

אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו

אוולין גורדון

בחודש אוגוסט 1996 פרסמו שני עיתונים חרדיים מאמרי מערכת ובהם ביקורת נוקבת על בית המשפט העליון ונשיאו אהרן ברק, בשל מעורבותו הגוברת והולכת של בית המשפט בעניינים שמחוץ לתחום הפעילות המסורתית שלו. מאמרי המערכת גררו גל של גינויים מהממסד הפוליטי, המשפטי והעיתונאי בישראל: למשטרה הוגשו תלונות נגד העיתונים ועורכיהם, והם הואשמו בהמרדה וזילות בית המשפט; מחוגים מסוימים נשמעו קריאות לסגור את העיתונים, בעוד פוליטיקאים בולטים מכל קצות הקשת הפוליטית התחרו ביניהם על הוקעת הפשע במילים החריפות ביותר. דוגמה טיפוסית להתבטאויות שנפוצו אז היו דברי שר האוצר דאז, דן מרידור, אשר כינה את מאמרי המערכת "מסע הסתה חמור וחסר תקדים בתולדות המדינה, שמטרתו אינה רק לפגוע בשופטים בכירים אלא גם לחתור תחת ערכי היסוד של החברה ואמון הציבור במערכת המשפט".¹

לאחר הפוגה קצרה שב הנושא ועלה בסוף חודש נובמבר באותה שנה, עם פרסום ריאיון שבו תקף עורך הדין דרור חוטר-ישי, ראש לשכת עורכי הדין, את בית המשפט על חדירתו לעניינים האמורים להימצא בתחום אחריותה של הכנסת. גם במקרה זה נשמעו גינויים מקיר לקיר, שלוו בתלונות במשטרה ובתביעות

לסילוקו של חוטר־ישי מתפקידו כראש לשכת עורכי הדין ומחברותו בוועדה למינוי שופטים. ועדת האתיקה של הלשכה המליצה לנקוט נגדו צעדים משמעותיים בגין הערותיו.

הציבור הישראלי הוא ככל הנראה היחיד המתייחס במידה כה רבה של חרדת קודש למערכת המשפט ובאי סובלנות זועמת 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.

סוף סוף, לאחר עשרות שנים שבהן היה הנושא נתון לוויכוח בקרב אינטלקטואלים ופוליטיקאים ברחבי העולם, הגיע הדיון הציבורי על האקטיביזם השיפוטי גם לישראל. אולם, אם ניתן ללמוד משהו מאירועי השנה החולפת, תצטרך מדינת ישראל לעבור עוד כברת דרך ארוכה עד שתוכל להתפאר בכינונה של דמוקרטיה יציבה ובוגרת.

ב

בעוד שבדמוקרטיות מערביות קיים קונסנסוס רחב בדבר הלגיטימיות של ביקורת שיפוטית – זכותם של בתי משפט לבטל חוקים המפרים במפורש חוקה כתובה, או לבטל החלטות ממשלה העומדות בסתירה לחוקים – אין בהן הסכמה דומה בשאלה האם יש להרשות לבתי משפט לבטל חוקים או החלטות ממשלה המפרים עקרונות שהחוק מגן עליהם רק במרומז.

ברוב המדינות בעולם המערבי מתקיים הדיון בעניין האקטיביזם השיפוטי לא רק במסגרת כתבי עת משפטיים אקדמיים, אלא גם בזירה הפוליטית. בארצות-הברית, למשל, פעולות אקטיביסטיות של בית המשפט העליון מהוות מקור

למחלוקת כבר יותר ממאה שנה. פסק הדין המפורסם בעניין דרד סקוט, משנת 1857, שאסר על הקונגרס להוציא את העבדות אל מחוץ לחוק בטריטוריות המערביות, הפך לסוגיה פוליטית מרכזית שכיכבה במערכת הבחירות לנשיאות בשנת 1860. רפובליקנים ושאר חסידי ביטול העבדות גינו את פסק הדין הזה באמרו שזהו "הפשע הגדול ביותר בדברי ימי המשפט של הרפובליקה", ושהוא "אינו ראוי למשקל מוסרי רב יותר מאשר הכרעת רוב בקרב הקהל היושב בכל מסבאה שהיא בווינגטון".² הנשיא אברהם לינקולן הוקיע את האקטיביזם של בית המשפט בנאום ההשבעה הראשון שלו, בשנת 1861: "האזרח הישר חייב להודות שאם מדיניות הממשל בשאלות חיוניות המשפיעות על כל העם תיקבע באופן בלתי הפיך על ידי הכרעות של בית המשפט העליון המתקבלות במסגרת התדיינות רגילה בין צדדים בתביעות אישיות, יחדל העם להיות שליט על עצמו, שכן הוא יוותר בפועל על השלטון לטובת השופטים המכובדים".³

בדומה לכך, סדרת פסיקות מן הרבע הראשון של המאה העשרים שביטלו חוקי עבודה, דוגמת לוכנר ו' ניו יורק (פסיקה משנת 1905 שפסלה חוק של מדינת ניו יורק שבו נקבעה תקרה של שעות עבודה לאופים), הביאה לביקורת ציבורית נרחבת על מערכת המשפט, והפכה את האקטיביזם של בית המשפט העליון לנושא למאבקה של התנועה הפרוגרסיבית האמריקנית. תנועה זו פתחה במסע ציבורי נרחב, והתקפותיה על אופיו של בית המשפט נמשכו ללא הפוגה עד לביטול ההחלטות האלה, בשלהי שנות השלושים.⁴

במהלך עשרים וחמש השנים האחרונות תפס האקטיביזם השיפוטי בארצות הברית את תשומת הלב הציבורית, במידה רבה בגלל פרשת רוֹאוֹן נְיִיד, פסק דין שנוי במחלוקת של בית המשפט העליון משנת 1973, שקבע כי לנשים זכות חוקתית לבצע הפלה אף כי הדבר אינו נאמר במפורש בחוקה. אמריקנים רבים זעמו לא רק על תוכן הפסיקה אלא גם על מה שנראה בעיניהם כחוסר הלגיטימיות המשפטית שלה: בית המשפט ביטל את רצון העם כפי שבא לידי ביטוי בחוקיה של כל מדינה כמעט בארצות הברית – חוקים המסדירים ביצוע הפלות או אוסרים אותן – וזאת בשם "הזכות לפרטיות", זכות "שהחוקה אינה מזכירה במפורש", כהודאת בית המשפט עצמו.⁵ מאז פסיקה זו נמשך בארצות הברית הוויכוח, בעיקר בשל שורת הכרעות משפטיות נוספות בעניין, פרי הניסיונות של המתנגדים להפלות להביא לביטול הפסיקה או לצמצום השלכותיה מחד גיסא, ופרי ניסיונם של המצדדים בחוקיות ההפלות להרחיב את תחום החלת הפסיקה מאידך גיסא.

לאחרונה לובה הדיון בדבר התערבות משפטית בנושאים ערכיים בעקבות שני פסקי דין של בתי משפט פדרליים שהרחיבו את דוקטרינת הזכות לפרטיות, כפי שהוגדרה בפסק דין רואו, לכדי זכות רחבה לאוטונומיה אישית, ועל בסיס זה אסרו על המדינות להוציא אל מחוץ לחוק התאבדות בסיוע רופא. "היהירות המתנשאת שבקביעות משפטיות אלה מדגישה את הסכנה הטמונה במתן הרשאה לבתי משפט לקבוע מדיניות חברתית, כשהם מתעלמים מבתי מחוקקים וממשאלי עם, על סמך האינטואיציות הפילוסופיות שלהם עצמם (שפעמים נובעות מתובנה לקויה)", כתבו הסנטור אורן האץ', יושב ראש ועדת הסנאט למשפט, הנרי הייד, יושב ראש ועדת המשפט של בית הנבחרים, וצ'רלס קנאדי, יושב ראש ועדת המשנה לחוקה של בית הנבחרים, בסיכום שהוגש לבית המשפט העליון לפני שנה במסגרת הערעור על פסקי הדין הללו.⁶

גם במדינות אחרות בעולם הדמוקרטי, אקטיביזם שיפוטי – אשר נחשב בעבר לתופעה אמריקנית ייחודית – החל לאפיין יותר ויותר את התנהגותן של הערכאות המשפטיות הגבוהות. כפי שציין אחד המומחים בתחום:

שופטים בבריטניה מעורבים יותר ויותר בבחינת שיקול דעתם של מנהלים במגוון רחב של תכניות ממשלתיות, בניגוד למנהגם בעבר... הרשויות המחוקקות והמבצעות בצרפת ובגרמניה משנות כיום כמעשה שבשגרה את המדיניות הרצויה להן בתחומים שונים בתגובה לקביעות של בתי משפט חוקתיים, או בצפייה לקביעות כאלה. ובנוסף... מדינות החברות בקהילה האירופית מתחילות לשנות מדיניות פנים כתוצאה מפסיקות בית הדין של הקהילה האירופית... ברוסיה, העימות בין הרשות המחוקקת לרשות המבצעת בעניין חלוקת הסמכויות על פי החוקה ובעניין המדיניות הכלכלית של בוריס ילצין הגיע במקרים רבים לבית המשפט החוקתי.⁷

אין זה מפתיע שהרחבת תפקידה של הרשות השופטת עוררה דאגה ברבות ממדינות אלה, ושהתפתח דיון ציבורי בסוגיה.

בישראל, לעומת זאת, התחיל האקטיביזם השיפוטי לפרוח מאוחר יחסית, ועל כן גם הוויכוח הציבורי סביבו נמצא עדיין בחיתוליו. שלוש התפתחויות עיקריות חברו יחדיו בהפיכת האקטיביזם השיפוטי לסוגיה מרכזית בשנים האחרונות. שתיים מהן מונעות על ידי תפישתו המתגבשת של בית המשפט העליון לגבי מהות תפקידו, והשלישית היא פועל יוצא של פעולת הכנסת.

ההתפתחות הראשונה הייתה הכרסום המהיר בשני אמצעי הגנה נוהליים שהטיל בית המשפט על עצמו ואשר מנעו ממנו בעבר לדון בהרבה מקרים שנויים במחלוקת: פרשנות מצמצמת של זכות העמידה ושל השפיטות. זכות העמידה, כלומר זכותו של צד מסוים לעתור לבג"ץ נגד החלטת ממשלה נתונה, הוענקה ברוב שנות קיומו של בית המשפט העליון רק לבעלי אינטרס אישי ישיר בעניין; כתוצאה מכך הוגבלה במקרים רבים יכולתו של הציבור לערער על החלטות ממשלה. שפיטות – הקביעה אם ניתן להכריע בשאלה מסוימת על ידי החלטה של בית משפט – זכתה גם היא במקורה לפרשנות מצמצמת, ותחומים רחבים של המדיניות הממשלתית נחשבו מחוץ לתחום שיפוטו של בית המשפט.

באמצע שנות השמונים קיבל על עצמו בית המשפט העליון, בראשותו של הנשיא מאיר שמגר, להקל באופן ניכר את ההגבלות על זכות העמידה והשפיטות. לדוגמה, בקביעה תקדימית משנת 1986 בעניין רסלר, הסכים בית המשפט לברר עתירה נגד הפטור משירות צבאי שנהוג היה להעניק לבחורי ישיבה. עתירות בנושא זה הוגשו פעמיים קודם לכן, ובשני המקרים פסק בית המשפט שהנושא אינו שפיט. בשנת 1986, לעומת זאת, קבע הרכב של שלושה שופטים, וביניהם השופט אהרן ברק (לפני שנתמנה לנשיא בית המשפט), שהנושא שפיט, תוך דחיית העתירה לגופו של עניין.

באותו זמן בערך הוציא בית המשפט פסק דין תקדימי על זכות העמידה. בשנת 1987 עתרו חברי הכנסת דאז שולמית אלוני ודדי צוקר לבית המשפט, נגד סירובו של שר המשפטים להסגיר את ויליאם נקש לצרפת, שם היה מבוקש בעוון רצח ערבי. השופט מנחם אלון, בדעת מיעוט, תמך בעמדה המסורתית של בית המשפט, שלפיה אין לעותרים זכות עמידה. לעומתו קבעו ארבעת השופטים האחרים, בראשות הנשיא שמגר, אמת מידה חדשה: מאחר שלאף אדם אחר במדינה לא היה עניין ישיר יותר במקרה, ומאחר שדובר בנושא שהיה בעיניהם בעל עניין ציבורי ממשי, החליט בית המשפט לדון בעתירה. מאז פרסום הפסיקות הללו נמשכת השחיקה בהגבלות על זכות העמידה והשפיטות ללא הפוגה.

