

# המבצר שלא נפל או המנעול שהכזיב?

## ביקורת על ספרו של מנחם מאוטנר הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו (אוניברסיטת תל אביב 2019)

מאת

אור בסוק\*

ספרו של מני מאוטנר הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו מנתח את תרומתו של בית המשפט העליון למשבר המשטרי שמדינת ישראל מצויה בו. בשנים האחרונות, רבים בשיח הציבורי בישראל הציבו את בית המשפט העליון על "דוכן הנאשמים" וטענו כי הצלחתו ביצירה ובקידום של ה"מהפכה החוקתית", כמו גם פסיקתו האקטיביסטית בתחומים אחרים, יצרו סכנות שונות לדמוקרטיה הישראלית, דוגמת חוסר יכולת למשול בצורה אפקטיבית. מאוטנר מעלה טענה שונה. לגישתו, בית המשפט העליון נכשל בפועלו ולכן נוצרה סכנה לדמוקרטיה הישראלית, ובייחוד לגרסתה הליברלית. בנוסף, מאוטנר מבקש להצביע על הנתיבים שבהם יכול היה בית המשפט לצעוד כדי להימנע מכישלון. בביקורת ספרים זו אבקש להעלות ספקות בנוגע לטענתו של מאוטנר כי לו הייתה מאומצת גישת שמגר בפסק הדין **בנק המזרחי** הייתה המהפכה החוקתית זוכה להצלחה רבה יותר; אראה שמאוטנר נסוג מתמיכתו בירידת הפורמליזם ועליית הערכים בפסיקת בית המשפט העליון; אבקש לתמוך בטענתו של מאוטנר כי קיים חסר משמעותי בפסיקת בית המשפט העליון בדיון באופייה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית"; לבסוף, אטען שמאוטנר שוגג בטענתו כי שופטי בית המשפט העליון התעלמו מסוגיית הלגיטימציה של בית המשפט העליון.

מבוא

- א. העדרת הפורמליזם השמגרי
- ב. האדמו"ר הליברלי שהכזיב
- ג. בית המשפט השמיטלזני

סיכום

---

\* מרצה למשפטים באוניברסיטת נוטינגהאם, הממלכה המאוחדת. תודתי למני מאוטנר על שקרא גרסה מוקדמת של מאמר זה והעיר את הערותיו המועילות.

## מבוא

"הדמוקרטיה בישראל מתמוטטת", "רפובליקת ויימאר זה כאן" – אלה הן הערכות המציפות את השיח הציבורי לא רק בשנים האחרונות אלא החל משנות השמונים והתשעים של המאה הקודמת.<sup>1</sup> אף על פי שפרשנים רבים חזו כבר לפני עשרות שנים שהדמוקרטיה בישראל עומדת להתמוטט,<sup>2</sup> הדמוקרטיה הישראלית הוכיחה שרידות מרשימה. במהלך שבעים ושלוש השנים מאז היווסדה היא צלחה אתגרים דוגמת מלחמות ומצב חירום ביטחוני מתמשך, שסעים פנימיים על רקע לאומי, דתי ואתני בין אזרחיה ופינוי עשרות אלפי אזרחיה מיישובים שהקימו במסגרת ניסיונותיה להסדיר את יחסיה עם שכניה.<sup>3</sup> למרות הצל הכבד שמשטר הכיבוש בשטחים מטיל על אופייה הדמוקרטי, בשטחי מדינת ישראל הצליחה הדמוקרטיה עד כה לשרוד. שרידות זו מאפשרת לפרשנים מהימין ללעוג לנביאים בשער המדברים שוב ושוב על הסכנה לדמוקרטיה.<sup>4</sup> מנחם מאוטנר נדרש להתמודד עם הקושי של קריאות ה"זאב, זאב" בספרו "הליברליזם בישראל", המבקש להזהיר פעם נוספת מפני סכנת התמוטטות הדמוקרטיה. מאוטנר גורס כי אף על פי ש"בארבעת העשורים שחלפו מאז לא התגשמו הנבואות השחורות האלה, והדמוקרטיה הליברלית של ישראל שימרה את אופייה", יש לקחת את האזהרות הנוכחיות "ברצינות".<sup>5</sup> מאוטנר מעלה טיעונים רבים לביסוס טענתו, ובנספח אף מביא חומר עובדתי רב המרכז את המקרים שבהם הוצרו בשנים

<sup>1</sup> מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל – תולדותיו, בעיותיו, עתידותיו** 283 (2019) (להלן: מאוטנר **הליברליזם בישראל**): "כבר בשנות השמונים של המאה העשרים נשמעו לא אחת, בעיתונות וגם בספרות, אמירות שלפיהן ישראל עומדת להמיר את הדמוקרטיה הליברלית שלה למשטר של 'פשיזם', 'טוטליטריות' או 'אוטוריטאריות', והציבור משתוקק לאיש חזק".

<sup>2</sup> שם.

<sup>3</sup> ראו למשל Raphael Cohen-Almagor, *The delicate framework of Israeli democracy during the 1980s: Retrospect and appraisal*, 8 ISR. AFF. 118, 130 (2001): "Israeli democracy is young and fragile, and saddled with inherent problems. It is quite reassuring to realize that during the State's first fifty years, democracy has proved resistant to the extraordinary domestic and external pressures confronting Israel".

<sup>4</sup> גדי טאוב "פשיזם? נרקיסזם?! הארץ" (10.6.2016) <https://www.haaretz.co.il/opinions> (7.1.2016) [https://mida.org.il/2016/01/07/%D7%A4%D7%A9%D7%99%D7%96%D7%9D-D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D-%D7%AA%D7%95%D7%9C%D7%93%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%9B%D7%A4%D7%A9%D7%AA-%D7%94%D7%99%D7%9E%D7%99%D7%9F](https://mida.org.il/2016/01/07/%D7%A4%D7%A9%D7%99%D7%96%D7%9D-%D7%A4%D7%A9%D7%99%D7%96%D7%9D-D7%A1%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%9D-%D7%AA%D7%95%D7%9C%D7%93%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%9B%D7%A4%D7%A9%D7%AA-%D7%94%D7%99%D7%9E%D7%99%D7%9F).

<sup>5</sup> מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 283–284.

האחרונות זכויות יסודות דמוקרטיות.<sup>6</sup> אך עיקר החידוש בספרו הוא הטענה שהסכנה לדמוקרטיה כעת היא ממשית יותר בגלל חולשתו של בית המשפט העליון. לגישתו, חולשתו של בית המשפט העליון היא תוצאה של סדרת מהלכים כושלים שברובם הותוו על ידי השופט אהרן ברק.<sup>7</sup>

בישראל של 2021, הצבתו של בית המשפט העליון על "דוכן הנאשמים" אינה מפתיעה עוד. שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן פרסם ספרים אחדים המבקשים להדגים את תרומתו השלילית של בית המשפט העליון בדור האחרון לדמוקרטיה הישראלית,<sup>8</sup> ובשנים האחרונות התרבו הכותבים המייחסים ל"שלטון המשפטים" – ובראשם בית המשפט העליון – אחריות לכשלים רבים בשיטת המשטר בישראל.<sup>9</sup> אך הביקורת של מאוטנר שונה, ומכאן החידוש בספרו. המבקרים שהציבו את בית המשפט העליון על דוכן הנאשמים גורסים שבית המשפט העליון הצליח במהלכו, ובגלל הצלחתו נוצרה סכנה למשטר הדמוקרטי בישראל.<sup>10</sup> לטענתם, הסכנה נובעת מהעדר יכולתן של הרשויות הנבחרות למשול בשל מגבלות שהטיל בית המשפט העליון, או בגלל החלטות של בית המשפט העליון הסותרות את רצון הציבור ויוצרות משטר הנשלט על ידי אוליגרכיה שיפוטית ולא על ידי נבחרי העם.<sup>11</sup> מאוטנר, לעומת זאת, גורס שבית המשפט נכשל במהלכו ולכן קיימת סכנה לדמוקרטיה הישראלית.

