

ביקורת שיפוטית על חוקים — נחוץ סיפור משכנע

אסף ברם *

- א. מברא
1. פסק הדין כ"סיפור"
 2. פסק הדין כ"סיפור" — הלכת הביקורת השיפוטית על חוקים
 3. דרך החיבור
- ב. משפט כספרות — התיאוריה ה"סיפורית" של המשפט
1. מברא
 2. על עובדה (fact), על סיפור (fiction) ועל מה שביניהם
 3. המשפט כהליך סיפורי (ברמה העובדתית)
 4. המשפט כהליך שכנועי (ברמה הנורמטיבית)
 5. חשיבותו המיוחדת של השכנוע בהליכים חוקתיים
- ג. ביקורת שיפוטית על חוקים בארצות-הברית — סיפורו של השופט מרשל
1. הרקע ההיסטורי
 2. פסק הדין — היבטים ספרותיים-שכנועיים
- ד. ביקורת שיפוטית על חוקים בישראל — הסיפורים השונים
1. מברא — סיפורה של המהפכה החוקתית
 2. הנשיא ברק — סיפור המפץ הגדול
 3. השופט זמיר — צניעות שיפוטית
 4. השופט חשין — שינוי, לא מהפכה
 5. השופט כץ — תגובה לשופט חשין (הברקים, הרעמים והשופר)
 6. השופט לנדוי — משאלת לב של שופטים
 7. פרופ' גביון — קיצור דרך חוקתי
 8. פרופ' ארעזי — מהפכה העומדת על כרעי תרנגולת
- ה. סיכום

* מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. מקורו של הרעיון למאמר זה בסמינר "משפט וספרות" בהנחייתה של ד"ר שולמית אלמוג, שניתן באוניברסיטת בר אילן. תודתי נתונה לד"ר אלמוג ומשתתפי הסמינר על הערותיהם המועילות וכן לגב' עפרה גרוכר חברת מערכת כתב העת "המשפט".

א. מבוא

1. פסק הדין כ"סיפור"

בחיבור זה אני מבקש לטעון כי כתיבת פסק דין דומה לכתיבת סיפור¹, הן בחלק העובדתי והן בחלק המשפטי של פסק הדין². הגרסה הנכונה של עובדות המקרה היא "סיפור"³. הדין הרלוונטי החל על העובדות אף הוא סוג של "סיפור"⁴. הטענה בדבר הדימיון בין משפט וספרות אינה חדשה. ניתוח ספרותי של המשפט מתקיים מזה זמן בעולם⁵ ובשנים האחרונות גם בישראל⁶. עם זאת, ולאור חדשותו היחסית

- 1 כמונת "סיפור" אני מתכוון לחיבורים שאינם משקפים, בהכרח, התרחשות אמיתית. ראו דיון במונח "סיפור" בפרק ב' להלן.
- 2 מ' מאוטנר "שכל-ישר, לגיטימציה, כפייה: על שופטים כמספרי סיפורים" פלילים ז (תשנ"ט) 16, 11.
- 3 דוגמה טובה לכך הוא סיפורה של כרמלה בוחבוט (ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מ"י, פ"ד מט(3) (647), שהמיתה את בעלה ביריות רובה, לאחר שסבלה ממנו מסכת התעללות ארוכת שנים. מתברר כי עובדות המקרה תוארו באופן שונה מערכאה לערכאה ומשופט לשופט, בהקשר, למשל, לזמן תחילת הסיפור (יום נישואיהם של יהודה וכרמלה, היום בו היכה יהודה את כרמלה לראשונה, תקופה מאוחרת יותר), שותפותן של דמויות נוספות לסיפור (פקידי סעד? רבנים? אנשי משטרה בפניהם התלוננה הנאשמת?). לניתוח מאלף של הסיפורים השונים ראו ל' בילסקי "נשים מוכות: מהגנה עצמית להגנת העצמיות" פלילים ו (תשנ"ז) 5.
- 4 מאוטנר, לעיל הערה 2. מאמרו של מאוטנר הוא חדשני בכך שהוא עוסק בעיקר בסיפור השני – סיפורו של הדין (רוב הכתיבה בהקשר של משפט כספרות מדגימה כיצד מספרים השופטים את העובדות מחדש, כיצד הם טווים עלילה, דבר הדומה מאוד למתרחש בספרות). מאוטנר מדגים כיצד שופטים נוהגים לספר את הדין ובאמצעות הסיפורים ממלאים בתוכן דוקטרינות משפטיות.
- 5 מרכזיותו של הנושא באה לידי ביטוי, למשל, בכנסים חשובים שנערכו ושעסקו בחקר הזיקות ההדדיות בין המשפט והספרות. ראו, למשל, כנס באוניברסיטת מייסיגן שכותרתו הייתה: "מספרים סיפורים" ("Telling Stories") ושואמרים מעניינים שהוכנו עבור הכנס פורסמו ב- (1989) 87 Mich. L. Rev. 2073. להפניות חשובות נוספות ראו: Symposium: Law and Literature 39 Mer. L. Rev. 739 (1988); Symposium: Law as Literature, 60 Tex. L. Rev. 373 (1982); *Interpreting Law and Literature* (Illinois, ed. by S. Levinson & S. Mailloux, 1988). לכתובה יסוד נוספת בנושא ראו: R. Posner *Law and Literature* (Cambridge, 1998); R. Wiesberg *Poetics and other Strategies of Law and Literature* (New-York, 1992); R. West *Narrative, Authority and Law* (1993); I. Ward *Law and Literature: Possibilities and Perspectives* (Cambridge, 1995); *Tall Stories? Reading Law and Literature* (Aldershot, ed. by J. Morison & C. Bell, 1996); J.B. White "What Can a Lawyer Learn from Literature?" 102 Harv. L. Rev. 2014 (1989); R. Cover "The Supreme Court 1982 Term: Forward: Nomos and Narrative" 97 Harv. L. Rev. 4 (1983); P. Gewirtz "Narrative and Rhetoric in the Law" *Law Stories* (New-Haven, ed. by P. Gewirtz & P. Brooks, 1996) 2.
- 6 אם כי בישראל דיון זה עדיין בחיתוליו. לניתוחים ספרותיים של המשפט ראו, למשל – ש' אלמוג "משפט וספרות, הלכה ואגדה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 413. כמו כן ראו לעיל הערה 2 ולעיל הערה 3; א' פלדמן "שירת הסירנות: שיח וחלל בבית המשפט" תיאוריה וביקורת 1 (תשנ"א) 143; ר' שמיר ומ' שטראי "שוויון הזדמנויות בבית הדין לעבודה: לקראת סוציולוגיה של ההליך השיפוטי" שנתון משפט העבודה ו (תשנ"ו) 287; י' רוכלי "ספרות בשימוש המשפט" המשפט ד (תשנ"ד) 415; ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון – הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81.

של הטיעון, מדובר בדיון ראשוני בלבד, שמטרתו להצביע ולהאיר על מאפיינים סיפוריים של פסקי דין.

2. פסק הדין כ"סיפור" – הלכת הביקורת השיפוטית על חוקים את התיאוריה ה"סיפורית" של המשפט אדגים באמצעות הלכת הביקורת השיפוטית על חוקים. בארצות-הברית ובישראל פיתחו בתי המשפט דוקטרינה משפטית של ביקורת שיפוטית על חוקים מבלי שניתנה להם סמכות לכך בחוק מפורש. קניית הסמכות לביקורת שיפוטית – ושימורה לאורך זמן – היא, בין היתר, פונקציה של הלגיטימציה הציבורית הניתנת למהלך כזה. אני טוען כי לגיטימציה ציבורית למהלך שיפוטי נגזרת, בין היתר, מרמת ההצדקה ומידת השכנוע של בית המשפט למהלך. רמת ההצדקה, הבאה לידי ביטוי בפסקי הדין – שם בעיקר מדברים השופטים – קשורה בין היתר, ב"סיפור" אותו בית המשפט מספר באותם פסקי דין.

3. דרך החיבור תחילה, אבקש להבהיר מעט על גישת המשפט כספרות, המאפשרת, לדעתי, להבין את המשפט טוב יותר. בהמשך אבחן את סיפורו של השופט מרשל בפרשת מרבורי נ' מדיסון⁷. פסק הדין עדיין נלמד ונתפס כמשכנע כציבוריות האמריקאית, כמאתיים שנה אחרי שנכתב לראשונה⁸. אטען כי "סיפור" של מרשל אינו "עובדתי" וזאת כחלק מטענה כללית לפיה "סיפור" לא יכול להיות "עובדתי". כן אציג את האלמנטים הספרותיים, המשכנעים, בפסק הדין⁹. בהמשך אציג ואבחן באופן ביקורתי את "סיפור" של אהרן ברק¹⁰, שנועד לבסס סמכות לביקורת

7 *Marbury v. Madison* 1 Cranch 137 (1803) (להלן: פרשת מרבורי נ' מדיסון).

8 וזאת למרות הביקורת שנמתחה על פרשת מרבורי נ' מדיסון בארצות-הברית, ראו למשל: J. Tayer "The origion and scope of the American Doctrin of Constitioutial Law" 7 *Harv. L. Rev.* (1893) 129; R. Berger *Congress v. The Supreme Court* (Cambridge, 1969); A. Cox *The Role of the Supreme Court in American Government* (London, 1976); W.V. Alstyn "A Critical Guide to Murbury v. Madison" *Duke L. J.* (1969) 1; H.M. Hart Jr. & A.M. Sacks *The Legal Process: Basic Problem in the Making and Application of Law* (Cambridge, 1958) 375; G. Anastaplo *The Constitution of 1787* (Baltimore, 1989) 47-48, 139-145; J. O'Fallon "Murbury" 44 *Stan. L. Rev.* (1992) 219; B. Caine "Judicial Review — Democracy Versus Contitutionality" 56 *Temp. L. Rev.* (1983) 297; F. Rodell *Nine Men: A Political History of the Sureme Court of the United States from 1790 to 1955* (New-York, 1964) 40; G.E. White *The Marshall Court and Cultural Change (1815-1835)* (New-York, 1991) 196-200. ראו גם ל' שלף מרות המשפט ומרות המשטר (1996) 131, 75, 139-140 ור' גביון "המהפכה החוקתית תיאור המציאות או נכראה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21, 95.

9 מעניין לציין שפסק דין ישן זה מדגים היטב את טענתו החדשנית של מאוטנר, לעיל הערה 2, לפיה פסקי הדין כולם, על שני חלקיהם, העובדתי והמשפטי, הם סיפוריים. בפרשת מרבורי נ' מדיסון בוחר בית המשפט להתעלם מעובדות מסוימות משום שהן לא מתאימות לסיפור שהוא טווה. בהמשך, מוצג הדין באופן סיפורי (ראו בהרחבה בפרק ב').

10 ע"א 6821/93 בנק מזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פרשת בנק מזרחי).

שיפוטית על חוקי הכנסת. כן אציג ואבחן את ה"סיפורים" השונים מסיפורו של ברק בהקשר זה. בסיכום אנסה להציב אמות מידה ל"סיפור" משכנע בשאלת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקים.

ב. משפט כספרות — התיאוריה ה"סיפורית" של המשפט

1. מבוא

פסק דין דומה לסיפור. לפסק דין יש מבנה סיפורי — יש בו עלילה, יש בו גיבורים, לעתים יש בו "טובים" ו"רעים", לרוב יש בו מוסר השכל. שופטים אף נוטים לעשות שימוש ביצירות ספרותיות במהלך פסקי הדין שלהם¹¹. שימוש בתוכנות מעולם הספרות עשוי לשפוך אור על הבנת פסקי דין. רעיון זה עומד בבסיסו של מחקר מתפתח בשנים האחרונות הנקרא משפט וספרות¹². ש' אלמוג מגדירה את מטרת המחקר:

"חקר הזיקות ההדדיות שבין שני התחומים שמהם מורכב שמו [משפט וספרות], לצורך גיבושן של תוכנות ועמדות — משפטיות, ספרותיות וגם חברתיות, אתיות, תרבותיות ופוליטיות — שאין מגיעים אליהן באמצעות חקר כל אחד משני התחומים בנפרד"¹³.

האבחנה הבסיסית בהקשר של משפט וספרות היא בין שני ענפים — המשפט בספרות (ענף הבוחן טקסטים ספרותיים שנושאים משפט¹⁴) והמשפט כספרות (בחינת האמצעים הספרותיים בהם שופטים משתמשים בפסק דין)¹⁵. חיבור זה שייך לפן הבוחן את המשפט כספרות. עניינו של ניתוח זה, באופן עקרוני, הוא בחקר יישום טכניקות ספרותיות בטקסטים משפטיים, בלשונו של Gewirtz:

11 למשל — ח' ה' כהן מבחר כתבים (א' ברק ור' גביון עורכים, תשנ"ב) 412, 410; וכן ראו שורה של פסקי דין בהם משתמשים השופטים ביצירות ספרותיות — בג"צ 200/83 וותאד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113, 123, 124 (בו מצטטים השופטים בן-פורת וטירקל — כל אחד בנפרד — משיריו של ח"נ ביאליק); תפ"ח (ת"א) 498/95 מדינת ישראל נ' עמיר, נו(2) 3, 49; בג"צ 2722/92 אלעמדין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, 702 (ח"נ ביאליק); ע"א 166/81 פלוניס נ' הי"מ, פ"ד לו(4) 325, 321 (נ' אלטרמן); וכן הפניות נוספות המצויות במאמרו של רוכלי, לעיל הערה 6.

