

היש לישראל חוקה ומי כותב אותה?*

דניאל פרידמן**

The Chancellor's song

The Law is the true embodiment
Of everything that's excellent.
It has no kind of fault or flaw,
And I, my Lords, embody the Law.***

בתרגום חופשי:

שיר הצינלור

החוק מגלם את כל הנפלא והמצויין,
הוא נקי מכל פגם או דופי.
ואני, רבותיי, מגלם את החוק,
ובכך טמון כל היופי.

מאמר זה מציע ניתוח ביקורתי של המשטר החוקתי הנוהג בישראל. המאמר דן בשלושה היבטים מרכזיים בהקשר זה: הראשון עוסק בשאלת-היסוד אם יש בכלל חוקה במדינת-ישראל; השני ערכי-מהותי; וההיבט השלישי מתייחס לשאלת סמכותו של בית-המשפט לדון בסוגיות מסוג זה ובפועל ליצור חוקה למדינת-ישראל.

חלקו הראשון של המאמר מטיל ספק בעצם קיומה של חוקה במדינת-ישראל, אשר אין בה שום מסמך רשמי הנושא כותרת זו, ומצביע על הקשיים

* המאמר נכתב לפני מתן פסק-הדין בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 11.1.2012).

** פרופסור (אמריטוס), שר המשפטים לשעבר. כל הזכויות שמורות למחבר.

*** מתוך שיר הצינלור מאת ויליאם גילברט (William S. Gilbert), לקוח מהאופרה איוולנטה (Iolanthe) מאת גילברט וסליבן (Arthur Sullivan). קטע זה, שבו נפתח השיר, צוטט על-ידי השופט משה לנדוי במאמרו "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי" עיוני משפט יד 5, 13 (1989). התרגום שהוצע על-ידי שונה במקצת מזה המובא לעיל.

בראיית הכנסת כממלאת תפקיד כפול – של מחוקק ושל אספה מכוננת. הרעיון שלפיו הכנסת פועלת ב"שני כובעים", דהיינו כגוף מחוקק וכאספה מכוננת נצחית, מעורר קשיים ניכרים, במיוחד לנוכח העובדה שביכולתה לעבור מתפקיד לתפקיד בתוך דקות. לכך מצטרפת השאלה אם הכנסת יכולה, בתפקידה כאספה מכוננת, לכבול את עצמה ולקבוע, למשל, שחוק יסוד לא ישונה אלא ברוב של שני שלישים מחברי הכנסת או אפילו פה אחד? לשאלה זו אין תשובה משום שאין למדינת ישראל חוקה.

סוגיות אלה מתקשרות לשאלות של מהות כאשר בית המשפט עושה שימוש בתיאוריה שיש לנו חוקה לשם ביטול חקיקה של הכנסת, וזאת כאשר בית המשפט עצמו קובע באמצעות פרשנות מהם ערכיה של אותה חוקה. במקרים רבים קשה למצוא בסיס לפרשנות זו בלשונם של חוקי היסוד. פעמים מדובר אף בפרשנות המרוקנת הוראות חקיקה מתוכנן, וזאת על-מנת להקנות לחוק היסוד תוכן שיעלה בקנה אחד עם השקפת-עולמו של בית המשפט. קלות השימוש בשיטה זו על-ידי בית המשפט אל מול הקושי החקיקתי לתקן את הפסיקה, הופכת לעיתים את פרשנות בית המשפט לבלתי-הפיכה כמעט.

היבט נוסף, הנוגע במישור המהותי של המשטר החוקתי בישראל, בוחן את שאלת קיומם של "עקרונות-יסוד" של השיטה, ואת היכולת של בית המשפט להשתמש בהם באופן המעמיד את בית המשפט לא רק מעל המחוקק, אלא גם מעל החוקה ומעל הכנסת בתפקידה כ"אספה מכוננת". המאמר מצביע, בחלקו השני, על כך שאין זה מתפקידו ומסמכותו של בית המשפט "לגלות" או להמציא עקרונות-יסוד של השיטה שיהפכו את הרשות השיפוטית לרשות העליונה במדינה. השאלות העקרוניות מתחדדות לנוכח הטמעת גישה קיצונית של זכויות אדם בפסיקתו של בית המשפט העליון, ולנוכח פרשנותו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו בצורה החורגת במידה רבה מלשון החוק, ובאופן הכופה את השקפת-עולמו של בית המשפט על המחוקק באמצעות שימוש פרשני נרחב בביטוי "כבוד האדם".

שאלת סמכותו של בית המשפט ושאלת ה"שפיטות" נידונות בחלקו השלישי של המאמר. חלק זה מנתח את פסיקותיו של בית המשפט העליון בשאלות חוקתיות בעשורים האחרונים, ומזהה מגמה ברורה של התחזקות "האקטיביזם השיפוטי", אשר משתקף, בין היתר, בהענקת סמכות-יתר לבית המשפט. בהקשר זה נידונה גם ההבחנה בין גישתו של בית המשפט העליון ה"ישן" (שפעל בישראל עד שנות השמונים של המאה הקודמת) לבין בית המשפט ה"חדש". ההבדל נעוץ הן באקטיביזם החריף של בית המשפט ה"חדש" והן במטרות שלמענן הופעלה פרשנות אקטיביסטית, המבטאת את השקפת-עולמו של בית המשפט. פרשנות אקטיביסטית של בית המשפט ה"ישן" הופעלה כדי להגן על המדינה הציונית, שבית המשפט העליון הכיר בסכנות האורבות לפתחה. הסופר-אקטיביזם של בית המשפט

העליון ה"חדש", לעומת זאת, מופעל בדרך הגורמת לרדיקליזציה של זכויות אדם, לא פעם תוך התעלמות מהסכנות הצפויות למדינה. חלק זה של המאמר דן גם בסוגיות הקשורות למדיניות הרצויה של הפרדת הרשויות, ובפרט בצורך להציב גבולות שפיטות לבית-המשפט, תוך ראייתו כמוסד בעל כוח רב. זאת, בניגוד להשקפה שמפחיתה מסכנותיו של האקטיביזם השיפוטי, ואשר טוענת כי אין לו לבית-המשפט "לא חרב ולא ארנק" – השקפה שאין לה בסיס במציאות.

- פרק א : הכנסת כאספה מכוונת נצחית
 פרק ב : סמכותו של בית-המשפט לחבר חוקה על בסיס עקרונות-יסוד של השיטה
 פרק ג : מבית-המשפט ה"ישן" לבית-המשפט ה"חדש"
 פרק ד : מי כותב את החוקה, או – ארכימדס ותורת המנוף
 פרק ה : על קשיי הכנסת וקלות החקיקה השיפוטית
 פרק ו : על הפרדת הרשויות, הסמכות החוקית והסמכות לטעות
 פרק ז : על סכנות החוקה וסכנות הפסיקה
 סיכום

פרק א: הכנסת כאספה מכוונת נצחית

היש לנו בכלל חוקה, ואם כן – איזו? ברשימה זו אבקש תחילה לבחון את הנושא מן ההיבט הטכני-הפורמלי, המתייחס לעליונותה של החוקה על חוקים רגילים ולדרכי שינוי החוקה. זאת, להבדיל מההיבט המהותי, העוסק בשאלה מהו תוכן החוקה ומה צריך להיכלל בה.

בסיסה של החוקה המקנה לה את מעמדה המיוחד הוא כפול: ראשית, החוקה עליונה על חוקים "רגילים"; ושנית, קיימות הגבלות לגבי שינוי החוקה, שהן חריפות יותר – ובכל אופן שונות – מן ההגבלות החלות על שינוי חוקים רגילים או ביטולם. לא קיים אצלנו שום מסמך שקובע כי יש לנו חוקה, אשר עליונה על חוקים רגילים, וכיצד, אם בכלל, ניתן לשנות חוקה כזו (שאינה קיימת).

כדי להתמודד עם בעיה זו נולדה האמצאה שלפיה לכנסת יש שני כובעים,¹ קרי, היא מהווה בעת ובעונה אחת שתי רשויות: רשות מחוקקת "רגילה" ורשות מכוונת אשר

1 לתאוריית "שני הכובעים" ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת-ישראל 78 (מהדורה שישית, 2005). לביקורת על תיאוריה זו ראו את דעתו של השופט מישאל חשין (אשר בכל הנוגע בהנמקה היה בדעת מיעוט) בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 471, 221 (1989).

מחברת, מתקנת ומשפצת חוקה. היא בית-מחוקקים, כפי שהייתה מאז ומתמיד, אך היא יכולה גם להחליף את כובעה וליהפך לאספה מכוונת. מעשה-קסמים זה של היפוך תפקידים אינו מחייב טקס מיוחד או פרוצדורה מיוחדת. הוא אינו חייב להתרחש במועד מסוים דווקא – הוא יכול להתרחש בכל יום מימות השנה ובכל שעה משעות היום. הוא יכול גם להתרחש פעמים מספר בכל יום, ואולי אף בכל שעה. כל שנדרש הוא שימוש במילת-קסם אחת – "יסוד". במקום לדבר על "חוק", ידובר על "חוק-יסוד". זוהי מילת-הקסם, ה"אברקדברה" מספרות הילדים, שהתגלגלה לבית-המחוקקים ואשר באמצעותה המחוקק של היומיום יכול ליהפך, בכל יום ובכל שעה, ל"אספה מכוונת" – ליוצר החגיגי של חוקה למדינת-ישראל.

ומהו המסמך שמייסד את האספה המכוונת? מהן סמכויותיה של אספה מכוונת זו, שהינה נצחית ועוברת מנסת לנסת? המוטלות עליה הגבלות כלשהן? לכאורה, התשובה לשאלה האחרונה היא שלילית. האספה המכוונת, כמוה כנסת, אינה מוגבלת על-ידי מסמך כלשהו, וגם סמכויותיה אינן מוגבלות.

עם זאת, עולה שאלה של היגיון הנובעת מן הכלל הלוגי שלפיו העדר הגבלה מהווה כשלעצמו הגבלה. ברצוני לבחון את השאלה אם יש בכוחה של הכנסת, במעמדה כאספה מכוונת, לקבוע "שריון", ואם יש הגבלות לגבי כוח זה.

נניח שהכנסת או האספה המכוונת קובעות הגבלה שלפיה חוק או חוק-יסוד לא ישונו אלא בחוק שהתקבל על-ידי רוב חברי-הכנסת (רוב של 61). אני מסכים עם השופט חשין שבעניין זה אין בעיה. למעשה, מדובר בכלל טכני – כלל הקובע נוהל עבודה, בדומה לכלל הנוגע בקוורום.² בית-מחוקקים יכול לקבוע, בין בחוק ובין בתקנון ואפילו בתקנון פנימי, כי אין לקבל חוק אלא אם כן לפחות שלישי מחברי הבית משתתפים בהצבעה. כללים מסוג זה אינם חותרים תחת הכלל הבסיסי שהחלטות מתקבלות ברוב רגיל. כל שהם קובעים הוא את הדרך או הפרוצדורה שעל הרוב לקיים כדי לממש את כוחו.

הבעיה מתעוררת בכל חריפותה כאשר רוב נוכחי מבקש להגביל רוב עתידי ולשלול ממנו את זכותו לממש את כוחו.³ צעד כזה מנוגד לכלל הבסיסי שלפיו "הפה שאסר הוא הפה שהתיר". הוא גם חוטא להנחת-היסוד שלפיה אין כל הגבלה לגבי האספה המכוונת. אם אין לגביה כל הגבלה, אזי ההגבלה היחידה היא שאין היא יכולה להגביל את עצמה, שכן בכך היא תיצור הגבלה המנוגדת להנחת-היסוד בדבר העדר הגבלה. הגבלה כזו יכולה להיקבע, עקרונית, רק על-ידי גוף או מוסד עליונים כלפי האספה המכוונת. דא עקא, לפי תיאוריית "שני הכובעים", אין גוף העומד מעל הכנסת במעמדה כאספה מכוונת. תיאוריית "שני הכובעים", שהיא כרגע התיאוריה החוקתית היחידה, גורסת כי הכנסת במעמדה או בכובעה כאספה מכוונת ניצבת מעל הכנסת במעמדה או

2 עניין בנק המזרחי המאוחד בע"מ, שם, בעמ' 526 ואילך, בעיקר בעמ' 542–543.

3 השוור רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" משפטים כח 21, 47–51 (1997).

בכובעה כמחוקק רגיל. אולם הכנסת כאספה מכווננת אינה עומדת מעל עצמה כאשר היא חוזרת ופועלת כאספה מכווננת.

הבה נבחן אפוא את כוח השריון של הכנסת כאספה מכווננת. האם היא יכולה לקבוע, למשל, שאין היא חופשית לחוקק חוקי-יסוד אלא ברוב של 70 קולות? כעת מדובר בהוראה בעלת משמעות עמוקה, והשאלה היא אם האספה המכווננת יכולה לכבול את עצמה בדרך זו, ומה יהיה על הכלל שלפיו הפה שאסר הוא הפה שהתיר, שהוא כאמור כלל לוגי הנובע מהכלל החל על גופים שאין הגבלה חיצונית לגביהם. שאלת-משנה היא מהו הרוב הדרוש לקביעת הגבלה כזו: האם האספה המכווננת יכולה להגביל את עצמה ברוב של 61, ואולי אף ברוב צנוע יותר, ולקבוע כי הכלל שנקבע ברוב זה לא ישונה אלא ברוב גדול יותר של 70 או 80, למשל?

יתר על כן, אם מכירים בכוחה של הכנסת כאספה מכווננת להגביל את עצמה (למעשה, להגביל את הרוב העתידי) ולהציב דרישת רוב של 70, עולה השאלה אם אפשר לקבוע בחוק-יסוד הוראה שלפיה אפשר לשנותו רק ברוב של 120. אכן, אם אפשר לקבוע רוב של 70, אזי אפשר לקבוע גם דרישה של החלטה פה אחד (רוב של 120), ואולי אף יהיו כאלה שירצו לעשות זאת. כך, למשל, יש כאלה שאינם חפצים בבית-משפט לחוקה. אחרים מתנגדים לחלוקת ירושלים. נניח שתומכי עמדות אלה מצליחים במועד מסוים לגייס רוב של 61 קולות (ואולי אף רוב צנוע יותר, שהרי חלק מחוקי-היסוד התקבלו כידוע ברוב של פחות מ-61). האם יהיה אפשר לקבוע בחוק-יסוד שאין להקים בית-משפט לחוקה, וכי כדי לשנות הוראה זו נדרש רוב של 120? באופן דומה, אם נקבע בחוק-יסוד שירושלים לא תחולק, האם ניתן לקבוע שכדי לשנות הוראה זו יידרש רוב של 120 קולות? האם הדבר אפשרי? כאמור, איני רואה קושי בכך שחוקים מסוימים נקראים חוקי-יסוד, כשם שאיני רואה קושי בכך שהם קובעים הגבלה המחייבת רוב של 61 לשינוי הוראות מסוימות הכלולות בהם. אולם דרישת רוב העולה על 61 מעוררת קושי עקרוני.

לתיאוריית "שני הכובעים" אין פתרון לבעיה זו. הנושא אינו מוסבר, הוא פרוץ, והדבר מעורר ספק לגבי מהות החוקה שיש לנו. במצב המשפטי שנוצר כאשר הכנסת נהפכת לאספה מכווננת נצחית – בהעדר מסמך עליון המגביל את סמכויותיה ובהינתן שהגוף היחיד היכול ליצור מסמך כזה הוא הכנסת עצמה (במעמדה כאספה מכווננת) – הקושי בשאלת יכולתה של האספה המכווננת להגביל את עצמה נותר ללא פתרון.

