

**בין ליברליזם לרב-תרבותיות
בעקבות ספרו של מנחם מאוטנר: משפט ותרבות בישראל בפתח
המאה העשרים ואחת**

גדעון ספיר

מבוא ♦ **א. המהפכה החוקתית** 1. ההיסטוריה החוקתית מ-1948 ועד 1992
2. הסיבות להצלחת מהפכת 1992 3. המהפכה שאחרי המהפכה ♦ **ב. התגובה
הציבורית למהפכה החוקתית מבית היוצר של בית המשפט** 1. מבוא 2. הדתיים
3. המערכת הפוליטית 4. האקדמיה ♦ **ג. מגמת שינוי בהתייחסות הציבורית** ♦
ד. מהי דעתו של מאוטנר על המהפכה החוקתית? 1. התמיהה – מדוע מאוטנר אינו מודה
ששינה את דעתו? 2. התשובה – בדעתו של מאוטנר לא חל שינוי אמתי ♦ **ה. תמונת
העולם של מאוטנר** 1. מאוטנר והליברליזם הפוליטי 2. מאוטנר והמחלוקת בין שמאל
וימין 3. מאוטנר והדתיים ♦ **סיום**

מבוא

ספרו החדש של מנחם מאוטנר, *משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת*,¹ הוא הזמנה מרשימה לדיון מחודש במשפט הישראלי מנקודת מבט המוגדרת על ידי המחבר כמחויבות לרב-תרבותיות. במקביל, המחבר ממקם את תפיסת העולם שלו במסגרת המסורת הליברלית. מאמר זה מוקדש לבחינת המתח בין השניים, כפי שהוא עולה מן הספר, תוך התמקדות באחת מנקודות השיא של העימות – הטרגדיה של המשפט בישראל לעידן חוקתי במסגרת מה שמכונה "המהפכה החוקתית".

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

1 מנחם מאוטנר *משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת* (2008) (להלן: "משפט ותרבות בישראל").

א. המהפכה החוקתית

1. ההיסטוריה החוקתית מ-1948 ועד 1992

מהקמתה ועד לראשית שנות התשעים לא הייתה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם פורמלית. הכרזת העצמאות אמנם הבטיחה חוקה,² אך ויכוח ציבורי שנמשך כמעט שנתיים הבהיר לכול שכינונה של חוקה איננו אפשרי לעת הזאת. אבני נגף רבות עמדו בפני יזמת החוקה, ביניהן כישלון הניסיון לגשר על מחלוקות ערכיות עמוקות, הסתייגותה של מפלגת השלטון – מפא"י, בראשותו של דוד בן-גוריון – מאימוץ חוקה שתגביל את כוחו של השלטון,³ ואולי גם הפיכתה של האספה המכוננת – שנבחרה למטרה אחת ויחידה והיא כינון חוקה – לכנסת הראשונה, דבר שהחליש את האינטרס של גוף זה לכוון חוקה.⁴ לאחר שהתברר שלא ניתן לכוון חוקה, קיבלה הכנסת הצעת פשרה שהציע ח"כ יזהר הררי, שלפיה תהליך כינון החוקה ייעשה בשלבים, במתכונת של חוקי יסוד שיאוחדו עם השלמת התהליך.⁵

2 עיתון רשמי 1, 2-1 (14.5.1948) ("אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' באייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מאחד באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם 'ישראל'").

3 מנהיג מפא"י וראש הממשלה הראשון, דוד בן-גוריון, התבטא פעמים מספר בעניין החוקה והביע התנגדות נחרצת לקבלת חוקה בעלת עליונות נורמטיבית. בדיון בוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, שהתקיים בקיץ תש"ט, נשא בן-גוריון נאום ארוך בשאלת החוקה ובו פרס את טעמיו נגד כינונה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' טו-כד של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-1 (טז בתמוז תש"ט-ג בחשוון תש"י). מכאן ואילך הוביל בן-גוריון את ההתנגדות במפלגתו לחקיקת חוקה.

4 יון אלסטר, שחקר את תהליכי אימוץ החוקה במדינות שונות, מציין שבתהליך קבלת חוקה עשויים לשחק תפקיד כמה סוגי אינטרסים – אחד מהם הוא אינטרס מוסדי. אחד המוסדות בעלי האינטרס הוא המחוקק. האינטרס המובנה של המחוקק איננו נוגע לתוכן מסוים שירצה לעגן בחוקה, אלא מוביל להתנגדות עקרונית לעיגון זכויות, זאת משום שעיגון כזה יגביל באופן משמעותי את כוחותיו. אלסטר אינו מסתפק בתיאור הבעיה, אלא מציע גם דרך להתגבר עליה. הוא מציע שאת החוקה יקבל גוף אד-הוקי שיתפזר לאחר שיסיים את תפקידו. לגוף כזה, מעצם הגדרתו, לא יהיה אינטרס מוסדי (וגם סוגי אינטרסים בעייתיים אחרים לא יקנו בו שכיחה). ראו Jon Elster, *Forces and Mechanisms in the Constitution Making Process*, 45 Duke L. J. 364, 395 (1995) ("To reduce the scope for institutional interest, constitutions ought to be written by specially convened assemblies and not by bodies that also serve as ordinary legislatures"). המתווה שהוצג בהכרזת העצמאות היה כדלקמן: יתקיימו בחירות לאספה מכוננת; האספה תכונן חוקה ובכך תסיים את תפקידה; לאחר מכן ייערכו בחירות למחוקק על בסיס ההסדר הקבוע בחוקה. מתווה זה עולה בקנה אחד עם עצתו של אלסטר לכוון חוקה על ידי גוף שיוקם במיוחד למשימה זו ואחר כך יתפזר. אולם המציאות הייתה שונה. מועצת המדינה הזמנית פיזרה עצמה והעבירה את סמכויותיה לאספה המכוננת ובכך הפכה את האספה המכוננת גם למחוקק. לפי התזה של אלסטר, מרגע שהאספה המכוננת הפכה גם למחוקק נולד אצלה אינטרס מובנה נגד אימוץ חוקה.

5 ד"כ 5, 1743 (תש"י) ("הכנסת הראשונה מטילה על ועדת החוקה, חוק ומשפט להכין הצעת חוקה למדינה. החוקה תהיה בנויה פרקים פרקים באופן שכל אחד מהם יהיה חוק יסודי בפני עצמו. הפרקים יובאו בפני הכנסת, במידה שהוועדה תסיים את עבודתה, וכל הפרקים יחדיו יתאגדו לחוקת המדינה").

החלטת הררי יושמה רק באופן חלקי. במהלך השנים חוקקה הכנסת שורה של חוקי יסוד, אך חוקים אלה קבעו בעיקר את כללי המשחק הפוליטי וכמעט לא טיפלו בתחום הערכים וזכויות היסוד. בהיעדר מגילת זכויות אדם חוקתית, יצר בית המשפט העליון מנגנונים חלופיים להגנה על זכויות אדם. מלומדים ישראלים התגאו, לא בלי בסיס, בתופעה הישראלית של הגנה אפקטיבית על זכויות אדם גם ללא חוקה.⁶ אולם חרף גישתו האקטיביסטית, בית המשפט בלם את עצמו וסירב לפסול חקיקה ראשית הפוגעת מפורשות בזכויות אדם, כל עוד לא נחקקה מגילת זכויות אדם חוקתית. במרוצת השנים נעשו כמה ניסיונות לעגן מגילת זכויות אדם בחוק יסוד, אך ניסיונות אלה לא צלחו ופריצת דרך לא נראתה באופק.

בשנת 1992 נפל דבר בישראל, כך לפחות פירש בית המשפט העליון את ההתרחשות לאחר מעשה. הכנסת קיבלה שני חוקי יסוד העוסקים בזכויות אדם: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק (להלן: חוקי היסוד על זכויות אדם).⁷ מאז חקיקתם של חוקי היסוד על זכויות אדם ועד למועד כתיבת שורות אלה אין במדינת ישראל רגע דל. בית המשפט משתמש בחוקים אלה כפלטפורמה ליצירתה של חוקה שלמה בכלל ובתחום זכויות האדם בפרט.

2. הסיבות להצלחת מהפכת 1992

איך זה קרה? איך ייתכן שלאחר 44 שנים של כישלונות והימנעות מפעולה, קמה הכנסת יום בהיר אחד ועיגנה מגילת זכויות אדם בחוק יסוד? מהם הגורמים שאפשרו את מה שלדעת רבים היה בגדר הבלתי אפשרי? במקום אחר הצגתי ארבע תזות אפשריות בתשובה לשאלה.⁸ תזה אחת קובעת שההצלחה נובעת מניצול רגע חוקתי שנוולד כתוצאה ממשבר האמון החריף שנוצר בין הזרועות הפוליטיות לבין הציבור. ברגע חוקתי זה הבינו הכול שיש לבצע שינוי ביחסי הכוחות ולחזק את סמכויות הפיקוח של בית המשפט. תזה שנייה תולה את הצלחת המהלך בטקטיקה שנקטו יוזמי חוקי היסוד. במקום להתעקש על העברת מגילת זכויות אדם מלאה, הם פיצלו את המגילה ליחידות משנה והעבירו רק את מה שניתן היה להסכים עליו. נוסף לכך, הם נקטו באופן כללי גישה פשרנית שהצליחה לגשר על פערי ההשקפות. לפי תזה שלישית, מה שאפשר את העברת חוקי היסוד הייתה העובדה שיוזמי החוק לא חשפו באופן ברור את משמעותו המלאה של המהלך שהובילו, ובכך הרדימו את

6 ראו, למשל, Amos Shapira, *The Status of Fundamental Individual Rights in the Absence of a Written Constitution*, 9 Isr. L. Rev. 497 (1974); Baruch Bracha, *The Protection of Human Rights in Israel*, 12 Isr. Y.B. on Hum. Rts. 110 (1982); Amos Shapira, *Judicial Review Without a Constitution: The Israeli Paradox*, 56 Temp. L.Q. 405 (1983); Asher Maoz, *Defending Civil Liberties Without a Constitution – The Israeli Experience*, 16 Melb. U. L. Rev. 815 (1988).

7 חוק-יסוד: חופש העיסוק, התשנ"ב, ס"ח 90; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב, ס"ח 150.

8 גדעון ספיר "המהפכה החוקתית – איך זה קרה?" *משפט וממשל* יא 571 (2008).

המתנגדים המסורתיים למהלך. לפי הסבר זה, תרמו לטעות גם היעדרו הכמעט מוחלט של שיח חוקתי ציבורי, היעדר שהוביל לבורות כללית לגבי השלכות חקיקתם של חוקי יסוד. לפי תזה רביעית, הצלחת המהלך נבעה משני שינויים במציאות הפוליטית בישראל: הראשון, אבדן ההגמוניה של מפלגת העבודה וחוסר ודאות לגבי זהותה העתידית של הקואליציה, והשני, התחזקות כוחם של גורמי שוליים שמאיימים על ההגמוניה החילונית-ממורכזת-ותיקה. השינוי הראשון החליש את האינטרס של מפלגות הקואליציה נגד חוקתיות של המערכת הפוליטית, ואילו השינוי השני נטרל את האינטרס המוסדי של חברי הכנסת המייצגים את האליטה הישנה נגד המהלך החוקתי.

לדעתי, אין הסבר אחד נכון להצלחת המהלך של מרץ 1992, אלא כל אחד מארבעת הגורמים שהוזכרו תרם תרומה מסוימת להצלחה. עם זאת דומני, שכל אלה לא יכלו להפוך את חוקי היסוד למה שהם היום – מגילת זכויות חוקתית מלאה. להשלמת המשימה חברו בית משפט דומיננטי ונחוש ובית מחוקקים חלש והססן.

3. המהפכה שאחרי המהפכה

מוסכמה חוקתית שהתגבשה עם השנים הייתה שרק חוקי יסוד משוריינים נהנים מעליונות נורמטיבית.⁹ חוקי יסוד לא משוריינים נעדרים תוקף חוקתי ומעמדם זהה לזה של חקיקה ראשית רגילה. המושג "שריון" הובן כפשוטו, כהצבת דרישת רוב מיוחדת, ואולי גם הליך מיוחד, כתנאי לשינוי החוק. בחינת חוקי היסוד על זכויות אדם לאור מוסכמה חוקתית זו צריכה הייתה להוביל למסקנה שחקיקתם לא יצרה מהפכה חוקתית אמיתית. זאת משום שמבין שניהם רק חוק יסוד: חופש העיסוק כולל הוראת שריון, הקובעת כי ניתן לשנותו רק בחוק יסוד שהתקבל ברוב מוחלט, ואילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו משוריין. יוצא שרק חוק יסוד: חופש העיסוק אמור היה לקנות מעמד חוקתי שיאפשר ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית.¹⁰ חוק יסוד: חופש העיסוק מגן על זכות אחת בלבד, ואף זכות זאת איננה "מלכת הזכויות". אם רק חוק יסוד זה נהנה ממעמד חוקתי, המהפכה החוקתית הנה מהפכה זוטא.

9 ראו, למשל, בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868, 873 (1989) ("כוחה של הכנסת לחוקק כל חוק הנראה לה, ורק מגבלות שהוטלו עליה על-ידי הפעלת כוחה של הכנסת כרשות מכוננת – מגבלות המוצאות כיום ביטויין העיקרי בחוקי היסוד המשוריינים – יכולות למנוע ממנה מלפעול כרצונה"). ראו גם בג"ץ 142/89 חנונת לאו"ד נ' יו"ד הכנסת, פ"ד מח(3) 529, פסקה 2 לחוות הדעת של השופט אלון (1990) ("לית מאן דפליג... כי בדרך כלל, תוקף חקיקת הכנסת אינה נתונה לביקורת שיפוטית, פרט ליוצא מן הכלל, כאשר חקיקת הכנסת נעשתה בניגוד לשריון של חוק יסוד. במקרה אחרון זה נתונה תוקפה של החקיקה לביקורת שיפוטית, ומשיימצא כי נעשתה שלא לפי הקבוע בשריון שבחוק יצהיר בית המשפט כי החקיקה נתקבלה שלא כדין").

10 כך אכן סברו מלומדים שהשיחו לפי תומם, סמוך לאחר קבלת חוקי היסוד. ראו, למשל, Israeli Democracy Under Stress 20, note 1 (Ehud Sprinzak and Larry Diamond eds., 1993) ("Although the law... was adopted as a basic law, in contrast to the new Basic Law Freedom of Occupation, it was not entrenched... Thus, although it is called a basic law, it does not include the element that grants this appellation practical meaning").

