

הישראליות של הימין המשפטי

יונתן גרין*

מבוא

ברשימה זו אבקש לדון בטיעון אודות "אמריקניזציה של הימין בישראל" בהקשר השיח המשפטי הישראלי ולהעיר הערות אחדות, אגב כנס שעסק בנושא זה שאירח המרכז לחקר ארצות הברית באוניברסיטת תל-אביב בחודש יוני 2021.¹

במאמר אציג שני היבטים של טיעון "האמריקניזציה של הימין בישראל" בהקשר המשפטי: ראשית, אטען כי בניגוד לתיאור אפשרי של השמרנות המשפטית בישראל כ"אמריקנית", דווקא יהיה נכון לומר שאותה שמרנות משפטית מתאפיינת ב"ישראליות" – גישה מאוחדת תחת מכנה משותף רחב, המבקשת להשיב למערכת המשפט כללים ודוקטרינות ישראליים שאפיינו את מערכת המשפט, לפני העידן המהפכני שהנהיג בית המשפט בשנות השמונים והתשעים בשלל תחומים ובעיקר במשפט הציבורי. שנית, אתייחס לקווי דמיון נחזים בין שמרנות משפטית בארצות הברית לבין מקבילה הישראלית, ואטען כי דמיון זה נובע דווקא מאמריקניזציה מובהקת של השמאל המשפטי בישראל, וכי אין להתפלא כי תגובת הנגד הישראלית מזכירה את תגובת הנגד האמריקנית לתופעה כמעט זהה.

א. הערה מקדמית - טיעון "אמריקניזציה" בימין המשפטי בישראל

האם קיימת תופעת אמריקניזציה בימין המשפטי הישראלי? תשובה ודאית לשאלה זו תדרוש מחקר, נימוק והוכחה משכנעת. עד שיופיע טיעון כזה באופן סדור ומנומק המזמין עיון וביקורת, נדמה שאין צורך (או יכולת) להידרש אליו בפירוט. לבינתים, וטרם פרישת הטיעונים העיקריים במאמר זה, אציע כמה נקודות ראשוניות למחשבה.

טיעון לאמריקניזציה של הימין המשפטי יצטרך למקד את משמעות הביטוי "אמריקניזציה" ולהגדיר את התופעה המתוארת דווקא בהקשר המשפטי. בנוסף, על טיעון מסוג זה להצביע על תופעה עם זיקה אמריקנית ייחודית ועם מקור אמריקני מובחן, ולא רק על דמיון מקרי בין ישראל לארצות הברית. ציון קיומה של תופעה מקבילה בארצות הברית אינו מספיק - הן משום שבחינה רחבה יותר עשויה לגלות כי דמיון זה משותף גם למדינות רבות אחרות, והן מאחר שיש להראות קשר סיבתי לפיו המקבילה האמריקנית גרמה בפועל לזו הישראלית או אכן יובאה לישראל.

אין הכוונה להיתמם - בוודאי שישנן השפעות אמריקניות משמעותיות על כלל רבדי החברה הישראלית, לרבות השפעה ישירה על הימין הפוליטי ועל התנועה המשפטית השמרנית. הכוונה בנקודה זו אינה להתכחש להשפעות אלו, אלא לחדד שאין תועלת רבה (או כוח משכנע במיוחד) בטיעון "בעלמא" אודות אמריקניזציה. "חובת ההוכחה" מוטלת על מי שיבקש לטעון מעבר לאבחנה הכללית על קיומה של אמריקניזציה, והוא יצטרך להצביע על ביטויים קונקרטיים של התופעה, להראות כיצד היא מובחנת וחורגת מהתופעה הרוחבית באופן שדורש תשומת לב, ולשכנע מדוע מדובר במגמה רצויה או בלתי-רצויה. בכל הנוגע ל"ימין המשפטי" בישראל אטען שאף אם ישנה מידה של אמריקניזציה, טיעון האמריקניזציה חוטא למציאות מאחר והמאפיינים העיקריים שלו הם ישראליים באופן מובהק - כפי שיוצג בהמשך.

לאורך רשימה זו אשתמש במונחים התאומים "ימין משפטי" ו-"שמרנות משפטית" באופן חלופי וזהה. על אף שאין זה המקום להציע הגדרה ממצה למונחים אלו, מן הראוי להבהיר את משמעותם לצורכי הרשימה (ואציע, לצרכי כל דיון בסוגיה העומדת במרכז הרשימה). שמרנות משפטית היא גישה מוסדית הנוגעת לאופן קבלת החלטות בחברה חופשית ודמוקרטית, לסמכות ומומחיות שופטים, לחלוקת הסמכויות בין רשויות השלטון, ולמגבלות האינהרנטיות המקיפות את עולם המשפט. היא מהווה תפיסת עולם - עקרונית וקונקרטית - אודות תפקיד בתי המשפט וטיבה של מערכת המשפט. שמרנות משפטית עוסקת בשדה של איך מתקבלות החלטות שלטוניות, ולא מה תוכנה של החלטה כזו או אחרת. בהתאם, אחדד כי אין הכוונה לערכים מהותיים ולמחלוקות ימין-שמאל במובן

הקלאסי. לדוגמא, שאיפה להעניק זכויות מסוימות ולשלול אחרות, או תיעדוף מסוים של ערכים נבחרים על פני ערכים אחרים, אינם נופלים תחת הגדרה זו של "שמרנות משפטית". כך, ניסיון לקדם מדיניות ימנית טיפוסית בסוגיות של ביטחון, חברה או כלכלה באמצעות חקיקה אינו מהווה "ימין משפטי" אלא סתם "ימין" – משום שאינו מבטא גישה מוסדית מובחנת כלפי מערכת המשפט. השמרנות המשפטית מתמקדת באופן קבלת ההחלטה הרבה יותר מאשר במהות ההחלטה לגופה.

ושוב, אין כאן כוונה להיתמם. מובן שישנו קשר ויחסי גומלין בין גישה שמרנית משפטית "מוסדית" לבין תפיסות עולם פוליטיות ופילוסופיות המזוהות עם אידיאולוגיות הימין והשמרנות. אלא שההבחנה בין שמרנות משפטית לבין ימין פוליטי רחב יותר נאמנה הן למציאות הרעיונית (בהגות ובמחקר) והן להרכב הדמויות המזוהות עם השמרנות המשפטית בישראל; והבחנה זו מאפשרת ומשרתת תיאור, אפיון וניתוח של השמרנות המשפטית כתנועה אידיאולוגית העומדת בפני עצמה, בין היתר במסגרת דיון על טענת "אמריקניזציה".

ב. אופייה של השמרנות המשפטית בישראל

התנועה המשפטית השמרנית בישראל היא צעירה ובמובנים רבים עודנה רחוקה מהבשלה מלאה. עצם הזיהוי של משפטנים כ"שמרנים" וגישות משפטיות "שמרניות" מהווה תופעה חדשה יחסית בשיח הציבורי והמשפטי של ישראל, וכמעט ואין בנמצא מחקרים או הגות העוסקים בה. לא זאת בלבד, אלא שהזרם המשפטי השמרני עודנו נאבק על מקומו כתפיסת עולם לגיטימית. לפני שנים אחדות, ב-2019, תקפה נשיאת בית המשפט העליון אסתר חיות את עצם הרעיון של שמרנות משפטית בטענה כי משמעותה "התבצרות בסדר הקיים" ושהיא "אינה מתיישבת עם מהותו של המשפט..."² רק לאחרונה טען שופט בית העליון בדימוס יצחק זמיר ש"הדרישה למנות שופטים שמרנים היא בפועל דרישה למנות שופטים שיהיו מקובלים על השלטון"³. בד בבד, ניכר שהתפיסה המשפטית השמרנית מוצאת את מקומה בשיח הישראלי והחלה להתקבל כגישה שיש לפחות להכיר בה ולהתמודד עמה. כך, בלוג המשפט הציבורי, *ICON-S-IL*,

שאינו מזוהה כבמה שמרנית, אירח לאחרונה סימפוזיון אקדמי בנושא "שמרנות במשפט" עם חמישה-עשר מאמרים שונים ממיטב החוקרים והחוקרות.⁴

על אף העניין הגובר בה, לשמרנות משפטית בישראל אין הגדרה מקובלת או רווחת, ובולט במיוחד העדר מאמצי ההגדרה מתוך התנועה השמרנית-משפטית עצמה. נדמה שמלבד ניצנים בודדים,⁵ קהילת השמרנות המשפטית בישראל אינה עוסקת כעת בניסוח מקיף וקוהרנטי של עיקרי גישתה. זאת בניגוד לארצות הברית, שם הגדרת השמרנות המשפטית נידונה כבר לפחות עשרות שנים, אם לא הרבה יותר.⁶

לאור כל זאת, רשימה זו אינה מתיימרת להשלים פער זה (ככל שהשלמה כזו כלל אפשרית), ואין כאן כל ניסיון להגדיר או לתאר באופן מקיף או ממצה את השמרנות המשפטית בישראל. לצורך הדיון ב"אמריקניזציה של הימין הישראלי", די לזהות דפוס מרכזי המאפיין את השמרנות המשפטית בישראל, החותר תחת טיעון של אמריקניזציה בכמעט כל מובן אפשרי. מהו, אם כן, המכנה המשותף לשאיפות ולטענות השמרנות המשפטית בישראל? בחינה עניינית חושפת תשתית אשר מסתבר שאינה אמריקנית כלל ועיקר, אלא שצריכה להיות מכונה "ישראלזציה": השבת ההסדרים, הכללים והעקרונות שחלו במשפט הישראלי לפני המהפכות האקטיביסטיות שהנהיג בית המשפט העליון החל משנות השמונים.⁷ הוזה אומר, ה"מודל" עליו מתבססים טיעוניו של הימין המשפטי בישראל אינו אמריקני בשום מובן, אלא דווקא ישראלי לחלוטין, כפי שאפרט כעת.

סקירת כלל טיעוניה ויעדיה של השמרנות המשפטית בישראל היא כמובן מעבר להיקף מאמר קצר זה. עם זאת, ניתן להעלות על הכתב מספר שאיפות והעדפות בולטות העולות מכתביבתם של דובריה הבולטים והמוכרים ביותר.⁸ ברי כי מדובר בשרטוט גס של קווי מתאר בלבד, ולו לביסוס הטיעון הכללי בדבר האופי ה"ישראלי" של שאיפות אלו. אדגיש כי אין מטרת הרשימה לשכנע את הקורא בדבר צדקתם או נכונותם של אותן שאיפות, אלא רק לטעון כי הן המרכזיות בתוך התנועה המשפטית השמרנית בישראל וכי לכולן יסוד ישראלי מובהק. אתאר להלן בתמצית, כהבנתי, את הדרישות העיקריות של השמרנות המשפטית בישראל.

