

# אהרן ברק - אבי המהפכה החוקתית-חילונית

## ד"ר חיים שיין\*

נשיא בית המשפט העליון של מדינת ישראל, אהרן ברק, הנו דמות מפתח בהבנת התהליכים המרכזיים העוברים על החברה הישראלית מזה שני עשורים. ישנן מעט מאוד דוגמאות בהיסטוריה של המשפט שבהן שופטים, במהלך תקופת כהונתם, הגיעו לעמדות השפעה כה מכריעות על דמותה ואורחות חייה של החברה בה פעלו.

מאמר זה בא לבסס את התיזה כי השופט ברק הנו אסטרטג חברתי. אסטרטג שיש לו סדר יום (אג'נדה בלע"ז), תוכנית פעולה וכוונה ליישמה, תוך הפיכת בית המשפט לזרוע ביצועית בשירות סדר היום אותו קבע השופט ברק.

בבסיסה של האסטרטגיה הפיכת מדינת ישראל למדינה ליברלית חילונית המקדשת את זכויות האדם ומעמידה אותן במרכז מדינת ישראל כמדינת כל אזרחיה. לשם הגשמת האסטרטגיה פועל השופט ברק "לפרק" את מדינת ישראל מהמשמעות הנורמטיבית של יהדותה, ולתחום את יהודיות המדינה בשורה של סמלים וסממנים לא מחייבים.

במאמר זה נדונה האסטרטגיה והוצגו שיטות הפעולה של השופט ברק, בהקשרים המשפטיים, החברתיים, הפוליטיים והאקדמיים.

**א. הקדמה**

**ב. חיי ברק**

**ג. חזון מבריק**

**ד. בית המשפט העליון - ברק ורעם**

**ה. על הפרכת הרשויות**

**ו. בית המשפט וערכי החברה הישראלית**

**ז. ממדינה יהודית למדינת כל אזרחיה**

**ח. אחרית דבר**

---

\* הרב ד"ר חיים שיין, עו"ד הנו מרצה בכיר לפילוסופיה של המשפט במכללת "שערי משפט" בהוד השרון ובמכללה האקדמית נתניה. מחבר הספרים: "על הצדק במשפט", "ולא נעזבנה - על איסור הירידה מארץ ישראל בספרות ההלכה", "אור חדש - עיונים בהלכה" (שני כרכים), ו"אדם חברה ומשפט" בהגותו של רבי עובדיה ספורנו.

אהרן ברק, הנשיא השמיני של בית המשפט העליון,<sup>2</sup> הנו מהדמויות המרתקות, המשפיעות והמוכשרות ביותר בישראל. שילוב נדיר של משפטן מעולה, איש חזון ומעש המשלב יצירתיות, העזה ונחישות. אדם בעל רגישות, מעורבות ואחריות חברתית. לעתים רחוקות ובמקרים נדירים ביותר נושא משרת שפיטה מגיע לעמדת השפעה ייחודית, מהותית ומכרעת על חייה של חברה שלמה, כאותה עמדה אליה הגיע השופט ברק. אדוארד טלר, פיזיקאי נודע וממציא, היה נוהג לומר: "אלברט אינשטיין היה גאון, ואחריו הכל יחסי". אינני יודע מהו המדד המדויק לגאונות, אך אין ספק כי היקף יצירתו של השופט אהרן ברק בכל תחומי המשפט, מזכים אותו בוודאות בתואר "עילוי". חידושו, עמקותו ועיונו מעמידים אותו כראש וראשון למשפטני ישראל, וכאחד המומחים החשובים בעולם למשפט מסחרי ופרשנות משפטית. החיבור שבין הוגה ויוצר משפטי עם עבודת שפיטה פעילה, במדינה שרוב אזרחיה הם נשאים של הגן המתדיין,<sup>3</sup> מאפשרים לו יישום ובחינה של תיאוריות משפטיות וחברתיות.<sup>4</sup> פעילותו השיפוטית והעיונית, המקיפה תחומי משפט רבים ומגוונים, מציבה את השופט ברק בשורה אחת עם השופטים אוליבר וונדל הולמס,<sup>5</sup>

- 1 מאמר זה הנו חלקו השני של מחקר העוסק במנהיגיהם של שתי המהפכות החשובות המטלטלות את החברה הישראלית בשני עשורים. "המהפכה הספרדית" ולאחרונה יש מכנים אותה "המהפכה הרוחנית" המונהגת על ידי הרב עובדיה יוסף, ו"המהפכה החוקתית" המונהגת על ידי השופט ברק. המהפכה הספרדית נדונה במאמרי "הרב עובדיה יוסף-עטרה ישנה חדשה" בקרבי אקדש (תשס"ג) 1994. ברצוני להודות לד"ר חמי בן גון ולמשה הרשקוביץ ממכללת שערי משפט על הארותיהם והערותיהם.
- 2 קדמו לו בכהונה משה זמורה, יצחק אולשן, שמעון אגרנט, יואל זוסמן, משה לנדוי, יצחק כהן ומאיר שמגר. על בית המשפט העליון ושופטיו ראו א' רובינשטיין שופטי ארץ (תש"ם); י' אולשן דין ודברים (תשל"ח); פ' להב ישראל במשפט - שמעון אגרנט והמאה הציונית (תשנ"ט); ג' ברזילי, א' יוכטמן - יעד, ז' סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד); פ' להב "העזו והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479.
- 3 ח' שיין ונ' שיין "גישור ישראלי ופשרה יהודית" שערי משפט ג (תשס"ב) 111, 117. על יצר ההתדיינות ראו א' ויתקון משפט ושיפוט 111 (1988). על העומס הכבד המוטל על בתי המשפט ראו בג"צ 14/98 נחום מנבר נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 97, 103-102. על המספר המדהים של התיקים המוגשים לערכאות המשפטיות השונות בישראל ראו הרשות השופטת במדינת ישראל (דין וחשבון לשנת 2001 לפי חוק חופש המידע התשנ"ח 1988, מטעם הנהלת בתי המשפט).
- 4 בדנג"צ 4601/95 רוסטי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 398 (1154, 1156 מבהיר השופט אהרן ברק כי עולם המשפט הישראלי עבר שינוי מפליג "איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט". בעניין זה ראו א' ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475-479, 478.
- 5 אוליבר וונדל הולמס (1841-1935) פרופסור למשפטים באוניברסיטת הרווארד. עיסוקו האקדמי היה בתחום המשפט החוקתי והמשפט המקובל. בשנת 1902 נתמנה לכהן בבית המשפט העליון בארצות הברית וכיהן בו עד פרישתו בשנת 1932 בגיל 91. בבית המשפט העליון תמך במגמות ליברליות סוציאליות מתוך דאגה עמוקה לזכויות הפרט ורווחת העובד. מבחינתו החוקה האמריקאית הינה בעלת משמעות דינמית המאפשרת פרשנות חדשנית על מנת להתמודד עם מציאות משתנה ללא הרף. בפסקי דין רבים היה בדעת מיעוט ביחד עם השופט ברנדייס, כעבור שנים רעיונותיו התקבלו ויושמו בעיקר על ידי הנשיא פ"ד רווולט. על פועלו של השופט ראו M. Lerner *The Mind and Faith of Justice Holmes* (Boston, 1943).

לואי דמביץ ברנדייס<sup>6</sup> ופליקס פרנקפורטר<sup>7</sup> מגדולי השופטים של בית המשפט העליון בארצות הברית בכל שנות קיומו.

במחקר זה אינני מתכוון לדון במכלול יצירתו ותרומתו למשפט הישראלי של השופט אהרן ברק, או לכתוב את הביוגרפיה שלו כמשפטן<sup>8</sup>, מאמרים ומחקרים רבים נכתבו אודות חידושי המשפטיים ופעילותו השיפוטית. במאמר זה לא אבקר "פסק דין זה או אחר" של השופט ברק אלא אנסה "לחתור תחת הלגיטימיות" של המפעל כולו.<sup>9</sup> אעסוק בתכנית החזונית שלו, אבחן את פעילותו, דרכו ויעדיו בגיזרה מוגבלת אך חשובה המכונה "משפט וחברה", המטפלת באינטראקציה המתקיימת תדיר בין המשפט למציאות החברתית.<sup>10</sup> אינטראקציה משמעותית ביותר במדינת ישראל הצעירה, שבה המשפט והחברה הולכים ומתעצבים בד בבד, עקב בצד אגודל. לדעתי, המשפט במדינה המודרנית המתוקנת, אינו רק מקבץ של גורמות הנגזרות מתוך נורמה בסיסית (ה' קלסן) או שילוב של כללים ראשוניים ומשניים (ה' ל' א' הארט). המשפט מבטא מכלול שלם של אמונות, דיעות, תפיסות עולם ותיאוריות פוליטיות המקובלות בחברה (ר' דבורקין).<sup>11</sup> השופט ברק בדבריו הקדמתו לספר ברנזון אומר: "כיום מקובל עלינו כי חכמת המשפט אינה מתבטאת בזכרון מאמרים ופסקי דין. חכמת המשפט אינה שקולה כנגד פורמליזם משפטי. חכמת המשפט היא ראיית המשפט כמכלול, הבנת הכוחות הפועלים בשדה המשפט והחברה והיחסים ביניהם, והרצון להשיג בשכל הישר פתרונות צודקים".<sup>12</sup>

השינוי בהבנת מהות המשפט מעמיד את בתי המשפט במרכזה של זירת התמודדות והכרעה בין אינטרסים, תפיסות עולם וערכים, זירה שהיתה שמורה, בעבר, בלעדית למחוקקים. בתי המשפט, אינם עוד זרוע או "פה" של הרשות המחוקקת לצורך הכרעה בסכסוכים באמצעות יישום החוק ופרשנותו, אלא זרוע עצמאית, בעלת חיוניות המתאפיינת בדינמיות ובכושר תגובה מהיר להפליא. אומר השופט אהרן ברק: "השופט ממשיך להיות 'פה' אך מגרונו יוצאים קולות שאינם אך חזרה על קולות העבר, אלא קולות חדשים"<sup>13</sup> המבטאים יצירתיות שיפוטית, ובמקום אחר מדגיש השופט אהרן ברק: "המשפט לעולם אינו שוקט על שמריו, והריהו מצוי בהתפתחות

6 לואי דמביץ ברנדייס (1856-1941) היה השופט היהודי הראשון שנבחר לכהן בבית המשפט העליון בארצות הברית. לחם במונופולים ובעיוותים בתחום המסחר והצרכנות. תומך נלהב בחופש הביטוי וזכויות הפרט. שותפו של השופט הולמס בקידום רפורמות חברתיות חשובות ועקרוניות. בפעילותו הציבורית יסד את הקונגרס היהודי אמריקאי ושימש נשיא כבוד של הסתדרות ציוני אמריקה. על שמו אוניברסיטת ברנדייס במצ'סטיס וקיבוץ עין השופט בהרי אפרים.

7 פליקס פרנקפורטר (1882-1965) יליד וינה שהיגר עם הוריו בגיל 12 לארצות הברית. בשנת 1914 התמנה פרופסור למשפטים באוניברסיטת הרווארד. חרשן משפטי בהיבטים שונים של הדין הפלילי, טריבונלים מינהליים ופיתרון סכסוכי עבודה. בוועידת השלום בשנת 1919 היה יועצו של הנשיא וילסון. בשנת 1939 נתמנה לכהן בבית המשפט העליון עד לפרישתו בשנת 1962. עם פרישתו קיבל מנשיא ארצות הברית את מדליית החופש. ראה עצמו כמגן זכויות האזרחים וייסד את הליגה להגנתם. השופט פרנקפורטר היה מיוזם מאד עם חיים ויצמן ושימש כאיש קשר של ההנהגה הציונית עם הנשיא רוזוולט. על פועלו של השופט וספריו בנושא האדם והמשפט ראו P.B. Kurland *Felix Frankfurter on the Supreme Court* (Cambridge, Mass, 1970).

8 א' ברק-מבחר כתבים (ח' ה' כהן וי' זמיר עורכים, תש"ס, כרך א) 270 [להלן - "מבחר כתבים"].

9 השוו עם דברי השופט א' ברק במאמרו "הפרלמנט ובית המשפט העליון-מבט לעתיד" הפרקליט מה (2000) 5, 13.

10 ראו באריכות מ' מאוסנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג).

11 R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., 1977) 26, 35.

12 (1977) 17. השוו R. Dworkin *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass., 1985) 162.

13 א' ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט ספר היובל (1993) 512.

מתמדת. יש המתארים התפתחות זו כצעידה מתמדת קדימה, ואחרים רואים בה פעולת מטוטלת של התקדמות ונסיגה... התערבותה ההולכת וגוברת של מדינת הסעד בחיי המשק, הכלכלה והיחיד מחייבת פיתוח כלים משפטיים ומסגרות משפטיות, שיהא בהם כדי להתמודד עם האתגרים החדשים תוך מציאת איזון ראוי בין צורכי הכלל לצורכי הפרט".<sup>14</sup>

השופט ברק, אינו רק מנהיג משפטי הוא בעיקר אסטרטג חברתי, נחוש וממוקד, המודרך על ידי חזון ואמונה. מנהיג מעצב<sup>15</sup> המקדם חזון, השראה והתלהבות, מחולל רגשות ופועל להנעת הציבור להגשמה מועצמת של תפיסותיו הערכיות והמוסריות. משנתו סדורה, יעדי ברורים וברוב כשרונו יצר גם את הכלים העיוניים והמעשיים כדי להגשים את חזונו. השופט ח' כהן כותב על השופט אהרן ברק: "גם במאמריו וגם בספריו וגם בפסיקותיו באים לידי ביטוי אותם עקרונות, גישות רעיונות וחזונות שהם נר לרגליו - נר תמיד המאיר דרכו ומעשיו בעקביות הראויה להערצה".<sup>16</sup> ג' שלו מוסיפה: "תפיסתו שלמה, מגובשת, סדורה, הרמונית וחובקת הכל".<sup>17</sup> השופט אהרן ברק הנו מצביא במערכה על דמותה של מדינת ישראל, מערכה שהחלה עוד בטרם הוקמה המדינה.<sup>18</sup> כמצביא מיומן הוא מכיר היטב את מפקדיו וחייליו, מומחה לניווט בשטחים זרועי מהמורות ומוקשים ובעל יכולת לקבל החלטות נועזות בתנאי אי ודאות.<sup>19</sup>

התקדמותו של השופט אהרן ברק בשדה המערכה מבוססת על סדר יום, לכל עת ולכל פסיקה חפץ. לעיתים, במשך שנים מכין אהרן ברק את התשתית הרעיונית והמשפטית להשגת היעד אותו הוא רוצה להגשים, בבחינת שלח רעיונך על פני המים כי ברבות ימים תפסוק על פיו. הכנת התשתית הרעיונית יכולה להיעשות במאמר, הרצאה או פסק דין. כך היה בעניין גיוס בני הישיבות, יבוא בשר שאינו כשר ולאחרונה בהכנת התשתית להחלת כללי המשפט הציבורי על המוציאים לאור הפרטיים על מנת להחליש את שליטתם במקורות המידע של הציבור.<sup>20</sup> רגע ההחלטה שבו השופט אהרן ברק יוצר את הנורמה באמצעות פסק דין של בית משפט מבוסס על סדר היום הציבורי, האינטואיציה שלו ביחס לנכונות ומוכנות הציבור לקבל את ההכרעה

- 14 ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מ"י, פ"ד (לו) 337.
- 15 מנהיגות המכונה transformational leadership כהגדרתו של ג'יימס מקגורג ברנס אחד החוקרים החשובים בתחום המנהיגות ואפיוניה.
- 16 מדברי ההקדמה של השופט ח' ה' כהן למבחר כתבים 35.
- 17 ג' שלו "פרשנות החווה - על פרשנות החווה מאת אהרן ברק" המשפט 14 (תשס"ב) 79, 81.
- 18 י' שפירא "הפוליטיקאים החילוניים ומעמדה של הדת במדינת ישראל" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוסנר, א' שגיא, ר' שמיר עורכים, 1998) [להלן - "רב תרבותיות"] 663, 668 ואילך; י' קולת "דת, חברה ומדינה בתקופת הבית הלאומי" ציונות ודת (ש' אלמוג, י' ריינהרץ, א' שפירא עורכים 1994), 329.
- 19 בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 471. [להלן - "בנק המזרחי"] אומר השופט ברק "מצויים אנו בתקופת מעבר לא קלה של הסתגלות למבנה החוקתי החדש. קיימת אי ודאות וקיימים חששות. ניצבים סיכונים... אני משוכנע כי במשך הזמן נגבש לעצמנו, כרשות שופטת, אמות מידה להפעלת שיקול דעתנו החוקתי. חוסר הוודאות יקטן. החששות יפחתו. בניבוש הניסיון השיפוטי שלנו נפעל באובייקטיביות, בענווה ובמלא האומץ השיפוטי הנדרש".
- 20 א' ברק "על העיתונות הפרטית" עלי משפט ב (2002) 293.

החדשה,<sup>21</sup> ומערך הכוחות הפוליטי והתקשורתי העומד מול בית המשפט בסוגיה.<sup>22</sup> משהגיעה עת ההכרעה אין עוד לעצור אותה. כאסטרטג מוכן ברק לבצע לעתים נסיגה טקטית על מנת להגיע אל היעד במועד אחר או בנסיבות חילופיות. כאשר מזדמנת לו האפשרות להוציא לפועל את חזונו, אין הוא מחמיצה, השליחות שהציב לעצמו חייבת להתממש. הביקורת המוטחת בו אישית או בבית המשפט העליון בהנהגתו, למרות רגישותו הרבה, לא תסיט אותו מהיעד: "אנו שופטי ישראל נגשים את יעדנו...לא שררה אלא צניעות, לא עוצמה אלא חמלה, לא שמץ – אלא שם טוב. זה מה שיש לי. לא ניסיון לרצות את הכל – אלא עמידה על ערכים. לא כניעה לקבוצות לחץ אלא הליכה אחרי הערכי, אחרי האמיתי".<sup>23</sup>

הגשמת היעד של שופטי ישראל על פי משנתו של השופט ברק דורשת יכולות מופלגות, עוצמה ואומץ לב. בתארו את כישוריו הנדרשים של השופט אומר השופט ברק: "השופט הוא חלק מעמו, עליו להכיר את בעיות המדינה, עליו לקרוא את ספרותה, ועליו להאזין לשירה, עליו להכיר את מורשתה הדתית החברתית והתרבותית, עליו להכיר את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עליו להיות רגיש למיעוטים שבקרב המדינה ולשכבות החלשות בקרב החברה. אכן השופט הוא חלק מתקופתו, הוא בן זמנו. הוא נע עם ההיסטוריה של עמו".<sup>24</sup> השופט אהרן ברק מתאר בדבריו דמות הרקוליאנית המרכזת כישורים עילאיים של חכמה, תרבות, דת, פילוסופיה, מוסר ורגישות חברתית, כישורים התואמים את הגדרת המלך הפילוסוף האפלטוני. מי שמגדיר כך את כישוריו של השופט סובר כנראה כי "עד שיהיו הפילוסופים למלכים או המלכים לפילוסופים לא ייתמו הרעות מבני אדם".<sup>25</sup> פועלו השיפוטי – מנהיגותי של השופט אהרן ברק מבהיר כי מדובר בשופט הרואה עצמו כלוחם בשדה המערכה של תיקון החברה והמדינה ובו זמנית מנהיג הרואה לנגד עיניו חזון ואידיאל אליו יש לחתור ואתו שומה להגשים.<sup>26</sup>

השופט אהרן ברק, לשם הגשמת מטרותיו ויעדיו, אינו נמנע מלהופיע בכנסת ולהשתתף בדיוני ועדותיה, לנסות לשכנע חברי כנסת להצביע עבור יוזמות שהוא תומך בהן,<sup>27</sup> כולל שכנוע

21 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 197 "אכן האינטואיציה ממלאה תפקיד בשיקול הדעת השיפוטי. השופט הוא יצור אנושי, והאינטואיציה ממלאת תפקיד חשוב בפעולתו של כל אדם".

22 בכנס השנתי של לשכת עורכי הדין בשנת 2002 אמר הנשיא ברק "תוקפים אותנו על ימין ועל שמאל והיכולת שלנו להתגונן קטנה מאד. אנו זקוקים לחומת מגן, להגנה מהרשויות האחרות. מהכנסת, מועדת החוקה, מהממשלה, מראש הממשלה, משר המשפטים... ההגנה של עורכי הדין היא חומת המגן החשובה לנו ביותר", עורך הדין 51 (2002) 30. הנשיא ברק לא היסס לתקוף את "חומת המגן" שלו, עורכי הדין, בסוגיית המשוב על פעילות השופטים. ראו גם תפקוד שופטים: בקרה והערכה (א' דרומי עורך, 2002) 28-32. על היחס שבין בית המשפט העליון ולשכת עורכי הדין ראו על"ע 13/86 חוטר ישי נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בת"א יפו, פ"ד מא(4) 838 ממאמרו של ע' זלצברגר "קשר המשפטים הישראלי: על לשכת עורכי הדין בישראל ובעלי בריתה" משפטים לב (2001) 43, 93-84.

23 דברי השופט ברק שנאמרו בכנס השנתי הנ"ל של עורכי הדין, שם.

24 מבחר כתבים, כרך א 943. השוו 26, 35 R. Dworkin *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., 1977).

25 ח' י' רות מורה דרך בתורת המדינה (תשכ"ח) 39. בקורת על תפיסתו של אפלטון את שלטון המלך הפילוסוף, מן הראוי לעיין בה גם בהקשר לנשוא דיונו, K. R. Popper *The Open Society and Its Enemies* (Princeton, N.J., 1966) Vol.1, 138-156.

26 "הצרה היא שבהיותך מנהיג עליך לחשוב נכונה, עליך לנהוג בתבונה, ובסופו של דבר חומקת לה שעת הכושר ועליך להרהיב עוז ולהחליט" ו' גולדינג בעל זבוב (תשכ"ה).

27 ביום 8.5.01 הופיע אהרן ברק בפני חברי ועדת החוקה, חוק ומשפט בכנסת וביקש מהם לתמוך בהגדלת סמכויות בית משפט השלום לביורר תביעות עד לסכום של 2.5 מיליון שקל כחלק מרפורמה כוללת בסמכויות בתי המשפט.

חברי כנסת מסיעה שמנהיגה עמד לדין, ועניינו נדון גם בפני השופט ברק עצמו. ביטוי בולט למעורבותו התגלתה סביב קידום הרפורמה בעבודת בתי המשפט והמאבק הבלתי מתפשר שלו נגד הקמת בית המשפט לחוקה.<sup>28</sup> השופט ברק מעורב מאד במינוי השופטים ובעיקר אלו המתמנים לערכאות גבוהות. עקב החשיבות שהוא רואה במינוי שופטי בית המשפט העליון הוא משתדל להגיע להסכמים מוקדמים עם שר המשפטים על מנת להבטיח את המינויים שהוא חפץ ביקרם,<sup>29</sup> תוך הפיכת מליאת הוועדה למינוי שופטים לחותמת גומי.<sup>30</sup> המסר האחיד והפמיליאריות הנושבת מכותלי בית המשפט גררה מטבע לשון שלפיה "חבר מביא חבר" לבית המשפט העליון.<sup>31</sup> הדין של השופט ברק בתחומים המרכזיים של חיינו הציבוריים הנם כלי נשק ומגדלורים אסטרטגיים בשדה המערכה של המאבק על כבוד האדם ודמותה של החברה הישראלית. השופט ברק הנו אידיאולוג ורפורמטור חברתי הרואה במשפט ובבית המשפט העליון מכשיר חינוכי-ערכי להגשמת מהפכה חברתית ופוליטית שמסיבות מובנות הוא מעדיף לכנותה "מהפכה חוקתית". המהפכה החוקתית החלה לדידו של השופט אהרן ברק בשנת 1992 עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. "שני חוקי יסוד אלה חוללו מהפכה במעמד המשפטי והחוקתי של זכויות היסוד בישראל... מכוחה של המהפכה חוקתית זו חל שינוי מהותי במעמדן של חלק מזכויות היסוד של האדם בישראל, הן חדלו להיות אך זכויות... והפכו להיות ליכויות 'הכתובות עלי ספר' והנהנות ממעמד חוקתי עדיף".<sup>32</sup> המהפכה החוקתית אינה אלא שלב אחד,

---

28 מאמציו של השופט ברק נשאו פרי ובסופו של מאבק קשה הוסרו הצעות החוק בעניין הקמת בית משפט לחוקה ברוב של 59 מול 37.

29 ה' מגן מביאה בעיתון גלובס מיום 11.7.02 ציטוטים מדברי הנשיא אהרן ברק בפני המועצה הארצית בלשכת עורכי הדין "אם שר המשפטים רוצה לדבר איתי לפני ישיבת עבודה, אנו מקיימים בינינו דיון ובדרך כלל יש בינינו הסכמה..." באשר לתקופה שבה היה צחי הנגבי שר המשפטים "לא תמיד הסכמנו. היו מקרים שאני ויתרתי לו והיו מקרים שהוא ויתר לי...אני אף פעם לא עושה 'שירקעס' עם אף אחד". חשוב לזכור כי במדינה שבה שרי משפטים וחברי כנסת נחקרים ועומדים לדין בפני בתי המשפט אין צורך במאמץ גדול כדי להגיע להסכמות.

30 חברי הוועדה למינוי שופטים ביקרו קשות ובחריפות את ההסכם המוקדם אליו הגיעו שר המשפטים מאיר שטרית והנשיא ברק בעניין המינוי של השופט אדמונד לוי והשופטת אילה פרוקצ'יה לבית המשפט העליון. לוי נתמך על ידי שטרית ופרוקצ'יה על ידי ברק. ה"דילים" הנרקחים סביב מינוי שופטים בישראל אינם מביישים אף אחת מוועדות המינויים של המפלגות בישראל בטרם עידן הדמוקרטיזציה שלהן. ח"כ מיכאל איתן חבר הוועדה למינוי שופטים אומר בראיון לעיתון ידיעות אחרונות מיום 28.11.02 "ישראל היא המדינה היחידה בעולם שבה לשופטים יש שליטה טוטאלית בתהליך מינוי השופטים...השיטה הזו גורמת לכך שהרכב בית המשפט הוא הומוגני- חבר מביא חבר. העיקרון הבסיסי שעל פיו פועלת הוועדה היא פרוטקציה. היכרות וקשרים המופעלים על חברי הוועדה וגם עלי".

31 "נפגעת כל כך עד עמקי נשמתה כשהיה מי שאמר: חבר מביא חבר", שם. הביטוי חבר מביא חבר יסודו בביקורת של עורכי דינים וחברי כנסת המקורבים לוועדה למינוי שופטים.

32 "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א' (1992) 9, 12.

אם כי חשוב במהפכה הגדולה, שהוא מייעד לחברה ולמדינה בישראל.<sup>33</sup> המציאות הביטחונית העכשווית, קרי מתקפת טרור פלשתיני חסרת רחמים וחמלה אנושית, משהה את ההכרעה על דמותה של המדינה, ומסיטה את תשומת הלב לנתיבים אחרים. אשר על כן ספק אם היא תושלם במהלך הקדנציה של ברק כנשיא בית המשפט העליון. להבדיל מפוליטיקאים שכל טווח ראייתם הוא קדנציה, המתקצרת בדרך כלל, מכשיר השופט ברק תשתית עיונית מוצקה ויורשים נאמנים לאידיאולוגיה שלו, שימשיכו את המהפכה בלעדיו ואחריו. בהתמדה וללא לאות הוא עושה מאמצים בלתי פוסקים להטמיע את התשתית הרעיונית-חינוכית שלו, על מנת לשמור על רציפות המאבק. בהמשכו של מאמר זה נברר מהו החזון שלאורו מבקש השופט ברק למשוך את עגלת הקיום הישראלית, שלדידו היא מלאה ועמוסה, ומהו היעד שאליו הוא מבקש להוביל את החברה.

## ב. חיי ברק

אריק בריק, בנם של צבי ולובה, נולד בחודש ספטמבר 1936 בקובנה, ליטא. קובנה נוסדה בשנת 1030 על ידי הנסיך קויאנס שעל שמו היא נקראת. העיר נחרבה ושוב נבנתה על ידי הנסיך ויטאוטאס, שהפך אותה לבירתו אחר נצחונו הגדול בקרב גרינוואלד-טנברג בשנת 1410. קובנה מוקפת שני נהרות, הניימאן והויליה, ושוכנת בין שני הרים ההר הירוק ואלקסוט. היישוב היהודי בקובנה מתחיל בימיו של ויטאוטאס שהזמין יהודי עשיר בשם דניאל מטארקאי לשמש כגובה המכס הראשי שלו. חיי היהודים בקובנה, משך מאות שנים, ידעו עליות ומורדות. בשנת 1939, התגוררו בעיר ארבעים אלף יהודים, שהיו למעלה מרבע מכלל תושביה. מלחמת העולם השנייה שמה קץ לקהילה היהודית מפוארת שהיו בה כשלושים בתי כנסת, ארבע גימנסיות עבריות ציוניות, סמינרים למורים, ישיבות מפוארות, תנועות נוער ועיתונות אידית משגשגת. בקובנה חיבר אברהם מאפו את שלושת הרומנים העבריים **אהבת ציון**, **אשמת שומרון** ו**עיט צבוע**.<sup>34</sup> משפחת בריק כמשפחה יהודית, שורשית וציונית, השתלבה היטב בחיי הציבור היהודי הקובנאי,<sup>35</sup> עד אשר עננים שחורים התקדרו מעל שמייה של אירופה. אירופה הנאורה והמשכילה

33 השופט ברק כאסטרטג מעולה שתל את ניצני גיבוש עוצמת בית המשפט העליון, עוד בשנת 1980. ניצני עוצמה שהבשילו בשנת 1992 לכדי מהפכה חוקתית. בבג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ו-3 אח/ פ"ד לה(1) 421, 442-441 "כור ההיתוך שבו עומדת כל החלטה מינהלית הוא כור ההיתוך של 'הרשות המינהלית הסבירה'. רשות מינהלית זו אינה זהה, כמובן, עם פקיד שהחלטתו נתונה לביקורת, אם כי יש מידה רבה של 'סובייקטיביות' של רשות 'אובייקטיבית' זו, שכן רשות זו אינה פועלת בחללו של עולם, אלא בנסיבות מסוימות וקונקרטיות. באותה מידה רשות מינהלית זו אינה כסות ומסך להשקפותיו של בית המשפט, שכן השאלה אינה מה בית המשפט היה עושה בנסיבות הקונקרטיות, אלא אם הרשות המינהלית הסבירה הייתה מתנהגת כפי שהתנהג עובד הציבור, שפעל הלכה למעשה. עם זאת, אין לכחד, כי ההכרעה הסופית היא בידי בית המשפט, שכן בית המשפט, הוא ולא אחר, קובע מה עשויה רשות מינהלית סבירה להחליט. מכאן האחריות הכבדה המוטלת על בית המשפט, אשר חייב להבחין בין הפתרון הנראה לו כרצוי לבין הפתרון, שרשות סבירה עשויה לקבלו. לעתים קיימת חפיפה בין השניים, שכן הפתרון הנראה לבית המשפט כרצוי הוא גם הפתרון היחיד שרשות סבירה עשויה לקבל (ההדגשה שלי - ח' ש)".

34 על פי סדר פרסומם (תרי"ג), (תרכ"ה), (תרכ"ז). חוקרי הספרות העברית הבחינו כי תיאוריו של מאפו למקומות בארץ ישראל הנו למעשה תאור סביבותיה של קובנה. ר' בריינין **אברהם מאפו חייו וספריו** (תרפ"ח) 97-98; ט' כהן **מחלום למציאות** (תשמ"ב) 93-153.

35 צבי ברק אביו של אהרן ברק היה מנהל המשרד הארץ-ישראלי בקובנה. זמן קצר לפני כניסת יהודי קובנה לגטו היה שותף להקמת המרכז הציוני שבתקופת הגטו כונה "מצוק". המרכז המשיך להתקיים בגטו עד לחיסולו.

עתידה מהרה להפוך מרמס לרגליהם של קלגסים נאצים. מיליוני יהודים רוכזו בגיטאות ובמחנות השמדה, ושילמו בחייהם על טירוף אנטישמי חסר פשר, רוע לשמו. יהדות ליטא המפוארת, מעוז של תבונה ולמדנות עתידה להתחסל, ויותרו ממנה שניים מעיר ואחד ממשפחה.<sup>36</sup> ספורה של משפחת בריק, בימי השואה, אינו שונה מזה של משפחות יהודיות אחרות, שעשו כל מאמץ לשרוד את התופת והאימה. בשנת 1941, במסגרת מבצע ברברוסה, בהיות אריק בריק בן חמש שטף הצבא הגרמני את ליטא. ב-24.6.41 בחסות הגרמנים החלו כנופיות של ליטאים לאומנים לבצע פוגרומים בעשרים וחמישה אלף היהודים שנותרו בקובנה. הלאומנים הליטאים האשימו את היהודים בשיתוף פעולה עם הרוסים הקומוניסטים שדיכאו וחסלו את ליטא העצמאית. ליטא זכתה בעצמאות מיד לאחר מלחמת העולם הראשונה. עצמאות שהחזיקה מעמד עד חתימת הסכם ריבנטרופ-מולוטוב ב-23.8.39. בהתאם להסכם, רוסיה "שחררה" את ליטא, שהפכה יחד עם לטביה ואסטוניה לרפובליקות סובייטיות. ליטאים רבים חגגו את ניצחון הגרמנים וסילוק הסובייטים, היהודים היו אלה ששילמו את מחיר התבוסה.

ביולי 1941 אולצו יהודי קובנה לעזוב את בתיהם ולעבור לגטו, שהיה בפלך סלובודקה. רבים מיהודי הגטו קובצו באקציות, הועברו לפורט התשיעי והוצאו להורג, בכך החל תהליך החיסול של הגיטו. אריק בריק ובני משפחתו חיו בפחד מתמיד מפני הגרמנים ומשפתי הפעולה הליטאים. אריק הצעיר הצליח לשרוד את אקצית הילדים המחרידה של 1943, אקציה שבה הושמדו רוב ילדי הגטו. במאוס 1944 הוברחו אריק ואמו מהגטו לביתו של איכר ליטאי שהסכים תמורת סכום נכבד לתת להם מחסה,<sup>37</sup> שם שהו כחצי שנה ולאחר מכן חזרו לגטו והתחבאו בבונקר עד אשר הצבא האדום הרוסי כבש את העיר ושחררה באוגוסט 1944.

הגטו היה חרב, שארית הפליטה, שרידי החרב חזרו לקובנה. קובת התרעלה לא פסקה, הרוסים הכבידו ידם על היהודים ומנעו את יציאתם. בעיקר רדפו הרוסים משפחות שנחשדו בפעילות ציונית. משפחת בריק שבה והתאחדה עם אבי המשפחה, והחלה לתכנן את בריחתה מגיא ההריגה. בני המשפחה נדדו לווילנה, חצו את הגבול הפולני והגיעו לביאליסטוק, ממנה לוורשה וברכתב לרומניה. מסע נדודים מקובל של יהודים, ששוטטו ברחבי אירופה בחיפוש מנוח ומדרך לכף רגלם. מבוקרשט עברו לבודפשט ולאוסטריה, לאחר מכן בסיוע חיילי הבריגדה האיטליה. המשפחה התגוררה שנתיים וחצי באיטליה, בה עסק צבי בריק בארגון עליה, עיסוק שהכיר עוד בהיותו מנהל המשרד הארץ ישראלי בקובנה טרם המלחמה. סופו של מסע הנדודים היה בשנת 1947 בארץ ישראל.

בשנת 1954 סיים אהרן ברק את לימודיו התיכוניים בבית הספר התיכון בית הכרם. בשנת 1957, בגיל 21 התחתן, ושנה לאחר מכן סיים את לימודיו כעתודאי בפקולטה למשפטים. בשנים 1958-1960 שירת בלשכת היועץ המשפטי לרמטכ"ל. בתום שירותו הצבאי המשיך את לימודיו באוניברסיטה העברית. בהדרכתו של פרופ' גד טדסקי, השלים בשנת 1964 עבודת דוקטורט

---

36 על יהדות ליטא בתקופת השואה ראו בכרך הרביעי של יהדות ליטא (גורפינקל ואח' עורכים, תשמ"ד). מר צבי ברק היה סגן העורך של הספר המכיל מידע רב על קורותיה של יהדות ליטא ואישיה. על קובנה בתקופת השואה ראו אנציקלופדיה של השואה (1990, כרך חמישי) 1071. על גטו קובנה א' תורי גיטו יום יום, יומן ומסמכים מגיטו קובנה (1988).

37 בספר יהדות ליטא הנ"ל "המורה ליבה בריק (כיום ברק) ובנה הקטן אהרן נמלטו דרך גדרות התיל של הגטו ומצאו מקלט אצל האיכר ריקאוויצ'יוס בסביבת ארזוויילקי. מטעמי ביטחון נאלצו לעקור משם ומצאו מחסה בביתו של האיכר יונאס מזוריטיס מהכפר לנקיצ'אי שבמחוז יורבורג, שם גם זכו לשחרור" 423.

בתחום האחריות השילוחית ביני הנזיקין. כבר בעבודת הדוקטורט שלו באו לביטוי כושרו האנליטי ויכולת הניסוח המזהירה. במקביל לעיסוקו האקדמי עבד עם היועץ המשפטי גדעון האונזר ודר' מרטין אלטס במחלקה האזרחית של פרקליטות המדינה. הישגיו האקדמיים היו יוצאי דופן בכל קנה מידה. בגיל 32 קיבל מינוי של פרופסור חבר בפקולטה למשפטים וראש הקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי, ובשנת 1972 מונה לפרופסור מן המניין. המקצועות אותם לימד היו בעיקר בתחומים השונים של המשפט המסחרי והאזרחי. בשנת 1974 נבחר לדיקאן הפקולטה למשפטים, תוך שהוא מחדש ומתווה גישות חדשות ושיטות לימוד עדכניות.

את שירותו הציבורי-ממלכתי החל בשנת 1975, כשמונה בהמלצת שר המשפטים חיים צדוק לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. היו אלה ימי השקיעה האפלים של מפא"י ההיסטורית, ששלטה במדינה ללא עוררין מאז הקמתה. בתפקידו כיועץ משפטי גילה השופט אהרן ברק אומץ לב ציבורי, נחישות ויישום של שלטון החוק ללא מורא וללא משוא פנים. דין אחד לשוע ולדל, לעבריין קטן ולנבל ברשות הממשל. שלוש פרשיות מתוקשרות בהן טיפל חשפו בפני כל את מעללי השחיתות השלטונית והיקנו מעמד עצמאי ורב כוח ליועץ המשפטי לממשלה.

בספטמבר 1976 אישרה הממשלה את מינויו של אשר ידלין לנגיד בנק ישראל. זמן קצר לפני האישור הוגשה נגדו תלונה פלילית. ברק הורה למפכ"ל לפתוח בחקירה משטרתית וידלין נעצר. כתוצאה מהחקירה הועמד ידלין לדין, הורשע בין היתר בקבלת שוחד ונשלח לחמש שנות מאסר.<sup>38</sup> סמוך ובמקביל לחקירת ידלין נפתחה חקירה נגד השר אברהם עופר, שר השיכון ואיש רב כוח והשפעה במפלגת השלטון. יצחק רבין, ראש הממשלה, ביקש לזרז את החקירה. ברק לא היה מוכן להתערב בעבודת המשטרה ונתן לה את מלוא הגיבוי להתמיד בחקירה בלוח הזמנים הנדרש לה. השר עופר התאבד בשנת 1977 ולקח עימו לקבר את ניקיון כפיו. הפרשה הקשה מכולם קשורה בחשבון הדולרים של לאה ויצחק רבין. רבים במערכת הפוליטית ביקשו מהיועץ המשפטי לממשלה לראות בחשבון הדולרים עבירת מטבע טכנית ולהסתפק בהטלת כופר. אהרן ברק לא נענה להפצרות והורה להעמיד לדין את לאה רבין. החלטתו של אהרן ברק הביאה להתפטרותו של יצחק רבין. התפטרות שבישרה את המהפך ההיסטורי של שנת 1977, אשר הביא לסיומה את ההגמוניה של מפא"י ההיסטורית בתולדות הציונות ומדינת ישראל. ניכר כי באתם שנים בהם שימש יועץ משפטי, הכיר השופט ברק את סכנותיה של השחיתות השלטונית והיותה איום קיומי למדינה. בעיקר אותה שחיתות של אלה המקפידים על ניקיון בגדיהם ומזניחים את ניקיון כפיהם.

תולדות חיי, גם כילד ונער בתקופת השואה, הם המעין שממנו שאב את מערכת הערכים אותה הוא מנסה להנחיל לחברה הישראלית. מתוך מצוקות הקיום של ימי האימה נוצקה אצלו העוצמה והעקשנות הנדרשים להיאבק על אותם עקרונות וערכים, להתמיד עד עלות השחר, לפחות אותו שחר שהוא מאמין בו. בתפקידו כיועץ משפטי לממשלה התחדדה אצל השופט ברק התובנה כי השחתת המידות מהווה סכנה מהותית לקיומה של מדינת ישראל כדמוקרטיה, ומלבד בית המשפט העליון אין מוסד שלטוני אחר שיוכל לסכור את זרם השחיתות והסיאוב.