פרק ב: סמכותו של בית-המשפט לחבר חוקה על בסיס

עקרונות-יסוד של השיטה

בצד התיאוריה המרכזית, היא תיאוריית "שני הכובעים", שמכוחה הכנסת במעמדה כאספה מכווננת מוסמכת לחוקק חוקה, מרחפת בחלל תיאוריה נוספת שלפיה קיימים

"עקרונות-יסוד של השיטה" העומדים לא רק מעל החקיקה הרגילה של הכנסת, אלא אף מעל החוקה או חוקי-היסוד שהכנסת מחוקקת או עשויה לחוקק. היכן עקרונות-יסוד אלה מצויים? התשובה לכך היא שהם מרחפים בחלל כלשהו; ומיהו המוסמך לאתרם או להכריז עליהם? כמובן – בית-המשפט. לפי תיאוריה זו, בית-המשפט מוסמך לא רק לפרש את החוקה, אלא גם להצהיר עליה ועל תוכנה. אולם בינתיים השתחררנו מהתיאוריה שלפיה בית-המשפט, בקובעו הלכה כלשהי, רק "מגלה" את החוק או "מצהיר" עליו, ואנו מכירים בכך שהלכה שיצאה מבית-המשפט העליון מהווה למעשה יצירת חוק או מעשה חקיקה. מכאן שמשמעותה האמיתית של התיאוריה בדבר קיומם של "עקרונות-יסוד של השיטה" העומדים מעל חקיקת הכנסת וחוקי-היסוד שלה היא שבית-המשפט הוא המוסמך לחוקק את החוקה שבה ייכללו "עקרונות-היסוד של השיטה".

חסדיה של תיאוריה זו נאחזים בדעת הרוב בפסק-דין ירדור,⁴ ובעיקר בדברים הבאים שנאמרו על-ידי השופט זוסמן ואשר מרבים לצטטם:

"כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה. שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתיימש מהעדר דין פוזיטיבי כשבעל-דין מבקש מהם, שיושיטו לו יד עזר כדי להביא את הקץ על המדינה."⁵

עוד ציין השופט זוסמן:

"אולי אין זה מקרה שבית-המשפט העליון של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית שקמה לאחר תום מלחמת העולם השנייה, הוא, עד כמה שידיעתי מגעת, בית-המשפט הראשון שקבע את העקרון כי השופט חייב לפסוק גם על-פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה, שאפילו הוראותיה נדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן."⁶

השופט זוסמן אף ציטט דברים שנאמרו על-ידי בית-המשפט לחוקה של מדינת בוואריה והובאו תוך הסכמה על-ידי בית-המשפט העליון הגרמני, ולפיהם:

"ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין-על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו..."⁷

4 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365 (1965).

5 שם, בעמ' 390.

6 שם, בעמ' 389 (ההדגשה הוספה).

7 שם, בעמ' 390.

הלכת ירדור בוטלה ולא בוטלה כאחד בפסק-דין ניימן,⁸ שנפסק כעשרים שנה לאחר עניין ירדור. הפער בין שני פסקי-דין אלה משקף בצורה חדה את המעבר ממה שאני מכנה "בית-המשפט העליון הישן" (מן השנים 1948–1984) לבין "בית-המשפט העליון החדש", שתחילתו בשנת 1984 בערך, עם מינויו של מאיר שמגר לתפקיד נשיא בית-המשפט. שני פסקי-הדין עסקו בשאלת פסילתה של רשימה מלהתמודד בבחירות בשל כך שעקרונותיה שוללים את קיומה של מדינת-ישראל (כפי שנטען בעניין ירדור) או שהם גזעניים ואנטי-דמוקרטיים (כפי שנטען בעניין ניימן ביחס לתנועת "כך") או משום שיש ברשימה יסודות חתרניים ואנשים מרכזיים בה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה (כפי שנטען ביחס ל"רשימה המתקדמת לשלום"). הבעיה המשותפת לעניין ירדור ולעניין ניימן הייתה שבשני המקרים נעדרה הוראה חקיקתית המסמיכה את ועדת הבחירות המרכזית לפסול את הרשימה.

למרות העובדה ששני פסקי-הדין עסקו בסוגיה זהה, ההבדל ביניהם בולט לעין, וזאת לא רק באשר לתוצאה, אלא קודם-כל מבחינת יעילות הדיון והיקף פסקי-הדין. עניין ירדור נידון בהרכב של שלושה שופטים, ופסקי-הדין המנומק משתרע על כ-22 עמודים (דעות הרוב והמיעוט) וניתן כשבועיים לאחר הדיון האחרון בתיק. ניתן גם לומר שההלכה שנקבעה בעניין זה חדה וברורה, אף שבדומה להלכות שמקורן בפסיקה, נותר מקום לפיתוח ולשכלולה בעתיד. בעניין ניימן, לעומת זאת, עלה מספר השופטים לחמישה, ופסקי-הדין המנומק משתרע על קרוב ל-100 עמודים וניתן רק כעבור כשנה (אם כי החלק האופרטיבי של ההחלטה, שבו אושר לשתי הרשימות להתייצב לבחירות, ניתן למחרת הדיון). אורכו המופלג של פסקי-דין ניימן משקף את נטייתו של בית-המשפט ה"חדש", כל אימת שהוא נתקל בסוגיה הנראית קשה וסבוכה, להגיב על כך במלל רב ובוויכוחים בין השופטים לבין עצמם. על משמעות הדבר מן ההיבט החברתי והפסיכולוגי לא ארחיב את הדיבור. אציין רק שלעיתים מתקבלת תחושה של חוסר ביטחון עצמי מסוים, ואולי אף פקפוק בתוצאה או בדרך שבה היא תתקבל בציבור. פעמים הדבר מתבטא בווכחות עצמית או בוויכוח עם שופטים אחרים, ופעמים בתחושה שאורך פסקי-הדין וריבוי הנימוקים והטענות ישכנעו בפתרון המוצע או לפחות יכבידו את ההתמודדות איתו.

לכל אלה מצטרף סבך נוסף, המשתקף בכך שלא ברור כלל מהי ההלכה שנקבעה בעניין ניימן. אומנם התוצאה – או מה שמכונה "השורה התחתונה" – היא ברורה: בית-המשפט העליון ביטל את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית, וקבע כי שתי הרשימות, שהיו שנויות במחלוקת, רשאיות להתמודד בבחירות. אולם בכל הנוגע בהלכה שנקבעה נותר ערפל כבד לנוכח שלל הדעות של השופטים והניואנסים המגוונים בעמדותיהם. הנשיא שמגר סבר כי הגבלת הזכות להיבחר צריכה להתבסס על הוראת חוק מפורשת, וכי בכל אופן יש לה מקום רק "כאמצעי קיצוני ואחרון מול יודאות קרובה" לסיכון העומד להתממש⁹ – תנאים שלא התקיימו לדעתו במקרה הנוכחי.

8 ע"ב 2/84 ניימן נ' י"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (1985).

9 שם, בעמ' 297.

השופטת בן-פורת נקטה עמדה ברורה, המאמצת את דעת המיעוט של השופט ח' כהן בעניין ירדור, ולפיה בהעדר הוראה בחוק, אין לוועדת הבחירות המרכזית סמכות לפסול רשימה כלשהי – לא על בסיס עקרונות-על של השיטה ולא על בסיס אחר שאינו מעוגן בחוק. השופט מנחם אלון קיבל את דעת הרוב בעניין ירדור, אך סבר כי היא מוגבלת לרשימה השוללת את עצם קיומה של מדינת-ישראל או את שלמותה,¹⁰ וכי הדבר לא הוכח או אינו מתקיים אף לא לגבי אחת משתי הרשימות.

השופט ברק נקט עמדה מתונה מזו שנקט בתקופות מאוחרות יותר. הוא ציין כי מקובלת עליו דעתו של השופט אלון, שלפיה "אל לו לשופט להתנשא מעל למחוקק, וכי במשטרנו קיים שלטון המשפט ולא שלטון השופט".¹¹ בעניין "עקרונות-העל" ציין השופט ברק כי עמדתו היא שאין אלה עקרונות העומדים מעל החוק. מדובר בעקרונות המחלחלים לחוק ובאים מתוכו. גישתו אינה עומדת על "חוק טבע" 'על-חוקתי', הבא לבטל את החוק החרות". גישתו היא גישה פוזיטיביסטית "הבוחנת את טבעו של החוק ומפרשת אותו על-פי אמות המידה הפרשניות המקובלות".¹² במילים אחרות, העקרונות שמדובר בהם לא נועדו בשיטתנו לבטל חוק או להתגבר עליו, אלא הם אמצעי אשר "מחלחל" לתוכו ומהווה כלי לפרשנותו. מכל מקום ציין השופט ברק כי גם אילו נזקק לעקרונות-על, היה מאשר את השתתפותן של שתי הרשימות, שכן "חשש רחוק לסכנה תיאורטית" אין בו כדי להחיל את עקרונות-העל במקרה הנוכחי.

שלב נוסף בהתפתחות עמדתו של השופט ברק ניכר בדעת המיעוט שלו בעניין **תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב ראש הכנסת**.¹³ הוא מצטט את דבריו של השופט זוסמן מפסק-דין ירדור, שאוזכרו לעיל, ומציין שהשופט זוסמן –

"ציטט... פסיקה גרמנית, אשר קבעה את העיקרון, 'כי השופט חייב לפסוק גם על-פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה, שאפילו הוראותיה נדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן', והוא הוסיף (בעמ' 390) כי 'אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה'.¹⁴

בהמשך הדברים מפרט השופט ברק את מסקנותיו כדלקמן:

"לדעתי, שלוש הן המסקנות המתבקשות: האחת, כי באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה

10 שם, בעמ' 288.

11 שם, בעמ' 320.

12 שם.

13 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990).

14 שם, בעמ' 553.

נוקשה או בחוק-יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק... אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות... אין בכך פגיעה בדמוקרטיה... אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק. השנייה, כי על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלנוה בירושה מהתפיסה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור...

השלישית, כי לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק שאינו סותר הוראה משורינת בחוק-יסוד – והנוגד עקרונות יסוד של השיטה.¹⁵

הנקודה הבולטת היא המעבר מההתייחסות לדבריו של השופט זוסמן ביחס למשפט הגרמני, שמובאים בעניין ניימן, כאל אזכור ממקום רחוק שלא חל עלינו (כפי שאכן היה), ומדברים כגון "אל לו לשופט להתנשא מעל למחוקק" שנאמרו באותו עניין, אל המסקנה העיונית הרחבה והכללית המשתקפת בפסק-דין **תנועת לאו"ר** שלפיה אין כל בעיה עקרונית בכך "שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה".

מסקנה מרחיקת-לכת זו נשארת בתחום העיוני, שכן השופט ברק מכיר עדיין באותו שלב בכך שהדבר לא ייעשה בשיטתנו המשפטית. אולם בכך לא ירדה השאלה מן הפרק.

השלב בא הוא פסק-דין ולנר נ' **יושב ראש מפלגת העבודה בישראל**,¹⁶ שבו הוגשה עתירה נגד הסכם הקואליציה שנחתם בין מפלגת העבודה לבין ש"ס. הטענה המרכזית הופנתה נגד סעיף 3 בהסכם, שעניינו היה שמירת הסטטוס-קוו בענייני דת. סעיף זה קבע כי אם יופר הסטטוס-קוו בענייני דת, "מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על ידי חקיקה מתאימה". העתירה נדחתה ברוב דעות של הנשיא שמגר והשופטים גולדברג וחסין. דעת המיעוט הייתה של המשנה לנשיא ברק והשופט אור. השופט ברק מציין אומנם שאין הוא "חולק כלל על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים הבאים לשנות

15 שם, בעמ' 554.

16 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' **מפלגת העבודה**, פ"ד מט' (1) 758 (1995).

הלכות פסוקות"¹⁷ עם זאת, הוא קובע כי סעיף 3 הנ"ל להסכם "פוגע במעמד הרשות השופטת. תוך כדי כך הוא יוצר אפשרות של פגיעה בעצמאותה של השפיטה ובאמון הציבור בה"¹⁸. פגיעה כזו ב"עקרונות-יסוד" פוסלת את ההסכם. כאמור, הייתה זו דעת מיעוט.

עניין ולנר וההסכם שנידון בו הציב לפתע לפני השופט ברק את האפשרות שהכנסת תשנה את המבנה החוקתי שהוא מבקש לבנות. אפשר מאוד שמבחינת השופט ברק אין חשיבות מיוחדת לשאלה התיאורטית אם הוא מבסס את המבנה הזה על עקרונות כלשהם או על פרשנות של המונחים הרחבים והעמומים שבחוקי-היסוד, דוגמת "כבוד האדם" או "דמוקרטיה". אולם עניין ולנר הציב לפניו לפתע את האפשרות המעשית – אשר כל עוד הייתה קיימת במישור התיאורטי בלבד היה אפשר אולי להתעלם ממנה – שהכנסת תשנה את הפסיקה היקרה לליבו. בשלב זה ברק חוזר בו מעמדותיו הקודמות, פוסע צעד נוסף בדרך האקטיביזם, ומעלה את השאלה בדבר הגבלת כוחה של הכנסת על בסיס "עקרונות-יסוד".

הפעם אין הוא שולל אפשרות זו, והוא מציע "להשאיר בצריך עיון" את ה"שאלה בדבר יכולתה של הכנסת לחוקק חוק (או חוק יסוד) בעל תוכן הזהה לזה של סעיף 3 להסכם הקואליציוני"¹⁹. הוא מפנה לפסיקה ניר-זילנדית שבה נקבע כי –

"גם בהיעדר חוקה או חוק יסוד משוריינים, המחוקק 'הרגיל' כפוף לעקרונות יסוד מסוימים... זוהי שאלה לא פשוטה, לא לעניין חוק 'רגיל' שאין מעליו חוקה, ולא לעניין תיקון בחוקה עצמה. מי ייתן ולא נצטרך לעולם להכריע בה."²⁰

הדיון בשאלת כוחו של בית-משפט לבטל חוקים, לרבות חוקי-יסוד, על בסיס "עקרונות-יסוד" או "עקרונות-על" של השיטה נידון גם בספרות.²¹ למרבה התדהמה, הרעיון המופרך והמסוכן הזה לא נדחה לחלוטין, אך דומה כי מוסכם שהוא לא התקבל בשיטתנו.²² בשלב זה אציין רק שאני מטיל ספק רב בהנחה שהשופט ניחן בכושר מיוחד לאתר – או ביתר דיוק להמציא – את "ערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו במהלך ההיסטוריה של אותה חברה"²³. אל ספק זה מצטרף החשש מפני טעויות

17 שם, בעמ' 784.

18 שם, בעמ' 793.

19 שם, בעמ' 802.

20 שם.

21 רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 67–71.

22 שם, בעמ' 72. ראו גם גביון, לעיל ה"ש 1; יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א 395, 406 (1993). השו"ג גם מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** 138–144 (2008), המצביע הן על הבעייתיות הרבה של האקטיביזם השיפוטי מרחיק-הלכת ועל פגיעתו בבית-המשפט העליון עצמו והן על כך שאין לישראל חוקה אמיתית שניתן לפסול מכוחה חקיקה של הכנסת.