12 לעיל הערה 5 ובישראל ראו לעיל הערה 6.

13 אלמוג, לעיל הערה 6.

14 מספר רב של יצירות ספרות עוסקות במשפט בנושא (די להזכיר חלק מיצירותיו של שקספיר, למשל: הסוחר מוונציה, מידה כנגד מידה; ושל דוסטויבסקי, למשל: החטא ועונשו, האחים קאראמזוב; או של קפקא, למשל: המשפט ומושב העונשין, ועוד — ראו פירוט והפניות שם, בע' 426). יצירות אלה מתארות את ההליך המשפטי ודמויות שרקען משפטי והן אף מתייחסות למהות המשפט, לתפקידיו התרבותיים והחברתיים וגם למחדליו. השימוש המשותף של שתי הדיסציפלינות בלשון הוא המפתח חוקרים לחקור את מאפייניו המיוחדים של המשפט בספרות. להרחבה בנושא זה ראו שם, בע' 426–430 וההפניות שם.

15 שם, שם.

"Work in this category [Law and Literature] examines law and legal texts the way a literary text might be examined, sometimes with the help of tools provided by literary theory and literary criticism... both law and literature attempt to shape reality through language, use distinctive methods and forms to do so, and require interpretation — and therefore there may be things to learn from seeing how analogous problems are treated in the two disciplines"¹⁶.

2. על עובדה (fact), על סיפור (fiction) ועל מה שביניהם

"עובדה" היא ניסיון לתאר התרחשות אמיתית, מציאותית. "סיפור" הוא תיאור של התרחשות בדיונית, שאינה אמיתית. נהוג לחשוב ש"עובדה" היא כלי עבודה מקובל בשירות מדענים: חוקרי מדעים מדויקים, היסטוריונים, פסיכולוגים, משפטנים וכדומה, ולכן נהוג לקשור את המושג "עובדה" עם מושגים כמו "רצינות", "מקצועיות", "מומחיות" וכדומה. מאידך, המושג "סיפור" מוערך פחות בהקשר המקצועי, וזאת, באופן טבעי, עקב נקודת המוצא שלו (תאור התרחשות שאינה "אמיתית"). ברור, אפוא, מדוע "מומחים" ו"מקצוענים" העוסקים בעניינים "רציניים" או בעניינים מחקריים אינם מבקשים לקשור עצמם עם המושג "סיפור" בחיי המעשה שלהם. נקודת המוצא לדיון בניתוח ספרותי של המשפט היא שאין ולא יכולה להיות אבחנה דיכוטומית בין "עובדה" ו"סיפור". יתרה מזו אין בכוחה של ה"עובדה" לבדה לתאר במדויק התרחשות אמיתית. זאת משום שכתיאור עובדתי קיים ממד סובייקטיבי של — המתבונן, המתעד, הפרשן, העד — והתיעוד ה"עובדתי" הופך להיות תיעוד סובייקטיבי, שמורכב, בין היתר, מעולמו הפנימי של המתעד¹⁷. בנוסף, גם אם מתגברים על הקושי האמיתי בקביעת ה"עובדות" מיד לאחר שהן ("העובדות") מובאות יש להסבירן. כשצריך להסביר את העובדות, ותמיד צריך, מתחילים ה"סיפורים". ניטול, למשל, את מדע ההיסטוריה¹⁸ — ההיסטוריון מבקש לספר לנו "עובדות", אך בה בעת מנסה גם להסביר את ה"עובדות". להיסטוריונים שונים יש הסברים שונים על "עובדות" שונות שהתרחשו בתקופות זהות. תוכנם של הסברים אלה מורכב, למשל, ממניעים שונים של גיבורי ה"עובדות", רצונות שונים שלהם, רגשות שפעלו אצל הגיבורים, רוח התקופה בה פועל ההיסטוריון וכיוצא באלה. הסברים אלה אינם הסברים "עובדתיים"¹⁹.

¹⁶ Gewirtz, *supra* note 5, at p. 4.

¹⁷ וזאת, גם במקרים "ברורים" לכאורה, בהם עדים רלוונטים יכולים לתאר זוויות שונות של אותן "עובדות".

¹⁸ להרחבה כקשר בין היסטוריה ומשפט ראו ד' גוטריין ומ' מאוטנר משפט והיסטוריה (1999) 14-7.

¹⁹ ניטול למשל את עובדת הרצחו של ראש ממשלת ישראל, יצחק רבין, ביום 4.11.95. מה ההסבר ה"עובדתי" לרציחתו? כשל של הארגונים שהיו מופקדים על ביטחונו האישי? מערכת הסתה מתוזמרת שהתנהלה נגדו בחודשים שקדמו לרציחתו? מהלכים פוליטיים-דרמטיים שביצע? עבודת יחיד של מתנקש בודד? ועדת שמגר לבדיקת רצח ראש הממשלה בדקה

הסברים אלה הם, לדעתי, "סיפורים" שמספרים לנו היסטוריונים כדי להסביר טוב יותר את ה"עובדות" שמצאו. זאת ועוד, ה"עובדות" עליהן נשענים ההיסטוריונים הם אוסף של תיעודים שונים מפי אנשים שונים שרשמו דברים שונים במקומות שונים. היסטוריון, שבידיו עשרות עדויות שונות (כולן "עובדות"), צריך, בשלב הראשוני, לספר מה קרה. כבר בשלב הזה הוא צריך לסדר את ה"עובדות". כיצד הוא עושה זאת? האם בשלב ה"עובדתי" ההיסטוריון אינו מפעיל את דמיונו כדי לדעת מהו ה"סיפור" האמיתי? נראה שהיסטוריון טוב אינו יכול להימנע מכך. ודוק: נניח שההיסטוריון יכול לנפות, מבין ה"עובדות" שברשותו, את ה"עובדות" ה"נכונות" מה"עובדות" ה"שקריות". עדיין הוא חייב להסביר לעצמו את הקשר בין ה"עובדות" השונות. הסבר זה אינו הסבר "עובדתי". ההיסטוריון מרכיב את ה"עובדות" ומחבר "סיפור" היסטורי, בעל מבנה ולוגיקה משלו. במובן זה דומה עבודת ההיסטוריון, לעבודת השופט המרכיב את הראיות שבפניו ובונה את "עובדות המקרה". יתר על כן, השופט, לעומת ההיסטוריון, מוגבל עוד יותר ביכולתו להגיע ל"אמת העובדתית". שופט מוגבל על ידי דיני הראיות המחייבים אותו להסתמך אך ורק על העדים שהובאו בפניו. בניגוד להיסטוריון, אסור לשופט לנהל חקירות עצמאיות. כיצד אפוא יכול שופט להגיע ל"עובדות" מבלי לעשות השלמות "סיפוריות"? מצבו קשה משל כל חוקר אחר. טענתי בתמצית היא תאורית — ש"עובדה" ו"סיפור" — בהיסטוריה, כמשפטים ובמדעים אחרים — אינם מושגים דיכוטומיים. "מציאות" מורכבת מ"עובדות" ומעולמו של המספר²⁰. כדי להבין את ה"מציאות" יש להציג "עובדות" ("אמיתיות") באופן "סיפורי" (דמיוני, בדיוני), המשלים את המקומות בהן ניצבות בפנינו "עובדות סותרות", המסביר את ה"עובדות". תהליך זה מוכר להיסטוריונים. תהליך זה מוכר, ודאי, למשפטנים. המרכיב ה"סיפורי" הוא, אפוא, חלק בלתי נפרד מהמרכיב ה"עובדתי". בכל פעם ששופט בא לומר לקוראיו משהו (למשל: מהן ה"עובדות", מהו הדין הרלוונטי וכדומה) הוא מספר לקוראיו "סיפור". הבנה "סיפורית" של המשפט תסייע, לדעתי להבין טוב יותר את המשפט.

3. המשפט כהליך סיפורי (ברמה העובדתית)

ההליך המשפטי, מראשיתו ועד סופו, הוא למעשה "הליך סיפורי"; ה"מציאות" פועלת את פעולתה, "סיפור" בא לעולם. יש "סיפורים" שמחים: נישואין, הקמת עסק חדש, כריתת חוזה רווחי וכדומה. יש "סיפורים" עצובים: תאונת דרכים, גירושין, שוד בנק, אי-הבנה עסקית, מוות וכדומה. בשני המצבים — השמחים

שאלות אלה אך לא הכריעה בהן. נראה כי לא ניתן לספק הסבר "עובדתי" אחד למקרה כזה, כמו גם למקרים "עובדתיים" אחרים.

20 ברצוני לחדד נקודה זו — מציאות היא מה שהאדם — המספר — קלט בחושיו ובתפיסתו. מציאות היא הפרשנות שהמספר נותן לחוויות שחוה. משפטן, היסטוריון, פסיכולוג וכל חוקר אחר המבקש לבסס רקע עובדתי-אמפירי למחקרו ניזון ממספרים רבים, שעולמם אינו ולא יכול להיות זהה, לכן גם הסיפור שהם מספרים אינו סיפור אחד. תפקידו של החוקר הוא להרכיב סיפור אחד מבין הסיפורים השונים ששמע. זה כבר לא יהיה וגם לא יכול להיות סיפור עובדתי-אמיתי.

והעצובים – נדרשת מעורבות משפטית, כדי ליתן גושפנקה חוקית ושלטונית למהלכים. הליך משפטי הוא הליך "סיפורי" בעל מספר שלבים: ההליך נולד בתוך אדם המספר לעצמו "סיפור" על דברים שקרו לו או שעתידיים לקרות לו. פעולת השחזור או צפיית פני העתיד, שהן בשלב לידת ההליך פעולה אישית-פנימית, המתבצעת באמצעות מחשבות, דימויים, וגם באמצעות מסמכים, קלטות וכדומה. בשלב השני פונה המספר לבעל מקצוע, עורך דין, כדי לקדם את עניינו באופן משפטי-מעשי. עורך הדין מרכיב את "סיפורו" של הלקוח למקרה – ה"סיפור" המשפטי-המקצועי. עורך הדין, המרכיב סיפור משפטי ללקוחותיו נוהג לאמת את "סיפורו" של הלקוח עם סיפורים אלטרנטיביים, מתחרים לסיפורו של הלקוח, וזאת כדי לחדד את "סיפורו" של הלקוח, למצוא את הליקויים בו, בדרך להשלמת הסיפור בפני בית המשפט. בשלב השלישי מעלה עורך הדין את "סיפורו" של הלקוח על כתב בלשון מקצועית (חוזה, צוואה, דרישת נזק וכדומה). כתביעות כספיות מקובל בקרב עורכי הדין להציג את "סיפורו" של הלקוח במכתב דרישה לצד שכנגד (שלב לפני הגשת תביעה משפטית) בו מביע הדורש את תקוותו הכנה לפתרון מהיר שאם לא "יאלץ" (שהרי רצוי לטוות סיפור לפיו הלקוח לא באמת רוצה סכסוך) "לדאבוננו" (שהרי רצוי להציג את הלקוח כמצר על ההוצאות ועגמת הנפש שיגרום ההליך המשפטי ולא כעט על ההליך המשפטי בתאוה) לפנות לערכאות משפטיות. השלב הבא הוא שלב ניהול המשפט. בשיטת המשפט הישראלית, האמונה על שיטת ניהול המשפט האדברסרית, מתמודד בית המשפט, בדרך כלל, עם שני סיפורים מתחרים. תפקידו של בית המשפט, במצב הזה, הוא לחבר את הגרסה הרשמית, המוסמכת, של המקרה. לעתים נדירות, בית המשפט לערעורים כותב את סיפור המקרה מחדש בשבתו כערכאת ערעור. לפנינו, אפוא, הליך סיפורי רב שלבי ומרתק, המקבל ממדים סיפוריים נוספים בכל שלב: מציאות – עולמו של המספר; עולמו של עורך הדין; עולמו של השופט; עולמו של שופט הערעור²¹. המערכת המשפטית מתבקשת להכריע במאבק בין הסיפורים השונים – מי סיפר את הסיפור האמיתי? מה המשמעות של הסיפור האמיתי? בסיום התהליך הזה נשענים רוב כתי המשפט על ה"עובדות". רוב השופטים נוהגים לכתוב בתחילת פסק הדין את עובדות המקרה. דא עקא, מהן עובדות? המחברת לואיס לה-ירו (להלן: "לה-ירו") משתמשת בדימוי הבא:

"The proud towers of the law are built not on the level bedrock of 'fact' but on the perplexed terrain of 'fiction', that judicial opinions are filled with 'stories' that purport to be 'factual' but that instead are 'fictional', and furthermore, that these 'fictions' could not be eliminated without crippling the legal enterprise"²².

Gewirtz, *supra* note 5. 21

L.H. LaRue *Constitutional Law as Fiction: Narrative in the Rhetoric of Authority* 22 (Pennsylvania, 1995) 8.

המציאות, לפי לה־רו, היא שהמשפט רוצה להישען על סלעי העובדות, משום ששם הוא מרגיש בטוח ויציב בעולמו הפנימי ובמה שהוא מבקש לשרר לעולם החיצון, אלא שהשופטים נשענים, למעשה, על משענת עובדתית-סיפורית. אלה הם פני הדברים — אין רק "עובדות". יש חיבור בין עולמו של המספר (הנאשם, הלקוח, עורך הדין, השופט) לעולמן של ה"עובדות".