את השילוב שבין ידע משפטי מעמיק לבין תבונות של אחריות לאומית וחברתית עשה אהרן ברק עם התמנותו לשופט בית המשפט העליון בשנת 1978, ולאחר מכן בשנת 1995 כנשיאו. במאות פסקי הדין שלו בבית המשפט העליון כערכאת ערעור וכבית המשפט הגבוה לצדק הוביל

38 ע"פ 234/77 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 31.

והנהיג נתיבים חדשים במשפט הישראלי.<sup>39</sup> דמותה של החברה הישראלית בשני העשורים האחרונים הושפעה במידה רבה מפעילותו של אהרן ברק בבית המשפט העליון. יש הדורשים לשבח ויש הדורשים לגנאי, אך לעובדה הבסיסית אין להתכחש.<sup>40</sup>

בצד עבודתו האקדמית והמשפטית פעל במסגרתן של ועדות ציבוריות שונות, בעיקר בקידום רפורמות משפטיות בתחום דיני החברות, הנוזיקין, האשראי וגולת הכותרת - ביצירת התשתית לחקיקתו של קודקס למשפט האזרחי הישראלי שיקיף את מכלול החקיקה האזרחית. בעקבות מלחמת שלום הגליל היה חבר בוועדת החקירה המכונה ועדת כהן לאירועי סברה ושתילה, ועדה שמסקנותיה הובילו להדחתו של שר הביטחון דאז אריאל שרון, ולפרישתו של ראש הממשלה מנחם בגין.<sup>41</sup>

במהלך פעילותו זכה להכרה ופרסים רבים בישראל ובעולם. בשנת 1973 קיבל את פרס קפלון מטעם האוניברסיטה העברית על הצטיינות במחקר. ב-1975 את פרס ישראל במדעי המשפט ובשנת 1976 מונה לחבר האקדמיה הישראלית למדעים. תוארי דוקטור כבוד בישראל קיבל ממכון ויצמן, אוניברסיטאות חיפה, ירושלים ותל אביב. ההכרה הבינלאומית בפועלו זיכתה אותו בתוארי דוקטור כבוד מאוניברסיטאות אוקספורד, טמפל, מישיגן, ייל, בולוניה, יורק, טורונטו וניו יורק. אהרן ברק השתתף עוד בראשית שנות השבעים בהכנת האמנה הבינלאומית לשטרי חליפין, ומשמש מעת לעת כמרצה אורח באוניברסיטאות מהחשובות בעולם: הרווארד, ייל ומישיגן.

היקף היצירה של אהרן ברק מעורר השתאות. אין כמעט תחום משפטי שבו לא פרסם ספר או מאמרים, בעברית ובאנגלית.<sup>42</sup> בהתחשב במטלות המונחות לפתחו כשופט וכנשיא בית המשפט העליון הרי מדובר בפנומן. בין ספריו נזכיר את האחריות השילוחית בדיני הנוזיקין (1965), תורת

---

39 להלן רשימת פסקי דין עקרוניים שניתנו על ידי השופט אהרן ברק. הרשימה כמובן אינה ממצה והיא מתייחסת בעיקר לאותם פסקי דין עליהם נסתמך לצורך מאמר זה. בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294; בג"צ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566 ; ד"ב 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 ; ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 458 ; בג"צ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(2) 197 ; בג"צ 141/82 א' רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לו(3) 141 ; ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לח(3) 85 ; בג"צ 73/85 סיעת כ"ך נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141 ; בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 ; בג"צ 463/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 ; בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 ; בג"צ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לעניני דתות, פ"ד מב(2) 221 ; בג"צ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב, פ"ד מב(2) 309 ; בג"צ 142/89 תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 ; בג"צ 1635/90 זורבסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 149 ; ע"א 294/91 חברה קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 ; בג"צ 643/91 אפרת נ' הממונה על יישום האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749 ; בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 ; בג"צ 5688/92 ויכטלבוואם נ' שר הביטחון, פ"ד מז(2) 812 ; בג"צ 6163/92 איינברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 ; בג"צ 4267/93 עמותת אמיתי נ' יצחק רבין ואח', פ"ד מו(5) 441 ; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל, פ"ד מט(4) 221 ; בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 ; דנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ(3) 573 ; בג"צ 4676/94 מישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(5) 15 ; בג"צ 5364/94 ולנר נ' מלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758 ; בג"צ 4804/94 סטיישן פילם נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 ; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מ"י, פ"ד נ(5) 221 ; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, נא(4) 1 ; בג"צ 5366/96 פנחס נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364 ;

40 ה' נייער "תורת המהפכה של אהרן ברק" תכלת 1998/3 11.

41 נ' לויצקי כבודו (תש"ס).

42 מאמריו העיקריים של אהרן ברק קובצו בספר מבחר כתבים.

הנזיקין הכללית (1970), מהותו של שטר (1973), חוק השליחות (1975), שיקול הדעת השיפוטי (1987). ספרו האחרון פרשנות במשפט (1990 - 1994) כולל שלושה כרכים העוסקים בפרשנות הכללית, פרשנות החקיקה ופרשנות חוקתית ולאחרונה כרך נוסף העוסק בפרשנות חוזה. ברק היה שותף לעריכתם של ספרי זכרון ויובל לכבודם של שופטים בבית המשפט העליון (זוסמן, אגרנט, ויתקון, יצחק כהן, חיים כהן, משה לנדוי) ובית הדין לעבודה (בר ניב), ופרופסורים למשפטים (אורי ידן, גד טדסקי וגואלטירו פרוקצ'יה).

## ג. חזון מבריק

חזונו של אהרן ברק לחברה הישראלית מקבל ביטוי בפסקי דין, ספרים, מאמרים והרצאות פומביות. כאסטרטג חברתי מרחיק ראות, הוא העלה את החזון על הכתב תוך שהוא עוטף אותו במונחים משפטיים, כאותו זר נאה עטור פרחים המצלים על גבעולים קוצניים. נקודת המוצא תמיד משפטית אך התחנה הסופית ערכית חברתית ופוליטית. מאמר ארוך, פסק דין או ספר שאינם עוסקים כלל בסוגיות ערכיות או חברתיות, יכולים להוות תשתית משפטית נדרשת ליישומן של החזון ממקורות המשפט. חשוב לשים לב כי בסוגיות העקרוניות, שהם נשוא דיוגנו, יש שוני מהותי בין הנכתב במאמרים ובספרים לבין הנקבע בפסקי הדין של השופט ברק. בהמשך דברינו נראה כי במאמרים ניתן לזהות אמירות "מרוככות" המתיישבות עם קו מרכזי בחשיבה המשפטית הישראלית, ואילו פסקי הדין באותם נושאים מבטאים עמדות נחרצות המתרחקות מהקו המרכזי.

חזונו החברתי-מדיני-משפטי של השופט ברק יסודו בלקחי ההיסטוריה האישית שלו, בקולה הפנימי של מערכת ערכיו ואמונותיו, כמו גם בהקשבה דרוכה ועירנית לתהליכים ההיסטוריים והחברתיים העוברים על החברה היהודית והישראלית. תפיסת עולמו מבוססת על הכרת התרבות, ההיסטוריה והתבוננות של מדע המדינה, החברה והמשפט. "המשפט הוא אמצעי להשגת יעדים חברתיים...אפילו אנו, השופטים של בית המשפט העליון, שאומרים עלינו כי אנו יושבים באולימפוס, זהו אולימפוס בהרי ירושלים, ולא בהריה של יוון".<sup>43</sup> מוסכם שהשופטים, כאלים, יושבים באולימפוס הירושלמי (מדוע לא בלשכת הגזית?), ובאמצעות המשפט מבקשים להשיג ולהגשים יעדים חברתיים. ל' ברשק במאמרו "בית המשפט והדת האזרחית"<sup>44</sup> טוען "שבית המשפט העליון תופס מקום מיוחד בדת האזרחית (בישראל ובכלל), שהוא הנהגה מקדושה גבוהה במיוחד, ושאיפה אם חבריו מתכחשים לעתים ליעוד הכוהני שלהם בית המשפט לא יכול לתפקד אלא כבית מקדש של הדת האזרחית".<sup>45</sup> אם בית המשפט הוא בית המקדש הרי שאהרן (ברק) הוא הכהן הגדול העובד את האדם, תבונתו וזכויותיו.

בטקס הענקת תארים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב בשנת 1991 אמר השופט ברק למוסמכים ולבוגרים: "אל תתכופפו כנגד בעלי מרות - אנשי שלטון, שופטים, פרופסורים. רק כוח הרוח, כוח התבונה - אותו יש לספוג וכנגדו יש להתכופף" - מהו כוח הרוח והתבונה במציאות שבה אנו חיים ופועלים? והוא מוסיף: "אתם המשפטנים הצעירים, תהוו את חוד החנית

43 מבחר כתבים, כרך א 684.

44 המשפט ה (תש"ס) 35.

45 שם, 42.

לשינוי חברתי. המשפט הוא אמצעי לחברה טובה יותר. אתם תהוו את נושאי הדגל במאבק זה. השתתפו במאבק זה. אל תניחו לטרדות היום לספוג את זמנכם. גלו עירנות חברתית". מה הבינו הסטודנטים, שומעי לקחו של השופט ברק, במונח "מאבק" ובקשר שבינו ובין המשפט? על מה נאבק השופט ברק בבקשו לגייס את הבוגרים לצידו? את התשובה ננסה לפענח על פי חזונו של השופט ברק. "שופט הוא מחנך, ופעילות חינוכית זו עולה בקנה אחד עם תפקידו השיפוטי".<sup>46</sup> למה הוא מחנך? את מי מתכוון השופט ברק לחנך? מה מקור הפטרנליזם החינוכי של בית המשפט העליון?

בג"צ 6698/95 עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל,<sup>47</sup> הנו מפסקי הדין העקרוניים ביותר של השופט ברק, אשר עורר הדים רבים כולל הדים של פליאה ותרעומת.<sup>48</sup> בפסק דינו הוא כותב: "לדעת ולזכור כי אנו עושים כיום צעד ראשון בדרך קשה ורגישה. מן הראוי לצעוד בדרך זאת עקב בצד אגודל, שלא נמעד וניכשל, אלא נתקדם בה בזהירות ממקרה למקרה, לפי הנסיבות של כל מקרה. עם זאת, גם אם הדרך תהיה ארוכה, חשוב שנדע תמיד, לא רק מאין באנו, אלא גם לאן אנו הולכים". דברים כדברנות, אמירות נבואיות חזוניות של מי שמדבר בשם השגחה עליונה ולא דברים של שופט, האמור להתמודד עם סוגיה אקטואלית המונחת לפניו. האם אנו חוזרים לימי שפוט שופטי התנ"ך בהם החיבור שבין שפיטה ונבואה היה מובהק? שמא אנו שבים אל שופטים מוארים המובילים אל האור הזוהר המצוי במעלה הדרך? לאן אנו הולכים בדרך שאינה קלה? מהו הנתיב שאליו מוביל נשיא בית המשפט העליון? הכיצד רק בשנת 1995 המשפט הישראלי צועד צעד ראשון באותו נתיב קשה ורגיש? אני מטיל ספק בכך שכוונת השופט ברק הנה רק לסוגיות השוויון שבין המיעוטים לכלל אזרחי המדינה. מעבר לשוויון מסתרת המהות הפנימית והעמוקה ביותר של המדינה היהודית.

בפרישתו של השופט מ' לנדוי מכס השיפוט בשנת 1982 נערך לכבודו טקס בכנסת. בדבריו הפרידה שלו אמר השופט: "אבותינו חלמו שמדינת ישראל תהיה אור לגויים. כיום מלאות ידינו מאבק עקשני נגד ליקוי מאורות ונגד אנרכיה המאיימים עלינו. במאבק זה תופסים בתי המשפט מקום מרכזי. לבי סמוך ובטוח שעמיתי בבתי המשפט לדרגותיהם יוכלו גם להבא למשימה קשה זו ושיסיפו לעשות כן, שאכן ציון במשפט תפדה ושיתגשם החלום שחלמו אבותינו ושחלמנו אנחנו".<sup>49</sup> חזונו של השופט אהרן ברק נועד להחזיר את מדינת ישראל אל החלום של אור לגויים. לשם מימושו של החלום יש להתמודד עם ליקוי המאורות שהחשיך את החברה הישראלית מאז מלחמת יום הכפורים. מבחינתו של השופט ברק המאבק על זכויות האדם ותקינות המשטר, יש בהם את העוצמה הערכית הנדרשת לתיקון המצב.

46 מבחר כתבים 922.

47 פ"ד נד1) 258, 284-283.

48 ר' גביון "ציונות בישראל? בעקבות בג"צ קעדאן" משפט וממשל ו (תשס"א) 25; ח' ג'בארין "ישראליות הצופה פני העתיד של הערבים לפי זמן יהודי ציוני, במרחב זמן פלסטיני" שם 53; י' זילברשץ "בדלנות במגורים בגין השתייכות אתנית לאומית - האמנם רק זכותו של המיעוט" שם 87; א' שוחטמן "חוקיותה וחוקיותה של התיישבות יהודית בארץ ישראל" שם 109; א' שטרומן "בג"ץ: הקונספציה, הסוכנות היהודית והיישוב קציר" האומה 140(תש"ס) 14 בעניין הצורך בהעדפה מתקנת יהודית; א' בנבנשתי "נפרד אבל שווה בהקצאת מקרקעי ישראל למגורים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 769.

49 הדברים פורסמו בספר לנדוי (בעריכת א' ברק וא' מזון, 1995) 86. השופט אהרן ברק מצטט אותם ב"דברים בטקס לכבוד צאת ספר לנדוי" משפטים כו (1996) 415, 418.

חזונו של השופט ברק לחברה בישראל מבקש ליצור שינוי מהותי באורחות חייה של המדינה. חזון "מדינת האזרחים" של ברק כהמשך ל"מדינת היהודים" של בנימין זאב הרצל. הספר **מדינת היהודים** מסתיים במילים: "ומה שאנו מנסים שם לעשות לרווחתנו בלבד, יפעל במלוא עוצמה וישא אושר ויגאה לטובת כל אדם".<sup>50</sup> הרצל קיווה כי לאחר הקמת המדינה, החזון הציוני שנועד לתת פיתרון לבעיית היהודים יומר בחזון אוניברסלי, לטובת האנושות כולה.<sup>51</sup> השופט ברק פועל לביסוס מדינת היהודים כמדינת כל אזרחיה,<sup>52</sup> אזרחי העולם הגלובלי, ברוח הערכים של התרבות המערבית, מדינה שעיקר ייעודה – ההגנה על זכויות הפרט. בבחירה שבין "זכור את אשר עשה לך עמלק", שהכתיבה את תפיסת עולמה של היהדות במשך אלפי שנים של רדיפות, שמד, התנכלות ומצור, לבין "ואהבת לרעך כמוך" ברוח תנועת ההשכלה, הרפורמה, אחד העם, וברית שלום – בחר השופט ברק באלטרנטיבה השנייה.

מדינת ישראל, אליבא דברק, הנה התגשמות של חלום, חלום של דורות.<sup>53</sup> שואת יהודי אירופה, אותה חווה בילדותו, לא היתה מתרחשת אילו באותם ימים התקיימה מדינה יהודית חזקה. מדינת ישראל הנה ערובה להתמדת קיומו של העם היהודי, אשר על כן יש להבטיח את שלומה.<sup>54</sup> בהרצאה אותה נשא ביום 18.6.02 בפני משתתפי הקונגרס הציוני אמר ברק דברים מרגשים על שעבר עליו בתקופת השואה כשהלקח שלו הוא כפול "ראשית, מרכזיותה של מדינת ישראל, ואופיה היהודי בחיי העם היהודי, חשיבותה של המדינה והציונות והצורך להבטיח את עתידה, את

50 (תשכ"ז) 51.

51 בנאום הפתיחה לקונגרס הציוני השלישי אמר הרצל "אנו רוצים להתרומם לדרגה גבוהה יותר של תרבות, לחולל שיגשוג, לסלול דרכים חדשות לסחר עמים, ולחפש מוצא לצדק חברתי. וכמו שהמשורר שלנו (היינה) יצר ממכאוביו שירים, כך אנו יוצרים מייסורינו קדמה לבני האדם", א' **ביין הרצל** (תשל"ז) 430.

52 בבג"צ 6698/95 **עאדל קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד (נד1) 258, 277-278 מצטט השופט ברק את השופט ברנזון בבג"צ 392/72 **ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, מחוז חיפה**, פ"ד (כו1) 764, 771: "כשגלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו קורבנות היינו לאומות העולם שבתוכם ישבנו ובכל הדורות טעמנו את הטעם המר של רדיפות, נגישות והפליית רק בגלל היותנו יהודים 'שדתיים שונות מכל עם'. מלומדי ניסיון מר ואומלל זה, שחדר עמוק עמוק להכרתנו ולתודעתנו הלאומית והאנושית... עלינו לגלות יחס אנושי וסובלני כלפי כל מי שנברא בצלם ולקיים את הכלל הגדול של שוויון בין כל בני-אדם בזכויות ובחובות".

53 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד (ט4) 221, 457.

54 בבג"צ 620/85 **ח"כ מוחמד מעיארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח'**, פ"ד (מ4) 169, 227-228, מביא א' ברק את דבריו המפורסמים והמצוטטים של השופט ש' אגרנט ביחס לאני מאמין שבמגילת העצמאות בבג"צ 73/53; 87/53, **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז 871, 884: "משמעותו של אותו 'אני מאמין' הוא, שדבר המשכיותה – ואם תמצוי לומר: 'נצחיותה' – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה – בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית – להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכויותיה. שאם לא תאמר כן, פירוש הדבר יהיה זלוזל גמור בשתי המלחמות שנלחמה מדינת ישראל, מאז הקמתה, כדי למנוע את הכחדתה על-ידי מדינות ערב העוינות; פירוש הדבר יהיה, סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי ולכיסופיו, לרבות הסתירה לעובדת השואה שהתחוללה על עם ישראל בתקופה שלפני הקמת המדינה, אותה שואה, בה הוכרעו לטבח מיליונים של יהודים באירופה ואשר הוכיחה מחדש – בלשון ההכרזה – את ההכרח בפיתרון בעיית העם מחוסר המולדת והעצמאות על-ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל".

ביטחונה ואת שלומה של המדינה ואופייה היהודי. הנני רואה את עצמי כציוני במלוא מובן המילה.<sup>55</sup> שנית, מרכזיותו של האדם אשר כבודו נרמס על ידי הנאצים ומשפתי הפעולה עימהם... בעיני מדינת ישראל היא מדינתו של העם היהודי. היא צריכה להיות בטוחה וחזקה. יש להגביר את העלייה אליה, ולחזק את הציונות. יחד עם זאת - וללא כל סתירה עם זאת - המדינה צריכה להגן על כבודו ועל חירותו של כל אדם החי בתוכה, בין אם הוא יהודי ובין אם אינו יהודי.<sup>56</sup> דברים אלה של השופט ברק מקפלים בתוכם לקח היסטורי העוסק בנחיצות קיומה של המדינה היהודית ומשמעות ערכנית המיוסדת על אדני כבוד האדם וחירותו.

מדינת ישראל, במשנת השופט ברק, אמורה להיות מדינה דמוקרטית חוקתית,<sup>57</sup> ליברלית, הומניסטית, חזקה ומתוקנת. תקינותה, חוזקה ועוצמתה, נמדדים בעיקר בדרך שבה מוגנים זכויות האדם, חירותו וכבודו. כל מהותה של המדינה הדמוקרטית והצדקת קיומה יסודם בהגנה על כבוד האדם. כדי להבטיח את ההגנה על זכויות האדם, המדינה אמורה לכלכל את מעשיה על פי חוק.<sup>58</sup> הפרוש המקובל לדמוקרטיה מגדיר אותה כשלטון העם באמצעות נבחריו,<sup>59</sup> הנו חד ממדי ואינו

---

55 השופט ברק מגדיר את עצמו "כיהודי ברמ"ח אבריו ושס"ה גידיו וציוני שלעולם לא יעזוב את המדינה". עורך הדין, ביטאון לשכת עורכי הדין בישראל, 50 (2002) 30. אציין כי בדברים אלה שולל לחלוטין השופט ברק את הדימוי הפוסט-ציוני שחוגים מסוימים ניסו לייחס לו. הפוסט-ציונות במהותה הינה ניאו-כנענית, חילונית ושמאלית המנתקת כל קשר בין ישראל והתפוצות, בין ההווה והעבר היהודי על לשונו ותרבותו. ראו ד' אוחנה **הישראלים האחרונים** (תשנ"ח) 22.

56 נוסח הנאום פורסם באתר האינטרנט של העיתונאי יואב יצחק. הד לדברים אלה אפשר למצוא בדברים שכתב צבי ברק, אביו של השופט, בהקדמתו לסיפורן של ערי השדה בליטא שחרבו בשואה "שני דחפים לוחצים על ליבו ומצפוננו של כל אחד מהניצולים: לנקום ולספר. לרשום למען ידעו הדורות הבאים וגם העולם כולו מה עוללו לנו בשנות השואה. לחרות 'אות קין' ברוצחים ובעוזריהם ולהכיר תודה למצילים עדיני הנפש. גם דמם של הקורבנות תובע נקם והחזרת כבודם האנושי והיהודי". בבג"צ 14/86 **יצחק לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות**, פ"ד מא(1) 421, 442-441 אומר השופט ברק "אני עצמי, ילד הייתי בשואה, והציתי גדירות וגבולות הנשמרים על ידי הצבא הגרמני כאשר על גופי דברים שהעברתם אסורה. ההקבלה בין חייל גרמני העוצר ילד זה לבין חייל ישראלי העוצר נער ערבי צורבת את לבי. עם זאת, אנו חיים במדינה דמוקרטית, אשר בה צריבת לב זו היא לב ליבה של הדמוקרטיה. כוחה של זו אינה ההכרה בזכותי לשמוע דברי נועם, הערבים לאוזני. כוחה של זו בהכרה בזכותו של הזולת להשמיע דברים הצורמים את אוזני והצובתים את לבי".

57 "דמוקרטיה משום ששולט בה עיקרון הרוב, ומשום שהיא מכירה בזכויות האדם... מדינת ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. חוקתנו הם חוקי היסוד" א' ברק "על רשויות וערכים בישראל" **הפרקליט** מב (1995) 445, 446.

58 בג"צ 6163/92 **יואל אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון פ"ד** (מוז) 229, 275-274; "אכן, זה כוחה של דמוקרטיה המכבדת את שלטון החוק. זהו שלטון החוק הפורמלי, אשר לפיו כל הרשויות השלטוניות, לרבות הממשלה עצמה, כפופות לחוק. אין רשות שהיא מעל לחוק, אין רשות הרשאית לפעול מתוך חוסר סבירות. זהו גם שלטון החוק המהותי, אשר לפיו יש לאזן בין הערכים, העקרונות והאינטרסים של החברה הדמוקרטית, תוך הסמכת השלטון להפעיל שיקול דעת המאזן באופן ראוי בין השיקולים הראויים". בג"צ 4330/93 **חיים לנדאו נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין**, פ"ד נ(4) 221, 233-232. "חוקיותו של אקט שלטוני מותנית איפוא בשאלה אם האמצעי השלטוני הננקט - ואשר מתאים (רציונלית) להגשמת מטרה ראויה - פוגע בערכים ובעקרונות הראויים להגנה שלא מעבר למידה הדרושה... במרכזם של ערכים ועקרונות אלה עומדות זכויות האדם".

59 ע"א 524/88 **"פרי העמק" - אגודה חקלאית נ' מושב שדה יעקב**, פ"ד מה(4) 529, 551-550; "אכן, זהו עיקרון כללי של דמוקרטיה ושלטון רוב בתאגידים, לפיו קיימות מגבלות על כוחו של הרוב".

מגדיר את המהות הפנימית של הדמוקרטיה שביסודה שלטון ערכי היסוד ובמרכזם זכויות האדם.<sup>60</sup> השופט ברק, בהרצאה בכנס של לשכת עורכי הדין, הבהיר: "אנו מבקשים להקים כאן מדינה דמוקרטית שתהא מופת מבחינת כי מציון תצא תורה ודבר אלוהים מירושלים. לשם כך אנו חייבים להבטיח כי במדינת ישראל יקום שלטון החוק ותקום בה דמוקרטיה אמיתית... רק מדינת ישראל חזקה ויציבה, תוכל להגשים את חירותו של האדם וכבודו ובכך תבטיח את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. רק מדינת ישראל הבנויה על יסודו של כבוד האדם וחירותו תוכל להבטיח את עוצמתה מוסרית ושמירת כוחה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>61</sup> המופת של ברק הנו אוניברסלי. יהודיותה של המדינה מצויה תחת עיקרון העל של חירות האדם וכבודו, מכאן שמעמדה נחות ומעורער.

חזונו של השופט ברק מנוסח כתלת ראשי - מדינה דמוקרטית, הגנה רחבה ותקיפה על כבוד האדם וההכרה כי מדינת ישראל הנה מדינה יהודית. בפועל מדובר בחזון שהוא חד נס המצויר כפירמדה רעיונית שבראשה זכויות האדם. הדמוקרטיה והיהדותה של המדינה כפופים ומשועבדים לבכירותם של זכויות האדם.<sup>62</sup> מדינת ישראל הוגדרה כדמוקרטית, במגילת העצמאות. מגילה שהיא האמנה החברתית של המדינה, המבטאת את האיני מאמין של הישות הישראלית. ערכי הדמוקרטיה קיבלו הסכמה רחבה והיו לערכי התשתית של החברה.<sup>63</sup> ערכיה הבסיסיים של הדמוקרטיה בישראל, הנם הנהגה נבחרת על ידי הציבור,<sup>64</sup> הפועלת באמצעות מנגנונים שלטוניים,<sup>65</sup> המבטיחים את הסדר הציבורי, ההגנה על הביטחון האישי וזכות הקניין. יעדה של

60 מבחר כתבים 909.

61 עורך הדין, ביטאון לשכת עורכי הדין בישראל, 30 (2002), 12.

62 רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת - גשר - וצומת לבחירות לרשויות המקומיות נצרת עילית, פ"ד נגן (1) 351, 362-363; בג"צ 5016/96 ליאור חורב ו-4 אח' נ' שר התחבורה ו-23 אח', תק-על (2)97, 611, 631: "משטר דמוקרטי מעמיד בראש סולם ערכיו את זכויות האדם".

63 השופט א' ברק בבג"צ 1689/90 עלי נאג'י עאסי נ' בית הדין השרעי ו-3 אח', פ"ד מה(5) 148, 153-154 מביא את דברי השופט ש. אגרנט בבג"צ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 באומרו: "מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרות העצמאות - ובפרט דבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון - פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה 'אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם'... אך במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האיני-מאמין שלו'... מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה".

64 בבג"צ 6972, 6971/98 יוסף י' פריצקי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נגן (1) 763, 784-783 מביא השופט א. ברק את דברי השופט מ. חשין בעניין קיומם של בחירות "העיקרון המורה אותנו על עריכתן של בחירות לאחר תקופת כהונה הקצובה מראש ובמועדים קבועים מראש - הוא עיקרון התשתית... והוא אבן-הראשונה בשיטת המשפט כולה. עיקרון זה (בצידם של עקרונות - נפילים כמותו) עושה את ישראל מדינה דמוקרטית" דנג"צ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 49.

65 בג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 275-276.

הדמוקרטיה הבטחת כבוד האדם וחירותו.<sup>66</sup> "משטר דמוקרטי מבוסס על הכרה בזכויות האדם של הפרט. זכויות אלה טבעיות הן לאדם באשר הוא אדם. זכויות אלה לא באו לו לאדם מהשלטון, והן קודמות לשלטון. תפקידו של השלטון הוא לקיים חברה אשר תכבד זכויות אדם."<sup>67</sup> השלטון נועד לדאוג לציבור ולזכויותיו, הוא קיים עבור האזרחים והאינטרס היחיד שיש לו הוא הגשמת האינטרס הכללי.<sup>68</sup> לעיתים קיים מתח בין צרכי הכלל לזכויות הפרט, החוק וההחלטות המנהליות מתנגשות ומגבילות את זכויות האזרחים. בנסיבות אלה הפגיעה או ההגבלה של זכויות האזרחים אמורות להיות מינימליות במידתן,<sup>69</sup> לתכלית המקדמת את קיום המסגרת החברתית שתפקידה להגן על זכויות הפרט. המדינה פועלת באמצעות הרשויות השלטוניות, לא למען עצמה אלא לטובת הציבור ובשירותו של הציבור כנאמנו.<sup>70</sup> מכוח זאת חייבת הרשות השלטונית נאמנות כלפי האזרחים, שמשמעותה פעולה ביושר, הגינות, סבירות, ניקיון כפיים, טוהר לב ותום לב.<sup>71</sup>

בעשור האחרון עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, לדעת השופט ברק, חל מהפך דרמטי בכל הנוגע לזכויות האדם, הם הוצבו על בסיס נורמטיבי על חוקי.<sup>72</sup> האזרחים ורשויות השלטון אמורים להתרגל למציאות נורמטיבית חדשה של עליונות חוקתית לזכויות האדם.<sup>73</sup> אין מדובר רק במהפך אלא במהפכה. בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נקבע: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה, אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש", פסקת הגבלה זו נותנת הגנה לזכויות האדם המעוגנות בחוק היסוד וקובעת את המבחנים לכל ניסיון חוקי או אחר להגביל את זכויות האדם. לפני כל מעשה חקיקה המחוקק אמור לבחון אם מעשה החקיקה שלו תואם את פסקת

- 66 בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433: "שמירת הסדר הציבורי הוא מעקרונות היסוד של משטרנו. קיומה של המדינה, נצחיותה ואופיה הדמוקרטי, הם חלק מערכי היסוד של המדינה. היחיד והציבור לא יוכלו ליתן ביטוי ל"אני מאמין" שלהם, אם לא יישמר הסדר הציבורי. בלא סדר אין חירות... הבטחת סובלנות הדדית, שמירה על כבוד האדם וקיומה של מערכת עצמאית של בתי משפט, השופטת ללא השפעות חיצוניות, היא מערכי היסוד של המדינה. לכל מדינה, זהותה הקולקטיבית, ההיסטוריה הלאומית שלה ושאיפותיה החברתיות. שמירה על כל אלה הוא מערכי היסוד של המדינה. דמוקרטיה אינה הפקרות. "אין הדמוקרטיה חייבת לאבד עצמה לדעת כדי להוכיח את חיותה" 433 ; ראו גם ע"א 294/91 חברה קדישא גחשא נ' ליונל אריה קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 521-522.
- 67 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 443.
- 68 בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 365-364.
- 69 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 ; בבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, תק-על 3197, 721, 727: "על המחוקק להתחיל ב'מדרגה' הפוגעת פחות, ולעלות אט אט בגרם המדרגות, עד שהוא מגיע לאותה מדרגה אשר במסגרתה התכלית הראויה מושגת בלא לפגוע מעבר לדרוש בזכות האדם".
- בג"צ 3477/95 ישראל בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות, פ"ד מט(5) 1, 11-12.
- 70 בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73, 78 ; בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין ירושלים, פ"ד כה(1) 325, 331 ; בג"צ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מו(2) 229, 258.
- 71 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729.
- 72 א' ברק פרשנות במשפט (כרך שני, תשנ"ג) 444; א' ברק "חוק יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (1994) 195; ע"א 294/91 חברה קדישא גחשא קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 512, 519. ראו גם מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659.
- 73 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף והגבלות" משפט וממשל א (1993) 253, 271.

ההגבלה. המסקנה היא כי המחוקק אינו כל יכול, והוא וכפוף לבקורת של בית המשפט באשר לחוקיותם של החוקים.

המעמד העל חוקי איפשר לשופט ברק לקדם את מאבקו וחזונו לא רק כשופט האמון על תהליכים אבולוציוניים במשפט, אלא כמהפכן רב עוצמה. בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי<sup>74</sup> הוא אומר: "כיבודן של זכויות היסוד של האדם ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל הפכה לצו חוקתי. נמצא, כי לא רק שיש לעקרונותיה של הכרזה העצמאית תוקף משפטי, אלא שהחובה לכבד את זכויות היסוד ברוח עקרונותיה של הכרזה העצמאית הפכה לחובה חוקתית, ש'חוק רגיל' אינו יכול לעמוד לעומתה. לפנינו, איפוא, שינוי מהותי במעמדה המשפטי של הכרזה העצמאית".<sup>75</sup> פרשנותו של השופט ברק לחוקי היסוד אינה נטולת בקורת וספקות,<sup>76</sup> מכל מקום בבית המשפט העליון גישת השופט ברק נתקבלה בהיקפה המלא ביותר וזכויות הפרט קיבלו מעמד חוקתי מוגן ומשוריין.

תפיסת עולמו של השופט ברק את הדמוקרטיה מתבססת על הפרדיגמה הליברלית. לפי פרדיגמה זו הדמוקרטיה הנה מכשיר שבא להבטיח את אפשרות המימוש העצמי של הפרט. מבחנו של השלטון הנו ביכולתו ליצור את התנאים שבהם הפרט יממש את זכויותיו, כישוריו ומאוייו הלגיטימיים. על-פי ברק מתקיים מתח מתמיד בין השלטון במדינה לבין האזרחים. המדינה מבקשת לצמצם את דאגתה לאזרחים, "לדאוג לעצמה" ולקדם את האינטרסים שלה, ואילו האזרחים מנגד נאבקים על זכויותיהם מול ה"עריץ" המבקש לשעבדם. השופט ברק קיבע את עמדתו בעידן של משטרים טוטליטריים, להם היה עד בנערותו. הרומנטיקה של דויד מול גלית מצויה למכביר אצל השופט ברק, כשבתו המשפט עומדים לעתים מאחורי דויד ולעתים גם לפניו על מנת לשמרו ולהבטיח את כבודו וחירותו.<sup>77</sup>

74 פ"ד מט(4) 221, 483-482.

75 א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי, תשנ"ג) 305.

76 השופט מ' חשין בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 593-594: "בפסק-דינו מדבר חברי הנשיא ברק על "המהפכה החוקתית" שהתחוללה בכנסת בחודש מארס 1992, שעה שהכנסת העניקה למדינת ישראל "מגילת זכויות אדם חוקתית": זכויות האדם בישראל "הפכו לזכויות חוקתיות"; ישראל הצטרפה "לקהילת המדינות הדמוקרטיות... אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית"; "הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים". דברים אלה, הם ואחרים, יש בהם התרוממות-רוח ונשמה יתירה. ומתוך שאין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, וכשאני לעצמי, לא כך הייתי מציג את חוקי-היסוד שלשנת... 1992 יתר-על-כן: מושג ה"מהפכה" משמיע שינוי טראומטי בחיי של אדם, בחייה של אומה. שינוי מקצה-אל-קצה. כך היתה מהפיכת ירבעם בן-נבט, כך היתה המהפכה הצרפתית, כך היתה המהפכה הבולשוויקית. ואם אומרים לנו כי בחודש מארס 1992 חלה "מהפיכה חוקתית" בנושא זכויות האדם, כמו מוסיף הדובר ומשמיע לנו כי באותו חודש חל שינוי עמוק - שינוי מקצה-אל-קצה - בזכויות האדם בישראל. כמו זכויות האדם בישראל ראו באותו יום אוויר-עולם, כמו יצרה הכנסת יש-מאין: "מהפיכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים" הגיעה סוף-סוף גם אלינו. נלמד מכל אלה: אשרינו שגם אנו בישראל זכינו בזכויות-אדם חוקתיות... דעתי שונה, שכן כידוע לכל זכויות אדם היו בישראל גם קודם שנת 1992".

77 השופט י' זמיר מבקר את גישתו של א' ברק בבג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס וחמ"מ, פ"ד נב(1) 289, 361-360: "תפיסה זאת אינה מקובלת עלי. אני רוצה לראות את המדינה כשותפות... שותפות כתפיסה רעיונית, שתבוא במקום התפיסה של המדינה כשלטון. המדינה, לפי תפיסה זאת, היא מפעל משותף של כל האזרחים. יש בה חלוקת תפקידים. התפקידים מכתבים גם את היחסים המשפטיים... התפיסה של שותפות מקדמת את הדמוקרטיה למדרגה גבוהה יותר. היא נותנת ביטוי נכון יותר לרעיון של שלטון העם".

המדינה "היהודית" הדמוקרטית אמורה להגשים את ההגנה על כבודו של האדם וזה עיקרה. מבחינתו של השופט ברק ערכי היסוד של כבוד האדם אמורים להיות הנושא שסביבו תתאחד החברה הישראלית בעת שיש משבר קשה וריבוי של מחלוקות: "האם מרחיק לכת הוא לצפות כי כבוד האדם וחירותו - ושאר זכויות האדם הבסיסיות, ישמשו דבק המאחד אותנו ככנייה של מדינה מתחדשת?"<sup>78</sup> אם בימי ראשית המדינה המוטיב המרכזי בחוויה היהודית הקולקטיבית היה "האנחנו" הרי שבעידן הפוסט ציוני, אותו מוביל השופט ברק, ה"אנחנו" התחלף ב"אני". המדינה, מוסדותיה ובתי המשפט שלה מחויבים לרווחתו של ה"אני" להגנה על כבודו וחירותו. ההנחה היא כי השיח הציבורי והלכידות החברתית יכולים להתבסס על חומות ההגנה על הזכויות האזרחיות. לא עוד חזון ציוני יהודי, התיישבות, ביטחון ותקומת האומה שבאו לביטוי מקובל במינוח מדינה יהודית ממקורות הציונות, אלא חזון מערבי אוניברסלי הרואה במדינת ישראל את "מדינת כל אזרחיה" על המשמעויות המפליגות שיש למונח זה מבחינת הגדרתה של המדינה וסדר היום הציבורי שלה. אמנם, במאמרו השופט ברק משלם מס שפתיים לערכים הישנים של היהדות והציונות אך בפסקי הדין של השופט ברק ערכים אלה נדחו מפני ערכיה האוניברסליים של התרבות המערבית.<sup>79</sup> האליטה המשפטית, שבראשה השופט אהרן ברק, קראה את מפת הדרכים הישראלית, זיהתה את התמורה החברתית ונערכה להתמודד ולהשפיע על המהלך שאינו עולה בקנה אחד עם צפיות האליטות הוותיקות של החברה הישראלית.<sup>80</sup> בית המשפט העליון הוא המעוז האחרון של האליטות הישנות בישראל, אליטות ההולכות ונעלמות בתוך הוויית ההשתנות הבלתי פוסקת של החברה הישראלית.

בחודש מאי 2000 קבל השופט אהרן ברק תואר דוקטור כבוד מאוניברסיטת בולוניה. אוניברסיטה ותיקה שכבר בתקופת הרנסנס עסקה בלימודי משפטים, ובין המורים החשובים שלה היו יהודים שתרמו תרומה גדולה מאד להתפתחות ההומניזם והמחשבה הפילוסופית הניאו פלטוני.<sup>81</sup> בטקס קבלת התואר נשא השופט ברק הרצאה שבה פרש את תמצית תפיסת עולמו השיפוטית. בין היתר הוא אמר: "ניסיוני האישי במהלך מלחמת העולם השנייה ובזמן השואה - שבה שישה מיליונים מבני עמי, לרבות מרבית משפחתי, נרצחו באכזריות, שאני עצמי ניצלתי בדרך נס מלהישלח למחנה ריכוז הודות לאומץ ליבו של איכר ליטאי - חקקה בלבי את הצורך

---

78 מתוך דברי אהרן ברק ביום 25.11.93 בעת שנבחר לתפקיד המשנה לנשיא בית המשפט העליון, מבחר מאמרים, כרך א, 970.

79 במאמרו של השופט א' ברק "על רשויות וערכים בישראל" הפרקליט מב (1995) 445, 450 "על הרשות השופטת...לתת ביטוי להמשכיות ההיסטורית של התקומה הלאומית ולתפיסות היסוד המודרניות. עליה לבטא את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. עליה לשקף את המורשת היהודית והציונית שלנו". במאמר "ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" מנחה ליצחק (1999) 31, 39-40 "מדינה יהודית היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה...מדינה יהודית היא מדינה המספחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי...מדינה יהודית היא מדינה שערכיה שאובים ממסורת דתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה... מדינה יהודית היא מדינה שבה ערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות...הם מערכיה הבסיסיים... הציונות מזה וההלכה היהודית מזה הטביעו את חותמן על אופיה היהודי של מדינת ישראל". בהשוואה בין עולם הערכים המובע במאמרו של השופט ברק למול הערכים אותם הוא מאמץ בפסקי הדין שלו אין לזהות התאמה. את עמדתו בפסקי הדין הצגנו ונציג בהמשך בדרינו.

