

תורת המהפכה של אהרן ברק

הלל נייער

בשנים האחרונות עוברת מדינת ישראל מהפכה חוקתית אשר, למרבה הפלא, נעלמת מעיניהם של רוב אזרחיה. בשנת 1992, עם קבלתם של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק, הורחבו סמכויותיה של הרשות השופטת באופן דרמטי עד כדי יכולת לפסול חוקים שחקקה הכנסת, אם לפי דעתו של בית המשפט העליון הם מפרים ערובות נורמטיביות לזכויות האדם.¹ למרות שבית המשפט כמעט לא ניצל עד כה את סמכותו החדשה, כל הסימנים מצביעים על כך שלא ירחק היום שבו תועבר החקיקה בכנסת תחת שבט ביקורתו של בית המשפט העליון כמעשה שגרה ובידי בית המשפט תופקד המשימה להגן על נורמות משפטיות משוריינות ועליונות.

החוקים שנתקבלו בשנת 1992 הם צעד דרמטי לקראת "קונסטיטוציוניזציה" של החוק במדינה, מגמה שבית המשפט העליון מוביל. משחר ימיה של המדינה הפגין בית המשפט העליון יכולת ורצון לשאוב מתוך החוק הקיים הגנה על זכויות הפרט למרות העדרה של הרשאה מפורשת לכך בחוק.² ההופעה הפתאומית של חוקי היסוד של שנת 1992 התקבלה בברכה גלויה על ידי מערכת המשפט האקטיביסטית, שיכלה מעתה לעגן את הגנתה על זכויות הפרט על קרקע מוצקה; ואכן היא התאמצה להראות שהחוק הזה הוא חוקתי במהותו.

אהרן ברק, שופט בית המשפט העליון מאז 1978 ונשיאו מאז 1995, עומד בראשו של חיל החלוץ המשפטי הזה ומנהיג אותו במערכה. לפני שהתקבלו חוקי היסוד בשנת 1992 יצא ברק כנגד הדוקטרינות המשפטיות המסורתיות המגבילות את תחום סמכויותיו של בית המשפט ועשה זאת בהצלחה רבה. כן עודד את התערבותו של בית המשפט בקשת גדלה והולכת של נושאים. קבלת חוקי היסוד ומינויו של ברק לנשיאות חיזקו במידה רבה את יכולתו להגן על המהפכה החוקתית. אם נזכור שכהונתו בבית המשפט העליון עתידה להימשך עשור נוסף, נבין שאהרן ברק עשוי בהחלט להיות הדמות בעלת ההשפעה הציבורית הגדולה ביותר בישראל היום.

בשעתו תיאר ברק את בית המשפט העליון כמנצח על תזמורת גדולה ומגוונת של נורמות משפטיות המבטיח תיאום ותזמון בין המערכות.³ אם זהו תפקידו של בית המשפט, הרי ברק הוא אלוף המנצחים. במהלך עשרים שנות כהונתו כשופט, פיתח ברק ויישם פילוסופיה משפטית קיצונית שעיקרה החלה של אמות מידה משפטיות על קשת רחבה ללא תקדים של נסיבות. כתוצאה מכך, כמעט כל מחלוקת ציבורית בישראל של שנות התשעים מגיעה, ללא שהיות רבות, אל בית המשפט. כוחו חסר התקדים של בית המשפט העליון ויכולתו לעצב את הדיון האידאולוגי בישראל מחייבים בחינה מעמיקה יותר של תפישת עולמו המשפטית של אהרן ברק, תוך שימת דגש מיוחד על השקפותיו לגבי תפקידו של בית המשפט בחברה דמוקרטית ולגבי הוראותיהם של חוקי היסוד החדשים המקדשים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

אהרן ברק נולד בקובנה שבליטא בשנת 1936. שנות המלחמה עברו עליו בגטו קובנה ושנתיים אחריה עלה לארץ עם הוריו. קורות חייו של ברק, אשר הגיע לבשלות אינטלקטואלית בגיל צעיר, הן שורה ארוכה ומרשימה של הישגים שזיכו אותו בתואר "כוכב־העל האמיתי הראשון של המשפט".⁴ בגיל 22 השלים את התואר הראשון בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. בגיל 27 קיבל תואר דוקטור למשפטים מאותה פקולטה, ובגיל 32 עלה לדרגת פרופסור מן המניין. בשנת 1974, בהיותו בן 38, התמנה לתפקיד דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית, ושנה מאוחר יותר קיבל את פרס ישראל למשפט. לאחר שהגיע לפסגת הקריירה האקדמית־משפטית בישראל מונה ברק ליועץ המשפטי לממשלה, משרה שמילא בין השנים 1975–1978. בתפקידו זה הטביע ברק את חותמו על המערכת בזכות האומץ שהפגין כשהביא לדין אישי

ציבור כמו אשר ידלן, מנהל קופת החולים הכללית ומועמד חשוב למשרת נגיד בנק ישראל; אברהם עופר, שר השיכון; ולאחריה, אשת ראש הממשלה דאז יצחק רבין.

במהלך השיחות שהובילו להסכמי קמפ דייוויד בספטמבר 1978, הזמין ראש הממשלה מנחם בגין את ברק להצטרף לצוות הישראלי למשא ומתן. ברק, שזכה להערכה רבה מצד בגין וג'ימי קרטר (קרטר התרשם ממנו עד כדי כך שהציע לו, בבדיחות הדעת, משרת שופט בבית המשפט העליון של ארצות הברית), מילא תפקיד חשוב כיועץ משפטי, מנסח ומתווך. כאשר התנגד בגין להכנסת המונח "לגיטימי" לנוסחה "זכויותיו של העם הפלשתיני", היה זה ברק ששכנע אותו באמצעות הטיעון: "האפשר שיהיו זכויות שאינן לגיטימיות?"⁵ בשנת 1978 התמנה ברק לשופט בבית המשפט העליון, ובשנת 1993 היה למשנה לנשיא בית המשפט העליון. כאשר פרש מאיר שמגר לגמלאות בשנת 1995, ירש ברק את מקומו כנשיא בית המשפט העליון, תפקיד שהוא עתיד למלא עד הגיעו לגיל שבעים, גיל הפרישה, בשנת 2006.

התפישה המשפטית של ברק יסודה ברעיון שהחוק הוא גורם מכריע המקיף את כלל ענייניו של האדם, ואף פעילות אנושית אינה חסינה בפניו באופן תיאורטי. "מלוא כל הארץ משפט", זהו חזונו המוצהר של ברק, ולפיו כל מה שאין החוק אוסר, הוא מתיר; בכל מקרה, יש לחוק מה לומר בכל עניין ועניין.⁶ תפישה זו מופיעה שוב ושוב, בצורות שונות, ברוב כתביו של ברק ובפסיקותיו הנוגעות לתפקידו של בית המשפט בחברה. דוגמה לכך הם דבריו במאמר משנת 1992:

בעיני, מלוא כל הארץ משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג פעילות מסוים – כגון יחסי חברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על-ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת, משום שהיא מוכרת על-ידי המשפט... בכל מקום שיש בו בני-אדם חיים, שם יש משפט. אין תחומי חיים שהינם מחוץ למשפט.⁷

דוקטרינת ברק שלפיה החוק והמשפט מקיפים הכל מנחה אותו בניסוח עקרונות יסוד לתחומים נוספים של תורת הממשל והמשפט, כגון שלטון החוק, הביקורת השיפוטית, השפיטות וזכות העמידה, הפרדת הרשויות ועליונות החוקה. כל אחד מהמושגים הללו ממלא בתורו תפקיד מכריע בבניית חזונו של ברק – חזון הדמוקרטיה הנאורה המתפקדת כיאות, דמוקרטיה שבה אין אדם, מוסד או החלטה החומקים מאחיזתו של החוק.

אולם אחיזתו של החוק מתרופפת כשמדובר בממשלות. רשויות מבצעות וגופים מחוקקים, המונעים על ידי קשת רחבה של בעיות ודאגות שמעבר לחוק, נוטים באופן טבעי להתעלם ממחויבותם לפעול אך ורק במסגרתו.⁸ לפי ברק, תפקידה של הרשות השופטת הוא להגן בתקיפות על שלטון החוק בחברה דמוקרטית על ידי הבטחת הנגישות של בתי המשפט, על ידי דרישה שהחקיקה תהיה ברורה, עקבית וכללית באופייה ושתובא לידיעת הציבור, ומעל לכל על ידי פקידת עין מתמדת על צעדי הממשלה. רק אז, כשמערכת המשפט תגן על זכויות הפרט מפני הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, הרומסות תמיד את זכויותיו הצודקות של הפרט כשהן פועלות למילוי צורכי החברה, יהיו הזכויות האלה – שהן הקרבן העיקרי של עקיפת החוק על ידי השלטונות – בעלות משמעות הלכה למעשה.⁹

מאחר שבתי המשפט הם כלב השמירה מפני עוולות השלטון, צריך שתהיה בידיהם הסמכות לאכוף את עמדותיהם על חלק גדול ככל האפשר מפעולות הממשלה. אותן פעולות או החלטות ממשלה החסינות מפני ביקורת שיפוטית חמקו, לתפיסתו של ברק, מזרועו של החוק; ולדידו במקום שהחוק אינו מגיע, שוכנים אי חוקיות וחוסר צדק.

עם זאת, יכולתו של בית המשפט להגן על שלטון החוק מוגבלת, מכוח תפקידו הפסיבי במהותו של השופט. כל כמה שיהיה צעד ממשלתי כלשהו למורת רוחו של שופט, החוק מתיר לו לדון אך ורק במקרים המובאים לפניו בבית המשפט, וגם אז רק אם לעותר יש אינטרס אישי ישיר במקרה, ואם זהו מסוג הנושאים שבית משפט רשאי לפסוק בהם. אליבא דברק, ככל שגדל מספר המקרים הנדחים על הסף על ידי בית המשפט בהיותם חסרים את אחד התנאים המוקדמים הללו, כך נחלש כוחה של הרשות השופטת ופוחתת יכולתה לפקח על הממשלה באמצעות ביקורת שיפוטית. זהו המניע שהביא את אהרן ברק לדגול בהגדרה רחבה מאוד של זכות העמידה, ולהחזיק בדעות כמעט רדיקליות לגבי אחותה התאומה – השפיטות.

דוקטרינת "לוקוס סטנדי" או "זכות העמידה בדין" דרשה באופן מסורתי שרק צד בעל נגיעה מהותית כלשהי למקרה – כגון צד שזכויות הפרט או האינטרסים שלו נפגעו – יוכל להישמע בבית המשפט. הגבלה זו נתפשה במשך זמן רב כאמצעי חשוב שבעזרתו יכלו בתי המשפט להגן על עצמם מפני הצפה של מה שמכונה בספרות המשפטית התדיינויות "מיותרות" – מקרים שאינם מצריכים סעד משפטי, והטיפול בהם רק מסיט את בתי המשפט מעיסוקם הראוי.

לדידו של אהרן ברק עומס העבודה של בית המשפט חשוב פחות מתפקידו הייחודי בהגנה על שלטון החוק, שהרי כדבריו "באין דיין – אין דין".¹⁰ לתפיסתו של ברק, היישום המסורתי של דוקטרינת זכות העמידה פוגע בשלטון החוק בכך שהוא פותח פתח לפעולות בלתי חוקיות של הרשויות: "ובמקום שאין בית המשפט מתערב, נפגם עקרון שלטון החוק. שלטון היודע מראש כי הוא לא נתון לביקורת שיפוטית, הוא שלטון העשוי שלא להשליט את החוק, והעשוי להביא להפרתו, וכל זאת תחת צילה של דוקטרינת המעמד".¹¹

לאחרונה, באחת מהופעותיו בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט, חשף ברק את הרקע האישי לעמדותיו בנושא זכות העמידה. בשנת 1977, כשכיהן בתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, היה עליו להתמודד עם השערורייה שפרצה בעניין חשבון בנק בלתי חוקי שהחזיקה לאה רבין בארצות-הברית. שר האוצר, יהושע רבינוביץ', הודיע לברק על כוונתו להטיל על רבין קנס מנהלי כדי למנוע הגשת כתב אישום פלילי. כאשר הודה רבינוביץ' שדאגתו האמיתית נתונה לסיכויי הבחירה מחדש של ממשלת המערך, מחה ברק וטען שהתכסיס לא יתקבל על דעת בית המשפט שידון בנושא. על פי ברק, רבינוביץ' השיב: "לאיש אין זכות עמידה – מי ילך [לבית המשפט]?" זעמו של ברק על המצב הזה הוביל אותו להכרעה גורלית: "אז אמרתי לעצמי שאם פעם אוכל להשפיע, צריך לעשות ליברליזציה של סטנדינג [זכות העמידה]. אסור שרק מי שיש לו אינטרס יכול לעשות זאת".¹²

עם חלוף הזמן זכה ברק, כמבוקשו, בכוח השפעה, והוא אכן הגשים את שאיפתו לליברליזציה. הנוהג המקובל לפני כן היה שבתחום דיני הפרט נדרש הצד התובע להוכיח הפרה של זכות אישית, בעוד שבעניינים הנוגעים לגוף ציבורי או ממשלתי די היה באינטרס אישי של העותר כדי שעניינו יידון. אך ברק סבר כי בתי המשפט אינם צריכים לדרוש אפילו אינטרס אישי בעניינים ציבוריים כאלה; דעתו הייתה שכל מי שמבקש הכרעה משפטית בנושא הכרוך בהפרה בוטה של שלטון החוק, או בנושא שלדעת בית המשפט יש בו עניין לציבור, זכאי לעמידה.¹³ ברק קידם את עמדתו במרץ רב בקרב עמיתיו, ובמשך הזמן הפך בית המשפט העליון גם את העותר שאין לו אינטרס אישי לבעל זכות – זכותו של הפרט להבטיח את שמירת החוק על ידי השלטון.

