

"מי שנושא על כתפיו את גלימת השופט צריך להסתגל לרעיון כי הוא יתפקד באווירה של ביקורת – ראויה ובלתי ראויה".¹

"דברים שרואים משם – לא רואים מכאן"?

הלל סומר*

- א. מבוא
- ב. ביקורתו של פוזנר
 1. על המבקר: ריצ'רד פוזנר
 2. הביקורת
- ג. המהפכה המשפטית השקטה של בית המשפט העליון
- ד. הדו־לגיטימציה של הביקורת המוסדית על בית המשפט העליון
- ה. תרומתו (הפוטנציאלית) של ריצ'רד פוזנר ללגיטימציה של הביקורת
 1. דברים שרואים משם?
 2. פוזנר גם תומך בברק: הצפת הטיעון שלא הושמע בגלוי
 3. גם לפוזנר יש אג'נדה
 4. גם פוזנר טועה
- ו. סיכום

א. מבוא

בספטמבר 2006 פרש אהרן ברק מבית המשפט העליון בתום 28 שנות כהונה, שמתוכן שימש 11 שנים כנשיאו. פרישתו של ברק לא נותרה עניין ישראלי בלבד. במשך שנות כהונתו הוא זכה ליוקרה אקדמית בינלאומית רבה, ועם פרישתו זכה בתוארי כבוד נוספים ובפרסים.² אחדים מהספרים שבהם פורש ברק את תורתו

* מרצה בכיר, בית הספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. תודתי ליורם שחר, למשה ברניב, לסוזי נבות, לברק מדינה ולגיא זיידמן על הערותיהם לטיוטה קודמת של המאמר. הסכמתם של חבריי להעיר על הטיוטה אינה מהווה הסכמה לדעות המובעות במאמר, שהאחריות עליהן הנה שלי בלבד. תודתי גם למערכת "הפרקליט" על הנכונות לקלוט רשימה זו בלוח זמנים קצר ביותר. הביטוי "דברים שרואים משם לא רואים מכאן" שבכותרת המאמר לקוח משירו של יעקב רוטבליט "לקחת את ידי בידך".

1 אהרן ברק שופט בהברה דמוקרטית 46 (2004).

2 במסגרת היוקרה הבינלאומית לברק אפשר לציין, בין היתר, כי הוא שימש כפרופסור אורח על בסיס קבוע בפקולטות למשפטים של אוניברסיטת ייל ושל אוניברסיטת טורונטו; קיבל תוארי דוקטור כבוד מאוניברסיטאות רבות ובהן ייל, מישיגן, קולומביה, טורונטו ואוקספורד; זכה ב"פרס הצדק" (The Justice Prize) מטעם Peter and Patricia Gruber Foundation. על פי אתר האינטרנט של הקרן, הפרס כולל מדליית זהב וסך של

הפרשנית והשיפוטית פורסמו באנגלית, בהוצאות ספרים אוניברסיטאיות יוקרתיות.³ לאלו הצטרפה, בשנה שעברה, מהדורה אמריקנית לספרו האחרון של ברק: "שופט בחברה דמוקרטית" בהוצאת הספרים החשובה של אוניברסיטת פרינסטון.⁴

אלא שעם היוקרה האקדמית והחשיפה המוגברת לארצות-הברית, הופיעה גם ביקורת,⁵ שהגיעה לשיאה במאמרו של המלומד והשופט ריצ'רד פוזנר, שפורסם בכתב העת THE NEW REPUBLIC.⁶ פוזנר, בלא ספק מענקי המשפט האמריקני בני זמננו,⁷ תקף את מורשתו המשפטית של ברק בעצמה ובסגנון שטרם נראו במקומותינו.⁸

השילוב של מעמדו הבכיר של פוזנר והסגנון הבוטה במיוחד של הביקורת, יצרו התקפה, שלא היה אפשר להתעלם ממנה, על משנתו של ברק. המאמר של פוזנר זכה אפוא לחשיפה לא מקובלת בתקשורת הישראלית: הוא תורגם במלואו למוסף הפוליטי השבועי של העיתון "ידיעות אחרונות"⁹ ואף זכה לסיקור משמעותי בעיתונות הישראלית.¹⁰

ברשימה זו אבקש לבחון את תרומתו האפשרית של מאמר הביקורת של השופט פוזנר לשיח המשפטי-ציבורי הישראלי. במאמר תגובה למאמרו של פוזנר, מציין פרופ' ברק מדינה שבמאמרו של פוזנר ישנם לא מעט טעויות ואי-דיוקים בתיאור המשפט הישראלי. מדינה גם מתפלמס עם אחדות מהטענות העקרוניות ביותר במאמרו של פוזנר.¹¹

-
- 350.000\$. ראו: www.petergruberfoundation.org/Site/justice/justice_frameset.htm. בשנת 2002 הוזמן ברק לכתוב את מאמר הפתיחה היוקרתית השנתי של כתב העת המוביל של אוניברסיטת הרווארד: Aharon Barak, *Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, 116 HARV. L. REV. 19 (2002).
- 3 AHARON BARAK, *PURPOSIVE INTERPRETATION IN LAW* (2005); AHARON BARAK, *JUDICIAL DISCRETION* (1989).
- 4 AHARON BARAK, *THE JUDGE IN A DEMOCRACY* (2006).
- 5 לסקירת התייחסויות בפסיקה ובספרות האמריקנית למשנתו של אהרן ברק, ראו ברק מדינה "ארבעה מיתוסים ביחס לביקורת שיפוטית (בתגובה למאמרים של רוברט בורק ושל ריצ'רד פוזנר נגד האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק)" ה"ש 4-10 (צפוי להתפרסם בדין ודברים ג, 11.2007).
- 6 Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, 236(14) THE NEW REPUBLIC, 53 (2007). המאמר הועתק במלואו בבלוג זה: <http://myrightword.blogspot.com/2007/04/anti-aaron-barak-piece.html>. תרגום של המאמר לעברית פורסם באתר אומדיה: www.amedia.co.il/Show_Article.asp?DynamicContentID=3082&MenuID=735.
- 7 ראו להלן פרק ב.1. למאמר.
- 8 ראו להלן פרק ב.2. למאמר.
- 9 ריצ'רד א' פוזנר "ורדן נאור" ידיעות אחרונות - המוסף לשבת 27.4.2007, 10 (כל התרגומים המצוטטים במאמר לקוחים מכתבה זו).
- 10 ראו למשל יובל יועז "שופט אמריקאי בכיר: אהרן ברק - מעין שורדיים משפטי" הארץ 29.4.2007, 6; המאמר זכה גם לציטוטים נלהבים באמצעי התקשורת הימניים. ראו למשל חגי סגל "בגלל ההתכנסות" מקור ראשון 4.5.2007 www.kipa.co.il/makorrishon/; י. אבישר "אהרן ברק - שורד ים" www.shofar.net/site/show.asp?id=20129; אתר אומדיה, לעיל ה"ש 6. [PrintARVersion.asp?id=9415](http://www.shofar.net/site/PrintARVersion.asp?id=9415).
- 11 מדינה, לעיל ה"ש 5.

אני מבקש להתייחס למאמרו של פוזנר מזווית אחרת, ולטעון כי ברשימת הביקורת שלו יש תרומה משמעותית לשיח המשפטי-ציבורי הישראלי. אני סבור כי חולשתה המרכזית של מורשתו של אהרן ברק היא שלא עמדה לביקורת ולדיון ציבוריים אמיתיים, בין היתר בשל דה־לגיטימציה תקשורתית, ציבורית ובמידה מסוימת גם אקדמית, של הבודדים המעזים לבקר את התורה הזו בכללותה, או המציעים להצר משמעותית את ההרחבות שיצר לעצמו בית המשפט העליון מעבר לביקורת אקדמית נקודתית. ויודגש, אינני טוען כי תוצאת דיון כזה, לו נערך, הייתה פסילתם מניה וביה של ההרחבות הרבות של מעמדו של בית המשפט העליון בתקופת נשיאותו של ברק. אני סבור שהתוצאה הייתה כנראה הפוכה, ושחלקים ניכרים מן ההרחבה לא היו משתנים בעקבות הדיון הציבורי ואף היו יוצאים ממנו מחוזקים בשל אישורם בשיח הפוליטי והציבורי. טענתי מתמקדת בכך ששינויים כה ניכרים (בוודאי בהצטברותם) שרובם הנם פרי החלטות של בית המשפט עצמו, ראויים לדיון ציבורי מלא ומודע, שלטעמי טרם התרחש ואשר ייתכן שמאמרו של פוזנר יתרום לקיומו, גם אם באיחור. בהקשר זה, עיתויו של פרסום המאמר, שפורסם במקביל להחרפת הוויכוח בין נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש לבין שר המשפטים דניאל פרידמן, השפיע אף הוא על חשיבותו.

חלק ב' של המאמר מציג את ביקורתו של פוזנר על ספרו של ברק. בחלק זה יוצג גם מעמדו הבכיר של פוזנר במשפט האמריקני, שהנו רלוונטי לצורך הטיעון. בחלק ג' של המאמר אציג בקצרה את המהפכה המשפטית של בית המשפט העליון בתחום המשפט הציבורי, החורגת בהרבה מ"מהפכה החוקתית" שבה דובר לא מעט, ואציג את הטיעון שרובה המכריע של המהפכה, חולל בידי בית המשפט העליון עצמו, באמצעות הלכות שיפוטיות.

בחלק ד' של המאמר אציג את טענתי שלפיה יש דה־לגיטימציה של הביקורת המוסדית על בית המשפט העליון.

