

השופט ברק, שוויוניות ושלטון החוק

פול איידלברג

כבוד לחוקי יסוד ושלטון החוק

כבוד השופט אהרן ברק, נשיא בית-המשפט העליון של ישראל, מאמין כנראה בשלטון החוק, אבל דומה שהוא אינו בקי כלל ועיקר בתנאים המוקדמים לקיום שלטון החוק.

שלטון החוק תלוי, בסופו של דבר, ביראת כבוד כלפי החוק. אולם יראת כבוד היא סוג של כיבוד והערכה, וכיבוד והערכה ניתנים לדברים הראויים לכבוד ולהוקרה, כלומר, לדברים שהושרשו במסורת. אולם השופט ברק השמיע הערה מדהימה כאשר אמר כי חוקי היסוד של ישראל צריכים להיות ניתנים לשינוי בקלות (ג'רוזלם פוסט, 20.12.1995). אבל אם חוקי היסוד יהיו נתונים לשינוי בקלות, שוב לא יוכלו להיות "יסודיים", או "ראויים לכבוד". חוקים הניתנים לשינוי במחייז, יסודיים או לא יסודיים, אינם יכולים להשרות יראת כבוד כלפי החוק. ואכן, חוקי היסוד של מדינת ישראל ניתנים לשינוי ללא קושי. כך כתב ד"ר אריאל בן-נון:

בעיקרון, לחוק יסוד [בישראל] אין קביעות גדולה יותר מלכל חוק אחר. הוראות בחוקי היסוד ניתנות לביטול או לשינוי, אלא אם כן נקבע במפורש אחרת, ברוב פשוט בכנסת. מצב עניינים בלתי רצוי המאפשר לשיקולים אופורטוניסטיים או חולפים להשפיע דווקא על נורמות שצריכות לייצב את המרקם של המדינה בתקופות משבר.

פרופ' פול איידלברג לימד שנים רבות באוניברסיטת בר-אילן, במחלקה הבינתחומית למדעי החברה. ספרו האחרון של המחבר JEWISH STATESMANSHIP ראה אור בהוצאת מרכז אריאל למחקרי מדיניות.

תקפותו [או עליונותו] של חוק יסוד במקרה של סתירה מהותית בינו לבין החלטות אחרות של הכנסת, היא בעיה אחרת... ואין לה תשובה מוחלטת.¹

זהו טבעם האקראי של חוקי היסוד של ישראל, הידועים לציבור הרחב או מובנים לו במידה מועטה כל כך, עד שאין בהם כדי לעורר יראת כבוד כלפי שלטון החוק. במשטר של שלטון חוק, מחוקקי החוקים חייבים בציות להם בדיוק כמו כל חבר אחר בקהילה. שלטון החוק מפתח בקרב האזרחים מודעות ליכויותיהם ולחובותיהם, והכרה בנורמות התנהגות פוליטיות וחברתיות, שמתוכן צומחים האמון והביטחון ההדדיים החיוניים לכל יצירה הבנויה על שיתוף פעולה. שלטון החוק מאפשר, אפוא, את התפתחותו של אופי לאומי.

אבל, ככל שהדבר ייראה מוזר, תנאים מוקדמים אלה להיווצרותה של כל קהילה יציבה ומכובדת, המובנים מאליהם, אינם מוצאים כל תמיכה בדעותיו של השופט אהרן ברק. על מנת לנמק את האמירה הפרובוקטיבית הזאת, יש צורך להגדיר תחילה מהו "שלטון חוק" במושגים דמוקרטיים. פרופ' הרי יפה מציע את ההגדרה התמציתית והברורה הבאה:

הרעיון של שלטון החוק דוחה את התפישה שאדם או קבוצה כלשהם ניחנו בתבונה מספקת ובמעלות הדרושות כדי להפקיד בידם את ההכרעה לגופם של מקרים מסוימים, בלי להתחשב בכללים כלליים שנקבעו על-ידי כל הקהילה, ומכוח סמכויותיה.²

¹ Ariel Bin-Nun, *The Law of the State of Israel*, Jerusalem: Rubin Mass Ltd., 1992, 2nd ed., p. 38. פול איידלברג, *מדינאות יהודית: לבל תימוט ישראל*, מרכז אריאל למחקרי מדיניות, 2000, עמ' 142-144.

² Harry Jaffa, *Crisis of the House Divided: An Interpretation of the Issues in the Lincoln-Douglas Debates*, New York: Doubleday, 1959, p. 195.

אבל זה עוד לא הכל.