ההתפתחות השנייה – הפיכת ה"סבירות" לאמת מידה מרחיקת לכת לבחינת החלטות הממשלה צמחה במקביל להרחבה המהירה של זכות העמידה ושפיטות. בעוד שבעבר נהג בית המשפט לשאול רק האם פעולת הממשלה עולה בקנה אחד עם לשון החוק, הרי שבשנות השמונים החל לבטל, כמעשה שבשגרה, החלטות שנראו בעיניו "בלתי סבירות באופן קיצוני", בטענה שאי סבירות קיצונית היא, מעצם טבעה, בלתי חוקית. כפי שניסח זאת שמגר, "חוסר סבירות היורד

לשורשו של עניין פוסל החלטתה של רשות מינהלית".⁸ אמת מידה חדשה זו, ששולבה בהקלות בנושא זכות עמידה ושפיטות, יצרה מצב שבו טווח ההחלטות שניתן לבטלן חופף כמעט לטווח פעולות הממשלה. החל משנות השמונים המוקדמות עשה בית המשפט שימוש גדל והולך בקריטריון הסבירות; במהלך העשור האחרון הפך השימוש בו לנורמה.⁹

על רקע ההרחבה המשמעותית בטווח התערבותה של הרשות השופטת באה ההתפתחות השלישית שקידמה את האקטיביזם: בשנת 1992 קיבלה הכנסת את חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, ואת חוק יסוד חופש העיסוק, ובכך העניקה לבית המשפט העליון, אם כי לא במפורש, את הסמכות לפסול חוקים עתידיים של הכנסת המפרים, לפי דעתו, את הזכויות המגולמות בחוקי היסוד האלה. אם בעבר יכול בית המשפט לבטל פעולות ממשלה שלא עלו בקנה אחד עם חוקים קיימים של הכנסת, כפי שאכן עשה, אבל ממשלה נחושה בדעתה יכלה תמיד להעביר בכנסת חוקים חדשים שיתנו תוקף למדיניות שאותה פסל בית המשפט, ובכך לגבור עליו. חוקי היסוד משנת 1992 סתמו את הגולל על אפשרות זו; באמצעות הקביעה שאף חקיקה מאותו רגע ואילך לא תוכל להפר את העקרונות המובעים בחוקי היסוד, הם אפשרו לבית המשפט לבטל כל חקיקה חדשה הסותרת, לטעמו, עקרונות אלה.¹⁰ ועל אף שחוקי היסוד הגנו במפורש על חקיקה קודמת מפני ביקורתו של בית המשפט, ראה בהם בית המשפט אור ירוק למתן פירוש מחודש לחקיקה הקודמת.

עם פריצת ההגבלות על זכות העמידה והשפיטות, השימוש הגובר במבחן הסבירות וחקיקת חוקי היסוד, הגדיל בית המשפט במידה ניכרת את מעורבותו בניהול היומיומי של ענייני המדינה. בחמש השנים האחרונות הוא כבר פסל את מינויו של יוסי גינזור למנכ"ל משרד הבינוי, אילץ את שר הפנים לשעבר אריה דרעי ואת סגן שר הדתות לשעבר רפאל פינחסי להתפטר, ביטל החלטה של הכנסת להסיר את חסינותו של חבר הכנסת פינחסי, ושלל מהממשלה את הזכות להמשיך להחיל איסור בן חמישים שנה על יבוא בשר לא-כשר לארץ. בית המשפט ביטל את החלטות היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין אישי ציבור מסוימים, מנע מהממשלה לפטר את נציב שירות המדינה, ואף הגיע לידי ביטול החלטת הוועדה לפרס ישראל להעניק את הפרס לעיתונאי שמואל שניצר. מכל זאת עולה שלדעת בית המשפט העליון בישראל אף פעולה של הרשויות אינה פוליטית מדי, שנויה במחלוקת מדי או זניחה מכדי לחמוק מהתערבותו הפעילה.

משמעות תפקידו המורחב של בית המשפט העליון היא שאקטיביזם שיפוטי בישראל לא יוכל להישאר בגדר נושא אקדמי גרידא. ואמנם, הדיון בנושא החל להגיע לפורום הציבורי ולתקשורת הארצית. עם זאת, עד לשנה שעברה לא התקיים דיון ציבורי רציני בעניין זה. טורים מזדמנים נכתבו על כך בעיתונים, וחברי כנסת אחדים חוללו מעת לעת מהומה זוטא כאשר פסיקות של בית המשפט פגעו בסמכויותיהם כמחוקקים. אולם באוגוסט 1996, כאשר הוציא בית המשפט העליון צו ביניים נגד סגירת כביש בר אילן בירושלים בשבת, עמדה ישראל נוכח זעקה רמה נגד האקטיביזם השיפוטי.

במבט ראשון נדמה היה שאין כאן עניין חוקתי מהותי. האוכלוסייה החרדית ברובה של רחוב בר אילן רצתה שהרחוב ייסגר בשבת, כפי שנעשה כבר בשכונות רבות בעלות רוב חרדי ברחבי הארץ. ועדה שהוקמה על ידי עיריית ירושלים בשנת 1995 המליצה לסגור את הכביש בשעות התפילה, אך המפקח על התעבורה במשרד התחבורה – שאישורו לעניין נחוץ היות שרחוב בר אילן נחשב עורק תחבורה ראשי – סירב לאשר את הסגירה. לאחר בחירות 1996 ביקשה הממשלה החדשה מהמפקח אלכס לאנגר לשקול שוב את עמדתו, והפעם התרצה והסכים. פעיל מפלגת העבודה ליאור חורב וחברי הכנסת אופיר פינס (עבודה) ויוסי שריד (מרצ) עתרו מיד לבג"ץ כנגד צעד זה. הרכב של שבעה שופטים בראשות הנשיא אהרן ברק הוציא צו ביניים נגד הסגירה תוך ציון מספר שאלות הנוגעות לסבירותה של החלטת המפקח.

צו זה הוא שהביא את יחד נאמן, העיתון היומי של הזרם החרדי הליטאי, לפרסם מאמר מערכת המוקיע את ברק, הכוח המניע שמאחורי האקטיביזם הגובר של בית המשפט, כ"אויב מסוכן" הן ליהדות והן לדמוקרטיה:¹¹

הוא חזק יותר מכל שלטון. הוא מאפיל בכוחו על המשטרה, על הרשות המחוקקת, וגם זו המבצעת. הוא יכול במחי החלטה להזיז שר מכהונתו, ומפלגה מאפשרותה להתמודד.¹² תמה הדמוקרטיה, תם שלטון העם.... [הוא] מתיימר להחליט בשבילי ובשבילך מה מותר לנו לחשוב ועל מה מותר לנו להיאבק.¹³

בהמשך, ייחס מאמר המערכת את כוחו הבלתי רגיל של בית המשפט להתיימרותו של זה להיות מעל לפוליטיקה, והציע פתרון פשוט: אם שופטי בית המשפט העליון נוהגים כפוליטיקאים, יש להתייחס אליהם כאל פוליטיקאים. ברגע שהשופטים ייחשפו לאותה ביקורת ציבורית המרסנת את המחוקקים, טען המאמר, הם יאבדו את מעמדם העל־אנושי וכוחם יפחת בהתאם. מאמר דומה הופיע בשבועון החרדי הסנסציוני יותר כל השבוע, תחת הכותרת "המטרה: ברק". במבוא למאמר נכתבו הדברים הבאים:

אהרן ברק הוא הכוח המניע מאחורי המערכה המתוחכמת המתנהלת נגד התפישה היהודית בישראל. אסור לפזר את הפגזים. צריך להרים את הכפפה ולהתווכח אתו חזיתית, ולהציג אותו כפי שהוא, כמי שמבצע "הפיכה משפטית", כסכנה לאשיות הדמוקרטיות, כאיום על זכות האזרח לעצב את הארץ בה הוא חי.

בהמשך הדברים יצא המאמר בהתקפה ארוכה על השמאל החילוני ככלל, וסיים בקריאה למקד את המאבק ב"כוח הכוחות של השלטון החילוני, בית המשפט העליון".

יש לנהל מערכה "חכמה" שתציג את הניסיון הלא־דמוקרטי, הלא־ישר והלא מתקבל על הדעת, של אדם בשם אהרן ברק לכפות על עם ישראל את דעותיו הרחוקות מדעות הרוב המכריע של האזרחים היהודיים בישראל.

יש להציג אותו בדמותו האמיתית, כסכנה לאשיות הדמוקרטיה הישראלית, כאיום על חירויות האזרח לבחור לעצמו את הדרך בה תנוהל ארצו, ליטול בכוח "הפיכה משפטית" את הסמכות שאינה שלו ולא ניתנה לו מעולם, משום שאיש לא בחר בו והוא לא הציג למבחן ציבורי אמיתי את רצונותיו השלטוניים.

הקרב חייב להיות ממוקד באיש הזה... משום שכדי לנצח את ברק ואת הכוחות שהוא מייצג, אין צורך לנצח אותו, די לסדוק את שריון הקשקשים שמכסה עליו, כדמות שמעבר לחילוקי הדעות הפוליטיים. כי ברגע שהוא חלק מהמשחק הפוליטי, גם אם הוא מנצח, הוא בן־אלמוות [כך במקור] ובר פגיעה (כמובן רק פגיעה רעיונית ואידיאית, לא חלילה אחרת).

במלחמה הזו אסור לעשות שטויות. אסור להתנהג שלא בנימוס, משום שבכך לא תשכנע איש, אלא אם כן באת לשכנע כי אתה גס רוח.¹⁴

כצפוי, השפה הלוחמנית של המאמר – במיוחד ההתייחסויות לכך שברק אינו בן אלמוות – משכה אליה אש ציבורית כבדה, שכן נראה היה בעיני המוחים שיש כאן הסתה לאלמות, למרות הקריאה המפורשת של המאמר לנהוג אחרת. בנוסף למאמרי המערכת בעיתונות החרדית גררה ההחלטה בנושא בר אילן גם תליית כרזות בשכונות חרדיות. כרזות אלה קבעו כי "אהרן ברק עובד מרצ" והסתיימו בקריאה "תימנע רודנות הבג"ץ. ייבחרו שופטי בית המשפט העליון על ידי הציבור".¹⁵ חריפים ככל שהיו, אין בכרזות או במאמרי המערכת דבר החורג מן הגבולות הרגילים של הוויכוח בישראל, וניתן לומר בבטחה שלו כוונה הביקורת החרדית אל חברי כנסת חילוניים כמו יוסי ביילין או רפאל איתן, לא הייתה זוכה כמעט לתשומת לב.

אולם במאמרי המערכת האלה הבחינו גם הבחינו. הממסד הפוליטי כולו נזעק, מזועזע מכך שמישהו, כדברי שופט בית המשפט העליון לשעבר חיים כהן, "העז להתבטא בצורה חריפה נגד בית המשפט העליון",¹⁶ ונופף בשלושה איומים על חייו של ברק (שניים מהם רק אחרי שהסערה הגיעה לעיצומה), כהוכחה לכך שהעיתונים החרדים אשמים בהמרדה או בהסתה.¹⁷

חברי הכנסת יוסי שריד ודדי צוקר (מרצ) קראו ליועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה משטרתית נגד העיתונים בחשד להמרדה.¹⁸ יושב ראש ועדת הפנים של הכנסת, סאלח טריף (עבודה), אף תבע מהממשלה לסגור את העיתונים.¹⁹ חברת הכנסת דליה איציק (עבודה) הגישה תלונה במשטרה נגד העיתונים, תוך שהיא מגנה בחריפות את "הידיים הרעות והפרימיטיביות, נוטפות הרעל והארס, שכתבו את הדברים האלה".²⁰ מפלגת העבודה אספה די חתימות כדי לכנס מושב מיוחד של הכנסת שידון ב"הסתה" החרדית נגד בית המשפט העליון. חבר הכנסת אלי גולדשמיט (עבודה) הגיש הצעה לחוק שיאפשר, כך אמר, להעמיד לדין אנשים שכתבו "דברי בלע" נגד בית המשפט העליון גם כשהיה קושי להוכיח עבירות הסתה או המרדה.²¹ שר המשפטים לשעבר דוד ליבאי (עבודה) הצטרף ליושב ראש ועדת חוק, חוקה ומשפט של הכנסת, שאול יהלום (מפד"ל), בטענה כי אפילו ללא חקיקה חדשה כבר הפרו שני העיתונים את החוק נגד זילות בית המשפט.²²

התגובות מהימין שבשלטון היו דומות. בנוסף ליהלום ולדברי הביקורת המוגזמים של מרידור ("מסע הסתה חמור וחסר תקדים בתולדות המדינה"), הכריז ראש הממשלה בנימין נתניהו כי בית המשפט העליון הוא "אבן יסוד בחברה הישראלית, ולא ניתן לפגוע במוסד החשוב והמרכזי הזה".²³ שר החקלאות רפאל איתן היה בדעה כי "ההשתלחויות נגד נשיא בית המשפט העליון אהרן

ברק הן תופעה בלתי נסבלת ומתאימות אולי לדרום אמריקה או למדינות דיקטטוריות במזרח התיכון".²⁴ ואילו הנשיא עזר וייצמן, המחויב לייצג את הקונסנסוס הלאומי, עשה בדיוק זאת בהעירו כי "זכות הוויכוח הלגיטימי אינה מאפשרת כלל פגיעה בחוק ואי כיבודו".²⁵

הקהילה המשפטית רתחה גם היא. הדיקנים של ארבע הפקולטות למשפטים הגדולות בארץ יצאו בהצהרה המכנה את מאמרי המערכת "מסע של שיסוי" שמטרתו "הפחדה כנגד השופטים".²⁶ ארגון עורכי הדין ברשויות המקומיות, התאחדות מקצועית של יועצים משפטיים ל-1,170 הרשויות המקומיות במדינה, ביקש מהיועץ המשפטי לממשלה, מיכאל בן-יאיר, לנקוט בצעדים נגד העיתונים, בטענה כי "לא יעלה על הדעת שבמדינת חוק יפרסמו עיתונים ציבוריים דברי בלע והסתה שיש בהם סכנה להתרת דמם של שופטי בית המשפט העליון, ושמערכת החוק תתייחס בסלחנות כאילו מדובר בביקורת לגיטימית".²⁷ בן-יאיר ופרקליטת המדינה עדנה ארבל הזהירו בהצהרה משותפת ש"בדברי התקפה אלה טמונה סכנה לערעור אמון הציבור ברשות השופטת בכלל ובבית המשפט העליון בפרט", מכיוון שרשות שופטת "עצמאית" הנה "מעיקרי היסוד לקיום שלטון החוק ולשמירה על המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל".²⁸

