

הו, תמימות לאִקדושה

מאת

ברכיהו ליפשיץ*

הכצעקתה?

המוני המתנגדים והמפגינים נגד ההצעה, הבאה לשנות את הסמכויות שנטל לעצמו בית המשפט, טוענים שבכך תתבטל הדמוקרטיה בישראל. אלא שהם אינם יודעים שיש הגדרות שונות לדמוקרטיה, ולא דווקא זו הרצויה להם בלבד, וכי גם לפי ההגדרות מצומצמות הם אינם חיים בדמוקרטיה מתוקנת. כוחם כריבון לפעול במדינה ניטל מהם על-ידי בית המשפט, אותו "אח גדול" שנטל לעצמו את סמכות הפיקוח וההכרעה בכל דבר ועניין. עיניו משוטטות בכול, והעותרים למיניהם מגלים את עיניו על הפגמים השונים שנפלו בהחלטות הכנסת והממשלה. עקרונית הוא מתיר ל"נחשלים" שנבחרו לפעול, שהרי, סוף סוף, אין לו הזמן לטפל בכל ענייני המדינה כולם. אבל גם אלה, הרבים מאוד, שאינם נותנים אמון בבית המשפט, הם אומנם חשים בכך, אבל אין הם מודעים לעומק אי האמון שעליהם להביע בבית המשפט ולטעמים שהוא נותן לפעולותיו.

כדי להבין את מהות הדברים מוכרחים לרדת לפרטים. כמובן, הדבר מייגע, ונוח להתחמק מכך ולדבוק בטענות כלליות וסיסמאות. גם מי שמודים באי שלמותה של מערכת המשפט אינם מדגישים מהי אי שלמות זו (מלבד הצורך בהוספת שופטים למערכת), ומיד תוקפים את הצעת הרפורמה ומציעים הצעות משלהם. אך ההגינות והיושר דורשים ירידה לפרטים כדי לבחון במדויק את הפגמים ולהגדירם, כי בנפשנו הוא. יש לקרוא את הדברים לאט ובתשומת לב, לעכל את העובדות ואת הציטוטים, ורק אחר כך לשפוט ביושר וכלי עיקום הכתובים.

אין די בקריאות כלליות ובהפחדות על העתיד הצפוי לנו. אלו חזיונות שווא ומדוחים, שנועדו לשמר את המצב הקיים. הרי נסיון העבר יכול וצריך ללמדנו, שלפני ההפיכות המשפטיות של שנות השמונים והתשעים והשפעותיהן הזוחלות התגאו הכול ב"דמוקרטיה היחידה במזרח התיכון" ובמגילת העצמאות (שלתע הפכה לאבן יסוד למרות שלא נאמר בה מפורשות שאנו מדינה דמוקרטית), בתי המשפט שפטו צדק והצילו עשוק מיד עושקו, הכנסת לא פעלה שלא כשורה,

* ברכיהו ליפשיץ הוא פרופסור (אמריטוס), בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית לשעבר.

ואפילו חוקקה את חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו, והממשלה גם היא לא הרבתה לעשות מעשים אשר לא ייעשו.

אך בשנות השמונים חל שינוי דרמטי, ולפתע התגלה שהכול לא נוהגים כראוי. פרופ' יואב דותן, מומחה במשפט מנהלי בפקולטה למשפטים בירושלים, פרסם לאחרונה את ספרו על ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי, ובו הוא מתאר את המהפכה שחלה בשנות השמונים בתחומים שונים, והוא רואה בה מהפכה עמוקה יותר מזו של שנות התשעים, שבה נדון להלן.¹ אין זה מקרה; עיון קל ילמד, שבסוף שנות השבעים התמנה אהרן ברק כשופט בבית המשפט העליון, והוא זה שהוביל את שתי המהפכות הללו.