1. הצבת תנאי סף מקובלים במשפט הציבורי - דרישת העמידה,⁹ ושפיטות.¹⁰ מאז קום המדינה הקפידו בתי המשפט על תנאי סף בעתירות נגד פעולות השלטון, במטרה לשמור על תפקידם כבוררים בסכסוכים בין הפרט לבין השלטון ולהימנע מתפקיד של מכריע במחלוקות ציבוריות שמקומן בשיח הציבורי ובתהליך הפוליטי. בית המשפט דחה דרך קבע עתירות בהן העותר לא הוכיח כי נפגע באופן אישי, ייחודי ומובחן, או בהן מושא העתירה היה מדיניות שלטונית וללא עילה משפטית ברורה להתערבות בית המשפט. הדוגמא המובהקת המסמלת אולי יותר מכל את שחיקת עילות הסף היא זו של סוגיית אי-גיוס החרדים לצה"ל. עתירות רבות נגד הפטור מגיוס שהוענק לחרדים נדחו על הסף, בהעדר זכות עמידה וכבלתי-שפיטות. ואולם, ב-1988 בעניין רסלר נקבע לראשונה כי לעותר זכות עמידה וכי הסוגייה שפיטה.¹¹ במרוצת השנים, נדמה שבית המשפט העליון זנח את דרישת העמידה ואת מגבלות השפיטות באופן שאין דומה לו בעולם - ושכלל הפחות חורג ממה שהיה נהוג עד לאותו השלב.¹²

2. ביצור ריבונות הכנסת (parliamentary sovereignty) כל עוד אין בישראל חוקה שלמה ומוסכמת, מתוך עקרונות של הפרדת רשויות והימנעות מחקיקה שיפוטית; ובהתאם, ביטול או צמצום סמכות בית המשפט לפסול חקיקה ראשית,¹³ ולכלל הפחות קביעת מנגנון המעניק לכנסת את "המילה האחרונה" בדיאלוג החוקתי אל מול בית המשפט (דוגמת מנגנון "התגברות").¹⁴ שנים רבות חזר בית המשפט על הכלל המוסכם כי אין לו סמכות לפסול חקיקה ראשית שהתקבלה בכנסת כדין, כאשר חריג צר ויחיד לכך נוצר בעניין *ברגמן*, בו נפסל חוק שפגע בסעיף חוק יסוד "משוריין", מאחר ולא נחקק ברוב הנדרש לכך בחוק היסוד.¹⁵ מוסכמה יסודית זו בוטלה ב-1995 בפסק דין *בנק המזרחי*, שם הוענקה לבית המשפט סמכות לפסול חקיקה ראשית אשר פגעה יתר על מידה (להבנת בית המשפט) בזכות המוגנת בחוק היסוד, ויצר יש מאין ביקורת שיפוטית מהותית על תוכן חקיקת הכנסת לגופה.¹⁶

3. אימוץ גישה כוללת של ריסון שיפוטי וצמצום התערבות בית המשפט בשאלות "פוליטיות" מובהקות העוסקות בלב המחלוקת הציבורית ובסוגיות ערכיות, הכוללת בחינת "מידתיות" החלטות שלטוניות ו"איזון" בין ערכים מתחרים; העדפת שיטת הנמקות פורמליסטית וקוהרנטית ולא ערכית ועמומה; והצבת

בית המשפט כמיישב סכסוכים בין צדדים ולא כסוכן לקידום ערכים "רצויים" בעיני השופט.¹⁷ בשנות השמונים והתשעים בית המשפט עבר בהדרגתיות לתפיסה עצמית כסוכן להנחלת ערכים נאורים בחברה וכבורר במחלוקות ציבוריות עקרוניות, ולשיטת הנמקות "ערכית" במקום כזו הנשענת על דוקטרינה משפטית פורמלית.¹⁸

4. שימוש במתודות פרשנות חקיקה מקובלות, הדבקות בכוונת המחוקק כפי שבאה לידי ביטוי בלשון החוק, וזניחת פרשנות תכליתית "אובייקטיבית" המציבה במרכזה העדפות ערכיות-אישיות של השופט;¹⁹ וכן נקיטת גישה מרוסנת וזהירה בפרשנות חוקתית (של זכויות חוקתיות וכיוצא בהן) המותירה את כוח קביעת נורמות עליונות בידי הציבור ונציגיו.²⁰

עד למהפכות המשפטיות של שנות השמונים, הגישה הפרשנית השלטת בבית המשפט ביכרה את לשון החוק ואת כוונת המחוקק הטמונה שם,²¹ וכך גם הדגישה את עליונות המחוקק בקביעת הדין.²² גישה זו הוחלפה על ידי "ביקורת תכליתית אובייקטיבית" הייחודית לישראל, המעניקה לשופט רישיון לפרש חקיקה לפי "תכלית" חקיקה אליה המחוקק לעולם לא התכוון, אותה קובע השופט לפי שיקול דעתו ולעתים במנותק מלשון החוק וממטרת החקיקה בפועל.²³

5. צמצום השימוש בעילת "אי-סבירות קיצונית" בביקורת שיפוטית מנהלית על רשויות השלטון, למעט מקרי קיצון רחוקים (אם בכלל), תוך צמצום התערבות בית המשפט בהכרעות מדיניות טהורות של מקבלי החלטות המוסמכים לכך הנעדרות פגם משפטי, והעדפת עילות ביקורת קלאסיות כגון חריגה מסמכות, שיקולים זרים, אפליה וכיוצא בהן.²⁴ החל מעניין דפי 77ז ב-1980,²⁵ בית המשפט סטה מעילות הביקורת השיפוטית ה"קלאסיות" ופיתח באופן חסר תקדים את עילת ה"סבירות", לפיה בית המשפט בוחן לא רק אם החלטה שלטונית התקבלה במסגרת סמכות חוקית, אלא אם ההחלטה איזנה באופן "ראוי" בין השיקולים השונים הדרושים לה. בכך בית המשפט החליף בפועל את שיקול דעת הרשות השלטונית בשיקול דעתו, ובמקום מסוים גם מאיין את שיקול דעת המחוקק אשר הסמיך את הרשות השלטונית.²⁶

6. צמצום סמכותו ועוצמתו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה - בין היתר, מתן ייצוג לרשויות השלטון בהליכים משפטיים שעה שהיועמ"ש חולק על עמדתו,²⁷ וקביעת אופיין הבלתי מחייב של חוות-דעת מטעם היועמ"ש כלפי הממשלה ושריה.²⁸ זאת, לאחר סדרת שינויים בתפקידו של היועמ"ש אשר העניקו לו סמכויות מרחיקות לכת ועוצמה חסרת תקדים, ואשר נקבעו על ידי בית המשפט ללא מקור בחוק ובסתירה להחלטות ממשלה בעניין.²⁹
7. קביעת מנגנוני חסינות בפועל עבור נבחר ציבור בפני העמדה לדין פלילי (למעט שורה מוגדרת של חריגים), וכן שלילת סמכות רשויות האכיפה (ובראשן היועץ המשפטי לממשלה) לבצע הדחה בפועל של נבחר ציבור על בסיס כתב אישום (הווה אומר - ביטול הלכת פנחסי-דרעי).³⁰ בתחילת שנות התשעים בית המשפט פיתח דוקטרינה חדשה וייחודית בעולם המערבי, לפיה הגשת כתב אישום נגד נבחר ציבור יכולה להביא להדחתו מתפקיד בכיר ברשות שלטונית - אף ללא יום אחד של התגוננות בבית המשפט.³¹
8. הקפדה על "עקרון החוקיות" במשפט הפלילי כמחייב פרשנות מצמצמת של עבירות באופן המיטיב עם הנאשם, תוך הגברת הביקורת על התנהלות רשויות האכיפה ומתן דגש על חירויות פרט אל מול עוצמתה של התביעה הפלילית.³² זאת, לצד צמצום השימוש בעבירת "מרמה והפרת אמונים" כנגד משרתי ציבור לאור עמימותה וחוסר בהירותה של העבירה.³³ מאז תחילת שנות השמונים בית המשפט החל לאמץ גישה תביעתית מובהקת, תוך פיתוח שיטת פרשנות במשפט הפלילי המחמירה עם הנאשם, ותוך הרחבת השימוש בעבירת מרמה והפרת אמונים נגד משרתי ונבחר ציבור.
9. מינוי שופטים לבית המשפט העליון בעלי עמדות מתונות בנוגע לתפקידו ולסמכותו של בית המשפט (קרי, "שמרנים משפטיים"); ושינוי שיטת מינוי השופטים תוך יצירת זיקה דמוקרטית מובהקת בין שופטים לבין הציבור, וביטול ה-ווטו המוענק כיום (בפועל) לבית המשפט במינוי שופטים לבית המשפט העליון.³⁴ שאיפה זו היא היחידה שאינה נשענת על הסדר שקדם למהפכות המשפטיות אלא שמהווה כביכול חידוש גם ביחס לעידן המשפטי ה"קלאסי" - אתייחס לכך בהמשך.

כמובן שניתן למנות שאיפות נוספות של המשפט השמרני בישראל, כמו שגם תתכן חפיפה מסוימת בין אלו שצוינו. מטבע הדברים ישנן שאיפות ודרישות אחרות של הימין המשפטי אשר אינן מסתמכות דווקא על המצב בישראל לפני העידן המהפכני של בית המשפט העליון. אלא שמהרשימה לעיל עולה "מרכז כובד" ברור, כאשר אלו הן עיקר שאיפותיה של השמרנות המשפטית בישראל.