4. המשפט כהליך שכנועי (ברמה הנורמטיבית)

השופטים מספרים לנו סיפורים כדי לשכנע אותנו שפסק דינם צודק. בלשונה של לה־רו: "Without persuasion, law could not be law, and without fiction, there would be no persuasion"²³. פסק דין צריך לשכנע את קוראיו שצדק נעשה. ציבור הקוראים את פסק הדין — קהל היעד לשכנוע — הוא רחב. ציבור זה כולל את הצדדים לסכסוך, את באי כוחם, את חברי הקהילה המשפטית, במקרים מיוחדים את הציבור הרחב כולו. מקור כוחו של בית המשפט הוא יכולתו לשכנע את קוראיו כי עשה צדק. בית המשפט המחייב אדם לשלם פיצויים לחברו מבקש לשכנע את החייב כי כך צודק. בית המשפט המבטל הליך שלטוני מטעמים משפטיים מבקש לשכנע את השלטון כי כך צודק. בית משפט ששולח נאשם לכלא צריך לשכנע שהנאשם הוא עבריין. המקרה האחרון של חבר הכנסת אריה דרעי²⁴ הוא דוגמה טובה לצורך ולרצון של בית המשפט לשכנע את הציבור שהנאשם הוא עבריין. פרשת דרעי היא מסוג המקרים הנדירים שבהם, ברור מראש שפסק הדין מופנה לציבור רחב של קהלים, למעשה, אל רוב רובו של הציבור המבקש, בעניין רב, להביט ולבחון את הליך עשיית הצדק. בית המשפט היה ער, כמובן, לעובדה שהכרעת דינו של דרעי מעניינת את רוב תושבי המדינה ודומה כי אף הכין עצמו לכך בהתאם: הרכב השופטים אישר לשרר את הכרעת הדין בשידור ישיר ברדיו, משום שהבין שיש עניין ציבורי גדול לא רק בתוצאת פסק הדין (אשם, זכאי) אלא גם ובעיקר בנימוקי הפסק. בית המשפט סבר, בצדק לדעתי, שהציבור אינו מתעניין רק בשורה התחתונה (לקח שוחד, לא לקח שוחד) אלא גם בסיפור עצמו: בעלילה, ברמויות, במניעים, ברגשות, בגיבורים, במהלך העניינים הפוליטי וכדומה. בית המשפט ביקש אפוא לשכנע כי פסק דינו צודק. לשכנע את הנאשם ועורכי דינו, לשכנע את הקהילה המשפטית, לשכנע את הציבור. כמי ששמע את הקראת תקציר פסק הדין, על ידי אב בית הדין, השופט צמח, בשידור ישיר ברדיו, אני יכול להעיד שחשתי כי אני שומע מעין תסכית של סיפור מתח מרתק, שבמרכזו דמותו העבריינית של דרעי (גם קולו הדרמתי של השופט תרם לכך). הסיפור היה על איש תורה וככזה לוהה בציטוטים מעולם התורה המוכרים היטב לנאשם וקהל תומכיו (גם אם אינם נעימים להם כלל). דמותו של דרעי, שכונה על ידי בית המשפט

Ibid, at p. 11. 23

24 ת"פ 305/93 מ"י נ' דרעי (טרם פורסם), תקדין מחוזי (1)99 (1) 1 (להלן: פרשת דרעי). מאמר זה ירד לדפוס לפני פרסום פסק הדין בערעור של אריה דרעי לבית המשפט העליון, לכן מאמר זה אינו עוסק בערעור זה.

“בוס”, הלכה ולבשה ממדים דמונים ככל שהתפתחה העלילה – לא מדובר בסתם עבריין שחטא בלקיחת שוחד מספר פעמים – מדובר באיש שמידותיו מושחתות מהיסוד, הרודה במטיביו, במועסקים תחתיו, בהוריה המאמצים של אשתו (שותף להריגתה של האם? אולי; לא ביקר את האב הגוסס? כנראה) ובכל הסובבים אותו. ליד דמותו של דרעי משרטט בית המשפט, כמו בכל סיפור טוב, שורה של דמויות נוספות, בעלות מאפיינים סיפוריים גרידא – חלקן כנועות (עושי דברו של דרעי), חלקן מעוררות חמלה (גברת ורדרבר), חלקן מגוחכות (שמואל ויינברג) וכן דמויות נוספות שתפקידן בעלילת בית המשפט להבאיש עוד יותר את דמותו המושחתת של דרעי. סופו של הסיפור, לפי בית המשפט המחוזי, מעודד – ה”טובים” (המשטרה והפרקליטות) שמו ידם על האיש המושחת שניסה לשטות בהם במיטב שיטותיו הדורסניות, אך למזלה הטוב של החברה, ה”טובים” לא נכנעו לו. העלילה אותה מצייר השופט צמח (בעצמו אדם דתי ומזרחי) לעבריין דרעי (חרדי ומזרחי) אינה קלה, אך היא ראויה לדין נפרד במסגרת הגישה הכוחנת את המשפט כספרות. על כל פנים, מטרתו הלגיטימית של בית המשפט בפרשת דרעי הייתה, לדעתי, לשכנע את הציבור בארץ, היושב ומצפה בציפייה דרוכה לשמוע את נימוקי הכרעת הדין, בצדקת ההכרעה. נראה כי מטרה זו לא הושגה. תנועה פוליטית חשובה (השלישית בגודלה במדינה) עשתה בפסק הדין קרדום לחפור בו והצליחה להגדיל בהרבה את כוחה הפוליטי בבחירות, שנערכו חודשיים לאחר מתן הכרעת הדין, זאת תוך שהיא מסתמכת במסע הבחירות שלה בעיקר על סיפורו הלא משכנע של בית המשפט בעניינו של מנהיגה – דרעי. זאת ועוד, דרעי עצמו העמיד סיפור אלטרנטיבי לסיפורו של בית המשפט, באמצעות קלטת בה הוא מופיע ומספר את סיפורו ה”אמיתי”, השונה כמובן מסיפורו של בית המשפט אודותיו. הקלטת הופצה במאות אלפי עותקים, כתשובה ל”רייטינג” הגבוה לו זכתה הקראת תקציר פסק הדין ברדיו. מעניין לציין כי עיקר טענתו של דרעי בקלטת הוא על האופן בו הוצג סיפורו על ידי בית המשפט ולא דווקא על התוצאה אליה הגיעו השופטים. ברצוני להדגיש, אין בכונתי וביכולתי – ודאי לא בחיבור זה – לערער על נכונותה של הכרעת הדין. אני מניח, כמובן מאליו, את העובדה שהרשעתו של דרעי בדין יסודה משום שהוכח כי עבר על סעיפים בחוק העונשין, תשל”ז–1977 גם עונשו של דרעי (ארבע שנות מאסר) נראה סביר ביחס לחומרת העבירות בהן הורשע. תמיהתי היא מדוע כתבו השופטים סיפור שסיכוייו לשכנע את הציבור הרחב באשמתו של דרעי אינם גבוהים? ניטול לדוגמה את יחסם של השופטים לדחיות הרבות בשמיעת המשפט, שרובן ככולן היו תוצאה של בקשות עורכי דינו של הנאשם. השופטים, בפסק דינם, הטילו את האשמה בדחיות על הנאשם והשתמשו בדחיות כדי לצייר את הנאשם כאחד שניסה לדחות את הכרעת הדין ואולי אף להימלט ממנה באמצעות קשריו והשפעתו. הפניית אשמה כזו, אפילו במרומוז, על הנאשם, אינה מתיישבת עם הגיונם של דברים ואינה נחוצה כלל, שהרי אין איש חולק על כך שעורכי דינו של הנאשם, במהלך משפטו ואף לפניו, הם מהטובים במדינה והם לבדם קבעו את קו ההגנה

(כולל הדחיות). מדוע דרעי אשם גם בחטאם של עורכי הדין המובחרים ששכר? האם לא די להאשימו ולהרשיעו בנטילת שוחד? האם בית המשפט, שאישר את הדחיות במשפט, אינו אחראי לפחות כמו דרעי לדחיות הרבות, ואולי יותר? ייתכן שמדובר בחוכמה שלאחר מעשה, אך לעניות דעתי, ניתן היה להציג את סיפורו של דרעי העבריין כסיפור שישכנע את הציבור באשמתו של האיש ולא כסיפור מקומם ומעורר אי-אמון, וזאת, אם דמותו הייתה מתוארת באור אחר (למשל – סיפורו של הנער משום מקום שעלה לגדולה, ואיבד את ראשו כתוצאה מהשפעתם המשכרת של מנעמי השלטון). ניתן היה להציג את סיפורו של דרעי כסיפור של חמלה על איש מעשה מוכשר שטעה ושעליו לשלם בחומרה על טעויותיו ולא כסיפורו של "בוס" (ואגב דרעי לא הואשם במידות מוסריות מושחתות מנעוריו. דרעי הואשם בלקיחת שוחד). פסק דין כזה היה עשוי לחנך ולקבוע נורמה כי גם האיש המוכשר ביותר, שעשה מעשים טובים ככל שיהיו, אינו חסין מפני ענישה כבדה אם חטא בפלילים, זאת, מבלי ליטול מדרעי את הדברים החיוביים אותם עשה בחייו הציבוריים. מוכן שפסק הדין כזה היה מאפשר לקבוע כי דרעי הוא עבריין וכי עליו להישלח לכלא למספר שנים. לדעתי, הסיכוי שפסק דין כזה היה משכנע ציבורים רחבים יותר בחברה הישראלית כי הוא פסק דין נכון הוא גדול יותר, וזאת, כאמור, הייתה גם מטרתם של השופטים (אחרת לא היו טורחים לכתוב פסק דין מנומק כל כך, המשתרע על כאלף עמודים וכולל תיאורים שונים של הגאשם ומעשיו שאינם קשורים כלל לאישומים כנגדו). הצלחת השכנוע תלויה, בין היתר, בטיב הסיפור בו משתמשים בפסק הדין. באותה מידה, בית משפט הפוסק פיצויים בגין לשון הרע, או בגין הפרת חוזה צריך לשכנע שהרע צריך לשלם. זה לא משנה אם מדובר בדיון על תובענה ייצוגית נגד בעלי מניות בחברה בורסאית או בענייני מעמד אישי. השופט רוצה וצריך לשכנע שהצדק נמצא בפסק הדין.

5. חשיבותו המיוחדת של השכנוע בהליכים חוקתיים

חשיבות השכנוע ברורה בכל משפט רגיל. על אחת כמה וכמה במשפטים חוקתיים. משפטים אלה מעצבים פניה של חברה. משפטים אלה מצביעים על חלוקת הכוחות בחברה ועל המבנה הערכי של המדינה.²⁵ משפטים אלה קובעים את רמת ההגנה שתעניק החברה למיעוטים בה ולזכויות שלהם. כך למשל, בית משפט הפוסל חוק של בית הנבחרים של המדינה, צפוי לעורר עליו, למצער, את הרוב בבית הנבחרים שהצביע בעד החוק שנפסל.²⁶ הרוב הנבחר בבית הנבחרים, ברוב המקרים, משקף את רצונם של רוב אזרחי המדינה בזמן חקיקת החוק. כך עשוי בית המשפט המפעיל ביקורת שיפוטית למצוא מול פסק דינו קהילת מתקוממים גדולה – בבית הנבחרים ובציבור הרחב – התובעת ממנו הסבר מנומק ומשכנע: מי שמך? מדוע שיקול

25 א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג: פרשנות חוקתית, תשנ"ד) 67–78.

26 לדיון בטעמים בעד ביקורת שיפוטית על חוקים ראו, למשל, לעיל הערה 10, בע' 419–428.

דעתך טוב משיקול דעתם של רוב נבחריו העם? מלאכתו של בית המשפט, בבואו לשכנע כי פסילת החוק נעשתה כדין, אינה פשוטה כלל. ראשית, בית המשפט צריך לשכנע את נבחריו העם כי הם טעו ולמעשה עברו על החוק; שנית, בית המשפט צריך לשכנע את הציבור כי נבחריו ביצעו מהלך בלתי חוקי; שלישית, בית המשפט צריך לשכנע את הצדדים המתדיינים בפניו כי ראוי להפעיל ביקורת שיפוטית; רביעית, רצוי שבית משפט ישכנע את חברי הקהילה המשפטית; חמישית, במצב כזה היה רצוי שבית המשפט, באמצעות שופטיו, יציג חזית אחידה ככל האפשר, כדי ליתן תוקף לעמדתו שלו אל מול עמדתו של הרוב. העול הכבד המוטל על השופט המבקש לפסול חוק של בית הנבחרים הוא כבד עוד יותר במקרה הראשון בו נוטל לעצמו בית המשפט את הסמכות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים מבלי שניתנה לו סמכות לכך בחוק. ודוק: בכל מקרה בו פוסל שופט חוק המבטא את רצון העם הוא צריך לשכנע היטב את הציבור כי הוא נוהג כראוי. אולם המקרה הראשון, בו נוטל השופט את סמכות הפסילה, הבלתי מובנת מאליה, הוא הקשה מכולם. במקרה הראשון צריך בית המשפט סיפור משכנע מאוד, שיאחד בהנמקתו את הציבור וכן גם, ובעיקר, את יריביו הפוטנציאליים בבית הנבחרים. דוגמה לשכנוע כזה בעצם קיומה של סמכות הפסילה מצויה בפרשת מרבורי נ' מדיסון, שתיסקר להלן.