מעטים יעזו לכנות את בית-המשפט העליון של ישראל בתואר "המוסד החתרני ביותר של המדינה". ובכל זאת, בשנת 2002, בעיצומה של מלחמת ערפאת, לא זו בלבד שבית-המשפט של ברק אסר את הריסתם של **בתים ששימשו מחסה לטרוריסטים ערבים שירו על חיילים יהודים**, אלא שבעוד פיגועי ההתאבדות נעשים אירוע יומיומי כמעט בארץ, ביטל השופט ברק את כתב-האישום שהגיש היועץ המשפטי לממשלה נגד **ח"כ טאלב א-סאנע** הערבי, אשר בריאיון לטלוויזיה של אבר-דאבי לא רק שיבח והילל את התקפות המתאבדים בישראל, אלא קרא גם להגדילן ולהרחיבן. ברק פסק שאי-אפשר להעמיד את א-סאנע לדין (על עברת הסתה) מפני שהוא אינו חבר בארגון טרור! מתוך ההנמקה המשפטית של השופט ברק עולה שמותר לח"כים ערבים לשבח את הטרוריסטים הערבים שרצחו את השר **רחבעם זאבי!** בהחלטה זו של ברק, ניתן לראות, לכאורה, אישור להסתה של טרור ערבי.

הבסיס להחלטותיו המשפטיות של השופט ברק הוא, במקרים רבים, מה שנחשב בעיניו ל"סביר". אבל הרי אין ספק שהמונח "סביר" מעורפל מכדי להשתמש בו כאמת-מידה או ככלל משפטי. מלבד זאת, אין ספק שהמחוקקים, הנעזרים במומחים לניסוח חוקים והמקיימים דיונים סביב חוקים כאלה, מחוקקים הקשובים ביותר לדעות ולדאגות היומיומיות של הציבור – מתאימים יותר מן השופטים לקבוע מה ייחשב ל"סביר" (בהנחה ש"סביר" פירושו "מובן ומקובל על רובו של הציבור", כנאמר בתלמוד בבלי: "אין גוזרין גזרה על הציבור אלא אם כן רוב ציבור יכולין לעמוד בה"). ועוד, ברור כי קצינים בכירים מתאימים להחליט – יותר מהשופט ברק, ובייחוד בזמן מלחמה – אלו דרכי פעולה יש לנקוט כדי להגן על החיילים של ישראל ועל אזרחיה.

מן ההנמקות המשפטיות של השופט ברק נודף ריח של יוהרה משפטית. החלטותיו הסובייקטיביות פוגעות בשלטון החוק, שחייב לעמוד בראש מעייניו של כל גוף משפטי.³

שויוניות ושלטון החוק

אבל בהלוך-המחשבה של השופט ברק קיים ליקוי נוסף, מעמיק הרבה יותר. ראינו כי החלטותיו המשפטיות, העולות בקנה אחד עם דבקותו המושבעת בנטיות של דמוקרטיה לשמה, הן החלטות שוויוניות קיצוניות. אלא שעקרון השוויון בדמוקרטיה מצביע לא רק על שוויון בין אנשים, כיחידים, אלא גם על שוויון **בין הדורות**, וברור כשמש שוויון זה חותר תחת יראת הכבוד, שהיא תנאי מוקדם לשלטון החוק.⁴

אבל חרף יומרותיו הדמוקרטיות, הפר השופט ברק פעם אחר פעם את ההגדרה הדמוקרטית הזו של שלטון החוק. בתקופת נשיאותו פסק בית-המשפט העליון באינספור מקרים "בלי להתחשב בכללים הכלליים שנקבעו על-ידי כל הקהילה, ומכוח סמכויותיה".

לפני שנמחיש טענה זו, ראוי לציין כי עד אמצע שנות השמונים, רק אנשים שנפגעו ישירות מהחלטה של הממשל, יכלו לעתור נגדה לבג"צ. החוק לא שונה מאז, אבל בית-המשפט, בייחוד בתקופת נשיאותו של השופט ברק, יצר נורמה חדשה: הכל יכולים לעתור לבית-הדין הגבוה לצדק, בכל עניין שהוא, ואין נושא שאיננו שפוט. המשמעות היא שבית-המשפט יכול לפסוק בכל עתירה, לא רק בלי להסתמך על תקדים משפטי כלשהו, ולא רק בלי להתייחס לחוק כלשהו שנחקק על-ידי הכנסת, אלא אפילו **בניגוד** לחוקים כאלה!

בין ההחלטות הרבות שאפשר להזכיר, יצוין כי בית-המשפט של ברק –

1. פסק כי על שר הפנים להכיר באימוץ שנעשה על-ידי הומוסקסואלים בחוץ-לארץ, אף כי החוק הישראלי אינו מכיר באימוצים כאלה (ברנר-קדיש נ' שר הפנים, 2000);
2. הכריז כי מכה קלה שנותנים הורים לילדם היא עברה פלילית, בניגוד למקובל על הכנסת (אלמונית נ' מדינת ישראל, 2000);
3. ביטל חוק המתיר לצנזורה על סרטים לאסור סרטים פורנוגרפיים, כאשר פסק כי שום דבר אינו יכול להיחשב, למעשה, לפורנוגרפיה, מפני שמה שנחשב לפורנוגרפיה בעיני ראובן נחשב לאמנות בעיני שמעון (חברת סטיישן פילם נ' הצנזורה על סרטים, 1997).