מאוטנר טוען כי על פני הפסיקה של בית המשפט העליון "בית המשפט צייד עצמו בכוחות מרחיקי לכת מאוד", אבל בפועל, "בעולם האמיתי, יכולת הפעולה של בית המשפט העליון" להגנת הדמוקרטיה נפגעה.<sup>12</sup> מאוטנר מזהה סכנה במהלכו של הימין הישראלי המבקשים להצר את סמכויותיו של בית המשפט העליון, אך באותה נשימה הוא גורס כי חלק מן הסכנות שהדמוקרטיה הישראלית ניצבת בפניהן קשורות למהלכו השגויים של בית המשפט העליון. זאת לא רק משום שבמידה רבה בית המשפט העליון סלל בפסיקתו את הנתבי שהוביל למצבו הנוכחי שבו הוא מוגבל ביכולתו ובכוחו להגן על הדמוקרטיה, ובכך פגע באחד המנגנונים (או "המנעולים", בלשונו הציורית של בנימין אקצין) החיוניים להגנת הדמוקרטיה כשיטת משטר, אלא גם משום שמהלכו של בית המשפט העליון החדירו לתרבות הפוליטית של המדינה "רכיבים של כוחניות וחד-צדדיות".<sup>13</sup> לפי מאוטנר, רכיבים אלו של כוחניות וחד-צדדיות שורשים בכך שבית המשפט העליון לא רק הגן על הדמוקרטיה כשיטת משטר אלא אף ביקש לקדם גרסה

<sup>6</sup> שם, בעמ' 294–312.

<sup>7</sup> שם, בעמ' 177.

<sup>8</sup> דניאל פרידמן **הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה** (2013); דניאל פרידמן **קץ התמימות: משפט ושלטון בישראל** (2019).

<sup>9</sup> ראו למשל ארז תדמור **מדוע אתה מצביע ימין ומקבל שמאל** (2017).

<sup>10</sup> ראו למשל איילת שקד "מסילות אל המשילות" **השילוח** 1, 37 (2016).

<sup>11</sup> ראו למשל שמחה רוטמן **מפלגת בג"ץ: כיצד כבשו המשפטים את השלטון בישראל** (2019).

<sup>12</sup> מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 177–178.

<sup>13</sup> שם, בעמ' 183.

מסוימת של הדמוקרטיה – הדמוקרטיה הליברלית – שמצויה במתח עם הלאומיות היהודית והדתיות היהודית.<sup>14</sup> כמו בית המשפט העליון אף מאוטנר מבקש להגן על הדמוקרטיה בגרסתה הליברלית, אם כי בגרסה "עבה" יותר של הליברליזם.<sup>15</sup> בעוד שבית המשפט העליון מבקש להתמקד בליברליזם של האוטונומיה המתמקד בהגנה מפני התערבויות חיצוניות של המדינה, מאוטנר מבקש את "הליברליזם של השגשוג" שתובע מן המדינה ליצור את תנאי הרקע הנחוצים לשגשוג דוגמת שירותי חינוך, בריאות ודירור.<sup>16</sup>

מה הם המהלכים השגויים שביצע בית המשפט העליון ושבסיכומו של דבר מעצימים את הסכנה לדמוקרטיה הליברלית בישראל? חלק מהטיעון של מאוטנר מוכר: מעורבות בג"ץ בהכשרת הכיבוש. הכפפת פעולות המדינה בשטחים לפיקוח בג"ץ יצאה מנקודת הנחה שהודות לפיקוח זה יתקיים בשטחים כיבוש נאור. בהמשך לקו הטיעון שהעלה דוד קרצ'מר,<sup>17</sup> מאוטנר גורס שלא זו בלבד שמטרה זו לא הושגה, אלא אף שהכיבוש השחית את פסיקת בג"ץ. "בלא מעט פסקי דין", כותב מאוטנר, "פגע בג"ץ, אפילו בצורה קשה, ביושרה שלו, היינו הוציא מתחת ידיו פסקי דין שהם בעייתיים מהבחינה המשפטית".<sup>18</sup> אך מאוטנר מבקש לחדש בביקורת על מהלכיו של בית המשפט העליון בייחוד בכל הנוגע למהפכה החוקתית. טיעונו של מאוטנר עשיר, ואתמקד בשלוש נקודות שבהן הוא מבקש לחדש: בחלק הראשון אדון בנתיב ההנמקה שבו בחר בית המשפט העליון במהלכו החוקתיים. אטען שבניגוד לגישתו בעבר, מאוטנר גורס שעדיף היה עבור בית המשפט העליון לנקוט הנמקה פורמליסטית במהלך החוקתי. לאחר שאעלה ספקות מספר לגבי טיעונו של מאוטנר ששינוי ברטוריקה החוקתית היה מביא לשינוי משמעותי ביחס הציבור והמערכת הפוליטית למהפכה החוקתית, אפנה בחלק השני לבחון את טיעונו לגבי בית המשפט כסוכן הליברליזם מתוך התמקדות בפרשנות לנוסחה "יהודית ודמוקרטית". בחלק זה אראה כיצד מאוטנר מבקש להתמודד עם המתח השורר בין שני רכיבי נוסחה זו ואבקר, בעקבות מאוטנר, את בית המשפט העליון על כך שהוא נמנע מלהתמודד חזיתית עם מתח זה. לבסוף, בחלק השלישי, אבחן את טענתו של מאוטנר ששופטי בית המשפט העליון לא עסקו בסוגיית הלגיטימציה של בית המשפט העליון. אטען שבניגוד לעמדתו של מאוטנר, בנושא זה התרחש אחד השינויים הדרמטיים ביותר בפסיקת בית המשפט העליון בעשרות השנים האחרונות, שינוי שיש בו כוח הסברי לרבות מהתופעות שמאוטנר מנתח בספרו.

<sup>14</sup> שם, בעמ' 209, 417.

<sup>15</sup> שם, בעמ' 384–385.

<sup>16</sup> שם, בעמ' 386–389.

<sup>17</sup> DAVID KRETZMER, THE OCCUPATION OF JUSTICE: THE SUPREME COURT OF ISRAEL AND THE OCCUPIED TERRITORIES (2002).

<sup>18</sup> מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 268.

## א. העדפת הפורמליזם השמגרי

בשנת 1993 פרסם מאוטנר את ספרו המהפכני **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי**.<sup>19</sup> מאוטנר טען שהחל משנות השמונים של המאה שעברה השתנתה דרך ההנמקה בפסקי הדין של בית המשפט העליון. לא עוד נימוקים פורמליסטיים הצמודים ללשון החוק ולהגיונו הפנימי, כפי שנהג בית המשפט העליון "הישן", אלא נימוקים המחפשים את הערכים המסתתרים מאחורי לשון החוק.<sup>20</sup> מאוטנר לא רק תיאר את השינוי; הוא היה תומך נלהב שלו ואת הספר הקדיש לילדיו "בתקוה שיגדלו במדינה בה יצליח מפעלו של בית המשפט".<sup>21</sup> ספרו של מאוטנר היה דגל שמאחוריו התקבצו התומכים לגישה ה"ערכית" של בית המשפט העליון החדש.<sup>22</sup> כפי שאראה להלן, בספרו החדש מאוטנר מביע עמדה הסוטה מהעמדה האוהדת שהביע בשנת 1993. מאוטנר מביע עמדה שונה זו שעה הוא מנתח את הפרשנות שהעניק בית המשפט העליון לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולחוק יסוד: חופש העיסוק בשנת 1992. על מנת להבין עמדה זו נדרשות מילות רקע אחדות.

בשנת 1992, בשלהי ממשלת שמיר וללא תשומת לב ציבורית מיוחדת, חוקקה הכנסת את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק.<sup>23</sup> שני חוקי יסוד אלו נוספו לתשעה חוקי יסוד קודמים שעסקו ברובם במבנה המוסדי של השלטון. לא הייתה זו גזרת גורל ששני חוקי יסוד אלו יובילו לשינוי רדיקלי במשפט החוקתי הישראלי, אך בית המשפט העליון בחר לראות בהם נקודת תפנית. מאוטנר מניח כי לבית המשפט העליון אכן לא הייתה ברירה אלא לראות בחוקי יסוד אלו שינוי משמעותי, אלא שהוא מעדיף את נתיב ההנמקה לשינוי של נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר על פני זה שבחר מחליפו, אהרן ברק.<sup>24</sup>

הוויכוח בין שני נשיאי בית המשפט העליון התנהל בפסק דין **בנק המזרחי**<sup>25</sup> שניתן בשנת 1995, ימים ספורים לאחר רצח רבין. בפסק הדין הופיעו שני נשיאים מאחר ששמגר, שפרש זה מכבר, היה נתון בסד שלושת החודשים הניתנים לכל שופט לאחר פרישתו להשלים כתיבת פסקי דין. בפסק הדין קבע בית המשפט העליון שיש בידו

<sup>19</sup> מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (1993).

