

העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט

מאת
רון חריס*

תקציר

בעשור האחרון ההיסטוריה משמשת כקלף בידי מבקרים מימין, משפטנים ופוליטיקאים, שמבקשים לפגוע במעמדו של בית המשפט העליון ולהפחית את כוחו. לפי הנרטיב ההיסטורי שהם משתמשים בו בית המשפט העליון של ראשית המדינה מילא את התפקיד בצורה טובה, תוך שמירה על הפרדת רשויות ראויה וריסון שיפוטי. העשורים הראשונים היו עידן התמימות והצניעות, ואילו אהרן ברק ובני דורו ביצעו בשנות ה-80 וה-90 של המאה ה-20 מהפכה וקלקלו את בית המשפט העליון. המבקרים האלו לעיתים חלוקים במטרות שלהם, אך מוצאים את עצמם כשותפים לאותו נרטיב שמשמש לגיבוש קואליציה רחבה של מבקרי בית המשפט מסוגים שונים. הנרטיב ההיסטורי הביקורתי נתפר בתפרים גסים מאוד. הוא מתבסס באופן סלקטיבי על כמה מרכיבים מהנרטיב של מנחם מאוטנר, תוך אימוץ המבנה הכללי של נרטיב דניאל פרידמן. המאמר יראה מי יצר את הנרטיב הביקורתי מימין, ומה היו חומרי הגלם שבהם השתמשו יוצריו. עוד הוא יראה כיצד הייתה התעלמות מההבדלים המשמעותיים בין שני הנרטיבים, ואילו חלקים מתוך הנרטיבים שלהם הוזונו הצידה. כן יראה המאמר שהנרטיב הביקורתי נבנה תוך התעלמות מרוב המחקר ההיסטורי-משפטי העצום שהתפתח בשלושת העשורים האחרונים ושעוסק בבית המשפט העליון, ובמשפט הישראלי בכללו.

* פרופסור מן המניין ומחזיק הקתדרה למשפט והיסטוריה ע"ש קלמן לובובסקי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. תודה לשיר אביטל על העזרה המחקרית המצוינת ועל ההערות המועילות על כל הטיוטות, לליאורה בילסקי, איל בנבנישתי, מני מאוטנר ודני פרידמן לתגובות המועילות והנדיבות על הצגת גרסה מוקדמת של המאמר בוובינר של כתב העת עיוני משפט, לאלון חספר, אסף לחובסקי, יאיר שגיא ושני שניצר על הצעות והפניות חשובות, לדורין לוסטיג, העורכת הראשית של עיוני משפט, שעודדה אותי לפרסם את המאמר בכתב העת ולהמשיך לפתח אותו, ולחברי מערכת עיוני משפט, העורך עידן רייטר וחברי המערכת לילה אתר, יונתן בוקשפן ועדן סויסה, שהצעותיהם הובילו אותי לארגון מחדש של המאמר ולחידוד טענותיו.

תוצר לוואי של ניתוח הנרטיבים, שרלוונטי ביחס למחקר ההיסטורי ולא ביחס למאבק הפוליטי, הוא זיהוי של נושאים לסדר היום המחקרי של היסטוריונים משפטיים, והצעת נושאים כאלה. פירוק הנרטיב אין מטרתו לספק כתב הגנה לבית המשפט העליון הנוכחי או לבית המשפט העליון של ברק; הוא יאפשר חשיבה ביקורתית שהיא גם בונה על מקומו הרצוי של בית המשפט העליון במערכת השלטונית הישראלית.

50	מבוא
52	א. גיבוש הנרטיב ההיסטורי הביקורתי מימין
58	ב. נרטיב ברק, נרטיב מאוטנר ונרטיב פרידמן
63	ג. ההבדלים בין נרטיבי פרידמן ומאוטנר
66	ד. מה לקחו המבקרים מימין מנרטיב מאוטנר ומה לקחו מנרטיב פרידמן
68	ה. הנרטיבים של הימין לנוכח המחקר בתחום ההיסטוריה המשפטית
69	1. האם בית המשפט של ראשית המדינה הוא גן העדן האבוד?
72	2. מתי התחיל השינוי?
73	3. מדוע התרחשה המהפכה, איך הוצדקה ואת מי נועדה לשרת?
77	4. המעבר מפורמליזם לערכים – הטעות של ברק?
	5. המהפכה החוקתית – האם ברק התחיל אותה? האם הימין באמת
79	נגד חוקה?
83	ו. פירוק הקואליציה
85	סיכום

מבוא

ההיסטוריה של בית המשפט העליון עלתה לכותרות בשנים האחרונות, אבל לא רק בגלל פריחת המחקר ההיסטורי; זה אכן התרחב ופרח. הסיבה העיקרית לעניין בתחום היא השימוש שנעשה בהיסטוריה זו בידי מבקריו של בית המשפט מימין בוויכוחים הפוליטיים המתגברים על מקומו העתידי של בית המשפט בשיטת הממשל הישראלית. בעשור האחרון ההיסטוריה משמשת כקלף בידי אלו שמבקשים לבקר את בית המשפט העליון, לפגוע במעמדו ולהפחית את כוחו. הטענה היא כי בית המשפט העליון של ראשית המדינה מילא את התפקיד בצורה טובה, תוך שמירה על הפרדת רשויות ראויה וריסון שיפוטי. העשורים הראשונים היו עידן התמימות והצניעות, ואילו אהרן ברק ובני דורו ביצעו בשנות ה-80 וה-90 של המאה ה-20 מהפכה וקלקלו את בית המשפט העליון. שברה של המהפכה של ברק מתרחש בעשור האחרון; בו מתגלית משמעותה וצעות הבעיות שיצרה. לנרטיב ההיסטורי יש פן נורמטיבי ביקורתי: ראוי שבית המשפט העליון יחזור וימלא את התפקיד שמילא בעידן התמימות של ראשית המדינה. יותר מכך, ההיסטוריה משמשת כאמצעי לגיבוש קואליציה רחבה של מבקרי בית המשפט מסוגים שונים. מבקרים אלו לעיתים חלוקים במטרות שלהם,

אך מוצאים את עצמם כשותפים לאותו נרטיב מגבש. הנרטיב הביקורתי מימין מתבסס על כתיבתם של דניאל פרידמן ומנחם מאוטנר ודוחה את הנרטיב הדומיננטי הקודם, שהיה נרטיב של קדמה והתבסס בין היתר על כתיבתו ופסיקתו של אהרן ברק.

השימוש בנרטיבים היסטוריים לצרכים פוליטיים אינו מפתיע. גם לא העובדה שפוליטיקאים, בכל מקום וזמן, מדמיינים, ממציאים ומעוותים נרטיבים היסטוריים כך שיתאימו לצרכים הפוליטיים שלהם בהווה. מה אם כך יכול להוסיף המאמר הנוכחי? ברמה התיאורית המאמר יראה איך נוצר הנרטיב הביקורתי מימין, ומה היו חומרי הגלם שבהם השתמשו יוצריו. המאמר יזהה כי חומרי גלם מרכזיים הם הנרטיבים של מאוטנר ופרידמן ביחס לבית המשפט העליון ולמשפט הישראלי. במאמר נראה כיצד נעשתה בחירה סלקטיבית מתוך נרטיבים אלו, כיצד הייתה התעלמות מההבדלים המשמעותיים ביניהם, איך המחקר האקדמי המפותח על ההיסטוריה המשפטית של בית המשפט הוזה הצידה, ואיך אנשים פוליטיים שביקרו את בית המשפט העליון מסיבות שונות ושאלו לעצב אותו מחדש בכיוונים שונים הצליחו להתגבש סביב אותו נרטיב.

המאמר אינו מתיימר לעסוק בהופעת הביקורת לסוגיה השונים על בית המשפט העליון, על שלל רבדיה וכותביה, אלא מטרתו שונה. הוא עוסק רק בשימוש הגובר בהיסטוריה בקרב המבקרים של בית המשפט העליון, תוך התמקדות בנרטיבים המשרתים את הפוליטיקאים מהימין בביקורתם על בית המשפט. המאמר עוסק בהתפתחותם של נרטיבי-על, בסיפור הרחב, ארוך הטווח והכולל, ולא בפרטי הסיפור, בפרשיות ספציפיות, בפסקי דין בודדים ובאפיון השופטים השונים. ברמת הפעולה המעשית, המאמר מציג סתירות בנרטיב המגבש שיכולות לשמש בידי מי שירצה לערער ולפרק את הקואליציה שהתגבשה סביבו. ברמה הנורמטיבית, המאמר מראה כי הנרטיב הביקורתי כשלעצמו אינו מסייע בחשיבה על כיווני התיקון הרצויים. גם עבור המבקרים הנרטיב הוא ביקורתי והרסני, ואינו מסייע למבקרים השונים להגדיר לעצמם מה התיקון הרצוי מבחינתם. פירוק הנרטיב אין מטרתו לספק כתב הגנה לבית המשפט העליון הנוכחי או לבית המשפט העליון של ברק; הוא יאפשר חשיבה ביקורתית שהיא גם בונה על מקומו הרצוי של בית המשפט העליון במערכת השלטונית הישראלית.

בחלקו הראשון המאמר מנתח את מרכיבי הנרטיב הביקורתי מימין, ומזהה את השותפים ליצירתו. בחלקו השני מוצגים נרטיב הקדמה כפי שהופיע אצל ברק, והנרטיבים של מאוטנר ופרידמן שיצאו נגדו. בחלק השלישי יושוו הנרטיבים של מאוטנר ופרידמן ויזוהו ההבדלים המשמעותיים ביניהם. בחלק הרביעי נזהה מה נלקח מכל אחד משני הנרטיבים ומה הועלם לצורך בניית הנרטיב הביקורתי. בחלק החמישי יעומת הנרטיב הביקורתי מול המחקר ההיסטורי-המשפטי העכשווי. העימות יעשה ביחס לשישה מרכיבים מרכזיים של הנרטיב: אפיון בית המשפט העליון המוקדם כגן עדן, מועד תחילת המשפוט והאקטיביזם השיפוטי, הגורמים לעליית האקטיביזם השיפוטי והקשר בינם לבין המהפך הפוליטי, תפקידו של מאיר שמגר בהובלת השינוי במשפט הישראלי ובמעמד בית המשפט העליון, הסיבות למעבר מהנמקה פורמליסטית להנמקה ערכית, ומהות המהפכה החוקתית. בחלק השישי יחשף חוסר ההסכמות בקרב הקואליציה המבקרת את בית המשפט העליון ביחס למרכיבים שונים של הנרטיב ההיסטורי, ויוצע לעבור משיח ביקורתי החושף אשמים כדי לגבש מבקרים ומציע לחזור לעבר מדומיין, לשיח ביקורתי בונה הצופה פני עתיד.

א. גיבוש הנרטיב ההיסטורי הביקורתי מימין

הנרטיב ההיסטורי הביקורתי החל להופיע אצל משפטנים מן הימין שכתבו בפורומים אקטואליים-אינטלקטואליים-ציבוריים כמו פורום "קהלת", אתר "מידה", פרסומי "אם תרצו", וכן בשבועון "מקור ראשון" ובכתבי העת "השילוח" ו"האומה". במקביל הופיע במרוצת השנים שימוש בנרטיב במסגרות ציבוריות ופוליטיות שונות אצל חברי כנסת ושרים מן הימין, ביניהם גלעד ארדן, יעקב כ"ץ, איילת שקד, יריב לוין ואמיר אוחנה. אציג ציטוטים פרי עטם של משפטנים ופוליטיקאים מבקרי בית המשפט מימין, ועל בסיס ציטוטים אלו אשחזר נרטיב כולל שהציטוטים משקפים. בחלק זה אציג ציטוטים רבים כלשונם גם כדי להיות נאמן למקור, גם כדי להמחיש שאין מדובר בנרטיב שולי אלא בכזה שמבקרים רבים וחשובים של בית המשפט העליון היו שותפים פעילים ביצירתו, וגם כי אף אחד מהמשפטנים או הפוליטיקאים לא פרס את הנרטיב באופן כולל ומלא, ולכן הדרך להבנות אותו עוברת דרך חיבור של אמירות שונות. חשוב להדגיש כי אני עוסק במאמר זה בכל הביקורות שהושמעו על בית המשפט העליון. דברי ביקורת ביחס לפסיקות בית המשפט העליון ומקומו במערכת השלטונית הישראלית התקיימו לכל אורך הדרך והתעצמו למן שלהי שנות ה-90. אני דן כאן רק בשימוש בנרטיבים היסטוריים כאמצעים ביקורתיים. כפי שנראה בציטוטים הבאים יוצרי הנרטיב הסתמכו בעיקר על הנרטיבים ההיסטוריים של שני כותבים אקדמיים, דניאל פרידמן ומנחם מאוטנר. בחלק זה אציג ציטוטים מפי משפטנים, ואחריהם ציטוטים מפי פוליטיקאים. בחלק הבא אציג את הנרטיבים של פרידמן ומאוטנר במטרה לזהות אילו חלקים מנרטיבים אלו אימצו המבקרים מימין לתוך הנרטיב שלהם ואילו חלקים לא אימצו. אחד הביטויים הראשונים לנרטיב הביקורתי הופיע בשנת 2014 בכתבתו של עמנואל נבון, עמית בכיר בפורום קהלת למדיניות:

למעשה, בג"ץ הפך לכלי פוליטי, במיוחד אחרי הבחירות של 1977. כפי שמסביר פרופ' מנחם מאוטנר בספרו "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה ה-21", מאז סוף שנות ה-70 הוגשו לבג"ץ מאות עתירות על-ידי חברי כנסת ועמותות שונות נגד הממשלה ומדיניותה. מאוטנר טוען כי עתירות לבג"ץ אקטיביסטי, שביטל את זכות העמידה ושסובר שהכל שפיט, מאפשרות ל"הגמונים הליברליים לשעבר" (דברי מאוטנר) לשמר את כוחם ולהכתיב את סדר היום במדינה. אהרון ברק היה זה שהוביל את הפיכתו של בג"ץ לכלי פוליטי בידי השמאל, כדי לסרס את הרשות המבצעת ואת הרשות המחוקקת. ברק טען שהמניע שלו הוא השמירה על "שלטון החוק" אך כפי שכותב דניאל פרידמן בספרו הארנק והחרב: "המאבק לא היה על שלטון החוק אלא על השלטון"¹.

נבון מצטט מפרידמן: "ביטול זכות העמידה איפשר לברק להוביל את המהפכה החוקתית שלו, אשר נשענה, בין השאר, על שני חוקי יסוד שנחקקו בשנת 1992: 'כבוד האדם וחירותו' ו'חופש העיסוק'. אלא שלמחוקק עצמו כלל לא הייתה כוונה להעניק לשני חוקי יסוד אלו מעמד חוקתי שיאפשר לבג"ץ לפסול חוקים 'רגילים'".

1 עמנואל נבון "המהפכה החוקתית כהפיכה קבועה" פורום קהלת (10.2.2014). <http://bit.ly/3nTrMOw>

יורם שפטל, הידוע בהתבטאויותיו הביקורתיות והחדרות נגד בית המשפט העליון, כתב ב־2015 יחד עם אלדר קולנשר:

לדברי פרופסור מני מאוטנר, לשעבר דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, משנת 1977 – שנת המהפך ועליית הליכוד לשלטון, עד שנת 2005, שלט השמאל בכנסת פחות משש שנים. לפיכך, משאיבד את ההגמוניה שלו, הסיט השמאל חלק חשוב מפעילותו הפוליטית מהכנסת לבית המשפט העליון, השותף לאותה השקפת עולם פוליטית. קבוצת "ההגמונים לשעבר", כדבריו, שמקובל לזהותה עם מפא"י, פיתחה "כלים להגבלת כוח החקיקה של הכנסת" כדי לפצות על הירידה במעמדה ובהשפעתה. "בית המשפט שיתף עם הקבוצה פעולה. הוא העניק לה כוח שיפוטי במקום הכוח הפוליטי שאבד".²

שפטל וקולנשר מרבים להביא בנייר העמדה שלהם דברים מפי מאוטנר ופרידמן (וגם מפי רות גביון).

דוגמה נוספת אפשר למצוא אצל נטעאל בנדל בכתבה ב"מקור ראשון" ב־2019:

עד שנות השמונים היה בית המשפט העליון שמרן יחסית, פורמליסט, עם פסקי דין אקטיביסטיים מעטים שנחשבו לחריגים. נסיקתו הגדולה של האקטיביזם השיפוטי החלה סמוך למינוי אהרן ברק לשופט בית המשפט העליון. בתחילה נבנו שני היסודות הראשונים להרחבת האקטיביזם. הראשון היה צמצום תנאי הסף של זכות העמידה, עד כדי ביטולם. כמעט כולם יכולים לעתור כמעט בכל סוגיה, אף שאינה נוגעת להם באופן ישיר. בכך הורחבה דלת הכניסה לבית המשפט העליון. יסוד שני ומשלים היה צמצום המגבלות על מתחם השפיטות, ואף ניסיון לבטלן לחלוטין. בעבר נמנע בית המשפט העליון מדיון בעתירות בנושאים שנויים במחלוקת פוליטית או חברתית, שעל פי המסורת על נבחרי הציבור לדרון ולטפל בהם. אך בשנות השמונים, בשורת פסקי דין, שלחו השופטים את ידם לביקורת שיפוטית בנושאים וסוגיות כמעט בלתי מוגבלים. בכך הורחבה דלת היציאה מהיכל המשפט. כל אחד כמעט יכול לעתור על כל דבר כמעט, והשופטים יפסקו ככול.³

אומנם מאוטנר אינו מוזכר במפורש בקטע זה, אך הנרטיב שהמחבר חוזר עליו דומה מאוד בחלק ממרכיביו לנרטיב מאוטנר.

הנרטיב הביקורתי לא פסח גם על השרים ונבחרי הציבור בכנסת. ההתייחסות הראשונה שמצאתי בדיוני הכנסת לנרטיב ההיסטורי כאמצעי לביקורת על בית המשפט העליון, תוך הסתמכות על מאוטנר, היא בנאומו של השר גלעד ארדן, משפטן והשר להגנת הסביבה, במליאת הכנסת בשנת 2011, בתשובה להצעת אי אמון בממשלה:

אני ממליץ לקרוא את ספרו של פרופסור מני מאוטנר איך ברגע שהשמאל איבד את ההגמוניה דרך העם, אז הוא מוצא אותה דרך גופים אחרים. אז אני מציע

2 יורם שפטל ואלדר קולנשר מדינה בשלטון הבג"ץ – כתב אישום: בג"ץ נגד הדמוקרטיה הישראלית 31 (2014) (להלן: שפטל וקולנשר מדינה בשלטון הבג"ץ).

3 נטעאל בנדל "קיצור תולדות האקטיביזם השיפוטי בישראל" מקור ראשון (3.6.2019) <https://www.makorrishon.co.il/magazine/dyukan/143665/>

לקרוא את זה ולהבין שגופים כאלו, כשהם לא מצליחים לשכנע את הציבור שהדרך הנכונה היא לסגת או לפנות או להיכנע או לוותר, אז הם עושים את זה בדרכים עוקפות.⁴

זמן קצר לאחר מכן הסתמך שוב ח"כ יעקב כ"ץ (כצ'לה) מהאיחוד הלאומי בנאום בכנסת על מאוטנר בהקשר של עליית האקטיביזם השיפוטי, תוך שהוא מציין כי מאוטנר היה דקאן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, והוא "איש מקובל עליכם".

