

בין אלכס שטיין לפרידריך האייק – על מגבלות השלטון מכוח עקרונות יסוד

מאת

יונתן גרין*

רקע ומבוא

לאחרונה פרסם בית המשפט העליון שורת פסקי דין בעלי חשיבות רבה. ברשימה זו אבקש להתמקד בסוגיה צדדית אך חשובה שהועלתה על ידי השופט אלכס שטיין, ולהצביע על מספר שגיאות בטיעון המוצג שם.

בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות (להלן: בג"ץ טבריה) והן בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל (להלן: בג"ץ עילת הסבירות),¹ הציג בקצרה השופט שטיין בחוות דעתו דברים מאת הכלכלן הנודע פרידריך האייק,² על מנת לתמוך בטענתו הכללית לגבי מגבלות מבניות על כוח

* עמית מחקר במרכז לחוקה של אוניברסיטת ג'ורג'טאון ועורך דין מוסמך בישראל ובמדינת ניו יורק, לשעבר מנכ"ל ומייסד הפורום הישראלי למשפט וחירות. המחבר רוצה להודות לד"ר שגיא ברמק על הערות מועילות ומעולות, ל-Liberty Fund ולד"ר עמיחי מגן על אירוח סמינר בשנת 2022 שהיווה השראה לחלק מהטיעונים ברשימה זו, ולד"ר רן ברץ שהנחיל אצל המחבר את חיבתו הרבה לפרידריך האייק ולהגותו.

1 בבג"ץ 5119/23 התנועה לטוהר המידות נ' הכנסת (אר"ש 30.7.2023). בבג"ץ 5658/23 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (אר"ש 1.1.2024).

2 חו"ד של שטיין בבג"ץ עילת הסבירות, שם, בפס' 30. (להלן: חו"ד שטיין או חוות הדעת).

שלטוני באשר הוא. מדובר בנקודה שולית יחסית שאינה מרכזית או חיונית לטיעון העיקרי של השופט שטיין, אך שטומנת בחובה גישה רחבה יותר הדורשת עיון. הציטוט מאת פרידריך האייק מציג לראווה מספר שגיאות ומשמש הזדמנות מועילה להצביע עליהן ולהציף דיון חשוב החורג ממסגרת פסק הדין.

בתמצית – ראשית, השופט שטיין שוגה באופן הצגתו את תורת האייק בנוגע למגבלות על השלטון מכוח עקרונות יסוד משותפים, מאחר והאייק לעולם לא הציג ולא העלה על דעתו שבית המשפט יהיה הגוף האוכף עקרונות אלו. שנית, השופט שטיין שוגה ביישומו של תורת האייק בהקשר של בג"ץ טבריה ובג"ץ עילת הסבירות, מאחר והאייק ייחד גישתו להקשר של כפייה שלטונית הפוגעת בחירויות הפרט, והבהיר במפורש שאין כוונתו לענייני מדיניות ולהקשרים אחרים (כמו חקיקה "פרסונלית" או התערבות במדיניות מטעמי "סבירות"). לבסוף, אציג כיצד תורתו של האייק אכן משקפת עיוורון ייחודי בתפיסתה את בית המשפט, עיוורון המשותף לאחרים מתוך המחנה המשפטי-שמרני.

השימוש בהאייק בהקשר האמור והביקורת כלפי שימוש זה מתקיים במסגרת תופעה רחבה בהרבה – זו של ליברליזם יוריסטוקרטי וגיוסו של האייק לטובתה. ניתן וראוי להתווכח על מידת הכוח שיש להעניק לבית המשפט (או שבית המשפט מעניק לעצמו) במטרה להגן על חירויות או לשמר עקרונות יסוד משטריים. אך מכתביו של האייק עולה בבירור שהוא עצמו היה מתנגד נחרצות לסוג שלטון השופטים המקודם לעתים בשמו ותחת חסות תורתו המשפטית-משטרית.

הרשימה (והביקורת בה) נכתבת בהערכה רבה לשופט שטיין ולדיון המושכל, הענייני והמרענן שהוא מקדם בבית המשפט, ותוך ערנות לחשיבות דיונים מסוג אלו אף בתוך המחנה המשפטי-שמרני פנימה.

א. חוות הדעת והאייק

פרידריך האייק היה אחד מגדולי הכלכלנים של המאה ה־20, בין בולטי הוגי המסורת הכלכלית האוסטרית ואהוד במיוחד על שוחרי החירות הכלכלית והשוק החופשי. בספריו השונים הסביר את היסודות של משטר חופשי

ואת הסכנות הטמונות בהתערבות שלטונית בחיי הפרט ובכלכלה, ובמיוחד את סכנת השאיפה לכינון חברת "מופת" באמצעות הנדסה חברתית, כפייה ושליטת חירויות. להאייק היה גם עניין מקיף בשאלות של פילוסופיה פוליטית וכתבתו הרבה בסוגיות של משטר וחברה שיקפה זאת, ובשל כך הוא גם מוכר כפילוסוף פוליטי ראשון במעלה. ספרו "חוקת החירות" נחשב לאחד מגדולי היצירות של הליברליזם הקלאסי והקפיטליזם (ההולכים יד ביד) במאה ה־20. בשל התנגדותו להתערבות ממשלתית בענייני כלכלה וטיעוניו התקיפים בעד חירויות פרט נהיה האייק ליקיר המחנה השמרני (בהכללה גסה) בארה"ב ובעולם.³ בשונה מכלכלנים רבים בני זמנו ואחריו, להאייק היה גם עניין מיוחד בתחום המשפט, ואף כתב ספר בעל שלושה כרכים עבי־כרס בשם "חוק, חקיקה וחירות".

לענייננו, השופט שטיין מצטט את פרידריך האייק (מתוך ספרו "חוקת החירות") כדי לתמוך בטענה לפיה אין שלטון דמוקרטי שאין עליו מגבלה כלשהי, לרבות שלטון בצורה של מחוקק ואף של רשות מכוונת היוצרת חוקה. שטיין מתאר שלטון המבוסס על הכרעת הרוב בלבד בתור "תרחיש אימים" של "דמוקרטיה אריתמטית נטולת רסנים והגבלות".⁴ ההקשר בפסקי הדין הוא של פסילת חקיקה ללא בסיס ברור לכך בחוק (בבג"ץ טבריה) או של פסילת חוק־יסוד המהווה כביכול תיקון חוקתי (בבג"ץ עילת הסבירות). להלן הציטוט המלא של האייק כפי שהופיע בחוות דעתו של השופט שטיין:

"עבור דמוקרט דוגמטי, מושג המפתח הוא ריבונות העם, שמשמעו שלטון רוב נטול מגבלות. בדרך זו, הרעיון הדמוקרטי, שבמקור נועד למנוע את היווצרותו של כוח שררה שרירותי, מייצר הצדקה לכוח שררה שרירותי חדש. ברם, סמכותה של ההכרעה הדמוקרטית נעוצה בהיותה החלטת הרוב בחברה שאחדותה מבוססת על תפישות עולם ואמונות המאפיינות את רוב בניה ובנותיה; ועל כן מן ההכרח הוא שהרוב המתמטי יכפיף

3 על אימוץ האייק ע"י המחנה השמרני ראו: דיוויד גלסנר "אין הפך האייק לנביא השמרנות" מידה (7.4.2020).

