



ממלכת המשפטים; ראיון עם פרופ' דניאל פרידמן

בעשוריה הראשונים של המדינה השופטים היו בעלי חינוך אירופאי מאופק, אך החליפו אותם שופטים "צברים" יותר כוחניים; בית המשפט העליון מתערב בסוגיות לא לו, וממציא הלכות יש מאין; שופטים לא נבחרים על-ידי ציבור, ולכן אינם צריכים להתערב בהכרעות פוליטיות; מבחני הסבירות שמפעיל בג"ץ אינם שיטתיים, ולעתים הוא נוהג באיפה ואיפה • ראיון נוקב עם מבקרה הגדול של מערכת המשפט, שר המשפטים לשעבר פרופ' דניאל פרידמן

את פרופ' פרידמן, חתן פרס ישראל לחקר המשפט, לשעבר דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב, סופר ומומחה בעל שם, וכמובן – שר המשפטים בממשלת אולמרט – אני פוגש בדירתו בתל-אביב. האישי המרשים הזה, שלא היסט להתעמת עם הגווארדיה המשפטית הישראלית שרבים מהפוליטיקאים יראים ממנה, ואף החל להניע לוחות טקטוניים ביחסי הממשלה ובית המשפט העליון (עד שממשלת אולמרט נפלה), גדוש בביקורת מעמיקה ונוקבת על התנהלותם של בג"ץ, היועץ-המשפטי לממשלה והפרקליטות. היה מרתק.

נפתח בשאלת הבסיס: האם יש חוקה למדינת ישראל?

השאלה היא איך אתה מגדיר חוקה. אם בחוקה אנחנו מדברים על עקרונות שלאורם המדינה פועלת, אז ברור שיש למדינת ישראל חוקים משפיעים מאוד. חוק השבות, למשל, הוא דוגמה טובה לכך. מהבחינה הפורמלית הוא חוק רגיל לכל דבר, אך מצד שני יש לו השפעה דרמטית על צביון המדינה.

אך האם למדינת ישראל יש חוקה פורמלית, כתובה, במובן זה שהיא עומדת מעל בית המחוקקים ושיש פרוצדורה מיוחדת – למשל משאל עם – כדי לשנות אותה? ובכן, חוקה כזו אין לנו.

אם כן, מהי בעצם המהפכה החוקתית הישראלית? מה גרם לה להתרחש?

יש שתי תקופות מרכזיות בהיסטוריה המשפטית של ישראל: התקופה "הקלאסית" עד שנות ה-80, ותקופת המהפכה. כמובן, זו לא היתה התרחשות מהירה כמו נפילת הבסטיליה, ובתווך היתה תקופת מעבר מסוימת; כיום, על אף שהמהפכה עודנה קיימת ורבת השפעה, נראה שהיא כבר לא בשיאה וניכרת איזו מגמה מסוימת של בלימה.

מה גרם למהפכה? ובכן, זה עניין מורכב של הערכה הנוגעת לתהליכים חברתיים. להערכתי, חברו כאן שני גורמים מרכזיים: מצד אחד היתה התערערות משמעותית של המערכת הפוליטית. היא נחלשה מאוד. בתקופת שלטון מפא"י ולאחריה המערך היתה מפלגה דומיננטית שלטת, שניהלה את המדינה. כאשר היה בן-גוריון בראשות הממשלה אף אחד לא ערער על הסמכות שלו. אחר כך נבחר לוי אשכול ואחריו באה גולדה מאיר, שנהנו גם הם מסמכות איתנה. ואז הגיעה נקודת השבירה הגדולה: מלחמת יום הכיפורים. המלחמה ערערה לחלוטין את אמון הציבור בשלטון ובשיקוליו, וזה החליש אותו מאוד.

לאחר מכן, בתוך תקופה של ארבע שנים, התחולל המהפך הגדול ועליית בגין לשלטון. המהפך היה מלווה בזה שלא היתה עוד מפלגה דומיננטית באותה מידה של מפא"י הישנה: פרץ מאבק כוחות פוליטי, שמצד אחד התנהל בין שתי המפלגות הגדולות – המערך והליכוד; ומצד שני התנהלו מאבקים חזקים בתוככי המפלגות. לא היה עוד מנהיג מוסכם כמו בן-גוריון. כאשר יש לך התגוששות בתוך המפלגות, וכאשר המפלגות עצמן נתונות למאבקים עם מפלגות יריבות ותלויות בחברות הקואליציה שלהן – שיכולות לערוק בכל רגע נתון לצד השני – אזי המערכת הפוליטית נחלשת באופן דרמטי.