"חלק מהאקטיביזם השיפוטי שהפגין בית-המשפט העליון בעשורים האחרונים היה טעות קשה, ונזקו היה רב מתועלתו"... מי שאשם ביחס לבית-המשפט העליון, אומר פרופסור מאוטנר, קודם כול זה בית-המשפט העליון עצמו.⁵

איילת שקד, מי שהייתה שרת המשפטים בשנים 2015-2019, כתבה במאמר פרוגרמטי שלה ב־2016:

תפקידו הקלאסי של בית המשפט הוא להגן על מי שנפגע באופן ישיר מן הרשויות, ולא להכריע בעניינים ציבוריים כלליים. רעיון זה איננו המצאה שלי, כמובן. אך כיוון שעברו לא מעט שנים מהימים שאמירה כזו בישראל נחשבה פשוטה, אצטט את השופט ויתקון שהכריז על המובן מאליו בפרשת בקר וקבע כי – אין לך הליך שיפוטי אלא במקום שקיים "ריב". צריך שיבוא פלוני ויתבע את זכותו או עלבוננו. בזה משתנה הדיון בבית המשפט מהדיון בפני הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת. כך, בעבר דרש בית המשפט מעותרים להראות, כתנאי סף, שהם נפגעים באופן ייחודי, ודרישה זו מקובלת גם היום במדינות רבות בעולם ובראשן ארצות הברית ואנגליה. אלא שתיאוריית "החורים השחורים" הובילה למפץ הגדול של "המהפכה החוקתית", וכיום אין דבר שבית המשפט העליון נמנע מלדרונו בו.⁶

שקד מסבירה את המהלך ההיסטורי:

בשלב השלישי מתבצע מעבר חד מ"הפוליטיקה של הבחירות" ל"פוליטיקה של העתירות". אחרי ההפסד הפוליטי השלם והמוחלט יבקשו אותם כוחות המתנגדים לפעילות הממשלה למנוע ממנה להוציא לפועל את תכניתיה באמצעות עתירות לבית המשפט. פרופ' מנחם מאוטנר ציין במאמרו "המשפט הסמוי מן העין"

4 פרוטוקול ישיבה מס' 259 של הכנסת ה-20, 16 (11.7.2011).

5 פרוטוקול ישיבה מס' 303 של הכנסת ה-18, 183 (2.1.2012). את הדברים אמר כ"ץ בדיון על הצעת חוק פרטית שקידם ומטרתה קיצור משך הכהונה המינימלי הנדרש מנשיא בית המשפט העליון, ושנודעה כחוק גרוניס. הוא לא התייחס באופן ישיר לספרו של מאוטנר אלא לדבריו בכנס הרצליה.

6 איילת שקד "מסילות אל המשילות" השילוח 1, 37, 45-46 (אוקטובר 2016). שקד מסבירה: "לאותם תחומים פוליטיים שההכרעות בהם מתקבלות בכנסת ובממשלה, ושאינ בהם כל הצדקה להתערבותו של בית המשפט העליון, ברק קורא 'חורים שחורים'. אני, לעומתו, קוראת להם 'מרחבי משילות'. כאן בדיוק באות לידי ביטוי יכולתה של הממשלה למשול ויכולתה של הכנסת לחוקק חוקים בשם העם שבוחר בנציגיו". שם, בעמ' 45.

כי – בית המשפט העליון (הילך) קסם על החוגים הליברליים בישראל – העיתונות, התקשורת, חברי הכנסת ממפלגות השמאל והאקדמיה המשפטית.

לפי שקד בית משפט הבין נכון את תפקידו בימי ראשית המדינה, בדור של השופט ויתקון, ואילו בית המשפט של שנות ה־80 וה־90 בהובלת ברק חולל את האקטיביזם השיפוטי והמהפכה החוקתית וסטה מדרך הישר. אמיר אוחנה אמר בכנסת ב־2017:

במשפט הישראלי של העשורים האחרונים הוא [החוק] עד כדי כך לא מדויק, שיש פחות ופחות אפשרות לחזות כיצד יפסוק השופט. כדאי לקרוא את מאמרו של פרופ' מאוטר על ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי כדי להבין.⁷

לאחר שהתמנה לשר המשפטים, בשנת 2019, הבהיר מה המטרה המרכזית שלו אם יישאר בתפקיד לאחר הבחירות:

אני רואה לנגד עיניי מטרה אחת, עיקרית וחשובה: המטרה היא לחזק את אמון הציבור במערכת המשפט. אני מאמין שהיעד שלנו צריך להיות להשיב את מערכת המשפט לימי הזוהר שלה.⁸

אומנם אוחנה אינו מדבר במפורש על ימי הזוהר של ראשית המדינה, אך הוא מדבר בכירור על הצורך לחזור לעבר, ולא סביר כי התכוון לחזור לשנות ה־80 שהתאפיינו באקטיביזם הברקי אלא לשנות הזוהר לפי פרידמן, העשורים הראשונים. יריב לוי, משפטן בהכשרתו, שר בממשלות ישראל, שהיה מהטוענים לכתר שר המשפטים ונבחר ליושב ראש הכנסת ה־23, אמר:

דמותו של בית-המשפט העליון הייתה שונה לחלוטין בעשורים הראשונים לקיום המדינה. ענקי המשפט שכיהנו בו אז היו דמוקרטים אמיתיים. הם כיבדו את בחירת הציבור ונהגו זהירות רבה בכל התערבות בהחלטות הכנסת והממשלה ובשיקול הדעת של נבחר הציבור שקיבלו החלטות אלה. נשיאי בית-המשפט העליון שכיהנו אחריהם היו ההיפך הגמור. לשיטתם של האחרונים, החברה הישראלית נחלקת לשני מעמדות. האחד, פשוטי העם הנבערים מדעת, הם אלה הבוחרים את נציגיהם לכנסת, ואילו המעמד השני, אלו משתייכים יחידים הסגולה היושבים בהיכל המשפט, הם "הנאורים". הם היודעים מה "סביר", מה "מידתי" ומה "חוקתי". מכבסת מילים שכל תכליתה להפוך את הבחירות לכנסת להצגה, את הכנסת והממשלה לתאטרון בובות ואת בית-המשפט העליון למוקד הכוח האמיתי.⁹

7 פרוטוקול ישיבה מס' 272 של הכנסת ה־20, 82 (8.11.2017).

8 אלה לוי־ניריב "שר המשפטים אוחנה: אני מאמין שהיעד שלנו צריך להיות להשיב את מערכת המשפט לימי הזוהר שלה" גלובס – דין וחשבון (10.7.2019) www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001292976

9 יריב לוי "השליטה במדינה עברה מידי העם לקומץ שופטים" מידה (19.8.2018) <http://bit.ly/3mQqkuL>

יש אצל לוינ שופטים מוקדמים ענקי משפט שנהגו בריסון, ויש נשיאים מאוחרים יותר שפעלו באמצעות האקטיביזם והמהפכה החוקתית כדי להפוך את בית המשפט למוקד הכוח האמיתי.

להלן אציג את המבנה הבסיסי של הנרטיב כפי שאני מזהה אותו על בסיס מופעים של מקטעים שונים אצל הכותבים והדוברים השונים. הנרטיב הוא פשוט: פעם היה טוב, אחר כך החל ברק באקטיביזם השיפוטי וחולל מהפכה חוקתית כתגובה למהפך שהביא לעליית הימין לשלטון ב-1977, ואחרי השינוי הברקי החל העידן המקולקל של בית המשפט העליון. אהרן ברק מוצג ככזה שהפך את בית המשפט העליון ממרוסן לאקטיביסט ומשמרן לשמאלני או ליברלי, ממי שמכריע בסכסוכים או מגן על זכויות בסיסיות של הפרט הבודד לשחקן מרכזי בהחלטות הפוליטיות. השינוי בפסיקה מוצג כתגובה ישירה לעליית הימין לשלטון, וכניסיון של האליטה ההגמונית הליברלית להתגבר על רצון רוב הבוחרים. נראה כי הנרטיב הזה, גם אם אינו מופיע בשלמותו אצל כל אחד מהדוברים, בנוי ממרכיבים שאיש ממבקרי בית המשפט העליון מימין לא יתנגד להם.¹⁰

הדבר שמפריע לפוליטיקאים מן הימין יותר מכול הוא הביקורת השיפוטית המתערבת בהחלטות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. זה מה שלדבריהם הפך את בית המשפט העליון לשחקן פוליטי שמקבל החלטות פוליטיות ופוגע ביכולת המשילות של הרשות המבצעת. מי שנפגע מהאקטיביזם היה הימין, משום שהוא עמד בראשות הממשלה במשך רוב השנים מאז המהפך הפוליטי של 1977. ב-43 השנים שחלפו מאז ועד כתיבת שורות אלו עמדו בראש הממשלה מנהיגים מהימין במשך 35 שנים.¹¹ האקטיביזם כשלעצמו, ועוד יותר מכך האקטיביזם שמקדם ערכים ליברליים, מנע את מימוש רצונו של העם כפי שזה בא לידי ביטוי שוב ושוב בניצחונות הימין בבחירות.

אחת התופעות המדהימות בהבניית הנרטיב ההיסטורי של המבקרים מימין היא העלמת מאיר שמגר מסיפור עליית האקטיביזם והמהפכה החוקתית. שמגר היה היועץ המשפטי לממשלה בשנים 1968-1975; בשנים 1975-1983 היה שופט בית המשפט העליון, ובשנת 1983 מונה לתפקיד נשיא בית המשפט העליון, תפקיד שבו החזיק במשך 12 השנים הבאות עד לפרישתו לגמלאות בגיל 70 בשנת 1995. במשך רוב שנות המעבר מעידן התמימות לעידן המהפכה החוקתית המקולקל היה שמגר, ולא ברק, נשיא בית המשפט העליון. איך הורחק שמגר, וכל ההיבטים השליליים של המהפכה וכל האחזיות להם הוטלו על ברק? ומדוע זה נעשה?

שמגר לא היה מטרה נוחה עבור המבקרים מימין. הוא היה בצעירותו איש אצ"ל, וככזה הוגלה על ידי הבריטים למזרח אפריקה. לאחר מכן היה הפרקליט הצבאי הראשי שהכין את התשתית המשפטית וביסס את ההסדרה המשפטית של השליטה בשטחים. עם ביוגרפיה כזו נחשב שמגר כמי שמבין את צורכי מערכת הביטחון, לא נחשד כמתנגד לכיבוש ולא אדם שקל לגייס את מבקרי בית המשפט העליון נגדו תוך צביעתו כאיש שמאל. ברק, לעומתו,

10 הנרטיב הביקורתי מימין אינו מקובל כנראה על המבקרים מהמגזר החרדי של בית המשפט העליון. הנרטיב הביקורתי החרדי ביחס להיסטוריה של בית המשפט העליון ראוי למחקר ולבחנה נפרדים.

11 כולל בראש ממשלות אחדות, וכולל שרון ואולמרט שפרשו מהליכוד.

היה מטרה נוחה יותר משום שאצלו לא התקיימו כל אלו, משום שחשף את עצמו לביקורת רבה יותר בכתיבתו הארוכה, האקדמית, המתבססת על הנמקות ערכיות, ומשום שהצטייר כאיש שמאל ליברלי וקוסמופוליטי. פרסוניפיקציה של אויב אחד היא כנראה גם יותר מגבשת מאשר ניסיון להתגבש אל מול שני אנשים שונים זה מזה, ואם כבר התחלנו עם ברק וזה הצליח – מדוע לקלקל עכשיו עם שמגר ועם העובדות ביחס למעורבותו?

מעניין לראות כמה דוגמאות שנכתבו בידי יוצרי הנרטיב הביקורתי. שקד במאמרה ב"השילוח" ב-2016 מאזכרת את שמו של אהרן ברק לא פחות מ-15 פעמים, בעוד ששמגר אינו מוזכר אפילו פעם אחת.¹² גם אצל נבון הוזכר ברק 13 פעמים ושמגר פעמיים.¹³ אהרן גרבר, במסמך מדיניות לפורום קהלת על זכות העמידה בבג"צ, מזכיר את ברק 28 פעמים ואת שמגר רק פעמיים (כנגרר), זאת אף על פי שזכות העמידה היא נושא ששמגר התייחס אליו בכמה פסקי דין חשובים וגם באוטוביוגרפיה שלו.¹⁴ זו תופעה חוזרת בכתיבה של הימין. עוזרה לשעבר של שקד, גיל ברינגר, הדגיש במעין הספד לאחר מותו של שמגר את השוני המוחלט בין ברק לשמגר.¹⁵

ניתן לזהות שלושה אמצעים להרחקת שמגר מהאשמה בקלקול בית המשפט. הראשון, הצגת ההבדלים בין פסיקת שמגר הראויה לפסיקת ברק הלא ראויה. שמגר היה מרוסן, שקול, זהיר וממלכתי, בניגוד לברק, ולא הצטרף להרחבת השפיות, הסבירות והמידתיות שעליה חתום רק ברק. השני, הטענה כי שמגר נגרר בערוב ימיו כשופט על ידי ברק הצעיר, הכריזמטי, המלומד והכוחני. השלישי, הרווח ביותר, שלא הצריך התעמקות בהנמקות השופטים או בניתוח אופיים, הוא כתיבה המתמקדת בברק תוך התעלמות משמגר. התמקדות זו התבצעה למשל על ידי הוצאת התקופה שלפני המהפך של 1977 ומינוי ברק ב-1978 אל מחוץ למסגרת הדיון, או התמקדות בבית המשפט העליון ולא במוסד היועץ המשפטי, או פשוט התעלמות משמגר במקומות שבהם אכן נכח. אם כבר עוסקים במוסד היועץ המשפטי מתמקדים בזמיר, שנחשב ידידו וממשיכו של ברק, ובחיוזק שהוא עשה למוסד היועץ המשפטי, ולא בשמגר כיועץ משפטי.

מדוע היה חשוב למבקרי בית המשפט העליון מהימין לזהות את שנות ה-50 כעידן התמימות או כגן העדן האבוד? כי זיהוי זה נותן לגיטימציה לביקורת על ההווה. המבקרים אינם מבקשים לצעוד לעבר עתיד לא נודע, אלא לחזור לעבר נודע, מוכר וטוב. החזרה

12 איילת שקד "מסילות אל המשילות", לעיל ה"ש 6.

13 עמנואל נבון "המהפכה החוקתית כהפיכה קבועה" פורום קהלת (10.2.2014). <http://bit.ly/3nTrMOw>

14 אהרן גרבר "זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל" פורום קהלת – מסמך מדיניות מס' 51 (ספטמבר 2019) https://27da482dm48c5mf5k1jt0w2p-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/KPF098_eBook-51_090919.standing.pdf

15 גיל ברינגר "נשיא העליון המנוח מאיר שמגר: אקטיביסט, לא בריקסט" גלובס – דין וחשבון (25.10.2019); <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001304608>; אבישי גרינצ'יג "בין המורה שמגר לתלמיד ברק: שיעור על גבולות האקטיביזם השיפוטי" גלובס – דין וחשבון (23.10.2019); <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001304256>; משה גורלי "מאיר שמגר והמהפכה השקטה" כלכליסט – משפט (22.10.2019) <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3772140,00.html>

לעבר גם מונעת ביקורת שלפיה ישראל הולכת בעקבות מדינות כמו פולין והונגריה שבהן המעמד של הרשות השופטת ובית המשפט העליון הוחלש במכוון כחלק ממהלך מתוכנן של הימין הפופוליסטי, ויש שיגידו הנוטה ללאומנות או אף לפשיזם. ישראל חוזרת לעבר שלה ואינה הולכת בעקבות מגמות אירופאיות או גלובליות שנחשבות בחוגים רחבים בישראל כלא לגיטימיות ונגועות באנטישמיות. המבקרים משתמשים בנרטיבים היסטוריים לא רק כדי לבקר את ברק האיש, אלא גם כדי לערער את הלגיטימציה של בית המשפט גם עשור לאחר פרישת ברק וכדי לקדם שינוי במעמד בית המשפט העליון.

ב. נרטיב ברק, נרטיב מאוטנר ונרטיב פרידמן

המבקרים מימין מסתמכים באופן חוזר ונשנה על מאוטנר ועל פרידמן כמקור לגיטימציה שמגיע מהאקדמיה, מתל אביב וממשפטנים בעלי שיעור קומה שאינם מזוהים באופן מסורתי עם הימין הפוליטי. נעבור לבחון את הנרטיבים של שני אלו בפירוט רב יותר, כדי לזהות מה בדיוק נלקח ממאוטנר ומה מפרידמן, ומה לא נלקח מאף אחד מהשניים. נציג את הנרטיבים לפי סדר הופעתם. נרטיב מאוטנר פורסם לראשונה ב-1993 ועבר התפתחות ושינויים במהלך השנים, ונרטיב פרידמן פורסם לראשונה ב-2015. לפני שנפנה לנרטיב מאוטנר המקורי אתיחס לתפיסה ההיסטורית שקדמה לנרטיב מאוטנר ושמאוטנר כתב מולה. הנרטיב שקדם לנרטיב מאוטנר לא זכה להצגה כוללת וסדורה על ידי חוקר אחד. הוא יותר מעין הבנה משותפת ומשתמעת של משפטנים רבים שלא בוססה על מחקר, ושלא רוכזה בספר אחד. הנרטיב המקובל לפני עידן מאוטנר הניח התקדמות רציפה לאורך ציר הזמן לעבר משפט מפותח יותר. כל דור בנה על הישגי קודמו והמשיך לפתח את המשפט. זהו נרטיב פרוגרסיבי, לינארי, נרטיב של שיפור וקדמה. הוא מזכיר את כתיבת ההיסטוריה הוויגית (Whig historiography) באנגליה, כמסלול התפתחות משפטי-חוקתי-מדינתי שבו בכל תקופה יש הגנה רבה יותר על זכויות, חוקה מפותחת יותר, ומשטר נאור יותר מזה ששרר בתקופה שלפניו.¹⁶ כל הזרימה ההיסטורית היא חלק ממפעל נאורות המוביל לעבר דמוקרטיה ליברלית חוקתית מושלמת. המעבר משלב לשלב נתפס כרצוי, מובן מאליו ובלתי נמנע. בהקשר הישראלי הנרטיב נבנה תקופה אחרי תקופה, החל בהקמת המדינה, כאשר בכל תקופה יש התבססות על התקופה הקודמת והרחבה וחיזוק ושיפור של מפעל יצירת המשפט והחוקה הישראליים. אכנה את הנרטיב הזה "נרטיב ברק", לאו דווקא משום שאהרן ברק יצר אותו אלא משום שאפשר לזהות אותו בצורה מפורשת ומרוכזת יותר בכתיבתו האקדמית ובפסיקתו של ברק. חשוב להדגיש כי ברק לא התיימר להיות היסטוריון, ואני משתמש בדבריו כאן אף על פי שיש לשער שמבחינתו נרטיב זה אינו אחת מתרומותיו העיקריות למשפט הישראלי. במקומות אחדים ברק מדבר, בדומה לנרטיב הוויגי האנגלי, על התפתחות רציפה של המשפט הישראלי לעבר עולם טוב יותר. במאמר אחד שהוא מקדיש להתפתחות המשפט הישראלי לרגל היובל למערכת השיפוט ברק מדבר על ארבע תקופות, כאשר כל תקופה מתבססת על קודמתה ומתקדמת מעבר לה.¹⁷ התקופה הראשונה, שנות

16. HERBERT BUTTERFIELD, THE WHIG INTERPRETATION OF HISTORY (1931)

17. אהרן ברק "חמישים שנות שיפוט בישראל" עלי משפט א 9, 9-10 (1999).

