

דניאל פרידמן



הארנק והחרב

המהפכה המשפטית ושבירה

דניאל פרידמן

הארנק והחרב
המהפכה המשפטית ושבירה

דניאל פרידמן

הארנק והחרב

המהפכה המשפטית ושבירה

עורך: יהודה יערי

Daniel Friedmann
The Purse and the Sword: The Trials of the Israeli Legal Revolution

דניאל פרידמן
הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושברה

עורך אחראי: רב איכנולד
עיצוב העטיפה: סטודיו פיני חמו
לוחות: ישראליט
הפקה: טפר בע"מ

המערכת עשתה ככל יכולתה על מנת לאתר את בעלי הזכויות של כל החומר שנלקח ממקורות חיצוניים. אנו מתנצלים על כל השמטה או טעות, ואם יובאו לידיעתנו, נפעל לתקנן במהירות הבאות.

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לאחסן במאגר מידע, לשרר או לקלוט בכל דרך או בכל אמצעי אלקטרוני, אופטי, מכני, או אחר - כל חלק שהוא מן החומר שבספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמו"ל.

All Rights Reserved © 2013
Miskal – Yedioth Ahronoth Books and Chemed Books | P.O.B. 53494, Tel-Aviv 6153401, Israel
כל הזכויות בעברית שמורות © 2013 למשכל - הוצאה לאור מיסודן של ידיעות אחרונות וספרי חמד
ת"ר 53494, תל-אביב 6153401 | E-mail: info@ybook.co.il

דאנאקוד 362-4750 | מסת"ב 978-965-545-672-1 | נדפס בישראל 2013 Printed in Israel

תוכן

7	מבוא
	חלק ראשון: בית המשפט הקלאסי
11	מדינה נולדה
21	לשפוט בלי לשלוט
41	עידן החקירות הראשון
54	שרים ויועצים
	חלק שני: פעמי המהפכה
67	השיטה הפוליטית מתערערת
77	הממשלה מאבדת שליטה על החקיקה
88	בית המשפט מגדיל את כוחו
102	עליונים על הכנסת, עליונים על הממשלה
116	כישלונות מהדהדים
135	מי קובע מה סביר
152	צומת ההלכה
156	אני אגיד לך למה התכוונת
166	איך קרה שהיועץ עלה למעלה
175	תיקים באפילה
	חלק שלישי: המהפכה המשפטית בשיאה
179	נשיא חדש, פנים חדשות
201	אשם עד שלא הוכחה חפותו
205	חוקה, חוק ובית משפט
214	משטרת המוסר
221	אתיקה על תנאי
226	נפלאות הפרשנות
238	בשבתו כמטכ"ל
250	בגלימת המדינאים

254	אתגר המיעוט הערבי
258	נתפסים בכלכלתם
265	מי מושל בכיפה
271	חופש הביטוי וגבול הסיבולת
277	יותר יועץ מהיועץ
285	עידן החקירות השני
305	פרשת דרעי
316	בין פרקליטים לעורכי דין
329	שוטרים ויועצים
341	ירידת קרנו

חלק רביעי: בלימה

351	משרון לווינוגרד
366	חקירות תחת אש
389	במלחמה התקשורתית
411	מינויים ושינויים
429	בית משפט נולד
445	המשך האקטיביזם
460	לא הכול בגיץ, לא הכול חקיק
473	מהפכת הפקידים והמשפטנים
495	המשפט הפלילי וזכויות אדם
509	משפט רמון ואפקט הפרפר
535	היועץ המשפטי כמחוקק
552	משפטו של אהוד אולמרט

חלק חמישי: מי ישמור על השומרים?

559	הארנק והחרב
574	חוקה ואטלולא
582	מי שולט
587	משמר "הישגי" המהפכה
594	סימני תפנית

597	הערות
617	מפתח שמות

מבוא

עם הקמתה של מדינת ישראל ב-14 במאי 1948 היו בה כ-650 אלף תושבים, רובם יהודים יוצאי מדינות אירופה. הציבור היה מאוחד ברובו סביב הרעיון הציוני והאמונה שעל הפרט לעמוד לרשות הכלל. הזרם הפוליטי-חברתי המרכזי שהתפתח בארץ במהלך תקופת המנדט היה בעל נטייה סוציאליסטית מובהקת. המדינה הונהגה בידי ממשלה חזקה, שהושתתה על מפלגת שלטון מרכזית, שבראשה עמד אחד המנהיגים הגדולים שקמו לעם היהודי בעידן המודרני. הפערים הכלכליים היו באופן יחסי צנועים, והקיבוצים, ששיקפו ויתור על רכוש פרטי, לכידות חברתית ושוויון, סימלו את האידאל של החברה. היתה זו חברה חילונית במובהק, שהדת מילאה בה תפקיד משני בלבד. מקומו של המשפט היה צנוע, שלא לומר שולי.

כעבור 65 שנים, אנו חיים במדינה שונה לחלוטין. מהצביון המיוחד של אותם ימים לא נותר כמעט דבר. האוכלוסייה גדלה פי 12 והיא מונה כמעט שמונה מיליון תושבים. הלכידות שאפיינה אותם ימים הוחלפה בפיצול. הרעיון שעל הפרט לעמוד לרשות הכלל הוחלף בעליית האינדיבידואליזם וברעיון שעל המדינה, כלומר על הכלל, לדאוג לפרט. ישראל נטשה את הדרך הסוציאליסטית והפכה חברה קפיטליסטית מובהקת, שהפערים הכלכליים בה דומים לאלה שבארצות הברית. אולם עדיין ניכרים סממנים של הגישה הסוציאלית בתחומים דוגמת ביטוח רפואי לכלל האוכלוסייה, קביעות בעבודה ועבודה מאורגנת, הנוהגים במגזרים לא מעטים. החברה החילונית של ימי קום המדינה לבשה צביון דתי יותר ויותר, ואילו המשפט יצא מקרן הזווית שבו היה נתון ותפס את מרכז הבמה. המערכת המפעילה אותו עלתה לגדולה ואיימה להאפיל ולהשתלט על כל יתר מערכות השלטון.

השלטון המרכזי האיתן, שהנהיג את המדינה עד מלחמת יום הכיפורים, התערער. במשך מרבית התקופה שחלפה מאז מלחמה זו מונהגת ישראל בידי ממשלות חלשות, וחווה משברים פוליטיים חוזרים ונשנים. חולשת השלטון המרכזי אפשרה לשתי קבוצות, המתנחלים והחרדים, להכתיב את סדר היום המדיני

והחברתי, במידה החורגת באופן משמעותי מכוחן היחסי בחברה. במקביל אפשרה חולשתן של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת למערכת המשפט לבצע מהפכה משפטית, שבמסגרתה העצימה את כוחה והפכה גורם מרכזי בניהול המדינה. תופעה נלווית, הכרוכה בכך, היתה התנגשות חוזרת ונשנית בין הגופים שהתחזקו, היינו המערכת המשפטית מצד אחד, והגופים האחרים שעלו לגדולה, כלומר המתנחלים והחרדים, מצד אחר.

החיבור הנוכחי עוסק בקשר שבין המשפט לפוליטיקה ומתמקד במהפכה המשפטית, שהעבירה נתחים מרכזיים מהשלטון למערכת המשפטית ולמערכת הבירוקרטית. מדובר אפוא במעבר של כוח שלטוני מגופים נבחרים (הממשלה והכנסת) לגופים ממונים.

המהפכה המשפטית החלה לפני כ-30 שנה, אף כי סימנים המבשרים את בואה ניכרו שנים אחדות קודם לכן, כבר בתקופת ממשלת רבין הראשונה שהוקמה לאחר מלחמת יום הכיפורים. הדרך שבה סיימה ממשלה זו את תפקידה היא תולדה של עליית כוחה של מערכת המשפט. בתקופה שקדמה למהפכה המשפטית התחוללה בישראל התפתחות משפטית מרשימה שנעשתה בצניעות ובענווה, והביאה את מערכת המשפט להישגים נכבדים. בדעתי לפרסם חיבור נפרד הנוגע לתקופה זו, אך לצורך החיבור הנוכחי אתייחס בתמציתיות רבה לעיקרי הדברים שאירעו באותם ימים, כדי להבהיר את הרקע שקדם למהפכה המשפטית. החלק הראשון של הספר עוסק בנושא זה.

ברצוני להודות לעוזריי אילן גרינשטיין, עמרי רחום-טוייג ואסף הדני על מסירותם ועזרתם. אנשים רבים נוספים סייעו לי באיסוף חומר, בבדיקתו, בהפניה למקורות, במידע ובהערות לכתב היד. אני חייב תודה לכולם. מביניהם אציין את פרופסור בנימין קידר, את עורכי הדין דן אבי-יצחק ויראון פסטינגר, ואת אמנון דנקנר ויורם טורבוביץ'.

כן ברצוני להודות ליהודה יערי על מלאכת העריכה, שהיתה קשה ומורכבת.

חלק ראשון

בית המשפט הקלאסי

מדינה נולדה

בה' באייר תש"ח, 14 במאי 1948, שעות ספורות לפני סיום המנדט הבריטי על ארץ ישראל, התכנסה "מועצת העם", הפרלמנט של המדינה שבדרך, והכריזה על הקמת מדינת ישראל ב"מגילת העצמאות". היא נהפכה באותו יום ל"מועצת המדינה הזמנית" – כלומר, לגוף המחוקק – עד שייערכו בחירות. "מנהלת העם", הממשלה של המדינה שעדיין לא קמה, נהייתה לממשלה הזמנית.

ימים אחדים לאחר מכן כבר חוקקה מועצת המדינה הזמנית את "פקודת סדרי השלטון והמשפט" (המונח "פקודה" שימש באותם ימים לתיאור "חוק", כמו בתקופת המנדט). סעיף 11 לפקודה קבע כי המשפט שהיה בתוקפו ערב הקמת המדינה ימשיך להתקיים "בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה", אך בכפוף לביטול התלות בבריטניה ולביטול חוקי הספר הלבן. העברית תפסה כמובן את מקום האנגלית כשפת המשפט.

בכך נקבעה רציפות והמשכיות משפטית למערכת הדינים שהתגבשה בתקופת המנדט, אשר היתה מתקדמת ומפותחת בתחומים רבים (אף שנותרו בה חלקים ניכרים מהמשפט העות'מאני). אין ספק שהמשפט הישראלי חב חוב גדול למורשת השלטון המנדטורי, אשר הקים בארץ את מערכת בתי המשפט (השלום, המחוזי והעליון) ויצר תרבות משפטית איכותית.

המפלגות הדתיות ואישים לא מעטים ציפו שהמשפט העברי יתפוס מקום מרכזי במדינה היהודית ובמשפט הישראלי החדש, אך הדבר לא קרה. מעצבי התשתית המשפטית למדינה הצעירה, ובראשם חיים כהן, דב יוסף ופנחס רוזן, הבינו שהמשפט העברי, כמות שהוא, אינו מתיישב עם עקרון היסוד של המדינה הדמוקרטית, שלפיו סמכות החקיקה נתונה לפרלמנט. כלומר, אין מקום למערכת חוקים שהפרלמנט אינו מוסמך לעצב, לשנות ולעדכן. יתר על כן, המשפט העברי, הקובע דין שונה לנשים ולגברים, אינו מתיישב עם מערכת הערכים המושתתת על שוויון, אשר אומצה על ידי התנועה הציונית החילונית. ובכלל, אין במשפט העברי תשובות מספקות לשורה ארוכה של נושאים רבי חשיבות אשר השתנו או התחדשו

עם השנים, וכעת הם חלק מן העולם המודרני, דוגמת דיני ביטוח, קניין רוחני, דיני חברות ודיני ניירות ערך.

עם זאת, המשפט העברי תרם רבות לפיתוח מונחים רבים בשפה המשפטית העכשווית, והוא ממלא עד היום תפקיד מרכזי – ובעייתי – בדיני נישואים וגירושים.

כשלושים שנים קודם לכן, בשלהי מלחמת העולם הראשונה, כבשו הבריטים את ארץ ישראל מידי העות'מאנים. כעבור שנים ספורות קיבלה בריטניה מחבר הלאומים את המנדט על ארץ ישראל. מיד לאחר מכן, ב-10 באוגוסט 1922, חוקקה את "דבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י)", אשר נחשב למעשה ל"חוקה" של המנדט. נקבעו בו מנגנוני השלטון, דרכי החקיקה, מערכת המשפט ומקורות החוק. במסגרת זו, בהמשך למסורת העות'מאנית, הוקמו בתי משפט דתיים (מוסלמיים, יהודיים וכלומר, רבניים) וכן בתי משפט של עדות נוצריות (שונות), וניתנה להם סמכות ייחודית בענייני נישואים וגירושים ובעניינים שונים של מעמד אישי.

הוקמו בתי משפט – בית משפט שלום, בית משפט מחוזי ובית משפט עליון – ונקבע כי על החלטותיו של האחרון ניתן לערער לפני מועצת המלך בלונדון. לבית המשפט העליון הוענקה סמכות להוציא, כערכאה ראשונה, "צווים פרוגטיביים" – צווים מלכותיים, פרי יצירתו של המשפט האנגלי, שאפשרו לבתי המשפט לפקח על רשויות השלטון, ואשר מהווים את המקור ההיסטורי למקומו המיוחד של בג"ץ בישראל. הסמכות שניתנה לבית המשפט העליון לדון כערכאה ראשונה הנה יוצאת דופן, ונבעה כנראה מרצונם של הבריטים לוודא שנושאים בעלי משמעות מיוחדת לשלטון יידונו בהרכב של שלושה שופטים, אשר מובטח כי לפחות אחד מהם יהיה בריטי.

שופטים ערבים ויהודים כיהנו בבתי המשפט לצד שופטים בריטים, אבל בבית המשפט העליון שמרו לעצמם השליטים זכות יתר: זקן השופטים (המקביל לנשיא בית המשפט העליון) היה תמיד בריטי. היו בו גם שופטים ערבים, אך רק שופט יהודי אחד – גד פרומקין.

השלב הראשון של מלחמת העצמאות נפתח מיד לאחר החלטת האו"ם מ-29 בנובמבר 1947 בדבר חלוקת ארץ ישראל המערבית והקמת מדינה יהודית בצדה של מדינה ערבית (פלשתיין). הנהגת היישוב היהודי תמכה בהחלטה, אבל הערבים החליטו להטביעה בדם. כך פרצה מלחמת העצמאות. בשלב הראשון היא התנהלה בין ערביי ארץ ישראל לבין היישוב היהודי, בשעה שהבריטים היו עדיין בארץ אך החלו לפנותה בהדרגה.

ארבעה חודשים לאחר החלטת האו"ם, בעיצומם של הקרבות, הקימה ההנהלה הציונית את "מועצת העם", שמנתה 37 חברים. 13 מהם נבחרו ל"מנהלת העם" בראשות דוד בן-גוריון. ואז, לקראת הפינוי הבריטי, מול כל הסיכונים, קיבל בן-גוריון את ההחלטה הדרמטית להכריז על הקמת מדינת ישראל, וב-14 במאי 1948 פורסמה ונחתמה מגילת העצמאות. למחרת היום הושלם כמעט לחלוטין פינוי הכוחות הבריטיים. הצבאות הסדירים של מדינות ערב החלו לפלוש לישראל, תוך הפרה בוטה של החלטת האו"ם, של המשפט הבינלאומי ושל מגילת האומות המאוחדות.

בכך נפתח השלב השני במלחמת העצמאות. נטלו בו חלק הצבאות הסדירים של חמש מדינות ערביות – מצרים, ירדן, סוריה, עיראק ולבנון. למרות הנחיתות המספרית והנחיתות באמצעי הלחימה, עלה בידי ישראל, תוך ספיגת אבירות כבדות, לנצח במלחמה הקשה ואף לכבוש חלק מהשטח שהוקצה למדינה הפלשתינית. יתר השטח נפל ברובו בידי ירדן (הגדה המערבית), וחלקו נפל בידי מצרים (רצועת עזה). במהלך הקרבות עזבו את הארץ רוב התושבים הערבים. חלקם נטשו בעקבות קריאות מנהיגיהם, שהבטיחו להחזירם לבתיהם לאחר הניצחון, וחלקם נמלטו מאימת הקרבות. אחרים גורשו. כך נוצרה בעיית הפליטים, אשר מדינות ערב סירבו – ומסרבות – לקלוט, והיא קיימת עד היום, כשצאצאי הפליטים הראשונים ממשיכים להחזיק במעמד של פליט.

ב-25 בינואר 1949 התקיימו הבחירות הראשונות. היה זה שלושה שבועות לאחר הניצחונות הגדולים על הצבא המצרי, שבעקבותיהם הגיעו למעשה הקרבות לסיומם. הבחירות נועדו לאסיפה מכוננת, שתפקידה היה להכין את החוקה למדינה החדשה, אך ההמשך היה שונה מן המתוכנן. האסיפה המכוננת קיימה את ישיבתה הראשונה ב-14 בפברואר 1949, וזמן קצר לאחר מכן החליטה לשנות את שמה ל"כנסת" ולכהן כבית מחוקקים. כשנה לאחר מכן החליטה מליאת הכנסת – לא באמצעות חוק, אלא על ידי "החלטת הררי" (על שם היוזם שלה, חבר הכנסת יזהר הררי) – כי החוקה תהיה בנויה פרקים-פרקים, אשר כל אחד מהם יהיה "חוק יסודי" בפני עצמו. פרקים אלה היו אמורים להיחקק עם הזמן על ידי הכנסת. החלטה זו מעוררת עד היום סבך של שאלות משפטיות שלא נמצא להן פתרון משביע רצון.

מפא"י זכתה בבחירות הראשונות ב-46 מושבים בכנסת, והממשלה שהקים בן-גוריון (שכיהנו בה 12 שרים) התבססה על הסיסמה "בלי חרות וכלי מק"י". עם זאת, למרות האיבה העמוקה שחש ראש הממשלה הראשון כלפי תנועת החרות ומנהיגיה, מעולם לא ניסה בן-גוריון למנוע ממנה את ההשתתפות בבחירות (כשם

שמעולם לא ניסה למנוע את השתתפותם של ערביי ישראל בבחירות). אולם הוא עשה כל שלאל ידו כדי לשלול את הלגיטימיות של המפלגה, שמקורה בתנועה הרוויזיוניסטית, תנועתו של ז'בוטינסקי.

הוצאתה של חרות מכל חישוב קואליציוני עדיין הותירה לבן-גוריון מרווח עצום לתמרון. הבחירה המרכזית היתה בין מפ"ם, שזכתה ב-19 מנדטים, לבין הדתיים, והמהלך שנקט בן-גוריון היה מהלך היסטורי, אשר רישומו ניכר עד היום: הוא העדיף להשאיר את מפ"ם בחוץ ולבסס את ממשלתו על החזית הדתית הלאומית. הסבר אפשרי אחד נעוץ בנטייה הפרו-סובייטית של מפ"ם, שכן בן-גוריון כבר הבין כי יהיה עליו לסמוך בעיקר על המערב. הסבר אחר כרוך בכך שמפ"ם, המפלגה השנייה בגודלה, נראתה באותם ימים כמתחרה ממשית על השלטון. אחד האישים המקורבים למפלגה היה יגאל אלון – המפקד הנערץ של הפלמ"ח ומי שנראה בעיני רבים כמנצח האמיתי במלחמת העצמאות.

המפלגות הדתיות לא התחרו על השלטון, ובנושאים הדתיים היה בן-גוריון מוכן לויתורים. עוד קודם לכן הוא הבטיח לראשי אגודת ישראל לשמור על הסטטוס-קוו בענייני דת, ובין היתר התחייב לא לחוקק חוק נישואים וגירושים אזרחיים. בתמורה ניאותו ראשי אגודת ישראל, שנמנו עם מתנגדיה החריפים של הציונות, לא להתנגד להקמת המדינה.

הקואליציה עם המפלגות הדתיות ונכונותו של בן-גוריון לויתורים בתחום הדתי הניבו חריג משמעותי לגישתו הממלכתית. בתחום המשפט השתקף החריג בחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושים), התשי"ג-1953, אשר העניק לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט בלעדית בענייני נישואים וגירושים של יהודים בישראל. סמכות דומה הוענקה לשורה של בתי דין דתיים מוסלמיים ונוצריים לגבי בני עדתם (מבין כל אלה, סמכותם של בתי הדין המוסלמיים היא הרחבה ביותר, כהמשך למצב ששרר בתקופת העות'מאנית). החוק נועד כביכול לשמר את הסטטוס-קוו בנושאי הנישואים והגירושים, אך למעשה הוא הרחיב את סמכויותיהם של בתי הדין הרבניים בהשוואה לסמכות שהיתה בידם בתקופת המנדט.

מהלך זה לא נעצר כאן. הנכונות לקבל חריגים דתיים גלשה גם לתחום החינוך, כשבן-גוריון הכיר בזרם הממלכתי-דתי ובחינוך העצמאי, וכשניאות להעניק למספר מוגבל של תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם" דחיית שירות, שהיתה למעשה פטור משירות צבאי, בנימוק שיש לשקם את עולם הישיבות שחרב בשואה. הציונות הדתית זכתה בסידור מיוחד משלה, בדמות "ישיבות הסדר", שבמסגרתו תלמידי הישיבה זוכים בשירות צבאי מקוצר.

מיד לאחר קום המדינה הגיע לארץ גל עלייה עצום, ובתוך שלוש שנים הוכפל מספר היהודים בישראל. אבל בצד בעיות הביטחון העיקה על המדינה הצעירה

מצוקה כלכלית קשה, אשר הוחרפה ככל שגבר זרם העולים. נוצר מחסור במטבע זר, החל להתפתח תהליך אינפלציוני, והממשלה החליטה להפעיל משטר קיצוב – "צנע". ניהולו הופקד בידי רב יוסף, אשר הועמד בראש משרד האספקה והקיצוב וכוונה "שר הצנע". הציבור התקומם נגד צעדי הצמצום וההידוק, ובבחירות לכנסת השנייה, ביולי 1951, עלתה מפלגת הציונים הכלליים, שהתנגדה למדיניות הצנע, מ-7 ל-20 מנדטים. ראשי מפא"י הבינו את הרמז, ושיטת הקיצוב של מצרכים בסיסיים בוטלה. עם זאת, השליטה הממשלתית בכלכלה, באמצעות מערכת של רישוי ופיקוח בשורה ארוכה של תחומים, לרבות מטבע חוץ, נמשכה עוד שנים רבות.

הכלכלה הישראלית התאוששה והתחזקה, במידה רבה בזכות הזרמת הון מחוץ לארץ. המגבית היהודית גייסה כספים ברחבי העולם, והסכם שילומים היסטורי נכרת ב-1952 בין בן-גוריון לקנצלר הגרמני קונרד אדנאואר. התנגדות עזה קידמה את החתימה על ההסכם, והפגנה גדולה נערכה בכיכר ציון בירושלים. חלק מהמפגינים צעדו לעבר הכנסת, ששכנה אז עדיין ב"בית פרומין" ברחוב קינג ג'ורג', והשליכו עליה אבנים. בתוך המליאה נשא מנחם בגין נאום חריף שכלל כינויי גנאי בוטים לראש הממשלה, והורחק מהכנסת לשלושה חודשים. הציפייה להסכמי שלום עם מדינות ערב – נכזבה. במקום זאת חיפשו מדינות ערב כל דרך – דיפלומטית, כלכלית וצבאית – לפגוע בישראל. גל פעולות טרור יצא מהגדה המערבית ומרצועת עזה, וישראל הגיבה עליהן בפעולות תגמול. בצפון התנהלו תקריות גבול עם סוריה, והתנהל מאבק גם על מקורות הירדן. העניינים בדרום הגיעו לפיצוץ אחרי ששליט מצרים, גמאל עבד אל נאצר, חתם על עסקת נשק גדולה עם צ'כיה, וזמן קצר לאחר מכן הלאים את תעלת סואץ. בעקבות תיאום חשאי ישראלי-בריטי-צרפתי יצא צה"ל ב-29 באוקטובר 1956 ל"מבצע קדש". בתוך כשבוע כבשה ישראל את כל חצי האי סיני, אך בהתאם למה שסוכם עם הבריטים והצרפתים מראש, נעצר צה"ל קילומטרים אחדים לפני תעלת סואץ. תגובתם הקשה של האמריקנים והסובייטים גרמה לכך שישראל נסוגה כעבור זמן קצר חזרה אל קו שביתת הנשק מ-1948.

תקרית איומה התרחשה בישראל במהלך המבצע. ביום הראשון למערכה הוטל עוצר על הכפרים הערביים הסמוכים לגבול ירדן, שהיו נתונים באותם ימים תחת ממשל צבאי. שעת העוצר נקבעה ל-21:00, אך הוחלט להקדימה ל-17:00. התושבים הערבים שעבדו בשדות לא ידעו על כך, וחלקם ביקשו לחזור לבתיהם לאחר השעה שבה נכנס העוצר לתוקפו. במרבית הכפרים נמנעו חיילי משמר הגבול מלפגוע בתושבים שחזרו לבתיהם לאחר העוצר אולם בכפר קאסם ירו חיילים מהיחידה שאכפה את העוצר בתושבים שניסו לשוב לבתיהם. 47 בני אדם,

כמחציתם נשים וילדים, נרצחו בטבח הנורא. 11 חיילים ומפקדים הועמדו לדין לפני בית דין צבאי.¹ שמונה מהם נידונו לתקופות מאסר ארוכות, אולם זכו כעבור זמן לא רב בחנינה, כך שאיש לא ריצה מאסר של יותר משנה. מפקד החטיבה, אל"מ יששכר שדמי, זופה מאשמת רצח, לאחר שנקבע שלא הוא נתן את ההוראה לירות. הוא הורשע בחריגה מסמכות בלבד, ונידון לנזיפה ולקנס סמלי של עשר פרוטות.²

עד שנת 1963 – למעט כשנתיים בין 1953 ל-1955, שבהן החליף אותו משה שרת – עמד בן-גוריון בראש כל הממשלות, ולא היה ערעור של ממש על מנהיגותו. בכל אחת ממערכות הבחירות זכתה מפא"י ב-40 מנדטים לפחות, והמפלגות הדתיות היו מרכיב קבוע בכל קואליציה שהקים. אולם אז הגיע עידן בן-גוריון לקצו, לאחר שהתפטר מתפקידו בעקבות התפוצצות "הפרשה", שהתרחשה תשע שנים קודם לכן. מדובר בהוראה שניתנה לרשת ריגול ישראלית שפעלה במצרים, לבצע פעולות חבלה במתקנים של מדינות המערב, בתקווה לגרום בכך לקרע בין המצרים לבין מדינות המערב. רעיון העוועים הסתיים בכישלון מהדהד. הרשת נחשפה. שניים מחבריה, ד"ר משה מרזוק ושמואל עזר, הוצאו להורג בתלייה. חברים אחרים נידונו לתקופות מאסר ארוכות ושוחררו והגיעו לישראל במסגרת חילופי השבויים אחרי מלחמת ששת הימים. פנחס לבון, שהיה שר הביטחון באותם ימים, נאלץ להתפטר. אולם השאלה מי נתן את ההוראה להפעלת הרשת – נותרה בלתי-פתורה. ועדות שבדקו את הנושא לא הגיעו למענה חד-משמעי. העניין כולו נשמר בסוד כמוס, אך בתחילת שנות ה-60 החלו לדלוף פרטים לעיתונות והמדינה היתה כמרקחה. העניין הגיע לממשלה, שהחליטה להקים ועדת שרים בראשות שר המשפטים פנחס רוזן (ועדת השבעה). מסקנתה היתה שלבון לא נתן את ההוראה. בן-גוריון, שסבר כי לא היה זה תפקידה ולא היה בסמכותה של ועדה פוליטית להגיע למסקנה כזו, זעם, וקרע עמוק נפער בינו לבין חבריו להנהגה. היחסים הידרדרו עד כדי כך שבן-גוריון הקים מפלגה נפרדת, רפ"י (רשימת פועלי ישראל), וסולק ממפא"י – המפלגה שעמה היה מזוהה ואותה הנהיג שנים רבות. לא מן הנמנע שמאחורי המשבר מול בני דור הביניים עמדה לא רק "הפרשה" אלא גם החשש של בני הדור הזה שבן-גוריון חותר לדלג עליהם, ולהעביר את ההנהגה לאנשי "הדור הצעיר", אותו הובילו משה דיין ושמעון פרס.

בבחירות שהתקיימו ב-1965 ניצח שוב המערך, הפעם בראשותו של לוי אשכול. רפ"י בראשותו של בן-גוריון, שאליה הצטרפו גם משה דיין ושמעון פרס, זכתה ב-10 מנדטים בלבד. אשכול נקט מדיניות חדשה בנושאי פנים רבים. שניים

מהבולטים שבהם היו ביטול הממשל הצבאי על ערביי ישראל והפסקת המדיניות של דחיקת הימין אל מחוץ למחנה. המחווה הסמלית הגדולה שלו היתה אישור העלאת עצמותיו של זאב ז'בוטינסקי – אבי התנועה הרוויזיוניסטית ותנועת החרות, שנפטר ב-1940 בארצות הברית – לקבורה בישראל.

צעד משמעותי נוסף, שחיזק את הימין והעניק לו לגיטימציה, היה התפרקות המפלגה הליברלית והצטרפות המרכיב המרכזי שבה (הציונים הכלליים) לימין. הנהגת הציונים הכלליים הגיעה למסקנה שמן ההכרח להציג חלופה לשלטון מפא"י, וכי הדרך היחידה לעשות זאת היא באמצעות שילוב עם חרות. החיבור יצר את גח"ל (גוש חרות-ליברלים). עמדת הציונים הכלליים בנושאי חוץ וביטחון היתה מתונה ומנוגדת למדיניות הנצית של חרות, אך כאשר נוצר גח"ל, ב-1965, סברו שאין לפער הזה משמעות רבה. שנתיים לאחר מכן פרצה מלחמת ששת הימים, ושאלת הגבולות ובעיות חוץ וביטחון תפסו את מרכז הבמה. היתה זו אירוניה היסטורית שהציונים הכלליים מצאו עצמם לפתע, שנתיים לאחר האיחוד, נתונים בחיבוק דוב של חרות, בהנהגת מנחם בגין, הדוגלת בהחזקת השטחים והתיישבות בהם.

במאי 1967 החל הצבא המצרי להיערך בסיני, ונאצר הורה על פינוי כוחות האו"ם מרצועת עזה ומסיני ועל סגירת מצרי טיראן בפני כלי שיט ישראליים. במקביל נכרתו הסכמי שיתוף פעולה צבאי בין מצרים, סוריה, ירדן ועיראק, ועלה חשש מפני פלישה לישראל מכל הכיוונים. ב-28 בחודש שידר אשכול ברדיו נאום לאומה המודאגת. הנאום הוקרא מהכתב, וכשנתקל בפסקה שהתקשה לקרוא החל ראש הממשלה לגמגם. הנאום, שצריך היה להרגיע את הציבור, גרם לתוצאה הפוכה, והלחץ הציבורי הכבד הביא להקמת ממשלת ליכוד לאומי. רפ"י וגח"ל צורפו אליה, ומשה דיין החליף את אשכול בתפקיד שר הביטחון. מנחם בגין ויוסף ספיר מונו לשרים בלי תיק. בגין היה לראשונה לשר בממשלת ישראל, וזכה בלגיטימציה. החרם שהטיל בן-גוריון על מנהיג "הפורשים" – הוסר. היה זה צעד מכריע לקראת זכייתו בבחירות עשור לאחר מכן.

מלחמת ששת הימים פרצה ב-5 ביוני 1967. צבאות מצרים, ירדן וסוריה הוכו, וצה"ל כבש את כל חצי האי סיני, את רצועת עזה, את הגדה המערבית לרבות מזרח ירושלים ואת רמת הגולן. ישראל שלטה עכשיו על שטח גדול יותר מפי ארבעה לעומת השטח שהיה בידה לפני המלחמה. היא שלטה גם על יותר ממיליון פלשתינים. הניצחון האדיר חיזק את הביטחון העצמי הישראלי, אבל לא הוביל לשלום. מלחמת הטרור נגד ישראל גברה, ומצרים אף פתחה במרס 1969 במלחמת התשה נגד ישראל. חילופי האש הקשים הסתיימו בהפסקת אש שהושגה בתיווכו של מזכיר המדינה האמריקני ויליאם רוג'רס, אשר הציע תוכנית למשא ומתן

שיוביל להסדר בין ישראל למצרים. בגין התנגד לתוכנית רוג'רס ולתנאי הפסקת האש, ומפלגתו פרשה מהקואליציה.

כשנה וחצי לאחר מלחמת ששת הימים, בפברואר 1969, נפטר ראש הממשלה לוי אשכול, ובמקומו מונתה גולדה מאיר. גם במצרים עלה לשלטון מנהיג חדש, אנואר סאדאת, לאחר שנאצר מת. סאדאת, מנהיג פחות כריזמטי מנאצר אך מוכשר לאין-ערוך, היה המדינאי הגדול ביותר באזורנו לאחר בן-גוריון. לביש מזלנו, הוא היה בצד המצרי.

סאדאת גילה נכונות להגיע להסדר עם ישראל, אך המשא ומתן בין הצדדים נכשל, במידה רבה באשמת הצד הישראלי. ב-6 באוקטובר 1973, בצהרי יום הכיפורים, פרצה מלחמה בו-זמנית בשתי חזיתות, המצרית והסורית. ישראל המופתעת ספגה מפלות קשות בשלבים הראשונים, ורק לאחר קרבות עקובים מדם עלה בידי חיילי צה"ל להשתלט בחזרה על השטח שכבשו הסורים ברמת הגולן, להעביר כוחות לצד האחר של תעלת סואץ ולהטות את הכף לטובת ישראל גם בחזית המצרית. אולם כוחות מצריים הצליחו להתמקם בתוך סיני ולהחזיק בחלק מהשטח שנכבש על ידם. ב-22 באוקטובר קיבלה מועצת הביטחון את החלטה 338, שכללה קריאה להפסקת אש. מחירה של המלחמה היה נורא. ישראל ספגה אבדות כבדות – 2,656 הרוגים ויותר משבעת אלפים פצועים. 294 לוחמים נפלו בשבי. יותר מ-100 מטוסים וכ-800 טנקים אבדו. המחיר הכלכלי היה כבד. הצמיחה הכלכלית נעצרה במידה רבה והפגיעה במשק המדינה ניכרה היטב במשך למעלה מעשור.

הבחירות נועדו להתקיים בחודש אוקטובר, שבו התנהלה מלחמת יום הכיפורים בכל עוזה, והן נדחו לסוף דצמבר. בשלב זה קמה תנועת "שינוי" בראשותו של פרופ' אמנון רובינשטיין,* אבל הממשלה החליטה שלא לאפשר את פתיחת רשימות המועמדים שנסגרו לפני המלחמה, והתנועה החדשה לא יכלה להתייצב לבחירות. צעד נוסף שנקטה הממשלה בנובמבר 1973, שבועות ספורים לפני הבחירות, היה מינוי ועדת חקירה ממלכתית, ועדת אגרנט, לחקור את המחדל שבגינו הופתעה ישראל עם פרוץ המלחמה, את היערכותו של צה"ל למלחמה בדרך כלל, ואת ימי הלחימה הראשונים.

המערך שב וזכה בבחירות, כאילו לא אירע דבר. כוחו ירד אמנם מ-56 מנדטים ל-51 וכוחו של הימין עלה, אולם עדיין לא היה ניתן להרכיב ממשלה ללא מפא"י בגלולה הנוכחי. גולדה מאיר עמדה גם בראש הממשלה החדשה, שהוקמה במתכונת קודמתה. בתחילת אפריל 1974 הגישה ועדת אגרנט דו"ח ביניים, שבו

* גם אני זכיתי להימנות עם מייסדי "שינוי".

הטילה את מלוא האחריות לכישלון על הדרג הצבאי, ובראשו הרמטכ"ל דוד אלעזר (דרו), ראש אמ"ן אלי זעירא ואלוף פיקוד דרום שמואל גונן (גורודיש). הדרג המדיני יצא פטור בלא כלום.

סערה שלא היה תקדים לעוצמתה פרצה ברחבי המדינה. עיקר הביקורת הופנה לפטור המוחלט מכל אחריות שקיבל הדרג המדיני, לעומת החומרה שבה נהגה הוועדה ברמטכ"ל. דרו, שכמעט לא טרח להתגונן בפני הוועדה, התפטר מיד לאחר פרסום מסקנותיה, חרף העובדה שהוא תפקד ללא דופי לאחר פרוץ הקרבות, בעוד ששר הביטחון, דיין, לא גילה מידה דומה של חוסן ועל תפקודו במהלך המלחמה נמתחה ביקורת קשה. לכך הצטרפה טענה שלא ניתנה לקצינים שנמצאו אחראים הזדמנות נאותה להתגונן. בראש המחאה התייצב קצין המילואים מוטי אשכנזי, שקרא להתפטרותו של דיין. בהדרגה הצטרפו אליו אלפים רבים, וגולדה, שלא יכלה לעמוד בפני המחאה ובפני התוצאות הקשות של המלחמה, התפטרה באפריל 1974, כחודש בלבד לאחר שהקימה את ממשלתה.

המעריך, שזה עתה זכה בבחירות, לא היה מוכן לוותר על השלטון. יצחק רבין נבחר לעמוד בראש הממשלה, אלא שיריבו בצמרת, שמעון פרס, לא קיבל את מנהיגותו. תופעה כזו לא היתה מוכרת עד אז: על הנהגתו בן-גוריון, כל עוד כיהן כראש ממשלה, לא היו עוררין. גם על ההנהגה של לוי אשכול וגולדה מאיר לא היה ערעור בתוך המפלגה. כעת הכול השתנה, וצצה תופעת הזוגות הנצים. היא תתבטא מאז בכך שהמפסיד אינו פורש ואינו יוצא מהתמונה. הוא ממשיך לקרוא תיגר על מנהיגותו של המנצח, והמאבק ביניהם נמשך בתוככי השלטון.

ההתכתשות החלה עם איוש התיקים, כאשר הובהר לרבין שאם תיק הביטחון לא יימסר לפרס, חטיבת רפ"י תפרוש, לא יהיה לו רוב והוא לא יוכל להקים ממשלה. רבין נכנע. הפקדת תיק הביטחון בידי פרס גררה הסתבכות בפרשת ההתנחלויות בגדה. המדיניות שראש הממשלה החדש כיוון אליה היתה תמיכה בהתנחלות בגולן, בבקעת הירדן, בגוש עציון ובפתחת רפיח, אך לא בלב יהודה ושומרון, באזורים צפופי האוכלוסייה. פרס בחר לסייע למפעל ההתנחלות בשומרון. עמדת הממשלה נבחנה בפרשת ההתנחלות בסבסטיה, שבה היתה ידם של אנשי "גוש אמונים" על העליונה. לטענתו של רבין, הוראותיו של פרס לצה"ל "לעצור את המתנחלים בדרכם (לסבסטיה) ניתנו בחצי-לב או שהתבצעו ברשלנות". במאבק לפינויים הושגה פשרה, שבמסגרתה הם הועברו למחנה צבאי בקדום, ויצרו שם "התנחלות". היה זה ציון דרך מרכזי בהתפתחות תהליך ההתנחלות ביהודה ושומרון.³

ההישג הדרמטי הגדול של ממשלת רבין היה מבצע אנטבה, שבו הצליחו לוחמי צה"ל לשחרר משדה תעופה באוגנדה, מרחק אלפי קילומטרים מהארץ,

יותר ממאה ישראלים ויהודים שנחטפו על ידי טרוריסטים בעת טיסה מאתונה ללוד. בפעולה נהרג מפקד סיירת מטכ"ל, יוני נתניהו, אחיו של בנימין נתניהו. נהרגו גם שלושה מבני הערובה. הממשלה נפלה שלוש שנים אחרי שקמה, בגלל מחלוקת עם המפד"ל בעניין חילול שבת. רבין לא יכול היה להתייצב שוב בראש המערך. לקראת הבחירות צצה לפתע פרשת חשבון הדולרים האסור של אשתו לאה ושלו, ואת מקומו תפס יריבו פרס.

הבחירות לכנסת התשיעית התקיימו ב-17 במאי 1977. בבחירות האלה, בחירות המהפך, זכה הליכוד ב-43 מנדטים והיה למפלגה הגדולה ביותר. המערך בראשות פרס נחל מפלה צורבת, כשאיבוד 40% מכוחו וירד מ-51 מנדטים ל-32 בלבד.

היה זה כאמור מהפך היסטורי, ולא ניצחון רגיל של מפלגת אופוזיציה כמקובל במשטר דמוקרטי. אחרי ששלטה ביישוב העברי ובמדינה מאז תחילת הציונות, נלקח השלטון לראשונה מידיה של תנועת העבודה. מפא"י ושאר מפלגות הפועלים הובילו כל השנים את "המדינה שבדרך". במסגרת זו קמה כבר ב-1920 הסתדרות העובדים הכללית, שהיתה לא רק ארגון עובדים חזק אלא גם אימפריה כלכלית. היא שלטה בגופים דוגמת קופת חולים, סולל בונה, בנק הפועלים ושורה של מפעלים כלכליים אחרים. שנים לא רבות לאחר המהפך קרסה כל האימפריה הזאת.

גם הליכוד, ובמרכזו תנועת החרות, לא היה מפלגת אופוזיציה רגילה. חרות נחשבה לאורך כל שנות שלטונה של תנועת העבודה לגוף זר, מנודה, חסר אחריות ומסוכן, שלא היה לו חלק ונחלה בבניין הארץ. כעת, במקום האליטות הוותיקות, שאנשיהן חשו כי "גנבו להם" את המדינה, החלו להיווצר אליטות חדשות, שכללו את בני עדות המזרח ואישים דתיים.

בגין זנח את הגישה החילונית של מורו ורבו ז'בוטינסקי, ובחר בקירובן של המפלגות הדתיות. החרדים נהפכו ללשון המאזניים בפוליטיקה הישראלית, ונטלו מאז חלק כמעט בכל הממשלות. הדבר בא לביטוי, כמובן, בהסכמים הקואליציוניים הנדיבים שנחתמו עמם. אחד האסונות הכבדים שהמיטה ממשלת בגין על ישראל היה הפטור הגורף משירות צבאי לכל תלמידי ישיבות ש"תורתם אומנותם", ללא כל הגבלה מספרית.

לשפוט בלי לשלוט

לאחר קום המדינה המשיכו בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים לתפקד ברציפות, כשהם מופעלים על ידי השופטים היהודים שכיהנו בהם בזמן המנדט. לעומתם, בית המשפט העליון לא היה קיים יותר למעשה. השופטים האנגלים והערבים עזבו, ונותר בו רק שופט אחד, גד פרומקין. לבית המשפט המחוזי בתל אביב הוקנו באופן זמני סמכויות של בית משפט גבוה לצדק (בג"ץ).

החלל התמלא בתוך חודשים ספורים. עוד במהלך הקרבות הקשים של מלחמת העצמאות הוקם בית משפט עליון, שהחל לפעול כבר ב-14 בספטמבר 1948. לכאורה, אחד מחמשת השופטים הראשונים שלו היה אמור להיות פרומקין, אך הדבר לא קרה. השופט היהודי הבכיר בתקופת המנדט, והיחיד שכיהן בבית המשפט העליון המנדטורי, לא רק שלא קיבל את תפקיד הנשיא של בית המשפט העליון הישראלי הראשון, הוא לא זכה כלל להימנות עם שופטיו. פרומקין היה בין הישראלים היחידים שסיימו את חוק לימודי המשפטים באיסטנבול בתקופה שקדמה למלחמת העולם הראשונה. הוא היה משפטן מעולה, בעל השכלה רחבה, ושלט בערבית, בטורקית ובכמה שפות אירופיות. בתקופת המנדט הוא היה מעורה בחיים הציבוריים בארץ, ומבחינת רמתו לא היה כל ספק שהוא מתאים לכהן בעליון. אולם אף על פי שבן-גוריון תמך במינויו של פרומקין, שר המשפטים פנחס רוזן התנגד לכך בתוקף, ועמדה דומה נקט משה זמורה, מועמדו של רוזן לתפקיד נשיא בית המשפט העליון. הסיבות לכך לא הובהרו עד תומן עד היום.

הרקע שלהם היה, כמובן, שונה. רוזן וזמורה השתייכו לקבוצת ה"יקים", אלה שהגיעו מגרמניה. שניהם גם רכשו את השכלתם המשפטית שם (זמורה שירת בצבא הגרמני במלחמת העולם הראשונה). פרומקין היה בן למשפחה ותיקה בארץ, שהשתייכה ליישוב הישן. זמורה פגש בו הן בחבר הנאמנים של האוניברסיטה העברית, שבו היו שניהם חברים, והן כאשר הופיע לפניו כעורך דין בזמן המנדט.

רינונים שנפוצו באותם ימים סיפרו מפה לאוזן שפרומקין קיבל שוחד. הדברים מעולם לא נאמרו בפומבי, ונראה שלא היה לטענה כל יסוד. פרומקין, שנודע לו על אודות השמועה, נפגע קשות ודרש את טיהור שמו. בן-גוריון נעתר והקים "ועדת

בירור של כבוד", בראשות פרופ' בן-ציון דינבורג (דינור), ולצדו יצחק בן-צבי והרב מאיר ברלין. הוועדה לא מצאה דופי בהחלטת שר המשפטים שלא להמליץ על פרומקין לעליון, אך קבעה שנגרם לו נזק מוסרי וחברתי בלתי-מוצדק, והציעה לפצותו על ידי מינוי ממשלתי מתאים. חרף התנגדותו של רוזן, פרומקין היה ליושב ראש ועדת חקירה בענייני חינוך למחנות עולים.⁴

בסופו של דבר היה זה רוזן שבחר את כל שופטי ההרכב הראשון של העליון (סמכותו היתה להמליץ, אך כל המלצותיו התקבלו על ידי הממשלה הזמנית ועל ידי מועצת המדינה הזמנית). לנשיא הראשון נבחר משה זמורה, שותפו לשעבר של רוזן (אז עדיין רוזנבליט). ובהערת אגב: ניתן רק לתאר איזו מהומה היתה פורצת היום, אילו היה שר משפטים פועל למינוי שותפו לשעבר לבית המשפט העליון בכלל, ולנשיאו בפרט. אמנם גם באותם ימים היו מי שהעירו על כך, אולם עדיין לא אבדו אז הפרופורציות, והנושא של "ניגוד עניינים", שיחרוג ברבות הימים מכל היגיון, לא הקים זעקות שבר ולא היווה עילה להעמדה לדין פלילי.

לצדו של זמורה מונו עורכי הדין מנחם דונקלבלום ויצחק אולשן, פרופ' שמחה אסף, שהיה מומחה למשפט העברי אך לא היה עורך דין ולא היה בקי בדין הכללי, והשופט שניאור זלמן חשין מבית המשפט המחוזי בתל אביב. ההרכב הזה היה חדש לחלוטין. איש מהשופטים לא כיהן בבית המשפט העליון המנדטורי. רק לאחר מהם, חשין, היה ניסיון שיפוטי (במחוזי ובשלום בזמן המנדט).

על מנת להשיג תמיכה ציבורית רחבה, נועד בית המשפט לשקף במידה כלשהי את ההרכב הפוליטי של מועצת המדינה הזמנית. זמורה ואולשן השתייכו למפא"י. אולשן הגיע ארצה בגיל צעיר ולמד בגימנסיה הרצליה, אך את השכלתו המשפטית רכש באנגליה. שניהם נמנו עם השורה הראשונה של עורכי הדין בארץ, כאשר זמורה, שייצג את ההסתדרות, היה הבכיר ביניהם. דונקלבלום, נשיא הסתדרות עורכי הדין, היה מקורב לציונים הכלליים. הרב אסף היה אמור לייצג את הדתיים. ואז צורף אליהם חשין הבלתי-מפלגתי.

הרשימה הראשונה שהוכנה על ידי רוזן כללה שבעה שמות, ונראה שהתוכנית היתה למנות את כולם. חשין לא נכלל ברשימה, ונוסף על הארבעה שנזכרו לעיל היו בה גם אברהם וינשל, שמעון אגרנט ודוד גויטיין.

וינשל היה עורך דין מהשורה הראשונה, שנמנה עם מנהיגי התנועה הרוויזיוניסטית. המהלך תואם מן הסתם עם בן-גוריון, שהסכים לייצוג רוויזיוניסטי בעליון, כפי שהסכים לכלול נציגים רוויזיוניסטים במועצת המדינה הזמנית (הוא התנגד בתוקף להכללתם של אנשי אצ"ל ולח"י, שהיו בעיניו ארגוני טרור, ולכן מנחם בגין לא היה חבר במועצת המדינה הזמנית, ולא זכה לחתום על מגילת העצמאות). ואולם, בשמאל שררה התנגדות עזה לרוויזיוניסטים. עיתון מפ"ם, "על

המשמר", יצא ביום 15.7.1948 בזעקה נגד רשימת השופטים המיועדים לעליון, "המתיימרת להיות בלתי מפלגתית" אך נמצאים בה "מועמדים של מפא"י, ציונים כלליים, המזרחי והרוויזיוניסטים" ונעדר מועמד של מפ"ם. הסיבה לכך אינה ברורה, וייתכן שפשוט לא נמצא מועמד מתאים. אף שרוזן חתר לייצוג רחב, כל המועמדים שהוצגו על ידו היו משפטנים מהשורה הראשונה.

בסופו של דבר סירב וינשל להתמנות לעליון. בהמשך ירדו גם שמותיהם של אגרנט וגויטיין (שמונו בשלב מאוחר יותר), ובמקומם התווסף חשין. לפי אחת הסברות הוא היה אמור למלא את המשבצת הרוויזיוניסטית, אם כי היו אלה דווקא הציונים הכלליים שדרשו את מינויו. חשין היה בן למשפחה מהיישוב הישן, את השכלתו המשפטית רכש בניו יורק, ומעולם הוא לא היה פעיל פוליטית ובוודאי לא השתייך לתנועה הרוויזיוניסטית. אלא שבאותם ימים התנהלה לפניו, בבית המשפט המחוזי בתל אביב, תביעת דיבה שהגיש איש אצ"ל יעקב קוטיק נגד "על המשמר" ועורכו מרדכי בנטוב. בנטוב, שישב באולם, טען כי חשין נוטה לצד התובע, עורך דינו של העיתון דרש את פסילתו, ואולי זה היה מקור השמועה הבלתי מבוססת שחשין הוא כביכול רוויזיוניסט. לרוזן, כאמור, הדבר לא הפריע, ואולי הוא אף ראה זאת בעין יפה.

אולם נטייה רוויזיוניסטית לא היתה באותם ימים סגולה לקידום. בנטוב, שהיה גם חבר הממשלה הזמנית, התנגד למינוי. כעבור יומיים, בצעד חריג, זומן חשין לפגישה במשרדו של היועץ המשפטי יעקב שמשון שפירא, שם הכחיש בתוקף כל קשר ל"פורשים". עוד באותו יום, 16.7.1948, הוא גם כתב מכתב לשר המשפטים, חזר על ההכחשה, ואף ציין כי זמן-מה קודם לכן הצטרף להגנה. המכתב הארוך ממחיש סערת נפש גדולה. בני משפחתו סברו שהאירוע אפילו גרם לפגיעה בבריאותו, ותרם לכך שבדצמבר 1959, בהיותו בן 56 בלבד, נפטר מהתקף לב.⁵

חשין היה אז ממלא מקומו של הנשיא השני, אולשן, ואלמלא נפטר היה מתמנה, לפי שיטת הסניוריטי, לנשיא. במקומו התמנה לעליון, באפריל 1960, היועץ המשפטי חיים כהן. בדומה לחשין, גם כהן הביא עמו ידע מעמיק במקורות המשפט העברי ושליטה מושלמת בשפה העברית.

העובדה שחשין נבחר פגעה באגרנט, שנכלל ברשימה המקורית של רוזן. אבל חשין היה בכיר יותר: הוא כיהן כבר בתקופת המנדט כשופט מחוזי, בעוד שאגרנט היה שופט שלום. וכך, אגרנט מונה לבית המשפט המחוזי בחיפה, ואף קודם לתפקיד הנשיא שם, אך לזמן קצר בלבד. ב-1950 הוא נבחר לעליון.⁶ באותה שנה מונה גם משה זילברג, ובכך הושלם בתוך שנתיים מהקמת המדינה הרכב של שבעה שופטים, שאליו חתר שר המשפטים מלכתחילה.

מזלה של "החמישייה הראשונה" לא שפר. רק אחד מהחמישה, אולשן, נשאר על כס השיפוט עד הגיעו לגיל הפרישה, 70. מנחם דונקלבלום נפטר ב-1951 בגיל 62. הרב אסף חלה ונפטר ב-1953. הנשיא זמורה חלה ופרש מכס השיפוט שנה לאחר מכן. את מקומם של הפורשים מילאו דוד גויטיין, יואל זוסמן, משה לנדוי, צבי ברנזון, אלפרד ויתקון וחיים כהן.

אולשן פרש מכס השיפוט ב-1965, ובמקומו נבחר לנשיא ותיק השופטים באותה עת, שמעון אגרנט, ששימש בתפקיד 11 שנים. היה זה תור הזהב של בית המשפט העליון. השנים שבהן הוא הגיע לשיא מעמדו הציבורי והמוסרי. הפסיקה שמרה על יציבות ורציפות, ועם זאת הביאה לפיתוח שקול והדרגתי של הדין, וסייעה להגנה על האזרח מפני שרירות השלטון. אגרנט עצמו היה מומחה בתחום הפלילי, ורבים, ובהם השופטת מרים בן-פורת, ראו בו את גדול השופטים שכיהנו בישראל.

באחד מפסקי הדין התקדימיים והבולטים שלו חידש אגרנט הלכה, כאשר הכיר לראשונה בהגנה של "דחף לאו בר-כיבוש" מפני אחריות פלילית.⁷ פסק דינו בעניין "קול העם", שיובא בהמשך, נחשב עד היום לפסק הדין החשוב ביותר בסוגיית חופש הביטוי. ככלל, פסקי הדין שחיבר אגרנט היו בנויים לתלפיות, ונחשבו ארוכים במידה שהעלתה באותם ימים חיוך (אך הם מתגמדים באורכם בהשוואה להכרעות הדין עתירות המלל של "בית המשפט המהפכני"). בפסק דין אחד הוא ביטל פסק דין בדיני שטרות, שניתן על ידי יואל זוסמן כאשר היה שופט מחוזי. זוסמן היה המומחה הגדול ביותר בישראל בדיני שטרות, ואף חיבר את הספר המנחה בתחום. על פסק דינו של אגרנט הוא אמר, בסגנונו המיוחד, כי עד שהגיע לסוף פסק הדין שכח מה שכתב בהתחלה (ופסק הדין השתרע בסך הכול על קצת יותר מ-20 עמודים).⁸

אגרנט בלט גם באישיותו המיוחדת, באנושיותו החמה, ביחסו הסבלני לכל אדם, ובכך שהיה קשה לתפוס אותו כועס או רוגז. אגרנט היה אהוב מאוד על עמיתיו, והדבר תרם לאווירה הנינוחה ששררה בבית המשפט בתקופת כהונתו. הוא מונה לנשיא לפי שיטת הסניוריטי, אם כי מבחינת היכולת האדמיניסטרטיבית היו כאלה שהתאימו יותר לתפקיד, אך העליון תפקד בזמנו היטב, בזכות שיתוף הפעולה של יתר השופטים.

תורו של זוסמן הגיע בספטמבר 1976, אך השמחה נפגמה. הוא חלה במחלה קשה, התקשה לתפקד, ונאלץ לפרוש בפברואר 1980, קצת פחות משנה לפני הגיעו לגיל 70. זוסמן היה שופט מזהיר. ספק אם היה מישו שיכול להשתוות לו בכושרו האנליטי ובגישתו המקורית, גם אם אהב להציגה כמושתתת על עמדה טכנית או פרוצדורלית. הוא גם ניחן בידע מעמיק בהיסטוריה של המשפט ובמשפט השוואתי.

פסקי דינו הצטיינו בבהירותם, והיו קצרים, חדים ומשכנעים. הוא התנגד לשימוש ב"אוביטר", כלומר הבעת דעת אגב, שאינה נוגעת במישרין לנושא ונועדה להאדיר תורה או לקבוע הלכות בעניינים שאינם נושאי פסק הדין. אבל הצדדים החזקים שלו לא כללו אופי שיפוטי. לא פעם הוא היה חסר סבלנות וכעוס על דוכן השופטים, ואם עורכי הדין האריכו שלא לצורך היה מסוגל לקרוא תיק אחר או לכתוב פסק דין אחר. מבין השופטים היה זוסמן הנערץ ביותר על הדור הצעיר של המשפטנים באותם ימים. הוא התפרסם גם בספרי המשפט המצוינים שחיבר, בדיני שטרות, בדיון אזרחי (פרוצדורה) ובדיני בוררות.*

כהונתו של זוסמן נפגמה עקב החלטתו בעניין מעצרו הבלתי-מוצדק של אשר ידלין, שתתואר בהמשך. כהונתו המפוארת של אגרנט נפגמה גם היא, כאשר ספג קיתונות של ביקורת בעקבות מסקנות ועדת החקירה בראשותו בעניין מלחמת יום הכיפורים, אשר פטרו את הדרג המדיני מכל אחריות למחדל הנורא.

הכללתו של פרופ' שמחה אסף בהרכב הראשון סימנה את הדרך ל"כיסא הדתי" בעליון. הפשט היה שימונה למשרה זו מומחה למשפט עברי, אך מה שהובן הוא שהמינוי נועד לאדם שמנהל אורח חיים דתי אורתודוקסי, וזו השקפת עולמו. לכן, משה זילברג וחיים כהן, שהיו מומחים בדין העברי, לא יכלו לשבת על "הכיסא הדתי". זילברג נטה אמנם לגישה מסורתית, אך דומה שלא היה די בכך כדי למלא את הדרישות ממי שאמור "לייצג את המגזר הדתי", ואילו חיים כהן קיים אורח חיים חילוני, ולאחר מינויו לעליון אף נשא גרושה לאישה, מיכל זמורה (בתו של נשיא בית המשפט העליון הראשון), בניגוד לאיסור ההלכתי על נישואי כהן וגרושה.

לכך הצטרפה דרישה של בן-גוריון למינוי בן העדה הספרדית. הדבר התממש רק ב-1962, עם קידומו של השופט המחוזי אליהו מני לעליון (בתו מוסיא ארד, כנשיאת בית המשפט המחוזי בירושלים, יושבה בראש ההרכב שדן את ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט בפרשיות "ראשונטורס", "מעטפות הכסף" של טלנסקי ומרכז ההשקעות, שיוזכרו בהמשך). מאז נותרה ההכרה ב"כיסא ספרדי", אך רובם המכריע של בני העדה הספרדית שמונו לעליון לא השתייכו למה שמכונה "ישראל השנייה". הם היו בני האליטה הספרדית, ומני, בן למשפחה מבוססת ומוכרת עוד בתקופה הטורקית, בוודאי השתייך לקטגוריה הזו. יוצא דופן אחד היה

* מבחינת המתמחים, שזכיתי להיות אחד מהם, היה זוסמן מנחה אידיאלי. הוא דיבר איתנו בחופשיות גם על חבריו השופטים, ומאחר שבניין בית המשפט היה צפוף, ישב המתמחה בחדרו. לעתים קרובות נכנסו אליו שופטים אחרים ושוחחו עמו לא רק על תיקים תלויים ועומדים. כשהתקבלתי לעבודה הזהיר אותי שלא אצא במקרה כזה מהחדר, גם אם ייראה לי שהשופט האחר מצפה לכך. "אין לך חדר אחר", אמר.

אדמונד לוי, יליד עיראק שגדל ברמלה, שמונה לעליון ב-2001 וניתן לראותו כמייצג הראשון של "ישראל השנייה" בלב המאחז האשכנזי הוותיק.

איושם של בתי המשפט בערכאות השונות הושתת על השיטה המנדטורית, שלפיה ממונים השופטים על ידי הרשות המבצעת. ההסדר הזה הוכפף לכך שמינוי שופטים לעליון היה טעון אישור של מועצת המדינה הזמנית, וכך מונו כל שופטי ההרכב הראשון שלו.

השיטה השתנתה ב-1953. "חוק השופטים" שנחקק אז הקנה את סמכות המינוי לוועדה לבחירת שופטים – ועדה בת תשעה חברים שבראשה שר המשפטים, ולצדו שר נוסף, שני חברי כנסת, שני עורכי דין הנבחרים על ידי לשכת עורכי הדין, נשיא בית המשפט העליון ועוד שני שופטי עליון. הקמת הוועדה משקפת תום לב מוחלט מצד הממשלה והכנסת, בניגוד לתרמית שנוטים לייחס לה. היה כאן ויתור ברור על עמדת כוח והעברתה לגוף עצמאי, אף אם יש בו ייצוג פוליטי. המעבר שיקף גם את הגישה שיש למנוע פוליטיזציה של השפיטה ולחזק את עצמאותה של מערכת המשפט.

היבט אחר של מבנה הוועדה הוא שיש בה רוב "מקצועי" (שלושה שופטים ועוד שני עורכי דין, כשאליהם מצטרף שר משפטים שהוא כמעט תמיד בעל השכלה משפטית). לרוב הזה היתה הצדקה בעידן הקלאסי, שבו פעל בית המשפט העליון כגוף מקצועי גרידא, אך היום מתעוררת שאלה אם זהו המבנה המתאים לבחירת שופטי העליון, העוסק מאז פרוץ העידן המהפכני בשאלות פוליטיות וערכיות ואף בביטול חוקי הכנסת.

בעידן הקלאסי הורכב בית המשפט העליון מקבוצה קטנה יחסית של שופטים, שרובם המכריע מונה בגיל צעיר יחסית. תופעה זו, של מינוי אנשים צעירים לתפקידים בכירים, אפיינה ככלל את המדינה הצעירה. כך, למשל, התמנה יגאל ידין ב-1949 לרמטכ"ל בהיותו בן 32 בלבד, וחיים כהן נהפך ליועץ המשפטי לממשלה בגיל 39.

מינוי בגיל צעיר הבטיח לשופטים תקופת כהונה ארוכה. משה לנדוי מונה לעליון ב-1953, בגיל 41, וכיהן בו קרוב ל-30 שנה (הכהונה הארוכה ביותר של שופט בעליון). יואל זוסמן, שמונה אף הוא באותה שנה, כיהן יותר מ-25 שנים. גם אחרים, דוגמת צבי ברנזון, אלפרד ויתקון וחיים כהן, כיהנו 20 שנה ומעלה. התוצאה היתה יציבות בהרכבו של בית המשפט ולכידות בין השופטים. זה לא אומר, כמובן, ששררה שם תמיד אידיליה מושלמת. זוסמן לא אהד, בלשון המעטה, את הנשיא אולשן. לברנזון היה בלבו על לנדוי, כי סבר שהוא קודם לו שלא בצדק

בסניוריטי. בצד אלה היו גם ידידויות עמוקות, למשל בין זוסמן לחיים כהן ובין שניהם לויתקון. כל זה לא יצא מבין כותלי בית המשפט, ולא מצא את מקומו בעיתונות או במדורי רכילות. רוב השופטים של אותם ימים למדו משפטים בחו"ל, בעיקר באנגליה ובגרמניה. כולם (מלבד אסף) היו פעילים בתחום המשפט בתקופת המנדט, והמסורת האנגלית של ריסון עצמי נטבעה ונטמעה בהם.

השינוי החל למעשה ב-1975, שלהי העידן הקלאסי, כאשר מונה לעליון היועץ המשפטי לממשלה מאיר שמגר, בהיותו כבן 50. שמגר היה צעיר במידה ניכרת מכל חבריו אז לעליון, ובתוך שמונה שנים בלבד, לאחר שהם פרשו, הוא נבחר לנשיא. שש השנים שבהן עמד מנחם בגין בראשות הממשלה (1977–1983), מיד לאחר מכן, יכולות להיחשב מבחינת בית המשפט העליון לתקופת מעבר. ניכרו כבר סימנים משמעותיים לתחילתו של שינוי, שהתבטא, למשל, בכך שאהרן ברק העלה כבר ב-1980, כשנתיים לאחר מינויו לעליון, את האפשרות לפסול פעולה שלטונית מחמת "אי-סבירות"⁹.

אולם בסך הכול נמשכה בפסיקה של העליון היציבות שאפיינה את תקופתו הראשונה. הרכב השופטים, לעומת זאת, השתנה בקצב מהיר הרבה יותר. ב-1976, שנה לפני המהפך, הגיע אגרנט לגיל 70 ופרש. אחריו החלה תקופת ביניים, שארכה כשבע שנים והתאפיינה בחילופים מהירים על כס הנשיא. יואל זוסמן, יורשו של אגרנט, היה חולה כשהתמנה לתפקיד, ומחלתו החמירה. הוא פרש ב-1980 לפני הגיעו לגיל הפרישה, והחליף אותו משה לנדוי, שכיהן כשנתיים ופרש ב-1982. אחריו בא יצחק כהן (שיעמוד מאוחר יותר בראש הוועדה לחקר אירועי סברה ושתילה במלחמת לבנון הראשונה). כהן היה אדם דתי, שופט מהמעלה הראשונה ואדם צנוע. הוא לא חפץ להתמנות לנשיא, כיוון שהיה בן יותר מ-68 וסבר שאין מקום למינוי לתקופה כה קצרה. עמיתו, ששאפו להתמיד בשיטת הסניוריטי, דרשו ממנו לקבל את המינוי, והוא נעתר. כך יצא שבתוך שבע שנים התחלפו ארבעה נשיאים, לעומת שלושה בלבד ב-28 השנים הקודמות (זמורה, אולשן ואגרנט).

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. כאשר נהפך שמגר לנשיא, היו עמו בעליון רק שופטים שהתמנו אחריו. רובם זכו אמנם לעבוד עם שופטי הדור הקודם, אך זמן קצר יחסית. היה זה בית משפט חדש. עד אז היו כל הנשיאים (למעט אולשן) משפטנים שהגיעו ארצה לאחר לימודי משפטים. שמגר עלה לישראל בגיל 14. הוא למד היסטוריה ופילוסופיה באוניברסיטה

העברית, ומשפטים בבית הספר המנדטורי (את לימודי המשפטים הוא השלים בהתכתבות עם אוניברסיטה באנגליה, לאחר שנשלח על ידי הבריטים למחנה מעצר באריתריאה). גם הנשיאים שבאו אחריהם – אהרן ברק ודורית ביניש – רכשו את השכלתם האקדמית בישראל.

והיה הבדל נוסף: לכל הנשיאים הקודמים היה רקע של עריכת דין פרטית, וחלקם גם היו שופטים במחוזי. הרקע של נשיאי "בית שני" היה שונה. איש מהם לא היה עורך דין פרטי, אף אחד מהם לא כיהן בבית משפט מחוזי, ועיקר הרקע המקצועי שלהם היה בשירות הציבורי, בייעוץ המשפטי או בפרקליטות המדינה (לברק היה כמובן גם רקע אקדמי רחב. לגרוניס היה בצד רקע אקדמי גם ניסיון כעורך דין פרטי ושופט במחוזי).

פרישת שופטי הדור הוותיק גררה גל מינויים בתקופת המעבר. אחת התופעות שאפיינה את המינויים הללו, תופעה שנמשכה גם לאחר מכן, היא תחלופה מהירה לא רק של הנשיאים אלא של שופטים רבים, שמונו בגיל מבוגר, פרשו תוך זמן קצר יחסית, ולא היה סיפק בידם להטביע חותם בעליון. כך, למשל, מונו בשנים 1977–1978 שלמה אשר ודוד בכור, שכיהנו בעליון רק שנתיים–שלוש. שלושה שופטים נוספים, בן-ציון שרשבסקי, משה כהן ויהודה כהן, כיהנו תקופות קצרות עוד יותר.

אבל היו גם מינויים משמעותיים. מרים בן-פורת, האישה הראשונה שכיהנה בעליון, שירתה בו 11 שנים וזכתה בהצלחה מרשימה (לאחר מכן היא נבחרה למבקרת המדינה, זכתה בהצלחה גם בתפקיד הזה, ואף בו פרצה דרך והיתה האישה הראשונה). מנחם אלון, פרופסור למשפט עברי, ישב על הכיסא הדתי קרוב ל-16 שנים, מהן חמש שנים כמשנה לנשיא. אף כי היה דתי, בלט אלון בכך שלא ראה עצמו תמיד כבול לעמדה השלטת באורתודוקסיה התורנית. הוא גם חלק בתוקף על הקונספציה של אהרן ברק, שלפיה הכול שפיט, ומצא את עצמו לא פעם מוביל את האופוזיציה בעליון.

זמן לא רב לאחר מינויו של אלון, בשנת 1978, מונה ברק, שהיה אז בן 42. הדבר הבטיח לו לא רק את הנשיאות, אלא גם כהונה של 28 שנים (מתוכן 11 כנשיא) – הכהונה הארוכה ביותר בעידן החדש של העליון. בין המינויים הנוספים מאותם ימים ראוי למנות את משה בייסקי (שכיהן בעליון 12 שנים), שלמה לוין (23), מהן שמונה כמשנה לנשיא), דב לוין (24), פרקליט המדינה לשעבר גבריאל בכ (25), שושנה נתניהו (21) ואליעזר גולדברג (שכיהן בעליון 24 שנים ונבחר לאחר מכן למבקר המדינה).

העובדה ששמגר וברק זכו לכהן בתפקיד הנשיא יותר מעשור העניקה להם משקל אדיר. מינויו של שמגר חל, כפי שכבר צוין, בסמוך לפרישתו של מנחם בגין מראשות

הממשלה. הבחירות נראו באופק, ובית המשפט החדש הספיק להטביע עליהן חותם, שהשפיע לא מעט על צביונה של הכנסת – אותה כנסת וגם הבאות אחריה.

הפוליטיקאים ייחסו למשפט חשיבות משנית, שלא לומר שולית, בימים שלאחר קום המדינה. עד מלחמת ששת הימים שמרה מפא"י בידיה את כל התיקים המרכזיים בממשלות, כגון ביטחון, חוץ, אוצר וחינוך, ולשותפות הקואליציוניות השאירה משרדים מדרג שני ושלישי, דוגמת הסעד, הדתות, הבריאות והפנים. בקבוצת הבלתי-חשובים נכלל גם תיק המשפטים, שהופקד שנים רבות בידי פנחס רוזן מהמפלגה הפרוגרסיבית – מפלגה קטנה, שמנתה 4–5 חברי כנסת.

יחסם של הפוליטיקאים לעולם המשפט, לשופטים ולמשפטנים היה מנוכר ולעתים אפילו מזלזל. הנהגת מפא"י צמחה בתנועת הפועלים, כשחבריה אווזים בהשקפה סוציאליסטית. והזרם הסוציאליסטי של הימים ההם ביקש להחזיר את היהודים לאדמתם, קידש את החקלאות ואת העבודה הפיזית וביקש להתנער מעבודות "לא יצרניות" דוגמת מסחר ותיווך. זה היה גם היחס לעריכת דין, מקצוע שהיהודים הצטיינו בו בגלות. הדבר לא מנע מקבוצה של מנהיגים צעירים, ביניהם דוד בן-גוריון, יצחק בן-צבי, משה שרת, דוד רמז ומניה וישראל שוחט, לנסוע בשלהי תקופת השלטון העות'מאני לאיסטנבול (כשעוד נקראה קושטא) ללמוד משפטים. אולם היה זה בעיניהם בגדר אמצעי בלבד, שנועד לסייע לציונות לחזק את מעמדה באימפריה הטורקית. אף אחד מאישים אלה לא עסק בפועל בעריכת דין.

עם עליית הנאצים לשלטון קיבלה העלייה מגרמניה תנופה גדולה. זרם גדול של עולים הגיע ארצה, רבים מהם בעלי מקצועות חופשיים – רופאים, עורכי דין ואנשי כספים. רובם לא פנו לפוליטיקה ולא ניסו להשתלב בהנהגת היישוב, אבל הם תרמו רבות לפיתוח המשק הפרטי בארץ, לענפי הביטוח והבנקאות, לרפואה ולמשפט. עם העולים הללו נמנו יואל זוסמן, משה לנדוי, אלפרד ויתקון, זאב צלטנר ומשפטנים חשובים נוספים.

הניכור של הפוליטיקאים מעולם המשפט התבטא גם ביחסם לבית המשפט העליון. הנשיא יצחק אולשן דיבר על צרות עין של אנשי השלטון ביחס לשופטים ולמעמדם, למשל כאשר נמנעו מלהזמין לטקסים ממלכתיים, או שלא הוענק להם מקומם הראוי. דוגמה ליחסים העכורים התרחשה ב-1952, כש"שר הצנע" המפורסם, דב יוסף, כיהן זמן-מה בתפקיד שר המשפטים. יוסף טען שבתי המשפט מקלים עם מורשעים בתקיפת שוטרים, והגיש הצעת חוק שקבעה עונשי מינימום לעבירה הזו. בדיון בכנסת ביקרו חברי אופוזיציה את הצעת החוק, בטענה שהיא מגבילה את שיקול דעתם של השופטים. בתגובה תקף יוסף בחריפות את השופטים

על עמדתם המקלה, טען שהעונשים המוטלים על עבריינים הם עלבון לחוק, והקניט אותם: האם השופטים הם "קדושים בעלי כנפיים שירדו מהשמיים... היודעים מה נכון ומה אינו נכון? הם בני אדם כמוני, יכולים לטעות כמוני... אני חרד לגורל המשפט בארץ".

הנשיא זמורה כינס את שופטיו הפגועים, שלח על דעת כולם מכתב זועם ליושב ראש הכנסת, והזהיר כי המתקפה של יוסף משבשת את היחסים בין הרשויות ופוגעת בלגיטימיות של בית המשפט. חברי האופוזיציה, שהדבר נודע להם, דרשו לדון במכתב בכנסת, אך בן-גוריון הסיר את העניין מסדר היום, ויושב הראש, יוסף שפרינצק, החזיר את המכתב לזמורה. הצעד הבוטה שלו נועד, לדבריו, להדגיש את ריבונות הכנסת, אך היתה בו פגיעה נוספת בבית המשפט (אליקים רובינשטיין, בספרו שופטי ארץ, מתח שנים לאחר מכן ביקורת על ההחלטה של זמורה לשלוח את המכתב, באומרו כי "צעדו של נשיא בית המשפט העליון קשה להבנה מהבחינה החוקתית").¹⁰

גישת הממשלה לבית המשפט העליון השתקפה גם בבניין שהועמד לרשותו. היה זה מבנה לא מרשים ואף די מוזנח במגרש הרוסים בירושלים, אך שנים רבות שכן העליון בבניין הזה, שלא היה ראוי לשמש לו משכן. ניסיונותיהם של כל הנשיאים, איש-איש בתורו, לשכנע את הממשלה להקים לו משכן הולם עלו בתוהו, אך עליבותו של המבנה לא פגעה במעמדו, ובמהלך השנים התחדדה הסתירה הצורמת בין הישגיו של העליון והכבוד שרחשו לו האזרחים והאקדמיה – לבין הבית העלוב שבו שכן.

בסופו של דבר נוכח הנשיא שמגר כי אין מנוס מקבלת תרומה מגוף פרטי, וזו אכן ניתנה על ידי "יד הנדיב" (קרן רוטשילד). בשנת 1992, כמעט 45 שנה לאחר הקמתו, עבר בית המשפט העליון למשכנו החדש והמפואר.

למרות מערכת היחסים הצוננת נהגו הממשלה והכנסת בבית המשפט העליון, ובבתי המשפט בכלל, בצורה עניינית בנושאים מהותיים, דוגמת עצמאות השופטים, סמכויות בתי משפט ומינויים. גם מצד בית המשפט העליון לא ננקטו פעולות ולא נקבעו הלכות שהיה בהן כדי לקומם את יתר רשויות השלטון. החלטות בית המשפט כובדו ככלל, אך היו בתקופה הראשונה שלאחר קום המדינה גם יוצאים מהכלל כואבים.

דוגמה בולטת כזו היא פרשת הכפרים איקרית ובירעם, שנתפסו על ידי צה"ל במלחמת השחרור. התושבים של שני הכפרים לא ברחו מבתיהם, אך לאחר כיבושם, באוקטובר 1948, הם נדרשו לעבור "באופן זמני" למקום אחר, כאשר הובטח להם שיוכלו לחזור לכפרם. ההבטחה לא קוימה, התושבים עתרו לבג"ץ, ובית המשפט פסק כי אין עילה חוקית למנוע מהתושבים לחזור לכפרם, ויש

לאפשר להם לקבל בחזרה את אדמותיהם ורכושם.¹¹ אף שלא מדובר בפליטים שנמלטו מהארץ, כרכה הממשלה את הנושא בבעיה הכללית הסבוכה של רכוש הפליטים הערבים שהוחרם על ידי ישראל – ובחרה להתעלם מפסיקת בג"ץ. התושבים מתמידים בדרישתם לחזור לכפרים. העניין המשיך להתגלגל בממשלה ונדרון פעמים נוספות בבג"ץ¹² אולם לא בא על פתרונו עד היום.

חלק מצעדי החקיקה שננקטו עם קום המדינה כבר נזכרו פה. האחר, השארת הדין המנדטורי בתוקפו, בכפוף לשינויים הכרחיים. השני, ויתור על כתיבת חוקה והמרתה בחוקי יסוד. השלישי, מתן סמכות ייחודית לבתי הדין של העדות הדתיות השונות בענייני נישואים וגירושים.

חוק נוסף, בעל משמעות היסטורית עצומה, נחקק ב-1950. היה זה "חוק השבות", הפותח במילים "כל יהודי זכאי לעלות ארצה". החוק משקף את ה"אני מאמין" של המדינה, את היותה בית לעם היהודי כולו ואת הקשר בין העם בישראל לבין התפוצות. השאלה "מיהו יהודי" לצורך חוק השבות נשארה פתוחה, והתגלגלה כצפוי לפתחו של בית המשפט.

שינוי משמעותי, ביוזמתו של היועץ המשפטי לממשלה חיים כהן, היה ביטול עונש המוות בעבירות רצח. מחיקתו של עונש המוות, שנהג באותם ימים ברוב מדינות העולם, כולל דמוקרטיות דוגמת ארצות הברית ובריטניה, נתקל בהתנגדות עזה, בעיקר לנוכח הטרור הערבי האכזרי שפקד את המדינה. למרות זאת גברה ידם של המתנגדים, והחוק המבטל את עונש המוות התקבל ב-1954. היה זה צעד הומני מרשים של מדינה צעירה, בשעה שריחפה עליה סכנה קיומית (בפועל, גם לפני קבלת החוק לא הוצא להורג שום אדם במדינת ישראל, ולאחר מכן בוצע עונש מוות רק פעם אחת, כאשר נגזר עונשו של אדולף אייכמן לתלייה לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם).

בשנת 1958, בהנהגתו של פרופ' אורי ידן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה דאז, החל מפעל חקיקה מקיף, שבמסגרתו קיבלה הכנסת יותר מ-20 חוקים בתחום המשפט האזרחי. הם החליפו את החקיקה הטורקית כמעט במלואה, והמהלך האדיר הגיע לסיומו כשנחקק ב-1984 חוק לביטול ה"מג'לה" – ספר החוקים העות'מאני בתחום המשפט האזרחי.

הסמכות של בית משפט גבוה לצדק הוענקה לבית המשפט העליון בהמשך למסורת המנדטורית. לאנומליה הקודמת, שבה הוענקה לעליון סמכות לדון כערכאה ראשונה בנושאי בג"ץ, נוספה כעת אנומליה נוספת: בתקופה הבריטית היה ניתן לערער על פסיקת בית המשפט העליון ל"מועצת המלך". עם קום המדינה בוטלה כמובן האפשרות הזו, ובעצם נשללה זכות הערעור, הנחשבת זכות יסוד, על

פסיקת בג"ץ (במקרים יוצאי דופן קיימת אפשרות לדיון נוסף, אך זהו הליך אחר, שמתקיים רק במקרים חריגים).

עליונות החקיקה של הפרלמנט היא מאושרות הדין האנגלי, ועל פי המסורת המשפטית שהתגבשה בארץ בתקופת המנדט, לא היה ניתן כלל להעלות על הדעת שבית משפט יבטל חוק. לאחר קום המדינה הועלתה, למשל, טענה כנגד תוקפן של תקנות ההגנה הבריטיות, שהחקיקה הישראלית העצמאית השאירה בתוקפן. הטענה היתה שהחרמת רכוש מכוחן של התקנות המנדטוריות אינה מתיישבת עם ההצהרות הנכללות במגילת העצמאות. אבל הטענה נדחתה וההחרמה אושרה, כי בג"ץ סירב להתייחס למגילת העצמאות כאל חוקה המסמיכה אותו לבטל חקיקה של הכנסת.¹³ במילים אחרות: בית המשפט הקלאסי ראה בעליונות המחוקק עקרון יסודי.

לגישה זו היה מעין חריג, שהוא במידה רבה חריג מדומה. הכוונה היא לפסק דין "ברגמן נגד שר האוצר" מיולי 1969.¹⁴ מדובר בעתירה שבה תקף עו"ד אהרן ברגמן את חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות, בין היתר בטענה ששיטת המימון שנקבעה בו שוללת מימון ממפלגות חדשות ומנוגדת משום כך לעקרון השוויון בסעיף 4 ל"חוק יסוד: הכנסת" – סעיף שזכה בשריון בעזרת הקביעה כי אין לשנותו "אלא ברוב של חברי הכנסת".

בית המשפט הבהיר כי עשויות להתעורר "שאלות חוקתיות נכבדות מאוד בדבר מעמדם של חוקי היסוד ובדבר שפיטותה... של השאלה אם קיימה הכנסת הלכה למעשה הגבלה שהטילה על עצמה, בדרך של שריון הוראת חוק", אך היועץ המשפטי פטר את בית המשפט מלדון בנושא. הוא הודיע שהמדינה אינה נוקטת עמדה בשאלה אם תוקפו של חוק הוא עניין שפיט בכלל, משום שלגופו של עניין העתירה נטולת בסיס.

בית המשפט מצא שהחוק אכן פוגע בעקרון השוויון. לאור עמדת היועץ המשפטי ועקב דחיפות העניין הוא נמנע מלדון בשאלת השפיטות. הצו על תנאי, שקבע למעשה ששר האוצר צריך להעמיד מימון גם לרשות רשימה שאינה מיוצגת בכנסת היוצאת – נעשה החלטי. עם זאת, בסיום פסק הדין התוו השופטים למחוקק את הדרך להתמודד עם הנושא. הכנסת תוכל לפעול, נאמר שם, באחת משתי דרכים: היא יכולה לחזור ולחוקק את הוראות החוק, למרות חוסר השוויון שבהן, אבל ברוב הדרוש לפי חוק היסוד – או לתקן את ההוראות כדי להסיר את חוסר השוויון. במילים אחרות, פסק הדין לא גרע מעמדתם של השופטים בדבר עליונות החקיקה וריבונות הכנסת, והשופט לנדוי אף ניסח זאת שם בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים: "למותר הוא להוסיף כאן שבהציענו זאת רחוקים אנו מכל התיימרות לנגוע במשהו בריבונותה של הכנסת כרשות המחוקקת."

באותם ימים לא העלה איש על דעתו שיש דופי במה שמכונה היום "חוק עוקף בג"ץ". יתרה מזאת, העליון עצמו הוא שהכיר בכוחה של הכנסת לעשות זאת, ואף טווה לה את הדרך. לכך ניתן להוסיף כי היועץ המשפטי שבחר לא להעלות את טענת חוסר השפיטות היה מאיר שמגר, אשר בבוא היום, לאחר מינויו לנשיא בית המשפט העליון, יתמוך בביקורת בית המשפט על חוקי הכנסת.

בית המשפט של אותם ימים הכיר גם בכך שיש נושאים שאינם שפיטים. כשנכרת ההסכם לקשירת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה, מינתה ממשלת גרמניה לשגרירה הראשון בארץ את רולף פאולס, שהיה קצין צבא במלחמת העולם השנייה. הוגשה עתירה לבג"ץ, במגמה למנוע את כניסתו לארץ, אך היא נדחתה – וההחלטה ב"פסק דין ריינר" נומקה על ידי השופט זוסמן בשורות ספורות: "הממשלה החליטה מה שהחליטה... והכנסת תמכה בהחלטת הממשלה... השיקולים אינם שיקולים משפטיים אלא שיקולים של מדיניות חוץ ושל התאמת המועמד לתפקיד, שלא בית משפט זה מוסמך ומסוגל להכריע בהם."¹⁵

הריסון העצמי הזה השתקף גם בעיקרון שהעליון אינו מתערב במדיניות הממשלה בנושאים כלכליים וביטחוניים, כאשר לכל המגבלות הללו צורף עוד תנאי חשוב: פנייה לבג"ץ תיעשה רק על ידי מי שיש לו אינטרס אישי המצדיק זאת.

הכרה זו בכפיפותם של בתי המשפט לחוקי הכנסת, והמגבלות הנוספות שבג"ץ קיבל על עצמו, עדיין הותירו בידו כר נרחב לפעולה ותפקיד חשוב בהגנה על זכויות האדם – במסגרת החקיקה ובלי לנסות לבטלה. בבג"ץ "קול העם נגד שר הפנים",¹⁶ למשל, נידונה ההוראה של השר ישראל רוקח להשעות את הוצאתו של העיתון "קול העם" ל-10 ימים ואת הוצאת העיתון "אל-אתיחאד" ל-15 יום, עקב פרסום מאמרים שתקפו בחריפות את האפשרות שישראל תסייע לארצות הברית במלחמה נגד ברית המועצות או בעלות בריתה (הממשלה הכחישה בתוקף את הטענה שהיא מוכנה להעמיד חיילים לרשות האמריקנים).

החלטתו של רוקח התבססה על הוראה בפקודת העיתונות, אשר הקנתה לו סמכות להשעות הוצאה של עיתון, אם פרסום בו עלול לסכן – לדעתו – את שלום הציבור. בפסק דין מנחה, שכתב השופט אגרנט, הוסברה החשיבות של חופש הדיבור להליך הדמוקרטי ולבירור האמת. לזכות הזו יש סייגים, כאשר קיימת ודאות קרובה לשלום הציבור, והשאלה היא אם קיימת ודאות קרובה כזו עקב הפרסומים ב"קול העם" וב"אל-אתיחאד". על כך, קבע בית המשפט, יש להשיב בשלילה. הוא פסק ששר הפנים חרג מסמכותו, וביטל את השעיית ההוצאה לאור של שני העיתונים – פסק דין שנחשב עד היום אבן יסוד בסוגיית חופש הדיבור.

מקרה בוחן משמעותי אחר עסק בהתנגדות של בן-גוריון להעסקתו כמורה את ד"ר ישראל שייב (לימים אלדד), שהיה בתקופת המנדט ממנהיגי לח"י, בנימוק

שהוא מטיף להשתמש בנשק נגד צה"ל. בפני בית המשפט לא הוצג שום מסמך פרי עטו של שייב הכולל את ההסתה שיוחסה לו, והשופט שניאור חשין פסק: "מדינתנו מושתתת על שלטון החוק ולא על שלטון אישים... אם דעותיו של אזרח פסולות, חיינו אינם הפקר ודמו אינו מותר, ואין נועלים בפניו שערי פרנסה ואין יורדים לחייו בדרך אדמיניסטרטיבית בלבד."¹⁷ פסק הדין הזה ניתן ב-1951, בימים שבן-גוריון ומפא"י היו בשיא כוחם.

פסקי דין נוספים הגנו על הפרט מפני התעמרות הבירוקרטיה. אחד מהם, "פרץ נגד המועצה המקומית כפר שמריהו",¹⁸ עסק בסירובה של הרשות המקומית להשכיר אולם השייך לה לתושבים שביקשו להתפלל במקום לפי "מנהג ונוסח היהדות המתקדמת". בג"ץ קבע כי רשות ציבורית אינה רשאית להפלות, אפילו כשמדובר ברכוש השייך לה. מאחר שהמועצה נהגה להשכיר את האולם לגופים שונים, סירובה להשכירו לאנשי התנועה הרפורמית הוגדר על ידי השופטים כהפליה בלתי-מוצדקת.

בשרשרת ארוכה של נושאי דת ומדינה בג"ץ התערב. במסגרת זו ניתן לכלול את הפסיקה שחייבה לרשום כנשואים בני זוג שהתחתנו בחו"ל – גם כשאחד מבני הזוג אינו יהודי, ואף שנישואים כאלה אינם אפשריים בארץ ואינם מוכרים על ידי בתי הדין הרבניים.¹⁹ פסק דין מרכזי אחר אפשר פתיחת תחנות דלק בשבת, לאחר ששלל את תוקפו של חוק עזר עירוני שאסר זאת.²⁰

עניין מיוחד בהקשר הזה יש בפרשת שידורי הטלוויזיה, שהחלו בישראל אחרי מלחמת ששת הימים – תחילה במתכונת של שלושה ימים ואחר כך של ארבעה ימים בשבוע. ב-1969 החליטה רשות השידור לעבור למתכונת שידורים יומית, כולל שישי ושבת, והתעוררה כרגיל שאלת הסטטוס-קוו. ביום שבו היו שידורי סוף השבוע אמורים להיפתח, 7.11.1969, הורתה ראש הממשלה גולדה מאיר, בעקבות ערר שהוגש על ידי חלק מחברי מליאת רשות השידור, על השעיית שידורי הטלוויזיה שתוכננו לאותו ערב. בשעות אחר הצהריים של אותו יום שישי עתר עו"ד יהודה רסלר לבג"ץ בשמו של עדי קפלן, והשופט התורן, צבי ברנזון, שקיבל את העתירה בביתו, הוציא צו ביניים. הוא חייב את רשות השידור לקיים את השידורים, והם אכן החלו כבר באותו ערב.

קשה לתאר את ההתרגשות בציבור החילוני, שהתקומם נגד הכפייה הדתית. גל של שמחה והתלהבות פרץ בארץ. התגובה הציבורית הנלהבת הרתיעה את הממשלה, וכנראה אפילו את המפד"ל, הצו הזמני נהפך למציאות של קבע, ומאז מתקיימים בטלוויזיה שידורים בערב שבת ובשבת.

פסקי דין דרמטיים אחרים, הפעם בסוגיית מיהו יהודי, ניתנו בבית המשפט

העליון בשתי פרשיות. הראשונה בהן התעוררה כבר ב-1962. אוסוולד רופאייזן נולד כיהודי, ובמלחמת העולם נתפס על ידי הגסטפו, הצליח לברוח, השיג תעודה שהוא נוצרי, וכך התקבל לעבודה כמזכיר בתחנת משטרה גרמנית. בתפקידו זה הוא הציל יהודים רבים, תוך סיכון עצמי. כעבור זמן נתפס ונאסר על ידי הגרמנים, אך שוב הצליח לברוח, מצא מקלט בבית נזירות והמיר את דתו. בתום המלחמה הצטרף למנזר הכרמליתים, ורכש את השם "האח דניאל". אף שנהפך לקתולי, הוא החליט לעלות ארצה.

לדברי "האח דניאל", הוא חש כי הוא משתייך ללאום היהודי, אך בקשתו לקבל תעודת עולה ולהירשם כיהודי בתעודת הזהות נדחתה, וגם עתירתו לבג"ץ נדחתה ברוב דעות, כנגד דעתו החולקת של השופט חיים כהן.²¹ בית המשפט פסק כי את המונח "יהודי" שבחקיקה הישראלית יש לפרש במובנו החילוני, כלומר לפי המשמעות המקובלת בחברה ולא דווקא על פי משמעותו בהלכה. לפיכך, אף שעל פי ההלכה הכלל הוא ש"ישראל, אף על פי שחטא – ישראל הוא", הרי שיהודי שהמיר את דתו ניתק את עצמו לא רק מהדת היהודית אלא גם מהלאום היהודי. פסק הדין היה לרוחן של המפלגות הדתיות, חרף העובדה שלא התבסס על ההלכה ולמעשה אף פסק בניגוד לה. אולם שמחתן לא ארכה.

הסוגיה שבה והתעוררה בשנת 1970 בהקשר שונה בעתירה "שליט נגד שר הפנים". בנימין שליט, קצין צה"ל שהיה נשוי לאישה לא יהודייה, ביקש לרשום את ילדיו במשרד הפנים – רישום שכלל אז את הסעיפים "דת" ו"לאום". לא היתה מחלוקת על כך שאין מקום לרשום את הילדים כיהודים בסעיף הדת, מאחר שאמם אינה יהודייה, אך רס"ן שליט דרש לרשום אותם כיהודים בסעיף הלאום. עמדת משרד הפנים, לעומת זאת, היתה כי קיימת חפיפה בין הדת ללאום, ומי שאינו משתייך לדת היהודית אינו נכלל גם בלאום היהודי.

לרישום עצמו אין ערך מעשי, אך המחלוקת האידאולוגית היתה אדירה, ובית המשפט ביקש להימנע מהפולמוס הזה. השופט לנדוי ניסח זאת כך: "עשינו צעד בלתי שגרתי בפרשה בלתי שגרתית זו, והצענו לממשלה לעקור את סלע המחלוקת בדרך היחידה בה ניתן לעשות זאת: בדרך השמטת עצם העילה לזיכוח, דהיינו השמטת הפריט 'לאום' מפריטי הרישום." הממשלה סירבה להצעה, משום שגם היא העדיפה לא לטפל בנושא השנוי במחלוקת כה עזה. הנושא נותר בתחומי בית המשפט, ותשעת שופטי ההרכב המורחב החליטו ברוב דחוק של חמישה נגד ארבעה לקבל את העתירה ולהורות על רישומם של ילדי שליט כיהודים בפריט הלאום.²²

פסק הדין עורר סערה ציבורית ופוליטית. המפד"ל דרשה להבהיר כי יהודי לצורך חוק מרשם התושבים וכן לצורך החוק החשוב הרבה יותר, חוק השבות,

הוא יהודי לפי ההלכה במובנה האורתודוקסי. אך בסופו של דבר הושגה פשרה, שגררה כבר באותה שנה תיקונים בשני החוקים. ההגדרה ההלכתית, הקובעת כי יהודי הוא "מי שנולד לאם יהודייה או שהתגייר, ואיננו בן דת אחרת", אומצה מצד אחד, אבל מצד אחר, השאלה מהו אותו גיור, והאם הוא בהכרח אורתודוקסי – נותרה פתוחה. היא נמצאת, כידוע, במחלוקת עד היום.

באופן אבסורדי, במישור של משפחת שליט גרם התיקון לכך שילד נוסף שנולד להם כבר לא יכול להירשם כיהודי בסעיף הלאום, ועתירה נוספת של בנימין שליט – לרשום גם את בנו תומר, שנולד ב-1971, כבן הלאום היהודי – נדחתה.²³

הפיצוי שניתן לחילונים בתמורה להגדרה ההלכתית של "יהודי" השתקף בחוק השבות, שקבע כי הזכויות של עולה לפי כל חיקוק "מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי, להוציא אדם שהיה יהודי והמיר את דתו מרצונו". כלומר: זוגות מעורבים זכאים לעלות לארץ ולזכות באזרחות ישראלית, וכך גם ילדיהם ונכדיהם, אף אם אינם נחשבים יהודים לפי ההלכה. החקיקה הזו היא שאפשרה, שני עשורים לאחר מכן, את העלייה העצומה של קרוב למיליון עולים מברית המועצות – עולים שרבים מהם אינם יהודים לפי ההלכה ובכל זאת רואים עצמם כיהודים וכישראלים.

עוד פסק דין בעל חשיבות קונסטיטוציונית ניתן ב-1965 בעתירה "ירדור נגד יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית".²⁴ ועדת הבחירות לכנסת השישית החליטה באותה שנה שלא לאשר את "רשימת הסוציאליסטים". הוועדה נימקה את קביעתה שהרשימה בלתי-חוקית בכך שיוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה. היא התבססה על כך שרוב חברי הרשימה השתייכו לקבוצת "אל-ארד", אשר מטרותיה נידונו שנה קודם לכן בעתירה "ג'ריס נגד הממונה על מחוז חיפה", ושם קבעו השופטים ברנזון, ויתקון ולנדוי כי "אין לדרוש משום ממשל שבשם השמירה על חרות ההתאגדות הוא ייתן את הגושפנקא שלו להקמת גִּיס חמישי בתוך גבולות מדינתו".²⁵

בית המשפט אישר ברוב דעות של אגרנט וזוסמן, נגד דעתו החולקת של חיים כהן, את החלטתה של ועדת הבחירות, וזוסמן הסביר: "כדרך שאין אדם חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה איננה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה." שופטי העליון זכרו את הלקח ההיסטורי מתקופת ממשלת ויימאר בגרמניה, מדינה בעלת משטר דמוקרטי שלא השכילה להתגונן מפני תנועה שידעה לנצל את הכלים הדמוקרטיים כדי להרוס את הדמוקרטיה. בית המשפט, שידע היטב להגן על זכויות האדם, הבין גם את הצורך בהגנה על הכלל, ופסק שהזכות הדמוקרטית להרכיב רשימה ולהיבחר לכנסת חייבת לסגת כאשר היא מהווה סכנה ממשית לדמוקרטיה ולמדינה כולה.

המהפך בגישה התרחש מאוחר יותר, בעידן השני של בית המשפט העליון, שנטש את הגישה המאוזנת וגבר בו הזרם הרדיקלי של זכויות אדם. הצורך בהגנה על הכלל נדחק לשוליים, ועמו בוטלה גם הלכת ירדור.

מלחמת ששת הימים – ובעקבותיה השליטה בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה ובתושביהן, וההתנחלות של ישראלים מעבר לקו הירוק – יצרה מציאות חדשה גם מבחינת המשפט. זוהי מציאות מסובכת, שמרבה להעסיק את בתי המשפט – ואת העליון בפרט.

יש להבחין, כמובן, בין השטחים שסופחו לישראל, ירושלים המזרחית בהגדרתה המורחבת ורמת הגולן, לבין השטחים האחרים. הטכניקה שבאמצעותה סופחו ירושלים והגולן היתה החלת המשפט הישראלי עליהם, בלי שנאמר מפורשות שהם מסופחים למדינה. כלומר, מבחינת המשפט הישראלי השטחים האלה מהווים חלק מהמדינה, וחוקיה חלים עליהם במלואם, חרף העובדה שמדינות העולם אינן מכירות בסיפוח הזה ולמרות השאלות הקשות בדבר תוקפו מבחינת המשפט הבינלאומי.

ברוב השטחים שנכבשו ב-1967, ולא סופחו, העיקרון המנחה הוא שהריבון הוא המפקד הצבאי, ובסמכותו לחוקק בהם חוקים. עם זאת, ברור שאיש הצבא פועל על בסיס הוראות שהוא מקבל משר הביטחון, כלומר מהדרג המדיני, ומתעוררת במלוא עוצמתה שאלת הכפיפות למשפט הבינלאומי החל על שטחים כבושים.

ישראל טוענת שהגדה המערבית איננה שטח כבוש, כיוון שלא היה בה ריבון חוקי. השטחים הללו נכבשו על ידי ירדן ב-1948, אך רוב מדינות העולם לא הכירו מעולם בזכותה על השטח. המינוח שבו בחרו תחילה ממשלות ישראל היה "שטחים מוחזקים", מינוח שהשאיר את הנושא פתוח, אלא שניתן לתרגם את המונח הזה באנגלית ל-Occupied territories – בדיוק כמו "שטחים כבושים", ולכן הועדף עם הזמן המינוח Administered territories ("שטחים מנוהלים"). בחלוף השנים, בעקבות עליית הליכוד לשלטון והתחזקות השפעתם של המתנחלים, חל שינוי נוסף, לא רק מבחינת סמנטית, והשם השולט כיום הוא "יהודה ושומרון".

לכאורה, המושל הצבאי, כריבון, ממשיך להחיל את המשפט הירדני שנהג שם עד 4.6.1967, בכפוף לחקיקה נוספת שלו. אבל ככל שחלפו השנים גדל הצורך בשינויים חקיקתיים.

סבך משפטי מיוחד במינו התעורר עקב ההתנחלות בשטחים שנכבשו. המתנחלים, אזרחי ישראל, מתגוררים מחוץ למדינה אך בשטח הנשלט על ידה.

מהו אפוא החוק שחל עליהם? השאלה מתעוררת במגוון עצום של נושאים, אך מבחינת המתנחלים – ומסתבר שגם מבחינת המדינה – בלתי-נסבל להכפיף אותם למערכת החוקים הירדנית, לממשל הצבאי ולבתי הדין הצבאיים. הפתרון הבעייתי שנמצא הוא להחיל על המתנחלים את המשפט הישראלי, בשעה שעל שכניהם מעבר לכביש ממשיך לחול הדין הירדני וחלה מערכת הדינים של הממשל הצבאי. וכך, בתקריט שמעורבים בה ישראלי ופלשתיני עשוי הישראלי להישפט בבית משפט ישראלי לפי דין אחד, והפלשתיני בבית משפט צבאי לפי דין אחר. זהו מצב בלתי-נסבל. לעומת זאת, כאשר נקשר חוזה בין ישראלי לפלשתיני בשטחים, נקבע כי יש להחיל על החוזה דין אחד, ובעתירה שבה התעוררה השאלה בהקשר ליחסי עבודה בין מעסיק ישראלי לעובדים פלשתינים, פסק בג"ץ ב-2007 כי יש להחיל על שני הצדדים את הדין הישראלי.²⁶

לכל אלה הצטרפו שאלות עקרוניות, כגון: האם יכול בג"ץ, במסגרת סמכותו לפקח על רשויות השלטון, לדון בפעולות הממשל הצבאי בגדה וברצועת עזה, והאם יכול, למשל, תושב שטחים לעתור לבג"ץ נגד הממשל הצבאי בנימוק שהוא אינו נוהג לפי אמנת האג בדבר חוקי המלחמה או לפי אמנת ז'נבה בעניין הגנה על אזרחים.

הדיון הציבורי בסוגיות אלה היה צנוע, ובפסיקה הן כמעט לא הופיעו במשך שנים. מי שהכריע בהן היה אדם אחד, מאיר שמגר, שמונה ליועץ משפטי לממשלה ב-1968. ראשית, הוא קיבל את סמכות הפיקוח של בג"ץ על הנעשה בשטחים, וכשהוגשו עתירות בנושא לא טען בא-כוח המדינה שהעניין איננו בסמכותו של בית המשפט. זו היתה התפתחות יוצאת דופן, שכן במדינות שבהן נוהגת שיטת משפט קרובה לשלנו, דוגמת ארצות הברית ובריטניה, נמנעים בתי המשפט מפיקוח על הנעשה בשטחים שנכבשו במלחמה. באשר למעמד השטחים ותחולת האמנות הבינלאומיות אימץ שמגר את העמדה התיאורטית שלפיה אלה אינם שטחים כבושים, אך הודיע כי ישראל מקבלת עליה לנהוג לפי האמנות האלה. בג"ץ אכן החיל אותן בפסיקתו, אף כי התעוררה לא פעם שאלה לגבי פרשנותן.

כך נוצר הזיווג המיוחד, המשקף את היחס האמביוולנטי של ישראל לשטחים: שטחי יהודה ושומרון אינם שטחים כבושים (וגם אינם חלק ממדינת ישראל), אך חל עליהם המשפט הבינלאומי כאילו היו שטחים כבושים.

הסבך המשפטי עלה מדרגה כאשר חל שינוי במדיניות ההתנחלות. הגישה המקורית היתה להתיישב בשטחים שאין בהם כמעט אוכלוסייה ערבית, דוגמת הגולן ובקעת הירדן, אך היו בה כמעט מלכתחילה חריגים. לאחר מלחמת יום

הכיפורים, ובעיקר לאחר עלייתו של בגין לשלטון, חלה תפנית של ממש. הדבר עמד למבחן בתוך זמן קצר, כשהתעוררה שאלת התנחלות אלון מורה, שהיתה למעשה המשך פרשת סבסטיה-קדום מימי כהונתו של יצחק רבין בראשות הממשלה.

כשבגין עלה לשלטון הוא הבטיח שיהיו "הרבה אלוני מורה". לאחר חודשים ספורים אכן אישרה הממשלה לחברי גרעין אלון מורה לעבור ממחנה קדום לאתר ליד שכם, והופקעו לשם כך קרקעות, לרבות אדמות שהיו בבעלות פרטית של פלשתינים. בעתירת הנגד שהוגשה לבג"ץ צצה המחלוקת האידאולוגית בתוך הממסד הישראלי, ועמה חלק מהבעיות המשפטיות שמעוררת החזקת השטחים.

פניות לבית המשפט נגד הפקעת קרקעות היו גם בעבר, וכולן נדחו בטענה שההפקעה נעשתה לצורכי ביטחון. כך היה בפרשת "התנחלות בית אל" (פסק דין "איוב"),²⁷ כאשר בגין היה ראש הממשלה ויצחק זמיר היועץ המשפטי לממשלה, וכך גם קודם לכן בבג"ץ "אבו חילו נגד ממשלת ישראל",²⁸ שעסק בהתנחלות בפתחת רפיח ובצפון סיני בתקופת גל הטרור של ראשית שנות ה-70, כאשר גולדה מאיר שימשה ראש ממשלה ומאיר שמגר היה היועץ המשפטי. גם בפרשת אלון מורה (פסק דין "דויקאת")²⁹ טענה המדינה שהפקעת הקרקעות הפרטיות נחוצה לצורכי ביטחון, וכך גרס הרמטכ"ל רפאל איתן (רפול) – אך מומחים צבאיים אחרים חלקו על כך.

המחלוקת התלהטה כששר הביטחון עוזר ויצמן, אחד המשיבים, הודה ש"ניתן לממש את צורכי הביטחון שלא בדרך הקמת יישוב במקום האמור". מנהיג ד"ש יגאל ידין, הרמטכ"ל השני של צה"ל, התנגד אף הוא להקמת היישוב, והגיש בממשלה ערעור על החלטת ועדת השרים לביטחון. לעומתם, אנשי גוש אמונים טענו לזכות התנחלות בכל חלקי ארץ ישראל, וגם בגין הדגיש את "זכות עם ישראל להתנחל ביהודה ושומרון, ואין לדברים האלה בהכרח קשר... לדאגה לביטחון לאומי ולביטחון המדינה". המסקנה היתה שהשיקול הדומיננטי בהפקעת הקרקעות היה אידאולוגי ולא ביטחוני. הצו על תנאי נעשה החלטי – וההפקעה בוטלה.

הכרזתו של בגין "יש שופטים בירושלים" היא מן המפורסמות. אם אכן נאמרו הדברים לאחר מתן פסק הדין בפרשת בית-אל אין בהם כל ייחוד, משום שבג"ץ קיבל את עמדת הממשלה. גם אם נאמרו הדברים אחרי פסק דין דויקאת, שבו פסל העליון את הפקעת הקרקע, ספק אם ניתן ללמוד מהם הרבה. אף שהמדינה הפסידה, בגין הבין היטב שאין בהלכה הזו מכשול לתוכניותיו – בזכות הפטנט המשפטי שלפיו ניתן להתיישב על אדמות מדינה, והן מהוות כידוע חלק נכבד משטחי הגדה (אותן אדמות שהיו שייכות לשלטון הירדני על פי החוק העות'מאני,

ועברו לשליטת ישראל במלחמת ששת הימים). בג"ץ לא מנע התיישבות בשטחים אלה, כשם שלא מנע התיישבות על אדמות פרטיות מטעמי ביטחון. כעבור שנים, בעיקר בתקופת נשיאותו של ברק, בחן העליון פעולות שבוצעו על ידי המדינה ועל ידי צה"ל בשטחים על רקע המשפט הבינלאומי, כשהוא מפרש אותו לא פעם בצורה המחמירה עם ישראל. כך היה, לדוגמה, כשבית המשפט שלל את השימוש ב"נוהל שכן". אילו נהג בדרך זו לגבי התנחלות על אדמות מדינה שלא מטעמים ביטחוניים ייתכן שהיה שולל אותה, אך הגישה באותם ימים היתה שונה. כפי שניסח זאת שמגר ב-1981: "על הכובש לנהל את רכוש המדינה בשטח הכבוש ומותר לו להפיק מהם פירות, אך אסור לו למכור רכוש זה או להעביר בו בעלות."³⁰ אפשר כמובן לטעון שהמדינה לא מעבירה למתנחלים את קרקעות המדינה, אך אי-אפשר לזלזל בשאלה אם מסירת קרקעות אלה לשימוש ללא הגבלת זמן עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי. באותה תקופה גם נהג הכלל שלפיו רק מי שיש לו "זכות עמידה" יכול לפנות לבג"ץ, ולא היה "בעל מעמד" שיכול לטעון נגד התנחלות על אדמות מדינה.

העליון התמיד לאשר התנחלויות על קרקעות מדינה גם בתקופת ברק, והמדיניות הזו נמשכת עד היום. באורח פרדוקסלי, פסק הדין בפרשת אלון מורה לא רק שלא בלם את ההתנחלות בשטחים, אלא שקצב ההתיישבות ביהודה ושומרון גבר במידה עצומה.

עידן החקירות הראשון

האפשרות לחקור שר ולהעמידו לדין פלילי היתה בתקופה שלאחר קום המדינה כמעט מחוץ לכל דמיון. היו אמנם יוצאים מהכלל ספורים, דוגמת חבר הכנסת וסגן השר הרב ישראל בן-מאיר (רוזנברג), שיוחסה לו עבירת הברחה. הוא לא רק כפר באשמה, אלא דרש חקירה וביקש להסיר את חסינותו. הניסיון להעמידו לדין ב-1953 כשל כבר בשלב הדיון לפני שופט חוקר (מוסד שבוטל מאז), שקבע כי אין ראיות לשם כך. יוצא מהכלל אחר היה יצחק רפאל, וגם בו לא דובר בשר אלא בסגן שר. רפאל, סגן שר הבריאות מטעם המפד"ל, הועמד לדין ב-1965 באשמת שוחד, בהקשר להקמת בית חולים בחולון, באזור שהיה ידוע כתל-גיבורים (כיום זהו בית החולים וולפסון). הוא זוכה. נגד שר הביטחון משה דיין הושמעו טענות רבות על כך שנטל לעצמו עתיקות בניגוד לחוק. דיין פעל בגלוי ומעשיו לא היו בגדר סוד, אבל בתקופה שבה סגרו לו, כשההערצה כלפיו לא ידעה גבולות, נותרו הרשויות חסרות אונים. נעשו ניסיונות לפעול בעניין, סופר שדן בן-אמוץ הגיש נגדו תלונה, ובעקבות זאת הורה היועץ המשפטי שמגר על חקירת משטרה – אך צעדים של ממש לא ננקטו. חקירת המשטרה הסתיימה ללא המלצה בדבר העמדה לדין. שמגר העביר את החומר לשר החינוך והתרבות יגאל אלון (שהיה ממונה על העתיקות), וכן למבקר המדינה – אך דבר לא קרה.

רוב המעשים שיוחסו לדיין נכללו בגדר החנינה הכללית שהוכרזה אחרי מלחמת ששת הימים, אך הוא המשיך לעסוק באיסוף עתיקות גם אחריה, ובמרס 1968, כאשר עסק בחפירה שנטען כי לא היתה חוקית, ליד משמר השבעה, החפירה התמוטטה ודיין נפצע קשה. האירוע התרחש, אגב, ערב פעולה צבאית רחבת היקף נגד בסיס המחבלים כראמה בירדן. שמגר החליט לא לנקוט צעדים משפטיים, כנראה בהתחשב בפציעתו הקשה של דיין בחפירה. בסופו של דבר נשאר בידי דיין אוסף עתיקות משמעותי. חלקו נמכר לאחר פטירתו בסכום נכבד למוזיאון ישראל, היתרה נתרמה למוזיאון, ועד היום צף הנושא מדי פעם בתקשורת.³¹

האווירה כולה השתנתה לאחר מחדל מלחמת יום הכיפורים, שגרר אובדן מוחלט של אמון הציבור בהנהגה. הטענות נגד מפלגת השלטון בדבר שחיתות, פרוטקציה

והעדפת מקורבים – התחזקו. באורח פרדוקסלי, הדבר קרה דווקא לאחר שחל שינוי במפא"י: הנטייה למנות לכל תפקיד רק "אנשי שלומנו" רוסנה, ומינויו של שמגר, יוצא אצ"ל, לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה המחיש את השינוי. כך גם היה כאשר מונה אהרן ברק, שלא היה מעורב בפעילות מפלגתית או פוליטית, ליורשו.

היחלשות השלטון המרכזי פתחה לפני מערכת אכיפת החוק שער לפעולה נגד הדרגים הפוליטיים, כשהיא נהנית מגיבוי ציבורי רחב. בשלהי 1974, בראשית כהונתה של ממשלת רבין, כששמגר כיהן עדיין בתפקיד היועץ המשפטי, נפתחה נגד מנכ"ל "החברה לישראל" מיכאל צור חקירה משטרתית, שנוהלה על ידי בנימין זיגל, ראש היחידה למאבק בעבירות צווארון לבן. צור היה אחד מראשי תנועת נוער שהיתה קשורה למפד"ל, ובגיל 35 מונה על ידי פנחס ספיר למנכ"ל משרד המסחר והתעשייה. בהמשך דרכו הגיע לתפקידים מרכזיים במשק, ובשנים 1969–1974 כיהן גם כיושב ראש הדירקטוריון של חברת הספנות "צים". לאחר מעצרו גילה צור מיוזמתו שורה ארוכה של מעשים לא כשרים שהיה מעורב בהם, ושעל חלקם לא ידעה המשטרה כלל. כאשר הוגש כתב האישום נגדו הוא הודה בכל האשמות, שכללו עבירות שוחד וכן העברה שלא כדין של כספי החברות הישראליות שבהן פעל לבנק בז'נבה, שהיה בבעלותו של טיבור רוזנבאום.

צור נידון ל-15 שנות מאסר, ערעורו על חומרת העונש נדחה, אך לאחר מכן הוא זכה בחנינה, וכעבור שש וחצי שנות מאסר יצא לחופשי. בין הממליצים על החנינה היה... זיגל. הוא נימק זאת בחנינה שניתנה ליהושע בן-ציון,³² אליה אתייחס בהמשך.

פרשת ידלין היתה מבחינת מפלגת השלטון, מפא"י, בעייתית בהרבה. אשר ידלין שימש מנכ"ל חברת העובדים ומנכ"ל קופת חולים כללית. בשני תפקידיו זכה בהצלחה רבה, ואף נשקלה מועמדותו לתפקיד שר האוצר בממשלת רבין, אך פנחס ספיר, שהיה אחראי לכך שרבין זכה בראשות הממשלה, העדיף את יהושע רבינוביץ'. בתחילת ספטמבר 1976 החליטה הממשלה על מינויו של ידלין לנגיד בנק ישראל. באותם ימים היתה מונחת במשטרה תלונה נגדו, שהוגשה על ידי עיתונאי "העולם הזה" יגאל לביב וייחסה לו קבלת שוחד בקשר לרכישת כפר נופש בשארם א-שייח' על ידי קופת חולים. הסתבר שבאשמה הזו, שנחקרה זמן רב, אין כל ממש, אך פרשה שנייה צצה בעקבותיה. עניינה היה עסקים שהיו לידלין עם ידידה בשם חוה ארליכמן, שעמה היו לו, לדבריו, קשרים אינטימיים.

קרוב לשבועיים לאחר החלטת הממשלה בדבר מינויו לנגיד, ביום שישי אחר הצהריים, כך סיפר ידלין, התקשר אליו היועץ המשפטי אהרן ברק והציע לו

להיפגש במשרדו בקריה. בפגישה סיפר ברק לידלין על שתי התלונות, והציע לו להיפגש לשיחה עם ראש אגף החקירות במשטרה, יעקב קדמי (לימים שופט בית המשפט העליון). ידלין, העסקן המנוסה, גילה תמימות רבה. הוא לא הכיר את עולם המשפט. חקירה של אדם ברמתו היתה יוצאת דופן באותם ימים, והוא הרי נפגש זה עתה עם היועץ המשפטי לממשלה – אדם שתפקידו, לכאורה, לסייע לממשלה לממש בהקדם את מינויו. ספק אם היה ער לכך שליועץ המשפטי שני כובעים – של יועץ ושל תובע – כאשר קיים ניגוד ברור בין שני התפקידים. אז מי הציע לו להיפגש עם ניצב קדמי – היועץ המשפטי לממשלה או הממונה על התביעה?

בספרו עדות מתאר ידלין את תחושתו: "מולי ישב אדם מעורר אמון, שדיבר בנימה רכה – סמוך עליי, העניין ייגמר כהרף עין." הוא לא העלה על דעתו להתייעץ עם עורך דין, בהיותו משוכנע שמוצעת לו דרך מהירה לסיום הפרשה.³³ בתוך זמן קצר הגיעו למקום קדמי וסגנו, רפאל יעקובי. לדברי ידלין, ברק נכח בשעה הראשונה של השיחה, שנמשכה עוד כארבע שעות לאחר שיצא לירושלים. בשלב זה כבר הבין כנראה ידלין שמדובר בחקירה, ובכל זאת לא הסיק את המסקנה המתבקשת. תקוותו לזכות במשרת נגיד בנק ישראל עדיין לא נמוגה, וכשטלפן אליו קדמי למחרת, שבת בבוקר, וביקש עוד שיחה לשם הבהרה, לא עמד ידלין בפיתוי ונעתר. השיחה שוב ארכה שעות, ובסיומה אמר לו קדמי כי הוא מקווה שהעניין יבוא לסיומו, אך עליו לשוחח עם ברק. בשבת אחר הצהריים שוב צלצל קדמי, ואמר שהם ישמחו אם ידלין יסכים להיבדק בפוליגרף. העניין ייקח רק עשר דקות, בסך הכול שלוש שאלות, ואז יוכל להודיע ליועץ המשפטי שהכול בסדר.³⁴

אמונו של ידלין בקצין המשטרה התחיל להתערער, אך אמונו ביועץ המשפטי של הממשלה עדיין לא פג, והוא ביקש לדבר עם ברק. בשיחת הטלפון ביניהם, מספר ידלין, הבהיר לו ברק כי הוא אינו חייב ללכת לבדיקה – אך הוא מאמין שהפוליגרף ימצה את העניין עוד באותו ערב. שוב ניצב ידלין בפני הפיתוי לסיים את העניין בדקות ספורות, במקום לעמוד בפני חקירה שעלולה להימשך זמן רב. שוב הוא נמנע מלהתייעץ עם עורך דין, ובחר לדבוק באשליה שיש מוצא קל מהסבך. הוא מתייצב לבדיקה, ושוב מסתבר לו שהדקות הופכות לשעות. לדבריו אמר לו קדמי שיש אי-בהירות בפוליגרף בקשר לתשובות – הן בעניין שארם א-שייח' והן בעניין ארליכמן – וכך נמשכה החקירה.

קשה לדעת מה בדיוק נאמר באותה שיחה. לפי הגרסה המופיעה בזיגל, ספרו של ברוך לשם על החוקר המפורסם, הראה הפוליגרף בבירור שידלין דובר אמת לגבי עסקת שארם א-שייח', אך לא כן לגבי העסקאות עם ידידתו.³⁵ כך או כך, בלילה, לאחר שחזר הביתה, נזכר ידלין כי נשכחה ממנו עסקה שלא היה לה קשר

לקופת חולים, ובה קנו הוא וארליכמן דירה בבת ים, ומכרו אותה ברווח (הפרשה נכללה בכתב האישום רק מההיבט של מס שבח שלא שולם על המכירה). הוא החל לחשוב שמא הפרשה הזו היא שגרמה לתגובת הפוליגרף.

ב-17 באוקטובר 1976 עולה בממשלת רבין פעם נוספת שאלת מינויו של ידלין. ברק מגיש לממשלה מסמך המתייחס לכמה עסקאות מקרקעין של קופת חולים בתיווכה של ארליכמן, אשר קיים חשד כי ידלין קיבל בהן שוחד של 48 אלף ל"י. אליהן צורף עניין אי-תשלום מס שבח על אותה דירה בבת ים. לדבריו, יש צורך להמשיך בחקירה ולהעמיקה. ידלין מצדו מכחיש את ההאשמות. בשלב זה, לאחר שאשמת השוחד לגבי שארם א-שייח' קרסה, נראה שתיק התביעה רחוק מלהרשים. החשד בהקשר לעסקאות קופת חולים בתיווכה של ארליכמן נראה, בלשון המעטה, בעייתי. למרות זאת, בדיון בממשלה היה השר אברהם עופר היחיד שהגן בכל כוחו על ידלין. עמיתו חיים בר-לב הטיל ספק באשמה הנוגעת למס שבח. יתר השרים לא היו מוכנים לעשות זאת. הממשלה נמנעה אמנם מלבטל באותו שלב את המינוי, אך אישרה את המלצתו של ברק בדבר המשך החקירה. למשטרה ניתנה כעת יד חופשית.

ידלין נעצר למחרת, ועם הגשת כתב האישום ביקשה התובעת מרים אוסטרובסקי-כהן להאריך את המעצר עד תום ההליכים. הבקשה התבררה בבית המשפט המחוזי לפני השופט דב לוין (שיהיה לימים השופט במשפט הדולרים של לאה רבין). לוין נעתר לבקשה, ועל החלטתו הוגש ערעור לעליון.

נושא המעצר הוא הקשה והחמור מכל הדברים שהתרחשו בפרשת ידלין, כי הוא מפריך את התיאוריה שלפיה בית המשפט מגן תמיד על זכויות אדם ואילו בית המחוקקים מאיים עליהן. באותו מקרה פגעה פסיקת בית המשפט העליון בצורה גסה ומובהקת בזכויות אדם, בעוד שהכנסת פעלה לרכך את הפגיעה. מעצרו של אדם שעדיין לא הורשע, ואשר קיימת לגביו חזקת חפות, מהווה פגיעה קשה בזכויותיו. לבית המשפט ניתנה סמכות לעצור נאשם עד תום ההליכים, אולם עד שנת 1988 לא הוגדרו בחוק עילות המעצר. הנושא נשאר לשיקול דעתם של בתי המשפט, שקלטו מהדין האנגלי את העילות המקובלות: חשש להימלטות הנאשם, סיכון שלומו של הציבור וחשש לשיבוש הליכי משפט.

בעניינו של ידלין הרחיבה הפסיקה במידה קיצונית את דיני המעצר. דב לוין החליט במחוזי לעצור את ידלין עד תום ההליכים, ובערעור בעליון קבע יואל זוסמן כי "מן הצורך להביא בחשבון את האפקט הציבורי של שחרור נאשם בעל מעמד כזה... שיקול זה גופו מחייב, כאשר הראיות שבידי המדינה מוכיחות שיטה של לקיחת שוחד שנתמשכה עת רבה... כי לא יתהלך נאשם כזה חופשי עד לבירור דינו".³⁶ וההחלטה הזו, של אחד מגדולי השופטים של ישראל – מזעזעת.

הרעיון ששחרור בערבות של נאשם בעל מעמד, עד לסיום משפטו, ייצור "אפקט ציבורי שלילי", ולפיכך עליו להישאר במעצר חרף העובדה שיש לו סיכוי לצאת זכאי – אינו מתקבל על הדעת ומקומם.

מובן שמעצרים כאלה מקלים מאוד על התביעה להשיג הרשעה, גם של חפים מפשע, ולו בעסקת טיעון. אישים בעלי מעמד, שבאים לראשונה בחייהם במגע עם המשפט הפלילי, מתקשים לשאת את המעצר, המתווסף להשפלה הפומבית, למתח שבמשפט ולהוצאות הכרוכות בו. הם מתקשים גם לנהל את הגנתם, המחייבת איסוף חומר, בדיקת מסמכים ובירורים רבים, בעיקר בעבירות כלכליות מורכבות. מובן שאת הפעולות הללו קשה פי כמה לבצע מתוך חדר המעצר. התוצאה היא שלא פעם מוכנים עצורים להגיע להסדר טיעון גם כאשר הם מאמינים בחפותם.

על המגמה המחמירה של התביעה ושל בתי המשפט בנושא המעצרים נמתחה ביקורת חריפה, וב-1988 החליטה הכנסת להתערב בעניין. בדיון על תיקון לחוק סדר הדין הפלילי אמר חבר הכנסת דוד ליבאי: "הצעת החוק שאנו דנים בה היא בעצם הסתייגות שלנו... מהפסיקה של בית המשפט העליון... אנחנו למעשה חולקים בגלוי, באופן חד-משמעי, על עמדת העליון בסוגיה שבה אנחנו דנים." ואכן, התיקון הוכנס לחוק, והחשש שהימנעות ממעצר תיצור "אפקט ציבורי שלילי" חדל להיות עילה למעצר עד תום ההליכים. במילים אחרות: המחוקק אימץ גישה ליברלית, שבאה לתקן גישה מחמירה, בלתי-מוצדקת, שפוגעת בזכויות אדם, של בית המשפט העליון. ואף על פי כן, הגישה הליברלית הזו סייעה רק באופן חלקי, כי אנו נתקלים לא אחת בגישה מחמירה של בתי המשפט, הפוגעת בזכויות אדם בהקשר של מעצר במסגרת חקירה משטרתית. נוכחנו בזה שוב לא מכבר, עם מעצרה המוגזם של הזמרת מרגלית צנעני בקיץ 2011.

אבל נחזור לאשר ידלין. סיכוייה של התביעה להשיג הרשעה נראו קלושים, אך מעצרו שינה את התמונה. בצד הלחץ שהמעצר הפעיל עליו והקושי להתגונן מתוך בית המעצר, הוא סימל לאחרים שידלין אבוד. והלחץ שהמסר גרם הניב פרי. בידי התביעה נמצאו תוך זמן קצר שני עדים, שהיו מוכנים לסייע בהפללתו תמורת חסינות לעצמם. המרכזי שביניהם היה עו"ד חיים גושן, פעיל מפא"י שייצג את קופת חולים בשורה של עניינים עוד לפני שידלין התמנה למנכ"ל הקופה. הוא נהפך לעד מדינה, ועדותו שינתה לחלוטין את מצבו של ידלין, אשר לא כפר בכך שקיבל מגושן כספים. מאוחר יותר אמר ידלין כי אלמלא נשבר עקב המעצר ובעיקר עקב התאבדות חברו אברהם עופר, היה מנהל את ההגנה גם מפני האישום הזה, ומוכיח שהכספים לא ניתנו כשוחד אלא לקרן שתעמוד לרשותו לצרכים מפלגתיים, כמו קרנות שעמדו לרשותם של בכירים אחרים במפלגה.³⁷ במצב שנוצר, הסיכון להרשעה היה גבוה למדי, וזו היתה גם הערכתו של עו"ד

שלמה תוסיה-כהן, שנשכר להגן על ידלין באיחור רב. סיכוייו של ידלין לצאת זכאי מכל אשמה היו דלים, גם אם זה לא היה מקרה אבוד – אבל השאלה לא נבחנה. הוא נחשף למסע תקשורתי נגדו ונגד משפחתו, כולל סיפור מופרך שהגיע מ"מקור משטרתי", ולפיו סתימה בשירותים בביתה של טליה לבני, בת זוגו, מקורה בניסיון להשמיד מסמכים על ידי השלכתם לאסלה.

המשבר הגדול הגיע, כאמור, לאחר שידדו הקרוב אברהם עופר שלח יד בנפשו. עופר כיהן בתפקיד שר השיכון בממשלת רבין הראשונה, והועלו חשדות כי היה שותף למעשי שחיתות בחברת "שיכון עובדים". ב-3 בינואר 1977 נמצאה גופתו במכוניתו, לאחר שהתאבד בירייה. הוא הותיר אחריו מכתב שבו כתב: "זה שבועות וחודשים שמענים אותי, שופכים את דמי, מעלילים עליי עלילות ומתעללים בי. אין לי ספק שהאמת תצא לאור, שלא מעלתי ולא גנבתי, ושהכול הן עלילות שווא, אך אין לי כוח לשאת זאת יותר." הידיעה גרמה לידלין לפרוץ בבכי, ולכאב עז בחזה, שחייב את העברתו למחלקה לטיפול נמרץ בבית החולים בילינסון. לדבריו, המשטרה אישרה את אשפוזו לארבעה שבועות כי חששה מפני מוות נוסף בעקבות חקירותיה.

בסופו של דבר בחר ידלין להגיע להסדר טיעון, שבמסגרתו הודה בכמה עבירות של לקיחת שוחד ובעוד עבירות פחותות בחומרתן, בתקווה לסיים בכך את הפרשה. ואולם, בדיעבד נראה שההסדר לא הביא לו כל תועלת. העונש שהושת עליו היה כבד, ואילו הסיכוי, הצנוע, לזיכוי – אבד. הוא נשלח לחמש שנות מאסר, ונגזר עליו גם קנס בסך 250 אלף ל"י. ערעורו לעליון נדחה בפסק דין מפי השופט שמגר.³⁸

אך גם בכך לא הסתיימו ההליכים המשפטיים בעניינו. פרשה נוספת היתה קשורה בעדותו של מרדכי אליסון, שהיה מנהל "החברה לנמלים ולעבודות חוץ" של "סולל בונה". אליסון נעצר על ידי המשטרה בשל חשד לרישום כוזב בספרי החברה, שלא היה קשור לידלין. במהלך חקירתו הוא סיפר לחוקריו על כ-30 אלף דולר שהעביר לשרה, אחותו של אשר ידלין. בתמורה הוא נהפך לעד מדינה, והוענקה לו חסינות בפרשה שבגינה נעצר.

החקירה בפרשה הנוספת הגיעה לסיומה לאחר שידלין שהה כבר כשנה בכלא. הוא כפר באשמה, ועו"ד תוסיה-כהן ניסה לשכנע את היועץ המשפטי ברק לוותר על כתב האישום השני, לנוכח העונש הכבד שכבר הוטל על ידלין ובשל היעדר טעם ציבורי או מעשי בניהול משפט נוסף. לשווא. כתב אישום נוסף הוגש נגד ידלין ונגד אחותו, ושוב הוצעה לו פשרה: הוא יודה באשמה מרוככת, ובגלל העונש הכבד שכבר הוטל עליו תסכים התביעה להסתפק בקנס של 5,000 ל"י. הפעם ידלין סירב. הוא האמין בצדקתו, וכבר לא היה לו מה להפסיד. ברק החליט להגיש את כתב האישום הנוסף.

הסבר אפשרי להתעקשותו של ברק להגיש את כתב האישום נעוץ אולי בכך שאליסון זכה במעמד של עד מדינה, והיה צורך להצדיק את החסינות שהוענקה לו. אולם, בעיני ראוי להימנע מהגשת כתבי אישום בשל מעשים שנעשו קודם לכתב האישום הראשון – תופעה שחזרה על עצמה בענייניהם של אהרן אבוחצירא ושל אריה דרעי. גם הגישה שלפיה זקוקה התביעה – לשם שמירת כבודה או משיקול אחר – להרשעה כלשהי של הנאשם, אשר תטיל עליו ולו עונש פעוט, איננה גישה ראויה. אף על פי כן, היא קיימת עד היום.

משפטו השני של ידלין לא זכה בתהודה, כיוון שהתנהל לאחר שכבר התחלף השלטון ולציבור לא היה עניין בגורלו. הפעם נחלה התביעה מפלה מבישה. הפרקליטות טענה כי עקב התשלום של 30 אלף דולר לאחותו גרם ידלין לכך שחברה בשם "אמי", שהיתה חברה-בת של "סולל בונה עבודות חוץ", תקבל עבודות מקופת חולים. באופן מפתיע, במהלך המשפט החליטה התביעה לוותר על אחד מעדיה, אליהו פורת. הוא נקרא לעדות מטעם ההגנה, והתברר מדוע ויתרה עליו התביעה: על סמך עדותו כתב השופט מנחם אילן קביעות שאינן מחמיאות לאליסון, וציין כי התרשם ש"הוא לא יבחל בשום אמצעי כדי לחלץ עצמו מצרה". האחות שרה זוכתה בלי שנדרשה כלל להשיב לאשמה (no case to answer). אשר ידלין זוכה לאחר שאילן פסק ש"כל הגרסה של העד אליסון... היא גרסה מלאכותית ומאולצת, אשר בדה העד מליבו כדי לחלץ עצמו מצרה".³⁹

פרשת עופר התנהלה במקביל לזו של ידלין. גם היא החלה בכתבות של יגאל לביב ובתלונה שהגיש למשטרה, וכפי שהחל כבר אז להיות מקובל אצלנו זכו התלונות בכותרות רעשניות בעיתונות. הן נבדקו בזו אחר זו, התברר שלרובן המכריע לא היה יסוד, וראש הממשלה רבין, שחש אהדה רבה לעופר, רגז על הפגיעה הקשה בעבודת הממשלה עקב החקירה הממושכת של שר השיכון. הוא דרש לזרז את החקירה – אך ללא הועיל. בסופו של דבר הסכים היועץ המשפטי ברק למסור לו דו"ח.

הפגישה בבית ראש הממשלה, שבה ימסור ברק את החומר שבידיו, נקבעה לשבת, 1 בינואר 1977. זומנו אליה גם שר האוצר יהושע רבינוביץ', שר המשפטים חיים צדוק ושר המשטרה שלמה הלל. היא היתה אמורה להיות סודית. למרות זאת, עיתונאים וצלמים המתינו למשתתפים בפתח הבית, וביום שלמחרת שוב זעקו כותרות העיתונים נגד עופר. רבין ביטא את מורת רוחו, באומרו: "אני יכול להבטיח, כי ממשרדי לא קיבלו הודעה על מועד הפגישה ומקומה."⁴⁰ הוא חזר ודרש מברק לפחות למסור לו מכתב, הכולל את ההודעה החלקית בעניינו של עופר, ומאשר שלמרבית הקבילות לא מצאה המשטרה כל אחיזה וכי תימשך

הבדיקה לגבי ארבע או שש קבילות אחרות. לדברי רבין תשובתו של ברק היתה "בסדר, מחר בבוקר תקבל ממני דו"ח מסכם, באלה סעיפים אין אחיזה לאשמה ובאלה הבדיקה תימשך." אולם בישיבת הממשלה, שהתקיימה למחרת היום, מספר רבין, "הקערה מתהפכת: פרופ' ברק מודיע לי, כי המשטרה מתנגדת לכתוב ולמסור את המכתב, כפי שסיכמנו בביתי בשבת."⁴¹ כך נמנעה מרבין האפשרות למסור הודעה בעניין. ניתן להעריך שהמשטרה היתה מעוניינת באי-הוודאות ובלחץ שבו היה עופר נתון, לחץ הגורם לעתים לחשודים להודות. אם אכן זו היתה המטרה, היא "הצליחה" מעל למצופה. עופר, שציפה לקבלת מכתב מרגיע, נשבר ושם קץ לחייו (לפי גרסה שונה במקצת לא הסכים ברק למסור את ההודעה מכיוון שבדיוק אז התקבלו ראיות נוספות נגד עופר).⁴²

הפרשה יצרה קרע בין רבין לברק, ובפנקס שירות כתב רבין: "בפרשת אברהם עופר התערער אמוני בו. נראה היה לי, כי הוא פעל בהתאם ללחץ דעת הקהל, שואף לרצות את 'הרחוב', מבקש לו דימוי של איש אמיץ וחסר פניות – אבל נכנע בפועל להלכי רוח המוניים."⁴³

כעת הגיע תורו של רבין עצמו. במרס 1977, זמן קצר לפני מועד הבחירות, שנקבעו לחודש יוני באותה שנה, חשף העיתונאי דן מרגלית ב"הארץ" כי לאה ויצחק רבין מחזיקים חשבון דולרים בארצות הברית. הכספים בחשבון נותרו מהתקופה שבה כיהן רבין כשגריר בוויינגטון, אך החזקת חשבון הבנק באמריקה לאחר שובם של בני הזוג ארצה היתה מנוגדת לחוק באותם ימים.

אף שדובר בעבירה, לפי החוק היה ניתן להמירה בכופר. ברק נפגש עם רבין, ונראה שראש הממשלה הבין שאכן יהיה ניתן לסיים את העניין בדרך זו. לדבריו, "ברק נקט לשון רכה ופייסנית, הממעיטה מחומרת העניין. לאה הופתעה מאוד ונרגעה."⁴⁴ ברק הסביר לימים כי עמדתו נקבעה על יסוד ההנחה שהיה בחשבון סכום צנוע יחסית, ומשהתברר שמדובר בסדר גודל של 20 אלף דולר לא ראה אפשרות להימנע מהעמדה למשפט פלילי. ואכן, ניתן למצוא דוגמאות להעמדה לדין פלילי בשל סכום כזה במטבע זר.⁴⁵

סמכות ההחלטה בדבר המרת ההליך הפלילי בכופר היתה נתונה בידי שר האוצר, ואף שהיו מקרים בהם הועמדו ישראלים לדין בשל סכומים דומים לאלה שהיו לזוג רבין, היו מן הסתם גם כאלה שנמצאו לגביהם "נסיבות מיוחדות", שבזכותן הסתפקו בהטלת כופר. ואכן, הוועדה שמונתה לדון בנושא המליצה להסתפק בכופר, ושר האוצר רבינוביץ' היה מעוניין מאוד לקבל את ההמלצה. אלא שהיועץ ברק דרש להימנע מכך, ואף מסר לשר הודעה שגרמה לו לסגת מכוונתו. על תוכנה של ההודעה קיימות שתי גרסאות. לפי גרסה אחת הודיע ברק

לרבינוביץ' כי אם יחליט על כופר ואזרח כלשהו יגיש עתירה לבג"ץ, הוא לא יגן עליו מפניה. כך מסופר גם בספרו של רבין פנקס שירות.⁴⁶ הבעיה המרכזית בגרסה זו היא שבאותם ימים נדרש מי שפנה לבג"ץ להראות כי יש לו "זכות עמידה", כלומר אינטרס אישי המצדיק פנייה כזו. לפיכך, לא היה סיכון ממשי שפנייה כזו בכלל תיעשה, ואילו נעשתה – ניתן להניח כמעט בוודאות שהיתה נדחית. לראיה: פנייה נגדית לבג"ץ, של אברהם גל, נגד ההחלטה של ברק שלא לאפשר הטלת כופר על בני הזוג רבין, נדחתה על ידי השופטים אלפרד ויתקון, חיים כהן ודוד בכור בדיוק בנימוק הזה: שלא היתה לעותר זכות עמידה.⁴⁷ האם רבין ידע זאת? מהאמור בספרו נראה שהוא לא היה ער לנושא.

על פי גרסה שנייה, שונה במקצת, המופיעה גם בספרה של לויצקי כבודו⁴⁸ וגם בספרם של הפרופסורים אריאל בנדר וזאב סגל עושה הכובעים – דין ודברים עם אהרן ברק,⁴⁹ אמר רבינוביץ' בשיחה עם ברק כי לשום איש אין מעמד המאפשר לו לפנות לבג"ץ בעניין, וברק השיב כי במקרה כזה הוא, אהרן ברק, יפנה לבג"ץ. הוא הוסיף, כי אז יצטרך רבינוביץ' לדאוג לעורך דין פרטי שיגן עליו, על חשבון.

שתי הגרסאות ממחישות בחריפות את ניגוד העניינים בין שני תפקידיו של היועץ המשפטי לממשלה: תפקיד התובע והתפקיד לייעץ למי שצפוי לתביעה או למי שאיננו מעוניין בה. מצד אחד משמש היועץ המשפטי כתובע של ראש הממשלה, ומן הצד האחר הוא "מייעץ" לשר האוצר (ולמעשה תובע ממנו) להימנע מנקיטת מהלכים שימנעו את ההליך הפלילי שאליו הוא חותר. לא מן הנמנע, כי אילו קיבלו בני הזוג רבין ושר האוצר רבינוביץ' ייעוץ משפטי עצמאי, היה בידם לסיים את הפרשה ללא דין פלילי.

השיחה בין היועץ המשפטי לבין רבין, זמן קצר לאחר גילוי חשבון הדולרים, מזכירה את השיחות בין ברק לאשר ידלין. עם מי סבר יצחק רבין שהוא משוחח – עם מי שעומד בראש התביעה או עם היועץ המשפטי לממשלה, שמעוניין לסייע להם להיחלץ מהתסבוכת? רבין למד משהו מפרשת עופר, ובספרו פנקס שירות הוא מציין כי לא היה לו אמון רב בברק. למרות זאת, הוא נמנע מלקבל ייעוץ משפטי עצמאי, בסוברו שאין זה ראוי לראש ממשלה. בכך הוא נהג כמו רב-אלוף דוד אלעזר (רדו) בהופעתו לפני ועדת אגרנט. וגם הוא, בדומה לרדו, שילם מחיר על התנהגותו האבירית.

עמדו לפני יצחק רבין אפשרויות נוספות: חשבון הדולרים היה רשום אמנם על שמם של שני בני הזוג, אך נראה שנוהל על ידי הגברת רבין. ייתכן מאוד שראש הממשלה היה יכול להשתחרר מהפרשה על ידי כך שרעייתו היתה נוטלת על עצמה את מלוא האחריות, שהרי לגביה זה לא היה משנה דבר ולגביו היה ניתן לראות את האשמה כטכנית, אולם שוב, אופיו הג'נטלמני הוריד מהפרק ניסיון

כזה של התחמקות. יצחק רבין לא היה מוכן בשום שלב להפרדה בינו לבין אשתו, ועמד על כך שהוא אחראי במידה שווה לכל העניין. בספרות, ההגינות האצילית משתלמת. במציאות הישראלית – לא בהכרח.*

כאשר הוברר לרבין שאפשרות הכופר אינה קיימת, וכי ברק נחוש להגיש כתב אישום נגדו, הודיע על פרישה מתפקידו ועל כך שלא יתמודד בבחירות הקרבות. התפטרות מהמשלה לא היתה אפשרית באותם ימים, כי היתה זו כבר ממשלת מעבר, ועל כן יצא רבין באפריל 1977 לחופשה, וניהול הממשלה הופקד בידי שמעון פרס. גם בשלב זה ניכר אופיו האבירי של רבין: הוא לא ניסה להשיג לעצמו עסקה, שלפיה בתמורה לפרישה לא יוגש נגדו כתב אישום. למרות זאת, ברק הבין שבנסיבות שנוצרו אין מקום להעמדה לדין, והניח לרבין לשלם כופר ולהשתחרר מהאישום הפלילי. על התביעה נגד לאה רבין לא היה ברק מוכן לוותר. היא הועמדה לדין, הודתה באשמה, והשופט דב לוין הטיל עליה קנס כבד של 250 אלף לירות או שנה מאסר תמורתו. בספרה הולכת בדרכו⁵⁰ כתבה לאה רבין, כי היה זה סכום שהספיק באותם ימים לרכישת דירה נאה.

האם אכן מוצדק היה לשלול את אופציית הכופר? רבין היה מהמפקדים הבולטים והנערצים של הפלמ"ח במלחמת העצמאות ורמטכ"ל צה"ל במלחמת ששת הימים – הרמטכ"ל שלזכותו נזקף הניצחון הגדול ביותר בתולדות העם היהודי, ניצחון שהציל את המדינה מסכנת חורבן. האם לא היה מקום להביא זאת בחשבון? נכון, היו מי שהועמדו לדין פלילי בשל סכום כזה, אבל כאן מדובר היה בחשבון שנפתח כדין ורק לא נסגר במועד, וזהו בלי ספק מקרה פחות חמור מהמקרה הנפוץ שבו נרכש המטבע הזר מלכתחילה בשוק השחור. מעבר לכך, מדובר בראש ממשלה, שהעמדתו לדין פירושה זעזוע כבד של המערכת השלטונית ועשויות להיות לה השלכות גורליות. האם יש להתעלם כליל מהשיקול הזה, כשמדובר בעבירה בהחלט לא חמורה?

בערך באותם ימים פסק בית המשפט העליון כי עבירת מטבע זר איננה עבירה שיש עמה קלון, או כפי שניסח זאת השופט חיים כהן: "עבירה שדינה כופר כסף על פי שיקול דעת רשות מנהלית, עבירה היא שמטבע ברייתה אין עמה קלון, בין

* באותם ימים כיהנתי כדיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב. נפגשתי עם שר המשפטים חיים צדוק, ושמעתי מפיו את הגרסה הראשונה בפרשה (הודעתו של ברק שלא יגן על שר האוצר לפני בג"ץ). ציינתי שבעיני לא היתה לשום אדם זכות עמידה בעניין, והוספתי כי ניתן להעניק לראש הממשלה חנינה. צדוק העלה את השאלה, האם ניתן להעניק חנינה לפני הרשעה. הסברתי שאינני רואה בכך כל קושי, והזכרתי את החנינה שניתנה לריצ'רד ניקסון על ידי יורשו בתפקיד הנשיא, ג'רלד פורד. היא ניתנה לפני שניקסון הועמד לדין בגין "פרשת ווטרגייט", ונועדה למנוע את משפטו (אף שאין כמובן כל דמיון בין העבירות). צדוק השיב שגם אם המהלך אפשרי, הוא אינו נראה לו, וללא המלצת שר המשפטים ירדה האפשרות הזו מן הפרק.

אם הומרה בכופר כסף ובין אם לאו.⁵¹ בכך עולה שוב השאלה, האם מוצדק לגרום לראש ממשלה להתפטר בשל עבירה שאין עמה קלון? מחר גיסא, רבין היה אדם ישר ודובר אמת. עובדה שגם יריביו הפוליטיים הכירו בכך. "רבין הוא האיש הכי הגון שאני מכיר," אמר עליו אפילו יריבו יצחק שמיר, מנהיג הליכוד. "הוא מוכן לעשות כל דבר למען מדינת ישראל, ולא אכפת לו אם זה טוב בשביל הקריירה שלו או לא."⁵² העובדה שדווקא כלפיו הופעל ההליך הפלילי בכל חומרתו מלמדת משהו – אולי עגום – על הקשר בין צדק למשפט.

גם ההתעקשות להעמיד לדין את לאה רבין היתה מיותרת. סיום הקריירה הפוליטית (נכון לאותו שלב) של בעלה פגע לא רק בו אישית אלא גם במשפחתו הקרובה, ובנסיבות האלה קשה להבין מדוע לא היה ניתן להסתפק גם לגביה בכופר.

מאידך גיסא, ראוי לציין כי דעת הקהל קיבלה בהבנה ואף בהערכה את הצעדים שננקטו נגד רבין. אולי היה בכך ביטוי נוסף לירידת קרנה של מפלגת העבודה באותם ימים שלאחר מלחמת יום הכיפורים, ולשינוי היחס כלפי מנהיגי המדינה. היום אולי הדברים נראים באור שונה, אך באותם ימים זכה היועץ המשפטי באהדה ובתמיכה ציבורית. ההתפטרות המהדהדת של ראש הממשלה חיזקה מאוד את יוקרתו של אהרן ברק, והיוותה ציון דרך במעמד העל שרכש. לפרשת הדולרים הצטרפה כעבור זמן קצר אפיזודה נוספת. התברר שלאבא אבן, מי שהיה שר החוץ ואחד האישים הישראליים המוכרים בעולם, היה בחשבון בנק בחו"ל סכום נכבד של יותר מ-300 אלף דולר – יותר מפי עשרה מהסכום שהוחזק בידי הזוג רבין. אבן, שלא היה באותם ימים חבר בממשלה, למד מניסיונם של הרבינים, ובחר להיעזר בעורכי דין מהשורה הראשונה, יעקב נאמן ואמנון גולדנברג. טענתו, שנתמכה על ידי מזכירתו, היתה כי ניתן לו על ידי משרד האוצר היתר להחזיק בחו"ל את הכספים, אלא שהוא איבד אותו. במשרד האוצר לא נמצא עותק מהיתר כזה או רישום כלשהו על אודות קיומו, אך הפעם החליט ברק נגד עמדתו של מיכה קירש, פרקליט מחוז ירושלים, לסגור את התיק ולא להעמיד את אבן לדין.

בנסיבות אלה ניתן לתאר פשרה בדמות כופר. יש להניח כי אילו הוצב אבן בפני הברירה לשלם כופר או שיוגש נגדו כתב אישום, הוא היה בוחר בכופר. אבל פתרון זה לא היה אפשרי מבחינת ברק, שכן משמעותו היתה הסכם כופר בגין סכום גבוה בהרבה מזה של הזוג רבין. הבחירה היתה בין הכול (כתב אישום) ללא-כלום. ברק בחר בלא-כלום.

"משפט? צדק? למדתי שיעור מאלף מאוד על משמעותם של מושגים אלה," כתבה על כך לאה רבין: "ראשית, הוא (אבן) לא היה מטרה פוליטית באותו שלב.

שנית, היתה לו כנראה הגנה משפטית מתוחכמת מאוד (הוא היה זקוק לה!).⁵³ ותחושת העוול שנשאה לא פגה כל ימי חייה. היא סירבה ללחוץ את ידו של ברק אפילו בטקס הקבורה של בעלה, לאחר הירצחו.

פרשה נוספת של כספים בחשבונות בנק בחו"ל ותשלום כופר התעוררה כ-15 שנים מאוחר יותר, לאחר שרבין שב לתפקיד ראש הממשלה. בנובמבר 1992 החליטה הממשלה, לפי המלצתו, למנות את פרופ' איתמר רבינוביץ' לשגריר ישראל בארצות הברית. חבר הכנסת גונן שגב דרש לבטל את המינוי, כי נודע לו שרבין רבינוביץ' החזיק ללא היתר חשבון דולרי בארצות הברית, כנראה מתקופת היותו בשבתון. רבינוביץ' שילם כופר בגין עבירות מס הכנסה ומטבע חוץ, העניין עלה לדיון נוסף בממשלה בינואר 1993, והמינוי אושר. שגב פנה לבג"ץ.

הדיון נקבע לפני הרכב בראשות ברק, והפעם לא התעוררה שאלה של זכות עמידה (שהיתה מתעוררת ללא ספק אילו עלה עניינו של יצחק רבין ב-1977 לפני בג"ץ). התעורר חשש מפני ביטול המינוי, אך כפי שמספרת נעמי לויצקי בכבודו: "רבין דווקא היה רגוע." לדברי מנכ"ל משרד ראש הממשלה באותה עת, שמעון שבס, הוא הגיב בלשון המלמדת לא מעט על דעתו על אודות מערכת המשפט: "אני מכיר אותם... הם יגנו על רבינוביץ' כי הוא אחד משלהם... אני לא דואג."⁵⁴ ואכן כך היה. הפעם התגייסה הפרקליטות להגן על המינוי, אף כי בחשבוננו של פרופ' רבינוביץ' היה סכום דומה לזה שנמצא בחשבוננו של רבין. העתירה נדחתה, והשגריר החדש טס לווינגטון.

החלטת הבג"ץ לא היתה מנומקת, נאמר שהנימוקים יינתנו במועד מאוחר יותר – אבל הזמן חלף וחלף. חודש רדף חודש, והנימוקים, שעוררו סקרנות רבה, עדיין אינם. כעבור יותר משנה ניסה העיתונאי אמנון דנקנר לברר מדוע לא ניתנו עדיין הנימוקים, אך הסתבר שלשאלה שלו לא ניתן לקבל תשובה. בעקבות זאת התפרסם באוקטובר 1994 ב"הארץ" מאמר מאת דן מרגלית, המזכיר כי בתקופה שעברה מאז "קבעו שופטי בג"ץ כי יוסי גינוסר לא יוכל לכהן כמנכ"ל משרד ממשלתי ורפי פלד נאלץ להתפטר מן הפיקוד על המשטרה. הנימוקים פורסמו. מה על הנימוקים שהתירו את כהונת רבינוביץ'? מדוע הזדרז השופט ברק בעניין גינוסר ופלד שנדונו אחרי סוגיית רבינוביץ'?... אין תשובה. מי יעז לדרוש זאת מבג"ץ? מי יזכיר לו כי אילו פרסם את נימוקיו במועד סביר, אפשר היה להתווכח אם נקט אמות מידה אחידות כלפי השלושה?"⁵⁵

אלא שההשוואה המתבקשת היא בראש ובראשונה מול פרשת חשבון הדולרים של רבין – והדמיון בנתונים זועק כמעט כמו השוני במסקנות.

בנובמבר 1995 נרצח ראש הממשלה רבין. מיד לאחר הרצח מתרחשים כמה אירועים בעלי משמעות בתחום המשפט. האחד, עם תום ה'שבעה', בשעה שהממשלה עדיין פועלת כממשלת מעבר, מתמנה דורית ביניש לבית המשפט העליון. חודש וחצי לאחר הרצח, ביום 19.12.1995, מתפרסמים סוף-סוף הנימוקים בעתירה "שגב נגד שר החוץ". הנימוקים קצרים, בוודאי בהשוואה לפסקי דין אחרים בסוגיה זו, בסך הכול כארבעה עמודים, ולא מתלווה אליהם הסבר, מדוע היה צריך להמתין תקופה כה ארוכה כדי לפרסם נימוקים כה קצרים. בעיקרו של דבר נכתב בעניינו של איתמר רבינוביץ' כי "אכן, רק כאשר העבירה אינה חמורה באופייה ובנסיבותיה יש מקום להטלת כופר" (כלומר, בעניינה של משפחת רבין היתה העבירה "חמורה באופייה ובנסיבותיה" במידה המצדיקה שלילת האפשרות לכופר?). עוד נאמר בפסק הדין, כי המקרה של רבינוביץ' אינו נתפס כמקרה חמור לנוכח "הסכמת הרשויות השלטוניות – הפועלות מתוך שיקול דעת עצמאי ובמסגרת השיקולים המנחים אותן כרגיל – להטלת כופר" (אבל גם בעניינו של רבין ביקשו הרשויות – שר האוצר והוועדה שמסרה לו את המלצותיה – להסתפק בכופר. היתה זו המערכת המשפטית, כלומר היועץ המשפטי שהתעקש בכל כוחו ומנע זאת).

אכן, לא היה מקום לכך שבית המשפט יפסול את המינוי של פרופ' רבינוביץ'. אין הצדקה לכך שבג"ץ יתערב משיקולי "מוסר" ובטענת "חוסר סבירות" בהחלטות ממשלה בעניין מינויים – בדיוק כשם שלא היה מקום להתערבות היועץ המשפטי בהחלטת הגופים המוסמכים להטיל על יצחק רבין כופר במקום משפט. הקושי בפסק הדין בעניין רבינוביץ' הוא אחר, ומשולש: ראשית, הוא מותיר תחושת אפליה קשה, וממחיש את הבעייתיות שבטיפול הנוקשה בעניינו של רבין. שנית, הדחייה הממושכת והבלתי-סבירה במתן נימוקי פסק הדין, שלא ניתן לה כל הסבר, מעלה את השאלה, האם הדבר לא נעשה בדיוק מהחשש של בית המשפט מההשוואה בין רבין לרבינוביץ'. ושלישית, האם לגיטימי לדחות מתן פסק דין – או נימוקים לפסק דין – למועד נוח לבית המשפט מבחינה ציבורית או פוליטית. במילים אחרות, האם רשאי בית המשפט להפעיל שיקולים המתאימים אולי לגופים פוליטיים? האם מדובר בפוליטיזציה של ההליך השיפוטי, שהיא תולדה של האקטיביזם השיפוטי ושל העובדה שבית המשפט עצמו נהפך לשחקן מרכזי בזירה הפוליטית?

שרים ויועצים

שר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, החזיק בתפקיד עד 1961. כהונתו לא היתה רצופה, ומדי פעם נקטעה, כאשר מפלגתו נותרה מחוץ לקואליציה. בתקופות הביניים הללו הופקד המשרד בידי אישים ממפא"י. יוצא מן הכלל אחד התרחש במשך חודשים אחדים בשנת 1952, אז מונה חיים כהן, שהיה היועץ המשפטי לממשלה, גם לשר המשפטים. בתקופה הקצרה הזו – היחידה בתולדות המדינה – אוחדו בפועל תפקידי השר והיועץ המשפטי, כאשר כהן ממלא את שניהם.

רוזן היה האיש שהוביל את המהלכים בתקופה הפורמטיבית, שבה התגבשו הדפוסים של מערכת המשפט, והיתה לו השפעה רבה על עיצוב פני המערכת, על הבטחת אי-תלותם של השופטים ועל שיטת הבחירה בהם, אותה דאג להעביר מהממשלה לוועדה לבחירת שופטים.

עם הקמת המדינה התעוררה שאלה, האם יש מקום ליועץ משפטי לממשלה. בפועל הועברו לשר המשפטים רבות מהסמכויות שהיו עד אז הן לנשיא בית המשפט העליון המנדטורי והן ליועץ המשפטי, ובן-גוריון סבר שהשר יוכל לייעץ לממשלה בנושאים משפטיים. גישתו דגלה בריכוז מלוא הסמכויות בידי השר, כפוף לכך שהתביעה תופקד בידי פרקליט המדינה – משרה שאליה הוא מינה את חיים כהן. אבל רוזן גרס אחרת. הוא פעל למינוי יועץ משפטי נפרד, שיהיה אמנם כפוף לשר אך יהיה אחראי לפני הממשלה על הייעוץ בתחום הזה.

יעקב שמשון שפירא התמנה עם קום המדינה לתפקיד הכפול של מנהל משרד המשפטים ויועץ משפטי לממשלה. שפירא היה עורך דין בעל שם ואדם סמכותי. הוא היה גם פעיל במפא"י, וסביר להניח שראש הממשלה שכנע את רוזן להציע לו את התפקיד. לשפירא היו שאיפות פוליטיות, אותן הוא אכן מימש עם מינויו ב-1966 לשר המשפטים, אולם באותם ימים, כשהיה יועץ משפטי לממשלה והחל לגבש את מסגרת התפקיד, הוא פעל ככל יכולתו להעצים את המשרה.

הוא עשה זאת בשני מישורים: האחד נגע לחלוקת התפקידים בינו לבין השר, ופה עלה בידו להעביר את כל התחום הפלילי אל אחריותו שלו. המישור האחר נגע למעמדו בממשלה, וגרם למחלוקת בינו לבין בן-גוריון. שפירא דרש שהיועץ

המשפטי ישתתף בישיבות הממשלה, אך בן-גוריון סירב לכך, ונראה שזו היתה עילת התפטרותו כבר ב-1950. עוד דרישה של שפירא, שלא התקבלה אף היא, היתה לאפשר לו לנאום מעל בימת הכנסת ולהגיש הצעות חוק (חיים כהן, בספרו האוטוביוגרפי מבוא אישי, שערכו אלמנתו מיכל זמורה-כהן ופרופ' יצחק זמיר, מציין כי שיקול נוסף להתפטרות היה רצונו של שפירא לעסוק בפרקטיקה פרטית).⁵⁶

בעקבות התפטרותו של שפירא הוצע תפקיד היועץ המשפטי לחיים כהן, שלא היה איש פוליטי אך היה מקורב לבן-גוריון. כהן היה אז בן 39 בלבד. הוא כיהן בתפקיד במשך עשור, עד שמונה לשופט בית המשפט העליון במקומו של שניאור חשין. בתחום המשפט הפלילי נקט כהן עמדה עצמאית לחלוטין, שהשתקפה הן בהחלטות בדבר העמדה לדין והן בהימנעות מנקיטת צעדים. הוא לא היסס להגיש כתב אישום גם כשהדבר לא היה לרוחה של הממשלה – למשל בתביעת הדיבה שהגיש בשם המדינה, בניגוד לעמדתם של השרים פנחס רוזן ודב יוסף, נגד מלכיאל גרינוולד, בגין דברים שאמר בגנותו של ישראל קסטנר, שהיה אז דובר משרד המסחר והתעשייה. המהלך היה שגוי. "משפט קסטנר" גרר הסתבכות עצומה ומיותרת, מה שמלמד כי שיקול דעתו של היועץ המשפטי איננו בהכרח טוב יותר מזה של שרים. משה שרת, שהחליף את בן-גוריון כשנתיים בראשות הממשלה, הכיר כמו כולם בכושרו המקצועי וביושרו של כהן, אך כתב ביומנו, בהקשר אחר, כי הוא "חף מכל תבונה ציבורית".⁵⁷

החלטותיו של כהן בשאלות של אי-העמדה לדין הביעו את השקפת עולמו הליברלית, והן מעניינות אף יותר מהחלטותיו בדבר העמדה לדין. הוא קבע, לדוגמה, כי אין להעמיד לדין רופא שביצע גרידה להפסקת היריון של אישה, כשהדבר נעשה בהסכמת האישה וללא רשלנות, וזאת, כפי שגילה במבוא אישי, בניגוד לדעתם של כל עוזריו המלומדים. כהן הורה גם שלא להעמיד לדין על העבירה של יחסים הומוסקסואליים שנעשו בהסכמה בין בוגרים. מאוחר יותר ביטלה הכנסת את העבירה הזו, אך היה זה לאחר שהוא סיים את כהונתו כיועץ משפטי.

את חיים כהן החליף גדעון האוזנר, שהיה פעיל במפלגתו של רוזן. היה זה שוב, כמו במקרה של יעקב שמשון שפירא, מינוי של אישיות פוליטית לתפקיד היועץ. זמן קצר לאחר מינויו התפטר אמנם האוזנר מחברותו במפלגה הפרוגרסיבית, אבל חזר לפעילות פוליטית לאחר סיום כהונתו, נבחר לכנסת ב-1965 (אז כבר נקראה המפלגה "ליברלים עצמאיים"), ושימש מאוחר יותר שר בלי תיק בממשלות של גולדה מאיר ויצחק רבין. בתקופה שבה כיהן דב יוסף בתפקיד שר המשפטים נוצרו חילוקי דעות חריפים בינו לבין האוזנר בשאלת

הסמכויות. יוסף סבר שהיועץ המשפטי כפוף לשר ועליו למלא את הוראותיו, והאוזנר דרש עצמאות. המחלוקת הגיעה לממשלה, שהחליטה ביוני 1962 להעביר את הנושא לוועדת משפטים. בראש הוועדה הועמד שמעון אגרנט, ולצדו עמיתו בעליון צבי ברנזון ועו"ד אברהם לוין. הוועדה קיבלה את עמדתו של האוזנר, שלפיה בכל הנוגע להעמדה או אי-העמדה לדין נתונה ההחלטה הסופית בידי היועץ המשפטי לממשלה. עם זאת, היא הקדישה מחשבה רבה לשאלת האחריות ה"קונסטיטוציונית-פרלמנטרית" של הממשלה ולסמכותה לקבוע קווי מדיניות, וקבעה בדו"ח שמסרה כי "ברי שהיועץ המשפטי חייב לדעת על צורכי המדינה הנוגעים בתחום העונשין וכן את המדיניות של הממשלה לגביהם... כמו כן מחובת הממשלה לפקח על עבודת העונשין של היועץ המשפטי". כלומר, ההחלטה אם כן או לא להעמיד לדין במקרה ספציפי היא בסמכות היועץ, אך הסמכות הזו אינה משחררת אותו מהתחשבות במדיניות הממשלה בתחום העונשין, ומכך שבתיקים בעלי משמעות ביטחונית, מדינית או ציבורית עליו להתייעץ עם שר המשפטים (ופעמים אף עם הממשלה כולה). אחרי כל אלה – ההכרעה הסופית בידיו.

ואם דברי שר המשפטים והיועץ סותרים זה את זה? בעניין זה קיבלו חברי הוועדה את עמדת השר: "מחייב הסדר הטוב במדינה, כי בדרך כלל תתייחס הממשלה לחוות הדעת המשפטית של... היועץ המשפטי לממשלה" (ההדגשה במקור). אולם "עם זאת רשאית הממשלה... להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסוים לפי שיקול דעתה."

הוועדה הזכירה בהסכמה את אחת הדוגמאות שהביא שר המשפטים, ולפיה מציע במקרה כלשהו היועץ המשפטי ללכת למשפט, שכן להערכתו יש למדינה סיכוי טוב להצליח. למרות זאת רשאית הממשלה להתפשר. דוגמה זו, שהיא בלי ספק נכונה, עוסקת בנושא שאינו משפטי. השאלה, האם להתפשר אם לאו, מושפעת אמנם גם משיקולים משפטיים (הסיכוי לזכות), אבל היא כרוכה בשאלות רבות נוספות, כגון הרצון לחסוך בטרחה והוצאות, רצון לסיים נושא במהירות, רצון למנוע אי-נעימות מעדים וכולי. לפיכך, ההחלטה אם להתפשר נתונה בידי הלקוח (קרי הממשלה), ולא בידי פרקליטו (מובן שדברים אלה אינם חלים על הסדרי טיעון במשפט פלילי, שמהווים אף הם סוג של פשרה, וכאן ההחלטה היא בידי היועץ המשפטי). מצד שני, החופש שלא לנהוג בהתאם להדרכה המשפטית של היועץ הוא זכותה של הממשלה בלבד. כל שאר הגופים והאנשים המשתייכים לרשות המבצעת צריכים לראות את חוות הדעת של היועץ המשפטי כמחייבת בשאלות חוק ומשפט.

הדו"ח נחשב בשעתו לניצחון גדול של האוזנר ומפלה של יוסף. מדובר בדו"ח שקול, מאוזן והגיוני, אך ברבות הימים לא יהיה השופט ברק מוכן להשלים עם חוות הדעת הזו, ויפסוק ההפך ממה שנקבע בה – למשל בפרשת פנחסי שתופיע בהמשך. גם הדרישות האחרות שהופיעו בדו"ח, בדבר חובת היועץ להתחשב במדיניות הממשלה בתחום דיני העונשין ולהתייעץ עם שר המשפטים בתיקים המעוררים בעיות ציבוריות חשובות – מוסמסו לחלוטין.

גולת הכותרת בכהונתו של האוזנר היתה הופעתו כתובע הראשי במשפט אייכמן, תפקיד שהקנה לו מקום בהיסטוריה. אייכמן התגלה בארגנטינה, נחטף והובא לארץ בשעה שחיים כהן היה עדיין יועץ משפטי, והוא אף היה מעורב בהליכים שקדמו לתפיסה. אילו נשאר כהן בתפקידו היה הוא מופיע כתובע במשפט הסנסציוני, אך הוא העדיף להתמנות לעליון. במבוא אישי הוא אף מספר שלכידתו של אייכמן היוותה למעשה את אחד הגורמים שהמריצו אותו לכך. היה ברור לו שיהא על התובע לדרוש עונש מוות לצורך הנאצי, אך הוא התנגד מצפונית לעונש מוות, וכזכור אף פעל לביטולו בעבירת רצח (כהן גם פסל עצמו מלדון בערעור על פסק הדין). התיק הגיע אפוא לידי האוזנר.

חנה ארנדט, בספרה אייכמן בירושלים – דו"ח על הבנאליות של הרוע,⁵⁸ מתחה ביקורת על האוזנר ועל הדרך שבה ניהל את המשפט, כאשר ביקש לפרוס יריעה רחבה של זוועות השואה ופשעי הנאצים, ליצור דרמה ולהעלות נושאים שאין להם קשר לאחריותו של הצורך שהועמד למשפט. מהביוגרפיה משה לנרדי. שופט, מאת מיכל שקד, עולה כי גם לנרדי, שהיה אב בית הדין, היה ביקורתי כלפי ניסיונותיו של האוזנר לחרוג מתחומי המשפט (לנרדי עצמו ניהל את המשפט למופת, והקפיד לשמור על מסגרתו). אולם הדברים פורסמו רק ב-2012, ועל הציבור הרחב עשו הופעתו של האוזנר ונאומו הדרמטי בפתיחת המשפט רושם עז. הופעתו חיזקה גם את מעמדו כלפי שר המשפטים, אך משהסתיים המשפט הבין האוזנר שלא יוכל להישאר בתפקידו לנוכח חילוקי הדעות. היה זה באותם ימים רחוקים, שבהם מחלוקת בין היועץ המשפטי לשר חייבה את פרישת היועץ. מאז, כידוע, התהפכו היוצרות, ויהיה זה לא פעם היועץ שיגרום לשר, ולפעמים אף לראש הממשלה, להתפטר – כשהוא ממשיך בתפקידו כאילו לא אירע דבר, ואף מחזק את מעמדו.

את כיסאו של האוזנר תפס ב-1963 משה בן-זאב, שזכה בהערכה רבה בתפקידו כשופט מחוזי. הוא שימש בתפקיד היועץ כחמש שנים, וזכורה בין השאר תמיכתו בהקמת ועדת חקירה לבחינת האירועים שהביאו ל"פרשה". היה בכך גיבוי לעמדתו של בן-גוריון, דבר שמן הסתם לא חיזק את מעמדו לאחר ניצחונו של אשכול.

לאחר פרישתו של בן-זאב הציע שר המשפטים בממשלת גולדה מאיר, היועץ המשפטי הראשון לשעבר יעקב שמשון שפירא, למנות לתפקיד את הפרקליט הצבאי הראשי (הפצ"ר) מאיר שמגר. שמגר, שהיה בצעירותו חבר באצ"ל ואף הוגלה על ידי הבריטים לאריתריאה, חזר ארצה עם הקמת המדינה, התגייס לפרקליטות הצבאית והתקדם לתפקיד הפצ"ר. הוא הצליח מאוד בתפקידו, ובמלחמת ששת הימים התבטא הדבר בכך שהפרקליטות הצבאית היתה מאורגנת למופת. ההיבט המשפטי הכרוך בהחזקת השטחים ובטיפול באוכלוסייה ובממשל הצבאי היה ערוך ומוכן, ולפחות בשלבים הראשונים נוהל השטח למישרין וללא תקלות. מינויו לתפקיד היועץ המשפטי היה המשך למדיניות שהנהיג ראש הממשלה הקודם, לוי אשכול, של הסרת המגבלות שהנהיג בן-גוריון כלפי יוצאי האצ"ל וחברי חרות.

שמגר, שעברת את שמו משטרנברג לבקשתו של בן-גוריון כאשר מונה לפרקליט הצבאי הראשי, נכנס לתפקיד בתנופה. אישיותו הסמכותית ניכרה היטב באופן שבו העצים את תפקיד היועץ המשפטי. הוא הנהיג שינויים מפליגים בדרכי פעולת היועץ, והחל לפרסם את "הנחיות היועץ המשפטי", שהיו באופן תיאורטי כעין הדרכה וסיוע למשרדי הממשלה בנושאי משפט, אך בהדרגה סיגלו לעצמן אופי חקיקתי, ונהפכו למכשיר מרכזי לשליטת היועץ המשפטי על משרדי הממשלה. הוא גם הכפיף אליו את היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה השונים, ורכש מעמד-על, שבעקבותיו ראו עצמם בהדרגה כל משרדי הממשלה כפופים לכוח הריכוזי שבידיו. הצעדים האלה העניקו לו עוצמה רבה, והיתה זו אבן דרך משמעותית בהעצמת מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה.

לאחר כשבע שנים מונה שמגר לשופט בעליון. באותם ימים – יולי 1975 – כיהן חיים צדוק בתפקיד שר המשפטים, לאחר שקודמו, שפירא, התפטר במחאה על אי-פיטוריו של משה דיין מתפקיד שר הביטחון בעקבות מלחמת יום הכיפורים. לתפקיד היועץ המשפטי החדש מונה פרופ' אהרן ברק, שנבחר רק שנה קודם לכן לדיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. באותה שנה, בהיותו בן 38, הוענק לו פרס ישראל, וניתן להניח שהעובדה הזו היא שהעלתה בדעתו של צדוק את הרעיון להציע לו את המשרה. היתה זו הפעם הראשונה שבה כיהנו שמגר וברק בזה אחר זה בתפקיד משפטי מרכזי. בפעם השנייה יהיה זה בתפקיד נשיא בית המשפט העליון.

ברק כיהן כשנתיים כיועץ המשפטי של ממשלת רבין, והמשיך גם לאחר המהפך של 1977. בשלב הראשון הרכיב מנחם בגין ממשלה צרה, שנתמכה על ידי 62 חברי כנסת בלבד. הוא תכנן את מהלכיו בהנחה, שאכן התממשה, כי

בסופו של דבר תצטרף ד"ש לממשלה, ושמר לשם כך כמה תיקים פנויים, ביניהם תיק המשפטים.

בתקופה הקצרה הזו, שבה כיהן בגין עצמו כשר המשפטים, הוא הספיק לחולל לא מעט. צעד בולט אחד היה בתחום ההסגרה. לישראל היה הסכם הסגרה עם שווייץ, ובהסתמך עליו היא דרשה להסגיר לידיה אזרח ישראלי בשם ראובן פסחוביץ', לאחר שהוצא נגדו צו מעצר על ידי שופט חוקר. פסחוביץ' הואשם כי קיבל בתרמית אשראי בסכום של קרוב ל-10 מיליון פרנקים שווייציים מבנק מקומי. הליכי ההסגרה נפתחו בישראל שנים אחדות קודם לכן, כשהיועץ המשפטי לממשלה ביקש להכריז שפסחוביץ' הוא בר-הסגרה. שופטת בית המשפט המחוזי בתל אביב, חנה אבנור, נעתרה לבקשה, וערעורו של פסחוביץ' לעליון נדחה פה אחד על ידי השופטים לנדוי, חיים כהן ואליהו מני.⁵⁹ ההכרזה שפסחוביץ' הוא בר-הסגרה נעשתה סופית. לכאורה.

אלא שהשלב האחרון בהליך ההסגרה הוא שהנושא מובא לשר המשפטים, וההחלטה נתונה בידיו. פסק דינו של העליון ניתן ב-21 במרס 1977, בשלהי ממשלתו הראשונה של רבין ובדיוק כשהכול היו עסוקים בפרשת חשבון הדולרים שלו. הנושא נותר על השולחן, והגיע לידיו של בגין כשר הזמני. בגין החליט שלא להסגיר את פסחוביץ'.

זו היתה שערורייה לא קטנה. הסמכות הסופית היא אכן סמכותו של שר המשפטים, אולם יש צורך בשיקולים כבדי משקל על מנת להימנע מהסגרה לאחר שהסתיים ההליך המשפטי בכל הערכאות, ונקבע שהאדם הוא בר-הסגרה. אלא שלבגין היתה התנגדות רגשית עמוקה להסגרת יהודים ל"גויים". היהדות התייחסה בחומרה ל"מלשין" או "מוסר", ובגין זכר היטב גם את תקופת ה"סזון", שבה הסגירו אנשי הגנה ופלמ"ח את לוחמי האצ"ל לידי הבריטים.

כל המאמץ המשפטי היה לשווא. היתה בכך פגיעה לא קלה ביועץ המשפטי, והיתה זו גם פגיעה בשלטון החוק מצדו של בגין, חרף רוממות המשפט בגרונו. מבחינה טכנית הוא יכול אמנם לטעון שפעל בגדר סמכותו, אך מבחינה מהותית היה זה שימוש לא נאות בסמכות. הפעם ברק לא הגיב על צעדו של ראש הממשלה, לא העלה בפניו אפשרות של פנייה לבג"ץ – ולמעשה השלים עם התוצאה. באותו שלב, זמן לא רב לאחר בחירתו לראש הממשלה, היה מעמדו של בגין איתן, וספק אם פניות מהסוג שהפנה ברק כלפי יהושע רבינוביץ' ויצחק רבין בפרשת הדולרים היו משפיעות עליו.

להשלמת התמונה ראוי להזכיר את פרשת הסגרתו של ויליאם נקש, שהתבררה שנים ספורות לאחר מכן. בפברואר 1983 נרצח בצרפת ערבי בשם עבדאללה חקר. השלטונות המקומיים חשדו שיהודי בשם ויליאם נקש היה מעורב ברצח יחד

עם שני אנשים אחרים. נקש נמלט לישראל, הציג עצמו בשם רודי אטלן, וזכה באזרחות מכוח חוק השבות. בית המשפט המחוזי בירושלים פסק שהוא בר-הסגרה, אך שר המשפטים אברהם שריר החליט שלא להסגירו, בנימוק שיהיה חשש לחייו אם ייעצר בצרפת. הפעם פנתה חברת הכנסת שולמית אלוני (יחד עם חברי כנסת נוספים ממפלגתה) לבג"ץ, והתקיים דיון בפני הרכב בראשות הנשיא שמגר.⁶⁰

כעת נשבו רוחות חדשות בעליון. השופטים החליטו ברוב דעות לשנות את העמדה המסורתית בעניין זכות עמידה, והורו להחזיר את הנושא לשר המשפטים, על מנת שיבדוק אם אכן קיים סיכון גבוה יותר לעומת מקרי הסגרה אחרים. השר מינה צוות בדיקה, שמצא כי אין בסיס מספיק לטענותיו של נקש והמליץ להסגירו. עתירתו לבג"ץ נדחתה,⁶¹ גם הטענה שאשתו עלולה למצוא את עצמה עגונה לא הועילה, והוא הוסגר לצרפת.

אבל בגין לא הסתפק בהחלטתו הנקודתית בעניין פסחוביץ', והחליט להנהיג שינוי יסודי בדיני ההסגרה. תוך זמן קצר עלה בידו להעביר את החוק לתיקון דיני עבירות חוץ, שהתקבל בכנסת ב-1978 וזכה בכינוי "חוק בגין". הוא שינה לגמרי את דיני ההסגרה, וקבע כי אזרח ישראלי לא יוסגר בשל עבירה שביצע לאחר שהיה לאזרח ישראלי, וניתן לדון אותו בארץ על העבירה שעבר בחו"ל (אם היא נכללת ברשימה שפורטה). החקיקה הזו גרמה קשיים ניכרים, שנחשפו במלוא חומרתם לאחר שבספטמבר 1997 בוצע במדינת מרילנד בארצות הברית רצח נורא באכזריותו, וגופת הקורבן בותרה ונחרכה. אחד הרוצחים, נער יהודי בן 17 בשם שמואל (סמואל) שינביין, נמלט לניו יורק, ובעזרתו של אביו השיג דרכון ישראלי ונמלט לארץ. שינביין היה אזרח אמריקני, שנולד בארצות הברית וחי בה כל ימי חייו, אך הוא היה גם אזרח ישראלי מכוח העובדה שסבתו גרה בשעתה בארץ, קיבלה אזרחות, ובזכותה הגיעה אזרחות ישראלית גם לבנה ולנכדה. ממשלת ארצות הברית פתחה בהליכי הסגרה, העניין הגיע לעליון, והרכב של חמישה שופטים פסק ברוב דעות כי "חוק בגין" שולל את האפשרות להסגיר את שינביין. הימים היו ימי נשיאותו של אהרן ברק, והוא עצמו נותר במיעוט (יחד עם יעקב קדמי).⁶²

פרשת שינביין "הייתה חלום בלהות הן מבחינה דיפלומטית, הן מבחינה מוסרית והן מבחינה משפטית", כפי שכתב עו"ד דיויד וינר.⁶³ ואכן, הפרשה גררה גל התקפות בארצות הברית על ישראל, לרבות בבית הנבחרים, וגרמה לישראל נזק אדיר. כעת לא נותרה ברירה, וב-1999 תוקן החוק. שמואל שינביין, שהיה מיוצג על ידי עו"ד דוד ליבאי, הועמד לדין בישראל, ונדון בשנת 1999 בעסקת טיעון ל-24 שנות מאסר, עונש קל במידה ניכרת מזה שהיה צפוי לו בארצות הברית.

בתפקידו כשר המשפטים גם המליץ בגין על מתן חנינה למנהלו לשעבר של בנק "ארץ ישראל בריטניה", יהושע בן-ציון, לאחר שהומצאו לו מסמכים רפואיים המלמדים על סכנה לחייו. הנשיא אפרים קציר נעתר לפנייתו של בגין, ובן-ציון שוחרר מהכלא לאחר שריצה רק כשלוש מתוך 12 שנות המאסר שנגזרו עליו. קשה היה להצדיק את החנינה, משום שבית המשפט הביא בחשבון את מצב בריאותו כאשר גזר את עונשו.⁴ יתר על כן, שנה קודם לכן דחה בגין את העתירה "בן-ציון נגד שר המשטרה"⁵ לשחרורו מחמת מצב בריאותו.

החנינה עוררה סערה רבתי. שוב, באופן פורמלי יכול בגין לראות את עצמו כפועל בגדר החוק. סמכות החנינה היא של הנשיא, והוא כשר המשפטים חופשי להמליץ כפי הבנתו. ובכל זאת, מבחינה מהותית היתה זו פגיעה קשה במערכת המשפט. הרוחות בעליון געשו, ואף נשקלה נקיטת עמדה פומבית. בסופו של דבר הוחלט להימנע מכל צעד שעשויות להיות לו משמעויות פוליטיות.

גם בעניין זה לא נשמע קולו של היועץ המשפטי לממשלה. בספר כבודו מסופר שברק "היה מזועזע עד עמקי נשמתו",⁶ ואף שקל התפטרות, ורק השופט זוסמן הניא אותו מכך – אך דבר לא נעשה. ניתן רק להעריך, כי אילו התפטר ברק, לא היה מתמנה שנה לאחר מכן לבית המשפט העליון.

יהושע בן-ציון, שזכה בחנינה על סמך בריאותו הרופפת, המשיך לחיות עוד שנים רבות, כשהוא טוען לחפותו. הוא נפטר ב-2004, יותר מ-25 שנה לאחר החנינה, שנים רבות לאחר שבגין הלך לעולמו.

לאחר חודשים ספורים שבהם שימש בגין שר המשפטים הצטרפה ד"ש לממשלתו, והתיק נמסר לשמואל תמיר, יריבו הפוליטי המר, שקרא תיגר על מנהיגותו בתוך תנועת החרות, עזב את המפלגה, הקים את "המרכז החופשי" ולבסוף חבר לד"ש. בגין רצה מאוד שד"ש תצטרף לממשלה, שכן בלעדיה היה לו רוב דחוק בלבד בכנסת. הוא נאלץ לפיכך להשלים עם המינוי, אבל עשה ככל יכולתו לקצץ במעמדו של תמיר, וכפועל יוצא נפגע מעמדה של המשרה. בין השאר הורה בגין על צירופו של היועץ המשפטי לישיבות הממשלה, ובכך רומם את מעמדו של ברק ופגע בתמיר. הוא גם נמנע מלצרף את תמיר למשא ומתן המדיני עם מצרים, ובמקומו צירף את ברק – אף שהיה זה לאחר מינויו לבית המשפט העליון.

כהונתו של בגין היתה רצופה הפתעות ומשברים. במוצאי שבת 19 בנובמבר 1977 התרחשה סנסציה גדולה: אנואר סאדאת הגיע במטוס מיוחד לישראל. בנאום היסטורי שנשא בכנסת הדגיש הנשיא המצרי הן את הדרישה לנסיגה מלאה מכל השטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים והן את הבעיה

הפלשתינית, אך גם הביע נכונות להיכנס למשא ומתן על הסכם שלום בין המדינות. המשא ומתן נמשך בקמפ דייוויד בחסות הנשיא ג'ימי קרטר, והסתיים בחתימת חוזה שלום, במרס 1979, על המדשאה בבית הלבן.

במסגרת המשא ומתן השיגה מצרים את כל דרישותיה. ריבונותה הוכרה על כל שטח סיני. ישראל חויבה לפנות את כל היישובים שהקימה שם ולסגת לגבול הבינלאומי. ההסכם גם כלל הכרה ב"זכויות הלגיטימיות של העם הפלשתיני". ההישגים העיקריים של ישראל היו עצם חתימת הסכם שלום עם הגדולה והחזקה במדינות ערב, הכרה מחודשת בזכותה לחופש שיט, גם בתעלת סואץ, פירוז סיני, הפסקת השתתפותה של מצרים בחרם הערבי, ועוד הישג מדומה, שהיה לישראל לרועץ: השארתה של רצועת עזה בידיה. רק ב-2005 פינתה ישראל את הרצועה, וה"הישג" נמחק. בגין וסאדאת זכו בפרס נובל לשלום בשנת 1978, אך סאדאת נרצח ב-1981.

המשבר הכלכלי הקשה שישראל נקלעה אליו לאחר מלחמת יום הכיפורים הוחמר מאוד בתקופת בגין. חודשים ספורים לאחר הבחירות, באוקטובר 1977, הכריזה הממשלה על "מהפך כלכלי", שכלל ביטול הפיקוח על מטבע זר. ניתנה לכל ישראלי רשות להחזיק עד 3,000 דולר, ולקחת סכום כזה בנסיעה לחו"ל. המדיניות החדשה החריפה את האינפלציה, שהגיעה ב-1978 ל-116% לשנה. שר האוצר ארליך הוחלף ביגאל הורביץ, וזמן קצר לפני הבחירות, שעמדו להתקיים בסוף יוני 1981, התמנה במקומו יורם ארידור.

מצבו של הליכוד לקראת הבחירות נראה בעייתי, אך שלושה שבועות לפני הבחירות, הורה בגין להפציץ את הכור הגרעיני בעיראק. הפעולה החיונית בוצעה בהצלחה. הרבה פחות חיוני היה הפרסום שבו נטלה ממשלת ישראל את האחריות לתקיפה. עם זאת, היה בכך כדי לתרום לניצחונו של בגין בבחירות הקרבות, והוא זכה להרכיב את ממשלתו השנייה.

בתקופת כהונתו השנייה ביקש בגין "לפצות" על העמדה היונית שאימץ בהסכם השלום עם מצרים. בדצמבר 1981 הוא העביר במהירות הבזק את "חוק רמת הגולן", שקבע כי יחול עליה המשפט הישראלי. חצי שנה לאחר מכן, ביוני 1982, פרצה מלחמת לבנון הראשונה. מטרתה הוגדרה – כאשר עדיין נקראה "מבצע שלום הגליל" – הרחקת המחבלים 40 ק"מ מקו הגבול, כלומר מעבר לטווח הקטיושות. אבל כוחות צה"ל המשיכו לנוע עוד ועוד צפונה, הגיעו עד ביירות, וחלקים שלמים של הבירה הלבנונית נכבשו או נהרסו. כחודשיים לאחר תחילת המבצע הושג הסכם עם אש"ף והסורים לפינוי כוחותיהם מביירות. מנהיג אש"ף, יאסר ערפאת, ואנשיו, שהוכו קשות בקרבות אכן עזבו את העיר, והמפקדות של הארגון נדרו לטוניס.