בחלק ה' של המאמר אציג את תרומתו (הפוטנציאלית) של ריצ'רד פוזנר ללגיטימציה של הביקורת ולשיח הנעדר בדבר הרחבת סמכויותיו של בית המשפט העליון. בחלק זה גם תוצג ההגנה שפוזנר מעניק לברק – שלפיה פעולתו של ברק, שפוזנר מדמה ל"תפיסת שלטון בכוח", הייתה מה שישראל המושחתת הייתה זקוקה לו. בחלק זה גם אציג את האג'נדה הפנים־אמריקנית של פוזנר ואחדות מטעויותיו העובדתיות, ואת השאלה הנלווית אם יש באלו כדי לפגום בתרומת מאמרו של פוזנר לשיח הישראלי.

ב. ביקורתו של פוזנר

1. על המבקר: ריצ'רד פוזנר

הטיעון במאמר זה נסמך, בין היתר, על מעמדו הבכיר של פוזנר. הגם שבקרב אנשי אקדמיה מעמדו של פוזנר הוא "מן המפורסמות שאינן צריכות ראיה", הרי לטובת הקוראים שאינם מכירים את עבודתו ומעמדו, אסקור אותם בקצרה להלן.¹² ויודגש כבר כאן – הטיעון בנוגע למעמדו הבכיר של פוזנר, אין מטרתו

12 תודתי לעמיתי גיא זיידמן שסייע בידי רבות בתיאור מעמדו של פוזנר.

לקבוע כי פוזנר צודק בהכרח, אלא כי דבריו ראויים להיות חלק מן השיח הציבורי שאיננו.

ריצ'רד פוזנר הוא אחד המשפטנים החשובים של סוף המאה ה-20 ותחילת המאה הנוכחית, בייחוד בשל תרומתו לייסוד זרם הניתוח הכלכלי של המשפט. לאחרונה הקדיש כתב העת המשפטי של אוניברסיטת הרווארד כנס, ובעקבותיו כרך שלם של כתב העת, לפועלו של פוזנר, ודיקאנית הפקולטה למשפטים של הרווארד פתחה את הכנס בהגדרה את פוזנר כ"גדול הוגי הדעות המשפטיים בני זמננו".¹³ כאקדמאי מקורי ובכיר בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת שיקאגו, וכשופט בית המשפט הפדרלי לערעורים זה 25 שנה, פוזנר הוא ללא ספק מהוגי הדעות המובילים של עולם המשפט האמריקני ושל התאוריה המשפטית.¹⁴ רשימת הפרסומים שלו, הכוללת בעיקר ספרים, מרשימה ביותר.¹⁵ פוזנר דורג בשנת 2000 כחוקר המשפטי המצוטט ביותר בכתבי העת המשפטיים, תוך שהוא חולף בדירוג גם על ענקים משפטיים כמו אוליבר וגדל הולמס ורוסקו פאונד.¹⁶ עם זאת, ראוי לציין כי פוזנר מזוהה מבחינה פוליטית כשופט שמרני, וחלק מעמדותיו בתחומי משפט שונים נחשבות לקיצוניות, וייתכן שאף מנעו את קידומו לבית המשפט העליון הפדרלי.

השפעתו של פוזנר ניכרת גם בישראל, שבה זכה זרם הניתוח הכלכלי של המשפט לפריחה אקדמית עצומה. פוזנר אינו מומחה למשפט חוקתי דווקא, אולם כתיבתו משתרעת על כל תחומי המשפט, וחלקה חופף את נושאי כתיבתו של ברק. אפשר להיווכח ברלוונטיות של פוזנר לתחומי המחקר של ברק על ידי עיון באינדקס השמות בספרו של ברק שופט בחברה דמוקרטית, המלמד כי רק מלומד לא ישראלי אחד אוזכר על ידי ברק יותר פעמים מפוזנר.¹⁷

2. הביקורת

ביקורתו של פוזנר היא במסגרת פורמלית של "ביקורת ספרים", ונקודת ההתייחסות שלה היא התרגום לאנגלית של הספר שופט בחברה דמוקרטית.¹⁸

-
- Elena Kagan, *Commentaries: Richard Posner, The Judge*, 120 HARV. L. 13
REV. 1121 (2007).
- Stephen J. Choi & G. Mitu Gulati, *Mr. Justice Posner? Unpacking The* 14
Statistics, 61 N.Y.U. ANN. SURV. AM. L. 19 (2005–2006).
- לרשימת הפרסומים של פוזנר ראו: www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r/ppw.html 15
"Richard Posner is the wonder of the: כתב על פוזנר: כתב על פוזנר: "Richard Posner is the wonder of the legal world. [...] He has produced books on a variety of legal subjects in numbers that would be amazing even if he had no other responsibilities". Ronald Dworkin, *Philosophy & Monica Lewinsky*, 47(4) N.Y. REV. OF BOOKS 48, 48 (2000).
- Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Legal Scholars*, 29 J. LEGAL STUD. 409 16
(2000).
- ברק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 549–551. המלומד הלא-ישראלי היחיד שאוזכר יותר מפוזנר הוא 17
רונלד דבורקין.
- BARAK, לעיל ה"ש 4. 18

ואולם תחת הכותרת "רודן נאור" פוזנר אינו מסתפק בביקורת על הספר בלבד, אלא הוא משתמש ב"ידיעה שיפוטית" (או מה שנראה בעיניו כ"ידיעה שיפוטית") על המשפט הישראלי בכלל, ועל שנותיו של אהרן ברק בראש המערכת המשפטית הישראלית, בפרט.

פוזנר מציין כי הגם שברק רואה התאמה בינו עצמו לבין השופטים הליברליים בארצות-הברית, "הוא מהווה, בעצם, חלק מעולם משפט שונה לחלוטין – שיכול להיראות לאמריקאים אפילו מוזר". פוזנר מציין כי ברק "יצר עוצמה משפטית שגם השופטים האגרסיביים ביותר בבית המשפט העליון שלנו (האמריקני) לא חלמו עליה".¹⁹

פוזנר סוקר רשימה ארוכה של כללים שנוצרו "בהשראת דעותיו המשפטיות של ברק ושאינן להן אחריות בחוק האמריקאי". הוא קובע כי אלה סמכויות שמדינה יכולה להעניק לשופטה, אולם, לדבריו, "רק בישראל (למיטב ידיעתי), מעניקים השופטים את הסמכות הזו לעצמם, בלי להזדקק לאישורה של חוקה או רשות מחוקקת. זה מזכיר את נפוליאון שלקח את הכתר מידיו של האפיפיור והניח אותו על ראשו ושל עצמו". פוזנר קובע כי גישה כזו "ניתן בקלות להגדיר כתפיסת שלטון ככוח".²⁰

פוזנר תוקף את הגישה הפרשנית של ברק, וקובע כי ברק עושה "שימוש לרעה" במונח "פרשנות", וכי תוצאת תורתו היא כי "השופט הופך להיות החוק עצמו". הוא גם כותב כי בקביעתו של המלומד השמרני רוברט בורק כי ברק "מחזיק בשיא העולם ביוהרה משפטית – הוא 'התקרב מאד לאמת'".²¹

אולם פוזנר, השולל לחלוטין את דרכו של ברק כראויה לאימוץ כלשהו בארצות-הברית, אינו בטוח כי בנסיבות של ישראל הדרך הזו הייתה שגויה. פוזנר מתאר את ישראל כ"דמוקרטיה צעירה ולא בשלה, בעלת שלטון רעוע של פוליטיקאים בינוניים ומושחתים. היא צפה בחוסר יציבות בים מוסלמי עויין תוך סכנת חיים [לקיומה]". בנסיבות אלו הוא קובע כי ברק "נכנס לתוך ואקום פוליטי ומשפטי, ובעזרת תחכום, שנינות וכושר המצאה הצליח 'להביא לתוצאות מפתיעות בחיוביותן'".²² פוזנר קובע כי ברק היה מעין "שודר ים משפטי"²³ אולם באותו משפט הוא מעיר כי "אולי זה מה שישראל הייתה זקוקה לו".

פוזנר גם מחמיא לברק אישית. הוא מכנה אותו "קאטו של ישראל".²⁴ קובע כי הוא אדם מבריק, צנוע, קפדן ואציל נפש, וכי לו הוענק פרס נובל למשפט – סביר להניח שברק היה בין הראשונים לזכות בו.

19 פוזנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 10.

20 שם.

21 שם. לא ברור מה מנסה פוזנר להשיג באמצעות השפה החריפה כל כך, מעבר לתשומת הלב של קוראי המאמר. קשה להתעלם מהעובדה שפוזנר (שכמתואר להלן טעה לא פעם בעובדות במהלך המאמר) טורח לציין כי ברק טעה באזכור שמו הפרטי (של פוזנר). יש לקוות שלא הייתה זו טעות זו שהעלתה את חמתו של פוזנר.

22 שם, בעמ' 11.

23 שם. במקור הביטוי הנו "legal buccaneer".

24 שם. הכוונה הנה ככל הנראה למדינאי הרומי "קאטו הצעיר" (95–46 לפנה"ס), יריבו המושבע של יוליוס קיסר, אשר נודע ברמת המוסר הגבוהה שלו, ובביקורתו הסרת הפשרות על השחיתות ששררה בממלכה באותה תקופה ולא לטביאביו, קאטו הזקן, הידוע בעיקר בכך שהיה חותם כל נאום בסנאט הרומי בקביעה כי יש להחריב את קרתגו.