23 בלשונו של השופט ברק בעניין **בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 424.

אפשרויות של בית-המשפט. אין לי ספק שפוליטיקאים טועים, ועל כך הם נותנים לא אחת את הדין בהליך הבחירות. אולם אין לי ספק שגם שופטים טועים, אלא שהם אינם נותנים את הדין על טעויותיהם. יתר על כן, אין לי ספק שטעות של שופט עלולה להיות מסוכנת לא פחות – ולעיתים אף יותר – מטעות של פוליטיקאי; קל וחומר אם מעמידים את השופט ואת העקרונות שהוא מגלה, ממציא או יוצר²⁴ לא רק מעל החוק, אלא גם מעל החוקה.

פרק ג: מבית-המשפט ה"ישן" לבית-המשפט ה"חדש"

הדיון בפסק-דין ירדור, שניתן על-ידי בית-המשפט ה"ישן", והשוואתו לפסקי-הדין ניימן, תנועת לאור וולנר, שנידונו לעיל, מלמדים לא מעט על התהפוכה שהתרחשה בשיטתנו המשפטית בעקבות המעבר לבית-המשפט ה"חדש", עם מינויו של השופט שמגר למשרת נשיא בית-המשפט העליון.

פסק-דין ירדור משקף גישה אקטיביסטית של בית-המשפט, בכך שבית-המשפט מכיר באפשרות לפסול רשימה לכנסת למרות העדר הוראה בחוק המאפשרת זאת.²⁵ אולם זו גישה אקטיביסטית מוגבלת, שכן בית-המשפט אינו שולל את תוקפו של דבר חקיקה, ואינו מתיימר כלל לעשות זאת. למרות אמרות-האגב של השופט זוסמן, שניתן להן פירוש החורג בהרבה מכוונתו, ברור שבית-המשפט הישן מכיר בעליונות המחוקק, וכל שנעשה בעניין ירדור הוא השלמת החקיקה בנקודה חשובה עד-מאוד שהמחוקק לא התייחס אליה.

נקודה מרכזית אחרת המאפיינת את הלכת ירדור היא שהאקטיביזם השיפוטי נעשה כדי להגן על הסכנה שריחפה לדעת בית-המשפט על המדינה הציונית. ניתן אף לומר כי הלכה זו מהווה ביטוי לפטריוטיזם ציונית. זוהי מטרה שונה בתכלית – שלא לומר הפוכה ממש – מן המטרה המאפיינת את האקטיביזם השיפוטי של בית-המשפט החדש. פסק-דין ניימן שניתן על-ידי בית-המשפט העליון החדש הוא במובן מסוים היפוך האקטיביזם. בית-המשפט מצטנע ואינו מוכן ליטול על עצמו את המשימה של פסילת

24 אמת נרושה היא שהשופט, בקובעו הלכה, לא רק "מגלה" את הדין, כפי שגרסו בעבר במשפט המקובל, אלא יוצר (או ממציא) אותו. השופט ברק עצמו הדגיש את הדבר בכתיבתו חזור והדגש. ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 45 (1992). על רקע זה מעניין שבכל הנוגע בערכי-היסוד של החברה המשמשים במשפט החוקתי, השופט ברק מדבר בלשון המצביעה על "גילוי" הערכים, ולא על יצירתם. ראו, למשל, את ההפניה בה"ש 23 לעיל. אין קושי להבין את הסיבה לכך.

25 לדיון ראו גם ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327 (2006); רות גביון "עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות להיבחר ולקחי ההיסטוריה" גבורות לשמעון אגרנט 145 (אהרן ברק ואח' עורכים, התשמ"ז).

רשימות לכנסת – נושא שהוא, לכאורה לפחות, בגדר תפקידו של המחוקק, לפי עמדתם של חלק מהשופטים. אולם ניתן לראות את פסק-דין ניימן באור אחר. ראשית, יש בו היבט אקטיביסטי בכך שהוא מבטל למעשה את הלכת ירדור – הלכה של בית-המשפט העליון שהייתה בגדר דין מחייב במשך כעשרים שנה. פסק-דין הקובע הלכה חדשה יש בו היבט אקטיביסטי. אומנם, כפי שצינתי לעיל, ההלכה שנקבעה בעניין ניימן רחוקה מלהיות ברורה. עם זאת, דומה שאי-אפשר לחלוק על כך שהלכת ירדור בוטלה, וניתן להניח בוודאות שאילו נידון בבית-המשפט החדש עניינה של הרשימה שהייתה מושא הדיון בעניין ירדור, לא היה בית-המשפט פוסל אותה מלהתמודד בבחירות.

לאמיתו של דבר נעשה בית-המשפט העליון החדש אקטיביסטי לאין ערוך מקודמו, אלא שכיוונו של האקטיביזם ומגמתו השתנו לחלוטין. פסק-דין ירדור משקף אקטיביזם שיפוטי מתון (שכן מדובר בהשלמת חקיקה, ולא בביטולה), שנועד להגן על ערכי הציונות והמדינה היהודית. לעומתו, פסק-דין ניימן מצביע על המגמה המרכזית של האקטיביזם השיפוטי של בית-המשפט החדש – אימוץ המגמה הרדיקלית של זכויות אדם. מגמה זו מייחסת משקל מרבי לזכויות של פרט או של קבוצה מסוימת, תוך התעלמות מוחלטת כמעט מהנזק הכבד ומן הסכנות שההכרה בזכות מרחיקת-לכת, בלתי-מבוקרת כמעט, של אותו פרט או של אותה קבוצה תגרום לפרטים אחרים או לכלל הציבור. התוצאה של פסק-דין ניימן הייתה שתנועת "כך" הגזענית נכנסה לכנסת. זכותה של התנועה ושל מנהיגיה מאיר כהנא זכו בעדיפות. האינטרס של הכלל שתנועה כזו לא תצבור כוח ולא תנצל את המעמד, את הזכויות ואת האמצעים שחברות בכנסת עשויה להעניק לה – נמחק.

הרשימה השנייה אשר נפסלה על-ידי ועדת הבחירות המרכזית אך פסק-דין ניימן התיר לה להתייצב לבחירות הייתה "הרשימה המתקדמת לשלום", שהייתה רשימה ערבית-יהודית שתמכה בעמדה הלאומית הפלשתינית בכל הנוגע בזכויות ההגדרה העצמית של הפלשתינים. ועדת הבחירות המרכזית פסלה רשימה זו ברוב דעות מן הטעם ש"ברשימה זו אכן קיימים יסודות ומגמות חתרניים, ואנשים מרכזיים ברשימה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה".²⁶ המסקנה התבססה, בין היתר, על תצהיר של האלוף בן-גל שהתייחס למוחמד מיעארי, שהיה בין מועמדי הרשימה ואשר לאחר החלטתו של בית-המשפט העליון אף נבחר לכנסת יחד עם האלוף (מיל') מתתיהו פלד. מוחמד מיעארי היה פעיל בתנועת אל-ארד, ואף הופיע ברשימת המועמדים לכנסת מטעם "הרשימה הסוציאלית" – זו שנפסלה בפרשת ירדור על-ידי בית-המשפט העליון הישן. ביחס אליו ציין האלוף בן-גל כי הוא הופיע ביוזמתו בכנס של ראשי המועצות הערביות שדנו בתגובה על ההתנקשות בראשי הערים ביהודה ושומרון, וכי בעוד שראשי המועצות קיבלו החלטה מתונה יחסית, קרא להם מיעארי לקיים שביתה כללית שתשבש את החיים. את הפעילות הזו של מיעארי כינה האלוף בן-גל "מתסיסה ומסיתה", וראה אותה על רקע פעילותו של מיעארי בעבר, לרבות קשריו עם פעילי אל-ארד. בית-המשפט העליון לא קיבל את עמדתו. כאמור, בית-המשפט העליון אפשר לרשימה

26 עניין ניימן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 239.

המתקדמת לשלום להתייב לבחירות, בין משום שסבר כי אין לו כלל סמכות לפסול רשימה (וזאת בניגוד להלכת ירדור, שהייתה דין מחייב בישראל) ובין משום שסבר כי הראיות לפסילתה אינן מספיקות.

חבר-הכנסת מיעארי המשיך לתרום להתפתחות המשפט הישראלי. הזדמנות נוספת סיפקה לו עצרת שהתקיימה לזכרו של פאהד קוואסמה, שבה נטל מיעארי חלק כנואם. בעקבות האירוע ביקש חבר-הכנסת מיכאל איתן להסיר את חסינותו של מיעארי מפני חיפוש ומעצר ולבטל את חופש התנועה שלו ברחבי המדינה.²⁷ הבקשה נומקה בכך שההשתתפות בכנס הייתה בה משום הזדהות עם קוואסמה ועם ערפאת (הייתה זו התקופה שלפני הסכם אוסלו, שבה נחשב ערפאת, מנהיג הטרור, אויב) ועם הארגון לשחרור פלשתינ. ועדת הכנסת ומליאת הכנסת אישרו את הבקשה. עתירתו של מיעארי לבג"ץ התקבלה ברוב דעות של הנשיא שמגר והשופטים ברק ושלמה לוי, כנגד דעתם החולקת של המשנה לנשיא בן-פורת והשופט מנחם אלון.²⁸

נימוק מרכזי שעליו התבססה דעת הרוב הייתה שנטילת חסינות נועדה למנוע או להקטין סיכון עתידי. היא לא נועדה להעניש על מעשה שבעבר, ולא נראה שהכנסת התייחסה בהחלטתה לסיכון עתידי. דעת המיעוט נראית לי משכנעת יותר. בלשונה של השופטת בן-פורת:

"חבר הכנסת מיעארי נטל חלק בכנס לזכרו של קוואסמה, שהתקיים במכללת אל-אברהמיה. שם נשא נאום, כשהוא ניצב תחת תמונותיהם של יאסר ערפאת מנהיג אש"ף ושל קוואסמה, כאשר באולם מתנוסס דגל אש"ף. תוכן נאומו הובא בעיתון אל-פאג'ר (בתרגום לעברית שהונח לפנינו): 'מיעארי בירך את ההנהגה הפלשתינאית ההסטורית של ארגון השחרור שקוואסמה היה ממנהיגיו הבולטים אשר נפלו בדרך לנצחון ולשחרור. הוא הדגיש את החלטה הנחושה של הרשימה המתקדמת לשלום באשר למאבק עד אשר יתגשמו השאיפות של העם הפלשתינאי להקמת מדינתו העצמאית על אדמת מולדתו. הוא העלה על נס את ההנהגה החוקית של אש"ף ואת החלטתו הלאומית העצמאית'. כן מתוארת שם התלהבות הקהל מדבריו תוך הנפת דגל אש"ף."²⁹

עוד ציינה השופטת בן-פורת כי השתתפות פעילה וברוח אוהדת בכינוס הנושא אופי פרו-אש"ףי רשאית להתפרש כגילוי לאי-נאמנות לקיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ועצמאית,³⁰ וכי –

27 כמוגדר בס' 9 לחוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, התשי"א-1951, ס"ח 80.

28 בג"ץ 620/85 מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987).

29 שם, בעמ' 228.

30 שם, בעמ' 227.

"נשאלת השאלה: כלום מתיישבת השתתפות פעילה בהפגנה כזאת ברוח אוהדת כמתואר עם מעמדו של חבר בית המחוקקים של מדינת ישראל? כלום ניתן לומר, שזו פעילות 'במילוי תפקידו, או למען מילוי תפקידו, כחבר הכנסת'? ככל שהרביתי להרהר בדבר כן התחזקה בי הדעה, שהתשובה היא ב'לאו' מוחלט. תפקידו של חבר-כנסת והשתתפות בהפגנת עידוד לאויבי המדינה הם תרתי דסתרי, בגדר שתי 'ממלכות' שאחת אינה נוגעת ברעותה, ואין הן יכולות להתקיים (תרתי משמע) זו בצד זו."³¹

ומכאן למסקנותיה, וביניהן:

"ה. התנהגות, המביעה תמיכה בהנהגתו של ארגון עוין, השואף להרוס את מדינת ישראל, ומחזקת את ידיה, אינה מתיישבת עם הנאמנות שחב חבר הכנסת למדינה.

ו. בהעדר הסבר אמין מצד העותר להתנהגותו, מותר היה לוועדת הכנסת להמליץ על נטילת חסינויותיו של העותר, ולמליאת הכנסת – לקבל המלצה זו, כאשר עשתה, בתנאי שביסוד החלטתה היה מונח החשש מפני פעולותיו בעתיד.

ז. ועדת הכנסת, ובעקבותיה מליאת הכנסת, עומדות בחזקתן, שהודרכו על-ידי שיקולים נכונים וסבירים, כל עוד לא הוכח אחרת."³²

דעת מיעוט זו נראית לי משכנעת, אך הרוב החליט אחרת, כאמור. השתתפותה של "הרשימה המתקדמת לשלום" בבחירות בשנת 1984 הייתה צעד ראשון לכניסת אישים מהזרם הלאומי הפלשתיני לבית-הנבחרים הישראלי. פסק-הדין שהגן על חבר-הכנסת מיעארי מפני שלילת חסינותו היה אף הוא צעד ראשון בהגנה מרחיקת-הלכת שהעניק בית-המשפט העליון החדש לחברי-הכנסת מזרם זה. ההתפתחויות שאירעו לאחר-מכן הרחיקו לכת אף יותר.

לאחר פסק-דין ניימן, שאוזכר לעיל, הוסף לחוק-יסוד: הכנסת³³ סעיף 7א, שקבע כי רשימה לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה משום: "(1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי; (2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה; (3) הסתה לגזענות".

על-סמך הוראה זו נפסלה רשימת "כך", שביקשה בשנת 1988 לשוב ולהתמודד בבחירות לכנסת השתיים-עשרה, וזאת מן הטעם שיש בפרסומיה ובהצעותיה משום הסתה לגזענות ושלילת אופייה הדמוקרטי של מדינת-ישראל (סעיפי-משנה (2) ו-(3)

31 שם, בעמ' 229.

32 שם, בעמ' 236.

33 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9), ס"ח התשמ"ה 196.