לצד הנהגת ליברליזציה בכללי זכות העמידה, הצליח ברק להסיר בהדרגה גם את ההגבלות שנבעו מתפיסה משפטית קרובה, הידועה בשם "שפיטות". בעוד זכות העמידה קובעת מי יישמע בבית המשפט, קובעת השפיטות מה יישמע בו.¹⁴ השימוש הקלאסי בקריטריון השפיטות מוציא מכלל בחינה משפטית שורה של

שאלות הנוגעות למדיניות, כגון ניהול ענייני החוץ, שמקובל כי מוטב להניח בידי הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת. על ידי הרחקת סוגיות כגון אלה מהישג ידו של בית המשפט מעניקה דוקטרינת השפיטות לתחומים שלמים של פעילות ממשלתית חסינות בפועל מפני תביעה משפטית – מצב עניינים שהיה בלתי נסבל מנקודת מבטם של ברק והשותפים לדעותיו.

בשורה ארוכה של פסיקות בית המשפט העליון מתקופת נשיאותו של מאיר שמגר, משנת 1983 עד שנת 1995, רואים אנו את השפעתם של פסקי הדין שכתב ברק על התפתחות תהליך של ליברליזציה מרחיקת לכת בעקרונות השפיטות. פסק הדין רסלר נ' שר הביטחון, מקרה משנת 1986 הנלמד היום בפקולטות למשפטים כדוגמה להתפתחות הנגישות אל בתי המשפט במדינת ישראל,¹⁵ הנחית מכה קשה על מסורת השפיטות והסיט אותה למסלול החדש. בשנת 1970 הוגשה עתירה לבג"ץ¹⁶ בדבר עיוות בשיקול דעתו של שר הביטחון כשהעניק פטור מגיוס לצבא לתלמידי ישיבה. בית המשפט מצא שהנושא הוא בגדר שאלה פוליטית שאינה ראויה להכרעה משפטית, ושהעותר לא הצליח להוכיח שנגרם לו נזק אישי; העתירה נדחתה.¹⁷ בשנת 1981 הגיש עותר אחר, עורך הדין יהודה רסלר, אותה עתירה לבית המשפט. בית המשפט קבע שאין בשאלה קריטריונים משפטיים שלפיהם יוכל בית המשפט להגיע להכרעה, וכי מדובר בסוגיה ציבורית שהטיפול בה צריך להישאר בידי גופים לא-משפטיים. גם הפעם נדחתה העתירה. בית המשפט קבע באותה עת כי לא יסכים להיגרר "לזיוכוח ציבורי-פוליטי בנושא רגיש ומסעיר, שבו קיימים חילוקי דעות חריפים בציבור".¹⁸ חמש שנים מאוחר יותר, בשנת 1986, ניסה רסלר שוב; הפעם, בהרכב שופטים שכלל את השופט ברק ושופטים נוספים בעלי אהדה לעניין, קבע בית המשפט שהנושא שפיט, בעודו דוחה את העתירה לגופו של עניין.¹⁹ בפסק הדין הקדיש ברק לשאלת השפיטות עשרים וחמישה עמודים, והציג בהם תפישה שהשלכותיה הרחיקו הרבה מעבר למקרה הנידון.

בנימוקיו לפסק הדין בעניין רסלר הגדיר ברק את שתי הקטגוריות הקלאסיות של השפיטות: הנורמטיבית והמוסדית.²⁰ שפיטות נורמטיבית היא קיומם של קריטריונים משפטיים אותנטיים המאפשרים לבית המשפט להכריע במקרה המובא לפניו; אם אין כל בסיס משפטי להחלטה, המקרה אינו שפיט מבחינה נורמטיבית ובית המשפט אינו יכול להכריע בו. לעומת זאת, שפיטות מוסדית היא התאמתו של הנושא הנידון להכרעה משפטית; בית משפט הנדרש לטיעון זה כדי להסביר את סירובו לדון במקרה מסוים כאילו אומר שאפילו יכול היה

למצוא בסיס לפסיקה, קיימת רשות שלטונית אחרת שראוי להשאיר בידיה את קבלת ההחלטה. אהרן ברק אינו מחסידיהן של שתי הקטגוריות גם יחד. לפי תפישת עולמו של ברק לא יעלה על הדעת לקבל אי שפיטות נורמטיבית, כיוון שכאמור אין במציאות חלל ריק משפטי. החוק אומר את דברו תמיד, ומה שאינו אסור הריהו בהכרח מותר. "אין פעולות (מעשים או מחדלים) שהמשפט אינו חל עליהם. כל פעולה נתפשת בעולם המשפט. כל פעולה ניתנת 'להיכלא' במסגרת המשפט. אפילו הפעילות בעלת הגוון הפוליטי ביותר – כגון עשיית שלום או מלחמה – נבחנת באמות-מידה משפטיות".²¹

ברם, עמדה זו אינה מוציאה מכלל אפשרות את אי השפיטות המוסדית, כלומר את הרעיון שבכמה תחומים התערבותו של בית המשפט אינה נאותה משום שלעיתים הפרדת רשויות מחייבת מתן קדימות לשיקול הדעת של הרשות המבצעת או לעצמאות הפרלמנטרית. אך גם בהקשר זה מסרב ברק לקבל את האפשרות שסמכות בתי המשפט תוגבל. הוא מעלה שאלה המזדקרת לעין מיד ומערערת את המושג אי שפיטות מוסדית. אם אנו מקבלים את הפילוסופיה המשפטית שאכן הכל שפיט, ואין דבר בעולם שאי אפשר לבחנו בעין משפטית, מניין ישאב בית המשפט את הסמכות לדחות מחלוקת המובאת בפניו? בדרך זו מתהפכות היוצרות: עצם סידובו של בית המשפט לשפוט נושא בעל אופי פוליטי נתפש כהכרעה פוליטית, שאינה הולמת את בית המשפט. גם כאשר מדובר במחלוקת בעלת אופי פוליטי, טוען ברק, מצוידים השופטים בכלים רבים להחלتن של אמות מידה משפטיות; למעשה, בכל פעם שבית משפט מכריז שנושא מסוים הוא פוליטי מדי ולכן אינו נאות להתערבות משפטית, הוא מניח לממשלה לפעול מחוץ לחוק.²²

אך על ידי ביטול כמעט מוחלט של מושג אי השפיטות המוסדית קורא ברק תיגר על התפישה המקובלת בדבר הפרדת הרשויות, המחלקת את משימות הממשל החיוניות בין שלוש זרועות השלטון – לכל אחת מהן את המשימות שנראה כי היא מוכשרת מטבעה לטפל בהן היטב. הוא סוטה מדוקטרינת ההפרדה במובנה הקלאסי – מניעת התערבותם של בתי המשפט בשאלות פוליטיות המסורות בידי זרועות השלטון הייצוגיות – ונשען על עקרון הפרדת הרשויות דווקא כדי להצדיק את התערבותו של בית המשפט בפעילותן של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.²³ אמנם, כך כותב ברק, הפרדת הרשויות מציבה שני סייגים למערכת המשפט, בכך שהיא מאלצת את השופט לתת תוקף למדיניות שביסודם של החוקים, וגם אוסרת על השופט להתערב בפעולות ממשלה שהן

חוקיות מבחינה טכנית ונופלות "במתחם הסבירות".²⁴ אולם ההפרדה הזאת אין משמעה דיקטטורה של כל רשות בתחום אחריותה. ברק דוגל במערכת יחסים המעודדים "אי־תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר".²⁵ אפילו המונח "הפרדת רשויות" מטעה, לדבריו, כיוון שלא קירות מפרידים בין הרשויות אלא "גשרים מאזנים ומפקחים".²⁶ מטרתו של שיווי המשקל העדין הזה איננה ממשל יעיל כשלעצמו; הסיבה הראשונה במעלה למידור הסמכויות ולריסון השררה היא דווקא השאיפה להבטיח את חירות הפרט.²⁷ מאחר שהפיקוח ההדדי חיוני וזכויות האדם מונחות על כף המאזניים, חייב בית המשפט העליון, בתוקף תפקידו כשומר על שלטון החוק ומגן זכויות הפרט, ליטול חלק פעיל בבחינת פעולותיהן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת.

אהרן ברק מקצץ בעקרון השפיטות כמעט עד השורש. הוא מותיר רק שני יוצאים מן הכלל, ששניהם נוגעים לתדמיתו של בית המשפט. האחד הוא קיומם של תחומים שהחברה איננה רוצה להניח לבית המשפט לפלוש לתוכם, והיא מעדיפה להשאירם בידי מקבלי החלטות הפוליטיות. ברק מסכים שבמצב זה מוטב לבית המשפט לגזור על עצמו שתיקה; ואכן בכמה עתירות בעלות גוון פוליטי במיוחד, כגון עתירות הנוגעות לתהליך אוסלו, בחרו הוא ורוב השופטים להימנע מהתערבות.²⁸ במקרים כאלה צריך בית המשפט להסתפק בהקפדה על כך שצעדי הממשלה אינם מפרים חוקים מפורשים; אם הממשלה חשה מוגבלת על ידי החוק הקיים, תמיד פתוחה בפניה האפשרות לשנות את החוק. יוצא הדופן השני הוא אי שפיטות מוסדית, כאשר "אף כי המשפט ייעשה, הוא לא ייראה כנעשה", כאשר פעולת בית המשפט עצמו מערערת את אמון הציבור ברשות השופטת.²⁹ אפילו אז, מדגיש ברק, חייב בית המשפט לזכור שחובתו להגן על שלטון החוק, ולהביא בחשבון שלעתים אי התערבות תפגע באמון הציבור בגיעה קשה יותר.³⁰

אולם למעט המקרים החריגים המוזכרים, מסכם ברק ואומר, מן ההכרח להסמיק את בתי המשפט להחיל ביקורת שיפוטית על קשת רחבה ככל האפשר של נושאים כדי להבטיח שכל גוף ציבורי יפעל בהתאם לסמכויות שהעניק לו החוק.³¹ אסור להרשות לכללים מסורתיים של זכות עמידה ושפיטות לעמוד בדרכה של הביקורת השיפוטית – ואכן הם לא הורשו להפריע. בשנים האחרונות החלו הנשיא ברק ועמיתיו לחרוץ דין בעניין החלטות ממשלה ופעולות ממשלה שבעבר היו מחוץ לתחום הבחינה השיפוטית: בפסק דין רסלר נ' שר הביטחון דנו בפטור מגיוס לתלמידי ישיבה; בפסק הדין בעניין שריד נ' יושב ראש הכנסת ובמקרים מאוחרים יותר הכריעו בדבר תוקפן הפרוצדורלי של החלטות כנסת;

בעניין ברזילי' ממשלת ישראל עסקו בסמכותו של נשיא המדינה להעניק חנינות טרום-הרשעיות; ובמשפט ז'ורז'בסקי' ראש הממשלה פסקו בשאלת תוקפם החוקי של הסכמים פוליטיים.³² הדין הישראלי בדבר זכות העמידה הפך, לדברי ארווין קוטלר, פרופסור למשפטים מאוניברסיטת מקגיל, "לדין המקיף ביותר מבין דיניהן של כל הדמוקרטיות הפרלמנטריות בעולם", ובנוסף "הלכת ה'שפיטות'... גם היא המקיפה ביותר יחסית לכל הדמוקרטיות האחרות".³³

בהרחיבו במידה רבה כל כך את תחום הפעולה של בית המשפט העליון השיג אהרן ברק הגנה מקיפה ושלמה יותר על שלטון החוק. היום ברור לכל חבר כנסת ולכל פקיד ברשויות השלטון שכל מעשה ממעשיו עשוי לעמוד בפני בית הדין של ברק; ואכן זה היה גורלם של צעדי ממשלה רבים. אולם האכיפה הנמרצת של "שלטון החוק" לוותה בהפעלת הסמכות של השופטים כאימפריה מתרחבת והולכת, שגורמת לקשיים רציניים במערכת הפוליטית ובחברה בכללותה.