4 חו"ד שטיין, לעיל ה"ש 2, בפס' 29.

את עצמו לעקרונות משותפים אלה גם כאשר האינטרס המידי שלו בא על סיפוקו על ידי הפרתם. הנקודה המכרעת כאן אינה אלא זאת: מה שהופך אוסף מקרי של אנשים לחברה ולמדינה הוא קבלת העקרונות המשותפים הללו. קבלת העקרונות המשותפים הללו הינה תנאי הכרחי לקיומה של חברה חופשית. קבוצת אנשים הופכת את עצמה לחברה מאורגנת לא על ידי קביעת חוקים ותקנות, אלא באמצעות ציות לאותם כללי התנהגות. מכאן המסקנה כי כוחו של הרוב מוגבל מעיקרו על ידי העקרונות המשותפים של החברה, ושום כוח לגיטימי אינו יכול לעמוד מעליהם".⁵

להשלמת התמונה, להלן משפט נוסף של האייק שמופיע בסמיכות לפני הציטוט לעיל, שלטעמי מתיישב עמו ומחדד אותו:

"מבחינתו [של הליברל], הכרעת הרוב שואבת את סמכותה לא רק מתוך פעולת רצונו של הרוב הרגעי אלא מתוך הסכמה רחבה יותר על עקרונות משותפים".⁶

לכאורה, האייק טוען כי הרוב הדמוקרטי, בכל מנגנון אשר במסגרתו יפעל, כבול על ידי "עקרונות משותפים של החברה" עליהם מושתת המשטר החופשי כולו. המהלך הלוגי הוא שכאשר הרוב מפעיל את כוחו באמצעות מנגנון של הכרעת רוב, הרי שהוא מתבסס על מארג עקרונות יסוד בחברה שהם אלו המצדיקים והמאפשרים את עצם המנגנון. על כן לעולם השלטון המייצג את הרוב אינו יכול לעשות ככל העולה על רוחו. לפי שטיין, ציטוט זה משקף את דעתו של האייק אשר "רואה בכללים החוקתיים אמצעי למניעתו" של אותו "תרחיש האימים" של כוח בלתי מוגבל בידי רוב מספרי. בין קוראיו של האייק יש המסיקים מסקנה דומה, וטוענים כי האייק מעניק כך לבית המשפט סמכות לפסול הכרעות דמוקרטיות אשר חותרות תחת אותם עקרונות משותפים העומדים בבסיס המשטר הדמוקרטי.

5 שם, בפס' 30. התרגום וההדגשות של השופט שטיין.

6 פירידיך האייק חוקת החירות 105 (הוצאת שלם, אהרן אמיר תירגם, 2013), (להלן: חוקת החירות).

ב. גישה תיאורטית ושכנוע לעומת גישה מעשית וכפייה

כפי שיפורט כעת, הצגת דעתו של האייק על ידי שטיין באופן זה היא שגיאה נפוצה וטבעית, ודווקא בשל כך יש להתעכב עליה. זאת מאחר והאייק מציג גישה תיאורטית לגבי מה כדאי ורצוי, ואינו מתיימר להציע גישה מעשית וקונקרטיה ממנה ניתן לגזור סמכות אוטומטית לפסול הכרעות של הרוב הדמוקרטי. במילים אחרות, האייק מציג הצדקה מדוע יש לאמץ כללים המגבילים את כוח הרוב לפי עקרונות יסוד משותפים, ולא טוען לרגע שניתן להניח את קיומן של אותן מגבלות או להמציא אותן יש-מאין, וקל וחומר מובן שאף גוף אינו יכול לאכוף את אותם עקרונות. לא רק זאת, אלא עולה מדבריו של האייק בבירור כי הפתרון אינו בית משפט שיכפה על הרוב את הבנתו של אותם עקרונות יסוד משותפים.

הבה נבחן את כתיבתו של האייק דרך הספר "חוקת החירות" ממנו הובא הציטוט בחוות דעתו של שטיין.

הערה מקדימה: הציטוטים בעברית מובאים מתוך התרגום של אהרן אמיר בהוצאת שלם שראה אור בשנת 2013.⁷ ציטוטים מאנגלית מובאים מתוך המהדורה האנגלית של אוניברסיטת שיקגו שראתה אור בשנת 2011.⁸ לעיתים בתוך התרגום לעברית אציין את המילה האנגלית שמופיעה במקור. הדגשים בציטוטים נוספו על ידי מחבר המאמר, אלא אם צוין אחרת.

באותו פרק ממש (ממנו מצוטט שטיין) העוסק בשלטון הרוב, האייק מבהיר שוב ושוב כי מדובר בניסיון הסבר ושכנוע, ושעל הרוב לקבל על עצמו מנגנוני הגבלה מכוח עקרונות יסוד משותפים. נביא לכך מספר דוגמאות.

בסיכום הפרק, מסביר האייק:

"אין זה אנטי דמוקרטי לנסות לשכנע [persuade] את הרוב כי יש גבולות מעבר להם פעולתו שוב אינה נושאת ברכה, וכי

7 חוקת החירות, שם.

8 F.A. Hayek, The Constitution of Liberty, The Definitive Edition, Chicago University Press (2011).

עליו לשמור על עקרונות שלא הוא ברא אותם במכוון. כדי שתתקיים הדמוקרטיה, עליה להודות [recognize] שאין היא מקור הצדק ושעליה להכיר [acknowledge] בתפיסה של צדק שאינה באה לידי גילוי דווקא בהשקפה הפופולרית על כל סוגייה מסוימת [...] אלה המשתדלים לשכנע ציבורי-רוב שיכירו בגבולות נאותים לכוחם הצודק נחוצים אפוא לתהליך הדמוקרטי [...]”⁹.

האייק נוקט בלשון זו של הסבר ושכנוע על הטיותיה השונות לאורך הפרק. ברור להאייק שתפקידו עצמו ושל הטיעונים שהוא מעלה הם של פילוסוף המציג תיאוריה, ולציבור הדמוקרטי נתון שיקול הדעת האם לאמץ את גישתו. האייק מדבר ממש על “בעל התיאוריה (theorist) המבקש לתת הדרכה”¹⁰ ומובן שכך האייק רואה גם את עצמו. בעניין זה הוא ממשיך:

“תפקידו של הפילוסוף הפוליטי שונה מזה של הפקיד [servant] המומחה המוציא לפועל את רצון הרוב. אף שאין הוא צריך להפקיע לעצמו מעמד של “מנהיג” הקובע מה אנשים צריכים לחשוב, חייב הוא להצביע על האפשרויות לפעולה משותפת ועל תוצאותיה [...] רק לאחר שהוצגה לפניה תמונה מקיפה כזאת של התוצאות האפשריות מקווי מדיניות שונים יכולה דמוקרטיה להחליט מה היא רוצה”¹¹.