לסעיף 7א הנ"ל).³⁴ לעומת זאת נדחה ברוב דעות של שלושה (הנשיא שמגר והשופטים בייסקי ושלמה לוי) כנגד שניים (המשנה לנשיא מנחם אלון והשופט דב לוי) הניסיון למנוע את השתתפותה בבחירות של "הרשימה המתקדמת לשלום" בראשות מוחמד מיעארי.³⁵

הנשיא שמגר הוסיף תנאי, אשר לא נזכר בחוק, לפסילת רשימה השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי, והוא שיש להטיל הגבלות על זכות-יסוד "רק מול ודאות קרובה של סכנה",³⁶ וכי תנאי מוקדם להפעלת סעיף 7א הנ"ל הוא "קיומה של סכנה ברורה ומיידית".³⁷ בעניין זה אציין ביחס לרשימת "כך" כי שאלה היא אם רשימה זו הציבה "סכנה ברורה ומיידית". עם זאת, אני סבור כי היה ראוי לפסול רשימה זו, כפי שאכן נעשה, וזאת בין שסכנתה הייתה ברורה ומיידית ובין שהיא הייתה בגדר סכנה שאינה מיידית. מכל מקום, לגבי רשימות בעלות אופי לאומי פלשתיני הוצב תנאי נוסף זה (אף שלא נראה כי הפסיקה המאוחרת התבססה עליו). כאמור, הן אושרו חרף החומר שהובא בעניינן, לאחר שבית-המשפט העליון הציב רף גבוה במיוחד להוכחת המטרה של "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי", ולאחר ששופטי הרוב קבעו כי המתנגדים לרשימה לא עמדו ברף ההוכחה הנדרש. כעבור שנים מספר שבה השאלה והתעוררה, בין היתר, לגבי תנועת בל"ד³⁸ ומנהיגה עזמי בשארה, אשר ההתפתחות לגביהם היא מרחיקת-הלכת ביותר. הדיון בעניין אישור זכותו של עזמי בשארה להתמודד במסגרת רשימת בל"ד בבחירות לכנסת השש-עשרה התנהל על בסיס הוראת ס' 7א לחוק-יסוד: הכנסת, כפי שתוקן³⁹ והורחב בהשוואה לסעיף 7א המקורי, שנדון בפסק-דין ניימן השני.⁴⁰ סעיף 7א בנוסחו החדש קבע:

7א. (א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם, לפי הענין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

- (1) שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית;
- (2) הסתה לגזענות;
- (3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל;

34 ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177 (1988) (להלן: עניין ניימן השני). עמדה דומה ננקטה ביחס לנסיגה של "כך" להתמודד בבחירות לכנסת הבאה (הכנסת השלוש-עשרה): ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(3) 541 (1992).

35 ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד מג(4) 221 (1989).

36 שם, בעמ' 246.

37 שם, בעמ' 247.

38 "ברית לאומית דמוקרטית" הינה תנועה שהוקמה על-ידי ד"ר עזמי בשארה בשנת 1995.

39 חוק-יסוד: הכנסת (תיקון מס' 35), ס"ח התשס"ב 410.

40 לעיל ה"ש 34.

(ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.⁴¹

העניין נידון הפעם לפני הרכב מורחב של אחד-עשר שופטים (ולא בהרכב של חמישה שופטים, כפי שהיה ברוב המקרים שעסקו בסוגיה), וגם הפעם נחתך עניינם של עזמי בשארה ושל תנועת בל"ד, אשר בשארה עמד בראשה, ברוב דעות של שבעה שופטים (הנשיא ברק והשופטים מצא, דורנר, ביניש, אנגלרד, ריבלין ופרוקצ'יה) כנגד ארבעה (המשנה לנשיא שלמה לויין והשופטים שטרסברג-כהן, טירקל ואדמונד לוי).⁴¹ בעניין, לפחות, לא קל להבין את דעת הרוב, שאישרה את זכותם של בשארה ושל תנועת בל"ד להתמודד בבחירות, וזאת לנוכח החומר שהונח לפני בית-המשפט ולנוכח דברים שנאמרו בפסק-דינו של הרוב. וכך אומר הנשיא ברק:

"ייתאמר מיד: מקובל עלינו כי המעשים המיוחסים לחבר-הכנסת בשארה לעניין שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ולעניין תמיכה במאבק מזוין נגדה מונחים במרכז מטרותיו ופעולותיו של חבר-הכנסת בשארה, והם יעד שליטי של חבר-הכנסת בשארה. זאת ועוד, מעשים אלה אינם רעיון תאורטי, אלא פוטנציאל פוליטי שחבר-הכנסת בשארה הוציא אותו מהכוח אל הפועל בפעילות חוזרת ונשנית ומתוך עוצמה רבה."⁴²

לדברים קשים אלה מצרף הנשיא ברק הסתייגות שלפיה:

"גדר הספקות הניצב בפנינו הינו אם הראיות שעליהן מתבססת התשובה החיובית לשתי השאלות שהעלינו הן 'משכנעות, ברורות וחד-משמעיות'... רק רמה גבוהה זו של ראיות יש בכוחה לפתור את הפרדוקס הדמוקרטי ולשלול את אחת מהזכויות המרכזיות של הדמוקרטיה – הזכות לבחור ולהיבחר."⁴³

קשה לראות כיצד דברים אלה מתיישבים עם מה שנאמר בפסקה הקודמת. נדמה שהמשמעות של הפסקה האחרונה היא שבית-המשפט יציב רף ראיות כזה שלא יאפשר פסילת מועמד גם במקרים חמורים ביותר. למעשה, לפני בית-המשפט עמדו שפע של ראיות שהצדיקו את פסילת מועמדותו של בשארה. אבל באמצעות הפרשנות הכל-יכולה ניתן לשלול את המובן מאליו. הדברים הבאים, מפי המשנה לנשיא השופט שלמה לויין, מדברים בעד עצמם:

41 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).

42 שם, בעמ' 42.

43 שם.

"נראה כי פסילתם של חברי-הכנסת בשארה ובל"ד מהתמודדות בבחירות לכנסת מתחייבת גם בשל תמיכתם במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד מדינת ישראל, כאמור בסעיף 7א(א)(3) לחוק-יסוד: הכנסת. לדידי הראיות בעניין זה הן חד-משמעיות. יש להזכיר בעניין זה, בין השאר, גם את נאומו של חברי-הכנסת בשארה ביוני 2001 בעיר קרדחה שבסוריה, באירוע שבו נכחו מנהיגים ואישים ערביים, ובהם מזכ"ל החיזבאללה וסגן נשיא איראן, שבו קרא חברי-הכנסת בשארה לקדם את דרך המאבק המזוין ('ההתנגדות') לישראל. האם אין בהופעה פומבית זו במדינת אויב, כשהיא לעצמה, בלי להתחשב בנאומיו הפומביים האחרים של חברי-הכנסת בשארה, כדי לשמש תמיכה במדינת אויב או בארגון טרור? דומה הדבר בעיניי למקרה שבו היה לורד הורהו מבקש, על יסוד חוק מקביל לחוק-יסוד: הכנסת, להצביע בבחירות [הכוונה כנראה: להיבחר בבחירות – ד' פ'] לפרלמנט הבריטי.⁴⁴

סיכומו של דבר: שופטי הרוב סיכלו באמצעות פרשנות את כוונת המחוקק, ואפשרו ליסודות לאומניים קיצוניים להיבחר לכנסת.

יש הגורסים כי התוצאה רצויה, שכן השתתפותם של גורמים אלה בבחירות "מגבירה את תחושת השייכות וההזדהות של הציבור הערבי עם המדינה",⁴⁵ וכי "הגבלת הזכות להיבחר... היא אמצעי שיעילותו מוגבלת".⁴⁶ אם זהו ההיגיון, אזי מדוע לא להחילו גם ביחס לתנועת "כך", ולומר כי אם תשתתף תנועה זו בבחירות, תגבר ההזדהות של תומכיה ולכידותם החברתית עם יתר הקבוצות במדינה? מעבר לכך, אין כל ראייה לכך שהדבר הגביר את הזדהותו של הציבור הערבי עם המדינה. נאמר כי "מחקרים שונים הצביעו על מגמת התגברות של הנכונות לנקוט אלימות כאמצעי מחאה של ערביי ישראל".⁴⁷ יש הרואים זאת כשיקול בעד הכרה בזכותם של הקיצונים במגזר הערבי להשתתף בבחירות.⁴⁸ אולם ניתן באותה מידת היגיון, ואולי אף ביתר היגיון, לטעון את ההפך. עובדה היא שתופעות אלה של "נכונות לנקוט אלימות כאמצעי מחאה" לא היו במגזר הערבי – או היו בקנה-מידה צנוע – כל עוד נהגו לפי הלכת ירדור. ה"נכונות לנקוט אלימות כאמצעי מחאה" הופיעה, ובוודאי התגברה, דווקא לאחר פסק-דין ניימן

44 שם, בעמ' 82.

45 מדינה, לעיל ה"ש 25, בעמ' 370.

46 שם, בעמ' 371. נימוק נוסף הנזכר שם הוא החשש שאימתן ייצוג יגרום למאבק באמצעי טרור, ובה"ש 159 שם אף נזכרות אסמכתות לכך, וביניהן אחת המציינת כי לאחר פסילת אל-ארד נעשה אחד מאנשיה למרגל של המודיעין הסורי, ואחר הצטרף לאש"ף. לא למותר לציין כי "הוכחה" זו אינה מלמדת דבר, שהרי לא ברור כלל אם היו השניים נוהגים אחרת אילו ניתן להם ייצוג בכנסת. כל שניתן לומר הוא שלא מעט אזרחים ערבים ישראלים נטלו חלק בפעולות טרור באינתיפאדה השנייה, וזאת אף שניתן לתנועות הלאומיות הפלשתיניות להתמודד בבחירות לכנסת. גם סיפורו של עזמי בשארה מלמד לא מעט, ועל כך ידובר בהמשך.

47 שם, בעמ' 370.

48 שם, בעמ' 370–371.

ולאחר שניתן לזרם הלאומי הפלשתיני ייצוג בכנסת. אומנם אין זו ראייה נחרצת לקיום קשר סיבתי בין השניים, ואפשר שיש ל"נכונות לנקוט אלימות כאמצעי מחאה" סיבות נוספות או אחרות. מכל מקום, ברור שהענקת אפשרות הייצוג הבלתי-מבוקרת לגורמים הלאומיים הפלשתיניים לא תרמה להתחזקות ההזדהות של ערביי ישראל עם המדינה היהודית ואף לא להפחתת ה"נכונות לנקוט אלימות כאמצעי מחאה"⁴⁹. יתר על כן, נוכחותו של גורם דוגמת עזמי בשארה בכנסת, אשר מעצימה את דבריו ומעניקה לו ולמעשיו תהודה ועוצמה רבה, משפיעה – ולהערכתי לא לחיוב – על הציבור הערבי. בד בבד היא משפיעה בצורה דרמטית, ואף זאת לא לחיוב, על הרוב היהודי, הנוטה לזהות את הציבור הערבי עם מנהיגים דוגמת עזמי בשארה. התוצאה היא הגברת החשדנות והניכור בין הציבור היהודי לבין הציבור הערבי, ויצירת מעגל-קסמים שרק מגביר את המתרחקות, החשדנות והאיבה. להשלמת התמונה ראוי להזכיר שגם לאחר פסק-דין זה לא זנח בית-המשפט העליון את חברה-הכנסת עזמי בשארה, והמשיך לפרוש עליו את כנפי שלומו. בשנת 2001 הוגש נגד עזמי בשארה כתב אישום לפי הפקודה למניעת טרור, וזאת לאחר שהכנסת הסירה את חסינותו הדיונית. התיק, שהוגש תחילה בירושלים, הועבר לנצרת. ההאשמות התייחסו לשני נאומים שנשא עזמי בשארה. בראשון, שנישא באום אל-פחם, אמר בשארה, בין היתר, את הדברים הבאים:

"החזיבאללה ניצח, ולראשונה מאז שנת 1967 טעמנו את טעמו של הניצחון. זכותו של החזיבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל... לבנון, החלשה במדינות ערב, הציגה מודל קטנטן שאם נביט לעומקו ניתן להסיק את המסקנות הנחוצות להצלחה ולניצחון – מטרה ברורה ורצון עז לניצח, והכנת האמצעים הנחוצים הדרושים להשגת מטרה זו... החזיבאללה קלט את הלך הרוח ברחוב הישראלי וניצל את זה עד תום. הוא דאג שמלחמת הגרילה שלו תהיה מתוקשרת היטב, וכל הישג שלו השפיע רבות על מוראל העם בישראל שפקעה סבלנותו באיטיות נוכח האבידות שספג מהחזיבאללה..."⁵⁰

את הנאום השני נשא עזמי בשארה כשנה לאחר-מכן בסוריה, בטקס שהשתתפו בו אחמד ג'יבריל, מנהיג החזית העממית לשחרור פלסטין, וחסן נסראללה, מנהיג החזיבאללה, ובו התווה את האסטרטגיה אשר למיטב הבנתי אי-אפשר לפרשה אלא כתמיכה נמרצת בהמשכה של מה שהוא מכנה "ההתנגדות".

49 לעיון מקיף בסוגיה זו ראו ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000 **דין וחשבון** (השופט תאודור אור יו"ר, 2003). ועדת אור מונתה על-ידי נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק על-פי החלטה 2490 של הממשלה ה-28 (8.11.2000).

50 בג"ץ 11225/03 **בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ס(4) 287, פס' 1 לפסק-דינה של השופטת חיות (2006).

כנגד כתב אישום זה עתר עזמי בשארה לחוף-המבטחים שלו – לבג"ץ. הוא לא התאכזב. בית-המשפט העליון החליט ברוב דעות (הנשיא ברק והשופט ריבלין, כנגד דעתה החולקת של השופטת חיות) כי על דבריו של עזמי בשארה חלה החסינות המהותית של חברי-הכנסת, ולפיכך יש לבטל את ההליך הפלילי בבית-משפט השלום.⁵¹ סוף סיפורו של עזמי בשארה (בשלב זה) הוא שנפתחה נגדו חקירה בשל חשד לעברות נגד בטחון המדינה, ובעקבות זאת הוא נמלט לחוץ-לארץ ולא חזר עד היום. כל שניתן לומר, אם יתאמת החשד נגדו, הוא שעזמי בשארה פסע צעד נוסף העולה בקנה אחד עם השקפותיו, שאותן ביטא בגלוי בנאומים ובדברים שהובאו לידיעת בית-המשפט העליון ואשר שופטי הרוב לא ייחסו להם את המשקל הראוי, הגם שברור כי לא צפו את המשך דרכו של בשארה.

לסיכום עניין זה אצביע על הנקודות הבאות:

1. אפשר להציג את השאלה אם הכנסת מוסמכת לשלול את הזכות להיבחר ממי שדוגל בשלילת קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ועוסק או פועל למטרה זו; ממי שדוגל בהסתה לגזענות; וממי שתומך במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת-ישראל. לי אין ספק שהכנסת אכן מוסמכת לכך, שאין שום "עקרון-על" של השיטה השולל זאת, וכי בית-המשפט אינו מוסמך "לגלות" או להמציא עקרון-על כזה. לאמיתו של דבר, בית-המשפט העליון הכיר בסמכות הכנסת בעניין זה, ומעולם לא חלק על כך.
2. אפשר להתווכח על השאלה אם רצוי או לא רצוי לשלול את הזכות להיבחר ממי שמסית לגזענות או ממי שמטרתו היא שלילת קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. אולם אם מקבלים את העמדה שהסמכות היא בידי הכנסת, יש להכיר בכך שסמכות זו כוללת סמכות לטעות (נושא שעוד ידובר בו להלן). לפיכך, משבחרה הכנסת להכריע בנושא בחוק-יסוד, מוטל על בית-המשפט לכבד את החלטתה וליישמה, בין אם היא נראית לו ובין אם לאו. החלטת הכנסת בעניין היא סופית, ואין היא כפופה לביקורתו של בית-המשפט מטעמי סבירות או מטעם אחר כלשהו. לא למותר לציין כי אני לפחות סבור שהכנסת לא טעתה בעניין זה.
3. בפועל קיבל בית-המשפט העליון את עמדת הכנסת ביחס להסתה לגזענות, אך סיכל באמצעות פרשנות את ההוראה בעניין שלילת הזכות להיבחר ממי שמטרתו היא שלילת קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או שמביע תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת-ישראל. ההתרחשויות בעניינו של עזמי בשארה מלמדות לא מעט על מה שתוארתי כאימוץ המגמה הרדיקלית של זכויות אדם על-ידי בית-המשפט העליון החדש.
4. ההשוואה בין פסק-דין ירדור של בית-המשפט העליון הישן לבין הפסיקה הענפה של בית-המשפט החדש בסוגיית הזכות להיבחר היא מאלפת. בצד ההבדל הבולט בעילות הדיון (מספר השופטים הדנים בנושא, אורך פסק-הדין ומשך הזמן עד למתן

51 ראו שם, פסקי-הדין של הנשיא ברק והשופט ריבלין.