המהפכה השיפוטית בשנות השמונים

נציין בקצרה תחומים אלה, ומה שאירע בהם ב"שנות השמונים": בית המשפט העליון בתפקידו כבית המשפט הגבוה לצדק (להלן: בג"ץ) ראה את עצמו כבעל סמכות חוקתית בלתי מוגבלת לעסוק בכל נושא המובא לפניו,² ואין להגבילו אלא בחוק יסוד,³ אף "שאינן לכך בסיס בסעיף ובהיסטוריה החקיקתית שלו".⁴ הוא החל לפקח על תחומים רבים, לרבות על החלטות פנים פרלמנטריות של הכנסת, על גופים מפלגתיים,⁵ על מבקר המדינה ועוד.⁶ בג"ץ הרחיב את הביקורת על הכנסת ועל הממשלה על כל תחומי פעולותיה,⁷ ואין זה כך ברוב השיטות.⁸ למרות ש"ביקורת שיפוטית בכל עניין אינה עניין חוקתי, ואין לה אח ורע בכל שיטת משפט אחרת וגם לא בדין שלנו".⁹ נקבע, באמצעות "טכניקות פרשניות", שלכנסת אין סמכות להגביל בחוק את תחום הביקורת השיפוטית, ולמחוסומים לא נותר כל זכר.¹⁰ הוראה כזאת היא בניגוד לעקרונות יסוד של משטר דמוקרטי.¹¹

בעצם הגורם המבקר הפך למחליט.¹² בג"ץ החל להתערב במשא ומתן מדיני ובהליכי מינוי ופיטורין, מעשה שאינו מופר בשום מקום בעולם.¹³ "אין לבג"ץ אח ורע בשום שיטה משפטית אחרת. היא הופכת את בג"ץ למוסד שיפוטי חריג בכל קנה מידה".¹⁴ כך הרחיב את המעורבות בחיים הציבוריים על ידי שינויים מקיפים בדוקטרינות משפטיות עיקריות.¹⁵ הפך לערוץ מרכזי לקידום רעיונות מדיניים ואינטרסים פוליטיים.¹⁶ בג"ץ תופס את עצמו כמי שנועד לפקח על מוסדות השלטון

¹ ראו יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מנהלי 131 (2023).

² שם, בעמ' 170, 43.

³ שם, בעמ' 232, 46.

⁴ שם, בעמ' 237.

⁵ שם, בעמ' 272, 135.

⁶ שם, בעמ' 97, 45.

⁷ שם, בעמ' 86.

⁸ שם, בעמ' 89.

⁹ שם, בעמ' 239.

¹⁰ שם, בעמ' 229, 119, 46.

¹¹ שם, בעמ' 230.

¹² שם, בעמ' 59.

¹³ שם, בעמ' 69.

¹⁴ שם, בעמ' 299, 133.

¹⁵ שם, בעמ' 90.

¹⁶ שם, בעמ' 274, 123.

ולבקרם בכל פעולותיהם – והחל שינוי אידיאולוגי עמוק בתפיסת התפקיד של בג"ץ.¹⁷ הוא החליף את מה שהיה נהוג, ומ"שנות השמונים" גם סמכויות בתחום הביטחון נתונות למשטר הכללי של הביקורת השיפוטית.¹⁸ כך גם באשר ליועץ המשפטי לממשלה, ליחסי החוץ, ועדות חקירה, הסכמים בינלאומיים וחילופי שבויים.¹⁹

גם באשר ל"שפיטות" – המשפט הישראלי הפך לחריג.²⁰ חיוב רשויות לפעול גם כשיש לכך השלכות תקציביות רבות היקף.²¹ נטילת סמכות לאשר פעולות מנהליות החורגות בבירור מן החוק,²² ועיקרון החוקיות שינה את פניו.²³ שתיקת המחוקק מלאסור על פעולה מלמדת על מתן היתר, שיינתן על ידי בית המשפט.²⁴ בית המשפט פירש לפי התכלית החקיקתית באופן שמרחיב את הסמכות,²⁵ וראה בשתיקת המחוקק "תקלה חקיקתית" והתגבר עליה.²⁶ בשנות השמונים הוא יצר את ה"בטלות היחסית" של פעולה מנהלית בלתי חוקית כדי להרחיב את סמכותו וכך הפך יותר את הפרדת הרשויות.²⁷ לביסוס דוקטרינה חדשה קבע בית המשפט שהוא "כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל". אך דותן טוען כי זו "קביעה מפתיעה", כי העיקרון לא הוזכר מעולם בפסיקה, והוא אף נדחה בשתי ידיים – אף באנגליה, שעל משפטה מסתמך כביכול בית המשפט, כלל זה איננו חלק מן המשפט הפוזיטיבי שם.²⁸ אכן – החלטה מפתיעה.

