

## מה קרה כאן למן שנות השבעים?

ביקורת ספרים: דניאל פרידמן הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושבירה  
(ידיעות אחרונות וספרי חמד, 2013), 631 עמודים

### מאת

מנחם מאוטנר\*

### מבוא

- א. עמדתו של פרידמן: בית-המשפט העליון
- ב. עמדתו של פרידמן: היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה
- ג. פגעי ההליך הפלילי
- ד. עמדות אחרות
- ה. שנות השמונים או שנות השבעים? בית-המשפט או לשכת היועץ המשפטי לממשלה?
- ו. לקחים
- סיכום

### מבוא

הספר הוא האיש. אם קוראים אותו, מבינים מה הפך את מחברו למשפטן אקדמי מצטיין כל-כך: ידע עצום, הרבה שכל טוב, הקפדה על פרטים, כתיבה זהירה.

זהו סיפור היסטורי, אף שבחלקו השני הוא נעשה היסטוריה אישית – עדות של מי שהיה שם. אבל זה גם ספר במדע המדינה, משום שהוא עוסק בשינוי החרף שחל בעשורים האחרונים ביחסי הכוח שבין בית-המשפט העליון, היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה, מצד אחד, לבין הממשלה והכנסת, מצד אחר. וכמובן, זה גם ספר משפטי, משום שהוא עוסק בשינויים הנרחבים שחלו בדוקטרינה של המשפט הישראלי בעשורים האחרונים, ובדרכי התפקוד של שני אתרים מרכזיים של מערכת המשפט: האחד הוא בית-המשפט העליון, והאחר הוא היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה.

כיצד נעשתה ההיסטוריה? תשובה: במפגש הייחודי בין בני-אדם – בדרך-כלל בני-אדם בעלי כוח וסמכות ממוסדים – לבין נסיבות פוליטיות, חברתיות ותרבותיות. הספר עוסק גם באנשים וגם בנסיבות הפוליטיות שבהן פעלו. התזה העיקרית שלו היא שהיה כאן מפגש ייחודי בין אנשים לבין נסיבות.

\* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה למשפט אזרחי השוואתי ולתורת המשפט ע"ש דניאל רובינשטיין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

## א. עמדתו של פרידמן: בית-המשפט העליון

"מעמיד אני תחילה, כנטייה כללית של כל המין האנושי, תשוקה מתמדת וחסרת מרגוע להשגת כוח אחר כוח, שאינה פוסקת אלא במוות", כותב הובס בלוי<sup>1</sup>. אכן, האנשים בסיפורו של פרידמן – ההובסיאני הריאליסט (ריאליסט במובן של היחסים הבין-לאומיים)<sup>2</sup> – היו תאבי כוח. "מאבק על שלטון החוק או מאבק על השלטון?" הוא שואל באחד מפרקי הסיכום של ספרו, ותשובתו: "מה שמסתתר פה איננו מאבק על שלטון החוק. זהו קרב על השלטון עצמו."<sup>3</sup> בית-המשפט של הדור הראשון,<sup>4</sup> הוא כותב, פעל בצנעה, וכאשר הפגין אקטיביזם שיפוטי, הוא עשה זאת לשם הבטחתן של זכויות האזרח הליברליות. בניגוד לו, בית-המשפט של הדור השני הפעיל את האקטיביזם הגורף שלו "במידה רבה כדי להפוך את בית המשפט לכוח מרכזי בניהול ענייני המדינה – גם בנושאים שלאזרח אין קשר ישיר אליהם".<sup>5</sup>

**הנסיבות שפרידמן דן בהן היו חולשה גדולה שפקדה את המערכת הפוליטית של ישראל החל בשנות השבעים, ואשר נמשכה לאורך כל שנות השמונים.**

רגע ההתחלה בסיפור ההיסטורי של פרידמן הוא מלחמת יום-הכיפורים, אשר גרמה לדבריו "אובדן מוחלט של אמון הציבור בהנהגה", והולידה "טענות נגד מפלגת השלטון בדבר שחיתות,

1 תומס הובס לוי<sup>1</sup> 68 (מנחם לורברבוים עורך, אהרן אמיר מתרגם, 2009).

2 ריאליזם הוא גישה ביחסים הבין-לאומיים שכמייסדה נחשב הנס מורגנטאו, אשר היגר מגרמניה לארצות-הברית בעקבות עליית הנאצים, ושימש במשך שנים רבות פרופסור באוניברסיטת שיקגו. על-פי גישה זו, היחסים הבין-לאומיים הם זירה של מאבק בין מדינות להשגת כוח צבאי, פוליטי וכלכלי, ומדינות פועלות באופן אנוכי, ולא על-פי עקרונות מוסריים. על-פי הריאליזם, שורשי התנהגותן זו של מדינות מצויים בטבע האנושי, שהוא אנוכי. בין ההוגים הנחשבים כמי שבדבריהם נמצאים שורשי של הריאליזם ניתן למנות את מקיאווולי והובס.

3 דניאל פרידמן **הארנק והחרב – המהפכה המשפטית ושבירה** 582 (2013).

4 "הדור הראשון" של בית-המשפט העליון הורכב מקבוצה של שופטים שמונו לתפקידם בשנים 1948–1954, וכיהנו במשך עשרים שנה ויותר, עד סוף שנות השבעים וראשית שנות השמונים של המאה העשרים. עם קבוצה זו נמנו השופטים שמעון אגרנט (שכיהן בשנים 1949–1976), משה זילברג (1950–1970), יואל זוסמן (1953–1980), משה לנדוי (1953–1982), צבי ברנזון (1953–1977) ואלפרד ויתקון (1954–1980). לקבוצה זו הצטרפו מאוחר יותר השופטים חיים כהן (שכיהן בשנים 1960–1981), אליהו מני (1961–1977), בנימין הלוי (1963–1969), יצחק קיסטר (1965–1975), משה עציוני (1970–1978) ויצחק כהן (1970–1983). מקובל לראות את השופט מאיר שמגר (שכיהן בשנים 1975–1995) כראשון מבין שופטי הדור השני של בית-המשפט העליון. על שופטי הדור הראשון ראו אליקים רובינשטיין **שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל** 137–167 (1980). ראו גם מנחם מאוטנר "בית-המשפט העליון – שלוש תקופות: 'זרות', 'עימות', 'הכלה'" **משפט ועסקים** י 585 (2009). פרידמן מדבר על "הדור הראשון" כעל "העידן הקלאסי" בהיסטוריה של בית-המשפט. לדבריו: "בעידן הקלאסי הורכב בית המשפט העליון מקבוצה קטנה יחסית של שופטים, שרובם המכריע מונה בגיל צעיר יחסית... מינוי בגיל צעיר הבטיח לשופטים תקופת כהונה ארוכה... התוצאה היתה יציבות בהרכבו של בית המשפט ולכידות בין השופטים... השינוי החל למעשה ב-1975, שלהי העידן הקלאסי, כאשר מונה לעליון היועץ המשפטי לממשלה מאיר שמגר, בהיותו בן 50... מינויו של שמגר מסמל את מעבר השרביט לדור הבא. מ'בית המשפט העליון הראשון', שפעל כ-35 שנה, לעידן של 'בית המשפט העליון השני' – מ-1983 ועד למינויו של אשר גרוניס לתפקיד הנשיא, באמצע 2012... היה זה בית משפט חדש." פרידמן, לעיל ה"ש

3, בעמ' 26–27.

5 פרידמן, שם, בעמ' 97.

פרוטקציה והעדפת מקורבים".<sup>6</sup> תאבי הכוח במערכת המשפט זיהו את החולשה במערכת הפוליטית, טוען פרידמן, ומכיוון שגם בחיים, כמו בטבע, לא ייתכן ריק, הם חדרו אל הריק, מילאו אותו, והמשיכו מתוכו להרחיב עוד ועוד את כוחם של המוסדות שבראשם עמדו, ואת כוחם האישי, כמובן.

