



## המדריך הסופיסטי לחיסול הדמוקרטיה

בדיון שהתקיים לאחרונה בעתירה נגד חוק יסוד: הממשלה, הודיע בג"ץ על נכונותו העקרונית לפסול חוק יסוד. על פי אותו תקדים, גם חוק הלאום (אף הוא חוק יסוד אשר הוגשה נגדו עתירה שתידון בחודש הקרוב) אינו חסין מפסילה או תיקון. מדובר ב"מהפכה חוקתית שנייה" שאותה ניתן להבין על רקע דוקטרינות חדשניות ומטעות שנקמות באקדמיה הישראלית.

\*\*\*

האסכולה הסופיסטית ביוון העתיקה הפכה למלה נרדפת לטיעון מטעה ומסולף העטוף ברטוריקה מתוחכמת ובמראית של היגיון. השיטה הסופיסטית הנה שימושית לאקרובטיקה אינטלקטואלית – כזו למשל של משפטים אשר טוענים היום כי ניתן לפסול חוקי יסוד על אף שבמשך שנים טענו כי סמכותו של בג"ץ לפסול חוקים רגילים נשענת על המעמד החוקתי של חוקי היסוד. פרופ' ברק מדינה מנסה להגן על עמדה זו במאמרו האקדמי "האם יש לישראל חוקה? על דמוקרטיה הליכית ודמוקרטיה ליברלית" ([SSRN](#), מאי 2020). ניסיונו של מדינה להצדיק פסילת חוק יסוד לא צץ במקרה אלא לקראת העתירה שהוגשה לבג"ץ לפסילת "חוק יסוד הלאום" שתידון בחודש הקרוב.

אחד העקרונות של הדמוקרטיה הוא שהמחלוקות הערכיות מוכרעות על ידי הרוב שנקבע בבחירות חופשיות וקבועות. ברק מדינה רוצה להעביר את ההכרעות הערכיות מן הרוב למיעוט, והוא מסתיר את כוונתו מאחורי מאמר ארוך – וסופיסטי. מדינה ממציא דיכטומיה בין "דמוקרטיה הליכית" לבין "דמוקרטיה ליברלית" וטוען שרק הסוג השני מגביל את כוח הרוב. אולם הבחנה זו אינה נכונה ואינה משקפת את המציאות, שהרי בכל דמוקרטיה כיום הרוב הפרלמנטרי כפוף למגוון סוגי הגבלות. ברק מדינה מצטט את תומס הובס ואת ז'אן-ז'אק רוסו כהוגי "הדמוקרטיה ההליכית" אך המשטרים שבכתביהם אינם דמוקרטיים כלל: ה"לוויתן" של הובס הוא משטר אוטוריטארי שמטרתו להטיל אימה על האזרחים, בעוד "האמנה החברתית" של רוסו היא מעין דיקטטורת הרוב (אשר תהפוך ל"דיקטטורת הפרולטריון" אצל מרקס) המכונה על ידי רוסו "רצון הכלל".

מטרתו האמיתית של מדינה בהבחנה מטעה זו היא לשכנע את הקורא בעליונותה של "הדמוקרטיה הליברלית", אלא שהוא מסלף מושג זה. הוא מצטט את ג'ון לוק ואת ג'ון סטיוארט מיל כשני הוגים המייצגים את הליברליזם הקלאסי. רשימת ההוגים הליברליים ארוכה יותר, והיו גם כאלה בחלק הדרומי של תעלת למאנש. אולם המאפיין המרכזי של ההוגים הליברלים הקלאסיים הוא תמיכתם בחירות הפרט, בשוויון בפני החוק, ובשמירת עקרונות אלו באמצעות מערכת איזונים ובלמים ועל ידי חוקה. לברק מדינה "הגדרה" אחרת של דמוקרטיה ליברלית. לשיטתו "בתפיסה של דמוקרטיה ליברלית, ההסכמה אינה נחוצה לכינון הכשר נורמטיבי, כלומר להצדקה המוסרית לקיום החובה; זו נובעת ממקור אחר." לפי מדינה, "מקום אחר" זה נמצא ב"נורמות חוקתיות".

היות ו"נורמות חוקתיות" נקבעו בחוקה, שבעצמה נכתבה ואושרה על ידי הרוב, מדינה נתקל בבעיה לוגית, שממנה הוא מנסה להיחלץ באמצעות הטיעון הבא: "הנורמות שהן בעלות מעמד חוקתי", הוא כותב, "אינן רק אלו שנקבעו במפורש בחוקה כתובה אלא גם נורמות אשר קיימת הצדקה מוסרית להכיר במעמדם זה." כלומר, לא החוקה קובעת את "הנורמות החוקתיות" אלא הן נוצרות בעצמן כאשר קיימת "הצדקה מוסרית" ליצירתן העצמית. ו"ההצדקה המוסרית" ליצירת נורמות חוקתיות חדשות לא נובעת מרצון הרוב אלא מ"נורמות בסיסיות".