אבל זוהי לשון נימוס בלבד, ויש למעשה זה הגדרות מדויקות יותר. ברור לגמרי מן הסקירה הקצרה הזאת, שבית המשפט הפך את עצמו להיות הסמכות המכריעה בכל דבר ועניין, גם בכל התחומים המסורים לרשויות אחרות. הוא המעצב את כל כללי הדיון וההכרעה בכל מרחבי השלטון, והוא עושה זאת באמצעים של קסם לשוני, לוליינות רעיונית וטהרנות מוסרית. הצד השווה בכל התהליכים הללו הוא, שהפרדת הרשויות בוטלה באופן בוטה, והרשות השופטת השתלטה על שתי הרשויות האחרות. היא מתירה להן, כמובן, לפעול, כי הרי אין היא יכולה לעסוק בכל ענייני השפיר והשליה שמערכות המדינה עוסקות בהם, אבל היא משגיחה עליהן היטב מלמעלה.

האם לאור האמור לעיל לא תצדק הגדרתו של השופט פרופ' ריצ'ארד פוזנר מארצות הברית, שהפסיקה של בית המשפט הישראלי היא בגדר "פיראטיות משפטית"? והאם לא נוכל להצטרף לתחושתו של השופט סקאליה המנוח מבית המשפט העליון בארה"ב, שכאשר נעגמה עליו נפשו בשל מעמדה השפל של הפסיקה שבארצו הוא היה מעיין בפסקי הדין הישראליים ומתנחם בכך ששיטת המשפט שלו איננה הגרועה ביותר? והאם לא נסכים עם פרופ' בורק שאין לך שחצנות משפטית גדולה מזאת?

¹⁷ שם, בעמ' 125.

¹⁸ שם, בעמ' 206.

¹⁹ שם, בעמ' 206.

²⁰ שם, בעמ' 241.

²¹ שם, בעמ' 311.

²² שם, בעמ' 320.

²³ שם, בעמ' 340.

²⁴ שם, בעמ' 341.

²⁵ שם, בעמ' 342.

²⁶ שם, בעמ' 344.

²⁷ שם, בעמ' 367, 358.

²⁸ שם, בעמ' 340-399.

לבג"ץ יש סוכני משנה. כך הוא הפך את היועץ המשפטי לממשלה ל"מוצב קדמי" של בית המשפט, ואת חוות דעתו למחייבת את הממשלה בלי אפשרות לקבל ייעוץ משפטי נוסף ולפעול לפיו, או להציג את עמדתה שלה לפני בית המשפט.²⁹ כפי שתיאר השופט ברק, למוסדות משפט רבים אין אסמכתא בחוק – ולכן הוא מיהר וכתב פסק דין שקבע בו מה הן סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, ומעתה פסק הדין הוא האסמכתא לכך (וכך עשה בעניין נוסף). גילוי הלב ראוי לשבח, אבל המעשה אינו רצוי ואינו ראוי. לא כך בונים מוסד משפטי. שניים משופטי בית המשפט סברו שהסמכות הזאת דווקא ניתנה הן בחוק סדר הדין הפלילי הן בחוק לתיקון סדר הדין האזרחי (המדינה כבעל דין). אך זו סמכות ייצוג ושליחות, כפי שיש להעניק אותה לכל בעל דין, שהוא ממנה את נציגו לדין. אך ההסמכה היא של המיוצג והוא יכול לשלול אותה ממייצגו ולטעון שלתיקון הדבר הוא שלח אותו ולא לעיוותו או לטעון כרצונו, דהיינו – כרצון בית המשפט. העובדה שהחוק שולל במפורש (בסעיף של "שמירת דינים") את הייצוג בידי היועץ המשפטי לממשלה בפני בג"ץ נחשבת לשופט כ"תקלה חקיקתית", שאינה תואמת את השקפתו 'אופפת הכול' של בית המשפט, ולכן אין להתחשב בה. אך לפי לחוק השליחות, "קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות ולפעול בהתאם להוראותיו; [...] (2) לא יהא שלוח של שולחים שונים לנושא שליחות אחד שלא על דעת שולחו".³⁰ וכן "השליחות מסתיימת בביטולה על ידי השולח או השלוח [...]".³¹ היועץ המשפטי אינו שלוח של בג"ץ, גם לא של הציבור. הוא מייצג את המדינה והוא שלוחה. ולא עוד אלא שכל עורך דין חב חובת נאמנות כלפי מי שהוא מייצג, אך הוא חייב כך גם כלפי יושרתו המקצועית, למרות הסיכון בהפסקת הקשר המבטיח אתו שהוא נוטל על עצמו בכך.