אלא שכאן נכנס בית המשפט לתמונה. בית המשפט קבע שאת המושג "שריון" ניתן לפרש בהרחבה, כך שגם בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יימצא שריון, ולכן גם חוק יסוד זה ייהנה מעליונות. אמנם חוק היסוד אינו משוריין מפני שינוי, אך יש בו סעיף המכונה "פסקת הגבלה", הקובע באילו תנאים ניתן לפגוע בזכויות המעוגנות בו. בית המשפט קבע שסעיף זה, שכאמור עוסק בתנאים לפגיעה ולא בתנאים לשינוי, מהווה שריון "מהותי", להבדיל מהשריון שהיה מוכר עד אז, שאותו מכנה בית המשפט "שריון פורמלי".¹¹

רעיון השריון המהותי אפשר לבית המשפט לבסס את מעמדו החוקתי של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. אך מכשיר זה היה מוגבל בטווח פעולתו, שכן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק הם היחידים המשוריינים. כל חוקי היסוד הישנים יותר, למעט כמה סעיפים בחוק יסוד: הכנסת, אינם משוריינים לא בשריון פורמלי ולא בשריון מהותי. יוצא שגם לאחר ההרחבה השיפוטית של מושג השריון, חוקי היסוד הישנים נותרו במעמדם הקודם ולא קנו מעמד חוקתי. אלא שבית המשפט ביצע הרחבה נוספת וקבע שמכאן ואילך כל חוקי היסוד נהנים מעליונות נורמטיבית, לרבות אלה שאינם משוריינים כלל.¹²

כאמור, אחד ההסברים שהצעתי להצלחת המהלך החוקתי במרץ 1992 נעוץ בפשרה שהושגה, שבמסגרתה הושמטו מחוקי היסוד על זכויות אדם זכויות שנויות במחלוקת. תוצאת הפשרה הייתה שחוקי היסוד אכן התקבלו, אך זכויות חשובות, כמו חופש דת, שוויון וחופש ביטוי, נותרו בחוץ. במציאות החדשה נוצרו שתי קבוצות של זכויות יסוד: קבוצה אחת שעברה שדרוג עם הכללתה בחוקי היסוד על זכויות אדם וקבוצה שנייה שלא שודרגה. אך סמוך לאחר חקיקת חוקי היסוד החלו אחדים מהשופטים לגבש גישה פרשנית שמאפשרת לקרוא לתוך חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו את הזכויות הלא מנויות, לרבות אלה שהוצאו מן החוק בכוונה כחלק מן הפשרה, ובכך להשוות את מעמדן למעמד הזכויות המנויות בחוק

אהרן ברק, שהתייחס בכתיבתו האקדמית לשאלת מעמדו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, השאיר את השאלה בצריך עיון. ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" *משפט וממשל* 9, 30-29 (1992) (ברק מביע תקווה כי הדיון במעמד המיוחד של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שיש בו פסקת הגבלה ללא שריון, יהפוך למיותר כאשר גם חוק זה ישוורין); אהרן ברק "זכויות־אדם מוגנות והמשפט הפרטי" *ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי* 167, 163 (יצחק זמיר עורך, 1993).
¹¹ ע"א 6821/93 *בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי*, פ"ד מט(4) 221, פס' 64 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995) ("חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו כולל הוראת שריון. אין זה שריון פורמאלי הדורש רוב מסוים לקבלת החוק הפוגע. זהו שריון מהותי, הדורש כי ניתן לפגוע בהסדר הקבוע בחוק־יסוד בחוק רגיל, ובלבד שהחוק הרגיל מקים דרישה של מהות"). חלק מחברי ההרכב הצטרפו לעמדתו של ברק. כך, למשל, שמגר (שם, פס' 35 לפסק דינו); בכ (שם, פס' 3 לפסק דינו); זמיר (שם, פס' 2 לפסק דינו); מצא (שם, בעמ' 577); גולדברג (שם, בעמ' 572).

¹² שם, פס' 63 לפסק דינו של הנשיא ברק ("במרבית חוקי היסוד אין כל הוראות כבילה... היעדרה של הוראה בדבר כבילה, אינה מפחיתה ממעמדו הנורמטיבי של חוק היסוד, כנורמה עליונה בשיטת המשפט הישראלית. היעדרה של הוראת כבילה שוללת את נוקשותו של חוק־היסוד ביחס לחוקי־היסוד האחרים, ומאפשרת לחוק־יסוד מאוחר, שנתקבל ברוב רגיל, לשנותו או לפגוע בו. אין בהיעדר הכבילה הורדת מעמד חוק היסוד לדרגה של חוק רגיל. חוק־יסוד שאינו נהנה מנוקשות הוא חוק־יסוד. אין הוא חוק "רגיל", ואין לשנותו בחוק רגיל").

היסוד במפורש.¹³ קריאה מרחיבה זו, שהפכה עם השנים למוסכמה בבית המשפט, כמעט מייתרת את הצורך בהוספת חוקי יסוד כלשהם להשלמת מפעל החוקה.

ב. התגובה הציבורית למהפכה החוקתית מבית היוצר של בית המשפט

1. מבוא

המסקנה המתבקשת מן הנתונים דלעיל היא שהמהפכה החוקתית האמתית לא התרחשה בעת חקיקת חוקי היסוד על זכויות אדם במרץ 1992, אלא מדובר במהפכה מתגלגלת, שרובה המכריע מתרחש בין כתליו של בית המשפט העליון ועל ידיו. מציאות זאת, של בית משפט סופר-דומיננטי שמבצע מהפכה חוקתית, תוך שינוי דרמטי של כללי המשחק הפוליטי, מזמינה תגובה ציבורית. נפגע אחד ממהלכיו של בית המשפט הוא הגוש הדתי. במהלך השנים גוש זה התנגד לכינונה של חוקה בשל החשש שהעברת מרכז הכובד מהמחוקק לבית המשפט תפגע באינטרס הדתי. הגיוני אפוא שהציבור הדתי לא יעבור בשתיקה על השינוי שבית המשפט מחולל ויחפש דרכים להילחם בו. ההתנגדות צפויה, בפרט אם מקבלים את ההיפותזות השנייה והשלישית, שהוזכרו לעיל, להצלחת המהלך של 1992. אם חוקי היסוד על זכויות אדם היו תוצר של פשרה בין מצדדי החוקה ומתנגדיה ואם בית המשפט התעלם מן הפשרה, טרף את הקלפים והשתמש בחוקה כדי לקדם סדר יום משלו, הגיוני שהדבר יגרוור תחושת מרירות מצד מי שרואה עצמו נפגע מהפרת הפשרה. אם הצלחת החקיקה הייתה כרוכה בהטעייה מצד יוזמי המהלך שהובילה לטעות של המחנה הדתי ביחס למשמעותם האמתית של חוקי היסוד, הכעס של מי שטעה והוטעה צפוי ומוכן עוד יותר.

נפגעים אחרים מהמהלך שבית המשפט מוביל הם המחוקק בפרט והמערכת הפוליטית בכלל. ההיפותזה הרביעית להצלחת המהלך של 1992 היא שחלק מהמחוקקים מיתנו את התנגדותם ותמכו בחקיקתה של חוקה, אף שהבינו שהדבר יגרום להחלשתה של הכנסת.¹⁴

¹³ לסקירת פסיקה ברוח זו ראו הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" *משפטים* כח 257, 340 (1997); הלל סומר "מילדות לבגרות – סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" *משפט ועסקים* א 59, 66-70 (2004); לפסיקה עדכנית ראו, למשל, בג"ץ 2557/05 *מטה הירוב נ' משטרת ישראל*, תק-על 2006(4) 3733, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006) ("בשורה של פסקי דין קבע בית משפט זה שחוק היסוד כולל, במסגרת הזכויות והחירויות המוגנות על-ידו, גם את חופש הביטוי, ומקנה בכך לחופש הביטוי מעמד של זכות חוקתית"); רע"א 10520/03 *בן גביר נ' דנקנר*, תק-על 2006(4) 1410, פס' 10 לפסק דינו של השופט ריבלין (2006) ("כיום אין עוד חופש הביטוי בבחינת זכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר... מדובר בזכות חוקתית מוגנת").

¹⁴ הסבר זה למהפכה החוקתית בישראל הוצג על ידי רן הירשל בשורה של מאמרים, כחלק מתאוריה כללית שפיתח במטרה להסביר את ההיגיון מאחורי פעולת ההחלשה העצמית שביצעו פרלמנטים שונים בעשורים האחרונים: Ran Hirschl, *The Struggle for Hegemony: Understanding Judicial Empowerment Through Constitutionalization in Culturally Divided Politics*, 36 Stan. J. Int'l L. 73, 87 (2000) ("The 1992 constitutional entrenchment of rights and the establishment of judicial review in Israel were initiated and supported by politicians representing Israel's secular bourgeoisie, whose political hegemony in the majoritarian

נכונותם של חברי כנסת אלו, המשתייכים לאליטות הישנות, לפעול בניגוד לאינטרס המוסדי שלהם, נבעה מחשש מפני איבוד השליטה שלהם בכנסת. אם הכנסת עלולה ליפול כפרי בשל בדיהן של קבוצות בעלות השקפת עולם "בעייתית", ואם, לעומת זאת, שליטת האליטות הישנות בבית המשפט מובטחת לעת עתה, יש היגיון בחיזוקו. אולם משעה שביט המשפט החל לעשות שימוש בחוקי היסוד, ובפרט כשהשימוש שעשה חרג אפילו מציפיותיהם של יוזמי החקיקה, סביר היה להניח שלפחות חלק מחברי הכנסת יביעו התנגדות להתערבותו בהחלטות הכנסת. הגיוני שהביקורת תבוא בראש וראשונה מצד אלה שהשקפותיהם מנוגדות לעמדות שביט המשפט משליט, אך ייתכן שאפילו אלה שבאופן עקרוני מסכימים עם דרכו של בית המשפט יחשו מאוימים מהתנהלותו האקטיביסטית ויבקרו אותה.

גורם נוסף שניתן היה להניח שיבקרו את התנהלותו האקטיביסטית של בית המשפט הוא האקדמיה המשפטית. שאלת שיווי המשקל הראוי בין בית המשפט למערכת הפוליטית מעסיקה רבות את אנשי המשפט הציבורי בעולם בכלל ובארצות הברית בפרט. מוסד הביקורת השיפוטית, שבמסגרתו בית המשפט פוסל חקיקה ראשית אם הוא סבור שאינה עולה בקנה אחד עם הוראות החוקה, הנו שנוי במחלוקת. יש המתנגדים לחלוטין לביקורת השיפוטית וטוענים שהיא עומדת בסתירה ליסודות הדמוקרטיה. אחרים מצדיקים עקרונית את הביקורת השיפוטית, אך מציעים לשים לה גבולות ולסייגה בסייגים שונים. בעשורים האחרונים האקדמיה המשפטית בישראל מושפעת מהלכי הרוח ומן הרעיונות המושמעים בשיח האמריקני, בין היתר משום שרבים מאנשי האקדמיה המשפטית בישראל רוכשים את השכלתם הגבוהה באוניברסיטאות אמריקניות.¹⁵ במצב עניינים זה, הגיוני להניח שלפחות חלק מהמשפטנים הישראליים יפנים את הגישות הביקורתיות וישתמש בהן בהקשר הישראלי. הנחה זו מתחזקת אם מביאים בחשבון את הדרך שבה בית המשפט העליון הישראלי סולל את דרכו. המצב בישראל שונה ממקבילו בארצות הברית בכמה מובנים חשובים. בארצות הברית אין מחלוקת לגבי מעמדה העליון של החוקה ולגבי סמכותו של בית המשפט להשתמש בה כאמת מידה לבחינת החלטותיה של המערכת הפוליטית. המחלוקת בארצות הברית נוגעת רק בשאלות כמו מהי הדרך הראויה לפירוש החוקה או מה היקף השימוש

policymaking arena had become increasingly threatened"); Ran Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment through Constitutionalization: Lessons from Four* Hirschl, *Political* (להלן: *Constitutional Revolutions*, 25 Law & Soc. Inquiry 91 (2000) *Origins*); Ran Hirschl, *Looking Sideways Looking Backwards, Looking Forwards: Judicial Review vs. Democracy in Comparative Perspective*, 34 U. Rich. L. Rev. 415 (2000); RAN HIRSCHL, *TOWARDS JURISTOCRACY* 21-24, 50-74 (2004); Ran Hirschl, *Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales*, 82 Tex. L. Rev. 1819, 1833-1847 (2004).

15 ראו בעניין זה גרעון ספיר "ביקורת ספרים: בעקבות ספרה של דפנה ברק-ארו 'Outlawed Pigs' משפט וממשל יא 611 (התשס"ח). (להלן: "ביקורת ספרים").

הראוי בה. בישראל, לעומת זאת, המחלוקת מתחילה הרבה קודם. היא נוגעת לשאלות בסיסיות, כגון: האם יש לכנסת סמכות לכונן חוקה? האם הכנסת התכוונה לחוקק חוקה? איך ראוי לקבל חוקה, גם אם לכנסת יש סמכות לכך? האם היצירתיות העצומה שבית המשפט מגלה בבניית המבנה הגדול על הפלטפורמה הצנועה שהכנסת מסרה לשימושו היא לגיטימית? שאלות חשובות אלה הן במידה רבה ייחודיות למדינת ישראל. למיטב ידיעתי, אין ולו מדינה אחת נוספת בעולם המערבי שבה הלגיטימיות החוקית והמוסרית של יצירת חוקה ושל השימוש שבית המשפט עושה בה מוטלת בספק כה משמעותי. בנסיבות אלה סביר להניח שלפחות חלק מאנשי האקדמיה, ובפרט אלה העוסקים במשפט חוקתי, יבקרו את התנהלותם של יוזמי חוקי היסוד על זכויות אדם ושל בית המשפט העליון. בפרק זה אבחן את תגובתם של המגזרים השונים – הדתיים, הפוליטיקאים ואנשי האקדמיה – למהלכיו של בית המשפט.