הבעיות הללו מקורן בתחום התיאוריה – בהנחה ש"מלא כל הארץ משפט". הביטוי מוכר לכל מי שמצוי במסורת היהודית: פעמיים ביום, בתפילת הקדושה המסורתית, אומר הקהל "מלא כל הארץ כבודו".³⁴ כשם שהוגי דעות אירופיים השליכו את רעיון הסמכות האלוהית על ריבונות המדינה, כך ממלא ברק את הארץ לא ב"כבודו" של האל אלא בחוקי המדינה. ואכן, ניסוחיו של ברק המחיל את החוק על "כל התנהגות אנושית" (כולל "מחשבות סובייקטיביות") ועל "כל מעשה או מחדל" מזכירים מאוד את התיאור הקלאסי של ההלכה האורתודוקסית. ההלכה, בהיותה קוד דתי ומוסרי, מתוארת לעתים קרובות כמערכת חוקים שכוחה יפה לגבי כל פן ופן של הקיום האנושי, מחדר השינה ועד לעסקים ולשדה הקרב. אולם החוק הישראלי אינו מתואר, בדרך כלל, במונחים מרחיקי לכת עד כדי כך.³⁵

בדעות מקסימליסטיות שכאלה טמונה סכנה שאולי תגבר בעתיד: טשטוש גבולות בין הרשות השופטת למערכות אחרות, ובמיוחד המערכת הפוליטית. העיוות יוצא מן העקרונות המשפטיים המופשטים ויוצר ברשות השופטת נכונות ורצון לבנות מצב שכונה בפי אריאל רוזן-צבי, מי שהיה דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, "משפטיזציה של החיים".³⁶ אין כמעט נושא בעל חשיבות לאומית בישראל שאינו מתגלגל עד מהרה אל פתחו של בית המשפט העליון.³⁷ עניינים של מדיניות פנים מובאים כעת בפני בית המשפט העליון זמן קצר לאחר שמעצבי המדיניות הכריעו בהם ולעתים אפילו לפני כן. הסיקור התקשורתי של

פעולות הממשלה כולל בקביעות כבר עכשיו דיווח נרחב על העתירות שהוגשו לבג"ץ כנגד צעד ממשלתי מסוים והערכות בעניין פסק הדין המשווער.

השפעת המשפטיזציה של החיים בישראל אינה מצטמצמת לתחום צר של מקרים משפטיים מסוימים. "הסדר מערכות יחסים ותחומי פעולה בדרך משפטית כתחליף להסדרים חברתיים ומוסריים", כתב רוזן-צבי, "מכניס מימד של פורמליסטיקה לחיים וגורר אחריו התמודדות עם שאלות ערכיות בכלים פורמליים".³⁸ במקום להניח לתהליך הפוליטי לטפל בבעיות ובחילוקי דעות באמצעות עיבוד פשרות ובניית קונסנסוס, נוטה המערכת הנוכחית לעוות סוגיות טעונות ערכים על ידי הפיכתן לשאלות משפטיות טכניות שיש לפתור באמצעות פסק דין. התהליך הפוליטי הדמוקרטי, על כל מגרעותיו, הוא הדרך המוצלחת ביותר לאיזון האינטרסים של האוכלוסייה ולביטוי ערכיה; בסיכום כולל, ההחלטות המתקבלות במסגרתו יניחו את דעתם של רוב אזרחי המדינה וירגיזו את מספר האנשים הקטן ביותר. ההליך המשפטי הפורמליסטי אינו יכול לקחת בחשבון את האינטרסים ואת הערכים הללו, והוא עלול בקלות להוליד החלטות הכופות את רצונו של מיעוט קטן על הרוב.

אך מעבר לסיכון של צרות אופק משפטית, התערבות יתר פוגעת בתרבות הפוליטית של המדינה. פקידי ממשל בישראל למדו לחשוש מבית המשפט במקום לירוא את הציבור עצמו. התערבותה של מערכת המשפט בענייני השלטון לפרטיהם יוצרת תחושה שכל צעד העומד במבחן הבג"ץ אינו חייב עוד לעמוד במבחן דעת הקהל. נטייתם של אזרחים לפקוח עין על נבחרי הציבור מתקשה, והפוליטיקאים לומדים למדוד את מעשיהם לפי אמות מידה משפטיות במקום לשקלם על פי נאותות ערכית או על פי דעת הבורח. ברוב הדמוקרטיות בעולם הבלם העיקרי לאי סדרים בממשל הוא שוט הקלפי המונף מעל ראשיהם של נבחרי העם ולא מערכת המשפט, והבחירות הכלליות הן המטילות וטו על מינויים פוליטיים הנוגעים בשיקולים פגומים. מידה של איפוק משפטי בכמה סוגיות מפתח תעודד את השלטונות לתת דין וחשבון לפני העם ולא רק לפני השופטים.

בדומה לכך, נטייתו של בית המשפט להתערב בענייני מדיניות פוגעת במוטיבציה של יריבים בעלי השקפות מנוגדות להתאמץ ולשכנע זה את זה, או לגייס את תמיכתם של מגזרים שונים באוכלוסייה. בטווח הארוך מסייע מאמץ הסברתי כזה ביצירת קונסנסוס, על ידי עידוד פשרה בין הגורמים השונים בחברה והעלאת רמת הדיון. אבל הסבירות הגבוהה להתערבות משפטית משכנעת הרבה פוליטיקאים ופעילי מפלגות שכדאי יותר להשקיע משאבים בניצחון משפטי

מוחץ מאשר להתאמץ ולשכנע את הציבור או לנהל משא ומתן כדי להשיג פשרה שתהיה מקובלת על כל הצדדים. אותן קבוצות באוכלוסייה שפסיקת בג"ץ שמה לאל את מאמציהן פעם אחר פעם נואשות לבסוף מן היתרונות הגלומים בטיפול תמיכה ציבורית, ואלה שהבג"ץ מאשר את עמדתן לעתים קרובות אינן צריכות להטריח עצמן בתשומת לב לדעת הקהל ובריצוי הציבור. באווירה זו מחלוקות אינן נפתרות ואינן מיושבות; הן רק נמחקות מסדר היום לאחר שההכרעה המשפטית מובילה להחלטה כלשהי, שבדרך כלל משמרת היטב את טינתו של צד אחד ואת האדישות חסרת הלב של הצד השני.

המצדדים באקטיביזם השיפוטי מונים בכל הזדמנות את היתרונות הכרוכים בו. במקרים רבים דנים בתי המשפט בבעיות אמיתיות – כגון שחיתות פוליטית – שללא טיפול משפטי אפשר שלא תטופלנה כלל. כפי שציין השופט העליון יצחק זמיר, רמתה של התרבות הפוליטית בישראל אינה מן הגבוהות.³⁹ נורמות של ציות לחוק ומנהל תקין פחות מפותחות כאן מאשר בדמוקרטיות מסוימות. שלטון המבוסס על קואליציות נוטה מעצם טבעו להוליד עסקאות פוליטיות מפוקפקות ואף בלתי מוסריות. התחליף הישראלי לחוקה כתובה – אוסף חוקי יסוד שנתפרו טלאי על גבי טלאי, וקל לתקנם או לבטלם – מכניס למערכת גורם קבוע של חוסר ודאות. בשל חולשת הבלמים והאיזונים המוסדיים, לעתים תלויה הגנתה של המערכת כולה בבית המשפט; גישתו של ברק, שגם שופטים אחרים שותפים לה, מסייעת לעתים לערוב להגנה על זכויות הפרט ולהבטיח לפחות שמץ של "ממשל תקין". במשפט אייזנברג נ' שר השיכון,⁴⁰ לדוגמה, כשמיתנה הממשלה לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון את יוסי גינוסר, איש שב"כ לשעבר שמסר פעמיים עדות שקר בשערוריות שהיה מעורב בהן, נפסל המינוי בפסק דין חתום בידי ברק. פסקי דין אחרים שלו הורו לחקור את מפכ"ל המשטרה רפי פלד בחשד שקיבל הנחות גדולות בבתי מלון⁴¹ והביאו להתפטרותו של שר הפנים אריה דרעי לאחר שהואשם בשחיתות.⁴² במקרים רבים הגנו בתי המשפט על חופש הביטוי למרות העדרה של הגנה בחוק ולמרות הזלזול הממשלתי בחשיבותם של חופש המחשבה והחופש להפיץ דעות רבות ומגוונות. על פי טיעון זה, אם נסרב להרחיב את סמכויותיו של בית המשפט תדמה ישראל במוקדם או במאוחר לרפובליקת בננות.

ברם, השקפת עולם הגורסת כי החוק שרוי בכל מסנוורת ואינה מאפשרת להבחין – ולפיכך להימנע מהתערבות – במקרים שבהם אין איום ממשי על זכויות הפרט ועל שלטון החוק. גם בית משפט שביקש לכתחילה רק להגן על העקרונות הללו עלול להחליף בנקל את שיקול הדעת של הרשויות הנבחרות

בשיקול הדעת שלו, ואת ערכי הציבור הרחב בערכיהם של השופטים. ואכן, בשם שלטון החוק ועקרון ה"סבירות" תעו ברק ועמיתיו לשדה מוקשים של ערכים מושרשים בנושאי דת וחברה. מסלול ההתערבות המופרזת של ברק בעייתי במיוחד בגלל ההיגיון המשפטי שהוא מחיל על הנושאים הללו – ובמיוחד לאור פרשנותו לחוקי היסוד מעגני הזכויות של 1992.

בחודש מרס 1992 חקקה הכנסת שני חוקים אשר שינו את פני המשפט בישראל. חוק יסוד חופש העיסוק אוסר על הגבלת זכותו של אדם לעסוק במשלח יד כלשהו, אלא אם ההגבלה נובעת מתכלית ראויה ההולמת את ערכיה של מדינת ישראל – וגם אז, רק במידה שאינה עולה על הנדרש. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אוסר על פגיעה בכבודו, בחייו, בגופו או בקניינו של אדם, אלא אם הדבר נעשה למען מטרה נאותה העולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל. ערכים אלה נידונים בסעיפי ה"מטרה" של חוקי היסוד. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, למשל, מצהיר כדלקמן:

חוק יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.⁴³

למרות שגם לפני 1992 רווחה הנחה בדבר היותה של ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית, לא נקבע הדבר עד אז בכתובים והעובדה שהכנסת הציבה את המונחים האלה כנקודת מוצא מפורשת לערכיה של ישראל העניקה להם משמעות מרחיקת לכת לאחר אשרור החוק. כל בית משפט שיתבקש לקבוע אם חוק מסוים המגביל זכויות עולה בקנה אחד עם ערכיה של מדינת ישראל יאלץ לקבוע "מדינה יהודית ודמוקרטית" מהי. בית המשפט של ברק, בית משפט אקטיביסטי הלוחם למען זכויות הפרט, יחויב להתמודד עם השאלה שוב ושוב. נוסח החוק חייב את שופטי בית המשפט העליון לגבש פירוש מעשי לביטוי. במשך עשרות שנים התחבטו השופטים בישראל במשמעות הגדרתה של מדינת ישראל כמדינה "דמוקרטית". בכמה פסיקות שעסקו בזכויות אזרח, כמו פסק הדין קול העם משנת 1953 בנושא חופש העיתונות, הקדישו בתי המשפט בארץ מחשבה רבה ועמודים רבים לאופייה של הדמוקרטיה הישראלית.⁴⁴ לעומת זאת, רק לעתים רחוקות חשו השופטים צורך לנסח מפורשות מה מאפיין את ישראל כמדינה יהודית ומה השלכותיו של אופייה היהודי של המדינה.⁴⁵

עקרונות יהודיים מצאו את דרכם אל ספר החוקים ואל הדיון המשפטי רק דרך פתח אחד – חוק יסודות המשפט (1980), שבו קבעה הכנסת כי בעת שהחוק לוקה בפערים, או "לאקונוות", חייב בית המשפט לפנות "לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". חוק זה, על שתי פסקאותיו, הצית אש משפטית שבערה לאורך כל שנות השמונים. השופט מנחם אלון, שהיה המשנה לנשיא בית המשפט העליון עד לפרישתו בשנת 1993, סבר שהמונח "מורשת ישראל" מתכוון לאוצר האדיר של המשפט העברי בתחומים האזרחיים שלו.⁴⁶ ברק התנגד בתוקף לפירוש זה והעדיף פירוש רחב יותר, הכולל במונח "מורשת ישראל" הוגי דעות כגון שפינוזה. בכל מקרה, שיטת הפרשנות המשפטית של ברק גורסת שאין כמעט פערים בחוק ולכן כמעט לעולם לא יידרש בית המשפט להביא בחשבון ערכים משפטיים ועקרונות משפט שהם יהודיים באופן מובהק.⁴⁷

לאחר חוקי היסוד משנת 1992, אפילו ברק אינו יכול עוד להימנע מהתייחסות לאופייה היהודי של המדינה. כפי שציין אלון, החוקים החדשים הטילו על השופטים חובה לעשות כן.⁴⁸ זמן קצר לאחר החקיקה הזכיר ברק את "סעיף המטרה", ובמיוחד את האתגר האדיר הניצב בפני בית המשפט כשהוא נדרש לפרש את המילה "יהודית": "פסיקה מקיפה עסקה בעבר באופייה של המדינה כמדינה דמוקרטית... קשות יותר הן השאלות, מהי 'מדינה יהודית', ומהו היחס בין הדיבור 'מדינה יהודית' לדיבור 'מדינה דמוקרטית'".⁴⁹