מבנה יחסים זה שבין מערכת המשפט לבין המערכת הפוליטית נמשך לאורך כל שנות השמונים, כותב פרידמן. כך, במחצית הראשונה של שנות השמונים התרחשה "ההתעצמות האדירה בכוחה של מערכת המשפט, ו[ה]תבצע השלב הראשון בהתפתחות הדרמטית, שבה תאפיל הרשות המשפטית על שתי הרשויות האחרות".<sup>7</sup> לעומת זאת, "בולטת באותן שנים היחלשות מדאיגה של השלטון המרכזי, והוא מפגין חוסר יכולת להתמודד עם בעיות".<sup>8</sup> על המחצית השנייה של שנות השמונים כותב פרידמן כי "חולשתן של המפלגות הגדולות פגעה אנושות ביכולת המשילות", ו"במקביל חלה עלייה דרמטית בכוחו של הממסד המשפטי. בית המשפט העליון שינה את פניו ואת אופיו, אימץ מדיניות אקטיביסטית, ותרם בכך את חלקו להתערערות השלטון המרכזי".<sup>9</sup> ועוד כותב פרידמן על מאזן הכוח שבין הרשויות באותן שנים: "היתה זו ממשלה חלשה, שנשענה על רוב דחוק וסבלה ממאבקים פנימיים קשים. המשמעת הקואליציונית התרופפה, והממשלה איבדה את רסן החקיקה. היחלשות הממשלה העניקה לבית המשפט העליון יד חופשית להרחיב את סמכותו".<sup>10</sup>

עלייתו של האקטיביזם השיפוטי הגורף בפסיקה – אקטיביזם שהוכר על-ידי מומחי המשפט המשווה בעולם ככזה ששבר כל שיא מוכר בתולדות המשפט<sup>11</sup> – הובילה לתוצאות קשות, על-פי פרידמן. ראשית, "המהפכה המשפטית גבתה מחיר כבד. היא שיבשה את מערכי השלטון, הגבירה את הבריורקרטיה והמשפטיזציה ופגעה בדמוקרטיה עצמה... את התוצאה הקשה מסכמים כיום בשתי המילים 'חוסר משילות'".<sup>12</sup> שנית, היא גרמה לפגיעה בדמוקרטיה על-ידי שיבוש חמור של הפרדת הרשויות. שיבוש זה בא לידי ביטוי לא רק בפלישתו של בית-המשפט לתחום החקיקה –

6 שם, בעמ' 41–42.

7 שם, בעמ' 77. פרידמן כותב כי בשנים אלה הייתה המערכת הפוליטית מפוצלת, ו"בתוך רוב המפלגות ניטשו מאבקים פנימיים בלתי-פוסקים, כשכל הכרעה מהווה רק מבוא להתמודדות הבאה. וכל זה מתרחש בשעה שישראל ניצבת בפני אתגרים וסיכונים אדירים, מבית ומחוץ. הכלכלה לא התאוששה ממלחמת יום הכיפורים ומהאינפלציה המטורפת והגיעה לסף קריסה. מדיניות החוץ והביטחון נדרשה להתמודד עם התוצאות הקשות של מלחמת לבנון הראשונה. החברה נקרעה בין אנשי 'אף שעל' לחסידי 'שלום עכשיו'. המצב הוחמר עם פרוץ האינתיפאדה בדצמבר 1987, ובתנאים אלה של ריק שלטוני פעלה מערכת המשפט כדי להתעצם ולכבוש עוד ועוד שטחים". שם.

8 שם.

9 שם, בעמ' 67.

10 שם, בעמ' 70.

11 לנתונים ראו: MENACHEM MAUTNER, LAW AND THE CULTURE OF ISRAEL 54–56 (2011).

12 פרידמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 584. פרידמן כותב עוד כי "הפיקוח על הממשלה והכנסת מנימוקי 'חוסר סבירות' העניק לפקידות הבכירה, ובראשה ליועץ המשפטי, שליטה על הממשלה (ובעניינים אחדים גם על הכנסת). 'עצתי של היועץ המשפטי וחוות דעתו של 'הדרג המקצועי' נהפכו לפקודות ששומה על הממשלה לציית להן. סמכות המינוי ניטלה מהשרים". שם.

עד כדי "המצאת חוקה" בעבור המדינה, יש מאין ובהבל פה, כביטוי של פרידמן<sup>13</sup> – אלא גם בדרך של התערבות בתוצאות הבחירות, כפי שקבע אותן העם בהצבעתו. "ישראל היא דמוקרטיה שבה נקבעים תוצאות הבחירות והרכב הממשלה לא רק בקלפי", כותב פרידמן. "לציבור המצביעים יש שותף משמעותי: מערכת המשפט."<sup>14</sup> שלישית, כגודל העלייה כן גודל הנפילה שנרשמה לימים במעמדו של בית-המשפט. פרידמן כותב על "הירידה המשמעותית בתמיכה הציבורית בעליון" שהשתקפה "בסקרי דעת קהל", ומונה שורה של הסברים לכך.<sup>15</sup> הייתי מוסיף בהקשר זה את פרסומם של מאמרים וכתבות בעיתונות שבהם הוטחה בבית-המשפט ביקורת בלשון קשה, וכן את העובדה שלראשונה למן שנות החמישים אנו עדים בשנים האחרונות לאי-כיבוד החלטותיו של בית-המשפט על-ידי רשויות השלטון האחרות.<sup>16</sup> "בדרך-כלל רוח של חדשנות היא פרי של מזג אנוכי והשקפות מוגבלות", כותב אדמונד ברק **במחשבות על המהפכה בצרפת**,<sup>17</sup> והוא מוסיף: "תכניות המתקבלות מאוד על הדעת, שראשיתן תנעם מאוד, לעתים קרובות סופן מביש ומדאיב..."

13 שם, בעמ' 578. פרידמן מתייחס להלכת **בנק המזרחי** (ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995)), המאפשרת לבית-המשפט לפסול חוקים של הכנסת, ולכך שביית-המשפט העליון ממלא בתוכן את הוראותיו העמומות של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומתייחס אליהן כאילו היו חוקה המאפשרת לו לפסול חוקים של הכנסת. ראו גם גדעון ספיר **המהפכה החוקתית – עבר, הווה ועתיד** 86–115 (2010).