כדי לא להישאר מאחור, הצטרפו להתקפות גם העיתונים הגדולים. במאמר מערכת טען הארץ כי שני המאמרים מהווים "התקפה על שלטון החוק – ולמעשה, על ערכי היסוד של החברה".²⁹ משה נגבי, הפרשן המשפטי של מעריב, השווה את מאמרי המערכת להסתה שהתנהלה נגד יצחק רבין בחודשים שקדמו להתנקשות בחייו, וקבע כי הם יובילו, קרוב לוודאי, לאלימות נגד ברק.³⁰ ידיעות אחרונות פרסם מאמר של הסופר חיים גורי, שהצהיר כי "לפנינו אפוא ניסיון רציני ומאורגן היטב לפגוע בנשיא בית המשפט העליון ובכל המערכת המשפטית".³¹ יואל מרקוס, בעל טור בהארץ, גרס כי "קשה שלא להבחין שאכן הוצא חוזה על אהרן ברק. חוזה המכסה שטח רחב הרבה יותר מאשר חייו של ברק; מדובר בחוזה לפגיעה באשיות החוק והדמוקרטיה במדינה".³²

אולם התגובה הקיצונית ביותר באה מכיוון 'דור שלום', קבוצה חוץ-פרלמנטרית שהוקמה בעקבות רצח רבין. התנועה הפיצה כרזות ובהן כותרות: דמה של עיתונים המדווחות על רציחתו של ברק על ידי "מתנקש דתי קיצוני". הן כללו ציטוט בדוי של חבר הכנסת החרדי אברהם רביץ (יהדות התורה), לפיו "כשכניתי את בית המשפט העליון 'סניף של השמאל' לא עלתה בדעתי אפשרות של רצח", והסתיימו בקריאה לציבור: "האם זה מה שצריך לקרות כדי לנער אתכם מהשאננות שלכם?"³³

העיתונות החרדית, מצדה, לא נסוגה מול הלחץ. יחד נאמן, המשיך לפרסם כמעט מדי יום מאמרי מערכת שהצדיקו את עמדתו וחזרו על קריאתו לציבור להתייחס לברק כאל פוליטיקאי גרידא. עיתונים חרדיים אחרים הצטרפו גם הם למאבק. אך לבד מעיתונים אלה ומכמה פוליטיקאים חרדיים בולטים, לא נשמע כמעט אף קול שיגן על הדברים שנכתבו או אפילו על זכותם של העיתונים לאמרם. גם היועץ המשפטי לממשלה דאז, בן-יאיר, שסירב לנקוט צעדים בתגובה לתלונות הפליליות, בטענה שסנקציות פליליות יפגעו בחופש הביטוי ובכך "ייגרם יותר נזק מאשר תועלת למסגרת החברתית",³⁴ הבהיר כי אינו מתנגד לשימוש בלחץ חברתי כדי להשתיק את עמדותיהם של הכותבים. בן-יאיר אפילו טען שאחת הסיבות שבגללן עדיף לא להגיש כתב אישום היא שמשפט פומבי ייתן לכותבי המאמרים במה נוספת להשמעת דעותיהם.³⁵

לאחר הפוגה של מספר שבועות שב הנושא ועלה בחודש נובמבר. הפעם היה זה עורך הדין דרור חוטר-ישי, יושב ראש לשכת עורכי הדין, שמצא עצמו בעין הסערה. וגם הפעם הוצת הגפרור על ידי יחד נאמן, אשר פרסם ריאיון ארוך עם חוטר-ישי שהתמקד בדעותיו על פעילותו של בית המשפט העליון. מבלי לנקוב בשמו של ברק,³⁶ האשים חוטר-ישי את בית המשפט בהתעסקות כה רבה בפעילויות לא-ראויות עד שאינו מספיק למלא את חובותיו הבסיסיות כבית משפט. חוטר-ישי הבחין בין "צדק" ל"חוק", בטענה כי:

בית משפט אסור לו... לעשות צדק. בית משפט צריך לעשות משפט... הדבר הכי מסוכן שיכול לקרות לבית משפט, זה ששופט יהיה חופשי לעשות כל מה שבדעתו וכל מה שנראה לו לפי השקפת עולמו כנכון וצודק.

בית משפט צריך רק לעשות משפט. את הגדרת המשפט קובע המחוקק. הוא קובע את הנורמות המשפטיות, ואם הוא קובע נורמות שאינן נראות בעיני העם, העם יכול להחליף אותו ולשנות את הרוב בבית המחוקקים. את השופטים העם לא יכול להחליף, והם ממונים לכל החיים, ולכן תפקידם איננו לקבוע נורמות של מוסר".³⁷

עורך הדין חוטר-ישי – כמו העיתונים החרדיים – תקף כאן את בית המשפט מטעמים דמוקרטיים, בטענה שאם השופטים אינם נבחרים על ידי העם, ולעם אין כל אפשרות לגרום להדחתם, אסור בשום אופן שתפקידם במדינה דמוקרטית יחרוג אל מעבר ליישום החוק כלשונו. השימוש באמת מידה של "סבירות", לדידו של חוטר-ישי, הוא בדיוק חריגה מעין זו, הנוגסת בחופש הפעולה של

נבחרו הציבור וכתוצאה מכך גם בדמוקרטיה עצמה: "אתה מתחיל לבדוק את הסבירות ואת המידתיות, ואתה בעצם אומר 'אני המנהל', כי אתה שם את שיקול דעתך במקום שיקול דעתו [של השלטון]". בנוסף לכך, הליברליזציה הדומטית שחלה בתחום השפיטות וזכות העמידה הגדילה את עומס התיקים עד כדי כך שלשופטים אין עוד זמן לבצע את העבודה המוטלת עליהם: "בג"ץ בא ואומר 'אני עמוס ומותש... ובקושי יש לי זמן לשמוע משפטים, ואין לי כבר סבלנות לשמוע משפטים'. איני יודע אם אתה מודע למה שקורה שם היום, כאשר קובעים 25 ערעורים ליום שזו הרי בדיחה. מי יכול לדון ב-25 תיקים, ומי בכלל יכול לקרוא 25 תיקים, וכאן מדובר בדיני נפשות! זו פשוט שערורייה!"³⁸ לפי חוטר-ישי, כבר היו כמה מקרים של אנשים שהתאבדו בגלל עיכוב בהכרעת עניינם, וזאת בשעה ששופטים כלו את זמנם בבירור מקרים שאינם מענייניו של בית המשפט ובמתן הרצאות בשכר – דבר שלכשעצמו מעלה שאלות לגבי ניהוד אינטרסים – במקום למלא את חובותיהם הבסיסיות.³⁹

בדומה למאמרי המערכת שהופיעו שלושה חודשים לפני כן, עורר הריאיון עם חוטר-ישי גל מחאות. מספר אישי ציבור מהאופוזיציה, כמו גם תנועות הפועלות למען שלטון תקין, דרשו להענישו על התבטאויותיו. חברי הכנסת רן כהן (מרצ) ואופיר פינס קראו לחקירה פלילית נגד חוטר-ישי בחשד לזילות בית המשפט.⁴⁰ התנועה לאיכות השלטון בישראל דרשה משר המשפטים צחי הנגבי להדיח את חוטר-ישי מהוועדה למינוי שופטים.⁴¹ העמותה למינהל תקין "אמית" דרשה את סילוקו של חוטר-ישי מתפקיד ראש לשכת עורכי הדין, הגישה תלונה למשטרה, וביקשה מהפרקליט המחוזי של תל אביב לזרז חקירה קודמת נגדו בחשד להעלמות מס⁴² (במקרה או שלא במקרה, כתב האישום בנושא זה הוגש שבוע לאחר הריאיון).

נשיא בית המשפט העליון לשעבר משה לנדוי אמר כי "אי אפשר לעבור בשתיקה על התפרצותו הגסה של ראש לשכת עורכי הדין כלפי בית המשפט העליון",⁴³ בעוד שהנגבי הזהיר כי "לא ניתן לקבל האשמות קטגוריות נגד כל פעולותיה של הרשות השופטת, או נגד בית המשפט העליון בכללותו או נגד נשיא בית המשפט העליון באופן אישי, במיוחד אם הן יוצאות מפיו של ראש לשכת עורכי הדין".⁴⁴ ראש הממשלה נתניהו, מצדו, גינה בחריפות את מה שכינה "התקפות משולחות רסן" על בית המשפט ושופטיו.⁴⁵ ועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין המליצה על כך שפרקליטת המדינה עדנה ארבל תגיש תלונה משמעתית נגד חוטר-ישי בגין התבטאויותיו.⁴⁶ ושלושה חודשים לאחר הריאיון עתרה התנועה לאיכות השלטון לבג"ץ בדרישה לסילוקו של חוטר-ישי מתפקידו כיושב ראש

לשכת עורכי הדין, בין השאר בשל דברי הביקורת שהשמיע על בית המשפט.⁴⁷ נכון להיום, העתירה עדיין תלויה ועומדת, כמו גם משפטו של חוטר־ישי בעניין ההאשמה בהעלמות מס. אולם תהא אשר תהא התוצאה, המסר הועבר באופן חד וברור: מי שמרים את קולו על בית המשפט העליון בישראל צריך שיהיה מוכן למלחמה שהיא יותר ממלחמה רעיונית בלבד.

ד

כדי להבין עד כמה חורגת תגובת הציבור הישראלי לביקורת על בית המשפט מאמות המידה הדמוקרטיות הרווחות, די להתבונן בדוגמה שמספקת ארצות־הברית, מולדת האקטיביזם השיפוטי. ארצות־הברית, כזכור, היא בין המדינות הבודדות שבית המשפט העליון שלהן יכול להתחרות בזה של מדינת ישראל במידת החריגה של פסיקותיו מתחום פירוש החוק כלשונו; כתוצאה מכך, גם ניטשו שם כמה מהוויכוחים העזים ביותר בשאלת הלגיטימיות של האקטיביזם השיפוטי.

תפקידם של בתי המשפט היה נושא שנוי במחלוקת בארצות־הברית כבר עשרות רבות של שנים, אולם הדיון התלהט במיוחד מאז פסק הדין רואו נ' וייד משנת 1973 והתערבותה הגדלה והולכת של מערכת המשפט בסוגיות ערכיות שנויות במחלוקת. בפסק דין שניתן בשנת 1996 בעניין רומר נ' איבנס, למשל, ביטל בית המשפט העליון חוק של מדינת קולורדו שאסר על רשויות מקומיות במדינה זו להעניק להומוסקסואלים הגנות וזכויות מיוחדות בתור קבוצת מיעוט. בעניין קומפסון אין דאיינו נ' וושינגטון, פסק בית משפט פדרלי שמדינת וושינגטון אינה רשאית לאסור על רופאים לסייע לחולים להתאבד, מאחר ש"לב החירות הוא זכותו של האדם להגדיר את תפיסותיו שלו לגבי הקיום, המשמעות, היקום ותעלומת חייו של האדם".⁴⁸

פסיקות אלה עוררו תגובה נזעמת מצד חלקים רחבים בציבור האמריקני מטעמים מהותיים ופרוצדורליים גם יחד. במישור המהותי, רבים דחו את המסקנות המוסריות של בית המשפט. ההתנגדות הפרוצדורלית, לעומת זאת, נבעה מהרושם שבית המשפט העליון העניק, במקרה זה ובמקרים אחרים לפניו, מעמד חוקתי ל"זכויות" שהן פרי יצירתו שלו, ואשר אינן מופיעות למעשה בחוקה. מקרה רואו נ' וייד, למשל, הוכרע על בסיס "הזכות לפרטיות", שבניגוד

לחופש הביטוי וחופש הדת, אינה זוכה להגנה מפורשת בחוקה. זכויות אלה, שהולדתן בבית המשפט עצמו, שימשו לאחר מכן את מערכת המשפט כדי לפסוק בשורת סוגיות מוסריות שנויות במחלוקת, כגון הפלות או התאבדות בסיוע רופא, שאלות שלדעת המחנה האנטי־אקטיביסטי מוטב להשאירן להכרעת הרשויות המחוקקות, מתוקף יכולתן לשקף את ערכי החברה בנאמנות רבה יותר.