ועם זאת, יכולת הפרשנות היצירתית של ברק יכלה למשימת האיזון בין שני הערכים הללו – באופן שהתאים לעמדותיו לגבי חשיבותם היחסית. בדברים שנשא באוניברסיטת חיפה, פחות מחודשיים לאחר שחוקי היסוד נכנסו לתוקפם, הציג ברק את הסינתזה שלו, מעשה פלאים אינטלקטואלי:

תוכנו של הדיבור "מדינה יהודית" ייקבע על-פי רמת ההפשטה שתיתן לו. לדעתי, יש ליתן לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד את כל בני החברה ותמצא את המשותף שבהם. על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופיה הדמוקרטי של המדינה. אכן, המדינה היא יהודית לא במובן ההלכתי-דתי, אלא במובן זה שליהודים זכות לעלות אליה, והוויתור האומית היא הוויתור של המדינה (הדבר מתבטא, בין השאר, בלשון ובמועדי המנוחה).⁵⁰

ברק טוען, בעצם, שהפתרון לאתגר האיזון בין הערכים היהודיים והדמוקרטיים של מדינת ישראל טמון באלכימיה משפטית – הפיכת המונח "יהודית" למילה

נרדפת למונח "דמוקרטיה". מובן שאלכימיה כזו יוצאת מתוך פרשנות בסיסית מסוימת לצירוף "ערכים יהודיים". באותו נאום הרחיב ברק את הדיבור על מובנו של המונח "יהדות":

ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על המחוקק וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופיה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. אין לשכוח כי בישראל מצוי מיעוט לא-יהודי ניכר. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית.⁵¹

באמצעות פירוש סלקטיבי של ערכי היהדות הצליח ברק ליצור מדינה "יהודית" היכולה להתיישב בקלות יחסית עם דרכו בהבנת המונח "דמוקרטיה". מתחת למעטה ההפשטה והיצירתיות הוא טוען, שמשמעות מדינה יהודית ודמוקרטית היא, בעצם, מדינה דמוקרטית.

הסברה כי המילה "יהודית" שבחוק אינה מתייחסת להלכה אלא למשהו אחר לגיטימי, ללא ספק – שהרי לא למדינת הלכה התכוון המחוקק כאשר ניסח את חוקי היסוד. אולם קשה לקבל את הבחירה החד-צדדית של ברק, אשר החליט לדלל רק אחד משני מקבצי הערכים השואפים להשפיע על החוק, לפרש רק אותו "ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר" וכך לעשותו כמעט זהה למקבץ השני. קשה לא פחות לקבל את דבריו על המיעוטים הלא-יהודיים כצידוק: המחוקק היה מודע במלוא מובן המילה לקלישאה הדמוגרפית הזאת, ולמרות זאת החליט כפי שהחליט וניסח את החוק כפי שניסח.⁵²

יתרה מזאת, ההפשטה הקיצונית של המונח "יהודית" אינה זוכה לאיזון בדמות הפשטה מקבילה כלשהי של המונח "דמוקרטיה". בדברי תגובה חריפים שנשא זמן קצר לאחר פרסום הנוסחה של ברק טען המשנה לנשיא אלון, שכאשר ברק מדבר על מדינה "דמוקרטית" אין הוא מתכוון לערכים דמוקרטיים מופשטים וכלליים אלא מתייחס ישירות לתורת המשפט הישראלית, הקנדית, האירופית והבינלאומית.⁵³ בוועידת המשפט קנדה-ישראל 1992, רב-שיח שגם הנשיא ברק השתתף בו, לא ברר אלון את מילותיו:

ניתן לתהות: כיצד תיתכן איפה ואיפה לגבי כל אחד משני הביטויים הכלולים באותו חוק ובאותה פסקה – "יהודית ודמוקרטית" – כאשר שניהם באים לתאר את אותו הדבר – את אופייה של מדינת ישראל... כיצד ייתכן שלביטוי "דמוקרטית" – המופיע, אגב, במקום השני, אחרי הביטוי "יהודית" – תינתן פרשנות על פי פסקי הדין והספרות שנכתבו בנושא בישראל ומחוצה לה, ואילו הביטוי "יהודית" טעון "הפשטה" מכל משמעות בלתי־תלויה ומקורית, ועליו להיחשב כנספח מלאכותי הכפוף למושג "דמוקרטית"?⁵⁴ [הדגשה במקור]

ועוד קושי טמון בהתמקדותו הבלעדית של ברק בהיבטים ה"אוניברסליים" של היהדות: משתמע ממנה שהערכים היהודיים היחידים הראויים לבוא בקהל הם אלה שאומצו בידי מערכות לא־יהודיות, ואפילו ערכים יהודיים אלה אינם נלמדים מתוך מקורותיהם אלא מן החברות הזרות שאימצו אותם.

בכתבים מאוחרים יותר של ברק נוצר רושם כי הוא נסוג מעט ונוקט עמדה שלכאורה חוטאת פחות לכוונות הכנסת, אך לאמיתו של דבר אין עמה כל שינוי של ממש בהשלכות המעשיות של האלכימיה המושגית שלו. עמדתו המתקנת של ברק מופיעה בספרו משנת 1994, פרשנות חוקתית, שבו הוא מנסה לדחות את דברי הביקורת של אלון ולהבהיר את דעותיו שלו. בספרו מדגיש ברק כי הערכים "היהודיים" של מדינת ישראל שאובים דווקא ממקורותיה הפנימיים של היהדות.⁵⁵ הוא אף מעניק למילה "יהודי" משמעות תיאורטית מסוימת ומוצא בה שני היבטים הנוגעים לפירוש "סעיף המטרה" של חוקי היסוד: ציונות והלכה. שניהם מעצבים את דמותה של ישראל כמדינה יהודית, הוא כותב, וראיותיו הן החותם שהטביע חוק השבות ויישום ההלכה בתחום דיני המשפחה:⁵⁶ "לציונות ולהלכה היהודית השפעה מכרעת – אם גם לא בלעדית – בעיצוב ערכים אלה... שני אלה מעצבים את 'מורשת ישראל' כמורשה יהודית־ציונית־לאומית, והם ביטוי לערכיה של מדינת ישראל 'כמדינה יהודית'".⁵⁷

בקטע בן שתי פסקאות שכותרתו "מדינה יהודית" מסביר ברק, בקווים כלליים, מדינה יהודית מהי. יהדותה של ישראל, כותב ברק, מבדילה אותה ממדינות אחרות והיא זכות קיומה. ברק מצטט ממגילת העצמאות של ישראל ("זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית", "שאיפת הדורות לגאולת ישראל") ומאזכר את ההתיישבות היהודית, את זיכרון השואה, את התרבות היהודית ואת החינוך היהודי. הוא מוכן לקבל את דברי אלון ולשלב את "עולמה של יהדות" ואת "מורשת ישראל" אם אינם

מוגבלים בלעדית להלכה אלא כוללים גם "מכלול ערכים" שהערכים שבו הם בעלי אופי "ציוני-כללי" ("מורשת ישראל").⁵⁸

אך למרות דברים אלו שאיפתו הפרשנית של ברק נותרה בעינה – ליישב את שני מצבורי הערכים זה עם זה. השופט, הוא טוען, חייב לחפש את המשותף והמאחד בין "יהודי" ל"דמוקרטי" ולא את המבדיל ביניהם. מאוחר יותר הוא ממליץ ליישם את הקריטריון הזה לגבי שני העקרונות גם יחד: בזמן החלתן או פירושן של תפישות הלקוחות מן היהדות חייב השופט לבכר את התפישות האוניברסליות על פני הפרטיקולריסטיות, וכשהדמוקרטיה על הפרק עליו לבכר את אותה גישה לדת ולמדינה אשר תתיישב היטב עם ההלכה.⁵⁹ כדי להשיג הרמוניה בין הערכים המתחרים אנו זקוקים עדיין לרמה גבוהה של הפשטה.

למרות ההרמוניה בין מדינה "יהודית" ל"דמוקרטית" שברק מצליח, לכאורה, לכפות, בחינה מדוקדקת יותר מגלה כי בתבשיל שרקח הדמוקרטיה עולה על גדותיה בעוד שהיהדות בטלה בשישים. הוא מקפיד לציין כי "ערכים" אינם כללים ספציפיים, וכי הוא פונה "לעיקרון שביסוד הכלל" ולא לכלל עצמו, למופשט ולא לקונקרטי – תוך התייחסות שווה, לכאורה, לערכיה היהודיים ולערכיה הדמוקרטיים של ישראל.⁶⁰ אולם לאמיתו של דבר, את ההדגשה שחוקי היסוד לא באו "כדי לעגן בחוק יסוד את פרטי הדינים" הוא מחיל, משום מה, רק על ההלכה והעקרונות היהודיים. ברק אינו נמנע מלצטט עשרות פרטים הלקוחים, למשל, מפסקי דין, מרשימות או ממאמרים קנדיים כשהוא דן בחוקי היסוד – אך נמנע כמעט לגמרי מהסתמכות על מקורות יהודיים. מן ההקשר וגם מפרסומים אחרים, שבהם הדף ברק בעקביות ניסיונות לדרוש התייחסות לחוקים יהודיים, ברור שרק דקדוקי ההלכה היהודית מדאיגים אותו.⁶¹

כאשר ברק ממעיט מחשיבותה וממשמעותה של היהדות כמקור לערכיה של המדינה, הריהו מתנגד לכוונתו של המחוקק ומכשיל אותה. בו זמנית הוא מרחיק לכת הרבה מעבר לזה: הוא מגדיר מחדש את ערכיה של מדינת ישראל, לא רק להלכה אלא גם למעשה; שכן אם בית המשפט חורץ דין בלא להתחשב כמעט בערכים יהודיים פרטיקולריסטיים, חשיבותם של עקרונות אלה פוחתת והולכת בתחומים רבים והולכים של החיים בישראל. בית משפט ישראלי הפוסק רק על פי מכלול רעיונות הזהה לזה של מקביליו האמריקניים, הקנדיים או הגרמניים, אינו יכול לשמר את החוקים היהודיים ואת המסגרת היהודית שעוצבו על ידי האבות-המייסדים הציוניים של ישראל. ולנוכח מרכזיותו של בית המשפט העליון

בחיי מדינת ישראל היום, סביר מאוד שרשויות שלטון אחרות וגם פלח גדל והולך מן האוכלוסייה יאמצו את התפישה שלפיה אין להניח לאופייה היהודי של ישראל להשפיע על מקבלי ההחלטות.

נטייתו של הנשיא ברק למזער את הערכים היהודיים של המדינה עולה על פני השטח במלוא עצמתה כשהוא נאבק להכרה במושג "הציבור הנאור" ככלי משפטי לפתירת מקרים קשים. במקרים הנחשבים קלים בעיני ברק, החוק הוא חד־משמעי וברור לכל: מהירות הנסיעה המותרת היא תשעים קילומטרים לשעה, והדבר אינו משתמע לשתי פנים. במקרי ביניים השופט צריך להתאמץ קצת כדי למצוא את הנורמה המשפטית, אך בסופו של דבר הוא מגלה כי גם כאן אין אלא פתרון חוקי אחד. במקרים קשים, לעומת זאת, חייב השופט להפעיל שיקול דעת שיפוטי ולבחור בין כמה אפשרויות חוקיות. שיקול הדעת האמור, במיוחד בכל הנוגע למתן פירוש לערכים, הוא ההקשר שבו מדבר אהרן ברק על הציבור הנאור.⁶² המקרים הקשים הם אלה שבהם ההרמוניה אינה נוצרת, ההפשטה היהודית־דמוקרטית אינה מספקת, ושתי מערכות הערכים נשארות מנוגדות ללא תקנה. או אז נאלצים השופטים לפעול על פי שיקול דעתם: "כאשר הניסיון נכשל, וערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם ניתנים ליישוב עם ערכיה כמדינה דמוקרטית, אין מנוס מהכרעה. הכרעה זו צריכה להיעשות, לדעתי, על־פי תפיסותיו של הציבור הנאור בישראל. זהו מבחן אובייקטיבי, המפנה את השופט אל מכלול הערכים המעצבים את דמותו של הישראלי המודרני".⁶³

ההסתמכות על "הציבור הנאור" היא דרכו של ברק להתמודד עם מצבים שבהם הסינתזה נכשלת והשופט נזקק למצפן שיעזור לו להכריע את הכף. "הציבור הנאור" של ברק, כך מסתבר, אינו ציבור כלל, אלא ייצוג מטאפורי של מערכת ערכים מסוימת. משימתו העיקרית, כותב ברק, היא "להדגיש את חיוניותה של האובייקטיביות השיפוטית",⁶⁴ כלומר להזכיר לשופט לפסוק לא על סמך דעותיו הפרטיות והעדפותיו, אלא על סמך "מכלול הערכים המעצבים את דמותו של הישראלי המודרני".