באותם ימים נבחר בשיר ג'ומאייל, מפקד הפלנגות הנוצריות ומי שנחשב לבעל ברית של ישראל, לנשיא לבנון. ואולם, עוד לפני שהחל לכהן בתפקידו הוא נרצח בפיצוץ. הפלנגות הזועמות קיבלו אישור להיכנס למחנות הפליטים סברה ושתילה, ובליל 16 בספטמבר, כנקמה על רצח מנהיגם, טבחו אנשיהן מאות מתושבי המחנות, ביניהם נשים וילדים. הטבח עורר סערה בישראל ובעולם. הוא התווסף להרגשה הקשה שליוותה את גלישתה של המלחמה הרחק מעבר לטווח של 40 ק"מ מהגבול. מספר הקורבנות הישראלים הלך וגדל ככל שנמשכה הלחימה, והגיע למאות הרוגים. קריאות המחאה גברו, והופנו בעיקר כלפי שר הביטחון אריאל שרון.

כשבוע לאחר הטבח בסברה ושתילה התקיימה הפגנה המונית בכיכר מלכי ישראל בתל אביב, בהשתתפות מאות אלפים. הושמע שם קול זעקה, שהיה לא רק מחאה על מעשי הרצח האכזריים במחנות הפליטים אלא על מלחמת לבנון כולה. בגין עצמו נקלע למצב נפשי קשה. האבירות הכבודות גרמו לו זעזוע עמוק, ונראה כי לא ידע כיצד להיחלץ מהסבך. הוא נכנע לדרישות, והממשלה החליטה על הקמת ועדת חקירה ממלכתית. נשיא בית המשפט העליון, יצחק כהן, החליט לעמוד בעצמו בראש הוועדה. חברים נוספים בה היו השופט אהרן ברק והאלוף במילואים יונה אפרת.

כעת פגש בגין בברק פעם נוספת, והפעם לא הסתיים המפגש בשבחים לשלטון החוק ולשופטים בירושלים. ועדת כהן, שפרסמה את מסקנותיה בפברואר 1983, קבעה שההחלטה על הכנסת הפלנגות למחנות, ללא פיקוח על אנשיהן, נעשתה בלי שנשקלו הסכנות הכרוכות בה. עוד נקבע, כי לא נעשו במועד הפעולות הדרושות להפסקת הטבח. לאור זאת קבעה הוועדה כי "בכך מתבטאת ובכך גם מתמצית האחריות העקיפה של ישראל למה שהתרחש במחנות הפליטים". לגבי קבוצת אישים, ובראשם ראש הממשלה בגין, נקבעה אחריות אישית, מאחר ש"צריך היה לחזות מראש שקיימת סכנה של טבח, אם ייכנסו הפלנגות למחנות בלא שיינקטו צעדים אשר ימנעו מהן ביצוע מעשים אלה". בגין העיד אמנם ש"איש לא העלה את זה על הדעת שייעשו מעשי זוועה", אבל הוועדה קבעה כי "אין ביכולתנו לקבל את דברי ראש הממשלה שסכנה כזו נעלמה מדעתו כליל".

ועדת כהן הטילה אחריות גם על שר הביטחון אריאל שרון, והמליצה שיסיק מסקנות אישיות ויסיים את תפקידו, ואם לא יעשה כן, ישקול ראש הממשלה אם עליו לפטרו. בשבוע שלאחר הגשת הדו"ח התפטר שרון, אך המשיך לכהן כשר בלי תיק. במקומו מונה משה ארנס לשר הביטחון. שרון לא חזר יותר לתפקיד

הזה, אך הדבר לא מנע ממנו בבוא היום להיבחר לראש ממשלה.^{*} 30 שנה אחרי המלחמה, ב-2012, פרסם דב ויסגלס, מי שהיה סניגורו של שרון מול ועדת כהן ומנהל לשכתו כאשר שימש ראש הממשלה, ביקורת חריפה על החלטת הוועדה, וציין כי איש בקהילת המודיעין לא צפה את הטבח, וכי מידע שהגיע מאוחר יותר הצביע על כך שהטבח בוצע ביוזמה סורית, כדי לסכל אפשרות של הסכם בין ישראל ללבנון.⁶⁷

מנחם בגין נפגע מאוד מהמסקנות, והעובדה שברק נמנה עם חברי הוועדה בוודאי לא הקלה עליו. יחיאל קדישאי, שהיה מקורב מאוד אליו, סיפר שבגין התאכזב מאוד מגישתו של ברק, וכי "מאז ועד יומו האחרון לא הזכיר עוד בגין את שמו של אהרן ברק"⁶⁸ – ומן הסתם גם לא את הביטוי "יש שופטים בירושלים". ב-28 באוגוסט 1983 הודיע בגין כי אינו יכול עוד לכהן בראשות הממשלה, וחודשיים לאחר מכן פרש מהחיים הפוליטיים. שבועות ספורים לאחר מכן, בנובמבר 1983, מונה מאיר שמגר לנשיא בית המשפט העליון. מלחמת לבנון הראשונה עדיין לא הגיעה לסיומה, האינפלציה השתוללה, הממשלה ספגה חבטות בדו"ח ועדת כהן, וראש הממשלה פרש במפח נפש. הזירה הפוליטית החלשה, המעורערת ורוויית המחלוקות פגשה בבית משפט עליון חזק ובטוח בעצמו.

* ועדת חקירה חופשית כמובן לקבוע עובדות ומסקנות (חיוביות או שליליות) לגבי שרים, אך לדעתי אין זה מתפקידה להמליץ אם פלוני ראוי או אינו ראוי לכהן בתפקיד פוליטי של שר, וודאי שהממשלה אינה חייבת למלא המלצה כזו. אף על פי כן, במצב הפוליטי הקשה שאליו נקלעה הממשלה בעקבות המלחמה, לא היה בכוחה למתוח ביקורת על המלצה כזו או להימנע מקבלתה.

חלק שני

פעמי המהפכה

השיטה הפוליטית מתערערת

התקופה שלאחר שקיעתו של בגין ופרישתו מהחיים הפוליטיים התאפיינה במאבק פוליטי חריף בין שתי המפלגות הגדולות, הליכוד והמערך. המלחמה הקשה על השלטון הולידה במקרה אחד ממשלת ליכוד לאומי – ובמקרים אחרים גרמה לסטייה חריפה מהכללים המינימליים של טוהר המידות בחיים הפוליטיים. הדבר השתקף בכניעה ללחצים של לשונות מאזניים פרלמנטריות, ב"רכישת" חברי כנסת והעברתם מצד לצד תמורת טובות הנאה, והגיע לשיאו במה שכונה "התרגיל המסריח".

בין תרגיל לתרגיל, אפילו חברי הכנסת הבינו כי מתבקשים שינויי חקיקה, ונעשו כבר אז ניסיונות לתקן את השיטה. שינויים אחדים אכן הונהגו – ביניהם בחירה ישירה של ראש הממשלה, שבוטלה בינתיים, ושינויים נוספים שנותרו בעינם. כך עוגנה בחוק סמכותו של ראש הממשלה, באישור נשיא המדינה, לפזר את הכנסת. כמו כן נקבע שהחלטת אי-אמון של הכנסת תגרום להפלת הממשלה רק אם התקבלה ברוב של 61 לפחות, ואם נכלל בה שמו של חבר הכנסת שיקים את הממשלה החדשה (מה שמכונה "אי-אמון קונסטרוקטיבי"). אבל, אף כי חל שיפור מסוים, ברור לכול כי מצבה של שיטת הממשל הישראלית עדיין בכי רע.

חולשתן של המפלגות הגדולות פגעה אנושות ביכולת המשילות. במקביל חלה עלייה דרמטית בכוחו של הממסד המשפטי. בית המשפט העליון שינה את פניו ואת אופיו, אימץ מדיניות אקטיביסטית, ותרם בכך את חלקו להתערערת השלטון המרכזי. אחד הצעדים הראשונים בכיוון הזה קידם את פניה של הכנסת ה-11, שנבחרה ב-1984. היה זה אישור השתתפותן בבחירות של תנועת "כך" ושל מפלגה שכללה נציג התנועה הלאומית הפלשתינית, תוך ביטול הלכת ירדור, שנקבעה על ידי בית המשפט הקלאסי, בתקופה שבה עדיין התנהלה מלחמה בין ישראל לבין אש"ף.

במקומו של בגין בחר הליכוד ביצחק שמיר לראשות הממשלה, לאחר מאבק פנימי מתיש, שלא חדל גם לאחר הכתרתו. הבחירות לכנסת נקבעו ל-23 ביולי 1984. מצבה של המדינה באותה עת נראה על סף ייאוש. תוצאותיה של מלחמת

לבנון היו קשות. הטבח בסברה ושתילה פגע קשה במעמדה הבינלאומי של ישראל. המצב הכלכלי היה חמור, והאינפלציה הגיעה לממדים בלתי-נסבלים (ב-1983 הגיע שיעורה ל-191% בשנה, וב-1984 נסק עד 445%!). שר האוצר יורם ארידור פרש, לאחר שתוכניתו הכלכלית לא זכתה בגיבוי מצד שמיר, והתחושה היתה שהמצב יצא מכלל שליטה. למרות זאת לא זכה המערך בבחירות, ונוצר תיקו בין המפלגות. התוצאה היתה ממשלת אחדות לאומית, שבמסגרתה הוסכם על רוטציה בראשות הממשלה. שמעון פרס כיהן כראש הממשלה בשנתיים הראשונות, ושמיר אמור היה להחליפו בשנתיים הבאות.

למרות המצב הפוליטי הרעוע וחרף שיטת הממשל הכושלת עלה בידי ממשלת פרס להתגבר על שני המשברים המרכזיים שהותירה ממשלת בגין אחריה: התסבוכת בלבנון והאינפלציה המשתוללת. נקודת אור נוספת, פרי התפוררותו של המשטר הקומוניסטי והרמת מסך הברזל, היתה העלייה הגדולה מברית המועצות, שהגיעה בשנות ה-90, בעיקר בתקופת כהונתו של יצחק שמיר בראשות הממשלה, ושינתה לחלוטין את פני החברה בישראל.

האינפלציה הדוהרת גרמה לעלייה חדה בגובה הריבית, והדבר פגע אנושות באזרחים רבים שנזקקו להלוואות או למשכנתאות. בין הנפגעים היה חלק נכבד מהמגזר החקלאי, לרבות מושבים וקיבוצים. עסקים לא מעטים פשטו רגל. התוכנית הכלכלית החדשה חייבה הקטנה דרסטית בהוצאות הממשלה, הקפאת השכר והקפאת מחיריהם של מוצרים רבים. יישומה היה כרוך בחקיקה שכללה את "חוק יסודות התקציב" ואת ההמצאה המשפטית המכונה "חוק ההסדרים". מאז משמש החוק לא פעם אמצעי בידי הממשלה לאגף חקיקות של הכנסת. המצב הקשה סלל את הדרך, כעבור שנים לא רבות, גם ל"חוק גל", חקיקה מיוחדת שנועדה לאפשר הסדר כפוי לגבי חובות המגזר החקלאי, ושימשה לבית המשפט העליון בסיס לפסיקה כי יש בכוחו לבטל חקיקה של הכנסת (אף שבאותו מקרה החקיקה לא בוטלה, ובית המשפט הכיר בתוקפה).⁶⁹

בצד שני ההישגים הגדולים היו גם כישלונות. אחד הבולטים שבהם היה "עסקת ג'יבריל".

הארגון של אחמד ג'יבריל, "החזית העממית לשחרור פלסטין – המפקדה הכללית", החזיק שלושה שבויים ישראלים, שנפלו בידיו במלחמת לבנון. כדי לפדות את שלושת השבויים הסכימה ישראל במאי 1985 לשחרר 1,150 מחבלים שהיו כלואים בארץ, ובהם קוזו אוקמוטו, שנידון למאסר עולם בשל חלקו בטבח שבוצע ב-1972 בנמל התעופה לוד (אז עוד לא קראו לו נתב"ג). בעיני רבים היתה זו עסקה גרועה, שחיזקה את המוטיביציה של ארגוני המחבלים לבצע חטיפות, החלישה את העוצמה שקנתה לעצמה ישראל במבצע אנטבה, ופגעה ביכולתה

למחות נגד מדינות אחרות שנכנעו לטרור. מאז אכן קיימה ממשלת ישראל כמה וכמה משאים ומתנים עם ארגונים שחטפו אזרחים וחיילים – מחיזבאללה ועד חמאס, מאלחנן טננבאום ועד גלעד שליט – ושוחררו בתמורה לכל אחד מהם מאות רבות של אסירים. מעבר לכך, עסקת ג'יבריל הכשירה את שחרורם של אסירי "המחתרת היהודית" בעבר השני. ראשי המדינה התקשו להתמודד עם הנימוק החדש, שלא סביר לשחרר מחבלים ערבים מצד אחד, ולהמשיך מהצד האחר להחזיק בכלא יהודים שהורשעו במעשי טרור חמורים פחות.

בין לשונות המאזניים שהתחזקו באותה תקופה בלטה במיוחד ש"ס, ולצמיחתה המרשימה היתה השפעה דרמטית על הפוליטיקה ועל החיים בישראל. מחד גיסא, ש"ס סיגלה לעצמה אופי מיוחד כמפלגה חרדית אך ציונית, וסטתה מהמודל החרדי-אשכנזי, שדחה את הציונות – גם אם נהנה משירותיה של מדינת ישראל ואף כי נציגיו שלטו למעשה במשרדי ממשלה מלשכות של סגני שרים. מאז הקמתה היתה ש"ס חברה קבועה כמעט בכל קואליציה, ונציגיה כיהנו בתפקידי שרים וכחברי קבינט.

מאידך גיסא, למרות עמדותיה העצמאיות ביחס לציונות ולמדינה, ואף שרבים מפעיליה שירתו בצבא, קיבלה ש"ס את עמדתן של המפלגות החרדיות האשכנזיות בנוגע לפטור משירות צבאי לתלמידי ישיבות. השניות הזו באה לידי ביטוי גם בתחום החינוך: מצד אחד הוקמו ברחבי הארץ עשרות מוסדות חינוך עצמאיים, שהושם בהם דגש על לימוד תורה ורמת הלימודים הכלליים בהם רחוקה מלהשביע רצון, ומצד שני העדיפו רבים מהאישים הבולטים בתנועה את החינוך החרדי-אשכנזי עבור ילדיהם שלהם, חרף גילויים של אפליה בוטה. זכורה במיוחד פרשת בית הספר לבנות "בית יעקב" בעמנואל, שבו לא הסתפקה הנהלת בית הספר באגפים ובכיתות לימוד נפרדים, אלא הקפידה על הפרדה גם בשעות ההפסקות, שמא ישחקו רחמנא ליצלן בנות עדות המזרח עם הבנות האשכנזיות. בעקבות עתירה לבג"ץ ניתן צו החלטי נגד ההפרדה,⁷⁰ ולמרות זאת קשה לומר שהבעיה נפתרה.

עוצמתה של ש"ס הגבירה את ההסתייגות ממנה ואת ההתנגדות כלפיה בציבור החילוני, ויצרה בצד השני של המתרס תחושת רדיפה בקרב פעיליה ותומכיה. המאבקים המשפטיים שהתנהלו סביב אישים מרכזיים במפלגה והעובדה שאחדים מחברי הכנסת והשרים שלה – אריה דרעי, רפאל פנחסי, שלמה בניזרי ועוד – הורשעו בפלילים, רק חיזקו את אלה וגם את אלה בעמדותיהם.

בהתאם להסכם הרוטציה התחלפו ב-1986 שמיר ופרס בתפקידיהם. פרס, כשר החוץ, הגיע להבנות עם המלך חוסיין ביחס לגדה המערבית, אך ראש הממשלה שמיר סירב לדון בהסכם, והוא ירד מהפרק. בדצמבר 1987 פרצה

האינתיפאדה הראשונה, שהחלה בזריקת אבנים על ידי חבורות של פלשתינים, אך גלשה לאלימות קשה יותר.

הבחירות התקיימו בנובמבר 1988, כששמיר והליכוד מתייצבים אליהן בראש ממשלת הרוטציה. אבל התיקו נשמר, לאחר שהמערך זכה ב-40 מנדטים והליכוד ב-39. גורל הממשלה החדשה הוכרע על ידי לשונות המאזניים, וכיוון שהמפלגות החרדיות והמפד"ל העדיפו את הליכוד, הובטחה לשמיר קואליציה של 65 חברי כנסת. למרות זאת, הוא בחר לחזור ולהרכיב ממשלת אחדות לאומית עם מפלגת העבודה. הפעם, לנוכח יתרונו של גוש הימין, הוא עשה זאת בלי שנאלץ להסכים על רוטציה בראשות הממשלה.

ממשלת האחדות החדשה התקיימה בדוחק כשנה וחצי, ובמרס 1990, אחרי שפרשו ממנה שרי העבודה, היא נפלה בהצבעת אי-אמון בכנסת. הנשיא חיים הרצוג הטיל על פרס להרכיב ממשלה, אך מנהיגה הרוחני של "דגל תורה", הרב ש"ך, שלף חשבון היסטורי ארוך שהיה לו עם השמאל, נשא בכנס גדול את "נאום השפנים" נגד הקיבוצניקים ושותפיהם בשמאל, והביע התנגדות חריפה להצטרפות לממשלת פרס. עמדתו השפיעה על הרב עובדיה יוסף, מנהיגה הרוחני של ש"ס.

פרס, שהיה נחרץ להקים ממשלה, נזקק לעזרתו של חבר כנסת כלשהו שינטוש את הליכוד. הוא מצא את חבר הכנסת אברהם שריר, ותכנן את מה שכונה על ידי יצחק רבין "התרגיל המסריח", ונחשב לאחד מרגעי השפל של הפוליטיקה הישראלית. צחוק הגורל, שהתרגיל לא צלח: כשפרס התייצב במליאה כדי להציג את ממשלתו ולקבל את אמון הכנסת, הסתבר שאברהם ורדיגר ואליעזר מזרחי, שניים מחברי הכנסת של אגודת ישראל, שהיתה אמורה להוות חלק מהקואליציה שלו, נעדרים.

הרכבת הממשלה הועברה לשמיר, שלא פעל בדרכים מרשימות יותר, וקריאתו לשריר "אברשה שוב הביתה" נהפכה לחלק מהפולקלור. נוסף על כך הוא "רכש" את אפרים גור, שנטש את המערך וזכה במשרת סגן שר – וכך הצליח להקים ממשלה. 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. גם בכנסת התעוררו כוחות רדומים, והממשלה לא הצליחה למנוע גל חקיקה מסיבי. יוזמות מרחיקות לכת עלו בוועדת החוקה חוק ומשפט, ושורה של חוקים רבי משמעות התקבלו בתקופה זו של דמדומי השלטון. אחד מהם היה חוק הבחירה הישירה לראשות הממשלה, שעבר ב-1992 אך נקבע כי הוראותיו לא יחולו על הבחירות שהיו קבועות כבר לאותה שנה.

התקבלו אז גם שני חוקי יסוד – חוק כבוד האדם וחירותו וחוק חופש העיסוק – שיטביעו מאותו יום חותם עמוק על בית המשפט ועל החברה הישראלית בכלל.

שמעון פרס עמד בראש המערך בבחירות 1977, שבהן כבש הליכוד את השלטון. לאחר מכן הוא הוביל את המערך בשלוש מערכות בחירות נוספות (1981, 1984 ו-1988), ונכשל בכולן. התוצאה הטובה ביותר שהשיג היתה התיקו ב-1984. שורת הכישלונות הזו הציפה שוב ושוב את שאלת ההנהגה, ליבתה את המאבק בין פרס לרבין, והתחדדה לאחר כישלון "התרגיל המסריח". בבחירות המוקדמות בפברואר 1992 ניצח רבין, ושב להנהיג את מפלגת העבודה.

ארבעה חודשים לאחר מכן התחולל המהפך של המהפך. בבחירות לכנסת ה-13 זכתה העבודה ב-44 מנדטים. הליכוד, עם הנהגה מפולגת ומסוכסכת, נחל מפלה וזכה ב-32 בלבד. התחזקות נוספת לגוש השמאל נבעה מהאיחוד של "שינוי" בראשות אמנון רובינשטיין עם "רצ" בהנהגת שולמית אלוני, אליה הצטרפו גם מפ"ם ויוסי שריד. התנועה המאוחדת, מרצ, זכתה ב-12 מנדטים. שמיר הודיע על פרישתו מהפוליטיקה.

בעזרת הרוב החוסם שהתרכז מאחוריו הקים רבין ממשלה צרה עם ש"ס (אך ללא חד"ש והמפלגה הדמוקרטית הערבית, שרק היוו עבורו חלק מ"הבלוק החוסם"), החל להעביר תקציבים מתחומים אחרים למערכת החינוך, הרחיב את הפיתוח במגזר הערבי והוביל תנופה כלכלית מרשימה. התפתחות דרמטית התחוללה בתחום הבריאות, כשעבר בכנסת, ב-1994, חוק ביטוח בריאות ממלכתי, ביוזמת חיים רמון.

האינתיפאדה הראשונה דעכה באותם ימים, אלא שבעקבותיה פרץ גל של מעשי טרור. אחד מהם היה חטיפתו של שוטר משמר הגבול נסים טולדנו בידי פעילי חמאס, שביקשו לנהל משא ומתן כדי לשחרר תמורתו את השייח' אחמד יאסין, מייסד התנועה. גופתו של טולדנו נמצאה ימים אחדים לאחר החטיפה, והתברר שנרצח בדקירות, כשהוא כפות, סמוך לחטיפתו.

הרצח גרם זעזוע נורא, והוחלט על גירוש בקנה מידה רחב של פעילי חמאס. גירוש פעילי טרור בוצע גם בעבר, אך לרוב רק פעילים ספורים גורשו לתקופות ארוכות, וניתנה להם אפשרות טיעון קודם לגירוש. הפעם עלה רעיון חדש: במקום לגרש פעילים ספורים לתקופה ארוכה, הבה נגרש קבוצה גדולה לתקופה קצרה יותר. וכך, מיד לאחר גילוי גופתו של טולדנו, הוצאו צווי גירוש לתקופות קצובות ל-415 פעילי חמאס. הגירוש החל ב-16 בדצמבר, כשהם הועלו על אוטובוסים בדרך ללבנון, אבל למרות מאמצי מערכת הביטחון לא נשמרה הידיעה בסוד, ומיד

הוגשו עתירות לבג"ץ. בין היתר, בטענה שלא ניתנה למגורשים זכות טיעון. היתה ביניהן גם בקשה להוציא צו ביניים לעיכוב הגירוש עד להחלטה בנושא.

השופט התורן באותו ערב היה אהרן ברק. שנים רבות קודם לכן, ב-1976, כשכיהן ברק בתפקיד היועץ המשפטי, הוצע לגרש שני אישים ערבים, שהיו מקורבים לאש"ף. השניים פנו לבג"ץ כדי למנוע את הגירוש, והדיון בצו הביניים נקבע לשעות אחר הצהריים אצל השופט משה עציוני. בשעות הבוקר של אותו יום עדיין לא היה צו מניעה, ולאחר התייעצות החליט ברק לאשר את הגירוש, שבוצע ללא דיחוי. בשעת הדיון נודע לעציוני שהגירוש כבר בוצע, ואין טעם בדיון ובצו הביניים. הוא נזף בברק, וסבר שלא ראוי היה לאשר את הגירוש קודם לדיון.

17 שנים לאחר מכן, הכול היה שונה. הפעם, כשופט, הוציא ברק את צו הביניים המבוקש, וסיבך את המצב המסובך בלאו הכי. המגורשים, שהיו עדיין בארץ, המתונו באוטובוסים בדרך ללבנון, והשאלה היתה מה יקרה כעת, כאשר הלחץ הבינלאומי כבר נראה באופק. בשלב זה נזעק הנשיא שמגר לטפל במשבר, ובהרכב של שבעה שופטים עלה בידו להשיג למחרת היום את ביטול צו הביניים. אולם גם הלבנונים בצד השני כבר הספיקו להתארגן, סירבו לקלוט את המגורשים, והם התמקמו בשטח שמצפון לרצועת הביטחון, באוהלים.

אם לא די בכל אלה, נלוותה לפרשה תסבוכת נוספת. הגירוש בוצע לאחר שרבין התייעץ עם היועץ המשפטי יוסף חריש, שהיה מוכן לאשר את המהלך, אך הסתבר שהפרקליטות, ובראשה פרקליטת המדינה דורית ביניש, התנגדה לו בתוקף. חריש הופיע בבג"ץ בעצמו, כשהוא מתקשה להשיג סיוע מהפרקליטות. נילי ארד, מנהלת מחלקת הבג"צים, ניאותה להופיע בתיק יחד עמו, ובאופן חריג הצטרף אליהם גם הרמטכ"ל אהוד ברק. בסופו של דבר זכה חריש בבג"ץ, והגירוש אושר, ומקרה הבוחן הזה ממחיש היטב שהרעיון שהפרקליטות או היועץ המשפטי יסרכו להגן על הממשלה אינו יכול להתקבל על הדעת. העובדה שהתיק נראה קשה, או שאינו תואם את ערכיהם של אנשי הפרקליטות, לא יכולה להותיר את המדינה חסרת הגנה. המקרה הזה, שבו נחל היועץ המשפטי הצלחה, מוכיח זאת.

פסק הדין בעתירה עצמה ניתן כעבור קצת יותר מחודש, בהרכב של שבעה שופטים. נידון בו בהרחבה פסק דין מ-1980, שעסק בגירושם של שלושה מנהיגים ערבים – ראש עיריית חברון, ראש עיריית ח'לחול והאימאם של מסגד אל אברהימי, השוכן במתחם מערת המכפלה. הגירוש בוצע בעקבות רצח של שישה יהודים, שחזרו מתפילה במערת המכפלה. גם באותו מקרה לא ניתנה למגורשים זכות טיעון קודם לגירוש, לנוכח המתיחות הרבה והמצב הביטחוני הנפיץ. השופט לנדוי כתב את דעת הרוב, אשר קבע כי אף שיש להעניק זכות

טיעון קודם לגירוש, אין הגירוש הופך לבטל אם לא התקיימה הדרישה, והורה להעניק לשניים מהמגורשים זכות טיעון לאחר הגירוש. הם חזרו, נעצרו, והשמיעו את טיעוניהם בדיון שהתקיים ליד גשר אלנבי. לאחר הדיון אושר הגירוש, ורק השופט חיים כהן, בדעת מיעוט, גרס כי צו הגירוש בטל.⁷¹

בהסתמך על התקדים הזה פסק בית המשפט כי גם הגירוש ללבנון יעמוד בתוקפו, כפוף לכך שהמדינה תעניק אפשרות שימוע מאוחרת. פסק הדין ניתן פה אחד, כדי להעניק לו יתר עוצמה, ולא צוין על ידי מי מהשופטים נכתב. אולם לפי המסופר בספר כבודו,⁷² התנהל מאחורי הקלעים מאבק חריף, כאשר ברק, תאודור אור ואליהו מצא הכינו דעת מיעוט, ברוח צו הביניים של ברק, שהיתה בה כפי הנראה ביקורת חריפה על כל הליך הגירוש. כנגד זה הוכן פסק דין של ארבעת שופטי הרוב, אך בסופו של דבר השיג שמגר את הפשרה שאפשרה החלטה פה אחד. ואכן, פסק הדין נמנע מלקבוע מפורשות אם היה צורך לקיים שימוע מוקדם ואם אי-קיומו היווה הפרת הדין. הוא התייחס לגירוש שכבר בוצע (לאחר ביטול צו הביניים) כאל עובדה מוגמרת, וקבע כי לפי הלכת קוואסמה אין בכך כדי לפסול את צווי הגירוש.⁷³

מהבחינה המבצעית הסתיים המבצע בכישלון גמור. המגורשים חזרו כעבור פרק זמן לא ממושך (שנה עד שנה וחצי) ארצה. בין החוזרים היו רבים שנהפכו לדמויות מרכזיות בארגוני הטרור, ביניהם מחמוד א-זהאר, איסמעיל הנייה ועבד אלעזיז רנטיסי. הנייה הוא כיום ראש ממשלת החמאס בעזה, א-זהאר הוא בכיר בשלטון הזה, ורנטיסי, ממפקדי הארגון ברצועה, חוסל בשנת 2004. הגירוש חיזק את מעמדם של המגורשים בקרב ארגוני הטרור, ואפשר להם לנצל את תקופת שהותם בלבנון לטוויית קשרים עם משמרות המהפכה האיראניים ועם חיזבאללה, שהעניק להם תמיכה וידע צבאי.

הסכם אוסלו הראשון נחתם באוגוסט 1993, כ-8 חודשים לאחר גירוש אנשי החמאס ללבנון. ההסכם סימן מהפך במדיניות הישראלית. לאחר שנים ארוכות של קונצנזוס כמעט מוחלט של "לא למדינה פלשתינית" – התגבש כעת הסדר עם "הארגון לשחרור פלשתינ".

את ההתפתחות הזו הולידו גורמים שהשפיעו על שני הצדדים. "הסכם לונדון" בין פרס לחוסיין, שנעשה בתקופת ממשלת הליכוד הלאומי, נדחה על ידי ראש הממשלה שמיר, פרצה האינתיפאדה הראשונה וירדן החליטה למשוך את ידה מהנושא הפלשתיני. בכך ירדה מהפרק האפשרות של פתרון בכיוון מזרח לבעיית הגדה המערבית. גם מצבו של אש"ף היה קשה, לאחר שהנהגתו הורחקה מהאזור בעקבות מלחמת לבנון, והיה למנהיגיו אינטרס לחזור אל מרכז הזירה.

בעקבות הסכם אוסלו נקלעה הממשלה, שנשענה על קואליציה צרה, למאבק פנימי קשה, כאשר מפלגות הימין ניהלו עצרות, כנסים ותעמולה חריפה נגד הסכם אוסלו ונגד רבין אישית. מצבה הקשה של הממשלה הסתבך בעקבות פרשת דרעי והשלכותיה הפוליטיות.

הקריירה של אריה דרעי זינקה ב-1986, כאשר מונה, בגיל 27 בלבד, למנכ"ל משרד הפנים תחת השר יצחק פרץ, מנהיגה הראשון של ש"ס. שנתיים לאחר מכן נהפך דרעי לשר הפנים בממשלת שמיר, וב-1992 הצטרף עם ש"ס לממשלת רבין ושוב קיבל את תיק הפנים. מהר מאוד הוא נהפך לדמות נערצת בקרב מצביעיו, אבל בניגוד לרוב עמיתיו הוא יצר קשרי אמון וחברות גם בצד החילוני. נטייתו המתונה במישור הביטחוני תאמה את גישתו של הרב עובדיה יוסף, והכול יחד סלל נתיב אל תוך קואליציית השמאל.

אלא ששנתיים קודם לכן נפתחה נגד דרעי חקירה פלילית באשמת קבלת שוחד ועבירות נוספות ("התיק האישי"), והוא הואשם במקביל גם בכך שניצל את מעמדו כדי להעביר כספים ממשרד הפנים לגופים המקורבים לש"ס ("התיק הציבורי"). החקירה ארכה זמן רב, דרעי המשיך למלא את תפקידו כשר, עד שהוכן נגדו, ביוני 1993, כתב אישום בתיק האישי, בשורה של עבירות. החמורה ביניהן היתה קבלת שוחד בסך העולה על 150 אלף דולר. בתוך זמן קצר הוגשה עתירה לבג"ץ, שדרשה לפטרו מהממשלה.

עשור קודם לכן, בתקופת כהונתו של יצחק זמיר כיועץ המשפטי לממשלה, הועמד לדין השר אהרן אבוחצירא, שהיה אז איש המפר"ל. הוא הואשם בכמה עבירות שהיו כרוכות בקרן גמילות חסדים שנוהלה על ידו, ביניהן גניבה על ידי מנהל ומרמה והפרת אמונים על ידי עובד ציבור, אך המשיך למלא את תפקידו. איש לא תבע שיתפטר, והוא פרש מהממשלה רק לאחר שהורשע.⁷⁴ למרות זאת, ואף שאין בחוק הוראה המחייבת שר להתפטר לאחר שהוכן נגדו כתב אישום, קבע בג"ץ הלכה חדשה, ופסק כי על ראש הממשלה להפעיל את סמכותו ולפטר את דרעי.⁷⁵ בדיוק באותו יום, 8 בספטמבר 1993, ניתן פסק דין מקביל בבג"ץ, בעניינו של רפאל פנחסי, סגן שר הדתות מטעם ש"ס, ונקבע בו שיש לפטר את פנחסי עקב כתב אישום שהוכן נגדו.⁷⁶

האירועים האלה התרחשו במקביל לחתימה על הסכמי אוסלו. ב-9 בספטמבר 1993, יום לאחר שבג"ץ פסק כי ראש הממשלה צריך לפטר את דרעי, החליפו יצחק רבין ויאסר ערפאת מכתבי הכרה הדדית. בעקבות זאת נערך ארבעה ימים לאחר מכן טקס חגיגי בבית הלבן, שבו לחצו לראשונה ידיים ראש ממשלת ישראל ומנהיג אש"ף, בנוכחות נשיא ארצות הברית ביל קלינטון.

וכך זה נמשך – כשההליכים המשפטיים מסבכים את התהליכים המדיניים

והמחלוקת גוברת. ש"ס פרשה מהקואליציה בעקבות פיטוריו של דרעי, ויצרה משבר ממשלתי חמור דווקא בעיצומם של המהלכים המדיניים. היועץ המשפטי דאז, יוסף חריש, מספר שרבין לחץ עליו להימנע מהגשת כתב האישום נגד דרעי, אולם הוא, שבעבר היו לו לא אחת מחלוקות עם הפרקליטות, נקט הפעם עמדה זהה לזו של פרקליטת המדינה דורית ביניש ושל המשנה שלה יהושע רזניק, עמד על הגשת כתב האישום ולא הסכים לוותר. יתר על כן, חריש סירב הפעם להגן על ראש הממשלה מפני העתירה שתבעה את פיטוריו של דרעי.

שבועיים לאחר ההחלטה בנושא דרעי הגיע הסכם העקרונות עם אש"ף לכנסת. הדיון היה סוער, ואחרי עוד יומיים, ב-23 בספטמבר, התקיימה במליאה הצבעה, שהיתה גם הצבעת אמוץ: 61 חברי כנסת תמכו בממשלה, 50 הצביעו נגד ו-8 נמנעו. רבין נקלע למצב בעייתי. בלי ש"ס נהפכה ממשלתו לממשלת מיעוט, הנשענת על קואליציה של 56 מנדטים (44 של המערך ו-12 של מרצ) בלבד. הוא נזקק לתמיכה מבחוץ של המפלגות הנסמכות על המצביעים הערבים, חר"ש ומד"ע. התווספו לכך בעיות מבית, מול חברים ממפלגתו שלו אשר דעתם לא היתה נוחה מהסכם אוסלו, ועמדתם החלישה עוד יותר את ממשלתו.

בהמשך להסכם אוסלו המקורי נחתם במאי 1994 בקהיר, בחסות הנשיא חוסני מובארק, הסכם "יריחו תחילה", שהתייחס ליריחו ולרצועת עזה, ובספטמבר 1995 חתמו ישראל ואש"ף על הסכם "אוסלו ב'". שטחי הגדה והרצועה חולקו לשלוש קטגוריות – שטחי A בשליטת הרשות הפלשתינית, שטחי B בשליטה אזרחית של הרשות ובשליטה ביטחונית ישראלית, אזור C בשליטה ישראלית, למעט נושאים ספורים שהועברו לטיפול פלשתיני.

בהצבעה מתוחה ביותר אושר ההסכם ברוב דחוק של 61 נגד 59, בזכות תמיכתן של חר"ש ומד"ע ובסיועם של שלושה חברי כנסת – גונן שגב, אלכס גולדפרב ואסתר סלמנוביץ' – שנטשו את סיעת צומת הימנית. שגב זכה במשרת שר. גולדפרב זכה במשרת סגן שר. מהצד השני הצביעו אביגדור קהלני ועמנואל זיסמן, חברי העבודה, נגד ההסכם שהציג מעל דוכן הכנסת ראש מפלגתם. כעבור חודשים אחדים הם ילכו צעד נוסף, יפרשו ויקימו את תנועת "הדרך השלישית".

ש"ס הצביעה נגד ההסכם. היה זה שלב נוסף בהתפתחות הפוליטית שנבעה מהחלטת בג"ץ בעניין פיטוריו של דרעי, וגרר את פרישת המפלגה מהקואליציה. למכלול הביקורות נגד "אוסלו א'" הצטרפה כעת הטענה שרק בזכות חברי הכנסת הערבים אושר "אוסלו ב'". אפשר כמובן לשלול את הלגיטימיות של הטענה הזו, אך לא ניתן להתעלם מהשפעתה הרגשית על חלקים ניכרים בציבור היהודי.

בחג הפורים תשנ"ד (25 בפברואר 1994), חצי שנה לאחר שנחתם הסכם אוסלו הראשון, נכנס למערת המכפלה ד"ר ברוך גולדשטיין כשהוא לבוש מדים וחמוש ברובה. גולדשטיין, רופא במקצועו וגם במילואים, היה תושב קריית ארבע. הוא צעד לאולם שבו שהו באותה שעה מאות מוסלמים, שקועים בתפילת יום שישי שלפני צום הרמדאן, פתח באש לכל עבר, הרג 29 מתפללים ופצע יותר מ-100 – עד שהמתפללים הצליחו להשתלט עליו ולהורגו.

ועדת חקירה בראשות נשיא בית המשפט העליון, מאיר שמגר, שמונתה לחקור את מעשה הזוועה, קבעה שגולדשטיין פעל לבדו. מהומות פרצו ביישובים פלשתיניים, ובמהלך דיכוי נהרגו תשעה תושבים ונפצעו רבים. החמאס החל לבצע פיגועי התאבדות בתחומי הקו הירוק. ארגוני שמאל דרשו לפנות את היישוב היהודי בחברון. הנושא נשקל על ידי חלק משרי הממשלה, אך רבין דחה את התביעה. לא מן הנמנע שהעריך כי ממשלת מיעוט אינה מסוגלת כלל לבצע מהלך דרמטי כזה. הוא הסתפק בהקמת ועדת שמגר וביישום המלצותיה בעניין הסדרי ביקור ותפילה במערת המכפלה. ארגון "כך", שגולדשטיין נמנה עם אוהדיו, הוכרז כארגון טרור.

הפגנות של הימין נגד רבין התקיימו כמעט יום-יום מול ביתו, ותקריות קשות התפתחו בהופעותיו הפומביות. לשיאה הגיעה המחאה בהפגנה בכיכר ציון בירושלים, באוקטובר 1995, בה הושמעו ביטויים דוגמת "רבין רוצח" ו"רבין בוגד", והוצג פוטומונטז' שלו כשהוא לבוש מדי אס-אס. על מרפסת הנואמים הצופה אל הכיכר עמדו מנהיגי הליכוד. אחדים מהם נטשו את המקום. אחרים טענו שלא היו ערים לדברי הבלע שנשמעו בקהל ולתמונות שהופצו בין המפגינים.

כחודש לאחר מכן, ב-4 בנובמבר 1995, נרצח רבין בידי יגאל עמיר, סטודנט למשפטים באוניברסיטת בר-אילן, בתום עצרת למען השלום בכיכר מלכי ישראל בתל אביב, שתיקרא מעתה על שמו. הרצח גרם זעזוע נורא בציבור, תחושת יגון עמוק וחרדה למדינה שמנסים להכתיב את גורלה באמצעות רצח פוליטי. למרות המחלוקות היה רבין, רמטכ"ל מלחמת ששת הימים, דמות אהודה – הן בשל פועלו והן בשל אישיותו. התחושה הקשה לא היתה נחלתו של השמאל בלבד. הזעזוע פקד גם את הימין, וניכרו בו רגשי חרטה ואשם על סגנון ההתקפות הפרוע, בצד רצון להתנער מאחריות לרצח ראש הממשלה ולגנותו.

הממשלה מאבדת שליטה על החקיקה

בתקופה הזו, מאז מינויו של שמגר לנשיא בית המשפט העליון ב-1983, מתרחשת ההתעצמות האדירה בכוחה של מערכת המשפט, ומתבצע השלב הראשון בהתפתחות הדרמטית, שבה תאפיל הרשות המשפטית על שתי הרשויות האחרות. היו לכך כמה גורמים. המרכזי שבהם הוא היחלשותה של המערכת הפוליטית המפוצלת. במקביל, 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 שֶׁעל" לחסידי "שלום עכשיו". המצב הוחמר עם פרוץ האינתיפאדה בדצמבר 1987, ובתנאים אלה של ריק שלטוני פעלה מערכת המשפט כדי להתעצם ולכבוש עוד ועוד שטחים.

רק בעניין אחד, פרשת קו 300, מושג איחוד כוחות בין שתי המפלגות הגדולות, ובזכותו מצליח השלטון המרכזי להתגבר על היועץ המשפטי יצחק זמיר, ולהביא לסיום כהונתו. למעט החריג הזה בולטת באותן שנים היחלשות מדאיגה של השלטון המרכזי, והוא מפגין חוסר יכולת להתמודד עם בעיות, לרבות בתחום המשפט. השופט האמריקני, פרופ' ריצ'רד פוזנר, אמר כי הוא מאמין בתורת דרווין, שלפיה כל האורגניזמים – כולל ארגונים ומוסדות פוליטיים וחברתיים – נאבקים על קיומם וכוחם, וגם בתי משפט מנסים להשיג עוצמה פוליטית מרבית. אם זרועות השלטון האחרות נחלשות, יגרפו לעצמם בתי המשפט עוצמה נוספת.⁷⁷ התהליכים שהתרחשו בישראל ממחישים זאת היטב.

גורם אחר שהביא להתחזקות הממסד המשפטי על חשבון הממשלה והכנסת היה השינוי בהרכב בית המשפט העליון. השופטים הוותיקים, בני הדור הראשון, בעלי החינוך האירופי והאנגלו-אמריקני, שביססו את מעמדו הרם של בית המשפט אך נמנעו ככל יכולתם מהתערבות בנושאים פוליטיים והכירו בעליונות הכנסת ובצורך בריסון עצמי, פרשו. את מקומם תפסו שופטים בעלי רקע וחינוך

צבריים, שגילו נטייה למעורבות של בית המשפט בנושאים שהיו עד כה מחוץ לתחומם, וידעו לנצל היטב את היוקרה שבית המשפט צבר בתקופת קודמיהם. בתקופת נשיאותו של שמגר נשמרו עדיין מגבלות חשובות באשר להיקף מעורבותו של בית המשפט. בראש ובראשונה נותרה בעינה ההבנה העקרונית כי קיימים נושאים שאינם שפיטים, אף שהתחום הזה צומצם במידה רבה. במיוחד הקפידו השופטים על ריסון עצמי בסוגיות ביטחון, והשמירה על המגבלות האלה הבטיחה את אמון הציבור בבית המשפט. המגבלות נמוגו בתקופת נשיאותו של ברק, כפי שיפורט בהמשך, ועמן פג האמון המוחלט במערכת המשפט.

להיחלשות השלטון המרכזי נודעה תוצאה משמעותית נוספת. המשמעת הקואליציונית נחלשה, ולא אחת עלה בידי חברי כנסת להעביר חקיקה למורת רוחה של הממשלה – ובמקרים אחדים חרף התנגדותה המפורשת. פעילות ענפה כזו התרחשה בשנים 1988–1992, כאשר ועדת חוקה חוק ומשפט בראשות חבר הכנסת אוריאל ליין לקחה את ההגה לידיה, וחוקקה שורה של חוקים בעלי משמעות אדירה. במרס 1988 נחקק ביוזמתה של חברת הכנסת אורה נמיר חוק "שוויון ההזדמנויות בעבודה", האוסר על מעביד להפלות בין עובדים (וכן בין דורשי עבודה) "מחמת מינם, נטייתם המינית, מעמדם האישי, היריון, היותם הורים, גילם, דתם, לאומיותם, ארץ מוצאם, השקפתם, מפלגתם או שירותם במילואים". החוק המתקדם והליברלי הזה עבר מאז כמה תיקונים, ויש לו השלכות רבות ועמוקות על תרבות החיים בישראל.

ביטוי אחד למשמעותו הרחבה של החוק זכה בהד גדול כבר ב-1989. על פי הסכם העבודה הקיבוצי העניקה "אל על", אחת לשנה, כרטיס טיסה חינם לבן זוגו או לבת זוגו של כל עובד קבוע בחברה. הגדרת בן הזוג בהסכם הבהירה שהכוונה היא לבני זוג שאינם מאותו מין. כאשר דרש הדייל יונתן דנילוביץ' לקבל כרטיס עבור בן זוגו, קבע בית הדין האזורי לעבודה (ופסק דינו אושר בבית הדין הארצי), כי ההוראה המגבילה את ההטבה רק לבני זוג שהם גבר ואישה מנוגדת להוראות חוק "שוויון הזדמנויות בעבודה", האוסרות הפליה מטעמי נטייה מינית, ולפיכך זכאי גם דייל שבן זוגו לחיים הוא גבר להטבה הזו.⁷⁸

"אל על" עתרה לבג"ץ, כשהיא נשענת על החלטה קודמת שלו, שלפיה גם בתי דין לעבודה כפופים לביקורתו – אבל גם זה לא הועיל לחברה: עמדתו של בית הדין לעבודה אושרה בפסק דין מפורט, שניתן בדעת רוב של ברק ודורנר כנגד דעת המיעוט של יעקב קדמי.⁷⁹ שופטי הרוב הרחיבו את הדיבור על הזכות לשוויון, וברק אף תהה אם לא היה מקום להעניק את הסעד גם ללא התיקון בחוק "שוויון הזדמנויות בעבודה".

פסק הדין זכה בשבחים מפי דנילוביץ' והקהילה ההומוסקסואלית, ומן הצד

האחר נמתחה עליו ביקורת בידי חוגים חרדיים. לעצם העניין יש לזכור שהגישה הליברלית לזוגות חד-מיניים מקורה בראש ובראשונה בחקיקה של הכנסת. זו היתה גם עמדתם של בתי הדין לעבודה, ופסק הדין בבג"ץ בעצם החריף את המחלוקת שהוכרעה בכנסת לטובת זוגות חד-מיניים. לברק וחבריו היתה אפשרות פשוטה – להימנע מלדון בנושא, ולהסתפק בשורות קצרות אחדות, שלפיהן לנוכח הוראות החוק אין מקום להתערבותו בהחלטת בית הדין לעבודה. העובדה שבג"ץ בחר לעסוק בנושא בהרחבה גרמה לכך שמצד אחד ניתן לו, ולא לכנסת, הקרדיט על הגישה הליברלית ועל השיפור במעמדם של זוגות חד-מיניים, ומצד שני הוא נחשף לביקורת קשה, אך מיותרת, מצד חוגים דתיים, שצריכים היו להפנותה למחוקק ולא לבית המשפט.

מעבר לחקיקה רגילה בתחום זכויות האדם נעשתה באותה תקופה פעולה משמעותית גם בתחום חוקי היסוד. חבר הכנסת לין השתייך לאגף הליברלי של הליכוד, והתעלם לא פעם מלחצי הממשלה. כך עשה, למשל, כאשר קבוצת חברי כנסת, שכללה את הפרופסורים למשפטים אמנון רובינשטיין ודוד ליבאי, קידמה חוקי יסוד בתחום זכויות האדם, ונוצרו נסיבות מיוחדות שבהן היה ניתן להעבירם. שר המשפטים דן מרידור תמך בכך, ולאחר שניסיונות קודמים להעביר חקיקה ברוח זו נכשלו, הוכנו בשנת 1992 שתי הצעות לחוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק. לאחר משא ומתן עם המפלגות הדתיות, שחייב פשרות משמעותיות, עברו שני החוקים.

הפשרות משתקפות בכך ששורת נושאים, שהיה אפשר לצפות כי ייכללו בחוקי יסוד, אינם נזכרים בהם. כך, לדוגמה, מופיעה בסעיף 1 של "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפניה לעקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל, הכרזה שנוסחה בצורה ליברלית וכללה גם את הזכות לשוויון. אולם בחוק היסוד עצמו לא נזכרת במתכוון הזכות לשוויון, מן הסתם עקב חששן של המפלגות הדתיות שהדבר יפגע בדיני הנישואים והגירושים הדתיים, המפלים בין גברים לנשים.

בדומה לכך לא נזכרה בחוק הזכות לנישואים, אף זאת בכוונת מכוון. הענקת המונופול לבתי הדין הדתיים בתחום הנישואים והגירושים גרמה לכך שישראל אינה מקיימת את הזכות לנישואים. אנשים חסרי דת אינם יכולים להינשא בישראל, ויהודי אינו יכול לשאת בארץ אישה שאיננה יהודייה. כדי להבטיח את תמיכת המפלגות הדתיות, לא נקבעה בחוק הוראה שהיתה עשויה להתפרש כניסיון לשנות את דיני הנישואים והגירושים. נוסף על כך נקבע בסעיף 10 ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", כי "אין בחוק זה כדי לפגוע בתוקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק זה".

הפשרה בולטת בהוראה נוספת, שלפיה החוק בא "לעגן בחוק היסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית". והצירוף הזה – "יהודית ודמוקרטית" – זוכה מאז בתלי תלים של התנצחויות ופרשנויות.

עם זאת, חוקי היסוד האלה אינם "משוריינים". אין בהם דבר המגביל את אפשרות שינויים או ביטולם, או מתנה זאת ברוב מיוחד בכנסת. אין בהם גם הוראה המסמיכה את בית המשפט להעביר את חוקי הכנסת תחת ביקורתו. הסמכות לעשות זאת נובעת כל כולה מפרשנות של בית המשפט. יתר על כן בעבר נפסק שכל חוק מאוחר (אפילו אין הוא "חוק יסוד") גובר על חוק יסוד (לא "משורייני") קודם. הפרשנות שבית המשפט האקטיביסטי נתן לחוקי היסוד החדשים משמעותה היא שעל סמך חוקים אלה, אף שאינם משוריינים, הוא רשאי לבטל חוקים (אם אין הם חוקי יסוד) שהכנסת חוקקה אחריהם, אם לדעת השופטים החוקים המאוחרים אינם עולים בקנה אחד עם חוקי היסוד. למעשה, כל ביטולי החוקים שבאו בהמשך הדרך על בסיס חוקי היסוד הללו – מושתתים על הפרשנות הזו.

האירוע עצמו, העברת חוקי היסוד בכנסת, עבר כמעט בדומייה גמורה. פחות ממחצית חברי הכנסת נכחו בהצבעות, העיתונות כמעט שלא הגיבה, ודומה שכמעט לא היה מי שהבחין כי נפל דבר. ואולם, תוך זמן קצר גררה החקיקה הזו מחלוקות עמוקות.

אהרן ברק הכריז שהתרחשה מהפכה חוקתית, פרסם ברוח זו כבר באותה שנה את המאמר "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות",⁸⁰ והמשיך להטיף לעמדה הזו בכתב ובעל פה. כנגד זה הוצגה על ידי מישאל חשין השאלה, האם התקבלה כך בעצם חוקה בישראל, והנשיא בדימוס משה לנדוי ציין ברב-שיח שהתקיים בשנת 2000 כי זו החוקה "היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט". חברי כנסת לא מעטים טענו בדיעבד כי לא העלו על דעתם שהם מחוקקים חוקה, ושלא היה בכוונתם לשנות את יחסי הכוחות והסמכויות בין בית המשפט לכנסת. חבר הכנסת מיכאל איתן, למשל, טען כבר ב-1995 בדיון בכנסת כי איש לא העלה על דעתו שהם מבצעים שינוי קונסטיטוציוני, וכי זו "המהפכה הראשונה שנעשתה בלי שהציבור ידע עליה".⁸¹

גם במהלך הדיון על קבלת החוקים ציין יושב ראש ועדת החוקה אוריאל לין: "אנחנו לא מעבירים את המשקל לבית המשפט העליון... אין מוקם בית משפט לחוקה... שמקבל כוח מיוחד לבטל חוקים",⁸² אבל הנשיא שמגר התייחס אחרת לאותו דיון בכנסת. בפסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת בנק המזרחי הוא הצביע על מה שנראה לו כאי-בהירויות, הסיק שחוק היסוד מקנה לבית המשפט סמכות לבטל חקיקה של הכנסת – וקבע הלכה רבת-משמעות.

היו בין חברי הכנסת גם מי שטענו כי הנושא בהחלט הובן, וכי הכוונה של

חלק מחברי הכנסת, אולי של רובם, אכן היתה לאפשר לבית המשפט להעביר תחת שבט ביקורתו חקיקה של הכנסת. זוהי עמדתו של אמנון רובינשטיין, אף כי הוא מציין שההוראה המפורשת בדבר ביקורת שיפוטית וההוראה בדבר שריון החוק נפלו בהצבעה בכנסת. רובינשטיין אפילו סיפר כי הקול שהכריע נגד הענקת השריון היה קולו של חבר הכנסת צ'רלי ביטון.⁸³

וכך, בצד המחלוקת אם התקבלה חוקה צצה טענה הגורסת שכל המהלך הוא פרי הטעיה, שהולכו בה שולל לפחות חלק מחברי הכנסת שהשתתפו בהצבעה (ובוודאי רבים מאלה שנעדרו ממנה). הטענה הזו בוטאה בלשון חריפה על ידי אריה דרעי, שדיבר על "הטעיה מכוונת של הציבור הדתי והחרדי".⁸⁴

בהמשך ההתפתחות העניק בית המשפט העליון ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" פרשנות מרחיבה, שקשה למצוא לה אחיזה בחוק. אפילו רובינשטיין, מיוזמי החוק ותומכיו המובהקים, גילה לתדהמתו שהוא עלול להיהפך לחרב פיפיות, כאשר כמעט שימש בסיס לפסילת חקיקה המונעת כניסה לארץ של פלשתינים מהשטחים שנישאו לתושבי ישראל.

גם חקיקה הנוגעת למפלגות, לבחירות ולשיטת הבחירה הישירה עליה השלום נעשתה באותה תקופה. "חוק יסוד: הכנסת" (תיקון מס' 12) היה תגובה ישירה ל"תרגיל המסריח", ונועד להגביל את האפשרות של חברי כנסת לנדוד מסיעה לסיעה. עם זאת ניכרה בכנסת התלבטות בדבר ההבחנה בין התפלגות מחמת הבטחה של טובות הנאה להתפלגות מסיבות אידיאולוגיות (למשל, כשחבר כנסת פורש ממפלגתו כיוון שאימצה, לדעתו, מדיניות הפוכה מזו שהבטיחה לבוחריה).

הבחנה כזו קשה מאוד ליישום, והפתרון שנבחר (בסעיף 6א) אומר כי חבר כנסת הפורש מסיעתו ואינו מתפטר מהכנסת סמוך לפרישתו צפוי לכך שייאסר עליו להתמודד בבחירות לכנסת הבאה ברשימה של מפלגה המיוצגת בכנסת היוצאת. הפשרה, המסייגת את ההוראה הזו, משתקפת בכך שהיא איננה חלה על התפלגות סיעה כאשר מספר המתפלגים הוא שניים לפחות, והם מהווים לפחות שליש מהסיעה המקורית. כלומר, כשמספר המתפלגים מאפשר הקמת סיעה חדשה.

זו, כמובן, איננה הבחנה על בסיס אידיאולוגי אלא על בסיס מספרי. התוצאה היא שנותרה האפשרות למפלגה אחת "לרכוש" חברי כנסת ממפלגה אחרת. ואכן, הבעיה צצה במהרה. ממשלת רבין, שהרוב שלה היה גבולי ובשלבים מסוימים אף פחות מכך, זכתה כאמור בהצבעה הגורלית על "אוסלו ב'" לתמיכה של שלושת פורשי צומת, שהקימו את סיעת "יעוד". בעתירה שהגיש בעניין ארגון "בצדק" קבע בג"ץ ברוב דעות, כי הקמת הסיעה המתפלגת פוטרת את חבריה מהסנקציות הנ"ל, אבל איסור אחר, שנקבע ב"חוק יסוד: הממשלה" עומד בתוקפו, והם אינם רשאים לכהן

בממשלה (הממשלה התגברה על הבעיה באמצעות תיקון החוק, כך שהתאפשר מינויו של שגב לשר האנרגיה והתשתיות ושל גולדפרב לסגן שר השיכון והבינוי).⁸⁵ גם ההמשך מלמד שמפלגת השלטון, כשהיא מתבססת על רוב דחוק וגם מסיבות אחרות, מתקשה לא פעם לעמוד בפיתוי הכרוך ביבוא חברים מהאופוזיציה. ממשלתו השנייה של בנימין נתניהו, שקמה ב-2009, תיקנה את ההוראה בחוק הכנסת, הדורשת שליש לפחות מחברי הסיעה המקורית לצורך התפלגות, כך שדי בזה שהמתפלגים ימנו שבעה חברי כנסת ומעלה. כוונת התיקון, שנעשה באמצעות "חוק התפלגות סיעה", היתה בעצם לעודד ספציפית פילוג בסיעת קדימה, והוא מכונה משום כך "חוק מופז" – על שם מי שציפו שיהיה מנהיגם של המתפלגים אשר בסופו של דבר כלל לא פרשו (מופז עצמו הכחיש כל כוונה כזו). היה זה תיקון בלתי-ראוי, שניסה לשנות את כללי המשחק תוך כדי כהונתה של הכנסת, אך בסופו של דבר התרגיל לא עלה יפה.

חוק נוסף שחוקק ב-1992 הוא "חוק המפלגות", העוסק ברישום מפלגות ובחברות בהן, וכולל איסור על אדם להיות חבר ביותר ממפלגה אחת. נקבעו בו גם הוראות לגבי בחירות פנימיות ודרכי המימון שלהן.

הוראה אחרת שעברה בכנסת באותה תקופה העלתה את אחוז החסימה בשיעור מזערי – מאחוז אחד לאחוז וחצי – אך היא זו שחרצה את גורל הבחירות של יוני 1992. הפיצול במפלגות הימין גרם לכך שתנועת "התחיה", שהיו לה שלושה מנדטים בכנסת היוצאת, זכתה רק ב-1.2% מהקולות, לא עברה את אחוז החסימה, והפתקים שניתנו לה אבדו לימין. לרשותו של יצחק רבין עמד בלוק חוסם של 61 מנדטים, וכך קרה שעניין שולי כביכול, תוספת של חצי אחוז לאחוז החסימה, הוא שאפשר ב"אפקט הפרפר" את הקמת ממשלת העבודה, את המהלך הלא-שולי בעליל של החתימה על הסכמי אוסלו ואת השינויים שהתחוללו בעקבות זאת באזור.

התקבל אז גם חוק הבחירה הישירה לראשות הממשלה, שפיצל את הבחירות לשני פתקים: האחד לכנסת, שבאמצעותו הבחירה היא באחת המפלגות, והשני לראשות הממשלה. הליכוד, בהשראת ראש הממשלה שמיר, החליט להתנגד לחוק, אולם בנימין נתניהו, שכוכבו החל לדרוך במפלגה, העריך שהחוק משפר את סיכוייו. הוא לא ציית למשמעת הסיעתית ותמך בחוק, שעבר בכנסת על אפה וחמתה של המפלגה השלטת.

* באוגוסט 1984 פרסמתי ב"מעריב" מאמר בזכות בחירות ישירות לראשות הממשלה, בו התייחסתי לחוק הבחירה הישירה לרשויות המקומיות, שהתקבל ב-1975 ופתר את בעיית הכלנתריזם. הבעיות לא פסו מהעולם, כמובן, אבל החוק שיפר בצורה בולטת את הפוליטיקה העירונית. המאמר זכה בתהודה, אך לא הניב תוצאה ממשית. עד ש"התרגיל המסריח" החזיר את העניין בנושא – יחד עם אובדן השליטה של הממשלה על הנעשה בכנסת.

גם חוק הבחירה הישירה טמן בחובו פשרות, והן הכבידו על יישומה של השיטה החדשה. פגם חמור אחד היה נעוץ באפשרות לקיים בחירות נפרדות, שכונו בחוק "בחירות מיוחדות", לראשות הממשלה – בלי לקיים במקביל בחירות לכנסת. אפשרות זו, שלימים אכן מומשה, נטעה בלב חברי כנסת תקווה שיוכלו להפיל את ראש הממשלה בלי שיהא גם עליהם לסכן את הקריירה. הדבר תרם, כמובן, לערעור יציבותו של השלטון. פגם אחר היה נעוץ באפשרות שראש הממשלה יתקשה להרכיב קואליציה וייתקל בכנסת לעומתית. לבעיה הקשה הזו לא קל למצוא פתרון משביע רצון, אך מניעת האופציה של קיום בחירות נפרדות לראשות הממשלה היתה מקהה את עוקצה, ומגדילה את הסיכויים שראש הממשלה והכנסת ימצאו דרך לשתף פעולה.

קבוצת חוקים נוספת התייחסה לבתי המשפט. חלקם עסקו בנושאים מינהליים ואחרים בסמכויות, בקדנציות ובכוחו של נשיא בית המשפט העליון. המגמה הכללית היתה להקל על העליון ולחזק את המעמד של נשיאו, לא פעם תוך פגיעה בבתי משפט אחרים ובעצמאותם של שופטים בערכאות נמוכות יותר. תיקון ל"חוק בתי המשפט", שהתקבל ב-1989, קצב בין השאר תקופת כהונה קבועה של ארבע שנים לנשיאים וסגני נשיא של בתי משפט השלום והמחוזי. נקבע גם שהתקופה הזו ניתנת להארכה של ארבע שנים נוספות. אך הנקודה המעניינת היתה היעדר התייחסות כלשהי לנשיא ולמשנה לנשיא בית המשפט העליון. הדבר עורר שאלה מהותיות, שהרי אם קציבת הקדנציות מייעלת את המערכת, כפי שנטען, מדוע לא ייעשה כך גם בערכאה הגבוהה ביותר. עד לאותו מועד לא היתה כהונה קצובה לנשיאים וסגני נשיא בשום ערכאה, ובהינף חקיקה אחד נהפכו נשיאי המחוזי והשלום לנשיאים סוג ב'.

היבט אחר של ההתפתחות הזו הוא התלות של הנשיאים וסגני הנשיאים ברשות הממנה כאשר הם חפצים בחידוש המינוי. ונקודה מעניינת נוספת נוגעת למשך המוחלט של הכהונה: פירוש אפשרי אחד של החוק הוא שניתן לחדש את המינוי פעם אחת בלבד (כלומר, תקופה מרבית של שמונה שנים בתפקיד), אבל ברק בחר בפירוש אחר, שלפיו אין הגבלה על מספר החידושים של המינוי, כך שגם לאחר שמונה שנים אפשר לשוב ולחדש מינוי של נשיא או סגן נשיא – וברור שבמשך כל התקופה תימשך התלות שלהם ברשות הממנה.

השלב הבא התרחש בפברואר 1992, כשעבר בכנסת תיקון נוסף (מס' 15) לחוק. התיקון כלל רפורמה מקיפה בבתי המשפט, ובין היתר חיזק מאוד את מעמדו של נשיא בית המשפט העליון. החוק המקורי הקנה לשר המשפטים סמכות למנות נשיאים וסגני נשיאים לבתי משפט השלום והמחוזי, למנות את

מנהל בתי המשפט וכן למנות שופט מערכאה אחת במינוי זמני לערכאה גבוהה יותר. כל זה, על בסיס הגישה שלפיה השר הוא האחראי על האדמיניסטרציה של בתי המשפט. לצורך המינויים הוא נדרש להתייעץ עם נשיא בית המשפט העליון, אך כעת, במקום התייעצות, זקוק השר להסכמתו. בכך נוספה לנשיא עוצמה רבה, המתבטאת בזכות וטו על המינויים של השר. במקביל פחת כמובן כוחו של השר, שאיבד את עצמאותו ותלוי באישור "מגבוה".

עניין משמעותי, שמן הסתם לא שמו אליו לב באותם ימים, קשור בעצמאות השופטים. והכוונה היא לא רק לעצמאות כלפי גופים חיצוניים (פוליטיקאים, תקשורת וכולי) אלא גם כלפי פנים. עצמאותו של שופט עלולה להיפגע כאשר הוא תלוי בצורה מופרזת באישיות אחרת במערכת (נשיא בית המשפט שבו הוא מכהן, נשיא בית המשפט העליון וכולי). אם נצרף את שני התיקונים הנ"ל, במקום תלות באדם אחד, נהפך שופט המעוניין לקבל או לחדש משרת נשיא או סגן נשיא לתלוי בשניים: שר המשפטים ונשיא בית המשפט העליון.

חשוב גם להבהיר: בניגוד למה שמשתקף בתקשורת, כאילו התלות בגורם פוליטי היא החמורה ביותר – המציאות דווקא הפוכה. השרים אינם מכירים לרוב באופן אישי את השופטים, ומידת התעניינותם במינויים, מעבר לשאיפתם לשפר את תפקוד המערכת – פחותה. בתנאים הפוליטיים בישראל, שרי המשפטים מתחלפים בקצב מהיר, במקרים רבים תוך שנה-שנתיים, כך ששופט שסבור שסר חנו בעיני שר משפטים זה או אחר יכול להעריך כי בתוך זמן קצר יבוא במקומו שר חדש. לעומת זאת מכהנים נשיאי בית המשפט העליון לא פעם תקופות ארוכות (שמגר וברק כיהנו כל אחד יותר מעשור), והתלות של השופט בנשיא בית המשפט העליון נעשית קריטית וממושכת (לכך מצטרף כוחו העצום של נשיא בית המשפט העליון בוועדה לבחירת שופטים).

חשיבות אי-תלותו של שופט בגורמים מתוך המערכת כמעט לא זכתה אצלנו בדיון. יוצא מהכלל הזה היה מאמר שפרסם שלמה לוי, המשנה לנשיא בית המשפט העליון בשנים 1995–2003, ובו בחן את המתח הטבעי בין הצורך ביעילות לבין הצורך לוודא את אי-תלותו של השופט ואת יכולתו לנהל את המשפט לפי הבנתו. בין היתר הוא מספר על מתיחות בין שופטים אחדים לחלק מהנשיאים בבתי המשפט, כאשר "כמה שופטים טוענים כי הם מרגישים מאויימים ונרדפים, ושהציוויים והמטלות המונחתים עליהם מתחילים לפגוע בתחושת אי-התלות השיפוטית שלהם. יותר ויותר נשמעות טענות של שופטים על נטיות של שרירות בקרב הנשיאים, המרכזים סביבם את הנאמנים ומרחיקים את האחרים".⁸⁶

העומס בבתי המשפט הוא חלק מהעומס על כלל השירותים הציבוריים במדינה, אלא שלעומס הזה יש כמה גורמים ייחודיים. המדיניות של בית המשפט האקטיביסטי, שהחלה בתקופת שמגר והתגברה בתקופת ברק, היתה לפתוח את דלתות בג"ץ כמעט לכל דיכפין ולעסוק גם בעניינים שאינם צריכים להימצא בתחומם. בכך ייצר לעצמו בית המשפט עבודה, והגביר את העומס הרובץ עליו. לזה הצטרפה נטייה לכתיבת פסקי דין ארוכים, במקרים רבים שלא לצורך. נטייה זו חלחלה לערכאות נמוכות יותר, השפיעה על התרבות המשפטית כולה, ובסך הכול נפגעה יכולתם של בתי המשפט לתת שירות במקרים שחיוני לעשות זאת.

ניתן להמחיש זאת באמצעות השוואה בין שני פסקי דין. האחד, שניתן ב-1965, ימי בית המשפט הקלאסי, והשני מעידן ברק. פסק הדין הראשון עסק בעתירה נגד האמנתו של השגריר הגרמני הראשון בישראל, ולמעשה נגד קשירת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה. ההחלטה בנושא כבד המשקל הזה ניתנה בהרכב של שלושה שופטים, אך משתרעת על פחות משני עמודים. העתירה נדחתה בנימוק שהעניין איננו משפטי, אלא פוליטי, ועל כן הוא בסמכות הממשלה ואיננו שפיט (פסק דין ריינר, שאוזכר לעיל). ב-2005 הוגשה לבג"ץ עתירה נגד החוק לפינוי רצועת עזה וכמובן נגד הפינוי. שוב, היה זה עניין פוליטי למהדרין, אך הפעם החליט בית המשפט לומר את דברו, ועשה זאת בהרחבה. הדיון נקבע לפני הרכב של לא פחות מ-11 שופטים, שכתבו פסק דין המתפרש על יותר מ-300 עמודים. בסופו של דבר נדחתה העתירה (בכפוף לכך שהוגדלו הפיצויים שיקבלו חלק מהמפונים), כנגד דעה חולקת של השופט אדמונד לוי.⁸⁷

ברור שאם כל שופטי העליון כמעט יושבים על מדוכה לא להם, וכותבים פסק דין מיותר באורך כזה, נפגעת מאוד יכולתם לספק את השירות שהם כן אמורים לתת: להחליט בתוך זמן סביר בערעורים הפליליים והאזרחיים המוגשים להם. לכך הצטרפה ה"אופנה" לערב את בתי המשפט בתחומים שבהם לא עסקו בעבר, דוגמת יחסי מורים-תלמידים, וכן להרחיב את האחריות האזרחית בשורה של תחומים, כגון אחריותם של רופאים ובעלי מקצועות חופשיים אחרים ואחריותן בנזיקין של רשויות ציבוריות.

בהגדלת העומס "אשם" גם השינוי התרבותי שבתי המשפט אחראים לו, אם גם באופן חלקי בלבד. השינוי הזה כולל מעבר מערכים קהילתיים לאינדיבידואליזם, מחברה סוציאליסטית לקפיטליסטית, שבה עומדים הפרט ומאווייו במרכז, משיח של אחריות חברתית לשיח של זכויות, מקבלת מרות של בעלי סמכות לכפירה במרותם – כפירה הגוררת בין השאר ניהול מאבק משפטי נגדם. סכסוכים בין

חברי קיבוץ או בינם לבין הנהלת הקיבוץ, שבעבר היו מוכרעים במסגרת הקיבוץ או לכל היותר במסגרת התנועה, עשויים להגיע כיום לבתי משפט. כך גם החלטות של מורים או הנהלת בית הספר לגבי תלמידיהם.

הצורך להתמודד עם עומס העבודה עלה כבר בשלהי תקופת בית המשפט הקלאסי, כאשר לנרדי שימש נשיא בית המשפט העליון, וועדה בראשותו הגישה ב-1980 דו"ח שבחן כמה אפשרויות. האחת, הרחבה דרסטית של סמכויות בית משפט השלום, כך שיוסמך לדון בכל השאלות המתעוררות בערכאה ראשונה (כולל אלה שבסמכות המחוזי). הוועדה דחתה את האופציה הזו, והיתה מוכנה להרחיב במידה מוגבלת בלבד את סמכויותיו של בית משפט השלום, מתוך כוונה לשמור על איכות השפיטה בתיקים כבדים של עבירות חמורות, עניינים אזרחיים כבדי משקל וכולי, ובשל החשש ששופטי השלום עדיין אינם בשלים לטפל בתיקים אלה.

ההצעה המרכזית של ועדת לנרדי היתה להקים בתוך בתי המשפט המחוזיים מחלקת ערעורים, שיכהנו בה שופטים בכירים, והיא תדון לא רק בערעורים על החלטות של בתי משפט שלום אלא גם בחלק נכבד מהערעורים על פסקי דין של עמיתיהם במחוזי. ההצעה שלא להקים ערכאת ערעור נפרדת נעוצה כנראה בהנחה שהחלופה המוצעת מסורבלת פחות מבחינה מינהלית, ונשענת אולי גם על ההשערה שהתנגדותם של שופטי השלום והמחוזי למהלך כזה תהיה פחות חריפה. אם אכן זו היתה ההשערה, היא התבדתה. שופטי השלום והמחוזי התנגדו בתוקף להקמת מערכת ערעורים בינם לבין העליון, מן הסתם כיוון שהניחו שייפגע מעמדם.

בפועל, ההמלצה העיקרית של הוועדה – להקים מחלקת ערעורים במחוזי – לא יושמה. במקום זאת היה העליון מעוניין להמשיך דווקא בדרך שנשללה: להרחיב את סמכות השיפוט של בתי משפט השלום. הנושא נכלל בתיקון מס' 15 ל"חוק בתי המשפט", שעיקרו הקניית סמכות לשופטי שלום לגזור עונש מאסר עד שבע שנים לעבירות מסוימות מסוג "פשע" (ולא חמש שנים כפי שהיה עד אז). חברי הכנסת אמנון רובינשטיין, מרדכי וירשובסקי ושמעון שטרית התנגדו בתוקף להרחבה. רובינשטיין הצביע גם על היעדר מנגנוני בקרה וריסון על התביעה, ועל כך שניכרת שחיקה מתמדת בהגנה על זכויות נאשמים. ההסתייגות התקבלה, וההצעה נדחתה.

היה זה ניצחון לטווח קצר במיוחד: שר המשפטים דן מרידור לא נואש, וחודש לאחר מכן, במרס 1992, עבר בכנסת תיקון מס' 16, שבו הוקנתה לבית משפט שלום סמכות לגזור מאסר עד שבע שנים.

ככלל, הרחבת הסמכויות של בתי משפט השלום צברה תאוצה בתקופת כהונתם של שמגר וברק כנשיאי העליון, ושינתה לחלוטין את מעמדם. מבחינה

היסטורית, בית משפט השלום עוסק בעניינים בעלי חשיבות צנועה. הרחבת סמכויותיו בחקיקה נעשתה בלי שהובטח כי יוכל לעמוד במשימה וכי זכויות הנאשמים לא ייפגעו. אם הסמכויות המקוריות שלו בתחום הפלילי היו לדון בחטאים ובעוונות (כלומר עבירות שעונשן אינו עולה על שלוש שנות מאסר), כעת הוכפלה הסמכות ואף יותר מכך.

ההתפתחות בתחום המשפט האזרחי היתה דרמטית לא פחות. סמכותו המקורית של בית משפט השלום היתה לדון בתביעות כספיות עד 1,500 לירות (מעבר לסמכותו לדון בענייני חזקה במקרקעין). האינפלציה חייבה ב-1964 להגדיל את הסכום ל-3,000 ל"י (שמבחינה נומינלית היו כ-27,000 שקלים חדשים ב-2012). עם כניסתו של שמגר לתפקידו, ב-1983, עמד הסכום על שני מיליון שקלים ישנים (שהם לכאורה 2,000 שקלים חדשים, אולם לנוכח האינפלציה המהירה באותן שנים היה ערכו של הסכום משתנה משמעותית מחודש לחודש). מכאן ואילך גדלו המספרים במהירות: ב-1985 היה הסכום 40 אלף שקלים (שערכם ב-2012 היה כ-316 אלף ש"ח), ועם סיום כהונתו של שמגר, ב-1995, כבר הוסמך בית משפט השלום לדון בתביעות כספיות של עד מיליון שקלים חדשים. ב-2001, ימי ברק, הועלה הסכום ל-2.5 מיליון ש"ח – כמעט פי 100 (!) לעומת שנת 1964.

מה גרם להתפתחות הדרמטית הזו, וכיצד קרה שבית משפט אשר סמכותו לדון בחטאים ועוונות ובתביעות כספיות נמוכות, הוסמך לדון גם בפשעים ובתביעות כספיות גדולות? התשובה לכך נעוצה במהפכה שהתרחשה בעליון, בהקרנה שהיתה לה על כל מערכת המשפט, בכוחו של בית המשפט העליון ובהשפעה שרכש על הליך החקיקה. ההנחה היא, כי ככל שתיקים רבים יותר יתבררו בשלום, במקום במחוזי, יגיעו פחות תיקים לעליון (ערעור על פסק דין מחוזי כערכאה ראשונה ניתן לערעור כעניין שבזכות. לעומת זאת, ערעור על פסק דין בשלום מגיע למחוזי. על החלטת המחוזי בערעור קיימת אמנם אפשרות ערעור נוסף לעליון, אך לשם כך נדרשת רשות מיוחדת, וזו ניתנת רק במקרים יוצאים מהכלל).

בית המשפט מגדיל את כוחו

מינויו של שמגר לנשיא השלים את חילופי הדורות בבית המשפט העליון. איש מבני הדור הקודם, דור המייסדים ומניחי אבני היסוד, לא נותר על כס השיפוט. לאחדים מהשופטים – כגון מרים בן-פורת (שמונתה לסגנית הנשיא), משה בייסקי ושלמה לוין – היה אמנם ותק שיפוטי גדול יותר, אך הוא נצבר בערכאות נמוכות יותר ואינו נספר בשיטת הסניוריטי. גם שופטים אלה היו בני דור צעיר יותר מדור המייסדים, אך היו לפחות גשר בין תור הזהב של העליון לתקופה החדשה, תקופת האקטיביזם השיפוטי.

נשיא חדש מקבל לניצוחו בית משפט שהרכבו נקבע בתקופת קודמיו, אף שגם אז היתה לו השפעה כלשהי על המינויים. אם תקופת הכהונה של הנשיא ממושכת, ובהרכב נמנים שופטים מבוגרים, עשויה להיות לו השפעה מכרעת על הסגל החדש שמתגבש. ובמקרה שלנו: עם מינויו של שמגר כיהנו עמו עוד 12 שופטים, מהם שניים במינוי זמני. כאשר הוא פרש, נותרו רק חמישה מהם על כס השיפוט. האחרים, שמונה במספר, מונו כולם בתקופתו.

בראשית דרכו כנשיא היו בעליון שלושה שופטים שהגיעו במישרין מהתביעה או מהייעוץ המשפטי – שמגר עצמו, אהרן ברק וגבריאל בכ, לשעבר פרקליט המדינה. בתקופת נשיאותו התווספו להם יעקב קדמי, שעד מינויו לשופט מחוזי כיהן כתובע הצבאי הראשי ולאחר מכן עמד בראש אגף החקירות של המשטרה, ופרופ' יצחק זמיר, היועץ המשפטי לשעבר. מינוי נוסף, של פרקליטת המדינה דורית ביניש, שנתמכה על ידי ברק, נמנע ברגע האחרון, כשמגר החליט להסיר את תמיכתו ממנה. הוא לא הסביר עד היום בפומבי מדוע שינה את דעתו. ייתכן שהדבר נבע מעמדותיה בענייני ביטחון, שהשתקפו למשל בפרשת הגירוש ללבנון, ייתכן שהוא הושפע מהתנגדותו של ראש הממשלה רבין, ואולי היו לו סיבות אחרות.⁸⁸ כך או כך, הנושא הביטחוני השפיע כנראה לפחות על מינוי אחד, מינויו של מישאל חשין בינואר 1992.

מישאל חשין, בנו של השופט שניאור זלמן חשין, שנכלל בהרכב הראשון של העליון, היה בין היחידים שסיימו את לימודי המשפטים באוניברסיטה העברית

בהצטיינות יתרה. רוב שנות עבודתו עברו עליו במשרד המשפטים, שבו הגיע בתקופת שמגר לדרגת משנה ליועץ המשפטי. כאשר מונה שמגר לעליון, דילגו עליו ומי שהתמנה ליועץ היה אהרן ברק. השניים עברו יחד, תוך שיתוף פעולה, אך כשהתמנה גם ברק לעליון, ב-1978, דילגו על חשין פעם נוספת ובחרו ביצחק זמיר, חברו הקרוב של ברק. הפעם היה זה יותר מדי. חשין פרש לשוק הפרטי.

מעולם לא היתה מחלוקת על כישרונו המשפטי, אולם היה זה כנראה אופיו הסוער, נטייתו להתפרצויות והתבטאויותיו החריפות, שמנעו מחשין עד אותו שלב להגיע לפסגה. אולי הצטרף לכך גם קושי להשתלב בפוליטיקה הפנימית בארגון בירוקרטי ולתמרן בתוכו.^{*} למרות זאת החליט שמגר למנותו לעליון, ועלה בידו להעביר את המינוי. הוא לא פירט את שיקוליו, אך נראה כי הדבר נעוץ בעובדה שנותרו אז, ב-1992, שלוש שנים בלבד עד לסיום כהונתו, והוא שקל מה דמות תהיה לבית המשפט שיוריש אחריו. היה ברור לו שברק ימונה לנשיא, ואף שהיה אקטיביסט בכל הנוגע לפסיקותיו של בית המשפט העליון, והלך עם ברק כברת דרך משמעותית, הוא היה רחוק מהקיצוניות של יורשו ושלל את רעיון "הכול שפיט".

היבט חשוב של המחלוקת ביניהם נגע לענייני ביטחון. שמגר הכיר במגבלות שיש לבית המשפט בבואו לעסוק בנושאי מלחמה, בהתמודדות עם טרור ובשאלות הקיומיות שהמדינה ניצבת בפניהן. מבחינתו של ברק, בכל הנוגע לסמכות בית המשפט אין כל הבדל בין מלחמה ושלום, ביציות מוקפאות או פרסומת ברדיו. בעיניו יכול בית המשפט לבחון את סבירות פעולתם של גורמי הביטחון כשם שהוא יכול לבחון את סבירות החלטתו של קבלן המקים בניין. הפער בין השניים בלט בעניין החנינה שניתנה למעורבים בפרשת קו 300 ובפרשת גירוש אנשי החמאס ללבנון, ונראה כי שמגר ראה בחשין מועמד שיוכל לבלום את המעורבות היתרה של הנשיא הבא בנושאי ביטחון ובסוגיות הקיומיות. הלכה למעשה, שמגר זכה בנושא זה להצלחה חלקית בלבד, אך היא באה לביטוי בנקודה קריטית. באופן כללי לא היה בכוחו של חשין לבלום את פסיקתו של ברק בתחום הביטחוני, שכן ברק נהנה ממעמד-על והיתה לו השפעה אדירה על רוב השופטים. שוב ושוב נשאר חשין במיעוט בשורה של מקרים, ביניהם פסק הדין מרחיק הלכת שבו הורה העליון בשנת 2000 על החזרת אנשי החיזבאללה ללבנון, שעוד ידובר בה בהמשך. אולם חשין הוביל את דעת הרוב בפסק הדין שהכיר, על חודו של קול וכנגד עמדתו הקיצונית של ברק, בכוחה של הכנסת למנוע את זכות השיבה הפלשתינית באמצעות נישואים.

* אני סברתי שחשין היה המועמד הראוי, חרף אופיו הסוער, ואף פרסמתי ב"מעריב" מאמר המביע את תמיכתי במינויו.

נטייתו של חשין להתפרצויות לימדה על תחושותיו כאשר דיבר על אותו פסק דין בריאיון עם העיתונאי יובל יועז, שפורסם בעיתון "הארץ" במאי 2006, לאחר פרישתו מכס השיפוט. בדברו על ברק, שבאותם ימים עדיין שימש נשיא בית המשפט העליון, אמר: "השופט ברק מוכן שיתפוצצו 30-50 אנשים אבל שיהיו זכויות אדם. אני לא מוכן. הוא חושב כך, אני חושב אחרת. לשמחתי הרבה אני הייתי ברוב" (מיד לאחר מכן התנצל חשין בפומבי על דבריו). בכל מקרה, די היה בפסק הדין הזה כדי להצדיק את מינויו לעליון. מעבר לכך הוא נחשב, חרף האופי ה"לא שיפוטי" שניחן בו, לאחד השופטים החשובים שהיו למדינת ישראל.

שנתיים לאחר חשין מונה גם יצחק זמיר לעליון, למרות השגיאה הבוטה שלו בפרשת החנינה לאנשי השב"כ. בשלב זה ניאות שמגר לתמוך במינוי זה שליוורשו המיועד היה בוודאי עניין בו. קרוב לוודאי ששמגר העריך כי זמיר יצדד בעמדות מרחיקות הלכת של ברק, אך ידע שהוא עצמו יפרוש בתוך כשנה, ולאחר מכן יוכל ממילא הנשיא החדש להביא למינויו של זמיר (כפי שקרה עם ביניש, שמינויה רק נדחה בסופו של דבר בשנה). וכך קרה שזמיר, שזכה במשרת היועץ המשפטי לממשלה, מינוי שחשין לא זכה בו, פיגר אחריו בשנתיים בעליון, ותקופת כהונתו היתה קצרה בהרבה – 7 שנים לעומת 14 – שכן הוא מבוגר יותר.

שופטים נוספים שכיהנו באותה תקופה, ואשר משך כהונתם עלה על 10 שנים, היו אליעזר גולדברג, תאודור אור ואליהו מצא. שלושתם קודמו מבית המשפט המחוזי, אך היה להם גם רקע של עריכת דין פרטית, יתרון שמשקף לא פעם בפסיקה.

ארבעה שופטים נוספים מונו ב-1994, השנה שקדמה לסיום נשיאותו של שמגר, ובהם צבי טל על הכיסא הדתי במקומו של מנחם אלון, טובה שטרסברג-כהן ודליה דורנר. כולם היו כבר בני 60 ומעלה, כך שנותרו להם פחות מ-10 שנים בעליון, וזה חייב – או הבטיח – תחלופה ניכרת בתקופת ברק.

הדרישה ל"זכות עמידה" בבג"ץ בוטלה כמעט לחלוטין בתקופת נשיאותו של שמגר. העליון פתח את שעריו כמעט לכל דורש – והחל לעסוק בנושאים שבהם לא עסק מעולם. התהליך הוחרף אצל ברק, שגרס כי "הכול שפיט" – כולל נושאי ביטחון. לכך הצטרפה בתקופתו המגמה לחזק את בית המשפט מבחינה פוליטית, להקנות לו סמכויות של בית משפט לחוקה ולהעמידו לא רק מעל כל בתי המשפט, אלא גם מעל הממשלה והכנסת. וכבר נזכרה כאן האופנה של כתיבת פסקי הדין הארוכים, שיותר משנועדו להכריע בסכסוך מסוים באו לפתח תיאוריות, "להגביר תורה ולהאדירה", ולהסביר מדוע חיוני להעניק לבית המשפט העליון את מעמד-העל שהוא חותר אליו.

במקביל היה על בית המשפט להמשיך, כמובן, למלא את תפקידו המרכזי, כלומר לדון בערעורים אזרחיים ופליליים. כיוון שלא היה מסוגל לעמוד בכך, חיפשו נשיאיו דרכים לצאת מהסבך שיצרו. דרך אפשרית אחת היתה הקמת בתי המשפט לעניינים מינהליים, במסגרת בית המשפט המחוזי, צעד שבוצע בתקופת ברק, כאשר הועברו לבתי המשפט האלה חלק מהנושאים שבג"ץ דן בהם. הדבר הפחית במידה רבה את העומס על העליון. צעד מרכזי נוסף בא לביטוי בהגדלה העצומה של סמכות בתי משפט השלום שעליה דובר לעיל, ואשר צמצמה במידה ניכרת את היקף הערעורים לעליון. אבל פתיחת שערי הבג"ץ לפני כל אדם, כמעט בכל עניין, ופסקי הדין הארוכים הרבים, גרמו לכך שלא נעלמה הסחבת. העיכובים – בעיקר בתיקים אזרחיים – הגיעו לממדים בלתי-סבירים.

הרעיון הפשוט ביותר, להגדיל במידה ניכרת את מספר השופטים, נתקל בהתנגדות דווקא מצד בית המשפט העליון, שדחה את הטענה כי הנימוק להתנגדות נעוץ בכך שהרחבה של מועדון פוגעת ביוקרתו. הנשיא ברק, שראה לנגד עיניו את הרכב בתי המשפט העליון במדינות דוגמת ארצות הברית וקנדה, גרס שהגדלת מספר השופטים תכביד על קביעת הלכה אחידה בהרכבים השונים. למעשה, מספר השופטים בעליון אכן הוגדל, אך במידה צנועה בלבד, והתקן עומד כיום על 15. גם ההגדלה הזו נעשתה חרף התנגדות שופטי העליון, והיא פרי פשרה בין עמדות של חברי כנסת, ביניהם יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, מיכאל איתן, שהציעו תקן של 16 שופטים, לבין ברק, שביקש להסתפק ב-14.

הפתרון האחר שאליו חתר העליון היה לשמוט מעליו חלקים נכבדים מעבודתו, באופן שיותיר בידי רק את הנושאים המרכזיים. בצורה חדה ניתן לומר שהוא למעשה חותר להפוך את עצמו לגורם שונה מזה שייעדה לו הכנסת, כלומר לבית משפט לחוקה או לבית משפט דוגמת בית המשפט העליון בארצות הברית ובקנדה, הבוחר לעצמו במה יעסוק. אלא שהכנסת מעולם לא הסכימה להפיכתו של העליון לבית משפט לחוקה, ואילו כן חפצה בקיומו של בית משפט שכזה, לא מן הנמנע שהיתה מקימה בית משפט חדש, בהרכב שונה.

בפועל אכן החל להצטמצם העיסוק של העליון בעניינים "לא חשובים", אף כי זוהי ליבת השירות שבתי המשפט אמורים להעניק לציבור: הגנה על הפרט והחברה מפני עבריינות, תביעות אזרחיות בין אדם לחברו, בין הפרט לבין תאגיד, בין תאגידים – ובעצם לב לבם של חיי המסחר והכלכלה. במקומם ביקשו שופטיו להתרכז בשאלות עקרוניות ופילוסופיות, דוגמת מאבק סביב ביציות מוקפאות של בני זוג שהתגרשו או בשאלות מדיניות דוגמת פינוי רצועת עזה. בתקופה המדוברת הלכה ובלטה גם הנטייה של שופטים בעליון להפוך את עצמם לשותפים מרכזיים

בניהול ענייני המדינה, בקביעה איזה שר כשיר לכהן ואיזה שר ייפסל, ובימיו של ברוך לעסוק גם בתקפותם של חוקי הכנסת, לבחון את החלטותיו של בית הנבחרים, לטפל בגדר ההפרדה, בהינתקות מעזה ובשאלות של מלחמה ושלום.

התחזקות מעמדו של נשיא בית המשפט העליון, בהשוואה לנשיאים של שאר בתי המשפט, למעמדו של שר המשפטים ואף בהשוואה לממשלה כולה, היתה, כאמור, אחת התופעות שסימלו את התקופה. בעידן שמגר התחלפו לא פחות מחמישה שרי משפטים. שלושה מהם – משה נסים, יצחק מודעי ואברהם שריר – בארבע השנים הראשונות. דן מרידור ודוד ליבאי כיהנו אמנם קרוב לארבע שנים כל אחד, אך שניהם היו מקורבים למערכת ומלאי הערכה, שלא לומר יראת כבוד, למאיר שמגר, שזכה אצלם במעמד-על (שמגר גם היה מפקדו של ליבאי בצה"ל). ביטוי לכך ניתן באותה חקיקה שהביא מרידור לכנסת, ואשר חייבה הסכמה של נשיא בית המשפט העליון למינויים ששר המשפטים מוסמך לבצע במערכת המשפט.

היה זה בתקופתו, שנשיאי העליון החלו לראות עצמם ראשי המערכת, ולפחות חלק משרי המשפטים שוכנעו אף הם בעמדה הזו. משמעות התואר, שלא זכה בהכרה בחקיקה, אינה ברורה, ובוודאי לא היה בו כדי להעניק לנשיא בית המשפט העליון סמכויות העולות על אלה שקבע החוק. סמכויות הניהול מוענקות ברובן לשר, שהוא גם המוסמך לקבוע את סדרי המינהל של בתי המשפט. אף על פי כן, שמגר לא רק ראה עצמו ראש המערכת, אלא גם ניסה לצקת תוכן למעמד שיצר.

הוא עשה זאת, לדוגמה, כאשר ביקש להקים "מועצת שופטים" בראשות נשיא בית המשפט העליון, אשר תהווה בסיס להקמת רשות שופטת עצמאית. מועצת השופטים אמורה היתה לכלול את נשיאי בתי המשפט וסגניהם, והיא אכן התכנסה פעמים אחדות בבית המשפט העליון. חנה אבנור, שהיתה נשיאת המחוזי בתל אביב, מספרת בספרה לבדי בדרך, כי נערך במועצה דיון גם ברפורמה בבתי המשפט. לא ברור על איזו רפורמה מדובר, אך שופטי המחוזי חששו שיישארו במיעוט ויתבצע שינוי מערכתי שהם מתנגדים לו. כדי להרגיעם הבטיח שמגר ששום רפורמה לא תתקבל ברוב דעות. באחת הישיבות הבאות, כאשר שב הנושא ועלה, שלפה אבנור את הפרוטוקול שבו נרשם כי שום רפורמה לא תתקבל ברוב דעות, ואז, כך היא מספרת, "דממה נפלה באולם. הישיבה התפזרה. מועצת השופטים לא התכנסה יותר, ואני הפכתי ל'ילד הרע' של המערכת."⁸⁹

אם נותר עדיין ספק כלשהו בדבר ניגוד האינטרסים שבין העליון לשופטים המחוזיים, הדברים התבררו בהמשך. אבנור מספרת כי כעבור שבועות אחדים נודע להם על הצעה לחוקק חוק שלפיו יוסמך שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית

המשפט העליון, להקים כל בית משפט שימצא לנכון ולהעניק לו סמכות שיפוטית על פי הבנתו. המטרה היתה כנראה להקים את בית המשפט לערעורים בין המחוזי לעליון – עניין שלפי השמועה היה מוסכם על שר המשפטים דאז אברהם שריר. אבנור ועמיתותיה, הדסה בן-עתו ושרה סירוטה, נקטו צעד יוצא דופן, כינסו מסיבת עיתונאים, ותקפו את הרעיון, שלאחר מכן ירד מסדר היום. הפרשה תוארה בעיתונות כ"מרד השופטים", כשאבנור וחברותיה מכוונות "שלוש הקלאפטעס".

צעד נוסף שנקט שמגר היה פרסום כללי אתיקה לשופטים. בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה הוא החל בנוהג של פרסום הנחיות, אף שלא היתה לו סמכות חוקית לעשות זאת. לזכותו יש לציין, כי כשהחל בהפצתן הוא עמד על כך שאין אלה דברי חקיקה, ולפיכך נמנע תחילה מפרסומן בציבור. הוא גם הגביל מאוד את תחולתן, כך שהן שימשו בעיקר להדרכה על בסיס מקרים קונקרטיים. ובכל זאת, ההנחיות החלו לקבל בהדרגה ממדים נוספים. בימים שאחרי שמגר הן התרחבו לתחומים שהן אינן צריכות להימצא בהם, ובזכות פסיקה של העליון נהפכו לבעלות תוקף חוקי, המחייב את רשויות השלטון, וסיגלו לעצמן אופי של מעין חקיקה.

גורלם של כללי האתיקה שפרסם שמגר כנשיא בית המשפט העליון היה שונה. הפעם הם היו אמורים לחייב את השופטים, אך אלה גילו התנגדות, וכאשר התעוררה שאלת תוקפם, בהקשר למשפטם של אלי הורביץ וחברת "פרומדיקו", אליו אתייחס בהמשך, פסק העליון כי יש לכללים משקל מוסרי, אך אין להם תוקף מחייב.

משמעותו של "אקטיביזם שיפוטי" היא הרחבת סמכויות בתי המשפט והתחומים שבהם ניתן להפעיל שיקול דעת באמצעות הפסיקה, תוך צמצום עד כדי ביטול כללים שנקבעו בחקיקה (או בדין קודם) ומגבילים טווח שיקול הדעת. לבית המשפט מוקנה בדרך זו כוח חקיקתי, והוא גובר ביחס ישיר לעוצמת האקטיביזם השיפוטי.

כדאי להבין את התופעה על רקע חלוקת התפקידים בין הרשויות. השופט הוא בעיקרו של דבר שלוח. תפקידו הוא ליישם כללי משפט שהתוו אחרים. מי שטווים את החוקים הם הנבחרים, המחוקקים, כלומר הכנסת (או השרים, בתקנות שהם מוסמכים להתקין, לרוב באישור ועדה של הכנסת). בהיותו שלוח, חייב השופט נאמנות למחוקק שאת חוקיו הוא אמור ליישם. אם הוא בוחר להתעלם מחוק של הכנסת, להעניק לו פירוש שאיננו עולה בקנה אחד עם לשונו ועם הכוונה הגלומה בו, הרי הוא משנה את החוק ולמעשה יוצר חוק משלו. בכך הופך את עצמו השופט – על דעת עצמו – למחוקק.

המדינאי האמריקני הנודע, אלכסנדר המילטון, הדגיש בשעתו את הרעיון הבסיסי שלפיו "אין כל חירות אם לא תופרד סמכות השפיטה מסמכויות החקיקה והביצוע".⁹⁰ הדברים היו מכוונים נגד הענקת סמכות שפיטה לגוף המחוקק – ואכן ברור שתהיה זו סכנה גדולה לחופש, לחירות ולצדק, אם הכנסת תתחיל לשפוט בני אדם על בסיס חוקים שהיא עצמה מחוקקת. אולם כוחם של הדברים יפה באותה מידה כאשר הרשות השופטת הופכת את עצמה למחוקק, ושופטת את המתדיינים לפניה על בסיס חוקים שהיא מחוקקת – לא פעם לצורך המקרה הקונקרטי הנידון לפניה. בלשונו של מונטסקייה: "אילו חוברה הסמכות לשפוט עם סמכות החקיקה, היו חיינו וחירותו של הנתין נתונים לפיקוח שרירותי, שהרי אז היה השופט גם המחוקק".⁹¹

אקטיביזם שיפוטי עשוי להשתקף בכל תחומי המשפט, לרבות במשפט הפרטי, שבמסגרתו מתעוררות שאלות של פרשנות חקיקה, פרשנות חוזים ופרשנות צוואות. חוזים וצוואות הם "חקיקה פרטית". צדדים העורכים חוזה וקובעים זכויות וחובות זה כלפי זה (לשלם כספים, להעביר רכוש וכולי), ואת הדרך בה עליהם לנהוג. הם "מחוקקים לעצמם" את "החוק" שיחייב אותם. אדם שכותב צוואה "מחוקק" בה את הזכויות ביחס למה שייעשה ברכושו לאחר מותו. במקרים אלה משמש השופט כנאמן של ה"מחוקקים" הפרטיים. תפקידו ליישם את אשר הם קבעו. לא להמציא בשבילם חוזה טוב יותר או צוואה טובה יותר. כל זאת, כמובן, בכפוף לחוק, שהרי ברור שאין השופט נדרש ליישם חוזה בלתי-חוקי.

מכאן נובע גם הכלל היסודי, שאין לשופט שיקול דעת כאשר הטקסט ברור. עליו ליישם את החוק כמו שהוא – ואין מקום לאקטיביזם שיפוטי. ביטוי אופייני לגישה זו מצוי בפסיקה שקבעה בעבר כי אין מקום לפרשנות של חוזה "שלשונו ברורה... ואיננה משאירה מקום לא לספקות ולא לפירושים", כפי שניסח זאת חיים כהן.⁹²

הגישה הנגדית היא זו שבאה לביטוי בדבריו של אהרן ברק, ולפיהם כל טקסט טעון פרשנות ובכל טקסט ניתן למצוא אי-בהירות (אם כי "לא כל החוזים הם בלתי ברורים באופן שווה", כפי שכתב בספרו פרשנות החוזה).⁹³ ברור שאם כל החוקים וכל החוזים הם בלתי-ברורים יש לשופט שיקול דעת לבחור בכל מקרה את הפירוש המתאים, אבל זו הרחבה דרסטית של מתחם שיקול הדעת, והקניית כוח חקיקתי לשופט במקום שלא ראוי שיהיה בידיו כוח כזה. זהו גם שינוי בולט בהשוואה לדין המניח כי קיימים טקסטים ברורים, שלגביהם אין לשופט שיקול דעת בפירוש ועליו ליישםם כמו שהם.

באופן כללי ניתן לומר שהאקטיביזם השיפוטי של בית המשפט החדש בתקופת שמגר התבטא בפרשנות הנוגדת לעתים את לשון החוק וכוונתו, בפיתוח

ערכים הנראים לבית המשפט ראויים וקביעתם כדין מחייב, בביטול כמעט מוחלט של הדרישה לזכות עמידה בפנייה לבג"ץ, בצמצום הגזרה של חוסר שפיטות (שבתקופת ברק בוטל כמעט לחלוטין), ובפיתוח העילה החדשה של חוסר סבירות, המאפשרת התערבות כמעט בלתי-מוגבלת של בג"ץ בהחלטות הרשות המבצעת והרשות המחוקקת.

את שתי המגמות הראשונות ניתן להמחיש באמצעות ההתפתחות הנוגעת לדיון נוסף בעליון. סעיף 30 לחוק בתי המשפט מסמיך את העליון לקיים דיון נוסף ב"עניין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה". במשך עשרות שנים הובנה הוראה ברורה זו כפשוטה, וכך ציין גם השופט זוסמן בספרו סדרי הדין האזרחי, שהיה האורים ותומים בתחום זה: "היה מספר השופטים גדול משלושה, אין דיון נוסף. והוא הדין כאשר בית המשפט העליון דן באחד, כגון בבקשת רשות ערעור."

דברים אלה עדיין מופיעים במהדורה האחרונה של הספר, בעריכת השופט שלמה לוין, שיצאה לאור ב-1995.⁹⁴ על בסיס ההוראה הזו נהגו בישראל במשך עשרות שנים, והנה הגיעה ב-1993 לבית המשפט העליון פרשת "נחמני נגד נחמני".⁹⁵

גברת נחמני איבדה את יכולתה להרות היריון טבעי, היא ובעלה ניסו להביא ילדים לעולם על ידי הפריה חוץ-גופית של ביציות האישה והשתלתן ברחמה של פונדקאית, אך כעבור זמן הם נפרדו. הבעל עבר לגור עם אישה אחרת שילדה לו בת, וגברת נחמני ביקשה מבית החולים שאצלו הופקדו הביציות המופרות לשחררן לצורך ביצוע פונדקאות בארצות הברית. בעלה לשעבר התנגד לכך.

בית המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, פסק ברוב דעות (בדעת מיעוט נותר רק צבי טל) לטובת הבעל, וקבע שאין לכפות עליו הורות בניגוד לרצונו. כיוון שמדובר בשאלה סבוכה, ההרכב שנקבע לתיק הזה היה מראש הרכב מורחב ולא הרכב של שלושה. כך היה נהוג מאז ומתמיד: כאשר היה ידוע שתתעורר שאלה קשה, נקבע מלכתחילה הרכב רחב, במגמה שיכריע בעניין בלי שיהיה צורך בדיון נוסף. זו גם היתה כוונת המחוקק, שתחם את הגבולות וקבע כי דיון נוסף ייערך רק על פסק דין שנתן הרכב של שלושה. למרות זאת נעתר שמגר לבקשת האישה לקיים דיון נוסף. ההחלטה הזו לבדה שימשה עילה להתדיינות עצמאית של 11 שופטים, הפעם בראשותו של הנשיא החדש, ברק, וברוב דעות (שמונה נגד שלושה) אושרה החלטתו של שמגר, שלפיה ניתן לקיים דיון נוסף גם בפסק דין שניתן על ידי הרכב של חמישה שופטים.⁹⁶

ההחלטה ניתנה בפברואר 1996, זמן לא רב לאחר פרסום המהדורה השביעית של ספרו של זוסמן, ושלמה לוין, שערך את המהדורה, לא נכלל בין שופטי ההרכב המורחב. הדיון הנוסף עצמו התקיים אף הוא לפני הרכב של אחד-עשר שופטים, אשר החליטו ברוב קולות, בפסק דין המשתרע על יותר ממאה עמודים, לבטל את פסק דינו של ההרכב המורחב (קצת פחות) הקודם, ולפסוק הפעם לטובת האישה.⁹⁷ גברת נחמני לא הצליחה בסופו של דבר לממש את תוכנית הפונדקאות, ואף שהוכרה זכותה להשתמש בביציות לא עלה בידה להשלים את התהליך. האנרגיה השיפוטית העצומה שהושקעה במקרה זה הושחתה לריק, אולם ההלכה שהסירה את מגבלת הדיון הנוסף – נותרה בעינה (אף כי נדמה שלא נעשה בה שימוש).

פסק הדין מלמד על מגמות אחדות של בית המשפט העליון החדש. האחת, שלשון החוק לא תעמוד לו למכשול. הכוונה הברורה של המחוקק היתה שלא לאפשר דיון נוסף על החלטה שקיבל הרכב של יותר משלושה שופטים, אך היא לא נראתה לבית המשפט, אז הוא הרשה לעצמו "לתקן" את החוק.

מגמה אחרת היא לקבוע הרכבים מורחבים במידה מוגזמת ושלא לצורך, ולהאריך בכתיבה. השאלה שהתעוררה בפרשת נחמני היא אכן שאלה קשה בתחום הפילוסופיה ותורת המוסר – היש לכפות אבהות על גבר שאינו חפץ בכך, לאחר שנפרד מבת זוגו והקים משפחה אחרת, או שמא יש לכבד את זכות האישה לאמהות ואת זכותה לקיים את ההסדר המקורי. אולם, ספק אם פסקי דין ארוכים יכולים לשמש מורה דרך בשאלות אלה, ולא ברור אם מבחינה ערכית עדיפה החלטת ה-11 בדיון הנוסף על החלטת החמישייה הראשונה. יש הסוברים שדווקא ההחלטה הראשונה של בית המשפט עדיפה. מה שוודאי הוא, שההליך הנוסף מייקר את הוצאות ההתדיינות, מאריך אותה ותורם לסחבת בבתי המשפט.

ברור בתכלית שהחוק כפי שנוסח על ידי המחוקק הוא טוב והגיוני בהרבה מה"חוק" שחוקק בית המשפט. המחוקק חרד לזמנו של בית המשפט וליעילות תפקודו. הוא מודיע לנשיא בית המשפט: אם הבחנת מראש שמדובר בנושא כבד משקל, תוכל לקבוע מיד הרכב מורחב, על מנת שלא יהיה צורך לדון בנושא פעמיים. לעומת זאת, ה"חוק" ש"חוקק" העליון מעורר את השאלה – לשם מה דרוש היה ההרכב המורחב מלכתחילה? יתר על כן, לפי ההיגיון של בית המשפט היתה אפשרות לקיים דיון נוסף גם אילו ניתן פסק הדין הראשון על ידי 11 שופטים.

בכך לא הסתיימה פרשת הדיון הנוסף. דרכה של המצאה משפטית, המנותקת מלשון החוק, שהיא מייצרת דרישה להמצאות נוספות וגוררת התדיינות נוספת. אכן, השלב הבא הופיע בדמות עתירה לדיון נוסף כנגד החלטה שניתנה על ידי דן יחיד בבית המשפט העליון. הטענה היתה פשוטה: החוק מאפשר דיון נוסף על

פסק דין בהרכב של שלושה, אבל העליון קבע ששלושה זה גם יותר משלושה. אם כך, מדוע לא יוחלט ששלושה זה גם פחות משלושה? הפעם זה היה כבר יותר מדי. העתירה נדחתה על ידי ברק, ובכך נחסמה ההתפתחות הזו של הפרשנות היצירתית.⁹⁸

חסידי האקטיביזם טוענים כי בית המשפט החדש ממשיך בקו של קודמו, וכי גם בית המשפט הקלאסי היה אקטיביסטי. אבל הטיעון הזה רחוק מלתאר את המציאות. בית המשפט הקלאסי הפעיל אקטיביזם שקול ומתון, וכיבד את חוקי הכנסת.

בצד ההתנשאות שהפגין בית המשפט החדש ביחסיו עם הממשלה והכנסת, לעומת הצניעות והכבוד שנהג בהן בית המשפט הקלאסי, יש הבדל תהומי במטרות שלשמן פעלו שתי האסכולות: האקטיביזם השקול של בית המשפט הקלאסי הופעל כדי להבטיח זכויות אדם קלאסיות, כגון חופש הביטוי, הזכות לעבוד וזכות השוויון. לעומת זאת, האקטיביזם החרף של בית המשפט החדש נוצל למטרות שונות לחלוטין, ובמידה רבה כדי להפוך את בית המשפט לכוח מרכזי בניהול ענייני המדינה – גם בנושאים שלאזרח אין קשר ישיר אליהם.

הדחתם של השר דרעי וסגן השר פנחסי לא תרמה דבר לזכויות אדם. אם בכלל, יש כאן פגיעה בזכויותיהם של השניים. היא נעשתה על מנת לשרת את מה שלדעת בית המשפט יביא לשיפור טוהר המידות בשירות הציבורי – וגם יקנה לבית המשפט מעמד בניהול ענייני המדינה. גם התערבותו של בית המשפט בהליכי הסרת החסינות על ידי הכנסת אינה קשורה לזכויות אדם, אך היא משקפת התנשאות מעל בית הנבחרים. עם זאת, מובן שגם בית המשפט החדש עסק בהגנה על זכויות אדם, ואף עשה זאת באופן רדיקלי.

"זכות עמידה" היא אחת מאושיות בית המשפט, אשר תפקידו הוא לא לנהל את המדינה אלא להכריע בסכסוכים. דברים אלה כוחם יפה לא רק לגבי בג"ץ, אלא לכל בית משפט באשר הוא. אם פלוני חייב כסף לאלמוני, לא יכול צד שלישי, שאין לו קשר לעניין, לפנות לבית משפט ולדרוש שפלוני יפרע את החוב. לצד השלישי אין כל עניין או זכות בנושא, אין סכסוך בינו לבין פלוני, ואין לבית המשפט מה להכריע ביניהם. אותו רעיון בסיסי נהג במשך שנים במשפט הציבורי, כלומר בעניינים הבאים לפני בג"ץ. זה גם הדין במדינות רבות, ביניהן אנגליה וארצות הברית: מי שפונה נגד השלטונות צריך להצביע על עניין אישי המצדיק את פנייתו.

ב-1970 הוגשה עתירה נגד דחיית השירות (שהיא בפועל פטור) שניתנה לתלמידי

ישיבות משירות בצה"ל. באותם ימים היה עדיין מספר הפטורים של תלמידי ישיבות צנוע למדי, ודובר על כך שמספרם הכולל, בכל המחזורים הרלוונטיים, הגיע לכ-5,000. בית המשפט דחה את העתירה משום שלעותר, אף כי היה קצין במילואים, לא היתה זכות עמידה. כמו שכתב השופט ויתקון בפסק הדין: "ברור שאין לך הליך שיפוטי אלא מקום שקיים 'ריב' (lis). צריך שיבוא פלוני ויתבע את זכותו או עלבוננו. בזה משתנה הדיון בבית המשפט מהדיון בפני הרשות המחוקקת או המבצעת... אילו די היה בנרגן, שאינו אלא דוברו ושופרו של הציבור בכללותו, היה הדיון בפני הרשות השופטת עלול לטשטש את התחומים ולהתפרש כהפרת העיקרון של הפרדת הרשויות."⁹⁹

חלפו 16 שנים, היקף הפטורים של תלמידי ישיבות התרחב מאוד מאז כהונתו של מנחם בגין כראש הממשלה, והגיע לממדים שהיה אפשר לומר כי הם משפיעים על היקף השירות של חיילים אחרים. השאלה שבה ועלתה בעתירה לבג"ץ שהוגשה ב-1986 על ידי רס"ן יהודה רסלר.¹⁰⁰ בפסק הדין ניכרת היטב הטכניקה החדשה של כתיבת פסקי דין ארוכים, הכוללים גם דיון אקדמי. הפעם משתרעת הכרעת השופטים על פני 75 עמודים, ואין פלא שהיא ניתנה רק כשנתיים לאחר הגשת העתירה – לעומת פחות מ-10 עמודים שכתב ויתקון, בתוך שבועות ספורים.

פסק הדין המרכזי נכתב על ידי ברק, שכפר במסגרת דיון מקיף בדרישה העקרונית, המהותית, של זכות העמידה. ובלשונו: "איני רואה במהות תפקיד השיפוט כל דבר המחייב קביעה כי רק מי שזכותו קופחה רשאי לריב את ריבו שלו." נושא אחר שלו הוקדשו יותר מ-25 עמודים היה נושא השפיטות. ברק הבחין בין "שפיטות נורמטיבית" ל"שפיטות מוסרית", וקבע בעניין "שפיטות נורמטיבית" שהכול שפיט. הנימוק שלו היה שכל התנהגות היא או מותרת על פי המשפט או אסורה, ולפי אמת המידה הזו ניתן למדוד כל התנהגות אנושית.

השופט מנחם אלון ורבים אחרים חולקים על המבחן הפשטני הזה, וגורסים כי קיימות התנהגויות רבות שהמשפט אינו מתייחס אליהן ואינו מבקש לקבוע עמדה לגביהן. איננו אומרים ש"המשפט 'מתיר' לאכול, לשוחח בטלפון, לטייל, לרוץ ולרקוד משום שאין הוא 'אוסר' פעולות אלה". המשפט כלל אינו מתייחס לפעולות האלה. הוא מתעלם מהן, כשם שהוא מתעלם מנושאים רבים מתחום המוסר, שאינם בתחום התעניינותו. לכך צירף אלון, בהקשר אחר, ביקורת חריפה על ניסיונו של עמיתו ברק להשתמש בעילה של "חוסר סבירות" כדי להעביר תחת שבט ביקורתו החלטות דוגמת קשירת יחסים עם מדינה זרה, ארגונו של הצבא, מבנהו והיערכותו, הצטיידותו ומבצעיו. לדעת אלון, כל הנושאים הללו אינם בתחומו של בית המשפט.¹⁰¹

משמעותה של ה"שפיטות המוסדית", שעליה דיבר ברק, היא שגם אם הנושא שפיט, עדיין ייתכן שהסמכות לדון בו נתונה לגוף אחר, דוגמת בית המחוקקים או הממשלה, ולא לבית המשפט. אבל אפילו אפשרות זו נדחת על ידו, שכן הדוקטרינה של אי-שפיטות בבית המשפט "פרובלמטית היא ביותר, כי יסודותיה המשפטיים רעועים, וכי מבוססת היא במידה רבה על 'טעמים אי-רציונליים'". ואף שברק השאיר פתח צר למקרים שבהם לא ידון בית המשפט בנושא, הסתבר שהפתח כה צר, עד שבפועל כמעט שלא ניתן למצוא דוגמה הנכללת בו. בקיצור, למעשה "הכול שפיט".

לשיטתו של ברק, אפילו השאלה של קשירת יחסים דיפלומטיים היא שאלה שפיטה. כזכור, השופט זוסמן פסק שהשיקולים בעניין זה אינם משפטיים, אלא שיקולי מדיניות חוץ, ולפיכך הנושא איננו שפיט. ברק דוחה גישה זו. מאחר שכל הרשויות חייבות לפעול בסבירות, וקיימת עילה של "חוסר סבירות" שהוא עצמו דאג לפתחה ולהרחיבה, ניתן לדעתו להעמיד לביקורת שיפוטית גם את השאלה עם מי תקשור או לא תקשור מדינת ישראל יחסים דיפלומטיים.

באותה התדיינות ביחס לגיוס תלמידי ישיבות הסכים הנשיא שמגר עם ברק ביחס להרחבת זכות העמידה ובכך שיש ל"עותר ציבורי" אפשרות לפנות לבג"ץ במגוון מקרים. גם השופטת השלישית בהרכב, מרים בן-פורת, היתה מוכנה לכך, אבל רק במקרים יוצאים מהכלל (לעצם העניין: העתירה בנושא גיוס תלמידי הישיבות נדחתה, לאחר שברק קבע כי שר הביטחון פעל בסבירות). ואולם, שמגר דחה את תיאוריית "הכול שפיט" של ברק, אשר אינה מתיישבת – גם לדעתו – עם הפרדת הרשויות. לגישתו, כשהאופי הדומיננטי של הנושא הנו פוליטי, צריך בית המשפט להימנע מלעסוק בו. למשל, בשאלות של שלום ומלחמה, לגבי הסבירות של דרך לחימה שהצבא בחר בה ונושאים רבים נוספים. השופטת בן-פורת נטתה לצד שמגר בנושא זה, והוא עצמו חזר על עמדתו בריאיון שנתן לאריק כרמון ואמירה לם, ופורסם ב"דיעות אחרונות" לאחר פרישתו, ביום 17.4.2009.

ברק נותר במיעוט בנושא השפיטות, אבל היה לו יתרון עצום: הוא היה צעיר ביותר מעשור משמגר ומבן-פורת, והעתיד צפן לו נשיאות של יותר מ-10 שנים, שבהן לא יהיה איש מהם (וגם לא מנחם אלון) על כס השיפוט. בתקופה זו יוכל לנהוג לפי השקפתו, להנחיל אותה לשאר השופטים, והעובדה שיותר בעבר במיעוט לא היה בה כדי להוות מעצור מבחינתו.

בעידן שמגר נשמר הכלל שבית המשפט צריך להימנע מהתערבות בנושאי מדיניות, ומהשיקול הזה דחה למשל, ב-1991, הרכב בראשותו עתירה שבה נטען

כי ההתנחלויות על אדמות מדינה בשטחים, אם הן אינן נעשות למטרות ביטחוניות, מנוגדות למשפט הבינלאומי ולעקרונות החוקתיים של מדינת ישראל. שמגר ועמיתיו להרכב, אליעזר גולדברג ותאודור אור, נימקו את הדחייה בכך שמדובר בעתירה נגד מדיניות כללית של הממשלה, ללא התייחסות לפעולה קונקרטית, ובית המשפט לא יעסוק בכך. בפסק הדין הזה אפשר למצוא התבטאויות המזכירות את גישת בית המשפט הישן, ולפיהן עיקר תפקידו של בית המשפט הוא לדון בסכסוכים קונקרטיים ולא לבצע חקיקה שיפוטית. למשל: "בית המשפט צריך למנוע עצמו מן הדיון בנושאי מדיניות חוץ, המסורים לרשות שלטונית אחרת."¹⁰²

פתיחת הדלתות בפני כל פונה שינתה לחלוטין את אופיו של בית המשפט. יתרה מזאת, השופטים אף עודדו את הפניות, על ידי כך שנמנעו מהטלת הוצאות על עותרים ציבוריים. בפרסום רב זכו דבריו של השופט חשין, שהתלונן כי: "על דרך ההפלגה נאמר, שכיום נוטל אדם לידיו עיתון בוקר או עיתון צהריים, ומבטו מרקד בין הידיעות השונות עד שעינו צדה ידיעה פלונית, ומשמצא מה שמצא קורא הוא אל חבריו: קומו ונעלה ציון – אל בית המשפט העליון. אומר ועושה. עתירה לבית המשפט העליון כמו נכתבת היא במהלך הנסיעה."¹⁰³

למרות ההדים שקיבלו הדברים – לא היתה להם תוצאה מעשית. בית המשפט המשיך לעודד עתירות מסוג זה, וגם באותו מקרה, אף שדחה את העתירה, נמנע מלחייב את העותרים בהוצאות. התוצאה היתה לא רק ריבוי עתירות, אלא גם צמיחתם של "עותרים סדרתיים" בנושאים פוליטיים, בנושאים הנוגעים לסכסוך היהודי-ערבי, למעמד האישה, להגנה על מגזר מסוים, או כאלה הנוגעים למאבק בשחיתות. הפנייה לבג"ץ זולה, ובהיעדר סיכון של חיוב בהוצאות, העותר זוכה לא פעם בפרסום ניכר. גם אם תידחה העתירה, היא תזכה אותו ואת העניין שלמענו הוא נרתם בתהודה תקשורתית.

כאמור, ההליך שינה כליל את אופיו של בית המשפט. כעת כל כותרת בעיתון עשויה להיהפך לנושא לדיון בבג"ץ, החש שהוא חלוץ מרכזי בזירה הפוליטית, שותף לכל ההכרעות המהותיות. בהינף קולמוס הוא יכול לדרוש הסבר על כל מעשה, ויכול להיות שמעניין יותר לעסוק בלחימה בעוזה, בהרכב הממשלה, בהסדר המדיני, במאבק בטרור, מאשר בנושאים הפעוטים, כביכול, הנוגעים לחיי האזרח, שנדחה בלך ושוב – דוגמת אי-קבלת רישיון, זכייה במכרז או קבלת מעמד של עולה.

ואכן, תוך שנים אחדות הסתבר שבג"ץ לא מסוגל לטפל בעניינים יום-יומיים אלה, ונתחים גדולים מהם הועברו לבתי המשפט המינהליים, שהוקמו בשנת 2000. הנושאים הגדולים, דוגמת הרכב הממשלה, העמדה לדין של אישי ציבור ונושאי

לחימה – שבתי משפט במדינות דוגמת בריטניה וארצות הברית מבינים כי אין זה מתפקידם לעסוק בהם – אלה נשארו בתחומי של בג"ץ כערכאה ראשונה.

פסק הדין הנ"ל של השופט חשין הבליט נקודה נוספת: כשמוגשת עתירה פרטית, העובדות הרלוונטיות נמצאות לרוב בידיעתו של העותר, והוא נדרש להגיש תצהיר המפרט אותן. לפני בית המשפט מונחת כך תשתית עובדתית, המאפשרת נקיטת עמדה בדבר הצעדים הנדרשים בתיק. קיימת אמנם אפשרות שגם במקרה של עתירה ציבורית יהיו לעותר ידיעות מיוחדות בנושא, אבל במקרים רבים מבוססת העתירה על מידע שפורסם בתקשורת. סדרי הדין בבג"ץ מאפשרים לבית המשפט בשלב ראשוני, בלי להוציא צו על תנאי, להזמין את הצד השני להגיב על העתירה. הזמנה כזו מחייבת אותו להגיש תשובה בכתב עם העתק לעותרים, וקל להבין את המשמעות: מישהו קרא בעיתון שאחד השרים הורה לעשות כך וכך. הידיעה עשויה להיות נכונה, אך ייתכן גם שאינה מדויקת, אבל אותו אזרח, שהמעשה אינו נושא חן מלפניו, פונה לבג"ץ, ובג"ץ מורה להגיש תגובה. הפרקליטות חייבת להיכנס לפעולה, להכין תשובה, לברר את העובדות במשרד המתאים, ולנהל הליך בירוקרטי יקר ומסורבל – והכול תחת חשש מפני צו של בית המשפט.

כל זאת, כאשר הדרך המקובלת בעולם להתמודד עם נושאים כאלה היא באמצעות הליכים דמוקרטיים (בחירות, מחאה ציבורית וכדומה) ובאמצעות פיקוח על הרשות המבצעת על ידי הפרלמנט, מבקר המדינה וכולי.

שאלה נוספת לגבי עתירות המושגות על ידיעה בתקשורת היא מדוע בכלל נדרשת עתירה לבג"ץ? אם הידיעה הגיעה לשופטים במישרין מהתקשורת והיא אינה נראית להם, מדוע שימתינו לעותר, ולא יוכלו, כמו מבקר המדינה, לפנות מיוזמתם לממשלה, לדרוש התייחסות ולהוציא צווים?

עליונים על הכנסת, עליונים על הממשלה

העידן החדש בבית המשפט העליון נפתח, כאמור, בנובמבר 1983. הבחירות לכנסת נראו באופק, ובית המשפט החדש הספיק להטביע עליהן חותם, אשר השפיע על צביונה של הכנסת, על הרכב האישים המכהנים בה ועל יחסי יהודים-ערבים בישראל. ביוני 1984 החל העליון לדרון ב"ניימן נגד יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה", ¹⁰⁴ שהיה למעשה ערעור על החלטתה של הוועדה לפסול את רשימת "כך" ואת "הרשימה המתקדמת לשלום". הנימוקים לפסילת "כך" היו שעקרונותיה הם גזעניים ואנטי-דמוקרטיים, ושהיא תומכת במעשי טרור ומנסה ללבות שנאה בין חלקים שונים באוכלוסייה. הרשימה השנייה היתה רשימה ערבית-יהודית, שתמכה בעמדה הלאומית הפלשתינית בנוגע לזכות ההגדרה העצמית של הפלשתינים, והיא נפסלה כיוון שהרוב בוועדת הבחירות סבר כי "ברשימה זו אכן קיימים יסודות ומגמות חתרניים, ואנשים מרכזיים ברשימה פועלים בדרך של הזדהות עם אויבי המדינה", והרשימה "דוגלת בעקרונות המסכנים את שלמותה וקיומה של מדינת ישראל ושמירה על ייחודה כמדינה יהודית". מסקנת הוועדה התבססה בין השאר על תצהיר של האלוף אביגדור בן-גל (יאנוש) בעניין מוחמד מיעארי, שהיה בין מועמדי הרשימה. מיעארי היה פעיל בעבר בתנועת "אל-ארד", והופיע ברשימת המועמדים לכנסת מטעם "הרשימה הסוציאלית", שנפסלה ב-1965 על ידי בית המשפט העליון הקלאסי בפסק דין ירדור. בן-גל ציין כי מיעארי הופיע ביוזמתו בכנס של ראשי המועצות הערביות שדנו בתגובה להתנקשות של "המחתרת היהודית" בראשי הערים ביהודה ושומרון, וכי בעוד שראשי המועצות קיבלו החלטה מתונה יחסית, הוא נקט גישה "מתסיסה ומסיתה", וקרא להם לקיים שביתה כללית שתשבש את החיים.

ועדת הבחירות המרכזית ביססה את הפסילות על הלכת ירדור, אך הערעור על החלטתה התברר לפני בית המשפט החדש, והמגמה השתנתה לחלוטין. הרכב של חמישה שופטים (שמגר, בן-פורת, אלון, ברק ובייסקי) הדגיש כי הזכות לבחור והזכות להיבחר הן זכויות יסוד, פסל את הפסילה ואישר לשתי הרשימות להשתתף בבחירות.

התוצאה היתה חר-משמעית, אבל ההלכה החדשה רחוקה מלהיות ברורה, לנוכח שלל הדעות של השופטים. שמגר סבר שהגבלת הזכות להיבחר צריכה להתבסס על הוראת חוק מפורשת, ויש לה מקום רק "כאמצעי קיצוני ואחרון מול 'ודאות קרובה'" לסיכון העומד להתממש – נתונים שלא היו קיימים לדעתו באותו מקרה. מרים בן-פורת אימצה את דעת המיעוט של השופט חיים כהן בעניין "אל-ארד", ולפיה בהיעדר הוראה בחוק אין לוועדת הבחירות המרכזית סמכות לפסול רשימה כלשהי – לא על בסיס עקרונות-על של השיטה ולא על בסיס אחר שאינו מעוגן בחוק. מנחם אלון קיבל את דעת הרוב בעתירת ירדור, אך סבר שהיא מוגבלת לרשימה השוללת את עצם קיומה של מדינת ישראל או את שלמותה, וכי הדבר לא הוכח או שאינו מתקיים לגבי שתי הרשימות.

אך למרות אי-הבהירות – התוצאה, כאמור, חדה: בית המשפט העליון ביטל את החלטתה של ועדת הבחירות המרכזית, ביטל גם את הלכת ירדור, וקבע כי שתי הרשימות רשאיות להתמודד בבחירות. כך זכתה "כך" במנדט, ומנהיגה השנוי במחלוקת, מאיר כהנא, נהפך לחבר כנסת. "הרשימה המתקדמת לשלום" זכתה בשני מנדטים, ולכנסת הצטרפו מיעארי והאלוף במילואים מתי פלד.

אף ששני פסקי הדין עסקו בסוגיה זוהי, בולט לעין ההבדל ביניהם לא רק באשר לתוצאה, אלא גם מבחינת יעילות הדיון והיקף פסק הדין. עניין ירדור נידון בהרכב של שלושה שופטים, הדיונים התקיימו במחצית הראשונה של אוקטובר 1965, ופסק הדין המנומק, המשתרע על 22 עמודים (דעות הרוב והמיעוט), ניתן כשבועיים לאחר הדיון האחרון. אפשר גם לומר שההלכה שנקבעה היא חדה וברורה, אם כי בדומה להלכות רבות שמקורן בפסיקה, נותר מקום לפיתוח ולשכלולה בעתיד. בעניין ניימן גדל מספר השופטים לחמישה, החלק האופרטיבי של ההחלטה ניתן יום לאחר שנשמעו הטיעונים, כאשר אושר לשתי הרשימות להתייצב לבחירות, אבל פסק הדין המנומק פורסם רק אחרי כמעט שנה, והוא נמתח על קרוב ל-100 עמודים. האורך המופלג משקף את הגישה של בית המשפט החדש כל אימת שהוא נתקל בסוגיה סבוכה: להגיב במלל רב. לעתים מתקבלת בשל כך תחושה של חוסר ביטחון עצמי, ואולי אף פקפוק בתוצאה או בדרך שבה תתקבל בציבור. פעמים מתבטא הדבר בווכחות של שופטים עם עצמם או בוויכוח עם עמיתיהם, ופעמים בתחושה שאורך פסק הדין וריבוי הנימוקים הם שיצליחו אולי במלאכת השכנוע.

ההשוואה בין פסקי הדין מעניינת גם מהבחינה המהותית. פסק דין ירדור משקף את הגישה האקטיביסטית השקולה של בית המשפט הישן: השופטים הכירו באפשרות לפסול רשימה לכנסת למרות היעדר הוראה בחוק המאפשרת זו, אבל הטילו בעצמם מגבלות על כוחם, לא שללו את תוקפה של החקיקה וגם לא

התיימרו לעשות זאת. היו שם אמנם אמרות אגב של השופט זוסמן, אשר ניתן להן בהמשך פירוש שחרג בהרבה מכוונתו והעלה את האפשרות של ביטול חקיקה, אולם ברור שבית המשפט הישן הכיר בעליונות המחוקק וכיבד את רצונו. מה שנעשה בעניין ירדור היה בעצם השלמת החקיקה בנקודה שהמחוקק לא התייחס אליה. יתר על כן: האקטיביזם השיפוטי באותו פסק דין בא כדי להתגונן מפני סכנה שריחפה לדעת בית המשפט על המדינה הציונית. ניתן אף לומר שהוא מהווה ביטוי לפטריוטיות ציונית. זוהי מטרה שונה בתכלית מהמטרה המאפיינת את האקטיביזם של בית המשפט החדש.

פסק דין ניימן (הראשון) הוא במובן מסוים היפוך האקטיביזם. בית המשפט מצטנע כביכול, ואיננו מוכן ליטול על עצמו את המשימה של פסילת רשימות לכנסת, נושא שהוא מתפקידו של המחוקק, אך יש בו היבט אקטיביסטי חריף, בכך שהוא מבטל הלכה קודמת של העליון, שהיתה בגדר דין מחייב במשך שני עשורים. פסק הדין הזה קבע הלכה חדשה, והרחיק לכת במיוחד כיוון שיצר שינוי באופייה של הכנסת. אבל היה זה רק אחד מפסקי דין רבים שעוד יבטלו הלכות של בית המשפט הקלאסי, וישנו לחלוטין את פני המשפט והפוליטיקה בישראל.

לא רק שבית המשפט העליון החדש נהפך לאקטיביסטי בהרבה מקודמו – הכיוון והמגמה השתנו לחלוטין: מאקטיביזם מתון, שנועד להגן על ערכי הציונות והמדינה היהודית, לאקטיביזם גורף, המייחס משקל מרבי לזכויות הפרט או לאלה של קבוצה מסוימת, תוך שהוא מתעלם כמעט כליל מהנזק הכבד ומהסכנות שייגרמו לפרטים אחרים או לכלל הציבור. כש"כך" הגזענית נכנסה לכנסת, קיבלה זכותו של כהנא עדיפות. האינטרס של הכלל, שתנועה כזו לא תצבור כוח ולא תנצל את המעמד, הזכויות והאמצעים שחברות בכנסת עשויה להעניק לה – נמחק. וכשנציגיה של "הרשימה המתקדמת לשלום" נבחרו לכנסת, החל תהליך שבו נכנסים מאז לבית הנבחרים הישראלי שלוחיה של התנועה הלאומית הפלשתינית.

למחוקק לא היתה אפשרות מעשית להגיב על פסק דין ניימן לפני הבחירות, אבל הכנסת שנבחרה ב-1984 עשתה זאת על ידי כך שהוסיפה ל"חוק יסוד: הכנסת" הוראה האומרת כי לא תשתתף בבחירות לכנסת רשימה שיש במטרותיה או במעשיה משום שלילת קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי, שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה או הסתה לגזענות. על סמך ההוראה הזו נפסלה "כך" מלשוב ולהתמודד בבחירות לכנסת ה-12 בעתירתו השנייה של ניימן (ולאחר מכן גם בבחירות לכנסת ה-13), בנימוק שיש בפרסומיה ובהצעותיה הסתה לגזענות ושלילת אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל.¹⁰⁵

לעומת זאת, ברוב של שלושה (שמגר, בייסקי ושלמה לוי) כנגד שניים (אלון

ורב לוין) נדחה הניסיון למנוע את השתתפותה של "הרשימה המתקדמת לשלום".¹⁰⁶ שמגר הוסיף שם תנאי לפסילתה של רשימה השוללת את קיומה של ישראל כמדינתו של העם היהודי – תנאי שלא נזכר בחוק – ולפיו יש להטיל הגבלות על זכות יסוד "רק מול ודאות של סכנה קרובה", וכי תנאי מוקדם להפעלת הסעיף החדש (7א) הוא "קיומה של סכנה ברורה ומידית". ראוי לשאול בעניין זה אם "כך" אכן הציבה "סכנה ברורה ומידית", אף כי ברור שראוי היה לפסול את הרשימה בלי קשר לתשובה. אולם רשימות בעלות אופי לאומי פלשתיני אושרו חרף החומר שהובא נגדן, לאחר שבית המשפט הציב רף גבוה במיוחד להוכחת "שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי".

כעבור שנים אחדות, בתקופת נשיאותו של אהרן ברק, שבה השאלה והתעוררה לגבי תנועת בל"ד ("ברית לאומית דמוקרטית") ומנהיגה עזמי בשארה, וברוב דעות של ברק, מצא, ביניש, פרוקצ'יה, ריבלין, אנגלרד ודורנר, נגד שלמה לוין, טירקל, שטרסברג-כהן ואדמונד לוי, התקבל הערעור על פסילתו של בשארה (פסילתו של אחמד טיבי בוטלה פה אחד).¹⁰⁷ כך יצא שכל ניסיונותיה של הכנסת למנוע את בחירתם של נציגי התנועה הלאומית הפלשתינית סוכלו מאז 1984 על ידי בית המשפט באמצעות פרשנות – מצב שיש לו השלכות עצומות הן על הפוליטיקה והן על יחסי יהודים-ערבים במדינה.

כניסתם של יסודות פלשתיניים לאומיים לפרלמנט הישראלי היא תופעה שקשה למצוא לה אח ורע בעולם. יש הרואים זאת בחיוב, ומאמינים שהדבר מצמצם את סכנת השימוש בכוח על ידי ערביי ישראל, אם כי המקרה של בשארה ומחקרים שהצביעו על התגברות של הנכונות לנקוט אלימות כאמצעי מחאה מצד ערביי ישראל,¹⁰⁸ מעמידים את התזה הזו בסימן שאלה. אין אמנם הוכחה שהייצוג הלאומי בכנסת תרם להקצנה במגזר הערבי, אך תמיכה ב"התנגדות" נשמעה לא פעם מפי נציגי הלאומיות הערבית בכנסת, ואחרים מהם אף השתתפו באירועים לזכרם של אחראים לפעולות טרור ובאירועים שאנשי טרור נטלו בהם חלק. התנהגות כזו, כאשר היא נעשית על ידי חברי כנסת, זוכה מטבע הדברים בהעצמה ובתהודה רבה, וניתן בהחלט לצפות שתגרום להקצנה.

התפתחות אחרת נוגעת לשיתוף היהודי-ערבי במסגרות מפלגתיות. בעבר השתלבו ערבים לא מעטים במפלגות היהודיות, בעיקר בצד שמאל של המפה. אישי ציבור ערבים אחרים התמודדו בבחירות במסגרת מפלגות לוויין שהיו קשורות למפלגה ציונית ("חקלאות ופיתוח", "קידמה ועבודה", "שיתוף וקידמה" ועוד), ואף הצטרפו לקואליציה וכיהנו כסגני שרים. עם הזמן התופעה נעלמה כמעט לחלוטין (יוצא מהכלל הוא חבר הכנסת ראלב מג'אדלה ממפלגת העבודה, שכיהן כשר בממשלת אולמרט). המפלגה הקומוניסטית הישראלית (על שני פלגיה

ובשני שמותיה – מק"י ורק"ח), נהפכה למפלגה סוציאליסטית (החזית הדמוקרטית לשלום ולשוויון), ולמנהיגיה הערבים יש נטייה ברורה לצד הפלשתיני. אף כי המסורת של נציגות יהודית בכנסת נשמרת, רובם המכריע של תומכי חד"ש הם ערבים.

מספר חברי הכנסת ברשימות הערביות (חד"ש,¹⁰⁹ בל"ד, רע"ם ותע"ל) בכנסות האחרונות גדל, והוא סובב סביב העשרה – אבל שילובן בקואליציה נהפך לבלתי-אפשרי, עקב הקו הפרו-פלשתיני המובהק שהן נוקטות, והן מהוות רק חלק מהבלוק החוסם של השמאל.

המשמעות העמוקה של מפלגות פלשתיניות לאומיות המיוצגות בכנסת מקרינה על יחסי יהודים-ערבים. אין קושי להבין מהי התחושה בחלקים רבים בציבור היהודי, המתבשר על כך שחברת הכנסת חנין זועבי מצטרפת למשט הטורקי לפריצת המצור על עזה, שאנשיו מפעילים אלימות קשה כלפי לוחמי חיל הים המשתלטים על הספינה כדי לעצור אותה, או כשנודע על נאום שנשא חבר הכנסת עזמי בשארה לאחר מלחמת לבנון השנייה, שבו הכריז: "החיזבאללה ניצח, ולראשונה מאז שנת 1967 טעמנו את טעמו של הניצחון. זכותו של החיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל."

תורה של הממשלה הגיע תשע שנים לאחר שבית המשפט העליון הביא לשינוי דרמטי בפניה של הכנסת. היתה זו ממשלת רבין השנייה, ופסק הדין שניתן ב-1993 זעזע אותה עד היסוד, כאשר פסל את השר אריה דרעי וסגן השר רפאל פנחסי מלכהן בתפקידיהם, עקב הכנת כתבי אישום נגדם.

באוגוסט 1993 הגיש היועץ המשפטי לכנסת את כתב האישום נגד דרעי לשם הסרת חסינותו, אך בעוד הבקשה תלויה ועומדת, הוגשה עתירה להביא להפסקת כהונתו – ובג"ץ נענה לבקשה. היה זה אחד משיאיה של פרשה שנמשכה חודשים ארוכים. היועץ המשפטי חריש מסר לרבין על החשדות הכבדים ועל כך שדרעי שומר על זכות השתיקה. בעקבות זאת נערך הסדר – על דעת היועץ – ומכוחו הפקיד דרעי מכתב התחייבות, כי ישעה את עצמו מהממשלה, מרצונו, אם וכאשר יוגש נגדו כתב אישום. רבין ציין שהוא ראה בכך גם התחייבות מצדו לא להפעיל את סמכותו לפטר את דרעי אלא אם כן יתמלאו התנאים שבמכתב. ובקיץ 1993 עדיין לא התמלאו התנאים האלה, מאחר שהחסינות עדיין לא הוסרה וכתב האישום עדיין לא הוגש לבית המשפט.

עתירה נפרדת, שדרשה לסיים את כהונתו של פנחסי, הוגשה במקביל. מעמדו של דרעי היה גבוה מזה של סגן שר הדתות פנחסי, אבל עניינו של פנחסי היה מורכב יותר מבחינה משפטית, לאחר שהעליון סיבך את עצמו ואת הכנסת בפסיקה

מיותרת ומעוררת תמיהה, שבה מנע את הסרת חסינותו. גם העבירות שיוחסו לפנחסי נפלו בחומרתן מאלה שיוחסו לדרעי.

חריש גילה לא פעם נכונות לתמוך בעמדות הממשלה ולדחות את עמדות הפרקליטות, שדיברו לכאורה בשם "שלטון החוק". כך הוא נהג בנוגע לחגינה לאנשי השב"כ וכך בנוגע לגירוש אנשי החמאס ללבנון. אולם בפרשות דרעי ופנחסי, שהתבררו סמוך לסיום כהונתו, נקט חריש עמדה שתאמה את זו של הפרקליטות ושילב עמה ידיים. בעניין פנחסי הוא אמנם לא נטה לשלול את כהונתו לפני שבית משפט יפסוק בעניינו, אך משהוברר כי משפטו לא יתקיים בקרוב, תמך גם בהפסקת כהונתו.

רבין היה זקוק נואשות להמשך השתתפותה של ש"ס בקואליציה, אבל בעתירה להפסקת כהונתם של דרעי ופנחסי נשללה ממנו אפילו הזכות להיות מיוצג. היה עליו להסתפק בכך שמכתב שלו הוצג לבית המשפט. היועץ המשפטי, שחלק על ראש הממשלה, הוא שיוצג על ידי הפרקליטות, והיא הצטרפה לעותרים בדרישה להביא לפיטוריהם של דרעי ופנחסי.

שאלות משפטיות כבדות משקל עלו בפרשה הזו. בחוק לא היתה באותו זמן הוראה כלשהי העוסקת בכהונתו של שר או סגן שר שגובש נגדו כתב אישום, וממילא לא היתה דרישה לפטרו. השאלה היתה האם שתיקת המחוקק מהווה "הסדר שלילי", כלומר האם בהתעלמותו מהעניין הוא בעצם קבע דין השולל פיטורי שר (או לפחות אינו מחייב את פיטוריו) במקרה כזה? ובהנחה שלא היה זה הסדר שלילי – האם חייב ראש הממשלה להפעיל את סמכות הפיטורין המוקנית לו, והימנעותו מלפטרם היא בלתי-סבירה במידה המחייבת התערבות של בית המשפט?

העתירות הנפרדות נידונו לפני אותו הרכב של חמישה שופטים בראשות הנשיא שמגר ובהשתתפות ברק (כשלצדם אליהו מצא, דב לוין ואליעזר גולדברג). פסק הדין העיקרי בעתירה "התנועה למען איכות השלטון נגד ממשלת ישראל"¹¹⁰ שעסקה בעניינו של דרעי, נכתב על ידי שמגר, ופסק הדין העיקרי בעתירה של "אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות"¹¹¹ שעסקה בעניינו של פנחסי, נכתב על ידי ברק. שניהם ניתנו באותו יום, 8.9.1993, ותוצאותיהם היו זהות. לשאלה הראשונה השיב בית המשפט בשני המקרים בשלילה. הוא קבע כי "שתיקת המחוקק" מהווה "הסדר שלילי" כאשר נראה שהוא שקל את הנושא ושלל אותו, אך לא כאשר הוא נמנע מלהתייחס לנושא. לדוגמה, אם המחוקק קובע כי מי שמלאו לו 17 ועמד בבחינות מתאימות זכאי לרישיון נהיגה, ניתן ללמוד מכך שמי שלא מלאו לו 17 אינו זכאי לרישיון – אף שהדבר לא נאמר במפורש. מכלל ה"הן" ניתן ללמוד את ה"לאו".

אפשר לקבל את עמדת בית המשפט כאשר קבע שאין "הסדר שלילי" בסוגיית העמדה לדין של שרים, כי באותם ימים לא היתה כלל הוראה ב"חוק יסוד: הממשלה" בעניין חקירות או הרשעות של שרים או סגני שרים בעבירות פליליות (מאז שונה החוק). לגבי סגני שרים הנקודה פחות ברורה, משום שסגן שר חייב להיות חבר כנסת, והיו הוראות לגבי אפשרות בחירתם של חברי כנסת בהקשר של הרשעה פלילית (הגשת כתב אישום אינה מהווה מניעה להיבחר לכנסת). למרות זאת, כאמור, ניתן לקבל ברוחק את עמדת בית המשפט שגם כאן לא מדובר ב"הסדר שלילי", מפני שהתייחסות כללית לחברי כנסת אינה כוללת בהכרח את האפשרות של התמנות לסגן שר.

בעייתית יותר היתה תשובת בית המשפט לשאלה השנייה, כאשר קבע שהחלטת ראש הממשלה לפטר או לא לפטר שר כפופה לדרישת הסבירות. שמגר קבע כי אי-פיטוריו של דרעי הנם בלתי-סבירים באופן קיצוני. ברק, אף שאזכר דברים אלה של שמגר, הסתפק בחוסר סבירות "רגיל" לגבי אי-פיטוריו של פנחסי. אבל חשוב לזכור שמדובר כאן בנושא פוליטי: בית המשפט המהפכני נמנע מלקבוע הלכה שתמנע מתנועה גזענית דוגמת "כך" מלהתמודד לבחירות לכנסת, כל עוד לא היתה בחוק הוראה בעניין זה. כעת הוא בחר לקבוע הלכה חדשה, המסדירה את נושא כשירותם של שרים וסגני שרים לכהן בתפקידם.

בכך הגיע קץ הקריירה הפוליטית (לפחות לאותה עת) של דרעי ופנחסי. שמגר אמנם ציין שהוא אינו מתייחס "לנורמות מוסריות שהן חסרות יסוד בדין" אלא למשפט עצמו, ואותה עמדה נקט ברק, אבל אין ספק שהשופטים החילו נורמות שנראו להם ראויות. הן לא היו חלק מהדין הישראלי, אבל נהפכו לחלק ממנו לאחר שבית המשפט למעשה חוקק אותן. עובדה היא שהשר אבוחצירא המשיך בשעתו למלא תפקיד שר לאחר הגשת כתב אישום נגדו (הוא פרש רק לאחר שהורשע), ואיש לא העלה על הדעת שעליו להתפטר.

פסק הדין נומק גם בכך שפיטורי השניים נחוצים כדי להבטיח את אמון הציבור בשלטון, אבל למסקנה הזו אין כל ביסוס עובדתי. להפך, ניתן לומר כי פרישת ש"ס מהממשלה גרעה מתמיכת הציבור בה. גם אם לפי הערכים המנחים את בית המשפט ראוי היה שייפגע אמון הציבור בממשלה שחברים בה שר וסגן שר כאלה, לא בטוח שזה מה שאכן היה מתרחש, והימים הבאים יוכיחו ש"אמון הציבור" הוא לא יותר מפיקציה משפטית.

לבעייתיות של ההלכות הצטרפו הנסיבות הצורמות במיוחד בעניין פנחסי. סגן השר יוצג על ידי עו"ד דן אבי-יצחק, והשמיעה בבג"ץ נקבעה לפגרה, בשעה שהוא שהה בחו"ל. בקשתו לדחייה קצרה נדחתה בנימוק שהעניין הציבורי מחייב דיון מיד, ובמקום אבי-יצחק התייצבו מול השופטים עורכת דין ממשרדו, יעל

מימון, שאליה הצטרף עו"ד יעקב רובין. וזאת, כזכור, בתיק שבו נשללה מראש הממשלה הזכות הבסיסית להיות מיוצג בדיון הנוגע לו ולממשלתו. הצטרף לפרשה גם הסבך של אי-הסרת חסינותו של פנחסי, לאחר שבג"ץ עצמו פסל את החלטת הכנסת בעניין (עניין שאתיחם אליו בהמשך). אף שכתב האישום לא הוגש לבית המשפט (באותה תקופה לא יכלו חברי כנסת לוותר על חסינותם), ולכן לא היתה לפנחסי אפשרות להתגונן מפניו, ייחס בג"ץ לכתב האישום תוקף מלא, כשהוא מכרסם בחסינות ולמעשה מתעלם ממנה.

תוצאת פסקי הדין הללו מרחיקת לכת. בית המשפט התייחס בעצם לשיקול דעתו של ראש ממשלת ישראל בנושא פוליטי, שמצוי בתחום סמכותו, כפי שהוא מתייחס להחלטה של פקיד זוטר בדבר הענקת רישיון לפתיחת עסק. אלא שאלה נושאים שונים לגמרי, וגלישתו של בית המשפט להרכב הממשלה מהווה פגיעה חמורה בהפרדת הרשויות וגוררת אותו אל תוך התחום הפוליטי. השאלה איננה האם התוצאה היתה טובה או פופולרית. השאלה היא, האם בית המשפט רשאי בכלל לקבוע קריטריונים להרכבת הממשלה.

מדוע המשיך אהרן אבוחצירא לשמש שר גם לאחר שהוגש כתב אישום נגדו? האם הדבר פגע באמון הציבור? אין לכך כל הוכחה. ומדוע לא דרש היועץ המשפטי יצחק זמיר את פיטוריו? התשובה מובנת מאליה: החוק לא חייב זאת, ואיש לא העלה על הדעת להפסיק כהונתו של שר כל עוד לא ניתן פסק הדין בעניינו.

הדחתם של דרעי ופנחסי היתה תולדה של שני גורמים: האחד, פתיחת שערי בג"ץ בפני כל אדם, גם אם אין לו כל עניין אישי בנושא (ראוי לציין כי גם על פי הכללים הישנים התקיימה גרסה שלפיה לכל אדם יש זכות עמידה בעניינים של מינויים לתפקידים ציבוריים. הנושא נזכר בסיפא של סעיף 15(ד)(2) ל"חוק יסוד: השפיטה", ללא התייחסות מפורשת לנושא של זכות עמידה). והשני, רצונו של בית המשפט החדש לעסוק בעניינים פוליטיים, להשליט את רצונו ואת הנורמות הראויות בעיניו, ואף לחוקק לשם כך את החוקים שייראו לו. גם לעובדה שההתערבות הבוטה הזו והחקיקה השיפוטית החדשה נעשו דווקא בעניינם של מנהיגים בני עדות המזרח – היו משמעותיות פוליטיות וחברתיות מרחיקות לכת.

בדומה להחלטות שיפוטיות אחרות המושתתות על מבחן הסבירות, קשה לדעת מה גבולותיה. האם די בכך שנפתחה חקירה נגד שר? ומה בדבר מינויים בלתי-סבירים משיקולים פוליטיים? למשל, הצעת משרה של שר או סגן שר במסגרת תרגיל מסריח כזה או אחר?

לאחר הבחירות של 2009 הקים נתניהו את הממשלה הגדולה בתולדות ישראל, ובה 39 חברים (30 שרים ו-9 סגני שרים). מפלגת העבודה הצטרפה לקואליציה, אך בעקבות מאבקים פנימיים התפצלה. בינואר 2011 פרש מנהיג המפלגה, אהוד ברק,

והקים, יחד עם ארבעה חברים נוספים שפרשו עמו, את מפלגת "עצמאות". העבודה, או מה שנותר ממנה, פרשה מהקואליציה. לחמשת חברי "עצמאות" הוקצו ארבע(!) משרות של שרים.

האם סביר להקים ממשלה ובה 39 חברים, כמעט שליש מחברי הכנסת ויותר ממחצית חברי הקואליציה? האם זה מוסרי? האם סביר להעניק ארבעה תיקים למפלגה בת חמישה חברים? האם זה מוסרי? האם כהונה של שר שרק הוכן נגדו כתב אישום פגומה יותר? לא מן הנמנע, שרבים יגידו כי ממשלה מנופחת ו"מחירים פוליטיים" כאלה הם בלתי-סבירים בצורה קיצונית ובלתי-מוסריים. למרבה המזל, איש לא פנה לבג"ץ בעניין. עשוי היה להיקבע הרכב של 11 שופטים, שיכתבו פסק דין בן מאות עמודים – אם כי זהו נושא פוליטי מובהק ואיננו עניין לבית משפט. הפתרון הוא בחקיקה, שבעבר אכן הגבילה את מספר השרים ל-18, אלא שההגבלה בוטלה לאחר שאהוד ברק נבחר לראשות הממשלה. לבסוף, ראוי להצביע על כך שבשנת 2001, לאחר פסקי הדין בפרשות דרעי ופנחסי, חוקקה הכנסת מחדש את "חוק יסוד: הממשלה", הקובע בסעיף 23(ב) כי אם הורשע שר בעבירה, ובית המשפט קבע שיש בה קלון – תסתיים כהונתו ביום פסק הדין. הדעת נותנת שהכנסת ביקשה בכך לבטל את הלכות דרעי ופנחסי, ולהעדיף על פניהן את חזקת החפות. למרות זאת הביע בית המשפט העליון אגב אורחא את העמדה שלפיה שינוי החוק אינו משנה את ההלכה אשר לפיה יש בידו להתערב בשיקול דעתו של ראש הממשלה ולהורות לו לפטר שר בעקבות הגשת כתב אישום נגדו (עוד לפני הרשעה), לפחות כשמדובר בעבירה חמורה.

ההתערבות בהליכי הכנסת החלה בשלהי תקופתו של בית המשפט הישן, כשבג"ץ ביטל ב-1981 את החלטתה של ועדת הכנסת להשעות את חבר הכנסת שמואל פלאטו שרון בעקבות הרשעתו בבית משפט השלום, כיוון שפסק הדין לא היה עדיין סופי.¹¹² זה היה אירוע נדיר: הרחקה, ולו זמנית, של חבר כנסת מבית המחוקקים. אולם בדומה למקרים אחרים, כשבית המשפט עוסק בנושאים קיצוניים ההתערבות שלו גולשת במדרון חלקלק לנושאים משניים, ועצם הדיון בהם משבש את הליכי הממשל, פוגע בהפרדת הרשויות וגורם למערכת כולה (כולל בית המשפט) נזק כבד. התהליך ברור: כשנתקלים במקרה הקשה והחריג מחפשים צידוק לעסוק בו. משנמצא הצידוק, מגיעים לבית המשפט גם מקרים קלים שאין שום הצדקה להתערב בהם. וכך מסתבר עם הזמן ש"הכול שפיט".

בית המשפט העליון, כפי שראינו, פתח בפסק דין חדשני את שערי הכנסת לפני מאיר כהנא, וכהנא המשיך לתרום להתפתחות המשפט הישראלי. בשנה שבה נבחר הוא פנה בעתירה נגד שלמה הלל, יושב ראש הכנסת, וקבל על כך

שיושב הראש מסרב להניח על שולחן הכנסת שתי הצעות חוק פרטיות שיזם. האחת, שרק יהודי יוכל להיות אזרח ישראלי, ואילו לא-יהודי יוכל להיות רק "גר תושב" – מעמד שיקבל זכויות מסוימות ויהיה כפוף לחובות מיוחדות ולמגבלות שונות. ההצעה השנייה היתה חוק למניעת התבוללות, וכללה בין השאר חופי ים נפרדים ליהודים וערבים, וכן איסור על אזרח יהודי להינשא למי שאיננו יהודי או אף לקיים יחסי אישות עם מי שאינו יהודי. היה זה פרי ההילולים הדמוקרטי של ההחלטה הליברלית לאפשר את בחירתו של כהנא לכנסת.

תקנון הכנסת הקנה ליושב ראש סמכות לאשר הגשת הצעות טרם הנחתן על שולחן הכנסת, והלל סירב לאשר את ההצעות של כהנא. בג"ץ, בהרכב בראשות ברק, דחה תחילה את הטענות כי הנושא אינו שפיט וכי הפרדת הרשויות שוללת התערבות במקרה כזה. הוא נכנס לעצם העניין, וקבע כי הצעותיו של כהנא "פוגעות בעקרונות יסוד של משטרנו החוקתי, מעוררות זיכרונות מחרידים ויש בהן כדי לפגוע באופי הדמוקרטי של מדינת ישראל". למרות זאת, הוא החליט להתערב בשיקול דעתו של יושב ראש הכנסת, והצהיר כי עליו לאפשר את הנחת ההצעות על שולחן הכנסת.¹¹³

הלל לא הזדרז לפעול לפי הצהרת השופטים, וכהנא פנה פעם נוספת לבג"ץ, כדי לנקוט נגדו הליכים בשל ביזיון בית משפט.¹¹⁴ הפעם נדחתה העתירה בנימוק שההחלטה הקודמת היתה בגדר הצהרה בלבד (להבדיל מהוראה לפעול), ואין נוקטים הליכי ביזיון בית משפט בשל אי-קיום הצהרה. ובסיכומו של דבר: עוד דוגמה לכך שבית המשפט משקיע לא פעם אנרגיה רבה בנושא שלא היה צריך כלל לעסוק בו, מוכיח בכך שהנושא כביכול בתחום סמכותו – אך אינו משיג תוצאה מעשית ורק משחית את זמנו ומקעקע את סדרי השלטון.

הכנסת, לעומת זאת, הגיבה בתיקון תקנון הכנסת, בו נקבע מפורשות כי לא תאושר הצעת חוק שלדעת יושב ראש הכנסת היא גזענית או שוללת את קיומה של ישראל כמדינת העם היהודי. לאחר התיקון סירב יושב הראש לאשר הצעות חוק נוספות של כהנא, שפנה שוב לבג"ץ וטען כי אין בכוחו של התיקון לשלול את זכותו להגיש הצעות חוק, וכי תיקון כזה צריך שייקבע בחקיקה (ולא בתקנון). הפעם ביכר שמגר לעסוק בנושא בעצמו ולא להותירו בידי ברק. הוא קבע הרכב של חמישה שופטים בראשותו, ולצדו המשנה לנשיא בן-פורת, מנחם אלון, דב לוין וגם ברק. אלון ולוין הסתייגו מפסק דינו של ברק בפרשת כהנא הקודמת, וקבעו שגם ללא שינוי התקנון לא היה מקום להתערב בהחלטת יושב ראש הכנסת. בכך נדחתה פה אחד עתירתו החדשה של כהנא, ונבלמה (לרגע) הרדיקליזציה של זכויות אדם.¹¹⁵

אבל כהנא לא נואש. כעבור שנה הוא פנה שוב לבג"ץ, לאחר ויכוח שנמשך

שנים על אודות הצהרת האמונים שהצהיר כאשר נכנס לכנסת. בהצהרתו אישר כהנא כי הוא מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולמלא באמונה את שליחותו בכנסת, אך הוסיף פסוק מתהילים "ואשמרה תורתך לעולם ועד". העניין נשקל, ובסופו של דבר הוחלט כי תוספת המילים הזו מסייגת את הצהרתו ולא היה לה מקום. יושב ראש הכנסת דרש ממנו להצהיר מחדש, כהנא פנה לבג"ץ, העניין נידון לפני בן-פורת, אלון ואליהו וינוגרד (שכיהן בעליון במינוי זמני במשך כשנה, עד שמונה לנשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב), והעתירה נדחתה.¹¹⁶

כעת לא הסתפק כבר מנהיג "כך" במאבק נגד יושב ראש הכנסת, ופתח חזית משפטית חדשה – נגד רשות השידור, שהחליטה לשדר ידיעות חדשותיות על אודותיו אך לא לצטט דברים שהוא משמיע, אם יש בהם משום הסתה והם מנוגדים לעקרונות מגילת העצמאות. הרכב בראשות ברק קיבל את העתירה, ובפסק דין המשתרע על יותר מ-50 עמודים פסק כי יש לשדר גם את השקפותיו של כהנא, אלא אם כן יש בהן "משום ודאות קרובה של פגיעה בסדר הציבורי". ההנחיה הזו רחוקה מלהיות ברורה, לנוכח מחלוקת שהתגלעה בין ברק לגבריאלי בכך בשאלה, האם יש לשדר דברים שהם בגדר עבירה פלילית (לדעת כך התשובה שלילית ואילו בעיני ברק העובדה שפלוגי אמר דברים המהווים עבירה, איננה צריכה למנוע בהכרח את הפרסום, אם רשות השידור, המדווחת על כך, איננה עוברת בכך עבירה פלילית). השופטת שושנה נתניהו הסכימה למתן צו החלטי נגד רשות השידור, אך ציינה שאין בכוונתה "לחייב את המשיבים (רשות השידור) לבצע עבירה פלילית".¹¹⁷

מפלגתו של כהנא לא הורשתה להתייצב לבחירות הבאות, שהתקיימו ב-1988, ובכך רוסנו במידה רבה המגמות שביטא. ואולם, קצב הפניות לבג"ץ נגד הליכים בכנסת ובוועדותיה רק גבר. חבר הכנסת מוחמד מיעארי, למשל, פנה לבית המשפט לאחר שוועדת הכנסת ומליאת הכנסת אישרו את בקשתו של חבר הכנסת מיכאל איתן להסיר את חסינותו מפני חיפוש ומעצר ולבטל את חופש התנועה שלו ברחבי המדינה, לאחר שנאם בעצרת לזכרו של ראש עיריית חברון פאהד קוואסמה. ההחלטה הושתתה על כך שההשתתפות בכנס היה בה משום הזדהות עם קוואסמה, עם ערפאת ועם אש"ף (מדובר בתקופה שלפני הסכם אוסלו), והעתירה התקבלה ברוב של שמגר, ברק ושלמה לוין, נגד דעתם החולקת של בן-פורת ואלון. שופטי הרוב טענו כי נטילת חסינות נועדה למנוע או להקטין סיכון עתידי, ולא להעניש על מעשה שנעשה. בן-פורת, לעומתם, גרסה כי "התנהגות המביעה תמיכה בהנהגתו של ארגון עוין, השואף להרוס את מדינת ישראל, ומחזקת את ידיה, אינה מתיישבת עם הנאמנות שחב חבר הכנסת

למדינה". היא קבעה כי מותר היה לוועדה ולמליאה לקבל את ההחלטה על סמך חשש מפני פעולותיו של מיעארי בעתיד. הדעה הזו נראית משכנעת, אך, כאמור, הרוב סבר אחרת ומצא לנכון לבטל את החלטת הכנסת.¹¹⁸

חסינות חברי הכנסת היתה תחום נוסף של התערבות בג"ץ בהחלטות הכנסת. השאלה התעוררה, כזכור, בעניינו של רפאל פנחסי, ותוצאתה היתה סאגה מרשימה, הממחישה דווקא את הסבירות של החלטות הכנסת לעומת חוסר סבירות של החלטות בג"ץ. היועץ המשפטי העביר לכנסת כתב אישום נגד פנחסי בשורה של אשמות, ובהן ניסיון לקבל דבר במרמה וקשירת קשר לבצע פשע. ועדת הכנסת קיימה שש ישיבות, שכל אחת מהן ארכה שעות, והעבירה למליאה המלצה להסיר את החסינות. יושב ראש הכנסת הציג את הנושא, פנחסי עצמו נאם כשעה לפני המליאה והציג את עמדתו – אך בסוף הדיון הוסרה החסינות. כשפנה לבג"ץ טען פנחסי לא רק שעומדת לו חסינות מהותית (כלומר: הוא פעל במסגרת תפקידו ועל כן הוא פטור מאחריות פלילית), אלא גם שהדיון בכנסת היה פגום. הטענה התקבלה בדעת רוב של ברק, שלמה לוין ורב לוין (שמגר וגולדברג נותרו במיעוט), שבה הם חוזרים על האמירות החביבות עליהם, כגון "ריסון רב אנו מטילים על עצמנו בהעבירנו תחת שבט ביקורתנו" את החלטות הכנסת, אבל נוטלים לעצמם את הסמכות "להבטיח את שלטון החוק במחוקק".¹¹⁹ במסר הכפול הזה, שבין "ריסון רב" (שפירושו הימנעות מהתערבות) ל"הבטחת שלטון החוק במחוקק" (שפירושו כן להתערב) גבר השני, ונקבע כי הואיל וכתב האישום לא הוצג לחברי הכנסת ולא ניתנה להם הזדמנות לעיין בפרוטוקול של ועדת הכנסת, יש לפסול את החלטתם.

דעת הרוב ממחישה את הבלבול שנוצר כאשר משפטנים מעבירים תחת שבט ביקורתם החלטות של גופים שהקריטריונים המשפטיים אינם מתאימים להם. כשפקיד במס הכנסה קובע מה אחוז המס שישלם נישום, מוצדק לבדוק אם כל העובדות הרלוונטיות היו לנגד עיניו. כאשר הכנסת או אחת מוועדותיה מחליטה בנושא המצוי בתחומה, אין זה מתפקידו של בית המשפט לבחון את חברי הכנסת כדי לברר את מידת בקיאותם בנושא (האם בית המשפט צריך לבדוק כמה מחברי הכנסת הבינו לעומקה את משמעות הצבעתם על "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו"?).

עו"ד דן אבי-יצחק, שייצג את פנחסי בהליך, מעריך שההחלטה לטובת פנחסי היתה נעוצה בכך שהפנייה לבג"ץ הגיעה מאחד מראשי ש"ס, מפלגה שמבקרת לרוב בחריפות את בית המשפט. בכך ניתנה לעליון הזדמנות להוכיח שהוא מגן גם על מיעוט היוצא נגדו. עם זאת, בית המשפט הניח מן הסתם שהחסינות תוסר בהצבעה חוזרת בכנסת, לא העלה על הדעת אפשרות אחרת, ולא היה ער לכך שלש"ס היו

הסכמים שעשויים להביא לתוצאה שונה (אבי-יצחק אף מציין שההסכמים האלה שימשו שיקול מרכזי בהגשת העתירה).

עד מהרה התברר האבסורד. עניינו של פנחסי חזר לכנסת, שזעמה על ההתערבות הבלתי-מוצדקת של בג"ץ, והחליטה הפעם לא להסיר את החסינות (מן הסתם גם ההסכמים שש"ס ערכה בשלב זה סייעו לכך). על ההחלטה הזו כבר לא הוגש בג"ץ (מעניין מה היתה עמדת השופטים אילו הונח העניין פעם נוספת לפתחם – האם הם היו מחליטים כי אין זה סביר לא להסיר את החסינות, ודווקא ההחלטה שאותה ביטל בית המשפט היתה ההחלטה הסבירה?). אך גם בכך לא הסתיימה הפרשה. בית המשפט דאג בכל זאת שהעניין לא יעבור לפנחסי בשלום, ופחות מחודשיים לאחר מכן הורה לראש הממשלה להפסיק את כהונתו בתפקיד סגן שר.

פנחסי המשיך לכהן בכנסת ואף נבחר ב-1996 לכנסת ה-14, אך היא כן הסירה את חסינותו. פנייתו לבג"ץ, הפעם בטענה שלאחר שהכנסת הקודמת סירבה להסיר את חסינותו לא היה מקום לשוב ולדון בכך, נדחתה בפסק דין שכתב הנשיא ברק.¹²⁰ האם הפסיקה הזו עולה בקנה אחד עם דעת הרוב בפסק הדין הקודם, אשר קבע שהליך הסרת החסינות הוא "מעין שיפוטי"? האם ניתן לבטל החלטה "מעין שיפוטית" בעניינו של אדם, מה גם שלא חל שינוי של ממש בנסיבות – השתנו רק הרכב הכנסת ויחסו של רוב חבריה לש"ס? בסופו של דבר נשפט פנחסי בבית משפט שלום בעבירות שהיו קשורות במערכת הבחירות ובמימון, ולא היו כרוכות בקבלת טובת הנאה אישית. הוא נידון למאסר על תנאי של 12 חודשים ולקנס בסך 20,000 שקל.¹²¹

ראוי להתייחס כאן גם למועד שבו החליט בית המשפט לבטל את החלטת הכנסת להסיר את חסינותו של פנחסי. מדובר בשלהי 1993, שבה שבר האקטיביזם השיפוטי אחדים משיאיו. היתה זו השנה שבה החל העליון להתערב במינויים בשירות הציבורי (יוסי גינוסר), בהרכב הממשלה (דרעי ופנחסי), וכעת בהחלטות הכנסת. שמגר היה שותף לרוב הצעדים הללו, והיה דמות מפתח בהתגברות האקטיביזם השיפוטי – אף שבעניין הסרת חסינותו של פנחסי הוא בחר לעצור (אך נותר במיעוט). גם זה אולי אינו מקרי, כי כהונתו עמדה להסתיים בתוך כשנתיים, ברור היה שברק יתמנה לנשיא הבא, ובנסיבות כאלה צפויה התחזקות ניכרת במעמדו.

מעורבותו העמוקה של העליון בנושאים פוליטיים ואף בעתירות נגד הכנסת
גררה התפתחות יוצאת דופן נוספת: ריבוי עתירות של חברי כנסת בנושאים פוליטיים מובהקים – חלקן נגד הכנסת שבה הם מכהנים או נגד יושב הראש שלה.

פרופ' מנחם מאוטנר הצביע על ממדי התופעה בספרו משפט ותרבות בישראל בפתח המאה ה-21,¹²² לאחר שבדק ומצא כי מאז סוף שנות השבעים הוגשו לבג"ץ מאות עתירות על ידי חברי כנסת, רובם ממפלגות השמאל והמרכז. מאוטנר גם סיפק הסבר: לאחר נפילת השמאל ועליית הימין לשלטון נהפך בית המשפט העליון למעוז הערכים הליברליים שמפלגות המרכז והשמאל דוגלות בהם. בעזרת העתירות שהם מגישים ובאמצעות בית המשפט האקטיביסטי, הוא טוען, מנסים "ההגמונים הליברלים לשעבר" לשמר את כוחם ולהכתיב את סדר היום במדינה. פנייה סיטונית כזו של מחוקקים לבית המשפט הנה תופעה ייחודית לישראל, שהרי יש לחברי פרלמנט גישה אל אמצעי התקשורת, והם יכולים לפעול במסגרת בית הנבחרים עצמו לקידום מטרותיהם – על ידי הצבעה, הצגת שאילתות, הגשת הצעות חוק, נשיאת דברים מעל הדוכן. אבל התופעה הזו, שבה מבקשים חברי הכנסת להשליט את האג'נדה הפוליטית שלהם באמצעות בית המשפט, מלמדת שבית המשפט הפך את עצמו לזירה מרכזית למאבקים פוליטיים, אשר בהחלט לא בטוח שזה מקומם.

כישלונות מהדהדים

מאיר שמגר ניצח על הרחבת סמכויות בית המשפט, אך גם הציב גבולות לאקטיביזם – וכאן בולט הפער בינו לבין יורשו ברק. במישור העיוני שמגר הכיר בכך שיש נושאים שאינם שפיטים, בעוד שמבחינת ברק "הכול שפיט". במישור המעשי משתקף הפער במלוא חריפותו בנושאי ביטחון. דוגמה בולטת אחת תוכל לשמש הפסיקה בפרשת הגירוש של 415 אנשי החמאס ללבנון, שבה הוציא ברק צו ביניים המעכב את הגירוש – צו שבוטל למחרת על ידי הרכב בראשותו של שמגר. מחלוקת חריפה אחרת בין שמגר לברק התגלעה שנים אחדות קודם לכן, ב"פרשת קו 300". ביום 12.4.1984 בשעות הערב, השתלטו ארבעה מחבלים על אוטובוס שיצא מתל אביב לאשקלון. המחבלים הורו לנהג האוטובוס, שנסעו בו עשרות נוסעים, לנסוע לרצועת עזה. מטרתם היתה "פיגוע מיקוח", כלומר להשתמש בנוסעים כבני ערובה לשחרור מחבלים כלואים ואולי להצבת דרישות נוספות. כוחות הביטחון פתחו במרדף, ירו בגלגלי האוטובוס שהספיק להגיע לרצועה, והצליחו לעצור אותו. למקום הגיעו כוחות צה"ל, יחידות משטרה ושורה של אישים בכירים, ביניהם שר הביטחון משה ארנס, הרמטכ"ל משה לוי, ראש השב"כ אברהם שלום, וקצין צנחנים וחיל רגלים ראשי תא"ל יצחק מרדכי, שפיקד על פעולת החילוץ.

בשעות הבוקר של יום המחרת פרץ כוח של סיירת מטכ"ל לאוטובוס. בקרב נהרגו שניים מהמחבלים ואחת מנוסעות האוטובוס, החיילת אירית פורטוגז. שני המחבלים הנותרים הובלו לחקירה, וגם צולמו על ידי צלמי עיתונות שנכחו במקום. עם סיום חקירתם במקום הוסעו השניים והוצאו להורג בידי אנשי שב"כ, על יסוד הוראה שניתנה על ידי שלום.

הניסיון להסתיר את העובדה שהם נתפסו בחיים והוצאו להורג ללא משפט לא עלה יפה. בתמונה של אלכס ליבק בעיתון "חדשות" נראה אחד המחבלים בריא ושלם, כשהוא מובל בידי שניים מאנשי כוחות הביטחון לאחר שהורד מהאוטובוס. הצנזורה ביקשה למנוע פרסום מידע הנוגע לפרשה, אך נכשלה. הדברים פורסמו בעיתונות הזרה, ולא היה אפשר למנוע את הפצתם גם בישראל.

בעקבות הסערה שפרצה מינה ארנס ועדת חקירה על פי חוק השיפוט הצבאי. בראשה עמד האלוף במילואים מאיר זורע, ולפי דרישת ראש השב"כ צורף אליה איש השב"כ יוסי גינוסר. אילן שיף, שהיה הסניגור הצבאי הראשי, מונה ליועץ המשפטי של הוועדה.

בשלב זה החלה להתגלגל פרשה חמורה נוספת. המגמה הברורה של ראש השב"כ, בשיתוף עם גינוסר, "הסוס הטרויאני" בוועדה, היתה להעלים את האמת. הסתבר שהמחבלים נחקרו על ידי תא"ל מרדכי ועל ידי איש שב"כ, ומרדכי סיפר שהפסיק את החקירה כשעברה לנושאים שנראו לו לא רלוונטיים לבעיה המידית, דוגמת פרטיו האישיים של המחבל ולמי היה קשור. הוא ביקש להתמקד בשאלות הבוערות: כמה מחבלים היו באוטובוס והאם השאירו עליו מטען ממולכד. הוא סיפר גם שאיים על אחד המחבלים באקדחו, לאחר שהוציא ממנו את המחסנית, והכה אותו בקת. המכה לא סיכנה את חיי המחבל ולא גרמה לו פגיעה של ממש, ומשהוברר למרדכי שמספר המחבלים הוא ארבעה, שאין סכנה ממחבל נוסף ושהמטען באוטובוס אינו ממולכד – הרפה מהמחבל. הוא וחברו נמסרו לאנשי השב"כ במקום, כשלא נראה שהם סובלים מפגיעה חמורה. מרדכי נתן הוראות לטיפול במטען ובנשק, ועזב את המקום.

אנשי השב"כ המשיכו בחקירה והמשיכו להכות את שני העצורים. לאחר מכן הם הועברו למקום מבודד, שם רוצצו את ראשיהם באכנים והרגו אותם. העניין נשמר בסוד, והתגלה רק שנתיים לאחר מכן. בינתיים, גרסת השב"כ היתה שהשניים הובלו לבית חולים, ואז התברר מותם.¹²³

דו"ח ועדת זורע והעדות ששמעה נשמרים עד היום בסוד. מה שידוע הוא שאנשי השב"כ העידו, בתיאום עם שלום וגינוסר, עדויות שקר שהפנו את האצבע המאשימה לכיוונו של יצחק מרדכי. הוועדה החליטה שיש צורך בנתיחת גופותיהם של המחבלים שהיו קבורים ברצועת עזה (הבעיה המשפטית סביב הוצאת הגופות נפתרה על ידי מינוי איש הפרקליטות הצבאית לשופט חוקר). שיף פנה למרדכי ויעץ לו לקחת עורך דין, אך מרדכי לא הבין מה רוצים ממנו. הוא פעל להצלת חיי אדם, ואילו נדרש לכך פעם נוספת היה פועל בדיוק באותה צורה. הוא ידע בוודאות שלא הוא גרם למותם של המחבלים. על כל מקרה, הוא החליט להתייעץ עם ידידו מימי השירות הסדיר, עו"ד דרור חוטר-ישי, ועם עו"ד אורי סלונים, אף הוא קצין בצנחנים. צה"ל פנה לעו"ד אמנון גולדנברג, שקיבל על עצמו לייצג את יצחק מרדכי, לאחר ששמועות על הנעשה בוועדה מפי חיילים שהעידו לפניה החלו לרמוז לאן נושבת הרוח.

חודש לאחר מינויה הגישה ועדת זורע את ממצאיה. היא קבעה כי מותם של המחבלים נגרם עקב שברים בגולגולת. לא עלה בידה לקבוע מי גרם למוות, אך

נאמר בדר"ח כי עולים חשדות לביצוע עבירות על ידי אנשים מכוחות הביטחון. הדר"ח המלא לא פורסם כאמור, אולם פרופ' יצחק זמיר כתב ב-1990 במאמר "היועץ המשפטי לממשלה בשעת משבר: פרשת שירות הביטחון הכללי", כי מסקנת הוועדה היתה ששני המחבלים "הוכו למוות על ידי חיילים זועמים בזמן חקירתם. רק חשוד אחד זוהה על ידי הוועדה – קצין צנחנים ראשי".

מרדכי ויועציו ידעו שהעובדות שונות לחלוטין. במקום היו חיילים רבים, שראו את המחבלים נמסרים לידי השב"כ כשהם הולכים על רגליהם בכוחות עצמם, וגם בצמרת צה"ל התעוררו ספקות לגבי מה שהתרחש. בכותרת הראשית ב"מעריב" נאמר, ביום 29.5.1984, ש"קצינים בכירים בצה"ל זועמים: ועדת זורע המעיטה מאחריותו של השב"כ".

זמיר סבר שיש צורך בחקירה משטרתית. השב"כ, שמעולם לא נחקר על ידי המשטרה, התנגד ונהנה מגיבוי של ראש הממשלה. ההסדר שהושג היה מינוי "צוות חקירה" בראשות פרקליט המדינה יונה בלטמן, אליו צורפו פרקליט נוסף, חיים לירן, קצין משטרה, איש שב"כ וגם התובע הצבאי הראשי מנחם פינקלשטיין. לבלטמן וללירן הוענקו סמכויות של חוקרים משטריים לפי החוק.

לימים דובר בתקשורת על "צוות בלטמן" כוועדת חקירה נוספת, אך לא לגמרי ברור מה הוטל עליו וכיצד ראה הצוות את תפקידו – לברר מה אירע ולהגיע לחקר האמת, או לאסוף ראיות שיאפשרו להעמיד לדין את החשוד העיקרי, מרדכי. לכאורה, ההבדל בין שתי האפשרויות הוא עניין של ניואנס. למעשה, קיים פער תהומי ביניהן, כאשר האפשרות השנייה מושתתת על קונספציה, והיא עלולה לגרום להתעלמות מראיות המערערות אותה ומצביעות על חפותו של החשוד, ולייחוס משקל מופרז לראיות שעשויות להצביע על אשמתו.

מצוידת ב"עובדה" ש"רק חשוד אחד זוהה", הפרקליטות ננעלה על מרדכי. אנשי השב"כ תודרכו לפני שנחקרו על ידי הצוות, וחזרו על הגרסה שהשמיעו לפני ועדת זורע. לפינקלשטיין, שחשד כל העת כי חלק הארי של האלימות כלפי המחבלים הופעל על ידי אנשי השב"כ, לא ניתנו סמכויות של חוקר משטרי, ולא אפשרו לו אפילו להיות נוכח בחקירתם. למרדכי ולדרור חוטר-ישי התחוור ששום דבר לא יערער את האמון הבלתי-מסויג והכמעט אוטומטי של פרקליטות המדינה בעדותם של אנשי השב"כ.

הרעיון שעלה היה להתמודד עם הנושא מכיוון אחר. לא היתה מחלוקת על שלושת השלבים שבהם ספגו המחבלים מכות – האחד באוטובוס בזמן ההשתלטות, כאשר הלוחמים הנחיתו מכה בעורפם, השני כשהיו בידי מרדכי,

והשלישי כשהיו בידי השב"כ במקום האירוע (עדיין לא היה ידוע על המכות הקטלניות בשלב הרביעי, שבו המחבלים נלקחו מהמקום על ידי אנשי השב"כ וגולגולותיהם רוצצו). כך נולדה מה שכונתה על ידי יואל מרקוס ב"הארץ" "מלחמת פתולוג בפתולוג", במאמר "צריך שייראה, ועוד איך". פרופ' משה פיינסוד, מבית החולים רמב"ם בחיפה, תמך בעדותו בוועדת בלטמן באפשרות שמות המחבלים נגרם עקב המכות שקיבלו בעת ההשתלטות על האוטובוס. מן העבר האחר גייסה הפרקליטות את עדותו של פרופ' אברהם סהר ששלל זאת, וממסקנותיו השתמע שהאחריות למוות רובצת על מרדכי.

המחלוקת הזו גררה את המחלוקת הבאה. הסתבר שראש המכון לרפואה משפטית, ד"ר בצלאל בלוך, מוכן לתמוך בגרסה שלפיה קיימת אפשרות שהמוות נגרם מהמכות בשלב ההשתלטות על האוטובוס. קשר נוצר בין עו"ד גולדנברג לד"ר בלוך, אך כעבור זמן לא רב כתב הפתולוג לפרקליט כי "ברצון חשבתי להיענות לבקשתך... ולהביע דעתי בשם המכון (לרפואה משפטית)". אולם היועץ המשפטי של משרד הבריאות הודיע לו כי הוא איננו רשאי לטפל בתיק הואיל ו"נתיחת הגופות והדו"ח נעשו על ידי רופא המכון ד"ר (ברטולון) לוי, ולכן באופן בלתי ישיר אני אחראי על הדו"ח". גולדנברג לא התייאש ופנה למנכ"ל משרד הבריאות, פרופ' דן מיכאלי, והבהיר כי על פי חוק השיפוט הצבאי זכאי תא"ל מרדכי לעיין בחומר ולזמן עדים, "כדי להביא בפני הנוגעים בדבר תמונה שלמה של האירועים". זה לא עזר. מיכאלי השיב לגולדנברג במכתב קצר כי "לאחר התייעצות עם היועץ המשפטי לממשלה, אני נאלץ שלא להיעתר לבקשתך לאשר לד"ר בלוך לתת עדות כמבוקש".

הוויכוח נמשך. בראשית ינואר 1985 פירט היועץ המשפטי זמיר במכתב לפרופ' מיכאלי את נימוקיו. הוא ציין כי האיסור שהוטל על ד"ר בלוך "יצא ממשרד הבריאות ולא ממני. האיסור התבסס על הוראת קבע... לפי הוראה זאת אסור לרופאי המדינה לתת חוות דעת רפואית שעשויה לשמש ראיה במשפט נגד המדינה... ההוראה נותנת ביטוי לעיקרון כללי שיש לו תחולה גם מחוץ למשרד הבריאות. כך אין זה מתקבל על הדעת שמשפטן (בשירות המדינה יורשה לתת חוות דעת משפטית האמורה לשמש במשפט נגד המדינה). ולבסוף הוא מציין כי אינו מבין "מדוע יש להתעקש על קבלת חוות דעת מד"ר בלוך... (כ) שניתן לקבל חוות דעת מרופאים אחרים שאינם בשירות המדינה".

העמדה הזו של היועץ המשפטי מעוררת תחושה לא נוחה. מדוע חוות דעתו של ד"ר בלוך היא "נגד המדינה"? הרי אין מדובר כאן בתביעת פיצויים נגד המדינה. מדובר בחקירה – אך האם זו חקירה שנועדה לגילוי האמת או שמא חקירה של המדינה נגד תא"ל מרדכי, כך שמי שחוות דעתו "עלולה" לנקות את

מרדכי (או להטיל ספק באחריותו) הוא "נגד המדינה", ופוגע ביעד: להוכיח את אשמתו? ד"ר בלוך לא היה "סתם רופא". הוא היה מנהל המכון הפתולוגי. לכאורה, מומחה ראשי של המדינה בנושא. אם עורכי דינו של מרדכי גרסו שחוות דעתו עשויה לשפוך אור בסוגיה, גם אם היא לטובת מרדכי, היה זה מחובתו של צוות בלטמן לשמוע את עדותו.

יועציו של מרדכי שקלו פנייה לבג"ץ, אך הוחלט קודם לכן שגולדנברג יפנה למבקר המדינה יצחק טוניק, ועו"ד דרור חוטר-ישי אף נפגש איתו. נראה שטוניק השתכנע כי אין מקום לאיסור שהוטל על ד"ר בלוך, והבהיר את עמדתו לאנשי משרד המשפטים. ב-5 בפברואר 1985 נשלח ליצחק מרדכי מכתבו של מנהל נציבות תלונות הציבור במשרד מבקר המדינה, שבסיכומו נאמר כי מנהל המכון הפתולוגי "הונחה להיענות לזימון הקצין הבודק" (בתמיכה נוספת זכה מרדכי מעדותו של פרופ' אהרן בלר).

בינתיים, בצוות בלטמן עצמו נפערה מחלוקת. מנחם פינקלשטיין ביקש לראות את העדויות שגבתה ועדת זורע, ולדעתו עלה מהן חשד שרוב האלימות כלפי המחבלים באה מצד אנשי השב"כ, והיו בהן אף אמירות שרמזו לכיוונו של ראש הארגון. עמדתו של פינקלשטיין היתה שמבחינה עובדתית ומשפטית לא ניתן לייחס למרדכי אחריות למותם של המחבלים. הוא גם עמד על כך שיובאו בדרו"ח הוועדה אותן עדויות לפני ועדת זורע, שהעלו חשדות כלפי אנשי השב"כ וראשו. אנשי פרקליטות המדינה סירבו, העניין הגיע לזמיר, והוא הכריע כי העדויות ייכללו בנספח לדרו"ח.

