

ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית  
(בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק  
וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)  
ברק מדינה\*

באחרונה פורסמו שני מאמרים קצרים הדנים בספרו של אהרן ברק, שופט בהכרה דמוקרטית: האחד מאת פרופ' רוברט בורק (Robert Bork), והשני מאת השופט (בבית המשפט הפדרלי לערעורים) פרופ' ריצ'רד פוזנר (Richard Posner). שני מאמרים אלה מבקרים את גישתו של ברק בחריפות רבה ובסגנון בוטה כמיוחד. ברשימה זו אני מבקש לטעון כי ביקורת אלה הן משוללות יסוד. הן משקפות אי הבנה של המצב המשפטי הנוהג בישראל בכמה עניינים מרכזיים: הן לוקות בתיאור העובדות בנוגע לפועלו של הנשיא ברק כשופט; והן נעדרות התמודדות גאותה עם גישתו של ברק, אשר נגדה הם יוצאים. למעשה, הביקורת של פוזנר ושל בורק נבתנו בראש ובראשונה כחלק מוויכוח אמריקני פנימי ואין לראות בהן ניסיון רציני לבחון את גישתו התאורטית של ברק ובוודאי לא את פסיקתו. פוזנר ובורק נמנים עם הדוברים המובהקים של עמדה שמרנית קיצונית, המבקרת בסגנון חריף את התפיסות המקובלות בפסיקה של בית המשפט העליון כארצות הברית ובורם המרכזי של המחקר האקדמי. ביקורות הספרים שפרסמו פוזנר ובורק משקפות גם את ההתנגדות העקרונית שלהם להיוקקות למשפט ההשוואתי

\* פרופסור חבר, הדוכן על שם יוסף ה' ובל ר' בראון, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אני מודה לחבריי ליאב אורגר, דוד אנוך, עופר גרוסקופף, יואב דותן, אלון הראל, איל זמיר, יגאל מדזל, אילן סבן, הלל סומר, גידי ספיר וראם שגב, ולמערכת דין ודברים על הערותיהם המצוינות.

כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו באחרונה ב־2.8.2007, אלא אם כן נכתב אחרת.

כמקור משפטי. פוזנר ובורק מתארים בעצם קריקטורה של גישת ברק, ומנסים לאפיין אותה כשונה באופן יסודי מהגישה המקובלת בארצות הברית, מתוך כוונה להציג באור מגוחך את הסידיה של העמדה, הרואה בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי – לפחות ככל שהן מבטאות קונצנזוס רחב – מקור משפטי רלוונטי להכרעות שיפוטיות. בפועל, הגישה החריגה היא דווקא זו המוצגת על ידי ברק ועל ידי פוזנר, ואילו גישתו של ברק עולה בקנה אחד עם תפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי כולו, ונכללו ארצות הברית, הן באשר לתפקידו של שופט בחברה דמוקרטית והן באשר לתוכן של ההגבלות המוטלות על כוחו של הרוב.

א. המיתוס שלפיו אהרן ברק "יצר" חוקה לישראל. ב. המיתוס בדבר "שלטון השופטים". ג. המיתוס בדבר אי הרלוונטיות של שיקולים מוסריים להכרעה שיפוטית. ד. המיתוס שביקורת שיפוטית היא מהלך "אנטי-דמוקרטי". ה. הערות סיכום.

באחרונה פורסמו גרסאות באנגלית של שניים מספרי נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), פרופ' אהרן ברק – *שרשנות תכליתית*<sup>1</sup> ו*שופט בחברה דמוקרטית*.<sup>2</sup> ספרים אלה מצטרפים לגרסה באנגלית של ספרו, *שיקול דעת שיפוטי*, שפורסמה ב-1989,<sup>3</sup> ולשורה של מאמרים שפרסם ברק בכתבי עת משפטיים אמריקניים, ובהם המאמר שפורסם באתר הבמות היוקרתיות ביותר באקדמיה המשפטית האמריקנית – המאמר הפותח של ה-*Harvard Law Review*.<sup>4</sup> פרסומים אלה, כמו גם פרויקט התרגום לאנגלית של עשרות פסקי דין של בית המשפט העליון,<sup>5</sup> שרבים מהם נכתבו על ידי הנשיא ברק, הגבירו את הנגישות של חוקרים

1. Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law* (2005).

2. Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (2006).

3. Aharon Barak, *Judicial Discretion* (1989).

4. Aharon Barak, "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16. הגרסה האנגלית של הספר *שופט בחברה דמוקרטית* מבוססת במידה רבה על מאמר זה. עם המאמרים הנוספים של ברק שפורסמו באנגלית כעת האחרונה נמנים: Aharon Barak, "The Role of a Supreme Court in a Democracy", 53 *Hastings L.J.* (2002) 1205; Aharon Barak, "The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism", 58 *U. Miami. L. Rev.* (2003) 125; Aharon Barak, "Response to The Judge as Comparatist: Comparison in Public Law", 80 *Tul. L. Rev.* (2005) 195.

5. יותר ממאה והמישים פסקי דין של בית המשפט העליון שתורגמו לאנגלית מתפרסמים באתר האינטרנט של הנהלת בתי המשפט, ראו: [http://e|yon1.court.gov.il/eng/verdict/search\\_eng/verdict\\_by\\_misc.html](http://e|yon1.court.gov.il/eng/verdict/search_eng/verdict_by_misc.html)

ושופטים ברהבי העולם לתפיסת העולם השיפוטית של ברק, והביאו לידי שורה ארוכה של תגובות על תפיסה זו, בעיקר בארצות הברית, בפסקי דין<sup>6</sup> ובספרות האקדמית.<sup>7</sup> מטבע הדברים, היבטים שונים בגישתו של ברק בענייני פרשנות ובעניין תפקידו של השופט ספגו ביקורת. עיקרה של הביקורת מכוון נגד התפקיד המרכזי שברק מיעד לשופט בקביעת מדיניות, באמצעות התאמת הוראות הדין ("פרשנות") לערכי היסוד של השיטה, ל"תפיסות העומק" של החברה ולצרכיה המשתנים. הטענות העיקריות הן שברק אינו מייחס משקל מספיק לעובדת קיומם של חילוקי דעות עמוקים באשר לתוכנם של מקורות בלתי כתובים אלה, המגבירים את החשש כי ההכרעה השיפוטית מבוססת במידה רבה על תפיסת העולם של השופט;<sup>8</sup> וכן שהוא אינו מתחשב במידה מספקת בשיקולים מוסדיים,

6. כך, למשל, ספרו של ברק על שיקול הדעת השיפוטי אוזכר, בהסכמה, בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון של ארצות הברית, כגון: *Circuit City Stores v. Adams*, 532 U.S. 105; *BedRoc Ltd., LLC v. United States*, 541 U.S. 176, 192 (2004); *Oons Buick Pontiac GMC, Inc. v. Nigh*, 543 U.S. 50, 66 (2004); ושל בתי משפט אחרים במדינה זו. הסתמכות מפורשת על גישתו של ברק ניתן למצוא גם בשורה של פסקי דין של בית הלורדים ושל בית המשפט לערעורים בכריטינה וכגון: *A and Others v. Secretary of State for the Home Department (No 2)*, [2005] UKHL 71, [2006] 2 AC 221; *Oxfordshire County Council v. Oxford City Council*, [2005] EWCA Civ 175, [2006] Ch 43; בקנדה (כגון: [2004] 2004 SCC 42; [2004] Re Application under s. 83.28 of the Criminal Code, 2004 SCC 42; *R. v. Bagri*, 2004 SCC 42, 18 BHRC 361, SC; ועוד רבים אחרים), ועוד.
7. ספרו של ברק על שיקול הדעת השיפוטי אוזכר בקרוב לחמישים מאמרים אקדמיים שפורסמו בארצות הברית. מאמרו של ברק, "A Judge on Judging" (לעיל, הערה 4), שפורסם בכתב העת *Harvard Law Review*, צוטט בקרוב למאה ועשרים מאמרים אקדמיים שפורסמו בארצות הברית בחמש השנים שחלפו מאז פרסומו. עם המאמרים באנגלית המוקדשים לדיון ביקורתי בגישתו של ברק נמנים: David B. Sentelle, "Judicial Discretion: Is One More of A Good Thing Too Much? Judicial Discretion. By Aharon Barak", 88 *Mich. L. Rev.* (1990) 1828; Martin L. C. Feldman, "Book Review: Judicial Discretion By Aharon Barak", 65 *Tul. L. Rev.* (1990) 451; Amos N. Guiora and Erin M. Page, "Going Toe to Toe: President Barak's and Chief Justice Rehnquist's Theories of Judicial Activism", 29 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* (2005) 51; Thomas A. Balmer, "Book Review: What's a Judge To Do? Aharon Barak, Purposive Interpretation in Law", 18 *Yale J.L. & Human.* (2006) 139; Alon Harel, "Book Review: Skeptical Reflections on Justice Aharon Barak's Optimism: On The Judge In Democratic Society By Aharon Barak", 39 *Isr. L. Rev.* (2006) 261
8. למשל: Gary Jeffrey Jacobsohn, "The Permeability of Constitutional Borders", 82 *Tex. L. Rev.* (2004) 1763, p. 1775; Balmer; *L. Rev.* (2004) 1763, p. 1775. להדגשת יסוד זה בתחזית היקפה הראוי של הביקורת השיפוטית, ראו: Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement* (1996); Ruth Gavison, "The Role of Courts in Rifted Democracies", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 216; Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*

הן במישור העקרוני (כגון החשיבות של קבלת החלטות באמצעות נבחרים ציבורי)<sup>9</sup> והן בהקשרים קונקרטיים (כגון הצורך להתאים את מידת ה"אקטיביזם" השיפוטי לאפקטיביות של המוסדות הפוליטיים בחברה, בזמן ובהקשר נתונים).<sup>10</sup>

לאוסף הדיונים במשנתו של ברק נוספו באחרונה שני מאמרים קצרים המוקדשים לספרו, **שופט בחברה דמוקרטית**: האחד מאת פרופ' רוברט בורק,<sup>11</sup> והשני מאת השופט (בבית המשפט הפדללי לערעורים), פרופ' ריצ'רד פוזנר.<sup>12</sup> שני מאמרים אלה מבקרים את ברק בתריפות רבה ובסגנון בוטה במיוחד. בורק, שכבר אפיין בעבר את בית המשפט העליון בתקופתו של ברק כ-"simply the most activist, most antidemocratic court in the world"<sup>13</sup>, מאפיין את גישתו של ברק כיוצרת תהליך ש"פירושו למעשה סילוק ידיו של העם מן הפוליטיקה והעברתה לידי השופטים", וטוען כי בפסקתו של ברק ניכרת "מגמה אוטוריטרית" וכי ברק מבקש להבטיח את שליטתם של בתי המשפט בחברה.<sup>14</sup> פוזנר אמנם פותח במתמאות לברק, בציינו כי לו היה מוענק פרס נובל במשפטים, ברק היה אחר

82 (1999); Samuel Issacharoff, "Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies", *Tex. L. Rev.* (2004) 1861.

9. למשל: Harel (לעיל, הערה 7).

10. למשל: Cass R. Sunstein and Adrian Vermeule, "Interpretation and Institutions", 101 *Mich. L. Rev.* (2003) 885, p. 933 (n. 160): "[Barak] does not deal in any depth with the risk that judges will mistake the 'social consensus around fundamental views' or with the danger that a judge will make factual and moral errors when 'becoming the flagbearer of a new social consensus'. American history is replete with both risks. We emphasize that we are not necessarily disagreeing with Barak's conclusions about the appropriate judicial role, for Israel or for anywhere else. But we doubt that there is any single 'role of a supreme court in a democracy', simply because the relevant institutional variables will vary from place to place". לדיון בויקה שבין האפקטיביות של הרשויות הפוליטיות (בעיקר הכנסת) לבין הויקה (המצוי והרצוי) של הביקורת השיפוטית, ראו: איל בנבנשתי, "בלמים ואיוונים בתסות בית-המשפט", משפטים לא (תשס"א) 797; עמרי ידלין, "שיקול דעת שיפוטי" ו"אקטיביזם שיפוטי" כמשחק אסטרטגי", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 665; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד (2005) בעמ' 191-202.

11. רוברט בורק, "השופט, החרב והארנק", תבלת 27 (תשס"ז) 146. בורק דן כבר בעבר ביתר הרחבה בגישתו של ברק: Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (2003) pp. 111-134.

12. Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, *The New Republic* (23.4.2007). המאמר של Posner פורסם באתר "מרכז שלם": <http://www.shalemcenter.org.il/media/?did=64&aid=2cebedd70332e20fadca1cd1c99e209>, ובעברית בעיתון ידיעות אחרונות (4.5.2007).