14 פרידמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 584. פרידמן כותב כי "יותר מפעם אחת עלה בידי המערכת המשפטית להביא להדחתם של ראשי מפלגות, ולתרום לשינוי המפה הפוליטית בישראל". הוא מצביע על כך ש"ב-1977 הודח יצחק רבין מתפקיד ראש הממשלה בשל עבירה הרחוקה מלהיות חמורה, ואשר העליון קבע שאין עמה קלון. בעקבות זאת הוא לא יכול להתייצב בראש מפלגת השלטון בבחירות, והתוצאה היתה מפלה קשה למחליפו שמעון פרס ומהפך שלטוני". פרידמן מוסיף כי "גם ממשלת רבין השנייה, שהוקמה בשנת 1992, הוכתה קשות על ידי מערכת המשפט, שערעה אותה לחלוטין, באמצעות החלטה חדשנית, שלא היה לה בסיס בחוק ואשר חיובה את ראש הממשלה רבין לפטר מהממשלה את מנהיג ש"ס, אריה דרעי, בעקבות כתב האישום שהוגש נגדו. ש"ס פרשה, והממשלה נחלשה עד מאוד". פרידמן מזכיר מקרה נוסף שבו "הודח מנהיג מפלגת השלטון, הפעם אהוד אולמרט, בהליך משפטי בלתי-מוצדק, שספק אם ניתן למצוא לו תקדים על פני הגלובוס... בבחירות שהתקיימו לאחר ההתפטרות עבר השלטון ימינה לליכוד". עוד מזכיר פרידמן את החלטת הפרקליטות לערער על זיכוייו של אולמרט במשפטו בבית-המשפט המחוזי בירושלים בסוף 2012. לדבריו, הגשת הערעור הייתה אחד השיקולים שהשפיעו על אולמרט לא להתמודד בבחירות של ינואר 2013. "שוב היה זה צעד שחזק את הימין ושיפר את סיכויי מפלגות הימין לזכות ברוב". פרידמן מציין גם כי אביגדור ליברמן, "מנהיגה של מפלגה משמעותית", נאלץ להתמודד בבחירות במשך כעשור כאשר מעל ראשו "מתהפכת חרב המשפט" בדמות חקירות ודיונים בפרקליטות, וכי בדצמבר 2012, ערב הבחירות לכנסת, הוגש נגדו כתב אישום "בעבירה הבעייתית של הפרת אמונים". פרידמן מסכם כי "בימין מייחסים לבית המשפט העליון נטיות שמאלניות... [אולם] באורח פרדוקסלי, דווקא מערכת המשפט תרמה להעברת השלטון לימין". פרידמן כותב עוד כי "תכתיבי המערכת המשפטית [השפיעו] על הרכב הממשלה, על ידי פסילת שרים בכלל או לתפקיד מסוים בפרט, כפי שאירע למשל לרפאל איתן, יעקב נאמן, ראובן ריבלין, חיים רמון ואביגדור ליברמן". שם, בעמ' 584–585.

15 שם, בעמ' 341–348.

16 ראו בג"ץ 4805/07 **המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' משרד החינוך**, פ"ד סב(4) 571 (2008); בג"ץ 2814/97 **ועדת המעקב העליונה לענייני החינוך הערבי בישראל נ' משרד החינוך התרבות והספורט**, פ"ד נד(3) 233 (2000); בג"ץ 1067/08 **עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך** (פורסם בנבו, 14.9.2010). ראו גם דוח שפרסמה יהודית קרפ, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שבו הובא פירוט של מקרים שבהם רשויות המדינה לא קיימו צווים של בית-המשפט העליון: תזכיר מיהודית קרפ, עו"ד, ליהודה וינשטיין, היועץ המשפטי לממשלה (8.2.2010) [www.acri.org.il/pdf/karp1.pdf](http://www.acri.org.il/pdf/karp1.pdf).

17 אדמונד ברק **מחשבות על המהפכה בצרפת** 50 (אהרן אמיר תרגם, 1999).

נדרש אדם לזהירות עד בלי די בטרם ירהיב עוז בנפשו להרוס בניין, אשר במשך דורות מילא פחות או יותר את צרכיה המשותפים של חברה או לשוב ולבנותו, בלי שיהיו לעיניו דגמים ודפוסים שתועלתם בדוקה.<sup>18</sup>

### ב. עמדתו של פרידמן: היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה

פרידמן עוסק לא רק בהיסטוריה של בית-המשפט העליון, אלא במקביל גם בשינויים שחלו בעשורים האחרונים במעמד ובדרכי הפעולה של היועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה. גם בהקשר זה הוא מציע מפגש ייחודי בין אנשים לבין נסיבות.

**האנשים** היו היועצים המשפטיים לממשלה מאיר שמגר ואהרן ברק. על שמגר כותב פרידמן כי "אישיותו הסמכותית ניכרה היטב באופן שבו העצים את תפקיד היועץ המשפטי. הוא הנהיג שינויים מפליגים בדרכי פעולת היועץ... הצעדים האלה העניקו לו עוצמה רבה, והיתה זו אבן דרך משמעותית בהעצמת מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה".<sup>19</sup>

**הנסיבות**, לדברי פרידמן, היו "היחלשות השלטון המרכזי" בשנים שלאחר מלחמת יום-הכיפורים, אשר "פתחה לפני מערכת אכיפת החוק שער לפעולה נגד הדרגים הפוליטיים, כשהיא נהנית מגיבוי ציבורי רחב".<sup>20</sup> אכן, בשנים אלה הועמדו לדין ונידונו למאסר ממושך אישי שלטון מרכזיים, כמיכאל צור ואשר ידלין; השר אברהם עופר נחקר (ובעקבות זאת התאבד); וראש הממשלה יצחק רבין עמד להיות מועמד לדין, והתפטר מתפקידו. פרידמן כותב עוד כי "עמדה קיצונית וחריגה" של יצחק זמיר ואהרן ברק בדבר תוקפה המחייב של חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, וכן בדבר כוחו של היועץ המשפטי לממשלה לקבוע באילו נסיבות יזכו רשויות המדינה בייצוגה של פרקליטות המדינה, יצרה "דין שקשה למצוא לו אח ורע בעולם – דין שעָרער את השלטון, פגע קשה בשלטון החוק והמיר את שלטון המשפט בשלטון המשפטיים".<sup>21</sup> פרידמן מוסיף עוד כי עמדתם זו של זמיר וברק הפכה למעשה את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה מיועץ

18 שם, בעמ' 74.

19 פרידמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 58.

20 שם, בעמ' 42.

21 שם, בעמ' 166. בשאלת תוקפה של חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה כותב פרידמן כי ועדת המשפטיים בראשות השופט אגרנט לבחינת סמכויותיו של היועץ המשפטי לממשלה, שהוקמה בעקבות המחלוקת שהתגלעה בין שר המשפטים דב יוסף לבין היועץ המשפטי לממשלה גדעון האוזנר, קבעה ב-1962 כי הממשלה אינה מחויבת לקבל את חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אלא רשאית לפעול לפי שיקול-הדעת שלה. פרידמן מציין גם כי מחקר השוואתי שנערך בתקופת כהונתו כשר המשפטים הראה כי זה המצב המשפטי במדינות האחרות שנבדקו. חרף כל זאת, לדברי פרידמן, היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר קידם עמדה שלפיה מקום שקיימת מחלוקת בין הממשלה לבין היועץ המשפטי לממשלה, ההכרעה הסופית נתונה בידי היועץ. בשאלת ייצוגן של רשויות המדינה לפני בג"ץ כותב פרידמן כי זמיר כיועץ משפטי לממשלה, ואהרן ברק בפסק-דין פנחסי (בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993)), קבעו כי אם רשות ממשלתית מסרבת לפעול על-פי חוות-דעתו של היועץ המשפטי לממשלה, אין הרשות יכולה לייצג את עמדתה לפני בג"ץ בדרך של שכירת עורך-דין חיצוני, אלא היא אמורה להישאר בלא ייצוג משפטי. שם, בעמ' 166–174.