הצוות הגיש את חוות דעתו ביולי 1985, קצת יותר משנה לאחר מינויו. הדרו"ח קיבל את העמדה של פינקלשטיין ושל הסניגורים, בדבר היעדר קשר סיבתי בין מה שיוחס למרדכי לבין מותם של המחבלים, ולפיכך לא ניתן להעמידו לדין באשמת הריגה. חודש לאחר מכן התפרסמה בתקשורת חוות דעתו של זמיר, שהיתה אמורה להיות סודית, ועלה ממנה כי המחבלים הוכו על ידי אנשים רבים, שמתוכם זוהו חמישה אנשי שב"כ ושלושה אנשי משטרה, וכי יש להעמידם לדין משמעותי. אל מרדכי יש שם התייחסות נפרדת ומחמירה. נאמר אמנם שצוות בלטמן מצא כי לא ניתן לייחס לו אחריות למות המחבלים, אך יש ראיות לכך שביצע עבירות של גרימת חבלה חמורה והתנהגות בלתי-הולמת.

המלצתו של זמיר הועברה לפרקליט הצבאי הראשי בן-ציון פרחי. קבלת ההמלצה היתה מחייבת העמדתו של מרדכי לדין בפני בית דין צבאי, שכן מדובר באשמות שאינן בסמכותו של קצין שיפוט. יתר על כן, גרימת חבלה חמורה גוררת עונש מרבי של שבע ובמקרים מסוימים 14 שנות מאסר. "התקוממתי", סיפר פרחי בריאיון עמו שפורסם באפריל 2012 באתר הפרקליטות הצבאית, "זו היתה שגיאה

לצאת בפומבי עם ההמלצה האמורה ולהעביר את התיק לפתחה של הפרקליטות הצבאית. "הוא כינס את מטהו, ו"ההתרשמות היתה שהחומר חסר מאוד ושעדות אנשי השב"כ רדודות וחסרות." לפיכך, הוא עמד על כך שהנושא נמצא בתחום שיקול דעתו, והחליט, בניגוד לעמדת זמיר, על העמדה לדין משמעתי, בעבירות פחותות.

למרבה המזל, באותם ימים עדיין לא הגיעה שליטת היועץ המשפטי על המדינה לממדיה הנוכחיים, ונותרו גופים שהיה בידם להפעיל שיקול דעת סביר יותר. אילו התעוררה השאלה שנים אחדות לאחר מכן, ניתן להניח שהיינו זוכים בבג"ץ נגד הפצ"ר, שהיה כופה עליו בשם הסבירות לנהוג בחוסר סבירות, להישמע להמלצת היועץ המשפטי ולהעמיד את תא"ל מרדכי לפני בית דין צבאי. ואכן, בבוא היום, בפסק דין אביבית עטייה, קבעה השופטת ביניש, שהגיעה לעליון מפרקליטות המדינה, ש"ככל מערבות הממשל נתון גם הפצ"ר להנחייתו המקצועית של היועץ המשפטי לממשלה ולחוות דעתו המשפטית".¹²⁴

הדברים שלפיהם כפוף הפצ"ר להוראות היועץ המשפטי לממשלה אינם עולים בקנה אחד עם הכלל הבסיסי שנהג במשפט הישראלי, ולפיו רשות שניתן לה שיקול דעת (כמו הפצ"ר), חופשית להפעילו באופן עצמאי ואינה כפופה להוראות של גופים ממונים. אך בישראל של "שלטון החוק" כל זה אינו מעלה ואינו מוריד, והכול כפופים ליועץ המשפטי לממשלה. למזלו של יצחק מרדכי, באותם ימים רחוקים עדיין היה הפצ"ר חופשי להפעיל שיקול דעת עצמאי ולדחות את המלצת היועץ המשפטי – ושיקול הדעת שלו הוכח כסביר יותר מזה של פרקליטות המדינה (גם אז נמתחה על עמדה זו ביקורת במאמרו של פרופ' מרדכי קרמניצר, "זיכוי תא"ל מרדכי: ההיבט המשפטי", שפורסם בשבועון "כותרת ראשית" באוגוסט 1985. קרמניצר נחשב לבעל עמדות ליברליות ותומך באקטיביזם שיפוטי מרחיק לכת. הצירוף של דעות כאלה עם גישה מחמירה ואנטי-ליברלית בתחום הפלילי כלפי אנשי ציבור ואישי ממשל איננו יוצא דופן בישראל).

ביום 16.8.1985 התייצב יצחק מרדכי לדיון משמעתי לפני האלוף חיים נדל, שהציע לו להודות ולצאת בעונש קל של נזיפה. מרדכי שוב סירב. הוא עמד על דעתו שנהג כדין וגם היום לא היה נוהג אחרת. הדיון המשמעתי ארך שעות. כעבור יומיים הודיע נדל כי החליט לזכות את מרדכי, לאחר שהשתכנע שהשימוש בכוח מצדו היה סביר. לאחר מכן זוכו גם חמשת אנשי השב"כ, אותם המליץ זמיר מראש להעמיד לדין משמעתי בלבד. את השוטרים המעורבים בעניין הוא הגיע למסקנה שאין להעמיד גם לדין משמעתי.

אבל בכך הסתיים רק שלב א', שכלל מסע תקשורתי בוטה נגד קצין בכיר,

אשר תואר על לא עוול בכפו כאחראי להריגתם של מחבלים שבויים. במאמרו "צריך שייראה, ועוד איך" סיפר יואל מרקוס גם כיצד "יצחק זמיר, מתומרן שלא בידיעתו על ידי כמה מאנשי השב"כ, היה ראש-החץ נגד מרדכי. תחילה פנה לעורך דינו של מרדכי בדרישה שמרדכי ישעה עצמו מצה"ל. אחר כך פנה פעמיים לרמטכ"ל, ומשלא נענה פנה לשר הביטחון". בהמשך מסופר גם שזמיר ניצל "טקס פומבי כלשהו כדי לצאת בהאשמה כבדה שצה"ל מזלזל בחוק".

ושוב: למרבה המזל באותם ימים עדיין לא הגיע "שלטון החוק" למלוא עוצמתו, ובג"ץ עדיין לא היה בתמונה. לפיכך יכול הרמטכ"ל משה לוי להפעיל את שיקול דעתו, שהיה עדיף על זה של היועץ זמיר, ולהשאיר את מרדכי במסגרת השירות.

ד"ר בלוך, מנהל המכון הפתולוגי שהעיד, כזכור, לטובת מרדכי למורת רוחם של הפרקליטות והיועץ המשפטי – הועמד לדין פלילי. החקירה נגדו התנהלה כנראה בתקופה שבה היתה פרשת קו 300 בעיצומה, ומרדכי סומן עדיין כחשוד המרכזי. מדובר היה בחוות דעת פרטית שד"ר בלוך נתן בתביעה אזרחית בעקבות פטירה כתוצאה מתאונת דרכים. הוא קיבל עבור חוות הדעת הזו כ-70 (שבעים) דולר (בשקלים), אך ההאשמה שהופנתה כלפיו היתה חמורה: נטען שהוא "שיפץ" את חוות הדעת תמורת שוחד.

העניין הסתיים בהסדר טיעון ביולי 1986 (לאחר הסערה שפרצה בעקבות הגילוי על בידוי הראיות שעשה השב"כ, וימים ספורים לאחר מתן החנינה למעורבים בפרשה על ידי נשיא המדינה חיים הרצוג), וההר הוליד פחות מעכבר. אשמת השוחד נפלה. במקומה הודה בלוך בהפרת אמונים, ונידון על ידי השופט ארי זיו-אב לקנס בסך אלף שקלים. לדברי עו"ד דרור חוטר-ישי, שייצג את ד"ר בלוך, מדובר היה בעבודה פרטית. מנהלי המכון הפתולוגי טענו שיש להם היתר לעבודה פרטית מהסוג הזה, אך נראה שלפי תנאי ההיתר היה עליהם להסכים לניכוי סכום מסוים משכרם, ובמקרה זה הדבר לא נעשה (כך או כך, התוצאה של הסדר הטיעון מוכיחה שה"פרשה" הצדיקה דין משמעותי לכל היותר).

אין כמובן ראיה לכך שהצעד החריף שננקט נגד ד"ר בלוך קשור לכך שהוא העיד "נגד המדינה", אך נותרה אצלו מן הסתם תחושה, שעדיף להיות בצד הנכון של המתרס.

מה שנראה כסיום התברר רק כתחילתה של פרשה חדשה. הדיון המשמעותי של מרדכי הסתיים, כל מי שהואשם – זופה, אולם באוקטובר 1985 פרצה החוצה התסיסה הפנימית. סגן ראש השב"כ ראובן חזק נפגש עם הראש, אברהם שלום, דרש את התפטרותו עקב בידוי הראיות והעובדה שהשב"כ הולך

שולל את ועדת זורע, והוסיף שהוא מוכן להתפטר יחד עמו (חזק סומן כיורשו הוודאי של שלום). לדרישת ההתפטרות הצטרפו שני ראשי אגפים בארגון, רפי מלכא ופלג רדאי. שלום דחה את הדרישה, ופרץ סכסוך חמור, שהגיע עד לשכת ראש הממשלה.

בליל האירועים של קו 300 עמד בראש הממשלה יצחק שמיר, לאחר שמנחם בגין פרש מתפקידו. כעת היה שמעון פרס ראש הממשלה התורן של ממשלת הרוטציה. חזק נפגש איתו, סיפר לו מי אחראי להרג המחבלים, ופרס, שתודרך קודם לכן על ידי שלום, לא גילה רצון להתערב. הוא אף הציג לחזק את השאלה המובנת מאליה: היכן היית עד היום, במשך כל התקופה שבה סערה הפרשה ורגשה? (חזק ידע על הפרשה כמעט מראשיתה, ואף השתתף בישיבות שבהן תוכנן בידוי הראיות. רדאי לא היה מעורב בכך, ולמלכא נודעו הדברים רק לאחר זיכוי של מרדכי).

חזק התאכזב מהתגובה, אך אין קושי להבין את נקודת מבטו של ראש הממשלה. הנושא ירד מהפרק, איש לא התעניין בו, ופתיחתו, חרף התנגדותו החריפה של שמיר, היתה גורמת למשבר ממשלתי חמור ואולי אף לפירוק הממשלה. בצד הסכנה החמורה שהוא צפה לשב"כ עקב פתיחת הפרשה, הוא שם לב שחזק לא דרש העמדה לדין של האחראים וגם לא התנצלות או פיצוי – ולו סמלי – ליצחק מרדכי, הגיבור-הקורבן של הפרשה. דרישתו הצטמצמה לסילוקו של שלום ואולי של אנשים אחדים נוספים, כאשר שלום עמד לפרוש ממילא זמן לא רב לאחר מכן.

לאחר פגישתו של חזק עם פרס נמשך כלפי חוץ השקט, אבל הסערה הפנימית גברה. כעבור חודשים אחדים, בפברואר 1986, פנה חזק לדורית ביניש, שכינה אז בתפקיד המשנה לפרקליט המדינה, ומסר לה את פרטי המעשה. השלב הבא היה פגישה עם היועץ המשפטי יצחק זמיר. לזמיר לא היו עד לאותו שלב עימותים של ממש עם המערכת הפוליטית, אך הפעם הוא נקט קו תקיף. אין ספק שהמקרה היה חמור ביותר.

בשלבים הראשונים היה זמיר מוכן להתחשב בעמדת הדרג הפוליטי ולהסתפק בהסדר שיושתת על פרישתם של שלום וכמה אישים נוספים – אלא שפרס ושמיר סירבו לכך. זמיר הורה אפוא למפכ"ל המשטרה לפתוח בחקירה. לעומת זאת, ההנהגה הפוליטית, שכללה לצד פרס ושמיר גם את רבין ושרים נוספים, היתה מאוחדת בדעה שחקירה כזו תפגע קשות בביטחון המדינה ותהרוס את השב"כ. איחוד הכוחות הנדיר הזה חרץ את גורל הטיפול בעניין ואת המשך כהונתו של זמיר.

בהדרגה החל לדלוף מידע על קרע חריף בין היועץ המשפטי לבין הממשלה.

העיתונות ברובה המכריע תמכה מראש ביועץ, אשר נהפך לדמות הירואית ותואר כמגן שלטון החוק העומד בפני הלחץ הכבד שהממשלה מפעילה עליו. העניין נידון גם בכנסת, במסגרת הצעות אי-אמון נגד הממשלה. פרס הכחיש הפעלת לחצים על היועץ, וזמיר הגיב בריאיון ל"הארץ", בו מתח ביקורת על השימוש בצנזורה הצבאית וסיפר כי דרש להשעות את ראש השב"כ עד לסיום החקירה.

כעת חלה תפנית נוספת. שבועות אחדים לפני שהתפוצצה פרשת השב"כ הודיע זמיר על כוונתו לסיים את תפקידו, אך שר המשפטים משה נסים לא חיפש לו עדיין מחליף. בינתיים גרמו מאבקים פנימיים אחרים בממשלה לכך שנסים נהפך לשר האוצר – ולשר המשפטים מונה יצחק מודעי. מודעי החל לחפש מחליף לזמיר, וכעת, בעיצומו של המשבר, הוא החליט (בתיאום עם פרס ושמיר) לפעול. ב-1 ביוני 1986, במהלך ישיבת ממשלה, ביקש מודעי מזמיר לצאת איתו לרגע החוצה, ובישר לו כי בעוד רגעים אחדים תאשר הממשלה את מינויו של יוסף חריש, שכיהן עד אז כשופט מחוזי בתל אביב, ליועץ המשפטי במקומו. מה שהקל על ההליך, ואפשר להציגו כקבלת התפטרותו של זמיר (ולא כפיטורין), היה אותה הודעה של זמיר כי הוא חפץ לסיים את כהונתו.

יש להניח, כי אילו התרחש כדבר הזה היום היינו מוצפים בסדרה של בג"צים, אבל באותם ימים עדיין לא הטיל איש ספק בכך שהממשלה רשאית להחליט מי יהיה היועץ המשפטי שלה ולהחליפו אם נראה לה שנכון לעשות זאת – וגם אם הדבר נעשה בצורה לא ראויה, אין מקום לכפור בכוחה של הממשלה בעניין זה.

קבלת הפנים שציפתה לחריש היתה רחוקה מלהיות מלבבת. הוא עצמו תיאר זאת במילים "הוצא עלי חוזה". התקשורת תקפה את המינוי בחריפות, והפרקליטות התייחסה אליו בעוינות ובזלזול. הכול בגין העובדה שהסכים לתפוס את מקומו של זמיר, ו"סימן את עצמו" כשותף בהדחתו של אביר שלטון החוק. במבט לאחור, אין ספק שנעשה לו עוול חמור. באורח פרדוקסלי, דווקא חריש, שנאלץ לא פעם להתמודד עם נושאים כבדים לבדו או כמעט לבדו, הוכיח שהוא צדק יותר מזמיר ומתומכיו בפרקליטות בשורה של שאלות משפטיות קשות.

בעניין השב"כ מספר חריש על פגישה שהיתה לו עם זמיר מיד עם כניסתו לתפקיד. הוא שאל את היועץ היוצא, האם אכן היה מוכן לסיים את הפרשה אילו הקדים ראש השב"כ את פרישתו בחודשים אחדים, וזמיר, לדברי חריש, השיב בחיוב. "ואז אין פרשה ואין כלום", אמר-שאל היועץ החדש, "אם כן... יש לי תמיהה

גדולה. אתה מדבר גבוהה-גבוהה על שלטון החוק, שאתה נלחמת כאן... נגד הרשות המבצעת... באיזה חוק... כתוב שמי שלוקח שני אנשים ומוריד אותם מאוטובוס חיים, בריאים ושלמים... מרטש את ראשיהם... ואחר כך עושה מאמצים להטיל את זה על אחרים... ובמשך שנה וחצי עושה בידוי ראיות... כל עונשו הוא... (ש) יקדים נא ויפרוש... ואין פרשה ואין כלום. זה שלטון החוק או זה שלטון הפרשה?"

השאלות, מספר חריש בספרו של יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ, נותרו ללא מענה.¹²⁵

מכל מקום, הוראתו של זמיר למשטרה לפתוח בחקירה עמדה בעינה. הממשלה אמנם דרשה מחריש למשוך בחזרה את ההוראה של קודמו, אבל הוא הודיע כי לדעתו אין לו סמכות לעשות זאת, והציע למנות ועדת חקירה ממלכתית לבדיקת הפרשה (ההנחה היתה, מן הסתם, כי במקרה כזה תיפסק חקירת המשטרה). הממשלה לא היתה מוכנה לשמוע על כך. במבוי הסתום שנוצר, העלה יורם ארידור, שהיה אז יו"ר מזכירות תנועת החירות, את הרעיון להעניק חנינה לאנשי השב"כ המעורבים בפרשה. שר החוץ שמיר פנה לעו"ד רם כספי, שקיבל את הרעיון. בדיון שזומן בלשכת ראש הממשלה, בהשתתפותם של כספי, עו"ד יעקב נאמן וכן חריש, לא שלל היועץ המשפטי את אפשרות החנינה, אף שעדיין לא הושלמה החקירה ולא הוגש כתב אישום. ואכן, זמן קצר לאחר מכן המליצה הממשלה לנשיא להעניק את החנינה המבוקשת, והנשיא חיים הרצוג נעתר לפנייה, בכפוף לכך שדרש את התפטרותו של שלום.

הפרשה גררה סערה ציבורית עצומה. ההתקפות בתקשורת על חריש, שלא יזם את המהלך אך לא ניסה לסכלו, לא ידעו גבולות או מעצורים. זמיר, היועץ שפוטר, רכש לו הילה של גיבור.

ראש הממשלה פרס לא יצא נקי מביקורת. הוא עצמו לא היה מעורב כלל בפרשה, שהתרחשה בשעה שהיה באופוזיציה. עניין החנינה עלה אחרי שכיהן קרוב לשנתיים בראשות הממשלה, סמוך למועד שבו היה שמיר אמור להחליפו במסגרת הרוטציה, והיתה לו אפשרות לנצל את הפרשה, להימנע ממתן החנינה, ואולי אף לגרום בכך לנפילת הממשלה ולבחירות חדשות. אבל פרס העדיף לשמור על אמינותו – אותה אמינות שיריביו כפרו בה ולגלגו עליה לא אחת – ולקיים את הרוטציה. ניתן גם להניח, שהוא אכן האמין כי המשך ההליכים יהיה הרסני לשב"כ, ולא היה מוכן לתת לכך יד.

החנינה עוררה שאלה משפטיות: האם יכול הנשיא לחון אדם שלא הורשע בדיון? התשובה הברורה היא שאם הוא יכול להעניק חנינה למי שהורשע, קל וחומר שהוא יכול להעניקה גם למי שעדיין לא נמצא אשם (וכך, אגב, היה ניתן לפעול שנים קודם לכן בפרשת הדולרים של רבין). אולם ביוני 1985 פרסם יצחק

זמיר הנחיית יועץ משפטי מס' 21.333, בשאלת סמכות החנינה של הנשיא. מה שמופיע כ"הנחיה" היה למעשה חוות דעת, המשתרעת על שישה עמודים, ובסופם קבע היועץ שהנשיא מוסמך לתת חנינה רק לאדם שהורשע בדין. לדברי זמיר, מקורה של חוות הדעת הזו בפרשת "המחתרת היהודית", שהתפוצצה שנה קודם לכן. גם בה הופעל לחץ על הנשיא הרצוג להעניק חנינה בטרם משפט לאנשים שהואשמו בביצוע פעולות טרור חמורות נגד ערבים, והוא ביקש מזמיר חוות דעת.

קיים ספק בדבר הצורך בהפצת הנחיה כללית בנושא כזה, שנמצא בטיפולם של שני אישים בלבד – נשיא המדינה ושר המשפטים – אך השאלה הזו מתגמדת לנוכח תוכנה השגוי. הנושא נידון כבר בשני פסקי דין של העליון. באחד מהם אמר שמעון אגרנט: "לנשיא הכוח לחון עבריינים גם לפני, גם אחרי ההרשעה,"¹²⁶ ובשני קבע צבי ברנזון: "נראה לי שכוחו (של הנשיא) יפה לחון כל עבריינין גם לפני שהובא לדין."¹²⁷ עמדה קרובה נקט חיים כהן, כשדיבר על כך שאת סמכות החנינה של הנשיא יש לפרש על דרך ההרחבה.

זמיר גרס אמנם שדבריהם של אגרנט וברנזון היו בגדר אמרות אגב, ובכל זאת יש צורך בהתנשאות מצד פקיד, אף אם הוא בכיר ואף אם הוא היועץ המשפטי לממשלה בכבודו ובעצמו, כשהוא נוטל לעצמו סמכות לקצץ בסמכויותיו של "האזרח מספר אחת", בניגוד לדברים שנאמרו, ולו אגב אורחא, בפסקי דין של העליון. אם בכלל היה מקום לכך שהיועץ יוציא הנחיה בסוגיה זו, המקסימום שהיה רשאי לומר הוא שקיים ספק, וקיימת אפשרות, רחוקה מאוד מוודאות, שבית המשפט יקבע בניגוד לדברים שאמרו שופטים דגולים בעבר, כי אין לנשיא המדינה סמכות חנינה כזו. היועץ המשפטי איננו השופט של הנשיא, של שר המשפטים או של הממשלה. הוא גם איננו המחוקק, הקובע באמצעות הנחיותיו את החוק שלאורו על הנשיא והשרים לנהוג.

ההנחיה השגויה הזו אומרת שהיועץ המשפטי איננו בגדר יועץ כלל אלא המחוקק, המוסמך לחוקק "חוקים" שמחייבים את הממשלה. הוא גם השופט, המוסמך להוציא "פסקי דין" – גם כשקיים ספק וגם בניגוד לפסיקה. אבל לא פחות מעניינת היא הסימביוזה הרעיונית בין השניים, כשהאחד מפתח את הנושא במסגרת תפקידו כיועץ משפטי, והשני מאמץ את התזה בשבתו כשופט, ולימים נשיא בית המשפט העליון.

כצפוי הגיע נושא החנינה לבג"ץ, בעקבות שורת עתירות שהגישו אזרחים, חברי כנסת (ביניהם יוסי שריד ושולמית אלוני), עורכי דין ולא פחות מ-12 אנשי אקדמיה. הדיון בעתירות התקיים לפני הרכב של שלושה שופטים, בראשות

הנשיא שמגר, כשלצדו מרים בן-פורת וברק, ובית המשפט הכיר ברוב דעות בתוקפה של החנינה. שמגר סקר את הפסיקה בנושא, והצביע על כך שבשיטות משפט קרובות לשלנו חלה סמכות החנינה גם על מי שלא הורשע. לאחר מכן הוא התייחס להנחיה של זמיר, מתח ביקורת לא קלה על נימוקיה, ודחה אותה מכול וכול.¹²⁸

השופט ברק, לעומת זאת, קבע בדעת מיעוט כי נשיא המדינה הרצוג פעל ללא סמכות, והחנינה שנתן בטלה ומבוטלת: "הסוגיה... עומדת במרכז חיינו הקונסטיטוציוניים... זרועות החוק רמות הן, אך החוק רם מכולנו." בין השאר כתב שם ברק "אנו מפרשים חוקה" – אף כי אין לישראל שום מסמך הנושא כותרת "חוקה", ובאותם ימים עדיין לא התקבל "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". בפסק דין ארוך ומפורט הוא ציין שמדובר ב"שלטון החוק והשלטת החוק", אימץ שיקולים דומים לאלה המופיעים בחוות דעתו של זמיר, דחה את דבריהם של השופטים אגרנט וברנזון, ודחה כמובן גם את עמדתו של נשיא בית המשפט העליון שמגר.

לאחר שנכתב פסק דינו של ברק, הוסיף שמגר דברים אחדים לפסק דינו, והצביע הן על כך שברק מנסה להפוך את הדין שפסקו קודמיו בעליון והן על השימוש שהוא עושה ב"שלטון החוק". עובדה היא, ציין שמגר, שסמכות חנינה לפני הרשעה קיימת "במדינות שמשטרן הוא מן המתקנים ביותר, ושליטת קיומו של שלטון חוק אפקטיבי כל מקום בו קיימת סמכות חנינה במלוא היקפה היא בגדר מסקנה קיצונית, הנעדרת בסיס מציאותי".

משנכתבו שני פסקי הדין האלה, התגלגל התיקו בתיק אל פתחה של המשנה לנשיא בן-פורת, אשר חשה כי ברק מייחס חשיבות עליונה לכך שעמדתו תתקבל. הוא עשה כל מאמץ לשכנעה,¹²⁹ אלא שהמאמץ לא הניב את התוצאה המקווה. בן-פורת הבהירה שנוכח עמדותיהם של אגרנט, ברנזון ושופטים נוספים, לא היה בישראל כל ספק, זה עשרות שנים, כי סמכות החנינה חלה גם על עבריין שעדיין לא הורשע. פסק דינה גם מבהיר שאין מקום לחשדנות המשתמעת מפסק דינו של עמיתה, אשר ממאן לתת אמון בנשיא המדינה ומבקש לצמצם את סמכויותיו.

השאלה המשפטית עסקה בסמכות החנינה של הנשיא, אולם לא ניתן לנתק את הנושא מהקשרו הביטחוני. הדרג המדיני סבר שהפרשה עלולה לגרום נזק ביטחוני חמור. היועץ המשפטי החליט להמשיך בהליך (ייתכן לזכותו שהיה מוכן תחילה לפשרה, אותה דחה הדרג המדיני שלא בתבונה). כלומר: השאלה היתה אם היועץ המשפטי ומערכת המשפט הם שיקבעו בנושא ביטחוני ממדרגה ראשונה, או שמא ראוי שהדבר ייעשה על ידי נשיא המדינה בעצת הדרג המדיני. לדעת ברק, אנשי המשפט צריכים לשלוט בכיפה. נשיא בית המשפט העליון וסגניתו גרסו שעדיף להשאיר את ההחלטה הסופית בידי הדרג המדיני ונשיא המדינה.

ככלל, לברק יש נטייה בולטת לקצץ בסמכויות רשויות השלטון האחרות ולהעצים את כוחה של המערכת המשפטית. גם כאן, המאבק לא היה על "שלטון החוק" אלא על השלטון. מוסכם על הכול שהיועץ המשפטי יכול להימנע מהגשת כתב אישום אף שבוצעה עבירה. זוהי למעשה "כעין חנינה" (שכפופה כמובן לביקורת בג"ץ). ההתנגדות של זמיר וברק היתה לכך שלא רק הם אלא גם נשיא המדינה יוכל להפעיל את סמכותו החוקית, ולהעניק חנינה אף הוא.

עוד ראוי להצביע על יחסו של ברק לפסיקה הקודמת, ועל הדרך שבה שאף לכתוב – ובמקרים רבים אכן כתב – את המשפט הישראלי מחדש. פסיקותיו של שמגר היו אקטיביסטיות וכרוכות לא פעם בביטול הלכות קודמות, אבל הוא הכיר בהגבלות מסוימות על כוחו של בית המשפט ובצורך לכבד את הפרדת הרשויות. ברק לא היה מוכן להכיר בכך. חמוש בסיסמת "שלטון החוק" הוא ניסה להסיר כל מגבלה על כוחו של בית המשפט – והביא את האקטיביזם השיפוטי לשיאו.

לבסוף, כדאי להתייחס לתפקיד שמילא היועץ המשפטי חריש בעניין, לעומת קיתונות הביקורת שהוטחו בו והיחס העוין שהופנה כלפיו מצד הפרקליטות. אין ספק שעמדתו היתה נכונה. הוא מזכיר בהקשר זה את ההיתר "להתפלל עם העבריינים" ביום הכיפורים, והרי לא יעלה על הדעת שמדובר בהיתר רק לגבי עבריינים שהורשעו. מכאן, ש"עברייין" (שאותו מוסמך הנשיא לחון) כולל גם מי שלא הורשע בשל המעשה שביצע, וסמכות הנשיא לחון עבריינים פרושה גם עליו.

בסך הכול, המציאות היתה הפוכה מן האופן שבו הוצגו העובדות בתקשורת ואולי אף הפוכה מן האופן שבו נחרתה הפרשה בזיכרון ההיסטורי. מי שפגע בשלטון החוק היה דווקא זמיר, שפרסם הנחיה שגויה שמשמעותה שלילת סמכות חוקית מהנשיא. מי שהגן על שלטון החוק היה דווקא חריש. הוא הוכיח שאסור ליועץ המשפטי (ולאנשי הפרקליטות בכלל) לערב את השקפתו האישית בעניינים המקצועיים, ואל לו לשבש מהלכים חוקיים של הממשלה רק משום שאינם עולים בקנה אחד עם השקפת עולמו. התקשורת היתה חופשית, כמובן, לבקר את החנינה, אבל היה זה מהלך חוקי, היועץ המשפטי היה חייב להגן עליו, וחריש עשה זאת בהצלחה.

גם הנשיא הרצוג הוצג בתקשורת בצורה לא הוגנת. בספרו דרך חיים מבקר הנשיא השישי את התנהלותו של זמיר, ומספר כי 90%–95% מההתבטאויות בתקשורת היו נגדו, בשעה ש-92% מהציבור תמכו בו.

האם עתה הגיעה הפרשה סוף-סוף אל סיומה? עדיין לא. צוות המשטרה סיים את חקירתו, והעביר את ממצאיו לפרקליטות, שהקימה ועדה לבחינת החומר, בראשות המשנה ליועץ המשפטי יהודית קרפ. אחת השאלות הדרמטיות נגעה לאחריותו של שמיר, שהיה ראש הממשלה בעת חטיפת האוטובוס. טענת ראש

השב"כ היתה שהריגת המחבלים ושיבוש הליכי המשפט נעשו על בסיס הוראה של שמיר. ועדת קרפ קבעה כי אין אפשרות לקבוע ששמיר אחראי לפרשה. בכך יצא הדרג המדיני מהפרשה. את האחראים העיקריים ברור היה שלא ניתן להעמיד לדין לנוכח החנינה שקיבלו, אך הם נדרשו לעזוב את השב"כ.

פרשת עיזאת נאפסו כבשה את הכותרות פחות משנה לאחר מכן. במאי 1987 ניתן בעליון פסק הדין בעניינו של סגן נאפסו, ונראה כי שיבוש ההליכים שהתגלה בפרשת קו 300 חיזק את הספקות ביחס להרשעתו, והוא שגרם – למזלנו – לבדיקת עניינו מחדש.¹³⁰

עיזאת נאפסו היה קצין צ'רקסי, ששירת ביחידת צה"ל שפעלה בדרום לבנון. בתום שירותו נשא אישה, בת כפרו, אך שבועות אחדים לאחר נישואיו, בהיותו עדיין בחופשת שחרור, נעצר והובא לחקירה. החשדות נגדו התבססו על עלילה שהעליל עליו סוכן כפול.¹³¹ הוא נעצר ב-4 בינואר 1980, ונחקר בידי צוות חוקרי שב"כ שבראשו עמד יוסי גינוסר – אותו גינוסר שיהיה לימים "הסוס הטרויאני" בפרשת קו 300. בחקירה, שנעשתה – לדבריו – תוך עינויים קשים, פיזיים ופסיכולוגיים, נשבר נאפסו והודה בעבירות חמורות. הוא הועמד למשפט לפני בית דין צבאי מיוחד, המוסמך לדון בעבירות בגידה. אב בית הדין היה בן-ציון פרחי (לימים הפצ"ר), ואחד השופטים היה פרופ' מרדכי קרמניצר.

נאפסו סיפר לבית הדין על העינויים שעבר, וטען שההודאות הוצאו ממנו בלחץ. חוקרי השב"כ מסרו עדויות שקר, הכחישו את דבריו, וטענו שההודאות ניתנו מרצון חופשי וללא כל לחץ פסול. בית המשפט האמין לאנשי השב"כ, ו"הודאותיו" של נאפסו התקבלו כראיה. הוא הורשע בעבירות חמורות של בגידה וסיוע לאויב בעת מלחמה, ונידון ל-18 שנות מאסר. הערעור שהוגש לבית הדין הצבאי לערעורים באמצעות הפצ"ר לשעבר עו"ד צבי הדר – נדחה (אחרי ארבע שנים). פסק דינו של בית הדין הצבאי לערעורים ניתן שבועות ספורים אחרי שהתפוצצה פרשת קו 300, שבה התברר כי אנשי הארגון שיקרו במצח נחושה בפני ועדת זורע וצוות בלטמן. למרות זאת, בית הדין הצבאי לערעורים לא קישר בין הדברים, לא הניח שמדובר בשיטה, ופסק על בסיס הגישה המסורתית, שלפיה אין בית משפט לערעורים מתערב בקביעות לגבי מהימנות עדים שנעשו על ידי הערכאה הראשונה.

הסחבת בבית הדין הצבאי לערעורים נראית בלתי-סבירה, אבל העכבה היתה לטובה. ימים ספורים לפני מתן פסק הדין בערעור תוקן חוק השיפוט הצבאי באופן שהקנה אפשרות ערעור לבית המשפט העליון על פסק דין של הערכאה הצבאית העליונה, ונאפסו קיבל רשות לעשות זאת.

עובדה מעניינת נוספת, שנראה כי לא היתה ידועה לבית הדין הצבאי לערעורים, היא שיוסי גינוסר, ראש צוות החוקרים של נאפסו, הוא אותו "סוס טרויאני" מפרשת קו 300. עובדה כזו אמורה להדליק אור אדום, ואולי היא אף השפיעה על המשך ההליך, ובכל זאת לא ברור עד כמה היא היתה קריטית. כפי שהסתבר בהמשך, באינספור חקירות נהגו אנשי השב"כ להפעיל אמצעי לחץ קשים לגביית עדויות, ולאחר מכן – בשבועה – להעיד בבית המשפט עדות שקר ולהכחיש זאת. נאפסו סיפר ב"ידיעות אחרונות" שגינזור היה החוקר הנוקשה ביותר, והשתמש לגביו בתיאורים חריפים, אבל ייתכן שהדברים היו דומים גם אילו נחקר על ידי אנשי שב"כ אחרים.

ההתפתחות המכרעת בפרשה התרחשה בתוככי השב"כ. אברהם שלום פרש, במקומו התמנה באופן זמני ראש שב"כ לשעבר, יוסף הרמלין, והתעוררו ספקות בעניין אשמתו של נאפסו. הוחלט לבדוק את העניין מחדש, והסתבר שרוב טענותיו בדבר הלחץ והעינויים שעבר היו נכונות. התביעה השתכנעה שלא היה מקום להרשעה, והפתרון שנמצא היה הסדר טיעון, שבו יבוטלו פסקי הדין המרשיעים, ונאפסו יודה בעבירה של "חריגה מסמכות עד כדי סיכון ביטחון המדינה", על בסיס העובדה שהוא נפגש בדרום לבנון עם אדם הקשור למחבלים ולא דיווח על כך.

הסדר הטיעון הושג בעת שערעורו של נאפסו היה תלוי ועומד בעליון, והוא הוגש להרכב בראשות הנשיא שמגר. מדובר בפרוצדורה מוזרה, שבה מושג הסדר טיעון בערכאה הגבוהה ביותר, בניגוד לממצאי הערכאות הקודמות, בעבירה פחותה בהרבה מהעבירות שיוחסו לנאשם וכאשר הקשר בינה לבין העבירות המקוריות נראה רופף. שמגר זיהה את הבעיה, וביקש לבדוק "אם אין המערער שם עצמו רשע, מאחר שכשל כוחו ואינו יכול לשאת עוד בעונש המאסר".

נאפסו שב והודיע שהוא אכן מודה, מרצונו ולא מחמת עונש המאסר שנגזר עליו. בית המשפט קיבל את העסקה, וגזר עליו שנתיים מאסר – לאחר שריצה כבר שבע וחצי שנים בכלא.¹³² הוא שוחרר מיד, וחמישה ימים בלבד לאחר מכן פורסם הריאיון ב"ידיעות אחרונות" ממנו השתמע כי הוא טוען לחפותו.

האם היה מקום להסדר הטיעון, או שלאור כל מה שהתגלה היה על התביעה להסכים לזיכוי מלא? כאשר אדם מואשם בעבירות חמורות, דוגמת רצח או בגידה, קיימת הסתברות גבוהה שגם אם הוא חף מפשע הוא יסכים להסדר טיעון בעבירה קלה, דוגמת חצייה באור אדום או אפילו תקיפה. וכשמתברר שהנאשם לא ביצע את העבירה החמורה שיוחסה לו, לא ראוי להדביק לו עבירה שולית כלשהי, ובלבד שכבודה של התביעה לא ייפגע.

בעקבות פסק הדין היה אולי מקום לפתוח בחקירה משטרתית בעניין

העבירות שביצעו אנשי השב"כ, אבל ברור היה, כאמור, שלא מדובר במקרה יחיד, והיועץ המשפטי חריש היה מוכן להסתפק בהקמת ועדת חקירה ממלכתית. הפעם לא התנגד לכך הדרג הפוליטי, משום שהדבר לא סיכן אותו ואיש לא ייחס לו אחריות. גם השב"כ עצמו, שמעמדו נחלש בעקבות האירועים המביכים, לא התנגד. וכך, שבוע לאחר פסק הדין בעליון החליטה הממשלה על הקמת ועדת חקירה ממלכתית לבחון את "שיטות החקירה של השב"כ בנושא פעילות חבלנית עוינת, ומתן עדות בבית המשפט בקשר לחקירות אלה", וצוין במפורש שהדבר נעשה בעקבות פסק דין נאפסו. חברי הוועדה מונו על ידי מאיר שמגר. בראשה עמד הנשיא (בדימוס) של בית המשפט העליון משה לנדוי, וחבריה היו שופט בית המשפט העליון יעקב מלץ והאלוף במילואים יצחק חופי, לשעבר ראש המוסד.

הוועדה התבטאה בחריפות לגבי פרשת נאפסו, וכתבה בדר"ח שלה כי "יש בה כדי להבהיל ולהרתיע, לא רק בשל עיוות דינו של הקצין עצמו, אלא לא פחות בגלל קלקול המידות שבמתן עדות שקר, אשר נתגלה בה לעין השמש ושיש עתה לעוקרו מן השורש". לדעת חברי הוועדה, חמורה לא פחות, ואולי אף יותר, היתה העובדה שהסתבר כי זה חלק משיטה שנהפכה לנורמה מקובלת, ובמשך 16 שנים נהגו חוקרי השב"כ להפעיל לחצים על חשודים לשם קבלת הודאות, ולהופיע לאחר מכן בבית המשפט, להעיד עדות שקר ולהכחיש הפעלת לחצים כלשהם. בחקירה שניהלו לנדוי, מלץ וחופי התברר כי ברובם המכריע של המקרים האמינו בתי המשפט לעדויות השקר של אנשי השב"כ, ורק במקרים נדירים פסלו את הודאות הנאשמים.

הצידוק של אנשי השב"כ היה נעוץ ברעיון שהמטרה מקדשת את האמצעים. הם היו משוכנעים באשמת הנאשם, ועדויות השקר נועדו להביא להרשעתו של מי שהאמינו שהוא אכן מחבל מסוכן או מעורב בטרור. היו ביניהם שהוסיפו כי לדעתם, אף שהדבר לא סוכם במפורש, היתה עם מערכות התביעה "כעין הסכמה שבשתיקה או קריצת עין" באשר לשקרים שלהם. אנשי התביעה הכחישו זאת מכול וכול, והוועדה האמינה להם שלא ידעו על כך דבר. אחדים מאנשי השירות טענו אפילו ש"גם השופטים 'היוו חלק מהמשחק'", אך הוועדה דחתה זאת כטענה חסרת שחר.

הוועדה קבעה שיש לשלול שיטות חקירה בלתי חוקיות, אך עם זאת המליצה שלא לנקוט הליכים משפטיים נגד חוקרים שנהגו בעבר בהתאם למה שהיה מקובל בארגון, גם אם הדבר גרם להם לעבור עבירות ולמסור עדות שקר. היא נימקה זאת בכך שייגרם נזק כבד לשב"כ, ונקטה בעצם גישה דומה לזו של הממשלה ושל הנשיא הרצוג בפרשת קו 300.

נאפסו עצמו לא השלים עם התוצאה, עתר לבג"ץ בתביעה להעמיד את חוקריו לדין, וטען שהמלצת החסינות של ועדת לנדוי לא חלה עליהם. העתירה התבררה לפני הרכב בראשות ברק, ובפסק דין קצר להפליא, המחזיק פחות מארבעה עמודים, היא נדחתה בנימוק שהעותר העמיד להכרעה שאלה מצומצמת: האם היועץ המשפטי נהג לפי המלצות הוועדה.¹³³

הפעם, לא נאמר דבר על "שלטון החוק". ההכרה שעדיף להימנע מהעמדה לדין פלילי כשמדובר באינטרס ביטחוני ממדרגה ראשונה נתמכה כעת לא רק על ידי נשיא המדינה, הממשלה והיועץ המשפטי, אלא גם על ידי ועדת חקירה ממלכתית בראשות נשיא בית המשפט העליון בדימוס. ברק בחר לא לנסות לצאת כנגד כל אלה ולהפוך את המשפט המתנהל לפניו לתקדים מרשים, והעדיף לסיים את העניין בצנעה.

גילוי האמת וחשיפת השקר הם תפקידה העיקרי של מערכת המשפט, והלקח הבולט לעין מפרשיות קו 300 ועיזאת נאפסו הוא כישלונה המוחלט במשימתה הראשית. התיאוריה אומרת כי שופט של ערכאה ראשונה, השומע את העדים ומתרשם מהם, מסוגל לקבוע את מהימנותם – למי להאמין ובמי אין לתת אמון. לפיכך, בית משפט לערעורים לא יתערב בממצאיו. מסתבר שהמציאות טפחה על פני התיאוריה, ומתברר שידע משפטי אינו תורם בהכרח ליכולתו של הפרקליט או השופט לגלות אם העד דובר אמת, אם לאו. פרקליט המדינה בלטמן בחר להאמין דווקא לאנשי השב"כ ששיקרו, והעדיף את עדותם על זו של אנשי הצבא דוברי האמת. היועץ המשפטי זמיר קיבל את העמדה המוטעית של בלטמן. ומדובר באישים הנמצאים בפסגת התביעה הכללית והמשפט הציבורי.

כך קרה גם במשפט נאפסו. התביעה האמינה לעדי השקר, וגם בית המשפט בחר להעדיף את עדותם על פני עדות האמת שהושמעה לפניו. בשני המקרים לא היתה זו מערכת המשפט שגילתה את האמת. יתר על כן, לא היו אלה תופעות ספורות, ושופטים רבים, בתיקים רבים ובמשך שנים רבות, כשלו בתפקידם לגלות מיהו דובר האמת ומי דובר שקר. אבל ועדת לנדוי מונתה כדי לבדוק את מה שקרה בשב"כ. איש לא העז להעלות על דעתו שקיימת בעיה במערכת המשפט. אף אחד כמובן לא העז להביע הרהורים כאלה בקול רם.

תופעה בעייתית אחרת היא הקונספציה שתביעה עלולה להיתפס לה, ולהתעלם או אף להתנגד לעדויות סותרות – כפי שהתרחש ביחס לעדויות שלא עלו בקנה אחד עם התיאוריה בדבר "אשמתו" של יצחק מרדכי. השכנוע הפנימי באשמה יכול לגרור גם פגיעה בזכויות של חשוד חף מפשע, כפי שאירע כשזמיר ביקש להשעות את מרדכי.

האם ראוי שתהיה לתביעה סמכות להשעות אדם ללא משפט? באותם ימים סירב צה"ל להיעתר לפניות אלה. מי שקיים את שלטון החוק אם כך היה דווקא הצבא, שנמנע מפגיעה בלתי-מוצדקת בקצין חף מפשע. בימינו, ספק אם יהיה ניתן לנהוג כך – ואם בג"ץ לא ימצא לנכון להתערב ולכפות קיום הוראה שגויה של היועץ המשפטי.

ובכל זאת, התביעה הכללית ומוסד היועץ המשפטי יצאו משתי הפרשיות המביכות הללו לא רק ללא פגע וללא ביקורת יעילה, אלא אף הצטיירו כגיבורים. דובר על הסכנה הצפונה בשב"כ ועל הצורך לפקח עליו, אך איש לא דיבר על הסכנה הצפויה מהתביעה, אף אם היא פועלת בתום לב, ובהכרח לפקח עליה. מאז המצב רק הוחמר. בית המשפט העליון הפך את היועץ המשפטי למפקד הכללי, חרף העובדה שבפרשת קו 300 הסתבר שעמדותיהם של אנשי הפרקליטות הצבאית, מנחם פינקלשטיין ובן-ציון פרחי, היו שקולות וסבירות יותר. השימוש הבלתי-ראוי בתקשורת להשחרת חשודים התרחב, ואחוז ההרשעות בבתי המשפט גדל במידה ניכרת ממה שהיה באותם ימים. איתו גדלה גם סכנת ההרשעה של חפים מפשע.

בערך באותם ימים שבהם התנהלו פרשת קו 300 ופרשת נאפסו, נידונה בעליון שאלה עקרונית הנוגעת לדיני ראיות במשפט הפלילי. מדובר בהוראה בסעיף 10(א) לפקודת הראיות, שלפיה "אמרה בכתב שנתן עד מחוץ לבית המשפט תהיה קבילה כראיה במשפט פלילי" – אם התמלאו תנאים מסוימים, וביניהם שהעד העיד בבית המשפט וניתנה הזדמנות לחקור אותו. כוונת ההוראה, פרי תיקון של החוק, היתה להתגבר על מצב שבו אדם העיד במשטרה נגד עבריו, ובגלל לחץ ואיומים אינו מוכן לחזור על הדברים בבית המשפט. במקרה כזה, מורה החוק, ניתן להסתמך על העדות בכתב שמסר לפני המשפט.

השאלה היתה האם ניתן לכלול במסגרת זו גם מזכר שרשם איש משטרה, ובו הוא מסכם לפי זיכרונו שיחה שקיים עם העד. ב-1985, בתיק "מדינת ישראל נגד טובול"¹³⁴ השיב על כך העליון בשלילה, בדעת רוב של שלמה לוין ואברהם חלימה כנגד דעתה של שושנה נתניהו. אבל הנושא זכה בדיון נוסף, להרכב צורפו שמגר וברק, והקערה התהפכה על פיה: נקבע כי גם רישום של מזכר כזה, אפילו אם נערך זמן רב לאחר השיחה של איש המשטרה עם העד – קביל כראיה. לוין וחלימה נותרו במיעוט.¹³⁵

אין צורך להרחיב על אודות גודל הסיכון שרושם המזכר, גם אם אין בכוונתו לשקר, רושם את מה שנדמה לו שהעד אמר או מה שהוא סבור שראוי היה שהעד יאמר (ותואם את הקונספציה של הרושם). לכן, הסתמכות על מזכר כזה מגבירה

מאוד את הסיכון של הרשעת אדם חף מפשע. ברק היה ער לדרו"ח ועדת לנדוי, אשר הצביע על כך שבמשך 16 שנים העידו חוקרי השב"כ עדות שקר ובתי המשפט לא הצליחו להבחין בכך. למרות זאת הוא קובע: "רב אמוני במערכת המשפט בישראל שתדע להבחין בין אמת לשקר." סיכוייהן של עובדות להתמודד עם קונספציה, נותרו דלים.

מי קובע מה סביר

את הרעיון ש"חוסר סבירות" מהווה עילה להתערבות בג"ץ החל אהרן ברק לפתח כמעט מיד לאחר שנהפך מאיש אקדמיה ויועץ משפטי לשופט. לעילה הזו יש רקע היסטורי, והיא אכן שימשה גם לפני כן להתערבות בתחומים צרים ביותר, כשהמקרה הטיפוסי היה חוקי עזר עירוניים או חקיקת משנה (כלומר תקנות שהוצאו מכוח חוק). במקרים כאלה התייחסו לחוסר סבירות קיצוני כאל חוסר סמכות, ונאמר שכאשר חקיקת משנה היא "כה בלתי הגיונית ובלתי נסבלת עד שאדם בר-דעת לא יעלה על דעתו ששר סביר היה מסוגל לעשותה", המסקנה היא שהמחוקק לא הסמיך אותו להתקין תקנה כזו.¹³⁶ ברק, לעומת זאת, הפך את העילה הזו לעילה כללית, המאפשרת לבג"ץ להתערב בכל החלטה של הרשות המבצעת או אף של הרשות המחוקקת.

השופט לנדוי, שעמד על הסכנות הטמונות בגישה הרדיקלית הזו, התנגד לכך בתוקף, הן בפסיקותיו והן בפרסומים אקדמיים, אך לאחר פרישתו, קנתה לה עילת חוסר הסבירות בהדרגה אחיזה בבית המשפט. גם כיום יש שופטים העומדים על סכנותיה ועל הצורך להגבילה. הבולט שבהם הוא אשר גרוניס, ועמדו באה לידי ביטוי ב-2007, בפסק הדין שלו בעתירה נגד מינויו של חיים רמון למשנה לראש הממשלה. "המומחיות של בית המשפט" – כתב שם מי שיתמנה חמש שנים מאוחר יותר לנשיא העשירי של בית המשפט העליון – "הנה בשאלות של סמכות ושל פגמים פרוצדורליים... לעומת זאת, אין לבית המשפט יתרון מיוחד או מומחיות עודפת בנושא של חוסר סבירות."¹³⁷

נהוג לא פעם לתקוף את חברי הכנסת ולפקפק בכישוריהם של שרים, אבל אין סיבה להניח שהסבירות של בית המשפט עדיפה על זו של הרשות המבצעת או המחוקקת, בוודאי לא בנושאים שנתונים בידיהם מכוח החוק או הפרדת הרשויות. הבסיס להתערבות בג"ץ בהחלטה שלטונית אמור להיות אי-חוקיות שדבקה בה, או שהיא מנוגדת לכלל משפטי (למשל, כלל המחייב שוויון). הבעיה היא, שפסיקתו של ברק הפכה את הבלתי-סביר (בעיני בית המשפט) לבלתי-חוקי.

ביקורת על הגישה הזו נמתחה, למשל, על ידי שופט בית המשפט האמריקני

לערעורים ריצ'רד פוזנר, שכתב במאמר תחת הכותרת "רודן נאור", כי לרעיון שלפיו "כל החלטת ממשלה שנחשבת 'לא סבירה' היא גם לא חוקית" אין אח ורע בדין האמריקני.¹³⁸

אולם ככל שהתחזק מעמדו של ברק, הלך והתגבר השימוש בעילת חוסר הסבירות, העניק לבית המשפט כוח אדיר – ודחק את העילות האחרות. הצירוף בין העילה המופשטת הזו לבין הזכות שניתנה לכל אדם לפנות בכל עניין לבג"ץ יצר מצב חדש: כל החלטה שלטונית נתונה למעשה לערעור לבית המשפט העליון. יתרה מזאת, העילה של חוסר סבירות גבתה מחיר כבד בכך שיצרה סביב המשפט הציבורי כולו ערפל כבד של חוסר ודאות קיצוני: לעולם הרי אין לדעת מה ייראה בעיני שופט כלשהו "חוסר סבירות" המצדיק התערבות. לכך הצטרף בלבול בין שורה של מצבים, שעל כולם ניתן להחיל את מבחן הסבירות אף כי אין כל דמיון ביניהם. אם בית המשפט יכול לבחון את הסבירות של אי-מתן רישיון לפלוני, מדוע לא יוכל לבחון את הסבירות של החלטת הצבא להפעיל בלילה מסוים את גולני או גבעתי?

זוהי אכן עמדתו של ברק, אם כי הוא יאמר מן הסתם שאותה העילה מפעילים בדרך שונה במצבים שונים. במציאות, הבלבול הוא בלתי-נמנע, והתוצאה היא שבית המשפט העליון איבד כמעט לחלוטין את היכולת להבחין בין עניינים שעליו לטפל בהם לבין עניינים שמחוץ לתחומו.

ההיבט הפלילי של פרשת קו 300 הסתיים, אך שבע שנים מאוחר יותר צצה אותה פרשה באדרת אחרת. יוסי גינוסר, שנאלץ לפרוש מהשב"כ, מונה למנכ"ל מכון היצוא ואחרי שנתיים וחצי ליושב ראש מועצת המנהלים של "עמידר". לאחר מכן קודם גינוסר על ידי שר הבינוי והשיכון, בנימין בן-אליעזר, לתפקיד מנכ"ל משרדו – מה שגרר עתירה לבג"ץ. בית המשפט התבקש לפסול את המינוי בשל מעשיו של גינוסר בפרשת קו 300.¹³⁹

פסק הדין ניתן על ידי ברק, שישב בראש ההרכב, והצטרפו אליו אליעזר גולדברג ואליהו מצא. אף שלגינוסר לא היה כל קשר להריגת המחבלים, נאמר בפסק הדין ש"כחבר ועדת זורע פעל להעלמת חלקם של אנשי השב"כ בפרשה. על חלקו בפרשה זו קיבל חנינה מנשיא המדינה ולא הועמד לדין. כן היה גינוסר ראש צוות החקירה בפרשת נאפסו... החוקרים נקטו כלפי נאפסו אמצעי חקירה פסולים והעידו עדות שקר לפני בית המשפט הצבאי המיוחד שהרשיע את נאפסו. בגין התנהגותו זו לא הועמד לדין".

בפתח פסק הדין מופיע אחד הביטויים החביבים על ברק – "השלטת שלטון החוק בשלטון", בן זוגו של "שלטון החוק במחוקק". ההתנגדות למינויו של

גינוסר נמצאה לכאורה בגדר סמכותו של בית הדין לעבודה, ובעבר אכן נפסק שאליו היה על העותר לפנות. אבל במסגרת המגמה לבטל את המגבלות המוטלות על העליון הוסרה גם המכשלה הזו. בג"ץ החליט לדון בעתירה, שכן "עניין לנו בסוגיה מהותית ומרכזית, אשר לה השפעות עמוקות על שלטון החוק (הפורמלי והמהותי) ועל אמון הציבור בפעולתן של רשויות השלטון בכלל ושל אורגן הביצוע העליון במדינה (הממשלה) בפרט".

חלק נכבד מפסק הדין הוקדש לשאלה, האם יש להביא בחשבון עבירות של מועמד לתפקיד, אף אם לא הורשע בגינן (גינוסר מעולם לא הורשע בעבירות הקשורות לקו 300 ולפרשת נאפסו), ומה המשמעות של החנינה שניתנה לו. גינוסר טען שהוא לא חפץ בחנינה, שכן פעל בסמכות וברשות, וניאות לבקשה רק עקב הלחץ שהופעל עליו. הוא אמר גם כי מעולם לא ניתנה לו הזדמנות להוכיח את חפותו. אבל ברק דחה את כל הטענות, וקבע כי ניתן לקבוע, לצורך המשפט המינהלי, שאדם עבר עבירה אף אם לא הורשע בה, ואף אם זכה בחנינה לגביה. הקביעה הזו באה גם חרף פסק דין קודם של העליון, בתיק "ראובן נגד המועצה המשפטית", שממנו משתמע כי חנינה מלאה מוחקת את ההרשעה, והיא מנקה את הכתם וכל פסול אחר הרובץ על האדם בעטייה.¹⁴⁰

חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים קובע כי "מי שנמחקה הרשעתו ייחשב לעניין כל דין כאילו לא הורשע, וכל פסול שנפסל בשל ההרשעה... בטל מיום המחיקה". אף על פי כן מאפשר סעיף 20(ד) לגופים שונים, ביניהם הממשלה, לקבל מידע על עבירות שנמחקו לצורך מינויים. ראוי היה לייחס משקל לעובדה שהעבירה נמחקה באמצעות חנינה, אך ברק, שסבר הרי כי נשיא המדינה לא מוסמך בכלל לחון את אנשי השב"כ, בחר שלא לייחס משקל לחנינה. בסופו של דבר הוא פסק כי אף שהממשלה שקלה את כל השיקולים הרלוונטיים ואף הביאה בחשבון את עברו של גינוסר, החלטתה למנותו למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון היא בלתי-סבירה בצורה קיצונית – ולפיכך היא בלתי-חוקית ובטלה.

החיבור בין "חוסר סבירות קיצוני" לאי-חוקיות הוא בעייתי ביותר, ומהווה חידוש מרחיק לכת. פסק הדין הזה משקף למעשה את הדרך שבה הפכו אט-אט השופטים את הערכים שלהם לדין מחייב. ואכן, ברק ציטט דברים של עצמו מפסק דין קודם: "בחברה דמוקרטית נאורה חייב איש ציבור, הנבחר על ידי העם והזקוק לאמון העם, לקיים רמה מוסרית נאותה בהתנהגותו... על מנת שיוכל להמשיך ולכהן במשרתו."

אין ספק, התנהגותו של גינוסר בשתי הפרשיות היתה מזעזעת. ועדיין, השאלה האם זו סיבה מוצדקת להתערבות של בית משפט במינויים שלטוניים היא שאלה

נפרדת. פסק הדין ניתן במרס 1993, וקדם בחודשים אחדים לפסקי הדין בפרשות דרעי ופנחסי, שגם בשניהם "חוקק" העליון חידוש, וקבע כי בלתי-סביר (ומשום כך בלתי-חוקי) שלא לפטר אותם.

הקושי העיקרי בפסק הדין בפרשת גינוסר הוא בערפול העצום שיצר ובשיבוש המוחלט שגרם להליכי המינוי בשירות הציבורי. הכרעת הדין מפרטת שורה של גורמים שיש להביא בחשבון, ביניהם חומרת העבירה, משך הזמן שחלף (מאז פרשת נאפסו חלפו 12 שנים, ומאז פרשת קו 300 – כ-11), מהות התפקיד שמדובר בו, הצורך בשיקום העברייני, וזאת בצד השיקולים הנוגעים לכישוריו.

כשבית המשפט פסל את המינוי של גינוסר למנכ"ל משרד הבינוי והשיכון, היו השופטים ערים לעובדה שהוא מונה זמן קצר קודם לכן ליושב ראש מועצת המנהלים של "עמידר", שהיא חברה ממשלתית בעלת היקף פעילות עצום. היו ערים לכך, אך לא העירו דבר, ובכך אפשרו לגינוסר להישאר בתפקידו. האם ניתן להסיק מכך שלתפקיד הזה הוא לא היה פסול, או שמא הוא לא נפסל רק משום שאיש לא עתר לגביו?

שיקול נוסף, שהוצב במרכז, נגע לכך שהמינוי "פוגע עמוקות באמון הציבור ברשות הציבורית ובשירות לציבור". מאז חזר בפסיקה אינספור פעמים הרעיון שמינוי אדם שאינו נראה לשופטי בג"ץ מבחינה מוסרית "פוגע באמון הציבור" ברשויות השלטון. אבל אין שמץ ראיה לפגיעה כזו, כשם שאין שמץ ראיה לכך שמאז שהחל בג"ץ לפקח על מינויים מן ההיבט המוסרי גדל אמון הציבור ברשויות השלטון. יתר על כן, בוויכוח סביב מינויו של ראש עיריית רמלה, תת-אלוף במילואים יואל לביא, למנהל מינהל מקרקעי ישראל היו ראיות לכך שהאיש נהנה מאמון הציבור, וגם זה לא הפריע לבית המשפט לקבוע כי מינויו יפגע באמון הציבור. כלומר, בית המשפט סבור שאמון הציבור צריך להיפגע, ולכן יש לפסול את המינוי. ובמילים אחרות: בית המשפט זיהה את מה שראוי לדעתו לקרות עם מה שקורה למעשה. "אמון הציבור" נהפך מהנחה עובדתית לפיקציה משפטית (בג"ץ לביא יפורט בהמשך).

תפקידו האמיתי של בית המשפט הוא להבטיח את חוקיות פעולתו של המינהל. ספק אם תפקידו לדאוג לאמון הציבור ברשויות השלטון. באורח פרדוקסלי הסתבר גם שככל שבית המשפט טורח להבטיח את אמון הציבור בשלטון, כך נפגע אמון הציבור בבית המשפט עצמו. זה מה שקרה בתקופת נשיאותו של ברק, כאשר הידרדר בצורה דרסטית אמון הציבור בבתי המשפט, לרבות העליון.

ההמשך היה הידרדרות במדרון חלקלק. העליון לא הגביל את עצמו לטיפול במועמדים שהיו מעורבים בעבר בעבירה פלילית, ובתוך שנים אחדות התברר שכל דופי בעברו של מועמד, שמצא אדם כלשהו, הופך על נקלה לדיון בבג"ץ. במסגרת

זו נכללו התנהגות לא נאותה של המועמד, הערות שנכתבו לגביו בדו"ח של ועדה או בפסק דין, וכן דברים מביישים, חסרי טעם, שאינם "תקינים פוליטית" שנאמרו על ידו. כל אלה הגיעו לבג"ץ, וזכו בדיונים המשתרעים על עשרות עמודים.

סמכות הפסילה הזו נראתה בתוך שנים אחדות נטולת סייגים – לא מבחינת הזמן, לא מבחינת אופי ההתנהגות ולא משום בחינה אחרת. שיקול הדעת המוחלט של השופטים הצטייר כקפריזי, תוך תחושה שלא פעם ניכרת הפליה בלתי-מובנת בין שלל המועמדים שעניינם מגיע לבית המשפט.

הסכמים פוליטיים כגון הסכמי קואליציה אינם שפיטים. כך קבע בית המשפט הקלאסי, והתוצאה של ההלכה הסבירה הזו היתה שאם, למשל, נכרת הסכם בין מועמדים ברשימה לכנסת, ולפיו יתפטר כעבור זמן המועמד שנבחר על מנת שגם הבא אחריו יזכה להיות חבר כנסת, אין זה הסכם שפיט. אם הוא לא ימומש, לא יזכה המועמד ש"קופח" בסעד בבית המשפט.¹⁴¹ בדומה לכך, אם מתחייבת מפלגה כלשהי כלפי מפלגה אחרת להצביע בדרך מסוימת בכנסת ואינה עושה זאת, המפלגה הנפגעת לא תזכה בסעד בבית משפט. עם זאת הבהיר בית המשפט הקלאסי כי הסכם פוליטי אינו יכול להכשיר מעשה פסול. לפיכך, אם, לדוגמה, הטיל ההסכם על אחד הצדדים למנות מועמדים לפי מפתח שונה מזה הקבוע החוק, ייפסלו המינויים הבלתי-חוקיים.¹⁴²

ברק, שביטל באופן שיטתי את ההלכות המגבילות את תחומי התערבותו של בית המשפט, התמודד גם עם ההלכה הזו – ויכול לה. כך היה, למשל, כאשר יעקב רובין, שהיה מועמד לראשות הלשכה, עתר נגד מנחם בגר, שנבחר לתפקיד, ונגד אישים נוספים, ודרש לבטל הסכמים שנעשו לקראת הבחירות ללשכת עורכי הדין ב-1985.¹⁴³ ההסכמים קבעו באלו מועמדים יתמכו הצדדים לראשות הלשכה, לחלק מהמחוזות ולתפקידים שונים, כולל נציגי הלשכה בוועדה לבחירת שופטים.

פסק הדין ניתן בהתאם להלכות הישנות. העתירה נדחתה, ונאמר שההסכמים ממילא אינם חלים על ציבור הבוחרים, אשר יעשה כהבנתו. השופט גולדברג אף ציין בקצרה כי ההסכמים אינם כובלים את נציגי הרשימות כאשר הם פועלים במוסדות הלשכה. אבל פסק דינו של ברק, שתמך גם הוא בדחיית העתירה, העלה בשיטת אמרות האגב הידועה ספקות שונים בקשר לדין הקודם. באשר להלכה הישנה, שלפיה הצדדים אינם יכולים לתבוע זה את זה מכוח ההסכם, שכמוהו כ"הסכם ג'נטלמני", כתב ברק ש"הג'נטלמן הציבורי" חייב בכבוד המשפט הציבורי. היה בכך יותר מרמז כי בנסיבות שלא הוגדרו יוכלו הצדדים לתבוע זה את זה מכוחו של הסכם כזה, בניגוד לכלל שנקבע בעבר. נוסף על כך, ברק לא

ראה פסול בהסכם לבחירת נציגים לוועדה לבחירת שופטים, אך הסכם לבחירת שופט (להבדיל מבחירת חבר ועדה) נוגד לדעתו את טובת הציבור והנו בטל. כאמור, כל הדברים הללו היו בגדר אמרות אגב, אך היה בהם רמז לבאות. במקביל, שאלה יפה היא, האם דבריו של ברק ביחס לבטלותם של "דילים" לבחירת שופטים תואמים את מה שקרה (ועדיין קורה) בוועדה לבחירת שופטים. "התרגיל המסריח" מ-1990 גרר את שתי המפלגות הגדולות למאבק עז, שבמסגרתו נעשה כל מאמץ לרכוש תומכים אשר יטו את הכף לטובתן. הרכישה היתה כרוכה בהסכמים פוליטיים ובהענקת טובות הנאה ללשונות מאזניים, לרסיסי מפלגות ואף לחברי כנסת יחידים – והנושא הגיע כמובן לבג"ץ. תחילה עלו לדיון הערבויות הכספיות שדרשה "הסיעה לקידום הרעיון הציוני" של מודעי. העניין הגיע לקצו בכך שהיועץ המשפטי לממשלה הודיע לבג"ץ כי עמדתו היא שהסכם הערבויות הוא בלתי-חוקי ואסור. נראה שהדברים תאמו את עמדת בג"ץ, ולנוכח המהומה שהפרשה גרמה ויתרו הצדדים על הרעיון.¹⁴⁴

אך בכך לא התמצתה תרומתה של אותה סיעה למשפט בישראל. ההסכם בינה לבין הליכוד זכה בכל זאת לדיון בבג"ץ, ופסק הדין בתיק "ז'רז'בסקי נגד ראש הממשלה",¹⁴⁵ שניתן שנה לאחר כריתתו, ב-1991, שימש כר נרחב לוויכוח בין מנחם אלון לאהרן ברק. השופט אלון פתח בנושא הכללי של שפיטות, וביקר בחריפות את עמדתו המרחיבה של ברק בנושא. אשר להסכם הפוליטי, עמדתו היתה כי הוא אינו צריך לשמש נושא להתדיינות משפטית ואינו כפוף לביקורת שיפוטית, למשל בנימוק של חוסר סבירות. הסכם כזה נתון בעיקר "למשפט הציבור", כלומר לביקורת ציבורית ולהליכים הדמוקרטיים. במקרים היוצאים מהכלל, שבהם יטען צד כלשהו להפרת ההסכם ובית המשפט יהיה בכלל מוכן לעסוק בכך, הסעד היחיד שהוא יוכל להעניק יהיה פסק דין הצהרתי. בית המשפט לא יורה לבצע הסכם כזה, לא ייתן צו מניעה בגינו ולא יפסוק פיצויים על הפרתו. עם זאת, אם נכללת בהסכם הוראה בלתי-חוקית – היא תיפסל. במקרה הנוכחי, פסק אלון, פסול התנאי הקובע כי הליכוד יוותר לסיעת מודעי על חוב כספי, כי הענקת טובת הנאה כספית במסגרת הסכם פוליטי היא פסולה וחסרת תוקף.

ברק נקט עמדה הפוכה, וקבע כצפוי ש(גם) הסכם פוליטי כפוף לביקורת בית המשפט. הוויכוחים בין השניים נפרשים על פני עמודים רבים, כשרובם הם שוב בגדר אמרות אגב. אבל עניין אחד הוסכם על כולם בעקבות פסק דין שניתן בבג"ץ ב-1990: הסכמים פוליטיים חייבים להיות גלויים.¹⁴⁶

ועדיין, זה שונה לחלוטין מהתערבות בתוכנם או מנקיטת הליכים משפטיים כדי לאכפם.

שאלת ההסכם הפוליטי התעוררה פעם נוספת בהקשר להסכם בין המערך לש"ס בממשלת רבין השנייה. הממשלה הוקמה ביולי 1992, ובלעדי ש"ס היתה למעשה ממשלת מיעוט, שנתמכה על ידי המפלגות הערביות. רבין, שנאלץ להתמודד עם ההתנגדות החריפה להסכמי אוסלו, סבר ששיתופה של ש"ס חיוני עבור ממשלתו, אבל בספטמבר 1993 היא פרשה מהממשלה (בעקבות אותה פסיקת בג"ץ, שחייבה את רבין לפטר את דרעי ופנחסי). חודש לאחר מכן ניתן פסק דין של העליון, אשר התיר יבוא בשר לא כשר, והדבר הכעיס כמובן את המפלגות הדתיות.¹⁴⁷

ב-1994 עשה רבין ניסיון להחזיר את ש"ס לקואליציה. ש"ס ראתה אז לנגד עיניה את ההתמודדות עם הפסיקה בעניין יבוא בשר לא כשר – פסיקה שהתבססה בין השאר על "חוק יסוד: חופש העיסוק". הוכן הסכם קואליציוני, ונקבע בו כי אם יופר הססטוס-קוו בענייני דת "מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה על ידי חקיקה מתאימה", וכן הוסכם על תיקון "חוק יסוד: חופש העיסוק".

העתירה "ולנר נגד יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית",¹⁴⁸ שתבעה לבטל את ההסכם, נקבעה לדיון לפני הרכב של חמישה שופטים, ופסק הדין ניתן בפברואר 1995, שלהי כהונתו של שמגר. ברק שימש אז משנה לנשיא, והיה אמור להתמנות לנשיא חצי שנה מאוחר יותר. העתירה נדחתה ברוב דעות של שמגר והשופטים גולדברג וחשין, כשבדעת מיעוט נותרו ברק ואור.

קשה לראות מהו הבסיס לדעת המיעוט, ומדוע מפלגות אינן יכולות להסכים על שינויי חקיקה, כפי שאכן קבעה דעת הרוב. ברק ציין אמנם כי הוא אינו "חולק כלל על סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים הבאים לשנות הלכות פסוקות", אך קבע שסעיף 3 להסכם "פוגע במעמד הרשות השופטת... יוצר אפשרות של פגיעה בעצמאותה של השפיטה ובאמון הציבור בה". פגיעה כזו ב"עקרונות יסוד", לדירו, פוסלת את ההסכם.

צריך להבין את דעת המיעוט על רקע מה שברק ראה כ"מהפכה החוקתית" – אותה מהפכה שעליה הוא חלם, שבה הוא דגל ולה הוא הטיפף. היא התבססה על חוקי היסוד בעניין כבוד האדם וחירותו ובעניין חופש העיסוק, שהתקבלו כשלוש שנים קודם לכן. ההסכם הקואליציוני הציב בפני ברק את האפשרות המעשית – אשר כל עוד היתה קיימת רק במישור התיאורטי אולי היה ניתן להתעלם ממנה – שהכנסת תשנה את המבנה הקונסטיטוציוני שהוא מבקש לבנות. שני החוקים הללו ניתנים לשינוי ברוב רגיל בכנסת, והוא נוכח לפתע שכל תיאוריית החוקה שהוא שואף אליה עומדת על חולות נודדים. המכשיר המעניק לעליון עוצמה אדירה ומאפשר לו לבטל חוקים – יכול להיגזל ממנו בהינף יד. כך נולד הצורך הנואש להיאבק בחקיקה שעשויה לשנות את המבנה שברק

הקים, מאבק שהוא ניהל בכל דרך אפשרית, בבית המשפט ומחוץ לו. בקרב הנוכחי הוא נחל מפלה, אבל התקופה היתה כאמור תקופת הדמדומים של כהונת שמגר, וברק יכול כבר לצפות לימים טובים יותר ולצפות אותם.

הלכה למעשה, ההסכם לא הגיע לכלל ביצוע. ש"ס החליטה לא להצטרף לקואליציה, והתאפקה עם שינוי החוק עד שהצטרפה לממשלת נתניהו הראשונה. למרות זאת נעשה ניסיון לבטל את הלכת ולנר באמצעות בקשה לדיון נוסף.

עקרונית, אפשרות כזו קיימת לגבי פסק דין שניתן בהרכב של שלושה שופטים, ואינה קיימת אחרי פסק דין של חמישה שופטים. אולם בית המשפט העליון כבר שגה כשהתיר דיון נוסף בעניין "נחמני נגד נחמני", והיה זה רק טבעי שהוא יתבקש לשנות פעם נוספת ולקיים דיון נוסף גם בהלכת ולנר. הבקשה נדחתה בלי שאפשרות הדיון הנוסף נידונה, לאור העובדה שש"ס בחרה שלא להצטרף לקואליציה.¹⁴⁹

התערבות בהחלטות היועץ המשפטי בנוגע להעמדה לדין היתה חידוש נוסף בתחום האקטיביזם השיפוטי. היועץ, כשם שהוא מוסמך להעמיד לדין, רשאי כמובן להחליט גם לא להעמיד לדין – אם משום שהוא סבור כי לא נעברה עבירה, אם מפני שהראיות אינן מספיקות, ואם מחמת "היעדר אינטרס ציבורי".

בדין האנגלי והאמריקני קיימת גישה שלפיה אין לבית המשפט סמכות להתערב בהחלטות התביעה בעניין העמדה לדין. בישראל הכיר אמנם בית המשפט העליון עוד בתקופה הקלאסית בכוחו לפקח על החלטות היועץ, אך הגביל את תחומי הפיקוח לבדיקה, האם הוא פעל בתום לב וממניעים טהורים. הטענה כי נפלה טעות בשיקול דעתו לא הספיקה כדי לבסס עתירה לבג"ץ.¹⁵⁰ השופט שמגר היה מוכן להרחיב במידה מסוימת את תחום הביקורת, ולהחיל אותו גם כשחל עיוות מהותי בהחלטה.¹⁵¹ התוצאה היתה שעתירות נגד היועץ המשפטי על כך שנמנע מהעמדה לדין היו מעטות, ואלה שהוגשו נדחו בדרך כלל.

שנים ספורות לאחר שנהפך ברק מיועץ משפטי לשופט בעליון, הוא חיווה דעה שהביקורת על פעולות היועץ צריכה לעמוד "על אותו בסיס נורמטיבי כמו הביקורת על כל רשות מינהלית אחרת".¹⁵² הדברים היו בגדר אמרת אגב, ובאותם ימים לא נודעה להם משמעות מעשית, מה גם שהעתירה נגד היועץ המשפטי נדחתה. אבל עם עלייתו של בית המשפט החדש נהפכו לא פעם אמרות אגב מסוג זה להלכות מחייבות, שגברו על ההלכות הישנות.

ראשיתו של המהפך הסתמנה בפסק דין של גבריאלי בכ בעתירה של עו"ד יורם שפטל נגד היועץ המשפטי לממשלה, שבה הוא קבל על כך שהיועץ סירב להורות

למשטרה לחקור תלונה שהגיש נגד העיתונאי נח קליגר ונגד מי שהיה עורך "ידיעות אחרונות", דב יודקובסקי, עקב סדרת כתבות שבהן תיאר קליגר את הנעשה במשפטו של ג'ון דמיאניוק. שפטל טען שהכתבות פגעו בכלל ה'סוביידיצה', שנועד למנוע מהתקשורת להשפיע על שופטים תוך כדי משפט. כך, פרקליט המדינה לשעבר, בחר להתערב בהחלטת היועץ המשפטי יוסף חריש, והחליט שעליו להורות למשטרה לנהל חקירה בנושא (לדעתו הצטרף השופט חלימה, כאשר תאודור אור נותר במיעוט).¹⁵³ בהמשך הועמד קליגר לדין והורשע בבית משפט השלום, אבל זופה במחוזי.

פסק דינו של כך ניתן בנובמבר 1989. חודש לאחר מכן ניתן פסק דין נוסף ברוח זו, הפעם פה אחד. העתירה לא היתה אמנם נגד היועץ המשפטי לממשלה, אלא נגד הפצ"ר, אך הסוגיה דומה. היה זה אחד מהמשפטים שהניבה האינתיפאדה הראשונה: חיילים אספו כ-20 צעירים ערבים מהכפרים ביתא וחוארה לפי רשימות שהוכנו על ידי השב"כ, כפתו אותם, והכו אותם בחוזקה בגפיים העליונות והתחתונות. המכות בוצעו באמצעות אלות, שבחלקן נשברו.

הפרשה הזו היתה כנראה פרי הדרך שבה הובנה מדיניות "היד הקשה" שקבעה הממשלה, ומי שהועמד לדין היה אל"מ יהודה מאיר (שהיה בעת האירוע מג"ד בדרגת סגן-אלוף). הפצ"ר החליט להסתפק בדין משמעתי, לנוכח העובדות שזו היתה ראשית האינתיפאדה, ימים ספורים בלבד לאחר שהוחלט להשתמש בכוח כלפי מתפרעים, כאשר שררה אי-בהירות לגבי אופן השימוש בכוח ולא היו הוראות ברורות בנושא, ובעיקר לנוכח ההחלטה לסיים את שירותו הפעיל של מאיר בצה"ל.

בג"ץ בראשות משה בייסקי שלל את נימוקי הפצ"ר, וקבע כי אין להסתפק במקרה כזה בדין המשמעתי ובעובדה שהצבא החליט לסיים את שירותו של הקצין. הוא פסק שיש לבטל את החלטת הפצ"ר ולהעמיד את אל"מ מאיר לדין בפני בית דין צבאי, וקבע את ההלכה שניתן להתערב בהחלטות רשויות התביעה, לרבות היועץ המשפטי, גם משיקולי חוסר סבירות.¹⁵⁴ בעקבות זאת הועמד מאיר לדין ונגזרה עליו הורדה לדרגת טוראי.

באותה שנה הוגשה לבג"ץ עתירה נוספת, הפעם נגד היועץ המשפטי לממשלה חריש, בשל החלטתו שלא להעמיד לדין את הבנקאים ורואי החשבון שהיו מעורבים בוויסות מניות הבנקים. נושא הוויסות נחקר בוועדת בייסקי, ובעקבות המלצותיה נאלצו חלק נכבד ממנהלי הבנקים לפרוש מתפקידם. השאלה של העמדה לדין פלילי הועברה לחריש, שהחליט להימנע מהגשת כתבי אישום.

העתירה החלה להתברר ב-26 בדצמבר 1989. פסק דין נגד החלטת הפצ"ר ניתן למחרת. וכך קרה שכאשר פסק השופט בייסקי שיש להתערב בהחלטת

הפצ"ר לא להעמיד לדין את אל"מ יהודה מאיר, הוא ידע שהוא קובע תקדים אשר יסייע להתערב גם בהחלטת היועץ המשפטי, שלא נראתה לו: להימנע מנקיטת הליכים פליליים נגד הבנקאים בפרשת הוויסות. בייסקי היה ראש ועדת החקירה בעניין הוויסות, ולא יכול כמובן לדון בעתירה נגד החלטת היועץ המשפטי בנושא, אולם כך היה בידו להשפיע בעקיפין על ההחלטה, באמצעות התקדים שקבע בעניינו של אל"מ מאיר.

העתירה בנושא הוויסות נידונה לפני הרכב בראשות שמגר, כשלצדו ברק ושלמה לוין. פסק הדין ניתן כעבור חודשים ספורים. שיקוליו של היועץ המשפטי כללו את העובדה שהבנקאים נתנו את הדין בפני ועדת בייסקי, והתוצאה מבחינתם היתה "סנקציות חמורות מאוד של הדחה ממשרה ועקירה ממקצוע הבנקאות". שנית, רשויות המדינה היו מודעות לוויסות (אם גם לא לכל היבטיו), ולא פעלו על מנת למנוע אותו. ושלישית, ועדת בייסקי השיגה את התוצאה של הענשה, הרתעה והחדרת הנורמות. לכל אלה הצטרפה העובדה שמאז הפרשה חלפו שבע שנים, ואין עניין "להביא על הציבור... את ההוצאה... הטרדה והיגיעה שבגילול יריעת הפרשה לאחור".

אבל כל הנימוקים לא הועילו. בג"ץ קבע כי יש בהחלטת היועץ משום סטייה מהותית מהאיזון הדרוש, וכי היא "בלתי סבירה לחלוטין". ההחלטה לא להעמיד לדין את הבנקאים מחמת "היעדר עניין לציבור" בוטלה, והוטל על היועץ להחליט לאור חומר הראיות אם יש מקום להעמידם לדין.¹⁵⁵

המשך ההתפתחות מלמד שחריש צדק לפחות בעניין הטרדה, היגיעה וההוצאות, ולמעשה הסתבר שלא רק בכך. עד לסיום ההליך הפלילי היה צורך להמתין שבע שנים נוספות, והתוצאות, למעט אורכם של פסקי הדין, רחוקות מלהרשים. כתב האישום נגד הבנקאים (וכן נגד רואי החשבון) הוגש לבית המשפט המחוזי ב-1990, וכעבור זמן לא רב החלה שמיעת העדויות לפני השופט מרים נאור (שהיא כיום המשנה לנשיא בית המשפט העליון). התיק התנהל כמעט יום אחרי יום במשך כשלוש שנים, ובסופו של דבר ניתנו ב-1994 פסקי דין הממלאים יותר מ-600 עמודים. עניינם של רוב רואי החשבון הסתיים בהסדר טיעון שבמסגרתו הם פרשו מהמקצוע. אחד מהם, דן בבלי, סירב להצטרף להסדר והורשע עם הבנקאים.

הערעורים התבררו לפני הרכב של חמישה שופטים בראשות דב לוין (שמגר, ברק ושלמה לוין, שהורו ליועץ המשפטי להגיש כתבי אישום, לא יכלו להיכלל בהרכב), ופסק הדין, התופס יותר מ-240 עמודים, קיבל חלק נכבד מהם. רו"ח בבלי, אשר יוצג על ידי עורכי הדין חנן מלצר (היום שופט בעליון) ודן שינמן, זופה לחלוטין. הבנקאים זוכו ברוב דעות מאחת העבירות המרכזיות (פעולה ביודעין של

חבר דירקטוריון או מנהל, הפוגעת ביכולת הבנק לקיים את התחייבויותיו), כאשר צבי טל אף סבר שהרשויות מושתקות מלתבוע באשמה זו, וכי הבנקאים זכאים להגנה מן הצדק בגינה.

בכלל, בית המשפט גילה אהדה לרבות מטענותיהם של הבנקאים, אשר הניעו קודם לכן את היועץ המשפטי להימנע מהעמדתם לדין. בעיקר צוינו מעורבותן של הרשויות בגיבוש מדיניות הוויסות ובמתן "גושפנקא בלתי אחראית לתופעה שלילית זו", הסנקציות המינהליות שהוטלו על המערערים והרחיקו אותם "מפעילותם בממלכתם – ממלכת הבנקאות", וגם משך הזמן שחלף. על רקע זה בוטלו כל עונשי המאסר בפועל שהטיל המחוזי על הבנקאים. הקנסות ועונשי המאסר על תנאי – נותרו בעינם.¹⁵⁶

נוכח תוצאה מאוד לא מרשימה זו, ניתן – בלשון המעטה – להטיל ספק במידת התועלת שהביאה התערבותו של בג"ץ בשיקולי היועץ המשפטי, כשם שניתן לתהות, האם שיקול דעתם של השופטים היה סביר יותר מזה של חריש. אבל בעיתונות נמתחה על חריש ביקורת גם בפרשה זו, ולדבריו באו ההדלפות נגדו מתוך משרד המשפטים. בכתבתו של גדעון אלון "גבו הכפוף של חריש", שפורסמה ב"הארץ" באוגוסט 1989, נכתב בהסתמך על "גורמים משפטיים", שכדי להגיש כתב אישום נגד הבנקאים "צריך חוט שדרה חזק... ואת זה אין כנראה ליועץ המשפטי".

קל לתקוף בתקשורת אנשים בעלי מעמד, ולא נדרש בישראל אומץ להגיש נגדם כתב אישום. האומץ נדרש במקרה ההפוך: בהחלטה לא להגיש אישום. יתר על כן, התערבות בג"ץ בשיקולי היועץ המשפטי, באופן המחייב אותו להעמיד אנשים לדין בניגוד להשקפתו, בניגוד למשפט האנגלו-אמריקני ובניגוד לדין שנהג אצלנו בעבר, פוגעת קשות בהליך הפלילי. היא מציבה את בית המשפט העליון, המצווה לשמור על נייטרליות, בתפקיד תביעתי מובהק. מטבע הדברים, לאחר שהוא מורה על העמדה לדין יחוש הנאשמים שנפגעו עד מאוד סיכוייהם למשפט הוגן.

העליון אמנם הקפיד להצביע על כך שהוא אינו מתערב בעמדת היועץ המשפטי בשאלה, האם הראיות מספיקות או לא, אלא רק בשאלה אם יש עניין ציבורי בהגשת התביעה, ולמרות זאת לא קל לערכאה נמוכה לזכות (ואולי אפילו להקל בעונש), לאחר שהערכאה הגבוהה ביותר הורתה על הגשת כתב האישום. הנה כי כן, הנטייה האקטיביסטית הגורפת חלחלה גם הנה, וכעבור זמן לא נרתע העליון מעיסוק גם בשאלת הראיות ולהתייחס להסדרי טיעון, כפי שאירע בעניינו של נשיא המדינה לשעבר, משה קצב.

האופי התביעתי שלבש העליון מקבל דגש לנוכח העובדה שעד היום היה הפיקוח שלו על החלטות היועץ המשפטי חד-כיווני: באותם מקרים שבחר להתערב בהחלטות היועץ, הוא עשה זאת כדי להורות לו להגיש כתב אישום.*

המגמה הרדיקלית של זכויות אדם מייחסת משקל מרבי לזכויות של הפרט או של קבוצה מסוימת, תוך שהיא מתעלמת כמעט כליל מהנזק הכבד לציבור ומהסכנות שההכרה בזכות מרחיקת לכת של אותו פרט תגרום לפרטים אחרים או לכלל הציבור. הגישה הזו התעצמה מאוד בתקופת נשיאותו של ברק, אבל הנצה כבר בעידן שמגר. היה לה יוצא מהכלל אחד: התחום הפלילי, לרבות חקירות ומשפטים נגד אנשי ציבור, שזכויות האדם שלהם נפגעו וקוצצו ללא היסוס.

בשורה של תחומים באה המגמה הזו לידי ביטוי. אחד מהם כבר נזכר לעיל, בהקשר לאישור שניתן למפלגתו של כהנא ולזרם הלאומני הפלשתיני להתמודד בבחירות לכנסת. תחומים אחרים כוללים, לדוגמה, זכויות תלמידים וחופש הביטוי.

הפסיקה בנוגע לחופש הביטוי גלשה מהמגוון לבעייתי. בתיק "קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נגד רשות השידור",¹⁵⁷ קבלה החברה העותרת, שעסקה בהכשרת מועמדים לבחינות בגרות ובחינות פסיכומטריות, על כך שרשות השידור סירבה לפרסם את סיסמתה "לך תצטיין", בנימוק שהיא קורצת לביטוי הפוגע בטעם הטוב. דליה דורנר, אליה הצטרף ראש ההרכב גבריאל בך, פסקה לזכות "קידום", תוך שימוש במילים הנשגבות "חופש הביטוי ניצב בראש החירויות שעליהן מושתת משטרנו הדמוקרטי". השופט חשין הצביע על כך שמדובר בעניין פעוט, שבג"ץ אינו צריך לעסוק בו, אך נותר בדעת מיעוט.

פסק הדין הזה מנוגד ניגוד חריף להלכה שנקבעה על ידי בית המשפט הקלאסי, בעתירה שהגישה נגד רשות השידור חברת "יפ-אורה", מאחר שסירבה לשדר פרסומת ובה המילה "שוונג".¹⁵⁸ השופטים חיים כהן, יצחק כהן ומשה עציוני, בפסק דין שלא מילא שני עמודים, סירבו אפילו להוציא צו על תנאי. עציוני ציין שמדובר בעניין "פעוט וקל ערך", וכך הוסיף שאין מדובר בהפליה או שימוש בשיקולים בלתי-סבירים, ואין זה מסוג העניינים שבהם יש לתת סעד למען הצדק.

למען הדיוק כדאי להדגיש שלא מדובר במקרים אלה בחופש הביטוי. איש לא אסר על "יפ-אורה" להשתמש בסלוגן "שוונג" ולא על "קידום" להציע לכל אחד

* למיטב ידיעתי, בשום מקרה עד עתה לא הורה בית המשפט העליון ליועץ המשפטי להימנע מהגשת כתב אישום.

ללכת להצטיין. שתי החברות דרשו שכלי תקשורת מסוים יהיה חייב להפיץ את דברן. זה לא היה נושא ציבורי-פוליטי, שלגביו יש חשיבות לחופש הביטוי, ודעת הרוב של בית המשפט החדש לא תרמה דבר לדמוקרטיה, אלא לוולגריזציה של השפה.

פרשה רצינית יותר נידונה אף היא ב-1994, ועסקה בזכות להפגין ליד ביתו של מנהיג או איש ציבור. השאלה התעוררה קודם לכן ב-1973, כשקבוצת מפגינים ביקשה לקיים הפגנה ליד ביתו של שר החוץ אבא אבן. המשטרה סירבה לתת רישיון להפגנה, והעתירה לבג"ץ של הרב מאיר כהנא נגד מפקד המחוז הדרומי של המשטרה נדחתה. "חופש האסיפה וחופש הביטוי, כתבו השופטים, "אין פירושו מתן היתר לחדור לרשות היחיד של איש הממלא תפקיד ציבורי ולהטריד אותו ואת בני ביתו בחייהם הפרטיים."¹⁵⁹

הימים היו ימי החתימה על הסכם אוסלו, היצרים התלהטו ובאו לביטוי בהפגנות סוערות. מטרת המפגינים היתה לא פעם להפעיל לחץ על תומכי ההסכם, וכך היה גם כאשר ביקשו מתנגדי ההסכם להקים במה מול ביתו של הרב עובדיה יוסף, להתקין רמקולים ולקיים הפגנה של יותר ממאתיים איש. מפקד מחוז ירושלים, ניצב יהודה וילק, לא התיר את ההפגנה, והנושא הגיע כצפוי אל שולחנו של בג"ץ.

שלושה שופטים ישבו בדיון ב"דיין נגד מפקד מחוז ירושלים".¹⁶⁰ ראש ההרכב, אהרן ברק, דיבר על איזון בין זכויות חוקתיות, הזכות לחופש ביטוי והזכות לפרטיות (אף שהזכות לפרטיות הוכרה ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", ואילו חופש הביטוי לא נזכר בו). האיזון הזה, כתב ברק, מחייב להכיר בזכות להפגין מול ביתו הפרטי של איש הציבור, בכפוף למגבלות מבחינת שעות ההפגנה, מספר המשתתפים וכולי. שלמה לוין דחה לחלוטין את זכות ההפגנה ליד ביתו הפרטי של איש ציבור, ואילו אליעזר גולדברג קבע כי לנוכח העובדה שביתו של הרב משמש גם כמשרדו, ובהיעדר חלופה אפקטיבית אחרת, היה מתיר את ההפגנה בכפוף למגבלות. העמדה הזו זכתה אם כן ברוב, אבל העותר סירב לקבל על עצמו מגבלות כלשהן, ולכן העתירה נדחתה.

צעד נוסף נעשה באותה שנה בעתירה "עם כלביא נגד מפקד משטרת ירושלים",¹⁶¹ כשהשופטים ברק, בכך ואור התירו קיום אסיפה, בכפוף למגבלות מסוימות, מול מעונו של ראש הממשלה יצחק רבין בירושלים. הנימוק היה שמדובר במעון רשמי, אבל ברק חזר על עמדתו, שלפיה מותרת ההפגנה גם ליד מעונו הפרטי של ראש הממשלה – רק שבמקרה כזה יהיו המגבלות חמורות יותר. בפועל נערכו כמעט מדי ערב הפגנות ליד ביתו הפרטי של רבין ברמת אביב, מלוות לא פעם בקריאות "בוגד". ספק אם כל ההפגנות האלה היו ברישיון, אך

לנוכח הפסיקה החדשה הן יכלו מן הסתם לזכות ברישיון, בכפוף למגבלה זו או אחרת.*

התפתחות מעניינת בהקשר הזה קשורה בתופעה, שבאה לביטוי בכמה תחומים, ולפיה קובעים השופטים סטנדרטים אידיאליסטיים לגבי הזולת, אך נתקלים בקושי גדול כאשר עולה דרישה ליישם אותם הסטנדרטים לגבי השופטים עצמם. הרעיון של הפגנות ליד בתייהם של אנשי ציבור, למשל, התרחב, ויש המבקשים להפגין לפני בתייהם של שופטים. והנה, באוקטובר 2012 דווח שנשיא בית המשפט העליון אשר גרוניס ומנהל בתי המשפט מיכאל שפיצר נפגשו עם היועץ המשפטי יהודה וינשטיין ומפכ"ל המשטרה יוחנן דנינו, במגמה להביא לאיסור הפגנות כאלה. אין תמה שבמאמר המערכת של "הארץ" נאמר ביום 5.10.2012: "אותם שופטים, היודעים להגן על זכויות אזרחיות אלה כשמדובר בזולת, נזעקים כשהנפגעים ממימושן הינם הם-עצמם." כל שאוכל לעשות הוא לחזור על העמדה הראויה שלפיה אין מקום להפגנות כאלה ליד בתים פרטיים של אנשי ציבור וממילא גם לא ליד בתיים של שופטים.

תחום המעצרים היה הבא בתור, והגישה הרדיקלית יושמה בין היתר בעניינו של עימאד גנימאת מהכפר צוריף שליד חברון. באחד הלילות גנב גנימאת בן ה-21 מכונית בירושלים ונהג בה לכיוון חברון, אך כשהגיע למחסום נטש אותה ונמלט. כעבור פחות מחודשיים הוא נסע במכונית אחרת, שנגנבה על ידי חבר שלו, בנוכחותו, בבית שמש. גנימאת הודה בגניבת המכונית הראשונה, אך טען שלא השתתף בגניבת המכונית השנייה והצטרף לנסיעה רק כדי להגיע לביתו.

בדיון בשאלת מעצרו טען גנימאת כי גניבת המכונית הראשונה נעשתה על ידו בגלל קשיי פרנסה. שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, עזרא קמא, החליט על מעצר עד לסיום ההליכים, באומרו שדווקא הטענה הזו מעוררת דאגה: פרנסת משפחתו ממשיכה להיות מוטלת על צווארו, ומעצרו דרוש לשם הגנה על הציבור. שיקול נוסף אמר שהנאשם מתגורר בשטחים ויש סיכון שלא יופיע למשפטו. על ההחלטה הוגש ערר, אף כי היה זה, לכאורה, מקרה פשוט. התקדימים בעליון היו מרובים וברורים, כשברובם המכריע אישר בית המשפט מעצר עד לסיום המשפט.

* כאותן שנים הייתי שכנו של רבין, ושמעתי ערב-ערב את הקריאות המעליכות והמאיימות לעברו. לאחר הרצח פקד את המקום גל חדרש, קצר יותר, של הפגנות סליחה על מה שאירע. אני פרסמתי אז את הרשימה "לאחר הרצח" ("המשפט", כרך ג, 9 – 1995), שבה הבעתי את מורת רוחי מן הדרך שבה טיפלה מערכת האכיפה בפרשת ההפגנות, או ביתר דיוק נמנעה מלטפל בכל נושא ההסתה והאלימות.

העובדה שהרכב של שלושה שופטים נקבע לדון ב"גנימאת נגר מדינת ישראל"¹⁶² רמזה על כך שהוחלט להפוך את העניין לעקרוני. עתירות בנושא מעצרים מתבררות כרגיל בפני שופט יחיד, אך הפעם ישבו בדיון ברק, דורנר וחשין. פסק הדין היה ארוך ומפורט, כמעט 70 עמודים, והוכרע ברוב דעות. ברק ודורנר הדגישו את החומרה שבמעצר אדם שלא הורשע, ופסקו כי אין מקום למעצר עד למשפט וכי יש לשחרר את גנימאת בתנאי שיפקיד במזומן ובערבות בנקאית 3,000 שקלים וכן ערבות צד ג' בסך 50 אלף שקלים, ויישאר בתחומי כפרו. חשין הצביע על היקפן העצום של גניבות רכב, הקלות היחסית שבה מתבצעת העבירה, הרווח הקל שהיא מניבה, ובכך שמדובר ממש במקצוע, כך שקיים חשש סביר כי מי שגונב רכב לפרנסתו לא יחדל מכך. לנוכח חילוקי הדעות הועבר הנושא לדיון נוסף בפני הרכב של שבעה שופטים. גם הוא הוכרע ברוב דעות, כאשר החלטתו של העליון בוטלה ואושרה גם יחד. שישה מבין שופטי ההרכב (הנשיא לשעבר שמגר, הנשיא הנכנס ברק, מצא, גולדברג, חשין וטובה שטרסברג-כהן) אישרו את המעצר, מול דעת יחידה של דורנר.¹⁶³

בכך בוטלה כביכול ההחלטה המקורית של העליון – אך רק כביכול. ברוב מצומצם יותר נקבע כי יש מקום לחלופת מעצר, כלומר לשחרורו של גנימאת בתנאים שבהם שוחרר, בניגוד לדעתם של שמגר, גולדברג וחשין.

המשפט עצמו הסתיים בהסדר טיעון, שבמסגרתו נגזרו על עימאד גנימאת 18 חודשי מאסר – עונש קל יחסית לעבירה שבוצעה באופן מקצועי, לצורכי רווח. פסקי הדין בעניינו הכבידו מאוד על המאבק בגניבות הרכב, שנהפכו למכת מדינה, ורק כעבור שנים עלה בידי המערכת להשתחרר מתוצאותיהם. אבל חשוב להצביע גם על ההיבט הפרדוקסלי של הפרשה, שבה נגרר ברק אחרי דורנר, והסביר בלהט את ההיבטים של פגיעה בזכויות אדם הכרוכה במעצר לפני משפט, אף כי שנים קודם לכן, בתקופת כהונתו כיועץ המשפטי לממשלה, נגזר על אשר ידלין, שממנו לא נשקפה כל סכנה והיה ברור שיתייצב למשפטו, לשהות חודשים במעצר עד לסיום משפטו, על פי בקשת התביעה, והעליון הצדיק זאת.*

מאיר שמגר ציין בפרשת גנימאת כי גם כשמבקשים לבסס את הגנת הנאשם על "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", יש לזכור שהוא אמור להגן גם על קורבנותיו. ההתעלמות מהקורבן היתה מסממני הרדיקליזם של זכויות אדם

* כשר המשפטים הגשתי הצעת חוק, שעברה קריאה ראשונה בכנסת, ונועדה לבטל את הלכת גנימאת. לפי ההצעה תיקבע, לצורך מעצר לפני משפט, חזקת הימלטות לגבי אדם שנכנס לישראל שלא כדין או שוהה בה שלא כדין, ונאשם בעבירה מסוג פשע – כדי לוודא שלא יתחמק. הוצע גם לקבוע חזקת מסוכנות לגבי מי שנאשם בהתפרצות למקום מגורים או בגניבת רכב.

שפשה יותר ויותר בבית המשפט, אבל חודשים ספורים לאחר מכן סיים שמגר את כהונתו, ברק התמנה לנשיא, והתהליכים הללו לא ניתנו עוד לבלימה – לפחות באותם ימים.

מעשה בתלמיד כיתה י מחולון ש"נהג שלא כשורה וביצע בין כותלי בית הספר, יחד עם תלמידים נוספים, שורה של מעשים שלא ייעשו", כפי שתואר בפסק הדין של השופטת המחוזית רות שטרנברג-אליעז.¹⁶⁴ נוסף על ההפרעות בשיעורים פרץ הנער בן ה-16 לבית הספר כמה פעמים, צייר כתובות גרפיטי על הקירות, "וכתב דברים איומים על מורים, ביניהם מחנכת הכיתה".

כתב היר של התלמיד זוהה על ידי מוריו, מחנכת הכיתה ורכזת השכבה שוחחו עמו, אך ציורי הגרפיטי חזרו ונשנו, ובית הספר שכר חברת חקירות שצילמה אותו בשעת מעשה. לאחר דיון בוועדת המשמעת העליונה הוחלט להרחיק את הנער מבית הספר, נמצא לו בית ספר אחר, אבל ההורים הגישו ערעור למנהל המחוז במשרד החינוך על ההרחקה. במקביל התברר שבית הספר לא קיים את כל כללי הנוהל שקבע משרד החינוך להרחקת תלמיד.

לאחר שתיארה את התנהגותו הוונדליסטית של התלמיד, עברה השופטת למלאכת האיזון, וגילתה אמפתיה ל"נער בגיל ההתבגרות, הצועד את צעדיו הראשונים בחברה מתוקנת... בגיל זה חשובה הרעות הנוצרת בין חברים לספסל הלימודים... המבקש הוא ספורטאי מצטיין... זהו בית הספר היחיד בחולון שיש בו מגמת ספורט... הרחקה לצמיתות מבית ספר היא צעד מרחיק לכת... המשאיר אות קין בתלמיד ומנדה אותו מעולמו".

אמפתיה למורים שהתלמיד פגע בהם וביזה אותם לעיני כול – קשה למצוא בפסק הדין. השופטת לא חששה לפגיעה האנושה בכושר ההרתעה של הנהלת בית הספר, לימדה את אנשי החינוך ש"אין הקפדן מלמד", וקבעה כי תפקידו של בית המשפט "למנוע החלטות שרירותיות ופגיעה בכבודם של תלמידים". על פגיעה בכבוד המורים, כאמור, לא נאמר דבר. בקיצור, לנוכח הפגיעה בנוהל הורה בית המשפט על החזרת התלמיד לבית ספרו, תוך התעלמות מההשלכות שיש לצעד כזה. למשל, העובדה שהתלמיד שניצח את ההנהלה עשוי להיחפך לגיבור ומודל לחיקוי.

ופסק הדין הזה רחוק מלהיות יחיד. התהליך של הענקת זכויות לתלמידים ולילדים, ללא קביעת מסגרת המבטיחה את המשמעת הדרושה לצורכי לימוד, משקפת תהליכים חברתיים וגלשה גם לחקיקה. לבית המשפט יש חלק בתהליך, כאשר המשפטיזציה ששטפה כמעט כל תחום הגיעה גם לכאן.

בהמשך הדרך נקבעה הלכה חדשה בכל הנוגע להענשה גופנית של ילדים על ידי

הורים ומחנכים. הכלל שנהג בעבר, ואשר היתה לו גם תמיכה חקיקתית, אמר כי ענישה כזו מותרת כל עוד היא נעשית מתוך מניע נאות, כלומר למטרות משמעת, ובתנאי שהשימוש בכוח כלפי הילד הוא סביר, ואינו עולה על הנדרש למטרה החינוכית. זהו גם הדין במדינות רבות, אבל בפסק דין שניתן בינואר 2000 פסקה דורית ביניש, בהסכמת ברק, כי כל ענישה גופנית אסורה. הדברים נכתבו בגדר 'אוביטר', שכן באותו מקרה חרגה הפגיעה הגופנית של האם בילדיה מכל מה שיכול להיחשב סביר – אולם אצלנו הופך "אוביטר" לא פעם לדין מחייב. האם הורשעה בדעת רוב לא רק בתקיפה אלא גם בהתעללות, והשופט השלישי, יצחק אנגלרד, הסכים לנוכח עובדות המקרה להרשעה בתקיפה, בלי שנקט עמדה בשאלה האם ענישה גופנית סבירה, למטרות חינוכיות, על ידי ההורים, מהווה עבירה. ביחס לעבירת ההתעללות נותר אנגלרד במיעוט, כאשר ביקש לצמצם את העבירה המעורפלת הזו לנוכח עקרון החוקיות בפלילים, המחייב להימנע מלהגדיר עבירה בצורה סתמית, ואף הפנה לפסיקה אמריקנית השוללת חקיקה כזו כמנוגדת לחוקה.¹⁶⁵

במאמר מוסגר ראוי לציין שבית המשפט העליון לא נרתע משימוש נרחב בעבירות מעורפלות, שאחת הבולטות בהן היא הפרת אמונים. ומה בדבר ההורים הלא-מעטים "העושים שימוש בכוח שאינו מוגזם כלפי ילדיהם (כגון מכה קלה בישבן או על כף היד), כדי לחנכם ולתת בהם משמעת. האם נאמר כי הורים אלה עבריינים הם?" גם לכך משיבה דורית ביניש בחיוב, שכן "היתר לאלימות 'קלה' עלול להידרדר לאלימות שחומרתה רבה". כלומר, הסייג לכך שאלפי הורים לא ייתבעו למשפט הוא שיקול דעתה של התביעה, שתימנע מהעמדה לדין של "עבריינים קלים", או שאבות ואמהות יצטרכו להסתמך על ההגנה הקבועה בחוק של "זוטי דברים" (מעשים פעוטים) מפני אחריות פלילית.

זוהי גישה תביעתית מובהקת, המושתתת על הגדרה רחבה של אחריות פלילית, מתן כוח מוגזם לתביעה להחליט אם להעמיד לדין אזרחים, כאשר הם צריכים לסמוך על חסדיה. לאור החדירה המופרזת של המשפט לכל תחומי החיים במדינה, ראוי אולי דווקא לצמצם את כוחה של התביעה. מעבר לכך, עולה כאן שוב השאלה, האם תפקידו של בית המשפט לקבוע את הנורמות בנושא שנוי במחלוקת, או שזהו תפקיד המחוקק.

אכן, גם המחוקק פעל במישור הזה. באותה שנה, שנת 2000, התקבל בכנסת "חוק זכויות התלמיד", וסעיף 10 מורה כי: "כל תלמיד זכאי לכך שהמשמעת במוסד החינוך תונהג באופן ההולם את כבוד האדם, ובכלל זה הוא זכאי שלא יינקטו כלפיו אמצעי משמעת גופניים או משפילים." ועם זאת ראוי להבטיח שיהיו בידי בית הספר אמצעים יעילים שיבטיחו את רמת המשמעת, הנמצאת למרבה הצער בירידה.

צומת ההלכה

בית המשפט העליון המשיך כל השנים למלא תפקיד מרכזי ביחסי דת ומדינה, הבטחת זכות השוויון לנשים וריכוך התוצאות הקשות של החלת דין דתי על כלל הציבור. היה זה אחד התחומים המרכזיים שבו הוא פעל מיום היווסדו, ואשר העניק לבית המשפט הקלאסי לא מעט מיוקרתו.

מדובר לא פעם על כך שתפקידו של בית המשפט להגן על מיעוטים מפני הרוב. בישראל מתרחשת לא פעם תופעה הפוכה: השיטה הקואליציונית מאפשרת למפלגה המייצגת מיעוט לכפות את רצונה על הרוב, וכך קרה שוב ושוב שבית המשפט נדרש להגן על הרוב מפני כוחו של המיעוט, כפי שהיה למשל בפרשת שידורי הטלוויזיה בערב שבת שהוזכרו לעיל.

ככלל, בנושא של דת ומדינה המשיך בית המשפט של שמגר את מדיניותו של בית המשפט הקלאסי, שנתמכה על ידי רוב הציבור, אף אם לא היתה לרוחו של חלק מהציבור הדתי ובעיקר החרדי. בפסק דין "שקדיאל נגד השר לענייני דתות"¹⁶ נידונה פסילתה של לאה שקדיאל, מורה למקצועות היהדות ושומרת מצוות, מלכהן במועצה הדתית ירוחם, מכוח המסורת שלפיה אין נשים במועצות דתיות. הפסילה בוטלה על ידי בג"ץ משום שהיא מנוגדת ל"חוק שיווי זכויות האישה", ועניין מיוחד יש בפסק דינו של מנחם אלון, שישב על "הכיסא הדתי".

אלון סקר את עמדות ההלכה, ובין היתר את דעת הרמב"ם, המושתתת על האמור בדברים י"ז, 15: "שום תשים עליך מלך". מכאן גורס הרמב"ם כי "אין מעמידים אישה במלכות, שנאמר 'עליך מלך' ולא 'מלכה'; וכן כל משימות שבישראל – אין ממנים בהם אלא איש". פרשנות זו מעוררת קושי הנעוץ בכך שבשפה העברית המשפטית לשון זכר כוללת גם נקבה. כך, למשל, מוצאים אנו בעשרת הדיברות ניסוחים בלשון "לא תרצח" ו"לא תגנוב". ברור שהאיסור חל גם על נשים, אף שלא נכתב "לא תרצחי". הקושי הפרשני הזה היה ידוע כמובן גם לפוסקי ההלכה, אך הדבר לא מנע את רובם מלאמץ דעה דומה לזו של הרמב"ם, ודעת הרוב גרסה כי אין להעניק לאישה אפילו זכות בחירה. זו היתה גם עמדתו של הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שהיה הרב הראשי לירושלים ולאחר מכן הרב הראשי

של ארץ ישראל, ואין להתפלא שגם מועצת הרבנות הראשית החליטה שנשים אינן רשאיות להיות חברות קבועות במועצה דתית.

השופט אלון הוא אדם דתי שלא ביקש להיות פוסק הלכה. עם זאת הצביע אלון על גישות שונות ביהדות, והגיע למסקנה שאין איסור מפורש בהלכה על כהונת נשים במועצה הדתית, וכי החלטה חיובית בעניינה של שקדיאל היא "דבר לדעת גדולים וטובים, מעוגן היטב בעולמה של ההלכה". אלון קבע בעצם שבית המשפט חופשי לבחור מתוך מכלול הדעות שבמשפט העברי את הדעה הראויה, גם אם היא לא משקפת את דעת רוב הפוסקים שנחשבים מוסמכים בעיני הקהילה האורתודוקסית. אולם הוא לא פתר את הבעיה הגדולה: הממסד האורתודוקסי מתקשה – שלא לומר מסרב – להכיר בכל אפשרות של פיתוח ההלכה על ידי גורמים אחרים.

שאלה דומה, הפעם במסגרת חילונית, התעוררה ב-1995, כשצה"ל סירב לזמן את אליס מילר למבדקי התאמה לקורס טיס, בנימוק שעל פי הוראות הפיקוד העליון אין לשבץ נשים במקצועות לחימה. עמדת הצבא התבססה על שני נימוקים עיקריים: האחד, ששילובן של נשים בתפקידי לחימה הוא "שאלה חברתית, תרבותית וערכית". הנימוק השני התבסס על טעמים תכנוניים, הנעוצים בכך ששירות הנשים בסדיר ובמילואים קצר יותר משירות הגברים. מילר אמנם הכריזה כי היא מוכנה לשרת בסדיר ובמילואים כמו טייסים גברים, אך הנכונות הזו לא השביעה את רצונם של שלטונות הצבא. הם הצביעו על האפשרות שאישה לא תוכל לשרת לעתים עקב היריון ולידה, ושגם אם מילר תתנדב לשירות מילואים מתיר לה החוק לחזור בה מהתחייבותה.

העתירה "מילר נגד שר הביטחון"¹⁶⁷ נידונה לפני הרכב של חמישה שופטים, שהחליט ברוב דעות של מצא, שטרסברג-כהן ודורנר לדחות את עמדת הצבא ולהוציא צו החלטי, המחייב לזמן את אליס מילר למבדקי טיס (היא לא עברה את המבדקים, אבל פתחה את הדלת לצעירות אחרות, ובחיל האוויר משרתות בשנים האחרונות כמה וכמה טייסות ונווטות). פסק הדין הזה הוא אחד החשובים שניתן על ידי בג"ץ. נשים משובצות בהצלחה בתפקידי טיס בחילות האוויר במדינות אחרות, וחבל שהיה צורך להיגרר לבית המשפט כדי שהמובן מאליו יתקיים גם בישראל.

תחום חשוב נוסף שבו נמשכה פעולתו של העליון נוגע לזכויות הרכושיות של בני זוג. בית המשפט קבע עוד בתקופה הקלאסית את חזקת השוויון בין בני זוג ביחס לרכוש שצברו בתקופת הנישואים,¹⁶⁸ אבל נותרה בעינה שאלה קשה: מה דינן של ההלכות בענייני רכוש כאשר הן נידונות בבתי הדין הרבניים. ענייני נישואים וגירושים בין יהודים אמנם נמצאים על פי החוק בסמכותם הבלעדית של

בתי הדין הרבניים, אך מחלוקות רכושיות בין בני זוג עשויות להתברר גם בבתי המשפט האזרחיים. כך קורה שנפתח לא פעם "מרוץ סמכויות" בין בני זוג מסוכסכים: האישה מבקשת לקיים את ההתדיינות בבית הדין האזרחי, שהוא לרוב נוח יותר לנשים, והבעל חותר לכך שהדבר ייעשה בבית הדין הרבני.

זה מה שקרה גם כשבאו אל קצם נישואיהם של חוה ושמואל בבלי, והבעל הגיש תביעת גירוש לבית הדין הרבני. מחד גיסא, בתי הדין הרבניים פוסקים כידוע על פי דין תורה, ומתעלמים לא אחת מהדין החילוני – הן מחוקי הכנסת, דוגמת חוק שיווי זכויות האישה, והן מפסיקת בית המשפט העליון. מאידך גיסא, כיוון שבתי הדין הרבניים כפופים לביקורת בג"ץ, התבקשו שופטי העליון לא פעם להתערב במקרים שבהם התעלמו הרבנים מהדין האזרחי, וכבר ב-1958 פסקו השופטים משה זילברג, דוד גויטיין וצבי ברנזון כי החלטת בית הדין הרבני, שהתעלמה מחוק שיווי זכויות האישה, היא חריגה מסמכות ולפיכך בטלה.¹⁶⁹

במחלוקת בענייני רכוש שנפערה בין בני הזוג בבלי פסק בית הדין הרבני על פי הדין העברי, תוך התעלמות מההלכות של בית המשפט העליון בדבר שיתוף נכסים בין בני זוג. בפסק דין מנחה בעניין זה קבעו השופטים שמגר, ברק ולוין כי יש לבטל את החלטת בית הדין הרבני, ועליו לשוב ולדון בנושא על בסיס הלכותיו של העליון בסוגיה.¹⁷⁰

תמ"י, התנועה למסורת ישראל, שהיתה תנועה פוליטית של יוצאי מדינות ערב (בעיקר מרוקו) בראשותו של אהרן אבוהצירא, חוסלה למעשה לאחר שמנהיגה, אשר זופה מכתב אישום אחד, הורשע ב-1982 בקשר לשימוש בכספי קרן גמילות חסדים שנוהלה על ידו, על יסוד כתב אישום שני, שהוגש נגדו מיד לאחר שזופה מכתב האישום הראשון. זו היתה כנראה ההקדמה לעלייתה של ש"ס.*

גם ההתנגשות של ש"ס עם מערכת המשפט החלה כמעט במקביל להקמתה. התנועה פעלה תחילה במישור המוניציפלי, ושנתיים לאחר מכן התמודדה לראשונה במישור הממלכתי. הרב עובדיה יוסף סיים ב-1983 כהונה בת 10 שנים כרב הראשי הספרדי, ויחד עמו סיים גם הרב הראשי האשכנזי, שלמה גורן. יוסף המשיך לכהן כדיין, אבל פעל במקביל במסגרת מועצת חכמי התורה של ש"ס, שהוא היה למעשה הרועה הרוחני שלה.

ב-1984 עתר חבר הכנסת יאיר צבן ממרצ, באמצעות עו"ד מישאל חשין, נגד הרב יוסף, כדי לכפות עליו לוותר על אחד משני תפקידיו. שלמה תוסיה-כהן, עורך דינו של הרב, ביקש מבית המשפט להבחין בין דיין לשופט רגיל, ונימק כי

* אני מסתייג מאוד מהגשת כתבי אישום בזה אחר זה, בשל מעשים שבוצעו לפני כתב האישום הראשון – תופעה שהיינו עדים לה גם במקרה של אשר ידלין וגם בעניינו של אריה דרעי.

דיין, בתוקף תפקידו כרב, מעורב בחיי הקהילה ויועץ לחבריה בכל תחום. מה גם שדיין שופט בתחום צר למדי – דיני אישות.

העמדה הזו תואמת את המסורת היהודית, אך היא מנוגדת לעמדת המשפט הישראלי באשר למעמדו של שופט ולהפרדת הרשויות. פסק הדין שניתן כעבור שנתיים מפי השופט ברק הוכרע נגד הרב יוסף. בית המשפט העליון הצהיר כי "דיין כמו שופט אינו רשאי לעסוק בפעילות פוליטית ואינו רשאי לתת... עצות בעלות אופי פוליטי", משום שהדבר "פוגע עמוקות באמון הציבור במערכת השיפוט".¹⁷¹ היה זה אמנם פסק דין הצהרתי בלבד, אך תוך זמן לא רב נאלץ הרב יוסף להתפטר מתפקידו כדיין.¹⁷²

הפגיעה הקשה שחש היתה מלווה בהרגשה שהוא עומד לפני מערכת משפט שערכיה זרים לו, המתנכלת לו ולערכי היהדות שהוא מבטא. לכך הצטרף גורם נוסף, העולה שוב ושוב: ככל שמרבה בית המשפט העליון להציב סטנדרטים ראויים, ופעמים נשגבים, לזולת, עולה התהייה אם הוא עצמו עומד בסטנדרטים האלה. בהקשר הנוכחי זכור שברק עצמו השתתף, גם לאחר מינויו לשופט, במשא ומתן לשלום בין בגין לסאדאת בקמפ דייוויד. ברור שהיה זה מהלך פוליטי מובהק, אף שלא היה מפלגתי, והוא אכן עורר ביקורת.¹⁷³

השלבים הבאים בהתנגשות בין ש"ס למערכת המשפט גלשו לתחום הפלילי – והיו קשים יותר. ביוני 1990, חודשים ספורים לאחר כישלון "התרגיל המסריח", פורסמו ב"ידיעות אחרונות" כתבות תחקיר מאת מרדכי גילת, שייחסו לשר הפנים אריה דרעי, מנהיגה של ש"ס, עבירות פליליות. המשטרה פשטה על משרד הפנים, תפסה מסמכים, והחלה חקירה ממושכת באשמות שיוחסו לדרעי – פרשה שאתייחס אליה בהמשך.

אני אגיד לך למה התכוונת

תחום החוזים אינו מעורר לרוב תשומת לב ציבורית, אך פסק דינו של אהרן ברק בפרשת "אפרופים" הוא יוצא מכלל זה.¹⁷⁴

מקור הפרשה במאמצים שעשה ב-1990 משרד השיכון, בראשות אריאל שרון, לעודד בנייה של דירות להמוני העולים שהגיעו מברית המועצות. הוכנה לשם כך תוכנית, שכללה הקצאת קרקעות על ידי מינהל מקרקעי ישראל לקבלנים שיתחייבו לבנות עליהן, והמדינה תתחייב לרכוש מהקבלנים את הדירות במחיר קבוע. לשם מימוש התוכנית הוכן נוסח אחיד של חוזה מסגרת, שהיווה בסיס להתקשרויות עם הקבלנים.

"אפרופים" היתה אחת החברות הקבלניות הללו, והמחלוקת פרצה ביחס לפרשנות של אחד מסעיפי החוזה, אשר קבע כי המחיר שבו תרכוש המדינה את הדירות באזורי פיתוח יקטן ב-5% בגין כל חודש של עיכוב בביצוע התחייבויות מסוימות של הקבלן. "אפרופים" סיימה את הבנייה באיחור של חמישה שבועות, והמחלוקת היתה: האם מותר לנכות לה בשל כך 6% מהמחיר. ליתר דיוק: האם בסעיף הקובע את הסנקציה החמורה (למעשה "קנס") על איחור בביצוע התחייבויות הקבלן היתה הכוונה לפיגור בהשלמת הבנייה, או לפיגורים אחרים.

השופט המחוזי צבי טל (שמונה לאחר מכן לעליון) פסק כי לשונו הברורה של הסעיף, וההשוואה בינו לבין הוראות נוספות בחוזה, מצביעות בבירור על כך שהוא אינו מתייחס לאיחור בהשלמת הבנייה אלא לאיחורים אחרים. לפי הפירוש הזה לא נקבעה בחוזה כל סנקציה על איחור בהשלמת הביצוע.

בבית המשפט העליון הסכימו שלושת שופטי ההרכב שהסעיף הרלוונטי, בפירושו המילולי, אינו מתייחס לאיחור בהשלמת הבנייה, אך נחלקו באשר לתוצאה. מצא סבר כי לאור המסקנה הזו יש לאשר את פסק דין המחוזי. לעומתו פסק דב לוין כי זוהי תוצאה אבסורדית, וכי "אל לו (לבית המשפט) להיות כבול לפירוש הצר של המילים, שעה שראיית החוזה כמכלול, על רקע תכליתו ונסיבות כריתתו, מלמדת על כוונה אחרת". ברק, בפסק דין מקיף, פסק אף הוא כי תכלית החוזה ועקרון תום הלב מחייבים לפרש את הסעיף הרלוונטי "תוך שינוי לשונו

לשם הגשמת תכליתו", כך שיחול על איחור בהשלמת הבנייה (גם לפי דעתם של השופטים טל ומצא עדיין יכלה המדינה לתבוע מהקבלן פיצויים על האיחור, אלא שאז היה עליה להוכיח שנגרם לה נזק ממשי).

ואולם, התוצאה הסופית, פרי פרשנותם של שופטי הרוב בעליון, היתה מנוגדת לכללים בסיסיים בדיני חוזים, וביניהם הכלל שיש לפרש חוזה, במקרה של ספק, נגד המנסח (והמדינה היא שניסחה את החוזה), והכלל שיש לפרש חוזה במידת האפשר באופן שלא יטיל קנס על אחד הצדדים (כלומר, לא יחייב אותו בשל ההפרה בתשלום החורג מהנזק הצפוי לצד השני עקב אותה הפרה). לכל אלה הצטרף קושי נוסף, שהאפיל על כל היתר. הוא היה נעוץ ברטוריקה של פסק הדין, אשר העניקה תחושה שלפיה אף חוזה אינו ברור, הכול פתוח, וניתן להגיע לכל תוצאה באמצעות פרשנות. פסק הדין עצמו מכיל אמירות מסוג "אין מילים 'ברורות' כשלעצמן" ו"מה שעל פניו נראה כברור, עשוי להתברר כלא ברור לאור הנסיבות".

אכן, אין לשלול את האפשרות שמה שנחזה כברור עשוי להתברר כטעון הסבר או פירוש. כך, למשל, מביא ברק דוגמה של אדם שהציע למכור לחברו סוס במחיר כלשהו והצעתו התקבלה. מלשוננו של ההסכם ברור שמדובר במכירת סוס. אולם נניח שהיה לצדדים קוד משלהם, ובקוד הזה "סוס" הוא "מכונה". אין ספק שבמקרה כזה יש לקבוע את תוכן החוזה לפי כוונתם המשותפת של הצדדים, הגוברת על המשמעות הרגילה של המילים.

ובכל זאת, ראוי להבחין בין הכלל לבין היוצא מהכלל. ברובם המכריע של המקרים נוקטים הצדדים לשון מקובלת ומשתמשים במילים במובן הרגיל. לכן, ברובם המכריע של המקרים אפשר להכריע במחלוקת על פי לשון החוזה, פשוטה כמשמעה.

פסק הדין עורר סערה, בעיקר בקהילה המשפטית. נוצרה הרגשה של ערעור מוחלט של הביטחון המשפטי, בצד הרושם שהפרשנות נהפכה אצל ברק לכלי שליטה כל-יכול. כל שופט יכול לפרש דבר חקיקה של הכנסת באופן שיעניק לחוק את התוכן הנראה לו רצוי, הגיוני, צודק או מוסרי – גם אם הוא אינו עולה בקנה אחד עם לשון החוק. בדרך זו יכול השופט להפוך את עצמו למחוקק, ואולי אפילו למחוקק-על. ולענייננו: באופן דומה יכול השופט לקבוע עבור הצדדים, באמצעות פרשנות, את תוכן החוזה, גם אם אין הדבר מתיישב עם לשון החוזה. התוצאה היא, שהצד הנפגע מן הפירוש מוצא את עצמו לפתע כבול לחוזה שהשופט בעצם חיבר עבורו, ולא החוזה שעליו הוא סבר שחתם.¹⁷⁵

בקשה לקיים דיון נוסף על פסק הדין בפרשת "אפרופים" נדחתה,¹⁷⁶ אבל הנושא סירב לגווע. הדיון הנוסף הגיע בסופו של דבר בהתדיינות אחרת, שהתקיימה כעבור יותר מעשור, בעניין "ארגון מגדלי ירקות נגד מדינת ישראל". הפעם מדובר היה

בחווה בין הממשלה למגדלי הירקות, שנחתם בעקבות הסכמי אוסלו, ובהשלכות שנבעו ממנו ביחס לתוצרת חקלאית בשטחים ובישראל. החווה כלל פיצוי למגדלים בתנאים מסוימים, והמחלוקת, שהוכרעה במחוזי לרעת המגדלים, הגיעה לדיון נוסף בעליון, בהרכב מורחב.¹⁷⁷ תשעת השופטים התמקדו בשתי שאלות: בראשונה, לגבי פירוש החווה, הם פסקו ברוב דעות לטובת המדינה. בשנייה הם למעשה בחנו מחדש את הלכת "אפרופים". כלומר: מה המשקל היחסי שיש להעניק ללשון החווה בהשוואה לנסיבות אחרות. הגישה המסורתית היא שיש לייחס משקל רב, כמעט מכריע, ללשון החווה, לפחות אם היא ברורה, ורק במקרים יוצאי דופן, שבהם היא מובילה לתוצאה אבסורדית, יש לחרוג ממנה. הלכת "אפרופים" ביקשה להפוך את הסדר, להפחית ממשקל הלשון שננקטה בחווה ולאפשר לבית המשפט לקבוע את תוכנו. שופטי הרוב הביעו בה תמיכה, כשהם מנסים לבאר אותה. רק מישאל חשין (שהיה במיעוט גם בשאלה הראשונה) ואשר גרוניס נשארו נאמנים לגישה המסורתית.*

בסך הכול התקבל הרושם שהנושא נהפך עבור ברק, שישב בראש ההרכב גם בעתירת ארגון מגדלי הירקות, לעניין של יוקרה – אולי בגלל החשיבות הכללית שהוא ייחס לנושא הפרשנות, כיוון שהיא שימשה עבורו כלי מרכזי להנחלת השקפותיו, ואולי משום שהלכות חדשות שקבע, תוך ביטול פסיקה קודמת, היו יקרות ללבו. המשך ההתפתחות מחזק את ההשערה הזו. מכל מקום, אם הניח בית המשפט שההכרעה בהרכב כה רחב תביא לסיום המחלוקת ולא ימוץ עמדתו של ברק, לא כך היה. ההתנגדות לא שככה, ופסק הדין המשיך להוות סמל לגמישות המופרזת של תורת הפרשנות בעידן האקטיביסטי.

מאז התמנה לעליון ד"ר יורם דנציגר, עורך דין עתיר ניסיון בתחום דיני החוזים והמשפט המסחרי, הוא דחה בפסקי דין אחדים את הגישה המשתקפת בפסק דין "אפרופים", ואף ציין: "אני סבור כי על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים ובהלכת ארגון מגדלי ירקות, מן הראוי כי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד-משמעית... יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם."¹⁷⁸ פסיקתו זכתה בתמיכה רבה בקהילה המשפטית, אבל הדברים לא נותרו בלי תגובה. באחד המושבים בכנס השנתי של עורכי הדין באילת, ב-2010, פירט דנציגר את עמדתו. ברק, שכבר פרש משיפוט, הגיב על כך בסגנון לא שיפוטי, שכלל ביקורת אישית על דנציגר והתייחסות לדבריו כ"דברי הבל". הוא התנצל בסוף המושב, אבל נותר בעינו הרושם שהוא מוכן להיאבק בכל כוחו על שמירת מורשתו, גם תוך הטחת ביקורת לא עניינית במערערים עליה.

* בעיני, וכנראה בעיני מרבית ציבור עורכי הדין, עדיפה דעת המיעוט של חשין וגרוניס, העולה בקנה אחד עם הגישה המסורתית.

לא רק עורכי דין התקוממו נגד הלכת "אפרופים". גם הכנסת החליטה להתערב, אף שמדובר בתחום האזרחי, שהמחוקק מתערב בו לעתים רחוקות. בינואר 2011 תוקן, ביוזמת חבר הכנסת יריב לוין, סעיף 25 לחוק החוזים, ונאמר בו כי אם כוונת הצדדים (בלשון החוק "אומד דעתם של הצדדים") משתמעת "במפורש מלשון החוזה – יפורש החוזה בהתאם ללשונו". הכוונה הברורה של התיקון היתה לדחות את הלכת "אפרופים", ולהורות לבית המשפט לייחס משקל ראוי, ובמקרים רבים משקל מכריע, ללשון שבה השתמשו הצדדים. ועדיין, גם זה לא מנע משניים משופטי העליון, אליעזר ריבלין וסלים ג'ובראן, לקבוע כי התיקון לחוק "אינו אלא אימוץ של השיטה הפרשנית שהונהגה בעניין 'אפרופים', תוך הדגשת מקומה המשמעותי של לשון החוזה בתהליך הפרשנות – מקום, אשר... למעשה כלל לא אבד לה".¹⁷⁹

הדבר ממחיש את הקושי שנוצר בתרבות המשפטית, פרי מורשת ברק, להשלים עם עליונות המחוקק ועם כוחו לשנות הלכות שנקבעו בפסקי דין, את הלהט להיאבק על שמירת "המורשת", המבטאת את עוצמתו של בית המשפט גם אם היא מוטעית, ואת הנחישות להתייחס לשינוי הלכה שנפסקה כאל פגיעה בבית המשפט. כל זה, אף שדווקא בית המשפט המהפכני היה זה שביטל ללא היסוס שורה ארוכה של הלכות, שנחשבו מושכלות ראשונים.

כך או כך, ברור שהמחוקק לא קיבל את הגישה שדחקה את לשון החוזה לקרן זווית, והשופט ניל הנדל לא התקשה להבהיר באותו עניין כי המחוקק מניח שיש מילים ברורות – ועל השופט ליישם הוראה זו. הגישה הזו מושתתת על עקרון היסוד שלפיו מחויבות השופט היא קודם כול לפרש את החוק לפי כוונת המחוקק, ולא להציב את הפסיקה מעל לחקיקה.

משבר מניות הבנקים, פרי ה"ויסות", הגיע לשיאו באוקטובר 1983 – שלהי הקדנציה השנייה של בגין בראשות הממשלה, לאחר שהוא פרש למעשה מתפקידו ויצחק שמיר מילא את מקומו. תופעת הוויסות, כלומר התערבות מכוונת של בנקים במחירי מניותיהם, החלה עוד לפני שנות השבעים, והיא נועדה במקורה להקל על הבנקים המווסתים (לא כל הבנקים עסקו בכך) לגייס כספים בשוק ההון. בתקופות של שפל בבורסה קשה מאוד להנפיק מניות, ובאמצעות הוויסות עלה בידי הבנקים שהיו מעורבים בכך להבטיח את מחיר מניותיהם, ולשכנע את הציבור שרכישתן כדאית.

ב-1977, שנת עלייתו של בגין לשלטון, חל זינוק בממדי האינפלציה, ובעקבותיו החרף הוויסות. באותם ימים העמידה הממשלה לרשות המשקיעים אמצעים נוחים להגנה מפני האינפלציה (דוגמת אגרות חוב ממשלתיות צמודות למדד), והבנקים ביקשו להתחרות על כספי הציבור. הם העלו בעקביות את מחיר מניותיהם (אף

שאפשרו מדי פעם גם ירידה מסוימת במחירן), הציבור קנה אותן, משום שנראו בעיניו השקעה בטוחה, והדבר המשיך להתנהל כך, ואף ביתר עוז, עד למשבר הקולוסלי.

המניות של אותם בנקים עלו ללא קשר לרווחים שלהם או לשווי נכסיהם, המהלך כמעט התפוצץ כאשר התעורר גל של מכירות, בדצמבר 1982 ובראשית ינואר 1983. הבנקים המווסתים השקיעו מאות מיליוני דולר כדי לרכוש את המניות שהוצעו למכירה, לשמור על מחירן ואף להעלותו, והשוק אכן נרגע. המשקיעים השתכנעו לשוב ולרכוש את המניות הבנקאיות.

מדיניות הוויסות לא היתה בגדר סוד. היא היתה ידועה לרשויות, כולל משרד האוצר, בנק ישראל והבורסה. עלו מדי פעם הצעות להפסיק את השיטה הזו, אך דבר לא קרה בשל אי-הסכמות עם הבנקים וביניהם, חשש מפני גל מכירות ומשבר בשוק ההון והצורך בפריסת "רשת ביטחון". הוויסות היה עובדה חיה, אף שכל הנוגעים בדבר ידעו שמדובר בפצצת זמן. כל נהג פשוט קיווה שהיא תתפוצץ לאחר שהוא כבר לא יישב ליד ההגה.

משנהפך הוויסות לעובדה מוגמרת, הוא מצא את מקומו גם בספר החוקים. הוראה אחת שהוספה לחוק ניירות ערך בשנת 1981 העניקה לתאגיד שעסק בוויסות הגנות מסוימות מפני אחריות פלילית לגבי השימוש במידע פנים. הוראה אחרת התייחסה להיטל על עסקאות בניירות ערך, שנועד לממן את מלחמת לבנון הראשונה. היא הסמיכה את שר האוצר לפטור עסקאות שנעשו לשם ויסות מההיטל כולו או חלקו. אבל כל זה לא גרע מסכנות הוויסות, שהתעצמו ככל ששווי המניות התרחק מערכם הממשי של נכסי הבנקים.

תרחיש הקריסה הגדולה נהפך למציאות בקיץ 1983, כשגל מכירת מניות הלך ותפח. הבנקים המווסתים פנו לאוצר ולבנק ישראל בבקשת עזרה, אך אלה לא ראו דרך להתערב או לסייע להם, וב-6 באוקטובר, בדיוק עשור אחרי מחדל יום הכיפורים, התחולל יום הכיפורים של המערכת הבנקאית. "המנכ"ל של המדינה" אברהם שפירא, שהיה חבר כנסת מטעם אגודת ישראל וחבר הוועדה המייעצת של בנק ישראל, פנה בבהילות אל שר האוצר יורם ארידור. לדברי ארידור מסר לו שפירא על "משיכת פת"חים" (פיקדונות תושבי חוץ) בהיקף של כ-30 מיליון דולר (שפירא טען מאוחר יותר לפני ועדת בייסקי כי סיפר לארידור רק על "חשש" שהדבר יתרחש). שר האוצר נזעק. משיכת הפת"חים עלולה היתה לפגוע קשות ביתרות המידלדלות של מטבע חוץ של ישראל.

כעבור זמן התברר שכל המהומה לא היתה אלא משיכה של 10 מיליון דולר, על ידי לקוח אחד, וכי לא היתה באותו שלב שום ראייה ממשית לתחילתו של גל משיכות של מטבע זר, אבל כבר באותו לילה כונסה בבהילות ישיבה בלשכת שר

האוצר, בה השתתפו גם שני בנקאים – גיורא גזית מבנק הפועלים וצדיק בינו מהבנק הבינלאומי (שלא השתתף בוויסות). הוחלט שם על קווים כלליים של הסדר, שלפיו תערוב הממשלה למחיר מינימלי של המניות המווסתות בעוד שנים אחדות. נקבע גם שהבורסה תיסגר בינתיים (היא נפתחה רק כעבור שבועיים, לאחר שנקבעו פרטי ההסדר, שבעקבותיו רכשה הממשלה כעבור שנים ספורות את מניות הבנקים המווסתים במחיר שסוכם).

בינואר 1985 החליטה ועדת הכנסת לענייני ביקורת המדינה, בהסתמך על דו"ח מבקר המדינה, להקים ועדת חקירה שתחקור את הגורמים לוויסות המניות הבנקאיות ולמשבר בהן. זו היתה החלטה יוצאת דופן, שכן מינוי ועדות כאלה היה כרגיל פרי יוזמה של הממשלה, אולם סעיף 14(ב) לחוק מבקר המדינה קבע הוראה מיוחדת, שלפיה אם הגיש המבקר דו"ח נפרד בנושא מסוים, רשאית הוועדה לביקורת המדינה להחליט על מינוי ועדת חקירה. דינה של ועדה כזו הוא כדין ועדת חקירה ממלכתית, וחבריה מתמנים על ידי נשיא בית המשפט העליון. יושב ראש הוועדה באותם ימים היה דוד ליבאי, וההחלטה נשענה על הזעם הציבורי שנלווה לחשיפת הוויסות, לקריסת המניות ולמחיר המופקע שהממשלה תידרש להשקיע ברכישת מניות הבנקים. לא היה גם כוח פוליטי שיתנגד לכך: האירועים התרחשו בתקופתן של ממשלות קודמות, הממשלה הנוכחית היתה ממשלת ליכוד לאומי בראשות פרס, ובראש הליכוד עמד שמיר. ארידור פרש ממשרד האוצר עקב רחיית תוכניתו להתמודד עם האינפלציה.

הנשיא שמגר מינה לראשות ועדת החקירה הממלכתית את שופט בית המשפט העליון משה בייסקי, אשר צירף אליו את ורדי זיילר, נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים, שני פרופסורים מתחום הכלכלה, זאב הירש ומרשל סרנת, ולאחר היסוסים הסכמתי גם אני להצטרף אליה.

השאלה הראשונה שהתעוררה בוועדה נגעה לנושא מרכזי, שאותו היא דווקא לא התבקשה לחקור: החלטת הממשלה לרכוש את מניות הבנקים המווסתים. המטרה היתה להגן על בעלי המניות, אבל רבים מהם היו בעלי אמצעים, שהפיקו לאורך שנים לא מעט רווחים מהוויסות. ההחלטה עלתה לאוצר המדינה סכום עתק של קרוב לשבעה מיליארד דולר – כסף ציבורי שעבר לידיים פרטיות (חלק מהסכום הוחזר למדינה לאחר שמכרה את מניותיה בבנקים שרכשה). היתה זו למעשה הלאמה, אולם לא הלאמה מהסוג המוכר, שבו משתלטת מדינה על רכוש יקר בניגוד לרצון הבעלים, לא פעם במחיר נמוך משוויו. כאן הכול היה הפוך: בעלי השליטה שמחו שהמדינה גאלה אותם מהנכס הבעייתי, והמחיר שהיא שילמה עבורו היה מופרז (החלופה, שכנראה לא נשקלה כלל, היתה להסתפק בהגנה על פיקדונות הציבור, על ידי כך שהממשלה תודיע שהיא ערבה להם, ובכך תימנע בהלת משיכות).

הוועדה התלבטה אם לעסוק בכל זאת בהחלטה להגן על בעלי המניות. דרך אפשרית אחת היתה לפנות לוועדה לביקורת המדינה, ולבקש ממנה לכלול את הנושא בתחום החקירה, אך הוחלט להימנע מכך. שיקול אחד נעוץ בכך שכשם ששופט איננו צריך להיות להוט לשפוט בנושאים שאינם מובאים לפניו, כך גם חברי ועדה לא צריכים להיות להוטים לחקור במה שלא התבקשו לחקור. שיקול אחר היה שחברי הוועדה חפצו לסיים את תפקידם בתוך שנה (בפועל תמה העבודה כעבור שנה ורבע). כמות החומר היתה עצומה, והצטרפה לכך העובדה שמספר האישים המעורבים בפרשה היה גדול.

ברו"ח שחיברה תיארה הוועדה בפירוט את הליך הוויסות. לכאורה היה ניתן לחשוב שמדובר אך ורק בהתערבות במסחר בבורסה, פעולה שהיתה אסורה מכוח פקודת החברות, אך למעשה היו לוויסות שלוחות רבות והיבטים מגוונים, עם השלכות אדירות על הפעילות בשוק ההון. אחד מאלה היה הענקת ייעוץ ללקוחות, כאשר היועצים בבנקים הודרכו לכוון את הלקוחות אל הדרך המשרתת את הוויסות (לדוגמה, לתת הוראת קבע בחשבון לרכישת מניות הבנק). אמצעי אחר ששימש את הוויסות היה מעמדם של הבנקים כספקי אשראי מרכזיים במשק. במסגרת זו הם העניקו ברצון אשראי לרכישת מניותיהם, והיו אף תופעות של התניית מתן אשראי לצורך אחר ברכישת כמות מסוימת של מניות הבנק. עוצמה נוספת שאבו הבנקים מכך שניהלו קופות גמל, קרנות השתלמות וקרנות נאמנות. חלק מהכספים שהצטברו בקופות ובקרנות הללו שימש לרכישת מניות הבנקים, ותרם את חלקו להעלאת ערכן. תפקידם של מנהלי הקרנות היה אמנם לדאוג לכספי המשקיעים, אך הם היו מודעים גם לאינטרס של הבנק ששילם את משכורתם. עוד קבעה הוועדה, כי הבנקים לא עמדו בתשקיפיהם בחובת הגילוי המוטלת עליהם.

הבנקים טענו שהם פעלו בתנאים בלתי-אפשריים, של אינפלציה עצומה ששחקה את הונם. הממשלה העמידה לרשות הציבור אגרות חוב צמודות ואפיקי השקעה בטוחים אחרים, והם היו חייבים לגייס כספים כדי לשמור על הלימות הון נאותה (כנגד זה יש לזכור שהיו בנקים שצלחו את התקופה בלי שעסקו בוויסות). שאלה נוספת נגעה ללגיטימציה שהעניק לכאורה המחוקק באמצעות שתי הוראות החוק שנזכרו לעיל (ההגנה לגבי השימוש במידע פנים והפטור מהיטל שלום הגליל לפעולות הוויסות). עמדת הוועדה היתה שההוראות הללו לא התייחסו לוויסות במובנו הרחב (למשל, לייעוץ המעוות ללקוחות), ואי-אפשר לראות בהן הכשר לפעולות אסורות מכוח דינים אחרים. המסקנה היתה שהוויסות היה יוזמה של הבנקים, והרשויות חששו להתמודד עם המצב העובדתי שנוצר, כיוון שכל התמודדות כזו היתה עלולה לגרום למשבר חמור, שהאחריות עליו תוטל עליהן.

ההמלצות האישיות של הוועדה התייחסו לאישים המרכזיים בבנקים המעורבים בוויסות, והומלץ שיסיימו את תפקידם בתוך 30 יום ממועד הגשת הדו"ח. מדובר היה בארנסט יפת בבנק לאומי, גיורא גזית בבנק הפועלים, רפאל רקנאטי בבנק דיסקונט, אהרן מאיר בבנק המזרחי וכן אפרים ריינר, שמילא בעבר תפקידים מרכזיים בבנק הפועלים אך בעת הגשת הדו"ח מילא תפקיד בכיר באחת החברות שהשתייכו לאותו קונצרן (ההמלצה לגביו היתה שיסיים את תפקידו באותה חברה). לגבי הרשויות המפקחות היתה עמדת הוועדה מתונה יותר. היא המליצה אמנם שנגיד בנק ישראל, משה מנדלבאום, יסיים את תפקידו, אך מלבדו הסתפקה בקביעת אחריותם של אישים אשר בעת הגשת הדו"ח כבר לא כיהנו בתפקידם – ללא המלצה או מסקנה אישית לגביהם. נמנו עמם גם שרי האוצר לשעבר יגאל הורביץ ויורם ארידור. הוועדה קבעה גם את אחריותו של ד"ר מאיר חת, יושב ראש הבורסה, לאי-קביעת כללים למסחר תקין בניירות ערך, אך גם לגביו ללא המלצה, מסקנה או המלצה אישית. חת היה היחיד שהתריע בפומבי מפני סכנות הוויסות והעלה הצעות לשינוי המצב, ומעבר לכך ספק אם יכול היה לפעול, לנוכח העוצמה שהיתה לבנקים בדירקטוריון הבורסה.* אחריות לאי-טיפול מספיק בוויסות, שוב ללא המלצה או מסקנה אישית, הוטלה גם על גליה מאור, שהתמנתה למפקחת על הבנקים כשנה לפני המשבר. עם זאת צוין לגביה שביצעה שורה של יוזמות בנושא, ביניהן אי-מתן אישור לבנק הבינלאומי לעסוק בוויסות, וכן הגברת הביקורות על הבנקים.

מחד גיסא, הוועדה לא התייחסה כלל למערכת המשפטית, שנמנעה מהתמודדות עם נושא הוויסות, ובראשה היועץ המשפטי יצחק זמיר, אם כי בעיות חוקיות הכרוכות בוויסות היו גלויות לעין. מאידך גיסא, בהמלצות לגבי העתיד נכתב: "אנו ממליצים כי היועץ המשפטי לממשלה יקדיש תשומת לב ראויה לנושאים הקשורים בשוק ההון, ויפעל להקמת צוות מתאים, המורכב מאנשי מקצוע שהתמחו בנושא, אשר יהיה בכוחו להתמודד עם הבעיות המורכבות הקיימות בתחום זה."

ההמלצות האישיות מומשו. ההמלצות המוסדיות יושמו בהדרגה, ובחלקן בלבד (המלצות כשמן כן הן: הגופים המוסמכים צריכים לשקול אותן, אך אינם חייבים לקבלן). אחת ההמלצות המרכזיות היתה לנתק את הבנקים מעיסוקם כיועצים, כברוקרים וכמנהלי קרנות נאמנות וקופות גמל. ההמלצה נשארה קפואה במשך קרוב ל-20 שנה, אך ב-2005 אומצה המלצה דומה – לא בעקבות דו"ח ועדת בייסקי, שנשכח בינתיים, אלא בעקבות המלצותיה של ועדת בכר לרפורמה בשוק ההון. החוק "להגברת התחרות ולצמצום הריכוזיות וניגודי העניינים בשוק

* מסיבה זו נראה לי כי שגיתי בכך שלא הסתייגתי מההערה של הוועדה בעניינו של חת.

ההון" חייב את הבנקים להעביר את קרנות הנאמנות וקופות הגמל שבשליטתם לגופים אחרים, בתוך שנים אחדות.¹ התפתחויות מרכזיות אחרות ניכרו בשני מישורים. האחד, העברת דו"ח בייסקי ליועץ המשפטי לשם בדיקת האחריות הפלילית, ולאחר מכן התערבות בג"ץ וההליכים הפליליים שננקטו (התייחסתי לעניין לעיל). המישור השני נוגע לרכישת מניות הבנקים על ידי הממשלה. כפי שכבר צוין, ההסדר התבסס על התחייבות של האוצר לרכוש את המניות בעוד שנים אחדות במחיר שננקב בדולרים. המחיר הזה היה נמוך ממחיר המניות (המווסת, כלומר דמיוני ומוגזם) ערב קריסת השיטה, אך סביר להניח שהיה גבוה בהרבה מהמחיר שהיה נקבע להן בתנאי מפולת. קרי, אילו היה גל המכירות נמשך, כשלבנקים לא היו אמצעים לקלוט את ההיצע.

אף כי היו בציבור חששות שהממשלה לא תעמוד בהתחייבותה, היא עשתה זאת – בהשקעה ענקית של קרוב לשבעה מיליארד דולר. הרכישה לא בוצעה במישרין על ידי המדינה, שאינה אמורה לנהל בנקים, ובשלב הראשון הוקמו "חברות בטוחות". הממשלה הלוותה להן כספים, והן רכשו את המניות. כעבור שנים אחדות אף נחקק "חוק המניות הבנקאיות שבהסדר", שהסדיר את הנושא.

הלכה למעשה, מה שקרה הוא שהמדינה שילמה מחיר מופרז עבור מניות הבנקים המווסתים, ואף כי רכשה לכאורה את השליטה בהם, ניתקה את עצמה מניהולם. אחת התוצאות המפתיעות של המהלך היתה קביעת שכר עתק למנהלים החדשים של הבנקים, שכר שברוב המקרים עלה במידה ניכרת על המשכורות שהיו מקובלות בהם קודם למשבר. היה זה שלב משמעותי בתהליך שיצר פערי שכר עצומים בישראל, ושינה לחלוטין את דמותה של החברה. ניתן להבין את רצון הממשלה לא להיות מעורבת בניהול בנקים, אבל לא ברור מדוע היא נמנעה מלקבוע גבולות לשכר, גם בלי להתייחס להיבטים אחרים של ניהול הבנק.

התפתחות מעניינת אחרת היא שאישים מהשירות הציבורי, בעיקר מהאוצר ומבנק ישראל, תפסו לאחר המשבר עמדות מפתח בבנקים שעברו לשליטת הממשלה. עמירם סיוון, שהיה בעבר מנכ"ל משרד האוצר, מונה ב-1986 ליושב ראש בנק הפועלים. גליה מאור מונתה ב-1991 לסמנכ"ל בנק לאומי וארבע שנים לאחר מכן למנכ"ל. אריה מינטקביץ, שהיה יושב ראש הרשות לניירות ערך, זכה ב-1997 בתפקיד יושב ראש בנק דיסקונט.

בחלוף השנים ביקשה הממשלה להשתחרר מהבעלות על הבנקים בהליך

* במועד שבו התקבל החוק סברתי, וכך נראה לי גם כיום, שעדיף היה לקבוע לבנקים "נתח שוק" מסוים (כלומר לקבוע להם מגבלה, מבחינת האחוז המקסימלי שיהיה להם בשווקים הללו), במקום לחייב אותם לצאת מהם לחלוטין, וכי בדרך זו היו גדלים הסיכויים להגברת התחרות. אולם, כחבר בוועדה חשבתי שעלי להימנע מלתת ביטוי פומבי לעמדה הזו.

מכירה שיפצה אותה, ולו חלקית, על השקעתה ברכישת המניות. ב-1996 נמכר גרעין השליטה בבנק הפועלים לקבוצת אריסון-דנקנר. ב-2006 הועבר גרעין השליטה בבנק דיסקונט לקבוצת ברונפמן. התהליך של הפרטת בנק לאומי עדיין לא הושלם, ושלב אחד בתהליך ההפרטה שלו, שבסופו של דבר לא יצא אל הפועל, שימש כר לחקירה ממושכת נגד ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט. התהליך כולו יביא בסופו של דבר לכך ששני הבנקים הגדולים במדינה, בנק לאומי ובנק הפועלים, שהיו קודם למשבר בבעלות ציבורית, יהיו בבעלות פרטית – לאחר שהושקעו בהם כספי מדינה בהיקף ניכר. התהליך הזה הוא חלק מההפרטה שעובר המשק בכללותו מאז שנות השמונים.

אך היבט חיובי אחד היה למשבר הוויסות: הלקח שנלמד, במחיר כבד, הביא ליתר זהירות מצד הבנקים ולהגברה ניכרת של הפיקוח עליהם. ייתכן מאוד שבזכות זאת עלה בידי ישראל לעבור בקלות יחסית את המשבר הכלכלי העולמי שפרץ ב-2008, ואותותיו ניכרים גם בעת כתיבת שורות אלה.

איך קרה שהיועץ עלה למעלה

בעקבות מינויו ב-1978 של אהרן ברק לבית המשפט העליון, התמנה יצחק זמיר לתפקיד היועץ המשפטי, אותו מילא עד 1986. ביוני 1985, בשעה שפרשת השב"כ עדיין לא פרצה במלוא עוצמתה, פרסם זמיר את ההנחיה התמוהה, שלפיה אין לנשיא המדינה סמכות לחון עבריינים לפני הרשעתם. באמצעות ההנחיה הזו ניסה זמיר ליצור כלל שיחייב את הממשלה ואת הנשיא, וכשהגיע הנושא לעליון, ביקש ברק להפוך את דעתו של זמיר להלכה מחייבת באמצעות פסק דין. המהלך נכשל. ברק נשאר במיעוט, בעוד שמאיר שמגר ומרים בן-פורת קבעו ברוח פסיקה קודמת כי חוות דעתו של זמיר שגויה.

אבל הכישלון הנקודתי הזה אינו מאפיל על העובדה שבסדרת מהלכים נוספת עלה בידי זמיר וברק להנהיג דין שקשה למצוא לו אח ורע בעולם – דין שערער את השלטון, פגע קשה בשלטון החוק והמיר את שלטון המשפט בשלטון המשפטים. הם עשו זאת תוך עמידה נחושה על עמדה קיצונית וחריגה בשתי סוגיות: הראשונה – תוקפה של חוות דעתו של היועץ המשפטי, ועד כמה היא מחייבת את הממשלה. השנייה – ייצוגן של המדינה ורשויות השלטון בבתי המשפט, ולא פחות מכך: מי, מתי ולמה יכול להחליט כי המדינה, הממשלה, רשות כלשהי או בעל תפקיד אינם ראויים לייצוג.

כזכור, הוויכוח על סמכויות היועץ המשפטי לממשלה פרץ כבר בימי היועץ הראשון, יעקב שמשון שפירא. הוא החריף מאוד בהתנגחות בין שר המשפטים דב יוסף לבין היועץ גדעון האוזנר. ועדת אגרנט, שמונתה כדי לבחון את הנושא, קבעה שהיועץ המשפטי עצמאי בהחלטותיו בכל הנוגע לנקיטת הליכים פליליים, ובעניין הזה הוא אינו כפוף להוראות שר המשפטים – אף שעליו להתחשב במדיניות הממשלה (למשל, להיאבק בעבירות מסוג מסוים) ולהתייעץ עם השר בתיקים בעלי משמעות ביטחונית או ציבורית. ההחלטה התפרשה כניצחון של היועץ, אך הישגיו בתחומים אחרים היו פחות מרשימים. האוזנר גרס שחוות דעתו מדריכה את הממשלה "כל עוד לא פסק בית המשפט אחרת". שר המשפטים סבר ש"תיטיב הממשלה לעשות אם בדרך כלל תקבל את עצתו של היועץ המשפטי שלה" – אך היא אינה חייבת לעשות כן. בעניין זה קיבלה הוועדה את עמדת השר, כי: "הסדר

הטוב במדינה (מחייב) כי בדרך כלל תתייחס הממשלה לחוות הדעת המשפטית כאל חוות דעת המשקפת את החוק הקיים. עם זאת רשאית הממשלה... להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסוים לפי שיקול דעתה שלה."

הדברים ברורים: היועץ, כפי ששמו מלמד, מיעץ. אם חוות דעתו הופכת מחייבת, הוא חדל להיות יועץ והופך לשופט, ודין חוות דעתו כדין פסק דין. לכל היותר תוכל הממשלה לערער עליו לבית משפט. מעבר לאבסורד שיש בפניית הממשלה לבית משפט נגד היועץ המשפטי שלה, מתעוררת השאלה מי ייצג אותה בהליך הזה. אם יהיה זה היועץ המשפטי, הסיכוי שהוא יטען נגד חוות הדעת של עצמו נמוך למדי. לכן, מסקנתה של ועדת אגרנט כי חוות דעתו של היועץ אינה מחייבת את הממשלה – הגיונית וסבירה.*

אלא שאת אנשי אסכולת העצמת כוחו של היועץ המשפטי זה לא שכנע. ב-1986 נשא יצחק זמיר הרצאה, שפורסמה בחוברת אוקטובר של "עיוני משפט" תחת הכותרת "היועץ המשפטי לממשלה והמאבק על חוקיות השלטון". באותם ימים היה על זמיר לסיים את תפקידו בנסיבות שהיו עבורו לא קלות. אפשר להבין את תחושותיו, אך אין בכך כדי להצדיק את הדרך שבה תיאר את החלטות ועדת אגרנט: "הוועדה הכריעה באופן חד-משמעי בזכות עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה". ולפיכך, "מקום שקיימים חילוקי דעות בין השניים, נתונה ההכרעה הסופית בידי היועץ המשפטי". הדברים, בלשון המעטה, רחוקים מלשקף את מה שנאמר בדו"ח. הם אכן נכונים לגבי סמכות היועץ בתיקים פליליים ספציפיים, אבל בנוגע לתוקפן המחייב של חוות הדעת של היועץ המשפטי נאמרו דברים שונים בתכלית.

בכל זאת, זמיר מוסיף ומפרט שני כללים שהעניקו עוצמה ליועץ: "כלל ראשון, שגם הוא מצא ביטוי בדו"ח ועדת אגרנט... אומר שחוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה משקפת מבחינת הממשלה את החוק... יוצא שהממשלה צריכה לנהוג... על פי חוות הדעת של היועץ". זאת, כאשר מסקנתה של ועדת אגרנט היתה שונה בתכלית. ראשית, נאמר בה כי הממשלה תתייחס "בדרך כלל" לחוות הדעת המשפטית של היועץ כמשקפת את החוק הקיים. כלומר, לא בהכרח, לא תמיד, אלא בדרך כלל. שנית, הוועדה קבעה מפורשות שהממשלה חופשית לפעול "לפי שיקול דעתה שלה". בקיצור, הוועדה אומרת ההפך ממה שמייחס לה זמיר.

* בתקופת כהונתי כשר משפטים נערך על ידי דן אבי-יצחק מחקר השוואתי מקיף בנושא, לצורך הכנת תזכיר הצעת חוק בעניין היועץ המשפטי והפרדת סמכויותיו. המחקר הצביע על כך שמסקנות ועדת אגרנט, שלפיהן חוות הדעת של היועץ המשפטי איננה מחייבת את הממשלה, עולות בקנה אחד עם הדין במדינות האחרות שנבדקו.

כעבור שנים שב היועץ לשעבר והתייחס לוועדת אגרנט, והפעם ביתר זהירות. ב"הערת העורך" לספר קלינגהופר על המשפט הציבורי כתב זמיר ב-1993 כי חוות דעתה של הוועדה היתה "פושרת", ו"משמעות הרברים... אינה ברורה לגמרי".

אולם הדברים ברורים לחלוטין, רק שהם אינם נוחים לתיאוריה של פרופ' זמיר. הכלל הראשון (שהוא מייחס את מקורו לוועדת אגרנט), שלפיו חייבת הממשלה לנהוג לפי חוות הדעת של היועץ המשפטי, מחוזק על ידי כלל שני, המתואר על ידו כך: "כלל זה מתחזק על ידי כלל שני, הקובע כי הייצוג של המדינה בבתי המשפט מופקד כולו בידי היועץ המשפטי לממשלה בלבד. מכאן, שאם רשות ממשלתית היתה מסרבת לפעול על פי חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה, לא היה מי שיגן על עמדתה בבית המשפט."

מנין נולד הכלל השני הזה? מה מקורו החוקי? זמיר סתם ולא פירש, אך פרופ' רות גביזון, במאמר "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות",¹⁸⁰ מציינת כי ועדת אגרנט לא זו בלבד שלא נתנה תמיכה לכללים שמונה זמיר, אלא שללה אותם במפורש, ואיתן לבונטין, בחיבורו "ייצוג המדינה בבית המשפט",¹⁸¹ מציין: "אין מנוס מלומר כי דברים אלה... גילו פנים שלא כהלכה בדר"ח ועדת אגרנט." אכן, לכלל הזה אין יסוד בחוק ואין בו כל היגיון, לבד מן השאיפה להשליט את היועץ המשפטי על הממשלה – רצון שהתחזק מן הסתם לנוכח החוויה שחווה זמיר בפרשת השב"כ. ההודאה האומרת כי "בכל הליך שהמדינה צד לו, תיוצג המדינה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו",¹⁸² נועדה ללא ספק להליכים אזרחיים בלבד ולא להליכי בג"ץ, ומטרתה היא רק לחסוך לממשלה את הצורך לתת ליועץ המשפטי ייפוי כוח נפרד בכל פעם שעליו להופיע בתיק אזרחי. יתר על כן, ברור שמי שמייצג חייב לפעול לפי הוראות לקוחו, ואם הוא אינו יכול או אינו מעוניין לעשות זאת – עליו להתפטר מהייצוג ולאפשר ללקוח לבחור לו פרקליט אחר.

לכלל שעליו התבסס זמיר לא רק שאין כל בסיס בחוק, אלא שהוא גם לא היה מעוגן במסורת המשפטית. לא זכור שהיועץ המשפטי חיים כהן העלה אי-פעם על הדעת להימנע מלייצג את הממשלה בעניינים שאינם לרוחו. בבג"ץ "להיס נגד שר-הבטחון"¹⁸³ העלה כהן טענה מסוימת, כשהוא מציין שהוא עושה זאת לפי דרישת נשיא בית הדין המיוחד, שכלפיו הופנתה העתירה. היה זה רמז שהוא אינו משוכנע בצדקת הטענה, אבל הוא רואה חובה להביאה. כהן הגן על המשיבים, ואף כי הטענה הספציפית נדחתה, הוא זכה במשפט והעתירה נדחתה. לגבי מאיר שמגר, בהיותו היועץ המשפטי, מסופר כי בפרשת הגיור של הלן זיידמן הוא סירב להגן על עמדת הממשלה,¹⁸⁴ אבל העניין לא הגיע להכרעה, ובכל אופן לא נאמר

שבמקרה כזה הממשלה אינה רשאית לקחת עורך דין אחר שייצג אותה. בפרשת הדולרים של יצחק רבין, כזכור, סופר לפי אחת הגרסאות שאהרן ברק הודיע לשר האוצר יהושע רבינוביץ', כי אם יחליט לאפשר לרבין לשלם כופר הוא עצמו יפנה נגדו לבג"ץ. במקרה כזה, הודיע ברק, יצטרך רבינוביץ' לדאוג לעורך דין פרטי שיגן עליו, כי איש בפרקליטות המדינה לא יסכים לעשות זאת, ולעורך הדין הפרטי הוא גם יצטרך לשלם מכיסו, שכן ברק לא ירשה שהמדינה תממן אותו. הדברים מלמדים גם כי אפילו ברק לא העלה על הדעת שהוא יכול למנוע משר האוצר לשכור עורך דין פרטי על מנת לייצג את עמדותיו (לא ברור על סמך מה הכריז ברק כי ימנע מאוצר המדינה לשלם את שכרו של עורך הדין. האם, למשל, הוא היה רשאי למנוע תשלום כזה גם אילו היה רבינוביץ' זוכה בבג"ץ?).

כאמור, זמיר הניח כאילו הדין משתקף בכללים שהוא תיאר, והשאלה התעוררה בכל חומרתה בפרשת המחזה "אפרים הולך לצבא" מאת יצחק לאור. המועצה לביקורת סרטים ומחזות סירבה לתת היתר להצגת המחזה, בנימוק שהוא "מעלה את דמותו של הממשל הצבאי בצורה מסולפת, מעוותת, מרושעת וזדונית אף תוך השוואה עם המשטר הנאצי". היא התבקשה לדון מחדש בהחלטתה, ובישיבה נכח נציג היועץ המשפטי, רנאטו יאראק, שאמר כי יהיה קשה להגן בבג"ץ על הסירוב לתת היתר להצגה. למרות זאת חזרה המועצה ואישרה את החלטת הסירוב. כצפוי, הוגשה עתירה לבג"ץ. היא נידונה לפני הרכב בראשות ברק.

ברק סקר בקצרה את ההשתלשלות בפרשת ייצוג המועצה, וציין כי זמיר סירב להגן על החלטתה משום שהיא מנוגדת להנחיית היועץ המשפטי בנושא. אולם זמיר הואיל בטובו להתיר למועצה לשכור עורך דין פרטי, את צבי טרלו. הרשות הזו לוותה בהסבר, שלפיו המועצה לביקורת סרטים ומחזות איננה "גוף ממשלתי רגיל", ולפיכך סבר היועץ שסירב להגן כי "לא יהיה זה ראוי למנוע בעד המועצה להציג את שיקוליה ולהסביר את החלטתה בפני בית המשפט הגבוה לצדק" (ואילו היה זה גוף ממשלתי רגיל, האם היה זמיר רשאי למנוע ממנו את יומו בבית המשפט?).

ההשתלשלות מסופרת בפסק הדין של בג"ץ, "לאור נגד המועצה לביקורת סרטים ומחזות",¹⁸⁵ ללא התייחסות כלשהי מצד ברק, שמן הסתם הסכים להנחות העומדות ביסודה. ולעצם העתירה: בג"ץ ביטל את הצנזורה, והתיר את העלאת ההצגה.¹⁸⁶

גם את ראש השב"כ אברהם שלום סירב זמיר לייצג באחת ההסתעפויות של פרשת קו 300. מדובר בעתירה שהגיש נגדו רפי מלכא, לאחר ששלום הודיע לו כי הוא סיים את תפקידו ולא שובץ לתפקיד חדש. ימים ספורים לאחר המועד שנקבע לדיון בעתירה פנו זמיר ופרקליטת המדינה, דורית ביניש, למשטרה, על מנת לחקור

את התלונה נגד אנשי השב"כ בעניין הריגת המחבלים. אין תמה, לפיכך, שזמיר סירב להגן על שלום, אבל מה זכותו למנוע מראש שב"כ ייצוג משפטי עצמאי? ראש הממשלה פרס סבר כי לנוכח ניגוד האינטרסים שבו מצוי זמיר זכאי שלום לייעוץ משפטי עצמאי על ידי עורך דין חיצוני, ונעשתה פנייה לעו"ד רם כספי, אבל במשרד המשפטים עורר הדבר רוגז רב. היועץ המשפטי תבע לעצמו מונופול בייצוג, גם כאשר המונופול הזה משמעו חוסר ייצוג, ובספרו **טלטלה בשב"כ** ציטט עו"ד יחיאל גוטמן את זמיר באומרו: "בא כספי כיועץ, כעוזר, לא ידוע כמה. אני יצאתי פומבית נגד זה... דיברתי על התופעה הזו של יועצי חצר ושלטון החוק... לא יכולים ללכת ולבקש חוות דעת בתוקף תפקידם מעורך דין פרטי".¹⁸⁷

אפשר להבין ללבו של מי שטוען למונופול, ומגלה לפתע שיש תחרות וכי שירותיו של המתחרה עדיפים על שלו – אך מובן מאליו שלא ניתן לקבל את הדברים. אולי נוח ליועץ המשפטי שכאשר הוא פונה נגד בעל תפקיד, נדרש הלה לקבל זאת בהכנעה ולא לנסות אפילו לבחון את השאלה, האם היועץ צודק אם לאו – אבל פיקוד משפטי כזה אינו מתיישב עם הגינות בסיסית ועם זכויות אדם. לא ברור גם מה תפקידו של האישור להיעזר בשירותיו של עורך דין פרטי, שלטענת זמיר רק בסמכותו להעניק. האם כיוון שעליו לאשר הוא חופשי לסרב לעשות זאת?

פרשת ייצוגו בבג"ץ של ראש השב"כ נפתרה מעצמה, כשכהונתו של זמיר הופסקה, ובמקומו מונה יוסף חריש. הוא כבר נקט עמדה סבירה יותר, המשתקפת בדברים המצוטטים אצל גוטמן: "החלטתי שאני מגן על הבג"צים, מפני שאני חושב שאין היועץ המשפטי ואין פרקליט המדינה ואין שום פרקליט שיוכל לבקש לעצמו את הלוקסוס הזה שלא להופיע בדבר שהוא אינו נוח להופיע. מתי הוא רשאי שלא להופיע? רק כאשר עמדת הממשלה היא כזו שאי-אפשר להגן עליה... היא נוגדת עקרונות גדולים של משפט של מוסר של שלטון החוק, רק אז."

הבג"ץ עצמו, אגב, הסתיים בהסכמה. כשהסתבר ששלום יידרש לסיים את תפקידו, הוסכם שהחלטה בעניין מעמדו של מלכא תיחתך על ידי הראש החדש. ואולם, עמדתו של חריש עדיין לא זכתה באהדה בפרקליטות, והוא עצמו ביקר את התנהגותם העוינת של כפיפיו כלפיו בחריפות, כפי שמצוטט בספרו של גוטמן **טלטלה בשב"כ**: "הגינותי על הבג"צים... לא רק בלא עזרה, אלא מתוך הפגנת מרי. אנחנו לא נגיש לך שום עזרה. אתה רוצה נייר? ניתן לך. אתה רוצה כתבנית? ניתן לך. עזרה משפטית לא תקבל... הלכתי בעצמי לבית המשפט העליון יומיים לאחר שנכנסתי לתפקיד... ובסופו של דבר בבג"צים זכתה המדינה... עצם העובדה הזאת מוכיחה שמי שסירב להגן על המדינה עשה מעשה שלא ייעשה."

והנה, לא חלפו שנים רבות, ולקראת סיום כהונתו נקט חריש בעניינם של דרעי ופנחסי עמדה שאינה שונה במהותה מזו של זמיר. בפסק דינו בעניין פנחסי כתב על כך אהרן ברק: "היועץ המשפטי לממשלה הוא הפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת... ופירושו שלו מחייב אותה פנימה... השקפה זו יונקת חיותה מהמסורת החוקתית שלנו. מסורת זו גובשה בדו"ח ועדת המשפטים בדבר סמכויות היועץ המשפטי לממשלה (1962). מאז היא נהפכה לחלק מהמשפט הנוהג בישראל."

הדברים מעוררים תמיהה. כיצד נוצרה פתאום "מסורת חוקתית"? מדוע היא "חוקתית"? האם פירוש הדבר שלא ניתן לשנותה אלא באמצעות חוקה או חוק יסוד? מעבר לכך, האמור בהם אינו נכון. כפי שכבר נאמר, ועדת המשפטים בראשות אגרנט קבעה דברים שונים לחלוטין, ובעיקר שהממשלה רשאית לא לקבל את עמדת היועץ המשפטי. עמדתה של ועדת אגרנט היתה מקובלת גם על נשיא בית המשפט העליון יצחק אולשן, שציין בספרו דין ודברים כי "באשר לסוג הראשון של סמכויותיו [לתת חוות דעת לממשלה] – הרי דעותיו, עצותיו או החלטותיו של היועץ המשפטי לא היו מחייבות את הממשלה או את חבריה כשנזקקו להדרכותיו או לחוות דעתו".¹⁸⁸

מה קורה כשהיועץ המשפטי שוגה בפירוש הדין, כפי שקרה בפירוש שנתן זמיר לסמכות החנינה של הנשיא? לדעתם של ברק וזמיר, התשובה ברורה: על הרשות המבצעת לנהוג לפי חוות הדעת השגויה. הכול למען שלטון החוק.¹⁸⁹ השופט זוסמן הזכיר באחד מפסקי דינו את ספרו של ג'ורג' אורוול, 1984, המתאר שפה חדשה, Newspeak, שבה מוגדר הערך "חשיבה כפולה" (doublethink) כ"יכולת לאחוז במקביל בשתי אמונות סותרות ולהאמין בשתייהן".¹⁹⁰ כעת, לפי הגישה החדשה, מסתבר ששלטון החוק יובטח על ידי כך שהממשלה תידרש לקיים את חוות דעתו של היועץ המשפטי גם אם היא מנוגדת לחוק.

ואחרי כל זה, עניין תוקפה של חוות הדעת של היועץ המשפטי מתגמד לנוכח פרשת הייצוג. כזכור, ראש הממשלה רבין התנגד בתוקף לפיטוריהם של דרעי ופנחסי, והנה הסתבר כי מי שמייצגת אותו בבג"ץ היא פרקליטת המדינה ביניש, בשמו של היועץ חריש, והיא טוענת טענות הפוכות מעמדתו של ה"לקוח" שלה. כשהקשה בא־כוחו של פנחסי כיצד יכולה פרקליטת המדינה לייצג עמדות סותרות, זו של היועץ המשפטי וזו של ראש הממשלה, השיב השופט ברק כי אין כל סתירה: "עמדת ראש הממשלה" היא העמדה שהיועץ המשפטי קובע כי היא הנכונה מבחינה משפטית. העובדה שראש הממשלה עצמו סבור אחרת – איננה רלוונטית. ובלשונו של ברק: "אין לומר כלל שפרקליטת המדינה טענה לפנינו בשמם של שני לקוחות שענייניהם סותרים. היא טענה לפנינו בשמה של רשות מוסמכת אחת

ויחידה – היא ראש הממשלה. אמת, דעתו של מר יצחק רבין, ראש הממשלה, הנה שונה. היועץ המשפטי לממשלה הסכים להביאה לידיעתנו. זאת סמכותו. אך לא עמדה זו היא שיוצגה לפנינו.¹⁹¹

צריך לקרוא את הדברים כדי להאמין. מה שברק אומר למעשה הוא שראש הממשלה איננו האדם שנבחר על ידי הציבור ואשר ממשלתו זכתה באמון הכנסת, אלא ראש ממשלה פיקטיבי – דמות בלתי-קיימת אשר בית המשפט והיועץ המשפטי קבעו כי היא "ראש הממשלה הסביר".

מדהימה לא פחות היתה עמדתו של השופט מצא, שאימץ בפרשת דרעי את עמדתו של ברק בפרשת פנחסי: "ראש הממשלה... ביקש לחלוק על חוות דעתו של היועץ המשפטי... גישה זו מנוגדת לעיקרון החוקתי... שמכווח מוחזק היועץ המשפטי לממשלה כפרשן המוסמך של הדין כלפי הרשות המבצעת... וראש הממשלה, בכל הכבוד, לא יכול היה להישמע בטעמים אלה כלל. לכן הצטערתי להיווכח, כי... ראש הממשלה [נותר] דבק בעמדתו המקורית, תוך שהוא מבקש להצדיקה בעזרת נימוקים משפטיים הסותרים את חוות דעתו המשפטית המחייבת של היועץ המשפטי."¹⁹² במילים אחרות, ראש הממשלה אינו רשאי אפילו להעז לטעון בבית המשפט שהיועץ המשפטי שלו טועה.

ומה אם היועץ באמת טועה, כפי שכבר אירע? ובכלל, כיצד נהפך העיקרון המופרך הזה לעיקרון "חוקתי"? ואיך קרה שראש הממשלה הפיקטיבי, התופס את מקומו של ראש הממשלה האמיתי, הוא המיוצג על ידי היועץ המשפטי, ורק טענותיו מובאות לפני בית המשפט?

אחת התמיהות המתעוררות בעקבות דברים אלה, היא לשם מה כתב ברק פסק דין של קרוב לשלושים עמודים בפרשת פנחסי. לפי תיאוריית ראש הממשלה הפיקטיבי, די היה בשורות ספורות למצות את העניין. כל שנדרש לומר הוא שהעותרים דורשים את הוצאתו של סגן השר פנחסי מהממשלה. היות שפרקליטת המדינה ביניש טענה בשם ראש הממשלה (הפיקטיבי) שעמדת היועץ המשפטי היא שכך אכן צריך להיעשות, אין סכסוך בין הצדדים, וכיוון ששניהם מסכימים שעל סגן השר לסיים את תפקידו – יש לממש זאת.

פסק דינו של ברק יצר תחושה לא נוחה אפילו אצל שמגר – אחד מיוצרי דמות-העל של היועץ המשפטי, אשר בהיותו נשיא בית המשפט העליון נכלל בעצמו בין שופטי ההרכב בפרשות דרעי ופנחסי. ב-1997 מונתה ועדת שמגר לעניין היועץ המשפטי, ובדו"ח שפרסמה, לאחר פרישתו של שמגר מכס השיפוט, נאמר: "במקרים בהם אין המדובר באי-חוקיות ברורה וגלויה, מן הנכון שהיועץ המשפטי יחליט על התרת ייצוגה של הרשות הממלכתית החולקת על דעתו, על ידי משפטן משירות הציבור או מן המגזר הפרטי, הנכון להציג טעמיה של הרשות הממלכתית בפני בית

המשפט... יש נסיבות... אשר אין בהן לשלול מרשות שלטונית את יומה בבית המשפט.¹⁹³

אפשר לומר כי מבחינה מעשית אין להניח שמחלוקת בין ממשלה לבין היועץ המשפטי שלה תתייחס ל"אי-חוקיות גלויה וברורה", שהרי שום ממשלה לא תבוא לבית משפט לדרוש אישור למעשה כזה. אם כך, מדוע בכלל נדרשת רשותו של היועץ למינויו של עורך דין אחר – כדי להראות שהוא בעל הבית? ומה תעשה הממשלה אם הוא יתעקש ויסרב לתת לה רשות? האם היא תפנה נגדו לבג"ץ? ומי ייצג אותה בבג"ץ מול היועץ המשפטי אם הלה לא יתיר לה לשכור פרקליט שיעשה זאת?

דו"ח ועדת שמגר לא התייחס במפורש לפסק דין פנחסי. מי שעשה זאת היה השופט חיים כהן, אשר במאמר שפרסם בשנת 1994 דיבר על כך שעמדת ראש הממשלה הובאה לבית המשפט באמצעות מכתב גרידא (ולמעשה נחשבה לא רלוונטית): "אם כי הובאו בדרך זו גם טענותיו של ראש הממשלה לפני בית-המשפט, נשארה מועקה בלב שלראש הממשלה לא היה יומו בבית-המשפט... מקום שהממשלה או אחד משריה לא קיבלו עצתו של היועץ המשפטי... והם עומדים על כך שבית-המשפט יכריע ביניהם לבינו, בעתירה שהוגשה נגדם מצד אחד האזרחים, אין היועץ המשפטי יכול – ואין זה יאה לו – לסתום להם את הפה ולכוף עליהם את דעתו הר כגיגית."¹⁹⁴

היה אפשר לחשוב שהמינימום הזה ישקף נורמה מקובלת, אולם מסתבר שלא כך הדבר, והפרקטיקה הקיימת במחלקת הבג"צים בפרקליטות היא ברוח ברק-זמיר.¹⁹⁵ במילים אחרות, שלטון החוק פירושו שמותר לסתום את פיותיהם של הממשלה ושריה, לאסור עליהם לחלוק על היועץ המשפטי לממשלה ולשלול מהם את יומם בבית המשפט, או בקיצור – 1984 בנוסח ג'ורג' אורוול.

בכך נקבעו שני הכללים שהעלו את היועץ המשפטי למרום הפסגה, ורק הכיסא (בית המשפט העליון) גבוה ממנו. אך יש להתפתחות המדאיגה הזו עוד שני מאפיינים בולטים. האחד משתקף באותו אקטיביזם שיפוטי, שגלש מעבר לתפקידים הקלאסיים של בית המשפט והחל לעסוק בניהול המדינה. השאלה, האם היועץ המשפטי לממשלה ימלא את התפקיד שנקבע לו בחוק, כלומר ייעץ לממשלה, או שמא במקום זאת ייהפך למפקדה אינה נוגעת לא לזכויות אדם ולא לסכסוך קונקרטי כלשהו. היא נוגעת לדרך שבה המדינה מתנהלת ולשאלה מי מנהל אותה. אפשר כמובן לגרוס שאם ימשלו בה גופים שלא נבחרו בהליך דמוקרטי, ישופר מצבן של זכויות האדם. הניסיון האנושי, מכל מקום, מלמד שההפך הוא הנכון.

המאפיין האחר נעוץ בכך שאין לכללים האלה שמץ לגיטימציה, והם חוטאים

לעקרונות בסיסיים של צדק טבעי. הפסיקה הזו איננה בגדר טעות, אלא חריגה של ממש ממתחם הלגיטימיות.

פחות מחודשיים לאחר ההחלטה בבג"ץ על סיום כהונתו של דרעי בממשלה, ב-1 בנובמבר 1993, הגיעה גם כהונתו של חריש אל קצה. למעשה, חריש עצמו כתב לרבין, לאחר שסירב לייצגו לפני בג"ץ: "ברי לי כי אם מהעמדה אשר נקטתי מתחייבת הסקת מסקנות אישיות, הריני נכון לכך, ולאלתר." מבחינה זו ניתן לומר שסיום כהונתו הגיע בהסכמתו. חריש צדק בשורה של החלטות אמיצות שקיבל, אבל הפעם הוא טעה. לדעתו, עמדתו בפרשה היא שהובילה לסיום כהונתו. לא היתה זו כהונה קצרה. היא נמשכה יותר משבע שנים, ובסיומה היה כבר חריש מעבר לגיל שבעים. באקורד האחרון הוא עמד על כך שכהונתו לא תסתיים ב-15 בספטמבר, בדיוק במלאות לו שבעים, כדי למנוע תקדים שלפיו כהונתו של יועץ משפטי מסתיימת – כמו זו של שופט – בגיל שבעים.

יש צד אירוני בכך שחריש סיים את תפקידו בעקבות מחלוקת שקווי דמיון מתוחים בינה לבין זו שנעלה את כהונת קודמו. עם זאת, קיימים גם הבדלים בולטים ביניהן. באמצעות החלפתו של זמיר השיגה ממשלת האיחוד הלאומי את מטרתה – סיום פרשת השב"כ ללא חקירת משטרה, ללא כתבי אישום וללא משבר ממשלתי. לעומת זאת, החלפתו של חריש במיכאל בן-יאיר לא שינתה את המצב בנוגע לדרעי, והוא נאלץ לפרוש.

ארבע שנים לאחר מכן הוגשה לבג"ץ עתירה שהתבססה על כתבה שפורסמה ב"ידיעות אחרונות", ובה נטען כי בכירים במפלגת העבודה ובמרצ פעלו ב-1993 להחלפתו של חריש על רקע ציפייתם שבן-יאיר ימנע הגשת כתב אישום נגד דרעי. מטרת העתירה היתה לפתוח חקירת משטרה בנושא, בעקבות פתיחת החקירה בפרשת מינויו של רוני בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה (פרשת "בר-און-חברון"). עמדת היועץ המשפטי דאז, אליקים רובינשטיין, היתה שאין תשתית ראייתית שתצדיק טיפול בטענות העותר, וכי "היועץ המשפטי לשעבר, יוסף חריש, סיים את תפקידו עם פרישתו בגיל 70, ולא מסיבה אחרת".¹⁹⁶ העתירה נדחתה לאחר שבג"ץ קיבל את העמדה שלפיה "הפניה לכתבה בעיתון אינה יכולה לשמש תחליף ראייתי, מה גם שהכתבה אינה מציינת מהו הבסיס להעלאת החשדות הנקובים בה".¹⁹⁷

תיקים באפילה

ועדת בייסקי הביאה להדחתם של אישים מרכזיים בבנקאות הישראלית. עמם נמנה ארנסט יפת, שעמד במשך שנים בראש בנק לאומי, והנהלת הבנק ביקשה להסדיר את סידורי פרישתו, לרבות התשלום שיוענק לו. יפת יוצג על ידי משרד ש' הורוביץ, שבראשו עמד באותם ימים עו"ד אמנון גולדנברג. לאחר משא ומתן הושג הסדר בדבר הסכום שיקבל יפת, הוא אושר על ידי הדירקטוריון, אלא שאז חשף נחמיה שטרסלר בכתבה מרעושה ב"הארץ" את גובה הפנסיה עליה הוסכם: 30,000 דולר לחודש. קביעת סכום כה גבוה, שנים ספורות לאחר מפולת מניות הבנקים, בעקבות הוויסות שיפת נמצא אחד האחראים לו, עוררה מהומה ציבורית. נפתח הליך משפטי, שבמסגרתו ביקש הבנק להתנער מההסכם בטענות שונות, והיועץ המשפטי לממשלה הצטרף להליך בנימוק שהוא מנוגד לתקנת הציבור. הפרשה הסתיימה באפריל 1992, כשהצדדים הגיעו לפשרה במסגרת הערעור לעליון. על פי הפשרה היה על יפת להחזיר את פיצויי הפרישה ששולמו לו, והפנסיה קוצצה.¹⁹⁸

כשנבחנו הנסיבות שבהן הושג ההסכם, הועלתה כלפי עו"ד גולדנברג, שהיה גם דירקטור בבנק לאומי, טענה שפעל בניגוד עניינים, כאשר מצד אחד ייצג משרדו את יפת, ומן הצד האחר הוא פעל מטעם הבנק בהכנת ההסכם עם יפת. הוא נחקר תחת אזהרה. התיק הועבר מהמשטרה לפרקליטות, והוחזק שם בימים שבהם שימשה דורית ביניש פרקליטת המדינה.

אמנון גולדנברג היה במשך שנים עורך הדין הראשון במעלה בישראל. שנים קודם לכן עלתה שאלת מינויו לבית המשפט העליון, אך באותם ימים הוא לא רצה להתמנות. אילו חפץ בכך – היה בוודאי זוכה במינוי. בתקופה זו, תקופת ממשלת רבין השנייה, העלה שר המשפטים ליבאי את הנושא פעם נוספת. הוא התקשר לגולדנברג וביקש ממנו להסכים להצגת מועמדותו, וגם הפעם ניתן להניח שהוועדה לבחירת שופטים היתה תומכת במינוי. גולדנברג היסס לנוכח המחויבות שחש כלפי משרדו, אך לא דחה את האפשרות. לדברי עו"ד בעז אוקון, שהיה שותף במשרדו, הוא אף נטה לקבלה. אולם התיק הפתוח הוריד את האפשרות הזו מהפרק. התיק הוחזק כשהוא פתוח במשך שנים ארוכות, עד שביניש מונתה, ב-1995,

לעליון. במקומה מונתה עדנה ארבל, שסגרה את התיק בתוך זמן קצר. אבל בכל הנוגע למינויו של גולדנברג לבית המשפט העליון – כבר היה מאוחר. היה זה אחד המקרים שבישר את שיטת "התיק הפתוח". במהלך השנים הבאות היו לא מעט מקרים שבהם נפתחו 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.

חלק שלישי

המהפכה המשפטית בשיאה

נשיא חדש, פנים חדשות

תקופת השיא של המהפכה המשפטית מתפרשת על פני כ-11 שנים, ממועד מינויו של אהרן ברק לנשיא בית המשפט העליון, באוגוסט 1995, עד סיום כהונתה של ממשלת שרון השנייה, בראשית 2006. תחילת כהונתו של ברק מקבילה לערך למועד שבו הופעלה לראשונה שיטת הבחירה הישירה לראשות הממשלה, ב-1996. היתה זו תקופה גרושת אירועים דרמטיים, שכללו את פינוי רצועת הביטחון בדרום לבנון, אינתיפאדה של פיגועי טרור נוראים והתנתקות מרצועת עזה. אולם מבחינות אלה העידן הזה אינו עולה על קודמיו, שבו רשמה ההיסטוריה אירועים מסעירים לא פחות – מלחמת ששת הימים, מלחמת יום הכיפורים, S ימת חוזי השלום עם מצרים וירדן, הסכם אוסלו ועוד ועוד.

בתחום הפוליטי נמשכה ירידת כוחן של המפלגות הגדולות לשעבר – הליכוד והעבודה. כנגד זה קמה מפלגה גדולה חדשה – קדימה, שנהפכה למפלגת שלטון אך ירדה תוך שבע שנים מגדולתה. המערכת הפוליטית כולה המשיכה לאבד גובה וכוח, ויכולת המשילות של הרשות המבצעת נחלשה ונפגמה.