ראוי להדגיש נקודה שאינה מובנת מאליה: במרבית המקרים, הביקורת ה"שמרנית" שהושמעה כלפי המהפכות המשפטיות שבוצעו משנות השמונים ואילך ניתנה בזמן אמת, כלומר בסמוך למועד השינוי האקטיביסטי מצד בית המשפט. כמו כן, היא ניתנה לעתים קרובות מצד מלומדים ומומחים (וכמובן מצד שופטים בדעת מיעוט) אשר כלל לא היו מזהים בהכרח כ"שמרנים" (אז כמו היום) ובוודאי שלא היו בעלי אינטרס פוליטי או אישי. מבין אלו בלטו בין היתר פרופ' רות גביזון, פרופ' יואב דותן, השופט משה לנדוי, השופט מנחם אלון, עו"ד דרור חוטר-ישי ופרופ' דניאל פרידמן. ביקורת מסוג זה הושמעה לעתים מצד גורמים "חיצוניים" למערכת המשפט בישראל.³⁵

בחירת הנקודות ברשימה לעיל מעלה שתי תובנות עיקריות. ראשית, לנקודות וכן לרשימה בכללותה אין אופי "אמריקני" ייחודי. ניתן לייחס שאיפות אלו במידה מסוימת ליסודות המשפט המקובל והמערך המשטרי-חוקתי הבריטי, אך בעיקר למסורת הליברלית-קלאסית המערבית המקובלת בכל הנוגע לתפקיד בית המשפט ולמקומו בחברה דמוקרטית, המבוססת על הנחות דמוקרטיות של ריבונות העם ושל צמצום הפעלת כוח שרירותי. לשם ההמחשה, העקרונות לעיל מזכירים את ביקורתו הנוקבת מצד שופט ביהמ"ש העליון בבריטניה, הלורד ג'ונתן סמפסון, כנגד "האימפריה המתרחבת של המשפט",³⁶ במידה שאינה נופלת מכל דמיון לעקרונות שמרניים אמריקנים.

שנית, וחשוב יותר בהרבה, ניתן להוסיף לכל אחת מהנקודות לעיל את המילה "השבה" בהטיות שונות. המכנה המשותף הבולט של העקרונות הללו, וכן של שאיפות התנועה השמרנית המשפטית בישראל ככלל, הוא הרצון להשיב על כנם שורה של הסדרים שהיו מקובלים במשפט הישראלי לפני המהפכות הרבות (ובעיני השמרנים, הקיצוניות והבלתי מוצדקות) של בית המשפט העליון.³⁷ במובן זה התנועה השמרנית-משפטית בישראל עברה תהליך "ישראלזציה" מובהק,

כאשר הביקורת שלה כלפי המצב הנוכחי - כמו גם הפתרונות המוצעים על ידה - נשענת בראש ובראשונה על מדינת ישראל מהקמתה ועד אמצע שנות השמונים. כל אחת מהנקודות לעיל יכולה "להרגיש בנוח" במציאות המשפטית הישראלית של טרום העידן המהפכני של בית המשפט העליון. בהתאם, משפטנית שמרנית בישראל המבקשת לקדם את התיקונים המנויים לעיל אינה צריכה להיזקק למגמות משפטיות אמריקניות; היא אינה צריכה להיתלות בהגות מדינית קלאסית; אלא היא תמצא עוגן מוצק במערכת המשפט של מדינת ישראל כפי שהתקיימה בארבעים ואפילו חמישים שנותיה הראשונות. הרשימה לעיל ממחישה כי לו היינו משיבים את מצב מערכת המשפט לקדמותו כפי ששרר בשנת 1980, מרבית משאלותיה של התנועה המשפטית השמרנית בישראל בהווה היו מתאימות ומתבטלות מאליהן, ולכל הפחות המחלוקת הציבורית בסוגיות קשורות רבות הייתה מאבדת את מרבית החרירות והעוינות המאפיינים אותה כיום.

חיזוק מסוים לרושם זה ניתן למצוא בכך שבהקשרים רבים - כפי שצוין לעיל - הביקורת כלפי המהפכות השיפוטיות של בית המשפט העליון בהובלתו של השופט אהרן ברק הופיעה בזמן אמת, תוך כדי ביצוען, שנים רבות לפני הופעתם של טיעונים אודות "אמריקניזציה" של הימין המשפטי - וחלקים ניכרים מתוך ביקורת זו לא השתנו כלל. ניתן להצביע, באופן אנקדוטי וללא סקירה ממצה, על ההתנגדות לפסק דין "בנק המזרחי" והמהפכה החוקתית הנטענת שהתלוותה אליו, מצד ענקי משפט כמו השופט משה לנדוי ופרופ' רות גביון;³⁸ על ההתנגדות לשימוש המופרז בעילת הסבירות במשפט המנהלי;³⁹ ועל הביקורת כלפי הלכת פנחסי-דרעי ויצירת מנגנון הדחה שיפוטית-פקידותית.⁴⁰ גם באותם פסקי דין ממש שביססו את המהפכות השונות של ברק, הופיעה לעתים קרובות ביקורת חריפה של שופטים אחרים שחלקו על ניסיונו של ברק לעצב מחדש את עולם המשפט הישראלי, ושניסו לבלום ניסיונות אלו בדרכם המוגבלת.⁴¹ בשלל סוגי הביקורת שהוטחו בזמן אמת כנגד המהפכות של ברק קשה למצוא "אמריקניזציה" מובהקת או מקורות השראה אמריקנים ברורים - כך אז, וכך גם כיום, במיוחד כאשר מרבית הביקורת השתנתה רק בעוצמתה ובהיקפה אך לא במהותה.

למען הסר ספק, אין הכוונה היא שהשמרנות המשפטית בישראל מבקשת "להשיב את הגלגל לאחור" של כלל ההתפתחויות המשפטיות והחוקיות

שאיננו בדור האחרון. כך גם ראוי להבהיר שהרצון לתקן את העיוותים הקשים במערכת המשפט שנגרמו במהלך המהפכות השיפוטיות אינו מהווה "ריאקציה" אוטומטית או נוסטלגית ובוודאי שלא נקמנית; כל אחת משאיפות השינוי של הימין המשפטי מבוססת על הצדקות עקרוניות מוצקות העומדות בפני עצמן, הנובעות מתפיסה מוסדית בדבר חלוקת הכוחות בין הפרלמנט לבין בית המשפט ובדבר הדמוקרטיה כפרוצדורה לקבלת הכרעות ציבוריות (עליהן כמובן ניתן לחלוק ולהתווכח).

פוליטיזציה של הליכי מינוי השופטים בישראל

כאן נדרשת התייחסות צדדית בנוגע לחריג מתוך הרשימה שמניתי לעיל - סוגיית שיטת מינוי השופטים. ראוי להתעכב על נקודה זו מאחר והיא אולי השכיחה ביותר במסגרת טענת "אמריקניזציה" של הימין המשפטי בישראל, וכן לאור טענה מקבילה לפיה השיח הציבורי בישראל עבר אף הוא אמריקניזציה בעצם כך שמייחס לשופטים זהות פוליטית.⁴²

ראשית, ראוי להבהיר לגבי שתי הטענות הללו: אין כל דבר "אמריקני" ייחודי בהליך מינוי שופטים פוליטי לערכאות חוקתיות או עליונות, וכך גם אין כל דבר אמריקני במיוחד בשיוך וזיהוי פוליטי של שופטים בערכאות אלו. טיעונים אלו לוקים בכשל שצוין בפתח הרשימה - ייחוס "אמריקני" לתופעה עולמית רחבה.

ברוב העולם המערבי, הליך מינוי שופטים חוקתיים הוא בעל ממד פוליטי ברור וכך גם השיח הציבורי סביב אותם שופטים. די לצטט מתוך מחקר מקיף של פרופ' יואב דותן משנת 2007 אודות הקשר ההדוק בין עוצמה חוקתית של בית המשפט לבין הליך פוליטי של מינוי השופטים: "קיימת מוסכמה כללית המקובלת כמעט בכל שיטות הממשל והמשפט בעולם המתקדם, והיא המוסכמה הדמוקרטית הבסיסית שלפיה לכל סמכות במשטר דמוקרטי חייבת להתלוות אחריותיות".⁴³ בהמשך מדגיש דותן כי "בעיית האחריותיות הדמוקרטית של גורמי הביקורת החוקתית בישראל חריפה יותר על פניה מאשר בכל שיטות המשפט שאוזכרו לעיל",⁴⁴ וכי "כבר כיום מצויה הביקורת השיפוטית אצלנו במצב של 'גירעון דמוקרטי' משמעותי".⁴⁵ כך בהקשר האירופאי דווקא (ולא האמריקני), מדגיש

דוּתן את ההכרה הגורפת לפיה "שפיטה חוקתית מצריכה ראיית-עולם פוליטית-ערכית", וכי בדיוק מסיבה זו "הליכי המינוי של שופטי בתי המשפט החוקתיים בשיטות האירופאיות הם הליכים פוליטיים מובהקים, ומטרתם להבטיח את האחראיות הדמוקרטית של חברי מוסדות אלה".⁴⁶

מחקרים שעוסקים באופן ממוקד במינוי שופטים באירופה מניבים את אותה המסקנה. המודל הקלזניאני של בתי משפט חוקתיים, המשותף לרוב מדינות אירופה, מכתוב אופי פוליטי מובהק של אותם בתי המשפט בשל סמכותם לבצע ביקורת שיפוטית על חקיקה, ודווקא בשל כך מניח כמובן מאליו הליך מינוי שופטים פוליטי באמצעות נבחר ציבור.⁴⁷ לא למותר לציין שגם כאשר מושמעות דעות בעד צמצום אופיו ה"פוליטי" של הליך מינוי השופטים (עמדות שנפוצות יותר באירופה מאשר בארצות הברית), עצות אלו מותנות בצמצום כוחם ועוצמתם של בתי המשפט, מתוך הכרה כי נדרשת התאמה בין סמכויות נרחבות של ביקורת שיפוטית על חקיקה לבין הליך מינוי פוליטי מובהק.⁴⁸ מחקרים השוואתיים מקיפים מראים שישראל היא החריגה מבין המדינות הדמוקרטיות והמפותחות - במרבית המדינות החופשיות בעולם, הליך מינוי השופטים לבתי משפט חוקתיים או "עליונים" נושא אופי פוליטי מובהק ומתבצע בעיקרו על ידי נבחר ציבור.⁴⁹

במבט רחב יותר, הדיון על התעצמות בתי המשפט ועל הממד הפוליטי-אידיאולוגי שבשפיטה כלל אינו נחלתם של "שמרנים" בלבד ואינו מוגבל לארצות הברית. העשורים האחרים הניבו ספרות אקדמית ענפה בנושא, עם כותרות כמו "ההתרחבות העולמית של עוצמה שיפוטית" וכן "לקראת יוריסטוקרטיה".⁵⁰

ועם כל זאת, אין ספק שהדרישה לשינוי שיטת מינוי שופטים אינה מתיישבת, במבט ראשון, עם הטענה לפיה השמרנות המשפטית בישראל נשענת על המצב המשפטי טרום המהפכות השיפוטיות של שנות השמונים. אכן, שיטת מינוי השופטים בישראל נותרה בצורתה הנוכחית שנים רבות, ומקורה זמן רב לפני עידן המהפכות השיפוטיות.⁵¹ נראה שדווקא בעניין זה, שהפך לנדבך מרכזי בדרישות השמרנות המשפטית בישראל, אין לימין עוגן "ישראלי" להתלות בו כאשר מבקש למנות שופטים שמרניים או לשנות את שיטת מינוי השופטים. אלא שעיון מעמיק יותר מגלה שגם בהקשר מינוי השופטים קיימת זיקה ל"עידן

הקלאסי" (כפי שמכנה אותו דניאל פרידמן) של מערכת המשפט בישראל. זאת, לדעתי, מאחר והעידן המהפכני אכן הביא איתו שינוי בעניין זה, על ידי צמצום קיצוני של ייצוג הגישה השמרנית-מרוסנת בבית המשפט.

