נ' ח"כ בנימין נתניהו.

⁸ בנימין כהן "בשבח הפורמליזם" הפרקליט ז' 324, 328 (1950).

פה. אף על פי כן, אנו מתעקשים על כך, שלפני שהמדינה תוכל להעניש את הפושע, יש לערוך משפט פלילי מלא, המסתיים בהכרעה שקובעת אשמה. האין זה פורמליזם? יחי הפורמליזם. הוא מה שהופך את השלטון לשלטון חוקים ולא אנשים".⁹

על התווך שבין פורמליזם למהות; בין האות הכתובה, דברו של המחוקק עלי ספר החוקים, לבין ערכי יסוד נעלים, דוגמת יושר, צדק ואמת, אמרתי דברים אחדים כשעמדה על הפרק שאלת כהונתו של ראש ממשלה כשהוא נאשם בפלילים. הציווי ידוע ומפורסם: "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ). אך מה פשר הכפילות? אמר הגרי"ד סולובייצ'יק זצ"ל שיש צדק מוחלט, טהור, שמיימי; ויש צדק ארצי, אנושי. הצדק הראשון זורח בטהרתו, אינו מתחשב באילושי שעתידחק, חולשות אנושיות, פוליטיקה, כלכלה וחברה; זהו צדק מושלם. הצדק השני מוגבל באילושי המציאות החומרית, במגע עם העולם האנושי, ושלל צרכי גוף ונפש של היצור קצר הימים ושבע הרוגז; הצדק האנושי אנוס להסתפק בפחות.

"אמר רבי סימון: בשעה שפא הקדוש ברוך הוא לבראת את אדם הראשון, נעשו מלאכי השרת פתים פתים, ונחבירות חבורות. מהם אומרים אל יבא, ומהם אומרים יבא, הדין הוא דכתיב 'חסד ואמת נפגשו צדק ושלום נשקו'. חסד אומר יבא, שהיא גומל חסדים. ואמת אומר אל יבא, שפלו שקרים. צדק אומר יבא, שהיא עושה צדקות. שלום אומר אל יבא, דכוליה קטטה. מה עשה הקדוש ברוך הוא? נטל אמת והשליכו לארץ, הדין הוא דכתיב 'ותשלף אמת ארצה'. אמרו מלאכי השרת לפני הקדוש ברוך הוא, רבון העולמים מה אתה מבזה תכסיס אלטיכסיה שלך, תעלה אמת מן הארץ, הדין הוא דכתיב 'אמת מארץ תצמח'".¹⁰

האמת השמיימית מציבה סטנדרט אבסולוטי שהאדם אינו עומד בו; החברה האנושית אינה מסוגלת לכלכל את דרכיה לפיו. איננו מלאכי השרת. האמת הצומחת מן הארץ – אינה מושלמת. היא מבטאת את מידת האמת, אך זאת תוך התחשבות במציאות האנושית המתקיימת כאן, על הארץ, במגבלות הכרוכות בכך – כלכלה ופוליטיקה, חברה ומשפט, ושאר אילושי העולם הזה. חברה ללא צדק ויושר, היא חברה מושחתת; חברה ללא צדק ומשפט, מידרדרת אלי אנרכיה ופשע. לכן, הצדק מציל חברה זו. אך צדק אבסולוטי שאינו מתפשר, עלול לרסק את החברה מפני האמת הבלתיגמישה. הפורמליזם, הדין בישראל, חקיקת-הכנסת, מתווים לנו מדי יום את תוצאת פסק הדין. הצדק המתחשב במציאות הארצית, והאמת הצומחת מן הארץ – הם ערכי האמת והצדק שעל-פיהם אנו פוסקים.

ציטוט מוצע: נעם סולברג "ערכים אידיאליים ופורמליזם במשפט הישראלי" בלוג רשות הרבים (13.11.22)

⁹ ראו: תרגום מאמרו של אנטונין סקאליה בלוג רשות הרבים (13.4.2022). תורגם מתוך Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (1997).

¹⁰ בראשית רבה ח, ה.