על הרקע הזה נמשכת התעצמותו של המערך המשפטי, ובכללו בית המשפט העליון, היועץ המשפטי, הפרקליטות ומערך החקירות המשטרתי. לא רק שהם הגיעו בתקופה זו לשיא כוחם, אלא שפעולתם האגרסיבית סייעה לערעור המערכת הפוליטית ואף להשפלתה, בממדים שקשה למצוא דוגמתם במדינה דמוקרטית כלשהי. חקירות של שרים ואפילו העמדה לדין היו גם בעבר, וראש ממשלה כבר אולץ לסיים את כהונתו בשל פרשה משפטית משנית בחשיבותה, אך שום דבר ממה שקרה בעבר אינו מתקרב למה שהתרחש בעידן החקירות הזה, שבו כל ראשי הממשלה – בנימין נתניהו, אהוד ברק, אריאל שרון ואהוד אולמרט – היו נתונים לחקירות פליליות. בסופן הועמד אחד מהם, אולמרט, לראשונה בישראל, לדין פלילי. הוא זוכה מרוב האשמות אך הורשע בהפרת אמונים, ונידון לקנס ולמאסר על תנאי. נשיא המדינה משה קצב הועמד אף הוא למשפט, הורשע באונס, מעשה מגונה בכוח והטרדה מינית, ונידון לשבע שנות מאסר בפועל ולמאסר על תנאי.

חקירות או "בדיקות" התקיימו נגד מספר רב של שרים, ואחדים מהם הועמדו

לדין. החקירות ארכו לא פעם שנים על גבי שנים, ואף קרה שחקירה בנושא אחד נסגרה אחרי שנים, וכבר אחזה בעקבה חקירה חדשה, שהתמשכה אף היא ללא מגבלת זמן. לחקירה כזו, גם אם היא מסתיימת ללא העמדה לדין וגם אם מתברר שלא היה לה יסוד, יש כמובן משמעויות מרחיקות לכת. הנחקר נפסל מלכהן בתפקידים מסוימים, מעמדו הציבורי מתערער, על יכולת התפקוד שלו מוטל ספק – שלא לדבר על הפגיעה האנושה בשמו הטוב. במקרים אחדים היו החקירות וההעמדות לדין מוצדקות, אולם במקרים רבים אחרים לא היה להן כל בסיס. בשום מקרה לא נדרשו האחראים על חקירה חסרת שחר או על העמדה לדין נטולת יסוד לתת דין וחשבון על החלטותיהם ומעשיהם. הם, בניגוד לנחקרים שזוכו או שכלל לא הואשמו, נהנו מחסינות מוחלטת.

החריג היחיד, המסמל אולי ראשיתה של תפנית, התחולל כאשר בדק מבקר המדינה את פרשת האזנות הסתר שבוצעו במהלך חקירתו של השר חיים רמון. אולם גם כאן איש מהאחראים לא נתן את הדין לכשלים שהתגלו במערכת אכיפת החוק, ולכל היותר נגרמה לחלק מהמעורבים אי-נעימות כלשהי.

בית המשפט העליון, בהמשך להתפתחויות קודמות, העמיד את עצמו בראש התביעה הפלילית, ועסק במתן הוראות ליועץ המשפטי להגיש כתבי אישום, בצד הצווים שהוציא כלפי רשויות השלטון כמעט בכל נושא ("הכול שפיט"). כל ההליכים הללו התנהלו בשם מטרות נשגבות דוגמת "שמירה על הדמוקרטיה", "מאבק בשחיתות" ו"שלטון החוק", אולם הרושם שהתקבל לא פעם הוא שלא מדובר במאבק על "שלטון החוק" אלא במאבק על השלטון עצמו – מאבק בלתי-נלאה של גופים שאינם נבחרים, החותרים ליטול נתח מהשלטון שנמצא בידי גופים נבחרים.

לכל אלה נלוותה תעמולה רעשנית וכמעט בלתי-פוסקת בדבר "שחיתות שלטונית" והסכנה העצומה שהיא צופנת בחובה למדינה ולגורלה. מערכות אכיפת החוק נטלו לא אחת חלק בתעמולה הזו, שבאה הן כדי להצדיק את פעולתן והן כדי להעצים את התפקיד שהן ממלאות בהצלת המדינה מהסכנות המאיימות עליה. התוצאה היתה שחשדות נגד אנשי ציבור זכו בתהודה תקשורתית עצומה, וזו גררה פגיעה קשה נוספת באותם אישים. אם בסופו של דבר גם קרה שהוגש כתב אישום, קטנו סיכוייו של הנאשם לזכות במשפט הוגן.

כך נהפכו המשפט הפלילי והאנשים המפעילים אותו – היועץ המשפטי, פרקליט המדינה ומעליהם בית המשפט העליון – לשחקנים בעלי משקל מכריע במישור הפוליטי. הליכים פליליים רבצו מעל כל ממשלות ישראל כענן קודר שאינו מרפה. התופעה תוארה בחדות בספרו של פרופ' יוסי שיין שפת השחיתות, שציין כי "המאבק בשחיתות והפצתה של רטוריקה אגרסיבית... (ה) מתארת את

ישראל כישות המונהגת בידי מושחתים, מחבלות קשות בדמוקרטיה הישראלית. שיח השחיתות שהשתלט על החברה הישראלית יצא מכלל שליטה. הוא מזהם את האווירה הציבורית".¹⁹⁹

כל זה גרר סלידה עמוקה מהשלטון הדמוקרטי, במידה שהחלה מסכנת אותו. כפי שציין פרופ' יצחק בן-ישראל, שהיה גם אלוף בצה"ל, מה שהעלה את היטלר לשלטון "לא היה האינפלציה" אלא "אובדן האמון בדמוקרטיה של ויימאר".²⁰⁰ החלשת הממשלה ושריה, יחד עם גלי החקירות, חיזקו את הבירוקרטיה. הפקידות הבכירה בשירות הממשלתי נהנית לרוב מקביעות, וגם כשנקצבו לה קדנציות הן היו בדרך כלל ארוכות מתקופות הכהונה של השרים הממונים. וכך, 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.

המערכת המשפטית שילמה אף היא מחיר בשל העלייה המופרזת בכוחה. מעורבות היתר של העליון בנושאים שהוא אינו אמור לעסוק בהם גרמה לערעור מעמדו הציבורי, לירידה דרסטית באמון הציבור ובהמשך גם לכרסום בכוחו. במקביל, השימוש המוגזם, ולא פעם הבלתי-מוצדק, בהליכים פליליים גרם להתערערות האמון בפרקליטות, ביועץ המשפטי ובשיקולים המנחים אותם.

ממשלת פרס השנייה קמה לאחר רצח רבין בנובמבר 1995. תחילה כיהן פרס כראש הממשלה בפועל, והשאלה הראשונה שהוא ניצב בפניה היתה אם להכריז מיד על בחירות, ולהפיק את מלוא התועלת מהאווירה הציבורית שלאחר הרצח. יתר על כן, ממשלת רבין כיהנה כבר יותר משלוש שנים, והבחירות היו צפויות ממילא בתוך כשנה. למרות זאת החליט פרס להקים ממשלה ולעמוד בראשה, אולי כדי להוכיח שהרצח לא יקבע את סדר היום של מדינת ישראל, ואולי כדי להראות שהוא מתייצב לבחירות כראש ממשלה בזכות עצמו.

היתה זו פעם שנייה שפרס עמד בראשות הממשלה. הפעם הקודמת היתה במסגרת הרוטציה, ב-1984. הממשלה החדשה, שהוקמה בתוך פחות משלושה שבועות, שימרה את מתכונת הממשלה הקודמת. היתה זו ממשלה על גבול ממשלת מיעוט: בבסיסה היו מפלגות העבודה ומרצ, שמספר המנדטים המשותף שלהן היה 56, אליהן הצטרפו שלושת חברי "יעוד" שפרשו מ"צומת", והממשלה נתמכה מבחוץ על ידי חד"ש ומד"ע.

מכאן ואילך נראה שהכול השתבש. ב-5 בינואר חוסל בכיר החמאס עיאש, כשטלפון סלולרי התפוצץ בידיו. "המהנדס" עיאש היה מומחה לחבלה ואחד האחראים הראשיים לפיגועי ההתאבדות. בחודשיים שלאחר מכן בוצעו כמה פיגועי התאבדות נוראים, בהם שניים בתוך אוטובוסים בירושלים, שגרמו האחד ל-26 הרוגים והשני ל-19 הרוגים, וכן פיגוע ליד "דיזנגוף סנטר" בתל אביב, שנהרגו בו 13 בני אדם.

גם ירי מלבנון קידם את פני הממשלה החדשה, והגיע לשיאו במטח קטיושות כבר באפריל 1996. לפרס לא נותרה ברירה, והוא הורה לצאת למבצע "ענבי זעם". הפעולה התבססה בעיקרה על הפצצות מן האוויר ועל הפגזה ארטילרית, אף שהיו גם פעולות קרקעיות. כשבוע לאחר פתיחת המבצע נפגעה בטעות מירי ארטילרי קבוצה גדולה של פליטים, ששהו בבסיס של האו"ם ליד כפר קאנא שבדרום לבנון. יותר מ-100 אזרחים נהרגו, ורבים נפצעו, ביניהם חיילי או"ם. הלחץ הבינלאומי גרם לסיום המבצע בתוך ימים אחדים.

בינתיים החליט פרס לעשות באיחור את מה שיכול היה לעשות מלכתחילה. הוא הקדים את מועד הבחירות, והן נקבעו ל-29 במאי. היו אלה בחירות ישירות ראשונות לראשות הממשלה. מול פרס התייצב מתמודד צעיר שנבחר לעמוד בראש הליכוד – בנימין נתניהו. מחצית השנה שבה עמד פרס בראשות הממשלה לאחר רצח רבין לא היטיבה עמו. פיגועי ההתאבדות גרמו לאכזבה קשה מהסכם אוסלו, שהיה מזוהה עמו. בעיה חריפה נוספת, שהיא צרה מתמדת של השמאל, נוגעת לקולות של ערביי ישראל: מצד אחד, הציבור בארץ מצפה לתגובה חריפה על פיגועי טרור. מצד שני, תגובה שפוגעת בפלשתינים גורמת לאובדן קולות במגזר הערבי. וכך הפסיד פרס משני הכיוונים: הפגיעה בפליטים הערבים בלבנון הפחיתה את תמיכת "הקול הערבי", ופיגועי ההתאבדות הפחיתו את תמיכת הציבור היהודי. הבחירות הוכרעו. נתניהו נבחר לראשות הממשלה והליכוד שב לשלטון.

החוק לבחירה ישירה לראשות הממשלה התקבל בתחילת 1992, בנסיבות יוצאות הדופן ששררו לאחר "התרגיל המסריח". שמיר הצליח לשוב ולהרכיב ממשלה צרה, אך היתה זו קואליציה חלשה. נפשו של הציבור נקעה מהנעשה בפוליטיקה, והלחץ הציבורי לשינוי השיטה נתן את אותותיו. החוק נתמך בעיקר על ידי האופוזיציה, ועבר ברוב זעום של 57 נגד 56. נתניהו, שהיה סגן שר, הצביע בעד החוק בניגוד לעמדת הממשלה – וקולו הכריע את הכף. הוא העריך כנראה, ובצדק, כי לאור הפופולריות שלו בציבור הוא יהיה זה שייהנה מהחוק. אבל גם שינוי השיטה עתה לא הצליח להשיב למערכת הפוליטית את כוחה. נתניהו אמנם נבחר לראש הממשלה, אך מפלגת העבודה זכתה עם הפתק השני

במנדטים רבים יותר (34) מאשר הליכוד (32). יתר על כן, מאז הבחירות של 1981, שבהן זכו שתי המפלגות הגדולות ב-95 מנדטים, נמצא כוחן המשותף בנסיגה מתמדת (תהליך שהחל עוד לפני הנהגת הבחירה הישירה לראשות הממשלה): 85 מנדטים ב-1984, 79 ב-1988, 76 ב-1992 ו-66 חברי כנסת בלבד ב-1996. היו לכך גורמים רבים (למשל, כוחם האלקטורלי הגדול של עולי ברית המועצות, שבא לידי ביטוי משמעותי ראשון ב-1996), אך בשורה התחתונה נמשכה היחלשותם של המנהיגים והפוליטיקאים מול אנשי המשפט.

בחירות בשני פתקים התקיימו שוב רק עוד פעם אחת, ב-1999, ובהן נבחר אהוד ברק לראשות הממשלה. סך כל המנדטים של שתי המפלגות הגדולות בבחירות האלה היה דל עוד יותר: 45. לקראת הבחירות של 2003 יזם אריאל שרון את ביטול הבחירה האישית, אך המגמה נותרה בעינה: צמיחתן של מפלגות בינוניות ופיצול כוחות, הגברת כוחם של החרדים, שמנצלים היטב את מעמדם כלשון מאזניים, והיחלשות חמורה נוספת של הרשות המבצעת.

אהרן ברק מונה לנשיא בית המשפט העליון כשלושה חודשים לפני רצח רבין. כהונתו תמה חודשים אחדים לאחר שהוקמה ממשלה בראשות אהוד אולמרט. בכך השלים ברק, שמונה לעליון בגיל 42, כהונה בת 28 שנים – הקדנציה הארוכה ביותר של שופט כלשהו בעידן השני בבית המשפט העליון (בעידן הראשון כיהן משה לנדוי תקופה ארוכה קצת יותר, קרוב ל-30 שנה).

ויש עוד עובדה בולטת הנוגעת לגיל הצעיר שבו הצטרף ברק לעליון: כשבחרו בו לנשיא הוא היה כמובן השופט הוותיק ביותר בבית המשפט, אך היה עדיין (לאחר כ-17 שנות כהונה!) גם הצעיר מכולם. עובדה זו אפשרה לו לא רק להשפיע, השפעה מכרעת, על בחירת מספר ניכר של שופטים, אלא גם לקבוע למעשה, לפי שיטת הסניוריטי, מי יהיה יורשו. והוא עשה זאת.

בעוד שהתקופה הקלאסית של בית המשפט התאפיינה ביציבות גדולה בהרכב, כשמספר ניכר של שופטים – שמעון אגרנט, יואל זוסמן, משה לנדוי, צבי ברנזון, אלפרד ויתקון וחיים כהן – כיהנו 20 שנה ואף יותר, מתאפיינת תקופתו של ברק בחילופים מהירים ובמיעוט יחסי של שופטים עתירי ותק. רק שופט אחד, שלמה לוין, כיהן יותר מ-20 שנה (מ-1980 עד 2003). עוד כמה – דב לוין, גבריאל בכך, אליעזר גולדברג ותאודור אור – כיהנו כ-15 שנים. כולם פרשו במהלך תקופת נשיאותו של ברק.

עם מינויו של ברק לנשיא כיהנו בעליון 13 שופטים. פחות מ-10 שנים לאחר מכן נותרו מלבדו רק שניים מהם – אליהו מצא ומישאל חשין. כל יתר השופטים שכיהנו מסוף 2004 ואילך מונו בתקופתו ולרוב גם בהשראתו.

עובדה מעניינת נוספת היא התחלופה בתפקיד המשנה. עם מינויו של ברק לנשיא קודם שלמה לוין לתפקיד המשנה, אחריו באו אור, מצא וחשין, וכך יצא שארבעה שופטים התחלפו בתפקיד המשנה לנשיא תחת כהונתו של נשיא אחד, אהרן ברק. למשך הכהונה בעליון יש משמעות עמוקה, כיוון שצבירת השפעה מותנית לא רק בכישורים אלא גם בניסיון. בתקופת ברק אנו עדים לא רק למיעוט שופטים ותיקים, אלא גם לכך שרוב השופטים שהסתייגו מהקו האקטיביסטי מרחיק הלכת שלו ומתפיסת "הכול שפיט" שהנחיל, ובראשם מאיר שמגר, מרים בן-פורת ומנחם אלון, פרשו לפני שברק נבחר לנשיא. ברק רכש מעמד-על, ועוצמתו עלתה על זו של כל אחד מהנשיאים שקדמו לו.

העוצמה הזו נבעה לא רק מהוותק של ברק, מיכולותיו האישיות ומשליטתו בהליך המינויים, אלא גם מהיעדר כוח משמעותי מולו. כך עלה בידיו להשליט את הקו האידאולוגי שבו דגל, ולהכתיב את עמדתו כמעט ללא מעצור. היו אמנם שופטים ספורים שנקטו קו שונה בסוגיות ביטחון ובסוגיות נוספות, דוגמת שלמה לוין, מישאל חשין ויעקב טירקל, אבל כשהסתייגו מהקו של ברק הם נותרו כמעט תמיד במיעוט.

באורח פרדוקסלי, השופטת היחידה שיכלה לגרום לברק לשנות את עמדותיו היתה דליה דורנר, שנהפכה לסמן הקיצוני של זכויות האדם הרדיקליות – אותה אמונה בזכויות אדם המתעלמת כמעט לחלוטין מהפגיעה הנגרמת לקבוצה אחת עקב הענקת זכויות יתר לקבוצה אחרת. השפעתה הגדולה נבעה אולי מכך שברק לא היה מוכן להשלים עם האפשרות שבתחום זכויות אדם יהיה מי שירחיק לכת ממנו. כך קרה שהוא נסחף אחרי עמדותיה של דורנר בעניין גנב המכוניות גנימאת ובפרשת החזרת אנשי חיזבאללה ללבנון שתובא בהמשך.

שני המינויים הראשונים בתקופת ברק היו יעקב טירקל ודורית ביניש, שלושה חודשים בלבד לאחר שהוא עצמו מונה. היה זה ב-13 בנובמבר 1995, מיד בתום ה'שבעה' לרצח רבין, בתקופה שבה כיהנה ממשלת מעבר (החוק כיום איננו משתמש במונח "ממשלת מעבר", אך הביטוי עדיין נמצא בשימוש). נראה כי מעמדו הרם של ברק סייע לו לשכנע את שר המשפטים, דוד ליבאי, לקיים את ישיבת הוועדה לבחירת שופטים גם בנסיבות חריגות אלה. ייתכן שהוא הדגיש את החשיבות ברציפות קונסטיטוציונית, אולי היו לו נימוקים נוספים – ובכל זאת עולה השאלה מה היה החיפזון.

ביניש רכשה לעצמה בפרקליטות תומכים רבים, אולם היו לה גם מתנגדים. לא אחת במהלך התקדמותה היא נתקלה בכך שאחד המסתייגים ניצב בדרכה, אבל המזל האיר לה פנים, ופעם אחרי פעם הוסרו המכשולים. בתקופת

ממשלת הליכוד הלאומי היא כיהנה בתפקיד המשנה לפרקליט המדינה יונה בלטמן. בלטמן עמד לפרוש ב-1988, שר המשפטים אברהם שריר דגל במדיניות חריפה נגד המחבלים ורצה למנות לתפקיד את עו"ד פליאה אלבק, אלא שבנובמבר אותה שנה התקיימו בחירות, שמיר הקים את ממשלתו החדשה, ושריר כבר לא נכלל בה. במקומו מונה דן מרידור, המתואר על ידי נעמי לויצקי בספרה העליונים כ"מכר ומעריך נלהב ביותר של ביניש".²⁰¹ בתחילת 1989 היא מונתה לפרקליטת המדינה.

ב-1994 כבר עלתה מועמדותה של ביניש לעליון, אולם שמגר, שהיה אז בשלהי כהונתו, החליט ברגע האחרון שלא לתמוך בה. הוא לא הסביר את מניעיו, ובאותה שנה נבחרו יצחק זמיר, ידיד קרוב של ברק, וטובה שטרסברג-כהן. אף שמנע את בחירתה של ביניש לעליון כל עוד כיהן כנשיא, לא יכול שמגר למנוע מברק להביא למינויה לאחר שפרש, אבל יכול בהחלט למנוע את מינויה לנשיאה אחרי ברק, אילו מינה בתקופתו שופט צעיר ממנה. הוא לא עשה זאת. בימים שאחרי רצח ראש הממשלה היה הדרג המדיני, כמו גם המדינה כולה, המום ושקוע בבעיות הקשות שהוא ניצב בפניהן. הדבר הקל מן הסתם על העברת מינוי שנוי במחלוקת. בצד התמיכה שביניש זכתה בה, היתה כלפיה, כאמור, גם התנגדות לא מעטה, וגם רבין לא היה מחסידיה. היו בוודאי כאלה שזכרו את עמדותיה בשאלת גירוש אנשי חמאס ללבנון ובשאלת החנינה לאנשי השב"כ בפרשת קו 300, עמדות שהיו מנוגדות לעמדה האחידה של הדרג המדיני, לרבות פרס, שכיהן כראש הממשלה בפועל והיה מיועד לעמוד בראשות הממשלה הבאה. בסבך הימים ההם עבר המינוי בשקט יחסי. העובדה שכעבור שנים נהפכה ביניש, שבעצמה מונתה בתקופת ממשלת מעבר, לנושאת הדגל של איסור מינוי שופטים בעיתוי כזה, רק מלמדת על המניפולציות הנעשות בחוק, ובשם שלטון החוק, בידי אלה הקובעים את תוכנו.

המינוי הבא, ב-1997, היה של פרופ' יצחק אנגלרד, אף הוא ידיד קרוב של ברק. פרופ' מנחם מאוטנר הצביע על כך שהמונוליתיות של העליון משתקפת בעובדה שמכהנים בו ברק, חשין ואנגלרד, שלושת מחבריו של ספר חשוב בדיני נזיקין²⁰² (הספר יצא לאור בעריכת פרופ' גד טדסקי, המורה הנערץ של שלושתם בפקולטה למשפטים בירושלים). בשעת המינוי היה אנגלרד בן 64, והוא פרש במהלך כהונתו של ברק, שהיה צעיר ממנו.

שלוש שנים אחרי אנגלרד התמנה אליעזר ריבלין. שני מינויים נוספים בוצעו ב-2001, ועוררו תשומת לב מיוחדת מפני שמדובר היה בשופטים שונים מאוד. אילה פרוקצ'יה סיימה שני תארים במשפטים באוניברסיטה העברית, שניהם בהצטיינות, שימשה עוזרת משפטית של שמעון אגרנט והיא בעלת תואר דוקטור

מאוניברסיטת פנסילבניה. כשופטת שלום היא זכתה בפרסום, כאשר פסקה כי חוק עזר עירוני בעניין סגירת בתי עסק בשבת בירושלים הנו בטל, ואפשרה את פתיחת בתי הקולנוע וקיום מופעי בידור בלילות שישי.²⁰³ לאחר מכן, בבית המשפט המחוזי היא הרשיעה את אלי הורביץ, מנכ"ל חברת "טבע" ואחד האישים הבולטים בכלכלה הישראלית, בעבירות מס (פסק הדין, שעורר את חמתו של מישאל חשין, גיסו של הורביץ, בוטל בערעור).

למרות מעמדו הרם של ברק, שתמך בפרוקצ'יה, מינויה לא עבר חלק. ברק ידע שהחברים הדתיים בוועדה לבחירת שופטים עשויים להתנגד לו, ולפתע צץ שם נוסף, הפעם מטעמו של שר המשפטים מאיר שטרית: אדמונד לוי. לוי הוא דמות שונה ואף חריגה בנוף בית המשפט העליון: אדם דתי, יוצא עדות המזרח, שאינו משתייך לסביבה החברתית-תרבותית שאליה משתייכים השופטים האחרים. אמנם כיהנו בעליון לא מעט שופטים "ספרדים", ובמשך שנים דובר על "כיסא ספרדי" כשם שדובר על "כיסא דתי", אך השופטים "שישבו עליו" השתייכו ברובם לאליטה החברתית והכלכלית, ואף לא אחד מהם השתייך ל"ישראל השנייה".

לוי בא מסביבה שונה. משפחתו עלתה ארצה ב-1951, כשהיה בן 10. הם התגוררו תחילה במעברה, ולאחר מכן ברמלה. מאוחר יותר היה פעיל בתנועת החרות, שימש סגן ראש עיריית רמלה, ובמסגרת זו נוצר חיכוך בינו לבין ראש העיר, אהרן אבוחצירא, איש המפד"ל. בין השאר סופר על הסכם רוטציה ביניהם, שהתעוררו לגביו מחלוקות, ובסופו של דבר החליט לוי לפרוש מהפוליטיקה. הוא התמנה לשופט בבית דין צבאי, לאחר מכן שופט בבית משפט השלום וכעבור זמן עלה למחוזי. עיקר התמחותו היתה במשפטים פליליים, והוא ישב בראש ההרכב ששפט את יגאל עמיר, רוצחו של רבין.

שטרית היה רשאי, כמובן, להציע את לוי על סמך הרקע שלו, כאיש שגדל במעברה, אבל האלמנט הפוליטי, של מי שהיה פעיל בעבר בתנועת החרות, לא חמק מעיני התקשורת והציבור. בפועל, לאחר שמונה, ניתן לומר שהקריירה הפוליטית הקצרה של לוי לא פגעה בו. ובכל זאת, באתר בית המשפט העליון אין לה זכר, והרושם המתבקש הוא של ניסיון להשכיחה. מעבר לכך, התבטאויותיו בפסיקה כלפי פוליטיקאים חריגות בחריפותן, ובאו בהקשר בלתי-נאות. אולי יש בכך זכר לחוויותיו בפוליטיקה.

בסופו של דבר גיבשו ברק ושטרית הסדר, שבמסגרתו נבחרו מי שנראים כמובן מסוים כשני הפכים – גם פרוקצ'יה וגם לוי – והתברר שהם שונים לא רק מבחינת הרקע אלא גם בעמדותיהם הפוליטיות. השונות הזו השתקפה, למשל, בפסק הדין שאישר את התמודדותם של עזמי בשארה וברוך מרזל בבחירות 2003.²⁰⁴ בשארה, מנהיג מפלגת בל"ד, השתתף באסיפות של החיזבאללה, דיבר בזכות

ה"התנגדות" וכעבור שנים נמלט לחו"ל לאחר שנאשם בעבירות ביטחון חמורות. מרזל היה בעבר פעיל בתנועת "כך", אך באותם ימים הצטרף ל"חרות – התנועה הלאומית". הדיון התברר לפני הרכב של אחד-עשר שופטים, שניתן לחלק לארבע קבוצות: אחת, קבוצת הרוב, פסקה שיש לאפשר לשניהם להתמודד בבחירות. השנייה סברה כי יש לפסול את שניהם. השלישית, שכללה את אדמונד לוי ויעקב טירקל, תמכה בפסילת בשארה ובאישורו של מרזל, והדבר עשוי להצביע על נטייה להשקפת עולם ימנית. הקבוצה הרביעית, של ביניש ופרוקצ'יה, נקטה עמדה הפוכה. הן תמכו באישורו של עזמי בשארה ובפסילתו של ברוך מרזל, מה שיכול להצביע על נטייה להשקפת עולם שמאלית. וכך מצאו עצמם שני הנבחרים החדשים לעליון בשני קטבים מרוחקים. גישה נפוצה גורסת שיש לא מעט מהמשותף בין שתי עמדות קיצוניות, וכי שני קצות הקשת מתקרבים זה לזה. בעניינם של לוי ופרוקצ'יה ניתן למצוא את הקרבה הזו בנכונות להתערב בהחלטות כנסת וממשלה. עמדה מרחיקת לכת עד להדהים משתקפת בפסק דין המיעוט של לוי בעתירה "המועצה האזורית חוף עזה נגד כנסת ישראל"²⁰⁵, שבו ביקש לשלול את ההתנתקות מעזה, לרבות החקיקה שהתקבלה בעניין. גם פרוקצ'יה לא קיפחה את חסידי האקטיביזם החרירי, וקבעה בסוף 2006 בדעת מיעוט, כי יש לפסול את החלטת הממשלה למנות ועדת בדיקה ממשלתית לעניין מלחמת לבנון השנייה – דעה שאילו התקבלה היתה כנראה מאלצת את הממשלה למנות ועדת חקירה ממלכתית.²⁰⁶

בינתיים הגיעה 2002, וברק היה חייב לבחון את הרכב בית המשפט שהוא ישאיר אחריו. מאז מינויו לנשיא חלפו כשבע שנים, נותרו לו עדיין ארבע, והתמונה שהצטיירה באותו שלב לא היתה מלהיבה. שופטים לא מעטים פרשו, אחרים עמדו לפני פרישה, וברק החליט לפנות לאקדמיה כדי לאתר מועמד כלבבו.

מינויים מהאקדמיה צריכים להיות בגדר יוצא מהכלל, ויש מקום למינוי משפטנים נטולי ניסיון מעשי בתחום רק בנסיבות מיוחדות, או כשמדובר במועמדים יוצאי דופן. זו גם היתה ההיסטוריה של המינויים בעליון למן קום המדינה, ולמעשה נבחרו עד אותה עת רק שלושה שופטים שהרקע שלהם היה אקדמי בלבד: הרב שמחה אסף מיד לאחר קום המדינה, מנחם אלון ל"כיסא הרתי", ויצחק אנגלרד (ב-2012 נעשה מינוי נוסף מהאקדמיה: פרופ' דפנה ברק-ארז).

היו אז שתי מועמדות ראויות על המשבצת הזו: פרופ' נילי כהן, רקטור אוניברסיטת תל אביב, ופרופ' רות גביון מהאוניברסיטה העברית, שבצד כישוריה האקדמיים המופרים בלטה בעמדותיה בנושא זכויות האדם ובחשיבתה המקורית בסוגיות יסוד של הציונות, ונושאי דת ומדינה. מבחינתו של ברק, גביון לא באה בחשבון לנוכח השקפתה הדוגלת בצמצום האקטיביזם השיפוטי ולנוכח הביקורת

הפומבית שמתחה על פסיקותיו. הוא פנה אפוא לכהן, שהיתה לה קריירה אקדמית מזהירה. היא סיימה את לימודיה לתואר ראשון בהצטיינות, ואת לימודי התואר השני בהצטיינות יתרה.^{*} כהן היתה העורכת הראשונה (יחד עם פרופ' זאב צלטנר) של "עיוני משפט", הביטאון המשפטי המרכזי של הפקולטה למשפטים בתל אביב. היא נחשבה למרצה מצטיינת, ובמשאלי הסטודנטים זכתה לא פעם בציון הגבוה ביותר בפקולטה, כאשר ההערות של תלמידיה כוללות מחמאות לא רק לכושר ההוראה אלא גם לאישיותה וליחסי האנוש שלה. בספרו של פרופ' מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה ה-21,²⁰⁷ היא תוארה כ"משפטנית מצטיינת, מורה מצטיינת ואהודה ובעלת אישיות מרשימה".

ב-1994 נבחרה פרופ' כהן לסגן הרקטור, ושלוש שנים מאוחר יותר זכתה ברוב מוחץ של חברי הסנאט בבחירות לתפקיד הרקטור של אוניברסיטת תל אביב, שאותו מילאה בהצלחה רבה עד 2001. אבל, כשנודע שכהן היא המועמדת של ברק החלה מהומה שמעטות כמותה זכורות בהקשר למינויים בבית המשפט. נעמי לויצקי מספרת בספרה העליונים על דורית ביניש ש"עבדה במרץ רב כדי לטרפד את המינוי... ומבוקר עד ערב היתה עסוקה בפעולות מנע, ימים שלמים הקדישה למלאכה, עברה מחדר לחדר ללא לאות, נכנסה אל שופטים, סגרה אחריה את הדלת והתיישבה לספר על כהן, למנות את מגבלותיה ואת מגרעותיה".²⁰⁸

בכך לא הסתיים העניין. בדרך עקיפין נמסר לכהן כי אחת משופטות העליון סיפרה לאחר ממכריה שיש בעיה של "אי-סדרים כספיים" הקשורה אליה. איש מעולם לא העלה כלפיה טענה מסוג זה, אך לא חלף זמן רב ומבקר האוניברסיטה מסר לכהן כי הגיעה אליו תלונה בעניין תשלום תוספת למורים במסלול המקביל והנלווה (מורים שזכויותיהם פחותות מאלה של חברי הסגל במסלול הרגיל). התשלום שמדובר בו נעשה ארבע או חמש שנים קודם לכן, על סמך אישור של ראש הות"ת, והתעוררה השאלה, האם מישהו באוניברסיטה מחפש חומר נגד פרופ' כהן, אף כי מעולם לא היתה כלפיה תלונה כלשהי? מה היקף החקירות והבדיקות שפתח לפתע מישהו? כמה שנים אחורה חפצים לבדוק? לאיזה כיוון ועד היכן מתכוונים להוליך את החקירות?

העניינים הכספיים של האוניברסיטה מצויים בעיקרון בסמכות הנשיא, ופרופ' יורם דינשטיין, שהיה נשיא האוניברסיטה בתקופה שבה נעשה התשלום (אך לא בתקופה שבה התחוללה סאגת המינוי), הודיע בהגינותו כי הוא אישר את התשלום. העניין ירד מהפרק, ואפילו לא נזכר בדו"ח שהוגש בסופו של דבר על ידי המבקר. אך בכל אלה כנראה לא היה די. לפתע הגיע לידיעת שופטי העליון מכתב תלונה

* נילי כהן כתבה את עבודת הדוקטור בהנחייתי. מאז כתבנו יחד שורה של עבודות, ביניהן הספר חוזים (כרכים א-ד).

ששלחה חוקרת במדעי החיים, שלא קיבלה קביעות ועבודתה באוניברסיטה הגיעה לסיומה. הדבר שיקף עמדה חד-משמעית של הפקולטה למדעי החיים נגד המשך העסקתה, עמדה שבה דגלו הדיקנית פרופ' אליאורה רון ושני קודמיה, הפרופסורים יוסי לוי ויצחק ברש. אם כך, מה רצתה פתאום אותה חוקרת מפרופ' כהן, מי המריץ את כתיבת המכתב וכיצד הגיע לידי השופטים? כל זה נשמר בסוד גמור, אבל כשנודע דבר קיומו כתבו שלושת הדיקנים של הפקולטה למדעי החיים מכתב, שבו הביעו תמיהה על העניין, ציינו שכהן אינה אחראית כלל לפרשה, והוסיפו: "פרופ' נילי כהן הצטיינה בתפקידה כרקטור, תפקיד שאותו מילאה בכישרון ובהגינות רבה. היא הוכיחה עצמה כמנהיגה אקדמית יוצאת מהכלל, קידמה את המחקר וההוראה ויחסי האנוש שלה היו למופת" (המכתב נכתב לאחר שכהן סיימה את תפקידה כרקטור, והשלושה לא היו תלויים בה בשום צורה).

דרישותיה של כהן לראות את מכתב התלונה לא נענו, ומשהתעקשה על כך הודיע לה בסופו של דבר ברק כי המכתב אבד (מה גרם להסתרת המכתב מפניה, בניגוד לכללי ההגינות הבסיסיים שבית המשפט העליון מטיף להם? ניתן לשער שהיה בו משהו לא נוח למישהו, וייתכן שהיה אפשר להבין ממנו מה היו נסיבות כתיבתו ואם קדמה לכך שיחה עם אדם זה או אחר).

כשהתחזרה התמונה פנה ברק לנילי כהן, והציע לכלול אותה בכל זאת ברשימת המועמדים לעליון שתוגש לוועדה לבחירת שופטים. כהן הודיעה שהיא מסרבת למהלך, שהיה ברור כי יסתיים בלא כלום, ואשר נועד לנקות את העליון מהפרשה ולהצביע על טיפול ענייני כביכול במועמדותה.

טכניקת הסיכול הממוקד של מינויים פותחה בפרקליטות. עו"ד יעקב נאמן נאלץ לפרוש באוגוסט 1996 מתפקיד שר המשפטים לאחר שהוגש נגדו כתב אישום מופרך באשמת עדות שקר. מינויו של רובי ריבלין לאותו תפקיד סוכל ב-2001, לאחר שנפתח נגדו תיק חסר שחר. כעת גלשה השיטה לבית המשפט העליון, ולא נותרה במחוזות אלה בלבד. חקירה בעברם של מועמדים ופרסום דופי זה או אחר שנמצא בהם העכירו בשנים האחרונות את האווירה, והגיעו לממדים ששיבשו לחלוטין את הליכי המינויים לתפקידים רבים בשירות הציבורי.

הכשלת המינוי של נילי כהן תוארה בתקשורת כניצחונה של הנשיאה הבאה ביניש על הנשיא המכהן ברק, אך למעשה ברק אפשר לה לזכות ב"ניצחון" הזה, שהעליון שילם עליו מחיר כבד. כנשיא-על יכול היה ברק להעביר את המינויים שבאמת חפץ בהם. על מינויה של פרוקצ'יה כבר סופר לעיל, ובהמשך הוא העביר את המינוי של אליקים רובינשטיין חרף התנגדות עזה בקרב השופטים. הוא הכשיר גם את המינוי הבעייתי של עדנה ארבל למרות התנגדות עצומה, בעיקר מחוץ

לכותלי בית המשפט. הימים היו ימי כהונתו של יוסף (טומי) לפיד בתפקיד שר המשפטים, לפיד עשה את כל מבוקשו של ברק, ולא היה לו קושי להעביר גם את המינוי של כהן, שנהנתה מהערכה רבה מחוץ לחוג הצר של ביניש. גם תאודור אור ואילה פרוקצ'יה התמידו בתמיכתם החד-משמעית במינויה, ולא התרשמו מהטענות המופרכות שהועלו כלפיה. אולם ברק החליט לוותר לביניש. בשלב מסוים הוא אמנם שלח את בעז אוקון, שהיה אז רשם בית המשפט העליון, לדבר על לבם של ביניש ומצא, אך היה זה מהלך שנידון מראש לכישלון, ויכול היה רק לפגוע באוקון. בשעתו קבל ברק על עוצמת הביקורת המופנית כלפיו בהשוואה ליחס שבו זכה שמגר. בלשונו: "שמגר נכנס לבריכה מלאה ויוצא יבש, ואני נכנס לבריכה ריקה ויוצא רטוב." כל שניתן לומר הוא שפרשה כזו לא יכלה להתרחש בימי שמגר. ראשית, הוא סירב למנות את ביניש. שנית, אין להעלות על הדעת שהיה מאפשר בחישה מעין זו (ב-2005 פרסמה כתבת "גלובס", הדס מגן, כתבה תחת הכותרת "שימו לב, ברק מתחרט", וציינה כי ברק הצטער על כך שלא הביא את עניינה של פרופ' נילי כהן להצבעה, כי היה משיג רוב בקרב השופטים).

הפרשה כולה, שזכתה בסיקור נרחב בתקשורת, פגעה קשות בבית המשפט העליון. הסתבר שמאבקי המינויים הניטשים בו הם מאבקים פוליטיים, המתנהלים בכל הכיעור המאפיין מאבקים כאלה. התברר גם שכשהשופטים מעורבים במאבקים האלה, הם אינם ניחנים בעליונות מוסרית כלשהי, ודפוסי התנהגותם אינם שונים מאלה של הפוליטיקאים. לכך הצטרפו שאלות קשות נוספות: השופטים נבחרים על ידי ועדה שהרכבה נקבע בחוק, והנה מסתבר שלפחות בכל הנוגע למינויים לעליון נהפכה הוועדה לחותמת גומי, ובפועל נחתכות ההחלטות על ידי שופטי העליון. ל"ועדה המסדרת" שלהם אין זכר בחוק, אך היא נהפכה בפועל לגוף מכריע.²⁰⁹

התברר גם כי שופטי העליון החברים בוועדה לבחירת שופטים פועלים למעשה לא על פי דעתם שלהם, אלא כשלוחים בלבד, בהתאם להכרעה שקיבלו עמיתיהם (אף שהיו לכך פה ושם חריגות). זוהי פרקטיקה בעייתית לנוכח הכלל המחייב את חברי הגוף הבוחר להפעיל שיקול דעת עצמאי. התמונה הוחמרה עוד יותר על ידי הסברים בתקשורת שיצאו מהעליון, והציגו תמונה עגומה על תפיסת העולם העומדת מאחורי הדברים. בין השאר נאמר ששופטי העליון הם "משפחה", ואין מצרפים למשפחה אדם שאחד מבניה מתנגד לו מסיבה כלשהי. "ברק נלחם בשנים האחרונות בנחישות כדי לשמר את זכות הווטו של השופטים על מועמדים לשיפוט בעליון... 'אנחנו משפחה', הוא מרצה תמיד באוזני שרי המשפטים... אי-אפשר להכניס מישהו לתוך משפחה על אפם וחמתם של בני המשפחה", כפי שכתבה בדצמבר 2002 ב"גלובס" עינת ברקוביץ', במאמר "לקראת סבב המינויים

בעליון: חילוקי הדעות הפנימיים בשאלת איוש הרכב השופטים העתידי". טיעון שכזה, המדמה את בית המשפט העליון לעסק משפחתי שבו יש לכל שופט וטו על המינויים, יכול רק לקומם.

נחשף פה גם אחד הצדדים הבעייתיים של שיטת הסניוריטי. כיוון שידוע מראש מיהו הנשיא הבא, קורה שנשיא מכהן מגלה שיורשו נושף בעורפו. מגרעותיה של השיטה לא בלטו בעבר, אך עם מינויה של ביניש השתנתה התמונה, והיא תוארה כ"נשיאה הבאה" שנים לפני פרישתו של ברק מתפקידו.^{*}

חודשים ספורים לאחר הסערה בעניינה של נילי כהן, ביוני 2003, נבחר לעליון אשר גרוניס, שנתמך על ידי המשנה לנשיא שלמה לוין. עמו נבחרה מרים נאור, ומינוים של שני השופטים המחוזיים האלה עבר בשקט.

אבל השקט הזה היה זמני. סערה גדולה נוספת פרצה כשנה לאחר מכן, בגל המינויים האחרון של תקופת ברק, שבמסגרתו נבחרו ארבעה שופטים: השופטים המחוזיים אסתר חיות וסלים ג'ובראן, היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין ופרקליטת המדינה עדנה ארבל. כל הארבעה אושרו קודם, כמקובל, בישיבה פנימית של שופטי העליון. ביחס לחיות ולג'ובראן, השופט הערבי הראשון שזכה במינוי קבע בעליון, לא התעוררו קשיים, אולם מינוייהם של רובינשטיין וארבל היו כרוכים במאבקים קשים.

ברק ייעד כנראה את רובינשטיין ל"כיסא הדתי", אבל בין חבריו היתה לו התנגדות חריפה. בייחוד התנגדה למינוי דליה דורנר, שהיתה חברה בוועדה לבחירת שופטים והיה לברק חשש שתנקוט עמדה עצמאית ותצביע נגד. מבחינות רבות נראה דווקא המינוי של רובינשטיין ראוי: הוא היה סטודנט מצטיין, וכיועץ משפטי היה פחות תביעתי מאחרים. אבל, כאדם דתי הוא אינו משתייך לאותו מעגל חברתי-תרבותי שאליו משתייכים יוצאי פרקליטות דוגמת ביניש וארבל. המינוי של ארבל נראה על פניו הרבה יותר בעייתי, ומלבד הנטייה התביעתית שגילתה כפרקליטת המדינה קשה לי לראות מה הצדיק את בחירתה. אולם בעליון דווקא לא ניכרה התנגדות, אולי לנוכח הידיעה על אודות קשריה ההדוקים עם ביניש, שנראתה יותר ויותר כ"נשיאה הבאה". בסופו של דבר, כפי שמספרת גם נעמי לויצקי בספרה העליונים, הושגה פשרה: ההסתייגויות מרובינשטיין הוסרו תמורת הבטחת תמיכה בארבל. שמותיהם הובאו לוועדה לבחירת שופטים במאי 2004, חודשיים אחרי שדורנר פרשה, וכך נמנע הסיכון של תקלה מהכיוון הזה.

* מתחתי ביקורת על תהליך המינויים בעליון, לרבות הטיעון "המשפחתי", ועל הצגתה של ביניש בתקשורת כ"נשיאה הבאה", שלוש וחצי שנים לפני פרישתו של הנשיא המכהן, במאמר "מינויים בבית המשפט העליון", "ידיעות אחרונות", 11.4.2003.

מחוץ לכותלי בית המשפט היה היחס לשני המינויים האלה הפוך. למינויו של רובינשטיין לא היתה התנגדות, אך לארבל נרשמה התנגדות עצומה. לוועדה לבחירת שופטים הוגשו הסתייגויות בשורה של נושאים, שכללו טענה כי בהיותה פרקליטת מדינה פנתה לשרה לימור לבנת בבקשה שתמנה את בעלה לתפקיד דירקטור בחברה ממשלתית (ארבל הכחישה זאת, וטענה כי הפנייה ללבנת נעשתה על ידי אדם אחר). שאלה נוספת נגעה להגשת כתב האישום נגד יעקב נאמן. אמנון דנקנר פרסם ב"מעריב" מאמר שבו טען שנוכח פרשת חקירתו, האשמתו ומשפטו של נאמן "צירופה של ארבל למוסד השיפוטי העליון בישראל יהיה בבחינת הכנסת צלם להיכל, חרפה וביזיון". ארבל טענה שלא היא היתה אחראית לתיק, והנושא עלה במכתב שכתבה לוועדה לבחירות שופטים. לעומתה טען היועץ המשפטי מיכאל בן-יאיר, שהוא נטרל את עצמו מהטיפול בפרשת נאמן, משום שהיו לו ספקות בקשר לכתב האישום, וכי ארבל היא שהחליטה על הגשתו. ואילו שר המשפטים לפיד טען כי ההחלטה ניתנה בהשתתפותו של בן-יאיר, כפי שעולה ממסמכים שהומצאו לו.

הפרשה נידונה בשורה של מאמרים בעיתונות: יואב יצחק פרסם ב"מעריב" רשימה, תחת הכותרת "עדנה ארבל לא דיווחה אמת", והביא את דבריו של בן-יאיר בנושא. ביום 22.6.2004 הופיעה ב"הארץ" רשימה של יובל יועז שכותרתה: "לפיד חשף מסמכים המפריכים את טענת בן-יאיר על ארבל". רשימה של ינון קדרי פורסמה באותו יום ב"מעריב". כותרתה היתה "היועץ המשפטי לשעבר נגד לפיד", וכותרת המשנה סיפרה: "מיכאל בן-יאיר שלח היום מכתב לשר המשפטים, בו הוא מאשים אותו שפגע בו כדי להגן על ארבל". ב-ynet נכתב שבן-יאיר דרש משר המשפטים ומהיועץ המשפטי מני מזוז לבדוק את הליך קבלת ההחלטה להעמיד לדין את נאמן, וביקש את המסמכים שמהם הסיק לפיד שהוא (בן-יאיר) היה שותף להחלטה. יעקב אחימאיר כתב שרק ועדת חקירה לבירור תפקודה של הפרקליטות תסייע להשיב את האמון במוסד הזה ובבית המשפט העליון.

כך או כך, פרשת העמדתו לדין של נאמן, אחת השערוריות המשפטיות החמורות ביותר שהתרחשו בישראל, היתה טעונה חקירה ובירור. אך כמו במקרים אחרים של כשלים חמורים בתביעה – הנושא לא נבדק ולא נחקר.*

* בתקופת כהונתי כשר משפטים ביקש עו"ד נאמן לקבל עותק מהמכתב ששלחה עדנה ארבל לוועדה לבחירת שופטים בעניין. לא ראיתי סיבה שלא למלא את בקשתו, אך חוות דעת שיצאה במשרד המשפטים קבעה כי כיוון שמדובר בהליך לבחירת שופטים, אין להעביר את החומר. החלטתי לפיכך להביא את הנושא לוועדה לבחירת שופטים. לצערי החליטה הוועדה, ברוב דעות, שלא להיעתר לבקשתו של נאמן.

העיתונאי יואב יצחק הגיש התנגדות למינויה של ארבל, בהסתמך על שורה של נושאים, ובכללם הפנייה ללימור לבנת וכן טענה בדבר מעורבותה בהאזנות הסתר שבוצעו על ידי ראש אגף החקירות ניצב משה מזרחי. יצחק אף פנה לבג"ץ, וביקש להוציא צו ביניים שיאסור על הוועדה לבחור את ארבל כל עוד לא נבדקה התנגדותו. בג"ץ דחה את העתירה בנימוק שהתלונות ייבדקו על ידי הוועדה לבחירת שופטים, אולם השאלה אם אכן נעשתה בדיקה ראויה נותרה פתוחה.

גם בקשתו של השר בני אלון לדחות את הדיון בעניינה של ארבל עד לבירור התלונות נגדה נדחתה על ידי שר המשפטים טומי לפיד, ולפי דיווח בתקשורת אמר ברק שגם אם חלק מהתלונות נכונות, אין הדבר פוסל אותה מלהתמנות לעליון (מעניין להשוות בין היחס לתלונות שהועלו נגד ארבל לבין היחס לתלונות הסרק נגד פרופ' נילי כהן).

בסופו של דבר עברו כאמור כל ארבעת המינויים. שלושה מהם פה אחד. למינויה של ארבל התנגד השר אלון, וחבר הכנסת שאול יהלום סיפר כי תמך בבחירתה רק לאור העובדה שממילא קולו אינו קובע וכיוון שהובטח לו שדבורה ברלינר, שופטת דתית, תמונה לעליון, ולו במינוי זמני (ברק הכחיש קיומו של "דיל" ברוח זו).

לימים צצה לגבי ארבל פרשה נוספת. התגלה כי מקורות החיים שלה, כפי שפורסמו, השתמע שיש לה תואר שני מאוניברסיטת בר-אילן. הסתבר שהיא אמנם למדה לתואר שני, אך לא סיימה את לימודיה לתואר זה. ידיעה מאת יוסי גורביץ' התפרסמה ב"נענע 10" תחת הכותרת "בית המשפט מגיש: 'שיפוץ' קורות החיים של עדנה ארבל". בידיעה עצמה סופר כי יום אחרי שנחשף כי בקורות החיים של ארבל צוין שיש לה תואר שני במשפטים, והמידע הופיע בקורות החיים שלה באתר בית המשפט העליון אף שלא סיימה את לימודיה לתואר, תוקן הרישום ונאמר שלמדה לתואר שני. לדברי הכתב, דובר משרד המשפטים מסר כי המידע השגוי שובץ באתר "עקב טעות של קלדנית" (במאמר "שלטון מנגנון החושך", שפורסם במוסף השבת של "מעריב" במרס 2007, השווה בן-דרור ימיני בין השיפוץ הזה לבין מה שקרה לחברת הכנסת אסתר רינה טרטמן, שמסרה פרטים לא נכונים על אודות הרקע האקדמי שלה ובא בכך באבחה אחת הקץ לקריירה הפוליטית שלה).

מבחינתו של ברק, היה זה סבב המינויים האחרון בתקופת נשיאותו. בכך גם תמו "החיים הטובים" שהיו לו עם שרי משפטים. המהפך הקואליציוני, שבמסגרתו גרם אריאל שרון לפרישתה של "שינוי" וביסס את הקואליציה שלו על ש"ס ועל העבודה, הביא לכך שאת מקומו של לפיד במשרד המשפטים תפסה ציפי לבני, אז חברת הליכוד.

התפקיד של שר המשפטים, בדומה לתפקידים פוליטיים רבים בשנים האחרונות, התאפיין בתחלופה מהירה. בתקופת נשיאותו של ברק כיהנו, עד למינויה של לבני, לא פחות משישה שרי משפטים – וזאת בלי לכלול את נתניהו, שהחזיק בתיק הזה זמן-מה בהיותו ראש הממשלה.

ניתן גם לראות את הקשר בין המינויים לבין עמדת השר. בימי ליבאי, שעבד בשיתוף פעולה עם המערכת, נבחרו טירקל וביניש בנסיבות שהתאימו לברק. ליעקב נאמן, בממשלת נתניהו הראשונה, כבר היו דעות משלו, והן לא תמיד הלמו את אלה של ברק. אבל נאמן נאלץ לעזוב את משרתו בתוך כחודשיים, ו"הסכנה" של שינויים חלפה.

הנגבי, שכיהן בתפקיד עד הבחירות של 1999, הסתבך בכמה עניינים (ובהם "בר-און-חברון"), ולימים נפתחה נגדו חקירה בחשד לביצוע עבירות על טוהר המידות בפרשת עמותת "דרך צלחה". גישתו הכללית היתה להרכין ראש בפני מערכת המשפט, ולמלא ככל האפשר את רצונה (במישור האישי הוכיחה המדיניות הזו את עצמה. שאלה מעניינת היא אם שר משפטים אחר, שהיה נתון במצבו של הנגבי אבל לא היה "יקיר המערכת", יכול היה להמשיך בתפקידו בלי שהיתה נמצאת דרך להרחיקו – באמצעות בג"ץ או בדרך אחרת. הנגבי לא רק נשאר השר, הוא אף זכה בשפע תשבחות מפיו של אהרן ברק). בזמנו של הנגבי מונה לעליון יצחק אנגלרד, ידידו הוותיק של ברק.

ב-1999 זכה אהוד ברק בבחירות לראשות הממשלה. יוסי ביילין קיבל את תיק המשפטים. לתדהמתה של מערכת המשפט הסתבר שיש לביילין דעות עצמאיות, והיא התקשתה להשלים עמן. התוצאה היתה התנגשויות חריפות, כשבמקרה אחד אף ניסה העליון ללמדו לקח ולמנוע ממנו למנות למנכ"ל משרדו את שלמה גור.

ביילין מצדו חתר להביא לצירופו לעליון של פרופ' מרדכי קרמניצר, הדוגל באקטיביזם חריף של בית המשפט ומבחינה זו מרחיק לכת אף יותר מברק. ביחס להשקפותיו הפוליטיות של קרמניצר ניתן לומר כי בשנת 2008 עמד בראש הוועדה המסדרת של "התנועה החדשה", שהתמודדה שנה לאחר מכן בבחירות לכנסת יחד עם מרצ, המפלגה השמאלית ביותר במגזר היהודי. תוצאות תרומתו של קרמניצר במישור הפוליטי לא היו מרשימות, שכן התנועה המשותפת זכתה בשלושה מנדטים בלבד. ביילין עצמו עבר כעבור זמן למרצ, אולם ניסיונו להביא למינויו של קרמניצר כשל לנוכח התנגדותו של ברק.

ראש הממשלה אהוד ברק התפטר בדצמבר 2000, אחרי כהונה קצרה של שנה וחצי, והכריז על עריכת בחירות מיוחדות לראשות הממשלה בלבד. לפי "חוק

יסוד: הממשלה", שהיה אז בתוקף, היה בכוחו של ברק לגרום, בהסכמת הנשיא, לעריכת בחירות לכנסת בצד הבחירות לראשות הממשלה, אך הוא נמנע מכך, כנראה מחשש למפלה קשה למפלגת העבודה. האפשרות הזו, של "בחירות מיוחדות" לראשות הממשלה בלבד, היוותה ליקוי מרכזי בשיטת הבחירות הישירות, והוא בא לידי ביטוי בהקשר הנוכחי.

בבחירות המיוחדות שב ברק והתמודד. מולו התייצב אריאל שרון בראש הליכוד, לאחר שנתניהו בחר שלא לעשות זאת, משום שדרישתו לקיים גם בחירות לכנסת לא התקבלה. ברק נחל תבוסה צורבת, כשזכה רק ב-37.4% מהקולות. שרון זכה בשני שלישים כמעט מהקולות. הוא הגיע כך לראשות הממשלה כמעט עשרים שנה אחרי שוועדת החקירה לעניין הטבח בסברה ושתילה קבעה כי לא ראוי שהוא יכהן בתפקיד שר הביטחון.

בדומה לשני ראשי הממשלה שקדמו לו, ואשר זכו בתפקיד בבחירות ישירות, נחקר גם שרון בחשד לפלילים, והחקירות נמשכו כל תקופת כהונתו. תיק אחד, שנגע לטענת שוחד, נסגר ב-2004. תיק אחר, שעסק בקבלת כספים לצורך מימון בחירות פנימיות בליכוד, היה עדיין פתוח כאשר שרון שקע בתרדמת, בינואר 2006, עקב אירוע מוחי.

הרכב הכנסת לא השתנה, כמובן, אבל שרון הפגין יכולת פוליטית מרשימה, ועלה בידו להקים ממשלה מתפקדת. על החולשה של הליכוד, שמנה 19 חברי כנסת בלבד, הוא התגבר באמצעות הקמת ממשלת איחוד לאומי. בממשלה הזו קיבל את משרד המשפטים מאיר שטרית, שגילה מידה ניכרת של עצמאות. בתחום המינויים התבטא הדבר בדרישה לצרף לעליון את אדמונד לוי.

בינואר 2003, עם תום כהונתה של ממשלת שרון הראשונה, התקיימו בחירות במתכונת המסורתית, לאחר שהכנסת, ביוזמת שרון, ביטלה את שיטת הבחירה הישירה לראשות הממשלה. הליכוד זכה בהן. שרון הקים את ממשלתו השנייה, וצירף אליה את "שינוי" של טומי לפיד, שהפתיעה וזכתה ב-15 מנדטים. תיק המשפטים נמסר ללפיד, ומבחינתו של אהרן ברק זה היה מינוי אידיאלי.

לפיד, עורך דין בהשכלתו ועיתונאי במקצועו, נמנה טרם מינויו עם מבקריו החריפים של ברק, של האקטיביזם השיפוטי ושל בג"ץ,²¹⁰ אך הפך כבמטה קסם את עורו. הוא נשבה בקסמו של ברק, הכריז על תמיכה ללא מצרים בבית המשפט העליון, ונהפך לעושה דבריו הנאמן של נשיאו. תקופת כהונתו היתה קצרה למדי, כשנה ותשעה חודשים, אך היתה פורייה במיוחד במינויים. לא פחות משישה שופטים נוספו לסגל, כולם מועמדי העליון. תחילה היו אלה אשר גרוניס ומרים נאור, ולאחר מכן אסתר חיות, סלים ג'ובראן, אליקים רובינשטיין ועדנה ארבל – באותה ישיבה שעוררה סערה תקשורתית.

חצי שנה לאחר מכן ביצע שרון מהפך בהרכב ממשלתו, לאחר שהחליט לצרף אליה את ש"ס. "שינוי" פרשה, ונבנתה קואליציה חדשה. במקומו של לפיד התמנתה ציפי לבני, תחילה כממלאת מקום ולאחר מכן כשרת המשפטים. היא כיהנה כשנה וחצי, ומינויה סימן את קץ התקופה הנוחה של ברק בראשות בית המשפט העליון. ללבני היו דעות משלה בקשר למינויים לעליון, והמועמדת שלה היתה פרופ' רות גבizon, שהיתה, כפי שכבר צוין, משפטנית מהשורה הראשונה, בעלת מוניטין בינלאומיים עשירים, שזכתה בשורה של פרסים ביניהם פרס ישראל, שהוענק לה ב-2011. גבizon, שכיהנה גם בראשות האגודה לזכויות האזרח, התבטאה לא אחת בנושאים ציבוריים הנוגעים לאופייה של מדינת ישראל, תרבותה, יחסי דת ומדינה וזכויות המיעוטים בה. היא גם ביקרה בחריפות את האקטיביזם השיפוטי של ברק.

ברק התנגד בתוקף למינוי. הוא נימק זאת בכך שלגבizon "יש אג'נדה", והדברים גרמו לסערה כיוון שגם לברק יש אג'נדה מובהקת, של השלטת בית המשפט על כל המערכות, על בסיס ההשקפה ש"הכול שפיט". לפיכך, היה ברור שהחיסרון של גבizon אינו נעוץ בכך ש"יש לה אג'נדה", אלא בכך שהאג'נדה שלה אינה תואמת את זו של ברק. הפעם המחלוקת לא נותרה מאחורי דלת סגורה. הוויכוח גלש לתקשורת, כאשר כל צד מנסה לגייס רוב בוועדה לבחירת שופטים. התמונה לא היתה ברורה, המאבק עלול היה להיות מוכרע על חודו של קול, ובעוד הדברים תלויים ועומדים, ושרת המשפטים, שהיא יושבת ראש הוועדה לבחירת שופטים, אינה מכנסת אותה, התקרר המועד שבו עמדו להתחלף נציגי לשכת עורכי הדין בוועדה. במקביל נחשפה תופעת "המקהלה המתוזמרת" של אחדים משופטי העליון בדימוס, המנהלים בתקשורת תעמולה חסרת פשרות למען עמדת ברק.

ביום 16.11.2005, לדוגמה, פרסם יצחק זמיר ב"ידיעות אחרונות" מאמר הנושא את הכותרת "בלתי ראוי ובלתי חוקי", ובו ביקורת על כך שלבני אינה מכנסת את הוועדה לבחירת שופטים. "העומס הוא בלתי נסבל. את המחיר משלמים לא רק השופטים אלא גם הציבור", כתב שם זמיר, וסיים באזהרה ש"יהיה זה ביזיון" אם שאלת התנהגותה של שרת המשפטים "תובא להכרעת בית המשפט".

המאמר ראה אור בעיתוי אומלל, שכן סמוך לפרסומו הודיעה שרת המשפטים כי בדעתה לכנס את הוועדה בינואר.

לפתע התברר שהרוח בעליון נושבת כעת בכיוון הפוך. בכתבה של טובה צימוקי ב"ידיעות אחרונות" סופר ש"בבית המשפט העליון גורסים שכינוס הוועדה ערב בחירות אינו חוקי", וכי בכנס בקיסריה תקפה השופטת בדימוס דליה דורנר את ההחלטה לכנס את הוועדה ערב הבחירות, בנימוק ש"ההחלטה איננה

חוקית וחורגת ממתחם הסבירות". ומה באשר למחסור בשופטים? הפעם, לדעת דורנר, זה לא נורא: "חיכינו 10 חודשים – העליון יחזיק מעמד עוד כמה חודשים".* במהלך המהומה הכללית בעניין מינויה של גביון החליף נשיא בית המשפט העליון את כובעו כחבר הוועדה לבחירת שופטים, המנהל מאבק מול שרת המשפטים, והופיע בדמות חדשה, דמותו של בג"ץ הפוסק הלכות. ימים ספורים לפני ישיבת הוועדה, שתוכננה לינואר 2006, ניתן פסק הדין בעתירה "לנדרשטיין נגד שפיגלר",²¹¹ בנוגע לחידוש הרכבה של המועצה הדתית בקריית אוננו. עיקרה של הפרשה היה שראש הממשלה שרון, שהיה באותם ימים המוסמך לאשר את הרכב המועצה הדתית, לא עשה זאת. העניין נדחה כמה פעמים, וכעת – בשלב שלאחר התפטרות הממשלה, כשנקבע מועד לבחירות חדשות – עלתה השאלה שוב. הנשיא ברק ישב בראש ההרכב. הוא עצמו נמנע מכתובת פסק הדין, אולי משום שהיה זה צורם יתר על המידה לנוכח המאבק שהתנהל בינו לבין לבני (עקרונית אין כמובן חשיבות לשאלה אם הוא עצמו כתב את פסק הדין או ש"רק" ישב בראש ההרכב והצטרף לתוצאה, אבל אולי היה נוח יותר שידברו על פסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, שעליה הוטלה משימת הכתיבה).

פרוקצ'יה התמקדה בשאלה של מינויים בתקופת בחירות. סעיף 30 ל"חוק יסוד: הממשלה", העוסק ב"רציפות הממשלה", אמנם קובע כי "עם בחירת כנסת חדשה, או התפטרות הממשלה... תמשיך הממשלה היוצאת במילוי תפקידה עד שתיכון ממשלה חדשה", אבל הוראה ברורה בחוק אינה משמשת בעידן ברק מכשול לבג"ץ בפני חקיקת חוקים משלו, הסותרים את חוקי הכנסת. וכך, למרות האמור – במפורש – בחוק היסוד, קבעה פרוקצ'יה, בבג"ץ עוקף חוק יסוד, כי בתקופת ממשלת מעבר נדרש איזון "בין איפוק לעשייה", וכאשר מעורבים במינוי גורמי ממשל, שמעמדם לאחר הבחירות הצפויים אינו ידוע, "נתקבלה ההשקפה כי ראוי הוא כי מינויים לתפקידים בשירות הציבורי לא יבוצעו בידי גורמי ממשל אלה... אלא מקום שיש באיוש תפקיד מסוים צורך חיוני של ממש". בכך אושרה החלטתו של ראש הממשלה, שבחר לדחות את המינויים למועצה הדתית בקריית אוננו. קשה להבין כיצד מתיישב פסק הדין הזה עם פסק דין קודם, בעתירה שהגיש

* במאמר "העליון ירד לרחוב", שפרסמתי ב"ידיעות אחרונות" בנושא זה, כתבתי: "בעוד זמיר גורס שזה בלתי חוקי שלא לכנס את הוועדה, גורסת דורנר את ההפך, כלומר שדווקא כינוס הוועדה הוא בלתי חוקי. בשני המקרים משתמע מההתבטאות של השופטים בדימוס שיש מקום לפנות לבג"ץ. במקרה האחר אם תכנס הוועדה, ובמקרה האחר אם לא תכנס... המאבק על המינויים בעליון הוא מאבק בעל אופי פוליטי, שאותו מנהלים שופטים מבית המשפט העליון בכל הכיעור המאפיין מאבק כזה. בפרשת רות גביון מתעורר חשש שבית המשפט העליון עלול לחצות קו אדום חדש ולהשתמש בסמכותו כבג"ץ כדי למנוע את כינוס הוועדה לבחירת שופטים, ולהגן על שליטתם של שופטי העליון על הליך המינויים."

פרופ' הלל וייס נגד ראש הממשלה,²¹² בו אישר בג"ץ לאהוד ברק, בעת היותו ראש ממשלת מעבר, לנהל משא ומתן קריטי עם הפלשתינים – עניין שיש האומרים כי חשיבותו והשלכותיו עולים לאין-ערוך על מינוי למועצה הדתית בקריית אוננו, ואשר דווקא לגביו יש צורך בהבעת אמון בהליך דמוקרטי.

אין צורך להרחיב על הבעייתיות שיש בפסק דין עוקף חוק יסוד, המייצר הלכה שנוגעת למאבק המתנהל באותו זמן בדיוק בין בית המשפט העליון לשרת המשפטים. מעבר לכך, כל מי שבקי בתורת התקדים אמור היה לדעת ש"ההלכה" שנקבעה בעניין שבקריית אוננו אינה נוגעת לוועדה לבחירת שופטים. לא כל הגיג שמעלה שופט בפסק דינו הוא הלכה מחייבת. הגיגים כאלה הם בגדר "אוביטר", ואינם מחייבים. ההלכה שקובע פסק דין מוגבלת למה שמכונה "טעם ההלכה" (בלועזית: רציו) או "לב ההלכה", והוא קשור לנסיבות פסק הדין. במקרה הפרטי של "לנדשטיין נגד שפיגלר" דובר בכך שראש הממשלה סירב לעסוק בהרכב המועצה הדתית, וכל שנפסק הוא שאין דופי בהחלטת הסירוב. זה בהחלט אינו אומר שהוא לא היה רשאי לעסוק בכך. מובן גם שאין כל דמיון בין החלטת ראש ממשלה ביחס להרכב מועצה דתית להחלטה של ועדה לבחירת שופטים העוסקת במינוי מקצועי. גם העובדה הזועקת, שמינויה של דורית ביניש לבית המשפט העליון נעשה בתקופתה של ממשלת מעבר, לא נזכרה בפסק הדין.

המסקנה שלפיה אין לכנס את הוועדה לבחירת שופטים באותו שלב, היתה מקובלת כנראה גם על לבני, שסיכוייה להשיג רוב לפרופ' גביון נראו באותם ימים קלושים. והמסקנה הזו התקבלה גם על דעתו של היועץ המשפטי מני מזוז. התוצאה היתה שבתקופת כהונתה של לבני לא מונה שום שופט לעליון, ולנוכח הפרישות המרובות הוא נותר לאחר עזיבתו של ברק עצמו בהרכב חסר ביותר: 10 שופטים בלבד.

להשלמת התמונה ניתן לציין שגם לעליון היה מועמד משלו, דן מרידור, שהיה במשך תקופה ארוכה (והנו עדיין) פוליטיקאי פעיל, שימש גם שר המשפטים, ובמעמדו זה מינה את ביניש לפרקליטת המדינה. מרידור החל את דרכו הפוליטית בליכוד, אך עבר למפלגת המרכז ובאותם ימים היה מחוץ לפוליטיקה. קשה לראות כיצד היה ניתן להציעו כמועמד לעליון. מעמדו כמשפטן בוודאי לא הצדיק זאת, אך נאמר עליו – כפי שכבר צוטט מתוך הספר העליונים, שהיה "מכר ומעריץ נלהב ביותר של ביניש". הרעיון לצרפו לעליון מלמד לא מעט על סדר העדיפות של שופטיו בבחירת עמיתים לשורותיו. מכל מקום, לבני לא היתה מוכנה לשמוע על המועמדות הזו. אפילו בבית המשפט הבינו שללא תמיכתה, ולאחר פרשת רובינשטיין-ארבל, אין למהלך כל סיכוי, והוא ירד מהפרק.²¹³

12 שופטים בסך הכול מונו במשך 11 שנות כהונתו של ברק בתפקיד נשיא – 11 מהם מועמדים של העליון, כאשר לשום גורם חיצוני לא היתה למעשה השפעה על המינויים האלה. כל זאת חרף העובדה שרק שליש מהוועדה לבחירת שופטים הם שופטי העליון. רק אחד (אדמונד לוי) היה מועמד של שר המשפטים. כלומר, אף שהחוק קבע – במתכוון – ועדת מינויים שבה נמצאים שופטי העליון במיעוט, בפועל שימש בית המשפט העליון, על כלל שופטיו, כוועדת המינויים דה-פקטו, והיא תפסה בפועל את מקומה של ועדת המינויים שנקבעה בחוק. שרי המשפטים התחלפו בקצב מהיר, והתוצאה היתה שהעליון תמרן את הליך המינויים באופן שאפשר לו להסדיר את רובם בעת כהונתם של השרים שהיו נוחים לו. דבריה של דורנר, "חיכינו 10 חודשים – העליון יחזיק מעמד עוד כמה חודשים", מבהירים את הגישה של "הבה נמתין לשר הבא והכול יבוא על מקומו בשלום".

אלא שהציפייה הזו נכזבה. החילופים המהירים של שרי משפטים נמשכו, אך הליך מינוי השופטים לא חזר עוד לתקופה שבה הוא נשלט על ידי בית המשפט העליון. לאחר ציפי לבני מונה חיים רמון לתפקיד שר המשפטים, וגם איתו לא הגיע ברק להסכמה בנושא.

היבט אחר של טקטיקת המינויים בתקופת ברק בא לידי ביטוי בכך שהם לא הבטיחו גיוון ראוי וגם לא רמה גבוהה במיוחד. העליון שברק השאיר אחריו, בהרכב חסר של 10 שופטים בלבד, היה בית המשפט הפחות מרשים בתולדות המדינה. היו בלי ספק מינויים ראויים בתקופתו, אך היו גם כאלה שעוררו סימני שאלה, והמועמדים הטובים ביותר נדחו. לכך הצטרפה העובדה שהעליון היה חבול גם מבחינה מוסרית. הליכי המינוי הבעייתיים לימדו שבית המשפט אינו שונה בעניין זה מהפוליטיקאים, וכשהדבר נוגע לו, אין הוא עולה בהתנהגותו על אלה הנתונים לביקורתו.

תופעה צורמת אחרת היתה ריבוי שופטים מהתביעה הכללית, שרבים מהם לא ראו מימיהם לקוח מהצד השני של המתרס. ההתפתחות הזו מסמנת גם היא את השינוי העמוק באופיו של בית המשפט המהפכני לעומת בית המשפט הקלאסי. בית המשפט שהוקם לאחר קום המדינה הורכב כמעט כולו מאישים בעלי רקע של עריכת דין פרטית. ב-1960 מונה לשופט חיים כהן, שהיה היועץ המשפטי לממשלה, אבל היה לו גם רקע של פרקטיקה פרטית, הוא היה סניגור באופיו, וגם כשופט לא היסס לזכות ונטה להקל.

השינוי, שהחל להסתמן עם מינויו של היועץ המשפטי שמגר, התעצם שלוש שנים לאחר מכן, כאשר הצטרף אליו בעליון גם יורשו ברק, שהטביע על בית המשפט קו מחמיר בתחום הפלילי, הן בנוגע לפרשנות והן בנוגע לשימוש מרחיק

הלכת בהגדרות מעורפלות (רוגמה בולטת לכך הוא פסק דין שניתן שנים ספורות בלבד לאחר מינויו של ברק לעליון, בתיק שבו הואשם עובד בנק ישראל בעבירה של הפרת אמונים. האיש זוכה בבית משפט השלום, בנימוק שהמעשה שיוחס לו אינו מהווה עבירה. ערעורה של המדינה למחוזי נדחה, אך הפרקליטות קיבלה רשות ערעור גם לעליון. השופט טירקל, בדעת מיעוט, סבר שאף אם יש דופי בהתנהגות הנאשם, אין מדובר במעשה המצדיק סנקציה פלילית. לעומתו פסק ברק, ולעמדתו הצטרף בייסקי, שיש מקום להרשעה, בניגוד לעמדה המקלה יותר של המחוזי והשלום).²¹⁴

לא חלפו ארבע שנים מאז מינויו של ברק, ופרקליט המדינה גבריאלי בכ מונה לעליון. מיד אחריו הגיע עוד יועץ משפטי לשעבר, יצחק זמיר. התהליך קיבל תאוצה נוספת בתקופת נשיאותו של ברק, עם מינויים של פרקליטות המדינה ביניש וארבל ושל היועץ המשפטי רובינשטיין. מעבר למספר השופטים שהגיעו מהתביעה, חשוב לשים לב ששלושה נשיאים, שמגר, ברק וביניש, שכיהנו בעליון ברציפות במשך כמעט 30 שנה (מ-1983 עד 2012), עמדו קודם לכן בראש התביעה. כל זה הגביר את תחושת הסימביוזה בין התביעה הכללית לבית המשפט העליון.

הכוחנות הבוטה של העליון בהליך המינויים בתקופת ברק והתחושה שהסאה הוגדשה גררה תגובה חקיקתית. היא היתה אמנם מינורית למדי, אך בהתחשב באימת המשפט הפלילי הרובצת כעננה על הפוליטיקה היה אפילו בכך הישג לא מבוטל. השינוי משתקף בשתי הוראות שהוספו לחוק בתי המשפט ב-2004, מיד לאחר המהומה שהיתה כרוכה במינויו של הצמד ארבל-רובינשטיין. סעיף 2א קובע צינון של 18 חודשים לפני שניתן למנות את היועץ המשפטי או את פרקליט המדינה לעליון. בכך הוסרה האופציה להיפטר מיועץ משפטי או פרקליט מדינה לא נוח על ידי "בעיטה למעלה", לבית המשפט העליון.

התיקון הנוסף מופיע בסעיף 6א, ומורה שחבר הוועדה לבחירת שופטים "יצביע על פי שיקול דעתו, ולא יהיה מחויב להחלטות הגוף שמטעמו הוא חבר בוועדה". מי שאינו בקי במה שהתרחש בבית המשפט העליון בהקשר להליך המינויים יתקשה להבין מה עושה הוראה זו בספר החוקים. הכלל הבסיסי הזה הרי נהג מאז ומתמיד, והכנסת מעולם לא הורתה לנציגיה כיצד להצביע. אולם בית המשפט העליון לא הקפיד לנהוג לפי הדין, וציפה לכך שחבריו בוועדה ינהגו בהתאם להחלטות שהתקבלו בישיבת השופטים המוקדמת. במילים אחרות, הסעיף הקטן החדש נועד להבהיר לעליון כי גם עליו לנהוג לפי החוק.

אשם עד שלא הוכחה חפותו

ריבוי המינויים מהתביעה לבית המשפט לא עצר בעליון. מאחר שלשופטי העליון יש השפעה מכרעת על מינויים לערכאות האחרות, הנטייה בכיוון הזה בבתי משפט השלום והמחוזי היתה לא פחות חריפה. מאחר שמומחיותם של שופטים אלה היא לרוב בדיני העונשין, מוקצים להם בדרך כלל בעיקר תיקים פליליים, והסיכויים שנאשם יישפט בפני שופט (או הרכב שופטים) שהגיע מהתביעה – גבוהים מאוד. במאמר שפרסם ארנון בן-יאיר בעיתון "The Marker", ב-25 בפברואר 2007, דווח כי בבדיקה שערך העיתון הסתבר כי מתוך 611 שופטים מכהנים הגיעו 30% משורות התביעה ועוד 14% ממחלקות אחרות בשירות הציבורי.*

הנטייה התביעתית שהתפתחה בעליון הדביקה את הערכאות הנמוכות יותר. התוצאה השתקפה הן בהיבט העיוני של הדין הפלילי והן בהיבט המעשי של אחוזי ההרשעות. הדין הפלילי התפשט באמצעות פרשנות מרחיבה של עבירות מעורפלות דוגמת הפרת אמונים, באמצעות שינויים בדיני הראיות, המקלים על השגת הרשעה עם ראיות שמהימנותן מוטלת בספק, ובאמצעות שינוי כללי הפרשנות, באופן שהכלל בדבר פרשנות לטובת הנאשם הומר בפרשנות התכליתית. אהרן ברק הקדיש לנושא זה, העומד במרכז חשיבתו בתחום הפרשנות, את ספרו **פרשנות תכליתית במשפט**. הרעיון המרכזי הוא שיש לפרש טקסט משפטי לאור תכליתו, כלומר "המטרות, האינטרסים והערכים שהטקסט בא להגשים". הוא הבחין גם בין המרכיב הסובייקטיבי של התכלית, כלומר כוונתו של מי שיצר את הטקסט (המחוקק או הצד לחוזה) לבין המרכיב האובייקטיבי, שאינו קשור בהכרח לרצונו של היוצר, אלא משקף את ערכי החברה, לרבות צדק ומוסר. מובן

* במאמר זה צוטטו מפי הדברים הבאים שמסרתי לכתב, קודם למינויי לתפקיד שר המשפטים: "אחד הדברים שצריך לראות זה היחס בין מספר הפרקליטים בשירות הציבורי לבין מספר הפרקליטים בישראל בכלל. אם הם מהווים 10% ממספר הפרקליטים במדינה ומספקים 50% מהשופטים, זה ממילא גורם לירידה ברמת השופטים" (זאת משום שאין ניצול מספיק של כישרונות בשוק הפרטי לצורך מינוי לשפיטה). בהמשך הציטטה מדברי נאמר: "מתקבלת ראיית עולם הומוגנית שמשותפת לפרקליטות ולבתי המשפט, ונוטה לכיוון התביעה. עובדה שאחוז ההרשעות הוא מאוד גבוה... מוצא השופט משפיע על השקפת עולמו ועל צורת ההסתכלות שלו."

שהיסוד האחרון הזה מעניק כוח רב לשופט המפרש, שכן הוא זה שיקבע, לפי תפיסתו את ערכי החברה, מהי אותה תכלית אובייקטיבית.

רעיון הפרשנות התכליתית הגיע גם לחוק העונשין. נעשה ניסיון לשלב בינו לבין הכלל בדבר פרשנות לטובת הנאשם, ובסעיף 34כא, שהוסף לחוק ב-1994, נאמר: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין."

פסק דין "יששכרוב נגד התובע הצבאי הראשי" הוא בגדר יוצא מהכלל למגמה המחמירה בדיני עונשין.²¹⁵ התיק נידון בפני הרכב של תשעה שופטים, פסק דינו של הרוב ניתן (אחרי שמונה שנים!) על ידי דורית ביניש, ונקבע בו שיש לבית המשפט שיקול דעת לפסול ראיה שהושגה שלא כדין. באותו מקרה דובר על הודאת נאשם, אבל עקרונית חלה אותה הלכה גם במקרים נוספים, כגון ראיה שהושגה בחיפוש לא חוקי. הגישה המשתקפת בפסק הדין הספציפי הזה היא ליברלית, אך המציאות שונה בתכלית, וכמעט לא נעשה בהלכה החדשה שימוש שהוביל לזיכוי נאשם כלשהו מעבירה משמעותית.²¹⁶

ההרשעות בתיקים פליליים הגיעו לממדים בלתי-הגיוניים. ב-1990 הגיע שיעור ההרשעות ל-95.4%, אך נראה שלא היה ניתן להסתפק בכך, וב-2005 הוא עלה עד כדי 99.9%.²¹⁷ כלומר, רק נאשם אחד – ואולי שניים – מתוך אלף מזוכה בדין. זוהי כמובן תוצאה מזעזעת. ב-2007 חלה ירידה מסוימת, ודובר בשיעור הרשעות של 98.6%, אך זהו עדיין אחוז בלתי-מתקבל על הדעת.* נכון שהנתונים הללו אינם משקפים את התמונה בכללותה, כי במקרים אחדים חוזרת בה התביעה בעצמה מהאישום, ואלה אינם נכללים בסטטיסטיקה. יש גם מקרים שבהם מוגש כתב אישום אחד נגד כמה נאשמים, שחלקם מזוכים ורק חלקם מורשעים, והמקרים הללו מופיעים בסטטיסטיקה כהרשעה. כמו כן, קיימים מקרים רבים שבהם מואשם אדם בכמה עבירות. די בכך שיורשע באחת מהן כדי שהתיק יופיע בסטטיסטיקה כהרשעה, גם אם בפועל זוכה הנאשם מרוב העבירות. יתר על כן, לפעמים נאשם אדם בעבירה חמורה, ממנה הוא מזוכה, ובית המשפט מרשיעו בעבירה הרבה יותר קלה. דוגמה בולטת היא זו של החקלאי שי דרומי, שהרג אדם שפרץ בלילה לחוותו. הוא זוכה מאשמת הריגה אך הורשע בהחזקת נשק ללא רישיון, ובסטטיסטיקה מופיע התיק כהרשעה. נוסף על כל אלה, חלק נכבד מההרשעות הוא פרי עסקאות טיעון, שבמסגרתן הנאשם זוכה בהקלה במספר העבירות שבהן הוא מורשע, בחומרתן או בעונש.

* אינני יודע אם יש קשר בין הירידה הצנועה הזו להתבטאויות החוזרות ונשנות שלי, כשר המשפטים, בדבר אחוז ההרשעות הבלתי-סביר.

מן הראוי להזכיר כאן מחקר שביצעו אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל מטעם מחלקת המידע והמחקר בבית המשפט העליון, והתפרסם במאי 2012. המחקר, המבוסס על מדגם של תיקים פליליים שהתבררו בבתי משפט השלום והמחוזי בין מאי 2010 למאי 2011, מצביע על אחוזי הרשעה נמוכים יותר. נמצא בו כי באחוז לא מבוטל מהמקרים חוזרת בה התביעה מהאישום (כ-15% מהתיקים בערכאת השלום), יש מקרים שבהם נמנע בית המשפט מלהרשיע נאשם שהודה (יותר מ-5%), ולא פעם מורשע הנאשם רק בחלק מהאישומים או באשמה פחות חמורה. לדעת החוקרים, התיאור של יותר מ-99% הרשעה הוא מטעה, אך הם מכירים בכך שכאשר מתנהל תיק עד תום, "אחוזי הזיכוי המלאים הם אמנם נמוכים מאוד (פחות מאחוז)!"

לא לכל ההסתייגויות ניתן לייחס משקל שווה. העובדה שאדם נאשם בעבירה חמורה ובסופו של דבר מורשע בעבירה פחותה מהווה כמובן הקלה עבורו, אך אינה שוללת את הכתם שעלול לרבוץ עליו שנים רבות, כתם שעשוי להשפיע על סיכוייו לקבל עבודה, לקבל אשרת כניסה למדינות שונות וכולי. זהו גם הדין במקרה של זיכוי מכמה עבירות והרשעה באחת מהן. בכלל, התופעה הזו, שלפיה מן ההכרח שהתביעה תזכה ב"משהו", אינה ראויה לעידוד. היא גוררת את התובעים לגבב שורה ארוכה של אשמות, בתקווה שאחת מהן איכשהו תדבק. 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. ובשורה התחתונה, המסקנה היא שלמרות כל ההסתייגויות – אחוז ההרשעות בישראל אינו סביר.

יתר על כן, כל ההסתייגויות הללו היו נכונות גם בעבר הרחוק יותר, ולכן הן אינן מסבירות את העלייה המתמדת בשיעור ההרשעות, כפי שהיא משתקפת בסטטיסטיקה הממשלתית: 77.8% ב-1961, 92.3% ב-1981, 95.4% ב-1990 ו-99.9% בשנת 2005. 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.

זה אולי המקום לציין את חוק הסניגוריה הציבורית, שהתקבל בכנסת בנובמבר 1995. החוק, פרי יוזמתו של פרופ' קנת מן, שעמד בראש הסניגוריה בין 1996 ל-2002, מהווה הישג משפטי וחברתי ממדרגה ראשונה. הוא מקנה לקבוצה גדולה של נאשמים זכאות לסניגור ציבורי, ובין היתר למי שנאשם בעבירה שעונשה 10 שנות מאסר בפועל, לנאשם שהתביעה מבקשת להטיל עליו מאסר בפועל, לנאשם חסר אמצעים המואשם בעבירה שעונשה חמש שנות מאסר ומעלה, וכן לעצורים

חסרי אמצעים או שהם קטינים, וכן עצורים שנתבקש מעצורם עד תום ההליכים. הסניגוריה הציבורית מטפלת בכל שנה באלפי תיקים, כשהיא נעזרת בעורכי דין פרטיים הנתונים לפיקוחה. חרף זאת עומדת בעינה העובדה שאחוז ההרשעות בישראל חורג ממה שיכול להיחשב מתקבל על הדעת.

בערעורים הפליליים בעליון מצטיירת תמונה דומה. במחקר שנערך לגבי קבלת ערעורים או דחייתם בשנים 1948–1994 הסתבר כי סיכויי המדינה לזכות בערעור על הליך פלילי (ערעור, דיון נוסף או מעצר) היו 70.1%, בעוד שסיכויי של הנאשם היו כמחצית בלבד: 34.9%. אולם גם זו איננה התמונה המלאה, שכן ממחקר שערכו יורם שחר ומירון גרוס,²¹⁸ הסתבר שהיתרון של המדינה, כלומר סיכויי הזכייה שלה לעומת אלה של הנאשם, היו נמוכים יותר עד 1981 וגדולים יותר בשנים שלאחר מכן.

מחקר מאוחר יותר, שהתייחס לשנים 2006–2007, מלמד כי בערעורים שהגישה המדינה על פסקי דין בתחום הפלילי היא זכתה בלא פחות מ-81.1% לעומת זאת, שיעור ההצלחה של ערעורי נאשמים היו נמוכים פי כמה: 15.1% בלבד.²¹⁹ אפשר אולי לנסות להסביר את ההפרש בכך שהתביעה נוטה לערער רק אם היא מעריכה שיש לה סיכוי סביר לזכות בערעור, ואילו הנאשם יכול לבקש לערער גם אם סיכויי קלושים, שהרי כבר אין לו מה להפסיד. זה יכול לשמש הסבר חלקי בלבד, שאין בו כדי להסביר את הפער הדרסטי בין אחוזי הזכייה של התביעה לאלה של ההגנה גם בשלב הערעור.

משמעויותיהם של הנתונים האלה אדירות. האחת: העצמת כוחה של התביעה. גורל הנאשם נחרץ למעשה כבר בעת החלטת הפרקליטות (או התביעה המשטרית) אם להעמידו לדין. אם נפל הפור והוא יעמוד לדין, הוא יוכל לנסות להתמקח על העונש ועל סעיפי האישום, אך הרשעתו באשמה כלשהי מובטחת כמעט לחלוטין. המשמעות השנייה היא פוליטית: איש ציבור יודע שדי בכך שתוגש תלונה כלשהי נגדו. מכאן ואילך עתידו נתון בידי הפרקליטות. עתידו האישי, וגם עתיד השקפת העולם שהוא מייצג, התוכניות שהוא יזם או מתכנן, אולי גם גורלה של הממשלה שבה הוא חבר או של הסיעה שעמה הוא נמנה.

חוקה, חוק ובית משפט

בית המשפט העליון המהפכני גילה מן הרגע הראשון עניין מיוחד, ונקט מעורבות רבה, לא רק במינויים ובהעמדה לדין אלא גם בחקיקה – בעיקר חוקים הנוגעים למערכת בתי המשפט, אשר יש להם השלכה על היקף עבודתו ועל מעמדו. אבל העברת חקיקה כזו בכנסת תלויה במידה לא מעטה בשר המשפטים. דוד ליבאי, כפי שכבר צוין, פעל בשיתוף עם מערכת המשפט, אבל גם הוא לא יכול היה לעבור בשתיקה על כל מה שהתרחש בבתי המשפט.

בינואר 1996 מתח ליבאי ביקורת על העונשים הקלים שנגזרים על מורשעים בעבירות מין, והחליט שיש מקום לחקיקה שתקבע עונשי מינימום בעבירות אלה. עמדתו עוררה תגובה מהירה וחריפה, בדמות "מכתב פתוח" מאת אהרן ברק, אשר תקף את השר על "לשון עולבת הפוגעת במערכת המשפט, באמון הציבור בשופטיו ובעצמאותם השיפוטית של השופטים". הטקטיקה הזו, שלימים תשתמש בה גם ביניש, שבה יוצא נשיא בית המשפט העליון בפומבי נגד שר המשפטים, התבססה על כך שבאותם ימים נהנה העליון מתמיכה ציבורית אדירה, בעוד שהדעה על הפוליטיקאים היתה ירודה. בתנאי פתיחה כאלה קשה לפוליטיקאי להתמודד עם נשיא בית המשפט העליון, ודאי כשהוא עטור תהילה כברק. לכך הצטרפה הטקטיקה המסיטה את הוויכוח מהנושא גופו ומעבירה אותו להגנה על "עצמאותם השיפוטית של השופטים", שלמעשה לא היתה שייכת לעניין. למרות זאת, היתה זו שגיאה חמורה מצדו של ברק.²²⁰ הוא אמנם היה רגיל להתמודדויות, וגם המגרש הציבורי לא היה זר לו, אבל היתה פה הפעם גלישה מובהקת למגרש לא-לו, שבטווח הארוך ציירה אותו באור של "פוליטיקאי".

מופך רק מקרה קודם אחד, שבו פורסם מכתב של נשיא בית המשפט העליון נגד התבטאות של שר המשפטים. היה זה לפני עשרות שנים, בימיה הראשונים של המדינה, כאשר הנשיא הראשון, משה זמורה, קבל בהקשר דומה על ביקורת של שר המשפטים דאז, דב יוסף, ש"גער" בשופטים על נטייתם להקל בעונש. מכתבו של זמורה לא הניב פרי באותם ימים ונמתחה עליו ביקורת, כפי שסופר לעיל. מקרה אחר של התבטאות מסוג זה של נשיא בית המשפט העליון, יואל

זוסמן, אירע כאשר פורסמה בעיתונות ידיעה על זעם השופטים נגד החנינה שעליה המליץ מנחם בגין להעניק ליהושע בן-ציון. גם על התבטאותו של זוסמן נמתחה ביקורת,²¹ אבל לא ידוע על מכתב שנכתב בהקשר זה.

ההתבטאויות של זמורה וזוסמן בלטו בהיותן כה יוצאות דופן. לא כך אצל ברק. התבטאויותיו הפומביות בנושאים שבמחלוקת נהפכו למעשה נפוץ, ומבחינתו לא היתה במכתבו הגלוי כל בעיה. אולם הפעם התגבשה תמיכה דווקא בפרופ' ליבאי, וברק הפסיד בהתמודדות. התהליך של הכתבת עונשי מינימום לעבירות מין נפתח, ולא היה ניתן לעוצרו. הוא הושלם בזמנו של צחי הנגבי, שעם כל תמיכתו בברק לא יכול – ואולי לא ניסה – לבלום את התיקון לחוק העונשין שחוקקה הכנסת ביולי 1998. מכוחו של התיקון נקבע בסעיף 355, כי העונש שחייב בית המשפט להטיל על מי שהורשע בעבירת מין הוא לפחות רבע מהעונש המרבי (לכל עבירה).

ליבאי סיים את תפקידו ביוני 1996, עם עליית ממשלתו הראשונה של נתניהו. שר המשפטים שבא אחריו, שהיה בו "סיכון" למערכת ולתוכניותיה, עו"ד יעקב נאמן, סולק באמצעות כתב אישום מופרך, ובמקומו מונה צחי הנגבי, שפעל לרוב ברוח מגמותיו של ברק. זה נראה הרגע המתאים להגשים את "התוכנית הגדולה", שנועדה לשנות מן היסוד את אופיו של בית המשפט העליון, לעצבו מחדש ולהופכו למוסד הדומה – ואף עולה – על בית המשפט העליון האמריקני. תוכנית כזו מעולם לא פורסמה ואולי גם לא גובשה ונוסחה בצורה ברורה, אולם ניתוח הרעיונות – שתחילתם כבר בימי שמגר, והמשכם בתקופתם של ברק וביניש – מצביעים על המגמה.

בית המשפט העליון, כפי שהוקם על ידי הכנסת, היה בעיקרו של דבר בית משפט לערעורים אזרחיים ופליליים. זה היה אמור להיות תפקידו העיקרי. לכך צורפה סמכותו כבג"ץ, שהיתה בגדר תפקיד משני. האמביציה הגדולה של ברק היתה להתרכז בעניינים חוקתיים, ולהפוך את העליון לבית משפט לחוקה. עם זאת, הוא רצה לשמר את עוצמתו של בג"ץ, שנהפך לשותף מרכזי בניהול ענייני המדינה. היתה רק בעיה: כדי לעבור לפסים האלה צריך היה להיפטר מהעבודה "האפורה", אותה עבודה שלמענה הוקם בית המשפט העליון. כך עלה הרעיון שהעליון לא ידון כלל בערעורים, למעט באותם עניינים ספורים שיבחר לעצמו ואשר ייראו לו עקרוניים, מהותיים, אולי גם תקשורתיים.

צעדים ראשונים להקטנת נטל הערעורים בעליון נעשו בתקופת שמגר, שהגדילו את סמכות בית משפט השלום לדון בעניינים אזרחיים עד מיליון שקל והרחיבו גם את סמכותו בתחום הפלילי. ברק שאף להרבה יותר. הוא מינה ועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים, בראשות תאודור אור, שכללה שופטים,

עורכי דין ואיש אקדמיה (פרופ' ברוך ברכה). הדו"ח הוגש בספטמבר 1997 ונמסר לשר המשפטים הנגבי, שאמר, כפי שסופר בעיתונות, כי זהו "מסמך מרשים ומעמיק. האתגר של מימוש הדו"ח הוא האתגר שלי כשר משפטים". הלכה למעשה, לב ליבו של הדו"ח הוא הפיכת בית משפט השלום לערכאת השיפוט המרכזית, תוך ביטול המגבלה על סכום התביעה במשפטים אזרחיים. בית המשפט המחוזי ייהפך בעיקרו לבית משפט לערעורים, וידון כערכאה ראשונה רק בעניינים ספורים. באופן הזה גם השם "בית משפט שלום" חדל להתאים לגוף שאמור להיהפך לערכאה המרכזית, ואכן הוצע לשנות את שמו ל"בית המשפט המרכזי" או שם אחר בסגנון הזה. וכדי להתגבר על ההתנגדות העזה שהיתה צפויה לשינוי כה דרמטי באופיו ובמשקלו של בית משפט השלום, הוצע לחלק את "בית המשפט המרכזי" למחלקות, באופן שתיקים כבדים יותר ינותבו לשופטים מסוימים, והם יזכו במעמד של "שופטים בכירים".

הצעה אחת, שלא דרשה חקיקה, עסקה בהוספת 60 שופטים למערכת. הנגבי נעתר לכך, אולם הניסיון לימד שתוספת של שופטים, אפילו במספר ניכר, אין די בה כדי לפתור את הבעיות. בכל מקרה, את הדו"ח עצמו לא היה ניתן להעביר. ההתנגדות היתה עצומה גם בכנסת וגם בלשכת עורכי הדין, שאף פרסמה מודעות נגד התוכנית.

בינתיים סיימה ממשלת נתניהו את כהונתה, ובממשלת ברק התמנה יוסי ביילין לשר המשפטים. לביילין היו לא מעט התנגשויות עם המערכת, אך הוא היה מוכן לצעדים אחדים בכיוון הרפורמה שביקש ברק להנהיג. ובכל זאת, כשהוא נתקל בהתנגדות הציבורית העזה ביקש ביילין לנהוג ביתר זהירות. הוא יזם שורה של דיונים, שהחלו באוגוסט 1999 ונמשכו כשנה, ובקיץ 2000 דובר על מעין פשרה שלפיה תבוצע הרפורמה בשלבים. בשלב הראשון, שיאריך שלוש שנים, יוגדלו סמכויות השלום, ורק בתום התקופה יוחלט על המשך ביצועה. אבל אפילו השלב הראשון התעכב, כי בדצמבר כבר הודיע ראש הממשלה אהוד ברק על התפטרותו. שנה לאחר מכן חתם שר המשפטים בממשלתו הראשונה של אריאל שרון, מאיר שטרית, על צו המגדיל בצורה דרמטית את סמכות בית משפט השלום בתביעות אזרחיות, ממיליון ל-2.5 מיליון שקלים. שלב משמעותי נוסף בצמצום העבודה האפורה בעליון מתגלה בחוק בתי משפט לעניינים מינהליים שהתקבל בשנת 2000. העבודה עליו החלה בתקופת הנגבי, אבל הוא עבר רק בזמנו של ביילין. החוק עוסק בהעברת נושאים מסוימים הנמצאים בתחומו של בג"ץ לערכאה חדשה, שהיא בעצם מחלקה בתוך בתי המשפט המחוזיים. ההעברה הזו, שנעשתה באיחור ובאופן חלקי ביותר, מהווה שלב רצוי בהתפתחות ההליך השיפוטי. בית המשפט העליון, בשבתו כבג"ץ, מהווה ערכאה

ראשונה אך גם אחרונה בעניינים הנדונים לפניו, שכן על החלטתו אין ערעור (במקרים נדירים קיימת אפשרות לדיון נוסף, אך זהו הליך אחר). אבל זכות הערעור היא זכות יסוד, ושלייתה גורמת עוול רציני. לכך מצטרף גם הקושי בבירור העובדות לפני בג"ץ.

דרור חוטר-ישי, בהיותו ראש לשכת עורכי הדין, הציע להעביר את כל נושא הבג"ץ לבית המשפט המחוזי. בית המשפט העליון לא היה מוכן אפילו לשמוע על כך. במקום זה העדיף הנשיא ברק את בתי המשפט לעניינים מינהליים, הדנים בנושאים פחות משמעותיים מנקודת ראותו של בג"ץ: עניינים שבין הפרט לשלטון בעלי אופי אישי או מסחרי, דוגמת מכרזים, רישיונות וכולי. אלה תיקים חשובים ביותר לצדדים המעורבים בהם ולחיי היום-יום במדינה, אבל לא "עושים כותרות". עניינים ברומו של עולם, ענייני ניהול המדינה, הרכב הממשלה, פריון שבויים ושחרור מחבלים – כל אלה נותרו בסמכות בג"ץ. שר המשפטים הוסמך להעביר נושאים נוספים מבג"ץ לבתי המשפט המינהליים, אך נדרשת הסכמתו של נשיא בית המשפט העליון (ושל ועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת), כך שלנשיא בית המשפט העליון יש למעשה זכות וטו על ההליך.*

שני נושאים מעניינים צצו במהלך חקיקת "חוק בתי משפט לעניינים מינהליים": האחד הוא השם שיוענק לגוף החדש. בית המשפט העליון התנגד בתוקף לכינוי בג"ץ, שכן ביקש לשמור לעצמו את המותג שצבר יוקרה ועוצמה כה רבות. לכן, הערכאה החדשה מכונה רשמית בתי משפט מינהליים, אם כי בלשון עממית הם מכונים "בג"ץ קטן". הנושא השני כרוך בניגודי אינטרסים ומאבקי כוח בתוך מערכת המשפט, שרוב הציבור אינו מודע להם. על פי הצעת החוק היו אמורים לכהן בבית המשפט המינהלי הנשיא של אותו בית משפט מחוזי וכמה שופטים אחרים, "שימונו על ידי נשיא בית המשפט העליון בהתייעצות עם נשיא בית המשפט המחוזי". היה זה בעצם ניסיון להעניק לנשיא בית המשפט העליון תוספת כוח ושליטה על המערכת – אבל הוא לא צלח. ביילין דחה את הדרישה, גם בכנסת היתה לכך התנגדות, ולברק לא נותרה ברירה אלא להשלים עם הנוסח הקובע: "שופטי בית משפט לעניינים מינהליים יהיו נשיא בית המשפט המחוזי ושופטים אחרים של בית המשפט המחוזי, שיקבע נשיא בית המשפט המחוזי, על פי הנחיות שקבע נשיא בית המשפט העליון". במילים אחרות, סמכות המינוי נמצאת בידי נשיא המחוזי לבדו, לנשיא בית המשפט העליון נותרה רק האפשרות לקבוע הנחיות

* אציין שגם אני פעלתי, בתפקידי כשר משפטים, לבקשתה של הנשיאה דורית ביניש, להעברת שורה של נושאים יום-יומיים מבג"ץ לבתי המשפט המינהליים, ואף מסרתי לה שאהיה מוכן לפעול להעברת כל נושא נוסף שתחפוץ בו לבתי משפט אלה. הליך זה מפחית את העומס בעליון רק באופן חלקי, שכן ערעורים על בתי המשפט המינהליים מגיעים לבית המשפט העליון כעניין שבזכות.

כלליות (למשל, שימונו רק שופטים בעלי ותק מינימלי מסוים), ונראה שההתפתחות הזו מלמדת על הסתייגות מה"אימפריאליזם" של בית המשפט העליון ונשיאו.

ליוסי ביילין לא היה רקע משפטי. מצד אחד יש בכך מגרעת של חוסר בקיאות, ומן הצד האחר יתרון של חוסר מחויבות קודמת. הדבר ניכר לא רק בחוק בתי המשפט לעניינים מינהליים, אלא בשורה של נושאים נוספים שבהם היו לו התנגשויות, חלקן לא קלות, עם מערכת המשפט. עניין אחד שבו ביטא את עמדתו נוגע לביטול שיטת הסניוריטי במינוי נשיא בית המשפט העליון, אבל באותה עת לא התעוררה שאלה של בחירת נשיא, וממילא לא היה ביטוי מעשי לעמדתו.

סיפור שיש בו לא מעט מהקוריוז הוא הביקורים של ביילין בבתי משפט שונים כשהוא מחופש. תלונות על סחבת וגם על התנהגות לא ראויה של שופטים באולמות לא חסרו, וביילין החליט לראות במו עיניו מה קורה. כדי שההתרשמות שלו תהיה אותנטית, הוא החליט להגיע בתחפושת – עניין שמצא חן בעיני חלק מהציבור וקצת פחות אצל השופטים. הם כינסו אסיפת מחאה, ונציגות מטעמם קבלה על התרגיל והודיעה ש"ביקורת של הרשות השופטת היא לגיטימית ומוצדקת, אך אין צורך בתחפושת כדי לעמוד מקרוב על עבודתם של השופטים". עם מינויו ביקש ביילין להחליף את מנכ"לית המשרד נילי ארד, ולמנות במקומה את עו"ד שלמה גור. לכאורה, היה זה מהלך שגרתי. מובן מאליו ומקובל ששר מוסמך למנות אישים למספר צנוע של תפקידים במשרדו, ובהם המנכ"ל, שכן ללא הסמכות הזו כמעט שאין לו אפשרות לממש את מדיניותו. לאמיתו של דבר, גם עם המינויים הספורים האלה יכולת הפעולה שלו מוגבלת ביותר, ואם יש לפקידים מדיניות משלהם, עלול השר להתקשות מאוד לבצע מדיניות שונה. מינוי מנכ"ל הנאמן עליו מהווה תנאי הכרחי, אך לא מספיק, על מנת שיוכל לפעול.

אולם מה שנראה באותם ימים מובן מאליו בכל משרד ממשלתי אחר, הסתבר לביילין לפתע כמשימה מסובכת, וכי למשרד המשפטים יש זמירות משלו. הבעיה שהשר הטרי נתקל בה היא רק סממן לתהליך עמוק ורחב שבו ניטלו סמכויות מהממשלה ומשריה והועברו לגופים אחרים – בין אם היתה זו הפקידות הבכירה ובין אם המערכת המשפטית. במשרד המשפטים היה התהליך חריף במיוחד, והתנהל בשלב מוקדם יותר.

ארד מונתה על ידי יעקב נאמן, בשבריר התקופה שבה כיהן בתפקיד שר המשפטים (בפעם הראשונה), והיו לה יחסים טובים עם אנשי המשרד עצמו, לרבות אלה שעבדו בו בעבר דוגמת דורית ביניש (שתמכה בה ברבות הימים לתפקיד נשיאת בית הדין לעבודה). היכרות טובה היתה לה גם עם אהרן ברק.

בכתבה שפרסמו נחום ברנע ושמעון שיפר ב"ידיעות אחרונות" ביום 12.11.99, תחת הכותרת "מי כאן הפראייר", מספרים השניים על התכנסות של הצמרת המשפטית בחדרו של היועץ המשפטי רובינשטיין, שבה הוגדרה החלפתה של ארד כמעשה שלא ייעשה. הדעה שרווחה שם היתה שבניגוד לכל יתר משרדי הממשלה, יש להתייחס למנכ"ל משרד המשפטים כמינוי מקצועי, והשר אינו חופשי להחליפו סתם כך. היה זה חלק מהניסיון הכללי להפוך את המערך המשפטי הממשלתי לרשות רביעית, עצמאית, שאינה תלויה בשום גורם ואינה חייבת דין וחשבון לאיש. מוסד היועץ המשפטי היה חלק מחזית המאבק, וכעת ביקשו לספח אליו גם את המנכ"ל.

בתוך זמן קצר מצא עצמו ביילין כשירו על התחתונה. זרוע אחת של המאבק היתה התקשורת, שבה סופר על מכתב של בכירי הפרקליטות, ביניהם אליקים רובינשטיין ועדנה ארבל, המביעים התנגדות למהלך, ועל דרישה להעלות את הנושא לדיון בוועד המרכזי של עורכי הדין. ברנע ושיפר סיפרו שנציב שירות המדינה הדביק לבכירי המשרד בהזדמנות זו את הכינוי "גילדה".

אך גם למתנגדי ההדחה היה מה לומר, ומוכן שניתנה להם במה: מה היתה התגובה, שאלו, אילו צחי הנגבי היה עושה כדבר הזה? על ביילין הם דיברו כמי ש"עושה מעשה כצחי ומבקש שכר כיוסי", אך היה מי שהסתייג מהאמירה הזו, ש"עושה עוול להנגבי" (הנגבי לא העלה על דעתו לפעול כך במשרד המשפטים, שבו נהג מלכתחילה בכפפות של משי).

אבל זה לא הספיק, ועתה הופץ קטע מדו"ח ישן של מבקר המדינה, בו סופר כי ביילין הורה לקדם כ-80 מומלצי מפלגת העבודה לתפקיד של מפקחי מס הכנסה (ביילין טען שמדובר בערבים, במסגרת מגמה לקדם בני מיעוטים). ביילין, כתבו ברנע ושיפר באותה כתבה, "לומד עכשיו כמה ארוך זיכרונם של משפטנים". ואם לא די בכל אלה, הצטרפו למלחמה המכוערת גם שמועות נבזיות וכוזבות על ביילין עצמו ועל המנכ"ל המיועד.

זרוע שנייה, קשה יותר, היתה הבאה בתור: הגיע הרגע לערב את בג"ץ. נילי ארד אפילו לא היתה צריכה לטרוח בעניין. "התנועה לאיכות השלטון" הגישה עתירה, שלכאורה לא היה מקום לדון בה, שכן הכלל שלפיו יכול כל אדם לפנות בעניין ציבורי לבג"ץ אינו חל כאשר יש נפגע ישיר, שיכול לפנות בעצמו – וארד לא פנתה. ובכלל, דומה שהנושא שייך לבית הדין לעבודה. אך לא היה במכשולים הזניחים האלה כדי למנוע מבג"ץ להוציא צו ביניים המונע את הפיטורים עד להחלטה סופית בעניין. "הפרשה עוברת עכשיו לבג"ץ, בלי שיהיה שופט אחד שאין לו היכרות קרובה עם גיבורת העתירה", כתבו על כך ברנע ושיפר.

ומי ייצג את ביילין? נניח שהיועץ המשפטי סבר שהשר שוגה (רובינשטיין התנגד לצעד של ביילין, אך לא סבר שהצעד אינו חוקי) – האם די בכך כדי לסתום את פיו ולמנוע ממנו ייצוג בבג"ץ?

הפעם לא נחשף האבסורד הזה שבעמדת העליון, וביילין יוצג על ידי עו"ד רב ויסגלס. בדיון הושמע ההסבר של השר, ולפיו המנכ"ל "שירש" אינה עומדת באמות המידה הנראות לו לשם מימוש מדיניותו. אף כי העתירה לא הוגשה על ידי ארד הורשה בא-כוחה, עו"ד דורי קלגסבלד, לדבר בבית המשפט. הוא אמר שגרסתה של ארד סותרת את זו של ביילין, והיא מבקשת להגיש תצהיר. אם כך, אמרו השופטים, גם ביילין יצטרך להגיש תצהיר.

ומה יהיה הלאה, האם יכריע בית המשפט בין הגרסאות הסותרות?²²² האם לא די בכך שהשר מעוניין שאדם אחר יאייש את משרת האמון הזו? בשלב זה הבין כנראה ביילין שנקלע לדרך ללא מוצא. מעבר לסיכוני ההתדיינות ולשאלה מה יאמר עליו בית המשפט, עמד בעינו צו מניעה זמני ששיתק אותו וחייב פתרון. הוא הבין שזמנו קצוב (אם כי עדיין לא ידע עד כמה קצר הזמן שנותר לו בתפקיד). מבחינת השופטים היווה הצו הזמני טכניקה נוחה. הוא כפה על ביילין למצוא פתרון, ואילו בית המשפט עדיין לא נדרש להחליט סופית בשאלת זכותו של שר לפטר מנכ"ל, כאשר הגבלת הזכות הזו בפסק דין נחרץ וסופי יכלה באותם ימים לקומם את הממשלה על בית המשפט.

אך הנה העניין הסתדר. נילי ארד זכתה בקידום נאה ומונתה לבית הדין הארצי לעבודה, בג"ץ שוחרר מהצורך להכריע בפרשה – וביילין יכול למנות את שלמה גור למנכ"ל משרד המשפטים. מכאן ואילך נמשכה הקריירה של ארד למישרין. סטיב אדלר, נשיא בית הדין הארצי לעבודה, שוכנע לפרוש בנובמבר 2010, חודשים אחדים לפני הגיעו לגיל 70, כך שנותרו לה עוד שלוש שנות כהונה (רק ב-2012 תוקן חוק הקדנציות, ופטר את המינויים לנשיא בית המשפט העליון ולנשיא בית הדין הארצי לעבודה מתקופת כהונה מינימלית של שלוש שנים). הדבר אפשר למנות את ארד, הפעם שלא בהתאם לעקרון הסניוריטי, לנשיאת בית הדין – בתמיכתם של שר המשפטים נאמן ונשיאת בית המשפט העליון ביניש.

בתקופת כהונתו של שטרית כשר המשפטים מינתה הממשלה ועדה ציבורית בראשותו של עו"ד יעקב נאמן להכנת "חוק יסוד: החקיקה". נוסח החוק תואם במלואו את עמדתו של ברק, והוא נועד להשליט את בית המשפט העליון על הכנסת.

לפי ההצעה יתקבלו חוקי יסוד בארבע קריאות (במקום שלוש לגבי חקיקה רגילה), ובקריאה הרביעית יידרש רוב של 70 קולות. חוק יסוד יהיה ניתן לשינוי

רק באמצעות חוק יסוד אחר, כלומר ברוב של 70 קולות. כל חוקי היסוד, כולל אלה שנחקקו בעבר, יזכו בעליונות על חוקי הכנסת (אף כי בעבר לא העלה איש על הדעת שיש להם עליונות כזו). והחידוש הדרמטי: בית המשפט העליון יוכל לפסול חוקים של הכנסת. הכנסת תוכל אמנם להתגבר על פסילה כזו, אך רק ברוב של 70 קולות, כאשר ההתגברות היא לחמש שנים בלבד.

הנוסח פורץ הגדרות הזה נבלם בכנסת. למעשה, מאז 1992, השנה שבה עברו "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ו"חוק יסוד: חופש העיסוק", לא עבר בכנסת אף חוק יסוד (אם כי נעשו תיקונים אחדים בחוקים הקיימים). הסיבה לכך היא כנראה הפרשנות המרחיבה ומרחיקת הלכת שנתן העליון לשני חוקי יסוד אלה – פרשנות שיצרה בקרב חברי הכנסת, בעיקר חברי המפלגות הדתיות, חשש שכל חוק יסוד נוסף יזכה בפרשנות שתעצים את כוחו של בית המשפט העליון. אך לא רק שהעברת חוקי יסוד נהפכה למשימה כמעט בלתי-אפשרית, לנוכח ההמלצות של ועדת נאמן עלתה שאלה מהותית: האם יכולה בכלל כנסת נתונה לכבול כל כנסת עתידית. התוצאה של קבלת חוק יסוד כזה, שנתמך כמובן על ידי ברק, היתה מהפכה חוקתית מספר שתיים, הפעם בגושפנקה של הכנסת. כל חוקי היסוד הקיימים היו זוכים בשריון, ללא אפשרות מעשית לשנותם, לעליון היתה ניתנת יד חופשית לבטל חוקים, והכנסת היתה מוצאת את עצמה חסרת אונים. אין פלא שההצעה מרחיקת הלכת הזו, שנידונה בוועדת חוקה חוק ומשפט ב-2004, לא קודמה.

ככל שהרבה העליון לעסוק בהפרת אמונים ובענייני מינויים בממשלה ובשירות הציבורי – כן גברה בו הרטוריקה הצדקנית והמוסרנית, התוקפת בשצף קצף "ניגודי עניינים". אלא שהמושג הזה הורחב מעבר לכל היגיון, עד כדי כך שפעולה של איש ציבור הנוגעת לאדם אחר, אם היה לו קשר כלשהו איתו, נהייתה מיד "ניגוד עניינים". היה זה אך טבעי שבשלב מסוים תעלה שאלה, אם בתי המשפט עצמם, ובראשם העליון, עומדים בסטנדרטים שהם מציבים לזולתם. התוצאה היתה שהביקורת על הנעשה במערכת המשפט גברה, ועמה התחזק גם הלחץ להפעיל בקרה חיצונית על השופטים. בשנת 2000 הגיש חבר הכנסת יוסף פריצקי הצעת חוק פרטית למנות נציב תלונות הציבור על מערכת המשפט. ברק התנגד בתוקף להקמת מוסד כזה, ושופטים בעליון פנו לחברי כנסת ולתקשורת בניסיון למנוע את קידום החוק. "שופטי בית המשפט העליון מישאל חשין ותאודור אור פנו אליו (אל פריצקי), והביעו חשש כי אומבודסמן, שמסקנותיו יפורסמו ברבים, יפגע בשמם הטוב של השופטים. הם אמרו לי שאמון הציבור במערכת המשפט חשוב, ולכן עדיף שימונה נציב קבילות בנוהל

פנימי", סיפרה טובה צימוקי ברשימה "השופטים טרפדו חוק ביקורת פומבית נגדם", שפורסמה ב-ynet בפברואר 2002. אולם ללא הועיל. ועדת חוקה חוק ומשפט אימצה את ההצעה, ולאחר שעברה שינויים אחדים נהפכה ל"חוק נציב תלונות הציבור על השופטים". ההישג הגדול של ברק בהקשר זה היה נעוץ בכך שהחוק קובע כי הנציב יתמנה על ידי הוועדה לבחירת שופטים "לפי הצעת שר המשפטים ונשיא בית המשפט העליון כאחד". כלומר, שוב קיבל הנשיא זכות וטו. החוק אינו דורש שהנציב יהיה שופט בדימוס, נדרש רק שיהיה "כשיר להתמנות לשופט של בית המשפט העליון". לפיכך יכול, לכאורה, להתמנות לתפקיד עורך דין בעל ותק מתאים, אך ספק אם נשיא בית המשפט העליון ייתן את הסכמתו לכך. מרבית הסיכויים שיהיה זה שופט עליון בדימוס, מה שמפחית את ה"סיכון" שתירשם הערה שלילית על שופט עליון אחר. ואכן, הראשונה שהתמנתה לתפקיד היתה השופטת (בדימוס) טובה שטרסברג-כהן.

משטרת המוסר

לאחר שבית המשפט הרדיקלי גילה עוד בתקופת שמגר עניין בבדיקת מינויים, הן בממשלה והן בשירות הציבורי, שב הנושא ועלה פעמים רבות. וזה נהפך לתופעה: מונחת לפתחו של בג"ץ עתירה בנושא שאיש מעולם לא העלה על הדעת שהוא מעניינו של בית המשפט, ולהפתעת הכול מסתבר שבית המשפט המהפכני מוכן לעסוק בה. בעקבות אותה עתירה מגיע גל של פניות באותו נושא, וגם אם המקרה הראשון היה חמור, והתערבות בית המשפט זכתה בהבנה, אלה שבאים אחריו הם הרבה פחות משמעותיים. אך התקדים כבר נוצק, הסכר נפרץ, וההתערבות של בג"ץ בנושא לא-לו ממשיכה במלוא התנופה.

מעורבות בג"ץ בתהליך המינויים בשירות הציבורי ממחישה זאת היטב. היא החלה בפרשת יוסי גינוסר, שלגביו ניתן לומר לפחות שיוחסה לו עבירה חמורה. מכאן החלה הגלישה במדרון, והגיעה לכך שאפילו התבטאות לא ראויה של מועמד עשויה להוות עילה להגשת בג"ץ.

פרשה אחת מסוג זה קשורה בדרך חלוץ. ביולי 2002, בעת שחלוץ פיקד על חיל האוויר, בוצע סיכול ממוקד מכלי טיס. בתקיפה נהרג צלח שחאדה, בכיר בזרוע הצבאית של חמאס, שהיה אחראי לפיגועים רבים ולהרג ישראלים. למרבה הצער, נהרגו בתקיפה גם 14 אזרחים פלשתינים, ביניהם ילדים, ונפצעו כ-150. באוגוסט 2003 ביטא חלוץ בריאיון ל"הארץ" את עמדותיו, והגיב לביקורת שנמתחה על הפעולה. כותרת הריאיון היתה: "יפי נפש, נמאסתם", ובמסגרתו אמר חלוץ לכתבת ורד לוי-ברזילי: "אם את בכל זאת מאוד רוצה לדעת מה אני מרגיש כשאני משחרר פצצה, אז אני אומר לך: אני מרגיש מכה קלה באווירון, כתוצאה משחרור הפצצה. כעבור שנייה זה עובר, וזה הכול. זה מה שאני מרגיש." אין ספק, דברים צורמים, אף אם נאמרו אחרי שמכוניות של טייסים רוססו בכתובות נאצה והם נועדו להעניק גיבוי לטייסים שביצעו את הפעולה ולא העלו על הדעת שאלה יהיו תוצאותיה.

במרס 2004 אישר שר הביטחון את מינויו של האלוף חלוץ לסגן הרמטכ"ל.

הפנייה לבג"ץ היתה בלתי-נמנעת, לאחר שלא פחות מ-30 איש עתרו כבר ב-2003 נגד היועץ המשפטי והפצ"ר, בדרישה שבג"ץ יורה לפתוח בחקירה פלילית בקשר לאותו סיכול ממוקד. העתירה נדחתה רק כעבור חמש שנים, בדצמבר 2008.²²³ אבל ב-2004, כשהעתירה בעניין החקירה הפלילית היתה עדיין תלויה ועומדת, הוגשה לבג"ץ, על ידי אותם עותרים, עתירה נוספת, הפעם בדרישה להשעות את חלוץ מתפקידו עד למתן החלטה בעתירתם הקודמת. הם צירפו הפעם נימוק נוסף: "עמדתו המוסרית" של חלוץ, כפי שהיא משתקפת מהריאיון ב"הארץ".²²⁴

הנימוק הזה הרשים כנראה את בית המשפט, שכתב: "הרהרנו באוזניו של בא-כוח המשיבים, אם לא ראוי היה כי בטרם יחליט בית משפט זה כיצד לנהוג בעתירה, שתונח בפניו תגובתו של סגן הרמטכ"ל... על הדברים שיוחסו לו בעיתונות וצוטטו בעתירה... אנו מצפים לקרוא באותה תגובה לא רק אישור או הכחשה של הדברים, אלא גם את עמדתו הערכית של המשיב לגבי האמירות."

התעניינות בהשקפת עולמם ובערכיהם של אזרחים, תושבים, מאמינים וכופרים איננה חדשה בעולמנו. הכנסייה הקתולית התעניינה מאוד בעמדות המאמינים, ובאמצעות הכלים שעמדו לרשותה דאגה לברר אם הם אינם כופרים חלילה בדוקטרינה הכנסייתית. המשטר הקומוניסטי הציב לעצמו משימות דומות והבין את גודל הסכנה הכרוכה באלה הכופרים בתורתו, סכנה שעלולה להחמיר מאוד אם יינתנו לכופרים כאלה עמדות מפתח או תפקידים ציבוריים.

בג"ץ רחוק כמובן מכל אלה כרחוק מזרח ממערב. הוא נושא את דגל הליברליזם, חופש הביטוי וחופש המחשבה. אולם ההיסטוריה מלמדת על קיומו של תהליך מעניין, שבמסגרתו מצטמצם הפער בין העמדות הקיצוניות למיניהן, ולפתע מתגלה דמיון מדהים בין תיאולוגיה דורסנית לקומוניזם דורסני, וכי אפילו ליברליזם קיצוני יכול לגלות סימני דורסנות מפחידים.

כל מי שמכיר את עקרונות ה-political correctness יודע כיצד מסוגלים אלה הרואים עצמם ליברלים מודרניים לרדוף את מי שחורג מהתקינות הפוליטית שהם מאמינים בה. ואכן, דורסנות והתנהגות ריאקציונית הנעשות תחת דגל הליברליזם אינן תופעה חריגה ובלתי-מוכרת.

הפעם נדחתה בסופו של דבר העתירה, לאחר שחלוץ התנצל והסביר את דבריו, והוא יכול להמשיך בתפקידו כסגן הרמטכ"ל ולהתמנות בהמשך לרמטכ"ל. ואולם, הרעיון התמוה, שלפיו התבטאות לא תקינה פוליטית עשויה למנוע את מינויו של אדם בשירות הציבורי – לא ננטש.

* בעקבות ההחלטה התמוהה פרסמתי ב"ידיעות אחרונות" רשימה ברוח זו, תחת הכותרת "משטרת מוסר".

יחסים אינטימיים נקשרו בין תא"ל ניר גלילי לבין חיילת בפיקודו, והחיילת התלוננה שהוא אנס אותה. גלילי הודה בקשר אינטימי בעל אופי מיני עם החיילת, בהסכמתה, אך כפר בקיום מגע מיני מלא. המשטרה הצבאית פתחה בחקירה, אשר בסופה הוחלט שלא להעמיד את גלילי לדין באשמת אונס – הן בשל הקושי להכריע בין הגרסאות והן מפאת העובדה שהחיילת סירבה להעיד בבית דין צבאי. תת-אלוף גלילי הועמד לדין משמעתי בשל התנהגות שאינה הולמת קצין ונידון לנזיפה. כמו כן המליץ הפצ"ר לעכב את קידומו בשנתיים, והרמטכ"ל אימץ את ההמלצה. כעבור יותר משנתיים החליטו הרמטכ"ל ושר הביטחון לקדם את גלילי בתפקיד ולהעלותו לדרגת אלוף. החיילת עתרה לבג"ץ.

פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן רווי נופך מוסרי, וכולל ביטויים כגון "חוסנו ועוצמתו של צה"ל שואבים משני מקורות: האחד, חוסנו המוסרי... והשני, חוסנו הצבאי". בהמשך היא כותבת שיש לחזק את אמון הציבור בצה"ל "כגוף בעל אמינות, הגינות, רמת מוסר גבוהה בכלל ובמסגרת יחסי מרות בין מפקד לפקודה בפרט". בית המשפט הכיר בכך שיש משמעות לזמן שחלף, ומאז ההרשעה בדין המשמעתי עברו כמעט שלוש שנים, אבל "פרק הזמן שחלף אין בו כדי לרפא את הפגם המוסרי שדבק במשיב בשל התנהגותו הבלתי הולמת".

השופט טירקל הוסיף אף הוא דברים על מוסר וערכים וכתב: "אם מבקשים אנו להיות מדינה למופת, חברה שהיא אור לגויים ועם סגולה, עלינו לזכור... כי: 'המוסר הוא בסיסו האידיאולוגי של החוק'". לכך צירף ציטטה מדברים כ"ג: "כי תצא מחנה על אויבך ונשמרת מכל דבר רע", וסיכם במילים: "והיה מחננו טהור". משהו על האווירה הכללית שבה התנהל המשפט ניתן ללמוד מדברי שטרסברג-כהן, המתייחסים להעסקת איש יחסי ציבור על ידי העותרת כדי לייצגה בתקשורת: "במסגרת המערכה התקשורתית דאג איש יחסי הציבור להדגיש כי המעשה העומד על הפרק הנו 'אונס', וזאת גם לאחר שהעותרת זנחה ראש זה של עתירתה והנושא ירד מעל הפרק. פעילותו של איש יחסי הציבור נועדה, לדבריו, לקדם את ענייניה של העותרת במסגרת 'משפט השדה של הציבור' שמתנהל במקביל להליך המשפטי. גישה זו ראויה בעיניי לכל גינוי."

לא נראה שהיתה משמעות מעשית כלשהי לגינוי הזה. בסופו של דבר ניתנה בבג"ץ ההחלטה המדהימה הבאה: אין להעלות את גלילי בדרגה, אך ניתן לקדמו לתפקיד שאליו חפצו הרמטכ"ל והשר למנותו.²²⁵

נושא אחד נשאר פתוח: בג"ץ הכיר בכך שיש חשיבות למשך הזמן שחלף מאז האירוע, ולפיכך יהיה ניתן לכאורה להעלות ביום מן הימים את גלילי לדרגת אלוף. אלא שאי-אפשר לדעת מפסק הדין אם יהיה זה כעבור שנתיים או שלוש

נוספות, או אולי רק בעוד חמש או עשר שנים. השאלה לא התעוררה למעשה, שכן זמן לא רב לאחר החלטת בג"ץ פרש גלילי מצה"ל.

הרושם הברור הוא שהחלטת בית המשפט לא היתה אלא ענישה נוספת שהטיל בג"ץ על גלילי בשל התנהגותו הבלתי-מוסרית. אולם בג"ץ איננו חופשי להפוך את עצמו למשטרת מוסר, וכיוון שאין הוא בית דין פלילי, ברור שלא הוסמך להטיל עונשים מהסוג שגזר כאן. הבסיס העיוני לביקורת בג"ץ במקרה הזה היה פיקוח על סבירות החלטתם של הרמטכ"ל ושר הביטחון. בסיס זה להחלטה, בעייתי כשלעצמו, נהפך לכלי להחמרת העונש שהוטל על גלילי.

גם ההחמרה הזו תמוהה למדי: בג"ץ החליט שגלילי יכול מבחינה מוסרית להמשיך בתפקידו הקודם בדרגת תת-אלוף, ואף להתקדם לתפקיד בכיר יותר. זה עדיין מותיר את מחננו בטהרתו. אבל הוא אינו יכול מבחינה מוסרית לזכות בדרגת אלוף. להחלטה התמוהה הזו מצטרפת התחושה של היעדר כללים, של שיקול דעת בלתי-מוגבל ששופטי בג"ץ נוטלים לעצמם, ושל השתלטות על מערך המינויים, ללא כל צורך.

המעורבות במינויי שרים לא נזנחה. תחום העיסוק הזה של בג"ץ הושק בעניינם של דרעי ופנחסי. ב-1996 הגיע לדיון עניינו של צחי הנגבי. מאז, לא פחות משלוש פעמים עלתה שאלת כהונתו כשר – פעם בתפקיד שר המשפטים, פעם אחרת בתפקיד השר לביטחון פנים ובשלישית כשר במשרד ראש הממשלה. לשר המשפטים התמנה הנגבי בממשלתו הראשונה של נתניהו. זמן לא רב לאחר המינוי, בתחילת 1997, התרחשה פרשת "בר-און-חברון", שהניבה שורה של חקירות וכמובן שרשרת של עתירות לבג"ץ, ביניהן כאלה הנוגעות להנגבי. עתירות אחדות דרשו להעמידו למשפט פלילי. עתירה אחרת דרשה להעבירו מתפקיד שר המשפטים. הטענה המרכזית נגדו היתה שהוא התייעץ עם נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, בעניין מינויו של עו"ד רוני בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, ושמע ממנו דעה שלילית. ואולם, בדיון בממשלה דיווח הנגבי רק שהביא את המינוי לידיעת ברק.

דברי הנגבי בממשלה אכן בעייתיים, שכן משתמע מהם שברק לא התייחס למינוי ולא הסתייג ממנו, ולכן סבר השופט גולדברג כי יש להוציא צו על תנאי. עמיתיו זמיר ואור גרסו, בדעת רוב, כי יש לדחות את העתירה כבר בשלב זה.²²⁶ ההסבר של תאודור אור משכנע. "נקל לשער את התוצאה מרחיקת הלכת שאליה היינו מגיעים," הוא כותב, "אם בכל מקרה של הצגת נושא באופן חלקי בלבד, שלא כראוי, על ידי שר בפני הממשלה, היינו מגיעים למסקנה שמחובתו של ראש הממשלה להעבירו מתפקידו."

שנים אחדות לאחר מכן, ב-2003, מונה הנגבי לשר לביטחון פנים בממשלת שרון. המינוי שוב גרר פנייה לבג"ץ, והפעם היא נידונה בפני שבעה שופטים, בראשות אור.²²⁷ שוב היתה זו שאלה פוליטית על הרכב הממשלה שהתגלגלה לבג"ץ. היה ניתן לצפות שבראש ההרכב ישב הנשיא ברק, אבל הדבר לא נעשה, אולי בגלל הקשר שהיה לברק עם הנגבי בשנים שבהן שימש שר המשפטים. מכל מקום, ארבע שנים לאחר שסיים את כהונתו במשרד המשפטים מצא את עצמו הנגבי פעם נוספת לפני בג"ץ.

בעתירה החדשה נמנו שלוש פרשיות הקשורות אליו. האחת, מעורבות בקטטה ב-1982, בהיותו סטודנט, שבגינה הוא הורשע ונידון למאסר על תנאי ולקנס. השנייה נוגעת לתלונה שהגישו הנגבי ואנשים נוספים למשטרה על מה שהתרחש, לטענתם, ב"איסתא". אנשים אחדים הועמדו אז לדין, ובהם עו"ד פנחס מעוז, שהיה יועץ משפטי של חברת התיירות הסטודנטאליית. מעוז זופה, ועדותו של הנגבי תוארה על ידי שופטת השלום אסתר קובו, כ"עדות שלא תמיד היתה האמת העובדתית נר לרגליה". היועץ המשפטי החליט שלא להעמיד את הנגבי לדין בשל העדות הזו, ועתירתו של עו"ד מעוז נגד ההחלטה נדחתה בבג"ץ "לאחר היסוסים רבים – על חודה של שעה ממש".²²⁸ הפרשה השלישית, התייחסה למינויו הקצרצר של בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, ולדרך שבה תיאר הנגבי את עמדתו של אהרן ברק.

שתי הפרשיות הראשונות התרחשו לפני מינויו של הנגבי לשר המשפטים, ולאחר הפרשה השלישית הוא המשיך בתפקידו. קשה להבין איך היה אפשר לחזור אל אותן פרשות בהתדיינות החדשה, והדברים אכן צוינו בפסק דינו של השופט ריבלין. אלא שבינתיים נחשפה פרשה נוספת: מסתבר שהנגבי, בהיותו חבר כנסת, פעל לחקיקת חוק המאבק בתאונות הדרכים. במקביל הוא יזם הקמת עמותה בשם "דרך צלחה", ואף כיהן כמנכ"ל שלה. העמותה גייסה כספים בסכום העולה על 350 אלף ש"ח, ואת רובו הגדול קיבל הנגבי מהעמותה – באופן ישיר ועקיף, בין כשכר ובין כהוצאות. התקיים על כך בירור בוועדת האתיקה של הכנסת, וזו החליטה שהנגבי העמיד את עצמו במצב של ניגוד עניינים וקיבל טובת הנאה. האפשרות של ניגוד עניינים נבעה מכך שאת התרומות קיבלה העמותה מחברות הדלק הגדולות, כאשר הנגבי כיהן בתפקיד יושב ראש ועדת הכלכלה בכנסת ובדיוניה היה לחברות אלה עניין. הוועדה הטילה עליו עונש של נזיפה ושליטת שכר למשך חודשיים.

הפרשה שימשה נושא גם לחקירת משטרה, שהמליצה להעמיד את הנגבי לדין בעבירות שוחד, מרמה, הפרת אמונים ועבירות נלוות, אבל היועץ המשפטי רובינשטיין, שנטה תחילה להעמיד את הנגבי לדין באשמות מרמה והפרת

אמונים, החליט לאחר שימוע להימנע מכך, והסתפק בפרסום דו"ח ציבורי. היועץ המשפטי גם מסר לראש הממשלה כי אין מניעה משפטית למינויו של הנגבי לשר לביטחון פנים, אך ציין כי "יש בו בעייתיות במישור הציבורי".

בסופו של דבר החליט בג"ץ בפסק דין ארוך, שלא לומר מייגע, הנמתח על יותר מ-120 עמודים, ברוב דעות של חמישה נגד חשין וביניש, להותיר את מינויו של הנגבי על כנו. מבין פסקי הדין של חברי ההרכב, ההגיוניים ביותר הם של שניים משופטי הרוב, טירקל ודורנר, קודם כול משום שהם קצרים (2-4 עמודים), ושנית מפני שהם מדגישים כי מינויי שרים הם מינויים פוליטיים שזכו באישור הכנסת.

הנגבי המשיך בתפקידו, אך ב-2004 נפתחה נגדו חקירה חדשה בעקבות דו"ח מבקר המדינה, אליעזר גולדברג, שכלל ביקורת על מינויים פוליטיים שביצע בהיותו שר לאיכות הסביבה. משנפתחה החקירה השעה את עצמו הנגבי מתפקיד השר לביטחון פנים, ומונה לשר במשרד ראש הממשלה.

ואז, ב-2006, הגיעה שאלת כהונתו כשר בפעם השלישית לבג"ץ. ההחלטה ניתנה בראשית חודש מרס, בשעה שהבחירות לכנסת נקבעו ל-28 באותו חודש. היה זה לאחר שראש הממשלה שרון איבד את הכרתו ושקע בתרדמת, ואת מקומו מילא אהוד אולמרט. בשלב זה כבר קיבל הנגבי מהיועץ המשפטי לממשלה, מני מזוז, הודעה על כוונתו להגיש נגדו כתב אישום בכמה אשמות, שכללו מרמה והפרת אמונים וכן עדות שקר, בכפוף לשימוע. העתירה להביא לסיום כהונתו נדחתה בבג"ץ גם הפעם, הן משום שהחלטת היועץ המשפטי עדיין אינה סופית וכפופה לשימוע, והן מפני שהבחירות עמדו בפתח. שאלת כהונתו כשר לאחר הבחירות נשארה פתוחה.²²⁹

הממשלה הבאה הורכבה על ידי אולמרט. אף שהנגבי נחשב לבכיר מאוד במפלגת השלטון החדשה, קדימה, הוא לא נכלל בממשלה הזו בגלל כתב האישום שהוגש נגדו. במקום זאת הוא מונה ליושב ראש ועדת חוץ וביטחון, תפקיד אותו מילא עד 2010, כאשר זוכה מאשמת מרמה והפרת אמונים אך הורשע בעדות שקר והתפטר מהכנסת.

בסיכומו של עניין ניתן לומר שבג"ץ רואה עצמו חופשי להתערב בכל מינוי בשירות הציבורי בעילה של חוסר סבירות, וחוסר הסבירות הזו עשוי להתבטא בכל עניין שרק ניתן להעלות על הדעת. זה יכול להיות דופי כלשהו בעברו של המועמד, התנהגות לא מוסרית, חוות דעת שלילית שניתנה עליו, דברים שנאמרו עליו (כפי שיפורט בהמשך), ואף דברים לא ראויים, שאינם תקינים פוליטיים, שאמר המועמד מתישהו למישהו.

התמונה המתקבלת היא קפריזית לחלוטין, כאשר בחלק מהמקרים עלול

המועמד להיפסל על ידי השופטים, ובמקרים אחרים, הנראים דומים, עשוי בג"ץ לאשר את המינוי. המועמד גם עשוי לזכות באישור לשמש בתפקידים מסוימים, אך לא באחרים, לענוד על הכתפיים דרגה זו אך לא אחרת. ההתפתחות הזו שיבשה את הליך המינויים בשירות הציבורי וגרמה נזק אדיר. אישים רבים בעלי יכולת מסרבים לא פעם להציג את מועמדותם, כיוון שאינם רוצים להיקלע לקלחת הכרוכה בכך, ומועמדים ראויים מסירים את מועמדותם כשיריב משכבר הימים או מתחרה על התפקיד שולף נגדם אירוע מהעבר או איזו התבטאות אומללה. שכן, גם אם האירועים האלה חסרי משמעות נפתחת בדיקה של היועץ המשפטי – ובג"ץ מרחף באופק.

במקביל התפתחה תופעה שלילית של חיטוט בעברם הקרוב והרחוק של מועמדים למשרה ציבורית, הכפשה והטלת דופי. התופעה של דיבור סרה במועמד אינה חדשה, וקיימת מן הסתם גם במדינות אחרות, אבל אצלנו גלש העניין לתחום המשפט, מה שמעניק לו תהודה ומשמעות גדולות פי כמה. וכשם שתופעה פגעה במועמדים רבים, ובתפקידים חשובים שלא אוישו באדם המתאים ביותר, היא פגעה קשות גם בתדמיתו של בית המשפט.

התערבות בג"ץ במינויים בממשלה עצמה הוגבלה בפועל, עד כה, למקרים שבהם הוגש כתב אישום באשמה חמורה. אבל בית המשפט החדש חזר על הרעיון שהוא אינו מוגבל רק למקרים כאלה, וייתכנו מצבים נוספים שבהם יתערב. בנסיבות אלה, לא פלא שנמשכו הפניות לבג"ץ לשם פסילת שרים. הדיונים בעתירות הללו העמיסו על בית המשפט נטל כבד, המשתקף במאמץ השיפוטי האדיר שהושקע בנושא ובפסקי הדין הארוכים שניתנו בהרכבים מורחבים – כאשר התוצאות בפועל דלות.

אתיקה על תנאי

נושא האתיקה לא זכה בהוראה בחוק בתי המשפט המקוריים. הדבר נעשה במתכוון, שכן ההנחה, שתאמה את עמדת השופטים, היתה שאת נושא האתיקה הם יכולים וצריכים להסדיר בעצמם. ואולם, לאחר מינויו לנשיא בית המשפט העליון ביקש מאיר שמגר לקבוע כללים בנושא, ומינה ועדה בראשות השופט בדימוס משה לנדוי (ולצדו השופטת המחוזית שולמית ולנשטיין ושופט השלום עוזי סיוון). הוועדה קבעה כי יש אכן מקום לגבש כללי אתיקה, שאותם יכולה המערכת השיפוטית לנסח. השופט בדימוס חיים כהן הגיב על מסקנות הוועדה, וטען כי יש צורך בכללים שייקבעו בחיקוק. הוא הפנה את תשומת לבו של שמגר לכך שקביעת תקנות נמצאת בסמכותו של שר המשפטים, אשר יכול כמובן לפעול לפי המלצת נשיא בית המשפט העליון ולהתקין תקנות מתאימות.²³⁰ שמגר בחר להתעלם מעמדתו של כהן, החליט לפעול ברוח עמדתה של ועדת לנדוי, ופרסם בעצמו ב-1993 כללי אתיקה שיפוטית.

למעשה פעל שמגר באותה רוח שבה נהג בהיותו יועץ משפטי לממשלה: לפרסם הנחיות שסיגלו לעצמן בהמשך הדרך אופי דומה לחקיקה, אף שאין לכך שום בסיס בחוק. אך הפעם הסתיים המהלך בכישלון. הנחיות היועץ המשפטי מופנות גם כלפי אנשים מחוץ למערכת המשפט, ואלה חרדים משוט התביעה הפלילית הנתון בידיו. נשיא בית המשפט העליון מפרסם את הנחיותיו כלפי חבריו השופטים, ואף שיש לו כוח לא מבוטל במערכת, בעיקר כלפי שופטים בערכאות נמוכות יותר, כוחו כלפי עמיתיו מוגבל, קל וחומר לאחר שסיים את תפקידו.

התפתחות דרמטית בנושא האתיקה התחוללה בהקשר לפסילת שופטים. שמגר החליט לכלול את הנושא בין הכללים שחיבר, ואז הגיע לעליון הערעור הפלילי של אלי הורביץ (יחד עם שני אנשים נוספים וכן חברת "פרומדיקו") נגד הרשעתם בעבירות מס הכנסה בידי השופטת אילה פרוקצ'יה בבית המשפט

המחוזי. הדיון התברר בפני הרכב בראשותו של תאודור אור, שהיה בעל נטייה מקלה (כפי שהשתקף גם בפסק דינו בפרשת כרטיסי האשראי של שמחה דיניץ).²³¹ הוא נפתח ב-30 בינואר 2000 והסתיים ב-3 בפברואר, כשבית המשפט הודיע שהוא דוחה את המשך הדיון. ימים ספורים לאחר מכן שלח העיתונאי יואב יצחק מכתב לשופט אור ולשר המשפטים, בבקשה לפסול את אור מלדון בערעור. הוא נימק זאת בכך שלצוות המייצג את הורביץ צורף לקראת הערעור עו"ד פנחס רובין, שהוא ידיד קרוב של אור. לשר המשפטים אין כל סמכות בעניין, ואור ביקש את תגובת הצדדים. שניהם הודיעו כי אינם מבקשים את פסילתו, ובכך צריך היה העניין להסתיים – אך אור התייחס לטענה לגופה באומרו: "הכלל הנוהג בפרקטיקה מאז ומתמיד הוא שהיכרות או יחסי חברות בין שופט לבין פרקליט, להבדיל מיחסי קרבה משפחתית ביניהם, אינם פוסלים שופט מלדון בעניין שבו מופיע אותו פרקליט. פרקטיקה זו מקובלת לא רק בתרבות המשפטית שלנו, אלא גם בתרבות המשפטית האנגלית, האמריקנית, הקנדית וכן בתרבות של שיטות משפט אחרות... אין דומה מקרה שבו חברו של שופט הנו צד לדיון או עד מרכזי למקרה שבו חברו של שופט הנו פרקליט המופיע בפניו... במקרה האחרון, עורך הדין אינו צד לדיון, מהימנותו אינה עומדת למבחן, וברור לכל שהוא אך מעניק את... שירותיו המקצועיים לאחר."²³²

אלא שכאן התעוררה שאלת דינם של כללי האתיקה של שמגר (שבינתיים פרש), אשר הורו על פסילת שופט גם מחמת קשר חברתי לפרקליט המופיע בתיק. אור קבע כי הכללים הללו לא קיבלו מעמד מחייב, ולכן לא זו בלבד שאין הוא חייב לפסול את עצמו, אלא שהוא אינו רשאי לעשות כן, כיוון שנקבע לא אחת כי שופט אינו רשאי לפסול עצמו, אלא אם כן יש לכך עילה חוקית.

יצחק לא נואש, ועתר לבג"ץ נגד הנשיא ברק, השופט אור ושר המשפטים. הדיון התקיים בפני הרכב בראשות אליהו מצא, שהבהיר כי לעותר, שלא היה צד למשפט, אין בכלל זכות עמידה וכי הבקשה הוגשה באיחור. לפיכך, קבע, אין צורך לדון בבקשת הפסלות לגופה. ובכל זאת, בדיון המיותר הזה עסק מצא בתוקפם של כללי האתיקה של שמגר, קבע שיש להם "משקל מוסרי רב", אך נמנע מלהכריע בדבר תוקפם מבחינה משפטית. לעיצומו של עניין קיבל בית המשפט את העמדה שלפיה יש להבחין בין קשר של השופט לאחר המתדיינים (או אף לעד מרכזי בפרשה) לבין קשר לעורך דינו. "יחסי ידידות וחברות בין שופטים לבין פרקליטים, שלרוב נובעים מרקע אישי משותף או ממעורבות בפעילות מקצועית משותפת בעבר, הם נפוצים ומקובלים בקהיליית המשפטנים." המסקנה היתה ש"בשונה מקרבה משפחתית או חברתית למי מבעלי הדין, יחסי חברותו של השופט עם פרקליט המופיע לפניו אינם יוצרים פסלות 'אינהרנטית'." העניין נתון לשיקול דעתו של השופט, שיחליט אם יש

מקום לכך שיפסול את עצמו.²³³ בהמשכה של אותה שנה זיכו אור, טירקל ואנגלרד את הורביץ ויתר הנאשמים שהורשעו במחוזי.²³⁴

הדברים שנאמרו על ידי תאודור אור בעניין יחסי שופט-פרקליט תאמו את המצב שהיה קיים בשנות ה-60, אך הזמנים השתנו. הצדקנות והטהרנות הנודפת מהפסיקה ומרדיפת אנשי ציבור מופנית מטבע הדברים גם נגד השופטים, והסטנדרטים שהם פיתחו לגבי הזולת – מופנים כלפיהם.

ואכן, התגובה הציבורית בהחלט לא היתה אוהדת, והכנסת הגיבה – תחילה ב"חוק נושאי משרה ציבורית (מניעה מלשבת בדין)", שהתקבל ב-2004. נקבעו בו הוראות מפורטות בדבר פסלות שופט, והן קבועות כיום בחוק בתי המשפט. בין השאר נאמר כי "שופט לא ישב בדין אם מצא... כי קיימות נסיבות שיש בהן כדי ליצור חשש ממשי למשוא פנים בניהול המשפט". עוד נקבע כי שופט לא ישב בדין אם בא-כוחו של צד להליך הוא "בן משפחה של השופט או שקיימת ביניהם קרבה ממשית אחרת". משמעות הדבר היא שגם חברות קרובה עם עורך הדין עשויה לפסול את השופט. הכנסת המחישה בזה כי איבדה את אמונה בכך שהשופטים יתמודדו עם הנושא בעצמם, והחליטה להשית עליהם את הכללים.

והיא המשיכה לחוקק. ביולי 2006, זמן קצר לאחר תחילת כהונתו של חיים רמון כשר המשפטים בממשלת אולמרט, התקבל "חוק בתי המשפט (תיקון מס' 43)". מקורו של התיקון בהצעת חוק פרטית של פרופ' מנחם בן-ששון, שהיה אז יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, ונוספו באמצעותו הוראות המסמיכות את נשיא בית המשפט העליון "בהסכמת חבר שופטי בית המשפט העליון ולאחר התייעצות עם שר המשפטים לקבוע כללי אתיקה לשופטים". כלומר, החוק העניק לנשיא בית המשפט העליון סמכות לפרסם כללי אתיקה – סמכות שלפי קביעת בית המשפט לא היתה לנשיא שמגר.

התיקון התקבל כחודשיים לפני פרישתו של ברק, והוא לא הפעיל את הסמכות שהוענקה לו. גם כשהגיע הנושא לנשיאה ביניש היא גילתה היסוס ניכר. התיקון צירף אל הסמכות להתקין כללי אתיקה גם הוראה שלפיה הפרת הכללים מצטרפת לעילות שבגינן יכול שר המשפטים להגיש נגד שופט קובלנה לבית הדין המשמעתי, וניתן להבין את הקושי בפרסום כללים ההופכים בסיס להעמדה לדין של שופטים, אף שברור שלא כל הפרה פעוטה מצדיקה הליך משמעתי נגד שופט.*

* זו היתה גם עמדתו לאחר שמונית בשעה שכיהנתי בתפקיד לשר המשפטים. הבהרתי לכיניש את גישתי המתונה, בנושא זה, שלפיה יש להימנע מהסנקציה החריפה של העמדה לדין במקרים פעוטים – דברים שיפים בעיני לא רק לגבי שופטים אלא לגבי כל אדם. הבהרתי גם שאתמוך בכך שהדבר יבוא לביטוי בכללי האתיקה עצמם. עמדת שר המשפטים איננה מחייבת את נשיאת בית המשפט העליון בעניין זה, אך בכל זאת מצויה בכללים הוראה שלפיה התנהגות שופט בניגוד לכללים תוכל

לפי לשון החוק אמנם לא חייב נשיא בית המשפט העליון לקבוע את כללי האתיקה, הוא "רשאי" לעשות זאת, אולם במצב שנוצר לא היה ניתן להימנע מכך. כך חוקקו בסופו של דבר, ביוני 2007, כללי האתיקה לשופטים, שנוסחו על ידי ועדה בראשות מישאל חשין.

בסך הכול, גל החקיקה, שכמותו לא היה בעבר, הצביע על חוסר אמון של הכנסת בהתנהגות השופטים, לרבות שופטי העליון, ובכללי האתיקה המנחים אותם. ניסיונותיהם של ברק ושל שופטים אחרים למנוע את החקיקה נחלו כישלון, אף כי בעניינים אחרים הם הצליחו לרכך את מה שנראה להם כרוע הגזירה. ברק נכשל גם במאמציו לשנות את מבנה בתי המשפט, להרחיב את הסמכויות של נשיא בית המשפט העליון בנוגע למינוי שופטים לבתי המשפט המינהליים, ולקבל מהכנסת גושפנקה לביטול חקיקה בנוסח שאימצה ועדת נאמן. מצד שני, הוא השכיל למנוע כמעט לחלוטין חקיקה שתגביל או תרסן את סמכויות היתר שנטל בית המשפט לעצמו ואת נטייתו האקטיביסטית. הצעות שהוא התנגד להן בתוקף, ובעיקר הקמתו של בית משפט לחוקה, לא מומשו. ברק התבטא כלפי הרעיון הזה בלשון "את הג'וק הזה צריך להרוג כשהוא קטן", ביטוי שנהפך לחלק מהפולקלור המשפטי.

הפעילות התקשורתית של נשיאי העליון ברק וביניש הגיעה לממדים שמעולם לא היו דוגמתם בעבר, והצטרפו אליה לא פעם שופטים בדימוס. דוגמאות רבות לכך כבר הובאו כאן, והן כוללות בין השאר את מסע הרצאותיו של ברק בזכות המהפכה החוקתית, והתבטאויותיו נגד הקמת בית משפט לחוקה ונגד מינויה של רות גביון לעליון.

בשנה שלאחר מינויו של ברק לנשיא חל בתחום הזה גם שינוי מבני. במשרד המשפטים יש מחלקת דוברות, העוסקת במתן מידע לתקשורת. לאורך כל השנים מסרה אותה דוברות גם מידע הנוגע לבתי המשפט, ולא התעורר כל קושי. אבל סמוך לאחר מינויו של ברק לנשיאות פרצה מחלוקת בינו לבין השר ליבאי בעניין הענישה בעבירות מין. המכתב הפתוח של ברק בנושא הועבר לתקשורת, והתעוררה דילמה: האם סביר שדובר משרד המשפטים יבטא את העמדות המנוגדות של השר מזה ושל נשיא בית המשפט העליון מזה? ליבאי ניאות לבצע הפרדה, וכך קמה ב-1996 דוברות בתי המשפט.

הראשון שמונה לתפקיד דובר בתי המשפט היה משה גורלי, שהיה קודם לכן עיתונאי ב"מעריב". בעיניו היה זה תפקיד ממלכתי, הכפוף למגבלות הנובעות

לשמש בסיס לקובלנה רק אם היא "עולה כדי התנהגות של שופט שלא כהלכה במילוי תפקידו או כדי התנהגות שאינה הולמת את מעמדו של שופט בישראל". אינני יודע עד כמה יחייבו הדברים שרי משפטים בעתיד, אבל ברור לי שראוי לנהוג לפיהם.

מאופיים המיוחד של בתי המשפט ומחייב יחס מאוזן לכל הכתבים והפצת מידע על בסיס שוויוני. אבל כבר בתקופתו ניכרו אינטרסים מנוגדים בתוך המערכת (למשל, בין שופט המבקש הגנה, לאחר שנמתחה עליו ביקורת בתקשורת, לבין עמדת נשיא בית המשפט שבו הוא מכהן או עמדתו של נשיא בית המשפט העליון). לאחר פרישתו של גורלי הגישה הדוברות יותר ויותר סיוע לעמדות של העליון ונשיאו – עמדות שביטאו לא פעם גישה בעלת אופי פוליטי, בעניין הגברת כוחו של העליון ונשיאו או במאבקים שהוא מנהל. הדבר גרם לחיזוק התחושה בקרב הערכאות האחרות, שהדוברות אינה מייצגת אותם אלא את בית המשפט העליון והנהגתו. המגמה התגברה בתקופת ביניש, כשהדוברות סיפקה הסברים הנוגעים, למשל, לריאיון שבו מתחה הנשיאה ביקורת על שר המשפטים.^{*}

במקביל התפתחה בקרב אנשי תקשורת תחושה שיחסה של הדוברות אליהם מביא בחשבון את עמדותיהם כלפי המערכת. ענת פלג, שהיתה כתבת "קול ישראל", מספרת בספרה דלתיים פתוחות שהכתבים הפעילים בתחום המשפט "קבלו כי דוברות בתי המשפט מנהלת 'פנקסנות' ומנסה להעניש כתבים ביקורתיים",²³⁵ וכי מידע בעל ערך תקשורתי נמסר לעיתונאים שתמכו בבית המשפט.

לא מיותר להזכיר שוב את עקרון היסוד, שלפיו מעמדו של בית המשפט, אמון הציבור בו ויכולתו למלא את תפקידו מותנים בראש ובראשונה בנייטרליות שלו, ובכך שהציבור מאמין בה. הגלישה למאבקים פוליטיים והמעורבות התקשורתית פגעו במה שאמור להיות אתוס מרכזי בתפקוד בתי המשפט.

* אני הייתי אז שר המשפטים. הריאיון התפרסם ב"גלובס", ביום 16.8.2007, וכיניש טענה בו כי אני "פשוט לא נותן להזיז דברים". הנושא יוזכר בהרחבה בהמשך.

נפלאות הפרשנות

חוקי היסוד "כבוד האדם וחירותו" ו"חופש העיסוק" היו פרי פשרה עם הדתיים. הציבור והתקשורת לא סברו שהתחולל אירוע היסטורי יוצא דופן, אך ברק הכריז על "מהפכה", ומיד לאחר שהחליף את שמגר במשרת הנשיא התאפשר לבית המשפט לממשה הלכה למעשה.

כבר ב-9 בנובמבר 1995, כחודשיים בלבד לאחר מינויו, ניתן פסק הדין בעתירה שהוגשה שנתיים קודם לכן – "בנק המזרחי המאוחד בע"מ נגד מגדל כפר שיתופי".²³⁶ היה זה ערעור אזרחי על פסק דין של בית המשפט המחוזי, שהתייחס לחוק ההסדרים במגזר החקלאי המשפחתי ("חוק גל"). החוק נועד להתמודד עם המשבר הכלכלי הקשה שפקד את המגזר החקלאי באמצעות הסדרי חובות, פריסתם ואף מחיקתם. היתה בכך כמובן פגיעה בזכותם של הנושים לגבות את כספם – זכות שנחשבת ל"קניין" – בעוד ש"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" קובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם". סעיף 8 לחוק היסוד, המכונה "סעיף ההגבלה", קובע כי אין פוגעים בזכויות לפי חוק זה "אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש". טענת הנושים היתה שחוק גל בטל כיוון שהוא פוגע בקניינם.

הרכב של 11 שופטים, שנמנו עמם לא רק הנשיא החדש ברק אלא גם קודמו שמגר (לפי החוק היה בידו להשלים, עד שלושה חודשים לאחר פרישתו, כתיבתם של פסקי דין בתיקים שהוא דן בהם), קבע ברוב דעות כי מכוח סעיף ההגבלה של אותו סעיף 8 מוסמך העליון לבטל חוקים שהתקבלו בכנסת לאחר חוק היסוד, אם הם אינם עומדים בדרישות החוק. אבל בשאלות רבות התגלעו מחלוקות בין השופטים. למשל, האם נדרש רוב מיוחד לחקיקת חוק יסוד (כאשר התשובה לכך שלילית, מה גם ש"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" עצמו התקבל ברוב של פחות מ-61). שאלה אחרת נגעה לגבולות כוחה של הכנסת לכבול את עצמה לעתיד (למשל: היש בכוחה לחוקק חוק יסוד, שבו ייאמר כי רק החלטה פה אחד של כל חברי הכנסת תוכל לשנותו?). קושי נוסף היה נעוץ בכך שאין בחוק היסוד "הוראת שריון" מיוחדת, הקובעת כי "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי

הכנסת". העליון פסק בעבר כי אם לא קיימת הוראה כזו, גובר כל חוק רגיל על הוראות חוק יסוד. ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" לא נקבע שריון, ולפיכך – האם לא נובע מכך ש"חוק גל" גובר עליו?

למרות כל הקשיים קבעו השופטים כי מ"סעיף ההגבלה" עולה הכוונה, שחקיקה שבאה לאחר "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ואינה עולה בקנה אחד עמו היא חסרת תוקף, ובית המשפט מוסמך לבטלה. ובכל זאת, "חוק גל" לא בוטל. בית המשפט קבע שהוא נחקק לתכלית ראויה (שיקום המגזר החקלאי), והוא פוגע בזכות הקניין במידה שאינה עולה על הנדרש.

פסק הדין משתרע על קרוב ל-340 עמודים. רובם המכריע של השופטים הסכים לכך שחקיקה של הכנסת עשויה להתבטל אם היא מנוגדת לחוק היסוד "כבוד האדם וחירותו", אך כיוון ש"חוק גל" כן אושר בסופו דבר, ניתן לגרוס שהמסקנה הזו וכל המחלוקות שנידונו בפסק הדין הארוך לא היו אלא אמרות אגב בלתי-מחייבות. השופט בדימוס חיים כהן אף כתב על פסק הדין כי זהו ה"אוביטר" הארוך ביותר שנכתב אצלנו.²³⁷ ואף על פי כן חשוב לשים לב: שיטת ה"אוביטר", שבית המשפט אימץ לא אחת לשם הרחבת סמכותו, פעלה גם פה. מכאן ואילך ראו השופטים את פסק הדין כקובע הלכה, שלפיה יש ביכולתם להכריז על בטלות חוקי הכנסת, אם, לדעתם, הם אינם עומדים בדרישות "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" או "חוק יסוד: חופש העיסוק".

לכל זה השתרבב אפילו מעולם האבסורד. מה"אוביטר" של בנק המזרחי משתמע שאין תוקף לחקיקה הסותרת את "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" או את "חוק יסוד: חופש העיסוק". ומה קורה כאשר מתקיים בערכאה נמוכה יותר דיון לפי חוק שנטען כי הוא נוגד את אחד מחוקי היסוד? כך אכן קרה, למשל, כאשר הוגש לבית משפט שלום כתב אישום בעבירה לפי הוראה מסוימת בפקודת מס הכנסה, שעסקה בשימוש בתואר "יועץ מס". סניגורו של הנאשם פנה לבג"ץ, וטען כי הוראת החוק פוגעת בחופש העיסוק בצורה לא מידתית, ולפיכך היא מנוגדת ל"חוק יסוד: חופש העיסוק".²³⁸ בג"ץ בחר שלא לטפל בנושא, והציע לעותר להעלות את טענותיו לפני בית משפט השלום. הסניגור עשה זאת, והשופט דוד רוזן קיבל את הטענה ופסק בתיק "מדינת ישראל נגד הנדלמן"²³⁹ שהוראת החוק בטלה.

שופט השלום נהג כמובן כפי שהורה בג"ץ, ובמובן הזה לא היה כל דופי בהחלטתו, אבל זה לא מנע את קול הזעקה שפרץ, כאשר חברי הכנסת, שלא השלימו עם הסמכות לבטל חוקים שבית המשפט העליון האציל על עצמו, נוכחו שהמצב חמור מנקודת ראותם אף יותר, וחקיקה עשויה להתבטל על ידי כל שופט, בכל ערכאה.

"הפיכה המסכנת את אושיות הדמוקרטיה", קרא יושב ראש הכנסת רובי ריבלין למה שאהרן ברק מכנה "המהפכה החוקתית" בדיון שהתקיים במכון הישראלי לדמוקרטיה, ותשובתו של ברק היתה ששופט השלום לא ביטל את החוק, משום שפסק דינו איננו בגדר הלכה מחייבת. אלא שזו תשובה טכנית. ברור שכל עוד שופטי שלום שוללים תוקפה של הוראת חוק – לא יהיה ניתן לבצעה, ולא סביר שהמדינה תשוב ותסתמך על אותו חוק, בתקווה ששופט אחר יכיר בתוקפו.

על פסק דינו של השופט רוזן הוגש ערעור למחוזי. לא הועלתה בו השאלה של בטלות הוראת החוק, ולמרות זאת ראתה השופטת יהודית שיצר צורך להתייחס לנושא, וכתבה: "אני מוצאת לנכון להעיר... כי טוב היה עושה בית משפט קמא אילו נקט מידה רבה יותר של איפוק שיפוטי בעניין בטלות." במקום לבטל בפועל את החוק היה ניתן "למצוא פתרון לסוגיה של הפגיעה לכאורה בחופש העיסוק באמצעות פרשנות הולמת של הסעיף עצמו".²⁴⁰ הדברים מבטאים את החשש של השופטים שאינם שופטי העליון מפני עיסוק בחומר נפץ פוליטי שעשוי להאפיל על כל תיק. ואכן, שופטי השלום והמחוזי נמנעים מדיון בשאלת תוקפם של חוקים, אף שלפי פסק דינו של העליון בעניין בנק המזרחי מוטל עליהם לעשות כן, בכל מקרה שהשאלה עולה לפנייהם.

בעקבות פסק דין "בנק המזרחי" באו מספר לא מבוטל של מקרים שבהם פסל העליון הוראות חוק. במקרה אחד נפסלה הוראת מעבר שעסקה ברישוי בתחום שוק ההון, בלי להתחשב במידה מספקת בוותק של העוסקים.²⁴¹ במקרה אחר נפסלה הוראה שהתירה לעצור חייל ל-96 שעות,²⁴² ונפסל גם חוק שהכשיר את פעילותן של תחנות רדיו ששידרו בניגוד לחוק.²⁴³ בית המשפט ביטל גם את החוק שאפשר הקמת בתי סוהר פרטיים;²⁴⁴ פסל חוק שהתיר לדון בהארכת מעצר של עצור החשוד בעבירות ביטחון שלא בנוכחותו;²⁴⁵ ביטל הוראת חוק ששללה זכאות לגמלת הבטחת הכנסה למי שיש בבעלותו או בשימוש רכב;²⁴⁶ וביטל חקיקה שהעניקה הטבות מס ליישובים מסוימים.²⁴⁷ במקרים אלה מדובר היה בחקיקה שלא היתה לה משמעות פוליטית כבדה (למעט, במידה מסוימת, בעניין בתי הסוהר הפרטיים, שהקמתם משקפת מדיניות הפרטה), אבל העליון לא נמנע מלעסוק גם בחקיקה בעלת משמעות פוליטית מובהקת, ופסל אפילו הוראת חוק שעסקה בתביעות נזיקין של פלשתינים נגד מדינת ישראל, בשל נזקים שנגרמו להם בפעולות צה"ל נגד הטרור במהלך האינתיפאדה השנייה,²⁴⁸ והורה שלא לחדש את "חוק טל" בעניין גיוס החרדים.²⁴⁹

גם החקיקה שעסקה בפינוי רצועת עזה שימשה נושא להתערבות בג"ץ. לכאורה, מדובר בנושא פוליטי טהור, הנמצא בתחומן של הממשלה והכנסת. אילו הוגשה עתירה בנושא בתקופתו של בית המשפט הקלאסי, היא היתה נדחית בנימוק

שהנושא איננו שפיט. אולם כעת, במקום פסק דין ובו שורות ספורות המציינות כי הנושא איננו בתחומו של בג"ץ, זכינו בדיון בהרכב של 11 שופטים ולפסק דין המתפרש על יותר מ-300 עמודים.²⁵⁰

בית המשפט פותח בסגנון דרמטי ובלא מעט פאתוס: "ימים קשים הם אלה. העם מפולג. חשש של אלימות מרחף. ניתוק קשה ומכאיב של אלפי מתיישבים ישראלים מחבלי ארץ שבהם חיו שנים רבות עומד להתרחש." קורא שורות אלה, אם אינו יודע מה מקורן, היה משער מן הסתם כי אלה דברים שנישאו בכנסת או בכנס פוליטי. והנה, בתום מאות העמודים מתברר לנו שבית המשפט אישר ברוב של עשרה נגד אחד את החוק שהסדיר את ההתנתקות, אך הורה להגדיל את הפיצויים שיקבלו חלק מהמפונים. כל זה, כאשר הוא חוזר ומצהיר שפסק הדין הפוליטי למהדרין אינו פוליטי, וכי "ענייננו המחלוקת המשפטית". קיימת שם גם דעת מיעוט של השופט אדמונד לוי, ובה אנחנו קוראים ש"מפעל ההתיישבות בגוש קטיף ובצפון השומרון החל לפני יותר מ-30 שנים, כאשר אנשי חזון וחלוצים נענו לאתגר שהציבו בפניהם קברניטיה של המדינה ויצאו ליישב חבלי ארץ שברובם היו עד אז שוממים. הם בנו בתים, עיבדו את האדמה והפכו לגן פורח, הקימו מפעלים ששימשו לא רק לפרנסתם אלא גם כמקום תעסוקה לרבים משכניהם הערבים. ולא רק את מקומם שלהם קבעו המתיישבים שם, אלא גם את מרכז חייהם של ילדים ונכדים שנולדו להם במשך השנים – ילדים ונכדים שמאז באו לאוויר העולם לא הכירו מציאות אחרת, לא הכירו בית אחר".

המעין בדברים אלה, ובקטעים רבים נוספים בדעת המיעוט, לרבות על אודות זכותה של מדינת ישראל "לתבוע ריבונות על שטחיה של ארץ ישראל שממערב לירדן, וממילא גם על השטחים המיועדים לפינוי", יתקשה להבדיל בין לבין נאומים הנישאים במרכזי מפלגות הדוגלות בעמדה זו. אך לוי, בדומה לשופטי הרוב, מנסה לשכנע שפסק דינו הוא חיבור משפטי צרוף, באומרו: "אכן, שופטים אנו ולא פוליטיקאים, ותפקידנו אינו להחליף את הרשות המחוקקת ולא את הרשות המבצעת." כמו פסק דינם של שופטי הרוב גם הוא רווי אסמכתאות משפטיות, פסקי דין וסעיפי חוק, אבל כל הֶרְעָלוֹת הללו אינן מצליחות להסתיר את הפנים האמיתיות: מדובר בנושא שהיסוד הדומיננטי בו הוא פוליטי.

ככלל, פסק הדין בעניין פינוי רצועת עזה ממחיש ראשית כיצד טשטש הרעיון ש"הכול שפיט" את הגבולות והפיל את החומות בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת והרשות המחוקקת, וכיצד פלש בית המשפט לתחומן של הרשויות האחרות. ושנית: כשהוא גולש לתחום הפוליטי, יש משמעות עצומה למחנה הפוליטי שאליו משתייכים שופטי העליון. כשבית המשפט פסק שלא מתפקידו לעסוק בשאלה של קשירת יחסים דיפלומטיים עם גרמניה, לא ידענו אם השופט

זוסמן בעד או נגד מהלך מדיני כזה, וגם לא היתה חשיבות להשקפתו הפוליטית. המצב שונה לחלוטין כשבית המשפט בוחר לעסוק בסוגיות שמצויות על סדר היום הפוליטי ואשר החברה חלוקה בהן – גם אם הוא מנסה לעטות עליהן כסות משפטית.

העתירה נגד פינוי רצועת עזה נדחתה, כאמור, ואולי היה מי שציפה שהפיצויים המוגדלים לחלק מהמפונים יוכיחו למתנחלים שבית המשפט "מאוזן" או "אובייקטיבי". מטבע הדברים שלא כך אירע. בחוגי הימין עדיין משוכנעים שהעליון נוטה שמאלה, ואלמלא כן היו שופטיו פוסקים כפי שפסק אדמונד לוי, פעיל תנועת החרות לשעבר.

פסק דין בעתירה נוספת לביטול חקיקה של הכנסת ניתן בשלהי כהונתו של ברק, הפעם בסוגיה קיומית: "חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)", שעיקרו שלילת הזכות לתושבות ולאזרחות מתושבי השטחים שנישאו לישראלים. מדובר ברוב בנישואים של ערביי ישראל עם בן או בת זוג פלשתיני. לחוק נקבעו חריגים אחדים, המאפשרים, למשל, לשר הפנים להעניק אישור שהייה בישראל לתושב השטחים אם גילו מעל 35, ולתושבת השטחים אם גילה עולה על 25. החוק נקבע כהוראה זמנית (והוארך מפעם לפעם) בעקבות האינתיפאדה השנייה, שבמהלכה הסתבר כי פלשתינים שהגיעו לישראל סייעו בהוצאתם לפועל של פיגועים שבהם נהרגו 50 ישראלים ונפצעו יותר ממאה. פסק הדין, שניתן במאי 2006, הוכרע ברוב של שישה נגד חמישה, כשברק נותר במיעוט.²⁵¹

בית המשפט התמודד תחילה עם השאלה, האם מדובר בכלל בזכויות "חוקתיות". טענת העותרים היתה שנפגעה זכותם לחיי משפחה ונפגעה גם זכות השוויון: במקרה של נישואים עם בן זוג שלא מהשטחים (למשל, בעל מאירופה או אישה מאמריקה), אין לבני הזוג קושי לחיות בישראל, וברור שהחוק החדש מפלה לרעה בני זוג מיהודה ושומרון או מעזה. אלא שהזכות לחיי משפחה וכן זכות השוויון אינן נזכרות כלל ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" – וההשמטה אינה מקרית. היא נעשתה במתכוון, שכן הסיעות הדתיות, שרק בהסכמתן עבר החוק, לא היו מוכנות לקבוע הוראה שעלולה לכרסם בדיני הנישואים והגירושים, המושתתים על הדין הדתי ולא מוכר בו כמובן עקרון השוויון. גם הזכות לנישואים של בני זוג שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת, או משתייכים לעדות שונות (למשל, יהודי עם מי שאינה יהודייה לפי ההלכה) אינה מופרת בישראל (באורח פרדוקסלי, דווקא עתירתם של המפונים מרצועת עזה, שנדחתה, היתה מושתתת על זכות הקניין, אשר זכתה בהגנה מפורשת בחוק היסוד).

כל זה לא מנע מברק להכריז ש"כבוד האדם", המוגן בחוק היסוד, כולל הן את זכות השוויון והן את הזכות לחיי משפחה. הוא הכיר בסיכון הביטחוני הטמון בהגירת בני זוג מהשטחים לישראל, אבל קבע כי אין מקום להטיל איסור גורף על כל בני זוג כאלה, אלא לבחון כל מקרה באופן פרטני, להעריך מה מידת הסיכון של שהייתו בישראל, ולהחליט בהתאם לכך אם להתיר לו להצטרף אל בן זוגו בישראל. לעומתו סבר חשין, כי הזכות לחיי משפחה איננה זכות חוקתית, ופירט את מה שקרה באינתיפאדה, כש"אלפי פיגועי טרור שמקורם באזור הכו ללא הבחן וללא רחם בילדים, בקשישים, בנשים ובגברים – רובם המכריע אזרחים תמימים שעסקו בשגרת יומם – וגרמו למותם של יותר מאלף ישראלים ולפציעתם של אלפים אחרים. רכוש רב ניזוק ונהרס. כלכלת המדינה נפגעה באורח קשה. חיי היום-יום במדינה שובשו. אזרחים רבים החלו חוששים ממעשי שגרה דוגמת נסיעה באוטובוס, ביקור בקניון, סעודה במסעדה. בעיני העולם נצטיירה ישראל כמדינה נגועת טרור שיש להימנע מלבקר בה". לכן, החוק מוצדק לדעתו גם מההיבט הביטחוני.

ברק עשה ככל יכולתו כדי לזכות ברוב, אך הדבר לא עלה בידו. העתירה נדחתה ברוב של שישה נגד חמישה. פסק הדין ניתן אחרי שחשין כבר פרש, ובתום אותה שנה כבר לא היה גם ברק בבית המשפט. כך או כך, נראה ששני השופטים היו מעורבים בנושא לא רק אינטלקטואלית אלא גם אמוציונלית. ב-16 במאי 2006, ימים ספורים לאחר הכרעת הדין, פרסם יובל יועז ב"הארץ" כי ברק כתב לעמית באוניברסיטת ייל שהוא הפסיד באופן טכני, אך מבחינה מהותית יש בבית המשפט רוב לעמדותיו, וכי "השופט ברק מעריך: אם הכנסת תאריך את התיקון לחוק האזרחות בצורתו הנוכחית – הוא יפסל בבג"ץ". הדברים התבססו על כך שאדמונד לוי, אחד השופטים שהכריעו את הכף נגד ברק, קבע כי בסופו של דבר יהא על המחוקק להמיר את האיסור הגורף בהסדר המושתת על בחינה פרטנית, אחרת ספק בעיניו "אם יוכל החוק להתמיד ולצלוח את הביקורת השיפוטית גם בעתיד".

עוד התפרסם באותה כתבה ש"בין ברק לבין המשפטנים באוניברסיטת ייל במדינת קונטיקט שבארצות הברית שורר קשר מקצועי חם זה שנים רבות. בכל שנה מבלה ברק את חופשתו השנתית בקמפוס של ייל, ובתקופה זו הוא נוהג להעביר סמינרים משפטיים". הדברים מעלים שאלה לגבי קבוצת ההתייחסות של נשיא בית המשפט העליון הישראלי – האם היא הציבור בארץ, הנתון למתקפות טרור ולסכנה קיומית, או הפרופסורים הליברלים היושבים לבטח באוניברסיטאות בארצות הברית? גם חשין לא הקפיד על שתיקה בנושא, ובריאיון שפורסם ב"הארץ" לאחר פרישתו הוא אומר ליועז: "השופט ברק מוכן שיתפוצצו 30–50 אנשים אבל שיהיו זכויות אדם. אני לא מוכן. הוא חושב כך, אני חושב אחרת. לשמחתי הרבה אני הייתי ברוב." ימים אחדים לאחר מכן התנצל חשין מעל דפי אותו עיתון על דבריו.

כאמור, הבסיס להתדיינות היה הסכנה הביטחונית, ולמרות זאת לא ניתן להתעלם מהסוגיה הדמוגרפית. העובדה שישראל הנה מדינה יהודית וביתו הלאומי של העם היהודי אינה מהווה עילה למנוע אזרחות או תושבות מבן זוג של ישראלי, גם אם אינו יהודי. הבעיה מתעוררת כשאותו בן זוג הוא נתין אויב או שהוא נתין של חברה עוינת לישראל. כשישראלי (יהודי או ערבי) נישא לבת זוג נורווגית, בריטית או גרמנית, ברור שהיא זכאית לחיות בארץ. אף אחת ממדינות המוצא האלה אינה חותרת להשמיד את ישראל או להשתלט עליה. שונים הדברים כשבן או בת הזוג הם פלשתינים. רבים בחברה הפלשתינית סבורים שישראל היא מדינה בלתי-חוקית, שנולדה בעוול ואין לה זכות קיום. עובדה היא גם שבבחירות שהתקיימו ב-2006 בקרב הפלשתינים בשטחים זכה החמאס, הכופר בזכות קיומה של ישראל, ברוב – ומאז מעמדו רק התחזק. שום מדינה אינה חייבת לאפשר כניסה מסיבית של אוכלוסייה עוינת לתחומיה, אף לא בדרך נישואים. לכך מצטרפת העובדה שבמקרי נישואים כאלה בוחרים בני הזוג, כמעט ללא יוצא מהכלל, לגור בישראל. הדרישה הפלשתינית ל"זכות השיבה" מהווה סכנה קיומית לישראל, והעובדה שבית המשפט העליון עלול לאפשר את הגשמת ה"זכות" באמצעות נישואים אינה גורעת מחומרתה. ברק אמנם מציין בפסק דינו ש"זכויות האדם אינן מרשם לכיליון לאומי", אך התוצאה המעשית מעמדתו, אילו התקבלה, היתה הפוכה.

מדוע לא הועלתה הטענה הזו במפורש על ידי היועץ המשפטי? קשה לדעת מה היו שיקוליו במקרה הספציפי הזה, אבל ראוי לשים לב שוב לדרך שבה פסיקת העליון מחלחלת לייעוץ המשפטי, כאשר במקביל קיבל בית המשפט את ההחלטה הבעייתית שלפיה מוקנה ליועץ שליטה משפטית על הממשלה. התוצאה היא שהיועץ המשפטי רשאי להימנע מלהעלות טענה שאינה נראית לו, גם אם יש סיכוי שהיא תתקבל על ידי בית המשפט. הוא עשוי לוותר על טיעון סביר, אם אינו תואם את הגישה שקנתה לה אחיזה בזרם הרדיקלי בבית המשפט – והוא ייטה לנהוג כך אם הוא מזדהה עם הזרם הזה.

פרשת הנישואים עם פלשתיני מהשטחים שבה ועלתה בשלהי כהונתה של הנשיאה ביניש, אך בניגוד לציפייתו של ברק חזר בג"ץ והחליט, פעם נוספת ברוב של שישה נגד חמישה, שלא לפסול את החוק,²⁵² והוא מוארך מאז וממשיך לעמוד בתוקפו. כמו ברק, אגב, ביניש נמנתה עם שופטי המיעוט.

אבל מדרונות, מטבעם, הנם חלקלקים. התערבות בית המשפט בחקיקה על בסיס חוקי היסוד גררה אחריה את השאלה הבאה: האם יוכל בית המשפט להתערב בהליכי חקיקה גם מטעמים שאינם נעוצים בחוקי יסוד. לכאורה אין מקום לשאלה, שכן קשה לראות מהו הבסיס להתערבות שכזו, אלא אם כן גולשים

לתחום הפסיכולוגי: מרגע שחקיקה של הכנסת חדלה להיות כמעט מקודשת מבחינת בית המשפט, והיא ניתנת לביטול, נזנחים בהדרגה כללי הזהירות ועולים רעיונות נוספים לפסילה. השאלה התעוררה תחילה לגבי חקיקה שהתקבלה בהליכים מזורזים, מה שכונה "חוק ההסדרים" – חקיקה שמטעמים שונים, בעיקר מדיניות כלכלית, צורפה לחוקי התקציב ואכפה הסדרים משמעותיים בשורה ארוכה של נושאים. התופעה החלה עם קבלת התוכנית הכלכלית שחילצה את ישראל מהאינפלציה ההרסנית של שנות ה-80, ומתקיימת מאז. נמתחה עליה כל השנים ביקורת, מוצדקת, כיוון שהיא אינה מאפשרת דיון ובקרה הולמים על ידי הכנסת, ובמקרה אחד גם נעשה ניסיון לקעקע תוקפו של חוק כזה.

השופטת ביניש אמנם ציינה אז בהכרעתה כי "השימוש במנגנון החקיקה של חוק ההסדרים ודומיו מעורר בעייתיות רבה מבחינת ההליך הדמוקרטי התקין... הוא מתאפיין בריבוי ובמגוון הנושאים הכלולים בו כמקשה אחת, ובפרק הזמן הקצר שנתון לממשלה ולכנסת לדון בנושאים אלה. עובדה זו פוגמת לא פעם בהליך קבלת ההחלטות" – אבל בסופו של דבר נדחתה העתירה, כי לא נמצא "פגם היורד לשורש ההליך".²⁵³ צריך לקוות שגם בעתיד יימנע בית המשפט מניסיון לבטל חקיקה בשל הליך מזורז או בשל נימוק דומה, אבל העובדה שפסק הדין משתרע על כ-60 עמודים והוא משופע באמרות אגב בעלות גוון אקטיביסטי, מעוררת ספקות לגבי העתיד.

אחרי שהלכת ירדור בוטלה בבית המשפט העליון של שמגר, ב-1984, והוכשרה דרכו של מוחמד מיעארי להיבחר לכנסת, נזעקה הכנסת וחוקקה את סעיף 7א ל"חוק יסוד: הכנסת", שהביא ארבע שנים מאוחר יותר לפסילתה של תנועת "כך". אבל "הרשימה המתקדמת לשלום" של מיעארי לא נפסלה. הכנסת לא התייאשה, תיקנה פעם נוספת, במאי 2002, את סעיף 7א, וקבעה: "רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה או במעשיה של הרשימה או במעשיו של האדם... 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." אך הכנסת גם סייגה: "החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון."

כעת התעוררה השאלה לגבי תנועת בל"ד, שהקים ד"ר עזמי בשארה. התנועה ומנהיגה ביקשו להתמודד בבחירות לכנסת ב-2003, ועדת הבחירות המרכזית החליטה לפסול אותם, והנושא הגיע לעליון, לדיון לפני אחד-עשר שופטים.²⁵⁴

הפעם הורכב הרוב משבעה (ברק, מצא, דורנר, ביניש, אנגלרד, ריבלין ופרוקצ'יה) כנגד ארבעה (שלמה לוין, שטרסברג-כהן, טירקל ולוי), אך לאור התיקון באותו סעיף 7א ולנוכח החומר שהוצג לבית המשפט לא קל להבין את דעת הרוב, אשר אישר את זכותם של בשארה ומפלגתו להתמודד. "ייאמר מיד", כותב שם הנשיא ברק, "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, והם מהווים אצלו יעד שליט. זאת ועוד: מעשים אלה אינם רעיון תיאורטי, אלא פוטנציאל פוליטי שחבר הכנסת בשארה הוציא אותו מהכוח אל הפועל, בפעילות חוזרת ונשנית, ומתוך עוצמה רבה." אך אל מול הדברים החריפים האלה מצרף ברק הסתייגות: "גדר הספקות הניצב בפנינו הנו, אם הראיות עליהן 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."

קשה לראות כיצד דברים אלה מתיישבים עם מה שכתב ברק עצמו קודם לכן, ונדמה שהמשמעות של הפסקה האחרונה היא שבית המשפט יציב רף ראיות כה גבוה, שלא יאפשר בפועל פסילת מועמד גם במקרים חמורים ביותר. שפע של ראיות שהצדיקו את פסילתו של בשארה הובא לבית המשפט, אבל עם טכניקת הפרשנות הכול-יכולה הצליחו שופטי הרוב לשלול את המובן מאליו.

דבריו של המשנה לנשיא לוין, שנותר במיעוט, מדברים בעד עצמם: "נראה כי פסילתם של ח"כ בשארה ובל"ד... מתחייבת גם בשל תמיכתם במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל... לדידי הראיות בעניין זה הן חד-משמעיות. יש להזכיר... גם את נאומו של ח"כ בשארה ביוני 2001 בעיר קרדטה שבסוריה, באירוע שבו נכחו מנהיגים ואישים ערבים, ובהם מזכ"ל החיזבאללה וסגן נשיא איראן, שבו קרא ח"כ בשארה לקדם את דרך המאבק המזוין ('ההתנגדות') לישראל. האם אין בהופעה פומבית זו במדינת אויב, כשהיא לעצמה, בלי להתחשב בנאומיו הפומביים האחרים של ח"כ בשארה, כדי לשמש תמיכה במדינת אויב או בארגון טרור? דומה הדבר בעיניי למקרה שבו היה לורד האו-האו מבקש על יסוד חוק מקביל ל'חוק יסוד: הכנסת' להצביע בבחירות (הכוונה כנראה: להיבחר בבחירות) לפרלמנט הבריטי."

מה שקרה בפועל הוא ששופטי הרוב סיכלו באמצעות פרשנות את כוונת המחוקק, והניחו ליסודות לאומניים קיצוניים להיבחר לכנסת. יש הגורסים שהתוצאה הזו רצויה, שכן השתתפותם של הגורמים הללו בבחירות מגבירה את תחושת ההשתייכות וההזדהות של הציבור הערבי עם המדינה, אך אם זהו ההיגיון, מדוע לא להחילו גם

על "כך", ולצפות שאם תשתתף בבחירות תגבר ההזדהות של תומכיה ולכידותם החברתית עם יתר הקבוצות במדינה?

מעבר לכך, אין כל ראייה לכך שהדבר הגביר את הזדהות הציבור הערבי עם המדינה. ניתן באותו היגיון, ואולי אף ביתר שאת, לטעון ההפך. עובדה היא שנקיטת אלימות כאמצעי מחאה היתה נדירה במגזר הערבי כל עוד נהגו לפי הלכת ירדור, והיא נהייתה שכיחה יותר דווקא לאחר שניתן ללאומנות הפלשתינית ייצוג בכנסת. זו אמנם איננה הוכחה נחרצת לקשר סיבתי בין השניים, אבל ברור שהענקת אפשרות ייצוג, בלתי-מבוקרת, לגורמים לאומיים פלשתיניים לא תרמה לחיזוק ההזדהות של ערביי ישראל עם המדינה היהודית.