2. הדתיים

בין שני חוקי היסוד על זכויות אדם קיימים כמה הבדלים. חוק יסוד: חופש העיסוק מעגן זכות אחת בלבד, ואילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן זכויות אחדות; חוק יסוד: חופש העיסוק משוריין בשריון פורמלי, ואילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו איננו משוריין; בחוק יסוד: חופש העיסוק אין סעיף שמירת דינים, ואילו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו יש. גם הנסיבות שבהן התקבל כל אחד מהחוקים שונות. בהצבעות על שני החוקים שיעור המשתתפים היה נמוך מאוד, אולם חוק יסוד: חופש העיסוק התקבל ללא מתנגדים, בעוד שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עבר על חודו של קול. הבדל זה נובע ממקור אחד: עיגונו של חופש העיסוק בחוק יסוד נהנה מקונצנזוס רחב, ואילו עיגונו של הזכויות האחרות היה שנוי במחלוקת. ההסבר ההגיוני לכך שמתנגדי החוקה מקרב המפלגות הדתיות הסכימו לצרף את קולם, או לפחות לא נלחמו בתוקף נגד חוק יסוד נפרד ומשוריין שעיגן את הזכות לחופש העיסוק ואותה בלבד, הוא שהם לא העלו בדעתם קיומו של מתח בין הזכות לעבוד ולהתפרנס לבין ההסדרים המעוגנים בסטטוס-קוו בענייני דת ומדינה.¹⁶

16 ראו, למשל, דבריו של חבר הכנסת בני אלון ממולדת, בעת הדיון על הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק – תיקון מס' 2, קריאה שנייה ושלישית, פרוטוקול ישיבה מס' 193 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14 (18.3.1998): "וחוק-יסוד: חופש העיסוק, שעכשיו אנחנו באים לתקנו... התקבל... ברוב עצום, ואיש לא ראה שיש בו איזו בעייתיות. איש לא הבין אז, שמעבירים שאלות חברתיות שעניינן מסורת וכשרות, הקשורות להכרעות ערכיות, לבית-המשפט העליון". ראו גם דבריו של ח"כ אברהם רביץ מיהדות התורה בעת הדיון על הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק – תיקון מס' 3, קריאה ראשונה, פרוטוקול ישיבה מס' 186 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-14 (3.3.1998): "ואני חשבתי שזה אך צודק שבחברה כמו שלנו יהיה חוק שימנע את האפשרות של אי-העסקת אנשים מסיבות שאינן מן העניין... לימים, כאשר החוק הזה נכנס, ידוע לכולנו שהוא הגיע על ידי בג"צים לבית-המשפט העליון, ובית-המשפט העליון... הרחיב מאוד, מעל ומעבר לכוונת המחוקק. לא עלה כלל על דעתנו אפס קצהו של העניין, שהחוק הזה יוביל אותנו למחוזות כאלה, שדרך החוק הזה אפשר יהיה לייבא בשר טרפה למדינת ישראל".

לא חלף זמן רב מאז קבלת חוק יסוד: חופש העיסוק, וחברי הכנסת של המפלגות הדתיות עמדו על טעותם (כמובן, מנקודת מבטם). מאז קבלתו בכנסת, חוק יסוד: חופש העיסוק משמש כלי שרת בידיו של בית המשפט העליון לקעקעו של הסטטוס־קוו בכל אחת מגזרותיו המרכזיות. עד כה השתמש בית המשפט בחופש העיסוק כדי להתערב בסטטוס־קוו בנושא יבוא בשר קפוא,¹⁷ בתחום מכירת החזיר,¹⁸ בתחום איסור הונאה בכשרות¹⁹ ועוד.

בית המשפט מבסס את התערבותו הגוברת והולכת בענייני דת ומדינה לא רק על הזכות לחופש העיסוק. בעשורים האחרונים בכלל, ובפרט מאז חקיקת חוקי היסוד על זכויות אדם, בית המשפט עושה שימוש בשורה שלמה של ערכים וזכויות כדי להתערב בהחלטות המערכת הפוליטית בעניינים אלו. פעילות זאת סימנה את בית המשפט כאויבו של המחנה החרדי ובמידה מסוימת גם של המחנה הדתי־לאומי.²⁰ העובדה שבית המשפט מבסס את החלטותיו על נימוקים ערכיים־חוקתיים ותולה נימוקים אלה בחוקי היסוד על זכויות אדם, תוך שהוא מייחס להם מעמד חוקתי ומפרש אותם בהרחבה מופלגת, מקשה מאוד את האפשרות להפוך את החלטותיו ומחזקת בקרב המחנה הדתי את התחושה שכללי המשחק נשברו והמאבק הפוליטי הפך לבלתי הוגן.²¹

התסכול בקרב המחנה שומר המצוות מהתנהלותו של בית המשפט בא לידי ביטוי חריף במיוחד בהפגנה שהתקיימה בפברואר 1999 מול בניין בית המשפט העליון. בהפגנה, שבה השתתפו בין 250,000 ל-400,000 איש, נשמעו דברים קשים נגד בית המשפט.²² אנשי ציבור

17 ראו בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, מר יצחק רבין, פ"ד מז(5) 485 (1993).

18 ראו בג"ץ 953/01 ח"כ סולודקין נ' עיריית בית־שמש, פ"ד נח(5) 595 (2004). לסקירה והערכה של ההתפתחויות בתחום החזיר מראשית היישוב החדש בארץ ועד לבג"ץ סולודקין ראו דפנה ברק־ארז "גלגולו של חזיר: מסמל לאומי לאינטרס דתי?" משפטים לג 403 (2003).

19 ראו בג"ץ 7120/07 אסיף ינוב גידולים בע"מ נ' מועצת הרכנות הראשית לישראל, תק-על 2007(4) 5065, פסקה 3 לחוות דעתה של הנשיאה בייניש (2007).

20 לסקירת המתקפה הדתית והחרדית על בית המשפט העליון ראו ASHER COHEN AND BERNARD SUSSE, ISRAEL AND THE POLITICS OF JEWISH IDENTITY: THE SECULAR-RELIGIOUS IMPASSE 85-86, 90-91 (2000) (להלן: "COHEN & SUSSE"); שחר אילן "חובה לשנוא, חובה לבוז" הארץ – מוסף שבועי 1.10.1997; ישראל הראל "קריאת הקרב של האדמו"ר מוויז'ניץ" הארץ – מאמרים 29.11.1996.

21 ראו, למשל, שחר אילן "המר בועידת המפד"ל: הציבור הדתי חש נרדף בידי ביהמ"ש העליון" הארץ 20.9.1994, א 5; שחר אילן "הבסטיליה של גינת, העגל של קראוס" הארץ 11.1.1999, א 2 ("כל המרואיינים לכתבה זו הסכימו שחלקים גדולים בציבור הדתי־לאומי איבדו את האמון בבית המשפט העליון").

22 באותה תקופה עסקה העיתונות הדתית והחרדית בנושא באינטנסיביות רבה. ראו, למשל, אליעזר שוחט "מדוע השתתפתי בעצרת" העופה, 16.12.1999, 9 ("האם יוכל להזכיר לי משהו איזו פסיקה ניתנה בשנים האחרונות בעליון לטובת ציבור דתי או ימני? ... על כן מצאתי את עצמי באופן הטבעי והאמיתי ביותר – עם המיעוט"); ב. רבינוביץ' "הרב גפני במכתב לראה"מ נתניהו: הציבור הדתי והחרדי מרגיש אווירת מחנק וחוסר אונים מול מערכת דיקטטורית בלתי נבחרת שעמדותיה ידועות מראש" יחד נאמן 3.2.1999, 3 ("בשנים האחרונות, בית המשפט בכל ערכאותיו, אך בעיקר ביהמ"ש

רבים, ביניהם שומרי מצוות, נזעקו לגנות את המתקפה על בית המשפט. ביניהם היו כאלה שהטעו שהם אמנם מגנים את הסגנון האישי של המתקפה ואת עוצמתה, אך מצטרפים לביקורת העקרונית נגד בית המשפט.²³ נדמה שהציבור שומר המצוות מתייחס היום בספקנות רבה לקביעתו המפורסמת של מנחם בגין לפני כמה עשורים שלפיה "יש שופטים בירושלים".²⁴

3. המערכת הפוליטית

חקיקתה של חוקה מחזקת את מעמדו של בית המשפט על חשבון שתי הרשויות האחרות. לעיל ציינתי שנתון זה מספק הסבר אפשרי לכישלונה של הכנסת הראשונה לחוקק חוקה: הפיכתה של האספה המכוננת גם לרשות המחוקקת יצרה אצלה תמריץ שלילי לחקיקת חוקה. אם הנחה זו נכונה, צריך להסביר כיצד יוזמי חוקי היסוד על זכויות אדם הצליחו להתגבר על אינטרס זה בדרכם להצלחה. ההיפותזה הרביעית שהוזכרה לעיל תלתה את ההצלחה בשינוי יחסי הכוחות בישראל ובשוני שבין בית המשפט והמחוקק בישראל. הכנסת הנה מוסד רובני, ולכן אם כוחות חדשים מאיימים על הדומיננטיות של האליטות הישנות, הדבר עשוי להתבטא ביחסי הכוחות בכנסת. לעומת זאת בית המשפט העליון בישראל איננו מוסד רובני, משום שמנגנון הבחירה של שופטיו מעניק לשופטים המכהנים מעמד מועדף בקביעת זהותם של המצטרפים לשורותיהם. לכן אם בית המשפט העליון נשלט בעבר על ידי האליטות הישנות, הדומיננטיות שלהן תימשך גם אם יחסי הכוחות בחברה הישראלית ישתנו לרעתן. לאור נתון זה, ההיפותזה הרביעית מציעה שהצלחת המהלך החוקתי בשנת 1992 נבעה מכך שלפחות חלק מחברי הכנסת בחרו לפעול נגד האינטרס המוסדי שלהם והחלישו את הכנסת כדי לספק הגנה למערכת הערכים שלהם, שהדומיננטיות שלה הועמדה בסכנה.

הכנסת הצביעה אמנם בעד שני חוקי היסוד על זכויות אדם, אך רוב חברי הכנסת כלל לא היה מודע למשמעותם מרחיקת הלכת. אולם עידן התמימות חלף חיש מהר עם הכרזתו של בית המשפט על המהפכה החוקתית ופעילותו האינטנסיבית תוך הסתמכות על חוקי היסוד על זכויות אדם כמקור ללגיטימציה. אצל רבים מחברי הכנסת הובילה ההתפכחות גם להתחייבות ביקורתית למהלכיו של בית המשפט. בכנסת החלה להישמע ביקורת נוקבת כלפי האקטיביזם

העליון, מתערב התערבות בלתי נסבלת בנושאים שאינם משפטיים... כשעמדותיו הן חד משמעיות וחד צדדיות בנושא גיור, שבת, תלמידי ישיבות, מועצות דתיות ונותן לגיטימציה לכל הסחי והמאוס הנוגדים בתכלית הניגוד את עמדת התורה והיהדות". לדיון בהפגנה ומשמעויותיה ראו Hirschl, *Political Origins*, לעיל הערה 14, בעמ' 122-123.

23 ראו COHEN & SUSSEER, לעיל הערה 20, בעמ' 93-94; שחר אילן "מחלוקת במפד"ל: הרבנים קוראים לציבור הדתי-לאומי להשתתף בהפגנה; השרים מתנגדים" *הארץ* - חדשות 11.2.1999.

24 הדברים נאמרו בעקבות פסיקת בג"ץ בעניין אלון מורה מ-1979 אשר פסל את הקמת היישוב במיקומו הראשוני, כביטוי לתמיכתו של בגין בבית המשפט העליון ובהחלטתו על אף שהתנגד לה. ראו גידי וייץ "איזה איש" *הארץ* - מוסף שבועי 21.12.2007 (נכתב על הספר: אבי שילון *בגין 1913-1992*) (2007).

השיפוטי, אקטיביזם המתבטא בהתערבות אינטנסיבית בהחלטות הדרג הפוליטי, ובכלל זה ביקורת על חקיקה ראשית של הכנסת. הביקורת התמקדה גם בדרך הבעייתית שבה התקבלו שני חוקי היסוד על זכויות אדם שבחקיקתם תלה בית המשפט את "מהפכה החוקתית". הדברים הבאים שאמר חיים רמון במליאת הכנסת משקפים עמדה המשותפת לרבים מחברי הכנסת:

אני רוצה להזכיר לחברי הבית כיצד חוקקנו בשלהי הכנסת השתיס־עשרה את חוקי־היסוד. אני הייתי אז יושב־ראש סיעת העבודה... אפילו חבר הכנסת אמנון רובינשטיין, בוודאי לא אני – לא חשבנו שתהא פרשנות כפי שבית־המשפט פירש... אני קורא למהפכה החוקתית הזאת: מהפכה חוקתית באקראי, כי המחוקק לא התכוון לה.²⁵

חוסר הנחת של חלק מחברי הכנסת מהתערבותו הגוברת והולכת של בית המשפט בהחלטות הכנסת הביא לא פעם את מערכת היחסים בין בית המשפט לבין הכנסת לידי משבר. אחד מרגעי המשבר ביחסי הגופים אירע בתקופת כהונתו של ראובן ריבלין כיו"ר הכנסת. ריבלין התבטא בחריפות נגד נכונותם של בתי המשפט, ובית המשפט העליון בראשם, לפסול חקיקה ראשית של הכנסת, כמו גם נגד יחסו הכללי של בית המשפט העליון כלפי הכנסת, שמבטא לדעתו חוסר כבוד כלפי הכנסת וריבונותה.²⁶ אחד הגורמים שעוררו התבטאות זאת היה החלטה של שופט בית משפט לעניינים מקומיים לפסול חוק של הכנסת.²⁷ ריבלין אמר שחוקי הכנסת לא נוצרו כדי להירמס על ידי כל שופט החפץ בכך. בגבור המתח הבינאיש והבינומסדי נעשו ניסיונות לישר את ההדורים.²⁸ אולם באופן כללי, שני העשורים האחרונים מתאפיינים במתח בין חלק מחברי הכנסת והכנסת כמוסד לבין בית המשפט העליון.²⁹

4. האקדמיה

נוסף על הביקורת מצד המחנה הדתי ומצד חלק מחברי הכנסת על מהלכיו של בית המשפט העליון, ניתן היה לצפות לביקורת מסוימת מצד האקדמיה המשפטית. הביקורת יכולה הייתה

25 ד"כ 168, 5799 (התשנ"ח).

26 ראו דברים שנשא ריבלין בכינוס המכון הישראלי לדמוקרטיה בבית הנשיא: אפרת וייס ואילן מרסיאנו "ריבלין מאיים על בית המשפט והאיזון בין הרשויות" *ynet* 22.05.2003 www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2630459,00.html

27 ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' משה הנדלמן, תק-של 2003 (3) 38 (2003).
28 לדוגמה, ברק וריבלין נפגשו ב-18.04.2004 ביוזמת הנשיא דאז, משה קצב (אייל הראובני "ריבלין בפגישת פיוס עם השופט ברק: הוא מורי ורבי" *ynet* 18.4.2004 www.ynet.co.il/articles/18.4.2004/0,7340,L-2904179,00.html).

29 ראו משה גורלי "העליון החדש: חסר ברק, אבל לא פחות יעיל" *הארץ* – מאמרים 16.04.2002 ("בהנהגתו של ברק נקלע בית המשפט העליון לעימותים קשים עם לשכת עורכי הדין, עם האקדמיה ובעיקר עם המערכת הפוליטית").