13. Bork (לעיל, הערה 11) בעמ' 13.

14. בורק (לעיל, הערה 11) בעמ' 146.

המועמדים הראשונים לזכות בפרס; אך מהר מאוד הוא עובר לביקורת נוקבת. פוזנר מכנה את ברק "שודר ים משפטי" ("Barak] was a legal buccaneer") ומדמה את גישתו לתפיסת השלטון בכוח ("Barak's] approach can accurately be described as usurpative"). פוזנר מאמץ את קביעתו של בורק, לפיה ברק קבע שיא עולמי ביוהרה שיפוטית ("judicial hubris") ומכתיר את ברק, בכותרת המאמר, כלא פחות מרוך נאור ("Enlightened Despot").<sup>15</sup> פוזנר מתאר את גישתו של ברק כמבטאת תפיסה משפטית השונה מן היסוד מהתפיסה המקובלת בארצות הברית ("weirdly different juristic universe"), ואשר לפיה ההכרעה השיפוטית מבוססת, כל כולה, על עמדתו האישית של השופט.<sup>16</sup> בשולי מאמר הביקורת שלו, אולי מתוך שאיפה לרכך במקצת את חומרת הביקורת שלו כלפי ברק, פוזנר מציין כי בנסיבות המיוחדות של מדינת ישראל (לפי פוזנר, "Israel is an immature democracy, poorly governed; its political class is mediocre and corrupt; it floats precariously in a lethally hostile Muslim sea; and it really could use a constitution")<sup>17</sup>, האקטיביזם השיפוטי של ברק עשוי להיות מוצדק, אך הוא מבקר את ברק על כך שאינו מסייג את גישתו לנסיבות המיוחדות של ישראל.<sup>18</sup>

למעשה, הביקורות של פוזנר ושל בורק נכתבו בראש ובראשונה כחלק מוויכוח אמריקני פנימי ואין לראות בהן ניסיון רציני לבחון את גישתו התאורטית של ברק ובוודאי לא את פסיקתו.<sup>19</sup> פוזנר ובורק נמנים עם הדוברים המובהקים של עמדה שמרנית קיצונית, המבקרת בסגנון חריף את התפיסות המקובלות בפסיקה של בית המשפט העליון בארצות הברית ובזרם המרכזי של המחקר האקדמי.<sup>20</sup> ביקורות הספרים שפרסמו פוזנר ובורק

15. Posner (לעיל, הערה 12). Posner מוסיף ומתאר שם את "המהפכה החוקתית" שיום ברק כדומה במהותה למעשהו של נפוליאון, שהכתיר עצמו לקיסר: "One is reminded of Napoleon's taking the crown out of the pope's hands and putting it on his own head"

16. שם. "...in a Barak-dominated court, it would be very difficult to tell whether a judgment of unconstitutionality was anything more than the judges' opinion that it was a dumb statute, something they would not have voted for if they were legislators"

17. שם.

18. שם. "Barak stepped into a political and legal vacuum, and with dash and ingenuity orchestrated a series of... 'surprisingly agreeable outcomes'. He was a legal buccaneer, and maybe that was what Israel needed. But there is not a hint of an acknowledgment of this in the book. Barak writes not only without self-doubt, but also without a sense that his jurisprudence may reflect local, as well as personal, conditions"

19. לגישה שונה, לפיה יש לראות במאמר הביקורת של Posner פתיחה של דיון אקדמי וציבורי בתפיסות היסוד של המשפט הציבורי בישראל, כפי שעוצבו על ידי ברק, ראו: הלל סומר, "דיצ'רד פוזנר על אהרן ברק: דברים שרואים משם - לא רואים מכאן?"/, *הארקליב* מט(2) (ט"ו פורסם).

20. לביקורתם של Posner ושל Bork על גישתו של בית המשפט העליון של ארצות הברית ראו, למשל: Richard A. Posner, "Foreword: A Political Court", 119 *Harv. L. Rev.* (2005) 31;

משקפות גם את ההתנגדות העקרונית שלהם להיזקקות למשפט ההשוואתי כמקור משפטי. פוזנר ובורק מתארים בעצם קריטורה של גישת ברק, ומנסים לאפיין אותה כשונה באופן יסודי מהגישה המקובלת בארצות הברית, מתוך כוונה להציג באור מגוחך את חסידיה של העמדה הרואה בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי – לפחות ככל שהן מבטאות קונצנזוס רחב – מקור משפטי רלוונטי להכרעות שיפוטיות. בפועל, הגישה ה"מזוהה" והחריגה היא דווקא הגישה המוצגת על ידי בורק ועל ידי פוזנר, ואילו גישתו של ברק עולה בקנה אחד עם תפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי כולו, ובכללן ארצות הברית, הן באשר לתפקידו של שופט בחברה רמוקרטיה והן באשר לתוכן של הגבלות המוטלות על כוחו של הרוב.

ברשימה קצרה זו אני מבקש להתייחס לכמה היבטים בביקורות של בורק ושל פוזנר על גישתו של ברק. בתמצית אני מבקש לטעון, כי אף בהתעלם מסגנון המשתלה, ביקורות אלה הן משוללות יסוד. הן משקפות אי הבנה של המצב המשפטי הנוהג בישראל בכמה עניינים מרכזיים; הן לוקות בתיאור העובדות בנוגע לפועלו של הנשיא ברק כשופט, והן נעדרות התמודדות נאותה עם גישתו מול ברק, אשר נגדה הם יוצאים. ביתר פירוט, אני מבקש להפריך ארבעה מיתוסים בנוגע לביקורת שיפוטית בכלל, ובנוגע לעמדתו של אהרן ברק בפרט, המוצאים ביטוי בביקורות של בורק ושל פוזנר.

מיתוס אחד הוא כי אהרן ברק יצר חוקה למדינת ישראל, בבחינת יש מאין. יש בוודאי בסיס לסברה כי ההכרעה השיפוטית בדבר קיומה של חוקה התבססה על העמדה כי רצוי שלמדינת ישראל תהיה חוקה. אולם בית המשפט לא קבע את תוכנה של החוקה, אלא רק הכיר בכוחה של הכנסת לעשות כן, באמצעות חקיקת חוקי יסוד. ההכרה אינה צופה פני עבר בלבד, אלא כוללת גם הכרה מפורשת בכוחה של הכנסת לשנות את חוקי היסוד. יש בוודאי מקום לוויכוח, האומנם רצוי שלמדינת ישראל תהיה חוקה, והאם רצוי להכיר בכוחה של הכנסת לכונן חוקה; אך הקביעה כי אהרן ברק, או בית המשפט העליון, "יצר" את החוקה היא חסרת בסיס.

מיתוס שני הוא בדבר "שלטון השופטים". לפיו, בתקופת כהונתו של ברק נהפך בית המשפט העליון לגורם מרכזי בחיים הציבוריים בישראל, והתווה את המדיניות של מדינת ישראל. המציאות שונה בתכלית. בפועל, כל ההכרעות החברתיות העיקריות בעשרים השנים האחרונות במדינת ישראל התקבלו, בלא יוצא מן הכלל, על ידי הממשלה והכנסת, בלא מעורבות ממשית של בית המשפט. בית המשפט העליון אמנם מילא תפקיד חשוב מאוד כשימור האתוס הדמוקרטי, בעיקר בתחום ההגנה על חירויות היסוד של הפרט

Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990)  
עמדותיו השמרניות הקיצוניות של בורק הביאו לידי התנגדות גורפת להחלטה של הנשיא רייגן למנותו כשופט בית המשפט העליון בארצות הברית, ולהחלטה של הסנאט שלא לאשר את המינוי; David J. Danelski, "Symposium: Confirmation Controversy: The Selection of a Supreme Court Justice: Ideology as a Ground for the Rejection of the Bork Nomination",  
84 *Nw. U.L. Rev.* (1990) 900

וכן בהיבטים שונים של הגברת תקינות ההליכים הפוליטיים; אך מעורבותו בהכרעות הפוליטיות החשובות ובקביעת מדיניות אינה משמעותית.

מיתוס שלישי הוא בדבר אי הרלוונטיות של שיקולים מוסריים להכרעה השיפוטית. פוזנר טוען כי על השופט להבחין באופן ברור בין שיקולי צדק, הרלוונטיים לקביעת התוצאה הרצויה, לבין שיקולים משפטיים, האמורים להכתיב באופן בלעדי את התוצאה הנכונה מבחינה משפטית. פוזנר טוען כי התפיסה המקובלת, לפחות בקרב השופטים בארצות הברית, מבטאת הבחנה כאמור. כעניין אמפירי, זוהי טענה חסרת יסוד. בפועל קיים מתאם מובהק בין עמדתם האידאולוגית של שופטים לבין האופן שבו הם מיישמים דוקטרינות משפטיות.

מיתוס רביעי הוא כי בגלל המשקל המרכזי של שיקולי מוסר בהכרעות שיפוטיות, אקטיביזם שיפוטי הוא אנטי-דמוקרטי. בעניין זה אני מבקש לטעון, בראשי פרקים, כי הטענה אינה מבוססת, הן בנוגע להגדרת מהותה של דמוקרטיה בעקבות בחינת שיטת המשטר המקובלת במדינות אשר מקובל לאפיין אותן כדמוקרטיות; והן בנוגע להגדרה המבוססת על ההערכה, מהי שיטת המשטר הרצויה.

#### א. המיתוס שלפיו אהרן ברק "יצר" חוקה לישראל

חלק מרכזי בביקורות של בורק ופוזנר מכוון להכרעותיו של ברק כשופט. טענה אחת מכוונת ל"מהפכה החוקתית" – ההכרה בחוקי היסוד כבעלי מעמד חוקתי. בורק מסתפק בהקשר זה בצייטוט מרשימה שפרסמה אוולין גורדון בג'רוולם פוסט, בציניו כי "הטענה שלחוקי היסוד מעמד חוקתי, המטמך את בית המשפט הישראלי לבטל חקיקה סותרת, היא 'מפוקפקת בשלעצמה, מכיוון שחוקי היסוד לא עברו כל הליך של אשרור חוקתי והתקבלו בידי רבע בלבד מתברי הכנסת'" וטוען כי משום כך, "המהפכה החוקתית" של ברק אינה מתיישבת עם קביעתו [שלו] ... ש'בית המשפט מוסמך לפרש את החוקה, אך הוא אינו מוסמך לכונן חוקה"<sup>21</sup>. פוזנר מכנה את חוקי היסוד, המתווים לפי גישתו של ברק את החוקה של מדינת ישראל, בביטוי whole cloth, שמשמעותו דבר מופרך לחלוטין, חסר כל בסיס (pure fabrication)<sup>22</sup> ומוסיף:<sup>23</sup>

לישראל אין חוקה. יש לה "חוקי יסוד" שמחוקקת הכנסת, ושאותם השווה ברק לחוקה, בכך שקבע שהכנסת אינה יכולה לבטל אותם. מדובר ברעיון מדהים: תארו לכם, שהקונגרס שלנו יחוקק חוק המאפשר לכל אורת

21. בורק (לעיל, הערה 11).

22. Posner (לעיל, הערה 12) טוען כי "What Barak created out of whole cloth was a degree of judicial power undreamed of even by our most aggressive Supreme Court justices. He puts Marshall, who did less with more, in the shade".

23. בורק (לעיל, הערה 11). התרגום מבוסס על תרגומה של לילית וגנר שפורסם בדיעות אחרונות, בשינויים קלים.