ביסודן של פסיקות אלו של בית-המשפט של ברק, הפוגעות באמונות ובערכים המקובלים על רוב היהודים בישראל, טמונות המתירנות והשוויוניות המוסרית של הדמוקרטיה בת-זמננו. החלטות אלו ממחישות כי בית-המשפט של ברק מתייחס, בשתיקה, לכל סגנונות החיים ולכל הערכים האסתטיים כשוים זה לזה, כשלאף אחד מהם אין עדיפות משפטית על פני משנהו. התפישות מה צודק ומה לא, מהו יפה ומהו מכוער, הן תפישות סובייקטיביות או יחסיות טהורות. אולם ברק חזר ואמר שאין כל ניגוד בין דמוקרטיה ליהדות! האם אין זה ברור כשמש שהשופט ברק מציב את ההעדפות הסובייקטיביות של עצמו במקום שיקול-דעתה של הכנסת, ומה שמשמעותי עוד יותר – במקום תורת הנביאים וחכמי ישראל שעמדה במבחן הזמן?

³ ראה: Evelyn Gordon, "Fast Track to Anarchy" (ג'רוזלם פוסט, 23 באפריל 2002), המצטטת ד"ר גמאות של אנשי ציבור המחקים את בית-המשפט של ברק ומציבים את ההעדפות האישיות של-הם לפני חוקי המדינה.

⁴ ראה יפה, שם, עמ' 231.

האם אין אפוא משום אירוניה בעובדה שמדינת ישראל, שמתוך התורה של עמה שאב המין האנושי את רעיון שלטון החוק, תתגאה עכשיו שהיא דמוקרטיה, שעקרון השוויון הבסיסי שלה חותר תחת יראת הכבוד ושלטון החוק?! הבה נבחן את המשמעות הזאת, שיש בה אולי כדי להחריד את הקורא.

שלטון החוק מחייב שתתקיים הנחה בסיסית לטובת סידורים משפטיים קודמים. הנחה זו עומדת בסתירה לעקרון השוויון הדמוקרטי, כשמחילים אותו על כל הדורות. אולם ההיסטוריה מלמדת בביור, שהדורות השונים של המין האנושי אינם שווים: יש דורות שבהם פורחת גאונות ויש דורות שלא, ולאמיתו של דבר – מחוקקים גדולים נדירים עוד יותר מפילוסופים גדולים. כמה דורות הוציאו מקרבם אדם כמשה רבנו! וכמה דורות – אדם כסולון היווני? ואם נחזור לימינו, כמה דורות הוציאו מקרבם מחוקקים כמו ג'יימס ג'פרסון, אבי החוקה האמריקנית (גם בלי להזכיר את עמיתו, אלכסנדר המילטון, שטלייראן ראה בו את המדינאי הגדול ביותר בדורו)?

השופט ברק רוצה שחוקי היסוד של ישראל יהיו ניתנים לתיקון ולשינוי ללא קושי, אבל מדיסון הזהיר אותנו (בחיבורו FEDERALIST), כי החוק הבסיסי ביותר של אמריקה, החוקה, יתוקן רק "בנסיבות יוצאות־דופן". תיקונים תכופים, הוא מזהיר, "כורכים בתוכם רמז כאילו יש פגם כלשהו בממשל". תיקונים כאלה "ישללו מהממשל את יראת הכבוד שמקנה הזמן לכל דבר, ואשר בלעדיה גם הממשלים הנבונים והחופשיים ביותר לא ייהנו מהיציבות הדרושה".⁵

לדעת מדיסון, יראת הכבוד לחוק חיונית לממשל טוב, אבל אם השוויוניות מיושמת גם כלפי הדורות ולכן מערערת את יראת הכבוד, הרי במובנים מסוימים היא חותרת גם תחת ממשל תקין! לפיכך, מדינאים נבונים הגבילו את תחולת השוויון, והציבו דרישה לרוב מיוחס כדי לתקן חוק יסוד או חוקה של אומה. זהו תנאי מוקדם חיוני לשלטון החוק.