<sup>20</sup> שם.

<sup>21</sup> שם, בעמ' 3. ראה גם בעמ' 167.

<sup>22</sup> לתיאור הדומיננטיות שזכתה לו התזה של מאוטנר ולביקורת עליה ראו Joshua Segev, *The Changing Role of the Israeli Supreme Court and the Question of Legitimacy*, 20 TEMP. INT'L & COMP. L. J. 1 (2006).

<sup>23</sup> יהודית קרפ "חוקי-יסוד כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 326, 323 (1993).

<sup>24</sup> מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 118, 183–185.

<sup>25</sup> ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח'**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

סמכות לפסול חקיקה של הכנסת על בסיס זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד של 1992. שני הנשיאים הכירו בסמכות פסילת החקיקה, אלא שברק "נקט במהלך מרחיק לכת ומעורר מחלוקת שבו טען שבחקיקתם של שני חוקי היסוד נתנה הכנסת למדינה חוקה".<sup>26</sup> שמגר, לעומתו, הסתפק בכך שלחוקי היסוד תהיה עליונות נורמטיבית המאפשרת פסילת חקיקה, אך הם לא יהיו את חוקת המדינה.<sup>27</sup>

מאוטנר מבקר את בחירתו של ברק לייחס לחקיקת חוקי היסוד של שנת 1992 משמעויות מהפכניות ולראות במכלול של חוקי היסוד את חוקתה של מדינת ישראל.<sup>28</sup> הוא מעדיף את דרכו של שמגר שביקש לראות בחוקי היסוד של 1992 שינוי אך לא מהפכה, וודאי שלא ראה בחוקי היסוד את חוקת המדינה. לדעת מאוטנר, גישתו של שמגר נשענת "על חשיבה משפטית קונבנציונלית, ולכן גם כזו שאינה מסוגלת לעורר מחלוקת".<sup>29</sup> השימוש שמאוטנר עושה במונח "חשיבה משפטית קונבנציונלית" לתיאור עמדת שמגר דומה עד מאוד לשימוש שעשה בעבר במונח "פורמליזם" לתיאור בית המשפט העליון ה"ישן".<sup>30</sup> אף על פי שמאוטנר אינו משתמש במונח "פורמליזם" ולכן נמנע מהצהרה שברצונו לזנוח נימוקים מבוססי ערכים בהנמקת בית המשפט ולשוב לפורמליזם, הוא תומך עתה בדמות צנועה יותר של בית המשפט העליון הדבק יותר במומחיות משפטית צרה ומפליג פחות למחוזות שבהם ידיעותיהם של השופטים מוגבלות. מאוטנר מסביר ש"אילו הייתה מאומצת גישה קונבנציונלית זו, בית המשפט היה יכול לעשות את אותם דברים עצמם... אבל במקרה כזה בית המשפט היה מציג עצמו לא כיוצרה העצמאי של החוקה הישראלית אלא כמשרתה של הכנסת...".<sup>31</sup>

נדמה שבנקודה זו מאוטנר מייחס חשיבות רבה מדי לדרך ההנמקה בפסקי הדין, וחשיבות פחותה מדי לעצם הסמכות שנטל בית המשפט העליון לפסילת חקיקה מכוח חוקי היסוד של 1992. מאוטנר גורס שבפסקי הדין לאחר **בנק המזרחי** דחה בית המשפט העליון את הנתיב ה"מהפכני" הברקי ואימץ את הנתיב השמגרי, אלא שלמרות דרך פעולה זו, בשיח הציבורי זוהה המהלך החוקתי של בית המשפט העליון עם המהפכה החוקתית מבית מדרשו של ברק.<sup>32</sup> טיעון אחרון זה מצוי במתח עם התזה

<sup>26</sup> מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 120–123.

<sup>27</sup> שם, בעמ' 119.

<sup>28</sup> שם, בעמ' 167–168.

<sup>29</sup> שם, בעמ' 119.

<sup>30</sup> השוו למנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 150, 156–157 (2008).

<sup>31</sup> מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 151.

<sup>32</sup> שם, בעמ' 118: "מהבחינה הדוקטרינלית, בשנים שלאחר פסק דין **בנק המזרחי** אימץ בית המשפט העליון את עמדתו של שמגר ודחה את עמדתו של ברק, היינו בית המשפט הציג עצמו כפועל במסגרת המדרג הנורמטיבי של המשפט הישראלי, ונמנע בעקביות מלטעון שהוא מפעיל חוקה הקיימת כביכול במשפט הישראלי, ונמנע בעקביות מלטעון שהוא מפעיל חוקה הקיימת כביכול במשפט הישראלי. אטען שמעמדו של בית המשפט

הכללית שהציג, שהרי אף על פי שבית המשפט העליון אימץ את דרך ההנמקה השמגרית, כפי שהמליץ מאוטנר, לא זכה המוסד ביתרונות של דרך הפעולה השמגרית שעליהם הציב מאוטנר. נדמה שמאוטנר מודע לקושי זה, ולכן התרחיש החלופי שהוא מבקש לצייר הוא תרחיש שבו עמדתו המהפכנית של ברק לא הייתה באה כלל לעולם וכך נזקיה של עמדה זו, שלפי מאוטנר לא אומצה כלל על ידי בית המשפט העליון, לא היו מתרחשים.<sup>33</sup>

מאוטנר בורר את מילותיו בקפידה כאשר הוא כותב שלו היה בית המשפט העליון מאמץ את גישת שמגר היה בית המשפט "מציג עצמו... כמשרתה של הכנסת".<sup>34</sup> אכן, בית המשפט שולט בדרך שבה הוא מציג את עצמו, אך אין זה ברור כלל שדרך הצגה זו הייתה מאומצת על ידי כלי התקשורת המתווכים בין בית המשפט העליון לציבור או על ידי נציגי הציבור הנבחרים.<sup>35</sup> יתרה מכך, אף אם היה בית המשפט בוחר נתיב הנמקה "צנוע" יותר בפסק הדין **בנק המזרחי**, בסופו של דבר הייתה הסמכות לפסילת חקיקה ראשית מובילה לעימות עם הרשויות הנבחרות בתיקים קונקרטיים. אומנם במקרים הראשונים שבהם השתמש בית המשפט העליון בסמכות הביקורת השיפוטית על חקיקה מכוח חוקי היסוד של 1992, הסעיפים שנפסלו עסקו בסוגיות שאינן מעוררות מחלוקת ציבורית.<sup>36</sup> אך מרגע שהייתה חקיקה בסוגיות דוגמת גיוס בני ישיבות מגיעה לדיון בבית המשפט העליון,<sup>37</sup> עצם לקיחת הסמכות לבטל את דעתם של המחוקקים הייתה מביאה לביקורת חריפה על בית המשפט העליון, גם אם ההנמקה המסבירה את אימוץ הסמכות לביקורת שיפוטית הייתה "צנועה". פסק הדין **רובינשטיין** משנת 1997 בעניין גיוס בני ישיבות, שבו לא בוטלה חקיקה של הכנסת, הוא דוגמה טובה לפסק דין של בית המשפט העליון שנומק על בסיס מנהלי-פורמליסטי (עקרון ההסדרים

---

העליון ומעמדו של הליברליזם בישראל היה טוב יותר אילו היה הפרויקט החוקתי של בית המשפט מזוהה עם עמדתו הקונבנציונלית של שמגר".

<sup>33</sup> שם, בעמ' 183.

<sup>34</sup> שם, בעמ' 151. ראו גם שם בעמ' 184–185: "בית המשפט היה מציג עצמו כסוכן של הכנסת, שאך 'מציית' לציווי שלה, שאותו ביטאה בשני חוקי היסוד...".

<sup>35</sup> על סיקור ה"מהפכה החוקתית" בערוץ הראשון בטלוויזיה ראו Or Bassok, *The Israeli Supreme Court's Mythical Image-A Death of a Thousand Sound Bites*, 23 MICH. ST. INT'L L. REV. 39, 70–78 (2014).

<sup>36</sup> בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי השקעות בישראל ואח' נ' שד האוצר ואח'**, פ"ד נא(4) 367 (1997) (פסילת סעיף חקיקה בנוגע לרישוי מנהלי השקעות); בג"ץ 6055/95 **צמח נ' שר הביטחון**, פ"ד נג(5) 241 (1999) (פסילת סעיף חקיקה לגבי משך המעצר הראשוני של חיילי צה"ל).