הציבור המטאפורי של ברק, כמו רכבת בדרכה אל ממלכת האובייקטיביות, נושא עמו מטען נורמטיבי כבד. הוא מחזיק בערכים "המעצבים את דמות העולם התרבותי כולו" ומבטא את "המצפון הציבורי הכללי" ואת "האשויות הערכיים

המשותפים לבני החברה" בכל הקשור להתנהגות נאותה. אמנותיו של "הציבור הנאור" הן תוצר של הערכים העיקריים ההופכים חברה לדמוקרטית. "הציבור הנאור", מסכם ברק, "אינו אלא פרסוניפיקציה של שיקולים נורמטיביים".⁶⁵

אך אילו ערכי יסוד נכללים באותה האנשה? בנקודה זו נמצאת סתירה בדבריו של ברק. מצד אחד, ערכיו של הציבור הנאור הם אלה המשתקפים ב"קונסנסוס חברתי הקיים בחברה נתונה בזמן נתון".⁶⁶ ערכים משתנים ללא הרף, מזהיר ברק, ועל השופט להיות עירני ולהתייחס לערכי "הציבור הנאור" של זמנו הוא, ולא לזה של העבר או העתיד. עם זאת, ובאותה נשימה, ברק מזהיר מפני הפופוליזם וההיסטריה החברתית המתלווים ל"רוחות שעה חולפות".⁶⁷ המטאפורה, אם כך, מבטאת גם את חובתו של השופט לשמור על ריחוק אובייקטיבי מלחצים כאלה – ולשמש מחסום מפני האספסוף האימפולסיבי וההפכפך שנטייתו להיתפס לגחמות חדשות לבקרים הטרידה תיאורטיקנים של הדמוקרטיה מאז ומתמיד. לא לחינם מוענקת לשופטים עצמאות אישית ומוסדית, כותב ברק. "העדר הצורך לעמוד לבחירה מחודשת מדי פעם בפעם, מאפשר לשופט לשקף את ה'אני-מאמין' הבסיסי של האומה, גם אם לאור אירועי השעה אין החברה נאמנה ל'אני-מאמין' זה".⁶⁸ השופט, אם כך, חייב להסתמך רק על הערכים הלאומיים בני הקיימא אשר התגבשו במסגרת הקונסנסוס, אותם ערכים שנצפרו בתוך "כור ההיתוך של ההכרה החברתית" ושרדו – גם אם אלה אינם מקובלים "על רוב רובו של הציבור" באותה תקופה.⁶⁹

בעוד ברק מבדיל, מצד אחד, בין "הציבור הנאור" לכלל הציבור, הוא מהסס באשר לשאלה את מי, אם בכלל, המונח הזה מתאר למעשה. מצד אחד קובע ברק שהצירוף "מפנה את תשומת הלב אל חלק מכלל הציבור", שהוא "משקף את הציבור שערכיו הם אוניברסליים", ציבור "מתקדם" שהוא חלק מ"משפחת העמים הנאורים".⁷⁰ מצד שני עומד ברק על כך שהמושג "משקף תפישות יסוד של שיטת המשפט", העשויות להיות מנוגדות לעמדותיו של רוב הציבור, ושאין צריכות להיות מזהות "עם שכבה זו או אחרת של הציבור הישראלי".⁷¹ לא מדובר ב"ציבור דתי או חילוני", וגם לא ב"ציבור יהודי או לא יהודי".⁷²

בין אם "הציבור הנאור" הוא מטאפורה בלבד ובין אם הוא מונח המתאר קבוצת אנשים הניתנים לזיהוי (על פי אזור המגורים שלהם, השתייכותם החברתית ונטייתם הפוליטית, כפי שאומרים מבקריו של ברק), השלכותיו של השימוש במונח הן בלתי נמנעות. "הציבור הנאור", מתוקף זיהויו עם ערכים של אוניברסליות וקדמה, יוביל את השופט בהכרח בכיוון של הגנה על זכויות הפרט והשוויון – ערכים המשותפים לישראל ולמדינות דמוקרטיות ברחבי

העולם – אך לעולם לא בכיוון דרישותיה הייחודיות של מדינה יהודית. כדי לרדת לסוף דעתו של ברק די לראות כי הוא מדבר על ציבור נאור שאינו "יהודי או לא־יהודי" – כלומר יהדותו אינה רלוונטית. אם יתבקש הנאור המשוער שלנו לבחור, במסגרת מקרה משפטי קשה, בין הערכים היהודיים של מדינת ישראל לערכיה הדמוקרטיים, הוא יבחר באלה האחרונים מבלי להניד עפעף. למעשה אין לו ברירה אחרת – בהיותו דמות מופשטת אין ביכולתו של נאורנו ביש המזל להתווכח עם מי שהגדיר אותו מראש כאדם אוניברסלי שאין לו אהדה מיוחדת ליהדות. הדבר נכון גם במקרה נתון שבו רוב הישראלים היו מעדיפים ערכים יהודיים, שכן הציבור הנאור באמת דוגל בערכים אוניברסליים גם כאשר "רוב רובו של הציבור" הרחב אינו מקבל אותם. וזהו הציבור שלאורו ילך השופט, אליבא דברק.

וכך, בסופו של דבר, אמת המידה ה"אובייקטיבית" של הציבור הנאור דוחפת את השופט לכיוון יותר דמוקרטי ופחות יהודי – הכיוון שאליו רוצה ברק לדחוף אותו ממילא. דן אבנון, מרצה למדע המדינה באוניברסיטה העברית בירושלים, מצביע על כך שלמרות הטענה בדבר האובייקטיביות של תפישה זו, בפועל היא מבטאת "השקפת עולם ליברלית, המקובלת על חלק מהציבור היהודי במדינת ישראל. על רקע העובדה שהכנסת לא הכריעה מפורשות, כי לערכים ליברליים מעמד מועדף במשטר המדיני בישראל, מן ההכרח הוא כי הפרשנות של פסקת המטרה לאור מבחן 'הציבור הנאור' תתקבל בקרב הציבור הרחב כביטוי להשקפת עולם סובייקטיבית, המקובלת על חלקים מהציבור היהודי בישראל".⁷³

למרות שיישום המטאפורה בידי ברק מציב את בית המשפט העליון באופן ברור בצדו האחד של דיון אידיאולוגי מתמשך בישראל, התפישה סובלת מאמביוולנטיות כרונית המונעת כל דיון רציני על השלכותיה. קשה לדעת אילו ערכים צריכים להיחשב "יסודיים" ואילו מהם "חולפים". השופט, מצד אחד, צריך לדחות דעות בנות־חלוף ולהתייחס אל "האמונות ארוכות הטווח של החברה", האמונות הבסיסיות והמהותיות, ולשקף את "האני־מאמין הבסיסי של האומה"; ומצד שני, "תפישות היסוד עשויות להשתנות במשך השנים", שהרי "תפישות היסוד של 'הציבור הנאור' אינן קבועות ועומדות" אלא נמצאות "בתנועה מתמדת", ואוי לו לשופט אשר ערכיו משקפים "את תפיסתו של הציבור הנאור של העבר".⁷⁴ התוצאה היא שכל ניסיון רציני לבקר את הרעיון נתקל בחומה של ערפל מושגי המסכל כל מאמץ להגדיר את המונח במדויק.

בחיפושו אחר מקור משלים לחוק, אין ברק יוצא דופן: גם באנגליה וגם בצרפת מתאמצים השופטים כבר זמן רב להבהיר תפישות נורמטיביות מעורפלות כגון "טובת הציבור" או "הסדר הציבורי" ולהחילן כדי להתוות נתיב פעולה משפטי ראוי. ואצלנו, ברק מצייר את "הציבור הנאור" שלו כאילו הוא "מצפן המראה את הכיוון הנכון להחלטה משפטית".⁷⁵ אמנם תפישה זו תוכל לתרום לתורת המשפט הישראלית אם תוציא שופטים מנקודת מבטם שלהם אל הערכים היסודיים של החברה שבה הם חיים, אבל בפועל יש בסיס מוצק לתחושה, ששופט המחפש אחר ערכי "הציבור הנאור" קרוב לוודאי שימצא אותם אצל עצמו, ואז ישתמש במטאפורה כדי להצדיק את מסקנותיו הסובייקטיביות.⁷⁶

חוקי היסוד משנת 1992 סטו ממסורת העבר במידה שהרחיקה לכת הרבה מעבר להכרה בערכיה היהודיים והדמוקרטיים של ישראל. החוקים החדשים גם חקקו בסלע זכויות מסוימות, בכך שחייבו כל חקיקה עתידית לעמוד באמות מידה שנקבעו בהם. מבחינה זו הם שונים מחוקי היסוד הקודמים, אשר כוננו מוסדות חשובים והסדירו את עבודתם, אך לא נועדו להגביל כל חקיקה עתידית.⁷⁷

לפני חקיקת החוקים פעל אהרן ברק, בפסק דין אחר פסק דין, להרחבת תפקידו של בית המשפט באמצעות שחיקה של דוקטרינות, כגון דוקטרינות זכות העמידה והשפיטות, אשר הגבילו עד אז מגמות של אקטיביזם שיפוטי. ברק העלה מדי פעם הצעות שהיוו קפיצות ענק נוספות בתחום זכויותיו של בית המשפט, כמו באמרת האגב המפורסמת שלו בענין תנועת לאור, שבה רמז על יכולתו של בית המשפט לפסול חוקי כנסת גם בהעדר כל הרשאה חוקית לעשות כן.⁷⁸ למרות זאת, אפילו ברק שם רסן לעצמו ונמנע לעת עתה מלספח לעצמו סמכות כזו, ועל כן עדיין נמנע בית המשפט העליון מהפעלת הסמכות לבקר חוקים קיימים ולבטלם; כל בעל דין שפנה באותה תקופה לבית המשפט העליון בטענה כי חוקי המדינה מפרים נורמות עליונות יותר, גילה כי אין בכוחו של בית המשפט לעזור לו.

כאשר הסמיכו חוקי היסוד משנת 1992 את בית המשפט לבקר חוקים קיימים – אם גם במשתמע בלבד,⁷⁹ וגם זאת עם פגמים מבניים רבים ועם אנומליות רבות – הכריז מיד הנשיא ברק על "מהפכה חוקתית", ויצא בעוז רוח, תוך שהוא מקפיד ליישר כל מהמורה ולכסות על הפגמים, כדי להאציל על בית המשפט העליון אותו כוח המסור בידי בתי המשפט המקבילים בארצות-הברית

ובקנדה, למרות העובדה שבניגוד לאותן מדינות, לישראל אין חוקה. במניפסט משנת 1992 שכותרתו "המהפכה החוקתית" העלה ברק על נס את הנשק האולטימטיבי שמערכת המשפט הישראלית זכתה בו: "אם עד כה ניתן לשופטים 'נשק קונבנציונלי' לטיפול בחקיקה בדרך הפרשנות וליצירת משפט מקובל ישראלי, הרי עתה ניתן לשופטים 'נשק לא קונבנציונלי', המאפשר ביטולו של דבר חקיקה שאינו מקיים את דרישות חוקי היסוד".⁸⁰

שלוש שנים מאוחר יותר, בפסק דין מנחה משנת 1995 בעניין בנק המזרחי ובו דברי פרשנות העוסקים בחוקי היסוד האמורים, תרגמו ברק ועמיתיו את ההשלכות המהפכניות של הנאמר במאמר לשפת ההכרעה המשפטית.⁸¹ הפיסקה הפותחת את חוות הדעת של ברק סיכמה את ההיררכיה הנורמטיבית החדשה:

עם חקיקתם [של חוקי היסוד החדשים] חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל. הן הפכו לזכויות חוקתיות. ניתן להן מעמד חוקתי על-חוקי. חוק "רגיל" של הכנסת אינו יכול לשנותן. חקיקה רגילה אינה יכולה לפגוע בזכות אדם מוגנת אלא אם כן מתקיימות הדרישות הקבועות בחוקי היסוד. אי-קיום הדרישות החוקתיות הופך את החוק הרגיל לחוק לא חוקתי. זהו חוק שנפל בו פגם חוקתי. בית המשפט עשוי להכריז על בטלותו.⁸²

לסיכום, בתי המשפט בישראל, בעידוד דברי הפרשנות של ברק, השיגו לעצמם סמכות עליונה לפסול חוקים שנחקקו בכנסת אם הללו אינם עומדים בחובת השמירה על זכויות האזרח הקבועות בחוקי היסוד.⁸³

בית המשפט העליון כבר החל להשתמש בסמכות זו. בפסק דין תקדימי מספטמבר 1997, ביטל בית המשפט בהרכב מיוחד של אחד-עשר שופטים סעיף בחוק שחקקה הכנסת, משום שלדעת השופטים סותר הסעיף את חוק יסוד חופש העיסוק. השופטים פסקו שהסעיף, שהוא חלק מהחוק להסדרת העיסוק בייעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות תשנ"ה, פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש להגשמת תכליתו של החוק.⁸⁴ אבל ביטול החוקים, ה"נשק" ה"לא קונבנציונלי" של השופטים, הוא רק הביטוי הבולט ביותר של המהפכה החוקתית הנמצאת עתה בעיצומה. חוקי היסוד משנת 1992 כבר מצוטטים ברבים מהמקרים המובאים בפני בג"ץ. מעמדם החוקתי הוא בדיוק הסיבה לכך שמייחסים להם משקל רב יותר מלחוקים אחרים, "רגילים", ולכך שבמקרים רבים הם מהווים בסיס לפסיקות הנוגעות לצעדי ממשלה או לפירושם של חוקים קיימים. אף על פי שבחוק יסוד כבוד האדם וחירותו נכלל סעיף "שמירת

דינים" מפורש המגן על חוקים שנחקקו לפני 1992, משתמש בית המשפט העליון במגוון פרשנויות כדי לעקוף מגבלה זו ומפעיל את חוק היסוד בכל זאת, לעתים על חשבון המשמעות הפשוטה של הטקסט וכוונותיהם המקוריות של המחוקקים. והתוצאה החשובה ביותר של ההתפתחויות האלה היא, ככל הנראה, שלנוכח סמכות הביקורת של בית המשפט העליון מושכים חברי כנסת את ידם יותר ויותר מהצעות חוק שבית המשפט ידחה, למיטב שיפוטם. "המהפכה החוקתית" של ברק העניקה לבתי המשפט כוח הרתעה מרחיק לכת שהשפעתו שונה אך במעט מהשפעתה של ביקורת שיפוטית.