חוקה כדוגמת חוקתה של ארצות־הברית היא עדות חיה לאמת פשוטה: לחיים בימינו אין מונופול על החוכמה. דעה המונית מופרכת, הנוגדת את ההיגיון ואת הניסיון, אומרת כאילו בני הדור הנוכחי רשאים להתעלם, בזכות, מכוח רוב מקרי בגוף מחוקק או שיפוטי כזה או אחר, מתבונת העבר. מצד אחר, ההיגיון והניסיון מלמדים גם שהעבר אינו צריך להחניק את המרץ של ההווה. אלפרד נורת' ווייטהד אמר, כי השמרן המובהק נאבק נגד מהותו של היקום, ואכן זה מה שהוא עושה; אך כך אפשר לומר גם על הליברל המובהק. האחד שואף לקביעות והאחר – לשינוי; אבל היקום זקוק לשינה. כך גם לגבי שלטון החוק.⁶

ואם הזכרנו את החוקה האמריקנית, מן הראוי להדגיש כי שלטון החוק מחייב שיהיה חוק יסוד, שמעמדו עדיף על מעמדם של חוקים רגילים.⁷ מכאן נובע אפוא שחוק יסוד חייב להיות קבוע, יחסית, ולא יהיה נתון לשינויים תכופים. אולם הנחת יסוד זו עומדת בסתירה לדעותיו של השופט אהרן ברק. אם חוקי היסוד של ישראל ניתנים לשינוי על נקלה, ולכן גם לעתים תכופות, כפי שהוא דורש, לשם מה יש צורך, אם כן, בבית־משפט עליון או בשופטים המתמנים למעשה לכל ימי חייהם? אחרי ככלות הכל, הסיבה העיקרית לכך שהשופטים אינם עומדים בדרך כלל לבחירה על־ידי הציבור היא דווקא כדי להבטיח את ניתוקם ואת ריחוקם מן הרוחות המנשבות בדעת־הקהל חדשות לבקרים. שלטון החוק מחייב ניתוק וריחוק כאלה.

מדיסון הזהיר אותנו, בניגוד לדעת השופט ברק, מפני שינויים תכופים אפילו בחקיקה הרגילה. ב־63 FEDERALIST הוא מציין כי "שינויים רצופים, אפילו למטרות טובות, אינם עולים בקנה אחד עם שום כלל של תבונה". לא זו בלבד ששינויים כאלה חותרים תחת יראת הכבוד לחוק בלבותיהם של האנשים, אלא הם גם "מאבדים את רחשי הכבוד ואת הביטחון של אומות אחרות, ואת כל היתרונות של האופי הלאומי". אופי לאומי הוא אחד הדברים החסרים בישראל, במידה לא מבוטלת הודות לתורת המשפט השוויונית של השופט אהרן ברק.

אבל אחרי כל הדברים האלה, ייתכן שהעדר העומק האינטלקטואלי של השופט ברק מסתיר מאחוריו תאוה לכוח ולעוצמה.

הזכרנו לעיל כמה החלטות של בית־המשפט העליון שהן החלטות שרירותיות מובהקות, ומהוות אפילו "חריגה מסמכות" (Ultra Vires). החלטות אלו נובעות, מדרך הטבע, מן האמירה התמוהה של ברק כי "הכל שפוי". אם הכל שפוי – ואם האמונות והערכים המקובלים על העם היהודי נתונים לעיון מחדש ולתיקונים משפטיים – סביר להסיק מכאן שהשופט ברק מעוניין בשלטון החוק פחות משהוא מעוניין בשלטון חסר מעצורים של בית־המשפט העליון ושל סדר־היום האליטיסטי שלו, החילוני למהדרין. בחינת ההיקף הרב של החלטות בית־המשפט – שאין דומה לו בשום מדינה דמוקרטית – מעלה שבעיני ברק שלטון החוק הוא כל מה שבית־המשפט העליון אומר שהוא שלטון חוק. אבל אז פירוש הדבר ששלטון החוק בישראל אינו אלא שלטון של אנשים, ומעל לכל – שלטון של השופט אהרן ברק. יש מי שמכנה זאת "אקטיביזם שיפוטי". אולם תופעה זו היא עריצות שיפוטית, לא פחות ולא יותר!

על מנת להבין את התשתית המוסדית של עריצות זו, הבה נבחן את השיטה לבחירת שופטי בית־המשפט העליון. השיטה הקיימת היא הפחות דמוקרטית

⁵ מדיסון ראה בשינוי החוקה "דבר בעל טבע עדין מכדי לחזור עליו ללא צורך".

⁶ ראה איידלברג, מדינת אמת יהודית, עמ' 203-204.

⁷ ראה: Paul Eidelberg, The Philosophy of the American Constitution, New York: Free Press, 1966, pp. 217-234.

