

# השופט, החרב והארנק

שתהליך כזה פירושו למעשה סילוק ידיו של העם מן הפוליטיקה והעברתה לידי השופטים. כאשר סוגיה נעשית חוקתית, אין היא מצויה עוד בתחומה של הפוליטיקה הדמוקרטית. חשדנות עמוקה כלפי הדמוקרטיה עוברת כחוט השני בספר הזה, כמו גם בפועלו של ברק על כס השיפוט. הוא מנסה להתכחש למגמה האוטוריטרית של התהליך שהוא מהלל באמצעות הגדרה מחודשת של הדמוקרטיה, שלה, לדבריו, שני היבטים: "דמוקרטיה פורמלית" (שלטון העם דרך נציגיו הנבחרים) ו"דמוקרטיה מהותית" (המשליכה את יתרה על רשות שופטת עצמאית, שלטון חוק וזכויות אדם).

וטו שיפוטי על החלטות רוב עשוי להיות מוצדק או בלתי מוצדק על פי הנסיבות, אבל בשום מקרה אין להגדירו כצורה של דמוקרטיה. זהו אחד מן הבלמים של השלטון הדמוקרטי. כאשר ברק מתייחס הן להכרעותיו של העם והן לסיכולן של הכרעות אלו כ"דמוקרטיה", הוא מאיין כל הבחנה בין שלטון הנציגים הנבחרים לשלטון השופטים, ובאופן זה מצדיק את התעצמותה של הרשות השיפוטית. קונסטיטוציונליזציה של הפוליטיקה הדמוקרטית פירושה שבתו משפט יוכלו לשלוט בחברה מבלי להזדקק לעוגן חוקתי לפעולותיהם. כך קורה

שופט בחברה דמוקרטית

מאת אהרן ברק

הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה,  
כתר הוצאה לאור,  
נבו הוצאה לאור, 2004  
551 עמודים

ביקורת: רוברט בורק

ספרו של נשיא בית המשפט העליון הפורש אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית, אשר יצא לאחורונה בתרגום לאנגלית, מקדם טיעון נועז בדבר תפקידה הנאות של הרשות השופטת. הספר ראוי לתשומת לב לאו דווקא בשל הטיעון המוצג בו, אלא בגין השפעתו של ברק על המשפט בישראל ומחוצה לה, שהנה בעייתית ביותר.

ברק מעלה על נס את התחזקות העוצמה השיפוטית בכל מדינות המערב על חשבונם של שאר המוסדות השלטוניים והפרכיים. הוא מציין בסיפוק ש"מאז סיום מלחמת העולם השנייה עלתה חשיבותה של הרשות השופטת ביחס לרשויות האחרות. יותר ויותר פונים אליה בציפייה לפתרון של בעיות חברתיות דוחקות" – תהליך שברק מכנה "קונסטיטוציונליזציה של הפוליטיקה הדמוקרטית". אלא

תכופות בארצות הברית, וכפי שמעידות פסיקותיו של בית המשפט תחת ברק, כך קורה לעתים תכופות עוד יותר בישראל.

**ת**יאור תפקידו של השופט בספרו של ברק מבהיר עד כמה נרחבת היא סמכות החקיקה שהוא תובע עבור הרשות השופטת. ברק טוען שלשופט שני תפקידים מרכזיים: (א) "גישור על הפער בין המשפט למציאות החברתית", (ב) "הגנה על החוקה וערכיה". ברם, תכופות מסתבר שהתפקיד הראשון, ה"גישור על הפער", הוא בעצם פוליטיקה תחבולנית: "השופט עשוי לתת לחוק פירוש חדש. זהו פירוש דינמי, המבקש לגשר על הפער בין משפט למציאות חיים משתנה בלא שיהיה צורך לשנות את החוק עצמו", כותב ברק. "החוק נשאר כשהיה, אך מובנו השתנה, שכן בית המשפט נתן לו פירוש חדש התואם את הצרכים החברתיים החדשים". במילים אחרות, השופטים, ולא נציגי הנבחרים של העם, הם המחליטים מהם אותם "צרכים חברתיים חדשים", ואז משנים את פירוש דבריו של המחוקק כדי ליישם את עמדתם; המחוקק עצמו אינו נשאל לדעתו.