הצד השני שגרם למהפכה, היה כניסתם של אישים בעלי "חינוך צברי" למערכת המשפט, שלא נקטו בגישת הריסון העצמי שאפיינה את בית המשפט הקלאסי בעשורים הראשונים של המדינה. השופטים "הקלאסיים" היו בעיקרם שופטים שהתחננו בחו"ל על ברכי המסורת האירופאית, וברובם אף עבדו בתקופת המנדט הבריטי והיו רגילים למסורת האנגלית המאופקת. הם התחלפו באנשים בעלי אופי וחינוך שונה, "צברים", שגדלו בארץ או שעלו אליה בגיל צעיר – ושנסורת האיפוק והריסון העצמי לא הודגשה אצלם.

מהן ההשלכות המיידיות של המהפכה החוקתית על מבנה המשטר הישראלי? על הפרדת הרשויות?

ההשלכות הן בעיקר על חלוקת הכוח. במשטר דמוקרטי אנחנו מדברים על פיצול רשויות וביזור הסמכות. הרשות האחת שהיא בעצם הרשות הדמוקרטית זה בית המחוקקים, וכן ממשלה שפועלת מכוחו. אלה הן הרשויות הדמוקרטיות שאמורות לבטא את רצון הבוחרים. בית המשפט לעומת זאת, זהו גוף של בקרה, שבדק שהרשויות האחרות מתנהלות כחוק. הוא איננו גוף נבחר. כאשר אתה מעביר לו יותר מדי סמכויות,



התוצאה היא שיכולת התפקוד של הממשלה והכנסת נפגעות בצורה קשה. התלות כיום במשפט או במשפטנים, המשפטיזציה, שיבשה את מערכות השלטון ואת יכולת המשילות שלהן בצורה מרחיקת לכת. כאן אנחנו נמצאים.

איפה רואים את הדברים הללו בצורה ברורה? האם זה נעשה באופן בוטה?

הדוגמאות הן רבות מספור. ניקח שתיים: בשנות החמישים חמישה חיילים שעברו את הגבול, ביניהם אורי אילן ז"ל, נתפסו על-ידי הסורים ונפלו בשבי. חודשים אחדים לאחר מכן צה"ל ביצע פשיטות וחטף קצינים סורים, עד שהסורים השתכנעו כעבור זמן לעשות חילופי שבויים. לעומת זאת, בג"ץ החדש אשר על מערכת הביטחון להחזיק "קלפי מיקוח". ניסו להחזיק כאן אנשי חיזבאללה שנפלו בשבי, במגמה לקבל מידע על הטייס הנעדר, רון ארד, אך בג"ץ התערב וקבע שאסור להחזיק בהם סתם, אלא יש לשפוט אותם ולאחר ריצוי עונשם, להחזיר אותם לצד השני.

אז אי אפשר יותר לקחת בשבי אויב?

זה באמת כבר לא ברור...; אם מדובר בקלפי מיקוח בלבד, אז כנראה שלפי בג"ץ לא.

זו הפסיקה. אחר כך רצו להוציא חוק "עוקף בג"ץ" בעניין, אבל חששו שבג"ץ יפסול אותו. אז מאימת בג"ץ המחוקקים ריכזו את החוק, ועוד פעם ריכזו, עד שלא נשאר ממנו יותר מדי.

דוגמה שנייה היא בעניין משבר הדיוור. בשנת 2002 מנהל מקרקעי ישראל החליט להגיע להסדר עם קיבוצים ומושבים כדי לקבל מהם בחזרה את הקרקע ובתמורה לשלם להם סכומי כסף. כעת, עלתה השאלה: כמה לשלם? היו שאמרו מעט, היו שהגדילו את הסכום. העניין הוא שזה נושא למיקוח, לא לפסיקה משפטית. בכל אופן, מסתבר שהגיעו עם הקיבוצים והמושבים להסדר כספי מסוים, אבל ועדה של פקידים ומומחים ובעקבותיה היועץ המשפטי לממשלה קבעו שמדובר בסכום גבוה מדי, וכמובן הלכו עם זה לבג"ץ. מה אמרו השופטים? היועץ אומר לכם שזה סכום גבוה מדי, אז אסור לכם לחתום כך את העסקה. ועוד הוסיף בית המשפט: "אנחנו לא יודעים על משבר דיוור שמצדיק את העניין...". אז העניין נתקע בעקבות בג"ץ לעשר שנים.