להתמקד באופן שבו בית המשפט מפרש את חוקי היסוד ועושה בהם שימוש. כפי שהסברתי לעיל, הפרשנות החוקתית שבית המשפט העליון אימץ אינה מייחסת משקל הולם למשמעותה המקורית של החוקה ולכוונתם המקורית של מנסחיה. עובדה זו אמורה הייתה להזמין ביקורת מצד האקדמיה, המודעת מן הסתם למחלוקת בשאלה מהי דרך הפרשנות הראויה של החוקה. הביקורת יכולה הייתה להתמקד בנקודה בסיסית יותר: בעצם ההכרזה כי אירועי מרץ 1992 סימנו מהפכה חוקתית. למיטב ידיעתי, אין בעולם כולו אח ורע למציאות הישראלית, שבה מוכרז על מהפכה חוקתית כשמחולליה, או לפחות חלק מהם, אינם מודעים כלל לכך שחוללו מהפכה. בכל המדינות המוכרות לי, שבהן קיימת מחלוקת ציבורית בשאלות חוקתיות, המחלוקת נוגעת לפרשנות החוקה ולאופן יישומה בנסיבות קונקרטיות.³⁰ לא ידוע לי על מדינה כלשהי, לבד מישראל, שבה קיימת מחלוקת בשאלה אם בכלל קיימת חוקה.

סקירה של הכתיבה האקדמית בשנים הראשונות לאחר אירועי מרץ 1992 וההכרזה על המהפכה החוקתית מגלה שהאירועים אכן הולידו שפע של כתיבה אקדמית, שהולכת ומתגברת עם השנים. חלק מן הכותבים עסק לא רק בתכנים של חוקי היסוד ובשינוי שהם הולידו, אלא חיווה דעתו גם על המהלך ונסיבותיו. יש אנשי אקדמיה שבירכו על התרחשותה של המהפכה החוקתית והביעו תמיכה במהלכו של בית המשפט.³¹ אך מכתבי העת המשפטיים נעדרה כמעט לחלוטין כתיבה המבקרת את מעורבותו של בית המשפט ביצירתה של החוקה או מטילה ספק בלגיטימיות של מעורבות זו. שני כותבים עיקריים סימנו יוצא מן הכלל המעיד על הכלל: פרופ' רות גביון ונשיא בית המשפט העליון בדימוס, משה לגדורי. גביון פרסמה בשנת תשנ"ז מאמר ביקורת מקיף, שכותרתו "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה".³² במאמר, שפורסם מאוחר יותר גם כספר, גביון סוקרת את ההתפתחויות מאז מרץ 1992 ובוחרת אותן על רקע רעיונות מתחום התאוריה החוקתית. גביון מבקרת בחריפות את מהלכיו של בית המשפט, מצביעה על הכשלים

30 למשל, בארצות הברית התלקחה מחלוקת חריפה סביב החלטתו של בית המשפט בעניין *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973), שבו הכיר בית המשפט בזכות האישה להפיל כנגזרת של הזכות לפרטיות. נטען שפרשנות זו חורגת מתחום הלגיטימיות. ראו, למשל, ROBERT. H. BORK, THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW 111-117 (1990); ROBERT H. BORK, SLOUCHING TOWARDS GOMORRAH 103 (1996).

31 ראו, למשל, דוד קרצמר "מברגמן וקול העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" *משפטים* כח 359, 385 (1997) ("חוקי היסוד על זכויות אדם מילאו את החסר: הם סיפקו הן את הלגיטימציה הפוליטית והן את המערכת הנורמטיבית. יש לברך על כך, שהרוב בבית המשפט בחר בתיאוריה המספקת את הלגיטימציה החוקתית לביקורת השיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות האדם". (ההדגשות במקור, ג' ס')). במאמר, שראה אור בשנת תשנ"ה, מציין אריאל בנדור: "רבות נכתבו... בשבחה של חקיקת היסוד החדשה ובמהפכה החוקתית שחוללה בהגנה על זכויות היסוד של האדם". בנדור מדגיש כי הרשימה פרי עטו, שנועדה להסב את תשומת הלב אל כמה פגמים שעשתה הכנסת בפועלה כרשות המכוננת, אינה באה למעט מדברי שבח אלה. אריאל בנדור "פגמים בחקיקת חוקי היסוד" *משפט וממשל* ב 443 (התשנ"ה).

32 ראו רות גביון "המהפכה החוקתית, תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" *משפטים* כח 21 (1997).

הנורמטיביים שהוא לוקה בהם ומפנה את תשומת הלב לסכנות הכרוכות בו. גם לנדוי שינס את מותניו ויצא למלחמת חורמה נגד אהרן ברק, בר פלוגתא ותיק שלו מן השנים הספורות שבהן כיהנו בצוותא בבית המשפט העליון.³³ מאמריו של לנדוי קצרים יותר ומקיפים פחות מזה של גביון, אך תוכנם חד וחריף. הוא האשים את בית המשפט בגנבת דעת ובהתנהלות נטולת לגיטימיות.³⁴

כיצד ניתן להסביר את היעדר הביקורת על מהלכיו של בית המשפט מצדה של האקדמיה המשפטית? תשובה אפשרית אחת לכך קשורה לעובדה שהאקדמיה המשפטית בישראל משתייכת ברובה הגדול לקבוצה שההגמוניה שלה הועמדה בעשורים האחרונים בסכנה. לפי ההיפותזה הרביעית, זו בדיוק הקבוצה שקידמה את חקיקת חוקי היסוד כדי לשמר לפחות חלק מעוצמתה, והיא זו שהרוויחה מן המהפכה החוקתית שבית המשפט ביצע תוך שימוש בחוקי היסוד כתירוץ וכפלטפורמה. דרושות תעצומות נפש גדולות כדי לראות מבעד לאינטרס הקבוצתי.³⁵ אפילו רות גביון, שהייתה כאמור מן הבודדים שביקרו את מהלכיו של בית המשפט, פתחה את מאמר הביקורת שלה בניסיון להצדיק את החלטתה להשמיע ביקורת בפומבי.³⁶ התנצלות זו מובנת על רקע העובדה שגביון משתייכת אף היא לקבוצה ההגמונית לשעבר, ולכן היא חשה צורך להצדיק את עצמה בפני חבריה.³⁷

ג. מגמת שינוי בהתייחסות הציבורית

מן הדברים שנאמרו עד כה עולה שהתגובה הציבורית למהלכיו של בית המשפט הייתה מעורבת – הדתיים וחלק מן המחקקים מתחו ביקורת חריפה על מהלכים אלו, ואילו האקדמיה המשפטית נמנעה מביקורת ואף הגנה על בית המשפט. אך תיאור זה מדויק רק לשנים הראשונות לאחר חקיקת חוקי היסוד. בשנים האחרונות מסתמן שינוי בהתייחסות

33 כך, למשל, בשבתו כשופט התנגד לנדוי להרחבת התערבות בית המשפט בפעילות הכנסת. ראו דעת המיעוט שלו: בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (1981); וכן במאמר משה לנדוי "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" עיוני משפט ח, 500, 504 (התשמ"א-התשמ"ב). בדומה, הוא מתח ביקורת חריפה על הרחבת השימוש בעילת היעדר הסבירות כמכשיר לבחינת פעילות הזרוע המבצעת. ראו הוויכוח המפורט בנושא בינו לבין השופט ברק בבג"ץ 389/80 דפי ז'הב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980).

34 ראו משה לנדוי בתוך "רב שיח: פסק דין בנק המזרחי – לאחר שלוש שנים" המשפט ה 249 (2000) (להלן: "לנדוי – רב שיח"); משה לנדוי "מחשבות על המהפיכה החוקתית" משפטים כו 419 (1996); משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל ג 697 (1996).

35 ודוק, הקושי להתעלות מעל לאינטרס הקבוצתי חוצה מחנות. סביר להניח שאם בית המשפט היה פועל בהתאם לאידאולוגיה של המגזר ההפוך, גם בני מגזר זה היו נכשלים באותו כישלון וממלאים את פיהם מים, אף שהיושר האינטלקטואלי היה מחייב אותם למתוח ביקורת.

36 גביון, לעיל הערה 32, בעמ' 23-26.

37 מעניין לציין שההתנצלות לא התקבלה יפה. כידוע לכול, גביון הפכה לאישיות לא רצויה אצל קובעי הטעם בקרב הציבור ההגמוני לשעבר. ראו, למשל, יובל יועז "ברק מתנגד למינוי גביון: האג'נדה שלה לא ראויה" הארץ 13.11.2005.

הציבורית לבית המשפט. שורותיו של המחנה הביקורתי מתרחבות, ומצטרפים אליו גם דוברים משורות האקדמיה. מדובר באנשים שבשלב הראשון תמכו במהלכו של בית המשפט, במפורש או בשתיקה, ורק מאוחר יותר שינו את טעמם והצטרפו למחנה הביקורתי.³⁸

אחד הבולטים בין אלה שהצטרפו למחנה המבקרים בשלב מאוחר הוא פרופ' מנחם מאוטנר. בולטותו של מאוטנר נובעת, בין היתר, מן העובדה שהוא לא עבר מן המחנה הדומם למחנה הביקורתי, אלא ביצע מהפך מושלם, מתמיכה מפורשת בבית המשפט לביקורת עליו. מראשית שנות התשעים ועד לאחרונה היה מאוטנר מתומכיו הנלהבים ביותר של בית המשפט. את מאמרו המפורסם, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", מאוטנר מסיים בתיאור המציאות הישראלית כמציאות מקוטבת שבה מתנהלת מלחמה בין הכוחות הליברליים, בהנהגתו של בית המשפט, לבין הכוחות הקלריקליים, האנטי-ליברליים. מאוטנר קורא לכל מי שחפץ קדמה ואור לתמוך במאבקו של בית המשפט:

בשנים שלאחר מלחמת ששת-הימים, התעצמו, במקביל, כל שלושת הגורמים הנוטלים חלק במאבק על דמותה התרבותית של ישראל: הלאומנות (ילידת הציונות), היהדות והליברליזם המערבי. יתר על-כן, בשנים אלה היה דומה לא-אחת, שכוחות הלאומנות והיהדות חברו יחדיו לדחיקת רגליו של הליברליזם המערבי מחייה של ישראל. מאז ומתמיד הייתה לבית-המשפט העליון תרומה חשובה, אולי מכרעת, לביצור זיקתה הערכית של ישראל למערב הליברלי. בשנות השמונים, יצא בית המשפט נגד אלה שקראו תיגר על זיקתה של ישראל לערכיו של המערב ופעל בתקיפות ובנחישות למען המשך קיומה של זיקה זו. כל מי שסבור כי בשנים שיבואו חייבת זיקתה של ישראל למערב הליברלי להימשך ואף להתעצם, חייב לייחל שמאבקו של בית המשפט יוכתר בהצלחה.³⁹

מאוטנר חזר על רעיון זה פעמים נוספות. למשל, במאמר שפורסם בשנת 2003 אמר מאוטנר את הדברים הבאים:

ממקומות אחדים בכתביה של פרופסור גביון עולה כי עצם העובדה שתפיסותיו הערכיות של בית-המשפט העליון שנויות במחלוקת בישראל צריכה להביא לידי צמצום ההיקף שבו בית-המשפט מחיל את תפיסותיו... אני חולק על הדברים. התפיסות

38 הגם שניכרת מגמה של שינוי ביחסו של המחנה ההגמוני לשעבר כלפי בית המשפט, בהחלט לא מדובר במהפך מלא. יש דוברים מרכזיים משורות האקדמיה שמוסיפים להגן בלהט על בית המשפט. ראו, למשל, מרדכי קרמניצר "בית המשפט העליון של הדור האחרון והאינטרס האזרחי", *אלפיים* 33, 103 (2008).

39 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" *עיוני משפט* יז 503, 596 (התשנ"ג) (ההדגשה נוספה, ג' ס').

הערכיות הגלומות בפסקי־הדין של בית־המשפט העליון ושאר בתי־המשפט של המדינה מהוות רכיב חשוב בכינונו ובשימורו של הליברליזם הישראלי. אלה המחויבים לשמר ולפתח את המשטר והתרבות הפוליטיים הליברליים של ישראל צריכים להמשיך להיאבק על מקומן של התפיסות הערכיות של בתי־המשפט בחיים הציבוריים של ישראל גם אם יש בנמצא קבוצות המבקשות לצמצם או אף לבטל את היקף תחולתן של התפיסות הערכיות האלה.⁴⁰

גישתו של מאוטנר במאמרים אלה מיקמה אותו בחזית המחנה התומך במהלכיו של בית המשפט. אולם בשנה־שנתיים האחרונות התפרסמו בעיתונות כתבות אחדות שהוקדשו למאוטנר, שבהן הוא הוצג כאחד ממבקרי החריפים של בית המשפט וממובילי המאבק נגדו.⁴¹ בספר מושא מאמר זה מאוטנר אומר את הדברים הבאים:

כדאי לזכור... כי לישראל אין חוקה שמכוחה ניתן לפסול חוקים של הכנסת. אלא, קיימות ההוראות – הכלליות מאוד – של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. הניסיון להפעיל את ההוראות שני חוקי היסוד האלה כאמות מידה לפסילת חוקים של הכנסת אינו יכול להיחשב אלא כניסיון של קבוצה חברתית נסוגה להשליט את תפיסותיה המשטריות על חברה רב־תרבותית מפולגת, וזאת תוך שימוש בהילה של בית המשפט העליון ושל מערכת המשפט בכללותה. אני מסכים אפוא עם רות גבזון ואלן שפירא, שאם ישראל חפצה בחוקה שתהיה 'גם טובה וגם מקובלת על רוב הציבור', אין מקום ל'קיצורי דרך'.⁴²

בשנים האחרונות הוביל את המאבק נגד הדומיננטיות של בית המשפט העליון פרופ' דניאל פרידמן, שכיהן כשר המשפטים בממשלת אולמרט. פרידמן העלה שורה של הצעות לרפורמות במערכת המשפט בכלל ובעניינים הנוגעים לחוקה בפרט.⁴³ הצטרפותם של אישים כמאוטנר ופרידמן למחנה המבקרים את בית המשפט העליון מעניקה סוג של לגיטימיות

40 מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית־המשפט העליון בחברה רב־תרבותית" *מחקרי משפט* יט 423, 449-451 (התשס"ג).

41 ראו, למשל, אורי פז "כנסיית המשפט" *מקור ראשון* – יומן 4.11.2007; אורי פז "הליברל האחרון" *מקור ראשון* – שבת 15.08.2008.

42 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 144.

43 פרידמן הציע, בין היתר, שינוי בהרכב הוועדה לבחירת שופטים, הכולל הפחתת מספרם של שופטי העליון בוועדה משלושה לשניים והוספת שלושה חברים שאינם חלק מרשויות השלטון (תזכיר חוק יסוד: השפיטה (תיקון) – הרכב הוועדה לבחירת שופטים) התשס"ח-2008 ותזכיר חוק בתי המשפט (תיקון) – חברי הוועדה לבחירת שופטים), התשס"ח – 2008; ייחוד הסמכות לפסילת חוק לבית המשפט העליון והרחבת המותב הרשאי לבצע ביקורת כזאת (תזכיר הצעת חוק יסוד: החקיקה, סעיף 24) והוספת פסקת התגברות כללית שתחול על כל מקרה של פסילת חוק (שם, סעיף 11). לסקירה של יוזמות פרידמן, ראו זאב סגל "פגע ככל יכולתך" *הארץ* 7.1.2008.