80 ב' קימרינג קץ שלטון האחסולים (תשס"א) 105.

81 ראו ח' שיין אדם חברה ומשפט בהגותו של רבי עובדיה ספורנו (תשס"ב) פרק א.

להגן על כבוד האדם של כולם.<sup>82</sup> הטראומה האישית של השופט ברק כילד יהודי נרדף בליטא היא שעיצבה במידה רבה את בסיס חזונו וחתירתו להגנה על זכויות הפרט, בין כפרטים ובין כחלק ממיעוט שיש להגן על זכויותיו.

במרכז עולמו של השופט ברק מצוי האדם, שוויתר על חלק מזכויותיו על מנת לחיות בחברה מדינית מאורגנת, הוויתור מצידו היה מינימלי. על בתי המשפט לדאוג שהרצון הטוב, שבא לביטוי בווייתור על מקצת הזכויות, לא ייהפך למכשיר של ניצול ופגיעה בו. "חובתו הקדושה" של השופט לטפח את זכויות הפרט ולערוב להם. הדמוקרטיה אינו ערך עצמאי אלא מכשיר להבטיח את החופש והחירות של האדם, כל אדם. המינוח כל אדם כולל בעיקר את החלשים, המקופחים, המיעוטים, שמתבע הדברים יכולתם להגן על עצמם מוגבלת. חזונו זה של השופט ברק הנו רומנטי, דתי על גבול המיסטי. לדידו, השופט בהגינו על זכויות הפרט מבצע מעשה דתי שיש בו חובה קדושה, קיום של מצווה חילונית-אזרחית. הדת של השופט ברק הנה הדת החילונית שיש בה חובות קדושות, ובעיקר ההגנה על החופש.<sup>83</sup> לדת חילונית זו ישנם גם כלי קודש בדמותם של השופטים היושבים בהיכלי הצדק, שבידם לוחות הברית עליהם חרותים החוק על הלוח האחד והצדק החברתי על הלוח השני. שופטים ללא חרב וארנק<sup>84</sup> אך עם הרבה אמונה ולהט דתי.

העמדת זכויות הפרט כתשתית החיים במסגרת הדמוקרטית אינה פשוטה כלל ועיקר. העיסוק המופלג בזכויות הפרט משכיח לעתים את חובות הפרט לחברה. חוששני שהעמדת הזכויות במרכז גוררת תפיסת עולם הגורסת כי מול האחריות והכוח שקיבל השלטון עומדת זכותו של האזרח לתקבולים ולטובות הנאה, מטפחת חוסר אכפתיות ואדישות חברתית. מדינה הנתפסת רק כנותנת שירותים תמצא אזרחים שנכונותם לתרום ולהשפיע מסתלקת. התוצאה היא אינדיבידואליזם אטומיסטי, מונאדות אטומות העסוקות בעצמן.<sup>85</sup> ראיית הפרט וזכויותיו כיסוד המשטר הדמוקרטי, גוררת לעתים תוצאות מוזרות גם בנסיבות שמדינה דמוקרטית נאלצת להגן על עצמה ולהילחם. מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה, משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו.<sup>86</sup> השופט ברק ער ליתרון המוענק על ידי מי שמרחם על האכזרים אך על פי תפיסת

82 ההרצאה תורגמה ופורסמה בהמשפט 11 (2001).

83 בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר-אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, 367-368.

84 מבחר כתבים, כרך א, 970.

85 ל' ברשק "אזרח ומדינה בדמוקרטיה (בעקבות בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289)" משפטים לב(2000) 217, 245. המחבר מצביע על הפרדיגמה הרפובליקנית העומדת כאלטרנטיבה עדכנית לפרדיגמה הליברלית והקהילתנית.

86 בג"צ 794/98 שיח עבדאל קארים עובייד ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, 774-773. ראו גם בג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 132; בג"צ 3451/02 מוחמד אלמרני ו-2 אח' נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34-35: "ישראל מצויה בחגימה קשה כנגד טרור משתולל. היא פועלת על פי זכותה להגנה עצמית (ראו סעיף 51 למגילת האומות המאוחדות). לחימה זו אינה נעשית בחלל נורמטיבי. היא נעשית על פי כללים של משפט בינלאומי... האמירה כי 'כאשר התותחים יורים, המוזות שותקות' אינה נכונה. אמרתו של קיקרו כי בעת מלחמה מחרישים החוקים אינה משקפת את המציאות המודרנית. עמדתי על כך באחת הפרשות בצינינו: "גם כאשר התותחים יורים חייב המפקד הצבאי לשמור על החוק. כוחה של חברה לעמוד כנגד אויביה מבוסס על הכרתה, כי היא נלחמת עבור ערכים הראויים להגנה. שלטון החוק הוא אחד מערכים אלה", כמו גם בג"צ 168/91 מורכוס נ' שר הביטחון, פ"ד מה(1) 467, 470.

עולמו המוסר וההומניזם בחשבון ארוך הם ביטוי של עוצמה: "מודעים לנו לכך כי פסק דינו זה אינו מקל את ההתמודדות עם מציאות זו. זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות שנוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור. חרף זאת, ידה של הדמוקרטיה על העליונה, שכן שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט, מהוות מרכיב חשוב בתפיסת ביטחונה. בסופו של יום, הן מחזקות את רוחה ואת כוחה ומאפשרות לה להתגבר על קשייה"<sup>87</sup>. מי שיוצא למלחמה כשידו האחת קשורה מאחור ומעל ראשו להט החרב המתהפכת של בית המשפט מסופקני אם יוכל לנצח בשדה הקרב. כבוד האדם, כאינטרס משותף לכלל בני החברה, מחייב סובלנות הדדית.<sup>88</sup> אם כל יחיד בחברה דמוקרטית יבקש לממש את מלוא רצונותיו, סופה של החברה שלא תוכל לממש אף את מיעוטם של המאויימים. חיי חברה תקינים מבוססים, מטבע הדברים, על ויתור הדדי, ועל סובלנות הדדית. אומר השופט אהרן ברק: "המשטר הדמוקרטי מבוסס על סובלנות. זו הסובלנות למעשי הזולת ולדעותיו. זו הסובלנות גם כלפי חוסר הסובלנות. בחברה פלורליסטית כשלנו הסובלנות הוא הכוח המאחד אותנו והמאפשר לנו חיים משותפים"<sup>89</sup>. לדברי השופט ברק לסובלנות מעמד כפול של יעד חברתי הראוי לכל חברה דמוקרטית, ואמצעי שיכול לסייע באיזון שבין מטרות חברתיות מתנגשות. מאזני הסובלנות מחייבים שקלול והכרעה ערכיים. מי שמבצע את האיזון הוא שמגדיר את מי שאמור לשלם את מחיר הסובלנות.

אל מול חזונו של השופט ברק בדבר עליונות זכויות הפרט בישראל על כל המשמעויות המתלוות לכך, עומדים שלושה מכשולים והם: א) מדינת ישראל כמדינה יהודית אשר אזרחים רבים בה רואים את תשתית הערכים שלהם על רקע דתי ב) היות מדינת ישראל מגשימה חזון ציוני הנותן מעמד מיוחד לערכי הביטחון וההתיישבות של היהודים במדינת ישראל ג) המציאות הביטחונית-קיומית בה מצויה המדינה מאז הקמתה. המכשולים האמורים אינם מרתיעים את השופט ברק בדרכו להגשמת חזונו. הוא מוביל באופן סיסטמתי לצמצם את אופיה היהודי של המדינה ככל שיש לכך משמעות דתית, לבטל את השפעת המחויבות הציונית על ערכיה ומשפטה של מדינת ישראל, ולהלך על חבל דק בסוגיות הביטחון של המדינה.<sup>90</sup>

87 בג"צ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עניינים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד (4) 817, 845. בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721, 743-742: "הפגיעה של מעצר מינהלי בחירות ובכבודו של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה היא קשה. הפגיעה היא קשה, שכן היא פוגעת בחירותו של אדם - חירות המוגנת בישראל ברמה חוקתית-על - חוקית - בלא משפט ובלא פסק דין... עם זאת, היא נסבלת. היא בבחינת הרע במיעוטו. לעומת זאת, הפגיעה בחירות ובכבוד, במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו."

88 השופט ויתקון בבג"צ 549/75 חברת סרטי נוח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל (1) 164. השופט אלון אומר: "זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל - שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי השקפת עולמם. וזהו סודן הגדול של הסובלנות ושל ההקשבה לזולת, וזהו כוחה הגדול של הבעת הדיעה לכל אחד ואחד ולכל ציבור וציבור" ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד ל (2) 225, 296.

89 בג"צ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255, 277.

90 כדי להמחיש את החבל הדק שבו מהלך השופט אהרן ברק בנושאי ביטחון, חבל המתוח בין צרכי הביטחון לזכויות האדם והאזרח ראו בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון, פ"ד מז (1) 267; בג"צ 393/82 אלמעלמן נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד ל (4) 785; בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד (4) 626; בג"צ 2006/97 אבו פארה נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נא (2) 651; בג"צ 6843/93 קטמש נ' מפקד כוחות צה"ל, תק-על (2) 208: 94; בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל, פ"ד מז (1) 209.

כדי להגשים את החזון ולהתגבר על המכשולים, פועל השופט ברק ליצור מציאות של שלטון המשפט ולהעדיף אותו על שלטון החוק. שלטון המשפט מתחיל בהטמעת העיקרון ששיטת המשפט הישראלי עברה משיטת משפט המבוססת על מושגים ואינטרסים לשיטת משפט המבוססת על ערכים.<sup>91</sup> שלטון המשפט פירושו שאין לך התנהגות אנושית שאינה מצויה תחת מטרייה משפטית, וממילא יכול המשפט להתערב, להציע פיתרון ולהכריע.<sup>92</sup> בתחום המשפט הציבורי כל מעשה של הרשות, כולל שיקול דעתה, מצויים תחת ביקורת שיפוטית, ובתחום המשפט החוקתי הפרדת הרשויות הנה סכימה בלבד ולבית המשפט סמכות לבטל חוקים שאינם עומדים בביקורת עקרונות היסוד של השיטה.<sup>93</sup> המשמעות המעשית היא כי שופטי בית המשפט העליון, מבלי שנבחרו על ידי הציבור, יוצרים למעשה מנהיגות על, העליונה על פני זרועות הממשל האחרות.<sup>94</sup> באמצעות שלטון המשפט סבור השופט ברק כי מדינת ישראל תהיה מדינה דמוקרטית, המקדשת את זכויות הפרט, מדינת כל אזרחיה ללא הבדל מוצא גזע דת ומין. לצמצם עד למינימום את יהודיותה של המדינה ולהפכה לקישוט על מנת לשמור על רציפות היסטורית ולכידות חברתית. לפעול לביטול ערכיה הצייוניים של המדינה ככל שיש בהם פגיעה בשוויון שבין אזרחי המדינה. המגמה העולה מפסיקתו של השופט ברק מובהקת. משמעותה: "המשפט הוא כל יכול, ומכאן – בית המשפט הוא כל יכול, והמסקנה המתבקשת היא – שהשופט הוא כל יכול, וקנה המידה שבידו הוא עיקרון הסבירות, שאף הוא כל יכול. דרך חשיבה כל יכולה זו אינה מקובלת עלי. כבר אמרנו במקום אחר כי יסוד היסודות של דמוקרטיה נאורה הוא שלטון המשפט ולא שלטון השופט".<sup>95</sup> א' לבונטין מעלה חשש כבד מאד מפני שלטון השופטים במקום שלטון החוק ובתי שופטים במקום בתי משפט. הוא מוסיף דברים קשים: "השופט הבודד – אם אין בתפקידו כדי לספקו או להלום את אישיותו, אם תפקידו 'קטן עליו', ונכספה נפשו להפליג על מימיה הרוגשים של הפוליטיקה, ייטיב לעשות בעברו אל פעילות פוליטית גלויה... בעשותו זאת יתרום לחיזוק המגמה הא-פוליטית בשורות השופטים – ומגמה כזאת תעודד את הרשות המחוקקת לשוב ולצמצם את עצמה".<sup>96</sup>

91 דנג"ץ 4601/95 טרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על98(3) 1154, בעמ' 1156: "איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית המשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט". ראו א' ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, 478-479.

92 בבג"צ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ו-17 אה', פ"ד מה(1) 749, 772-773 דן בית המשפט העליון בתוקפו של הסכם פוליטי שנעשה בין מפלגות ובו סעיפים העוסקים בסוגיות של מדיניות ומבנה השלטון. בפני בית המשפט עלתה שאלת השפיטות של ההסכם והנגזרת ממנה מהו החוק או העקרונות אותם יש להפעיל במישור ההסכמים הציבוריים. השופט ברק מבהיר כי: "היחסים בין אדם לבין חברו בתחום המוסר או החברה אינם נופלים בגדר 'חלל משפטי'. המשפט הוא בכל. אין 'חלל משפטי'".

93 בג"צ 14/86 יצחק לאור נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434-435.

94 בבג"צ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 763.

95 השופט מ' אלון, שם 772. ראו גם ע"ב 2/84, 3, ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד ל"ט(2) 225, 296. על החשש מדיקטטורה של בתי המשפט גם במדינות ללא חוקה ראו P.B. Devlin The Judge (Oxford,1979) ch. 1.

96 "פרשנות אקלימים וסינתזה" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (י' זמיר עורך, 1993) 269, 285; הנשיא לשעבר מ' לנדוי במאמרו על בית המשפט העליון, הארץ 1.10.97. סובר שבית המשפט הפועל כגוף אוליגרכי פוגע במהות הדמוקרטיה בביקורתו על החלטות שנתקבלו באורח דמוקרטי. ש' אבינרי טוען כי האקטיביזם השיפוטי יצר עימות בין בית המשפט העליון וחלקים באוכלוסייה (הארץ 7.1.96). רות גביון מבהירה כי בית המשפט העליון מייצגת את חברה בישראל של גברים אשכנזים וחילוניים (ידיעות אחרונות 21.11.95). מ' מאוטנר במאמרו "המשפט הסמוי מן העין" מנחה ליצחק (א' ברק ומ' שאוה עורכים 1999) 59, 81 טוען כי בית המשפט העליון תפס צד בוויכוח הקיים במדינת ישראל והוא נתן אחיזה לקבוצה הליברלית שנכשלה בניסיונה לשוב לשלטון.

בשורה של פסקי דין יצר השופט ברק את הדינמיקה שנועדה להגשים את יעדיו החזוניים. ראשית, הוא הכפיף באופן רחב את החקיקה לחוקי היסוד. היקפם ותוקפם של חוקי היסוד מתפרשים על ידי בית המשפט. בכך בית המשפט העליון מבקר את חוקיות החוקים תוך שהוא מגדיר את היקף סמכותו שלו. בכך ערער את העיקרון המקובל של הפרדת הרשויות. כדי להשלים את המהלך יצר השופט ברק עקרונות של פרשנות שמקנים לשופטים כוח עצום בפירוש החוק, כדי להתגבר על יהודיותה של המדינה, הוא נתן פירוש עמום של היהדות שאין לו דבר עם ההגדרה המסורתית של היהדות ופעל לצמצום ניכר של השפעת הדת על הנורמות המקובלות בציבור כולל פגיעה בסמכותם של בתי הדין הרבניים, ולאחרונה הטיל ספק באתוסים הציוניים הבסיסיים כולל התיישבות וביטחון. אלמלי האינתיפדה שהחזירה את המדינה אל הרחם הציוני<sup>97</sup> היו מהלכיו של השופט ברק מרחיקים לכת ומואצים עוד יותר.<sup>98</sup>

י' ליבוביץ בראיון אומר כי: "החוקה יצרה את העם האמריקאי, ולא העם את החוקה".<sup>99</sup> החוקה היא הנכס המשותף לכל האמריקאים ולכן יש מליוני סינים, יפנים וקוריאנים שהם אמריקאים במאה אחוז. חוקי היסוד ומתן תוקף חוקתי להם הנו התשתית ליצירת זהות והזדהות חדשה של הגדרת הישראליות. הגדרה שתוכנה ומהותה ייקבעו בבית המשפט העליון. דת אזרחית חליפית להגדרת יהדותה של המדינה.<sup>100</sup> במהלך שיטתי, מתוכנן אסטרטגית ומרשים בתחכום, מתמודד ברק על דמותה של המדינה בתקווה להנהיג את מדינת היהודים החילונית, שערכיה ערכים אוניברסליים של הציבור המתקדם והנאור, ודגלה אינו מגן דוויד אלא מגן האזרח החופשי. כותב השופט ברק: "כבוד האדם כזכות חוקתית מטיל משימה כבדה על בית המשפט. הכנסת... אצלה... לבית המשפט את התפקיד למלא זכות זו בתוכן נורמטיבי... אכן, אמת המידה של ה'ציבור הנאור' משקפת את הבסיסי והמשותף לחברה הישראלית".<sup>101</sup>

## ד. בית המשפט העליון - ברק ורעם

למדינת ישראל, למרות המציאות החברתית והגיאופוליטית הקשה, יש הישגים מופלאים. שרידי חרב, עולים חדשים, ותיקים עם צעירים יסדו על כברת ארץ קטנה לחוף הים התיכון דמוקרטיה יציבה, יחידאית בין משטרי עריצות סביבה. הקימו צבא לתפארת, לימדו את עצמם לעסוק בביטחון, התיישבות וחקלאות, והצעידו מדינת מהגרים קטנה לקידמת המדע והמחקר העולמי. מאחר ובעל הנס אינו מכיר בניסו טחו עיניים מראות את כל המפעל העצום. ישראל מוכרת מטוסים להודו, פרחים להולנד, תרופות לאנגליה ותוכנות מחשב לארצות הברית. דא עקא,

97 ת' שגב הציונים החדשים (תשס"א) 133.

98 בג"צ 4054/95,5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל, פ"ד נגד 817, 842-843. השופט ברק: "ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה. אך אנו חלק מהחברה הישראלית. יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה בה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסק דיננו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים".

99 מ' ששר ליבוביץ כופר או מאמין? (תשס"א) 28.

100 כשם שהחוקה האמריקאית הינה תשתית הדת האזרחית בארצות הברית. ראו ר' גביוון וא' שפירא בהקדמה לספרם של א' המילטון ג' מדיסון וג' גיי הפדרליסט (תשס"ב) מט (להלן "הפדרליסט")

101 א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (1994) 271, 286.

עם כל הגאווה על ההישגים והתמורות ההיסטוריות בחיי היהודים, מדינת ישראל הולכת ושוקעת לתוך מאפליה של ריקבון, בינוניות ושטחיות, השחתת מידות, לדול של הרוח והערכים, פערים חברתיים מתרחבים וחוסר אמון של האזרחים במוסדות השלטוניים והנהגתם.<sup>102</sup> התוצאה היא תחושת התפרקות, התגמדות, התכנסות פנימה איש לענייניו, ובעיקר אובדן הלכידות<sup>103</sup> ופרימת המרקם החברתי. התוצאה היא חברה מקוטבת ושסועה, שבתאי חייה מנגנון הרס עצמי פושה כמארה. לאחרונה אף נשמעים קולות של פקפוק באשר ליכולת ההתמדה של קיום מדינת ישראל. במדינה מתוקנת תפקידה של ההנהגה המדינית, בין היתר, לגלות עירנות לתהליכים העוברים על החברה, להיערך ולהתמודד עם המציאות המשתנה. מנהיגות אינה שררה, היא סוג של עבדות.<sup>104</sup> עבדות לאזרחים, לרעיון ולדרך. מנהיגות הנה עמידה על המשמר, התוויית הנתיב ומתן מענה לצרכים המשתנים ולא לרצונות הקבועים. על ההנהגה לתת דוגמה לגורמות התנהגות שלטונית, להשריש אורחות חיים ראויים ולחזק את אמון הציבור במשטר ובחוק כמו גם בערכים עליהם מבוססת שיטת המשטר.<sup>105</sup> בישראל, מאז רעידת האדמה של מלחמת יום כפור, ההנהגה משותקת, טווח ראייתה כטווח קדנציה שלטונית מקוצרת ובגדיה החדשים של מדינת ישראל

---

102 בג"צ 6163/92 יואל אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 267-266. השופט ברק: "אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית, ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמון ברשויות השלטון הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים. יש ליתן משקל נכבד לשיקולים הבאים לקיים, לשמר ולפתח את תחושת הציבור, כי משרתיו אינם אדוניו, וכי הם עושים את מלאכתם למען הציבור, מתוך ישר וניקיון כפיים. אכן, טוהר השירות והשורות עומד בבסיס השירות הציבורי ובבסיס המבנה החברתי שלנו". בבג"צ 251/88 ווגיה עודה נ' טלאל ראבי ואח', פ"ד מב(4) 837, 840-839 בעניין הגדרת עבירה שיש עמה קלון המבטאת את התפיסה "כי בחברה דמוקרטית נאורה חייב איש ציבור, הנבחר על ידי העם, והזקוק לאמון העם, לקיים רמה מוסרית נאותה בהתנהגותו - בין הפרטית ובין הציבורית - על מנת שיוכל להמשיך לכהן במשרתו". בבג"צ 7074/93 טויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749, 777 אומר הנשיא אהרן ברק בעניין עבירת השוחד: "התנהגות זו אסורה היא לעובד הציבור, שכן היא פוגעת בתקינות המינהל, בייקרתו של המינהל ובאמון שהציבור רוחש לו... נטילת שוחד, הפרת אמונים ועבירות אחרות הקבועות בדיני העונשין, אשר יסוד של שחיתות (במובן הרחב) טבוע בהן, מסוכנות הן לחברה ולסדרי הממשל. הן מכרסמות בעבותות הקשורות אותנו כבני חברה אחת. הן מפירות את האמון של פרט בפרט, ושל הפרט בשלטון. הן מעודדות זלזול ברשויות הציבור ובעובדי הציבור. הן מטפחות ציניות כלפי רשויות המינהל וכלפי הסדר החברתי הקיים. הן פוגמות באמון של הפרט בתפקידו של הכלל, ובכך מערערות את היציבות החברתית". ראו גם ע"פ 5046/93 מדינת ישראל נ' רפאל הוכמן, פ"ד נ(2) 1, 11-10.

103 השופט ת' אור בדנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' בנימין כהנא, פ"ד נד(5) 145, 167-166 "הערך של 'לכידות חברתית'..., הוא בעל חשיבות מיוחדת על רקע חברה בעלת פסיפס חברתי מגוון כמדינת ישראל, בה מתגוררים זה בצד זה בני מיעוטים, בני עדות דתיות שונות, והשונות בין קבוצות אוכלוסין החיות בקרבה ניכרת. ערכו הוא בשמירת קיומה של חברה רב תרבותית פלורליסטית, ובמניעת התפוררות המרקם החברתי".

104 השופט מ' אלון בבג"צ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ו-17 אח' פ"ד מה(1) 749, 821-820: "לשעבר הייתם ברשות עצמכם, מכאן ואילך הרי אתם משועבדים לציבור" (ספרי, דברים, א, פיסקא טז); ואשר על כן - "כמדומין אתם ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם?" (הוריות, י, א-ב). "השררות עבדות היא לו לאדם, לפי שמוטל עליו עול רבים" (רש"י, הוריות, שם). השופט ברק בבג"צ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 783-782.

105 דברי הנשיא מ' שמגר בבג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 423-422 "מראית פניה בעיני הציבור, יכולתה להנהיג ולשמש דוגמה, כשירותה להשריש אורחות התנהגות נאותות, ועיקר העיקרים כאשר הדבר משליך על אמון הציבור בשיטת הממשל והשלטון שלנו, בערכים עליהם בנויה שיטתנו השלטונית והחוקית ובחובות של האזרח מן השורה, הקמות ועולות מכך".

מטולאים. התנהלות ההנהגה הנה אנטיזה לנדרש ממנה. המדינה משולה כיום לספינה המשייטת על מים סוערים שקברניטיה עסוקים בהישרדות פוליטית, איש מהם אינו נפנה לתפוס את ההגאים, לייצב את הספינה ולעצור את שטף המים הפורצים לעבר הסיפון.

שורש המחדל נעוץ בעובדה שהחברה הישראלית, מאז הקמת המדינה, לא התפנתה לדון בשאלות היסוד של קיומה, מהותה ודרכה. בהצלחתה המונומנטאלית, איבדה הציונות את דרכה לדעת. מגורם מלכד הפכה הציונות לאחד ממוקדי המחלוקת החברתית בישראל.<sup>106</sup> העשייה המואצת של העשורים הראשונים, תנופת הבנייה, קליטת העלייה, פיתוח ההשכלה, המדע והתעשייה תוך כדי ובצל מלחמות ומציאות ביטחונית קשה דחקו את בירור שאלות היסוד של החברה והמדינה. גם היום, לאחר למעלה מיובל שנים, מנהיגי המדינה מסרבים מסיבות השמורות עמם, להתפנות ולעסוק בסוגיות המורכבות של הגדרת החזון והיעדים של החברה בישראל, האמורים להתגשם באמצעות הישות המדינית. הפתרונות המקומיים והזמניים שניתנו בסוגיות היסוד, כמו גם בענייני שיגרה ואיכות חיים, הפכו את בגדיה של המדינה לפסיפס של טלאים עד שאינך יודע אם מדובר בחולצה, מכנס או סתם חתיכת בד. בתפרים העדינים שבין הטלאים נכנס בית המשפט והחל לרקום אריג התפור למידותיו. העיכוב בדיון בשאלות היסוד והגדרת החזון מזיק ומסוכן. לאורך זמן לא ניתן לקיים לכידות חברתית ומדינית מבלי להגדיר את קווי המתאר של הקיום. בעיקר כאשר אזרחים נדרשים להתמודד יום יום במציאות של טרור, פגיעה בחיים ובאיכותם והתנהלות לא ראויה של המערכות השלטוניות.

השופט ברק מעריך כי השנים הקרובות יובילו לדיון והכרעה בסוגיות היסוד של החברה הישראלית. "רבים מכוחות הנפש שלנו - אותם כוחות נפש שנותרו לנו לאחר השואה ובעקבותיה - הוקדשו לפיתרון הסכסוך הישראלי ערבי. לא הקדשנו די מחשבה לבעיותינו הפנימיות... בעיות אלה יעמדו של סדר היום הלאומי שלנו, ובמרכזן בעיות של דת ומדינה, ובעיות של מעמד המיעוט הערבי בתוכנו".<sup>107</sup> השופט ברק סבור שההכרעה מתקרבת, הכרעה שמטיבה וטבעה תיגע בעצבים הרגישים ביותר של החברה. עצבים מרוטים ופגועים שבמרוכזם יחסי דתיים-חילוניים ויהודים-ערבים.<sup>108</sup> אין ספק כי מי שיהיה ערוך יותר טוב, רעיונית וארגונית יקבע בסופו של דבר את דמותה של המדינה לדורות הבאים. ההכרעה תתקבל אליבא דברק על ידי החברה הישראלית ומשפטה, הוא עושה כל מאמץ כדי שהמשפט ישפיע על דרכה של החברה הישראלית לקראת ההכרעה בשאלות היסוד של קיומה. על ערכיה, דמותה ועתידה של המדינה ניטש המאבק בין המחנות הפעילים והיעילים בחברה הישראלית, את המחנה האחד מוביל הרב עובדיה יוסף בסיסמא: "הכל הלכה" ואת המחנה השני מובילים השופט ברק ובית המשפט העליון.<sup>109</sup> בסיסמא:

"הכל משפט",<sup>110</sup>

החברה הישראלית החילונית מצויה במשבר מנהיגותי קשה. בהיעדרה של מנהיגות פוליטית, תרבותית וחברתית ראויה נוצר ואקום שלתוכו נכנס בעוז בית המשפט העליון ואהרן ברק בראשו. למציאות זו יאים דבריו של המשורר ח' נ' ביאליק: "השעה שעת תהו ובהו, שעת ערבוב התחומים

106 י' פרס, א' יער-יוכטמן בין הסכמה למחלוקת (תשנ"ח) 10.

107 מבחר כתבים, כרך א, 247.

108 שם 271.

109 Y. Hazony *The Jewish State* (Jerusalem, 2000) 46

110 על כוליות ההלכה וכוליות המשפט, ועל האימפריאליזם של שתי המערכות הנורמטיביות ראו י' צ' שטרן "עושר שמור לבעליו לרעתו" מחקרי משפט יט (תשס"ב) 103.

של אחרית וראשית, של סתירה ובניין, של זקנה ועלומים. ואנחנו, ילידי ביניים, ביודעים ובלא יודעים, לפני שתי הרשויות גם-יחד משתחווים ומוודים; ותלויים באמצע בין שני המגניטים הללו כל רגשות לבנו הסתומים או נביא שאלו.<sup>111</sup> המנהיג ("הנביא"), המתגלה ברגע של משבר ובלבול, אינו בהכרח האדם או קבוצת האנשים המקבלת את ההחלטות הביצועיות השוטפות, מנהיג הוא לעתים האדם שמורה את הדרך, מכתוב את הכיוון ובעיקר מסמן את היעד הסופי שאליה אמורה החברה להגיע. מכוח האמון שהציבור בישראל רוחש לבית המשפט העליון, בעיקר בהיותו נתפס כא-פוליטי, הצליח השופט ברק לפרוש את מצודתו על הליכות חייה של החברה הישראלית כמעט בכל תחום. אמון הציבור יוצר ציפיות ואלו מגבשות מחויבות. הנשיא ברק רואה עצמו מחויב לחברה, ערכיה והבטחת קיומה. אמון הציבור מעניק את הכוח לבית המשפט ובית המשפט מצידו מחויב לטובת הציבור וההגנה על זכויותיו.<sup>112</sup>

רבים תמהים מנין שואב בית המשפט העליון את סמכותו, שמעבר לקבוע בחוק,<sup>113</sup> ומה הם גבולות ומגבלות הכוח השיפוטי. התשובה יכולה להינתן במישור הפוליטי (הפיצול והקיטוב של מוקדי הכוח) התרבותי - ליברלי (ההגנה האפקטיבית של בית המשפט על זכויות הפרט) והמיתוס (הנייטרליות, הצדק והאובייקטיביות של המוסדות המשפטיים).<sup>114</sup> אני כשלעצמי סבור כי התשובה מצויה בחולשה מדהימה המאפיינת את התנהלותה של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת בישראל. רובו של הציבור רואה בחברי הכנסת קבוצת נהנתנים הדואגת לעצמה ולקסטורים אותם הם מייצגים. כנסת "חסידית" העושה חסד עם חבריה, בחינת אני לדודי ודודי לי.<sup>115</sup> שרים וחברי כנסת נחקרים, עומדים לדין ומורשעים בעבירות פליליות חמורות. בסקרי הערכה הנערכים בקרב הציבור, חברי הכנסת מצויים בתחתית הרשימה. הציבור ער לקושי להיזי את הנבחרים ממרום כסאות מושבם, אך אי אפשר לשלול ממנו את הזכות לבזו להם. ש"י עגנון בספרו שירה אומר על המנהיגים: "החכמים מושכים ידיהם מהנהגת העולם, מפני שהם יודעים שיש חכמים מהם ורוצים שיתנהג העולם על ידי חכמים גמורים. בתוך כך קופצים הטיפשים והרעים ונוטלים את הניהול לידיהם ומנהיגים את העולם כפי זדונם וכפי טפשותם."<sup>116</sup>

111 ח' נ' ביאליק בשירו "לאחד העם". השיר מובא בפסק דינו של השופט טירקל בבג"צ 5167/00 פרוף' הלל וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נהג (2) 475, 477-478.

112 יש הסוברים כי להסתמכות בתי המשפט על אמון הציבור, יש מחיר שעלול לפגוע באי תלותם של השופטים. ראו ח' ה' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט 14 (תשס"ב) 9, 17; "זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו), כרך א, 88 - 89; א' בן זאב אחרי הדמוקרטיה (2002) 54 - 55; השופט אהרן ברק מייחס לאמון הציבור משמעות אחרת מזו שמייחסים למושג כהן וזמיר, בבג"צ 732/84 ח"כ יאיר צבן נ' השר לענייני דתות ואח", פ"ד מ(4) 141, 148-149 "אמון הציבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנכסיה היקרים ביותר של האומה. ידועה אמרתו של דה-בלזק, כי חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה... ודוק: הצורך באמון הציבור אין פירושו הצורך בפופולריות. הצורך להבטיח אמון פירושו הצורך לקיים את תחושת הציבור כי ההכרעה השיפוטית נעשית באופן הוגן, אובייקטיבי, נייטרלי, ללא נטייה. לא זהותם של הטוענים אלא משקלם של הטוענים - הוא שמכריע את הדין. משמעותה ההכרה כי השופט אינו צד למאבק המשפטי, וכי לא על כוחו שלו הוא נאבק, אלא על שלטונו של החוק".

113 בסעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה.

114 ראו ג' ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה (2) 31, מחבר המאמר מביא מקורות רבים המצביעים על הקשרים רחבים של הדיון בעוצמת המוסדות המשפטיים.

115 ש' נ' אייזנשטדט הדמוקרטיה ונפתוליה (תשס"ב) 106-107.

116 ש' עגנון שירה (תשל"א). השוו עם האטד במשל התנכ"י של יותם, שופטים ט.

בנסיבות אלה, איבדו הכנסת והממשלה את יוקרתם,<sup>117</sup> הציבור חש שאין לו אלא להישען על בית המשפט העליון, ולקוות כי הוא יעמוד על הגנת חומות החוק, הצדק והיושר ויסתום את הפירצה המתרחבת המרעידה את אבני הראשה של בניין המדינה כולה.<sup>118</sup> המסקנה היא אחת ומובהקת, בית המשפט העליון בישראל שואב את סמכותו ישירות מהציבור ולא דווקא מלשונו של החוק ורצון המחוקק.<sup>119</sup>

בית המשפט העליון, מתוך תפיסת אחריותו הכוללת, לא מנע מעצמו את הדיון וההכרעה בנושאים ערכיים, פוליטיים וציבוריים סבוכים. ההכרעה נדרשה בעיקר עקב חולשתם, הימנעותם, התחמקותם וחוסר רצונם של המחוקקים לקבל הכרעה והעדפתם לגלגלה לפתחו של בית המשפט העליון. השופט ברק שש לקבל את ההכרעה מתוך הבנת העוצמה ויכולת ההשפעה המתלווה לכך.<sup>120</sup> בשני העשורים האחרונים, נכונות זו של בית המשפט התגברה לבלי הכר. המדובר בנושאים קשים, שנויים במחלוקת ציבורית, ייחודיים בעוצמתם התרבותית, דתית, חברתית, פוליטית ואפילו צבאית. בפסק דינו בעניין סגירת כביש בר-אילן לתנועה בשבת אומר הנשיא ברק: "בשיח הציבורי בישראל, רחוב בר-אילן, חדל להיות אך רחוב. הוא הפך להיות מושג חברתי. הוא משקף מחלוקת חברתית עמוקה בין חרדים לחילונים. אין זו אך מחלוקת על חופש התנועה ביום שישי ובשבת ברחוב בר-אילן. זו בעיקר מחלוקת קשה על יחסי דת ומדינה בישראל; זו מחלוקת נוקבת על אופיה של ישראל כמדינה יהודית או כמדינה דמוקרטית; זו מחלוקת מרה על אופיה של ירושלים. מחלוקת זו נתגלגלה לפתחו של בית המשפט. עלינו להכריע בה חרף תוצאותיה הפוליטיות והחברתיות".<sup>121</sup> לדידו של השופט ברק ההכרעה בעניין כביש בר-אילן הנה

---

117 י' זמיר "המשפט הציבורי מהפכה או התפתחות" ארבעים שנה למשפט הישראלי (1990, א' בנדור ו' שילה עורכים) 563, 571.

118 השופט ברק בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 451-452: "מאז הקמתה של מדינת ישראל, עמד בית המשפט העליון - ועמו החברה הישראלית כולה - כמבצר הדמוקרטיה הישראלית. ידועים דבריו של השופט ברנזון, לפיהם 'בית משפט זה הוא המעוז והאויביקטיבי ביותר שיכול להיות לאזרח בריבו עם השלטון'. ... תפקיד זה מקבל משנה תוקף עם חקיקת חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. סביב זכויות האדם נבנו חומות מגן נוספות. על שמירתן מופקד בית המשפט". ראו דה טוקוויל, הדמוקרטיה באמריקה (תש"ל) 86.

119 חוק יסוד: השפיטה.

120 נזכיר לדוגמה נושאים כמו סוגיית מיהו יהודי על גלגוליה השונים, מעמדם של רבנים המשתייכים לזרמים הלא אורתודוכסיים, גיוס בני הישיבות, הקצבות ייחודיות ושעון הקיץ. על המשפטיוציפה של מחלוקות פוליטיות בישראל ראו ב' נויברגר דת ומדינה ופוליטיקה (תשנ"ד) 51. השוו עם דברי השופט מ' לנדוי בבג"צ 390/79 עזת מחמד מוסטפה דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4: היורד לעתים רחוקות לשדה המערכה הציבורי כמי שכפו עליו הר כגיגית. 121 בג"צ 5016/96 ליאור חורב ו-4 אח' נ' שר התחבורה ו-23 אח', תק-על(297) 611. השופט ברק כותב בפסק דינו הארוך והמקיף: "מודעים אנו לכך, כי להכרעתנו המשפטית השלכות לבר-משפטיות. אין בידינו למנוע זאת. תפקידנו השיפוטי מחייב אותנו לפסוק את הדין על פי מיטב הבנתנו אותו. אין לי אלא להביא מדבריו של מ"מ הנשיא, השופט לנדוי, שכתב בפרשת אלון מורה: 'עדיין רב החשש שבית המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל ידי חלקו האחר בדהייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על פי הדין בכל עניין המובא לפני בית המשפט כדיון, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, ביודעי היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים ליבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים". ראו בג"צ 58/68 בנימין שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 521, 530; בג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4.

ביטוי לסמכותו ונכונותו של בית המשפט העליון לרדת לתוך שדה המחלוקת המשטעית את החברה הישראלית, ולא רק לפתור את הסוגייה המשפטית שהונחה לפתחו של בית המשפט. כמו גם להשתמש בכלים שבית המשפט העליון יצר לעצמו כדי לקבוע את דמותה של המדינה. המעטפת המשפטית היא בסך הכל מיסוך שבאמצעותו מבקש השופט ברק לקחת חלק ואף להכריע בסוגיות המהותיות ביותר של חיינו הציבוריים, הכרעות שבמדינות מערביות מתקבלות בבתי הנבחרים שלהן. חובה לשים לב כי הציבור אינו מתעניין בהנמקות של בית המשפט ודרך קבלת ההכרעה על ידו. המעטפת המשפטית אינה רלבנטית, הציבור מתמקד בהכרעה ורק לה הוא מייחס משמעות. המסר היוצא מבית המשפט, מבחינת אורחי המדינה, מצוי בהכרעה השיפוטית וזו למעשה פוליטית ומבטאת את ערכי בית המשפט.

בית המשפט העליון בהנהגתו של השופט ברק לא נמנע מלעסוק בסוגיות פוליטיות מובהקות, כמו תוקפו של הסכם פוליטי בין סיעות בכנסת לקראת הרכבתה של ממשלה חדשה.<sup>122</sup> ברק ער לאופיה הפוליטי של הסוגיה ואומר בפסק דינו: "איני רואה כל מקום לחשש של פוליטיזציה של השפיטה. מדרכה של שפיטה שהיא עוסקת בבעיות החיים, ואלה טעונות לעתים קרובות מטען פוליטי. 'מיהו יהודי', גיוס בחורי ישיבה, 'התנחלויות' באזורי יהודה שומרון ועזה, הפגנות בעד ונגד מהלכים מדיניים – אלה ורבים אחרים הם עניינים הנידונים כעניין שבשגרה בפני בית המשפט, חרף המטען הפוליטי שלהם. כוחו של בית המשפט לנתק עצמו מהפוליטיקה, אינו בדחייתה על הסף של עתירה שיש לה היבט פוליטי. ניתוקו של בית המשפט מהפוליטיקה מתבצע על-ידי כך שאמות המידה אשר בית המשפט מפעילן הן אמות מידה משפטיות ולא פוליטיות."<sup>123</sup> נדרשת מידה רבה של תמימות להאמין כי בית המשפט האקטיביסטי ביותר מאז הקמת המדינה מכריע אך ורק בהסתמך על שיקולים משפטיים, הגם שלשון ההכרעה וסגנונה הוא משפטני.<sup>124</sup> לבית משפט, במיוחד לשופט ברק, שהפך את הפרשנות המשפטית ליצירת אומנות, יקשה מאד לשכנע כי הבחירה בין האלטרנטיבות הפרשניות האפשריות נעשית אך ורק בהסתמך על שיקולים אובייקטיביים מבלי "נגיעה" בהשקפת עולמו של השופט.