זה מה שקורה כשהממשלה צריכה לפעול ב"סבירות" תחת פיקוח בית המשפט. למעשה, במסגרת המהפכה המשפטית קבע בית המשפט שני דברים חדשים: האחד, כל אדם יכול לפנות לבג"ץ בכל עניין, גם אם זה לא נוגע לו אישית, די בכך שהפניה חוסה תחת ההגדרה "עניין ציבורי". השני, בית המשפט יכול לבדוק האם השלטון נוהג בצורה סבירה.

התוצאה היא שכל החלטה ממשלתית שלא מוצאת חן בעיני מישהו, יכולה לשמש עילה לפניה לבג"ץ בטענה שההחלטה אינה סבירה, ובית המשפט יבדוק זאת. בעיניי, שאלת סבירות החלטה איננה עניין לבית המשפט אלא לנבחרי הציבור.

קח למשל את עניין המינויים בשירות הציבורי. הכל השתבש בתחום הזה. בעבר, ברגע שהוחלט למנות אדם שעומד בתנאי הסף שנקבעו בחוק, העניין נגמר. המינוי היה עובר ואיש לא היה מערער. היום לעומת זאת אפשר לומר שהמינוי הוא בלתי סביר. ולמה הוא בלתי סביר? כי המועמד לתפקיד אמר משהו שהוא לא פוליטיקלי-קורקט, או עבר איזו עבירת משמעת, או מישהו הגיש עליו בעבר הרחוק איזו תלונה. כל דבר כזה מגיע היום לבית משפט ומשבש את התהליך. היה למשל המקרה ששר האוצר רצה למנות מישהו לראשות רשות המסים, וועדה כלשהי המליצה על מישהו אחר. בית המשפט חייב אותו לקבל את המלצת הוועדה. התוצאות הן קשות; אם הממשלה איננה שולטת יותר על המינויים, אז היא ממילא כבר לא שולטת במנגנון ובכלל.

מבחני הסבירות אינם סבירים

האם היכולת הזו לפסול מינויים מעוגנת בחקיקה?

ההוראה בחוק היא כללית: בג"ץ יכול לתת סעד למען הצדק. הייתה כאמור מסורת ותיקה מהתקופה הקלאסית מתי בג"ץ יכול להתערב: כאשר יש לך זכות עמידה. כאשר אתה בעל אינטרס אישי בפנייתך לבית המשפט. ולמה זה חשוב? כי תפקידו של בית המשפט להכריע בסכסוכים, להגן על הזכויות של אדם אחד מפני פגיעה על ידי מישהו אחר. אבל עכשיו, בג"ץ מאפשר לך לגשת אליו גם אם לא נפגעת בעצמך; מספיק שלא תזדהה עם המדיניות וזו עילה שתידון בבית המשפט. אם המדינה, למשל, מחליטה לקשור קשרים דיפלומטיים עם גרמניה, ולי זה לא מתאים – אני יכול ללכת לבג"ץ ולקבול על ההחלטה הממשלתית הזו, והוא מצדו יבדוק האם היא סבירה.

ברגע שאתה מתערב ככה במערכת קבלת ההחלטות הממשלתית על בסיס סבירות או "חוסר סבירות", אתה משבש את התהליך: כל מי שצריך לקבל החלטה שלטונית חשובה יודע שזה עלול להגיע לבג"ץ, ואז הוא מתחיל להתיעץ עם משפטנים למיניהם, ולמשפטנים כידוע יש



כוח שמחייב לשמוע אליהם – וכל המשילות של נבחר הציבור נהרסת. ככה גם לעניין המינויים. העסק התהפך, וההחלטות למעשה מתחילות בדרג המשפטי ולא הפוליטי. אם לא עברת את תנאי הסף המשפטי אין על מה לדבר.

האם באמת אפשר למצוא קוהרנטיות בכל ענייני הסבירות/מידתיות/מושגי שסתום שבית המשפט מחליט על-פיהם? האם יש כאן ביסוסותיות שאפשר להתחקות אחריה, או שמדובר במושגים מעורפלים ואמורפיים?

ברור שאין כאן כל שיטתיות. כאשר אתה בוחן את ההחלטות, מתי פסלו מינוי ומתי לא פסלו מינוי, מתי זה היה "סביר" ומתי "לא סביר", לא תבחין בקוהרנטיות. חוסר הוודאות הזה גם הוא כמוכר מגביר את ערעור המשילות: אתה רוצה למנות מישהו לתפקיד ציבורי והקריטריונים המשפטיים לוטים בערפל, אז אתה לוקח מראש שוליים של ביטחון – וכך שורה של אנשים שהם אולי הכי מתאימים, אתה אפילו לא מתחיל להסתכל עליהם. כל מינוי לתפקיד יכול להתגלגל לבג"ץ וחייבים להביא זאת בחשבון.

