

**ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית
(בתגובה על מאמרי ביקורת של רוברט בורק
ויצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרון ברק)**
ברק מדרנה*

באחזרונה פורסמו שני מאמריהם קצרים הדנים בספרו של אהרון ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**: האחד מאות פרופ' רוברט בורק (Robert Bork), והשני מאות השופט (בבית המשפט הפדרלי לעניינים פדרליים) פרופ' ריצ'רד פוזנר (Richard Posner). שני מאמריהם אלה מבקרים את גישתו של ברק בחריפות רבה ובתגובה גותה במיוחד. בראשימה זו אובי מקש לטען כי ביקורות אלה הן משוללות יסוד. הן משקפות אי הינה של המצד השני תונגן בישראל מכמה עניינים מרכזיים; הן לוקחות בתיאור העובדות בנוגע לפועלו של הנשיא ברק כשופט; והן נעדרות התמודדות נאותה עם גישתו של ברק, אשר נגדה הם יוצאים. למעשה, הביקורות של פוזנר ושל בורק נכתבו בראש ובראשונה כחלק מוויוכות אמריקני פנימי ואין לראות בהם ניסיון רציני לבחון את גישתו התאורטית של ברק ובוודאי לא את פסיקתו. פוזנר ובורק נמנים עם הדברים המובהקים של עמדת שמאנית קיזזונית, המבקרת בסגנון חריף את התפישות המקובלות בפסקה של בית המשפט העליון בארץות הברית ובירם המרכז של מחקר האקדמי. ביקורת הספרים שפרסמו פוזנר ובורק משקפות גם את ההתנגדות העקרונית שלהם להיווקות למשפט ההשוואי

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

אני מודת לחבריי ליאב אורגד, דוד אנוך, עופר גרוסקובף, יואב דותן, אלון הראל, איל זמיר, יגאל מרזול, אילן סבן, הלל סומר, גידי ספיר וראם שבג, ולמערכת דין ודבריות על העורתיות המצוינות.

כל אתרי האינטרנט המאוחכרים להלן נצפו באחזרונה ב-2.8.2007, אלא אם כן נכתב אחרת.

במקור משפטי. פוזר ובORK מתחאים בעוצם קריكتורה של גישת ברק, ומנשים לאפיין אותה כונה באופן יסודי מהגישה המקובלת בארץ הברית, מתוך כוונה להציג באור מגוחך את חסירה של העמדת הרואה בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי - לפחות ככל>Status quo קונצנזוס רחוב - מקור משפט רלוונטי להבדעות שיפוטיות. נפועל, גישת תזריגת דיא דזוקא זו המוצגת על ידי ברק ועל ידי פונר, ואילו גישתו של ברק עוללה בקנה אחד עם תפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי כולו, ובכללו ארצות הברית, הן באשר לתקמידו של שופט בחברה דמוקרטית וכן באשר לתוכנן של ההגבילות המומיות על כוחו של הרוב.

א. המיותם שלבי אהרון ברק "יציר" חזקה לישראל. ב. המיותם בדבר "שלטונו השופטני". ג. המיותם בדבר אי הדלוננטות של שיקולاته מושדרים להברעה שיפוטית. ד. המיותם שביקורת שיפוטית היא מהלך "אנטידמוקרטי". ה. הערות סיבום.

באחרונה פורסמו גרסאות אנגלית של שניים מספריו נשיא בית המשפט העליון (ברימוט), פרופ' אהרון ברק - *פרשנות תכליתית*¹ ו*שופט בחברה דמוקרטית*.² ספרים אלה מצטרפים לגרסה האנגלית של ספרו, *שיקול דעת שיפוטי*, שפורסם ב-1989,³ ולשורה של מאמריהם שפרסם ברק בכתביו עת *משפטים אמריקניים*, ובهم המאמר שפורסם באחת הבמות היוקרתיות ביותר באקדמיה המשפטית האמריקנית - המאמר הפותח של *Harvard Law Review*.⁴ פרסומים אלה, כמו גם פרוייקט התרגום לאנגלית של עשרות פסקי דין של בית המשפט העליון,⁵ שרבים מהם נכתבו על ידי הנשיא ברק, הנבירו את הנוגשות 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 ("A Judge on Judging", להלן: ברק). הגישה האנגלית של הספר *שופט בחברה ימנטורית* מבוססת במידה רבה על מאמר זה, עם המברים הנוספים של ברק שפורסמו באנגלית בעת 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 וחמשים פסקי דין של בית המשפט העליון שתרגם לאנגלית מתפרסמים באתר האינטרנט של הנהלת בתי המשפט, רואו: [\[http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/search_eng/verdict_by_misc.html\]](http://elyon1.court.gov.il/eng/verdict/search_eng/verdict_by_misc.html)

ושופטים ברחבי העולם לתפיסת העולם השיפוטית של ברק, והביאו לידי שורה ארוכה של תשובות על חופה זו, בעיקר בארצות הברית, בפסק דין⁶ ובספרות האקדמית.⁷ מטעם הדברים, היבטים שונים בנישתו של ברק בענייני פרשנות ובענין תפוקדו של השופט פגנו ביקורת. עיקירה של הביקורת מכובן נגד התפקיד המרכזי שברק מייעץ לשופט בקביעת מדיניות, באמצעות התאמת הוראות הרין ("פרשנות") לערכי היסוד של השיטה, ל"תפיסות העומק" של החברה ולצרכיה המשתנים. הטענות העיקריות הן שברק אינו מאמין משקל מספק לעובדות קיומם של חילוקי דעתות עמוקות מאחר שהתוכנם של מקורות בלתי כחובים אלה, המגבירות את החשש כי ההכרעה השיפוטית מבוססת במידה רבה על תפיסת העולם של השופט;⁸ וכן שהוא אינו מתחשב במידה מסוימת בשיקולים מוסדיים,

⁶ כך, למשל, ספרו של ברק על שיקול הדעת השיפוטי אוצר, בהסכמה, בכמה פסקי דין של בית המשפט העליון של ארצות הברית, כגון: *Circuit City Stores v. Adams*, 532 U.S. 105, 132 (2001); *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) והשפט אחרים בכוונה זו. הסתמכות מפורשת על גישתו של ברק ניתנת למזווג גם בשורה של פסקי דין של בית הולדים *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; *Re Application under s. 83.28 of the Criminal Code*, 2004 SCC 42; [2004] בקנדה (כוגן).

⁷ ספרו של ברק על שיקול הדעת השיפוטי אוצר בקרוב לחמישים מאמרים אקדמיים שפורסמו

בארצות הברית. מאמריו של ברק, "A Judge on Judging", העלה, העלה 4, שפורסם בכתב העת Harvard Law Review, צוטט בקרוב למאה ועשרים מאמרים אקדמיים שפורסמו בארצות הברית בחמש השנים האחרונות מאו פרסומו. עם המאמרים באנגלית המוקדשים לדין ביקורתו בנישתו 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. Balmer ;L. Rev. (2004) 1763, p. 1775 להדגשת יסוד זה בתהילת היקפה הרואוי של הביקורת השיפוטית, ראו: Amy Gutmann and Dennis Thompson, Democracy and Disagreement (1996); Ruth Gavison, "The Role of Courts in Risted Democracies", 33 Isr. L. Rev. (1999) 216; Jeremy Waldron, Law and Disagreement

הן במשור העקרוני «כגון החשיבות של קבלת החלטות באמצעות נבחרי ציבור»⁹ והן בקשרים קונקרטיים (כגון הצורך להתאים את מידת ה"אקטיביזם" השיפוטי לאפקטיביות של המוסדות הפוליטיים בחברה, בזמן ובקשר נתוניים).¹⁰

לאוסף הדיונים במשנתו של ברק נוספו לאחרונה שני מאמריםקדרים המוקדשים בספרו, שופט בתבריה דמוקרטיות: האחד מאת פרופ' רוברט ברוק,¹¹ והשני מאת השופט (בבית המשפט הפדרלי לערעורים), פיזוף ריצ'רד פונר.¹² שני מאמריהם אלה מבקרים את ברק בחריפות רבה ובסוגנון בוטה במינוח. ברוק, שכבר אפיין בעבר את בית המשפט העליון בתקופתו של ברק כ-*"simply the most activist, most antidemocratic court in the world"*,¹³ מאפיין את גישתו של ברק כיווצרת תהליך ש"פירושו למעשה סילוק ידיו של העם מן הפוליטיקה והעברתה לידי השופטים", וטוען כי בפסקתו של ברק ניכרת "מנגנה אוטוריטרית" וכי ברק מבקש להבטיח את שליטהם של בתים המשפט בחברה.¹⁴ פונר אמן פותח במחמאות לבrok, ציינו כי לו היה מוענק פרס נובל במשפטים, ברק היה אחד

(1999); Samuel Issacharoff, "Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies", 82

Tex. L. Rev. (2004) 1861

.9. למשל: *לעיל*, העלה 7.

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" לדין בויקה שבין האפקטיביות של הרשותות הפוליטיות (בעיקר הכנסת) לבין החקיקה (המצו והרצוי) טל הביקורת השיפוטית, ראו: אלן בנבנשטי, "בלמים ואיזונים בחסות בית-המשפט", משפטים לא (תשס"א) 797; עמרי ידלין, "שיקול דעת שיפוטי" ו'אקטיביזם שיפוטי' כمشחק אסטרטגי", מתחקרים משפט יט (תשס"ג) 665; אמנון רובינשטיין וברק מדרינה, *המשפט והחוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יפהו* (בעמ' 2005) 191-202.

.10. רובייט ברוק, "השופט, החרב והארנק", *תבלת* 27 (תשס"ז) 146. ברק דין כבר עבר בither הרחבה בגישתו של ברוק: Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (2003) pp. 111-134

.11. Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, *The New Republic* (23.4.2007) .12 פורסם באתר "מרכז שלם": [\[http://www.shalemcenter.org.il/media/?did=64&aid=2cebedd70332e20f1adca1cd1c99e209\]](http://www.shalemcenter.org.il/media/?did=64&aid=2cebedd70332e20f1adca1cd1c99e209), ובערבית בעיתון *يحيط أهليون* (4.5.2007).

.13. Bork (*לעיל*, העלה 11) בעמ' 13.

.14. ברוק (*לעיל*, העלה 11) בעמ' 146.