סוכנים נוספים יש לבג"ץ, המזמנים לפתחו עניינים לרון בהם. אלו הם כלל הציבור ועורכי דינו, וארגונים שונים הרואים חשיבות בטוהר המידות של המדינה, אבל הם מייצגים אינטרסים פוליטיים. הם מפשפים בחורים ובסדקים ומעלים את השגותיהם בפני בג"ץ כערכאת ערעור על כל החלטה שאינה לרוחם, והוא פותח את דלתו בפניהם בהרחבה על ידי ביטול "זכות העמידה", המצומצמת מאוד בכל ארצות תבל וממה שהיה נהוג לפני "שנות השמונים".³² כך הפך בג"ץ ל"ערוץ מרכזי לקידום רעיונות מדיניים ואינטרסים פוליטיים, ולשחקן פעיל בזירה הציבורית",³³ וכך הוא מגלה "העדפות פוליטיות באצטלה של הגנה על עקרונות הדמוקרטיה",³⁴ שעל כך יש להוסיף שהוא גם זה שקובע בעצמו את "עקרונות הדמוקרטיה", ומיד הוא פועל לאורם.

נשק נוסף שיש לבג"ץ להרחיב את מוטת כנפי הביקורת השיפוטית והשליטה שלו היא "עילת הסבירות". היא הפכה להיות בעלת "מעמד שהוא כמעט חוקתי".³⁵ בשנות השמונים "סטנדרט הסבירות המצומצם נדחק לקרן זווית לטובת הסטנדרט הרחב יותר של סבירות מלאה",³⁶ והוא מעניק לבית המשפט מרחב תמרון מרבי. עילת הסבירות יכולה להגיע לכל החלטה שהיא בלי שבית המשפט מחויב לנמק

²⁹ שם, בעמ' 49-50, 308.

³⁰ סעיף 8 לחוק השליחות.

³¹ סעיף 14(א) לחוק השליחות.

³² דותן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 121.

³³ שם, בעמ' 92.

³⁴ שם, בעמ' 167.

³⁵ שם, בעמ' 127.

³⁶ שם, בעמ' 212.

את החלטותיו ובלי לחייבו לעתיד.³⁷ "עקרון הסבירות המנהלית החדשה מאפשר לביהמ"ש לפרוץ את המגבלות שהתווה בעניין זה המחוקק".³⁸ לסיכום, בשנות השמונים השליט בג"ץ את עצמו על הרשות המבצעת ועל זרועות המנהל שלה.

הרחבת הגירעון הדמוקרטי בשנות התשעים

בשנת 1992 נחקק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. רבות כבר נכתב על דרך התקבלותו, שכיום, למרבה הפלא, הוא לא היה נחשב כחוק יסוד כי הוא לא התקבל בהסכמה רחבה (כרבע מחברי הכנסת תמכו בו, וכשישית מהם התנגדו לו); הוא התקבל בלא שהכנסת ידעה כי היא מסירה במעשה זה את כובע הרשות המחוקקת וחובשת לראשה את כובע הרשות המכוננת ובכך היא יוצרת חוקה; הוא התקבל מתוך הנחה שהוא חוק יסוד, כמו חוקי היסוד האחרים, שיבוא תחת כנפיה של החוקה כשזו תכונן בעתיד. חברי הכנסת גם לא חשבו שחוקי היסוד נעלים על חוק אחר, אלא שהם עוסקים באמת ביסודות ולא בגגות, ורק בית המשפט הוא שהחליט על היותם נעלים כחוקה. הם הוטעו לחשוב, כפי שחבר הכנסת "היוזם" שבחזית העיד במפורש שהוא הטעה את חברי הכנסת לחשוב אחרת, וכפי שכמה מהם העידו בעצמם. מתברר מספרו של "היוזם", שהרשות השופטת הייתה שותפה פעילה לניסוח החוק והניחה בו מוקשים שנועדו להתפוצץ בעת פקודה – וכך בשנת 1995 בפס"ד בנק המזרחי המפורסם, הוכרז קבל עם ועדה שהכנסת היא שעשתה את "המהפכה החוקתית".³⁹ מהפכה זו לא נוצרה בוויכוחים ברחובות ובהפגנות ובדיון ציבורי מסודר – או באופן גלוי כפי שהוא כעת, אלא במחשך ובכחש. ככה לא נעשית חוקה. קולו הזך של הפיקולו הושתק בשיכרון החושים של המהפכנים, וכך זיכה בית המשפט את עצמו, באמרת אגב שלא נדרשה לגוף העתירה ואשר איננה מחייבת, בסמכות לבקר את מעשה החקיקה של הכנסת ולבטל את חוקיה בעת שיעלה רצון מלפניו לעשות כן. אכן, במקום אחד נאמר, שעד לפסק הדין בנק המזרחי היה אפשר לטעון שלא הייתה מהפכה חוקתית, אך לאחריו אין לעשות כן ובכך לחטוא לשינוי שחוללו חוקי היסוד.⁴⁰ כך נוצרת "מציאות נורמטיבית", וכבר אין אדם בטוח מי המחולל אותה – חוקי היסוד או פסק הדין?⁴¹ ואם עד אז לא היה כדאי לפסול חוק בהיעדר קונצנזוס, הרי כעת, למרות שהמהפכה טרם הופנמה, אפשר לעשות זאת.⁴² וכעת, בית המשפט העליון אינו נהנה עוד מקונצנזוס ומאמון. כך השליט בג"ץ את עצמו על הרשות המחוקקת.