יש לך דוגמה ספציפית על חוסר שיטתיות, איפה ואיפה, בפסילת מינויים של בג"ץ?

ניסו שחם התבטא בצורה פוגענית כלפי החרדים, ועתרו עם זה לבג"ץ לפני מינוי שלו בירושלים. בית המשפט אמר שזו היתה התבטאות לא מוכבדת ולא ראויה, דיבר על כך באריכות בפס"ד וכו', אבל בסופו של דבר אישר את המינוי. לעומת זאת ראש עיריית רמלה, התבטא על הערבים באופן לא ראוי, וזה פסל אותו מלכהן כראש מנהל מקרקעי ישראל. איפה כאן השיטתיות? התבטאות של אדם הפכה נושא לבחינה של בג"ץ, וגם זו נעשית בצורה לא עקבית.

מלבד המהפכה החוקתית הראשית של ביקורת שיפוטית אקטיביסטית, אתה מתאר בספר מהפכה נוספת ביחס ליועץ המשפטי לממשלה.

אני חושב שזה היה הדבר הדרמטי ביותר שאירע במערכת המשפט הישראלית. שמו את היועץ המשפטי מעל לממשלה. פקיד נמצא מעל הדרג הנבחר. אין דבר כזה בשום מקום בעולם. בית המשפט פשוט קבע שחוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה, אפילו כאשר הוא שוגה – ולא חסרות לנו דוגמאות שיועצים משפטיים שוגים. אז מה הממשלה צריכה לעשות כשהיא מקבלת חוות דעת שגויה?! בייחוד שיש שאלה גם מהו המצב המשפטי... הרי כל דבר יכול לעמוד לבחינה של סבירות ומידתיות.

אומר לך משהו שלא כללתי בספר שלי, הארנק והחרב: היתה פרשה של שבת הפרקליטים במשרד המשפטים, המדינה הגיעה למשפט, והיועץ המשפטי לא הסכים שיקחו עו"ד מומחית בתחום דיני העבודה לייצג את המדינה. למעשה, הכריחו את השלטון להתפשר עם הפרקליטים. ידיה של המדינה נכבלו והיא לא יכלה להתמודד עם הפרקליטים.

השאלה היא מי מחליט מה צריך לעשות. הממשלה או המשפטים? בפרשת קו 300 לדוגמה, הממשלה החליטה להמליץ לנשיא להעניק חנינה לאנשי השב"כ שהיו מעורבים בפרשה – למרות שהללו עדיין לא נשפטו – כיוון שהיה חשש כבד שעריכת משפט תפגע אנושות בשב"כ. בא היועץ המשפטי זמיר, ונתן חוות דעת שלא ניתן להעניק חנינה לפני משפט. כעת, מה המדינה אמורה לעשות עם חוות דעת כזאת? זה מחייב אותה? אז, כאשר זה קרה, בית המשפט קבע שזמיר טעה. אבל היום אנחנו נמצאים במצב שהיועץ המשפטי יכול לאסור על הממשלה לעשות מהלך מסוים, בגיבוי מלא של בג"ץ. הפיקוד העליון ברשות המבצעת הוא בידי פקיד, אדם שלא נבחר על-ידי הציבור ושלא צריך לתת דין וחשבון לאף אדם. זמיר אגב, פוטר ממשרתו בקונצנזוס נדיר והממשלה מינתה יועץ משפטי חדש, יוסף חריש, שהסכים להגן על עמדתה בבג"ץ, וכך עלה בידה להתגבר על חוות דעתו השגויה של זמיר... אבל היום כבר בלתי אפשרי לפטר את היועץ.

ממציאים הלכות חדשות יש מאין

מאיפה כל זה הגיע? הרי ועדת אגרנט קבעה במפורש שאין חובה על הממשלה להקשיב ליועץ המשפטי שלה?

הם פשוט המציאו את זה. זמיר וברק החליטו לקבוע הלכה שהיא הפוכה ממשקנות ועדת אגרנט. הוועדה אמרה שדעת היועץ אינה מחייבת, והם קבעו שכן. יותר מזה, ברק אמר בפסק הדין שוועדת אגרנט "כבר קבעה שדעתו של היועץ מחייבת", למרות שזה לא נכון בעליל. הפוך לגמרי. הם פשוט המציאו הלכה חדשה ומשוללת יסוד, והדבר נקבע בבג"ץ מכוח סמכותו לקבוע הלכות מחייבות.