המודדים הראשונים לזכות בפרס; אך מהר מאד הוא עובר לביקורת נוקבת. פוזנר מכנה את ברק "שודד ים משפטני" ("Barak] was a legal buccaneer") ומדמה את גישתו לתפיסה שלטון בכוח ("Barak's] approach can accurately be described as usurpatative"). פוזנר מאשר את קביעתו של ברק, לפיה ברק קבע شيئاً עולמי ביורה שיפוטית ("judicial hubris") ומכתיר את ברק, בគורתה המאמרת, כלא פחות מרודן נאוור ("Enlightened Despot").¹⁵ פוזנר מתאר את גישתו של ברק כمبرטה תפיסה משפטית השונה מן היסוד מהתפיסה המקובלת בארץות הברית ("weirdly different juristic universe"), ואשר לפיו החברה השיפוטית מבוססת, ככל כולל, על עמדתו האישית של השופט.¹⁶ בשולי מאמר הביקורת שלו, אולי מזור שיאפה לרך במקצת את חומרת הביקורת שלו כלפי ברק, פוזנר מצין כי בניסיבות המיזוחות של מדינת ישראל ולפי 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" ¹⁷ האקטייביזם השיפוטי של ברק עשוי להיות מוצדק, אך הוא מבקר את ברק על כך שאינו מסיג את גישתו לניסיבות המיזוחות של ישראל.¹⁸

למעשה, הביקורות של פוזנר ושל ברק נכתבו בראש ובראשונה כחלק מוויוכות אמריקני פנימי ואין לראות בהן ניסיון רציני לבחון את גישתו התאורטית של ברק ובוואדי לא את פטיקתו.¹⁹ פוזנר וברק נמנים עם הדברים המובתקים של עמدة שמונית קייזונית, המבקרת בסגנון חריף את התפיסות המקובלות בפסקה של בית המשפט העליון בארץות הברית ובזעם המרכזי של המחוקך האקדמי.²⁰ ביקורות הספרים שפרסמו פוזנר וברק

15. Posner (לעיל, העלה 12). מוסיף ומתאר שם את "המחפה החוקתית" שיום ברק כדומה בנסיבות מעשהו של נפוליאון, שכחtid עצמו לkipser: "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. "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"

18. לגישה אחרת, לפיה יש לראות במאמר הביקורת של Posner פתיחה של דין אקדמי וציבורי בתפיסות היסוד של המשפט הציבורי בישראל, כפי שעוצבו על ידי ברק, ראו: הלל סומר, "דיבידר פוזנר על אהרון ברק: 'דברים שרואים ממש – לא רואים מכאן?'" (הפרלמנט מת(2) טרם פורסם).

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

משמעות גם את ההתנגדות העקרונית שלהם להזקקות למשפט ההשוואתי כמקור משפטי. פונר ובורק מתארים בעצם קריakterה של גישת ברק, ומנסים לאפיין אותה בשונה באופן יסודי מהגישה המקובלת בארצות הברית, מתוך כוונה להציג באור מגוחך את חסידאה של העמדה הרואה בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי – לפחות ככל שהן מבאות קונצנזוס רחב – מקור משפט רלוונטי להכרעות שיפוטיות. בפועל, הגישה ה"מוזרה" והחריגה היא דווקא הגישה המוצגת על ידי ברק ועל ידי פונר, ואילו גישתו של ברק עולה בקנה אחד עם תפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי כולם, ובכללו ארצות הברית, הן באשר לתפקידו של שופט בחברה דמוקרטית והן באשר לתוכנן של הגבלות המוטלות על כוחו של הרוב.

ברשימה קצרה זו אני מבקש להתייחס לכמה היבטים בביברות של ברק ושל פונר על גישתו של ברק, בתוכה אני מבקש לטען, כי אף בהתעלם מסוגנון המשתלה, בィקורת אלה הן משלולות יסוד. הן מסקפות אי הבנה של המצב המשפטי הנהוג בישראל בכמה עניינים מרכזים; הן לוקות בתיאור העובדות בוגנע לפועלו של הנשיא ברק כשופט, והן געדות התמודדות נאותה עם גישתו של ברק, אשר נגדה הם יוצאים. יתר פרוט, אני מבקש להפריך ארבעה מיטוסים בנוגע לביקורת שיפוטית בכלל, ובוגנע לעמדתו של אהרן ברק בפרט, המוצאים ביטוי בביברות של ברק ושל פונר.

miteos אחד הוא כי אהרן ברק יציר חוקה למינית ישראל, בבחינת יש מאין. יש בוודאי בסיס לסתירה כי הכרעה השיפוטית בדבר קיומה של חוקה התבבסה על העמדה כי רצוי שלמדינת ישראל תהיה חוקה. אולם בית המשפט לא קבע את תוכנה של החוקה, אלא רק הכיר בכוונה של הכנסת לעשות כן, באמצעות חוקת חוק יסוד. ההכרה אינה צופה פנוי עבר בלבד, אלא כוללת גם הכרה מפורשת בכוונה של הכנסת לשנות את חוקי היסוד. יש בוודאי מקום לוינכה, האומנם רצוי שלמדינת ישראל תהיה חוקה, והאם רצוי להכיר בכוונה של הכנסת לכונן חוקה; אך הקביעה כי אהרן ברק, או בית המשפט העליון, ייצור את החוקה היא חסרת בסיס.

miteos שני הוא בדבר "שלטונו השופטים". לפיו, בתקופה כהונתו של ברק נהפר בית המשפט העליון לגורם מרכיבי בחיים הציבוריים בישראל, והתוותה את המידיניות של מדינת ישראל, המזיאות שוניה בתכלית. בפועל, כל ההחלטהות החברתיות העיקריות בעשרות השנים האחרונות במדינת ישראל התקבלו, بلا יוצא מן הכלל, על ידי הממשלה והכנסת, ללא מעורבות ממשית של בית המשפט. בית המשפט העליון אמן מילא תפקיד חשוב מאוד בשימור האתוס הדמוקרטי, בעיקר בתחום ההגנה על חירותו היסוד של הפרט

.Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990)

עדותיו השמרניות והקיצניות של ברק הביאו לידי ההתנגדות 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 האגדת תקינות ההליכים הפליטיים; אך מעורבותו בהכרעות הפליטיות החשובות ובקביעת מדיניות אינה ממשונית. מיתוס שלישי הוא בדברי א' הרלוננטים של שיקולים מוסריים להכרעה השיפוטית. פוזנר טוען כי על השופט להבחין באופן ברור בין שיקולי צדק, הרלוננטים לקבעת התוצאה הרצויה, בין שיקולים משפטיים, האמורים להכתיב באופן בלעדי את התוצאה הנכונה מבחינה משפטית. פוזנר טוען כי התפיסה המקובלת, לפחות בקרב השופטים בארץות הברית, מבטאת הבחנה כאמור. עניין אמפירי, זהה טענה חסרת יסוד. בפועל קיים מתאם מובהק בין עדמתם האידאולוגית של שופטים לבין האופן שבו הם מישימים דוקטרינות משפטיות.

מיתוס רביעי הוא כי בגלל המשקל המרכז של שיקולי מוסר בהכרעות שיפוטיות, אקטיביזם שיפוטי הוא אנטי-דמוקרטי. בענין זה אני מבקש לטעון, בראשי פרקים, כי הטענה אינה מבוססת, הן בוגר לഗדרת מהותה של דמוקרטיה בעקבות בחינת שיטת המשפט המקובלת במדינות אשר מקובל לאפיין אותן כdemocracies; והן בוגר להגדרת המבוססת על ההערכה, מאי שיטת המשפט הרצוית.

א. המיתוס שלפיו אהרן ברק "יצר" חוקה לישראל

תלק מרכז בביברותו של ברק ופוזנר מכוון להכרעותיו של ברק כשופט. טענה אחת מכובנת ל"מהפכה החוקתית" – ההכרה בחוקי היסוד כבעל מעמד חוקתי. ברק מסתפק בהקשר זה בציוט מרשימה שפרשמה אוולין גורדון בಗזרות פוטט, בציינו כי "הטענה שלחוקי היסוד מעמד חוקתי, המסימך את בית המשפט הישראלי לבטל חוקקה סותרת, היא 'מפוקפקת בלבד' מכך, מכיוון שחוקי היסוד לא עברו כל הליך של אישור חוקתי והתקבלו בידי רבע בלבד מחברי הכנסת" וטען כי ממשום כך, "המהפכה החוקתית' של ברק אינה מתישבת עם קביעתו [שלו] ... ש'בית המשפט מוסמך לפרש את החוקה, אך הוא אינו מוסמך לכונן חוקה".²¹ פוזנר מכנה את חוקי היסוד, המהווים לפי גישתו של ברק את החוקה של מדינת ישראל, בביטויי whole cloth, שמושמעו דבר מופרך לחלוין, חסר כל בסיסים (pure fabrication);²² ומוסיף:²³

ליישראלי אין חוקה. יש לה "חוקי יסוד" שהוחקكت הכנסת, ושותם השווה ברק לחוקה, בכך שקבע שהכנסת אינה יכולה לבטל אותם. מדובר בرعון מדרים: תארו לכם, שהקונגרס שלנו יתוקח חוק המאפשר לכל אורת

21. ברק (לעיל, העדרה 11).

22. Posner (לעיל, העדרה 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. ברק (לעיל, העדרה 11), התרגומם מבוטס על תרגומה של לילית וגנר שפורסם בידיעות אחרונות, בשינויים קלים.

לשנת נשק בהיכבה, ובית המשפט העליון יקבע שלולם אי אפשר יהיה לבטל את החוק, ורק רביע מחברי הכנסת הצבעו בעד החוקים הללו.

דברים אלה רצופים טעויות. למשל, לא נכון שהכנסת אינה דשאית לשנות את חוקי היסוד ובנוגע למורביה חוקי היסוד לא נדרש לשם כך אפילו דוב מוחדר כלשהו. גם לא נכון שרק רביע מחברי הכנסת תמכו בחוקי היסוד – מרבית חוקי היסוד התקבלו ברוב מכריע.²⁴ בורק ופוזנר מתעלמים לחילוטן מן הדין התאורתי הנרחב – בפטיקה ובספרות האקדמית – בנוגע לשאלה, כיצד בכלל יש להזות חוקה הענתק סמכות מוגנת – הסמכות לחابر חוקה ולשנותה – לגוף המכון גם כבית מחוקקים, מתקבלת ללא כמעט והטענה כי עצם חקיקת חוקי היסוד על ידי הכנסת כמו גם כינוי החוק "חוק-יסוד") שוללת, מניה ובהיה, את מעמדת חוקתת המאוחדת של ישראל, שהרי במידע, האסיפה המכוננת, שנבחרה לחابر חוקה, החליטה בתוך ומן קזר לאחר היבחרה לכנות עצמה "הכנסת הראשונה" ולכחן גם כבית מחוקקים, ובסיום תקופת כהונתה קבועה במפורש כי לכנות הבאות יהיו "כל הסמכויות" שהיו מסורות לכונת הראשונה.²⁵

24. טענתם של Posner-Bork מתייחסת, כך נראה, לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שהתקבל ב-1992 ברוב של 32 לעומת 21 בקрай האשלישית,อลומ מרבית חוקי היסוד האחרים התקבלו ברוב מכיריע של חברי הכנסת. במיוחד השובבה בהקשר זה התמיכה של יותר מ-80 חברי כנסת בחוק-יסוד: חופש העוסוק שהתקבל ב-1994, ושלל גם תיקון חשוב לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזאת לאחר שכבר פורסמה עמדתו של אחרון ברק, באותו עת רק בכתיבת אקדמית, בדבר מעמדם של חוקי היסוד. בעקבות זאת טען שר המשפטים לשעבר, דן מרידור, כי עם קבלת תיקון של שני חוקי היסוד בתשנ"ד, "לא ניתן עוד לטעון שהכנסת קיבלה בא-ידייעה את החוקים. עתה, מתוך ידיעת המשמעות והפרשנותஇ' של ההחלטה המכוננת מהדר וברוב עצום... את החוקים ואת עקרונותיהם". ראו: דן מרידור, "הכרעות לאור חוקי היסוד", רפורמה קוונטיטוציונית בישראל והשלכותיה (תשנ"ה) 69, עמ' 71. העובה שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זהה ב-1992 לתמיכתם של 32 חברי כנסת בלבד היא בין היתר תוצאה של טיפול פרוזאי – העובה שבאותה עת התקיימו הבחירות המקובלות במפלגת העבודה, ורבות חברי הכנסת של מפלגה זו, שתמכו באופן נחרץ בהצעת החוק, הערכו כי קבלת החוק ממילא מובטחת, ולפיכך נעדרו מן הצעעה. הדינונים הממושכים שקדמו להצעעה, שכלו פשרות רבות, הבטיחו תמייה רחבה מאור בחוק היסוד. ראו: אמנון רובינשטיין, "הכנסת חוק-יסוד על זכויות האדם", משפט וממשל ה (תש"ס) 339, עמ' 331-339.