לאורך השנים היה תמיד בבית המשפט העליון ביטוי לגישה שיפוטית זהירה ומרוסנת, והיה מקום ברור לשופטים "שמרנים" מובהקים, כפי שפסקה "שמרנית" מובהקת הייתה שגרתית ונפוצה, גם אם המינוח באותם ימים היה שונה. הרכבו של בית המשפט שיקף במידת מה מגוון של גישות שיפוטיות, ותפיסה משפטית-שיפוטית "שמרנית" (במונחים של ימינו) לא היוותה מכשול למינוי לכס השיפוט. מסיבה זו, הביקורת המתבקשת על שיטת מינוי השופטים והמגרעות הבולטות שבה (בעיקר מזווית של לגיטימציה דמוקרטית) לא התעוררה במשך השנים.

העידן המהפכני בהובלת השופט ברק הפך גם דפוס זה, על אף שהביא לכך ללא שינוי דוקטרינלי מוצהר וללא שינוי פרוצדורלי רשמי בהליך מינוי השופטים. בית המשפט העליון ניצל לרעה את סמכותו בוועדה לבחירת שופטים על מנת לחסום מינוי שופטים שמרנים על בסיס שמרנותם בלבד, כאשר הדוגמא הבולטת היא כמובן מניעת מינויה של פרופ' רות גביזון תוך עימות חזיתי מתקשר ומכווער עם שרת המשפטים דאז ציפי ליבני.⁵² ביקורתה השמרנית של גביזון כנגד בית המשפט האקטיביסטי של ברק חרצה (לטענת רבים) את גורלה והיוותה הסיבה העיקרית לאי-מינויה.⁵³ דחיית מועמדותה של גביזון היוותה אולי את קו פרשת המים. מאמצע שנות האלפיים מלאכת טיהור בית המשפט העליון הושלמה, ובאופן חסר תקדים נציגי הגישה השיפוטית השמרנית-מרוסנת נדחקו אל שולי מוקדי ההשפעה וההכרעה השיפוטית.

זהו הרקע מתוכו מגיעה השאיפה למנות שופטים "שמרנים"; זהו תמריץ משמעותי (אם כי לא היחיד) שמניע את הקריאות לשינוי שיטת מינוי השופטים.⁵⁴ אטען, אומנם באופן ספקולטיבי, שאם בית המשפט היה מאמץ מדיניות מינויים דומה יותר לזו שרווחה בעידן הקלאסי, כזו שהכילה גם שופטים שמרנים במהותם, מידת ההתנגדות לשיטת המינוי עצמה הייתה מופחתת עד מאוד. מבחינה זו, גם השאיפה למנות שופטים שמרנים או לשנות את שיטת מינוי השופטים, הינה בעלת זיקה "ישראלית" ומבקשת בעיקר להחזיר למערכת המשפט איזון שהיה

קיים בה בימי העידן הקלאסי. מכל מקום, ולסיכום העניין: ככל שקיים מאפיין מאחד של שאיפות התנועה השמרנית המשפטית בישראל של ימינו, זהו הזיקה הברורה לעקרונות המשפט הישראלי שעמדו בלב הקונצנזוס המשפטי, עד לסדרת המהפכות שהנהיג בית המשפט העליון, שהחלו בשנות השמונים של המאה הקודמת והושלמו בשנות התשעים והאלפיים. זוהי הישראלזציה של הימין המשפטי בישראל.

ג. תגובת-נגד לאמריקניזציה של השמאל המשפטי בישראל

ובכל זאת - ישנם המזהים קווי דמיון ברורים בין התנועה השמרנית-משפטית בישראל לבין מקבילה בארצות הברית. על אף שניתן להטיל ספק בכך, כפי שהבהרתי לעיל, אניח לצורך המשך הדיון כי דמיון זה קיים, וכי הטיעון אודות היסוד הישראלי של דרישות השמרנות המשפטית בישראל אינו משכנע. אציע להלן הסבר חלופי, או חופף, לקווי דמיון אלו. הסבר זה נטוע באמריקניזציה המובהקת והמקיפה של השמאל המשפטי בישראל, ובתגובת הנגד המשותפת לתנועה השמרנית בישראל ובארצות הברית, כפי שארחיב כעת.

האמריקניזציה של עולם המשפט בישראל, ככלל, היא תופעה מוכרת שנידונה בהקשרים רבים, לרבות במחקרים אמפיריים מקיפים. בין הדוגמאות הבולטות ניתן למנות, בין היתר, את מחקריו של יורם שחר בעניין "מרחב הסמך" של בית המשפט העליון הישראלי, בהם עמד על הרחבה משמעותית באסמכתאות האמריקניות בהן השתמש ביהמ"ש העליון בפסיקתו;⁵⁵ את פנינה להב אשר עמדה על האופן בו מוסדות לימודי המשפטים בישראל אימצו בהדרגה מודל לימודי אמריקני מובהק;⁵⁶ את חיים זנדברג בתיאורו הביקורתי של "קולוניאליזם תרבותי" אמריקני של האקדמיה המשפטית בישראל;⁵⁷ ולאחרונה את אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג שעמדו על השינויים בכתיבה המשפטית-מחקרית בישראל והמעבר המשמעותי לכתיבה באנגלית (בעיקר עבור פרסומים בארצות הברית) ובנושאים שאינם ישראליים.⁵⁸ לכך ניתן להוסיף את התופעה הייחודית לישראל לפיה החל משנות השמונים, רוב ניכר של חברי האקדמיה המשפטית בישראל כותבים את עבודת הדוקטורט במוסדות העילית של ארצות הברית.

עם זאת, נדמה שישנו ממד הנעדר ממחקרים אלו והדומים להם, והוא האפיון והניתוח האיכותני של האידיאולוגיה המשפטית ה"מיובאת" לישראל מארצות הברית. לשון אחר, השאלה אינה רק *עד כמה* משפיעה ארצות הברית על עולם המשפט הישראלי, אלא *מהו* התוכן הממשי של אותה השפעה. האם ישנם מאפיינים מובחנים של הדוקטרינות המשפטיות המיובאות לישראל מארצות הברית, בין היתר מבחינת שיוכן האידיאולוגי ומיקומן ברצף אקטיביסטי-מרוסן או פרוגרסיבי-שמרני? אם כן, מהם? כלומר, מה נגלה אם נבחן איזו הגות ופסיקה אמריקנית השפיעה על מערכת המשפט בישראל בכלל, ובמהלך המהפכות השיפוטיות האקטיביסטיות בפרט? לכאורה, הנה לנו שאלת מחקר אמפירית הדורשת ליבון.

אציע מענה מצומצם וראשוני לכך. החידושים השיפוטיים הרבים שהתבצעו בעידן המהפכני של בית המשפט, יחד עם העליונות לה זכתה גישה שיפוטית "אקטיביסטית" באקדמיה ובאליטה המשפטית של ישראל, הסתמכו והתבססו במידה רבה על פסיקה והגות משפטית אמריקנית ליברלית-אקטיביסטית, ולכל הפחות היוו חיקוי של אלו. שלא כמו טיעון אפשרי אודות הימין המשפטי בישראל, האמריקניזציה של השמאל המשפטי בישראל מובהקת וניתנת לשרטוט ולהדגמה.

בדומה לתיאור השמרנות המשפטית לעיל, הכוונה כאן אינה לערכים פרוגרסיביים-שמאליים מהותיים ואינה לאידיאולוגיה שמאלית, תהא אשר תהא (אם כי ודאי שניתן לחקור ולטעון גם בהקשר זה). המונח "שמאל משפטי" בהקשר זה מתייחס להרחבת סמכויות בית המשפט וזרועותיו במערכת המשפט, ובעיקר להעצמת התפקיד השיפוטי והצבת השופט כבורר בין מחלוקות ציבוריות עקרוניות וכסוכן ערכים "נאורים" ו"ראויים" בחברה, לעתים במתח חזיתי עם תוצרי ההליך הדמוקרטי. גישה שיפוטית-משפטית אקטיביסטית זו, היא אשר יובאה אלינו בהיקף נרחב מארצות הברית, ואומצה על ידי חלק ניכר ממערכת המשפט בישראל. מטבע הדברים, קצרה היריעה מלתאר כאן באופן מקיף את השפעות השמאל-המשפטי האמריקני על מהפכות האקטיביזם השיפוטי שאפיינו את בית המשפט העליון בשנות השמונים ואילך, ובמיוחד שאפיינו את כהונת השופט ברק יחד עם אחרים שהיו עמו וממשיכי דרכו.⁵⁹ לשם כך נדרש

מחקר כמותני ואיכותני וניתוח מעמיק של מאות פסקי דין, מאמרים, ספרים, נאומים וכיוצא בזה. בהקשר דנן גם לא אתייחס להשפעה על האקדמיה ועל אזורים רבים בתחום המשפט הישראלי, ואתמקד בתמצית בלבד בהשפעה על בית המשפט העליון, בין היתר דרך דמותו של אהרן ברק שהוביל את מהלך ייבוא עקרונות ושיטות מהשמאל המשפטי האמריקני. לשם המחשת הטיעון בלבד, אציין להלן דוגמאות אחדות.

אהרן ברק אימץ את תורתו ונהיה "נושא דגלו" של רונלד דבורקין,⁶⁰ שנחשב לאחד מגדולי הוגי האקטיביזם השיפוטי מכל הזמנים. במילותיה של נעמי לויצקי בביוגרפיה על ברק: "ברק הוא דבורקניסט... בעקרון הוא אימץ אל ליבו את תורתו של דבורקין, פיתח אותה והפך אותה לדגל".⁶¹ גישתו של דבורקין, שדגל בכך ששופט ישמש כסוכן מוסר וצדק אוניברסלי בחברה דמוקרטית,⁶² מצאה הדים רבים אצל ברק בטענתו כי תפקיד השופט הוא "גישור על הפער שבין המשפט למציאות החברתית המשתנה",⁶³ או בגישתו השיפוטית ה"מבקשת להגשים את החשוב שבערכיה של הדמוקרטיה: הצדק".⁶⁴ הגישה כי "הכל שפיט" וכי אין שאלות מדיניות אשר לא ניתנות להכרעה שיפוטית מוצאת אף היא את מקורותיה בתפיסתו של דבורקין.