ה־50 המורחבות, היא תקופת עיצוב המשפט הישראלי, גיבוש ערכי היסוד שלו וכתבת פסקי הדין שמהווים מגילת זכויות ויצירת הפסיקה. התקופה השנייה, שנות ה־60 וה־70, היא תקופת התבססות המשפט הישראלי שבמרכזה יצירת משפט מקובל, יצירי ישראל, שמתנתק בהדרגה מהמשפט האנגלי. מפעל פסיקתי זה נוצר על רקע החקיקה הישראלית האזרחית החדשה, בעיקר בתחומי החוזים, ועל רקע חקיקת חוקי היסוד המוסדיים. התקופה השלישית היא שנות ה־80 וראשית שנות ה־90. בתקופה זו בית המשפט גילה פעילות גוברת, עשה שימוש מועט יותר בפורמליזם, פנה יותר לפרשנות תכליתית, עשה שימוש נרחב בתום הלב, בתקנת הציבור ובמונחים ועקרונות פתוחים נוספים. חוקי היסוד של 1992 סימנו את המעבר לתקופה הרביעית, שבמרכזה המהפכה החוקתית.

הנרטיב הברקי אינו מדבר על עבר לא טוב והווה טוב, אלא מדגיש שכבר בעבר, בדור השופטים הראשון, נזרעו הזרעים החשובים שהדורות המאוחרים יכולים היו לבנות עליהם. שמגר וברק ובני דורם, שעומדים במרכז התקופה השלישית, וחלקם גם ברביעית, ירשו מדור המייסדים מפעל של קידום מגילת זכויות וחוקה בלתי כתובה, והמשיכו אותו. עבור ברק, אפיון התקופה הראשונה הזו של שנות ה־50 המורחבות כתקופה שבה נזרעו הזרעים של מגילת הזכויות ויצירת הפסיקה היה חשוב לצורכי אפיון התקופה השלישית, תקופת האקטיביזם השיפוטי והרחבת ההגנה על זכויות של שנות ה־80, כתקופה של המשכיות ולא של מהפכה.¹⁸ אחד האמצעים של ברק להעלאת שנות ה־50 לגדולה היה, בכובעו כשופט ולא כחוקר, יצירת קנוניזציה של כמה מפסקי הדין של התקופה המוקדמת שעסקו בזכויות, חופש העיסוק וחופש הביטוי, פסקי דין שהוא הרבה לצטט בפסקי הדין החוקתיים שלו. פסקי דין אלו הוצגו על ידו כנדרך הראשון והחשוב של מגילת הזכויות השיפוטית. בכותבו כחוקר בשנת 1998, במלאות 50 שנה למערכת המשפט הישראלית, השתמש ברק בזרעים שזרע כשופט וציין ארבעה פסקי דין כאלו: אלכרבוטלי, בז'רנו, שייב וקול העם.¹⁹ ואכן, פסקי דין אלו הועלו לגדולה מאז שלהי שנות ה־70. אין זה מקרי שברק מונה לשופט סמוך לעלייתם לגדולה והרבה לצטט אותם. לא יהיה זה נכון לייחס לו לבדו את דלייתם מנבכי ההיסטוריה ואת כל הציטוטים הראשונים שלהם; היו לו שותפים, אך היה לו תפקיד מרכזי בקנוניזציה של פסקי דין מסוימים משנות ה־50, וכתוצאה מכך בהרחקה של פסקי דין אחרים מהקנון. במלאות חמישים למדינת ישראל ולמערכת המשפט הזכיר ברק את ארבעת פסקי הדין שהרבה לצטט כשופט כמרכזיים בהיסטוריה של מערכת המשפט הישראלית.²⁰ הציטוט

18 שם, בעמ' 10-11.

19 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר-הביטחון, פ"ד ב-5 (1949); בג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב-80 (1949); בג"ץ 144/50 ד"ר ישראל שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399 (1951); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953).

20 ברק, לעיל ה"ש 17, בעמ' 10-11. על אופן השימוש של ברק בהסתמכות על קודמיו לצורך קנוניזציה של הטקסטים שלו ראו: רועי עמית "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא 81, 96 (1997). כך התהליך עובד לפי עמית: "היא מכוננת את הטקסט הנכתב כשייך למסורת ארוכה וכמהווה שלב נוסף בהתפתחותה. הצטרפות למסורת המצניעה את מיקומו של היוצר ו'מורידה אותו בדרגה' למעמד של עורך, בו-בזמן שהיא מבססת את האובייקטיביות שלו".

של פסקי דין אלו בפסיקה של ברק היה חלק ממהלך מודע ורחב של הצגת ההתפתחות של מגילת הזכויות הליברליות נדבך על גבי נדבך, מהלך שברק רק תרם לו את חלקו בתקופתו. נרטיב ברק שימש ככלי ליצירת לגיטימציה בידי מי שקידם את האקטיביזם השיפוטי והמהפכה החוקתית בשנות ה-80 וה-90 של המאה ה-20, ובראשם אהרן ברק עצמו. הנרטיב ההיסטורי משרת את ברק באופן ישיר כפסק דין בנק המזרחי, כפי שאראה בהמשך, להצדקת ראית חוקי היסוד כמהפכה חוקתית הנובעת באופן הכרחי מכל המהלך שהחל בהכרזת העצמאות ובהחלטת הררי. ברק, לגישתו, לא חולל מהפכה אלא רק נשא את הלפיד בתורו, והמשיך תהליך הדרגתי של כינון חוקה שהחל בראשית המדינה.

את נרטיבי מאוטנר ופרידמן נכון להבין אל מול הנרטיב שהיה דומיננטי לפני יצירת הנרטיבים שלהם, ושכינתי כאן "נרטיב ברק". בעוד שנרטיב ברק נראה כאחוד וכנע על ציר מרכזי אחד בנוגע להתפתחות בית המשפט העליון מראשיתו ועד היום, הנרטיב של מאוטנר מורכב יותר ונע על פני ארבעה צירי שינוי. הראשון הוא במאפייני של מערכת היחסים בין הרשות המבצעת לרשות השופטת; השני בסגנון ההנמקה של השופטים בהחלטותיהם; השלישי ביחס האידאולוגי לתפקיד המדינה ומעמד הפרט, והרביעי, שלא היה קיים בספרו הראשון של מאוטנר והופיע רק בכתיבתו המאוחרת יותר, לאחר המהפכה החוקתית, ביחס להבנה של בית המשפט העליון את סוג החוקה הקיימת בישראל, וכפועל יוצא את מערכת היחסים בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת והמכוננת. הטבלה להלן מציגה את צירי האפיון, וכפועל יוצא את צירי השינוי האפשרי ואת ערכי המאפיינים המצויים בקצות כל אחד מהצירים.

התערבות בהחלטות הרשות המבצעת	ריסון	אקטיביזם
סגנון הנמקה	פורמליזם	ערכים
יחס אידאולוגי לתפקיד המדינה ומעמד הפרט	קולקטיביזם – המדינה במרכז	ליברליזם – הפרט במרכז
מודל חוקתי	בריטי – עליונות הפרלמנט	אמריקאי – עליונות החוקה

הצגה זו של ארבעה צירים, שבכל אחד מהם שני קטבים, אינה תופסת את מלוא מורכבות ההיסטוריה, ומאוטנר מכיר בכך.²¹ כפי שנראה בהמשך, תפיסתו של מאוטנר התפתחה בחלוף הזמן, למעלה מרבע מאה, בשלושה ספרים ובמאמרים רבים. המבנה הכללי של שלושה צירים בתחילה ולאחר מכן ארבעה כמעט לא השתנה.²² תיאור מסלול השינוי, מפורמליזם לערכים

21 אין הפרדה מוחלטת בין הצירים; יש מופעים פסיקטיים שניתן למקם על יותר מציר אחד; לא כל פסק דין ניתן למקם על לפחות אחד מארבעת הצירים; מרבית המופעים הפסיקטיים מצויים במיקומי ביניים בין הקטבים; קיימות מחלוקות בין משפטנים לגבי מאפייני כל ציר וכל קוטב, ולגבי אפיון פסקי דין ספציפיים.

22 בספרו האחרון מאוטנר מציג ציר שינוי נוסף: הפיכת בית המשפט לשחקן בזירה הפוליטית, שחקן שאינו עוסק רק בהכרעה בסכסוכים אלא גם בקביעת ערכים ומדיניות. ראו מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו (2019) (להלן: מאוטנר הליברליזם בישראל). בעיני ציר זה חופף בחלקו את ציר המעבר לאקטיביזם ובחלקו את ציר המעבר להנמקה ערכית, לכן איני כולל אותו בטבלה כציר חמישי.

ומריסון לאקטיביזם, וההסבר לעליית האקטיביזם והערכים, תגובה למהפך הפוליטי, נותרו בעינם, תוך שינויים קטנים בדגשים ובפרטים. מה שהשתנה הוא השיפוט הנורמטיבי של מאוטנר את רציות השינוי. מאוטנר המוקדם ראה בו שינוי חשוב ונכון, ובהדרגה השתנתה הערכתו והוא ראה חלקים מהשינוי כשלייליים ולא רצויים. בפסקאות הבאות אפרט בקצרה את הצירים והקטבים במטרה לפרק ולנתח את הנרטיבים ההיסטוריים הרלוונטיים לנו.

בציר ההתערבות של בתי המשפט בהחלטות של הרשות המבצעת, הקוטב של ריסון מגביל את עילות הבחינה בעיקר לבחינת השאלה האם רשות מנהלית פעלה במסגרת הסמכויות שניתנו לה בחוק. מעבר לבחינת החריגה מסמכות נבחנת גם השאלה האם הרשות המנהלית הבטיחה הגינות הליכית באמצעות שמירה על מה שמכונה "כללי הצדק הטבעי" בהליך קבלת ההחלטה. כללי הצדק הטבעי דורשים הענקת זכות טיעון למי שמושפע מההחלטה המנהלית, ואיסור על משוא פנים, שכולל איסור ניגוד עניינים, של מקבלי ההחלטה המנהלית. כללי הצדק נחשבים להרחבה קלה של בחינת החריגה מסמכות. הקוטב האקטיביסטי מחיל על ההחלטה המנהלית מבחנים רחבים בהרבה. נבחנת סבירות ההחלטה המנהלית; ההחלטה המנהלית נבחנת לאור ערכי היסוד של השיטה, תוך שימוש במונחים פתוחים כמו "הציבור הנאור" ו"האדם הסביר", תוך בחינת האופן של ביצוע האיזון בין ערכים מתנגשים על ידי הרשות, והפעלת מבחני מידתיות.

בציר ההנמקה, הפורמליזם בא לידי ביטוי בכמה אופנים: דבקות בלשון הנורמות; פרשנות מילולית; דגש על הגדרת קטגוריות משפטיות ברורות; משפט פרטי מול ציבורי; מהותי מול פרוצדורלי; חוזים מול נזיקים; סיווג כל בעיה לקטגוריה המתאימה; יציבות וודאות ויכולת הסתמכות ותכנון כערכים מרכזיים; דגש על הסקות לוגיות, מדעיות; לכל בעיה משפטית יש פתרון הכרחי אחד; משתמע מכך ניתוק המשפט מהממד הערכי והפוליטי. עוד משתמע שתפקיד השופט הוא מקצועי; שופט אינו קובע מדיניות; מאפיין הערכים הוא היפוכו של מאפיין הפורמליזם; ההנמקה הערכית לא רק שאינה מקיימת את מאפייני הפורמליזם ואינה הוכחתית אלא שכנועית, אלא שהיא גם אינה ממוענת רק לקהל יעד של שופטים ועורכי דין. נמעניה, לפחות מבחינת השאיפה, הם הציבור הרחב, ומטרתיה הן חינוכיות ביחס לציבור זה.

בציר האידאולוגיה, הקוטב של קולקטיביזם מדגיש את הצרכים של המדינה, הציבור והחברה בכללותם. קולקטיביזם יכול להיות מבוסס על רעיונות סוציאליסטיים או רעיונות לאומיים. מרכזיות הקולקטיב יכולה להתבסס על הצורך להגן על הציבור מפני איומים ביטחוניים, הצורך לאפשר קליטת עלייה המונית או הצורך לעצב מחדש את החברה ולקדם שוויון. הקוטב של ליברליזם, לעומת זאת, ממקם את האדם במרכז. מטרתו של הארגון הפוליטי היא לשמור על האוטונומיה של הפרט, לאפשר לו להגשים את עצמו ולכתוב את סיפור חייו. אמצעי מרכזי להבטחת אלו הוא זכויות הפרט, שיש להגן עליהן ככל הניתן מפני פגיעה על ידי המדינה.

בציר המודל החוקתי, הקוטב הבריטי בנוי על תפיסה של עליונות הפרלמנט ועל היעדר חוקה כתובה, עליונה וקודיפיקטיבית. כתוצאה מכך, בית המשפט אינו יכול להעמיד לביקורת או לבטל חקיקה של הכנסת. הקוטב האמריקאי בנוי על תפיסה של חוקה כתובה, עליונה וקודיפיקטיבית. חוקה זו יוצרת את הסדר הפרדת הרשויות. בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוקה, ומי שתפקידו לבחון כי חקיקה של הרשות המחוקקת, הכנסת במקרה הישראלי, אינה עומדת בסתירה לחוקה. במקרים המתאימים בית המשפט רשאי לבצע

ביקורת שיפוטית על החקיקה ולבטל הסדרים בחקיקת הכנסת. ציר רביעי זה שונה מהציר הראשון בכך שהוא עוסק במערכת היחסים בין הרשות השופטת למחוקקת ולא במערכת היחסים בין הרשות השופטת למבצעת.

ספרו הקנוני של מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" – כשמו כן הוא.²³ הוא מתמקד במעבר מהנמקה פורמליסטית להנמקה ערכית בשנות ה-80. המעבר להנמקה ערכית מעניין יותר את מאוטנר המוקדם מהמעבר לאקטיביזם שיפוטי. אבל מאוטנר בהחלט מכיר בכך שבמקביל לתנועה על ציר ההנמקה התרחש גם מעבר בציר המוסדי מקוטב הריסון לקוטב האקטיביזם השיפוטי.²⁴ לקשר הסיבתי בין שתי התנועות נחזור בהמשך. דינמיקת השינוי לאורך שני צירים אלו נבדלת מהדינמיקה שעל פני הציר האידאולוגי. בחשיבה של מאוטנר אין מעבר מפסיקה קולקטיביסטית לפסיקה ליברלית, זאת משום שבית המשפט העליון פסק מראשית דרכו פסיקה ליברלית. בית המשפט של שנות ה-50 היה לפי מאוטנר אי של ליברליזם בים הקולקטיביסטי של התקופה.²⁵ לפי מאוטנר לא היה זה ברק שהפך את בית המשפט העליון לליברלי. מבקרי ברק כנביא הליברליזם הישראלי אינם יכולים להסתמך על מאוטנר, כי מאוטנר יתנגד לקביעה כי ברק הביא את הליברליזם לבית המשפט העליון. המעבר ממודל חוקתי בריטי למודל חוקתי אמריקאי התרחש לפי התיקוף של מאוטנר בנפרד מהמעבר לאקטיביזם ולהנמקה ערכית. הוא התרחש בשנות ה-90, ולא בשנות ה-80. אבל לא מדובר רק בהבדל עיתוי של כמה שנים. הספר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים" לא עסק בו, כי נכתב לפני תחילת המהפכה החוקתית. כפועל יוצא, הקישורים שיצר מאוטנר, ומנגנוני השינוי שזיחה, גובשו במנותק מהמהפכה החוקתית. הקישור שיצר מאוטנר במחקריו ובו טען כי עליית הערכים והאקטיביזם הם תגובת נגד למהפך הפוליטי של 1977 אינו ניתן ליישום באותה דרך בדיוק ביחס למהפכה החוקתית.²⁶ פער הזמנים הגדול יותר בין המהפך למהפכה, 15-18 שנים, מצריך הסבר. המהפכה החוקתית עברה דרך הכנסת, ולכן אינה יכולה להיות מוסכרת רק כתגובת נגד להשתלטות הימין על הכנסת.

נרטיב פרידמן הוא במונחים רבים פירוקו והיפוכו של נרטיב ברק, תוך הסתמכות בנושאים אחדים על נרטיב מאוטנר. נרטיב פרידמן הוא נרטיב של נסיגה, שקיעה, התדרדרות; פעם, בעידן התמימות של ראשית המדינה, היה בית המשפט העליון "טוב".²⁷ התפנית ההיסטורית

23 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993) (להלן: מאוטנר ירידת הפורמליזם).

24 להבריל מספרו הראשון, שבו האקטיביזם מופיע במשתמע כחלק מהדיון בעליית הערכים, מאוטנר מונה את שני אלו בספרו האחרון כשני שינויים נפרדים. ראו: מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 34-37.

25 מנחם מאוטנר "פתח דבר: ליברליזם בישראל – 'הארם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7 (2013).

26 מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 166-201 (2008) (להלן: מאוטנר משפט ותרבות בישראל).

27 דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושברה 21-27 (2013) (להלן: פרידמן הארנק והחרב). דניאל פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל 91-92 (2019) (להלן: פרידמן קץ התמימות) ("ב-25 השנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה, תקופת בית המשפט

השלילית החלה במשבר המשילות שהתפתח בעקבות מחדל מלחמת יום הכיפורים, והואץ לאחור המהפך הפוליטי של 1977 ועם מינוי ברק לבית המשפט העליון ב-1979.²⁸ ברק, עם הרעיונות המהפכניים שלו, האקטיביזם והחוקה, קלקל תוך עשור וחצי את בית המשפט העליון.²⁹ עכשיו אנחנו עדים לשברה של התפיסה המשפטית שהטמיע ברק בבית המשפט העליון. בחשיבה של פרידמן יש תקופה מוקדמת וראויה, עידן התמימות, יש מהפכה ברקית, וישנו שברה – העידן המקולקל שאחריה. המבנה הבסיסי בא לידי ביטוי בכך שפרידמן חיבר שני ספרים נפרדים על שתי התקופות. קודם חיבר את הספר "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה" (2013) על תקופת השבר, שעיקרו ביקורת עכשווית על בית המשפט העליון של עידן ברק וביניש, ואחריו את הספר "לפני המהפכה: משפט ופוליטיקה בעידן התמימות" (2015), שעיקרו שבח לשופטי ראשית המדינה – עידן התמימות.³⁰ המטרה של החזרה להיסטוריה היא כנראה להראות שניתן לשפוט אחרת ולסמן בצורה בולטת יותר מי האשם בקלקולי בית המשפט העליון. החלוקה הדיכוטומית לשתי תקופות ושבר בינו, השונה מסיפור ההתפתחות הרציפה של ברק שכולל ארבע תקופות הבנויות זו על גבי זו, באה לידי ביטוי גם בחלוקה לחלקים בספר המאוחר והמשלב.

פרידמן אינו מפרק את הנרטיב לארבעה צירים. נראה כי אין הוא סבור כי הפירוק כשלעצמו מוטעה, אך עבורו הפירוק אינו חיוני כי התנועה על פני כל ארבעת הצירים היא באותו כיוון. בית המשפט עבר בחלוף הזמן מהעמודה השנייה לעמודה השלישית בטבלה לעיל. הוא הפך לפחות מרוסן ויותר אקטיביסטי, לפחות פורמליסטי ויותר מנמק באופן ערכי, לפחות קולקטיביסטי ויותר ליברלי, ולפחות תומך במודל החוקתי הבריטי ויותר באמריקאי. אצל מאוטנר הנרטיב ההיסטורי מורכב יותר; לא כל ארבעת הצירים נעים יחד ובאותו כיוון. נרטיב פרידמן דומה לנרטיב ברק בכך ששניהם אינם מפרקים את ההתפתחות לארבעה צירים, אך הוא שונה מנרטיב ברק בכך שבעוד שאצל ברק יש התפתחות הדרגתית ורציפה לעבר עולם טוב יותר – אצל פרידמן יש מהפכה ושקיעה לעבר עולם טוב פחות.