בוודאי, בית המשפט מכריז שהוא "ירסן את עצמו" ויבקר "רק במידה מצומצמת", אבל עצם הנכונות מתממשת,⁴³ ורק צריך לצפות לחסדי בית המשפט שהוא "ירסן" את עצמו. כך נוספו זכויות על אלו המנויות בחוק היסוד האמור על דרך של גזירה ו"פירוש" המשמעות של כבוד האדם, גם נגד רצונה של הכנסת, שאיננו חשוב. ההתנהלות שתוארה עד כה מטילה ספק רב בנכונותו של בית המשפט לרסן את

³⁷ שם, בעמ' 217.

³⁸ שם, בעמ' 134.

³⁹ אוריאל לין לידתה של מהפכה (2017).

⁴⁰ ברכיהו ליפשיץ "מעמדו של השופט בשיטת המשפט הישראלית" עלי משפט ו 75, 87 (2007).

⁴¹ שם, בעמ' 86.

⁴² שם, בעמ' 85-87.

⁴³ דותן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 88.

עצמו. הוא מתחיל בפריצות קטנות, וכשהפריצה מתרחבת והשביל שנגזל כבר נדרך ברגלי הרבים המהלכים בו – אפשר להרחיב עוד יותר את הפריצה, כי הרי "כך כבר נפסק", והרי זו הלכה שאין מערערין עליה עוד ואין מהרהרין אחריה כלל: שתקו! כך עלה במחשבה לפנינו. אבל יש מקום להרהר ולערער ולא לשתוק. הרי אנו רואים לנגד עינינו כיצד בית המשפט פוסל את "חוקתיותם" (לשיטתו, כשהיא נוחה לו) של חוקי היסוד החוקתיים בנימוקים המתבססים על "עקרונות על-חוקתיים", שהוא עצמו קובע אותם.⁴⁴ מעולם לא שמענו על בית משפט בעולם המוסמך לפסול חוקה כתובה. אך יגענו ולא מצאנו – אל תאמינו: כאן מצאנו. ולא להאמין.

בית המשפט חרד לסמכותו והוא שומר עליה מכל משמר. כבר ראינו לעיל כיצד הפך, שלא כדין, את סמכות בג"ץ לזכות חוקתית, וכיצד דחה כל התערבות חקיקתית להגבלתה. הרעיון של הקמת בית משפט לענייני חוקה הוא "ג'וק שצריך להרוג אותו כשהוא קטן".⁴⁵ ההצעה להקים בית משפט עליון לערעורים ולהותיר את בג"ץ כערכאה נפרדת – נדחתה. כשהעז המחוקק לחוקק תיקון לחוק החוזים בתגובה לפס"ד אפרופים המפורסם, המרחיב את סמכותו של ביהמ"ש להתערב בחופש החוזים ולקבוע מדדים אובייקטיביים של "האדם הסביר" (הוא השופט, כמובן) ל"פירושו" – בית המשפט "פירש" את החקיקה החדשה וקבע שאין בה אלא מה שנאמר באותו פסק הדין.⁴⁶ כך הוא גם בפרשת גנדלמן, ראש עיריית חדרה ואכמ"ל.⁴⁷

במקרה אחר, כשהעז בית המחוקקים לשנות את חזקת שיתוף הנכסים בין בני זוג, שהומצאה בידי בית המשפט בלא סמכות ובלא להתחשב בדיני הקניין והחוזים הרגילים, רעש בית המשפט והמציא המצאות מופלאות כדי לקיים בידיו את המצאתו עד שלכאורה נכנע, אך זאת רק עד ש"בית המשפט מצא דרך להתגבר על הקושי" ולמעשה החזיר את עטרתו ליושנה.⁴⁸