בשלהי 1996, בעקבות ההתפתחויות האחרונות, הגיעה תחושת הזעם במחנה האנטי־אקטיביסטי לשיא: האווירה התבטאה בפרסום קובץ מאמרים בשם "סוף הדמוקרטיה? השתלטות המערכת המשפטית על הפוליטיקה", שהופיע בגיליון נובמבר 1996 של פירסט טינס, ירחון שמרני דתי. קובץ המאמרים הוקדש במפורש לשאלה האם הפך האימפריאליזם המשפטי את ארצות־הברית מדמוקרטיה לאוליגרכיה בפועל, והאם, במילותיו של העורך הראשי ריצ'ארד ג'ון נויאהוס, "הגענו – או אנחנו מתקרבים – לנקודה שבה אזרחים בעלי מצפון אינם יכולים עוד לתת את הסכמתם המוסרית למשטר הקיים".⁴⁹ "שוב ושוב", כתב נויאהוס בהקדמה לקובץ, "שאלות שהן מטבע הדברים פוליטיות מוסטות למישור המשפטי, ואף מוצגות באופן מטעה כשאלות חוקתיות". בהמשך תמצת נויאהוס את מטרת הקובץ:

הטענה הנבחנת במאמרים הבאים היא זו: הממשל בארצות־הברית כבר אינו שולט בהסכמת הנשלטים. הרשות השופטת למעשה הצהירה, בנוגע לעם האמריקני, שהשאלות החשובות ביותר לגבי האופן שבו עלינו להסדיר את חיינו המשותפים נמצאות מחוץ לתחום "הדברים הידועים להם...". בתי המשפט לא ריסנו את עצמם, ואולי אינם מסוגלים לכך, וייתכן שבמסגרת המשטר הנוכחי אין בנמצא בלמים יעילים אחרים. אם כך הדבר, הרינו חוזים בסוף הדמוקרטיה.⁵⁰

רוב כותבי המאמרים נקטו גם הם לשון חריפה, אשר שיקפה מורת רוח ממוסדות השלטון – עמוקה בהרבה מזו שהובעה במאמרי המערכת של יחד ואמן וכל השבוע. רוברט בורק, שופט פדרלי לשעבר שהיה מועמדו הראשון של רונלד רייגן לבית המשפט העליון (מועמדו נדחתה על ידי הסנאט), אפילו כינה את השופטים "פורעי חוק": "פורע חוק הוא אדם הכופה על אחרים לעשות כרצונו ללא הרשאה חוקית. זה בדיוק מה שעושים רוב שופטי בית המשפט העליון בהרכבו הנוכחי. וכך עשה בית המשפט העליון מאז ומתמיד, בהינתן לו ההזדמנות",

כתב בורק, בהתייחסו לשורת מקרים שבהם הכיר בית המשפט ב"זכויות" שאינן מצוינות במפורש בחוקה. "אף נשיא, חבר קונגרס, מושל או נבחר ציבור אינו שולט בנו שכפי שעושים זאת השופטים. הם מכתיבים לנו את חיינו ולנו אין כל מוצא, כל אמצעי התנגדות ושום דרך לשנות את הצווים הרירותיים שלהם".⁵¹ האדלי ארקס, מרצה למשפטים במכללת אמֶהֶרסט, היה שותף לדעה זו: "פעם אחר פעם, בסוגיות הנוגעות לבסיס המוסרי של חיינו המשותפים, נלקחה הסמכות לחוקק מידי העם עצמו, או מ'הסכמת הנשלטים', והועברה על ידי השופטים לידיהם שלהם".⁵²

בהציעם את פתרונותיהם השונים, קראו כותבי המאמרים למתקפת נגד ולשינויים יסודיים. בורק, לדוגמה, הציע שתינתן אפשרות לבטל פסקי דין של בתי משפט על ידי הצבעת רוב של שני בתי הקונגרס, או פשוט לבטל את סמכות בתי המשפט לעסוק בביקורת שיפוטית:

לאור הראיות, אני סבור שעלינו להסיק כי נטייה זו של בתי המשפט [לחקיקה משפטית], כולל בית המשפט העליון, היא התוצאה הבלתי נמנעת של חוקתנו הכתובה ושל סמכות הביקורת השיפוטית. רוב השופטים אטומים לטיעונים בדבר התנהגותו הנאותה של בית המשפט. נראה כי ניתן לומר בבטחה שלאור המבנה המוסדי הנוכחי שלנו, אין כל אפשרות להפוך את בית המשפט למרכיב לגיטימי במשטר שהוא דמוקרטי בבסיסו".⁵³

ראסל היטינגר, מרצה למשפטים וללימודים קתוליים באוניברסיטת טאלסה, הרחיק לכת עוד יותר. אם לא ניתן להביא לרפורמה באמצעים אחרים, כך אמר, "האופציה הנותרת לבעל השכל הישר היא זו ששימשה בדרך כלל נגד משטר עריצות: אי־ציות אזרחי".⁵⁴

מי שיבקש להצביע על פגמים במאמרי הקובץ יוכל לעשות זאת בכמה מישורים, ביניהם הניתוח שלהם למצב, נימת דבריהם ובמיוחד הפתרונות הקיצוניים שהם מציעים. ואכן, גם הרוב המוחץ של מתנגדי האקטיביזם השיפוטי בארצות־הברית מתח ביקורת רבה על קובץ המאמרים. אולם קובץ זה, ובעיקר התגובות שעורר, מהווה שיעור מאלף מנקודת מבט שונה לגמרי: הוא מלמד איך צריך לקיים דיון ציבורי בסוגיה כה מעוררת מחלוקת. פרסום המאמרים הביא בעקבותיו, שלא במפתיע, גל של תגובות חריפות, ובכלל זה גם תגובות מחוגים שמרניים שבדרך כלל מסכימים עם קו המערכת של כתב העת.⁵⁵ שני חברי מערכת התפטרו מיד, כמו גם אחד מחברי המועצה המייעצת למערכת. כתב

העת הוצף במכתבים זועמים (אך הוא קיבל גם מספר ניכר של תגובות חיוביות). "אני מזועזע", כתב נורמן פודהורץ, העורך הראשי לשעבר של קומנטארי, כתב העת היהודי החשוב ביותר בארצות־הברית, בתגובה שלילית טיפוסית, "מהשפה... שאתם משתמשים בה כדי לתאר את המדינה שלנו".⁵⁶

ברם, שלא כמו בישראל, איש לא הרחיק לכת עד כדי דרישה לפתוח בחקירה פלילית נגד המחברים או קריאה לסגור את כתב העת.⁵⁷ כמו כן, התגובה הכעושה לאוסף המאמרים לא כללה כל ניסיון לערער על עצם הלגיטימיות של הסוגיות שהועלו בו, וזאת למרות הטון החרף וההצעות הדרסטיות שבו. גרטרוד הימלפרב, למשל, פתחה את מכתב התפטרותה ממערכת כתב העת בהצהרה הבאה: "אני מסכימה לחלוטין עם כותבי המאמרים... הטוענים שהרשות השופטת חרגה מסמכויותיה המקובלות וכי מדובר בבעיה מאוד רצינית מבחינת המשטר שלנו. עם זאת, אינני מסכימה כלל שיש בכך כדי להביא לידי דיבורים על חוסר לגיטימיות של שלטוננו".⁵⁸

חיזוק לכך שאוסף המאמרים התקבל כחלק לגיטימי של דיון בריא היה גל המכתבים, בעד ונגד, שפורסמו בגיליונות מאוחרים יותר של כתב העת. בחירתם של אנשים במדיום זה דווקא כדי להשמיע את תגובותיהם הדגישה את העובדה שהירחון המשיך להתפס כפורום סביר ולגיטימי לניהולו של דיון רציני מתמשך. יש להניח שאנשים אינם כותבים מכתבים לעורך של כתב עת אם לדעתם הוא מפרסם דברי הסתה, ויש לסגור אותו ולשים את עורכיו מאחורי סורג וברית. גישה זו באה לידי ביטוי גם בדעותיהם של רבים מראשי המחנה השמרני שהשתתפו בקובץ מאמרים שאורגן בקומנטארי בתגובה. רובם התנגדו לגישה החרפה של פירסט חינוס, אך עם זאת הגנו על חשיבות הסוגיות שהעלה. "אין זה מפתיע כלל והרי זה אך טבעי ששמרנים מודאגים כאשר מדובר בשופטים המנצלים את סמכויותיהם לרעה", כתב רוברט בארטלי, עורך הוול סטריט ג'ורנל היוקרתי. לצד הסתייגויות מן "הרטוריקה המשולהבת" של פירסט חינוס, טען בארטלי בהמשך דבריו כי "בד בבד עם פריחתה של השמרנות [בארצות־הברית] נדרשים הפרסומים ההולכים ומתרבים המדברים בשמה לנקוט במה שהעולם העסקי מכנה בידול מותג... ומה בכך אם פירסט חינוס בוחר לעסוק בחוסר הלגיטימיות של ה'משטר'?" הלוואי שיצליחו כולם, כל אחד בדרכו שלו".⁵⁹

גם כך, איש לא הסיק שהרטוריקה הנוקשה של פירסט חינוס מוציאה מכלל אפשרות דיון נוסף בנושא. כך, למשל, חמישה שבועות לאחר הופעת אוסף המאמרים, פרסם השבועון השמרני דה ויקלי סטנדרד, שהתנגד גם הוא לנימה שעלתה מהמאמרים בפירסט חינוס, מאמר מערכת לוחמני משלו תחת הכותרת

”הגיע הזמן להתעמת עם השופטים”. המאמר תקף פסק דין שניתן זה לא כבר על ידי שופט מקליפורניה, שהשעה את כניסתו לתוקף של איסור על אפליה מתקנת בכל רחבי מדינת קליפורניה – צעד שאושר במשאל עם על ידי 47 מיליון בוחרים. בקצפו הרב על שמיליוני בוחרים הושמו ללעג על ידי אדם שהוא ”בעל קול אחד בלבד בכל מערכת בחירות”, קרא הסטנדרד ל”מחאה עממית נגד פקידים שאינם נבחרים ומאמצייהם לבטל את תוצאות הבחירות” וצייד בהגבלת זמן הכהונה של שופטים.⁶⁰ הערובה המקורית בחוקה, המבטיחה לשופטים קביעות לכל החיים, הושתתה, לטענת הסטנדרד, על ההנחה שהרשות השופטת אינה מוסד הקובע מדיניות, אלא בלם כנגד אותם מוסדות העוסקים בקביעת מדיניות. עתה, משהפכו השופטים גם לקובעי מדיניות, המחיר שעליהם לשלם על התעלמות מרצון העם צריך להיות זהה למחיר שמשלמים כל קובעי המדיניות האחרים.

לסיכום, אוסף המאמרים שהופיע בפירסט חינוס, למרות היותו קיצוני בהרבה ממאמרי המערכת או מהריאיונות שפורסמו בישראל סביב אותה סוגיה, התקבל בנינוחות, והדיון רב־השנים בנושא נמשך במלוא עצמתו. הלגיטימיות של המשטר החוקתי של ארצות־הברית הועמדה בספק, ובכל זאת לא השתמשו מבקרו של קובץ המאמרים בתירוץ זה כדי לבטל את הביקורת המהותית של הכותבים, בניגוד לשימוש שנעשה בישראל בהאשמות ההסתה הבלתי מבוססות שהופנו כלפי העיתונים החרדיים. תחת זאת הפרידה הביקורת על אוסף המאמרים בין רטוריקה לתוכן, ועודדה דיון בנושאים שהועלו. מבקרי האוסף שהופיע בפירסט חינוס פעלו מתוך אמונה שהמוסדות הדמוקרטיים של ארצות־הברית, ובכללם בית המשפט העליון עצמו, חזקים דיים כדי לעמוד בדיון כזה, וכי הסוגיה עצמה חשובה מכדי להרשות את השתקתה או את הפיכתה לדיון על רטוריקה.

ה

בישראל, לעומת זאת, העצמה והעוינות של התגובה לביקורת על בית המשפט חרגו לא רק מגבולות הדיון הציבורי הנורמטיבי, אלא אף מגבולות הוויכוחים הנוקבים שהפכו מכבר למסורת אצלנו. בשם הדמוקרטיה הועלה על נס הצורך להשתמש בלחץ מוסרי ומשפטי כדי לרמוס כל דיון בסוגיה שהיא חיונית לקיומה של חברה דמוקרטית. בהתקפותיהם העלו המבקרים שורת

טיעונים כוזבים ביותר כדי להסביר מדוע אין מקום להחיל במקרה זה את הזכות המקובלת לחופש ביטוי. אם נקבל טיעונים אלה, הרי משמעותם המעשית תהיה השתקה בפועל של הדיון הציבורי כמעט בכל סוגיה חשובה. אך גם אם נצמצם אותם למקרה המסוים של האקטיביזם השיפוטי, יש בטיעונים אלה כדי לשלול מאזרחי ישראל את הזכות לדון בשאלה יסודית הנוגעת למשטר במדינתם ולחיי היום-יום שלהם.

הטיעון העיקרי שהופנה לעבר מבקרי בית המשפט היה כי ההתבטאויות נגד ברק ובית המשפט העליון היו בגדר הסתה לאלימות, האשמה זהה לזו שהוטחה במתנגדיו הפוליטיים של יצחק רבין לאחר הרצח. ככלל, מדינות דמוקרטיות אינן מותרות מקום רב לנקיטת סנקציות משפטיות נגד אנשים המביעים את דעתם בכתב או בעל פה, למעט מקרים נדירים של הסתה מפורשת לאלימות.⁶¹ כפי שהסביר זאת לא אחר מאשר בית המשפט העליון עצמו, המבחן המשמש במקרים כאלה הוא השאלה אם התבטאות נתונה צפויה להביא לאלימות ב"וודאות קרובה", הערכה התלויה הן בהקשרה והן בתוכנה של ההתבטאות. בנוגע להקשר, מאמר מערכת אינו נאום בפני אספסוף משולהב; זוהי אחת הבמות היותר מרוסנות שבהן ניתן להביע ביקורת. זוהי אחת הסיבות שבמדינות דמוקרטיות נהוג להעניק הגנה מוגברת לעיתונות הכתובה.