<sup>37</sup> ראו למשל בג"ץ 1877/14 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (נבו 12.9.2017) (ביטול סעיפי חקיקה המסדירים את הגיוס של בני ישיבות לצה"ל והפטור משירות זה).

הראשונים) ולא על בסיס חוקתי-ערכי מרחיק לכת (אפליית הציבור החילוני).<sup>38</sup> למרות זאת, מכיוון שדובר בסוגיה שמערערת על סדרי יסוד בחברה החרדית זכה בית המשפט העליון לביקורת חריפה ממנהיגי הציבור החרדי.<sup>39</sup> מאוטנר אף אינו יורד לעומקו של אחד הנימוקים החזקים של ברק לצורך בהכרזה על קיומה של מהפכה חוקתית: הצורך ברכישת לגיטימציה ציבורית.<sup>40</sup> על סמך העיסוק החוזר ונשנה של ברק עם לקחי רפובליקת ויימאר והשוואה והחדרת המושג "שומר החוקה", הלקוח מהשיח החוקתי הגרמני, נראה שברק האמין שאם תגבש הכרה ציבורית בקיומה של חוקה ובתפקידו של בית המשפט כ"שומר החוקה" תהא הדמוקרטיה הישראלית מוגנת טוב יותר מכפי שהייתה במצב ששורר טרם המהפכה החוקתית.<sup>41</sup> לגישת ברק, אלמלא ההכרזה על מהפכה חוקתית לא היו חוקי היסוד זוכים לכל בולטות ציבורית והיו נותרים נעדרי כל חשיבות בשיח הציבורי בישראל, כפי שהיו תשעת חוקי היסוד שנחקקו לפני שנת 1992. במצב עניינים מעין זה לא היה בית המשפט יכול להשתמש בהם בעת משבר ככלי הנהנה מלגיטימציה ציבורית להגנת היבטים מוסדיים – דוגמת הפרדת רשויות או עצמאות הרשות השופטת – של הדמוקרטיה הישראלית.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481 (1998) (מאחר שגיוס בחורי ישיבות הוא סוגיה עקרונית על הכנסת להסדירה בהסדר ראשוני [חקיקה], ולכן חרג שר הביטחון מסמכותו כאשר העניק פטור גורף מגיוס לבחורי הישיבות). ראו גם שי דותן "מוניטין ואסטרטגיה בבית המשפט העליון על סף המאה העשרים ואחת" **משפטים ועסקים** כג 1, 16 (2019) (מדגים באמצעות פס"ד רובינשטיין "שבית המשפט נוטה לתמוך פסקי דין תובעניים בהנמקה שאינה חושפת את שיקול דעתו, כדי להגדיל את סיכויי הציות להם").

<sup>39</sup> ראו לדוגמה מנחם רהט "ח"כ דוד טל מש"ס: בית המשפט העליון הוא סניף של מרצ" **מעריב** 14.12.98.

<sup>40</sup> ראו מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 141–142 (מצטט את ברק בדבר הצורך בתשומת לב ציבורית לשינוי החוקתי של 1992 אך מבלי לרדת לעומקו של קו המחשבה הברקי).

<sup>41</sup> ראו אור בסוק "עשור למהפכה החוקתית – בחינת התהליך החוקתי דרך פריומה היסטרורית-השוואתית" **משפט וממשל** ו 451 (2003) (להלן: בסוק **עשור למהפכה**); Or Bassok, *The Schmitz Court: The Question of Legitimacy*, 21 GERMAN L. J. 131, 150–155 (2020) (להלן: בסוק "בית המשפט השמיטלזוני").

<sup>42</sup> ראו הסברו של ברק בריאיון בשנת 1996: "אשר לשימוש במילה מהפכה חוקתית. האם הוא מוצלח? אינני יודע... למה קראתי לזה מהפכה חוקתית מלכתחילה? משום שבמרץ 1994 (צ"ל מרץ 1992; הערה שלנו, המחברים) יוצאים שני חוקי יסוד בדממה מוחלטת. מרץ חולף, אפריל מאי וכלום, שום דבר... ואז בהרצאה קצרה שנתתי, דיברתי על מהפכה חוקתית. המטרה היתה להסב תשומת לב, להצהיר שקרה משהו. אני חושב שהוא שירת את תפקידו, היום כולם מסכימים שמהו קרה... חוקי היסוד נכנסו לתודעה הלאומית



מאוטנר מזהיר מפני קבלת השראה רק מהניסיון החוקתי האמריקני בין היתר מאחר שישראל, בניגוד לארצות הברית, לא נוצרה "באמצעות מעשה משפטי מכונן".<sup>43</sup> אך בה בעת, מאוטנר מתעלם מהניסיון החוקתי הגרמני שהוא הדוגמה המרכזית בשיח החוקתי לנתיב החלופי לנתיב האמריקני. בדומה לישראל, אף גרמניה שלאחר מלחמת העולם השנייה לא כוננה כאומה על בסיס חוקתה. זאת ועוד, הניסיון הגרמני מלמד על חוקה שבמידה רבה נדחפה על ידי האליטות ורק ברבות השנים זכתה לגיטימציה ציבורית.<sup>44</sup> חוק היסוד המערב גרמני אומץ בשנת 1949 תוך מעורבות רבה של הכובש האמריקני, ובהעדר מעורבות ציבורית של העם הנכבש הגרמני.<sup>45</sup> חוק היסוד הגרמני זכה לשם זה, ולא לשם "חוקה", מאחר שנתפס כהסדר חוקתי זמני שיוחלף בחוקה מלאה עם איחוד שתי הגרמניות. בכל זאת, בשעה שאוחדו שתי הגרמניות בשנת 1989 העדיף העם הגרמני להמשיך לראות את חוק היסוד כחוקת המדינה ולא לאמץ חוקה חדשה כפי שנדרש לפי סעיף 146 לחוק היסוד (בנוסחו אז) שדן בסוגיית איחוד המדינה.<sup>46</sup> וכך, החוקה הגרמנית, שאומצה בתהליך שלקה מבחינת התמיכה הציבורית שזכתה לו, קנתה לגיטימציה בתהליך אבולוציוני ונחשבת כיום כיסוד בלתי ניתן לערעור של הרפובליקה הגרמנית. בית המשפט החוקתי הגרמני מילא תפקיד מכריע בדחיפת חוק היסוד למעמדו הנוכחי.<sup>47</sup> הניסיון הגרמני מלמד כי ניסיונו של ברק להקנות למהלך החוקתי הפגום לגיטימציה בהובלת בית המשפט לא היה מופרך ונעדר תקדימים היסטוריים.<sup>48</sup>

בסופו של דבר, קשה לדעת כיצד הייתה נראית הדמוקרטיה הישראלית לו היה ברק נמנע מלהעלות את תזת המהפכה החוקתית ופסק דין **בנק המזרחי** היה מצטמצם לטיעון המשפטי השמגרי הצנוע-קונבנציונלי. כיום, שופטי בית המשפט העליון אינם מקפידים עוד על ההבחנה בין גישת שמגר לגישת ברק. כך, אך לאחרונה פתח השופט עמית את פסק דינו בעניין **חוק יסוד הלאום** באמצעו את גישת שמגר שלפיה "למדינת ישראל אין

כנורמות חוקתיות על-חוקתיות וזה בעצם כל מה שהמושג מהפכה נועד להשיג". ויקטור הרצברג, פנחס מרינסקי ויראון פסטינגר "דיברתי על מהפכה חוקתית כדי להסב תשומת לב" **עורך הדין** 11, 18 (1996).

<sup>43</sup> מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 380–383.

<sup>44</sup> בסוק **עשור למהפכה**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 482–485.

<sup>45</sup> שם, בעמ' 483–482; JAN-WERNER MULLER, CONSTITUTIONAL PATRIOTISM 21 (2009).

<sup>46</sup> Dieter Grimm, *Constitutional Reform in Germany after the Revolution of 1989*, in CONSTITUTIONAL POLICY AND CHANGE IN EUROPE 129 (Joachim Jens Hesse & Nevil Johnson eds., 1995); Gilbert H. Gornig & Sven Reckewerth, *The Revision of the German Basic Law. Current Perspectives and Problems in German Constitutional Law*, PUB. L. 137 (1997).

<sup>47</sup> JUSTIN COLLINGS, DEMOCRACY'S GUARDIANS: A HISTORY OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT, 1951–2001 (2015).