כדי להבין מה עלול לקרות בישראל בעקבות חציית רוביקון הביקורת השיפוטית, כדאי ללמוד מניסיונה של קנדה שעברה תמורה דומה מאז שגיבשה בשנת 1982 את מגילת הזכויות שלה.⁸⁵ הדוגמה הקנדית נוגעת לענייננו במיוחד כיוון שמגילת הזכויות שלה הייתה הדגם שלפיו נבנו כמה מהוראות המפתח המופיעות בחוקי היסוד החדשים.⁸⁶ עובדה זו, כשלעצמה, עוררה בישראל עניין עצום בפרשנויות קנדיות למגילה במישור המשפטי והאקדמי, וכמה שופטים ישראלים – וברק בראשם – מתייחסים בהחלטותיהם יותר ויותר למשפט החוקתי הקנדי.⁸⁷

לפני שאימצה קנדה את מגילת הזכויות אי אפשר היה לצאת נגד חוק בטענה שהוא מפר זכויות אדם. המגילה הסמיכה את מערכת המשפט לפסול חוקים הפוגעים בזכויות יסוד. כעת צריכים בתי המשפט לקבוע תחילה אם יש בחוק הפרה לכאורה של זכויות בסיסיות, ואז להחליט אם ניתן לקבל את הפגיעה כ"הגבלה סבירה", הגבלה ש"ניתן להוכיח כי היא מוצדקת" ב"חברה חופשית ודמוקרטית".⁸⁸ כתוצאה מכך נוצר מצב שבתי המשפט בקנדה בודקים בנרות כל מיני ראיות חברתיות כלכליות ושוקלים את הטענות בעד ונגד בקשת רחבה של נושאים מדיניים, כדי לקבוע אם הגבלת הזכויות המוצעת בחוק מוצדקת. בתי המחוקקים הפדרליים והמחוזיים בקנדה חייבים כעת להתאים את עצמם לנורמות של החוקה כפי שמפרשת אותן המערכת המשפטית, ולא – יסתכנו בביטול חקיקתם.⁸⁹ דוגמה טיפוסית היא חוק קנדי פדרלי מן העת האחרונה בעניין הגבלת הפרסום של מוצרי טבק. לאחר ששקל את זכויות האזרח מול יעדי המדינה מצא בית המשפט העליון שהחוק מגביל ללא הצדקה את חופש הביטוי כפי שהוא מופיע במגילת הזכויות, ולכן הנו בטל ומבוטל.⁹⁰

משימה מסובכת זו של מציאת האיזון בין זכויות לתועלת חברתית שינתה את מהות פעולתם של בתי המשפט הקנדיים. השופט הראשי של בית המשפט העליון הקנדי, אנטוניו למר, דן בשינוי זה במאמר בכתב העת "איראל לואו רביו":

בתי המשפט מקבלים כעת כמעשה שגרה כמות גדולה של מה שניתן לכנות ראיות הנוגעות לעובדות חברתיות... במיוחד כאשר השאלה היא האם חוקים מסוימים הם מוצדקים בחברה חופשית ודמוקרטית, הוויכוח בבתי המשפט דומה לעתים לשימוע בפני ועדה של בית הנבחרים, בכך שיש לשקול את היתרונות והחסרונות של החקיקה והאלטרנטיבות שלה לאור המידע הטוב ביותר הזמין באותו רגע לגבי צורכי החברה ולגבי אופייה של הבעיה העומדת לדיון.⁹¹

מאחר שכך, בתי משפט העורכים ביקורת שיפוטית לחוקים עצמם נדמים עד מהרה לגופים המחקקים של מדינתם, הן מבחינת סוג הנושאים שהם דנים בהם והן מבחינת הטיעונים שהם מעלים.

תפקידו החדש של בית המשפט בקנדה מעלה כמה בעיות. ראשית, שופטים קנדיים חייבים באופן בלתי נמנע לבסס חלק ניכר מהחלטותיהם על חומרים שהכשרתם המשפטית לא הכינה אותם כלל לעסוק בהם. במקרים כמו ההגבלה על פרסום מוצרי טבק, נדרשים השופטים להסיק מסקנות בדבר הקשר שבין פרסום לצריכת טבק, הנזק הפיזי הנגרם מעישון, ועניינים נלווים השנויים תדיר במחלוקת מדעית. שנית, בתי המשפט נדרשים לשקול זה מול זה את היתרונות הגלומים בחוק מסוים לעומת הנזק שהוא גורם לערכים של קנדה כחברה חופשית ודמוקרטית. השופטים נאלצים להתמודד עם מבול של עדויות מומחים (שהן לעתים קרובות טכניות מאוד), כדי לשקול את עלויות המדיניות המוצעת, את יתרונותיה ואת החלופות לה – וזוהי במידה רבה חזרה על המאמצים הרבים שהשקיעו בנושא ועדות ותת-ועדות של הרשויות המבצעות והמחוקקות. למערכת המשפט בישראל, שידיה כבר מלאות עבודה ממילא, ולמשלם המסים הישראלי, יתוסף עול אדיר, שיתכן כי לא ניתן יהיה לעמוד בו.

אך זהו בדיוק המצב שאהרן ברק מייחל לו כשהוא חוזה את החלת הביקורת השיפוטית על מערכת המשפט בישראל. בפסק הדין בעניין בנק המזרחי ציטט ברק את הקטע הנזכר מתוך מאמרו של למר, והוסיף: "כשם שבת המשפט ועורכי הדין בקנדה יכולים למשימה זו, נוכל לה בוודאי גם אננו".⁹² יכולים, וללא ספק גם משתוקקים.

ברגע שביקורת שיפוטית על חקיקה תהפוך לשגרה, לא קשה לשער איזה סוג של נושאים יועלו בפני בית המשפט של ברק, או כיצד הוא יתמודד איתם. כמו בקנדה גם בישראל, כל חוק שיימצא פוגע באחת מזכויות האזרח היסודיות שצוינו יצטרך לעבור את מבחן ההצדקה כדי לשרוד. הוא יצטרך להיחקק "לתכלית

ראויה", להיות "הולם את ערכיה של מדינת ישראל", ולפגוע בזכויות "במידה שאינה עולה על הנדרש".⁹³ כל מרכיב במבחן זה מספק כר נרחב לפרשנות משפטית. בעוד השופטים הקנדיים מחויבים להתמודד עם המשימה הפשוטה יחסית של הגדרת "חברה חופשית ודמוקרטית", יעמדו השופט ברק ועמיתיו בבית המשפט העליון מול משימה מורכבת הרבה יותר: יישוב החלטותיהם עם ערכיה של ישראל "כמדינה יהודית ודמוקרטית".⁹⁴ ואז, אף יותר מהיום, תידרש המערכת המשפטית של ישראל לקבל החלטות שנויות במחלוקת מבחינה פוליטית, אשר יגדירו, לא פחות ולא יותר, את אופיין של המדינה והחברה. על רקע גישתו הפרשנית המיוחדת של ברק והשקפת עולמו המשפטית, קרוב לוודאי שההחלטות שיעלו בבית המשפט שלו יעקרו את הצד היהודי של המשוואה וייצרו תחושת ניכור גוברת והולכת באותן שכבות "לא־נאורות" באוכלוסייה שערכים אלה יקרים להן עד מאוד.

תפישת העולם של ברק כבר החלה לתת את אותותיה. הדוקטרינה שלפיה "מלוא כל הארץ משפט" תורגמה לשמירה קנאית של בית המשפט על "שלטון החוק", ולכרסום בדוקטרינות זכות העמידה והשפיטות. כתוצאה מכך תפחה רשימת התיקים הממתנינים לטיפולו של בית המשפט העליון, לאחר שמלאה בסוגיות הציבוריות החשובות ביותר העומדות כיום על הפרק. מרכיבים אחרים בהשקפת עולמו המשפטית של ברק, כמו חוסר האיזון החמור בין ההיבטים היהודיים להיבטים הדמוקרטיים של המדינה, טרם באו לידי ביטוי במלוא עצמתם. אמנם ברק, בכתביו המאוחרים יותר, חולק כבוד למילה "יהודית" המופיעה בסעיף המטרה של חוקי היסוד, אך הקורפוס העצום של הכרעותיו ומאמריו מבהיר שרעיונות דמוקרטיים שולטים במחשבתו. אפילו גישתו המתוקנת לערכים יהודיים מאבדת את משמעותה בגלל קביעתו שקונפליקטים שאינם ניתנים ליישוב בין ערכים יהודיים לערכים דמוקרטיים חייבים להיפתר על פי ערכיו של "הציבור הנאור". המונח הזה מפנה אותנו אל "מכלול הערכים המעצבים את דמותו של הישראלי המודרני",⁹⁵ ולא סתם כל "ישראלי מודרני" אלא ישראלים החברים באותו חלק מן הציבור "שערכיו הנם אוניברסליים", שהוא חלק "ממשפחת האומות הנאורות". ברק אינו מותיר למעשה מקום לספק בדבר הזהות שבין "הציבור הנאור" לבין אמונות דמוקרטיות ליברליות. לפיכך, אפשר לסכם את עמדתו של אהרן ברק לגבי איזון הערכים באופן הבא: כאשר שופט ניצב בפני ניגוד ערכים, עליו לנסות למצוא סינתזה בין המערכת

הדמוקרטיה למערכת היהודית (רצוי באמצעות הפשטה של המערכת היהודית), ואם הדבר נכשל, הערכים הדמוקרטיים הם הקובעים. מן ההנחה הזאת מתחייב, כמובן, שכל שירבו פסקי הדין בהשראתו של ברק, כן ייחלש צביונה היהודי של ישראל, וכן יקשה להבדילה מדמוקרטיות מערביות כמו קנדה וארצות-הברית. אל השילוב שברק יוצר – אקטיביזם שיפוטי עם גישה יצירתית ומופשטת לערכים יהודיים – יצטרף בסופו של דבר מרכיב נוסף: בחינה סדירה של חוקי הכנסת. סמכות זו, שהיא לב לבה של המהפכה החוקתית, היא חלק בלתי נפרד מתפיסתו המשפטית של ברק, גם אם איננה עדיין חלק מפעולותיו השגרתיות של בית המשפט העליון. קרוב לוודאי שאין זו אלא שאלה של זמן: בית המשפט של ברק יתאים עצמו במוקדם או במאוחר לכתביו של ברק – אולי מוקדם יותר מן הצפוי. אלה המטילים בכך ספק כדאי שיזכרו כי רק בשנת 1977 החליט ברק שכללי זכות העמידה חייבים להשתנות, וכבר באמצע שנות השמונים, בטרם חלף עשור, הוצא הדבר לפועל בסדרת פסיקות בג"ץ; ואז היה ברק רק שופט מן השורה בבית המשפט העליון.