אם לכנסת יש אומץ, היא צריכה לשנות את החוק ולהגיד במפורש שמעטת חוזרים לכללים הישנים. הרי אין בעיה לבטל את ההלכה של ברק ולהחזיר בחקיקה את המצב לקדמותו; זה לא קשה. רק צריך לחוקק חוק והכל מסתדר. אבל קיים בקרב פוליטיקאים פחד מבית המשפט ומהיועץ המשפטי לממשלה. מה גם שהתנהלה תעמולה חזקה נגד מהלך כזה, כביכול בשם שלטון החוק. אף-על-פי שזה לא שלטון החוק, אלא שלטון המשפטים.

אז נכון להיום הממשלה לא יכולה ייעוץ מבלעדי היועץ, ודעתו של היועץ מחייבת?



לא רק זה. אם מגישים בג"ץ נגד החלטת ממשלה בעניין מסוים, היועץ יכול לומר למדינה: העתירה מוצדקת, ואני גם אומר בבית המשפט שהעתירה מוצדקת בניגוד לדעתכם. ואגב, אסור לכם לקחת עורך דין אחר. אז מה הפלא אם הממשלה תפסיד בבית המשפט? עורך הדין שלה עצמה נגדה. כך היה בעניין פנחסי ודרעי: ראש הממשלה יצחק רבין רצה להשאיר אותם בתפקידם אך בג"ץ הורה לו לפטרם, בטענה שזה בלתי סביר שימשיכו לכהן כאשר כתב אישום הוגש כנגדם. מעבר לעובדה שזו פגיעה בלב הדמוקרטיה כאשר מערכת המשפט קובעת לראש הממשלה כיצד לפעול, ומעבר לעובדה שאין שום חוק שמחייב לפטר במצב הזה, היה שם גם מהלך משפטי יוצא דופן:

אחרי שהוגש הבג"ץ בדרישה לפטרם, היועץ המשפטי הכריז גם הוא שצריך לפטרם בניגוד לדעת הממשלה. מה בית המשפט כתב בפסק הדין? שראש הממשלה אמר שיש לפטר את השר. אבל איזה ראש ממשלה? הרי הוא אמר בדיוק הפוך! אלא שראש הממשלה זו מי שייצגה את היועץ המשפטי דאז, דורית בייניש. כאשר טענו כנגדם שרביץ אומר ההיפך, הם אמרו שהוא לא הקובע; מה שקובע זה "ראש הממשלה הסביר" והמופשט. ממש כך! ראש הממשלה הסביר רוצה לפטר, לעומת רבין – שהוא כנראה לא ראש ממשלה סביר בעיני בית המשפט – שאינו רוצה לפטר.

אם נגענו בתעלולים משפטיים, המשפטן המפורסם ריצ'רד פוזנר אמר על ברק ש"הוא שובר את שיא העולם בהיבטים שיפוטניים", וגם אתה לא חסכת ביקורת ממנו.

מסתבר שכאשר אתה נמצא במוסד ויש לך כוח, אתה רוצה עוד יותר כוח. אולי יש כאן גם אידאולוגיה: המוסד שאני עומד בראשו הוא כל-כך נאור וכל-כך חכם, שטוב יהיה אם ינתן בידיו יותר כוח. טוב יותר שאני אטפל בדברים מאשר האנשים הלא טובים והלא חכמים, שנבחרו על-ידי הציבור. וכך, הוא יכול להגיד אם זה סביר או בלתי סביר לקשור יחסים דיפלומטיים עם גרמניה. אולי בעתיד הם גם יכריעו האם נכון או לא לתקוף באיראן...; בכל אופן, כאשר יש כסות אידאולוגית זה עוזר לשאיפות: "אני אמנם סולד מכוח, אבל כאן אין ברירה כי האחרים עושים דברים בלתי סבירים".

אתה מאשים בספר את בית המשפט בארכונות וטרחנות בפסקי הדין, בנפוטיות, בחוסר עקביות ובהתנהלות של איפה ואיפה.

יש דברים שקשים להוכחה, אבל את העניין של אורך פסקי הדין קל מאוד להוכיח. כאשר אתה מתעסק בכל נושא אפשרי – משאלת גיוס החרדים ועד לשאלת השימוש בביציות שהוקפאו – וכותב בכל דיון כזה מאות רבות של עמודים, יש לך מחירים כבדים. למשל, 11 שופטים כתבו 350 עמודים על שאלת הפינוי מרצועת עזה; מאות עמודים גם נכתבו על השאלה האם אישה גרושה יכולה לעשות שימוש בביציות מתקופת חיי הנישואין שלה, ובכך דן בית המשפט העליון בשני הרכבים מורחבים. אגב, באותו מקרה בסוף לא יצא כלום מהדיון הזה. בית המשפט אישר שימוש בביציות אולם בפועל לא עלה בידי האישה, בגלל סיבוכים וקשיים בהליכי הפונדקאות, לממש את הזכות שהוענקה לה ולהביא מהביציות ילד לעולם.