דו"ח של ועדת החקירה הממלכתית "לכירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000", בראשות תאודור אור, אליו צורפו השופט המחוזי האשם חטיב והמזרחן פרופ' שמעון שמיר, מתאר תהליכי הקצנה והסלמה במגזר הערבי. הוועדה הוקמה לדון בתקריות עם ערביי ישראל שהתרחשו במקביל לפרוץ האינתיפאדה השנייה, בשלהי כהונתו של אהוד ברק בראשות הממשלה, אחרי שאריאל שרון, שעמד אז בראש הליכוד, הגיע לביקור בהר הבית כשהוא מלווה בכמה חברי כנסת נוספים ממפלגתו. הביקור עורר התפרעות של הערבים שנכחו במקום, ובתקריות נפצעו עשרות שוטרים וכעשרה פלשתינים. האירוע שימש עילה לפרוץ "אינתיפאדת אל אקצא". בד בבד פרצו ביישובים ערביים בצפון הפגנות סוערות ומהומות, שהביאו לחסימת כבישים ואף לניתוק קשרי התחבורה בנקודות שונות. נזרקו אבנים על מכוניות נוסעות, ובמקרה אחד הן אף גרמו להריגת נהג יהודי. המהומות דוכאו על ידי המשטרה, ובמהלך פעילותה נהרגו 13 אזרחים ערבים.

דו"ח הוועדה כולל גם התייחסות לפעילותם של שני חברי כנסת ערבים, עזמי בשארה ועבד אל-מאלכ דהאמשה. מצוינים בו שורה של פרסומים והודעות של השניים בתקופה שקדמה לאירועים, והוועדה כותבת: "בשארה ותנועתו שיבחו באופן עקבי גם את החיזבאללה, תוך כדי מלחמתו במדינת ישראל ואף לאחריה... בתוך כך, הועבר מסר לפיו יש לראות בחיזבאללה דגם לחיקוי בהתמודדות עם ישראל". הוועדה מוסיפה כי אף שניתן להניח שהמהומות היו פורצות גם אלמלא דבריו של בשארה, "נראה שמסריו של בשארה הוסיפו שמן למדורה. הם תרמו תרומה ממשית לשלהוב האווירה ובכך הזינו את הנטייה למעשי אלימות". לגבי חבר הכנסת דהאמשה צוין כי דבריו התייחסו אמנם לנושאים שהציבור הערבי רואה עצמו פגוע ומאויים בהם – בתים, קרקעות ומסגדים – ועם זאת "דבריו מעודדים את הפנייה לאלימות והם נאמרים בסגנון חריף של 'שבירת ידיים ורגליים' ופעולות 'שאהידים'. בכך תרם לשלהוב הרוחות לקראת האירועים האלימים של אוקטובר 2000 ובמהלכם".

מתברר שנוכחותו של גורם דוגמת ד"ר בשארה בכנסת, המעצימה את דבריו ומעניקה לו ולמעשיו תהודה רבה, לא רק שאיננה משפיעה לחיוב על הציבור הערבי, אלא שהיא משפיעה בצורה דרמטית, שוב לשלילה, על הרוב היהודי, הנוטה לזהות את הציבור הערבי עם מנהיגים דוגמת בשארה. התוצאה היא דווקא הגברת החשדנות והניכור, ויצירת מעגל קסמים שרק מגביר את המתיחות, החשדנות והאיבה.

פסק הדין של בג"ץ בעניין עזמי בשארה רוקן מכל תוכן את הוראת חוק היסוד השוללת את הזכות להיבחר לכנסת ממשי שמטרתו היא למעשה לפגוע בקיומה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, או תומך במאבק מזוין נגד מדינת ישראל, וקבע כללים ההופכים את יישומו של החוק לבלתי-מעשי. היה זה בג"ץ עוקף חוק יסוד, שבמסגרתו הוא החיל גישה רדיקלית של זכויות אדם – גישה המעמידה את זכות הפרט או הקבוצה אליה הוא משתייך במרכז, וכמעט שאינה מייחסת משקל לצורך להגן על הכלל ועל המדינה.

אבל גם לאחר פסק הדין הזה המשיך בשארה לתרום לעיצוב המשפט הישראלי.

לאחר סיומה של מלחמת לבנון השנייה, בסוף 2006, הוגש נגד חבר הכנסת בשארה כתב אישום לפי הפקודה למניעת טרור, לאחר שהכנסת החליטה להסיר את חסינותו הדיונית. התיק, שהוגש תחילה בירושלים, הועבר לבית המשפט בנצרת, והאשמות התייחסו לשני נאומים שנשא בשארה – האחד באום אל-פאחם, שם אמר, בין השאר: "החיזבאללה ניצח, ולראשונה מאז 1967 טעמנו את טעמו של הניצחון. זכותו של החיזבאללה להתגאות בהישגו ולהשפיל את ישראל... לבנון, החלשה במדינות ערב, הציגה מודל קטנטן, שאם נביט לעומקו ניתן להסיק את המסקנות הנחוצות להצלחה ולניצחון: מטרה ברורה, רצון עז לנצח והכנת האמצעים הנחוצים להשגת מטרה זו... החיזבאללה קלט את הלוח הרוח ברחוב הישראלי וניצל את זה עד תום. הוא דאג שמלחמת הגרילה שלו תהיה מתקשרת היטב, וכל הישג שלו השפיע רבות על מוראל העם בישראל, שפקעה סבלנותו באיטיות נוכח האבירות שספג."

את הנאום השני נשא חבר הכנסת בשארה בסוריה, בטקס שבו השתתפו אחד מ-ג'בריל, מנהיג החזית העממית לשחרור פלשתיין, וחסן נסראללה, מנהיג החיזבאללה. הוא התווה בו אסטרטגיה – אשר לא ניתן לפרשה אלא כתמיכה נמרצת בהמשך ה"התנגדות".

בשארה עתר נגד כתב האישום לחוק המבטחים שלו – בג"ץ. הוא לא התאכזב. בית המשפט העליון החליט ברוב דעות (ברק ואליעזר ריבלין כנגד דעתה החולקת של אסתר חיות), כי חלה על דבריו של בשארה החסינות המהותית של חברי הכנסת, ויש לבטל את ההליך הפלילי בבית משפט השלום.²⁵⁵

סוף סיפורו (בשלב זה) של ד"ר בשארה הוא שנפתחה נגדו חקירה בשל חשד לעבירות חמורות נגד ביטחון המדינה. הוא נמלט לחו"ל – ולא חזר עד היום. אם יתאמת החשד נגדו, יתברר שהוא פסע צעד נוסף, העולה בקנה אחד עם ההשקפות שביטא בגלוי בנאומים שהונחו לפני בית המשפט העליון. שופטי הרוכ לא ייחסו להם את המשקל הראוי, הגם שברור כי לא צפו את המשך דרכו של בשארה.

בשבתו כמטכ"ל

המאבק הקשה בטרור אילץ את המדינה לנקוט אמצעים קשים נגד המחבלים. אחת הסנקציות הנפוצות היתה הריסת ביתו של המחבל או אטימתו. הפעולה בוצעה מכוח סמכות שהוענקה למפקד הצבאי בתקנות ההגנה (שעת חירום), ומקורה בחקיקה בריטית מימי המנדט, שבאה כמענה לגל הטרור הערבי של השנים 1936–1939. התקנות נשארו בתוקפן לאחר קום המדינה, וכעת נשלפו מהמגירה.

במקרים רבים אישר בית המשפט הריסה או אטימה, אם כי נפגעו בכך כל דיירי הבית, לרוב בני משפחתו של המחבל. התקדים נקבע עוד בתקופת שמגר,²⁵⁶ והוחל גם בתקופת ברק. עם זאת, הצבא הגביל בדרך כלל מראש את ההריסה לאותו חלק מהבניין שבו התגורר המחבל, כאשר לרוב התגוררו עמו שם חלק מבני משפחתו הקרובים. כך היה, למשל, במקרה שנידון בעתירה "ג'נימת נגד אלוף פיקוד מרכז".²⁵⁷ מדובר במחבל המתאבד שהתפוצץ בקפה "אפרופו" בתל אביב במרס 1997, הרג שלוש מיושבות בית הקפה ופצע עשרות. ג'נימת התגורר בכפר צוריף בבניין שהיו בו כמה דירות, ובדירתו שלו גרו עמו אשתו וארבעת ילדיו. המפקד הצבאי החליט על הריסת דירתו של המחבל, בלי לפגוע בדירה הסמוכה, שבה התגוררו אחיו ובני משפחתו. החלטתו אושרה על ידי העליון נגד דעתו של מישאל חשין, שגרס כי אין להעניש את אלמנתו של המחבל ואת ילדיו על מעשיו של אבי המשפחה, בניגוד לעמדות שנקט בדרך כלל, והיו נוחות למערכת הביטחון,

חרף פסק הדין הזה חל בעידן ברק שינוי דרסטי בענייני ביטחון. אם בעבר נמנע בית המשפט מהתערבות בנושאים האלה, התגלתה כעת גישה שונה מן היסוד. הביטחון העצמי שהפגין הנשיא כאשר הרחיב את סמכות בית המשפט בכל התחומים – גלש גם לתחום הזה. נקודת המוצא החדשה היתה שנושא הביטחון אינו שונה משום נושא אחר. בכוחו של בית המשפט לעסוק בכל עניין, לבחון בכל תחום את שאלת הסבירות ו"לאזן" בין האינטרס הביטחוני לאינטרסים אחרים, כשם שהוא עושה בכל גזרה אחרת. ביטוי לגישה הזו ניתן למצוא בפסק

הדין בעניין זכות השיבה הפלשתינית באמצעות נישואים, שבו נשאר ברק באופן חריג במיעוט, אך במקרים רבים אחרים גברה עמדתו מרחיקת הלכת. דוגמה בולטת לכך היא החלטתו בעניין "קלפי המיקוח" הלבנוניים.

באוקטובר 1986, בעת תקיפת מטרות מחבלים בלבנון, אירעה תקלה באחד המטוסים. שני אנשי הצוות נאלצו לנטוש אותו וצנחו בשטח לבנון. הטייס, ישי אבירם, חולץ במבצע נועז על ידי מסוק, אבל הנווט, רון ארד, נתפס בידי אנשי אמל – הארגון הצבאי השיעי שממנו התפצל אחרי מלחמת לבנון הראשונה חיזבאללה. ארד הוחזק בידיו של מוסטפה דיראני, אחד ממפקדי אמל, שהעבירו לידיו של מפקד בכיר בחיזבאללה – עבד אל-כרים עובייד. עובייד מסר כנראה את ארד לידי האיראנים, ועקבותיו אבדו. השערה אחת היא שנרצח בידי שוביו, השערה אחרת אומרת שנהרג כשניסה להימלט. ישראל השקיעה מאמצים עצומים בניסיון לשחררו או לקבל פרטים על אודותיו, אך גורלו לא נודע, והיעלמו בשבי נותר עד היום פצע פתוח.

במסגרת המאמצים להציל את ארד, או לפחות לקבל פרטים על אודותיו, חטפו לוחמי יחידה מובחרת של צה"ל לבנונים אחדים, ביניהם דיראני ועובייד. הם הועמדו לדין בשל השתייכותם לארגונים עוינים ובגין מעורבותם בפעולות נגד צה"ל ונגד צד"ל, ונידונו למאסר. לאחר שאסירים אחדים, ביניהם גם דיראני ועובייד, השלימו את ריצוי עונשם, המשיכה ישראל להחזיקם במעצר מינהלי על יסוד צווים של שר הביטחון. הצווים הוארכו מפעם לפעם באישור בית המשפט המחוזי, עד שהוגש ערעור לעליון.

הדיון התקיים לפני שלושה שופטים בראשות ברק. הם דחו ברוב דעות את הערעור, וקבעו כי ישראל יכולה להמשיך להחזיק את החטופים במעצר.²⁵⁸ שופט המיעוט היתה דליה דורנר, וההמשך היה מפתיע. על פי המתואר בהעליונים מאת נעמי לויצקי, פרסום פסק הדין הכה את הקהילה המשפטית הבינלאומית בתדהמה, ולדברי דורנר ש"בדיוק שהתה בארצות הברית... היה לשיחת היום בקהילה המשפטית".²⁵⁹

"ברק נלחץ מעוצמת הביקורת", כותבת לויצקי, ושלמה לויין, המשנה לנשיא, אישר דיון נוסף, לפני תשעה שופטים. ברק שינה את עמדתו, כתב פסק דין המבטל את פסק דינו הקודם, שלל את השימוש בעצירים כ"קלפי מיקוח", וקבע שאין לשר הביטחון סמכות להורות על מעצר מינהלי של מי שלא נשקפת ממנו סכנה.²⁶⁰

כך הגיע העליון לתוצאה הבלתי-מתקבלת על הדעת, שלפיה צה"ל, שתפס בשבי לוחמי טרור, חייב לשחררם, חרף העובדה שארגוני המחבלים מחזיקים חיילי צה"ל בשבי לתקופה בלתי-מוגבלת, ובלי שהם מוכנים אפילו לספק מידע כלשהו עליהם. שלושה שופטים, חשין, קדמי וטירקל, נותרו במיעוט. מישאל

חשין ציין: "השאלה תתייצב אפוא לפנינו, תתייצב ולא תרפה מאיתנו: כי תחויב המדינה לשחרר את העותרים ממעצר, הכך נוכל להילחם באויבינו? שהם יחזיקו באנשינו ואנו לא נותר להחזיק באנשיהם?" והוסיף יעקב טירקל: "בעיני מונחים על כפות המאזניים, אלה מול אלה, כבודם וחירותם של העצורים מקרב לוחמי האויב מול כבודם וחירותם של שבוינו ונעדרינו. אלה הנתונים בצרה ובשביה היום ואלה שיהיו נתונים, חלילה, בצרה ובשביה בעתיד."

גם הטענה שישראל משתמשת באנשי החיזבאללה כ"קלפי מיקוח" או כ"בני ערובה", מעשה האסור לפי המשפט הבינלאומי, נשללה על ידי חשין: "העותרים גייסו עצמם בפועל אל שורות האויב, ותיאורם – לעת שאנו מחזיקים בהם – כ'בני ערובה' וכ'קלפי מיקוח' – מושגים המדיפים ריח בואש – יש בו כדי לאנוס את הלשון ואת האמת. אני מתקומם בכל כוחי נגד תיאור זה... העותרים... פקדו הם עצמם עם לוחמי האויב, ועל כן אין הם לא 'בני ערובה' ולא 'קלפי מיקוח'." ניתן להוסיף שגם בתום מלחמה, אם צד אחד מסרב לחילופי שבויים רשאי גם הצד השני להמשיך ולהחזיק את השבויים שבידיו עד שיושג הסכם, ולא יעלה על הדעת שהחזקת שבויים כזו היא בגדר החזקת "בני ערובה". קל וחומר מחבלי חיזבאללה, שאינם זכאים למעמד של שבויי מלחמה.

המדינה לא טענה כלל שאנשי החיזבאללה מוחזקים בארץ בשל היותם לוחמי אויב. במהלך מלחמה מחזיק כל צד בחיילי הצד השני שלכד, והוא אינו חייב לשחררם כל עוד נמשכת המלחמה. מאחר שהמלחמה עם ארגוני הטרור בלבנון לא תמה, לא היתה סיבה לשחרר את אנשיהם. הסיבה, הבלתי-מוצדקת, לכך שהמדינה לא העלתה את הטענה הזו נעוצה כנראה בחשש שאם יטענו לגבי אנשי חיזבאללה שהם שבויים, יהיה צורך להעניק להם את כל הזכויות של שבויי מלחמה.

המשפט הבינלאומי בנוגע ללוחמה בטרור רחוק מלהיות מגובש. דיני המלחמה עוצבו בעיקרם ללוחמה בין צבאות סדירים, ויש צורך בהתאמות ושינויים כשמדובר בלוחמה נגד קבוצות שאינן מכבדות את דיני המלחמה, ונוהגות להכמין את אנשיהן באוכלוסייה אזרחית כדי שתשמש להם מגן אנושי. לבית המשפט העליון, אם כבר בחר לעסוק בנושא, היתה הזדמנות להסדירו באופן שיאפשר את ניהול המלחמה החדשה הזו בצורה סבירה, במקום לפעול כדי להכביד על הלוחמים בטרור.

כך, למשל, יכול בית המשפט להכיר במושג של לוחמים בלתי-חוקיים, כלומר טרוריסטים, שכמובן צפויים למאסר על העבירות שביצעו – אך גם לאחר שסיימו את ריצוי עונשם אין חובה להחזירם, מחשש שישובו ויפעלו נגדנו.

בעקבות פסק הדין הזה התקבל בכנסת חוק כליאתם של לוחמים בלתי-חוקיים, והרמטכ"ל הוסמך להורות על החזקתם בכלא אם יש לו יסוד להניח ששחרורם

יפגע בביטחון המדינה. לכך מצטרפת חזקה, שלפיה מי שמשתייך לכוח המבצע פעולות איבה נגד ישראל, או שנטל חלק בפעולותיו של כוח כזה, נחשב כמי ששחרורו יפגע בביטחון המדינה כל עוד לא הוכח אחרת. ובכל זאת, חקיקת החוק, שזכה לכינוי "חוק דיראני ועביד", לוותה בקשיים גדולים, לאחר שמשפטנים התריעו מפני היותו "לא חוקי" ו"לא חוקתי". סוג התרבות הזה, שזלג מבית המשפט העליון למערכת הציבורית, גורם להשמעת קריאות לא מבוססות ויוצר חששות מיותרים, המחייבים יצירת "שוליים של ביטחון", והם עשויים להיות מופרזים ומכבידים. במקרה הנוכחי עבר החוק בסופו של דבר, והטענות נגדו הוכחו כבלתי-מבוססות. גם עתירה לבג"ץ לבטלו – נדחתה.²⁶¹

פסק דין "קלפי המיקוח" לא הועיל לשני החטופים המרכזיים. בעקבות פסק הדין שחררה ישראל קבוצה של עצורים מלבנון, אך סירבה לשחרר את דיראני ועובייד, ונציגי המדינה חזרו על העמדה שלפיה שחרורם יפגע בביטחון. דיראני ועובייד שבו ופנו לעליון, אבל עתירתם נדחתה.²⁶² גם בכך לא התמצתה תרומתם של השניים למשפט הישראלי. ב-1998 הם עתרו לבג"ץ בדרישה להיפגש עם נציג הצלב הבינלאומי, ונתנו לעליון הזדמנות נוספת להפגין את הליברליות שאימץ: עתירתם התקבלה על ידי הרכב בראשות ברק.²⁶³

מעצרים של דיראני ועובייד בישראל הסתיים ב-2004, כשראש הממשלה, אריאל שרון, ערך הסכם שנתי במחלוקת לחילופי שבויים עם החיזבאללה. במסגרת ההסכם הוחזר ארצה אלחנן טננבאום, אזרח שנפל במלכודת שטמנו לו אנשי חיזבאללה ונשבה על ידם לאחר שפוחה לייעץ בעסקת סמים. תמורת החזרתו – יחד עם גופותיהם של שלושה חיילים, "חטופי הר דוב", בני אברהם, עדי אביטן ועומר סואעד – ניאותה ישראל לשחרר כ-400 אסירים פלשתינים ויותר מ-30 אסירים נוספים, רובם לבנונים, כולל דיראני ועובייד.

העלילות המשפטיות הכרוכות בפרשה לא תמו גם כעת. ממקום שבתו בלבנון הגיש מוסטפה דיראני לבית המשפט הישראלי תביעת פיצויים בשל עינויים שעבר לטענתו בכלא. הכלל הסביר, שאומץ מהדין האנגלי והיה נקוט בעבר, קבע שנתיני אויב אינם רשאים לתבוע בבית משפט ישראלי. אבל הליברליזם הרדיקלי הגורף התגלגל מבית המשפט העליון למחוזי, והשופט עמירם בנימיני החליט לדון בתביעה. על החלטתו הוגש ערעור. למרבה התדהמה אישר העליון, ברוב של שניים (אילה פרוקצ'יה וסלים ג'ובראן) נגד אחד (חנן מלצר), את החלטת המחוזי,²⁶⁴ וצפוי עדיין להתקיים על כך דיון נוסף.

אגב, אם השופט בנימיני יפסוק לדיראני פיצויים – האם הם אכן יועברו אליו? בבית המשפט העליון קבעה השופטת פרוקצ'יה, כי זה דבר שלא ייעשה. אם כך,

לשם מה לנהל את המשפט? האם אין אפילו בכך כדי להוכיח שדעת המיעוט של חנן מלצר היא העדיפה?

"נוהל שכן" (או "אזהרה מוקדמת") היה נושא ביטחוני נוסף שהעסיק את העליון. הנוהל התיר לחיילי צה"ל, המבקשים לעצור חשוד בפעילות חבלנית, להסתייע בפלשתיני מקומי, כדי לתת באמצעותו אזהרה מוקדמת מפני פגיעה אפשרית במי שעומדים לעצור אותו ובמי שנמצא בקרבתו. בג"ץ פסל את הנוהל, אף שהוא אושר על ידי היועץ המשפטי לממשלה, אשר סבר כי הוא אינו סותר את המשפט הבינלאומי, ואף שבמשך שנה וחצי מאז הופעל הנוהל לא נפגע אף פלשתיני.²⁶⁵

למעשה, היה זה נוהל שחסך פגיעה בחיי אדם, ודוגמה טיפוסית לכך היא אירוע שבו חשוד במעשה טרור הסתתר במבנה שהוקף בידי חיילי צה"ל. משסירב החשוד להיכנע, עמדו החיילים לירות על המבנה או להורסו, מה שהיה עלול לגרום להריגת המבוקש. במקרים אלה אירע שקרוב משפחה של המבוקש היה מעוניין להיכנס למבנה ולהציע לו להיכנע.* למרות זאת בחר בית המשפט לפסול את הנוהל על בסיס עקרונות מופשטים, בעזרת פרשנות של המשפט הבינלאומי ברוח המגמה הרדיקלית של זכויות האדם.

היתה גם מדיניות ה"סיכול ממוקד", כלומר פגיעה במחבל – לרוב מהאוויר – כאשר אין אפשרות מעשית לעוצרו. אין צורך להדגיש שפגיעות כאלה בטרוריסטים הם מעשה של יום-יום במלחמה שמנהלות נגדם ארצות הברית ובעלות בריתה באפגניסטן, בפקיסטן ובעיראק, ושום בית משפט אינו עוסק בנושא. אולם בג"ץ גרס כמובן שהדבר מעניינו. גם מן הכלל הבסיסי שלפיו בית משפט אינו עוסק במדיניות מופשטת, אלא דן במקרים קונקרטיים, היתה התעלמות מוחלטת. הפעם נמנע בית המשפט מלהורות על ביטול השיטה כפי שתבע הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל,²⁶⁶ אף כי ברק מצא לנכון לקבוע כללים לגבי הנסיבות שבהן מותר להפעילה. קביעת כללים כזו בדבר דרך פעולה נגד מחבלים, שאין לה קשר למקרה קונקרטי, מהווה פעולה חקיקה נטו. היתה זו עוד דוגמה לשיטה שבמסגרתה נוטל בית המשפט לעצמו סמכות לחוקק, באופן ש"חקיקה שיפוטית" נהפכה למשמעותית לא פחות – ואולי אף יותר – מחקיקת הכנסת.

שיטות החקירה ונוהלי החקירה של השב"כ היו את עיקר תפקידה של ועדת החקירה הממלכתית בראשות השופט לנדוי, שעסקה בנושא בעקבות פרשות קו 300 ונאפסו. לנגד עיני הוועדה, שחבריה היו גם השופט (בדימוס)

* דוגמה לכך מובאת במאמרי "נוהל אמא", שפורסם ב"ידיעות אחרונות" ביום 20.10.2005.

יעקב מלץ והאלוף במילואים יצחק חופי, עמדו הגילויים על חקירות בעיניים של חשודים בפעילות חבלנית, והעובדה שבבית המשפט נהגו חוקרי השב"כ להכחיש זאת ולטעון שהחשודים מסרו את עדותם מרצונם החופשי.

הוועדה דחתה לחלוטין את שיטת עדויות השקר, וחתרה להחיל את שלטון החוק גם על חקירות השב"כ. עם זאת, חבריה היו ערים לכך שחקירות השב"כ מציבות בפני החוקרים בעיה קשה יותר מזו המתעוררת בעבירות פליליות, אשר נחקרות לרוב על ידי המשטרה. עבירה פלילית "רגילה", אף אם מדובר ברצח, מתייחסת לעבר: האם החשוד או אדם אחר ביצע את המעשה. במקרי טרור מצטרפת לכך סכנה גדולה לעתיד: פעולות שהחשודים מתכננים או עלולים לבצע (בעיה כזו קיימת לעתים גם בעבירות פליליות, בקנה מידה צנוע בהרבה, כאשר מדובר, למשל, בעברייני סדרתי או בארגון פשע). בנסיבות אלה, ולנוכח הסכנה החמורה שטמונה בטרור, קיים על החוקרים לחץ ניכר לא רק לגלות מה קרה אלא גם למנוע את הפיגוע הבא.

ועדת לנדוי ביקשה למצוא דרך שתאפשר לחוקרים למלא את תפקידם, ועם זאת תגביל אותם למסגרת שלא תחרוג מהמקובל במדינות דמוקרטיות. הוועדה קבעה שישראל מחויבת לשמירת ערכים מוסריים, ויש לשלול שיטות חקירה בלתי-חוקיות. המלצותיה התבססו על ההבחנה בין עיניים לבין לחצים, שבמסגרתם אישרה לחוקרי השב"כ שימוש בלחץ פסיכולוגי ובתחבולות, ובמקרים מסוימים ובליט ברירה, מול מה שקרוי "פצצה מתקתקת", גם "מידה מתונה של לחץ פיזי" (ביטוי שנהפך בלשון העם ל"לחץ פיזי מתון"). מיד לאחר פרסום הדו"ח נפתחה בתקשורת התקפה חריפה על הדו"ח ועל לנדוי עצמו, כאשר הטענה המרכזית היתה שהדו"ח הכשיר את העיניים. הביטוי "לחץ פיזי מתון" נהפך ללעג, וההתייחסות אליו היתה כאל מונח המסווה עיניים ממשיים. במקביל נמתחה על הדו"ח ביקורת גם בספרות המשפטית.²⁶⁷ מיכל שקד מציינת בביוגרפיה על משה לנדוי כי ההתקפות על הדו"ח היו "אכזריות, לא נכונות ולא צודקות". כוונת חברי הוועדה היתה למנוע עיניים, ולהבחנה שנמתחה בין עיניים ל"לחץ שאינו עולה כדי עינוי" יש בסיס. מעצר לצורכי חקירה הינו מקובל בישראל. עצורים רבים יתארו מעצר כזה כעינוי, אך ברור שלא מדובר בסוג העיניים האסורים על פי האמנות הבינלאומיות.

היסוד השני עליו הושתת דו"ח לנדוי היה משפטי. מדובר בהגנה של "צורך", שלפי האמור בסעיף 34 לא לחוק העונשין פוטרת מאחריות בשל "מעשה שהיה דרוש באופן מדי להצלת חייו, חירותו, גופו או רכושו" של אדם לנוכח סכנה של פגיעה חמורה. כיוון שמחבל מציב סכנת חיים לחפים מפשע, סברה הוועדה שההגנה מפניו מהווה "צורך". על בסיס זה היא הציעה בפרק החסוי של הדו"ח

לקבוע הנחיות לחוקרי השב"כ, המגדירות את המותר והאסור בחקירה, בהתחשב בנסיבות, לרבות הסיכון שמציב החשוד ואלה הקשורים עמו.

בדצמבר 1987, כחודשיים לאחר הגשת דו"ח לנדוי, פרצה האינתיפאדה הראשונה. בהתמודדות עמה מילא השב"כ תפקיד מרכזי, ואגב כך הופרו לא פעם הכללים שהכתיבה ועדת לנדוי. ב-1994, לאחר חתימת הסכמי אוסלו וסיום האינתיפאדה, הוגשה לבג"ץ עתירתו של "הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל" נגד העינויים בחקירות השב"כ.²⁶⁸ היא הוגשה, אם כן, כשבע שנים לאחר שנכתב דו"ח לנדוי. נדרשו לבג"ץ עוד כחמש שנים עד שנתן, בספטמבר 1999, את פסק דינו בנושא.²⁶⁹

פסק הדין פסל כמה שיטות חקירה ספציפיות, ביניהן "טלטולים" (הפעלת כוח על הנחקר, הגורמת לצוואר ולראש להיטלטל במהירות), ואסר כללית את השימוש בעינויים. במקביל שלל בג"ץ לחלוטין את גישת דו"ח לנדוי, שלפיה יכולה ההגנה של "צורך" לשמש בסיס למתן הנחיות לחוקרים, ואף הרחיק לכת בקובעו שלממשלה או לראשי השב"כ אין כלל סמכות לקבוע הנחיות באשר לשימוש באמצעים פיזיים במהלך החקירה. עם זאת הכיר בית המשפט בכך ש"חקירה סבירה עלולה לגרום לחוסר נוחות; תוצאתה עלולה להיות חוסר שינה מספיקה ותנאי עריכתה עשויים להיות בלתי נעימים". כמו כן "מותר להיזקק במסגרת הדין לתחבולות מסוימות".

ומה בדבר מצב של סכנה מידית, המכונה "פצצה מתקתקת"? כאן מוכן היה ברק להכיר בהגנה של "צורך" במקרה שהופעלו כלפי הנחקר אמצעים החורגים כרגיל מהמותר. במילים אחרות, בעוד שלפי פסק הדין אין הגנת הצורך יכולה לשמש בסיס להנחיות שיינתנו מראש, הם יוכלו, לאחר מעשה, לשמש לחוקר שחרג מהמותר הגנה במשפט פלילי, אם יוגש נגדו. ההבחנה הזו, בין הנחיה מראש לבין פטור בדיעבד אינה מלהיבה, והקושי גדל לנוכח ההיתר שניתן בפסק הדין ליועץ המשפטי "להדריך עצמו באשר לנסיבות שבהן לא יועמדו חוקרים לדין". כאן מדובר בהדרכה מראש, ועולה השאלה מדוע מותר ליועץ המשפטי לקבוע הנחיה או הדרכה מראש על בסיס ההגנה של "צורך", בעוד שמתן הנחיה בדבר דרכי הפעולה של החוקרים אסורה? התשובה הלא משכנעת נעוצה בהבחנה בין רשות למתן פעולה (דרכי חקירה) לבין כללים בדבר הימנעות מהעמדה לדין. אלא שזו הבחנה דקה מכדי שיהיה ניתן להתבסס עליה בהקשר הנוכחי.

היועץ המשפטי נמנע כמובן מלקבוע הנחיה או הדרכה מראש למקרים שבהם לא יועמדו חוקרים לדין. לא היתה לו סיבה להיחשף לגל התקפות דומה לזה שלנדוי וחבריו ספגו.

פסק הדין של ברק היה קטלני עבור דו"ח לנדוי ועבור לנדוי עצמו. הוא דחה לחלוטין את הבסיס המשפטי של הדו"ח, והעניק גושפנקה לביקורת החריפה

שהושמעה נגדו. מבחינתו של לנדוי חסרה בפסק הדין לפחות ההדגשה שכוונת הדו"ח היתה למנוע עינויים, לא לאשר אותם. ניתן גם להניח שלנדוי היה שולל את שיטות החקירה שנפסלו על ידי ברק. למעשה, השב"כ לא נהג לפי הדו"ח, והפעיל שיטות שלא היה להן כל בסיס בו, וכפי שמציינת מיכל שקד: "לנדוי הרגיש נבגד." אף על פי כן, הרושם בציבור היה שהשב"כ פעל על בסיס דו"ח לנדוי, וכי יש לייחס לדו"ח את האחריות לשיטות החקירה שלו. פסק הדין מדבר רבות על כבוד האדם של הנחקרים. שקד מספרת שלאחר פסק הדין כתב לנדוי לברק: "מה עוללתם לכבוד האדם שלי."²⁷⁰

לנדוי היה ביקורתי מאוד כלפי האקטיביזם השיפוטי של ברק, כנגד השימוש שעשה בעילה של חוסר סבירות וגם כנגד הסמכות שבית המשפט חָלַק לעצמו לבטל חוקים של הכנסת. הביקורת שלו הובעה עד אז בביטאונים משפטיים ובפורומים מקצועיים. שנה לאחר פסק הדין בפרשת העינויים התפרסם ב"הארץ" הריאיון רחב היריעה עם לנדוי, שבו הוא השמיע לציבור הרחב ביקורת חריפה ובוטה על ברק ועל בית המשפט שהוא עומד בראשו, וזאת מפי נשיא לשעבר של אותו בית משפט.

ב-2002 התקבל בכנסת "חוק שירות הביטחון הכללי", שהקנה לשב"כ ולחוקריו סמכויות חקירה, חיפוש ואף סמכות לקבל נתוני תקשורת. בסעיף 18 נקבע ש"עובר השירות או הפועל מטעם השירות לא יישא באחריות פלילית או אזרחית למעשה או למחדל שעשה בתום לב ובאופן סביר במסגרת תפקידו ולשם מילוי". זוהי חסינות מוגבלת בהיקפה, שכן היא מותנית בכך שאיש השב"כ פעל "בתום לב ובאופן סביר". ספק רב, למשל, אם חוקריו של עיזאת נאפסו היו יכולים לזכות בהגנה על סמך הסעיף הזה. ההגנה האמיתית על חוקרי השב"כ נובעת מהחסינות המוענקת להם למעשה על ידי רשויות התביעה, שמספקות חסינות דומה או "כעין חנינה" גם לחוקרי משטרה ולאנשי פרקליטות. החסינות הזו אינה מבוססת על שום חוק. היא תלויה בשיקול הדעת של התביעה. כך גם אירע בפרשת נאפסו, שבעקבותיה לא הועמדו החוקרים לדין וגם בג"ץ לא ראה לנכון להתערב בעניין. המאבק הגדול בפרשת קו 300, שהוצג בלבוש של מאבק על "שלטון החוק", היה למעשה מאבק על כוח שלטוני. אהרן ברק, שחלק על סמכות הנשיא להעניק חנינה בטרם משפט, לא חלק על כך שהאפשרות להשיג את התוצאה הזו קיימת. הוא רק חתר לכך שהכוח לעשות זאת יהיה נתון בידי היועץ המשפטי.

גדר הביטחון, המפרידה בין יו"ש לישראל, היא הצעד ההגנתי שבא לאחר מבצע "חומת מגן", בתגובה לפיגועי הטרור הנוראים שבוצעו במהלך האינתיפאדה השנייה. תוואי הגדר הציב בעיה מסובכת, שחברו בה הצורך להביא בחשבון

שיקולים ביטחוניים, הרצון שתכיל בחובה חלק נכבד מיישובי המתנחלים, והחובה להתחשב גם באינטרסים של הפלשתינים. הם מצדם התנגדו בתוקף להקמת הגדר, ולחילופין דרשו שתיבנה בתוך "הקו הירוק". התוואי שתוכנן היה ארוך ומפותל, חצה אדמות, הפריד בין חקלאים למטעיהם ושדותיהם – וגרר לא מעט עתירות. בג"ץ, כרגיל, ראה את עצמו חופשי לדון בנושא ולבחון גם את ההיבט הביטחוני. אינספור עיכובים נגרמו בשל כך, והגדר לא הושלמה עד היום. קטעים רבים שלה אמנם חוסמים את המעבר למדינת ישראל אולם קל לעקוף אותם.

סבך נוסף התהווה במישור הבינלאומי, כשעלה בידי הפלשתינים להשיג, בדצמבר 2003, החלטה של העצרת הכללית של האו"ם לפנות לבית הדין הבינלאומי בהאג בשאלת חוקיות בנייתה של גדר ההפרדה. חוות דעתו של בית הדין ניתנה ברוב דעות, וקבעה כי הקמת הגדר כפי שנעשתה אינה תואמת את המשפט הבינלאומי ולפיכך אינה חוקית. הנושא חזר ועלה בבג"ץ "מראעבה נגד ראש ממשלת ישראל", ואולי מאחר ששב לאחר הדיון בהאג נידון בהרכב של תשעה שופטים.²⁷¹

בג"ץ לא חלק על הניתוחים המשפטיים של בית הדין הבינלאומי, אך מתח עליו ביקורת חריפה, בטענה שלא עמדו לפניו הנתונים העובדתיים הנדרשים והסיכונים הביטחוניים. "קראתי את חוות דעתו של בית הדין הבינלאומי בהאג (בדעת רוב)", כתב מישאל חשין, "ולצערי נתקשיתי לגלות בו אותם סימנים מובהקים העושים מסמך להיותו חוות דעת משפטית או פסק דין של בית משפט." פסק הדין המרכזי ניתן על ידי ברק, ועיקרו: "המפקד הצבאי אינו מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם הטעם... הוא טעם מדיני, שעניינו 'סיפוח' שטחים מהאזור למדינת ישראל וקביעת גבולה המדיני... המפקד הצבאי מוסמך להורות על הקמת גדר ההפרדה אם הטעם... הוא ביטחוני וצבאי." צו החלטי חייב את המדינה לשקול מחדש את תוואי הגדר סביב אלפי מנשה, תוך התחשבות בתושבים הפלשתינים.

ההתערבות בעיצומה של פעולה צבאית היא אחד ההיבטים המדהימים בתרבות הבג"ץ שצמחה אצלנו, ומהווה תופעה ייחודית לישראל. כך קרה, למשל, במאי 2004, במהלך מבצע שנועד לפגוע בתשתית הטרור באזור רפיח, לאתר מנהרות להברחת נשק ולעצור חשודים בטרור. במסגרת הפעולה הקים צה"ל מוקד הומניטרי לטיפול בבעיות האוכלוסייה האזרחית. הדבר לא מנע שורה של עתירות לבג"ץ, שכללו מגוון דרישות, וביניהן לאפשר לאמבולנסים לעבור ללא תיאום עם המוקד, לחדש את אספקת החשמל והמים, ועוד. הצבא ביקש לדחות את העתירות בנימוק ש"במקום עדיין מתנהלות פעולות לחימה נרחבות" – אך העלה חרס.

במהלך הדיון הסכים צה"ל (ואולי חש שאין לו ברירה) לרוב הדרישות, ורק על סמך זה נדחתה העתירה.

אבל מה שקרה שם בעצם הוא שבג"ץ תפקד כגורם מפקח על הכוחות הלוחמים יותר מאשר כבית משפט. והשתלשלות העניינים ממחישה זאת היטב. העתירה "רופאים לזכויות אדם נגד מפקד כוחות צה"ל בעזה"²⁷² הוגשה ב-20 במאי, בשעה שניטשה בשטח לחימה. הדיון בה התקיים כבר למחרת בבוקר, והנשיא ברק מספר בפסק הדין כיצד התייצבו קציני הצבא בבית המשפט: "אל"מ מרדכי מסר לנו בעל פה מידע... לעתים הוא ביקש שהות-מה כדי לעמוד על המתרחש בגזרת רפיח, תוך שהוא מתקשר לאנשיו בגזרה, אשר מסרו לו פרטים והוא מסרם לנו."

גל עתירות אחר הגיע לבג"ץ מיד עם היציאה למבצע "חומת מגן", אך פסק הדין הסביר היחיד ניתן קודם לכן, בינואר 2002 – בעיצומה של האינתיפאדה השנייה אך עדיין לפני המבצע הגדול – בעתירתו של חבר הכנסת מוחמד ברַכָּה נגד ראש הממשלה ושר הביטחון. העתירה נידונה לפני השופטים מצא, חשין ולוי, וכוחו העיקרי של פסק הדין בכך שכל אורכו חמש שורות בלבד. נאמר בהן: "אמצעי הלחימה שבהם פועלים המשיבים במטרה לסכל מבעוד מועד פיגועי טרור רצחניים אינה מן הנושאים שבית המשפט זה יראה מקום להתערב בהם."²⁷³ לא פחות מעשרה פסקי דין נוספים פורסמו בחוברת מס' 1 בכרך נו(3) של פסקי דין, כולם בעקבות עתירות שהוגשו בהקשר ל"חומת מגן". בכל המקרים נדרש צה"ל להסביר, להצטרף, להתדיין עם כל מי שחפץ להגיש עתירה, להתמקח, ולהגיע תוך כדי תנועה לפשרות עם שלל עותרים, כאשר מרחפת מעליו החרב של צו בג"ץ. צו החלטי אמנם לא הוצא באף אחת מהעתירות, אך הדברים שנאמרו על ידי בית המשפט באחת מהן, ולפיהם "טוב הוא שהצדדים לעתירות לפנינו הגיעו להבנה", מלמדים כיצד התנהלו העניינים.

עניין מיוחד יש במעורבות בית המשפט בפעילות שניהל צה"ל בבית לחם במסגרת "חומת מגן". כוחות הצבא נכנסו לעיר ביום 14.4.2002, ובאותו זמן פרצו, תוך כדי ירי, 30–40 מבוקשים פלשתינים לכנסיית המולד. עמם חדרו למתחם הכנסייה עשרות אנשי כוחות הביטחון הפלשתיני, חמושים אף הם, וגם אזרחים שלא היו קשורים אליהם – בסך הכול כמאתיים איש. ברור שנעשה שם ניצול ציני של קדושת המקום, וצה"ל אכן נרתע מלפרוץ למבנה – אך הטיל עליו מצור.

היה זה רגע נאות לפנות לבג"ץ. עתירה אחת הוגשה בעיצומה של הפעולה על ידי בעלת המתחם, ה"קסטודיה אינטרנציונלה דה טרה סנטה". בית המשפט דחה אותה, כשהוא מציין ש"כרגע מצוי הנושא במגעים שתכליתם להגיע להסדר", ודי

בכך "על מנת שבית המשפט לא יתערב במהלך המתנהל בעיצומה של פעולה מבצעית" (ואם לא היו מגעים להסדר, האם היה בית המשפט מתערב?). לכך הוסיפו השופטים, כי כפי שהובהר על ידי מערכת הביטחון, "עושה צה"ל כל שדרוש לטפל באנשי הכמורה ברגישות ובצורה הומנית".²⁷⁴ כלומר: במקביל לפעילות הצבאית שהוא מבצע, נדרש צה"ל גם לספק לבית המשפט הסברים על הצעדים ההומניטריים שהוא נוקט. ההחלטה בעתירה ניתנה במלאות עשרה ימים לפריצה – אך בכך לא הסתיימה הפרשה. למחרת בבוקר הוגשה עתירה חדשה, הפעם מצד מושל בית לחם מטעם הרשות הפלשתינית וחברי הכנסת אחמד טיבי ומוחמד פֶּרְכָּה. דרישתם היתה למלא את "דיני המשפט הבינלאומי באשר להספקת מזון למבוקשים הנצורים". העתירה, שהתבררה בפני הרכב חדש, נדחתה, והשופט ברק ציין: "פשיטא הוא שכשם שבית משפט זה לא ינקוט כל עמדה באשר לאופן ניהול הלחימה, כך גם בית משפט זה אינו מנהל את המשא והמתן ואינו מלווה אותו. האחריות הממלכתית בעניין זה מוטלת על הרשות המבצעת והפועלים מטעמה." אילו היה זה פסק הדין כולו – היה הדבר מתקבל על הדעת. ואולם, עיון בו מגלה שצה"ל נדרש להסביר את פעולותיו, ובית המשפט קיים דיון ממשי בנושא. טענה מרכזית של העותרים אמרה שבמתחם לא שוהים רק המבוקשים אלא גם אזרחים נוספים, וכי "הפלשתינים החמושים מונעים מאזרחים אלה מלצאת את המתחם, והדרך היחידה להבטיח מזון לאזרחים אלה הוא בהכנסת מזון בכמות מספקת למתחם". ברור שהמזון ייגזל, לפחות בחלקו, על ידי אותם חמושים, אך הנה מסופר בפסק הדין כי "מצב דברים זה הטריד אותנו. קיימנו תזכורת מיוחדת בעניין זה. שאלנו כיצד ניתן להבטיח מזון נוסף לאזרחים שנותרו במתחם. שאלנו אם המשיבים יהיו מוכנים לאפשר לאזרחים לצאת מהמתחם, לקבל אוכל ומזון ולשוב למתחם. קיבלנו תשובה חיובית". רק לאחר מכן נדחתה העתירה.

בית המשפט מעורב אפוא בהליך הצבאי, יש לו הצעות אופרטיביות משלו, וכולם מבינים שרק היענות להצעותיו עשויה למנוע מעורבות חריפה יותר באמצעות צו החלטי. במקרה אחד ציין אמנם ברק כי "ודאי שבית משפט זה לא ינקוט כל עמדה באשר לאופן ניהול הלחימה כל עוד חיי החיילים בסכנה",²⁷⁵ אבל קשה להניח שהדיון בבג"ץ והמשא ומתן על הצעדים הנדרשים אינו כובל את ידיהם של אנשי הצבא ואינו משפיע על הפעולה.

לא אחת הכבידה התערבות בג"ץ על מהלכים חיוניים שמערכת הביטחון ביקשה לנקוט כדי להתגונן מפני הטרור. על מנת להצדיק את המחיר הכבד שגבתה ההתערבות הזו נטען שהיא מסייעת לישראל במישור הבינלאומי, אבל הסתבר שמעורבות בג"ץ לא העניקה לישראל חסינות מפני התערבות חיצונית.

חוות הדעת של בית הדין הבינלאומי בפרשת גדר ההפרדה היא דוגמה לכך (אולם במקרה זה ניתן לפחות לומר שפסיקת בג"ץ סייעה להתמודד עמה). דוגמה מקוממת עוד יותר היא הדו"ח המעוות של ועדת גולדסטון, בעקבות מבצע "עופרת יצוקה". לא רק שפסיקת בג"ץ והתערבותו המסיבית בנושאים ביטחוניים לא בלמה את הדו"ח, הוא אף מסתמך על פסיקת בג"ץ בעניין "נוהל שכן", וטוען שחיילי צה"ל הפרו אותה. יתר על כן, במדינות שונות, ובראשן ספרד ואנגליה, ננקטו הליכים משפטיים במגמה לרדוף את קציני צה"ל וכן שרים בממשלה בגין פעולות שנעשו נגד הטרור. האקטיביזם של בג"ץ לא מנע את התהליך.

בגלימת המדינאים

כאמור, נושאים הקשורים בניהול ענייני המדינה משכו מאוד את בית המשפט המהפכני. חלק מהנושאים האלה אכן כרוך ברמה זו או אחרת בזכויות אדם – למשל, הפינוי מרצועת עזה או הקמת גדר ההפרדה – אבל ברור שהגורם הדומיננטי בהם היה הפוליטי-ביטחוני-מדיני. ומשנפתח השער זרמו לבג"ץ עוד ועוד עתירות שעיקרן ניהול ענייני המדינה, גם כאלה שאין להן נגיעה ישירה לזכויותיו של פרט זה או אחר. דוגמה בולטת היא ההתדיינות בקשר למשא ומתן עם הפלשתינים שניהל ראש הממשלה אהוד ברק בוועידת טאבה, בינואר 2001.

היה זה אחרי שהקואליציה התמוטטה, ואחרי שברק הודיע על התפטרותו ועל עריכת בחירות מיוחדות לראשות הממשלה. ניהול משא ומתן מדיני בנושא מרכזי לאחר התפוררות השלטון היה בגדר שערורייה ציבורית, והיה כמובן נטול כל סיכוי. למרות זאת, לא היה זה נושא משפטי, ובית משפט המודע למגבלות תפקידו לא היה מתערב בו. לא כך בימי "הכול שפיט", ובמיוחד בנושא הזוכה בכותרות גדולות בעיתונים.

שורה של עתירות הוגשו לבג"ץ נגד אהוד ברק. עיקרן אמר שבתקופת מעבר, לאחר התפטרות ראש הממשלה, "הממשלה היוצאת איננה מוסמכת לנהל את המשא ומתן המדיני".²⁷⁶ ברור לחלוטין שהיה זה עניין בלתי-שפיט, וראוי היה לסיימו בשורות ספורות, שבהן היה בית המשפט מסתפק בציון העובדה שהנושא אינו בתחומו. אך לא כך ייעשה בעידן אהרן ברק. הדיון נקבע בפני הרכב של שבעה שופטים. ברק דיבר ארוכות על עקרון רציפות הממשלה ועל כך שראש ממשלה שהתפטר ממשיך במילוי תפקידו עד להקמת ממשלה חדשה, ובשלב זה נשמרות לו כל הסמכויות הפורמליות. עוד הוא קבע, כי ניהול המשא ומתן בנסיבות החריגות הללו אינו חורג ממתחם הסבירות. לעומתו קבע השופט טירקל בדעת מיעוט, כי ניהול משא ומתן כזה על ידי ראש ממשלה שכבר התפטר חורג ממתחם הסבירות, ולפיכך יש להוציא צו החלטי המורה לראש הממשלה להימנע מלהגיע עם הרשות הפלשתינית להסכמים או להבנות שיכבלו את ידי הממשלה הבאה.

הנחות היסוד שלהן הטיף ברק היו ש"הכול שפיט", ובית המשפט מוסמך לפקח על סבירות פעולתה של הממשלה. אבל, דווקא על בסיס ההנחות הללו ברור שהצדק עם טירקל: מחד גיסא, ניהול משא ומתן באותם ימים היה בלתי-סביר לחלוטין. מאידך גיסא, אם מבינים שהנחות היסוד אינן מתקבלות על הדעת, שהנושא אינו שפיט ואין זה מעניינו של בית המשפט לבחון את סבירות התנהגותה של הממשלה, בוודאי לא בנושאים מדיניים, הרי שהנשיא ברק הגיע לתוצאה נכונה, אם גם לא מהנימוקים הנכונים. יותר הגיוני הוא פסק דינו של השופט זמיר, שציין כי לא ידוע על שום מדינה שבה הוגשה עתירה כזו, משום ש"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 בית הנבחרים, או במישרין בידי הציבור, ולא בידי בית המשפט". במילים אחרות: הנושא בלתי-שפיט. אולם זמיר אינו נוקב במפורש במונח הזה, אולי משום שהמושג המרכזי הזה נפסל על ידי הנשיא ברק, והשופטים לא הרהיבו עוז להשתמש בו במפורש.

פרשת ה"אוריינט האוס" היתה פרשייה מדינית אף היא, אך הפעם ראה העליון מקום להתערב בנושא, ובטכניקה מיוחדת. מדובר במבנה גדול ומפואר, שהוקם על ידי משפחת חוסייני בתקופה העות'מאנית, על שטח רחב ידיים בירושלים המזרחית, מחוץ לחומות העיר העתיקה. לאחר מלחמת העצמאות נמצא הבניין בשטח שהוחזק בידי הירדנים, ושימש כמלון. בעקבות כיבושה של ירושלים במלחמת ששת הימים על ידי ישראל נסגר המלון, אך משפחת חוסייני המשיכה להשתמש בו. חלק ממנו שימש מכון ללימודים ובחלקים אחרים של הבניין התנהלה פעילות פוליטית פלשתינית. ישראל סגרה את הבניין בתקופת האינתיפאדה הראשונה, אך הוא נפתח מחדש לאחר ועידת מדריד, והפלשתינים קיימו בו פעילות דיפלומטית ומדינית ערה.

במסגרת המאבק על הבירה ניסו ממשלות ימין לצמצם את הפעילות המדינית הפלשתינית בעיר, וממשלת נתניהו הראשונה החליטה לסגור את הבניין. פרופסורים אחדים, שאליהם הצטרפו הסופרים עמוס אילון ובתיה גור, עתרו לבג"ץ נגד ההחלטה, וביום 11.5.1999 נתנה דליה דורנר, כדנה יחידה, צו ביניים האוסר את סגירת הבניין עד להחלטה חדשה.²⁷⁷ היא עשתה זאת חרף העובדה שמדובר בנושא מדיני מובהק, שנוי במחלוקת, אשר בית המשפט אינו אמור לעסוק בו כלל. אבל הצו ניתן כשבוע לפני הבחירות, שנועדו ל-17 במאי, והממשלה לא יכלה לעשות כלום. המקרה ממחיש כיצד צו ביניים של שופט יחיד, אשר מנוסח במילים ספורות ואינו מנומק, יכול להיות גורלי. מצד אחד הוא

נחזה כתמים. כביכול, הוא אינו מחייב את בית המשפט לעמדה מסוימת, משום שאינו סופי (ולכן גם לא חושף את בית המשפט לביקורת). מן הצד האחר הוא עשוי לחרוץ את גורל העניין.

בבחירות שהתקיימו באותו חודש נחל נתניהו מפלה, ולראשות הממשלה נבחר אהוד ברק. הוא נקט מדיניות שונה, התעלם מההחלטה לסגור את ה"אוריינט האוס", ולא היה לעותרים צורך להמשיך בדיון. הם ביקשו למחוק את עתירתם, ובכך הגיע גם הקץ לצו הביניים. אלא שממשלת ברק החזיקה מעמד זמן קצר בלבד, ובבחירות המיוחדות לראשות הממשלה, בפברואר 2001, נחל ברק תבוסה ושרון תפס את מקומו. חודשים ספורים לאחר מכן, בתגובה לפיגוע הקטלני במסעדת "סבארו" בירושלים, סגרה הממשלה את ה"אוריינט האוס" – "לאור העובדה שהרשות הפלשתינית מפעילה את מנגנוניה על מנת לשלח מפגעים לביצוע פעולות טרור", כפי שהודיע דובר צה"ל. הפעם לא נעשה ניסיון לעצור את הפעולה בסיוע בג"ץ, אולי משום שהדבר התרחש בעיצומה של מתקפת פיגועי הטרור הנוראה, והאווירה לא היתה נוחה לצער כזה.

אריאל שרון יזם את ההתנתקות מרצועת עזה, כך טענו בימין, כדי להתמודד עם החקירות שנוהלו נגדו בחשדות לשחיתות ולעבירות על חוקי מימון הבחירות. בלשונו של חבר הכנסת צבי הנדל, שהיה בעצמו תושב גוש קטיף: "עומק העקירה – כעומק החקירה." ההנחה השוררת בחוגים רחבים בציבור, ובעיקר בחוגי הימין, היא שמערכת המשפט קרובה בהשקפתה לצד השמאלי-יוני של המפה הפוליטית, ולכן היא נוטה לנהוג ביתר סלחנות כלפי פוליטיקאים מאותו צד של המפה. השוואה מעניינת ניתן לעשות עם הטיעון שהושמע בשעתו נגד נשיא ארצות הברית ביל קלינטון, בהקשר לתקיפה שבוצעה על ידי נאט"ו, בהנהגת האמריקנים, על יוגוסלביה במרס 1999. התקיפה נועדה להפסיק את טיהור אזור קוסובו מתושביו המוסלמים בידי הצבא היוגוסלבי-סרבי. בצד ההכרה במניעים האתיים של התקיפה עלתה השאלה, האם הפעולה לא הונעה גם מן הרצון להטות את תשומת הלב מהסתבכותו של קלינטון בפרשת מוניקה לווינסקי ומההליכים להדחתו מהנשיאות, שנכשלו בסופו של דבר.²⁷⁸

ההתנתקות, כפי שכבר צוין, נידונה בבג"ץ, וגם המהלכים הפוליטיים שקדמו לה זכו לכך. כדי להבטיח לעצמו רוב בממשלה ולהעביר את התוכנית, שלח שרון הודעת פיטורין לשרים אביגדור ליברמן ובני אלון מהאיחוד הלאומי, שהתנגדו לה בתוקף. הודעת הפיטורין נשלחה ביום 4.4.2004, יומיים לפני הדיון בממשלה, והתגובה למהלך היתה כמובן במישור הפוליטי: האיחוד הלאומי פרשה מהקואליציה ובהמשך הוחלט על הקדמת הבחירות. אך העובדה שמדובר בנושא

פוליטי-מדיני מובהק לא מנעה דיון בבג"ץ. העתירה שביקשה לבטל את פיטוריהם של שני השרים אמנם נדחתה, כי ברק קבע שהפיטורין הם "בתחום מתחם הסבירות", אלא שקשה לראות כיצד יכול בכלל בית משפט להפעיל שיקולי סבירות בנושא פוליטי בלתי-שפיט כזה. גם השופט חשין, שישב לצד ברק בהרכב, גרס שלמעט מקרי שחיתות אין מקום להתערב בהחלטת פיטורין כזו.²⁷⁹

אתגר המיעוט הערבי

המיעוט הערבי מציב בפני החברה הישראלית בעיה קשה, והיא קשה שבעתיים על רקע המאבק ההיסטורי הנמשך יותר ממאה שנים בין שני העמים ועל רקע העוינות הקשה באזור כלפי מדינת ישראל. עם זאת, הערבים תושבי ישראל הנם אזרחים הזכאים לשוויון זכויות.

הנושא מסתבך ברגע שהוא נכרך בדרישה לשוויון חובות. קבוצות אחדות של בני מיעוטים, דוגמת הברואים, הצ'רקסים והדרוזים, משרתות בצה"ל, אולם רוב ערביי ישראל אינם מתגייסים לצבא. מבחינה זו הם דומים לחרדים, וכך יצא שלמרות הפער האדיר בין שתי הקבוצות האלה, יש להן לא מעט אינטרסים משותפים.

מי שנדרשות להתמודד עם מכלול הבעיות הכרוכות בנושא הן כמובן הממשלה והכנסת. ואכן, ניתן למצוא בחקיקה לא מעט הוראות האוסרות הפליה, לרבות על בסיס דת, גזע ולאום. הוראה מרכזית ברוח זו נקבעה ב"חוק שוויון ההזדמנויות בעבודה", האוסר הפליה בין עובדים ודורשי עבודה. חוק חשוב נוסף, שנחקק בשנת 2000, הוא "חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים". לאלה מצטרפת חקיקה דוגמת זו שכלולה ב"חוק החברות הממשלתיות", ולפיה "בהרכב דירקטוריון של חברה ממשלתית יינתן ביטוי הולם לייצוגה של האוכלוסייה הערבית" (הוראה ברוח זו מצויה גם ב"חוק שירות המדינה, מינויים").*

כצפוי, לא פעם הגיעו נושאים הנוגעים לערביי ישראל לבית המשפט העליון. למשל, בעניין הכיתוב על שלטים ותמרורים בערים שחי בתחומן מיעוט ערבי (בעתירה דובר לא רק על תל אביב-יפו, ש-6% מתושביה הם ערבים, אלא גם רמלה שבה 19% ערבים, לוד שבה 22% ערבים, ונצרת עילית ש-13% מתושביה הם ערבים). לרוב, הכיתובים הם בעברית, ובמקרים רבים נוסף גם כיתוב

* בתקופת כהונתי כשר המשפטים החליטה הממשלה להגדיל בהדרגה את אחוז העובדים הערבים בשירות המדינה, במגמה ששיעורם יגיע ל-10% עד 2010 (עדיין אחוז לא גבוה, שכן הם מהווים 20% מהאוכלוסייה). ואולם, בדיון בוועדת חקירה פרלמנטרית, בראשות חבר הכנסת אחמד טיבי, מסר טיבי שאחוז העובדים הערבים בשירות המדינה הגיע במועד היעד הזה ל-7.52% בלבד.

באנגלית. כיתוב בערבית, אמרו בעיריות, יש להוסיף רק באזורים שבהם מרוכז המיעוט הערבי, בצירים המרכזיים ועל כל שלטי הבטיחות והאזהרה. אבל העותרים – מרכז "עדאלה" והאגודה לזכויות האזרח – לא הסתפקו בכך, ודרשו שכל השלטים בערים מעורבות יכילו כיתוב בערבית. בג"ץ ברוב דעות (ברק ודורנר) קיבלו את עמדת העותרים,²⁸⁰ וברק קבע: "תושב ערבי המבקש למצוא דרכו בעיר, ליהנות משירותיה או להשתתף באירוע (פרטי או ציבורי) המתקיים ברחוב צרדי, באזור שאין בו אוכלוסייה ערבית, זכאי לכך שהשילוט העירוני יאפשר לו להגיע למחוז חפצו... התכליות הכלליות, שעניינן הגנה על זכותו של אדם לשפתו... והצורך להבטיח שוויון... תומכות אף הן במסקנה זו. התושב היהודי יכול להתמצא בכל חלקי העיר על ידי השימוש בשפתו העברית. התושב הערבי אינו יכול להתמצא בכל חלקי העיר על ידי השימוש בשפתו הערבית."

דעת המיעוט של השופט חשין הצביעה על כך שלא מדובר כלל בזכות האדם לשפתו. איש לא מונע מדוברי ערבית (או כל שפה אחרת) להשתמש בלשונם. הטענה שהזכות לשוויון צריכה לאפשר לתושב הערבי להתמצא באזורים שבהם אין אוכלוסייה ערבית כוחה יפה באותה מידה לגבי המדינה כולה, לרבות ערים שאין בהן אוכלוסייה ערבית כלל. מדובר בדאגה כללית לרווחת התושבים ולנוחותם, שהוא עניין לרשות המבצעת ולרשות העירונית. בתל אביב, לדוגמה, יש נציגים ערבים במועצת העיר, ולא ניתן לומר שעניינם אינו נלקח בחשבון. חשין הצביע גם על כך שהעותרות אינן מבקשות להגן על אינטרס של הפרט אלא על אינטרס קולקטיבי: "העותרות – אשר נטלו זכות לעצמן לייצג את הציבור הערבי בישראל – תובעות בשם בני אותו ציבור כי תוכר זכותם הקיבוצית, זכות הנגזרת מהשתייכותם לקבוצה, לטיפוח זהותם הלאומית והתרבותית."

אכן, אין זה תפקידו של בית המשפט להגדיר קבוצות תרבותיות או לאומיות, ולארוג מערך זכויות קיבוציות לכל קבוצה החותרת לזהות תרבותית ולאומית נפרדת. כמו שכתב מישאל חשין: "לא מצאנו מקרה שבו הכיר בית משפט – על דעתו שלו ומכוח סמכותו – בזכותו של מיעוט ללשון. לא נמצא לנו פסק דין שבו נענה בית משפט לתביעתה של קבוצת מיעוט להכיר בייחודה התרבותי והלאומי, והעניק לה זכויות שתכליתן לטפח ייחוד זה."

"קעדאן נגד מינהל מקרקעי ישראל"²⁸¹ עורר סערה גדולה יותר. העותרים היו בני זוג ערבים, שהתגוררו בבקתה אל-גרבייה שבואדי ערה. הם ביקשו לרכוש בית או מגרש ביישוב הקהילתי קציר, שהוקם על ידי הסוכנות היהודית בקרבת כפרם, על קרקע שהקצתה לה המדינה באמצעות מינהל מקרקעי ישראל. הסוכנות עוסקת ביישוב יהודים בארץ ישראל, והיא הפקידה את הקמת קציר בידי

אגודה שיתופית, שקיבלה לשורותיה רק מתיישבים יהודים (ראוי לציין שבקרבת מקום הוקם גם יישוב עירוני בשם חריש, שהיה פתוח, לפחות בתיאוריה, בצורה שווה ליהודים ולערבים).

הסוכנות התגוננה, בין השאר, בטענה שמטרותיה המוצהרות כוללות: "יישוב יהודים ברחבי הארץ בכלל, ובאזורי כפר ואזורים שהנוכחות היהודית בהם דלילה בפרט... והגברת ביטחון ישראל על ידי כך." וגם: "מתיישבים ערבים עלולים להיתקל בקשיים במילוי חובות השמירה על היישוב, שנחשף בעבר לפעולות טרור."

הטענות נדחו, כשם שנדחתה הטענה שהמינהל מוכן להקצות מקרקעין גם להקמת יישוב קהילתי לערבים. ברק חזר והדגיש את עקרון השוויון, ובעניין הקצאת קרקעות נפרדת לערבים הפנה לטענה שהועלתה בארצות הברית בעניין הפרדה בין חינוך לתלמידים לבנים לחינוך לתלמידים אפרו-אמריקנים. בית המשפט העליון שם דחה את הטענה, והחליט כבר ב-1954 כי מדיניות של "נפרד אבל שווה" ("separate but equal") הנה מעצם טבעה בלתי-שווה.²⁸²

ברק היה ער למצבים שבהם הכירה הפסיקה הישראלית באפשרות של טיפול נפרד באוכלוסייה מסוימת. כך היה, לדוגמה, כאשר החליט מינהל מקרקעי ישראל להחכיר מקרקעין רק לבדואים במסגרת מדיניותו להעברתם של הבדואים למגורי קבע. בקשתו של קצין משטרה יהודי מבאר שבע, לקבל גם הוא בחכירה מגרש ביישוב שגב שלום, נדחתה על ידי המינהל, ובג"ץ אישר זאת.²⁸³

אף על פי כן, הפעם החליט בג"ץ ברוב דעות של ארבעה שופטים (נגד יעקב קדמי), בפסק דין שקעקע מוסכמות, לשלול את המדיניות של הקצאת קרקע ביישוב קהילתי ליהודים בלבד.

על פסק דין קעדאן נמתחה לא מעט ביקורת. פרופ' רות גביון, למשל, פרסמה ב"הארץ" מאמר שנשא את הכותרת "ליהודים זכות ליישובים משלהם", וביארה: "יהודים הם אמנם רוב בישראל, אך הם מיעוט קטן באזור עוין. בתוך המדינה יש מיעוט גדול המשתייך לאומה הערבית, שהיא הרוב הגדול באזור. הרצון לייצב שליטה בשטח ישראל, כל עוד אינו פוגע בזכויות מוקנות של ערבים, הוא אינטרס לגיטימי."

ביקורת דומה נמתחה גם על ידי משה לנדוי. בריאיון לארי שביט ב"הארץ" הוא דיבר על כך שפסק הדין "מתעלם מהעובדה שאנחנו מדינה מתגוננת שאסור לה להתאבד... יש כאן אפשרות של קריעת חבלי ארץ מן המדינה, של אירידנטה" (התלכדות של קבוצת מיעוט כדי להסתפח למדינה אחרת). לנדוי התייחס גם לערך השוויון העומד בבסיס פסק הדין, ושאל אם השוויון עומד מעל כל ערך אחר "גם אם השוויון מביא להרס המדינה?" ביקורת חריפה נמתחה גם על ידי פרופ' שמעון שטרית, שהצביע על פסק דין "בורקאן נגד שר האוצר",²⁸⁴ שבו "נדחתה עתירתו

של אזרח ירדני לאפשר לו לחכור דירה ברובע היהודי בירושלים... מידי החברה הממשלתית לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה, אשר העניקה זכאות לחכירת דירה רק למי שהנו אזרח ישראל ששירת בצבא, או שקיבל פטור משירות, או שהוא עולה חדש. בית המשפט פסק כי אין מדובר בהפליה פסולה כי אם בהבחנה לגיטימית, על רקע מטרת ההסדר – שיקום הרובע היהודי וייחודו עבור היהודים, ואף מכוח שיקולים ביטחוניים, שעניינם חוסר הנאמנות של אזרחים ירדנים למדינת ישראל, ושיקולים מדיניים, שעניינם הרס הרובע היהודי על ידי הצבא הירדני".²⁸⁵

בכלל, יש בישראל לא מעט אזורים מגורים שבהם מתרכזות קהילות סגורות, ביניהן קהילות של חרדים ושל ערבים, שלא לדבר על קיומם של מוסדות חינוך נפרדים לחילונים, דתיים, חרדים וערבים. במציאות, אין ליהודי אפשרות לרכוש בית בכפר ערבי, אף כי אין על כך שום מגבלה חוקית. קרוב לוודאי שאיש מתושבי הכפר לא יהיה מוכן למכור לו מבנה, ואף אם יצליח לרכוש, אין להניח שהתושבים יאפשרו לאותו יהודי להישאר במקום.

הפנסת תרגמה את מורת רוחה מפסק דין קעדאן ב"חוק ועדות הקבלה",²⁸⁶ הקובע כי ביישוב קהילתי כפרי, בנגב או בגליל, המאוגד כאגודה שיתופית, ומספר בתי האב בו אינו עולה על 400, הקצאת מקרקעין טעונה אישור ועדת קבלה, וזו רשאית לסרב לקבל מועמד, בין השאר מפאת אי-התאמתו למרקם החברתי-תרבותי של היישוב. בחוק נקבע מפורשות כי אין לסרב לקבל מועמד מטעמי גזע, דת, מין, לאום, גיל, מעמד אישי, נטייה מינית או ארץ מוצא, ולמרות זאת הוגשה עתירה לבג"ץ לפסילת החוק, מחשש שהוא ישמש בכל זאת כדי לדחות מועמדים ערבים וחברי קבוצות אחרות הנחשבות "לא רצויות".²⁸⁷ העתירה עדיין תלויה ועומדת. ב-20 ביוני 2011 ניתן צו על תנאי, שבו הורה בג"ץ למדינה לנמק בתוך 60 ימים מדוע לא יבוטל החוק.

את החלטת בג"ץ בעניין "אזורי עדיפות לאומית", לעומת זאת, ניתן בהחלט להצדיק. ליישובים הנמצאים באזורים אלה מעניקה הממשלה הטבות שונות, ושרטוט המפה שבה נקבעים אזורי העדיפות מקבל חשיבות עצומה. בפסק הדין בעניין "ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נגד ראש ממשלת ישראל",²⁸⁸ שהוגש ב-2003, קבע הרכב של תשעה שופטים, בראשות ברק, כי שרטוט המפה נעשה בצורה המפלה לרעה יישובים ערביים, אשר בהיותם מחוץ לאזור העדיפות אינם זוכים באותן הטבות, ובעיקר נפגעת הזכות לחינוך בכפרים הערביים הראויים לסיוע. בג"ץ הורה על ביטול החלטת הממשלה בכל מה שקשור לתחום החינוך, וקבע שהביטול ייכנס לתוקפו שנה מיום ההחלטה.

נתפסים בכללתם

מאז ומתמיד מוסכם היה שנושאי מדיניות נמצאים בסמכות הרשות המבצעת והמחוקקת, ובית המשפט אינו מתערב בהם. אין לו כלים להעריך את המשמעויות הכלכליות והחברתיות של מהלכים בתחום המיסוי, הסובסידיות או הגבלות על היבוא. בית המשפט יכול אמנם לדון במדיניות כלשהי כאשר היא מפלה, אם הממשלה מחליטה, לדוגמה, לשלם מענקים ליישובים יהודיים אך לא ליישובים ערביים הנמצאים במצב דומה, אבל בהיעדר נימוק כזה שאלות של מדיניות אינן מצויות ב"שטח השיפוט" של בג"ץ. ואולם, כמו בכל תחום אחר, גם כאן ניכר בעידן המהפכני, כרסום שיטתי בעקרונות היסוד.

בעתירה "עמותת שיח חדש נגד שר התשתיות הלאומיות",²⁸⁹ למשל, נידונו החלטות של מינהל מקרקעי ישראל ביחס לאדמות שהוחכרו לשם עיבודן כאדמות חקלאיות. צורכי המדינה המשתנים גרמו לכך שהיה צורך לשנות את ייעודן של חלק מהאדמות, ושינוי הייעוד (בדרך כלל מחקלאות למגורים או למסחר) מגדיל מאוד את ערך הקרקע. לפי רוב רובם של חוזי החכירה צריך היה החקלאי להשיב את הקרקע למינהל בלי לקבל תשלום עבור עליית ערכה. ואולם, החקלאים החזיקו את הקרקעות שנים רבות, שמרו עליהן, עיבדו אותן ופיתחו אותן, ותרומתם למדינה אינה שנויה במחלוקת. יתר על כן, לא פעם רואים החוכרים את קרקעות המינהל שנמסרו להם כשלהם. בנסיבות האלה, החזרת הקרקע למינהל ללא פיצוי ראוי לחקלאים היתה בלתי-מציאותית לחלוטין.

מינהל מקרקעי ישראל, כזרוע של המדינה, קיבל כמה החלטות הנוגעות לשימוש בקרקעות הללו, לפיצויים שישולמו לחקלאים ולזכויות שיוענקו להם. בפברואר 2000 מינתה הממשלה ועדה בין-משרדית בראשות דוד מילגרום, שהיה הממונה על התקציבים באוצר, והיא הגיעה למסקנה שהתשלומים שקבע המינהל גבוהים מדי. מיד החרתה-החזיקה אחריה העתירה לבג"ץ, שביקשה לבטל ברוח זו את החלטות המינהל. טענת עמותת שיח חדש היתה שההחלטות מיטיבות יתר על המידה עם החקלאים – על חשבון הציבור. ניסוח אחר של הטענה מבוסס על "צדק חלוקתי", הלקוח מתחום הפילוסופיה ומקורו באתיקה הניקומאכית מאת

אריסטו. מדובר שם בחלוקה צודקת של משאבי החברה והאמצעים העומדים לרשותה, אך בדומה למושגים אחרים של צדק אין כל הסכמה בדבר מובנו ואין בו כל הנחיה בדבר אופן חלוקת המשאבים. ראוי גם לשים לב שמדיניות המס מהווה תמונת ראי ל"צדק חלוקתי". היא עוסקת לא בחלוקת הטבות אלא בחלוקת הנטל, וגם היא מעוררת כמובן את שאלת חלוקתו ההוגנת, כאשר נלווים אליה היבטים של יעילות, תועלת כלכלית ויכולת ביצוע. ברור גם שכל אלה נכללים בשאלת המדיניות הראויה, הנמצאת כמובן בתחומן המובהק של הרשות המחוקקת והרשות המבצעת, ואינה מעניינה של הרשות השופטת.

כל זה לא מנע כמובן בעד בג"ץ לעסוק בכך. ובהרחבה.

עתירת "שיח חדש" התבררה בפני שבעה שופטים. בפסק הדין, שניתן על ידי תאודור אור, דובר לא מעט על צדק חלוקתי, בלי שהובהר מה תוכנו של אותו צדק. נטען גם שהחקלאים מקבלים "יותר מדי", ועקב כך יקבלו קבוצות אחרות, שאותן רואים כנראה כמקופחות, "פחות מדי" – אף שהקשר בין השניים רחוק מלהיות ברור. פסק הדין קבע: "הערך של צדק חלוקתי הנו ערך כבד משקל, אשר כל רשות מינהלית חייבת לתת לו משקל ראוי בכל החלטה שלה בדבר חלוקת משאבים ציבוריים... מינהל מקרקעי ישראל הנו גוף המופקר על כלל מקרקעי ישראל. לא ניתן להפריז בחשיבותו של נכס זה ובחשיבות שיש לחלוקתו ולהקצאתו באופן צודק וראוי." בהמשך הדברים מופיע סייג: "בדברים אלה אין, כמובן, כדי להכתיב למדינה או לרשויות הפועלות מטעמה פתרון מסוים אחד. בעיצובן של החלטות מהסוג שמדובר בו ישנו תפקיד נכבד להכרעות ערכיות. מאליו ברור, כי סדר עדיפויות ערכי שונה יכול להכתיב דרך חלוקה שונה, בלא שהדבר יהא בלתי-חוקי. ברם מכך אין נובע כי כל חלוקה תהא בהכרח חוקית." בסופו של דבר בוטלו שלוש ההחלטות של המינהל, כיוון שנקבע שהן בלתי-סבירות. הממצא הזה הושתת על מסקנות ועדת מילגרום, על עמדת היועץ המשפטי ואולי גם על תחושתו של בית המשפט בדבר אותו "צדק חלוקתי". עם זאת, בית המשפט לא קבע מה גובה התשלום הראוי לחקלאים. הנושא שב למינהל ולממשלה.

פסק הדין מבליט כיצד התערערה יכולת המשילות של הממשלה, וכיצד עבר הכוח לפקידות הבכירה וליועץ המשפטי. במקרה הנוכחי ביקש השר הממונה, אהוד אולמרט, לקדם את השימוש בקרקעות חקלאיות, בין השאר למטרות דיור. ההחלטה על גובה הפיצוי לחקלאים התקבלה על ידי מינהל מקרקעי ישראל, מן הסתם בהשפעתו, אבל ועדה של פקידים בכירים גברה עליו, והמליצה שהתשלומים יהיו נמוכים יותר. אין חולק על כך שמוטל על המינהל ועל השר הממונה לשקול את המלצות הוועדה, אבל ברור גם שהם אינם חייבים לקבלה. הסמכות והאחריות

הן של השר ושל המינהל, ואם בית המשפט פוסק שהחלטת הפקידות הבכירה היא הסבירה, התוצאה היא שסמכויות השלטון מועברות מהנבחרים לפקידים.

התהייה מי שולט במדינה עלתה שוב גם כאן, דרך הפריזמה של מעמד-העל שבו זכה היועץ המשפטי לממשלה ושל השאלה מי קובע מהי עמדת המדינה ומי מייצג אותה בבג"ץ. היועץ באותן שנים, אליקים רובינשטיין, התנגד להחלטות המינהל, ודרש לשנותן. בפסק הדין נכתב ש"עמדת היועץ המשפטי לממשלה, בעקבות דו"ח ועדת מילגרום, הוצגה בפנינו... על פי עמדה זו החלטות (המינהל) אינן סבירות ואין לפעול לפיהן... עמדה זו משקפת את עמדת המדינה, ובכלל זה את עמדת מועצת מקרקעי ישראל והמינהל". כלומר, שוב מזדקרת ומנקרת שאלת המפתח: מי הבוס? הנבחרים או הפקידים? הממשלה או היועץ שלה? הממשלה או בית המשפט? מי קובע מה עדיף, מה רצוי, מה משתלב עם תוכניות אחרות – מי שקיבל את אמון העם או מי שמונה לפסוק בסכסוכים? לנוכח דברים אלה הציג איתן לבונטין, בחיבורו "ייצוג המדינה בבתי משפט", את השאלה על מה בכלל התנהל המשפט? אם היועץ המשפטי מייצג את עמדת המדינה, זאת אומרת שהמדינה מסכימה לעתירה שהוגשה נגדה ומסכימה שדין החלטותיה להתבטל. אז היכן הסכסוך, ולשם מה היה צורך בהליך משפטי? ואיך ייתכנו האבסורד והפרדוקס הללו, שהמדינה מחליטה החלטות שהיא מבקשת לבטלן?

התשובה היא כמובן שהמדינה, כלומר מינהל מקרקעי ישראל במקרה זה, התנגדה לאמיתו של דבר לביטול ההחלטות, אלא שהיועץ המשפטי שלה סירב לקבל את עמדתה, והציג עמדה מנוגדת בתכלית לעמדתו האמיתית של לקוחו, שאותו הוא אמור לייצג. העמדה הנכונה של המדינה לא זכתה בביטוי בפני בית המשפט. מה שהוצג היה עמדה הפוכה, ורק מכוח פיקציה ייחס אותה בית המשפט למדינה. רק מכוח אותה פיקציה נותן בית המשפט גושפנקה לעולם ההפוך הזה, שבו המדינה מניחה כביכול כמו ידיה את החבל על צווארה, ומבקשת לנחול תבוסה בעתירה נגדה.

לאחר שהמדינה הפסידה בעזרת אותה פיקציה, נקבע שיש לנסח כללים מיוחדים לגבי עסקאות שכבר התחילו בביצוען. שוב התגלעה מחלוקת בין מינהל מקרקעי ישראל לבין היועץ המשפטי לממשלה, וגם בעתירה הנוספת נגד המינהל נקט היועץ המשפטי עמדה הפוכה מזו שלקוחו ביקש, והותיר אותו חסר הגנה. המחלוקת בין רובינשטיין מזה לאולמרט מזה, תוארה כך בבג"ץ "קיבוץ כפר עזה נגד מינהל מקרקעי ישראל": "באת כוח היועץ המשפטי לממשלה, אשר בדיון בפנינו מייצגת גם את המועצה וגם את היו"ר שלה, השר אולמרט, הביעה את עמדת היועץ המשפטי לממשלה, לפיה דינן של הוראות המעבר הראשונות להתבטל... השר

אולמרט, אשר נכח בדיון, ביקש לומר דברים וחיווה דעה שונה מזו... החלטנו, בהסכמת הצדדים, על דחיית הדיון, כדי לאפשר לצדדים לגבש ולהציג בפנינו עמדה אחת, המחייבת את המועצה ואת היושב בראשה.²⁹⁰ כלומר, פעם נוספת – לנגד עיניהם של השופטים – לא ניטש המאבק בין המינהל לבין העותרים, אלא בין המינהל לבין היועץ שלו. וכפי שציין לבונטין: "בג"ץ שלח את יו"ר המינהל לנסות ולגבש פשרה – אך לא עם הצד שכנגד, אלא עם פרקליטיו-שלו."

בסופו של דבר אכן הושגה פשרה, שנכפתה במידה רבה על ידי היועץ, ואין פלא שבעלי הקרקעות לא היו מרוצים: השר הממונה והמינהל ביקשו להעניק להם הטבות גדולות יותר. הם הסתמכו על מכתבו של אולמרט, שלפיו ההחלטה של המינהל היתה "פשרה כפויה", אך ללא הועיל. בג"ץ העניק גיבוי מלא לאותה "הסכמה". לדעת השופטים "אין לומר כי חוות דעתו (של היועץ המשפטי) נכפתה" על מינהל מקרקעי ישראל, אבל קשה לראות כיצד מתיישבת המסקנה הזו עם מה שהתרחש, כאשר היה ברור לחלוטין שכל החלטה שלא תהיה מקובלת על היועץ המשפטי תיפסל על ידי בית המשפט.

מעבר לשאלת הקרקעות והתמורה שיקבלו החקלאים, נחשפת שוב העובדה שבג"ץ נטל לעצמו סמכות לטפל בסוגיה שהיא בלתי-משפטית לחלוטין. מחד גיסא, הוסכם על הכול שהחקלאים זכאים לתגמול הולם עבור האדמות שהם החזיקו במשך שנים ושמרו עליהן, אבל לא היה שום קריטריון משפטי שבאמצעותו ניתן לקבוע את גובהו של התגמול. אלא שהעובדה שהשאלה איננה משפטית לא הרתיעה את בג"ץ, וממילא גם לא את היועץ המשפטי. מאידך גיסא, בג"ץ לא סיים את המלאכה, ולא היה מוכן להשיב לשאלה מהו התגמול המגיע. הוא הסמיך את היועץ המשפטי לעשות זאת, וכפה את דעתו של היועץ, שגם התמחותו היא משפטים, לא כלכלה ולא מקרקעין, על הגוף המקצועי, בעל הידע, בעל הנתונים, בעל הניסיון, שמכיר את התמונה על כל רוחבה ואת הבעיות לכל עומקן.

לשאלה אם הושגה תוצאה צודקת או שמא קופחו החקלאים לא ניתן להציע תשובה משפטית. אין שום סיבה להניח שהפתרון שהציעו המשפטנים טוב יותר מזה שהציעו המינהל והשר, וכיוון שהאחריות מוטלת על כתפיהם של השר הממונה ושל המינהל, מן הראוי שגם הסמכות תהיה בידיהם, בלי שבית המשפט יתערב.

ברומה לנושאים רבים הנופלים בידי משפטנים, גם הסדר הקרקעות החקלאיות נסחב שנים ארוכות. העתירה לבג"ץ הוגשה בשנת 2000. פסק הדין הוא מ-2002. הנושא המשיך להתגלגל בוועדות שונות, וחזר כמובן גם לבג"ץ מדי פעם. פסק הדין האחרון (בינתיים), שוב של שבעה שופטים, ניתן ביוני 2011 – 11 שנים

לאחר הגשת העתירה הראשונה וזמן רב לאחר שרובינשטיין פרש מתפקידו (גם היועץ שבא אחריו, מני מזוז, הספיק בינתיים לסיים את התפקיד). מבין שבעת שופטי ההרכב הראשון נותרו בשלב זה רק שתיים – אילה פרוקצ'יה והנשיאה ביניש, וגם הן פרשו תוך פחות משנה.

פסק הדין המרכזי בעתירת "פורום הערים העצמאיות נגד מועצת מקרקעי ישראל", המשתרע על כ-100 עמודים, ניתן על ידי עדנה ארבל.²⁹¹ גם הפעם חזר המושג "צדק חלוקתי" ונשנה פעמים רבות, בלי שהובהרה משמעותו מעבר לטענה שאם החקלאים מקבלים "יותר מדי" אחרים יקבלו "פחות מדי". הפעם אושרו בעיקרן ההחלטות שניתנו אז, אולם פטור ללא התערבות כלל אי-אפשר: הפעם, היא הצטמצמה לכמה עניינים משניים. התוצאה היא שהסדר האדמות החקלאיות והשימושים בהן עדיין לא תם, אך יש תקווה שהוא כבר אינו רחוק מנעילה.

כדאי גם להזכיר כי בפסק הדין הראשון, מ-2002, הציג בית המשפט סדרת שאלות, וביניהן "האם קיים הכרח כיום לסייע לפתרון בעיות הדיור על ידי הפשרת קרקעות חקלאיות". השר הממונה, אהוד אולמרט, סבר שיש להשיב על כך בחיוב, וניסה לקדם את הנושא, שהתעכב שנים רבות בגלגלי הבירוקרטיה והמשפטיזציה. בשנים שחלפו בעיות הדיור רק החמירו, וב-2011 פרץ משבר דיור חריף, שהיה לו חלק נכבד בהפגנות המוניות של מאות אלפי משתתפים. אלפי צעירים עברו להתגורר באוהלים ברבות מערי ישראל. רק את אחריותן של מערכת המשפט והמשפטיזציה איש לא בחן.

"צדק חלוקתי" עלה גם בעתירת "התנועה לאיכות השלטון בישראל נגד ראש הממשלה",²⁹² שהוגשה ב-2003 וכוונה כנגד ההסכם שבו התחייבה המדינה לרכוש את מניות "החברה לישראל" בבתי הזיקוק (בז"ן) תמורת כ-570 מיליון שקלים, בצירוף ריבית והצמדה. לטענת העותרת, תקופת הזיכיון בת 70 השנים של בז"ן הגיעה לסיומה, והמדינה היתה זכאית לקבל את הנכסים חנם. המדינה הסבירה שהסכימה לתשלום לנוכח הטענה שעדיין נותרו לבז"ן זכויות, וכיוון שהיה עליה לפתור את הנושא בהקדם, בלי להיקלע לסכסוך משפטי ממושך. הפעם בחר בג"ץ, בפסק דין שניתן כעבור כשלוש שנים, שלא להתערב. מה גם שההסכם נתמך על ידי חוות דעת של גופים מקצועיים (שוב בולט היתרון שזוכים בו השרים כאשר הם מקבלים את עמדת "הדרג המקצועי", יתרון המעניק כוח שלטוני עצום לגורמים הפקידותיים).

התוצאה מותירה תחושה קשה. השופט חשין ציין כי: "קשה להשתחרר מהתרשמות – המיוסדת על הדין ועל העובדות – כי החברה לישראל זכתה

בתמורה שאין כל יחס סביר בינה לבין אותן זכויות שעדיין נותרו בידיה – אם בכלל – ואשר הועברו למדינה... כיצד זה, ישאל השואל, שהמדינה נאלצה לשלם לגוף פרטי הון עתק – יותר מחצי מיליארד ש"ח – עבור רכוש שבחלקו העיקרי היה שלה? וקשה, קשה עד למאוד, להשתחרר מהתרשמות כי ההסכם שנכרת בין המדינה לבין בז"ן ו'החברה לישראל' הסכם פגום הוא ביותר.

אם נשווה את פרשת הקרקעות החקלאיות לפרשת בז"ן, ניתן לומר שבעניין הראשון דובר בהטבה לקבוצה גדולה, בת אלפי אנשים, שלא היה ספק בתרומתם למדינה – ובכל זאת התערב בג"ץ ונזעק למען "הצדק החלוקתי". הסכם בז"ן עם "החברה לישראל" צורם הרבה יותר. מדובר בסכום עתק ששולם לבעלי הון, אשר הפיקו רווח ענקי מהשקעה כספית. בוודאי לא ניתן להשוותם לציבור החקלאים, שכל פרט מתוכו צפוי היה לזכות בהטבה פחותה לאין-ערוך מזו שבה זכו בעלי ההון בעסקת בז"ן. העובדה שבג"ץ התערב דווקא במקרה הפחות צורם מלמדת לא מעט על התועלת המוגבלת, שלא לומר מפוקפקת, של התערבות בית המשפט בנושאי מדיניות כלכלית-חברתית ועל אקראיות התוצאה.

צמצום הקצבאות והתשלומים לנזקקים, במסגרת תוכניתו הכלכלית של שר האוצר בנימין נתניהו ב-2003, היה עילה לעתירה נוספת מתחום המדיניות החברתית-כלכלית. טענת העותרת היתה פשוטה: החקיקה פוגעת באוכלוסייה חלשה, שמצבה הקשה תואר בלשון נוגעת ללב. לכך צורפה הטענה כי הדבר מהווה פגיעה בכבוד האדם, המוגן בחוק יסוד. בשלב קודם ניתן צו על תנאי, שהורה למדינה להסביר "מדוע לא יקבעו סטנדרט לקיום אנושי בכבוד כמתחייב מ'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'".

העתירה נדחתה ברוב של שישה שופטים נגד אדמונד לוי.²⁹³ ראש ההרכב, הנשיא ברק, דיבר רבות על "חובתה של המדינה... שלא לפגוע בכבוד האדם... ומוטלת עליה החובה להגן על כבוד האדם". הוא גם הבהיר שהמדינה חייבת "לקיים מערכת שתבטיח 'רשת מגן' למעוטי האמצעים, כדי שמצבם החומרי לא יביאם לכלל מחסור קיומי". אך בשיטה החביבה כל כך על בית המשפט החדש נדחתה העתירה "מפני שלא שוכנענו שיש בתיקון לחוק הבטחת הכנסה כשלעצמו... כדי לפגוע בכבוד האדם", אף שבאותו פסק דין נאמר: "יודעים אנו כי מצבן הכלכלי של משפחות רבות בישראל הוא קשה מאוד, וכי שכבת העוני בחברה רחבה ביותר." וגם: "איננו יודעים אם מצבו של אדם כלשהו הגיע לכלל פגיעה בכבוד, כמובנו המשפטי-חוקתי של מושג זה. כדי להגיע למסקנה שיפוטית כזו, שבצדה הוראה למדינה לתקן את המעוות, זקוקים אנו לתשתית עובדתית ראויה." קשה להשתכנע מהקוהרנטיות של פסק הדין. בית המשפט יודע ש"מצבן

הכלכלי של משפחות רבות בישראל הוא קשה מאוד", הובאו לפניו ראיות על מקרים ספציפיים קשים, ובכל זאת הוא נמנע מהענקת סעד בנימוק בעייתי של היעדר "תשתית עובדתית ראויה". כלומר, שוב, בית המשפט נטל לעצמו סמכויות, שהן למעשה בלתי-מוגבלות, לעסוק בכל נושא לרבות הבטחת קיום מינימלי הוגן, אבל גם הבין שמסוכן מדי עבורו לנסות לממש את הסמכות שהוא האציל על עצמו. האם ידרוש העלאת תשלומי הבטחת הכנסה? אם כן – בכמה? ומאין יבוא הכסף, ומה יהיו ההשלכות הכלכליות של המהלך? במקום לומר שהנושא אינו שפיט, העדיפו השופטים להגיד: הנושא שפיט, אנחנו כל-יכולים, ובכל זאת לא נושיט סעד. לכן לא מפתיע שפסק הדין נתקל בביקורת חריפה מצד אלה החותרים ליתר שוויון בחברה.

ולסיום: מעניין להיווכח שהמושג "צדק חלוקתי", שכיבב בפרשת האדמות החקלאיות, לא נזכר בפסק הדין, אף שברור כי עמד במרכז הדיון. פשוט, מדובר כאן בצדק חלוקתי בסיטואציה הפוכה מזו של האדמות החקלאיות ו"החברה לישראל", שבהם חפצה הממשלה לשלם והטרוניה היתה על כך שהיא משלמת יותר מדי. לעומת זאת, בנושא של הפחתת תשלומי "הבטחת הכנסה" הממשלה לא חפצה לשלם (מעבר לסכום המופחת), והתלונה כלפיה היתה שהיא משלמת פחות מדי.

מי מושל בכיפה

נושאי דת ומדינה העסיקו את בית המשפט העליון כבר בתקופה הקלאסית, ולאורך שנים רבות היו מרכיב מרכזי בפסיקתו. החשיבות המיוחדת של הפסיקה הזו נעוצה בכך שהעליון נקרא להגן דווקא על הרוב. התיאוריה המקובלת היא שבדרך כלל תפקידו של בית המשפט להגן על מיעוטים, שכן הרוב שולט בפרלמנט ומסוגל להגן על עצמו. אולם השיטה הקואליציונית בישראל גרמה לא פעם לכך שקבוצת מיעוט נהפכה ללשון מאזניים, וקיבלה כוח עצום – לקבוע את גורל השלטון, לקדם בצורה שיטתית את ענייני הסקטור שלה, ולהכתיב חקיקה למורת רוחו של הרוב. כך בדיוק קרה לא פעם ולא פעמיים בנושאי דת ומדינה.

הוויכוחים והמאבקים בנושאים אלה נמשכים ללא הפוגה. מגוון הנושאים רחב, והוא כולל כשרות, נסיעות בשבת, הדרת נשים, גיור ופיקוח על בתי הדין הרבניים. בעניין זה ראוי להצביע על עמדתו של נשיא בית המשפט העליון הנוכחי, אשר גרוניס, המבקש להגביל את התערבותו של העליון לשם ביטול חקיקה של הכנסת למקרים של הגנה על המיעוט בלבד, כפי שהוא כתב, למשל, בעניין "רסלר נגד כנסת ישראל": "אין הצדקה להתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק... משום שבמקרה דנא עסקינן בהחלטה של הרוב במדינה (על פי הייצוג בכנסת) לקבל חוק הנותן זכות יתר למיעוט. כאשר מדובר בזכות שאינה כרוכה בפגיעה במנגנונים הדמוקרטיים, בפגיעה ביחידים או בפגיעה בקבוצת מיעוט, אין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית... אילו נשמעה דעתי היינו דוחים את העתירות."²⁹⁴ ואולם, אין ספק שהמציאות הישראלית מחייבת לא פעם גם הגנה על הרוב, אשר בתנאים הפוליטיים הקיימים מוצא את עצמו שוב ושוב חסר הגנה, נזקק לחסדו של בית המשפט העליון בנושאי דת ומדינה.

מגוון הנושאים שבמחלוקת היה רחב. ב-1993, בימי הנשיא שמגר, פסק העליון בנושא הכשרות, להתיר יבוא בשר לא כשר, בהסתמך על "חוק יסוד: חופש העיסוק".²⁹⁵ המאבק גלש לתקופת נשיאותו של ברק, והוא נאלץ להשלים עם חקיקה שהתגברה על פסק הדין ההוא, לאחר שב-1998 הוסיפה הכנסת לחוק הנ"ל את סעיף 8. חוק יעמוד בתוקפו, נאמר בסעיף החדש, גם אם הוא פוגע

בחופש העיסוק, אם נאמר בו במפורש שהוא תקף על אף האמור ב"חוק יסוד: חופש העיסוק", ואם התקבל ברוב של 61 חברי כנסת. ההישג הצנוע לעמדתו של ברק היה שנאמר כי חוק כזה יפקע בתום ארבע שנים, אבל דין הפקיעה הזה לא חל על חוק שהתקבל בתוך שנה מאז חקיקת חוק היסוד, והחקיקה המונעת יבוא בשר לא כשר זכתה בסופו של דבר ל"חסינות".

אחת הפרשות המורכבות האחרות בתחום של דת ומדינה נגעה לסגירת כביש בר-אילן בירושלים. הכביש עובר אמנם בשכונות חרדיות, אך בניגוד לכבישים פנימיים בשכונות הללו, שסגירתם בשבתות ובחגים לא עוררה קושי מיוחד, הפעם מדובר היה בעורק תחבורה ראשי, שסגירתו היתה מהווה פגיעה קשה בציבור החילוני. החרדים דרשו סגירה מלאה של הכביש בשבתות ובחגים, וערכו הפגנות שגלשו מדי פעם לאלימות. החילונים דרשו המשך פתיחה מלאה של הכביש. שר התחבורה היה יצחק לוי, איש המפד"ל, והוא החליט על פשרה: הכביש ייסגר רק בשעות התפילה בשבתות ובמועדים.

שני הצדדים, החילונים והחרדים, לא היו שבעי רצון, מה גם שמבחינת החילונים היה בכך שינוי הסטטוס-קוו. אזרחים חילונים עתרו לבג"ץ כדי למנוע את חסימת הכביש בשעות התפילה, ואילו "האגודה לשמירת זכויות הציבור הדתי והחרדי" הגישה עתירה הפוכה, שכביש בר-אילן ייסגר במשך כל שעות השבת והחג. הדיון נקבע לפני הרכב בראשות הנשיא.

ברק השיב בפתח פסק דינו לשאלה המתבקשת מאליו, מדוע הסוגיה הפוליטית הזו היא בעצם סוגיה משפטית: "הכרעתנו תיעשה על פי אמות מידה משפטיות. כך אנו נוהגים בישראל מימים ימימה... ענייננו אינו המחלוקת החברתית; שיקולינו אינם פוליטיים... ענייננו אינו יחסי חרדים וחילונים בישראל; ענייננו אינו יחסי דת ומדינה בישראל; ענייננו אינו אופייה של ירושלים. ענייננו הוא רחוב בר-אילן פשוטו כמשמעו; ענייננו הוא סמכות רשות התמרור המרכזית והיקף שיקול דעתה."

קל להבין את הסגנון הזה, המבקש מהצדדים הנצים שלא יכלו זעמם בבית המשפט אם התוצאה לא תהיה לרוחם – שהרי בית המשפט אינו עושה מה שהוא רוצה: אין לו ברירה, הוא כבול לדין. אבל הנשיא מבין היטב שהדברים לא ישכנעו איש. הוא אף אומר זאת בהמשך פסק דינו – ואכן הדברים אינם משכנעים, משום שלא מדובר בהחלת חוק שהוכתב לבית המשפט על ידי המחוקק. אם מדובר פה ביישום דין כלשהו, זהו דין שבית המשפט עצמו יוצר. יש לבית המשפט שיקול דעת, והוא מפעיל אותו בבחירת הפתרון, לפי השקפת עולמו, גם אם הוא מייחס אותה ל"ערכי החברה" או ל"ציבור הנאור".

הדבר בולט במיוחד בדילמה הנוכחית, לאור הפער בין השופט הדתי-חרדי צבי

טל, שתמך בסגירת הכביש לאורך כל שעות השבת והחג, לבין עמדתם של עמיתיו החילונים. פסק הדין אוחו כ-170 עמודים, אורך המאפיין פסיקה שנויה במחלוקת בעידן של בית המשפט המהפכני, ובקצהו 'תיקו' בין ששת השופטים החילונים. שלושה מהם (אור, חשין ודורנר) תמכו בעמדה החילונית, שלפיה יש להשאיר את הכביש פתוח לגמרי בשבת. שלושה אחרים (ברק, שלמה לוין ומצא) תמכו בכעין פשרה, שלפיה ייסגר הרחוב בשעות התפילה בשבתות וחגים. הם התנו זאת בכך שתוסדר חלופה לתנועה מקצה אחד של העיר לקצה השני, ובכך שהעניין יחזור אל שר התחבורה להחלטה חדשה. במסגרת זו יהיה עליו לשקול פתרון לתושבים חילונים המתגוררים באזור, שסגירת הכביש בשעות התפילה חוסמת להם ולאורחיהם את הדרך.

ה'תיקו' הוכרע על ידי טל, שעסק גם הוא באיזון ערכים: חופש התנועה של החילונים מזה, לעומת קדושת השבת מזה. ובעיניו אין ספק כיצד יש לאזן ערכים אלה. חופש התנועה, "כמו כל החירויות כמעט יחסי הוא ואינו אבסולוטי... השבת, לעומת זאת... היא ערך כמעט אבסולוטי, והיא נדחית רק מפני פיקוח נפש, או חשש לפיקוח נפש... השבת היא 'ברית עולם' ו'אות היא לעולם' בין הקב"ה ובין ישראל" (שמות ל"א, 16-17). על כך הוסיף השופט עוד ציטוט: "ואם לא תשמעו אליי לקדש את יום השבת ולבלתי שאת משא ובוא בשערי ירושלים ביום השבת, והציתי אש בשעריה ואכלה ארמנות ירושלים ולא תכבה" (ירמיהו י"ז, 24-27).

והמסקנה: מאחר שדעתו של טל, שלפיה יש לסגור את הכביש למשך כל השבת והחג, היתה קרובה יותר לדעתם של ברק, לוין ומצא, נפסק כי כביש בר-אילן ייחסם לתנועה בשעות התפילה בשבתות ובחגים, בכפוף להסדרת חלופה לתנועה ומציאת פתרון לתושבים החילונים ולאורחיהם.²⁹⁶

בפברואר 1999, קצת פחות משנתיים לאחר מתן פסק הדין, קיימו החרדים, ביוזמתו של חבר הכנסת מנחם פרוש, איש אגודת ישראל, הפגנה ענקית ועצרת תפילה נגד בית המשפט העליון ופסיקתו בנושאי דת. לפי ההערכות השתתפו בהפגנה בין רבע מיליון לחצי מיליון איש. לא ברור אם הסיבה להפגנה היתה עדיין פסק הדין בעניין כביש בר-אילן, שדווקא חתר לפשרה, או שמא היה זה פרי התחושה המצטברת של החרדים כנגד פסיקה של העליון בנושאי דת. כך או כך, מול הפגנת החרדים התארגנה הפגנה חילונית. מבחינת מספר המשתתפים היא היתה מצומצמת בהרבה, אך התקיימה בכל זאת בהיקף לא מבוטל (לפי ההערכות, כ-50 אלף איש). בכל מקרה, נראה כי אף שההפגנה החרדית הגדולה גרמה תחושה לא נוחה, לא היה בה כדי להשפיע על פסיקתו של העליון.

מחלוקת אחרת בין דתיים לחילונים נפערה בעניין זכותם של קרובי משפחתו של נפטר לחרות על המצבה תאריך לועזי נוסף על התאריך העברי. העליון פסק, כפי

שכבר עשה בעבר, שזכות כזאת קיימת חרף התנגדותה של חברה קדישא.²⁹⁷ אבל, גם בסוגיה זו אנחנו עדים לפער בין שופטים חילונים לדתיים, ועניין מיוחד יש בדעת המיעוט של השופט הדתי יצחק אנגלרד: הוא חלק על גישתו של ברק, שלפיה הפסיקה מושתתת על מבחן אובייקטיבי כלשהו. לדבריו, "אין כיום בינינו הסכמה לא על הדין ולא על לפנים משורת הדין... הכל מודים כי יש לנהוג בסובלנות תוך כדי עשיית ויתורים – אך כל זאת אצל בעל הדין האחר, כי הלוא הוא אשר מחמיר על כל קוצו של יוד... אני? אצלי מדובר בפגיעה בנושה בעקרונות יסוד... בכבוד האדם".

הציבור החילוני רואה פגיעה בזכות יסוד בכך שאין נותנים לו לכתוב תאריך לועזי על המצבה. הציבור הדתי נפגע מכך שמתנוססים בבית קברות תאריכים לועזיים. המסקנה האומרת שהדין נחתך על פי השקפת עולמו של השופט – בלתי-נמנעת.

בג"ץ המשיך לפקח על בתי הדין הרבניים. בפסק דין "סבג נגד בית הדין הרבני הגדול לערעורים", לדוגמה, דובר בבני זוג שנישאו במונקו הן בנישואים אזרחיים והן בנישואים דתיים. לאחר מכן התגרשו שם בגירושים אזרחיים, אבל הבעל סירב לבקשתה של אשתו לתת לה גט, כדי שתיחשב גרושה גם לפי הדין היהודי. כשהיה בביקור בארץ, הוציאה האישה צו עיכוב יציאה לבעלה לשעבר, ותבעה גט ומזונות.

בית הדין הרבני הכיר בקושי הנוגע לסמכותו בשאלת הגט, ובכל זאת סבר שיש לו סמכות להרחיב את אחיזתו ולדון בעניין המזונות, מה גם שהבעל היה אדם דתי, שביקר לא פעם בארץ, והשאיר את אשתו כשהיא עגונה (לפי הדין הדתי היהודי – לא לפי הדין האזרחי). אבל השופטת פרוקצ'יה, שניסחה את דעת הרוב בבג"ץ, קיבלה את ערעורו של הבעל ופסקה שאין לבית הדין סמכות לדון בעניין, שכן שני בני הזוג הם אזרחים זרים ותושבי מדינה זרה. השופט אליקים רובינשטיין, שהוא אדם דתי ונושא העגונות נגע לליבו, סבר בדעת מיעוט כי יש להכיר בסמכות בית הדין לעניין המזונות.²⁹⁸ אבל חילוקי הדעות המוכנים בין שופטים דתיים לחילונים התחילו הרבה קודם, ויימשכו גם הלאה.

דוגמה אחרת לפיקוח בג"ץ הוא "אמיר נגד בית הדין הרבני הגדול בירושלים",²⁹⁹ שבו נפסק כי בית הדין הרבני איננו מוסמך לפעול כמוסד לבוררות גם אם הצדדים הסכימו לכך. לנושא זה אתייחס בהמשך.

פרשת "מיהו יהודי", שגם בית המשפט הקלאסי עסק בה לא פעם – בין השאר בעתירות המהדהדות של בנימין שליט ושל שמואל רופאייזן ("האח דניאל") – חזרה והופיעה, הפעם בהקשר לנושא הגיור. כרטיס הכניסה ליהדות היה מופקד

במשך כל הדורות בידי גופים דתיים, וכיוון שאין ביהדות סמכות מרכזית מוכרת, קיימת אפשרות שגיור על ידי רב אחד יוכר על ידי רבנים אחרים אך לא יוכר על ידי אחרים. מחלוקות כאלה פרצו אצלנו אפילו במסגרת היהדות האורתודוקסית, כאשר הרב אברהם שרמן, חבר בית הדין הרבני לערעורים, סירב להכיר בגיורים שנעשו על ידי בית דין בראשות הרב חיים דרוקמן. קל וחומר שהאורתודוקסים, שבתו הדין הרבניים בארץ הופקדו בידיהם, אינם מכירים בגיורים שנעשו על ידי רבנים מהזרם הקונסרבטיבי או הרפורמי. התוצאה היא שמי שהתגייר, למשל, גיור קונסרבטיבי, לא יוכר כיהודי על ידי בתי הדין הרבניים, ובענייני נישואים וגירושים יהיה דינו מבחינתם כדין מי שאיננו יהודי. אבל מה יהיה הדין לגביו לצורך חוק השבות ולצורך חוק מרשם האוכלוסין?

הנושא התעורר בעבר לגבי אנשים שעברו גיור רפורמי או קונסרבטיבי בחו"ל. במקרים אלה פסק בג"ץ שיש לנהוג באופן שוויוני, ולצורך חוק השבות הוכרו גיורים שנעשו בחו"ל במסגרת קהילה יהודית מוכרת, על פי ההליכים המקובלים עליה.

שלב משמעותי נוסף התרחש ב-2005, והוא בא לידי ביטוי בפסק דין "מקרינה נגד שר הפנים".³⁰⁰ דובר שם ב-14 עותרים שבאו לישראל ממקומות שונים ומתגוררים בה, ואף החלו בהליכי גיור בארץ. כעבור זמן הם בחרו לנסוע לחו"ל, ועברו שם גיור רפורמי או אורתודוקסי. לאחר מכן שבו לישראל, וביקשו להכיר בהם כיהודים לצורך חוק השבות. משרד הפנים סירב, בנימוק שההכרה בגיור שנעשה בחו"ל מותנית בכך שזהו גיור של אדם המצטרף לקהילה יהודית שם – תנאי שהעותרים אינם עומדים בו. הגיורים שמדובר בהם זכו בכינוי "גיורי קפיצה", והם הציבו בפני בית המשפט קושי חמור, הנובע מכך שהציונות החילונית מעולם לא הנהיגה מנגנון משלה של הצטרפות לעם היהודי, וגם המדינה לא עשתה זאת. המדינה נותרה בעצם תלויה בגופים דתיים פרטיים בשאלת יסוד רבת-חשיבות, הקובעת זכות כניסה לישראל, כשכל אחד מהגופים הפרטיים הללו מציב דרישות משלו, בהתאם לזרם אליו הוא משתייך, כדי להעניק את כרטיס הכניסה לעם היהודי (ובעקבות זאת גם זכות לאזרחות ישראלית).

הדיון נקבע לפני הרכב של אחד-עשר שופטים, והוכרע ברוב של שבעה. לדעת המיעוט של שני השופטים הדתיים, יעקב טירקל ואדמונד לוי, הצטרפו שני חילונים, אילה פרוקצ'יה ואשר גרוניס, כאשר בבסיסו של פסק דינם ניצב החשש מפני מסירת מפתחות הכניסה לישראל לגופים פרטיים. גם חלק משופטי הרוב היו מוכנים שמשדד הפנים יקבע קריטריונים למניעת שימוש לרעה באפשרות הזו, אבל הם קבעו ש"גיור הקפיצה" שעברו העותרים הספציפיים אינו מונע מהם את האפשרות ליהנות מהיתרונות של חוק השבות.

בהמשך, כשחזר משרד הפנים לשליטת ש"ס, החליט השר אלי ישי לבטל, לגבי תעודות זהות חדשות, את הרישום בפריט הלאום. הסיבה ברורה: במצב הנוכחי מוטל עליו לרשום כיהודי גם מי שאיננו כזה בעיני ש"ס. הפתרון של ביטול פריט הלאום בתעודת הזהות הוצע על ידי העליון עוד בפרשת שליט, וכעת פעלה הממשלה מיוזמתה בכיוון הזה. אגב, בנובמבר 2004 דחה בג"ץ את העתירה "גולדמן נגד משרד הפנים", ³⁰¹ שביקשה להשיב את סעיף הלאום לתעודה, וכיום ניתן להבדיל בין הלאומים לפי תאריך הלידה העברי הרשום רק בתעודות זהות יהודיות.

שוויון זכויות לנשים הוא נושא אחר, אשר בהקשרים רבים אינו שייך ליחסי דת ומדינה, אך בישראל הוא נכרך בו. בעניין "מילר נגד שר הביטחון", שכבר הוזכר בספר, הוא צף בהקשר לשירות הצבאי, ומבין שלל הנימוקים שהועלו בפסק הדין החשוב, שפתח את הדרך לפני נשים לשרת כטייסות ונווטות, ובתפקידי לחימה נוספים, ראוי לציין כאן את הנקודה שעליה הצביעה השופטת דורנר: הפליה פוגעת לא רק בקבוצה המופלית לרעה אלא בחברה כולה. המדיניות שהיתה נהוגה בצה"ל שללה את האפשרות להפיק את מלוא התועלת מקבוצה שמהווה כמחצית האוכלוסייה.

חופש הביטוי וגבול הסיבולת

גם ביחס לחופש הביטוי חל בתקופת נשיאותו של ברק שינוי משמעותי, והוא החל להיות מתואר כזכות "חוקתית" אף שאינו נזכר בחוקי היסוד. בית המשפט העליון כולל ללא קושי את כל הזכויות הנראות לו במסגרת המושג "כבוד האדם", אם כי ניתן למצוא בפסיקה לא מעט אמירות בדבר הגבלות שונות על חופש הביטוי. כך, למשל, נאמר כי "חופש הביטוי המוגן אינו החופש לבטא דברי תועבה". כמו כן, ניתן להגביל את חופש הביטוי בגלל פגיעה בשלום הציבור או אף ברגשות הציבור, אלא שעולות השאלות: מהי פגיעה בשלום הציבור ומי קובע מה הם רגשות הציבור והאם נפגעו. עיון בפסיקה מלמד שלמגבלות הללו על חופש הביטוי אין כמעט משמעות, והניסיונות שנעשו להגביל אותו בהסתמך עליהן נידונו, כמעט ללא יוצא מהכלל, לכישלונות.

הכלל בדבר פגיעה בשלום הציבור חל רק אם הפגיעה היא קשה, רצינית וחמורה, ויש בה כדי "לזעזע את ספֵּיה" של החברה. פגיעה ברגשות יכולה להצדיק הגבלה של חופש הביטוי, "אם היא מעל לסטנדרד הסובלנות החברתית, אם יש בה כדי לזעזע את אמות הספֵּים של הסובלנות ההדדית... פגיעה כזו יכולה להצדיק הגבלה של הביטוי הפורנוגרפי עד כמה שיש בביטוי זה כדי להשפיל את האישה ולדמותה ל'שפחת מין'", כמו שכתב השופט ברק בעתירה נגד פסילתן של סצנות מין בוטות בסרט "אימפריית החושים" על ידי המועצה לביקורת סרטים. אולם לעצם העניין בוטלה בדעת השופטים ברק ומצא (כנגד דעתו החולקת של השופט חשין) החלטת המועצה לצנזר את הקטעים, והצגתו הותרה במלואה (למעט שני קטעים שהעותרים הסכימו להשמיט).³⁰²

כך גם בוטלה, עוד בתקופת נשיאותו של שמגר, החלטת המועצה לאסור את הקרנת הסרט "הפיתוי האחרון של ישו", אף כי נטען שהוא פוגע קשות ברגשות הציבור הנוצרי בארץ.³⁰³

שני פרסומים נוספים התגלגלו אל פתחו של בג"ץ וזכו בתשומת לב רבה. האחד, שידור בטלוויזיה של מחזה מאת מוטי לרנר על משפט קסטנר, שנכללה בו דמותה של חנה סנש. לפני השידור, בעקבות פרסומים בעיתונות, הסתבר שבאחד הקטעים מתריס ישראל קסטנר כנגד קתרינה סנש, אמה של חנה, וטוען

כי בלחץ העיניים שעונתה הסגירה בתה לנאצים את שני חבריה, יואל פלגי ופרץ גולדשטיין. אחיה של חנה סנש, בניו ואנשים נוספים עתרו לבג"ץ כדי למנוע את שידורו של הקטע הזה במחזה, ואמר על כך השופט חשין בדעת מיעוט: "אין שמץ ראיה כי חנה סנש הסגירה את חבריה לגסטאפו – נהפוך הוא – וד"ר קסטנר לא אמר מעולם דברים שהמחזאי שם בפיו במחזה. בעברית פשוטה ייאמר: דבר האשמה שד"ר קסטנר מטיח במחזה בחנה סנש, דבר עלילה הוא."³⁰⁴

להקרנת המחזה קדמה פתיחה שבה נאמר, מחד גיסא, ש"האירועים שבסרט עוצבו בהשראת משפט קסטנר-גריןולד", ומאידך גיסא כי אין זה "שחזור תיעודי של האירועים אלא דרמה בדיונית המחויבת לערכים אמנותיים". השופט ברק, בדעת הרוב, חזר על עמדתו שלפיה: "רק פגיעה ברגשות שהיא קשה, רצינית וחמורה – כלומר, היא פגיעה מעבר לרמת הסיבולת שכל אדם נוטל על עצמו בחברה דמוקרטית – עשויה להצדיק הטלת הגבלות... על חופש הביטוי וחופש היצירה... נדרשת אפוא פגיעה ברגשות המזעזעת את אמות הספים של הסובלנות ההרדית. רמה גבוהה זו אינה מתקיימת במקרה שלפנינו."

מישאל חשין הצביע על הערך של כבוד האדם, המוגן בחוק יסוד, וכולל לדעתו את כבוד המת ושמו הטוב, בעיקר כאשר בני משפחתו הקרובים נמצאים עדיין עמנו. עוד ניתן לציין כי מדובר בשידור ממלכתי, וניתן לצפות שמערכת כזו לא תזדרז להציג קטע המכיל פגיעה חסרת בסיס בגיבורה לאומית, שחייה ומותה עדיין טריים בזיכרון. בסופו של דבר, ועל אף פסק דינם של שופטי הרוב, הוציאה רשות השידור, את הקטע הפוגעני מהמחזה, לאחר ששכנעה את המחזאי להסכים לכך. על פי המסופר, אפילו אהרן ברק היה מוכן לנסות לשכנע את רשות השידור להימנע מלשדר את הקטע השנוי במחלוקת.³⁰⁵ אפשר שגם לאחר הניצחון המשפטי נותרה תחושה לא נוחה, ונראה כי רשות השידור באה למסקנה ששידור הקטע יפגע יתר על המידה בבני משפחתה של חנה סנש וברבים מהצופים, שרמת הסיבולת שלהם איננה בדרגה התואמת את ההלכה המשפטית. ואולי יש בכך כדי ללמד משהו על גבולות המשפט, על הפער בין משפט לבין צדק, ועל הרטוריקה של עקרונות מופשטים כאשר אין נכונות להגשימם.

הפרשה השנייה נסבה סביב הסרט "ג'נין ג'נין", ה"מתער" פעולה שבוצעה בעיר במבצע "חומת מגן". הרקע למבצע היה גל הטרור הנורא שתקף את ישראל, שהגיע לשיאו בטבח במלון "פארק" בנתניה בערב חג הפסח בשנת 2002. לא מעט סופר על כך שצה"ל עשה כל שניתן כדי להימנע מפגיעה באזרחים, וסבל עקב כך אבידות. ואולם, זמן קצר לאחר תום הלחימה נכנסו מוחמד פרי וצוותו למחנה הפליטים ג'נין, וצילמו אנשים המספרים על חוויותיהם במהלך הלחימה. בפיהם של

רבים היו טענות קשות על ירי בחפים מפשע ושימוש בילדים במסגרת הלחימה. אחד הקטעים המזעזעים בסרט מתואר על ידי בית המשפט המחוזי במילים אלה: "בסרט מצולם טנק נוסע לעבר קבוצת אנשים ששוכבים על האדמה. כמו כן נראה פלשתיני שידיו כבולות מאחורי גבו מובל אל שורת השוכבים. הטנק נראה נוסע לכיוון האנשים, ונשמע קול צועק שהטנק עולה עליהם. מיד לאחר מכן נשמע צרור יריות, והתמונה מתחלפת באופן שהטנק ניצב שם ואנשים מפנים גופה באלונקה."

מסתבר שלא היו דברים מעולם, ומעשה זוועה כזה לא בוצע. התברר גם שדברים רבים נוספים שיוחסו לחיילי צה"ל אינם אמת. כל זאת, אף ש"ג'נין ג'נין" מתיימר להיות סרט תיעודי, והוא שונה אפילו מהמחזה "משפט קסטנר", שחלקו מבוסס על מעשים שהיו וחלקו, כפי שהצהיר המחבר, פרי דמיונו. בכך גם שונה פרשה זו מפסק דינו של בית המשפט הקלאסי, בעניין "אולפני הסרטה בישראל בע"מ נגד גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות",³⁰⁶ שבו אושרה לשידור כתבה ב"יומן כרמל הרצליה", המציגה פינוי בכוח של תושבים משכונת סומייל בתל אביב. התמונות בכתבה המצולמת לא היו נעימות לעין ואולי לא הציגו את האירוע בשלמותו, אך הן הראו מה שהתרחש בפועל, ולא אירוע מבוים, שלא היה ולא נברא.

את "ג'נין ג'נין" לא אישרה המועצה לביקורת סרטים להקרנה, ובכרי, יחד עם אנשים נוספים, פנו לבית המשפט.³⁰⁷ בג"ץ קיבל את העתירה ואישר את הקרנת הסרט, אך מעיון בפסק הדין לא מתקבל הרושם שבית המשפט צפה בסרט, והחלטתו מבוססת על הנתונים העולים מהחומר שהוגש לו. השופטים הכירו בעובדה שהסרט כולל שקרים, אבל דליה דורנר ציינה כי "היותו של ביטוי שקרי אינה, כשלעצמה, עילה להסרת הגנתו, להבדיל מצורות ביטוי – דוגמת הביטוי הגזעני – שעצם השמעתן... מפרה איסור שבדין... אכן, ידוע כי 'במסגרת חופש הביטוי אין בוחנים אם הביטוי הוא אמת או שקר'... שכן הסרת ההגנה מהביטוי השקרי מעניקה לרשויות את הכוח לברור את האמת מן השקר". לשלל נימוקיה הוסיפה השופטת: "אלו ואלו דברי אלוהים חיים."

מוסכם היה על בית המשפט שפגיעה ברגשות עשויה לשמש עילה לפסילת סרט, אבל הפירוש שניתן לכך כה מצומצם, עד שהוא רוקן את האפשרות הזו מכל תוכן. "אין ספק", ציינה דורנר, "כי הסרט פוגע ברגשות רבים מבני הציבור בישראל בכלל, וברגשות החיילים שהשתתפו בקרב... לרבות ההורים, בני הזוג והאחים השכולים... אך אין לומר כי פגיעה זאת – עם כל הקושי שבה – אינה בגדר הנסבל בחברה הישראלית הדמוקרטית." במילים אחרות: פגיעה ברגשות תאפשר פסילתו של שקר רק אם היא עולה על "רמת הסיבולת" של החברה בישראל, שהיא – לדעת השופטים – כה גבוהה עד שלא תתקשה לשאת את השקר הנתעב על הפעולה בג'נין. השופטת פרוקצ'יה הצטרפה לעמדה הזו והוסיפה: "האמצעי להתמודד כנגד

השקר והסילוף אינו בהכנעתו של השקר על דרך הטלת איסור על השמעתו... בזרימה חופשית ובלתי מבוקרת של מידע... סופה של האמת לגבור על השקר." האומנם "סופה של האמת לגבור על השקר"? מימרה זו, בדומה לקלישאות אחרות דוגמת "בסוף הצדק מנצח", מבטאת אופטימיות שהמציאות לא פעם טופחת על פניה. העם היהודי חווה מאות שנים של עלילת דם שקרית, והשופטת הדסה בן-עתו כתבה ספר על "הפרוטוקולים של זקני ציון" שכותרתו השקר שמסרב למות. גם השאלה הרטורית שהציב הנביא "מדוע דרך רשעים צִלְחָה" עומדת בעינה עד היום. בנסיבות אלה לא קל להשתכנע מהלהט שבו הגן בית המשפט על הזכות לשקר כחלק מחופש הביטוי.

אפשר גם לא להתלהב מהשימוש בביטוי "אלו ואלו דברי אלוהים חיים". אכן, קיימים מצבים שבהם האמת אינה ברורה והעובדות שנויות במחלוקת. במצבים אלה לא רצוי שרשות מינהלית תכריע בשאלה ותפסול את הסרט. המצב שונה כאשר השקר חמור, בוטה וזועק, כמו סצנת הטנק הדורס כביכול פלשתינים כפותרים, וכשמצטרפת לכך פגיעה קשה ברגשות הציבור.

זהו הבסיס הרעיוני לאיסורים על הסתה לגזענות ועל הכחשת השואה. אלה איסורים על דבר שקר הגורם פגיעה חמורה ברגשות ציבור רחב. במצבים אלה אין המחוקק מוכן לסמוך על כך ש"סופה של האמת לגבור". לפיכך עדיף היה, במקום להסתנוור מרעיונות מופשטים המתוארים בלשון נשגבה, לרדת לקרקע המציאות ולבחון אם יש מקום להחיל את מגבלות חופש הביטוי על הנסיבות שנחשפו ב"ג'נין ג'נין".

אולם בג"ץ החליט כפי שהחליט. הסרט הוצג, ובעקבות זאת הוגשה על ידי לוחמים אחדים שהשתתפו בקרבות בג'נין תביעת פיצויים נגד מוחמד פַּכְרִי, בגין הוצאת לשון הרע. בבית המשפט המחוזי פסקה השופטת מיכל נד"ב שהסרט אכן מהווה הוצאת לשון הרע, ובכרי אינו זכאי להגנות שבחוק, ובין השאר לא להגנת "אמת דיברתי". אלא שכאן נתקלו התובעים במכשול חוקי נוסף: הם אמנם השתתפו בקרבות בג'נין, אך לא היה בסרט דבר שזיהה אותם אישית או שייחס להם ספציפית דופי. מדובר בלשון הרע על ציבור, וסעיף 4 לחוק איסור לשון הרע מורה כי לשון הרע על ציבור איננה עילה לתביעה אזרחית, וכי כתב אישום יכול להיות מוגש במקרה כזה רק על ידי היועץ המשפטי או בהסכמתו. התוצאה היתה שתביעת הפיצויים נגד בכרי נדחתה, ופסק הדין אושר בעליון.³⁰⁸

בניגוד ל"ג'נין ג'נין", פרשייה אחרת הסתיימה כעשר שנים קודם לכן ביתר הצלחה מנקודת ראותם של חיילי צה"ל. בעניין "כץ נגד עמותת אלכסנדרוני" מדובר היה בעבודת גמר לתואר שני בהיסטוריה שהגיש תאודור כץ, בה נטען כי

במלחמת העצמאות, לאחר כיבוש הכפר טנטורה (חוף דור של היום), הרגו חיילי חטיבת אלכסנדרוני כמאתיים גברים בלתי-חמושים מבני הכפר. עמותת אלכסנדרוני וכמה חיילים מיוצאי החטיבה הגישו תביעה בשל הוצאת לשון הרע. במהלך בירור התביעה הגיעו הצדדים להסכם פשרה, שלפיו יגרום כץ לכך שיפורסם בעיתונים "מעריב" ו"הארץ" מכתב התנצלות שלו, אשר עולה ממנו כי לאחר בדיקה נוספת הוא חוזר בו מהטענה נגד חיילי אלכסנדרוני. לפשרה ניתן תוקף של פסק דין, אך למחרת ביקש כץ לחזור בו מההסכם. בית המשפט המחוזי דחה את בקשתו, כך גם היה בערעורו לעליון, והוא חויב בתשלום הוצאות.³⁰⁹

אולם הגישה המגבילה את חופש הדיבור, שנדחתה בתחומים כה רבים, באה לביטוי דווקא בהקשר לעבירה הפלילית של העלבת עובד ציבור. מעשה באדם שתלה כרזה מול משטרת חדרה, בה נכתב ש"צריך לפטר את... (בכרזה צוין שמו של איש משטרה) בגלל שיתוף פעולה עם עבריינים כלפי אלה שהתלוננו נגדם. המשטרה לא צריכה תפוחים רקובים." מחבר הפרזה הועמד לדין והורשע בהעלבת עובד ציבור לפי סעיף 288 לחוק העונשין.

הרקע לאירוע היה תלונה של הנאשם נגד בעל חנות, שהונה לדבריו את בנו המוגבל, והדרך שבה טיפל אותו איש משטרה בתלונתו. הנאשם ביקש להתגונן בטענת "אמת דיברתי", אך נקבע כי ההגנה הזו, שכוחה יפה בתביעת דיבה, אין לה מקום בעבירה של העלבת עובד ציבור. העניין הגיע לדיון נוסף בעליון, לפני הרכב של תשעה שופטים, וזה אישר ביולי 2011 את ההרשעה ברוב של שישה נגד שלושה.³¹⁰

התוצאה צורמת כאשר משווים אותה לזו שהושגה, למשל, בעניין המחזה שכלל התרסה בוטה, ולפיה הסגירה חנה סנש את חבריה לנאצים, דבר שלא היה ולא נברא. בית המשפט הניח כי הדברים אינם מהווים פגיעה "מעבר לרמת הסיכולת" שאדם בחברה דמוקרטית נדרש לשאת בה. לעומת זאת, מסתבר שבעבירה של העלבת עובד ציבור "רמת הסיכולת" נמוכה הרבה יותר. משמעות הדברים היא שהחוק רגיש יותר לפגיעה בעובד ציבור מאשר במשפחתה של חנה סנש ובציבור הישראלי, שסנש היא אחת מגיבוריו. העובדה שצוינה על ידי השופטת פרוקצ'יה, בדעת הרוב, ולפיה מטרת העבירה של העלבת עובד ציבור היא גם להגן "על השירות הציבורי מפני פגיעות קשות העלולות לפגוע בכשירות תפקודו", איננה מצדיקה את הפער זה, ועדיפה דעת המיעוט שכתב השופט ריבלין (יש לציין לזכותם של הנשיאה ביניש והשופט אדמונד לוי, שהם הצטרפו לדעת המיעוט). לכך ניתן להוסיף שפסק הדין בעניין העלבת עובד ציבור משקף גם את הנטייה של בית המשפט המהפכני להרחיב את תחומי המשפט הפלילי מעבר לראוי.

הסתה לאלימות או לגזענות מוגדרת לעתים כעבירה, גם אם לא גרמה לאדם אחר לבצע עבירה כלשהי. דוגמה בולטת מצויה בסעיף 144ב לחוק העונשין, האוסר "פרסום הסתה לגזענות". בספרו מבוא אישי מספר חיים כהן כי בכל תקופת כהונתו כיועץ משפטי הוא נמנע מלהעמיד רבנים לדין על התבטאויות חריפות ובוטות, ולא עשה שימוש בעבירות המרדה. בדבריו ניכרת אם לא חרטה על עמדתו, לפחות הרהור בצדקתה. מכל מקום, עובדה היא שבהוראות האלה של הסתה כמעט לא נעשה שימוש. מקרה יוצא דופן, שכהן מציין כמקרה היחיד הידוע לו, הוא זה של עידו אלבה, רב ומורה הלכה בכולל שליד מערת המכפלה, שעניינו הגיע לעליון בתחילת תקופת נשיאותו של ברק.

לאלבה יוחסו כמה אשמות, ביניהן הסתה לגזענות והסתה לאלימות. בבית המשפט המחוזי בירושלים הוא הורשע על ידי אילה פרוקצ'יה ונידון לארבע שנות מאסר, מהן שנתיים בפועל, וערעורו לעליון נידון בפני שבעה שופטים בראשות ברק. ההרשעה בהסתה לגזענות, שאושרה ברוב דעות,¹¹ התבססה על מאמר בנושא "בירור הלכות הריגת גוי" שהופץ בקרב תלמידיו של הרב, ובו הוא כותב: "האיסורים של 'לא תרצח' ו'שופך דם אדם' אינם שייכים ביהודי שהורג מי שאינו יהודי", וכן "במלחמה, כל עוד שלא הוכרעה המלחמה מצווה להרוג כל גוי מהעם שנלחמים עמו, אפילו נשים וילדים. שאף שאינם מסכנים ישירות את הורגם יש לחוש שיסייעו לאויב בהמשך המלחמה."

מעניין להצביע על כך שגם בנושא זה התגלה פער בין השופטים החילונים לדתיים, צבי טל ויעקב טירקל, שנותרו במיעוט בנוגע להרשעה בהסתה לגזענות, כי סברו שחיבורו של הנאשם הוא בגדר בירור תורני, המהווה חלק מהחופש האקדמי, ועל כן יש לזכותו.

יותר יועץ מהיועץ

ההתערבות בהחלטות היועץ המשפטי מטעמי סבירות החלה בתקופת שמגר, אך כמו חידושים רבים שנכנסו אז, גם החידוש הזה הגיע בתקופת ברק ליתר עוצמה – והתוצאה היתה גל של עתירות. כמעט כל מקרה שבו החליט היועץ להימנע מהגשת אישום או מחקירה נגד אישיות ציבורית בכירה תורגם לפנייה לבג"ץ נגד החלטתו. ברוב המקרים נדחתה העתירה, פעמים ברוב דעות. עם זאת, עצם קיומן של עתירות כאלה מפעיל על היועץ לחץ בכיוון של הגשת כתבי אישום.

"אלו קוראים את עצמם בית משפט עליון? לא שווים. בבית משפט תחתון צריך לשים אותם. הם, בשבילם ברא את כל הייסורים שבעולם. כל מה שישראל סובלים, רק בשביל הרשעים האלה. ריקים ופוחזים. שפחה כי תירש גבירתה. מה הם יודעים? ילד שלנו בן 7-8 שנה יודע יותר טוב מהם ללמוד תורה... מי אמר שהעם רוצה שופטים רשעים כאלה... כולם בועלי נידות. כולם מחללי שבת. אלה יהיו השופטים שלנו? עבדים משלו בנו" גם דברי הבלע האלה, שהשמיע בפומבי הרב עובדיה יוסף באחת מדרשותיו בראשית 1999, הולידה עתירה לבג"ץ. היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין סבר תחילה שהרב יוסף עבר עבירה, אך החליט בסופו של דבר להימנע מחקירה. הרכב בראשות ברק דן בדרישה של "התנועה למען איכות השלטון בישראל" לחייב אותו לחקור את הרב.

העותרים הצביעו על מקרים קודמים שבהם נחקרו אנשים ואף הועמדו לדין בשל ביטויי גנאי נגד עובדי ציבור או נגד בית המשפט, למרות הזכות לחופש ביטוי, אבל בג"ץ קבע הפעם ששיקול הדעת של היועץ המשפטי הוא רחב, והוא לא יתערב בו.³¹² ואולם, נראה כי הן שיקולי היועץ והן שיקולי בג"ץ היו יותר ציבוריים מאשר משפטיים. התבטאויותיו של יוסף מקורן מן הסתם בפגיעות הקשות שנפגעו הוא ותנועתו על ידי מערכת המשפט. התנגשויות אלה פגעו גם במערכת, וערערו את האמון בה מצד תומכיו הרבים. נקיטת צעד נוסף נגד הרב הנערץ היתה מציתה את חמתם. העבירה לכאורה שיוחסה לרב לא היתה מדרגת חומרה שעבורה כדאי להצית מהומה שכזו. ההנהגה המשפטית, שידה היתה בדרך כלל על העליונה, העדיפה הפעם לסגת.

בכל זאת, ראוי לשים לב לאפליה באכיפה בתחום המשפט הפלילי המזדקרת כאן: אדם שהועמד לדין על כך שתלה שלט שקרא לפיטורי איש משטרה, משום שלטענתו שיתף פעולה "עם עבריינים כלפי אלה שהתלוננו נגדם", והוסיף כי "המשטרה לא צריכה תפוחים רקובים" – הורשע בדין, והרשעתו אושרה בעליון, שהקדיש לנושא דיון נוסף בהרכב מורחב. דבריו של כבוד הרב, שהיו חמורים, גסים ובעייתיים בהרבה – לא זכו בתגובה מצד מערכת המשפט.

לא חסרו גם פניות שדרשו מהיועץ המשפטי להעמיד לדין את ראש הממשלה. עתירות כאלה הוגשו גם נגד בנימין נתניהו וגם נגד אריאל שרון, ולגבי השלכותיהן על יכולת התפקוד של הממשלה אין צורך להרחיב. העתירות נגד נתניהו הוגשו על ידי שורה של חברי כנסת מהשמאל, ביניהם יונה יהב, יוסי ביילין ויוסי שריד. מקורן בפרשת "בר-און-חברון", ובג"ץ התבקש בהן לבטל את החלטת היועץ המשפטי רובינשטיין לסגור את תיקי החקירה נגד ראש הממשלה ושר המשפטים (הנגבי).¹³ לבעייתיות הבסיסית של עתירות ציבוריות בכלל, ושל עתירות שמטרתן לגרום להעמדה לדין בפרט, מצטרפת במקרה זה התחושה הלא נוחה של ניסיון להשיג שינוי במפה הפוליטית באמצעות הליך פלילי נגד יריב פוליטי. העניין נידון בפני הרכב של חמישה שופטים בראשות שלמה לוין. השופטים גולדברג ואור, בדעת הרוב, הצביעו על תמיהות שונות שעלו בחוות הדעת של פרקליטת המדינה והיועץ המשפטי, הנוגעות להתנהגותו של ראש הממשלה בפרשה. אור אף ציין כי "ייתכן שעל פי חומר הראיות ניתן היה להגיע לתוצאה אחרת", אך בסופו של דבר פסקו שאין מקום אפילו להוצאת צו על תנאי – לא בעניין ראש הממשלה ובוודאי לא ביחס לשר. דליה דורנר, בדעת מיעוט, סברה שיש מקום להוציא צו על תנאי לגבי סגירת תיקו של ראש הממשלה אך לא בעניין הנגבי (נושא נלווה שצץ בפרשה עסק בשאלה, האם יש חובה לגלות לעותרים את החומר המשטרתי ואת חוות הדעת של אנשי הפרקליטות, אשר נקטו עמדה שונה מזו של היועץ המשפטי ופרקליטת המדינה. ניתנה לה ברוב דעות תשובה שלילית).

שנים אחדות לאחר מכן שבה והתעוררה סערה גדולה כאשר היועץ המשפטי מני מזוז החליט לסגור, בגלל היעדר ראיות מספיקות, את תיקי החקירה נגד ראש הממשלה אריאל שרון ובנו גלעד, שנחשדו בקבלת שוחד מאיש העסקים דוד אפל. חלק ניכר מהחומר הצטבר במהלך האזנת סתר ממושכת לקווי הטלפון של אפל, שהיה גם פעיל בליכוד. ההאזנה הזו, שקיבלה אישור מבית המשפט, נמשכה יותר משנתיים, וראוי לשים לב למשמעויות של הטכניקה הזו. לכאורה, אין מאזינים לראש הממשלה, לשרים או לחברי כנסת. ואולם, האזנה

לאנשים הקשורים עמם תחשוף שיחות שלהם. ואכן, ההאזנה לאפל גילתה את קשריו עם שרון, שהחקירות נגדו התמקדו בשני נושאים.

נושא אחד היה קשור בקרקעות חקלאיות שנקנו על ידי חברה בבעלותם של אפל ודרור חוטר-ישי בסביבות לוד. אפל היה מעוניין לשנות את ייעודן של הקרקעות, כך שתתאפשר עליהן בנייה, אנשי מינהל מקרקעי ישראל התנגדו, וסיפרו כי חשו אי-שביעות רצון מצד שרון כלפי עמדותיהם. עם זאת הם ציינו ששרון לא דרש מהם לשנות את עמדתם, ואי-שביעות רצונו רק ביטא תרעומת – מהסוג ששרון נהג להשמיע תכופות – על אי-עמידתו של המינהל ביעד שהתוותה לו הממשלה: לתכנן ולשווק 60 אלף יחידות דיור בשנה.

חמש שנים לאחר מכן קיבלה הממשלה בראשות שרון החלטה על שיקום העיר לוד. במסגרת זו אכן הופשרו קרקעות, חלקן של החברה של אפל, אך בהמשך הדרך לא הותרה הבנייה עליהן. בסך הכול נראה ששרון פעל לקידומה של לוד, שמצבה הקשה הוא מן המפורסמות, אך הוא פעל בצורה דומה לגבי ערים אחרות, דוגמת עכו ודימונה, ולא ניכרה בפעילותו כל העדפה או התערבות דווקא למען הקרקעות של אפל.

הנושא השני היה קשור בפרויקט "האי היווני" – מיזם ענק להקמת מרכזי תיירות ונופש, בהיקף של 16 מיליארד דולר. אחד המרכזים היה אמור להיבנות על האי היווני פטרוקולוס, ולשם כך צריך היה להתגבר על שורה של מכשולים. החמור מכולם היה העובדה שפטרוקולוס הוא אתר ארכיאולוגי. כדי להתגבר על הקשיים ביקש אפל ליצור קשרים עם אישים בממשל היווני, ובתחילת 1999 הוא הסדיר פגישה בין תת שר החוץ היווני, שביקר בארץ, לבין שרון, שהיה אז שר החוץ בממשלת נתניהו. חודשים אחדים לאחר מכן הגיע ראש עיריית אתונה ארצה לפי הזמנתו של אהוד אולמרט, שהיה באותה עת ראש עיריית ירושלים. במסגרת הביקור אירח אפל את ראש העיר ופמלייתו, והזמין גם את שרון (שהיה אז באופוזיציה) ואת בנו גלעד לארוחה משותפת עם היוונים. האם יש בכך פגם? רבים סבורים כי מן הראוי ששרי ממשלה יסייעו לאנשי עסקים ישראלים לקשור קשרים בחו"ל, ואין להקיש מכך בהכרח לקשרי הון-שלטון פסולים. גם הטענה שהדבר נעשה תמורת תמיכה פוליטית ולפיכך יש בכך שוחד – רחוקה מלשכנע.

החלק הבעייתי בפרשה נגע להעסקתו של גלעד שרון בפרויקט ולשכר הנדיב ששולם לו, בסך 640 אלף דולר (פלוס בONUS של 1.5 מיליון דולר שהיה אמור להינתן עם קבלת ההיתר לבנות על האי, ובONUS נוסף עם הפעלתו של מרכז תיירות עליו). למרות הסכומים הגבוהים, ואף שאין לגלעד שרון הכשרה או ניסיון ספציפיים בתחום האיים היווניים, התיירות או הארכיאולוגיה, הגיע היועץ המשפטי למסקנה שהעסקתו לא היתה פיקטיבית, והוא מילא תפקיד ניהולי בכיר

בפרויקט. היועץ מני מזוז סבר כי אין ראייה לכך שהעסקתו של גלעד היתה קשורה לכוונתו של אפל להסתייע בשרון לקידום האינטרסים העסקיים שלו. לכך ניתן להוסיף כי אף שברור היה כי שרון האב מודע לכך שבנו מועסק על ידי אפל, לא נמצאה ראייה שהוא היה מודע לתנאי ההעסקה.

לכל אלה הצטרפה מחלוקת חריפה בין פרקליטת המדינה עדנה ארבל וצוותה לבין היועץ המשפטי הטרי והצוות החדש שהוא מינה לנושא. צוות פרקליטים בכירים שטיפל בפרשה, ובראשו ארבל, הגיע בדצמבר 2003 למסקנה שיש לייחס לאפל מתן שוחד לשרון, אך אין ראיות מספיקות נגד שרון עצמו. הצוות הציע לסגור את התיק נגדו, ולכתב האישום נגד אפל הוספה גם אשמה של מתן שוחד לשרון, שנמחקה כעבור זמן. בינואר 2004 כיהנה ארבל גם כממלאת מקום היועץ המשפטי (לאחר שאליקים רובינשטיין סיים את תפקידו). חודש לאחר מכן נכנס מני מזוז לתפקידו. הדיונים בנושא נפתחו מחדש, ובמרס 2004 הגישה לו ארבל חוות דעת חדשה, שבה היא ממליצה להעמיד את אריאל וגלעד שרון לדין – בניגוד לעמדתה הקודמת. שלושה חודשים לאחר מכן החליט מזוז שלא להעמיד לדין – לא את האב ולא את בנו – בשל היעדר ראיות מספיקות. המחלוקת החריפה בין הצוותים השתקפה גם בדבריו של מזוז בדבר "סימון מטרות", שניתן לפרשם לא רק כדחיית הגישה התביעתית ששררה בפרקליטות, אלא גם כפקפוק במניעיה. הוא התכוון, כמובן, למה שנעשה בתקופת קודמיו, אך מה צריכים הפוליטיקאים והציבור בכללותו לחשוב, כאשר הם קוראים כותרות כמו "מזוז: עדנה ארבל הציבה מטרה להאשים את שרון".³¹⁴ דבריו של מזוז עוררו תגובות נזעמות בתוך המערכת, ובעקבותיהן דווח שהוא נפגש עם אנשי הפרקליטות והכריז כי הוא נותן בהם אמון.

ההחלטה לסגור את התיק הקימה ביקורת ציבורית בוטה, שנשמעה מטבע הדברים בראש ובראשונה מצד יריבים פוליטיים של שרון ואנשים החולקים על מדיניותו. המשורר נתן זך אף חיבר שיר מלגלג הפותח במילים: "היועץ החצוני מזוז..." וכצפוי, הצעד הבא היה פנייה לבג"ץ, בין היתר של חברי הכנסת יוסי שריד ממרצ ואיתן כבל מהעבודה. הדיון נקבע בפני הרכב של שבעה שופטים בראשות ברק, ופסק דינם של ששת שופטי הרוב ניתן על ידי אליהו מצא, אשר קבע כי אין מקום להתערב בהחלטת היועץ המשפטי ודחה את העתירה. חשין, בדעת מיעוט, סבר שיש להוציא צו על תנאי בעניין התשלומים לגלעד שרון.³¹⁵ בכך הסתיימה הפרשה והובטח שקט זמני בניהול המדינה. אולם לשרון היו פרשות אחרות, ואלה נותרו פתוחות.

כאן המקום להערת אגב בעניין התבטאותו המעליבה של נתן זך. בכתבה מאת דורית גבאי ב"מעריב" (ספטמבר 2009) נאמר שהמשורר "מבקש להביע חרטה ומתנצל בפני היועץ המשפטי". הדברים, כפי שצוטטו מפי זך, היו: "אני מצטער אם פגעתי בך. היית היועץ המשפטי הטוב ביותר שיכול להיות בתקופה נוראה כזו..."

אני מאוד מאוד מעריך את פועלו." היה זה בשלהי כהונתו של מזוז, לאחר ההליכים שננקטו נגד שורה של אישי ציבור, לרבות ראש הממשלה ונשיא המדינה. והיה זה במובן מסוים אופייני: יועץ משפטי הסוגר תיק נגד ראש ממשלה מעורר עליו ביקורת. לעומת זאת, נקיטת הליכים פליליים נגד אישים בצמרת, אם יש לכך הצדקה וגם אם אין, מזכה אותו במחמאות. כך גם השופט בדימוס מישאל חשין, שמתח ביקורת על סגירת תיק "האי היווני", אך הרעיף על מזוז מילות שבח בריאיון ב"מעריב" (מרס 2010), לאחר ההליכים הפליליים שנקט.

במקרים שתוארו נמנע בית המשפט מלהתערב בהחלטת היועץ המשפטי, אבל אין קושי למצוא דוגמאות שבהן החליט בית המשפט כן להתערב בהחלטת התביעה – ותמיד בכיוון של החמרה. דוגמה אחת יוכלו לשמש העתירות בעניינו של מפכ"ל המשטרה רפי פלד, ובמרכזן הטענות שהוא קיבל הנחות ברכישת מוצרים ושירותים. היועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן-יאיר מצא שאין בהנחות שהתקבלו משום עבירה פלילית של שוחד, כי אין תחולה ל"חוק שירות הציבור (מתנות)" וכי אין אפילו מקום לדין משמעתי – אך יש להעיר על כך למפכ"ל, ושר המשטרה עשה זאת. האזרח מאיר סויסא ועותרים נוספים לא היו מוכנים להסתפק בכך, ועתרו לבג"ץ.³¹⁶

בפסק דין מפורט, המשתרע על כ-50 עמודים, בחן אהרן ברק שורה של אירועים וטענות. אחת מהן לגבי רכישת מכשיר טלוויזיה בהנחה, שהסתבר כי אין בה ממש. טענות אחרות התייחסו לכמה מקרי אירוח במלונות, שעבורם שולם מחיר נמוך ממחיר המחירון (לפי קביעת היועץ המשפטי נעו ההנחות בין 25% ל-60%). באחד האירועים צולם המפכ"ל יחד עם חבריו בג'קוזי של רשת מלונות, ונטען שהדבר נעשה בידעו, ושהתמונה נועדה לצורך פרסומת. כל אלה, כאשר ידוע היה ששוררים בין המפכ"ל לבין שניים ממנהלי המלונות יחסי ידידות, ושהמפכ"ל לא עשה דבר במסגרת תפקידו בתמורה להנחות שקיבל.

עמדתו של היועץ היתה סבירה. לא היה שום דבר באירועים הנ"ל כדי להצדיק את פסק הדין המפורט, המצטיין בצדקנות מופרזת ובכך שהעביר לתחום המשפט נושאים של טעם טוב או פחות טוב. בסופו של דבר דחה בית המשפט את הדרישה להורות להעמיד לדין פלילי את פלד, אבל הורה להחזיר ליועץ המשפטי נושאים אחדים הנוגעים לענייני אירוח, וכן לכך שאדם שהחזיק בחוף פרטי בטבריה העמיד אותו ללא תשלום לרשות המפכ"ל. "מטרתה של ההחזרה היא השלמת החקירה... והסקת מסקנות בכל הנוגע להיבטים המשמעתיים של התנהגות המפכ"ל. במסגרת העיון מחדש ייבחנו גם הבעיות המתעוררות מהצורך – אם יימצא צורך כזה – להעמיד מפקח כללי לדין משמעתי", נכתב בפסק דינו של ברק. התוצאה היתה שהמפכ"ל נאלץ לעזוב את תפקידו.

היתה זו התערבות מרחיקת לכת של העליון, שאישר למי ששילם כופר בפרשות

מס ומטבע חוץ לכהן כשגריר ישראל בארצות הברית, אך גרם למפכ"ל לעזוב את המשטרה בגין עניינים פחותים בהרבה.

דוגמה נוספת להתערבות תביעתית תוכל לשמש עתירה נגד הפרקליט הצבאי הראשי בעקבות תלונה על הטרדה מינית על ידי קצין במכון לרפואה ימית. המתלוננת היתה אזרחית בת 38 ואם לילדים, שעבדה במכון. הקצין הודה כי קיים איתה יחסי מין, אך טען שהדבר נעשה ביוזמתה ובהסכמתה.

עובדות פסק הדין מעניינות מבחינה זו שהראיות נגד הקצין נראו נחרצות, ואפילו בבדיקת הפוליגרף נמצא שהמתלוננת דוברת אמת ואילו דברי הקצין אינם אמת – אבל במהלך המשפט התחוללו התפתחויות מפתיעות, שבעקבותיהן נפגעו קשות סיכויי התביעה להשיג הרשעה. התברר כי אחד הרופאים שמסר ממצאים על אודות בדיקה של המתלוננת – לא בדק אותה כלל. רופא אחר מסר גרסה הסותרת את עדותה. רופא שלישי, שהיה רופאה של המתלוננת, הודה כי אישור שנתן לה התבסס אך ורק על דברים שהיא אמרה לו, אך כעבור זמן הוא מצא ברישומיו נתונים הסותרים את האישור. לכך הצטרפו נתונים נוספים שגרמו לתובעות לפנות לפצ"ר, מנחם פינקלשטיין, בבקשה לבטל את כתב האישום. הפצ"ר קיבל את עמדתן, והמתלוננת – פנתה לבג"ץ.

השופטת דורנר, אליה הצטרפו אליעזר ריבלין ומרים נאור, קיבלה בהיסוס את עמדת הפצ"ר לבטל את האישומים במעשים מגונים, אך חייבה אותו להמשיך בתביעה באשמת התנהגות שאינה הולמת קצין.

פסק הדין בעניין "פלונת נגד הפרקליט הצבאי הראשי"³¹⁷ מהווה דוגמה להתערבות בלתי-נאותה ובלתי-סבירה בשיקולי התביעה. הוא משמש גם הוכחה נוספת ללהט תביעתי מופרז בבג"ץ. משנפלו האשמות העיקריות לא היתה הצדקה להמשיך את התביעה באשמה משנית, ובלבד שידבק בנאשם רבב כלשהו וה"הפסד" לא יהיה מוחלט. מה גם שמדובר באשמה בעבירה מעורפלת ובעייתית ("התנהגות בלתי-הולמת").

הצר היחיד המעורר בפרשה העגומה הזו הוא שבית הדין הצבאי שמר על עצמאותו, וזיכה את הקצין מהאשמה שנותרה. הוא קבע שמדובר ביחסים בהסכמה וללא ניצול מרות, כי הפגמים בהתנהגות הנאשם אינם מצדיקים הרשעה בבית דין צבאי, וכי לכל היותר מדובר ב"זוטי דברים". או במילים אחרות: החלטתו של הפצ"ר היתה הגיונית הרבה יותר מפסק דינה של השופטת דורנר בבג"ץ.

בכך לא הסתיימה הפרשה. הקצין שזוכה ביקש שיפוי על הוצאות המשפט שנגרמו לו, ונפסקו לו יותר מ-76 אלף שקלים. גם זה חלק ממחירה של התערבות בג"ץ שלא לצורך בהחלטה סבירה של בעל סמכות אחר.

תהליך הבקרה על היועץ המשפטי גרם לבג"ץ להציב את עצמו כחלק ממנגנון התביעה, והעובדה הזו צורמת במיוחד כשמתברר שהבקרה היא חד-כיוונית. כלומר, בג"ץ מתערב רק בהחלטות התביעה שלא להגיש כתב אישום. נעשו אמנם ניסיונות ספורים לעתור נגד החלטה של היועץ המשפטי כן לפתוח בחקירה או להעמיד לדין, אבל הם לא זכו מעולם בהצלחה. דוגמה בולטת היא עתירתו של אהוד אולמרט נגד העמדתו לדין באשמות הנוגעות להפרת הוראות חוק מימון מפלגות.

מדובר היה בבחירות של 1988, שבהן היה אולמרט אחד הגזברים של הליכוד ואחד המייסדים של עמותה שפעלה למען ניצחוננו בבחירות. בעקבות חקירה בעניין הוחלט להעמיד לדין כמה אנשים, אך לגבי אולמרט הודיעה הפרקליטות שאין די ראיות כדי לבסס כתב אישום נגדו. עם זאת נאמר שם, כי החלטה סופית תינתן לאחר משפטם של הנאשמים האחרים. בסופו של דבר הורשעו חלק מהנאשמים, עניינו של אולמרט אכן נבחן מחדש, הפעם הוחלט להעמידו לדין – וטענת בא-כוחו בבג"ץ היתה פשוטה: קודם להעמדתם לדין של הנאשמים האחרים נקבע שאין ראיות מספיקות נגדו. היועץ המשפטי מבקש כעת להסתמך על ראיות שנוספו מעדותם של נאשמים במשפט שהתנהל נגדם, אלא שבאותו משפט עצמו טענה התביעה כי אין לסמוך על עדויותיהם. אם כך – כיצד מבקשת כעת התביעה להסתמך עליהן? השופט גולדברג קבע כי עקרונית תיתכן ביקורת גם על החלטה של היועץ המשפטי להעמיד לדין, וכי קיימת אפשרות של השתק לטובת הנאשם, אם קיימת סתירה פנימית בעמדותיה של הרשות או במקרה של "התנהגות בלתי-נסבלת". באותו מקרה, גרס גולדברג, לא ברור אם התביעה כפרה בכל עדותם של הנאשמים או רק בחלקה, ועתירתו של אולמרט נדחתה.³¹⁸ במשפט עצמו הוא זוכה.³¹⁹

איך הסבירו שופטי בג"ץ עצמם את התופעה הזו, שבג"ץ מתערב רק במקרים שהיועץ המשפטי מחליט שלא להגיש כתב אישום – ואף פעם לא במקרים הפוכים? "במישור המעשי יש להבחין בין החלטה 'שגויה' של היועץ המשפטי להגיש כתב אישום לבין החלטתו ה'שגויה' להימנע מלהגיש כתב אישום," כתב על כך המשנה לנשיא לשעבר מצא. "ענייננו הוא רק בהחלטות מן הסוג השני. אמנם, גם החלטה מן הסוג הראשון אינה חסינה מפני ביקורתו השיפוטית הישירה של בית המשפט הגבוה לצדק... אך דין זה יפה למקרים נדירים ויוצאי דופן, בעוד שתרופתו הרגילה של נאשם הטוען כי הועמד לדין עקב החלטה בלתי-סבירה של היועץ המשפטי היא בטענת 'הגנה מן הצדק', שהמסגרת המתאימה לבירורה הוא ההליך הפלילי גופו."

זוהי שגיאה חמורה מצד בג"ץ להתערב בשיקולי היועץ המשפטי משיקולי

סבירות (להבדיל ממקרים של שחיתות, שמעולם לא נטענה אצלנו בהקשר זה). התערבות חד-כיוונית כזו, כדי לגרום להעמדה לדין, מציבה את בג"ץ בראש מערכת התביעה הפלילית, פוגעת לפחות במראית האובייקטיביות שבית המשפט חייב להקפיד עליה, ומקנה למערכת גישה תביעתית, שאצלנו היא בלאו הכי מופרזת. לעמדה זו ראוי להכיר ביוצא מן הכלל אחד, כאשר מדובר בחשד הנוגע לנעשה בפרקליטות או במערך החקירות של המשטרה, ואתיחס לכך בהמשך.

דמותו התביעתית של בית המשפט העליון מצטיירת גם בעתירות שדרשו מבאי-כוחה של המדינה לערער על פסקי דין. למשל, בעתירה "שפרן נגד התובע הצבאי הראשי", שעסקה ב"אסון צאלים ב"³²⁰ מדובר בתאונת האימונים הנוראה והמפורסמת שאירעה בנובמבר 1992, תקופת כהונתו של אהוד ברק כרמטכ"ל. טיל שנורה בטעות פגע בחיילי סיירת מטכ"ל, הרג חמישה וגרם לפציעה של שישה, במסגרת אימון לקראת מבצע "שיח אטד", שנועד ככל הנראה לחסל את הרודן העיראקי סדאם חוסיין. בית הדין הצבאי גזר הורדה בדרגה אחת על מפקדי המבצע, רס"ן ק' וסרן א' (וכן שלושה חודשי מאסר על תנאי). בני משפחותיהם של החיילים שנספו עתרו לבג"ץ כדי לחייב את התובע הצבאי הראשי להגיש ערעור על קולת העונש. העתירה נדחתה, אבל ראוי היה שבג"ץ יימנע לגמרי מלדון בנושא כזה, המבליט ומדגיש את העובדה שבית המשפט העליון מציב את עצמו בראש התביעה.

עם כניסתו של מני מזוז לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה נראה שהוא ממשיך בקו מתון יחסית, לפחות בנוגע להעמדות לדין. הוא אף סיפר בגלוי שהיה באופוזיציה לאלה שקדמו לו. בריאיון עם ארי שביט, שהתפרסם ב"הארץ" ביום 29.1.2010, הוא אמר כי במקרים אחדים "מתחו את המשפט הפלילי מעבר לממדיו הטבעיים", וגילה שהתנגד להעמדתם לדין של רפאל איתן ויעקב נאמן.

מזוז סגר, כאמור, את תיק "האי היווני" של שרון, למרות הביקורת הקטלנית, אבל זמן קצר לאחר מכן חלה אצלו תפנית והחל גל עצום של חקירות והעמדות לדין. הוא הכחיש בתוקף כי הדבר נובע מהביקורת שנמתחה עליו. בעיניו לא חלה אצלו תפנית. אבל, גם אם ברור שחלק מהחקירות ומההעמדות לדין היו מוצדקות, לא חסרו מקרים שבהם נעשה בימי מזוז שימוש לא ראוי בחקירות פליליות ובהליכים פליליים, כפי שאירע בעדות המוקדמת של משה טלנסקי נגד אהוד אולמרט – הליך יוצא דופן שמשמעותו היתה הפסקת כהונתו של ראש ממשלה מכהן. לכך הצטרף מאבק עיקש נגד חקירה יעילה של כשלים במערכת אכיפת החוק, ומגמה להעניק חיסיון כמעט מוחלט למי שפועלים במסגרת זו.

עידן החקירות השני

זמן קצר לאחר מינויו של ברק לנשיא בית המשפט העליון ובחירתו של נתניהו לראשות הממשלה פרץ גל חקירות ומשפטים פליליים נגד אישים מרכזיים בהנהגה הפוליטית, בממדים שספק אם ניתן למצוא דוגמתם בדמוקרטיה כלשהי. היה זה עידן החקירות השני, לאחר עידן החקירות הראשון בתקופת ממשלתו הראשונה של יצחק רבין, ובעידן הזה מצאו את עצמם כל ראשי הממשלה שכיהנו מ-1996 ואילך – בנימין נתניהו, אהוד ברק, אריאל שרון ואהוד אולמרט – בחקירות, חלקם בכמה נושאים. הצטרפה לכך שורה ארוכה של חקירות ומשפטים פליליים נגד שרים ואישי ציבור בהיקף שמעולם לא היה דוגמתו אפילו בארץ. עננה ריחפה מעל הכול.

פעמים היה בסיס לחקירה, אולם במקרים לא מעטים התקבל הרושם שמדובר בעניין חסר יסוד או פעוט, שלא הצדיק חקירה ובוודאי לא סנקציה פלילית. 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.

התפתחות זו העניקה כוח אדיר לבתי המשפט, ובעיקר לעליון, ליועץ המשפטי ולפרקליטות, והתווספה על כך תחושה שאמנון דנקנר כינה "סימביוזה" בין המערכות.³²¹ אנשי תביעה בהיקף עצום מונו לבתי המשפט, כך שנוסף על קשרים אישיים התקיימה בין המערכות גם קרבה רעיונית. במקביל גדל מאוד כוחה של הבירוקרטיה הממשלתית: שר שנשמע להמלצת עובדיו זכה בהגנה, ואילו מי שדחה את המלצת אנשי משרדו ופעל בניגוד ל"המלצת הדרג המקצועי" – עורר חשד. החשד היה עלול לגרור חקירה פלילית, והסיכון גדל אם הצטרף לחשד יסוד נוסף. למשל, אם התברר שעם הנהנים מהחלטת השר נמנה מישהו ממכריו, ולו הרחוקים ביותר, או מחברי מפלגתו.

התפתחות אחרת כרוכה במעבר לשיטת הפריימריז במפלגות ולבחירות הישירות

לראשות הממשלה. המועמדים נזקקו להון רב, וממול התעוררה החשדנות המתגלמת בסיסמה "הון-שלטון". לכך נוסף הרעיון שההתמודדות צריכה להיעשות על בסיס שוויוני, גם מבחינת האמצעים העומדים לרשות המועמדים, והתוצאה היתה חקיקה בתחום מימון המפלגות. מצד אחד היא קבעה הוראות בדבר השתתפות המדינה בהוצאות הבחירות, ומהצד האחר הטילה איסורים, לרבות הגבלות על קבלת תרומות, שהפרה של חלק מהן גררה סנקציה פלילית. מועמדים ניסו למצוא "חורים" בחקיקה, כלומר מצבים, זמנים או נסיבות שבהם יוכלו לקבל תרומות מחוץ למגבלות החוק, ונעשו גם ניסיונות לעקוף את החוק. למשל, על ידי עמותות, הפועלות באופן עצמאי לטובת המועמד. השאלה, האם המהלכים היו מותרים או שהיוו עבירה פלילית, שימשה נושא לחוות דעת של היועץ המשפטי, וכמובן גם לחקירות פליליות.

מיד לאחר שנתניהו הקים את ממשלתו הראשונה ביקש שר המשפטים, יעקב נאמן, כנראה בעצה אחת עם ראש הממשלה, להחליף את היועץ המשפטי מיכאל בן-יאיר, שמונה על ידי ממשלת רבין. ואולם, לפני שנאמן החליף את בן-יאיר התברר שהיה זה דווקא נאמן שהוחלף, לאחר שסולק מתפקידו באמצעות כתב אישום שלא היתה לו הצדקה (בן-יאיר טען שלא היה אחראי לכתב האישום, כפי שיפורט בהמשך).

ימים ספורים לפני מינויו, כך סיפר נאמן, הוא פגש את היועץ המשפטי מיכאל בן-יאיר, ומסר לו כי כיוון שהוא, בן-יאיר, מונה על ידי ממשלת רבין, נתניהו מעוניין ביועץ משפטי אחר. הוא הוסיף שהחילופים אינם צריכים להיות מְיָדִים. בעבר לא היה שר משפטים מתקשה להחליף את היועץ, אולם הזמנים השתנו ותוך זמן קצר התברר מי מחליף את מי: השר הוא זה שסיים את תפקידו, במהלך ששירת גם את האינטרסים של מערכת המשפט. נאמן, פרופסור למשפטים שעמד בראש אחד ממשרדי עורכי הדין הגדולים בארץ, הוא אדם דתי שהשקפותיו על המשפט ועל המערכת לא תאמו את הגישות שהחדיר בה העליון בתקופתו הרדיקלית. סילוקו המהיר הקל על קידום המהפכה המשפטית, על המגמה להפוך את מערכת המשפט לגורם דומיננטי בזירה הפוליטית ועל שליטת העליון במינויים לבתי המשפט.

ההשתלשלות החלה בעתירה לבג"ץ של העיתונאי יואב יצחק, שדרש למנוע את מינויו של נאמן בנימוק שהוא הדיח אדם בשם מרטין בראון להעיד עדות שקר במשפטו של אריה דרעי. הבסיס לטענה היה מזכר שנכתב על ידי קצין משטרה, ששמע מבראון כי נאמן שאל אותו "מה פתאום אתם עוזרים למשטרה?" המזכר היה מונח במשך שנים בין חומרי החקירה במשפט דרעי, ואיש לא סבר שיש לחקור את נאמן או לייחס לו אשמה כלשהי. אך כעת נשלף המסמך לפתע, והודלף. תוכנו אמנם נראה כבסיס דל ביותר לחקירה כלשהי, אך נאמן נדרש להגיב, והוא הגיש

תצהיר לבג"ץ. כאן ראוי לעצור ולשאול מדוע בכלל נדרש נאמן למסור תצהיר לבג"ץ? מדוע לא נדחתה העתירה מיד עם הגשתה? התשובה לכך היא שהליכי הבג"ץ נהפכו למעין שוט כנגד אנשי ציבור, כאשר כל אדם יכול לפנות לבית המשפט נגד כל מינוי, על סמך כל פיסת מידע, בין אם מקורה בעיתונות, בתקשורת או בשמועה כלשהי. במקום לדחות עתירה כזו על הסף, בג"ץ פיתח נוהל – שנהפך לאוטומטי כמעט – של בקשת תגובה. התוצאה היא שאיש הציבור רואה עצמו מחויב למסור תצהיר המפרט שורה של פרטים על אודות עברו ומעשיו.

בתצהירו התייחס נאמן לכך ש"בית המשפט העליון בישראל מתבקש להכריע בשאלה חוקתית על מינוי שר משפטים על פי פרסומים יזומים וחסרי בסיס ראייתי שהופיעו בכלי התקשורת". בהמשך הצהיר כי "מעולם לא אמרתי כדברים הללו או דומים להם למר בראון. ההפך הוא הנכון" (בכל מקרה, קשה לראות בדברים שיוחסו לנאמן, אפילו אם נאמרו, בסיס לחקירה או לטענה בדבר הדחה לעדות שקר או שיבוש הליכי משפט). ואולם, היועץ המשפטי הודיע כבר אז לבג"ץ כי בדעתו להורות למשטרה לפתוח בחקירה.

לא חלף זמן רב ונגד נאמן הוגש כתב אישום שעיקרו עדות שקר. הוא התבסס על דברים נוספים בתצהירו לבג"ץ, שבו נכללו פרטים לגבי פגישות עם בראון, לגבי הקשר שלו עם דרעי, לרבות מינויו לעמוד בראש ועדה שתדון בדו"ח מבקר המדינה. החומר לתצהיר הוכן בידי עו"ד אהוד סול ממשרדו של נאמן, והתברר כי נפלה בו טעות לגבי תאריך בעל חשיבות. עו"ד סול הסביר את מקור הטעות והצביע על כך שהאחריות אינה מוטלת על נאמן, אך בפסק דינו הדגיש בית המשפט עובדה המלמדת לא מעט כיצד נולדים תיק וכתב אישום נגד שר: "כאן המקום לציין את העובדה שעו"ד סול, מנסח התצהיר, לא נחקר בשום שלב בידי חוקרי המשטרה. לראשונה נשמעה גרסתו בעומדו על דוכן העדים כעד הגנה מטעם הנאשם. אין בפי התביעה כל הסבר לאי-חקירתו של עו"ד סול. והרי אין חולק בדבר חשיבות חקירתו של מנסח התצהיר."

העובדה שעד מרכזי לא נחקר על ידי המשטרה ועדותו לא נבדקה קודם להגשת כתב האישום, מעוררת שאלות קשות לגבי התנהלות התמוהה והבעייתית של התביעה במקרה זה. אולם כמו במקרים רבים אחרים, העניין לא נבדק. במשפט עצמו זיכו השופטים דן ארבל, עדנה בקנשטיין ודוד רוזן את נאמן מכל אשמה.³²²

במקום נאמן מונה הנגבי, שהרקע שלו לא בדיוק הלים את מה שהיה נהוג עד אז לגבי שרי משפטים. הנגבי נקט מדיניות של כניעה למערכת, ומנקודת ראותו של ברק היה שר משפטים אידיאלי. הוא תמך בכל הצעדים שברק חפץ לבצע, וזכה מפיו בשפע תשבחות על תפקודו.

היועץ המשפטי בן-יאיר המשיך לשמש בתפקידו לאחר פרישת נאמן, אבל ראש הממשלה ביקש להחליפו וחיפש מועמד מתאים. ואז התפוצצה בשאון גדול "פרשת בר-און-חברון", עוררה סערה עצומה, וגררה חקירה נגד נתניהו, נגד הנגבי ונגד אישים נוספים. לכאורה נראה שהפרשה הסתיימה בלא כלום. איש מהמעורבים בעניין לא הועמד לדין וכל תיקי החקירה נסגרו. למרות זאת, היתה לה השפעה דרמטית על מבנה השלטון ועל יחסי הכוחות בין הרשויות. בסיומה נחלשה הממשלה בצורה דרסטית, ויכולתה לבצע אפילו מינוי חיוני לתפקודה – זה של היועץ המשפטי לממשלה – נפגעה בצורה חמורה. כנגד זה גבר מאוד כוחו של העליון, שזכה ביותר מאשר דריסת רגל במינוי היועץ המשפטי.

בחוות הדעת שהגישה ב-18 באפריל 1997 מגוללת פרקליטת המדינה עדנה ארבל את פרטי הפרשה: בנובמבר 1996 ראיין נתניהו שני מועמדים לתפקיד היועץ המשפטי – עו"ד רב ויסגלס ועו"ד רוני בר-און. בתחילת דצמבר הודיע בן-יאיר על כוונתו לפרוש כעבור חודש. ייתכן שהוא עשה זאת כיוון שנודע לו על כוונת ראש הממשלה להחליפו, ואפשר ששיקוליו היו אחרים. ראש הממשלה המשיך בחיפושיו, ונפגש גם עם רנאטו יאראק, מנהל מחלקת הבג"צים בפרקליטות. ב-1 בינואר 1997, משנכנסה התפטרותו של בן-יאיר לתוקפה, העלה עו"ד דוד שמרון, עורך דינו האישי של ראש הממשלה, את מועמדותו של עו"ד דן אבי-יצחק, שייצג באותם ימים את מנהיג ש"ס, אריה דרעי, במשפט הפלילי שהתנהל נגדו.

כעבור שלושה ימים התקיימה פגישה בין אבי-יצחק לראש הממשלה. משיחותיו עם דרעי ידע אבי-יצחק על מועמדותו של בר-און – מועמדות שדרעי תמך בה. הוא סיפר לדרעי כי יתנגד למועמדות אם ראש הממשלה ישאל לדעתו, ועדותו לגבי מה שהתרחש בפגישתו עם ראש הממשלה נמסרה רק לאחר שניתן לכך צו של בית משפט, ולאחר שדרעי ויתר על החסינות שיש לדברים בשל יחסי עורך דין-לקוח. לדברי אבי-יצחק, הוא הזהיר את נתניהו מפני מינויו של בר-און, והתייחס לכך כרעיון גרוע – הן משום שבר-און לא היה מוכר בקהילה המשפטית כבעל נתונים הולמים לתפקיד והן משום שהמינוי עלול, לדעתו, לפגוע בכל המעורבים, לרבות ראש הממשלה עצמו. עם זאת, לא היה לדעתו שום סיכוי שהמינוי הזה יסייע לדרעי בתיק הפלילי שהתנהל נגדו (בר-און עצמו הכחיש מתן הבטחה כלשהי בעניין). עוד סיפר עו"ד אבי-יצחק, כי דרעי אמר – או לפחות רמז – שיפיל את הממשלה אם לא ייעשה כרצונו בעניין מינוי היועץ.

גרסת ראש הממשלה לשיחה היתה שונה במקצת. לדבריו, הפגישה נועדה בעיקר כדי להציע לאבי-יצחק את המשרה. הוא הבין אמנם מאבי-יצחק שדרעי מעוניין בבר-און, וכי מסתובבת "שמועה" על קשר בין דרעי לבר-און, אך לא זכר

את תוכנה ולא ייחס לה חשיבות. מועמדותו של אבי-יצחק אכן עלתה באותה הזדמנות, ואבי-יצחק לא רחה אותה.* עם זאת, הוא העלה את מועמדותו של עו"ד יצחק מולכו, שסייע לראש הממשלה בנושאים מדיניים, אלא שמולכו לא היה מעוניין להמיר את העיסוק בנושאים המדיניים בתפקיד שהתפנה (אגב, בשלהי 2003 ביקש שר המשפטים טומי לפיד את הסכמתו של דן אבי-יצחק להעלאת מועמדותו בפני הוועדה למינוי היועץ המשפטי לממשלה, שהוקמה לאחר פרשת בר-און-חברון. אבי-יצחק רחה את ההצעה).

דרעי לא היה שבע-רצון מהמועמדות של אבי-יצחק. הוא רצה שעורך הדין שלו ימשיך לייצגו במשפט הפלילי הממושך והמסובך שהתנהל נגדו, חשש שמינוי כזה יגרום לו נזק במישור הציבורי ושאף למינויו של בר-און. גם הנגבי העדיף את בר-און: הוא עצמו התמחה במשרדו, ונקשרו ביניהם יחסי ידידות. עם זאת, לא הנגבי העלה את המועמדות, והדבר נודע לו – לדבריו – מנתניהו. מועמדותו של אבי-יצחק ירדה תוך זמן קצר מהפרק. הנגבי בירר עם בן-יאיר אם עלולה להיות בעיה עם המועמדות הזו, ובן-יאיר גרס שאכן קיימת בעיה, לנוכח האפשרות שאבי-יצחק מעורב במה שכונה "הפרשה הפולנית". מדובר בקבוצה של ארבעה אנשי עסקים מפולין, שקיבלו מבנקים בארצם אשראי בסכומים גבוהים באמצעות חברה שהקימו, ולאחר מכן העבירו את הכספים לחשבונות פרטיים מחוץ לפולין. בין היתר הועברו סכומים נכבדים גם לישראל, במטוס ובמזומן, נוצרו יחסים עסקיים בין חברי הקבוצה לבין איש העסקים ג'ק ליברמן, ונערך הסכם שלפיו תקצה חברה שנמצאת בשליטתו מניות בחברה השולטת בחברת הדלק "פז" לאחר "הפולנים". העברת המניות היתה טעונה אישור שר האוצר, אך התעוררו חשדות בדבר מעורבותם של חברי הקבוצה בפלילים, וקבוצת ליברמן פעלה להחזרת המניות. בוררות הקשורה לפרשה הגיעה לעליון, שם נידונה שאלת פסילתו של הבורר בתיק, והשופט דנציגר קבע שאין מקום לפסילה.

בסופו של דבר לא יוחסה לאבי-יצחק התנהגות פלילית או פסולה כלשהי בפרשה, שבאותו שלב עדיין לא נחקרה עד תום, וגם זו דוגמה לכך שעצם קיום חקירה, שאינה מעלה דבר, גורמת לפסילתו של מועמד לתפקיד.

ביום שישי, 10 בינואר 1997, הובאה מועמדותו של רוני בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לאישור הממשלה. באותו בוקר, כשעה לפני תחילתה של ישיבת הממשלה, התקיימה פגישה שנקבעה מראש בין הנגבי לבין נשיא בית המשפט העליון ברק. השר עדכן את ברק בעניין היועץ המשפטי: הוא סיפר לו שארבעה

* לי סיפר דן אבי-יצחק כי לא היה בדעתו לקבל את ההצעה, וכי רק מתוך נימוס כלפי ראש הממשלה הוא נמנע מלדחות אותה בו במקום ואמר שישקול אותה.

מועמדים הגיעו לקו הגמר, שלושה מהם ירדו מסיבות שונות, ונותר בר-און. הנגבי שאל את ברק מה דעתו על המועמד. ברק השיב בשלילה מוחלטת, ואמר שבר-און אינו כשיר לתפקיד. אלא שבישיבת הממשלה, כשהנגבי סיפר שעדכן את נשיא בית המשפט העליון לגבי המינוי הצפוי, הוא לא סיפר על תגובתו של ברק. מינויו של בר-און אושר, ומיד פרצה סערה ציבורית. היא ניזונה מכך שבר-און היה פעיל בליכוד, והיו שהטילו ספק בהתאמתו לתפקיד. כבר למחרת, עוד במוצאי שבת, עתר חבר הכנסת אופיר פינס לבג"ץ נגד המינוי, והדיון התקיים למחרת. נציגת הפרקליטות קיבלה את הצעת השופטים אור, חשין וזמיר, ולפיה לא ייכנס בר-און לתפקיד עד להכרעה בעתירה, לנוכח החשש שאחרת יוציא בית המשפט צו זמני ברוח זו.³²³ המשך הדיון נדחה, אבל לא היה בו צורך, שכן עוד באותו יום, יומיים לאחר מינויו, התפטר בר-און מתפקידו.

הסערה הזו התגמדה לעומת זו שבאה אחריה. עשרה ימים לאחר ההתפטרות שידרה איילה חסון בערוץ 1 כתבה, שצוטטה לאחר מכן במלואה בחוות הדעת של היועץ המשפטי שנבחר במקום בר-און – אליקים רובינשטיין. נאמר שם, בין היתר, כי היה זה איש העסקים דוד אפל שהציע לדרעי את מינויו של בר-און. דרעי נפגש עם בר-און, שהבטיח לשר עסקת טיעון שאין עמה קלון, כדי שיוכל להמשיך בקריירה הפוליטית. דרעי סיפר לנאמניו שהוא "הקליט את בר-און מבטיח לו הבטחות אלה" (כאמור, דבר ההבטחה הוכחש בתוקף על ידי בר-און. הקלטה כזו לא נמצאה, ולא נמצאו שום ראיות לקיומה). עוד סופר בכתבה כי דרעי הודיע לראש הממשלה ולמנכ"ל משרדו, אביגדור ליברמן, כי "אם בר-און לא ימונה, ש"ס תפרוש מהממשלה". ובהמשך נאמר בכתבה כי "הימים הם ימי טרום 'הסכם חברון' (שבמסגרתו ניאות נתניהו להעביר חלק נכבד מחברון לשליטת הרשות הפלשתינית), וש"ס מודיעה על התנגדותה להסכם. ליברמן רץ לרצות את דרעי ומבטיח לו שבר-און ימונה... ש"ס מסירה את התנגדותה מהסכם חברון. זו העסקה: יועץ תמורת הסכם". וכך זכתה הפרשה בשם "בר-און-חברון".

בעת ששודרה הכתבה עדיין לא התמנה יועץ משפטי במקום בר-און, ופרקליטת המדינה, עדנה ארבל, מילאה את המקום. בעקבות הכתבה הורתה ארבל על פתיחת חקירה פלילית, שבסיומה המליצה המשטרה להעמיד לדין בעבירות של מרמה והפרת אמונים את ראש הממשלה נתניהו (בכפוף לחקירה נוספת), את הנגבי ואת ליברמן. את דרעי המליצה המשטרה להעמיד לדין גם בעבירה של סחיטה באיומים. החקירה הושלמה במהירות יוצאת דופן, והתיק, בצירוף ההמלצות, הועבר לארבל כבר ביום 15.4.1997 (פחות משלושה חודשים מפתיחת החקירה). בינתיים מינתה הממשלה לתפקיד היועץ המשפטי את אליקים

רובינשטיין, שהיה אז שופט מחוזי בירושלים, לאחר שכיהן קודם לכן כמזכיר הממשלה בארבע ממשלות. הוא נתמך על ידי אהרן ברק, מה שהבטיח שקט בבחירתו.

מכאן המשיכו העניינים להתנהל בקצב מדהים במושגי הפרקליטות הישראלית. שלושה ימים לאחר שהחומר המשטרתי הוגש ליועץ החדש כבר הונחה לפניו חוות דעתה המפורטת של פרקליטת המדינה ארבל (שבכל זאת כתבה: "התלבטנו רבות בטרם גיבוש מסקנותינו"). גם העובדה ש"היו בינינו" (כנראה בצוות שטיפל בעניין) כאלה שלדעתם "הראיות מצדיקות הגשת כתבי אישום גם נגד ראש הממשלה ושר המשפטים" לא בלמה את קצב הפעולה. עיקרי המסקנות בחוות הדעת, המשתרעת על יותר מ-50 עמודים והושלמה תוך שלושה ימים, היו שאין ראיות מספיקות נגד ראש הממשלה, שר המשפטים ועו"ד בר-און. לעומת זאת נמצאו לדעת ארבל ראיות מספיקות כדי לבסס כתב אישום נגד דרעי. כך נולדה המסקנה התמוהה, שלפיה ניתן להאשים את דרעי באיום (כלפי ראש הממשלה) כדי שימנה את בר-און, אך לא ניתן להאשים את ראש הממשלה, האחראי למינוי שלמעשה יצא לפועל. או כמו שניסחה זאת ארבל: "אנו ערים לקושי... אולם תוצאה זו מתחייבת מניתוח הראיות." אכן, פלאי המשפט ודיני הראיות מאפשרים תוצאה כזו, אבל השכל הישר מחייב לשקול אם לא עדיף להימנע ממנה.

כאמור, ארבל המליצה להגיש כתב אישום נגד דרעי (כפוף לשימוע), לאחר סיום המשפט שהתנהל נגדו באותם ימים בנושאים אחרים. לגבי ליברמן ואפל נאמר שההחלטה תינתן במועד מאוחר יותר.

הקצב המהיר נמשך. יומיים לאחר שקיבל את חוות דעתה של ארבל כבר אימץ אליקים רובינשטיין את כל המלצותיה (אך לאחר הרשעתו של דרעי במשפט העיקרי הוא סגר את התיק בפרשה הנוכחית).

אירוע משמעותי נוסף, שהתרחש בתקופת הביניים, כלומר בין התפטרותו של בר-און לבין קבלת חוות דעתו של היועץ המשפטי רובינשטיין, היה מינויה של ועדה בראשות הנשיא (בדימוס) שמגר "לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו". הוועדה מונתה על ידי הנגבי בעיצומם של הימים שבהם התנהלה חקירת המשטרה נגד ראש הממשלה ונגד השר הנגבי עצמו.

מה סברו קברניטי המדינה כשהחליטו לצעוד במסלול של מינוי הוועדה, המוביל כמעט בהכרח להחלשת הממשלה, לויתור על סמכויותיה ולצמצום כוחה בכל הנוגע ליועץ המשפטי ולדרכי מינויו? אפשר רק להעריך שהם העלו על

דעתם כי אם יפעלו "כראוי", דהיינו בדרך שהמערכת המשפטית מצפה מהם, הם יזכו ביחס מתחשב בתיקים המתנהלים כעת נגדם. מובן שאין שמץ ראייה לכך שהדבר השפיע על המערכת המשפטית. כל שידוע הוא שהתיקים נגד ראש הממשלה ושר המשפטים נסגרו, למרות ספקות ותהיות שהתעוררו בעיקר לגבי נתניהו, כל העתירות לבג"ץ נדחו, והכול בא על מקומו בשלום.

מבחינתו של נשיא בית המשפט העליון הסתיימה הפרשה בצורה אידיאלית. הנגבי, שהיה שר משפטים נוח ביותר לבית המשפט, ואשר ברק הרעיף עליו דברי שבח – נשאר על מכונו. נבחר יועץ משפטי שהוא תמך בו ואף חפץ בבחירתו, במעלה הדרך, לבית המשפט העליון. חשוב לא פחות מכך: הוקמה ועדת שמגר, והיה אפשר לסמוך עליו, כיועץ משפטי לשעבר, שהוא יפעל לחיזוק מעמדו של היועץ ולהגברת שליטתו בממשלה ובכל המערך השלטוני, וידאג לכך שיהיה לעליון חלק במינוי המרכזי הזה.

תביעת דיבה אחת הוגשה בעקבות הכתבה ששודרה בטלוויזיה. הגיש אותה דוד אפל נגד איילה חסון ורשות השידור, על כך שנאמר כי היה זה אפל שהעלה בפני דרעי את הרעיון למנות את בר-און למשרת היועץ. הנתבעים, שהיו מיוצגים בידי עו"ד מיכי מוזר, התגוננו בטענת "אמת דיברתי". גם דרעי וגם עו"ד אבי-יצחק העידו במשפט. דרעי סיפר ש"אפל היה זה שהמליץ על מועמדותו (של בר-און) ואף העטיר שבחים על כישוריו ודעותיו". לאבי-יצחק לא היה קשר ישיר עם אפל, אולם היה ניתן להסיק מדבריו שאמר לו דרעי על תמיכתו של אפל במינוי. כן סיפר אבי-יצחק שהוא התנגד בתוקף למינוי, ש"ייגמר לא טוב, כולם יסבלו מזה, גם ראש הממשלה וגם דרעי עצמו". על סמך העדויות קיבל השופט נסים ישעיה את טענת ההגנה ודחה את התביעה.³²⁴ אפל ערער על פסק הדין, אך לאחר מכן הודיע בא-כוחו כי הוא מסכים לדחיית הערעור, הגם שאינו מסכים לנימוקי בית המשפט.³²⁵

גם ראש עיריית ירושלים אהוד אולמרט הועמד לדין באותה שנה. אולמרט פנה לבג"ץ, עתירתו נדחתה, אך הוא זופה במשפט (הדברים סופרו לעיל). ורפאל איתן (רפול) היה בכיר ימני נוסף שהוגש נגדו כתב אישום ב-1996. רפול הגיע לפוליטיקה לאחר סיום כהונתו כרמטכ"ל, לאחר שלאורך כל שירותו הצבאי גילה נחישות ואומץ לב יוצאי דופן. הוא זכה בעיטור העוז, נפצע קשה פעמיים – ובכל פעם חזר לשרת. עם כניסתו לחיים הפוליטיים הוא הקים את מפלגת צומת, שזכתה בהצלחה בזכות האהדה האישית כלפיו – כלוחם, כאיכר וכמי שמייצג את דמות "הישראלי השורשי". ב-1996 הוא הצטרף עם

מפלגתו לקואליציה של נתניהו, והיה מיועד לתפקיד השר לביטחון פנים, אך בעקבות העמדתו לדין הודיע היועץ המשפטי שרפול אינו יכול לשמש בתפקיד, והוא מונה לשר החקלאות. העמדתו לדין, על מה שניתן בהחלט לומר כי היה פחות משום דבר, היא אחת השערוריות המשפטיות הבוטות שהתרחשו בארץ. את פסק הדין צריך לקרוא כדי להאמין שדברים כאלה יכולים בכלל להתרחש.³²⁶

הפרשה החלה בעקבות המאבק שהתנהל בצומת על מינוי מנכ"ל לתנועה. המתלונן היה אחד המועמדים לתפקיד, ועל פי כתב האישום היה הנאשם מס' 4 איש מילואים, שניצל את מעמדו להוצאת פלט מחשב ובו נתונים אישיים לגבי המתלונן. איש המילואים נשפט בדין משמעתי ונידון לנזיפה, אך הדבר לא מנע את הכללתו גם בתיק הנוכחי כנאשם בפלילים. הפלט ובו הנתונים הגיע לנאשם השלישי, שהעבירו לגונן שגב (נאשם מס' 2). שגב, כך נטען בכתב האישום, הראה את פלט המחשב לרפול, שהעתיק ממנו נתונים הנוגעים להשכלתו של המתלונן ולכך שנידון למחבוש על נפקדות. לאחר מכן לקח שגב את הפלט והחזירו לנאשם מס' 3, ואילו רפול נפגש עם המתלונן, בנוכחות חבר כנסת נוסף.