---

122 בג"צ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה ו-17 אחרים, פ"ד (מה) 749.  
123 שם, 854-855. השוו עם דברי הנשיא מ' שמגר בבג"צ 852/86 ח"כ שולמית אלוני ו-6 אח' נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 31-32: "כשלעצמי איני סבור שניתן ליצור, הלכה למעשה, סגירה הרמטית או סינון, המונע מעיקרו גלישתן של מחלוקות בעלות סממנים מדיניים לתוך תחומי ההתדיינות בפני בית המשפט הגבוה לצדק. אמת המידה המיושמת על ידי בית המשפט היא משפטית, אך רוב הנושאים החוקתיים, טומנים בחובם גם יסודות מדיניים במובניו השונים של מושג זה, והשאלה היא, בדרך כלל, מהו אופייה הדומיננטי של הפלגתא".  
124 על משפט ופוליטיקה ראו J.A.G. Griffiths *The Politics of the Judiciary* (Oxford, 1977), המחבר בעקבות פסקי דין שנתנו בבית הלורדים באנגליה טוען לעירוב תחומים מובהק שבין משפט ופוליטיקה, על דיעה שונה 9 R. Dworkin *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass., 1985).

השופט והנשיא ברק, שינה את פניו של בית המשפט העליון ללא היכר. מגוף מנומנם וצייתן הנוהג איפוק ושמרנות,<sup>125</sup> שברוב שעות היום חלונותיו סגורים ושעריו נעולים הפך להיות אוונגרד חברתי, ליברלי, פתוח לכל דיכפין, ידו בכל ויד כל לפתחו.<sup>126</sup> ממוסד הכבול באזיקי זכות העמידה והשפיטות,<sup>127</sup> למעוז משוחרר המשמש מגדלור המאיר כל פינה. ירושלים, בירת ישראל, יש בה כותל דמעות במזרחה וכותל דיעות במערבה. כותל נאה, שגם מראית העין שלו באה להבטיח את מעמדו בין רשויות השלטון העליונות. מעטות מאד המדינות בעולם שבידי בית המשפט העליון שלהן התרכזה עוצמה רבה כמו במדינת ישראל. אין כמעט נושא העומד על סדר היום הציבורי והלאומי שאינו "זוכה" לטיפולו של בית המשפט העליון. ברבות השנים הוקמו

125 בג"צ 566/75, 563/75 יהודה רסלר נ' שר האוצר ו-5 אח', פ"ד ל(2) 337, 347-348: "אין הליך שיפוטי אלא מקום שקיים 'ריב' (lis). צריך שיבוא פלוני ויתבע את זכותו או עלבונו. באין נרגן ישקוט מדון, ואילו די היה בנרגן שאינו אלא דוברו ושופרו של הציבור בכללותו, היה הדיון לפני הרשות השופטת עלול לטטטש את התחומים ולהתפרש כהפרת העיקרון של הפרדת הרשויות... רבים פונים היום לבית-המשפט כדי למצוא בו פורקן לאכזבתם מיתר רשויות המדינה ולהפגין לפניו קבל עם ועדה את תרועתם - האמיתית או המדומה - על מחדלים וליקויים, ... הדיון בשאלות פוליטיות אינו צריך להפוך לעיקר. לא לשם כך נוצרה הרשות השופטת". השופט לנדוי ד"ג 2/82 יהודה רסלר, עו"ד 3-1 אח' נ' שר הביטחון, פ"ד לו(1) 708, 713-712 סובר שבית המשפט העליון "לא נועד לשמש זירה למאבקים ציבוריים-אידיאולוגיים, שכן אילו נכנס לזירה זו, היה כורע תחת הנטל, מבחינה מעשית ועניינית כאחת". אהרן ברק על פי דרכו מתעמת עם הדיעות המתנגדות לדעתו ומבהיר: "ההכרעה השיפוטית בעתירה שלפנינו אינה עוסקת בהיבט האידיאולוגי, והשופט אינו יורד לזירת המאבק האידיאולוגית. איננו מכריעים בשאלה אם ראוי לדחות שירות לבחורי ישיבה, אם לאו. איננו נוקטים כל עמדה בשאלה זו. אנו מכריעים אך בשאלה אם יש לו, לשר הביטחון, סמכות לדחות שירותם של בחורי הישיבה, אם הוא שקל בעניין זה שיקולים ענייניים, ואם החלטתו הינה החלטה סבירה. בכל אלה אין כל נקטת עמדה אידיאולוגית בשאלה הציבורית... אמת, יתכן והציבור הרחב יתקשה בהבחנת אלה. אינני סבור כי קושי זה מצדיק הימנעותנו מהכרעה שיפוטית", בג"צ 910/86 רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 498-499. ראו מ' לנדוי "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תשמ"ח) 196.

126 על התמורות בחברה ובמשפט ראו מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג). המחבר מדיש כי בשנות החמישים בית המשפט העליון עסק בעיקר בהכרעה בסכסוכים ובניית מערכת להשגת יעדים משפטיים, ואילו משנות השמונים ואילך בית המשפט העליון משקיע את רוב האנרגיה השיפוטית בשיפורה וקידומה הערכית של החברה.

127 ראו בג"צ 65/51 ז'בוטינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד ה(1) 801; בג"צ 100/64 מטעי עמק הארזים בע"מ נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד יח(2) 278; בג"צ 561/75 אשכנזי נ' שר הביטחון, פ"ד ל(3) 309. כבר בראשית דרכו בבית המשפט העליון קובע השופט ברק בבג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429, בעמ' 441: "ובמקום שאין בית משפט מתערב, נפגם עיקרון 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". בבג"צ 852/86 ח"כ שולמית אלוני ו-6 אח' נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 24-25 כותב הנשיא מ' שמגר: "בית המשפט היה נכון להכיר, בין במפורש ובין מכללא, בהרחבה של זכות העמידה לגבי סוגיות בעלות מהות משפטית יוצאת דופן הנוגעות לעקרונותיו של שלטון החוק ובכלל זה לבעיות אשר להן נגיעה לערכים חוקתיים. תשומת לב מיוחדת מוקדשת במקרים כגון אלה לשאלה מה ההשלכה של הסירוב לדון בעתירה, היינו כאמור לעיל יש משקל לעובדה שאין בנמצא עותר אחר אשר לו אינטרס ישיר וממשי. מכאן מובן, על אחת כמה וכמה, אימוצה של גישה כזו באותם המקרים אשר בהם נתגלה לצד האינטרס-הציבורי גם עניין אישי"; ראו א' ברק "זכות העמידה בעתירה הציבורית: מבחינה ובעיותיה" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 391; ז' סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (תשנ"ג); בג"צ 96/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441; ר' הר זהב סדר הדין בבית המשפט הגבוה לצדק (תשנ"א) 173-178; י' רבין זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית (תשנ"ח) 131-133; ש' לוינ "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?" הפרקליט לט (תשנ"א) 457.

עמותות ציבוריות פעילות ויעילות שכל תפקידן להביא בפני בית המשפט העליון סוגיות ציבוריות על מנת לאפשר לו להכריע ולתת ביטוי לעמדותיו, ערכיו ומגמותיו. השופט אהרן ברק מציין כי: "בית-משפט אינו 'פיון' על לוח שחמט פוליטי".<sup>128</sup> היום נראה שבית המשפט העליון הוא המלך והמלכה על לוח המשחק, דן בסוגיות פוליטיות מובהקות, בחוקיות פעולות צבאיות בעתות לחימה<sup>129</sup> ובהגדרת היהדות. "בית המשפט העליון הוא מוסד מורכב... הוא עוסק... ביצירה משפטית כללית... בחקיקה שיפוטית".<sup>130</sup> ומוסיף: "אל לו לשופט לומר: יצירת משפט היא עניין למחוקק, ולא לי. יצירת משפט היא עניינו העיקרי של המחוקק אך היא גם עניין לשופט של בית המשפט העליון".<sup>131</sup> ממדינה ללא חוקה למעשה הפכה ישראל למדינה בעלת חוקה בפועל, חוקה שלא נחקקה אך עוגנה בחוקי יסוד ונוצקה בפסקי דין. חוקה ייחודית השואבת את עוצמתה מנחישותו, יוקרתו ועוצם תוקפו של בית המשפט העליון.

בית המשפט העליון נכנס לתוך הוואקום השלטוני והחל ממלא אותו. בכל מערכת שלטונית, לפני קבלת החלטה עקרונית ואפילו פרסונלית, עולה השאלה מה יגיד בית המשפט ו"האם ההחלטה תעמוד בבג"צ?".<sup>132</sup> החברה הישראלית עברה תהליך של משפטיוציאה, ומלוא כל החברה משפט. במקום הסדרים חברתיים, מוסריים והסכמיים עברה החברה הישראלית להסדרים משפטיים,<sup>132</sup> מעבר חד ומתמשך משלטון החוק לשלטון המשפט. המשפט אינו נגרר עוד אחרי המציאות, אלא יוצר אותה. המשפט אינו הולך בעקבות החיים אלא מושך אותם אחריו.<sup>133</sup> בראש השינויים המפליגים שעברו על בית המשפט העליון עומד אהרן ברק, כשופט ואחר כך כנשיא. חיבור מופלא בין אישיות מבריקה למציאות בעייתית, אפשרו את המהפכה שעדיין אין לנו פרספקטיבה להעריך את כל היקפה. בית המשפט העליון הנו מכשיר העבודה היעיל של השופט ברק להגשמת חזונו, מבית משפט מגוון, פלורליסטי, ייצוגי, בר-שיח ומחלוקת,<sup>134</sup> נבנה בשנים

128 בג"צ 5364/94 ע"ד זאב ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד (מ1) 758, 794-793.

129 על המצב הקודם ראו דבריו של השופט מ. שמגר בבג"צ 561/75 מוטי אשכנזי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד (ל3) 309, 319-320; "וגם מי שגורם, ... כי יש להקנות לבית-משפט זה סמכויות לצורך קיום פיקוח שיפוטי-חוקתי - ואני אחד מאלה האחרונים - לא ידגול בערבוב תחומים בין השיקול הצבאי-המבצעי לבין השיקול השיפוטי". בג"צ 680/88 מאיר שניצר ו-2 אח' נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד (מב4) 617, 640-639: "האופי הביטחוני של שיקול הדעת המינהלי הרתיע בעבר מפני ביקורת שיפוטית. שופטים אינם אנשי ביטחון, ואל להם להתערב בשיקולי הביטחון. במשך השנים הובהר, כי אין כל ייחוד בשיקולי הביטחון, לעניין ההתערבות השיפוטית"; בג"צ 393/82 ג' מעות אסכאן אלמעלמון אלעאווניה אלמחדודה אלמסאוליה, אגודה שיתופית רשומה כדין במפקדת אוור יהודה והשומרון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון ואח', פ"ד (לז) 785, 810.

130 מבחר כתבים, כרך א 911.

131 מבחר כתבים, כרך א 923.

132 א' בן זאב וש' אלמוג משפט האדם (1996) 56; א' רוזן צבי "תרבות של משפט ועל מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689, 701. ראו גם מאמרו של י' צ' שטרן "עושר שמור לבעליו לרעתו" הערה 108 לעיל.

133 בע"א 72/62 אוסולד רופאין נ' שר-הפנים, פ"ד טז(4) 2428, 2455 אומר השופט ברנזון: "המשפט הולך בעקבות החיים ולא החיים בעקבות המשפט. אשרי המשפט שהוא משכיל להדביק את קצב החיים ואינו מפגר אחריהם". מאז פסק הדין כאמור נשתנתה המגמה.

134 י' שחר, מ' גרוס, ור' חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית המשפט העליון נתונים כמותיים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 749, מציינים המחברים כי השופט ברק מעולם לא נשאר בדת מיעוט כאשר כתב את ההחלטה הראשונה.

האחרונות בית משפט בצלמו ובדמותו. שופטי בית המשפט העליון ברובם המכריע מהווים קבוצה ממושמת, 135 מאורגנת, מוכשרת ומיומנת המגשימה חזון שהוא חד נס, את נס החזון העמיד השופט אהרן ברק. החזון נוגע בתשתית ההסכמות והערכים החברתיים, השופטים בישראל הולכים בדרכם של הולמס וברנדייס, שופטי בית המשפט העליון בארצות הברית, שהטיפו והובילו רפורמות חברתיות משמעותיות. את הבסיס התיאורטי ליישום של החזון באמצעות המשפט שאב השופט אהרן ברק בעיקר מכתביו של רונלד דבורקין, 136 מחשובי הפילוסופים של המשפט. היכולת של השופט ברק לחבר את התיאוריה המשפטית אל המעשה השיפוטי הפכו את בית המשפט העליון של מדינת ישראל למעבדת ניסוי מהמשוכללות ביותר בעולם המשפט. מעטים בהיסטוריה הם השופטים שהיה להם חזון מדיני חברתי מגובש, מלובן מנוסח וכתוב, ובו זמנית יצרו לעצמם את הכלי היכול להפוך את החזון למציאות.

הכרעת בית המשפט העליון אינה מבוססת אך ורק על פרשנות לשונית של סעיפי חוק. יש להבין כי המשפט אינו מקבץ של נורמות אקראיות. לכל שיטת משפט יש ערכי יסוד ועקרונות הנותנים ביטוי לעומקים של ההסכמה החברתית. ערכים אלה נצטרפו ונבחנו משך קיומה של החברה, ושרידותם היא במידה רבה ערובה לאמיתותם וקבילותם. 137 בית המשפט אינו אמור להיות מושפע מהלכי רוח זמניים ועכשוויים של החברה אלא עם תפיסות הבסיס שלה. בסיסים אלה הנם בבחינת היכין ובוועז שמאפשרים את הלכידות החברתית וממילא את הקיום המדיני. בית המשפט העליון, בבואו לעסוק בסוגיות התשתית החברתית-לאומית אינו מצמצם עצמו לסעיפי הדין, הוא עוסק בהגדרת ערכים, באיזון שצריך לבצע בהתנגשות בין ערכים ובעניינים שהדין שותק לגביהם. בסוגיות של ערכים ועקרונות אין אמת מידה אובייקטיבית המנותקת מאישיותו של השופט, רקעו החברתי ותפיסת עולמו. ב' אקצין, מחוקרי תורת המדינה והמשפט, כתב: "אשליה היא להניח כי פסיקה כדין אינה אלא בבואה של הדין, וכי אישיות השופט אינה משתקפת בה... לשבחן של השופט, ולא לגנותו, יש לאמור כי השאיפה להפעיל את החוקים ואת התקדימים ואת עקרונות המשפט באופן כזה, שהתוצאה תתקרב עד כמה שאפשר לדרישות הצדק הסובסטנטיבי, משמשת נר לרגליו בכל עניין מסובך. אך מושג הצדק הסובסטנטיבי קשור קשר בל יינתק עם ההשקפות המקובלות בחברה, בשכבה מבין שכבות החברה, באסכולה שעמה נמנה אדם פלוני, ועם השקפותיו ודיעותיו והלך רוחו, ולפעמים אפילו עם מצב רוחו, של היחיד. ואין השופט מהווה יוצא מן הכלל בעניין זה". 138 שופטי בית המשפט העליון בהכרעותיהם מדגישים את מחויבותם

135 פ' להב במאמרה "זהות אישית וזהות קולקטיבית, מודרניות ויהודיות בפרשת שליט" רב תרבותיות 409, מתארת את המתח העצום שהיה בין שופטי בית המשפט העליון בפרשת שליט. מאבק אדיר בין תפיסות עולם, אידיאלוגיות ואמונות. כיום אין עוד מציאות כזו בבית המשפט.

136 ספריו העיקריים של רונלד דבורקין שהשפיעו רבות על כיווני החשיבה והמעשה של השופט ברק הנם *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass., 1985) ; *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., 1977) ; *Laws, Empire* (Cambridge, Mass., 1986) לכך יש להוסיף מאמרים רבים.

137 בע"א 391/80 לטרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 264 אומר השופט מ. אלון: "כלל גדול בדינו שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוק הוא לנשמה, ויש שאף לנשמה יתירה. נשמה זו תימצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות". דברים אלה הובאו על ידי הנשיא ברק ביום עיון במלאת שנה לפטירתו של השופט צבי ברניב ז"ל, מבחר כתבים, כרך א, 1013.

138 הדברים מובאים על ידי השופט ברק בבג"צ 1635/90 יוסף ז'רזיבסקי נ' ראש הממשלה ו-17 אח', פ"ד מה(1) 749, 814-815, מתוך מאמרו של ב' אקצין "תפיסת המשפט בפסיקתו של משה זמורה" סוגיות במשפט ובמדינות (תשכ"ו), 144, 146.

לערכיה של החברה על פי מעמדם בסולם הערכים הלאומי, אולם את זיהוי אותם ערכים והמשקל היחסי שיש לתת להם עושים השופטים על פי שיקול דעתם ואמונתם. השופט ברק כותב: "לעתים ההדרכה של השיטה מסתיימת, והשופט ניצב אך עם עצמו. ניסיון חייו והפילוסופיה השיפוטית שלו הם המצפן היחיד שיכול להדריכו".<sup>139</sup> המטרייה השיפוטית, רמת ההגנה ושקלול האיזונים הערכיים שבית המשפט העליון מוכן לתת לערך כזה או אחר קשורה בקשר בל ינתק עם תפיסת עולמו של השופט. אין לנתק את הכרעותיו של השופט ברק בנושאים הקיומיים ביותר של חיינו בארץ הזו, מחזונו, דיעותיו ואמונותיו אלו מהווים נדבכים יסודיים ועקרוניים בפסיקתו של בית המשפט העליון.

במשנתם של המילטון ורולס<sup>140</sup> ישנה אבחנה בין שתי שכבות של רצון העם. שכבת התשתית המשקפת את ההסכמות היסודיות של החברה, ושכבת פני השטח המבטאת את הצרכים העכשוויים המשתנים ללא הרף. במקרים רבים העימות בין הערכים מקורו במתח הקיים בין שתי השכבות. מבחינתו של השופט ברק, המחוקק עומד לבחירה, וכדי להיבחר נאלץ לרצות את הצרכים העכשוויים של החברה. המחוקק אינו יכול לקבל את ההכרעות הראויות, שבין העבר והעתיד אל מול ההווה. "דווקא שופט, שאינו מחפש כוח ואינו תאב שלטון, מסוגל לתת ביטוי לערכים שהם חיצוניים לו, והמשקפים את תפיסות היסוד של החברה".<sup>141</sup> כשלעצמי אני סובר כי רדיפת כוח ושלטון אינה דווקא בהקשר של שררה או תפקידי הנהגה והתמנות, הניסיון לקדם אידיאות וחזון שבית המשפט מאמין בו ורואה אותו ראוי לחברה הישראלית גם הוא סוג של רדיפת כוח ותאבות שלטון. שלטון המשפט גם הוא שלטון. במאמרים רבים מנסה השופט ברק לסנגר על תפיסת עולמו השיפוטית, שיש הרואים בה כניסה לתחומים שאינם ראויים להכרעה שיפוטית, כניסה הפוגעת בעקרונות היסוד של הפרדת הרשויות, ונותנת ביטוי לתפיסות עולם סובייקטיביות של השופטים. גם כאן מאמין ברק באיזונים הראויים שבין "עליונות פוליטית לעליונות משפטית". בין דמוקרטיה פורמלית לדמוקרטיה מהותית. בין שופט כפה של החוקה לבין החוקה כפה של המחוקק.<sup>142</sup>

השופט ברק כנשיא בית המשפט העליון פועל ומפעיל לאור יעד מוגדר ומובהק. לברק יש חזון ואידיאל עבור החברה הישראלית, שקידומו נעשה על פי לוח זמנים מתוכנן ומאורגן. זרימת ההחלטות העקרוניות של בית המשפט אינן רק תוצאה של מקריות הגעת התיק לדיון ולהכרעה. ההחלטה העקרונית היא במקרים רבים תוצאת חכמת העיתוי של השופט ברק. חכמת העיתוי הנה רגע ההבשלה החברתית לקבלת ההכרעה. כאסטרטג מובהק יש לשופט ברק סבלנות והתמדה, בשורה של פסקי דין הוא שותל את זרעי ההחלטה, וברגע הנכון חושף את הפרח (או הדרדר לפי המסתכל). בבג"צ 142/89 תנועת לאו"ר ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח' כותב השופט ברק: "באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית משפט יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה... אם נעשה כן, נראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו וכוחו של שופט בחברה הישראלית... הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים (ההדגשה שלי - ח.ש.) - על ידי העם ונציגיו הנבחרים".<sup>143</sup> כאשר השופט ברק

139 מבחר כתבים, כרך א, 61.

140 על שתי הרמות ראו א' המילטון הפדרליסט (תשס"ב) 392, 391.

141 מבחר כתבים, כרך א, 306.

142 מבחר כתבים, כרך א, 308.

143 פ"ד מד(3) 529, 554.

מחליט כי הגיע המועד הראוי, רק אז ניתנת ההחלטה שאת עקרונותיה ביקש לעגן והתמהמה. הדוגמא המובהקת הנה השורה הארוכה של פסקי הדין שניתנו בבית המשפט העליון בנושא גיוס בני הישיבות. מאז שנת 1970 נדונו עתירות בנושא וכעבור למעלה מחצי יובל הכריע השופט ברק וקבע כי הסדר שחרורם אינו כדין. ההכרעה באה בשלב בו חש השופט ברק כי הציבור מצפה וממתין להחלטה שיש בה לחייב גיוס או לפחות למצוא פיתרון חליפי למה שנראה בעיני רוב הציבור כהשתמטות מחובת השירות הצבאי.<sup>144</sup> באמצעות פסקי הדין שלו מנהל השופט ברק דיאלוג או רומן בהמשכים עם הציבור. מעטים המנהיגים בתולדות המדינה שניחנו בכושר הייחודי לקלוט את הזרמים התת קרקעיים בחברה ולחוש את פעימות הדופק שלה, כושר שהשופט ברק ניחן בו.

המפנה הדרמטי שחל בבית המשפט העליון, ההגמוניה של בית המשפט בקביעת אורחות החברה, ומעורבותו של בית המשפט בנושאים ערכיים-עקרוניים אינם רק בסיס לדיון בסוגיות של משפט חוקתי, מינהלי וציבורי. אין מדובר רק בשאלה הנוגעת לדיסציפלינה משפטית כזאת ואחרת. שינוי הערכים נוגע לתשתית מהותה של הדמוקרטיה הישראלית, דמותה וערכיה. רק מלומדים תמימים או חבורת אומרי ההן הסובבת את בית המשפט העליון, מסתפקים בכתיבת מאמרי תמיכה או ביקורת על האקטיביזם השיפוטי מבית מדרשו של השופט ברק. במעט מאד דיונים מצאתי את הנכונות להתמודד עם האתגר אותו מציב השופט ברק. האתגר הוא בבדיקה האמיתית הנדרשת ביחס לדמותה, צורתה העתידית וערכיה של המדינה שאותה מצייר לנו השופט ברק בתעוזה ובכישרון, תוך משיכות מכחול רחבות בסגנון מודרניסטי.

## ה. על הפרכת הרשויות

אחד מעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי בכלל והנאור בפרט הוא הפרדת הרשויות.<sup>145</sup> מטרתה של הפרדת הרשויות הנה הבטחת החירות על ידי מניעת ריכוז כוח בידי רשות אחת באופן העשוי לפגוע בחירויות הפרט.<sup>146</sup> מקובל להניח כי בדמוקרטיה ישנם שלושה מוקדים של הפעלת "כח", המכונים רשויות, המחוקקת, המבצעת והשופטת. לכל רשות ניתנו סמכויות פעולה וגבולות הסמכות הם גבולות מרחב הפעולה. על פי כללי המשחק הדמוקרטיים, קביעת הסמכויות וסימון הגבולות נעשים בחוק, בחוק ועל פיהם,<sup>147</sup> כולל שינוי בחלוקת הפונקציות בין הרשויות. בהתאם לעיקרון הפרדת הרשויות, חקיקת חוקים מסורה לרשות המחוקקת: "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה".<sup>148</sup> הכנסת היא הרשות המחוקקת במדינת ישראל. הכנסת

144 בג"צ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד (כד) 238 ; בג"צ 448/81 יהודה רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד (לו) 81 ; בג"צ 910/86 רס"ן (מיל.) יהודה רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד (מב) 441 ; בג"צ 24/01 עור"ד יהודה רסלר ו-8 אה" נ' כנסת ישראל, תק-על2002(1) 609 ; בג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, תק-על 2000(4) 119.

145 על גלגולו של המושג ותרומתו של מונטסקיה להבנתו בספרו רוח החוקים (תשנ"ח) ספר אחד עשרה. ראו ג' ה' סאביין תולדות תורת המדינה (1996, חלק ב) 85-94; ראו בג"צ 73/85 סיעת כ"ך נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (לט) 141, 158. 146 דברי השופט ברנדייס ב-Myers v. United States, 272 U.S. 52, 293 (1926). ק' קליין "על הפרדת רשויות בדמוקרטיה" סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית (ר' כהן אלמגור עורך, 1999), 111, 123.

147 בג"צ 2632/94 דגניה א' נ' שר החקלאות ו-5 אה" פ"ד (ג) 715, 732-731. 148 חוק-יסוד: הכנסת, בסעיף 1 קובע "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה"; סעיף (א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; השופט זילברג ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 819, 785 ; בג"צ 3806/93 מנינג נ' שר המשפטים, פ"ד (ז) 420, 425.

אמורה לקבוע את הכללים, העקרונות ואמות המידה הבסיסיות, בכפוף לכך ניתן להאציל סמכויות חקיקה למחוקק המשנה.<sup>149</sup> הרשות המחוקקת נבחרת על ידי העם, הרבון,<sup>150</sup> לחוקק את חוקיו, בחירה שמעניקה את הלגיטימיות לקביעת הנורמה ומצויה ביסודה של הנכונות והחובה לציית לחוק.<sup>151</sup> הכנסת היא עליונה, ואין רשות אחרת, הגוברת עליה בכוחה ובסמכויותיה.<sup>152</sup> בית הנבחרים מהווה את זירת ההתמודדות בין דיעות, אינטרסים, אידיאולוגיות, צרכים ורצונות. החוקים, בדרך כלל, הנם תוצר של איזונים והבנות אליהם מגיעים הנציגים הנבחרים. אין בדמוקרטיה שום גוף חלופי הנותן ביטוי לכלל האזרחים באמצעות נציגים נבחרים. הממשלה הינה הרשות המבצעת של המדינה ומנהלת את ענייניה,<sup>153</sup> מהפעלה שוטפת של תקציב המדינה ועד החלטה בדבר יציאה למלחמה. סמכויות הממשלה מוענקות לה בחוקים ואולם מעבר לקבוע בהם יש לממשלה סמכויות שיוריות החובקות תחומי פעולה רבים.<sup>154</sup>

149 בבג"צ 4054/95, 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נגד(4) 817, 841-842 אומר השופט ברק בעניין הענקת הסמכות לחוקרי השב"כ להפעיל שיטות חקירה הכוללות הפעלת כוח פיזי, כי היא: "מעוררת שאלות יסוד של משפט וחברה, של מוסר ומדיניות, של שלטון חוק וביטחון. שאלות אלה והתשובות להן צריכות להיקבע על ידי הרשות המחוקקת. כך מתבקש מעיקרון הפרדת הרשויות ומעיקרון שלטון החוק. כך מתבקש מתפיסת הדמוקרטיה עצמה". בבג"צ 2740/96 עיזי שנסי נ' המפקח על היהלומים ואח', פ"ד נא(4) 481, 515-514 אומר השופט מ' חשין: "עיקרון שלטון החוק במובנו המהותי מורגו כי 'הסדרים ראשוניים' ייקבעו ככל הניתן בחקיקה ראשית, וכי חקיקת-מישנה - כתקנות וצווים מכוח חוק - תשמש אך כוח-עזר לביצועו של חוק הכנסת"; בבג"צ 6971/98, 6972, 6971/98 יוסף י' פריצקי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נגד(1) 763, 794-793; בבג"צ 5936/97 ד"ר אורן לם 2-1 אח' נ' מר בן ציון דל ואח', פ"ד נגד(4) 673, 685-684; ה' קלינגהופר "שלטון החוק וחקיקת מישנה" הד משפט (תשי"ז) 202, 203; על תורת ההסדרים הראשוניים והביקורת עליה י' נחושתן "אוי" גיוס בחורי ישיבות, ספורה של בקורת שיפוטית - בעקבות בג"צ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון" המשפט ו (תשס"א) 183. ראו גם L. H. Tribe American Constitutional Law (N.Y. N.Y., 2000) 978.

150 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 278-279. 151 בבג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 506-505. ראו ב' אקצין, תורת המשטרים (תשכ"ז) 238, 244; י' זמיר "הנחיות היעוץ המשפטי לממשלה - חקיקת משנה: נוהל והנחיות" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 329, 345. השופט ת' אור מוסיף את ההנמקה "שרק המחוקק יוכל לבטא את הקונצנזוס האופטימלי שיאפשר חיים בצוותא לבני תות ואמונות שונות" בבג"צ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 498.

152 בבג"צ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט(1) 337, 348 אומר השופט ברנזון "אחרי שחוק נתקבל בכנסת ופורסם ברשומות עלינו להרכין ראש בפניו ולא להרהר אחרי הוראתיו קביעותיו והנחיותיו"; בג"צ 450/70 רוגווינסקי נ' מ"י, פ"ד כו(1) 121.

153 סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה; ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כנב(2) 85, 97; בג"צ 5128/94 נועם פדרמן נ' שר המשטרה, משה שחל ואח', תק-על(1) 266, 268.

154 חוק יסוד: הממשלה קובע בסעיף 40 "הממשלה מוסמכת לעשות בשם המדינה בכפוף לכל דין, כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת". בבג"צ 5128/94 נועם פדרמן נ' שר המשטרה, משה שחל ואח', תק-על(1) 266, 269; "אך מובן שסמכויותיה של הממשלה אינן בלתי מוגבלות: יש סמכויות שהוענקו בחוק לגורם אחר, ומקום בו מוענקת סמכות, במפורש, לגורם אחר, ולגורם זה בלבד, אין הסמכות בידו זולתו, והממשלה בכלל זה. הסמכות להפעיל סמכויות כלליות (או ככינויין האחר "שבועות") היא שיורית, ומקום בו יש חקיקה הדנה בסוגיה פלוגית אינן חלות סמכויות ממשל כלליות". ראו גם בג"צ 5062/97 עמיקם 22-1 אח' נ' מדינת ישראל ו-2 אח', פ"ד נה(1) 181, 189-190, "הממשלה היא האמונה על ניהול ענייני המדינה... הממשלה ושריה שואבים סמכויותיהם מחוקקים שונים. עם זאת, אין אפשרות לפרט בחוק את כלל התחומים וכלל הסמכויות הנדרשות לממשלה כרשות המבצעת על מנת לעמוד בתפקידה כמנהלת המדינה. חובותיה וסמכויותיה של הממשלה חובקות הרבה תחומי פעולה בהם נדרשת פעולתה. חלק מסמכויותיה וחובותיה אלה אינן מוענקות לה בדבר חקיקה".

הרשות השופטת באמצעות מערכת בתי המשפט, תפקידה להכריע בסכסוכים שבין האזרחים בינם לבין עצמם ובינם לבין השלטון,<sup>155</sup> ואגב ההכרעה לפרש דברי חקיקה.<sup>156</sup> בבג"צ 3648/97 **ביג'לבהן פטל ו-31 אח' נ' שר הפנים ו-3 אח'** <sup>157</sup> "משראה הילד (החוק - ח.ש.) אוויר עולם, ניתק טבורו מאמו, המחוקק הוא בבחינת מי שסיים מלאכתו (לאותה עת)... ומעתה בעל הסמכות הוא בית המשפט, לפירושו של החוק ולקביעת תוקפו, תחום התפרסותו ותוכנו. זו - על רגל אחת - תורת הפרדת הרשויות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, ואידך - פירושא, זיל גמור..."<sup>158</sup> בית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק ובתי המשפט המינהליים, בנוסף להכרעה ופרשנות, אמורים לפקח על השלטת החוק ברשויות השלטון ולהבטיח קיומו הלכה למעשה של שלטון החוק.<sup>159</sup> בעקבות חקיקת חוקי היסוד הוטל, לדעת ברק, על בית המשפט "התפקיד של שמירה על החוקה, על הדמוקרטיה"<sup>160</sup>.

עיקרון הפרדת הרשויות תומצת בדברי השופט ברק כך: "המחוקק יועד לחקיקה; המבצע יועד לביצוע; בית-המשפט יועד לשפיה. מקום שאחד משלושה אלה בוחש בקדירת חברו - שלא על-פי דין מפורש - מתערער שיווי-המשקל שרק על-פיו יהיו סדרי ממשל ומינהל תקינים."<sup>161</sup> אולם, שיווי המשקל בין הרשויות בפועל הנו מעורער. ההפרדה בין שלוש הרשויות הנה מלאכותית ובמידה רבה אנכרוניסטית. בדמוקרטיה המודרנית טושטשו הגבולות שבין הרשויות,<sup>162</sup> קיימת ביניהן מערכת מסועפת של איזונים ובלמים תוך אינטראקציה מתמדת ויחסי גומלין מתמשכים. לדידו של ברק האיזונים והבלמים לא נועדו להבטיח יעילות שלטונית אלא את הבטחת החירות של כל אזרח במדינה.<sup>163</sup> השופט שמגר הבהיר כי "ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר."<sup>164</sup> מכוח יחסי הגומלין שבין הרשויות, הפעולות השלטוניות והפוליטיות, נתונות לביקורת משפטית ולפיקוח של בתי המשפט.<sup>165</sup> בשמה של הפרדת הרשויות לא ניתן לחסום את

- 155 בג"צ 5364/94 ע"ד ז' ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 792; בג"צ 5070/95, 2901/97 נעמת ו-2 אח' נ' שר הפנים ואח', תק-על2002(1) 634, 640; ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה), 233, 256.
- 156 בג"צ 142/89 תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529.
- 157 פ"ד נג(2) 728, 746-747.
- 158 מבוסס על האמור ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' יוסי קליין, פ"ד מח(3) 485, 501-500; בג"צ 4031/94 ארגון "בצדק" ואח' נ' ראש הממשלה, פ"ד מח(1) 5.
- 159 בג"צ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 181, 141. בג"צ 561/75 מוטי אשכנזי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ל(3) 309, 319-320; בג"צ 910/86 יהודה רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.
- 160 א' ברק "הפרלמנט ובית המשפט העליון - מבט לעתיד" הפרקליט מה (2000) 5, 13.
- 161 בג"צ 6972, 6971/98 יוסף י' פריצקי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 763, 811-812.
- 162 בבג"צ 9/82 מרדכי וירשובסקי נ' שר המשפטים, פ"ד לו(1) 645, 654-655 אומר השופט בייסקי: "האמת היא כי בהאידיא אין הפרדת רשויות מוחלטת, וכדוגמה ניתן להצביע, כי יותר חקיקה נעשית על-ידי מחוקק המשנה (הרשות המבצעת) מאשר על-ידי הרשות המחוקקת, ומאידך גיסא יותר ויותר טריבונאלים ארמיניסטרטיביים ובתי-דין למיניהם, שאינם חלק של הרשות השופטת, עוסקים בשיפוט."; השופטת בן פורת בבג"צ 89/83 ד"ר אמיליה לוי נ' יושב ראש ועדת הכספים, פ"ד לח(2) 488, 502.
- 163 מבחר כתבים, 948.
- 164 בג"צ 306/81 הנ"ל, שם.
- 165 בג"צ 910/86 יהודה רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 491 - 492.

הביקורת השיפוטית, ביקורת זו היא ממהותו של שלטון החוק.<sup>166</sup> אומר השופט ברק: "צמצום הביקורת השיפוטית... משמעותה האמיתית הינה הרחבת החופש להפר את החוק. בין ביקורת שיפוטית ובין שלטון החוק קיימים כלים שלובים, אין לנתק בין השניים."<sup>167</sup> בשמו של אותו עיקרון בתי המשפט אינם יכולים לבצע תמורות מהותיות בחקיקה בדרך של פרשנות,<sup>168</sup> והמחוקק יכול לשנות חוק בעקבות פסק דין של בית המשפט העליון שאינו נראה לו.<sup>169</sup> אלכסנדר המילטון, מדינאי אמריקאי, אגב הוויכוח על כינון החוקה האמריקאית טען כי הרשות השופטת הנה החלשה מבין שלוש הרשויות, אין לה לא כוח ולא רצון אלא שיפוט.<sup>170</sup> בית המשפט העליון של מדינת ישראל הוכיח ומוכיח מידי יום כי לבית המשפט יש כוח רב ואפילו רצון.

הדמוקרטיה הישראלית משחר קיומה הפנימה את זכותה של הרשות השופטת, ובעיקר בית המשפט העליון לבקר את פעולות הרשות המבצעת על שלוחותיה. מלבד בדיקת חוקיות המעשה הנבחן מול החוק המסמיך כדי לבחון שאין חריגה מסמכות,<sup>171</sup> הפעיל בית המשפט גם מבחן של סבירות המעשה המנהלי. מבחן הסבירות נתן לבית המשפט מרחב כמעט בלתי מוגבל של סמכות להתערב במעשה המינהלי, "הנה כי כן, יש מקום להצהיר על החלטה שלטונית של הרשות המבצעת כבלתי חוקית, אם היא מחוץ למיתחם הסבירות. כל החלטה שלטונית בגדר המיתחם היא חוקית, ובית המשפט לא יצהיר על בטלותה. קביעת גבולות המיתחם נתונה לבית המשפט."<sup>172</sup> הסבירות הינה מושג עמום ופתלתל מסוג המושגים המאומצים ומפותחים על ידי

---

166 בג"צ 325/85 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 122, 127. השופט שמגר: "הנה כי כן, אין דבר בעיקרון הפרדת הרשויות שיש בו כדי להצדיק שלילת ביקורת שיפוטית על פעולות שלטון יהא אופייני אשר יהא, ויהא תכנון אשר יהא. נהפוך הוא: עיקרון הפרדת הרשויות, הוא המצדיק ביקורת שיפוטית על פעולות השלטון גם אם הן בעלות אופי פוליטי, שכן הוא מבטיח כי כל רשות תפעל כדין ברשותה שלה, ובכך תובטח הפרדת הרשויות."

167 א' ברק "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז (1993) 475, 491.

168 השופט ש' לוינ דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' יוסף קראוס, פ"ד נב(3) 1.

169 בג"צ 5364/94 ער"ד זאב וילנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758, 790. א' ויתקון משפט ושיפוט (תשמ"ח) 136; י' זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א), 72.

170 א' המילטון ואח', הפדרליסט (תרגום אהרון אמיר, הוצאת שלם, ירושלים תשס"ב) מאמר 78.

171 איסור החריגה מסמכות נקבעה כבר באחד הבגצ"ים הראשונים 7/48 כרובטלי נ' שר הביטחון ואח', פ"ד ב(1) 5, 15.

172 בג"צ 5016/96 ליאור חורב ו-4 אח' נ' שר התחבורה ו-23 אח', תק-על(2) 611, 627; בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר ואח', פ"ד מו(1) 191, 201-200 "משעשה שר האוצר בחירה כדין בין אפשרויות אלה, שוב אין מקום להתערבותו. כוחנו עצמו, בדרך הפרשנות של דבר החקיקה הרלבנטי, לקבוע את היקפו של המיתחם ואת גבולותיו. כוחנו עמנו לבטל בחירה של אפשרות המצויה מחוץ למיתחם. אין כוחנו לבחור בין האפשרויות כדין המצויות בתוך המיתחם פנימה". בבג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור פ"ד מא(3) 255, 307-306 "שכאשר שופט ניצב בפני שני פתרונות פרשניים חוקיים, אין הוא חייב לבטל דעתו באשר לפירוש הראוי בפני דעתה של הרשות הציבורית. על בית המשפט לגבש לעצמו עמדה באשר לפירוש הראוי מבין הפירושים החוקיים... אכן, פירושו של בית המשפט לחוק פלוני משתלב, בדרך זו, לפירושו של בית המשפט לכלל מערך החקיקה. כל חוק אינו עומד בפני עצמו, ואין הוא מתפרש אך על ידי הרשות הציבורית המבצעת אותו. החוקים כולם מהווים מערכת אחת, המשתלבת זו בזו, תוך הרמוניה חקיקתית. האחריות הכללת, המאחדת את כל המסגרות, היא אחריותו של בית המשפט, ובמסגרת בתי המשפט, זו אחריותו של בית המשפט העליון. מאחריות זו אין בית המשפט העליון רשאי להשתחרר."