...שאפילו אם היה חולק על פסק הגאון מטעם, שנראה לו לפי דעתו שלא כדעת הגאון ינא כפירושו גם זה טועה בדבר משנה. שאין לנו עתה לחלוק על דברי גאון מראיית דעתנו לפרש העניין בדרך אחר כדי שישתנה הדין מדברי הגאון... אין לך אלא שופט אשר יהיה בימים ההם ויכול לסתור דבריהם כי כל הדברים שאינם מבוארים בש"ס... אדם יכול לסתור ולבנות אפילו לחלוק על דברי הגאונים".⁸

אין לבלבל בין הדברים שנאמרו לעיל לבין "האקטיביזם השיפוטי" של השופט ברק. ההחלטות השיפוטיות של השופט ברק אינן צומחות מתוך שום מערכת משפט מבוססת ומוכרת ברבים, כגון חוקה. כפי שצינו לעיל, החלטותיו נוטות להיות שרירותיות או סובייקטיביות, ואין ספק שהן מונעות על-ידי סדר-יום חילוני-קיצוני, ולפיכך גם אנטי-יהודי. החלטותיו מסגירות גם נטייה לרלטיוויזם היסטורי, שפירושו התכחשות לכל אמות-מידה טרנס-היסטוריות בנוגע לצדק ועוול, להגון ולא הגון. זוהי תוצאה בלתי-נמנעת של השווינויות, המעמידה את כל הדורות כשווים זה לזה בעיקרון, אך אינה מונעת מהדור הנוכחי מלחוש תחושת עליונות בפועל.

אין צריך לומר שחז"ל לא היו רלטיוויסטים היסטוריים. היגיון מציאותי מכבד אמנם תקדימים, אבל הוא הפוסק שאין בלתו בתורת המשפט התורנית. והלא כך נאמר בתורה: "כִּי יִפְלֵא מִמֶּךָ דָּבָר... וּבֵאתָ אֶל הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם וְאֶל הַשֹּׁפֵט אֲשֶׁר יִהְיֶה בֵּימֵינוּ הֵם יִדְרֹשׁוּ וְהִגִּידוּ לְךָ אֵת דְּבַר הַמִּשְׁפָּט" (דברים יז, ח-ט). התורה, כלומר, הדין הכתוב, שהוא דין קבוע, מזכירה כאן את התורה שבעל-פה, הגמישה, שרבניה המלומדים יודעים כיצד ליישב בין קביעות לבין שינוי ולהבטיח את רציפות הדינים – תנאי מוקדם למודעות לאומית יהודית ולקדמה.⁹

שלטון החוק אינו חייב להיות נוסחה לקפיאה על השמרים, כפי שהוכיחה עצמה במשך הדורות היצירתיות של הקהילות היהודיות. איזה עם אחר הוציא מקרבו כל כך הרבה גאונים, חרף התנאים הקשים כל כך? אין צורך להיות למדן גדול כדי להכיר בעובדה ידועה זו, אלא רק במעט ריחוק מהשווינויות של הדור הנוכחי.

שווינויות וכיבוד דעת הזולת

קרון השוויון הדמוקרטי חותר לא רק תחת אושיות יראת הכבוד ושלטון החוק, אלא מערער גם את כיבוד דעת הזולת. איש לא הבחין בכך ביתר בהירות **מאלקסיס דה-טוקוויל**. עיינו נא בקטעים הבאים הלקוחים מספרו הקלאסי Democracy in America :

מכולן בעולם החופשי, ולו רק מפני שנציגי ציבור נבחרים אינם ממלאים כמעט כל תפקיד בתהליך הבחירה. ועדת המינויים מונה תשעה חברים; שלושה מהם הם שופטים מכהנים בבית-המשפט העליון, וביניהם נשיא בית-המשפט; שניים הם נציגי לשכת עורכי-הדין, וארבעה הם חברי שתי המפלגות הגדולות, לרבות שר המשפטים וחבר מטעם ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת. הרוב בוועדת המינויים הוא אפוא רוב של משפטנים, דהיינו, אנשים שלא נבחרו לתפקידם. זאת ועוד, שני חברי לשכת עורכי-הדין נתונים ללחצים מלחצים שונים מצד נשיא בית-המשפט העליון, שלפניו הם מופיעים לעתים קרובות. מסיבות דומות, גם שר המשפטים ניתן לתמרון על-ידי נשיא בית-המשפט. ומאחר שהנשיא בוחר בעצמו את השופטים שיֵשבו בכל מושב בכל עניין המגיע לבית-המשפט, הוא יכול להכתוב במידה רבה את בחירת יורשו וכן את אופיו של בית-המשפט בדרך כלל.

מסיבות אלה כונה בית-המשפט העליון של ישראל "אוליגרכיה המנציחה את עצמה". למעשה, הייתי מעז לומר שנשיא בית-המשפט, השופט אהרן ברק, הוא האדם המרכזי בידו את העוצמה הרבה ביותר במדינה. הוא שולט בבית-משפט המקבל אין ספור החלטות בשנה, המשפיעות על אופיה הפוליטי, חברתי, הכלכלי, העדתי והדתי של המדינה. המונח "אקטיביזם שיפוטי" מגמד למעשה את עוצמתו של שופט זה, הנסותרת לא פעם מן העין.