פסק-הדין⁵²) בולטים שני הבדלים מהותיים בין בית-המשפט העליון הישן לבין בית-המשפט העליון החדש. האחד, בעניין ירדור הפעיל בית-המשפט העליון אקטיביזם מתון, בכך שהשלים הוראה בנושא שהחקיקה של הכנסת לא דנה בו. בית-המשפט העליון החדש, לעומת זאת, הפעיל אקטיביזם מרחיק-לכת: תחילה בבטלו את הלכת ירדור; ולאחר-מכן – כאשר הכנסת כבר קבעה בחוק-יסוד הוראה השוללת את הזכות להיבחר ממי שמטרתו היא שלילת קיומה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ממי שתומך במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת-ישראל – ברוקנו הוראה זו מכל תוכן, באמצעות פרשנות, ובקובעו כללים ההופכים את אפשרות יישומה לבלתי-מעשית. ההבדל האחר בין גישותיהם של בית-המשפט העליון הישן ושל זה החדש נעוץ במטרה שלמענה האקטיביזם השיפוטי מופעל. בעניין ירדור הופעל האקטיביזם השיפוטי (המתון) כדי להגן על ערכיה של המדינה הציונית. לעומת זאת, בפסיקתו של בית-המשפט העליון החדש, בסוגיית הזכות להיבחר, שימש האקטיביזם השיפוטי החריף למתן ביטוי לגישה הרדיקלית של זכויות אדם, אשר מעמידה במרכז את הזכות של הפרט או של הקבוצה שהוא משתייך אליה, ומייחסת משקל מינימלי לצורך להגן על כלל הציבור ועל מדינת-ישראל (ופעמים אף מתעלמת מצורך זה לחלוטין).

פרק ד: מי כותב את החוקה, או – ארכימדס ותורת המנוף

הבה נניח שלמרות הקשיים שתוארו לעיל יש לנו חוקה או לפחות גוף או מוסד המוסמכים לקבוע אותה. אם כך, נשאלת השאלה מי כותב את החוקה, ואם עושה זאת המוסד שהוסמך לכך. באופן בסיסי נראה מובן מאליו שאת החוקה או את חוקי-היסוד מחוקקת הכנסת, וכי היא בלבד מוסמכת לעשות זאת (בין כנסת ובין כאספה מכוננת). אולם גם כאן חוזרת השאלה שנזכרה לעיל בדבר "עקרונות-על", אשר לא רק החוקים הרגילים כפופים להם, אלא גם החוקה. אם כך הדבר, אזי מי ש"מגלה" או ממציא את עקרונות-העל הללו הוא בית-המשפט. איש לא העניק לו אומנם סמכות לכך, אך עלה הרעיון שבית-המשפט ייטול לעצמו סמכות זו וייהפך בפועל למי שכותב את העקרונות העל-חוקיים והעל-חוקתיים הללו. אף שקיימות אמרות-אגב המציינות רעיון מופרך זה, ראינו כי לפחות עד היום הוא לא התקבל, ובית-המשפט נעצר רגע לפני שנטל לעצמו סמכות כזו. לפיכך ההנחה היא שהכנסת היא שכותבת את החוקה, ואילו בית-המשפט "רק" מיישם ומפרש אותה. ומה הוא הפירוש הזה? אני חושב שהשופט ברק הקדיש לזה בצדק כרכים גדולים ורבים. הפירוש נהפך למרכז-הכובד. צריך להבין שכאשר בית-משפט מפרש חוזה, תוקפו של הפירוש הוא כתוקף החוזה; כאשר הוא מפרש תקנה, תוקף הפירוש כתוקף התקנה; כאשר הוא מפרש חוק, הפירוש נהפך לחלק מהחוק,

52 ראו בטקסט שבין ה"ש 8 לבין ה"ש 9 לעיל.

ותוקפו כתוקף החוק; וכאשר הוא מפרש חוקה, הוא כותב למעשה סעיף בחוקה – בית- המשפט מוסיף לחוקה דבר שלא היה בה קודם, ואם דבר זה לא היה ברור מתוך לשון הדברים, נובע מכך שבית-המשפט הוא שכתב אותו.

בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יש שתי מילים מרכזיות: "כבוד האדם". מילים אלה נקבעו על-ידי הכנסת. אך מהו "כבוד האדם"? מושג זה עשוי לכלול נושאים אינן ספור, ומי שיקבע מהם נושאים אלה יכתוב למעשה את החוקה. אולם טועה מי שחושב כי בית-המשפט זקוק לשתי מילים כדי לכתוב את החוקה באמצעות פרשנות. למעשה, די לו במילה אחת. מספרים על ארכימדס כי בעקבות עיסוקו בתורת המנוף חיבר את המימרה: "תנו לי נקודת משען ואניף את העולם." זוהי נקודת ארכימדס הידועה. גם בית-המשפט העליון של עידן ברק אינו זקוק ליותר מנקודת משען אחת – מילה אחת שדי יהיה בה לאפשר לבית-המשפט לכתוב את החוקה כולה ולהניף את שיטת המשפט ואת המדינה כולה. דוגמה למילה כזו היא "דמוקרטיה".

ספרו המקיף של השופט ברק על המידתיות במשפט, שפורסם לאחרונה, פותח בנושא של חשיבה חוקתית, ואומר כי מושגי-המפתח בחשיבה החוקתית הם "הדמוקרטיה ושלטון החוק".⁵³ בהמשך הדברים אנו לומדים על קיומן של כמה הנחות. האחת היא "כי למושג הדמוקרטיה מעמד חוקתי על-חוקי".⁵⁴ אכן, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו נקט ביטוי, שנהפך מאז לנדוש, בדבר היות מדינת-ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית". לאופייה הדמוקרטי של המדינה יש אפוא עיגון בחוק-יסוד זה, כשם שהוא מעוגן בחוק-יסוד: הכנסת, הדין בשיטת הבחירות.

מן המושג "דמוקרטיה" ניתן, לדעת ברק, להסיק שורה ארוכה של מסקנות – למשל, בדבר עצמאותה של הרשות השופטת.⁵⁵ מה פשרה של עצמאות זו? האם די בהוראה שבסעיף 2 לחוק-יסוד: השפיטה, שלפיה בענייני שפיטה אין על השופט מרות זולת מרותו של החוק? או שמא נובע מרעיון העצמאות גם כי אסור שפוליטיקאים או עורכי-דין (החברים כיום בוועדה לבחירת שופטים) יעסקו במינוי שופטים ובהעלאתם בדרגה? ואולי נובע מכך ששר המשפטים, החבר אומנם בוועדה לבחירת שופטים, לא יהיה רשאי למנות נשיאים וסגני נשיאים לבתי-המשפט השונים (אף אם הדבר נעשה בהסכמת נשיא בית-המשפט העליון)? שמא עצמאות השופטים נפגעת בשל כך שוועדה של הכנסת קובעת את שכרם? ומה בדבר עצמאות פנימית בתוך המערכת – האם עצמאות השופט נפגעת בשל תלותו בנשיא בית-המשפט שבו הוא מכהן, אשר משפיע על תנאי עבודתו, או בשל תלותו בשופטי בית-המשפט העליון החברים בוועדה לבחירת שופטים? אולם השאלה הגדולה מכל היא: האם לכל השאלות הרבות הללו ולשאלות נוספות ניתן למצוא תשובה במילה "דמוקרטיה", והאם בית-המשפט העליון יכול, בהסתמך על מילה זו, לחבר או להמציא את כל התשובות?

53 אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 27 (2010).

54 שם, בעמ' 266.

55 שם, בעמ' 268.

אלא שבכך לא מסתיים העניין. אנו שומעים גם שהמילה "דמוקרטיה" כוללת בחובה זכויות אדם.⁵⁶ מכאן שממילה זו ניתן לגזור את כל זכויות האדם, לרבות חופש ביטוי, שוויון (ואולי גם שוויון ברכוש ובהכנסה או שמא רק זכות לקיום הוגן), זכות לנישואים, ואולי גם זכות שיבה לפלשתינים ועוד ועוד. בעניין זה אני מרשה לעצמי להביע את עמדתי, והיא שבין אם ניתן לגזור את כל המערך המפורט הזה מתוך המילה "דמוקרטיה" ובין אם לאו, הכנסת לא הסמיכה את בית-המשפט לעשות זאת.

צמד המילים "כבוד האדם" שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו זכה בהתייחסות לא-מועטה בפסיקה. אומנם שאלה היא מדוע ראה המחוקק לנכון להשתמש בשתי מילים – "כבוד האדם" – בשעה שהיה יכול, כפי שצוין לעיל, להסתפק במילה האחת "דמוקרטיה", אשר כוללת בחובה את זכויות האדם ומן הסתם גם את "כבוד האדם". מכל מקום, הדבר נעשה, ולפתע הסתבר כי "כבוד האדם" כולל עולם ומלואו, ונשאלת השאלה אם חלים על מושג זה, כמו-גם על המושג "דמוקרטיה", כללי הפרשנות הרגילים. מהו, למשל, המשקל שיש לייחס לזכויות אשר ברור לחלוטין שבמתכוון לא נכללו בחוק-היסוד, דוגמת זכות השוויון או הזכות לנישואים? ברור שבית-משפט הרוצה לחבר את החוקה יימנע משימוש בכללי הפרשנות הרגילים, באשר הללו עלולים להגבילו, שכן הם מייחסים משקל למה שנאמר בחוק, ובמקרה המתאים גם לשתיקת המחוקק, כלומר, למה שלא נאמר בחוק. בית-משפט כזה יסתפק בנקודת ארכימדס, יררו לו מילה אחת או שתיים, ובאמצעותן יחולל נפלאות.

כך נמצאנו למדים שכבוד האדם מחייב שלא יהיו בתי-סוהר פרטיים.⁵⁷ זאת, חרף העובדה שבתי-סוהר כאלה עשויים לשפר את תנאי המגורים והחיים של האסירים. (האם היו האסירים עצמם פוסלים בית-סוהר פרטי אילו ניתנה להם האפשרות לשאת בו את עונשם במקום בבית-סוהר ציבורי?) לעומת זאת הכיר בית-המשפט העליון באפשרותו של היועץ המשפטי להסמיך אדם שאינו חלק מהפרקליטות לשמש תובע, וכך הוסמכו אלפי עורכי-דין פרטיים לשמש תובעים בהליכים פליליים.⁵⁸ לכאורה, מינוי תובע "פרטי" הוא עניין מרחיק-לכת הרבה יותר מאשר הקמת בית-סוהר פרטי, שכן התובע הוא שמחליט על הגשת כתב אישום, הוא המחליט אם לדרוש הרשעה או לסגת מן האישום, והוא המחליט איזה עונש לדרוש ואם לדרוש עונש מאסר. בית-סוהר פרטי, לעומת זאת, משמש כלי ביצוע בלבד לעונש מאסר שנקבע מחוץ לכתליו. האם אדם כלשהו, בין אם הוא משפטן ובין אם לאו, הקורא את המילים "כבוד האדם" יכול להסיק מהן כי הן אוסרות בתי-סוהר פרטיים אך מתירות תובעים פרטיים? המסקנה היחידה שניתן להסיק מכך היא שבית-המשפט הוא הכותב את החוקה – שתי המילים "כבוד

56 שם, בעמ' 269–271.

57 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009).

58 בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(3) 652, 656 (2003); בג"ץ 8340/99 גורלי, כוחן ושות' – משרד עורכי דין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001).

האדם" משמשות לו נקודת משען, ואילו הקשר בינן לבין המוצר הסופי, כלומר מה שמכונה "חוקה", הוא פרי כושר היצירה של בית-המשפט. דוגמה אחרת תשמש לנו הפסיקה בעניין הפיצויים למפוני רצועת עזה. החוק שהתקבל בכנסת⁵⁹ קבע "מענק אישי" בשל הסבל ועוגמת-הנפש הנגרמים עקב הפינוי, והוא נקבע לפי ותק המגורים במקום. כן נקבע גיל-סף של עשרים ואחת לצורך קבלת מענק זה. גיל-הסף שימש נושא לדיון בבג"ץ,⁶⁰ אשר פסל הוראה זו שלפיה קבלת המענק מותנית בכך שהמפונה יהיה בן עשרים ואחת לפחות. מקריאת פסק-הדין נראה שבית-המשפט סבר כי ההוראה אינה סבירה. הוא משתמש במילים "קשה להבין מדוע בחר המחוקק בגיל עשרים ואחת דווקא כגיל הסף לצורך הזכאות לקבלתו"⁶¹ (של המענק האישי). אולם אי-סבירות אינה (עדיין) עילה לביקורת שיפוטית על חקיקה. לפיכך נקבע שאין זה פיצוי הוגן, וכן הובעה דעה – מבלי לפסוק בדבר – שתנאי-הסף פוגע בשוויון. העובדה שנושא השוויון אינו נזכר, ובמתכוון, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לא שימשה מכשול בפני האקטיביזם השיפוטי, שכן לרשותו עמדה פסיקה קודמת שכללה שוויון בגדר כבוד האדם.⁶²

מכאן לגבי העתיד: מה יקרה לגבי זכות השיבה שהפלשתינים טוענים לה? אולי זכות השיבה נכללת גם-כן בכבוד האדם? כפי שכבר ראינו, כבוד האדם, ובל נשכח גם "דמוקרטיה", מחייבים שוויון. אם כך, מדוע לא נאמר שאם לכל יהודי יש זכות עלייה, אזי גם לכל פלשתיני מגיעה זכות דומה? הפסיקה עד היום מלמדת כי אין מניעה לפסוק כך. בית-המשפט קיבל – או ביתר דיוק נטל לעצמו – קולב או נקודת משען בנוסח ארכימדס, ומכאן ואילך הוא יכול לתלות על הקולב כל חליפה שתיראה לו, ונקודת המשען יכולה לשמש לו להנפת המדינה כולה.

פרק ה: על קשיי הכנסת וקלות החקיקה השיפוטית

כתיבת חוקה על-ידי בית-המשפט היא עניין פשוט וקל יחסית. מתכנסים כמה שופטים – שלושה שופטים, פעמים חמישה, מדי פעם שבעה ולעיתים אף אחד-עשר – ומחליטים. כך יש ביכולתם להחליט בבעיה היסודית ביותר, תהא זו זכות השוויון או תחומיה, הזכות לנישואים, זכות השיבה של הפלשתינים באמצעות נישואים, ויום אחד אולי גם זכות השיבה של הפלשתינים לשם איחוד משפחות או על-סמך זכות אבות. מתכנסים שופטים אחדים, שומעים טיעון כזה או אחר ומחליטים ברוב דעות, אפילו על חודו של קול. אין לבית-המשפט בעיה של בחירות, ואין הוא צריך למסור דין-וחשבון לאיש; אין

59 חוק יישום תוכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005.

60 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 642-646 (2005).

61 שם, בעמ' 643.

62 שם, בעמ' 644.