אפשר להבין את ההנחה הקובעת שחוק או חוקה מגלמים עיקרון שיש להחילו על נסיבות בלתי צפויות, אולם קשה לקבל את הגישה הגורסת שהשופט רשאי להותיר את דברי המחוקק כפי שהם אבל לשנות את פירושה לשם הפעלתו של עיקרון שהמחוקק מעולם לא כיוון לו. הדוגמה הקלאסית למקרה מן הסוג הראשון היא התיקון הרביעי לחוקה האמריקנית, האוסר על נציגי הממשל לבצע חיפושים ותפיסת ראיות בדרך "בלתי סבירה". התיקון נוסף לחוקה בתקופה שבה צריך היה להגן על ביתו ומשרדיו של אדם מפני פלישתן של רשויות אכיפת החוק; בית המשפט

העליון המודרני לא התקשה להחליט שאותו רציונל חל על התקנת מכשיר האזנה אלקטרוני במרחב הפרטי של אדם. מצד שני, כאשר בית המשפט המציא זכות כללית ובלתי מוגדרת לפרטיות, והפך את ההפלה לזכות חוקתית, הוא הכניס לחוקה עיקרון חדש לגמרי מבלי לשנות מילה במסמך המקורי. לכך, בפשטות, אין כל הצדקה. אם הציבור סבור שהחירות להפסיק הריון היא "צורך חברתי חדש", כי אז אין עליו אלא לחוקק חוק לעניין זה. אבל לבית המשפט האמריקני – בדומה למקבילה שלו בישראל – לא הייתה סבלנות להשקפתיו ה"מיושנות" של הבוחר. הוא "גישר על פערים" – כלומר, שכתב את החוקה.

ברק מביא דוגמה נוספת לשינוי החוק תוך הותרת נוסחו בלא שינוי. ב־1986 קבע בית המשפט העליון האמריקני כי החוקה מאפשרת למדינות השונות להגדיר מגע מיני הומוסקסואלי כפשע. כעבור שבע עשרה שנה הוא הפך את ההחלטה וקבע, תחת זאת, שמגע מיני הומוסקסואלי הוא זכות יסוד. "השוני בין פסקי הדין", כותב ברק, "אינו בשינוי חוקתי שהתרחש בתוך אותה תקופה. השוני שהתרחש הוא בחברה האמריקנית, אשר למדה להכיר את מהותם של היחסים ההומוסקסואליים, והייתה מוכנה להיות סובלנית כלפיהם".

אם למילים יש פירוש כלשהו, כי אז אין זה מתקבל על הדעת לטעון שחוקה נותרת בלא שינוי כאשר החלטה חוקתית אחת מבטלת החלטה קודמת והופכת את מה שנחשב עבירה פלילית לזכות יסוד. בארצות הברית, כידוע בוודאי לברק, המערכת הפדרלית מותירה כמעט את כל העניינים הנוגעים למוסר להכרעתן של המדינות השונות. אין כל סיבה חוקתית לכך שהבחירה המוסרית של טקסס,

שהטילה איסור על מגע הומוסקסואלי, נתבטל בפני הגוף המופשט הקרוי "החברה האמריקנית". רק לחברה הטקסאנית יש רלוונטיות מבחינה חוקתית. מה השתנה אפוא בפרק הזמן שחלף בין שתי החלטות שקיבל בית המשפט העליון האמריקני בעניין ההומוסקסואליות? הרכב השופטים. הרוב החדש ניהל וכנראה עודו מנהל מאבק לנרמול ההומוסקסואליות. אפשר לקרוא לכך "קונסטיטוציונליזציה" של הפוליטיקה, אבל ודאי שאין בזה מאומה מן הדמוקרטיה.