נדמה על פניו שלפני האייק שופט בבית המשפט משתייך לתפקיד השני, פקיד (או משרת) מומחה המוציא לפועל את רצון הרוב. אבל “ממה נפשך” – אם שופט שייך לתפקיד הראשון של פילוסוף פוליטי, הרי שממילא נתונה לו רק פעולת ה”הדרכה” וההסברה, ולא הוא זה שצריך לקבוע לרוב אילו מגבלות להטיל. רק הרוב הדמוקרטי יכול “להחליט” לכבול את עצמו. האייק לא מדמיון תפקיד של מלך-פילוסוף המכתיב לציבור הדמוקרטי כיצד לפעול ואף אילו מגבלות להטיל על רצונו-שלו. נדמה שעל שופט המבקש להיות נאמן לתורתו של האייק לבחור את אחת מהקטגוריות הנ”ל – ולדבוק בה.

9 חוקת החירות, לעיל ה”ש 6, בעמ’ 115.

10 שם, בעמ’ 113.

11 שם.

האייק מחדד נקודה זו באופן חד־משמעי, כאשר משתמש בביטוי "העקרונות המדברים בזכות ההגבלה העצמית של כוח הרוב".¹² שימו לב, עקרונות "מדברים בזכות" אינם ניתנים לכפייה, והמגבלות הנובעות מהם הן "עצמיות" ועל הרוב לאמץ אותן מיוזמתו. האייק מסביר שהליברל "פשוט מאמין שיש באמתחתו טיעון שאם רק יבינו אותו כהלכה, ישכנע [induce] את הרוב להגביל את הפעלת כוחותיו שלו [...]".¹³ מעט לאחר מכן באותו עמוד, האייק מדגיש כי מדובר על "הגבולות ש[הליברל] רוצה שהדמוקרטיה תקבל על עצמה [...]".¹⁴

הנה כי כן, הציטוט שמציג השופט שטיין הוא חלק מטענה תיאורטית של האייק לפיה מן הראוי שהרוב הדמוקרטי יטיל על עצמו מגבלות על מנת שלא יפר את העקרונות המשותפים לחברה כולה מכוחם הוא פועל. מה בין זה ובין יכולתו ותפקידו של בית המשפט דווקא, לכפות את דביקות הרוב באותם עקרונות? על כך כעת.

ג. שלטון החוק – האייק ובית המשפט

האייק ידוע בקרב משפטנים, בין היתר, לאור התפקיד המרכזי והמשפיע שהוא מעניק בתפיסתו לבתי המשפט ולשופטים. זאת בין היתר, במסגרת הגדרתו את "שלטון החוק". לדידו של האייק, שלטון החוק אינו רק הקפדה על כללים פרוצדורליים ואף אינו שהשלטון יפעל לפי סמכות בחוק. האייק מרחיק וטוען כי מושג שלטון החוק מטמיע בתוכו את אותם עקרונות יסוד משותפים שאוזכרו לעיל – וכי לעתים על בית המשפט לפסול פעולות שלטוניות אפילו שניתנו לפי סמכות חוקית, כאשר אלו מפרות את חירויות הפרט (כלומר, פוגעות בעקרונות היסוד המשותפים) ברגל גסה. נחזור לגישה זו בהמשך. לענייננו כרגע, די להבין כי עבור האייק הרעיון של שלטון החוק משלב בתוכו ומשקף את הרעיון שישנם עקרונות יסוד משותפים שאפילו המחוקק (והרוב) אינו רשאי להפר אותם. פרק מרכזי שעוסק בכך נקרא

12 שם, בעמ' 114.

13 שם.

14 שם.

"הערובות לחירות היחיד" והוא בין הנלמדים ביותר בקרב תלמידי משפטים ותורת המשפט. האייק מתאר את הנקודה בפשטות בפתח הפרק, כך:

"מאחר ששלטון החוק פירושו שאסור לממשלה [government],
לדעתי צ"ל "שלטון" – י.ג.] לכפות דבר על איש פרטי [an
individual] אלא לשם אכיפת כלל מוכר, הריהו מגביל את
סמכויותיו של כל שלטון, לרבות סמכויות הרשות המחוקקת".¹⁵

על פניו, אם האייק היה סבור שעל בית המשפט לגזור מגבלות קונקרטיות על שלטון הרוב מתוך עקרונות יסוד משותפים, הרי שהיינו מוצאים ביטוי לכך בפרק המדובר. כאן אמורים אנו למצוא לכאורה אקדח מעשן, הוכחה לגישת האכיפה השיפוטית של עקרונות יסוד משותפים כנגד הכרעת הרוב.

ובכן. לא רק שאין בנמצא טיעון שכזה מצד האייק, אלא שהוא מסביר חזור ושוב שמדובר ברעיון תיאורטי שאינו ניתן לאכיפה "קשה" אלא מחייב קבלה משמעותית בקרב הרוב. בפסקאות הראשונות של הפרק האייק מבהיר:

"שלטון החוק אינו אפוא כלל של החוק אלא כלל העוסק במה
שהחוק חייב להיות, תורה מטא־משפטית או אידאל־פוליטי.
הוא לא ימלא את תפקידו אלא במידה שהמחוקק יראה עצמו
מחויב לקיימו. בדמוקרטיה פירוש הדבר הוא שלא יהיה קיום
לשלטון החוק אלא אם יהיה חלק מן המסורת המוסרית של
האומה, אידאל שהרוב שותף לו ומקבלו ללא עוררין".¹⁶

הקורא חד העין יבחין שהאייק אינו מזכיר את בית המשפט או כל מוסד חיצוני לציבור ולתהליך הדמוקרטי עצמו, שתפקידו כביכול לאכוף את שלטון החוק במובנו כמשקף עקרונות יסוד של החברה. עבור האייק, עצם כך ששלטון החוק (הכולל את עקרונות היסוד המשותפים) אמור להגביל את שלטון הרוב הדמוקרטי אין משמעותו שלבית המשפט הסמכות ליישם ולאכוף מגבלה שכזו.

כדי שלא להותיר ספק, האייק מציין בהערת שוליים ציטוט בלטינית של משפטן גרמני מהמאה ה־17:

15 שם, בעמ' 199.

16 שם, בעמ' 200.

"In tota jurisprudentia nihil est quod minus
legaliter tractari possit quam ipsa principia".¹⁷

ובתרגום מהאנגלית:

"בכל תורות המשפט, אין דבר שפחות ניתן לבחינה משפטית
מאשר העקרונות הראשונים עצמם".¹⁸

הווה אומר, הגם שעקרונות ראשונים אמורים להגביל את השלטון משום
שהשלטון עצמו פועל מכוחם, אין לגזור מכך שבתי משפט מסוגלים או
מתאימים (או קל וחומר – מוסמכים) לקבוע את אופן היישום של אותם
עקרונות.