<sup>48</sup> בסוק **עשור למהפכה**, לעיל ה"ש 41, בעמ' 489–493.

חוקה מלאה, במקום חוקה יש לנו חוקי יסוד שהם הפרקים של החוקה שבדרך...<sup>49</sup>. אך בהמשך פסק הדין הוא כותב על התיקונים לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, שנחקקו בשנת 1994 "לאחר שהרעיון של מהפכה חוקתית כבר נפוץ ברבים..."<sup>50</sup>, תוך אימוץ הרטוריקה הברקית של מהפכה. בדומה לכך, השופט סולברג מצטט את ברק ותזת המדרג הנורמטיבי שהציע, תזה שנשענה על תאוריית המהפכה החוקתית, ומיד מחזק דברים אלו בציינו ש"דברים דומים כתב לאחרונה פרופ' מאוטנר", ואז מביא מובאה מספרו שבה נדונה התזה של שמגר.<sup>51</sup>

קשה גם לחרוץ – כפי שמאוטנר עושה באנלוגיה מרחיקת לכת בין המהלך החוקתי לבין שני קרבות מפורסמים<sup>52</sup> – שמראש היה הנתיב הברקי נדון לכישלון. הבחנה בין שלושת מרכיבי המהפכה החוקתית – החסרה בספרו של מאוטנר כמו גם במרבית הדיון החוקתי – מאפשרת לחדד את הפוטנציאל המוחמץ של רטוריקת המהפכה הברקית. ברק החל במהפכה החוקתית כמהפכת זכויות אדם המקנה לזכויות אדם ערך על-חוקי ומעניקה לבתי המשפט סמכות ביקורת שיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות אדם;<sup>53</sup> מאוחר יותר אימץ ברק את הרעיון שחוקי היסוד בכללם ישמשו כמנועל המופקד בידי בית המשפט כ"שומר החוקה" למניעת התמוטטות הדמוקרטיה כשיטת משטר;<sup>54</sup> לבסוף אומץ הרכיב השלישי של זהות המדינה כיהודית ודמוקרטית כחלק מהמהפכה החוקתית. ראוי לזכור כי בשלבים מוקדמים ראה ברק את המהפכה כולה כנשענת על זכויות האדם בכלל ועל ההגנה על כבוד האדם וחירותו בפרט, שעה "שהעיון של ערכי המדינה קשור להגנה זו ונגזר ממנה".<sup>55</sup> ברוח זו כתב ברק כי "יש מידה רבה של עוצמה בטיעון כי ההגנה על כבוד האדם וחירותו היא המטרה המרכזית והעיקרית, ואילו העיון של ערכי המדינה הוא מניע או תוצר לוואי".<sup>56</sup>

ברק זיהה את הפוטנציאל הטמון בחוקי היסוד להגנה על זכויות אדם ועל המבנה המשטרי של המדינה, אך לא זיהה, לפחות לא בשנים הראשונות של המהפכה החוקתית, את הכוח הטמון בצירוף "יהודית ודמוקרטית". נוסחה זו לא קיבלה חלק בולט בכתיבתו של ברק על המהפכה החוקתית. ברק כתב ספרים עבי כרס על מאפיינייה

<sup>49</sup> בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס' 2 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 8.7.2021).

<sup>50</sup> שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט עמית.

<sup>51</sup> שם, פס' 7 לפסק דינו של השופט סולברג.

<sup>52</sup> מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 161–169.

<sup>53</sup> אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992).

<sup>54</sup> אהרן ברק "החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד" מבחר כתבים כרך א 355, 367–368 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000): "לא רק זכויות האדם מוגנות ברמה חוקתית-על-חוקית... הפוליטיקה הישראלית הפכה לפוליטיקה חוקתית"; בג"ץ 5364/94 ולגר נ' "המעריך" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 785–786 (1995); ראו גם אריאל בנדור, ארבע מהפיכות חוקתיות? משפט וממשל ו 305 (2003).

<sup>55</sup> אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית 327 (להלן: ברק פרשנות

במשפט) (1994).

<sup>56</sup> שם, בעמ' 324.

של הפרשנות החוקתית,<sup>57</sup> על הזכויות המנויות בחוקי היסוד,<sup>58</sup> על המנגנונים לאיזון בין הזכויות לבין האינטרס הציבורי<sup>59</sup> וכן על תפקידו של בית המשפט העליון כשומר החוקה.<sup>60</sup> כתיבתו על הנוסחה "יהודית ודמוקרטית" דלה, ומבקשת להימנע מהעימות בין הערכים על בסיס העלאת רמת ההפשטה של המושג "יהודית".<sup>61</sup>

ייתכן שתוצאות המהפכה החוקתית היו שונות לו הייתה הביקורת השיפוטית על חקיקה מתרכזת בהגנה על הוראות חוקתיות מוסדיות והדגש שניתן לביקורת שיפוטית על חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד היה קטן יותר,<sup>62</sup> ורכיב זהות המדינה היה מוגדר כנושא בלתי שפיט. רעיון המהפכה החוקתית, שלפיו לישראל יש חוקה לאחר שנחקק בנוסף לפרקים המוסדיים גם פרק זכויות האדם, היה ודאי גורר ביקורת. אך הניסיון שנרכש מאז פסק הדין בעניין ברגמן<sup>63</sup> מלמד שיתכן שבדרך זו היה בית המשפט העליון יכול לדבוק, כפי שביקש מאוטנר, בצורת הנמקה פורמליסטית יותר בפסקי הדין הבוחנים חקיקה של הכנסת.

בראש הפרק הבא אפנה לבחינת גישתו של מאוטנר כלפי הרכיב השנוי ביותר במחלוקת במהפכה החוקתית – רכיב זהות המדינה.

57 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 55.

58 אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה (2014).

59 אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010).

60 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004) (להלן: ברק שופט בחברה).

61 ראו לדוגמה אהרן ברק "מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט כד (1) 9 (2000).

62 לשני נתיבי הביקורת השיפוטית על חקיקה ראו למשל בג"ץ 10042/16 קוונטינסקי נ' כנסת ישראל, פס' 8 לפסק הדין של השופט מזוז (נבו 6.8.2017).

63 בג"ץ 98/68 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג (1) 693 (1969).

## ב. האדמו"ר הליברלי שהכזיב

רכיב זהות המדינה – קרי הגדרתה של מדינת ישראל כ"יהודית ודמוקרטית" כמוגדר בחוקי היסוד של 1992<sup>64</sup> – הפך לחלק המשפיע והמוכר ביותר של חוקי היסוד בשיח הציבורי בישראל.<sup>65</sup> רק לאחר חקיקת חוקי היסוד זכה הצירוף "יהודית ודמוקרטית" לבלוטת ציבורית, וכיום הוא נישא בפי כול כמבטא את אופייה של המדינה.<sup>66</sup> מאוטנר מזהה את חשיבות ההתנגשות בין רכיבי זהות המדינה, וחלק ניכר מספרו מוקדש להתנגשות זו.

מאוטנר רואה את החוקה "כמכשיר הליברלי שאין למעלה הימנו", ולכן הוא קורא את המהפכה החוקתית שיזם ברק כניסיון "לקבע את הזיקה של המשפט הישראלי לתאוריה הפוליטית ולמסורת של הליברליזם".<sup>67</sup> לדעתו, חקיקת חוק יסוד – ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק יסוד הלאום) בשנת 2018 שורשה בתגובת נגד למהלך של ברק.<sup>68</sup> אך לדעת מאוטנר, תגובת הנגד הזו לא הסתפקה באיזון מחודש וראוי בין "יהודית ודמוקרטית". מדובר בתגובת יתר וניסיון "לרשת" את מקומה של הכרזת העצמאות כמבטא עדכני של החזון האומי היהודי.<sup>69</sup> לדעת מאוטנר, מחוקקי חוק יסוד הלאום ביקשו לעגן בחוקי היסוד אידאולוגיה שלפיה רכיב ה"יהודית" מתועדף על פני רכיב הדמוקרטיה הליברלית בנוסחה "יהודית ודמוקרטית".<sup>70</sup> אך מדוע קיימת בכלל התנגשות בין ליברליזם לבין אופייה של המדינה כמדינה "יהודית"? כפי שמאוטנר מציין, המושג "ליברליזם" כולל בחובו משמעויות כה רבות עד שבוויכוחים רבים לא ברור כלל מהו המובן של המונח המתנגש עם רעיון מדינת

<sup>64</sup> ס' 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

<sup>65</sup> אור בסוק ומנחם מאוטנר "חוק הלאום אינו עניין לבג"ץ" **הארץ** 14.12.2020: "הגישה שלפיה בית המשפט הוא שיכריע בדבר זהותה התרבותית של המדינה, היא המשך ישיר של שני חוקי היסוד של 1992, שבהם נהפכה הנוסחה 'מדינה יהודית ודמוקרטית' להגדרה המוכרת ביותר של זהות המדינה. לא כך היו הדברים לפני שנה זו".