"אקטיביזם שיפוטי" ניכר אמנם בהחלטותיו של בית-המשפט העליון האמריקני בעשרות השנים האחרונות, אבל היקפו צר בהרבה מזה המתגלה בישראל, ולו רק מפני שהשיטה החוקתית של ארצות-הברית, הבנויה על בלמים ואיזונים שבפועל, אינה קיימת בישראל, והיא המטילה אילוצים ומגבלות על נטיותיו של בית-המשפט להרחיב את סמכויותיו. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית מפרסם פחות מ-200 פסקי-דין בשנה – פחות ממספר החלטות בבית-המשפט העליון של ישראל! ועוד עובדה משמעותית: בעוד בית-המשפט העליון בישראל מורכב כמעט כולו מדמויות המזוהות עם השמאל הישראלי, בית-המשפט העליון האמריקני מפולג בין ליברלים ושמרנים, והאחרונים אינם נוטים ל"אקטיביזם השיפוטי" של השופט אהרן ברק.

"אקטיביזם שיפוטי" יוצר מתח מובן מאליו ביחס לתקדים המשפטי ולרציפות החוקים. הקורא יופתע אולי לדעת כי המשפט העברי אינו מבוסס על תקדים משפטי, ובכל זאת – אין עוד שיטה משפטית שהצליחה לשמר את רציפות הדינים בצורה טובה כל כך. התקדים המשפטי מכובד, אבל ר' **יעקב בן-אשר**, מכנס הדינים הגדול, בן המאה ה-14, כתב:

⁸ פירוש למסכת סנהדרין, ד"ו. ראה גם: Paul Eidelberg, *Beyond the Secular Mind: A Judaic Response to the Problems of Modernity*, New York: Greenwood Press, 1989, p. 163.

⁹ ראה איידלברג, **מדינת אות יהודית**, עמ' 140, 146-147.

[באמריקה, שבה תופס השוויון מקום בכורה] הקשר המלכד דור אחד למשנהו מתרופף או ניתק; כל אדם שם מאבד ללא היסוס כל זכר לרעיונות של אבות-אבותיו, או שאינו מתייחס אליהם כלל...

אשר להשפעה היכולה להיות לאינטלקט של אדם מסוים על רעהו, היא חייבת להיות – בהכרח – מוגבלת מאוד במדינה שבה אזרחיה, הנמצאים על בסיס שוויוני, נראים כולם היטב, ומקורב, זה על-ידי זה; ובמקום שבו אין כל סימן לגדולה שאינה שנויה במחלוקת או לעליונות הנתפסת אצל אדם מסוים, הם חוזרים תמיד אל ההיגיון שלהם כמקור המובן מאליו, הקרוב ביותר לאמת. לא רק הביטחון באדם זה או אחר נהרס, אלא גם הנטייה לתת אמון בסמכותו של כל אדם שהוא.¹⁰

הניכר בכל דמוקרטיה שהיא, הוא זה של תלמידי הישיבה כלפי רבניהם. עם זאת, רבנים רבים המכבדים ללא ספק את התורה, מצהירים על מסירותם לדמוקרטיה, שהשוויוניות (וכן האמונה בבחירה חופשית) שלה היא תופעה החותרת תחת יראת הכבוד וכיבוד דעת הזולת כאחד, מבחינה הגיונית וקיומית.

הבה נזכור כי **ווינסטון צ'רצ'יל**, המדינאי המלומד הגדול ביותר במאה העשרים, היה תוצר של אנגליה בשלהי המאה ה-19, שלא היתה עדיין דמוקרטיה במלוא מובן המילה. מה שהקנה לצ'רצ'יל את גדולתו היה יראת הכבוד שרחש לחוכמת קדמונים, לחוכמת היהודים והיוונים.

וכך כתב צ'רצ'יל:

אין שני גזעים אחרים שהטביעו את חותמם על העולם בצורה כזאת. כל אחד מהם, מזוויות שונות כל כך, הותר לנו מורשת של גאונותו ותבונתו. אין שתי ערים שהיו חשובות כל כך למין האנושי כמו אתונה וירושלים. המסרים שהם השאירו לנו בדת, בפילוסופיה ובאמנות היו המגדלור המנחה העיקרי של האמונה ושל התרבות המודרנית. אני, אישית, הייתי תמיד לצד שתיהן.¹²

דברים אלה מרוחקים ת"ק פרסה מהלוך-הרוח המאזן של השופט אהרן ברק, אבל לא רק משום שצ'רצ'יל היה שקוע ראשו ורובו בחוכמת הקדמונים. חוכמה זו הפכה אמנם את צ'רצ'יל לקוסמופוליט מעמיק, אך היא לא גרעה מגאוותו הלאומית כאנגלי. גם את זאת לא ניתן לומר על השופט אהרן ברק.