הליך של אשרור חוקתי והתקבלו בידי רבע בלבד מחברי הכנסת" (ההשתתפות הדלה בהצבעה נבעה ככל הנראה מכך שהתקיימה באמצע הלילה, ומכך שאיש לא שיער כי היא מחוללת שינוי מהפכני המתבטא בהסמכת בית המשפט לפסול את החלטות הרשות המחוקקת והמבצעת). יתר על כן, "המהפכה החוקתית" של ברק אינה מתיישבת עם קביעתו, המופיעה כעבור עמודים אחדים, שלפיה "בית המשפט מוסמך לפרש את החוקה, אך הוא אינו מוסמך לכונן חוקה".

ראוי לשים לב לשני מאפיינים נוספים של "חוקת השופטים". ראשית, שופטים עשויים לשנות את החוקה כרצונם, אבל העם ונציגיו הנבחרים אינם רשאים לעשות זאת. היצירה השיפוטית של החוקה הישראלית היא תהליך פתוח. ברק קובע שגם בהעדר שינוי כלשהו בחוקי היסוד ובחוקים האחרים, שופטים רשאים להכניס "עקרונות יסוד חדשים". הוא מצטט בהסכמה את דעתו של השופט אגרנט, אשר קבע כי תפקיד המדינה הוא "למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים, אשר העם חפץ ביקרם". אבל שאלה אחת נותרת בלא מענה: אם העם מוקיר כל כך את עקרונות היסוד החדשים הללו, מדוע לא עיגן אותם בחוק? השופט מציע תשובה מטרידה: החברות ב"עם" אקסקלוסיבית יותר משחשבנו. הוספת עקרונות יסוד חדשים דורשת "שיתקיים קודם ההליך של השתכנעות משותפת אצל בני-החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים, לפני שנוכל לומר כי נוצר בקרבם רצון כללי שהם יהפכו להיות בעלי כוח מחייב וישאו את הגושפנקה והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי". "העם" החפץ ביקרם של העקרונות החדשים

**ה**חובה להגן על החוקה ועל ערכיה – התפקיד השני שמייעד ברק לשופטים – הופכת בידי לדבר מה שונה לחלוטין: ליומרה שיפוטית ליצירת חוקה שבה העם לא בחר, ואז להגנה על כתב-הזכויות השיפוטי הזה מפני תביעותיה הלגיטימיות של הדמוקרטיה. ברק כותב שבפסק הדין בעניין בנק המזרחי נ' מנדל כפר ש"חופי קבע בית המשפט העליון ש"שני חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק... הם במדרג נורמטיבי שמעל לחקיקה הרגילה", ועל כן "כאשר יש סתירה בין חוק יסוד לחוק רגיל, יד חוק היסוד על העליונה. קיימת ביקורת שיפוטית על התאמתו של חוק רגיל לחוק יסוד. אם בית המשפט קובע כי בין השניים יש סתירה, הוא מוסמך להכריז על בטלותו של החוק הרגיל". זהו הביטוי המזוקק של מה שברק מכנה "המהפכה החוקתית". ואולם, כפי שצינה אולין גורדון במאמר בג'ורנל פוסט 11 במאי 2006, הטענה שלחוקי היסוד מעמד חוקתי המסמך את בית המשפט הישראלי לבטל חקיקה סותרת היא "מפוקפקת כשלעצמה, לאור העובדה שחוקי היסוד לא עברו כל

מורכב אפוא מאנשי אקדמיה, עיתונאים, אינטלקטואלים – וכמובן גם שופטים. השופטים יחליטו מתי הבשיל "הרצון הכללי" במידה מספקת, ואז, באבחת קולמוס, יהפכו את הנורמות והסטנדרטים למשפט פוזיטיבי.

ואף על פי כן, ברק עושה ככל יכולתו להבטיח לנו ש"לא את ערכיו הסובייקטיביים מטיל השופט על החברה בה הוא חי". תחת זאת, על השופט לאזן אינטרסים מנוגדים באופן אובייקטיבי ולהגיע להכרעה. "השאלה אינה מה השופט רוצה", מסביר ברק, "אלא מה החברה צריכה". אבל כיוון שביטולו של חוק חוק בידי הרשות השופטת משמעו עקיפת רצון העם, המשתקף בהחלטת נציגיו הנבחרים, הרי שתפיסתו של השופט בנוגע למה ש"החברה צריכה" עומדת כמעט תמיד בסתירה לעמדת רוב בניה של אותה חברה.