הוא זקוק לדיון ציבורי או להקמת ועדה אשר תשמע עדויות בדבר השלכותיה של ההחלטה ותמליץ המלצות; ולמעשה, אין הוא כפוף להגבלה כלשהי. די לו בקולב שהכנסת סיפקה לו, לדעתו, או בנקודת ארכימדס שהעמידה לרשותו.

לכנסת, לעומת זאת, קשה לחוקק חוק-יסוד, קשה לה גם לשנות חוק-יסוד, ואף שהיא יכולה להנחתי לשנות הלכות שנקבעו בפסיקה, לרבות בנושאים חוקתיים, היא ניצבת בפני קשיים מעשיים עצומים. חקיקה צריכה לעבור תהליך מפורט ומורכב, ויכוח ציבורי והסכמים קואליציוניים, אשר כוללים בדרך-כלל הסכמה של כל מרכיבי הקואליציה לשינוי הנוגע בחוק-יסוד. זהו, כמובן, הליך מורכב ומסובך.

שינוי נוסף כרוך בפעילות התעמולתית של מה שאני מכנה "מפלגת בית-המשפט העליון", המורכבת בעיקרה מקבוצת שופטים בדימוס ומתומכיהם. "מפלגה" זו אינה מתייצבת לבחירות, אך יש לה עוצמה תקשורתית ניכרת.

אכן, הייתה תקופה שבה היה ביכולתה של הכנסת להתמודד עם פסיקת בית-המשפט העליון, אולם כיום נוצרה בעיה שלא הייתה קיימת בעבר. הדוגלים בפסיקה החוקתית מאזכרים לא פעם את פסק-דין **ברגמן**⁶³ כדי להראות שגם בעבר ביטל בית-המשפט חוק. אבל צריך לקרוא את פסק-דין **ברגמן** כדי לראות עד כמה הוא שונה מן הפסיקה של היום. בפסק-דין **ברגמן** ישבו השופטים וביכו את מר גורלם על כך שנקלעו למצב שבו עליהם להחליט בדבר תוקפה של חקיקה. עמדתם הייתה שאין להם בררה, הואיל והיועץ המשפטי עומד על כך שתינתן החלטה. יתר על כן, משקבע בית-המשפט, באי-רצון בולט, את העדר תוקפה של הוראה חקיקתית, הוא הצביע בפסק-הדין עצמו על הדרך שבה תוכל הכנסת לתקן את המצב וליתן תוקף לאותו חוק. היה זה בית-המשפט העליון הישן, של הימים ההם, בית-המשפט הצנוע והעניו. בית-המשפט החדש של ימינו הוא היפוכו הגמור: אין לו היסוס ואין לו רתיעה; הוא יהיר ובוטח בעצמו. השופט ברק ציין אומנם לא אחת כי לכנסת יש לגיטימציה לתקן את מה שלא מוצא חן בעיניה.⁶⁴ אולם לא נראה שדברים אלה משקפים את האקטיביזם השיפוטי החדש. נסו להגביל את בית-המשפט הזה או לבטל הלכה שקבע בתחום החוקתי (למשל, בהקשר של זכות השיבה של הפלשתינים באמצעות נישואים, אם תוכר זכות כזו). מעבר לבעיה שתהיה למדינת-ישראל במישור הבין-לאומי – בעיה של תעמולה אנטי-ישראלית ובעיה במוסדות בין-לאומיים – תיפתח גם תעמולה רועשת מצד שופטים בדימוס, בלשון הבוטה המוכרת לנו, המגנה את הפוליטיקאים שאינם משלימים עם ההלכה, שפוגעים כביכול בשלטון החוק, שהופכים את ישראל למדינת עולם שלישי ועוד ועוד. במצב הנוכחי, שבו

63 בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693 (1969).

64 ראו, למשל, את דבריו של פרופ' אהרן ברק בריאיון עיתונאי של שחר אלטרמן "אהרן ברק מציג: ברוכים הבאים לעולם השלישי" nrg 12.4.2008 www.nrg.co.il/online/1/ART1/720/228.html "דיקטטורה של השופטים בישראל" זה בכלל דבר הבל. אם אני מפרש חוק יסוד באופן שהממשלה או הכנסת לא רוצים, באמריקה זה הסוף, משום שאין אפשרות מעשית לתקן את החוקה האמריקנית. בארץ זה הבל, משום שאת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שסביבו זה מסתובב, אפשר לתקן ברוב של שניים נגד אחד. הקואליציה יכולה לתקן את זה בכל רגע. אז איזה דיקטטורה יש פה?"

הפוליטיקה סובלת מחולשה ניכרת, לא יהיה לפוליטיקאים קל להתמודד עם המצב, גם אם הדבר יהיה חיוני לבטחון ישראל.

לכל אלה מצטרף גורם דרמטי ששינה את המציאות הפוליטית. בשנים האחרונות, זה יותר מתריסר שנים, נמצאו כל ראשי הממשלה בחקירות – אריאל שרון, בנימין נתניהו, אהוד ברק ואהוד אולמרט (נגד האחרון אף הוגש כתב אישום). בתקופה שבה כיהנתי בממשלה נערכו חקירות או "בדיקות" נגד חלק נכבד מאוד מן השרים, אשר רובן נסגרו אך לאחר שהיו פתוחות במקרים לא-מעטים במשך תקופה ארוכה. לכך מצטרפת העברה המפוקפקת של הפרת אמונים, אשר נותנת בידי התביעה (ולאחר-מכן בידי בית-המשפט) כוח בלתי-מוגבל כמעט, בכך שהיא מאפשרת להפוך בדיעבד התנהגות נפוצה, כגון מינוי פוליטי, לעברה פלילית. כאשר זה המצב, פוליטיקאים מתחילים לחשוב שיש קשר בין השאלה אם הם יוצאים נגד בית-המשפט לבין הסיכון שתפתח חקירה נגדם, מה-גם שכדי לשחק את השר או את חבר-הכנסת למשך שנים לא-מעטות, אין צורך בהגשת כתב אישום, אלא די בפתיחת חקירה נגדו.

בהקשר הנוכחי לא אדון בשאלה אם אכן קיים קשר כזה, ואם מי שפועל בדרך שאינה לרווחה של הנהגת השופטים בבית-המשפט העליון, אשר הובילה את המהפכה החוקתית, או בניגוד לרצון הנהגתה של מערכת אכיפת החוק, אכן גדל לגביו הסיכון שיינקטו נגדו הליכים פליליים או שתפתח חקירה נגדו. מכל מקום, לענייננו די לומר שקיימת אמונה עזה, ששותפים לה אישים רבים בפוליטיקה ובתקשורת, שזה אכן המצב.⁶⁵ לא למותר לציין כי לאמונה זו, בין אם היא נכונה ובין אם לאו, יש השפעה

65 קיימות ראיות למכביר בדבר קיומה של אמונה כזו. די להזכיר את הדברים שאמר בשעתו היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז, סמוך לאחר מינויו לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, בדבר "סימון מטרוט". הוא התכוון, כמובן, למה שנעשה בתקופת קודמיו. אך מה הפוליטיקאים והציבור בכללותו צריכים לחשוב לנוכח דברים אלה? הדברים עצמם עוררו סערה. מבין ההדים הרועשים בתקשורת אזכיר את מאמרו של יואב יצחק "מזוז יבדוק תהליך קבלת ההחלטות בתיק האי היווני" www.news1.co.il/Archive/001-D-48270-00.html 16.6.2004 ובכלל זה פגישותיו של מזוז עם אנשי הפרקליטות והודעותיו בדבר האמון שלו בהם. ניתן גם להצביע על דברים שאמר פרופ' אמנון רובינשטיין בריאיון למוסף הארץ מיום 16.2.2007. בתשובה לשאלה אם בשר יוסף (טומי) לפיד או בשר אחר, "ידידותי למערכת", היו נוהגים אחרת מכפי שנהגו בחיים רמון, השיב רובינשטיין: "אני לא אומר זאת. אבל אני שומע זאת מכולם. אותי עצמי הזהירו שלא אקח את תיק המשפטים ללא עורך דין צמוד. איש רציני ביותר אמר לי ששר המשפטים הוא התפקיד המסוכן ביותר". היש ספק בדבר משמעותם של דברים אלה? בהקשר זה אזכיר גם את דבריו של חבר-הכנסת צבי הנדל, שצוטטו לא אחת, ולפיהם "עומק העקירה כעומק החקירה". משמעותם הייתה שאריאל שרון מבצע את הנסיגה מעזה ואת עקירת היישובים הכרוכה בכך מחמת החקירות הפליליות המתנהלות נגדו. במילים אחרות, מכיוון שהנסיגה נתמכת על-ידי השמאל (ולהנחת הימין, בית-המשפט העליון ומערכת אכיפת החוק מצדדים בעמדות אלה), יתרמו הנסיגה ועקירת היישובים למניעת העמדתו של שרון לדין. אני עצמי מאמין ששרון לא פעל משיקול זה, אך הדברים שנאמרו ממחישים היטב את האמונה השוררת בחוגי הימין, ומן הסתם לא רק בקרבם, שלפיה מדיניות מתאימה מהווה הגנה מפני החליף הפלילי.

דרמטית על התנהגות השלטון, וכי מדובר בגורם משמעותי אשר מרסן – ופעמים אף מונע – כל ניסיון לתקן הלכה שגויה של בית-המשפט העליון או לבטלה, לפחות כאשר מדובר בסמכויות של בית-המשפט או בנושא שמערכת המשפט ואכיפת החוק רגישים לו או כאשר הפרקליטות או היועץ המשפטי מתנגדים לתיקון. בהקשר זה אצטט דברים אחדים שאמר נציב המדינה שמואל הולנדר עם סיום תפקידו:

”שמע, יש ישיבות ממשלה שיושב שר שתלוי ועומד נגדו תיק, או חקירה, או בדיקה... כי מישהו הגיש תלונה, ועכשיו בודקים. בינתיים יש הצבעה בנושא שקשור לפרקליטות. מה אתה חושב שהשר הזה יצביע? עם הפרקליטות או נגדה? והם יחזיקו את התיק שלו פתוח שנים... הוא כמו בן ערוכה. תלוי במוצא

אישים מובילים בתקשורת כתבו לא פעם ברוח זו על חקירות שנפתחו ועל חקירות שנסגרו. אזכיר, למשל, את מאמרו של אמנון דנקנר “משפט פשוט” **מעריב** 28.7.2007. לא אצטט את הדברים הבוטלים שנאמרו בו, אלא אתיחס רק לדבריו בדבר שלוש אסכולות שקיימות לדעתו בכל הנוגע בשימוש בעברה של הפרת אמונים של עובדי ציבור: אסכולת בית הלל, אסכולת בית שמאי ואסכולת תלוי כמי מדובר, שלפיה מערכת המשפט נוהגת בהתאם לשאלה “הלנו אתה או לצרינו”. ראו גם את מאמרו של בעז אוקון “תשכחו מבוזגלו” **ידיעות אחרונות** 9.7.2009, שבו דובר על אלה הנמצאים “מעל לכל חשד” לעומת אלה ש”מתחת לכל חשד”. ניתן גם לעיין במאמרו של בן כספית “בוושינגטון הבינו: לביבי חשובים הדיבורים” **מעריב** 15.5.2010. לאחר כותרת-המשנה “חכו עם המסקנות” יש התייחסות, בין היתר, לחקירות של אולמרט, תוך השוואה ליחס כלפי אלה הנכללים בקטגוריה של “אבירי שלטון החוק” (ביניהם התובע במשפטו של אהוד אולמרט). מה צריכים לחשוב הפוליטיקאים והציבור הקוראים דברים אלה? והאם הדברים מבטאים רק את דעת הכותבים או שמא הם מבטאים אמונה השוררת בקרב קהל רחב? כדאי גם לעיין באתר של גדי טאוב, בפרסום מיום 19.10.2009 הנושא את הכותרת “ציטוט – בן כספית על אהוד ברק ושלטון הצחוק” (www.gaditaub.com/hblog/?p=494), ובו הוא מצטט את הדברים הבאים שכתב בעצמו בשעתו בעיתון **ידיעות אחרונות**: “רק לפני חודשיים התייצב [היועץ המשפטי לממשלה] בפני הממשלה ודרש בתוקף למנוע חקירה של עבירות לכאורה שביצעו רשויות אכיפת החוק בפרשת רמון. משהו מדאיג מאד קורה אם היועץ חושב שסביר להשתיק במקום לחקור, ועוד יותר מדאיג שהממשלה נכנעה לעזות המצח הזאת. קשה לדעת. אולי התגנב חשש לליבם של השרים – חשש לא מוצדק, יש לקוות – שאם ימרו את פי היועץ יעלה להם הדבר בחקירה. ועד שיתברר אם יש בה ממש או לא, ראשם הפוליטי כבר יערף.” ראו גם את מאמרו של משה גורלי “משר הביטחון, בחברות” **כלכליסט** 21.4.2010, ובו סופר “כי שר הביטחון אהוד ברק שיגר מכתב לנשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש, ובו ביקש ממנה לדחות בחצי שנה את הדיון בהריסת הבתים בהתנחלות עלי. זאת מתוך התחשבות במותם של הקצינים רועי קליין ואלירז פרץ שמשפחותיהם מתגוררות במקום”. בהמשך הדברים נאמר על שר הביטחון אהוד ברק, בין היתר: “הסיפור האחרון הוא בסטארט-אפ של אשתו לייצוג אנשי עסקים. לא נערכה אפילו בדיקה משטרתית נגד הזוג. ככה זה כשאתה בצד הנכון של שלטון החוק. עכשיו אפשר רק לדמיין את הכותרות אילו עליזה אולמרט היתה פותחת סוכנות ייצוג, או אילו נתניהו היה כותב בקשות לביניש.” כדאי גם לעיין ברשימתו של בן כספית “הגרסה שלו” **מעריב** – **מוסף פסח** 18.4.2011, שבה מסופר כיצד שימש איום במשפט פלילי לסיכול מינויו של אורי בר-לב לתפקיד מפכ”ל המשטרה. מסתבר שבאיום לא היה כל ממש, והתיק נסגר, אך המינוי סוכל.