השופט ברק והופכים להיות בידו כחומר ביד היוצר, ברצותו מאריך וברצותו מקצר. בחינת הסבירות נעשית "על פי אמת המידה של האדם הסביר. זהו מבחן אובייקטיבי".<sup>173</sup> בעת לידתו היה האדם הסביר עובד ציבור סביר העומד במקומו ובמעמדו של עובד הציבור שקיבל את ההחלטה,<sup>174</sup> בבגרותו היה האדם הסביר אותו שופט היושב לדין בעתירה ונושא על כתפיו ההרקוליאניות את הנסיבות, האינטרסים, הצרכים, האיזונים וכל הקריטריונים האחרים הנדרשים לקבל החלטה סבירה,<sup>175</sup> ולעת בלותה התרחבה הסבירות לבחינת רציונליות ההליכים שקדמו לקבלת ההחלטה כולל קביעת מדיניות כוללת.<sup>176</sup>

מהתערבות מסיבית של בית המשפט העליון בעבודת הרשות המבצעת, פרש בית המשפט את זרועותיו אל הכנסת, שהיא כאמור הרשות המחוקקת.<sup>177</sup> בשורת פסקי דין לא היסס בית המשפט העליון להתערב בעבודת הכנסת בין אם מדובר בחקיקה, חקיקת משנה והחלטות מנהלתיות,<sup>178</sup> ואפילו לקבוע כי ישנן סיטואציות בהן יש עדיפות להלכה פסוקה על הסדר חקיקתי.<sup>179</sup> בבג"צ 953/89 מאיר אינדור נ' טדי קולק ואח'ם<sup>180</sup> אומר בית המשפט כי האופציות החוקיות העומדות בפני הרשות המבצעת "נקבעות על-ידי הרשות המחוקקת, והן מתפרשות על-ידי הרשות השופטת. אכן, בקביעת האופציה יש משום שיתוף פעולה בין הרשות המחוקקת (השותף הבכיר) אשר קובע את האופציות עצמן, לבין הרשות השופטת (השותף הזוטר) אשר מפרשת את קביעת המחוקק ומכריעה בחילוקי דיעות פרשניים באשר לגבולותיה של כל אופציה ואופציה". מעמדה המיוחד

- 
- 173 השופט ברק בג"צ 390/80 דפי זהב נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה(1) 421, 439-440. ראו גם בג"צ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 404.
- 174 ראו דברי השופט ברק בראשית הקדנציה שלו בבית המשפט העליון, בג"צ 329/81 מירה נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה ו-2 אח', פ"ד לז(4) 326, 330-329: "בית המשפט לא יעשה עצמו ליועץ - משפטי-על. השאלה אותה יש להציב אינה איפוא, אם בית המשפט היה נוהג כפי שנהג היועץ המשפטי לממשלה, אילו ההחלטה הייתה בידו של בית המשפט. בית המשפט אינו יושב במקומו של היועץ המשפטי לממשלה, ואין הוא מחליף את שיקול-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה בשיקול-דעתו שלו. בית המשפט ישאל את עצמו, אם החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה היא החלטה, אשר יועץ משפטי לממשלה סביר יכול היה לקבלה בנסיבות העניין".
- 175 בג"צ 6163/92 יואל אייזנברג ואח' נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 265-264. על סבירות ראו ר' גביון, מ' קרמניצר וי' דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (תש"ס) 23. בקורת על השימוש בעילת הסבירות ראו מ' שקד "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 102.
- 176 בג"צ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259; בג"צ 5496/97 אשר מרדי ואח' נ' שר החקלאות ו-2 אח', תק-על (2)2001, 130, 139.
- 177 בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152.
- 178 השופט י' כהן בבג"צ 306/81 שמואל פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 133-134 "התערבותו של בית המשפט בהחלטת ועדת הכנסת אין בה כל פגיעה שהיא ברשות המחוקקת או בעיקרון הפרדת הרשויות. אין המדובר כאן בפעולת חקיקה כל שהיא או בהליכי חקיקה, אלא במילוי תפקיד שיפוטי או מעין שיפוטי בידי ועדת הכנסת". ראו בג"צ 255/63 בוקסבאום נ' שר האוצר, פ"ד יב(1) 115, 131. הוא הדין בהחלטות כעין שיפוטיות של הכנסת או אחד האורגנים שלה: ראו בג"צ 184/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מז(4) 492; בג"צ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197; בג"צ 742/84 כהנא נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(4) 85; בג"צ 482/88 רייסר נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב(3) 142; בג"צ 1179/90 סיעת ר"צ, התנועה ליזכויות האזרח ולשלום נ' ממלא מקום יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(2) 31; בג"צ 5711/91 פורז נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מו(1) 299.
- 179 ע"א 518/62 זייצוב נ' כץ, פ"ד מד(2) 120, ראו ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 233.
- 180 פ"ד מה(4) 683, 694-693; בג"צ 306/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 141; ראו ש' אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י (1984) 233.

של הכנסת, כפי שהוא מעוגן בחוקי היסוד ובמבנה הדמוקרטיה הישראלית, חייב כי בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיה, בזהירות ובריסון שלא להסיג את גבולה.<sup>181</sup> ברור כי הריסון לא יכול למנוע מבית המשפט להתערב כאשר הכנסת ביצעה פעולה לא חוקית.<sup>182</sup> בנטייתו להתערב ובהיקף הביקורת שהוא מוכן להטיל על המחוקק, בוחן בית המשפט העליון את מהותה של הזכות הנפגעת. ב"מבחן גמיש, שאינו ניתן מטבעו להגדרה מדויקת, אשר תוכנו והיקפו ייקבעו על ידי בית המשפט על פי צורכי הזמן והמקום".<sup>183</sup> הריסון המובהק אותו נקט בית המשפט העליון השתנה עם כניסתו של השופט ברק לבית המשפט העליון. מהכרה תיאורטית עקרונית בסמכותו של בית המשפט לבטל חוקים, הוביל השופט ברק מהלך שהביא בסופו של דבר ליישום ממשי של התיאוריה. המפנה הדרמטי מבחינתו של ברק, שנתן את האות ליישום העיקרון התורתי, היה בחקיקת חוקי היסוד.

הכנסת, בהיותה בעלת הסמכות לכינון חוקה, יצרה בחקיקת חוקי היסוד נורמה חוקתית עליונה שהיא על-חוקית.<sup>184</sup> מתן תוקף על-חוקי לחוקי היסוד יצר מפנה בעל משמעויות רחבות בכל הבנת התשתית הדמוקרטית של המדינה. זכויות האדם בישראל קיבלו מעמד חוקתי-על-חוקי.<sup>185</sup> אומר השופט ברק: "עם הפיכתן של זכויות האדם ההלכתיות לזכויות אדם חוקתיות, נוצר שיה ציבורי חדש. נוצרות ציפיות חברתיות חדשות. כבוד האדם וחירותו הופכים לערכים מרכזיים שהתודיעה המשפטית נזקקת להם. חשיבותם היחסית מקבלת עומק נוסף ומשקל גובר. התודיעה המשפטית מקבלת ממד חד ויצירתיות חדשה".<sup>186</sup> ובמקום אחר: "משמעותה של קונסטיטוציונליות זו היא, כי כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מההסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט, ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות".<sup>187</sup> ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן... הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו... כל שיקול דעת שיפוטי המוענק על פי הדין הישן, יש

181 בג"צ 9070/00 ח"כ לימור לבנת נ' ח"כ אמנון רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800, 807-808.

182 בג"צ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מט(1) 661, 700.

183 בג"צ 1652/81 204.

184 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 379-378. על ראשיתה של התיאוריה ראו א' רובינשטיין "שלטון החוק: התפיסה הפורמלית והמהותית" הפרקליט כב (תשכ"ו) 453; י' זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א) 213, 216; א' ברק "המהפכה הקונסטיטוציונית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9. גם בטרם חקיקת חוקי היסוד וזכויות היסוד היו מטרייה נורמטיבית הפרושה מעל החקיקה בע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70.

185 בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח(2) 491, 503; בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 526; בג"צ 5394/92 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 363; בג"צ 726/94 כלל חברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר, פ"ד מח(5) 441, 465; בג"צ 1255/94 "בוק" החברה הישראלית לתקשורת נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661, 680; בג"צ 5319/97 רומן קוגן נ' הפצ"ר (טרם פורסם); בג"צ 1064/94 קומפיוטסט ראשון לציון (1986) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד מט(4) 808, 814; ע"א 239/92 "אגוד" אגודה שיתופית לתחבורה נ' יצחק משיח, פ"ד מח(2) 66, 71; בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 110. ראו ר' גביוון "המהפכה החוקתית- תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה" משפטים כח (תשנ"ז) 21.

186 בג"צ 7357/95 ברקי פטה המפרים (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 764, 787; כולל השפעה על הדין הפלילי בע"פ 4779, 4713; 4424/98 פדרו סילגרו נ' מדינת ישראל, תק-על2002(2) 265, 268.

187 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653.

להפעילו ברוח חוקי היסוד.<sup>188</sup> גם מי שהטיל ספק במהפכה החוקתית, אם מהבחינה הרטרורית או מהבחינה המשפטית חייב להודות כי המהפכה הגה "עובדה מוגמרת".<sup>189</sup>

לשופטי בית המשפט העליון היה ברור כי יש להציב "קו אדום" בין הפעלת סמכות הביקורת על חקיקה לבין מעורבות במעשה החקיקה עצמו. בית המשפט לא יכול להחליף את המחוקק בבחירת המטרות והאמצעים. "בית המשפט אינו נכנס לנעליו של המחוקק. הוא אינו שואל את עצמו מהם האמצעים שהוא היה בוחר אילו היה חבר בגוף המחוקק. בית המשפט מפעיל ביקורת שיפוטית. הוא בוחן את חוקתיות החוק, לא את תבונתו. השאלה אינה אם החוק טוב, יעיל, מוצדק. השאלה הינה אם הוא חוקתי".<sup>190</sup> למרות הצורך לנהוג זהירות רבה ואיפוק שיפוטי בסוגיית בטלות חוקים<sup>191</sup> נקבע כי "הלכה היא שחוקי-היסוד היקנו לבית המשפט סמכות לבטל חוקים. סמכות זאת היא, לדעתי, חיונית בחברה נאורה, ובמיוחד כך בישראל, שבה תרבות השלטון טרם הכתה שורשים עמוקים. יש לשמור עליה היטב, כדי שניתן יהיה לעשות בה שימוש במקרה הראוי, אך דווקא בשל כך יש להיזהר מאוד, שלא תהיה כעושר השמור לבעליו לרעתו".<sup>192</sup> הבסיס האידיאולוגי הוא כי בבטול חקיקה ראשית, השופט אינו מסכל את רצון המחוקק, אלא נותן ביטוי לרצון האמיתי והמדויק של המחוקק שנוסחו בהוראות חוקתיות-על חוקיות, שהוא עצמו קבען.<sup>193</sup>

בית המשפט יתערב בעבודת חקיקה של הכנסת בעיקר באותם מקרים בהם נפגעות זכויות האדם המהוות את האדן המרכזי של הדמוקרטיה. אין דמוקרטיה בלא זכויות אדם, ואין פוליטיקה ללא משפט.<sup>194</sup> דמוקרטיה רשאית לפגוע בזכויות אדם כדי להגשים את מטרותיה, אולם הפגיעה צריכה להיעשות בחוק שנועד לקידום ערכיה של המדינה, לתכלית ראויה ולא מעבר למידה הדרושה.<sup>195</sup> בשם ערכי היסוד של השיטה המשפטית הכפיף השופט ברק הלכה למעשה את חוקי המדינה לא רק לפרשנותו של בית המשפט העליון אלא גם למתן תוקף, גושפנקא לחוקיותו של החוק. החיבור שבין פרשנות מרחיבה לסמכות הבחינה של החוקים הקנה לבית המשפט העליון עליונות על כל מערכת קביעת הנורמות של מדינת ישראל. השופט ברק כדרכו, מתקדם באיטיות ובסבלנות תוך כדי בחינה בלתי פוסקת של ההשלכות המשפטיות, הפוליטיות והחברתיות של פסיקתו. המשפט והחברה אינן "אוהבות" דרמות גדולות אלא תהליכים מבוקרים ומדודים. אשר על כן, למרות האפשרות לבטל חקיקה פועל השופט ברק בתחום זה בזהירות רבה וממעט להשתמש בה.<sup>196</sup> לאחר שהציבור יטמיע את יכולתו של בית המשפט וישוכנע כי הוא פועלת

188 שם, שם.

189 ד' קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון-זכויות האדם" משפט וממשל ה (תש"ס) 297, 335.

190 ראו ע"א 6821/93 הנ"ל, 438. דברי השופט א' גולדברג, שם, 574; דברי השופט ג' בך בבג"צ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, 445.

191 בג"צ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67.

192 השופט י' זמיר בבג"צ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(5) 485, 496.

193 א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 403.

194 בג"צ 910/86 רס"ן (מ"ל) יהודה רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 492-493.

195 ראו סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק; ע"א 6821/93 הנ"ל 221.

196 בג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 בעניין הוראות חוק שעמדו בניגוד לחופש העיסוק; בג"צ 6055/95 שגיא צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 280-281 על פגיעה של סעיפים מחוק השיפוט הצבאי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לטובתו יקשה מאד על הכנסת לנגוס בסמכותו החדשה של בית המשפט העליון בדרך של חקיקה. המהלך הבא של השופט ברק על לוח השחמט שבו הוא מתמודד מול הרשויות האחרות, הולך ומתבהר. ראשיתו במתן פרשנות מרחיבה לחוקי היסוד שחוקקו בשנת 1992. חוקים, שכאמור השתמשו בביטויים עמומים, שנתנו חופש פרשנות נרחב לבית המשפט, המשכו בקיבוע העיקרון של סמכותו של בית המשפט להצהיר על בטלות חוקים העומדים בניגוד לחוקי היסוד והמתחייב על פיהם, וסיומו העברת כל חוק מחוקי המדינה במסגרת הבחינה של זכויות האדם בהסתמך על חוק יסודי: כבוד האדם וחירותו. אני צופה כי השלב הבא יהיה מתן תוקף חוקתי לחוקי היסוד שלפני 1992, שיהיו תשתית רחבה לחוקה לישראל, מבלי שמישהו מהמחוקקים התכוון לכך. בעת שדברים אלה נכתבים, בית המשפט העליון נמנע משימוש מסיבי בחוקי היסוד כאמור. עם זאת ככל שעובר הזמן והכנסת נמנעת מלהגן על סמכויותיה שלה, בית המשפט העליון לא יהסס להרחיב את השימוש בביקורת חוקי הכנסת.

הרחבת הפעילות המשפטית אל מעבר לפרשנות ויישום שלטון החוק, מבלי תגובה של הציבור במישורין או באמצעות המחוקק, אפשרה את הרחבת האימפריאליזם של בית המשפט המכונה בלשון מעודנת "אקטיביזם שיפוטי". השופט ברק אימץ גישה הסוברת כי בתי המשפט אינם אמורים לדון רק בסכסוכים בהן נפגעת זכות. בתי המשפט יכולים ליצור בעצם פסיקתם את הזכות "שפיטה אינה אך הצהרה, יש בה יצירה. זאת ועוד: אין כל צידוק פילוסופי בצמצום התפקיד השיפוטי למקרים בהם טוען בעל דין לקיפוח על ידי אחר".<sup>197</sup> זרועותיו האקטיביסטיות של השופט ברק אינן נעצרות בתחום המשפט הציבורי שעליו ניתן לומר כי הוא נוגע בציפור הנפש של הגנת זכויות הפרט. השופט ברק שם את עצמו במקום הצדדים גם בתחום האזרחי כולל דיני החוזים. באמצעות תורת הפרשנות ברק מרחיב את סמכות בית המשפט להתערב בחוזים "ואף לעצב מחדש את תניותיהם".<sup>198</sup> עקרונות מרכזיים מתוך המשפט הציבורי כגון זכויות האדם מוחלים על המשפט האזרחי, עד כי חוזה מסחרי מובהק הופך להיות נשוא להתערבות משפטית מגדירה ומעצבת.<sup>199</sup>

האימפריאליזם השיפוטי של השופט ברק מתרחב ולעיתים מתכווץ בהתאם לזמן ולעניין. אין מבחינתו כל מניעה לעסוק בנושאים פוליטיים מהמעלה הראשונה, אך לעיתים מסיבות השמורות עמו, שגם הן פוליטיות, הוא חוזר אל הריסון השיפוטי הוותיק והטוב. בכג"צ 5167/00 פרופ' הלל וייס נ' ראש הממשלה,<sup>200</sup> נדונה סמכותה של ממשלה יוצאת לנהל משא ומתן בסוגיות מהותיות ביותר למדינה ואשר סביב אותן סוגיות יתקיימו הבחירות הקרבות. פוסק השופט ברק: "לא שוכנענו כי בסוגייה שלפנינו ניהול המשא והמתן על ידי ראש הממשלה היוצא וחברי ממשלתו

197 ע"א 6821/93, 464.

198 ג' שלו "פרשנות החוזה – על פרשנות החוזה מאת אהרן ברק" המשפט 14 (יולי 2002) 79, 87. דברי השופט י' זמיר בדנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, 375. ראו גם ד"נ 20/82 אדרס בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס פ"ד מב (1) 221. את ראשית המהלך יש למצוא בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיוכן ויוזם (1991), פ"ד מט(2) 265.

199 ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות', פ"ד מב(1) 441; ע"א 4850/96 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה, פ"ד נבו(5) 562; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים פ"ד מט(3) 196; ע"א 6601/96 AES ואח' נ' סער ואח', פ"ד נד(3) 850. ראו הבקורת של ג' שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קריית המשפט א (תשס"א) 485; ד' ברק ארו "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות גומלין" משפט וממשל ה (תש"ס) 95.

200 פ"ד נה(2) 455.

חורג ממיתחם הסבירות, וכי יד האיפוק או יד העשייה על העליונה. אך טבעי הוא כי מידת ההתערבות בכגון דא תהא במקרים חריגים. מעבר לכך, ההכרעה בשאלה זו – שמרכיביה הדומיננטיים הם פוליטיים, והמצויים במרכז המחלוקת החברתית בישראל – צריכה להיעשות בשיח הפוליטי בישראל, באמצעות האורגנים של הכנסת או הצבעת העם.<sup>201</sup> הנשיא ברק בפסק דינו נסמך על פסק הדין בבג"צ 3125/98 עבד אלעזיז מוחמד עיאר נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה ושומרון (טרם פורסם). שם דובר על פסילת תוכנית מתאר המבקשת ליצור רצף טריטוריאלי בין ירושלים ומעלה אדומים, שהוא בוודאי נושא של מו"מ מדיני ואינו דומה לפסק הדין בו הוא דן, כיוון שאין מדובר על תוכן המשא ומתן אלא על עצם קיומו של משא ומתן בתקופת דמדומי שלטון, כשבקשת העותר להביא את הדיון בנושא המדיני להכרעת הציבור בבחירות.<sup>202</sup>

היעדר העקביות בגישתו של השופט ברק עולה גם בעיסוקו בעיקרון הפרדת הרשויות עצמו. בשם עיקרון הפרדת הרשויות טען, שיש לפסול הסכם קואליציוני שיש בו סעיף "עוקף בג"צ". "זהו הסכם 'עוקף דמוקרטיה'. הסכם כזה הוא בטל על פניו. מקומו לא יכירנו במדינה המעגנת "בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".<sup>203</sup> השופט ברק אינו מגלה רגישות כה גדולה להפרדת הרשויות כאשר מדובר במעורבות שלו בעבודת הרשות המחוקקת. "עיקרון הפרדת הרשויות במובנו הקלאסי מקוים, הלכה למעשה, אם הרשות השופטת עוסקת בפונקציה השיפוטית, היא תוכן ההכרעה השיפוטית אשר יהיה. הוא הדין בתפיסה המודרנית של הפרדת הרשויות. על-פי תפיסה זו,.... קיימים יחסי גומלין בין הרשויות השלטוניות, ובמסגרת יחסי גומלין אלה לגיטימי הוא, כי החלטה פוליטית של הגורם השלטוני הפוליטי (כנסת, ממשלה) נתונה לביקורת שיפוטית.<sup>204</sup> במצב הקיים היום בית המשפט העליון פרץ את עיקרון הפרדת הרשויות בכל מה שקשור ליחס שבין הרשות המחוקקת לשופטת. לא רק בסוגיות חוקיות שהורות אלא גם בנושאים פוליטיים ועקרוניים המצויים במחלוקת ציבורית קשה. בשמם של חוקי היסוד וההתייחסות השיפוטית אליהם כחוקה, לקח לעצמו בית המשפט העליון סמכויות בלתי מוגבלות. הכל בשם מושג מבית מדרשו של השופט ברק: "עקרונות היסוד של השיטה".

מהותה של השיטה הדמוקרטית היא תלותה בערכי היסוד והגנתה על זכויות האדם.<sup>205</sup> ערכי היסוד הנם המטרייה הנורמטיבית הפרושה על פני החקיקה כולה.<sup>206</sup> מעשה החקיקה הנו "פאזל" ענק, המורכב מחלקים רבים, אשר מסגרתו הנם עקרונות היסוד של השיטה,<sup>207</sup> וכל חוק חדש אמור

201 שם, 472-473.

202 במקרה זה פסק דינו של אהרן ברק דומה לפסק דינו של בעל הפלוגתא העיקרי שלו בעניין האקטיביזם השיפוט השופט מ' אלון בג"צ 8666/99 תנועת נאמני הר-הבית נ' אליקים רובנשטיין, פ"ד נד(1) 199, 205-206.

203 בג"צ 5364/94 עו"ד זאב ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758.

204 בג"צ 3267/97 אמנון רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481.

205 R. Dworkin A Bill of Right for Britain (1990)35

206 ע"פ 677/83 שמואל בורוכוב נ' זאב יפת, פ"ד לט(3) 205, 217-218; קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70. בג"צ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לעניני דתות ואח', פ"ד מב(2) 221, 275-276. "ההנחה בדבר שוויון מזה וחוק שווי זכויות האישה מזה, יוצרים 'מטרייה' נורמטיבית, לפיה כל חוק צריך להתפרש באופן שעיקרון שוויון בכלל, ושוויון בין המינים בפרט, יוגשם בו. כמובן, לשונו של חוק ותכליתו הפרטיקולרית עשויים להביא למסקנה כי אותו חוק נועד להגשים מטרת מיוחדת שאינן עולות בקנה אחד עם עיקרון השוויון. השופט, כפרשן נאמן, ייתן את מלוא התוקף לחוק זה, ויפרשו על רקע תכליתו זו".

207 רע"א 6339/97 משה רוקר ואח' נ' משה סלומון ו-3 אח', תק-על(4) 99, 1, 34; בג"צ 742/84 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל ו-5 אח', פ"ד לט(4) 92-93, 85.

להשתלב בתוך המסגרת על פי גבולות עקרונות היסוד. למחוקק מיוחסת כוונה להשלים את פאזל החקיקה על פי אותם עקרונות וערכים וסטייה מהם אינה ביטוי לרצונו של המחוקק אלא לטעותו. בין אותם עקרונות כלליים כולל השופט ברק את השוויון,<sup>208</sup> הצדק, המוסר ובתוכם מטרות חברתיות של שלטון החוק, חופש הביטוי,<sup>209</sup> כבוד האדם, חופש העיסוק,<sup>210</sup> זכות הקניין<sup>211</sup> ושאר זכויות האדם, כמו גם ערכים של תום-לב, צדק טבעי, הגינות וסבירות. אין מדובר ברשימה סגורה, בשינוי העיתים והדיעות יכול בית המשפט העליון להוסיף עקרונות או לפרש עקרונות מוכרים בדרך שונה. עקרונות אלה אמורים לשמש מגדלור למחוקק ולרשות המבצעת ואילו לבית המשפט הם משמשים חרב, חרבה המודרנית של אלת הצדק, שאינה מופנית אל האזרחים אלא אל השליטים. חרב שנונה שבכוחה השופטים גוזרים על החברה והמדינה את דרכה, באמצעות הטיפול בחוקים, במעשי המינהל ובהגדרת הערכים הראויים לחברה הישראלית. עיניה של אלת הצדק אינן מכוסות עוד, הן פתוחות לרווחה ומביטות אל האופק.

בשם עקרונות היסוד של השיטה מכיר בית משפט בקיומן של זכויות שלא בא זכרן בהוראה משפטית והן מקבלות את חיותן והיקפן בפסיקת בית המשפט. הכרה בזכויות אלה יוצרת את הקשר ההכרחי הנדרש שבין המשפט למציאות.<sup>212</sup> השופט לנדוי אמר בהקשר זה: "אכן, ככל שמתרחב תחום החוק החרות, מתקיים השימוש בשיקול דעתו של השופט בתוך גבולות אותו חוק פנימה ומצטמצם השטח הפתוח להפעלת שיקול דעתו של השופט בדרך החקיקה השיפוטית העצמאית. אבל גם אחרי חקיקה כזאת חוזרים בתי המשפט ואורגים מחדש את מסכת הפרשנות שלהם מסביב לסעיפי החוק החרות או בתוך הסדקים שבו... כאמרתו המפורסמת של השופט הולמס".<sup>213</sup>

השימוש בעקרונות היסוד של השיטה, אשר תוכנם נקבע על ידי בית המשפט, מהווה פגיעה קשה מאד בדמוקרטיה. לכאורה מייסד השופט ברק מערכת כפולה של שלטון חוק. האחד הוא שלטונו של החוק הפוזיטיבי והשני הוא שלטונו של "חוק על",<sup>214</sup> שאיש אינו יכול להגדירו או להיות בקי בתוכנו. המשמעות היא חוק אידיאלי המכפיף אליו את חוקי המדינה. ועדיין לא ענינו על השאלה מה מקור התוקף של אותו חוק אידיאלי, ושמה מדובר בהרחבה של מושג הדמוקרטיה המתגוננת מול הקמים לבלותה, שאינם דווקא אויבים, אלא אהובים שבגלל רפיונם ושחיתותם מסכנים את המדינה.

208 דנג"צ 4191/97 רקנט אפרים נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 2000(4) 587, 602.

209 ע"פ 696/81 אורלי אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 565, 568-569.

210 בג"צ 6268/00 קיבוץ החותרים אגודה נ' מינהל מקרקעי ישראל, תק-על 2001(2), 899, 909; א' ברק "חוק יסוד: חופש-העיסוק" משפט וממשל ב' (תשנ"ד) 195, 202; נ' כהן "תחרות מסחרית וחופש העיסוק" עיוני משפט י"ט (תשנ"ה) 353.

211 רע"א 4905/98 פרופסור יוסף גמזו נ' נעמה ישעיהו ואח', תק-על 2001(1) 1440, 1446; בג"צ 2390/96 יהודית קרטיק ו-3 אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 654-653.

212 בג"צ 29/62 כהן נ' שר הביטחון, פ"ד טז 1027, 1023. ראה גם ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5 (תשמ"ז). בג"צ 1601/90 עו"ד משולם שליט נ' ח"כ שמעון פרס ו-46 אח', פ"ד מד(3) 353, 367-368.

213 מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ה) 292, 297.

214 י' אנגלרד מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) 64-62. דיעה תומכת ראו מ' ריסמן "החלטה משפטית כהכרעה חברתית" עיוני משפט יח (1993) 611, 619-630.

גישתו של השופט ברק מובילה כאמור אל שלטון המשפט ולא אל שלטון החוק, אל שלטון השופטים ולא אל שלטון המחוקקים. היטיב לבטא את הבקורת השופט מ' אלון בבג"צ 669/85, 24/86 הרב מאיר כהנא נ' שלמה הלל ו-5 אח' 215 "שלטון החוק, והחלתו גם על מחוקקו, ערך עליון הוא... אך עם כל הכבוד, לא נראה לי, כי ערך עליון זה יבוא לכלל הגשמה בסוגייה כה רגישה ונכבדה כיחסים שבין הרשות המחוקקת והרשות השופטת - על-ידי ביקורת שיפוטית המופעלת על-פי מבחן כללי וסתמי של חוש המומחיות של המשפטן, ללא כל הגדרה ברורה נוספת וללא כל הנחיה אובייקטיבית מחייבת... יסוד היסודות שלה (של דמוקרטיה נאורה - מ' א') הוא שלטון החוק, ולא שלטון המחוקק (היינו המחוקק היחיד, האישי - מ' א'), שלטון המשפט ולא שלטון השופט".<sup>216</sup>

## 1. בית המשפט העליון וערכי החברה הישראלית

הגדרתם של ערכי החברה מקבלת חשיבות יתירה במעבר של שיטת המשפט הישראלי מתורת משפט המבוססת על מושגים לתורת משפט של ערכים, אינטרסים ועקרונות. המשפט כמכשיר חברתי נועד להגשים מטרות חברתיות אשר הגדרתם כרוכה ושלובה בהגדרת הערכים המקובלים והנדרשים לחברה.<sup>217</sup> אומר השופט ברק: "עלינו להתרחק מתורת משפט של מושגים, לפיה המושג התיאורטי כופה עצמו על האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי. עלינו לשאוף לתורת משפט של ערכים, לפיה המושג התיאורטי הוא פרי האיוון וההסדר של האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי... ההלכה צומחת מתוך המעשה. התיאוריה צריכה לשרת את הפרקטיקה".<sup>218</sup> השופט מ' חשין מוסיף: "אנו השופטים, אין אנו אומרים לבדות מליבנו חובות

215 פ"ד מ(4) 393.

216 שם, 420; ראו גם השופט אשר בע"א 752/78 הרשות המוסמכת לפי חוק נ' עזבון המנוח יעקב, פ"ד לג(3) 197, 209-210: "מאז ומתמיד עמדתו על הפרדת הרשויות - הפרדה בין הרשות המחוקקת, הרשות השיפוטית והרשות המבצעת - שהיא הכרחית אם רצוננו להמשיך ולקיים משטר דמוקרטי במדינתנו. אם נסייג אנו, ביועין ובמתכוון, את גבולה של הרשות המחוקקת, נגרום לאנדרלמוסיה ולחוסר ודאות במשפט, ואיש לא ידע מהו החוק ולא יוכל לתכנן את מעשיו לעתיד, התערבות בפעולותיה של הרשות המבצעת אף היא לא תיתכן אלא במסגרת ובהתאם לחוקים הקיימים. אינני מתעלם מכך שלא פעם מתעוררת בלבו של אזרח ההרגשה כי חוק זה או אחר אינו צודק וכי רצוי לשנותו או לבטלו, וגם שופט אינו שונה לעניין זה מכל אדם אחר. הוא יוכל למחות נגד חוק בלתי צודק, הוא יוכל להצביע על מגרעותיו. אך כל עוד קיים החוק חייב השופט, כמו כל אזרח אחר לנהוג על-פיו. אם ניתן בדרך של פירוש הוראה שתומה ובלתי ברורה, לקדם את דרישות הצדק הרי זה טוב; אך פירושו של חוק על דרך של התעלמות ממנו אינו פירוש, ואילו ביטולו של חוק בלתי רצוי הוא בסמכותו של המחוקק, כפי שכבר אמרתי מקודם".

217 דנג"צ 4601/95 טרוסי חי יוסף נ' בית הדין הארצי לעבודה, תק-על 1154, 1156. באשר לביקורת על המושגים ראו השופט מ' חשין בע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289. הגישה המושגית מזוהה עם הפורמליזם המשפטי אותו היטיב להבהיר השופט מ' חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלוני ו-1 אח', פ"ד נג(3) 133, עמ 166-165 "הפורמליסטון - נרחיק-לכת ונוסיף: הפורמליסטון חסר-הלב - היה עוצר במקום זה ומכריז: הינה-הוא הדין, כך הורנו המחוקק - וייקוב הדין את ההר. MUNDUS FIAT JUSTITIA ET PEREAT ייעשה הצדק (ז) וייחרב העולם. וחברו של אותו פורמליסטון - פורמליסטון אף-הוא, אך מעט-לב בקירבו - ייאנח ויאמר: DURA LEX - SED LEX: (מה נעשה?) קשה הוא החוק - אך חוק הוא. ואפשר יוסיף עוד ויאמר, כי ראוי הוא שהמחוקק יתן דעתו וישקול שמא ראוי לתקן את החוק. אינני מכיר פורמליסטונים אלה, ולא ייחד כבודי בקהלם".

218 דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, תק-על 1524, 1532.

מוסר, כמו יצרנו בהבל-פה חובות וביקשנו להעטות עליהן גלימת משפט. כל שעושים אנו הוא, שאנו נותנים ביטוי משפטי לתחושות בני החברה, תחושות חריפות הנבנות על יסודות מוסר המשותפים לכל בני-אנוש ועל עיקרי מוסר המאפיינים את החברה בה אנו חיים.<sup>219</sup>

בהיעדר חוקה, העקרונות והערכים שבתשתיתה של השיטה המשפטית, ויש אומרים של המדינה עצמה, הגם אלה שזוהו והוגדרו בפסיקתו של בית המשפט העליון, הכרת בית המשפט העליון בהם היא הנותנת להם את תוקפם הנורמטיבי. העקרונות הכלליים במשפט הישראלי הם העקרונות שביחד עם התכלית המיוחדת של החוק מהווים את המטרה שהמחוקק ביקש להשיג.<sup>220</sup> לכאורה מדובר בכלי עזר פרשני בבוא בית המשפט לפרש את החוק<sup>221</sup> אולם בפועל מדובר במכשיר רב כוח המהווה מטרייה נורמטיבית הפרושה על פני החקיקה כולה.<sup>222</sup> עקרונות אלה מהווים רשת של קורים עדינים ודקים דרכה אמורה לעבור החקיקה והמעשה המינהלי לבחינת תקפותן, הם כוללים "שוויון, צדק, מוסר. הם משתרעים על מטרת חברתיות של הפרדת רשויות, שלטון החוק, חופש הביטוי, חופש התהלוכה, הפולחן, העיסוק, כבוד האדם, טוהר השיפוט, שלום הציבור וביטחוננו, ערכיה הדמוקרטיים של המדינה ועצם קיומה. עקרונות אלה כוללים תום-לב, צדק טבעי, הגינות וסבירות".<sup>223</sup> הרשימה כאמור אינה סגורה וממצה, מאחר שהמשפט הנו יצור חי ופועם המתפתח בתהליך בלתי פוסק, לכן יש להוסיף לרשימה עקרונות נוספים כמו: "נציחותה של המדינה, אופיה היהודי והדמוקרטי ושלילת כל גזענות בה הם ערכים בסיסיים, שכל חברה מבקשת להגן עליהם".<sup>224</sup> חופש היצירה האמנותית,<sup>225</sup> זכות הציבור לדעת,<sup>226</sup> ההגנה על רגשות הציבור בכלל ורגשות דת.<sup>227</sup> הערכים נלמדו בחלקם מתוך מגילת העצמאות<sup>228</sup> ובחלקם האחר מההגדרות האוניברסליות בדבר הדמוקרטיה וזכויות האדם, ממושכלות ראשונים<sup>229</sup> או תוצאת

- 219 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלוני ו-2 אח', פ"ד נ(3) 133, 169-168.
- 220 ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, 574.
- 221 בג"צ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י ואח' נ' שרת-העבודה ואח', פ"ד ו 237, 245.
- 222 ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75.
- 223 ע"פ 677/83 שמואל בורוכוב נ' זאב יפת, פ"ד לט(3) 205, 218-217. ראו גם בג"צ 953/87 סיעת העבודה בערית תל אביב נ' מועצת עיריית תל אביב, פ"ד מב(2) 309, 330-331.
- 224 רע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות, נצרת-עילית, פ"ד נגנ(1) 351, 362-363.
- 225 בג"צ 4804/94 חברת סטישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 680.
- 226 בג"צ 6218/93 כהן נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מט(2) 529, 541.
- 227 ראו בג"צ 953/89 אינדור נ' ראש עיריית ירושלים, פ"ד מה(4) 683, 690; בג"צ 3888/97 נוביק נ' הרשות השנייה, פ"ד נא(5) 199, 202; בג"צ 287/69 מירון נ' שר העבודה, פ"ד כד(1) 337, 364; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(1) 58, 1; ד' סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (1998), בעריכת מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר) 1998. השופט לנדוי בבג"צ 351/72 קינן נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד כו(2) 811, 814; בג"צ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיו אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22, 30; ע"פ 697/88 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289, 307.
- 228 בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק פ"ד א 85, 88; השופט ח' כהן בבג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל ואח', פ"ד יח 598, 612; השופט לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי ואח', פ"ד טז 2407, 2414; בג"צ 680/88 מאיר שניצר ו-2 אח' נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 628-627; בג"צ 153/87 לאה שקדיאל נ' השר לעניני דתות פ"ד מ(2) 239; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון פ"ד מט(4) 131; בג"צ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל פ"ד מח(5) 501.
- 229 בג"צ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב פ"ד יב 1041, 1050.

התליך השתכנועות של בני החברה הנאורים.<sup>230</sup> מכל מקום אין מדובר ב"סוס פרא" עליו רוכב בית המשפט אלא מדובר ב"אחד מכלי המשפט עצמם. אין הוא גורם חיצוני זר. הוא יסוד פנימי וקרוב".<sup>231</sup>

בית המשפט לא אמור רק להגדיר את הערכים אלא גם לבצע איזון ושקלול כאשר קיימת התנגשות בין ערכים שונים. בדרך כלל הסכסוכים שמגיעים לבתי המשפט ונוגעים לזכויות הפרט ומעמדו של היחיד מול השלטון, דורשים איזון על ידי בית המשפט. האיזון אינו ביצוע של פעולה טכנית, המדובר בפעולה נורמטיבית ש"נועדה לשקף את ערכם החברתי של ערכים ואינטרסים במכלול הערכים החברתיים".<sup>232</sup> הגדרת הערכים וביצוע האיזון הנו מהלך מורכב הדורש מבית המשפט מיומנות מיוחדת בתחומים רבים. עליו להכיר את החברה שבה הוא חי, את מצפונה ותפיסתה באשר לראוי ושאינו ראוי,<sup>233</sup> לדעת לזהות את הקונצנזוס החברתי המתייחס לבסיס הערכים של החברה ולהכיר את האתוס המשפטי ועקרונות היסוד והאמונות שבתשתית הקיום הדמוקרטי של החברה.<sup>234</sup> להיות בקיא במקורות התודיעה החברתית של העם,<sup>235</sup> לאתר, לגבש ולהפעיל את האני מאמין הלאומי והבסיסי של החברה והשיטה.

"איזון" הוא מושג מטאפורי. כאשר השופט מאזן בין ערכים מתנגשים הוא פועל במישור הנורמטיבי. בבסיס ה"איזון" מונחת התפיסה, כי "לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהיעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את החשיבות החברתית היחסית של העקרונות השונים. כשם שאין לך אדם ללא צל, כך אין לך עיקרון ללא משקל. קביעת האיזון על בסיס המשקל משמעותה מתן הערכה חברתית באשר לחשיבותם היחסית של העקרונות השונים".<sup>236</sup> אם בשנותיה הראשונות של המדינה אוזנו צרכי הפרט והכלל בעיקר תוך התייחסות לשיקולי ביטחון ושלוש הציבור הרי בשנים האחרונות האיזון הוא בין ערכים ותפיסות עולם שבית המשפט העליון הפך עצמו לבעל המונופול על הגדרתם ודירוגם.<sup>237</sup> מאחר ששאלות ערכיות

---

230 דעתו של הנשיא אגרנט בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 602. ראו מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292, 306.

231 ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 558-557.

232 בג"צ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק ו-5 אה', פ"ד מח(2) 456, 475-474, בג"צ 4267/93, 4287 אמיתי ו-3 אה' נ' יצחק רבין ו-3 אה', פ"ד מז(5) 441, 465-464.

233 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום פ"ד מז(2) 464, 532. כותב השופט ברק: "השופט הוא חלק מעמו, עליו להכיר את בעיות המדינה, עליו לקרוא את ספרותה, ועליו להאזין לשיריה, עליו להכיר את מורשתה הדתית החברתית והתרבותית, עליו להכיר את ערכיה כמדינה יהודית ודמוקרטית. עליו להיות רגיש למיעוטים שבקרב המדינה ולשכבות החלשות בקרב החברה. אכן השופט הוא חלק מתקופתו, הוא בן זמנו. הוא נע עם ההיסטוריה של עמו" מבחר כתבים 943.

234 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על המרשם, פ"ד מז(1) 749, 780. R. Dworkin Taking Rights 81-131. Seriously (1977).

235 מ' לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ט), 292, 306.

236 בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 434; ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361. הוא הדין באיזון בין אינטרסים שונים במדינה דמוקרטית, ע"פ 696/81 אורלי אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, 570-569. בג"צ 2481/93 יוסף דיין נ' ניצב יהודה וילק ו-5 אה', פ"ד מח(2) 456, 475-474.

237 בג"צ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513; בג"צ 6163/93 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229; ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עלית, פ"ד מז(5) 189.