לא רק זאת. האייק מתייחס גם ישירות ל"חוקתנות" (constitutionalism),
כלומר לרעיון של הגנה על עקרונות יסוד באמצעות מנגנון של חוקה ומגילת
זכויות מפורשת (לרבות אכיפה שיפוטית מוגדרת). בסוף הדיון האייק חוזר
על כך שהכוח העליון מצוי בידי הרוב, ושהגנות חוקתיות מסוג זה:

"אין ביכולתן למנוע כל דיכוי זכויות מכוח פעולתו המחושבת
[deliberate] של המחוקק העליון. הערובה היחידה מפני
דבר זה היא דעת קהל הערה לסכנות ורואה אותן בבירור".¹⁹

שוב אנו רואים כי כאשר מדבר האייק על "הערובה היחידה" מפני "דיכוי
זכויות" (ומשכך, פגיעה בשלטון החוק ובעקרונות היסוד המשותפים) אין
הוא מעלה על דעתו לציין את בית המשפט. כך גם, רואים אנו כי האייק
אינו רואה ב"כלים חוקתיים" אמצעי אפקטיבי למניעת "תרחיש האימים"
של רוב דמוקרטי בלתי מוגבל, כפי שנטען בחוות הדעת. האייק אכן מייחד
תפקיד לבית המשפט בהגנה על חירויות באופן שנובע מגישתו הכללית,
ולכך נחזור בקרוב.

לסיכום, האייק אכן מציג טיעון תיאורטי תקיף ומשכנע בעד הטלת מגבלות
על כוחו של הרוב במשטר דמוקרטי, הנובעות מכך שהמנגנון הדמוקרטי

17 שם, בעמ' 200, לעיל ה"ש 5.

18 התרגום לעברית של המחבר, מהאנגלית המופיעה במהדורה האנגלית, שם, בעמ' 311,
ה"ש 5.

19 חוקת החירות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 210.

כולו פועל על תשתית של עקרונות יסוד משותפים ולכן לא ראוי שהרוב יוכל לפגוע בהם. אלא שעולה גם בבירור שהאייק רואה בטיעון זה מאמץ של שכנוע והסבר בלבד, ולא קלף ג'וקר המעניק לכל גוף סמכות אינהרנטית להתעלם מהכרעת הרוב. יותר מכך, האייק מדגיש באופן חד משמעי שרק הרוב הדמוקרטי יכול להטיל את על עצמו את אותן המגבלות, וממילא שאין בסיס להעניק סמכות זו של קביעת המגבלות דווקא לבית המשפט. אשר על כן, הצגת הציטוט המובא כאילו האייק מצדיק התערבות שיפוטית כנגד הכרעת הרוב על סמך "עקרונות יסוד משותפים" בלבד הוא שגיאה ביישום תורתו של האייק.

חיזוק אחרון ואגבי לנקודה זו, הוא חוסר הדיוק בציטוט שמציג השופט שטיין בחוות הדעת שלו. אין עוררין על שליטתו של השופט שטיין ברזי השפה העברית והאנגלית (לצד שפות נוספות), ואולי משום כך בחר להישען על תרגומו שלו ולא על התרגום המצוין של אהרן אמיר והוצאת שלם. מכל מקום, התרגום המופיע בפסק הדין שונה במקצת מהמקור באנגלית המובא אף הוא בפסק הדין (וכן מהתרגום בהוצאת שלם), בשני מקומות בהם המקור דווקא מעיד על האופי התיאורטי של טיעונו של האייק.

ראשית, משפט מתרגומו של השופט שטיין מופיע כך: "מה שהופך אוסף מקרי של אנשים לחברה ולמדינה הוא קבלת העקרונות המשותפים הללו".²⁰ ואולם המילה "מדינה" נוספה בתרגום בחוות הדעת; בתרגום הוצאת שלם – התואם את המקור באנגלית – מופיעה רק המילה "חברה". (למעשה, המילה המקורית היא community אשר תרגומה המתאים בהקשר זה לטעמי הוא "קהילה"). שנית, בתרגום השופט שטיין מופיע המשפט: "קבוצת אנשים הופכת את עצמה לחברה מאורגנת [...]",²¹ ואולם בתרגום של הוצאת שלם הוא מופיע כך: "בדרך כלל קבוצת אנשים נעשית חברה [...]",²² כלומר צמד המילים "בדרך כלל" (ובמקור באנגלית – "normally") הושמט בתרגום בפסק הדין.

סטיות אלו מהטקסט המקורי הן מובנות ונועדו מטבע הדברים לחדד את

20 חוו"ד שטיין, לעיל ה"ש 2, בפסקה 30.

21 שם.

22 חוקת החירות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 105.

תוכן המסר של האייק, וממילא הן מינוריות ללא משמעות מכרעת. עם זאת, לטעמי המקור באנגלית מחזק עוד יותר את האופי התיאורטי והכללי של טיעונו של האייק. נדמה שהאייק נמנע במכוון מלהתייחס בתיאור כאן ל"מדינה" או לכל מסגרת מאורגנת פורמלית, ואין זה מקרי שהוא מקפיד על מונחים ערטילאיים יותר כמו "קהילה" או "חברה" (לא למותר לציין שהמילה "מאורגנת" בתרגום של השופט שטיין נוספה אף היא ואינה מופיעה במקור). בדומה לכך, הביטוי "בדרך כלל" תורם גם הוא לרושם הכללי והמסויג העולה מהטקסט. הפיסקה המקורית כולה מתרחקת מתיאורים מעשיים וקונקרטיים והמסר שלה נותר תיאורטי ועקרוני בהתאם.

ד. בין מדיניות סבירה ובין חירויות הפרט

בניתוח המופיע בחוות הדעת של השופט שטיין והעולה לעיתים בין קוראיו של האייק ישנה שגיאה נוספת, יסודית אף היא, בנוגע להקשר ולנסיבות עליהן מדבר האייק. זאת משום שהתורה המשפטית והדמוקרטית של האייק, אף לשיטתם של אלו המסיקים כי היא מצדיקה בפני עצמה התערבות שיפוטית נוקשה, מתמקדת במישור המאוד ספציפי של חירויות הפרט והגנה עליהן מפני פגיעה וכפייה שלטונית. זוהי ה"גזרה" בה מופעלת גישתו של האייק בנוגע למגבלות על כוחו של הרוב הדמוקרטי. האייק אינו מתיימר להעניק סמכות לשימור עקרונות יסוד "בעלמא" – יהיו אשר יהיו. אדרבא, הוא מונה שורה מצומצמת של עקרונות יסוד מסוימים ומוגדרים היטב שלטענתו מהווים את הבסיס המשותף של המשטר הדמוקרטי ושמכוחם פועל הרוב. ליבת העקרונות הללו היא חירות הפרט במובן המוחשי והקונקרטי ביותר.