שוויוניות והגאווה הלאומית היהודית

אשר מיישמים את השוויון בין דורות שונים, שוחקים את הגאווה הלאומית. אין ספק שהגאווה הלאומית היהודית מצריכה יחס של כבוד כלפי המורשת היהודית, שיסודותיה נשענים על התורה והתלמוד. השופט ברק אינו מוכן לשמוע זאת. הוא עומד על כך שהמשפט העברי לא יינה ממעמד מועדף כלפי שיטות משפט אחרות. אפשר אפוא לכתוב את השופט ברק "מבנאם משפטי". וכך הוא כותב: "לעולם אין לומר כי לשיטה [משפטית] אחרת תהיה זכות ראשונית על השראה פרשנית". (תארו לעצמכם שופט אמריקני המסביר לבני ארצו כי "לעולם אין לומר שלשיטת המשפט האמריקנית יש זכות ראשונית על השראה פרשנית"). והשופט ברק ממשיך ואומר כי "לדעתי, לא זו בלבד שאין כל יתרון במתן עדיפות למשפט העברי, אלא עדיפות

כאשר מתייחסים לכל הדורות כאילו היו שווים זה לזה, ה"איזון" הזה הופך את הדור הנוכחי לאדיש לכל תבונה שמצויה אולי בעבר. **שמעון פרס** התפרסם בכך שאמר שאין מה ללמוד מההיסטוריה. (זה מסביר אולי מדוע מר פרס לא למד דבר מההיסטוריה המודרנית, כמו למשל מההסכם הנורא בין ישראל לאש"ף, מעשה ידיו). ההתעלמות חסרת ההיגיון של פרס מההיסטוריה שוללת כמובן כל כיבוד של דעת הזולת, וכך אפשר לומר גם על השופט ברק. האמרה שלו כי "הכל שפטי" מזכירה את הספקנות הקיצונית של **דקארט**. דקארט מתחיל את העיון הפילוסופי שלו בספקנות כלפי כל דבר. יכול להיות שזו גישה ראויה לפילוסוף, אך אינה מתאימה כלל לשופט שנשבע לקיים את חוקי מדינת ישראל.

הבוננות של דה-טוקוויל בנוגע להשפעת השוויון על האינטלקט, מגלה כי ספקנים כמו השופט אהרן ברק ושמעון פרס "חוזרים תמיד אל ההיגיון שלהם כמקור המובן מאליו, הקרוב ביותר לאמת". זוהי נוסחה לאנרכיה; אבל עוד לא אמרנו הכל בנוגע לשופט ברק. בנשיא בית-המשפט העליון של ישראל אפשר לגלות אדם שחינוכו חסר את הרוחב ואת העומק שישחררו אותו מהשוויוניות המאזנת של עידן דמוקרטי זה. השוויון שעליו מדבר דה-טוקוויל אינו שוויון פוליטי כשם שהוא שוויון המחלחל לתוך האינטלקט ומתייחס לכל הדעות כשוות זו לזו – דעות על טוב ורע, צודק ולא צודק, יפה ומגונה. כאשר רלטיבויזם מסוג זה מנגע את האליטות השולטות באומה, אזרחי המדינה מאבדים בסופו של דבר צלם אנוש. הם לא יצאו מכליהם אפילו נוכח רצח סיטוני של בני עמם.¹¹

אנשים שעוצבו על-ידי השוויוניות אינם רואים כל סיבה לשאת עיניהם אל מישהו או לכבודו. אין תמה שמנהיגים גדולים יימצאו בחברות דמוקרטיות רק לעתים נדירות. כיבוד דעת הזולת המשמעותי היחיד

¹⁰ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (2 vols), New York: Vintage Books, 1945, II, 4.

¹¹ בריאיון **להארץ** מיום 12.4.2001 הודה מר שרון כי בנו עמרי לימד אותו לא לראות דברים ב"שחור-לבן". ראש-ממשלה שנדבק ברלטיב ויזם כזה לא יהיה קנאי כל כך לצדק שבעניין של עמו. הוא יהפוך לכנוע יותר ללחצים חיצוניים, מצד אחד, וכעוס פחות בגלל רצח יהודים, מצד אחר. במבצע "חומת מגן" היה אפשר להתחיל מיד אחרי 11 בספטמבר 2001, אם לא לפני-כן.

¹² מצוטט אצל **Matis Weinberg, Patterns in Time: Chanukah, Jerusalem: Feldheim, 1988, p. 65.** צ'רצ'יל הודה מראש שות-הממשלה מיד את-רי שסיים את מנהיגותו המבריקה בבריטניה במלחמת-העולם השנייה:

¹³ מצוטט אצל מנחם אלון, **המשפט העברי**, כרך ד' עמ' 1581. האמירה של ברק סותרת את **חוק יסודות המשפט** משנת 1980. ראה שם, כרך ד', עמ' 1538.

כזאת מנוגדת לטיבו הבסיסי של התהליך הפרשני.¹³ ברי אפוא שיחס הבוז של ברק למשפט העברי, מצד אחד, והחירות שנטל לעצמו לפנות לכל שיטה משפטית זרה, מצד אחר, מחזקים את עוצמתו השרירותית של בית-המשפט העליון והופכים את שלטון החוק לדבר בלתי-אפשרי.