25. כך, למשל, הסמכות לשנות את המחוקקה מסורה לבית המשפטים במדינות סקנדינביה, בולגריה, בבלגיה, באוסטריה, בגרמניה ובהודו. לסקירה רואו: Comparative Constitutional Law (Vici C. Jackson and Mark Tushnet – eds., 1999) pp. 251-454.

26. לדין בהיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל דאו, למשל: רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערת (10) בעמ' 38-35 ובעמ' 79-85).

בנוסף, בורק ופוזנר מתעלמים מן המציאות והחברתית בישראל, בהציגם את ההכרה בסמכות המכוננת של הכנסת, ובחוקין היסוד כחוקה, כתפיסתו הפרטית של ברק. קיימת הסכמה רחבה כי הכנסת היא הרשות המכוננת, המוסמכת לכונן את החוקה, כפי שמעידים הדיונים הממושכים בעניין החוקה בועדת "חוקה, חוק ומשפט" של הכנסת בשנים האחרונות. הכנסת לא תקינה את חוקי יסוד בתגובה על הכרעתו של בית המשפט בדרבר "מהפכה חוקתית", ונמנעה מהגביל את כוחו של בית המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על חוקים. הפרקטיקה המקובלת בשנים האחרונות בכנסת היא כי יש לבחון את התאימותה של החקיקה מוצעת להוראות חוקי היסוד, מתוקף ההכרה בעליונות הוראות חוקי היסוד לעומת החקיקה "רגילה".²⁷ הכנסת גם קיבלה בהסכמה ברורה את הכרעותיו של בית המשפט שבוחן הוכרזה בטלותן של הוראות בחקיקה מחמת הפגיעה הנובעת ממן בהוראות חוקי היסוד.

בורק ובעיקר פוזנר אינם מחשיבים כראוי את שיקולי המדיניות המונחים בסיסוד ההכרה בחוקי היסוד כחוקה. פוזנר מצין במאמריו כי הוא מסכים שהחוקה הייתה עשויה להוועיל לממדינת ישראל ("Israel") really could use a constitution), ואך בורק אינו שולל את האפשרות ש"ווטו שיפוטי", כלשונו, יהיה מוצדק בנסיבות מסוימות. ניתן להסביר כי קל יותר, לפחות מבחינת הלגיטימציה הציבורית, להכיר בעליונות ובגנושות של חוקת המונוסחה במסמך אחד בלבד, שתתקבל בהליך חנייני, שככל אישור מפורש של ידי רוב מכריע בקרב הציבור (אך שגם אז, ההצדקה אינה מובנת מעצמה), למשל בשל הביבלה של הדורות הבאים להסדרים הקבועים בחוקה, ללא שתתקבלה הסכםם לכך, באופן המונגדר, לכואורה לפחות, לעקרון היסוד הדמוקרטי של שלטונו עצמי).²⁸ אולם השאלה היא, מה המדיניות הרצiosa בנסיבות כמו בישראל, שבثان מכיריים לצורך בחוקה, אך אין בכך מסמך שלם כאמור, ואין סיכוי ממש לקבלו בעtid הנראה לעין. ההכרה בחוקי היסוד כחוקה אינה התואזה היחידה האפשרית מבחינה לוגית.²⁹ היא תואזה של בחירה בפרשנות אחת מבין כמה חלופות, שכולן אפשרות מבחינה מילולית. בחירה זו מבוססת על ההערכה כי זה 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 מספק – ואך אינה תנאי הכרחי – להגבלת סמכותו של המחוקק, וכי ההגבלה נובעת בעיקר מהתפיסה המקובלת הציבור: Lawrence H. Tribe, "Five Reigning Myths about Constitutionalism and Judicial Review", Ronald G. The Israel Academy of Sciences and Humanities (1994) pp. 12-14 Dworkin, A Bill of Rights for Britain (1990) p. 27 לוכיות האדם תיהפך לבעלת מעמד "חוקתי" במשפט האנגלי, אין די באימוץ בחוק מפורש של הפרלמנט (כפי שאכן נעשה בחוק מ-1998, שנכנס לתוקף בשנת 2000), אלא גם בקבלה ככו על ידי הציבור.

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

הערכה זו מבוססת על ההכרה בחשיבות של החלטת ביקורת שיפוטית על חקיקה לשם הבטחת כיבוד זכויות ריסות של האדם והאגנה על עקרונות היסוד של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטיבית, וכן על ההכרה בכך שאת הביקורת השיפוטית על חוקקה מוטב לבסס על הסכמה מפורשת של העם, ولو בנסיבות נציגו בכנסת. ההכרה בחוקי היסוד בחוקה מהוות פשרה דואיה בהקשר זה, בעיקר בשל שלושה מאפיינים מרכזיות של חוקי היסוד: ראשית, הם נקבעו על ידי הכנסת, לה מסורה – לפי התפיסה המקובלת בישראל גם לפני ההחלטה השיפוטית על "המהפכה החוקתית" – הסמכות לכונן חוקה; שנית, יש בחוקי היסוד סמנטים חוקתיים מובהקים (אך אם אינם חד ממשמעיים): הם מסדרים את סוגיות היסוד של המשפט; הם משתמשים בלשון של עליונות על פני חקיקה רגילה; הם מכונים בכותרתם "חוק יסוד" ושנות החקיקה שליהם מושמתות; ולבסוף, רובם התקבלו ברוב מכריע; ושלישית, וזה כאמור גורם שהוחמן כמעט כליל על ידי פונר, חוקי היסוד אינם נוקשים אלא ניתנים לשינוי, ברוב המקרים ברוב רגילה, אך שהcabille הנובעת מהכרה בהם בחוקה אינה כבילה חוקתית.³⁰ ברק אמן ציין בכמה הדוגמאות כי "יתכן שכוחה של הכנסת לשנות את חוקי היסוד עשוי להיות מוגבל",³¹ בעקבות תקדים לכך במשפט המשווה;³² אך ברק נמנע מלקבע לכך במפורש ומכל מקום סיגג אפשרות זו למקרים קיצוניים במיוחד, שבהם הכנסת מבקשת לחוקק "חוק [לרבות וחוק יסוד – ב"מ] המבטל את הדמוקרטיה ומכוון משטר דיקטטורי".³³

.30. לכך נוספת גם האפשרות, הזוכה לתמיכה גוברת בשנים האחרונות, להכיר בכוחה של הכנסת להניב על הביקורת השיפוטית בדרך של חוקה מחדש של חוק שהוכרו כככל, ללא צורך בתיקון חוקי היסוד. לדיוון מופיע בדיאלוג בין המחוקק לבין בית המשפט, ראו: גدعון ספר, "שלושה מודלים של חוקה", משפטים לו (טרם פורסם).

.31. למשל: בג"ץ 6427/02 התנוועה לאינות השלטון בישראל נ' חבנת (טרם פורסם) (להלן: עניין התנוועה לאינות השלטון בישראל), סעיף 74 לפsek הדין של הנשיא ברק: "יש מקום לתפיסה כי חוק או חוק יסוד, אשר ישלו את אופייה של ישראל כמדינה יהודית או דמוקרטיבית, איינו חוקתי, העם, הריבון, לא הסימך לכך את הכנסת שלנו. זו הוספה לפועל במסגרת עקרונות היסוד של המשפט"; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל בperf שיתופי, פ"ד מט(4) 221, בעמ' 394 (להלן: עניין בנק המזרחי); אהרן ברק, השופט בחברה דמוקרטית (תש"ג) בעמ' 99: "הגבל זה על כוחו של המחוקק הלה במקרים מיוחדים ויוצאי דופן שבהם השינוי החוקתי פוגע בלבית הדמוקרטיה ושולל את תוכנות המינימום הדורשות למשטר דמוקרטי".

.32. תקדים לכך מציין בפסקת בית המשפט העליון של הודו ובית המשפט העליון של דרום אפריקה. ראו: דוד קרצמר, "مبرגם וקול-העם לבנק המזרחי: הדריך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם", משפטים כה (תשנ"ג) 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 בחקיקה היסוד כחוקה וביכולת לאכוף הוראות של החוקה על חקיקה של הכנסת, עד מה שלה מסכימים כו, ככל הנראה, כל שופטי בית המשפט העליון, היא קביעה סבירה בהחלט.³⁴ כייע, יש החולקים על עמדה זו, ובهم השופט חסין בדעת המיעוט שלו בפרשן בנק המזרחי ב' מגבל,³⁵ וטעוניהם עימם. אך תילוקי הדעות הללו עומדים בשאלות, אם ההכרה בחוקה היסוד כחוקה היא הפרשנות הרואה בהינתן מכלול שיקולי המדיניות ההלוגנטיים. אין בחילוקי הדעות הללו כדי לשלול את הלגיטימות שבמעמדתו של הנשיא ברק, ואין בהם כדי להפוך אותה להסתור בסיס מבחינה משפטית, מכל מקום, שלא כתיעוניהם של ברק ושל פונן, לא מזכיר כאן ביצירת חוקה על ידי בית המשפט, אלא בהכרה בכוחה (הנמשך) של הכנסת לכונן חוקה.

ב. המיתוס בדבר "שלטונו השופטני"

אלכיסיס דה-טוקוויל אפיין את הדמוקרטיה האמריקנית כבר במאה התשע עשרה כחברה שבה כל שאלה פוליטית מובהת, במקדם או לאחר מכן, להכרעה שיפוטית.³⁶ יש הסברים כי תיאור זה מתאים גם לישראל וכי ההוראות המרכזיות מתתקבלות בסופו של

³⁴. אלכיסיס דה-טוקוויל אמר now count as [a valid] amendment, ראו גם, בהקשר היישראלי: אריאל בנדרו, "המעמד המשפטי של חוק-יסוד", ספר ברונזון (כרך שני, אדרן ברק וחימם ברונזון – עורכים, תשס"ג 119, עמ' 142; רוביינשטיין ומדינה (לעיל, העלה 10) בעמ' 110-124).