יש להבהיר תחילה שלא מדובר במובן עקיף או מופשט של חירות הפרט ואין הכוונה לכל מיני פרשנויות יצירתיות – האייק אפילו עומד על כך שאינו מתכוון לחירות פוליטית (משמע החירות להשתתף בהליכי בחירות וכיוצא בזה). ה"חירות" עליה מדבר היא החירות הממשית ביותר – העדרה של כפייה שלטונית פזיזת ואקטיבית; העדרה של חדירת השלטון לתוך תחומו הפרטי של האדם; אוטונומיה של הפרט לפעול כפי שרואה לנכון בחייו הפרטיים והכלכליים; חופש התנועה והביטוי; שליטת האדם על רכושו; הגנה על גופו וחייו של אדם מפני השלטון; וכן הלאה.

הדגש של האייק על כפייה בתור הסכנה הגדולה שיש למנעה ועל חירות הפרט שהיא עיקרון היסוד המשותף של חברה חופשית עולה באופן תדיר לאורכו ולרוחבו של הספר. אביא להלן דוגמאות אחדות להמחשה. מוקדם בספרו, האייק מבסס את טענתו בדבר עליונות החירות על חקיקה:

"החירות לא די שהיא מערכת שבמסגרתה עקרונות מנחים את כל הפעילות השלטונית, היא גם אידיאל שלא יישמר אם לא יתקבל הוא עצמו כעיקרון ראשון במעלה, המושל בכל מעשי החקיקה לפרטיהם".²³

בהמשך, בפרק שעוסק בשלטון הרוב, מסביר האייק עד על הקשר דמוקרטיה להגבלת כוח הכפייה:

"כל עוד הדמוקרטיה אונסת את היחיד רק בכללים כלליים שיצרה בעצמה – בידה השליטה על כוח הכפייה".²⁴

וכן כי:

"הדמוקרטיה תשמור על יעילותה רק כל זמן שהממשלה תגביל עצמה בפעולתה הכופיינית למשימות שאפשר לבצען באורח דמוקרטי. אם דמוקרטיה היא האמצעי לשמירת החירות, חירותו של היחיד היא תנאי לא פחות לפעולתה של דמוקרטיה".²⁵

מכאן וממקומות רבים אחרים עולה בבירור שכאשר האייק מדבר על "עקרונות יסוד משותפים" לחברה הדמוקרטית הוא מתכוון ספציפית לחשיבות חירות הפרט והגנה עליה מפני כוח הכפייה השלטונית. יתר על כן, כאשר עוסק בשלטון החוק, האייק אומר את הדברים בצורה תקיפה ומפורשת אף יותר, שם מרכזיותה של הכפייה היא חד־משמעית:

"חשוב לא פחות לזכור ששלטון החוק מגביל את הממשלה [לדעת צ"ל – "השלטון", י.ג.] רק בפעולותיה הכופייניות [coercive]. הללו לעולם לא יהיו תפקידיו היחידים של

23 שם, בעמ' 69.

24 שם, בעמ' 114.

25 שם בעמ' 115. דגשים לא במקור.

השלטון [...] יש תחומים שלמים של פעילות שלטונית, דוגמת מדיניות חוץ, שבדרך כלל אין הבעיה של כפיית אזרחים מתעוררת בהם. יהיה עלינו לשוב אל ההבחנה הזאת בין עשיית הכופיינית והלא־כופיינית של הממשלה. לעת עתה חשוב רק ששלטון החוק נוגע רק לראשונות".²⁶

הנקודה העיקרית כאן של האייק, אשר עולה גם לאורך כתיבתו, היא שהשלטון הדמוקרטי מפעיל את כוחו בשלל דרכים אשר לרובן אין שום קשר ל"שלטון החוק" והן ל"עקרונות יסוד משותפים" מאחר ולא נוגעים ישירות בסוגיה של כפייה ושליטת חירויות (כמו הדוגמה של מדיניות חוץ ואינספור תחומי פעילות אחרים של השלטון). הטיעון של האייק וכל תורתו המורכבת בהקשר הגבלת הרוב הדמוקרטי ממקדים אך ורק בנסיבות של פגיעה חמורה בחירויות הפרט. הא ותו לא.

אלא מאי? החוק שנפסל (בפועל) בבג"ץ טבריה לא פגע באף חירות פרט, אלא עסק במועמדות לראשות העיר בבחירות מקומיות. התיקון ל"חוק יסוד: השפיטה" שנפסל בבג"ץ עילת הסבירות לא נגע לחירויות הפרט בשום צורה. מבלי להעמיק מדי, הרי שעילת הסבירות בימינו רלוונטית רק במקרה בו אין פגיעה בזכויות וחירויות – ברגע שפעולה שלטונית פוגעת בחירויות וזכויות ממילא מופעלות עילות ביקורת נפרדות (בראשן עילת המידתיות, ובנוסף לה עילות כמו שרירותיות, אפליה ועוד), והתיקון לחוק לא השפיע על עילות אלו כהוא זה. כלומר, החוקים הנ"ל כלל לא נכנסים למסגרת התיאורטית אשר בה מופיעים הטיעונים הנידונים של האייק.

ההפניה לתורתו של האייק בנסיבות אלו היא טעות קטגורית בהבנתה וביישומה. פסקי הדין הללו והחקיקה שנפסלה כלל לא רלוונטיים, אף לשיטת האייק, לטיעון שלו לגבי מגבלות על שלטון הרוב הנובעות מעקרונות יסוד משותפים, טיעון אשר עוסק רק בחירות הפרט ומניעת כפייה. הבחנה זו קריטית לגישתו של האייק, אשר (שוב) לא היה מעלה על דעתו שהרוב הדמוקרטי יהא מוגבל על ידי "עקרונות יסוד משותפים" ערטילאיים למעט בנסיבות הייחודיות של שליטת חירויות הפרט. האייק כנראה היה מופתע למצוא את הציטוט בחוות דעת בפסק דין שכלל אינו עוסק בסוגיות אלו.

26 שם, בעמ' 200. דגשים לא במקור.

ה. העיוורון השיפוטי של האייק

הדיון סביב גישתו של האייק מעניק הזדמנות להעלות ביקורת נפרדת, הפעם כלפי פגם בגישתו של האייק עצמו שבולט בהקשר הנוכחי. כפי שנראה כעת האייק משתייך למחנה הגותי אשר מבכר את כוחו של בית המשפט (בנסיבות מסוימות) ומעניק לו שיקול דעת רחב וסמכויות רבות על מנת להגביל את כוחו של השלטון. אך בו בזמן אותו מחנה הגותי מסרב להכיר בטבעו של בית המשפט עצמו כרשות שלטונית שאף את כוחו יש להגביל.