ג. ביקורת שיפוטית על חוקים בארצות־הברית – סיפורו של השופט מרשל

מרבורי נ' מדיסון הוא אחד מפסקי הדין החשובים ביותר של בית המשפט העליון בארצות־הברית בכל שנות קיומו²⁷. פסק דינו של השופט מרשל קבע כי בית המשפט העליון בארצות־הברית מוסמך לבטל חוקים שאינם מתאימים לחוקה, וזאת ללא שהחוקה של ארצות־הברית מעניקה לבית המשפט העליון סמכות כזו. הלכה זו, שתחגוג בעוד שנים ספורות מאתיים שנים לקיומה, ושעדיין מהווה את אחת ההלכות הנלמדות ביותר, המחזיקה מעמד זמן רב כל כך, בנושא בעייתי וחשוב כל כך, חייבת להיות הלכה משכנעת²⁸. לה־רו טוענת שההלכה משכנעת, בין היתר, משום שהיא מספרת סיפור טוב. סיפור ששכנע את אזרחי ארצות־הברית, ובראשם, את מתנגדיו העיקשים ביותר של השופט שקבע את ההלכה²⁹. השאלה המעניינת היא כיצד הצליח מרשל לספר את אחד הסיפורים החשובים ביותר של שיטת המשפט האמריקאי ומעמדו של בית המשפט העליון בתוכה, מבלי לעורר עליו את זעמם של חברי בית הנבחרים, חברי הממשלה, הנשיא ואזרחי ארצות־הברית? למה סיפורו של מרשל מחזיק מעמד זמן רב כל כך? שאלה זו הופכת אקטואלית

W.W. Crosskey *Politics and The Constitution in The History of The United States* (Chicago, 1953); D. Malone *Jefferson and His Time* (Boston, 1948).

28 לביקורת על הלכה זו ראו לעיל הערה 8.

29 *Supra* note 22, at pp. 43–69: הפרק הראשון בספר עוסק בפרשת מרבורי נ' מדיסון וטענותי מחבסת, על טיעונה של המחברת.

על רקע ההשוואה המתבקשת לסיפורה של שיטת המשפט הישראלי. בישראל, כמו בארצות-הברית, החוקה או החוק אינם מסמיכים, במפורש, את בית המשפט לפסול חוקים של הכנסת הנבחרת. השופט ברק, בפסק הדין הקובע את סמכותו של בית המשפט בישראל להפעיל ביקורת שיפוטית-מהותית, נעזר, בין היתר, בפרשת מרבורי נ' מדיסון³⁰. הדיון בפרשת מרבורי נגד מדיסון יתנהל בשני שלבים. תחילה אסקור, בקצרה, את הרקע ההיסטורי-עובדתי של המקרה, זאת, בין היתר, כדי להסביר על מעמדו הנחות של בית המשפט העליון בארצות-הברית, ערב מתן פסק הדין. מעמד, ממנו צמח בית המשפט העליון של ארצות-הברית להיות אחד הגופים החזקים ביותר במדינה זו, שסמכותו לפסול חוקים של בית הנבחרים הפכה להיות מובנת מאליה. בשלב השני אסקור את ההיבטים הספרותיים-שכנועיים בפסק הדין.

1. הרקע ההיסטורי

בחודש ספטמבר, 1800, פרש אוליור אלסוורת' (Oliver Ellsworth) מכהונתו כשופט בבית המשפט העליון של ארצות-הברית, זמן קצר לפני הבחירות לקונגרס ולנשיאות, שנערכו בחודש נובמבר, 1800. המועמד הראשון להחלפת אלסוורת' בבית המשפט העליון, של הנשיא המכהן עדיין, אדמס (Adams), ראש המפלגה הפדראלית, שעתידי היה להפסיד בעוד זמן קצר את הבחירות לנשיאות, היה אדם בשם ג'ון גאי (John Gay). ג'ון גאי סירב לקבל על עצמו את התפקיד משום שחשש שאין לבית המשפט העליון כוח פוליטי מעשי³¹. אדם אחר, בשם ג'ון מרשל (John Marshal), שכיהן כמזכיר המדינה תחת שלטונו של אדמס, והיה אחד מבכירי המפלגה הפדרלית, הסכים להתמנות לבית המשפט העליון במקומו של אלסוורת'. מרשל אף כיהן, במקביל, בשני התפקידים (מזכיר המדינה ושופט בית המשפט העליון) בתקופה הקצרה (כחודשיים) בין פרישתו של אלסוורת' לבין הבחירות לקונגרס ולנשיאות. בבחירות לנשיאות, שהתקיימו, כאמור, בחודש נובמבר, 1800, ניצח תומס ג'פרסון, מועמד המפלגה הרפובליקנית, שהביס את אדמס, מועמד המפלגה הפדרלית. ג'פרסון מינה את ג'יימס מדיסון (James Madison) לכהן כמזכיר המדינה החדש. בשלהי כהונתו, בעודו "ברווז צולע" (נשיא העומד בפני החלפה), החליט הנשיא אדמס למנות ארבעים ושניים שופטים לכהן בערכאה הנמוכה (Magistrate Court) של מחוז קולומביה (District of Columbia). אדמס פעל בהסתמך על חוק של הקונגרס, שחוקק ב-1800, ושהסמיך את נשיא ארצות-הברית לבצע את המינויים ואף לקבוע את מספר השופטים שהמחוז צריך. אדמס קבע את ארבעים ושניים המינויים, לפי שיקוליו הפוליטיים, ביניהם אחד בשם ויליאם מרבורי (William Marbury), ושלח את הרשימה לסנאט, שנתן את הסכמתו למינויים. לאחר אישור הסנאט, שלח אדמס את רשימת המינויים למזכיר המדינה, מרשל, כדי שיאשרם בחתימתה הרשמית (Great Seal) של ממשלת ארצות-הברית.

30 לעיל הערה 10, בע' 416-417.

31 H.P. Johnston *The Correspondence and Public Papers of John Jay* (New-York, 1893) 4:285.

מרשל לא חתם על מינויו של מרבורי. ג'פרסון, הנשיא החדש, שזעם על המחטף שבישל הנשיא היוצא אדמס, שינה את רשימת המינויים (ג'פרסון הפחית את מספר השופטים למחוז קולומביה לשלושים) והגיש את הרשימה החדשה לאישור הסנאט. מרבורי לא נכלל ברשימה החדשה. לכן תבע מרבורי המבקש להיות שופט את מזכיר המדינה, מדיסון, המסרב לחתום על המינוי³². מרבורי ביקש מבית המשפט העליון לצוות על מדיסון (בצו מנדמוס) לחתום על המינויים המקוריים, שאושרו כדין. מזכיר המדינה המכהן, מדיסון, וכן פרקליט המדינה, כלל לא השיבו לתביעה. כך גם פקידי מדינה, בסנאט ובמחלקת המדינה, שחויבו להתייצב ולהעיד. כולם בחרו לא להתייצב בפני בית המשפט. עובדות חמורות אלה מתוארות אצל השופט מרשל באופן יבש וענייני: "No cause has been shown"³³. נתוני הפתיחה היו אפוא, לרעת השופט מרשל, שהיה בעצמו מינוי פוליטי וטירון בשפיטה, שכן אם יקבל את העתירה, שהוגשה על ידי חברי מפלגתו, הוא עלול לעורר עליו את חמתם של הנשיא, הקונגרס והציבור. ההערכה הסבירה הייתה שהנשיא ג'פרסון ומזכיר המדינה מדיסון פשוט יתעלמו מפסיקה כנגדם, כפי שהתעלמו מהתביעה עצמה. התעלמות שתזכה לגיבוי בקונגרס ובציבור, שזה עתה הדיח את מרשל ועמיתיו מעמדות כוח פוליטיות בממשל. מצד שני, דחיית תביעתם של מרבורי ועמיתיו פירושה, במובן האישי, שגם כסאו של מרשל בבית המשפט העליון הושג שלא כדין (שהרי מרשל ומרבורי מונו בדיוק באותה תקופה ועל ידי אותו נשיא). זאת ועוד, דחיית תביעתם של מרבורי וחבריו – כמובן הציבורי – תהווה סוג של גושפנקה למעמדו הנחות של בית המשפט בשיטת השלטון בארצות-הברית (סברה שכיחה באותו זמן בארצות-הברית – בדיוק בגללה סירב ג'ון גאי להתמנות כשופט). מרשל עתיד היה להפסיד בכל מקרה: אם יפסוק לטובת מרבורי – פסיקתו לא תקום ומעמד בית המשפט, הנמוך ממילא, ייפגע עוד יותר; אם יפסוק נגד מרבורי – יוכח לכול כי לבית המשפט מעמד נחות בשיטת המשפט האמריקאי. מהפלוונטר הזה, הוציא השופט מרשל פסק דין המעניק את סמכות הביקורת השיפוטית על חוקים לגוף החלש ביותר בעיר באותו זמן – בית המשפט העליון של ארצות-הברית, תוך שהוא משיב, פחות או יותר, את רצונם של כל הצדדים המעורבים בסכסוך.

2. פסק הדין – היבטים ספרותיים-שכנועיים

הדרמה הפוליטית הגדולה ברקע פרשת המינויים אינה מצויה ולו ברמז בפסק הדין. גם היחס המזלזל של אנשי הממשל החדש, הרפובליקני, אל בית המשפט אינו מוזכר בפסק הדין. יחס זה הוא "עובדה" שאינה משרתת את ה"סיפור" אותו מבקש השופט לרקום ולכן מובן שמקומה אינו בפסק הדין. סגנונו של מרשל בפסק הדין הוא פורמלי-טכני. סגנון זה משמש את מרשל לבנות חיץ בין

32 יוער כי לתביעתו של מרבורי הצטרפו שלושה שופטים נוספים שלא מונו, וכולם יוצגו בידי עורך דין אחד.

33 *Supra* note 7 at p. 154.

המשפט (הפורמלי, הקר, אך האמון על יישום כללי החוקה) לפוליטיקה (הבלתי פורמלית, המקנה שיקול דעת). עניינים משפטיים נשלטים על ידי בתי המשפט. עניינים פוליטיים נשלטים על ידי הפוליטיקאים. עניינים משפטיים מוכרעים בבית המשפט. עניינים פוליטיים מוכרעים על ידי הנשיא, הקונגרס והציבור שבכוחו להחליף את הנשיא והקונגרס. מרשל בפסק הדין מספר על עולם המקיים גבול ברור בין המשפט לפוליטיקה. גבול אותו בית המשפט לא יכול ולא רוצה לחצות. סיפורו של מרשל הוא, בראש ובראשונה, סיפור של גבולות. בית המשפט שולט בממלכת המשפט (ממלכה פורמלית, אובייקטיבית, שהשופטים הם פועליה ולא מפעיליה). הפוליטיקאים שולטים בממלכת הפוליטיקה (ממלכה אנושית, בעלת מרכיב גדול של שיקול דעת, שהנשיא והקונגרס הם מפעיליה הראשיים).

מרשל מנהל את הדיון בתביעתו של מרבורי במשעול פורמלי צר ומוגדר, שהוא המשעול היחיד האפשרי עבור בית המשפט (יתרונו הגדול של משעול זה הוא שההכרעות בתחום הצר שלו הן משפטיות ואין בו כניסה לפוליטיקאים), הבנוי על חמישה יסודות משפטיים: ראשית, האם למרבורי זכות משפטית לקבל את המינוי. שנית, בהנחה שזכות משפטית לקבל את המינוי קיימת — האם זכותו של מרבורי הופרה. שלישית, בהנחה שזכותו המשפטית של מרבורי לקבל את המינוי הופרה — האם קיימת תרופה משפטית לתיקון ההפרה. רביעית, בהנחה שקיימת תרופה משפטית לתיקון הפרת זכויותיו של מרבורי — האם נקט מרבורי בהליך הנכון כדי לקבל את התרופה אותה הוא דורש. חמישית, אם מרבורי נקט בהליך הנכון לזכות בסעד המבוקש על ידו — האם בית המשפט מוסמך להעניק לו את התרופה המבוקשת והקיימת, לכאורה, בחוק שחוקק הקונגרס בשנת 1789.

כבדיקת השאלה הראשונה, בדבר קיום זכותו של מרבורי, עורך מרשל אבחנה בין שאלת המינוי (Appointing), שהיא, לדעתו, עניין פוליטי — של שיקול דעת — הנשלט על ידי הנשיא, ולכן חסין מהתערבותו של המשפט, לבין אישור המינוי על ידי מזכיר המדינה (Commissioning) שהוא פעולה פורמלית-טכנית הנשלטת על ידי המשפט. מכאן גוזר מרשל זכות משפטית למרבורי, בחוק, לאשר את מינויו וזאת מאחר והנשיא, מתוך שיקול פוליטי חסין מבדיקה משפטית, מינה אותו³⁴. הגבול (המדומה) שיוצר מרשל בין המשפט לפוליטיקה הוא הגבול שבו הוא משתמש לפתרון השאלה הראשונה ולפתרון של יתר השאלות. באמצעות טכניקת הגבולות מוכרעת שאלת סמכותו של בית המשפט עצמו.