³⁵. אגב, לקראת סוף רשות הביקורת של, מצין לפטע 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 איןנו מנמק כיצד דברים אלה עוסלים בקנה אחד עם עמדתו, שחוקי היסוד אינם אלא "whole cloth", ואינו מסביר מדוע חוקי היסוד עשויים לשמש בסיס נאות דהוא לאכיפת איסור הפליה (אף שהזכות לשוויון אינה מוצרכת כלל בחוקי היסוד) אך לא לעניים אחרים, למשל לתגובה על זכויות יסוד המוניות במפורש בחוק-יסוד: כבוד האדם ותירונות. Posner (לעיל, העלה 12)).

³⁶. עניין בנק המזרחי (לעיל, העלה 31). ראו גם, למשל: גבעון (לעיל, העלה 29); יהושע (שוקי) שנגבי, "מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של 'ההחלטה שלא להחליט'", מאconi משפט ה (תשס"ז) 125; Michael Mandel, "Democracy and the New Constitutionalism in Israel", 33 Isr. L. Rev. (1999) 259 and the New Constitutionalism in Israel"; דן אבןון, "הhabitual הלא-דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם", פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 53; יואש מייזלר, "המהפכה ה חוקית" – עשור וקצת אחריו: הרין והחסובן", תרבות דמוקרטיות 7 (תשס"ג) 131.

³⁷. אלכיסיס דה-טוקוויל, הדימוקרטיה האמריקאית (יוחנן טברסקי וישראל מרגלית – מתרגמים, תש"ל) בעמ' 84-90. לדין בעמדה זו, ראו: דוד אוחנה, "אלכיסיס דה-טוקוויל: ארצות הברית כנכואה לעתיד העולם המודרני", בעקבות קולומבו: אמריקה 1492-1992 (MRI אליאב פלדון – עורכת, תשנ"ז) 93, בעמ' 109.

דבר על ידי בית המשפט העליון.³⁷ כאמור לעיל, זהה טענה מרכזית של ברק ושל פונדר נגד ברק, ברק מאפיין את גישתו של ברק כمبرטה "שלטן [של] השופט" ויוזנות שיפוטית" ומסכם בקביעה כי "בית המשפט הישראלי, ביום רתו לשולט הן בחרב הן בארכן, עלול בהחלטת החלטות כרשות המוסוכנת ביותר לזכותה הפליטיות של האומה".³⁸ פונדר מהרמה מחזק אחיזו, ומואר את ברק כמו שיצר עצמה שיפוטית אשר אף ילו מרווחי הלבת מקרוב שופטי בית המשפט העליון האמריקני לא העזו להלום עלייה וממנה אותו, כאמור, רוזן.³⁹

אני מבקש לכפר בטענה זו בדבר "שלטן השופטים". דרך פשוטה לבחון זאת היא באמצעות הערכה, מה היה תלאו של בית המשפט העליון בכל אחת מן הנסיבות החברתיות העיקריות שהתקבלו בישראל מאז שנות השמונים ועד ימינו, תקופה כהונתו של ברק, בראשות ההכרעות הללו יכללו, למשל, התוכנית הכלכלית של 1985, הרחבת התחנכוויות, הפלישה לבנון והנסיגת מלבנון, הסכמי אוסלו, מדיניות ההפרטה, הגדלת קצבאות הילדיים והקייזן שלן, תוכנית ההתנקשות, מבצע חומת מגן, הקמת גדר ההפרדה, החלת מס רווחי הון, שינויים במדיניות הגירה לישראל, המדיניות שננקטה במהלך לבנון השנייה ועוד. כל החלטות הללו, ללא יוצא מן הכלל, התקבלו על ידי הממשלה והכנסת, ללא מעורבות ממשית של בית המשפט. בית המשפט לא יום אף לא אחת מן החלטות הללו, הן לא התקבלו בעקבות החלטות שלו ולא בעקבות עתירות שהוגשו לבית המשפט. חלק מן החלטות אمنנו נידונו בבית משפט לאחר שהתקבלו על ידי המערכת הפליטית, אך בכל המקרים מלבד היבטים מסוימים בוגרעו לתוואי גדר ההפרדה ובוגרעו למלחמה בטרור, כמפורט בהמשך) החלטת בית המשפט שלא להתערב.

הדברים דומים בוגרעו למחדלים של ממשות ישראל לדורותיהם, כגון אי מניעת התרחבות הפעיריים בחברה והעמקת העוני, אי גיקת צעדים למניעת הפליה של אורחים ערבים על ידי גורמים פרטימיים, עיכובים בהחלטות על הפלחת מים ומחוזר אשפה, ועוד. גם כאן, התרומה של בית המשפט (ולטוב או לרע) לשינוי חברתי אינה נিכרת. כך, למשל, בית המשפט לא הורה לממשלה לנקט מדיניות של העדפה מתקנת לשם התמודדות עם אי שוויון והיעדר ייצוג הולם למגוריים שונים בחברה (אלא הסתפק באכיפה של הסדרי העדרפה מתקנת שקבעו הכנסת והממשלה); בית המשפט לא הורה לממשלה להקים בתים תמיוני או למן תרופות מצילות חיים; הוא לא מנע הפליה בבדיקה של אורחים ערבים בשדה התעופה; והוא אף לא בחר כל את החוקיות של אי גiros ערבים לשירות בצח"ל. דוגמה מובהקת למגמה זו היא הקמת התחנכוויות. אף שקיים הסכם גורפת בקשר משפטנים כי הקמת התחנכוויות בשתיים איננה חוקית (שכן אינה משרתת צורך צבאי), ולפיכך היא אסורה לפי הדין הביןלאומי החקלאי (בשתיים), בית המשפט נמנע מלהכריז על

.37. למשל: רות גביזון, "מעורבות ציבורית של בג"ץ: מבט ביקורת", *אקטיביות שיפוטית*: بعد ונגד (תש"ס) 69, עמ' 106-107.

.38. ברק (לעיל, הערא 11).

.39. Posner (לעיל, הערא 12).

כך.⁴⁰ אפילו כאשר הבהיר בסתוריה זו הייתה נחוצה לשם בחינת הלגיטimitiyot של הקמת גדר ההפרדה בתוך השיטה הכבוש, מוחוץ לשיטה של מדינת ישראל, משום שתוואי הגדר נקבע לשם הגנה על תושבי התחנהליות, בחר בית המשפט להימנע מהכריע בשאלת החוקיות של הקמת התחנהליות והמשך התתיישבות בהן על ידי אוורחים ישראליים.⁴¹ וזאת שניה היא מודיניות ההפטרה וצמצום הקצאות. בית המשפט אמן ניאות לדון לנוף בעתירות הרבות שהוגשו בנושאים אלה, אך נמנע כמעט כליל מהתערב, ולמעשה הותיר את הבהיר בהן לזרה הפוליטית.⁴² דוגמה שלישית, אמן מובהקת פחותה, היא זו של דין המשפהה בישראל, החלת הדין הדתי בענייני נישואין וגורושים (דין תורה בנוגע ליהודים), המבטה גישה פטריאכלית מובהקת, גורמת להפליאת נשים חמורה, והן אף אין שותפות

ראוי: בג"ץ 91/4481 בריגל' ממשלה ישראל, פ"ד מז(4) 210, בעמ' 215 (הנשיא שmag), שם נקבע כי טענה כנגד חוקיות התחנהליות היא טענה "הטעינה לנושאי מדיניות השמורים לרווחות אחרות של הממשלה הדמוקרטי, [ואשר] מעלה נושא שהסתמנים המדיניים שבו הם דומיננטיים וגוברים בעיליל על כל קטעי הקטעים המשפטיים שבו. אופיו שלשלט של הנושא המועלה בעתריה הוא מודיעני מובהק". ראו גם: בג"ץ 98/1325 עירא נ' מפקד בוחות צה"ל באזרה יהודית ושומרון, פ"ד נה(1) 913, שם נדחתה על הספק עתירה נגד חוקיות תוכנית להרחבת מעלה אדומים, שנועדה לצור רצף אורבני בין היישוב ובין תחום השיפוט של ירושלים. השופט טטרסברג-יכון קבעה כי "סוגיית המתישבות הישראלית אינה חילך מן הבושאים הנמצאים על שולחן הדיוגנים בין ישראל ואש"ף במסגרת הדיוגנים על הסכם הקבע... אין בית משפט זה אמר לו להידרש לסתוריה זו בעצומם של המגעים המדיניים ולהתערב בעקביהם בסרטוט המפות. וזה מלאכתה המובהקת של הממשלה לזרועותיה", שם, בעמ' 918. לביקורת על גישה זו ראו: David Kretzmer, *The Occupation of Justice* (2002) pp. 187-198.

בקשר זה גם: רובי סיביל, משבט בינלאומי (תשס"ג) בעמ' 469-473. הנוכנות של בית המשפט להתערב בקשר זה מוגבלת למקרים שבהם הועלו טענות שענין פגיעה בזכויות המוקנות לפרטים – הפקעת קרקעם בעקבות של פלסטינים לצורך הקמת יישוב יהודי בשטחים: בג"ץ 390/79 דזוקאת נ' ממשלה ישראל, פ"ד לד(1) 1; בג"ץ 78/606 אובי נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113.

למשל: בג"ץ 2645/04 נאפר נ' ראש הממשלה (טרם פורסם): "על פי אמות המידה שהותווה בית משפט זה, סמכותו של המפקד האכבי להקים גדר הפרדה כוללת גם סמכות להקים גדר להגנה על חיים וביחסם של ישראלים המתגוררים ביישובים ישראלים באזרה יהודית והשומרון. ואת, אף שהישראלים הגרים באזרה אינם בגדר 'אנשים מוגנים' (protected persons), כמשמעותו ביטוי זה בסעיף 4 לאמנה ג'נבה הרביעית"; בג"ץ 7957/04 מראעה נ' ראש ממשלה ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 3680/05 רעד היישוב טנא נ' ראש ממשלה ישראל (טרם פורסם); בג"ץ 1348/05 ראש עיריית פלטפור נ' ממשלה ישראל (טרם פורסם).

ראוי: יואב דותן וברק מדינה, "חוקיות ההפטרה של אספקת שירותים ציבוריים", משפטים ל' (תשס"ג) 1.