מדובר בדיון פנים משפטי שמרני המתקיים מזה זמן רב. התנועה המשפטית השמרנית משלבת בתוכה שתי גישות (בין היתר ובהכללה גסה) שאומנם מתיישבות זו עם זו אך גם מצויות במתח הדדי. הגישה ה"דמוקרטית" מבכרת את ההליך הדמוקרטי, ריבונות העם, כיבוד הכרעת הבוחר, הפרדת הרשויות (לרבות ייחוד כוח החקיקה למחוקק הנבחר), ועיקרון הריסון השיפוטי; הגישה הליברלית-קלאסית מבכרת את זכויות וחירויות הפרט, החשש מפני כוח שלטוני וניצולו לרעה, והמגבלות שיש להטיל על השלטון בפועל, ומוכנה בשל כך להעניק לבית המשפט תפקיד משמעותי ודומיננטי יותר. ניתן לזהות מתח זה אף בעקרונות "הפורום הישראלי למשפט וחירות" במסגרתו מופעלת אכסנייה מכובדת זאת – ריסון שיפוטי והפרדת רשויות מן העבר האחד, חירויות הפרט ושלטון מוגבל מן העבר השני. גישות אלו אינן מוציאות זו את זו – רבים מאוד שמים דגש על היבטים שונים של כל גישה לפי הנסיבות וההקשר, ומעטים משתייכים ל"מחנה" אחד באופן מובהק או בלעדי. מכל מקום, האייק נחשב לנציג בולט של הגישה השנייה (הליברלית-קלאסית) ולאחד מהמובילים והמוצלחים מבין מנסחיה.

המחשה לכך ניתן למצוא באחת הפסקאות המפורסמות יותר של האייק בנוגע לכוחו של בית המשפט, המצויה אף היא בפרק שעוסק בשלטון החוק:

"מה שנחוץ במסגרת שלטון החוק הוא שבית המשפט יהיה מוסמך לפסוק אם החוק מצדיק מעשה מסוים שעשתה הרשות. לשון אחר, בכל המקרים שבהם פעולה מנהלית נכנסת לתחום הפרטי של היחיד, מן ההכרח שבתי המשפט יהיו מוסמכים לפסוק לא רק אם מעשה מסוים היה אינפרא וירס או אולטרה וירס [כלומר אם היה לפי הסמכה חוקית – י.ג.] אלא גם אם

מהות ההכרעה המנהלית עלתה בקנה אחד עם דרישות החוק. רק מצב כזה חוסם את הדרך בפני סמכות ההכרעה [discretion] המנהלית".²⁷

הנה לפנינו טיעון שנחשב בדרך כלל ל"אקטיביסטי" (מבלי להיזקק להגדרות מדויקות או דיונים מתישים). האייק אומר – לא די שפעולה מנהלית הפוגעת בזכויות תהיה לפי הסמכה מפורשת בדין, אלא על בית המשפט לוודא אם אותה פעולה נובעת בהכרח מאותו חוק מסמך ואם היא מתייבשת עם מהותו. בית משפט רשאי לפסול פעולה שאינה "מוצדקת" לפי אותו חוק אפילו אם אין חולק שהחוק הסמך את הגוף השלטוני לבצע את הפעולה באופן פורמלי. יש המצביעים על פסקה זאת (ואחרות הדומות לה), במידה רבה של צדק, כדי להוכיח כי האייק מעניק כוח רב לבתי משפט בפיקוחם על פעולות השלטון.

נזכיר ראשית שגם כאן, עיון חוזר יבהיר שלא מדובר בטיעון כה רדיקלי או חדשני כפי שנדמה אולי במבט ראשון. כפי שהוסבר בהרחבה לעיל, גם כאן האייק מציע גישה שראוי לדעתו לאמצה, ואינו טוען שלבית המשפט סמכות "אוטומטית" לפעול באופן זה כל עוד אותה סמכות לא הוענקה לו; וגם כאן האייק מציב תנאי מפורש של פגיעה בחירות הפרט ("נכנסת לתחום הפרטי של היחיד"), ואינו מציע שבית משפט יפעל כך בהקשרים אחרים כמו קביעה ויישום של מדיניות שאין בה כל פגיעה שכזו. בנוסף חשוב להדגיש שהאייק מתייחס כאן לביקורת שיפוטית על פעילות מנהלית, כלומר על הרשות המבצעת, ודבריו אינם תקפים כלל לשאלה של פסילת חוקים וכיוצא בזה. מעל כל אלו בולטת העובדה שבכל מערכת משפט מודרנית (לרבות בישראל) כבר ישנן עילות התערבות שיפוטית מקובלות שעושות בדיוק את מה שמציע כאן האייק – כמו עילת המידתיות הבוחנת התאמה בין הפגיעה בזכות (לפי חוק) ובין המטרה והתועלת שבה, או כמו גישה פרשנית המעדיפה פרשנות חקיקה המצמצמת פגיעה בזכויות וחירויות. על כן ניתן להטיל ספק אם אומנם יש בדבריו של האייק גישה כה אקטיביסטית כפי שנחזה לכתחילה.

אך מכל מקום מובן שהאייק מוכן להעניק לבית המשפט תפקיד מיוחד אשר אינו מובן מאליו ואינו מצומצם רק לבדיקת "חוקיותה" גרידא של פעולה שלטונית. בהמשך הפרק, במסגרת דיון ב"סמכויות חירום" המעניקות לממשלה

(לרשות המבצעת) שיקול דעת רחב לפגוע בחירויות הפרט בנסיבות מסוימות, האייק מרחיב על גישתו:

"כדי שיישמר שלטון החוק צריך שיצטמצמו מעשים כגון אלה
במקרים חריגים שהכלל מגדירם, כדי שהצדקתם לא תסתמך
על הכרעה שרירותית של רשות כלשהיא ובית דין בלתי תלוי
[an independent court] יכול לבדוק אותה".²⁸

האייק מקבל כמובן שהשלטון נאלץ לעתים לפגוע בזכויות של הפרט או של קבוצה מובחנת למען האינטרס הציבורי. החשש שהוא מביע בפסקה זו ולאורך הספר הוא החשש היסודי המשותף לכל ליברלי-קלאסי מפני הפעלת כוח שררה שלטונית באופן שרירותי. אין חולק על חשיבותם של גופים חיצוניים לרשות המבצעת אשר בוחנים עניין זה בדיוק – כמו "בית משפט עצמאי" שמציע האייק.

אז היכן הפגם? פשוט מאוד. להאייק ולאחרים הדומים לו ישנה נקודת עיוורון אופיינית כלפי בית המשפט כרשות מדינתית המפעילה כוח שלטוני לכל דבר. הוא אינו עוצר לחשוב – מה עם הכרעות שרירותיות של בית המשפט? מה קורה אם שופט אינו מעוניין ליישם את הכלל המשפטי באופן מדויק ונאמן? לאן נעלם החשש מפני כוח בלתי מוגבל ובלתי מפקח כאשר הוא מופעל על ידי פקידים שבמקרה מכונים שופטים? אם בית משפט עצמאי יקבע אילו מקרים הם "חריגים", באיזו מידה ובאיזה אופן הם "מצדיקים" פגיעה בזכויות, ומתי פגיעה שכזו (לפי סמכות חוקית) היא "שרירותית" – הרי שלא נוטרל האיום מפני הרשות המבצעת, אלא הסמכות לפגוע בזכויות באופן שרירותי פשוט הועברה לידי הרשות השופטת. האייק לא רואה את הסתירה העצמית במשפט שלו לעיל. למען הסר ספק, ודאי שמנגנון ביקורת כמו זה שמתאר האייק נדרש ורצוי שיהיה – אך האייק כלל לא מכיר בבעייתיות המעגלית שבה, נדמה שאינו ער לקשיים החדשים המתעוררים ממנה, והוא אינו מתייחס לפתרונות אפשריים לבעיה. ככלל, מלבד כמה הערות אגביות, נראה שהאייק בכתבתו אינו מוטרד מהתופעה של שופטים בשר ודם המפעילים כוח שלטוני באופן שרירותי.