ג. המהפכה המשפטית השקטה של בית המשפט העליון

כוחו של בית המשפט העליון, ומשקלו היחסי ביחס לרשויות המדינה האחרות, עלו בשני העשורים האחרונים באופן משמעותי ביותר.²⁵ אולם פרט לעצם הגידול בכוחו של בית המשפט, חשוב להדגיש כי מרבית הגידול בכוחו נוצר על ידי בית המשפט עצמו, בתהליך שיטתי אך הדרגתי, ורק מיעוטו הנו פרי חקיקה. מרבית הדיון שהתרחש בעשור הקודם התרכז ב"מהפכה החוקתית", אולם זו מהווה רק פן אחד מתוך ההרחבה של הכוחות והסמכויות של בית המשפט. נוסף למהפכה החוקתית, אפשר למנות את ההרחבות הבאות: הרחבת קשת הנושאים שבהם דן בית המשפט העליון תוך מחיקתם למעשה של תנאי הסף מהמשפט המנהלי לזכות עמידה²⁶ ולשפיטות;²⁷ את פיתוחן והרחבתן של עילת חוסר הסבירות²⁸ ושל עילת חוסר המידתיות²⁹ שעמן צמצום מסיבי במרחב שיקול הדעת של רשויות המנהל; את הרחבת מעגל המבוקרים בידי בג"ץ;³⁰ ואת מעורבותו הגוברת והולכת של בית המשפט העליון בהכרעה בסוגיות חברתיות וערכיות מרכזיות.³¹

- 25 כפי שכתב למשל פרופ' סגל, בשנות השמונים של המאה העשרים, בג"ץ נטש "את מקומו כשופטקו פסיבי בשולי המגרש השלטוני" ועבר "לתפוס את מקומו כשופט ראשי אקטיבי במרכזו, המתערב לא אחת במשחקן של שתי הקבוצות בזירה: הממשלה, על שלוחות המינהל הציבורי; והכנסת, על מגוון תפקידיה. 'השופט החדש' מניף את דגל הביקורת השיפוטית. עצם האפשרות שתיכון התערבותו בהחלטה שלטונית מציבה תמרווראזוהרה בדרך של הרשויות להגשמת מטרותיהן, אפילו יתברר שלא בנקל יידלק בתמרור אור אדום האומר 'עצור'. בג"ץ החל להוציא, בתדירות הולכת וגוברת, כרטיסים צהובים ואדומים לשחקנים שעל המגרש, ואפילו לשחקנים בולטים כראש-הממשלה. ביקורתו השיפוטית מתמקדת ברשות המבצעת, אך איננה מושכת את ידה גם מהרשות המחוקקת עצמה". זאב סגל בג"ץ במרקם החברה הישראלית – לאחר המישים שנה" משפט וממשל ה' 235, 244 (1999).
- 26 ראו למשל בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 558-559, 586 (1986); סגל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 246-250; יהושע (שוקי) שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח 499 (2006). להבדלים בין הדין הישראלי לדין האמריקני בנושאי זכות העמידה והשפיטות ראו קולין ס' דייבר "המשפט המינהלי הישראלי מנקודת-מבט אמריקנית" משפט וממשל ד' 27 (1997).
- 27 סגל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 250-255.
- 28 ראו דוד קרצמר "ארבעים שנה למשפט הציבורי" משפטים יט 551, 553 (1990); משה לנרדי "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5 (1989); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7 (1994); מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25 (1994); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מ(5) 441 (1993).
- 29 ראו זאב סגל "עילת העדר היחסיות (disproportionality) במשפט המינהלי" הפרקליט לט 507 (1990); יצחק זמיר "המשפט המינהלי של ישראל בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה" משפט וממשל ב 109, 130 (1994).
- 30 ראו סגל, לעיל ה"ש 25, בעמ' 263-267.
- 31 ראו רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בהבדלה הישראלית 104-105 (התש"ס); רות גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" עיוני משפט יט 631 (1995); מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993).

לא לו יש להוסיף את הרחבתה העצומה של המהפכה החוקתית בידי בית המשפט העליון. ראשיתה של המהפכה החוקתית בכינון חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק בידי הכנסת. נקודת המוצא שלי (שאף עליה אין הסכמה תאורטית מלאה)³² היא כי בחוקי-יסוד אלו קבעה הכנסת (כרשות מכוונת) מגבלה על כוחה של הכנסת (כרשות מחוקקת) לחוקק חוקים הפוגעים בזכויות המעוגנות בהם. הוראה זו פורשה בפסק הדין הירוע בנק המזרחי³³ כמעניקה לבית המשפט הגבוה לצדק את הכוח להכריז על בטלותם של חוקים הפוגעים בזכויות אלו באופן שאינו הולם את פסקת ההגבלה.³⁴ קביעה זו, שכאמור אינה נקייה מספקות במישור התאורטי, מקובלת כיום, למיטב הבנתי, כעובדה על רובם המכריע של מלומדי המשפט החוקתי. בבית המשפט העליון היא נתקבלה ברוב מוחץ, כנגד דעתו של השופט חשין, שבהמשך קיבל עליו אף הוא את דעת הרוב.

אף שהמהפכה החוקתית מקורה בפעולת הכנסת, הרי גבולותיה הורחבו לאין שיעור בסדרה של החלטות מדיניות שיפוטיות של בית המשפט העליון. בית המשפט העליון הוא שהרחיב את רשימת הזכויות הכלולות במונח "כבוד האדם" בניגוד לכוונה המקורית של מכוני חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו,³⁵ בית המשפט העליון הוא שקבע (בניגוד לפסיקה קודמת)³⁶ כי חוק "רגיל" אינו יכול לשנות חוק-יסוד – גם ביחס לחוקי-יסוד שלא הכילו כל מגבלה כזו;³⁷ בית המשפט העליון הוא שקבע מאוחר יותר כי חוק³⁸ גם אינו יכול "לפגוע" (שלא על דרך שינוי) בהוראה של חוק-יסוד שלא בהתאם להוראות פסקת ההגבלה;³⁹ בית המשפט העליון הוא שצמצם משמעותית את הוראת "שמירת הדינים" שנקבעה במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴⁰ על ידי קביעה – מנוגדת לכוונת המכונן – שיש לפרש את

- 32 ראו למשל יוסף מ' אדרעי "מהפכה חוקתית: האומנם?" משפט וממשל ג 453 (1996); יהושע (שוקי) שגב "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט' מאזני משפט ה 125, 166-183 (2006).
- 33 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).
- 34 ראו אשר מעוז "משפט חוקתי: המהפכה החוקתית" ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ו 215, 238-239 (אריאל רוזניצקי עורך, התשנ"ו).
- 35 ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי-ימנעיות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א 323 (1993).
- 36 ראו למשל ע"פ 10/73 "נגב" תחנת שירות לאוטומוביל בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 640, 642 (1974); בג"ץ 60/77 רסלר נ' יושבי-ראש ועדת הבחירות המרכזית לבחירת פ"ד לא(2) 556, 560 (1977).
- 37 עניין בנק המזרחי, לעיל ה"ש 33.
- 38 למעט חוק הפוגע בזכויות לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והשמור ב"שמירת דינים" (ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) וחוק הפוגע בחופש העיסוק שנתקבל בהתאמה עם פסקת ההתגברות (ראו ס' 8 לחוק-יסוד: חופש העיסוק).
- 39 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לבחירת הששיעשרה, פ"ד נו(1) 750 (2003); ראו אמנון רייכמן "ככה לא בונים חוקה" עורך הדין 35, 42 (2002); אריאל בנדר "ארבע מהפכות חוקתיות?" משפט וממשל ו 305 (2003); לדיון מקיף, ראו אביגדור קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח 293 (2006).
- 40 ס' 10 לחוק-היסוד.

החקיקה הקיימת באופן המשנה אותה למעשה "ברוח חוק-היסוד"⁴¹; והוא שקבע כי חקיקתו של "חוק מיטיב"⁴² מבטלת למעשה את שמירת הדינים.⁴³ בעקבות סדרת החלטות שיפוטיות, המהפכה החוקתית בהיקפה ובצורתה הנוכחיים, רחבה אפוא כמה מונים מזו שחזו יוזמי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

על "המהפכה החוקתית" לפחות אפשר לומר כי בסיסה מעוגן בפעולת הכנסת כרשות מכוננת, אולם שאר השינויים שמניתי לעיל ואשר הביאו לגידול בכוחו של בית המשפט, התרחשו כולם בפסיקת בית המשפט עצמו. בית המשפט העליון הצליח אפוא, בניגוד לביטוי הידוע, "להרים עצמו בשרוכי נעליו". עתה מצטרף גם ריצ'רד פוזנר וקובע כי מדובר בתופעה חריגה ביחס למקובל בעולם. לדבריו, רק בישראל מעניקים השופטים סמכויות כאלו לעצמם.

נראה כי בשל צירופם של כמה מאפיינים ייחודיים, הכוללים נוסף לרשימה דלעיל (ובעיקר ביטולה למעשה של דוקטרינת השפיטות וקביעת עילות הביקורת של סבירות ומידתיות) גם את משקלם המיוחד של שופטי בית המשפט העליון בבחירת השופטים שיצטרפו אליהם,⁴⁴ בית המשפט העליון הנו בעל סמכויות וכוחות העולים על המקובל בעולם הדמוקרטי. לטענה זו, הנשמעת מפי פוליטיקאים,⁴⁵ תימוכין בעמדתם של אנשי אקדמיה בישראל⁴⁶ ובעולם.⁴⁷

אלא שהשינוי הדרמטי באיזון שבין הרשויות בישראל, ועליית כוחו של בית המשפט למעמד החורג מהמקובל בעולם, התרחשו למעשה ללא דיון ציבורי של ממש. במדינת ישראל, העסוקה תדיר במשברים ביטחוניים ופוליטיים, לא ניתנה, עד לאחרונה, תשומת הלב הראויה לשינוי הנובע ממעמדו של בית המשפט העליון לאור ריבוי השינויים המשמעותיים שתוארו לעיל.