המשך העלילה מתואר בפסק דינם של שופטי בית משפט השלום בחיפה – הנשיא אורי קיטאי, סגן הנשיא רפאל חרסונסקי וניצה שרון – כך: "במהלך המפגש הציג... (רפאל איתן) למתלונן את הפרטים שקיבל ממאגר המידע הצבאי ושאלו אם אכן נכון הדבר שאין לו השכלה אקדמאית, בניגוד לאופן בו הציג עצמו המתלונן, ואם אכן היה 'עריק' בצה"ל. המתלונן שהיסס בתשובותיו נדרש על ידי... (איתן) להשיב לו 'בכן ולא' ולא 'ללכת סחור סחור'. משהודה המתלונן כי אכן היה 'עריק', אמר לו... (איתן) שהוא כרמטכ"ל לשעבר לא יסכים שיהיה אצלו עריק בתנועה, וכי הוא לא יכול להיות מנכ"ל התנועה ואף לא חבר בה, (ו) אף הוסיף ואמר כי השיחה תישאר 'בשש עיניים', וכי הוא לא יפרסם את המידע אם המתלונן יעזוב את התנועה."

בית המשפט דן בהרחבה בהגנה של "זוטי דברים" (הגנה המושתתת על כך שהעניין פעוט במידה שאינה מצדיקה הליך פלילי), וכן ציטט בהרחבה מהמאמר "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי", העוסק ב"הגנה מן הצדק". השופטים קבעו שרפול זכאי להגנות שבסעיף 18 לחוק הגנה הפרטיות, בכך שפעל מתוקף חובה חוקית, מוסרית או מקצועית, שהרי "מדובר בראש התנועה.

* פרסמתי את המאמר ב-1983, והיה זה צעד ראשון להנהגת "ההגנה מן הצדק" במשפט הפלילי. משמעותה היא שבית המשפט יכול להימנע מהרשעה, אף אם הנאשם עבר את העבירה, כאשר לאור הנסיבות לא היתה הצדקה להעמידו לדין (למשל, משום שכרגיל לא מעמידים אדם לדין על מעשה כזה, או שכבר הוגש נגד הנאשם כתב אישום בנושא חמור יותר ואין מקום "לרדוף אותו").

עליו לדאוג לשמירת האינטרסים של התנועה ושל הציבור שבחר בה. יש לו חובה חברתית, מקצועית ומוסרית לדאוג שהעומדים בראש התנועה וממלאי תפקידה ונציגיה ינהגו על פי אמות מידה המשקפות את צביון התנועה והערכים שהם נר לרגליה".

קיצורו של דבר, רפול זופה בלי שהיה כלל צורך בשמיעת עדויות, לאחר שבית המשפט קבע כי העובדות המפורטות בכתב האישום, שרפול הודה בהן, אינן מגלות עבירה. או במילים פשוטות: התביעה הגישה כתב אישום על מעשה שלא היה בו אשם, ספגה סטירת לחי ונזרקה בבושת פנים מבית המשפט. גם כתב האישום נגד הנאשמים מס' 2 (שגב) ו-3 בוטלו, ולגבי הרביעי, שהוציא את פלט המחשב, נקבע כי יש להמשיך בהליך. אלא שלתביעה לא היה כנראה עניין בנאשם הזה. היא לטשה את עיניה אל השר, ומשהושלך מבית המשפט כתב האישום נגד השר החליט היועץ המשפטי לעכב את ההליכים נגד הנאשם שנותר. כרגיל, איש לא בדק בדיעבד מדוע הוגש כתב אישום מופרך נגד שר בישראל, ומי האחראי לכך. מיכאל בן-יאיר, שבתקופתו הוגשו כתבי האישום, סיים את תפקידו לפני שהגיעו הזיכויים בתיקיהם של נאמן, אולמרט ורפול.

באותם ימים הוגשו לא רק כתבי אישום נגד אישים המזוהים עם הימין, אלא גם נגד שמחה דיניץ איש המערך. כתב האישום התייחס לשימוש שעשה דיניץ בכרטיס אשראי של הסוכנות לרכישות פרטיות בסך של יותר מ-15 אלף דולר, כאשר כיהן כיושב ראש הסוכנות היהודית, ולכך שגם חיובים של יותר מששת אלפים דולר בכרטיסו הפרטי הוא הפנה לסוכנות. בבית המשפט המחוזי זופה דיניץ מהשימוש בכרטיס הראשון, אך הורשע באישום הנוגע לכרטיס השני. בעליון הוא זופה ברוב דעות של תאודור אור ושלמה לוין גם מהאשמה הזו. הזיכוי הוא בעייתי, ונראה שדעת המיעוט של דליה דורנר עדיפה.³²⁷ בין מבקריו של פסק הדין היו שאמרו כי שופטי העליון מתקשים להרשיע בכירים המשתייכים למועדון ולמעמד החברתי שלהם, אך נראה שיותר מכך הוא תואם את הקו הכללי המקל של השופט אור בעניינים פליליים, ועדיף לטעות לכיוון זה מאשר לדבוק בטעות הנפוצה אצלנו הרבה יותר, בכיוון ההפוך, של הרשעה ללא בסיס מספיק. במאמר "אחרון שותפיו הרעיוניים של ברק בעליון", שהתפרסם ב"הארץ" במרס 2004, מובא הטיעון בדבר "המועדון" בשמו של פרופ' מרדכי קרמניצר, כאשר מחבר המאמר, משה גורלי, מעדיף גם הוא לתלות את הזיכוי בנטייה המקלה בדרך כלל של אור.

כתב אישום באשמות דומות, של שימוש בכרטיס אשראי של הסוכנות וחוב הסוכנות בהוצאות פרטיות, הוגש ב-1995 גם נגד מאיר שטרית, שכיהן כגזבר ההסתדרות הציונית העולמית והסוכנות היהודית בשנים 1988–1992. שטרית זופה

מכל אשמה באפריל 1998, חודשים אחדים לאחר זיכוי של דיניץ, בפסק דין שניתן בבית המשפט המחוזי בירושלים על ידי אשתו של תאודור אור, השופטת מיכאלה שידלובסקי-אור.³²⁸

נתניהו, הנגבי, נאמן ואיתן לא היו היחידים בממשלת נתניהו שזכו בטיפול של מערכת המשפט. אליהם הצטרף גם אביגדור קהלני, שהתמנה לשר לביטחון פנים בעקבות פסילתו של רפול. גם קהלני הגיע לפוליטיקה לאחר שירות צבאי מרשים. הוא נפצע קשה במלחמת ששת הימים, אך חזר לשרת בצה"ל. במלחמת יום הכיפורים היה מפקד גדוד שריון ברמת הגולן, הצטיין בקרבות, היה לו חלק משמעותי בבלימת המתקפה הסורית ובהצלתו של הגולן – והוא זכה על אומץ ליבו בלחימה בעיטור הגבורה. קהלני נבחר לכנסת ב-1992 ברשימת העבודה, אך לאחר הסכם אוסלו פרש ממנה ונמנה עם מקימי ומנהיגי "הדרך השלישית", שזכתה בארבעה מנדטים בבחירות 1996. הוא שימש שר בממשלת נתניהו עד תום כהונתה, ביולי 1999. החקירות נגדו והמשפט בעניינו התקיימו לאחר מכן.

בשלהי כהונתו של קהלני התנהלה חקירה סמויה נגד עופר נמרודי, שהובילה למשפטו השני של נמרודי. ההאשמה כלפי השר התייחסה לכך שנענה לבקשותיו של נמרודי, והעביר לו פרטים על החקירה החשאית. כתב האישום נגדו הוגש לבית משפט השלום בתל אביב בשנת 2000, תקופת כהונתו של היועץ המשפטי רובינשטיין, ובמרס 2001, לאחר שנשמעו עדויות התביעה, החליט השופט עודד אל-יגון לזכותו בנימוק שאין צורך להשיב לאשמה ("no case to answer"), אשר משמעותו היא שראיות התביעה אינן מצביעות אפילו לכאורה על אשמה.

התביעה ערערה על פסק הדין, שהביך אותה קשות, ובית המשפט המחוזי החזיר את התיק לבית משפט השלום להמשך הדיון ושמיעת פרשת ההגנה.³²⁹

התיק הועבר לשופט דוד רוזן, וב-31 ביולי 2002 אכן זיפה קהלני מכל אשמה.³³⁰ ברור מפסק הדין שקהלני מסר לקציני המשטרה על השיחות שקיים עם נמרודי, שבשום שלב הוא לא ניסה להערים עליהם, ושחלק מהדברים נעשו לאחר שסיים את תפקידו כשר. ברור גם שבשום שלב לא העלה קהלני על דעתו כי הוא פועל בניגוד לחוק. עם זאת, צפה ועולה מפסק הדין הקלות הבלתי-נסבלת שבה ניתן לייחס לאיש ציבור אשמה, על יסוד העבירה המעורפלת של הפרת אמונים או על בסיס הוראה דוגמת זו שבסעיף 117 לחוק העונשין, ולפיה "עובר הציבור שמסר, ללא סמכות כדין, ידיעה שהגיעה אליו בתוקף תפקידו, לאדם שלא היה מוסמך לקבלה... דינו – מאסר שלוש שנים". הוראה כוללת אחרת עוסקת בשיבוש הליכי משפט לפי סעיף 244 לחוק העונשין (קהלני הואשם גם בשיבוש החקירה שלו עצמו), כאשר לפי עמדת התביעה "שומה על מועמד לחקירה לגזור

על עצמו שתיקה בכל נושא חקירתו. אסור עליו בתכלית האיסור להחליף דברים בנושא עם מי מהמעורבים, גם אם מדובר בחברים קרובים ביותר ו/או בני משפחה". בקיצור, על החשוד נגזר אֵלם "ובמידה רבה פרישה מן הציבור והחברה שסביבו".

אי-אפשר להשלים עם שלילת יכולתו של הנאשם להתגונן ולאתר את הראיות התומכות בעמדתו. השופט רוזן אכן דחה את הגישה הזו, אך לא קשה להבין עד כמה פשוט לסבך אדם בעבירה של "שיבוש הליכי משפט", וכמה חיוני הצורך בריסון התביעה ובפיקוח יעיל עליה.

בספטמבר 1999, חודשים ספורים לאחר שנתניהו סיים את תפקידו בראשות הממשלה, התפרסם ב"ידיעות אחרונות" תחקיר פרי עטם של מרדכי גילת, מיכל גרייבסקי ומלי קמפנר-קריץ. התחקיר העלה חשדות שונים לגביו ולגבי רעייתו שרה בהקשר ליחסיהם עם קבלן ההובלות אבנר עמדי, שביצע עבורם עבודות שונות גם בתקופה שנתניהו היה ראש הממשלה. בשל העבודות האלה הצטבר חוב, שאת חלקו היו בני הזוג נתניהו צריכים לשלם באופן אישי ועל המדינה היה לשאת בחלקו האחר. מובן מאליו שהפרקליטות והמשטרה לא יכלו לוותר על ההזדמנות לחקור פעם נוספת אישיות פוליטית בכירה, והפעם כללה החקירה חשד לעבירות שוחד, הפרת אמונים, ניסיון לקבל דבר במרמה ושיבוש מהלכי משפט. נחקר גם חשד שמשפחת נתניהו הוציאה מחזקת המדינה, שלא כדין, מתנות שניתנו לראש הממשלה במסגרת תפקידו. בסיום החקירה המליצה המשטרה להעמיד לדין את נתניהו, רעייתו ושניים מעוזריו.

לאחר סדרה ארוכה של דיונים בפרקליטות החליט רובינשטיין לסגור את תיקיהם של בני הזוג נתניהו, ולא להעמידם לדין "מחוסר ראיות מספיקות במידה הנדרשת להעמדה לדין פלילי". במקום זאת הוא פרסם "דו"ח ציבורי", שבו הסביר כי "ההתלבטויות היו קשות: היה קונצנזוס בין העוסקים בדבר, כי כך לא ראוי שינהגו במערכת ממשל – לא בדרך של צבירת חוב גדול אצל אדם פרטי... בני הזוג נתניהו לא דאגו לשלם את החוב, לא מכיסם ככל שהמדובר בחוב פרטי, ולא – במקום שהדבר מגיע בתקופת הכהונה כראש ממשלה – באורח מסודר ותקין מקופת הציבור". כך, לאחר כשנה של סיוטים שעברו על ראש הממשלה לשעבר ואשתו, נסגרו התיקים נגדם בהטפת מוסר. גם התיקים כלפי יתר החשודים נסגרו.

מחוות דעתו של היועץ המשפטי התחוויר לא רק שנתגלעו מחלוקות, אלא גם שניתנה לפרקליטת המדינה, עדנה ארבל, הזדמנות נאותה להציג את עמדתה התביעתית. לדעתה היה מקום להעמיד את ראש הממשלה לשעבר ואשתו לדין בחלק מהנושאים. הדבר גרר פנייה לבית המשפט המחוזי, לפי חוק חופש המידע,

כדי שיצווה לחשוף את חוות דעתה של ארבל. המחוזי דחה את העתירה, אך הערעור לעליון התקבל ברוב של שישה שופטים כנגד דעתו החולקת של ארמונד לוי, והיועץ המשפטי נדרש לפרסם "בקצרה אך באורח ממצה" את נימוקיה של ארבל ביחס להעמדה לדין של נתניהו ואשתו.³³¹

בסך הכול, פרשת עמדי נראית כאחד האבסורדים בהליכים שהתנהלו נגד אישי ציבור, או כמו שביטא זאת בחריפות פרופ' אמנון רובינשטיין, במאמרו "צחוק משלטון החוק" שהתפרסם ב"מעריב" בפברואר 2007: "כך ציוותה הפרקליטות על חקירה פלילית של כל ראשי הממשלה ב-20 השנה האחרונות... והמשטרה דאגה לכך שכל חקירה כזו תקבל סיקור תקשורתי מקומי ובינלאומי – וזאת מבלי שמישהו יועמד לדין. השיא הושג בחקירה הפלילית שנעשתה לראש הממשלה לשעבר, בנימין נתניהו, ב'פרשת עמדי'... זה היה עניין אזורי, שהסתיים לפני שבועיים בבית המשפט בפשרה: ביבי ישלם חלק והאוצר חלק. אך מה לזה ולחקירה פלילית? הפרקליטות הורתה על חקירה, ונתניהו ואשתו נחקרו במשך שעות ארוכות – כל חקירה שבע ושמונה שעות! ולבסוף המליצה הפרקליטות להגיש כתב אישום על עבירה שהיתה פרי דמיונה היצירתי. היועץ המשפטי, אליקים רובינשטיין, דחה בצדק את המלצת הפרקליטות, אך בינתיים בכל העולם כולו התפרסמה הידיעה שראש ממשלת ישראל לשעבר נחקר בשל עבירת מרמה."

אהוד ברק, ראש הממשלה שנבחר לאחר נתניהו, החל בתפקידו במאי 1999 וסיים את כהונתו בינואר 2001. העובדה שהקדנציה שלו היתה הקצרה ביותר מבין כל ראשי הממשלה הנבחרים בישראל לא חסכה ממנו את החקירות שנהפכו למנת חלקו של כל ראש ממשלה מאז נתניהו. החקירה המשטרית נפתחה בפרשה שכונתה "עמותות ברק", ועסקה בתרומות שקיבלו עמותות שתמכו בברק בבחירות לראשות הממשלה. היא נסגרה רק כעבור כמה שנים, בקול דממה דקה, ללא כתב אישום, ושאלה מטרידה היא מה היתה ההצדקה לזמן הממושך שבו הוחזק התיק פתוח, כשחרב ההעמדה לדין מתנופפת מעל ראשו של ברק.

פרשה משפטית נוספת היתה ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הביטחון לבין אזרחים ערבים באוקטובר 2000. ועדת החקירה, בראשות תאודור אור, מונתה לאחר המהומות שפרצו במגזר הערבי, ונהרגו בהן 13 ערבים ונהג יהודי. ההחלטה על הקמתה התקבלה על ידי ראש הממשלה ברק, אך נראה שמינויה לא שיפר את סיכוייו לזכות בקולות המגזר הערבי בבחירות המיוחדות לראשות הממשלה, שנקבעו לתחילת פברואר 2001. בסופו של דבר קבעה הוועדה כי "ברק לא היה ער במידה הנדרשת... לתהליכים המתרחשים בחברה הערבית בישראל, אשר יצרו בתקופת כהונתו חשש ממשי לפריצת מהומות בקנה מידה

נרחב", וכי הוא "לא נתן דעתו, בחודשים שלפני אירועי אוקטובר, בצורה מספקת לצורך בהיערכות הולמת של משטרת ישראל להתפרצות מהומות כאמור, וכי בכך נמנע מלתת את דעתו במידה הנדרשת לנושא שהוא בעל חשיבות אסטרטגית למדינת ישראל ולשלום אזרחיה". וכמו כן: "ברק לא נקט פעולות מספיקות למניעת השימוש באמצעים קטלניים על ידי המשטרה או להגבלתו על ידי המשטרה." הוועדה נמנעה ממתן המלצה אישית לגביו, שכן מדובר בבעל תפקיד נבחר. לעומת זאת היא פרסמה המלצה אישית לגבי השר לביטחון פנים, פרופ' שלמה בן-עמי, שלא לאפשר לו לכהן בעתיד בתפקיד.

הוועדה חזרה בכך על המשגה שעשתה בשעתה ועדת כהן לחקר אירוע סברה ושתילה ביחס לאריאל שרון: מניעת אפשרות בחירה לתפקיד פוליטי או כהונה בו. נוסף על כך מנתה הוועדה שורה של המלצות אישיות הנוגעות לכמה בעלי תפקידים במשטרה, המליצה שהמחלקה לחקירות שוטרים תחקור כמה תקריות, כדי לבחון אם יש להעמיד לדין פלילי חלק מהמעורבים, וניסחה המלצות כלליות לגבי התייחסות השלטון לאוכלוסייה הערבית, ובעיקר התייחסות המשטרה. חברי הוועדה סקרו את פעילותם של אחדים ממנהיגי המגזר הערבי (כפי שפורט לעיל), אך נמנעו מקביעת המלצות אישיות בעניינם. המסקנות הוגשו בסוף אוגוסט 2003 לממשלת שרון, לאחר שממשלת ברק – שמינתה את הוועדה – סיימה את תפקידה.

הבא בתור היה אריאל שרון, שזכה בראשות הממשלה ב-2001. שנים קודם לכן פסלה אותו ועדת כהן מלכהן בתפקיד שר הביטחון, וכעת, בתפקידו החדש, נכוננו לו התנגשויות קשות יותר עם מערכת המשפט. התיקים בעניינו כללו את "האי היווני" וכן "תיק אפל" בעניין הקרקעות באזור לוד. החקירות נפתחו סמוך לבחירתו, ונסגרו על ידי מני מזוז לאחר מינויו ליועץ המשפטי ב-2004, חרף מחלוקת עם עדנה ארבל ביחס לאי היווני.

שרון נחקר בשתי פרשות נוספות. האחת ידועה כ"פרשת סיריל קרן": ידידו הדרום-אפריקני של שרון, שנתן לו הלוואה למימון מסע הבחירות, כאשר לפי החשד היתה זו למעשה מתנה – ולא הלוואה – מאת המיליארדר היהודי-אוסטרי מרטין שלאף. הפרשה השנייה נגעה למימון הבחירות הפנימיות לראשות הליכוד שהתקיימו בספטמבר 1999 – הבחירות שבהן גבר שרון על אהוד אולמרט ומאיר שטרית. עמרי שרון, בנו, פעל בבחירות האלה כיד ימינו של אביו וסייע לו לזכות בניצחון. הוא עצמו נבחר לכנסת, ונהפך לאישיות מרכזית בליכוד, אבל אחרי שדו"ח מבקר המדינה התייחס למימון הפריימריז הללו נפתחה חקירת משטרה, ובסופה קיבל על עצמו שרון הצעיר את האחריות לעבירות שהיו קשורות במימון

הבחירות. ב-2005, שש שנים לאחר אותן בחירות, הוא הועמד לדין והודה בקבלת תרומה אסורה לפי חוק המפלגות, קבלה והוצאה של סכומים מעל המותר, רישום כוזב במסמכי תאגיד ושבועת שקר. בפברואר 2006 גזרה עליו נשיאת בית משפט השלום, עדנה בקנשטיין, תשעה חודשי מאסר בפועל וקנס בסך 300 אלף שקלים.³³² בבית המשפט המחוזי שרן בערעור ניתנה דעת הרוב על ידי יהודית שיצר יחד עם ראש ההרכב זאב המר. עונש המאסר הופחת והועמד על שבעה חודשי מאסר. הקנס נשאר בעינו. שופט המיעוט, זכריה כספי, הציע להעמיד את המאסר על שישה חודשים, מה שהיה מאפשר להמירו בעבודות שירות אך להחמיר בקנס.³³³ הבקשה שהגיש שרון לעליון, לערער על גזר דין המחוזי – נדחתה.³³⁴

החקירות נגד שרון נמשכו כל תקופת כהונתו בראשות הממשלה, וסיכום התיקים הוא זה: בתיק מימון הבחירות המוקדמות הורשע בנו עמרי. תיק האי היווני ותיק קרקעות לוד נסגרו, ובינואר 2013 הודיעה הפרקליטות שגם תיק סיריל קרן נגד אריאל שרון ובנו גלעד, שנפתח למעלה מעשר שנים קודם לכן, נסגר.

אחת הפרשות החמורות ביותר של פתיחת חקירה, הפעם ללא העמדה לדין, נוגעת לראובן (רובי) ריבלין, אחד האישים הבכירים בליכוד ומי שהיה אמור להתמנות לשר המשפטים בממשלת שרון הראשונה. ערב הקמת הממשלה, במרס 2001, נמסר לפתע כי נפתחה חקירה נגד ריבלין. בעקבות זאת נקבע כי הוא לא יוכל לקבל את תיק המשפטים, אך התאפשר לו להתמנות לשר התקשורת. במקומו קיבל את תיק המשפטים מאיר שטרית. היתה זו פעם שנייה, לאחר פרשת נאמן, שבה עלה בידי המערכת המשפטית לסכל מינוי של שר משפטים שככל הנראה לא היה לרוחה. וגם הפעם היתה השערורייה גדולה במיוחד, שכן לחקירה לא היה כל יסוד.

ה"בסיס" לפתיחת התיק היה גם הוא אותן האזנות סתר שנעשו במשך שנים לאיש העסקים ופעיל הליכוד דוד אפל. לאפל היו ידידים רבים בין מנהיגי הליכוד, וההאזנה לשיחותיו נהפכה לציתות לכל אנשי הליכוד ששוחחו עמו. מהשיחות שלו עם ריבלין דלו משפטים אחדים, מהם הצליחו, באמצעות דמיון יצירתי, לחבר "חשדות" מרובים (לא פחות משבעה) אך דלים ומגוחכים בתוכן. ריבלין זומן למשטרה לחקירה שארכה יום שלם, ואף שלא העלתה דבר גררה את פסילתו. אם לא די בכך, היבט חמור נוסף בפרשה הוא שהתיק המפוקפק נותר פתוח במשך שנים, עד שנסגר ב-2004, בהוראת מני מזוז.

חוות דעתו של מזוז מלמדת לא מעט על האבסורד שבהאשמות, ביניהן "אשמה" שריבלין סייע לילדיו של אפל, שהיה חבר קרוב שלו, לקבל ויזה לארצות הברית. ריבלין פנה לעוזר מנכ"ל משרד החוץ (שגם הוא נחקר כמובן),

וזה סיפר כי שלח את ילדיו של אפל לשגרירות, וכי השירות שקיבלו היה דומה לזה של כל אזרח. איש מהמעורבים לא קיבל תמורה עבור הפעולה, והתיק נסגר מחוסר אשמה. "אשמה" אחרת היתה מסירת מידע מהוועדה לבחירת שופטים, שריבלין היה חבר בה. פורמלית דיוני הוועדה חסויים, אך מידע על אודות הנעשה בוועדה מתפרסם כמעט בקביעות בעיתונות, ומעולם לא התקיימה חקירה בנושא. במקרה הספציפי גם לא דובר במידע הנוגע ל"גרעין הקשה של האינטרס המוגן", דהיינו "מי אמר מה" ביחס למועמד פלוני. התיק נסגר מחוסר אשמה. העניין כולו מלמד לא מעט במה מתעסקים ומה מוכנים לעשות כדי להפיל איש ציבור, שכנראה הגיע זמנו או שאיננו נוח למישהו במערכת. חלק חשוב ביותר בפרשה הזו – כמו ברבות אחרות – הוא שלא בוצעה לאחר מכן כל חקירה או בדיקה בשאלה מי גרם לפתיחת החקירה הבעייתית, מדוע נפתחה החקירה במועד שנפתחה ומדוע נשאר התיק פתוח שנים כה רבות. ריבלין עצמו ביטא לא פעם את דעתו על הפרשה, ולזכותו נזקף הביטוי "כנופיית שלטון החוק", שנהפך למטבע לשון בתרבות הישראלית.

משפטו של שמעון שבס, שהיה מנכ"ל משרד ראש הממשלה בימי יצחק רבין, התנהל גם הוא בתקופת שרון. השלטון כבר עבר לידיים אחרות, שבס לא נשא בתפקיד ציבורי, ומבחינה זו לא היתה למשפטו השלכה דומה לזו של משפט המתנהל נגד אישיות הנמצאת במרכז הבמה. ואולם, ההרשעה שהושגה בסופו של דבר בעבירה המעורפלת של הפרת אמונים חיזקה את הנטייה התביעתית במערכת המשפט, את כוחה של התביעה ואת יכולתה לפתוח בחקירות נגד אישי ציבור ולהשיג הרשעה במצבים שבעבר איש לא העלה על הדעת שעשויים לשמש יסוד לחקירה פלילית או למשפט. העובדות היו סבוכות למדי. עיקרן היה שבס פעל בשני עניינים שבהם היה אינטרס לאנשי עסקים שהיו מקורבים אליו. האחד עסק בשרוג הקשרים עם מדינה זרה, כאשר התוצאה הצפויה היתה קשירת עסקאות ביטחוניות רווחיות ביותר עם אותה מדינה. הפרויקט לא יצא בסופו של דבר אל הפועל. בעניין השני דובר בקידום מיזם בנייה. במקרה הראשון הפקיד איש העסקים המקורב אליו כספים בחשבונו הפרטי של שבס, בפרשה השנייה שילמו לו שני אנשי עסקים אחרים כספים לאחר שסיים את תפקידו.

הדיון במחוזי התקיים בפני השופט אדמונד לוי. שבס זוכה מאשמת שוחד בפרשה הראשונה, אך נמצא אשם בניסיון ללקיחת שוחד ובהפרת אמונים. בפרשה השנייה הוא זוכה מהאשמות של שוחד והפרת אמונים. העונש שנגזר עליו היה שלוש שנות מאסר, מהן שתיים בפועל, וקנס בסך 50 אלף שקלים.³³⁵ שבס ערער על הרשעתו ועל העונש, והמדינה ערערה על זיכוי מאשמת הפרת אמונים בפרשה

השנייה (אך לא על זיכוי מאשמת שוחד בפרשה הזו). בית המשפט העליון פסק ברוב דעות של מצא ודורנר כי יש לזכות את שבס מהאישום הראשון, לאחר שהשופט מצא קבע כי אשמתו לא הוכחה מעל כל ספק סביר. בפרשה השנייה מתח מצא ביקורת על התנהגותו של שבס, שפעל מתוך ניגוד עניינים, אך קבע שהתערבותו בפרויקט הבנייה של חברו היתה מינורית, וכי "ייתכן בהחלט שמעשיו היו עבירה משמעתית באשר היה בהם פגם אתי וציבורי". אולם לא לכל פגם אתי ראוי להדביק תווית פלילית, ובעניין הנוכחי סבר השופט מצא כי התנהגותו של שבס לא הגיעה לרף המחייב הרשעה פלילית. בכך הוא זופה מכל האשמות.³³⁶

אין ספק שסיפור המעשה מותיר תחושה לא נוחה, אך פסק הדין של שופטי הרוב מושתת על הצורך לנקוט זהירות בהרשעת עובד ציבור בעבירה המעורפלת של הפרת אמונים. דעת המיעוט היתה של מרים נאור, שהסכימה עם שופטי הרוב בדבר הזיכוי מהאשמות הנובעות מהפרשה הראשונה, אך סברה שיש להרשיעו בהפרת אמונים בשנייה.

המדינה לא השלימה עם התוצאה וביקשה לקיים דיון נוסף. השופט חשין פסק שיש מקום לכך, אחרי שנציג הפרקליטות הצהיר לפניו כי אם תזכה המדינה, היא מוותרת מראש על עונש מאסר לשבס. ההצהרה נעשתה מן הסתם מתוך הבנה שאחרת לא תיענה הבקשה לדיון נוסף, שהיה יוצא דופן משני טעמים: ראשית, רצוי להימנע מעתירה לדיון נוסף שמגמתה להשיג הרשעה של מי שזופה בעליון. ושנית, החוק קובע כי דיון נוסף יכול להינתן אם מדובר בהלכה "שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה... יש... מקום לדיון נוסף". פסק דינו המזכה של מצא לא קבע הלכה חדשה. הוא יישם את הדין על העובדות. שופטים אחרים חלקו על הדרך שבה נעשה הדבר, אך בהיעדר הלכה חדשה לא היה מקום לדיון נוסף. לפיכך, נראה שהשימוש החריג בדיון הנוסף נעשה על מנת לאפשר הרחבה של תחומי העבירה הבעייתית של הפרת אמונים, ולאותת למערכת על אימוץ גישה תביעתית מחמירה עוד יותר בהשוואה למה שנהג בעבר.

וכך היה. בדיון הנוסף הורשע שבס בהפרת אמונים בשתי הפרשיות, ברוב של שמונה שופטים בראשות ברק, כאשר מצא נותר יחיד בדעתו.³³⁷ בית המשפט הכיר בכך ש"גבולותיה של הפרת אמונים הם מעורפלים", אך קבע שיש להכיר בתוקפה. עמדתו היתה שאחד המקרים הבולטים של הפרת אמונים הוא כאשר איש הציבור פועל במצב של "ניגוד עניינים". ואולם, בניסיון שלא להרחיב את העבירה יתר על המידה, ולהימנע מלכלול בה מקרים פעוטים או כאלה המהווים עבירה משמעתית גרידא, נאמר ש"אין די בניגוד עניינים בלבד; נדרש 'פן מחמיר נוסף'". פן כזה עשוי להיות פגיעה מהותית באמון הציבור בעובדי הציבור, בטוהר המידות או בתקינות פעולה של המינהל הציבורי.

אין צורך להרחיב את הדיבור על הערפול שבכל המבחנים הללו, כאשר אפילו הביטוי "ניגוד עניינים" רחוק מלהיות ברור (היש, למשל, ניגוד עניינים כאשר איש ציבור פועל לקידום פרויקט שיש לקרוב משפחה רחוק או לפעיל במפלגתו עניין בו? או כאשר הוא פועל לקידום עובד הכפוף לו, וקיים ביניהם שיתוף פעולה לאורך שנים?).

במאמרו "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)",³³⁸ ציין אהרן ברק כי "חוק פלילי 'סתום' (vague)" לא היה עומד בדרישות "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". הוא התייחס ספציפית לסעיף 198 לחוק העונשין, הקובע סנקציה פלילית בשל "מעשה העלול להביא תקלה ציבורית". נשאלת השאלה מדוע אין כוחם של הדברים האלה יפה גם לגבי "הפרת אמונים". השופט חשין ביקש בפסק דין שבס להבחין בין העבירה של גרימת תקלה ציבורית לזו של הפרת אמונים, אך מההיבט של ערפול והיעדר גבולות קשה עד בלתי-אפשרי להבחין בין השניים. ראוי גם להשוות את פסק דין שבס, שבו לא נזכר אפילו "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", להתפתחות של הדין האמריקני בעניין "Skilling v. U.S.", שנפסק ב-2010. ג'פרי סקילינג היה מנהל התפעול בחברה האמריקנית הענקית "אנרון" שקרסה. בעקבות הקריסה הועמדו כמה מנהלים בחברה לדין, ואחד מהם היה סקילינג, שהואשם בכמה אשמות, ביניהן אלה הידועות כ"שלילת הזכות הלא מוחשית לשירות הוגן (honest service)". מדובר בעבירה שהיא פרי חקיקה של הקונגרס, אשר התבססה על פסיקה אמריקנית קודמת ועיקרה הגדרת המסגרת של עבירות מרמה שונות באופן שתכלול גם תחבולה או תכסיס שיגרום לשלילת הזכות ל"שירות הוגן". בעבר שימשה העבירה הזו בין השאר להטלת אחריות על עובדים, שהפרו את חובת האמון שחבו למעביד ופעלו לקידום אינטרס עצמי, לרבות במצבים שבהם נמצאו בניגוד אינטרסים ולא טרחו לגלות אותו. למרות הניסוחים השונים ניתן למצוא דמיון רב בין ההגדרה האמריקנית המרחיבה של עבירת המרמה המתבטאת בשלילת הזכות ל"שירות הוגן" לבין העבירה הישראלית של "מרמה והפרת אמונים" (אך האמריקנית שונה בכך שאינה מוגבלת לעובדי ציבור וחלה גם על עובדים בעסקים פרטיים). בעניינו של סקילינג נטען כי החקיקה בעניין העבירה הזו בטלה מחמת שיקולים חוקתיים, לנוכח העיקרון שלפיו נדרש חוק עונשי להיות מנוסח בלשון שתאפשר לאדם רגיל להבין מה נאסר עליו, ובדרך שתמנע אכיפה שרירותית ומפלה.

הטענה התקבלה במידה רבה. בפסק הדין המרכזי, מפי השופטת רות בדר-גינזבורג, נאמר כי אין לשלול כליל את תוקפה של העבירה, וכי בית המשפט נזהר מביטול חוקים של הקונגרס אם הוא יכול לפתור את הבעיה באמצעות

פרשנות. לפיכך, יש להגביל את העבירה למצבים הנכללים בלב הנושא, דהיינו, שוחר ו-kickbacks (קבלת תשלום או עמלה בדרך של החזר מעסקה, שהוא למעשה צורה של שוחר). בכך נשללה האפשרות של ענישה בשל פעולה תוך ניגוד עניינים גרידא. יתר על כן, אחדים מהשופטים סברו כי יש לבטל לחלוטין את העבירה. חלק מהרשעותיו של סקילינג בוטלו, ותיקו הוחזר לבית המשפט לערעורים. בית המשפט הוסיף, כי אם הקונגרס מעוניין להרחיב את תחומי האחריות הפלילית, יהא עליו לעשות זאת בלשון ברורה, תוך קביעת כללים מוגדרים, שיסירו חשש מפני פגיעה בעקרונות ההליך ההוגן (due process). עם זאת, ההלכה החשובה לא ממש סייעה לג'פרי סקילינג. לנוכח הרשעותיו האחרות נותר בעינו העונש הכבד של יותר מ-20 שנות מאסר שהוטל עליו.

במאמר "הכל כלול", שפרסם בעז אוקון ב"ידיעות אחרונות" ביום 23.10.2010, הוא מבהיר שבית המשפט דחה למעשה את ההנמקה שעמדה בבסיס הלכת שבס בעניין הפרת אמונים, וכותב: "הגבולות המעורפלים של האישום בהפרת אמונים מאפשרים לתביעה להיטפל לחשודים במגוון רחב של מקרים. כדאי ללמוד מפסיקה חדשה של בית המשפט העליון בארצות הברית, המאפשרת להרשיע אנשי ציבור רק במקרים קיצוניים." ואכן, נראה כי בעוד שבית המשפט העליון האמריקני הקפיד לשמור על עקרונות יסוד של המשפט הפלילי ועל זכויות האדם הכרוכות בכך, לא ניתן לומר זאת על בית המשפט העליון בישראל. פסיקתו בסוגיה של "מרמה והפרת אמונים" מעלה את החששות שנזכרו בפסיקה האמריקנית, בין השאר מפני אפשרות של אכיפה שרירותית ומפלה, כשם שהיא מעלה את השאלה כיצד היא מתיישבת עם "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ועם עקרונות יסוד של המשפט הפלילי.

במציאות שלנו, פסק דין שבס, שניתן בשנה שבה נכנס מני מזוז לתפקיד היועץ המשפטי, העניק לתביעה ולמנגנון החקירות כוח אדיר. לא חלף זמן רב והוא נוצל במלוא עוצמתו.

גל החקירות בצמרת נמשך, אבל ניכרה התמתנות מסוימת בנוגע להעמדות לדין בתקופת כהונתו של אליקים רובינשטיין כיועץ משפטי. כך, למשל, הוחלט שלא לנקוט צעדים נגד נשיא המדינה עזר ויצמן, בגין הטענות שקיבל כספים מאיש עסקים, אך ויצמן פרש בעקבות הפרשה מהנשיאות ומהחיים הציבוריים.

חקירות התנהלו גם נגד השר ליברמן. הן החלו כאשר שימש מנכ"ל משרד ראש הממשלה, בממשלתו הראשונה של נתניהו, נמשכו יותר מ-10 שנים, וכללו שורה ארוכה של נושאים. ליברמן פרש בשלהי 1997 ממשרת המנכ"ל ועבר לעסקים,

אולם הוא שב לפוליטיקה ב-1999, כשייסד את "ישראל ביתנו" – מפלגה חילונית-ימנית, הנתמכת במידה רבה על ידי יוצאי ברית המועצות. אין ספק, כי המצב שבו נתון אדם פוליטי – ובעצם כל אדם – בחקירות אינסופיות (יותר מעשור), כאשר מדי פעם צץ נושא חדש, הוא בלתי-נסבל, ומתאפשר בגלל היעדר פיקוח על היועץ המשפטי ועל הפרקליטות. בסופו של דבר, בדצמבר 2012 החליט היועץ המשפטי יהודה וינשטיין לסגור מחוסר ראיות מספיקות את התיק העיקרי נגד ליברמן, שבו יוחסו לו קבלת סכומי כסף גדולים בחו"ל, חלקם גם לאחר שחזר לפעילות פוליטית. אולם הוגש נגדו כתב אישום בעבירה הבעייתית של הפרת אמונים בפרשת מינוי השגריר זאב בן אריה, שבעבר מסר לליברמן שלא כדין חומר חסוי הנוגע לחקירה המתנהלת נגדו. בעקבות זאת התפטר ליברמן מתפקידו כשר החוץ בממשלת נתניהו השנייה.

פרשת דרעי

משפטו של אריה דרעי הוא המשפט הפלילי החשוב והדרמטי ביותר שהתנהל בעידן המהפכה המשפטית. מבחינת השלכותיו הציבוריות והפוליטיות ניתן אולי להשוותו למשפט קסטנר שהתנהל בתקופת שלטונה של מפא"י, ובמובנים מסוימים הוא אף עולה עליו בחשיבותו. משפט דרעי גרר ניכור חריף של ציבור גדול, שאיבד את האמון במערכת המשפט, וחזק את התחושה שקיימת בה אפליה כנגד מנהיגי עדות המזרח. לכל אלה הצטרפה התחושה של ההנהגות הפוליטיות – הן בשמאל בתקופת רבין והן בימין בתקופת נתניהו – כי דרעי הוא דמות מפתח, והפלתו מערערת את המדיניות שהממשלה מבקשת להנהיג.

אריה דרעי היה – ובעצם הוא עדיין – פוליטיקאי כריזמטי. אף שנולד במרוקו, הוא קיבל את חינוכו התורני בעיקר בישיבות אשכנזיות, תופעה המאפיינת חלק נכבד מהאליטה של עדות המזרח. הוא נמנה עם מקימיה של ש"ס, שנבנתה במתכונת הגופים החרדיים האשכנזיים, וראתה עצמה כפופה למועצת חכמים בראשות הרב עובדיה יוסף. מועצת החכמים היא הקובעת את הרכב הרשימה לכנסת, ואילו היא עצמה אינה עומדת לבחירות. כוחה נובע ממעמדה ההלכתי. ב-1986, בהיותו בן 27 בלבד, מונה דרעי למנכ"ל משרד הפנים, בימים שבהם כיהן בתפקיד השר הרב יצחק פרץ, ראש ש"ס באותה עת. ואז, בתוך שנתיים, תפס דרעי את מקומו של פרץ על שני הכיסאות: נהפך למנהיג הפוליטי של ש"ס ומונה לשר הפנים בטרם מלאו לו 30.

במישור הפוליטי-מדיני נקט דרעי עמדות מתונות יחסית. אולי זו היתה הסיבה לכך שנטל, ב-1990, חלק מרכזי ב"תרגיל המסריח" שכשל. מעבר לכך, בשונה מפוליטיקאים רבים מהמגזר החרדי מאפיינת אותו היכולת לסלול דרך אל ליבו של הציבור החילוני. כשר הפנים הוא הקדיש תשומת לב רבה לבעיותיו של המגזר הערבי, וזכה בתמיכה גדולה מהמקובל אפילו במגזר הזה. הוא קשר קשרים הדוקים עם פוליטיקאים חילונים, וסייע, לדוגמה, לחיים רמון לזכות בבחירות להסתדרות ולבצע בה את המהפך הדרמטי, שהיו לו השלכות מרחיקות לכת על הכלכלה ועל מבנה המשק.

מהמאבק בדרעי יצאה המערכת המשפטית כשירה – לכאורה – על העליונה: היא גרמה להוצאתו מהמשלה עוד לפני הרשעתו. אבל הניצחון גבה מחיר כבד. ביטוי אחד למחיר הזה היה פוליטי: התחזקות דרמטית של הימין. בעקבות נפילתו של דרעי עברה הנהגת ש"ס לידיו של אלי ישי, שנוטה בבירור ימינה (ואין זה המקרה היחיד שמהלכיה של מערכת משפט, שמיוחסות לה נטייה שמאלה, גררו התחזקות של הימין דווקא. תוצאה דומה אירעה, כזכור, בעקבות הדחתו של רבין מראשות הממשלה ב-1977). המחיר האחר שגררה הפלתו של דרעי הוא פגיעה אנושה באמון הציבור בבתי המשפט ובמערכת המשפט. הליכים משפטיים נגד פוליטיקאים ממוצא מזרחי, בעיקר מש"ס אך גם ממפלגות אחרות, גררו לא אחת טענות על אפליה כלפי מזרחים, חרדים או דתיים, כאשר הטענות מושמעות לרוב על ידי מקורבי החשוד או בני עדתו. לעומת זאת, קריאות נגד משפטו של דרעי ותוצאותיו נשמעו לא רק על ידי רבים מתומכיו, שאף ביטאו את עמדתם בקלפי, אלא גם מצד קבוצה נרחבת של אנשים הרחוקים מרחק רב מש"ס. החקירות נגד דרעי נפתחו ב-1990 בעקבות תחקיר עיתונאי, ומאותו מועד ואילך נמשכו בשצף קצף תקופה ארוכה. בשלבים הראשונים הוא שמר על זכות השתיקה, ונטען כלפיו שהוא אחראי להתמשכות החקירות. בעיתונות התפרסמו במקביל, כמעט ללא הרף, כתבות נגדו. עלתה מהן מסקנה, שנראה היה כי אין מנוס ממנה, שדרעי אשם בעבירות חמורות. לא היה ברור כלל מה הן, פרט לכך שמדובר בשחיתות.*

כתב האישום המקורי נגד אריה דרעי ושלושה אנשים נוספים הוגש לבית המשפט המחוזי בירושלים בספטמבר 1993. ימים ספורים קודם לכן, בשעה שכתב האישום הובא לכנסת לשם הסרת חסינותו של דרעי, ניתן אותו פסק דין חדשני של בג"ץ, שחייב את רבין לסיים את כהונתו של דרעי כשר הפנים בממשלתו (ב-1996, בעוד משפטו של דרעי מתנהל, זכה נתניהו בראשות הממשלה. שר המשפטים שלו,

* במאמר "יש גבול", שפרסמתי ב"הארץ" ביום 30.6.93, התייחסתי לכוח העצום של התביעה ושל מנגנון החקירה, ולשאלות המתעוררות לגבי בחירת נושאי החקירה, משכה והיקפה. הצבעתי על כך שהמסקנה בדבר אשמתו של דרעי "מוצגת כל הזמן כבלתי נמנעת", כאשר החוקרים והתובעים "מרגישים מחויבות אישית להשיג הרשעה, ומחויבות זו גוברת ככל שהפרסומים רעשניים יותר וככל שמדובר באיש ציבור נכבד יותר". הדברים הצטרפו לביקורת שלי על כך שהחקירה לא היתה ממוקדת, אלא חיפשה בכל פינה חומר שיוכיל להרשעתו. נראה, כי מאז פרשת דרעי לא התרחשה חקירה מסוג זה – עד לפרשת אולמרט, שהתאפיינה גם היא ברחף לחקור איש ציבור מכף רגל ועד ראש, העיקר שרק יימצא חומר להאשימו בסעיף כלשהו. להשלמת התמונה אציין שהסתייגתי מש"ס ומעמדותיה, וראיתי בדאגה את צמיחתה – אולם לא היה בכך כדי לגרוע מהביקורת על הליכי החקירה נגד דרעי.

נאמן, התפטר בעקבות כתב האישום שהוגש נגדו, ואולי לא מפתיע שהאשמה חסרת הבסיס שיוחסה לו היתה עדות שקר בעניין הקשור לפרשת דרעי). משפטו של דרעי התנהל באווירה קשה. "בלי להיכנס לשאלת האשמות לגופן", אמר על כך עורך דינו דן אבי-יצחק:

אין לי ספק שעל אף משפטו הארוך לא היה לו יומו בבית המשפט. הפרסומים המסיביים בתקשורת יצרו נגד דרעי דעה קדומה שקשה מאוד היה להשתחרר ממנה, ולמן הרגע הראשון, אף בטרם החלה שמיעת הראיות, היתה לי הרגשה קשה שהשופטים חרצו מראש את דינו ומדובר ב'משחק מכור'. אירוע אופייני היה כאשר השר אריק נחמקין העיד ביום שבו נתפרסמה עוד בבוקר כתבה על מה שהוא יגיד בעדותו. ואכן, הוא העיד מה שהיה כתוב בעיתון ולא מה שסיפר בעדותו במשטרה. שאלתי אותו בחקירה הנגדית אם הוא בטוח שהדברים היו באמת כפי שהעיד, או שהם נקלטו אצלו מן העיתון וזכורים לו מהקריאה ולא מהאירוע עצמו. נחמקין היה עד ישר, ותשובתו היתה: אינני יודע, אינני בטוח.

זה לא עשה, כמובן, שום רושם על השופטים. בשלב מסוים ביקשתי לפסול אותם, אך הם דחו את בקשתי, וערעור על החלטת אי-הפסילה נדחה על ידי אהרן ברק. באותו ערעור אמרתי לברק שאני מעדיף שפסק הדין יינתן על ידי התובע, יהושע רזניק, ולא על ידי בית המשפט באותו הרכב – והתכוונתי לכל מילה. השופטים גילו יחס חשדני מראש לכל עדיו של דרעי, וגם לעדי תביעה ככל שהעידו לטובת דרעי, ולא האמינו לאף אחד מהם. הדבר התבטא גם באמון הבלתי מוגבל והבלתי סביר שהביעו בפסק הדין בעד המדינה שמולביץ, למרות הראיות החד-משמעיות, שנחשפו כבר בבית המשפט המחוזי, ואשר לימדו כי אין הצדקה לכך.

בעיקרו של דבר עסקו הפרשיות הקשורות בדרעי בעמותה שכונתה לשם קיצור "לב בנים". העמותה ניהלה ישיבה ו"כולל" לאברכים חוזרים בתשובה. בשלהי 1983 הוזמן דרעי להשתלב בעמותה ולתת בה שיעור, וכישרונותיו הבולטים גרמו לכך שתוך זמן קצר התמנה למנהל האדמיניסטרטיבי שלה. ב-1984 הוקמה תנועת ש"ס. בספטמבר 1986 מונה דרעי למנכ"ל משרד הפנים, ובדצמבר 1988 לשר. כשנה וחצי לאחר מכן נפתחה נגדו חקירת המשטרה, תחילה במה שנקרא "התיק הציבורי", כלומר שימוש בתפקידו להעברת כספים למוסדות הקשורים בש"ס, ולאחר מכן ב"תיק הפרטי", שייחס לו קבלת טובת הנאה אישית. בית המשפט המחוזי, בהרכב

שכלל את יעקב צמח, מרים נאור ומוסיה ארד, קבע כי דרעי קיבל מעמותת "לב בנים" שוחד בסך 155 אלף דולר, ששולמו לו על ידי עובד אחר בעמותה, יום-טוב רובין (שנמנה עם הנאשמים). נקבע גם כי ניתן לדרעי שוחד שהתבטא במימון נסיעותיו ונסיעות בני משפחתו לחו"ל, ובמימון שהייתו במלון בארץ. השוחד ניתן, כך קבע בית המשפט, מתוך ציפייה שדרעי במעמדו הציבורי יתמוך בעמותה.³³⁹

לאחר נישואיהם התגוררו בני הזוג דרעי בקרוואן, אך בעזרת סיוע מאסתר ואיסר ורדרבר רכשו דירה ב-42 אלף דולר בשכונת רמות. בני הזוג ורדרבר היו ניצולי שואה עיריית. הם התגוררו בניו יורק ואימצו את יפה דרעי קודם נישואיה. לאחר מכן הם תמכו בה ובעלה. כל זה התרחש לפני שש"ס קמה. כעבור זמן מכרו בני הזוג דרעי את דירתם וקנו דירה גדולה יותר, ובשיפור נוסף בדירור זכתה המשפחה בפברואר 1989, כאשר כבר היה דרעי שר הפנים: הוא ערך הסכם לרכישת דירה חדשה ברחוב הקבלן בבירה – דירה שתוארה על ידי בית המשפט כ"דירת פאר". השופטים הפליגו בתיאורה כ"דירה רחבת ידיים, המשתרעת על שני מפלסים. הדירה תרוהט ריהוט מלא, תמוזג, תצויד בג'קוזי, בכלי חשמל מגוונים, בכלים סניטריים, במערכת שואב אבק מרכזית מבונה בדירה על מפלסיה". מחיר הדירה היה כ-260 אלף דולר, אולם לפי קביעת בית המשפט הגיעה ההשקעה בקנייתה, בשיפוצה ובשכלולה ל-445 אלף דולר לפחות במחירי 1989–1990.

בית המשפט קבע כי מאחר שדרעי רכש את דירתו פחות מחמש שנים לאחר שהחל למלא תפקידים ציבוריים, ובשים לב להכנסותיו ממשכורת, זהו "גידול הון מופלג ומפתיע". כמו כן הוכח שרובין, עובד עמותת "לב בנים", העביר לדרעי כ-120 אלף דולר ששימשו למימון הרכישה.

לטענתו של דרעי, חלק מהכספים הללו הוא הפקיד אצל רובין או הלווה לו, והיתרה מקורה במתנה שהעניקו בני הזוג ורדרבר לו ולרעייתו. לחיזוק עמדתו ניתן לציין כי עם מינויו לשר הפנים היה עליו למסור הצהרת הון למבקר המדינה. בהצהרה, שניתנה לפני שהחלה חקירת המשטרה ובשלב שבו עדיין לא העלה דרעי על דעתו כי קיימת בעיה כלשהי, הוא הצהיר כי יום-טוב רובין חייב לו 50 אלף דולר בערך.

לא היתה מחלוקת על כך שבני הזוג ורדרבר אכן תמכו בדרעי, אבל בית המשפט קבע שלא היו בידם אמצעים בהיקף המסביר את מלוא הכספים שהועברו. לכך הצטרף סבך נוסף: איסר ורדרבר נפטר ב-1990 ונקבר בירושלים. בשנה שלאחר מכן נפגעה אלמנתו בתאונת דרכים בניו יורק, ונפטרה ביוני 1991. גופתה הובאה ארצה ונקברה לצד בעלה. במועד זה כבר התנהלה החקירה, ועקרונית היה ניתן לברר עם אסתר ורדרבר קודם פטירתה מה היו הסכומים שהיא ובעלה העבירו

לדרעי. אלא שהגברת ורדרבר סירבה לחתום על תצהיר שהכינו אנשים שפעלו מטעמו של דרעי. לפי גרסת התביעה, התצהיר כלל דברים לא נכונים. ואולם, ייתכן שהיתה לגברת ורדרבר סיבה אחרת לחשוש מפני חתימה על התצהיר. למשל, חשש מפני שלטונות המס בנוגע למקור הכספים. מכל מקום, גרסתה לא נשמעה.

תאונת הדרכים שאירעה לאסתר עוררה שמועות מכוערות, שהתבררו כחסרות בסיס, ואשר גלשו לתקשורת, כאילו היתה לדרעי יד במותה, וכי הדבר נעשה כדי למנוע ממנה לגלות שהתמיכה הכספית שנתנה לו היתה בהיקף צנוע יותר ממה שטען. לכך הצטרף טיעון שלנהג המעורב בתאונה היה קשר אל אדם אחר שהיה קשור לדרעי. משטרת ישראל ביקשה ממשטרת ניו יורק לבחון אם הפגיעה היתה מכוונת, אך החוקרים האמריקנים הגיעו למסקנה שלטענה הזו אין שחר, וכי מדובר בתאונת דרכים רגילה. השמועה שהופרכה המשיכה בכל זאת להדהד בתקשורת, והצטרפה לגל הפרסומים האחרים נגד דרעי.

לכך ניתן להוסיף כי בפסק הדין, בקטע שבו דובר על כך שעדותה של אסתר לא נשמעה, צוין ש"אסתר נחסמה" – ביטוי שניתן לפרשו בצורה לא נוחה לדרעי. עוד נאמר בפסק הדין כי בעקבות מותה הטרגי בתאונת הדרכים "את האמת לקחה אסתר עמה לעולם האמת. באמת זו לא חפץ נאשם 1" (דרעי).

בשלב הערעור ביקשו סניגוריו של דרעי להציג כראיה הודעה בכתב של סגן מפקד משטרת ניו יורק, המאשרת כי לא מתנהלת חקירה נגד דרעי בקשר למותה של אסתר ורדרבר. הבקשה נדחתה בנימוק שלפיו: "התביעה הכללית אינה מייחסת לדרעי בגדר הערעור כל חלק בנסיבות מותה של אסתר ורדרבר, ובכלל לא נתברר לנו על מה ולמה דווקא הסניגורים מבקשים להעלות נושא בלתי רלוונטי זה על הפרק." למרות זאת, ברור מדוע רצו הסניגורים להציג את הראיה המלמדת שאין לדרעי כל קשר למותה של אסתר. התביעה אמנם לא האשימה אותו בעניין הזה, אבל העלילה ריחפה באוויר כחלק מהאווירה נגד דרעי.

עדותו של עד המדינה יעקב שמולביץ היוותה נדבך מרכזי בפרשת התביעה. שמולביץ היה חוקר פרטי חילוני, שב-1984 חזר עם אשתו בתשובה והחל ללמוד בישיבת "לב בנים". הוא זכה באמונם של מנהיגי הישיבה, התמנה למנהלה האדמיניסטרטיבי, ובמרוצת הזמן, כאשר הקימו אנשי "לב בנים" את עמותת "המרכז לשיקום אסירים" (מש"א), מינו אותו לעמוד בראשה. העמותה החדשה קיבלה, בעזרת דרעי, כספים מהמדינה, אבל לפי קביעת בית המשפט התכנון היה להעביר את הכספים האלה, לפחות בחלקם, לעמותת "לב בנים", באמצעות יצירת חובות פיקטיביים של מש"א ל"לב בנים".

כעבור זמן נוצר קרע בין שמולביץ לדרעי. השופטים קבעו כי סיבת הקרע

היתה חששו של שמולביץ מפני המעשים שהוא נדרש לבצע, ועמדתו לא נראתה לדרעי. משהבין שמולביץ שיהיה עליו לעזוב את תפקידו, הוא החליט להשתמש בכישוריו כחוקר פרטי והכין לעצמו הקלטות. לפי קביעת בית המשפט, הן נועדו להוכיח כי אף שהוא היה מנהלה הרשמי של מש"א, לא הוא האחראי האמיתי למה שנעשה בה. לאחר מכן הוא עזב את הישיבה ויצא בשאלה.

שמולביץ, שזכה במעמד של עד מדינה, סיפר על דרישותיו של דרעי מאנשי "לב בנים" להפקיד כספים בחשבוננו, וכי בשיחות פנימיות "הם היו אומרים במעין ניגון 'אריה צריך מכולת'", כשהכוונה היא להוצאות היום-יום של דרעי. הסניגורים ניסו כמובן לערער את עדותו. היה ידוע ששמולביץ הסתבך בעניין כלשהו בשווייץ, ובעדותו בחקירה הראשית הוא סיפר שהיו נגדו שם חשדות בקשר לעסקה "לא אמיתית". ואולם, הוא הוסיף כי "חשדות אלה הוסרו לפי מה שאמר לי התובע... נשאר נגדי החשד של סוג התרשלות בעסק", וכי היה גם עניין של "עבודה ללא רישיון".

בחקירה הנגדית נשאל שמולביץ על ידי עו"ד אבי-יצחק כיצד – לנוכח ההאשמות הקלות שהוא מואשם בהן לדבריו – הוא היה עצור יותר משבעה חודשים, בתנאי בידוד חמורים. הוא שאל אותו גם האם נכון ש"המעשה אשר עשית בשווייץ הוא מעשה נוכלות בינלאומי בהיקף של עשרות מיליוני דולרים, כאשר הצעת למכירה במחיר מוזל מכתבי אשראי שלא היו ולא נבראו. המטרה היתה שהאיש ישלם את הכסף ומכתבי האשראי לא יגיעו אליו." תשובתו היתה: "מה שאדוני אמר הוא שקר גמור."

שמולביץ זכה במלוא האמון של בית המשפט, שקבע כי: "על אף חקירה נגדית קשה ומפרכת, ולעתים בוטה ומעליבה, שמר שמולביץ על איפוק ונזהר בדבריו. עדותו בחקירה הנגדית חיזקה את מהימנותו. רק עד המעיד אמת יכול לעמוד בחקירה כזו כפי שעמד שמולביץ – צוק איתן."

הדיון במשפטו של דרעי השתרע על לא פחות מ-400 ישיבות. הפרוטוקול כלל כ-40 אלף דפים. בפסק הדין, המחזיק יותר מ-900 עמודים ונפתח במילים: "ארבע מאות ימים ישב בית משפט זה על מדין ושמע את הראיות בתיק זה. היום הגיעה שעת נעילה." דרעי הורשע באישום אחד של לקיחת שוחד, בקבלת דבר במרמה ובשלושה אישומים של הפרת אמונים, אך זוכה מכמה עבירות נוספות. הוא נידון לארבע שנות מאסר ולקנס בסך 250 אלף שקל. שלושת הנאשמים האחרים הורשעו במתן שוחד ובכמה עבירות נוספות, ונידונו לעונשים קלים יותר. פסק דינו של בית המשפט המחוזי ניתן באווירה דרמטית במיוחד, כאשר חלקים נרחבים ממנו הוקראו ושודרו ברדיו. תומכי דרעי הגיבו בזעם על הפגיעה במנהיגם הנערץ. שעת נעילה זו לא היתה.

הערעור לעליון התברר בפני שלמה לוין, אליהו מצא ויעקב קדמי, ופסק הדין ניתן בשנת 2000. היה זה עוד לפני שנודעו הפרטים על ההאשמות שהיו נגד שמולביץ בשווייץ. עם זאת הטיל כבר אז העליון ספק אם לא הרחיק המחוזי לכת באמון שלו בשמולביץ כ"צוק איתן": "נראה שבית המשפט ייחס משקל מועט מדי לעובדה, שלפני שנחתם עמו הסכם שלפיו ישמש כעד מדינה, סיפר שמולביץ לאנשי המשטרה ולסוכניה, ביחס לדרעי וביחס לאחרים, גם דברים שהיו בבחינת עלילת שווא (כאילו היו הללו מעורבים בהברחה של כספים לחוץ לארץ). יצוין, שבמהלך חקירתו במשפט הכחיש שמולביץ את עצם אמירת הדברים, ולפחות בכך נכשל במסירת עדות שאינה אמת. תשובת עו"ד רזניק בשם המדינה, כי השאלות בנושא זה הביכו את שמולביץ ולכן התכחש לעובדות – איננה משכנעת."

למרות זאת קיבלו השופטים בעליון את עמדת הערכאה הקודמת, לאור הכלל שבית משפט לערעורים אינו מתערב כרגיל בממצא בדבר מהימנות שקבעה הערכאה ששמעה את העד והתרשמה ממנו. התוצאה היתה שפסק הדין אושר, בכפוף לשינויים אחדים, חלקם משמעותיים. ההרשעה בעבירת השוחד צומצמה, בין השאר בהתחשב בהצהרת ההון שדרעי מסר למבקר המדינה. במקום 155 אלף דולר, שהיה סכום השוחד בפסק הדין של המחוזי, קבע העליון שהסכום הוא 60 אלף דולר בצירוף סכומים נוספים שהופקדו בחשבון הבנק של דרעי, בהיקף שלא הוגדר, וכן מימון של נסיעות לחו"ל. דרעי גם זוכה מעבירה אחת של הפרת אמונים, וזכה בהקלה בממצאים ביחס לעבירה נוספת מסוג זה. ערעוריהם של יתר הנאשמים התקבלו אף הם בחלקם.³⁴⁰

בעקבות זאת הופחת עונשו והועמד על שלוש שנות מאסר. עתירה לדיון נוסף נדחתה על ידי הנשיא ברק באוגוסט 2000.³⁴¹ בכך הגיע ההליך הפלילי לקצו, ותם גם הצו לעיכוב ביצוע פסק הדין. שר הפנים המפוטר נדרש להתייצב ב-3 בספטמבר 2000 לריצוי עונש המאסר שהוטל עליו. כאשר הוא נכנס לבית הסוהר, נאספו שם אלפים מתומכיו, זעקו שהוא חף מפשע והקימו במקום ישיבה בשם "שאגת אריה", שפעלה חודשים רבים.

מאז ממשיך אריה דרעי לטעון לחפותו. הוא טוען שמדובר ברדיפה וכי נעשה לו עוול. זמן קצר לאחר הכרעת הדין במחוזי הופצה קלטת שבה הוא נתן ביטוי לרגשי הקיפוח שלו ושל תומכיו. בקלטת, שנקראה "אני מאשים", הצביע דרעי על דירתו – אותה דירה שכונתה על ידי בית המשפט "דירת פאר" – ובה מגדלים הוא ורעייתו את שמונת ילדיהם, בתנאים סבירים אך בוודאי לא בתנאי עושר מופלג.

במאי 1999, כחודשיים לאחר פסק הדין במחוזי, התקיימו בחירות לראשות הממשלה ובחירות לכנסת. ש"ס זכתה בהישגה הגדול ביותר והגיעה ל-17 מנדטים. היתה זו בלי ספק תגובה של רבים מבני עדות המזרח, שלא היו מוכנים להשלים עם

פסק הדין. לאחר הבחירות כלל ראש הממשלה ברק את ש"ס בקואליציה, למרות הקריאות "רק לא ש"ס" של תומכיו – קריאות שהמחישו קרע גובר בין חילונים לחרדים.

סמוך למתן פסק הדין בעליון התגלו לדרעי וסניגוריו נתונים על אודות ההליכים המתנהלים בשווייץ נגד עד התביעה המרכזי. הסתבר כי לאחר מתן עדותו בארץ נידון שם שמולביץ למאסר של 18 חודשים, מתוכם נוכתה תקופת מעצרו (265 יום) והיתרה היתה על תנאי. הוא גורש משווייץ לשמונה שנים, לאחר שנפסק כי היה מעורב (לא כמבצע העיקרי) בניסיון להונות 13 משקיעים בסכומים גדולים מאוד ובהונאה בפועל של משקיע אחד.

דרעי פנה כבר באותה שנה לנשיא בית המשפט העליון בבקשה למשפט חוזר, ואל היועץ המשפטי בדרישה להעמיד את שמולביץ לדין על עדות שקר. היועץ דחה את הפנייה, ודרעי עתר נגדו לבג"ץ. הדיון התקיים לפני השופטים דורנר, פרוקצ'יה ואדמונד לוי, ובפסק דינו של לוי נכתב: "בחודש יולי 1994 נעצר שמולביץ בשווייץ בחשד למעורבות בביצוען של עבירות מרמה בהיקף גדול... חודשים רבים הכחיש שמולביץ את העובדות שיוחסו לו, אך בחקירתו ביום 19.1.1995... חלה תפנית... שמולביץ (הצהיר) כי לאחר מחשבה נוספת החליט לתרום את חלקו לחקר האמת. מיד לאחר זאת הבהיר לו התובע כי הוא מייחס לו עבירות מרמה (Repeated Commercial Fraud), ובעקבות כך החל מונה אחת לאחת את העובדות המפלילות שיוחסו לו, ושמולביץ אישר את נכונותן למעט הסתייגויות בודדות... בהמשך החקירה טען שמולביץ כי לא פעל מתוך כוונת מרמה, וחוששני שקשה ליישב הצהרה זו עם העובדות שהודה בהן."

לוי פירט את התשובות שנתן שמולביץ לשאלות עליהן נשאל במשפט דרעי, ולפיהן "החשדות האלה הוסרו" ו"נשאר נגדי החשד של סוג של התרשלות בעסק", וקבע: "תשובותיו אלו של שמולביץ היו, במקרה הטוב, לא נכונות ומטעות." ובהמשך הדברים הוא מציין: "אין ספק כי בנושא החקירה בשווייץ לא הקפיד שמולביץ למלא את חובתו להעיד אמת."

למרות כל זאת נדחתה העתירה לבג"ץ של דרעי נגד היועץ המשפטי לממשלה, שביקשה להעמיד את שמולביץ לדין, בנימוק שהשקר המיוחס לו אינו נוגע לעצם האשמה של דרעי אלא רק למהימנותו של העד, וכדי לא להתערב בהחלטת היועץ המשפטי.³⁴²

חמוש בדבריו של השופט לוי בעניין אופי תשובותיו של שמולביץ המשיך דרעי בעתירתו למשפט חוזר. ברק אישר את העמדה שלפיה "שמולביץ... לא דיבר אמת בעניין ההליך שהתנהל נגדו בשווייץ... תרם להטעיית בית המשפט המחוזי ו'לא הקפיד... למלא את חובתו להעיד אמת'". טענת בא-כוח היועץ

המשפטי לממשלה, כי עד המדינה "לא שיקר בבית המשפט בעדותו... אלא העיד אודות מצב ההאשמות כפי שהוא הבין אותו" – נדחתה. למרות זאת דחה ברק את הבקשה למשפט חוזר, בנימוק שגם ללא עדותו של שמולביץ די היה בראיות האחרות כדי להרשיע את דרעי ואת שאר הנאשמים.³⁴³ בין השאר צוין לגבי הסכום המרכזי של 60 אלף דולר, שלגביו קבע העליון כי ניתן כשוחד, שהבסיס לחיוב היה דחיית גרסתם של דרעי ורובין בקשר למקור הכספים, ומשנדחתה גרסה זו נותרה המסקנה הבלתי-נמנעת שהיו אלה כספי שוחד. כלומר, הבסיס להרשעה לא היה עדותו של שמולביץ. זוהי מסקנה בעייתית, שאינה משכנעת. שמולביץ היה בלי ספק עד תביעה מרכזי, ובין השאר הוא העיד על "אוירת השוחד" ששררה בישיבת "לב בנים". עדותו, שהתקבלה במחוזי ללא עוררין, יכולה לא רק לתרום ליצירת אווירה קשה נגד דרעי, אלא גם לגרוע מהמהימנות של עדותו. שאלה נוספת היא מה היתה השלכת עדותו של שמולביץ על חומרת העונש, ולא מן הנמנע שללא עדותו היה העונש קל יותר.

יתר על כן, קיים סיכוי לא מבוטל שעדותו פגעה בנאשם, ומבחינה זו אפשר לומר שהתביעה יצאה נשכרת מעדות השקר של שמולביץ. עד מדינה זוכה בטובת הנאה, המשתקפת בחסינות מהעמדה לדין בשל חלקו בפרשה שעליה הוא מעיד. טובת ההנאה נמתחה כאן מעבר למה שהובטח לו כעד מדינה, שהרי ברור שההבטחה אינה כוללת חסינות בשל עדות שקר במשפט עצמו. התוצאה היא שעד המדינה לא נפגע מאי-אמירת האמת, והנאשם נותר הנפגע היחיד מהשקר. ושוב, הפרשה מלמדת על מגבלות כוחו של בית המשפט להבחין בין אמת לשקר. שמולביץ תואר במחוזי כ"צוק איתן" וזכה באמון מוחלט, אבל כבר בערעור עמד העליון על כך שהוא סיפר "ביחס לדרעי וביחס לאחרים, גם דברים שהיו בבחינת עלילת שווא".

שאלה אחרת נוגעת להתנהגות התביעה. לנוכח הנתונים שהתבררו בדבר ההליכים נגד שמולביץ בשווייץ, נראה כי טיעונו של בא-כוח היועץ המשפטי בעתירה למשפט חוזר, כי לא היה בעדות של שמולביץ משום אי-אמירת אמת, הוא בלתי-ראוי. נשאלת גם השאלה מה ידעה התביעה על ההליכים בשווייץ? ברור שאם היה ידוע לה כי עדותו של שמולביץ על אודות ההליכים האלה אינה תואמת את המציאות, היה מחובתה להביא לידיעת הסניגוריה ולידיעת בית המשפט את המצב לאשורו. אך גם אם נניח שהיא לא ידעה זאת, עולה השאלה – האם לא היה עליה לברר את העובדות? אם לדרעי היה קושי גדול בבירור הפרטים הנוגעים להליכים במדינה אחרת, קרוב לוודאי שלפרקליטות לא היה קושי דומה. עובדה היא שהתקיים שיתוף פעולה מלא בין רשויות התביעה בשתי המדינות, והוא זה שאפשר את הבאתו של שמולביץ ארצה. היה זה מתפקידה של התביעה לדאוג לכך שהעובדות, גם כאשר הן לטובת נאשם שעמו מתנהלת מלחמת חורמה, יובהרו.

עו"ד יגאל ארנון, שייצג את דרעי משלב הערעור במשפט הפלילי, לא נרתע מלבטא בפומבי⁴³ ובלשון חריפה את הדעה שלפיה נעשה לדרעי עוול.^{*} ולא רק הוא. אמנון דנקנר פרסם ב"מעריב", בספטמבר 2000, לאחר פסק הדין בערעורו של דרעי, מאמר מקיף הנושא את הכותרת "החורים השחורים בהרשעתו". עיקרו של המאמר הוא שפסק הדין של העליון קעקע את יסודות ההרשעה במחוזי, ומסקנותיו חייבו לא רק הפחתת האישום ביחס לסכום השוחד אלא זיכוי מוחלט. הביקורת התייחסה גם לכך שהעליון קבע כי שמולביץ העליל במשטרה עלילת שווא על דרעי ונכשל באי-אמירת אמת, אך המחוזי לא ייחס לכך משקל מתאים. לאחר הקביעה הזו לא היה מקום לכך שהעליון יימנע מלהתערב בקביעת המהימנות שהמחוזי ייחס לשמולביץ. ועוד נטען, כי הבסיס לקביעת השוחד היה נעוץ בגידול הרכוש של דרעי, וכי מערכת הנסיבות שפורטה אין בה כדי לשלול את האפשרות שהכספים הועברו אליו ממשפחת ורדרבר. בית המשפט הטיל ספק אם אמצעים כאלה היו כלל ברשותם של בני הזוג ורדרבר, והנה מסתבר כי בצוואתם הם השאירו ליורשיהם (ביניהם אריה ויפה דרעי) כ-300 אלף דולר.

דרעי שוחרר מהכלא ביולי 2002 לאחר ניכוי שלישי, ורק אז החל להתברר בבית משפט השלום בירושלים, לפני השופטים שולמית דותן, חיים לחוביץקי ואהרן פרקש, כתב האישום בנושא "הציבורי". יוחסו בו לדרעי אשמות של הפרת אמונים, שטענו כי בתקופה שכיהן כמנכ"ל משרד הפנים וכשר הפנים החליט בשבע הזדמנויות להעביר כספים למוסדות הקרובים למפלגתו. בכל המקרים הללו לא יוחסה לו קבלת טובת הנאה אישית, אלא רק תמיכה במוסדות אלה שלא על בסיס שוויוני וללא כללים נאותים.

אין ספק כי אסור להשלים עם העברת כספי ציבור בדרך זו, חרף הטענה שנהגו כך במפלגות נוספות. למרות זאת, מתעוררת השאלה, האם בהעמדתו של דרעי לדין פעם נוספת איננו עדים שוב לדרך שאימצה התביעה: לרדוף נאשם שהועמד לדין בשורה של עבירות, ולשוב ולתבוע אותו לאחר סיום משפטו בשל מעשים שבוצעו לפני שהועמד לדין בפעם הקודמת. ההליך הזה מנוגד לכללי ההגנות הבסיסיים, פוגע בכבוד האדם ויוצר תחושה של רדיפה ללא ריסון.^{*} בפועל, בית

* בתקופת כהונתי כשר משפטים נפגשתי עם עו"ד ארנון לפי בקשתו. הוא חזר באוזני על כך שהוא מאמין בחפותו של דרעי, כי נעשה לו עוול וכדעתו לכתוב ספר על הפרשה. אולם ארנון חלה, וככל הידוע לי הספר לא נכתב.

* כתבתי על כך את המאמר "טכניקה פסולה מעיקרה – כתב האישום השני נגד דרעי היה צריך להימחק על הסף", שהתפרסם ב"ידיעות אחרונות" ביום 2.10.2003.

המשפט זיכה את דרעי מארבע אשמות שיוחסו לו, אך הרשיע אותו בתיק הציבורי בעבירה אחת של הפרת אמונים, וגזר עליו שלושה חודשי מאסר על תנאי וקנס של 10,000 שקלים.³⁴⁵

בנובמבר 2008 התקיימו בחירות לעיריית ירושלים, ודרעי ביקש להתמודד על ראשות העירייה. היה זה שש שנים ושלושה חודשים לאחר שסיים את ריצוי עונש המאסר שהוטל עליו בתיק הראשון. כאשר בוצעו העבירות וגם במועד שבו הוא נידון למאסר, קבע החוק כי אדם שנידון למאסר בפועל העולה על שלושה חודשים לא ייכלל ברשימת מועמדים לפני שחלפו שש שנים מיום שסיים את ריצוי המאסר. בשנת 2000 תוקן "חוק הרשויות המקומיות (בחירות)", והתקופה הוארכה לשבע שנים. כך יצא שדרעי יכול להתמודד בבחירות לפי החוק שהיה בתוקף בעבר, אך לא יכול לעשות זאת לפי החוק המתוקן.

בהחלטה שניתנה על ידי השופט משה סובל בבית המשפט המינהלי בירושלים בעניין "דרעי נגד מנהל הבחירות לעיריית ירושלים"³⁴⁶ נקבע כי הארכת התקופה איננה בגדר עונש, לכן לא חל עליה הכלל השולל ענישה רטרואקטיבית, ודרעי אינו זכאי להתמודד בבחירות אלה. אף על פי כן, מי שקיווה או חשש שיבוא בכך הקץ לקריירה הפוליטית של דרעי – התבדה. בבחירות לכנסת ה-19, בינואר 2013, הוא הוצב במקום השני ברשימת ש"ס ונבחר לכנסת.

בין פרקליטים לעורכי דין

דרור חוטר-ישי נבחר לראשות לשכת עורכי הדין ב-1991, במחצית השנייה של עידן שמגר. בשלב זה עדיין לא ניכרה התנגשות ממשית בינו לבין העליון. שנה לאחר מכן התבטא חוטר-ישי נגד התופעה שבה, לטענתו, ממנים שופטים את מקורביהם לכונסי נכסים – תפקיד שהכנסה נאה בצדו. שמגר הגיב במכתב חריף, שבו קבע כי קיימת שקיפות במינוי כונסי נכסים, כל תלונה נבדקת לגופה, והעלאת אשמות בלתי-מוכחות היא "התבטאות חסרת אחריות". לדברי חוטר-ישי היו בידיו תלונות שלא נידונו, אך פרט לאירוע הזה לא ניכרה סערה ביחסים בין הלשכה למערכת המשפט.

התמונה השתנתה לאחר שברק התמנה לנשיא בית המשפט העליון. חוטר-ישי נהפך למתנגד חריף שלו ושל מדיניותו השיפוטית, והחל למתוח ביקורת גם על הליך בחירת השופטים. ב-1995, השנה שבה מונה ברק, התמודד חוטר-ישי בשנית על ראשות לשכת עורכי הדין. ארבעה מועמדים התייצבו נגדו, אך הוא שב וזכה. היה זה יותר מרמז לכך שעורכי דין רבים תומכים בעמדותיו, ואינם שבעי רצון מהנעשה במערכת המשפט.

העניינים הגיעו לפיצוץ לאחר שבנובמבר 1996 התפרסם בעיתון החרדי "יתד נאמן" ריאיון עם חוטר-ישי. הוא חזר שם על עמדות שביטא בעבר, אולם תחושתו היתה שהתקשורת החילונית תומכת ללא סייג בברק, ועמדותיו אינן משתקפות בה אלא רק במודעות בתשלום (ביטוי להרגשה הזו ניתן למצוא בדבריו של עו"ד יראון פסטינגר בדיון בלשכת עורכי הדין ביום 17.12.1996: "חוטר-ישי נשא נאום בטקס חלוקת פרס הלשכה, והתוכן הוא בדיוק כמו בריאיון ב'יתד נאמן' – לפני כל השופטים וכל העיתונות הכתובה. גם השופט אלון תקף (שם) את ברק על המהפכה החוקתית. אף עיתון לא כתב על זה. ציטטו למחרת רק את דבריו של שלמה לוין. כך עובדת השיטה").

חוטר-ישי בחר, אם כן, לתת ביטוי לעמדותיו באמצעות הביטאון החרדי, שם יכול היה לתקוף בחריפות את הנעשה במערכת המשפט, וטען כי העובדה שבית המשפט חורג מתחומו גורמת לפיגורים ולסחבת ולכך שהוא מתקשה להתמודד

עם הנושאים שכן מצויים בגדר תפקידו. ובלשונו: "המערכת המשפטית קרסה... המצב מחייב טיפול שורש. אנחנו חוזרים ומתריעים זה שנים על כך שמערכת בתי המשפט אינה עושה את תפקידה כראוי, על זה שבתי המשפט במקום לעסוק בשפיטה ובמשפט עוסקים בכל מיני נושאים שברומו של עולם... בית המשפט העליון אסור לו שיהיה מחוקק-על, אסור לו שיהיה מנכ"ל-על... זה לא נכון שהכול שפיט... אני חושב שכל מי שמנסה לגרור את בית המשפט לתחומים לא-לו מזיק למערכת המשפטית, ובית המשפט העליון... לא צריך להיגרר לאותם תחומים." החריגה של מערכת המשפט מתחומה גרמה לדברי חוטר-ישי לסחבת, והוא הוסיף כי "מדובר בנושאים שהיו חשובים לציבור הרחב, עד כדי כך שאנשים אפילו התאבדו כתוצאה מזה שלא ניתנו פסקי דין בזמן".

עו"ד חוטר-ישי ביקר גם את השימוש במושג הסבירות כבסיס לביקורת שיפוטית: "אם אתה מתחיל לבדוק את הסבירות ואת המידתיות, אתה בעצם אומר 'אני המנהל', כי אתה שם את שיקול דעתך במקום שיקול דעתו. אני לא רק בודק אם הוא פועל בהתאם לחוק... אלא אני כבר בודק האם אני הייתי מחליט כך או אחרת." ובהקשר אחר מתח ביקורת על שופטים העוסקים בכתיבת ספרים ומלמדים במכללות בשכר גבוה: "יתכבדו השופטים ולא יעסקו בשום דבר נוסף אלא אך ורק בשפיטה, במקום לכתוב ספרים מלומדים שאחר כך עורכי דין קונים אותם בטבין ותקילין... זה תמיד בא על חשבון משהו... שופט שמרוויח היום את אחת המשכורות הגבוהות ביותר במגזר הממשלתי... יכול לעשות עוד קופה שמנה ולגרופ הון במכללות האלה ובכתיבת ספרים" (הנושא של הכנסות "צדדיות" זכה בכותרת מרעישה ב"הארץ", שם פורסם בנובמבר 1996 מאמר מאת שחר אילן תחת הכותרת "חוטר-ישי: בחישוב תיאורטי, השופט ברק הרוויח מספריו 10 מיליון שקל").

חוטר-ישי הוסיף טענות בדבר הקושי שהיה ללשכת עורכי הדין בראשותו במאבק שניהלה נגד המכללה למינהל, כאשר נפתח בה בית ספר למשפטים. הלשכה עתרה לבג"ץ, והדיון התקיים בשעה שבמכללה למינהל מלמדים שופטים המקבלים על כך תשלום (כמובן, לא אלה שדנו בעתירה).^{*} הוא גם מתח ביקורת על היועץ המשפטי בן-יאיר ועל הדרך שבה הודח יעקב נאמן. מיד לאחר פרסום הריאיון ב"יתד נאמן" פרץ גל התקפות חסר תקדים על חוטר-ישי, לרבות קריאות לחקירה פלילית בחשד לזילות בית המשפט. עם המבקרים נמנה גם משה לנדוי, שאמר כי "אי-אפשר לעבור בשתיקה על התפרצות הגסה של ראש לשכת עורכי הדין כלפי בית המשפט העליון".³⁴⁷ ואולם, באורח פרדוקסלי היה זה לנדוי

* אני כיהנתי כדיקן הראשון של בית הספר למשפטים של המכללה למינהל, בימים שבהם ניהלה הלשכה את המאבק הזה.

ששנים ספורות לאחר מכן תקף בחריפות רבה את ברק ואת העליון שבהנהגתו. בחלק מהנושאים לא היתה ביקורתו שונה בהרבה מזו של חוטר-ישי, אף כי הסגנון היה פחות בוטה ולא היתה בו התייחסות להכנסות של שופטים מכתובת ספרים ומהוראה במכללות.

ימים אחדים לאחר מכן התפרסמו בעיתונות ידיעות על אודות דיונים בפרקליטות בדבר טיוטת כתב אישום המתגבש נגד חוטר-ישי, ומייחס לו עבירת מס של השמטת הכנסות בזדון. באשמה לא היה ממש, אך כתב האישום אכן הוגש כעבור זמן קצר. שלושה שבועות לאחר מתן הריאיון התקיים דיון נרגש בין יושבי הראש של מחוזות לשכת עורכי הדין לבין אהרן ברק וארבעה שופטים עליונים שהצטרפו אליו. השופטים חשו פגועים. נראה שהם ציפו לכך שוועדי המחוזות או הלשכה ידחו את עמדותיו של חוטר-ישי. עם זאת הדגיש ברק, כי אם דבריו נאמרו כדעה אישית ולא בשם הלשכה "אין לו ויכוח, וזכותו להביע את דעתו". באוויר ריחף חשש של חרם מצד השופטים על הלשכה. מה שנאמר הוא שלא יהיה שום חרם מלמעלה, "אבל כל שופט יפעל כפי שהוא יחליט".

עוד באותו יום, 17.12.1996, התקיים דיון בנושא בוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין. חוטר-ישי זכה בתמיכה ניכרת. עו"ד בנימין שטרס, למשל, ציין ש"בדיונים שקיימנו בנושא הפיגורים... מרבית החברים היו בדעתו של דרור, ואני לא רואה סיבה שלא נביע תמיכה בדבריו". בסופו של דבר התקבלה הצעתו של יוסף שפירא, ראש ועד מחוז ירושלים (שנהפך לימים לשופט, ומכהן למן יולי 2012 כמבקר המדינה), ועיקרה שהוועד המרכזי רושם את דבריו של חוטר-ישי, ולפיהם דבריו ל"יתד נאמן" נאמרו כביקורת עניינית. הם משקפים את דעותיו ולא נאמרו בשליחות הוועד המרכזי, ו"ביקורתו לא נועדה לפגוע בכבודו של שופט זה או אחר". עוד נאמר, כי הלשכה רואה חשיבות רבה להמשך שיתוף הפעולה עם מערכת המשפט "מבלי לגרוע מחובתה וזכותה להשמיע ביקורת". ההצעה זכתה ברוב של 14 קולות נגד אחד. הצעתו של עו"ד שלמה כהן, שכללה גינוי לדברי ראש הלשכה ואף קראה לו להתפטר – נדחתה. יום לאחר הישיבה הוגש נגד חוטר-ישי כתב האישום.

יומיים לאחר אותה ישיבה התפרסם ב"הארץ" מאמר מערכת שנשא את הכותרת "לשכה שעבר זמנה". המאמר לא הסתפק בהחלטת הלשכה שהפרסום ב"יתד נאמן" לא נעשה בשליחות הוועד המרכזי. הוא תקף אותה בחריפות כ"תגובה לא ראויה להתפרצות שלוחת הרסן של ראש הלשכה", והביע גם תמיכה בהצעת החוק של חבר הכנסת אברהם פורז, להפוך את לשכת עורכי הדין לגוף וולונטרי.

כתב האישום נגד דרור חוטר-ישי נראה בעייתי ביותר. אביו, אהרן, שהיה דמות ציבורית ידועה לאחר שהקים את השירות המשפטי של צה"ל וכיהן כפרקליט הצבאי הראשי הראשון, רכש יחד עם שותף שטח חקלאי, והם נטעו עליו מטע שקדים. הרכישה נעשתה ב-1959, כשרור היה נער כבן 13. ב-1989 פלשה לשטח חברה שהניחה במקום אלפי טונות של גרוטאות. דרור חוטר-ישי טיפל כעורך דין מטעם אביו ושותפו בסילוק הפולשת, שפונתה לאחר מאבק משפטי ממושך ושילמה פיצויים לבעלים. רשויות המס לא הוציאו לבעלים שומה ולא ייחסו את קבלת הפיצויים לדרור. עמדת הבעלים היתה כי הכספים שקיבלו אינם מהווים הכנסה, אלא פיצוי על הנזק שגרמה הפלישה או על אי-קיום התחייבות לפנות את השטח. הפרקליטות, לעומת זאת, גרסה שהתשלום, לפחות בחלקו, היווה דמי שכירות או דמי שימוש בשטח, ובתור שכזה חייב במס.

היתה זו מחלוקת אזרחית, ולא קל להצדיק את ההליכים הפליליים שננקטו. קשה עוד יותר להצדיק את העובדה שהם כוונו דווקא נגד דרור חוטר-ישי, שלא היה בעל הנכס (נגד אביו ושותפו לא ננקטו הליכים פליליים). קשה גם להצדיק את גודש האשמות שיוחסו לו, ביניהן אי-דיווח על הכנסה והימנעות מתשלום מס, בשעה שההכנסות, כאמור, לא היו שלו. האשמות נוספות כללו סיוע להשמטת הכנסות ולעריכת תרשומת כוזבת, ואפילו סיוע או גרימה לשותף של האב להצהיר על התשלום שהתקבל כפטור ממס. העובדה שאותו שותף היה בעצמו יועץ מס, והתמצא היטב בשאלות מס, לא מנעה בעד התביעה לערב את דרור חוטר-ישי בענייניו.

הדיון בעניין "מדינת ישראל נגד חוטר-ישי" התנהל לפני שופטת השלום זיוה הרמן-הדסי. בסופו הוא זוכה מרוב האשמות, אך הורשע בשתיים הנוגעות לדו"חות מס ההכנסה של אביו.³⁴⁸ בצד הטענה שלו נגד עצם הגשת כתב האישום הבלתי-מבוסס נגדו, הוא קבל גם על דרך ניהולו של המשפט ועל התמשכות ההליך. לחוטר-ישי היה אינטרס מובהק בהליך מהיר, כי המשפט פגע ביכולתו לתפקד כראש לשכת עורכי הדין ואף גרם לו להתפטר מחברותו בוועדה לבחירת שופטים. לדבריו, הוא עשה כל מאמץ לזירוז ההליך, ואף הסכים להגשת כל הודעות העדים במשטרה ולוותר על חקירתם על ידו. אך ללא הועיל. התנהלות התביעה גרמה להארכת הדיונים, ובית המשפט לא מנע זאת, כאשר פיזר את הישיבות על פני תקופה ארוכה, בקצב של שתיים בלבד בכל חודש.

אין בידי לבחון את הטענות לגופן, אך אפשר לומר כי מה שקרה לאחר הקראת הכרעת הדין מחזק את טיעוניו של חוטר-ישי. הוא הודיע כי אין בדעתו לטעון לעונש וכי הוא מבקש שעונשו ייגזר מיד, על מנת שיוכל לערער מיד. השופטת לא נעתרה לבקשתו, בחרה להיענות לדרישת התביעה, ודחתה את הדיון בעונש

בשלושה שבועות. קשה להבין מה היתה ההצדקה לכך. דחייה כזו נעשית כרגיל לבקשת נאשם, המעוניין להביא עדי אופי או שיש לו סיבות אחרות לדחייה. כאן ביקש הנאשם גזר דין מִיָּדִי, כדי שיוכל לערער. למרות זאת העדיפה השופטת את עמדת התביעה. משחלפו שלושת שבועות הדחייה נידון עו"ד חוטר-ישי לשישה חודשי מאסר על תנאי ולקנס בסך 50,000 שקלים.

פרט צדדי כביכול הוא המעשה בפתק שהתגלה באולם בית המשפט ביום שבו נתנה השופטת הרמן-הרסי את הכרעת הדין המרשיעה. בפתק, שנכתב על ידי השופטת עדנה בקנשטיין, לימים נשיאת בית משפט השלום בתל אביב, נאמר: "זיוה'לה באתי לאמר לך יישר כוח! עדנה". בצד ההיבט הפיקנטי שיש בפתק, הוא מלמד לא מעט על האווירה שבה התנהל המשפט ועל רצון להיפטר מחוטר-ישי.

לתמיהות שמעוררת הפרשה מצטרף השימוש בשיטה הפסולה של גודש אישומים – שוב באותה תקווה שאם תמטיר התביעה מבול, תדבק בנאשם לפחות טיפה. תפקידו של בית המשפט הוא לא רק להעיר על כך, דבר שלרוב (ונראה שגם הפעם) השופטים אינם עושים, אלא אף לנקוט אמצעים שירתיעו תובעים משימוש בשיטה הפסולה הזו, המאריכה את הדיונים, מייקרת את המשפט, ומכבידה מאוד על ההגנה. דרך אחת לכך היא לדרוש מהתביעה בפתח המשפט להצטמצם לעבירות העיקריות ולוותר על היתר. אם היא אינה נעתרת לפנייה, מן הראוי שבית המשפט ימחק חלק מהאשמות על בסיס ההגנה מן הצדק. אמצעי אחר הוא להימנע מהרשעה בעבירה יחידה, אם התברר שלרוב האשמות האחרות לא היתה הצדקה.

ולענייננו: לאחר שניתן גזר הדין יכול היה חוטר-ישי לערער. לשבחה של המערכת ניתן לומר כי הערעור התברר במהירות, וכעבור שלושה חודשים הוא זוכה מכל אשמה (לגבי אחת האשמות היה הזיכוי ברוב דעות).³⁴⁹

מעבר למקרה הפרטי, ראוי לבחון את הפרשה בהקשר שבו התרחשה – היה זה לאחר שיעקב נאמן מונה לשר המשפטים בממשלת נתניהו ושנה אחרי שחוטר-ישי נבחר לראשות לשכת עורכי הדין ולחבר בוועדה לבחירת שופטים. מבחינתו של בית המשפט העליון – ושל אהרן ברק, שנבחר לנשיאו לא מכבר – היה המצב החדש בוועדה לבחירת שופטים מאוד לא נוח: לנאמן היו דעות משלו ביחס למערכת המשפט בכלל ולבחירת שופטים בפרט, וחוטר-ישי היה יריב מר ובוטה של ברק ושל האקטיביזם השיפוטי.

והנה, התמונה שונתה תוך זמן קצר: כחודשיים לאחר מינויו הוגש נגד עו"ד נאמן כתב אישום. הוא התפטר מתפקידו ובמקומו מונה שר שהיה נוח למערכת, צחי הנגבי. בנובמבר פורסם הריאיון עם חוטר-ישי ב"יתד נאמן", מיד אחריו

פרצה סערת הביקורת וההתקפות כלפיו, וחודש לאחר מכן הוגש נגדו כתב האישום. חוטר-ישי התפטר מחברותו בוועדה לבחירת שופטים, ובמקומו מונה חיים קלוגמן, שהיה מנכ"ל לשכת עורכי הדין ובעבר מנכ"ל משרד המשפטים. וכך, לאחר שני כתבי האישום השתנתה לחלוטין התמונה בוועדה לבחירת שופטים. לא למותר לציין שנאמן וחוטר-ישי זוכו, אבל אל הוועדה לבחירת שופטים נאמן כבר לא חזר (עד למינויו מחדש לשר המשפטים, כעבור 13 שנים), וחוטר-ישי נאלץ לעבור עוד תלאות, טלטולים וגלגולים.

במרס 1997 הגישה "התנועה למען איכות השלטון" עתירה לבג"ץ נגד המשך כהונתו של חוטר-ישי כראש לשכת עורכי הדין, לנוכח כתב האישום שהוגש נגדו ולנוכח התבטאויותיו.³⁵⁰ העתירה נותרה תלויה במשך חודשים ארוכים, וכשהורשע חוטר-ישי בערכאה הראשונה, בפברואר 1998, הוגשה בקשה לקיים דיון דחוף בעתירה, וגם להורות ליועץ המשפטי לפתוח בחקירה נגד חוטר-ישי על התבטאויות נוספות שלו בעקבות הרשעתו. הבקשה נדחתה על ידי השופט דורנר מפני שהעלתה שאלות שלא עלו בבקשה המקורית ולא הוגשה בקשה לעתירה מתוקנת. באשר למתן הוראה ליועץ המשפטי לפתוח בחקירה, ציינה השופטת כי "העותרת פנתה ליועץ המשפטי לממשלה אך ביום 18.2.1998, אשר על כן פנייתה לבית משפט זה מוקדמת אם לא נמהרת. מה גם שבינתיים מתברר כי היועץ המשפטי לממשלה הורה על פתיחת חקירה בנושא".

במאי ביקשה "התנועה למען איכות השלטון" להגיש עתירה מתוקנת ובקשתה אושרה, אך לאחר יותר משנה, בספטמבר 1999, ביקשה למחוק אותה (כנראה משום שהסתיימה כהונתו של חוטר-ישי בראשות הלשכה והוא לא נבחר לקדנציה נוספת). בשורה התחתונה: למן מרס 1997 ועד סיום כהונתו היתה תלויה ועומדת עתירה בבג"ץ להדחתו של ראש לשכת עורכי הדין מהתפקיד אליו נבחר בצורה דמוקרטית.

אוליין גורדון התייחסה במאמר "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" לכתב האישום נגד חוטר-ישי ולדרישה להדחתו, באומרה שתהא אשר תהא ההצדקה להליכים אלה: "המסר הועבר באופן חד וברור – מי שמרים את קולו על בית המשפט העליון בישראל צריך שיהיה מוכן למלחמה שהיא יותר ממלחמה רעיונית בלבד."³⁵¹

היה ניתן לחשוב ששערוריית ההעמדות לדין המופרכות של נאמן וחוטר-ישי היו מזעזעות במידה שתערער מעט את מעמדה הבלתי-מעורער של מערכת המשפט. אבל לא זה מה שקרה. מעמדם של הפרקליטות ובתי המשפט (בעיקר העליון) היה כה איתן, עד שהיה ביכולתם להמשיך לנהוג כאילו לא אירע דבר המחייב בדק בית או חשבון נפש.

ובכל זאת נשמעו קולות ספורים. אחד מהם היה אמנון דנקנר, שפרסם ביוני 1998 מאמר ב"מעריב" שנשא את הכותרת "חוטרי-ישי צודק – זיכוי ראש לשכת עורכי הדין חושף פגמים חמורים בדרך עבודת הפרקליטות". דנקנר התייחס להתבטאויותיו של חוטרי-ישי, שהכבידו על כל ניסיון להגן עליו, אלא שהדבר אינו גורע מעוצמת הביקורת נגד הפרקליטות. הוא קישר את הפרשה הזו למה שאירע עם יעקב נאמן, שעם כניסתו לתפקיד שר המשפטים "מתח בפומבי ביקורת חריפה נגד הפרקליטות. הוא גם אותת כי הוא עומד לבקש מהיועץ המשפטי דאז, מיכאל בן-יאיר, לפרוש, והנה לא חלף זמן רב והפרקליטות הגישה נגדו כתב אישום חמור, אשר... התברר, כי לא היה בו דבר רציני... והנה חוזרת הפרשה: חוטרי-ישי הפך עצמו לאויב מושבע של הסטטוס-קוו במערכת המשפט, ועורר עליו חימה בוערת (ולעתים מוצדקת לחלוטין, בעיקר בשל הסגנון) של מערכת המשפט... והנה לא חולפים ימים מרובים, וכתב אישום מוגש נגד חוטרי-ישי, וגם העניין הזה נגמר בזיכוי".

דנקנר מסכם במילים אלה: "הצדק, למדנו, צריך גם להיראות, ומה שנראה על פניו בשתי הפרשות האלה אינו צדק, אלא חשד מציק של היטפלות למבקר המערכת ובקשת נפשם."

הסאגה של חוטרי-ישי נמשכה גם לאחר שזופה בערעור בפרשת המס. עו"ד קלוגמן, שמונה במקומו לוועדה לבחירת שופטים, התפטר, ונקבעה ישיבה של המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין לבחירת חבר אחר במקומו. המיועד היה חוטרי-ישי. והנה, ב-15 ביולי 1998, בדיוק ביום שבו היתה הישיבה אמורה להתקיים, הוגש נגד חוטרי-ישי כתב אישום חדש, הפעם באשמת זילות בית משפט. הבסיס לאישום היו דברים בוטים שאמר כנגד השופטת הרמן-הרסי וכנגד הכרעת הדין בשלב שבו ביקשה התביעה דחייה עד לדיון בעונש. בין היתר אמר חוטרי-ישי, והדברים פורסמו בכתבה של הדס מגן מ"גלובס": "אם בית המשפט מתכוון לדחות את הדיון בנושא זה, הרי שתהיה בכך רק הוכחה נוספת לסימביוטיקה הבלתי-כשרה שהיתה קיימת בתיק זה בין בית המשפט לבין הפרקליטות." כותרת הכתבה היתה "חוטרי-ישי: התחבולות בהן נקט בית המשפט – ריח רע נודף מהן".

חוטרי-ישי דיווח למועצה על כתב האישום החדש, והדיווח לא מנע את בחירתו לוועדה לבחירת שופטים. אבל ימים ספורים לאחר מכן פנתה "התנועה לאיכות השלטון" שוב לבג"ץ, וב-22 ביולי ניתן צו על תנאי המורה לחוטרי-ישי "ליתן טעם מדוע לא ישעה עצמו מהוועדה לבחירת שופטים". הפעם הוא החליט שלא להתפטר מהוועדה, שכן כתב האישום שהוגש נגדו היה ידוע לגוף ששב ובחר בו (מעבר לכך, כתב האישום היה מופרך עד כדי כך שמוצדק היה להתעלם ממנו).

בכלל, יש לבחון את שאלת כוחו של היועץ המשפטי לפסול אישים מלמלא את תפקידם באמצעות הגשת כתב אישום. אין קושי למצוא בתקשורת שורה ארוכה של ביטויים לא פחות בוטים כלפי בית המשפט, שלא גררו שום תגובה. אפילו בעיתונות, שהיתה בדרך כלל עוינת כלפי חוטר-ישי, ניתן למצוא ביטוי לתחושה שהתביעה הפריזה. למשל, בדברים שכתב ב"הארץ" נחמיה שטרסלר: "האם רק דמם של השופטים סמוק?... האם לשאר בני אדם אין כבוד?... האם פגיעה בראש הממשלה או במשפחתו היא לא קריטית יותר?... האם פגיעה... בחברי הכנסת אינה פגיעה חמורה בדמוקרטיה?" יתר על כן, הפעם התפרסם ב"ג'רוזלם פוסט" מכתב של המשפטן האמריקני הנודע אלן דרשוביץ נגד העמדתו לדין של חוטר-ישי. המכתב – "The Right to Criticize" – מדבר לא רק על הזכות למתוח ביקורת ועל כך שבתי המשפט אינם מעל לחוק, אלא מסביר גם מדוע לא רצוי ששופטים ידונו באלה המותחים עליהם ביקורת.

בנובמבר 1998, כארבעה חודשים לאחר הגשת כתב האישום החדש, במהלך דיון לפני השופט אהוד רקם, השתכנעה הפרקליטות להגיע להסדר שהיווה למעשה נסיגה מכתב האישום שמראש לא צריך היה כלל להיות מוגש. במסגרת ההסדר הודיע חוטר-ישי כי "לא אמר את הדברים הכלולים בכתב האישום בכוונה לפגוע במערכת המשפט או לבזות את השופטת". בעקבות זאת נמחק כתב האישום והוא זופה מהאשמה. בהסדר נאמר גם שלמחיקת כתב האישום "לא תהיה תגובת שרשרת" בתקשורת, ונדחתה גם העתירה לבג"ץ להשעות את חוטר-ישי מהוועדה לבחירת שופטים, כיוון שאיבדה את עילתה.³⁵²

אך גם בכך עדיין לא תם המאבק בחוטר-ישי. בדצמבר אותה שנה התקיימה ישיבה נוספת של הוועד המרכזי של לשכת עורכי הדין, והונחה לפניו בקשתה של השופטת זיוה הרמן-הדסי לאמן שני מתמחים. חוטר-ישי פסל עצמו מלהצביע בעניין, אבל לא ויתר על הערה בדבר התאמתה של הרמן-הדסי לאמן מתמחים. התביעה "קפצה על המציאה", ראתה בהתבטאות הזו "מעין הפרה" של דברי התנצלות שאמר בתיק הקודם (חוטר-ישי עצמו גרס שדבריו בבית המשפט לא היו בגדר התנצלות, ואכן המילה הזו לא נכללה בדבריו). לפיכך גרס עו"ד עוזי פוגלמן מהפרקליטות (כיום שופט בית המשפט העליון), כי "נמשכת הטחת דברי זילות כלפי כבוד השופטת... בנסיבות אלה נשקל חידוש ההליכים הפליליים נגד חוטר-ישי בגין זילות בית המשפט".³⁵³ הרעיון התמוה, כאילו ניתן לחדש את האישום שממנו זופה חוטר-ישי, בנימוק שהוא הפר כביכול הסכם שהיה כרוך בו, אינו מוסיף כבוד לפרקליטות העומדת אחרי ההמצאה המשפטית המוזרה הזו (לעצם העניין חוטר-ישי לא הפר שום "הסכם", שכן דבריו האחרונים לא התייחסו כלל למשפט הקודם).

כחודשיים לאחר מכן הוגש נגדו כתב אישום שלישי, מופרך מכל קודמיו (פרופ' רות גביזון כתבה על כך ב"ידיעות אחרונות": "העמדת חוטר-ישי לדין מסכנת את אמון הציבור בהליך השפיטה"). הדיון התקיים בחיפה לפני השופט עמירב רנר, אשר קיבל את טענתו של חוטר-ישי כי אין כל מקום להשיב לאישום חסר כל יסוד, והתביעה נשלחה אחר כבוד למשרדיה.

כחודש לאחר הגשת כתב האישום הראשון נגד עו"ד חוטר-ישי התפוצצה "פרשת בר-און-חברון". גם אליה שורבב שמו, כאשר בחוות הדעת שהגישה פרקליטת המדינה עדנה ארבל היא כותבת: "מהחומר עולה כי ח"כ דרעי, עו"ד חוטר-ישי ואיש העסקים דוד אפל, הקשורים בקשרי חברות ועסקים, רצו במינויו של עו"ד בר-און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. השלושה פעלו באופן נמרץ להשגת מטרתם." היא מסבירה כי העניין של חוטר-ישי במינוי הפסול נעוץ בכך ש"באותה עת... בפרקליטות המדינה עמדה להכרעה שאלת הגשת כתב האישום נגד עו"ד חוטר-ישי" (מדובר בכתב האישום חסר היסוד, באשמות מס, שממנו הוא זוכה).

לא ברור מה היה הבסיס לקביעותיה של ארבל. חוטר-ישי הכחיש כל קשר לעניין (מלבד העובדה שגרס כי לאחר מינוי יועצים משפטיים מהאקדמיה ומהשפיטה, ראוי שהיועץ הבא יבוא מבין עורכי הדין הפרטיים). בכתבה של איילה חסון, למשל, אותה כתבה שפוצצה את הפרשה וצינו בה לא מעט שמות, הוא לא נזכר כלל. גם לעורך דינו של דרעי, דן אבי-יצחק, לא היה ידוע דבר על קשר כלשהו של חוטר-ישי לנושא, אם כי בתיק המשטרה עלה שמו. חוטר-ישי עצמו מספר – וכך נכתב גם בתביעה שהגיש נגד ארבל ובערעור על מחיקת תביעתו (עליהם ידובר בהמשך) – שזומן פעמים אחדות לחקירה במשטרה, ובשלב מסוים סיפר לו אחד החוקרים כי אף שברור להם שהוא לא פעל בעניין תתייחס חוות הדעת הסופית גם אליו, "באופן אשר יפגע בשמו הטוב וישחיר את דמותו".

חוטר-ישי כתב לארבל והתריע נגד שרבו שמו – ללא הועיל. לפיכך היה אפשר לצפות שפרקליטת המדינה תציין לפחות את העובדה שהוא מכחיש כל מעורבות בנושא, ותפרט מהן הראיות שעליהן מתבססות הקביעות שלה. כל זה אינו מופיע במסמך, ומאחר שלא קיים גם הסבר משכנע מדוע נכרך שמו של חוטר-ישי כאחד מאלה ש"פעלו באופן נמרץ" למינויו של בר-און, מותרת חוות דעתה של ארבל תחושה מאוד לא נוחה. חוות הדעת פורסמה בעצם הימים שבהם התנהל נגד חוטר-ישי המשפט הפלילי בענייני מס הכנסה, ועירובו בפרשה הפוליטית-משפטית הסוערת עלול היה "לחמם" עוד יותר את האווירה הקשה כלפי מי שתואר כ"ראש לשכה המעלים מס" (ראוי לציין, כי בחוות דעתו של היועץ המשפטי רובינשטיין, שהוגשה יומיים לאחר מכן, שמו אינו מוזכר).

כשנה לאחר מכן הגיש חוטר-ישי נגד ארבל תביעה על הוצאת לשון הרע, שבה פירט את דבר התביעה הפלילית שהוגשה נגדו, ללא יסוד, בשל תקבולים מקרקע שלא היתה כלל בבעלותו, וכי נחקר בפרשת "בר-און-חברון" אף שהיה "ברור מלכתחילה כי אין בידו לסייע לחקירה". הוא קבל על כך שארבל "שילבה אמירות מופרכות" לגביו בדו"ח שהוציאה, בלי שניתנה לו אפשרות מעשית להגיב עליהן, וכי לשון הרע הוצאה כלפיו במתכוון. התביעה נמחקה על הסף, והמחיקה אושרה בעליון על ידי דליה דורנר, בנימוק שחוות דעת של פרקליטת המדינה מהווה הפעלת סמכות בעלת אופי מעין שיפוטי, הנהנית מחסינות, גם אם "לשון הרע נאמרה ברשלנות או במזיד".³⁵⁴

אך המסקנה שאליה הגיעה דורנר אינה הכרחית. הכלל המקנה חסינות כזו חל על הכרעות שיפוטיות. שאלה היא אם היה מקום להרחיבו על חוות הדעת של פרקליטת המדינה, כאשר לאנשים הנזכרים בה לא היתה הזדמנות ממשית להתגונן מפני טענות קשות המוטחות כלפיהם. יתר על כן, כל השיטה של פרסום "חוות דעת ציבוריות" היתה חידוש שלא נהג בעבר, והיה אפשר לצפות מבית המשפט לשקול מתן הגנה כלשהי למי שנפגע, לא בצדק, בלי שניתנה לו יכולת להתגונן ובלי שעומדת לו זכות ערעור. המינימום המתבקש היה להעיר לפרקליטות כי מן הראוי לבחון מחדש את טענתו של חוטר-ישי, שלפיה שמו שורבב שלא לצורך לפרשה שלא היה לו קשר אליה, ואם יסתבר שאכן לא היתה הצדקה לכרוך אותו בפרשה – לפרסם תיקון מתאים. אולם גם זאת לא נעשה.

נוסף על כל הדברים האלה מסתבר שחוטר-ישי זומן, לדבריו עשרות פעמים, לחקירות שונות ומגוונות במשטרה. מכל החקירות הללו, לפחות בכל הנוגע אליו, לא יצא דבר. אין צורך להרחיב על הנטל הכרוך בשעות וימים של חקירות ועל השיבוש שהן גורמות למהלך החיים. באחת החקירות, למשל, נדרש חוטר-ישי להתייצב במשטרה ב-24 בנובמבר 1999. הוא לא עשה זאת, וביקש להיחקר במשרדו. באותו יום התייצבו חוקרי המשטרה במשרדו, דרשו ממנו להצטרף אליהם לצורך החקירה, אך הוא סירב. החוקרים הודיעו לו שהוא עצור, אך חוטר-ישי דבק בסירובו להצטרף אליהם. החוקרים החליטו לבקש צו מעצר מבית משפט השלום, ואילו חוטר-ישי הגיש בקשה לשחרור ממעצר. השופט אליהו בכר החליט שהדיון יתקיים למחרת בפני סגן הנשיא זכריה כספי, ועד אז ישוחרר חוטר-ישי בכפוף לתנאים שקבע. המשטרה לא הסתפקה בכך, ובשעות אחר הצהריים פנתה לבית המשפט המחוזי. מזכיר המחוזי התייעץ עם השופט התורן, אדמונד לוי, אשר הודיע כי אין דחיפות בנושא וניתן להגיש את הערר למחרת היום.

בשלב זה גויסה למערכה פרקליטות המדינה, ועו"ד נאוה בן-אור פנתה לעליון. חוטר-ישי נקרא לתדהמתו לדיון לילי בפני השופט זמיר בערעור על

החלטה שכלל לא ניתנה בבית המשפט המחוזי. הדיון נמשך, חלפה שעת חצות, והנה גלשנו כבר לשעות הבוקר המוקדמות של יום המחרת, ופרופ' זמיר כותב החלטה מלומדת.³⁵⁵ עולות לדבריו "שאלות קשות מבחינה משפטית": "בפועל, לא הוגש ערר לפני בית המשפט המחוזי ולא ניתנה החלטה על ידי בית המשפט המחוזי... האם ניתן וראוי על פי החוק שבית המשפט העליון ידון, בנסיבות כאלה, בערר על החלטה של בית משפט השלום? ואם נאמר כי בית המשפט המחוזי נתן החלטה, אף כי לא כתובה, היא ההחלטה שלא לדון בערר על החלטת בית משפט השלום באותו יום, אלא רק למחרת היום, האם ראוי שבית המשפט העליון ידון בערר על החלטה כזאת?" ויש לזמיר שאלה נוספת: "האם מוצדק שייצא ממני צו מעצר באמצע הלילה, כאשר בית משפט השלום החליט כי הבקשה לצו מעצר תידון בפניו בשעת בוקר מוקדמת?"

חבל שזמיר לא הציג את השאלה הזו, שהתשובה לה מובנת מאליה, לפני שהחליט לזמן את הדיון הלילי. ואכן, הוא החליט בסופו של דבר שבית משפט השלום ידון בעניין, כפי שהיה קורה ממילא, אך קבע שהערר יישאר תלוי ועומד, כך שהוא יוכל להחליט בו לאור ההתפתחויות. בכלל, זמיר לא הסתיר בהחלטתו את אהדתו לעמדת הפרקליטות. לדבריו: "העיקרון הברור... קובע כי המשטרה חייבת לנהוג בשוויון עם כל אדם... אין אדם רשאי לדרוש שינהגו כלפיו כאילו הוא מיוחס יותר מן האדם הרגיל... כל אדם שמתבקש על ידי המשטרה להתייבב במשטרה כדי למסור עדות או להיחקר, מן הראוי שיעשה כך, בדרך המקובלת ובמקום המקובל, אף ללא שיצא צו המחייב אותו לבוא אל המשטרה."

לא היתה לזמיר שום הערה על התנהגות הפרקליטות, על הלהט התביעתי המוגזם, על אובדן כל חוש פרופורציה, ועל הריצה לעליון בשעת לילה, לאחר החלטות סבירות של שתי הערכאות הקודמות. אין בהחלטתו שום הסבר מה היה כל כך דחוף, ומדוע ניאות לקיים דיון לילי כזה, כאילו מדובר בעבריון נמלט או במי שצפויה ממנו סכנה מיידית, כאשר ידוע ששעות ספורות לאחר מכן יתקיים בלאו הכי דיון בנושא בבית משפט השלום. זמיר מציין שהמשטרה "סברה כי יש חשיבות רבה למעצר מידי של המשיב". האם די בכך? האם בית המשפט חייב לאמץ סברות כאלה ללא בקרה?

והוא מדבר על שוויון, אולם חוטר-ישי טען "שהמשטרה מתנכלת לו, ואינה נוהגת עמו כמו עם כל חשוד". האם לא היתה הטענה הזו, הכרוכה גם היא בעקרון השוויון, ראוייה לבירור? זמיר אינו מתייחס אליה, בעוד שאל טענות הפרקליטות הוא רואה צורך להתייחס בכל הרצינות. אולם האין זה מתפקידו של בית המשפט להפעיל בקרה על המשטרה והפרקליטות? הרושם הוא שהפרקליטות חשה בבית המשפט העליון – ובפרט בהופעה זו לפני זמיר, שהיה בעצמו יועץ משפטי ועמד

בצד התביעה – תחושה של ביתיות נוחה. בית המשפט העליון נוהג לדבר גבוהה-גבוהה על זכויות אדם. בהחלטתו של זמיר משתקפת מציאות שונה.

לפרשה הקשה הזו של הדיון הלילי יש אפילו קצר: חוטר-ישי אכן נחקר במשטרה בעניין שהיה קשור לעסקת מקרקעין כלשהי, אולם לא יצא מכך דבר. מאז חלפו יותר מעשר שנים, ובתיק הבוער כל כך לא התרחש דבר ומן הסתם אין הוא קיים עוד.

כסיכום לסאגה ניתן להצביע על כך שבתוך תקופת כהונתו השנייה כראש לשכת עורכי הדין הועמד חוטר-ישי לא פחות משלוש פעמים למשפט פלילי, כאשר כל אחת מהן מעוררת שאלות קשות. בכל המקרים הוא זוכה, או שהפרקליטות נאלצה לסגת מכתב האישום ולהסכים למחיקתו. לכל אלה הצטרפו חקירות משטרה חוזרות ונשנות, כאשר הדיון הלילי בעליון מעיד על להט תביעתי אובססיבי שנלווה להליכים נגדו. קשה להשתחרר מהרושם שהשימוש שנעשה כאן במשפט הפלילי היה בלתי-ראוי, וחרג מכל מה שניתן להסכים לו במדינה דמוקרטית הדוגלת בזכויות אדם.

אבל זה הניב תוצאות. בבחירות לראשות לשכת עורכי הדין ב-1999 נחל חוטר-ישי מפלה, ובמקומו נבחר יריבו שלמה כהן. ניתן לומר כמעט בוודאות שהיתה להליכים הפליליים הבלתי-ראויים תרומה משמעותית להפסד. גם חוטר-ישי לא היה נקי מטעויות. התבטאויותיו היו לא פעם בוטות יתר על המידה. גם גלישתו למישור האיש, כאשר דיבר בחריפות על שכרם של השופטים ועל הכנסותיהם, חרגה מהדרוש ויצרה תחושה לא נעימה. גם בעבר עסקו שופטים בהוראה ובכתיבת ספרים, ולא נמצא בכך דופי. הירידה לנושא הזה ומחלוקות שהגיעו עד כדי קרע ואף "חרם" החלישו את הטיעונים הענייניים שלו. עם זאת, השנים שחלפו מאז הוכיחו שלטענותיו הענייניות היה בסיס איתן, ורבות מהן מקובלות כיום על ציבור רחב. הדרך שבה בחרה מערכת המשפט להתמודד (או ביתר דיוק: להימנע מלהתמודד) עם הטענות – אינה הדרך הראויה.

שלמה כהן היה תומך נלהב בעליון ובאקטיביזם השיפוטי, ובכל זאת גם בימיו לא התנהלו העניינים על מי מנוחות. הוא הנהיג את מה שכונה "משוב השופטים" – אותו שאלון מעורר מחלוקת שבו התבקשו עורכי הדין להעניק לשופטים שבפניהם הופיעו ציונים בכמה קטגוריות, ביניהן הבקאות בתיק, היחס לעדים ולעורכי הדין וכן הערכה כללית. המשוב, שהתקיים פעמים אחדות, עורר את זעמם של השופטים. הם ראו בכך פגיעה במעמדם, וטענו כי הדרך להתמודד עם טענות המועלות כנגד שופט זה או אחר היא באמצעות פנייה לנציב תלונות הציבור על השופטים – מוסד שגם הוא נכפה למעשה על בתי המשפט.

הזעם על המשוב היה משותף לכל הערכאות, ובשלב מסוים אף החליטו השופטים להחרים בתגובה אירועים שיזמה לשכת עורכי הדין. ב-2005 הושגה הבנה בין הצדדים, והיא הביאה להפסקת השימוש במשוב. אולם הנושא שב ועלה בבחירות לראשות הלשכה ב-2011, כאשר עו"ד דורון ברזילי, שניצח בהן, הצהיר על כוונתו לחדש את המשוב. בינתיים, הוא לא חודש.

שוטרים ויועצים

עמדתו של אליקים רובינשטיין בקשר לחקירות ולהעמדה לדין היתה בדרך כלל שקולה יותר הן מזו של קודמו בן-יאיר והן מזו של יורשו מזוז. הכתם המרכזי על תקופת כהונתו נוגע לחקירות וכתבי האישום נגד ראש לשכת עורכי הדין דרור חוטר-ישי ונגד אביגדור קהלני. לא ברור אם רובינשטיין עצמו עמד מאחורי ההליכים הללו, אבל הם התרחשו בחלקם בתקופתו (כתב האישום הראשון נגד חוטר-ישי הוגש זמן קצר לפני כניסתו של רובינשטיין לתפקידו), ומדובר בפרשות קשות.

כך או כך, רובינשטיין הבין את הצורך בהגבלת כוחם של מערך החקירות ושל הפרקליטות, ומבחינה זו הוא עולה על כל היועצים המשפטיים שכיהנו עד היום, למעט חיים כהן, אשר בהיותו על כס השיפוט אמר בהקשר אחר לחלוטין: "אודה כי למקרא ומשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת שמא הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להידחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים."³⁵⁶

לא קל היה לגרום לרובינשטיין לנקוט צעדים כאשר למתרחש במחלקת החקירות במשטרה, אך משהו צנוע נעשה. פנייה ראשונה בנושא נעשתה על ידי יעקב נמרודי, בהקשר למה שהתברר במשפט השני של בנו עופר. נמרודי הבין, שמשפחתו רכשה את העיתון "מעריב" באמצעות חברה שהיתה בשליטתה, היה בראשית שנות ה-90 המו"ל והעורך הראשי של העיתון. במסגרת המאבק המר שהתנהל בין "מעריב" ל"ידיעות אחרונות" הוא התקשר עם חברת חקירות שביצעה האזנות סתר בלתי-חוקיות לאנשי "ידיעות אחרונות", נשפט, הורשע ונידון בעסקת טיעון לשמונה חודשי מאסר בפועל ולעשרה חודשי מאסר על תנאי.³⁵⁷ החוקר שביצע את האזנות הסתר, רפי פרידן, נידון על פרשה זו ועל עניינים נוספים לארבע שנות מאסר.³⁵⁸

אבל אז, בשעה שמשפט נמרודי הראשון עדיין התנהל בפני השופט ג'ורג' קרא, נוצר קשר בין נמרודי לבין חוקר פרטי. הלה הקליט אותו שלא בידיעתו, ותועדו כנראה דברים שהיו עשויים לשמש ראיה נגד נמרודי במשפטו ואולי

להכשיל את המשא ומתן להסדר טיעון. החוקר השתמש בקלטת כדי לסחוט את נמרודי, והפרשה הזו, יחד עם פרשיות נוספות, נכללו בכתב אישום חדש (משפט נמרודי השני). היו בו אשמות חמורות ביותר – החמורה שבהן אישום בקשירת קשר לביצוע רצח ומתן שוחד לקציני משטרה.³⁵⁹

ההאשמות הקשות גרמו לכך שנמרודי הוחזק במשך 15 חודשים במעצר, תוך שמתנהל נגדו מסע בוטה בתקשורת. ואולם, במשפט הזה, שבו הוא יוצג על ידי עו"ד דן אבי-יצחק, הסתבר, לאחר שהעידו לא פחות מחמישה עדי מדינה, כי אין בסיס לאשמות החמורות, לרבות אשמת הקשר לביצוע רצח. הושג הסדר טיעון ביחס לאשמות הפחות חמורות, ובמסגרתו נידון נמרודי באוקטובר 2001 ל-15 חודשי מאסר, שחפפו את תקופת מעצרו, והופעל עונש המאסר על תנאי של 10 חודשים ממשפטו הראשון, כך שבסך הכול הוא נידון ל-25 חודשי מאסר (בפועל לא ריצה נמרודי אף יום מאסר מעבר לתקופת המעצר, בזכות ניכוי שליש בצירוף מה שמכונה "הקלה מינהלית". הפרקליטות ניהלה מאבק כנגד ניכוי השליש, אך נחלה כישלון).

יעקב נמרודי הגיש תלונות אחדות נגד ניצב משה מזרחי, שעמד בראש החקירה נגד בנו, והעלה טענות בדבר העלמת ראיות, שיבוש הליכי חקירה ומשפט ועדות שקר. התלונות נבדקו על ידי המחלקה לחקירות שוטרים במשרד המשפטים, ונמצא שהן לא מצדיקות פתיחת חקירה. לאחר שהעמדה הזו אושרה על ידי פרקליטות המדינה, ולאחר שהיועץ המשפטי רובינשטיין דחה את הערר שהוגש בנושא, עתר נמרודי לבג"ץ, באמצעות עו"ד אבי-יצחק, במגמה להביא לחקירה ולהעמדה לדין של ניצב מזרחי. הפרשה המרכזית התייחסה לקלטות שהמשטרה קיבלה מאחד מעדי המדינה, ואשר נועדו לשמש ראיה במשפט נמרודי השני.

אחדות מהקלטות הועברו לבדיקת המחלקה לזיהוי פלילי, כדי לברר אם נעשו בהן "בישולים", ובמהלך המשפט התגלה לסניגוריה שלא הועברו לידיה מסמכים אחדים הנוגעים לקלטות. הם נשמרו בידי מזרחי, ולא נמסרו במועד גם לפרקליטות. מזרחי הסביר כי סבר שהמסמכים הללו אינם מהווים חומר חקירה אלא התכתבות פנימית במשטרה, שאותה אין חובה לגלות. השופטת ברכה אופיר-תום אמרה על כך בהחלטת ביניים: "החטא הקדמון, כביטוי החוזר של הסניגור, נעוץ אכן גם בעיניי בעובדה שאותם מסמכים מוכמנים... שעמדו במרכז המהומה, לא נחשפו בפני הפרקליטות חודשים ארוכים לאחר שנרשמו בידי בכירים במשטרה אשר הביעו בהם דאגה לגבי מצב הקלטות ותוקף בדיקתן במז"פ. וכיצד כך, כאשר דברו של המחוקק בנושא זה חד-משמעי הוא וכאשר גם ההגנות האלמנטרית הייתה מחייבת יידוען

המיידים של הפרקליטות וההגנה על כל פגם או חשד לפגם שנתגלה בחומרים שהועברו אליהן כאילו היו תקינים. כאשר הציג הסניגור שאלה זו לעד התביעה הראשון, משה מזרחי, שניהל החקירה בתיק זה... התפתל העד על הדוכן... משגבר עליו לחצה של החקירה הנגרית, הודה מר מזרחי כי אכן שגגה היא שנפלה בפניו בעניין זה, וכי אילו עמדה בפניו היום אותה שאלה, היה מטפל בה אחרת."

המשפט הסתיים, כאמור, בהסדר טיעון. בגזר הדין חזרה השופטת אופיר-תום והתייחסה ל"מסמכים מוכמנים", והשתמעה מדבריה כי ראוי שהנושא ייבדק.

פסק דינה המפורט של השופטת פרוקצ'יה בעתירה של נמרודי נגד היועץ המשפטי³⁶⁰ התייחס למסמכים האלה, ואף נזכר אחד מהם, שלגביו תועדה שיחה בה אומר למזרחי הקצין יוסי סרבון (לימים ראש אגף החקירות ומפקד מחוז תל אביב): "שיש בעיה חמורה בקלטות ושחייבים להביא את הדבר לידיעת הפרקליטות". גם אז לא הביא מזרחי את הדבר לידיעת הפרקליטות. "אף על פי כן קבעה השופטת שאין להתערב בהחלטת היועץ המשפטי, אשר קבע כי משגה בשיקול דעת אינו מהווה עבירה, סבר שמזרחי פעל בתום לב וללא מניעי זדון, והחליט להימנע מחקירה בעניינו.

בית המשפט ציין גם שהשאלה מהו "חומר חקירה" שיש להעבירו לסניגוריה היא שאלה מורכבת, וניתן לקבל את הסברו של מזרחי, שהניח כי מדובר בהתכתבות פנימית, אשר אין חובה להציגה להגנה. לכל אלה הוסיפה פרוקצ'יה ש"פתיחתה של חקירה פלילית או משמעתית כנגד ממלא תפקיד ציבורי, וכנגד איש חקירות במשטרה בכלל זה, היא צעד רב-משמעות ורב-השלכות ביחס למערכת התפקודית שעליה הוא נמנה... לחקירה כזו השלכה על מעמדה בציבור של המערכת המשטרית ועל דרכי תפקודה".

הדברים זכו בהעצמה בשלב הבא, כאשר אבי-יצחק ביקש דיון נוסף בעתירה. הבקשה נדחתה על ידי השופט מצא, שהדגיש שוב את המשמעות המיוחדת של פתיחת חקירה נגד איש משטרה, "משום שלעצם החקירה... יש השלכות מיוחדות, בין היתר... על יכולתה של המערכת להמשיך ולתפקד באופן בלתי תלוי תחת לחצים רבי עוצמה המופעלים עליה... תפקידם של אנשי משטרה אינו מחסן אותם מפני חקירה... אולם הרגישות המיוחדת הכרוכה בחקירתם מחייבת גם זהירות מיוחדת בעת קבלת ההחלטה על כך".³⁶¹

צריך לקרוא את הדברים האלה כדי להבין כיצד הגענו למצב שבו אנחנו עדים מצד אחד לקלות הבלתי-נסבלת של פתיחת חקירות נגד ראשי ממשלה, שרים ואף שרי משפטים, כי להם כנראה אין בעיה לתפקד באופן בלתי-תלוי תחת לחצים רבי עוצמה, ומן הצד האחר עולם שבו פתיחת חקירה נגד אישיות מרכזית במערך החקירות של המשטרה או בפרקליטות היא משימה כמעט בלתי-אפשרית,

עד כדי כך שניתן לומר כי האנשים האלה זכו בחסינות ברמה ששום אישיות פוליטית אינה זוכה בה. לא מיותר להדגיש שהחסינות הזו אינה נשענת על בסיס חוקי, והיא פרי המציאות המשפטית השלטת.

לא חלף זמן רב וצצה פרשה חדשה הנוגעת להאזנות סתר שהיו באחריותו של ניצב מזרחי. הפעם נערכה לפי דרישתו של רובינשטיין חקירה על ידי מח"ש. היתה זו הפעם הראשונה, וכנראה היחידה, שבה נוהלה חקירה כזו נגד קצין כה בכיר במערך החקירות המשטרתי. רובינשטיין היה כמובן ער לפרשה הקודמת, שבה דחה את הדרישה לקיים חקירה נגד מזרחי. הדבר אף נזכר בהחלטתו, ולא מן הנמנע שהשפיע על שיקוליו.

הפעם דובר בכך שבמסגרת חקירות המשטרה נעשו האזנות סתר לאביגדור ליברמן, לעוזרו מיכאל גורלובסקי ולדוד אפל. בכל צווי בית המשפט שהתירו את האזנות הסתר, למעט אחד, צוינה מגבלה שלפיה לא יתומללו שיחות אלא בנושאי החקירה. בפועל תומללו או תוקצרו שיחות לא רלוונטיות רבות. חלק מהן עסק בנושאים פוליטיים או אישיים רגישים, ואלה שלא נמצאו רלוונטיות לחקירה אוחסנו על ידי מזרחי, לשם זהירות, בכספת במשרדו. מנהל מח"ש וסגנו המליצו להעמיד את מזרחי לדין משמעתי, אך פרקליטת המדינה עדנה ארבל המליצה לסגור את התיק.

רובינשטיין קיבל את ההמלצה, והורה שלא להעמיד את מזרחי לדין פלילי או משמעתי, "אף שהתמונה הכללית המצטיירת, קרי, שבסופו של יום תומללו שיחות שלא בהתאם לצו... היא קשה לגופה גם בהיעדר אחראי בפלילים". עם זאת, הוא קבע כי יש מקום "להסקת מסקנות פיקודיות-מנהליות במישור האישי עד כדי סיום התפקיד, בכפוף לשימוע". אך גם זה עדיין לא היה הסוף.

חבר הכנסת גלעד ארדן עתר לבג"ץ, באמצעות עו"ד דן אבי-יצחק, כדי שיורה ליועץ המשפטי להעמיד את מזרחי לדין. פסק הדין ניתן שוב על ידי אליהו מצא, שלא רק זכר אלא אף אזכר את פסק דינו בבקשה לדיון נוסף בעתירה הקודמת נגד מזרחי. הוא הצביע על כך שהיועץ המשפטי מתח ביקורת חריפה על אופן התנהלותו ושיקול דעתו של מזרחי, ואף ציטט מחוות דעתו של רובינשטיין: "להאזנות למר ליברמן, מר אפל ומר גורלובסקי, מעבר לחדירה לפרטיות... תוצאה קשה במישור הציבורי... שיש בה חשש לפגיעה באושיות המשטר הדמוקרטי: במהלך חודשים מספר, בעת תקופת מערכת בחירות, מקבל קצין בכיר במשטרת ישראל מידע שוטף על דעות, מגעים ומהלכים בקרב הצמרת הפוליטית, לרבות שיחות פוליטיות מובהקות של ראש ממשלה מכהן, מבלי שאיש, למעט פקודיו הנוטלים – בהוראתו – חלק בכך, יודע על כך שמידע רגיש מצוי בידיעתו, ומבלי

שהוא מדווח על כך באופן ראוי לממונים עליו. זאת תוצאה קשה שאין הדעת סובלת, גם אם לא לכך כיוון קצין המשטרה וגם אם לא עשה שימוש בחומר. "ואז ציין מצא: "לא מצאתי יסוד לחלוק על צדקת הביקורת שמתח היועץ המשפטי על דרך התנהלותו של מזרחי בפרשה... ועל האופן בו הפעיל את שיקול דעתו המנהלי." והוסיף באשר למישור המשמעותי: "ספק בעיניי אם אכן יהיה מדויק לומר כי אין די ראיות המאפשרות להעמיד את מזרחי לדין, לכל הפחות בעבירה של התרשלות במילוי תפקיד." למרות זאת הוא החליט שלא להתערב בשיקול דעתו של היועץ, "בהתחשב בשיקולים כלליים שאינם שיקולים ראייניים".³⁶² ההכרעה נמסרה בנובמבר 2004, ובאותו חודש החליט השר לביטחון פנים גדעון עזרא, בעקבות חוות דעתו של רובינשטיין, לסיים את כהונתו של משה מזרחי בתפקיד ראש אגף החקירות ולהעבירו לתפקיד אחר. אכן, אין מקום לכך שבג"ץ יתערב בשיקול דעתו של היועץ המשפטי להעמיד או שלא להעמיד אדם לדין בהיעדר שחיתות או הפליה, אבל יש מקום לחריג כאשר מדובר בהחלטות הנוגעות לאישים בפרקליטות ובמערך החקירות של המשטרה. במצבים אלה פועל לרוב היועץ המשפטי במצב שגם אם אין בו ניגוד אינטרסים ממש, מדובר בחקירות נגד מנגנונים שאיתם הוא ואנשיו נמצאים בקשר הדוק, והוא עלול להתקשות בהפעלת שיקול דעת מאוזן ובלתי-תלוי.

כפי שדווח בעיתונות, פרקליטת המדינה ארבל התנגדה בתוקף להמלצת היועץ. היא ביקשה להגן על מזרחי – ולא רק היא. אנשי שמאל, כגון אופיר פינס ויוסי שריד, מחו בתוקף על החלטת השר עזרא ומתחו ביקורת בלתי-מוצדקת על היועץ רובינשטיין, שפעל בניגוד ל"גורמים המקצועיים" במשטרה ובפרקליטות. באווירה הישראלית אולי לא מפתיע שאישים פוליטיים, התומכים לא אחת בחקירות נמרצות כלפי יריבים פוליטיים, יקימו קול זעקה כנגד מה שנראה להם כפגיעה במי שמנהל חקירות כאלה. יותר מדאיגה היא החסינות שפרקליטות המדינה והנהגת המשטרה מבקשים להעניק לחוקרים של חשדות כלפי אנשי ציבור. העמדה הזו, המצדדת בחסינות בלתי-מוצדקת ואין לה, כאמור, בסיס בחוק, אומצה כעבור זמן על ידי מני מזוז ומשה לדור בפרשת חיים רמון, כאשר התברר שלא הועברו תוצרי האזנות הסתר לסניגורים, אלא רק לאחר שהתגלה להם קיומן של ההאזנות. אושיותיה של הגישה הזו הן הקונספציה שלפיה את "שלטון החוק" יש להפעיל בכל העוצמה כלפי פוליטיקאים ואנשי ציבור. אלה שמפעילים את "שלטון החוק" עוסקים במלאכת קודש, ואסור לרפות את ידיהם. להם מותר וצריך לסלוח. עליהם – בניגוד לנחקריהם – לא חל הכלל האלמנטרי של שוויון לפני החוק.

ידיעה שפורסמה בעיתונות ערב בחירות 2003, על אודות חקירה נגד מנהיג הליכוד אריאל שרון ב"פרשת סיריל קרן", העסיקה גם היא את רובינשטיין. דבר החקירה נשמר בסוד, והפרסום היה פרי הדלפה מהפרקליטות. רובינשטיין לא היה מוכן לעבור על כך לסדר היום, ובסופה של החקירה התגלה כי המידע הודלף על ידי עו"ד ליאורה גלט-ברקוביץ' מפרקליטות מרכז. רובינשטיין התייחס לאירוע בחומרה מיוחדת, לנוכח העובדה שהיתה זו הדלפה אידיאולוגית, שעירבה חקירה עם פוליטיקה. גלט-ברקוביץ' הועמדה לדין פלילי, הורשעה בעסקת טיעון, נידונה למאסר על תנאי ולקנס – וסיימה את עבודתה בפרקליטות. הדעה הרווחת היא שהעניין פעל דווקא לטובת שרון, מאחר שהסיט את תשומת הלב מחקירותיו אל מה שמתרחש בפרקליטות. מבחינת הימין "הוכיחה" הפרשה שהפרקליטות היא "שמאלנית" ורודפת אנשי ימין.

מחד גיסא, היו שקבלו באותה פרשייה על פגיעה בחופש העיתונות, ובעיקר על כך שברוך קרא, העיתונאי שפרסם ב"הארץ" את ההדלפה, נחקר על כך. ואולם, בשום אופן לא ניתן לעבור לסדר היום על התנהגות לא ראויה כזו בפרקליטות. מאידך גיסא, היה אפשר להסתפק בדין משמעתי, והעמדתה של גלט-ברקוביץ' לדין פלילי היוותה החמרה יתרה.

כך או כך, ראוי להשוות בין הדרך שבה טיפל רובינשטיין בהאזנות הסתר על ידי המשטרה ובהדלפת החקירה נגד שרון מהפרקליטות לבין המאבק העז שניהלו שנים אחדות לאחר מכן היועץ המשפטי מזוז ופרקליט המדינה לדור נגד חקירה יעילה בעניין האזנות הסתר בפרשת רמון, שלא הובאו לידיעת הסניגוריה אלא לאחר שדבר קיומן נודע להם ממקור פנימי. ההשוואה אינה מחמיאה לשני האחרונים, שהתנגדו בתוקף לחקירה יעילה בכשל שאירע במערכת אכיפת החוק ונמנעו מנקיטת צעדים הולמים נגד האחראים לכך.

ההתפשטות המופרזת של בג"ץ אל עניינים החורגים מתפקידו גררה גם את היועץ רובינשטיין לתחומים כאלה. דוגמה אחת נוגעת לאיסור שהטיל על קיומו של שר"פ (שירות רפואי פרטי) בבתי חולים ציבוריים. בכמה בתי חולים, דוגמת "הרסה" בירושלים, קיים הסדר כזה, אך הוא שנוי במחלוקת. מצד אחד נטען כי לא רצוי שרופאים יספקו לחולים בעלי אמצעים שירות מועדף במסגרת בית חולים ציבורי. מצד שני, רופאים בכירים, המועסקים בבתי החולים הציבוריים, מספקים שירות כזה, לאחר שעות העבודה, בבתי חולים פרטיים. התוצאה היא שהרווח הכספי מהחולים הללו נשאר בבתי חולים פרטיים, בשעה שבבתי החולים הציבוריים, הסובלים ממחסור תקציבי, מושבת ציוד יקר במשך חלק נכבד משעות היממה.

אין טעם להרחיב כאן בסוגיה. השאלה הרלוונטית כרוכה בתפקידו של היועץ המשפטי, וקשה להסביר כיצד נכללת שאלת השר"פ ב"גבולות הגזרה" שלו. אכן, מוטל על היועץ לקבוע אם שר"פ עומד בדרישות החוק הקיים, אבל ההכרעה אם לקיים את המנגנון הזה נתונה בידי הממשלה. כלומר: אם היועץ מגיע למסקנה שהדין הנוכחי אינו מאפשר הנהגת שר"פ אף שלדעת הממשלה יש מקום לקיומו, עליו להציע לה דרך חוקית להסדיר את הנושא (למשל, באמצעות חקיקה). ובמילים אחרות: תפקידו של היועץ המשפטי לקדם בדרכים חוקיות את מדיניות הממשלה, ולא להשתמש בכוחו כדי לכפות את המדיניות הנראית לו. אבל אם יכול בית המשפט, ובעקבותיו היועץ המשפטי, לבקר כל החלטת ממשלה מטעמי סבירות, הופכת גם כל שאלה לשאלה משפטית.

"פרשת בר-און-חברון" הולידה את ועדת שמגר. היתה זו ועדה נכבדה, שכינהו בה גם פרופ' רות גביון ושלושה שרי משפטים לשעבר – חיים צדוק, משה נסים ודוד ליבאי. היא שמעה שורה של עדים, והממשלה אימצה, כצפוי, את חוות דעתה ואת המלצותיה. אולם בפועל רק חלק מההמלצות – אלה המתאייחסות לדרך מינוי היועץ המשפטי ולתקופת כהונתו – מומש.

בלשון כללית ניתן לומר שהוועדה ביקשה לשדרג את מעמדו של היועץ, בין השאר על ידי כך שיהיה הסמכות המשפטית גם עבור יתר הרשויות, לרבות הרשות המחוקקת. לכן כללה ההמלצה גם רעיון לשנות את שם המשרה ל"היועץ המשפטי הכללי". לכנסת היה כבר באותם ימים יועץ משפטי, וניתן להבין שמבחינת הוועדה אמור "היועץ המשפטי הכללי" לעמוד מעליו ואף לייצג את הכנסת בבית משפט. על הקושי שבעירוב בין הרשויות התגברה הוועדה כנראה על בסיס הנחה שייעוץ משפטי הוא עניין מקצועי "אובייקטיבי", ולפיכך אין מניעה שהוא ייעץ ואף ייצג הן את הרשות המבצעת והן את המחוקקת. היה בכך כעין צעד לחיזוקה של אותה גישה, שאיש לא העז לבטאה במפורש אך היא עומדת בבסיס גישתו של אהרן ברק ופסיקתו, שלפיה היועץ המשפטי מהווה למעשה רשות שלטונית רביעית.

זוהי גישה שגויה. ברור שהייעוץ המשפטי איננו מקצועי-אובייקטיבי גרידא. עדות חותכת לכך ניתנה בפרשת קו 300, כשהיועץ חריש נקט עמדות שונות בתכלית מאלה של קודמו זמיר, וכשבכירים בפרקליטות סירבו לשתף פעולה עם חריש וחלקו על גישתו. ואכן, רעיון "היועץ המשפטי הכללי" נדחה על ידי הכנסת. מוסד היועץ המשפטי לכנסת קיבל גושפנקה חקיקתית בשנת 2000, כשנתיים לאחר הגשת דו"ח ועדת שמגר, כאשר התווסף לחוק הכנסת פרק בנושא. סעיף 17(ב)(4) קובע מפורשות שהיועץ המשפטי לכנסת הוא המייצג את הכנסת בערכאות, וסעיף 17(ג) מפרט כי אם ראה היועץ המשפטי לכנסת שהליך

כלשהו בבית משפט כרוך בשאלה הנוגעת לכנסת, "רשאי הוא באישור בית המשפט להתייצב באותו הליך ולהשמיע דברו". או במילים אחרות: היועץ המשפטי לכנסת אינו תלוי ביועץ המשפטי לממשלה, וודאי שאינו כפוף לו. הוא הדין, כמובן, במבקר המדינה, שהוא זרוע של הכנסת: המבקר אינו כפוף ליועץ של היועץ המשפטי לממשלה. הוא זכאי ליועץ משפטי משלו ואף לייצוג משפטי משלו, אם כי הוא רשאי לבקש להיות מיוצג על ידי הפרקליטות.³⁶³

בעניין הייעוץ נראה שהוועדה השלימה בסופו של דבר עם עמדתה של ועדת אגרנט, ולפיה חוות הדעת של היועץ המשפטי מחייבת את כל דרגי הרשות המבצעת "אך הממשלה רשאית לנהוג שלא לפי עצת היועץ המשפטי". אמנם, במסגרת המהלכים להשתלטות של מערכת המשפט על השלטון החליט בית המשפט העליון בהנהגתו של ברק להמציא הלכה, נטולת כל בסיס, שעל פיה חוות הדעת של היועץ המשפטי מחייבת גם את הממשלה. למרבה התדהמה הדבר נעשה כביכול תוך הסתמכות על ועדת אגרנט, שקבעה בדיוק את ההפך. ועדת שמגר חזרה אל הכלל הבסיסי הנכון, אך ללא הועיל: העליון דבק בעמדה השגויה, שלפיה חוות הדעת של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה.

הוועדה בחנה את ניגוד האינטרסים הטבוע בתפקיד, כאשר מצד אחד הוא משמש יועץ לממשלה ומן הצד האחר אחראי לחקירות המתנהלות נגד חבריה ולהעמדתם לדין. למרות זאת היא המליצה להשאיר את המצב הנוכחי כפי שהוא, ולהימנע מפיצול – אפילו ב"עידן החקירות", שבו חקירות נגד שרים וחברי כנסת נהפכו לשגרה.

בשאלת הייצוג נראה הדו"ח כמתפתל. הוועדה מנסה, כך נראה, להתגבר על תחושת אי-הנוחות שמקורה בפסיקתו הבלתי-מתקבלת על הדעת של העליון, כאשר כפה על ראש הממשלה לפטר את השר דרעי ואת סגן השר פנחסי, וכשהשופט ברק הרחיק לכת ופסק שהיועץ המשפטי הטוען ההפך מראש הממשלה דווקא כן מייצג אותו. כלומר, שראש הממשלה "האמיתי" איננו האדם שנבחר על ידי הציבור ויושב על כיסא ראש הממשלה במשרד ראש הממשלה, אלא ראש ממשלה וירטואלי, שטענותיו מושמעות על ידי היועץ המשפטי ועל כן הוא-הוא "ראש הממשלה הסביר". לנגד עיניהם של חברי ועדת שמגר עמדו הדברים הקשים שכתב השופט חיים כהן במאמרו "כשרותם של משרתי ציבור": "אין היועץ המשפטי יכול – ואין זה יאה לו – לסתום להם ולממשלה או לאחד משריה את הפה ולכוף עליהם את דעתו הר כגיגית".³⁶³

וכך, דו"ח הוועדה נוקט לשון חד-משמעית וקובע: "מן החובה לנהוג בהגינות

* בתקופת כהונתי כשר המשפטים שקלתי ליזום חוק שיבהיר זאת, אף כי הדבר ברור מאליו.

ולמעניין במקרה ראוי גם להשקפה שונה הזדמנות להישמע בבית המשפט. "עם זאת, הוועדה חוזרת על כך שלשם קבלת ייצוג נפרד זקוקה הממשלה לרשות מאת היועץ המשפטי, בלי שהיא מבארת מדוע הדבר נחוץ ומה על הממשלה לעשות אם הרשות אינה ניתנת. האם עליה לפנות לבג"ץ נגד היועץ שלה? ומי ייצג אותה אז? והאם תידרש רשות היועץ המשפטי גם לייצוג משפטי בבג"ץ הזה? ומה תעשה הממשלה אם יסרב לתת רשות?

יתר על כן, הגישה כולה אינה מתיישבת עם עמדת ועדת אגרנט, שהתקבלה לכאורה גם על ידי ועדת שמגר, ולפיה חוות הדעת של היועץ המשפטי מחייבת את רשויות השלטון המשניות, אך הממשלה רשאית "להחליט כיצד עליה לפעול במקרה המסוים, לפי שיקול דעתה שלה".

עוד הציעה הוועדה להפסיק את הנוהג שהחל בו ראש הממשלה בגין, ולפיו משתתף היועץ המשפטי בכל ישיבות הממשלה, ולצמצם את השתתפותו לישיבות שבהן עולה שאלה משפטית המחייבת את התייחסותו. בפועל, בגלל "מורא היועץ המשפטי" שנפל על הממשלות, נותר הדבר פתוח להחלטתו של היועץ: הוא היה מוזמן לכל הישיבות, ומחליט באיזו ישתתף ומאיזו ישיבה ייעדר. לזכותו של מני מזוז ייאמר שנמנע בדרך כלל מלהשתתף בישיבות שבהן לא היה צורך בהתייחסותו.

החידוש הגדול בדו"ח הוועדה, שהתקבל על ידי הממשלה, נוגע למינוי היועץ המשפטי ולפיטורים אפשריים שלו: הקמת ועדה מקצועית-ציבורית, המורכבת משופט עליון בדימוס, שימונה על ידי נשיא בית המשפט העליון וישמש יושב ראש הוועדה, ולצדו שר משפטים או יועץ משפטי לשעבר שייבחר על ידי הממשלה, חבר כנסת שייבחר על ידי ועדת חוקה וחוק ומשפט, עורך דין שייבחר על ידי המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, ואיש אקדמיה שייבחר על ידי דיקני הפקולטות והמכללות למשפטים. הממשלה אינה חייבת לקבל את המלצת הוועדה, ובמקרה כזה עליה להחזיר לה את הנושא.

לכאורה, זוהי ועדה שקולה ומאוזנת. למעשה, ההרכב שלה לוקה בכל התחלואים המאפיינים את שיטת הממשל הישראלית, של שלטון באמצעות ועדות (גם הממשלה הקואליציונית היא מין ועדה, המתנהלת על ידי מפלגות בעלות השקפות סותרות לחלוטין). כלומר: תיאורטית זו ועדה מקצועית ואובייקטיבית, אך השקפת עולמו של המשפטן, בין אם הוא שופט או יועץ משפטי, עשויה להשפיע על דעותיו המקצועיות, ובהקשר לתפקיד בעל עוצמה כה גדולה עשויה להיות לכך חשיבות מכרעת. כל הרעיון שהמשפט הוא כביכול "אובייקטיבי" או "נייטרלי" מנותק מהמציאות, בוודאי זו שהתפתחה בישראל, שבה הכול שפיט ובה הופקד בידיו של המשפטן הציבורי מרווח עצום של שיקול

דעת בשאלות של מוסר וסבירות. וכך, קרה שהוועדה "האובייקטיבית" ייצגה בפועל אינטרסים נוגדים: לפי האג'נדה של ברק צריך היועץ המשפטי לתמוך בהרחבת סמכויותיו של בית המשפט העליון ולמנוע חקיקה או צעדים אחרים שיקצצו בכוחו או בסמכויות הרחבות שנטל לעצמו. לממשלה יש כמובן אינטרס משלה: היא מעוניינת ביועץ משפטי שיסייע לה לקדם את מדיניותה ואינה חפצה במי שיפתח במסע חקירות נגד חבריה. לנציגי הלשכה והאקדמיה עשויה להיות אג'נדה משלהם: הם עשויים לתמוך בזו של העליון או להתנגד לה. הם יכולים לתמוך, למשל, במאבק בשחיתות או ב"צדק חברתי", נושא שלגביו יכולה להיות לכוחו של היועץ המשפטי השפעה ניכרת – כפי שהסתבר, למשל, בפרשת הקרקעות החקלאיות שנידונה לעיל.

הממשלה אימצה את המלצות הוועדה בנקודה זו, והתוצאה הלא מפתיעה כל כך היתה כישלון צורב. בתום כהונתו של אליקים רובינשטיין התכנסה הוועדה בראשותו של השופט בדימוס גבריאלי בך. המועמדים שהוצעו על ידי שר המשפטים לפיד היו עורכי הדין אלי זהר ויורם טורבוביץ' (אחרי שדן אבי-יצחק סירב). זהר פרש מהמרוץ לאחר שהוטחו במועמדותו התנגדויות, וטורבוביץ' לא אושר על ידי הוועדה בנימוק שהוותק שלו בתחום המשפט אינו מספיק. כך איבדה הממשלה את היכולת למנות יועץ משפטי לפי שיקול דעתה, ובזיכרונות אחרי מותי – סיפורו של יוסף (טומי) לפיד³⁶⁴ שכתב בנו, יאיר לפיד, מסופר בשמו של לפיד האב שהוא חפץ למנות לתפקיד את חברו הקרוב, עו"ד אלי זהר, שכן "הפרקליטות הפכה לחונטה סגורה, שבה כולם... חושבים באותה צורה". אולם הידידות בין השניים גררה התנגדות קולנית לכך שלפיד ימנה את חברו למשרה הנכבדה. לטענה זו מתייחס לפיד באומרו שזהו "קשקוש מקושקש. לפי כללי המוסר שמבקשים הטהרנים לקבוע, אם אתה שונא מישהו מותר לך למנות אותו... אבל אם אתה אוהב אותו – עליך לפסול אותו מיד..."

בהמשך הדברים נאמר כי "הנחת היסוד של המערכת היא שכולם מושחתים... המערכת מאמינה רק למי שגדל בתוכה". ואילו אדם חיצוני המתמודד על משרה ציבורית צפוי להיחשף ל"השמצות ותככים, פרסומים זדוניים והדלפות מכווערות מאחורי הקלעים".

בסופו של דבר הציעה הוועדה לממשלה שלושה מועמדים, מן הסתם כיוון שחבריה לא הגיעו להסכמה על מועמד יחיד: מני מזוז, שהיה משנה ליועץ, ושני שופטים מחוזיים, עוזי פוגלמן ודוד חשין. פוגלמן נתמך על ידי העליון, ובעיקר על ידי דורית ביניש (בתקופת נשיאותה מונה פוגלמן לעליון). מבחינת הממשלה היה למזוז יתרון בכך שהוא לא היה ממקורבי העליון ולא השתייך לקבוצת ביניש-ארבל. מזוז אכן נבחר, וההתנגשות שלו עם עדנה ארבל לא איחרה לבוא.

אבל התוצאה הבולטת היתה שהממשלה איבדה את זכותה לבחור לה יועץ משפטי לפי שיקול דעתה החופשי, ונאלצה לבחור מבין מועמדי הוועדה, אף כי איש מהם לא היה בעדיפות ראשונה של שר המשפטים. העמדה של לפיד, כי עדיף לבחור עורך דין מהמגזר הפרטי – סוכלה.

לקראת סיום כהונתו של מזוז שוב התכנסה הוועדה, הפעם בראשות תאודור אור. בהתאם לתיקון שהוכנס להחלטת הממשלה הנוגעת לבחירת היועץ המשפטי, נדרשה הוועדה במפורש להציע לממשלה שלושה מועמדים.* ההליך הסתיים בפיאסקו, כאשר ההיבט הפוליטי שלו נעשה שקוף לחלוטין. שניים מחברי הוועדה, שר המשפטים לשעבר משה נסים וחבר הכנסת מהליכוד יריב לוין, הציעו את מועמדותם של עו"ד יהודה וינשטיין ושל השופט נועם סולברג, שהוא אדם דתי ותושב התנחלות. אין קושי להבחין בכך שהמועמדות האלה סבירות מבחינת רמתן המקצועית והיו רצויות לממשלת הימין של נתניהו, אבל הן לא נראו ליושב ראש אור ולנציג האקדמיה, פרופ' איל בנבנישתי, שהיה בעצמו מועמד לעליון. הם הציעו את פרופ' דפנה ברק-ארז, שעמדותיה בדבר אקטיביזם שיפוטי קרובות לאלה של ברק, ואת עו"ד צבי אגמון, שהיה בעבר שותפו של השופט מישאל חשין.

ברור שהמחלוקת נשאה אופי פוליטי (לא במובן שהמועמד קשור למפלגה מסוימת, אלא שהבחירה הושפעה מהנחה בדבר השקפת עולמו של המועמד או קרבתו לקבוצה מסוימת). העובדה שהרקע של נסים ולוין הוא מפלגתי אינה הופכת את עמדתם ליותר פוליטית מזו של השופט אור ושל פרופ' בנבנישתי. הפעם נכשל הניסיון להשיג פשרה בתוך הוועדה, ולא הושגה עבור שום מועמד ההסכמה שדרשה ועדת שמגר: ארבעה מתוך חמשת חברי הוועדה. הדיונים הסתיימו בלא כלום. בסופו של דבר החליטה הממשלה לבחור ביהודה וינשטיין, היתה כמובן (איך לא?) פנייה לבג"ץ, אולם העתירה נגד הבחירה – נדחתה.³⁶⁵

הכישלון הגמור של הוועדה נבע כמובן מכך שחבריה ייצגו אינטרסים או השקפות עולם מנוגדים. הכישלון הזה גם מוכיח את התמימות, ואולי העיוורון, שביסוד המלצותיה של ועדת שמגר, שלפיהן במינוי אישים לתפקידי מפתח מדובר ב"שיקולים מקצועיים", "אובייקטיביים" או "נייטרליים" זכים וטהורים, בשעה שלשיקולים אחרים יש חשיבות מכרעת. לכך ניתן להוסיף שלא היתה כל הצדקה לשלול מהממשלה את זכותה למנות לעצמה יועץ משפטי. המינוי הבעייתי של רוני בר-און לא הצדיק את העברת הנושא לוועדה, בדיוק כשם

* התיקון היה פרי יוזמה שלי, והתקבל בעת כהונתי כשר המשפטים.

שכישלון צבאי או כלכלי אינו צריך לגרום להעברת סמכויות בתחום הכלכלה והביטחון לבית המשפט, וכשם שכישלון בפסיקה משפטית (למשל, הרשעת אדם חף מפשע) לא צריך לגרום להעברת סמכויות השיפוט מבית המשפט לממשלה. ואולם, ממשלתו החלשה והמפוחדת של נתניהו (בתקופת כהונתו הראשונה), שבה היו ראש הממשלה ושר המשפטים נתונים לחקירות פליליות, לא ראתה מנוס מקבלת המלצותיה של ועדת שמגר.

ואף על פי כן, המלצה חיובית ומועילה אחת היתה לוועדת שמגר: הגבלת כהונתו של היועץ המשפטי לשש שנים. אין זה מתקבל על הדעת שיועץ משפטי שסמכויותיו כה אדירות יוכל להישאר בתפקידו ללא הגבלת זמן, כאשר במציאות הפוליטית והמשפטית אין למעשה אפשרות לממשלה לפטרו. בעקבות ההמלצה הזו סיים מני מזוז את כהונתו בינואר 2010, ובמקומו מונה כאמור יהודה וינשטיין.

ירידת קרנו

בית המשפט העליון הקלאסי זכה ביוקרה עצומה, פרי שנים של פסיקה שקולה ומאוזנת, הגנה על זכויות אזרח, כיבוד הממשלה והכנסת, ריסון עצמי והכרה בגבולות הכוח. לכל אלה הצטרפו צניעות ונוכחות זעומה בתקשורת. נשיאי העליון לא נהגו להופיע לפני הציבור הרחב ולחלק ראיונות לתקשורת. ויכוחים בין השופטים, אם היו, לא פרצו החוצה. הכלל הבסיסי, שלפיו שופט אומר את דברו בפסקי דין, נשמר בקפידה. כל זה נראה כניגוד בולט למה שהתרחש באותם ימים בתחום הפוליטיקה, למאבקים הגלויים והרעשניים שהתחוללו במסגרתה ולפרשיות שצצו וזעקו חדשות לבקרים.

בימי שמגר חלו שינויים משמעותיים, שכללו הרחבה ניכרת של סמכות העליון וחדירה לנושאים שהיו מחוץ לתחומו. עם זאת, נשמר במשך כל תקופת כהונתו מעמד העל של בית המשפט. שמגר עצמו שמר על מכובדות וממלכתיות והתרחק מהתקשורת. הוא נמנע מהתחככות עם הפוליטיקאים אך זכה בהערכתם, והם סייעו לו בחקיקה שהרחיבה את סמכויות נשיא בית המשפט העליון.

המעמד המיוחד הזה נשמר גם במחצית הראשונה של עידן ברק, אך עם הזמן החלו להיווצר בקיעים. הראשון שבהם נפער אולי בלשכת עורכי הדין, כאשר דרור חוטר-ישי נבחר לקדנציה שנייה כראש הלשכה. בחירתו בשנת 1991 סימנה מפנה, אבל עיקר הביקורת החריפה שלו על מערכת המשפט הושמעה לאחר שנבחר, ב-1995, לקדנציה שנייה – ואז התחדדו המחלוקות. באותם ימים זכה עדיין העליון בתמיכה כמעט מקיר אל קיר (למעט, כמובן, החרדים), והעובדה שראש לשכת עורכי הדין, חוטר-ישי, שעמדותיו הביקורתיות כלפי האקטיביזם השיפוטי והנשיא החדש ברק היו כבר ידועות, שב ונבחר לראשות הלשכה בשנית, סימנה תחושה של חוסר שביעות רצון מצד ציבור חשוב.

מאמר ביקורת מוקדם, החולק על השקפת עולמו של ברק, שלפיה השופטים הם "חוד החנית של השאיפה לדין רצוי יותר וטוב יותר... אנחנו הארכיטקטים של השינוי החברתי", פורסם ב"מעריב" על ידי עו"ד אריה מרינסקי כבר ב-1980,

כשנתיים לאחר מינויו של ברק לשופט צעיר בעליון. המאמר מסביר ש"תפקיד השופט הוא לשפוט ולא למשול; לשפוט, ולא לחוקק חוקים", וש"הנפת דגל ההטפה הציבורית אינה אלא חריגה מסמכות והשגת גבול ציבורית". מרינסקי מתאר תופעה של התעלמות מעובדות המקרה או עקיפתן, ואכן, נראה לפעמים כי שופט הרואה לנגד עיניו את החוק שהוא חפץ לחוקק עשוי שלא לייחס משקל נאות לעובדות המקרה שלפניו, אם אינן תואמות את ההלכה שברצונו לקבוע.

אולם עיקר הביקורת החלה להופיע כעבור יותר מ-15 שנים, במחצית הראשונה של נשיאות ברק. בראשית ינואר 1996 פרסם אמנון דנקנר ב"הארץ" מאמר תחת הכותרת "כנסיית המשפט", ותיאר את מערכת המשפט כ"הולכת ולובשת אופי דתי במובן שהיא טוענת לבלעדיות ולסופיות של האמת שהיא מנפיקה בפסיקותיה". לכך הצטרפה גם ביקורת על טכניקת הפרשנות שאימץ ברק, ועל כך שה"פרשנות" הזו נהפכה לחקיקה של ממש, לא פעם בניגוד ברור לכוונת המחוקק.

ב-1998 הוציאה פרופ' רות גביון את ספרה המהפכה החוקתית – תיאור מציאות או נבואה המגשימה את עצמה? רשימה מאת זרי חזן על אודות הספר, שפורסמה בעיתון "ירושלים", נשאה את הכותרת "זו לא חוקה, זה מחטף בחשכת הלילה", ועל הספר נאמר כי הוא "קובע: המהפכה החוקתית – רמייה; האקטיביזם השיפוטי – התערבות בפוליטיקה; חוקי היסוד שהועברו בכנסת – מחטף". הדברים עלו בקנה אחד עם תחושתם של רבים מחברי בית המחוקקים ביחס למהפכה החוקתית, עם ההבנה שלהם כי לא התכוונו כלל לחוקק את מה שמייחסים להם.

ביקורת חריפה נוספת נשמעה בריאיון יוצא הדופן של הנשיא בדימוס משה לנדוי לארי שביט, שפורסם ב"הארץ" באוקטובר 2000, 18 שנים לאחר פרישתו. עמדתו הבסיסית של לנדוי היתה ש"גם אחרי פרישתם, שופטים צריכים להימנע מלהתבטא בפומבי על עניינים השנויים במחלוקת ציבורית. כך נהגתי וכך גם הצעתי לחברי השופטים לנהוג". הפעם, אחרי שתיקה ממושכת (למעט כתיבה בביטאונים משפטיים), הוא החליט לחרוג ממנהגו שכן "הגיעו מים עד נפש". בממד האישי גילה לנדוי אהדה והערכה לברק ("הוא עילוי... אדם שמסוגל להשתלט על כמויות עצומות של חומר אקדמי ומשפטי... לברק יש תכונות אישיות נפלאות. הוא... אדם חביב מאוד המוכן לעזור לבני אדם"). ובאשר ליכולותיו הפוליטיות כתב: "יש (לו) חוש התמצאות מפותח במערכות השלטון בישראל. הוא מצליח לשלוט לא רק במערכת בתי המשפט, אלא גם באקדמיה ובתקשורת המשפטית. הוא מטביע את חותמו האישי על הקהילה המשפטית כולה."

ועל אף כל אלה, במדיניות השיפוטית שהנהיג ברק ראה לנדוי סכנה גדולה. הוא דיבר על כך שהוא מבקש להשליט ערכים מוסריים הנראים לו "וזו כעין

דיקטטורה שיפוטית". בתשובה לשאלה, האם ברק נוטה לרכז כוח רב מדי, השיב לנדוי: "כן. כוח שלטוני. וזה בעיניי לא נכון. זה מוליך למבוי סתום. כי בית המשפט נכנס לתוך מים עמוקים מדי. לתוך ביצה טובענית של דעות ואמונות פוליטיות. והדבר הזה מסוכן הן למדינה והן לבית המשפט."

לנדוי הוסיף שבית המשפט איבד את הענווה שלו: "הוא מגלה התנשאות ויומרנות. אפלטון בספר המדינה שלו הציע להעניק את השלטון במדינה לשכבה של חכמים שקיבלו חינוך מיוחד לצורך זה. לעתים נדמה לי שרוב השופטים בבית המשפט העליון מעמידים את עצמם בערך במצב כזה של שלטון החכמים." בהמשך דיבר לנדוי גם על ההשלכות שיש לגישה הזו על עבודת בתי המשפט ועל השירות לאזרח: "הבעיה האחרת, הנובעת מאותה גישה אקטיביסטית, היא שאצל עורכי דין ואצל אזרחים רבים נוצרת תחושה שבית המשפט עסוק בעניינים שברומו של עולם, ואינו פנוי דיו לעניינים של יום-יום, ענייניו של האזרח מן השורה. התחושה היא שהשופטים מעדיפים לכתוב דיסרטציות (תזות) ולקבוע ערכים ולעסוק בפילוסופיה כללית, ושהם פחות מתעניינים בעבודה האפורה של השיפוט הרגיל ויישוב הסכסוכים."

דבריו של לנדוי לא חוללו באותם ימים את רעידת האדמה שהיה אפשר אולי לצפות לה, ובכל זאת דומה שהמחסום החל להיפרץ. החסינות מפני ביקורת בתקשורת שממנה נהנה העליון הלכה והתערערה, כאשר הודגשה לא פעם גם התנהלות בעייתית בקשר למינויים. גם בכנסת החלה להישמע ביקורת, לא פעם חריפה, על בית המשפט העליון ועל שיטת מינוי השופטים. "אין גישה לעדות המזרח ולציבור הערבי כאחד", אמר חבר הכנסת דוד אזולאי מש"ס ודרש לשנות את שיטת ה"חבר מביא חבר", "כדי שיהיה ייצוג הולם... עד אז אמשך לשאול היכן הצדק?"

ביוני 2000 הגישו ארבעה חברי כנסת מ"ישראל ביתנו" הצעת "חוק יסוד: בית משפט לחוקה" – שמהותה נטילת סמכויות מהעליון והחלשה דרמטית בכוחו. באותה שנה התפרסמה ב"ידיעות אחרונות" ביקורת חריפה מפי השרה יולי תמיר, שהיתה באותם ימים חברה בוועדה לבחירת שופטים, ולפיה אם העליון "לא יכניס לשורותיו שופטים ממגזרים שונים... הוא יאבד את הלגיטימיות שלו". באותו ריאיון לכתבת טובה צימוקי הוסיפה פרופ' תמיר (שנמצאה בצד השמאלי של המפה הפוליטית וכידוע אינה נמנית עם המחנות שנוטים לבקר ולתקוף את העליון), כי "יש כבר ניצני אי-אמון בבית המשפט העליון".

בתגובה לביקורות מינתה הוועדה לבחירת שופטים ועדת משנה בראשות השופט זמיר, אליו צורפו פרופ' אמנון רובינשטיין ועו"ד יורי גיא-רון. הוועדה, שהגישה דו"ח ב-2001, דחתה את הרעיון שעל בית המשפט לייצג מגזרים שונים

באוכלוסייה, אך קבעה כי ראוי שיהיה גוף "שישקף... במידת האפשר את פני החברה". עם זאת הביעה הוועדה שביעות רצון משיטת בחירת השופטים – והמצב נותר כשהיה.

הירידה המשמעותית בתמיכה הציבורית בעליון משתקפת בסקרי דעת קהל. ב-1996, ראשית תקופת ברק, זכה העליון, לפי סקר של הפרופסורים אפרים יער, תמר הרמן ואריה נדלר, באמונם של 85% מהציבור. נראה שרמת האמון הזו נשמרה במשך שנים אחדות, וסקרים שעורך פרופ' אריה רטנר מאוניברסיטת חיפה מלמדים שבשנת 2000, אמצע עידן ברק, עדיין הביעו 80% מהציבור היהודי אמון רב בבית המשפט העליון. אבל האמון הזה נשחק במרוצת הזמן, וב-2002 כבר ירד השיעור ל-70%. בפברואר 2007, כחצי שנה לאחר פרישתו של ברק, ירד חלקם של נותני האמון הגבוה בעליון ל-56% לפי סקר של רטנר.

האירוניה היא שההתערבות המוגזמת של העליון בפעילות הממשלה והמינהל הציבורי, לרבות בענייני מינויים, נעשית כמעט תמיד תוך הדגשת הצורך להבטיח את "אמון הציבור" בשלטון. הקלישאה הזו חוזרת בפסיקת בג"ץ עד לעיפה, אבל ספק אם הפעילות הכוחנית והפולשנית של בית המשפט תרמה לאמון הציבור בשאר זרועות השלטון. מה שבטוח, היא פגעה קשות באמון כלפי בית המשפט עצמו. אגב, הירידה באמון הציבור בשאר בתי המשפט היתה לא פחות חריפה. בשנת 2000 הביעו 61% מהציבור היהודי אמון רב בבתי המשפט, וב-2007 – 36% בלבד. מערכת המשפט כולה נמצאה בבעיה חמורה.

ניתן להצביע על גורמים אחדים שהובילו לפער בין התקופות. האחד, ההתנשאות, המשתקפת ברעיון "הכול שפיט" שברק ביקש לכפות (וכפה) על המערכת. הרעיון הזה מנוגד לדעתם של רוב המשפטנים בישראל, לא היה מקובל אף על אחד מנשיאי העליון שקדמו לברק, נדחה אפילו על ידי שמגר, והוא גם אינו מוכר בשום מדינה שנוהגת בה שיטת המשפט המקובל. יש ברעיון הזה יוהרה, שלפיה בכוחו של המשפט (והשופטים) להשיב לכל שאלה שעשויה להתעורר.

הגורם השני הוא נושא המינויים והפער בינם לבין הרטוריקה של בית המשפט. אותה צדקנות וטהרנות העולה מפסקי הדין של העליון, שבהם מרעיף בית המשפט מחמאות על מערכת המשפט ועל עצמו ומציב סטנדרטים גבוהים כלפי אישי ציבור. לגביהם נהפך הנושא המתרחב של ניגוד עניינים למקל חובלים, הנתמך בשוט החקירה והמשפט הפלילי, אך בית המשפט עצמו מרשה לעצמו לא ליישם את אמות המידה שהוא מתווה לאחרים.

פרופ' מנחם מאוטנר, בספרו משפט ותרבות בפתח המאה ה-21,³⁶⁶ מדבר על "תחושה שבבית המשפט העליון פועלת מערכת נורמטיבית פוליטית, לצד

המערכת הנורמטיבית הרשמית", וכי העובדה שמספר ניכר של מינויים לעליון נעשה מתוך "קבוצת מוצא קטנה" (סגל הפקולטה למשפטים בירושלים) "גרמה לתחושה אצל רבים, שגורם מכריע בתהליכי המינוי לבית המשפט הוא קרבת המועמדים לשופטים מכהנים".

ספרה של נעמי לויצקי, העליונים, חשף בהרחבה את ההליכים לבחירת שופטים לעליון, בתקופת המהפכה המשפטית, בדרך הרחוקה מלהחמיא לתהליך. ישיבת הוועדה לבחירת שופטים, שבה נבחרו היועץ המשפטי רובינשטיין ופרקליטת המדינה ארבל, גררה תגובות חריפות במיוחד. דבריו של אמנון דנקנר בהקשר למינויה של ארבל כבר נזכרו לעיל. הדס מגן הביאה ברשימה ב"גלובס" את דברי מיכאל איתן, שהיה אז יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט בכנסת, ולפיהם הרשות השיפוטית הגיעה לשיא כוחה, ואינה שמה לב שהיא במצב של הטיטאניק "רוקדת למעלה בסיפון, אך יש בקיעים באמון הציבור ביושרת השופטים וברמתם". המינויים האלה גם גרמו לכנסת לקבוע תקופת צינון ליועץ המשפטי ולפרקליט המדינה קודם שיוכלו להיבחר לעליון.*

טענות של נפוטיזם במינויים עלו לא אחת בתקשורת, וכללו העסקת בנים של שופטים כמתמחים במערכת המשפט הציבורית ואף בבית המשפט העליון. דוגמה לכך יוכל לשמש מאמרו של שבתאי עזריאל במוסף "הארץ" ביום 14.10.2005, "העתירה נדחית ומסור ד"ש חמה לאמא". דוגמה אחרת היא מאמרה של עינת ברקוביץ', "השופטת ברק כמשל", שפורסם ב"העיר" ביום 25.11.1994. המאמר התייחס גם לשאלת ההתמחות של בנים של שופטים בבית המשפט, וכעבור כחודש פורסמה באותו עיתון תגובתו של שר המשפטים דוד ליבאי, ולפיה "ישנה בעיה של מראית עין, כאילו בית המשפט הופך נחלה משפחתית של השופטים... לכן, גם אם אין בדבר קושי מהותי, בהנחה שהבן אכן מצטיין וראוי היה להשתבץ כמתמחה לאותו בית משפט גם אלמלא היה בנו של שופט... עדיף בעיני השר שבן לא יתמחה בבית משפט שבו מכהן אביו".

בכלל, בענייני מינויים אין לבית המשפט של ברק במה להתהדר. אמנם היו בתקופתו מינויים חשובים, אך בצדם הוכשלו מינויים ראויים מטעמים לא ענייניים, כגון אלה של הפרופסוריות נילי כהן ורות גביזון, ואחדים מהמינויים שכן יצאו אל הפועל עוררו שאלות קשות. תקופת ברק הסתיימה מבחינה זו

* גם אני פרסמתי מאמרים אחדים בנושא. ביום 11.4.2003 הופיע ב"ידיעות אחרונות" מאמרי "מינויים בבית המשפט העליון", שבו דובר בין השאר על כך ש"המאבק לקראת סבב המינויים הנוכחי היה מאבק פוליטי, והוא התנהל בכל הכיעור המאפיין מאבקים מסוג זה". מאמרים ביקורתיים נוספים בנושא המינויים פרי עטי: "למה כפוף בית המשפט העליון" ("ידיעות אחרונות", 14.5.2003) ו"מינוי שופטים ונשיא לבית המשפט העליון" ("ידיעות אחרונות", 16.5.2003).

בכישלון, והוא השאיר אחריו את בית המשפט החלש בתולדות המדינה ובהרכב חסר, לאחר שעקב מחלוקות עם שרי המשפטים לבני ורמון לא התמנו שופטים זמן רב. התבהר שהתנהגות השופטים בענייני מינויים אינה שונה במהותה מזו של פוליטיקאים, ולא פעם עמדות הפוליטיקאים דווקא סבירות וענייניות יותר. גם הבחישה והמהומה סביב המינויים היו רחוקים מלהוסיף כבוד לבית המשפט.

בהקשר אחר נמתחה ביקורת חריפה על יחס סלחני של שופטים שדנו בדין משמעתי שופטת שהואשמה בפברוק פרוטוקולים. אותה שופטת נידונה ברוב דעות של חשין וריבלין לנזיפה ולהעברה למקום כהונה אחר, כנגד דעתה החולקת של השופטת המחוזית מוסיה ארד, שסברה כי על השופטת שכשלה לסיים את תפקידה. מירב ארלוזורוב, למשל, כתבה על כך ב"דה מרקר": "התקלה שאירעה בפסיקה המשמעטית... מייצגת את הקהות הנורמטיבית שאליה שקעה מערכת המשפט הישראלית בשנים האחרונות, ויחד איתה איבדה המערכת את מעמדה כמצפון של המדינה" (הוועדה לבחירת שופטים החליטה בכל זאת לסיים את כהונתה של השופטת).

הגורם השלישי לירידת מעמדו של העליון בתקופת ברק נעוץ במעורבות היתר שלו בפעולות ביטחוניות, אפילו תוך כדי ביצוען, כשהפסיקה ניתנה בחלקה בעיצומו של גל טרור שפקד את ישראל. גם בעניין זה בולט הפער בין גישתו של שמגר לזו של ברק. שמגר גילה התחשבות מתבקשת בנושאי ביטחון, וכיבד את שיקול דעתם של גורמי הביטחון. ברק סבר שגם הנושא הזה ראוי לפיקוח צמוד מצד בית המשפט. השוני נגלה כבר בפרשת החנינה לאנשי השב"כ, כשמאחורי השאלה המשפטית ניצב חשש מפני הריסתו של ארגון חיוני לביטחון ישראל. ממשלת ישראל ונשיא המדינה סברו שהחנינה חיונית. בעיני ברק זה לא היה בגדר שיקול כלל. בעיניו, ייקוב הדין (כפי שהוא פירש אותו, אפילו בניגוד לפסיקה קודמת) את המדינה.

ככלל, התחושה היתה לא פעם שבית המשפט מכביד שלא לצורך על צה"ל ועל חייליו. שהוא עוסק בעקרונות מופשטים, ספון במשכנו, תלוש מהמציאות הקשה, מכוונן את דבריו אל קבוצת פרופסורים ליברלים בארצות הברית. דוגמאות בולטות הן ההוראה לשחרר את מחבלי חיזבאללה ולהחזירם ללבנון לאחר ריצוי מאסרם וביטול "נוהל שכן". היבט ביטחוני היה גם לשאלת זכות השיבה הפלשתינית באמצעות נישואים, נושא שלגביו נותר ברק במיעוט. הצטרפה לכך ביקורת על חלק מפסיקותיו של ברק בנושא יחסי יהודים-ערבים. הדברים הגיעו לידי כך שהיה עליו להתגונן מפני השמצות שהוטחו בו ולהסביר שהוא איננו "פוסט-ציוני", וכי הביטחון יקר לו. "הדברים האלה פגעו בי מאוד. אני רואה עצמי ציוני ברמ"ח ושס"ה", אמר בריאיון שנתן לפרופסורים זאב סגל ואריאל בנדור, והתפרסם ב"הארץ" תחת הכותרת "האדם הנאור – אהרן ברק".

הגורם הרביעי נעוץ בתחושה שמערכת המשפט השתלטה על שאר המערכות, ותרמה בכך לשיתוק ולבירוקרטיה המכבירה על ניהול המדינה. לא פעם מבקשים להצדיק את האקטיביזם של בית המשפט בצורך להגן על זכויות אדם מפני זרועות השלטון הדורסניות ופקידיו האטומים, אבל הפסיקה האקטיביסטית של בית המשפט הרדיקלי עסקה לא פעם בנושאים הנוגעים לניהול המדינה, אשר אין להם דבר עם זכויות אדם או עם הפרת חוק. הדיון המפורט והמייגע בשאלה, האם יש להקים ועדת חקירה ממלכתית לחקירת אירועי מלחמת לבנון השנייה, אינו נוגע לזכויות אדם, אלא לדרך שבה על המדינה להתנהל. לקטגוריה זו משתייכת גם הפסיקה הענפה שחדרה לתחום המינויים בשירות הציבורי, ואשר במסגרתה הפך עצמו בית המשפט העליון למשטרת מוסר. השאלה האם פלוני שיש דופי כלשהו בעברו, או שהתבטא בצורה לא נאותה, ראוי לשמש בתפקיד ציבורי היא חלק מאופן ניהול המדינה – אין לה דבר עם זכויות אדם.

הגורם החמישי שהביא לירידת קרנו של בית המשפט העליון הוא היפוכה של הביקורת על "הכול שפיט". חודרנות היתר של בג"ץ לכל תחום (כמעט) יצרה "ביקושים" להתערבות בעניינים שבית המשפט לא ראה אפשרות להתערב בהם, אבל גם לא היה מוכן להודות שהם אינם בתחומו. דוגמה אחת היא פינוי התושבים היהודים מרצועת עזה בעת ההינתקות. אף שהיו היבטים משפטיים מסוימים בנושא, עצם הפינוי היה עניין פוליטי שאינו שפיט – ובכל זאת בית המשפט בחר לעסוק בו. לכן, מנקודת ראותו של הימין לגיטימית השאלה מדוע בית המשפט לא התערב כשנעשתה פגיעה כה קשה בתושבים שנעקרו מבתיהם תוך פגיעה בזכות הקניין, שהוא ערך מוגן לפי "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

ביקורת דומה, מכיוון שונה, משמיעים הדוגלים בצדק חברתי, הקובלים על כך שבית המשפט נמנע מלהתערב בקיצוץ הקצבאות. לגישתם, אם הכיר בית המשפט בשורה של זכויות הנכללות ב"כבוד האדם" אף שאינן נזכרות בו, דוגמת חופש הביטוי ושוויון, כיצד הוא נמנע מלהכיר בזכות לקיום בכבוד או בזכות למגורים? התחושה שתפקודם של בתי המשפט הידרדר מסמנת גם היא את הפער בין שני העידנים בעליון. נוצר הרושם שבתקופת המהפכה המשפטית חלה ירידה בדרך שבה ממלא העליון את תפקידו המרכזי, להכריע בסכסוכים רגילים ובענייני יום-יום. בית המשפט מעדיף לעסוק בעקרונות נשגבים, בענייני פילוסופיה כללית ובשאלות של ניהול המדינה, כשענייניהם הרגילים של האזרחים ושל הגופים המסחריים – הוזנחו.

והגורם השביעי נבע מהפעילות הערה של ברק בכנסת וממסע ההרצאות והפרסומים למען רעותיו, שנשאו צביון פוליטי.

בסך הכול, הביקורת החריפה על בית המשפט העליון והירידה במעמדו הניבו בתקופתו של ברק גל חקיקה, שהתקבלה לפחות בחלקה למגינת לבו וחרף התנגדותו. החקיקה הזו כללה תקופת צינון ליועץ המשפטי ולפרקליט המדינה לפני מינוי לעליון, שלילת מתן הוראות לשופטים החברים בוועדה לבחירת שופטים, כללי אתיקה לשופטים והקמת המוסד של נציב תלונות הציבור על השופטים.

חלק רביעי

בלימה

משרון לווינוגרד

הבחירות לכנסת ה-17 תוכננו למרס 2006. לקראת הבחירות האלה, שנערכו בצל ההתנתקות מעזה, הגיע אריק שרון לפופולריות מדהימה, אך בד בבד נקרע קרע עמוק בתוך הליכוד. רבים מחברי הכנסת במפלגתו התנגדו להתנתקות, ושרון הגיע למסקנה שהוא אינו יכול להגשים את תוכניותיו במסגרת הקיימת. התייצבותו בראשות הליכוד היתה אמנם מבטיחה לו מספר גדול של מנדטים, אבל הוא ידע שחלק נכבד מהנבחרים יכבירו לאחר מכן על צעדיו. הוא החליט לפרוש מהליכוד, להקים מפלגה חדשה וללכת "קדימה".

בינתיים חלו התפתחויות גם בצד השני של הקשת הפוליטית. ב-2005 התמזגה מפלגת העבודה עם "עם אחד", מפלגה קטנה בת שלושה חברי כנסת, שבראשה עמד עמיר פרץ. אחד התומכים במיזוג היה שמעון פרס, אבל כבר באותה שנה הוא מצא את עצמו מתמודד על ראשות העבודה נגד פרץ – ומאבד אותה. זה קרה סמוך להקמת קדימה ולבחירות הקרבות, וכל ההתרחשויות השתלבו בחלום "המפץ הגדול" שהגה חיים רמון, אז איש העבודה. התוכנית היתה לחבור אל שרון ואל חברי הליכוד שיפרשו עמו, כדי להקים מפלגת מרכז חדשה ולשבור את התיקו הנצחי בין הימין לשמאל. למהלך הצטרפו חברים נוספים מהעבודה, ביניהם פרס ודליה איציק. הסקרים ניבאו למפלגה החדשה 40 מנדטים.

אלא שאז הפציעה המקריות, שהיא כה גורלית בחיים וגם בהיסטוריה. באמצע דצמבר, כשהליכי הקמתה של קדימה היו בעיצומם, לקה שרון באירוע מוחי קל. הוא המשיך בפעילותו כאילו לא קרה דבר, עד שב-4 בינואר 2006 לקה באירוע מוחי נוסף, חמור בהרבה, ממנו לא שב להכרתו. ממשלת ישראל ומפלגת קדימה נותרו ללא מנהיגן, פחות משלושה חודשים לפני הבחירות. ממלא מקום ראש הממשלה, אהוד אולמרט, נהפך לראש הממשלה בפועל והמיועד לרוץ בראש קדימה. ובינתיים, האירועים לא שבתו: בעוד ישראל מתכוננת לבחירות, התקיימו בינואר 2006 בחירות לגוף המחוקק של הרשות הפלשתינית. העמדה הישראלית היתה שאין לאפשר לחמאס, כארגון טרור, להשתתף בבחירות. אולם האמריקנים, שדרשו דמוקרטיה ללא גבולות, דחו זאת. ממשלת ישראל, עוד בתקופתו של שרון,

נאלצה לקבל את דרישת הרשות הפלשתינית שהבחירות יתקיימו גם במזרח ירושלים, ובבחירות הללו, שנערכו לאחר שראשות הממשלה בפועל עברה לידי של אולמרט, זכה החמאס בניצחון מוחץ.