לשאת נשק בהיחבא, ובית המשפט העליון יקבע שלעולם אי אפשר יהיה לבטל את החוק, ורק רבע מחברי הכנסת הצביעו בעד החוקים הללו:

דברים אלה רצופים טעויות. למשל, לא נכון שהכנסת אינה רשאית לשנות את חוקי היסוד ובנוגע למרבית חוקי היסוד לא נדרש לשם כך אפילו רוב מיוחד כלשהו. גם לא נכון שרק רבע מחברי הכנסת תמכו בחוקי היסוד – מרבית חוקי היסוד התקבלו ברוב מכריע.<sup>24</sup> בורק ופוזנר מתעלמים לחלוטין מן הדיון התאורטי הנרחב – בפסיקה ובספרות האקדמית – בנוגע לשאלה, כיצד בכלל יש לזהות חוקה. הענקת סמכות מכוננת – הסמכות לחבר חוקה ולשנותה – לגוף המכהן גם כבית מחוקקים, מקובלת בלא מעט דמוקרטיות,<sup>25</sup> והטענה כי עצם חקיקת חוקי היסוד על ידי הכנסת (כמו גם כינוי החוקה אצלנו "חוקי יסוד") שוללת, מיניה וביה, את מעמדם כחוקה, אינה נכונה. הדברים מעידים גם על בורות בנוגע להיסטוריה החוקתית המיוחדת של ישראל, שהרי כידוע, האסיפה המכוננת, שנבחרה לחבר חוקה, החליטה בתוך זמן קצר לאחר היבחרה לכנות עצמה "הכנסת הראשונה" ולכהן גם כבית מחוקקים, ובסיום תקופת כהונתה קבעה במפורש כי לכנסת הבאות יהיו "כל הסמכויות" שהיו מסורות לכנסת הראשונה.<sup>26</sup>

24. טענתם של Posner ו-Bork מתייחסת, כך נראה, לחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהתקבל ב-1992 ברוב של 32 לעומת 21 בקריאה השלישית, אולם מרבית חוקי היסוד האחרים התקבלו ברוב מכריע של חברי הכנסת. במיוחד חשובה בהקשר זה התמיכה של יותר מ-80 חברי כנסת בחוקי יסוד: חופש העיסוק שהתקבל ב-1994, ושכלל גם תיקון חשוב לחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואת לאחר שכבר פורסמה עמדתו של אהרן ברק, באותה עת רק בכתיבה אקדמית, בדבר מעמדם של חוקי היסוד. בעקבות זאת טען שר המשפטים לשעבר, דן מרידור, כי עם קבלת התיקון של שני חוקי היסוד בתשנ"ד, "לא ניתן עוד לסעון שהכנסת קיבלה באי-ידיעה את החוקים. עתה, מתוך ידיעת המשמעות והפרשנות אשרה הכנסת מחדש וברוב עצום... את החוקים ואת עקרונותיהם". ראו: דן מרידור, "הכרעות לאור חוקי היסוד", רפורמה קונפטימוצייונית בישראל והשלכותיה (תשנ"ה) 69, בעמ' 71. העובדה שחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו זכה ב-1992 לתמיכתם של 32 חברי כנסת בלבד היא בין היתר תוצאה של סיבה פרוזאית – העובדה שבאותה עת התקיימו הבחירות המקדימות במפלגת העבודה, ומרבית חברי הכנסת של מפלגה זו, שתמכו באופן נחרץ בהצעת החוק, העריכו כי קבלת החוק ממילא מובטחת, ולפיכך נעדרו מן ההצבעה. הדיונים הממושכים שקדמו להצבעה, שכללו פשרות רבות, הבטיחו תמיכה רחבה מאוד בחוק היסוד. ראו: אמנון רובינשטיין, "הכנסת וחוקי היסוד על זכויות האדם", משפט וממשל ה (תש"ס) 339, בעמ' 339-351.
25. כך, למשל, הסמכות לשנות את החוקה מסורה לבית המחוקקים בארצות סקנדינביה, בהולנד, בבלגיה, באוסטריה, בגרמניה ובהודו. לסקירה ראו: *Comparative Constitutional Law* (Vici C. Jackson and Mark Tushnet – eds., 1999) pp. 251-454.
26. לדיון בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל ראו, למשל: רובינשטיין ומדינה (לעיל), הערה 10 (בעמ' 35-38 ובעמ' 79-85).



בנוסף, בורק ופוזנר מתעלמים מן המציאות הפוליטית והחברתית בישראל, בהציגם את ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת, ובחוקי היסוד כחוקה, כתפיסתו הפרטית של בריק. קיימת הסכמה רחבה כי הכנסת היא הרשות המכוננת, המוסמכת לכונן את החוקה, כפי שמעידים הדיונים הממושכים בעניין החוקה בוועדת "חוקה, חוק ומשפט" של הכנסת בשנים האחרונות. הכנסת לא תיקנה את חוקי היסוד בתגובה על הכרעתו של בית המשפט ברבר "מהפכה חוקתית", ונמנעה מלהגביל את כוחו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים. הפרקטיקה המקובלת בשנים האחרונות בכנסת היא כי יש לבחון את התאמתה של חקיקה מוצעת להוראות חוקי היסוד, מתוקף ההכרה בעליונות הוראות חוקי היסוד לעומת חקיקה "רגילה".<sup>27</sup> הכנסת גם קיבלה בהסכמה ברורה את הכרעותיו של בית המשפט שבהן הוכרוה בטלותן של הוראות בחקיקה מחמת הפגיעה הנובעת מהן בהוראות חוקי היסוד.

בורק ובעיקר פוזנר אינם מחשיבים כראוי את שיקולי המדיניות המונחים ביסוד ההכרה בחוקי היסוד כחוקה. פוזנר מציין במפורש כי הוא מסכים שחוקה הייתה עשויה להועיל למדינת ישראל ("[Israel] really could use a constitution"), ואף בורק אינו שולל את האפשרות ש"ווסו שיפוטית", כלשונו, יהיה מוצדק בגסיבות מסוימות. ניתן להסכים כי קל יותר, לפחות מבחינת הלגיטימציה הציבורית, להכיר בעליונות ובנוקשות של חוקה המנוסחת במסמך אחד שלם, שהתקבלה בהליך תגיי, שכלל אישור מפורש שלה על ידי רוב מכריע בקרב הציבור (אף שגם או, ההצדקה אינה מובנת מאליה, למשל בשל הכבילה של הדורות הבאים להסדרים הקבועים בחוקה, בלא שהתקבלה הסכמתם לכך, באופן המנוגד, לכאורה לפחות, לעקרון היסוד הדמוקרטי של שלטון עצמי).<sup>28</sup> אולם השאלה היא, מה המדיניות הרצויה בגסיבות כמו בישראל, שבהן מכירים בצורך בחוקה, אך אין בנמצא מסמך שלם כאמור, ואין סיכוי ממשי לקבלו בעתיד הנראה לעין. ההכרה בחוקי היסוד כחוקה אמנם אינה התוצאה היחידה האפשרית מבחינה לוגית.<sup>29</sup> היא תוצאה של בחירה בפרשנות אחת מבין כמה חלופות, שכולן אפשריות מבחינה מילולית. בחירה זו מבוססת על ההערכה כי זהו הפירוש הטוב ביותר בהינתן מכלול שיקולי המדיניות הרלוונטיים.

27. ראו, למשל: רובינשטיין (לעיל, הערה 24).

28. משום כך רבים סבורים כי חוקה "פורמלית" אינה תנאי מספיק – ואף אינה תנאי הכרחי – להגבלת סמכותו של המחוקק, וכי ההגבלה נובעת בעיקרה מן התפיסה המקובלת בציבור: Lawrence H. Tribe, "Five Reigning Myths about Constitutionalism and Judicial Review", *The Israel Academy of Sciences and Humanities* (1994) pp. 12-14. ראו גם: Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain* (1990) p. 27, שם נסען כי כדי שהאמנה האירופית לזכויות האדם תהפך לבעלת מעמד "חוקתי" במשפט האנגלי, אין די באימוצה בחוק מפורש של הפרלמנט (כפי שאכן נעשה בחוק מ-1998, שנכנס לתוקף בשנת 2000), אלא גם בקבלתה ככזו על ידי הציבור.

29. ראו, למשל: רות גביון, "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או גבואה המגשימה את עצמה?", *משפטים כח (תשנ"ז)* 21.

הערכה זו מבוססת על ההכרה בחשיבות של החלת ביקורת שיפוטית על חקיקה לשם הבטחת כיבוד זכויות היסוד של האדם והגנה על עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכן על ההכרה בכך שאת הביקורת השיפוטית על חקיקה מוטב לבסס על הסכמה מפורשת של העם, ולו באמצעות נציגיו בכנסת. ההכרה בחוקי היסוד כחוקה מהווה פשרה ראויה בהקשר זה, בעיקר בשל שלושה מאפיינים מרכזיים של חוקי היסוד: ראשית, הם נקבעו על ידי הכנסת, לה מסורה – לפי התפיסה המקובלת בישראל גם לפני ההכרה השיפוטית על "המהפכה החוקתית" – הסמכות לכונן חוקה; שנית, יש בחוקי היסוד סממנים חוקתיים מובהקים (אף אם אינם חד משמעיים): הם מסדירים את סוגיות היסוד של המשטר; הם משתמשים בלשון של עליונות על פני חקיקה רגילה; הם מכונים בכותרתם "חוקי-יסוד" ושנת החקיקה שלהם מושמטת; ולבסוף, רובם התקבלו ברוב מכריע; ושלישית, והו כאמור גורם שהחמץ כליל על ידי פוזנר, חוקי היסוד אינם נוקשים אלא ניתנים לשינוי, ברובם המכריע ברוב רגיל, כך שהכבילה הנובעת מהכרה בהם כחוקה אינה כבילה חזקה.<sup>30</sup> ברק אמנם ציין בכמה הודמנויות כי ייתכן שכוחה של הכנסת לשנות את חוקי היסוד עשוי להיות מוגבל,<sup>31</sup> בעקבות תקדימים לכך במשפט המשותף;<sup>32</sup> אך ברק נמנע מלקבוע כך במפורש ומכל מקום סייג אפשרות זו למקרים קיצוניים במיוחד, שבהם הכנסת מבקשת לחוקק "חוק [לרבות חוקי-יסוד – ב"מ] המבטל את הדמוקרטיה ומכונן משטר דיקטטורי".<sup>33</sup>

30. לכך נוספת גם האפשרות, הוזכה לתמיכה גוברת בשנים האחרונות, להכיר בכוחה של הכנסת להגיב על הביקורת השיפוטית בדרך של חקיקה מחדש של חוק שהוכרז כבטל, בלא צורך בתיקון חוקי היסוד. לדיון מקיף בדיאלוג בין המחוקק לבין בית המשפט, ראו: גרעון ספיר, "שלושה מודלים של חוקה", משפטים 10 (ת"ר פורסם).

31. למשל: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת (ת"ר פורסם) (להלן: עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל), סעיף 74 לפסק הדין של הנשיא ברק: "יש מקום לתפיסה כי חוק או חוקי-יסוד, אשר ישללו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטית, אינו חוקתי. העם, הריבון, לא הטמיק לכך את הכנסת שלנו. זו הוסמכה לפעול במסגרת עקרונות היסוד של המשטר"; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד (מס' 4) 221, בעמ' 394 (להלן: עניין בנק המזרחי); אהרן ברק, *השופט בהברה דמוקרטית* (תשס"ג) בעמ' 99: "הגבלה זו על כוחו של המחוקק הלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בליבת הדמוקרטיה ושולל את תכונות המינימום הדרושות למשטר דמוקרטי".

32. תקדימים לכך מצויים בפסיקת בית המשפט העליון של הודו ובית המשפט העליון של דרום אפריקה. ראו: דוד קרצמר, "מברגמן וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", *משפטים* כח (תשנ"ז) 359, בעמ' 377.

33. אהרן ברק, *פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית* (תשנ"ב) בעמ' 632. לתמיכה באפשרות זו, ראו: John Rawls, *Political Liberalism* (1993) pp. 238-239: "The Bill of Rights [is] entrenched in the sense of being validated by long historical practice. ... The successful practice of its ideas and principles over two centuries place restrictions on what

בנסיבות אלה, ההכרה השיפוטית בחוקי היסוד כחוקה וביכולת לאכוף הוראות של החוקה על חקיקה של הכנסת, עמדה שלה מסכימים כיום, ככל הנראה, כל שופטי בית המשפט העליון, היא קביעה סבירה בהחלט.<sup>34</sup> כידוע, יש החולקים על עמדה זו, ובהם השופט חשין בדעת המיעוט שלו בפרשת *בנק המזרחי נ' מאדל*,<sup>35</sup> וטיעוניהם עימם. אך חילוקי הדעות הללו עוסקים בשאלה, אם ההכרה בחוקי היסוד כחוקה היא הפרשנות הראויה בהינתן מכלול שיקולי המדיניות הרלוונטיים. אין בחילוקי הדעות הללו כדי לשלול את הלגיטימיות שבעמדתו של הנשיא ברק, ואין בהם כדי להפוך אותה להסרת בסיס מבחינה משפטית. מכל מקום, שלא כטיעוניהם של בורק ושל פוזנר, לא מדובר כאן בצירית חוקה על ידי בית המשפט, אלא בהכרה בכוחה (הגמשך) של הכנסת לכונן חוקה.

### ב. המיתוס בדבר "שלטון השופטים"

אלכסיס דה־טוקוויל אפיין את הדמוקרטיה האמריקנית כבר במאה התשע עשרה כחברה שבה כל שאלה פוליטית מובאת, במוקדם או במאוחר, להכרעה שיפוטית.<sup>36</sup> יש הסבורים כי תיאור זה מתאים גם לישראל וכי ההכרעות החברתיות המרכזיות מתקבלות בסופו של

"can now count as [a valid] amendment". ראו גם, בהקשר הישראלי: אריאל בנדור, "המעמד המשפטי של חוקי־יסוד", *ספר ברנזון* (כרך שני, אהרן ברק וחיים ברנזון – עורכים, תשס"ט) 119, בעמ' 142; רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 10) בעמ' 110-124.