ג. ההבדלים בין נרטיבי פרידמן ומאוטנר

כשקוראים את דבריהם של המבקרים מימין הם נראים כמאמצים את נרטיב מאוטנר ואת נרטיב פרידמן כאחד, אך למעשה הם לא יכלו לעשות זאת בגלל ההבדלים המשמעותיים בין שני הנרטיבים האלו. הבחירה הסלקטיבית מתוך כל אחד משני הנרטיבים נובעת ראשית מכך שלא ניתן לאמץ את שניהם באופן מלא בגלל ההבדלים ואף הסתירות שבין שני הנרטיבים. היא נובעת כמובן גם מכך שבכל אחד משני הנרטיבים נמצאו מרכיבים שלא שירתו, ואף

העליון הקלאסי, נכתבו פסקי דין ענייניים, מרוכזים ובעלי אורך סביר, כמיטב המסורת האנגלית. לאחר מכן חל שינוי – לא לטובה".

28 פרידמן הארנק והחרב, שם, בעמ' 67.

29 שם, בעמ' 88-90.

30 דניאל פרידמן לפני המהפכה: משפט ופוליטיקה בעידן התמימות (2015) (להלן: פרידמן לפני המהפכה). את הביקורת על בית המשפט העליון החל בסדרת כתבות בעיתונות (בעיקר ב"דיעות אחרונות") בראשית שנות ה-2000. את הביקורת המשיך בזמן כהונתו כשר משפטים בשנים 2007-2009. את הנרטיב המלא כתב רק לאחר סיום כהונתו כשר.

הזיקו, למה שרצו המבקרים להשיג. בחלק הבא אעסוק בבחירה הסלקטיבית מתוך שני הנרטיבים. קודם לכן, בחלק זה אשווה בין שני הנרטיבים ואעמוד על ההבדלים ביניהם. ב"סוף דבר" של ספרו "לפני המהפכה" פרידמן מאפיין את בית המשפט המוקדם: "בתנאים מורכבים אלה החל בית המשפט לבסס בהדרגה את כוחו ולבנות מערכת מפוארת של זכויות פרט, תוך שמירה על אינטרס הכללי. בצניעות ובריאה, ללא יומרה לפלוש לתחומן של הממשלה והכנסת, פעל בית המשפט להגן על הפרט מפני שרירות השלטון".³¹ בית המשפט התמקד בהגנה על הזכויות החשובות ביותר, זכויות החשוד והנאשם בפלילים, חופש הביטוי וחופש העיסוק; נתן משקל ראוי לאינטרס הציבורי גם כשזה בא על חשבון זכויות הפרט; נמנע מלהיגרר למאבקים ציבוריים ופוליטיים; נהג בריסון בביקורתו על פעולת הרשות המבצעת; הכיר בעליגנות הכנסת ולא התערב בחקיקותיה; פסיקותיו היו קצרות וענייניות. פרידמן משתמש בסופרלטיבים ביחס לבית המשפט ושופטיו: "מערכת מפוארת"; "הלגיטימציה שלו הייתה חזקה; המערכת פעלה ביעילות; הייתה לבית המשפט "הצלחה עצומה". מדוע לפנות לעבר? "לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור במלואו... ובכל זאת, ראוי להתבונן בהישגים של הימים ההם – הישגים גדולים שהושגו בענווה ותוך ריסון עצמי – מתוך תקווה שאפשר יהיה לתקן, ולא באופן חלקי, את מה שהשתבש".³²

פרידמן אינו מציע להחזיר עטרה ליושנה באופן מילולי, אלא להשתמש בהיסטוריה ככלי ביקורתי. הוא אינו מזכיר את האפשרות להשתמש בעבר כאמצעי לגיבוש מבקרים מסוגים שונים; עבורו הליברליזם אינו מאפיין חשוב של בית המשפט. גם הפורמליזם אינו מאפיין חשוב. פרידמן מכיר בכך שבית המשפט המוקדם היה פורמליסטי וגם קצת ליברלי, וטוב שכך, אך אלו לא מאפייניו החשובים. מה שפרידמן מוצא כחשוב בבית המשפט המוקדם לעומת בית המשפט המאוחר הוא בעיקר ריסון. בית המשפט אינו זר תרבותי השונה מסביבתו, אלא מוסד המבין את צורכי השעה ותורם במתן מענה להם. יש דמיון מסוים בין אפיון שנות ה-50 בנרטיב פרידמן ובנרטיב ברק. עבור שניהם בית משפט זה היה קצת ליברלי והגן קצת על זכויות, אלא שעבור ברק זה היה רק צעד ראשון, אלו היו רק הזרעים שיצמחו ויגדלו בעשורים הבאים בעזרת האקטיביזם השיפוטי והמהפכה החוקתית, ולעומתו עבור פרידמן היה די בכך. בית המשפט המוקדם מצא את האיזונים הנכונים, וכל ההתפתחויות שהתחוללו למן שנות ה-80 אינן רצויות.

מאוטנר, שלא כמו פרידמן, אינו מתגעגע לשנות ה-50. מאוטנר המוקדם של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים אינו מתגעגע לפורמליזם ואינו מתגעגע לריסון היתר. גם מאוטנר המאוחר אינו מתגעגע לפורמליזם. מאוטנר המוקדם והמאוחר כאחד מצטייר כמי שאינו חסיד של הפורמליזם האנגלי אלא כמי שמעריך את הריאליזם המשפטי האמריקאי. אצל מאוטנר הפורמליזם של בית המשפט הוא המאפיין המרכזי של בית המשפט המוקדם, ומוקדש לו תת-פרק שלם. לדבריו שנות ה-50 נשלטו על ידי ערכי הפורמליזם המשפטי האנגלי; הפסיקה בהן התאפיינה בפרשנות מילולית דוקטרינרית, בהכפפת השופט למחוקק, בעיסוק רב בניתוח לוגי, בקטגוריזציה, בסמכויות ולא בתכנים, בשיקול דעת וביצירת נורמות. ברור לכל קוראיו כי מאוטנר שמח על עליית הפנייה לערכים על ידי בית המשפט העליון

31 שם, בעמ' 525.

32 שם, בעמ' 526.

בשנות ה־80. בזה מאוטנר שונה מפרידמן, שמעריך את המסורת המשפטית האנגלית, מעדיף פרשנות מילולית של דבר חקיקה על פני פרשנות תכליתית, היצמדות ככל הניתן ללשונו של חוזה בעת פרשנותו ושימוש במהלכים לוגיים לשם פתרון בעיות משפטיות. בהקדשת הספר מאוטנר מאחל לבניו "שיגדלו במדינה שבה יצליח מפעלו של בית המשפט" של ימי כתיבת הספר – בית המשפט הבריטי־שמגרי של 1993. מאוטנר המאוחר ישנה את התייחסותו לשנות ה־80 וה־90, אבל לא יתחיל להתגעגע לבית המשפט העליון הפורמליסטי של שנות ה־50. פרידמן, לעומתו, מתגעגע לשנות ה־50. פרידמן מעריך את המסורת המשפטית האנגלית, מעדיף פרשנות מילולית של דבר חקיקה על פני פרשנות תכליתית, היצמדות ככל הניתן ללשונו של חוזה בעת פרשנותו ושימוש במהלכים לוגיים לשם פתרון בעיות משפטיות, כפי שעשו שופטי שנות ה־50. אך זה שמאוטנר אינו מתגעגע לשנות ה־50 אינו צריך למנוע ממבקר בית המשפט לעשות שימוש בחלק התיאורי של מאוטנר תוך דחיית ההתייחסות הנורמטיבית של מאוטנר לתקופה, ולהחליט שבשונה ממנו הם כמו פרידמן כן מתגעגעים. עבור מאוטנר הליברליזם הוא מאפיין מרכזי נוסף, לצד הפורמליזם, של תת־התרבות המשפטית בראשית המדינה. עבור מאוטנר פסיקת בית המשפט בשנות ה־50 היא פסיקה ליברלית המוסווית באמצעות הנמקה פורמליסטית. לביסוס טענתו זו מאוטנר מצביע בראשית שנות ה־90, בין היתר, על ארבעת פסקי הדין מראשית המדינה שעסקו בזכויות ושברק יצר קנוניזציה שלהם במהלך שנות ה־80. לפי מאוטנר, בית המשפט היווה זר תרבותי בישראל של שנות ה־50. התקיים פער בין התרבות השיפוטית לתרבות הכללית. בית המשפט היווה אי של ליברליזם בים של קולקטיביזם.³³ פער זה נסגר בשנות ה־80. מכך נובע כי בית המשפט הבריטי של שנות ה־80 לא היה זה שיצר את הליברליזם של בית המשפט. הליברליזם היה שם מההתחלה. בשנות ה־80 עלו לפי מאוטנר האקטיביזם וההנמקה הערכית, אך לא הליברליזם. בכך מאוטנר שונה מברק ומפרידמן, שעבורם הליברליזם הלך והתפתח בהדרגה נדבך על גבי נדבך. ההבדל בין ברק לפרידמן הוא כנראה בכך שפרידמן חשב שהנדבכים האחרונים היו מוטעים והביאו ליותר מדי ליברליזם.

מדוע אפיון בית המשפט המוקדם כליברלי במידה הראויה שימושי עבור פרידמן? פרידמן הוא במוכנים רבים ליברל; הוא לא יכול היה להתגעגע לבית המשפט של שנות ה־50 אם זה היה מאופיין כסוציאליסטי, כמפא"ניקי, כהסדרותי, כבולשביקי, כלאומני או כקולקטיביסטי מאוד. מאוטנר מכשיר עבור פרידמן את בית המשפט של שנות ה־50. מאוטנר מאפיין כליברלי קלאסי, בעוד שפרידמן מאפיין אותו כליברלי מתון ולאומי המגן על זכויות אך באופן מוגבל, תוך התחשבות בצורכי הביטחון והכלל ומתן משקל מרכזי לאלו. ההבדל הוא עניין של מינון, לא של סוג.

כפי שראינו לעיל, אצל פרידמן השינוי לכיוון של מעורבות יתר של המשפטנים בזירה הפוליטית החל כבר אחרי מלחמת יום הכיפורים ונבע ממשבר המשילות שיצרה המלחמה. אולם פרידמן לא ביקר את עמדתו של מאוטנר שלפיה השינוי החל לאחר המהפך הפוליטי; פרידמן משלב את התיקוף המוקדם יותר שלו לראשית המהפכה עם התיקוף המאוחר יותר של מאוטנר. פרידמן כותב, תוך הפניה למאוטנר:

33 מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 23, בעמ' 122-125.

לאחר נפילת השמאל ועליית הימין לשלטון איבדה התרבות החילונית-ליברלית את ההגמוניה ואת מקומה תפסה רב תרבותיות שבתוכה מרכיב דתי משמעותי, ואילו בית המשפט העליון הפך למעוז הערכים הליברליים שמפלגות המרכז והשמאל דוגלות בהם. בעזרת עתירות שהם מגישים ובאמצעות בית משפט אקטיביסטי, בעל הנטיות החילוניות-ליברליות, מנסים "ההגמונים הליברלים לשעבר" לשמר את כוחם ולהכתיב את סדר היום במדינה.³⁴

לפי פרידמן, מה שהחל במשבר המשילות המשיך והתעצם וקיבל מוטיבציות ומשמעויות חדשות לאחר המהפך הפוליטי. אין כאן סתירה, אלא המשך מגמה. לעיתים נראה כי פרידמן מעדיף להדגיש את ההסבר של מאוטנר שלפיו המהפך גרם למהפכה; זה בא לידי ביטוי בולט בכותרת החלק הרביעי של ספרו "המהפך הפוליטי והמהפכה המשפטית". אצל פרידמן נותרת עמימות, והוא אינו מחדד את ההבדלים בין הנרטיב שלו לבין הנרטיב של מאוטנר ביחס לתחילת השינוי ולגורמים לשינוי לרעה בבית המשפט העליון.

ד. מה לקחו המבקרים מימין מנרטיב מאוטנר ומה לקחו מנרטיב פרידמן

מה לקחו מבקרי בית המשפט העליון מימין מנרטיב מאוטנר ומה מנרטיב פרידמן? ולא פחות חשוב, מה לא לקחו? נראה כי מבקרי בית המשפט מימין, שלא כמאוטנר, מעדיפים סיפור היסטורי פשוט: עבר טוב, הווה רע, מהפכה ברקית כגורם להתדרדרות, ולא תנועות מורכבות לאורך ארבעה צירים. המבקרים מתמקדים אצל מאוטנר בתנועה על הציר המוסרי, מריסון עד שנות ה-70 לעבר אקטיביזם בשנות ה-80. מה שמפריע להם הוא שבית המשפט התחיל להתערב בהחלטות הממשלה הנבחרת ובהחלטות מערכת הביטחון. תרומתו של ברק לעליית האקטיביזם בשנות ה-80 שמאוטנר מזהה חשובה מאוד לנרטיב שלהם.

הציר בעל הנראות הגדולה ביותר מביני רכיבי הנרטיב ההיסטורי של בית המשפט העליון אצל מאוטנר, ושזוכה לתשומת הלב הגדולה ביותר לפוליטיקאים מן הימין, הוא הציר המוסרי. המבקרים זועמים על עליית האקטיביזם השיפוטי שמיוחסת לברק ומתוזמנת לשנות ה-80. האקטיביזם הפריע לימוש הניצחון הפוליטי של הימין. המעבר מריסון לאקטיביזם הוא המרכיב בנרטיב מאוטנר שהם מרכיב למחזור ולצטט. בהקשר של עליית האקטיביזם השיפוטי, הנרטיב של פרידמן די דומה לנרטיב של ברק ולכן המבקרים מסתמכים גם עליו יחד עם ההסתמכות על מאוטנר. בית המשפט והשופטים שוויתרו על דרישת הסכסוך ודוקטרינת זכות העמידה, שביטלו את דוקטרינת השפיטות, שאמרו כי הכול שפיט, שכל העולם משפט, הם הנמסים של המבקרים מימין. לאחר שהוסרו חסמים אלו פיתח בית המשפט של ברק את דוקטרינות הסבירות והמידתיות, ואלו אפשרו לו להעמיד למבחן מהותי החלטות של הרשות המבצעת, להתערב בהן ולפסול אותן.

מה שחשוב למבקרים אפילו עוד יותר הוא ההסבר שמאוטנר נותן לעליית האקטיביזם – שקיעת ההגמוניה של תנועת העבודה לנוכח המהפך הפוליטי, ולנוכח העלייה של תפיסות העולם החרדיות והדתיות-לאומיות. הם לוקחים ממאוטנר את החיבור שהם מוצאים אצלו בין ההגמונים השוקעים לבין שופטי בית המשפט העליון; הם מייחסים למאוטנר את הטענה

34 פרידמן קץ התמימות, לעיל ה"ש 27, בעמ' 567.

כי ההגמונים נעזרו בשופטים כדי לבלום את התוצאות המתבקשות של השינוי הפוליטי והתרבותי. השופטים, בשירות ההגמונים לשעבר, מנעו את ההתבססות של תפיסות עולם ימניות, לאומיות, דתיות ומסורתיות. מרכיב זה הלקוח ממאוטנר חיוני ביותר לעיצוב הנרטיב ולשיפוט השליילי שלו. המבקרים מימין אינם מתעניינים בכך שמאוטנר זיהה גם מעבר מפורמליזם לערכים. מעבר זה, שנמצא במרכז הנרטיב של מאוטנר וזכה להיכלל בכותרת ספרו, אינו רלוונטי עבורם. זה עניין פנימי של משפטנים שאין לו משמעות פוליטית מספקת. רבים מהמבקרים מימין מתעלמים מהזיהוי שמאוטנר זיהה את בית המשפט המוקדם כבית משפט ליברלי, למעשה זר תרבותי ליברלי בנוף הקולקטיביסטי של שנות ה-50. האפיון של מאוטנר את בית המשפט המוקדם כליברלי נוח לליברלים של זכויות מתונות מקרב מבקרי בית המשפט, מהסוג של רות גביזון. הוא גם נוח לאיילת שקד וגיל ברינגר, שהם שמרנים או נאו-שמרנים כמוכן האמריקאי, התומכים בכלכלת שוק חופשי ויש מי שיראה בהם נאו-ליברלים. הם יכולים לחיות עם הכנה של הליברליזם שמאוטנר מדבר עליו כליברליזם של שוק חופשי. אולם רוב מבקרי בית המשפט העליון הם ציונים לאומיים-לאומנים, דתיים-לאומיים, מסורתיים וחרדים, שאינם מניפים את דגל הליברליזם. מבקרים אלו מתעלמים או דוחים את האפיון של מאוטנר לשנות ה-50. לכל היותר יוכלו לקבל את האפיון של פרידמן את בית המשפט כליברלי לאומי. המבקרים האלו מאמצים את הנרטיב של פרידמן שלפיו שנות ה-80 הן גם שנות עליית הליברליזם חסר הגבולות, הראוי לגינוי, של בית המשפט העליון. עבור המבקרים מימין, שלא כמאוטנר ורק במתאם חלקי עם פרידמן, אהרן ברק הוא הסוכן של עליית הליברליזם. נרטיב כזה משרת את המטרה של הפיכת ברק ושאר שופטי דורו לאשמים בנטרול הימין ממימוש הישגיו הפוליטיים כמחנה לאומי ודתי באמצעות קידום פסיקה ליברלית.

מה עוד לקחו המבקרים מימין מפרידמן? הרעיון הקסום של הפיכת שנות ה-50 לגן העדן האבוד של הימין, העידן שסביבו יתגבשו מבקרי בית המשפט העליון ושאל מולו יבקרו את בית המשפט של העשורים האחרונים, התבסס על הנרטיב של פרידמן. אצל פרידמן, העידן שלפני המהפכה הוא עידן התמימות. יש אצלו ערגה לבית המשפט המוקדם. אצל מאוטנר אין ערגה כזו. מאוטנר המוקדם חגג את שנות ה-80. גם מאוטנר המאוחר מצא בהן דברים חיוביים. עבור מאוטנר, הפורמליזם של שנות ה-50 הוא לא משהו שראוי להתגעגע אליו. אצל פרידמן, הספר "שנות התמימות" נכתב כדי להראות שניתן אחרת, שפעם היה טוב יותר, שדברים התקלקלו.

מרכיב שני חשוב שלקחו המבקרים מנרטיב פרידמן, במקביל ללקיחתו ממאוטנר, הוא עליית האקטיביזם השיפוטי בשנות ה-80. המרכיב בנרטיב הביקורתי שלפיו הליברליזם של בית המשפט העליון התעצם מאז מינוי אהרן ברק יכול היה להסתמך על פרידמן. את המרכיב הזה לא ניתן היה לקחת ממאוטנר.