ועם כל זאת – יש לסייג ולהדגיש שהאייק בעצמו לא תמך באקטיביזם

שיפוטי (ובכוח שיפוטי רב) באופן שנוהגים לייחס לו. אומנם האייק ייחד תפקיד משמעותי לשופטים בהקפדה על כללי השלטון ובהגנה על חירויות, ואומנם הוא סבל מהעיוורון כלפי כוח שיפוטי כפי שתואר לעיל, אך מגישתו זו היא לא גזר עמדה מקסימליסטית לגבי עוצמה שיפוטית. כפי שמציינים קבוצת חוקרי האייק בולטים, ביניהם פיטר בטקי:

"Hayek's legal theory does not allow for any kind of judicial discretion. It would reduce judges to interpreters of the law rather than creators. Hayek's rejection of judicial discretion prevents judges from pursuing their own interests [...]. Hayek disapproves of all forms of judicial activism equally".²⁹

עם כל תמיכתו במגבלות על שלטון הרוב, האייק מעולם לא תמך בהענקת כוח שלטוני למעמד שיפוטי אריסטוקרטי. נראה פשוט שלא היה מודאג במיוחד מכוחם השלטוני של בתי משפט ושופטים. הסיבות לעיוורון המתואר של האייק והעמקה רחבה יותר בסוגיה זו הם מעבר למסגרת הרשימה הנוכחית. ההסבר הפשוט המתקבל על הדעת הוא שהאייק לא "זכה" לראות בימיו את ההתעצמות השיפוטית שהתפשטה בעולם המערבי מאז החצי השני של המאה ה-20. כמו ליברלים-קלאסיים אחרים שקדמו לו, האייק לא העריך (ואף לא דמיין) שבתי משפט "ללא ארנק וללא חרב" יצליחו למצב עצמם כמנגנון שלטוני וכמוקד כוח כה משפיע כפי שקרה בפועל. התירוץ הזה אינו עומד לליברלים-קלאסיים בני-זמננו.

מכל מקום, די לענייננו להצביע על נקודת עיוורון זו ולהציב אותה כבסיס להמשך דיון בעתיד.

כתוספת אחרונה בעניין זה, ניתן לראות בחוות דעתו של השופט שטיין המחשה מסוימת לאותה הגישה. שאלה עיקרית שמעסיקה את שטיין בחוות

Christopher J. Coyne, Scott Alex Beaulier & Peter J. Boettke, 29 *Knowledge Economics and Coordination Understanding Hayek's Legal Theory*, 1 NYU Journal of Law and Liberty 209, 217 (2010) (להלן: חוקרי האייק).

דעתו היא האם הכנסת הוסמכה לחוקק חוקי־יסוד ללא כל מגבלה (ואם יש מגבלות, אילו הן). ואולם, השאלה המקבילה לגבי היקף ומקור הסמכות של בית המשפט העליון לפסול חקיקה שכזאת, או לקבוע שזו הפרה מגבלה שכביכול חלה עליה – זוכה למקום שולי וזניח בהרבה. השופט שטיין בהחלט ער לעצם הסוגייה. כך, בפתח חוות הדעת נכתב "רשויות השלטון – ובכללן הכנסת – אינן מוסמכות לפעול אלא בגבולות הסמכות שהדין הקנה להם"³⁰, ולאחר מכן מדגיש שטיין כי "כוחה של הכנסת, כוחם של מחוקקי המשנה וכוונתו של בית המשפט העליון חייבים להיות מעוגנים במעשה פורמלי מסמך אשר נעשה על ידי העם הריבון [...]".³¹ על אף זאת, השופט שטיין מקדיש מעט מאוד מהדיון בפסק דינו (הן מבחינה כמותית והן מבחינת אופי, איכות ועומק הדיון) לשאלת סמכותו של בית המשפט, ודאי ביחס לפסילת חקיקת יסוד. על כל ליברליקלאסי לשאול עצמו עד כמה הוא מחויב לצמצום כוח שלטוני שרירותי ולבירור מקורות הסמכה לפעולות השלטון, כאשר סוגיות אלו נוגעות דווקא לבית המשפט. הסירוב העיקש להכיר בבית המשפט כמוסד שלטוני המחייב יחס ככל גוף אחר מעמיד מחויבות זאת בסימן שאלה. זהו, אם כן, העיוורון המטריד שממחיש האייק בכתביהם ושמהפיין גישה משפטית ושיפוטית רחבה יותר, גם בתוך המחנה המשפטי־שמרני.

ו. התמונה הגדולה – האייק, שופטים והיומרה הקטלנית

לבסוף, אלו המבקשים להיתלות בהאייק כדי להצדיק העברת כוח למוסדות שיפוטיים מתעלמים מההשתית האפיסטמית בבסיס תפיסת עולמו. האייק מציג בכתביו השונים אידיאל משטרי וחוקתי. לו היה זוכה להקים במו ידיו קהילייה פוליטית היא ודאי הייתה מאמצת את "חוקת החירות" שלו. אך כאינטלקטואל וכפילוסוף האייק לעולם לא התיימר שגישתו תכפה על חברה או משטר כזה או אחר – הוא ביקש לשכנע את הציבור והשחקנים הפוליטיים לגבי טיב טיעוניו, בתקווה שהם עצמם יאמצו את תורתו מרצונם ומבחירתם.

30 חו"ד שטיין, לעיל ה"ש 2, בפס' 7.

31 שם, בפס' 9. הדגשים אינם במקור.

האייק כתב ופעל בתוך אקלים היסטורי וחברתי מסוים של נסיגה ליברלית. בעולם שלטו בעיקר שתי גישות דומיננטיות – משטרים קומוניסטים דכאניים מהצד האחד, ומשטרים סוציאלי-דמוקרטיים שביקשו תדיר להחליש חירויות והגנות חוקתיות על סמך רובנות דמוקרטית, כדי לקדם מטרות כלכליות קולקטיביות. (אכן, מועיל לעתים להיזכר שאבירי גישת ה"רוב הבלתי מוגבל" במהלך מרבית המאה ה-20 הגיעו מהשמאל הפוליטי והאידיאולוגי). כנגד אלו, האייק ביקש לעודד סדר משטרי שמבכר כללים (כלליים) ועקרונות, באופן שמאפשר ניצול מרבי של ידע מבוזר ושממקסם חירות אישית. בהתאם, התמיכה שלו בכלכלת שוק ובדמוקרטיה מוגבלת נובעת מאותו מקור תאורטי.