כשעורכי הדין ערכו משאל על רמת השופטים? – נחרים אותם. מינוי שופטים בעלי אג'נדה אחרת? – אין להם מקום ב"משפחתנו". חוק המשנה את הפסיקה? – "חוק עוקף בג"ץ". נציב ביקורת על הפרקליטות? – נשבות. הפרדת סמכויות היועץ המשפטי והתביעה – לא יעלה על הדעת. העברת מח"ש למשרד המשפטים? – הפרעה לשלטון החוק. הם "שלטון החוק", אך מי ישמור על השומרים? ואיך נסמוך ללא סייג על מי שמינו את עצמם להיות "שומרי הסף", כשהם עצמם מסיגים את גבול שכניהם ומזיזים את הסף לאיטו, אך בביטחון, אל חצרות הזולת? וכפי שאמר בית המשפט: "באין דיין – אין דין", וכוח מוחלט מוביל לשחיתות מוחלטת, כי מי יאמר לו מה תעשה? ואוי לו לדור ששופט את שופטיו.

אכן, כל פעולה יכולה להיות נתונה תחת נורמות משפטיות, אך לא "הכול שפיט"

⁴⁴ שם, בעמ' 89.

⁴⁵ דברי השופט ברק. ראו משה גורלי "את הג'וק הזה צריך להרוג כשהוא קטן" גלובס (22.3.2001).

⁴⁶ רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ (נבו) 26.2.2012: "התיקון לא הביא לשינוי אמיתי במצב המשפטי הנוהג". הכלכלנים הטוענים לחוסר יציבות משפטית מתעלמים כיום מכך, אבל עורכי הדין המנוסים קובעים שאותה הלכה לא תחול בעניינם – אלא שהתנאה זו לא תעזור להם בהיותה "בלתי חוקתית" כי היא שוללת את סמכותו החוקתית של ביהמ"ש – או שהם מעניקים את סמכות השיפוט מחוץ לכנפי הנשר הדורס.

⁴⁷ בג"ץ 5794/22 זמטב נ' הוועדה לבחינת השעיית ראשי רשויות (אר"ש 5.2.2023).

⁴⁸ דנג"ץ 8537/18 פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים (אר"ש 24.6.2012). מכונה גם "פרשת בג"ץ הבוגדת".

במובן זה שבית המשפט רשאי להיות השופט של נורמה אפשרית כזאת (כפי שציין בית המשפט בצדק), או שבית המשפט רשאי להחיל נורמה כזאת על כל תחום מתחומי החיים. אך בית המשפט שולל, כאמור, כל התערבות בסמכותו, והכלים שהמציא נותנים בידי את הכוח (ולא רק במובן המשפטי) להחיל על הכול את התערבותו ואת הכרעותיו.

פרשנות

אין ספק, שבית המשפט מוסמך לפרש את החוק, וכל עוד לא שינה המחוקק את החוק הרי שהחוק קיים על פירושו. אך מה אם בית המשפט קובע שאין טקסט ללא פרשנות, אפילו בענייני זיהוי פשוטים שאינם דורשים חשיבה, וממילא הטיעון אד אבסורדום הוא ש"הכול הוא פרשנות" ולכן מוסמך בית המשפט לפרש כרצונו? ומה אם בית המשפט הפרשן מקים את עצמו על החוק ו"מפרש" אותו שלא כדין בעת שהוא נושא את שם הפרשנות לשווא ובכך הוא מקדם את רצונו? ומה אם הפרשן סבור שפירושו של המחוקק אינו מכריע, אלא פירושו שלו? ומה אם כל הרשויות והפרטים צריכים לתת לחוק אותו פירוש שלפי הערכתם ייתן בית המשפט, ובכך לבטל את החירות לחשוב אחרת?⁴⁹

ומה אם הוא יורה את החץ אל המקום שאליו רצונו שילך החץ ואחר כך מסמן את העיגול סביב מקום ה"פגיעה", דהיינו את "פירושו" החוק? ומה אם הוא קובע שאין הוא בלשן אלא פרשן, כלומר אומן שיש לו חופש אומנותי, מצד אחד, ומן הצד השני הוא פונה כבלשן אל המילון ההיסטורי כדי למצוא שם ולו פירוש רחוק ודחוק ושימוש מוזר ויחידאי במילה מסוימת שיתאים למטרתו, ובכך נקבעו גבולות לשונו של החוק, וממילא נותרת לשופט "סמכותו"? האם זו הסמכות שיש לשופט "לפרש", או שמא זו "פרשנות" שלא בתום לב? והאם "הפרשנות התכליתית" איננה דרך להתגבר על רצונו האמתי של המחוקק ושל תכליותיו כפי שהוא הביע אותן בדברי ההסבר לחוק, בנאומים במליאה ובדיוני הוועדות? האם האמירה ש"את הטקסט (!) קובע המחוקק. את תכלית הטקסט – מעצב הפרשן" כהחלטה שיפוטית עצמאית, היוצרת דין ולא מגלה עובדה, ובכך להוסיף או לגרוע מן האמור בחוק ובסמכותו, כלולה בסמכותו של ה"פרשן"?