הבינלאומיות המשפטית של השופט ברק היא תוצאה מתבקשת מהשוויוניות שלו. אל לנו לבלבל בין הבינלאומיות שלו לקוסמופוליטיות. קוסמופוליטיות אמיתית מבוססת על ההכרה באמות-מידה אוניברסליות תקפות בקשר לאמת, לטוב וליפה – אמות-מידה המשתרעות מעבר לאמונות ולמנהגים השונים והמגוונים של האומות, אך אינן שוללות אותם בהכרח, ואולי אף מקבלות אותם כאמות-מידה המעשירות את המין האנושי. הבינלאומיות של השופט ברק, לעומת זאת, כמו הבינלאומיות שדוגלת בה העצרת הכללית של האו"ם, היא תופעה מאזנת. בערב-רב הזה, המכונה עצרת כללית, כל האומות – ללא הבדל מבחינת ההישגים האינטלקטואליים והתרבותיים שלהן – שוות זו לזו, להוציא את ישראל, הנחשבת לאומה מנודה: הן עם לבדד ישכן ויבגוים לא יתחשב (במדבר, כג, ט).

ובכל זאת, בגלל השוויוניות שישראל נכנעה לה, היא גאה בכך שהיא חברה בארגון בינלאומי המשפיל אותה ללא הרף! האם ייתכן שהשפלה זו היא תוצאת ההשפלה העצמית של ישראל, שהשופט ברק תרם לה, בחוסר מחשבה כזה, ביחסו המבוזה כלפי המשפט העברי? יהיה המצב אשר יהיה, השוויוניות של האו"ם, בסגנון של אומה אחת, המעמידה מדינות מתורבתות ומדינות טרור על מדרגה אחת, מקבילה לשוויוניות של 'מבוגר אחד' הנוהגת בישראל, המציבה את היהודים ואת הערבים על אותה המדרגה, וחותרת בכך תחת הגאווה הלאומית היהודית.

שוויוניות זו עלולה להוביל להרס ישראל כמדינה יהודית. אבל המשמעות הנובעת מכאן היא שהאויב המחוכם והערמומי ביותר של ישראל הוא הדמוקרטיה השוויונית! מעטים הם היהודים שניחנו באמצעים האינטלקטואליים או באומץ הדרוש כדי להכיר בליקוייה הפנימיים של הדמוקרטיה בנוסחתה הישראלית, ועל אחת כמה וכמה – בהשפעתה הממאירה על היהדות ועל המדינה היהודית. אחרי ככלות הכל, מי יכול להתכחש לברכותיה של הדמוקרטיה: שוויון ההזדמנויות הנהוג בה, שקרא דרור לכשרונות שהיו מדוכאים זמן רב על-ידי משטרי עריצות, הקלת העוני והסובלנות הדתית הנהוגה בה? כאן אנו נזכרים באמרה הנודעת של צ'רצ'יל, כי "דמוקרטיה אינה צורת הממשל הטובה ביותר, אבל כל האחרות גרועות ממנה". הבה נחיל רעיון זה על מדינת ישראל.

בהעדר שלטון חוק, ככל שניתן לתאר מדינה זו כ"אנרכיה המנומרת על-ידי אוליגרכיה", על הישראלים להטות אוזן לאמרה של צ'רצ'יל ולהפוך את ארצם לדמוקרטיה אמיתית!¹⁴ הם יכולים להתחיל בלחצים על הכנסת לתקן את חוק יסוד: השפיטה, כדי ששופטי בית-המשפט העליון ימונו על-ידי נשיא המדינה (בסיוע מועצה מקצועית) ויאשרו על-ידי הכנסת.

אולם בניגוד לאמרתו של צ'רצ'יל, אפשר לבנות את צורת הממשל בישראל כך שתהיה עדיפה על הדמוקרטיה השוויונית, מפני שהיא תשאב את עקרונות החופש והשוויון שלה מן התפישה של התורה, כי האדם נברא בצלם אלוהים. החופש והשוויון יהיו כפופים אז לאילוצים המוסריים וההגיוניים של המשפט העברי. הדבר יעודד יראת כבוד וכיבוד דעת הזולת, וכן גאווה לאומית יהודית. הדבר ישקם את שלטון החוק וישים קץ לתאוות שלטונו של השופט אהרן ברק. ■

¹⁴ השיטה הנהוגה בישראל – רשימות מפלגתיות סגורות – היא שיטה אוליגרכית: היא מאפשרת לראשי המפלגה לה' תעלם מדעת-הקהל ולצאת בלא פגע העוב' דה שמעון פרס ממשין לכהן בתפקידים צי' בוריים ממחישה את אור' פיה האוליגרכי של המערכת הפוליטית בי' שראל, חרף הבחירות הרב-מפלגתיות.