אולמרט נקט אף הוא צעדים משמעותיים לפני הבחירות. אחד מהם היה פינוי ההתנחלות הבלתי-מורשית עמונה והריסת המבנים שנבנו בה. הפינוי וההריסה בוצעו תוך עימות אלים בין השוטרים למתיישבים ותומכיהם, שמנו מאות רבות, ביניהם חברי כנסת. מבחינת המתנחלים היה זה מקרה בוחן לאחר פינוי רצועת עזה, כאשר המגמה היתה להוכיח שפינוי דומה לא יחזור על עצמו. בהתנגשויות נפצעו עשרות אנשים, ביניהם שוטרים. המתנחלים התלוננו על שימוש בכוח מופרז, נפתחו חקירות, אחדים ממתנגדי הפינוי הועמדו לדין, אך גם נגד שוטרים אחדים ננקטו צעדים משפטיים. הפינוי וההריסה של המבנים אמנם בוצעו, אבל מתנגדי הפינוי השיגו מידה לא מבוטלת של הרתעה מפני כל פינוי נוסף. למרות זאת, אולמרט פרסם את תוכנית ה"התכנסות", מעין פרק ב' של ההתנתקות מעזה, והציע שישראל תיסוג חד-צדדית מחלק ניכר משטחי יהודה ושומרון. ואז הגיעו הבחירות.

קדימה זכתה ב-29 מנדטים, ונהפכה למפלגה הגדולה ביותר. במובן אחד – לעומת הסקרים של תחילת הדרך עם שרון – זו היתה אכזבה. מהצד האחר, לראשונה עלה בידי מפלגה שזה עתה קמה לזכות בשלטון. כל זה התעצם על רקע התרסקות הליכוד ל-12 מנדטים. לעבודה היו עתה 19 חברי כנסת. "שינוי" נמחקה מהמפה בעקבות המאבקים הפנימיים שהתחוללו בה. מפלגה חדשה, הגימלאים, גרפה שבעה מנדטים. ראשי ש"ס נוכחו שאין לימין שום סיכוי להקים ממשלה, והצטרפו לקואליציה בראשות קדימה. אולמרט הביא את ממשלתו לאישור הכנסת, אבל מהר מאוד הוא ייווכח שעליו לדחות את התוכניות מרחיקות הלכת מפני משימות בוערות.

השקט שהושג בעקבות ההתנתקות מעזה ולאחר גוויעת האינתיפאדה השנייה היה זמני. ירי הקסאמים מהרצועה גבר. בדרום לבנון התעצם החיזבאללה, ואנשיו רק המתינו לעיתוי נוח. ואכן, בתוך פחות מחודשיים לאחר הקמת ממשלת אולמרט אתגר ציר הרשע את ישראל – מדרום ומצפון.

ב-25 ביוני 2006 חדרה חוליה של חמאס לתוך ישראל באמצעות מנהרה ליד כרם שלום, ותקפה טנק ומוצב של צה"ל. סגן חנן ברק וסמ"ר פבל סלוצקר נהרגו. גלעד שליט נחטף לרצועה. ימים ספורים לאחר מכן עצר צה"ל עשרות אנשי חמאס בגדה, ביניהם שרים וחברי פרלמנט. כמו כל נושא בכותרות, פרץ מיד ויכוח משפטי אם הם מוחזקים כ"קלפי מיקוח", מה שנחשב לפסול לאור פסיקת בג"ץ בעניין עובייד ודיראני, או שמא, כפי שטענה הממשלה, הם נעצרו בשל היותם

חברי ארגון טרור וצפויים לעמוד לדין. במקביל יצא צה"ל לשורה של פעולות צבאיות, שזכו בשם הכולל "מבצע גשמי קיץ". אחרי חמישה חודשים של לחימה הושגה הפסקת אש. שלושה חיילים ושני אזרחים נהרגו בצד הישראלי. לפלשתינים היו מאות הרוגים, רובם המכריע טרוריסטים. החמאס התחייב להפסיק את ירי הטילים מהרצועה, אולם המטרה הגדולה, שחרורו של שליט, לא הושגה.

בשעה שהמבצע בדרום היה בעיצומו נפתחה חזית שנייה מצפון. שבועות אחדים קודם לכן החל החיזבאללה להפגין יישובים בגליל ואף בסיס של צה"ל, אך שיאם של האירועים התחולל ב-12 ביולי, כשבועיים וחצי לאחר חטיפתו של גלעד שליט: החיזבאללה הפגין את היישובים בקטיושות ומרגמות, ובמקביל תקפו חוליות שלו סיור של צה"ל על גדר המערכת. שלושה חיילים נהרגו ושניים אחרים, אהוד גולדווסר ואלחנן רגב, נחטפו (ולאחר מכן הסתבר שנהרגו). טנק שיצא למרדף אחרי החוטפים עלה על מטען, וארבעת אנשי הצוות נהרגו. בקרב החילוץ נהרג חייל נוסף. סך כל האבידות של צה"ל באותו יום הגיע לעשרה. היה ברור שלא ניתן לעבור לסדר היום על פעולות החיזבאללה. מדיניות ההבלגה ("ההכלה") שהנהיג אהוד ברק לאחר הנסיגה מלבנון בשנת 2000 – הגיעה לסוף דרכה. ישראל יצאה עוד באותו יום למלחמת לבנון השנייה.

אולמרט הציג בכנסת, לאחר כמה ימים, מטרות רחבות למלחמה. לא רק "שינוי כיוון" או "שינוי המשוואה" (אותו ריטואל שבו חיזבאללה תוקף, ישראל מגיבה בתקיפה מתונה, וחוזר חלילה), אלא גם שחרור החיילים החטופים, הפסקת אש מוחלטת, הוצאת חיזבאללה מדרום לבנון והסרת איום הטילים. "פורום השבעה" החליט להפציץ גם את רובע דאחיה בביירות, בו שכנו עמוק מתחת לפני האדמה מפקדות החיזבאללה.

מנהיג הארגון, חסן נסראללה, הגיב כצפוי במטחי רקטות, והם הציבו את הממשלה בפני דילמה: מלחמת לבנון הראשונה היתה עדיין טרייה בזיכרון, וההעדפה היתה לא להיכנס לפעולה קרקעית רחבת היקף – אבל ירי הטילים המתמשך לא הותיר ברירה. צה"ל יצא לפעולה קרקעית. אנשי החיזבאללה המתינו לכוחות כמו אנשי הווייטקונג במלחמת וייטנאם, בתוך מנהרות. הם היו מגיחים ממחילותיהם, תוקפים, ונסים אליהן בחזרה. בראשית אוגוסט הורחבה הלחימה הקרקעית עמוק יותר אל תוך לבנון, עד שהוכרזה הפסקת האש ב-14 באוגוסט. עוצמת הלחימה גברה לפני הפסקת האש, ויומיים לפני שנכנסה לתוקף נהרגו 24 חיילי צה"ל.

בסך הכול נפלו במלחמה 111 חיילי צה"ל ויותר מ-600 נפצעו. 44 אזרחים נהרגו, ורבים נפצעו. בצד השני נהרגו בין 500 ל-700 אנשי חיזבאללה. מאות אלפים נסו מאזורי הקרבות. ההרס בלבנון היה עצום. זה לא הפריע לחיזבאללה

להכריז על ניצחון. נסראללה, למרות זאת, הודה כי אילו העלה בדעתו את ממדי התגובה הישראלית, לא היה מורה לבצע את החטיפה שהביאה למלחמה. בישראל האכזבה היתה קשה. לראשונה מאז קום המדינה עמד העורך חשוף מול מטחי טילים יום-יומיים, שלא פסקו למרות ההפצצות המסיביות מן האוויר. היו למלחמה הישגים – ההרתעה של צה"ל שוקמה, השקט שב לגליל מיד כשחדלה הלחימה – אבל המתקפה הקרקעית, שגבתה קורבנות רבים, הצטיירה ככישלון. זעם עצום הופנה כלפי הממשלה, ובעיקר כלפי ראש הממשלה אולמרט, שר הביטחון פרץ והרמטכ"ל דן חלוץ. נוסף לכך, הממשלה ניצבה בפני קושי נוסף, שמקורו בחולשתה של שיטת הממשל: "מלחמת הזוגות" כבר התדפקה בדלת. בקדימה לטשה ציפי לבני עיניים אל כיסאו של אולמרט, ובמפלגת העבודה הפציע מחדש אהוד ברק, שפרש מהפוליטיקה לאחר המפלה המדהדת שספג בבחירות 2001.

מיד בתום המלחמה החליט עמיר פרץ למנות ועדה לבירור אירועי המלחמה. חבריה היו הרמטכ"ל לשעבר אמנון ליפקין-שחק, האלופים במילואים הרצל בודינגר ואילן בירן והתעשיין אלי הורביץ. הרמטכ"ל חלוץ התנגד להקמת הוועדה, ובמיוחד לכך שליפקין-שחק יעמוד בראשה, בודינגר פרש ממנה תוך זמן קצר מסיבות אישיות – ולמעשה היא לא פעלה. באורח פרדוקסלי, דווקא משום כך אולי היתה לוועדה השפעה: העובדה שפרץ דורש לחקור את מהלכי המלחמה כפתה על אולמרט ללכת באותה דרך. וכך קמה ועדת וינוגרד. ההסתברות שממצאי הוועדה לא יהיו נוחים לממשלה ולעומד בראשה היתה גבוהה. ועדת אגרנט היתה בזמנה ועדת חקירה ממלכתית, ולעומד בראשה היו שם ומעמד ללא דופי, ולמרות זאת נשפכו עליה קיתונות של רותחין כאשר בחרה לא להטיל אחריות על הדרג המדיני. ועדת כהן לא נמנעה מהטלת אחריות כזו, ויצאה פטורה מביקורת ציבורית. לנוכח הזעם הציבורי לאחר מלחמת לבנון השנייה היה צריך להיות ברור לחברי הוועדה, שאם לא תוטל אחריות על הדרגים העליונים – יופנה הזעם נגדה.

הדברים היו צריכים להיות ברורים גם לאולמרט, אך הוא סבר שאין מנוס ממינוי ועדת חקירה, ורק בדוחק עלה בידיו להבטיח שתהיה זו ועדה ממשלתית ולא ועדת חקירה ממלכתית. מינויה העניק לו ולממשלתו פסק זמן, שלא היה ממושך מדי. חלוץ, שספג ביקורת חריפה על אופן ניהול המלחמה, לא המתין למסקנותיה והתפטר. מנכ"ל משרד הביטחון, האלוף במילואים גבי אשכנזי, מונה במקומו.

היתה זו הוועדה השלישית שמוקמת בעקבות כישלון צבאי, ובכל זאת היה הבדל: ועדת אגרנט, שקמה לאחר מלחמת יום הכיפורים, וועדת כהן, בעקבות טבח סברה ושתילה, היו ועדות חקירה ממלכתיות, שחבריהן נבחרים על ידי נשיא בית המשפט

העליון. ועדת וינוגרד היתה "רק" ועדת בדיקה ממשלתית, שחבריה ממונים על ידי שרי הממשלה. ההבדל הזה משקף את אובדן האמון של הפוליטיקאים באותו גרעין של מערכת המשפט, המנופף מעל כל נושא בדגל "שלטון החוק" ומציב את מערכת המשפט מעל לכל מערכות השלטון. לא אובדן האמון בכלל השופטים, אלא באותה קבוצה שנהפכה לדומיננטית בתקופת נשיאותו של אהרן ברק, וחבריה נהפכו לחסידיו הנאמנים (חוסר האמון של הפוליטיקאים בשופטי העליון, למעט יוצאים מהכלל, בא לביטוי גם בנושאים אחרים. בעבר, למשל, נבחרו שופטי העליון מרים בן-פורת ואליעזר גולדברג, לאחר פרישתם, למבקרי המדינה, אבל ב-2005 העדיפה הכנסת שופט מחוזי, מיכה לינדנשטראוס, וב-2012, במאבק בין המשנה לנשיאת בית המשפט העליון אליעזר ריבלין לבין שופט המחוזי יוסף שפירא, נבחר דווקא שפירא. זה לא אומר – כפי שהוכיח לינדנשטראוס אולי בצורה מרחיקת לכת – ששופט מחוזי ישאף להשביע את רצון הפוליטיקאים, אבל ברור שהיה בכנסת חשש מפני מינויו של שופט עליון, שעלול לבוא חמוש באג'נדה שהשליטה את מערכת המשפט על יתר מערכות השלטון).

לראש הוועדה נבחר נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב לשעבר, אליהו וינוגרד, ולצדו הפרופסורים רות גביזון ויחזקאל דרור והאלופים במילואים מנחם עינן וחיים נדל. מועמדים ראויים אחרים, ובהם האלופים במילואים ידידיה יערי ודוד עברי, נפסלו על ידי היועץ המשפטי מני מזוז מחשש לניגוד עניינים, לנוכח קשריהם עם מערכת הביטחון. הפסילה הזו היתה חלק מתרבות "ניגוד העניינים", שכבר מזמן עברה כל גבול מתקבל על הדעת, והפכה את היועץ המשפטי לדמות המרכזית במינויים לשירות הציבורי. מטבע הדברים הוא שלמומחים לענייני ביטחון יהיה קשר למערכת ולאנשים הפועלים בה (מנימוק דומה סירב בית המשפט העליון לפסול החלטה בעניין הענקת פרס ישראל, למרות קשר שהיה בעבר לאחד השופטים עם זוכה הפרס).³⁶⁷

בסופו של דבר, אחרי שצלחה גם עתירות אחדות לבג"ץ, החלה הוועדה לפעול, ואחרי כחצי שנה הגישה "דו"ח חלקי". הוא התייחס לשש השנים שקדמו למלחמה ולחמשת הימים הראשונים של המערכה.

צורפתי לממשלה ב-7 בפברואר 2007. לא הייתי חבר בה כשהוחלט על הקמת ועדת וינוגרד. דו"ח הביניים הוגש ב-30 באפריל 2007, קצת יותר מחודשיים לאחר מינויי, ובימים שקדמו לפרסום הדו"ח שמעתי את השרים מעריכים כי הוא יהיה נוח יחסית. אולם מרט הקים את ממשלתו חודשים ספורים לפני המלחמה, רק אז מונה עמיר פרץ לשר הביטחון, ומה שהתרחש בשנים שקדמו למלחמה לא היה באחריות הממשלה הנוכחית. בחמשת הימים הראשונים של הלחימה, שבהם עדיין

לא החלה פעולת כוחות היבשה, לא התגלו בעיות מיוחדות והם היו מוצלחים מבחינה צבאית.

בניגוד לכל הציפיות, הרו"ח החלקי היה חריף בצורה קיצונית, כשהוא מכוון אל שלושה אנשים בלבד: אולמרט, פרץ וחלוץ. בעמוד הראשון של ההקדמה אמנם מזכירים חברי הוועדה הישגים אחדים, אך מיד משתנה הטון: "יחד עם זאת – לראשונה... – מלחמה שישראל היתה מעורבת בה הסתיימה בלי שישראל ניצחה בבירור מבחינה צבאית. בקושי ומאוחר העבירה ישראל את המלחמה לשטח האויב: ירי הרקטות על העורף נמשך כל המלחמה, עד הרגע האחרון ממש, והופסק רק בשל הפסקת האש. מרקם החיים באזור שהיה תחת איום הרקטות שובש באופן רציני... ארגון סמי-צבאי בן אלפי לוחמים הצליח לעמוד במשך שבועות ארוכים בפני הצבא החזק ביותר במזרח התיכון. קשה להגזים בהשלכות המרחיקות לכת של תוצאה זו בעינינו אנו, כמוגם בעיני אויבינו, שכנינו וידידינו באזור ובעולם."

ניתן לחלוק על ההנחה שלפיה "לראשונה במלחמות ישראל" הסתיימה מלחמה "בלי שישראל ניצחה בה בבירור מבחינה צבאית". מכוח ההנחה הזו מוצגת מלחמת לבנון השנייה כמלחמה שבה הושגה התוצאה הגרועה ביותר מבחינה צבאית בתולדות המדינה. אני מטיל ספק אם ניתן לומר שישראל ניצחה בבירור במלחמת ההתשה שהתנהלה אחרי מלחמת ששת הימים, ואשר הותשו בה שני הצדדים. עובדה היא שמיד עם סיומה העבירה מצרים לתחום התעלה טילי קרקע-אוויר בניגוד למוסכם, בלי שישראל המותשת מנעה זאת או אף הגיבה על כך. תוצאותיה של מלחמת יום הכיפורים היו קודרות מאוד עבור ישראל, אף שהכריזה על ניצחון צבאי. גם התיאור של מלחמת לבנון הראשונה כניצחון צבאי איננו חד-משמעי. ישראל כבשה אמנם שטח לא מבוטל, אך נאלצה תוך זמן לא רב לסגת מרובו (ובסופו של דבר לסגת מכולו) בלחץ פעולות הגרילה של החיזבאללה, לאחר שספגה אבידות כבדות בהרבה מהאבידות שספגה במלחמת לבנון השנייה.

בהמשך הדברים דנה הוועדה באריכות במה שכונה "מדיניות ההכלה" (למעשה, מדיניות הבלגה). ראשיתה בתקופת כהונתו של אהוד ברק בראשות הממשלה, כאשר לאחר הנסיגה המלאה של צה"ל מלבנון אירעה ב-7 באוקטובר 2000 תקרית קשה בהר דב. חיזבאללה תקף סיור של צה"ל וחטף ללבנון שלושה חיילים, שכפי שהתברר לאחר מכן נהרגו בתקרית. כל ממשלות ישראל מאז נקטו מדיניות דומה, והיא שהובילה לתקרית ולחטיפה ב-12 ביולי 2006 ולמלחמה שפרצה. ברור בתכלית שאיש מהאישים שהואשמו על ידי הוועדה, אולמרט, פרץ וחלוץ, לא היה אחראי למדיניות זו, וחלוץ אף התנגד לה מפורשות.

הוועדה ציינה שמדיניות ההכלה היתה מנוגדת להצהרות של ראש הממשלה ברק לאחר שהסיג את כוחות צה"ל מלבנון, ולפיהן תגיב ישראל בחריפות על כל

פגיעה בריבונותה, וקבעה כי היא "אפשרה למעשה לחיזבאללה גם להתעצם צבאית, ללא הפרעה של ממש מצד ישראל, כולל ברקטות לטווחים השונים, וגם לפעול בדרום לבנון ולאורך הגדר במתכונת פרובוקטיבית כנגד ישראל. החיבור בין היכולות הללו, שהיו במהותן גם יכולות אסטרטגיות... יצרו לארגון יתרון ויכולת פעולה ממשית נגד ישראל. כך התאפשרה לחיזבאללה... יוזמה נמשכת, לפעול במועד ובצורה המתאימה לאינטרסים שלו, ללא תגובה צבאית של ישראל... כך נוצר מאזן בעייתי מאוד מבחינת מדינת ישראל במשך תקופה ארוכה".

למרות כל זאת ביכרה הוועדה לא לנקוט עמדה בקשר למדיניות ההכלה וההבלגה, תוך שהיא מציינת שהיו לה גם יתרונות מובהקים. ומאחר שבחרה לא להטיל אחריות על איש בקשר למדיניות שהובילה למלחמה, נותר נושא אחד שעליו היא הניחה את מלוא המשקל: ההחלטה לצאת "מִדִּית לפעולה צבאית רחבה ויזומה". היא עוררה ביקורת קשה, משום ש"לא התבססה על תוכנית מוכנה מראש", ובהמשך: "ההחלטה נעשתה ללא בחינה רצינית של מוכנות הצבא וללא שיקול זהיר של תרחישים אפשריים של התפתחות המערכה". לכך הצטרפה ביקורת חמורה על תהליך קבלת ההחלטות ועל כך ש"לא התקיימו... דיונים מעמיקים ומקיפים על מתווי הפעולה, יעדיה והדרכים למימושם".

המסקנות האישיות פורטו בהרחבה ונוסחו אף הן בלשון קשה. ביחס לראש הממשלה קבעה הוועדה שהוא "אחראי, מיניסטריאלית ואישית, לליקויים בהחלטות שהתקבלו, ולליקויים בתהליכי קבלתן". שר הביטחון "לא דרש ולא בחן תוכניות של הצבא, לא וידא את מוכנותו ואת היערכותו". הרמטכ"ל "כשל בכך שלא היה ערוך ומוכן לאירוע הצפוי, בכך שלא העמיד את הדרג המדיני על מורכבות הזירה". קודם לכן, במסגרת שלל הבג"צים שהוגשו נגדה, הצהיר בא-כוח הוועדה כי "הוועדה מתחייבת ליתן הודעה למי שעלול להיפגע מהדו"ח ולהודיעו מהי הפגיעה הצפויה; ליתן לו זכות עיון בחומר הראיות הרלוונטי לפגיעה הצפויה; ולאפשר לו את זכות הטיעון בפני הוועדה. זכות הטיעון תכלול אפשרות לייצוג וכן אפשרות להבאת ראיות מטעם הנפגע הפוטנציאלי".³⁶⁸ בפועל, הוועדה לא קיימה את ההתחייבות, אולי משום שלא צירפה למסקנות גם המלצות לצעדים אישיים.

חלוץ התייחס לכך בספרו בגובה העיניים, שבו קיבל אחד הפרקים את הכותרת "צדק טבעי? לא בוועדת וינוגרד".³⁶⁹ התנועה למען איכות השלטון בישראל והסניגוריה הצבאית העלו את הנושא בפני בג"ץ, אך בית המשפט פסק שכאשר יש נפגע ישיר (ובענייננו: ראש הממשלה, שר הביטחון והרמטכ"ל, שאליהם התייחס הדו"ח) אין מקום בדרך כלל לעתירה ציבורית. השאלה שהונחה בפני בג"ץ – האם הוועדה עמדה בדרישת הצדק הטבעי – לא נבחנה.³⁷⁰

התגובה הציבורית היתה קשה. ימים אחדים לאחר פרסום הדו"ח התקיימה עצרת רבת משתתפים בכיכר רבין. מספר המפגינים הוערך ב-100 אלף. הנואמים קראו לראש הממשלה ולשר הביטחון להתפטר. הסופר מאיר שלו נתלה באחד מנאומיו של ראש הממשלה, שבו אמר כי הוא עובד למען הציבור, והכריז: "ראש הממשלה, אתה עובד אצלנו... אתה מפוטר." דבריו זכו בתשואות. קצת יותר מחודש לאחר פרסום הדו"ח התקיימו בחירות פנימיות בעבודה. פרץ הידרדר למקום השלישי וסיים את תפקידו כשר ביטחון.

הדו"ח הסופי של הוועדה הוגש בינואר 2008, כתשעה חודשים לאחר דו"ח הביניים. הפעם נעלמה הלשון החריפה. הוועדה נמנעה לחלוטין לא רק ממתן המלצות אישיות אלא גם מקביעת מסקנות אישיות. היא ציינה אמנם שבתחומים שונים התגלו כשלים, אך נמנעה מלנקוב באחראים. "הטלנו אחריות אישית על שלושת הקברניטים" (בדו"ח החלקי), כתבו חברי הוועדה בדו"ח הסופי, "למרות שמצאנו ליקויים לא קלים גם בפעולתם ובמחדליהם של רבים אחרים במערכת המדינית והצבאית, ולמרות שחלק ניכר מתנאי הרקע של ההחלטות הוכתבו לשלושה על ידי עובדות ותהליכים אשר הם לא היו אחראים להם... לא באנו ליצור מצב בו מנהיגים מדיניים או צבאיים יעדיפו להימנע מתגובה צבאית נחוצה, בשל חשש מכישלון או מוועדת חקירה. גם היסוס וחשש יתר עלולים להיות מסוכנים מאוד למדינת ישראל במציאות בה היא קיימת ופועלת". אמנם פורטו שם כשלים ותקלות, אך בנקודות מרכזיות אחדות הדו"ח הסופי דווקא "טיהר" את ראש הממשלה. אף על פי כן, ספק אם הדו"ח הסופי עמעם את השלכות הדו"ח החלקי, שמשמעותן היא כי מנהיג שמחליט על צעד צבאי חיוני מסתכן פוליטית, משום שמהלך כזה כרוך באי-ודאויות ועלול לגרור התפתחויות לא צפויות. לעומת זאת, הימנעות מצעד צבאי חיוני כמעט אף פעם לא תגרור ועדת חקירה, ולרוב אינה כרוכה בסיכון פוליטי למדינאי. הסיכון הוא למדינה.

הביקורת הציבורית החריפה ביותר התמקדה במהלך הקרקעי הנרחב שצה"ל יצא אליו ב-11 באוגוסט 2006, סמוך להפסקת האש, וגבה קורבנות רבים. ראש הממשלה הסביר כי חשש שהחלטת מועצת הביטחון, כפי שהצטיירה אז, לא תהיה נוחה לישראל. בעניין זה היו גם ראיות מתועדות. באותו יום התקיימה שיחת טלפון בין יורם טורבוביץ', ראש הסגל בלשכת אולמרט, לבין סטיב האדלי, היועץ לביטחון לאומי האמריקני, שבו הבהיר טורבוביץ' כי נוסח ההחלטה כפי שהוצע באותו שלב מהווה ניצחון לחיזבאללה ומפלה לישראל, והתוצאה תהיה התפטרות הממשלה. הוועדה אף חלקה מחמאות לתפקודו של "צוות טורבוביץ'" על פעולתו המקצועית, קיבלה את הסבריו של אולמרט, וקבעה שהחלטת הקבינט לאשר את ההמלצה למהלך קרקעי, תוך הסמכת ראש הממשלה ושר הביטחון

להתנעתה לפי לוח הזמנים המדיני, "היתה סבירה במסגרת שיקול הדעת המדינאי והמקצועי של מקבלי ההחלטות".

ככלל, דו"ח וינוגרד ממחיש את הקושי לצפות תוצאות של הליך משפטי. דו"ח הביניים התייחס לפתיחת המערכה, שנחשבה מוצלחת, אך נוסח בצורה קטלנית. הדו"ח הסופי עסק בשאר חלקי המערכה, כאשר תפקוד הממשלה והצבא בוקרו בחריפות בתקשורת ובציבור, והיה דווקא מתון. בקיצור, בשני המקרים קצרו מקבלי ההחלטות תוצאה הפוכה מזו שהיה אפשר לצפות לה.

השפעה נוספת של דו"ח הביניים השתקפה בכך שלאחר פרסומו התארכו במידה רבה הדיונים בנושאים ביטחוניים בממשלה, כאשר לעתים חזרו ועלו אותן נקודות, השרים דשו וחזרו ודשו באותם עניינים, ובלבד שלא יהיה ניתן להטיל דופי בהליך קבלת ההחלטה. אולם כשם שלא ניתן להתכונן למלחמה הבאה רק על בסיס המלחמה הקודמת, כך לא ניתן להתכונן לוועדה הבאה על בסיס מסקנות הוועדה הקודמת, שהרי ניתן להניח שוועדה חדשה תמצא לעצמה נושאים אחרים להתמקד בהם.

עוד לא שככה סערת דו"ח הביניים של וינוגרד, וביוני 2007 ביצע החמאס הפיכה צבאית בעזה. בתוך ימים ספורים השתלט הארגון על הרצועה, באכזריות יוצאת דופן. פעילי פת"ח הושלכו מקומות עליונות של בניינים, אחרים נורו בברכיהם ונותרו נכים. אחדים הצליחו להימלט לישראל ונדרו לגדה. היה ברור שהחמאס ינצל את היתרונות שמעניק לו שלטונו על יותר ממיליון פלשתינים כדי להגביר את הטרור, להתחבר עם איראן וחיזבאללה ולחבור אל הגורמים הקיצוניים בעולם המוסלמי. הוחלט לאסור כניסתם של תושבי הרצועה לישראל גם לצורך ביקור בני משפחה כלואים. עתירות לבג"ץ נגד המהלך – נדחו³⁷¹ (אך העתירה נגד ההגבלה על אספקת החשמל והדלק לרצועה העמידה את הממשלה במצב בלתי-אפשרי, ולמעשה סיכלה את המהלך, כפי שיפורט בהמשך).

הסכם שלום עם הפלשתינים היה תקוותו הגדולה של אולמרט, ואם הדבר יהיה בלתי-אפשרי – לבצע את תוכנית ההתכנסות, שתסיים באופן חד-צדדי את שליטתנו בפלשתינים בגדה המערבית. לאור הנסיבות, היה עליו לפעול כעת בתנאים גרועים במיוחד. הנחתו היתה שאבו-מאזן יתקשה לנהל משא ומתן כל עוד נמשכות הפעולות הצבאיות שננקטו לאחר חטיפתו של שליט. הוא החליט להגיע להפסקת האש שהושגה בסוף נובמבר 2006 – כלומר, תשעה חודשים לפני הפיכת החמאס ברצועה, בתקופה שאבו-מאזן עדיין שלט בה, לפחות באופן רשמי. מכאן ואילך התנהל משא ומתן. חלקו היה חשאי וחלקו התקיים ישירות בין

אבו-מאזן ואולמרט – בירושלים ובוועידת אנאפוליס. הוועידה, שהתקיימה בנובמבר 2007, הסתיימה בהצהרת כוונות: להשיג לפני סוף 2008 הסכם שלום. התקווה לא התגשמה, אבל היה זה צעד נוסף לחיזוק מעמדה הבינלאומי של ישראל. איש לא הטיל ספק בכנות רצונה לשלום ובנכונותה לשלם מחירים. אולמרט הציג מתווה המבוסס על קווי 4 ביוני 1967, כפוף לכך שיצורפו לישראל גושי ההתנחלויות הגדולים, ובתמורה תעביר ישראל לפלשתינים שטחים מתחומה. הוא הציע גם הסדר בירושלים, והביע נכונות לקלוט מספר לא גדול של פליטים במשך שנים אחדות. אפילו להסדר הזה, הטוב ביותר שהפלשתינים יכלו לחלום עליו, לא התקבלה הסכמתם.

איראן פועלת בתחום הגרעין שנים לא מעטות. לטענתה מדובר בפרויקטים להפקת חשמל, אבל קיימות עדויות חותכות שהיא חותרת להשגת נשק גרעיני. בינתיים, בחסות הצל הגדול של העימותים הדיפלומטיים, הסנקציות הכלכליות והאיומים בצעדים צבאיים מול טהרן – התפתחה הרבה יותר קרוב, בסוריה, פעילות ענפה בתחום הזה.

השתלשלות האירועים מובאת בספר הזיכרונות של נשיא ארצות הברית ג'ורג' בוש הבן, Decision Points, המספר כי הכור שהוקם בדיר א-זור תאם מודל שנבנה בצפון קוריאה, וכי אולמרט פנה אליו בבקשה שיפציץ אותו. האמריקנים שקלו את האפשרויות, אבל המודיעין שלהם לא אישר חד-משמעית כי מתבצעת בכור תוכנית לייצור נשק גרעיני, ובוש הודיע כי יימנע מתקיפה. אולמרט המאוכזב הסביר לו שייצור נשק גרעיני בסוריה מהווה סכנה קיומית לישראל.

ב-6 בספטמבר 2007 הופצץ הכור ונהרס, ומקורות זרים ייחסו את התקיפה לישראל. הנשיא לשעבר כתב: "ביצוע התקיפה של אולמרט החזירה לי את האמון בישראלים, שאבד במלחמת לבנון." לימים סיפר אמנון אברמוביץ' במאמר "פילם נואר" ב"ידיעות אחרונות", כי משטמתו של שר הביטחון אהוד ברק כלפי הרמטכ"ל באותה עת, גבי אשכנזי, נובעת "גם מקריעת המסכה מעל פניו של מי שהתנגד לתקיפת כור גרעיני, פה ליד הבית, חודשים בטרם יהיה חם וקטלני".

מאז פורסם בחו"ל חומר נוסף, שהתייחס גם לסבך שנוצר לאחר שברק החליף את עמיר פרץ בתפקיד שר הביטחון ביוני 2007 (פחות מארבעה חודשים לפני הפצצת הכור). סופר כי ברק התנגד לתקיפת הכור, ודרש לדחות אותה בחודשים אחדים, אף כי היה חשש משמעותי שבתקופה הזו הוא ייהפך ל"כור חם". הפצצתו בשלב זה היתה יוצרת סכנה חמורה, ועלולה אף לזהם את מימי נהר הפרת, שזורם לא הרחק מהכור. לדברי ברק, דרישתו לדחייה נבעה מחשש מפני חזרה על מלחמת לבנון השנייה, שלא הוכנה כראוי, אך אולמרט חשד ששיקוליו הם פוליטיים.

לפי אותם פרסומים אולמרט עמד על דעתו לבצע את התקיפה, והעניין הובא להכרעת הקבינט הביטחוני, שם הצטרף בסופו של דבר ברק לתומכים. בישראל ניתן לפרשה פרסום, בהסתמך על מקורות זרים, בספרם של יוסי מלמן ודן רביב "מלחמות הצללים, – המוסד וקהילת המודיעין"³⁷² ובמאמרו של איתמר אייכנר "דוקטור אהוד ומיסטר ברק",³⁷³ שבו נאמר בהסתמך על ספרם של מלמן ורביב כי: "אולמרט ואחרים הגיעו למסקנה שברק לא הונע משיקולים מקצועיים אלא אישיים-פוליטיים, הנוגעים לכך שבאותו זמן המתינו למסקנות ועדת... וינוגרד בנוגע למלחמת לבנון השנייה. אשכנזי, דגן ובמיוחד אולמרט הגיעו למסקנה ששר הביטחון מייחל לאפשרות שאולמרט ייאלץ לפנות את כיסאו, והוא – ברק – יחליפו או ישמש שר ביטחון בממשלה חלופית... ובממשלה כזו... תקיפה מוצלחת בסוריה תיזקף לזכותו." ברק דוחה כמובן הערכות אלה, וטען שחשש מפני מהלך פזיז של ראש הממשלה.*

על כל זה ראוי להוסיף שבוש מספר בספרו כי הציע לאולמרט לפרסם את דבר הפעולה, במגמה לבודד את המשטר הסורי, אך ראש הממשלה עמד על כך שההפצצה תישמר בסוד, כדי לא לדחוק את בשאר אסד לפינה ולגרום לו להגיב. הדברים מלמדים שאולמרט הקריב בכך את האינטרס האישי שלו. מצבו בציבור לאחר דו"ח הביניים של ועדת וינוגרד היה רחוק מלהלהיב. חיסול כור גרעיני בסוריה יכול היה לחזק באופן דרמטי את מעמדו. למרות זאת, הוא העדיף את האינטרס הכללי של ישראל, ומנע פרסום. לא כך נהג מנחם בגין לאחר הפצצת הכור בעיראק.

מתיאורו של הנשיא בוש עולה גם ההתלבטות בין המסלול הדיפלומטי למסלול הצבאי לשם התמודדות עם הכור. כיוון שהסורים ביקשו לשמור בסוד את פעולתם בתחום הגרעין, היה עליהם לסמוך על כך שהסוד הוא שישמור על הכור. אילו הציבו סביבו אמצעי הגנה בהיקף משמעותי, היה הדבר מלמד שמוקם במקום מתקן צבאי יקר ערך. אבל ברגע שהסוד נחשף, בלי שהם היו ערים לכך, והכור התגלה, הוא נותר ללא הגנה של ממש. פעילות דיפלומטית היתה מגלה לסורים שדבר קיומו של הכור ידוע. הם היו פורסים סביבו מערכי הגנה, ומן הסתם גם מכינים תגובה למקרה של פגיעה בו. צעדים כאלה היו מכבידים על פעולה צבאית, ומגבירים במידה רבה את הסיכון הכרוך בה. כישלוננו של מהלך דיפלומטי, והיה סיכון ממשי שכך יקרה, היה מציב בעיה מסוג שונה לחלוטין, וקרוב לוודאי שאם היתה מתבצעת אז פעולה צבאית, התוצאה היתה התלקחות רבתי.

* האמון שלי בברק כשר ביטחון, לאחר תקופת כהונה משותפת בממשלה – אבד לחלוטין.

שר המשפטים חיים רמון התפטר קצת פחות מארבעה חודשים לאחר שקמה הממשלה, בעקבות כתב האישום שהוגש נגדו ב"פרשת הנשיקה". לנוכח חוסר ההיגיון בהליך, ומאחר שכתב האישום נראה חסר בסיס, האמינו בתמימותם שרים בממשלה, כפי שהאמין גם רמון עצמו, כי יש סיכוי ממשי שהוא יזוכה. על בסיס ההנחה הזו הופקד המשרד בידי ממלא מקום זמני, שר המשפטים לשעבר מאיר שטרית, נוסף על תפקידו כשר הבינוי והשיכון. על פי החוק מוגבל מינוי זמני לשלושה חודשים, ומשחלפה התקופה ומשפטו של רמון לא הסתיים, מונתה שרת החוץ ציפי לבני במינוי זמני גם לשרת המשפטים, תפקיד שגם היא מילאה בעבר.

פסק הדין ניתן ב-31 בינואר 2007, וגרם זעזוע במערכת הפוליטית.* רמון הורשע בביצוע מעשה מגונה ללא הסכמה, וכעת נותר להמתין לגזר דינו. ברור היה שהוא לא יוכל לחזור לתפקיד שר המשפטים, והיה ספק אם יותר לו בכלל לכהן בממשלה. אולמרט החליט להציע לי את המשרה, אף שלא הייתי חבר קדימה ולא חבר כנסת. המינוי אושר בממשלה, כשבמהלך הדיון משבח היועץ המשפטי מני מזוז את הבחירה במילים "לתפארת מדינת ישראל". הוא אמר את הדברים חרף הביקורת הקשה שמתחתי על העמדתו של רמון לדין, וזכרתי אותם גם בימים שבהם היחסים בינינו לא היו קלים.

ב-7 בפברואר אושר המינוי ברוב גדול בכנסת. חברי הליכוד הצביעו נגד, אך בתום ההצבעה בירכו אותי. אחדים מהם הביעו תמיכה אישית, וציינו שלא יכלו כחברי אופוזיציה לתמוך במינוי שר בממשלת אולמרט. בהמשך הדרך זכיתי בשיתוף פעולה מלא מצד סיעת הליכוד, שתמכה כמעט ללא יוצא מהכלל בעמדותי. הייתי אפוא שר המשפטים הרביעי בממשלת אולמרט (אחרי רמון, שטרית ולבני), שקמה תשעה חודשים קודם לכן וכבר הספיקה לעבור את הטראומה של מלחמת לבנון השנייה.

גזר הדין במשפטו של רמון היה היפוך מוחלט של הכרעת הדין. הפעם התחלפו המילים הקשות בניסוחים מלאי הבנה למצבו, ונקבע שהרשעתו היא ללא קלון. הוא נידון ל-120 שעות עבודה לתועלת הציבור ולתשלום 15 אלף שקלים פיצויים למתלוננת. נפתחה בכך הדרך לשובו לממשלה, וגם אני הבעתי תמיכה בכך. ואכן, במאי 2007 חזר רמון לכנסת, ואחרי כחודשיים צורף לממשלה בתפקיד משנה לראש הממשלה למשימות מיוחדות.

בכך לא התמצתה התחלופה בממשלה. בסוף אוקטובר 2006, בעוד משפטו של רמון מתנהל, הצטרפה "ישראל ביתנו" לקואליציה. אביגדור ליברמן התמנה לסגן

* אני הגבתי על פסק הדין במאמר ביקורת חריף, שנשא את הכותרת "משפח רמון", ופורסם ב"ידיעות אחרונות" ב-2 בפברואר 2007.

ראש הממשלה ושר לעניינים אסטרטגיים ויצחק אהרנוביץ' לשר התיירות. למפלגתם היו אז 11 מנדטים, וצירופה חיזק את הקואליציה וצמצם את התלות המוחלטת של הממשלה במפלגת העבודה. אבל כניסתה של ישראל ביתנו הביא לשיפור גם בנושא אחר לחלוטין, שנוטים משום-מה להחשיבו כשולי: אהרנוביץ' הציע להגיע להסכם עם רוסיה, בדבר ביטול הרדי של הדרישה לאשרות כניסה לתיירים. ש"ס התנגדה למהלך וגם אבי דיכטר, בשם המשרד לביטחון פנים, הסתייג ממנו. הוא הביע חשש שיגדל בדרך זו "יבוא" העבריינות לישראל. אני לא ראיתי כל יסוד לחששות הללו. תמכתי חד-משמעית במהלך, שעבר ללא קושי.

מבחינה פוליטית, כניסתה של ישראל ביתנו לממשלה העניקה דחף נוסף לתסיסה בעבודה. שר המדע, הטכנולוגיה והספורט אופיר פינס התפטר במחאה, ובמקומו נבחר ראלב מג'אדלה – המוסלמי הראשון שהתמנה לשר בממשלת ישראל.

יום לאחר הגשתו של דו"ח הביניים החמור של ועדת וינוגרד הודיע איתן כבל, שכיהן כשר בלי תיק הממונה על רשות השידור, על התפטרותו. הוא קרא לראש הממשלה לנהוג כמותו. לא חלף יום נוסף, ושרת החוץ ציפי לבני כינסה מסיבת עיתונאים, לאחר פגישה שנקבעה לה, לבקשתה, עם ראש הממשלה. לבני אמרה לאולמרט בפגישה, כי לנוכח הדו"ח יהיה נכון מבחינתו להתפטר. בעקבות מהלך כזה, אילו התרחש, היא היתה, כממלאת מקום ראש הממשלה, הופכת לראש הממשלה בפועל – אלא שאולמרט לא השתכנע מטיעוניה. למרות זאת הודיעה לבני בפומבי כי אין בדעתה להתפטר, וכי תפעל ליישום מסקנות הדו"ח מתוך הממשלה.

התופעה ששר יכול לקרוא לראש הממשלה להתפטר ולהמשיך לכהן בממשלה היא מפלאי השיטה הישראלית. אולמרט יכול כמובן לפטרה. הסדר התקין היה מחייב שכך ייעשה, האפשרות אפילו נשקלה ואחדים מיועציו של ראש הממשלה המליצו לפניו לעשות זאת – אך הוא בחר להימנע מכך. מעמדו לאחר הדו"ח היה רחוק מלהיות איתן. הוא נהנה אמנם מתמיכתם של רוב שרי קדימה וחברי הכנסת שלה, אך היו לו גם מתנגדים, והוא העדיף לא לבצע צעד שעלול ליצור קרע במפלגה. בדומה לראשי ממשלה קודמים היה עליו להמשיך לנהל את ממשלתו כאשר יושבת בה חברה ממפלגתו, המבקשת לתפוס את מקומו.

המאבק הפנימי בעבודה היה בעיצומו בעת פרסום דו"ח הביניים של ועדת וינוגרד. הבחירות הפנימיות לראשות המפלגה נקבעו לחודש שלאחר מכן, והמועמדים המובילים היו אהוד ברק, עמי אילון ועמיר פרץ. בסיבוב הראשון זכו ברק ואילון בשני המקומות הראשונים. ההכרעה עברה לסיבוב השני, ואז הצטרף אופיר פינס, שהתמודד בסיבוב הראשון וכשל, אל תומכיו של ברק, לאחר שברק

הבטיח לו כי ידרוש מאולמרט להתפטר מראשות הממשלה עד פרסום הדו"ח הסופי של הוועדה – או שיפרוש מהממשלה ויוביל לבחירות חדשות.

בסיבוב השני ניצח ברק. הוא לא המתין הרבה. ב-17 ביוני, ימים ספורים בלבד לאחר שפרצה המהפכה שבה השתלט החמאס על עזה, התקיימה ישיבה בביתו של ראש הממשלה, בהשתתפות שר הביטחון עמיר פרץ. בעיצומה של הישיבה נשמעה נקישה בדלת, ואב הבית מסר שני פקסים דחופים. האחד היה מיועד לראש הממשלה. ברק הודיע בו כי בהתאם להחלטת מפלגת העבודה הוא יכהן מעתה כשר הביטחון במקומו של פרץ, והוא מבקש להשלים מיד את ההליכים הדרושים לשם כך. ההעתק היה מיועד לפרץ. אולמרט מספר שהוא נותר פעור פה למקרא הדברים, ואילו פרץ יצא מהישיבה. גם להצעתו של ראש הממשלה, לתת לפרץ את תיק הקליטה על חשבון קדימה, ברק סירב. הוא היה מוכן שפרץ יישאר בממשלה רק כשר בלי תיק, ולכך פרץ לא היה מוכן.

לאולמרט לא היתה ברירה. בלי העבודה לא היה לממשלתו רוב, והוא נעתר לדרישות ברק. במשאל טלפוני אישרו השרים את המינוי, ולמחרת הוא אושר גם בכנסת. בתוך שלושה ימים מונה אהוד ברק לשר הביטחון. עמיר פרץ פרש מהממשלה, לאחר שכיהן בה כשנה ושבע לא מעט ביטויי זלזול וביקורת, לא פעם מופרזים, מכוערים וחסרי רסן. חודש בערך לאחר ששרת החוץ ביקשה מראש הממשלה להתפטר, על מנת שתוכל להתיישב על כיסאו, צורף לממשלה שר בכיר נוסף, שחתר אף הוא להדיח את ראש הממשלה ולתפוס את מקומו.

באותו חודש, יוני 2007, נבחר שמעון פרס לנשיא המדינה. הוא פרש כמובן מהממשלה. לערך באותם ימים דיווח לי מני מזוז על החקירה הפלילית שהתנהלה נגד שר האוצר אברהם הירשזון ועל הראיות שהצטברו נגדו. היתה זו הפעם היחידה שבה מסר לי מזוז דיווח על חקירות נגד שר, אף כי לא חסרו חקירות ו"בדיקות" כלפי חברי ממשלה. הוא לא ביקש להפסיק את כהונתו של הירשזון, אבל החלטתי לשוחח עם אולמרט, ומסרתי לו כי לדעתי אין מנוס מסיום כהונתו של הירשזון. עשיתי זאת בצער רב. הירשזון הוא איש נעים הליכות, תפקודו כשר האוצר היה ללא דופי, והפרשה שבה דובר אירעה לפני כניסתו לתפקיד. לא דמיינתי שמינויי לשר המשפטים יישא בחובו מטלות מסוג זה, אבל סברתי שאין ברירה, וכי המשך כהונתו רק יגרום נזק.

שוב החל סבב מינויים. במקומו של הירשזון התמנה שר הפנים רוני בר-און. מאיר שטרית, שר הבינוי והשיכון, התמנה לשר הפנים. במקומו הופקד על משרד הבינוי והשיכון השר לקליטת עלייה זאב בויס. לתפקיד שר הקליטה מונה שנה לאחר מכן חבר הכנסת אלי אפללו. חודשיים קודם לכן צורף לממשלה עמי אילון כשר בלי תיק לענייני ביקורת המדינה.

בינואר 2008, כשנה ורבע לאחר שהצטרפה לקואליציה, החליטה ישראל ביתנו לפרוש ממנה, והשרים ליברמן ואהרונוביץ' פרשו מהממשלה. עילת הפרישה היתה ועידת אנאפוליס, אבל אפשר להניח שהצטרף אליה השיקול האלקטורלי. הממשלה כיהנה כבר קרוב לשנתיים, והיה ברור שלאחר פרישתם של ליברמן ואהרונוביץ' היא לא תוכל להחזיק מעמד. מבחינת ישראל ביתנו מוטב היה להתנתק מממשלה שנוטה למרכז ושמאלה ממנו – והמהלך הוכח כנכון. בבחירות שהתקיימו בפברואר 2009 עלתה ישראל ביתנו מ-11 מנדטים ל-15, ונהפכה למפלגה השלישית בגודלה (לאחר קדימה והליכוד).

דו"ח וינוגרד הסופי הוגש בסוף ינואר 2008. ברק בחר שלא להוביל את העבודה לפרישה מהממשלה, וביכר להישאר בפנים "כדי לתקן את הליקויים".

חקירות תחת אש

נגד אהוד אולמרט מתנהלות זה שנים חקירות בשורה של עניינים, שרובם אינם קשורים זה בזה וחלקם טפלים. רבות מהחקירות נסגרו, חלקן לאחר שנים, אך כל אימת שנסגר תיק אחד – נפתחו אחרים. ב-1996, תקופת כהונתו של היועץ המשפטי מיכאל בן-יאיר, שבה הוגשו כתבי אישום נגד לא מעט אישים מהימין, הועמד אולמרט לדין באשמות הנוגעות להפרת חוק מימון מפלגות. ספק רב אם היתה לכך הצדקה, ואולמרט אכן זוכה.

ב-2001, כאשר כיהן אולמרט כראש עיריית ירושלים, נפתחה חקירה נגד דוד אפל, בין השאר בהקשר למיזם ענקי שכונה "האי היווני". המיזם גרר חקירות גם נגד ראש הממשלה שרון ובנו גלעד, והן נסגרו כעבור זמן. לגבי אולמרט מצאו החוקרים פגם בכך שכראש העירייה הוא אירח את ראש עיריית אתונה, כנראה לבקשתו של אפל. ב-2002 המליצה המשטרה להעמיד את אולמרט לדין בגין שוחד והפרת אמונים. התיק נסגר על ידי מני מזוז ב-2004.

קשה להבין מה דופי בכך שנבחרו ציבור מסייעים לאנשי עסקים בקשריהם עם גורמי חוץ ומעוררים פעילות עסקית. בהתאם לכך, קשה למצוא פגם בכך שנשיא ארצות הברית מצרף אליו לנסיעה לסין או לרוסיה אנשי עסקים, במטרה לעודד קשרי מסחר. אבל בישראל צעד כזה מעורר מיד תהיות ותמיהות, גבות מתרוממות ועיניים מתגלגלות, ומהר מאוד נשלף המונח "הון-שלטון", שנהפך לביטוי נרדף לשחיתות. המשפטיזציה שכבשה את המדינה כללה, כאחד מיסודותיה, גם חיזוק הבירוקרטיה וערעור מעמדם של נבחרים הציבור, שנחשדים מיד, אם לא בשחיתות ממש, במניעים בעייתיים או בלתי-סבירים. לעומת זאת נהפכה הפקידות הבכירה לערובה לטוהר המידות ולשכל הישר. הדברים לא בהכרח תאמו את המציאות, לא חסרו בקרב הפקידות הבכירה הרשעות בעבירות שחיתות, וההיגיון המנחה את כל אנשי "הדרג המקצועי" לא היה תמיד כליל השלמות – אבל כל זה לא נחשב לרלוונטי.

אולמרט בתפקידו הציבוריים גילה פעילות רבה, ביקש לקדם פרויקטים בתחומים שהיה ממונה עליהם, ולא פעם קרה שעמדו לא תאמה את עמדת "הדרג

המקצועי". בהקשר זה כדאי להזכיר את פרשת הקרקעות החקלאיות, שאותן ביקש, כאחראי על מינהל מקרקעי ישראל, להפשיר לבנייה. הדרג הפקידותי, כפי שסופר בפרק קודם, התנגד להסדר, וביקש להפחית את התשלומים לחקלאים. לא הועלתה כלל טענה של שחיתות, אך בג"ץ בחר להתערב במחלוקת הבלתי-משפטית ולהעדיף את שיקול הדעת של הפקידים (כולל היועץ המשפטי). העניין נתקע ל-10 שנים, ובינתיים פרץ משבר הדיור.

פרשה אחרת, שהמיטה על אולמרט ביקורת חריפה מצד מבקר המדינה, התייחסה לכך שכשר התמ"ת והממונה על מרכז ההשקעות הוא עודד מתן תמיכה למפעל "סיליקט" בדימונה, המייצר חומרי גלם לענף הגומי והפלסטיקה. משהו מגלגולי המפעל והבירוקרטיה ניתן ללמוד מההיסטוריה שלו: ב-1992 קיבל "סיליקט" מעמד של מפעל מאושר, אך כיוון שלא הוקם, בוטל האישור ב-1997. ב-2001 חודשה הבקשה, אך לא נידונה זמן רב. היזם, פימה פיינבלום, שכר את עו"ד אורי מסר, שהיה שותפו של אולמרט. בדצמבר 2003 זכה המפעל באישור, וב-2004 הונחה אבן הפינה. דו"ח המבקר, שהתפרסם באפריל 2007, היה חריף במיוחד. הוא ראה בחומרה את עצם התערבותם של השר ועוזריו "בפעולות פרטניות שהן בתחום תפקידיהם וסמכויותיהם של הגורמים המקצועיים במרכז ההשקעות". נוסף על כך קבע כי אולמרט פעל בניגוד עניינים, וכי "כאשר ניגוד העניינים כולל בתוכו היבט כספי, עובר הציבור מקרין את הקשר בין הון לשלטון" (ראוי לציין, כי הקשר של אולמרט לא היה עם בעל ההון אלא עם עורך דינו). המבקר גם הפנה לפסק דין שבס, שעסק בהפרת אמונים – הפניה שהיה בה יותר מרמז לכך שנעברה עבירה פלילית. לאור זאת הועבר הדו"ח ליועץ המשפטי.

שאלת הקשר בין הגוף המחליט לבין מי שמייצג את בעל האינטרס היא אכן שאלה נאה, שהתעוררה בשורה של הקשרים. למשל, כשעורך דין מופיע בתיק המתנהל לפני שופט שהוא ידידו, כפי שקרה בעניינו של אלי הורביץ בפרשת "פרומדיקו", או כשעובד לשעבר, שקשר קשרים במקום עבודה ציבורי, מייצג לקוחות לפני אותו מקום עבודה. אפשר לקבוע כללים בעניין זה, אך הרעיון שיש בכך משום עבירה פלילית הוא מרחיק לכת. מכל מקום, בצד הטענות נגד אולמרט, המקרה ממחיש את רצונו לקדם נושאים חשובים בלי להיות נשלט על ידי הבירוקרטיה. על חשיבות המפעל אין צורך להתעכב: הוא הוקם בדימונה, הסובלת ממחסור במקומות עבודה, מועסקים בו מאות עובדים, והוא תורם לפיתוח נגב. אין גם צורך לאזכר את תרומתו העצומה של פנחס ספיר לפיתוח התעשייה בארץ, ומן המפורסמות היא שספיר קיבל אינספור החלטות בדבר סיוע למפעלים בעצמו, בלי שראה עצמו כבול ל"דרג המקצועי" ולא פעם בניגוד לדעת הפקידים.

דו"ח המבקר בעניין "סיליקט" היה המשך לגל של דו"חות בענייניו של אולמרט, שהחל ב-2006 – השנה שבה נבחר לראשות הממשלה ונהפך למטרה ראויה לחקירות. מכאן ואילך הן החלו להתפשט בכל הכיוונים. כישלון צבא היבשה במלחמת לבנון השנייה, שהסתיימה באמצע אוגוסט אותה שנה, גרר ביקורת קשה ואובדן התמיכה הציבורית באולמרט, שנהיה טרף קל. כל ביקורת וחקירה נגדו, הגם שלא היה להן קשר למלחמה ואף אם לא היתה להן הצדקה, זכו בתמיכה ובעידוד.

שלושה חודשים לפני הבחירות שבהן זכה אולמרט, פתחה המשטרה בבדיקה בחשד לשוחד באמצעות קבלת עטי יוקרה. אחרי חצי שנה קבע היועץ המשפטי שאין מקום לחקירה פלילית. ההחלטה גררה עתירה לבג"ץ, על מנת שיורה ליועץ לפתוח בחקירה פלילית. העתירה נדחתה.³⁷⁴ באותו חודש, מרס 2006, פרסם מבקר המדינה, מיכה לינדנשטראוס, דו"ח על מה שכונה "הבית ברחוב כ"ט בנובמבר". מדובר היה בבית פרטי של אולמרט, שהוא מכר למיליונר בשם דניאל אברמס, כשגם לאחר המכירה המשיכה משפחת אולמרט להתגורר זמן-מה בבית, בשכירות. הטענות היו שאולמרט מכר את הבית במחיר "גבוה מדי", וכי דמי השכירות ששילם לאחר מכן היו "נמוכים מדי". דו"ח המבקר מצא שהמחיר שבו נמכר הנכס היה סביר וכי דמי השכירות אכן נמוכים יחסית, אך לא הוכח שהסכום "אינו במתחם הסבירות".

באותו חודש עצמו טיפל היועץ המשפטי מזוז בתלונה נוספת, הפעם ביחס לבית שרכש אולמרט ברחוב פרמיה, שנטען כי נקנה "בזול". היועץ המשפטי מצא שאין מקום לחקירה פלילית, ולמרות זאת העביר מבקר המדינה את הנושא לבדיקה של ניצב בדימוס יעקב בורובסקי, יועצו "לעניין המאבק בשחיתות", כדי להחליט אם יש מקום לחקירה מקיפה יותר. בספטמבר 2006, לאחר הכישלון במלחמת לבנון, הגיע הרגע לחקירה אינטנסיבית. אנשי המבקר נפגשו עם ראש הממשלה וחקרו אותו על פרשת הבית בפרמיה, כאשר הטענה היתה שתמורת מחירו הזול פעל אולמרט להאצת פרויקט בנייה. התיק הועבר למזוז, שהורה על פתיחת חקירה. ניתן לכך, כמובן, ביטוי בתקשורת.³⁷⁵ עוד קודם לכן, באוגוסט, פורסמה בקשר לבית בפרמיה תחזית בדבר חקירת משטרה צפויה. "רבים הסיכויים, שבתוך כחודשיים... (אולמרט) לא יכהן עוד כראש ממשלת ישראל", כתב ארי שביט ב"הארץ".³⁷⁶

חקירות המבקר עוררו את השאלה, האם זהו בכלל עניינו לחקור טענות מסוג זה. עקרונית, תפקידו של מבקר המדינה לחקור את פעולת מערכות השלטון. אם אגב כך הוא נתקל בחשד לעבירה פלילית, עליו להעביר את הנושא ליועץ המשפטי. כך, למשל, הבדיקה שביצע המבקר במרכז ההשקעות היא בתחומו, ואם

חשד שנעברה עבירה היה מקום שיעביר את הנושא ליועץ המשפטי. לעומת זאת, במקרה הנוכחי לא דובר בחקירת מערכת שלטונית, אלא בטענה על קבלת טובת הנאה על ידי איש ציבור. זה עניין למשטרה או ליועץ המשפטי, שהחליט כאמור כי אין מקום לחקירה פלילית. לא מתקבל על הדעת שכעת ייפתח מסלול חקירה נפרד, על ידי המבקר, לבירור אם בוצעה עבירה.

אם לא היה די בכך, חודש לאחר מכן דווח בתקשורת כי המבקר ימליץ ליועץ המשפטי לפתוח בחקירה פלילית נגד אולמרט ואישים נוספים בחשד לעבירות שוחד במכרז למכירת גרעין השליטה בבנק לאומי. באוגוסט 2006 התפרסם דו"ח מבקר המדינה בעניין הרשות לעסקים קטנים, שבו יוחסו לאולמרט מינויים פוליטיים. הדו"ח הועבר ליועץ המשפטי.

גודש הפרסומים על אודות חשדות וחקירות גרם לכך שבראשית נובמבר פורסמה ב"הארץ" מודעה חתומה בידי חמישה אישים ידועים: הפרופסורים אמנון רובינשטיין, שלמה אבינרי (שניהם חתני פרס ישראל), יואב דותן, יפה זילבשץ ומנהל המכון לדמוקרטיה אריק כרמון. המודעה מתחה ביקורת על התנהלות המבקר, הפוגעת בסדרי שלטון, ועל הדלפת החקירות תוך כדי הליך הביקורת. פרופ' דותן, דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית לשעבר, הוסיף בשיחה עם כתבות ynet מיטל צור ומירי חסון, כי "מצטייר הרושם שמשרד היועץ המשפטי מופצץ על ידי מבקר המדינה בכל מיני פניות לחקירות, וכל מה שמגיע ליועץ... מגיע במקביל לתקשורת. זה מערער את הרשות המבצעת".

הדברים לא נפלו על אוזניים קשובות. האווירה נגד אולמרט באותם ימים שלאחר מלחמת לבנון היתה קשה. כבר באותו חודש התכנסה הוועדה לביקורת המדינה, העניקה גיבוי מלא למבקר ואף מתחה ביקורת על מודעת הפרופסורים. חברת הכנסת שלי יחימוביץ', יושבת ראש הוועדה, סיכמה באומרה: "אני חושבת שחיזקנו, ולו במעט, את שלטון החוק, את חקירת טוהר המידות במדינת ישראל." אף מילה לא נאמרה בזכותו של אולמרט, אשר עסקאות שעשה בחייו הפרטיים נהפכו, בזו אחר זו, לנושא לחקירות המבקר.

באותם ימים היה גם היועץ המשפטי טרוד בבעיות משלו. כתב האישום הבעייתי שהגיש בפרשת הנשיקה של חיים רמון התנהל בבית משפט השלום בתל אביב, ולפתע התעוררה שאלה: כיצד מוגש כתב אישום תמוה כזה. התחושה בחלקים נרחבים בציבור היתה שנעשה שימוש בלתי-נאות במשפט הפלילי. הפעם לא נרשמה התייצבות כללית של אבירי "שלטון החוק" מאחורי מזוז. רבים מהם חשו לא בנוח בפרשה הזו, במיוחד כשהתברר מה שצריך היה להיות ידוע מראש: שהתיק חלש למדי. לכך הצטרפה העובדה המביכה, שהאזנות סתר, רלוונטיות להגנה, לא הועברו אל סניגוריו של רמון, למרות פניות חוזרות ונשנות, ומתוכן התבררה הדרך

השערורייתית שבה שוכנעה הקצינה להתלונן. מזוז חשש – בצדק – מהתוצאות שיוליד זיכוי של רמון. פרשיית בנק לאומי נפלה לידי כבירה משמים. התיק עצמו היה חסר שחר. המכרז היה גלוי ובתנאים שווים לכל המשתתפים. המתחרה, שאולמרט ביקש כביכול לתת לו עדיפות, פרש ולא נטל בו חלק. עו"ד רם כספי, שייצג בעניין את איש העסקים נוחי דנקנר (שלא זכה במכרז), מסר כי אין לו כל טענה בדבר פגיעה במרשו והמכרז נוהל ללא דופי, וכי לדברי דנקנר: "אין זו אלא עלילה שפלה, הראויה לכל גנאי".³⁷⁷ אך פרקליט המדינה ערן שנדר החליט על פתיחת חקירה פלילית נגד אולמרט (מזוז פסל עצמו מלטפל בתיק בנק לאומי, כיוון שאחותו, ימימה מזוז, היתה היועצת המשפטית של משרד האוצר, שהוציא את המכרז).

החקירה הפלילית הזו שירתה היטב את מזוז. באותו חודש, ינואר 2007 (לפני שמוניתי לשר המשפטים), התקיימה שיחה קשה בין ראש הממשלה לבינו. אולמרט הודיע ליועץ כי החליט להציע לממשלה למנות ועדת בדיקה ממשלתית לבדיקת הכשלים בפרשת רמון, ומזוז אסר עליו לעשות זאת, במידה רבה תוך הסתמכות על כך שראש הממשלה עצמו נתון בחקירה (בתיק כרמיה ובתיק בנק לאומי). בהמשך הדרך העניק התיק הזה שירות נוסף ליועץ: כאשר העליתי את הדרישה שבבחירת פרקליט מדינה תציע ועדת האיתור שלושה מועמדים, הוא התנגד לכך בתוקף, שוב בהסתמכו על כך שראש הממשלה נמצא בחקירה. כך נותר המצב שבו התאפשר לוועדה, בראשות מזוז, להציע מועמד אחד בלבד. היה זה משה לדור.

בסיום החקירה הודיעה המשטרה כי אין תשתית ראייתית מספקת לקיום עבירה. למרות זאת, התיק המופרך הוחזק פתוח בפרקליטות, ורק כעבור יותר משנה, לאחר נפילת הממשלה, הודיע לדור כי החליט לסגור אותו. לדעתו, הוא הוסיף, היתה הצדקה לפתיחת החקירה. מעולם לא ניתן הסבר מדוע הוחזק תיק חקירה נגד ראש הממשלה פתוח תקופה כה ארוכה. ברור רק שליועץ המשפטי ולפרקליטות היה המצב הזה, שבו מתנופף תיק פלילי כחרב מעל ראשו של ראש הממשלה – נוח מאוד.

האינטרס של המדינה כמובן שונה, ומחייב לשחרר את ראש הממשלה מדאגה מסוג זה. גם החקירה בקשר לבית ברחוב כרמיה הסתיימה בלא כלום, אך שוב, הדבר התרחש רק לאחר נפילת הממשלה. במרס 2009 העבירה המשטרה את החומר לפרקליטות, תוך ציון שלא נמצאו ראיות לעבירה כלשהי. התיק נסגר ביולי.

הדו"ח החרף בעניין "סיליקט" הוגש על ידי המבקר באפריל 2007. ראש הממשלה הגיב בביקורת קשה. הוא טען שלינדנשטראוס רודף אותו, והכריז כי אין לו אמון בו.

ניתן להבין את תחושותיו של אולמרט לנוכח גל החקירות של המבקר נגדו והאווירה הקשה שייצר – אך מבחינה טקטית זו היתה טעות. לערך באותו זמן הוגש גם דו"ח הביניים של ועדת וינוגרד, שביקר את אולמרט (ואישים נוספים) בחומרה. הדבר הצטרף לגל החקירות של המבקר ולהחלטת היועץ המשפטי לפתוח בחקירה פלילית. חלק נכבד מהגלים אמנם התנפצו בלא כלום, אבל שלל התיקים, עם הידיעות הרעשניות בתקשורת – לפני חקירה, בזמן חקירה ולאחר חקירה – יצרו אטמוספירה עוינת. הצטרפו למהומה גם דו"ח וינוגרד, הלחצים הפנימיים בתוך קדימה, שבהם תבעה לבני בגלוי להחליף את אולמרט, ולחציה של מפלגת העבודה. בתנאים הקשים האלה לא היה בביקורת הבוטה של אולמרט כדי להועיל. היא רק הוסיפה שמן למדורה ואולי אף דרבנה את המבקר להחמיר בדו"חותיו (פוליטיקאים אחרים נהגו אחרת, והתוצאה היתה שונה).

בדיעבד, הממשלה לא נפלה בגלל החומר שהיה בתיקי המבקר על העסקאות הפרטיות של אולמרט ועל הפעולות שביצע במסגרת תפקידו, אבל החקירות הללו יצרו כלפי אולמרט אווירה שלילית, שסייעה לתביעה "להינעל" עליו. לאחר כל מה שנערם ונחקר ופורסם נגדו, היה בלתי-אפשרי לפטור אותו בלא כלום. החקירות הופנו לכל הכיוונים, ובנובמבר 2007 פשטה המשטרה על מחשבי משרד התמ"ת. בכך נפתחה החקירה בעניין מרכז ההשקעות, וביוני 2008 נמסרה הודעה משותפת של הפרקליטות והמשטרה על אודות פרשת "ראשונטורס", שבה הואשם אולמרט ב"מימון כפול" של נסיעותיו לחו"ל. החקירות כללו בדיקת כל המסמכים שהיו במחשבי מנהלת הלשכה שלו. ראש הממשלה עצמו נחקר לא פחות מ-14 פעמים. שום אבן לא נותרה על מקומה.

התהייה אם שיטות חקירה כאלה, של מסע ציד שיטתי וירי לכל עבר, עולות בקנה אחד עם כבוד האדם, וכיצד מאפשרת שיטת המשפט הישראלית מנגנון חקירה כזה, ללא גבולות וללא בקרה, ועוד כנגד ראש ממשלה מכהן – נותרה פתוחה.

במאי 2008, סמוך ליום העצמאות, התרחש אירוע דרמטי ויצר מהומה תקשורתית, שהאפילה על כל מה שהציבור הורגל אליו אפילו בקשר לחקירות נגד אולמרט. דברים שמעולם לא התרחשו דוגמתם במדינה החלו להתגלגל, כשהמתח והדרמה מתגברים משלב אחד למשנהו ומעמידים בצל את חגיגות יום הולדתה ה-60 של ישראל.

בערב יום הזיכרון לשואה ולגבורה נערך חיפוש במשרד ראש הממשלה. בדומה לכל חקירה וחיפוש אחרים שבוצעו על ידי המשטרה בהקשר לראש הממשלה, נעשה גם זה לעיני התקשורת, תוך הפצת רמזים לפרשה שלא היתה

כמותה. יום קודם לכן נחקרו במשטרה משה (מוריס) טלנסקי ומנהלת לשכתו של אולמרט, שולה זקן. ידיעה על חקירתה של זקן פורסמה בטלוויזיה כבר באותו ערב על ידי הכתב גיא פלג. למחרת יום השואה, ביום שישי 2 במאי, הופיעה בעמודו הראשון של "ידיעות אחרונות" כותרת ראשית, שבה נאמר: "התפתחות דרמטית. אולמרט יחקר הבוקר תחת אזהרה. החשד: שוחד במזומן מאיש עסקים אמריקאי". כותרת המשנה דיברה על כך ש"בצעד חסר תקדים אישר היועץ המשפטי לחקור בבהילות את אולמרט". בידיעה עצמה דובר על חשד לשוחד, אך לפי עוצמת הדריכות והמתח היה ניתן לחשוב שמדובר בעבירה בסדר גודל חמור אף יותר. בד בבד הוצא צו איסור פרסום על העניין. הוא עמד בתוקפו כל יום העצמאות, 8 במאי, אך דבר קיומו פורסם ברבים, והכול ציפו בדריכות להסרתו. היה ברור שהוא נוגע לראש הממשלה. במה הוא נאשם ומה חטא עדיין לא היה ניתן לדעת, אך היה אפשר לחשוב שמדובר בסדר גודל של רצח, אונס או בגידה. בנסיבות שנוצרו נאלץ ראש הממשלה לבטל את הראיונות החגיגיים שתוכננו לקראת החג.

צו איסור הפרסום יצר מצב מיוחד במינו, כי בו בזמן דלפו ידיעות שפגעו באולמרט. הדעת נותנת שמקורן היה במערכת אכיפת החוק, בעוד שראש הממשלה, ששמו הוכתם, נותר חסר אונים, ועקב איסור הפרסום לא יכול אפילו להתייחס לסערה.

הדרמה הגיעה לשיאה במוצאי יום העצמאות, כאשר בוטל צו איסור הפרסום והסתבר שהפרשה קשורה לאזרח האמריקני משה טלנסקי, אשר סיפר על מעטפות כסף שהעביר לאהוד אולמרט. אולמרט הכחיש שקיבל כספים שלא כדין, אך לא היה בכך כדי להרגיע את הרוחות. מיד לאחר מכן ביקשה הפרקליטות לגבות בבית המשפט עדות מוקדמת מטלנסקי, בנימוק שהוא עומד לשוב לארצות הברית וקיים חשש שלא יבוא להעיד במשפט. הבקשה העצימה את המהומה. משמעותה היתה שמיעה פומבית של עדות לפני שהוגש בכלל כתב אישום, בלי שידוע אם יוגש ובלי לפרט מה האשמה. למרות זאת, ואף שהשמעת עדות כזו, שבאותו שלב לא היה ניתן לבדוק את מהימנותה ומשמעותה, היתה עלולה להפיל את הממשלה בעיצומה של מתקפת טילים בדרום – היועץ המשפטי מזוז ופרקליט המדינה לדור לא נרתעו.

יועץ משפטי חייב להביא בחשבון שיקולים מסוג זה, ולהציבם לעומת הסיכוי הספקולטיבי בדבר תועלת אפשרית לתביעה מהעדות המוקדמת. ואכן, לאחר מעשה הסתבר שהיה זה מהלך סרק, חסר הצדקה, שכן גם אולמרט וגם שולה זקן זוכו בפרשת טלנסקי. כפי שכתב גם עו"ד דן אבי-יצחק ברשימתו "פתח בשרון, סיים באולמרט": "לא הייתה הצדקה עניינית-מקצועית אמיתית לגביית עדותו

המוקדמת של טלנסקי, כפי שלא רק הוכח בדיעבד אלא גם ניתן היה להבין מראש.³⁷⁸ ועו"ד יהודה וינשטיין (שמונה לימים ליועץ המשפטי לממשלה) אמר על העדות המוקדמת ש"החלטה הזו הייתה שגויה משפטית".³⁷⁹

בניגוד לעמדה שביטאה ועדת אגרנט בעניין היועץ המשפטי, מזוז לא טרח לדרוש לי מראש ולא להתייעץ איתי, כשר המשפטים, על הכוונה לבקש גביית עדות מוקדמת. מובן שאין לשר סמכות למנוע הליך כזה, אך מן הראוי לאפשר לו לפחות להביע דעה, ולהעמיד את היועץ על המשמעות מרחיקת הלכת של הצעד חסר התקדים שבו בחר. מעבר לכך, בהיעדר כל בקרה או בלמים על הפרקליטות, נוצרה אצלנו אפשרות שימוע לפני אישום בבית משפט. לפיכך, נכון היה לפנות לפרקליטיו של אולמרט ולקבל את עמדתם לפני ההליך הקיצוני שננקט. טכנית, ניתן לטעון שלא היתה חובה לקיים שימוע, שכן הליך העדות המוקדמת איננו משפט, אלא חקירה בלבד, אך ברור שמבחינה ציבורית ועניינית לא כך הוא. מה גם שהעדות נועדה לשמש במשפט עצמו ולהוות חלק ממנו.

בית המשפט המחוזי בירושלים, בהרכב בראשות הנשיאה מוסיה ארד, אישר את הבקשה וגם הערעור לעליון נדחה.³⁸⁰ שוב הסתבר, למרבה הצער, שבתי המשפט נוטים לסמוך על הפרקליטות ונמנעים מלהפעיל בקרה של ממש עליה. בפסק הדין שבו זוכה אולמרט מפרשת טלנסקי ניכרת הכרה בבעייתיות שהיתה לעדות, וצורפה לכך גם נימה של ביקורת על הבקשה לעדות מוקדמת. ונאמר שהתביעה "אישרה במהלך המשפט ובסיכומיה – אולם רק לאחר שהעדות המוקדמת החלה להישמע ולא בבקשתה לעדות המוקדמת – כי טלנסקי לא נצמד כל העת לאמת, וכי לא ניתן לסמוך על חלקים מדבריו".

בסוף מאי החלה להישמע עדותו של טלנסקי. הכותרות נגד אולמרט היו מרעישות ולרוב אף מרשעות. ראש הממשלה היה עדיין משוכנע בצדקתו, ובכך שבחקירה נגדית תתערער העדות. ואכן, התמונה השתנתה במידה רבה כעבור חודשים אחדים, עד כדי כך שהתביעה אף שקלה להכריז על טלנסקי כעד עוין, אך נרתעה. אבל כל זה היה כבר מאוחר מדי. הציבור קיבל באותם ימים תמונה חד-צדדית, שהיתה כולה נגד אולמרט.

למחרת העדות כינס אהוד ברק מסיבת עיתונאים, ודרש מראש הממשלה לסיים את תפקידו – באמצעות נבצרות או התפטרות – והודיע שאם לא ינהג כך תפעל מפלגת העבודה לקביעת מועד מוקדם לבחירות. כעבור יום נוסף הצטרפה אל שר הביטחון גם שרת החוץ ציפי לבני, במסיבת עיתונאים משלה, ואמרה בין השאר כי על קדימה להיערך לכל תרחיש אפשרי, לרבות בחירות. מקורבי ראש הממשלה ראו בצעדיהם של ברק ולבני "פוטש מתוכנן", ואף חשדו שהם מתואמים,³⁸¹ אבל גם אם לא היה תיאום ביניהם הם נקטו קו אחד. האחידות

והאחדות לא ארכו. לא חלף זמן רב וכל אחד מהשניים הלך בדרכו שלו. בינתיים, מבחינת הממשלה התמונה היתה קודרת. במצב הדברים הזה הגיש הליכוד הצעת חוק להקדמת הבחירות. העבודה איימה לתמוך בה, אלא אם כן תקבע קדימה מועד לפריימריז להנהגת המפלגה. בלית ברירה הסכים אולמרט לקיים בחירות פנימיות לא יאוחר מסוף ספטמבר. באותם ימים, שבהם החריפו הבעיות הפנימיות בתוך הממשלה, נמשך במלוא עוזו ירי הטילים וההפגזות מרצועת עזה, ומן ההכרח היה לטפל בנושא. ההחלטה המרכזית הנוגעת לחמאס, ההסכמה ל"תהדיה", התקבלה מיד לאחר עדותו של טלנסקי, כשהמאבק בתוך הממשלה בעיצומו.

זמן קצר לאחר ההפיכה הצבאית ברצועה, ביוני 2007, גברו מטחי הטילים לעבר ישראל. החיים בדרום נעשו בלתי-נסבלים. לבעיית ההפגזות הצטרף שביו המתמשך של גלעד שליט, אך כדי לשחרר אותו הציג החמאס תביעות בלתי-מתקבלות על הרעת.

אחרים משרי הממשלה, ואני בתוכם, סברו שמן ההכרח להפיל את שלטון החמאס, וכי ישראל אינה יכולה להרשות לעצמה קיומו של משטר בלתי-חוקי ועוין, הנתמך על ידי איראן, על גבולה. מלחמת לבנון השנייה והדרו"ח החלקי של ועדת וינוגרד היו טריים בזיכרון, אבל הערכתי שהבעיה הפעם שונה לחלוטין. בלבנון נהנה חיזבאללה מעומק אסטרטגי והיה ללוחמיו לאן לסגת, כך שגם אם צה"ל היה כובש מחדש את כל דרום לבנון לא היה בכך כדי להנחית מכת מוות על הארגון. נסראללה יכול לשוב ולארגן את אנשיו מצפון לליטני, לרדת חזרה דרומה לאחר שצה"ל יפנה את השטח, וגם לבצע נגדו פעולות גרילה במהלך שהותו שם. לחיזבאללה היה גם גבול פתוח עם סוריה, שיכלה לאפשר בכל עת הזרמת ציוד, נשק ואנשים להמשך הלחימה. מצד שני, ישראל היתה מוגבלת בפעולותיה, כי הקהילה הבינלאומית לא היתה מקבלת בהכנה מבצע שפוגע קשה בממשלת לבנון.

מצבו של החמאס שונה לחלוטין. השטח שלרשותו מצומצם, הוא נמצא למעשה במצור, ובאותם ימים היה ניתן להניח שמצרים, תחת שלטונו של חוסני מובארק, לא תסייע לו. בהתמודדות עם צה"ל לא היה לארגון כל סיכוי, כפי שאכן התברר במבצע "עופרת יצוקה". נוסף על כך, לישראל היו צידוק מלא ותמיכה בינלאומית להפלת שלטון החמאס, שהוא משטר בלתי-חוקי של ארגון טרור, שלא חדל מירי טילים על ישראל.

שר הביטחון ברק רבק במדיניות הישנה, שנהגה בתקופה בה שלטה הרשות הפלשתינית ברצועה, ועיקרה תגובה צבאית פושרת, באמצעות תקיפה אווירית

או פשיטה קרקעית מוגבלת. לכך הצטרפו סיכולים ממוקדים, שכוונו אל יורי הקסאמים ופעילי טרור מסוכנים. לריטואל התגובות הזה לא היתה השפעה על שיגורי הטילים, שנמשכו בקצב גובר. הטווח שלהם הגיע כבר עד אשקלון, ובספטמבר 2007 נפגע בסיס טירונים של צה"ל בזיקים ונפצעו כמה חיילים. בסוף פברואר 2008 יצא צה"ל למבצע "חורף חם". יותר מ-100 מחבלים נהרגו, אך גם בכך לא היה כדי לצמצם את הירי, והוא הגיע לממדים בלתי-נסבלים של מאות טילים בחודש. צעד נוסף היה ההכרזה שרצועת עזה היא "ישות עוינת לישראל". הציפייה היתה שההתנתקות תשחרר אותנו מהטענה שמדובר בשטח כבוש, ולפיכך לא מוטל על ישראל לדאוג לצרכים ההומניטריים של תושביו, אבל בכל הנוגע למשפט הבינלאומי היתה השאלה הזו נתונה במחלוקת, ולגבי ישראל קיים תמיד חשש שתינקט עמדה עוינת. הנחה אחרת אמרה שבעקבות ההכרזה יהיה ניתן להצדיק את הסגר על עזה, ולאפשר צמצום אספקת החשמל והדלק. אלא שבישראל גררו המהלכים האלה פנייה ליועץ המשפטי, לבדוק את חוקיותם, וכמובן עתירה לבג"ץ (איך אפשר בלי?).

בג"ץ דן בנושא באינטנסיביות, כשהוא בוחן כל צעד. בנובמבר 2007 התקיים הליך ביניים, שבו נמסר לבית המשפט, בהרכב בראשות הנשיאה ביניש, כי בתקופה הקרובה יועבר לתחנת הכוח ברצועה שנאי ממצרים, והוא ישפר את תפקודה של התחנה המקומית. בית המשפט קבע כי "גם בקשר לנתון זה ברצוננו לקבל את מלוא המידע הרלוונטי על אופן השפעתו של השנאי הנוסף על אספקת החשמל לעזה וויסותה". בהמשך נדרשה המדינה למסור תצהירים ובהם "פרטים בדבר יעדיהם של קווי החשמל אשר האספקה בהם תוגבל, תוך ציון המקומות השונים, לרבות מתקנים חיוניים, ככל שיש כאלה, אשר מקבלים את אספקת החשמל שלהם באמצעות קווים אלה".³⁸² הדיון הגיע לסיומו רק חודשיים לאחר מכן.

העתירה נדחתה, כך שניתן לכאורה להציג את פסק הדין כדוגמה לאי-התערבות בג"ץ בענייני ביטחון – אך המציאות הפוכה. למעשה, כאשר הוא נכנס בכלל לדיון בעתירות מסוג זה מפעיל בג"ץ על ממשלת ישראל לחץ, המעמיד אותה במצב בלתי-אפשרי. קציני צה"ל נדרשים להופיע בבית המשפט, להגיש תצהירים שיבהירו כל נקודה לשביעות רצונם של השופטים. וכך נאמר בין השאר בפסק הדין: "התייצב לפנינו בעת הדיון אל"מ ניר פרס, מפקד מנהל התיאום והקישור, ופירט את הנתונים הרלוונטיים ואת המידע שעל בסיסו פועלים המשיבים. אל"מ פרס הבהיר את ההצהרות שניתנו מטעם המדינה, ועמד על כך שכמות הדלק והחשמל המועברת לרצועת עזה די בה לשם תפקודן התקין של כל המערכות ההומניטריות ברצועה. כן תיאר בפנינו אל"מ פרס קיום מגעים עם גורמים

פלשתיניים לצורך מעקב שוטף אחר תפקוד המערכות ההומניטריות ברצועת עזה. העניין העיקרי שנותר לפתחנו, כפי שעלה מהדיון האחרון שהתקיים לפנינו, הנו כמות הסולר התעשייתי הדרושה לפעולת תחנת הכוח ברצועת עזה. כאמור לעיל, שוכנענו מהצהרות המשיבים כי יש בכוונתם להמשיך ולאפשר את אספקת הסולר התעשייתי ברמה שקדמה ליישום ההגבלות, היינו 2.2 מיליון ליטרים לשבוע.

קשה להאמין שבית משפט כלשהו בעולם היה עוסק בהשלכות שיש לסנקציות שמטילה מדינתו על אזור שבשליטת האויב, שלא לדבר על בחינתן לפרטי פרטים עד רמת כמות הליטרים. במציאות הישראלית, המהלך האסטרטגי נגד שלטון החמאס ברצועה נתקע למעשה. כל זה, בשעה שעמדת הממשלה היתה חד-משמעית: למרות הטרור של החמאס יש למנוע משבר הומניטרי ברצועה, ולפיכך ראוי להבטיח שבתי החולים לא יישארו ללא אספקת חשמל. לא נבע מכך שיש לספק חשמל למחרטות המייצרות קסאמים.

בעוד שבצד הישראלי התנהל המאבק בצל המשפט, המשיך החמאס בשלו באותה ציניות, תקף גם את המעברים שבהם מועברת אספקה מישראל לעזה, וירה קסאמים על תחנת הכוח באשקלון, המספקת חשמל לרצועה. באותה עת עצמה חששו המשפטנים בישראל שאם בעקבות זאת תיפגע הספקת ציוד או חשמל לעזה, תוטל על ישראל אחריות במישור הבינלאומי. בחודשים ינואר-יוני 2008 הגיע הירי לסדר גודל של יותר מ-200 טילים ופגזים בחודש. בחלק מהחודשים הגיע מספרם ליותר מ-400, ובאפריל 2008 אף נורו על ישראל יותר מ-500 רקטות ופגזים. היה ברור שישראל אינה יכולה להרשות לעצמה להמשיך כך. החמאס אינו מתקשה לספוג עשרות הרוגים בחודש, אך ישראל לא יכולה לסבול שיתוק של החיים בטווח עשרות קילומטרים מסביב לרצועה ואת הקורבנות בנפש.

כפי שכבר צוין, קבוצת שרים, ואני ביניהם, סברה שאין מנוס מפעולה להפלת שלטון החמאס. ירי הפגזים והרקטות היווה סיבה מוצדקת ומספקת לכך, אך היו סיבות רבות נוספות, לרבות ההשלכות ההרסניות על תהליך השלום באזור, הסכנה של בסיס איראני בדרום המדינה, עצירת התחזקותם של הגורמים הרדיקליים ובלימת הציר איראן-סוריה-חיזבאללה-חמאס. לכל אלה הצטרפה החזקתו בשבי של גלעד שליט, בלי שאפילו נציגי הצלב האדום יכולים לבקרו. הפלת שלטון החמאס היתה צעד חיוני לשלום ישראלי-פלשתיני, שבו ישרת נמל עזה את צורכי המסחר של כולם במקום שישמש צינור להברחת אמצעי טרור. נראה שגם מבחינת המצב הבינלאומי היתה הפעולה ניתנת לביצוע: החמאס היה מוכר כארגון טרור, שלטונו ברצועה נחשב בלתי-חוקי, ונשיא ארצות הברית באותם ימים, ג'ורג' בוש, היה אוהד לישראל וניהל בעצמו מאבק תקיף נגד הטרור.

מהצד האחר ברור שכיבוש מחדש של הרצועה, או לפחות חלק נכבד ממנה,

מעורר שרשרת של בעיות. בצד המחיר בנפש של פעולה כזו יש צורך בתוכנית לשלב הבא, שתעסוק בניהול השטח, בשאלה מי יעשה זאת, למי יהיה ניתן למסור אותה וכיצד ניתן לעשות זאת, כאשר ברור שאין לישראל עניין לחזור ולשלוט בעזה. אל כל אלה מצטרף המחיר הכלכלי של המבצע, ויותר מכך – מחיר ניהול הרצועה עד להשגת פתרון. ולמרות הכול נראה לי ולשרים נוספים, כי בחישוב היתרונות לעומת המחירים נוטה הכף בבירור לצד הפלתו של משטר הדמים הטרוריסטי.

באותם ימים של מרס, אפריל וראשית מאי 2008, שבהם הופגזה ישראל בעוצמה על ידי רקטות ופגזים, התרחשו שני אירועים משמעותיים. האחד היה, כאמור, פרשת טלנסקי, אשר המחישה כי כל מעייניה של התביעה הם השגת יתרון כלשהו במשפט, כאשר מכל שאר המשמעויות של ההליך, לרבות השלכותיו על המאבק בחמאס, ניתן להתעלם. האירוע השני היה יציאתו למצרים של עמוס גלעד, ראש האגף המדיני-ביטחוני במשרד הביטחון, שם הוא ניהל משא ומתן על "תהדיה", הפסקת אש זמנית, עם החמאס. פורמלית התנהל המו"מ מול מצרים, אך ברור שבפועל זו עסקה עם החמאס. היתה זו סטייה גסה מהמדיניות שנהגה עד אז, שלפיה אין לנהל משא ומתן עם ארגוני טרור (למעט בנושא שחרור שבויים וחטופים). ולשינוי כיוון כזה יש משמעות מרחיקת לכת: יש בו משום מתן הכרה, ואף לגיטימציה, לארגון הטרור, והוא עשוי להקל על גורמים בינלאומיים נוספים לנהוג באורח דומה, ולהכיר בחמאס ובשלטונו.

קשה להבין כיצד נפתח המשא ומתן. ברור היה שאהוד ברק עמד מאחוריו, אך קשה היה להניח שראש הממשלה לא אישר אותו או לפחות היה מודע לו. אולם אולמרט פעל אז באווירה שיצרה פרשת טלנסקי, כאשר גם מתוך מפלגתו נשמעת קריאה להדיחו. לאחר פרישת ישראל ביתנו, מפלגת העבודה יכלה בכל רגע להפיל את הממשלה, וברק אף הכריז שאם אולמרט לא יוחלף הוא יפעל להקדמת הבחירות.

המהלך החל להתגלגל. ביוני 2008 הוחלט לאשר את ה"תהדיה". השושבין הראשי, ברק, היה להוט לאמצה. אולמרט תמך בה, אך לדעתי בלב כבוד. אני נותרתי בין המתנגדים. דובר על כך שההסכם יביא להתקדמות בעניינו של שליט. לא האמנתי למשמע אוזני. לי היה ברור שיקרה בדיוק ההפך. ואכן, בעניינו של החייל החטוף לא חלה התקדמות, והחמאס הכחיש שנתן הבטחות כלשהן בנושא. בעיקרו של דבר היה זה הסכם הפסקת אש לחצי שנה, תוך מתן הקלות במעברים מישראל לרצועה. הוא לא חל על יהודה ושומרון, אם כי הצד השני חתר לכך. ישראל מצדה דרשה שהחמאס יפסיק את הברחות הנשק לרצועה ואת התחמשותו,

אך היה ברור שהתנאי הזה לא יתקיים – בלי קשר למה שייכת במסמך ואף שהמצרים גילו נכונות להגביר את הפיקוח על זרימת הנשק.

בעיני היה ההסכם בגדר אסון. היתה זו השגיאה האסטרטגית החמורה ביותר של ממשלת אולמרט בתקופת כהונתי בה. מעבר לכך, לא הבנתי איך ניתן "לסגור" הסכם כזה בלי לפתוח את דלת השבי של גלעד שליט.

ה"תהדיה" נחרתה, בוודאי בעיני החמאס, כסימן חולשה של ישראל, המודה שאין לה דרך להפסיק את מבול הטיילים המשוגרים אליה. זה רק העצים את הכישלון. התנגשות עם החמאס היתה להערכתי – ולהערכת רבים אחרים – בלתי-נמנעת, והתנאים באותה עת היו הנוחים ביותר מבחינת ישראל. בבית הלבן עדיין כיהן בוש הבן, אך זמנו היה קצוב. הבחירות בארצות הברית נועדו לנובמבר, כלומר לקראת סוף ה"תהדיה". איש לא יכול לנבא באותו שלב מה יהיו תוצאותיהן, מי יהיה הנשיא הבא ומה תהיה עמדתו. היה ברור שככל שתידחה ההתנגשות, היא תיעשה בתנאים נוחים פחות ומחירה יהיה גבוה יותר.

גם בישראל התקרב מועד הבחירות. תיאורטית נותרו לכנסת ולממשלה יותר משנתיים, אבל לאור פרשת טלנסקי היה ניתן להניח שהן יתקיימו במחצית הראשונה של 2009. האם השפיעו שיקולי בחירות על הסכם ה"תהדיה"? האם היה מי שחשב כי עדיף לו שההתנגשות עם חמאס תהיה קרובה לבחירות, והוא יוכל לקצור את הישגיה? ואולי היתה המחשבה שניתן לשמר את ה"תהדיה" עד לאחר הבחירות, ולהופיע כמי שהבטיח ומקיים שקט בדרום?

היתה זו הפעם האחת שיצאתי בפומבי נגד החלטת ממשלה. הודעתי לאולמרט כי בדעתי לעשות זאת, והוא, שלבו היה חצוי בקשר להפסקת האש, הסכים לכך. הבעתי בתקשורת את מורת רוחי ודאגתי מה"תהדיה", מסכנותיה ומהעובדה שלא הובטח דבר לגבי גלעד שליט. אפילו לא שיזכה בביקורי הצלב האדום. הכותרת בתקשורת היתה "פרידמן: רגיעה בלי שליט – טירוף מערכות". בכתבה עצמה נאמר כי התבטאתי בחריפות נגד ההסכם, ואמרתי ש"מדובר בשגיאה אסטרטגית ממדרגה ראשונה", ש"המחיר כבד ומדינת ישראל איננה יכולה ולא תוכל לשאת בו", וכן שפתיחת המעברים ללא שחרור גלעד שליט היא "טירוף מערכות".³⁸³

התבטאותי הפומבית היתה בעייתית, גם בעיני, אך לפחות אוכל לומר שראש הממשלה הסכים לכך. התבטאויות שרים נגד עמדת הממשלה נהפכו זה כבר לחלק מתרבות השלטון בישראל. לגבי היתה זו הפעם היחידה.

בינתיים הגישו הוריו של גלעד שליט עתירה נגד פתיחת המעברים. למרבה התדהמה הוציא בג"ץ צו ביניים בנושא בלתי-שפיט זה. למחרת הצו אמנם בוטל, והעתירה נדחתה,³⁸⁴ אך שוב, כמו שכתב באותו יום בן-דרור ימיני במאמר "אקטיביזם ללא גבולות" ב"מעריב", בג"ץ התערב בנושא לא-לו. הדיון הביא

למפגש בין עמוס גלעד למשפחת שליט, שבה ניסה גלעד לשכנע את המשפחה כי לאחר הרגיעה יש למצרים "מוטיבציה להביא לשחרורו של גלעד", וכי "הרגיעה היא האפשרות היחידה להביא לשחרורו של גלעד". גורמים במערכת הביטחון הוסיפו כי "אין לנו ספק שהפסקת האש דווקא מגדילה את הסיכוי להחזיר את גלעד שליט בעסקה עם החמאס, ולא להפך".³⁸⁵ קשה להבין מה מקור האופטימיות הבלתי-מבוססת הזו, שהמציאות טפחה כמובן על פניה. היא מלמדת אולי משהו על משקלן של ההערכות והתחזיות שיצאו ממשדד הביטחון ונועדו לשכנע את הציבור.

באותו זמן פחות או יותר נערך הסכם להחזרת גופותיהם של אהוד גולדווטר ואלדד רגב. במסגרת המשא ומתן אימץ חיזבאללה טקטיקה חדשה: הוא סירב למסור מידע כלשהו על החטופים, ודרש שחרור מאות מחבלים בלי להתחייב שמי מהם בחיים. ראיתי את הטקטיקה הזו בדאגה רבה. היא אמורה לאפשר לארגון הטרור לדרוש "תשלום" תמורת ההגינות המינימלית הנדרשת לפי המשפט הבינלאומי: מידע אם החטוף בחיים, מכתב או סימן חיים ממנו, תמורת האפשרות שיינתן לצלב האדום לבקרו. סברתי, ואני סבור כך גם היום, שישראל צריכה לסרב להיכנס למשא ומתן מסוג זה, ולהימנע משחרור מחבלים תמורת איזושהי תמורה שהיא פחות משחרור חטופים.

אבל גם פה לא עמדה ממשלת אולמרט בלחץ, בגלל התנאים הפוליטיים והנסיבות המשפטיות-ציבוריות של ראש הממשלה. לזכותה ייאמר, שעלה בידה להתמקח ולצמצם את התביעות הקיצוניות של חיזבאללה, אבל בין האסירים הלבנונים המשוחררים נכלל הרוצח סמיר קונטאר, שחזר כגיבור ללבנון, וממשלת ישראל השלימה למעשה עם כך שחיזבאללה לא יגלה מה מצב החטופים עד לרגע שבו הובאו ארונותיהם של רגב וגולדווטר. נכון, היה ידוע לנו בסבירות גבוהה שהחטופים אינם בחיים, אבל משפחות החטופים לא היו מוכנות לוותר על זיק התקווה, והרצון להסיר את הספק מליבן ולאפשר להן לחזור למסלול חייהן היווה שיקול מכריע בהחלטה, שהתקבלה ברוב מכריע כנגד העמדות של השרים זאב בויס, רוני בר-און ושלי.

המשא ומתן להשבתו של גלעד שליט נמשך, בהפסקות ובמשברים, תקופה ארוכה, ותוצאות המו"מ בצפון לא שיפרו את עמדת המיקוח בדרום. נתוני הפתיחה היו לכאורה טובים בהרבה: החמאס חרד לשמור על שלטונו, היה תלוי בישראל מבחינות רבות, לרבות אספקת החשמל, ומתקיימים קשרים כלכליים בין הרצועה לישראל. אם על חיזבאללה ישראל לא יכולה להפעיל לחץ כלכלי, וגם האופציה הצבאית לא היתה רלוונטית בעקבות החלטת האו"ם 1701 והשקט

שהושג בצפון לאחר מלחמת לבנון השנייה, מול החמאס היה המצב הפוך. ובכל זאת, אנשיו הציגו דרישות עזות מצח כתנאי לשחרורו של החייל החטוף. האמנתי שהדרישות הללו כה קיצוניות, ששום ממשלה לא תוכל לקבלן, אך הסתבר שהתבדיתי. אבל בינתיים הקשה בית המשפט העליון על האפשרות להפעיל על החמאס סנקציות כלכליות, אהוד ברק דחף ל"תהדיה" שחסמה את האפיק הצבאי – והמשא ומתן נותר האפשרות היחידה. מטבע הדברים, הצד השני הקשיח את עמדותיו.

ב-27 בדצמבר 2008 – חצי שנה לאחר שסוכם על "תהדיה", שלושה חודשים אחרי שאולמרט התפטר והממשלה נהפכה לממשלת מעבר (החוק כיום איננו משתמש בביטוי "ממשלת מעבר", אך הוא עדיין שגור בציבור) וכחודש וחצי לפני הבחירות של 2009 – החל מבצע "עופרת יצוקה". הוא המחיש לחמאס שניתן למוטט את משטרו. מנהיגיו חרדו לחייהם. זה היה הרגע הנכון להגיע להסדר בענייניו של שליט, גם אם היתה נגזרת מכך הארכת המבצע. אבל ברק היה להוט לסיימו, וצה"ל נסוג בלי שהבעיה הכאובה נפתרה. הממשלה הסתפקה בשקט שהושג.

צעד אחר שביקשתי לנקוט, צנוע בהיקפו, קשור לשחרור אנשי חמאס שסיימו לרצות את מאסרם. הממשלה, בעזרת הכנסת, ניסתה תקופה ארוכה להתמודד עם פסק הדין של העליון, שאסר את השימוש במה שכינה "קלפי מיקוח".³⁸⁶ המענה נמצא באמצעות "חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים", שנחקק בשנת 2002. ביסודו של דבר מדובר בסוגיה שלא היתה מוכרת במשפט הבינלאומי ואשר ההסדרים לגביה לא גובשו. החוק הבינלאומי מעניק זכויות לשבויי מלחמה, אבל הן מיועדות לחיילים לובשי מדים המשרתים בצבא סדיר – לא לאנשי טרור, המשתמשים בשיטות טרור ומסתתרים בקרב אוכלוסייה אזרחית. טרוריסטים כאלה, אם נתפסו, נידונים למאסר. שאלת דינם לאחר תום המאסר אינה ברורה, ועוד פחות ברור מדוע צריך להחזירם לחיק ארגון החבלה, על מנת שישובו לפעול במסגרתו. חייל בצבא סדיר שנפל בשבי יוחזק במחנה שבויים ולא יוחזר עד שתסתיים המלחמה. קשה להבין מדוע יהיה מעמדו של טרוריסט עדיף, ו"חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים" נועד להסדיר זאת. אלא שהחוק רוכך מאוד לאורך תהליך החקיקה, והוטלו מגבלות לא מעטות על השימוש בו. לא הייתי מעורב בחקיקתו, אך סופר לי שהסיבה להטלת הסייגים נבעה מכך שמשפטנים שהופיעו בכנסת טרחו להזהיר ללא הרף שהחוק יהיה "לא חוקי" ו"לא חוקתי". זוהי רק דוגמה לדרך שבה מחלחלת הפסיקה לשאר המערכות, וגורמת לא אחת להצגת עמדות מרחיקות לכת אף יותר מאלה שנקבעו בפסיקה

עצמה. לעתים נעשה הדבר "לשם זהירות", ולעתים מנוצלת הפסיקה על ידי אלה שדוגלים ממילא בעמדות רדיקליות.

בתקופת כהונתי בממשלה נודע לי מהתקשורת על שחרור מחבלים בתום תקופת מאסרם. במקרה אחד אף דובר על פעילת חמאס, שהזדרזה עם שובה לרצועה לקרוא לחידושם של פיגועי הטרור. התרשמתי כי קיים חשש מהשימוש בחוק גם במקרים שראוי לעשות כן. הסמכות בעניין נתונה לרמטכ"ל, וכל שיכולתי לעשות הוא לכתוב לשר הביטחון ולהפנות את תשומת ליבו לנושא. השורה התחתונה היא שבתקופה שבה הוחזק גלעד שליט בשבי החמאס המשיכה ישראל לשחרר את אנשי הארגון בתום תקופת מאסרם, גם כשנשקפה מהם סכנה. מדי פעם נעשה אמנם שימוש ב"חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים", אך בהיקף צנוע. ניסיונות לפסילתו, בהסתמך על "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", נדחו על ידי העליון.³⁸⁷

משהסתבר שלא חלה התקדמות בעניינו של שליט, התכנסה במרס 2009 ועדת שרים לעניין תנאי כליאתם של אסירים פלשתינים. שימשתי יושב ראש הוועדה, שהחליטה להקים צוות מקצועי, בהשתתפות נציגי שירות בתי הסוהר, היועץ המשפטי לממשלה, צה"ל והשב"כ, על מנת לבחון צמצום הפריבילגיות הניתנות לאסירי החמאס והג'יהאד האיסלאמי, ובין השאר צמצום הגישה לטלוויזיה ולרדיו, הגבלת הביקורים והקטנת זכויות הלימודים. החלטת הוועדה קיבלה תוקף של החלטת ממשלה, וכוונתה הברורה היתה להגביל את זכויותיהם של אסירי הארגונים הללו, באופן שיוענקו להם זכויות כנדרש לפי המשפט הבינלאומי, אך לא יותר מזה. עד כמה שידוע לי, ההחלטה לא בוצעה זמן רב – ואולי אין זה מפתיע. במדינת "שלטון החוק" רבות מהחלטות הממשלה, שביצוען תלוי במנגנון, אינן מיושמות (במקרה הנוכחי לא יכלה ממשלת אולמרט לעקוב אחרי ביצוע ההחלטה, שכן ימים ספורים לאחר שניתנה ההחלטה סיימה הממשלה את תפקידה. בתקופת ממשלת נתניהו מומשה ההחלטה באופן חלקי, אך לאחר שביתת האסירים הגיעה להסכם שהשיב את מצב האסירים לקדמותו).

הלחץ הציבורי לקבל את דרישות החמאס ובלבד שיושג שחרור שליט – גדל. בסופו של דבר נכנעה ממשלת נתניהו, ובאוקטובר 2011 הושג הסכם שבמסגרתו הוחזר לארץ החייל החטוף. ישראל הסכימה לשחרר תמורתו יותר מאלף אסירים פלשתינים, ביניהם רבים שנידונו למאסרי עולם על פיגועים נוראים. הממשלה נכנעה גם לדרישה, שבעבר מעולם לא הסכימה לה, לכלול בין המשוחררים ערבים ישראלים. ה"הישג" היחיד של ישראל היה שהוסכם כי אחדים מהמשוחררים יצאו לגלות בחו"ל.

ראש הממשלה פעל בניגוד מוחלט לכל העקרונות שהטיף להם בעבר, ישראל

נחלה מפלה קשה, והחמאס זכה בניצחון גדול. הפרדוקס היחיד בפרשה העגומה הוא שהמפלה העלתה את קרנו ויוקרתו של נתניהו במידה שקשה לדמיין. ישראל עברה שינוי תרבותי, המאפשר לראות בכניעה הישג – ובמפלה הוכחה למנהיגות.

לאחר עדותו של טלנסקי לא נותרה לאולמרט ברירה, והוא נאלץ להסכים לפריימריז בקדימה. הוא עצמו הודיע תחילה כי יתמודד על ההנהגה, אבל אז נפתחה נגדו חקירה חדשה, בפרשת "ראשונטורס". הוא החליט שלא להציג את מועמדותו והודיע כי יתפטר מראשות הממשלה לאחר שייבחר מנהיג חדש לקדימה. ההערכות והמשאלים צפו שלבני תזכה ברוב גדול. פעילים ושרים העריכו שמופז יזכה. ביום הבחירות עצמו, לפני סגירת הקלפיות, ניבאו מדגמים שפורסמו בתקשורת ניצחון בולט ללבני. בערב השתרכו תורים ארוכים ליד הקלפיות, והשופט בדימוס דן ארבל, יושב ראש ועדת הבחירות, החליט להאריך את ההצבעה בחצי שעה. לאחר ספירת הקולות הסתבר שלבני אכן זכתה, אבל ההפרש בינה לבין מופז היה כאחוז בלבד. מופז ואנשיו העלו טענות קשות. לדבריהם, פרסום המדגמים השגויים לפני סגירת הקלפיות גרם לכך שתומכי מופז נואשו והעדיפו לחזור לביתם, במקום להמתין בתור להצבעה שנראתה ממילא אבודה. לכך הצטרפה העובדה שקלפי אחת בעיר הבדואית רהט נעלמה. הועלו גם טענות נגד ההחלטה, שהתקבלה ברגע האחרון, להאריך את ההצבעה. אולם ועדת הבחירות החליטה להשאיר את התוצאות בעינן. מופז שקל פנייה לבית המשפט, אך החליט לוותר.

בצד התקלות הספציפיות, ניתן לזהות כאן את הבעיה הכללית של שיטת הפריימריז: השאלה, האם מי שנוטלים חלק בבחירות המקדימות הם אכן מצביעה של המפלגה, ומה היקף המניפולציות. בבחירות המקדימות להנהגת קדימה השתתפו כ-35 אלף איש. כ-7,500 מתוכם, יותר מחמישית, היו בני מיעוטים. בבחירות לכנסת בפברואר 2009 הצביעו לקדימה כ-758 אלף איש. רק כ-2% מתוכם היו בני מיעוטים. לכך ניתן לצרף דוגמאות לא מעטות מיישובים של בני מיעוטים, שבהם מספר המתפקדים לקדימה (הזכאים להשתתף בפריימריז) עולה בהרבה על מספר הקולות שהמפלגה זכתה בהן בבחירות לכנסת. כך, למשל, בלקיה שבדרום התפקדו לקדימה לא פחות מ-114 איש. בבחירות לכנסת זכתה שם המפלגה בארבעה קולות בלבד. בדבוריה שלמרגלות התבור התפקדו לקדימה 160 איש. בבחירות לכנסת נמצאו בקלפיות רק 31 פתקי קדימה. כלומר, אין ספק שקבוצות מסוימות משפיעות באופן משמעותי על הנהגתה של מפלגה שהם כלל אינם בוחרים בה.

ימים אחדים לאחר הפריימריז, ב-21 בספטמבר 2008, הודיע אולמרט על

התפטרותו מראשות הממשלה, והיא נהפכה לממשלת מעבר. לבני ניסתה מיד להקים מחדש את הממשלה, ולכאורה לא היה צריך להתעורר שום קושי. הציפייה היתה לשחזר את הממשלה הקודמת, עם אותם קווי יסוד ואותן מפלגות. קדימה הרי צייתה למה שדרשה ממנה מפלגת העבודה, והחליפה את מנהיגה. אבל עם האוכל בא התיאבון, וברק הציג שורה של דרישות נוספות. הן כללו הובלת שיחות ישראל-סוריה וכן את פיתורי מתפקיד שר המשפטים. הדרישות נדחו. לאמיתו של דבר היתה עמדת המיקוח של העבודה חלשה למדי, שכן הסקרים לא ניבאו לה טובות (ובבחירות היא אכן ספגה מכה לא קלה). למרות זאת ניאותה לבני להגדיר את ברק כ"סגן ראש הממשלה והבכיר מבין שרי הממשלה" (היא לא היתה מוכנה שיתמנה לממלא מקומה). כפי שסופר לי, לבני גם הסכימה להעניק לעבודה זכות וטו על כל יוזמת חקיקה הנוגעת למערכת המשפט. הדרישה הזו לא פגעה באינטרס ממשי שלה, או כך לפחות זה נראה לה באותו שלב, אבל מי שנכנע לדרישה כזו יגלה תוך זמן קצר שיבואו בעקבותיה דרישות נוספות. הסבך עם ש"ס התגלה כקשה יותר לפתרון. הנטייה הימנית גברה שם, והליכוד לחץ עליה שלא לחבור ללבני. התוצאה היתה דרישות כספיות, שהתבטאו בתמיכה במשפחות מרובות ילדים ובהפקדת מכתב התחייבות, שלפיה לא יתנהל עם הפלשתינים משא ומתן על מעמדה של ירושלים.

תחושתי האישית היתה קשה. עם זאת, החלטתי להימנע מכל ניסיון לברר מה קורה, ולא שוחחתי במהלך המו"מ עם ציפי לבני. על דרישות העבודה לגבי שמעתי מהתקשורת. בדרך עקיפין נודע לי שלבני דחתה את התביעה, כך היא גם אמרה לי אחרי שהמשא והמתן כולו נכשל. אבל לא התלהבתי לשרת בממשלה שלא יתאפשר בה לקדם יוזמות חקיקה חיוניות, וידעתי שמערכת היחסים בין לבני לברק תייצר אווירה מכבירה. ה"תהדיה" עמדה להסתיים, והצוות לבני-ברק בלי אולמרט נראה לי מדאיג. הדילמה התייתרה כשהמשא ומתן הקואליציוני נכשל.

חודשיים לאחר הודעת ההתפטרות של אולמרט הודיע מני מזוז כי החליט להגיש נגדו, בכפוף לשימוע, כתב אישום בפרשת "ראשונטורס". אולמרט כיהן עדיין בתפקידו, בהתאם להוראת החוק שלפיה ממשיך ראש ממשלה להחזיק בתפקידו עד להקמתה של ממשלה חדשה. כבר למחרת קראה לו לבני, בכינוס של מועצת קדימה, לפרוש. כוונתה היתה שהוא יכריז על נבצרות, מה שהיה הופך אותה, כממלאת מקומו, לראשת הממשלה בפועל. אבל קריאתה לא נענתה. לאולמרט לא היתה שום סיבה להיעתר לפנייה של מי שמבקשת להדיחו. יתר על כן, באותם ימים כבר נראה באופק מבצע "עופרת יצוקה", ומוטב היה לישראל שאולמרט יעמוד בראש הממשלה אם אכן יצא לפועל. אבל הקריאה לאולמרט

לפנות את מקומו לא היתה נכונה גם מבחינה פוליטית. לבני הכריזה אמנם ש"קדימה הוקמה כדי לשאת את דגל הנורמות הראויות", אבל אולמרט נהנה עדיין מתמיכה רבה במפלגה. רדיפתו של מי שעומד לרדת מהבמה, ודרישה שימהר ויפנה את מקומו, אינה יוצרת אהדה.

לא חסרו גם כאלה שחשו כי ההליכים של היועץ המשפטי והפרקליטות נגד אולמרט חורגים מכל מה שיכול להתקבל על הדעת, ושקדימה מפנה עורף לאולמרט. היתה זו שעה לא זוהרת של המפלגה הצעירה. "שמענו על ההאשמות והיינו עדים לתיקים שנפתחו בזה אחר זה", אמר על כך השר זאב בויס, חברו של אולמרט מאז ילדותם המשותפת בבנימינה, "אבל היינו למודי ניסיון מאותו קצב שבו נסגרו התיקים ובוטלו ההאשמות... קדימה עזבה את אהוד לגורלו. היא שמטה מעצמה עמוד תווך, וויתרה על המוכשר בבניה".³⁸⁸

החמאס המשיך בירי טילים ופגזי מרגמה גם בתוך ה"תהדיה", אבל היקף הירי ירד בצורה דרסטית. מחד גיסא, באוקטובר היתה הרגיעה מוחלטת כמעט. מאידך גיסא, אם היו למישהו תקוות כלשהן שהחמאס יעצור את התעצמותו, הן נכזבו – כצפוי – לחלוטין. זרם הברחת אמצעי הלחימה לרצועה רק גבר. הרקטות שופרו. חפירת המנהרות והביצורים וגם אימון היחידות – נמשכו בקצב גדל. ה"רגיעה" הגיעה לקצה בנובמבר 2008, כשהתגלתה מנהרה שתוכננה לביצוע חטיפה נוספת. כוח צה"ל הרס את הבית שממנו יצאה המנהרה, ושבעה פעילי חמאס נהרגו. ארגוני הטרור הגיבו במטחי ירי ובתקריות על הגבול.

במקביל השתנה המצב הפוליטי בישראל וגם בארצות הברית. לנוכח כישלונה של לבני להקים ממשלה נקבעו בחירות כלליות לפברואר 2009. ממשלת אולמרט המשיכה לפעול כממשלת מעבר. מעבר לאוקיינוס כבר התקיימו הבחירות, ומועמד הדמוקרטים, ברק אובמה, ניצח בהן. הוא עמד להיכנס לבית הלבן בתחילת 2009. כעת, דצמבר 2008, נדרשה הממשלה להחליט כיצד לפעול לנוכח קריסת ה"תהדיה" וחידוש מבול הטיילים והרקטות על ערי ישראל ויישוביה.

ההחלטה התקבלה בתנאים לא נוחים. אולמרט עצמו היה נקי משיקולי בחירות, אבל שניים מאלה שראו עצמם מועמדים לרשת אותו, ועמדו בראש מפלגות שיתמודדו תוך זמן קצר בבחירות, החזיקו בתפקידים הבכירים ביותר בממשלתו, שר הביטחון ושרת החוץ. הנשיא האמריקני האוהד עמד לסיים את תפקידו. לא היה ברור מה תהיה עמדת יורשו, ובכלל, האם יאה לקבל פני נשיא חדש עם מלחמה. לבעיות הפוליטיות הללו הצטרף מזג האוויר החורפי, שהיה עלול להקשות הן על פעולת חיל האוויר והן על כוחות היבשה, ולהעניק עם הגשמים והבוץ יתרונות לחמאס המתגונן.

אפשרות אחת היתה לחדש את ה"תהדיה", אלא שחוצפתו של החמאס לא ידעה גבולות. מנהיגיו הסכימו להפסקת האש רק אם תוחל גם על יהודה ושומרון ואם יורחב החופש במעברים לישראל וממנה ("הסרת המצור"). הערכת החמאס – פרי הבאושים של הכמיהה הישראלית ל"תהדיה" הקודמת ושל היעדר תגובה ממשית להפרותיה – היתה שישראל איבדה את הביטחון העצמי וניתן להכניעה. מבחינת ישראל היה ברור ש"תהדיה" חדשה, אפילו ללא כניעה לתנאים הנוספים של החמאס, אינה באה בחשבון. על אותה שגיאה חמורה לא ניתן לחזור פעם נוספת. תהיתי מה סבר אהוד ברק כשהוביל את המהלך האומלל ביוני? האם הבין שהתנגשות עם החמאס בוא תבוא? ואם כן, האם העדיף אותה סמוך לבחירות, או שמא סבר שיהיה ניתן לדחותה עד לאחריהן?

כעת חזרה שאלת אופי הפעולה ויעדיה. המטרות הוגדרו למינימום שהאינטרס המדי חייב, כלומר הפסקת ההפגזות על ישראל. ברק התנגד לכל הרחבה של המטרות, אף שהאינטרס האסטרטגי היה למוטט את שלטון החמאס ולהחזיר את גלעד שליט. וכך, מבצע "עופרת יצוקה" נפתח בתקיפות אוויריות על מטרות צבאיות ברצועה. מאות טרוריסטים נהרגו, ועמם גם אזרחים. החמאס, כדרכם של ארגוני טרור, לא חשף את מספר הנפגעים שלו וניפח את מספר הנפגעים האזרחיים, על ידי הצגת מחבלים שנפגעו כקורבנות תמימים. אבל לפעולה האווירית היו מגבלות חמורות. פעילי טרור נטמעו באוכלוסייה האזרחית. בתים, מסגדים ובתי ספר נהפכו למחסני נשק ולמקומות מחסה למחבלים, תוך ניצול העובדה שישראל ביקשה להימנע ככל האפשר מפגיעה בחפים מפשע. בית החולים "שיפא" נהפך למרכז פיקוד, ואנשי חמאס הסתוו בו כעובדים.

הפעולה הקרקעית נפתחה רק כעבור שבוע. צה"ל ניתק את הרצועה לשניים, אבל התקדמות הכוחות היתה אטית, עקב קשיי הלחימה בשטח בנוי, רווי באוכלוסייה אזרחית. בתים שלמים מולכדו, והיה צורך לאתרם ולהרוס אותם. אם לא די בכך, ברק לא היה מעוניין בפעולה רחבה ועמוקה מדי, וביקש להפסיק את הפעולה בשלב מוקדם. האבידות של החמאס היו קשות בהרבה מאלה של צה"ל. הכוחות אמנם לא נכנסו אל תוך העיר עזה, אבל היה ברור שהפלת משטר החמאס היא בהישג יד. ההנהגה שירדה אל מתחת לאדמה – נתקפה חרדה.

הירי על ישראל נמשך כל העת, והסתבר שה"תהדיה" נוצלה לשכלול הרקטות ולהשגת טילים ארוכי טווח. המטחים הגיעו עד אשדוד ובאר שבע, שהיו עד אז מחוץ לטווח הטילים, וגרמו לאבידות בנפש. גם זה היה חלק ממחיר ה"תהדיה" האומלל ההיא.

ב-17 בינואר 2009 הודיעה ישראל על הפסקת אש חד-צדדית, בתוך ימים אחדים נסוגו כוחות צה"ל וחזרו לישראל. שר הביטחון הצליח לכפות את דעתו,

למנוע את הפלת החמאס ולהחמיץ את האפשרות להפוך את הישגי המבצע למנוף לשחרורו של גלעד שליט.

תשעה חיילי צה"ל נהרגו במבצע "עופרת יצוקה", ועוד ארבעה אזרחים שנפגעו מידי הטיילים. אבידות הפלשתינים, בהתאם למקורות ישראליים, הסתכמו ב-1,166 הרוגים. רבע עד שליש מהם אזרחים.

וכרגיל, שום תיאור של אירוע בעל משמעות לא יהיה שלם ללא ציון חלקו של בג"ץ. ב"עופרת יצוקה" חזרה התופעה, שבה עתירות מוגשות תוך כדי קרב. קציני צה"ל נדרשו להתייצב לפני בג"ץ במהלך הלחימה, להסביר את פעולותיהם ולספר מה הם עושים כדי להגן על האוכלוסייה האזרחית, שהטרוריסטים פועלים מתוכה. תוך כדי הקרבות הוגשו עתירות על ידי ארגונים לזכויות אדם, ואחת הטענות היתה מחסור בחשמל, המונע פעולה תקינה של בתי חולים, מרפאות, מערכות מים וביוב. בתגובה נמסר כי צה"ל הקים "חמ"ל הומניטרי", שנועד "לפתור את קשיי התיאום בפינוי פצועים", וכי "נעשות פעולות לשיקום תשתית החשמל ברצועת עזה", אך מיותר לומר שבית המשפט לא הסתפק בכך. הנשיאה ביניש ציינה בפסק הדין כי לדיון לא הגיעו הקצינים האחראים למצב ההומניטרי ברצועה (מה הפלא? באותו זמן הם טיפלו בנושא, בשטח). לפיכך הורה בית המשפט "לבאי כוח המדינה להגיש תגובה מעודכנת ומפורטת, מלווה בתצהיר של דרג בכיר האחראי להסדרים הומניטריים ברצועת עזה". השופטים לא קיבלו את הטענה שיש לדחות על הסף את העתירה "רופאים לזכויות אדם נגד ראש הממשלה" מחמת היעדר שפיטות. העתירה נדחתה בסופו של דבר, אולם רק לאחר שצה"ל התייחס לתיקון קווי החשמל בעזה, לסולר התעשייתי שנועד להפעלת תחנת הכוח הפלשתינית, ואף מסר כי "במהלך ימי הלחימה הוכנסו לרצועת עזה גם 200,000 ליטרים של סולר לתחבורה, 234 טונות של גז בישול, ערכות היגיינה וטיהור מים, וכן בקבוקי מים".³⁸⁹

ניתן לומר כי מה שנעשה בבית המשפט לא היה שיפוט ולא היה שפיטה. שופטי בג"ץ לא פסקו בסכסוך שפיט, אלא פעלו כגוף מפקח, המפעיל לחץ מתמיד על צה"ל לנהוג בכיוון שנראה נכון לאגף המכונה "ליברלי". דומה גם שהוא מפיל על צה"ל את נטל ההוכחה שהוא עומד בקריטריונים המחמירים ביותר, במידה שאולי מסכנת את חייליו ואת אזרחי ישראל. כל שנדרש על מנת לגלגל אל המדינה את נטל ההוכחה הכבד הוא עתירה, שעשויה להיות מבוססת על ידיעה בתקשורת, שמועה, מידע על אירוע נקודתי וכולי. ברור מאליו שאין לבית המשפט פתרונות לבעיות קונקרטיות שהצבא נתקל בהן, דוגמת השימוש שעשה החמאס באמבולנסים כדי להוביל לוחמים ואמצעי לחימה. ברור גם שאין בכוחם של השופטים להעריך מלשכתם בירושלים מה ניתן לעשות בסמטאות של

מחנות הפליטים תוך כדי קרב. כל זה לא מנע מבג"ץ להיהפך לשחקן מרכזי באירועים הנמצאים מחוץ לטווח ידיעותיו, מושגיו ויכולותיו. היה זה למעשה המשך למה שאירע ב-2004, בתקופת נשיאותו של אהרן ברק, בפעולת צה"ל ברפיח. נקודת האור היחידה בפסק הדין של העליון היא הרמז של השופט גרוניס, שלפיו הוא אינו "רואה צורך להתייחס לשאלת השפיטות". מאוחר יותר, הפיקוח הצמוד של בג"ץ לא מנע את פרסום הדו"ח המופרך של ועדת גולדסטון.

מצרים, שעמה הקפידה ממשלת אולמרט לשמור על קשרים תקינים, היתה מעורבת בפעילות להפסקת האש, ועם הכרזתה כינס הנשיא מובארק ועידת פסגה בשארם א-שייח'. בתום הפסגה הגיעו לישראל, אל בית ראש הממשלה, מנהיגיהן של חמש מדינות חשובות באירופה – קנצלרית גרמניה אנגלה מרקל, נשיא צרפת ניקולא סרקוזי, ראש ממשלת בריטניה גורדון בראון, ראש ממשלת ספרד חוסה רודריגס ספאטרו, ראש ממשלת איטליה סילביו ברלוסקוני, ועמם ראש ממשלת צ'כיה מירק טופולנק. זה היה מפגן מרשים של תמיכה בינלאומית – באהוד אולמרט אישית ובזכותה של ישראל להגן על עצמה – והדברים אף נאמרו במפורש. היה מדהים להיווכח במהפך שחל במעמדה הבינלאומי של ישראל לאחר מכן, כשממשלת נתניהו עלתה לשלטון. כאשר פורסם דו"ח גולדסטון הידוע לשמצה, ישראל ניצבה אין-אונים בפני גל ההתקפות וההשמצות.

ניקיון כפיים ו"פוליטיקה אחרת". אלה היו הדגלים שהניפה קדימה בראשות ציפי לבני לקראת בחירות 2009 – והיה זה מתכון בטוח לכישלון. לא זו היתה הדרך להתמודד עם הבעיה המרכזית שהמפלגה ניצבה בפניה. הציבור הישראלי פנה יותר ויותר ימינה, והאתגר היה למשוך קולות למרכז.

אני, כשר המשפטים, ביקשתי להתמודד עם עודף המשפטנות במדינה, עם אובדן יכולת המשילות, עם שיבוש המערכת השלטונית, עם התופעה שבית המשפט העליון פלש לנושאים שאינם בתחומו ועם השתלטות המשפטנים על כל תחומי החיים. זה איננו קו סלחני לשחיתות, אך הוא שולל גודש חקירות בעניינים שוליים. לקו הזה היתה אהדה ציבורית עצומה, ורבים מהתומכים השתייכו לחוגי הימין, אבל לקראת הבחירות זנחה קדימה את הקו הזה. מי שבחר לאמץ אותו היה אביגדור ליברמן. הוא אף הכריז כי יתמוך במינויי לשר המשפטים גם בממשלה הבאה. זכיתי גם לכך שהופנו אלי הצעות להשתלב ברשימות לכנסת, אך העדפתי שלא לעשות זאת. כשנפתחו הקלפיות ונספרו הקולות, התברר שמפלגתו של ליברמן, ישראל ביתנו, התחזקה. הימין והדתיים זכו ברוב. גוש המרכז-שמאל נחל מפלה.

קדימה עצמה זכתה ב-28 מנדטים (לעומת 29 מנדטים בבחירות הקודמות), ושמרה על מקומה כמפלגה הגדולה ביותר. אולם היא איבדה קולות רבים לימין,

ובמקום זאת קלטה קולות מהשמאל ומהמרכז, כאשר מפלגת הגימלאים לא עברה את אחוז החסימה והעבודה איבדה שישה מנדטים. היתה זו הפעם השנייה בתולדות המדינה שבה הפילה המערכת המשפטית ממשלה. בפעם הקודמת הופלה ממשלתו הראשונה של יצחק רבין, והפעם ממשלת אולמרט. בשני המקרים איבדה את השלטון ממשלת שמאל-מרכז, ובמקומה קמה ממשלת ימין בראשות הליכוד.

ב-31 במרס הקים נתניהו את ממשלתו. קדימה נדחקה לאופוזיציה. מפלגת העבודה ספגה מהלומה קשה, ומספר חברי הכנסת שלה צנח מ-19 ל-13. זה לא הפריע לאהוד ברק לגרור אותה לקואליציה שעמדותיה נמצאות בניגוד קוטבי לעמדותיו. לא חלף זמן רב, והעבודה התפצלה. ברק נשאר בממשלה בראש פלג בן חמישה חברים בשם "עצמאות", כשמוקצות להם לא פחות מארבע משרות שרים. העבודה בחרה בשלי יחימוביץ' למנהיגת המפלגה.

שני השרים הבכירים שישבו בממשלת אולמרט וחתרו לתפוס את מקומו לא הצליחו במשימה. לבני עברה לאופוזיציה, נחלה כישלון צורב בפריימריז בקדימה שהתקיימו במרס 2012, טרקה את הדלת ופרשה מהכנסת. היא התייצבה בראשות תנועה חדשה – "התנועה" – לבחירות לכנסת ה-19, וזכתה בשישה מנדטים בלבד. היא הצטרפה לממשלת נתניהו השלישית בתפקיד שרת המשפטים. מפלגת ה"עצמאות" שהוקמה על ידי ברק לא התייצבה כלל לבחירות בינואר 2013. חבריה נותרו מחוץ לכנסת וברק הודיע על פרישתו מהחיים הפוליטיים.

במלחמה התקשורתית

ארבעה שרי משפטים כיהנו בשלוש שנותיה של ממשלת אולמרט. הראשון היה חיים רמון, שמונה כאשר מערכת המשפט בכלל ובית המשפט העליון בפרט היו נתונים במשבר עמוק. לפניו, עד לבחירות, שימשה בתפקיד ציפי לבני, ובתקופתה לא מונו שופטים לעליון עקב המחלוקת בעניין רות גביזון. לאחר הבחירות מונתה לבני לשרת החוץ, אבל מהר מאוד התברר לאהרן ברק שגם לשר המשפטים החדש יש דעות משלו, והוא מסרב לשמש כנושא כליו. רמון הציע שורה של רפורמות – הן בפרקליטות והן בבתי המשפט. בין השאר הוא ביקש להנהיג בוועדה לבחירת שופטים רישום פרוטוקולים, וכפר בעקרון הסניוריטי בבחירת נשיא ומשנה לנשיא בית המשפט העליון. עד מהרה עלו אל פני הקרקע גם אי-הסכמות בעניין המינויים לעליון. הקיפאון בוועדה לבחירת שופטים נמשך.

בעניין אחד הושגה הסכמה. מה שהתרחש בנושא האתיקה של שופטים העיק כנראה גם על ברק. כזכור, השאלה עלתה לאחר שבתיק הפלילי נגד אלי הורביץ ייצג אותו (ואת הנאשמים האחרים) עורך דין שהיה ידיד של ראש הרכב השופטים. כללי האתיקה שפרסם בשעתו הנשיא שמגר נבחנו בעקבות זאת, ונקבע כי אין להם תוקף מחייב. התוצאה הזו לא היתה נוחה לעליון, שנחשף לביקורת. ברק היה מעוניין להסדיר את הנושא, גם רמון רצה בכך, והסכמה כזו בין שר המשפטים לנשיא בית המשפט העליון מהווה סגולה בדוקה לזירוז הליכי חקיקה. ביולי 2006, כחודשיים בלבד לאחר הקמת הממשלה, עבר בכנסת תיקון לחוק בתי המשפט, שהסמיך את נשיא בית המשפט העליון "בהסכמת חבר שופטי בית המשפט העליון ולאחר התייעצות עם שר המשפטים", לקבוע כללי אתיקה לשופטים (ברק עצמו לא פרסם את כללי האתיקה בזמן הקצר שנותר לכהונתו, והם פורסמו על ידי דורית ביניש רק ביוני 2007).

כעבור פחות מארבעה חודשי כהונה הודיע רמון על התפטרותו, בעקבות כתב האישום שהוגש נגדו בפרשת הנשיקה. חודשיים וחצי לאחר מכן פרסמתי ב"ידיעות אחרונות" את המאמר "ומי יחקור את החוקרים", ובו ביקורת חריפה על

העמדתו של רמון לדין. הסברתי שהדבר התאפשר רק בגלל היעדר בקרה על מערכת התביעה, והדגשתי את הצורך בהקמת מערך בקרה כזה. ציינתי גם כי יש להקים ועדת בדיקה ממשלתית, שתעסוק לא רק בהעמדתו לדין של רמון, אלא גם בהדחתו של שר המשפטים יעקב נאמן ובפסילת מועמדותו של רובי ריבלין.

באותו שלב עדיין האמינו בממשלה שיש לרמון סיכוי סביר לצאת זכאי. האמונה הזו היתה הגיונית לנוכח חוסר הסבירות של כתב האישום וחולשת הראיות, אבל בנסיבות המיוחדות של ישראל – עם הנטייה התביעתית של בתי המשפט, אחוז הזיכויים השואף לאפס וחוסר האהדה לרמון במערכת המשפט – לקתה האמונה הזו בתמימות. עד שיתבהרו העניינים החליט אולמרט למנות לתפקיד את מאיר שטרית, שהיה בעבר שר המשפטים, במינוי זמני בלבד.

שטרית פתח את כהונתו בהצהרות. הוא הכריז כי ברצונו להחזיר את השקט למערכת, ובדעתו להמשיך בשיטת הסניוריטי ולהביא לבחירתם של דורית ביניש לנשיאת בית המשפט העליון ושל אליעזר ריבלין למשנה לנשיאה (וכך אכן עשה). הוא הודיע גם שיבטל את הרפורמה שיזם רמון, בדבר רישום פרוטוקולים בדיוני הוועדה לבחירת שופטים.

לא קל להבין את הצהרותיו של שטרית, שהוא אדם נעים הליכות ובעל ניסיון רב בפוליטיקה. מינויו היה זמני. הוא בא במקום חבר מפלגתו, כאשר שררה תחושה כללית שאין כל הצדקה לכתב האישום נגדו. הצהרותיו, שהשתמעה מהן ביקורת על צעדיו של רמון, בצד כוונה למחוק את מעשיו ותוכניותיו, לא התקבלו ברוח טובה, וביקורת על כך הובעה גם בתקשורת.³⁹⁰ אין תמה שראש הממשלה בחר שלא למנות את שטרית במינוי של קבע, כשחלפו שלושת חודשי המינוי הזמני המותרים בחוק.

במקום שטרית התמנתה ציפי לבני, אף היא באופן זמני, נוסף על תפקידה כשרת החוץ, ולאחר שבית משפט השלום בתל אביב הרשיע את חיים רמון בביצוע מעשה מגונה, התמנתי אני, ב-7 בפברואר 2007, לשר המשפטים.

במשרד המשפטים התקיים טקס חילופי שרים. ציפי לבני קידמה את פני מי ששחרר אותה מהתפקיד. היא הביעה תמיכה מלאה במערכת אכיפת החוק וציינה כי "אצלנו לא תופרים תיקים". היא התייצבה בכך לצדו של מזוז ונגד רמון – אותו רמון שנהפך לימים לאחד מתומכיה בהתמודדות על הנהגת קדימה ויסייע לה בהקמת "התנועה" לקראת בחירות 2013. לי היה ברור שהמאבקים הפנימיים בקדימה לא יקלו עלי.

לא הבאתי עמי אנשים. לכל שר ניתנת אפשרות למנות מספר מצומצם של אנשי אמון בלשכתו, אבל לא היה לי זמן להתכונן לתפקיד, וכיוון שלא הייתי

פעיל בפוליטיקה גם לא היו לי אנשים הבקיאים בפעולת הממשלה. אנשיו של רמון עדיין היו במשרד. החלטתי להשאיר את כולם בתפקידיהם, ולהמתין לגזר דינו. הצוות היה מצוין, אולם היה עלי לחשוב על גיוס אנשים למקרה שרמון יחזור לממשלה במשרד אחר, ואנשיו ילכו אחריו.

בשיחות שקיימתי שוכנעתי שאהיה זקוק למשפטנים בלשכתי, ולא אוכל לסמוך רק על צוות המשפטנים של הפרקליטות. במעלה הדרך הסתבר לי עד כמה היה הדבר חיוני. עלה בדעתי לפנות לגיא רוטקופף, שהיה סטודנט מצטיין בבית הספר למשפטים שהקמתי במכללה למינהל. תמכתי בשעתו בכך שייסע ללימודי דוקטורט בארצות הברית, ואז יחזור וייקלט כמרצה במכללה. למזלי, ואולי גם למזלו, הוא נעתר לפנייתי ונהפך ליועץ הבכיר שלי. כעבור זמן קצר קיבלתי את הצעתו לצרף גם את הושע גוטליב, משפטן חרדי שהיה בוגר ישיבת חברון, סיים בהצטיינות את הפקולטה למשפטים בתל אביב ושירת בצה"ל.

אחרי פחות מחודשיים ניתן גזר הדין שפטר את רמון מקלון והטיל עליו "שירות לתועלת הציבור". נפתחה האפשרות לשובו לממשלה, מהלך שתמכתי בו ואף ביטאתי את עמדתי בפומבי. היתה זו הזדמנות הולמת להתעלם מעמדותיהם של הצדקנים והטהרנים שצמחו בחברה הישראלית בחסות הרטוריקה של בג"ץ, וראוי להעריך את אולמרט, שהחליט להחזיר את רמון וידע להתעלם מהביקורת. כעת צריך היה להמתין עוד שבועות אחדים, עד שרמון יסיים את עבודותיו למען הציבור.

עם שובו ניתנה לצוות שהביא עמו רמון ברירה: להישאר במשרד המשפטים או לעבור אל המשרד החדש שקיבל. אנשיו הלכו עמו שנים רבות. הם יכלו גם להעריך שהאופק הפוליטי שלו מבטיח הרבה יותר משלי. מנהלת הלשכה הוותיקה שלו, ענבר לובין, חזרה לנהל את לשכתו. גם היועץ שלו, יואב לביא, חבר אליו. הצטערתי במיוחד על עזיבתם של יועץ התקשורת צחי משה והעוזר האישי ניר שובל. ערן זיני, שהיה המקשר בין לשכת שר המשפטים לבין הכנסת, בחר להישאר עמי, ומילא את תפקידו בהצלחה רבה. במקומו של משה התקבלה שירי קריספין כיועצת תקשורת, ובזמן ששהתה בחופשת לידה החליף אותה גיל סלומון. שניהם סייעו לי רבות.

הבעיה המרכזית היתה מינוי מנכ"ל. הייתי זקוק לאדם עצמאי, שלא יראה עצמו כפוף לפרקליטות ויוכל לסייע לי במימוש המדיניות שביקשתי להנהיג. את מקום המנכ"ל מילא באותה עת עובד משרד המשפטים, משה שילה, שהיה כמובן מעוניין מאוד בתפקיד. שילה הוא אדם נעים הליכות, אך הטלתי ספק אם יוכל למלא את ציפיותי. הצעתי את התפקיד לבעז אוקון, שהיה מנהל בתי המשפט ופרש משיפוט לאחר מינויה של ביניש לנשיאת בית המשפט העליון. הוא היה

המועמד האידיאלי, הכיר את המערכת – והשקפותיו קרובות לשלי. אולם כעבור זמן הודיע לי אוקון לאכזבתי שהוא אינו מוכן לכך. הוא לא נימק. ייתכן שגודל הסכנה עמד לנגד עיניו. באותם ימים התפרסם ב"הארץ" ריאיון עם אמנון רובינשטיין, שבו אמר בין השאר: "אותי עצמי הזהירו שלא אקח את תיק המשפטים ללא עורך דין צמוד. איש רציני ביותר אמר לי ששר המשפטים הוא התפקיד המסוכן ביותר." הדעת נותנת שתחושת הסכנה מעיקה גם על מנכ"ל משרד המשפטים, הפועל בשיתוף פעולה עם שר שעמדותיו אינן מתיישבות עם עמדות המערכת. מה גם שאוקון עצמו כבר סומן כמי שאיננו לרוחה של הנשיאה, ועקב כך פרש.

הצעתי את התפקיד למזכיר הממשלה ישראל מימון, שהיה בוגר המחזור הראשון של בית הספר למשפטים של המכללה למינהל. בעיני היווה מימון הוכחה חיה להצלחת בית הספר, ולכך שפתח שערים לאנשים שאחרת אולי לא היו מגיעים להיכן שהגיעו – אבל גם הוא סירב. וגם כל ההתייעצויות האחרות שקיימתי לא העלו מועמד מתאים. בנסיבות שנוצרו ייתכן שהיה עלי למנות את רוטקופף למנכ"ל, אבל הוא הסביר לי שאינו חש בשל עדיין לתפקיד. בסופו של דבר החלטתי למנות לתפקיד את משה שילה, והממשלה אישרה את המינוי. לאחר סיום כהונתי, כאשר החליף אותי יעקב נאמן, המלצתי לפניו למנות את רוטקופף למנכ"ל, וכך היה.

ביקשתי כמובן להשיג הסכמה בתוך הקואליציה לרפורמות שרציתי להנהיג. את הסכנה המידית ראיתי בפסק דינו של בג"ץ בעניין זכות השיבה הפלשתינית באמצעות נישואים. עתירה בעניין נדחתה על חודו של קול, ברוב של שישה נגד חמישה, בשלהי כהונתו של ברק, אבל הנושא לא ירד מסדר היום ועתירה חדשה כבר היתה תלויה ועומדת. ביקשתי לשוחח בנושא עם מנהיג העבודה עמיר פרץ, והעליתי את האפשרות הידועה כ"הוראת התגברות", שלפיה ניתנת לכנסת אפשרות "להקים לתחייה", ברוב מתאים, חוק שבוטל על ידי בית המשפט. מקורו של הרעיון בהסדר הנוהג בקנדה. הוא היה מקובל על אהרן ברק, שהעלה אותו בתגובה לביקורת על פסיקת העליון, אך קיים פער ניכר בין עמדותינו בנקודות מרכזיות. פרץ התנגד לכל תיקון של החוק. קיוויתי לשוב ולשוחח עמו בנושא, אך הקדימה אותי ידיעה מאת נדב איל ב"מעריב".³⁹ סופר בה על התנגדותו הנחרצת של פרץ לחקיקה ברוח שהצעתי, והובאו תגובות נוספות של חברי כנסת מהעבודה המתנגדים למהלך. לצדן הופיעה תגובתו של חבר הכנסת יצחק לוי, איש המפד"ל שהיתה אז באופוזיציה, התומך ברעיון. הופתעתי ששיחה בין שני שרי ממשלה מוצאת את מקומה בצורה כזו בתקשורת, אך היה זה מקרה יוצא דופן, ובדרך כלל לא גלשו לתקשורת שיחות שניהלתי עם שרים.

מאבקו הנמרץ של פרץ למען בג"ץ לא סייע לו. בפריימריז שהתקיימו בעבודה כעבור פחות משישה חודשים הוא נחל מפלה, ולא עלה כלל לסיכוב השני. ביוני 2007 הזדרז אהוד ברק להחליף אותו בתפקיד שר הביטחון.

עם כניסתו של ברק לתפקיד התקשר איתי עו"ד דובי ויסגלס, והציע פגישה משולשת, בהשתתפותו. הוא ציין כי לנוכח החוויות שעבר ברק עם מערכת המשפט, ניתן לצפות לשיתוף פעולה בינינו. נפגשנו בביתו של שר הביטחון החדש-ישן במגדלי אקירוב, ושוחחנו על נושאים הקשורים במערכת המשפט. ברק היה בוטה מאוד בהתבטאויותיו נגדה, ובייחוד נגד החקירה הממושכת בפרשת העמותות שיוחסה לו. החקירה, שנסבה סביב מימון הבחירות, נפתחה בהיותו ראש ממשלה ונמשכה שנים לאחר מכן. לדבריו, לא היתה לה כל הצדקה, שכן פעל על בסיס חוות דעת של היועץ המשפטי. אהוד ברק לא הביע התנגדות לרפורמות בתחום המשפט, כפוף לבדיקת פרטיותו.

עמדתו של אהרן ברק היתה כי לצורך "התגברות" על פסק דין המבטל חוק יידרש רוב של 70 חברי כנסת. משיחות בכנסת הבנתי שהסיכוי להשיג רוב כזה הוא אפסי, וכי קביעת מינימום כזה משמעותה למעשה מתן גושפנקה לכל פסק דין של בית המשפט המבטל חקיקה של הכנסת. אהוד ברק ציין שיש במפלגתו תמיכה ניכרת בבית המשפט העליון, אבל הבנתי שהיה מוכן להתגברות ברוב של 65 חברי כנסת בלבד.

זמן-מה לאחר מכן הוזמנתי לדיון בסיעת העבודה. כמה מהמשתתפים השמיעו התנגדות קולנית לרעיון של "התגברות" ברוב של 65. היה ברור לי שחברים אחדים, שהיו כנראה במיעוט, תומכים בעמדותי, אך הם לא פצו פה. חבר בכיר, אשר הצעת חוק פרטית עליה היה חתום ביקשה לשלול כליל מבית המשפט סמכות לפסול חוקים של הכנסת – לא הוציא מילה. גם ברק לא דיבר. חבר אחר ניגש אלי בתום הישיבה, ואמר לי שהוא תומך בעמדותי. בישיבה עצמה לא שמעתי את קולו. מאחר שמדובר בתיקון לחוק יסוד והיה צורך בהסכמת כל מפלגות הקואליציה, התיקון נחסם. לעומת זאת, לא היתה לעבודה זכות וטו על חוקים שאינם חוקי יסוד, ולגביהם יכולתי להשיג רוב בקואליציה ורוב גדול יותר בכנסת. ואולם, ידעתי שהתנגדות תקיפה של חברה בקואליציה, גם אם אין לה זכות וטו, עשויה להכביד על הממשלה. במקרים קיצוניים עלול הדבר לערער את הקואליציה, ובמקרים אחרים קיים חשש מפני "פעולת תגמול", שבה תימנע אותה מפלגה מלסייע לחברות אחרות בקואליציה בעניינים החשובים להן. מכל מקום, במחצית הראשונה של כהונתי עדיין לא חשתי בהתנגדות ממשית מצד העבודה לחוקים שאינם חוקי יסוד.

"חוק הקדנציות", שהיה למעשה תיקון לחוק בתי המשפט, היה החוק הראשון שהוכן ביוזמתי. הוא עורר זעם רב בבית המשפט העליון, בעיקר משום שהגביל את תקופת הכהונה של נשיאו לשבע שנים (שמגר וברק כיהנו כל אחד יותר מעשור), אך כנראה גם מפני ההוראה שקבעה קדנציה זהה לנשיאי השלום והמחוזי (במקום כהונה של ארבע שנים הניתנת לחידוש). למרות זאת לא היתה התנגדות בעבודה, והחוק עבר ללא קושי בוועדת השרים לחקיקה. אחר כך, בכנסת, ההצבעה היתה מדהימה: חרף הידיעה על התנגדותו של העליון עבר החוק ברוב מרשים של 49 נגד חמישה בלבד (ונמנע אחד). כלומר, כמעט פי עשרה. מתנגדי החוק היו מהצד השמאלי ביותר של המפה הפוליטית, מרצ והמפלגות הערביות.

אינני יודע אם עמדה של העליון נדחתה אי-פעם באופן כה מהדהד, וההיגיון היה מחייב שתוצאות כאלה ידליקו שם את כל הנורות האדומות. תוצאות ההצבעה לימדו גם על מידת התמיכה שזכיתי בה בכנסת – כמעט מקיר לקיר. הרושם שקיבלתי, רושם שחזר כל אימת שהכנסת דחתה עמדות בלתי-סבירות של העליון, היה של תחושת שחרור. חברי הכנסת חשו שיצאו לחופשי לאחר סדרה ארוכה של השפלות והטפות מוסר שספגו מבית משפט עליון מתנשא, מלא יוהרה, בטוח שהוא מייצג איזו אמת מוחלטת. הטיעון נגד חוק הקדנציות היה דל ולא משכנע. כעת ניתנה לכנסת אפשרות לבטא את עמדתה, והיא עשתה זאת בצורה חותכת. גם לאחר מכן, במשך כל תקופת כהונתי, זכיתי בתמיכה של הרוב בכנסת.

המשמעות של קבלת חוק הקדנציות משתקפת בדברים שכתב יעקב אחימאיר ב"מעריב", תחת הכותרת "מהפכן בנעלי שר": "ניתן לשאול האם אכן הפנימו שופטי בית המשפט העליון את היחס המספרי המדהים שבו אושר החוק בכנסת... חמשת המתנגדים הם חברי כנסת מסיעות מרצ וחד"ש, ואילו מצביעי הבעד הם חברי כנסת המשתייכים לסיעות המרכז-ימין-דתיים, כולל סיעת העבודה. כלומר, בסיס התמיכה של בית המשפט העליון בכנסת הצטמצם מאוד. הנשיאה ביניש שיגרה לוועדת חוקה תזכיר, שבו פירטה את נימוקיה נגד החוק, שופטים עליונים (בדימוס) התייצבו אישית בוועדה... אבל ראוי לציין: שופטים מכהנים צלצלו, באורח אישי, והמריצו את חברי הוועדה כדי שיאשרו את החוק, חרף עמדתה של הנשיאה ביניש... ההישג רשום על שם השר פרידמן: החוק מנתק את התלות שהלכה והתבססה בין בית המשפט העליון לבין הערכאות תחתיו. המצב הקודם היה ממש צבאי: יחס שבין מפקד לפקוד."

למרות זאת התרשמתי שבית המשפט אינו ער למתרחש, אינו מבין מה חשים רבים מחברי הכנסת ולא קולט מהי התחושה בציבור הרחב. נזכרתי בדברים שאמר הנשיא לנדוי בריאיון שנתן ל"הארץ" בשנת 2000: "הזהרתי את אהרן ברק

מפני המתרחש... אמרתי לו שהוא חי בתוך הבניין היפה הזה של בית המשפט כמו בתוך אקווריום. אבל שלא הוא ולא השופטים האחרים ההולכים יחד איתו רגישים למה שנעשה מחוץ לאקווריום... שהם אינם קשובים דיים לדברים שהציבור חש ולדברים שגם עורכי דין רבים חשים. ואלה דברים קשים מאוד. "כעבור חודשים אחדים חלה הקצנה בעמדתה של מפלגת העבודה נגד הרפורמות שהצעתי, והיא התפרשה גם על פעילות שאינה קשורה בחוקי היסוד. אינני יודע מה גרם למפנה, ולכך שהקו שברק נקט לא עלה בקנה אחד עם הדברים ששמעתי ממנו בביתו. אינני יודע גם אם יש לכך קשר כלשהו לעמדות שנקטתי בענייני ביטחון, שלא היו לרוחו. אולי היה לכך קשר כלשהו לאמונה החזקה השוררת במערכת הפוליטית, שהתנהגות "יפה" כלפי מערכת המשפט מהווה סגולה בדוקה להגנה מפני חקירות ושאר אי-נעימויות, ואולי היו לברק סיבות אחרות. כך או כך, מאותו רגע נאלצתי להיאבק בתוך הקואליציה על כל עניין שלא היה מקובל על העליון. ובכל זאת, הצלחתי לא פעם להתגבר על ההתנגדות. למשל, בנושא הקמת בית המשפט המחוזי-מרכז.

בסבך הכללי הזה ראוי להזכיר גם את מקומו של היועץ המשפטי לממשלה. הרפורמות במערכת המשפט היו חיוניות בבתי המשפט, אך לא פחות מכך גם במערכת התביעה ובסמכויות היועץ. שתי המערכות תמכו בהזדמנויות רבות זו בזו, ונוצרה ביניהן סימביוזה, שמקורה בשיתוף אינטרסים ובקשרים אישיים. יועצים משפטיים ואנשי פרקליטות התמנו למשרות שיפוט, לרבות בעליון, ואחרים ציפו למינוי כזה. מני מזוז לא היה מקורב לדמויות המרכזיות בפרקליטות, עדנה ארבל ודורית ביניש, שהיו כעת בבית המשפט העליון, והמאבק המתקשר בינו לבין ארבל באשר לסגירת התיק נגד אריאל שרון כבר הוזכר פה. הוא עצמו תיאר זאת במילים "אני בהחלט הייתי אופוזיציה לאלה שקדמו לי", בריאיון לארי שביט שפורסם ב"הארץ" ב-2010. אבל מזוז נלחם בכל כוחו נגד כל ניסיון לבצע רפורמה בפרקליטות ובייעוץ המשפטי, והפחד מפניו ומפני ההליכים הפליליים שהיו בשליטתו גרמו לכך שכל התמודדות בנושאים האלה התנהלה בתנאים בלתי-אפשריים. היתה הקלה מסוימת בכך שהוא לא נאבק ברפורמות הנוגעות לבתי המשפט.

בניגוד לקבלת הפנים האוהדת בממשלה ובכנסת, לא כך היה מצד בית המשפט העליון. בצהרי היום שבו עמדה הכנסת לאשר את מינויי לשר המשפטים יצא השופט בדימוס מישאל חשין בהכרזה, שזכתה בכותרת "מי שירים יד על בית המשפט העליון, אגדע את ידו". הטקסט כלל דברים כמו "אבא שלי היה שופט בית

המשפט העליון הראשון. אני הייתי לאחר מכן... זה ביתי. מי שירים יד על ביתי... אגדע את ידו". בולטת בדברים תחושת הבעלות של שופט (בדימוס) על המוסד שבו כיהן – תחושה המאפיינת אנשים האוחזים זמן רב בשלטון ללא בקרה, כאשר בהדרגה נשכחת מהם העובדה שלא מדובר בעסק פרטי, וכי המוסד שעליו הופקדו שייך לציבור כולו.

דבריו של חשין היוו אות פתיחה למסע תקשורתי, שהתנהל כנגדי בתמיכתה של נשיאת בית המשפט העליון ומקורביה, בסיוע המקהלה המתוזמרת של חלק מהשופטים בדימוס.³⁹² המסע הבוטה הקים סערה תקשורתית שמעולם לא היתה דוגמתה בישראל בכל הנוגע ליחסים בין שר משפטים לנשיא בית המשפט העליון. הערכת, שאינה אובייקטיבית, היא שהמסע הזה, וניסיונות הדה-לגיטימציה שנלוו אליו, נחלו כישלון. זה ניכר הן בתמיכה העצומה שזכיתי בה בכנסת במשך כל תקופת כהונתי והן במשאלים שנעשו בקרב הציבור הרחב ובקרב עורכי הדין. לעומת זאת, נראה לי שהמאבק התקשורתי הכוחני פגע קשות במעמדו של בית המשפט העליון. קבוצת השופטים שניהלה את המאבק התקשורתי זכתה מן הסתם בעידוד ובתשואות מצד חוג מקורביה ב"אקווריום", אך לא היתה רגישה למה שמתחולל מחוץ לו, ולא ידעה להעריך את תחושות הציבור ועורכי הדין. היו ימים שמסע מסוג זה היה מערער את מעמדו של שר המשפטים. הימים האלה חלפו. הירידה במעמדו של העליון והביקורת על תפקודו, עוד לפני בואי, ערערו את כוחו והקטינו את משקל הדברים שיצאו מבין כותלי בית המשפט או מפי מקורביו.

בעניין אחד בלבד זכה המסע הזה בהצלחה. המהומה התקשורתית נמשכה חודשים, ועם הזמן התקשה הציבור להבחין לא רק מי פתח בה, אלא גם מי נוקט סגנון שלוח רסן. אט-אט יוחסה לשני הצדדים, כלומר גם לי, אחריות שווה להסלמה, אם כי סגנון הדיבור שלי היה מתון לאין-ערוך מסגנון ההתקפות שהוטחו בי, ולא אני הייתי זה שגרר את התקשורת למאבק. המהומה נפתחה, כאמור, בהכרזתו של חשין, שעות ספורות לפני שהפנסת אישרה את המינוי שלי. פחות מחודש לאחר מכן שלחה לי דורית ביניש מכתב חריף. היא תקפה בו את סדר היום שנקבע לישיבת הוועדה לבחירת שופטים, שאמורה היתה להתכנס כעבור יומיים. המכתב מצא את דרכו לעיתונות, וגם בהמשך חזרה ונשנתה התופעה שבה מכתבים של הנשיאה, שמיועדים אלי ומכילים דברי ביקורת ואף התקפות אישיות, מגיעים לתקשורת. הכותרת ב"ידיעות אחרונות" ב-6 במרס 2007 היתה: "עימות חזיתי בין שר המשפטים לנשיאת העליון". בפועל, שבוע קודם לכן קיימתי ישיבה אחת של הוועדה, ונבחרו בה שופטים חדשים. בעקבות הישיבה הסתבר לי שקיימות שאלות באשר לנוהל עבודת הוועדה, דוגמת רישום פרוטוקולים ופרסומם – שאלות שהצטרפו אליהן גם חברי הוועדה גלעד ארדן

ועו"ד פנחס מרינסקי. סברתי שלא ניתן להמשיך בבהילות במינויים בלי לברר את השאלות האלה, וכי ראוי לאפשר לחברי הוועדה לקבל מידע נוסף על המועמדים. לפיכך, קבעתי שהישיבה הבאה תוקדש בעיקרה לענייני נוהל. לא ראיתי כל יסוד לביקורת של הנשיאה, שציינה כי "תקופה ארוכה לא מונו שופטים לבתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום", במכתב שנשלח שבוע לאחר אותה ישיבה שבה דווקא כן נבחרו שופטים. אכן, בימים שקדמו למינויי לא התכנסה הוועדה במשך תקופה ארוכה, אך ברור שלא הייתי אחראי לכך, כשם שלא הייתי אחראי למחלוקות בין העליון לבין קודמתי, ציפי לבני, שגרמו לעיכובים. כמי שנכנס זה עתה לתפקידו, הייתי זכאי לפרק זמן מתאים לבירורים ולהכנות. בלשון עדינה, אתאר את המכתב כבלתי-ראוי.

שלב נוסף בסערה התקשורתית התחולל סביב התוספת של 85 תקני שופטים, שראש הממשלה אישר לי בפגישתנו הראשונה. הדבר גרר משא ומתן עם הממונה על התקציבים באוצר, קובי הבר, וסוכם איתו על פריסת התוספת על פני שנים אחדות. בתחילת יולי שלחתי להבר מכתב, שבו הודיתי לו על הסכמתו לכך ששישה שופטים מהמכסה של 2008 ימונו כבר ב-2007 (הדבר היה דרוש לצורך הקמת בית המשפט המחוזי-מרכז). העתק נשלח לכמה אנשים, ביניהם מנהל בתי המשפט משה גל. ימים אחדים לאחר מכן שוב הגיע אלי מכתב מביניש. היתה עליו ההערה "אישי", אבל העתק שלו נשלח לראש הממשלה. במכתב צוין שנשיא בית המשפט העליון מופקד על המערכת, וביניש קובלת על כך שלא שלחתי לה עותק ממכתבי לממונה על התקציבים, שאינני משתף אותה ואינני מתייעץ איתה. היא כתבה גם שאין במכתבי ביטוי לכך שבמקביל לתוספת תקנים לא יקוצצו התקציבים בסעיפים אחרים. בסופו של המכתב נאמר: "לצערי, קשה להשתחרר מהרושם כי ההודעה על התוספת אין בה כדי לתת מענה אמיתי לצורכי המערכת, והיא מיועדת ככל הנראה לצורכי פרסום בלבד."

לא ביקשתי מכתב הוקרה על התוספת המשמעותית של תקני שופטים שהשגתי למערכת, אך המשפט האחרון נראה לי חורג ממה שניתן להשלים עמו. השבתי לביניש למחרת במכתב קצר, שבו ציינתי כי הנהלת בתי המשפט מודעת למהלכים הנוגעים לתקציב, והוספתי כי היא כתבה "מדובר על נשיא בית המשפט העליון 'המופקד על המערכת'". אינני מכיר הוראת חוק הקובעת זאת, אך למקרה שהדבר נשמט ממני, אודה לך אם תפני את תשומת לבי להוראת חקיקה שבה נקבע הדבר. ההתכתבות הזו שימשה, חודש לאחר מכן, נושא לדיון בין הנשיאים בדימוס שמגר וברק לביני.

חוק הקדנציות עבר בכנסת באותם ימים. ביניש המשיכה בביקורת עליו גם לאחר קבלתו. דבריה בטקס חלוקת תעודות בפקולטה למשפטים בחיפה תוארו

בתקשורת כמתיחת ביקורת עלי, אך בעיקרו של דבר לא הופנתה הביקורת אישית כלפי, אלא כלפי חוק הקדנציות, שנחקק ביוזמתי וזכה בתמיכה רבה. מאמרו של יעקב אחימאיר ב"מעריב" כבר הוזכר, וב"ידיעות אחרונות", ברשימה מאת טובה צימוקי, נכתב: "הנשיאה ביניש, הנאחזת בעמדות שמרניות ומסרבת להכניס כל משב של שינוי, ניסתה לטרפד את החוק שהתקבל אתמול באמצעות חוות דעת מתנגדת ששיגרה לוועדת החוקה. היא גם שלחה לוועדה שני נציגים מטעמה, השופטים בדימוס יצחק זמיר ותאודור אור. ללא הועיל. את השר פרידמן יכולה ביניש לצבוע באיזה צבעים שתרצה. עם ההיגיון המעשי והרציונלי של הרפורמות שלו קשה להתווכח. אין לה בלעדיות על האמת."

המחלוקות באותו קיץ נמשכו בכל עוזן. על פי חוק בתי המשפט מוסמך שר המשפטים לקבוע את התקנים בבתי משפט מחוזיים ובבתי משפט שלום (מספר השופטים בעליון נקבע על ידי הכנסת), ולכן כתבתי לנשיאי בתי המשפט האלה כי ברצוני להיפגש איתם לשם קביעת תקנים מעודכנים, לאור התוספת שאושרה. ימים אחדים לאחר מכן קיבלתי פקס לא חתום, ובו שמות נשיאי בתי המשפט הללו (מלבד זה של נשיאת בית משפט השלום בתל אביב, עדנה בקנשטיין), שבו נאמר כי הם לא יבואו לפגישה כל עוד לא תואם הנושא עם דורית ביניש.

ציינתי בתשובה שנשלחה אליהם כי מכתבם אינו חתום, וכי מספר הטלפון של הפקס ממנו נשלח המכתב לא מצוין, כשם שלא מופיעה הכתובת שממנה הוא נשלח. יידעתי אותם כי נמסר לי שהמכתב הלא חתום נשלח בעקבות ישיבה שהתקיימה אצל נשיאת בית המשפט העליון, וכי אחדים מהנשיאים לא השתתפו בה. הוספתי, כי אם הם סבורים שהם זקוקים לאישור כלשהו כדי להיפגש איתי בעניין הנוגע לתפקידם, קיימת בעיה. מערכת היחסים בין הנשיאים של הערכאות השונות איננה היררכיה צבאית. נשיא בית משפט מחוזי איננו מפקד של נשיא בית משפט שלום, ונשיא בית המשפט העליון אינו מפקדם של נשיאי בתי המשפט המחוזיים ובתי משפט השלום.

הפגישות עם הנשיאים בנושא התקנים אכן לא התקיימו (אם כי נפגשתי עמם בהקשרים אחרים), אך בשיחה עם נחום ברנע, שנשאה את הכותרת "כבודה, כבודו", אשר התפרסמה ב"ידיעות אחרונות", הכחישה ביניש כי אסרה על השופטים להיפגש איתי. לדבריה, הם "כעסו על הנוהל, על שבירת המסורת, אבל חששו להחרים. בסוף התאגדו וכתבו מכתב".

עד כמה שידוע לי, לא היתה במכתב שלי שבירת מסורת. שופטים ונשיאים נהגו להיפגש עם שר המשפטים, אף שנהגו לדווח לנשיא בית המשפט העליון לפני הפגישה. חוק בתי המשפט מקנה לשר המשפטים את הסמכות לקבוע את

מספר השופטים בבתי המשפט המחוזיים והשלום, ולנשיא בית המשפט העליון אין בנושא זה מעמד. בחוק לא נקבע אפילו שהשר צריך להתייעץ עם נשיא בית המשפט העליון. נראה שהדרישה לשתף את נשיא בית המשפט העליון בעניין היתה חלק מכדור השלג של הרחבת סמכויותיו של נשיא בית המשפט העליון והגדלת התלות של שופטי הערכאות האחרות בו.

באותה תקופה ביקשתי גם לשנות את שיטת בחירתם של נשיאים וסגני נשיאים בבתי המשפט השונים, בעקבות טענות שלפיהן לא ניתנת לשופטים בערכאות השונות הזדמנות להציג מועמדות לתפקידים הללו. הטענות נראו לי מוצדקות. אמנם בחרתי בהילה גרסטל לנשיאת בית המשפט המחוזי החדש, מרכז, בחירה שהוכחה כמוצלחת במיוחד, אך היה זה מקרה יוצא דופן. הייתי ער לכך שאין לי מידע מתאים למקרה שיתעורר צורך במינוי נשיא או סגן נשיא נוסף, והייתי מתקשה לעשות את הבירורים הנדרשים ולראיין את כל המועמדים הפוטנציאליים. הצעתי למנות ועדות איתור.

שוב הגיעה תגובה חריפה של ביניש, שטענה כי לא היה מקום לכך שאעלה הצעה כלשהי בלי להתייעץ עמה. הפעם אכן היה לה מעמד בנושא, שכן מינויים אלה דורשים הסכמה של נשיא בית המשפט העליון. עם זאת, המכתב ששלחתי היה בגדר בסיס להתייעצות איתה ועם שאר הנשיאים. בהמשך מכתבה של ביניש הופיעו ביטויים דוגמת "ההצעות שהפצת הן חוליה נוספת בשורה של צעדים שהנך נוקט המעוררים ריב ומדון", וביטויים חריפים נוספים. המכתב הגיע לתקשורת עוד באותו יום. ב-ynet, למשל, כתב אבירם זינו "ביניש לפרידמן: אתה זורע ריב ומדון", והמכתב במלואו הופיע כנספח לכתבה. גם "הארץ" לא קופח, והידיעה, שהופיעה במהדורה האלקטרונית שלו באותו יום, נשאה כותרת דומה. כאן דובר כבר על "התקפה חריפה של נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש על שר המשפטים פרופ' דניאל פרידמן". מישאל חשין קרא לי להתפטר.

באותו יום עצמו כתבתי לביניש, שלפני זמן-מה ביקשה ממני להקל על בג"ץ באמצעות העברה של שורת נושאים הנוגעים למינהל האוכלוסין לבתי המשפט המינהליים. הוספתי ש"אעשה ככל שיש לאל ידי כדי להקל על העומס הרובץ על בית המשפט העליון". נעתרתי לבקשתה, והעברתי אליה את הצו הטעון אישור שלה. אינני יודע אם הנושא הגיע לתקשורת, ובוודאי לא גרם לרעש מקביל לזה שיצר מכתבה הזועם של הנשיאה.

זה לא היה הנושא היחיד שבו הלכתי לקראת ביניש. עניין אחר התייחס לתקן השופטים בעליון. מספרם נקבע, כאמור, על ידי הכנסת, והתקן הנוכחי, פרי פשרה עם אהרן ברק, הוא 15. לדעתי, צריך להגדיל את המספר ל-17 או ל-18,

אבל ביניש התנגדה לכך, אולי משום שהשתעשעה ברעיון חסר הסיכויים להקים בית משפט לערעורים, שיחצוץ בין המחוזי לבין העליון ויסיר מהעליון את מרבית העומס. להערכתו, יכולתי להעביר בכנסת ללא קושי החלטה בדבר הגדלת מספר השופטים בעליון. בחרתי לכבד את רצונה של נשיאת בית המשפט ולא לעשות זאת.

בכלל, לא על כל נושא כדאי להיאבק. ההצעה שלי להיעזר בוועדות איתור לבחירת נשיאים וסגני נשיאים היתה כל כך סבירה והגיונית, עד שקשה להבין כיצד ניתן להתנגד לה. ואכן, גם בתקשורת לא חסרו כאלה שהבחינו בכך. ביניהם היו פרופ' אביעד קליינברג במאמרו "התיקון ועונשו – הרס הדמוקרטיה?" ב"ידיעות אחרונות", וד"ר אלכס יעקובסון, שכתב ב"הארץ" תחת הכותרת "תרגיעו": "מגווחך לטעון שהיא (ההצעה לוועדות איתור) מקעקעת את יסודות המשפט. מצער לראות שופטים בדימוס המופיעים בתקשורת ומכריזים, בלי להביא נימוק ענייני כלשהו נגד ההצעה העומדת לדיון, שטיטוס הרשע ניצב בשערי היכל המשפט הישראלי". וכך, למרות הרוגז הרב שעוררה ההצעה, הושגה בסופו של דבר הסכמה להסדר הזה, גם אם לא באמצעות חקיקה. הנוסחה שהתקבלה היתה משופרת מבחינת ביניש, בזכות ההסכמה שנשיא בית המשפט העליון ממנה את אחד מחברי ועדת האיתור. כעבור זמן היו שמנו את השינוי בנוהל בחירת הנשיאים וסגני הנשיא, ואף את הקמת בית המשפט המחוזי החדש, כהישגים של ביניש.

כעבור ימים אחדים עלה העניין לדיון בפגישת "שרינו" – אותה פגישה שמקיימת כל אחת ממפלגות הקואליציה בנפרד לפני ישיבת הממשלה. בפגישה שרי קדימה, שבה השתתפו גם שרי מפלגת הגימלאים רפי איתן ויעקב בן-יזרי, מתחה ציפי לבני ביקורת על מה שהיווה לדבריה פגיעה באמון הציבור במערכת המשפט. אני לקחתי חלק בפגישות של שרי קדימה, אף שלא הייתי חבר המפלגה (לעומת זאת, לא נהגתי להשתתף בפגישות חברי הסיעה בכנסת, אלא אם כן הוזמנתי במיוחד לדיון מסוים). תהיתי באותו בוקר על צעדה. הייתי מצפה לכך שאם רוצים להעלות את הנושא, אתבקש לדווח על מה שאירע, ורק אחר כך יישמעו דברי ביקורת, אם קיימת כזו. הזכרתי ללבני את ההתנגשויות הקשות שלה עם מערכת המשפט, אשר הביאו לכך שבתקופת כהונתה כשרת המשפטים לא נבחר אף שופט לעליון. לעומת זאת, בתקופת כהונתי כבר מינתה הוועדה שניים. העיתונות איננה נוכחת בישיבות "שרינו", אך כמקובל אצלנו דברים מודלפים, וניתן להם ביטוי בעיתונות.³⁹³

ספק אם היה מקום לביקורת מפיה של לבני, לנוכח מה שהתרחש בתקופתה כשרת משפטים והמאבק הקשה והמתקשר שהיה לה עם העליון בעניין מועמדותה של רות גביון. עולה גם השאלה מה גרם לתפנית בעמדתה, והאם

היתה זו העובדה שהמערכת המשפטית סיכנה את אולמרט, וכעבור זמן אכן הביאה להדחתו – בדיוק מה שלבני ביקשה לעשות לאחר דו"ח הביניים של ועדת וינוגרד ולא צלח. אפשר גם שלבני החליטה לאמץ קו של תמיכה בהעצמת כוחה של המערכת המשפטית, קו שלהערכת פגע בה בסופו של דבר.

רעשים בתקשורת דוגמת זה שיצר מכתבה של ביניש אינם מועילים לבית המשפט ואינם מחזקים את מעמדו. נראה שהדבר הובן, והגיעה אלי פנייה להיפגש עם מאיר שמגר ואהרן ברק. הפגישה נקבעה בביתי, אולי מתוך כוונה להתרחק מזרקורי התקשורת, אבל עיתונאים בכל זאת חיכו לשמגר וברק בפתח הבית. השיחה היתה נעימה כתמיד. הנשיאים לשעבר הסבירו לי כי הבינו בזמנם שמתוקף תפקידם הם עומדים בראש המערכת, למרות היעדר כל הוראה בחוק. הבהרתי להם שמכתבי בעניין מעמדה של הנשיאה בא בתגובה למכתבה הבוטה של ביניש, שהסתיים במילים: "קשה להשתחרר מהרושם כי ההודעה... מיועדת ככל הנראה לצורכי פרסום בלבד." שאלתי אם מי מהם היה כותב מכתב כזה לשר המשפטים. היתה זו שאלה רטורית, שהתשובה לה ברורה.

סיכום המפגש הועלה על הכתב, ועיקרו היה הכרה במעמדה של הנשיאה כמי שעומדת בראש המערכת השיפוטית, והכרה במעמד שר המשפטים כאחראי על סדרי המינהל של בתי המשפט – הכול בהתאם לסמכויות המוקנות להם בחוק וברוח המסורת של כבוד הדדי. בהמשך דובר על קידום מהלכים, לרבות חקיקה, שיקבעו את עצמאות בתי המשפט. מטבע הדברים, כל צד ביקש להדגיש את הנקודות החשובות לו. אני, מחד גיסא, לא ייחסתי חשיבות לענייני כבוד, ולא ראיתי קושי להכיר בנשיאת בית המשפט העליון כראש המערכת השיפוטית, ובוודאי לא רציתי לפגוע בשמגר וברק. מאידך גיסא, לא הייתי מוכן לכך שהכרה במעמד המכובד תקנה לנשיאת בית המשפט העליון סמכויות שהמחוקק לא העניק לה. משום כך נוספו המילים: "הכול בהתאם לסמכויות המוקנות להם בחוק." ההחלטה להקים עוד בית משפט, למשל, היא החלטת שר המשפטים בלבד. כך כתוב בחוק. בדומה לכך, ההחלטה אם למקם את בית המשפט החדש בלוד או בעיר אחרת היא החלטתו של השר (בשיתוף עם הגורמים הממשלתיים הרלוונטיים). כזכור, גם שופטי העליון לא הכירו בכך שלנשיאם יש סמכויות מיוחדות מכוח מעמדו, ושללו את סמכותו לקבוע כללי אתיקה לשופטים. הייתי מוכן להקמת ועדה בראשותו של אהרן ברק, שתעסוק בעצמאות בתי המשפט, ואתייחס לכך בהמשך. לא ראיתי קושי בויתור על סמכויות שר המשפטים. מה שנדרש הוא מנגנון בלתי-תלוי ונטול פניות, שיבטיח את עצמאות השופטים גם מבחינת המערכת הפנימית, ולא יכפיף אותם

לשלטון יחיד כלשהו. בית המשפט העליון הוא שנסוג לאחר מכן מהעניין, מסיבות שיכולתי להעלות לגביהן השערות בלבד.

פחות משבועיים לאחר פגישתי עם שמגר וברק, התפרסמו בעיתונות שני ראיונות. בריאיון אחד, שנתתי לאורית שוחט ופרופ' זאב סגל מ"הארץ", היתה הכותרת: "להציל את בג"ץ מעצמו". בכותרת המשנה נאמר בין היתר: "אף מילה על דורית ביניש". ביטאתי שם את השקפתי, שלפיה הגבלת סמכות בג"ץ תחזק אותו, וכי הרחבת תחום השיפוט שלו מעבר למידה דווקא פגעה בו וערערה את מעמדו. דיברתי גם על להיטות היתר בהעמדת אנשי ציבור לדין פלילי, בעיקר בעבירה של הפרת אמונים. כאמור, לא היו בריאיון התקפה או ביקורת אישית על ביניש.

ערב קודם לכן, ב-16 באוגוסט, פורסם ב"גלובס" ריאיון אחר, שהנשיאה ביניש נתנה לנועם שרביט. הכותרת מדברת בעד עצמה: "פרידמן פשוט לא נותן להזיז דברים". בגוף הטקסט מופיעות התבטאויות דוגמת "העימותים עם השר הסיטו אותי... לא רק מהעבודה השוטפת אלא גם מהתוכניות שהיו לי... אנחנו מתעסקים בדברים לא חשובים, אבל הוא פשוט לא נותן להזיז דברים". הדברים נאמרו חרף העובדות שהיא עצמה מודה בהן, באותו ריאיון, שהקמתי בית משפט מחוזי נוסף והשגתי עשרות תקני שופטים. כל זה התרחש בתוך כשישה חודשי כהונה, שבהם התמנו עשרות שופטים לערכאות השונות, לרבות שניים לעליון. ומהם הדברים שאינני "נותן להזיז"? העניין היחיד שצוין על ידי ביניש הוא הקמת בית משפט לערעורים – הצעה שמנוגדת לעמדתה של ועדת אור ואינה באה בחשבון. היא הזכירה גם את הצורך להעביר נושאים מינהליים מבג"ץ לערכאות נמוכות יותר, אבל לא טרחה לספר שנעתרתי לבקשתה זו ופעלתי להעברת שורה של נושאים מבג"ץ לבתי הדין המינהליים. מעבר לשאלה כיצד ניתן לטעון בנסיבות האלה שאני "לא נותן להזיז דברים", ברור שהריאיון וההתקפה האישית עלי לא עלו בקנה אחד עם הסיכום שנעשה עם שמגר וברק.

זה היה מעשה שלא ייעשה. ואכן, למחרת פרסמה טובה צימוקי ב"ידיעות אחרונות" כתבה בשם "קץ ההודנה". מסופר בה כי אחרי ששמגר וברק הביאו להפסקת אש בין נשיאת בית המשפט העליון לשר המשפטים, נראה שהיא מתמוטטת: "בצער חסר תקדים התראיינה ביניש, ותקפה אישית את שר המשפטים". בהמשך מסופר שהריאיון ב"גלובס" הדהים את מערכת המשפט, "שכן נשיאי בית המשפט העליון לא העניקו מעולם במהלך כהונתם ריאיון לכלי תקשורת, למעט ביטאונים משפטיים". צימוקי פרסמה גם הערכה, שלפיה ביניש החליטה להתראיין משום שרצתה "להקדים תרופה" לריאיון שלי ב"הארץ". אבל,

מציינת הכתבת המשפטית הוותיקה, "ביניש לא ידעה שפרידמן נזהר בכבודה". צימוקי גם תהתה אם הריאיון עם הנשיאה בוצע לפני או אחרי ה"הודנה" עם פרידמן, ותלתה את תמיהתה בכך שמפורט בריאיון מועד מאוחר יותר מ-1 באוגוסט, המועד שבו הושגו איתי ההבנות. דוברת הנהלת בתי המשפט נזעקה וטענה כי זו טעות, וכי הריאיון נערך קודם לכן. לציין תאריך היא סירבה.

באותו אוגוסט 2007 סוער מבחינה תקשורתית, במהלך הוויכוח על ועדות האיתור, צץ גורם נוסף. קבוצה של כעשרים פרופסורים למשפטים חתמה על עצומה נגדי, ביקרה את הצעותי וקבעה ש"סגנון הפעולה של השר מבטא, לצערנו, חוסר כבוד כלפי בית המשפט העליון וכלפי מוסדות אכיפת החוק, ובכך נפגעים ערכי שלטון החוק שהם נכס אסטרטגי של החברה הישראלית". כפי שאני מבין, הנוסח רוכך על מנת לאפשר למספר גדול של חותמים להצטרף. נמנו עמם אריאל פורת, מרדכי קרמניצר, איל בנבנישתי, ידידיה שטרן, דפנה ברק-ארוז, חנוך דגן וחיים גנז. במקביל פורסמה עצומה נגדית, שהביעה תמיכה במהלכי. עליה חתמו בין השאר הפרופסורים אמנון רובינשטיין, שמעון שטרית, סיני דויטש, רקטור המרכז הבינתחומי משה בר-ניב, ד"ר תמר גדרון וד"ר הלל סומר. נאמר בה בקצרה: "אנו, מרצים למשפטים, מבקשים שהדיון בנושא מערכת המשפט יתקיים ללא התקפות אישיות ובדרך עניינית, ופונים לשר המשפטים, פרופ' פרידמן, להמשיך ולפעול למען תיקון הפגמים במערכת המשפט בצורה עניינית, מתוך מטרה לחזק את המערכת ולהגדיל את אי-תלותם של השופטים."

אין כמובן דופי בעצומות מסוג זה. החותמים עושים זאת בוודאי מתוך אמונה במה שהם חותמים, ובכל זאת אני רואה קושי במה שהתרחש לאחר ניסיון המינוי של פרופ' נילי כהן, כאשר כמה אנשי אקדמיה החלו לצפות למינוי לעליון – בין בעידוד שהגיע מלמעלה ובין על בסיס אחר. היו גם כאלה שניהלו שיחות עם חברים בוועדה לבחירת שופטים ואף עם ביניש. התופעה אינה נראית לי מלהיבה, כיוון שכתובה אקדמית, שעשויה לכלול ביקורת על פסיקת העליון, צריכה להיות מנותקת מכל זה. הדברים אינם נוגעים לרבים מהחותמים, אבל עם שניים מהפעילים בעצומה נגדי, הפרופסורים אריאל פורת ואיל בנבנישתי, נפגשתי קודם לכן, ומסרתי להם כי אין בדעתי להציגם כמועמדים לעליון. אני ער לכך שמבחינה "פוליטית" רצוי לא לומר זאת למועמד, ועדיף לומר משהו בנוסח "נראה", "עדיין לא החלטתי" וכולי, אולם בחרתי לומר את האמת הלא נעימה. מה גם שפורת היה דוקטורנט שלי, ובעבר סייעתי לו לא מעט.

ראוי לציין גם כי לאחר מינויים של עורכי הדין חנן מלצר ויורם דנציגר לעליון סברנו גם אני וגם ביניש, כי ראוי ששלושת השופטים הבאים יבואו מקרב שופטי

המחוזי. מכל מקום, בידיעה שפרסמה טובה צימוקי ב"ידיעות אחרונות" על אודות העצומה נגדי נוסחה הכותרת כך: "לא מונו לעליון, וארגנו עצומה נגד שר המשפטים". בגוף הכתבה ציינה הכתבת שסירבתי לתמוך במועמדותם של פורת ובנבנישתי. ולהשלמת התמונה אציין שהנשיאה ביניש כללה ברשימת המועמדים שלה את פורת ובנבנישתי, וגם את פרופ' דפנה ברק-ארז, שחתמה אף היא על העצומה נגדי (ברק-ארז אכן נבחרה לעליון ב-2012).

לסיום סיפורו של אותו חודש אזכיר שני מאמרים מקיפים שפורסמו ב"מוסף לשבת" של "ידיעות אחרונות". האחד מאת נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים בדימוס ורדי זיילר, וכותרתו: "אל תהיו חסידים שוטים – אין באף הצעה שהועלתה על ידי דניאל פרידמן פגם ההופך את הדיון לבלתי לגיטימי." המאמר מפרט לא פחות מ-15 פגמים במערכת המשפט, ביניהם התמשכות הליכים, כניסת בתי משפט לעניינים לא להם תוך זניחת הטיפול בעניינים שאינם תופסי כותרות, קיום לא בריא של עוצמה ארגונית בידי קבוצה קטנה, התניית קידום שופט מחוזי לעליון בכך שכיהן בעליון במינוי זמני, ועוד. מצד שני מובאות הצעות שהעליתי, כשזיילר מציין שאף אחת מהן אינה פסולה.

המאמר הנגדי נכתב על ידי פרופ' יצחק זמיר, וכליבו ביקורת על כל ההצעות שהעליתי. לא מצאתי בו הכרה בבעיות הקשות של המערכת, למעט משפט סתמי: "יש מקום לביקורת על מערכת המשפט."

ריאיון שנתנה פרופ' גבריאלה שלו לבילי מוסקונה-לרנר התפרסם חודשים אחדים לאחר מכן במוסף "מעריב". כותרת הריאיון, "דני תפסיק", תואמת את סגנונו. שלו מטיחה בי ביקורת בסגנון המלמד לא מעט על הרמה* ("זה כמו האיש שממשיך לעשות פיפי במיטה אבל מפסיק להתבייש"). דבריה כוללים מידע מוטעה ממש. היא אומרת שאני "מציע למשל הרחבה משמעותית בסמכויות השיפוט של בתי הדין הרבניים", כאשר האמת הפוכה. התנגדתי להרחבת סמכויותיהם של בתי הדין הרבניים ופעלתי נגד ניסיונות לעשות זאת. אחר כך מוצגת לה השאלה: "מה הבעיה עם הצעות כמו מתן סמכות לשר המשפטים להעביר תיקים בין בתי המשפט?" במקום לומר שאין דבר כזה, היא טוענת ש"זה שוב להעביר סמכות שיפוטית מובהקת, שהיתה מוקנה מאז ומתמיד לנשיאי בית המשפט העליון, לאישיות פוליטית". זאת, כאשר העובדות הן שסמכותה של נשיאת בית המשפט העליון להעביר תיקים עומדת בעינה, ולא הצעתי ליטול אותה ממנה. פשוט, בעקבות הקמת בית משפט מחוזי-מרכז הוצע הסדר שלפיו

* תגובה ברוח זו, של יועצת התקשורת שלי שירי קריספין, פורסמה ב"מעריב" בשבוע שלאחר הריאיון.

מנהל בתי המשפט (לא שר המשפטים) יוכל להעביר סוגי תיקים (למשל ערעורי תעבורה) במשך תקופה מוגבלת לבית המשפט החדש.

לכך הצטרפה פרשנות מוזרה של שלו, ולפיה העובדה שחוק הקדנציות התקבל ברוב של 49 נגד 5, ופחות ממחצית חברי הכנסת השתתפו בהצבעה, היא סימן ש"מעט מאוד אנשים מבינים כמה הרפורמות של פרידמן ישפיעו על חיינו". ניתן לתהות אם היא ערה לכך ש"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" התקבל ברוב קטן יותר (רק 32 חברי כנסת הצביעו בעדו, 21 התנגדו ואחד נמנע).

פרופ' שלו מספרת גם על מה שהרעיש אותה: "פתחתי את העיתון של לשכת עורכי הדין, ויותר מ-50 אחוז בחרו אותו לאיש השנה. מדהים." ובהמשך היא אומרת (כאשר היא מציינת שהיא מסתמכת על דברים של בן זוגה), שכל שר משפטים ימשיך מהנקודה של פרידמן "כי הוא יראה איזה מחיאות כפיים פרידמן מקבל מחוגים רחבים מאוד. גם בפוליטיקה, גם בציבור... וגם עורכי הדין... יש אצלם אהדה גדולה לפרידמן". כלומר, נראה שהיא מתקשה להבין את המתרחש.

בשבוע שאחרי הריאיון עם שלו פורסמו כמה תגובות. חלקן תומכות בריאיון, חלקן מבקרות אותו. אני בוחר לצטט מתוך מכתב התגובה של עו"ד אילן סופר: "כמי שמופיע מדי יום בבתי המשפט אני יכול לומר בוודאות... עורכי הדין אינם משמיעים את קולם מתוך פחד. אילו היו משמיעים את קולם באופן גלוי, פרידמן היה מועמד ריאלי לנשיאות המדינה ולראשות הממשלה גם יחד... עורכי הדין המופיעים בבתי המשפט משוועים לרפורמה... המשפט הפלילי בישראל מת מוות קליני. מה שמכונה היום 'משפט פלילי' הוא בעיקרו של דבר ריטואל למען הפרוטוקול בלבד, של הרשעה ידועה מראש. הסיכוי האחרון להחזרת המשפט הפלילי לחיים הוא שינוי יסודי באופן בחירת השופטים. די לגילוי העריות ולנישואים בתוך המשפחה. די לשיבוט השופטים, שהיו פעם תובעים, ולפני כן שוטרים, ומעולם לא חדלו לחשוב כמו שוטרים. בית המשפט העליון איננו בית של חשין ואפילו לא של האבא שלו."³⁹⁴

חצי שנה לאחר מכן העלתה שרת החוץ לבני בממשלה, באישורו של אולמרט, את מועמדותה של גבריאלה שלו לתפקיד שגרירת ישראל באו"ם. הייתי ער לכך שהיא איננה מתאימה לתפקיד, כפי שאכן התחוור בהמשך, אבל החלטתי שלא להשתתף בדיון ובהצבעה לאחר המאמר שכתבה נגדי. היה ברור לי שאולמרט, שהכיר אותה, חייב לדעת גם הוא על חוסר התאמתה. כעבור זמן אכן שאלתי אותו כיצד אישר את המינוי. אני מעדיף לדלג על התשובה שקיבלתי. בכל אופן, בריאיון לשלום ירושלמי מ"מעריב", לאחר סיום כהונתה, הסבירה פרופ' שלו ש"האנגלית היא לא הדבר הכי חשוב. גם כנגדי טענו שיש לי אנגלית במבטא ישראלי מדי, ושאני מקריאה מהנייר. כאילו כל האחרים לא נהגו כמוני. הם לא מבינים שהנאומים נכנסים לפרוטוקול. שזה חוסר אחריות לדבר בעל פה".