34. אגב, לקראת סוף רשימת הביקורת שלו, מציין לפתע Posner דברים ברוח זו: "The 'Basic Laws' may not be a constitution, but they provide an adequate textual basis, even in American terms, for decisions that Barak has written forbidding discrimination against homosexuals and against Israel's Arab citizens". Posner אינו מנמק כיצד דברים אלה עולים בקנה אחד עם עמדתו, שחוקי היסוד אינם אלא "whole cloth", ואינו מסביר מדוע חוקי היסוד עשויים לשמש בסיס נאות דווקא לאכיפת איסור הפליה (אף שהזכות לשוויון אינה מוזכרת כלל בחוקי היסוד) אך לא לעניינים אחרים, למשל להגנה על זכויות יסוד המנויות במפורש בחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו. Posner (לעיל, הערה 12).

35. עניין *בנק המזרחי* (לעיל, הערה 31). ראו גם, למשל: גביון (לעיל, הערה 29); יהושע (שוקי) שגב, "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'החלטת שלא להחליט'", *מאזני משפט* ה (תשס"ו) 125; Michael Mandel, "Democracy and the New Constitutionalism in Israel", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 259; "ההיבט הלא־דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם", *פוליטיקת* 2 (תשנ"ט) 53; יואש מייזלר, "המהפכה החוקתית" – עשור וקצת אחרי: הדין והחשבון", *תרבות דמוקרטית* 7 (תשס"ט) 131.

36. אלכסיס דה־טוקוויל, *הדימוקראטיה באמריקה* (יוזגן סברסקי וישראל מרגלית – מתרגמים, תש"ל) בעמ' 84-90. לדיון בעמדה זו, ראו: דוד אוחנה, "אלכסיס דה־טוקוויל: אמריקה כגבואה לעתיד העולם המודרני", *בעקבות קולומבוס: אמריקה 1492-1992* (מירי אליאב-פלדון – עורכת, תשנ"ז) 93, בעמ' 109.

דבר על ידי בית המשפט העליון.<sup>37</sup> כאמור לעיל, זוהי טענה מרכזית של בורק ושל פוונר נגד ברק. בורק מאפיין את גישתו של ברק כמבטאת "שלטון [של] השופטים" ו"רודנות שיפוטית" ומסכם בקביעה כי "בית המשפט הישראלי, ביומרתו לשלוט הן בחרב הן בארנק, עלול בהחלט להתגלות כרשות המסוכנת ביותר לזכויותיה הפוליטיות של האומה".<sup>38</sup> פוונר מתרה מחזיק אחריו, ומתאר את ברק כמי שיצר עוצמה שיפוטית אשר אפילו מרחיקי הלכת מקרב שופטי בית המשפט העליון האמריקני לא העזו לחלום עליה ומכנה אותו, כאמור, רודן.<sup>39</sup>

אני מבקש לכפור בטענה זו בדבר "שלטון השופטים". דרך פשוטה לבחון זאת היא באמצעות הערכה, מה היה חלקו של בית המשפט העליון בכל אחת מן ההכרעות החברתיות העיקריות שהתקבלו בישראל מאז שנות השמונים ועד ימינו, תקופת כהונתו של ברק. ברשימת ההכרעות הללו ייכללו, למשל, התוכנית הכלכלית של 1985, הרחבת ההתנחלויות, הפלישה ללבנון והנסיגה מלבנון, הסכמי אוסלו, מדיניות ההפרטה, הגדלת קצבאות הילדים והקיצוץ שלהן, תוכנית ההתנתקות, מבצע חומת מגן, הקמת גדר ההפרדה, החלת מס רווחי הון, שינויים במדיניות ההגירה לישראל, המדיניות שנקטה במלחמת לבנון השנייה ועוד. כל ההחלטות הללו, בלא יוצא מן הכלל, התקבלו על ידי הממשלה והכנסת, בלא מעורבות ממשית של בית המשפט. בית המשפט לא יום אף לא אחת מן ההחלטות הללו, הן לא התקבלו בעקבות החלטות שלו ואף לא בעקבות עתירות שהוגשו לבית המשפט. חלק מן ההחלטות אמנם נידונו בבית המשפט לאחר שהתקבלו על ידי המערכת הפוליטית, אך בכל המקרים (מלבד היבטים מסוימים בנוגע לתוואי גדר ההפרדה ובנוגע למלחמה בטרור, כמפורט בהמשך) החליט בית המשפט שלא להתערב.

הדברים דומים בנוגע למחדלים של ממשלות ישראל לדורותיהן, כגון אי מניעת התרחבות הפערים בחברה והעמקת העוני, אי גקיטת צעדים למניעת הפליה של אזרחים ערבים על ידי גורמים פרטיים, עיכובים בהחלטות על התפלת מים ומחזור אשפה, ועוד. גם כאן, התרומה של בית המשפט (לטוב או לרע) לשינוי חברתי אינה ניכרת. כך, למשל, בית המשפט לא הורה לממשלה לנקוט מדיניות של העדפה מתקנת לשם התמודדות עם אי שוויון והיעדר ייצוג הולם למגזרים שונים בחברה (אלא הסתפק באכיפה של הסדרי העדפה מתקנת שקבעו הכנסת והממשלה); בית המשפט לא הורה למדינה להקים בתי תמחוי או לממן תרופות מצילות חיים; הוא לא מנע הפליה בבדיוק של אזרחים ערבים בשדה התעופה; והוא אף לא בחן כלל את החוקיות של אי גיוס ערבים לשירות בצה"ל.

דוגמה טובהקת למגמה זו היא הקמת ההתנחלויות. אף שקיימת הסכמה גורפת בקרב משפטנים כי הקמת ההתנחלויות בשטחים אינה חוקית (שכן אינה משרתת צורך צבאי, ולפיכך היא אסורה לפי הדין הבין לאומי החל בשטחים), בית המשפט גמנע מלהכריז על

37. למשל: רות גביון, "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורתי", אקמביזום שיפוטני: בעד ונגד (תש"ס) 69, בעמ' 106-107.

38. בורק (לעיל, הערה 11).

39. Posner (לעיל, הערה 12).

כך, <sup>40</sup> אפילו כאשר ההכרעה בסוגיה זו הייתה נחוצה לשם בחינת הלגיטימיות של הקמת גדר ההפרדה בתוך השטח הכבוש, מחוץ לשטחה של מדינת ישראל, משום שתוואי הגדר נקבע לשם הגנה על תושבי ההתנחלויות, בחר בית המשפט להימנע מלהכריע בשאלת החוקיות של הקמת ההתנחלויות והמשך ההתיישבות בהן על ידי אורחים ישראלים.<sup>41</sup> דוגמה שנייה היא מדיניות ההפרטה וצמצום הקצבאות. בית המשפט אמנם ניאות לדון לגופן בעתירות הרבות שהוגשו בנושאים אלה, אך נמנע כמעט כליל מלהתערב, ולמעשה הותיר את ההכרעה בהן לזירה הפוליטית.<sup>42</sup> דוגמה שלישית, אמנם מובהקת פחות, היא זו של דיני המשפחה בישראל. החלת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין (דין תורה בנוגע ליהודים), המבטא גישה פטריאכלית מובהקת, גורמת להפליית נשים חמורה, והן אף אינן שותפות

40. ראו: בג"ץ 4481/91 ברזיל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(4) 210, בעמ' 215 (הנשיא שמגר), שם נקבע כי טענה כנגד חוקיות ההתנחלויות היא טענה "המתייחסת לנושא מדיניות השמורים לזרועות אחרות של הממשל הדמוקרטי, [ואשר] מעלה נושא שהסממנים המדיניים שבו הם דומיננטיים וגוברים בעליל על כל קטעי הקטעים המשפטיים שבו. אופיו השליט של הנושא המועלה בעתירה הוא מדיני מובהק". ראו גם: בג"ץ 3125/98 עיאר נ' מפקד כותות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נה(1) 913, שם נדחתה על הסף עתירה כנגד חוקיות תוכנית להרחבת מעלה אדומים, שנועדה ליצור רצף אורבני בין היישוב ובין תחום השיפוט של ירושלים. השופט שטרסברג כהן קבע כי "סוגיית ההתיישבות הישראלית הינה חלק מן הנושאים הנמצאים על שולחן הדיונים בין ישראל ואש"ף במסגרת הדיונים על הסכם הקבע... אין בית משפט זה אמור להידרש לסוגיה זו בעצומתם של המגעים המדיניים ולהתערב בעקיפין בסרטוט המפות. זוהי מלאכתה המובהקת של הממשלה לזרועותיה", שם, בעמ' 918. לביקורת על גישה זו ראו: David Kretzmer, *The Occupation of Justice* (2002) pp. 187-198. ראו בהקשר זה גם: רובי סייבל, *משפט בינלאומי (תשס"ג) בעמ' 469-473*. הנכונות של בית המשפט להתערב בהקשר זה מוגבלת למקרים שבהם הועלו טענות שעניינן פגיעה בזכויות המוקנות לפרטים - הפקעת קרקעות בבעלות של פלסטינים לצורך הקמת יישוב יהודי בשטחים: בג"ץ 390/79 וויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1; בג"ץ 606/78 אויב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113.

41. למשל: בג"ץ 2645/04 זאסר נ' ראש הממשלה (טרם פורסם): "על פי אמות המידה שהתווה בית משפט זה, סמכותו של המפקד הצבאי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חייהם וביטחונם של ישראלים המתגוררים ביישובים ישראלים באזור יהודה ושומרון. זאת, אף שהישראלים הגרים באזור אינם בגדר 'אנשים מוגנים' (protected persons), כמשמעות ביטוי זה בסעיף 4 לאמנת ג'נבה הרביעית"; בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 3680/05 דער הישוב סנא נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 1348/05 ראש עיריית סלפית נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).

42. ראו: יואב דותן וברק מדינה, "חוקיות ההפרטה של אספקת שירותים ציבוריים", *משפטים* לו (תשס"ז) 1.

להליך קביעת הנורמות הדתיות ויישומן.<sup>43</sup> בנוסף, עקב החלתם של האיסורים הקבועים בהלכה על אנשים מסוימים להינשא זה לזה (האיסור החל על אדם יהודי להינשא עם מי שאינו בתשב יהודי לפי ההלכה והאיסור החל על יהודים להינשא זה לזה בנסיבות שונות, ובכלל זה איסורים שונים החלים על כותנים), נשללת מאזרחים רבים הזכות להינשא בגלל איסורים דתיים, למרות אמנות בין לאומיות השוללות זאת.<sup>44</sup> בית המשפט אמנם תרם רבות להכשרת דרכים עוקפות להסדר בלתי מוסרי זה (בעיקר מכוח ההכרה בתוקפם של נישואין של ישראלים הנערכים בחו"ל, ובכלל זה בני זוג מאותו המין, ובזכויותיהם של "ידועים בציבור", וכן מכוח החלת סייגים שונים לתחולת הדין הדתי) ובכך הקהה במידה מסוימת את החומרה שבהחלת הדין הדתי, אולם במהלך השנים בחר בית המשפט להימנע מלהכריז על אי החוקיות של משטר זה והעדיף להותירו להכרעת הכנסת.<sup>45</sup>

מיתוס האקטיביזם השיפוטי מבוסס על גרעין עוברתי, אך זהו גרעין מצומצם למדי. הוא כולל בעיקר מעורבות רבה יחסית בתחום תקינות ההליכים הפוליטיים (בעיקר הגבלות כהונה בתפקידים ציבוריים של מי שחשודים כי עברו על החוק, איסור כהונה תוך ניגוד עניינים, הטלת חובת פרסום של מידע הנמצא בידי רשויות השלטון, החלת חובת הענקת זכות טיעון, הטלת חובת הנמקה וכדומה); והתנגה על זכויות היסוד של האדם (למשל, ביטול ההחלטה למנוע את ההשתתפות בבחירות של רשימות ומועמדים מסוימים,<sup>46</sup> אכיפת האיסור להפלות אזרחים ערבים בהקצאת קרקעות המדינה ואכיפת האיסור להפלות נשים

43. למשל: פרנסס רדאי, "על השוויון", משפטים כד (תשנ"ד) 241, בעמ' 266; כרמל שלו, "צדק במשפחה והעיקרון של שוויון המינים", המשפט ב (תשנ"ה) 21.

44. למשל: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסאלית של האו"ם בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 23(2) לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; וסעיף 5 לאמנה הבינלאומית בדבר היסול ההפליה הגזעית לכל צורותיה, 1966. ראו, בהקשר זה: אמנון רובינשטיין, "הזכות לנישואין", עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 433.