דמות נוספת שהשפיעה רבות וישירות על ברק וגישתו השיפוטית היא לורנס טרייב, שגם הוא נודע ומזוהה כמשפטן ליברל-אקטיביסט מובהק. ברק נשען על טרייב רבות בכתיבתו המשפטית-שיפוטית (וביקורתו האוהדת של טרייב מופיעה ראשונה בגב המהדורה האנגלית של ספרו של ברק, *שופט בחברה דמוקרטית*). הן דבורקין והן טרייב מצוטטים עשרות רבות של פעמים בספריו של ברק, *שופט בחברה דמוקרטית ו-מידתיות במשפט*.

במהלך לימודיו באוניברסיטת הרווארד, הושפע ברק באופן עמוק מאסכולת "ההלך המשפטי" (Legal Process School) האמריקנית, והטמיע אותה בתוך כתיבתו והשקפתו כשופט.⁶⁵ גישת ה-LPS מאמצת עמדה אנטי-פוזיטיביסטית, ומעניקה לשופט רישיון רחב לחפש מקורות משפטיים מחוץ לחוק הכתוב ולתקדימי הפסיקה.⁶⁶ ניתן לראות את תביעות האצבע של ה-LPS שזורות בתפיסה השיפוטית של ברק, ובמיוחד בפרשנות התכליתית ה"אובייקטיבית" המפרשת חקיקה לפי ערכי יסוד של המשטר.⁶⁷

ככלל, קיים דמיון בלתי מבוטל בין בית המשפט בהנהגתו של אהרן ברק, לבין בית המשפט העליון האמריקני בהנהגת השופט ארל וורן. "עידן וורן" נחשב לעידן המובהק במאה ה-20 של הרחבת סמכויות בית המשפט העליון בארצות הברית ופריצת גבולות חדשים של אקטיביזם שיפוטי. רבים מפסקי הדין המצויים כיום במחלוקת מרה בשיח הציבורי האמריקני ניתנו בכהונתו של וורן.⁶⁸ ברק התייחס באופן מפורש לפסיקת בית המשפט של וורן והתבסס עליה במגוון רחב של מקרים. בולט במיוחד אימוץ האיסור על מדיניות של "נפרד אבל שווה" (separate but equal) על ידי ברק בבג"ץ קעדאן,⁶⁹ תוך אזכורים תכופים של פסק הדין האמריקני בראון נ' מועצת החינוך (Brown v. Board of Education) בו נקבע האיסור במקור.⁷⁰ נדמה שברק גם אימץ את השיטה של הצמדת המילה "מהותי" למונח כדי להעניק לו משמעות שונה בתכלית מזו המילולית של המונח - היה זה בית המשפט של וורן שהרחיב בשנות ה-60 את הרעיון של "הליך נאות מהותי" (substantive due process) בעניין גריזוולד (Griswold v. Connecticut),⁷¹ ממנו נבעו שלל זכויות בלתי-מנויות (לרבות זכות עמומה ל"פרטיות") ועל בסיסו נפסקה לימים ההלכה נגד איסורי הפלות בפסיקת רו נ' ווייד (Roe v. Wade) ההיסטורית.

דוגמא נוספת היא צמצום דרישת העמידה המסורתית, תוך הרחבה עצומה של הגישה לערכאות עבור עותרים בעניינים ציבוריים. הסרת דרישת העמידה בשורת פסקי דין של בית המשפט העליון בישראל מזכיר מהלך דומה שבוצע אך כמה שנים קודם לכן - על ידי בית משפטו האמריקני של השופט וורן.⁷² בהקשר שיטת הפרשנות התכליתית האובייקטיבית של ברק, מצייין רפי רזניק כי "... מתחילת שנות השמונים החל ברק לנסח, הן בכובעו כשופט והן בכובעו כאקדמאי, את הפרשנות התכליתית. הבסיס לתורתו היה הגות אמריקנית: אסכולת 'ההליך המשפטי' וזרם הליברליזם המשפטי שהתנסח בעקבותיה מפי הוגים כדבורקין, פיס ואקרמן".⁷³

נסתפק בדוגמאות אלו לעת עתה, שמייצגות את הלך הרוח של בית המשפט המהפכני בעידן ברק, בכל הנוגע להסתמכות על הגות ופסיקה אמריקנית-אקטיביסטית-שמאלית. ודוק, אין באמור לעיל ביקורת או שלילה של ההשפעה המתוארת בפני עצמה, שייתכן והיא דווקא מבורכת ורצויה. הנקודה היא זו בלבד

- השמאל המשפטי המודרני בישראל עוצב על ידי חשיבה משפטנית אמריקנית, שהייתה ליברלית-אקטיביסטית במובהק. הדמויות המובילות של האקטיביזם השיפוטי בארצות הברית עד שנות השמונים הם במובנים חשובים האבות הרוחניים של המהפכות השיפוטיות בישראל מאז שנות השמונים.

למותר לציין שמהלך האמריקניזציה של השמאל המשפטי הישראלי חפף למגמות של אמריקניזציה ארגונית - כמו ארגוני זכויות אדם או עריכת דין חברתית - וכן למגמות של אמריקניזציה ערכית-מהותית של השמאל הישראלי. מטבע הדברים התקיימו וממשיכים להתקיים יחסי גומלין והשפעה הדדית בין מגמות אלו. דוגמא בולטת היא כמובן הקשר ההדוק בין התבססות בית המשפט העליון כסוכן ליברליזם (בהגדרה האמריקנית-שמאלית) לבין התעצמות בית המשפט והרחבת סמכויותיו וכוחותיו. עם כל זאת, הנקודה העיקרית לענייננו מתמקדת רק בשמאל המשפטי-מוסדי ולשאלות אודות תפקידו של בית המשפט ושלוחותיו.⁷⁴

כעת, משעמדנו על מידתה והיקפה של האמריקניזציה של השמאל המשפטי בישראל, ניתן להתייחס לתנועה שקמה כנגדה ולדמיונה לשמרנות המשפטית האמריקנית. רבות סופר על עלייתה של התנועה השמרנית-משפטית בארצות הברית.⁷⁵ באמצע שנות השמונים, לאחר כשלושים שנות הגמוניה אקטיביסטית בבית המשפט העליון ובאקדמיה, נרקמה לה התגובה לעידן המהפכנות האקטיביסטית.

Collection of the Supreme Court of the United States



שופט העליון אנטונין סקאליה

תחת שלטון ימני-שמרני של נשיא ארצות הברית רונלד רייגן (יחד עם שר המשפטים הנודע אדווין מיס השלישי), התפתחה דוקטרינת ה"מקורנות" (originalism) לפרשנות נאמנה של חוקת ארצות הברית אשר תפסה אחיזה בקהילה המשפטית, עלה בבית המשפט העליון רוב שמרני ועמו נשיא שמרן, דמויות

כמו זו של שופט העליון אנטונין סקאליה עלו לקדמת הבמה,⁷⁶ והוקמו ארגונים משפטיים-שמרניים שונים. השאר, כמו שאומרים, היסטוריה. מה לנו ולזה? ככל שהתגובה הישראלית-מקומית למהפכות האקטיביזם השיפוטי לובשת צורה מוכרת, וככל שניתן לזהות קווי דמיון בין תנועת הנגד השמרנית בישראל לבין זו בארצות הברית, עלינו לייחס זאת לדמיון בין המהפכות האקטיביסטיות בשתי המדינות, וכן להגמוניה השמאלית-משפטית בשתי המדינות במועד הרלוונטי של התגבשות תגובת הנגד. לשון אחר, שעה שהשמאל המשפטי בישראל ייבא אלינו שלל תפיסות וגישות אקטיביסטיות אמריקניות, אל לנו להביע פליאה שתגובת הימין המשפטי בישראל מזכירה את זו האמריקנית. במציאות כמו זו, קשה להעלות על הדעת כיצד האחת לא תדמה לשנייה. באופן עקיף, ניתן למצוא טיעון דומה אצל רפי רזניק, מבין החוקרים הבודדים העוסקים ישירות בדמיון דוקטרינלי ורעיוני בין שמרנות משפטית בארצות הברית ובישראל. בהרצאתו בכנס "האמריקניזציה של הימין בישראל" בשנת 2021, מציין רזניק את האופן בו תנועת השמרנות המשפטית ("תגובת הנגד") המתגבשת בישראל עוקבת אחר תגובת הנגד (backlash) שהתהוותה בארצות הברית בשנות השמונים.⁷⁷ במאמר אחר שלו, מסביר רזניק (בצדק רב, לדעתי) כי "מתברר שהרגע ההיסטורי הנוכחי בישראל מזכיר במובנים חשובים את שנות ה-80' בארצות הברית",⁷⁸ ומתאר את התופעה המשותפת לשתי המדינות כ"תגובת נגד שמרנית להגמוניה של שמאל משפטי".⁷⁹

במקום נוסף, רזניק מפלרטט עם הטיעון המוצע כאן אך אינו נוקב בו במפורש: "הדמיון הנורמטיבי של השמרנים אינו מפותח יותר מזה של הליברלים שבאו לפניהם. בשני המקרים טוען המלומד בשבתו כיבואן... תנועת הליברליזם המשפטי של הדור הקודם ותנועת השמרנות המשפטית שמבקשת לקחת כעת את מקומה, נושאות את עיניהן לאותו מקום. התופעה של ייבוא מסגרות חשיבה כלליות ודוקטרינות מסוימות מארצות הברית לישראל אינה חדשה...".⁸⁰ על אף שמזהה את התופעה הקודמת של "ייבוא" דוקטרינה שיפוטית אקטיביסטית על ידי השמאל המשפטי, רזניק אינו מצביע על הקשר הסיבתי בין הייבוא המקורי (האקטיביסטי) לבין התגובה השמרנית כלפיו. על כן, הנקודה שאינה מופיעה בתיאורים אלה של רזניק אותה אני מבקש להשלים, היא מקור הדמיון המהותי בין אותן שתי "תגובות נגד", בארצות הברית ובישראל. כפי שפירטתי לעיל,

הדמיון בין "תגובות הנגד" אינו מקרי ואין כאן תעלומה גדולה - התגובות דומות משום שהן מגיבות לתופעות דומות. ה"רגע ההיסטורי" של ישראל כיום דומה לזה שבארצות הברית באמצע שנות השמונים, לא רק בגלל שבשתי המדינות באופן מקרי השמאל-הליברלי המשפטי נהנה מדומיננטיות במוסדות המשפט לאורך תקופה וחולל מהפכות דרמטיות; אלא בעיקר בגלל שהשמאל המשפטי בישראל אימץ חלקים נרחבים מתוך הגישה השיפוטית האקטיביסטית בארצות הברית. על כן התגובה הישראלית אינה דומה לזו האמריקנית רק מבחינת התנאים שסובבו את התהוותה. מבחינה מהותית-ממשית השמרנות הישראלית המשפטית ואחותה הגדולה האמריקנית מבקשות לבטל את אותן מהפכות דוקטרינריות ממש.