הסכנה הגדולה ביותר בעיני האייק היא זו של היומרה הקטלנית – האשליה לפיה אנשים נבונים בודדים יכולים לכוון חברת מופת אידיאלית. מבחינתו של האייק, כשם שהמתכנן הכלכלי לא יכול להחליף את שיקול דעתו בשיקול דעתם של השחקנים הכלכליים השונים, כך השופט החוקתי לא יכול להחליף את רצונו הפוליטי ברצונם של האזרחים האוחזים בריבונות או בזה של נציגיהם.³² מסיבה זו בדיוק, האייק נרתע מאקטיביזם שיפוטי וכפיית שופטים את ערכיהם ותפיסותיהם על החברה ועל ה"רוב" בשם אידיאלים נשגבים ונאורים. כפייה ריכוזית נותרת כזו בין אם מבוצעת על ידי הקומיסר או על ידי השופט.

על כך מרחיבים חוקרי האייק:

"Hayek is skeptical of any kind of activism. For Hayek, policymakers attempting to fine-tune markets and the economy do more harm than policymakers who adhere to strict and general rules. The same goes for judges [...] As Hayek makes clear, those who think that judges or intellectuals can fully comprehend all of the costs and consequences of their actions are guilty of the fatal conceit".³³

לאור גישתו על זו של האייק, מובן מדוע קשה ליישב בינה ובין הענקת כוח

32 ניסוחו של משפט זה הוצע לי ע"י חברי ד"ר שגיא ברמק.

33 Coyne, Beaulier & Boettke, לעיל ה"ש 29, בעמ' 219. דגשים לא במקור.

רב לבתי משפט, אשר יקבעו עבור הרוב הדמוקרטי ועבור החברה כולה מהם "עקרונות היסוד המשותפים" וכיצד יש ליישם.

ז. סיכום

רשימה זו שאפה לערוך דיון תמציתי וממוקד בשגיאה נפוצה המיוחסת לתורתו של פרידריך האייק שנוגעת למגבלות אינהרנטיות על שלטון הרוב במשטר הדמוקרטי ולמקומם של בתי משפט באכיפת מגבלות אלו. הציטוט שהביא השופט שטיין בשני פסקי דין סיפק לנו הזדמנות כזו. תלמידי משפטים ואף קוראים מלומדים עשויים לקבל רושם מוטעה מקריאה חלקית או בלתי־מדויקת של האייק, כאילו זה טוען לכוחו של בית המשפט "לזהות" עקרונות יסוד משותפים של החברה ולאכוף אותם באופן יזום ועל דעתו בלבד – ולא היא.

הראיתי כיצד השגיאה הנ"ל נפרשת על מספר היבטים ומדוע השימוש בהאייק בהקשר פסקי הדין המדוברים מוטעה (ומטעה) בעניין. ראשית, האייק טוען למגבלות שלטוניות שראוי שהרוב יקבל על עצמו מרצונו – הוא אינו מדמיין לרגע שאלו מגבלות שנוגדות יש־מאין שניתן לכפותן על הרוב במנגנון כזה או אחר החיצוני להליך הדמוקרטי־הפוליטי. אדרבא, הוא ודאי לא מעלה על דעתו שדווקא שופטים בבית משפט יהיו אלו המזהים או המנסחים של עקרונות יסוד (המגבילים את שלטון הרוב הדמוקרטי) או המחילים והמיישמים אותם, כל אימת שלא נקבעו על ידי הרוב עצמו המבקש להגביל עצמו. שנית, הטיעון של האייק מתמקד אך ורק בהקשר של פגיעה חמורה בחירויות הפרט, וממילא לפי גישתו אין כלל מקום לדון במגבלות הכרחיות על שלטון הרוב כאשר מדובר בהקשרים אחרים של מדיניות שלטונית מסוגים אחרים. על כן ההישענות על תורתו של האייק בהקשר פסקי דין אשר כלל אינם נוגעים לחירויות הפרט אף היא בטעות יסודה. לבסוף הצבעתי בקצרה על כשל חשיבתי שהאייק אכן ממחיש אותו (אך שאינו מוגבל רק להאייק כלל ועיקר), הטמון בעיוורון כלפי שופטים המפעילים כוח שלטוני לכל דבר ואשר הצורך בהגבלת כוחם אינו שונה מאותו צורך הנטען כלפי גורמי שלטון אחרים.

תקוותי היא שרשימה זו תתרום להבנה מדויקת יותר של האייק ושל תורתו בקרב משפטנים ישראלים ותעודד המשך דיון בשאלות החשובות שכתביבתו מעלה.

ח. אחרי סיכום – המבחן האמיתי לשרירות שיפוטית

אשאיר את הקוראים עם נקודה מאלפת שמעלה האייק בנוגע לשיקול דעת שיפוטי, באותו הפרק על שלטון החוק. במסגרת דיון על פרשנות הדין על ידי בית המשפט, מסביר האייק בפשטות ששופט המבצע את תפקידו השיפוטי אינו מפעיל "שיקול דעת" שלטוני ואינו משליט את דעותיו – **בתנאי שהכרעתו נתונה לבחינה מחודשת של ערכאה עליונה יותר**. מכך עולה כמובן שאם הכרעה שיפוטית איננה ניתנת לערעור ואינה כפופה לערכאה נוספת, אזי סביר יותר שמדובר בשיקול דעת שרירותי. האייק ממשיך ומטעים:

"Whether or not the substance of a decision is subject to review... is probably the best test as to whether a decision is bound by rule or left to the discretion of the judge's authority".³⁴

ובעברית:

"האם מהותה של החלטה כפופה לביקורתו של גוף אחר [...] ? זהו, מן הסתם, המבחן הטוב ביותר בשאלה אם החלטה כפופה לכלל כלשהוא או שמניחים אותה לשיקול דעתו של השופט".³⁵

כידוע, בית המשפט העליון מתנהל בתור ערכאה ראשונה ואחרונה בהליכי בג"ץ. אין אף גוף שיפוטי נוסף הבוחן את החלטותיו – לא לפני הכרעתו ולא אחריה. נראה שבג"ץ נכשל במבחן בסיסי זה של האייק. למותר לציין שהחלטה שלטונית (באשר היא) שאינה כפופה לכללים מהווה בעיה מזווית של שלטון החוק, לשיטתו של האייק ולכולי עלמא. על הליברל-הקלאסי הנאמן לתורתו של האייק להרהר על המבחן שהציע ולחשוב היטב על שיקול הדעת השלטוני המופעל על ידי מוסד כמו בית המשפט העליון – ועל הצורך להגבילו.

34 Hayek, לעיל ה"ש 8, בעמ' 320. הדגשים אינם במקור.

35 חוקת החירות, לעיל ה"ש 6, בעמ' 206. התרגום של הוצאת שלם נוקט בביטוי "סמכות הכרעה" עבור המונח discretion המופיע אצל האייק, אך אני השתמשתי כאן בביטוי "שיקול דעת" שלטעמי הוא עדיף ומדויק יותר בהקשר זה. אין בכך לשנות את משמעות התרגום ואת הנקודה המועברת.