- 41 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995). הכנסת נמנעה במכוון מלכלול בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוראת פרשנות ברומה לזו שנכללה בס' 10 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו קרפ, לעיל ה"ש 35, בעמ' 342-344 והמקורות המצוטטים שם. לדעה נוגדת ראו מעוז, לעיל ה"ש 34, בעמ' 240-247.
- 42 חוק מיטיב הוא חוק שמקטין את הפגיעה בזכות לעומת הפגיעה בזכות שהייתה מותרת בחוק הקודם – והשמור בשמירת דינים.
- 43 כג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).
- 44 Gidon Sapir, *Law or Politics: Israeli Constitutional Adjudication as a Case Study*, 6 UCLA J. INT'L & FOREIGN AFF. 169 (2001) והמקורות בה"ש 67 למאמרו; מרדכי הלר "מינוי שופטים: הפתרון למשבר העליון" תבלת 8, 54, 62-64 (1999).
- 45 ראו דברי ח"כ מיכאל איתן, יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בשיבת הוועדה מיום 24.6.2003 ("מצאתי שהרשות השופטת במדינת ישראל היא בעלת הסמכויות מרחיקות הלכת שאין להן אח ורע בשום מדינה אחרת בעולם, לא מדינה דמוקרטית ולא מדינה לא-דמוקרטית. אין כדבר הזה"). פרוטוקול ישיבה מס' 38 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-16 (24.6.2003) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2003-06-24.rtf.
- 46 ראו יורם שחר "משכן כמשפטו" מחקרי משפט יט 397 (2003); קלוז קליין "בית-דין לחוקה: שלא כצעתה!" מחקרי משפט יט 497, 502 (2003).
- 47 רوبرט בורק קבע כי: "The Israeli Supreme Court is making itself the dominant authority no other court in the world has achieved". ROBERT H. BORK, COERCING VIRTUE – THE WORLDWIDE RULE OF JUDGES 111 (2003).

לדעתי, הסיבה העיקרית שהדיון האמור לא התקיים לא הייתה חוסר מודעות. הסיבה הייתה דה-לגיטימציה מוחלטת לביקורת מוסדית, לא נקודתית, על בית המשפט העליון ועל הרחבת סמכויותיו או מעמדו.

ד. הדעה-לגיטימציה של הביקורת המוסדית על בית המשפט העליון

שבועות ספורים לאחר פרסום מאמרו של פוזנר נערך במשכן הנשיא בירושלים טקס השבעת שופטים. נשיאת בית המשפט העליון, דורית ביניש, תקפה בטקס את הגורמים המותחים ביקורת על בית המשפט, וטענה כי הביקורת הנה לא עניינית, ונובעת מתכליות פסולות של גורמים אינטרסנטיים:

"השופטים הפכו במידה רבה למטרה לביקורת לא עניינית. גורמים לא מעטים, בעיקר מבין אלה החוששים מפני מעמדה וכוחה הלגיטימי של מערכת השיפוט, ממהרים להטיל דופי בשופטים; [...] ניכרת בשנים האחרונות מגמה המכוונת לתכליות פסולות, שנועדה להאיר את מערכת השיפוט באור שלילי. מעורבים בה גורמים המחפשים כוח והשפעה בזירה הפוליטית, מעורבים בה חשודים שיש להם מפגש עם מוסדות החוק והמשפט והם מעוניינים להחלישה, ומעורבים בה מי שהם נאשמים או שהיו נאשמים, [...] אלה מגלים לא פעם עניין בלתי ראוי בהחלשת המוסד המרכזי בחברה המנותק מהמערכת הפוליטית; מוסד שאינו מחפש להאדיר את כוחו ואין לו כל אינטרס תחרותי בעולם כוחני".⁴⁸

דבריה אלו של הנשיאה מבטאים היטב את קו הדעה-לגיטימציה שנקטו שנים רבות שופטים, גורמים בפרקליטות ובמשרד המשפטים וחלקים ניכרים באקדמיה המשפטית הישראלית ובתקשורת, כאשר ניסה מאן-דהוא להעלות לדיון ציבורי או תקשורתי את השינוי הדרמטי במעמדו של בית המשפט העליון בדמוקרטיה הישראלית.

אין אני טוען כי לא התקיים דיון אקדמי טהור ברכיביה השונים של המהפכה השקטה. כמעט כל אחד מרכיבים אלו נדון במאמרי מלומדים רבים. ואולם הדיון נותר בתוך האקדמיה, ובדרך כלל התמקד ברכיב ספציפי של עליית כוחו של בית המשפט. טענתי היא כפולה: ראשית, באקדמיה כמעט שלא נדונו מכלול הרכיבים שסיכומם הביא לתוצאה חסרת אה ורע בעולם הדמוקרטי כולו, ואף לא נדונה השאלה אם יש מקום לסטות מהמקובל בעולם;⁴⁹ שנית, וזה העיקר, הדיון

48 דבריה של הנשיאה ביניש מובאים במלואם באתר דוברות בתי המשפט <http://elyon1.court.gov.il/heb/dover/4993938.doc>

49 בעת דיון בכנסת הציע פרופ' מרדכי קרמניצר את ההתייחסות הבאה למשפט חוקתי משווה בתחום הזכויות: "אם מוצאים קונצנזוס רחב לאיזשהו הסדר חוקתי בתחום הזכויות אני חושב שצריכים להיות שיקולים מיוחדים שיכולים להתקיים, [...] [מדוע] לא מתאים לנו כמדינה יהודית איזשהו הסדר, יכול להיות שיקול כזה. אבל בהעדר שיקול לוקלי אמיתי הנטייה שלי היא לבוא ולהטות אחרי רבים" פרוטוקול ישיבה מס' 440 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 6 (10.3.2005) www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2005-03-10.rtf

הושק בתקשורת ובציבוריות הישראלית. ההשתקה התבטאה, בין היתר, בהתקפה אישית משתלחת, באופן שלא התחייב מהביקורת עצמה, כלפי מי שניסו להעלות את הנושאים לדיון ציבורי, ובטיעון כי יש בעצם הדיון כדי לפגוע במעמדו של בית המשפט העליון.

נכון הוא שחלק ניכר מן הביקורת המוסדית, ובייחוד הביקורת על זכות "המילה האחרונה" שנטל בית המשפט בסדרה של הכרעות ערכיות, הגיע מכיוונים פוליטיים מסוימים של הימין הפוליטי⁵⁰ ושל החרדים.⁵¹ אולם דבר זה נבע, במידה רבה, מכך שהערכים שנבחרו בידי בג"ץ, כאשר ירד לזירה הערכית, היו ערכים ליברליים, ואף נשמעו קולות משמעותיים באקדמיה ובפוליטיקה להנצחת ערכים אלו על ידי בחירת שופטים המחויבים אליהם בלבד.⁵² כפי שכתב אנדרי מרמור: "בית המשפט העליון, ובעיקר בשני העשורים האחרונים, הוא 'המפלגה הליברלית' בחברה הישראלית [...]. בית המשפט העליון היה תמיד הגורם הליברלי ביותר בחברה הישראלית".⁵³ ומכל מקום, מדוע העובדה שהביקורת נשמעת מצדדים מסוימים של המפה הפוליטית, יש בה כדי לגרוע מהצורך לקיים בה דיון ציבורי אמיתי ומעמיק?

בודדים אורו אומץ, וניסו להעלות את הנושא לסדר היום הציבורי, מחוץ לחוגים האקדמיים. עצמתה של התגובה נגדם, ואופייה המתמקד בטיעונים

50 ראו, למשל, גרעון אלון "ריבלין כינה המהפכה החוקתית: 'סכנה מבית'; ברק השיב: 'זו הרמוקרטיה'" הארץ 23.5.2003; 1; שחר אילן "בית-המשפט העליון / גם הציבור הדתי-לאומי מאבד אמון" הארץ 11.1.1999; 2; אייל הראובני ומרב יודילוביץ' "בג"ץ התיר את הקרנת הסרט 'ג'נין ג'נין'" 11.11.2003 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2815880,00.html ("ח"כ אריה אלדד מהאיחוד הלאומי: 'בג"ץ הפך הבוקר שותף פעיל לעלילת הדם של מוחמד בכרי נגד זה' ומדינת ישראל". [...]. ח"כ ניטן סלומינאסקי מהמפד"ל אמר בתגובה כי 'בג"ץ הוכיח שוב כי הוא מנותק מהעם").

51 לציטוטים מתוך מאמרים בעיתונות החרדית התוקפים את בית המשפט העליון ראו: אוולין גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" תבלת 3, 44, 50-52 (1998); שחר אילן "מסע בעיתונות החרדית נגד השופט ברק, 'האויב המסוכן של היהדות'" הארץ 26.8.1996; 1 ("ברק הוא הכוח המניע מאחורי המערכה המתוחכמת, המתנהלת נגד התפיסה היהודית בישראל". [...]. הקרב חייב להיות ממוקד באיש הזה שמאד מסוכן לדמוקרטיה ולחירויות"); שחר אילן "יתד נאמן: 'בג"ץ - גולם דיקטטורי שקם על יוצרו. כדורי: אסור לאיים, השם יעניש את ברק'" הארץ 28.8.1996; 5; שחר אילן "אזהרות בעיתונות החרדית מ'פסיקה עוינת נגד דתיים מצד שופטים נקמנים'" הארץ 30.8.1996; 5 ("בג"ץ אינו פרה קדושה, אלא פרה משוגעת"); שחר אילן "ביטאוני החרדים נאבקים ביניהם על הבכורה במלחמה נגד ביהמ"ש העליון" הארץ 30.8.1996; 5.

52 מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית-המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט 423, 454 (2003) ("יהודי דתי המחויב להלכה ולציוויליזציה של היהדות בלבד, אך לא למסורת הליברלית [...]. אינו יכול [...]. להתמנות לשופט בבית-המשפט של ישראל"); משה גורלי "רוצה להיות שופט בעליון? קודם גלה לנו באילו ערכים אתה דוגל" הארץ 30.4.2003; 3 (שר המשפטים וחבר הוועדה לבחירת שופטים, דן מירדור: "השקפת העולם היחידה שעניינה אותי כשר וכחבר ועדה היא שהמועמד מקבל עליו את העקרונות הדמוקרטיים, הליברליים, ההומניסטיים של החברה והמשפט הישראליים. פעם זה היה ברור. [...]. היום, אם צריך שימוע זה רק כדי לברר את הנאמנות לקריטריונים האלה").