את התיקוף לקחו המבקרים ממאוטנר ולא מפרידמן. לפי מאוטנר השינוי הגדול התחיל לאחר המהפך הפוליטי של 1977 ומינוי ברק לבית המשפט העליון ב-1978; אצל פרידמן החלו ניצני השינוי להופיע עם מינויו של שמגר ליועץ משפטי לממשלה ב-1968, התעצמו מאוד עם משבר המשילות שנבע ממחדל מלחמת יום כיפור ומסקנות ועדת אגרנט, והוסיפו להתעצם בשל החלטותיו של ברק כיועץ משפטי לממשלה לחקור חשדות פליליים כלפי ראשי מפלגת העבודה אשר ידלין, אברהם עופר וראש הממשלה יצחק רבין. לפי פרידמן,

התהליך שהחל לפני המהפך הפוליטי של 1977 המשיך אחריו. הצבעת פרידמן על עיתוי מוקדם של תחילת השינוי, סביב מלחמת יום כיפור, לא תאמה את המוטיבציה הפוליטית של המבקרים מימין לקשר את השינוי עם תגובת נגד למהפך הפוליטי, ולכן הועלמה. ממי נלקחה ההתמקדות בברק וההתעלמות משמגר? מאוטנר בספרו הראשון מרבה לצטט מתוך החלטות שיפוטיות של ברק. הנרטיב של מאוטנר אינו פרסונלי, אולם פסיקותיו של ברק מתאימות לציטוט, בפרט ביחס לעליית ההנמקה הערכית אך גם ביחס לעליית האקטיביזם השיפוטי. עבור מאוטנר המוקדם, ברק כשופט אינו מי שראוי לביקורת אלא מי שראוי לשבח על פסיקותיו אלו,³⁵ לכן ככל שהמבקרים מימין מסתמכים על מאוטנר המוקדם בהתמקדותם בברק הרי שהם מוציאים את דבריו של מאוטנר מהקשרם. ככל שהמבקרים מסתמכים על הכתיבה המאוחרת יותר של מאוטנר הם יכולים למצוא בו בן ברית חלקי, שכן הוא שותף לביקורתם על האקטיביזם השיפוטי (אך לא על הליברליזם האידיאולוגי של הפסיקות). פרידמן בספרו "קץ התמימות" מזכיר את שמגר הרבה יותר פעמים מאשר את ברק; פרידמן ביקורתי בהערכתו את ברק, אולם אצל פרידמן, שעבורו עליית האקטיביזם השיפוטי היא השינוי הבעייתי ביותר, גם שמגר שותף מלא לחיזוק המוסדי ולהתערבות הגוברת של בית המשפט העליון בענייני הרשות המבצעת והמחוקקת. לכן את העלמתו של שמגר לא יכלו המבקרים מימין לקחת מפרידמן.

ה. הנרטיבים של הימין לנוכח המחקר בתחום ההיסטוריה המשפטית

בעת פרסום הספר הראשון של מאוטנר, ב-1993, היה המחקר על ההיסטוריה המשפטית הישראלית ממש בחיתוליו. מאוטנר, יחד עם פנינה להב ויורם שחר, היה מחלוצי התחום. עבודותיהם היו פורצות דרך ועיצבו שאלות מחקר לדור הבא, אולם הבסיס המחקרי שעליו יכלו להתבסס היה מצומצם מאוד. מאז התפתח התחום והפך לאחד המובילים באקדמיה המשפטית הישראלית.³⁶ הנרטיב של מאוטנר המוקדם היה כמובנים רבים הנרטיב הראשון שהציע מבט כולל ומארגן על ההיסטוריה של בית המשפט העליון. כמו כל נרטיב-על חלוצי טוב, גם נרטיב מאוטנר משך דור של חוקרים צעירים לבקר אותו, ובכך עיצב את המחקר. בהשפעת מחקריהם של מאוטנר ולהב זכו שנות ה-50 לתשומת לב מחקרית רבה. רבים מפסקי הדין של התקופה המוקדמת נקראו ונספרו, והארכיונים נסרקו בחיפוש אחר מקורות לא מוכרים. היריעה הורחבה לכיוונים של חקיקה, המקצוע המשפטי, התרבות המשפטית, ומגוון תחומי משפט נלמדו על ידי דורות צעירים וחדשים של היסטוריונים משפטיים. אולם הנרטיב המבקר מימין מתבסס בעיקר על נרטיב מאוטנר ונרטיב פרידמן, ואינו מגלה עניין במחקר המפותח שכתבו היסטוריונים משפטיים. אין זה מפתיע. שרים וחברי

35 גם בספריו המאוחרים מאוטנר עוסק הרבה יותר בברק מאשר בשמגר, ראו מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 26, ומאוטנר ליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 22. בהדרגה הוא אכן עושה זאת בצורה ביקורתית יותר. ספרו האחרון והביקורתי ביותר מאוחר ליצירת הנרטיב הביקורתי מימין.

36 הוקם הארגון הישראלי למשפט והיסטוריה, הוקם מכון ברג למחקר התחום, מתקיימים כנסים שנתיים בהשתתפות עשרות חוקרים, נוסדה סדרת ספרים ופורסמו ספרים רבים ועשרות מאמרים בנושא ההיסטוריה המשפטית הישראלית.

כנסת אינם היסטוריונים ואינם חוקרים. מי שכן יתעניין במחקר ההיסטורי יגלה כי המחקר העכשווי מאתגר את הנרטיב המבקר מימין בכמה ממרכיביו המרכזיים. ראשית, בשאלה האם בית המשפט של שנות ה-50 הוא באמת בית משפט כמו שהם מדמיינים, וכזה שירצו לחזור אל בית משפט בדמותו. שנית, בשאלה האם העיתוי של תחילת השינוי בבית המשפט לא קדם למהפך הפוליטי. שלישי, בכך שחוקרים רבים מצביעים על הסברים שונים למהפכה השיפוטית, הסברים שאין להם כל קשר לעליית הימין לשלטון ולתגובות למהפך הפוליטי הזה. רביעית, בתפקיד הגדול שהמחקר מייחס למאיר שמגר במשפט הספרה הציבורית, בעליית האקטיביזם ובמהפכה החוקתית.

1. האם בית המשפט של ראשית המדינה הוא גן העדן האבוד?

לפי המחקר ההיסטורי המשפטי המצטבר, בית המשפט של העשורים הראשונים היה ממלכתי, בן גוריוניסטי, ציוני ומעט סוציאליסטי, לא בית משפט שהליברלים, אפילו המתונים שבהם, יכולים להתגעגע אליו, ולא בית משפט שיהודים מסורתיים ורתיים יכולים להתגעגע אליו. מבט מחקרי עדכני מראה כי בית המשפט העליון של ראשית המדינה לא העניק הגנה משמעותית לקבוצות מיעוט ולקבוצות חלשות, לא לערבים אך גם לא למזרחיים, לדתיים-חרדים או לנשים.³⁷ מבקרי בית המשפט העליון מימין לא ירצו לחזור לבית המשפט של העשורים הראשונים כאשר יתברר שאותו בית משפט הורה על החזרת מפוני איקריה בשלהי מלחמת העצמאות, על פתיחת העיתון "אל איתחד" של המפלגה הקומוניסטית בעיצומה של המלחמה הקרה, ועל רישום ילדי אן שליט כיהודים אף על פי שהיא לא הייתה יהודייה.³⁸ האם אותם מבקרים מימין שעדיין מרגישים חיבור לאצ"ל וללח"י, למפלגת חירות ולמנחם בגין יתגעגעו לבית המשפט העליון שלא הגן על זכויותיהם של אנשי הימין הלל קוק, יעקב מרידור ועקיבא ברוך, וגם על זכויותיו של ישראל שייב לא הגן בפועל?³⁹ בית המשפט

37 פנינה להב "העוז והמשרה: בית-המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד(3) 479, 497-501 (1989); סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא 665, 708-711 (1998); אורן ברכה "ספק מסכנים, ספק מסוכנים: המסתננים, החוק ובית-המשפט העליון 1948-1954" עיוני משפט כא 333 (1998); יעפת ביטון "מזרחיים במשפט: ה"אין" כ"יש" משפטים מא 455 (2012). פנינה להב "כשהפאליאטיב רק מקלקל: הדיון בכנסת על חוק שיווי זכויות האישה" זמנים 46/47 (1995); רון חריס "מדוע לא בוטל מאסר החייבים בישראל בעידן הדומיננטיות של תנועת העבודה?" משפט והיסטוריה 423 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999).

38 בג"ץ 64/51 דאוד נ' שר הבטחון, פ"ד (2) 1117 (1951); בג"ץ 239/51 דאוד נ' ועדת הערעורים לאזורי בטחון, פ"ד ו 229 (1952); בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953); בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).
39 בג"ץ (מחוז ת"א) 1/48 קוק נ' שר הבטחון, פ"ד ג 307 (1948); בג"ץ 16/48 ברוך נ' ראש-הממשלה ושר-הבטחון, פ"ד א 109, 111 (1948); שני שניצר ויורם שחר "בג"ץ בתל אביב: מציאות חלופית אמיתית" עיוני משפט מג 137, 147-153 (2020) (להלן: שניצר ושחר "בג"ץ בתל אביב").

העליון לא הגן על בעלי רכוש מפני הפקעתו על ידי הממשלה,⁴⁰ ואפשר לנהל כלכלה ריכוזית ומתערבת בתקופת הצנע ואחריה.⁴¹ ככל שבית המשפט היה ליברלי בפסיקותיו זה היה בעיקר במובן הצר והפורמלי של אימוץ הדרגתי של תפיסת שלטון החוק הבריטית או של תפיסת מדינת המשפט הגרמנית. ככל שבית המשפט התערב מטרתו הייתה לחנך את רשויות המדינה לפעול על בסיס הסמכויות שהוקנו להן כדין ובהתאם להליכים שקבע החוק, ולא לבטל את החלטותיהן או לקבוע בעצמו מדיניות.⁴²

איני מבקש להציג את בית המשפט של שנות ה-50 באופן שלילי לחלוטין, כמקום שהוא היפוכו של גן העדן. נקודת ההתחלה הייתה קשה. המשפט הקולוניאלי בתקופת המנדט נעדר הפרדת רשויות והסמך את הרשות המבצעת והצבא הבריטי להפעיל סמכויות שעת חירום באופן גורף, תוך פגיעה בזכויות בסיסיות. התקופה שלאחר הכרזת העצמאות הייתה מאתגרת מאוד: מלחמת קיום שהותירה אחריה חללים ומשפחות שכולות ונכי מלחמה, עלייה גדולה של ניצולי שואה ופליטים ממדינות ערב, משבר כלכלי וצנע, מלחמה קרה והיעדר תמיכה של מעצמה. הממשלה הורכבה מאנשים שהתפתחו כמנהיגים פוליטיים בסביבה יישובית-ציונית לא-משפטית, שיש מי שאפיין אותה כסביבה אנטי-לגליסטית, כך שהאתגר של הכנסת הפעילות הציונית למסגרת משפטית היה קשה ביותר.⁴³ המסקנה מהדיון ההיסטורי הזה היא, אם כך, שהרעיון המרכזי של הנרטיב הביקורתי, שבית המשפט המוקדם יכול לשמש כמודל והשראה לבית המשפט שלאחר שברה של המהפכה, מאתגר על ידי המחקר ההיסטורי. מתברר שהאידאולוגיה של בית המשפט המוקדם אינה תואמת את עמדותיהם האידאולוגיות של מרבית המבקרים.

שנות ה-50 היו גן העדן של השמאל, ישראל הקטנה בגבולות הקו הירוק שלפני הכיבוש, ולא גן העדן של הימין: ישראל הסוציאליסטית והשוויונית של לפני עליית כלכלת השוק הנאו-ליברלית; ישראל החילונית של לפני עליית הדת; ישראל שבה הציונות ולא היהדות הייתה דומיננטית; ישראל שבה שלטה האליטה ההגמונית של תנועת העבודה, בני העליות השנייה והשלישית יחד עם ילידי הארץ מדור הפלמ"ח. זו תקופה שתומכי בית המשפט משמאל יתקשו להתנגד לחזרה אליה. אז הימין רוצה לחזור לימי שלטון מפא"י? בוודאי לא פוליטית וחברתית, כי זו התקופה שבה נוצרה ההדרה הפוליטית של הימין מבית מדרשם של ז'בוטינסקי ובגין, וביחס אליה נטען הקיפוח העדתי של המזרחיים שהגיעו בעלייה הגדולה. אלו מהמבקרים מימין שמחפשים מסורת, יהדות, משפט עברי ונוכחות של דת במרחב הציבורי ימצאו מעט מאוד להתחבר אליו בפסיקת דור השופטים הראשון.

40 יפעת הולצמן-גזית "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן 73, 77-81 (שלום לרנר ורפנה לוינסון-זמיר עורכים, 2002).

41 אורית רוזין חובת האהבה הקשה: יחיד וקולקטיב בישראל בשנות החמישים (2008); Guy Seidman, *Unexceptional For Once: Austerity and Food Rationing in Israel, 1939-1959*, 18 S. CAL. INTERDISC. L. J. 18, 95 (2008).

42 שניצר ושחר "בג"ץ בתל אביב", לעיל ה"ש 39, בעמ' 147-153; ניר קידר "על הפורמליזם המחנך של בית המשפט העליון המוקדם: עיון מחודש בפסקי הדין בפרשות בז'רנו ושייב" מחקרי משפט כב 385 (2005).

43 אהוד שפרינצק איש הישר בעיניו: אי לגליזם בחברה הישראלית (1986).

גם האפיון של בית המשפט בנרטיב מאוטנר כאי של ליברליזם בים של קולקטיביזם אינו תואם את המחקר ההיסטורי, כפי שאפשר להבין מהדיון שלעיל וכפי שאראה בהרחבה במקום אחר.⁴⁴ סיבה מרכזית לייחוס ליברליזם לשופטי הדור הראשון היא כמה פסקי דין מהעשור הראשון, כמספר אצבעות יד אחת, שהגנו על חופש הביטוי וחופש העיסוק, חלקם באופן פורמלי ורק אחד מהם תוך הנמקה ערכית מפורשת, ואשר עברו תהליך של קנוניזציה בשנות ה־80.

יורם שחר ועמיתיו מנתחים כמותית את ההיסטוריה של ציטוט פסקי דין אלה ומסבירים את תהליך הקנוניזציה של פסקי הדין המוקדמים האלה באופן מאיר עיניים באמצעות הדוגמה של בג"ץ קול העם:

מאז ניתן בשנת 1953 עברו כמעט שמונה שנים עד שבג"ץ קול העם אוזכר לראשונה... ומאז ועד שנת 1977 לא זכה אלא לשבעה אזכורים נוספים, רובם ככולם שוליים... את זינוקו למעמד־העל שיש לו היום הן מבחינת חשיבות ההלכה המיוחסת לו הן מבחינת תכיפות אזכורו, אפשר לתארך רק בשנים 1983-1984. מכאן הוא מאוזכר בקצב גובר והולך, ואזכורו הולך ונעטף בביטויים השמורים לכתב־קודש במסורות אמוניות... אפשר לומר, כי לא כתבו עשהו ולא דורו, אלא דורם של הנשיאים שמגר וברק עשהו למה שהוא... רק כשיח החוקתיות וזכויות האזרח הפכו לשיח דומיננטי, נשלף בג"ץ קול העם מן השכחה ושובץ במערך השכנוע בתפקידו הקלסי של כתב־קודש כדבר אמת מתקופת הבראשית שאין חולקים על מקורו ועל תוכנו.⁴⁵

הטענה הרחבה היא כי כמה מפסקי הדין של שנות ה־50 עלו לגדולה והפכו לקנוניים בשנות ה־80 לצורכי בתי המשפט האקטיביסטיים של שמגר וברק. השניים ביקשו לפתח ולחזק מגילת זכויות שיפוטית. הצגת המפעל שלהם כהמשך של מפעל הבנייה של מגילת הזכויות, שהחל בשנות ה־50 עם פסיקה המגינה על חופש העיסוק וחופש הביטוי, הגבירה את הלגיטימציה שלו. נראה כי הם ביקשו להעביר את המסר: מה שאנחנו עושים הוא המשך טבעי ומתבקש של בניית המבנה שבנייתו התחילה בשנות ה־50. איננו נוטלים לעצמנו סמכויות ותפקידים חדשים. באופן אירוני, מבקרי בית המשפט העליון מימין יכולים להסתמך על אפיון בית המשפט של שנות ה־50 אצל ברק באותה מידה שבה יכלו להסתמך על פרידמן, אבל ברק אינו מקור יוצר לגיטימציה. אולם אם נשתכנע שברק המציא את ההיסטוריה של פסקי דין קול העם, בז'רנו ודומיהם והפך אותם לקנוניים אף על פי שלא היו חשובים בתקופתם, כי אז נשמט הבסיס של מאוטנר לאפיון העשור הראשון כליברלי. ככל שבת

44 למחקרים המאתגרים את האפיון הגורף של שנות ה־50 בבית המשפט העליון כליברליות, ראו: רון חריס "המשפט הישראלי" העשור הראשון: תש"ח-תשי"ח 244, 255-260 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 1997); אסף לחובסקי "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת: הערות על ספרו של מנחם מאוטנר" המשפט יד 715, 719-721 (2010); פנינה להב "העו והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479 (1989); עלי זלצברגר ופניה עוז-זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא 259 (1997); קדר, לעיל ה"ש 37.

45 יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמיט, "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי" משפט וממשל ז 234, 287 (2004).

המשפט המוקדם היה פחות ליברלי – כך הייתה כנראה התרומה של שמגר וברק ועמיתיהם בשנות ה-80 וה-90 לעליית הליברליזם בבית המשפט העליון חשובה יותר. מבקרי הליברליזם אינם יכולים להתגעגע לבית המשפט המוקדם, אך יכולים למצוא במחקר החדש את מה שלא ניתן למצוא בנרטיב מאוטנר – חיזוק לכך שברק "אשם" בעליית הליברליזם השיפוטי.

2. מתי התחיל השינוי?

אחד המהלכים הנרטיביים המרכזיים להסטת האחריות האישית משמגר לברק, לסימון המוסד שבו התרחש השינוי לרעה בבית המשפט העליון ולא כמוסדות אחרים, ולחיזוק ההסבר כי המהפכה המשפטית היא תגובת נגד למהפך הפוליטי, היה מיקום המהפכה ככל האפשר מאוחר בזמן. ברק מונה לעליון ב־1978, והתמנה לנשיא ב־1995. ככל שהשינויים לרעה התרחשו יותר בתקופתו כשופט, ורצוי עוד יותר בתקופתו כנשיא, כך ניתן להטיל עליו יותר אחריות. יותר מכך, ככל שהשינויים בבית המשפט התרחשו לאחר 1977 ניתן לטעון בצורה משכנעת יותר שהם התרחשו כתגובה למהפך הפוליטי, כניסיון להתנגד לניצחון הפוליטי של הימין, וכשימוש בבית המשפט העליון ככלי לקידום הליברליזם שהפסיד בכחירות. ההסבר הזה, שהוצע על ידי מאוטנר ואומץ על ידי פרידמן והמבקרים מימין, נבנה על גבי העיתוי של עליית האקטיביזם לאחר המהפך הפוליטי של 1977, אולם אם האקטיביזם החל לפני 1977 אין הוא יכול להיות תגובה למהפך. ככל שעיתויה של תחילת האקטיביזם מוקדם יותר, כך קשה יותר לשייכו למהפך או לעשייתו המשפטית של אהרן ברק. העיתוי המוקדם של עליית האקטיביזם מסיט את הזרקור לעבר תרומתו של שמגר לתהליך המשפט ומחייב את החוקרים להתחקות אחר הסברים חלופיים. כך, למשל, ניתן להבין את עיתויו המוקדם של האקטיביזם כתגובה למשבר האמון במנהיגות הפוליטית לאחר מלחמת יום כיפור; תגובה לכיבוש השטחים במלחמת ששת הימים ולתהליך קליטתם המשפטי תחת השלטון הישראלי; או כתגובה לפרשת "עסק הביש" ולפרישתו של מקים המדינה, דוד בן גוריון, מהזירה הפוליטית.