של הממשלה ל"מפקדה", והעלתה את היועץ "למרום הפסגה, ורק הכיסא (בית המשפט העליון) גבוה ממנו".<sup>22</sup>

על התקופה שבין אמצע שנות התשעים של המאה העשרים ומחצית העשור הראשון של המאה העשרים ואחת כותב פרידמן כי היועץ המשפטי לממשלה, פרקליטות המדינה ומערך החקירות המשטרתי הגיעו בה "לשיא כוחם", וכי "פעולתם האגרסיבית סייעה לערעור המערכת הפוליטית ואף להשפלתה, בממדים שקשה למצוא דוגמתם במדינה דמוקרטית כלשהי... שום דבר ממה שקרה בעבר אינו מתקרב למה שהתרחש בעידן החקירות הזה".<sup>23</sup> "פעמים היה בסיס לחקירה", מוסיף פרידמן, "אולם במקרים לא מעטים התקבל הרושם שמדובר בעניין חסר יסוד או פעוט, שלא הצדיק חקירה ובוודאי לא סנקציה פלילית".<sup>24</sup>

התוצאה הייתה ערעור האיזון בין מערכת אכיפת החוק לבין המערכת הפוליטית. מצד אחד, "המשפט הפלילי והאנשים המפעילים אותו – היועץ המשפטי, פרקליט המדינה ומעליהם בית המשפט העליון – [נהפכו] לשחקנים בעלי משקל מכריע במישור הפוליטי".<sup>25</sup> מצד אחר, "חקירות ומשפטים אלה ערערו לחלוטין את השלטון המרכזי. הממשלה פעלה לא פעם בתחושת אימה וחרדה, וכאשר הצטרף לכך שימוש נרחב בעבירה המפוקפקת של 'הפרת אמונים', מצאו את עצמם לפתע שרים חשודים בפלילים, לאחר שנשלפו נגדם אירועים מן העבר, שהתרחשו בימים שאיש לא העלה על הדעת כי יש עמם בעיה כלשהי".<sup>26</sup> נוסף על כך, "באווירה הכללית ובמצב החדש שנוצר, קרה לא אחת ששר, שביקש לקבל החלטה בניגוד לעמדת הפקידות הבכירה, חשש לא רק מביקורת במישור הציבורי אלא גם מהטענה שאם אינו מקבל את עמדת הפקיד הבכיר ('הדרג המקצועי') הוא פועל בחוסר סבירות או ממניעים לא כשרים. ומכאן הדרך סלולה: עתירה לבג"ץ, החלטה של השופטים המחייבת אותו לפעול בהתאם לעמדת הפקיד הכפוף לו, ובמקרה הגרוע יותר חקירה פלילית".<sup>27</sup> פרידמן כותב עוד כי נוצר מצב שבו "חילופי שלטון, סילוק יריבים פוליטיים והדחת מועמדים מתבצעים לא פעם תוך הסתמכות על מערכת המשפט, שהרחיבה לאין שיעור את הדינים הפליליים החלים על נבחרים ציבוריים".<sup>28</sup>

יתר על כן, פרידמן משכיל להראות כי בין שני המוסדות המרכזיים של מערכת המשפט – בית-המשפט העליון מזה והיועץ המשפטי לממשלה ופרקליטות המדינה מזה – נוצרה "סימביוזה רעיונית ואישית".<sup>29</sup> (אני סבור כי ניתן לדבר בהקשר זה על סינרגייה, כלומר, על הגברת הכוח של כל אחד משני המוסדות בעקבות שיתוף-הפעולה ביניהם.) "כל ההליכים הללו התנהלו בשם מטרות נשגבות דוגמת 'שמירה על הדמוקרטיה', 'מאבק בשחיתות', ו'שלטון החוק', " כותב פרידמן, "אולם הרושם שהתקבל לא פעם הוא שלא מדובר במאבק על 'שלטון החוק' אלא במאבק

22 שם, בעמ' 173.

23 שם, בעמ' 179.

24 שם, בעמ' 285.

25 שם, בעמ' 180.

26 שם, בעמ' 285.

27 שם, בעמ' 181.

28 שם, בעמ' 507.

29 שם, בעמ' 590. הסימביוזה שפרידמן מדבר עליה נוצרה, בין היתר, בעקבות מינוים לבית-המשפט העליון של כמה וכמה ממלאי תפקידים בכירים בפרקליטות המדינה: היועצים המשפטיים מאיר שמגר, אהרן ברק ויצחק זמיר, ופרקליטי המדינה גבריאל בך ודורית ביניש.

על השלטון עצמו – מאבק בלתי-נלאה של גופים שאינם נבחרים, החותרים ליטול נתח מהשלטון שנמצא בידי גופים נבחרים.<sup>30</sup>

### ג. פגעי ההליך הפלילי

תרומה חשובה של דיונו של פרידמן בפרקליטות המדינה היא חשיפת התהליכים שבהם הופר בעשורים האחרונים בישראל האיזון בין המאבק בשחיתות, מצד אחד, לבין השמירה על זכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים, במיוחד אם הם אישי ציבור, מצד אחר.

פרידמן מצביע על כך שבעקבות הצפתה של מערכת בתי-המשפט בשופטים שבאו מהתביעה, "הסיכויים שנאשם יישפט בפני שופט (או הרכב שופטים) שהגיע מהתביעה – גבוהים מאוד".<sup>31</sup> הוא מביא נתונים שמהם עולה כי "ההרשעות בתיקים פליליים הגיעו לממדים בלתי-הגיוניים",<sup>32</sup> ומוסיף כי "ניתן גם להניח שהירידה במספר הזיכויים מזינה את עצמה: ככל שברור לנאשם ולפרקליטיו שסיכויי הזיכוי קלושים, כן יגדל התמריץ שלו להודות או להגיע להסדר טיעון, וכל הסדר כזה מגדיל עוד יותר את שיעור המורשעים ומחמיר את העיוות".<sup>33</sup> הוא מביא גם נתונים שמהם עולה כי סיכויי המדינה לזכות בערעור לבית-המשפט העליון בהליך פלילי גדולים פי שניים ויותר מסיכויי הנאשם לזיכוי בערעור.<sup>34</sup> פרידמן מצביע על הכוח העצום של הפרקליטות העולה מנתונים אלה: "גורל הנאשם נחרץ למעשה כבר בעת החלטת הפרקליטות (או התביעה המשטרית) אם להעמידו לדין", וכאשר מדובר באישי ציבור, "איש ציבור יודע שדי בכך שתוגש תלונה כלשהי נגדו. מכאן ואילך עתידו נתון בידי הפרקליטות".<sup>35</sup> פרידמן מסכם את דבריו ביחס לסיכוייהם של הנאשמים בהליכים פליליים בכותבו: "מדי פעם נשמעים אצלנו דברים נשגבים על אודות זכויות אדם, אבל המציאות קודרת. זה התחום שבו פוגעת מערכת המשפט בנחקרים, בחשודים ובנאשמים בהיקף ובחומרה שלא קל להשלים עמם. אותם שופטים רבים שהגיעו לבתי המשפט מהתביעה הכללית, גם אם הם נושאים ברמה את דבר זכויות האדם בתחומים דוגמת שוויון וחופש ביטוי, מגלים לא פעם גישה שונה בתחום הפלילי, כולל פגיעה של ממש בעקרונות יסוד של זכויות אדם".<sup>36</sup> מסקנתו: בישראל קיים מספר לא-זניח של הרשעות-שווא, שחלקן מסתיימות בכליאת חפים מפשע.<sup>37</sup>

פרידמן כותב גם על התפתחויות לרעת נאשמים שחלו בדיני הראיות ובדוקטרינה של המשפט הפלילי: "שימוש מרחיק לכת בעבירות מעורפלות דוגמת 'הפרת אמונים', תוך הפרת העיקרון האוסר ענישה רטרואקטיבית";<sup>38</sup> "שינויים בדיני הראיות, המקלים על השגת הרשעה עם ראיות

30 שם, בעמ' 180.

31 שם, בעמ' 201.

32 שם, בעמ' 202.

33 שם, בעמ' 203.

34 שם, בעמ' 204.

35 שם.

36 שם, בעמ' 495.

37 שם, בעמ' 497. ראו גם בועז סנג'ורו הרשעת חפים מפשע בישראל ובעולם – גורמים ופתרונות (2014).

38 פרידמן, לעיל ה"ש 3, בעמ' 496. ראו גם שם, בעמ' 201.