יש לך השלכה קשה על ניהול המערכת, על העיסוק המרכזי בתיקים האזרחיים והפלייליים ה"אפורים". זה נוח לברוח לנושאים הפילוסופיים והפוליטיים, ולהזניח את העיסוק האמיתי של בתי המשפט. רואים כמה זמן לוקח היום להכריע בתיקים אזרחיים, וכמה זמן זה לקח בעשורים הראשונים של המדינה.

שיבוש נוסף הוא השימוש שנעשה בחוק הפלילי, בעבירות מעורפלות כמו הפרת אמונים שאיננה מפורטת וברורה, כדי להטיל אימה על נבחרים הציבור. דוגמה לכך הם המינויים הפוליטיים שהיו דבר נפוץ בישראל, וקיימים בעוד מקומות בעולם המערבי. אין בעיה לחוקק חוק כנגד מינויים כאלה, ויש אפילו כל מיני מגבלות בחוק בעניין הזה, אך יום אחד הוחלט שמינויים פוליטיים הם עבירה פלילית, ועל כך הועמד צחי הנגבי לדין (אגב, הוא זוכה מעבירה זו, כאשר אחד השופטים התבסס על הגנה מהצדק).

פוליטיקאים חוששים מהמשפטנים

בהיותך שר, נתקלת במקרים שאנשים חששו להתעסק עם המערכת המשפטית פן יבולע להם?

כן. קל לראות שכמעט בלתי אפשרי להעביר חקיקה שמצמצמת את הסמכויות של מערכת המשפט. אנשים פוחדים שזה יתנגם בהם. יש במערכת הפוליטית חשש גדול, פחד גדול, להתעמת עם מערכת המשפט. גם אני וגם יעקב נאמן ניסינו להעביר חוקים שמצמצמים את סמכויות היועץ המשפטי לממשלה, ונתקלנו בקשיים גדולים. גם אני וגם נאמן רצינו להפריד את סמכויות היועץ ולפצל אותן בין שני נושאים משרה – הוא הרי גם יועץ, גם תובע כללי וגם מחוקק ומוציא הנחיות – אבל מזוז התנגד, ואנשים חששו להתעמת איתו. כשהיועץ אומר אל תעשו כך וכך, ואתה רואה שאנשים נרתעים.

מה באשר לאיפה ואיפה? האם בית המשפט עומד בסטנדרטים של שקיפות, ניגוד עניינים וכד' שהוא דורש מאחרים?



לא חסרות דוגמאות שבית המשפט הציב דרישות לגופים אחרים שהוא לא עמד בהן בעצמו. כך למשל, היה מקרה של עו"ד שהופיע בפני שופט שהיה חבר קרוב שלו, ולמרות זאת השופט לא נפסל מלדון בתיק. את אולמרט לעומת זאת, הרשיעו על שבעת שהיה שר טיפל בעניינים של לקוחות שהיו מיוצגים על ידי עו"ד מקורב אליו.

ספגת הרבה אש ממערכת המשפט בהיותך שר המשפטים. בייניש תקפה אותך בראיונות, ואהרן ברק התבטא ש"פרידמן הלך, אבל הפרידמניזם נשאר".

יש כאן תופעה מיוחדת. בית המשפט, בין באמצעות דוברים ומקורבים, בין באמצעות שופטים בדימוס, ניהל תעמולה ממשית בתקשורת. במידה רבה, מדובר היה בתעמולה לצורך הסמכויות שלו – לשמירה עליהן, להרחבתן, להצדקתן וכו'. אני לא חושב שזה ראוי.

לו היית יכול להשלים את המהלכים כשר משפטים, מה אתה חושב שדרוש היום כדי לבלום את המהפכה החוקתית?