53 אנדרי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד 133, 138 (התשנ"ז). מרמור כתב כי הדברים מהווים "הכללה מעט גסה".

אישיים נגד המבקרים ובדה-לגיטימציה של ביקורתם, במקום בהתמודדות ישירה עם טיעוניהם, גרמו להשתקתה של הביקורת. כפי שכתב פרופ' שלמה אבינרי: "האירועים האחרונים הקשורים למועמדותה של פרופ' רות גביון לבית המשפט העליון מעידים על כך, כי מי שמבקש להעלות ספקות על היקף סמכותו של בג"ץ עלול להתחייב, אם לא בנפשו, אזי בעתידו המשפטי"⁵⁴.

כך, ביקורת מערכתית של מי שהיה יו"ר לשכת עורכי הדין, דרור חוטר-ישי,⁵⁵ נדחתה בהתקפה אישית חסרת תקדים עליו,⁵⁶ במקום להתמודד עמה עניינית. לצורך דיוגנו כאן, אין זה כלל משנה אם חוטר-ישי צדק בטענותיו, כולן או מקצתן. החשוב הוא שלא התקיים דיון ציבורי ותקשורתי אמיתי בטענות, ושתחת זאת, הוטחו האשמות בחוטר-ישי אישית, וכפי שסיכמה זו אוולין גורדון – "המסר הועבר באופן חד וברור: מי שמרים את קולו על בית המשפט העליון בישראל צריך שיהיה מוכן למלחמה שהיא יותר ממלחמה רעיונית בלבד."⁵⁷

גם פרופ' רות גביון, מבכירות האקדמיה המשפטית בישראל ומראשי האגודה לזכויות האזרח לשעבר, קיבלה אותו מסר עצמו, בעקבות ריאיון שהעניקה לעיתון "הארץ" בשנת 1999. בכותרת המשנה של הריאיון נאמר כי "ההתפתחויות האחרונות בתחום [...] הביאו את הפרופ' (למשפטים) רות גביון למסקנה שאינה יכולה לשתוק יותר. בראיון מיוחד היא יוצאת בהתקפה חסרת תקדים נגד מערכת המשפט ואכיפת החוק המגוננת על עצמה, עיוורת לרקב שפשה בה, משתיקה את מבקריה, נוקטת מדיניות של איפה ואיפה, מושפעת מהתקשורת ופולשת לתחומים לא לה. גביון מודעת למחיר, אבל קצה בטיח"⁵⁸.

הריאיון של פרופ' גביון זכה לתגובות עוינות במיוחד. לצד התמודדות עניינית עם חלק מטיעוניה, בחרו אחרים מעמיתה בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית⁵⁹ לתקוף את גביון על עצם הלגיטימיות של הביקורת

- 54 שלמה אבינרי "הערות לסדרי ממשל בישראל" תנאים לשנואה של מדינת ישראל 2, 15
www.neaman.org.il/NeamanHeb/UpLoadFiles/DGGallery/9981166232.pdf (2006)
נייר עמדה במסגרת פרויקט של מוסד שמואל נאמן למחקר מתקדם במדע וטכנולוגיה
(www.neaman.org.il/publications/by_issue_list.asp?fid=768&parent_fid=491).
- 55 שחר אילן ובן-ציון ציטרין "ראש לשכת עורכי הדין: 'מה שקורה בבג"ץ זו שעוריה; אין שם לא צדק ולא משפט'" הארץ 27.11.1996 א1.
- 56 ראו גורדון, לעיל ה"ש 51, בטקסט הסמוך לה"ש 40-47. המתקפה כללה, בין היתר, דרישה של חברי כנסת לחקירה פלילית נגד חוטר-ישי בחשד לזילות בית המשפט; עתירה של התנועה לאיכות השלטון בישראל להדיח את חוטר-ישי מהוועדה למינוי שופטים; המלצה של ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין שפרקליטת המדינה תגיש תלונה משמעתית נגד חוטר-ישי בגין התבטאויותיו והשיא "העמותה למינהל תקין אמיתי" דרשה את סילוקו של חוטר-ישי מתפקיד ראש לשכת עורכי הדין, הגישה תלונה למשטרה וביקשה מהפרקליט המחוזי של תל-אביב לזרוק חקירה קודמת נגדו בחשד להעלמות מס (במקרה או שלא במקרה, כתב האישום בנושא זה הוגש שבוע לאחר הריאיון), שם.
- 57 ארי שביט "דבר ראש האופוזיציה" הארץ – מוסף שבועי 12.11.1999, 18.
- 59 מעניין כי גם פרופ' דניאל פרידמן, לימים שר המשפטים, כתב מאמר ביקורת חריף על חלק מהעמדות שהוצגו בריאיון של גביון, ואף האשים אותה כי היא "מניפה את דגל ערכי החרדים". אולם בניגוד לאנשי האקדמיה האחרים שתקפו את הריאיון של גביון, פרידמן לא חלק על הלגיטימיות של הביקורת על בית המשפט העליון. "גבולות הביקורת" הארץ – מוסף שבועי 10.12.1999, 6.

שלה. פרופ' מרדכי קרמניצר כתב במאמר תגובה כי "מי שזכויות האדם יקרות ללבנו חייב להתייצב מאחורי בג"ץ. לא ליידות בו אבנים".⁶⁰ דיקאן הפקולטה דאז, פרופ' ישראל גלעד:

"מצער במיוחד שדימוי ריאקציוני זה הוצמד למערכת בתי המשפט דווקא בשעתה הקשה, כשבין תוקפיה הרבים מצויים מי שמבקשים לערער את הלגיטימיות שלה. אלה לא יהססו לסלף ולעוות את הביקורת למטרותיהם".⁶¹

ראש לשכת עורכי הדין (דאז), ד"ר שלמה כהן, הצטרף אף הוא לדהה לגיטימציה של ביקורתה של גביון, והתנגד להחלטה להעניק לה את פרס לשכת עורכי הדין.⁶² כהן חושף, אולי מבלי דעת, את קו הגבול הבלתי רשמי של ההשתקה – ה"איסור" על ביקורת שאינה נקודתית:

"פרופ' גביון איננה מסתפקת, כמו רבים מאתנו, בביקורת נקודתית על החלטות כאלה ואחרות. היא תוקפת את הלגיטימיות של פסיקת בג"צ, תוך שהיא מייחסת לו (בטעות קשה) התערבות ב'חסי חוץ, ניהול מלחמות, מדיניות כלכלית-חברתית... ועוד מיני נושאים שבית המשפט העליון איננו עוסק בהם כלל ועיקר; [...] הענקת הפרס לפרופ' גביון היא לטעמי התרסה מיותרת כנגד מערכת המשפט דווקא בשעה שזו עומדת מול התקפות פוליטיות חסרות רסן וזקוקה להגנתה ולתמיכתה של קהיליית המשפטנים בישראל".⁶³

כידוע, ברבות הימים, הייתה זו ה"אג'נדה" של פרופ' גביון שגרמה לכך שהנשיא ברק מנע את מינויה לבית המשפט העליון.⁶⁴

- 60 מרדכי קרמניצר "אקטיוויזם לא מוגזם" הארץ – מוסף שבועי 17.12.1999, 6. למען ההגינות יש לציין כי קרמניצר גם התעמת עם חלק מטענותיה של גביון, אולם אין בכך כדי לגרוע מהדהלגיטימציה לביקורת העולה מהתבטאותו המצוטטת לעיל.
- 61 ישראל גלעד "גבולות הביקורת" הארץ – מוסף שבועי 10.12.1999, 6.
- 62 למותר לציין כי הפרס לא היה קשור כלל בריאיון האמור, אלא הוענק לפרופ' גביון על פועלה בהקמת האגודה לזכויות האזרח (שזכתה עמה בפרס).
- 63 שלמה כהן (עו"ד – ראש הלשכה) "הודעה של ראש לשכת עורכי הדין בעניין פרס הלשכה" 21.12.1999. ההודעה פורסמה באתר הבית של הפרופסור רות גביון – www.global-report.net/a.php?c=gavison&a=393&rc=gavison; את התמיכה האקדמית המנומקת היחידה בהגבלה על ביקורת שאינה נקודתית, מצאתי במאמר קצר מאוד של שולמית אלמוג "ביקורת על הרשות השופטת" משפט וממשל ד 9 (התשנ"ז). טיעונה של אלמוג נסמך על הטענה כי הרשות השופטת הנה החלשה שבין הרשויות, טיעון שאינני מסכים לו ככל שמדובר בדעת קהל, ועל הצורך לשמור על "סמכות" הרשות השופטת ועל אמון הציבור בה. לטעמי, שינויים מוצעים בתחומים כגון זכות עמידה, שפיטות ואף בחירת שופטים אינם בהכרח פוגעים בסמכות הרשות השופטת ובאמון הציבור בה.
- 64 ראו יובל יועז "האג'נדה של רות" הארץ – מוסף שבועי 3.12.2005, 33. בגילוי נאות, יצוין כי כותב שורות אלו חתם על עצומת אנשי אקדמיה לפיה פרופ' גביון הנה מועמדת ראויה לבית המשפט העליון.