השאלה הבאה נראית טריביאלית — אם זכותו המשפטית של אדם הופרה כיצד ייתכן שהמשפט לא יעניק לו תרופה? הדבר ייתכן אם מדובר בעניינים פוליטיים, בהם, כזכור, לבית המשפט אין סמכות להתערב. וכיצד ידע בית המשפט מתי מדובר בעניין פוליטי בו אין לו סמכות להתערב? התשובה נמצאת בטקסטים משפטיים (חוקה, חוקים)³⁵. כלומר, המשפט קובע את האבחנה בין

Ibid, at pp. 154–162. 34

Ibid, at p. 165. 35

פוליטיקה למשפט, אבחנה שהיא לב סיפורו של מרשל. לכאורה, זו אבחנה קשה מבחינת הפוליטיקאים, אולם סיפורו של מרשל מצניע, הן בסגנון והן בתוכן, את חלקו של בית המשפט בתהליך, אך מגביה את חלקו של "המשפט". טקסטים משפטיים (חוקה, חוק) מלמדים את מרשל שאי-חיתמתו של מדיסון על מסמכי המינוי של מרבירי וחבריו היא עניין משפטי. כלומר, יש לבית המשפט סמכות להתערב ולהעניק תרופה למרבירי³⁶. לאחר שמתברר כי למרבירי וחבריו קיימת זכות בדין (השאלה הראשונה), שהופרה (השאלה השנייה), וכי הדין מעניק בגין ההפרה סעד משפטי (השאלה השלישית) פונה מרשל לבדוק האם נקטו התובעים בהליך המשפטי הנכון³⁷. הדין הפורמלי-הטכני אינו קצר. מרשל בוחן את החוק המעניק לבית המשפט סמכות לדון בתביעה ולהוציא צווי מנדמוס כנגד אנשי הממשל – Judiciary Act of 1789 ובמיוחד את סעיף 13 בו. אז ורק אז מגיע מרשל אל השלב החמישי הנובע מההתנגשות הלכאורית בין סעיף 2 לחלק השלישי בחוקה לבין סעיף 13 לחוק. בשלב הזה שואל מרשל האם הקונגרס לא עבר את הגבול אותו מתירה לו החוקה, בהעניקו סמכות כה נרחבת לבית המשפט העליון, ליתן צווי מנדמוס כנגד פקידי השלטון. מאחר ומדובר בסיפור של גבולות: גבולות של סמכות, גבולות בין פוליטיקה למשפט, גבולות בין הכוח (ושיקול הדעת) של הנשיא לכוחו של החוק, השאלה אותה מעמיד מרשל נראית טבעית. גם אם שאלת הגבולות היא טבעית, עדיין סמכות הקביעה בשאלה מתי נחצה הגבול אינה כה מובנת מאליה. כיום נראה למשפטנים הפועלים בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית מובן מאליו שבית המשפט העליון יקבע מתי נחצה הגבול בין פעולת הקונגרס לחוקה, אך יש לזכור כי עניין זה כלל אינו מובן מאליו. למשל, החוקה האמריקאית מעניקה זכות וטו לנשיא ארצות-הברית על חוקים של הקונגרס. נראה כי אם זכות כזו לא הייתה מוענקת בחוקה, אף אחד לא היה סבור שזכות כזו אכן קיימת³⁸. מדוע אפוא להעניק זכות וטו לבית המשפט העליון על חקיקה של הקונגרס כשזכות זו לא ניתנה לבית המשפט העליון בחוקה? יש שיקולים נורמטיביים התומכים בהענקה של זכות כזו, למשל, בית המשפט הוא אובייקטיבי, הוא מנותק מהפוליטיקה היומיומית, הוא מקצועי, בכוחו להגן על זכויות המיעוט הנפגעות כתוצאה מפעולתו של הרוב הנבחר. אולם, חשוב לציין כי מרשל כלל לא משתמש בשיקולים הנורמטיביים בעת שהוא קובע כי בידי בית המשפט הכוח לקבוע את הגבולות בעצמו. ברור למה – הרקע ההיסטורי

Ibid, at pp. 165–167. 36

Ibid, at pp. 168–176. 37

38 אפשר להשוות זאת לשיטת המשפט שלנו, בה נבחר ראש הממשלה, באופן ישיר, על ידי העם, בדומה לנשיא ארצות-הברית. האם משפטן הפועל בשיטת המשפט הישראלי סבור כי ראש הממשלה מוסמך להטיל וטו על חקיקת הכנסת, בדומה לסמכות וטו הקיימת בשיטת המשפט האמריקאית? אם ראש ממשלת ישראל יבקש ליטול לעצמו סמכות וטו כזו נראה שהיא תידחה על ידי בית המשפט והציבור הרחב. וכל זאת משום שסמכות כזו לא קבועה במסמכי היסוד של החברה, לכן, יש חשיבות רבה לעצם קביעת הסמכות להטיל וטו.

לימד אותנו שמדובר בבית משפט חלש, חסר כוח ממשי, אשר שולטים בו אנשים שהפסידו בבחירות. כדי שבית משפט כזה ייקח לעצמו כוח כה גדול לפסול חוקים של הקונגרס המייצג את הרוב בציבור, עליו לצאת מנקודת מוצא צנועה, מתוך הנמכת קומתו, לפחות בשלב הראשון של לקיחת הכוח. לצורך קביעת סמכותו של בית המשפט לקבוע כי החוק המעניק סמכות לבית המשפט חורג מהסמכות המסורה לבית המשפט בחוקה, משתמש מרשל באבחנה ששימשה אותו לכל אורך פסק דינו – האבחנה, קו הגבול, בין פוליטיקה ומשפט – החוקה, טוען מרשל, היא עניין משפטי והיא נשלטת על ידי בתי המשפט. את החוקה לא ניתן לשנות בפעולה רגילה של הקונגרס או של הנשיא (פעולות פוליטיות). אם זה נעשה – נחצה גבול – ובית המשפט חייב להתערב (ומה טוב שהתערבות זו משרתת דווקא את השלטון). המשמעות המעשית היא שלבית המשפט העליון יש זכות וטו על חקיקה של הקונגרס. החוק משנת 1789, המקצץ בסמכותם של הפוליטיקאים ומאדיר את כוחו של בית המשפט, סותר את החוקה ודינו להתבטל על ידי בית המשפט, ההופך לשעה לשמש כמגן הפוליטיקאים. עתירתו של מרבורי נדחת משום שהכוח שנתן הקונגרס, בחוק, לבית המשפט להתערב בפעולת מזכיר המדינה היה כוח שאסור היה – לפי החוקה – למסור לבית המשפט. וכך, מתוך חולשה בסיסית ומבנית בונה מרשל, בתבונה רבה, את בית המשפט העליון של ארצות-הברית כאחד הגופים החזקים ביותר בשיטה הפוליטית-המשפטית בארצות-הברית.

ד. ביקורת שיפוטית על חוקים בישראל – הסיפורים השונים

1. מבוא – סיפורה של המהפכה החוקתית

בית המשפט העליון של ישראל פסל, לפני שנת 1992, בארבעה מקרים, חוקים של הכנסת³⁹. בכל המקרים הפסילה הייתה טכנית ומיוחסת אך ורק לסעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת. על האפשרות להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקים מטעמים מהותיים ובהקשר של פגיעה בעקרונות יסוד עמד השופט ברק, לראשונה ובהערת אגב, בשנת 1989, בפרשת לאור⁴⁰. למתבונן מן הצד נראה שתנאי היסוד של בית המשפט העליון בישראל, להפעלת ביקורת שיפוטית על חוקים, הם סבירים (ודאי טובים יותר מתנאי היסוד שעמדו בפני השופט מרשל בארצות-הברית). בית המשפט העליון בישראל נהנה ממידה גדולה של אמון ציבורי⁴¹. בית המשפט

39 בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (להלן: פרשת ברגמן); בג"צ 246/81 אגודת דרך-ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה(4) 1; בג"צ 141/82 רובינשטיין נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לז(3) 141; בג"צ 142/89 תנועת לאור נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (להלן: פרשת לאור).

40 פרשת לאור, שם, בע' 554–555.

41 ג' ברזילי, א' יערי-יוכטמן וז' סגל בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית (תשנ"ד) בע' 175–190. המתברים מציגים מחקר שעשו לפיו כ-75% מהציבור הישראלי סבורים, במידה גבוהה של שביעות רצון, כי בית המשפט העליון עושה עבודתו נאמנה.

העליון כבר פיתח והרחיב את זכות העמידה בפניו, במיוחד בעניינים הקשורים בשלטון החוק⁴². בית המשפט העליון הסיר את מכשול עילת היעדר השפיטות⁴³ ופיתח באופן נרחב את עילת הסבירות, המאפשרת לו להתערב בפעולותיהן של רשויות הממשל הבכירות, מטעמים של מהות⁴⁴. בנקודת זמן זו, נוחה מבחינתו של בית המשפט, התחיל לפתע סיפור חדש, מפתיע ומרתק. סיפור זה המהפכה החוקתית.

ביום 3.3.1992 חוקקה הכנסת את חוק-יסוד: חופש העיסוק⁴⁵. שבועיים אחר כך, ביום 17.3.1992, חוקקה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו⁴⁶. עשרה ימים מאוחר יותר פירסם פרופ' קליין טור קצר בעיתון "מעריב", שעסק בחוק-היסוד החדשים ושכותרתו הייתה "המהפכה החוקתית השקטה"⁴⁷. חקיקתם של חוק-היסוד, ב"זמן אמת" לא עוררה הד ציבורי רחב ועל רקע זה תואמת כותרת המאמר ("שקטה") את המציאות, שכן, כאמור, השיח הציבורי בישראל לא התרגש במיוחד מחוק-היסוד החדשים, אולם בשיח המשפטי, בניגוד לשיח הציבורי, התחולל רעש גדול במיוחד, שאחד מהדיו הוא הכתיבה המחקרית בנושא: סקירה של כתבים משפטיים, שפורסמו בישראל אחרי חקיקת חוק-היסוד החדשים, מעלה כי עשרות כתבים כבר הספיקו לפרסם קרוב למאה וחמישים (!) מחקרים העוסקים בשאלות שונות הקשורות בהשפעה המשפטית של חוק-היסוד החדשים. ניתן למיין מחקרים אלה לתחומי מחקר שונים⁴⁸, אולם, אין ספק שגולת הכותרת

42 ז' סגל זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק (תשנ"ד).

43 בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441.

44 בעניין זה, ראו, למשל ר' הרזוב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז) 473-504; א' זמיר "עילת אי-הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 291; ר' שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ד) 5; בג"צ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229; בג"צ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404; בג"צ 4267/93 אמיתי נ' רבין, פ"ד מז(5) 441.

45 נחקק מחדש ביום 9.3.94.

46 תוקן בתשנ"ד.

47 מעריב, 27.3.92.

48 חלק מהמאמרים עוסקים בשאלת התרחשותה של המהפכה ומשמעותיה, כך למשל שם, שם; א' ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 9; ש' אלמוג "חוק-יסוד: חופש העיסוק; חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפט וממשל א (תשנ"ב) 185; ק' קליין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – הערכה נורמטיבית ראשונה" המשפט (תשנ"ג) 123; א' מעוז "משפט חוקתי" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב-תשנ"ג) 143; מ' אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 659; מ' שמגר "על סמכויות הכנסת בתחום החוקתי" משפטים כו (תשנ"ה) 3; י' מ' אדרעי "מהפכה חוקתית – האמנם?" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 453; ע' זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679; מ' לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט" משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697; מ' לנדוי "מחשבות על המהפכה החוקתית" משפטים כו (תשנ"ו) 419; א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133; ר' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח (תשנ"ז) 21; י' דותן "חוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'המהפכה החוקתית'" משפטים

של חוקי-היסוד החדשים היא ה"מהפכה החוקתית" שהם חוללו, לטענת חלק מהחוקרים, המקדמת את מעמדם של זכויות האדם בישראל, ובמקביל – כך הטענה – את סמכותו של בית המשפט לבקר את חוקי הכנסת שפוגעים שלא כדין בזכויות אדם. סמכותו של בית המשפט לבקר גם את חוקי הכנסת מקובלת כמעט על כל המשפטנים שחקרו את השפעת חוקי-היסוד החדשים (ביניהם שופטים, אנשי אקדמיה, עורכי דין), אולם, באופן מפתיע מעט, חלק מרכזי וחשוב מחוקרי חוקי היסוד החדשים חלוקים באופן יסודי על דרך קניית סמכות זו. כלומר, בהיקש לספרות – סוף הסיפור ידוע – בית המשפט בשיטת המשפט הישראלי מוסמך לבקר את חוקי הכנסת, כך לפחות גורסים רוב המשפטנים, אך הדרך – עלילת הסיפור והנמקתו – נתונה במחלוקת. במרכז העלילה עומדים חוקי-היסוד ממרץ 1992. מה תפקידם בסיפורה של שיטת המשפט הישראלי? כיצד הם משרתים את