שמהימנותן מוטלת בספק";<sup>39</sup> "הקלה עצומה בדיני ראיות, כאשר די בעדות יחידה מול עדות הנאשם כדי להרשיעו";<sup>40</sup> "דחיקת הכלל בדבר פרשנות חקיקה פלילית במקרה של ספק לטובת הנאשם, והכפפתו ל'פרשנות תכליתית', העוסקת בפירוש טקסט משפטי על בסיס 'המטרות, האינטרסים והערכים אשר הטקסט בא להגשים'";<sup>41</sup> ו"הגבלות מרחיקות לכת על יכולת הנאשם לברר עובדות היכולות לסייע לו בהגנתו" ("ניסיונות לעשיית בירור כזה, הכרוכים, נניח, בשיחה עם אלה שהעובדות ידועות להם, עלולים לסבך את החשוד, או את מי שפעל מטעמו, בעבירות של שיבוש הליכי משפט או הטרדת עֵד").<sup>42</sup>

פרידמן כותב על התפשטות הגישה שלפיה "מן ההכרח שהתביעה תזכה ב'משהו'", דהיינו, לכל-הפחות בהרשעת הנאשם בעֵבֶרָה קלה במקרה של זיכוי מעֵבֶרָה חמורה. גישה זו "גוררת את התובעים לגבב שורה ארוכה של אשמות, בתקווה שאחת מהן איכשהו תִּדְבֵק. היא גם גוררת את בית המשפט, המזכה את הנאשם מעבירה חמורה, למצוא אותו אשם בעניין משני כלשהו, שאילו עמד בנפרד ייתכן מאוד כי כלל לא היה עומד בגינו לדין".<sup>43</sup>

פרידמן כותב גם על התפשטות הפרקטיקה של הסתרת חומר על-ידי התביעה מסנגוריהם של נאשמים,<sup>44</sup> וכן על "שיטת התיק הפתוח", שבה פותחים "חקירות או 'בדיקות' נגד אישי ציבור בחשד כלשהו, כאשר עצם קיומן מונע מאותו אדם לכהן במשרות מסוימות. החזקת התיק פתוח במשך שנים מעצימה את הפגיעה, כשנשוא החקירה חסר אונים. הוא חושש לדרוש מאלה שגורלו בידם (או אף לעתור לבג"ץ נגדם) לזרז את ההחלטה, מחשש שעצם הדרישה יגרום לכך שיחמירו עמו, וכך הוא נותר, מלא חששות ובמתח רב, כאשר דרכו חסומה".<sup>45</sup>

לסיום הדיון בנקודה זו אציין כי הפרק שבו פרידמן דן באופן שבו טיפלו פרקליטות המדינה ובתי-המשפט בדרור חוטר-ישי,<sup>46</sup> והפרק שבו הוא דן בהסתרת האזנות-הסתר שנעשו לשר חיים רמון במענה לשתי פניות רצופות של סנגורו של רמון לפרקליטות, וכן באופן שבו נהגה הפרקליטות לאחר שהסתרה זו התגלתה כשקרית<sup>47</sup> – פרקים אלה הם בעיניי שניים משיאיו של הספר. למרות החשש משימוש בקלישאות, אומר כי הם צריכים להדיד שינה מעיניו של כל אזרח.

39	שם, בעמ' 201.
40	שם, בעמ' 496.
41	שם. ראו גם בעמ' 201.
42	שם, בעמ' 496.
43	שם, בעמ' 203.
44	שם, בעמ' 496.
45	שם, בעמ' 176.
46	שם, בעמ' 316–328.
47	שם, בעמ' 509–534. מאלף להשוות את המקרה של השר חיים רמון למקרה מקביל שהתרחש בארצות-הברית אך שנים אחדות אחר כך. הסנטור טד סטיבנס, רפובליקאי, שהיה נציגה של מדינת אלסקה בסנט במשך עשרות שנים, הורשע בעברות של שחיתות כספית. בעקבות זאת הפסיד סטיבנס, ברוב זעום, את מקומו בסנט. שנה לאחר-מכן הודיע שר המשפטים של ארצות-הברית, אריק הולדר, כי יפעל לביטול ההרשעה, לאחר שמצא התנהגות בלתי-תקינה של אנשי התביעה בהליך: אנשי התביעה לא מסרו לידי עורכי-דינו של סטיבנס חומר ראיות שהיה יכול לשמש להגנתו (אמירה מוקדמת שהשמיע העד המרכזי במשפט, אשר לא תאמה את עדותו בבית-המשפט). הולדר גם הורה על פתיחת חקירה, על-ידי חוקר חיצוני, באשר להתנהגותם של אנשי התביעה, שבסיומה המעורבים בדבר עלולים להיות מפוטרם, ואף לעמוד למשפט פלילי. צעדו זה של הולדר התקבל על-ידי פרשנים משפטיים כאיתות ברור של השר לאנשי התביעה כי לא יסבול התנהגות קלוקלת, וכי מי מאנשי



#### ד. עמדות אחרות

פרידמן אינו הראשון כמובן שמנסה להבין מה קרה במשפט הישראלי בעשורים האחרונים. ההסבר שלו קרוב לזה שהוצע על-ידי היסטוריון המשפט ניר קידר ועל-ידי איש מדע המדינה והמשפטן גד ברזילי.

ניר קידר טען כי "מלחמת לבנון, השסע האתני, הדתי והעדתי, הפער הכלכלי שהלך והתרחב, האינפלציה ואי-היציבות הכלכלית, ה'תיקו' הפוליטי והקיפאון המדיני העמיקו את הרגשת אי-האמון ברשויות הפוליטיות הנבחרות בישראל והובילו לבסוף לתחושות של בוז וחוסר אמון אף ב'פוליטיקה' עצמה כמדיום לשינוי חברתי". בעקבות זאת גברה הפעלתם של מוסדות "לא-פוליטיים", דוגמת בית-המשפט העליון.<sup>48</sup>

גד ברזילי התמקד במעבר של הפוליטיקה הישראלית בשנות השמונים למצב של קיטוב בין שני גושים שווי-כוח. כל עוד היה המבנה המפלגתי של ישראל ריכוזי, טען ברזילי, הצליחה המערכת הפוליטית לטפל בהצלחה בסוגיות מרכזיות, ובית-המשפט לא התערב אפוא בהליך הפוליטי. אולם בעקבות המהפך הפוליטי של 1977 עברה הפוליטיקה הישראלית למצב של קיטוב בין שני גושים, דבר שהוליד שחיקה באפקטיביות של שתי המפלגות הגדולות, והפך את בג"ץ ל"מוסד שאליו מופנות התביעות הציבוריות ליישוב הקונפליקטים". בג"ץ הגיב על תהליכים אלה, טען ברזילי, בדרך של פיתוח אקטיביזם שיפוטי נרחב.<sup>49</sup>

גם סוציולוג המשפט רונן שמיר, כמו פרידמן, קידר וברזילי, עסק בשאלת הקשר שבין מה שקרה בבית-המשפט לבין המערכת הפוליטית. לדבריו, "המשפטיזציה" של שנות השמונים פירושה "דה-פוליטיזציה של סוגיות ציבוריות" ו"חוסר אמון ב'פוליטיקה'", כלומר, הבטחה מצידו של בית-המשפט העליון שניתן לפתור סוגיות ציבוריות שנויות במחלוקת בזירות לא-פוליטיות, בדרך של הפעלת ידע מומחי, תוך אכיפה של "טוהר מידות שלטוני", "סדרי מנהל תקינים" ו"פיקוח צמוד על הפוליטיקה המפלגתית והפרלמנטרית". פרויקט זה של בית-המשפט, טען שמיר, נתמך על-ידי "המעמד החדש" שעלה בישראל בשנות השבעים והשמונים: "מעמד חברתי חילוני משכיל ומקצועי", שכוחו "אינו הון אלא השכלה, ידע מקצועי ומומחיות

---

התביעה שלא יציית לנורמות ראויות – יורחק. Editorial, *Mr. Holder and the Ted Stevens Case*, N.Y. TIMES, April 2, 2009; Carrie Johnson & Del Quentin Wilber, *Holder Asks Judge to Drop Case Against Ex-Senator Stevens*, WASH. POST, April 2, 2009

48 ניר קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו 737, 767 (2002). ראו גם עוז אלמוג "מיזכותנו על ארץ ישראל" ליזכויות האזרח ומימדינה יהודית' לימדינת חוק: מהפכת המשפט בישראל ומשמעויותיה התרבותיות" אלפיים 18, 77, 98 (1999); יואש מיזלר "המהפכה החוקתית" – עשור וקצת אחרי: הדין והחשבון" תרבות דמוקרטית 7, 131, 152 (2003).