"הפרשנות התכליתית" אף היא כלי לעקוף את החקיקה המוסמכת.⁵⁰ הדבר מחמיר כאשר נטען, שכללי הפרשנות הם ברמה החוקתית. הצגת בית המשפט כבעל תג של "פרשן", העושה מהלכים פרשניים, איננה יכולה לפתוח לפניו את כל הדלתות ולפרוץ לו כל גדר לעשות לו דרך. ידו של הפרשן אינה אוחת בעקב המשפט, הציבורי בלבד. ידה רב לה גם באחיזה במשפט הפרטי ובכלל ענפיו של המשפט, והדבר ראוי לתשומת לב מרובה.

ניכר שפרופ' ברק היה בטוח בכך ששופט מוסמך גם לחדש חוק; עצם סמכות השיפוט מעניקה לו סמכות חידוש כזאת! אכן, הוא ניסה לפנות כה וכה כדי למצוא לכך עיגון, ומצא את קרבת המשפחה למשפט המקובל (שגם לשיטתו היא איננה קרבה של ממש⁵¹) ואת הקהילייה המשפטית (למה היא מעניקה סמכות, ולא קהילות האונקולוגים והפילוסופים?), או את "הקונסנזוס העמוק של החברה

⁴⁹ ליפשיץ, לעיל ה"ש 40, בעמ' 96.

⁵⁰ שם, בעמ' 95.

⁵¹ שם, עמ' 79.

בתנועתה על פני ההיסטוריה", שאותו מייצג בית המשפט. אפילו היינו מבינים מה פירוש הדבר, האומנם בית המשפט הוא המייצג זאת, ולא הכנסת? ומעתה רק העם והחוקה הם הריבון.⁵² בית המשפט הוא העושה לעיצובה של החברה, לא לפי מה שהשופט רוצה אלא לפי מה שהחברה צריכה (אך הצורך, כביכול, אינו מסמך אותו לעשות זאת), והוא הקובע את קווי המדיניות והעקרונות שהופכים לחלק מן המשפט.⁵³

ערכים, עקרונות יסוד, הגינות, צדק, יושר, המצויים באשפת הפרשנות של השופט, הם כלים לבר-חוקיים, היכולים לשמש לשופט, לפי מידת זרועו, להסב את החוק ולשנותו, כמו נקודות ארכימדיות. כל אלה הם כללים עמומים, ובכך רוצה בית המשפט כדי לשמר את שלטונו.

תחת הנחות אלה פועל בית המשפט, והן המשמשות הצדקה לפעולתו. דומה, שאלה הן עובדות, לא השערות ולא חששות ופחדים, ויש להתחשב בעובדות אלה.

ומה עם נציגי הריבון?

נשמעת הטענה שהכנסת פינתה את מקומה לבית המשפט, ובאין איש היה בית המשפט לאיש – כי הוא נמנה תמיד עם "הטובים", והאיש היה לבית המשפט. ונשמעת השאלה, האם נהיה מוכנים לוותר על ההישגים שהשיג בית המשפט בהגנה על זכויות האדם? והאם אין אלה הישגים ראויים? זו טענה חשובה, וכשלעצמי אני נוטה לומר שברוב המקרים אלה הם אומנם הישגים חשובים וטובים. אך המדובר כאן בסמכות שניטלה שלא כדין, שתוצאותיה הן של 'מצווה הבאה בעבירה' שלא יצא ידי חובתו, – כמו ראייה שהושגה שלא כדין. מי שסבורים שניטלת הסמכות הזאת היא ראוייה, בעוד שרוממות הדמוקרטיה בגרונום הרי הם, כמו בית המשפט, הופכים בהבל פיהם ראוי למצוי, ועל כן היתממותם איננה קדרשה כלל ועיקר. אין להסכים לכך, שמי שרוממות החוק בגרונום יעברו על החוק ועל רצון המחוקק ויעשו אותם לחוכא ואטלולא.