באשר לתוכן, מאמרי המערכת עשו כל מאמץ להגביל את הפעולות שהציעו לפעולות בעלות אופי פוליטי מובהק. המאמר ביחד ואמן, למשל, נחתם במילים הבאות:

כעת, כשאהרן ברק הפך לפוליטיקאי מסוג ג', צריך פשוט לשנות את צורת ההתייחסות אליו. שולמית אלוני נשלחה לפנסיה... ובנימין בן-אליעזר לא הסתדר משהו עם החשבון שהוא הבטיח לעשות עם החרדים. כעת נותר לנו להתמודד עם אויב חדש שהגיע לביצה כדי להחליף אותם. וכמו שיכולנו בעזרת ד' להם, נוכל גם נוכל לו.⁶²

לשון אחר, בברק יש להילחם בכלי נשק פוליטיים, בדיוק כפי שנעשה במקרה של אלוני ובן-אליעזר: אלוני לא יכלה להתאפק מהשמעת ביקורת על ערכים ומוסדות היקרים לדתיים ולכן הפכה לנטל פוליטי, ועמיתיה במפלגה שכנעוה לפרוש; מפלגתו של בן-אליעזר איבדה את השלטון בבחירות הארציות, במידה רבה בזכות הצבעה של רוב חרדי מוחץ נגד מועמד המפלגה לראשות הממשלה.

בדומה לכך, המאמר שהופיע בכל השבוע התמקד באסטרטגיות פוליטיות, בהדגישו שה"שריון" של ברק הוא מעמדו כדמות שהיא מעל לביקורת, ואפשר יהיה להביסו רק משעה שיהיה "חלק מהמשחק הפוליטי". הזעקות בדבר הסתה התמקדו סביב ההתבטאויות על היותו של ברק בן-תמותה ("גם אם הוא מנצח, הוא בן-אלמוות ובר פגיעה"), אך מהקשר המטאפורה הצבאית ברור לגמרי, שהמאמר מתכוון לפגיעות פוליטית ולא פיזית. אם נוסיף לכך את השלילה המפורשת של כל פנייה לאלימות ("כמובן רק פגיעה רעיונית ואידיאית, לא חלילה אחרת") ואת הקריאה לדרך ארץ המופיעה בהמשך ("אסור להתנהג שלא בנימוס, משום שבכך לא תשכנע איש, אלא אם כן באת לשכנע כי אתה גס רוח"), הרי בראיית המאמר כמאמר הסתה יש יותר מסתם חוסר אחריות: הקהילה המשפטית מתגאה בקריאה מדוקדקת של טקסטים, ובהעניקה פירוש כזה לטקסט זה מתעורר חשד לעיוות מכוון.

היותם של מאמרי המערכת ללא דופי מבחינה משפטית לא מנעה מכמה אישים בולטים לטעון שהעובדה שאיומי הרצח הופנו אל ברק לאחר פרסום המאמרים מפלילה אותם בדיעבד בהסתה. טיעון זה בעייתי משתי בחינות: ראשית, באף מקרה לא הובאה הוכחה כלשהי לכך שהאיומים נעשו בהשראת מאמרי המערכת. הרבה יותר מתקבל על הדעת שהאיומים באו ישירות בתגובה לאותו אירוע אשר הביא לכתיבת המאמרים, כלומר החלטתו של בית המשפט בעניין כביש בר אילן. ייתכן אפילו שההתנפלות התקשורתית שבאה לאחר מכן והאשימה את מאמרי המערכת בסיכון חייו של ברק, ולא מאמרי המערכת עצמם, היא הגורם הישיר יותר לאיומי הרצח. אפשרות זו בדיוק היא ששכנעה את פרקליטת המדינה עדנה ארבל להתנגד לפרסום מינוים של שומרי הראש לברק בעקבות מאמרי המערכת, באמרה: "הוא עלול, חלילה, לטעת בלב אנשים מחשבות".⁶³

הרבה יותר מדאיגה, עם זאת, הייתה ההנחה שעמדה בבסיס דברים אלו: שאיומים מצד קומץ אנשים חסרי מעצורים יש בהם כדי להצדיק את סתימת פיו של כל אדם השותף למורת הרוח שהם חשים. אם כאלה היו פני הדברים, לא היה מתקיים לעולם דיון ציבורי אלא בנושאים השוליים ביותר. בישראל, כבכל מקום אחר, תמיד יימצאו אנשים שלא יצליחו לעמוד בפיתוי של השימוש באיומי אלימות כדי לקדם את דעותיהם. אין כמעט אף צעד שנוי במחלוקת במהלך ההיסטוריה הפוליטית של ישראל בעת האחרונה – למשל, הסכמי אוסלו, ההיערכות מחדש בחברון, מערכת הבחירות של שנת 1996 והפרטתן של חברות ממשלתיות – שלא הוליד איומים על חייהם של אישי ציבור מרכזיים. ישראל

אינה יוצאת דופן בהקשר זה: לארצות-הברית, למשל, היסטוריה ארוכה של אלימות ממניעים פוליטיים, ובכלל זה מספר התנקשויות. פעמים רבות נוח לתלות את התנהגותם של בעלי הנטיות האלימות בהתבטאויות חריפות של אנשים אחרים. אולם ברגע שמדכאים את הדיון מחשש שמא אלימות תצמח מהתבטאויות שאינן עומדות, כשלעצמן, באף קנה מידה סביר של הסתה, סימן הוא שפעולותיו של הקומץ הצליחו לקעקע זכויות שכל אזרח אמור ליהנות מהן.

טרונים שנייה של מגיני בית המשפט הייתה שמאמרי המערכת ערכו "התקפה אישית" על נשיא בית המשפט. בבחרם בברק כיעד להתקפותיהם, כך נטען, חטאו המבקרים במקרה הטוב בהעברה בלתי הולמת של הדיון לפסים אישיים, ובמקרה הרע – בהפיכת ברק למטרה להתנקשות. ההנחה שמאחורי טיעון זה הייתה שדיונים מסוג זה יש לנהל באופן לא-אישי, וכי חריגה מכך מעמידה בסימן שאלה את זכות ההתבטאות המוסרית או אף החוקית.

אף על פי שטיעון זה תופס, אולי, במקרים מסוימים (כמו הוקעה ציבורית של פעולותיו של קצין בצבא, הפועל על פי הוראות השלטונות האזרחיים), הרי שהעלאתו במקרה של אהרן ברק תמוהה: לא זו בלבד שברק הוא הכוח המניע מאחורי מערכת משפט שהיום היא אולי האקטיביסטית ביותר בעולם הדמוקרטי, אלא שהוא גם התיאורטיקן המוביל בישראל בתחום האקטיביזם השיפוטי. כמרצה פופולרי בבית הספר למשפטים באוניברסיטה העברית הייתה לו השפעה מכרעת על דור שלם של סטודנטים, שרבים מהם הם כיום מעורכי הדין והפוליטיקאים הבולטים ביותר בישראל. הוא מחבר פורה הממשיך להשפיע על הדורות הבאים של עורכי דין ושופטים באמצעות ספריו ופסקי הדין שלו. לכל אורך כהונתו בבית המשפט העליון יצר ברק לעצמו במתכוון תפקיד מרכזי במה שכונה בפיו "מהפכה חוקתית". אדם המבקש לקרוא תיגר על תיאוריית האקטיביזם השיפוטי בישראל לא יוכל לעשות זאת מבלי להתעמת עם ברק. יהיה זה מעליב לטעון אחרת, ובכך לשלול מברק את המוניטין שהוא ראוי להם בצדק על שקידם רעיון הנחשב בעיניו חיוני.

מסוכנת יותר הייתה הטענה שגם אם תוכן הביקורת לגיטימי, נימת הדיבור של מבקרי בית המשפט בוטה עד כדי להצדיק את השתקת דעותיהם. אמנם מעטים יחלקו על כך שבאופן אידיאלי יש לקיים תמיד דיון פוליטי מנומס, אך הרעיון שזכותו של אדם לבטא את השקפותיו מותנית במידה זו או אחרת של התנהגות נאותה מהווה איום סמוי על עצם האפשרות לקיים דיון בכל סוגיה

ציבורית שהיא. שכן, אם יחויבו הכל לשקול כל מילה פעמיים מחשש שנימה קשה מדי תגרור האשמות מוסריות ומשפטיות, רוב האנשים המתנגדים לדעה הממסדית הרווחת פשוט יחרישו, והדיון הציבורי יושקע.

עוד טיעון בעד צנזורה של הביקורת על בית המשפט היה ההאשמה כי לחרדים במיוחד אין זכות להשמיע טיעונים מעין אלה – בין אם הטיעונים עצמם תקפים ובין אם לא – מאחר שציבור זה אינו שותף להשקפתו של האזרח החילוני הדמוקרטי לגבי דמותה הרצויה של המדינה במישורים אחרים. וכך ניתן היה לשמוע, למשל, מפי יואל אסתרן, בעל טור בהארץ, שמאמרי המערכת בעיתונות החרדית צריכים לשמש כצו גיוס לציבור החילוני, מאחר שהחרדים מנסים "להרוס את הדמוקרטיה החילונית שקמה כאן, ולהקים, במקומה של מדינת ישראל שהוקמה ב'48' – מדינת הלכה".⁶⁴ לפי טיעון זה החרדים נקבוצה נאבקים בכל עת להחרבת הדמוקרטיה, ולכן יש להשתיקם בכל הזדמנות, ובכל האמצעים האפשריים.

טענה זו נראית מופרזת ביותר ולו מסיבות עובדתיות: כפי שציין נכונה בעל טור אחר בהארץ, יאיר שלג, לציבור החילוני ישנן סיבות רבות לשנוא את החרדים ולפחד מהם, אך "שום גורם חרדי (למעט תמהונים ספורים) אינו מערער כיום על עצם קיומו של משטר דמוקרטי בישראל ולא על עצם קיומה של מערכת שיפוט חילונית שבג"ץ בראשה".⁶⁵ למעשה מאמרי המערכת בכל השבוע וביחד נאמן ביקרו את פעולת ברק ובית המשפט העליון בדיוק בשל אנטי-דמוקרטיות. כלומר, החרדים נמצאו מדברים בזכות הדמוקרטיה ולא נגדה. ברם, גם אילו היה להאשמה זאת שחר, המסקנות שהסיקו ממנה אנשים כמו אסתרן היו כאלה שאין הדעת סובלת, שכן אם הציבור הישראלי דוחה את כל טענות החרדים בדבר אופי השלטון על בסיס כוונותיהם המשוערות, משתמע מכך כי הוא יצר לעצמו מנגנון יעיל ביותר להרחקת כל המשתייכים לקבוצה זו באוכלוסייה מהשתתפות בדיון הלאומי – ובאופן תיאורטי יוכל להרחיק באותה שיטה כל מיעוט אתני או דתי אחר. הנזק לעיקרון הדמוקרטי במקרה זה הוא מוחשי, ונשאלת השאלה, כיצד אפשר שקבוצה המנודה באופן קבוע מהדיון הציבורי לא תתחיל, לאחר זמן מה, לפקפק ביתרונותיה של הדמוקרטיה הישראלית.

ה טיעון האחרון והמהותי ביותר שהועלה על ידי מגיני בית המשפט האשים את עורך הדין חוטר־ישי ואת מאמרי המערכת בערעור אמונו של הציבור בבתי המשפט בפרט, ובשלטון החוק בכלל. רעיון זה עמד מאחורי רבות מן ההתקפות, כגון אלה של הנשיא וייצמן ("זכות הוויכוח הלגיטימי אינה מאפשרת כלל פגיעה בחוק ואי־כיבודו"), חיים גורי ("ניסיון רציני ומאורגן־היטב לפגוע בבית המשפט העליון ובמערכת המשפטית בכללותה"), וכן ההכרזה המשותפת שבה יצאו היועץ המשפטי לממשלה דאז, בן־יאיר, ופרקליטת המדינה עדנה ארבל בטענה שמאמרי המערכת "ערערו את אמון הציבור במערכת המשפט בכללותה ובבית המשפט העליון בפרט", שהם "אבני־יסוד של קיום שלטון החוק ושימור המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל". במילים פשוטות, ביקורת על בית המשפט העליון היא מחוץ לתחום כלי קשר לדרך שבה היא מושמעת, מאחר שכל התקפה על בית המשפט העליון כפי שהוא פועל היום כמוה כהתקפה על "מערכת המשפט בכללותה", על "שלטון החוק" ואף על "המשטר הדמוקרטי" של מדינת ישראל.

טיעון זה נשען על תפישה מוטעית, שלפיה קיימת הסכמה כללית לגבי מהות הדמוקרטיה בכלל ולגבי תפקידם של בתי המשפט בפרט. תיאורטיקנים התפלמסו בסוגיות אלה במשך מאות שנים, וטרם הגיעו להסכמה. הדרישה שבתי המשפט בישראל ירסנו את פעולותיהם היא מן הסתם קריאה לשנות את האיזון בין רשויות השלטון בישראל, ועם זאת היא עולה בקנה אחד עם התיאוריה והנוהג הרווחים במדינות דמוקרטיות; למעשה, זו הייתה העמדה המקובלת במערכת המשפט הישראלית במשך רוב שנות קיומה של המדינה. לפיכך, קריאת התיגר על האקטיביזם של בית המשפט אינה התקפה על כל הקדוש בעיני הדמוקרטיה הישראלית, אלא הצגת מודל חלופי לסוג המשטר הדמוקרטי שעם ישראל צריך לבחור בעצמו – מודל המצטיין, במובנים רבים, ביתר נאמנות למורשת הדמוקרטית המערבית.