ומוסריות הנן תמיד יחסיות יש ספק רב אם ניתן להכריע לגביהן אובייקטיבית ורציונלית. המשמעות היא כי בית המשפט הוא שמכריע על פי תפיסת עולמו שלו.<sup>238</sup> על מנת לרכך את הכוח המוענק לבית המשפט בקביעת קווי המתאר והמתחם של הערכים והאיזון שביניהם נקבע כי האינטרסים והערכים שבהם עוסק בית המשפט ואותם הוא אמור לקבל אינם חיצוניים למערכת המשפט, ואינם פרי השקפת עולמם של הצדדים לסכסוך או בית המשפט. הם מהווים חלק מהמשפט עצמו, הגם שאינם מוגדרים בחוק.<sup>239</sup> כשם שהמנהג עובר תהליך של הכרה באמצעות בית המשפט לאחר שבית המשפט שוכנע שכך הציבור נוהג, הוא הדין באינטרסים וערכים שמקבלים את הכרתם משכנועו של בית המשפט כי קיימת הסכמה ציבורית<sup>240</sup> המצדיקה הגנה או העדפה לערכים אלה מול אחרים. דעתי היא, כי על השופט להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולגורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו פיתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או לפחות אינו סותר אותה. לדעתי, רצוי להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות היסוד של הציבור. כך, למשל, מוצדקת התאפקות שיפוטית בכל הנוגע לנישואין אזרחיים, שכן עניין זה שנוי במחלוקת חריפה בציבור. הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, בשיקולי הפרדת הרשויות ו"בצורך להבטיח את אמון הציבור".<sup>241</sup> אותם כללי יסוד משהוכרו הם "מנחים ומגבשים דפוסי המחשבה והפרשנות המשפטית ומשפיעים עליהם מכוחם וממגמתם".<sup>242</sup> למרות טיעונו של השופט ברק כי שיקול הדעת השיפוטי מודרך אך על ידי עקרונות משפטיים מההווים חלק משיטת המשפט בה הם פועלים, סובר י' רו כי טעות היא לחשוב ששופטי בית המשפט מודרכים אך על ידם.<sup>243</sup>

מורה דרכו של אהרן ברק בכל הנוגע לזכויות האזרח היה השופט חיים הרמן כהן,<sup>244</sup> שבכתיבתו היה יותר נחרץ ותקיף מאשר בפעילותו כיועץ משפטי לממשלה וכשופט בית המשפט העליון. בתחום הערכים המשיך אהרן ברק את הכיוון אותו "ניבא" השופט אלפרד ויתקון בראשית שנות הששים, בפסק דינו בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקבסון.<sup>245</sup> המערער, ריזנפלד והמשיבה יעקבסון תכננו להינשא לאחר שהמערער ישיג גט מאשתו. לקידום תכנית הנישואין קנה המערער בכספו דירה שנרשמה בלשכת רישום המקרקעין על שם המשיבה. המשיבה עברה להתגורר בדירה בצפייה שהמערער ישיג את הגט בהקדם ויצטרף אליה למגורי קבע בדירה. משנקפו הימים

B. Cardozo *The Nature of Judicial Process* (1925); H Kelsen *General Theory of law and state* 1961; 238  
 Renquist, the notion of living constitution" *Texas law review* 1976 807  
 הממשט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (1970) 212, 219.  
 ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533, 537.  
 240 הנשיא אגרנט בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 602.  
 241 בג"צ 4058/95 יוסף בן מנשה, עו"ד נ' שר הדתות, פ"ד נא(3), 876, 880-879; א. ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) 289.

242 השופט שמגר בד"ב 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 359.  
 243 י' רו "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב (תשכ"ט) 317, 328.  
 244 השופט ברק כותב על חיים כהן: "אם יש גאונות במשפט - חיים כהן הוא גאון במשפט... חיים כהן הוא יחיד בדורו... מחשבתו המקורית, הפורצת מסגרות קיימות והמבקשת לקדם אותנו לחברה טובה יותר" חיים כהן מבחר כתבים (א' ברק ור' גביוון עורכים) 2001) 9.  
 245 פ"ד יז 1009. פסק דין זה הנו אחד משורת פסקי דין שעסקו בסוגיית מוסריות של חוזים לחיים משותפים ראו גם ע"א 563/65 יגר נ' פלביץ, פ"ד כ(3) 244; ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד כ(4) 337.

המערער נתמהמה בקבלת הגט ובמימוש הבטחתו להינשא, החליטה המשיבה לנעול בפניו את דלת הדירה. בבית המשפט המחוזי ביקש המערער פסק דין שיצהיר כי הדירה שייכת לו כיוון שנרכשה מכספו. המשיבה טענה כי רכישת הדירה חלק מהתקשרות לחיי אישות מידיים ונישואין עתידיים, ביו גבר נשוי לרווקה. התקשרות שיש בה פגיעה במוסר הציבורי ובסדר הכללי. הסוגיה המשפטית שעמדה בפני בית המשפט היתה מוסריותה של ההתקשרות שעמדה בבסיס היחסים שבין הצדדים.

הרכב בית המשפט היה מגוון. השופט מ' זילברג ייצג בבית המשפט את הגישה היהודית מסורתית, השופט ח' כהן את הגישה החילונית ליברלית והשופט א' ויתקון ייצג עמדה אזרחית א-דתית מובהקת. השופטים זילברג וכהן סברו כעמדת מוצא ששאלת מוסריותו של ההסכם צריכה להיבחן על פי הדין העברי שעליו מבוססים ההסדרים החוקיים בענייני נישואין וגירושין בישראל. השופט א' ויתקון סבר שבתי המשפט אינם אמורים לקבל את ההלכה כבסיס לקביעת מוסריותה של התנהגות, מקומה של ההלכה בבתי הדין הרבניים ותו לא. בית המשפט אמור לאמץ עמדה ערכית "למה שנראה לנו כמשקף את דעת הציבור, והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם שבתוכו... אך נראה לי כי הציבור שלנו רוצה לראות את עצמו כחלק ממשפחת העמים הנאורים ולהיות שותף לאותם ערכים המעצבים את דמות העולם התרבותי כולו. סבור אני שרק במקרים נדירים יכול להתגלות קרע בין תפישת עמנו לגבי הערכים הללו ובין התפישה המקובלת בארצות העולם. על מוסד הנישואין אמרתי ... שהוא בעל אופי אוניברסלי... הייתי מהסס לגלות במושגים המקובלים אצלנו מושגים ספציפיים, שאינם עולים בקנה אחד עם השקפות אוניברסליות אלו".<sup>246</sup> דבריו אלו של השופט ויתקון, שבעת אמירתן היו בבחינת דעת יחיד, הטרימו את זמנם וכעבור שנות דור הפכו להיות דגל וביטוי לתפיסת עולם שיפוטית של רבים משופטי בית המשפט העליון. המסר העולה מדברי השופט ויתקון הוא שמדינת ישראל הנה דמוקרטית ליברלית, שאזרחיה אימצו את הערכים האוניברסליים המקובלים במדינות המערב. בתחום הערכים, יהדותה של המדינה הינה לכל היותר שימוש במטבעות לשון עבריות לאותם ערכים בהם קיימת זהות בין ערכי היהדות לערכי התרבות המערבית. מורי הדרך וקבוצת ההתייחסות לבחינת הערכים ותוכנם הנם החלק המשכיל והמתקדם של הציבור הישראלי, כלומר איתור סוציולוגי ולא ערכי-תוכני. פסק דינו של השופט ויתקון מוביל את השופט ברק לשני עקרונות בסיסיים, הראשון: שבית המשפט אמור לפעול באופן נייטרלי ולתת ביטוי לאני מאמין של האומה ולא לדיעותיו האישיות,<sup>247</sup> השני: על השופט לפנות אל ערכים כלליים ואוניברסליים המקובלים על הציבור הנאור בעת מתן ההכרעה השיפוטית.<sup>248</sup> אומר השופט ברק: "כאשר השופט שואל את עצמו איזה משקל יש ליתן לעיקרון מסוים בהשוואה לעיקרון אחר, התשובה צריכה להינתן על פי התפישות שלגביהן קיים קונצנזוס של הציבור הנאור... השקפתו של הציבור הנאור לעניין זה היא ההשקפה בדבר העקרונות והערכים הבסיסיים ולא ההערכה באשר לארעי ולחולף".<sup>249</sup> השופט ויתקון כבר הבהיר מהן השקפותיו של הציבור הנאור ולאן דעתו של ציבור זה נוטה.

246 שם, 1028.

247 ע"א 105/92 ראה מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, 207-206.

248 בג"צ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 7.

249 "על החשיבה הקוסטיטוציונית" מבחר כתבים כרך א, 281

חוקי היסוד הכירו במדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. להכרה זו לא היתה כל משמעות אופרטיבית מבחינת מאגר הערכים, שינוי בתוכנם או התאמתם להגדרה יהודית ודמוקרטית. מזווית ראייתו של השופט ברק ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. המדובר בערכים האוניברסליים של כבוד האדם, קדושת החיים חובת עשיית הישר והטוב ועוד מטבעות לשון המבטאות ערכים שאותם הנחילה היהדות לעולם.<sup>250</sup> יהיה נכון לומר כי המדובר בערכים יהודיים, שמקורם ב"חזון הנביאים", שאומצו על ידי הנצרות ודרכה חדרו לתוך ההגות המדינית החל מהמאה השש עשרה. ברור שתפיסתו של השופט ברק היא ביטוי ליהדות "משכילית" שרצתה לראות ביהדות דת לאומית מוסרית ולא דת תובענית של חובות המוטלות על האדם. גישתו זו של השופט ברק ביחס לדמותה של היהדות והמקורות לגישתו תחזור ותתברר בהמשך דיונו.

בית המשפט אינו אמור לבצע את האיזון על פי תפיסת עולמו אלא עליו להיות פרשן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור או על רוב רובו.<sup>251</sup> "הציבור הנאור שביט משפט נכבד זה ביצר את מעמדו... ושמר עליו מכל משמר פעם אחר פעם בפסקי דין שונים".<sup>252</sup> על פי תפיסת עולמו של הציבור הנאור יוגדר תוכנו של כבוד האדם,<sup>253</sup> התנהגות שאינה הולמת<sup>254</sup> קריטריונים לשיקולי המועצה לביקורת סרטים<sup>255</sup> היקף החסינות לנבחרים<sup>256</sup> ועוד. באותם מקרים שביט המשפט נאלץ להפעיל שיקולים של צדק ויושר אין המדובר במבחנים המשקפים את תפיסת עולמו הסובייקטיבית של השופט.<sup>257</sup> מבחני הצדק והיושר משקפים את "תחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית שעל פיה לא יוצא חוטא נשכר" הם ביטוי של "תחושת הצדק וההגינות של הציבור הנאור בישראל".<sup>258</sup> מיהו אותו ציבור נאור מסתורי שאת השקפותיו אמור השופט לפרש ולבטא? כיצד אמור בית המשפט לדעת את השקפותיו של הציבור הנאור? האם בחברה שסועה ומקוטבת כמו החברה הישראלית ניתן בכלל לדבר על ערכים מקובלים או על ציבור נאור בעל תפיסת עולם אחידה ומגובשת? האם המציאות הביטחונית שבה אנו מצויים אינה משבשת, ואפילו זמנית, את סולם הערכים של הציבור כולו? השופט, שהוא בעל הכשרה משפטית, חייב לגלות יכולות פילוסופיות, פסיכולוגיות, אתיות ומדיניות לא מבוטלות. פרשנות של השקפות מקובלות

250 א' ברק פרשנות במשפט כרך ב, 429.  
 251 בבג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229; ראו גם ע"א 461/62 צים בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335; עש"מ 6713/96 מדינת ישראל נ' זוהר בן אשר, פ"ד נב(1) 650, 687-688. בג"צ 5795/97 ח"כ יוסף שריד ואח' נ' שר הביטחון ו-2 אח', פ"ד נא(4) 799, 805-804; ע"א 779/89 יעקב שלו נ' סלע חברה לבטוח בע"מ, פ"ד מח(1) 221, 230-229.  
 252 דנג"צ 10291/01 ערד שקיב עלי נ' מר מאיר שטרית, תק-על2002(1) 170, 171.  
 253 בג"צ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת, פ"ד נ(5) 661, 675-676; בג"צ 5394/92 אורי הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 362-363; בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פסקה 11.  
 254 בג"צ 7074/93 מאיר סויסה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 748, 779-780.  
 255 בג"צ 4804/94 הנ"ל.  
 256 בג"צ 1843/93 רפאל פנחסי נ' כנסת ישראל ו-3 אח', פ"ד מט(1) 661, 687-686.  
 257 בע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153, 157; רע"א 5768/94 א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אבירום, פ"ד נב(4) 289, 364-365.  
 258 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בניין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 237, 274-273; בג"צ 205/94 עקיבא נוף נ' מדינת ישראל - משרד הביטחון, פ"ד נ(5) 449, 461-460.

אינו מסוג הדברים שנלמדים במסגרת לימודי המשפטים. הצורך לשקף את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם הוא דורש בחינה מורכבת וסבוכה.<sup>259</sup> מעולם לא נעשה דיון ציבורי שבסיומו באה ההגדרה של ערכיה של מדינת ישראל.

השופט מ' אלון בע"א 506/88 יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה נ' מדינת ישראל,<sup>260</sup> שואל על הציבור הנאור: "מיהו ציבור זה, מי זוכה להימנות עליו או שלא להימנות עליו, מה טיבו של נאור זה ומה משמעות נאורותו? המושג ציבור או אדם 'נאור' הוא מושג עמום ואין בו משלו ולא כלום ... מה מהותם, ומה מידתם של האור, ההשכלה והתרבות הדרושים כדי לזכות ולהיכלל בתואר האדם או הציבור 'הנאור'." <sup>261</sup> השופט א' ויתקון נותן לנו אינדיקציה על זהות הציבור הנאור ואומר: "החברה אינה הומוגנית מבחינת רמתה התרבותית, והמחוקק קובע כלל משפטי ההולם את רמתו של החלק המתקדם ואינו הולם את רמתו של החלק המפגר." <sup>262</sup> עמדה זו מבטאת גישה אנטי דמוקרטית בעליל, לפיה מיעוטו של העם הנו מתקדם ונאור והאחרים הנם מקבץ של מפגרים האמורים ללכת על פי חלילו הערכי של הציבור המתקדם והנאור. שופט או חוקר שמשמש בקריטריון של הציבור הנאור ממשיך את דרכו של השופט ויתקון ותורם במודע לקיטוב והאנטגוניזם הנמשכים מפסיקתו של בית המשפט בסוגיות ערכיות טעונות ורגישות.

זהותו של הציבור הנאור חשובה במיוחד כשמדובר בהגדרות עמומות שמאפשרות לבית המשפט יישום פרשני של דיעותיו הפרטיות.<sup>263</sup> "... העיקרון של שלטון ומשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדיעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק בנוגע לפיתרון הסכסוך הבא לפניו, שאם לא כן, עלול להתעורר החשד, כי במקום להיות פרשן של החוק, הוא שפט על-פי שרירות לבו... אם מתעוררת בפניו בעיה של השקפת עולם, אשר לגביה הדיעות של בני הציבור הנאור הן חלוקות עד היסוד ורובצת ביניהן תהום עמוקה - כל-שכן, אם המחלוקת הזאת מסעירה את הרוחות - כי אז מוטב שהשופט ירסן את עצמו מלהביע את דעתו הפרטית על אותה בעיה, ובלבד שקיים בפניו מוצא שיפוטי, שאינו מצריכו לעשות כן." <sup>264</sup> "על-פי אמת מידה זו של 'הציבור הנאור' ייגש השופט לביצוע האיזון בין הערכים המתנגשים. על השופט ליתן לערכים ולעקרונות המתנגשים, אותו משקל המתבקש מתפישותיו של 'הציבור הנאור'. כמובן, אמת מידה זו אינה מובילה לפיתרון חד-משמעי בכל המקרים. אין זו אמת מידה 'סגורה' ואין היא טוענת לייחודיות. זו אמת מידה עמומה, הכוללת בחובה אפשרויות רבות ומגוונות. עם זאת, יש בה הדרכה והכוונה באשר לצורת החשיבה והבחינה. אין היא מפת דרכים. היא מצפן."<sup>265</sup> נכון שלעיתים רחוקות בלית ברירה אומר השופט ברק כי: "אין מנוס מפנייתו של

---

259 הוא הדין בסוגיית תקנת הציבור שעליה אומר השופט ברק בבג"צ 693/91 ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749, 779-780. "תקנת הציבור" הינה תקנתו של כלל הציבור - על גוונים, דיעותיו, אמונותיו, עדותיו ודתותיו - כפי שהיא נראית מזווית הראיה של הציבור הנאור." השופט מפנה גם לספרו של א' רוין-צבי, דיני המשפחה בישראל: בין קודש לחול (תש"ן) 80.

260 פ"ד מח(1) 87.

261 שם, 102-103.

262 א' ויתקון משפט ושיפוט (תשמ"ח) 52.

263 דב"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' בנימין כהנא, פ"ד נד(5) 1451, 190-191.

264 בג"צ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מג(2) 661, 721-722. עמד על כך כבר הנשיא אגרנט בבג"צ 58/68 שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים ואח', פ"ד כג(2) 477, 600.

265 ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת-עילית, פ"ד מז(5) 189, 207-206.

השופט 'אל עצמו' ואל הסובייקטיבי שבו".<sup>266</sup> הציבור הנאור הנו בפועל שם קוד לשופטי בית המשפט העליון, או למצער הציבור ששופטי בית המשפט העליון שייכים אליו.<sup>267</sup> באין הגדרה, אבחנה וזיהוי של ציבור זה והשקפותיו, ממילא בית המשפט העליון יהווה את קנה המידה והפרשן למחשבותיו, רצונותיו והסכמותיו של ציבור זה.

מאחר ששופטי בית המשפט העליון ברובם הגדול הנם "בצלם ודמות" השקפותיו של השופט ברק, נראה לכאורה שבית המשפט העליון מדבר ופוסק בשם השקפת עולם מוסכמת המבטאת גם את תפיסות העולם של הציבור הנאור.<sup>268</sup> בכמה וכמה פסקי דין מזהיר בית המשפט את עצמו משימוש בדיעותיו הסובייקטיביות,<sup>269</sup> ומעלה אפילו אפשרות כי ערכי הציבור הנאור אינם נראים לו, דרישה זו לאובייקטיביות מטילה נטל כבד על השופט. "עליו להיות מסוגל להבחין בין הרצוי האישי לבין המצוי החברתי. עליו ליצור מחיצה ברורה בין השקפותיו כפרט לבין תפישותיו כשופט. עליו להיות מסוגל להכיר בכך, שיתכן ודיעותיו האישיות אינן נחלתו של הציבור הרחב. עליו להבדיל הבהל היטב בין 'האני מאמין' האישי שלו לבין 'האני מאמין' של האומה. עליו להיות ביקורתי כלפי עצמו, ומרוסן כלפי עמדותיו. עליו לכבד את הכבלים הקושרים אותו כשופט".<sup>270</sup> אולם בפועל, דיעות אלה הן שמקבלות את ביטוין בפסקי הדין של בית המשפט, פסקי דין שמכתיבים את נורמות ההתנהגות של החברה הישראלית. באמצעות הגדרת ערכיה של המדינה, קביעת תוכנם ויצירת האיזונים על פי שיקול דעתו של בית המשפט, השתלט למעשה בית המשפט על עולם הערכים של החברה הישראלית ובפסיקתו הוא מנסה לכוון ולדחוק את החברה אל עולם הערכים של שופטי בית המשפט העליון. ביטוי מיוחד לכפיית ערכים על החברה הישראלית עושה בית המשפט בהתייחסותו ליהודיותה וציונותה של המדינה. בנושאים אלה בולטת עליונות האני מאמין האישי של השופטים על פני האני מאמין של ציבור עצום בקנה מידה ישראלי, שאינו נכלל בהגדרת הציבור הנאור.

## ז. ממדינה יהודית למדינת כל אזרחיה

חזונו הדמוקרטי-ליברלי של אהרן ברק למדינת ישראל בהיר ומובהק: מדינה ליברלית ומתקדמת, שתכליתה להגן על הפרט ולהבטיח את זכויותיו.<sup>271</sup> "קבלני הביצוע" של החזון הנם שופטי בית המשפט העליון האמורים לתת ביטוי לערכיו, רגשותיו ואמונותיו של הציבור הנאור, ציבור עלום המתגלם למעשה באישיותם של השופטים. בתשתית ערכיו של הציבור הנאור מזהה השופט ברק את הליברליזם המבטא תפיסת עולם מדינית, הנוקטת נייטרליות כלפי השקפות עלום ואורחות חיים. הליברליזם נולד וצמח מתוך מאבק רצוף נגד הדת הממוסדת והכפייה שהיא

266 בג"צ 1000/92 חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221.

267 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 283.

268 על היעדר הפלורליזם בבית המשפט העליון ראו מ' ד' בירנהק וד' גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דיעות מיעוט ופלורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב (1999) 499.

269 ע"פ 696/81 אוזלאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(2) 565, 574.

270 בג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 781, 782. ראו את עמדתו העקרונית והמנומקת של 89 B. CARDOZO *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* (New Haven, 1921).

271 על משמעות הליברליזם המדיני לקראת פיתרון ההיבט החוקתי של יחסי דת ומדינה (א' דרומי עורך (2001) 13-14.

מטילה על האזרחים. הפיתרון הליברלי דגל בהפרדת הממסד הדתי מהממסד המדיני, כמקובל בכל הדמוקרטיות הליברליות.<sup>272</sup> האל והקיסר אינם אמורים להיפגש בזירה המדינית. דא עקא שמול חזונו הליברלי של השופט ברק נחקק בישראל צמד המושגים "יהודית ודמוקרטית",<sup>273</sup> כריחיים על כתפיה של המהפכה החוקתית. למרות שאהרן ברק סובר שאין הערכים היהודיים והדמוקרטיים בלעדיים בישראל, מכל מקום הצמד מקשה מאד ליישם את העקרונות הליברליים במדינה שנתנה בחוקיה מעמד מוגן מיוחד ליהדותה.<sup>274</sup> אין מדובר רק בחוקים בעלי אופי לאומי-ציוני<sup>275</sup> כמו חוקי השבות, הדגל, הסמל, ההמנון וסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת, בדבר מניעת השתתפות בבחירות של רשימת מועמדים "אם יש במטרותיה או במעשיה... (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית",<sup>276</sup> אלא גם בחוקים בעלי אופי "דתי" בתחום החינוך, השבת, הכשרות וענייני נישואין וגירושין.<sup>277</sup>

בראשית ימיה של המדינה ענייני הדת והמדינה הוסדרו על בסיס הסכמה שהושגה בטרם הקמתה.<sup>278</sup> את ההסכמה נהוג לכנות "סטטוס קוו" שיסודותיו עוצבו במכתב שנשלח ביום א' תמוז

---

272 פ' עוז ולצברגר "הדמוקרטיה הליברלית: מבט היסטורי" גבולות הסובלנות והחירות (ר' כהן אלמגור עורך 1994), 41, 44. המחברת מזכירה את הביקורת הנשמעת נגד הליברליזם בהיותה משרתת את האליטות המשכילות ובעלי הקניין.

273 ראו י' קרפ "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א (תשנ"ג) 323, 337. 274 הנשיא אגרנט בע"ב 1/65 יעקב ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית פ"ד יט(3) 365, 385: "כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל', כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף 'זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל'". השופט ש' לוין בע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 248: "אחד ממושכלות היסוד של המדינה הוא קיום של רוב של יהודים בה, מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות, הכל ברוחה של מגילת העצמאות מקבל אני את הגישה, שרשימה, שיעדה המרכזי הוא להשיג את ביטולם של המרכיבים האמורים של ההגדרה והיא מייעדת את פעולתה למטרה האמורה כיעד מרכזי, הכול ברמת הראיות הנדרשת, באה בגדרו של סעיף 7א(1) לחוק היסוד". כמו כן ע"ב 2600/99 אבנר ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נג(3) 38, 43-44: השופט ברק ברע"א 6709/98 היועץ המשפטי לממשלה נ' רשימת מולדת גשר צומת פ"ד נג(1) 351, 362: "בצחיותה של המדינה, אופייה היהודי והדמוקרטי ושלילת כל גזענות בה הם ערכים בסיסיים, שכל חברה מבקשת להגן עליהם".

275 השוו א' ברק פרשנות במשפט-פרשנות חוקתית (כרך שלישי, תשנ"ד) 332-330: א' רוזן צבי "מדינה יהודית ודמוקרטית: אבהות רוחנית, ניכור וסימביוזה-האפשר לרבע את המעגל?" מדינה יהודית ודמוקרטית (ר' ברק עורכת, תשנ"ז) 5, 16.

276 בין החוקים בעלי האופי הלאומי ציוני ניתן לכלול חוק הדגל והסמל תשי"ט-1949: חוק יסוד: מקרקעי ישראל; חוק השבות תשי"ט-1950; חוק חינוך ממלכתי תשי"ג-1953; חוק השמירה על המקומות הקדושים תשכ"ז-1967.

277 חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953; חוק איסור הונאה בכשרות תשמ"ג-1983; חוק איסור גידול חזיר תשכ"ב-1962; חוק האנטומיה והפתולוגיה תשי"ג-1953; חוק לתיקון דיני עונשין (הפסקת הריון) תשל"ז-1977; חוק שירותי הדת היהודיים [נוסח משולב] תשל"א-1971; חוק הרבנות הראשית תשמ"ט-1980.

278 בתקופת המנדט, לא נדרשה התנועה הציונית להכריע בסוגיות הדת והמדינה. בהיעדר ריבונות לא היה צורך להכריע. בישובים יהודיים טהורים הושגו הסדרים על בסיס פשרה. ראו ב' נויברגר מיישוב למדינה (תשנ"ז) 61.

תש"ז (19.6.47) להסתדרות אגודת ישראל על ידי דוד בן גוריון בשם הנהלת הסוכנות היהודית.<sup>279</sup> המכתב כלל הבנות באשר למעמדה של השבת, כשרות מטבחים ממלכתיים, דיני האישות ואוטונומיה של הזרמים בחינוך. אימוצו של הסטטוס קוו התאפשר בהיותו הסדר פרגמטי בלי התחייבות של מי מהשותפים לו להכרעות אידיאולוגיות. בן גוריון ראה בסטטוס קוו הסדר המאפשר לחבר את המסד הדתי אל ההווה המדינית, כדי שלא יתחרה ויזיק לה ואילו מנהיגי הציבור הדתי נהנו באמצעותו מהיתרונות שהמדינה יודעת להעניק למי שהיא חפצה ביקרו.<sup>280</sup> השופט מ' חשין בבג"צ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות<sup>281</sup> מבהיר את האנומליה של יחסי דת ומדינה בישראל ומעמדו של ה"סטטוס קוו" בהקשר זה: "ואם אין תיאוקרטיה שליטה בישראל, לא נתקימה בה אף הפרדה מוחלטת בין דת לבין מדינה, כפי שנתקבל עיקרון ההפרדה במקצת מדינות במערב ובמזרח. יכול האומר לומר כי עיקרון הפרדת דת ממדינה נתקבל, אמנם, במקומנו, אך דרכו היא הפרדה 'נוסח ישראל': הפרדה שיש בה גם מן האיחוד. לעתים נהוג להעמיד יחסי דת ומדינה בישראל על פי הנוסחה של 'סטטוס קוו', ... אין הוא כשאר 'סטטוס קוו' שבעולם, והרי גם הוא סטטוס קוו 'נוסח ישראל'. סטטוס קוו 'נוסח ישראל' הוא מושג עמום, מעורפל וגמיש: האוחזים בו מזה ומזה ימשכו אותו - כל אחד מהם - לעברו-הוא, והרי הוא כחומר ביד היוצר - מי המאריך ומי המקצר".

משיכת מצע ה"סטטוס קוו" לכיוונים נוגדים גרמו לשחיקתו עד לפרימתו המוחלטת. הסיבות לפרימה רבות ומגוונות, חלקן פוליטיות חברתיות וחלקן כרוכות בשינויי הערכים שעברה החברה הישראלית מאז הקמתה. ויכוחים בסוגיות אידיאולוגיות אמיתיות אי אפשר להסתיר, לדחוק הצידה ולהצניע לאורך זמן, סופן שהן צצות עולות ולעתים מכות בעוצמה רבה. מדינת ישראל התמחתה בדחיקת סוגיות קיומיות לסל המיחזור הלאומי. משתמלא הסל הן חזרו אל תוכנת ההפעלה הראשית, ממאנות להיעלם, והופיעו על המסך. משנוצר הצורך להתמודד עם הסוגיות, לקח בית המשפט העליון תפקיד מכריע בניסיון לעצב מחדש את יחסי דת ומדינה, כשבבסיס ההכרעה עומדת ההגנה על חירויות הפרט<sup>282</sup> ותקינות הפעילות השלטונית. התוצאה היא שבמקום הסטטוס-קוו הוותיק שנתן ביטוי להסדרים הסכמיים בנושאי דת ומדינה באה הגדרה עמומה ומעורפלת בדבר ערכיה של המדינה כיהודית ודמוקרטית, הגדרה שמתמלאת תוכן על ידי בית המשפט.

ההתנגשות בין היהדות והדמוקרטיה מובנית והכרחית, בהנחה שהיהדות מבטאת את ההסדרים ההלכתיים שמקורם בתורה שבכתב ושבועל פה והדמוקרטיה את ההסדרים הנקבעים בהתאם לרצון

---

279 המכתב נשלח במסגרת שיחות שהתקיימו עם אגודת ישראל לצירופה למוסדות המדינה היהודית שעמדה לקום. על המכתב חתמו מטעם הנהלת הסוכנות ד' בן גוריון, הרב י' ל' פישמן (מימון) וי' גרינבוים. ראו ז' ורהפטיג חוקה לישראל - דת ומדינה (תשמ"ח) 34-36; מ' פרידמן "ואלה תולדות הסטטוס קוו: דת ומדינה בישראל" המעבר מיישוב למדינה 1947-1949 רציפות ותמורות (ו' פילובסקי עורכת, תשמ"ח) 47; י' שלמון דת וצינונות עימותים ראשונים (תש"ן); ת' שגב 1949 - הישראלים הראשונים (1984) 188-218; א' דון יחיא הפוליטיקה של ההסדרה: יישוב סכסוכים בנושאי דת בישראל (תשנ"ז) 31.

280 גישתו של בן גוריון התבססה על הגותו של ב' שפינוזה בספרו מאמר תיאולוגי מדיני (תשכ"ב), ראו ש' פינס בין מחשבת ישראל למחשבת העמים (תשל"ז) 341-340; י' אנגלרד "יחסי דת ומדינה בישראל - הרקע ההיסטורי הרעיוני" מדינה יהודית ודמוקרטית, 308-291; י' ליבוביץ יהדות עם יהודי ומדינת ישראל (תשל"ז) 173.

281 פ"ד 507-506.

282 המ' 525/63 שמואל נ' היועץ המשפטי, פ"ד (3) 452; בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101; בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד (4) 429; בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד (3) 29.

האזרחים באמצעות נציגיהם הנבחרים.<sup>283</sup> לכולי עלמא ברור כי משמעות יהודיותה של המדינה אינה יכולה להתמצות רק במישור הדמוגרפי. העובדה שרוב אזרחי המדינה יהודים אינה מספקת, רוב יכול להיות קונויקטוראלי. כמו כן ברור שמדינה יהודית אינה מדינת הלכה,<sup>284</sup> רוב אזרחי המדינה אינם שומרי מצוות ואורחות חייהם אינם בהתאם לשולחן ערוך. בספרים ומאמרים רבים נעשה מאמץ אינטלקטואלי מרשים למצוא סינתזה בין היהדות והדמוקרטיה הישראלית. רוב הניסיונות מתמקדים במתן משמעות "מרוככת" ופלורליסטית ליהדות או בהצגת הערכים הדמוקרטיים כערכים דינמיים שאינם אוניברסליים אלא תוצרים של גידולים סביבתיים המושפעים מתנאי זמן, מקום וחברה,<sup>285</sup> וממילא יכולים להישאב גם ממקורות יהודיים.

להבדיל מהמחוקק שיכול לבחור בניסוח עמום או אנשי אקדמיה האמונים על המחקר התיאורטי, על בתי המשפט לצקת תוכן של ממש במושגים כשהם באים להכריע בסוגיות המובאות לפתחם לעתים שלא בטובתם. בפני בית המשפט העליון עומדת הדילמה במלוא חריפותה, כיצד ניתן לעגל את הריבוע שצלעותיו חדות ונוקשות, בעיקר על רקע ההקצנה של השנים האחרונות בתחומי רבים של חיי החברה בישראל, בעיקר בתחום יחסי דת ומדינה. "ככל שיכבד עליו הדבר, מחובתו של שופט לפסוק ולהכריע, גם אם ליבו חצוי וגם אם יתקשה לבחור אם הימין ואם השמאל".<sup>286</sup>

הניסיון לצקת תוכן ביהדותה של המדינה מורכב וסבוך ונגזר מהקושי להגדיר את היהדות בעידן של תמורות חברתיות, דתיות, גיאוגרפיות ואחרות. בימים עברו, הגדרת היהדות היתה ברורה לרובו של העם שבחר לחיות במסגרתה של קהילה יהודית, ובמהותה חיים על פי ההלכה. כיוון שגלו היהודים מארצם ונתפזרו על פני תבל ומלואה, נאלצו לחיות בתחומי מושב וגייטאות, במסגרות קהילתיות מסודרות ומאורגנות על פי כללי המשפט הציבורי העברי. היציאה מתחומי הגיטו והקהילה היתה למעשה יציאה מתחומה של היהדות. עליונות מעמד ההלכה בחיי היהודים נבנתה במידה רבה עקב התייחסות החברתית-רוחנית שיצרו הגויים. עם התרת רצועת המושב, פתיחת שערי הגיטו ויציאת היהודים אל ההשכלה, חל נתק בין ההלכה לבין הגדרת הזהות היהודית. מאתיים שנה ויש אומרים אף למעלה מזה מתבצעים ניסיונות כמעט נואשים להגדיר את היהדות בעידן של השכלה, תמורה ושינוי. צבי היינריך גרץ (1817 - 1891) סבר שהיהדות הינה אומה של מתייסרים וסובלים בשם המוסר האלוהי, שמעון דובנוב (1860 - 1941), מגדולי ההיסטוריונים של היהדות והיהודים, סבר שהיהדות היא ביטוי של רצון קולקטיבי לקיים ייחודי, סלו בארון,

(1895 - 1989) מחשובי הסוציולוגים של היהודים, ראה ביהדות סוג של ארגון דתי וכן ציון דינור (1884 - 1973), היסטוריון ומנהיג ציוני, ראה ביהדות ביטוי של דחף משיחי כשהציונות הינה הגילוי המודרני שלו.<sup>287</sup>

השואה, הקמת המדינה ומלחמת ששת הימים הצריכו בחינה מחודשת של הגדרת הזהות היהודית, בעיקר עקב העובדה שמדינת ישראל הגדירה את עצמה כמדינה יהודית, וחוקקה את

283 ר' גביוון "מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידיאולוגיה ומשפט" מדינה יהודית ודמוקרטיה (1996) 169. א' לבונטין "יהודית ודמוקרטיה" שם, 78 - 53; ג' ויילר תיאוקרטיה יהודית (תשל"ו) 211-229.

284 הנחה זו מתייחסת גם לציבור הציוני דתי "המושג מדינת התורה אינו אומר כלום וחסר כל משמעות רלבנטית", א' כהן הטלית והדגל (תשמ"ח) 166-167.

285 א' מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטיה" מדינה יהודית ודמוקרטיה 83, 105-111.

286 5612/92 מדינת ישראל נ' אופיר בארי 3-1 אח' פ"ד מח(1) 302, 390 (השופט מ' חשין).

287 א' בן פאל זהויות יהודיות (2001) 11.

חוק השבות המצוי בתשתיתה. יהודים רבים כיום, בארץ ובתפוצות, מזהים את עצמם כיהודים למרות שאינם מחויבים לנורמות ההלכתיות. החברה היהודית בישראל מתחלקת לפי מספר מחקרים ל-20% חרדים ושומרי מצוות ו-10% חילוניים מובהקים, רובו הגדול של הציבור הנו בעל זיקה כלשהי למסורת היהודית על גילוייה השונים.<sup>288</sup> הזהות היהודית של רוב הציבור היהודי במדינת ישראל התגבשה סביב סמלים לאומיים ודתיים, לשון עברית, תרבות בעלת רקע משותף ועצם החיים בישראל.<sup>289</sup> היטיב לבטא את הקשר למסורת א' קובנר באומרו "לחילוניים נחוצים הדתיים כדי שיהיו להם שורשים, לדתיים נחוצים החילוניים כדי שיהיה להם עם".<sup>290</sup> למרות הזיקה למסורת ולתרבות המשותפת הגדרת הזהות סבוכה וסוגיית הדו-קיום בין דתיים וחילוניים עדיין לא נפתרה.

אחד הניסיונות החשובים והמעניינים להתמודד עם הגדרת היהדות במדינת ישראל נעשה בשנת 1958, כאשר ראש הממשלה דוד בן גוריון פנה ל"חכמי ישראל", חוקרים, רבנים, אנשי רוח ומנהיגים וביקש את חוות דעתם ביחס לרישום ילדים של נישואי תערובת שהוריהם רוצים לרשום כיהודים. עשרות התשובות שקיבל ראש הממשלה היו מגוונות, רובן ברוח ההשקפה האורתודוקסית. הזכרנו את המשאל כיוון שבין התשובות שנשלחו לראש הממשלה היו שתיים, אף שהיו במיעוט קטן בין מכלול התשובות, אך יש בהן להצביע על היסוד האידיאולוגי לגישתו של השופט ברק, ביחס ליהודיותה של מדינת ישראל. חיים הרמן כהן סבר כי קיים הבדל בין יהודיותו של אדם לצורך חוקי הכנסת לבין הגדרתו בדין התורה: "אין להעלות על הדעת כי בהטילה ביצוע חוקים אלה (חוק השבות וחוק האזרחות והמרשם - ח.ש.) על שר הפנים התכוונה הכנסת להסמיכו לקבוע יהדותו של אדם על פי הלכות הדת".<sup>291</sup> אשר על כן אדם יכול להיחשב כגוי גמור על פי דין תורה ויהודי למהדרין בהתאם לחוקי המדינה. חיים כהן מוסיף: "אין הקב"ה פוסל שום בריה, אלא לכל הוא מקבל; השערים נפתחים בכל שעה וכל מי שמבקש ליכנס ייכנס. וכן הוא אומר: פתחו שערים ויבוא גוי צדיק שומר אמונים (ישעיהו כו, ב)".<sup>292</sup> אגב סילוף מובהק של משמעות הפסוק מייצג חיים כהן סוג של יהדות המנותקת מכל הקשר דתי או פולחני, השערים פתוחים וכל דכפין, על פי רצונו יכנס בשערי היהדות. חוקי המדינה הנם חוקים אזרחיים ואמורים להתפרש במנותק מהקשר דתי. מרדכי מנחם קפלן (1891-1993) מייסד הזרם הרה-קונסטרוקטיבי ביהדות ארצות הברית ממשיך את התפיסה הפרגמטית ואומר: "שאם לפי שיקוליה של ממשלת ישראל, תעזור הכרתה ליהודי את ילד האם הלא יהודיה, אם הוריו רוצים לרשום אותו כיהודי, להגדיל ולהאדיר את הרוב המכריע של היהודים בארץ ישראל, הריהי מורשה לעשות כן",<sup>293</sup> לא הלכה ואפילו לא פסוקים נבואיים, אלא שיקולים דמוגרפיים גרידא. לפי גישתו כדי להכריע במאבק על דמותה של המדינה, מול ההתחדדות והחזרה בתשובה, מותר לפתוח את שערי היהדות לכל.

288 ש' לוי, ח' לוינסון וא' כץ אמונות, שמירת מצוות ויחסים חברתיים בקרב היהודים בישראל (תשנ"ד); C. Lieberman & B. Susser *Judaism and Jewishness in the Jewish State Israel in Transition* (G. Ben Dov ed, 1998) 15-25.

289 א' שביד "הדת היהודית והדמוקרטיה הישראלית" *תרבות ודמוקרטיה* 1 (תשנ"ט) 181; ש' גרינברג "היהדות והחזון הדמוקרטי" שם 189; י' ליבמן "יהדות חילונית וסיכוייה" *אלפיים* 14 (תשנ"ז) 97.

290 צ' צמרת "המטוטלת בחברה הישראלית" *דרך ארץ-דת ומדינה* (ע' ברהולץ עורך, תשס"ב) 81.

291 שם, 222.

292 שם, 231.

293 שם, 293.