להשמעת ביקורת על בית המשפט, גם למי שמשתייך באופן עקרוני למחנה שאיתו בית המשפט מזוהה.

מה יכול להיות ההסבר לשינוי שמתרחש בקרב המחנה ההגמוני לשעבר? מה יכול להסביר את המצב החדש, שבו הביקורות החריפות ביותר נגד בית המשפט מושמעות לא על ידי דוברים דתיים, אלא הן באות דווקא מתוך הקבוצה החברתית שמאז סוף שנות השבעים תמכה במהלכיו בלא סייג? בספר מאוטנר מתייחס לשינוי וקובע כי "הוא לא פחות מדרמטי, והוא מחייב הסבר".⁴⁴ מאוטנר עצמו מציע שלושה הסברים אפשריים לשינוי.

לפי ההסבר הראשון הביקורת נובעת מהתעממות תחושת החרדה בקרב המחנה ההגמוני לשעבר. "התחושה של ההגמונים לשעבר הליברלים כי הם ניצבים מול כוחות דתיים-לאומניים עולים, וכי בית המשפט העליון הוא המעוז האחרון שיגן עליהם מפני השתלטותם של כוחות אלה, נחלשה... ככל שחלפו השנים, והמצב הפוסט-הגמוני הפך חלק ממצאות החיים הנורמלית היומיומית, המתמשכת במדינה".⁴⁵ לפי ההסבר השני, הביקורת נובעת מירידה באמון הציבור, לרבות הציבור ההגמוני לשעבר, בבית המשפט. "בדור הראשון שלאחר ירידת ההגמוניה, נתנו ההגמונים לשעבר הליברלים משקל כבד בהתנהגותם להגנת ערכי הדמוקרטיה הליברלית... כאשר החרדה מפני פגיעה בערכים אלה התפוגגה, יכלו ההגמונים לשעבר לתת מקום... לערכים חשובים אחרים, כמו ענייניות ויושרה. ברבות השנים התברר כי כאשר ערכים אלה הוחלו כאמות מידה לבחינת התנהגות שופטיו של בית המשפט, עמידתם בהם לא הייתה מלאה".⁴⁶ לפי ההסבר השלישי, התרחבות הביקורת היא תוצאה של חלחול עצמותיו הביקורתיות של מחנה הימין השמרני לשורותיו של המחנה ההגמוני לשעבר.⁴⁷

44 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 144 (ההדגשה במקור, ג' ס'). רגישותו של מאוטנר לשינוי בהתייחסות לבית המשפט העליון בקרב המחנה ההגמוני לשעבר איננה טריוויאלית. יש כותבים המתיימרים להבין ולנתח את הלך הרוחות בציבוריות הישראלית, אשר כלל לא הבחינו בשינוי. ראו למשל, גדי טאוב "הישראליות היא לא אנחנו" *ארץ אחרת* 30 (מאי-יוני 2008).

45 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 218-219. לדעה דומה ראו איל בנבנשתי "בלי חרב, בלי ארנק, ובלי חברים" *הארץ* 9.5.2008. בנבנשתי מציין כי "סקרים מאז 2000 מראים נסיגה הדרגתית אך משמעותית באמון הציבור בבית המשפט העליון. כיום גם חלק מהתקשורת עוין את בית המשפט ורבים מהמשפטנים הפנו לו עורף". לדעתו של בנבנשתי, הטעם לשינוי נעוץ בעובדה הבאה: "בסיס התמיכה העיקרי של בג"ץ היה הציבור היהודי החילוני, ציבור זה מאבד בהדרגה את העניין שלו בבית המשפט. ככל שהעניין פוחת יש לציבור פחות סובלנות להחלטות הפוגעות באינטרסים המידיים שלו. הסיבה המרכזית לאובדן העניין של הציבור החילוני היא 'הניצחון החילוני' דווקא של בג"ץ".

46 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 219.

47 שם, בעמ' 223-225.

ד. מהי דעתו של מאוטנר על המהפכה החוקתית?

1. התמיהה – מדוע מאוטנר אינו מודה ששינה את דעתו? כאמור, מן הציטוטים שהובאו לעיל עולה שבדעותיו של מאוטנר עצמו חל לכאורה שינוי, ואם כך, הרי שההסברים שהוא מציע לשינוי שחל בעמדותיהם של אחרים היו יכולים לשפוך אור גם על השינוי שחל בעמדותיו שלו. אלא שבנקודה זו בדיוק מתעורר קושי: בשום מקום בספר מאוטנר אינו מציג את עצמו כמי ששינה את דעתו ביחס למפעלו של בית המשפט העליון.⁴⁸

תפקידו של איש האקדמיה הוא לחשוב ולשוב ולחשוב, ובמקרה שהחשיבה המחדשת מביאה איתה שינוי במסקנות, הרי שהוא לא רק רשאי אלא אף חייב להכריז על השינוי ולהסבירו. הדבר אינו פוגע בדובר, להפך, הוא מוסיף לו ולעמדותיו ממד של כנות ואמינות. על רקע זה, הימנעותו של מאוטנר מלהודות בשינוי שחל בעמדותיו מעוררת סקרנות. מה יכול להיות ההסבר לכך?

בפסקאות הבאות אציע הסבר להימנעותו של מאוטנר מלהודות בשינוי שחל בעמדותיו. לפי הסבר זה בעמדותיו של מאוטנר באמת לא חל שינוי, אך זאת לא משום שהוא התנגד למהפכה החוקתית מרגע שהחלה להתגלגל – מאוטנר היה לבטח מתומכיה הבולטים והרהוטים ביותר – אלא משום שמבחינה מהותית, הוא לא חדל מלתמוך בה.

2. התשובה – בדעתו של מאוטנר לא חל שינוי אמיתי

כפי שכבר ציינתי לעיל, המהלך שביצע בית המשפט בתחום החוקתי במחצית הראשונה של שנות התשעים התקבל על ידי האקדמיה הישראלית בתמיכה מפורשת או בשתיקה. המעטים שכן ביקרו את המהלך התמקדו בשני טיעונים השלובים זה בזה. הטיעון האחד נוגע בדרך שבה התרחשה "המהפכה החוקתית", ואילו השני בכך שהחברה הישראלית חלוקה בענייני ערכים. הקשר בין שני הטיעונים ברור: הגנבתה של חוקה לסדר היום הישראלי היא מעשה בעייתי בכל מקרה, אך היא הופכת לבעייתית במיוחד בחברה שסועה, שבה אין הסכמה מספקת בענייני ערכים. העברת הסמכות לבית המשפט להכריע במחלוקות בענייני ערכים היא בעייתית בכל מקרה, אך העברה כזאת לבעייתית במיוחד אם היא נעשית בגנבה.

הגנבת החוקה: באחד מן המאמרים שפרסם לאחר חקיקת חוקי היסוד אמר נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) משה לנדוי, כי "החוקה, כפי שהיא תוארה על ידי הנשיא ברק, היא היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט".⁴⁹ גם השופט חשין, בחוות דעתו

⁴⁸ גם בכתבות על מאוטנר שהתפרסמו בעיתונות אין זכר לכך שחל שינוי בעמדותיו. יתר על כן, מאוטנר מתואר בכתבות אלה כמי שמתח ביקורת על התנהלותו של בית המשפט מראשיתה של המהפכה החוקתית. ראו, למשל, אורי פז, "כנסיית המשפט", לעיל הערה 41 ("פרופ' מנחם (מני) מאוטנר, מועמדו של שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן לבית המשפט העליון, היה מראשוני המבקרים את מהפכת "הכול שפיט" של פרופ' אהרן ברק"); אורי פז, "הליברל האחרון", לעיל הערה 41.

⁴⁹ לנדוי – רב שיח, לעיל הערה 34, בעמ' 254.

בפרשת *בנק המזרחי*, מבקר את מה שהוא מזהה כניסיון להגניב חוקה לסדר היום בישראל. בהתייחסו לדרך הראויה לקבלת חוקה, חשין אומר: "אדרבא: נקרא לעם ונשאלה את פיו... אם ירצו העם ומנהיגיו בחוקה – תימצא הדרך אליה; אם לא ירצו – לא תכונן חוקה. כל שאינני מסכים לו הוא, כי תחוקק חוקה ואת פי העם לא שאלנו..."⁵⁰

העברת הסמכות להכריע: פרופ' רות גביון הצביעה לא אחת על המחלוקת בענייני ערכים המאפיינת את החברה הישראלית כטעם להסתייגות מנקיטת אסטרטגיה חוקתית. גביון מציינת כי "בחברה מורכבת ופלורליסטית כמו זו בישראל ישנו מאבק... על תפיסות של החיים הטובים ושל אפיו של המקום הציבורי. אלה יכולות להיות מחלוקות ערכיות עמוקות".⁵¹ היא טוענת שלא נכון שבג"ץ יהיה זה שיכריע בסוג כזה של נושאים, "הן מבחינת המוסר הפוליטי והן מבחינת התבונה הפוליטית":

מוסר פוליטי – שכן בדמוקרטיה הציבור כולו, על כל שכבותיו ועל כל גישותיו ותפיסותיו הערכיות, אמור להחליט יחדיו על אופי החברה שבה יחיה... תבונה פוליטית – מפני שהכרעות על האופי הציבורי של החיים בישראל שלא תהיינה מקובלות על חלקים ניכרים בציבור תבאנה בהכרח, ולא בלי הצדקה, לאבדן לגיטימיות של בג"ץ בחברה, או לפחות באותם חלקים בציבור שירגישו מוצאים אל מחוץ למחנה על-ידי גישתו הכללית של בג"ץ לשאלות היסוד של הקיום הישראלי.⁵²

נשווה כעת את דבריהם של לנדוי, חשין וגביון נגד הלכת *בנק המזרחי*, לדבריו של מאוטנר בעניין. לדעת מאוטנר,

עיקר הבעייתיות באקטיביזם של בית המשפט נעוץ בנטילת הסמכות בפסק דין *בנק המזרחי* לפסול חוקים של הכנסת. מהלך זה מיקם את הפיקוח השיפוטי של בית המשפט במקום שפיקוח זה נדרש רק לעתים רחוקות... קשה למצוא מקרים רבים של פגיעה בזכויות האדם בחקיקה של הכנסת... אם הייתה פגיעה כזו, הרי היא הייתה בעיקר באזרחים הערבים של המדינה... ואולם אני מציע להטיל ספק אם בית המשפט עליון ישראלי, המצויד בסמכות לפסול חוקים של הכנסת, היה מצליח למנוע פגיעות כאלה באזרחים הערבים... מסקנה: הלכת *בנק המזרחי* גררה את המשפט ואת התקשורת של ישראל לויכוח... אך זהו עניין שמהבחינה המעשית חשיבותו אינה רבה...

אחת ההשלכות העיקריות לכך שבית המשפט נטל לידיה את הסמכות לפסול חוקים של הכנסת היא הפיכתו ליותר ויותר שמרני. מאז קום המדינה ועד שנות התשעים פיתח

50 עניין *בנק המזרחי*, לעיל הערה 11, פסקה 63 לחוות דעתו של השופט חשין.

51 רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן *אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית* 104-105 (2000).

52 שם.

בין ליברליזם לרב־תרבותיות

בית המשפט מסכת מרשימה של דוקטרינות להגנה על זכויות האדם... בית המשפט הצליח במפעל חשוב זה משום שהחלטות שהתבקש לפסול... היו החלטות של רשויות המינהל הציבורי של המדינה...

יחסי הכוחות בין בית משפט עליון ובין רשויות המדינה האחרות הם שונים לגמרי כאשר בית המשפט מתבקש לפסול חוק של בית הנבחרים של המדינה... החלטות פסילה כאלה יכולות להתקבל רק במקרים נדירים ויוצאי דופן... יוצא שהעלאת רמת הפיקוח של בית המשפט מרובד המינהל הציבורי של המדינה לרובד של הכנסת תוליך בהכרח לפסיקה שמרנית...

להחלטה כי לבית המשפט העליון סמכות לפסול חוקים של הכנסת השלכות שליליות נוספות: בעקבות החלטה זו נשמעו הצעות להקמת בית משפט לחוקה, וכן הצעות לשינוי בהרכבה של הוועדה למינוי שופטים... אם הצעות אלה ימומשו, יכולתו של בית המשפט להגן על זכויות האדם עלולה להיפגע... יוצא שמהלך שמלכתחילה ההצדקה לו הייתה מועטה (לנוכח מיעוט הפגיעות בזכויות האדם בחקיקת הכנסת) עשוי לגרום למשפט הישראלי ולבית המשפט עצמו נזק לא מבוטל.⁵³

בחינת נימוקיו של מאוטנר נגד המהפכה החוקתית מתוצרת בית המשפט מלמדת שהם טקטיים באופיים – מאוטנר אינו משמיע כל הסתייגות ממה שתיאר ח"כ שבח וייס כ"דרך חצי־מחתרתית, חצי־לגיטימית, של הגנבת חוקה לסדר־יומה של מדינת ישראל".⁵⁴ מאוטנר אמנם מדגיש בספר את אופייה הרב־תרבותי של מדינת ישראל, אך הוא אינו נדרש לאופי זה כנימוק לביקורת על החלטת בית המשפט להקנות לעצמו סמכות לבצע ביקורת שיפוטית. מאוטנר אמנם מצביע על כך שבית המשפט מתגייס להגנה על גוש הגמוני בשקיעה, אך הוא אינו רואה בכך פסול וכל מחלוקתו עם בית המשפט מתמצה ברמה הטקטית – האם הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית מועילה לאינטרס של אותו גוש ולהגנה על הערכים שבהם הוא אוחז או פוגעת בהם.

בפרק הבא ארחיב מעט את הדיון בתמונת עולמו של מאוטנר, כדי לברר אם ובאיזו מידה הבנה זו של דבריו יש לה על מה לסמוך.

ה. תמונת העולם של מאוטנר

בפרק הקודם הצבעתי על חוסר הדיוק בתיאורו של מאוטנר כאחד ממתנגדיו העקיבים של בית המשפט. הציטוטים שהבאתי הראו בבירור שלפחות עד לאחרונה תמך מאוטנר בהתלהבות בהתגייסותו של בית המשפט להגנה על גוש הגמוני בשקיעה. יתר על כן, הצעתי שמאוטנר מעולם לא חזר בו מעמדה זו. מאוטנר אמנם מתאר את מדינת ישראל כחברה

53 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 140-143. (ההדגשות במקור, ג' ס').

54 ד"כ 124, 2596 (התשנ"ב).