מכל מקום, אי-אפשר להניח ש"צורך" של חברה הנו עובדה שאפשר לקבוע אותה באמצעות איוון אובייקטיבי בין אינטרסים. לאמיתו של דבר, האינטרסים החשובים ביותר מתבטאים לרוב בהכרעות ערכיות סותרות. כיצד, למשל, ידע שופט אם חברה "צריכה" את החופש להפיל, מידה כלשהי של פיקוח על הפלות, או איסור מוחלט עליהן? כיצד יקבע שופט אם החברה שלו "צריכה" זכות חוקתית לנישואים הומוסקסואליים? כיצד יחליט "אובייקטיבית" אם יש לחייב לימודי דת בבתי ספר במימון המדינה, להעמידם לבחירה או לאסור אותם כליל? התשובה היא, כמובן, שהשופט אינו "יודע" ואינו יכול "לדעת" דבר מכל אלה, אף שעשויות להיות לו תחושות חזקות בעניין. מאחר שהשופט פועל בלא הדרכה מצד המשפט הפוזיטיבי, אין כמעט ספק שבסופו של דבר יסתבר כי דעותיו האישיות הן הן מה שהחברה "צריכה".

אף שברק היה בוודאי מכחיש זאת, שופט בחברה דמוקרטית הוא ספר הדרכה לאקטיביזם שיפוטי. בעבר כתבתי ששופט הוא אקטיביסט אם הוא קובע עקרונות או מגיע לתוצאות שאין כל דרך מתקבלת על הדעת לגזור אותם מן החוקה שעליה הוא מתבסס. בספרו משיב ברק שאינני מתאר את "השופט האקטיביסט, אלא... שופט שאינו ראוי לתפקידו". אני מסכים שאדם כזה אינו ראוי להיות שופט, אבל הסיבה לכך שאינו ראוי היא בדיוק כיוון שהוא אקטיביסט. לא ברור לי כיצד יכול שופט, בהתאם לפילוסופיה של ברק, לשנות את פירוש החוק מבלי לשנות את מילותיו, או להכניס עקרונות יסוד חדשים לחוקה מבלי להיות אקטיביסט כהגדרתי, או בלתי ראוי, כהגדרתו של ברק. ברק מוסיף ואומר ש"אף לא אחד מאתנו מורשה להפוך את אמונתו שלו לדין המדינה". אבל אני חושב שברור כי שופט ההולך בדרכו של ברק אינו יכול להימנע מחקיקה, וקשה מאוד להניח שיחוקק ברוח השקפות שונות מאלה שלו.

ואמנם, קוצר הרוח שמפגין ברק כלפי העמדה האוריינליסטית (הגורסת כי על השופט להיצמד למשמעות המקורית של החוק) ממחיש שהפילוסופיה שלו היא אקטיביסטית לפני ולפנים. "מדוע יכולות שיטות משפט דמוקרטיות נאורות (כגון קנדה, אוסטרליה, גרמניה) להשתחרר מידם הכבדה של האינטנציונליזם והאוריינליזם בפירוש החוקה", הוא שואל, "ואילו המשפט החוקתי האמריקני איננו מצליח להוציא את עצמו מקשיים אלה?" אוריינליזם פירושו בסך הכל ששופטים חייבים לנסות ליישם את עקרונות החוקה כפי שהובנו בידי מכונייה. כאשר שופט מתנתק מן האוריינליזם, הוא הופך עצמו למחוקק; הוא קובע

אלא גם לרכשו בלא טרחה. וכך, במפגן מרשים של התעלמות מדבר חקיקה, פסק בית המשפט שרשות מקומית המבקשת לאסור על מכירת בשר חזיר צריכה לבחון את זמינות החנויות המוכרות בשר זה בסביבתה, את אמצעי התחבורה המובילים לחנויות הללו ואת היכולת המעשית להשתמש בהם. רק אם בדיקה כזו מגלה שישנן חלופות סבירות, קבע בית המשפט, יכולה הרשות לאסור בפועל על מכירת בשר חזיר בתחומה.