45. ראו: בג"ץ 4058/95 בן מנשה נ' גור הרות, פ"ד נא" (3) 876, בעמ' 879 (הנשיא ברק): "שאלת הנהגתם של הנישואין האזרחיים... היא שאלה קשה וסבוכה. אין לגביה הסכמה לאומית [ולפיכך - ב"מ]... המוסר הראוי לטיפול ולהסדרת הנושא היא הכנסת ולא בית המשפט"; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האובלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, בעמ' 783 (השופט ברק): "אין לצפות מבית המשפט, כי יורה על קיומם של נישואין אזרחיים".

46. פסק הדין העיקרי בהקשר זה הוא א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' מיבי, פ"ד נו(4) 1. אגב, Posner מבקר את ברק על שפסק כי אין לאפשר למפלגה אנטי-דמוקרטית להשתתף בבחירות, ואף טוען כי ניתן לזקוף זאת לרקע האישי של ברק, בניצול שואה. Posner טועה כאן טעות כפולה: ראשית, המדיניות של שלילת הזכות להיבחר נקבעה כידוע על ידי הכנסת (בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת), ולא על ידי ברק; ושנית, בפסיקתו הכיא ברק דווקא לצמצום ניכר של האפשרות לשלול מרשימה או ממועמד את הזכות להשתתף בבחירות. ראו, למשל: ברק מדינה, "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית", מחקר משפט כב (תשס"ו) 327.

בהקשרים מגוונים, הגנה רחבה על חופש הביטוי, איסור שימוש באמצעים פוגעניים – לרבות עינויים – בחקירות של חשודים במעשי טרור, איסור לנקוט אמצעים צבאיים הגורמים לפגיעה "שאינה מידתית" באזרחים ועוד. ההשפעה של פסיקת בית המשפט בתחומים אלה היא רבה יחסית, והיא מתבטאת לא אחת (אם כי לא באופן מלא) בריסון עצמי ניכר של רשויות השלטון, בהגחיית היועצים המשפטיים,<sup>47</sup> אך הכרעות אלה רחוקות מן היומרה "לשלוט הן בחרב והן בארנק". בית המשפט נמנע כמעט לחלוטין מלהתוות מדיניות, ולפיכך ההכרעות התברתיות העיקריות מתקבלות בישראל במסגרת הפוליטית, ולא על ידי בית המשפט.

חשוב להדגיש כי לבית המשפט, ולאחרון ברק בראשו, תפקיד מרכזי בטיפוח מיתוס האקטיביזם השיפוטי. ביטול הדרישה ל"זכות עמידה" והנכונות לבחון כל הכרעה שלטונית ולהעריך אם היא "סבירה" ו"מידתית" יוצרים רושם כאילו בית המשפט הוא גורם מרכזי בפוליטיקה הישראלית, אך בפועל, הנטייה המובהקת של בג"ץ היא להימנע מלהתערב בהכרעות השלטוניות. בורק ופוזנר מבקרים את הנכונות של ברק לבחון כל סוגיה לגופה, בהתבסס על אמות המידה של "סבירות" ו"מידתיות", למשל בנוגע לקביעת שיעור הקצבאות שמשלמת המדינה לתושביה, בנוגע להחלטה לשחרר אסירים לשם פדיון שבויים ואפילו בנוגע לסבירות ההחלטה לפתוח במלחמה. אולם הם מתעלמים מן העובדה שהיקף הביקורת השיפוטית נקבע לא רק לפי עצם הנכונות להחיל את מבחן הסבירות, אלא גם לפי האופן שבו מוחל מבחן זה. בפועל, בכל המקרים האמורים הכיר ברק במתחם רחב מאוד של סבירות, באופן שהותיר בידי רשויות השלטון מרחב כמעט בלתי מוגבל של שיקול דעת.<sup>48</sup> יתר על כן, אף במקרים שבהם בחר בית המשפט להתערב, נותר בידי הכנסת הכוח להגיב על פסיקתו של בית המשפט, כמעט תמיד בלא צורך ברוב מיוחס לשם כך. הכרעותיו של בית המשפט אמנם נתפסות לעתים כמבטאות הכרעה בנוגע למכלול ההיבטים של החלטה שלטונית מסוימת, באופן שדחייה של עתירה נגד התוקיות של ההחלטה מתפרשת בציבור כקביעה כי מדובר במדיניות "נכונה" ו"צודקת", אולם תפיסה זו היא מוטעית, ומבטאת התעלמות מן ההכרה השיפוטית בקיומו של מתחם רחב של החלטות חלופיות שכולן סבירות (ולכן חוקיות).

דוגמה לפער בין מיתוס האקטיביזם השיפוטי לבין המצב בפועל היא הביקורת השיפוטית על פעילות צה"ל בשטחים. בג"ץ ניאות לדון לגופן כמעט בכל העתירות שהוגשו נגד פעילות צה"ל בשטחים, ולבחון את הסמכות לנקוט אמצעים שונים ולהעריך אם הפעלת האמצעים היא "מידתית", אולם בפועל הכשיר בית המשפט כמעט כל אמצעי שנקט צה"ל

47. ראו: יואב דותן, "קדם-בג"ץ" ודילמות חוקתיות לבני תפקידה של פרקליטות המדינה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ, *משפט וממשל* ז (תשס"ד) 159; Yoav Dotan, "Judicial Rhetoric, Government Lawyers and Human Rights: The Case of the Israeli High Court of Justice During the Intifada", 33 *Law and Soc'y Rev.* (1999) 319.

48. ראו, למשל: בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד בה(2) 455. להערכה דומה, ראו: מרדכי קרמיניצר, "בג"ץ והתפיסה הרחבה של תפקידו: כתב הגנה", *אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד* (תש"ס) 165, בעמ' 189-190.



במאבק בטרוור, ונתן פירוש מרחיב מאוד (ושנוי במחלוקת) להוראות המשפט הבין לאומי.<sup>49</sup> כך, למשל, בורק ופוזנר מזכירים את התערבות בג"ץ בקביעת התואי של גדר ההפרדה, אך שוכחים לציין כי בג"ץ הכשיר את עצם הקמת הגדר בשטחים, מחוץ לשטח המדינה, למרות עמדתו המנוגדת של בית הדין הבין לאומי,<sup>50</sup> וחרף הפגיעה הקשה הנגרמת עקב כך לאוכלוסייה הפלסטינית. בדומה, מרבים להזכיר את שלילת התוקיות של נקיטת "נוהל שכן", אך אין מזכירים את ההכשר שניתן לאמצעים כגון הריסת בתים, הטלת עוצר, מעצר מנהלי, שלילת חופש התנועה ועוד.

אני סבור כי בית המשפט העליון בישראל ממלא תפקיד משמעותי מאוד בעיצוב אופייה ודמותה של החברה בישראל כתברה דמוקרטית. אני מסכים גם כי המעורבות של בית המשפט בתחום המינויים למשרות ציבוריות היא רבה יחסית למקובל בדמוקרטיות אחרות. אולם המעורבות של בית המשפט בקביעת מדיניות, בהכרעות חברתיות מרכזיות, היא מוגבלת מאוד. זוהי בוודאי שאלה מעניינת, האם בית המשפט היה יכול להוביל שינוי חברתי, כגון לכינון נישואין אזרחיים בישראל או לפינוי ההתנחלויות, והאם ראוי שיעשה זאת, אך מכל מקום, תיאור בית המשפט הישראלי כמי שמתיימר לשלוט "הן בחרב הן בארנק" ותיאור ברק כרוזן הם חסרי בסיס.

### ג. המיתוס בדבר אי הרלוונטיות של שיקולים מוסריים להכרעה שיפוטית

טענה נוספת שמעלה פוזנר מתנגדת לגישתו של ברק, המודה בקיומו של שיקול דעת שיפוטי, כלומר בכך שב"מקרים קשים" המשפט אינו מספק תשובה אחת נכונה, וההכרעה השיפוטית חייבת להתבסס על ההערכה, ניה ההכרעה הצודקת בנסיבות העניין, לאור מכלול השיקולים הרלוונטיים וערכי היסוד של השיטה. פוזנר טוען כי על השופט להבחין בבירור בין שיקולי צדק והשפעותיהם על התוצאה הרצויה, לבין שיקולים משפטיים, המכתיבים את התוצאה הנכונה מבחינה משפטית. פוזנר אינו מסתפק בטיעון תאורטי אלא מוסיף גם טענה אמפירית, באשר לאופן שבו פועלים שופטים אמריקנים:<sup>51</sup>

השופטים האמריקנים מפרידים בין השאלה, כיצד היו הם מצביעים על חוק מסוים אילו היו חברי הרשות המחוקקת, ובין השאלה אם החוק הוא בלתי חוקתי. הם עשויים לחשוב כי החוק הוא רע ובכל זאת לקבוע כי אינו סותר את החוקה ולפיכך הוא תקף. אך בבית משפט כמו זה של ברק יהיה קשה מאוד לוודא אם קביעה שיפוטית שחוק מסוים הוא בטל משום שהוא נוגד את החוקה אינה אלא ביטוי לדעתם של השופטים כי מדובר בחוק מטופש, שהם היו מתנגדים לחקיקתו לו היו חברי בית המחוקקים.

49. למשל: Krezmer (לעיל, הערה 37); רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 10) בעמ' 214-221.

50. בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807.

51. Posner (לעיל, הערה 12).



דעה כזו אמורה להיות חסרת חשיבות כלשהי לצורך ההכרעה בשאלה, אם החוק סותר את החוקה.

זוהי טענה תמוהה, ולו כעניין אמפירי. בפועל קיים מתאם מובהק בין עמדתם האידאולוגית של שופטים אמריקנים לבין האופן שבו הם מיישמים דוקטרינות משפטיות שעמדתם כאמור אינה אמורה לבוא בו כלל לידי ביטוי. אחד המקרים המפורסמים ביותר הוא כמובן *Bush v. Gore*, שבו הכריע בית המשפט העליון את גורל הבחירות לנשיאות ארצות הברית בשנת 2000 בקובעו כי יש להימנע מספירה חוזרת של הקולות באזורי בחירה מסוימים בפלורידה – ספירה שהייתה צפויה להביא לידי ניצחוננו של אל גור, מועמד המפלגה הדמוקרטית, ולכישלוננו של ג'ורג' בוש, מועמד המפלגה הרפובליקנית – משום שספירה חוזרת באזורים מסוימים בלבד, בלא אמות מידה ברורות באילו אזורים תיערך הספירה התוזרת, מהווה פגיעה בעקרון השוויון.<sup>52</sup> ההכרעה במקרה זה לא הייתה אמורה להיות מושפעת כלל מן העמדה האידאולוגית של השופט באשר למועמד המועדף למשרת נשיא ארצות הברית, וגישתו של ברק בוודאי אינה מצדיקה התחשבות בשיקול ממין זה. והנה, במקריות מדהימה, חמשת השופטים שהכריעו לטובת הפסקת הספירה החוזרת (ולכן הביאו לידי בחירתו של בוש) הם השופטים המזוהים כ"שמרנים"; וארבעת השופטים שתמכו, בדעת מיעוט, באישור המשך הספירה החוזרת, הם השופטים המזוהים כ"ליברלים".

מחקרים שונים הראו כי הגורם המכריע בהחלטה של שופטים רבים, אם להתערב בשיקול דעתן של רשויות שלטוניות, אינו עמדתם העקרונית בשאלת היקף הביקורת השיפוטית במקרים מסוג זה, אלא תוכנה של ההחלטה השלטונית שעמדה לביקורת, ולפיכך שופטים מסוימים (המזוהים כ"שמרנים") נוטים להתערב בהחלטות מסוימות, ואילו אחרים נוטים להתערב בהחלטות מנוגדות.<sup>53</sup> אם כך המצב במקרים שבהם היישום של הדוקטרינה המשפטית אמור להיות "מדויק" יחסית מקביעת תוצאת ההליך, קל ותומר שעמדת השופטים האמריקנים באשר לתוצאה הרצויה בעיניהם משפיעה באופן מכריע על האופן שבו הם מיישמים דוקטרינות עמומות, כגון האיסור לפגוע שלא כדין בחירות

<sup>54</sup> ("deprivation of liberty without due process of law").