חיים כהן, מרדכי קפלן ואהרן ברק הם ממשיכי דרכו של משה מנדלסון, שבספרו ירושלים הטיף לחופש דת מלא וניתוק הממסד הדתי מהממסד המדיני. החידוש של מנדלסון היה בבסיס טיעונו על היהדות עצמה "מעשה מועיל לכלל לא יחדל להיות מועיל אפילו הוא בא בכפיה, וכנגד זה אין במעשה הדתי משום דתיות אלא אם נעשה מרצון חופשי ומתוך כוונה רצויה".<sup>294</sup> מכאן שבשם הדת אין לפגוע בחירות הפרט ובאוטונומיה הרצון שלו ויש לנתק לחלוטין או להפחית עד למינימום את נורמות ההתנהגות המתחייבות מחוקים הבאים להסדיר נושאים שהם במהותם "דתיים". ההגות היהודית הליברלית הניחה כי אין סתירה בין ערכי התרבות החילונית ההומניסטית לתכנים המקוריים של היהדות. לדידם, היהדות המקורית נתנה ביטוי לערכים ההומניסטיים בטרם הועמסו עליהם משא ההלכה והדת.<sup>295</sup> יהדות בלי דת יהודית אינו חידוש של השופט אהרן ברק. תאודור הרצל וחיים וייצמן סברו שהדת היהודית הינה בעלת ערך אך יש לשמור אותה בבתי הכנסת ובבתי המשפחות המעונינות בכך. במאבק ההיסטורי שבין המלוכה והכהונה, בעיקר משחודשה הממלכתיות היהודית יש לדחוק מעמדות השפעה את הכוהנים. אחד העם, דובנוב וברל קצנלסון סברו כי יש לשמור על צביון וערכים יהודיים מתוך השקפה תרבותית לאומית ולא דתית. בפסיקתו של השופט ברק אנו שומעים את קולו של אחד העם והידיים ידי חיים כהן.

אהרן ברק מכיר במבנה המסובך של המרכיבים הערכיים במדינת ישראל, ציוניים (יהודיים), הלכתיים ודמוקרטיים. כדי לפתור את הסבך מציע ברק בשם השאיפה לשלמות והרמוניה ליצור סינתזה ומכנה משותף.<sup>296</sup> ליטול מכל מקור ובלבד שהערכים שיינטלו יהיו כאלה שאינם יוצרים סתירה או ניגוד.<sup>297</sup> אין מדובר בנטילה "תמימה" של ערכים, הערכים הניטלים אמורים לעבור תהליך של עיבוד וסינתזה.<sup>298</sup> על ידי בית המשפט על מנת שיגבש ערכים התואמים את ההיבטים השונים של מדינת ישראל. דבריו של השופט ברק יאים לאותם מקרים שבהם אין סתירה בין הערכים היהודיים והדמוקרטיים, זהו מס כתיבה של ברק לנוסח של החוק אולם הקושי הגדול הוא באותם מקרים שבהם כן קיימת סתירה בין הערכים, בסוגיות אלו עמדתו של השופט ברק משתלבת עם חזונו הכולל. מבחינתו יש להותיר לבית המשפט את ההכרעה בהגדרת היהדות, אין לאפשר פגיעה בזכויות הפרט בשם יהדותה של המדינה, קיימת עליונות מובהקת של הערכים הדמוקרטיים על פני הערכים היהודיים. מדינת ישראל הינה מדינה דמוקרטית המכירה בקיומם של ערכים יהודיים בתנאי שאינם סותרים את הערכים הדמוקרטיים. בלשון חיובית השופט ברק מוכן לאמץ ערכים יהודיים שיש זהות תכנית בינם לבין הערכים הדמוקרטיים. פסיקתו של השופט ברק בסוגיות הנוגעות לענייני דת ומדינה באות להגשים את השקפתו, שלדידו הינה השקפת הציבור המתקדם והנאור במדינה. היהדות היא ביטוי להשתייכות לאומית ללא קשר להיבט הדתי.

294 ירושלים (תשל"ז) 75. ראו א' שביד היהודי הבודד והיהדות (1974) 154-177.

295 א' שביד היהדות והתרבות החילונית (תשמ"א) 143. על ניסוח הטענה והרחבתה ראו M. Kaplan *Judaism as a Civilization* (1984).

296 א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי) 339-338; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, 30.

297 א' ברק פרשנות במשפט (כרך שלישי) 340.

298 המינוח סינתזה אהוד על רבים שעסקו בפענוח היחס שבין יהודית ודמוקרטית ראו ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית-עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט, ספר היובל (תשנ"ד) 9, 18; א' מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547.

עמדתו של השופט ברק ביחס ליהדות קיבלה ביטוי צלול וברור: "תוכנו של הדיבור 'מדינה יהודית' ייקבע על פי רמת ההפשטה שתינתן 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, והווייתם הלאומית היא הווייתה של המדינה (הדבר מתבטא, בין השאר, בלשון ובמועדי המנוחה). 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 ידי 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".<sup>299</sup> בהצהרה ברורה מבהיר השופט ברק כי יהודיותה של המדינה מעוגנת בהיבט הלאומי בלבד ולא בהקשר הדתי, וערכי היסוד של היהדות הנם ערכים אוניברסליים המיושמים אגב הנחת הבסיס בדבר היסוד הדמוקרטי של המדינה.

יהדותה של המדינה אינה ממקורות דת או אמונה אלא מקבץ של ערכים יהודיים שאומצו על ידי אומות העולם וקיבלו משמעות אוניברסלית, לכך יש להוסיף מספר סמלים ששורשיהם במסורת היהודית. הכותרת היא "יהודית" אך התוכן הנו כללי. עשיית הטוב והישר, כבוד האדם והצדק<sup>300</sup> על פי ההלכה הנן חובות בעלות תוכן מובהק ומובחן, העובדה שהיהדות מכירה בצדק כערך הנה חסרת משמעות מבלי התכנים המעשיים שמתלווים אליו, אין מדובר בהמשגה קנטיאנית חלולה אלא בהיגדי ביצוע. לטעון כי הצדק הנו ערך יהודי אך תוכנו הוא אריסטוטלי, ניטשיאני או רולסיאני נראה בעיני כעיוות של הערכים היהודיים. השופט ברק מסתפק בכותרת החובה, כאשר תוכנה יהיה מנותק ממקורותיה היהודיים, ויתמלא בתוכן על פי פרשנותו של בית המשפט ובחינתו את הערכים המקובלים בהקשרם האוניברסלי הרחב. השופט חיים כהן מציג את העיקרון המקובל על אהרן ברק בדרכו הנחרצת שלו. יש לעשות סלקציה ביחס לערכי היהדות: "עלינו לבחור מאוצר הערכים האלה את הערכים שנוכל לחיות עמם ולהתפאר בהם גם במדינה דמוקרטית".<sup>301</sup> המשמעות המעשית היא כי שופטי בית המשפט העליון אמורים לבחור מתוך המאגר העצום של היהדות את אותם ערכים הנראים להם ולתפיסת עולמם. בידוע הוא כי בענייני דת ומדינה עמדות השופטים מתפלגות לפי השקפות העולם האישיות שלהם.<sup>302</sup> לדידו של אהרן ברק אין יהדות אחת, או מורשת אחת אלא סוג של פלורליזם שבו היהדות מונחת בקרן זוית, וכל הרוצה ליטול יבוא ויטול את אשר ברצונו ליטול. ברק נתן ליהדות הגדרה חדשה, לפחות לצורך עבודת בית המשפט העליון, לפיה ערכים יהודיים הנם אותם ערכים שבית המשפט העליון רוצה לראותם כיהודיים ובעיקר אלה המשרתים נאמנה את ההגנה על זכויות האדם.

שיטת המיון לערכים היהודיים של השופט ברק קבלה ביטוי בבג"צ 794/98 שיח עבדאל קארים עובייד ואח' נ' שר הביטחון.<sup>303</sup> בפסק דין זה נדונה החזקתו של השיח' עובייד כחלק מהמערכה

299 א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א (1992) 9, 30. ע"מ (תל-אביב-יפו) 10/99 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-מח(2001) 125, 160.

300 ח' שיין הצדק במשפט העברי (תשמ"ד).

301 השופט חיים כהן - מבחר כתבים, קציר עשור הגבורות (א' ברק ור' גביוון עורכים (2001) 39.

302 ג' ספיר "שני תלמידי חכמים שהיו בעידונו" עיוני משפט כה (2001) 189.

303 פ"ד נה(5) 769, 774-773. ראו גם דב"פ 7048/97 פלונית נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1), 721, עמ' 742-741.

לשחרורו של הנווט השבוי רון ארד. אומר השופט ברק: "מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה, משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית"<sup>304</sup>. מסופקני אם ערכים דמוקרטיים מחייבים חמלה על האויב, ופעילותן של הדמוקרטיות הנאורות בעולם מוכיחה בעצם ימים אלה מהי "החמלה" הראויה לאויב. לעומת זאת אני משוכנע, כי ליהדות יש עמדה נחרצת ביותר על היחס הראוי לאויבים והמעשים המתירים על מנת לחלץ שבוי. עול ההוכחה על השופט ברק לכריכת החמלה היהודית עם החמלה הדמוקרטית. השימוש בחמלה כלפי אויבים הוחזר לעולמה של היהדות בישראל, על ידי השופט ברק, לאחר אימוצה על ידי הנצרות והטמעתה בתוך עולם הערכים המערבי.

בבג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל<sup>305</sup> אומר השופט ברק: "חובתה של המדינה לנהוג בשוויון משתרעת על כל פעולותיה. היא חלה, איפוא, גם לעניין הקצאת מקרקעי המדינה... הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום... אין, איפוא, כל סתירה בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית לבין שוויון גמור בין כל אזרחיה". ברור שיש מקום להקצות קרקעות גם לשאינם יהודים, אך מסופקני אם ערכיה הלאומיים והציוניים פוסלים הקצאת קרקע להקמת ישובים יהודיים. השופט ברק אינו רואה בהתיישבות הקהילתית היהודית בארץ ישראל חלק ממורשתה של היהדות והתרבות היהודית. בשם עיקרון השוויון ואיסור האפליה, שהוא מפלט מהדיון בסוגייה הערכית האמיתית, מכתב השופט ברק ערכים שאינם יהודיים, באצטלה של מדינה יהודית ודמוקרטית, ומפריד בין הציונות לבין היהדות.<sup>306</sup> השקפתו של השופט ברק ביחס למהותה של היהדות כמטרייה נורמטיבית (במקביל למטרייה הנורמטיבית הדמוקרטית) לשיטת המשפט הישראלי, קיבלה ביטוי בתרומתו לדיון בסוגיית מיהו יהודי המלווה את המשפט הישראלי מזה עשרות שנים.<sup>307</sup> ההלכה היסודית של בית המשפט העליון היתה כי הרישום הנו עניין סטטיסטי בלבד ולכן פקיד הרישום מחויב למידע שנמסר לו. "הנה כי כן, הלכת פונק שלזינגר - אשר נפסקה לפני כארבעים שנה - ממשיכה לעמוד בתוקפה". בכל הנוגע לרישום הפרטים של לאום ודת היא קובעת כי תפקיד המרשם "הוא תפקיד של מאסף חומר סטטיסטי לצורך גיהול המרשם."<sup>308</sup> ספק גדול בעיניי אם ענייני המרשם הנם רק נושא סטטיסטי. אין לי ספק כי הסטטיסטיקה הנה דבר מהותי ביותר הנותן ביטוי לעמדת בית המשפט ביחס להגדרת היהדות ותנאי הכניסה בשער האומה. אולם השופט ברק מגלה את דעתו ואינו מסתיר אותה. שלטון נאור (אולי להבדיל מהשלטון במדינת ישראל שאינו נאור דיו) אינו מתעניין כלל בסוגיית המרת הדת של האזרחים, זהו עניינם הפרטי לחלוטין. "מה שאין כן אצלנו. הגיור הוא אקט המשנה את זכויותיו וחובותיו של המתגייר ואת חובות המדינה ויחסה כלפיו"<sup>309</sup>. מכאן שצריך למעט ככל האפשר את מעורבות המדינה בסוגיית הגיור.

304 בבג"צ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113, 132.

305 פ"ד נד(1) 258, אוזכר גם בבג"צ 1113/99 עדאללה נ' השר לענייני דתות ואח', תק-על2000(2) 413, 415.

306 א' שוחטמן "חוקיותה וחוקתיותה של ההתיישבות היהודית בארץ ישראל" משפט וממשל ו (2001) 109, 118; ר' גביוון "ציונות בישראל בעקבות בג"צ קעדאן "משפט וממשל ו (2001) 25.

307 בבג"צ 72/62 רופאיין נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428; בבג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225; בבג"צ 55/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477; בבג"צ 147/70 שטרמן נ' שר הפנים, פ"ד כד(1) 766. ראו באריכות מיהו יהודי בדיני מדינת ישראל (תשל"ז).

308 בבג"צ 5070/95, 2901/97 נעמת ו-2 אח' נ' שר הפנים ואח', תק-על2002(1) 634, 642.

309 בבג"צ 1031/93 אליאן (הוה) פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 679-678.

בבג"צ 265/87 גרי לי ברספורד ואח' נ' משרד הפנים<sup>310</sup> השופט ברק מעמיד את המבחן החילוני כמבחנה של היהדות לצורך הכרעה בחוקי המדינה שהם חוקים חילוניים. "מבחן חילוני" משמעותו מבחן הבא להגשים את התכלית העומדת ביסוד חוק השבות. תכלית זו היתה להשיב בנים לגבולם, ולהפוך את מדינת ישראל למדינתו של העם היהודי... מבחן זה הוא במהותו מבחן לאומי... מבחן זה מורכב מיסודות שונים, וניתן למנות ביניהם יסודות של הדת היהודית, של הלשון העברית, של היסטוריה של עמנו ושל בניית עצמאותו המחודשת במדינתו. אף שהמבחן אינו דתי, יש בו כיום ללא ספק יסודות דתיים, שכן יסודות אלה מהווים כיום מרכיב בזהות העצמית של העם היהודי.<sup>311</sup> המדובר בתפיסה חילונית ליברלית ההולכת ומשתנה ממקום למקום ומזמן לזמן. "בהפעילנו את מבחניה של תפיסה זו, אל לנו להפעיל מבחנים שנהגו בעבר אך שחל בהם שינוי, ואל לנו להפעיל מבחנים שטרם התגבשו והרי הם מצויים בחיק העתיד. עלינו להפעיל אותם המבחנים שזכו להכרה בהווה בתפיסתו של העם היהודי. מטבע הדברים שעל בית המשפט להפעיל מבחן שיש לגביו הסכמה לאומית, והמשקף קונסנסוס באשר להיות אדם יהודי במדינת ישראל".<sup>312</sup>

מאחר שהמדינה הדמוקרטית אמורה לתת ביטוי לרצון העם הרי הקונצנזוס של העם או רובו הנו המפתח להכרעה הנורמטיבית. תפקידו של השופט לבחון את ההסכמה הלאומית ולקבוע אם המחוקק באמת כיוון אל אותה הסכמה "נראה לי כי במסגרת זו אין כל פגם לעריכתו של סקר אשר ישקף כראוי את תחושות ההווה של 'היהודי הרגיל'".<sup>313</sup> משמעותה של התפיסה החילונית כי תחושתו הסובייקטיבית של האדם ביחס להגדרת לאומיותו הנו מרכיב בו יש להתחשב לצורך הגדרת היהדות. "נראה לי כי לעניין תודיעה לאומית זו קיים קונסנסוס רחב בעם היהודי, וקיימת בו הסכמה לאומית, כי אמונה בישוע כמשיח, מלך היהודים ובן האלוהים והטפה אקטיבית להגשמת אמונה זו בין היהודים, תוך יצירת קהילה מיוחדת לשם כך, כי כל אלה עושים את האדם לבן דת אחת, באופן שנשללת יהדותו. על פי תודיעה זו אנו רואים בעותרים בני דת אחרת. בנתני ביטוי לתודיעה לאומית זו, ולהסכמה לאומית זו, איני מטיל על החברה הישראלית השקפת עולם פרטית".<sup>314</sup> אלא שהתודיעה עשויה להשתנות ובמציאות הפוסט מודרניסטית שיש לה מהלכים בבית המשפט העליון קרב היום שבו השקפתו ואמונתו הסובייקטיבית של הפרט תהיה הבסיס להשתייכות ללאום היהודי.

הניסיון להצר את משמעותה הנורמטיבית של היהדות בחיי המדינה קיבל ביטוי בפסיקתו של השופט ברק בעניין חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 שחוקק לקול מצהלות חובבי המשפט העברי.<sup>315</sup> חוק קצר שבו בוטל סימן 46 לדבר המלך במועצתו, שהיה צינור היבוא של הדין האנגלי

310 פ"ד מג(4) 793.

311 שם, 845.

312 שם, 846.

313 שם, 794.

314 בג"צ 5070/95, 2901/97 נעמת ו-2 אח' נ' שר הפנים ואח', תק-על 2002(1) 634, 648.

315 ס"ח תש"ם, 163. ראו דברי השופט מ' אלון בבג"צ 4566/90 דוד דקל נ' שר האוצר ו-22 אח', פ"ד מה(1) 28, 35-36 "לאחר הכנס חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 לתקפו, ועקרונות היושר והצדק של מורשת ישראל היו למקורות משפט משלימים ולחלק מעקרונות היסוד המשמשים כתשתית לכלל המערכת המשפטית במדינה". ראו ע"ב 3,2/84, ניימן ואח' נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 293; רע"א 531/88 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מב(2) 20, 26; ע"א ביאזי נ' לוי פ"ד מב(1) 446, 472; וראה מנחם אלון המשפט העברי (תשמ"ח) 1540-1543.

לישראל. בסעיף 1 לחוק נקבע: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, לא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, הישור והשלום של מורשת ישראל". הסעיף עוסק במילוי "חללים" (לקונות) משפטיים, תוך שהוא קובע את המכאניזם אותו אמור להפעיל השופט בבואו למלא חלל משפטי. החידוש המרכזי בסעיף הינה ההפניה אל מורשת ישראל. מורשת שלא הוגדרה בחוק ומלשון הסעיף עולה שאין הכוונה להלכה או למשפט העברי. כאשר המחוקק מפנה אל ההלכה הוא עושה זאת מפורשות כמו בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג - 1953.

בד"נ 13/80 אליעזר הנדלס בנק קופת עם בע"מ<sup>316</sup> נדונה שאלת פרשנות המינוח "רשות הרבים" ביחס לאבידה שנמצאה בחדר כספות של בנק. השופט אלון הבהיר כי חוק יסודות המשפט יצר מציאות משפטית חדשה לפיה "הפנייה למערכת המשפט העברי כמקור השראה ראשי וראשון במעלה לפרשנותו של המשפט הישראלי, כאשר פנייה זו נעשית בעיון הראוי והזהירות הדרושה, לפי צורכי השעה וענייניו של החוק, תעניק למשפט הישראלי שורשים היסטוריים משלו, ותפתח סינתזה זו שבין מערכת המשפט העברית לבין מערכת משפטה של המדינה היהודית".<sup>317</sup> השופט אלון, מתוך הכרה בחשיבותו של החוק, סבר שיש בו מנוף-על לשילובו של המשפט העברי במשפט מדינת ישראל.<sup>318</sup> השופט ברק, לעומתו, צינן חיש מהר את ההתלהבות מהשימוש בחוק יסודות המשפט כצינור יבוא של המשפט העברי לתוך שיטת המשפט הישראלי. הוא עיקר למעשה את הצורך בפניה אל המשפט העברי לצורך מילוי חללים משפטיים. העיקור נעשה בהסתמך על שני טיעונים: האחד נוגע לסוגיית הגדרתה של הלקונה והשני להגדרת המושג מורשת ישראל. באשר ללקונה אומר השופט ברק: "ראשית, מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד כגון 'צדק', 'תום לב', 'תקנת הציבור' וכיוצא בהם מושגים 'ערכיים', תפקידו של בית המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה, על-פי מטרתו של החוק ובהתחשב בתנאי החיים, המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט ניצב כלל בפני 'שטח ריק' (לקונה בלע"ז), שכן המחוקק קבע נורמה, החלה בעניין. על-כן איני רואה כל אפשרות להיזקק בעניין זה להוראות חוק יסודות המשפט, שעניינם מילוי חלל בלבד. שנית, מקום שדבר חקיקה דורש פירוש, ומלאכת הפירוש קשה על השופט, אין לומר כלל ועיקר, כי ההשראה הפרשנית חייבת לבוא, בראש ובראשונה, מעקרונות המשפט העברי, המהווים מקור ראשי וראשון במעלה. תהא זו טעות להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי כמקור לפרשנות דברי חקיקה".<sup>319</sup> הערך הלאומי והתרבותי של המשפט העברי אינו יכול להיות מקור פרשני מחייב מבלי הפניה מפורשת של המחוקק. בעיקרון, את הפרשנות הראויה יש למצוא בחוק עצמו, תכליתו ומטרתו או במערכת החקיקתית הרחבה אליה משתייך הנושא הנדון בבית המשפט.

316 פ"ד להו(2) 785.

317 ראו גם מ' אלון המשפט העברי (תשל"ח, כרך א) 116 ואילך.

318 מ' אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227.

319 ד"נ 13/80 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח' פ"ד לה(2) 785, 797-798. ראו גם י' ויסמן "מושגי יסוד בדיני קניין - סקירה ביקורתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, 61.

המכניזם אותו מזהה השופט ברק בחוק יסודות המשפט עובר דרך החוק, התקדים וההיקש. לאחר שלושת עמודי הוראה אלה הסיכוי שמילוי של חלל ייעשה באמצעות מורשת ישראל הנו קלוש ביותר.<sup>320</sup> בבג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה,<sup>321</sup> "הדיבור 'היקש' הוא דו-משמעי. ישנם שני סוגים של היקשים. יש וההיקש משמש כאמת מידה פרשנית. אנו מפרשים הוראה פלונית - כלומר, נותנים מובן ללשונה - מתוך היקש לפירוש שניתן להוראה אלמונית. יש וההיקש משמש כאמת מידה להשלמת חסר".<sup>322</sup>

השופט ברק כותב: "אל לנו הלא דתיים לרוקנה מכל תוכן... ואל לנו הדתיים, למלאה תוכן שלא נועדה להכילו ושיש בה שיבוש של אותו איוון עדין.<sup>323</sup> טרוריקה לחוד ופסיקה לחוד. הסיכוי שבתי המשפט בישראל יזקקו לעקרונות מתוך מורשת ישראל הנו קלוש ביותר לאור פרשנותו של השופט ברק. אך גם באותם מקרים שבהם תהיה פנייה למורשת ישראל סובר השופט ברק כי מורשת זו כוללת את מורשתם של הרמב"ם, שפינוזה, ומנדלסון, הרצל ואחד העם, את המורשת התורנית ואת המורשת החילונית. הגדרה כה רחבה ופלורליסטית, שאין בה שום משמעות תכנית אלא התבססות על ההשתייכות הלאומית של המחבר. על פי הגדרתו של השופט ברק מדוע תקופח מורשתו של ישו הנוצרי לעומת זו של המומר שפינוזה. האומה היהודית לא אימצה את מורשתו של ישו בדיוק כשם שלא אימצה את זו של שפינוזה, מנדלסון ומומרים אחרים.

---

320 ראו דברי השופט א' ברק בע"א 719/97 יוסף אהרן נ' אמנון אהרוני ואח', תק-על2000(3) 914: "בהיעדר הוראות מיוחדות בחוק הירושה, יחולו עליה (הצהרת ביטול- ח.ש.) - "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים" (סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973) - הדינים החלים על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה. ראש וראשון להן, הוראות חוק החוזים (חלק כללי). בהיעדר הוראות בחקיקה זו, יש להקיש מההסדרים הקרובים ביותר (אם בחוק הירושה ואם בחוק החוזים). בהיעדר היקש מתאים, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק, היוסר והשלום של מורשת ישראל (סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980)", 916. ראו ע"א 3002/93 בן צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5; ע"א 3622/96 אברהם חכם ו-2 אח' נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 651-650. א' ברק פרשנות במשפט 454, 515; דברי השופט מ' חשין בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' מזל אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, 265-264; ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נג(3) 133, 179-180; השופט ש' לוי, שם, 154.

321 פ"ד מה(1), 749, 860.

322 רע"א 3948/97, 5449 מגדל, חברה לביטוח נ' מנורה, פ"ד נה(3) 769, 787-786.

323 "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (1977) 283.

גישתו של השופט ברק קנתה לה שביתה בעבודת בית המשפט העליון<sup>324</sup> והקרנה על בתי המשפט האחרים במדינה. התקווה לשלב את המשפט העברי וליצור זיקה של ממש בינו ובין משפט המדינה נמוגה. מעטים המה השופטים הנזקקים למורשת ישראל, וחוק יסודות המשפט הפך למעשה לאות מתה בספר החוקים של המדינה, כאבן שאין לה הופכין. הניתוק ממורשת ישראל, ובמיוחד מהקשר ההלכתי, מתיישב עם חזונו של ברק, לפיו יהודיותה של המדינה מתקיימת במסגרתה של תפיסת עולם יהודית חילונית, כלומר, לדת ישנם הקשרים פולקלוריסטיים, תרבותיים, היסטוריים ללא משמעות נורמטיבית אפקטיבית.<sup>325</sup>

עמדתו של השופט ברק ביחס להלכה היהודית ומקומה בחיי המדינה מקבלת ביטוי בהתייחסותו לפגיעה בחופש הדת ורגשות דתיים ובהתערבות בית המשפט העליון בעבודת בתי הדין הרבניים וצמצום סמכויותיהם. בבג"ץ 1514/01 יעקב גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה<sup>326</sup> נדונה עתירה של זוג שומרי מצוות תושבי מצפה כרמים שלא לשדר בטלוויזיה בשבת סרט שהוסרט ביום חול, והמתעד את חייהם והשקפת עולמם. טענתם היתה לפגיעה ברגשות הדת וחופש הדת שלהם. בתשובתם טענו נציגי הטלוויזיה כי אין להם רצועת שידור להקרין את הסרט ביום חול, וכי העותרים ידעו או היה עליהם לדעת כי הסרט יוקרן בשבת. השופט ברק כדרכו מאזן בין חופש הביטוי וזכות הציבור לדעת לבין הפגיעה ברגשות הדת של העותרים. לצורך האיזון מניח בית המשפט את קיומה הקרוב לוודאי של הפגיעה ובוחרן אם הפגיעה אמנם ממשית וקשה (מבחן "רמת הסיבולת") כך שתוכל להנמיך את ידו העליונה של חופש הביטוי.

324 השופט מ' חשין בבג"צ 3090/97 עורך דין יוסף פנחס כהן נ' הממונה על מחו, תק-על98(2) 1711, 1721 ובמאמרו: "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אזרח בישראל, קובץ מאמרים לכבוד חיים ח' כהן (תשמ"ב, רות גביון עורכת) 47, 53 "דיברה תורה בלשון בני-אדם, וחוק הכנסת דובר אלינו בזמננו, במקומנו ולמעננו... בחקיקה הישראלית החדשה, בעיקר בתחום האזרחי, מצינו עוד ועוד, שוב ושוב, מונחים ישנים וותיקים ממיכמני הלשון העברית ומכשוננו של המשפט העברי. כך 'שומר חינם', 'שומר שכר' ו'שואל', כך 'שלוחו של אדם כמותו' ו'אין שלוח עושה שלוח', ועוד רבים, רבים וטובים. כל אלה כלים וצורות הם, חדשים-קדמונים, אך התכנים משלנו הם. בסוף כל הסופות עיקר בפירושו של חוק הוא במציאת המתחים הפנימיים בו, באיתור הכוחות המושכים לצדדים, בניסיון לברר לאשורה דוקטרינה שביקש מחוקק להציב, עיקרה וסייגיה. זו תימצא בחוק גופו, והמשפט העברי - כחי הנושא את עצמו - יימצא בינותינו כאב קדמון שלולא הוא לא היינו, משהיה היינו אנו, ואולם את חיינו לעצמנו בונים ומעצבים אנו". השופט י' זמיר בדנ"א 2401/95 רותי נחמני נ' דניאל נחמני ו-2 אה, פ"ד (4) 661, 782-781: "בדרך זו שומה על בית המשפט ללכת, מן החקיקה אל ההלכה, ואם לא מצא תשובה לא בזאת ולא בזאת, לעבור אל ההיקש, ואם אף לא נמצאה לו תשובה, להגיע אל עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל. מבחינה מעשית, ואולי אף מבחינה עיונית, אין להעלות על הדעת שלא תימצא לבית המשפט נורמה משפטית לאורך כל הדרך הזאת. מכל מקום, אין בית המשפט רשאי לומר, לפני שעשה דרך זאת לכל אורכה, כי אין בעניין הנדון נורמה משפטית, ולפיכך הוא רשאי לפסוק באותו עניין לפי הצדק... אילו הלך בית המשפט בדרך המלך של חוק יסודות המשפט, לא יכול היה לדלג אל הצדק לפני שבירר היטב וקבע כי לא נמצאה לו תשובה לא בחקיקה ולא בפסיקה, אף לא בהיקש, ואפילו לא בעקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל. אך היו שופטים שלא הלכו בדרך זאת, ולא נעצרו באף אחת מן התחנות שבדרך, אף לא בתחנה האחרונה, הלא היא מורשת ישראל. אמנם היו שופטים שהשמיעו גם דברי תורה, לכיוון אחד ולכיוון הפוך. אלה ואלה דברי אלוהים חיים. אך הם לא הושמעו כדבר הלכה שמכריע את הדין, אלא רק כדי לשאוב מהם השראה, בבחינת תנא דמסייע".

325 עוד על החוק והוויכוח ביחס לאפקטיביות שלו במשפט ראו א' קירשנבאום "חוק יסודות המשפט-מציאות וצפיות" עיוני משפט יא (תשמ"ו-תשמ"ז) 117; א' שוחטמן "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 307;

326 פ"ד (נה) 267.

בפסק דינו אומר השופט ברק: "צופים בתוכניות בידור, פוליטיקה ותרבות בהן נוטלים חלק פעיל יהודים שומרי תורה ומצוות. אם כל אלה יאסרו לשידור רב הסיכוי כי הטלוויזיה תכבה בשבת, ובעקבותיה יבוא גם הרדיו כל זה אינו עולה בקנה אחד עם 'רמת הסיבולת' של הפגיעה ברגשות הדת בישראל"<sup>327</sup>, אינני מקבל את סבירות הטיעון של הנשיא ברק, שהרי בידוע הוא שיש שומרי מצוות רבים שאין להם כל עכבה בשידור ראיון איתם בשבת, והכיצד כיבוד רגשות הדת של זוג שמקפיד יכול להשפיע על שידורי הרדיו והטלוויזיה בשבת, תמהני? השופט ברק מוסיף ביחס לרמת הסיבולת כי "הפגיעה ברגשות הדת של העותרים אינה מזעזעת את אמות הסיפים של הסובלנות ההדדית במדינה"<sup>328</sup>. האם פגיעה ברגשות דת תוכר כאפקטיבית רק כאשר יזעזעו "אמות הסיפים"? האם רק הפגנות ענק מול בית המשפט העליון או אלימות יכולים לתת עדיפות לפגיעה ברגשות הדת מול הערכים הדמוקרטיים? הגופים המאורגנים והגדולים שיש להם השפעה בכנסת וברחוב אינם זקוקים להגנתו של בית המשפט העליון, יש להם מספיק דרכים לממש את מטרותיהם וזכויותיהם מבלי לעתור לבית המשפט, הם גורמים לאחרים לעתור. בית המשפט העליון אמור להגן על אזרחים תמימים שלא היו ערים לכך שיש צורך לנהל מו"מ עם אנשי הטלוויזיה ולהבטיח כי הראיון עמם לא ישודר בשבת. בפסק דינו קובע השופט ברק כי לא היתה פגיעה בחופש הדת של העותרים, לדידו "חופש הדת קשור לפרט ולמימוש זהותו. הוא חלק מה'אני' שלו. כשם שה'אני' מהווה תופעה מורכבת שאין לקבוע בבירור את גבולותיה כן אין לקבוע את גבולותיו של חופש הדת"<sup>329</sup>. אם חופש הדת הינה זכותו של האדם שלא יכפו עליו לפעול בניגוד לדתו הרי את חובות דתו יש להגדיר על פי הדת ולא על פי הגבולות שאותם מבקש להציב נשיא בית המשפט העליון אגב פסיקה בבית המשפט. בכל פעם שהשופט ברק קובע כי אין גבולות ברורים או שמדובר בעקרונות יסוד וערכים, בידוע הוא שכוונתו שבית המשפט הוא שיקבע את הגבול ויצוק את התוכן.

משמעות דבריו של השופט ברק המצמצמים עד למינימום את עוצמתם הנורמטיבית של חופש הדת ופגיעה ברגשות דתיים מובהרים דווקא לאור דבריה של השופטת ד' דורנר שהיתה בדעת מיעוט בפסק הדין. לשיטתה, מי שמבקש לקדם את הדו-קיום והסובלנות לא יכול להסתתר מאחורי הקביעה כי חופש הביטוי נפגע כאשר הטלוויזיה מתקשה להציע רצועת שידור חלופית. חופש הביטוי לא היה נפגע כלל אילו הסרט היה משודר במועד אחר במיוחד כשמדובר בסרט שהעותרים הנם הדמויות המרכזיות בו.

הבעייתיות הקיימת ביחס שבין רגשות הדת וזכויות האדם, בעיקר בהסתמך על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו או בנוסח אחר: המתח שבין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית (על פי פרשנותו של השופט ברק ושופטי בית המשפט העליון) ליהודית (על פי תפיסת שרים, הכי"ם ואזרחים מן השורה) נדונה באריכות בבג"צ 5016/96 ל'אור חורב ואח' נ' שר התחבורה.<sup>330</sup> בית המשפט עסק בסמכות רשות התמרור לסגור בשבת את רחוב בר אילן בירושלים לתנועת כלי רכב. הדין נסב סביב היחס שבין חופש התנועה של האזרחים החילוניים לפגיעה ברגשות הדת ואורח

327 שם, 270.

328 שם, שם.

329 שם, 272. ראו בג"צ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485, 500. א' כשר, "פגיעה ברגשות לטובת הכלל" משפט וממשל ב' (תשנ"ד) 289.

330 פ"ד נא(4) 1.

החיים של הציבור החרדי המתגורר באיזור. כבר בפתחת פסק הדין ער השופט ברק למשמעות הפוליטית של פסק הדין, שהרי הציבור אינו מתעניין בהנמקות המשפטיות אלא בתוצאות החברתיות. זו גם הסיבה שהשופט ברק, מתוך רצון להוביל מהלך של הסכמה, דחף להקמת ועדה ציבורית שתוכל להציע פיתרון ארוך טווח בכל הנוגע לתחבורה בשבת.

נקודת המוצא הנורמטיבית של השופט ברק הינה כי התחשבות ברגשות דת לגיטימית בהפעלת סמכות שלטונית ואינה פסולה על פניה. בעקבות חקיקת חוקי היסוד התחשבות זו קיבלה חיזוק, שהרי מדובר בערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אומר השופט ברק: "אכן ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ירדו כרוכים יחד. שניהם עקרונות חוקתיים. לשניהם מעמד חוקתי... יש לעשות מאמץ פרשני להבטחת סינתזה והתאמה בין השניים".<sup>331</sup> סינתזה שתהיה מבוססת גם על ההכרה שהסובלנות הינה מפתח לדו קיום של בעלי השקפות ואמונות שונות במדינה אחת. מול הפגיעה ברגשות הדת עומד חופש התנועה, שהשופט ברק מזהה אותו כזכות חוקתית בסיסית בכל תפיסה דמוקרטית. ב"התנגשות" כזו יש לבצע איזון, דא עקא שהאיזון אינו "מדעי", והוא אמור לבטא קו מנחה ערכי ארוך טווח מעבר לסוגייה הנדונה. "המשקל", שיש לתת לערכים ולאינטרסים השונים, מטבעו אינו מדויק. קיימים, על כן, מצבים שבין ערכים ואינטרסים נתונים המתנגשים זה בזה, ניתן לאזן באופנים שונים. אנו נתקלים בתופעה, שהחלטת הסבירה אינה אחת ויחידה".<sup>332</sup> בדיקת האיזון אמורה להיעשות בתוך מתחם הסבירות, מתחם שיסודו בשקול הדעת של בית המשפט, תוך שהמפתח מצוי ב"רמת הסיבולת" של מי מהצדדים, קרי עומק הפגיעה ורוחבה.

השופט ברק מבקש להציג פיתרון "נוסח ישראל": "התחשבות ברגשות האדם כעילה להתרת פגיעה בזכויות האדם מותרת אם מתקיימים שלושה תנאים אלה: ראשית, התחשבות זו מתיישבת עם התכלית המיוחדת, המונחת ביסוד החקיקה, המעניקה את הסמכות השלטונית; שנית, ההתחשבות ברגשות דת מותרת רק אם אין באותה התחשבות משום כפייה דתית; שלישית, ההתחשבות ברגשות מותרת רק כאשר הפגיעה ברגשות היא כה כבדה, עד שהיא מעבר לרמת הסיבולת הראויה. רמה זו משתנה מזכות לזכות. בכל הנוגע לפגיעה בחופש התנועה בשל פגיעה ברגשות דת ובאורח החיים הדתי, התחשבות זו היא מעבר לרמת הסיבולת הראויה, אם מתקיימים תנאים אלה: ראשית, הפגיעה ברגשות הדת ובאורח החיים הדתי היא קשה, חמורה ורצינית; שנית, ההסתברות להתרחשות הפגיעה היא ברמת הסתברות של קרוב לוודאי; שלישית, קיים עניין חברתי מהותי בהגנה על רגשות הדת ואורח החיים הדתי; רביעית, מידת הפגיעה בחופש התנועה אינה מעבר למידה הדרושה".<sup>333</sup> מסקנתו של השופט ברק הינה כי הפגיעה בציבור הדתי קשה, רצינית וחמורה עקב מעמדה המיוחד של השבת במסורת ישראל, התצהירים הרבים שהיו בפני השופט הצדיקו את עומק ורוחב הפגיעה. לעומת זה, הסטייה ממסלול הנסיעה הנדרשת מהציבור החילוני הינה קלה בלבד ואינה מעבר למידה הדרושה, כל עוד ישמרו נתיבים חלופיים, הסגירה תהיה מוגבלת בזמן והכביש יהיה פתוח לרכבי הצלה.

פסק דינו של השופט ברק מצביע על הקושי הגדול באיזון בין ערכים מתנגשים ויעיד השימוש במושגים כמו רגשות ורמת סיבולת. כל שופט משופטי בית המשפט שישב בדיון קבע את האיזון

331 שם, 627.

332 שם, 628.

333 שם, 637.

על פי מידתו שלו. לדעת השופט תאודור אור הפגיעה בציבור הדתי אינה מספיק חמורה שתצדיק סגירת כביש<sup>334</sup> השופט חשין סובר כי ההיתר לסגירת הכביש יכתוב "ספר תורה" לסגירתם של כבישים, סגירה שתהא נורמה. "אני מתקשה להסכים שכאלו נורמות תיקבענה לחיינו במדינה"<sup>335</sup> השופטת דורנר סוברת כי בתחום הפרטי כל אדם רשאי לקבוע את אורחות חיו וזכאי להגנה עליהם אולם בתחום החברתי-ציבורי הרחב "עמדה הפסיקה על העיקרון, שהתחשבות בשיקולים שבדת תוכל להיעשות רק במסגרת הסדר שייקבע על-ידי הרשות המחוקקת או מכוח הסמכותה המפורשת"<sup>336</sup> הכביש אינו שייך ליושבים לאורכו והציבור החילוני עלול לה יפגע ברגשותיו (הדתיים?) מסגירתו כשם שהציבור הדתי נפגע מפתחתו. לדידה סגירת הכביש היא בפועל כניעה לאלימות של החרדים. לדידו של השופט טל חופש התנועה הינה זכות חשובה אך אינה נגזרת מחוק יסוד. בית המשפט לא יכול לקרוא לתוך החוק זכויות שאין בו. "השבת, לעומת זאת, בעיני 'עם מקדשי שביעי' היא ערך כמעט אבסולוטי. והיא נדחית רק מפני פיקוח נפש, או חשש לפיקוח נפש"<sup>337</sup> מבחינתו מדובר בפגיעה קלה בחופש התנועה לעומת פגיעה קשה מאד בציבור שומרי השבת המתגוררים ליד הכביש. מבחינתו פגיעה ברגשות יכולה להיות קשה יותר מפגיעה בזכות. סוגיית הכיתוב הלועזי על גבי המצבות יכול לשמש אינדיקציה מעניינת בפרשת היחסים שבין דת ומדינה בבית המשפט העליון, ויכולה להצביע על שרשי עמדתו של השופט ברק. ראשיתה של הסוגייה בתחילת שנות השבעים בע"א 280/71 רפאל גדעון נ' חברה קדישא גחש"א ואח'<sup>338</sup> באותו דיון משפטי ביקש בנו של ד"ר גדעון ז"ל כי על מצבתו של אביו יהיה כיתוב לועזי של שנת הלידה והפטירה. החברה קדישא המנהלת את בית הקברות סירבה. באותו דיון באו לידי ביטוי שתי גישות לעיסוק של בית המשפט בעניינים הרגישים של אמונות ודיעות. שני השופטים החולקים ויתקון ועיצוני לא היו בעלי השקפת עולם דתית. השופט ויתקון דחה את הערעור. "היום יש לפנינו עדות מטעם המשיבה, שברשות הרבים שהיא ממונה עליה - והמדובר הוא ברשות הרבים ולא ברשות היחיד... יש לנהוג מנהג אחד ואחיד, והוא לחקוק במצבות את תאריכי הלידה והפטירה לפי הלוח העברי בלבד. בתחום רגשי זה, מי יגיד לנו, אם זוהי גישה 'סבירה' אם לאו?"<sup>339</sup> השופט ויתקון לא נכנס לדיון באשר למעמדה ההלכתי של ההוראה בדבר איסור הכיתוב הלועזי על המצבה. השופט מעדיף שלא להיכנס לעומקה של ההלכה. כמו כן השופט מבקש בתחום רגשי שלא לקחת את הסמכות לשקלל את הרגשות. השופט עציוני, שכתב את דעת הרוב על פי ניסיונו האישי, מצביע על כך שבמספר בתי קברות, כולל טרומפלדור, חיפה וצפת כמו גם בחלקת גדולי האומה יש כיתוב לועזי על המצבות. "ברור איפוא, שהטענה כאילו ציון תאריכים כלליים בבתי-קברות יהודיים עלול לפגום בהלכה או לפגוע ברגשותיהם הדתיים של יהודים, היא מחוסרת כל יסוד ומופרכת מעיקרה"<sup>340</sup> "כאן המקום לציין כי כשמדובר בפגיעה ברגשות, המבחן המתאים יהא דעתו ורגישותו של רוב או חלק ניכר מאותו ציבור ולא דיעותיהם הקוטביות של

334 שם, 493.