פיהם ובהחלטה... אחת של שיקול דעת אולטימטיבי. השר הזה צריך להיות גיבור, שמשון הגיבור ממש, כדי להצביע נגד עמדת הפרקליטות או היועץ המשפטי בממשלה. ממש מתאבד שיעי.⁶⁶

בהמשך הוסיף שמואל הולנדר את הדברים הבאים:

"ישבתי פעם בוועדה לאיתור פרקליט מדינה... באו להעיד בפנינו שורה ארוכה של בכירים מהפרקליטות שהיו מועמדים... וסיפרו לנו דברים שמאוד הטרידו אותנו. על תיקים של שרים ובכירים שמחזיקים פתוחים ומושכים זמן למרות שיודעים שאין כלום. לא ממהרים. ושמעתי את זה מפי הגבורה ממש. מהאנשים מבפנים. וצריך להיות עיוור כדי לא לראות את זה. ואנחנו פשוט התפתלנו על הכיסאות כששמענו את זה."⁶⁷

פרק ו: על הפרדת הרשויות, הסמכות החוקית והסמכות לטעות

בהקשר הנוכחי לא אדון בשאלה הרחבה של היחס בין הרשויות. אתייחס לנקודה אחת בלבד, והיא שלפי הנחתי יש לכל אחת מהרשויות תחום שבו החלטתה היא סופית ואינה כפופה לבקרה של בית-המשפט. כידוע, אהרן ברק חולק על כך, והוא אף מצא ביטוי נאה שלפיו "תחום שהוא לא שפיט הוא חור שחור".⁶⁸ "חור שחור" זה הוא מן הסתם פגיעה בשלטון החוק, ומי יודע אילו פגמים נוספים דבקו בו. אכן, הציטטה המלאה יותר מדברי השופט ברק כוללת את הטענה שלפיה "תחום שהוא לא שפיט הוא חור שחור שבו אין דיין, שהרשות המבצעת עושה מה שהיא רוצה".⁶⁹ מכיוון שכך, אפתח ברשות השופטת כדי לראות אם דבקו בה "חורים שחורים" כלשהם. אכן, מסתבר שפסק-דין של בית-המשפט העליון שאין עליו דיון נוסף (או שהוא עצמו ניתן בדיון נוסף), בערעור פלילי או אזרחי או בבג"ץ, פטור מבקרה שיפוטית ואינו שפיט. האם מכאן נובעת המסקנה כי זהו "חור שחור" שאין בו דיין ולפיכך הרכב השופטים בעליון עושה "מה שהוא רוצה" או שמא האמירה כי מי שאין עליו דיין "עושה מה שהוא רוצה" חלה רק על הרשות המבצעת? יתר על כן, כידוע, פסקי-הדין של הערכאות השונות, כולל בית-המשפט העליון, אינם נקיים משגיאות ומטעויות. כך, במשפט אזרחי, בית-המשפט העליון עשוי לפסוק

66 בן כספית "האיש שהיה שם" מעריב – מוסף פסח 18.4.2011, 45–46.

67 שם.

68 ראו, למשל, רועי מנדל "אהרן ברק: תחום לא שפיט הוא חור שחור" ynet 29.2.2008 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3512840,00.html

69 שם.

כי על פלוני לשלם סך מיליון ש"ח לאלמוני, ופסק-הדין עלול להיות שגוי – למשל, עקב התבססותו על עדויות מוטעות. אולם לפלוני אין סעד. פסק-הדין הוא סוף-פסק. אם הוא מבוסס על הלכה שגויה (אשר נהפכת מכוח פסק-הדין, ipso facto, לדין עצמו, כלומר, להלכה נכונה), אפשר, לפחות באופן תיאורטי, שהכנסת תבטל את ההלכה ותקבע הלכה נכונה או נאותה. אולם את הנעשה אין להשיב: פלוני יידרש לשלם את החוב שאין הוא חב בו. חמור אולי אף יותר הוא המקרה שבו אלמוני נידון למאסר על לא עוול בכפו. משייהפך פסק-הדין השגוי לסופי, יהא על אלמוני לשאת את העונש שנגזר עליו. קיימות אומנם אפשרויות מצומצמות למשפט חוזר, ולעיתים נדירות – לחנינה, אולם על-פירוב זהו סוף-פסק. אין בג"ץ. אין ולא כלום. נותר רק מאסר, שאותו יהא על האלמוני החף מפשע לשאת.

האם זהו "חור שחור"? פגיעה בשלטון החוק? אות לכך שבית-המשפט "עושה מה שהוא רוצה"? התשובה לכך היא שכל המערכות שאנו עוסקים בהן הן מערכות אנושיות. בכלן ייתכנו טעויות, ועם כל הנסיונות להימנע מהן, אפשרות הטעות היא בלתי-נמנעת. השאלה היא רק מהי הרשות שבידה נפקיד את ההחלטה הסופית, מתוך ידיעה שטעותה אינה ניתנת לתיקון. התשובה לכך היא שבשאלת חבותו של פלוני לאלמוני או בשאלה אם אלמוני ביצע עברה, הרשות המוסמכת להחליט היא הערכאה המשפטית הגבוהה ביותר. סמכותה זו להחליט כוללת גם את הסמכות לטעות, ואנו יודעים היטב שאין דרך לתיקון טעות זו וכי הטעות היא סופית. הטעם לכך נעוץ בהנחתנו שזה הגוף הטוב ביותר שיש ביכולתנו להקים למטרה זו, וכי הסיכון שתקרה טעות – סיכון שקיים תמיד – נמוך יותר במצב זה מאשר אילו הופקד הנושא בידי גוף אחר. הקמת ערכאה נוספת או גוף אחר שיטפלו בעניין לא רק שלא תפתור את הבעיה, אלא עלולה אף להגדיל את הסיכון לטעות.

מצב מקביל קיים לגבי החלטות דוגמת קשירת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה, יציאה למלחמה (מלחמת סיני, מלחמת ששת-הימים, מלחמת לבנון) או הפצצת הכור בעיראק. לגבי כל ההחלטות הללו היו – ומן הסתם יש גם כיום – כאלה הסבורים כי הן היו נכונות וכאלה החולקים על כך. מבחינת מבנה השלטון והפרדת הרשויות השאלה היא בידי מי אנו רוצים להפקיד את ההחלטה הסופית בנושאים אלה, כולל האפשרות – שהיא אולי גורלית – שתיעשה טעות, וזאת בידיעה שהטעות אינה ניתנת לתיקון. התשובה היא שנושאים אלה מופקדים בידי הממשלה, אשר עלולה אולי לטעות, אך זוהי טעות סופית, וכל ניסיון של בית-המשפט להתערב בעניינים אלה במגמה לתקן טעות, אמיתית או מדומה, רק יגדיל את הסיכון לטעות ויגרור נזקים נוספים.

לפיכך כל הנושאים הללו אינם שפיטים, וזו המשמעות של העדר שפיטות. האם זהו "חור שחור"? פגיעה בשלטון החוק? אות לכך שהממשלה "עושה מה שהיא רוצה"? התשובה לכך היא שאנו רוצים להפקיד נושאים אלה בידי הממשלה, שנבחרה בהליך דמוקרטי, ואנו סבורים כי זו הדרך להבטיח שהסיכון לטעות יהיה נמוך עד כמה שאפשר, וכי כל מעורבות של גוף נוסף, דוגמת בית-המשפט, לא רק שלא תצמצם את הסיכון לטעות, אלא אף תגדיל אותו במידה רבה. אין זה "חור שחור", בדיוק כשם שהעדר בג"ץ על בג"ץ אינו חור שחור, אלא עניין המהווה חלק מן השיטה.

בעניין ריינר נ' ראש הממשלה⁷⁰ פסק בית-המשפט העליון ובצדק, בפסק-דין המשתרע בנקודה זו על פחות מעמוד אחד, כי השאלה של קשירת יחסים עם גרמניה אינה שפיטה, כי אין לבית-המשפט כלים משפטיים לבחון אותה, וכי בעניין זה אין הוא נהנה משום יתרון על הממשלה. אהרן ברק מטיל ספק בהלכה זו, ובפסק-דין רסלר נ' שר הביטחון⁷¹ הוא מציג את השאלה מדוע אי-אפשר להעביר גם שאלה זו במבחן הסבירות. התשובה לכך היא שנושא זה הופקד בידי הממשלה על-מנת שתחליט בו סופית. היא עלולה אומנם לטעות, אולם הנחתנו היא שהסיכון לטעות עלול לגדול במידה ניכרת אם בית-המשפט ינסה להעביר שאלה זו במבחן הסבירות. במילים אחרות, הסיכון שממשלת בן-גוריון (וכן כל ממשלה אחרת שנבחרה בהליך דמוקרטי) תטעה בנושא זה נמוך בהרבה מהסיכון שבית-משפט בראשות הנשיא ברק (או כל בית-משפט אחר) יטעה במהלך ניסיון לבקר את ההחלטה מטעמי סבירות. סיכון כזה של ביקורת מטעמי סבירות אין אנו מוכנים ליטול על עצמנו, שכן בעניין זה הסיכויים שבית-המשפט יטעה גדולים לאין ערוך מהסיכון שהממשלה תטעה. יתר על כן, לביקורת השיפוטית בנושאים אלה יש מחיר כבד בדמות עיכוב, ערפול וסרבול, ומחיר זה מצטרף לנזק ולסיכון הטמונים בעצם הביקורת השיפוטית.

השופט ברק מעלה באותו עניין את השאלה הבאה, התיאורטית לחלוטין: מה אם יסתבר שההחלטה על קשירת יחסים עם מדינה זרה או (אני מרשה לעצמי להוסיף) על הפצצת הכור בעיראק התקבלה בעקבות שוחד שניתן למי מהיועצים שטיפלו בנושא? התשובה לשאלה תיאורטית זו היא מורכבת, אך אינה גורעת מן האמור לעיל, ואתיחס אליה בקצרה בלבד.

ראשית, שאלה תיאורטית זו יכולה כמובן להתעורר גם לגבי פסק-דין "סופי" של בית-המשפט העליון, אשר ברגיל אינו שפיט. במקרה כזה הוא ייהפך לשפיט (כשם

70 בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט(2) 485 (1965).

71 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 479, 441 (1988). מאז מונה ברק לתפקיד נשיא נהפך כנראה הביטוי "בלתי-שפיט" למוחרם בפסיקה הישראלית, למעין מילה גסה שאסור להשתמש בה. כך אירע אפילו בבג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001), שעסק במשא-ומתן המדיני שניהל ראש הממשלה דאז אהוד ברק עם הרשות הפלשתינית לאחר התפטרותו. בעיניי היה ניהול משא-ומתן זה בלתי-סביר לחלוטין, ולמרות זאת היה הנושא בלתי-שפיט. אולם במקום לדון בעתירה בעניין כה מובן מאליו בהרכב של שלושה שופטים בלבד, ולדחותה מחמת העדר שפיטות בפסק-דין קצר בן שורות ספורות בלבד, נידון העניין לפני שבעה שופטים, ופסק-הדין, אשר דחה את העתירה ברוב דעות, משתרע על כמעט 20 עמודים ומוקדש בעיקרו ל"מתחם הסבירות". איש מהשופטים לא הרהיב עוז להשתמש במונח המובן מאליו "העדר שפיטות", אף לא השופט זמיר, אשר ציין כי לא ידוע לו על שום מדינה שבה הוגשה עתירה כזו. "ומדוע? משום שגם באותן מדינות מקובל כי הביקורת על ניהול משא ומתן מדיני על-ידי ממשלה יוצאת, גם כאשר מושמעת טענה כי המשא ומתן בלתי מוצדק ואף בלתי סביר, מופקדת בידי הנבחרים, או במישרין בידי הציבור, ולא בידי בית-המשפט" (שם, בעמ' 479). ובהמשך הדברים: "לבית-המשפט... אין כשירות להעריך אם משא ומתן מדיני זה או אחר הינו סביר, או שמא הוא חוצה את הגבול של מיתחם הסבירות" (שם). האם לא משתמע מכך שהנושא בלתי-שפיט? ואם כן – מדוע לא לומר זאת? האם היה השימוש במילים הפסולות מכעיס את הנשיא ברק?

שהוא עשוי להיות שפיט אם הושג במרמה) ויהיה אפשר לתבוע את ביטולו. הדבר אינו שולל את האמור לעיל, קרי, שברגיל פסק־דין כזה אינו שפיט, בוודאי לא מטעמים של סבירות או טעות בחוק.

לגבי החלטות הממשלה הדבר מורכב יותר. בחלק מהן הזמן הוא מרכיב מרכזי. לפיכך, אם נתייחס לדוגמה של הפצצת הכור בעיראק, אילו עלתה טענה של שוחד, גם אז לא היה הנושא שפיט, ולא היה בכך עילה להוציא צו מניעה לעיכוב הפעולה או לביטולה. הנזק מעיכוב פעולה כזו לצורך בירור טענת שוחד, אשר קרוב לוודאי שתתברר כטענת־סרק, הוא כבד עד כדי כך שמוטב שבית־המשפט ימשוך את ידו מן העניין. מובן שלאחר מעשה אפשר לברר את הנושא, ובמידת הצורך לנקוט הליך פלילי נגד מי מן המעורבים בהחלטה שעולה כלפיו חשד לאשמה.

כך גם לגבי קשירת יחסים עם מדינה זרה. הנזק מהעיכוב הוא כזה שמוטב שבית־המשפט לא יעסוק כלל בנושא. יתר על כן, אפילו נניח שהוכח לאחר מעשה כי ניתן שוחד, גם אז הייתי גורס כי אין זה מעניינו של בית־המשפט להורות על ניתוק היחסים עם אותה מדינה. זוהי החלטה מרחיקת־לכת שיש לה השלכות בתחומים שבית־המשפט אינו כשיר לעסוק בהם ולא הוסמך לכך. במקרה כזה השאלה בדבר המשך היחסים עם אותה מדינה צריכה לחזור לממשלה להחלטה. מובן שאם ניתן שוחד, יהיה מקום לנהל הליך פלילי נגד האחראי לכך, אך זהו, כמובן, נושא נפרד.

פרק ז: על סכנות החוקה וסכנות הפסיקה

אומרים שחוקה היא דבר נפלא. עובדה – "לכולם כבר יש". לכן גם אנו זקוקים לה. להמחשת חשיבותה ניתן להצביע על שורה של בעיות שבכוחה לפתור: תארו לכם שהכנסת תחוקק יום אחד חוק אשר מבטל את הבחירות ומורה כי היא ממשיכה בכהונתה. מי יצילנו מידה אם לא חוקה ובית־המשפט העליון? שאלות מסוג זה מניחות שורה של הנחות: ההנחה האחת העומדת בבסיס השאלה היא שהכנסת היא גוף לא־אחראי, שכן היא מסוגלת יום אחד לבטל את הדמוקרטיה, ולכן אנו צריכים מישהו שישגיח על האנשים הלא־אחראים האלה. ההנחה השנייה היא שמי שמסוגל לעשות זאת הוא כמובן בית־המשפט העליון, שבו יושבים אנשים נבונים, שקולים וחכמים, אשר "אף פעם לא שוגים". לכן, מכיוון שהכנסת מועדת לשגיאות ולטעויות, ומכיוון שיש לנו מישהו שאנחנו יכולים לסמוך עליו, הדעת נותנת שנמסור לידיה את הפיקוח וההשגחה על הכנסת.

על כך נוהגים גם להוסיף כי אין אנו צריכים לחשוש מבית־המשפט, שהרי לא רק שנמצאים בו אנשים שקולים, נבונים וחכמים, אלא שהוא גם מוסד מוגבל בסמכויותיו, כוחו דל, ולפיכך אין בו סכנה. כידוע, הביטוי שלפיו אין לבית־המשפט "לא חרב ולא ארנק" נפוץ בהקשר זה, ואף חביב על השופט ברק, ואין גם תמה שהוא מופיע בהקשר

שבו בית-המשפט נוטל לעצמו את הסמכות לפקח על חוקי הכנסת. וכך אומר השופט ברק בהקשר זה:

"אכן, אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק. כל שיש לו הם עצמאותו ואי תלותו. לחם חוקו הינם ערכי היסוד, ביניהם הוא מאזן באופן אובייקטיבי. אין הוא מחפש כוח. אין הוא תאב שלטון. אין הוא מבקש להטיל השקפתו האישית על החברה. הוא מבקש אך לעשות צדק במסגרת המשפט, ולעשות משפט שיהיה צודק."⁷²

הדברים הללו, המבקשים להסביר את העובדה שבית-המשפט נוטל לעצמו את הכוח האדיר של פיקוח על חקיקת הכנסת ואף ביטולה, כוללים את שני הצידוקים לכך: האחד, בית-המשפט הוא גוף חלש, שהרי "אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק"; והאחר, השופט הוא טהור וצדיק, ומלבד זאת הוא נקי מיצרי העולם הזה. הוא נקי שכן "לחם חוקו הינם ערכי היסוד... הוא מבקש אך לעשות צדק". הוא גם נוטל יצר כוח ושלטון, שהרי "אין הוא מחפש כוח. אין הוא תאב שלטון". אחרי דברי השבח הללו, שבית-המשפט מרעיף על עצמו, מי ירהיב עוז להתנגד לעוצמה שהוא נוטל לעצמו?