<sup>52</sup> *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

<sup>53</sup> למשל: Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal* Mod Revisited (2002); Jeffrey A. Segal, Lee Epstein, Charles M. Cameron and Harold J. Spaeth, "Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited" 57 *Journal of Politics* (1995) 812; Frank B. Cross and Emerson H. Tiller, "Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Court of Appeals", 107 *Yale L.J.* (1998) 2155; Ward Farnsworth, "Signatures of Ideology: The Case of the Supreme Court's Criminal Docket", 104 *Mich. L. Rev.* (2005) 71; C. Neal Tate and Roger Handberg, "Time Binding and Theory Building in Personal Attribute Models of Supreme Court Voting Behavior, 1916-88", 35 *Am. J. Pol. Sci.* (1991) 460

<sup>54</sup> ראו, למשל: Frank B. Cross, "Decision Making in the U.S. Circuit Courts of Appeals",

טענתו של פוזנר על האופן שבו מכריעים שופטים אמריקנים מפתיעה במיוחד משום שבבתיבתו האקדמית הוא עצמו ביטא בשורה של הודמנויות עמדה מנוגדת בתכלית, שביטאה "ריאליזם משפטי" קיצוני. במאמר שפרסם לא מכבר טען, למשל, פוזנר בנוגע לפסיקת בית המשפט העליון האמריקני כך:<sup>55</sup>

Constitutional cases... are aptly regarded as "political" because the Constitution is about politics and because cases in the open area are not susceptible of confident evaluation on the basis of professional legal norms. They can be decided only on the basis of a political judgment, and a political judgment cannot be called right or wrong by reference to legal norms. Almost a quarter century as a federal appellate judge has convinced me that it is rarely possible to say with a straight face of a Supreme Court constitutional decision that it was decided correctly or incorrectly... [Judicial decisions] are inherently, and not merely accidentally, lawless... I use "lawless"... to denote an absence of tight constraints, an ocean of discretion...

It is no longer open to debate that ideology... plays a significant role in the decisions even of lower court judges when the law is uncertain and emotions aroused. It must play an even larger role in the Supreme Court, where the issues are more uncertain and more emotional and the judging less constrained.

במאמר האמור פוזנר טוען כי אפילו פסקי דין שתוצאותיהם נראות, לפחות כיום, מובנות מאליהן, כגון פרשת *Brown*, שבה נקבע כי כפייה של הפרדה בין שחורים ללבנים במוסדות חינוך מהווה הפליה פסולה, אינם אלא תוצאה של הכרעה אידאולוגית ולא משפטית.<sup>56</sup>

91 *Cal. L. Rev.* (2003) 1457; Daniel R. Pinello, "Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-Analysis", 20 *Just. Sys. J.* (1999) 219; Gregory C. Sisk and Michael Heise, "Judges and Ideology: Public and Academic Debates About Statistical Measures", 99 *Nw. U. L. Rev.* (2005) 743; Cass R. Sunstein, David Schkade and Lisa M. Ellman, "Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation", 90 *Va. L. Rev.* (2004) 301

55. Posner (לעיל, הערה 20) בעמ' 40-41, 46, 48-49.

56. שם, בעמ' 47: "On strictly legal grounds, *Brown* could have been decided the other way by a (defensibly) narrow reading of the Equal Protection Clause and a respectful bow to *Plessy v. Ferguson* and the reliance that the southern states had placed on *Plessy* in configuring their public school systems"

לקראת סוף מאמר הביקורת שלו על ספרו של ברק, פוזנר נותן ביטוי מסוים לעמדתו זו, בציינו כי גם הכרעות מסוימות של בית המשפט העליון האמריקני עשויות להיחשב "בלתי משפטיות" (lawless), במובן זה שאינן מבוססות במידה מספקת על מקורות משפטיים פורמליים, אך טוען כי גישתו של ברק היא ביטוי קיצוני לתפיסה זו.<sup>57</sup> אולם פוזנר אינו מבסס כלל את קביעתו זו. למעשה, ברק מחשיב מאוד מקורות משפטיים פורמליים, כגון לשון החוק (או החוקה), ההיסטוריה החקיקתית והתקדימים הרלוונטיים. ברק מכיר בקיומן של הגבלות לשיקול הדעת השיפוטי ולכוחו של השופט לפעול להשגת תוצאה צודקת בדרך של פרשנות. המעמד של שיקולי צדק בגישתו של ברק אינו שונה באופן משמעותי מן המעמד שניתן להם בפועל בפסיקותיהם של בתי משפט אמריקניים.

ניתן אולי לפרש את הביקורת של פוזנר על ברק כמכוונת לרטוריקה השיפוטית. היינו לסוגי ההגמקות הגתפסים כלגיטימיים בשיטה המשפטית האמריקנית לעומת סוג ההגמקה שבו תומך ברק, אף שפוזנר מסכים כי בפועל ההכרעה מבוססת על שיקולים אלה. טענה זו נגד חשיפת האמת עשויה אמנם להתבסס על טעמים כגון שימור אמון הציבור בניטרליות שיפוטית, לנוכח חילוקי דעות אפשריים באשר לתאוריה המוסרית הנכונה ובאשר ליישומה.<sup>58</sup> לעניות דעתי, אין די בשיקולים אלה להצדיק "שקד אציל" מסוג זה.<sup>59</sup>

57. Posner (לעיל, הערה 12): "Such decisions [of the U.S. Supreme Court] could be thought lawless in the sense that the judge is making a discretionary judgment that owes nothing to an authoritative text and everything to the judge's personal values. So there is a sense in which Barak merely carries to its logical extreme a tendency discernible in our courts. It is a matter of degree, but at some point a difference in degree can rightly be called a difference in kind"

58. לדיון מפורט בטעמים אלה ונוספים, הכולל גם הפניה לספרות המשפטית בנושא, ראו: איל זמיר, "השופט ברק ודיני החוים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" (טרם פורסם). זמיר מציין בין היתר, כי "מי שתושש משרירות או מאקטיביזם שיפוטי עשוי לברך על הנמקה לגליסטית, שאינה חושפת את מכלול שיקולי-המדגיגות שביסוד ההכרעה השיפוטית, משום שמודעות עצמית למלוא היקפו של שיקול-הדעת השיפוטי עלולה לרסם בריסון שיפוטי ראוי. בד בבד, מי שדוגל באקטיביזם שיפוטי... עשוי להתנגד לכנות ופתיחות שיפוטיות משום שהן מזמינות התנגדות ומתבלות ביכולתו של בית-המשפט לפקח על הרשויות האחרות, להשריש נורמות-התנהגות ראויות ביחסים שבין אדם לחברו, ולהתאים את המשפט לדרישות החברתיות המשתנות".

59. הדיון בלגיטימיות של "שקרים אצילים" הוא רחב מאוד ומקורו בטיעוניו של אפלטון, לפיהם נדרשים שקרים שכאלה ("מיתוסים") לשם כינון מסגרת פוליטית יציבה: אפלטון, "פוליטיאה", בתבי אפלטון (כרך ב, תש"ם). להרחבה ראו, למשל: Leo Strauss, *The City and Man* (1964).

בהנחה שההכרעה השיפוטית אמנם מתבססת גם על שיקולי מוסר ("צדק"), גישה המעודדת את השופט להסתיר עובדה זו, מעודדת אותו לתאר רק חלק מן השיקולים שהביאו אותו להכריע כפי שהכריע. גישה זו מסתירה מן הציבור את הלך המחשבה שתנתה את השופט, ולפיכך עלולה למנוע את השגת המטרות שביסוד החובה לנמק הכרעות שיפוטיות.

#### ד. המיתוס שביקורת שיפוטית היא מהלך "אנטי-דמוקרטי"

הסוגיה העיקרית שנידונה בביקורת של בורק ושל פוזנר על גישתו של ברק היא התפקיד של הרשות השופטת בחברה דמוקרטית. בתמצית, גישתו של ברק היא כי בית המשפט הוא שותף ב"מפעל החקיקה". לפי עמדה זו, בית המשפט אינו אמור להסתפק ביישום ובאכיפה של נורמות שקובע המחוקק. הוא אמור להיות שותף במפעל החקיקה, במובן זה שעליו "לפרש", "להתאים" ו"להשלים" את הנורמות שקבע המחוקק – כלומר לחוקק – בנסיבות שבהן הדבר נחוץ לשם גישור על פערים בין צורכי החברה לבין המשפט. משמעות גישה זו היא כי על השופט לפעול לא רק ליישום הנורמות שקבע המחוקק אלא גם לקידום ההתאמה בין המשפט לבין המתחייב מעקרונות צדק. לשם כך הוא מוסמך להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה וכן להעניק לחוק מובן אשר יבטיח התאמה לעקרונות אלה. ברק אמנם מקפיד לנסח זאת במונחים של התאמה ל"עקרונות היסוד של השיטה", כפי שהם באים לידי ביטוי בחוקה (כלומר בחוקי היסוד). לגישתו, "יש לעשות כל מאמץ פרשני להכריע בשאלת חוקתיות החוק במסגרת ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד".<sup>60</sup> אולם ברק כולל במסגרת "ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד" גם הוראות "משתמעות", באופן המביא לידי כך שבפועל מכילה מסגרת זו את כל עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הליברלית, לרבות עקרון הפרדת הרשויות ועצמאות הרשות השופטת וההגנה על מכלול זכויות היסוד של האדם. התוצאה היא שלפי גישתו של ברק (אף שאינו מבססה בדרך זו), תפקידו של שופט בחברה דמוקרטית הוא לשאוף להתאים את הנורמות המשפטיות הקיימות למתחייב מן המוסר ("הצדק" בלשוננו של ברק), כלומר למתחייב מעקרונות היסוד של הליברליזם.

ברק מכיר בהגבלות המוטלות על השופט מתוקף עקרונות היסוד של שיטת המשטר הדמוקרטית. ההגבלות הללו מתבטאות באפיון בית המשפט על ידי ברק כשותף "וטרר" במפעל החקיקה (או במפעל כינון החוקה), בעוד הרשות המחוקקת (או המכוננת) היא שותף "בכיר": סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט מוגבלת מכוח לשון החוקה וסמכות החקיקה שלו מוגבלת מכוח לשון החוק, ולפיכך בית המשפט רשאי לחוקק רק אם הנורמות שהוא קובע הן לפחות בבחינת מובן אפשרי של לשון החוקה או החוק, לפי העניין. סמכות החקיקה של בית המשפט כפופה לכוחה של הרשות המחוקקת (או הרשות המכוננת), אם מדובר בביקורת שיפוטית על חוק) להגיב על הכרעתו של בית המשפט ולשנותה באמצעות חקיקת חוק (או באמצעות תיקון החוקה, לפי העניין).

60. עניין התנועה לאיכות השלטון בישראל (לעיל, הערה 31) סעיף 73 לפסק הדין של הנשיא ברק.

בורק ופונגר מתעלמים מן הסייגים הללו שמציב ברק לתפקידו של השופט, ושוללים באופן גורף את הלגיטימיות של חקיקה שיפוטית, שכן לטענתם, היא אינה עולה בקנה אחד עם מהותה של שיטת המשטר הדמוקרטית. בנוגע לביקורת שיפוטית טוען בורק כך:<sup>61</sup>

וסו שיפוטי על החלטות רוב עשוי להיות מוצדק או בלתי מוצדק על פי הנסיבות, אבל בשום מקרה אין להגדירו כצורה של דמוקרטיה. זהו אחד מן הבלמים של השלטון הדמוקרטי. כאשר ברק מתייחס הן להכרעותיו של העם והן לטיכולן של הכרעות אלו כאל "דמוקרטיה", הוא מאיץ כל הבחנה בין שלטון הנציגים הנבחרים לשלטון השופטים, וכאופן זה מצדיק את התעצמותה של הרשות השיפוטית... ובית המשפט הישראלי, ביומרתו לשלוט הן בהרב הן בארצו, עלול בהחלט להתגלות כרשות המסוכנת ביותר ליבוייתה הפוליטיות של האומה.

בדומה, גם פונגר טוען כי גישתו של ברק היא אנטי-דמוקרטית, בהתבסס על הטענה כי דמוקרטיה אינה אלא שלטון הרוב:<sup>62</sup>

דמוקרטיה פוליטית, במובן המודרני של הביטוי, פירושה מערכת שלטונית שבה מנהיגי הציבור עומים לבחירה כמרווחי זמן קצרים יחסית, ולפיכך הם מחויבים בדיון וחשבון (accountable) לאזרחים. מערכת משפט, הרשאית לבטל את החלטותיהם של נבחרים הציבור, פוגעת בדמוקרטיה. לעומת זאת, לגישתו של ברק, בדמוקרטיה יש מרכיב "מהותי", מערכת של זכויות אדם... הנאכפת על ידי בית המשפט, המקצצת את כנפיהם של נבחרים הציבור. זו אינה הצדקה לרשות שופטת היפר-אקטיבית; זו פשוט הגדרה מחדש שלה.

ביקורת דומה מופנית כלפי עמדתו של ברק, שבית המשפט צריך לתת לחוק מובן המתאים לצורכי החברה והשאיפה לצדק. בורק טוען כי גישה זו אינה מתמודדת עם השאלה, "אם העם טוקיר כל כך את עקרונות היסוד החדשים הללו, מדוע לא עיגן אותם בחוק?".<sup>63</sup> פונגר טוען כי במסווה של "פרשנות" ברק מבקש בעצם להקנות לשופט סמכות חקיקה, בלא שיהיה כפוף להגבלות כלשהן:<sup>64</sup>

61. בורק (לעיל, הערה 11).