<sup>66</sup> רן ברץ "לא יהודית ולא דמוקרטית" **מידה** (7.7.2015) <https://mida.org.il/2015/07/07/%D7%9C%D7%90-%D7%99%D7%94%D7%95%D7%93%D7%99%D7%AA-%D7%95%D7%9C%D7%90-%D7%93%D7%9E%D7%95%D7%A7%D7%A8%D7%98%D7%99%D7%AA/> (משווה בין ספרי לימוד ללימוד מקצוע ה"אזרחות" שנכתבו טרם המהפכה החוקתית ולאחריה, ומראה שהנוסחה "יהודית ודמוקרטית" הפכה "למרכזית ונופחה למימדים שאפילו היא לא חשבה שיש לה").

<sup>67</sup> מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 157.

<sup>68</sup> שם.

<sup>69</sup> שם, בעמ' 146.

<sup>70</sup> שם, בעמ' 157.

הלאום של העם היהודי.<sup>71</sup> אך כאשר מדברים על התנגשות בין רעיון "המדינה היהודית" לבין רעיון "המדינה הדמוקרטית-ליברלית" מכוונים לרעיון שלפיו הדמוקרטיה הליברלית הינה ניטרלית בשאלת מהות החיים הטובים,<sup>72</sup> ואילו המדינה היהודית נוקטת עמדה שאינה ניטרלית בשאלה זו, כפי שכותב מאוטנר: "הליברליזם אינו מסוגל להציע מערכת של משמעות גדולה. הוא משאיר את שאלת החיים הטובים לבני האדם, כל אחד באופן אישי לעצמו".<sup>73</sup> תפיסה זו מתנגשת חזיתית עם התפיסה כי המדינה היהודית מחויבת לקידום משמעות או זהות יהודית. להתנגשות זו משמעויות מעשיות רבות בשאלות דוגמת מעמד השפה העברית, יישובים ליהודים בלבד וסמלי המדינה. אף על פי ששאלות מעין אלו הגיעו תדיר לבית המשפט העליון מאז שהוספה הנוסחה "היהודית ודמוקרטית" בחוקי היסוד של 1992,<sup>74</sup> מלבד פסק דין קעדאן,<sup>75</sup> מאוטנר אינו מצביע על דיון משמעותי בפסיקה בית המשפט העליון בהתנגשות בין רכיבי הנוסחה.<sup>76</sup> חסר זה בפסיקה הוא משמעותי מאחר שכפי שמאוטנר מציין "למן קום המדינה, הטקסטים העיקריים המזינים את הליברליזם הישראלי הם פסקי הדין של בית המשפט העליון",<sup>77</sup> ובהמשך מאוטנר מחדד כי בית המשפט העליון "הוא הסוכן בה"א הידעיה להחדרת ערכים ליברליים לתרבות הפוליטית של המדינה".<sup>78</sup> על פני הדברים, פסק הדין הדין בחוקתיות חוק יסוד הלאום אמור היה להתרכז בהתנגשות שבין אופייה הליברלי של המדינה לאופייה היהודי, מאחר שטענתם המרכזית של העותרים הייתה כי חוק יסוד הלאום שולל את זהותה של מדינת ישראל כדמוקרטיה המחויבת לעקרון השוויון הליברלי.<sup>79</sup> אך שופטי בית המשפט העליון – לבד משופט המיעוט ג'ורג' קרא – מצאו לכל היותר מתח בין שני רכיבי זהותה של המדינה שניתן להפיגו באמצעות "פרשנות מקיימת".<sup>80</sup> כך, לגישת הנשיאה חיות, מאפייני זהותה של מדינת ישראל "משלימים ומזינים זה את זה",<sup>81</sup> ואם קיים מתח בין

71 שם, בעמ' 379.

72 ראו למשל (1990) 339 POL. THEORY 18(3) *Political liberalism*, Charles Larmore.

73 מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 219.

74 ראו למשל בג"ץ 4112/99 **עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו**, נו(5) 393 (2002).

75 בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד (1) 258 (2000).

76 מאוטנר **הליברליזם בישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 333–357.

77 שם, בעמ' 94.

78 שם, בעמ' 416.

79 עניין **חסון**, לעיל ה"ש 49, בפס' 7 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

80 שם, בפס' 10, 34 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

81 שם, בפס' 39 לפסק הדין של הנשיאה חיות: "לבסוף, והוא עיקר, התפישה הרווחת בשיטתנו המשפטית היא כי עמודי התווך של החוקה המתגבשת – הרכיב היהודי והרכיב הדמוקרטי בזהותה של המדינה – דרים בכפיפה אחת, זה לצד זה, מבלי שהאחד מבטל את השני או גובר עליו. אף שעשוי להתעורר מתח בין היותה של ישראל מדינת לאום יהודית ובין היותה מדינה דמוקרטית, מקובל לראות במאפייני זהות אלה כמשלימים ומזינים זה את זה".

שני "עמודי התווך הללו – העמוד היהודי והעמוד הדמוקרטי"<sup>82</sup> – פתרוננו הוא במישור ה"תת-חוקתי"<sup>83</sup>. בכל מקרה, לגישתה, חוק הלאום לא שינה דבר באשר למתח האפשרי בין שני רכיבי נוסחת זהות המדינה.<sup>84</sup> לגישה זו שלפיה הלכה למעשה חוק יסוד הלאום לא יצר שינוי משפטי משמעותי הצטרפו המשנה לנשיאה (בדימוס) מלצר<sup>85</sup> והשופטים עמית,<sup>86</sup> פוגלמן,<sup>87</sup> סולברג,<sup>88</sup> הנדל,<sup>89</sup> ברוין<sup>90</sup> וברק-ארו.<sup>91</sup>

לעומתם, השופט מינץ רואה את חוק יסוד הלאום כמבשרו של שינוי. לגישתו, חוק יסוד הלאום מילא חסר באפיונה של המדינה כיהודית.<sup>92</sup> מינץ כותב כי "עם חקיקתו של חוק היסוד אין עוד מקום לגישה המוצאת את ערכיה היהודיים של המדינה רק היכן שהם מתיישבים עם הערכים הדמוקרטיים, כאילו צוינו לתפארת המליצה בלבד".<sup>93</sup> אך גם לגישת השופט מינץ, בשלב זה, המקרים שבהם תתגלנה סתירות בין רכיבי נוסחת זהות המדינה הינם תאורטיים בלבד.<sup>94</sup>

ספרו של מאוטנר אינו מציע פתרון מהפכני בסוגיית זהותה של המדינה, אבל בניגוד לפסיקת בית המשפט העליון הוא לפחות מכיר בהתנגשות בין "יהודית" לבין "דמוקרטית" במלוא עוזה כאשר הוא מציין ש"הניתוח שלי מצביע על כך שהליברליזם הישראלי אינו מסוגל להכיל את הלאומיות היהודית ואת הדתיות היהודית".<sup>95</sup> אל מול העימות שיצר חוק יסוד הלאום בין מרכיבי הנוסחה "יהודית ודמוקרטית" מאוטנר מבקש למצוא הרמוניה. נקודת המוצא שלו היא קבלה "כעובדה את קיומה של ישראל כמדינת הלאום של העם היהודי".<sup>96</sup> לכן אין הוא עוסק בשאלת ההצדקה לקיומן של מדינות לאום אלא רק בהתנגשות בין הדמוקרטיה הליברלית לבין זהותה של מדינת ישראל כמדינת לאום. מאוטנר פוסל על הסף רעיונות דוגמת "כור היתוך" שיוביל ליצירת זהות לאומית אחת. הוא כותב ש"בתנאים הנוכחיים, עם גבור ההכרה ברב-

<sup>82</sup> שם, בפס' 18 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>83</sup> שם, בפס' 48 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>84</sup> שם, בפס' 48, 56 לפסק הדין של הנשיאה חיות.

<sup>85</sup> שם, בפס' 21 לפסק הדין של השופט מלצר ("חוק היסוד, כפי שהדגישה חברתי, איננו בא אחדש...").