כוונת המחוקק וחזרה למינוי שופטים

ניתן למצוא המחשה טובה לכך, בטיעון של רזניק אודות אימוץ גישה מקורנית ("אוריג'ינליסטית") על ידי שופט בית המשפט העליון נעם סולברג.⁸¹ רזניק עצמו מבהיר בהרצאתו כי אינו טוען לקשר סיבתי ישיר בין מקורנות אמריקנית לבין שיטת הפרשנות של השופט סולברג (ונדמה שטיעון לאמריקניזציה אכן צריך לבסס קשר כזה). אך הדוגמא שימושית לנקודה אודות אימוץ דוקטרינות אקטיביסטיות מארצות הברית כמהלך מקדים שמסביר את הדמיון בין תגובות הנגד.⁸²

בית המשפט העליון האמריקני דגל משך תקופה ארוכה בגישת חוקה "חיה" (living constitutionalism) אשר ניתנת לפירוש לפי רוח הזמנים, גישה אשר מעניקה בפועל לשופט שיקול דעת פרשני רחב ואשר אינה מחויבת למשמעות המילולית של הכתוב בה. במקביל, בית המשפט העליון הישראלי אימץ תפיסה בהשראת הגישה בארצות הברית ודומות לה, והצהיר שיפרש חוקים בפרשנות תכליתית "אובייקטיבית" (אשר מאחר ונתונה לשיקול דעת שיפוטי בלעדי, אינה אובייקטיבית כלל) ושבאמצעותה "יגשר על הפער שבין המשפט לבין המציאות החברתית". במצב עניינים זה, אין פלא שהתגובה לתופעה הראשונה תהיה דומה לתגובה לתופעה השנייה - ושהניסיון של סולברג להיצמד למשמעות מילולית

ולכוונת מחבר הטקסט יהיה דומה לגישה המקורנית בארצות הברית. אין פלא שגם בארצות הברית וגם בישראל יתפתחו דוקטרינות פרשניות שבמרכזן נאמנות לטקסט החקיקתי המילולי, למשמעות המקובלת של הביטויים בו ולכוונת המחוקק הגלום בו.

בהקשר זו יוער שטיעונו של רזניק אודות ה"מקורנות" של השופט סולברג שימושי גם כהשלמה וקישור לנקודה הקודמת ברשימה זו, אודות האופי הישראלי המובהק של שמרנות משפטית בישראל. ניסיונו של השופט סולברג להתחקות אחר כוונת מחבר הטקסט המקורי - ודחייתו של תורת הפרשנות התכליתית האובייקטיבית - כלל אינה "זרה" לישראל ולשיטות הפרשנות שנהגו בה לפני העידן המהפכני. שופטים נקטו בגישה דומה בפסקי דין עוד מימיה הראשונים של המדינה. קצרה כאן היריעה מלהציג את כל השתלשלות תורת הפרשנות הנהוגה בישראל לאורך השנים, ונסתפק בדוגמא בודדת שאפיינה את פסיקת בית המשפט עד לעידן המהפכני, מתוך עניין זבולון ב-1949: "אף דעתנו היא, כי בפירוש החוקים יש לרחוק מסייגים פורמליים, וכי עיקר העיקרים הוא: ללכת בדרך הישר, לרדת לעמקו של הדין, ולמצוא ולהגשים את כוונתו הרצויה של החוק".⁸³ דוגמא מוקדמת נוספת לדיון עשיר על התיעדוף בין פרשנות מילולית לבין התחקות אחר כוונת המחוקק היא זו של עניין *מוסא* ב-1962, והמחלוקת שם בין השופט זילברג לבין השופט זוסמן.⁸⁴ הווה אומר, דחייתה של הפרשנות התכליתית של אהרן ברק, ופנייה לגישה פרשנית המתמקדת בלשון החוק ובכוונת המחוקק, היא מעשה "ישראלי" לעילא, ואין צורך (או הצדקה) לייחס לה מקורות אמריקניים דווקא.

אחרון חביב, גם כאן מן הראוי להתעכב בקצרה על נושא שינוי שיטת מינוי השופטים בישראל. טענתי לעיל שניתן לראות את דרישת שינוי שיטת מינוי השופטים כניסיון לחזור לעידן קודם של איזון בין גישות שיפוטיות בבית המשפט העליון. דרך אחרת להסביר דרישה זו למינוי שופטים על ידי נבחרי ציבור, והדמיון הנחזה בינה לבין שיטת מינוי השופטים הנהוגה בארצות הברית, היא דווקא באמצעות הטיעון הנוכחי של תגובת נגד לאמריקניזציה של השמאל המשפטי בישראל.

ככל שאמריקניזציה זו מתאפיינת בייבוא תפיסת עולם שיפוטית-משפטית אקטיביסטית, כזו המעניקה לשופטים ולבתי משפט עוצמה שלטונית רבה, הרי שבארצות הברית לפחות תפיסה זו יכולה להתקבל על הדעת לאור שיטת מינוי השופטים הפוליטית שם. מעורבותם של נציגי הציבור בהליך מינוי השופטים "ממתיקה את הגלולה" של האקטיביזם השיפוטי, ומקשה את ההתנגדות העקרונית והמעשית למתן כוח שלטוני רב למוסד בלתי נבחר ואנטי-רובני בעליל. אלא שלישראל יובא רק מרכיב אחד - האקטיביסטי, ללא המרכיב הפוליטי.

דרישת הימין המשפטי בישראל לשנות את שיטת מינוי השופטים אינה אלא השלמה של אותו תהליך אמריקניזציה שהחל בה השמאל - אם כבר העתקנו מארצות הברית גישה שיפוטית אקטיביסטית, עלינו לייבא את המרכיב האמריקני המקביל של הליך פוליטי למינוי שופטים. גם כאן, הדרישה נראית "אמריקנית" רק משום שהיא בעצמה מהווה תגובה לאמריקניזציה שחולל השמאל המשפטי לפני כן.

לסיום חלק זה, מן הראוי להדגיש נקודה אחרונה. אין כל כוונה (במסגרת הטיעון הנוכחי) לייחס אשמה או לטעון "מי התחיל קודם", אלא הכוונה היא זו בלבד: מי שמבקשים לטעון אודות אמריקניזציה של הימין המשפטי בישראל, צריכים להיות מודעים לכך שהטיעון המקביל על תהליך דומה שעבר השמאל המשפטי הוא חזק יותר, מתבקש יותר ומובהק יותר. חשוב מכך, וזהו העיקר, מי שמזהה קווי דמיון בין השמרנות המשפטית בישראל לבין זו בארצות הברית, צריך להבין דמיון זה בראש ובראשונה כתגובה לאימוץ העמוק והמקיף של דוקטרינות וגישות משפטיות-שמאליות אמריקניות על ידי השמאל המשפטי בישראל.

סיכום

רשימה זו מציבה שתי טענות עיקריות בהקשר דיון אפשרי על "אמריקניזציה של הימין הישראלי" במישור המשפטי. הראשונה, ששאיפות השמרנות המשפטית בישראל הן דווקא "ישראליות" במהותן ומבקשות, רובן ככולן, להשיב למערכת המשפט מאפיינים בולטים שעמדו בלב הקונצנזוס המשפטי עד עידן המהפכות

של שנות השמונים. בין אם שאיפות אלו מוצדקות וראויות ובין אם לאו, קשה להלום אותן עם טענה של אמריקניזציה. הטענה השנייה הינה שאכן התקיימה אמריקניזציה מובהקת וקלה לזיהוי, אבל לא בימין, אלא בשמאל המשפטי בישראל; ושניתן לייחס לכך דמיון נחזה בין תגובת הנגד (השמרנית) האמריקנית לבין תגובת הנגד (השמרנית) הישראלית.

כיוון אפשרי להמשך הדיון יכול להתמקד באפיון מקיף וממצה יותר של השמרנות המשפטית בישראל - אך חשוב שאפיון כזה יבוא מתוך הקהילה המשפטית-שמרנית עצמה, שכן הגדרה חיצונית על שלל הטיותיה תהיה בעלת תועלת מוגבלת וממילא תתקשה לייצג ביטוי אותנטי של התפיסה השמרנית-משפטית. אגב כך, יהיה ניתן לנתח ולהבין אילו מגמות ודוקטרינות הן "ישראליות" באופן שורשי (ככל שכלל קיימים שורשים מסוג זה במדינה צעירה זו) ואילו מהן משותפות למסורות ולמדינות אחרות, ארצות הברית ביניהן. כיוון נוסף הוא מחקר, שמעולם לא נעשה, הבוחן באופן איכותני את מקורות ההסתמכות של בית המשפט העליון בישראל במהלך העידן המהפכני, וממנו ניתן להסיק מסקנות ברורות יותר לגבי טיב ואופי הייבוא של דוקטרינות משפטיות לישראל באותה התקופה - מארצות הברית או מכל מקום אחר.