גם לאחרונה, עם מינויו של פרופ' דניאל פרידמן, חתן פרס ישראל ומצמרת האקדמיה המשפטית, לתפקיד שר המשפטים, הוא "זוכה" להתקפות בעלות אופי אישי בשל העובדה שהוא סבור שיש להסיג אחור במידת מה את העצמה שבג"ץ נטל לעצמו בשני העשורים האחרונים. זכורים איומיו המפורשים והבוטים של השופט (בדימוס) חשין כי "יגדע את ידו" של פרידמן אם האחרון "יריס את ידו" על בית המשפט העליון.⁶⁵ ראש לשכת עורכי הדין (דאז), ד"ר שלמה כהן רומז: "השר פרידמן שותף לפוגרום נגד ביהמ"ש העליון",⁶⁶ וגם התקשורת בחלקה, בהתייחסותה אל פרידמן, נוקטת לשון של דה־לגיטימציה בבחירת הכותרות.⁶⁷ ומהו חטאו של פרידמן? הוא סבור כי ניתן להסיג אחור חלק קטן מהדרך הגדולה שעשה בית המשפט העליון להגדלת עצמתו וסמכותו. לשיא הגיעו הדברים בספק הלצה של פרידמן כלפי היועץ המשפטי מזוו, בכנס לשכת עורכי הדין באילת "היועץ העמיד לדין את שר המשפטים הקודם – עליי רק מתח ביקורת, בינתיים. אני רואה בעצמי בר מזל".⁶⁸

האומנם, כל המטיל ספק בכוח הרב שצברה מערכת המשפט או באופן שבו צברה המערכת כוח זה, או כל הקורא לבחינה מחדש של מרכיבים משמעותיים בכוח זה, עושה זאת בשל "תכליות פסולות" ובאופן "לא ענייני", כדבריה של הנשיאה ביניש? האומנם המבקרים כולם הנם מחפשי השפעה פוליטית, חשודים או נאשמים?

ההנחה העומדת בבסיס תפיסה זו היא כי היקף הסמכויות והמעמד של בית המשפט העליון בישראל בתום התהליך של שני העשורים האחרונים, הוא בגדר מוסכמה רחבה, כמעט אקסיומה, שהמערער עליה חשוד מידית ואוטומטית בפעולה ממניעים זרים. מבחינה זו, העובדה שהביקורת מגיעה ממלומד בכיר כמו פוזנר, שלמיטב ידיעתי אינו חפץ במשרה פוליטית בישראל ואף לא היה, לפחות עד לפרסום מאמרו, חשוד או נאשם, מהווה רוח גבית ללגיטימיות של הביקורת. ראוי ליחד מקום גם למקומה של התקשורת בהיעדר השיח הציבורי בעשורים האחרונים. כלי התקשורת המרכזיים מיעטו בדיון ציבורי בשינוי המהותי במקומו של בית המשפט העליון, ואם להשתמש בהשאלה בביטוי שנוצר לצורך אחר דווקא בסופו של עידן ברק בבית המשפט העליון, שמרו על בית המשפט "של ברק" "כמו על אתרוג, גם עם קופסה אטומה, גם עם ספוגית וגם עם צמר גפן".⁶⁹

65 ראו למשל אבירם זינו "חשין: מי שירים יד על העליון, אגדע את ידו" 7.2.2007 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3362139,00.html

66 נועם שרביט "ראש לשכת עוה"ד רומז: השר פרידמן שותף לפוגרום נגד ביהמ"ש העליון" גלובס - דין וחשבון 29.5.2007, 14.

67 על שער מוסף הארץ מיום 25.5.2007 התנוססה הפניה לכתבה על פרופ' פרידמן בלשון: "שר המשפטים דניאל פרידמן מסתער על מערכת המשפט ולא לוקח שבויים". הכתבה עצמה הוכתרה בכותרת "המפרק". יובל יועז "המפרק" הארץ - מוסף שבועי 25.5.2007, 18.

68 ראו ורד לוביץ' "פרידמן עוקץ את מזוו: לפחות לא הועמרת לדין" 28.5.2007 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3405552,00.html

69 במקור, זו התבטאותו של העיתונאי אמנון אברמוביץ' שסבר כי על התקשורת לגונן על אריאל שרון על מנת שיוכל להשלים את תכנית ההתנתקות. ראו יניב זך "השומר של אריק" 26.4.2005 www.nrg.co.il/online/11/ART/926/672.html

הקולות הבודדים שקראו לדיון מהותי ואמיתי נותרו בשולי הדיון הציבורי. מלבד גביוזן, ראויים לציון בקריאתם נגד השתקת הביקורת ובעד הדיון הציבורי, אוולין גורדון, עורכת בכתב העת תבלת⁷⁰ והפובליציסט בן־דרור ימיני.⁷¹ ממש לאחרונה⁷² ניכרת בכלי התקשורת הוראה מסוימת במדיניות שהייתה, ולצדה – ניצנים של שינוי מדיניות. במאמר פרשנות שפרסמה טובה צימוקי, הכתבת המשפטית הוותיקה של העיתון "ידיעות אחרונות" היא כותבת:

"במשך שנים העניקה העתונות לדורית ביניש בפרט ולמערכת המשפט בכלל שרותי יחצנות אוטומטיים. כמעט ולא שאלנו שאלות, לא הטלנו ספקות ולא הערנו הערות. [...] הכל היה למען שמירת שלטון החוק ונגד המבקרים הקמים עליו לכלותו [...] בזכות פרשנותו האקטיביסטית של הנשיא אהרן ברק החל בית המשפט העליון לשייט לו במחוזות שנויים במחלוקת ציבורית – עיסוק בערכים, בפוליטיקה, במינויים – למעשה בכל עניין [...] כשבית המשפט העליון הפך לשחקן על הבמה הפוליטית הוא החל סופג גם ביקורת לגיטימית [...] אנחנו רוצים גם לקיים דיון בשאלה הלגיטימית אם בכלל אנחנו רוצים שבכל העניינים האלה יכריע עבורנו בית המשפט."⁷³

70 ראו גורדון, לעיל ה"ש 51, בעמ' 45: "הציבור הישראלי הוא ככל הנראה היחיד המתייחס במידה כה רבה של חרדת קודש למערכת המשפט ובאי סובלנות וזעמת לביקורת כלפי השופטים. דמוקרטיות רבות אחרות, אשר הבולטת ביניהן היא ארצות־הברית, מגינות בעקביות על חופש הדיון הציבורי בנושא האקטיביזם השיפוטי – והסיבה לכך איננה זלזול במערכת המשפט. שאלת תפקידה של הרשות השופטת בהגדרת ערכי היסוד והעקרונות של המדינה היא בעלת חשיבות חיונית בכל דמוקרטיה – לא כל שכן במדינה כמו ישראל שבה המבנה השלטוני נמצא עדיין בתהליכי עיצוב, ושבה בית המשפט העליון הרחיב מאוד את השפעתו על חיי הציבור בשני העשורים האחרונים. כשהקהילה הפוליטית, המשפטית והתקשורתית בישראל מדכאת את הדיון בנושא שהוא היום אחד הנושאים הבעייתיים ביותר בתיאוריה של הדמוקרטיה, היא נוטלת מהציבור הישראלי אחת מזכויותיו הדמוקרטיות החיוניות: הזכות להגדיר את תפקידי מוסדות השלטון ואת סמכויותיהם".

71 ראו בן־דרור ימיני, "בשבח הביקורת, בגנות האטימות" / www.geocities.com/byemini/iguval.doc. במאמר, המגיב על ביקורתו של שלמה כהן הנזכר לעיל, בה"ש 63, הוא כותב: "ממתי ביקורת, שאינה ביקורת נקודתית, היא ביקורת פחות לגיטימית? ממתי ביקורת על מדיניות ביהמ"ש העליון היא בלתי ראויה או בלתי נכונה או בלתי לגיטימית? לכהן פתרונים. מערכת המשפט – אקדמיה, בתי משפט, עורכי דין – בחזונו של כהן, היא מערכת שבה כולם מסכימים על המדיניות. זו מערכת שבה כולם, כמו אוטומטים, צריכים להסכים עם הפוליטיזציה ההולכת וגוברת של ביהמ"ש העליון. [...] ביקורת על מדיניות, על דרך, על קו, אינה בגדר הלעזה. זו ביקורת של מי שחרד ממה שקורה לשלטון החוק בכלל, ולמערכת המשפט בפרט. זו ביקורת של מי שאוהב. זו ביקורת שבלעדיה אין סיכוי לשינוי. זו ביקורת שמסירה מכשול מפני עיוור, גם אם העיוור לא רוצה לראות את המכשול".

72 הגם שקשה, מסיבות מובנות, להצביע על נקודת זמן ספציפית שבה התרחש השינוי, השערתנו הנה כי השינוי קשור גם בסיום כהונתו של הנשיא ברק, שנהנה מהילה אישית, ובתחילת כהונתה של הנשיאה ביניש.

73 טובה צימוקי "לא חסינים" ידיעות אחרונות 9.5.2007, 9.

ועיתונאי "הארץ" שחר אילן כתב לאחרונה, בעקבות הצטרפותם של הפרופסורים אמנון רובינשטיין ושלמה אבינרי למבקרי בית המשפט העליון:

"הביקורת על בית המשפט העליון אינה עוד נחלת קיצונים המתנגדים לדמוקרטיה. היא מקיפה חוגים רחבים, ביחוד מקרב הציבור השמרני. הציבור הזה חרד לדמוקרטיה לא פחות מהשמאל הליברלי. הניסיונות להוציאו אל מחוץ לגדר השיה הלגיטימי מביכים [...] צריך לשמוע את הביקורת, לדרון בה, ולפעול להגברת האיזון בין הרשויות".⁷⁴

הנשיאה ביניש הבחינה בשינוי המסוים בגישת התקשורת, ובאותו הטקס להשבעת שופטים, תקפה גם אותה:

"כחלק מתרבות שהשתלטה על חברתנו, תרבות הרייטינג, החותרת להישגים התקשורתיים קצרי המועד, פועלים אמצעי התקשורת לסוגיהם, מטעמים שונים, טעמים של אינטרסים פוליטיים, עסקיים וכלכליים, באופן המעורר מאבקים נגד מערכת המשפט ואף נגד בתי המשפט".⁷⁵

אני סבור, בכל הכבוד, כי התקפתה של הנשיאה ביניש על התקשורת מצטרפת לדה'לגיטימציה הלא ראויה של כל ביקורת מוסדית על בית המשפט העליון. הטענה כי ביקורת כזו מונעת על ידי אינטרסים ורייטינג, מתעלמת מן האפשרות הפשוטה שהביקורת יכול שתהיה עניינית ולגופו של עניין. התקפה בסגנון כזה על התקשורת לא נשמעה, למיטב זכרוני, מפי הנשיא ברק במשך שנות כהונתו, ולא בכדי.