כוונתם – והדבר מוטל בספק – אולי רצויה, אך מעשיהם בוודאי אינם רצויים. אין להסכים לכך שראשי מערכת המשפט יפעלו בחריגה מסמכותם. אפילו יהיה לנו שופט-פילוסוף כל יכול, או מלך רב חסד שישפוט אותנו בצדק, יהיה דורש טוב לכל העם ואין פרץ ואין צווחה יוצאים ברחובותינו, למרות חזון משיחי נפלא כזה – **אין זו דמוקרטיה!** במשטר כעין זה אנו חיים, שהוא, לדעת השופט לנדוי "דיקטטורה שיפוטית", והרי אנו מבקשים דמוקרטיה.

הכנסת גם היא אשמה במצב שנוצר, וגם ההצעה לשינוי המצב המוצעת כעת היא מינימלית, והיא הייתה צריכה להתממש מזמן, ולפי דברי דוברים מן העבר, שעכשיו שינו לפתע את דעתם, אפשר היה בקלות למנוע את החריגה הזאת כשהיא עוד הייתה קטנה. כך למשל, ראוי לקבוע שחוקי היסוד – כולם – אינם חוקה, ועדיין אין חוקה לישראל. גם יש להימנע לחלוטין מן השימוש בתואר "חוקתי" בכל סוגי ההקשרים (מארג חוקתי, פרשנות חוקתית, עוללות חוקתיות ועוד ועוד).

אך לאור מה שתואר לעיל, נראה שבית המשפט לא יוותר בנקל על סמכותו ויוכל

⁵² שם, בעמ' 90.

⁵³ שם, בעמ' 98.

לעשות בקסמיו ו"לפרש" שהמצב באמת אינו שונה ממה שהיה עד כה, או שהשינוי בטל בגלל עקרונות על כלשהם, או בשל סתם ביטויים חסרי משמעות. לכן יש לקבוע כללי פרשנות מצמצמים בחוק יסוד: השפיטה, והפירוש יהיה לפי המשמעות המשפטית והלשונית הרגילה של המילים שבו, בלי להיזקק לדקונסטרוקציה ולתורת הספרות, שהיא דרך לפרוק את החוק מכוונתו עם מות המחוקק. יש לדרוש מהשופטים לקיים במדויק את שבעתם לשמור אמונים לחוקי הכנסת ולא להפר אותם, גם לא בטענות של "פרשנות", כדי שלא ייחשבו מורדים במחוקק. יש לקבוע שנושאים מסוימים אינם "שפיטים מוסדית" בידי בתי המשפט, כנהוג בכל מדינות העולם, ולנסח את הסעיפים באופן שלא יהיו נתונים לפרשנות אחרת כלשהי. יש לבחון באופן מיידי כל פסק דין אם הוא תואם את כוונת המחוקק או סוטה ממנה. אם הוא סוטה ממנה – יש להחליט אם המחוקק מסכים לסטייה זו. אם כן – עליו לתקן את החוק באופן שיתאים להלכה החדשה כדי שלא ייווצר פער ביניהם, שאינו לכבוד השיטה וכדי שתובלט סמכותו של החוק. אם אין המחוקק מסכים לסטייה – יחוקק חוק שבו ייקבע במפורש שההלכה הסוטה בטלה, ופירוש הנכון הוא כפשוטו של מקרא. אם תהיה נטילת סמכות שלא כדין – יש לקבוע מיד שסמכות זו ותוצאותיה בטלות. הכלל הראשון הוא שיש להשיב את מה שנלקח שלא כדין, והוא הדין לגבי העבר.

הרפורמה המוצעת עכשיו לא עלתה בדברים שלעיל (מלבד עניינו של היוהמ"ש לממשלה, שהוא תלוי בסמכות בג"ץ). מה שמוצע כאן קודם לרפורמה והכרחי לקיומה. הואיל והיחס הראוי שבין פעולתו של בית המשפט לבין המחוקק והחוק השתבש, והאמון שבין הצדדים הופר, יש ליצור כללים בדבר היחס הזה. כל שאר הסעיפים שברפורמה המוצעת מעוררים שאלה של מספרים, שלה ייתכנו תשובות מגוונות ויש לקוות שהן יושגו בהסכמה.

ציטוט מוצע: ברכיהו ליפשיץ "הו, תמימות לא־קדושה" בלוג רשות הרבים (23.2.2023).