כח (תשנ"ז) 149; מ' הופנונג "סמכות, עוצמה, והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית" משפטים כח (תשנ"ז) 211; ז' סגל "הדרך לביקורת שיפוטית על חוקתיות של חוקים – הסמכות להכריז על אי חוקתיות חקיקה – למי?" משפטים כח (תשנ"ז) 239; ה' סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח (תשנ"ז) 257; ק' קליין "בעקבות פסק הדין בנק מזרחי – הסמכות המכוננת בראי בית-המשפט העליון" משפטים כח (תשנ"ז) 341; ד' קרצ'מר "מכרזגמ וקול-העם לבנק המזרחי: הדרך לביקורת שיפוטית על חוקים הפוגעים בזכויות אדם" משפטים כח (תשנ"ז) 359; ל' שלף "רוב מיוחס בנושאים חוקתיים – לא רק דרישה כלפי הכנסת אלא גם רעיון לגבי בית-המשפט" משפטים כח (תשנ"ז) 387; י' קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" משפט וממשל א (תשנ"ב) 323; א' ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" משפטים כב (תשנ"ב) 31; א' ברק "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות" משפט וממשל א (תשנ"ב) 253; א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא (תשנ"ג) 271; מ' גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק-יסוד" הפרקליט מא (תשנ"ג) 291; י' עמית "על חופש העיסוק והסוד המסחרי" הפרקליט מא (תשנ"ג) 431; י' אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 173; א' ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 195; י' קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה (תשנ"ה) 129. חלק אחר של המאמרים עוסקים בהשלכות המהפכה על תחומי משפט ספציפיים. כך למשל – ב' אוקון וע' שחם "הליך ראוי ועיכוב הליכים שיפוטיים המשפט ג (תשנ"ו) 265; א' יורן "המהפכה החוקתית במיסוד בישראל" משפטים כג (תשנ"ג) 55; א' יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח (תשנ"ז) 443; י' מ' אדרעי "על חוקה דקלרטיבית וחוקה קונסטיטוטיונית – מעמדה של זכות הקניין החוקתית במדרג זכויות האדם" משפטים כח (תשנ"ז) 461; י' דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 535; א' פוזנר "חוק גל כמשל – ההגנה על זכות הקניין" משפטים כח (תשנ"ז) 581; א' פרוקצ'יה "הגנה חוקתית על הקניין בראי התיאוריה הכלכלית" משפטים כח (תשנ"ז) 621; א' חביב-סגל "דיני חברות, והמטרייה החוקתית שנפרשה בחוקי-היסוד" ספר השנה של המשפט בישראל (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 105; א' רובינשטיין "על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ומערכת הבטחון" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 21; ד' דורנר "השפעת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 13; ש' שגב "על היחס שבין חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" המשפט ב (תשנ"ה) 53; א' מגן "חירות הפרט וחייבים בהוצאה לפועל" הפרקליט מ (תשנ"ג) 384; ש' דורנר "מאסר חייבים בהוצאה לפועל" הפרקליט ג (תשנ"ו) 71.

התזה לפיה בית המשפט העליון מוסמך לבקר חוקים של הכנסת? האם חשוב להביט על חוקי-היסוד של 1992 ככאלה המספרים סיפור אחיד? מיקומם של חוקי-היסוד החדשים, בסיפורה הכולל של שיטת המשפט הישראלי נתון במחלוקת. השופט ברק, למשל, מעמיד את חוקי-היסוד החדשים במרכז העלילה החוקתית של מדינת ישראל. לשיטתו, בחודש מרץ 1992, אירע מפץ גדול בשיטת המשפט הישראלי. מפץ המצרף את ישראל לקהיליית המדינות הדמוקרטיות אשר להן מגילת זכויות חוקתית. סיפורה של המהפכה החוקתית הישראלית, מתואר על ידי השופט ברק במסגרת סיפורה הגדול של מהפכה עולמית לקידום זכויות אדם, שמקורה, בין היתר, בלקחי מלחמת העולם השנייה ובשואה שניחתה על העם היהודי⁴⁹. פרופ' קליין⁵⁰, לעומתו, סבור שחוקי-היסוד מצביעים על מהפכה שקטה, צנועה המקרבת את שיטת המשפט הישראלי לקונצפציה של הגבלת המחוקק⁵¹. חלק אחר, לא קטן, בקהילייה המשפטית הישראלית, לא משתכנע מסיפור המהפכה של חוקי-היסוד החדשים. למשל, השופט מישאל חשין⁵², השופט יצחק זמיר⁵³, פרופ' רות גביון⁵⁴ פרופ' יוסף מ' ארדעי⁵⁵. משפטנים אלה, המתנגדים לסיפור המהפכה, בעלילה המוצגת על ידי ברק, מספרים סיפור אחר על מה שקרה במרץ 1992. העובדה שאחד האירועים החשובים ביותר במשפט הישראלי – חקיקת שני חוקי-יסוד שעניינם זכויות אדם – נתפס ומתואר באופן כה שונה על ידי משפטנים שונים היא דוגמה מצוינת לקשר בין יצירת סיפור (והפעם – על הדין עצמו) לבין התוצאה המשפטית הנובעת מן הסיפור. הסיפור המרכזי בשאלת השפעתם של חוקי-היסוד החדשים הוא סיפורו של הנשיא ברק. העובדה היא שהקהילייה המשפטית בישראל, שברק הוא מנהיגה הפורמלי, אינה מאוחדת מאחורי סיפורו החוקתי החשוב. העובדה היא שמשפטנים בשיטת המשפט הישראלי, מספרים סיפורים חוקתיים שונים על מה שקרה במרץ 1992, חלקם, כפי שיוצג להלן, מתנגדים בתקיפות, ולעתים בבוטות, לסיפורו של הנשיא ברק, וזאת, לרוב, תוך הסכמה עם תוצאת הסיפור (הסמכותו של בית המשפט לבקר את חוקי הכנסת). לסיפורים השונים יש משמעות מעשית – הם משרתים גורמים נוספים בציבוריות הישראלית שמתנגדים לתוצאה המשפטית אותה מבקש הנשיא ברק (והמשפטנים האחרים) להשיג (ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת). סיפורים שונים, השקפות שונות של שופטים אינם בלתי שכיחים – וטוב שכך. אולם, לדעתי, בנקודת זמן זו, כדי להפוך את הביקורת השיפוטית על חוקים למכשיר לגיטימי בחברה הישראלית, נחוץ סיפור מכונן משכנע ומלכד, כדי לעזור

49 לעיל הערה 10, בע' 352.

50 שביסס את התיאוריה המשפטית לפסק דינו של ברק לפני שנים רבות – ראו: ק' קליין "הסמכות המכוננת בישראל" משפטים ב (תש"ל) 51.

51 לעיל הערה 47.

52 לעיל הערה 10, בע' 567.

53 שם, בע' 468.

54 גביון, לעיל הערה 48.

55 ארדעי "מהפכה חוקתית – האמנם?", שם.

לבית המשפט העליון להשיג את מטרתו הנורמטיבית – הצדקת סמכותו לבקר את חוקי הכנסת וקבלת לגיטימציה ציבורית רחבה לסמכות זו. פרשת בנק מזרחי זימנה לבית המשפט העליון, בהרכב של תשעה שופטים, הזדמנות לומר את דעתו בעניין (הערעור, שעניינו פסילת תיקון לחוק שנחקק בשנת 1993 ושהוגש לבית המשפט העליון בשנת 1993, זימן מצע עובדתי נוח לדיון בשאלת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת). על חשיבות השאלה, שתשובה לה לא נדרשה לצורך ההכרעה בסכסוך הספציפי⁵⁶, עמד השופט חשין, שקבע כי:

“מיום היות בית המשפט העליון לישראל – למיום היווסדו ועד עתה – לא עלתה לפניו שאלה גדולה וחשובה כשאלת סמכותה המכוננת של הכנסת לחוקק חוקה לישראל... נפיל שבנפילים... עניין לנו בשאלה המצויה ביסודה של שיטת המשפט בישראל, לא פחות”⁵⁷.

השאלה הגדולה ביותר של שיטת המשפט הישראלי עמדה אפוא להכרעה בבית המשפט העליון. מכאן חשיבותה ההיסטורית של הרטוריקה השכנועית בה נקט בית המשפט בעניין זה.

2. הנשיא ברק – סיפור המפץ הגדול

הסיפור של הנשיא ברק מסופר ומופץ לפחות משתי נקודות מבט: סיפורו של נשיא בית המשפט העליון ברק⁵⁸, סיפורו של החוקר פרופ' ברק⁵⁹, שחקר את ההתרחשות החוקתית האמורה⁶⁰. אביא את סיפורו של הנשיא, בציטוט מתוך פסק דינו בפרשת בנק מזרחי:

“במרץ 1992 נחקקו חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם חקיקתם חל שינוי מהותי במעמדן של זכויות האדם בישראל. הן הפכו לזכויות חוקתיות... ישראל היא דמוקרטיה חוקתית. עתה הצטרפנו

56 כל שופטי ההרכב, בפרשת בנק מזרחי, סברו כי החוק שעמד שם לביקורת שיפוטית מקיים את תנאי השריון הקבועים בחוק-היסוד, לכן, שאלת סמכות פסילת חוק שאינו עומד בתנאי השריון היא עניין שאינו דרוש להכרעה במקרה הספציפי. לפיתוח נקודה זו ראו ע' זלצברגר “הסמכות המכוננת בישראל: שתי הערות אגב לאמרת אגב או הזמנה לפתיחת הדיון מחדש” משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679.

57 לעיל הערה 10, בע' 472.

58 שם, בעיקר בע' 352–355.

59 ב' ברכה “אהרן ברק: פרשנות חוקתית” משפט וממשל ג (תשנ"ה) 339; לחיאור ה”רוח” שעושה ברק כתוצאה מהיותו פעיל בשני השדות ראו גם ר' עמית לעיל הערה 6.

60 ברק “המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות”, לעיל הערה 48; ברק “פרשנותם של חוקי-היסוד”, לעיל הערה 48; א' ברק “זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות” משפט וממשל א (תשנ"ב) 253; ברק “כבוד האדם כזכות חוקתית”, לעיל הערה 48; ברק “חוק-יסוד: חופש העיסוק”, לעיל הערה 48; א' ברק “הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)” מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5; א' ברק “החוקה של ישראל: עבר, הווה ועתיד” הפרקליט מג (תשנ"ז) 5.

לקהילת המדינות הדמוקרטיות (ובהן ארצות-הברית, קנדה, גרמניה, איטליה, דרום-אפריקה) אשר להן מגילת זכויות אדם (Bill of Rights) חוקתית. הפכנו להיות חלק ממהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים. אכן, לקחי מלחמת העולם השנייה, ובמרכזם השואה של העם היהודי, וכן דיכוי זכויות האדם במדינות טוטליטריות, העלו את זכויות האדם על ראש סדר היום העולמי. מסמכים בינלאומיים בדבר זכויות האדם נכרתו. ישראל הצטרפה אליהם. בתי-דין בינלאומיים בדבר זכויות אדם הוקמו. החוקות החדשות כוללות פרקים נרחבים – לרוב בראש החוקה, ותוך שריון מיוחד במינו של חלק מהזכויות – בדבר זכויות אדם. הביקורת השיפוטית על חוקתיות חוקים הפוגעים בזכויות האדם הפכה לנחלת רוב רובן של המדינות. מהפכה זו לא פסחה גם עלינו. הצטרפנו אליה במרץ 1992.

המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרץ 1992. הכנסת העניקה למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית... בחוקה את חוקי היסוד בדבר זכויות האדם הביעה הכנסת את עמדתה באשר למעמד המשפטי-חוקתי העליון של שני חוקי יסוד בדבר זכויות האדם. היום מביע בית המשפט העליון את עמדתו המשפטית המאשרת מעמד חוקתי עליון זה. בכך משתלבת הזרוע החקיקתית עם הזרוע השיפוטית. החוליה המכוננת משתלבת בחוליה השופטת. קמה השרשרת החוקתית בדבר חוקתיות החוקה בכלל וחוקתיות זכויות האדם הקבועות בחוקי היסוד בפרט... לראשונה קבעה הכנסת, במרץ 1992, מגוון של זכויות אדם חוקתיות, המגבילות את כוח החקיקה של הכנסת, והמתנות פגיעה בהן בהגשמת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. לראשונה מצהיר בית המשפט העליון על התוקף החוקתי העל-חוקי של קביעת הכנסת⁶¹. (ההדגשות שלי – א.ב.).

קשה לטעות באופי סיפורו של הנשיא ברק – מדובר בסיפור דרמטי, חגיגי, שסופו הצטרפותה של ישראל במרץ 1992, באיחור מסוים, לסיפור הגדול ביותר של המאה העשרים. סיפורן של זכויות האדם. סמכותו של בית המשפט העליון לבקר חוקי פרלמנט היא חלק חשוב בעלילה הגדולה של זכויות האדם, הכוללת, בין היתר, את מלחמת העולם השנייה והשואה. בתי הדין לזכויות אדם שהוקמו הם גורמים חשובים בסיפור. בית המשפט, כמוסד, הוא גורם מכונן בדרמה הזו, ולכאורה, סמכויותיו הנכבדות מתבקשות כדי שיוכל למלא תפקיד חשוב ואולי מכריע במאבק להגנה על זכויות אדם. בית המשפט מכונן בעצמו את הדרמה בכך שלפי השופט ברק הוא חלק מההכרזה החגיגית. בית המשפט נדרש להצהיר על קיומה של ההכרזה ועל משמעותה. קריאה של דברי השופט ברק עלולה ליצור רושם שללא שותפות מרכזית, יוצרת, של בית המשפט סיפורן הגדול של זכויות האדם לא היה קורם עור וגידים. בית המשפט הוא שותף מרכזי ביצירת המהפכה

61 לעיל הערה 10, בע' 468-469.