49 גד ברזילי "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות מפלגתית ושינוי חברתי" פוליטיקה 2, 31, 37, 40 (1998). ראו גם גד ברזילי "מי מפחד מבית המשפט העליון" פנים 1, 36, 40 (1997); Gad Barzilai, *The Supreme Court in Israeli Legal Culture*, 152 INT'L SOC. SCI. J. 193 (1997); GAD BARZILAI, COMMUNITIES AND LAW 81–86 (2003).

פרופסיונלית", ואשר "רואה את הקיום החברתי כמצב שבו לאנשים יש בעיות ולמומחים יש פתרונות".<sup>50</sup>

המשותף להסברים של קידר וברזילי הוא שהם מתמקדים בבית-המשפט העליון, תוך שהם תופסים אותו כמוסד נפעל. פרידמן, לעומתם, עוסק לא רק בבית-המשפט העליון, כי אם גם בפרקליטות המדינה, תוך הדגשת הסימביוזה – ולדעתי, כאמור, גם הסינרגייה – שנוצרה ביניהם, ומציג את שניהם כמוסדות אקטיביים. מוסדות אלה לא רק הגיבו, טוען פרידמן, הם גם יזמו, והרבה מאוד. בכך הסיפור ההיסטורי של פרידמן דומה לזה של שמיר. כמו-כן, להבדיל מקידר, מברזילי ומשמיר, פרידמן אינו מהסס לעסוק באנשים שאיישו את שני המוסדות. הוא לוכד אפוא בסיפור ההיסטורי שלו את שני צידי המשוואה ההיסטורית: האנשים והנסיבות כאחד.

גם אני עסקתי בשאלה מה קרה במשפט הישראלי בעשורים האחרונים. כמו קידר, ברזילי ושמיר, אך להבדיל מפרידמן, גם אני עסקתי בתהליכים, ולא באנשים. אך בניגוד לקידר, לברזילי ולשמיר, טענתי כי השינוי בפסיקתו של בית-המשפט העליון התבטא לא רק בעלייתו של אקטיביזם משפטי גורף, אלא גם בשני שינויים נוספים: שינוי בדרכי ההנמקה של בית-המשפט, דהיינו, הירידה במעמדה של ההנמקה הפורמליסטית והעלייה במעמדה של ההנמקה הערכית, זו החושפת את המשמעויות הערכיות והחלוקתיות של המשפט; ושינוי בתפיסה העצמית של בית-המשפט ממוסד שעיקר תפקידו להכריע בסכסוכים, הן בין אדם לחברו והן בין האזרח למדינה, למוסד פוליטי אשר אמור – בדומה לכנסת, אם כי בדרכים אחרות – לעסוק בהכרעות ערכיות וחלוקתיות.<sup>51</sup> פרידמן מתמקד כמובן בעליית האקטיביזם השיפוטי הגורף, אך כפי שעולה מהציטטות מדבריו שהבאתי לעיל, הוא מקבל את טיעוני בדבר עליית התפיסה העצמית של בית-המשפט כמוסד פוליטי, ונדמה לי שהוא מקבל גם את טיעוני בדבר השינוי שחל בדרכי ההנמקה של בית-המשפט.

#### ה. שנות השמונים או שנות השבעים? בית-המשפט או לשכת היועץ המשפטי לממשלה?

הסיפור ההיסטורי של פרידמן מתחיל כאמור בשנות השבעים – השנים שלאחר מלחמת יום-הכיפורים – וראשיתו לא בבית-המשפט העליון, אלא במשרד היועץ המשפטי לממשלה ובפרקליטות המדינה, שמהם התגלגל הסיפור בהמשך באופן פרסונלי אל בית-המשפט העליון, עם מעברם של מאיר שמגר ואהרן ברק ממשרד המשפטים אל בית-המשפט. בכך סיפורו של פרידמן קרוב לזה שהוצע על-ידי רון חריס, שטען כי העלייה בכוחה של המערכת המשפטית החלה כבר בשנות השבעים, עם התחזקותו של מוסד היועץ המשפטי לממשלה בתקופת היועצים שמגר וברק;

50 רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" **תיאוריה וביקורת** 5, 17–19 (1994); רונן שמיר "חברה, יהדות ופנדמנטליזם דמוקרטי: על מקורותיה החברתיים של הפרשנות השיפוטית" **עיוני משפט** יט 699 (1995).

51 מנחם מאוטנר **משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת** פרק 7 (2008). כן ראו שם, פרק 5, ה"ש 11. ראו גם אסף לחובסקי "משפט ותרבות בפתח המאה העשרים ואחת – הערות על ספרו של מנחם מאוטנר" **המשפט** יד 715 (תשע"א).

הגידול במספר העתירות שהוגשו לבג"ץ; הרחבת סמכות השיפוט של בג"ץ ביוזמתו שלו; הרחבת סמכות השיפוט של בג"ץ לשטחים; והשימוש בוועדות חקירה.<sup>52</sup>

ההסבר שלי התמקד במהפך הפוליטי של 1977. טענתי כי אירוע זה היה הרבה יותר ממהפך פוליטי. זה היה הרגע ההיסטורי שסימן את ירידת ההגמוניה הפוליטית, החברתית והתרבותית שהנהיגה את ישראל במשך יותר מארבעה עשורים, וזה היה הרגע שבו התעוררה מחדש מלחמת-התרבות בין יהודים חילונים, פרו-מערביים וליברלים, מצד אחד, לבין יהודים דתיים, אשר לא אחת הם גם לאומיים, המבקשים לחזק את מעמדן של ההלכה ומורשת היהדות בחייה של ישראל, מן הצד האחר – מלחמת-תרבות המתקיימת בעם היהודי, ברמות משתנות של עצימות, זה כמאתיים וחמישים שנה.<sup>53</sup> טענתי כי סמיכות הזמנים שבין המהפך של 1977 לבין המהפכה שעבר המשפט הישראלי באותן שנים עצמן מזמינה הסבר הקושר בין שני התהליכים. טענתי כי מכיוון שמהיום הראשון לקיום המדינה היה בית-המשפט העליון מוסד המדינה המזוהה יותר מכל מוסד אחר עם החדרתם של רכיבים ליברליים לתרבות הפוליטית של המדינה, בחרה הקבוצה שאני קורא לה "ההגמונים-לשעבר הליברלים", אשר חוותה באותן שנים אובדן ניכר של כוח פוליטי ותרבותי, להעתיק לא-מעט מפעילותה הפוליטית מהכנסת אל בית-המשפט העליון, וכן לתגבר את עוצמתם של גופים לא-פוליטיים נוספים המאוישים על-ידי אנשי הקבוצה, כגון פרקליטות המדינה, בנק ישראל, משרד האוצר ומשרד מבקר המדינה.<sup>54</sup>

רכיב מרכזי בטיעון שלי היה הטיעון בדבר החרדה שאליה נקלעה הקבוצה בעקבות התהליכים האלה – ירידת ההגמוניה והפתיחה מחדש במלחמת-התרבות, תוך התחזקות הרכיב הדתי והרכיב הלאומי בשיח הפוליטי ובשיח הציבורי של ישראל. טענתי כי חרדה זו היא שיכולה להסביר את הגיבוי הנרחב, המוחלט כמעט, בן יותר משני עשורים, שהעניקה הקבוצה לבית-המשפט העליון ולפרקליטות המדינה – גיבוי שהתבטא, בין היתר, בהעדר מוחלט כמעט של ביקורת על המהפכה המשפטית שחוללו שני המוסדות האלה.