ה. תרומתו (הפוטנציאלית) של ריצ'רד פוזנר ללגיטימציה של הביקורת

1. דברים שרואים משם?

מאמרו של פוזנר יכול, ולדעתי אף צריך, לתרום ללגיטימציה של השיה הציבורי על מעמדו של בית המשפט העליון בישראל. השיבותו של המאמר בכך שאחד מענקי המשפט מבהיר כי בית המשפט העליון לא הנחיל לישראל תורה המקובלת ללא עוררין באומות העולם, כפי שנדמה לעתים מן הרטוריקה ומריבוי ההסתמכות בישראל על פסיקה ועל ספרות משפטית זרה. פוזנר קורא תיגר על המצב הקיים, ומבהיר כי הוא קיצוני אף בהשוואה ליריביו הליברליים בארצות-הברית. אין זה אומר כי הביקורת של פוזנר בהכרח נכונה, אולם זה הופך את הביקורת המוסדית הכללית ללגיטימית.

74 שחר אילן "הם לא לבר" הארץ 27.2.2007, 17.

75 דבריה של הנשיאה ביניש, לעיל ה"ש 48.

אם עד עתה נהג הממסד המשפטי והתקשורת לדרוח את הביקורת המוסרית הכללית שנשמעה בישראל על בית המשפט העליון תוך התמקדות, ברוב המקרים, באישיותם של המבקרים או במניעיהם הגלויים והנסתרים, קשה יותר יהיה לעשות זאת כשמדובר בפוזנר.

ראוי לציין כי פוזנר אינו המלומד האמריקני הראשון שתקף בחריפות את מעמדו של בית המשפט העליון בישראל תחת נשיאותו של אהרן ברק. קדם לו רוברט בורק, התוקף זה מספר שנים את ברק במאמרים ובספרים.⁷⁶ אולם התקפה זו אפשר היה לדרוח בלא דיון רציני בהתחשב במיצובו הקיצוני ביותר של בורק, שהביא בעבר אף לכך שהסנאט האמריקני סירב לאשר את מינויו בידי רונלד רייגן לבית המשפט העליון הפדרלי האמריקני.⁷⁷

אולם את פוזנר לא ניתן לפטור באותה קלות. כאשר פוזנר מציב מראה מול המוסכמות הישראליות, קשה לנפנף אותו כטרדן שאינו מבין מה הוא סח. כאשר פוזנר העוסק טורח לכתוב מאמר ביקורת על ספרו של ברק, יש בכך כדי להעיד על חשיבות הספר, אבל גם על חשיבות הוויכוח הציבורי בנושאים שהספר מעלה. כאשר פוזנר ממקם את העמדות שברק מציג בספר כעמדות קיצוניות, הוא תורם לשיח הישראלי את התובנה שהעמדות הללו אינן אקסימות שבמדינות מתוקנות איש לא היה טורח להתווכח עליהן. להיפך, אנו לומדים שהעמדות הללו ראויות לדיון.

כאשר פוזנר משתמש בפרשנות של ברק בעניין שניצר⁷⁸ ללשון תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, על מנת לקבוע כי "בית המשפט, [...] הוא זה שמחוקק את החוקים בישראל, כשהוא משתמש בחוקים עצמם כדפי טיוטה ראשונית אותם הוא חופשי לשכתב כרצונו".⁷⁹ זו אמירה קשה, המכניסה לשיח הישראלי טיעון חשוב. העלאת הטענה בידי פוזנר מעניקה לטיעון לגיטימיות שהייתה חסרה לו. אינני טוען שהטיעון הנו בהכרח נכון. אני סבור כי הטענה ראוי להיטען, וכי העלאת הנושא בידי פוזנר עשויה לסייע לדיון ענייני בו. פוזנר מחדד את התובנה כי הסמכויות שהעניק בית המשפט העליון לעצמו הן כאלו שראוי שיוענקו בידי חוקה או פרלמנט. התובנה הזו, מפני אדם בעל מעמד כפוזנר, חיונית לדיון הציבורי הישראלי שטרם התקיים.

76 ראו BORK, לעיל ה"ש 47. בספר זה, המוקדש למחקר השוואתי על מה שבורק מכנה השתלטות השופטים, הוא מעניק לבית המשפט העליון בישראל "פרס" בינלאומי על "עיוות שיפוטי של ממשלות דמוקרטיות" (International judicial deformation of democratic governments) וקובע כי בית המשפט העליון הישראלי הוא בית המשפט האקטיביסטי ביותר והאנטי-דמוקרטי ביותר בעולם. גם בורק פרסם ביקורת על ספרו של ברק "שופט בהברה דמוקרטית", לעיל ה"ש 1. ראו רוברט בורק "השופט, החרב והארנק" תבלת 27, 146 (2007).

77 לתיאור תמציתי ראו: http://en.wikipedia.org/wiki/Robert_Bork. זה גם המקום להעיר לעורכי כתב העת תבלת כי הצגתו של בורק כ"פרופסור בפקולטה למשפטים באן ארכור, מישיגן" מהווה הטעיה, שכן הפקולטה שבה מלמד בורק איננה הפקולטה הידועה של אוניברסיטת מישיגן המצויה בעיר זו.

78 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617 (1989).

79 פוזנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 10.

פוזנר מתייחס לכך שברק רואה "במידה מסוימת התאמה בינו לבין השופטים הליברלים באמריקה" אולם לדעתו ברק "מהווה, בעצם, חלק מעולם משפט שונה לחלוטין – שיכול להיראות לאמריקאים אפילו מוזר".⁸⁰ זוהי תובנה חשובה לשיח הציבורי הישראלי.

2. פוזנר גם תומך בברק: הצפת הטיעון שלא הושמע בגלוי

כאמור, לא רק ביקורת הייתה בפיו של פוזנר. פוזנר טען כי ייתכן שדרך פעולתו הלא שגרתית ("שודר ים משפטי") של ברק הייתה "מה שישראל הייתה זקוקה לו".⁸¹ ההסבר, לדבריו של פוזנר פשוט: מכיוון שישראל הנה "דמוקרטיה צעירה ולא בשלה, עם שלטון רעוע של פוליטיקאים בינוניים ומושחתים"⁸² ובשל הוואקום הפוליטי והמשפטי (היעדר חוקה), הרי ברק נאלץ לנקוט אמצעים לא מקובלים שפוזנר מדמה ל"תפיסת שלטון בכוח".

גם טיעון זה ראוי להישמע בדיון הציבורי הישראלי. על פי הטיעון, אין זה חשוב כל כך אם הצעדים להרחבת סמכויותיו של בית המשפט העליון, ביחס לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת הם נכונים מבחינה תאורטית או מבחינה מבנה המדינה הנכון. כאשר נקודת המוצא היא כי המערכת הפוליטית הנה בינונית ומושחתת לאורך זמן (כלומר אי־אפשר לתקנה באמצעי הפוליטי המקובל של בחירות), יש הטוענים כי עדיף להפקיד יותר כוח בידי בית המשפט העליון בהיותו מוסד נקי יותר, ועם איכויות אנושיות גבוהות יותר.

המעניין הוא כי טיעון זה נשמע מעת לעת בשיחות לא פורמליות, גם בין אנשי אקדמיה, ואפשר למצוא לו רמיזות גם בדברי הביקורת של הנשיאה ביניש⁸³ ושל אנשי האקדמיה שתקפו את פרופ' גביון.⁸⁴ אולם הוא אינו מונף על נס, לא בידי השופטים כהסבר להרחבת סמכויותיהם ולא בידי אנשי האקדמיה כטיעון מרכזי.⁸⁵

אפשר לשער כי הסיבה שהטיעון אינו מושמע בראש חוצות היא כי נודף ממנו ריח של הפיכה (ולא בכדי התייחס אליו פוזנר כ"תפיסת שלטון בכוח"). מחולליהן של הפיכות צבאיות טוענים לא אחת כי נאלצו לתפוס את השלטון עקב השחיתות שפשטה במדינה וחוסר היכולת להמשיך במצב הנוכחי. פעמים רבות הם גם צורקים עוברתית, וההיסטוריה נוטה להם חסד. אולם כאשר פעולה מקבילה

80 ש.ם.

81 ש.ם, בעמ' 11.

82 ש.ם.

83 דבריה של הנשיאה ביניש, לעיל ה"ש 48.

84 ראו לעיל ה"ש 60–61 והטקסט הסמוך להן.

85 טיעון דומה במידת מה לטיעון זה מועלה בידי פרופ' מני מאוטנר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 130, ולפיו בית המשפט נאבק לשמירת ערכיו "מתוך כוונה להרוף את אלה החותרים תחת מפעלו [...] ומתוך תקווה שבסופו של דבר, ינצחו ערכיהם של בית המשפט והחוגים המזדהים עימו במאבק על נפשה של ישראל". אולם, כפי שפרופ' אייל כנבנשתי מעיר בצדק: "אפיון זה של פעילות בית המשפט מחייב דיון עקרוני בלגיטימיות של 'מאבק' זה של בית־משפט 'לעומתי'". איל כנבנשתי "בלמים ואיוונים בחסות בית המשפט" משפטים לא 797, 805, ה"ש 18 (2001).

נעשית על ידי הממסד המשפטי (הכולל, נוסף על בית המשפט, גם את רשויות התביעה וגופי אכיפה פרטיים למחצה דוגמת התנועה לאיכות השלטון), הם אינם יכולים להרשות לעצמם, מבחינה ציבורית, לטעון כי הם מבצעים הפיכה שיש בה אלמנטים של תפיסת שלטון לטובת האינטרס הציבורי. והנה, פוזנר מציב את הנימוק הזה כצידוק עובדתי, ואף תומך בו.