להליך קביעה הנורמות הדתיות ויישומן.⁴³ בנוסף, עקב החלטם של האיסורים הקבועים בהלכה על אונשים מסוימים להינשא זה להז האיסור ההל על אדם יהודי להינשא עם מי שאינו נחسب יהודי לפי ההלכה והאיסור ההל על יהודים להינשא זה להז בנסיבות שונות, ובכלל זה איסורים שונים החלים על כוהנים), נשלلت מאוחר יותר דיבים הוכות להינשא בגל איסורים דתיים, למקרה אמנות בין לאותיות השוליות זאת.⁴⁴ בית המשפט אמרם הרבה להכשרת דרכיהם עוקפות להסדר בלתי מוסרי זה בעיקר מכוח ההכרה בתוקפם של נישואין של ישראלים הנערכים בחו"ל, ובכלל זה בגיןו מאותו המין, ובזכותיהם של "יהודים באציבור", וכן מכוח החלטת סיגים שונים לתחולת הרין הדתית ובכך הקהה במידה מסוימת את החומרה שהחלה הרין הדתית, אולם במתוך השנים בחר בית המשפט להימנע מהכריז על אי החוקיות של משטר זה והעדיף להוציאו לאירועה הכנסת.⁴⁵

מיთום האקטיביזם השיפוטי מבוסס על גרעין עובדתי, אך והוא גרעין מצומצם למדי. הוא כולל בעיקר מעורבות רבה יחסית בתחום תקינות ההליכים הפוליטיים (בעיקר הגבלות כהונגה בתפקידים ציבוריים של מי חדשניים כי עברו על החוק, איסור כהונגה תוך ניגוד עניינים, הטלת חובת פרסום של מידע הנמצא בידי רשות השلطונות, החלטת חובת הענקת זכות טיעון, הטלת חובת הנמקה וכדומה); והאגנה על זכויות הבסיס של האדם (למשל, ביטול ההחלטה למנוע את ההשתפות בבחירות של רשימות ומועמדים מסוימים,⁴⁶ אכיפת האיסור להפלות אורהים ערבים בהקצת קריקעות המדינה ואכיפת האיסור להפלות נשים

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

44. למשל: סעיף 16(1) להכרה האוניברסאלית של האו"ם בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 23(2) לאמנה הבינלאומית על זכויות אזרחית ומדיניות, 1966; וסעיף 5 לאמנה הבינלאומית בדבר חיסול הפליה 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 ז' שור הדתות, פ"ד נא(3) 876, בעמ' 879 (הנשיא ברק): "שאלת הנהוגות של הנישואין האורתודוקסים... היא שאלה קשה וסובכת. אין לגביה הסכמה לאומית [ולפיכך - ב"מ]... המוסד הרואי לטיפול ולהסדרת הנושא היא הכנסת ולא בית-המשפט"; בג"ץ 693/91 אפרת ז' הממונה על מדרש האוכלוסין במשדר הפלג, פ"ד מז(1) 749, בעמ' 783 (השופט ברק): "אין לצפות מבית המשפט, כי יורה על קומם של נישואין אורתודוקסים".

46. פסק הרין העיקרי בהקשר זה הוא א"ב 02/11280 ועדת הבוחרות המרכזיות לבנט דשישי עשרה ב' טיבי, פ"ד נז(4). אגב, Posner מבקר את ברק על שפסק כי אין לאפשר למפלגה אנטידמוקרטית להשתתף בבחירות, וכך טען כי ניתן ליזקוף ואת לרוקע האיש של ברק, כניצול שואה. Posner טועה כאן טעות כפוליה: ראשית, המדיניות של שלילת הזכות להיבחר נקבעה כדי על ידי הכנסת (בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת), ולא על ידי ברק; ושנית, בפסיקתו הביא ברק דוקא למסרים ניכר של האפשרות לשלוול מרשימה או ממוגנד את הזכות להשתתף בבחירות. ראו, למשל: ברק מדינה, "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגייטימי במדינה יהודית וodemocraticה", מחקרים משפטיים כב (תשס"ו) 327.

בקשרים מגובים, הגנה רחבה על חופש הביטוי, איסור שימוש באמצעים פוגעניים – לרוב עינויים – בחיקות של השודים במשי טור, איסור לנוקט אמצעים צבאים הגרמים לפגיעה "שאינה מידתית" באזרחים ועוד). ההשפעה של פסקת בית המשפט בתחום אלה היא רבה יחסית, והיא מתחatta לא אחת (אם כי לא באופן מלא) בדיסון עצמי ניכר של רשות השלטון, בהגinit הוועצים המשפטיים.⁴⁷ אך הכרעות אלה רחותן מן היומה "לשלוט הן בחורב והן בארכן". בית המשפט נמנע כמעט לחלוטן מלהתו מדיניות, ולפיכך ההכרעות החברתיות העיקריות מתקבלות בישראל בסוגות הפליטית, ולא על ידי בית המשפט.

חשוב להזכיר כי בבית המשפט, ולאחרן ברק בראשו, תפקיד מרכז בטיפול מיתוס האקטיביים השיפוטיים. ביטול הדירה ל"זכות عمידה" והנכונות לבחון כל הכרעה שלטונית ולהעיר 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. ברק ופונר מבקרים את הנכונות של ברק לבחון כל סוגיה לנוגה, בהתבסס על אמות המדינה של "סבירות" ו"מידתיות", למשל בוגע לקביעת שעור הקצבות שמשלמת המדינה לתושביה, בוגע להחלטה לשחרר אסירים לשם פרוון שבויים ואפיקלו בוגע לנסיבות החלטה לפוחח במלחמה. אולם הם מתעלמים מן העובדה שהყיף הביקורת השיפוטית נקבע לא רק לפי עצם הנכונות להחיל את מבנן הסבירות, אלא גם לפי האופן שבו מוחל מבחן זה. בפועל, בכל המקרים האמורים הכיר ברק במתחם רחב מאוד של סבירות, באופן שהותיר בידי רשות השלטון מרחב כמעט בלתי מוגבל של שיקול דעת.⁴⁸ יתר על כן, אף במקרים שבהם בחר בית המשפט להתעריך, נותר בידי הכנסת הכוח להגביל פסיקתו של בית המשפט, כמעט תמיד בלבד לא צורך ברוב מוחוס לשם כך. הכרעתו של בית המשפט אמן נתפסות לעתים כمبرאות הכרעה בוגע למכלול ההיבטים של החלטה שלטונית מסוימת, באופן שדרהיה של עתירה נגד חוקיות של החלטה מתפרשת ביצירוף כקביעה כי מובהר במידניות "נכונה" ו"צדקה", 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 האקטיביים השיפוטיים לבין המצב בפועל היא הביקורת השיפוטית על פעילות צה"ל בשטחים. בג"ץ ניאות לדון לוגון כמעט בכל העתרות שהוגשו נגד פעילות צה"ל בשטחים, ולבסוף את הסמכות לנ��וט אמצעים שונים ולהעיר אם הפעלת האמצעים היא "מידתית", אולם בפועל הכשר בית המשפט כמעט כל אמצעי שנקט צה"ל

. ראו: יואב דותן, "קדם-בג"ץ" ודיлемות חוקתיות לגבי תפקידה של פרקליטות המדינה במשפט ההתדיינות בג"ץ", *משפט וamodel 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

. ראו, למשל: בג"ץ 5167/00 ויט פ' ראש הממשלה, פ"ד נ(2) 455. להערכת דומה, ראו: מרדכי קרמניצר, "בג"ץ והతפשה הרחבה של תפקידיו: כתוב והגנה", *אקטיביזם שיפוטי: בעד זנדג (תשס"ס)*, עמ' 189-190.

במאבק בטרור, ונתן פירוש מרחיב מאוד (ושינוי במחלוקת) להוראות המשפט הבין לאומי.⁴⁹ כך, למשל, בורק ופוזנר מזכירים את הזרענות בג"ץ בקביעת התוואי של גדר ההפרדה, אך שוכחים לציין כי בג"ץ הבהיר את עצם הקמת הגדר בשטחים, מוחוץ לשטח המדינה, למטרות עמדתו המנוגדת של בית הדין הביןלאומי,⁵⁰ וחיף הפגיעה הקשה הנגרמת עקב לכך לאוכלוסייה הפלסטינית. בדומה, רבים להזכיר את שלילת החוקיות של נקיטת "נוהל שכן", אך אין מזכירים את ההקשר שניתן לאמצעים כגון חрисת בתים, הטלת עוצר, מעדר מנהלי, שלילת חופש התנועה ועוד.

אני סבור כי בית המשפט העליון בישראל מלא תפkid ממשמעותי מאוד בעיצוב אופיה ודמותה של התרבות בישראל כחברה דמוקרטית. אני מסכימים גם כי המعروבות של בית המשפט בתחום המיניגוים למשרות ציבוריות היא רובה יחסית למקובל בדמוקרטיות אחרות. אולם המعروבות של בית המשפט בקביעת מדיניות, בהבעות חברתיות מרכזיות, היא מוגבלת מאוד. זהה בוודאי שאלה מעניינת, האם בית המשפט היה יכול להוביל שינוי חברתי, כגון לכינון נישואין אזרחיים בישראל או לפינוי התחנוליות, והאם ראוי שיעשה זאת, אך מכל מקום, תיאור בית המשפט הישראלי כמי שמתימר לשלוט "הן בחרב הן בארנק" ותיאור ברק כרוזן הם חסרי בסיס.

ג. המיתות בדבר אי הרלוונטיות של שיקולים מוסריים להברעה שיפוטית

טענה נוספת שמעלה פוזנר מתנגדת לגישתו של ברק, המודה בקיומו של שיקול דעת שיפוטי, ככל פר בכר שב"מרקמים קשים" המשפט אינו מספק תשובה אחת לנוכח, וההכרעה השיפוטית חייבת לחתב בסע על ההערכה, מה ההכרעה הצדקה בנסיבות העניין, לאור מכלול השיקולים הרלוונטיים וערבי היסוד של השיטה. פוזנר טוען כי על השופט לבחין בבירור בין שיקולי צדק והשפעותיהם על התוצאה הרצויה, לבין שיקולים משפטיים, המכטיבים את התוצאה הנכונה מבחינה משפטית. פוזנר אינו מסתפק בטיעון תאורטי אלא מוסיף גם טענה אמפירית, אשר לאופן שבו פועלים שופטים אמריקנים:⁵¹

השופטים האמריקניים מפרידים בין השאלה, כיצד היו הם מגביעים על חוק מסוים אילו היו חברי הרשות המחוקקת, ובין השאלה אם החוק הוא בלתי חוקתי. הם עשויים לחשב כי החוק הוא רע ובכל זאת קבוע כי איןו סותר את החוק ולפיכך הוא תקין. אך בבית משפט כמו זה של ברק יהיה קשה מאוד לוorda אם קביעה שיפוטית שחוק מסוים הוא בעל משום שהוא נוגד את התוקה אינה אלא ביטוי לדעתם של השופטים כי מדובר בחוק מטופש, שהם היו מתנגדים לחקיקתו לו היו חברי בית המשפט.

.49. למשל: Krezmer (לעיל, הערת 37); רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערת 10) בעמ' 221-224.

.50. בג"ץ 2056/04 מועצת הכבוד בית סוריק פ' נמנשلت ישראל, פ"ד נח(ט) 807.

.51. Posner (לעיל, הערת 12).

דעה כזו אמרה להיות חסרת חשיבות כלשיי לצורך הכרעה בשאלת, אם החוק סותר את החוקת.