ובהפגמת תוצאותיה. בסופה של המהפכה, אחד האמצעים החשובים ביותר בדרך החדשה אליו פוסעת שיטת המשפט הישראלי הוא הענקת סמכות לבתי המשפט לפסול חוקים של הכנסת הנבחרת. פרשנותם של דברי השופט ברק עלולה להוביל למסקנה שמי שלא מקבל עליו את המצב המשפטי החדש שנוצר בשיטת המשפט הישראלי, על תוצאותיו, מסכן את התפתחות שיטת המשפט ועומד על סיפו של סיכון לחזור על הטעויות הקשות שהתחוללו בהיסטוריה של המאה העשרים, שלקחן הופנם בחוקי-היסוד החדשים.

לטעמי, מקומו ותפקידו של בית המשפט העליון בסיפור החוקתי של ישראל מוצגים באור חזק מדי על ידי השופט ברק. זה גם לא נכון ליצור תקוות כה גדולות במוסד השיפוטי, תקוות, שיכולות לאכזב ברגע האמת⁶². האם בית המשפט הוא באמת שחקן כה משמעותי בסיפור? ואפילו אם כן – האם כך ראוי לספר את הסיפור? האם זהו הסיפור שישכנע את חברי הכנסת כי ריבונותם אינה מוחלטת? האם זהו הסיפור שישכנע את הציבור הישראלי כי עליו לשים מבטחו בבית המשפט העליון כדי שיגן עליו, במידת הצורך, מפני הכנסת? אגב, הנשיא ברק, מספר בגילוי לב, חודשים ספורים לאחר מתן פסק דינו בפרשת בנק מזרחי, על מטרותיו ב"סיפור" המהפכה החוקתית:

"אשר לשימוש במילה מהפכה חוקתית... אם תתפשר איתי על שינוי חוקתי אני מוכן לוותר על המהפכה... כשדיברתי על מהפכה חוקתית המטרה הייתה להסב תשומת לב... היום כולם מסכימים שמה שהיה קרה. חוקי היסוד נכנסו לתודעה הלאומית כנורמות חוקתיות על חוקיות וזהו בעצם כל מה שהמושג מהפכה נועד להשיג"⁶³.

"הוראה" זו היא תשובה. היא מבהירה, למי שעדיין זקוק להבהרות, שתפקידו של שופט הוא לא רק לפרש וליישם את המשפט. תפקידו של השופט הוא גם לספר את המשפט באופן המשכנע ביותר. במיוחד, במשפטים חוקתיים חשובים.

3. השופט זמיר – צניעות שיפוטיה

לדידו של השופט זמיר, במרץ 1992 לא התרחשה מהפכה חוקתית –

"המהפכה החוקתית לא התחוללה עכשיו, כשנחקקו חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. היא התחילה לפני שנות דור, בפרשת ברגמן... כידוע, בפרשת

62 השוו למשל לפרשת המגורשים בג"צ 5973/92 התנועה למען זכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 267, בה נראה היה כי בית המשפט העליון נכנע להלך רוח ציבורי, בניגוד לכללי יסוד בסיסיים של משפט מינהלי, אותם הוא בעצמו פיתח. על פסק דין זה נמתחה ביקורת קשה בקהילייה המשפטית. ראו א' בנבנישתי "נגרש ונשמע" (בג"צ 5973/92 התנועה למען זכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם)) משפט וממשל א (תשנ"ג) 441; ח' ה' כהן "גירוש כהלכה: בג"צ 5973/92 ואח'": האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח' (טרם פורסם) משפט וממשל א (תשנ"ג) 471; לדעה אחרת ראו מ' ארדעי "מהפכה חוקתית – האמנם?" לעיל הערה 48, בע' 457.

63 עורך הדין (מאי 1996) 18.

ברגמן... נקבע לראשונה כי הכנסת יכולה לכבול את עצמה על-ידי הוראה משוריינת בחוק יסוד וכי בית המשפט מוסמך לפסול חוק רגיל הנוגד הוראה כזאת. פסק הדין של השופט לנדוי בפרשה זאת חולל מהפכה כיוון שנחת על הקהילה המשפטית בהפתעה מוחלטת ושינה סדרי בראשית: הוא הפך על פיה את התפיסה שהייתה עד אז בבחינת מושכלות ראשונים בדבר מעמד הכנסת, מעמד בית המשפט והיחס ביניהם. בית המשפט לא נזקק לתיאוריה כדי לחולל את המהפכה. להפך, הוא נמנע בכוונה מן הדיון בשאלות חוקתיות מוקדמות נכבדות מאד, בדבר מעמדם של חוקי היסוד ובדבר שפיטותה לפני בית-משפט זה של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה (שם, בעמ' 696). ובכל זאת המהפכה הצליחה. היא הצליחה, כדרכן של מהפכות, משום שהתחוללה בעיחוי מתאים, בלחץ הזמן של ערב בחירות; משום שבוצעה בטאקטיקה נבונה, שהותירה לשלטון דרך להשיג את מבוקשו על-אף פסילת החוק, אם על-ידי תיקון החוק ואם על-ידי חקיקתו מחדש ברוב מיוחד; ואולי גם משום שנמנה מפולמוס בשאלות החוקתיות הנכבדות. מבחינות אלה היא מזכירה את המהפכה המוצלחת שאירעה בארצות-הברית לפני כמאתיים שנה, אף היא בתחום היחסים שבין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, בפרשת מרבורי... (Marbourny). אכן, פרשת ברגמן היא הוכחה נוספת לאמירה המפורסמת של השופט הולמס כי דף של היסטוריה שקול כנגד ספר של היגיון. המהפכה החוקתית של פרשת ברגמן... הייתה, כדרכן של מהפכות מוצלחות, רק שלב ראשון בתהליך מורכב וממושך. היא סללה את הדרך לשלב השני של המהפכה שנפתח, לפני שלוש שנים לערך, על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק. שלב זה, אף שמבחינה מעשית חשיבותו עולה לאין שיעור על חשיבותו של השלב הראשון, מבחינה עיונית אין בו פריצת דרך. חוקי היסוד החדשים אינם יוצרים את זכויות האדם, שהרי הפסיקה כבר נתנה להן תוקף מימים ימימה; הם אף אינם יוצרים כלל פרשנות חדש, שהרי הפסיקה קבעה זה כבר כי יש לפרש את כל החוקים לאור זכויות האדם. אלא מאי? הם מרחיבים את העיקרון שנקבע בפרשת ברגמן... שבינתיים זכה להסכמה כללית, הוא העיקרון שהכנסת רשאית לכבול עצמה בחוק יסוד. אכן, בפרשת ברגמן... קבע בית המשפט רק את העיקרון של כבילה צורנית, כלומר, כבילה הדורשת רוב מיוחד של חברי הכנסת. עכשיו עומדת על הפרק כבילה מהותית, כלומר, כבילה הדורשת התאמה של חוק רגיל לערכים ולעקרונות שנקבעו בחוקי היסוד החדשים. בשלב זה, המעבר, במסגרת אותו עיקרון, מן הכבילה הצורנית אל הכבילה המהותית, הינו קל וחלק. זוהי התפתחות טבעית. אכן, התפיסה שלפיה הכנסת רשאית לכבול עצמה בחוק יסוד גם בכבילה מהותית כבר מקובלת כמעט על הכול. היא באה לידי ביטוי במחקרים מדעיים ובאמרות אגב של בית-משפט זה. עכשיו, בפסק-דין זה, היא זוכה למעמד של הלכה. כדברי

הנשיא שמגר (לעיל, בפסקה 35), 'מבחינה הגיונית, אין מקום להבחין בין כבילה צורנית לכבילה מהותית'. זוהי, על רגל אחת, כל ההלכה כולה. ואידך זיל גמור, כאשר תבוא השעה ותעלה הדרישה, בפסקי-דין שעוד יגיעו"⁶⁴ (ההדגשות שלי – א.ב.).

סיפורו של השופט זמיר הוא סיפור המגמיק, במכוון, את מעמדו של בית המשפט. זהו סיפור שנוטל מבית המשפט, לפחות כלפי חוץ, את התפקיד המכוון שמייעד לו הנשיא ברק. השופט זמיר מבקש לנקוט בטקטיקות נבונות (הלוא הם סיפורים משכנעים) כדי להשיג את מטרותיו המשפטיות. טקטיקה נבונה, לפי הסברו של זמיר היא, למשל, הימנעות מכוונת מדיון בבעיות חוקתיות מרכזיות. דבריו של השופט זמיר מדברים בעד עצמם. הם חושפים את עולמו הפנימי של בית המשפט. את מטרותיו, את תחושותיו ואת הדרך הסיפורית בה הוא פועל להשגת מטרותיו.

4. השופט חשין – שינוי, לא מהפכה

השופט חשין ידוע, בהקשר זה, כמתנגד לסיפורו של השופט ברק: "ומתוך שאין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, וכשאני לעצמי, לא כך הייתי מציג את חוקי היסוד שלשנת 1992. אשר לחוקי היסוד שלשנת 1992, ספק גדול בלבי אם חברי הכנסת עצמם היו ערים ל'מהפכה' שהם מחוללים. הנה זה חוק יסוד: חופש העיסוק נתקבל ברוב של 23 חברי-כנסת (באין מתנגדים ובאין נמנעים), ואילו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו נתקבל ברוב של 32 בעד, 21 נגד ונמנע אחד... יתר-על-כן: מושג ה'מהפכה' משמיע שינוי טראומטי בחייו של אדם, בחייה של אומה. שינוי מקצה אל קצה. כך הייתה מהפכת ירבעם בן-נבט, כך הייתה המהפכה הצרפתית, כך הייתה המהפכה הכולשביקית. ואם אומרים לנו כי בחודש מארס 1992 חלה 'מהפכה חוקתית' בנושא זכויות האדם, כמו מוסיף הדובר ומשמיע לנו כי באותו חודש חל שינוי עמוק – שינוי מקצה אל קצה – בזכויות האדם בישראל. כמו זכויות האדם בישראל ראו באותו יום אוויר עולם, כמו יצרה הכנסת יש מאין: 'מהפכת זכויות האדם, המאפיינת את המחצית השנייה של המאה העשרים' הגיעה סוף-סוף גם אלינו. נלמד מכל אלה: אשרינו שגם אנו בישראל זכינו בזכויות אדם חוקתיות. דעתי שונה, שכן כידוע לכול זכויות אדם היו בישראל גם קודם שנת 1992... התווית 'מהפכה' קשה בעיניי. וכי אמירה כי נתחולל "שינוי" במהלכה של שיטת המשפט – אין די בה? ואומר אני דברים אלה, משום שתוויות – כשהן לעצמן – יש בהן, לעתים, כדי להכות בסנוורים ולגרור למשאלות לב להגשים את עצמן. יתר-על-כן: גם אם אמרנו כי יש בהם בחוקי היסוד כדי לחולל שינויים חשובים מאוד בשיטת המשפט בישראל – ואכן כך נאמר – הנה המושג 'מהפכה חוקתית' יש בו הרכה אל מעבר למושג השינוי. יש בו לא אך כדי להלחיב יתר על הראוי, אלא שבהוסיפו כוח ואנרגיה לעברה האחד של המשואה, גורע הוא בה בעת כוח ואנרגיה מעברה האחר [מהו העבר האחר?], וד"ל. הכך ראוי

לנו שנבנה חוקה? החוק דובר אלינו בלשונו, ומשמיע הוא באוזנינו את שהוא משמיע. אני מסכים, כמובן, שלאחר חוקי היסוד קנה בית המשפט סמכות לבקר חוקי כנסת ולהכריז על בטלותם – בשלמות או במקצת – במקום שפוגעים הם שלא כדין בזכויות יסוד או משנים הם מזכויות יסוד הקבועות בחוקי היסוד. ואולם עד כמה שנתחוללה 'מהפכה' נדע בבוא הזמן. מושג 'מהפכה התעשייתית' הוטבע שנים רבות לאחר אותה 'מהפכה', והספירה למניינם גם היא לא החלה ביום מותו של ישו אלא לאחר כמה מאות שנים, על דרך הספירה לאחור ליום לידתו המשוער (שנקבע בטעות). ולבסוף: דרכו של המשפט אינה דרך המהפכה אלא דרכו של סיפור בהמשכים (כדימיון של פרופסור דבורקין), דרך הרץ למרחקים ארוכים. החיים משתנים והולכים כל העת, ועימהם המשפט. משפט שלא יתאים עצמו לחיים כמוהו כמשפט נסוג אחור. שיטת המשפט ביחסה לחיים נדמית היא לשחקן העומד על בימה נעה ומסתובבת. אם לא ינוע השחקן כי אז ייעלם מעיני הקהל אל מאחורי הבימה. חייב הוא לנוע למצער בקצב תנועתה של הבימה ולו כדי שיישאר על מקומו, לא כל שכן אם ברצונו להתקדם. במקום שהבימה המסתובבת תגביר מהירותה לפתע והשחקן לא יגביר מהירותו אף הוא, ינוע-ינווד השחקן ואפשר אף יאבד שיווי משקל. ואם יגביר השחקן מהירותו אל מעבר למהירותה של הבימה, גם אז עלול הוא להיעלם אל מאחורי הבימה. חוכמתנו שלנו – חוכמת המשפט – היא, שנדע להתאים מהירותנו לעולם סביבנו. אכן, כפי שאמרתי בפרשת גנימאת... בעמ' 401: 'אט אט נלך, עקב בצד אגודל, בשופי תהא דרכנו, בשובה ונחת נפסע'. וכדבר הנביא: 'בשובה ונחת תושעון בהשקט ובבטחה תהיה גבורתכם' (ישעיהו ל, טו [ו])⁶⁵ (ההדגשות שלי – א.ב.).