רב-תרבותית, אך בפועל הוא ממשיך לצדד בניסיון להשליט על הציבור בישראל, באמצעות בית המשפט, את סדר היום של מגזר אחד בלבד. אם יש למאטנר מחלוקת עם בית המשפט היא נוגעת לא במטרה או בלגיטימיות שבשימוש בבית המשפט לשם השגתה, אלא בשאלה מהי הדרך הטובה ביותר להגשמתה. מאטנר סבור שאין טעם לעשות שימוש בנשק הראוותני של פסילת חוקים, אלא יש להמשיך בפעילות במישור של פיקוח על החלטות המינהל. בפרק הקרוב אבחן את עמדתו של מאטנר בשלושה עניינים, בשניים מהם הוא דן בספר ובשלישי במקום אחר. אטען שעמדותיו של מאטנר וההצעות שהוא מעלה בשלושת העניינים אינן עולות בקנה אחד עם קבלה אמיתית של המציאות הרב-תרבותית המאפיינת את החברה בישראל.

1. מאטנר והליברליזם הפוליטי

הוגים ליברלים בולטים במחצית השנייה של המאה העשרים, ביניהם רולס, לרמור ואקרמן, טענו שעל המדינה להיות ניטרלית בין תפיסות טוב שונות.⁵⁵ הנחת המוצא של רולס וחבריו, המכונים זרם מרכזי בהגות הליברלית, שיכונה להלן "ליברליזם פוליטי", היא שהמדינות המודרניות כוללות אזרחים בעלי אמונות שונות, העדפות שונות ותפיסות טוב שונות, וכי התגובה הנאותה של המדינה לנוכח מצב פלורליסטי זה היא ניטרליות. ניטרליות זו ניתן לפרש בשני אופנים שונים. לפי הראשון, ניטרליות פירושה הימנעות של המדינה מתמיכה בתפיסות טוב. לפי השני, ניטרליות אינה אוסרת תמיכה בתפיסת טוב אלא רק העדפה של תפיסות טוב מסוימות על פני אחרות. למדינה מותר לתמוך בתפיסות טוב, ובלבד שתעשה זאת באופן שוויוני והוגן.

הפירוש הראשון, זה האוסר קידום של תפיסות טוב כלשהן על ידי המדינה, נראה מנוגד למציאות בכל המדינות המוכרות לנו. בכל המדינות יש שימוש בכספי ציבור כדי לקדם סוגים שונים של תפיסות טוב, במיוחד בתחום האמנות והתרבות. מדינות מקימות ומתקצבות מוזיאונים, תיאטראות, אגודות ופעילויות ספורט, חוגי העשרה בתחומים מגוונים וכך הלאה. גם מערכת החינוך הציבורית מכוונת לעיצוב אישיות מסוימת ולהנחלת ערכים מסוימים, שהרי בלא כוונות כאלה לא ניתן לדבר ברצינות על חינוך. כל הפרקטיקות הללו אינן מתיישבות עם הדרישה לניטרליות במובנה כהיעדר תמיכה.

תשובה אפשרית לביקורת זו תהיה שניטרליות במובן הנדון אינה אוסרת כל תמיכה, אלא רק תמיכה בתפיסות טוב שנויות במחלוקת. ההיגיון הכללי בתשובה זו הוא שמטרת הניטרליות למנוע מחלוקות חברתיות קשות בין בני החברה במאבק על המשאבים הציבוריים,

55 ראו, למשל, JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 94 (1971); JOHN RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 95-190 (1993); CHARLES E. LARMORE, PATTERNS OF MORAL COMPLEXITY 43 (1987) ("The ideal of neutrality can best be understood as a response to the variety of conceptions of the good life"); BRUCE A. ACKERMAN, SOCIAL JUSTICE IN THE LIBERAL STATE 11(1980).

ולכן כל עוד קיים קונצנזוס, אין חשש ממחלוקות כאלה, וממילא אין מקום לניטרליות. אולם נדמה שגם אם נקבל רציונל זה, הוא אינו מספיק כדי לדחות את הביקורת הנזכרת, משום שחלק גדול מהפרקטיקות שהמדינה המודרנית תומכת בהן דווקא שנויות במחלוקת. לדוגמה, המדינה מתקצבת תיאטרון, אם כי מדובר בטוב הנצרך רק על ידי אחוז נמוך מאוד מהאוכלוסייה, ואף על פי שחלק מהציבור סבור שהתיאטרון, לפחות בצורתו ובתכניו היום, הוא מזיק או חסר ערך, או בכל מקרה סבור שיש יעדים ראויים יותר לתקציב. ברור שתמיכת המדינה בתיאטרון נובעת מתפיסה ערכית מסוימת שלפיה ב"חברה מתורבתת" מוכרח להיות תיאטרון ברמה גבוהה. דברים דומים ניתן לומר על התמיכה בספורט. כאן מדובר בטוב שאחוז הצורכים אותו גבוה יותר מאשר בתיאטרון, ובכל זאת אחוז ניכר מהציבור אדיש לספורט או סבור שמדובר בתרבות נמוכה ("עשרים ושניים חוליגנים רצים אחרי כדור", בהתבטאות הידועה של פרופ' ליבוביץ') או שוב, סבור שיש שימושים ראויים הרבה יותר לתקציב. תמיכת המדינה בספורט מבוססת על תפיסה ערכית שאינה מקובלת על הכול.

לאור זאת נראה שאם יש סיכוי לגישת הניטרליות, הוא טמון בכך שנפרש אותה בהתאם לפירוש השני לעיל, דהיינו ניטרליות בתור היעדר העדפה. לפי פירוש זה, אין מניעה שהמדינה תקדם תפיסות טוב, ובלבד שתעשה כן באופן שוויוני. היא יכולה לתמוך בתיאטרון, ובלבד שתתמוך גם בספורט ובשיעורי יוגה. היא יכולה לתמוך בכדורגל, ובלבד שתתמוך גם באתלטיקה.

הפירוש של ניטרליות כאי־העדפה נראה הרבה יותר מוצלח מהפירוש של ניטרליות כאי־תמיכה, אלא שגם הוא נראה מנוגד למציאות הפוליטית הרווחת. פוליטיקאים ונושאי משרות ציבוריות מחלקים את עוגת התקציב בהתאם לסדר היום שיש להם, ולא בהתאם לסקרים שיטתיים המבקשים לברר את ההעדפות היחסיות של הציבור לגבי הצריכה של טובין שונים. פוליטיקאי, כמו שר חינוך או שר תרבות, שיצהיר שכל כוונתו לשקף את ההעדפות של האזרחים בתחום שעליו הוא מופקד וכי אין לו חזון משלו, יבצע בכך התאבדות פוליטית וייתקל בבוז ובלעג. יתרה מזאת, האופן שבו גופי ממשל דנים ומקבלים החלטות בנושאים שבתחום אחריותם כמעט אף פעם איננו מוגבל להיענות גרידא להעדפות הציבור כפי שהן מתבטאות בסקרי דעת קהל.

הטיעון כאן איננו מבוסס רק על כך שבפועל פוליטיקאים ועובדי מדינה מנסים לקדם סדר יום ערכי בתחומים שעליהם הם מופקדים ושמעשית כנראה לא ניתן אחרת, אלא שברמה מסוימת זה מה שאנחנו מצפים מהם לעשות. כאשר האגף הרלוונטי במשרד התרבות צריך להחליט אילו תיאטראות לעודד או אילו הצגות לתקצב, אנו רוצים שהוא יביא בחשבון שיקולים של איכות וערך ולא רק שיקולים של ביקוש וצריכה. אנחנו מצפים ממנו לעשות מאמץ כדי להביא את ההצגות הכי טובות ולא את ההצגות הכי פופולריות. זהו טיעון חזק נגד תזת הניטרליות במובנה כאיסור העדפה. כאשר מחברים אותו עם הטיעון שפתחנו בו נגד תזת הניטרליות במובנה כאיסור תמיכה, מתקבלת ביקורת מוחצת על התזה; אין זה רציונלי לצפות מהמדינה לא לתמוך בשום תפיסת טוב, וגם אין זה רציונלי לצפות ממנה לחלק את המשאבים הרלוונטיים רק בהתאם לסקרים על אודות העדפות בצריכה.

מן הדברים דלעיל עולה שרעיון הניטרליות, העומד במרכז שיח הליברליזם הפוליטי, איננו מעשי ואיננו אטרקטיבי. אך הליברליזם הפוליטי מותקף גם מכיוונים נוספים. יש המערערים על אמינותו ומנסים להוכיח שהוא איננו ניטרלי כלל ועיקר, אלא מציע השקפה המתחרה בעמדות אחרות שכלפיהן היא מתיימרת להיות ניטרלית.⁵⁶ מאמץ ביקורתי אחר מתמקד בהפרכת ההצדקות שהציע הליברליזם הפוליטי לצורך בניטרליות. הטענה כאן היא שגם אם ניתן היה להציע דגם ניטרלי, לא הייתה כל הצדקה לכך. בעקבות הביקורת, על כיווניה השונים, נזנח רעיון הניטרליות במידה רבה בשנים האחרונות, ומעטים בלבד מוסיפים לנסות להצדיקו. במאמר שהתפרסם לפני שנים מספר כתב תומס הורקה (Hurka): "It is hard not to believe that the period of neutralist liberalism is now over".⁵⁷ מאוטנר מקדיש חלק נכבד מהספר לתיאור תפיסות שונות של ליברליזם. הוא חוזר על ההבחנה המוכרת בין ליברליזם כוללני וליברליזם פוליטי וטוען כי "ליברלים ישראלים צריכים להציע לדתיים החיים במדינה את הליברליזם הפוליטי של רולס כמסגרת משותפת לחשיבה על הסדרי היסוד שיחולו במדינה ולכינונם".⁵⁸ מאוטנר מסביר שאחד היתרונות בליברליזם זה נעוץ בכך שהוא "אינו מושתת על ערכים מרכזיים, כמו אוטונומיה ואינדיוידואליות, שהקבוצות הדתיות החיות במדינה יתקשו לקבלם".⁵⁹ על רקע תמונת המצב בשיח הליברלי שתוארה זה עתה, קשה להבין את התעקשותו של מאוטנר להציע את רעיון הקונצנזוס החופף של הליברליזם הפוליטי מבית מדרשו של רולס כמכשיר לניהול המרכז המדינתי בישראל. קשה עוד יותר להבין את ניסיונו לתאר את המודל כנקי מערכים שנויים במחלוקת. המהלך כולו נראה אנכרוניסטי ומנוגד לתובנות העומדות בבסיס גישת הרב-תרבותיות.

2. מאוטנר והמחלוקת בין שמאל וימין

ליברליזם, על כל גווניו, מבוסס על הנחות יסוד ערכיות בשאלת החיים הטובים. בכך אין כל פסול. להפך, הליברל אינו צריך להסתיר את ערכיו ולהתבייש בהם. כוחן של הנחות המוצא הליברליות ילך ויגדל דווקא אם יוצגו ויועמדו למבחן. רווח נוסף שיצמח מחשיפת הנחות המוצא הערכיות שבבסיס ההשקפה הליברלית הוא שניתן יהיה לבחון באופן עצמאי אילו מן המסקנות שמנסים דוברים שונים לשייך למחנה הליברלי אכן נובעות מאותן הנחות מוצא. לטעמי, בחינה מדוקדקת של חלק מן המסקנות הסטנדרטיות של אותם "ליברלים" לאור הנחות המוצא הליברליות תגלה שאין בין הליברליזם לבין אותן מסקנות ולא כלום. לטעמי, אחד המועמדים הבולטים להפרכה הוא הניסיון לנכס את השקפת העולם הליברל-דמוקרטית

56 ראו, למשל, Larry Alexander, *Liberalism, Religion, and the Unity of Epistemology*, 30 San Diego L. Rev. 763, 764 (1993) ("The liberalism... is itself just a sectarian view on the same level as... other views that it purports to be neutral about")

57 Thomas Hurka, *Book Review: Sher, Beyond Neutrality*, 109 Ethics 190 (1998)

58 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 312.

59 שם.

לטובת עמדות השמאל בישראל בענייני חוץ וביטחון. ניסיון זה, שגם למאונטר חלק בו, הוא לטעמי מטריד ביותר.

לאחר הבחירות לכנסת ה-18, שהתקיימו בפברואר 2009, כתב מאונטר את הדברים הבאים:

קואליציה ימנית-דתית עשויה לחוקק בשנים הבאות חוקים שיפגעו בזכויות אדם, בעיקר אלו של האזרחים הערבים. עתירות לפסילת החוקים האלה יוגשו לבית המשפט. בית המשפט ימצא עצמו בדילמה קשה: אם יפסול את החוקים, יגרום למימוש המהלכים העשויים לפגוע בו (בית משפט לחוקה ושינוי בהרכב הוועדה למינוי שופטים). אם לא יפסול את החוקים, יפתח פסיקה שמרנית, המכשירה פגיעות בזכויות האדם של אזרחי המדינה. בכך קיימת סכנה מוחשית של יצירת סטייה במהלך של פיתוח הפסיקה שמאז קום המדינה. (אכן, אם הימין הישראלי ירצה לפעול בחוכמה – מבחינתו – הוא יזום חוקים הפוגעים באזרחים הערבים. בכך יפגע הימין ב"שתי ציפורים במכה אחת": גם יפגע באזרחים הערבים וגם יפגע בבית המשפט העליון).⁶⁰

מקריאת דבריו של מאונטר מצטיירת התמונה שלפיה הציבור היהודי בישראל מתחלק פחות או יותר לשתי קבוצות – חילונית-שמאלית-ליברלית ודתית-ימנית-א-ליברלית. נניח לציר החילונית-דתיות ונתמקד בשני הצירים האחרים: שמאל-ימין וליברלי-א-ליברלי. האם באמת יש חפיפה בין שני הצירים? ניקח לדוגמה את סוגיית ה"התנתקות", כפי שכונתה בפי יוזמיה ותומכיה. הציבור בישראל אכן התפלג בסוגיה זו לפי קווי ימין-שמאל. אבל האם יהיה זה נכון לטעון שאלה שתמכו בהתנתקות פעלו כליברלים ואלה שהתנגדו לה פעלו כא-ליברלים? אני סבור שלא כך, ושניסיונו של מאונטר ליצור חפיפה בין השקפת עולם שמאלית בענייני חוץ וביטחון לבין אחיזה בערכים ליברל-דמוקרטיים איננו משכנע. אולם עצם הניסיון רלוונטי מאוד לענייננו משתי סיבות. ראשית, התלות שמאונטר מציע בין ליברליזם לשמאל ביטחוני מצמצמת מאוד את מרווח הלגיטימיות של השיח הרב-תרבותי בישראל ופוגעת במאמציו של מאונטר לעצב את כללי המשחק בישראל ברוח המציאות הרב-תרבותית. שנית, טענת התלות בין ליברליזם לשמאליות בענייני חוץ וביטחון עשויה לספק טעם נוסף לתמיכתו של מאונטר בבית המשפט העליון. התחושה הרווחת בקרב קבוצות לא זניחות בחברה הישראלית היא שבית המשפט העליון נוטה לטובת הצד השמאלי של המפה הפוליטית.⁶¹ אם אכן כך הדבר, אין זה מפתיע שמאונטר הליברל (הקושר בין ליברליזם לשמאל ביטחוני) מחזק את ידיו.