ראשית, צריך לקבוע בחוק שחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה איננה מחייבת את הממשלה. כפי שנקבע כבר בוועדת אגרנט ולאחריה בוועדת שמגר; שנית, לקבוע שהממשלה יכולה לבחור לעצמה את עורך הדין שייצג אותה. לא יכול להיות שאם היועץ המשפטי איננו מסכים עם עמדת הממשלה, הוא כופה עליה את הייצוג שלו וגורם לה להפסיד במשפט; עוד יש להפריד את תפקיד היועץ המשפטי מתפקיד התובע, וכן להגדיר היטב את אופיו של תפקיד היועץ – דבר שניסיתי לעשות בעצמי – כעו"ד מייצג שעניינו לסייע לממשלה לבצע את מדיניותה במסגרת החוק, לקדם את יוזמותיה, ולא "לתקוע מקלות בגלגלים" ולחפש נימוקים מדוע פעולות שלה הן אסורות;

באשר לביקורת שיפוטית של בית המשפט על הממשלה והכנסת: אני חושב שהוא לא צריך להתערב בהחלטות ממשלה מטעמי סבירות, וכאשר חוקים נפסלו על-ידו לכנסת צריכה להיות אפשרות להתגבר על הפסילה ברוב של 61 קולות. שזכות המילה האחרונה תהיה שלה. אגב, הכנסת יכולה לתקן את החוק ולסיים בקלות רבה את כל עניין הביקורת השיפוטית, כפי שברק הודה בעצמו, אך אני לא מרחיק לכת עד כדי כך.

הממשלה שכיהנת בה כשר משפטים התפזרה מוקדם מהצפוי בגלל נפילת אולמרט. מה הספקת לבצע בתקופה הקצרה הזו?

יש כמובן הישגים שהם לא במסגרת חקיקה. למשל הפסקת הנוהג של מינוי זמני לבית המשפט העליון, שהיה אמצעי שליטה של העליון במערכת כולה: היו ממנים שופט מחוזי למשך שישה חודשים או שנה לעליון, ואחר כך מחזירים אותו למחוזי – דבר שיצר תסכולים רבים. זאת לעומת אנשים שהגיעו מהפרקליטות וקיבלו ישר מינוי קבוע. אני הפסקתי את העניין הזה, ואני מקווה שתרמתי בכך משהו. עניין חשוב אחר שרציתי לקדם בחוק היה ביקורת על הפרקליטות. זה אמנם לא הושלם בזמני אך היום זה כבר נמצא בשלבים מתקדמים מאוד. עם זאת, לדעתי המהלך נעשה באופן שאינו משביע רצון, שכן הוא לא מעוגן בחקיקה אלא מתבסס על הסכמות פנימיות במערכת.

להערכתך, המהפכה החוקתית עומדת בפני בלימה וצמצום?

כרגע אני לא רואה שמישהו מנבחר הציבור דוחף לכך. הפחד מהליכים פליליים מכריע את הפוליטיקאים. קיימת אפשרות אחרת שבית המשפט עצמו יצמצם את כוחו; רק בחודש האחרון, למשל, יצא פסק דין של הנשיא גרוניס, שמבטל למעשה פסק דין קודם (של ברק) אשר התאפיין בפרשנות מרחיקת לכת לחוק, ואשר אפשר קיום דיון נוסף בבית המשפט העליון על החלטה בהרכב של יותר מ-3 שופטים. גרוניס פסק שיש לנהוג לפי החוק, היינו שדיון נוסף אפשרי רק על פסק דין שניתן בהרכב של 3 שופטים.

אפשר להזכיר גם את השופט דניציגר שביטל לא מזמן את הלכת אפרופים בפרשנות חוזים, שחידש ברק.

נכון, ניכר ריסון מסוים בבית המשפט, אם כי עדיין מוקדם לדעת האם זו מגמה שתופסת תאוצה. אנחנו עדיין רחוקים מהחזרת המצב לקדמותו, וקשה לבטל במחי יד המהפכה שהתרחשה במשך עשרות שנים.

מדאיג: רוב מוחלט של התיקים מסתיימים בהרשעה

עסקנו רבות ביועץ המשפטי ובבית המשפט העליון, אך כמעט לא נגענו בשחקן מפתח נוסף: הפרקליטות. בולט במיוחד אחוז ההרשעות הגבוה שהיא משיגה: מעל ל-97%. כמעט כל מי שמוגש נגדו כתב אישום מסיים כעברין.

יש טענה שהנתון אולי מופרז קצת, אך אין ספק שהמצב חמור מאוד. לא צריך בכלל כתב אישום. מספיק שפותחים בחקירה נגד איש ציבור והוא גמור. אין מגבלת זמן, קשה לנחקר לתפקד, וזה יכול להימשך ולהימשך שנים על-גבי שנים. לא צריך יותר מזה כדי לחסל קריירה של דמות ציבורית. ואם בסוף כן מגישים כתב אישום, רוב הסיכויים שתורשע.