השופט חשין מסכים, בסופו של דבר, לסמכותו של בית המשפט העליון לפסול חוקי כנסת שאינם מתאימים לחוקי-היסוד⁶⁶. הקונספציה של הגבלת המחוקק (בלשונו של פרופ' קליין) קנתה אפוא אחיזה גם בהלכת השופט חשין. אולם, השופט חשין מתקשה להסכים לסיפור של השופט ברק אודות מה שקרה במרץ 1992. אי-הסכמה זו היא חשובה, משום שכוחות פוליטיים שאינם מסכימים לתוצאות המשפטיות-הפוליטיות של הגבלת המחוקק על ידי בית המשפט נאחזים באי-הסכמה זו כדי לקדם טענתם. בסופו של דבר ברור, במסגרת יחסי הכוחות הפוליטיים, שבית המשפט צריך להציג חזית משכנעת במאבק – המתנהל למעשה על ליבו של הציבור – על סמכותו לבקר חוקים של הכנסת. עלילה טובה היא מקור סמכות, מקור שכנוע. באין עלילה אחידה ומשכנעת – והנושא נתון כאמור לעיל בוויכוח בבית המשפט העליון – סיכויי הצלחתו של בית המשפט העליון לשכנע את הציבור הישראלי כי הוא מוסמך לפסול חוקים של הכנסת מתמעטים.

65 שם, בע' 565–567.

66 בבג"צ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (להלן: פרשת מנהלי ההשקעות) השופט חשין מצרף את קולו לפסילת סעיף בחוק של הכנסת הפוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש.

5. השופט בך — תגובה לשופט חשין (הברקים, הרעמים והשופר)
 השופט בך נחלץ להגן על סיפורו של השופט ברק מפני התקפתו של השופט
 חשין —

"שני חוקי יסוד אלה דנים בזכויות האדם הבסיסיות ביותר. הן תוכן החוקים האלה והן נוסחם מצביעים בעליל על כוונת המחוקק לקבוע כאן נורמות-על חוקתיות להבטחת זכויות האדם. לא יכול להיות ספק בדבר כי ההוראות הנכללות בחוקי יסוד אלה מן הראוי שתהווה עמוד תווך בכל חוקה הראויה לשמה במשטר דמוקרטי נאור. חברי הנכבד, השופט חשין, מעורר בפסק-דינו המעניין והמקיף את השאלה אם אכן נוכל להשתכנע, כי המחוקק התכוון ליצור חלק מחוקה בחוקקו חוקי יסוד אלה. הוא מזכיר בהקשר זה את מעמד הר סיני, בציינו, בין היתר, לאמור: 'הנה כך נתחייב עם ישראל בחוקתו הראשונה. בתחילה חוייב העם להיטהר לקראת קבלת החוקה... שלושה ימים... ממתין העם לקבלת החוקה, וביום השלישי מתחיל הטקס נורא ההוד: ... קולות וברקים וענן כבד וקול שופר חזק מאד'. והרמז הוא ברור: לא כך ולא בתופעות לוואי חגיגיות דומות לאלה קיימו טקסי החקיקה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק-יסוד: חופש העיסוק. אכן נכון הדבר, שחוקי יסוד אלה לא נתקבלו ברעמים וברקים ותוך השמעת תקיעת שופר. תופעות כאלה אינן כנראה קורות עוד בעידן זה. אך לדעתי עולים החגיגיות והאופי החוקתי של אותם חוקי יסוד, והרצון לקבוע כאן נורמות-על חוקיות, מהכתוב עצמו. להמחשת נקודה זו די אם ניקח את החוק המרכזי שבו עסקינן, הוא חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר נאמר בסעיפים 1 ו-1א לחוק היסוד: '1. זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו, ובהיותו בן-חורין, והן יכולו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל. 1א. חוק-יסוד זה מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. וכאשר בסעיפים הבאים לאחר מכן נקבעות ההוראות בדבר השמירה וההגנה על החיים, הגוף והכבוד של האדם; וכאשר בסעיף 8 בחוק, סעיף ההגבלות, נקבע כי — אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש...', האם אין מילים אלה משמיעות בצורה חד-משמעית את כוונת המחוקק לקבוע לעם בישראל נורמות חוקתיות, ומשמיעות זאת בקול אשר למעשה אינו נופל מקול הרעמים, הברקים והשופר?"⁶⁷

טיעונו של השופט בך, שבא להגן על סיפורו של הנשיא ברק, חושף, לדעתי, בעיה בסיפורו של הנשיא ברק. ההגבה שמבצע הנשיא ברק לחוק-היסוד ממרץ

1992 (בניגוד, למשל, להנמכת הציפיות של פרופ' קליין, או להנמכת משקלו של בית המשפט לפי השופט זמיר) מעוררת התנגדות. ההתנגדות מעוררת ביקורת. הביקורת באה לידי ביטוי בהשמעת סיפור אחר. מכאן קצרה הדרך למאבק בין שופטים על הסיפור "הנכון". המאבק על ה"סיפור הנכון" מחליש את בית המשפט העליון במאבקו האמיתי, שהוא מאבק על סמכותו לבקר את חוקי הכנסת. זאת במיוחד על רקע העובדה שכל השופטים מסכימים כי סמכות כזו אכן קיימת.

6. השופט לנדוי – משאלת לב של שופטים
השופט לנדוי תוקף את סיפור המהפכה החוקתית:

"ביום 9.11.1995 בישר לנו בית המשפט העליון בפסק דינו בפרשת בנק המזרחי... שעם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק-היסוד) נולדה לנו חוקה קשיחה נוסח ארצות-הברית, עם פיקוח שיפוטי על חוקי הכנסת"⁶⁸ (ההדגשות שלי – א.ב.).

ובהמשך:

"טרם שמענו על חוקה למדינה שנתקבלה 'כמעט בהחבא'. מהפכה חוקתית חייבת להתחולל בגלוי ובמודע. חוקה המשנה את יחסי הגומלין בין רשויות המדינה אינה יכולה להתקבל בדרך מחטף חקיקתי"⁶⁹

במקום אחר מעיר השופט לנדוי כי:

"יש הרבה ממשאלות הלב בסברה שהמהפכה היא עובדה מוגמרת הנמצאת כבר אחרינו"⁷⁰ (ההדגשה שלי – א.ב.).

דברים חדים וברורים – לא מהפכה, לא מפץ ואף לא שינוי גדול. רק משאלת לב של מספר שופטים בבית המשפט העליון. השופט לנדוי מאשים, למעשה, את בית המשפט העליון ביצירת מצג-שווא בעניין כה חשוב. זו אינה האשמה קלה, אולם כשמוכן שפסקי דין הם "סיפוריים" מובן גם שמותר לספר סיפורים בפסקי דין מבלי שההאשמות לעיל יוטחו במספר.

7. פרופ' גביון – קיצור דרך חוקתי
לשיטתה של פרופ' גביון:

"לא הייתה מהפכה חוקתית. עדיין אין לנו חוקה נוקשה וגם בחוקה המטריאלית שלנו אין זה נכון שכל הרשויות הן שוות-מעמד ועצמאיות,

68 מ' לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית-המשפט: ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' (טרם פורסם) משפט וממשל ג (תשנ"ו) 697.

69 שם, בע' 702.

70 לנדוי, לעיל הערה 48, בע' 420.

ובית־המשפט בודק שהרשויות האחרות לא תסטנה מן החוקה. חוקי 1992 הם צעד חשוב ומעניין במהלך החוקתי ומספקים לזכויות מסוימות הגנה חוקתית מסוימת. הפתרונות שההליך הלא־פורמלי נותן לשאלות הנורמטיביות המרכזיות הקשורות בחוקה אינו טוב. אין לנו אפשרות לקיצורי דרך שניבו חוקה טובה. במצב הקיים הימנעות ממהלך שייצור חוקה ללא הליך פורמלי היא הכיוון הנורמטיבי הנכון⁷¹.

ובהמשך:

"טענתי היא כי בינתיים חוקי 1992 אינם בגדר מהפכה. יכול להיות כי בדיעבד, כאשר נסתכל עליהם ממרחק שנים, נראה כי אכן חקיקה זו היתה תחילתה של מהפכה. אולם המהפכה תהיה בהתפתחות, ולא בעצם חקיקת חוקי 1992. החוקים כשלעצמם הם שינוי חשוב, אולם אינם עולים כדי מהפכה ממש, וודאי לא מיד עם חקיקתם"⁷².

ובכך מצרפת פרופ' גביון את קולה למתנגדי סיפור המהפכה.

8. פרופ' אדרעי — מהפכה העומדת על כרעי תרנגולת
פרופ' אדרעי סבור אף הוא כי סיפור המהפכה אינו נכון:

"להערכת הכינוי 'מהפכה חוקתית' אינו מתאר נכונה את התהליך העובר על המשפט בישראל... אם חוק־יסוד זה [כבוד האדם וחירותו] הוא מקור המהפכה החוקתית, זו בהחלט מהפכה העומדת על כרעי תרנגולת. נכון יותר לקבוע כי קיימת התפתחות חוקתית מתמשכת"⁷³.

סיפורו של אדרעי הוא סיפור של התפתחות (אבולוציה) ולא של מהפכה (רבולוציה).

ה. סיכום

בציבוריות הישראלית מתנהל, בשנים האחרונות, מאבק על שאלת סמכותו של בית המשפט העליון לבקר חוקים של הכנסת. עוצמת השיח המשפטי בנושא עולה, בשלב זה, על עוצמת המאבק הציבורי בנושא⁷⁴, אך זהו, להערכתו, רק מצב זמני. הירידה הצפויה, שתגיע במוקדם או במאוחר (רצוי, כמובן, במוקדם),

71 גביון, שם, בע' 123.

72 שם, בע' 129.

73 אדרעי "מהפכה חוקתית — האמנם?", שם, בע' 454.

74 אם כי נדמה שהגופים הפוליטיים המתנגדים לעליית כוחו של בית המשפט מבקשים באחרונה לנקוט קו חריף יותר ולהעלות את המאבק על סמכותו של בית המשפט הציבורי לזירת הוויכוח הציבורי. זו משמעותה של הפגנת הענק של החרדים כנגד בית המשפט העליון והביטויים הקשים בהם משתמשים מנהיגיו כנגד נשיא בית המשפט העליון, השופט ברק.

בחיבתם של העניינים המדיניים-ביטחוניים ובנפח שהם תופסים בשיח הציבורי, תוביל לעלייה ברמת העניין הציבורי בעניינים אחרים, למשל, עניינים חברתיים, ענייני דת ומדינה, עניינים כלכליים, ענייני חינוך וענייני זכויות אדם. לכל הנושאים האלה יש הקשר חוקתי משמעותי. הניצחונות המעשיים שהשיג בית המשפט העליון בשלב זה⁷⁵ הם חשובים, אך הם לבדם לא יספיקו לשכנע לדעתי, בזירת המאבק הציבורי, כי אכן יש לבית המשפט העליון סמכות לבקר את חוקי הכנסת באופן שגרת.

מאחר שלדעתי סמכות ביקורת כזו נחוצה במשטרנו החוקתי, אני סבור כי חובה לספר סיפור משכנע בנושא. אמות המידה ל"המצאתו" של סיפור כזה מצויות, לדעתי, בפסק דינו של השופט זמיר והן מבוססות דווקא על הנמכת קומתו של בית המשפט בזירה הפוליטית-החוקתית, הנמכה ההופכת אותו לכוח רב עוצמה ששומר את נשק יום הדין (נשק "לא קונבנציונלי" בלשונו של השופט ברק) למקרים המתאימים⁷⁶. דווקא להיטות יתר מצד בית המשפט ליטול על עצמו תפקיד מרכזי ברטוריקה של לקיחת הסמכות לביקורת שיפוטית על חוקים, עלולה לפגוע בסמכות זו. לסיום, אבקש להעיר כי גם מי שאינו מסכים עם טענתי בעניין סיפורה של המהפכה החוקתית חייב להיות ער לקשר בין עובדה, סיפור ומשפט ולכך, שהסיפור הוא חלק בלתי נפרד מהמשפט. ובלשונו של מאונטר:

"סיפורים נמצאים בפסקי דין לא רק באותם חלקים בהם שופטים מספרים את העובדות, אלא בעצם בכל אתר ואתר שבפסק הדין בו מפעיל השופט את הדוקטרינה המשפטית וממלא אותה בתוכן"⁷⁷.

75 בעניין זה חשוב לציין את פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 66, בו נפסלה, לראשונה, הוראת חוק הסותרת את חוק-יסוד: חופש העיסוק.

76 באופן תמוה מעט, סבר בית המשפט העליון, עד עתה, שהמקרים המתאימים הם דווקא הגנה על זכויות כלכליות של גופים עתירי עצמה (מנהלי השקעות, חברות ביטוח וכדומה), לביקורת על גישה זו ראו א' גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 405.

77 מאונטר, לעיל הערה 2, בע' 16.