לא הציבור יקבע את "הנורמות הבסיסיות" שלו עצמו, משום שלטענתו של מדינה "חסרה עדיין תשובה לשאלה מדוע הרוב הוא זה שבידיו צריך להיות הכוח לקבוע מהי הנורמה הבסיסית." במציאות, כמובן, לא חסרת תשובה לשאלה זו: מאז המהפכות אמריקאית והצרפתית, הכוח לקבוע את הנורמה הבסיסית הועברה מהמלך לעם, וזאת תחת השפעה של הפילוסופיה הליברלית הקלאסית. אולם שינויים היסטוריים אלו אינם מקובלים על מדינה, שמסרב להשאיר בידי הציבור את הסמכות לקבוע את הנורמות השלטוניות שלו ורוצה שהן תקבענה על ידי "הכרעה מוסרית." כך הוא כותב: "אף שלעמדת הכנסת ולעמדת הציבור משקל חשוב לעניין זה, בסופו של דבר בלתי נמנעת הכרעה מוסרית באשר לשאלה מהי הנורמה הבסיסית הרצויה." אך מי יכריע את "ההכרעה המוסרית" הזו אם לא הציבור? תשובתו: "די בכך שקיימת תמיכה ניכרת בקהילה הרלוונטית בהכרה במעמד החוקתי של הנורמות הללו."

ה"קהילה הרלוונטית" הזו היא לא הציבור ש"אינו מבטא מידה גבוהה של מחויבות לעקרונות יסוד ליברליים" אלא קהילת המשפטנים והשופטים אשר יוצרים ואוכפים את "הנורמות הבסיסיות". במלים אחרות, מדינה מבקש להחליף את הפרדת הרשויות על ידי היררכית רשויות שבתי המשפט בראשה. היררכיית רשויות לא מאפשרת איזונים ובלמים ועלולה להוליד משטר של עריצות השופטים, אשר אינה מסוכנת פחות מעריצות הרוב. מדינה מבטל מראש, ללא נימוק, את הביקורת בעזרת המשפט הבא: "הסיכון שנשקף מבית המשפט נופל עשרת מונים מן הסיכון שנשקף מרשויות השלטון ומכוחו של הרוב בציבור". הקורא אמור להאמין לו ולסמוך עליו.

לאחר שבית המשפט יקבל את הסמכות להכריע בדבר "הנורמות הבסיסיות" הוא יצטרך לעתים להכריע בניגוד לעמדת המחוקק, משום ש"במקרים מתאימים מוצדק לפעול בהתאם לתפיסה העקרונית ביסוד הדמוקרטיה הליברלית, חרף אי ההסכמה של המחוקק להכרה בנורמות מסוימות כנורמות חוקתיות". השופטים יחליטו כמובן מהם "המקרים המתאימים" והם יודעים מה שהציבור כנראה לא יודע על "העקרונות ביסוד הדמוקרטיה הליברלית". לשיטתו של מדינה "מקור התוקף של המגבלות [על כוחו של השלטון] אינו קביעתו של הרוב, אלא המסקנה הנורמטיבית-מוסרית". לא הרוב מגביל את עצמו על ידי חוקה שכתבו אבותיו ושהוא עצמו יכול לשנות ברוב מיוחס, אלא "מסקנה נורמטיבית-מוסרית" של השופטים ושל פרופסורים למשפטים.

אם כן, האם בג"ץ ראוי לפסול חוק יסוד על בסיס "נורמטיבי מוסרי" על אף משנתו כי הוא רק פוסל חוקים רגילים שאינם עומדים לשיטתו בקנה אחד עם חוקי היסוד? בנקודה זו, מדינה מגיע לשורה התחתונה וזורק את הכפפה: "כיום, רבע מאה לאחר הלכת בנק מזרחי, מוטב להכיר מפורשות בכך שהנורמה הבסיסית של מדינת ישראל היא זו של דמוקרטיה ליברלית, באופן שיבהיר את מעמדם של חוקי היסוד כנורמה חוקתית, שתוקפן מותנה מכך שתוכנן עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של השיטה". כלומר, יש להכריז כי גם חוקי יסוד אינם חסינים מפסילת בית המשפט.

ה"מהפכה החוקתית" של אהרון ברק הייתה מנת פתיחה ומשחק ילדים, וברק מדינה מכריז כי הגיעה העת לעבור ל"דבר האמיתי" דהיינו עריצות השופטים (בשם "הדמוקרטיה הליברלית" כמובן). מדינת ישראל בשלה למהפכה החוקתית השנייה, שכן "התפיסה בדבר דמוקרטיה ליברלית זוכה למידה מספקת של הכשר נורמטיבי". ברק מדינה יודע זאת לא משום שהוא ערך על כך סקר דעת קהל או מחקר מקיף אלא משום שעמדתו "מוצדקת מבחינה מוסרית".

לא רק שברק מדינה מבקש לחסל את הדמוקרטיה בשם הליברליזם שאותו הוא מסלף ומעוות. הוא גם נותן שם רע לאסכולה הסופיסטית. הרי עם כל המניפולציות הרטוריות שלהם, לסופיסטים היוונים הייתה לפחות מודעות עצמית והם לא זלזלו עד כדי כך באינטליגנציה של הציבור.

*ד"ר עמנואל נבון הוא עמית בכיר ב"פורום קהלת"*