60 התייחסותו של מאונטר לתוצאות הבחירות נשלחה בדוא"ל בתפוצה רחבה. היא שמורה אצל המחבר.

61 יצוין שתחושה זו התחזקה, בין היתר, לאור פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין ההתנתקות (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' הכנסת פ"ד נט(2) 481 (2005)). ראו, למשל, רבקה יפה "שיבוט שמאלני" NRG יחדות 15.6.2005 www.nrg.co.il/online/11/ART/946/334.html

3. מאוטנר והדתיים

מאוטנר סבור אמנם שבית המשפט צריך להמשיך לשמש סוכן של השקפת העולם ה"נכונה", אך הוא גם מביע דאגה מן הניכור הקיים כרגע בין בית המשפט לבין הקבוצה היהודית-דתית, ניכור המתבטא למשל בכך ש"מאמצע שנות התשעים החלו דוברים דתיים תוקפים בחריפות את בית המשפט".⁶² בדברו על הקבוצה הדתית, מאוטנר מבצע הפרדה ברורה בין הציבור החרדי לציבור הדתי-לאומי. מאוטנר אינו תולה תקוות רבות בציבור החרדי. הוא סבור ש"הקבוצה החרדית-אשכנזית, וכן הקבוצה המגובשת סביב תנועת ש"ס, עוונות את המשטר הדמוקרטי-ליברלי של ישראל ומתנגדות לכל תכניו של המשפט הישראלי הנוכחי".⁶³ לכן, למשל, הוא דוחה על הסף את האפשרות למנות שופטים חרדיים למערכת בתי המשפט של המדינה.⁶⁴ גישתו כלפי הציבור הדתי-לאומי שונה. הוא מציין ש"דתיים ציוניים מקבלים על עצמם ערכים חשובים של הליברליזם ושל התרבות המערבית בכללותה",⁶⁵ ולכן חשוב לשתף פעולה עם ציבור זה ולעודד את הגורמים המתונים בקרבם. מאוטנר טוען כי "על בית המשפט ותומכיו לנקוט צעדים שיביאו לקירובם של ציונים דתיים לבית המשפט ולמניעת הניכור שבינם ובין".⁶⁶

דרך אחת שמאוטנר מציע להפחתת הניכור ולהידוק הקשר עם הדתיים הלאומיים היא מעורבות של ליברלים חילוניים בפיתוח ההלכה בכיוונים רצויים: "ליברלים ישראלים צריכים לסייע לפיתוחן של מגמות בהלכה היהודית של זמננו, העשויות להוביל לצמצום הפערים ולהקטנת המתחים בין הקבוצה היהודית-חילונית ובין הקבוצה היהודית-דתית החיות במדינה".⁶⁷ דרך אחרת לקירוב הדתיים, שעליה מאוטנר ממליץ, היא "הגדלת מקומו של המשפט העברי בפסיקה".⁶⁸ שילוב המשפט העברי בפסיקה מתחייב לדעת מאוטנר גם מן "הציווי של האקספרסיביות", שלפיו—

המדינה הרב-תרבותית צריכה לחתור לכך שלא תמצא קבוצה תרבותית חשובה שבאופן מתמשך תפיסותיה הנורמטיביות אינן באות לידי ביטוי בהסדרי המדינה.⁶⁹ ... הציווי של האקספרסיביות מחייב אפוא מהלך שיביא לשילוב של תכנים מהמשפט העברי במשפט הנוצר ומופעל על ידי בתי המשפט של המדינה באופן משמעותי יותר.⁷⁰

62 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 218.

63 שם, בעמ' 290.

64 שם, בעמ' 340.

65 שם, בעמ' 339.

66 שם, בעמ' 225-226.

67 שם, בעמ' 319.

68 שם, בעמ' 226.

69 שם, בעמ' 334.

70 שם, בעמ' 336.

בצד התמיכה של מאוטנר בשילוב מסוים של המשפט העברי בפסיקה, הוא מזהיר מפני הסכנה הכרוכה לדעתו בשילוב מוגזם. הוא מציין שיש אמנם גישות התומכות ב"הפעלה נרחבת של המשפט העברי במשפט הישראלי" בטענה שהדבר יסייע "להרחיב את אופקיו של המשפט הישראלי מעבר לתכנים של המשפט האנגלו-אמריקאי".⁷¹ אולם לדעתו, מחויבות יתר של בתי המשפט למורשת של המשפט העברי עלולה להחליש את "המחויבות של בתי המשפט לתרבות הפוליטית הליברלית".⁷²

כיצד יש להעריך את הצעתו המסויגת של מאוטנר? תחושתו היא שמאוטנר רואה בהצעתו צעד גדול קדימה. אולם לטעמי, ספק אם ימצאו רבים במחנה הדתי-לאומי שההצעה תחסיר פעימה מלבם. שני טעמים עומדים בבסיס הערכתי זו. ראשית, להבנתי, הניכור בין הדתיים הלאומיים לבין בית המשפט העליון אינו נובע ממיעוט השימוש שעושה האחרון במקורות המשפט העברי בתחום דיני הממונות, אלא מהגישה שהוא מציג בשני עניינים אחרים – חוק וביטחון ודיני איסורים. כידוע, רוב הציבור הדתי-לאומי ממוקם היום מן המרכז וימינה. כשם שהימין כולו חש ניכור מבית המשפט, כך גם החלק האמוני שלו. נוסף על כך, כפי שצינתי לעיל, מאז חקיקת חוקי היסוד, בית המשפט העליון מכרסם באופן שיטתי בסטטוס-קוו בתחום דיני האיסורים. הזכרתי כדוגמאות את נושאי יבוא הבשר הקפוא, איסור הונאה בכשרות ומכירת חזיר. לאלה ניתן להוסיף את מעורבותו של בית המשפט בנושא גיוס בחורי ישיבות,⁷³ חוק השבות,⁷⁴ תפילת נשים בכותל המערבי,⁷⁵ הכרה בזוגיות חד-מינית⁷⁶ ועוד. בתי משפט נמוכים מפנימים גישה זו ומטפלים בעניינים נוספים, כמו חוק חג המצות⁷⁷ וחקיקת השבת. אינני מניח שמאוטנר מציע לבית המשפט לצמצם את מעורבותו בשאלות אלה. להפך, מאוטנר ודאי תומך בהתלהבות בהמשך המגמה המתוארת של עיצוב המרחב הציבורי בישראל בידי בית המשפט העליון ברוח הערכים שאיתם הוא מזדהה.

הטענה שהציבור הדתי-לאומי חש מנוכר מבית המשפט בשל מדיניותו של האחרון בענייני דת ומדינה מקבלת חיזוק מדברים שמאוטנר עצמו אומר. מאוטנר מציין שהציבור הציוני-דתי והחרדי נבדלים ביחסם למדינה. מהבדל זה נגזר בעבר הבדל גם בציפיות של כל מגזר בתחום יחסי דת ומדינה. בהכללה גסה: הציבור הלא ציוני התמקד באינטרסים הקהילתיים שלו, ואילו הציבור הציוני ניסה להשפיע גם על אופייה הכללי של המדינה

71 שם, בעמ' 337. מאוטנר מפנה לחנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה 165 (דניאל גוטווין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).

72 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 339.

73 בג"ץ 3267/97, 715/98 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998); בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006(2) 1559 (2006).

74 בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721 (2000).

75 בג"ץ 257/89, 2410/90 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265 (1994); בג"ץ 3358/95 הופמן נ' מנכ"ל משרד רוה"מ, פ"ד נר(2) 345 (2000); דנג"צ 4128/00 מנכ"ל משרד רוה"מ נ' הופמן, פ"ד נז(3) 289 (2003).

76 בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק-על 2006(4) 1725 (2006).

77 תפ (י-ם) 4726/07 מדינת ישראל נ' טרמינל טווינטי וואן בע"מ, תק-של 2008(2) 450 (2008).

ולשוות לה צביון "יהודי".⁷⁸ לכן, מציין מאוטנר – אף על פי שבני הקבוצה הציונית-דתית קרובים יותר למסורת המערבית, ולפיכך יוכלו להשתלב בקלות רבה יותר מן החרדים במערכת משותפת עם החילונים – "דווקא בני הקבוצה הדתית-הציונית יתקשו... לקבל את ההבחנה של רולס בין הספרה הפרטית לספרה הציבורית".⁷⁹ אם מאוטנר צודק, הדבר מחזק את טענתי שהניכור שחש הציבור הדתי-לאומי כלפי בית המשפט נובע במידה רבה מתפיסתו את בית המשפט כבר-פלוגתא (לא לגיטימי) בשאלת עיצוב המרחב הציבורי במדינת ישראל. אגב, חשוב להוסיף, כי נדמה שבשנים האחרונות חל שינוי שמחייב ניתוח מורכב יותר. לתחושת, שאותה לא בדקתי לעומק, הציבור החרדי החל נוטל חלק פעיל במאבק על דמותה של הספרה הציבורית, ואילו הציבור הציוני מנמיך פרופיל בתחום זה. לדוגמה, נושאי הדגל במאבק בעניין המשחן לפני שנים מספר היו דווקא החרדים.⁸⁰ נראה שגם בשאלת החזיר המגמה דומה, המעורבות של החרדים גוברת ואילו מעורבותם של הציונים-דתיים הולכת ונחלשת.⁸¹ מעניין לבדוק את נכונות הטענה ואם תמצא נכונה, לנסות להסבירה.⁸² מכל מקום,

78 שאיפה זו אפיינה את רוב הציבור הדתי-לאומי, אך לא את כולו. להבחנה בין זרמי משנה בקרב ציבור זה ראו גדעון ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" עיוני משפט כה 189, 210-212 (2001) (להלן: "שני תלמידי חכמים").

79 משפט ותרבות בישראל, לעיל הערה 1, בעמ' 315.

80 ראו, למשל, אבירמה גולן ויאיר שלג "יהדות התורה לברק: נעזוב הקואליציה אם המשחן יעבור" *הארץ* 26.8.1999, א1. גם בעניינים נוספים הציבור החרדי הפך לנושא הדגל. ראו, למשל, נטע סלע "רבנים נגד גאוה: 'נחסום המצער בגופנו'" *ynet* 3.7.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3270695,00.html (מצער הגאוה); נטע סלע "הרב אלישיב: שאל-על לא תתעסק עם השבת" *ynet* 1.12.2006 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3334879,00.html (טיסות בשבת); רנית נחום-הלוי "לא למאכלי טריפה בפסטיבל האוכל" *חדשות MSN* 9.5.2005 news.msn.co.il/news/Internal/Internal/200505/20050509165500.htm (אוכל כשר בפסטיבל האוכל בתל אביב).

81 ראו, למשל, טל רוזנר "בג"ץ: לאפשר מכירת בשר חזיר בשכונות בהן הרוב תומך" *ynet* 14.6.2004 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2931727,00.html (אלי ישי מש"ס ומאיר פורוש מיהדות התורה מגנים את ההחלטה, ואילו שאול יהלום מן המפד"ל חושב שההחלטה סבירה).

82 לדעת מאוטנר, בקרב דוברים של הציונות הדתית ניכרת בשנים האחרונות מגמה של נכונות לשיתוף פעולה אינטלקטואלי, חברתי ופוליטי עם הציבור החילוני, מתוך התייחסות שוויונית והכרה בערך התרבות של הציבור החילוני. ראו, למשל, מנחם מאוטנר "שנות התשעים – שנות ההתקרבות?" עיוני משפט כו 887 (2003); מנחם מאוטנר "יחסי יהודים חילונים ויהודים דתיים – לקראת התקרבות?" *דברים ושברי דברים – על יהדותה של מדינה דמוקרטית* 205, 547 (אביעזר רביצקי וידידיה צ' שטרן עורכים, 2007). אם מאוטנר צודק, הדבר יכול לספק טעם אחד להיחלשות ההתעקשות של הציבור הדתי-לאומי על "חקיקה דתית". הסבר אפשרי אחר, אופטימי פחות, עשוי להתבסס על ההתמקדות של הציבור הדתי-לאומי בענייני התיישבות, בעיקר מעבר לקו הירוק. ריכוז המאמץ בחזית ההתיישבות מחייב הורדת פרופיל בחזית של ענייני דת ומדינה. הסבר שלישי, אופטימי עוד פחות, יתלה את שינוי הגישה של המחנה הדתי-לאומי במגמת הסתגרות ואבדן תקווה ביחס לסיכוי להשפיע על הציבור החילוני ועל הפרהסיה במדינת ישראל. להסבר אפשרי לשינוי בגישה החרדית ביחס לענייני דת ומדינה (אם אכן התרחש שינוי כזה) ראו גדעון ספיר "גיוס בחורי ישיבות לצה"ל – הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים" *צבא, חברה ומשפט* 217, 242 (דפנה ברק-ארז עורכת, 2002). הוגי הדעות החרדיים הבולטים טרם גיבשו או הציגו משנה אידאולוגית-תאולוגית שלמה

אם הטענה נכונה, יוצא שכרסום בית המשפט בסטטוס-קוו איננו הסיבה המרכזית להתגברות הניכור של הציבור הדתי-לאומי כלפי בית המשפט.

הטעם השני לספק שיש לי לגבי התועלת שתצמח מהדגשת השילוב של המשפט העברי בפסיקותיו של בית המשפט לצמצום הניכור בין מוסד זה לבין הציבור הדתי נעוץ בכך שלהערכתי חלק ניכר מהציבור הדתי-לאומי כלל אינו מייחס חשיבות לשילוב המשפט העברי במשפט המדינה. אינני אומר שלא יהיו דתיים שיחושו קורת רוח למקרא אזכור חיובי של מקור הלכתי בפסק דין של בית המשפט העליון. עובדה היא שחוקרי משפט עברי דתיים טרם נרגעו מהתלהבותם למקרא דברי תמיכה מפורשים של חוקר חילוני בחקר דיני הממונות של המשפט העברי והשוואתם למשפט המערבי.⁸³ אבל ההנחה ששילוב כלשהו של המשפט העברי בפסקי הדין – אם שילוב כזה אפשרי בכלל, שהרי רוב השופטים כלל אינם מסוגלים לפתוח דף גמרא בכוחות עצמם – ייחשב בעיני הציבור הדתי-לאומי כצעד בונה אמון מצד בית המשפט נראית בעיני, במצב היום, מופרזת ביותר.