פרק 6 לספרי המשפט הישראלי – השנים המעצבות עוסק במשפוט הספרה הציבורית בישראל.⁴⁶ המשפוט התרחש לתפיסתי בעשור 1967–1977 ולא החל ב־1977. כלומר, המהלך הושלם ברובו המכריע לפני שנות ה-80. המשפוט בא לידי ביטוי בהתחזקות מעמד היועמ"ש, במשפוט השליטה בשטחים באמצעות החלת אמנת ג'נבה הרביעית ומתן זכות עמידה בבג"צ לפלסטינים תושבי השטחים, בחקיקת חוק ועדות חקירה, במינוי כמה ועדות חקירה שהחשובה שבהן ועדת אגרנט, במשפוט הליכי הדיונים והמסקנות של הוועדות,⁴⁷ בעלייה במספר ההתדיינויות בבג"צ, בעלייה במספר עורכי הדין יחסית לגודל האוכלוסייה, ובפסקית בג"צ ברגמן ב־1969 שבו נקבע לראשונה כי תיקון חוק רגיל של הכנסת אינו תקף כי לא עמד בתנאי חוק יסוד הכנסת.⁴⁸ כל אלו מצביעים על כך שהאקטיביזם החל בלשכת

46 רון חריס המשפט הישראלי – השנים המעצבות: 1948–1977 201–223 (2014).

47 חוק ועדות חקירה, התשכ"ט–1968, ס"ח 548; פנינה להב ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הצינונית פרק 13 (1999).

48 בג"ץ 98/96 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969) (להלן: עניין ברגמן).

היועץ המשפטי לממשלה ולא בבית המשפט העליון ובית המשפט רק נגרר אליו, ועל התפקיד המרכזי של שמגר לעומת זה של ברק בקידום האקטיביזם השיפוטי. שמגר, בספרו שהתפרסם כשנה לאחר פרסום ספרי, לקח לעצמו הרבה מהקרדיט ביחס לחיזוק מעמד היועץ המשפטי לממשלה, המשפוט של השליטה בשטחים, החשיבות של ועדות חקירה ואפילו הרחבת זכות העמידה (להבדיל מהשפיטות).⁴⁹ שמגר אינו נתפס כנביא הליברליזם הישראלי כפי שנתפס ברק, אולם ייתכן ששמגר ראוי לכתר מחולל האקטיביזם השיפוטי הישראלי. שמגר פותח בספרו את הפרק על "שפיטות, זכות עמידה, אקטיביזם ואיפוק", העוסק בתיאור מה שהוא תופס כרקע ההיסטורי לאקטיביזם, בזיהוי נכון של העיתוי המתחיל במלחמת יום הכיפורים ובמשבר השלטוני שלאחריה. עבורו לא שנת 1977, שנת המהפך הפוליטי, אלא שנת 1973, שנת משבר מלחמת יום כיפור, היא שהחלה את התהליך.⁵⁰ מובילי התהליך והסיבות לתהליך רלוונטיים לשאלה כנגד מי וכנגד מה חוברים חברי הקואליציה הנאבקת באקטיביזם השיפוטי. נראה כי הם חברו כנגד המטרה הנוחה והמגבשת ביותר, אהרן ברק, אף על פי שזו אינה תואמת את מהלך הדברים ההיסטורי.

3. מדוע התרחשה המהפכה, איך הוצדקה ואת מי נועדה לשרת?

לעליית האקטיביזם השיפוטי הוצעו בספרות המשפטית וההיסטורית שני הסברים שונים מאוד זה מזה. הסבר אחד הוא כי השינוי נובע ממהלך של נסיגה לרשות השופטת שביצע המחנה הליברלי כדי לשמר את כוחו הפוליטי לנוכח היחלשות כוחו האלקטורלי והתחזקות הדתיים-לאומיים והחרדים.⁵¹ זה ההסבר שהציג לראשונה מאוטנר, ואומץ על ידי המבקרים מימין. הסבר שני הוא שבית המשפט העליון נשאב למלא את הוואקום שנוצר עקב משבר המערכת הפוליטית (שהלך והעצים מ"הפרשה" של שלהי שנות ה-50 וראשית שנות ה-60, למלחמת יום כיפור ב-1973, למהפך הפוליטי של 1977 ולממשלת האחדות של שנות ה-80).⁵² פרידמן מאמץ את המקטעים המוקדמים של הסבר זה תוך אימוץ במקביל של הסבר מאוטנר. לפי ההסבר הזה הוואקום השלטוני התחזק בשנות ה-80 שבהן נוצר איזון ככנסת בין גוש הימין לגוש השמאל, איזון שחייב הקמת ממשלות אחדות (בשנים 1984-1990), רוטציה בראשות הממשלה בין שמיר לפרס ומדיניות שעיקרה הימנעות מהחלטות שנויות במחלוקת ושמירת הסטטוס קוו.⁵³ חוסר המשילות של הממשלה, שנבע מהאיזון בין הגושים, חייב את בית המשפט לקבל החלטות בנושאים פוליטיים שבהם לא התערב בעבר.⁵⁴

49 מאיר שמגר תם ולא נשלם: פרקי חיים 84-110 (2015).

50 שם, בעמ' 191-193.

51 מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 23, בעמ' 173-201.

52 פרידמן הארנק והחרב, לעיל ה"ש 27, בעמ' 41-43, 67-73, 77; מנחם מאוטנר "מה קרה

כאן למן שנות השבעים? ביקורת ספרים: דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית

ושברה" עיוני משפט לח 125, 126-127 (2015).

53 פרידמן הארנק והחרב, לעיל ה"ש 27, בעמ' 68-71.

54 שם, בעמ' 77. כדברי פרידמן, מאז מינויו של שמגר לנשיא בית המשפט העליון ב-1983 מתרחשת

התעצמות אדירה בכוחה של מערכת המשפט, כאשר הגורם המרכזי לה הוא "היחלשותה של

המערכת הפוליטית המפוצלת. במקביל, בתוך רוב המפלגות ניטשו מאבקים פנימיים בלתי-

פוסקים כשכל הכרעה מהווה רק מבוא להתמודדות הבאה... הכלכלה לא התאוששה ממלחמת

ההבדל בין שני סוגי ההסברים הוא במידת הסוכנות של בית המשפט. לפי סוג ההסברים הראשון בית המשפט יזם את השינוי ועשה מעשה לא לגיטימי. לפי סוג ההסברים השני בית המשפט נגרר לשדה הפוליטי בעל כורחו, ולכן הלגיטימיות של התחזקות גדולה יותר. המבקרים מימין אינם יכולים להיבנות על ההסבר השני שכן הוא מבוסס גם על כישלון מפלגות הימין למשול באופן אפקטיבי בשנות ה-80, ואינו מטיל את כל האחריות על השמאל ועל בית המשפט. המבקרים מימין מאמצים את ההסבר הראשון אך מתקשים להסביר מדוע שלטון הימין לא הגיב לאקטיביזם ולליברליזם של בית המשפט אף על פי שלתפיסתם, ובניגוד להסבר השני, היה בעל יכולת משילות גבוהה ויכול היה לחוקק באופן שיהפוך החלטות שיפוטיות ויצמצם את סמכויות בית המשפט העליון.

ההוכחה העיקרית של מאוטנר, ובעקבותיו זו של פרידמן, לנכונות ההסבר כי בית המשפט חבר להגמונים לשעבר כדי למנוע את מימוש תוצאות המהפך הפוליטי, היא סמיכות הזמנים וסדר האירועים. ההנחה המובלעת היא כי אם משהו התרחש בעקבות משהו אחר, המהפכה המשפטית בעקבות המהפך הפוליטי, המוקדם גרם סיבתית למאוחר. לא מוצגות ראיות ישירות למוטיבציה ולכוונה של הסוכנים העיקריים שמובילים את השינוי, ברק וחבורתו. אין הבחנה בין המוטיבציות של ברק ושל שמגר. ההבדל בין השניים מוצג באמצעות פסיקותיהם ולא באמצעות היחס שלהם למהפך הפוליטי או החששות שהם מביעים ביחס לסדר הפוליטי והאידאולוגי החדש. מאוטנר עושה שימוש בתגובות כחוגים ליברליים למהפך הפוליטי, לאוברן ההגמוניה של תנועת העבודה, לעליית הימין ולהתחזקות הדתיים-הלאומיים והחרדים.⁵⁵ מאוטנר מזהה חרדה בקרב סופרים, אנשי תרבות ועיתונאים בעיתון "הארץ". ההנחה היא שהשופטים זיהו את החרדה ונענו לה. גם כאן לא מוצגות ראיות ישירות. המהלך של מאוטנר הוא הרמנויטי, פרשני, הוא קורא את פסקי הדין של השופטים ומפרשם לאור הבנתו את הרקע והנסיבות של המהפך והחרדה. זה אינו ניתוח מתחום מדעי החברה המנסה לאסוף נתונים כמותיים ולנתחם על בסיס תאוריות והשערות חלופיות.

אם נניח שסמיכות הזמנים בין אירועים ותהליכים מצביעה, כפי שמאמינים מאוטנר ופרידמן, על סיבתיות, היה ניתן לעשות עבודה מדויקת יותר של הגדרת אקטיביזם וכימותו כדי לזהות מתי הייתה עלייה גדולה בפסיקה אקטיביסטית. אם יתברר שזו החלה בשנות ה-60 ייתכן שההסבר הוא פרישת בן גוריון או מלחמת ששת הימים; אם החלה לאחר 1973 ההסבר עשוי להיות המשבר החברתי והפוליטי שלאחר מלחמת יום כיפור; אם ב-1977 כי אז המהפך הפוליטי הוא ההסבר, ואילו התרחשה העלייה בפסיקה אקטיביסטית באמצע שנות ה-80 כי אז ההסבר יכול להיות שיתוק המערכת הפוליטית שהתבטא בהקמת ממשלת האחדות והרוטציה ב-1984. הסבר התגובה למהפך מנבא כי האקטיביזם יעלה מיד לאחר 1977; הסבר השאיבה לתוך ואקום של חוסר משילות פוליטית יכול לצפות לעליית האקטיביזם כתהליך מתמשך, תהליך שתחילתו לפני המהפך, למשל כבר בתחילת שנות ה-70, או תהליך שתחילתו אחרי המהפך – באמצע שנות ה-80. המחקר המאוחר שנציג מייד אינו תומך

יום הכיפורים... מדיניות החוץ והביטחון נדרשה להתמודד עם התוצאות הקשות של מלחמת לבנון הראשונה... המצב הוחמר עם פרוץ האינתיפאדה בדצמבר 1987, ובתנאים אלה של ריק שלטוני פעלה מערכת המשפט כדי להתעצם ולכבוש עוד ועוד שטחים.

55 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 166-201.

בראיית עליית האקטיביזם כתהליך שמתחיל מיד לאחר 1977 ושמובל על ידי אהרן ברק. לכן הזיהוי בין ברק לאקטיביזם השנוא והשימוש בברק כאויב המגבש, שחשובים לקואליציה נגד בית המשפט, אינם תואמים את המחקר ההיסטורי. הדגשת המקור המוקדם, השמגרי, שאינו שנוא נפשם של המבקרים של בית המשפט העליון, עלולה לערער את הקואליציה. ראוי גם, בהינתן הסכמה על מהות התהליך ועיתויו, לבחון הסברים חלופיים לסיבות להתרחשותו ולא להסיק כי ההסבר היחיד הוא תגובה של השמאל לניצחון הימין. דני גוטוויין טוען כי השינויים בפסיקה התרחשו כתגובה לעליית כלכלת השוק והנאו-ליברליזם. לעליית כלכלת השוק תרמו רבות גם ממשלות הליכוד בראשות בגין, שהנהיגו ליברליזציה בשווקים, החלשה של ההסתדרות ועוד. לפי גוטוויין, בית המשפט פעל באופן שהכשיר את אלו ולא התנגד להם.⁵⁶ כלומר, בית המשפט פעל בשירות הימין הכלכלי-חברתי ולא בשירות השמאל הסוציאליסטי. ראוי לנסות לבחון את הסבר גוטוויין אל מול הסבר מאוטנר ופרידמן. איל בנבנישתי רואה בתהליך תגובה למעבר מגוש פוליטי אחד דומיננטי לשני גושים פוליטיים המאזנים זה את זה. במוקד ההסבר לא נמצאים שינויים אידאולוגיים, אלא שינויים בהתנהגות האסטרטגית של שלוש רשויות השלטון בהינתן מאזן הכוחות החדש, ולעיתים השיתוק, ברשות המבצעת והמחוקקת.⁵⁷ גם גד ברזילי ומנחם הופנונג מציעים הסברים ככיוונים דומים.⁵⁸ דורין לוסטיג ויוסף ויילר מציעים הסבר השוואתי שרואה בעליית האקטיביזם ובמהפכה החוקתית בישראל חלק ממגמה עולמית בעידן שלאחר נפילת מסך הברזל ויציאת המדינות הקומוניסטיות לשעבר לדרך פוליטית ומשפטית חדשה.⁵⁹ להב רואה בהשפעה האמריקאית על שופטים ואנשי אקדמיה בישראל גורם חשוב בהפיכתו של בית המשפט העליון הישראלי, בדומה לעמיתו האמריקאי, לשותף בשדה הפוליטי. השפעה זו, שנוצרה בעיקר דרך לימודים בארה"ב, החלה בשנות ה-70 עם התחזקות הקשרים המדיניים והביטחוניים ובאה לידי ביטוי גם בתחומים אחרים, למשל בעסקים ובתרבות.⁶⁰ ככל שמשתכנעים מאחד מהסברים אלו כי אז היו שמגר וברק שחקני משנה בעלילה גלובלית גדולה. אולם ההתלהבות חסרת הביקורת של יוצרי הנרטיב הביקורתי מחלק מההסבר של מאוטנר אינה נובעת מכך שהם בחנו את תקפותו או בדקו הסברים חלופיים, אלא מכך שהסבר זה התאים בצורה מעולה למה שניסו להשיג – גיבוש קואליציה רחבה נגד בית המשפט העליון על בסיס פוליטי. נעבור לבחון את השאלה לדעת מי עליית אקטיביזם שיפוטי היא דבר רצוי ולדעת מי היא דבר שלילי. בעוד שהמבקרים מימין נוטלים ממאוטנר את המרכיב הנרטיבי התיאורי, ובעיקר ההסברי, הם מתעלמים מהשיפוט הערכי של מאוטנר המוקדם שרואה באקטיביזם דבר רצוי.

56 דני גוטוויין "מהפכה חוקתית להפיכת נגד: ההיגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" **מעשי משפט** 47 (2008).

57 איל בנבנישתי "בלמים ואיזונים בחסות בית המשפט" **משפטים** לא 797 (2001).

58 גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" **פוליטיקה** 31, 2 14-37 (1998); גד ברזילי "מי מפחד מבית המשפט העליון" **פנים** 36 1 36-40 (1997); Menachem Hofnung, *The Unintended Consequences of Unplanned Constitutional Reform: Constitutional Politics in Israel*, 44 Am J. Comp L. 585, 592-593 (1996).

59 יוסף ויילר ודורין לוסטיג "מקום טוב באמצע: מבט תלוי הקשר על המהפכה החוקתית בישראל" **עיוני משפט** לח 419, 473-480 (2016).

60 פנינה להב ישראל **במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית** (1999).

מקריאת ספרו הראשון "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים" מתברר שמאוטנר המוקדם סבר שהשינויים שעברו על בית המשפט בשנות ה-80, לרבות האקטיביזם השיפוטי, הם שינויים חיוביים. באחרית הדבר הוא מסכם את טיעונו: "כל מי שסבור כי בשנים שיבואו, צריכה זיקתה של ישראל למערב הליברלי להימשך ואף להתעצם, חייב לקוות שבית המשפט יצליח במאבקו".⁶¹ בעוד שמבקרי בית המשפט יכלו להתבסס על תיאור התהליך של השינוי שאותו זיהה מאוטנר, הם לא יכלו להתבסס עליו כמי שמבקר את השינוי. באופן מעניין, בחלוף הזמן החל מאוטנר לשנות בהדרגה את דעתו ביחס לרציות האקטיביזם השיפוטי והמהפכה החוקתית. ב-2005 ביקר מאוטנר את השימוש הגובר בעילות הסבירות המידתיות;⁶² ב-2008 הצטרף למבקרי המהפכה החוקתית של ברק,⁶³ וב-2019 הצטרף למבקרים של שני המרכיבים הבסיסיים של האקטיביזם השיפוטי של שנות ה-80, הרחבת זכות העמידה והשפיות.⁶⁴ יש מי שטוען כי הביקורת של מאוטנר המאוחר על האקטיביזם השיפוטי היא טקטית. האקטיביזם כשל כאמצעי לקידום הליברליזם בישראל, ולכן הוא טעות היסטורית.⁶⁵ השימוש באקטיביזם כאמצעי לקידום הליברליזם, כפי שאלון הראל מייחס לברק, היה בחירה לא נכונה של אמצעי, ועל כן נכשל. מאוטנר מבקר את האקטיביזם כדי להציל את הליברליזם. אילו היה ברק מקדם ליברליזם באמצעות ריסון ופורמליזם היה לו סיכוי גדול יותר להצליח. על כן המבקרים מימין צריכים להודות לברק על הבחירה באקטיביזם, שכן בכך עזר לחשוף את הליברליזם ולגייס קואליציה רחבה של מבקרים. לפי גידי ספיר, על המבקרים מימין לשקול היטב אם לאמץ את מאוטנר המאוחר. מי שמבקר את הליברליזם של בית המשפט אין זה נכון עבורו לאמץ את מאוטנר המאוחר באופן גורף.

האם האקטיביזם השיפוטי כשלעצמו הוא דבר שלילי ולא רצוי, לדעת המבקרים מימין, או שהוא ראוי לגינוי רק כאשר הוא מקדם צבירת כוח אישית של ברק, מוסדית של בג"צ או ערכים ליברליים? האקטיביזם משמש היום יותר ויותר את מתנגדי הליברליזם. אומנם חלק מהמבקרים מעוניינים לקדם מינוי שופטים שמרנים במובן של מרוסנים, אך אחרים רוצים למנות דווקא שופטים אקטיביסטים עם השקפת עולם ימנית לבית המשפט העליון.⁶⁶ טענתם היא כי כדי לגלגל את הגלגל הברקי לאחור אין זה מספיק למנות שופטים מרוסנים. נראה

61 מאוטנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 23, בעמ' 167.

62 מנחם מאוטנר "אקטיביזם שיפוטי – הערכה" עלי משפט ד 7 (2005).

63 מאוטנר משפט ותרבות בישראל, לעיל ה"ש 26, בעמ' 140-143.

64 מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 22, בעמ' 183-202.

65 לפי הקריאה של גדעון ספיר את הספר, שלפיה מאוטנר לא חזר בו מהתמיכה במהפכה החוקתית ובאקטיביזם השיפוטי כשלעצמם. שניהם היו אמצעים לקידום הליברליזם, וכשלו בתפקיד זה. ראו: גדעון ספיר "בין ליברליזם לרב תרבותיות: בעקבות ספרו של מנחם מאוטנר: משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת" מחקרי משפט כו 311 (2010).

66 חיים לוינסון "רגב מקדמת מינוי שופט לחוזי בטענה שהוא שמרן ומחמיר באכיפה בחברה הברואית" הארץ – חדשות (12.11.2020). <https://www.haaretz.co.il/news/law/>. premium-1.9305024; נטעאל בנדל "פרישתו של מזוז עשויה לאפשר לראשונה רוב שמרני בבית המשפט העליון" הארץ – חדשות (8.12.2020). <https://www.haaretz.co.il/news/>. law/premium-1.9355446; בנימין שוורץ "המערכה השמרנית על דמות ביהמ"ש העליון היא אנטי-מהפכנית" גלובס – דעות (27.6.2019). <https://www.globes.co.il/news/article>.