(ב) בית המשפט החליט שנתונה לו הסמכות לפסוק בשאלה אם קיצוצים בקצבאות סעד הם חוקתיים, ובכך יצר יש מאין זכות חוקתית "לקיום בכבוד" המחייבת הכנסה מינימלית שתקבע בידי - החלטה העומדת בניגוד מוחלט לרצונה הגלוי של הכנסת. באופן זה נטל בית המשפט לעצמו את הסמכות לקבוע עבור הרשויות הנבחרות של המדינה על מה תוצאנה כסף וכמה כסף תוצאנה, תוך שהוא יוצר בכך מציאות שבה השופטים, ולא המחוקקים, הם ששולטים בסופו של דבר בתקציבה של ישראל.

(ג) אף שאישר את סמכותה של הממשלה לבנות גדר הפרדה, פסל בית המשפט את שיקול דעתו של הצבא בשאלת מיקומם של חלקים מן הגדר, בשל חילוקי דעות בסוגיית רמת הביטחון המינימלית הראויה. ברק אמר פעם שלבית המשפט יש סמכות להכריע בעניין פריסת כוחות במלחמה; בהחלטה זו הוא אכן התקרב לכך.

(ד) בית המשפט פסק שאפשר לפטר עובד ציבור או לשלול ממנו אפשרות קידום על יסוד דברים שאמר בריאיון בתקשורת. למעשה, בית המשפט עצמו הציע לבדוק אם דבריו של הפקיד עושים אותו בלתי ראוי למינוי. בלא כל הסמכה או הנחיה

דין שאינו כלול בחוקה. שופטים כמו ברק ועמיתיו בארצות-הברית הם הם הסיבה לכך שהאמריקנים ממשיכים לדון בסוגיות שברק היה מעדיף שיתעלמו מהן. שופטים כאלה התגייסו לצד ה"אליטות" במלחמת התרבויות העל-לאומית. ואף שמצעים אליטיסטיים בדרך כלל אינם זוכים בבחירות, רק לעתים נדירות הם מפסידים בבית המשפט האמריקני, בדיוק כפי ש"בני-החברה הנאורים" הננים מיתרון כאשר הם עומדים בפני בית המשפט העליון בישראל.

שופטים ישראלים, קנדים, וגם אמריקנים רבים, אמנם "השתחררו" מן האורייגניליזם, והתוצאה הייתה רשויות שופטות משולחות רסן. אני רואה זאת לזכותה של ארצות-הברית שלא חדלה מן העיסוק באורייגניליזם. ככלות הכל, מטרתו המקורית של האורייגניליזם היא לשמור אמונים למקור של חוק או לסטנדרט חיצוני לשופטים, ובכך לשמר את הסדר הדמוקרטי - ואת שלטון החוק במקום את שלטון השופטים. מבחינה זו, המינויים האחרונים לבית המשפט העליון האמריקני מצביעים על אפשרות של חזרה לתורת משפט לגיטימית.

תורת המשפט של ברק, לעומת זאת, מקפלת בחובה דרכים רבות כל כך להגיע לכל מסקנה שתישא חן בעיני השופטים, עד שתקצר היריעה מלנתח כאן את כולן. ההחלטות שקיבל בית המשפט בראשותו של ברק מבטאות באופן מעשי את גישתו. התוצאות נעות מן המוזר ועד למסוכן. למשל:

(א) הפְּנִיסַת הסמיכה את הרשויות המקומיות להגביל או לאסור מכירה של בשר חזיר בתחומן. אבל הנשיא ברק ושמונה שופטים אחרים קבעו שישנה זכות חוקתית לא רק לאכול בשר חזיר,

חקיקתית - ובסתירה מדהימה לעקרון היסוד הדמוקרטי של חופש הדיבור - החליט בית המשפט לקבוע חוק הנוגע לאופיו המוסרי של ממונה. לצנזורה מסוג זה אין אח ורע בדמוקרטיה אחרות.