62. Posner (לעיל, הערה 12).

63. בורק (לעיל, הערה 11).

64. Posner (לעיל, הערה 12).

כשהוא מצויד במונחים מופשטים כמו "דמוקרטיה", "פרשנות", "הפרדת רשויות", "אובייקטיביות", "סבירות"... וכמוכן "צדק" (ברק טוען: "אני משתדל להיות מונחה על ידי כוכב הצפון שלי שהוא הצדק. אני מנסה להתאים בין החוק ובין הצדק, כך שהשופט יעשה צדק"). השופט נהפך לחוק עצמו.

כעניין מקדמי, אפשר לשוב ולתמוה כאן על ביקורתו של פוזנר, לאור הפילוסופיה השיפוטית שבה הוא עצמו דוגל. פוזנר, כמו ברק, עוסק בצד פעילותו כשופט גם בכתיבה אקדמית. בשורה של ספרים ומאמרים, שהעיקרי שבהם הוא ספרו *Law, Pragmatism, and Democracy*, משנת 2003, טוען פוזנר בשבחה של גישה שהוא מכנה "פרגמטיזם משפטי".<sup>65</sup> לפי גישה זו, על השופט להתעלם ממגבלות דאונטולוגיות, כגון ההכרה בערכים כמו כבוד האדם או סובלנות, באופן העולה לכאורה בקנה אחד עם ביקורתו כלפי גישתו של ברק. אולם פוזנר אינו טוען כי המוסר אינו רלוונטי להכרעה השיפוטית. ההפך הוא הנכון: פוזנר טוען כי ההכרעה השיפוטית אמורה להתבסס, כל כולה, על התפיסה המוסרית שהוא מכנה "פרגמטיזם משפטי". לפי גישה זו, על השופט להכריע אך ורק בהתבסס על שקלול (שטיבו אינו ברור) של כל ההשלכות החברתיות הצפויות עקב ההחלטה של כל אחת מדרכי הפרשנות האפשריות על מקרה נתון. אף בהתעלם מן הקשיים הכרוכים ביישום גישה אקלקטית שכזו, שאינה מספקת כלים להבחין בין תפיסות שונות של תוצאתנות (כגון הגדרת הטוב החברתי), מאפיין מובהק שלה הוא ההסכמה לעמדה שלפיה על השופט להכריע באופן שיבטיח התאמה רבה ככל האפשר בין המשפט לבין (הגדרה מסוימת של) הטוב החברתי. העובדה שפוזנר סבור שהתפיסה המוסרית הנכונה היא תוצאתנות (ולא דאונטולוגיה) אינה הופכת את גישתו ללגיטימית יותר מהגישה שבה דוגל ברק, ומכאן התמיהה על הביקורת הבוטה שלו כלפי גישתו של ברק.

אך הסוגיה החשובה היא תקפותם של טיעוני הביקורת של ברק ופוזנר על גישתו של ברק. לכאורה, הוויכוח הוא בשאלה, מה ההגדרה של דמוקרטיה – פרוצדורה לקבלת החלטות לפי הכרעת הרוב (בלשונו של פוזנר, "Political democracy in the modern sense means a system of government in which the key officials stand for election at relatively short intervals and thus are accountable to the citizenry")<sup>66</sup> ("דמוקרטיה פורמלית")? או הגבלת תוקפה של הכרעת הרוב, מכוח עקרונות יסוד מסוימים ("דמוקרטיה מהותית"). אך בהיעדר הסכמה על אמות המידה שלפיהן יש לקבוע את ההגדרה הנכונה, מובן שהוא ויכוח עקר. אפשרות אחת היא לבסס את ההגדרה על המציאות החברתית הנתונה – בחינת שיטת המשטר המקובלת במדינות אשר מקובל לאפיין אותן כדמוקרטיות. לפי אמת מידה זו, אין ספק כי ההגדרה הנכונה של דמוקרטיה היא זו המהותית, שהרי התפיסה המקובלת בכל המשטרים הדמוקרטיים בעולם מכירה בתוקפן של הגבלות על כוח ההכרעה של הרוב, אשר

<sup>65</sup> Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy* (2003). ראו גם, למשל:

Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990).

<sup>66</sup> Posner (לעיל, הערה 12).

נאכפות בדרך של ביקורת שיפוטית (כך במרבית המקרים) או מכות מוסכמות חוקתיות נוהגות.

אפשרות שנייה (ועדיפה) להכריע במחלוקת, מהי דמוקרטיה, היא להעריך את שיטת המשטר הרצויה, בהינתן הנחות יסוד מסוימות באשר לתכליתה של המדינה ולתנאים הלגיטימיות של קיומה ולפיכך לקיומה של חובה לציית לחוקיה. הדיון בספרות בסוגיות אלה הוא כמובן רחב מאוד, ואין בכונתי (או בכוחי) למצותו או אף לתרום לו תרומה משמעותית. הדיון המובא להלן נועד רק להציע ראשית טיעון לשם הפרכת טיעוני הביקורת של בורק ושל פוזנר על גישתו של ברק.

העמדה שביסוד הגישה המעדיפה דמוקרטיה פורמלית היא זו: מצד אחד, היוקקות לשיקולי מוסר בהכרעה השיפוטית היא בלתי נמנעת; אך מצד אחר, קיימים חילוקי הדעות באשר להכרעה המוסרית הנכונה (וזאת אף אם במישור המטא-אתי מקבלים את עמדת הריאליזם המוסרי, לפיו יש תשובה אחת נכונה).<sup>67</sup> לכן, כך הטענה, מוטב להותיר מרחב פעולה ניכר לרשויות הפוליטיות, ולהימנע במידה רבה מהכרזה על בטלות חוקים או החלטות שלטוניות אחרות ומפרשנות מרחיבה של תקיקה. עמדה זו עשויה להתבסס על טיעונים רבים, אך כאן אסתפק בשלושת הטיעונים הנראים בעיני החוקים ביותר, ואנסה להראות כי הם אינם מספיקים להצדיק את הדחייה של הדמוקרטיה המהותית.

טיעון אחד, שדובר מובהק שלו הוא ג'רמי וולדרון (Jeremy Waldron), הוא כי יש למסור את ההכרעה לציבור (או לנציגיו) מכות ההכרה בוכות היסוד של כל אדם להשתתף בהליך קבלת ההחלטות.<sup>68</sup> לפי גישה זו, היתרון של דרך ההכרעה המבוססת על עמדת הרוב (או נציגיו) הוא דווקא בכך שאין בה יומרה להשיג הכרעות "נכונות" לפי שיקולים המכוונים לתוכנה של ההכרעה עצמה (שיקולים מסדר ראשון). ככל שמדובר בשיקולים מסוג זה, עמדת הרוב, שאינה טעונה הנמקה, אינה מתיימרת להיות עדיפה מעמדת המיעוט, והמיעוט אינו נדרש לוותר על אמונתו בצדקת עמדתו. היתרון של דרך הכרעה זו הוא בכיבוד תוכות של כל אדם להיות שותף שווה להכרעות החברתיות (the right to equal participation).<sup>69</sup> טיעון שני מבוסס על ההנחה שראוי (מטעמים שונים) כי ההכרעות החברתיות יבטאו את העדפות הציבור. לפיכך הטענה היא, כי ההכרעה של הגופים הפוליטיים, העומדים לבחירה, צפויה לשקף בצורה טובה יותר את העדפות הציבור לעומת

67. לדיון בקשר שבין עמדות בתחום המטא-אתיקה לבין הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית ראו, למשל: Jeremy Waldron, "Moral Truth and Judicial Review", 43 *Am. J. Juris.* (1998) 75.

68. Waldron (לעיל, הערה 8) בעמ' 254: "the theory... that right-bearers have the right to resolve disagreements about what rights they have among themselves and on roughly equal terms, is the only plausible rights-based theory of authority".

69. לדיון בגישתו של Waldron ראו, למשל, הסיפוזיון שהתפרסם בחוברת 3 של כרך 39 של ה"Israel Law Review. לדיון של Posner בגישתו של Waldron ראו: Richard A. Posner, "Book Review: Review of Jeremy Waldron, Law and Disagreement", 100 *Colum. L. Rev.* (2000) 582.

הכרעתם של בתי המשפט. לבסוף, טיעון שלישי מבוסס על הנחה חלופית, ולפיה תפיסת הצדק הראויה אינה זהה בהכרח להעדפות הציבור, הטענה היא כי הדמוקרטיה הפורמלית היא עדיפה משום שנבחרה הציבור עומדים לבחירה מחדש (הם "accountable") ולפיכך הם צפויים לפעול לקידום מה שנתפס בעיניהם כ"טוב" החברתי, ואילו השופטים, כמי שאינם עומדים לבחירה מחדש, מהווים בלשוננו של בורק את "הרשות המסוכנת ביותר".

בכל אחד משלושת הטיעונים האלה יש מידה רבה של אמת. אכן איש, וברק בכלל זה, אינו מתיימר לשלול את מעמדה של הכרעת הרוב, כאמצעות נציגיו הנבחרים, כדרך המלך להכרעות חברתיות. השאלה היא, עם זה, אם יש בטיעונים אלה כדי לשלול את הלגיטימיות שבביקורת שיפוטית ובהכרה בתפקידו של השופט בחברה דמוקרטית אליבא דגישתו של ברק. רבים, ואני בתוכם, משיבים על שאלה זו בשלילה. אנסה לבסס זאת, כראשי פרקים בלבד, בהתייחס לכל אחד משלושת הטיעונים שהוצגו לעיל.

הטיעון הראשון, שלפיו הכרעת הרוב היא צודקת משום שהיא מבטיחה את זכות ההשתתפות השווה, אינו מספיק לשם שלילת הלגיטימיות מהחלטת ביקורת שיפוטית, וזאת משלושה טעמים עיקריים. ראשית, טעם זה עצמו מצדיק את הגבלת כוחו של הרוב לשם ההגנה על הזכות להשתתפות שווה. כך, למשל, מוצדקת ביקורת שיפוטית על החלטת הרוב להגביל את זכותה של מפלגה להשתתף בבחירות; כמו גם על החלטת הרוב להגביל את כוחו של רוב עתידי לשנות החלטות מסוימות. למעשה, אם אמנם קיימת הסכמה באשר לזכות ההשתתפות השווה, נשמט בסיס ההתנגדות להחלטת ביקורת שיפוטית לשם אכיפתה של זכות זו ולשם הבטחת ההגנה עליה.<sup>70</sup> יתר על כן, הגשמת זכות ההשתתפות השווה היא אפשרית רק אם נלווים לה תנאים המאפשרים השתתפות בעלת משמעות. פונד נכון להכיר בהקשר זה בחשיבות ההגנה השיפוטית על חופש הביטוי ועל זכויות פוליטיות אחרות, המכוננות על ידיו "זכויות התומכות בדמוקרטיה"; אך לא ברור מה הבסיס לשלילת ההכרה באינטרסים אחרים כזכויות "התומכות בדמוקרטיה", כגון היגיון, בריאות, תנאי קיום נאותים והיבטים נוספים של קיום בכבוד.<sup>71</sup>

שנית, הטיעון האמור אינו מתמודד עם מציאות שבה אי ההסכמה משקף בדרך כלל התפלגות של רוב ומיעוט מובנים, היינו רוב שיטתי, המעוגן באינטרס קבוצתי, לעומת "מיעוט כרוני" (כגון הציבור הערבי בישראל). במקרים אלה, הכרעת רוב מקנה שלטון מוחלט לקבוצה אחת, רק מחמת היותה הקבוצה הגדולה בחברה, ושוללת למעשה מקבוצת המיעוט את הזכות להשתתפות שווה בקבלת החלטות.<sup>72</sup> ההתבססות על זכות ההשתתפות

70. לטיעון ברוח דומה, ראו: David Enoch, "Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement", 39 *Isr. L. Rev.* (2006) 22.

71. בנוסף, יש הסבורים כי הגשמת זכות ההשתתפות השווה מחייבת מתן הורמנות לפרט העלול להיפגע במישורין מהכרעת הרוב לטעון טענותיו בעיין, ולפיכך זכות זו דווקא מספקת הצדקה להחלטת ביקורת שיפוטית ולא לשלילתה. ראו: Yuval Eylon and Alon Harel, "The Right to Judicial Review", 92 *Va. L. Rev.* (2006) 991.

72. ראו: דוד הד, "על-פי רוב?", סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית (רפאל כהן-אלמגור – עורך, תשנ"ט) 77, בעמ' 89.