הערות

- * מאמר זה נהגה ונכתב לפני בחירות 2022 והקמת ממשלת ישראל ה-37, ולפני הרפורמה המשפטית המעוררת שיח עז בימים אלו. על כן הוא אינו עוסק ישירות בהצעות לשינוי מערכת המשפט העולות במסגרת אותה רפורמה. עם זאת, נדמה שהטיעונים המועלים במאמר תקפים לשינויים המוצעים. תודתי נתונה לד"ר שוקי שגב, לפרופ' מנחם מאוטנר ולד"ר אורן תמיר שהעירו הערות מועילות לטייטה מוקדמת של המאמר, וכן לקוראים האנונימיים על ההערות והביקורת המועילה ששיפרו רבות את המאמר. שגיאות במאמר הן שלי בלבד.
- גילוי נאות: המחבר הוא לשעבר מנכ"ל הפורום הישראלי למשפט וחירות. העמדות והדעות במאמר הן של המחבר ואינן מתיימרות לייצג את הפורום הישראלי למשפט וחירות או כל ארגון או גוף אחר.
1. אודות הכנס, ראו: <https://social-sciences.tau.ac.il/americanization>.
 2. ענת רואה, "חיות: אין שופטים ימנים או שמאלנים"; שרת המשפטים: 'מאבק חריף נגד שופטים שמרנים', **כלכליסט**, 3 בינואר 2019.
 3. יצחק זמיר, "מה עומד מאחורי הדרישה למנות שופטים שמרנים", **הארץ**, 20 בינואר 2020.
 4. ראו לדוגמה את המאמר הפותח את הסימפוזיון: מנחם מאוטנר, "שמרנות, אורתודוקסיה, משפט, או: כיצד מסכנת השמרנות את הליברליזם הישראלי", *ICON-S-IL Blog*, 27 בפברואר 2021.
 5. לדוגמה של ניסיון ראשוני, ראו: מתנאל בראלי, "לקראת תורת משפט שמרנית", *השילוח* 28 (פברואר 2022).
 6. ראו לדוגמה: מייקל מקונל, "ארבעה פנים של הגות משפטית שמרנית" (1988), תרגום באתר הפורום הישראלי למשפט וחירות; ראו גם: Steven Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law* (Princeton, Princeton University Press, 2010).
 7. אין זה המקום לתיאור מהפכות בית המשפט העליון משנות השמונים ואילך. לסקירה תמציתית ראו: דניאל פרידמן, "המהפכה המשפטית: גורמיה ותרומתה לעליית הימין לשלטון", *פורום עיוני משפט* מ"ד; אהרן גרבר, "על היסטוריה ומתודולוגיה: האם חולל ברק מהפכה והאם זה משנה?", *ICON-S-IL Blog*, 7 ביולי 2021; רבקה ווייל, "המדריך לאפקטיביות וללגיטימיות שיפוטית: בית המשפט האסטרטגי של השופט ברק", *ICON-S-IL Blog*, 11 בפברואר 2022.
 8. דוגמאות מייצגות של כתיבה משפטית-שמרנית בישראל יכולות לכלול, בין היתר: דניאל פרידמן, *קץ התמימות - משפט ושלטון בישראל* (תל אביב: ידיעות אחרונות, 2019). פרידמן הינו אולי הדובר המובהק של השמרנות המשפטית בישראל; התנועה למשילות ודמוקרטיה, "תכנית עשרת הצעדים לחיזוק הדמוקרטיה בישראל"; למגוון מקורות על כתיבה שמרנית משפטית, ראו בספריית "יסודות משפט" של הפורום הישראלי למשפט וחירות.
 9. יהושע שגב, "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית", *הפרקליט* (2006); אהרן גרבר, "זכות העמידה במשפט הציבורי בישראל", פורום קהלת למדיניות (2019); Joshua Segev,

- “The Standing Doctrine: What Went Wrong?”, in
*Aharon Barak, Barak Medina & Yaniv Roznai, eds., Oxford Handbook of the
Israeli Constitution (Oxford: Oxford University Press, 2022)*
10. משה לנדוי, “על שפיטות וסבירות בדין המנהלי”, *עיוני משפט* (1989); אהרן גרבר ושיירה סולו, “שפטת מרובה, לא שפטת: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל”, פורום קהלת למדיניות (2022).
 11. בג”ץ 910/86 רסלר נ’ שר הביטחון, פ”ד מב(2) 441.
 12. לעניין מידת החריגות של בג”ץ ביחס למדינות העולם, ראו: יואב דותן, *ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי* (תל אביב: אלון הוצאה לאור, 2022), 133, 299 (“אין לבג”ץ אח ורע בשום שיטה משפטית אחרת. היא הופכת את בג”ץ למוסד שיפוטי חריג בכל קנה מידה”); לדוגמא של טיעון בהקשר שפיטות ועמידה מהזמן האחרון, ראו: יואב דותן, “בג”ץ מנהל את המדינה ר’ק’ בתקופת בחירות (ומי יודע מתי תסתיים)”, *הארץ*, 2 באוקטובר 2022.
 13. משה לנדוי, “מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט”, *משפט וממשל* (1996); גדעון ספיר, *המהפכה החוקתית: עבר, הווה, עתיד* (תל אביב: משכל הוצאה לאור, 2010); רות גביזון, “המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?”, *משפטים* (1997); יהושע שגב, “מדוע לישראל אין ולא תהיה חוקה (לפחות בעתיד הנראה לעין)? על סגולותיה של ‘ההחלטה שלא להחליט’”, *מאזני משפט* (2006).
 14. גדעון ספיר, “שלוש הצעות לשינוי”, בלוג *רשות הרבים*, 23 באפריל 2020; יצחק בם, “כל מה שצריך לדעת על פסקת ההתגברות”, אתר *מידה*, 14 באפריל 2018.
 15. בג”ץ 98/69 ברגמן נ’ שר האוצר, פ”ד כג(1) 693 (1969).
 16. ע”א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע”מ נ’ מגדל כפר שיתופי, פ”ד מט(4) 221. שאיפה זו כמובן באה לידי ביטוי בהצעות האחרונות להרחבת ההרכב והרוב הנדרש לפסילת חקיקה, לאימוץ “פסקת התגברות” המאפשרת לכנסת להתעקש על תוקפו של חוק על אף פסילתו על ידי בית המשפט, ולהגבלת הביקורת השיפוטית לחקיקה רגילה והחרגת חוקי יסוד מביקורת שיפוטית מהותית.
 17. נעם סולברג, “ערכים, אידיאלים ופורמליזם במשפט הישראלי”, בלוג *רשות הרבים*, 13 בנובמבר 2022; דניאל פרידמן, “מאקטיביזם שיפוטי למהפכה”, *השילוח* (ינואר 2021); דניאל פרידמן, “פורמליזם וערכים – בטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי”, *המשפט יא* (2007); משה לנדוי, “חוקה כחוק עליון למדינת ישראל”, *הפרקליט* (1971); משה לנדוי, “כוחו של בית המשפט ומגבלותיו”, *משפטים* (1979).
 18. מנחם מאוטנר, “ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי”, *מעגלי דעת* (1993). שאיפה זו באה לידי ביטוי בהצעות האחרונות להגבלת הביקורת השיפוטית (על חקיקה) לסתירה עם זכות מפורשת המנויה בחקיקה.
 19. Alex Stein, “Probabilism in Legal Interpretation,” *Iowa Law Review* 107 (2022), 1389-1437; ראו גם דבריו של השופט שטיין בפאנל “פרשנות הסתברותית: לשון, כוונה ותכלית”, שהתקיים באוניברסיטה העברית בדצמבר 2022, זמין בכתובת: <https://youtu.be/6dEF-Ohuw4>; דניאל פרידמן, “הלכת דרעי-פנחסי ועקרונות יסוד בדיני פרשנות”, *פורום עיוני משפט* (2020).

20. הלל סומר, "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי", *משפט ועסקים* (2012).
21. אורי ידן, "על פירוש חוקי הכנסת", *הפרקליט*, ספר היובל, 483 (תשנ"ד); ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל", *עיוני משפט כ"ו* (2002), 737-738.
22. "אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה" - ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, ח 819, 785 (1954).
23. נעם סולברג, "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים", *השילוח* (פברואר 2020); ראו ביקורת לדוגמא:
Stanley Fish, "Intention is All There Is: A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law," *Cardozo Law Review* 29, no. 3 (January 2008), 1109-1146
24. מיכל שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי", *משפטים*, י"ב (1982); משה לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", *עיוני משפט* (1989); סולברג, "על ערכים סובייקטיביים ושופטים אובייקטיביים"; יואב דותן, "סבירות וריסון במשפט המנהלי", בלוג **רשות הרבים**, 31 בדצמבר 2020.
25. בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' **רשות השידור**, לה (1) 421 (1980).
26. יונתן גרין, "מה סביר בסבירות?", *השילוח* (אפריל 2020); ראו גם: מנחם מאוטנר, *משפט ותרבות בפתח המאה העשרים ואחת* (תל אביב: עם עובד, 2008), פרק 5, בו טוען מאוטנר כי בית המשפט בוחן החלטות מקצועיות של הרשות, ולא רק את מידת הסבירות לאור עקרונות משפטיים. שאיפה זו באה לידי ביטוי בהצעות האחרונות לצמצם או לבטל את השימוש בעילת הסבירות בביקורת שיפוטית על רשויות השלטון.
27. איתן לבונטין, "מבוא ביקורתי לייצוג המדינה בערכאות", *משפטים* נב (2022); אהרן גרבר, "הייתה או לא הייתה - האם תיתכן 'הלכה' שמעניקה ליועץ המשפטי לממשלה מונופול על הייצוג?", *פורום עיוני משפט* (2021); יואב דותן, "השופט שטיין נגד חומת ההשתקה", **הארץ**, 9 במרץ 2019.
28. איתן לבונטין ורות גביזון, "עמדתו 'המחייבת' של היועץ המשפטי לממשלה", *ספר שמגר*, חלק א' (תל אביב: ההוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, 2003); דניאל פרידמן, "יועץ שהוא מחוקק, שופט ותובע", *ספר לבונטין* (ירושלים: הוצאת נבו, 2013).
29. גיל ברנגר, "המחטף השקט: מיועצים משפטיים ל"שומרי סף", *השילוח* (ספטמבר 2018). שאיפה זו באה לידי ביטוי בהצעות האחרונות להסדיר בחקיקה את המשמעות המשפטית של חוות דעת של היועמ"ש ולאפשר סטייה ממנה.
30. Yoav Dotan, "Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances," *Theoretical Inquiries in Law* 9, no. 2 (2018), 705-744; יואב דותן, "הדחה שיפוטית של נבחר ציבור במבחן חוקתי", *ICON-S-IL*, 4 במאי 2020; דניאל פרידמן, "הלכת דרעי-פנחסי ועקרונות יסוד בדיני פרשנות", *פורום עיוני משפט* (2020); רות גביזון, "החלטה נחרצת אבל לא משכנעת", **חדשות**, 9 בספטמבר 1993.

31. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל ואחרים, פ"ד מז(5) 404.
32. בעז סנג'רו, "פרשנות מרחיבה בפלילים! האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה?' על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת", *עלי משפט ג'* (2013); דניאל פרידמן, "הגבלת כוחה האדיר של מערכת המשפט תחזיר את אמון הציבור", *גלובס*, 8 בנובמבר 2019.
33. מרים גור-אריה, "פניקה מוסרית והשחיתות השלטונית: השתלטות העברה הפלילית של הפרת אמונים על התחום האתי והמשמעותי", *משפט ועסקים* יז (2014).
34. יואב דותן, "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות - מבט השוואתי", *משפט וממשל* י (2007); שי-ניצן כהן, שמעון נטף ואביעד בקשי, "בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים - מחקר השוואתי", פורום קהלת למדיניות, נייר מדיניות 55 (נובמבר 2019); אביעד בקשי, "שינוי שיטת בחירת השופטים בישראל", המכון לאסטרטגיה ציונית (אוגוסט 2011).
35. ראו לדוגמא: Richard Posner, "Enlightened Despot," *The New Republic* (2007), תרגום מאנגלית באתר **פובליוס**.
36. Lord Jonathan Sumption, "Law and the Decline of Politics," *The Reith Lectures*, May 21, 2019; לתרגום חלקי לעברית ראו: "שופט עליון בריטי פורש את משנתו השמרנית", אתר **פובליוס**, 6 בדצמבר 2019.
37. על מאפייניו של העידן הקלאסי באופן כללי, ראו: דניאל פרידמן, *לפני המהפכה* (תל אביב: ידיעות ספרים, 2015).
38. ראו לנדוי וגביזון, לעיל ה"ש 13.
39. ראו שקד ולנדוי, לעיל ה"ש 24.
40. ראו גביזון, לעיל ה"ש 30.
41. ניתן למנות, בין היתר, דעות חולקות של השופטים מנחם אלון, משה לנדוי, מישאל חשין, ואף מאיר שמגר.
42. לדוגמא: יצחק זמיר, "מה עומד מאחורי הדרישה למנות שופטים שמרנים", *הארץ*, 20 בינואר 2022.
43. יואב דותן, "הביקורת השיפוטית במסגרת חוקה: שאלת האחריות - מבט השוואתי", *משפט וממשל* (2007), 508.
44. שם, 509.
45. שם, 510.
46. שם, 503.
47. Pablo Castillo-Ortiz, "Constitutional Courts, Democracy, and Judicial Independence in Europe," *Georgetown Journal of International Affairs*, April 28, 2020

- מתוך המאמר: "בתי משפט חוקתיים [באירופה - י.ג.] הם על כן שחקנים רבי-עוצמה בעלי השפעה שיפוטית ופוליטית. שופטים חוקתיים הינם לרוב משפטנים בעלי מוניטין מוצק שבדרך כלל ממונים על ידי פרלמנט לאומי, ולעתים בשיתוף עם שחקנים מהרשות המבצעת או השופטת. יש בכך שיקוף נוסף של טבעם הפוליטי-שיפוטי המקביל של בתי המשפט".
48. Pablo Castillo-Ortiz, "The Dilemmas of Constitutional Courts and the Case for a New Design of Kelsenian Institutions," *Law and Philosophy* 39 (2020), 617-655, 636
49. אביטל מגן, עדי כהן אהרונוב וישי לקס, "בחירת שופטים לבית משפט חוקתי או לבית משפט עליון - סקירה משווה", מרכז המחקר והמידע של הכנסת (2023); כהן, נטף ובקשי, "בחירת שופטים לבתי משפט חוקתיים - מחקר השוואתי".
50. ראו לדוגמא ולהרחבה:
Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007); C. Neal Tate and Torbjorn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power* (New York: NYU Press, 1997); Robert Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (Washington: AEI Press, 2003)
51. ראו להרחבה: גיא לוריא, "הוועדה לבחירת שופטים", מחקר מדיניות 137, המכון הישראלי לדמוקרטיה (אוגוסט, 2019).
52. הדס מגן, "אהרון ברק מסביר את התנגדותו למינוי רות גביזון לעליון: 'יש לה אג'נדה'", **גלובס**, 13 בנובמבר 2005.
53. "רות גביזון: אהרון ברק חשש שאשפיע על העליון", *nrg*, 2 במאי 2016.
54. למותר לציין כי קיימת ביקורת מקיפה על שיטת מינוי השופטים שעומדת בפני עצמה, ללא קשר לתוצאות ההליך בפועל. ביקורת זו מתייחסת בין היתר לגירעון הדמוקרטי החמור במעורבות נמוכה עד זניחה של נבחר ציבור בהליך המינוי, וכן להשלכות המערכתיות של מעורבות שופטים במינוי וקידום עמיתים בערכאות נמוכות יותר.
55. יורם שחר, "מרחב הסמך של בית המשפט העליון, 2004-1950", *הפרקליט* 1 (2008). בהקשר זה ניתן להזכיר גם את מאמרה של סוזי נבות העוסק באזכורים של פסיקה זרה בהכרעות חוקתיות של ביהמ"ש העליון:
- Suzie Navot, "The Use of Foreign Precedents by the Supreme Court (1994-2010)," in T. Groppi and M. Ponthoreau, eds., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges* (Oxford: Hart Publishing, 2013)
56. Pnina Lahav, "American Moment[s]: When, How, and Why Did Israeli Law Faculties Come to Resemble Elite U.S. Law Schools?," *Theoretical Inquiries in Law* 10 (2009)
57. חיים זנדברג, "קולוניאליזם תרבותי: האמריקניזציה של החינוך המשפטי בישראל", *המשפט* י"ד (2011).

58. אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג, "חמישים שנות משפטים: שינויים בהרגלי הכתיבה", *משפטים* ג' (2021).
59. לתיאור כללי של תור הזהב של המשפט האמריקני, ראו:
Paul D. Moreno, *How the Court Became Supreme* (Baton Rouge: LSU Press, 2022), 183-222
60. Eli M. Salzberger, "Judicial Activism in Israel: Sources, Forms and Manifestations," *SSRN* (January 7, 2015), 5;
אלון הראל, *מבוא לפילוסופיה של המשפט* (תל אביב: הוצאת אוניברסיטת תל אביב), 19.
61. נעמי לויצקי, *כבודו: אהרן ברק - ביוגרפיה* (תל אביב: הוצאת כתר, 2001), 378.
62. רונלד דבורקין, "תפקידו החדש של השופט", *מאזני משפט* ו (2007).
63. אהרן ברק, "על תפקידי כשופט", *משפט וממשל* ז (2004), 35.
64. שם, 52.
65. לויצקי, לעיל ה"ש 56, 119.
66. לתיאור גישת ה-LPS ראו: מיכל אלברשטיין, "הרעיון הפרגמטי במשפט וביישוב סכסוכים: אנטומיה של תורות-משפט משתנות", *משפט ועסקים* כרך ה' (2006), 69.
67. גישת ה-LPS והחוקרים המזוהים עמה מצוטטים בהרחבה בספרו של ברק, *פרשנות תכליתית במשפט*.
68. לדוגמה, פסק הדין בעניין "גריזוולד" היווה נקודת מפנה בפרשנות חוקתית אמריקנית, כאשר בית המשפט בהנהגת וורן קבע כי הליך נאות "מהותי" בתיקון ה-14 לחוקה כולל גם זכות לפרטיות. ראו: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
קביעה זו היוותה הבסיס לפסיקה השנויה במחלוקת בעניין ההפלות. לתיאור כללי יותר, ראו: Moreno, *How the Court Became Supreme*
69. בג"ץ 6698/95 *קעדאן ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל ואח'*, בס' 30 לחוות דעתו של השופט ברק (8.3.2000).
70. חיים זנדברג מבקר אימוץ דוגמטי זה במאמרו, לעיל ה"ש 57, עמ' 434; לדיון בשאלת יישום עקרון של "נפרד אבל שווה" בישראל בהקשר אחר, ראו: יעקב בן שמש, "למי שייך המרחב הציבורי? על הפרדה מגדרית במוסדות אקדמיים", *בלוג רשות הרבים*, 12 באוקטובר 2021.
71. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)
72. Joshua Segev, "The Standing Doctrine: What Went Wrong?"
לסקירת השפעות בית המשפט בהנהגת וורן על דרישת העמידה, ראו:
Laura A. Cisneros, "Standing Doctrine, Judicial Technique, and the Gradual Shift from Rights-Based Constitutionalism to Executive-Centered Constitutionalism,"
Case W. Res. L. Rev. 59 (2009), 1089
73. רפי רזניק, "לא שמרנות: שמרנות אמריקנית", *ICON-S-IL Blog*, 25 במרץ 2022.
74. לדיון רחב אודות תהליכים אלו, ראו לדוגמה: *Israel: The Americanization of Israel*, *Studies* 5, no. 1 (2000)

75. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement*.
ראו גם: נתנאל שלומוביץ, "ארגון ימין אמריקני פועל לעצב בדמותו את מערכת המשפט בישראל", *הארץ*, 11 בדצמבר 2020.
76. ראו: שוקי שגב, "מורשת השופט אנטונין סקאליה", בתוך *בשם החוק* (ירושלים: הוצאת שיבולת, 2022).
77. רפי רזניק, "פרשנות שיפוטית שמרנית לעידן האמריקניזציה של הימין הישראלי", כנס "האמריקניזציה של הימין הישראלי", המרכז לחקר ארצות הברית, אוניברסיטת תל אביב, 17 ביוני, 2021.
78. Rafi Reznik, "The Rise of American Conservatism in Israel," *Penn. St. J.L. & Int'l Aff.* 8 (2020), 383.
79. שם.
80. רזניק, "לא שמרנות; שמרנות אמריקנית".
81. רפי רזניק, "תחילתה של ירידת הפרשנות התכליתית ועליית המקורנות? לקראת ויכוח פרשני במשפט הישראלי", *משפטים על אתר*, גיליון י"ב (2019).
82. באגב אורחא, אציין כי לדעתי ישנה בעייתיות נוספת בטיעון של רזניק, והיא היעדר הקשר האמריקני המובהק. הרי פרשנות המתמקדת בלשון הטקסט ובכוונת מחבריה ההיסטורית כלל אינה ייחודית לארצות הברית, ונחשבת לגישה פרשנית מקובלת ואפשרית ברחבי העולם המערבי. על כן לא ברור מדוע יש לייחס את גישתו של סולברג דווקא לאוריג'ינליזם. ראו לדוגמא:
- Richard Ekins, *The Nature of Legislative Intent* (New York: Oxford University Press, 2012);
- Joseph Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (New York: Oxford University Press, 2009)
83. ע"א 61/48 "זבולון" אגודת יורדי ים נ' יעקב מלך, ב 464 (1949).
84. בג"ץ 328/60 ג'מאל נג'יב מוסא נ' שר-הפנים, טז 69 (1962).