ישראל התגאתה תמיד ברשות השופטת שלה, החפה מכל הטיה פוליטית ומן הסיבוכים שהטיה כזאת גורמת.⁹⁶ בשל ההתפתחויות האחרונות התערער מקור הגאווה הזה ונוצר רושם שאין מנוס מאבדנו הגמור. אהרן ברק, השמח בחוקי היסוד החדשים, מנופף בנשק הלא קונבנציונלי – הביקורת השיפוטית – ואינו מושך ידו גם ממאגר הנשק הקונבנציונלי הכבד של פרשנות מרחיבה לכללי זכות העמידה והשפיטות. כל אלה מאיימים על הציבור הישראלי בריכוז הכוח השלטוני בידי קומץ אנשים שתפישת עולמם אחת. כפי שכתב הנשיא ברק עצמו, ישנו תחום שבו "הבחירה בין האופציות החוקיות היא סובייקטיבית לשופט עצמו" וגם "השקפתו על החברה, המשפט, השיפוט והחיים היא המכוונת את דרכו".⁹⁷ אם אכן עתיד תחום ההכרעה הסובייקטיבית של השופטים להתרחב במהירות, כתוצאה בלתי נמנעת מגישתו של ברק, ועמו תתפשט הפוליטיזציה של בתי המשפט, אפשר שהמצב בהחלט מעורר דאגה.

הלל נייער הוא עמית מחקר במרכז שלם בירושלים.

הערות

1. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו (ספר החוקים, עמ' 1391; תוקן בספר החוקים, עמ' 1454) וחוק יסוד חופש העיסוק (ספר החוקים, עמ' 1454) משוריינים באופן מהותי – כלומר, זכויות האדם המובטחות בהם מוגנות מכל חוק מאוחר יותר של הכנסת אם זה מפר את הקריטריונים המהותיים של חוקי היסוד. אולם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו אינו משוריין באופן פורמלי, היינו ניתן לתקנו ברוב רגיל בכנסת. ראה David Kretzmer, "The New Basic Laws on Human Rights: A Mini-Revolution in Israeli Constitutional Law?" *Israel Law Review* 26 (1992), p. 242. השאלה אם לחוקי היסוד יש מעמד חוקתי ("על-חוקי") מטבעם תלויה בשאלה אם לכנסת נתונה סמכות לשבת כאספה מכוונת. ראה אהרן ברק, "המהפכה הקונסטיטוציונית: זכויות-יסוד מוגנות", משפט וממשל א' (1992/93), עמ' 9. בעבר סירב בית המשפט העליון לראות בחוק היסוד חוק העומד מעל חוקים אחרים מטבע ברייתו. ראה ברנמן נ' שר האוצר, בג"ץ 98/69, פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל (להלן פ"ד) כג' (1), עמ' 693; ברנמן נ' שר האוצר, בג"ץ 231/73, פ"ד כז' (2), עמ' 785; קניאל נ' שר המשפטים, בג"ץ 198/72, פ"ד כז' (1), עמ' 794; רסלר נ' ועדת הבחירות, בג"ץ 60/77, פ"ד לא' (2), עמ' 556; מיארי נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 761/86, פ"ד מב' (4), עמ' 868; תנועת לאור נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 142/89, פ"ד מד' (3), עמ' 529. אולם לאחרונה החליט בית המשפט העליון שלחוקי היסוד אכן יש מעמד על-חוקי – כמעמדה של חוקה, ובעניין זה הסתמך ברק, באופן חלקי, על ממצא שלו שלפיו הציבור סבור שהכנסת מוסמכת לנסח חוקה. ראה בנק המזרחי המאוחד נ' המושב השיחופי מגדל, ערעור אזרחי (להלן ע"א) 6821/93, 1908/94, 3363/94, פ"ד מט' (4), עמ' 221 (להלן בנק המזרחי המאוחד). תקציר באנגלית ניתן למצוא בתוך *Justice*, vol. 10, September 1996, p. 22.
2. ראה פסק הדין המנחה בעניין קול העם נ' שר הפנים, בג"ץ 73/53, פ"ד ז' (1), עמ' 871.
3. אהרן ברק, "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט 17 (1992), עמ' 497 (להלן "על השקפת עולם"). השווה רסלר נ' שר הביטחון, בג"ץ 910/86, פ"ד לו (1), עמ' 477.
4. ראה, למשל, נדחלם פוסט, 18 באוגוסט, 1995. ראה גם: יחיאל גוטמן, היועץ המשפטי לממשלה נגד הממשלה, (ירושלים: הוצאת עידנים, מהדורת ידיעות אחרונות, 1981), פרק 35.
5. היועץ המשפטי לממשלה אליקים רובינשטיין (לשעבר ממשותפי המשא ומתן בקמפ דייוויד), בהרצאה בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, 7 במאי, 1997. לקבלת תיאור מפורט של השפעתו המכרעת של ברק במשך כל המשא ומתן, ראה גוטמן, היועץ המשפטי לממשלה נגד הממשלה, עמ' 335–342.
6. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 485.
7. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 477, 485.
8. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 491.
9. ראה ברק, "על השקפת עולם", עמ' 491; ראה גם ברזילי נ' מדינת ישראל, בג"ץ 428/86, פ"ד מ' (3), עמ' 505 (להלן ברזילי).

-
10. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 487; ברזילי, עמ' 505.
11. סול נ' שר הפנים, בג"ץ 217/80, פ"ד לד (4), עמ' 441.
12. מתוך פרוטוקול ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, 22 באוקטובר, 1996.
13. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 487-488.
14. שני המושגים קשורים ביניהם בין השאר בכך שאם, בסוגיה נתונה, בית המשפט קובע שלאף צד אין זכות עמידה, המקרה הופך בלתי שפוי, לפחות למעשה. ולהפך, בתי המשפט יכולים לקבוע שהסוגיה שפוייה, ועם זאת לדחות עותר מסוים משום שאין לו אינטרס מספיק.
15. רסלר נ' שר הביטחון, בג"ץ 910/86, פ"ד מב (2), עמ' 441.
16. בית המשפט העליון של מדינת ישראל ממלא שני תפקידים נבדלים זה מזה. ראשית, הוא משמש כערכאה הגבוהה ביותר במדינה לערעורים אזרחיים ופליליים. שנית, הוא משמש כערכאה ראשונה (ואחרונה) לכל אדם שיש לו טרעוניה כלפי הממשלה. בשבתו בתפקיד זה הוא נקרא בית הדין הגבוה לצדק. בהתאם לחוק יסוד השפיטה, רשאי בג"ץ לדון בכל מקרה שבו "הוא רואה צורך להגיש סיוע למען עשיית צדק, ושאינו נתון לסמכות השיפוט של כל בית משפט אחר".
17. בקר נ' שר הביטחון, בג"ץ 40/70, פ"ד כד (1), עמ' 238.
18. רסלר נ' שר הביטחון, בג"ץ 448/81, פ"ד לו (1), עמ' 89.
19. בית המשפט מצא, בין השאר, ששר הביטחון היה מוסמך לאשר את הפטורים, וששיקול הדעת שלו הופעל באופן סביר.
20. רסלר נ' שר הביטחון, בג"ץ 86/910, פ"ד מב (2), עמ' 474; ראה גם ברק, "על השקפת עולם", עמ' 485.
21. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 477, 485. מילים דומות נאמרו קודם לכן בפסק הדין משנת 1986 בעניין רסלר, עמ' 477-478.
22. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 486.
23. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 494.
24. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 495.
25. אהרן ברק, "על רשויות וערכים בישראל", הפרקליט מב, חוברת ג (1996), עמ' 447 (להלן "על רשויות"); ברק, "על השקפת עולם", עמ' 496.
26. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 496; ראה גם מפלגת כח נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 73/85, פ"ד לט (3), עמ' 158.
27. ברק, "על רשויות", עמ' 448.
28. בעתירת חבר הכנסת רחבעם זאבי נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 6124/95, התלונן הראשון שלא ניתנה לחברי הכנסת שהות לבחון את מפות הסכם הביניים אוסלו ב'. השופט ברק קבע שהמקרה אינו מצריך התערבות בשיקול דעתו של יושב ראש הכנסת. בעתירת חבר הכנסת חן

פורח נ' יושב ראש הכנסת (בג"ץ 4064/95), ניסה חבר הכנסת פורת לכפות דיון באוסלו ב' במליאת הכנסת. השופט ברק העיר שכל עוד לא נפגעו אשיות הדמוקרטיה, בית המשפט לא יתערב בענייניה הפנימיים של הכנסת. בעתירת דור'און נ' ראש הממשלה רבין ואחרים, בג"ץ 94/2456, ביקש עותר מבית המשפט להכריז על הצהרת העקרונות שנחתמה בין ישראל לאש"ף כבלתי תקפה וטען, בין השאר, שאש"ף עדיין מוגדר כארגון טרור בחוק הישראלי. השופט ברק קבע כי העתירה נושאת אופי פוליטי מובהק, ולא מצא שום עילה לתביעה. בעתירת כץ נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 1403/91, שבה ביקש אביו של חייל נעדר מבית המשפט צו שיוורה לממשלה לנקוט צעדים לאיתור בנו, קבע השופט ברק כי מדובר בנושא רגיש מאוד בטבעו ובמהותו וכי בענייני מדיניות חוץ וביטחון יש להותיר בידי הממשלה מרחב תמרון.

29. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 487.

30. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 487. בעיני ברק, אמון הציבור חיוני למערכת המשפט: "לבתי המשפט אין ארגון ואין חרב. הם יכולים לפעול אך ורק באווירה של אמון". A. Barak, "Balancing Rights and Principles," *Chartering Human Rights* (collection of papers from 1992 Canada-Israel Law Conference), p. 22. (להלן "איזון זכויות ועקרונות").

31. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 486.

32. שריד נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 652/81, פ"ד לו (2), עמ' 197; ברזילי נ' ממשלת ישראל, בג"ץ 428/86, פ"ד מ (3), עמ' 505; זרזובסקי נ' ראש הממשלה, בג"ץ 1635/90, פ"ד מה (1), עמ' 749.

33. גרדולס פוסט, 28 בדצמבר, 1992.

34. השווה ישעיה וג.

35. מיישם אחר של אותה השקפה מקסימליסטית על תחום המשפט היה עלול להביא לפלישת החוק לתחום האיש, לתחום ההחלטות המסורות בדרך כלל בידי הפרט. גישתו של ברק כוונה עד כה, ככלל, להצרת צעדי הממשלה לטובת הפרט ולא להפך.

36. אריאל רוזן-צבי, "תרבות של משפט", עיוני משפט 17 (1992), עמ' 701. אפשר שגם בעניין זה הולכת ישראל בדרכה של קנדה: ראה Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada* (Toronto: Thompson, 1992).

37. ראה לעיל, הערה 16.

38. רוזן-צבי, "תרבות של משפט", עמ' 701.

39. ראה Yitzhak Zamir, "Court and Politics in Israel," *Public Law* (Winter 1991), p. 535.

40. אייזנברג נ' שר השיכון, בג"ץ 6163/92, פ"ד מז (2), עמ' 229.

41. סוסיא נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 7074/93, פ"ד מח (2), עמ' 749.

42. אמיחי נ' יצחק רבין, בג"ץ 4267/93, פ"ד מז (5), עמ' 441.

43. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, סעיף 1א. סעיף מקביל מופיע בחוק יסוד חופש העיסוק, סעיף 4. לניתוח סעיף המטרה ראה אהרן ברק, פרשנות חוקתית, בתוך הסדרה פרשנות במשפט, (תל-אביב, הוצאת נבו, תשנ"ד), כך ג, עמ' 347. ראה גם Menachem Elon, "The

Values of a Jewish Democratic State in the Light of Israel's New Civil Rights Law," in *Chartering Human Rights*, p. 20 (להלן "ערכי המדינה היהודית-דמוקרטית"). הנשיא ברק טוען שסעיף זה קובע מטרה מרכזית (הגנה על הזכות) ומטרת משנה (שריון ערכים). עם כל הכבוד, נראה לי שאין מקום לומר שמטרה אחת נחותה מחברתה: סביר יותר שההגנה על הזכות היא המטרה המידית, ואילו שריון הערכים הוא המטרה ארוכת הטווח (המושגת באמצעות ההגנה על הזכות).

44. קול העם נ' שר הפנים, בג"ץ 73/53, פ"ד ז (1), עמ' 871. השווה אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א, חוברת 1 (תשנ"ג), עמ' 30 (להלן "המהפכה החוקתית").

45. מנחם אלון, "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין לאן?" מחקר' משפט 12:2, עמ' 258 (להלן "חוקי היסוד").

46. ראה זרז'בסקי נ' ראש הממשלה, בג"ץ 1635/90, פ"ד מה (1), עמ' 828.

47. ראה אהרן ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז), עמ' 279. ראה גם הנדלס נ' בנק קופת עם, דיון מחדש בע"א 13/80, פ"ד לה (2), עמ' 797.

48. ראה מנחם אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט 17 (1992), עמ' 668 (להלן "דרך חוק בחוקה"). ראה גם אלון, "ערכי המדינה היהודית-דמוקרטית", עמ' 26-27, ואלון, "חוקי היסוד", עמ' 254, 258.

49. ברק, "המהפכה החוקתית", עמ' 30.

50. ההרצאה פורסמה מאוחר יותר כמאמר. ראה ברק, "המהפכה החוקתית", עמ' 30.

51. ברק, "המהפכה החוקתית", עמ' 30.

52. אלון, "דרך חוק בחוקה", עמ' 686.