בעימות שנגלל מעל דפי כתבי עת שונים עוד לפני כארבעה עשורים, נחלקו שני חכמי משפט ציוניים-דתיים, מנחם אלון ויצחק אנגלרד, בשאלה אם לשילוב המשפט העברי בתחום דיני הממונות יש ערך כלשהו מנקודת מבט דתית. אלון סבר שלשילוב כזה יש ערך דתי מסוים, וזאת משני טעמים. ראשית, הסביר אלון, "מבחינת השקפת עולמה של ההלכה נוח ורצוי שסכסוך בין שני צדדים יבוא על פתרונו לפי התוכן והצדק שבשולחן ערוך, מאשר לפי הוראותיה של מערכת משפטית אחרת",⁸⁴ וזאת אפילו אם הצדדים, כמו גם השופטים המכריעים ביניהם, אינם מכירים בערכו הנורמטיבי של הדין הדתי. שנית, לדעת אלון "הדרך הראשית להחייאת המשפט העברי ולהחזרתו לחיי המעשה היא על ידי קליטתו המחודשת במערכת המשפטית של המדינה העברית. רק בדרך זו יחזור המשפט העברי להתמודד עם הבעיות שהזמן גרמן, ורק מתוך התמודדות זו תופח בו מחדש רוח רעננה ומשיבת נפש, שיש עמה תסיסה של יצירה".⁸⁵

אנגלרד חלק על אלון. הוא הסביר כי קליטתו של הדין הדתי על ידי המדינה פירושה הפיכתו לחוק של המדינה תוך חילונו. אנגלרד הסכים שניתן היה להכשיר שרץ זה "לו היתה מצליחה החקיקה החילונית להביא לידי הנהגת החיים על פי הוראות ההלכה", שאז היה

לגיבוי המעורבות המעשית המלאה של החרדים בחיים הציבוריים. אולם נתון זה אין בו כדי לטשטש את העובדה שחלק ניכר מן הציבור החרדי במדינת ישראל, גם אם איננו סבור שלמדינה ערך דתי, רואה את עצמו כיום חלק בלתי נפרד ממנה ורוצה בהמשך קיומה. ראו גם אביעזר רביצקי *הקץ המגולה ומדינת היהודים – משיחיות, ציוניות ורדיקליזם דתי בישראל* 248-223 (1993).

ראו דגן, לעיל הערה 71.

מנחם אלון *המשפט העברי* כרך ג 1604 (מהדורה 3, התשמ"ח). ראו גם מנחם אלון "המשפט העברי במשפט המדינה" *הפרקליט* כה 27, 48 (התשכ"ט).

המשפט העברי, לעיל הערה 84, בעמ' 1605, וראו גם בעמודים 1631-1635; המשפט העברי במשפט המדינה, לעיל הערה 84, בעמודים 52-53; מנחם אלון "המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד?" *דעות* י 16, 22 (התשי"ט).

"הפסד החילון הפורמלי... יוצא בשכר התוצאה הרצויה".⁸⁶ דא עקא, לדעתו של אנגלרד "מן הנמנע כי בתחום דיני הממון... מעשה החקיקה של המחוקק החילוני יביא אי פעם ליד השלטת ההלכה במציאות הקיימת".⁸⁷ דיני הממונות ההלכתיים נקלטים קליטה סלקטיבית בלבד על ידי המחוקק ומשתלבים לתוך מערכת הנורמות הכללית תוך הרכבת הדין החילוני הקיים על ההוראות הדתיות, והכול על ידי שופט חילוני שאיננו מצויד כראוי לדיון ההלכתי, נעדר סמכות הלכתית להכרעה ומפעיל בדרך הטבע מערכת שיקולים השונה שוני מהותי משיקוליו של שופט-פוסק הלכה דתי. במצב דברים זה אך טבעי הוא שההכרעה בשאלה קונקרטית זו או אחרת לא תהא זהה לזו שאליה היה מגיע גוף רבני אשר היה פוסק על טהרת ההלכה. חולשתו של הטיעון השני שמעלה אלון, שלפיו קליטת המשפט העברי במשפט המדינה תצמיח תועלת למשפט הדתי עצמו, נעוצה באותו עניין עצמו. אם מערכת המשפט הישראלית שלתוכה יושר המשפט העברי היא בבחינת אדמה זרה, ואם כפועל יוצא מכך יהיו הגידולים שיצמחו מהשרשה כזאת לכל היותר בבחינת גידולי כלאיים, לא ברור באיזה אופן יחזור המשפט העברי לחיי המעשה.

במאמר שפורסם לפני שנים מספר,⁸⁸ הוספתי על דבריו של אנגלרד וטענתי ששילוב המשפט העברי במשפט המדינה לא רק שלא יקדם את החייאת המשפט העברי, אלא אפילו יסיג אותה אחור. הצעתי להסביר ברוח זו את האיסור שהטילו פוסקי הלכה בני זמננו, ובראשם הרב עובדיה יוסף, על פנייה בענייני ממונות לבתי המשפט של מדינת ישראל, תוך זיהויים של בתי המשפט הישראליים כ"ערכאות של גויים"⁸⁹ שההתדיינות בפניהן אסורה מבחינת ההלכה.⁹⁰ את מלחמתו של הרב עובדיה יוסף ושל רבנים אחרים⁹¹ ניתן כמובן

86 יצחק אנגלרד "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית" המשפט העברי ומדינת ישראל 110, 118 (יעקב בוק עורך, התשכ"ט).

87 שם.

88 שני תלמידי חכמים, לעיל הערה 78, בעמ' 207-208.

89 ראו שו"ת יחוה דעת, חלק ד סימן סה ("לפי ההלכה על פי תורתנו הקדושה... אסור בהחלט לדון בדיני ירושות ונחלות וכן בדיני ממונות אלא על פי התורה שהיא נצחית ולא תשתנה בשום זמן ח"ו... ולכן איסור חמור הוא להתדיין בכל הדינים האלה בפני ערכאות ששופטים לפי חוקות הגויים, אשר עליהם נאמר ומשפטים כל ידעום. ואין כל הבדל בזה בין כשהשופטים גויים, לבין כשהשופטים יהודים הדנים על פי חוקות הגויים, שלא כדין התורה"). לא במפתיע חולק אלון על עמדה זאת וסבור כי איסור ערכאות אינו חל על בתי המשפט במדינת ישראל. ראו המשפט העברי, לעיל הערה 84, בעמ' 1605-1607. לדעה דומה ראו יעקב בוק "בתי המשפט בישראל – האמנם 'ערכאות של גויים'?" תחומין ב 523 (התשמ"א). עמדתו של אלון משמשת מטרה לביקורת נוקבת מצד רבנים, ביניהם גם כאלה המזהים באופן מוחלט עם המפעל הציוני. ראו, למשל, יעקב אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" תחומין א 319 (התש"ס); יעקב אריאל "תשובה לתגובה" תחומין ב 528 (התשמ"א). 90 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן כו. הגם שההלכה אוסרת ליוזם הליך בפני ערכאות, היא מתירה זאת לאחר ששומר המצוות התובע הצטייד בכתב סירוב. כתב הסירוב הוא מסמך שמוציא בית הדין הרבני המצהיר שהנתבע הוזמן לדין בפני בית הדין וסירב ליישב את הסכסוך בפני ערכאה זאת. לפני כמה שנים אסר בית המשפט העליון על בתי הדין הרבניים להוציא כתב סירוב, בקובעו שהדבר מצוי מחוץ למסגרת סמכותם. בג"ץ 3269/95 כ"נ נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590 (1996).

להסביר בנימוקים הלכתיים טהורים. אך אני הצעתי שלפסיקה בעניין נלווה גם טעם מטא־הלכתי. הרבנים מבינים היטב שהדרך היחידה לשמור על חיוניותה של ההלכה בתחום דיני הממונות היא בעימותה עם השאלות שמציבה המציאות המשתנה. אולם בניגוד לאלון, הרבנים סבורים שפנייה מסיבית מצד שומרי מצוות לבתי המשפט האזרחיים תוביל לניווט של ההלכה בתחומים אלה ולא לפיתוחה, שהרי הדבר יגרום למיעוט ההתדיינויות בתחומי המשפט הפרטי בפני ערכאות הלכתיות. את איסור הפנייה לבתי המשפט האזרחיים הצעתי אפוא לפרש כאמצעי שנועד לחזק את כוחם של בתי הדין הרבניים ולאפשר להם לעסוק בפיתוח ההלכה בתחומי המשפט הפרטי.⁹²

בשנים האחרונות התחולל שינוי המצביע לדעתי על התחזקותו של המחנה המצדד באנגלרד בוויכוח שלו עם אלון. כידוע, מאז קום המדינה ועד לאחרונה, בתי הדין הרבניים עסקו נוסף על ענייני אישות גם בדיני ממונות, כבוררים. אולם בפסק דין שניתן לפני כמה שנים, בית המשפט העליון אסר לחלוטין על בתי הדין הרבניים לדון בדיני ממונות והפנה את החפצים בשירותי שפיטה לפי דין תורה אל בתי דין פרטיים שאינם שייכים למערכת בתי המשפט.⁹³ במקביל, ולא ברור אם ובאיזו מידה בהשפעת פסק דין זה או באופן בלתי תלוי, הולכת וגוברת בשנים האחרונות המגמה בקרב שומרי מצוות דתיים-לאומיים לפנות לבתי דין פרטיים להסדרת מחלוקות בענייני ממונות. תופעה זו הייתה שכיחה בעבר בעיקר בקרב הציבור החרדי, אך כאמור, באחרונה היא הופכת מקובלת גם בקרב הזרם הציוני. הביקוש לשירותים בתחום זה מביא ליצירתם של הרכבים חדשים רבים ולהקמתן של כמה מערכות מאורגנות של בתי דין פרטיים.⁹⁴ קיצורו של דבר, נדמה לי שחזון השילוב של המשפט העברי במשפט המדינה איבד את הקסם שהיה לו בעיני הציבור הדתי-לאומי. חלק מן הציבור הזה מעוניין בשיפוט לפי דין תורה. הוא נזקק למערכת השיפוט הפרטית ולא נראה לי שיחדל מכך או יתרשם במיוחד אם בתי המשפט החילוניים ישבצו בפסקיהם גם מובאות מן ההלכה. חלק אחר של הציבור הדתי-לאומי אינו מוטרד מהאופי החילוני של מערכת השפיטה. הוא נזקק ללא הסתייגות למערכת בתי המשפט הרגילים ואיננו מצפה מהם לשום צעד בונה אמון של שילוב המשפט העברי בפסקי דינם.

לניתוח פסיקתו של בית המשפט ראו איסי רוזן צבי "סובייקט קהילה ופלורליזם משפטי" עיוני משפט כג 539 (2000); רות הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל" עיוני משפט כג 559 (2000).

91 בראשם ניצב החזון איש. ראו חזון איש, סנהדרין, סימן טו, סוף סעיף ד.

92 להצגה מפורטת של טיעון זה ראו מאמרי Gidon Sapir, *Can an Orthodox Jew Participate in Anything but a "Jewish Law State?"* 20 Shofar: An Interdisciplinary Journal of Jewish Studies 85 (2002).

93 בג"ץ 8638/03 סימה אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, תק-על 2006 (2) 98 (2006).

94 לתיאור התופעה ראו, למשל, טולי פיקרש "עומדים לדין" הצופה – מאמרים 2.1.2006 &gilayon=2602&=Word&id=40405&www.hazofe.co.il/web/katava6.asp?Modul=24=mador.

סיום

לפני זמן מה הצבעתי על מה שנראה כמגמה של אמריקניזציה בקרב האקדמיה המשפטית בישראל, המתבטאת בכך שחוקרים ישראלים רבים אינם מפרסמים כמעט בעברית וביחס לישראל.⁹⁵ בניסיון להסביר מגמה זו, הצעתי לקשור אותה לתופעה, המאפיינת חלק מן הציבור בישראל, שבמסגרתה חילוניות אוניברסלית תופסת את מקומה של הלאומיות המעוגנת בתרבות, בהיסטוריה ובמסורת היהודיות. טענתי שתופעה זו יכולה לספק הסבר, חלקי לפחות, להעברת מרכז הכובד אצל חוקרים רבים מן השיח הישראלי לשיח האמריקני. מי שאינו חש קשור לסממני זהות לאומיים (יהא תוכנם המדויק אשר יהא), מי שבוחר לזהות את עצמו במונחים אוניברסליים, חסר את התמריץ להשקיע את מרצו האינטלקטואלי בזירה המקומית.

מני מאוטנר הוא אחד הבולטים באקדמיה המשפטית הישראלית. הוא לימד באוניברסיטאות מובילות בחו"ל ורכש שם מוניטין, הרבה לפני שהחל הגל הגדול של נדידת משפטנים ישראלים אל מעבר לים. ניתן אפוא להתברך בעובדה שממרום מושבו הוא מגלה בכל זאת אכפתיות ומעורבות במתרחש כאן בארץ. אני שותף לדאגה הכנה שמאוטנר מביע ביחס לתהליך הפרגמנטציה שעובר על העם בישראל, אך כפי שעולה מרשימה זו, אינני יכול להצטרף לפתרונות שהוא מציע. מאוטנר מצביע על המאפיינים הרב-תרבותיים של מדינת ישראל ומציע שורה של צעדים המתבקשים להבנתו מן המצב. לטעמי, הצעותיו אינן מספקות. מחויבות אמתית לרב-תרבותיות פירושה לא רק נכונות לאפשר לכל קבוצה לעצב את המרחב הפרטי שלה כהבנתה, אלא גם הבנה שהמרחב הציבורי איננו יכול ואיננו צריך להישאר ניטרלי ושהפתרון של הליברליזם הפוליטי איננו יכול להיחשב כקביל על הכול, אפילו לא על אלה שמקבלים את הנחות המוצא הדמוקרטיות. כמו כן בעייתי בעיני הניסיון של מאוטנר לגזור מהמחויבות לליברליזם מסקנות בלתי הכרחיות בענייני חוץ וביטחון או דת ומדינה. אך חוסר ההסכמה הבסיסי ביותר שלי עם מאוטנר הוא בשאלת מקומו של בית המשפט במשחק הפוליטי. חרף הביקורת הטקטית שהוא משמיע כלפי בית המשפט, מאוטנר היה ונותר תומך נלהב של מעורבות בית המשפט בעיצוב התרבות והערכים הציבוריים במדינת ישראל. אני, לעומת זאת, סבור שהמקום הראוי לבירור מחלוקות בענייני ערכים (לרבות מחלוקות בדבר המתבקש מאימוץ הנחות מוצא ליברליות) היה ונשאר הזירה הפוליטית. בית המשפט יכול לסייע בהליך הבירור, אבל המילה האחרונה צריכה להיאמר על ידי המחוקק. מנקודת מבטי, כוונתו של מאוטנר רצויה, אך מעשיו אינם רצויים.

95 ראו ביקורת ספרים, לעיל הערה 15.