(ה) רוב בבית המשפט קבע כי הממשלה אינה רשאית לאסור הגירה אליה מאזורים עוינים בעתות מלחמה כיוון שאיסור כזה יפגע בזכותם של ערביי ישראל להינשא לפלסטינים ולהכניסם לישראל. בית המשפט אמנם דחה, ברוב של שישה מול חמישה, את העתירות נגד התיקון ל"חוק האזרחות", מטעמים של סיכון ביטחוני, אבל אחד השופטים, אדמונד לוי, הצהיר מפורשות שצייד בהחלט הרוב רק משום שתוקפו של החוק עומד לפקוע ממילא. למותר לציין שהכנסת שללה מפורשות את זכותם של אזרחים להינשא למי שירצו. בית המשפט דחה אפוא שיקולים של ביטחון לאומי - אפילו בעתות מלחמה - מפני זכות אישית מומצאת שהמחוקק שלל.

(ו) בפסק הדין של בג"ץ בעניין העתירות שהוגשו נגד "חוק טל", כתב הנשיא ברק שלבית המשפט נתונה הסמכות לפסול חוק יסוד אם שופטיו יסברו כי הוא עומד בניגוד לאופייה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית".

קיצורו של עניין, בית המשפט של ברק יכול להפוך חקיקה רגילה לחוקה, לכפות אותה על המדינה ואז להכריז על סמכותו למנוע כל תיקון דמוקרטי שלה. בכך קבע ברק בלי ספק שיא עולמי חדש בהיבטי שיפוט.

**כ**פי שעולה מדוגמאות אלו ואחרות, ברק אינו מוטרד מכך ששלטון החוק - שאותו הוא משבח כחלק מן "הדמוקרטיה המהותית" - מוחלף הלכה

למעשה בידי שלטון השופטים, מגמה שהוא עצמו הניע והוביל. אולי הוא מאמין שהשופטים פשוט נעלים מבחינה אינטלקטואלית ומוסרית בהשוואה לשחקנים אחרים בזירה הציבורית, ולכן אין מנוס מרודנות שיפוטית. כפי שהוא מסביר, "אין זה ראוי שרשות שלטונית תשפוט את עצמה, על כן מוצדק הוא כי ההכרעה הסופית באשר לחוקיות פעולתן של הרשות המחוקקת והמבצעת תיעשה על ידי מנגנון הכרעה המצוי מחוץ לרשויות אלה, כלומר הרשות השופטת". אבל הרשות השופטת אינה כפופה בעצמה לאף מנגנון חיצוני כזה, משום ש"השופטים - על פי חינוכם, מקצועם ותפקידם... מחונכים ומורגלים להתמודד עם בעיות אלה של 'ניגוד עניינים'". יתר על כן, אפשר לסמוך עליהם, "שהרי לא על כוחם שלהם נלחמים השופטים". כל מי שמכיר את ההיסטוריה השיפוטית של ברק אינו יכול שלא לחייך למקרא דברים אלה.

במאמר 78 של הפדרליסט כתב אלכסנדר המילטון ש"הרשות השופטת, מטבע תפקידיה" היא "הפחות מסוכנת לזכויות הפוליטיות של החוקה", כיוון ש"אין [לה] שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק". המילטון המעיט עד מאוד ביכולתו של בית המשפט העליון לחרוג הרחק מעבר לגבולות סמכותו החוקתית. ובית המשפט הישראלי, ביומרתו לשלוט הן בחרב הן בארנק, עלול בהחלט להתגלות כרשות המסוכנת ביותר לזכויותיה הפוליטיות של האומה.

---

דוברט בורק משמש היום פרופסור בפקולטה למשפטים באוניברסיטת ארנברוק, ועמית אורח במכון הובר.