התיאוריה הדמוקרטית המסורתית יוצרת חלוקת עבודה ברורה בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מחד, לבין הרשות השופטת מאידך. הראשונות מופקדות על קביעת המדיניות והוצאתה לפועל, מאחר שבהיותן נבחרות על ידי העם הן המייצגות ביותר והקשובות ביותר לערכיו של הציבור הרחב; הרשות השופטת, דווקא בשל בידודה היחסי, קיבלה תפקיד של כלב שמירה והיא אמורה

להבטיח שממשלות יישארו בתוך הגבולות – יהיו אשר יהיו – שנקבעו על ידי החברה. לשון אחר, בתי המשפט מופקדים על הגנה מפני פגיעת הממשל באותן זכויות שהחברה רואה אותן כזכויות יסוד.

ברוב הדמוקרטיה מעוגנות זכויות היסוד הללו בחוקה כתובה, המשמשת את בתי המשפט כנקודת מוצא לבחינת פעילות הממשל. הרצון להגן על זכויות אלה, שנקבעו באופן דמוקרטי, הוא אשר סיפק את ההצדקה המקורית לתופעת הביקורת השיפוטית, היינו סמכותו של בית המשפט לפסול פעולה של הרשות המחוקקת או המבצעת העומדת בסתירה לעקרונות חוקתיים. כדבריו הנודעים של ג'ון מרשל, כאשר היה נשיא בית המשפט העליון בארצות-הברית, בפסק הדין מרבורי נ' מדיסון (1803) – שבו עמד לראשונה על זכותו של בית המשפט לערוך ביקורת שיפוטית: "סמכויות הרשות המחוקקת מוגדרות ומוגבלות; והחוקה נכתבת כדי שלא יטעו במגבלות אלה, ולא ישכחו אותן. מה הטעם בהגבלת סמכויות, ומה הטעם בהעלאת ההגבלה האמורה על הכתב, אם אותם אנשים שההגבלות נועדו לרסנם יכולים, בכל עת, לעבור עליהן?"⁶⁶

ברם, בהעדר הגבלות חוקתיות כתובות, לוט תפקידו של בית המשפט בערפל. אם מוענקת לשופטים הסמכות לבטל פעולות ממשלה, בהגנה על זכויות שאינן נזכרות במפורש בחוק או בחוקה, קיימת סכנה מתמדת שהשופטים יכפו בסופו של דבר את תפיסותיהם שלהם לגבי סוגי ההתנהגות שיש להגן עליהם, ובכך יפקיעו מהרשות המחוקקת את זכויותיה וחובותיה. רק זכויות בודדות זכו להכרה כה אוניברסלית עד שבתי המשפט יכולים פשוט לקבוע את היותן בלתי ניתנות לשלילה מבלי להישען על חוקה או על מסגרת משפטית דומה. חוקים אוניברסליים כאלה, לדבריו של ג'יימס אירדל, לשעבר שופט בבית המשפט העליון של ארצות-הברית, "אינם מוסדרים על ידי אף אמת מידה קבועה: המוכשרים והטהורים שבאנשים היו חלוקים בדעותיהם בנושא זה"⁶⁷. ואפילו במקרה הנדיר שבו זכות מסוימת נהנית מקונסנסוס חברתי רחב, או שהיא הכרחית לשימור הדמוקרטיה (כגון הזכות לחופש הביטוי), העדרה של הרשאה מפורשת מחייב את בתי המשפט לפרש זכויות אלה באופן מצומצם, ולהגן עליהן רק במידת ההכרח.

בית המשפט העליון של ישראל, לעומת זאת, אינו רואה בהעדרה של חוקה קריאה לאיפוק, אלא להפך: מאז שנות השמונים המוקדמות נתנו בתי המשפט של שמגר וברק לעצמם יד חופשית למלא את החלל החסר כראות עיניהם, והעניקו הגנה רחבה ביותר לשלל זכויות פרי המצאתם. דוגמה לכך היא פסק דין של בית המשפט מהעת האחרונה, שבהתבסס על זכות חופש הביטוי ביטל את החלטת המועצה לביקורת סרטים לקצץ כמה דקות מסרט משום שכללו סצנות

שלדעת המועצה היו פורנוגרפיות.⁶⁸ בישראל אסורה הקרנת סצנות כאלו, והמועצה לביקורת סרטים מופקדת על בחינת מידת הפורנוגרפיה המוצגת בסרטים בהתאם ל"אמות המידה הציבוריות המקובלות על בני זמננו".⁶⁹ במקרה דנן פסק בית המשפט העליון שלמרות דעת הרוב הן בוועדה והן בקרב חבר מומחים עצמאיים שנועצו בהם, די היה בעדותם של אותם מומחים מעטים שחשבו כי מדובר ב"אמנות" כדי להצדיק את ההגנה על הסרט מסיבות של חופש הביטוי.

מלבד טיעון הנגד המובן מאליו – שביטא השופט מישאל חשין בדעת המיעוט שלו – שהמועצה, הכוללת נציגים מכל המגזרים בציבור, כשירה, קרוב לוודאי, הרבה יותר מבית המשפט לשפוט מהן "אמות המידה הציבוריות המקובלות על בני זמננו", מעלה פסק הדין שאלה בסיסית לגבי פעילויותיו של בית המשפט. שכן, בניגוד לארצות-הברית, שבה חופש הביטוי מוגן באופן חד-משמעי בתיקון הראשון לחוקה, הכנסת מעולם לא הטריחה את עצמה להגן על חופש הביטוי באמצעות חוק רגיל. במילים אחרות, בית המשפט פסל פעולה של גוף ממשלתי שפעל באופן מורשה ובמסגרת תחום סמכותו החוקי, לטובת עיקרון של חופש הביטוי שלא רק שאין לו בסיס כלשהו בחקיקה, אלא שבית המשפט נתן לו פירוש כה רחב עד שהוא כולל גם פורנוגרפיה – פירוש שאפילו חסידים רבים של חופש הביטוי אינם תומכים בו. אף על פי שבית המשפט התעטף באצטלה של מגן אמיץ על זכויות לגיטימיות, הרי שבפועל היה זה מקרה ברור שבו בית משפט קבע קביעה ערכית – לאמור שחופש הביטוי חשוב יותר ממניעת פורנוגרפיה – וכפה אותה על המדינה, בניגוד לחוק הקיים.

יצירת הזכויות לא הוגבלה רק לחופש הביטוי. בינואר 1997, למשל, פסק בג"ץ בעתירתו של אזרח חילוני מזוקן נגד סירובה של הממשלה לספק לו, ללא תשלום, מסכת גז המותאמת לזקן, בשונה מהמסכות הרגילות שחולקו לציבור. המסכות המיוחדות כבר חולקו באותה עת, חינם אין כסף, לגברים שומרי מצוות אשר הכריזו כי ההלכה אוסרת עליהם להתגלח. אך ממבקשי אותן מסכות שאינם שומרי מצוות דרשה הממשלה לשלם סכום מסוים, היות שהן עלו לממשלה פי שניים וחצי מהמסכות הרגילות.

בג"ץ פסק שמדובר באפליה בלתי צודקת, מאחר שרבנים אורתודוקסים רבים מתירים גילוח זקנים במכונת גילוח חשמלית, וכולם מתירים גילוח במצב של פיקוח נפש כגון מתקפת טילים כימיים. אולם במקום לאפשר לממשלה להחליט כיצד ברצונה לפתור את הבעיה – בין אם תחלק לכולם את המסכות המיוחדות ללא תשלום ובין אם לא תחלקן לאף אחד – הורה בג"ץ לנפק את המסכות, בטענה ש"הזקן הוא חלק מדימוי העצמי של אדם", וזכותו של אדם לקבוע את

דמותו העצמית משתמעת מלשון חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. וכך נאמר עוד בפסק הדין:

יהיו, אולי, מי שיבקשו לבחון אם ניתן לשייך זכות זו לאיזו מזכויות היסוד הפרטיקולריות [המפורטות בחוק]... אך בענייננו הייתי מבכר שלא לעסוק בשאלת שיוכה של הזכות לגדל זקן לאיזו מזכויות היסוד הפרטיקולריות, בין אלו אשר נמנו בשמן בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו (כמו הזכות לשלמות הגוף והזכות לפרטיות) ובין אלו שאינן נזכרות בו במפורש (כחופש הביטוי, למשל)... בענייננו אין מתעורר צורך בשייך כזה. לכבוד האדם, כערך חוקתי מוגן, יש משמעות יותר נרחבת מסך־כל הזכויות הפרטיקולריות המוכרות.⁷⁰

קרי, בית המשפט אינו צריך להגביל את עצמו לאותן זכויות המפורטות במפורש בחוק היסוד; לחוק זה ישנה "משמעות יותר נרחבת" שעל פיה יכול בית המשפט להגן על שלל זכויות אחרות לפי בחירתו – ובמקרה זה, "זכותו" של אדם להגדיר את דימויו העצמי. בפסיקה הזאת השתמש בג"ץ בזכות שלא נחקקה ואשר אינה מובנת מאליה כלל וכלל – הזכות לשמור על זקן גם בעת התקפה כימית – כדי לרמוס סמכות של הממשלה המעוגנת בחוק ומוכרת באופן אוניברסלי – הזכות לשלוט על התקציב. הודות לזכות החדשה מבית היוצר של בית המשפט, נאלצת הממשלה כיום להפנות סכום לא ידוע – הנמדד, פוטנציאלית, במיליוני שקלים – מתוך התקציב שאושר על ידי הכנסת, להגנה על דימוים העצמי של בעלי הזקן בעת מלחמה.

נגיסתו של בית המשפט בזכויות הרשות המחוקקת אינה מסתכמת בכך. לא זו בלבד שהוא פרש את חסותו על מגוון רחב של זכויות שבדה מלבו, אלא שהוא אף הפקיע לעצמו את הסמכות לבטל החלטות ממשלה שאינן מפרות אף חוק או זכות, תוך הסתמכות בלעדית על הערכתו שהפעולה הנידונה היא "בלתי סבירה". במקרה שהביא לכתובת מאמרי המערכת בעיתונים החרדיים, למשל, דבר החוק ברור: המפקח על התעבורה במשרד התחבורה רשאי מבחינה משפטית לסגור כבישים ראשיים, והוא החליט לסגור את כביש בר אילן בשבת. בית המשפט הוציא צו ביניים נגד סגירת הכביש, מבלי לציין חוק או זכות כלשהם שהופרו, אלא מהסיבה הפשוטה שהשופטים לא השתכנעו שהמפקח שקל את כל הגורמים הרלוונטיים כראוי. הם ביקשו לדעת מדוע הוא תומך עתה בסגירת הכביש בעוד שקודם לכן התנגד לכך, וכן אם לבחירות ולחילופי השלטון בעקבותיהן הייתה

השפעה כלשהי על החלטתו ("מלבד זהותו של השר", כך הם שאלו, "מה נשתנה?"⁷¹); הם האשימו את המפקח שלא שקל כראוי את התקדים שהדבר עשוי ליצור לגבי סגירת כבישים בעתיד, העלולה בשלב מסוים לשתק את העיר בשבת ("האם יהיה לזה גבול?"⁷²), מתחו ביקורת על חקירתו הבלתי מספקת את הנושא ("מנקודת מבט עובדתית, אין לך מושג מה קורה!"⁷³) ושאלו מדוע המליץ לסגור את הרחוב ליותר שעות מכפי שהציעה הוועדה הציבורית שבדקה את הסוגיה קודם לכן.⁷⁴ לבסוף, שמונה חודשים מאוחר יותר, באפריל 1997, פסק בג"ץ באופן מוחלט שההחלטה הייתה בלתי סבירה, ולפיכך בלתי חוקית. פסק הדין פירט כיצד תצטרך הממשלה לשנות את החלטתה כדי לשכנע את בית המשפט בסבירותה. בסופו של דבר ערכה הממשלה את השינויים הנחוצים וסגרה את הכביש לפי תנאיו של בית המשפט.