335 שם, 454.

336 שם, 457.

337 שם, 457.

338 פ"ד כז(1) 10.

339 שם, 16.

340 שם, 20.

אנשים הנמנים על מיעוט קיצוני בהשקפותיו".<sup>341</sup> השופט עציוני מסכים שיש מקום למלחמות יהודים אך אולי רצוי למקד אותם בדברים עקרוניים ולא בדברים צדדיים. "אך כאמור, מן הראוי להבחין תמיד בין העיקר לטפל, בין מה שהוא מן היסודות הסטרוקטורליים לבין היסודות האורגנמנטליים גרידא. נראה לי שאם ברצוננו לשמור על ייחודנו ואחדותנו כעם, אין מנוס מוויתור הדדי, עד כמה שאין הוא נוגע לדברים עקרוניים. המלחמה, אותה נלחמת המשיבה, אינה מלחמה על עקרונות אלא על דברים צדדיים אשר מרבים ללא צורך ריב ומדון במדינה".<sup>342</sup>

כעבור עשרים שנה שוב חוזר הדיון לבית המשפט העליון בע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א נ' ליונל אריה קסטנבאום.<sup>343</sup> לדידו של השופט ברק החברה קדישא מפעילה סמכות שלטונית אשר יש להחיל עליה את עקרונות המשפט הציבורי, בהפעלת סמכות שכזו. "רשות שלטונית בישראל נעדרת את הכוח לפגוע פגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם על מנת לקדם את הערך בדבר השפה העברית. בהתנגשות זו בין השיקולים של לשון עברית או כבוד האדם יד הערך בדבר כבוד האדם על העליונה... היא אינה רשאית לפגוע פגיעה ממשית וקשה בכבוד האדם של הפרט 'הרגיל' וה'מוצע' בישראל. מסקנה זו מתבקשת ממקומו המרכזי של הערך בדבר כבוד האדם בישראל. למרכזיותו של ערך היסוד ישנן השלכות משפטיות ישירות".<sup>344</sup>

בע"א 6024/97 פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ<sup>345</sup> חזרה ונדונה סוגיית הכיתוב. בשונה מהמקרים הקודמים אנשי החברה קדישא טענו כי על פי הוראות רב החברה קדישא הם מבקשים למנוע את הכיתוב הלועזי. השופט ברק סובר כי הפגיעה בעותרים קשה וחריפה כיוון שיש בה משום כפייה דתית "לעומת זאת, הפגיעה בשומרי המצוות - פגיעה שאני מכיר בה ומתחשב בה - שלא ניתן להם לקיים את פסק ההלכה של המרא דאתרא, אינה כה קשה וחריפה. אין לשכוח כי עניין לנו בהלכה 'מקומית', שכן כל מרא דאתרא והלכתו שלו... נראה לי לכאורה כי עניין הכיתוב בעברית על מצבות, עם כל חשיבותו מבחינה הלכתית, אינו עומד ב'גרעינה' של ההלכה אלא בשוליה. יש להניח כי בעניינים 'גרעיניים' כל המרא דאתרא היו פוסקים באופן דומה. ריבוי הדיעות בעניין זה עשוי להצביע על כך כי עניין לנו בנושא 'מקומי'.<sup>346</sup> את מומחיותו בענייני שקלול הרגשות מסב השופט ברק למומחיות הלכתית. על פי אלו קריטריונים קובע השופט ברק מה גרעין ההלכה ומה בשוליה? ידוע כי ישנה פסיקה שונה בין ספרדים ואשכנזים בעניינים מאד מהותיים של ההלכה. על פי הטרימינולוגיה של השופט ברק אלו עניינים שוליים. כמו כן על סמך מה קובע השופט ברק כי הפגיעה בשם הכפייה הדתית הינה קשה וחריפה ואילו באותו עניין הפגיעה בשם הכפייה האנטי דתית קלה יותר? שוב חוזר השופט ברק לתורת האיזונים "המבוססים על משקלם היחסי של העקרונות והערכים - מחייבים הבחנה בין דרגות

341 שם, 23.

342 שם, 24.

343 פ"ד מו(2) 464.

344 שם, 524.

345 פ"ד נג(3) 600.

346 שם, 653. בג"צ 22/91 אורלי ש. 1985 בע"מ נ' הרב הראשי ליבנה, פ"ד מה(3) 817, 823-822. "אוסף בהקשר זה, כי הן לעניין דיני הכשרות עצמם, והן לעניין קיום הקשר הסיבתי בין מתן תעודת ההכשר לבין ההונאה בכשרות, עשויים להיות תחומים שבהם שני רבנים מקומיים עשויים להגיע למסקנות שונות, מבלי שנפל פגם כלשהו בהחלטתם. אשר לדיני הכשרות עצמם, תיתכנה בהם גישות שונות, הכל על-פי מנהגים וחומרות הנהגים מדור לדור".

שונות של פגיעה ברגשות. הבחנה זו בין דרגות שונות של פגיעה ברגשות מתחייבת גם מהצורך להבטיח סובלנות. משמעות הדברים היא שבית המשפט חוזר אל ההבחנות הסובייקטיביות<sup>347</sup> המתחייבות בהבחנה משקלול הרגשות וההכרעה בסוגיות הנוגעות להשקפת עולם. למרות מקצועיותם של שופטי בית המשפט אין ספק כי האיוון שהם עושים בסופו של דבר מבוסס על השקפת העולם שלהם, וזו מקבלת ביטוי ניכר בסוגיית הדת והמדינה.

בע"א 6024/97 הנ"ל אומר השופט ברק: "תורת האיוון, החלה בכל תחומי המשפט, מתאימה במיוחד לתחום היחסים בין דת ומדינה, בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית לבין ערכיה כמדינה דמוקרטית. רק ניסיון למציאת סינתזה בין הערכים המתנגשים יאפשר לנו חיים משותפים. הדגשת הניגוד והשוני תוביל אותנו לקרע ולפירוד. על כן, קביעה נוקשה, שאין בה כל פשרה, לפיה רשאים אנשי חברה קדישא לנהוג על פי הלכת המרא דאתרא שלהם בקלה כבחמורה, יהיו רגשותיהם של הלא מאמינים אשר יהיו, היא מרשם לקרע ולפירוד. המבקש פשרה והבנה צריך להמשיך בניסיון לחפש איזונים בין הערכים והעקרונות המתנגשים"<sup>348</sup>. גם בפסק דין זה גילה השופט ברק כי הוא זה שקובע על פי נסיבות קוניקטוראליות את ההלכה ומחליט גם ביחס להיקף הפגיעה. הוא קובע את רמת הרגשות והרגישות והוא יוצר את האיוון שנראה לבית המשפט העליון. בפשרות של השופט ברק בדרך כלל הציבור הדתי הוא זה שצריך לשלם את מחיר הפשרה והסובלנות.

במדינת ישראל בנוסף למערכת בתי המשפט הרגילה, מתקיימת מערכת של ערכאות שיפוטיות מתמחות כגון בתי הדין לעבודה, בתי הדין הרבניים ובתי המשפט הצבאיים. ערכאות אלה נחשבו למקצועיות ונטיית בית המשפט העליון היתה להתערב בפסקי הדין שלהם רק כאשר היתה חריגה מסמכות, טעות בולטת על פני הפסק או פגיעה בכללי הצדק הטבעי. אהרן ברק, מתוך שאיפתו ליצור אחידות ההלכות במערכת המשפט, הרחיב את מידת התערבותו של בית המשפט העליון בערכאות המתמחות. קובע השופט ברק: "אמת, בית הדין הארצי לעבודה הינו ערכאה שיפוטית שהמחוקק הקים במיוחד כדי לפתח את דיני העבודה ולהפעילם, וזו ערכאה מיוחדת המתמחה בדין העבודה. על כן שוקל בית המשפט הגבוה לצדק ככובד ראש את עמדתו של בית הדין לעבודה בענייני עבודה, ולא פעם הוא מוכן להשתכנע מתפיסתו של בית הדין לעבודה, חרף העובדה שתפיסתו שלו היתה מלכתחילה שונה. אך בסופו של דבר, האחריות הסופית לפיתוח הלכתי של המשפט נתון לערכאה העליונה והסופית במערכת המשפט, היא בית המשפט העליון"<sup>349</sup>. מידה רבה של פעלתנות ומעורבות גילה השופט ברק ביחס לבתי הדין הרבניים.

347 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 187

348 פ"ד נגד 661.

349 בג"צ 239/83 יהושע מילפלדר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 210, 219-220. ראו בג"צ 5168/93 שמואל מור נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד (4) 628, 637-638; בג"צ 932/91 קרן הגמלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד מו(2) 430, 438. באשר לתביעה הצבאי ראו בג"צ 4723/96 עטייה אביבית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, 743-744; "בכל הנוגע להליך הפלילי בפני בית הדין הצבאי. בכל הנוגע להליך הפלילי - שהוא חיוני לרקמת החיים בחברה ושתוצאתו ובחינת הפרט הנאשם היא קשה - יש להכיר בסמכות מרכזית אחת - אשר לה הכוח ועליה האחריות - להגשמת המשפט הפלילי. אין לאפשר מוקדי כוח שונים, המושכים לכיוונים שונים. יש להכיר באחדות הסמכות והאחריות בכל הנוגע להליך הפלילי"; בג"צ 249/82 משה ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לו(2) 393, 420-421. בשנת 1986 בתיקון מס' 17 לחוק השיפוט הצבאי תש"ו 1955 בסעיף 440 נקבעה אפשרות ערעור על החלטות בית הדין הצבאי לערעורים.

נישואין וגירושין של יהודים בישראל הוסדרו בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג-1953. בתי הדין הרבניים קיבלו סמכות ייחודית לדון בענייני נישואין וגירושין, ונקבע בחוק כי הדין שעל פיו יפעלו יהיה דין תורה. בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי הדין הולך אחרי הדיין,<sup>350</sup> ובתי הדין הרבניים אמורים לפסוק על פי ההלכה שהם אמורים עליה כולל תורה שבכתב ותורה שבעל פה ועל פי כל כללי הפסיקה של ההלכה.<sup>351</sup> ההלכה מוחלת על כל זוג יהודים בלי קשר להשקפת עולמם או אמונתם.<sup>352</sup> שופטי בית המשפט קיבלו שלא להרהר אחרי פסיקת הדין הדתי הנקבע בבתי הדין הרבניים, מתוך החזקה כי הדיינים יודעים ומומחים בדין התורה.<sup>353</sup>

משך שנים רבות שרר מעין סטטוס קוו בין בית המשפט העליון לבין בית הדין הרבני הגדול. בית המשפט העליון התערב בפסיקת בתי הדין הרבניים רק באותם מקרים בהם היתה פגיעה של ממש בכללי הצדק הטבעי, או שבתי הדין פסקו בחוסר סמכות. השופט אהרן ברק יצר את המפנה. המפנה מתחיל בגישתו הבסיסית לפיה "חרף היותנו שיטת משפט יוניטרית, הרי השיפוט בענייני המעמד האישי מכניס מעין גורם פדרטיבי, הפוגע במבנה האחיד של השיטה. כתוצאה מכך נוצר מתח חריף בין היבטים שונים של מסורתנו המערבית... לבין המעמד המיוחד של הדין הדתי בשיטתנו. מתח זה הינו פצצת זמן אשר אם לא תטופל כראוי, כלומר תוך התחשבות באינטרסים הלגיטימיים של כל הנוגעים בדבר עשויה להביא לתוצאות קשות לחברה ולמשפט בישראל".<sup>354</sup> השופט ברק מתעלם ממצאיאות חוקית ותיקת ימים, לפיה רצונו של המחוקק היה לייסד במדינת ישראל מערכת פדרטיבית בכל הנוגע לענייני הנישואין והגירושין. המחוקק לא בחר בדרך זו משום שהיה לו יחס מיוחד להלכה או רצון לשלבה במשפט הישראלי. רצונו של המחוקק היה לקבוע אחידות בענייני הנישואין והגירושין על מנת לא להקים בישראל ועדי קהילות ויצירת מציאות של קבוצות יהודים שלא יכולים להינשא אלה עם אלה. בשם אחידות המשפט וזכויות הפרט כפי שהן מובנות על ידי השופט ברק אין מניעה מצידו להכפיף את דיני התורה על ערכיה ופוסיקה לבית המשפט העליון, ולצמצם את סמכויות בתי הדין הרבניים.<sup>355</sup>

---

350 בג"צ 143/62 הנריט אננה קטרינה פונק שלוינגר נגד שר הפנים, פד"י יז 225, 250.

351 בג"צ 359/66 בנימין גיתיה נ' הרבנות הראשית והמועצה הדתית ירושלים, פ"ד כב(1) 290, 298, 301; ע"א 450/70 אילן רוגווינסקי ו-3 אח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 134-133; בבג"צ 58/68 בנימין שליט בשמו ובשם ילדיו נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513, אומר השופט זוסמן: "כאשר אתה שואל, מי הוא יהודי לצורך חוק שיפוט בתי-דין רבניים, אתה משווה לנגד עיניך כי עניינו של החוק סמכותו של בית-דין דתי, הדין על-פי ההלכה, ועל כורחך אתה אומר שיהודי הוא, מי שבית-הדין רואה אותו כיהודי על-פי אותה הלכה שלפיה הוא דן...": בג"צ 80/63 שניצה גורפינקל וירחמיאל חקלאי נ' שר הפנים, פד"י יז 2048, 2061; בג"צ 130-132/66, 158 חיים שגב, עוזי רייכרט נ' בית-הדין הרבני והרבנות הראשית לצפת, פד"י כא(2) 505, 532.

352 בג"צ 301/63 מרים שטרייט נגד הרב הראשי לישראל, ו-4 אח', פ"ד יח(1) 598, 629.

353 ד"נ 10/69 החל בורונבסקי נ' הרבניים הראשיים לישראל ואח', פ"ד כח(1) 7, 15-14; בג"צ 295/72 יהודית בכר נ' בית-הדין הרבני האזורי, פ"ד כז(1) 568, 573-572.

354 א' ברק "שיטת המשפט בישראל - מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"א) 197, 214.

355 ראו פסק דינו של השופט זמיר בבג"צ 3269/95 יוסף כץ נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד נד(4) 590, ולעומתו פסק דינו של השופט טל בדבר דחיקת רגליו וסמכותו של בית הדין הרבני.

בבג"צ 3914/92 לאה לב נ' בית הדין הרבני האזורי<sup>356</sup> נקבע כי לבתי הדין סמכות טבועה לקבוע את סדרי הדין בדיונים המובאים בפניהם,<sup>357</sup> "עם זאת, סמכותו הטבועה של בית דין רבני לקבוע סדרי דין בכלל, וסדרי דין בדבר עיכוב יציאה מהארץ בפרט, מוגבלת על-פי האיזון הראוי בין הערכים, האינטרסים והעקרונות המאפיינים את המשפט הישראלי. על כן, מוגבלת סמכותו של בית דין רבני להורות על עיכוב יציאתו של בעל דין מהארץ על-פי אמת המידה הראויה לאיזון בין הערכים, האינטרסים והעקרונות המתנגשים בסוגייה זו. על פיהם, ניתן להפעיל סמכות שיפוטית לעיכוב יציאתו של בעל דין מהארץ רק אם קיים חשש כן ורציני כי יציאתו מהארץ תסכל או תכשיל את ההליך השיפוטי או תביא למניעת ביצועו של פסק-הדין. עם אימוצה של אמת מידה זו תושג הרמוניה נורמטיבית ואחדות משפטית, אשר כל שיטת משפט שואפת אליה. בכך יובטח כי ערכי היסוד, ועקרונות היסוד המונחים בתשתית שיטת המשפט שלנו, יזכו להגנה ולהגשמה אחידה בגדרי הדין הדיוני בפני כל ערכאות השיפוט בישראל".<sup>358</sup> בית הדין הרבני נתון להגבלות - להן כפופות כל ערכאות השיפוט - הנובעות מהאיזון הראוי בין הערכים, העקרונות והאינטרסים המשקפים את ערכיה של מדינת ישראל. תמהני מה יוכל לענות השופט ברק לאותה אומללה שנתרה עגונה רק משום שבית המשפט העליון העדיף את הערך של חופש התנועה של הבעל על ערך זכותה של האשה שלא להיות עגונה.

המעורבות של בית המשפט העליון בעבודת בתי הדין הרבניים אינה רק בתחום הפרוצדורה אלא גם בתחום המהותי. בבג"צ 1000/92 חוה בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול<sup>359</sup> נדונה השאלה האם חלה הלכת שיתוף הנכסים אשר פותחה בבית-המשפט העליון בבית הדין הרבני? על פי ההלכה החיים המשותפים אינם יוצרים חזקה בדבר קיום חזקת שיתוף, גם אם בני הזוג התאמצו במשותף וחיי הזוגיות שלהם היו תקינים. "שונה עמדתם של בתי הדין הרבניים... החיים המשותפים אינם יוצרים, כשלעצמם, חזקה בדבר קיום הסכם לשיתוף. אפילו חיו בני הזוג כאורח חיים תקין, ובמאמץ משותף, אין בכך כדי להקים חזקה בדבר שיתוף בנכסים ללא הסכם. על כן, אם הנכסים רשומים על שם הבעל, הוא יזכה בהם." השופט ברק פוסק שבשם האחידות בתי הדין הרבניים אמורים לפסוק בענייני הממונות הנכרכים בבית הדין הרבניים על פי החוק האזרחי. "המסקנה המתבקשת מפסק-דין זה היא כפולה: ראשית, הלכות המשפט העברי, בדבר שיתוף (או אי-שיתוף) בנכסים בין בני זוג החיים חיים משותפים, אינן מתיישבות עם חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951; שנית - וזה העיקר - על בית הדין הרבני - בדונו בענייני רכוש הנכרכים לענייני גירושין - להכריע בסכסוך באשר למהותו של הרכוש העומד לחלוקה על-פי המשפט האזרחי הכללי. הלכת שיתוף הנכסים כפי שפותחה על-ידי בית-המשפט העליון, היא חלק מהמשפט האזרחי הכללי, ועל כן על בית דין רבני להכריע בסכסוך על-פי הלכות אלה. מכאן, שבעניינים הרכושיים, נשוא העתירה, יש להכריע על-פי הלכת שיתוף הנכסים "האזרחית".<sup>360</sup>

356 תק-על 1194 (1)1139, 1149.

357 השופט ברנזון בבג"צ 403/71 אלכורדי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד כו(2) 66, 70. ראה בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1, 61. א' שוחטמן "על צו עיכוב יציאה מהארץ נגד החייב בדין ועל סמכות הביקורת של בג"צ כלפי בית-הדין הרבני בענייני סדר-דין" משפטים יד 83.

358 בג"צ 578/82 נעים נ' בית הדין הרבני האזורי ירושלים, פ"ד לו(2) 701.

359 פ"ד מח(2) 221, 227-228, 252-253.

360 השוו למצב הקודם בג"צ 328/81 וילווי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 733; בג"צ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מז(3) 288.

נקודת המוצא של השופט ברק הנה כי כל אזרח במדינה נושא בחיקו את מלוא זכויות האדם שלו, ואין כלל חשיבות לערכאה שבפניה הוא מתדיין. כל פגיעה בזכויות האדם מאפשרת לבית המשפט העליון להתערב בפסיקת בתי הדין הרבניים. כמו כן סובר השופט ברק כי זכות הקניין של האדם והגדרת הרכוש השייך לו נקבעת על פי החוק ופסיקת בית המשפט העליון. קביעות אלה מחייבות את בתי הדין הרבניים. השופט ברק לא ביסס את טיעונו רק על חוק שיווי זכויות האשה התשי"א-1951 אלא ביקש לכפות על בית הדין הרבני את כל מכלול הדין האזרחי.<sup>361</sup> חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלדעת השופט ברק מופנה גם לבתי הדין הרבניים ואינו נעצר בפתחם מאפשר לבית המשפט העליון מעורבות רבה בעבודת בתי הדין הרבניים, בכך יוצר למעשה השופט ברק את התשתית האידיאולוגית לשינוי חוק בתי הדין הרבניים ולאפשר פלורליזם בענייני נישואין וגירושין, למצער באותם מקרים שההלכה מקשה על אזרחים לממש את זכותם להקים משפחה על פי ההלכה. עד אז מצמצם השופט ברק את סמכות בתי הדין הרבניים ובתחומי הרכוש אף משתק אותם.<sup>362</sup>

## ח. אחרית דבר

אליעזר שביד, מההוגים החשובים של היהדות והציונות בעת החדשה, סובר כי אנו מצויים בעיצומו של מאבק דרמטי על דמותה של החברה הישראלית. ביסודו של המאבק התרבות ה"ישראלית" המצמיחה מספר תת תרבויות בעלות תכנים, יעדים ומגמות נוגדים ומובדלים אלה מאלה. האתגר הגדול של החברה הישראלית הינו מציאת מכנה תרבותי לאומי משותף. ועד שיימצא תפקיים אחדות לאומית יהודית בישראל המבוססת על "הזיכרון ההיסטורי השומר על שייכות לעם היהודי, הלשון העברית... קשר לארץ ישראל, לאומיות ציונית, זיקה מסוגים שונים לערכי מסורת... ונאמנות אזרחית למדינת ישראל. האם די באלה כדי להתגבר על העימותים המקוטבים, להעמיק את השורשים, לגשר על הנתקים וליצור תרבות בעלת זהות עצמית רב פנית בתוך מעגל שיח לאומי מאחד? – ימים יגידו".<sup>363</sup> אהרן ברק משוכנע שיש לו תשובה, ברור לו מהי תת התרבות אותה יש להכתיב לאזרחי המדינה. אצה לו הדרך להתיר את הקשר הגורדי הסבוך והפתלתל המבטא את דילמת הקיום הרוחני הישראלי, ולהכריע במחלוקת, באמצעות מערכת המשפט ובעיקר באמצעות זו של בית המשפט העליון.<sup>364</sup>

התהליכים העוברים על החברה הישראלית מדאיגים את השופט ברק. הוא מוטרד במיוחד מהטענות המושמעות בדבר הדה-לגיטימציה של הממשלה ובתי המשפט, בעיקר על רקע הקרע הערכי בסוגיות דת ומדינה. הערעור על הלגיטימיות של מוסדות השלטון והשפיטה מהווה סכנה לפרימת הלכידות הפנימית, פרימה המאיימת על החברה יותר מכל אויב חיצוני. ההתמודדות עם הסכנה מחייבת מאמץ בלתי נלאה לגיבוש אחדות פנימית והשגת פשרה בסוגיות היוצרות את

361 ר' הלפרין קדרי "פלורליזם משפטי בישראל בג"צ ובתי הדין הרבניים בעקבות בבלי ולב" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 699.

362 מ' אלון "אלה הן אמרות אנכי..." רב תרבותיות, 365.

363 א' שביד לקראת תרבות יהודית מודרנית (1986) 314. השוו עם דבריו היהדות והתרבות החילונית (תשמ"א) 221-222. על המתח שבין המורשת היהודית והחילוניות המודרנית ראו י' יצחקי בראש גלוי (תש"ס); י' מלכין במה מאמינים יהודים חילוניים? (תש"ס); א' ב' יהושע בוכות הנורמליות (תש"ס); י' אגסי בין דת ולאום (תשמ"ד).

364 ע' זלצברגר "על המקצועי על המוסרי ועל מה שמעבר למשפט" משפט וממשל ה (2000) 414-415.

הקיטוב בחברה הישראלית "הפיתרון ליחסי דת ומדינה ואיחוי הקרע הלאומי מחייב פשרה לאומית, שופטים אינם יכולים לחולל פשרה זו, את תרומתנו אנו נותנים בגישתנו החוקתית המבוססת על איזון בין הערכים המתחרים. על האיזון בין כוחו של הרוב לבין זכותו של המיעוט".<sup>365</sup> אמירה חשובה הנותנת ביטוי למגבלות הכוח השיפוטי כשמדובר בהתמודדות עם סוגיות לאומיות. אלא שפרופסור ברק אומר דבר אחד והשופט ברק עושה את ההיפך. פרופסור ברק מטיף להידברות האמורה להוביל לפשרה לאומית והשופט ברק מכריע בסוגיות אלה בבית המשפט העליון ומגולל אבן כבדה על ההידברות והפשרה.

אחד הקשיים במקצוע השפיטה הינו הצורך למצוא את האיזון הראוי שבין שפע הסמכויות שיש לשופטים מול הצורך להכיר ולהשלים עם המגבלות הקיימות בהפעלת הכוח.<sup>366</sup> על אחת כמה וכמה כשמדובר בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק המתעמת תדיר עם הפעלת הכוח השלטוני. נשיא בית המשפט העליון העמיד את שפע סמכויותיו, כמו את כשרונותיו ויוקרתו בשירותה של אידיאולוגיה. הוא יצא למאבק עז על נפשה של המדינה תחת דגלה של אידיאולוגיה חילונית, הומניסטית, ליברלית המזוהה עם אליטת מיעוט בחברה הישראלית. הניסיון להכתוב ערכים, עקרונות, אמונות ודיעות באמצעות סמכות שיפוטית הינו מהלך פוליטי מובהק. בידוע הוא כי מי שנכנס לשדה המערכה הפוליטי לא יינקה מהרוב הנדבק תדיר לבגדיהם של פוליטיקאים.<sup>367</sup> מי שרוצה לבקר את אורחותיה של החברה הישראלית ולקדם אלטרנטיבה אחרת לא יכול להתלונן על הביקורת, הניכור והחתיירה תחת בית המשפט העליון. הריני כותב דברים אלה מתוך דאגה למעמדו ויוקרתו של בית המשפט העליון, שנותר העוגן המוסדי האחרון בחברה הישראלית, שאיבדה מאז מלחמת יום כפור את האמון בכל המוסדות והארגונים האחרים. הניסיון לנצל את כוחו של בית המשפט העליון ולהפכו לעוד ארגון המתמודד על דעת הקהל ואמון הציבור מהווה סכנה של ממש לחברה הישראלית. אם מיגזרים גדולים ורבים בחברה הישראלית רואים בפסיקת בית המשפט העליון ניסיון לתת תקומה לאליטות פוליטיות שלא הצליחו בהתמודדות בקלפי, הרי בית המשפט מאבד את הנייטרליות והאובייקטיביות ההכרחיים לשיפוט נאות ולאמון הציבור במערכת המשפט.<sup>368</sup> בית המשפט העליון, במקום לשמור על מעמדו המיוחד בחברה, מעמד שנבנה בעמל רב תוך התרחקות מאמירות פוליטיות ומעורבות במחלוקות עקרוניות, הפך להיות גורם מפלג המעורר מדנים ומחלוקות, המצליח להוציא מביטם למעלה מחצי מיליון בני אדם להפגנה בשעריו. מאז הקמת המדינה, שום החלטה או מעשה של גורם שלטוני כלשהו, לא הובילה להפגנה רבת משתתפים שכזו. לא השילומים מגרמניה ואפילו לא מחדל מלחמת יום כיפור. במדינה שבה נשיא בית המשפט העליון שלה צריך אבטחה צמודה, נדרשת בחינה מדוקדקת של הנורמליות החברתית אך גם דיון נוסף באשר לנתיב שבו בחר ללכת בית המשפט.

במאבק על דמותה של המדינה השליט ברק את בית המשפט העליון על הכנסת והגביל את מהלכיה תוך יצירת חוקה בפועל למדינה. חברה שלמה תועלה לתוך צבת המשפט. בית המשפט מינה עצמו אפוטרופוס של ערכי החברה הישראלית תוך שהוא מעקר את הערכים הבסיסיים של

365 א' ברק "על אחדות לאומית" עיוני משפט כג (1998), 601, 604.

366 א. ויתקון משפט ושיפוט 120-121.

367 ר' גביוון "ארבעים שנה למשפט החוקתי" ארבעים שנה למשפט הישראלי" (א' בנדור וי' שילה עורכים) 1990, 617, 624.

368 ד' אבנון "ההיבט הלא דימוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם" פוליטיקה 2 (תשנ"ח) 53, 60.

הציונות והופך את יהודייתה של המדינה לקישוט תרבותי חסר תוכן ממשי. חזונו של ברק מקודם באמצעות שימוש מבריק במשפטנות מתוחכמת ופרשנות מתחכמת, תוך עיצוב והגדרת ערכים משפטיים טעונים כמו כבוד האדם, שוויון, דמוקרטיה ותום לב. בסוגיית המהפכה החוקתית שברק הכריז עליה בטרם הבינו המחוקקים את פשרה, ובזריזות ראויה להערכה כפה עליהם את המהפכה שלא רצו בה ואמר השופט ברק: "אכן נדרש מאמץ לאומי של כל בני החברה - משפטנים, פילוסופים, אנשי מדע המדינה, חכמי היהדות ופוליטיקאים - כדי לגבש קונצנזוס באשר לאופן שבו יופעלו חוקי היסוד בעתיד ובאשר לדרך בה תלך המדינה לאורם".<sup>369</sup> דברים נאים ונכונים כשמדובר בשינוי כה מהותי בהתנהלותה של המדינה, אלא שהשופט ברק לא ממתין לבריור ולגיבוש ההסכמה וקובע בעצמו ועל דעתו את הערכים, התכנים והאופן שבו יופעלו חוקי היסוד. במהלך מבריק הפך ברק את בית המשפט העליון למכשיר יעיל פעיל לקידום מטרות חזוניות. במשך שנים רבות הצליח השופט ברק לתמרן באופן מרשים בתוך השדה הפוליטי, אולם יש לכך מחיר כבד. בית המשפט, ברבות שנות כהונתו של ברק, איבד מאמון הציבור, אמון שהיה מבוסס על התחושה כי שופטי בית המשפט העליון כבולים באזיקי המשפט ואין להם רצונות וסדר יום משל עצמם.<sup>370</sup> משהבין הציבור כי בית המשפט הינו צד בשדה המערכה על עתידה של המדינה נפגעה תדמיתו וחסיונותו מפני ביקורת ומהלכים נגדיים. ציבורים הולכים ומתרחבים במדינה, שאינם שייכים לאליטת הציבור הנאור, חשים שבית המשפט אינו פועל בשמם ואינו נותן ביטוי להסכמות האמיתיות המועטות בחברה הישראלית. התחושות העדינות והמורכבות הנדרשות מהשופטים כדי לחוש את רוח כל איש ואיש אבדו בתוך המולת המהפכה. הציבור הדתי, אנשי ישראל השנייה והשלישית אינם יכולים להזדהות עם הרוחות הליברליות המנשבות מבית המשפט העליון. לא צריך להיות אדם בעל השקפת עולם דתית כדי לסבור שמדינת ישראל הוקמה על מנת לשמר רוח יהודית, מסורת אבות ואחדות תרבותית היסטורית. ברוך קורצווייל כותב כי "הניסיון להעביר את ההיסטוריות היהודית למעגל ההיסטוריות החילונית הינה סוג של שיח ושיג עם המוות".<sup>371</sup> גרשום שלום אומר בראיון עם אירווינג האו: "אין לי ספק שחילוניות טהורה אין בה די ולא תצליח, יבוא עליה הקץ מתוך היסודות הפסיכולוגיים שרעיון המדינה היהודית מושתת עליהם (כלומר, התודיעה של יהודים כיהודים)... ובוודאי שהייתי מודה שניסיון של יהדות חילונית עשוי היה להיות כדאי. אך מלכתחילה היו לי ספקות לגבי החילוניות... ראינו כי אנשים שחיו את החילוניות נעשו מודעים לריקנות מסוימת שיש בה".<sup>372</sup>

מדינת ישראל הולכת ומשתנה במהירות, האליטות הוותיקות שהנהיגו את המדינה היהודית והתנועה הציונית הולכות ומאבדות מכוחן והשפעתן. בית המשפט העליון הפך להיות המעוז האחרון שבו יש אחיזה מובהקת לאליטות הישנות. הציבור לא מתרשם ממושבו של שופט מזרחי או דתי או ערבי בבית המשפט העליון. את דרכו של בית המשפט לא קובע מושב ייעודי כזה או אחר. רבים בציבור חשים כי בבית המשפט העליון נעשה ניסיון לכפות עמדות ודיעות פוליטיות שמזה שנים כבר אינן מבטאות את ההסכמה של הרוב במדינת ישראל. בתחום הערכים בית

369 א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א' (1993) 253, 273.

370 א' לבונטין במאמרו "דין ודברים אחרים" משפטים ט (1979) 178 אומר: "מי שהוחשד אי פעם בהכרעה על פי נטיותיו האישיות או האידאולוגיות עלול לאבד מיוקרנו כפוסק".

371 מחוץ לתחום (1998) 25.

372 ג' שלום רציפות ומרד (1994) 97.

המשפט הולך ומאמץ עמדות עתידיניות ההולכות ומתגבשות בחוף המערבי של ארצות הברית, לאחר שבמשך כשני עשורים אימץ את עמדות החוף המזרחי. בנסיבות אלה נוצר נתק בין בית המשפט וחוגים רבים בציבור. הניכור, המאבקים הבלתי פוסקים והמאבקים הבלתי נלאים גרמו לעייפות העכשווית המנשבת לאיטה ממסדרונות בית המשפט העליון. תחושת האישית היא שלהט המרד שנשא אש להצית הולך ומתפוגג. צריך להיות ברור לכל כי תיקונה של החברה הישראלית, שהוא במהות האקטיביזם של בית המשפט לא יבוא בדרך בו הולך בית המשפט, התיקון יבוא דווקא בשיבה אל החיבור שבין המורשת היהודית והערכים הציוניים שהביאונו עד היום, זה היה לדעתי האני מאמין הבסיסי של דור המייסדים לפני שעיוותו אותו באני מאמין אוניברסלי.

בית המשפט העליון, לדעתי, חייב לאמץ דרך אחרת. לחזור ולמצוא את האיזון הראוי שבין הריסון והאקטיביזם השיפוטי.<sup>373</sup> להפנים כי עם השתנות הזמנים משתנים הדינים<sup>374</sup> אך אין הדינים משנים את הזמנים. יש לעשות מאמץ למצוא את הנתיבים והשבילים שיתרמו לאחדות ולא לפירוד, לייחוד היהודי ולא לאוניברסליות הנאורה. אין להסכים לדלדולה של הרוח היהודית אלא יש לחזק על מנת שתיווצר התשתית הערכית הראויה והנדרשת להמשיך ולהתגורר בחבל ארץ זה, הרווי שנאה תהומית לעם ששב לארצו אחרי אלפי שנים של גלות ורדיפות. פסיקתו של בית המשפט העליון מחויבת לנורמות של מנהיגות. "זאת תורת המנהיגות והשלטון במורשת ישראל - שיהיו סובלים כל אחד ואחד, כל קבוצה וקבוצה, לפי דעתם ולפי השקפת עולמם."<sup>375</sup> הרב אברהם יצחק הכהן קוק, במאמרו המפורסם "מסע המחנות", שנכתב בשנת 1933 כותב: "אני הנני ממחנה זה, השני אומר גם הוא: אני הנני ממחנה זה, וכל אחד ואחד הוא מרוצה מעמדתו... הרי הוא סותם את הדרך של התיקון ושל ההשתלמות משני הצדדים... נדע שיש לנו בכל מחנה הרבה מה לתקן והרבה מה לקבל מהאור והטוב זה מזה, ואז תופיע עלינו האורה העליונה הכללית אשר בה נושע תשועת עולמים."<sup>376</sup>

החובה לקדם את החזון היהודי ציוני מול החזון הליברלי גלובלי מוטל בראש ובראשונה על כל אזרח ואזרח במדינה. אברהם לינקולן, בנאום השבעה הראשון שלו בשנת 1861, אמר: "האזרח הישר חייב להודות שאם מדיניות הממשל בשאלות חיוניות המשפיעות על כל העם תיקבע באופן בלתי הפיך על ידי הכרעות של בית המשפט העליון, המתקבלות במסגרת התדיינות רגילה בין צדדים בתביעות אישיות, יחדל העם להיות שליט על עצמו, שכן הוא יוותר בפועל על השלטון לטובת השופטים המכובדים."<sup>377</sup> כעבור למעלה ממאה שנה אומר מארק טושנט (Mark Tushnet):

373 א' ורהפטיג "אב ובנו" מחקרי משפט טו (2000) 479, 488.

374 בג"צ 73/53 חברת קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 884, 871. R. Dworkin "Natural Law Revisited" University of Florida Law Rev. (1982) 165.

375 מובא על ידי השופט מ' אלון בבג"צ 399/85 חבר הכנסת הרב מאיר כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד (אא) 255, 296.

376 מאמרי הראייה (תשמ"ד) 76-77.

377 ראו J. G. Randall & D. Donald *The Civil War and Reconstruction* (Boston, 1961) 114.

"The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional law more directly and openly. The declaration of independence and the preamble to the constitution give all of us that opportunity. As Lincoln said, the constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the court".<sup>378</sup>

עתידה של מדינת ישראל ודרכה אמורים להיקבע על ידי הציבור עצמו, על הציבור להתנער ולחזור לקחת תחת אחריותו את קביעת דרכו והנתיבים בהם הוא רוצה ללכת. יש להוציא מבית המשפט את העתיד ולהחזירו לציבור. יעסוק בית המשפט במשפט והעם באמצעות נבחריו בקביעת דרכו. כשם שהציבור במדינת ישראל אינו רוצה כי אורחות חיו יוכתבו על ידי ההלכה מבית מדרשו של הרב עובדיה הוא אינו מעוניין בתיאורית "הכל משפט" של ברק. הפקרת זירת השיח והמעש לתיאוקרטיה של הרב עובדיה ולליברליזם של אהרן ברק הם שמהווים כיום סכנה מוחשית ליכולת של החברה הישראלית לקומם את ממלכתיותה אחרי השואה. מי שלא רוצה את מדינת ישראל כאפיזודה חשמונאית הנקרעת בין הפרושים והצדוקים, מי שרוצה למנוע מהניצים לשרוף אלה את מחסני המזון הרוחני של האחרים, יפסיק במהירות את ההתגוששות. אחרי אלפיים שנה של גלות ויובל של עצמאות אין להאיץ את התהליכים החברתיים ולדחוף להכרעה מהירה, בבחינת אל תעירו ואל תעוררו. האמת מצויה בהקמת קהילה יהודית במדינת ישראל, שתיתן ביטוי למחויבות של הפרטים אלה לאלה ומחויבות משותפת למדינה, כל ישראל ערבים אלה לאלה ומוראה של מלכות הכרחית. תיקון חברה אינו נעשה בפסקי דין והכרעות שיפוטיות, מדובר בתהליך ארוך ומיגע של חינוך ובניין. חינוך אל אותם ערכים שבשם הגענו עד הלום ושמרנו על ייחודנו, כמו גם לערכים אחרים הנותנים ביטוי לחירות המחשבה והיצירה. שופטים אינם אמורים לרוץ בשדה המערכה של החברה כששעון עצר בידם, עליהם לנוע לאורך קווי המגרש ולדאוג שכללי המשחק ישמרו בתוך קווי המתאר שלו, לא עליהם לקבוע את כללי המשחק. האיסור שלא לעלות בחומה אינו מתייחס רק ליהודי הגולה, גם בישראל אסור לעלות בחומה ובוודאי לא להושיט יד לבניית חומה בתוך המדינה עצמה. בניינו המפואר של בית המשפט לא יכול להיות חומה נוספת בלבה של ירושלים.

נתן אלתרמן אומר בשיר שכתב בשנת 1949: "ונהיה נפגשים על קרשי הפיגום כשונאים עלי גשר צר". אני מציע להיפגש כאוהבים על גשר שהוא ממילא צר ולחוף. ההכרעה על זכות הקדימה במעבר על הגשר בו תבוא, ובלבד שהגשר ימשיך לשאת את העוברים עליו.

---

*"Taking the Constitution Away from The Courts"* (Princeton, N.J., 1990) 194 378