<sup>86</sup> שם, בפס' 1, 5 לפסק הדין של השופט עמית.

<sup>87</sup> שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופט פוגלמן.

<sup>88</sup> שם, בפס' 39, 42 לפסק הדין של השופט סולברג ("מה שהיה הוא שיהיה: האיזון נשמר"). אך ראה פסקה 19.

<sup>89</sup> שם, בפס' 5–8 לפסק הדין של השופט הנדל.

<sup>90</sup> שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת ברוין.

<sup>91</sup> שם, בפס' 22, 32 לפסק הדין של השופטת ברק-ארו.

<sup>92</sup> שם, בפס' 8–9 לפסק הדין של השופט מינץ.

<sup>93</sup> שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט מינץ.

<sup>94</sup> שם, בפס' 16 לפסק הדין של השופט מינץ.

<sup>95</sup> מאוטנר הליברליזם בישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 417.

<sup>96</sup> שם, בעמ' 419.

תרבותיות של ישראל, וזאת הן כשמדובר בקבוצה היהודית והן לנוכח העובדה שמהבחינה הדמוגרפית ישראל היא מדינה דו-לאומית, קשה לראות כיצד ניתן יהיה לחזור לאידיאל ההאחדה שעמד במרכז השלב הקודם של הציונות".<sup>97</sup> הפתרון שמאוטנר מציע הוא שילוב של רב-תרבותיות ברמה ההצהרתית-סמלית וכן שיח בין הצדדים, "וניסוח מחודש הן של הליברליזם והן של הלאומיות היהודית והדתיות היהודית".<sup>98</sup> מאוטנר מציע לפרש את חוק יסוד הלאום בצורה הרמונית כך שבצירוף "יהודית ודמוקרטית" "מכאן ואילך הלאומיות היהודית והדתיות היהודית תהיינה בעלות מעמד שווה לזה של הערכים הדמוקרטיים-ליברליים בהמשך הפיתוח של המשפט".<sup>99</sup> ברמה המעשית, כלומר בנוגע לסכסוכים המגיעים לבתי משפט, מאוטנר מציע פתרונות פרגמטיים דוגמת ביזור ההכרעות וכן פתרון מחלוקות בתיקים נקודתיים דרך המשפט המנהלי, ולא דרך פסיקות ערכיות-סימבוליות של המשפט החוקתי.<sup>100</sup> במישור החוק-משפטי, מאוטנר מציע מתכון "לפעולה שליברלים ישראלים צריכים לנקוט כדי ליצור לאומיות יהודית מעורכנת", וזאת במקום לנטוש את הלאומיות ולאמץ עמדה קוסמופוליטית.<sup>101</sup> הפתרון שהוא מצביע עליו כולל את סיום הכיבוש ועדכון הלאומיות הישראלית יחד עם אימוץ ליברליזם "סוציאל-דמוקרטי" שהוא "עבה" יותר בערכיו מהליברליזם של האוטונומיה.<sup>102</sup> מאוטנר אף מבקש לטפח תרבות ישראלית בהאמינו שיש בזו כדי להציע משמעות לאזרחי המדינה שתמתן את השפעותיה השליליות של הלאומיות היהודית.<sup>103</sup>

97 שם, בעמ' 408.

98 שם, בעמ' 417.

99 שם, בעמ' 176.

100 שם, בעמ' 202–205, 406–412.

101 שם, בעמ' 428.

102 שם, בעמ' 429.

103 שם, בעמ' 429–430.

## ג. בית המשפט השמיטלזני

חולשתו המרכזית של הספר היא טענתו של מאוטנר כי "באופן שהוא לא פחות ממדהים, בית המשפט פעל במשך שנים ארוכות כאילו שאלת הלגיטימציה שלו עצמו היא ממנו והלאה. בית המשפט שחק את הלגיטימציה שלו..."<sup>104</sup>. מאוטנר מציג את בית המשפט העליון, ובראש ובראשונה את ברק, כמי שהיה מנותק משאלת בסיס הלגיטימציה של הערכאה השיפוטית העליונה. התזה שמאוטנר מציג בנקודה זו שגויה. עוד טרם הגה את המהפכה החוקתית, ובשלבים מוקדמים של האקטיביזם השיפוטי שלו, הציג ברק בשנת 1986, בפסק דין בעניין **צבן**, תזה סדורה שלפיה בסיס הלגיטימציה של בית המשפט העליון מצוי ב"אמון הציבור"<sup>105</sup>. ברק חזר על תזה זו מאז פסק דין **צבן** במשך כמעט שלושים שנה, הן בפסקי דין שחיבר והן בכתיבתו האקדמית.<sup>106</sup> שנים לאחר שפרש ציין בתמיהה השופט חיים כהן – שהיה חלק מבית המשפט ה"ישן" שראה במומחיות את בסיס הלגיטימציה – כי "אם יש דעה אחת שעליה מסכימים כנראה כל שופטי בית המשפט העליון, הרי היא בדבר הצורך של הרשות השופטת באמון הציבור"<sup>107</sup>.

ואכן, אף לאחר מאמרו של חיים כהן, המשיכו שופטי בית המשפט העליון להסתמך על רעיון אמון הציבור. מאוטנר מצטט את הנשיא בדימוס אשר גרוניס בפסק דין של בית הדין המשמעתי לשופטים שבו הוא מצטט אמירה שברק ציטט מהסופר הצרפתי בלזק ולפיה "חוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה"<sup>108</sup>. דוגמה נוספת מצויה בפסק דינו של המשנה לנשיא רובינשטיין בבג"ץ 4870/14 **חשבים ה.פ.ס מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט**. רובינשטיין כותב כי "ידוע המשפט המופיע בקובץ הפדרליסט... לפיו הרשות השופטת היא המסוכנת פחות מכולן לזכויות הפוליטיות המעוגנות בחוקה, שכן אין לה 'שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק...'; רוצה לומר, הרשות השופטת אינה קובעת את התקציב ואינה עומדת בראש המינהל הציבורי... למשפט מפורסם זה נוסף נדבך חשוב – והוא עיקר לענייננו – על ידי השופט פליקס פרנקפורטר מבית המשפט העליון האמריקני, לפיו, בית המשפט אכן נעדר ארנק או חרב, אך לרשותו עומד אמון הציבור בצדקתו..."<sup>109</sup>.

104 שם, בעמ' 98.

105 בג"ץ 732/84 **צבן נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מ(4) 141, 148–150 (1986).

106 עניין **ולנר**, לעיל ה"ש 54; AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY 109 (2006).

("An essential condition for realizing the judicial role is public confidence in the judge").

107 חיים כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" **ספר שמגר** כרך ב 365, 365 (אהרן ברק ואח' עורכים 2003).

108 בר"מ 2081/18 **שרת המשפטים נ' השופטת פוזנסקי-כץ**, פס' 18 (נבו 18.7.2018).

109 בג"ץ 5870/14 **חשבים ה.פ.ס מידע עסקי בע"מ נ' הנהלת בתי המשפט** (נבו 12.11.2015).

פס' לב לפסק הדין של המשנה לנשיא רובינשטיין.



במאמר שפרסם לאחרונה על חשיבותו של אמון הציבור לבית המשפט העליון הסביר השופט בדימוס יצחק זמיר כי "בית המשפט נזקק לאמון הציבור אף יותר מרשויות אחרות".<sup>110</sup> זמיר מצטט בהקשר זה פסקה מפסק דין צבן הכוללת את הציטוט מבלזק.<sup>111</sup> זמיר מזהה ללא לבטים את אמון הציבור עם סקרי דעת הקהל,<sup>112</sup> וכאשר הוא שואל "מה הם, אפוא, הנתונים בשאלה של אמון הציבור בבית המשפט?", תשובתו נסמכת על סקרי דעת קהל.<sup>113</sup>