היו הרבה מאוד מינויים לשופטים מתוך התביעה. אולי זה מסביר זאת קצת. שמגר, ברק ובייניש ישבו שלושה עשורים בנשיאות בתי המשפט, והם צמחו בפרקליטות. הייתה להם השפעה דרמטית על המינויים, שצומצמה בתקופתי, ואחוז המינויים מתוך התביעה היה עצום. נוצרה כך תרבות משפטית תביעתית. לכן אני חושב שחשוב גם למנות אנשים מהשוק הפרטי לתפקידי שיפוט, שאינם באים מהתביעה, בתוספת לרשימת השינויים שמניתי לעיל. המינוי של דנציגר ומלצר למשל, שבאו מהשוק הפרטי ולא מהפרקליטות, היה מינוי תקדימי. אלה מינויים המוכיחים את עצמם. עד אליהם היה ריבוי של מינויים, מהפרקליטות והיעוץ לבתי המשפט. היו מצבים שאפילו מונו שניים יחד, היועץ ופרקליט המדינה, לכס בית המשפט העליון – רובינשטיין וארבל למשל. זרימה ממוסדות התביעה לבית המשפט הדבר תרם גם למעין סימביוזה בין מערכת היעוץ והתביעה למערכת המשפט.

אפילו אם רק 30% מהשופטים בערכאות השונות באים מהתביעה, וזו המומחיות שלהם, הסיכוי שנאשם יעמוד למשפט בפני שופט שהגיע מהתביעה הוא גבוה מאוד.

בכלל, הדרך שבה מתמנים שופטים, באמצעות ועדה שבה יש להם וטו אוטומטי, נותנת בידיהם כוח רב ועוזרת להם "לשכפל את עצמם".

אני חושב שהרבה תלוי בשרי המשפטים, שיש בידם לתרום שינוי המצב. אם השר הוא "יס מן", חותמת גומי, זה אכן מתנהל כך. אם יש שר דעתן, לבית המשפט יהיה קשה יותר. אני הייתי משנה את הרכב הוועדה, ומצמצם בה את ייצוג השופטים. ובכלל, מדוע שבועדה שממנה שופטים למחוזי, לא יישבו שופטים מהמחוזי? למה רק מבית המשפט העליון?

בייניש דחפה להקמת בית דין לערעורים, ויש המעוניינים בהקמת בית דין לחוקה. מה דעתך?

בייניש אכן ביקשה להקים בית דין לערעורים שיקל את העומס שעל בית המשפט העליון, ויהפוך את העליון לבית משפט חוקתי. אני לא הסכמתי לכך בשום אופן. אני לא נלהב גם מבית משפט לחוקה. מה שכן אפשר לעשות זה להגדיל מעט את מספר השופטים בעליון, ולצמצם את מספר העניינים שבאים בפניו: לקבוע מה מגיע לדיון ומה לא. צריך כמובן להחזיר גם את זכות העמידה שתפחית את מספר הדיונים, ולבטל את הביקורת מטעמי סבירות שסיגל לעצמו בית המשפט.

בית המשפט לערעורים, מלבד שמדובר בגוף שקשה ויקר מאוד להקים אותו, רק יסרב את המערכת. יהיו ארבע ערכאות, ודברים שנידונו בבית הדין לערעורים יגיעו עוד פעם לעליון, אמנם לא כעניין שבזכות, אלא רק לפי רשות שתינתן. במקום להוסיף שופטים לבית המשפט העליון, הם מנסים את הרעיונות המוזרים הללו...; הם הרי מתנגדים באופן קבוע להוספת שופטים לעליון, וכל תקן נוסף לעליון זו מלחמה. אבל זו הדרך הטובה ביותר לטפל בעומס שהם מתלוננים עליו.

לסיום, האם המשפטיזציה שמתרחשת בישראל היא בת השוואה לנעשה בעולם, או שאנחנו החלוצים שנמצאים בחזית?

אנחנו החלוצים. בארצות רבות בעולם המערכת הפוליטית אמנם נחלשת והמערכת המשפטית מתחזקת, אך הם לא מגיעים למה שמתרחש כאן. ארצות-הברית היא אמנם לא כמו בימי רוזוולט, וצרפת לא כמו בימי דה-גול, ובכל מקום יש קצת יותר משפטיזציה, אך לא בממדים שלנו. בארצות-הברית ואנגליה זה ודאי רחוק מכאן. מה שנעשה כאן הוא בהיקף ובעוצמה אחרת לחלוטין.