הבעיה שבמבחן הסבירות נעוצה בהתעלמותו מהפרדת הרשויות. בפרשת בר אילן התייחסו כל ההסתייגויות שהועלו על ידי בית המשפט להחלטות בנושאי מדיניות, ולא לענייני חוק או זכויות מוגנות: לא קיימת "זכות" להשתמש בכל כביש בכל זמן שהוא (כפי שציינה המדינה בתשובתה לבג"ץ בעניין זה, לו הייתה קיימת זכות כזאת, לא היו ממשלות יכולות להכריז על כבישים מסוימים כחד-סטריים, משום שהדבר היה פוגע ב"זכותם" של אנשים להשתמש באותם כבישים בכיוון הנגדי). תיאורטיקנים בתחום החוקתי מצדדים זה כבר בתיחום ברור של תפקידי הרשויות השלטוניות השונות, ולא בכדי. בעוד שהרשות השופטת היא הכלי הטוב ביותר להגנה על זכויות, בשל היותה מבודדת מגחמות השעה של רוב הציבור, הרי החלטות מדיניות ושיפוט ערכי, האמורים לשקף את הקונסנסוס בשלב נתון, מוטב שיהיו בידי אותם גופים שאוזניהם כרויות יותר לדעת העם. שאלת סבירותה של החלטה היא דוגמה מצוינת לדבר שהוא עניין של שיקול דעת ולא של חוק. בעיני חברי הכנסת שעתרו לבג"ץ נגד ההחלטה – וככל הנראה גם בעיני רוב השופטים – הייתה החלטתה המקורית של הממשלה לסגור את כביש בר אילן בלתי סבירה. אולם מבחינת הממשלה, החרדים וועדה חילונית-חרדית מעורבת שהוקמה על ידי עיריית ירושלים לבחון את הנושא, הסגירה נראתה סבירה בעליל.⁷⁵

בג"ץ הגיב לטיעון זה בטענה שהוא עשוי לבטל רק החלטה שאי סבירותה כה בוטה עד ש"אין להעלות על הדעת כי רשות סבירה כלשהי הייתה עשויה לקבלה".⁷⁶ אולם מבט חטוף בקומץ מתוך עשרות המקרים שבהם עשה בג"ץ שימוש במבחן זה מגלה עד כמה ההכרעה היא סובייקטיבית. בשנת 1990, למשל, ביטל בג"ץ את החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתב אישום נגד

קבוצה של בנקאים בכירים שעסקו בוויסות מניות וגרמו בכך למפולת הבורסה בשנת 1983. היה זה ללא ספק אחד האסונות הכלכליים החמורים ביותר, אם לא החמור מכולם, בתולדות מדינת ישראל, ועלותו לממשלה הייתה כ-6.9 מיליארד דולר, בפיצויים לבעלי מניות שאיבדו את כל כספם. הערכת בית המשפט כי כל אדם סביר היה מגיש כתב אישום נגד האחראים נראית, במבט ראשון, הגיונית. ואכן, לאחר אחד המשפטים הארוכים והיקרים ביותר בתולדות ישראל (הוא נמשך שנתיים וחצי, בעלות המוערכת ב-30 מיליון דולר⁷⁷), הורשעו מנהלי הבנקים ונידונו למאסר. אולם בערעור לבית המשפט העליון – אותו בית משפט שציווה להעמידם לדין – זוכו הבנקאים מההאשמה המרכזית שבה הורשעו ועונשי המאסר שהוטלו עליהם בוטלו; בסופו של דבר נראה, כי החלטתו המקורית של היועץ המשפטי לממשלה שלא לבזבז שנים ועשרות מיליוני דולרים מכספו של משלם המסים על משפט כזה, משום שלדעתו לא היה באפשרותו לנצח בו, הייתה סבירה למדי.⁷⁸

דוגמה אופיינית לא פחות ניתנה בפסק הדין של בית המשפט משנת 1993, שבו נקבע כי החלטתו של ראש הממשלה יצחק רבין שלא לפטר את שר הפנים אריה דרעי, שהוגש נגדו כתב אישום, הייתה כה בלתי סבירה עד שלא הייתה חוקית. אמנם אין להכחיש את הסבירות שבעמדת בית המשפט, שלפיה שר שמוגש נגדו כתב אישום עלול לפגוע קשות באמון הציבור בשלטון ולפיכך עליו להתפטר, אולם מגוחך לטעון שבחברה המתיימרת להוקיר את זכויות הפרט, העמדה החלופית – לאמור שאפילו שר בממשלה הוא בחזקת חף מפשע עד להוכחת אשמתו – היא כה בלתי סבירה שאף אדם סביר לא יוכל להסכים לה. שלוש שנים מאוחר יותר התחווה מידת הסכנה הטמונה בעמדת בית המשפט, הנוטה להעניש אנשים חפים מפשע, כאשר שר המשפטים דאז יעקב נאמן הואשם בעדות שקר ונאלץ להתפטר מכוח פסיקת בית המשפט בפרשת דרעי. נאמן טוהר מכל אשמה על ידי בית המשפט, אולם עד אז התרווח כבר מישהו אחר בכיסאו, ולא היה באפשרותו לשוב אליו.⁷⁹

העובדה שאנשים הגיוניים יכולים להיות חלוקים בדעותיהם לגבי סבירותה של החלטה היא לכשעצמה טיעון כבד נגד השימוש בסבירות כאמת מידה. וגם אי סבירות קיצונית הנה כמדומה עניין של השקפה. קיימת, עם זאת, בעיה מטרידה יותר: ברגע שבית המשפט הופך לבורר העליון בכל ההחלטות הנוגעות למדיניות, גדולות כקטנות, ניטל מהאזרחים, למעשה, כל אמצעי יעיל להשפיע על החלטות אלה. כאשר אנשים אינם מסכימים עם מה שנחשב סביר בעיני הממשלה – אם הם אינם רואים בעין יפה סגירה של רחובות מסוימים בשבת,

למשל, או אם לא מוצא חן בעיניהם הרעיון ששרים שתלוי נגדם כתב אישום ימשיכו להחזיק במשרותיהם – יש בידיהם דרכים לפעול בנידון. לזאת נועדו כל הכלים של הפעילות הפוליטית: שתדלנות, הפגנות ומעל לכל – הקלפי. לעומת זאת, לאנשים שדעתם אינה נוחה מהכרעות בג"ץ אין כתובת דומה. דווקא משום ששופטים אינם נבחרים ואינם מייצגים, וכן אינם ניתנים לסילוק על ידי ציבור ממורמר, אין שום הצדקה לכך שבית המשפט ישפוט בעצמו, במקום העם, בשאלת סבירותן של פעולות ממשלה. ביקורתו של עורך הדין חוטר־ישי – "אתה מתחיל לבדוק את הסבירות ואת המידתיות, ואתה בעצם אומר 'אני המנהל', כי אתה שם את שיקול דעתך במקום שיקול דעתו [של השלטון]" – הייתה בבחינת ניסוח מתון של הבעיה. במקרים כאלה בית המשפט לא רק מחליף את שיקול הדעת של הממשלה בשלו, אלא שולל מהציבור את זכותו לשפוט את צעדי הממשלה בעצמו. ובמצב כזה, קשה שלא להסכים עם דבריו של כתב מאמר המערכת ביחד ואמן, ש"תם שלטון העם".

אין זה אומר שכל פסיקה לא־פופולרית של בית המשפט היא חריגה מסמכויותיו; פסיקה לא־פופולרית יכולה להיות תוצאה משפטית נכונה ביותר. ההסתייגויות מאקטיביזם שיפוטי אינן קשורות כלל למידת האהדה לתוצאה של החלטות בית המשפט; הן קשורות לחהליך שהביא לאותן החלטות. כך, למשל, החלטת בית המשפט בשנת 1994 להכריח את חברת אל־על להעניק לעובדים החיים עם בני זוג הומוסקסואלים את אותן ההטבות שהיא נותנת לעובדים לא נשואים החיים במשותף עם בני זוג מהמין השני עוררה סערת מחאה מצד הקהילה הדתית. אולם מדובר בהחלטה שהייתה מעוגנת לחלוטין בחוק האוסר על אפליה על רקע העדפה מינית. הייתה זו הכרעה משפטית נכונה, והמפלט היחיד למתנגדיה היה להפעיל לחץ שדולתי על חברי כנסת למען שינוי החוק. ברם, לא כך הדבר כאשר בית המשפט העליון מבסס את הכרעותיו על אמות מידה של "סבירות", או על זכויות שהוא עצמו יוצר. לא זו בלבד שפסיקות מסוג זה מסבכות את הרשות השופטת בהחלטות השייכות בצדק לזרועות אחרות של השלטון, אלא הן מונעות בפועל מן הציבור הרחב את היכולת להשפיע בנושא.

הבעיה עם בית משפט אקטיביסטי היא חוסר התאימות בינו לבין זכותו של העם להתוות את גורלו. כל אימת שהרשות השופטת מגינה על מגוון ערכים שלא קיבלו גושפנקה מפורשת מהרשות המחוקקת וכופה את תפישת ה"סבירות" שלה על תפקודם של נבחרים הציבור, היא נוטלת מהעם את מושכות השלטון. על אף שכל הדמוקרטיה שמות רסן מסוים לסמכויותיו של רוב הפכפך בדמות

חקיקה חוקתית, תופעת הלוואי הבלתי נעימה של בית משפט אקטיביסטי טמונה בכך שביכולתו לגרום למיעוט באוכלוסייה – ואף לרוב האוכלוסייה, במקרים מסוימים – לחוש שאין לו כל דרך להשפיע על המדיניות. אזרחים המשתמשים בכל האמצעים הפוליטיים – בחירות, שדלנות, הפגנות וכולי – כדי לשכנע ממשלה לפעול בדרך זו או אחרת, יחוו באופן בלתי נמנע תסכול כאשר יגלו שפירות מאמציהם הושמו לאל על ידי רשות שופטת בלתי נבחרת, על סמך עקרונות שאינם מבוססים בחוק. מאחר שגוף לא־נבחר אינו יכול לייצג את ערכיו של עם כפי שנבחרו ציבור יכולים, כל כפייה של ערכים הנקבעים על ידי בית המשפט על צעדים ממשלתיים פוגעת מן הסתם באמון הציבור במוסדות הדמוקרטיה – במיוחד בתרבות כה מגוונת ודינמית כמו זו שבישראל. בטווח הארוך, האקטיביזם השיפוטי הורס את אמון הציבור בדמוקרטיה עד היסוד.

ז

למרות מיטב מאמציהם של מעצבי דעת הקהל בישראל, לא ניתן יהיה להשתיק את הוויכוח על האקטיביזם השיפוטי עוד זמן רב. כל עוד ידבק בית המשפט בגישתו האקטיביסטית, כפי שבוודאי יעשה במהלך כהונתו של אהרן ברק כנשיא, הוא ימשיך לפגוע בנקודות רגישות אצל חלק ניכר מהציבור הישראלי, וקריאות תיגר כמו זו של חוטר־ישי יישמעו ברמה שוב ושוב.

הבחירה הניצבת בפני הנהגתה הפוליטית והמשפטית של מדינת ישראל היא, אפוא, אם לעודד את הדיון, כיאה לדמוקרטיה, או לאפשר לתפיסה נוקשה של תכליתו של בית המשפט, בשילוב עם זלזול בחופש ביטוי אמיתי, להמשיך לחבל במאמצים לפתוח בדיון כזה. אם תלך ישראל בדרך השנייה, היא תמצא את שלטון העם מעורער על ידי רשות שופטת בעלת נטייה לכפות את תפישת העולם שלה על אוכלוסייה שאינה רוצה בה. רע בהרבה יהיה הניכור הגובר בקרב אותם מגזרים בחברה הישראלית – חתך רחב באוכלוסייה שאינו מוגבל לקוראי יחד נאמן – שימצאו עצמם מתנגדים לשיקול הדעת של בית המשפט אך נתקלים בהשתלחות מוסרית ומשפטית שוצפת כל אימת שהם מביעים את דעתם.

מדינת ישראל הגיעה לשלב שבו אינה יכולה עוד להרשות לעצמה להשתיק את הוויכוח בשאלת האקטיביזם השיפוטי. למרות זאת, נעשה בשנה האחרונה

מאמץ ציבורי מסיבי בדיוק בכיוון זה. אולם סוף-סוף נפתח הדיון בנושא, ואנו מצויים כעת על פרשת דרכים, שבה חובה עלינו להחליט אם הערכים העומדים בבסיס חוקי המדינה ימשיכו להיקבע על ידי קבוצה קטנה של שופטים לא-נבחרים, או שמא שאלות חיוניות מעין אלה יוחזרו לליבון בפורום הציבורי. מעטות הן ההחלטות שתהיה להן השפעה גורלית יותר על דמותה של המדינה במהלך העשורים הבאים.

אווילין גורדון היא עורכת בכירה בחכלת.

הערות

1. ג'וזף פוסט, 27 באוגוסט, 1996.
2. J. G. Randall and David Donald, *The Civil War and Reconstruction* (Boston: D.C. Heath and Company, 1961), p. 114.
3. *Inaugural Addresses of the Presidents of the United States* (Washington, DC: United States Government Printing Office, 1989), p. 139.
4. Arthur Link, *American Epoch* (New York: Alfred A. Knopf, 1967), p. 337.
5. *Roe v. Wade*, quoted in Robert Bork, *The Tempting of America* (New York: The Free Press, 1990), p. 113.
6. דה ניו יורק טיימס, 5 בינואר, 1997. ביוני 1997, בהיפוך מגמה משמעותי לאחר עשרות שנים של אקטיביזם, קיבל בית המשפט את הערעורים הללו ופסק ברוב של 0-9 שהתאבדות בסיוע רופא אינה זכות חוקתית. נשיא בית המשפט העליון בארצות-הברית, ויליאם רֶהְנֶקוויסט, כתב בשמו ובשם שלושה שופטים אחרים בפסק הדין, כי "בכל רחבי המדינה נתונים אמריקנים בדיון רציני ומעמיק בדבר המוסריות, החוקיות והבעיות המעשיות שבהתאבדות בסיוע רופא... פסק הדין שלנו מאפשר לדיון זה להימשך, כיאה לחברה דמוקרטית". הוא הסביר את הדברים במקום אחר בפסק הדין שלו: "על ידי פריסת חסות חוקתית על זכות נטענת [שאינה מפורשת בחוק] או אינטרס הקשור בחירות, אנחנו מציבים את הנושא, במידה רבה, מחוץ לתחום הדיון הציבורי והפעילות התחקיתית". דה ניו יורק טיימס, 29 ביוני, 1997.
7. C. Neal Tate and Torbjorn Vallinder, eds., *The Global Expansion of Judicial Power* (New York: New York University Press, 1995), pp. 3-4.
8. החנונה לאיכות השלטון בישראל ו' ממשלת ישראל (בג"ץ 93/4319), פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל (להלן פ"ד) מז (5), עמ' 421.
9. ראה, למשל, דבריו של פרופ' מרדכי קרמיניצר, דה ג'וזף פוסט, 26 ביולי, 1993.