זהו טבה תמהה, ولو כענין אמפירי. בפועל קיים מתאם מובהק בין עדותם האידיאולוגית של שופטים אמריקנים לבין האופן שבו הם מישימים דוקטרינות משפטיות שעמדות כאמור אינה אמרה לבוא בו כלל לידי ביטוי. אחד המקרים המפזרים ביותר הוא כמובן *Bush v. Gore*, שבו הכريع בית המשפט העליון את גורל הבחירה לנשיאות ארצות הברית בשנת 2000 בקובע כי יש להמנע מספירה חוזרת של וקלות באזרחי בחירה מסוימים בפלורידה – ספירה שהיתה צפופה להביא לידי ניצחונו של אל גור, מועמד המפלגה הדמוקרטית, ולכישלונו של ג'ורג' בוש, מועמד המפלגה הרפובליקנית – משום שספירה חוזרת באזורי מסוימים בלבד, ללא אמות מידה ברורות באילו אזורים תיערך הספירה החוזרת, מהויה פגיעה בעקרון השוויון.⁵² ההכרעה במקרה זה לא הייתה אמרה לכך מושפעת כלל מן העמלה האידיאולוגית של השופט באשר למועד המועדף למשרת נשיא ארצות הברית, וגישתו של ברק בודאי אינה מצדיקה התחשבות בשיקול מנין זה. והנה, במקרים מדהימה, חממת השופטים שתכריעו לטובת הפסקה הספירה החוזרת (ולכן הביאו לידי בחרותו של בוש) הם השופטים המזוינים כ"שמרנים"; ואربעת השופטים שתמכו, בדעת מיעוט, באישור המשך הספירה החוזרת, הם השופטים המזוינים כ"לבטים".

מחקרים שונים הראו כי הגורם המכרייע בהחלטה של שופטים רבים, אם להתערב בשיקול דעתן של רשותות שלטוניות, איינו עמדות העקרונית בשאלת היקף הביקורת השיפוטית במקרים מסווג זה, אלא תוכנה של החלטה של השלטונית שameda לביקורת, ולפיכך שופטים מסוימים (המזוינים כ"שמרנים") נוטים להתערב בהחלטות מסוימות, ואילו אחרים נוטים להתערב בהחלטות מנוגדות.⁵³ אם כך המצב במקרים בהם השופטינה המשפטית אמר לחו"ק ":right to a hearing before a panel of judges without due process of law",⁵⁴

.52. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

.53. 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

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

טענתו של פוזנר על האופן שבו נכרייעים שופטים אמריקנים מפתחת במיוחד משום שבכתיבתו האקדמית הוא עצמו ביטא בשורה של הזרמוויות עמדה מנוגדת בתכלית, שביתאה "זיאליום משפטית" קיזוני. במאמר שפרסם לא מכבר טען, למשל, פוזנר בנווגע לפסיקת בית המשפט העליון האמריקני כך:⁵⁵

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 שחותצאותיהם נראות, לפחות ביום, מובנות מאליהן, כגון פרשת *Brown*, שבה נקבע כי כפיה של הפרדה בין שחורים לבנים במוסדות חינוך מהויה הפליה פטולה, איןם אלא תוצאה של הכרעה אידאולוגית ולא משפטית.⁵⁶

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

.49-48 ,46 ,41-40 בעמ' Posner .55

שם, בעמ' :47 .56 "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, פונדר נותר ביטוי מסוים לעמדתו זו, ובצינו כי גם הנסיבות מסוימות של בית המשפט העליון האמריקני עשוות להיחשב "בלתי משפטיות" (lawless), במובן זה שאין מבוססות במידה מסוימת על מקורות משפטיים פורמליים, אך טוען כי גישתו של ברק היא ביטוי קיצוני לתפיסה זו.⁵⁷ אולם פונדר אינו מבסס כלל את קביעתו זו. למעשה, ברק מחשיב מאוד מקורות משפטיים פורמליים, כגון לשון החוק (או החוקה), ההיסטוריה החקיקתית והתקידמים הרלוונטיים. ברק מכיר בקיומן של הגבלות לשיקול הדעת השיפוטי ולכזו של השופט לפעול להשגת תוצאה צודקת בודיר של פרשנות. המעמד של שיקולי צדק בגישתו של ברק אינו שונה באופן ממשמעותי מן המעמד שניתן להם בפועל בפסיקותיהם של בתים משפט אמריקניים.

“Such decisions [of the U.S. Supreme Court] could be thought (לעיל, הערה 12) Posner 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”

לידין מפורט בטעמים אלה ובנסיבות, הכולג גם הפניה לסתורות המשפטית בנוסא, ראו: איל זמיר, "השופט ברק ודיני החזום: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החזום לסלילריות חברתיות, בין שפיטה לאקדמיה" (טרם פורסם). זמיר מציין בין היתר, כי "מי שהושש משוריינות או אקטיביזם שיפוטי עשוי לבקר על הנמקה לגאליסטי, שאינה חושפת את מכלול שיקול-המדינה שביסוד התרבות השיפוטית, משומש שמודעות עצמאית למלאו היקפו של שיקול-הזרע והשפוטי עלולה לכורסם בריטון שיפוטי וראי. אך בבר, מי שדוגל באקטיביזם שיפוטי... עשוי להתנגד לכנות ופתחיות שיפוטיות מסוימות שכן מומיניות התנגדות ומחבלות ביכולתו של בית-המשפט לפकח על הרשויות האחרות, להשריש נורמות-התנהגות דאיות ביחסים שבין אדם לחברו, ולהתאים את המשפט לדרישות החברה המתנתנות".

⁵⁹ הדיוון הבלגיימיות של "שקרים אציליים" הוא רחוב מואוד ומקורו בטיעונו של אפלטון, לפיהם נדרשים שקרים שכאלת ("מיתוסים") לשם כינון מסגרת פוליטית ייצה: אפלטון, "פוליטיאיה", כתבי אפלטון (פרק ב, תש"ם). לתרחבה ראו, למשל: Leo Strauss, *The City and Man* (1964)

בהתנהה שהחברעה השיפוטית אמונה מתחבשת גם על שיקולי מוסר ("צדקה"), גישה המעודדת את השופט להסתיר עובדה זו, מעודדת אותו לתריר רדק חלך מן השיקולים שהביאו אותו להכריע כפי שהכריע. גישה זו מסתירה מן העיבור את הערך המהשכה שהנחה את השופט, ולפיכך עלולה למנוע את השגת המטרות שביסודות החובה לנמק הכרעות שיפוטיות.

ד. המיתוט שביבירות שיפוטית היא מחדך "אנטידמוקרטי"

הסוגיה העיקרית שנידונה בביבירות של ברק ושל פונרגן על גישתו של ברק היא התפקיד של הרשות השופטת בחברה דמוקרטית. בתמצית, גישתו של ברק היא כי בית המשפט הוא שותף ב"מפעול החקיקה". לפי עדודה זו, בית המשפט אינו אמור להסתפק ביחסם ובאכיפה של נורמות שקבע המחוקק, הוא אמור להיות שותף במפעול החקיקה, במובן זה שעליו "לפרש", "להתאים" ו"להשלים" את הנורמות שקבע המחוקק – ככלומר לחוקק – בנסיבות שבahn הדבר נחוץ לשם גישור על פעורים בין צורכי החברה לבין המשפט. ממשמעות גישה זו היא כי על השופט לפועל לא רק ליישום הנורמות שקבע המחוקק אלא גם לקידום ההתאמנה בין המשפט לבין המתחייב מעקרונות צדק. לשם כך הוא מוסמך להחיל ביבירות שיפוטית על חקיקה וכן להעניק לחוק מובן אשר יבטיח התאמנה לעקרונות אלה. ברק אמן מקפיד לנוכח זאת במונחים של התאמנה 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".⁶⁰ אולם ברק כולל במסגרת "ההסדרים הקבועים בחוקי היסוד" גם הוראות "משתמעות", באופן המביא לידי שבפועל מכילה מסגרת זו את כל עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הליברלית, לרבות עקרון הפרטת הרשות ועצמות הרשות השופטת וההגנה על מכלול זכויות היסוד של האדם. התוצאה היא שלפי גישתו של ברק (אף שאינו מנסה בדרך זו), תפקידו של שופט בחברה דמוקרטית הוא לשאוף להתאים את הנורמות המשפטיות הקיימות למתחייב מן המוסר ("הצדקה" בלשונו של ברק), ככלומר למתחייב מעקרונות היסוד של הליברליזם.

ברק מכיר בהגבלות המוטלות על השופט מתחייב עקרונות היסוד של שיטת המשפט הדמוקרטית. ההגבלות הללו מתבטאות באפיון בית המשפט על ידי ברק כשותף "זוטר" במפעול החקיקה (או במפעול כינון החוקה), בעוד הרשות המחוקקת (או המכוננת) היא שותף "בכיר": סמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט מוגבלת מכך לשון התקווה וסמכות החקיקה שלו מוגבלת מכך לשון החוק, ולפיכך בית המשפט רשאי לחוק רק אם הנורמות שהוא קובע הן לפחות בבחינת מובן אפשרי של לשון החוק או העניין. סמכות התקיקה של בית המשפט כפופה לכוחה של הרשות המחוקקת (או הרשות המכוננת, אם מדובר בביבירות שיפוטית על חוק) להגביל את הכוחו של בית המשפט ולשנותה באמצעות החקיקת חוק (או באמצעות תיקון החוקה, לפי העניין).

60. עניין התנווה לאיכות השלטון בישראל (לעיל, העדרה 31) סעיף 7 לפסק הדין של הנשיה ברק.

ברוק ופונר מתעלמים מן הנסיבות הללו שמציב ברק לתפקידו של השופט, ושוללים באופן גורף את הלגיטימיות של היקפה שיפוטית, שכן לטענתם, היא אינה עולה בקנה אחד עם מהותה של שיטת המשפט הדמוקרטית. בנגע למבקרת שיפוטית טוען ברק כך:⁶¹

...תו שיפוטי על החלטות רוב עשויה להיות מצדך או בלתי מוצדק על פי הנسبות, אבל בשום מקרה אין להגידו כזוה של דמוקרטיה. זהו אחד מן הבלתיים של השלטון הדמוקרטי. כאשר ברק מתייחס הן להכרעותיו של העם וכן לטיפולן של הכרעות אלו כל "דמוקרטיה", הוא מאין כל הבחנה בין שלטון הגזיגים הנבחרים לשפטים, ובאופן זה מצדיק את העצמותה של הדשות השיפוטית... ובית המשפט הישראלי, ביוורתו שלותן בהרבה הן בארכן, עלול להתגלות כרשota המוכננת ביותר לזכויותיה הפוליטיות של האומה.

בדומה, גם פונר טוען כי גישתו של ברק היא אנטי-דמוקרטית, בהתבסס על הטענה כי דמוקרטיה אינה אלא שלטון הרוב:⁶²

דמוקרטיה פוליטית, במובן המודרני של הביטוי, פירושה מערכת שלטונית שבה מנהיגי הציבור עומדים לבחירה במרוחוי זמן קצרים יחסית, ולפיכך הם מחויבים בדין וחשבון (accountable) לאורהיהם. מערכת משפט, הרשאית לבטל את החלטותיהם של נבחרי הציבור, פוגעת בדמוקרטיה. לעומת זאת, לכישתו של ברק, בדמוקרטיה יש מרכיב "מחותי", מערכת של וគויות אדם... הנאכפת על ידי בית המשפט, המקצת את כנפיהם של נבחרי הציבור, זו אינה הצדק לרשوت שופט 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. ברק טוען כי גישה זו אינה מתמודדת עם השאלה, "אם העם מוקיר כל כך את עקרונות היסוד החדשים הללו, מדוע לא עיגן אותם בחוק?".⁶³ פונר טוען כי במסווה של "פרשנות" ברק מבקש בעצם להקנות לשופט סמכות חקיקה, ללא שיתה כפוף להגבלות כלשהן:⁶⁴

.61. ברק (לעיל, הערת 11).