כי חלק מהמבקרים רואים לנגד עיניהם שופטים ליברטריאנים שיבטלו באופן אקטיביסטי רגולציה ומדיניות מתערבת בשוק של הרשות המבצעת, או חקיקה של הרשות המחוקקת שפוגעת בזכות הקניין; חלקם מעוניינים בשופטים אקטיביסטים במובן זה שיפסקו אחרת בשאלת המעמד המשפטי של יהודה ושומרון; חלקם מתכוונים לשופטים שיפרשו את חוק יסוד הלאום כמשנה מציאות והופך את בג"צ קעדאן בשאלת הקצאת קרקעות להתיישבות יהודית, וכמאפשר פסילת חוקים שאינם תואמים את סעיף 7 לחוק; חלקם מתכוונים לשופטים שיהיו מחדשים ויהיו מוכנים לסטות מתקדימים ולהפוך את תקדימי בית המשפט העליון במגוון נושאים, מפרשנות חוזים ועד זכות עמידה ושפיטות. רק ביטול תקדימי עידן ברק יאפשר לחזור לעידן התמימות.

חלק מציפיות אלו הינן לאקטיביזם מוסדי, ואחרות הן לחדשנות לנוכח תקדימי העבר. ההיסטוריה המשפטית האמריקאית, ואפילו הישראלית, לימדה אותנו כבר מזמן שאקטיביזם יכול להיות גם שמרני או קולקטיביסטי ולא רק ליברלי או שמאלני. ראו למשל את בית המשפט העליון האמריקאי של הניו דיל שקידם שמרנות שוקית באופן אקטיביסטי. נראה כי לא כל מבקרי בית המשפט העליון מתנגדים לאקטיביזם שיפוטי כרעיון מופשט; חלקם מתנגדים לאקטיביזם "לטובת" השמאל, ותומכים באקטיביזם "לטובת" הימין.

4. המעבר מפורמליזם לערכים – הטעות של ברק?

הטענה בדבר המעבר מהנמקה פורמליסטית בשנות ה-50 להנמקה ערכית בשנות ה-80 היא הפחות שנויה במחלוקת מבין ארבע הטענות בדבר מאפייני פסיקת בית המשפט העליון, אולי כי היא אינה מעניינת את הפוליטיקאים. אולם בעוד שעצם הזיהוי של תוכן השינוי מקובל על כל החוקרים, השאלה מדוע התרחש כמעט לא זכתה לבחינה מאז אפיין מאוטנר את תוכן השינוי. נראה כי מאוטנר, ובעקבותיו חוקרים אחרים, הניחו שאותו גורם שהסביר את עליית האקטיביזם מסביר גם את עליית ההנמקה הערכית. אולם אין סיבה להניח מראש שאותו הסבר יחול גם על המעבר מריסון לאקטיביזם וגם על המעבר מהנמקה פורמלית לערכית.

המעבר מריסון לאקטיביזם יכול לנבוע, כפי שטען מאוטנר, מתגובת החרדה למהפך הפוליטי של 1977 ומחוסר היכולת של האליטה החילונית-ליברלית לקדם את ערכיה דרך הממשלה והכנסת. הוא יכול היה לנבוע ממצב שבו הליברליזם מצא עצמו תחת התקפה ונסוגה וניסה להתבצר במערכת המשפט. כאשר הרשות המבצעת והמחוקקת נעשות לאומיות או דתיות יותר, האקטיביזם משמש לשם קידום תכנים ליברליים בניגוד לרצונן. לעומת זאת המעבר מהנמקה פורמליסטית לערכית יכול לנבוע מהרצון לשכנע, להסביר ולהרחיב את השפעת הליברליזם בישראל. לפי הסבר זה, השופטים בבית המשפט העליון ישאפו לייצא את הליברליזם שלהם לשאר רשויות השלטון ולחנך את הציבור הרחב לליברליזם רק כאשר יתפסו את הליברליזם שלהם כבטוח ויציב מספיק ואת היחס הציבורי והשלטוני אליו כפתוח ונכון מספיק לקבלה. ניתן לטעון כי לפי מאוטנר המטרה של עליית האקטיביזם והמעבר להנמקה ערכית נועד לשרת אותה מטרה – להגן על ההגמוניה הליברלית שאיבדה

asp?did=1001291245; עקיבא ביגמן "מינוי השופטים לעליון: החמצה אסטרטגית" מידה

<http://bit.ly/3aNR1OD> (22.2.2017)

את כוחה – הן באמצעות אקטיביזם אל מול שלטון הימין בשתי הרשויות האחרות והן באמצעות הנמקה ערכית שנועדה לחנך בכפייה לליברליזם ולהרחיב בכוח את השפעתו בציבור הישראלי. מנגד ניתן לטעון כי מעבר להנמקה ערכית אינו דבר שעושה בית משפט שנמצא בחרדה לנוכח עליית החרדים והדתיים הלאומיים ושהליברליזם שלו נמצא תחת התקפה פוליטית וציבורית. לפי פרשנות זו ההסבר ביחס למעבר לאקטיביזם הוא תגובה לחולשה ופחד, בעוד שההסבר למעבר להנמקה ערכית הוא הסבר של יוזמה ועוצמה. יש כאן סתירה לכאורה. כדי ליישב את הסתירה לכאורה ניתן לטעון בשם מאוטנר כי המעבר להנמקה ערכית נועד רק לגיבוש המחנה של המשוכנעים, של אנשי השמאל הליברליים ההגמונים לשעבר, ולא לשם גיוס תומכים נוספים מחוץ למחנה. אך האם היה הכרחי לבצע שינוי כה גדול רק כדי לשכנע את המשוכנעים?

נחשפת כאן שורה של שאלות שמצריכות עיון נוסף ומחקר נוסף. על פניו, המעבר להנמקה ערכית שנועד לחנך לליברליזם את המשפטנים ואת הציבור בכללו גם חושף את הפנים הליברליות של בית המשפט והופך אותו לפגיע יותר. האם זה סביר שבית המשפט שהרגיש מאוים אחרי 1977, והליברליזם שנמצא בנסיגה, מסתכנים בצעד שחושף אותם לביקורת? מדוע לא המשיכו ברק וחבריו לנהוג כפי שעשו שופטי שנות ה-50, שהיו מוקפים בלא-ליברלים והתגוננו מפניהם תחת חסות הפורמליזם? מדוע להצהיר על הליברליזם של בית המשפט? האם האמין בית המשפט כי בעזרת החינוך לליברליזם ישנה את התפיסות בציבור ודרכן את אלו של רשויות השלטון האחרות? האם הדרך לחינוך הציבור לליברליזם עברה דרך פסקי דין ארוכים ומסובכים שהרבו לצטט באנגלית מתוך המשפט האנגלו-אמריקאי? ייתכן שהמעבר להנמקה ערכית נבע מכך שהשינוי שהתרחש למן שנות ה-80 היה לא רק הנמקתי אלא גם אידאולוגי. השינוי ההנמקתי היה אולי הכרחי כדי לקדם את השינוי האידאולוגי של החלפת קולקטיביזם בליברליזם, אך ככל שרצו השופטים לבסס את הליברליזם שלא דרך חינוך הציבור אלא דרך דוקטרינות משפטיות שתבססנה בפועל את כלכלת השוק הנאו-ליברלית – האם לא ניתן היה להשיג מטרה זו באמצעות ביצור זכויות קניין וחופש חוץ תוך הסתמכות על הנמקה פורמליסטית? מאוטנר טען שבשנות ה-50 הוכיחה טקטיקה כזו את עצמה.

אפשר להשיב על תמיהות אלו ביחס לפנייה להנמקה ערכית בשתי דרכים. האחת היא כי ההסבר לעליית ההנמקה הערכית כחלק מהתגובה של האליטה הליברלית השוקעת שמפסידה במלחמת התרבות מול הדתיים הלאומיים והחרדים אינו ההסבר הנכון. כלומר, הסבר מאוטנר המקורי הוא הסבר טוב לעליית האקטיביזם השיפוטי, משום שזה מאפשר לאליטה הליברלית השוקעת להשיג הישגים פוליטיים דרך הרשות השופטת בשעה שכבר אינם יכולים להשיגם דרך הרשויות הנבחרות, המבצעת והמחוקקת. לעומת זאת הסבר מאוטנר המקורי אינו הסבר טוב למעבר מהנמקה פורמליסטית, שנחזית כמדעית, ניטרלית ואובייקטיבית, להנמקה ערכית שחושפת את הליברליזם של בית המשפט העליון לביקורת.⁶⁷

67 להסברים אפשריים שאינם תגובה לשינויים פוליטיים וחברתיים מקומיים וחוקי-משפטיים, אלא למשל נובעים מדינמיקות פנים-משפטיות או גלובליות, ראו: לחובסקי, לעיל ה"ש 44, בעמ' Adrian Vermeule, *The Cycles of Statutory Interpretation*, 68 U. CHI. L. REV. 723-721 (2001); ויילר ולוסטיג, לעיל ה"ש 59, בעמ' 480-476.

האפשרות האחרת היא שההסבר של מאוטנר לעליית הערכים הוא נכון, כלומר גם עליית הערכים היא תגובה לשקיעת הליברליזם, אלא שזו תגובה מוטעית. בית המשפט העליון טעה כשעבר להנמקה ערכית, ולא חישב את צעדיו נכון. אולי היה שיכור כוח ועשה שימוש במעבר להנמקה ערכית כדי להדגיש את השינוי שחוללו שופטי שנות ה-80 ואת היכולות המשפטיות-אינטלקטואליות שלהם, אולם בעשותו כן לא ייצג נכון את שאר הקבוצה הליברלית השוקעת, ההגמונית לשעבר, ואף הזיק לה. בית המשפט היה יכול להשיג את מטרת האליטה הליברלית טוב יותר תחת מעטה פורמליסטי, אך מסיבותיו, טעות או אנוכיות, לא עשה זאת. טענה זו בדבר טעות טקטית של בית המשפט מתחזקת ככל שאנחנו משתכנעים יותר שבית המשפט המוקדם הצליח יותר לקדם ליברליזם מתון במעטה פורמליסטי ולעשות זאת באמצעות אקטיביזם זהיר. הפורמליזם אפשר התערבות לגיטימית של בית המשפט של שנות ה-50 בענייני הרשות המבצעת. ההנמקה הערכית חשפה את בית המשפט של שנות ה-80 לביקורת ולדה-לגיטימציה, ואלו הובילו בחלוף השנים לנסיגה חלקית מהאקטיביזם לעבר גישה מרוסנת יותר כלפי הרשות המבצעת. לפי הסבר זה, מבקרי בית המשפט מימין צריכים להודות לברק על המעבר מפורמליזם לערכים.

5. המהפכה החוקתית – האם ברק התחיל אותה? האם הימין באמת נגד חוקה?

המהפכה החוקתית הברקית מככבת לשלילה בנרטיבים מבקרי בית המשפט העליון של הפוליטיקאים מימין. על איזו מהפכה בדיוק מדובר? הציר הרביעי שבו התרחש, לפי מאוטנר, שינוי בין ראשית המדינה לשנות ה-90 הוא הציר של המודל החוקתי. השינוי הוא מעבר ממודל חוקתי בריטי למודל אמריקאי. אין מחלוקת על כך שהסדר החוקתי הישראלי בראשית המדינה היה במודל הבריטי: לא הייתה חוקה כתובה וקודיפיקטיבית; לא הייתה להסדרים החוקתיים עליונות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה; לא היה שריון של הסדרים חוקתיים. בעשור הראשון אימצה ישראל בפועל מודל חוקתי בריטי, כאשר ההסדרים החוקתיים המוסדיים ותחום הזכויות נקבעו בחקיקה רגילה של הכנסת, ובפסיקה. בצד היישום של המודל הבריטי הייתה הצהרה על כוונה לעבור למודל אמריקאי, החל בהכרזת העצמאות ועד להקמת המועצה המכוננת לאחר הבחירות הראשונות. אך כידוע, פשרת הררי מ-1950 קבעה כי מהלך ניסוח החוקה וקבלתה לא יושלם בקרוב, וכי קידומו ייעשה בהדרגה באמצעות חוקי יסוד. צעד ראשון בכיוון המודל האמריקאי היה חוק היסוד הראשון, חוק יסוד הכנסת, שנחקק ב-1958. בשלושת העשורים הבאים נחקקו עוד שמונה חוקי יסוד. החירוש ב-1958 היה לא רק בעצם חקיקת חוק ראשון שנקרא "חוק יסוד", אלא גם בכך שבפעם הראשונה נחקק הסדר משוריין בחקיקה הישראלית, בסעיף השוויון של חוק היסוד, שהוא סטייה ברורה מהמודל הבריטי. המבחן המשפטי הראשון של המשמעות של שריון זה היה בבג"צ ברגמן ב-1969.⁶⁸ יש מחלוקת בשאלה עד כמה פירש בג"צ ברגמן את המעמד הנורמטיבי של חוקי היסוד כמעמד המצוי במדרג גבוה יותר מחקיקת כנסת,⁶⁹

68 ראו עניין ברגמן, לעיל ה"ש 48, בעמ' 695-696.

69 לקריאה אזהרת של פסק הדין בעניין ברגמן ראו דבריו של השופט זמיר בפרשת בנק המזרחי: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 468 (1995)

אולם לא ניתן לדעתי להכחיש את העובדה שפסק דין כמו בג"צ ברגמן לא יכול היה להינתן בבריטניה, שכן בה לא ניתן לשריין את חקיקת הפרלמנט. המעבר למודל האמריקאי החל זמן רב לפני מינוי ברק לבית המשפט העליון, וזמן רב לפני חקיקת חוקי היסוד כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק ב-1992.

נראה שמה שקרה עד 1992 הוא לא החלק בנרטיב החוקתי שמעניין את מבקרי בית המשפט העליון או מפריע להם. חלקם מבקרים את חקיקת חוקי היסוד כמחטף,⁷⁰ אולם כל נשכח שחוקי היסוד לא נחקקו בתקופת ממשלת שמאל אלא בזמן הממשלה בראשות יצחק שמיר שנשענה על קואליציית ליכוד-דתיים-ימין. מה שמפריע לרוב המבקרים אינו המהלך החוקתי מ-1948 עד 1992 עצמו, גם לא חקיקת חוקי היסוד של 1992-1994, אלא מה שקרה לאחר מכן. ברק, שטבע את המונח "המהפכה החוקתית", מזהה אותה עם חוקי היסוד של 1992, שעבורו מציינים את התקופה הרביעית בנרטיב ההיסטורי שלו, אך מבקריו של ברק מזהים את המהפכה החוקתית בעיקר עם הפסיקה של ברק בפס"ד בנק המזרחי, שלוש שנים מאוחר יותר.⁷¹ מה שמפריע למבקרים הוא לא בהכרח המעבר למודל חוקתי אמריקאי וחקיקת חוקי היסוד, אלא הפסיקה שבעקבותיה שהובלה על ידי ברק ובית המשפט העליון ולא על ידי הכנסת כרשות מכווננת. מה שמפריע למבקרים הוא אותו חלק של התהליך של מעבר למודל החוקתי האמריקאי שמזוהה עם נטילת הסמכות לביקורת שיפוטית על חקיקת הרשות המחוקקת על ידי בית המשפט העליון בפסק דין בנק המזרחי. אילו התנגדו לחוקי היסוד עצמם וראו בהם את התגלמות המהפכה החוקתית, כי אז יכלו לבטל או לשנות את חוקי היסוד, למשל על ידי הוספת פסקת התגברות לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. אילו רצו להסדיר בעצמם את היקף הביקורת השיפוטית, יכלו לעשות זאת על ידי קידום אחת מהצעות החוק הרבות לחקיקת חוק יסוד החקיקה. הייתה לכנסת רבע מאה כדי לעשות זאת.

(להלן: פרשת בנק המזרחי). לגישות נוספות ראו: איל ינון "בג"צ ברגמן – מהפכה חוקתית? בשלוש מערכות" שורשים במשפט 229 (2019); גדעון ספיר המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד 41-47 (2010); ברק מדינה ועשור ויצמן "המהפכה החוקתית או מהפכת זכויות האדם? על העיגון החוקתי של הנורמות המוסריות" עיוני משפט מ 595 (2017); איתי בר-סימן טוב "מהפכה או המשכיות? מקומו של פסק-דין בנק המזרחי בהתפתחות המודלים של ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל יט 271, 274-277 (2018).

70 אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79 (2012); אוריאל לין ושלומי לוייה "כיצד הצליחה ועדת החוקה בכנסת השתיים-עשרה במקום שבו נכשלו אחרים: דגשים והרהורים לגבי העתיד" משפט ועסקים יד 261 (2012); אוריאל לין לידתה של מהפכה: החזון והמאבקים שהולידו את זכויות היסוד של האדם בישראל (2017); יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1993); גיא בכור חוקה לישראל: סיפורו של מאבק (1996); גדעון ספיר המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד (2010); רן ברץ "המחטף והמחדל: הקנוניה שהולידה את המהפכה החוקתית" מידה <http://bit.ly/2M6ir7Q> (21.7.2017).

71 פרידמן הארנק והחרב, לעיל ה"ש 27, בעמ' 222-230; שמחה רוטמן מפלגת בג"ץ: כיצד כבשו המשפטנים את השלטון בישראל 27-30 (2019); נטעאל בנדל "קיצור תולדות האקטיביזם השיפוטי בישראל" מקור ראשון (3.6.2019) <https://www.makorrishon.co.il/magazine/>; שפטל וקולנשר מדינה בשלטון הבג"ץ, לעיל ה"ש 2, בעמ' 42-43.

אורי אהרונוסון הראה לנו כיצד ומדוע למרות הרטוריקה בגנות חוקי היסוד לא קודם עד כה מהלך נחוש להסגה לאחור של המהפכה החוקתית כפי שהיא מגולמת בהם ובפרשנות מעמדם החוקתית בפסק דין בנק המזרחי.⁷² נראה כי הרצון להיצמד למודל חוקתי בריטי וההתנגדות למעבר למודל חוקתי אמריקאי הם חלשים מכפי שאפשר היה לחשוב לפי עוצמת הנרטיב המגייס נגד בית המשפט העליון.

במהופך ממבקריו, ברק ניסה להצניע בנרטיב שיצר את חשיבות פסק דין בנק המזרחי ולהעצים את חשיבות חוקי היסוד של 1992 ושל המהלך החוקתי מראשית המדינה ועד 1992. לכאורה, פסקי הדין שהגנו על זכויות בשנות ה-50 ושעברו קנוניזציה בשנות ה-80 יכולים היו לתמוך בנרטיב שלפיו כתב הזכויות הפסיקתי בישראל נבנה נדבך על גבי נדבך מראשית המדינה. אך פסקי דין אלו לא יכולים ליצור לגיטימציה למהפכה חוקתית שהיא לא שלב ביצירת מגילת הזכויות אלא קפיצת מדרגה לעבר מדרגים נורמטיביים. חוקי היסוד החדשים לפי הפרשנות שניתנה להם בפסק דין בנק המזרחי שינו את המערכת החוקתית. הזכויות עלו מדרגה מתת-חוקיות לעל-חוקיות. אולם מהפכות יוצרות משברי לגיטימציה. הפתרון לפי ברק: את המהפכה לא חוללנו אנחנו, השופטים, אלא הם, המחוקקים-מכוננים. הם עשו זאת במסגרת מהלך פרוגרסיבי שבו החלו עם הקמת המדינה. הם רק המשיכו את מה שקודמיהם החלו בעשור הראשון.