ככל שהטיעון האמור מהווה שיקול במסגרת המניעים להרחבת סמכויות בית המשפט ולהגברת שלטון החוק במובנו הקיצוני, יש בכך גם להסביר את המניעים לתופעת ההשתקה. אם זוהי תפיסת היסוד, הרי שכל המפריע לקיומה של תפיסת הסמכויות השקטה וכל המבקש לדון בשאלה אם היא ראויה, מפריע להצלחתה, הכרוכה במישרין בהיותה שקטה.

מבחינה זו, העלאת הטיעון באופן מפורש ומלא מציגה באופן חד את הדילמה: האם זהו מה שישראל זקוקה לו, והמטרה מקדשת אמצעים רבים, או שמדובר בהרחבת סמכויות שלמרות חוסר האמון במערכת הפוליטית צריכה לעבור בעצמה תהליכים פוליטיים.

3. גם לפוזנר יש אג'נדה

ובכל זאת, מאמרו של פוזנר איננו מאמר אקדמי טהור שבו מלומד אחד מנתח באופן ביקורתי, מדעי וחסר פניות את התאוריות של עמיתו. המצב המשפטי בישראל אינו מעניין במיוחד את פוזנר.⁸⁶ המאמר נכתב ופורסם על מנת לתמוך בעמדתו של פוזנר כי על השופטים האמריקנים להימנע מלהסתמך על הדין בשיטות משפט מחוץ לארצות-הברית בבואם לפסוק את הדין.

פוזנר, שופט בעל דעות שמרניות, משתמש בהצגתו של ברק הפופולרי באופן אישי בקהילייה המשפטית האמריקנית כקיצוני אפילו ביחס לשופטים הליברלים, כ"עדות ראשית" לעמדתו המתנגדת להסתמכות על פסיקה זרה כהחלטה משפטית בעלת משקל. נושא זה הפך באחרונה לנושא מרכזי בשיח המשפטי הפנים-אמריקני.⁸⁷ מה שנראה לכל סטודנט או שופט ישראלי כמעט כמובן מאליו, שיש מקום לבדוק את המשפט המשווה בעת הכרעה של סוגיה חדשה, עומד

86 פוזנר אינו מרבה להתייחס בכתיבתו הענפה לעניינים ישראליים, אולם כשהוא כבר עושה כן, הוא מביע בהם לעתים דעות מקוריות. כך, למשל, הוא סבר בשנת 2006 כי ניצחון החמאס בבחירות ברשות הפלסטינית עשוי להיות "הדבר הטוב ביותר שקרה לישראלים כבר שנים רבות" מכיוון שעם כניסתם של מנהיגי חמאס לבנייני השלטון, ישראל תוכל להגיב על התקפות של חמאס בהפצצת מנהיגי החמאס, שעתה יהיה קל לאתרם במבני הממשלה הפלשתינית - www.becker-posner-blog.com/archives/2006/01/hamas_palestine.html.

87 הוויכוח התעורר בארצות-הברית בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון בנושא הוצאתם להורג של קטינים שביצעו עברות שעונשן מוות. Roper v. Simmons, 125 S. Ct. 1183, 1199 (2005). לדיון האקדמי הענף בעקבות פסק הדין, ראו למשל: Roger P. Alford, *Roper v. Simmons and Our Constitution in International Equipoise*, 53 UCLA L. REV. 1 (2005); Vicki C. Jackson, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005); Jeremy Waldron, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129 (2005).

במרכז ויכוח ציבורי משמעותי בארצות-הברית. השופטים השמרנים, שפוזנר נמנה עמם, אינם מעוניינים בהסתמכות על אסמכתאות זרות, בעיקר מאירופה ומקנדה, בין היתר מכיוון שמדינות אלו ליברליות יותר מארצות-הברית. לפוזנר יש אפוא אינטרס להציג את משנתו של ברק כקיצונית, תוך שהוא משתמש בה כדי להמחיש כי הסתמכות על פסקי דין זרים עלולה להביא, רחמנא ליצלן (לשיטתו), ל"זליגה" של עמדות קיצוניות למשפט האמריקני.

גם התגובות של בכירים באקדמיה המשפטית האמריקנית על מאמרו של פוזנר התייחסו בעיקר לחלק העוסק בוויכוח הפנים-אמריקני בנושא הסתמכות על פסקי דין זרים.⁸⁸

אולם העובדה שמה שהניע את פוזנר לכתוב את מאמרו היא פנים-אמריקנית, איננה פוגמת בטיעון המרכזי של מאמר זה, שלפיו חסר בשיח הציבורי הישראלי דיון בשינוי שיצר בית המשפט העליון במעמדו שלו עצמו, וכי העמדה שנקט בית המשפט העליון שלנו איננה העמדה היחידה האפשרית בדמוקרטיה נאורות.

4. גם פוזנר טועה

במאמרו של פוזנר יש לא מעט טעויות בתיאור המצב המשפטי בישראל. כך, למשל, כותב פוזנר שבית המשפט קבע כי חוקי-היסוד הפכו לחוקה לאחר שברק קבע כי "הכנסת לא יכולה לבטל אותם". קביעה זו שגויה כמובן, שהרי לכנסת היכולת לתקן את כל חוקי-היסוד, ולמעט במקרים חריגים, היא אף לא נדרשת לשם כך לרוב מיוחד. אמנם בית המשפט העליון הטיל מגבלות על שינוי או פגיעה בחוקי-היסוד באמצעות חקיקה רגילה מאוחרת של הכנסת, אולם התיאור של פוזנר נראה קיצוני ומפחיד יותר מן המציאות לקורא האמריקני הממוצע שאינו דק פורטא.

בהאשמה אחת בעלת גוון אישי, מצאתי כי פוזנר עושה עוול לברק. פוזנר כותב כי ברק ציטט פעם מתוך טעות החושפת את עמדותיו (revealingly misquoted) את השופט האמריקני ג'ון מרשל⁸⁹ שאמר כי "אל לנו לשכוח שמה שאנו מפרשים (expound) הוא החוקה של ארצות-הברית"⁹⁰ וכתב "שמה שאנו מרחיבים" (expand). פרט לעקיצה בעניין השפה, הטענה כי הטעות הנה "חושפנית" (כנראה במובן של פרוידיאנית) משמשת את פוזנר לטיעון נגד עמדותיו של ברק.

על פי בדיקה שערכתי, המקור ממנו שאב פוזנר את הטעות הוא מאמר שפורסם בעיתון הישראלי THE JERUSALEM POST.⁹¹ אלא שבמאמר זה, הכותב

88 ראו למשל את תגובתו של פרופ' Saul Levmore, דיקאן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת שיקאגו - <http://uchicagolaw.typepad.com/faculty/2007/04/posner-barak-an.html> ואת תגובתו של פרופ' Michael Dorf, מלומד בכיר מאוניברסיטת קולומביה <http://michaeldorf.org/2007/04/posner-on-barak.html>.

89 פוזנר, לעיל ה"ש 9, בעמ' 10.

90 M'Culloch v. State of Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

91 Allan E. Shapiro, *Pitfall of legal correctness*, THE JERUSALEM POST Aug. 26, 1994 at 7A.

מביע דעתו באופן המפורש ביותר כי מדובר בטעות של המגיה ולא בטעות שיש ליחסה לברק עצמו. גם עיון במקור שבו נפלה הטעות של "הבחור הזעזער", הספר "שיקול דעת שיפוטי" מראה כי הדיון של ברק סביב הציטוט עוסק כולו בפרשנותה המיוחדת של החוקה ובשום אופן לא בצירוקים להרחבתה בידי בית המשפט.⁹² לא למותר לציין כי בספר שעליו נסובה ביקורתו הנוכחית של פוזנר, הציטוט מופיע באופן נכון.

ו. סיכום

הטענה העיקרית של רשימה זו הנה כי השינויים הדרמטיים במעמדו של בית המשפט העליון בישראל ובמעורבותו בהכרעות הכלליות של המדינה, התרחשו ללא דיון ציבורי נאות, ותוך שחלק מהניסיונות לדיונים כאלו הושקו באופן לא ראוי. מכיוון שטענת ההשתקה מועלית על ידי אגב ביקורת על ספרו של הנשיא ברק, אבקש להדגיש כי איני סבור שברק עצמו הוא שגרם להשתקה, וזו פעלה בלא הכוונה כלשהי "מלמעלה", מבית המשפט העליון.

אל מול השתקה זו, תורם מאמרו של ריצ'רד פוזנר תרומה משמעותית בדמות הלגיטימציה של הדיון. פוזנר גם מעלה על פני השטח טענה שלא נדונה באופן ציבורי מלא בישראל: האם בהנחה (המקובלת על פוזנר) כי זרועות השלטון האחרות נגועות בשחיתות ובבינוניות יש כדי להצדיק, כשלעצמה, הן חלק מהצעדים שנקט בית המשפט העליון להרחבת סמכויותיו והן את השתקת הדיון בנושאים אלו.

אין במאמר זה דעה לגופן של הסוגיות הראויות לדיון, ומי שיראה בו קריאה אוטומטית לנקיטת עמדה נגד כל התהליכים שהוביל הנשיא ברק בבית המשפט העליון – יטעה. המאמר קורא לקיומו של הדיון. גם התומכים של כל הפעולות להרחבת תחומי פעילותו וסמכויותיו של בית המשפט העליון צריכים לדעתי לתמוך בקיומו של הדיון הציבורי. ככל שהסמכויות (או מרביתן) תישארנה לאחור דיון כזה, בשוק החופשי של הרעיונות והדעות, הן תהיננה מתמיכה ציבורית רחבה יותר ומלגיטימציה מלאה, שחלקן נעדרות היום בקרב חלק מהציבור.⁹³

92 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 325 (1987).

93 השוו לדברי השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 399/85 כהנא נ' הועד המנהל של רשות השירות, פ"ד מא(3) 255, 281 (1987).