.62. Posner (לעיל, הערת 12).

.63. ברק (לעיל, הערת 11).

.64. Posner (לעיל, הערת 12).

כשהוא מצוי במנגנים מופשטים כמו "דמוקרטיה", "פרשנות", "הפרדת רשות", "אובייקטיביות", "סבירות"... וכמוון "צדקה" (ברק טוון: "אני משתדל להיות מונחה על ידי כוכב הצפון שלי שהוא הצדקה, אני מנשך להתאים בין החוק ובין הצדקה, כך שהשופט יעשה צדק"), השופט נהף לחוק עצמו.

כענין מוקדי, אפשר לשוב ולתמהו כאן על ביקורתו של פוזנר, לאור הפילוסופיה השיפוטית שבה הוא עצמו דוגל. פוזנר, כמו ברק, עוסק בצד פעילותו כשופט גם בכתיבת אקדמית. בשורה של ספרים ומאמרים, שהעיקרי שבהם הוא ספרו Law, Pragmatism, and Democracy, משנת 2003, טוען פוזנר שבבחנה של גישה שהוא מכנה "פרגמטיות משפטית".⁶⁵ לפיקשה זו, על השופט להתעלם מגבולות דיאנטולוגיות, כגון ההכרה בערכיים כמו כבוד האדם או סובלנות, באופן העולה לבארה בקנה אחד עם ביקורתו כלפי גישתו של ברק, אולם פוזנר אינו טוען כי המוסר אינו רלוונטי להכרעה השיפוטית. התפקיד הוא הנכון: פוזנר טוען כי ההכרעה השיפוטית אמרה להתבשם, כל כולה, על התפיסה המוסרית שהוא מכנה "פרגמטיות משפטית". לפיקשה זו, על השופט להכריע אך ורק בהתבסס על שקלול (שטייבו איןנו ברור) של כל החשכות החברתיות הצפויות עקב התחללה של כל אחת מדרכי הפרשנות האפשריות על מקרה נתון. אף בהתעלם מן הקשיים הכרוכים ביחסים גישה אקלקטית שכזו, שאינה מספקת כלים להבחין בין תפיסות שונות של תוצאותן (כגון הגדרת הטוב החברתי), מאפיין מובהק שלה הוא הסכמה לעמدة של פוליפה על הכריע באופן שיבטיה התאמה רבה ככל האפשר בין המשפט לבין (הגדרה מסוימת של) הטוב החברתי. העובדה שפוזנר סבור שהתפיסה המוסרית הנכונה היא תוצאותן (ולא דיאנטולוגית) אינה הופכת את גישתו לבלתי-יתיר מהגישה שבה דוגל ברק, ומכאן הטעינה על הביקורת הבוטה שלו כלפי גישתו של ברק.

אך הסוגיה החשובה היא תקופות של טיעוני הביקורת של ברק ופוזנר על גישתו של ברק. לכוארה, הויכוח הוא בשאלת, מה ההגדירה של דמוקרטיה – פרוצדורה לקבالت "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"; או "דמוקרטיה פורמלית"; או הגבלה תוקפנית של הכרעת הרוב, מכוח עקרונות יסוד מסוימים ("democracy of mobitum"). אך בהיעדר הסכמה על אמות המידה של פוליפיה יש לקבוע את ההגדירה הנכונה, מובן שהו יוכות עקר. אפשרות אחת היא לבסס את ההגדירה על המיציאות החברתיות הננתנה – בחינת שיטת המשטר המקובלת במדינות אשר מקובל לאפיין אותן כדמוקרטיות. לפי אמת מידה זו, אין ספק כי ההגדירה הנכונה של דמוקרטיה היא זו המותאמת, שהרי התפיסה המקובלת בכל המשטרים הדמוקרטיים בעולם מכירה בתוקפן של הגבלות על כוח ההכרעה של הרוב, אשר

.65 Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy* (2003).

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

.66 Posner (לעיל, הערה 12).

נאכפות בדרך של ביקורת שיפוטית (כך במרבית המקרים) או מכוח מוסכמוות חוקתיות נותגות.

אפשרות שנייה (ועודיפה) להכריע במחולות, מהי דמוקרטי, היא להעירך את שיטת המשטר הרצויה, בהינתן הנחות יסוד מסוימות באשר לתקילתת של המדינה ולחנאים לגיטימיות של קיומה (ולפיכך לקיומה של חובה לצוית לחוקיה). הדיון בספרות בסוגיות אלה הוא כמובן רחב מאוד, ואין בכוונתי (או בכוחו) למצותו או אף לתרום לו תרומה ממשמעותית. הדיון המובא להלן נועד רק להציג ראיית טיעון לשם הפרצת טיעוני הביקורת של בוק ושל פונרג על גישתו של ביך.

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 לאכזרעה המוסרית הנכונה (וזאת אף אם במשמוד המטא-יאטי מקבלים את עמדת הריאליות המוסרית), לפיו יש תשובה אחת נכונה.⁶⁷ לכן, כך הטענה, מוטב להתיידר מרחיב פעולה ניכר לרשותות הפלטיטיות, ולהימנע במידיה רבה מהכחזה על בטלות חוקים או החלטות שלטניות אחרות ומפרשנות מוחזקה של תקיקה, עמדה זו עשויה להתבסס על טיעונים רבים, אך כאן אסתפק בשלושת הטיעונים הנראים בעיני החוקים ביותר, ואנשה להראות כי הם אכן מספיקים להזדיק את הדחיה של הדמוקרטיה המהוותית.

טיעון אחד, שזכור מובהק שלו הוא ג'רמי ולדרון (Jeremy Waldron), הוא כי יש למסור את ההכרעה לציבור (או לנציגיו) מכוח ההחלטה בזוכות היסוד של כל אדם להשתתף בחלוקת קבלת החלטות.⁶⁸ לפי גישה זו, היתרון של דרך ההכרעה המבוססת על עמדת הרוב (או נציגיו) והוא דוקא בכך שאין בה יומרה להציג הכרעות "נכונות" לפי שיקולים המכוננים לתוכנה של ההכרעה עצמה (שיקולים מסדר ראשון). ככל שמדובר בשיקולים מסווג זה, עמדת הרוב, שאינה טעונה הנמקה, אינה מתימרת להיות עדיפה מעמדת המיעוט, והמייעוט אינו נדרש למותר על אמוןנו בצדקם העמדתו. היתרון של דרך הכרעה זו הוא בכבוד הזכות של כל אדם להיות שותף שווה להכרעות החברתיות (the right to participate) equal participation⁶⁹ טיעון שני מבוסס על הנחה שרואו (מטיעמים שונים) כי ההכרעה החברתית יבטיח את העדפות הציבור. לפיכך הטענה היא, כי ההכרעה של הגופים הפוליטיים, העומדים לבחירה, צפואה לשיקוף בצורה טובה יותר את העדפות הציבור לעומת

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

.68. Waldron (לעיל, הערה 6) 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. לדין בגישתו של Waldron ראו, למשל, היספויון שתפקידם בחברות 3 של ביך 39 של Richard A. Posner, Israel Law Review "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 תביסת הצדק הרואה אינה זהה בהכרח להעדפות הציבור. העונה היא כי הדמוקרטיה הפורמלית היא עדיפה מושם שנבחרי הציבור עומדים לבחירה מחדש ("accountable") ולפיכך הם צפויים לפעול לקיים מה שנთפס בעיניהם כ"טוב" החברתי, ואילו השופטים, כמו שאינם עומדים לבחירה מוחדר, מהווים בלבד בולוק את "הרשאות המוסכנת ביותר".

בכל אחד משלשות הטיעונים האלה יש מידה רבה של אמת. אכן איש, ובrik בכלל זה, אינו מתיימר לשלול את מעמדה של הכרעת הרוב, באמצעות נציגיו הנבחרים, בדרך המלך להכרעות חברתיות. השאלה היא, אם זה, אם יש בטעונים אלה כדי לשלול את הלגיטimitiy שבבקורת שיפוטית ובהכרה בתפקido של השופט בחברה דמוקרטית אליבא וגישתו של ברק. רבים, ואני בתוכם, משיבים על אלה זו בשלילה. אנסה לבטס זאת, בראשי פרקים בלבד, בהתייחס לכל אחד משלשות הטיעונים שהוצעו לעיל.

הטיעון הראשון, שלפיו הכרעת הרוב היאazon זודקת משום שהיא מבטיחה את זכות ההשתתפות השווה, אינו מספיק לשם שלילת הלגיטimitiy מהחלות ביקורת שיפוטית, וזאת משלשה טעמים עיקריים. ראשית, טעם זה עצמו מצדיק את הגבלת בוחן של הרוב לשם ההגנה על הזכות להשתתפות שווה. כך, למשל, מצדקת ביקורת שיפוטית על החלטות הרוב להגביל את זכותה של מפלגה להשתתף בחירות; כמו גם על החלטת הרוב להגביל את בוחנו של רוב עתידי לשנות החלטות מסוימות. למעשה, אם אכן קיימת הסכמה באשר לזכות ההשתתפות השווה, נשפט בסיס ההתנגדות להחלטת ביקורת שיפוטית לשם אכיפה של זכות זו ולשם הבטחת ההגנה עליה.⁷⁰ יתר על כן, הגשمت זכות ההשתתפות השווה היא אפשרית רק אם נלווים לה תנאים המאפשרים השתתפות בעלי משמעות. פונדר נכן להזכיר בהקשר זה בחשיבות ההגנה השיפוטית על חופש הביטוי ועל זכויות פוליטיות אחרות, המכוגנות על ידי "זכויות התונוכות בדמוקרטיה"; אך לא ברור מה הבסיס לשילוט ההכרה בנינטראטס אחרים כזכויות "התומכות בדמוקרטיה", כגון הינוך, בריאות, תנאי חיים נאותים והיבטים נוספים של קיום בכבוד.⁷¹

שנית, הטיעון האמור אינו מתמודד עם מציאות שבאה לידי ההסכם משקף בדרך כלל התפלגות של רוב ומיועט מובנים, היינו רוב שיטתי, המזגנן בנינטראטס קבוצתי, לעומת "מיועט כרוני" (כגון הציבור היהודי בישראל). במקרה אלה, הכרעת רוב מקנה שלטון מוחלט לקבוצה אחת, רק מחתמת היותה הקבוצה הגדולה בחברה, ושוללת למעשה מקבוצת המיעוט את הזכות להשתתפות שווה בקבלת ההחלטה.⁷² ההסתבוסות 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 הסברים כי הגשמת זכות ההשתתפות השווה מחייבת מתן הורמנות לפרט העולול להיפגע במישרין מהכרעת הרוב לטעון טענותיו בעניין, ולפיכך זכות זו דזוקה מסקפת הצדק להחלטת ביקורת שיפוטית ולא לשילתה. ראו: Yuval Eylon and Alon Harel, "The Right to Judicial Review", 92 *Va. L. Rev.* (2006) 991.