בפסק דין בנק המזרחי, שבו הוצגה לראשונה המשמעות המהפכנית ברמה החוקתית של חוקי היסוד החדשים, פנה ברק להיסטוריה:

המודל השלישי לביסוס סמכותה המכוננת של הכנסת אף הוא מודל אמפירי. הוא שואל, מהו הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של שיטה נתונה בזמן נתון... על-פי מודל זה, לגוף פלוני (כגון הפרלמנט) הסמכות להעניק חוקה למדינה, אם מסקנה זו היא הפירוש הטוב ביותר למכלול ההיסטוריה החברתית והמשפטית של אותה מדינה. בהפעילנו מודל זה בישראל, דומה כי הפירוש המתאים (fit) ביותר של מכלול ההיסטוריה החוקתית של מדינת ישראל מאז הקמתה הינו כי לכנסת הסמכות לכונן חוקה לישראל.⁷³

יאיר שגיא חושף ומציג בצורה יפה את הבניית הנרטיב של ההיסטוריה החוקתית אצל ברק:

למקרא התיאור ההיסטורי הנרחב של הנשיא ברק מתקבלת תמונה של מסע מאורגן למדי לעבר המהפכה החוקתית – מסע שאורכו כאורך חיי המדינה. ראשיתו של המסע בהכרזת העצמאות, והמשכו במעבר בין כל המקורות הפורמליים שקיבלה הכנסת לאורך השנים ואשר הוזכרו לעיל (בעיקר חוק המעבר, החלטת הררי וחוקי היסוד השונים, ובראשם חוקי היסוד של שנת 1992).⁷⁴

יש לשים לב לכך שהנרטיב החוקתי של ברק שחשף שגיא שונה במשהו מהנרטיב השיפוטי שיצר ברק במפורש ביחס להיסטוריה של בית המשפט העליון. אין בנרטיב החוקתי

72 אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוקי היסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" עיוני משפט לז' 509 (2016).

73 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 358.

74 יאיר שגיא "פסקי-הדין שעשה היסטוריה: עיון היסטוריוגרפי בפסקי-הדין בפרשת בנק המזרחי" משפט וממשל יט 325, 343 (2018).

התקדמות מתקופה לתקופה ובסך הכול ארבע תקופות, אלא התקדמות רציפה והמשכית.⁷⁵ המשכיות זו בהיסטוריה החוקתית אולי נועדה להצניע את מה שעלול להיחשד כמהפכה פסיקתית במעבר בין התקופה השלישית לרביעית במסגרת בת ארבע תקופות. נראה כי יש אצל ברק אי התאמה מסוימת, או שמא שניות, בין הנרטיב של פסיקת העליון לנרטיב של המהלך החוקתי. מחד גיסא יש אצלו רצון לא להיחשף לביקורת על הובלת מהלכים מהפכניים וחדשניים, ומאידך גיסא פיתוי לקבל קרדיט על מהלכים כאלה. ראוי לשים לב לתובנה שנעלמה מעיני רוב המשקיפים ולפיה יוזמי חוק יסוד הלאום, שעושה שימוש במנגנונים חוקתיים לעיגון אופייה של מדינת ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי, למעשה תומכים במעבר למודל חוקתי אמריקאי. שקד כתבה:

בכנסת הקודמת החלטתי להניח מסילה חדשה גם בתחום זה, והגשתי יחד עם חברי, השר יריב לוין, את "חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי". לנגד עינינו עמדה המחשבה שהרכיב היהודי בצמד "יהודית ודמוקרטית" עבר ורוקציה קשה. מאז מורשתו התרבותית של אליק ועד לפרשנותו המשפטית של ברק יהדותה של המדינה היהודית לא הצליחה לקנות לה מקום של כבוד, וחשבנו כי מן הראוי להעניק מעמד חוקתי מיוחד להגדרתה של ישראל כמדינה יהודית. הפעם לא כסמל, לא כדגל ולא כאות, אלא כעניין הגוזר משמעויות פרקטיות שונות הנוגעות בין היתר למעמד השפה העברית, להגירה לישראל ולעלייה היהודית, להתיישבות יהודית, לקשר עם התפוצות, לסמלי המדינה, ללוח השנה ועוד.⁷⁶

ההתקדמות לעבר ביטול פרשנותו המשפטית של ברק ולעבר מימוש אופייה היהודי של ישראל אינה עוברת דרך ביטול חוק יסוד כבוד האדם וחזרה למודל חוקתי בריטי יותר, אלא דרך קבלת חוק יסוד נוסף והמשך התנועה לעבר מודל חוקתי אמריקאי יותר. בדברי ההסבר להצעת החוק של שקד ולוין (יחד עם רוברט אילטוב) נאמר:

נחיצותו של חוק יסוד: ישראל – זהות המדינה, כמדינת הלאום של העם היהודי – מקבלת משנה תוקף, במיוחד בזמנים בהם יש המבקשים לבטל את זכותו של העם היהודי לבית לאומי בארצו, ואת ההכרה במדינת ישראל כמדינת

75 ההמשכיות הפסיקתית בתחום החוקתי מתחילה לפי ברק בבג"צ ברגמן ב'1969. לפי ברק, "בארבעה פסקי דין הכיר בית המשפט העליון, עוד לפני חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם במרץ 1992, בכוחה של הכנסת לשריין את הוראות חוקי היסוד לפני חקיקה רגילה (ראה: פרשת ברגמן; פרשת אגודת דרך ארץ; פרשת רובינשטיין; פרשת לאור)", ראו דבריו של השופט ברק בפרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 69, בעמ' 386-387. ברק מתייחס לפסקי הדין הבאים: בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693 (1969); בג"ץ 141/82 רובינשטיין נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לו (3) 141 (1983); בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1 (1981); בג"ץ 142/89 תנועת לאור – לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מד (3) 529 (1990). אולם המשכיות פסיקתית זו "רוכבת" על פני המשכיות של המהלך לקבלת חוקה וחוקי יסוד שתחילתו בהכרזת העצמאות, כך שאינה מאתגרת את טענת המשכיות והתיקוף לפי ברק.

76 איילת שקד "מסילות אל המשילות", לעיל ה"ש 6, בעמ' 52.

הלאום של העם היהודי. עיגון אופייה היהודי של מדינת ישראל בחוק-יסוד, אפסר להגיע בעתיד להסכמה רחבה בכינונה של חוקה שלמה ומקיפה.⁷⁷

שקד ולוין תומכים למעשה, גם אם לא מתוך מודעות מלאה, במרכיבים של המהפכה החוקתית הממקמים חוקי יסוד במעמד חוקתי עליון ומשוריין. שגיאה מצביעה על כך שהנרטיב החוקתי שיצר ברק בפסק דין בנק המזרחי מסייע לתומכי חוק הלאום להצדיק את המעמד החוקתי של החוק ולפגוע בלגיטימציה של התערבות בג"צ בתוקפו של החוק.⁷⁸ גם אם המבקרים אינם תומכים במהפכה החוקתית הברקית מעשי ידי בית המשפט, הם תומכים בסמכות המכוננת של הכנסת הנובעת מהנרטיב החוקתי של ברק ואשר מאפשרת לה לחוקק את חוק יסוד הלאום כחוק בעל מעמד חוקתי, והם רואים במעבר ממודל חוקתי בריטי למודל חוקתי אמריקאי דבר ראוי שיש למצוא את העיתוי המתאים כדי לממשו. נראה כי במרכיב הזה שקד ולוין קרובים לאוטונומי, חלוקים עם ברק רק על הדרך ועל חלק מהתכנים, אך אינם שותפים של פרידמן, שעדיין משמר כמה מתפיסותיו האנגלו־פיליות. קל יותר למבקרי בית המשפט העליון להאשים את ברק במהפכה החוקתית מאשר להחליט שחוזרים למודל הבריטי, או להסכים איך ממשיכים להתקדם לעבר המודל האמריקאי. קל יותר להאשים את ברק מאשר להתייחס לשאלה האם בחוקה שהם מקדמים באמצעות חקיקת חוק יסוד הלאום בית המשפט העליון לא יהיה הפרשן המוסמך של החוקה והאוהב של עליונותה.

1. פירוק הקואליציה

ראינו כי הנרטיב ההיסטורי האחד והפשוט של מבקרי בית המשפט העליון מימין אינו מחזיק מעמד. הוא מתפרק גם בשל סתירות פנימיות בתוכו, וגם בגלל ביקורת שמבוססת על המחקר ההיסטורי. לאחר שמפרקים את הנרטיב לארבעה צירים ניתן להערכתנו לזהות שהביקורת הקשה והרחבה ביותר היא דווקא על השינוי שעבר בית המשפט לאורך הציר הליברלי. קבוצות גדולות בחברה הישראלית שמגיעות מחוגים חרדיים, מחוגים דתיים-לאומיים, מחוגים מסורתיים-מזרחיים, מחוגים ערביים ומחוגים של יוצאי ברית המועצות מתנגדות לליברליזם המערבי ורואות בו איום.⁷⁹ מפתיע שנרטיב מאוטונומי, שמדגיש שבית המשפט היה ליברלי מראשיתו, ממלא תפקיד כה מרכזי אצל מבקרי בית המשפט מימין. אלון הראל מראה את הפוטנציאל של פירוק הנרטיב והקואליציה. הוא מצביע על כך שבית המשפט העליון בעצם ביצע שתי מהפכות שניתן להבחין ולהפריד ביניהן. לפי הראל התרחשו מהפכה מוסרית ומהפכה ליברלית.⁸⁰ המהפכה הראשונה לפי הראל היא של ההעצמה

77 דברי הסבר להצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, פ/1550/19 (22.7.2013).

78 יאיר שגיא "מבנק המזרחי לחוק הלאום: עוד מחשבות על ההיסטוריה של 'מפעל החוקה' הישראלי" *ICON-S-IL Blog* (16.12.2020) <http://bit.ly/3o95Krj>.

79 ניסים מזרחי "מעבר לגן ולג'ונגל: על גבולותיו החברתיים של שיח זכויות-האדם בישראל" *מעשי משפט* ד 51 (2011); ראו גם שיחה עם הסוציולוג ניסים מזרחי בכתבתה של קרולינה לנדסמן "בוחר הליכוד מפגרים? אתם רציניים? תבינו, הפתרון של השמאל הוא הבעיה" *מוסף הארץ* (26.12.2019) <https://www.haaretz.co.il/magazine/premium-MAGAZINE-1.8317698>.

80 Alon Harel, *Chief Justice Barak's Legal Revolutions and What Remains of Them: The Authoritarian Abuse of the Judicial-Empowerment Revolution*, IACL-AIDC

המוסדית של בית המשפט בתוך מערך הפרדת הרשויות, או אם תרצו בתוך מאזן הכוחות הפוליטי. בזמן שמאוטנר אינו מזהה שינוי ערכי ומפריד בין השינוי ההנמקתי – המעבר מפורמליזם לערכים, לבין השינוי המוסדי – המעבר מריסון לאקטיביזם, ובספרו האחרון גם בינם לבין השינוי החוקתי – המעבר מחוקי יסוד לחוקה באמצעות המהפכה החוקתית, הראל מזהה שני צירי שינוי, ערכי ומוסדי, שהם חלק ממהלך מהפכני כולל אחד. בצד המהפכה המוסדית עבר לפי הראל בית המשפט גם מהפכה נוספת – ערכית ליברלית. שימו לב כי לפי הראל, שלא כמו אצל מאוטנר ועם דמיון מסוים לפרידמן, בית המשפט העליון עבר גם מפסיקה בעלת תכנים קולקטיביסטיים (לאומיים או סוציאליסטיים) לפסיקה בעלת תכנים ליברליים. בית המשפט (של שנות ה-80 ואילך) קידם ערכים ליברליים מרכזיים כמו אוטונומיה, כבוד, שוויון וזכויות אדם. הראל מזהה את ברק כריאליסט ואינסטרומנטליסט. לפי התפיסה העצמית של ברק, כפי שמבינה הראל, המהפכה המוסדית לא נועדה לצבירת כוח מוסדי ואישי כפי שפרידמן מדגיש; היא נועדה לאפשר את המהפכה הערכית הליברלית. התובנה של הראל החשובה לענייננו היא כי החיבור בין המהפכה המוסדית למהפכה הליברלית מאפשר למבקר בית המשפט העליון, שקולם גובר בעשור האחרון, לנצל את המהפכה המוסדית כנשק שעושים בו שימוש כדי לפגוע במהפכה הליברלית. החיבור בין המהפכות מאפשר לגייס קבוצות שונות וליצור קואליציה רחבה כנגד בית המשפט העליון. כך השמרנים הלאומיים שמתנגדים לליברליזם אינם מתנגדים לאקטיביזם שיפוטי כשלעצמו, ואפילו מעורדים אותו כאשר הוא משרת את תפיסת עולמם. הם יתמכו במינוי שופטים שמרנים אקטיביסטים למשל, ובפסיקות אקטיביסטיות של שופטים שמרנים שתוצאתן היא העדפת האינטרס של הקולקטיב הלאומי על זכויות ואוטונומיה של הפרט. אולם הם מצליחים להצניע את העובדה שהם מתנגדים לליברליזם באמצעות התמקדות בביקורת אנטי אקטיביסטית.

אני מבקש להוסיף תובנה על גבי תובנתו של הראל. הנרטיבים ההיסטוריים גם הם משמשים לאותה מטרה בדיוק של יצירת קואליציה רחבה ומתן לגיטימציה לביקורת על בית המשפט העליון. את הרעיון הבסיסי של הראל ניתן להרחיב ולעשות בו שימוש לזיהוי האופן שבו מתגבשת בשנים האחרונות הקואליציה כנגד בית המשפט העליון על מרכיביה השונים. הנרטיב ההיסטורי הדומיננטי שנבנה באמצעות בחירה סלקטיבית של מרכיבים מהנרטיבים של פרידמן ומאוטנר מאפשר ליצור קואליציה רחבה של אנשים שונים שכל אחד מהם מבקר היבטים אחרים של בית המשפט העליון ורוצה לחזור לגן עדן אבוד מסוג אחר. נראה כי מגבשי הקואליציה מצליחים לגייס מבקרים של האקטיביזם השיפוטי, של המודל החוקתי האמריקאי ושל המהפכה החוקתית גם מקרב חוגים ליברליים יותר, ולשאוב לגיטימציה מהנרטיבים ההיסטוריים של פרידמן ומאוטנר לשם ביקורת על בית המשפט העליון בכללו, לרבות באופן שמקעקע גם את הליברליזם בבית המשפט, ובישראל בכלל.

סיכום

הנרטיב ההיסטורי שהמבקרים מימין עושים בו שימוש בביקורת על בית המשפט העליון נתפר בתפרים גסים מאוד. הוא בעייתי בכמה מובנים. הנרטיב מתבסס באופן סלקטיבי על מרכיבים אחדים מהנרטיב של מאוטנר, תוך אימוץ המבנה הכללי של נרטיב פרידמן. הנרטיב הביקורתי מתעלם מכך שמאוטנר מזהה ארבעה צירי התפתחות, ומהתמונה המורכבת שהם יוצרים. רבים מהמבקרים רואים את ברק כמי שהשליט את הליברליזם על בית המשפט העליון, תוך התעלמות מכך שמאוטנר טוען שבית המשפט היה ליברלי מראשיתו. רוב המבקרים אינם מתעניינים בציר העניין המרכזי של מאוטנר – המעבר מהנמקה פורמליסטית להנמקה ערכית. הם מתעלמים מכך שפרידמן מזהה את התהליך כמתחיל לפני המהפך הפוליטי, ככזה ששמגר ממלא בו תפקיד חשוב, ושבמרכזו מאבקי כוח בין רשויות ולא מחלוקות אידאולוגיות.

הנרטיב הביקורתי מימין נבנה תוך התעלמות מרוב המחקר ההיסטורי-משפטי העצום שהתפתח בשלושת העשורים האחרונים ושעוסק בבית המשפט העליון ובמשפט הישראלי בכללו; הוא אינו מתמודד עם הביקורת על נרטיב מאוטנר שכלולה בספרות זאת; הוא מתעלם מהסברים מרכזיים נוספים בספרות לשינויים שעברו על בית המשפט העליון, הסברים שנובעים מתהליכי עומק כלכליים ופוליטיים גלובליים שאין בינם לבין המהפך הפוליטי של 1977 דבר. הסברים אלו מאפיינים את בית המשפט העליון הישראלי כשחקן שולי המגיב לתהליכים גלובליים, ולא כשחקן מרכזי המוביל תהליכים. הנרטיב מתמקד באופן כמעט בלעדי בברק, תוך התעלמות משמגר.

הנרטיב מציג רצון קמאי לחזור לעבר הראשיתי של בית המשפט העליון. לפי המחקר, העבר שאליו המבקרים עורגים לא התקיים מעולם. בית המשפט המוקדם היה סוציאליסטי, חילוני, אשכנזי ומפא"ניקי יותר מכפי שרבים מהעורגים לו מוכנים להודות. מסתבר גם שלא כולם עורגים לאותה תקופה. יש מי שעורג לבית המשפט של אולשן ויש מי שעורג לבית המשפט של אגרנט, יש מי שעורג ללנדוי ויש מי שעורג לשמגר. מי שמדגיש את ההבחנה בין ברק לשמגר כהבחנה בין חושך לאור, כפי שעשו רבים ממספירי שמגר לאחר פטירתו, בעצם עורג לעולם של ייעוץ משפטי חזק ומידה לא קטנה של אקטיביזם שיפוטי וביקורת שיפוטית על חקיקה.

תוצר לוואי של המאמר, תוצר שרלוונטי ביחס למחקר ההיסטורי ולא ביחס למאבק הפוליטי, הוא זיהוי והצעת נושאים לסדר היום המחקרי של היסטוריונים משפטיים. השוואת הנרטיבים מזמינה אותנו החוקרים לחדר את ההבחנה בין אקטיביזם שיפוטי לבין משפוט ולבין הפיכת בית המשפט לשחקן פוליטי. הקריאה הביקורתית של הנרטיבים מזמינה לדיון בשאלה מה הקשר בין גורמים פנים-ישראליים לגורמים גלובליים כגורמים לשינויים שעברו על בית המשפט העליון בשנות ה-80 וה-90 של המאה ה-20. בהקשר של הסבר השינוי מתעוררות גם שאלות מתודולוגיות: איך מסבירים שינוי משפטי? איך מחליטים אם שינויים לאורך צירים שונים נובעים מאותו גורם בסיסי? איך מבססים קשר סיבתי בין תהליכים חוץ-משפטיים לתהליכים משפטיים? המאמר חושף כי עד כה לא התקיים דיון משמעותי בשאלה מה מסביר את המעבר מפורמליזם לערכים – האם זה רצון לחנך את הציבור? לגייס את המחנה הליברלי? האם זו השתקפות של השפעה אמריקאית? האם השינוי הזה קידם את

המטרות של השופטים שפסקו ערכית או שנבע מטעות טקטית שלהם? אלו כמה מהנושאים שהניתוח המדוקדק של נרטיבי מאוטנר ופרידמן מזמין חוקרים לבחון. כהיסטוריון משפטי אני חווה באופן יומיומי את ההבנה כי העבר חשוב להבנת ההווה, לכן אני אמור להיות מעוניין בכך שוויכוחים על נרטיבים היסטוריים יהיו מרכזיים בשיח הציבורי, הפוליטי והמשפטי. אני גם אמור להיות מוכן לשלם את המחיר בכך שההופעה הציבורית של נרטיבים היסטוריים תהיה פשטנית יותר ופחות מורכבת מהדיון המחקרי בהם. אולם האופן שבו נבנה הנרטיב הביקורתי, והאופן שבו נעשה בו שימוש בשיח הפוליטי, אינם מקדמים לדעתי דיון ביקורתי בונה על השאלה מה רוצים לשנות בהווה ובעתיד, ומדוע.