אם יהא עליי לאתגר את הסיפור ההיסטורי של פרידמן, וגם את זה של קידר, ברזילי ושמיר, אטען אפוא כי אני מוצא בעייתיות בכך שהם אינם נותנים כל מקום למהפך הפוליטי של 1977, וכי הסיפור ההיסטורי שלי הוא שמסוגל להסביר מדוע קבוצה שלמה וגדולה של אנשים התייחסה אל בית-המשפט העליון במשך שנים כאילו הייתה כת דתית ההולכת בעיניים עצומות אחר מנהיגיה; מדוע היא נמנעה כמעט לגמרי מביקורת על בית-המשפט, וגוננה עליו בחירוף נפש ממש מפני כל מה שהיה יכול להיתפס כאיום חיצוני עליו. "בכיתות יש תמיד כוח משיכה... משום שהיא משרה על חברי הקבוצה תחושה מרגיעה של ודאות, כשם שצפונה בה גם תחושת עליונות כלפי ההמונים שטרם גילו את האור", כותב חוקר הספרות רוברט אורי אלטר.<sup>55</sup> בניסוח אחר, טיעוני יהיה שהסברים הפונקציונליסטיים ה"קרים" של פרידמן, קידר וברזילי מחמיצים את הרכיב הרגשי העצום שהתקיים לאורך כל שנות השמונים והתשעים ביחסם של "ההגמונים-לשעבר הליברלים" כלפי מערכת המשפט, את ההזדהות הנפשית העמוקה של אנשי הקבוצה עם המערכת

52 רון חריס "משפט הספירה הציבורית בעשור השלישי" העשור השלישי – תשכ"ח-תשל"ח 251 (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, 2008).

53 מאוטנר, לעיל ה"ש 51, בעמ' 56–74.

54 שם, בעמ' 169–206. ראו גם מנחם מאוטנר "פתח-דבר: ליברליזם בישראל – 'האדם הטוב', 'האזרח הרע' והשגשוג האישי והחברתי" עיוני משפט לו 7, 40–49 (2013).

55 רוברט אורי אלטר הנאות הקריאה בעידן האידיאולוגי 20 (דוד שחם מתרגם, 2001).

– תופעה אשר יסודה, כאמור, בחרדה עמוקה, מצד אחד, ובתחושה שמערכת המשפט היא הפתח להצלה, להשבת מלחמה שערה או לפחות לשמירה על הקיים, מצד אחר. לסיכום נקודה זו, ברצוני לציין כי ההסבר שלי אינו סותר או בא להחליף את זה של פרידמן, וגם לא את הסבריהם של קידר, ברזילי ושמיר. המציאות, כידוע, מורכבת ומרובת התגלויות תמיד, בוודאי כאשר מדובר באירועים רחבי-היקף ורדיקליים כל-כך. יש לראות את ההסברים של כולנו אפוא כהסברים משלימים, ולא כהסברים המוציאים זה את זה.

## 1. לקחים

כמו כל ספר היסטורי משובח, גם את הספר הזה צריך לקרוא באופן המבקש להפיק ממנו לקחים באשר לבני-האדם. אני רוצה להציע חמישה לקחים שהפקתי בתהליך הקריאה.

**לקח ראשון:** סוד ההצלחה של ארגונים הוא שיפעלו בהם אנשים הגונים, ושתתקיים בהם תרבות ארגונית ראויה. שילוב זה הוא תנאי הכרחי להצלחתם של מוסדות מדינתיים וציבוריים, אך לא פחות מכך גם להצלחתם של תאגידים עסקיים. אבל איננו שמים לב כמעט לשני הרכיבים האלה, אשר העדרו של אחד מהם די בו להוביל את הארגון במוקדם או במאוחר אל עברי פי פחת. באשר לאנשים, אין בררה אלא לומר שכאשר קוראים את ספרו של פרידמן, רואים בו את מה שלא תמיד נעים או לא תמיד רוצים לראות: שיקולים זרים, חוסר יושר אינטלקטואלי, אי-עמידה באמות-מידה גבוהות שהוצבו לאחרים, והרבה מניפולציה.<sup>56</sup>

באשר לתרבות הארגונית, ייחודם של בתי-המשפט של המשפט המקובל הוא שהם פועלים בתוך "מסורת",<sup>57</sup> ורכיב מרכזי בתרבות הארגונית-המקצועית שלהם הוא שעליהם לשמר את המסורת הזו, לתת משקל כבד לתכניה בהכרעותיהם, ולפתח עקב בצד אגודל ובזהירות. והנה, בתוך שנים ספורות במהלך שנות השמונים שינה בית-המשפט העליון את תקדימיו באופן גורף, וזאת לא בנסיבות של משבר כביכול שאליו נקלע בית-המשפט, וגם לא בנסיבות של חוסר הערכה לפועלם של שופטי הדור הראשון, אלא ממש ההפך מכך. יתר על כן, פעולה זו של בית-המשפט בניגוד לרכיב מרכזי בתרבות הארגונית-המקצועית שלו התרחשה מבלי לעורר כל מחאה כמעט – לא מצד מי מבין מאות השופטים המכהנים, ביניהם שופטי בית-המשפט העליון, לא מצד מישהו מבין עשרות אנשי האקדמיה המשפטית של אותה תקופה, ואף לא מצד העיתונאים הלא-מעטים שעסקו באותן שנים בבית-המשפט.

כאשר מדובר בשופטים, אפשר אולי להסביר זאת בשביעות-הרצון שלהם לנוכח הכוח העודף – קצר-המועד במידה מסוימת – שבו זכו בעקבות השינויים שחלו בפסיקה, אותו כוח שפרידמן עוסק בו בהרחבה. אבל אני אתעקש כי אותה שתיקה ארוכת-שנים של השופטים, אנשי האקדמיה והעיתונאים מאשררת את טיעוני כי מה שקרה בישראל בעשורים האחרונים היה הרבה יותר מאשר שינוי פונקציונלי ביחסי הכוח שבין רשויות מדינה; הייתה זו חוויה אמוציונלית

56 "אין ספק שידברו הרבה על יוקרת המערכת! לפעמים מדברים גבוהה-גבוהה ומסתמכים על עקרונות נשגבים, רק כדי להצדיק נבזויות קטנות!" אומר על עמיתיו אחד השופטים בספרו של פיטיגרילי (פסידונים של הסופר האיטלקי דינו סגרה) **הניסוי של השופט פוט** 70 (ארנו בר מתרגם, 2003).

57 Anthony T. Kronman, *Precedent and Tradition*, 99 YALE L.J. 1029 (1990) ראו גם מנחם מאוטנר **משפט ותרבות** 55–64 (2008).

קולקטיבית עזה שחוותה קבוצה של בני-אדם כאשר מצאה את עצמה תקופת-חרדה לנוכח שינויים פוליטיים ותרבותיים מרחיקי-לכת שהתחוללו בסביבתה.

לקח שני קשור לדברים בני-האלמוות שאמר הלורד אקטון בשנת 1887: "כוח נוטה להשחית, וכוח מוחלט משחית לחלוטין." אני סבור שפרידמן מצליח להראות היטב את התהליכים שבהם בעשורים האחרונים התחזק מאוד כוחם של בית-המשפט העליון, פרקליטות המדינה ומשפטני המדינה בכלל; כיצד כל הגופים האלה פעלו בשיתוף-פעולה ובתיאום הדוקים, מכיוון שחלקו תרבות מקצועית דומה (התרבות של המשפט) ונכפפו לתפיסת-עולם משפטית דומה, שבמרכזה קבלת האקטיביזם המשפטי בשם ההגנה על זכויות, מצד אחד, והמאבק בשחיתות, מצד אחר;<sup>58</sup> וכיצד כל התהליכים האלה היו כרוכים לעיתים, באופן פרדוקסלי, דווקא בפגיעה בזכויותיהם של נחקרים, חשודים ונאשמים, וכן בדרכי התנהגות לא-רצויות של לפחות חלק מהגופים האלה.