הדברים שלפיהם "אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק" לקוחים כידוע מחיבורו של אלכסנדר המילטון, שפורסם בפדרליסט מס' 73, 78 ומשקפים אולי את המצב כפי שהובן באותם ימים. על כך הוסיף המילטון כי "הרשות השופטת, מטבע תפקידיה, [היא] הפחות מסוכנת לזכויות הפוליטיות של החוקה". גישה זו רואה בכל רשות שלטונית את הצד המסוכן שבה לזכויות הפרט, ולתפיסתו של המילטון הרשות השופטת היא הפחות-מסוכנת (The least dangerous branch) – ביטוי ששימש כותרת לספר מאת משפטן אמריקאי נודע⁷⁴). עם זאת אימץ המילטון עצמו את ההשקפה שלפיה "אין כל חירות אם לא תופרד סמכות השפיטה מסמכויות החקיקה והביצוע"⁷⁵. דברים אלה נאמרו מן הסתם נגד הענקת סמכות שפיטה לגוף המחוקק, אך הדעת נותנת שכוחם יפה גם כאשר הרשות השופטת נוטלת לעצמה סמכות חקיקה. כידוע, אצלנו נהפכה "החקיקה השיפוטית" למרכיב מרכזי במשפט הישראלי, והדברים שבציטטה מלמדים על הסכנה הגלומה בצירוף של סמכויות אלה, אשר קיימת בין שהצירוף נעשה ברשות המחוקקת ובין שהוא נעשה ברשות השופטת.⁷⁶

72 עניין **בנק המזרחי המאוחד בע"מ**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 427.

73 אלכסנדר המילטון, גיימס מדיסון וג'ון גיי **הפדרליסט** 388 (אהרון אמיר מתרגם, 2001).

74 ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1986).

75 המילטון, מדיסון וגיי, לעיל ה"ש 73. ראו גם את דבריו של מונטסקייה ברוח זו המובאים בפדרליסט מס' 47 (שם, בעמ' 245–246), שלפיהם: "אילו חוברה הסמכות לשפוט עם סמכות החקיקה, היו חייו וחירותו של הנתין נתונים לפיקוח שרירותי, שהרי אז היה השופט גם המחוקק."

76 הפגיעה החמורה ביותר בזכויות אדם ובעקרונות-יסוד של שיטתנו, הנגרמת מצירופן של סמכויות חקיקה וסמכויות שפיטה ברשות השופטת, היא כתחום המשפט הפלילי, כאשר העברה של "מרמה

מכל מקום, כיום לא יכול להיות ספק כי הדברים שנאמרו לפני יותר ממאתיים שנה איבדו מתוקפם. כיום ניתן לומר ללא היסוס כי לבית-המשפט יש גם ארנק וגם חרב, לא פחות מאשר לממשלה. כאשר בית-המשפט מחליט על הגדלת הפיצויים שישולמו בעקבות הניתוק מרצועת עזה,⁷⁷ הוא מושך את התשלום מאיזשהו ארנק, שאינו ארנק הפרטי של השופטים; כאשר מחליטים כי לפלשתינים שנפגעו באינתיפאדה ישולמו פיצויים,⁷⁸ אזי יש איזשהו ארנק שמתוכו משלמים בהתאם לפסיקת בית-המשפט; וכאשר מחליטים על מיגון יישובים בעוטף עזה, יש ארנק שממנו מושכים את מחיר המיגון. הדבר האחד שניתן לומר ביחס לארנק שעומד לרשות בית-המשפט הוא שבית-המשפט פטור מלדאוג לכך שהוא יהיה מלא. את זה יעשה בעבורו משהו אחר. הממשלה ובית-המשפט פונים לאותו ארנק, כלומר, לאוצר המדינה.⁷⁹ ההבדל הדרסטי בין השניים אינו נעוץ בגישה לארנק, אלא בכך שעל הממשלה מוטלת האחריות לדאוג לכך שהארנק יהיה מלא ושהמדינה לא תיקלע למשבר כלכלי עקב משיכות הכספים ממנו, ואילו בית-המשפט פטור מכל אחריות בנושא זה, כמו-גם בנושאים אחרים.

דברים אלה כוחם יפה גם ביחס לחרב. חרב זו היא כמובן סמכותה של המדינה להשתמש בכוח, בין כוח צבאי ובין כוח משטרה. בלשון בוטה יותר מדובר בכוחה של המדינה להפעיל אלימות לשם הגנה על הציבור. והנה מסתבר כי לבית-המשפט יש גישה לאותה חרב, הנתונה לא פעם בידי. בית-המשפט מוסמך לשלוח אנשים לבית-סוהר. מי שלא קיים צו של בית-משפט או נהג לא כראוי באולם בית-המשפט צפוי לכך שבית-המשפט ינקוט נגדו סנקציה מתאימה, ואף יורה לשלוח אותו למאסר בשל בזיון בית-המשפט. הממשלה, אגב, אינה מוסמכת לשלוח אנשים לבית-הסוהר. כדי שהממשלה תשלח אנשים לבית-סוהר, משהו צריך להגיש כתב אישום, ומשהו צריך להחליט על כך. למעשה, ההליך כולו נתון בידי גופים עצמאיים (הפרקליטות ובית-המשפט). בית-המשפט הוא שמחזיק את השליטה בשליחת אנשים לבית-הסוהר. גם כאן, בית-המשפט פטור מהדאגה להקמת בתי-הסוהר ולתפעולם, כשם שהוא פטור בנושאים אחרים

והפרת אמונים" משמשת לבית-המשפט קולב או נקודת משען לחקיקתן של עברות חדשות וכד כבד – באותו הליך עצמו שבו מייצרים את העברות – לשפיטת הנאשם בגינן. די לאזכר את הפרשה האחרונה שבה נידון צחי הנגבי על מינויים פוליטיים אך זופה ברוב דעות, כאשר אחד משופטי הרוב ביסס את הזיכוי על הגנה מן הצדק. ראו ת"פ (שלום י"ם) 4063/06 **מדינת ישראל נ' הנגבי** (טרם פורסם, 13.7.2010). מאימתי נהפכו מינויים פוליטיים, שהיו נהוגים במדינה מאז ומתמיד (ונהוגים גם במדינות רבות אחרות), לעברה פלילית? ומהו מספר המינויים המהווה עברה – האם די במינוי אחד או שמה יש צורך במספר רב של מינויים? ומה בדבר מינוי פוליטי של מי שכשיר לתפקיד – האם גם זו עברה? ואם מינויים פוליטיים צריכים להיות עברה, האין זה ראוי לפנות לכנסת ולבקש שתקבע זאת בחוק? דיון מפורט בנושא זה חורג ממסגרת רשימה זו.

77 עניין **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 60.

78 בג"ץ 8276/05 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (לא פורסם, 12.12.2006).

79 כאשר בית-המשפט מחייב אדם פרטי או גוף שאינו גוף שלטוני בתשלום לאדם אחר, תהא כמובן משיכת הכספים מארנקו של מי שחויב בדיון – במקרה זה ארנק פרטי.

מהאחריות ליישום החלטותיו ולמימון ההוצאות הכרוכות בכך. אולם ההחלטה על שליחת אדם למאסר – קרי, על הפעלת אלימות קשה כלפיו – היא החלטה של בית-המשפט.

הדברים שלפיהם אין לבית-המשפט חרב או ארנק מנותקים אפוא לחלוטין מן המציאות. בית-המשפט אוהז גם בחרב וגם בארנק, והחלטותיו עשויות לגעת בכל אחד מהם. ההחלטות של בית-המשפט הן משמעותיות ביותר, ועשויות לקבוע את גורל המדינה. האמירות שלפיהן אין לבית-המשפט חרב או ארנק, שלפיהן בית-המשפט הוא "חלש" ואין לו עוצמה, לא נועדו אלא להפיג את החשש מעוצמה זו ומסכנותיה. גם לקביעה כי בית-המשפט הוא מגן הדמוקרטיה יש להתייחס בזהירות הראויה. אין לנו שום ביטוח שעוצמתו של בית-המשפט, בוודאי כאשר עוצמה זו מופרזת, תשמר רק להגנת הדמוקרטיה, וכי לא ייעשה בה שימוש שיפגע בדמוקרטיה ובבטחון המדינה ויערער אותם.

להלן שתי דוגמות שבמסגרתן ניתן לבחון את הנושא:

1. האם היה ראוי לאשר לעזמי בשארה ולתנועתו, תנועת בל"ד, להתמודד בבחירות לכנסת ולכהן בבית-הנבחרים בישראל? אילו הוצגה שאלה זו לשופטים אגרנט וזוסמן, הם היו משיבים בוודאות כי הדבר מסוכן לדמוקרטיה ומסוכן למדינת-ישראל. הם זכרו את ימיה ואת גורלה של רפובליקת ויימר. בית-המשפט העליון הישן ראה בשעתו סכנה בהימצאות אישים עם גישה כזו בבית-המחוקקים. גם השופט שלמה לויין, בדעת המיעוט, התייחס לכך באומרו:

"האם אין בהופעה פומבית... במדינת אויב, כשהיא לעצמה, מבלי להתחשב בנאומיו הפומביים האחרים של ח"כ בשארה כדי לשמש תמיכה במדינת אויב או בארגון טירור? דומה הדבר בעיני למקרה שבו היה לורד הוֹרֶה, מבקש על יסוד חוק מקביל לחוק יסוד: הכנסת להצביע בבחירות [הכוונה כנראה: להיבחר בבחירות – ד' פ"ן] לפרלמנט הבריטי.⁸⁰"

אולם בית-המשפט העליון החדש, ברוב דעות, לא ראה בכך כנראה סכנה, וגם בהמשך פרש את סוכת שלומו מעל עזמי בשארה, שזכה בהגנה מופלגת עד אשר יום אחד ברח, והנושא כבר נידון לעיל.⁸¹ מהן ההשלכות שיש להימצאותו בכנסת של אדם עם שיח כזה והופעות פומביות כאלה על התהליכים המתרחשים בחברה הערבית במדינת-ישראל? אילו השלכות יש לכך על החברה היהודית ועל יחסה לציבור הערבי שזהו אחד ממנהיגיו? איזו השלכה יש לכך על אויבי ישראל ועל סיכוייהם לפגוע בנו? השופטים זוסמן ואגרנט סברו כי הדבר מסכן את מדינת-ישראל ואת השלטון הדמוקרטי בה. רבים בוודאי לא יחלקו עליהם, ואני אוסיף ואומר כי איני סבור שלשופטי בית-המשפט העליון יש בעניין זה יתרון כלשהו על

80 עניין טיבי, לעיל ה"ש 41, בעמ' 82.

81 ראו הטקסט לאחר ה"ש 38.

חבריה הכנסת. לכן, משקבעה הכנסת את עמדתה בנושא, היה ראוי שבית-המשפט יכבד עמדה זו ולא יסכל אותה באמצעות פרשנות.

2. שאלה אחרת שהתעוררה אצלנו נגעה בזכות השיבה באמצעות נישואים, כלומר, בזכותם של אזרחים ישראלים לייבא למדינת-ישראל בני-זוג או בנות-זוג פלשתינים מחוץ-לארץ או מהשטחים המוחזקים בידי ישראל. שאלה זו, שיש לה השלכות גם על הדמוקרטיה וגם על אופייה של מדינת-ישראל, עדיין תלויה ועומדת. בשלב הראשון שבו התעוררה השאלה ניצלה מדינת-ישראל, על חודו של קול, מהחלטה הרסנית ומסוכנת של בית-המשפט העליון, וההוראה החוקית, המגבילה ייבוא בני-זוג פלשתינים למדינת-ישראל, נשארה בתוקפה.⁸² בהקשר זה יש להזכיר את אמנון רובינשטיין ואת התרומה החשובה מאוד שהייתה לו (ולשותפו למאמר ליאב אורגד) להצלתה של מדינת-ישראל.⁸³ ראוי גם להזכיר את השופט חשין, אשר הוביל את דעת הרוב הגבולית שבזכותה ניצלה מדינת-ישראל. אבל השאלה עומדת כנראה לחזור. מה יקרה אז, והיכן נהיה? האם נוכל לעצום את עינינו מול הסכנות הקיומיות הטמונות בפסיקותיו של בית-המשפט העליון ומול הצורך להתגונן מפני סכנות אלה?

מצער אולי לומר זאת, אבל אין בעולם מדינה מוסלמית-ערבית שהיא דמוקרטית. הפלשתינים והמוסלמים מחוץ לישראל, בשטחים ובמדינות ערב העוינות לנו, זוכים בחינוך האומר כי מדינת-ישראל אינה מדינה לגיטימית. מה יקרה למדינת-ישראל אם יגיעו לכאן מאה אלף, מאתיים אלף, שלוש מאות אלף אנשים (ואולי אף יותר) שזה הרקע שלהם? איזו מדינה תהיה לנו? האם תישמר הדמוקרטיה? האם תישמר המדינה? את ההחלטה בשאלה זו לא הפקדנו בידי בית-המשפט העליון. אין מדובר לא ב"כבוד האדם" ולא ב"דמוקרטיה". אבל הנושא חוזר לעניין הקולב והחליפה. בית-המשפט העליון אומר "זה כבוד האדם", "זה שוויון", "זה חלק ממה שהכנסת הפקידה בידי". אלא שעל דעתה של הכנסת לא עלה כלל להפקיד נושא זה בידי בית-המשפט העליון. בית-המשפט הוא שהחליט כי הנושא בידינו. אנחנו פוחדים מהכנסת עד כדי כך שאנו אומרים כי מישהו צריך לבקר אותה ולהשגיח עליה, אף שמעולם לא קרה בישראל שכנסת דחתה בחירות, מנעה הצבעה או באופן כללי לא הייתה דמוקרטית. אלה הטוענים כי "הכנסת הזו מסוכנת, תשימו עליה שומר" שוכחים שגם על השומר צריך לשמור, וכי השומר עלול להיות מסוכן בהרבה ממי שנתון לשמירתו.

82 בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא (2) 202 (2006).

83 אמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, ביטחון המדינה ורוב יהודי: המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315 (2006).

סיכום

הצבעתי לעיל על המגמה הכללית המשתקפת בפסיקת בית־המשפט העליון החדש. למגמה זו יש צד הנוגע בסמכות וצד הנוגע במהות. בכל הנוגע בסמכות, מדובר על כך שבית־המשפט נטל לעצמו סמכויות שלא הוענקו לו ואשר הוא לא היה רשאי ליטול לעצמו. מן הצד המהותי, פסיקתו מושתתת על הגישה הרדיקלית של זכויות אדם, אשר מתמקדת בפרט או בקבוצה שהוא משתייך אליה, ומייחסת משקל דל יחסית לסכנות האורבות לפתחו של הציבור בכללותו, שלא לומר מתעלמת מהן לחלוטין כמעט. כל שאומר לסיכום רשימה זו הוא שעלינו לדעת כי צריך לשמור על השומרים וכי יש לנקוט מהלכים שיבטיחו כי תהא זו שמירה ראויה.