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

השווה אינה שללת אפוא אקטיביזם שיפוטי, לפחות לשם הגנה על מייעוטים.⁷³ הדברים התקפים עוד יותר במקרים שבהם החלטת הרוב מכוונת כלפי מי שאינו רשאי כלול להשתתף בהחלטה, כגון תושבי שטח כבושים. משום כך, הביקורת של פונדר על תמיינתו של ברק בהחלטה להתערב בהחלטת המדינה, בתקופת מלחמת המפרץ ב-1991, שלא לחלק ערכות בגין לתושבי השטחים, אינה יכולה לחתבפס על הטיעון בדבר זכות ההשתתפות השווה, שהרי לתושבי השטחים לא מוקנית זכות להשתתפות כלשהי בקבלת ההחלטה הנוגעת לגורלם.

שלישית, טיעון זכות ההשתתפות השווה עשויאמן לספק טעם סביר לתמיכת במדיניות של ריסון שיפוטי, אך לא נובעת ממנה הצדקה לשילילת תקופות של טיעונים אחרים, תוצאותיהם במוחותם, לתמיכת באקטיביזם שיפוטי.⁷⁴ הסמכות מוחלטת על הכרעת הרוב היא מסוכנת, ועלולה לזרעภายใน הגבלת נিירות של חירותו של האדם ולידי החלטת 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 אינורנטי ממשפטה.⁷⁵

הטיעון השני מבוסס, כזכור, על ההנחה שתפיסה הצדקה הרואה פירושה שהतברעות החברתיות יבטאו את העדפות הציבור, וההכרעה של הגופים הפליטיים, העומדים לבחרה נפערם לפעם, צפוייה לשקר בצורה הטובה ביותר את העדפות הציבור. אולם הממצאים של המחקר התאורטי והאמפירי הענף בתחום "תורת הבחירה התרבותית" (public choice theory) מערערים טיעון זה מן היסוד. במקרים רבים נבחר הציבור מתחשבים לא רק בהערכותיהם בדבר העדפות הציבור, אלא גם (ולעתים בעיקר) בהעדפות של קבוצות אינטראנס מאורגנות, המצליחות להפעיל לחץ פוליטי משמעותי על נבחריו הציבור.⁷⁶ מבחן לא נובעת מآلיה הצדקה להעכיר את סמכות ההכרעה בבית המשפט, שאינו נבחר ואינו השופט להשפיען של קבוצות אינטראנס, מושם שהשפיען של קבוצות האינטראנס על ההכרעה הפליטית היא לא בהכרח שלילית (למשל, אם מכירים בכך

.73. ביטוי ידוע לשיקול זה ניתן בפסיקת בית המשפט העליון בארץות-הברית בקביעה, כי יש להחיל ביקורת שיפוטית קפוגנית על מקרים שבהם מדיניות שלטונית מכוונת כלפי קבוצות מייעוט, 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).

ז"ה: John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980).
אלון ברוח ז"ה: איל בנבנשתי, "ההגנה על קהילות מייעוטים בתביעת המשפט", עלי משפט ג (תשס"ד) 463.

.74. ראו ברוח ז"ה: Alon Harel, "Notes on Waldron's Law and Disagreement: Defending Judicial Review", 39 *Isr. L. Rev.* (2006) 13 (עליל, העלה 70).

.75. ראו, למשל: Joseph Raz, "Disagreement in Politics", 43 *Am. J. Juris.* (1998) 25.
Jerry L. Mashaw, *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law* (1997).

שההכרעה התרבותית אמורה לשיקף גם את עוצמת ההעדפות של הציבור, ואם מונחים כי קיימים מותאמים ממשמעותי בין יכולת ההתארגנות של קבוצות לבין עוצמת העedorות שלתן,⁷⁷ ומשום שבמקרים מסוימים השפעתן של קבוצות אינטראסית על הכרעות בתפקיד הפוליטי היא זניחה. מתחייב מכאן הצורך להתאים את היקף האקטיביזם השיפוטי להערכה עוצמת ההשפעה של קבוצות אינטראסית על תוצאות החלטיך הפוליטי, באופן כללי או במקרה הספציפי, ולעומדה באשר לLAGGING השפעה זו.⁷⁸ אך לא נובעת מכאן הדרישה לשיליה גורפת של עמדת מסווג עמדתו של ברק באשר לתפקיד הרואו של שופט בחברה דמוקרטית.

הטעון השלישי לשילוח הלגיטימיות של הביקורת השיפוטית מtabus על הערכה כי מתוקף העובה שנבחרי הציבור עומדים פעעם לבחירה מחדש, הם אפויים לפועל לקידום מה שנתפס בעיניהם כ"טוב" החברתי במידה רבה יותר משופטים, אשר משומש אינם עומדים לבחירה, איןם accountable במובן הפוליטי המקובל. בדומה לאמור לעיל, גם טיעון זה אינו מובן מלאין. הכספיות של חברי בית המשפטים להבירה מחדש אמן יוצרת מגנון הגורם להם, במקרים רבים, להכריע בתהaskell לא רק בטובותם האישית אלא גם באינטראסית אחרים, אולי כאמור, התאזרחה והמחקרים האמפיריים גם יחד לא בהכרח מאשרים את הסברה כי האינטראסית האחרים שבתוכם הגורמים הפוליטיים הם מכלול האינטראסית הציבוריים הרלוונטיים. בדומה, העובה שופטים אינם עומדים לבחירה אינה מביאה בהכרח לידי הטעומות של השופטים מקידום מה שנתפס בעיניהם כאינטראס חיצוני.⁷⁹ מගבלות מוטדיות שבמסגרתן פועלם השופטי, חובת ההגמלה, החינוך שלהם ועוד, גורמים לדיסון ניכר בפועלם. בסופו של דבר, ההשווואה בקשר זה בין נושא משרה פוליטית לבין שופטים היא תלות נסיבות, ובוודאי אין בסיס לסתירה כי נקודת האיזון הרואיה היא זו המKENGA את מלאו הכוח לאשונם ושולת אותו מן האחרונים.

ה. הערות פיבום

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 להציג על מה שנראה בעיני 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. לעומת זאת רואו: 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, כאמור שבו בוחן את האינטראסית של שופטים. רואו: 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 רגשות מספקת להכרה להתאים את תפקידו של השופט לנسبות הפליטיות והחברתיות הנוגאות.⁸⁰ אין דין תפקido של שופט בחברה כמו זו היישראלית – חברה מרובת שסעים, ובכלל זה מחלוקת בנושאים קיומיים, סמכויות השלטון שבהן מבורות במידה מספקת בין גורמים שונים, שהחבות הפליטיות של אינה מפותחת מספק ואשר אין לה חקה נקייה – דין תפקido של שופט בחברות אחרות. אך ביקורת זו תקפה גם ברגע לביקורתם של ברק ושל פוזנר על הכרעותיו של ברק בשופט, ביקורת אשר מלבד אי הדוקים העובדיים שבها, אינה מביאה בחשבון מסקנת בנסיבות הדרונטיות במדינת ישראל. מקובל להשוו כי "אורח לדגע" לא רק מצלחה לראות כל פגע אלא אף עשה זאת טוב יותר מישובי הבית, אשר מכוח ההרגל אינם מבחנים עוד בפוגמים ואולי אפילו חוששים להציג עלי הפגמים שהם מגלחים לזהות).⁸¹ כאמור, אני סבור שקלישאה זו אינה מתאימה לאפיון ביקורתם של ברק ופוזנר.

בה בערך, הצורך להתחאים את תפקידו של השופט בחברה דמוקרטית ל"תנאי הארץ וטושביה" אינו שליל את היסוד הכללי שבגישהו של ברק. הטענה הדידית בדבר קיומו הבלתי נמנע של שיקול דעת שיפוטי והדרך הרצiosa להפעלו, כמו גם הטענה שישיטת המשטר הדמוקרטית אינה מתמיצה עיקרון הכרעת הרוב אלא כולה גם הגבלות כוחו של הרוב ושל נציגיו, הן טענות כליליות שתפקידן אינו מותנה בנסיבות של מן וממון. ברובד אחד, אפשר לבקר את גישתו של פוזנר בגישה מתנשאת. פוזנר מספק בקביעה כי עמדתו של ברק היא "מוזודה" ושונה באופן יסודי מן המקובל בארצות הברית, ואך אם היא עשויה להיות מתאימה לתנאים המiyorדים של מדינת ישראל, אין לה מקום כלל בארצות הברית; וזאת במקומות להתמודד באופן יסודי עם עמדתו של ברק. למעשה, גישתו של ברק – ולא זו של פוזנר – היא שmbטאת את הרים הדומיננטיים בפסיכה ובspirity האמריקנית. הביקורת של פוזנר כלפי ברק היא אפוא, במידה רבה, ביקורת כלפי הרים המרכז בפסיכת בית המשפט העליון האמריקני ובמחקר האקדמי המשפטי והפילוסופי, שם זוכה גישתו של ברק לממד מרכזי וחשוב.

ברובד שני, ביקורתו של פוזנר נובעת כנראה מן ההתנגדות העקרונית שלו להזיקות למשפט ההשוואי במקור משפטי. כאמור, פוזנר מתאר בעצם קריקטורה של גישת ברק, בניסיון לתקוף את חסידיה של העמדה הרואה בתפיסות המקובלות בעולם הדמוקרטי מקור משפט רלוונטי להכרעות שיפוטיות. עמדה זו מצאה באחרונה ביטוי בפסק הדין של בית המשפט העליון בארה"ב בפרשת *Roper v. Simmons*, שם נקבע, בדעת רוב, כי יש לפרש את התקנון השמנני לחוקה כאוצר הטלת עונש מוות על קטינים, וזאת בין היתר בססתמן על הקונגרזוס בעניין בעולם הדמוקרטי.⁸² פוזנר (בעקבות השופט Scalia) הוא

.80. ברק דין בסוגיה זו בכמה מאמריהם. ראו, למשל: אהרן ברק, "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי", *זמן* 26 (תשמ"ג) 14.

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

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

מבחן תקין של גישה זו.⁸³ ההתנגדות הנחרצת להתיחסות בעמדות הוכחות לקונצנזוס בפועל הדמוקרטי, כגון בתחומים כעונש מוות או הטלת איסור פלילי לקים יחסית הומוסקסואליים, מעידה כי הגישה ה"נווירה" (לפחות לעומת המקביל בעולם) היא דוגא גישתם של אוטם שופטים וחוקרים אמוניינגים הדוגלים בשימור עמדות יזאות רופן. בטענו של דבר, המאבק של פוזנר בברק אינו אלא מאבק בתפיסת המקובלות בעולם הדמוקרטי שלו, וכן, כפי שניתן ללמידה מן התמיכת הציבורית הרחבה 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"

.למשל: (לעיל, העונה 55 בעמ' 84-90).⁸³