53. ראה אלון, "ערכי המדינה היהודית-דמוקרטית", עמ' 20. ראה גם אלון, "דרך חוק בחוקה", עמ' 686.

54. אלון, "ערכי המדינה היהודית-דמוקרטית", עמ' 29.

55. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 331.

56. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 330.

57. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 331.

58. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 334.

59. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 339.

60. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 330.

61. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 330.

62. ראה אהרן ברק, "חוק יסוד חופש העיסוק", משפט וממשל ב, חוברת 1 (תשנ"ד), עמ' 207.

63. ברק, "חוק יסוד חופש העיסוק", עמ' 208.
64. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 231.
65. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 231-232.
66. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 232.
67. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 234.
68. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 234.
69. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 233, 235.
70. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 234-235. משפט אחרון זה אימץ ברק מתוך דברי השופט ויתקון בפסק הדין ריונפלד נ' ינקבסון, ע"א 337/62, פ"ד יז (2), עמ' 1026.
71. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 235. השווה: סויסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, בג"ץ 7074/94, פ"ד מח (2), עמ' 781, שם עומד ברק על כך שמדובר רק במטאפורה.
72. אהרן ברק, "כבוד האדם כזכות חוקתית", הפרקליט מא, חוברת ג (1994), עמ' 287.
73. דן אבנון, "הציבור הנאור": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?, משפט וממשל ג (תשנ"ה), עמ' 419.
74. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 232-234, 237-238.
75. ברק, פרשנות חוקתית, עמ' 240.
76. על אף שהנשיא ברק ממנה לצטט תקדימים לשימוש ב"ציבור הנאור", בחינה מדוקדקת של המקרים שהוא מצטט מגלה כי גישתו של ברק היא סטייה ברורה מהדרך שבה השתמשו בתי המשפט באותו מושג בעבר. בפסק דין משנת 1968, בעתירת שליט נ' שר הפנים, בג"ץ 58/68, פ"ד כג (2), עמ' 477, קבעו רוב השופטים שעל פי חוק מרשם האוכלוסין ניתן לרשום ילד לאב ישראלי יהודי ולאם לא יהודייה כ"יהודי". השופט משה לנדוי, בדעת מיעוט, טען שספר החוקים של המדינה אינו מספק כל תשובה מפורשת בנידון. "ללא כל ציון בחוק", שאל לנדוי, "לאן עוד יוכל השופט לפנות לקבלת תשובות כאשר מובאים לפניו עניינים הקשורים באמונות ודעות?" (שליט נ' שר הפנים, עמ' 520).
- לנדוי התייחס בתשובתו לפסק הדין צים נ' מזיאר, ע"א 461/62, פ"ד יז (2), עמ' 1335, שבו נאמר כי במצבים כאלה אסור לו לבית המשפט "לחרוץ משפט בהתאם להשקפת עולמו האישית של השופט", אלא תחת זאת "עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות של הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב". השופט לנדוי המשיך וטען שקונסנסוס חברתי הוא תנאי בל יעבור לשימוש במבחן זה: "ומכיון שטרם הושגה הסכמה כללית, אף לא ברובו המכריע של ציבורנו, בשאלות הנוקבות הללו, יכול "השופר" להשמיע רק דסוננסים, והתוצאה העגומה היא שבית המשפט כאילו נוטש את מקומו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור, ושופטיו יורדים בעצמם אל תוך הזירה". המסקנה של לנדוי הייתה שחובתו של בית המשפט "לנהוג התאפקות בכונן אלה". אסור לשופט לפתור מקרים שנויים במחלוקת על ידי הישענות על "הציבור הנאור", משום שבמקרים אלה הציבור הנאור עצמו מפולג. בעיניו של ברק, לעומת זאת, "הציבור הנאור", מעצם הגדרתו, לעולם אינו מפולג – אפילו לא בנוגע לסוגיות שנויות

במחלוקת מבחינה ציבורית; כל מה שעל השופט לעשות הוא לנחש מהן עמדותיו. לדידו של ברק, הציבור הנאור הוא-הוא הכלי שבאמצעותו צריך בית המשפט ליישב מחלוקות כאלה.

77. יוצא דופן הוא סעיף 4 של חוק יסוד הכנסת. ראה הערה 83 להלן.

78. חנונת לאור נ' יושב ראש הכנסת, בג"ץ 142/89, פ"ד מב (3), עמ' 529.

79. ראה, למשל, את דברי הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון משה לנדוי, "מתן חוקה לישראל דרך פסיקת בית המשפט", משפט וממשל ג, חוברת 2 (תשנ"ו), עמ' 679, כדוגמה לביטוי תקיף של העמדה שלפיה חוקי היסוד אינם מעניקים לבית המשפט סמכות כזו.

80. ברק, "המהפכה החוקתית", עמ' 34.

81. בנק המזרחי המאוחד.

82. בנק המזרחי המאוחד, עמ' 352.

83. בעבר היו רק מקרים בודדים שבהם השתמש בית המשפט העליון בישראל בסמכות לפסול חוקים, וגם אז רק מטעמים פורמליסטיים, כלומר העדר הרוב הדרוש בכנסת. הדבר קרה לראשונה בפסק הדין בעתירת ברנמן נ' שר האוצר, בג"ץ 98/69, פ"ד כג (1), עמ' 693 – עתירה נגד הצעה לחוק מימון מפלגות (שנסתה לטובת מפלגות ממוסדות) בטענה כי היא מפרה את הפיסקה "בחירות שוות" שבסעיף 4 לחוק יסוד הכנסת, פיסקה המאפשרת חריגות רק אם התקבלו על ידי רוב חברי הכנסת. השופט לנדוי מצא שהחוק אכן הפר את השוויון המובטח בחוק, ומכיוון שלא זכה ברוב הדרוש, אינו ראוי שיהיה לו תוקף. בהדגישו את החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה שלא לחלוק על סמכותו של בית המשפט להכריז על אי תקפותו של חוק, הטעים השופט לנדוי שאין לראות בהחלטתו תקדים דמוי-חוקה.

84. הארץ, 25 בספטמבר 1997. הסעיף קובע שמרגע היכנס החוק לתוקפו, יועצים ומנהלי השקעות שאינם עומדים בדרישות החוק והם בעלי ותק של פחות משבע שנים, ייאלצו להפסיק לעבוד עד שיהיה בידם למלא אחר דרישות החוק. רק בעלי ותק של למעלה משבע שנים יוכלו להמשיך לעבוד גם אם אינם עומדים בדרישות החוק החדש.

85. מגילת הזכויות והחירויות הקנדית, חלק I של חוק החוקה, 1982, שהוא נספח B לחוק קנדה 1982 (בריטניה), פרק 11. עם זאת, קיים הבדל ברור בין האופן שבו אימצו שתי המדינות את זכויותיהן החוקתיות. לאימוץ המגילה בקנדה קדם דיון לאומי ארוך, ולבסוף אושרה על ידי תשע מתוך עשר הפרובינציות, והתקבלה בקול תרועה גדולה. בניגוד לכך, שני חוקי היסוד החדשים של ישראל הועברו כאשר רוב חברי הכנסת נעדרו מן המליאה, ובתוצאה לא מרשימה: 32–21, 23–0.

86. בעניין השיטה לאיזון בין זכויות ליעדי מדינה מוצדקים, השווה סעיף 8 של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו עם סעיף 1 של המגילה הקנדית. בעניין סמכותו של בית המחוקקים להעביר חוק "מתגבר" על זכות מובטחת על ידי הכנסת סעיף מפורש הקובע כי החוק תקף על אף הזכות המובטחת, השווה סעיף 8 של חוק יסוד חופש העיסוק עם סעיף 33 של המגילה הקנדית. לסקירה אודות ההסתמכות הישראלית על הניסיון הקנדי, ועל קווי הדמיון בין קנדה לישראל מבחינת התרבות וההיסטוריה המשפטית, ראה Hillel Neuer, "Why Israeli Judges Read Canadian Cases," *Canadian Lawyer Magazine*, May 1995. ראה גם ברק, "איזון זכויות ועקרונות".

87. בשנת 1994 פרסם ברק ספר לימוד בשם פרשנות חוקתית (ראה הערה 43 לעיל). הפרקים העוסקים בחוקי היסוד החדשים מציגים את הניתוח האקדמי השיטתי, המפורט והמוסמך ביותר בנושא, והם מזכירים מספר כה רב של פסקי דין קנדיים שונים ודנים בהם בהרחבה ולעתים באופן בלעדי, עד שנדמה שהמחבר מייבא לישראל את חוק המגילה הקנדית בשלמותו.

88. מגילת הזכויות והחירויות הקנדית, סעיף 1.

89. להלכה, בהסתמך על פסקת "על אף האמור" שבסעיף 33, שמורה לבית המחוקקים הפדרלי ואף לבתי המחוקקים המחוזיים סמכות מוחלטת "להתגבר" על כמה מזכויות היסוד המובטחות במגילה הקנדית. ברם, הסתמכות כזו נחשבת בדרך כלל לא-לגיטימית, והשימוש בה נדיר. יוצא דופן בנושא זה מחוז קוויבק דובר הצרפתית, היחיד שלא אישר את החוקה של 1982 על המסמכים הנספחים לה, והמגילה ביניהם. במחוז קוויבק הסתמכו על פסקת ה"התגברות" שבסעיף 33 כדי להגן על חוקים, הקובעים כי הצרפתית היא השפה המועדפת ומפלים לרעה את השפה האנגלית, מפני חופש הביטוי המעוגן במגילה. בנוסף לכך, במשך מספר שנים לאחר אימוץ המגילה שיבצה ממשלת המחוז באופן שיטתי את פסקת ה"התגברות" בכל חוק שחוקקה, במאמץ סמלי להפגין את התנגדותה העקרונית לעסקת החוקה של 1982. מעניין לראות שגם בישראל, אותו מגזר באוכלוסייה שעשה שימוש נרחב בפסקת ה"התגברות" – המגזר הדתי (בניסיון להבטיח יבוא של בשר כשר בלבד) – גם הוא חש ניכור כלפי "המהפכה החוקתית" במדינה. ניכור מעין זה, בקרב תושבי קוויבק הקנדית כמו בקרב דתיי ישראל, יוצר תחושה שחוסר הלגיטימיות אינו טמון בעצם השימוש בפסקת ה"התגברות", אלא בחוקה עצמה. ברור שאם החוקה של קנדה עדיין אינה שלמה או אף נידונה לכישלון מכוח אי ההסכמה של מחוז קוויבק, גורל דומה צפוי לניסיונותיה הנועזים של ישראל לערוך רפורמה חוקתית, אלא אם כן תקדים הסכמה עם הדתיים לצעדים חשובים בתחום החקיקה והמשפט.

90. *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* (1995), *Dominion Law Reports*, vol. 127, section 4, p. 1; *Supreme Court Reports* (Canada), 1995, vol. 3, p. 199.

91. Antonio Lamer, "Canada's Legal Revolution," in *Israel Law Review* 28 (1994), pp. 582-583. דברי השופט הראשי אנטוניו למר מצוטטים בפסק הדין בנק המזרחי המאוחד, עמ' 441.

92. בנק המזרחי המאוחד, עמ' 441.

93. ראה סעיף 8 של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וסעיף 4 של חוק יסוד חופש העיסוק.

94. ראה סעיף 1א של חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, וסעיף 2 של חוק יסוד חופש העיסוק.

95. ברק, "חוק יסוד חופש העיסוק", עמ' 208.

96. בסקירת חיבורו של מרטין אדלמן משפט. חרבות ומדיניות בישראל מסכם אדם דודק את דעתו של המחבר על המצב כפי שהיה עד עתה: "במדינת ישראל, בית המשפט העליון נתפש על ידי הציבור הרחב כמגן 'שלטון החוק'. דבר זה הביא לבידודו של בית המשפט מלחצים פוליטיים, כפי שמוכיח אופיו הא-פוליטי של תהליך המינוי, השם את הדגש על מומחיות משפטית במקום שאלות בעלות נגיעה פוליטית מידית. שלא כמו בארצות-הברית, שופטי בית המשפט העליון בישראל מנותקים באופן כמעט מוחלט מפוליטיקה מפלגתית. הם נלקחים מבין שורות עורכי הדין הפעילים, מן האקדמיה או מבין השופטים, ולא מתוך הזירה הפוליטית, כפי שקרה לא פעם

בארצות־הברית. דעת הקהל משקפת את האמונה שחברי בית המשפט העליון בישראל הם מקבלי החלטות עצמאיים, אובייקטיביים ובלתי משוחדים בתוך מערכת שלטונית המבוססת על שיקולים פוליטיים מפלגתיים". *Harvard International Law Journal* 36, pp. 572-573.

97. ברק, "על השקפת עולם", עמ' 484; Barak, "Constitutional Law without a Constitution," in Shimon Shetreet, ed., *The Role of Courts in Society* (Boston: Martinus Nijhoff, 1988), p. 464; Barak, "Balancing Rights and Principles," p. 23.