השווה אינה שוללת אפוא אקטיביזם שיפוטי, לפחות לשם הגנה על מיעוטים.<sup>73</sup> הרברים תקפים עוד יותר במצבים שבהם החלטת הרוב מכוונת כלפי מי שאינם רשאים כלל להשתתף בהחלטה, כגון תושבי שטח כבוש. משום כך, הביקורת של פונור על תמיכתו של ברק בהחלטה להתערב בהחלטת המדינה, בתקופת מלחמת המפרץ ב-1991, שלא לחלק ערכות מגן לתושבי השטחים, אינה יכולה להתבסס על הטיעון בדבר זכות ההשתתפות השווה, שהרי לתושבי השטחים לא מוקנית זכות להשתתפות כלשהי בקבלת ההחלטות הנגזרות לגורלם.

שלישית, טיעון זכות ההשתתפות השווה עשוי אמנם לספק טעם סביר לתמיכה במדיניות של ריסון שיפוטי, אך לא נובעת ממנו הצדקה לשלילת תקפותם של טיעונים אחרים, תוצאתיים במהותם, לתמיכה באקטיביזם שיפוטי.<sup>74</sup> הסתמכות מוחלטת על הכרעת הרוב היא מסוכנת, ועלולה להביא לידי הגבלה ניכרת של תירויות היסוד של האדם ולידי החלת משטר בלתי מוסרי. איראן, שבה מוחלת דמוקרטיה פורמלית, היא דוגמה מובהקת לכך. יתרונה של הדמוקרטיה המהותית הוא בכך שתנאי הלגיטימיות לקיומה של המדינה הם חלק אינהרנטי ממשפטה.<sup>75</sup>

הטיעון השני מבוסס, כזכור, על ההנחה שתפיסת הצדק הראויה פירושה שההכרעות החברתיות יבטאו את העדפות הציבור, ושההכרעה של הגופים הפוליטיים, העומדים לבחירה מפעם לפעם, צפויה לשקף בצורה הטובה ביותר את העדפות הציבור. אולם הממצאים של המחקר התאורטי והאמפירי הענף בתחום "תורת הבחירה החברתית" (public choice theory) מערערים טיעון זה מן היסוד. במקרים רבים נבחרו הציבור מתחשבים לא רק בהעדפותיהם בדבר העדפות הציבור, אלא גם (ולעתים בעיקר) בהעדפות של קבוצות אינטרסים מאורגנות, המצליחות להפעיל לחץ פוליטי משמעותי על נבחרו הציבור.<sup>76</sup> מכאן לא נובעת מאליה הצדקה להעביר את סמכות ההכרעה לבית המשפט, שאינו נבחר ואינו חשוף להשפעתן של קבוצות אינטרסים, משום שהשפעתן של קבוצות האינטרסים על ההכרעה הפוליטית היא לא בהכרח שלילית (למשל, אם מכירים בכך

73. ביטוי ידוע לשיקול זה ניתן בפסיקת בית המשפט העליון בארצות-הברית בקביעה, כי יש להחיל ביקורת שיפוטית קפדנית על מקרים שבהם מדיניות שלטונית מכוונת כלפי קבוצות מיעוט, שכן, "prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities... [and] correspondingly more searching judicial inquiry": *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 154 (1938) ראו ברוח זו: John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980). ראו גם: איל בנבנשתי, "ההגנה על קהילות מיעוטים בתי המשפט", *עלי משפט ג* (תשס"ד) 463.

74. ראו ברוח זו: Alon Harel, "Notes on Waldron's Law and Disagreement: Defending Judicial", *39 Isr. L. Rev.* (2006) 13 (לעיל, הערה 70).

75. ראו, למשל: Joseph Raz, "Disagreement in Politics", *43 Am. J. Juris.* (1998) 25.

76. הספרות בנושא זה היא כמובן רבה מאוד. לסקירה ראו, למשל: Jenny L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law* (1997).

שההכרעה החברתית אמורה לשקף גם את עוצמת ההעדפות של הציבור, ואם מניחים כי קיים מתאם משמעותי בין יכולת ההתארגנות של קבוצות לבין עוצמת ההעדפות שלהן,<sup>77</sup> ומשום שבמקרים מסוימים השפעתן של קבוצות אינטרסים על ההכרעות בהליך הפוליטי היא זניחה. מתחייב מכאן הצורך להתאים את היקף האקטיביזם השיפוטי להערכת עוצמת ההשפעה של קבוצות אינטרסים על תוצאות ההליך הפוליטי, באופן כללי או במקרה הספציפי, ולעמדה באשר לגיטימיות השפעה זו.<sup>78</sup> אך לא נובעת מכאן הצדקה לשלילה גורפת של עמדה מסוג עמדתו של ברק באשר לתפקיד הראוי של שופט בחברה דמוקרטית.

הסיעון השלישי לשלילת הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית מתבסס על ההערכה כי מתוקף העובדה שנבחרו הציבור עומדים מופעם לפעם לבחירה מחדש, הם צפויים לפעול לקידום מה שנתפס בעיניהם כ"טוב" החברתי במידה רבה יותר משופטים, אשר משום שאינם עומדים לבחירה, אינם accountable במובן הפוליטי המקובל. בדומה לאמור לעיל, גם סיעון זה אינו מובן מאליו. הכפיפות של חברי בית המחוקקים לבחירה מחדש אמנם יוצרת מזגזגות הגורם להם, במקרים רבים, להכריע בנתחשב לא רק בטובתם האישית אלא גם באינטרסים אחרים, אולם כאמור, התאוריה והמחקרים האמפיריים גם יחד לא בהכרח מאששים את הסברה כי האינטרסים האחרים שבהם מתחשבים הגורמים הפוליטיים הם מכלול האינטרסים הציבוריים הרלוונטיים. בדומה, העובדה ששופטים אינם עומדים לבחירה אינה מביאה בהכרח לידי התעלמות של השופטים מקידום מה שנתפס בעיניהם כאינטרס הציבורי.<sup>79</sup> מגבלות מוסדיות שבמסגרתן פועלים השופטים, הובת ההגמקה, החינוך שלהם ועוד, גורמים לריסון ניכר בפעולתם. בסופו של דבר, ההשוואה בהקשר זה בין נושאי משרה פוליטית לבין שופטים היא תלויה נסיבות, ובוודאי אין בסיס לסברה כי נקודת האיזון הראויה היא זו המקנה את מלוא הכוח לראשונים ושוללת אותו מן האחרונים.

#### ה. הערות סיכום

רשימה קצרה זו אינה עוסקת בהערכת מכלול ההיבטים של גישתו התאורטית של ברק באשר לתפקידו של שופט בחברה דמוקרטית, ובוודאי לא בהערכת מכלול פועלו כשופט בית המשפט העליון. מטרת הדברים הייתה להצביע על מה שנראה בעיניי כחולשות יסודיות בטיעוני הביקורת שהעלו ברק ופוזנר נגד גישתו של ברק.

77. למשל: Einer R. Elhauge, "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?", 101 *Yale L.J.* (1991) 31.

78. לעמדה מסוג זה ראו: William N. Eskridge Jr., "Politics without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation", 74 *Va. L. Rev.* (1988) 275.

79. Richard Posner עצמו עמד על כך, במאמר שבו בתן את האינטרסים של שופטים. ראו: A. Posner, "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", 3 *Supreme Court Econ. Rev.* (1993) 1.

אני מסכים לטענה כי גישתו התאורטית של ברק אינה מבטאת רגישות מספקת להכרח להתאים את תפקידו של השופט לנסיבות הפוליטיות וההברתיות הנוגעות.<sup>80</sup> אין דין תפקידו של שופט בחברה כמו זו הישראלית - חברה מרובת שסעים, ובכלל זה מחלוקות בנושאים קיומיים, שסמכויות השלטון שבה אינן מבוזרות במידה מספקת בין גורמים שונים, שהתרבות הפוליטית שלה אינה מפותחת מספיק ואשר אין לה חוקה נוקשה - כדין תפקידו של שופט בחברות אחרות. אך ביקורת זו תקפה גם בנוגע לביקורתם של בורק ושל פוזנר על הכרעותיו של ברק כשופט, ביקורת אשר מלבד אי הריוקים העובדתיים שבה, אינה מבטאת התחשבות מספקת בנסיבות הרלוונטיות במדינת ישראל. מקובל לחשוב כי "אורת לדגז" לא רק מצליח "לראות כל פגע" אלא אף עושה זאת טוב יותר מיושבי הבית, אשר מכוח ההרגל אינם מבהיגים עוד בפגמים (ואולי אפילו חוששים להצביע על הפגמים שהם מצליחים לזהות).<sup>81</sup> כאמור, אני סבור שקלישאה זו אינה מתאימה לאפיון ביקורתם של בורק ופוזנר.

בה בעת, הצורך להתאים את תפקידו של השופט בחברה דמוקרטית ל"תנאי הארץ ותושביה" אינו שולל את היסוד הכללי שבגישתו של ברק. הטענה היסודית בדבר קיומו הבלתי נמנע של שיקול דעת שיפוטי ותהליך הרצויה להפעלתו, כמו גם הטענה ששיטת המשטר הדמוקרטית אינה מתמצה בעקרון הכרעת הרוב אלא כוללת גם הגבלות כוחו של הרוב ושל נציגיו, הן טענות כלליות שתוקפן אינו מותנה בנסיבות משתנות של זמן ומקום. ברוב אחד, אפשר לבקר את גישתו של פוזנר כגישה מתנשאת. פוזנר מסתפק בקביעה כי עמדתו של ברק היא "מוזרה" ושונה באופן יסודי מן המקובל בארצות הברית, ואף אם היא עשויה להיות מתאימה לתנאים המיוחדים של מדינת ישראל, אין לה מקום כלל בארצות הברית; וזאת במקום להתמודד באופן יסודי עם עמדתו של ברק. למעשה, גישתו של ברק - ולא זו של פוזנר - היא שמבטאת את הזרם הדומיננטי בפסיקה ובספרות האמריקנית. הביקורת של פוזנר כלפי ברק היא אפוא, במידה רבה, ביקורת כלפי הזרם המרכזי בפסיקה בית המשפט העליון האמריקני ובמחקר האקדמי המשפטי והפילוסופי, שם זוכה גישתו של ברק למעמד מרכזי וחשוב.

ברובו שני, ביקורתו של פוזנר נובעת כנראה מן ההתנגדות העקרונית שלו להזיקקות למשפט ההשוואתי כמקור משפטי. כאמור, פוזנר מתאר בעצם קריקטורה של גישת ברק, בניסיון לתקוף את חסידיה של העמדה הרואה בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי מקור משפטי רלוונטי להכרעות שיפוטיות. עמדה זו מצאה באחרונה ביטוי בפסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת *Roper v. Simmons*, שם נקבע, בדעת רוב, כי יש לפרש את התיקון השמיני לחוקה כאוסר הטלת עונש מוות על קטינים, וזאת בין היתר בהסתמך על הקונצנווס בעניין בעולם הדמוקרטי.<sup>82</sup> פוזנר (בעקבות השופט Scalia) הוא

80. ברק דן בסוגיה זו בכמה מאמרים. ראו, למשל: אהרן ברק, "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי", זמנים 26 (תשמ"ז) 14.

81. ראו בהקשר זה: סומר (לעיל, הערה 19).

82. *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 578 (2005). השופט Kennedy, בשם דעת הרוב, קבע שם כך: "It is proper that we acknowledge the overwhelming weight of international

מבקר תקיף של גישה זו.<sup>83</sup> ההתנגדות הנחרצת להתחשבות בעמדות הזכות לקונצנזוס בעולם הדמוקרטי, כגון בתחומים כעונש מוות או השללת איסור פלילי לקיים יחסים הומוסקסואליים, מעידה כי הגישה ה"מוזרה" (לפחות לעומת המקובל בעולם) היא דווקא גישתם של אותם שופטים וחוקרים אמריקנים הדוגלים בשימור עמדות יוצאות דופן, בסופו של דבר, המאבק של פוזנר בברק אינו אלא מאבק בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי כולו, וכן, כפי שניתן ללמוד מן התמיכה הציבורית הרתבה בבית המשפט העליון, גם בישראל.

opinion against the juvenile death penalty... The opinion of the world community, while not controlling our outcome, does provide respected and significant confirmation for our own conclusions. Over time, from one generation to the next, the Constitution has come to earn the high respect and even, as Madison dared to hope, the veneration of the American people. The document sets forth, and rests upon, innovative principles original to the American experience, such as federalism; a proven balance in political mechanisms through separation of powers; specific guarantees for the accused in criminal cases; and broad provisions to secure individual freedom and preserve human dignity... Not the least of the reasons we honor the Constitution, then, is because we know it to be our own. It does not lessen our fidelity to the Constitution or our pride in its origins to acknowledge that the express affirmation of certain fundamental rights by other nations and peoples simply underscores the centrality of those same rights within our own heritage of freedom"

83. למשל: Posner (לעיל, הערה 55) בעמ' 84-90.