לקח שלישי (הנובע מהלקח השני) הוא ההכרח בשמירה על חלוקה נבונה של הכוח בין הרשויות, כך שאף לא אחת מהן תהא מסוגלת להיות חזקה מדי בהשוואה לאחרות. אני סבור שפרידמן מצליח להראות היטב לא רק שבעשורים האחרונים התחזק מאוד כוחם של בית-המשפט העליון, פרקליטות המדינה ומשפטני המדינה בכלל, בין היתר הודות לשיתוף-הפעולה ההדוק ביניהם, אלא גם כיצד הייתה התחזקות זו אחד הגורמים להחלשת כוחם של הממשלה, הכנסת והמנהל הציבורי של המדינה. בצדק מצטט פרידמן במקומות אחדים בספרו את דבריו של אלכסנדר המילטון ב"פדרליסט", הנסמכים על מונטסקייה, בזכות הפרדת הרשויות.

לקח רביעי: מונופולים הם דבר הרסני. כך כאשר מדובר בתאגידי השוק, וכך כאשר מדובר במוסדות המדינה. לכן, למשל, חשוב שלרשות המדינה יעמוד יותר מגוף מודיעין אחד, חשוב שבצה"ל יפעלו הרבה יותר מאשר חטיבת חי"ר אחת, וחשוב שתמצא בישראל יותר מאוניברסיטה אחת, ולא כפי שביקשו חלק מאנשי האוניברסיטה העברית בירושלים בשנות החמישים כאשר הציעו להסתפק באוניברסיטה אחת, האוניברסיטה העברית, שתפעיל "סניפים" בערים שונות – למשל, בתל-אביב.<sup>59</sup> לכן גם חשוב כל-כך שאזרחי המדינה ייהנו מחופש היציאה ממנה, ואף מהחופש להגר ממנה, לא כנהוג בכמה מדינות בעולם, אשר לכן נראות כפי שהן נראות. בהקשרנו, בית-המשפט העליון הוא "מונופול", וגם פרקליטות המדינה היא "מונופול", ובמוקדם או במאוחר כל מונופול מספח לעצמו את תחלואי המונופול. מכיוון שאיננו יכולים להקים לעצמנו בית-משפט עליון נוסף, לפחות נדע שעלינו לטפל במערכת המשפט כפי שמטפלים במונופול, כלומר על-ידי ביקורת מבחוץ של האקדמיה והעיתונות, ונתבע גם מהאקדמיה וגם מהעיתונות לעשות את עבודתן כהלכה. אולי אף נחשוב על פיצול של בית-המשפט למחלקות שונות, כמקובל במדינות מתוקנות רבות, ולא רק בקונטיננט כתוצאה מחולשה היסטורית של המדינה, אשר מנעה אותה מלהכפיף אליה את מערכות המשפט השונות שהתקיימו לפני, אלא אפילו באנגליה, שבה כבר בשלב מוקדם הצליחה המדינה לרכז בידיה את כל סמכות השפיטה, ובכל-זאת מתקיים בה הפיצול הזה. בדומה לכך, מכיוון שאיננו יכולים להקים לעצמנו פרקליטות

58 לטענתי, הם גם הגיבו באופן דומה על התהליכים הפוליטיים, התרבותיים והחברתיים שחוו במשותף, דהיינו, על ירידת ההגמוניה של תנועת העבודה ועל פריצתה מחדש של מלחמת-התרבות, שבה הערכים הליברליים, הגלומים במשפט, נמצאו מאוימים על-ידי אופציה דתית-לאומנית.

59 אורי כהן ההר והגבעה – האוניברסיטה העברית בירושלים בתקופת טרום העצמאות וראשית המדינה פרק ז (2006).

מדינה נוספת, לפחות נדע שעלינו לטפל גם בה כפי שמטפלים במונופול. בהקשר זה אני מוצא לנכון לברך על הקמתו לאחרונה של גוף הביקורת על הפרקליטות,<sup>60</sup> ולהציע גם לשקול היטב אם אין זה נכון וטוב לפצל את משרת היועץ המשפטי לממשלה לשניים: לתפקיד של יועץ משפטי ולתפקיד מקביל של פרקליט המדינה.

לקח חמישי: יש להקפיד על גיוון באיושם של מוסדות. ככל שמוסדות הם הומוגניים יותר מבחינת הרקע האישי של אלה המאיישים אותם כן הם מועדים לטעויות, ואפילו לכישלון.<sup>61</sup>

## סיכום

בעשורים האחרונים התחוללו במשפט הישראלי שינויים רחבי-היקף, שעוררו דיון ער אצל משפטנים ישראלים וגם עניין אצל משפטני המשפט המשווה בעולם. שינויים אלה מעניינים במיוחד משום שהם התחוללו, בתוך תקופה קצרה, בליבה של תרבות מקצועית מסורתנית – כזו המקדשת את העבר ומאמינה בהתפתחות הדרגתית, עקב בצד אגודל. ספרו של דניאל פרידמן מצטרף לשורה של חיבורים שניסו לתאר את השינויים, וגם להבינם. ספרו של פרידמן ייחודי בכך שהוא מציג את השינויים שחלו בפסיקה ובאורחות ההתנהגות של בית-המשפט העליון במשולב עם השינויים שחלו בדרכי הפעולה של פרקליטות המדינה, ובכך שהוא מציג את שני סוגי השינויים האלה תוך דיון מפורט בהתפתחויות שחלו במקביל במערכת הפוליטית של ישראל. ייחוד נוסף הוא שהספר דן בפירוט בעשרות רבות של אירועים שמערכת המשפט הייתה מעורבת בהם, וזאת תוך הצגת בני-האדם שהיו גיבורי האירועים. הספר מציג אפוא שורה של טיעונים רחבים בדבר התהליכים שהתקיימו במערכת המשפט ובמערכת הפוליטית של ישראל בעשורים האחרונים (בעיקר הטיעון שביחסי הכוחות שבין שתי המערכות האלה חל שינוי מהותי, בדמות התגברות כוחה של המערכת המשפטית והיחלשותה במקביל של המערכת הפוליטית), אולם הוא מבסס את הטענות הללו תוך דיון מפורט באירועים רבים המדגימים אותם. התוצאה המתקבלת היא ספר-חובה לכל מי שמבקש להבין מה קרה בישראל בעשורים האחרונים.

60 אני מרשה לעצמי לומר שהדבר הוא פרי יוזמה של פרופ' אמנון רובינשטיין ושל כותב שורות אלה.

61 אכן, תובנה זו עולה מהספר: SCOTT E. PAGE, THE DIFFERENCE – HOW THE POWER OF DIVERSITY CREATES BETTER GROUPS, FIRMS, SCHOOLS AND SOCIETIES (2007). לכן, בין היתר, חשובים הצעדים שנקט שר המשפטים פרידמן לגיוון הרכבו של בית-המשפט העליון. כתוצאה מצעדים אלה מונו לבית-המשפט העליון למן שנת 2004 שני עורכי-דין, לראשונה זה שנות דור. כמו-כן, שאר המיניוויים היו של שופטי בית-המשפט המחוזי אשר לא שירתו בעברם בפרקליטות המדינה או לכל-הפחות לא הגיעו לבית-המשפט העליון במישרין מהפרקליטות, וכן מונתה אשת אקדמיה.