10. חוק יסוד חופש העיסוק תוקן כך שרוב מיוחד של 61 חברי כנסת יוכל להעביר כל חקיקה שהיא, אפילו אם היא סותרת את עקרונות החוק. אולם אין סעיף דומה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו.

11. אף על פי שהמניע לכתיבת מאמרי המערכת היה במידה רבה אופיין האנטי־יהודי, תפיסת החרדים, של פסיקותיו של ברק, התמקדו המאמרים בעיקר בפן הדמוקרטי של הבעיה.

12. התבטאות זו מתייחסת לשתי הכרעות: פסק דין משנת 1993 שהורה לממשלה לסלק את שר הפנים דאז אריה דרעי מתפקידו בשל כתב האישום התלוי נגדו, ופסק דין מוקדם יותר שאסר על מפלגת "כך" להציג את מועמדותה לבחירות בעילה שמדובר במפלגה גזענית.

13. יחד נאמן, 25 באוגוסט, 1996.

14. כל השבוע, 22 באוגוסט, 1996.

15. ידיעות אחרונות, 28 באוגוסט, 1996.

16. הארץ, 28 באוגוסט, 1996.

17. ברק קיבל איום על חייו במשיבון שלו זמן קצר לאחר הופעת מאמרי המערכת (ידיעות אחרונות, 28 באוגוסט, 1996). כמה ימים לאחר מכן – לאחר שמאמרי המערכת והתגובות להם עלו לכותרות הראשיות בכל עיתוני המדינה – התקבלו במשטרה שני איומים בעילום שם על חייו של ברק; האיומים הגיעו מטלפונים ציבוריים הממוקמים בשכונות חרדיות. הארץ, ידיעות אחרונות, 29 באוגוסט, 1996.

ההאשמה המוזרה למראית עין שלפיה קיומם של איומי רצח הופכת בדיעבד את דברי הביקורת לדברי הסתה נבעה בחלקה מהתפישה המוטעית הנפוצה בקרב הציבור הישראלי שרצח רבין היה תולדה של חודשים של ביקורת ציבורית קשה על רבין מצד מתנגדיו הפוליטיים, וזאת למרות העובדה שהיועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן־יאיר הסיק, לאחר שחקר את הרצח, שרצחו של יצחק רבין, יגאל עמיר, לא הושפע מההסתה של הימין הקיצוני. ראה הארץ, 13 בדצמבר, 1995; נירדולם פוטם, 13 בדצמבר, 1995.

18. הארץ, 27 באוגוסט, 1996.

19. הארץ, 29 באוגוסט, 1996. על פי החוק הישראלי יכול שר הפנים לסגור כל עיתון לזמן בלתי מוגבל וללא הודעה מראש אם, לדעתו, פרסם אותו עיתון פרסום המסכן את הסדר הציבורי. בסמכותו גם לשלול רשיון הפעלה של עיתון כראות עיניו, מבלי לנמק את החלטתו. ברם, סמכויות אלה כמעט אינן מופעלות.

20. הארץ, 27 באוגוסט, 1996.

21. הארץ, 29 באוגוסט, 1996.

22. ידיעות אחרונות, 27 באוגוסט, 1996; הארץ, 28 באוגוסט, 1996.

23. ידיעות אחרונות, 27 באוגוסט, 1996.

24. הארץ, 28 באוגוסט, 1996.

25. ידיעות אחרונות, 27 באוגוסט, 1996.

26. ידיעות אחרונות, 28 באוגוסט, 1996.

-
27. הארץ, 30 באוגוסט, 1996.
28. הארץ, 27 באוגוסט, 1996.
29. הארץ, 28 באוגוסט, 1996.
30. גרוזלם פוסט, 27 באוגוסט, 1996.
31. ידיעות אחרונות, 27 באוגוסט, 1996.
32. הארץ, 30 באוגוסט, 1996.
33. גרוזלם פוסט, 1 בספטמבר, 1996; הארץ, 1 בספטמבר, 1996.
34. הארץ, 15 באוקטובר, 1996.
35. גרוזלם פוסט, 15 באוקטובר, 1996.
36. עורך הדין חוטר־ישי לא הזכיר את ברק בשמו או בתוארו באף שלב בריאיון, שתפס עמוד שלם. עם זאת, עורכי יחד נאמן נהגו בחוסר הגינות וציינו בהקדמתם לריאיון שחוטר־ישי תקף בו את ברק. כמו כן, הם שיבצו במקומות מסוימים הערות בסוגריים שבהן צוין לגבי התבטאויות מסוימות כי הן מתייחסות לברק. כתוצאה מכך, רוב הדיווחים התקשורתיים על הריאיון התייחסו אליו כאל התקפה אישית על ברק, וכך עשו בתורם גם רוב אישי הציבור שהגיבו על הריאיון. יומיים לאחר הופעת הריאיון הודיע חוטר־ישי בפומבי שלמרות שאינו חוזר בו מהערותיו, הייתה זו טעות להשמיען דרך יחד נאמן.
37. יחד נאמן, 26 בנובמבר, 1996. קיימות בחוק רק שתי דרכים להעביר שופט של בית המשפט העליון מתפקידו. דרך אחת לעשות זאת היא באמצעות החלטה של אותה ועדה בת תשעה חברים הממנה את השופטים, שרק ארבעה מחבריה הם חברי ממשלה או חברי כנסת (כלומר, "נבחר הציבור", אף שהם נבחרים כחברי מפלגה ולא בבחירות ישירות), ואילו חמשת האחרים הם שופטים או נציגים של לשכת עורכי הדין. הדרך השנייה מצריכה החלטה של ועדה משמעתית מיוחדת שרוב חבריה צריכים לבוא מקרב שופטי בית המשפט העליון עצמם. קיצורו של עניין, מינויים או הדחתם של שופטים אינם חייבים לעבור שום מבחן דמוקרטי רציני. זאת בניגוד לארצות־הברית, שבה נדרשים שופטי בית המשפט העליון לעבור שתי משוכות דמוקרטיות לחלוטין – מינוי מטעם הנשיא ואישור של הסנאט – כדי לזכות במשרה.
38. יחד נאמן, 26 בנובמבר, 1996.
39. יחד נאמן, 29 בנובמבר, 1996.
40. הארץ, 28 בנובמבר, 1996. כהן ביקש מהמשרה לפתוח בחקירה פלילית; בקשתו של פינס הופנתה ליועץ המשפטי לממשלה.
41. הארץ, 28 בנובמבר, 1996.
42. הארץ, 29 בנובמבר, 1996. התיק היה מונח על שולחן פרקליטת המחוז במשך שנים, ולא ברור אם תזמון כתב האישום היה מקרי לגמרי או שמא המניע לו היה הריאיון. בריאיון האשים חוטר־ישי את היועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן־יאיר שהוא "מחפש תחת האדמה" כדי למצוא משהו נגדו. על כך השיב בן־יאיר שחוטר־ישי ניסה מראש להטיל דופי במניעי משרדו באמצעות הריאיון.

43. הארץ, 29 בנובמבר, 1996.
44. הארץ, 29 בנובמבר, 1996.
45. ג'רוזלם פוסט, 28 בנובמבר, 1996.
46. הארץ, 3 במרס, 1997.
47. הארץ, 13 במרס, 1997. בעתירה צוין גם כתב האישום שהוגש נגד חוטר־ישי באשמת העלמת מס. הוועד הארצי של הלשכה דחה הצעה של כמה מחבריו לסלק את חוטר־ישי.
48. *Compassion in Dying v. Washington*, quoted in Russell Hittinger, "A Crisis of Legitimacy," in *First Things*, November 1996, p. 26 (להלן "משבר הלגיטימיות"). קביעה זו נעשתה במקור על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין *Planned Parenthood v. Casey* (1992), אך אומצה בפסקי דין רבים בהמשך.
49. Richard John Neuhaus, "The End of Democracy? The Judicial Usurpation of Politics," editorial in *First Things*, November 1996, p. 18 (להלן "קץ הדמוקרטיה").
50. נויהאוס, "קץ הדמוקרטיה", עמ' 19.
51. Robert Bork, "Our Judicial Oligarchy," in *First Things*, November 1996, p. 23 (להלן "האוליגרכיה המשפטית שלנו").
52. Hadley Arkes, "Culture Corrupted," in *First Things*, November 1996, p. 30.
53. בורק, "האוליגרכיה המשפטית שלנו", עמ' 23.
54. היטינגר, "משבר הלגיטימיות", עמ' 29.
55. בארצות־הברית מרוכזת ההתנגדות לאקטיביזם שיפוטי בעיקר במחנה השמרני.
56. Norman Podhoretz, quoted in David Brooks, "The Right's Anti-American Temptation," in *The Weekly Standard*, November 11, 1996, p. 25. במבוא לקובץ המאמרים כתב העורך הראשי ריצ'ארד ג'ון נויהאוס ש"אמריקה אינה, ואם ירצה האל, לעולם לא תיהפך לגרמניה הנאצית, אך רק גאווה עיוורת תתכחש לאפשרות שהדבר יכול לקרות כאן, ואולי אפילו קורה כאן, באופן אמריקני". לעיל, הערה 49, עמ' 19.
57. שיחה של המחברת עם ריצ'ארד ג'ון נויהאוס, העורך הראשי של *First Things*.
58. מכתב שפורסם בכתב העת *First Things*, January 1997, p. 2.
59. Robert L. Bartley, in "On the Future of Conservatism: A Symposium," in *Commentary*, February 1997, p. 16.
60. "It's Time to Take On the Judges," editorial in *The Weekly Standard*, December 16, 1996, pp. 9-10.
61. מדינות מסוימות, כמו קנדה, מגבילות גם "דברי שטנה" וצורות התבטאות אחרות הנתפשות כמנוגדות לנורמות הדרושות לקיום התשתית של חברות דמוקרטיות.
62. יחד ואמן, 25 באוגוסט, 1996.
63. הארץ, 6 בספטמבר, 1996.

64. הארץ, 1 בספטמבר, 1996.

65. הארץ, 4 בספטמבר, 1996.

66. *Marbury v. Madison*, quoted in Robert Bork, *The Tempting of America*, (New York: The Free Press, 1991), p. 24. (להלן בורק). קיומן של הגבלות כתובות היה גם הבסיס לקביעתו של בית המשפט העליון בישראל, מאז הקמתו, שזכותו לבחון את מידת החוקיות של פעולות ממשלה לאור חקיקת הכנסת. בית המשפט טען שהכנסת מחוקקת חוקים כדי שיצייתו להם, ובעוד שלכנסת נתונה הרשות לבטל את החוקים הללו כרצונה, לממשלה אין שום זכות להפר אותם כל עוד לא בוטלו.

67. ציטוט מתוך בורק, עמ' 20. אירדל אמר את הדברים בתגובה לקביעתו של שופט אחר בבית המשפט העליון, סמואל צ'ייס, שטען שבית המשפט צריך להיות מסוגל לבטל חקיקה המנוגדת ל"סודות החשובים של האמנה החברתית". בורק, עמ' 19.

68. ג'רוזלם פוסט, 10 בינואר, 1997.

69. "אמות המידה הציבוריות המקובלות על בני זמננו": אמת המידה המקובלת בארצות-הברית בנושא זה, שאומצה על ידי מערכת המשפט בישראל.

70. עקיבא נוף נ' משרד הביטחון (בג"ץ 94/205), לא פורסם.

71. אהרן ברק, ציטוט בתוך ג'רוזלם פוסט, 14 ביולי, 1996.

72. אהרן ברק, ציטוט בתוך ג'רוזלם פוסט, 16 באוגוסט, 1996.

73. השופט מישאל חשין, ציטוט בג'רוזלם פוסט, 16 באוגוסט, 1996.

74. ג'רוזלם פוסט, 14 ביולי ו-16 באוגוסט, 1996.

75. בלחץ בית המשפט הקימה הממשלה ועדה ציבורית שנייה שתלמד את הסוגיה, וגם ועדה זו המליצה לסגור את הכביש. עם זאת, כמה מחברי הוועדה החילוניים אמרו שההמלצות כללו הבטחה לא-כתובה של מתן תמורה לציבור החילוני בצורת שירות מוניות שימוסד בבירה בשבת, למרות שבהמלצות הכתובות לא נכללה שום עסקה מעין זו. חברים אלה בוועדה משכו מאוחר יותר את חתימותיהם כאשר הממשלה דחתה את הפרשנות הזו להמלצות.

76. שמואל ויכטלבוים נ' שר הביטחון (דנג"ץ 93/3299), פ"ד מט (2), עמ' 210.

77. גדעון אלון, "בקצה מסע המרורים של היועץ", הארץ, 10 בספטמבר, 1996.

78. במקרה דומה משנת 1989 ביטל בית המשפט את החלטת היועץ המשפטי לממשלה שלא להעמיד לדין את העורך הראשי של ידיעות אחרונות ואת אחד מכתביו בעוון הפרה לכאורה של כללי סוביודיצה. גם כאן, לאחר הרשעה בבית משפט השלום, זוכו הנאשמים בערעור לבית המשפט המחוזי בתל אביב. בדיעבד נראה כי נטייתו של היועץ המשפטי לא להגיש כתב אישום הייתה למעשה סבירה יותר מזו של בג"ץ. הארץ, 3 ביולי, 1997.

79. רק במקרה לא נהרסה הקריירה הפוליטית של יעקב נאמן לחלוטין: זמן קצר לאחר התפטרותו של נאמן התפטר שר האוצר דן מרידור מתפקידו, וראש הממשלה בנימין נתניהו הציע לנאמן את התיק הפנוי.