התזה של ברק בדבר אמון הציבור לא נכתבה בהינף קולמוס אלא היא חלק מתזה מרכזית בחשיבתו בדבר תפקיד בית המשפט העליון כשומר החוקה. בין אם ברק קרא את הוויכוח בתקופת רפובליקת ויימאר בין האנס קלזן לקארל שמיט בשאלה מיהו שומר החוקה בטרם ניסח את תזת אמון הציבור,<sup>114</sup> ובין אם ויכוח זה הגיע אליו מעובד דרך כתיבה על בית המשפט החוקתי הגרמני, חשיבתו של ברק הושפעה מוויכוח זה כפי שניכר היטב בהחדרת מושג "שומר החוקה" על ידו לפסיקה ולשיח האקדמי.<sup>115</sup> קלזן ושמיט החזיקו בתפיסות שונות לגבי תפקיד שומר החוקה. לגישת שמיט, משימתו הראשית של שומר החוקה היא להגן על ההחלטה הפוליטית בעניין זהות האומה שעומדת ביסוד החוקה. לעומתו, קלזן לא ראה את החוקה כ"נשואית" הזהות של האומה. לכן, עבורו, שומר החוקה משמש כמגן על זהות החוקה מבחינת הגיונה הפנימי, ולא זהות האומה המתבטאת בחוקה. לכל חוקה יש היגיון כמערכת של נורמות (היגיון שיטתי), וקלזן מבקש ששומר החוקה יגן על היגיון פנימי זה. ממש כפי שבמשפט מנהלי בית המשפט נדרש להבטיח שחקיקת משנה לא תחרוג מההסכמה הניתנת בחקיקה ראשית, כך שומר החוקה נדרש להבטיח שחקיקה ראשית לא תחרוג מהוראות החוקה, ובייחוד אלו הנוגעות להליך החקיקה.<sup>116</sup> בתמצות, ותוך שימוש במונחים שקלזן ושמיט לא השתמשו בהם, ניתן לומר ששומר החוקה של שמיט נדרש להגן על הזהות החוקתית של הקהילה הפוליטית, ואילו שומר החוקה של קלזן נדרש להגן על זהותה של החוקה במובן של הגנה על הגיונה הפנימי.<sup>117</sup>

לגישת שמיט, על מנת להגן על ההחלטה הפוליטית היסודית, שומר החוקה חייב ליהנות מתמיכה ציבורית. מאחר שבית המשפט נעדר תמיכה ציבורית שניתנת להדגמה, אין הוא מסוגל לתפקד כשומר החוקה. אין זו אך בעיה נורמטיבית של גוף שאינו נבחר

<sup>110</sup> יצחק זמיר "אמון הציבור בבית המשפט" עורך הדין 46, 28 (2020).

<sup>111</sup> שם, בעמ' 28.

<sup>112</sup> שם, בעמ' 29.

<sup>113</sup> שם, בעמ' 31.

<sup>114</sup> HANS KELSEN & CARL SCHMITT, THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION: HANS KELSEN AND CARL SCHMITT ON THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL LAW (Lars Vinx trans. & ed. 2015).

<sup>115</sup> ראו למשל עניין ולנר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 793–794, 800; ברק שופט בחברה, לעיל ה"ש 60, בעמ' 320–321.

<sup>116</sup> בסוק "בית המשפט השמיטלזני", לעיל ה"ש 41, בעמ' 132, 134–140.

<sup>117</sup> שם, בעמ' 137–138.

המבקר הכרעות של גוף נבחר; זו בעיה מעשית: בוויכוחים על סוגיות זהות של האומה יעמוד בית המשפט אל מול הרשויות הנבחרות המדברות בשם העם ונתמכות על ידו, שעה שאין ביכולתו של בית המשפט להצביע על תמיכה דומה. כל אשר יש לו הוא מומחיותו המשפטית. למעלה מכך, ערכאה שיפוטית נעדרת את המומחיות הנדרשת להכרעה בשאלות הנוגעות להכרעה הפוליטית היסודית של המדינה. שאלות אלו אינן משפטיות ביסודן, ומחייבות שהגוף המגדיר את זהות הקהילה הפוליטית יוכל לדבר בשם הקהילה שאותה הוא מגדיר. קלזן, שראה את בית המשפט כשומר החוקה, לא חשב שהחוקה צריכה לעסוק בזהות האומה ולכן לא ייחד לשומר החוקה תפקיד בהכרעה בשאלות היסודיות של האומה, ומכאן שלא ראה כל צורך בגיוס בסיס לגיטימציה ציבורית עבור שומר החוקה.<sup>118</sup> ברק מציע סינתזה בין שמיט לקלזן ולפיה שומר החוקה יהיה בית המשפט העוסק בשאלה היסודית של הגדרת המדינה כ"יהודית ודמוקרטית", ובה בעת זוכה לתמיכה ציבורית.<sup>119</sup> סינתזה זו, שלפיה בית המשפט העליון הוא שומר החוקה השמיט-קלזני, מספקת בסיס רעיוני לתזת אמון הציבור של ברק ומציבה את שאלת הלגיטימציה של בית המשפט העליון כיסוד חיוני לתפקידו כשומר החוקה.

מאוטנר, אם כן, שוגה במחשבה שבית המשפט העליון לא היה קשוב לסוגיית הלגיטימציה שלו. בית המשפט העליון היה קשוב עד מאוד, אך שגה במהלכו בכיסוס לגיטימציה זו: כפי שמראים נתונים מסקרים מהשנים האחרונות, קיימת ירידה ניכרת באמון הציבור בבית המשפט העליון.<sup>120</sup>

## סיכום

חששות מפני התמוטטות הדמוקרטיה הישראלית עלו גם בתקופה שבה חיבר מאוטנר את ספרו על ירידת הפורמליזם ועליית הערכים בפסיקת בית המשפט העליון. אך בעוד שבשנות התשעים של המאה הקודמת נתן מאוטנר את מבטחו בבית המשפט העליון, שלושים שנה מאוחר יותר הוא רואה את בית המשפט העליון כמי שתורם לחשש כי הדמוקרטיה הישראלית תקרוס. בחיבור זה ניתחתי שלוש מהאכזבות של מאוטנר מבית המשפט העליון: אכזבתו מהשימוש ברטוריקת "המהפכה החוקתית" להסבר השינוי החוקתי בעקבות חקיקת חוקי היסוד ב-1992; אכזבתו מההגנה המוגבלת שהעניק בית המשפט העליון לדמוקרטיה הליברלית אל מול עלייתם של

<sup>118</sup> שם, בעמ' 131–143.

<sup>119</sup> שם, בעמ' 150–155.

<sup>120</sup> ראו למשל "2020 מול 2005: תמונת הראי של אמון הציבור בבית המשפט העליון" המכון הישראלי לדמוקרטיה (18.1.2021) <https://www.idi.org.il/articles/33451>

כוחות לאומניים; ולבסוף, אכזבתו מכך ששופטי בית המשפט העליון לא הקדישו מחשבה לגיטימציה של המוסד. הקורא המכיר את עבודתו של מאוטנר אינו יכול אלא לתהות אם כיום מאוטנר אינו רואה את ירידת הפורמליזם ועליית הערכים בפסיקת בית המשפט העליון כמקח טעות. אלמלא שינוי זה הייתה גישת שמגר "הפורמליסטית" מאומצת; בית המשפט העליון היה נמנע מלעסוק ישירות בשאלות זהות המדינה, אך אולי מצליח לבלום את הכוחות האנטי-ליברליים באמצעות כלי המשפט המנהלי, כפי שמאוטנר ממליץ כיום; ולבסוף, שאלת אמון הציבור בבית המשפט העליון לא הייתה עולה כלל כאשר בית המשפט העליון מתרכז בסוגיות שבהן יש לו מומחיות משפטית, וכך נמנע מהצורך לגייס בסיס לגיטימציה חלופי לשם הכרעה בשאלות ערכיות יסודיות.

ספרו של מאוטנר הוא ספר חשוב בכתיבה על בית המשפט העליון. עושר הידע המשפטי והתרבותי הנפרש בספר מאפשר ראייה פנורמית של המציאות הישראלית בנקודת הזמן הנוכחית. מעבר לטיעונים שהוא מעלה, מאוטנר לוכד ביד אומן את רוח התקופה ביחס לתפקידו של בית המשפט העליון ותפקיד המשפט הציבורי בראשית המאה העשרים ואחת בישראל. מאוטנר מציג עמדה מורכבת בנוגע לבית המשפט העליון, ובשיח הנוכחי בישראל עמדה זו קשה לעיכול. בוויכוח בין מפלגת בית המשפט לבין מפלגת מתנגדי בית המשפט, השיח הישראלי מחייב כל כותב לבחור במפלגה. כותב המבטא עמדה המבקשת בית משפט חזק, אך כזה התופס את תפקידו באופן צנוע יותר, אינו נאמן לאף אחת מהמפלגות ולכן קולו לרוב ייבלע. יש לקוות שספרו של מאוטנר לא יזכה לגורל זה.