כהונתה באו"ם של פרופ' שלו היתה רחוקה ממה שישראל היתה זקוקה לו. לביש מזלנו, היא כיהנה בתקופה שבה פורסם דו"ח גולדסטון, דווקא כשישראל היתה זקוקה לאדם בעל כושר הסברה ויכולת התמודדות בתקשורת האמריקנית והעולמית. שגרירים דוגמת חיים הרצוג, בנימין נתניהו או דני גילרמן היו יכולים לעמוד במשימה לא קלה זו, אבל ישראל נותרה במאבק ההסברתי חסרת אונים. האחריות לכך אינה מוטלת רק על שלו, אך יש לה חלק בכישלון. בביקור בארצות הברית, לאחר סיום כהונתי בממשלה, התברר לי עד כמה לקתה ההסברה הישראלית בחסר. בפגישה שהיתה לי עם פרופסורים ואישים נוספים מתחתי ביקורת חריפה על דו"ח גולדסטון, ואחד הנוכחים פשוט שאל: "מדוע לא שמענו את כל זה?" אדם אחר הבהיר שאת המאבק התקשורתי כבר הפסדנו. עם שובי כתבתי מאמר מקיף, שפורסם ב"ג'רוזלם פוסט" ותקף את הדו"ח תחת הכותרת: "Goldstone Report – The Terrorists' Magna Carta". פרופסור ישראלי נוסף שהתבטא בנושא היה משה הלברטל, שכתב מאמר ביקורתי חשוב על הדו"ח ב-"New Republic", אך זה היה מעט מדי ומאוחר מדי. בזמן אמת, קולה של ישראל הרשמית היה רחוק מלהרשים. שלו סיימה את תפקידה באו"ם כשנתיים.

המתקפה התקשורתית נגדי כללה גם גל של מאמרים והתבטאויות של אהרן ברק, רובם באפריל 2008. בלט בהם סגנון קיצוני, המבשר בלשון אפוקליפטית חורבן קרוב. ידיעה ב"הארץ", למשל, קידמה ב-8.4 ריאיון צפוי בסוף השבוע. הכותרת היתה: "היוזמות של השר פרידמן הן תחילת הסוף של מערכת המשפט" (לדברי ברק). "מעריב" בישר לקוראיו על "ריאיון ראשון" עם הנשיא לשעבר שיתפרסם ביום שישי. הכותרת שנבחרה היתה: "פרידמן הופך אותנו למדינת עולם שלישי". גם "ידיעות אחרונות" לא קופח. כאן נדפס למחרת מאמר פרי עטו של ברק, תחת הכותרת: "בית המשפט נהרס לנגד עינינו".

לא חסרו תגובות על גל ההתקפות. בתוכנית "הבוקר הזה" סיפר הכתב איתם לחובר, בשיחה עם המנחה יעקב אחימאיר: "רגעים כאלה של נחת לא היו לשר המשפטים מאז נכנס לתפקיד. הוא זכה בתמיכה גורפת מעשרות חברי ועד מחוז תל אביב והמרכז בלשכת עורכי הדין, ובמיוחד משר המשפטים לשעבר הפרופסור יעקב נאמן, שהתייצב מאחוריו בוויכוח המתקשר בינו לבין שופטי בית המשפט העליון." הפרשן בן-דרור ימיני היה חריף הרבה יותר, ובמאמר שפרסם במוסף השבת של "מעריב" כעבור ימים אחדים כתב: "ספק אם מישאו אשם בהידרדרות מעמד בית המשפט העליון יותר מהנשיא ברק... אין אדם שלפי כל הסקרים גרם לשקיעה הנמשכת, הדרמטית באמון הציבור כמוהו... מי שמחפש דוגמאות יכול למצוא אותן בהצהרותיו המגלומניות על 'הכול שפיט',

על המהפכה החוקתית... על פרופ' רות גביזון, שאינה ראויה משום ש'יש לה אג'נדה'. וזה עוד כלום לעומת חטאו הגדול של ברק: הוא הפך את בית המשפט העליון, כפי שכתב פרופ' אנדרי מרמור לפני שנים רבות, ל'מפלגה פוליטית של היאפים'... אבל החורבן שהותיר אחריו אינו מספק אותו. הוא ממשיך במסע ההרס. 'ניסיון להצמיד אקדח לרקתו של בית המשפט', אמר השבוע על הניסיונות של פרופ' דניאל פרידמן להציל את מערכת המשפט. כמובן אין שום קשר, גם לא קלוש, בין הצעות הרפורמה של פרידמן לבין התגובות ההיסטריות של ברק. אבל כמי שהתחיל במלאכת ההרס, הוא רואה לעצמו מצווה למנוע כל ניסיון לתיקון."

גם אני הגבתי להתקפותיו של הנשיא לשעבר, במאמר "מגדל פורח באוויר" ב"ידיעות אחרונות". ציינתי שברק בנה חוקה לישראל יש מאין, העניק לבית המשפט כוחות וסמכויות שמעולם לא היו לו, וביטל הלכות מוסכמות שהיו בתוקף במשך שנים. אבל "בית המשפט העליון אינו יכול לכתוב חוקה ויש גבול לכוחות שהוא יכול להעניק לעצמו. אפשר להבין את כאבו של האדריכל, אבל המגדל הוקם ללא היסודות הדרושים, הוא פורח באוויר ואין תִּמָּה שהוא מראה סימני התערערות". הזכרתי את אזהרותיו של הנשיא בדימוס לנרדי כלפי בית המשפט העליון וכלפי ברק עצמו. לבסוף ציינתי כי לא ניתן למצוא בכתיבתו של ברק שום רמז לחשבון נפש, ואין הוא שואל את עצמו מה הביא להתנגדות כה עזה לעליון. מה גרם לברק לצאת במטח הראיונות והכתבות הזה? אוכל רק להעלות השערה: היה ניתן להניח באותם ימים שנוכח המצב הפוליטי לא תאריך הממשלה ימים, אך בזמן שנותר עד לבחירות לא היה בקואליציה גורם שיבלום חקיקה שאינה רצויה לעליון. במקרה כזה עשוי היה לחזור התרחיש של 1992, כשבתקופת דמדומים הועברו כמה וכמה חוקים משמעותיים, וביניהם "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". בממשלת אולמרט זה לא קרה. אמנם היה בכוונתי להעביר את "חוק ההתגברות", לפחות עד לשלב של קריאה ראשונה בכנסת, אך גם זה לא התאפשר. בכל מקרה, גם אם זה היה השיקול של הנשיא בדימוס, קשה להתלהב מהיציאה במקביל לשלושת העיתונים, ומהסגנון שבו בחר.

המשפטן האמריקני הנודע ריצ'רד פוזנר פרסם סמוך לאירועים הללו בביטאון היוקרתי "New Republic" ביקורת קטלנית על ספרו של ברק שופט בחברה דמוקרטית, שתורגם לאנגלית.³⁹⁵ פוזנר, שהיה בעבר פרופסור למשפטים ומכהן כיום בבית משפט פדרלי לערעורים, הוא אחד המשפטנים המוערכים ביותר בארצות הברית ומחוץ לה, ומחברם של ספרים ומאמרים במגוון רחב של תחומי משפט. הביקורת של פוזנר בוטה, עזה ועולה בחריפותה על כל ביקורת שהושמעה

בישראל על אהרן ברק. הוא מציין שהתיאור של רוברט בורק, משפטן אמריקני נודע אחר, שלפיו ברק "קבע שיא עולמי של יוהרה שיפוטית (judicial hubris)", קרוב מאוד לאמת (גם הנשיא לנדוי אמר שבית המשפט העליון איבד את הענווה שלו ומגלה "התנשאות ויומרנות"). פוזנר תיאר את ברק כ"רודן נאור", פירט את הכללים והסמכויות שבית המשפט העליון בישראל נטל לעצמו בהשראת דעותיו, וציין שהמדינה יכולה להעניק סמכויות כאלה לשופטיה – אולם רק בארץ "מעניקים השופטים את הסמכות הזו לעצמם, בלי להיזקק לאישורה של חוקה או רשות מחוקקת". גישה כזו "ניתן בקלות להגדיר כתפיסת שלטון בכוח", נכתב בתרגום של המאמר, שהופיע על כפולת עמודים ב"ידיעות אחרונות" תחת הכותרת "רודן נאור". בהמשך מתאר פוזנר את ברק כ"שודד ים משפטי" (legal buccaneer), ומציין כי ברק מניח כמובן מאליו שיש לשופטים סמכות טבועה לגבור על חוקים, וכי באופן שבו הוא מפרש את החקיקה הוא למעשה "משתמש בחוקים... כטיוטה ראשונה שבית המשפט חופשי לשכתבה".

מי שהתגייס להגן על ברק היה פרופ' ברק מדינה. מאמריו פורסמו בעברית ובאנגלית,³⁹⁶ והוא טען בהם, בין השאר, כי פוזנר אינו מכיר את שיטת המשפט הישראלית (פוזנר עצמו הכיר בכך). תשובתו של המשפטן האמריקני היתה שספרו של ברק מציע תיאוריה כללית בעניין מעמדו של השופט בחברה דמוקרטית, ולתיאוריה הזו הוא אינו יכול להסכים.³⁹⁷

כך או כך, למאמרו של פוזנר היתה תהודה אדירה. הביקורת המנומקת שלו העניקה לגיטימציה לביקורת בישראל על הרחבת סמכויותיו של העליון. בעבר נתקל כל ניסיון להשמיע ביקורת כזו בדה-לגיטימציה מוחלטת, ובמקרי קיצון אף הגיעו הדברים לנקיטת הליכים פליליים נגד מי שהצטייר כ"אויב המערכת". במקרים פחות קיצוניים השתקפה הדה-לגיטימציה בגינוי גורף ובשלילת הצורך להתייחס לביקורת לגופה, ולא פעם גם בהתקפה אישית. פרופ' רות גביון העניקה ב-1999 ריאיון לארי שביט מ"הארץ", שבו מתחה ביקורת חריפה על מערכת אכיפת החוק. בכותרת המשנה של "דבר ראש האופוזיציה" נאמר כי גביון יוצאת בהתקפה "נגד מערכת המשפט ואכיפת החוק המגוננת על עצמה, נוקטת מדיניות של איפה ואיפה, משתיקה את מבקריה... מושפעת מהתקשורת ופולשת לתחומים לא-לה". את העמדה הנגדית ביטא פרופ' מרדכי קרמניצר, שכתב ב"הארץ", תחת הכותרת "אקטיביזם לא מוגזם: מי שזכויות אדם יקרות ללבו חייב להתייצב מאחורי בג"ץ. לא לידות בו אבנים."

כעבור שנים אחדות שלל אהרן ברק את מועמדותה של גביון לכהונה בעליון. פרופ' שלמה אבינרי הגיב על כך באומרו כי: "מי שמבקש להעלות ספקות על היקף סמכותו של בג"ץ עלול להתחייב, אם לא בנפשו אזי בעתידו המשפטי".³⁹⁸

דה-לגיטימציה של כל ביקורת, על ידי הטענה שהיא איננה עניינית אלא נובעת ממניעים פסולים, נעשתה שוב ושוב גם בתקופתי. בטקס השבעת שופטים, שבועות אחדים לאחר פרסום מאמרו של פוזנר, אמרה הנשיאה ביניש בין השאר: "השופטים הפכו במידה רבה למטרה לביקורת לא עניינית... ניכרת בשנים האחרונות מגמה המכוונת לתכליות פסולות, שנועדה להאיר את מערכת השיפוט באור שלילי. מעורבים בה גורמים המחפשים כוח והשפעה בזירה הפוליטית, מעורבים בה חשודים שיש להם מפגש עם מוסדות החוק והמשפט והם מעוניינים להחלישה, ומעורבים בה מי שהם נאשמים או שהיו נאשמים." גם ביטויים שבהם השתמש ברק, כגון "פרידמן הופך אותנו למדינת עולם שלישי" או "ניסיון להצמיד אקדח לרקתו של בית המשפט" משתייכים לקטגוריה הזו, המנסה לגדוע כל ביקורת באבחת לשון חסרת רסן.

אבל, אם בעבר היה השימוש באמצעי הזה עשוי להוציא את המבקר אל מחוץ למחנה, או לפחות להרתיעו, כעת איבדה הדה-לגיטימציה מכוחה, וביקורת נשמעה ברמה. בין מבקריה של מערכת המשפט היו אישים מהשורה הראשונה באקדמיה, דוגמת הפרופסורים אמנון רובינשטיין, שלמה אבינרי, שמעון שטרית, רות גביזון, אביעד קליינברג, הלל סומר, שוקי שגב ויואב דותן. עמם נמנו גם אישים מובילים בתקשורת, בתרבות ובעולם המשפט, דוגמת ורדי זיילר, בעז אוקון, גדי טאוב, אמנון דנקנר, בן כספית, בן-דרור ימיני, עמנואל רוזן, אלכס יעקובסון, משה גורלי וחגי סגל. לכל אלה ניתן להוסיף את שר המשפטים לשעבר יעקב נאמן, וכן עורכי דין דוגמת יראון פסטינגר וחיים משגב, שלא היססו להתבטא בתקשורת. ניתן להזכיר בהקשר זה גם את הקבוצה הגדולה של אנשי אקדמיה שחתמו על עצומת התמיכה בי, במקביל לעצומה נגדי. אין פירוש הדבר שהם תמכו בכל עמדותי, אבל כל אלה – ורבים אחרים – לא נרתעו מביקורת על מערכת המשפט ועל בית המשפט העליון, והסתייגו מהניסיונות לשלול את עצם הביקורת.

זכיתי בתמיכה ציבורית מרשימה, שבאה לביטוי גם בסקרים שונים. למחרת המינוי שלי, כשעמדתי כבר היו ידועות היטב, פורסם בערוץ 7 סקר שערך מכון "מאגר מוחות", ממנו עלה כי 40% מהציבור תומכים במינוי, לעומת 15% מתנגדים. חודשיים לאחר מכן פורסם ב"גלובס" סקר שלפיו 67% מעורכי הדין תומכים בי ורק כ-17% מתנגדים. בספטמבר 2007 פרסם "מעריב" סקר של דעת הציבור לגבי תפקוד שרי הממשלה. נמצאתי במקום השני בין השרים (אחרי ציפי לבני), ובמקום השלישי אם מביאים בחשבון גם בעלי תפקידים אחרים (קדמה לי גם דליה איציק, יושבת ראש הכנסת). בן כספית כתב מאמר שהתייחס לממצאים, והסביר שהמיקום הגבוה מלמד שהמאבק שלי הוא "לא נטול גיבוי ציבורי".

בינואר 2008 יצא לאור כתב העת "הפרקליטים", שבו נבחרתי לאיש השנה במשפט. במשאל השתתפו 2,790 פרקליטים, וזכיתי ב-45% מהקולות. לביניש ניתנו 29%. חצי שנה מאוחר יותר, אחרי צרור ההתקפות של ברק, פורסם סקר בתוכנית "הכול דיבורים" של "קול ישראל". השאלה היתה מי מבין השלושה – דניאל פרידמן, גדעון סער (ליכוד) או אופיר פז-פינס (העבודה) – מועדף על הציבור בתפקיד שר המשפטים. זכיתי במקום הראשון עם 31.1%, סער זכה ב-19.9%, ופז-פינס ב-16.8%.

מינויים ושינויים

בשלוש השנים שלפני כניסתי למשרד המשפטים פרשו מבית המשפט העליון מטעמי גיל לא פחות משישה שופטים: תאודור אור, דליה דורנר, אליהו מצא, יעקב טירקל, מישאל חשין ואהרן ברק. העליון נותר ללא חוט השדרה שלו.

הפעם האחרונה שמונו שופטים לעליון היתה בתקופתו של טומי לפיד, כשנבחרו, במאי 2004, אסתר חיות, סלים ג'ובראן, אליקים רובינשטיין ועדנה ארבל. בתקופה שציפי לבני כיהנה בתפקיד התנהל אותו מאבק חריף בינה לבין הנשיא ברק בשאלת מינויה של רות גביוזון, והליך המינויים נעצר לחלוטין. החילופים המהירים בתפקיד יצרו מן הסתם ציפייה בעליון, שעל הקשיים עם לבני יהיה ניתן להתגבר עם בואו של שר חדש לאחר הבחירות. כך קרה לא פעם כשהשופטים נתקלו בשר בעל דעות משלו. כל שנדרש מהם היה קצת סבלנות, בהמתנה לבא אחריו. הפעם זה לא קרה.

ברק ועמיתיו לא עמדו על כך שהמציאות השתנתה. האמון הבלתי-מסויג שזכה בו העליון בעבר – פג. בתקופתו של ברק נמתחה על המינויים לעליון ביקורת חריפה, ובמחצית השנייה של כהונתו חלה צניחה דרסטית באמון בבתי המשפט בכלל ובעליון בפרט. ההסתברות להיתקל בשר משפטים בעל עמדות עצמאיות, שיסרב להיות חותמת גומי, גדלה. זה מה שקרה כאשר מונה חיים רמון, ואכן גם אז לא מונו שופטים – לא לעליון ולא לבתי המשפט האחרים.

לכך הצטרפה הבעיה המיוחדת של מינוי נשיא ומשנה לנשיא לבית המשפט העליון. המשנה לנשיא חשין פרש בפברואר 2006. על פי עקרון הסניוריטי היתה דורית ביניש צריכה להתמנות במקומו למשנה, אבל היא לא מונתה. מאחר שהוועדה לבחירת שופטים לא כונסה, הקיפאון הכללי חל גם עליה. עם סיום כהונתו של ברק היה העליון עלול להיוותר ללא נשיא וללא משנה (הבעיה נפתרה ברגע האחרון, כאשר שר המשפטים הזמני שטרית כינס את הוועדה לבחירת שופטים שבוע לפני פרישתו של ברק, והיא בחרה את דורית ביניש לנשיאה ואת אליעזר ריבלין למשנה). לקראת מינויה של ביניש פרש בעז אוקון ממערכת השיפוט. אוקון היה מנהל בתי המשפט, ובמקביל שימש גם שופט בבית המשפט המחוזי בירושלים. הוא

היה מהשופטים המוכשרים ביותר במערכת, ולאחר פרישתו נהיה לאחר הבוררים המבוקשים בישראל. עזיבתו על רקע מערכת יחסים עכורה עם הנשיאה החדשה, היתה אבירה קשה למערכת המשפט. בשעתו, כשהתנהל בעליון המאבק על מינויה של פרופ' נילי כהן, שלח ברק את אוקון, שהיה ידידה של כהן ובעבר אסיסטנט שלה, לדבר עם אחדים מהשופטים. ביניש התנגדה בתקיפות למינוי, ובנסיבות שנוצרו עתה החליט אוקון לפרוש. מבחינתה של ביניש ומבחינת המערכת היה זה אות מבשר רע. נשיא בית המשפט העליון חייב להיות מסוגל לעודד קליטתם והישארותם של אנשים משכמם ומעלה במערכת, בין אם הם מקורבים אליו ומשתייכים למחנה שלו, ובין אם לאו.

צעד אחד שלגביו הושגה הסכמה עם רמון נגע למינוי שופטים זמניים לעליון. הסמכות למינוי זמני נתונה בידי שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון. רמון הותיר את הנושא בידי ברק, וכך מונו במינוי זמני דוד חשין ודבורה ברלינר. רמון, כשרי משפטים אחרים, לא העריך כנראה במידה מספקת את המשמעות הדרמטית שיש למינויים האלה, וגם הכנסת והציבור לא היו ערים לכך. לכאורה, מדובר בעניין משני: כהונה קצרה, לכל היותר שנה אחת, של שופט מחוזי בעליון. למעשה, זה היה כלי מרכזי, שהעניק לעליון שליטה הן על בתי המשפט המחוזיים והן על המינויים לעליון.

השיטה פעלה כך: נניח שהתפנה מקום בעליון. עקרונית, ניתן למנות באופן זמני, בזה אחר זה, שלושה או ארבעה שופטים מחוזיים, כל אחד לתקופה קצרה. השופט שמונה התנתק מהמחוזי, ולאחר תקופת המינוי חזר אליו. אבל הניתוק והחזרה משבשים את העבודה במחוזי. נוסף על כך היה השופט שהוחזר למחוזי, בלי שזכה במינוי של קבע בעליון, חש פגוע, וכבר קרה שבעקבות זאת עזבו שופטים טובים את המערכת. כמו כן, מינוי של כמה שופטים זמניים על כל מקום פנוי בעליון יצר תלות של שופטים מחוזיים רבים בהחלטות של שופטי העליון בדבר סיכויי קידומם. לכך הצטרפה התופעה הבעייתית, שבה נוצרו בעליון שתי קבוצות, ואחת מהן, של השופטים הזמניים, היתה במעמד נחות. התעוררה שאלה בדבר מידת עצמאותם, לנוכח רצונם לשאת חן בעיני השופטים הקבועים, העשויים לקבוע את קידומם. נוסף על כך, נוצרה הפליה תמוהה בין שופטים שהתמנו במישרין, מחוץ למערכת השפיטה (יועצים משפטיים, פרקליטי מדינה, אנשי אקדמיה ועורכי דין פרטיים), שלא כיהנו במינוי זמני, לבין שופטים מחוזיים, שלמרות ניסיונם השיפוטי העשיר נדרשו לעבור "טירונות" כתנאי למינוי קבע. לכל אלה ניתן להוסיף שלי לפחות לא ידוע על בית משפט עליון אחר בעולם, שבו נוהגת שיטה של מינויים זמניים. אנחנו כנראה מדינה מיוחדת. המינויים הזמניים מילאו עבור העליון שני תפקידים מרכזיים. האחד, בתקופה

של אי-הסכמות עם שר המשפטים היה ניתן לרוב לשכנע אותו להיעתר למינויים זמניים. בעיית העומס נפתרה, והיה אפשר להמתין לשר נוח יותר. התפקיד האחר היה שליטה מוחלטת על המינויים. שופטי העליון נהגו להמציא מדי פעם "חוקים", שלא היתה להם כל אחיזה בדין, אך העניקו להם יתרון או עוצמה. אחד ה"חוקים" הללו היה שאין לבחור שופט מחוזי לעליון, אלא אם כן כיהן קודם לכן במינוי זמני ("חוק" אחר כזה הוא "חוק" הסניוריטי). הואיל ומינוי זמני טעון הסכמת נשיא בית המשפט העליון, ניתנה בידו בעצם זכות וטו על המינויים לעליון. עוצמתו של הווטו הזה הצטרפה לכוח העצום שהיה לשופטי העליון על יסוד שלושת המקומות שיש להם בוועדה לבחירת שופטים.

בעיני, קיומו של וטו כזה היה פסול מבחינה חוקית, כי הוא עוקף את הוועדה לבחירת שופטים ופוגע בשיקול הדעת שלה למנות את השופט המחוזי המתאים ביותר לתפקיד. הייתי נחוש לשרש את שיטת המינויים הזמניים. למרות זאת, עם כניסתי למשרד לא ראיתי מנוס ממהלך חד-פעמי של מינויים זמניים. באותה עת כיהנו רק עשרה שופטים בעליון במינוי של קבע. אליהם נוספו שני הזמניים, דוד חשין ודבורה ברלינר. היה ברור שעד למינוי שופטים קבועים יחלוף זמן. הסחבת היתה עובדה, והמשבר היה גלוי לעין. נעניתי באופן חד-פעמי לבקשתה של ביניש, להוסיף שופטים במינוי זמני במקום המינויים הזמניים הקיימים. היתה זו הקדמה להסתבכות.

הראשון שביקשתי למנות היה יצחק עמית מהמחוזי בחיפה. כיוון שהייתי זקוק להסכמתה של ביניש, סברתי שנכון יהיה לשוחח איתה קודם שאדבר איתו. חפצתי לנהוג בהגינות כלפיה. אם אדבר תחילה עם המועמד והוא יסכים למינוי, ולאחר מכן תסרב הנשיאה לתת את הסכמתה, יהיה עלי לגלות זאת למועמד ותיגרם לשניהם אי-נעימות. את עמית לא הכרתי אישית, אך היה ידוע שהוא אחד השופטים הטובים במערכת, והנחתי כי קיים סיכוי גבוה שאקבל את הסכמת הנשיאה. והנה, כשהעליתי את שמו, הודיעה לי ביניש להפתעתי שתיתן את תשובתה בתוך ימים אחדים. הגיע המועד והתשובה עדיין לא ניתנה, אלא כעבור עוד יומיים: ביניש אמרה לי שעמית לא יכול להצטרף לעליון מפאת העומס המוטל עליו במחוזי. החלטתי לברר את העניין בעצמי. שוחחתי עם עמית, שאישר לי כי הוא אכן עמוס ולא יוכל לבוא לעליון (לימים הוא חזר וניסה לשכנע אותי שאכן כך היה, ואף אמר לי שגם את חבריו לא קל לו לשכנע שזה היה הנימוק האמיתי לתשובתו). אף על פי כן, צורת ההתנהלות של ביניש, שחסכה מעצמה את הצורך לומר לי אם עמית נראה לה מתאים אם לאו, לא נראתה לי. החלטתי שבהמשך אדבר תחילה עם המועמד, ולאחר מכן תוכל הנשיאה לעשות בירורים כראות עיניה. המועמד הבא שלי היה ניל הנדל מבאר שבע. שוחחתי איתו, קיבלתי את

הסכמתו והבהרתי לו שהמינוי תלוי בהסכמתה של ביניש. אבל, כשהעליתי את מועמדותו, היא הודיעה לי שאינה מסכימה. ציינה שהוא דתי אך לא פירטה את נימוקי התנגדותה. דבר היותו דתי היה כמובן ידוע לי, כשם שידעתי שבניו שירתו בצבא. רמתו כשופט היא שהצדיקה בעיני את מינויו. נאלצתי לספר להנדל על התנגדות הנשיאה (בסופו של דבר נאלצה ביניש להשלים עם מינויו, לא רק במינוי זמני אלא במינוי של קבע, בתקופת השר נאמן, כאשר היה ברור שבלעדיו לא יהיה ניתן להשלים את סבב המינויים לעליון).

מהנדל עברתי אל יוסף (ספי) אלון, אף הוא שופט מחוזי בבאר שבע, שנתן את הסכמתו (אלון הוא בנו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון לשעבר מנחם אלון, אך לא היה לזה, כמובן, כל קשר להחלטתי להציע אותו). הודעתי לביניש ששני המינויים יהיו עוזי פוגלמן, המועמד שידעתי כי היא מעוניינת בו, ואלון, שהטלתי ספק במידת העניין שלה בו. מבחינתי זה היה קצה הדרך. אם ביניש תסכים – מה טוב. אם לאו – אוותר כליל על מינויים זמניים, אשר ממילא סברתי כי אינם רצויים. הפעם ביניש הסכימה.

על מינויי הקבע קיימנו כמה דיונים. ביניש, כאמור, עמדה על כך שהם יבואו אך ורק מבין השופטים שכיהנו במינוי זמני. לדבריה זהו הכלל, וחשוב מאוד שהמועמדים יוכיחו את עצמם ב"תקופת המבחן". אני הדגשתי, בין שאר נימוקי, גם את העיקרון של דוגמה אישית: איך את יכולה לדרוש מינוי זמני כתנאי למינוי בעליון, כשאת עצמך לא כיהנת במינוי כזה, וגם שני הנשיאים שקדמו לך הגיעו לעליון ללא מינוי זמני?

הגעתי למסקנה שראוי להסדיר את הנושא בחקיקה, ודאגתי להכנתה של הצעת חוק שביטלה את האפשרות של מינויים זמניים. ההצעה הגיעה לוועדת השרים לחקיקה ביום ביקורו השני של נשיא ארצות הברית ג'ורג' בוש בארץ. היה עלי להשתתף בטקס קבלת הפנים שהתקיים בנתב"ג. הטקסים הללו לא היו לרוחי, ובביקורו הקודם של הנשיא חסכתי לעצמי את ההמתנה המייגעת בנמל התעופה. אבל אולמרט העיר לי על כך, והפעם, בדילמה בין שתי הרעות בחרתי בשנייה. כך זכיתי בתמונה בה נראה הנשיא האמריקני לוחץ את ידי, כשאני עומד בשורה ארוכה של מכובדים.

בקבלת הפנים דרש אהוד ברק מאולמרט שיגרום לי להוריד מסדר היום את הצעת החוק. ראש הממשלה דחה את הדרישה. עם סיום הטקס, בדרכי לישיבת ועדת השרים, זכיתי בטלפון מברק, שדרש ממני בתוקף להסיר מסדר היום את הצעת החוק. אם לא אעשה כן, אמר, יהיה זה סוף שיתוף הפעולה בינינו. לא ידעתי על איזה שיתוף פעולה מדובר. בכל מקרה סירבתי.

בוועדת השרים היה רוב מוחץ בעד ההצעה. רק שני שרי העבודה, שלום שמחון

ועמי אילון, התנגדו. שמחון העלה הצעת פשרה, שלפיה תקרא הוועדה פה אחד למנות לעליון גם שופטים שלא כיהנו במינוי זמני. תחילה לא היה אילון מוכן לכך, אולם הוברר לו כי אם לא תהיה ההחלטה פה אחד, נעבור להצבעה שתוצאותיה ברורות. אני החלטתי להסכים לפשרה, אף שחברים אחדים כעסו על כך. החשש הממשי היה ששופטי העליון יתעלמו מהקריאה, אפילו נעשתה פה אחד. אכן, ייתכן מאוד ששגיתי. האפשרות למנות מינויים זמניים – מן הראוי שתעבור מן העולם. מצד שני, בראייה לאחור, לא ברור אם נגרם נזק ממשי. קצה של הממשלה קרב באותם ימים של מאי 2008, כשכבר החלה להתגלגל פרשת עדותו של טלנסקי. ייתכן שהיה עולה בידי להעביר בכנסת את הצעת החוק בכל שלוש הקריאות במושב האחרון של הכנסת השבע-עשרה, אך אין כל ודאות.

בפועל המשכתי כמובן במדיניות של הימנעות ממינויים זמניים בעליון עד תום כהונתי. יעקב נאמן, שהחליף אותי, הבין את חשיבות הנושא וקיבל את המלצתי להמשיך באותה דרך. בכך נמחק בפועל ה"חוק" המופרך שהמציא בית המשפט העליון. בתנאים שנוצרו נאלצה ביניש לקבל את הדין והסכימה, בתקופת נאמן, למינוי קבע של חמישה שופטים מחוזיים שלא כיהנו במינוי זמני בעליון – ניל הנדל, יצחק עמית, צבי זילברטל, נועם סולברג ואורי שהם.

מינוי שופטים מהמגזר הפרטי, לכל הערכאות, היה בעיני נושא קריטי. ב-25 השנים שקדמו לי התרבו המינויים של יועצים משפטיים ופרקליטי מדינה, במישרין לעליון. גם לערכאות האחרות הצטרפו "בוגרי" הפרקליטות והתביעה המשטרית. רובם המכריע של התיקים הפליליים התבררו לפני שופטים שצברו את עיקר ניסיונם בצד התביעה, והתוצאה משתקפת באחוזי ההרשעה האסטרטגיים. לכך הצטרף מחסור בולט בשופטים בעלי רקע עשיר בתחום האזרחי-מסחרי.

ביקשתי לחולל תפנית, ולהביא למינוי עורכי דין, שייצגו נאשמים ושמעו את חוויותיהם מחקירת משטרה ומהלחצים שהופעלו עליהם. באותה מידה סברתי שיש צורך בעורכי דין שנטלו חלק בעריכת עסקאות מסחריות בעלות היקף, וחוו התמודדות עם בירוקרטיה ורגולציה ממשלתית. המינוי הראשון לבית המשפט העליון בתקופתי היה של חנן מלצר. מועמדותו עלתה עוד בתקופת לפיד, ביוזמת אהרן ברק ולשכת עורכי הדין, ונתקעה. מלצר היה מקובל על שופטי העליון, אבל התגלתה בקרבם הסתייגות מפני מינוי עורך דין נוסף מהמגזר הפרטי. אני חשתי שמינוי שופט אחד מהמגזר הפרטי יהיה בעל משמעות משנית בלבד. להערכת, נדרשו לפחות שניים על מנת להביא לשינוי כלשהו בגישה.

יכולתי לגייס רוב בוועדה לבחירת שופטים, שכן צפוי היה שהמדיניות של מינויים מהמגזר הפרטי תיתמך על ידי נציגי לשכת עורכי הדין. עם חבר הוועדה

פנחס מרינסקי הגעתי בדרך כלל ממילא להסכמה. ראש הלשכה, יורי גיא-רון, נטה אמנם לצדד בעמדותיה ביניש, אך היה ברור שיתמוך במינויים מהמגזר הפרטי. אלא שפה התעוררה בעיה אחרת: נוכחתי שעורכי דין בכירים לא מעטים, שהיו מועמדים פוטנציאליים, סירבו להצגת מועמדותם.

בסופו של דבר היו בידי שני מועמדים מהשורה הראשונה: ד"ר יורם דנציגר ודליה טל. דנציגר עבר בוועדת המינויים. הוא היה פעיל בלשכת עורכי הדין והשתייך לאותה קבוצה שאליה השתייך גיא-רון. הוא היה אף אמור להיות מועמדה של הקבוצה לראשות לשכת עורכי הדין בתום כהונתו של גיא-רון. עמדתם של חברי הקבוצה הזו היתה בדרך כלל ביקורתית כלפי וקרובה לנשיאת בית המשפט העליון, אבל בעיני זה לא היה רלוונטי. דנציגר היה מועמד מצוין, והמינוי הוכח כמוצלח. לצערי, לא היה בידי להעביר את המינוי של דליה טל. בכלל, התברר לי שבתקופת כהונתה של ביניש לא היה קל לצרף נשים לעליון, ורק דפנה ברק-ארז זכתה בכך, לקראת סיום כהונתה של ביניש.

היתה זו הפעם הראשונה מאז מינוי ההרכב הראשון של בית המשפט, שנבחרו בזה אחר זה שני עורכי דין פרטיים לעליון. הסגל שלו מנה עכשיו 12 שופטים במינוי של קבע, וביניש ביקשה ששלושת המינויים הבאים, עד להשלמת התקן של 15, יבואו מבתי משפט מחוזיים. עמדתה היתה מקובלת עלי. שופטי המחוזי מהווים מרכיב מרכזי במערכת, ובמינוי של שופט חיצוני נוסף היה משום פגיעה בלתי-מוצדקת בהם. יתר על כן, לא חסרו שופטים מחוזיים ראויים. אלא שעל השיקולים הענייניים העיב המאבק בנושא המינויים הזמניים.

יהודית צור נראתה לי מתאימה בעת בחינת המועמדים. ייחסתי למועמדות שלה חשיבות מיוחדת, הן בזכות פסיקתה בתחום זכויות אדם והן מאחר שהיה חשוב לי למנות נשים מתאימות. לאחר שמינויה של דליה טל לא צלח היה אחוז השופטות בעליון בירידה. את צור כמעט לא הכרתי אישית. דומני שנפגשתי איתה בעבר בבית מכרים, אך לא מעבר לכך. השמועות אמרו שהיא מקורבת לביניש, מה גם שהן פעלו יחד בפרשת קו 300. אבל, הסתבר שהסכמתה להיות מועמדת לעליון סיבכה את העניינים. היא נתנה יד, כביכול, להפרת "חוק השופטים הזמניים".

התיאוריה הכללית בדבר יחסי שר המשפטים עם השופטים נוסחה על ידי אהרן ברק במאמר "כך לא פועל שר משפטים" שכתב נגדי ב"ידיעות אחרונות" באפריל 2008. לדבריו, היה קיים הסדר שמכוחו "היווה נשיא בית המשפט העליון את החומה שמנעה חדירה של ראש הממשלה והשרים לתוך השפיטה. כל עניין שהיה להם עם מערכת בתי המשפט נעצר בדלתו של נשיא בית המשפט העליון, ורק הוא בא בדברים עם השופטים". לי לא ידוע על הסדר או נוהג כזה. שופטים נפגשו לא

פעם ולא פעמיים עם שר המשפטים, ונהגו לרווח על כך לנשיא בית המשפט העליון. מוסכם על הכול שראש הממשלה והשרים אינם צריכים להתערב בשפיטה, אך מכאן ועד לרעיון ששר משפטים, האוחז סמכויות רחבות ביחס לבתי המשפט, אינו רשאי לדבר עם שום שופט בשום נושא מינהלי ובן שיחו היחיד הוא נשיא בית המשפט העליון – אינו מתקבל על הדעת. לדעתי, הוא גם אינו עולה בקנה אחד עם החוק. האם ייתכן ששר משפטים המבקש להקים בית משפט מחוזי (נושא שמצוי בסמכותו מכוח החוק) לא ישוחח בעניין עם נשיא בית המשפט המחוזי הסמוך, שהעניין נוגע לעומס בבית המשפט המנוהל על ידו? האם סביר שלא ישוחח עם מועמדת שאמורה לכהן כנשיאת בית משפט או עם שופט הראוי לדעתו להיות מועמד לעליון, ולו לצורך קבלת הסכמתו?

מעבר לכך, הרעיון שהעלה ברק, ההופך את נשיא בית המשפט העליון למוציא ומביא בכל ענייני השופטים, יש בו משום הענקת שליטה מוחלטת של נשיא בית המשפט העליון על שופטי כל שאר הערכאות, תוך פגיעה קשה בעצמאותם וללא כל אחיזה בחוק. מדוע לא יוכל שופט המעוניין להציג את מועמדותו לתפקיד נשיא של בית משפט לפנות אל בעל הסמכות, כלומר לשר? מדוע לא יוכל נשיא בית משפט לפנות לשר המשפטים ולהתלונן על מצוקת אולמות ומשרדים שבית המשפט שבניהולו סובל ממנה? מבחינתי, אחת הדרכים לעמוד על מצוקות המערכת ובעיותיה היתה להיפגש עם נציגות השופטים ועם נשיאים ושופטים, ושמעתי מפיהם – כמובן – דברים שלא שמעתי מהנשיאה ביניש.

ובחזרה ליהודית צור. בקרב השופטים המחוזיים היתה התנגדות חריפה למינויים הזמניים בעליון, שהפלתה אותם לרעה. הסכמתה של צור להיות מועמדת לעליון לימדה הן על אומץ לב והן על עצמאות. היא גם חיזקה בכך את ההנחה שלי בדבר התאמתה לתפקיד. מנקודת ראותה של ביניש התמונה היתה כמובן הפוכה. הוויכוח בינינו – נמשך. כשם שאני הייתי תקיף בדרישה למנות את צור, כך היתה ביניש נחרצת ונחושה בהתנגדותה. בשלב מסוים עלתה האפשרות שצור תסכים למינוי זמני בעליון ואז יסתדר העניין. הקושי היה נעוץ בהתנגדותי העקרונית לשיטה הזו. אבל הדילמה נחסכה ממני: צור הודיעה שכשופטת ותיקה המערכת מכירה אותה, והיא אינה חייבת לעבור את המסלול שדורשים שופטי העליון.

באותם ימים היתה מונחת בוועדת חוקה, חוק ומשפט הצעת חוק של גדעון סער, שלפיה יידרש, לשם מינוי לעליון, רוב של לפחות שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה לבחירת שופטים. לא היה ניתן להעביר הצעת חוק כזו ללא תמיכת שר המשפטים, ולאחר היסוסים לא מעטים החלטתי לתמוך בה. אני משער שגם העליון לא התנגד לה, מן הסתם מחמת החשש ששר המשפטים יוכל לזכות ברוב בוועדה ולהעביר מינוי שלא נראה לשופטי העליון. החוק עבר, ומכאן ואילך היה

ברור שלא תיתכן העברת מועמד אלא בהסכמה בין שר המשפטים לנשיא בית המשפט העליון, משום שלעמדה של כל אחד מהם תהיה מן הסתם תמיכה של שני חברי ועדה נוספים לפחות. נקודה נוספת עשויה לעניין מומחים לתורת המשחקים: החוק העניק כוח לא מבוטל ליתר חברי הוועדה, כי די בכך ששלושה חברים ייצרו "בלוק חוסם" כדי שיוכלו להטיל וטו על כל מועמד ולנהל משא ומתן לגבי מועמד משלהם.

הדיונים בינינו נמשכו גם לאחר העברת החוק, אבל לא הושגה הסכמה. תחושת היתתה, אף כי איני יכול לומר זאת בוודאות, שביניש היתה מוכנה להשלים עם מינוי של מועמד אחד שלא כיהן במינוי זמני, ובלבד שלא תהא זו יהודית צור, שהסכימה להיות מועמדת מטעמו של שר המשפטים בלי שקיבלה את אישורה של הנשיאה. בינתיים חל שינוי בקרב שופטי המחוז. היה ברור להם שקיימת אפשרות ממשית שגזירת המינויים הזמניים תתבטל, ולא היה קושי לקבל הסכמה למועמדות לעליון. שוחחתי פעם נוספת עם יצחק עמית, והוא אכן הסכים.

אף שלא השגנו הסכמה, החלטתי לכנס את הוועדה לבחירת שופטים, בתקווה שבישיבה עצמה יהיה ניתן להתגבר על המחלוקות ולהשלים את מכסת המינויים לעליון. חמישה ימים לפני הישיבה התקיימו הפריימריז בקדימה, ולבני נהפכה למנהיגת המפלגה. יום לפני הישיבה הודיע אולמרט על התפטרותו, כפי שהבטיח. התפטרות ראש הממשלה כמוה כהתפטרות הממשלה כולה, אך בעיני לא היתה זו סיבה לבטל את ישיבת הוועדה. ציפיתי שייעשה ניסיון לבטלה וידעתי שאני צריך להתכונן לתרחיש כזה, אם כי האפשרות נראתה לי רחוקה. ביקשתי גם את חוות דעתו של מני מזוז, שסבר כמוני כי אין מניעה לקיים את הישיבה. ובכל זאת, כשהתכנסו למחרת חברי הוועדה בלשכתי, הודיעה ביניש כי לנוכח התפטרות הממשלה ולאור פסיקת העליון, לא ניתן לקיים את הישיבה. לעמדתה הצטרפו שני עמיתיה, אילה פרוקצ'יה ואדמונד לוי. הבעתי את עמדתי השונה, וביקשתי לקרוא למזוז, שחיווה דעתו כי ניתן לקיים את הישיבה. עמדתו התקבלה על דעת כל יתר חברי הוועדה, מלבד השופטים. הבהרתי להם, כי במסגרת חברותם בוועדה הם אינם נהנים מסמכות שיפוט, אין להם מעמד של הרכב בית המשפט העליון (הוועדה כולה, על כל חבריה, כפופה לביקורת בג"ץ), ועל פי פסיקת העליון עצמו חוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת אותם.

שלושת השופטים, ובראשם הנשיאה, התעלמו מחוות דעתו של היועץ, כשם שבחרו להתעלם מפסיקת העליון שלפיה חוות הדעת של מזוז מחייבת אותם, והודיעו כי אינם מוכנים להשתתף בישיבה. זה מה שנקרא אצלנו "שלטון החוק". אף שהחלטת השופטים היתה בעיני בלתי-חוקית, החלטתי שלא לקיים את הישיבה. באותו ערב התקיים בירושלים כנס של לשכת עורכי הדין. ביניש ואני נשאנו

דברים. סיפרתי בכנס שביניש, המתנגדת לבחירת שופטי העליון לאחר התפטרות הממשלה, מונתה בעצמה בתקופה של ממשלת מעבר, בדיוק בתום ה'שבעה' לרצח רבין, והוספתי שאינני טוען כי נפל משום כך פגם במינויה. הקהל פרץ בצחוק. לא ציינתי באותה הזדמנות שבחירתה לנשיאת בית המשפט העליון אמנם לא נעשתה בתקופת ממשלת מעבר, אך נעשתה בזכות פעילותו של שר המשפטים מאיר שטרית, שכיהן במינוי זמני, ועל פי ההיגיון החדש של שופטי העליון, היה ניתן לשאול אם ראוי ששר משפטים במינוי זמני ישב בראשות ועדה הבוחרת את נשיא בית המשפט העליון.

בכך לא הסתיים העניין. ישיבה נוספת של הוועדה לבחירת שופטים היתה קבועה שישה שבועות לאחר הישיבה שבוטלה, הפעם למינוי שופטים מחוזיים ושופטי שלום. לא היה ברור אם ההיגיון השגוי יוחל גם פה, כאשר מדובר במשרות שאין להן כמעט משמעות פוליטית. הודעתי לביניש כי אם שופטי העליון יסרכו להשתתף בישיבה, היא לא תתקיים. כשבועיים לפני המועד הודיעה לי הנשיאה כי "לפי ההלכה הפסוקה ובהתאם למדיניות המתחייבת מבחינה משפטית וציבורית" לא ניתן למנות שופטים, גם לא לערכאות אלה. חזרתי וצינתי בתשובה כי היא עצמה (וגם יעקב טירקל) נבחרו בתקופת ממשלת מעבר, וכי אין להעלות על הדעת שאהרן ברק, שהיה אז נשיא בית המשפט העליון, היה נותן יד לבחירת שופטים באופן שהיה נוגד "מדיניות המתחייבת מבחינה משפטית וציבורית". הצבעתי גם על כך שמאז המינוי של ביניש חל שינוי בחקיקה המחזק את עמדתי. הוא משתקף בכך שהמושג "ממשלת מעבר" בוטל ואינו קיים עוד בחקיקה, וכי "חוק יסוד: הממשלה" קובע שהממשלה המתפטרת "תמשיך... במילוי תפקידיה עד אשר תיכון ממשלה חדשה". הוספתי שמדובר במינויים דחופים לערכאות שעיקר תפקידן הוא אכיפת החוק ומתן שירות לאזרח (אפשר להוסיף פה עוד נימוק: סעיף 6(1) לחוק בתי המשפט קובע מפורשות שחברי הכנסת המכהנים בוועדה לבחירת שופטים ימשיכו בכהונתם גם אם תמה כהונת הכנסת שבחרה בהם, עד שהכנסת החדשה תבחר חברים אחרים. זוהי הוכחה חד-משמעית לכך שכוונת המחוקק היא שהוועדה תפעל ברציפות, ולא תפסיק את עבודתה משיקולי בחירות).

הערכתי שהמכתב לא יועיל, כשם שקריאות שנשמעו במליאת הכנסת, משני צדי הבית, בעד שינוי עמדתה של ביניש, לא הועילו גם הן. לקראת סיום מכתבי ציינתי: "אני חושש שתעדיפי את היוקרה המדומה, הכרוכה בהתעקשות על עמדה שגויה, על פני הפתרון הרצוי." המשפט הזה נראה לביניש ולתומכיה בוטה, אך בעיני הוא היה מוצדק לנוכח הנזק שנגרם למערכת המשפט ולציבור. אין צריך לומר שהנשיאה דבקה בעמדתה והישיבה לא התקיימה. בעקבות ההתכתבות קיבלתי מכתבים

מהשופטים פרוקצ'יה ולוי, שחזרו על הטיעונים השגויים, כשפרוקצ'יה מדגישה את הצורך בהבטחת אמון הציבור ועם זאת מכירה בכך שניתן לבצע חלק מהמינויים בתקופת מעבר על בסיס "איזון" בין השיקולים השונים. היתה זו חזרה על קלישאות שאין להן קשר למציאות. בתשובתי להם הצבעתי על כך שהאפשרות לבצע חלק מהמינויים תוך "איזון" תחייב ייעוץ משפטי ביחס לכל מינוי ומינוי (כולל אפשרות פנייה לבית משפט לגביו) – סגולה בדוקה להסלמה נוספת במשפטיזציה ובבירוקרטיה העודפות הקיימות ממילא בישראל. אשר לאמון הציבור, ניתן רק לתהות מניין נשאב הרעיון התמוה, כי מינוי לאחר התפטרות הממשלה פוגע באמון הציבור. לכאורה, יש צורך במחקר ובמצאים עובדתיים המבססים טיעון שכזה, אך פרוקצ'יה מניחה שאם כך אומרת התיאוריה שבה היא דוגלת, מן הסתם זו חייבת להיות המציאות.

בעיני, יש יסוד להניח שהמציאות הפוכה. אין שום ראייה לכך שצירופם של טירקל וביניש לעליון בתקופת התפטרות ממשלה פגעה בדרך כלשהי באמון הציבור. לעומת זאת, יש יסוד להניח שדווקא הכשלת מינויים פגעה באמון הציבור במערכת. האזרחים, שהיו הקורבן העיקרי של הסחבת בבתי המשפט, מבינים היטב שעמדת השופטים, המעכבת את המינויים, פוגעת בהם. יתר על כן, לאחר האירוע ניתן גל של ביקורת על השופטים שסיכלו את ישיבת הוועדה, והפרשנים המשפטיים היו מאוחדים בדעה שהתנהגותם היתה משגה חמור. האבסורד שבעמדת השופטים חברי הוועדה מזדקק לעין לנוכח העובדה שבתקופה זו של טרום בחירות החליטה הממשלה על מבצע "עופרת יצוקה", וגם ממשלת נתניהו השנייה החליטה, בנובמבר 2012, ערב בחירות, על מבצע "עמוד ענן". התוצאה הצורמת היא שהממשלה יכולה בתקופה כזו להחליט על מלחמה, אך הוועדה לבחירת שופטים אינה רשאית כביכול לבחור שופט אפילו לבית משפט שלום.

בלית ברירה צריך היה להמתין עתה לבחירות ולממשלה החדשה בראשות נתניהו, ואז הסתבר מה שהיה צפוי: הכשלתה של ישיבת המינויים גבתה מחיר כבד מהציבור, מבתי המשפט ולא פחות מכך מהעליון. מדיניות המינויים שביניש ניסתה לשמר – התרסקה לחלוטין. הוועדה החדשה לבחירת שופטים התכנסה רק באוגוסט 2009, כמעט שנה לאחר הישיבה שפוצצה. בתי המשפט בכל הערכאות, כולל העליון, נדרשו לחכות חודשים ארוכים למילוי התקנים החסרים. בישיבה זו, בראשותו של שר המשפטים החדש נאמן, נבחרו שלושה שופטים לעליון לפי השיטה החדשה, המחייבת רוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה: יצחק עמית, ניל הנדל ועוזי פוגלמן. פוגלמן, יוצא הפרקליטות, נתמך בבירור על ידי ביניש. להנדל היא התנגדה בשעתו בצורה נחרצת, וסירבה למנותו אפילו במינוי זמני. היתה זו כנראה הפעם הראשונה בהיסטוריה של בית המשפט העליון, שהנשיא(ה)

נאלץ להסכים למינוי שופט שהתנגד לו התנגדות נמרצת. היתה זו גם הוכחה חדה לפגם ב"חוק" המינוי הזמני. עמית והנדל, שלא זכו במינוי זמני בעליון, זכו כעת במינוי של קבע. נשבר הכלל המפלה והפסול. אותו כלל נשבר פעם נוספת כאשר נבחרו לעליון שלושת שופטי המחוזי אורי שהם, צבי זילברטל ונועם סולברג, בלי שאיש מהם יכהן במינוי זמני.

ה"הישג" היחיד של ביניש ממאבק המינויים הוא שעלה בידה למנוע את בחירתה של חברתה לשעבר יהודית צור. צור החליטה לפרוש עקב כך מכס השיפוט, וללא שום הצדקה אבדה למערכת שופטת מהשורה הראשונה.

לבסוף ראוי להצביע על כך שלאחר מינויו של אשר גרוניס לתפקיד נשיא התכנסה הוועדה לבחירת שופטים בדצמבר 2012, בתקופת טרום בחירות, ובחרה בכמה מועמדים למשרות שיפוט (אם גם לא לעליון). היה זה אחד מסימני השיפור והבלימה באקטיביזם השיפוטי וברצון להמציא "חוקים" שאין להם בסיס – במקרה זה "חוק" שממש פוגע במערכת המשפט.

המינויים לבתי המשפט המחוזיים באים ברובם מקרב שופטי השלום, שאחוז גבוה מהם הנם יוצאי התביעה הכללית. גם כאן ביקשתי להנהיג שינוי, ולמנות עורכי דין פרטיים במישרין למחוזי – וגם כאן לא היה קל למצוא מועמדים בעלי רמה. לרוב מדובר בעורכי דין מבוססים, שנהנים מהכנסות גבוהות ואינם ששים להיפרד ממשרדיהם. בכל זאת נמצאו מועמדים כאלה, בהיקף גדול מזה שהתמנה בתקופות קודמות. מונה גם שופט מהסניגוריה הציבורית, משה יועד-כהן – מינוי שאף לו ייחסתי חשיבות, כיוון שנגד את המגמה של מינויים מהצד התביעתי של המתרס.

מינוי אחד של עורך דין מהשוק הפרטי, שהקדשתי לו יותר זמן מכל מינוי אחר, ואף זכה בסיקור עיתונאי,³⁹⁹ היה זה של משה גלעד. במסמך של פרקליטות מחוז חיפה הועלתה טענה שיש לגלעד קשר לארגוני פשיעה, ובבירור עם מני מזוז נמסר לי שיש "ידיעות מודיעיניות" של המשטרה בכיוון הזה. קציני משטרה בכירים אחדים אף ביקשו להיפגש איתי, והביעו התנגדות חריפה למינויו. כנגד הטענות האלה עמדו המלצות לא מעטות, ביניהן של נשיאת בית המשפט המחוזי בחיפה, בלהה גלאור. היה ברור שגלעד, בעבודתו כעורך דין, ייצג עבריינים שהשתייכו לארגוני פשיעה, והשאלה היתה אם הקשר בינו לבין לקוחותיו חרג מהקשר המקובל של עורך דין-לקוח. האם הגיע למעורבות כלשהי, ולו על דרך של ייעוץ, בעסקי עבריינים. מהצד האחר, חרדתי מפני הענקת כוח לפרקליטות או למשטרה לפסול מועמד ראוי לשפיטה, אם אין בסיס ממשי לפסילה. לא הייתי מוכן לסמוך על דברים בעלמא. זו היתה גם עמדת הוועדה לבחירת שופטים,

שהטילה עלי ועל ד"ר גיא רוטקופף לבדוק את הנתונים שמציגה המשטרה. למותר לציין שגלעד הכחיש כל קשר לעבריינים, מעבר לייצוגם במשפט. במסגרת הבדיקה נפגשתי עם פרקליטת מחוז חיפה, שלא היתה מוכנה להתייבב מאחורי הדברים שנאמרו במסמך. סגנה סירב למסור מידע כלשהו. נפגשתי עם אנשי פרקליטות נוספים, שאמרו כי אין בטענות ולא כלום. אבל לא יכולנו להסתפק בדברים כלליים, וצריך היה לבדוק את פרטי המידע הספציפיים שנמסרו לי. אסתפק בהתייחסות לאחד מהם: צ'ק בחתימתו של גלעד, שנמצא אצל עברייין שהיה אחד מלקוחותיו. המידע המודיעיני ביקש להסיק מכך על קשר עסקי בין השניים, אלא שאז התברר מקור הצ'ק: אותו לקוח נדרש להפקיד סכום כסף בבית משפט למטרה כלשהי, דוגמת הבטחת התייצבותו. לאחר סיום הטיפול בעניינו החזיר בית המשפט את הסכום שהופקד, אלא שהחזר נעשה לחשבון של עורך דינו, כלומר לגלעד, וזה העביר ללקוח את כספו. בקיצור, לרעיון הקשר העסקי לא היתה כל אחיזה במציאות. הסתבר גם שגלעד מתנדב במשטרה, שלא מצאה דופי בהעסקתו.

משהתברר שאין ממש בחשדות נגדו, נבחר גלעד לכהונת שופט מחוזי. אך בכך לא הסתיים העניין. קודם להשבעתו בבית הנשיא פורסם בתקשורת קטע מתמליל של האזנת סתר. בהתאם לדיווחי הכתבים, המשטרה האזינה לשיחת טלפון בין שני עבריינים, והשתמעה ממנה שביעות רצונם ממינוי לשיפוט של מישו המקורב אליהם. ברור לחלוטין שהפרסום דלף ממנגנוני אכיפת החוק. ברור גם שפרסום כזה של מה שנקלט בהאזנת סתר מהווה עבירה פלילית. נזכרתי בדבריו של השופט חיים כהן בפסק דין "אבו מדיג'ם נגד מדינת ישראל"⁴⁰⁰, ולפיהם: "למקרא ומשמע הערעור הנוכחי התחלתי לראשונה לפקפק במקצת שמא הגיע הזמן והמלחמה בפשעי הפושעים צריכה להידחות מפני המלחמה בפשעי שוטרים."

לא ייחסתי משקל לפרסום. הקלטת עצמה לא הושמעה, ולא היה ברור כלל עד כמה משקפים הדברים שפורסמו את מה שנאמר. שלא לדבר על האפשרות שהשניים ששוחחו ביניהם היו ערים לכך שמאזינים להם, ובחרו ללעוג להאזנה. בסופו של דבר מונה משה גלעד לשופט, אבל פרסום האזנת הסתר, כנראה במגמה להכשיל את המינוי, היה מעשה חמור. חבר הכנסת גלעד ארדן כתב לפרקליט המדינה משה לדור ולראש מח"ש, ודרש לחקור את הפרשה. גם לי נראה שיש מקום לחקור את ההדלפה ואת העבירה הקשורה בכך. פניתי ליועץ המשפטי מזוז, שסיפר לי כי פנה לניצב יוחנן דנינו, ראש אגף החקירות, אך לא קיבל תשובה. מאז לא שמעתי ממנו בעניין זה. פניתי גם אל פרקליט המדינה לדור, והסתבר שגם ממנו לא תבוא הישועה. בפועל, נראה היה לי שזה חלק מהשיטה המעניקה חסינות לצמרת אכיפת החוק. כך היה גם כשאביגדור ליברמן עתר לבג"ץ נגד פרקליט

המדינה, וביקש להורות על פתיחת חקירה פלילית בשל הדלפה לכלי התקשורת של חומרי חקירה על ידי המשטרה. להשתלשלות בפרשה החמורה הזו ולחוסר האונים של בג"ץ בהתמודדות עם פרקליטות המדינה אתיחס בהמשך. אולם בעוד שלבג"ץ יש לפחות אפשרות להורות לפרקליטות לפתוח בחקירה, לשר משפטים אין סמכות כזו. החשש הוא תמיד שהשר ינצל סמכות כזו לרעה, ויורה, למשל, לפתוח בחקירה נגד יריב פוליטי. הבעיה מתעוררת כשמדובר במנגנון אכיפת החוק, והשאלה היא אם המנגנון הזה, הנהנה מכוח מוחלט, שמופעל ללא בקרה, פועל אך ורק משיקולים ענייניים. בכל מקרה, הדלפת האזנות הסתר, כמו פרשות אחרות, מלמדת על הצורך להקים מנגנון בקרה בעל סמכויות על הפרקליטות. ב-2012, לאחר שנים של מיקוח, דובר על הקמת מנגנון כזה, אך לא באמצעות חקיקה, כפי שראוי היה שייעשה וכפי שנעשה ביחס לנציב תלונות על השופטים, אלא באמצעות החלטות פנימיות במשרד המשפטים. התוצאה הצפויה אינה משביעה רצון, וקיים חשש שגוף שיוקם בדרך זו לא יהיה אפקטיבי, ולא יושג באמצעותו השיפור ההכרחי. כך או כך, אפילו המהלך הזה לא הושלם בממשלת נתניהו השנייה.

המחסור בשופטים ובתקנים לא היה הבעיה היחידה שקידמה את פני במשרד המשפטים. הצטרפו לכך בעיות פרוצדורה ובעיות ניהול. בבית המשפט העליון התהוותה בעיה חמורה במיוחד, שהיתה נעוצה בגישת "הכול שפיט" ובנטייה לכתוב פסקי דין ארוכים, עם אינספור אמרות אגב, ויכוחים בין השופטים ותיאוריות חברתיות ומוסריות.

המגמה של כתיבת פסקי דין ארוכים, שלא לצורך, חלחלה לערכאות אחרות, ותרמה לא מעט לסחבת שהתפתחה גם בהן. אומרים לא פעם שעורכי דין מייצרים עבודה לעצמם (עורך דין המעודד לקוח להגיש תביעה מחייב את הנתבע לשכור עורך דין להגנה). ללא ספק, בית המשפט העליון מייצר עבודה לעצמו, ולמערכת כולה, ככל שהוא מרחיב את גבולות סמכותו. החלטה שנושא מסוים הוא שפיט (למשל, השאלה האם יש לשלול מפלוני את פרס ישראל) תגרור בעקבותיה שורה של עתירות בנושא זה. החלטה של בית המשפט שהוא מוסמך לבטל חוקים של הכנסת, תגרור כמובן שורה של עתירות לביטול מגוון חוקים.

את חומרת הבעיה ניתן להמחיש באמצעות פסק דין שניתן על ידי השופטת פרוקצ'יה ביום האחרון שבו ישבה על כס המשפט, בעניין "קו לעובד נגד משרד הפנים".⁴⁰¹ העתירה עסקה בנוהל שדרש מעובדת זרה, הנמצאת כדין בישראל ואשר ילדה בארץ, לעזוב את המדינה עם הרך הנולד, ואם תרצה לחזור להשלים את תקופת העבודה שהותרה לה ברישיון – תוכל לעשות זאת רק ללא הילד. זהו

נוהל מקומם, וניתן לתהות איך העלו על הדעת אנשים הדוגלים בערכים של מדינה יהודית להמציא גזירה שכזו. הוא נפסל בבג"ץ, כפי שראוי היה שייעשה, אך לא פחות מראיג מהנוהל של משרד הפנים הוא המועד שבו ניתן פסק הדין: שש שנים לאחר שהוגשה העתירה. וזה עוד במקרה שבו שימש בג"ץ ערכאה ראשונה ואחרונה. העיכוב הזה בא למרות המינויים, שבעקבותיהם הגיע מספר השופטים בעליון ל-15, ואף שהוקל העומס על העליון, לאחר שהועברו לבתי המשפט המינהליים עניינים רבים שהיו בסמכות בג"ץ. העיכוב זכה בתיאור ציורי, פרי עטו של אביגדור פלדמן, ברשימה שפרסם באתר שלו תחת הכותרת "נוצת הטווס של השופטת פרוקצ'יה".

המצב בתיקים אזרחיים היה חמור אף יותר. פסקי דין בערעור ניתנו כדרך של שגרה כעבור שלוש שנים, ולא פעם אחרי שנים רבות יותר, לאחר התדיינות קודמת של שנים אחדות במחוזי. כתוצאה מכך עשוי היה דיון בתיק להסתיים רק כעבור 10 שנים מיום שהחל. תיק "האפוטרופוס לנכסי נפקדים נגד אבו חאטום", לדוגמה, נפתח בבית המשפט מחוזי ב-1995. הערעור על פסק הדין הוגש לעליון ב-2002, ופסק הדין ניתן כעבור חמש שנים. מפתיחת ההליך ועד לסיומו חלפו 12 שנים.⁴⁰² במקרה אחר התעוררה שאלה של פיצוי לחקלאים בשל נזקי אסון טבע שהתרחש בשנים 1991–1992. העניין התגלגל בגופים שונים ובוועדת ערר, הגיע לבית המשפט המחוזי, ופסק דינו ניתן בינואר 2001. החקלאים ביקשו רשות לערער. פסק דינו של העליון, שניתן במאי 2011, נכון וצודק לגופו של עניין, למעט בעיה שולית: הוא ניתן יותר מעשור לאחר הפנייה אליו, וכשני עשורים לאחר האירוע שבגינו נתבעו הפיצויים.⁴⁰³

המצב בחלק מהערכאות האחרות היה לא פחות קודר, ובבית המשפט המחוזי בתל אביב הוא היה קשה במיוחד. היכולת לקבל בסכסוך אזרחי פסק דין תוך זמן סביר מהווה בסיס מרכזי לתקינות חיי המסחר והכלכלה. הנושא אף מופיע בקריטריונים בינלאומיים, הבוחנים את הקלות (או הקושי) היחסי בעשיית עסקים, ובנקודה זו נמצאת ישראל במקום רחוק מלהחמיא. בפגישתי הראשונה עם אולמרט, קודם מינויי לשר המשפטים, ביקשתי תוספת תקנים. הוא ניאות לכך, וסוכם על תוספת של יותר מ-15% למצבת השופטים – התוספת הגדולה ביותר שעליה סוכם אי-פעם בהחלטה אחת (תוספת השופטים המשמעותית הקודמת של כ-60 שופטים היתה בתקופת כהונתו של צחי הנגבי). בבתי המשפט היו בעת כניסתי גם עשרות תקנים לא מאוישים, עקב הקיפאון בעבודתה של ועדת המינויים. כך התאפשר לוועדה למנות בתקופת כהונתי הקצרה כ-100 שופטים לערכאות השונות.

עם התמשכות ההליכים ביקשתי להתמודד באמצעות תיקונים פרוצדורליים. ידעתי שבתחום הפלילי המצב חמור במיוחד. התנהלותו של תיק, עם חקירות אינסופיות, עלולה להימשך שנים, לא פעם בפני הרכב של שלושה שופטים, כאשר במדינות רבות היה מסתיים משפט כזה בתוך ימים ספורים. תיק הנשיקה של רמון, לדוגמה, התמקד באירוע שארך שניות אחדות. בתקופה שבה עסקתי בעריכת דין היתה שמיעת העדויות מסתיימת בתוך יום או יומיים. במשפטו של רמון התמשך התהליך חודשים ארוכים.

אבל בתחום הפלילי לא היה לי קל להתערב. כך, למשל, יש צורך לגרום לכך שהפרקליטות תימנע מהעמסת שורה ארוכה של אישומים, במקום להסתפק באישום אחד או באישומים מרכזיים ספורים. הערכתי, כי כל ניסיון מצדי להתמודד עם הבעיה יגרור טענות שאני מבקש להתערב בעניינו של ראש הממשלה. אף שלא היה בכך ממש, החלטתי לא להתערב בנקודה הזו, ולקוות שיימצא לה פתרון באמצעות ההגנה מן הצדק.

במסגרת הבירורים שעשיתי, התחוויר לי שאחד הגורמים להתמשכות ההליכים הפליליים הוא אופן החקירה. בעבר היה תיק המשטרה לרוב מצומק וענייני, ולא כלל יותר מכמה עשרות עמודים. כיום, תיקי החקירה גודשים עשרות, ואף מאות, קלסרים עבי כרס. חלק נכבד מהחומר מיותר, לא ממוקד ולא ענייני, וכולל לעתים תמלילים אינסופיים של האזנות סתר שאינן נוגעות לעניין. הוא מביא לריבוי עדים וחקירות בבית המשפט, ולהארכה מיותרת של הדיונים. גם הפרקליטות אינה מודרכת להתרכז בעיקר, ומרבה בראיות דלות ערך ובטיעונים ספקולטיביים. כל זה גוזל זמן, ומאריך גם את הדיונים וגם את פסקי הדין. מובן גם שהשימוש הרווח בעבירות המעורפלות דוגמת הפרת אמונים מחריף את הבעיה. כאשר לא ברור מהי הפרת אמונים, לא ברור גם איזו ראיה תסייע לתביעה, אז מביאים ארגזים על גבי ארגזים לגבי כל מה שרק היה בסביבה.

תיקון אחד שיזמתי בתחום האזרחי היה העלאת הסכום שבגינו ניתן לתבוע בבית משפט לתביעות קטנות. בתי המשפט הללו מיועדים לתביעות של אנשים פרטיים (למשל, צרכנים שנפגעו מספקי סחורה או שירותים). ההליך איננו פורמלי, על התובע לנהל את עניינו בעצמו וללא עורך דין, והדיון מסתיים בדרך כלל במהירות. הגבהת "התקרה" הרחיבה את סמכות בתי המשפט האלה ואת קבוצת העניינים שניתן לסיים במהירות יחסית. לשכת עורכי הדין התנגדה לתיקון, אולי משום שהצדדים אינם מיוצגים על ידי עורכי דין (אבל אם הנתבע הוא תאגיד, הוא יכול לשלוח מטעמו אדם בעל השכלה משפטית). תיקון אחר צמצם את אפשרות הערעור על החלטות ביניים, הליך שגרם בעבר עיכובים רבים. שינוי משמעותי נוסף נגע להרכב השופטים בערעור מבית משפט שלום למחוזי.

הכלל היה שערעורים נשמעים בפני הרכב של שלושה, ואני הצעתי שערעורים בעניינים אזרחיים (עד לתקרה מסוימת) יתבררו בפני שני שופטים, ורק אם לא יגיעו להסכמה ביניהם יצורף שלישי. בוועדת חוקה חוק ומשפט נתקלתי בקושי הנעוץ בכך שהמשפט העברי מתנגד למה שמכונה "בית משפט שקול", כלומר שופטים במספר זוגי. לעומת זאת התגלתה נכונות בוועדה להסכים לערעור לפני דן יחיד עד תקרה גבוהה למדי. ההיסוס שלי היה נעוץ בכך שיש לדעתי יתרון במוֹתב רחב יותר, אך נאלצתי לקבל את עמדת הוועדה, שמבחינת החיסכון בכוח אדם שיפוטי היתה מרחיקת לכת יותר מעמדותי. כך מתאפשר כיום בירור ערעור בפני דן יחיד במספר ניכר של תיקים, והחיסכון בכוח אדם שקול למינוי מספר לא מבוטל של שופטים נוספים. עם זאת, עלי להודות שהתוצאה היא בעייתית לנוכח המסורת הארוכה של ערעור בפני שלושה שופטים, והעובדה שבכל זאת יש יתרון להחלטה הניתנת על ידי הרכב שבו מתקיים דיון בין כמה שופטים, העשויים להאיר את הנושא מזוויות שונות. במקביל תמכתי בפילוט להליכי גישור שניהלה השופטת מיכל רובינשטיין. עיקרו היה העברת תיקים מתאימים מבית המשפט לגישור. ההליכים האלה אינם חובה, אבל ניתנה אפשרות לדרוש מהצדדים, קודם לדיון בבית המשפט, להשתתף בפגישה אחת עם מגשר – ללא תשלום. אם הסכימו הצדדים להמשיך בהליכי הגישור – מה טוב. אם אחד מהם סירב, חוזר הדיון לבית המשפט (גם בגישור עצמו, הצדדים אינם חייבים לקבל את הצעת המגשר. ההליך יכול להסתיים בהצלחה רק בהסכמת הצדדים).

נושא נוסף שנתקלתי בו היה הנחיה של היועץ המשפטי, השוללת את האפשרות שתביעות שהמדינה מעורבת בהן יועברו לבוררות. התוצאה היא, מטבע הדברים, שכל התביעות הללו מתבררות בבתי המשפט, וכיוון שהמדינה היא המתדיין הגדול ביותר, גם בתחום האזרחי, יש לכך השפעה אדירה על העומס. בעיני, הנחיה מסוג זה בכלל אינה בסמכותו של היועץ. השאלה האם צד מוכן ללכת לבוררות איננה שאלה משפטית אלא עניין של כדאיות (בדיוק כשם שהשאלה האם להסכים לפשרה אינה משפטית). זהו נושא שהלקוח – ולענייננו המדינה (ומי שאמור לנהל את המדינה היא הממשלה) – צריך להכריע לגביו. אולם כיוון שנוהג בישראל שלטון היועץ המשפטי, ואיש אינו מעז לומר לו מה יעשה, הוכרע גם הנושא הזה על ידי היועץ, בצורה לא מוצלחת. לא ראיתי טעם להיכנס למאבק עם מני מזוז בשאלת הסמכויות. ביקשתי ממנו לשנות את ההנחיה, באופן שיתאפשר למדינה להסכים במקרים מתאימים לבוררות, והדבר נעשה.

כל הצעדים האלה יחד תרמו במידה מסוימת לייעול המערכת ולצמצום הסחבת בבתי המשפט, אך המצב רחוק עדיין מלהשביע רצון.

"הוצאה לפועל". צמד המילים הזה יוצר תחושה לא נעימה אצל כל אדם. אבל כוחו של פסק דין מותנה כמובן במנגנון המבטיח את ביצועו. בדיוק כפי שאין תכלית לעונש מאסר שיוטל על עבריין, אם האיש לא יוכנס לבית סוהר וירצה את המאסר, כך במשפט האזרחי: בהיעדר מנגנון כזה, או במקרה שהוא אינו יעיל והצד שחויב בדין לא מוכן לקיים את המוטל עליו, עלול פסק הדין להישאר בגדר אות מתה. אכיפה תיתכן במקרים אחדים באמצעות הליך של ביזיון בית המשפט, כלומר סנקציה המוטלת על מי שלא קיים צו שהוצא נגדו, אבל מנגנון האכיפה הראשי היה ה"הוצאה לפועל". מאז ומתמיד היה זה חלק ממנגנון בתי המשפט, והנשיא של כל בית משפט היה ממונה גם על יחידת ההוצאה לפועל שבאזור שיפוטו.

על תפקודה של ההוצאה לפועל היו תלונות רבות, אבל קל להבין שנשיא בית המשפט התעניין קודם כול בהליכים השיפוטיים, וההוצאה לפועל לא זכתה בתשומת הלב הנחוצה. החלטתי שיש להפריד את מנגנון ההוצאה לפועל מבתי המשפט. בתקופתו של השר שטרית הוכנה הצעת חוק להפרדה כזו, אך היא היתה מונחת זמן רב על המדף, בלי שמומשה. החלטתי שיש לתת לה קדימות. הנושא סבוך מאוד, כאשר מצד אחד יש חייבים שאין ידם משגת לשלם את חובם, ולפיכך אין הצדקה (ואין תועלת) להפעיל נגדם אמצעים חריפים. מתעוררות גם שאלות אנושיות של פינוי חייבים חסרי אמצעים מבתיים ומה יהיה גורלם. מהצד האחר, יש חייבים המבריחים ומעלימים את רכושם, ומן הראוי להפעיל אמצעים מתאימים כדי לגבות מהם את החוב. בנושא זה זכיתי בשיתוף פעולה מצד פרופ' מנחם בן-ששון, יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, שבסיועו עבר "חוק ההוצאה לפועל" (תיקון 29), והוקמה רשות נפרדת, המכונה כיום רשות האכיפה והגבייה. בעיה נוספת נוגעת להוצאות הכבדות בהוצאה לפועל. חייב שלא פרע חוב צנוע של מאות שקלים עלול היה למצוא עצמו חייב סכומי עתק של אלפי שקלים ברגע שהופעל נגדו המנגנון. החוק החדש התייחס גם לכך, והציע מהלך גבייה מקוצר, בהוצאות מינימליות.

עכשיו, לאחר העברת החוק בכנסת, היה צורך לבצעו. לרשות האכיפה מונה מנהל, אך השאלה המורכבת יותר היתה הפרדת המערכות. כלומר, מאות עובדים של בתי המשפט, שהיו מאורגנים במסגרת ועד עובדים, הופרדו כעת ועברו לרשות אחרת. העובדה שהדבר בוצע ללא תקלות, שביתות או סכסוכי עבודה היא הישג שראוי לייחס הן למנהל, דוד מדיוני, והן לוועד עובדי בתי המשפט. והתוצאה: גם אם בעיות לא מעטות נותרו עדיין בעינן, חל שיפור בגבייה, ו"מלאי" תיקי ההוצאה לפועל הפתוחים ירד מאז 2008 ועד 2011 ב-580,000, שהם 17%.⁴⁰⁴

הענקת סמכות שיפוט לעורכי דין היתה צעד נוסף שהיה בדעתי ליזום. מדובר בסמכות מוגבלת בתחום האזרחי, לעורכי דין שיימצאו ראויים לכך, וכוונתי היתה להנהיג זאת תחילה בבתי הדין לתביעות קטנות (עד 30 אלף שקל). צפיתי טענות והתנגדויות לא מוצדקות, בנוסח של "הפרטה" וכולי. שוחחתי בעניין עם נציב תלונות הציבור על השופטים, השופט אליעזר גולדברג, שהיה מוכן לתמוך במהלך. גם היועץ המשפטי מזוז לא התנגד, רק ביקש להטיל שורה של מגבלות, שיבטיחו כי עורכי הדין שימונו לתפקיד לא יהיו ב"ניגוד עניינים". לא הספקתי להשלים את ההליכים בנושא, שבמהלכו עשויים להתגלות גם עורכי דין המתאימים לתפקיד שיפוטי מלא, שלא לדבר על הקלת העומס שבתי המשפט – ובעיקר האזרחים – היו נהנים ממנה.

לצערי, מאז לא קודמה האפשרות הזו, ובמקומה העלה יעקב נאמן רעיון רחב יותר של בוררות חובה, שאף הוא לא הגיע עד היום לכלל מימוש.

על סדרי המינהל בבתי המשפט ממונה שר המשפטים, ומנהל בתי המשפט אחראי כלפיו על הטיפול בנושאים הללו. מכוח החוק ממונה המנהל על ידי שר המשפטים, בהסכמת נשיא בית המשפט העליון, ובאופן מסורתי נבחר תמיד שופט לתפקיד, אף שהחוק אינו מחייב זאת. להפתעתי, התברר לי כי נוסף על המנהל מונה אדם נוסף בתקן של שופט לגוף המינהלי הזה, ואף ניתנה לו דרגת נשיא בית משפט, אף שבפועל הוא לא עסק כלל בשיפוט. גיליתי גם כי למעשה אין מגבלה על מינוי שופטים נוספים לגוף המינהלי. החלטתי להביא לסיום העניין, וחוקקתי את תקנה 1(א) ל"תקנות בתי המשפט (הנהלת בתי המשפט)", ולפיה לא ימונו בעתיד שופטים (מלבד המנהל עצמו) למנגנון הנהלת בתי המשפט. שופטים צריכים לעסוק בשיפוט ולא באדמיניסטרציה.

בית משפט נולד

בצר כל הקשיים היה לניהול המרכזי של בתי המשפט לפחות יתרון אחד, פרי פעולתם של המנהלים הקודמים, דן ארבל ובעז אוקון: המידע על הנעשה במערכת היה זמין. ביקשתי מהמנהל החדש, משה גל, שהיה באותם ימים במינוי זמני, להוציא פרסום חצי שנתי של מצב התיקים במערכת. הפרסום הזה נתן תמונה סבירה, אם גם לא מלהיבה, של מספר התיקים התלויים ועומדים ("מלאי תיקים") לפי סוגים ולפי בתי משפט.

די מהר נחשפו לפני העובדות, והן איששו את מה שהיה ידוע לכול: הבעיות בבית המשפט המחוזי בתל אביב הן החמורות ביותר מכל בתי המשפט בארץ. זהו בית המשפט המחוזי הגדול ביותר בישראל, ותל אביב היא המרכז המסחרי של המדינה. על בית המשפט הזה, שכיהנו בו כ-50 שופטים, הוטל לטפל הן בתיקים של מחוז תל אביב והן באלה של מחוז מרכז. הגיעו אליו רוב תיקי הפשיעה החמורה (שאותם צריך לברר בהרכב של שלושה שופטים), ובצד התיקים המסחריים הגדולים ביותר בהיקפם. כמו כן הוא נדרש לדון בערעורים על פסיקותיהם של בתי משפט שלום במחוז בתל אביב וגם במחוז מרכז. כך קרה שדווקא בבית המשפט המחוזי החשוב ביותר הגיעה הסחבת לממדים בלתי-נסבלים.

בשלב הראשון ביקשתי לבחון אפשרות של הוספת שופטים לבית המשפט, אבל הסתבר שאין בבניין מספיק אולמות ואין מספיק לשכות לשופטים. לכך הצטרף החשש, כי ככל שיגדל מספר השופטים כן תרד יכולת הניהול והשליטה. כך עלה הרעיון להקים בית משפט נפרד למחוז מרכז, ולשחרר את המחוזי בתל אביב מקרוב למחצית התיקים. ומהר מאוד התברר שהרעיון נאה – אבל מימושו כרוך באינספור בעיות.

התייעצתי עם משה גל, שהסכים לרעיון ואף איתר מבנה חדש של בית משפט השלום בהרצליה, שיכול בחלקו לשמש זמנית את בית המשפט החדש. גם המבנה של בית משפט השלום בפתח תקווה שבנייתו עמדה להסתיים תוך זמן לא רב, יכול לשמש את בית המשפט החדש עד שיימצא לו מעון של קבע.

בחנתי את הרעיון גם עם אורי גורן, נשיא המחוזי בתל אביב. הוא הכיר בכך שלא

ניתן להוסיף שופטים בבניין "שלו", אך הציע שבית המשפט החדש יהווה סניף של בית המשפט התל-אביבי, ויהיה כפוף לניהולו. אני העדפתי בית משפט נפרד, בניהול נפרד, באופן שתפתח מעין "תחרות" ניהולית בין בתי המשפט המחוזיים.

לא ראיתי לנכון להתייעץ עם ביניש, שכן הקמת בתי משפט מצויה בסמכות שר המשפטים ולנשיא בית המשפט העליון לא ניתן מעמד בנושא זה. הנחתי שגל דיווח לה על הנעשה. לימים ראה השופט ברק לנכון למתוח עלי ביקורת, במאמר "כך פועל שר המשפטים" ב"ידיעות אחרונות", כי הקמתי "בלא דיון של ממש עם נשיאת בית המשפט העליון, בית משפט מחוזי חדש בפתח תקווה". אין ספק, נשיאי העליון דרשו לעצמם מעמד שאין לו אחיזה בחוק, של ראשי המערכת. לא התנגדתי לתואר הזה וגם לא לכבוד שהוא נושא עמו, אבל גרסתי שהתואר עדיין אינה מקנה לנשיא בית המשפט העליון סמכויות שהחוק לא העניק לו.

הילה גרסטל. זה השם שבלט בכל הבירורים שערכתי כאשר הגעתי לנושא הנשיא, והיה ברור שזהו גורם קריטי בסיכויי הצלחתו של בית המשפט החדש. גרסטל כיהנה באותו זמן כסגנית נשיא המחוזי בתל אביב. פגשתי אותה לראשונה לאחר מינויי לשר, והעליתי בפניה את האפשרות להציע את מועמדותה לעליון. לא היה לה עניין בכך, אבל היא גילתה עניין רב בתפקיד נשיאת בית המשפט החדש.

עכשיו צץ מכשול: מינוי נשיא מצוי בסמכות שר המשפטים, אך דן מרידור הביא לשינוי החוק, באופן שתידרש הסכמתו של נשיא בית המשפט העליון. מה המשמעות המשפטית של הסכמה כזו? בעיני, התשובה היא שהמינוי נותר בידיו של שר המשפטים, ואינו הופך למינוי משותף. השר הוא שממנה, ותפקיד ההסכמה הוא בקרה בלבד. ביכולתו של הנשיא לא להסכים, אם, למשל, הוא משתכנע ששיקולי השר אינם ענייניים או שהמועמד שלו אינו מתאים לתפקיד. אין הוא רשאי למנוע מינוי משום שהוא מעדיף מועמד אחר. הייתי בטוח שאין לביניש סיבה עניינית להתנגד למינוי המוצע, ולפיכך מוטל עליה להסכים.

מעבר לשאלה המשפטית, קיבלתי את הרושם שהצורך בהסכמה, שהתעורר גם לגבי מינויים זמניים, הופך למעשה את נשיא בית המשפט העליון לגורם המכריע, ומהשר מצפים שיקבל את עמדתו. השאלה החוקית, שלפיה תפקיד הנשיא הוא בקרה בלבד – נדחקה לשוליים. כך או אחרת, התקשיתי מאוד לקבל את הסכמתה של ביניש. אמנם לא נעניתי בשלילה, אך גם תשובה חיובית לא הגיעה. העניין נשאר תלוי באוויר, והזמן החל לדחוק. כל ההכנות להפעלת בית המשפט תמו, ועל פי המתוכנן היה עליו להתחיל לפעול בספטמבר או אוקטובר 2007. הצורך במינויה של גרסטל נעשה דחוף מיום ליום. הסכמתי עם עמדתה, שעליה לקבל

את המינוי במועד שיותר לה שהות מספקת לפני פתיחת בית המשפט, על מנת לעשות את ההכנות הדרושות להפעלתו.

בסופו של דבר, לאחר ויכוחים לא מעטים לגבי מינוי מעולה זה, עלה בידי להשיג את הסכמתה של ביניש – לא לפני שפרצה מחלוקת נוספת. הפעם היה זה המועד שבו ייכנס המינוי לתוקפו. אני תמכתי בבקשתה של גרסטל להקדים את מינויה, ואילו ביניש ביקשה לדחות אותו ככל האפשר. התקשיתי להבין את נימוקיה, מה גם שגרסטל התחייבה לסיים את חובותיה בתל אביב.

שמונה חודשים לאחר שמונית לשר המשפטים יצא בית המשפט המחוזי-מרכז לדרך. במהירות שיא נפתרו כל הבעיות. הוא שוכן זמנית בבניין בית משפט השלום בהרצליה, ועבר תוך זמן קצר למבנה החדש שהיה מיועד לבית משפט השלום בפתח תקווה. הוזמנתי לטקס חנוכת הבית, ויכולתי רק לומר שם כי כשם שהוזמנתי לנאום בחנוכת מבנה שלא היה לי חלק בהקמתו, כך אני מאחל לאלה שיבואו אחרי שיחנכו מבנים שתוכננו בתקופתי.

אבל גם המבנה הזה היווה פתרון זמני. הפתרון שעליו חשבה בזמנה ציפי לבני היה להעביר את בתי המשפט של תל אביב לבניין חדש שיוקם בדרום העיר, באזור מצוקה, כדי לתרום לקידומו. הרעיון היה יפה, אבל מסובך ויקר. אפשר להעריך שמימושו היה אורך לפחות 10 שנים. יתר על כן, הסכום שהוקצב למערכת בתי המשפט לצורכי בנייה לא היה מספיק לכך, והוא גם הלך ונשחק עקב התייקרות עלויות הבנייה. אין זה מלהיב ששר חדש משנה את התוכניות של קודמו, אך בנסיבות שנוצרו לא ראיתי מנוס מכך. החלטתי להשאיר את המחוזי והשלום של תל אביב במקומם, ולבנות להם את התוספת שתוכננה בעבר בהיקף מוקטן, לנוכח העובדה שהעומס שם עתיד לרדת בצורה משמעותית כאשר חלק נכבד מהתיקים יעברו לבית המשפט המחוזי-מרכז. ההחלטה אושרה בממשלה. השינוי הנדרש של המבנה בתל אביב חייב תכנון מחדש, ואפילו העניין הזה היה כרוך בחודשים ארוכים. התוצאה היתה שאבן הפינה למבנה הנוסף בתל אביב הונחה רק בתקופתו של נאמן, לאחר שסיימתי את תפקידי.

במקביל התעוררה שאלת מיקומו הקבוע של בית המשפט המחוזי החדש. צוות של משרד האוצר פנה לכמה ערים באזור, אשר היו מעוניינות שהוא ישכון בהן. להקמת בית משפט כזה יש ערך כלכלי עצום, הן מבחינת תעסוקה והן מבחינת הפעילות הכלכלית שתיווצר סביבו (החל במשרדי עורכי דין, דרך עסקים המספקים להם שירותים ועד בתי קפה ומסעדות). לאחר קבלת ההצעות השונות התייעצתי עם הנשיאה גרסטל ועם שר האוצר רוני בר-און, והוחלט לבחור בלוד. ייתכן שהשופטים היו מעדיפים להישאר בפתח תקווה, אבל בר-און ואני סברנו שמן ההכרח לתמוך בלוד, שמצבה הכלכלי ירוד וחיה בה אוכלוסייה שראוי לסייע לה. ייאמר לזכותם

של גרסטל, של השופטים ושל כלל עובדי בית המשפט החדש, כי לא רק שהם לא הערימו קשיים, אלא קיבלו את ההחלטה ברוח טובה, מתוך הכרת חשיבות הנושא. לצערי, שלבי התכנון היו ארוכים, וגם אכן הפינה לבניין המרשים בלוד הונחה בתקופתו של יעקב נאמן. הקמתו הושלמה באוגוסט 2012.

הרהרתי לא פעם מה היה קורה אילו הייתי חבר קדימה, וגם ראש עיריית לוד היה חבר המפלגה. האם במסגרת השיגעון הכללי של "ניגוד עניינים" הייתי צפוי להיחקר בחשד ל"הפרת אמונים"? לכאורה, זו שטות גמורה. ואולם, במציאות הישראלית לא ניתן לשלול תרחיש כזה, ואפשר להבין את הקלות שבה יכול איש ציבור הפועל בתום לב למצוא עצמו מסוכך בפלילים בידי תובע נמרץ.

וברוח "הפזמון החוזר", מובן שההחלטה על הקמת המבנה בלוד לא יכלה לעבור ללא בג"ץ. עיריית פתח תקווה, שבה מוקם בית המשפט באופן זמני, עתרה בדרישה להשאיר אותו שם. הערכתי את הסיוע שקיבלנו מעיריית פתח תקווה, אך מצבה הכלכלי ומצב תושביה טוב לאין-ערוך מזה של לוד. העתירה לבג"ץ היתה חסרת סיכוי, ועיריית פתח תקווה אכן חזרה בה. ואם לא די בכך, גם עיריית רמלה הגישה עתירה, וביקשה שבית המשפט יוקם בתחומה. גם היא חזרה בה.

נתקלתי לא פעם בטענות על אודות משרד האוצר והתלות בו, אבל בשני הפרויקטים הללו, בניית התוספת בתל אביב והקמת המבנה בלוד, זכיתי לא רק בשיתוף פעולה מלא, אלא גם בעזרה עצומה מצד הצוותים באוצר, ובעיקר מצדו של גבי שוחט, האחראי על הבנייה במשרד.

הקמת בית המשפט החדש יכלה להיעשות רק בתהליך הדרגתי, ועובדה זו שימשה אף היא עילה לרוב מהומה על לא מאומה. על מנת שבית המשפט יפעל במלוא היקפו, במחוז גדול כמחוז מרכז, נדרשו לפחות 25 שופטים, ולמעשה אף יותר מזה. התקנים הנוספים שאושרו לי סייעו לפתרון הבעיה, אבל היה ברור שלא ניתן לאייש בבת-אחת תקנים בהיקף כזה, ובראשית הדרך הוקצו לשם שמונה שופטים בלבד. הרעיון היה שבשלב הראשון יעסוק בית המשפט רק בחלק מהנושאים, והיתר יישארו עדיין בתל אביב. במקביל החלו לעבור למחוזי-מרכז תיקים מבית המשפט בתל אביב, בנושאים שהוחלט להכליל בתחומו של בית המשפט החדש. כל המהלכים תואמו עם מנהל בתי המשפט ועם הייעוץ המשפטי של המערכת – אבל כרגיל, בלי בג"ץ אי-אפשר. תאגיד ובעל השליטה בו, אשר ערעור שהגישו לבית המשפט המחוזי בתל אביב הועבר לטיפולו של מחוזי-מרכז, עתרו נגדי, נגד מנהל בתי המשפט ונגד אישים נוספים. נשיאת בית המשפט העליון צורפה אף היא כמשיבה, אף שלא היתה אחראית לנעשה. בג"ץ החליט שלא היה בסמכותי להגביל את בית המשפט החדש בנוגע לתחומי שיפוטו, ולא היתה לי

רשות להסמיך את מנהל בתי המשפט להעביר תיקים מתל אביב. עם זאת, ברור היה שהפעולות חיוניות ונעשו לטובת הציבור. הפתרון שנמצא קבע כי העברת התיקים תעמוד בתוקפה, ועל כן העתירה למעשה נדחתה, אבל תיקים נוספים שאינם בסמכותו המקומית של בית המשפט החדש – לא יועברו. הצווים שהגבילו את סמכותו של המחוזי-מרכז, כך קבעו שופטי בג"ץ – יתבטלו לאחר 1.3.2008.⁴⁰⁵ פסק הדין ניתן בסוף אוגוסט 2007, והפתרון המתבקש היה להסדיר את הנושא בחקיקה תוך חצי שנה.

על פניו היה זה עניין פשוט. הייתי משוכנע שאוכל להעביר בכנסת חוק המסדיר את הנושא, שהוא בעיקרו מינהלי ואפילו טכני. ובכל זאת, הסתבר תוך זמן קצר שזו הזמנה לתסבוכת חדשה. הצעת החוק קבעה כי עם הקמתו של בית משפט מחוזי חדש מוסמך השר לקבוע שעניינים מסוימים ימשיכו להיות נידונים בבית המשפט שבו היו נידונים אלמלא כן, כי מנהל בתי המשפט יהיה מוסמך להורות על העברת תיקים מסוימים מבית המשפט המקורי לבית המשפט החדש, וכי תוקף ההסדרים האלה לא יעלה על שלוש שנים. הצעת החוק עברה ללא קושי בוועדת השרים לענייני חקיקה, שהרי מדובר בהסדר טכני, לתקופה מוגבלת, שנועד לאפשר הקמה הדרגתית של בית משפט. לתדהמתי, נפתח בכנסת מחול שדים. חברים במפלגת העבודה דרשו שההחלטות יתקבלו בהסכמת נשיא בית המשפט העליון, ואני לא ראיתי יסוד לדרישה. הקמת בית משפט נמצאת בסמכות שר המשפטים, וכשם שלא נדרשה הסכמת נשיא בית המשפט העליון להקמת בית משפט חדש, לא צריך לערבו גם בנושאים המשלימים. עם זאת, הייתי מוכן להתפשר ולהסכים להתייעצות עם נשיא בית המשפט העליון. במהלך המשא ומתן יצאו אנשי העבודה מדי פעם לטלפן, ואני משער שהתקשרו לבית המשפט העליון. בסופו של דבר הם החליטו לדרחות את הצעתי. לא ראיתי סיבה לוותר, מה גם שזכר הסחבות שהתלוו למינויה של הילה גרסטל עדיין לא נמוג, ולא היתה סיבה לחזור עליהן.

נגד הצעת החוק התנהלה תעמולה חריפה, שאפיינה כל צעד שעשיתי ולא היה לרוחו של העליון. דובר על כך שהממשלה משתלטת על בתי המשפט, ושהחקיקה שאני מקדם תאפשר לשר המשפטים להעביר תיק של נאשם, שיש לו עניין בו, לדיון בפני שופט יותר נוח. אמנם היו שהוסיפו שהם אינם חושדים בי אישית שאעשה זאת, אבל הדבר עלול להתבצע על ידי שר משפטים אחר בעתיד.

לא היה בדל של ממש בדברים. סמכות העברת תיקים ניתנה, לפי החוק שהצעתי, למנהל בתי המשפט, שמונה בהסכמת נשיאת בית המשפט העליון (במקרה זה, למעשה ביוזמתה). לי לא היה כל עניין לעסוק בכך, ולא ביקשתי לעצמי סמכות לעשות זאת. איש לא יכול להצביע על אף נאשם במחוזי בתל אביב שהיה לי קשר כלשהו אליו, וממילא גם לא הועבר תיק כזה למחוזי-מרכז. גם

האפשרות שאי-פעם בעתיד יקים שר משפטים בית משפט נוסף, ויחשוב בהקשר זה על העברת תיק שיש לו בו אינטרס לבית המשפט החדש, היא אפשרות כה פנטסטית ותלושה מהמציאות, שקשה להעלותה על הדעת. שלא לדבר על כך שלא הוענקה לו כלל סמכות לעשות זאת, וכי הסמכות ניתנה למנהל בתי המשפט.

אבל עובדות והיגיון לחוד, ופוליטיקה לחוד. לקראת ההצבעה בכנסת נמשך הלחץ של העבודה, וכעת הגיעה אלי פנייה מהשרה רוחמה אברהם-בלילה, המקשרת בין הממשלה לכנסת, ומחבר הכנסת אלי אפללו, מרכז הקואליציה, לדחות את ההצבעה או להגיע להסדר. הבנתי את עמדתם לנוכח העובדה שהקואליציה היתה זקוקה לקולות העבודה בנושאים אחרים. ההחלטה אמורה היתה להגיע לשולחנו של ראש הממשלה, אלא שהוא השתתף, יחד עם שרת החוץ ציפי לבני, בוועידת אנאפוליס. מי שמילא את מקומו היה חיים רמון, ובדיון שהתקיים הוא ציין כי כניעה בנושא זה, שכבר עבר את ועדת השרים (שבה מיוצגים כמובן גם שרי העבודה), תהווה הכרה בכך שהעבודה יכולה לשתק כל צעד שאבקש לעשות. סוכם לאפשר לי להביא את הנושא להצבעה.

בכנסת היה לי תמיד רוב מוצק, שכן רוב חברי האופוזיציה תמכו בעמדותי, ובקריאה ראשונה הצעת החוק אכן עברה ברוב של 66 נגד 16 (ונמנע אחד). בדיון שהתקיים בוועדת חוקה חוק ומשפט לקראת הקריאה השנייה והשלישית השתתפו היועצים שלי, גיא רוטקופף והושע גוטליב, וגם העוזרת המשפטית הבכירה של נשיאת בית המשפט העליון, עו"ד דנה כהן-לקח. לדבריה, "העמדה של נשיאת בית המשפט העליון היא שההצעה הזו גורעת מהסמכויות שיש לה לפי החוק, היא מחלישה את עקרון העצמאות השיפוטית... ומאפשרת לרשות המבצעת להתערב במידה בלתי-ראויה בסמכויות השיפוט של הרשות השופטת". לפיכך ביקשה שהגבלת סמכויות בית המשפט החדש תיעשה בהסכמת הנשיאה. אשר להעברת תיקים סברה הנשיאה שהעניין נמצא בסמכותה, ואין צורך להקנות סמכות כזו למנהל בתי המשפט (לאמיתו של דבר, לנשיא בית המשפט העליון יש אכן סמכות, לפי סעיף 78 לחוק בתי המשפט, להעביר תיקים מבית משפט אחד לבית משפט אחר, אבל הכוונה היא להעברת תיקים ספציפיים, בשל סיבה מיוחדת, להבדיל מהעברת תיקים לצורך ויסות לחצים במערכת. עם זאת, במקרים יוצאים מהכלל נעשה כנראה שימוש בהוראה הזו לשם העברת תיקים מבית משפט עמוס לבית משפט אחר).

בעמדת הנשיאה תמכו חברי הכנסת אופיר פז-פינס ושלי יחימוביץ' מהעבודה וזהבה גלאון ממרצ, אך הצעת החוק שהגשתי זכתה ברוב בוועדה וגם בכנסת ונהפכה לחוק. הסכמתי שתיכלל בו הפשרה שהצעתי, ולפיה הסמכות שהוענקה לשר תופעל לאחר התייעצות עם נשיא בית המשפט העליון. עשיתי זאת אף שביניש מיאנה לקבל את הצעתי ולהסתפק בהתייעצות. להערכת, יכולתי להעביר

את החוק ללא קושי גם בלי לוותר בנקודה זו, אבל כיוון שאמרתי במהלך הדיונים שאני מוכן לפשרה, החלטתי לדבוק בה.

הצד החיובי בכל הפרשה הוא שקם בית משפט חדש, בתוך פחות משנה. בית המשפט הזה מצטיין ביעילותו, ותורם תרומה עצומה לשיפור השירות לציבור. משכנו בלוד, ובכך הוא מסייע לעיר שזקוקה כל כך לעידוד. הקמתו העניקה סיוע אדיר להקלת העומס בבית המשפט המחוזי בתל אביב, גם אם המצב שם עדיין רחוק מלהיות מזהיר.

התוכנית להקמת בית משפט לערעורים, שבה דגלה דורית ביניש, דיברה על כך שלבית המשפט הזה יוגשו ערעורים על פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים. על פי הצעתה, על פסקי דין של בית המשפט החדש לערעורים יהיה ניתן לערער לעליון רק ברשות (ולא בזכות). באופן כזה, ישוחרר העליון מן הצורך לדון ברוב הערעורים האזרחיים והפליליים. המקרים היחידים שיגיעו אליו יעסקו בשאלות עקרוניות בלבד. ההצעה הזו היתה מנוגדת להמלצתה של ועדת אור. גם היא ביקשה להקל על העליון, אך בלי להקים ערכאת ערעור נוספת אלא באמצעות הרחבת תחום השיפוט של בתי משפט השלום. תוכניתה של ביניש, לעומת זאת, נועדה לקדם את הפיכתו של העליון לבית משפט לחוקה – מהלך שהכנסת מעולם לא הסכימה לו. גם אני לא הייתי מוכן להסכים לכך.

היו שיקולים נוספים לדחיית ההצעה: היא חייבה השקעת משאבים עצומים בהקמת בית משפט חדש, בלי שהדבר יסייע לפתרון העומס בערכאות השלום והמחוזי. כמו כן, הקמת ערכאה רביעית היתה מאריכה את הסחבת ומייקרת את ההתדיינות. לכל אלה מצטרפת עובדה מעניינת: התנגדותם של השופטים המחוזיים לערכאה שתחצוץ בינם לבין העליון ותפגע במעמדם. ההצעה ירדה מהפרק. היא מהווה רק דוגמה לניגודי האינטרסים הקיימים בתוך המערכת – ניגודים שהציבור כמעט אינו שומע עליהם.

הפתרון לבעיית העומס בעליון הוא הגדלת תקן השופטים, אלא שהשופטים שיושבים בו מתנגדים לכך. אפילו הגדלת התקן למצבת הנוכחית, של 15 שופטים, בשלהי כהונתו של אהרן ברק, היתה פרי פשרה. הכנסת היתה מוכנה להגדיל את המספר ל-16, ואילו ברק ביקש להסתפק ב-14.

עם זאת, בתוספת שופטים לא די. נדרשת במקביל הכרה מצד שופטי העליון שלא הכול שפיט, שתפקידם המרכזי הוא לעסוק בערעורים אזרחיים ופליליים ולא בניהול המדינה, ושכית המשפט אינו יכול להפוך את עצמו, בכוחות עצמו, למשהו שונה מזה שלמענו הוקם.

חוק נציב תלונות הציבור על השופטים התקבל בכנסת בשנת 2002, לאחר שברק הצליח לגרום לכך שייקבע כי הנציב יתמנה על ידי הוועדה לבחירת שופטים, "לפי הצעת שר המשפטים ונשיא בית המשפט העליון כאחד".

המינוי הראשון היה של טובה שטרסברג-כהן, שופטת עליונה בדימוס – מינוי שלערכתי הפחית במידה ניכרת את הסיכון שתינתן הערה שלילית לשופט בבית המשפט העליון.

בפסק הדין שנכתב על ידי אדמונד לוי בעתירה לביטול הסדר הטיעון עם הנשיא לשעבר משה קצב⁴⁰⁶ ראה השופט לוי לנכון לדון בנושא החורג ממסגרת הדיון, להרחיב את הדיבור על רמתם המוסרית של אנשי ציבור בכלל, למנות את ההליכים הפליליים והחקירות בעניינם של אנשי ציבור שונים בעשור האחרון, ואף לצטט מהנביא ישעיהו: "שרייך סוררים וחברי גנבים, כולו אוהב שוחד ורודף שלמונים". במסגרת זו הוא ראה צורך להתייחס לחיים רמון, בלי לנקוב בשמו, ולומר: "לאחרונה הורשע שר בביצוע מעשה מגונה בקצינת צה"ל, ובמקום שהמערכת הפוליטית תסתייג ממנו, היא אימצה אל חיקה בחום רב, ואף קידמה אותו לעמדה בכירה יותר מזו בה כיהן בעבר. ואם בכך לא די, טרח מי שטרח לארגן מקהלה של יחצנים ומעצבי דעת קהל, אשר הפנתה אצבע מאשימה לעבר גורמי התביעה כאילו אלה 'תפרו' תיק לאותו שר, וגם מבית המשפט 'שהעז' להרשיעו הם לא חסכו את שבט לשונם."

מובן מאליו שעניינו של קצב לא נועד להקנות לאדמונד לוי הזדמנות לחוות את דעתו על נבחר ציבור בכלל ועל השר רמון בפרט, שלא לדבר על כך שרמון לא היה צד לדיון ולא ניתנה לו הזדמנות להתייחס לנושא. מה גם שסעיף 11(ה) לכללי האתיקה לשופטים קובע כי "בהביעו דעה על אדם, שלא היה צד להליכים, ייתן השופט את דעתו לשאלה אם ניתנה הזדמנות לאותו אדם להציג עניינו כהלכה לפני בית המשפט". הנשיאה ביניש התייחסה בפסק דינה לדברי השופט לוי וציינה כי הוא "הביע את הרהוריו וביקורתו על תופעות ציבוריות וחברתיות. כשלעצמי, איני סבורה שמקומם של אלה יכירם במסגרת פסק הדין... אנו רואים את הדיון בעניינים השנויים במחלוקת ציבורית וחברתית ואינם נוגעים להליך הקונקרטי שלפנינו, כנושאים שיש להותירם לשיח הציבורי, ואנו לא ניטול בהם חלק". ספק אם די בהערה מינורית זו כדי למצות את העניין. אך בפרסום של טובה צימוקי ב"ידיעות אחרונות" מסופר שהנציבה שטרסברג-כהן דחתה את תלונתו של חיים רמון נגד אדמונד לוי. קשה לראות מה היתה ההצדקה לכך.

כאשר הגיעה לסיומה תקופת כהונתה של שטרסברג-כהן, שנקצבה בחוק לחמש שנים, התעורר צורך למנות נציב תלונות חדש – ולהגיע להסכמה עם הנשיאה ביניש. היה ברור לי שלא נגיע להסכמה, אלא אם כן המועמד יהיה שופט

עליון לשעבר, אף כי החוק אינו מחייב זאת. ואכן, המועמד של ביניש היה אליהו מצא. מצא היה שופט טוב ורציני, שגילה עמדה עצמאית ושקולה בפרשת "אפרופים" ובפרשת שבס. ראיתי בו בהחלט מועמד אפשרי. הקושי שלי נבע מהתחושה שהוא קרוב יתר על המידה לגרעין השופטים שניהל בשנים האחרונות את העליון, מה שעלול לצמצם ולעמעם את הבקרה עליהם.

והיה גורם נוסף שהכביד עלי: מצא נמנה עם השופטים שהשתתפו בוויכוח הציבורי על גבולות סמכותו של העליון, אף שהיה פחות קולני מאחרים. באוקטובר 2006 החליט בג"ץ ברוב דעות לבטל את מינויו של תת-ניצב בני סאו לתפקיד במטה של השר לביטחון פנים אבי דיכטר, על בסיס הדברים שנאמרו עליו בדו"ח ועדת אור לחקירת אירועי אוקטובר 2000. דיכטר קרא עקב כך להגביל את בג"ץ, ומצא הגיב ברשימה ב"ידיעות אחרונות". לדבריו, דיכטר נכשל ב"התבטאות אומללה" ועליו לחזור בו, אף כי גם חזרה כזו לא תפיג לחלוטין את "הרושם החמור שהותירו דבריו". בשעתו, לפני מינויי לשר המשפטים, הגבתי על המאמר ברשימה שכותרתה "דיכטר והגבלת הבג"ץ". הסברתי כי לא ראוי ששופטים מכהנים ושופטים בדימוס ייטלו חלק בוויכוחים ציבוריים כאלה, וכי הדבר פוגע במעמד ובמעמד השפיטה. כעת, ראיתי קושי במינוי נציב תלונות הרואה דופי בעצם מתיחת ביקורת על בג"ץ או בהצעה להגביל את סמכויותיו, ונוטל חלק במאבק ציבורי בנושא. כללי האתיקה לשופטים מציינים אמנם שהם אינם חלים על שופטים בדימוס, אך בכלל מס' 10 נאמר כי ראוי ששופט בדימוס "ישווה נגד עיניו את רוחם ואת מגמתם של הכללים, וכי יכוון התנהגותו ואורחותיו על פיהם". הכללים הללו לא היו בתוקף באותם ימים, ובכל זאת רבים מהשופטים בדימוס הבינו שראוי לנהוג בהתאם למגבלות החלות על שופטים מכהנים.

מעט לפני מועד מינויו של הנציב החדש סיים השופט בדימוס אליעזר גולדברג את תפקידו כמבקר המדינה. גולדברג נמנה עם השופטים (הרבים) שנמנעו מלהתבטא בנושאים המצויים במחלוקת ציבורית, ולא הצטרף למקהלה המתוזמרת של שופטי העליון בדימוס, שהשמיעה קול אחד בכל ויכוח ציבורי הנוגע לעליון. מינויו נראה בעיני עדיף. להערכתו, לא היתה לביניש אפשרות להתנגד לו, והיא אכן נתנה את הסכמתה.

עקרון עצמאות השופטים מונח בבסיסן של כל הדמוקרטיות המערביות, ובישראל הוא נקבע בסעיף 2 ל"חוק יסוד: השפיטה": "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין." בהוראה הזו אין די, ויש צורך בשורה של הסדרים שיבטיחו את אי-תלותם של השופטים. מובן שאי-תלות מוחלטת איננה אפשרית (המוסד של מינוי זמני בעליון, למשל, פוגע בעקרון

אי-תלות השופטים, וזו אחת הסיבות לכך שסברתי שאין לו מקום), אך ראוי לעשות הכול על מנת להימנע מתלות כזו או לצמצמה.

בדרך כלל, כאשר מדברים על אי-תלותם של שופטים הכוונה היא לגורמים חיצוניים, כגון אישים פוליטיים. בעיה שכמעט לא מתייחסים אליה נוגעת לתלות של השופט בגורמים מתוך המערכת. יוצא מהכלל הוא השופט שלמה לוין, שסיפר על כך ש"כמה שופטים טוענים כי הם מרגישים מאוימים ונרדפים... יותר ויותר נשמעות טענות של שופטים על נטיות של שרירות בקרב חלק מהנשיאים, המרכזים סביבם את הנאמנים להם ומרחיקים את האחרים, ועל נשיאים המכתיבים לשופטים 'מכסות עבודה' ואינם מאשרים להם חופשות, שבתונים ואפילו בקשות להשתלמות במכון להשתלמות שופטים".⁴⁰⁷

שופט זקוק לתנאי עבודה הולמים, ובהם לשכה שבה יוכל לעבוד וציוד עזר. אפשר להקצות לו תיקים שיגדילו את העומס המוטל עליו, ואפשר להקצות לו תיקים בתחום שיש לו בו עניין אך גם כאלה שיהיו למורת רוחו. גם השיבוץ בהרכבים עשוי להיות נוח יותר או פחות. כל אלה יוצרים מידה לא מבוטלת של תלות באנשים בתוך המערכת. גורם מרכזי אחר הוא הרצון לקידום – לערכאה גבוהה יותר או לתפקיד דוגמת נשיא. באופן מיוחד, הסמכויות הרחבות של נשיא בית המשפט העליון יוצרות תלות עצומה של שופטים, שכן הסכמתו דרושה לכל מינוי של נשיא וסגן נשיא. לכל אלה נוספת כמובן השפעתו העצומה בוועדה לבחירת שופטים, העוסקת גם בהעלאה מערכאה לערכאה. אהרן ברק, כפי שכבר צוין, לא הסתפק בכך, ולפי השקפתו אסור ליצור קשר ישיר בין שר המשפטים לשופטים, ונשיא בית המשפט העליון אמור להיות בן שיחו היחיד של שר המשפטים. בנסיבות אלה קל להבין, למשל, את המשמעות שהיתה לדבריה של הנשיאה ביניש בעניין הטרדה מינית, בשעה שמשפטו של חיים רמון התנהל, אף אם לא התכוונה להשפיע עליו.

לדעתי, עצמאות השופטים מחייבת לצמצם את תלותם בנשיא בית המשפט העליון. צעד אחד נקטתי באמצעות "חוק הקדנציות", שביטל את המצב שבו נשיאי הערכאות השונות וסגניהם נזקקו להסכמת נשיא בית המשפט העליון (וכמובן למינוי של שר המשפטים) לא רק לתקופה הראשונה שלהם, אלא גם לכל הארכה. בקיצור: תלות נמשכת. החוק, שקבע תקופת כהונה אחת של שבע שנים, שם לכך קץ.

נוסף על כך, החוק קבע גם תקופת כהונה מינימלית של שלוש שנים, כך שאם נותרו לשופט שנה או שנתיים בלבד עד לפרישה, הוא אינו יכול להתמנות לנשיא. המטרה היתה למנוע כהונות קצרות ולא אפקטיביות, הפוגעות ביכולת הניהול ובמעמד הנשיא, כאשר עם כניסתו לתפקיד כבר ניתן למנות את הימים לפרישתו.

מכוח ההוראה הזו היתה נמנעת, לדוגמה, אפשרות בחירתו של אליעזר ריבלין לנשיא בית המשפט העליון, שכן נותרו לו, לאחר פרישתה הצפויה של דורית ביניש, רק כשלושה חודשי כהונה. הייתי ער לכך שהדבר עלול לפגוע באשר גרוניס, שנראה לי ראוי לכהונת נשיא בית המשפט העליון, כיוון שלאחר פרישתה הצפויה של ביניש חסרו לו כשישה שבועות להשלמת תקופה של שלוש שנים עד לפרישה. העליתי בפני מנחם בן-ששון, יושב ראש ועדת חוקה חוק ומשפט, את האפשרות להסתפק בכהונה של שנתיים. תשובתו היתה שהחקיקה צריכה להתבסס על עיקרון, וכי שאלה דומה תתעורר לגבי מי שיחסרו לו שבועיים להשלמת השנתיים, כך שאין לדברים סוף. קיבלתי את עמדתו, מה גם שאני מתנגד לחקיקה פרסונלית.

כאשר חסרים למועמד שבועות ספורים, יכול כמובן הנשיא המסיים להקדים את פרישתו ולסלול כך את הדרך למינוי. בדרך זו נהג נשיא בית הדין הארצי לעבודה סטיב אדלר, שפרש חודשים אחדים לפני הגיעו לגיל 70, וכך אפשר את מינויה של נילי ארד. אולם בניגוד לאדלר, ביניש לא היתה מוכנה כנראה לפרוש שישה שבועות לפני המועד, ולכן החליט השר נאמן, אשר מונה בינתיים לשר המשפטים, לתמוך בתיקון חוק הקדנציות, באופן שיבטל לגבי בית המשפט העליון ובית הדין הארצי לעבודה את הדרישה לתקופת כהונה מינימלית של שלוש שנים. בזכות התיקון הזה של חוק בתי המשפט, שזכה בכינוי "חוק גרוניס", אכן נבחר אשר גרוניס לנשיא בית המשפט העליון (אולם אליעזר ריבלין, שנותרו לו כשלושה חודשי כהונה וקדם לו בסניוריטי, לא נבחר. דובר על כך שהוא עצמו הכיר בכך שלא נכון למנותו לפרק זמן כה קצר).

סירובה של ביניש ללכת בדרכו של אדלר הולידה חקיקה פרסונלית, שהתקבלה למעשה בהסכמתה. החוק הגיע כמובן לבג"ץ, אף שלא היה שום יסוד לפסול אותו. נטען שם שהוא חוק פרסונלי, שכן השפיע על סיכוייו של גרוניס להיבחר לנשיא. במסגרת זו נטען גם שחוק הקדנציות המקורי היה חוק פרסונלי, שכן השפיע (לרעה) על סיכוייו של גרוניס להיבחר לנשיא. הדבר איננו כך: חוק הקדנציות המקורי קבע הוראה כללית, שהיתה לה השפעה על כלל בתי המשפט. יתר על כן, באותם ימים לא היה ניתן לדעת אם תימשך שיטת הסניוריטי בבית המשפט העליון, ואם ביניש לא תחליט לפרוש שישה שבועות לפני המועד. מכל מקום, העתירה לפסילת החוק – נדחתה.⁴⁰⁸

ראוי לציין, כי קדנציה קצרה של נשיא בית המשפט העליון מחלישה את מוסד הנשיאות ואת מעמד הנשיא כלפי המערכת וכלפי הפוליטיקאים. לפיכך, קביעת תקופה מינימלית של שלוש שנות כהונה תורמת בסך הכול לחיזוק מעמדו, וביטולה עשויה בטווח הארוך לתרום להחלשת מוסד הנשיאות.

צעד אחר שנקטתי להגדלת עצמאות השופטים היה הקמת ועדות האיתור לנשיאים וסגני נשיאים. הייתי מעוניין לקבוע זאת בחקיקה, והמטרה היתה כפולה: האחת, לתת הזדמנות לשופטים המעוניינים בכך להתמודד על התפקיד. השנייה, לסייע לשר במציאת מועמדים מתאימים. ועדות האיתור אמורות היו להציג שלושה מועמדים. ביניש התנגדה לכך בתוקף. התקשיתי להבין מדוע. בעיקרו של דבר היה זה צמצום בכוחו של שר המשפטים. הסבר אפשרי הוא שכל הצעה שלי נתקלה בחשדנות, שלא לומר התנגדות אוטומטית. אפשרות אחרת נעוצה בהנחה שסמכות המינוי היא אמנם של השר, אך מצפים ממנו שיקבל את הצעת נשיא בית המשפט העליון, ואילו כעת תובא ההצעה בידי ועדה. לנוכח ההתנגדות ויתרתי על חקיקה, וביניש הסכימה בסופו של דבר להסדר של ועדות איתור. לא הספקתי להפעילן, והן הופעלו לפי המתכונת שהוסכמה בתקופת נאמן.

סמוך לתחילת כהונתי פנה אהרן ברק, מן הסתם בתמיכתה של ביניש, לראש הממשלה אולמרט בהצעה למנות ועדה בראשותו (של ברק) לשם הקמת רשות שיפוטית עצמאית. מובן שהיה צורך לבקש את התייחסותי. מחד גיסא, אני מעריך שסברו שאתנגד ויהיה ניתן לתקוף אותי בשל כך, וכנראה הופתעו כשהבעתי תמיכה מלאה. גם פה הייתי מוכן לוותר על סמכויות ולהעבירן לגוף מתאים. מאידך גיסא, לא הייתי מוכן להימנע מהפעלת סמכויות שהוקנו לשר המשפטים בחוק, או להפעילן רק בדרך שנראית למי שסבור שעלי להישמע לו. בפועל, אחרי שהבעתי את הסכמתי להקמת הוועדה בראשות ברק, הסתבר שהוא אינו מוכן לכך – והוועדה לא קמה. אפשר רק להעריך, כי בסופו של דבר הסיקו ברק וביניש שהקמת רשות כזו לא תוכל להשאיר בידי נשיא בית המשפט העליון את כל הסמכויות שהוא חותר אליהן, שיהיה צורך לקבוע מנגנוני בקרה וכלים שיבטיחו קבלת אחריות לסחבת ולתקלות במערכת, והחליטו להעדיף את המצב הקיים.

דיינים לבתי דין רבניים לא מונו במשך שנים, וכשם שנוצר חסר בבתי המשפט האזרחיים, נוצר מחסור חמור אף יותר גם שם. הוועדה לבחירת דיינים התכנסה אמנם בתקופתם של לפיד ולבני, אך לא הגיעה להסכמות. עקרונית, הוועדה לבחירת דיינים בנויה במתכונת הוועדה לבחירת שופטים. יושב ראש הוועדה הוא שר המשפטים, ולצדו נשיא בית הדין הרבני הגדול ושניים מדייניו, שר נוסף, שני חברי כנסת (לרוב, אחד מהקואליציה ואחד מהאופוזיציה), ושני נציגים של לשכת עורכי הדין. בעבר שימש שר הדתות כיושב ראש הוועדה, אבל ב-2003 נהפכה "שינוי" לגורם מרכזי בממשלתו השנייה של אריאל שרון ואילו ש"ס נותרה מחוץ לממשלה. משרד הדתות בוטל, בתי הדין הרבניים עברו למשרד המשפטים, וכך עברה לשר המשפטים גם ראשות הוועדה לבחירת דיינים. המהלך הגדיל את

הדמיון החיצוני בין הוועדות, אבל חרף המתכונת הדומה הן נושאות אופי שונה בתכלית. בוועדה לבחירת שופטים יש חברים חילונים ודתיים, ולרוב יהיה בה רוב חילוני. מכהנות בה כרגיל נשים אחדות – הן מבין השופטים והן מבין נציגי לשכת עורכי הדין. לעומת זאת, הוועדה לבחירת דיינים מורכבת כמעט כולה מחרדים, מדתיים או מסורתיים (אם כי העברתה למשרד המשפטים גרמה לכך שלא פעם דווקא העומד בראשה הוא חילוני). גם הכנסת נוהגת בדרך כלל לשלוח לוועדה נציגים דתיים, מן הסתם מתוך הנחה שאלה יכירו טוב יותר את המועמדים ואת הסביבה ממנה הם באים. זוהי ועדה על טהרת המין הגברי כמעט, אם כי כיהנו בה נשים ספורות כנציגות לשכת עורכי הדין, וציפי לבני, כשרת משפטים, אפילו ישבה בראשה. מובן מאליו שהמועמדים לדיינות הם כולם גברים דתיים או חרדים.

כאשר שר המשפטים הוא חילוני, הוא חש בה כנטע זר. אני לפחות חשתי כך. האפשרות שלי להכיר את המועמדים ולעמוד על טיבם היתה מוגבלת. היו ביניהם לא מעט בעלי כישרון ובקיאות יסודית בדין העברי, לגבי חלקם היה מידע בדבר נטייה להקל או שלא להקל בדין, אולם כל זה לימד רק מעט על האופן שבו יוכלו לדון בבעיותיהם של מתדיינים הבאים מהעולם החילוני.

הנבחרים הם בדרך כלל פרי הסדרים בין הקבוצות הדתיות השונות. כך, למשל, לאחר סיום כהונתי התכנסה הוועדה בראשות השר נאמן. נבחרו 12 דיינים, ובתקשורת הם מיד קוטלגו: ארבעה מהציונות הדתית, ארבעה מש"ס וארבעה מיהדות התורה. התופעה הזו, שבה משויך כל מועמד לקבוצה מסוימת, היא ייחודית לוועדה לבחירת דיינים.

בתקופתי היה לחרדים רוב מוחלט בוועדה לבחירת דיינים. סעיף 10 להסכם הקואליציוני הבטיח לש"ס ששר מטעמה יכהן בה, ובעקבות זאת נכלל אלי ישי בהרכב. הנציגים ששיגרה הכנסת היו יוסף ועקנין מש"ס וניסן סלומיאנסקי מהאיחוד הלאומי. אליהם הצטרפו נשיא בית הדין הרבני הגדול, הרב שלמה עמאר, ושני דיינים נוספים. חמישה מתוך תשעה חברי הוועדה השתייכו אם כן ליהדות החרדית (ישי, ועקנין ושלוש הדיינים). הם נחלקו לשתי קבוצות – ספרדים, הקרובים בהשקפתם לש"ס, ואשכנזים, הקרובים בגישתם ליהדות התורה. בנסיבות אלה, השפעתו של שר המשפטים על הבחירה מוגבלת ביותר. כלי אחד שנתון בידו הוא היותו יושב ראש הוועדה, המחליט על מועד כינוסה, אך לא הייתי מוכן להשתמש בו כאמצעי לחץ. יושב ראש יכול, לדעתי, לדחות ישיבה לפרק זמן סביר, כדי לאפשר בירורים ודיונים לא פורמליים בין חברי הוועדה. הוא איננו חופשי לומר: לא אכנס את הוועדה עד שתקבלו את עמדתי בעניין זה או אחר.

בעת כניסתי לתפקיד חסרו קרוב לעשרים דיינים, מתוך תקן של 97. הבנתי שיש הכרח לכנס את הוועדה בהקדם. אני שותף להסתייגויות מהמונופול שניתן

לבתי הדין הרבניים בכל הקשור לנישואים וגירושים, ורואה בדאגה רבה את העובדה שההתדיינות בבתי הדין האלה מתנהלת בפני גברים בלבד ונשים פסולות מלכהן בהם, אבל לא היה בידי לשנות זאת, ובמסגרת החוק הקיים היה עלי לדאוג להפעלת המערכת. המחסור בדיינים רק הרע את מצבם של המתדיינים, כולל נשים הממתינות לגט.

הודעתי כי הוועדה תכונס והדיינים ייבחרו. בניגוד לשמועות שהופצו, לא היה עלי שום לחץ מצד ראש הממשלה. הפניות אלי היו דווקא מכיוונים אחרים – שלא אכנס את הוועדה כדי ללחוץ על חבריה לבחור דיינים מקלים, או כאלה שמשתייכים לציונות הדתית. ואולם, השפעתי על הבחירה היתה כאמור מזערית. יכולתי כחבר הוועדה להצביע לפי השקפתי, אך לא היתה לי שום אפשרות לייצר רוב. ביקשתי הן מהרב עמאר והן מהשר ישי שתינתן עדיפות למועמדים ששירתו בצה"ל ולבעלי נטייה מקלה. הובטח לי שהדבר ייעשה. גישתו של עמאר היתה ממילא כזו בנוגע לשחרור עגונות, בגיור ובנושאים נוספים.

בישיבה נבחרו 15 דיינים, אבל בחירתם יצרה התמרמרות בקרב הציונות הדתית, שסברה כי קופחה, ובקרב ארגוני נשים, שגרסו כי לא נבחרו מועמדים "מבית הלל". נעשתה פנייה לבג"ץ,⁴⁰⁹ ובדיקה שנערכה במחלקת הבג"צים בפרקליטות גילתה שנפל פגם פרוצדורלי בהליך הבחירה. מני מזוז הציע להסכים לביטול ההליך ולבחירה מחדש. לא השתכנעתי ולא התלהבתי, אך החלטתי שלא להתעקש, משום שכל מאבק היה רק גורם לסחבת. פתרון מעשי למחסור הקשה בדיינים נראה לי עדיף.

קבעתי ישיבה חדשה. שוב נפתחו משאים ומתנים בין הקבוצות השונות. הפעם נמצא פתרון באמצעות בחירת שני דיינים נוספים. הציונות הדתית זכתה בעוד "נציג" מבין ה-17 שנבחרו, ובאה על סיפוקה. כל אלה שנבחרו בהליך שבוטל – מונו שוב. חלק ניכר מהדיינים החדשים שירתו בצה"ל, אבל זו לא בהכרח עדות לגישה מתונה. מתחולל בחברה הדתית תהליך מובהק של הקצנה והתחרדות. אנו עדים גם לכך שיש ובניהם של אישים בש"ס, שבעצמם שירתו בצה"ל, מעדיפים ללמוד בישיבות שאברכיהן אינם מתגייסים. גם העובדה שרוב הדיינים החדשים משתייכים לזרמים חרדיים, ורבני הציונות הדתית נמצאים במיעוט, אינה מפתיעה. התהליך הזה התרחש גם בימים שבהם היתה המפד"ל המפלגה הדתית הגדולה ביותר. גם אז העדיפו הרבנים המקורבים לעמדתה פעילות שונה, ובתי הדין הרבניים קלטו לשורותיהם דיינים חרדים במספרים גדלים והולכים.

מובן שגם הבחירה הזו שימשה נושא לבג"ץ. הפעם לא נמצא אפילו רכב

פרוצדורלי, והעתירה של עמותת "מבוי סתום" נדחתה.⁴¹⁰

פרשה מסעירה אחרת היתה זו של הרב הראשי האשכנזי יונה מצגר, נגדו נפתחה ב-2004 חקירת משטרה בכמה חשדות על קבלת טובות הנאה לא ראויות. החומר הועבר ליועץ המשפטי, שהחליט לא לנקוט הליכים פליליים. הוא צירף לדו"ח חלק ציבורי, שבסיומו קבע כי "נוכח פגמים משמעותיים בהתנהגותו ובהתנהלותו של הרב מצגר, ראוי יהיה... כי הרב מצגר ייטול אחריות אישית ויחליט בעצמו על פרישתו מתפקידו כדיין וכרב ראשי לישראל... אני מקווה שכך הוא ינהג". למקרה שמצגר לא ינהג כך העלה היועץ את האפשרות שהעניין יובא בפני שר המשפטים והוועדה לבחירת דיינים, לשם דיון בסיום כהונתו כדיין.

תקוותו של מזוז שהרב "יחליט בעצמו על פרישתו מתפקידו כדיין" נכזבה. לא רק שהוא לא התפטר, הוא אף עתר לבג"ץ. טענתו המרכזית היתה שמזוז לא נתן לו זכות טיעון לפני פרסום הדו"ח. בסופו של יום העתירה נדחתה,¹¹ לאחר שמזוז הסכים שהדו"ח יועבר אלי ואל הוועדה ללא קריאתו למצגר להתפטר.

הדיון בשאלת סיום הכהונה היה ארוך. הוועדה קיימה שלוש ישיבות, שבהן שמעה את טיעוניו של עו"ד דוד ליבאי, שייצג את מצגר, ואת תגובתו של עו"ד ג'ואי אש מהפרקליטות. הבסיס לדיון היה הממצאים שפורטו בדו"ח היועץ, וכללו טענות בדבר "מימון כפול". הוא אמנם לא הגיע לכיסו של מצגר, אך השתקף לכאורה בכך שהנהלת בתי הדין שילמה שכר דירה עבור דירת השרד שהועמדה לרשותו בירושלים, כאשר באותו זמן שהה הרב כמה פעמים במלון "רמדה רנסנס" במימונה של הרבנות הראשית. פרשה אחרת נגעה לשהותו של מצגר במלון "מצודת דוד" בפסח תשס"ד, אף כי דירת השרד היתה פנויה. ההסבר שמסר הרב היה שההודעה על כך שהדירה תהיה פנויה ניתנה לו רק שבועיים-שלושה לפני החג, מועד שלא היה בו די כדי להכשיר את הדירה לחג (למרות זאת, קבלת הפנים החגיגית המסורתית נערכה בדירת השרד). עוד טענה התייחסה לקבלת טובות הנאה, באמצעות תעריפים מיוחדים ב"מצודת דוד". היועץ המשפטי התייחס גם לריבוי הגרסאות, ההתייחסויות והתגובות של הרב, ה"רצופות תמיהות".

לשם סיום כהונתו של דיין נדרש רוב של שבעה מחברי הוועדה, ולא היה שום סיכוי להשגת רוב כזה. מסקנת הוועדה היתה כי לא נמצא בדברים עילה מספקת להדחתו ממשרת דיין. בשום מקרה לא היתה הוועדה מוסמכת לסיים את תפקידו כרב ראשי, וגם אין לה סמכות להטיל על דיין סנקציה אחרת. וכך, משנקבע כי אין מקום לסיום כהונתו כדיין, שב הרב מצגר לתפקידו.

בהתאם להסדר החוקי שהונהג זה כבר, חלוקת התפקידים בין שני הרבנים הראשיים היא שאחד מהם מכהן בראשות מועצת הרבנות במשך מחצית תקופת כהונתם המשותפת והשני כנשיא בית הדין הרבני הגדול – ובמחצית השנייה הם מתחלפים בתפקידיהם. נקבע אז, שבמחצית הראשונה של הקדנציה יכהן הרב

עמאר כנשיא בית הדין. המחצית התקרבה לסיומה, ולא נראה רצוי לבצע את החילופין המסורתיים, שתהפוך את מצגר לנשיא בית הדין הרבני הגדול. בעקבות זאת הועבר בכנסת, בתמיכתי, תיקון לחוק הרבנות הראשית, שלפיו יכולים הרבנים הראשיים להחליט על חלוקה אחרת של תפקידיהם. ההוראה נקבעה כהוראת שעה, ותוקפה לחמש שנים. מכוחה הוסכם שהרב עמאר ימשיך לשמש נשיא בית הדין הרבני הגדול עד תום תקופת כהונתו. היתה זו, כמובן, חקיקה פרסונלית, שלכל הדעות אינה רצויה, אבל המציאות טפחה על פני העקרונות. הפעם עבר ההליך בשקט, ללא מהומה תקשורתית מיוחדת.

המשך האקטיביזם

האקטיביזם השיפוטי, פרי נשיאותו של ברק, נמשך גם בתקופת ביניש, ובא לידי ביטוי בהתערבות בנושאים של הספקת החשמל והדלק לרצועת עזה בעצם הימים שבהם היתה ישראל נתונה במתקפת טילים משם, במעורבותו של בית המשפט בפעולות הלחימה של צה"ל ב"עופרת יצוקה"⁴¹² וגם בשאלה של מיגון מבנים ב"עוטף עזה",⁴¹³ הגם שמדובר בדילמה ביטחונית: האם להקצות משאבים למיגון בתים או נשק מיירט טילים – נושאים שברור לחלוטין שאינם בתחומו של בית המשפט.⁴¹⁴

דוגמה אחרת, שבה נבלם הלהט, על חורו של קול, באה בעקבות החלטת הממשלה להקים ועדת בדיקה ממשלתית בראשות השופט וינוגרד לבדיקת אירועי מלחמת לבנון. הנסיבות שבהן הוקמה הוועדה תוארו לעיל, וכצפוי הוצף בג"ץ בעתירות, שביקשו לבטל את ההחלטה ולהורות לממשלה להקים ועדת חקירה ממלכתית. גם זו דוגמה לעתירה שקשה להאמין שהיתה מוגשת במדינה כלשהי, אבל בישראל הכול פתוח. שררה אז תחושה שבעקבות מלחמת לבנון איבדה הממשלה את תמיכתה הציבורית. פסק דין של בג"ץ, המחייב את הממשלה למנות ועדת חקירה ממלכתית, למרות האבסורד שבכך, עשוי היה לזכות באהדה ציבורית. אולם הפעם גבר ההיגיון. ברוב דעות של ארבעה שופטים (ריבלין, גרוניס, ג'ובראן וחיות) הוחלט לבטל את הצו על תנאי, והתאפשר לוועדת וינוגרד לפעול. שלושה שופטים (פרוקצ'יה, נאור ורובינשטיין) סברו שיש לבטל את החלטת הממשלה, שכן הוראת החוק בעניין ועדת בדיקה ממשלתית אינה חלה, לדעתם, על נושאים מהסוג שהוטל על הוועדה לבדוק. פרוקצ'יה אף סברה כי החלטת הממשלה לוקה באי-סבירות ובניגוד עניינים (כך!). גם שופטי המיעוט לא קיבלו את העמדה שיש להורות לממשלה להקים ועדת חקירה ממלכתית. הם הסתפקו בביטול ההחלטה ובהחזרת הנושא לממשלה, אך ייתכן שאילו התקבלה דעתם, לא היתה לממשלה, מבחינה ציבורית, ברירה אלא להחליט על ועדת חקירה ממלכתית.⁴¹⁵

נמשכה גם המדיניות הבעייתית שמכוחה לא מחייב בג"ץ עותרים בעתירות ציבוריות בתשלום הוצאות – גם כשהעתירה נדחית, ואפילו היא נטולת בסיס לחלוטין. במקרה אחד הוגשה על ידי עמותת "עדאלה" עתירה נגד החלטת הפרקליט הצבאי שלא לפתוח בחקירה פלילית בעקבות פגיעה באזרחים והרס בתים ברצועה, בפעולות צבאיות ב-2004. בית המשפט קבע, מפי ביניש, כי "פתיחה בחקירה פלילית אינה מהלך אוטומטי. עליה לנבוע מחשד ממשי כי עבירות פליליות אומנם בוצעו". העובדה שנפגעו אזרחים (או רכושם) בעימות עם ארגון טרור רצחני, שאנשיו מצאו מחסה בקרב אוכלוסייה אזרחית, "אינה מהווה, כשלעצמה, עילה לחקירה בעלת אופי פלילי דווקא". אף שלא היה שמץ של יסוד לעתירה, שהיתה כוללנית ולקתה גם בשיהוי ניכר, החליט בית המשפט שלא לחייב את העמותה בהוצאות, בנימוק התמוה: "מפני חשיבות המִטְרִיה שבה עוסקת העתירה."⁴¹⁶ מובן שגישה כזו רק מעודדת פניות לבג"ץ, גם אם אין בהן ממש וכל כוחן בתשומת לב שהן מושכות. אחר כך אפשר להתלונן על עומס.

בג"ץ הוסיף לעסוק בעתירות שהוגשו נגד התביעה. רובן נדחו, אך מדי פעם התערב העליון בהחלטות התביעה, ודרבן את העותרים הבאים. דוגמה לכך יכול לשמש התיק שבו הואשמו מג"ד וחייל בהתנהגות שאינה הולמת, בשל ירי כדור גומי לעבר פלשתיני כפות ומכוסה עיניים. הירי לא היה אמור לפגוע בו, ולא פגע בו למעשה, אך בג"ץ הורה להחמיר את סעיף האישום.⁴¹⁷ הסעיף אכן הוחמר, אך לא היתה החמרה בעונש, ובית הדין הצבאי גזר שהמג"ד, סגן-אלוף, לא יורד בדרגה. הומלץ כי קידומו בדרגה יעוכב למשך שנתיים והוא לא יוצב בתפקיד פיקודי במשך שנה. היורה הורד מדרגת סמל ראשון לטוראי.

המקרה של משה קצב, נשיא המדינה שהואשם בשורה של עבירות מין, היה הדרמטי ביותר. החקירה נפתחה בהוראת היועץ המשפטי לממשלה, ובסופה הודיעה המשטרה כי תמליץ על הגשת כתב אישום. שלב קריטי בפרשה התרחש כשהיועץ מזוז שיגר מכתב לפרקליטיו של קצב, והודיע שהוא שוקל, בכפוף לשימוע, להעמיד את קצב לדין בעבירת אינוס, בשורה של מעשים מגונים ובעבירות חמורות נוספות. באותו יום גם פרסם מזוז, בהודעה לעיתונות, את האישומים החמורים. פרקליטיו של קצב כינסו מיד מסיבת עיתונאים, שבה יצאו נגד חלק מהדברים שמסרו המתלוננות. יומיים לאחר מכן אישרה ועדת הכנסת את הודעת הנשיא, כי זמנית נבצר ממנו למלא את תפקידו.

לאחר זמן-מה שיגר היועץ המשפטי מכתב נוסף לפרקליטיו של קצב, והודיע להם שהוא שוקל לכלול בכתב האישום עבירה נוספת של אינוס. בפרקליטות

מחוז ירושלים הוכנה טיוטת כתב אישום. האישום הראשון התייחס לא' ממשרד התיירות. לקצב יוחסה בו מסכת הטרדות מיניות, שהגיעה לשיאה בשני מעשי אונס. הם בוצעו, כך נטען, תוך שימוש בכוח – האחד בלשכת השר בתל אביב והשני במלון בירושלים. האישום השני התייחס למתלוננת אחרת, א' מבית הנשיא, ולגביה דובר על הטרדות מיניות ובסופן שלושה מעשי בעילה אסורה, שבוצעו תוך ניצול מרות. שני אישומים נוספים בהטרדה מינית התייחסו לשתי מתלוננות אחרות.

בעקבות השימוע חלה תפנית דרמטית בעמדתו של מזוז, והוא החליט שאין להאשים את קצב בעבירות הנוגעות לא' מבית הנשיא מחוסר ראיות. גם ביחס לאשמות הנוגעות לא' ממשרד התיירות התעוררו ספקות, ובפסק הדין מסופר כי "מבין עשרות הפרקליטים שנטלו חלק בתהליך הבחינה וההתייעצות, היו שסברו כי התשתית הראייתית עשויה לתמוך בהגשתו של כתב אישום בהיקף כזה או אחר, והיו שצידדו בסגירת התיק גם בפרשה הנוגעת למשרד התיירות". בנסיבות אלה הסכים היועץ להסדר טיעון, שיתבסס על כתב אישום שיושמטו ממנו אשמות האינוס אך ייכללו "מעשה מגונה שלא בהסכמה עקב הפעלת אמצעי לחץ", הטרדה מינית והטרדת עד. קצב נדרש להודות באשמות הללו ולהתפטר. העונש המוסכם כלל מאסר על תנאי ופיצוי למתלוננות (וכן 15 אלף שקלים למדינה, בשל "פרשת הגביעים", שמהותה שימוש בכספי מדינה למתן מתנות).

הצדדים חתמו על ההסדר, וקצב התפטר מכהונתו כנשיא המדינה. היה זה שבועות ספורים לפני שכהונתו עמדה להסתיים ממילא. יומיים לאחר מכן התארח היועץ המשפטי בתוכנית טלוויזיה, ואמר שקצב נהג "כעברייך מין סדרתי". באותו ערב התקיימה בתל אביב הפגנה בהשתתפות אלפים רבים נגד הסדר הטיעון. בתרבות המשפטית שצמחה אצלנו היו הפניות לבג"ץ נגד הסדר הטיעון בלתי-נמנעות.

הדיון נקבע בפני הרכב של חמישה שופטים בראשות הנשיאה ביניש. לא חששתי להביע את עמדתי העקרונית, שלפיה אין מקום לכך שבג"ץ ידון בעתירות מסוג זה. את ההגנה הזו הענקתי למזוז חרף העובדה שלא טרח להתייעץ איתי בעניין, כפי שהיה עליו לעשות לנוכח הדברים שנאמרו בוועדת אגרנט לעניין היועץ המשפטי. כיוון שאיש לא טען שהיועץ המשפטי פעל בחוסר תום לב, לא היה מקום לעתירה שתגרור את בית המשפט לצוות על התובע להגיש כתב אישום, להחמיר את האשמות או להימנע מעריכת הסדר טיעון. כל החלטה כזו, המעמידה את העליון בראש רשויות התביעה, פוגעת בנייטרליות שלו. בה בעת נפגעות קשה זכויות הנאשם, כאשר ערכאה נמוכה נדרשת לדון בעניינו לאחר שהערכאה הגבוהה ביותר היא שקבעה כי יש להגיש כתב אישום או להחמיר באישומים. אכן, הסדר

הטיעון עם קצב היה בעייתי מבחינת הפער בין הטיוטה החמורה לבין ההסדר הנוח יחסית, אך גם העובדה הזו לא הצדיקה התערבות בג"ץ (ראוי לציין בקיצור, כי אם מתאפשר פער כזה, עלול להיווצר אצל התביעה פיתוי להכין טיוטת כתב אישום חמורה במיוחד, ללא בסיס נאות, מתוך הנחה שהנאשם, החושש מהסכנה החמורה הצפויה לו, ייכנע ויודה בעבירות קלות. אילו נקבעו בחקיקה כללים הנוגעים להסדר טיעון, ראוי היה לשלול אפשרות כזו. אך הדבר לא נעשה).

בא-כוח היועץ המשפטי מצא את עצמו בקשיים לא קלים בניסיונו להצדיק את הסדר הטיעון לפני השופטים, ולא היה לו מנוס אלא להצביע על נקודות התורפה של התביעה ועל החולשות שעלולות לגרוע ממהימנות המתלוננות. פסק דינו של בג"ץ משתרע על קרוב ל-200 עמודים. העתירות נדחו ברוב דעות של השופטים ריבלין, פרוקצ'יה וגרוניס. שופטי המיעוט, ביניש ולוי, קבעו שיש לבטל את הסדר הטיעון ולהחזיר את התיק ליועץ המשפטי, על מנת שישקול אישום באינוס לגבי א' ממשרד התיירות ואישום לגבי ל'. אף שמדובר בדעת מיעוט, האומרת שעל היועץ המשפטי "לשקול" או "לשוב ולשקול", ברור שהכוונה היא כי עליו להעמיד את הנשיא לשעבר לדין באשמת אונס. "הסדר הטיעון שנערך עם קצב מתאפיין בחוסר הלימה בוטה בין המעשים שיוחסו לו במסגרת הסדר הטיעון, לבין חומרתו של סיפור המעשה כפי שהוא עולה לכאורה מגרסתה המפלילה של א' ממשרד התיירות... שנותרה מקובלת בעיקרה על היועץ המשפטי לממשלה גם לאחר השימוע", קובעת הנשיאה ביניש. "בנסיבות אלה, החלטת היועץ המשפטי לממשלה להתקשר בהסדר הטיעון הנידון לפנינו עומדת בניגוד בולט... לאינטרס הציבורי שבהעברת מסר אפקטיבי ומרתיע מפני עבריינות מין ושמירה על עקרון השוויון בפני החוק."

אולם בשלב זה של הדיונים קצב עדיין לא הורשע, ואם מאמינים בחזקת החפות, האם לא מוקדם עדיין לדבר על "מסר אפקטיבי ומרתיע מפני עבריינות מין"? בעיני, הדברים החשובים ביותר בפסק הדין נכתבו על ידי השופט גרוניס: "התערבות בהחלטתו של היועץ במקרה דנא הייתה הופכת את בית המשפט ל'יועץ משפטי על'. לכך אין בידי להסכים."⁴¹⁸

למרות דחיית העתירה, לא ניתן להתעלם מהגישה התביעתית שהשתקפה בדעות המיעוט. לכך יש להוסיף את הסיקור בתקשורת, שהיה יוצא דופן בהיקפו, ואת הפגיעה שגרם לקצב. השופטים לוי וריבלין התייחסו לנושא, תוך מתיחת ביקורת חריפה על היועץ המשפטי מני מזוז. אדמונד לוי דיבר על כך שידיעה על הפרשה, שפורסמה בחדשות, "שימשה יריית פתיחה... לכדור שלג תקשורתי", ובעקבות זאת "משך כל תקופת החקירה לא חדל פרסומם של פרטים חסויים אודותיה", ועל כך ש"במציאות של ימינו, עוד קודם שעזב מסמך משפטי את

שולחנו של היועץ המשפטי לממשלה, נפרש הוא באותיות של קידוש לבנה מעל דפי העיתון היומי". ובהמשך הוסיף לוי: "אם בפי טרוניה, היא לא תוכל לפסוח על היועץ המשפטי לממשלה והכפופים לו... אלה נדרשים לעריכתו של חשבון נפש באשר להתנהלותם אל מול כלי התקשורת, ולא בפרשה זו בלבד, כי אם כדפוס הולך ונמשך. פירותיו הרעים נתנו אותותיהם בעבר, וכוונתי היא למקרים אחרים בהם נחקרו או הועמדו לדין אישי ציבור, אך דומה כי הם הבשילו, עד לכדי פקיעה, בפרשה הנוכחית... אין זה מתקבל על הדעת שגורמי אכיפת החוק ייגורו, על כורחם או חלילה בכוונת מכוון, אל הזירה התקשורתית. אכן, נדרשים הם למסור לציבור דין וחשבון על פעולתם... ברם אין זה מתפקידם לעשות נפשות לעמדתם או לעמתה מול אלו המצויות מעברו השני של המתרגם. ונכונים הדברים שבעתיים בשעה שעניינו של נאשם עודו תלוי ועומד, וטרם הוכרע. אכן, שלא כמתלוננים, אף לא כבאיכוחם של נאשמים, גורמי התביעה אסורים בכבלים בהם כובל אותם תפקידם."

גם אליעזר ריבלין לא חסך בדברי ביקורת: "היועץ המשפטי לממשלה הקדים מאוחר למוקדם. לאמור: הקדים הצהרות נחרצות לבחינה שלמה של הנתונים, של הראיות ושל השיקולים הרלוונטיים האחרים... (עוד לפני עריכת הסדר הטיעון) התראיין היועץ המשפטי לממשלה בתוכנית טלוויזיה, ואמר כי חומר החקירה נגד הנשיא קצב הנו 'חמור מאוד'. יומיים לאחר שנכרת הסדר הטיעון שב היועץ המשפטי להתראיין בטלוויזיה, וציין כי קצב 'לאורך שנים התנהג כעבריין מין סדרתי'... הפעלת ההליך הפלילי, משלב התלונה והחקירה ועד לסיום המשפט, צריכה להיעשות בזהירות ובכפפות של משי, בריסון מרבי ובאיפוק. על הכף מוטלים חירויות הפרט, כבודם של הנפגעים מזה ושל החשודים והנאשמים מזה, האינטרסים הציבוריים העמוקים ביותר... כל אלה מחייבים זהירות מיוחדת הן בהחלטות והן בהצהרות. חוששני כי זהירות כזו לא אפיינה את התנהלות התביעה במקרה זה... הדרך בה בחרה התביעה – ואין זו הפעם הראשונה – היא דרך לא דרך."

הסדר הטיעון נותר בתוקפו, לאחר שצלח בדוחק את מבחנו של בג"ץ, אך כעת באה הפתעה חדשה: משה קצב החליט לדחות את ההסדר, כשהוא טוען לחפותו הגמורה. כתב האישום שהוגש נגדו כלל עבירות חמורות, וביניהן אינוס, ובית המשפט המחוזי בתל אביב, בהרכב השופטים ג'ורג' קרא, מרים סוקולוב ויהודית שבח, הרשיע את הנשיא לשעבר בכל האשמות.⁴¹⁹ דינו נגזר ברוב דעות לשבע שנות מאסר. שבח, בדעת מיעוט, סברה שהעונש הראוי הוא ארבע שנות מאסר. הערעור על ההרשעה ועל חומרת העונש נדחה על ידי שופטי העליון מרים נאור, עדנה ארבל וסלים ג'ובראן,⁴²⁰ וקצב החל לרצות את מאסרו.

פרקליטיו של קצב העלו בערעור טענה שעמדה בניגוד לעדותו של הנשיא לשעבר. הפעם הם גרסו כי התקיים אמנם קשר מיני בינו לבין מי שהוא הורשע באינוסה, אך היה זה קשר בהסכמה. הטענה נדחתה, בין השאר לנוכח העובדה שקצב עצמו הכחיש קיומו של כל קשר מיני. השאלה, האם יכול בית משפט להניח קיומה של גרסה הנוחה לנאשם, גם אם אינה מתיישבת עם עדותו, נותרה פתוחה. נראה שסיכוייו של טיעון כזה אינם מזהירים.

אחרי כל הדברים הללו נותרה תחושה לא נוחה, שמקורה בפער הזועק בין הסדר הטיעון, ששיקף את אי-ביטחונה של התביעה בראיות, לבין תוצאת המשפט, וגם בפרסומים בתקשורת שמקורם בתביעה, באווירה הקשה נגד הנאשם בשעה שהמשפט התנהל, ובהליך שהתנהל בבג"ץ בעניין הסדר הטיעון והדברים שנאמרו בו על ידי שופטי המיעוט. "אין כמעט משגה אפשרי שמזוז לא שגה בו בפרשה זו", כתב עו"ד דן אבי-יצחק ברשימה "פתח בשרון, סיים באולמרט". "אפילו הרשעה מלאה בכל סעיפי כתב האישום שהוגש לבסוף, לא יהא בה כדי להקהות את חומרת הפגיעה שנגרמה בפרשה זו למערכת התביעה ולאמינותה."⁴²¹

למרות הכול נדחתה גם טענתם של פרקליטי הנאשם בדבר הגנה מן הצדק, ולו לצורך הקלה בעונש. גם בקשתו של קצב לדיון נוסף נדחתה. לא אעסוק בניתוח פסק הדין ומסקנותיו. אציין רק כי בצד הבעייתיות שבהליך ובאווירה שנוצרה נגד הנאשם, נראה כי היה דופי חמור בהתנהגותו הפוגענית של הנשיא קצב כלפי עובדות שהיו נתונות למרותו.

מינויים בשירות הציבורי המשיכו לספק עילות חוזרות ונשנות לפנייה לבג"ץ, והוא לא החמיץ את ההזדמנויות שניתנו לו להפגין את תרבות המוסר שהוא מבקש להשליט אצל הזולת, ולחזור על אמרות צדקניות.

שבועות ספורים לאחר הקמתה של ממשלת אולמרט מינה השר לביטחון פנים, אבי דיכטר, את תנ"צ בנצי סאו לתפקיד המזכיר לביטחון פנים במטה שלו. שלוש שנים קודם לכן פורסם דו"ח ועדת אור לחקירת אירועי אוקטובר 2000, שבהם נהרגו 13 אזרחים ערבים ואזרח יהודי. הוועדה המליצה, בין היתר, שסאו לא יקודם בדרגה או בתפקיד במשך ארבע שנים. אבל לפני כן, במהלך עבודתה של הוועדה ולפני ששלחה אזהרות, מונה סאו למפקד משמר הגבול בירושלים. עתירה שהוגשה בשעתה נגד אותו מינוי – נדחתה. ועדת אור מונתה על ידי ממשלתו של אהוד ברק, אולם הדו"ח הוגש לממשלת שרון. היא החליטה לקבל "את ההמלצות הכלולות בדו"ח הוועדה בכל הנוגע לתפקודם, מעמדם ועתידם של האישים ונושאי המשרה כמתואר בדו"ח הוועדה". העתירה שהוגשה עתה נגד תפקידו החדש של סאו נשענה על כך שהמינוי נעשה לפני שחלפו ארבע שנות

העיכוב שעליהן המליצה הוועדה. העותרים ביקשו צו ביניים, המונע ממנו להתחיל בתפקידו. הצו לא ניתן, אבל ההמשך פיצה את העותרים על אכזבתם. שאלה תיאורטית שהתעוררה שם נגעה לתוקפן של ההמלצות האישיות של הוועדה. מקובל כרגיל לקבל המלצות כאלה, ובפסק הדין נאמר שזו כמעט חובה (לדעתי, להמלצות יש משקל רב, אבל אי-אפשר לקבל את הרעיון שהמלצה הופכת לפקודה. יתר על כן, כשמדובר בהמלצות לטווח ארוך עשויים שינויי נסיבות להצדיק שינוי עמדה). אבל הממשלה, כאמור, בלאו הכי קיבלה את ההמלצות, והשאלה הייתה פירושן. האם על סאו להמשיך באותו תפקיד ארבע שנים או שמא ניתן להעבירו לתפקיד אחר, שהוא ברמה מקבילה ואינו בגדר קידום. ואם כך, האם תפקידו החדש עומד בקריטריון הזה. בעיני, השאלות האלה נמצאות בתחום סמכותו של השר, וויכוח פרשני כזה אינו אמור להוות עילה להתערבות בג"ץ. שופטי הרוב (פרוקצ'יה וג'ובראן) סברו אחרת, ומינויו של סאו בוטל כנגד דעתו של השופט רובינשטיין.⁴²²

מינוי נוסף של דיכטר שהגיע אל מדוכת בג"ץ היה זה של תנ"צ ניסן (ניסו) שחם, לאחר שפורסמה הכוונה למנותו לסגן מפקד מחוז ירושלים. שנתיים קודם לכן, במאי 2005, מילא שחם תפקיד בבלימת המפגינים נגד ההינתקות מרצועת עזה. לכוח שבפיקודו הגיע מידע שלפיו מתכוונים חלק מהמפגינים לפרוץ את גדרות כפר מימון ולצעוד לעבר גוש קטיף. אנשי תקשורת שהיו במקום קלטו שיחה בין שחם לקצין אחר, שבמסגרתה הוא אמר דברים שאינם ערבים לאוזניים עדינות: "זינזנות. שיהיה מעצרים, כפרה, אני רוצה מעצרים... תשתמש במכת"ז (מכליות התזת מים לפיזור מפגינים)... חרא עליהם, שיישרפו, אל תעשה חשבון, תפעיל מכת"ז, תגיד 'דיברתי עם ניסו, ניסו נתן לי אישור מראש'... תשמע לי, אתה יודע שאני מומחה לחרדים האלה, לכן אני אומר לך מעצרים... אני לא איזה זונה שפותחת את הרגליים... עכשיו אתה יודע, תגיד לחבר'ה שלך מדור, אתה מוודא מדור, לא סתם להרביץ". הדברים גררו עתירה לבג"ץ נגד מינויו של שחם, בטענה שהתבטאויותיו משקפות יחס עוין לציבור החרדי.

חשוב לציין שהביטויים הגסים והסגנון הדוחה של שחם לא גרמו להפעלת אלימות. הוא התנצל על דבריו, ואף הועמד בגינם לדין משמעתי. כל זה לא מנע דיון מפורט בבג"ץ, שכן ניסוח שאינו מעודן עשוי להמריץ את שופטיו להקדיש לו שורות ארוכות, ולגנות את הסגנון הבלתי-מהוקצע של קצין הניצב בפני התמודדות לא קלה, ואשר כבר נידון בדין משמעתי בשל אותם דברים עצמם. פסק הדין מלא הטפות מוסר המגלות ש"השוטר הוא נאמן הציבור", וכי יכולתה של המשטרה למלא את תפקידה מותנית ב"אמון הציבור", ולמי שלא קלט זאת בפעם הראשונה חוזרים בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה הדיבורים על הצורך ב"אמון הציבור"

פעמים רבות, מגובים, כיאה לפסק דין מלומד, בשפע אסמכתאות. ובסוף – המינוי אושר.⁴²³

האפשרות הזו, של פסילת מועמד מחמת התבטאות לא ראויה, חלחלה ליועץ המשפטי, ובאה לביטוי בעניין מינוי מנהל למינהל מקרקעי ישראל. ועדת איתור, שבחנה את כל המועמדים, מצאה שלושה מהם ראויים לתפקיד. מביניהם העדיף שר השיכון זאב בויס את יואל לביא, ראש עיריית רמלה. זו היתה רק פתיחתה של סאגה.

יותר משנה קודם לכן, במסגרת ריאיון עיתונאי, כאשר הגיב לדרישה של תושב ערבי לשנות שם של רחוב הקשור למורשת הציונית ולהחליפו בשם ערבי, אמר לביא בין השאר: "למה שאשנה את השם? בגלל שג'מאל אחד רוצה להחליף את השם, או בגלל שאיזה מוחמד אחד רוצה לשנות את השם? שיחליף את האלוהים שלו, מה קרה? שיילכו להזדיין כולם." הוא גם הוסיף מילים בוטות לגבי כתב שעסק בנושא של שמות ערביים לרחובות. זמן קצר לאחר מכן פרסם לביא ב"הארץ" התנצלות על דבריו. התבטאות שנייה מהסוג הזה פורסמה ב"מעריב". לביא סיפר על חילופי דברים שהיו לו באסיפת בחירות עם תושב ערבי, שהתלונן על כך שיש ללביא שלט "העם עם הגולן". הוא סיפר כי השיב לו: "לא באתי לדבר איתך על נושאים לאומיים. באתי לטפל בזה שאין לכם תשתיות מים, ביוב, כבישים, מדרכות. אם המגזר הערבי רוצה להתעסק איתי בנושאים לאומיים, אז אני הראשון שאינך בכך. יש לי ניסיון טוב בחיים. כל פעם שיריתי על ערבים נשארתי בחיים והם לא. לכו קיבינימט." דרישה לפתוח בחקירה פלילית נגד אל"מ במילואים לביא על התבטאויותיו – נדחתה.

היועץ המשפטי, שהגן על תנ"צ שחם חרף התבטאויותיו, אימץ הפעם את סגנונו של העליון, דיבר על הצורך לשמור על "אמון הציבור" בשירות הציבורי, וקבע כי לנוכח התבטאויותיו הגזעניות של לביא יש לקבוע שמינויו בלתי-סביר ודינו להיפסל. לנימוק המרכזי הזה צירף מני מזוז שני נימוקים נוספים: האחד, שנפתחה נגד לביא חקירה פלילית בחשד לפגיעה בסדרי מינהל תקין וטוהר מידות. השני, שלביא הוא ראש עירייה המזוהה עם קדימה, מפלגתו של השר בויס, וקיום זיקה פוליטית מחייב הסבר מהו היתרון של המועמד הזה על פני מועמדים נעדרי זיקה פוליטית.

שני הנימוקים אינם משכנעים: החקירה שמדובר בה עסקה בחשד מעורפל שלא ניתן להתייחס אליו ברצינות. חקירות אורכות אצלנו שנים על גבי שנים, ולא מתקבל על הדעת שהפקידות תוכל לשתק באמצעותן עובדי ציבור עד אין קץ. העובדה שעד היום, שנים אחרי הפרשה, לא הוגש כתב אישום, מלמדת כיצד יש להתייחס לטענה בדבר קיום חקירות. טענת הזיקה הפוליטית גם היא אינה

משכנעת. ועדת האיתור מצאה את לביא מתאים לתפקיד, וחברות במפלגה איננה עבירה. בלי מפלגות – אין דמוקרטיה. הרעיון שיש להפלות לרעה חבר מפלגה הוא בלתי-סביר ובלתי-דמוקרטי, והוא חלק מהצדקנות והחשדנות שפשתה במערכת אכיפת החוק ביחסה לאישי ציבור (לצערי, הגישה הזו גלשה גם לחקיקה. סעיף 18 לחוק החברות הממשלתיות שולל ברוח זו מינוי אדם לכהונת דירקטור או מנכ"ל בחברה ממשלתית, אם "יש לו זיקה אישית, עסקית או פוליטית לשר משרי הממשלה", זולת אם יש לו "כישורים מיוחדים בתחומי פעולתה של החברה" או "כשירות מיוחדת אחרת").⁴²⁴

לפסילת מועמדותו של לביא צירף מזוז דרישה נוספת, שלא להעלות כלל את מועמדותו לפני הממשלה. ביום נכנע לדרישה המופרכת, מה שמלמד על כוחו המופרז של היועץ המשפטי ועל החשש של שרים להמרות את פיו.

לתפקיד מנהל המינהל נבחר מועמד אחר, ומי שפנה לבג"ץ הפעם היה יואל לביא, שעתר נגד ראש הממשלה והיועץ המשפטי.⁴²⁵ פסק הדין, שניתן על ידי הנשיאה ביניש, אישר את הפסילה בגין התבטאויותיו הגזעניות. התנצלותו לא הועילה. הנימוק בדבר ערעור אמון הציבור חזר ונשנה. לכך היתה ללביא תשובה, אשר אדם שאינו בקי בנבכי המשפט עשוי לחשוב שהיא מוחצת. לדבריו, הוא זכה בבחירות האחרונות לראשות עיריית רמלה בתמיכתם של חלקים ניכרים מתושבי העיר הערבים. לפיכך, מסתבר כי על אף התבטאויותיו הוא נהנה מאמון הציבור – לרבות הציבור הערבי. תגובת בית המשפט היתה ש"אמון הציבור" הוא "מושג נורמטיבי שאינו נמדד בבחירות כלליות, אלא נקבע לפי אמות מידה משפטיות בהתאם לערכי היסוד של החברה בישראל". צריך לקרוא כדי להאמין: משמעות הדברים היא ש"אמון הציבור" הוא מושג פיקטיבי, שאינו תלוי מציאות. זוהי "מציאות" שהיתה צריכה להיווצר לפי השקפתו של בית המשפט. יכול אדם ליהנות מאמון הציבור בעולם הממשי, לעמוד בהצלחה במבחן הקלפי, ועדיין להיחשב כפוגע באמון הציבור בעולם המשפטי-הפיקטיבי, שהוא עולם דמיוני שעוצב על ידי בית המשפט, אשר שם עצמו כמצפן מוסרי.

בעיה אחרת נגעה להבחנה בין לביא לבין קצין המשטרה ניסו שחם, שמינויו, כזכור, כן אושר. בית המשפט מצא אבחנות שונות, דוגמת זו ששחם פעל בתנאי הלחץ שליוו את ההתנתקות. תמיד ניתן למצוא הבדל בפרט זה או אחר בין שני מקרים, אולם אני מתקשה למצוא הבחנה משכנעת בין שני המקרים, מעבר לכך שהתבטאויותיו של שחם כוונו כלפי חרדים ואלה של לביא כלפי ערבים. לנהל עיר יהודית-ערבית כאשר עבריינים משליכים אל ביתך רימונים – גם זו פעילות בתנאי לחץ. מכל מקום, בית המשפט בחר לאשרר את עמדת היועץ המשפטי. השופטים מתחו ביקורת רק על כך שמנע בכלל את הבאת הנושא לפני הממשלה,

באומרם כי "החובה והאחריות להחליט מוטלת על מי שסמכות ההכרעה נתונה בידיו כדין... ואל ליועץ המשפטי לאכוף בעצמו את חוות דעתו שניתנה בכובעו הייעוצי-פרשני... קביעתו של היועץ המשפטי... יצרה מצב בלתי רצוי שבו לא ניתנה לרשות המוסמכת ההזדמנות להפעיל את סמכות ההחלטה המסורה בידיה". גם לי היתה מחלוקת חריפה עם מזוז בעניין דומה, כשהוא התנגד לדרישתי להעלות בממשלה את הנושא של הקמת ועדת בדיקה ממשלתית בפרשת הכשלים בפרשת רמון. עמדת בג"ץ, שלפיה היועץ אינו רשאי לחסום דיון בממשלה, שהיא הגוף המוסמך, תואמת את עמדתי.

עם זאת, פסק הדין בעניינו של לביא ממחיש את האבסורד בסדרת ההלכות שקבע בית המשפט ביחס ליועץ. לפי הפסיקה חייבת הממשלה לקבל את חוות הדעת של היועץ גם אם היא שגויה. בית המשפט קובל על כך שהחלטת היועץ מנעה מהממשלה למלא את תפקידה "וליטול על עצמה את האחריות הציבורית הנלווית להחלטה". אך מדוע שתוטל על הממשלה "האחריות הציבורית" למעשה שלא רצתה לעשותו? היא הרי לא רצתה לפסול את לביא. היא ביקשה למנותו. זוהי הפגנה נוספת של הכשל בפסיקה שנוטלת את הסמכות מהממשלה ומעבירה אותה ליועץ המשפטי ולבית המשפט, אך עם זאת גורסת שהאחריות עדיין מוטלת על הממשלה. לאבסורד שבהלכות הללו הוסיף מזוז את האבסורד הבא בעקבותיו, ולפיו אם הוא מוסמך לחייב את הממשלה להחליט – מדוע לטרוח, להשחית זמן ולהביא בכלל את העניין לממשלה? למה שהוא פשוט לא יחליט במקומה? ואכן, בג"ץ נמנע מלבטל את החלטת היועץ המשפטי ולא הורה להחזיר את הנושא לדיון בממשלה, לנוכח עמדתו כי ממילא לא ניתן למנות את לביא, ואין טעם במהלך עקר.

בשבתו כמחנך הלאומי המשיכו התבטאויות בלתי-נאותות של אישי ציבור להעסיק את בג"ץ. בשנת 2010 הוגשה עתירה נגד מינויו של יאיר נווה לסגן הרמטכ"ל, בטענה, שהתבססה על תחקיר בעיתון "הארץ", ולפיה הפר נווה את הנחיות בג"ץ בעניין הסיכול הממוקד. העתירה נדחתה, ובצדק,⁴²⁶ אבל השופטת ארבל לא החמיצה את ההזדמנות להטיף מוסר ולהבהיר, כי "כוחו של הצבא נגזר במידה רבה מהאמון במוסריותו ובטוהר המידות של מפקדיו וחייליו". העומדים בראש הצבא "נדרשים לשמש דוגמה ומופת של אמינות, הגינות וערכים". הכול "כדי שהציבור כולו ידע כי כוחו של הצבא ועוצמתו מצויים בידי מפקדים נקיי כפיים שלא דבק בהם רבב".

במסגרת אותה כתבה צוטטו מפי נווה דברים שאמר לאחר שחרורו, בטרם נקרא לשוב וללבוש מדים בעקבות פרשת אי-מינויו לרמטכ"ל של יואב גלנט ומינויו של בני גנץ: "עזוב אותי מהנחיות בג"ץ, אני לא יודע מתי יצאו הנחיות בג"ץ ומתי לא".

בהמשך דבריו הבהיר נווה כי בפועל הוא פעל על פי הכללים, אבל איש מהשופטים לא היה מוכן לעבור לסדר היום על דבריו. אליקים רובינשטיין סבר שהם מצדיקים ציטוט מ"דברי הנצח של קהלת (ט', י"ז) 'דברי חכמים בנחת נשמעים' ומדברי התנא אבטליון (משנה אבות א, יא) 'חכמים היזהרו בדבריכם'". סלים ג'ובראן השמיע דברי תוכחה חדים יותר: "יש להצר על כך כי אדם אשר מילא בעבר הלא רחוק תפקיד ציבורי בכיר כמשיב, לוקח לעצמו את החירות להתבטא באופן אשר יש בו כדי לרמוז על זלזול במערכת המשפט ובעקרון שלטון החוק", והוסיף עוד כהנה וכהנה. דבריו של נווה היו רחוקים מלהצדיק את התגובה, שתועלתה מוטלת בספק. מתקבל הרושם שהשופטים רואים במעמד בית המשפט ובמה שקרוי "שלטון החוק" מושגים בעלי גוון דתי, המחייבים התייחסות מתוך חרדת קודש, שכל דיבור בלשון חופשית עלול לחללם. מעבר לכך, אני מטיל ספק רב בתוקפן של ההנחיות שנתן בג"ץ, אשר היו לא רק בגדר "אוביטר" גמור אלא גם ניסיון חקיקתי, ואשוב לעניין בהמשך.

פרשה נוספת של מינויים בשירות הממשלתי נגעה למינוי המפקח הכללי של המשטרה – תפקיד מפתח בכל הנוגע לשלטון החוק ולהגנת הציבור מפני עבריינות, שהגיעה בישראל לממדים בלתי-נסבלים. הנושא עלה בעקבות דו"ח ועדת הבדיקה הממשלתית, בראשות השופט ורדי זיילר, שבחנה את "מערכת אכיפת החוק בפרשת פריניאן והשוטר צחי בן-אור ז"ל".

ראשיתה של הפרשה בספטמבר 1999, כשנעשה ניסיון לרצוח עבריו בשם פנחס בוחבוט. בוחבוט נפצע, הובהל לבית חולים, ומשום מה לא הופקדה עליו שמירה. בלילה הגיעו אל מיטתו שני גברים, לבושי מדי משטרה. אחד מהם ירה בו והרגו. כשנה לאחר מכן עצרה המשטרה חשודים בעבירות שוד, ביניהם שוטר לשעבר בשם צחי בן-אור. התברר שהחיסול של בוחבוט בוצע על ידו. בן-אור היה מוכן להודות ברצח, בתנאי שישמש עד מדינה נגד האחים עודד ושרון פריניאן, ששלחו אותו – לדבריו – לבצע את החיסול. הוא גם היה מוכן להעיד על עבירות שביצעו לטענתו האחים ועל קשרים שיש להם לדבריו במשטרה – אלא שהפרקליטות לא קיבלה את התנאים שהוא הציב, והוא לא הסכים לתנאיה. עד תחילת משפטו שוחרר השוטר לשעבר למעצר בית, לפי החלטת השופטת דורנר. זמן קצר לאחר מכן הוא נעלם. ב-2002 הוא הצליח להימלט מהארץ בדרכון מזויף, ובדצמבר 2004 נרצח במקסיקו.

פרשה קשה אחרת שנבדקה על ידי ועדת זיילר נגעה לגניבת סוללות למסיכות אב"כ ממתקן של צה"ל. הגניבה אירעה שנה וחצי לפני רצח בוחבוט. קצין משטרה, שסיפר כי העריך שהסוללות חיוניות להגנה על האוכלוסייה האזרחית,

התקשר לעודד פריניאן, כדי שינצל את קשריו בחוגים עברייניים ויסייע להחזרת הסוללות. הסתבר גם שחברת הביטוח, שביטחה את הרכוש שנגנב, היתה מוכנה לשלם סכום נכבד תמורת החזרת הסוללות. בסופו של דבר אכן הועברו לפריניאן, באמצעות המשטרה, 600 אלף שקלים במזומן (מהמשך הדו"ח לא ברור אם אכן זה היה הסכום, או שהיה נמוך יותר).

לא ידוע איך התחלק הכסף ולמי הגיע בסופו של דבר. במסמכי המשטרה לא נמצא רישום על העסקה. הקצין שטיפל בעניין סיפר שנתקבל מהפרקליטות אישור לבצעה, אך לא נמצא לכך אישור, וועדת זיילר קבעה שאין להניח שאישור כזה ניתן. עוד קבעה הוועדה, כי "פלוגי" הציע להחזיר את הסוללות תמורת תשלום, אך שני קציני המשטרה, שהיו מעורבים בעניין, העדיפו "שמאות אלפי השקלים של כספי פדיון הסחורה יועברו לכיסו של עודד פריניאן ולא לכיסו של פלוגי, שהיה המקור הראשון שהציע להחזיר את הסוללות תמורת תשלום".

הדו"ח כלל המלצות אישיות, ביניהן לגבי המפכ"ל משה קראדי. זיילר עצמו, בדעת מיעוט, המליץ שכהונתו תסתיים. שני חברי הוועדה האחרים, עו"ד נורית שניט וניצב בדימוס עוזי ברגר, הסתפקו בכך שכהונתו לא תוארך. כמו כן המליצה הוועדה לסיים את שירותם של שני קצינים, ועל צעדים פחות חריפים נגד קצינים נוספים. בעקבות הפרשה הועמדו האחים פריניאן לדין באשמת רצח, אבל בהסדר טיעון הומר האישום ב"קשר לביצוע פשע", והעונש המוסכם היה חמש שנות מאסר. הפרשייה העגומה כולה מאירה באור קודר את מצב הפשיעה בארץ, את חוסר האונים של המשטרה בהתמודדות עם הפשיעה הקשה, ואת הדרך שבה עולה בידי עבריינים להסתדר עם המשטרה ואף להפיק באמצעותה רווחים.

דו"ח זיילר הוגש כעשרה ימים לאחר כניסתי לממשלה, והיה ברור שקראדי לא יוכל להמשיך בתפקידו. חקירת הוועדה הבהירה עד כמה חיוני למנות את האדם הנכון ביותר, שיוכל להתמודד עם הפשיעה הקשה. המשטרה נראתה באותה עת חסרת אונים. ניצב בדימוס יעקב גנות היה המועמד של השר לביטחון פנים. הוא שימש שש שנים כנציב בתי הסוהר, וקודם לכן היה מפקד משמר הגבול, מפקד משטרת התנועה ומפקד המחוז הצפוני במשטרה. שנים קודם לכן פעל גנות לחילוץ שני לוחמים מיחידת אגוז בגבול לבנון, איבד אחת מעיניו וקיבל צל"ש. במקרה אחר נכנס לשדה מוקשים כדי לחלץ אזרח דרוזי שרגליו נקטעו בעלותו על מוקש, וזכה בעיטור המופת. בתפקידו כנציב בתי הסוהר זכה בהצלחה יוצאת דופן, וגם לי – כמו לאבי דיכטר – נראה רב-גונדר גנות מועמד מצוין.

אלא שאז צצה לה פרשה של משפט בו יוחסו לגנות כמה עבירות, ביניהן

שוחר והפרת אמונים, בשל אירועים שהתרחשו בשנים 1992–1993, כמעט שני עשורים קודם לכן. בעיקרו של דבר נטען כי בהיותו סגן מפקד המחוז הצפוני, ולאחר מכן מפקדו, הוא קיבל טובות הנאה: עבודות שיפוצים בביתו, שהוא לא שילם עבורן או שילם סכום מופחת, ומסיבה שערכו לכבודו.

במחוזי זופה גנות לחלוטין. ערעורה של המדינה לעליון נדחה ברוב דעות, כך שהזיכוי נותר בעינו. ואולם, בפסק הדין המזכה, שנכתב על ידי אליעזר גולדברג, נכללה גם ביקורת על התנהגותו של גנות, וצוין לגבי חלק מהמקרים כי נותר ספק "אם עברו מתחום העבירה המשמעתית אל תחום העבירה הפלילית". יצחק זמיר הסכים לפסק דינו של עמיתו. והנה, כשעלתה מועמדותו של גנות לתפקיד מפכ"ל, נזעק זמיר, שפרש בינתיים מבית המשפט, ויצא למסע נגד המינוי. הוא החל בדברים שאמר ב"קול ישראל", ולפיהם גנות הוא "אדם לא ישר". מיד לאחר מכן צוטטו דבריו ב"וואלה" תחת הכותרת: "יצחק זמיר: גנות לא ראוי להוביל את המשטרה". עו"ד יוסי דר הגיב על כך באתר "מחלקה ראשונה" בשאלה הרטורית: "האם נקבל מצב שבו שופט שסיים את מלאכתו בתיק מסוים יהפוך בהמשך להיות 'ער מומחה' לנאשם המסוים שעניינו התברר בפני אותו שופט, וידביק לו בפומבי תכונות אופיי?"

במקביל הוגשה על ידי עמותת "אומץ" עתירה לבג"ץ נגד המינוי. יושב ראש הוועדה למינויים בכירים בשירות המדינה, יעקב טירקל, מיהר להכריז כי הוועדה לא תדון במינוי לפני שבג"ץ יחליט בעניין. לזכותו של מני מזוז ייאמר, כי לדעתו לא היתה מניעה משפטית למינוי, והוא היה מוכן להגן עליו בבג"ץ. אבל זמיר, שכבר פרש מכס השיפוט, שב והתבטא בתקשורת, הפעם בריאיון לגידי וייץ ב"הארץ". הכותרת היתה "תשמעו, אנחנו חולים", ועיקר הדברים היו התקפה חריפה על מינויו של גנות, שהוא "ביטוי לזלזול של המנהיגות המדינית בערכיות של החברה, בטוהר המידות שלה ובערכי השוויון והסולידריות... ככה אנחנו מעודדים את השחיתות".

מעבר לצדקנות והטהרנות הקיצוניות שמדיפים דבריו של זמיר, הם מעוררים תמיהה גדולה. מאז האירועים שבגינם עמד גנות למשפט – וזופה – חלפו כ-15 שנים, שבהן הוא שירת בתפקידים בכירים ורגישים, המחייבים טוהר מידות ורמה גבוהה של יושר. בכל התקופה הזאת לא נשמעה ולו טענה קלה ביותר נגדו. עד מתי ניתן לרדוף אזרח שיצא זכאי במשפטו בשל אמרות אגב של שופטים?

ואם מדובר על ערכיות – האם לא ראוי לראות את התמונה בכללותה, ולהעריך במסגרתה את ערכו הסגולי של מי שהיה מוכן להקריב את חייו כדי להציל אנשים בשדה הקרב ובשדה מוקשים? זמיר נוהג להשתמש בביטוי "כך לא נוהגים" (It is not done) בהתייחס למעשים שאמנם אינם אסורים על ידי החוק אך

אינם ראויים. מעולם לא נתקלתי בתופעה ששופט שדן אדם וזיכה אותו, רואה לנכון להתגולל עליו בפומבי. ובכן: כך לא נוהגים.

אבל זמיר ניצח. גנות הסיר את מועמדותו לתפקיד המפכ"ל. הוא המשיך למלא תפקידים לאומיים בכירים, ביניהם ראש מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, מנכ"ל משרד התחבורה ומנכ"ל המשרד לביטחון פנים (הממונה על המשטרה), בלי שהושמעו טענות נגד המינויים או בגנות תפקודו. מדינת ישראל הפסידה, ושילמה מחיר כבד על כך שלא מונה למפכ"ל. התוצאות משתקפות ברמת הפשיעה שהאזרחים חשופים לה.

פרשת גנות ממחישה את הדרך שבה מחלחל בג"ץ למערך המינויים – ואת הנזק הנגרם עקב כך. קיימת בשירות המדינה ועדה לאישור מינויים בכירים, ובראשה שופט בדימוס. הוועדה בוחנת מן הסתם את הרקורד המלא של המועמד, הצלחותיו וכישלונותיו. להערכתי, היא היתה מאשרת את המינוי של גנות – כפי שראוי היה, וכפי שקרה לגבי התפקידים הבכירים הבאים שמילא. אבל הוועדה פועלת בצילה של משטרת המוסר המשתקפת בפסיקת בג"ץ. לא מן הנמנע שלמרות ההתקפות בתקשורת, בג"ץ לא היה פוסל את גנות, כמו שהעריך גם היועץ המשפטי, אך עצם קיומו של דיון כזה, שעשוי להימשך חודשים, עם כל הפרסומים הנלווים אליו, די בהם כדי להניא מועמדים ראויים מלהתמודד על תפקידים, ולהניע אותם לחסוך מעצמם את תלאות המסלול.

ראשיתה של התמתנות באקטיביזם השיפוטי ניכרת אולי בפרשייה שעסקה בהענקת פרס ישראל. בשנת 1997 קיבל בג"ץ עתירה שדרשה למנוע את הענקת הפרס לעיתונאי שמואל שניצר, כיוון שוועדת הפרס לא היתה ערה לכך ששניצר הורשע בדין משמעתי בשל מאמר שכתב ופגע בבני העדה האתיופית.⁴²⁷ מאז נעשו כמעט מדי שנה ניסיונות לתקוף החלטות להענקת פרס ישראל לאדם זה או אחר. כך הוגשה ב-2008 עתירה נגד מתן הפרס לפרופ' זאב שטרנהל. העתירה נדחתה, והשופט חנן מלצר ציין כי ההכרעה בנושאי פרס ישראל "איננה אמורה להיות נושא לדיון בבית המשפט", ויש לקוות ש"הדיונים המשפטיים בנושאים אלה יתייתרו להבא".⁴²⁸ התקווה נכזבה, או כפי שניסח זאת שלוש שנים לאחר מכן השופט גרוניס בעתירה "גיל נגד שר החינוך"⁴²⁹ (שביקשה למנוע מעו"ד שמעון מזרחי לקבל את הפרס על תרומתו לספורט בישראל): "ניתן לומר, כי כפי שחג העצמאות מגיע מדי שנה בה' באייר, כך תוגש עתירה לבית משפט זה מדי שנה, לאחר שמשרד החינוך מכריז על הזכייה בפרס." העותרים התלוננו, בין השאר, על ניגוד עניינים אצל אחד מחברי ועדת הפרס, טל ברודי, ששיחק במכבי תל אביב, המנוהלת על ידי מזרחי. העתירה נדחתה, וגרוניס ציין שבמדינה

דוגמת ישראל יתקיים מטבע הדברים קשר כלשהו בין חברי ועדה לבין מועמדים בתחום מקצועי כזה.

מי שיתמנה כעבור שנה לנשיא בית המשפט העליון התבטא שם גם בזכות הגבלת זכות העמידה, וחשיבותו העיקרית של פסק הדין היא שהפעם, לראשונה, חויבו העותרים בתשלום שכר טרחת עורך דין למדינה ולמזרחי, בסכום כולל של 40 אלף שקלים. התקווה להפסקת הגשתן של עתירות מסוג זה הופכת אולי מוחשית יותר.

לא הכול בגיץ, לא הכול חקיק

כשנכנסתי לתפקידי הייתי כמובן ער להתנגדות העזה בציבור הרחב לפסיקה האקטיביסטית של בית המשפט העליון, שהרחיבה את סמכויותיו והשיאה אותו מעל כל הרשויות. לא הייתי מודע לעוצמת ההתנגדות הזו, אפילו עוינות, בכנסת. יושב ראש הכנסת ראובן ריבלין דיבר על "מהפכה המגיעה לכדי הפיכה של ממש", ונרשמו התבטאויות חריפות אף יותר. חברי הכנסת הסתייגו מבחירת שופטי העליון לתפקידים רגישים כגון מבקר המדינה, ורבים מהם תמכו בהצעות חוק שלא היו לרוחו של בית המשפט. רבות מהן ירדו בסופו של דבר מסדר היום מסיבות קואליציוניות, בגלל חשש מפני הליכים פוליטיים כלפי "אויבי המערכת" ומסיבות אחרות, אך ברור שהכנסת לא השלימה עם היקף הסמכויות שהעליון נטל לעצמו ועם ממדי התערבותו בנושאים הנמצאים בתחומן של רשויות אחרות. לא היה ספק כי כל עוד יימשך המצב הזה תימשך גם השקיעה במעמדו של העליון, ובסופו של יום עלולה לבוא התערבות דרסטית מהרצוי – על ידי הקמת בית משפט לחוקה, שייטול מהעליון את סמכויותיו בתחום זה, או בדרך אחרת. הרעיון של הקמת בית משפט לחוקה, שיהיה נפרד מבית המשפט העליון, נולד מיד לאחר שהעליון הכריז, בפסק דין "בנק המזרחי", על כוחו לבטל חקיקה של הכנסת. רבים מחברי הכנסת היו משוכנעים שבחקיקת חוקי היסוד "כבוד האדם וחירותו" ו"חופש העיסוק" לא היתה כל כוונה להקנות לבית המשפט סמכות לבטל חוקים, וגרסו שהיה זה "מחטף משפטי". הנשיא ברק דיבר על הרעיון של בית משפט לחוקה בשפה בוטה, באומרו "את הג'וק הזה יש להרוג כשהוא קטן". אולם "הג'וק הזה" חי וקיים, והרעיון לא ירד מהפרק. עמדה בעינה גם התחושה שבית המשפט פועל בדרך לא לגיטימית – הן בפרשנות חוקים של הכנסת, שהוא מתייחס אליהם כ"טיוטה ראשונה", הן בפסיקה המרחיבה את סמכויותיו והן בהתערבותו ברגל גסה, מטעמי "חוסר סבירות" כביכול, בהחלטות הממשלה והכנסת.

אני סבור שיש להחזיר את האיזון בין המערכות, וזהו אינטרס ראשון במעלה לא רק של הכנסת והממשלה אלא גם של בית המשפט העליון. מבחינה מוסדית, חיוני

עבורו להפיג את התחושה שהוא פועל ללא לגיטימיות, וכי התרחש, בלשונו של השופט פוזנר, "שוד ים" משפטי. ב-2002 מינתה הממשלה ועדה ציבורית בראשות יעקב נאמן לדרון בנושא. הוועדה אימצה למעשה את עמדותיו של ברק, והמליצה על חקיקה שתקבע כי יש לעליון (אך לא לערכאות אחרות) סמכות לבטל חוקים. ה"ויתור" היחיד לכנסת משתקף ברעיון שלפיו תוכל הכנסת "להתגבר" על ביטול חוק ולחוקקו מחדש. נדרש לשם כך רוב של 70 חברי כנסת, ותוקף החוק החדש יהיה לחמש שנים בלבד. לא קל להבין כיצד הגיעה הוועדה למסקנות כה מרחיקות לכת, שמשמעותן היא הגבתו של העליון מעל כל הרשויות. במצב הפוליטי הקיים, השגת רוב של 70 חברי כנסת היא משימה כמעט בלתי-אפשרית, כך שאפשרות ה"התגברות" אינה מציאותית. הוועדה גם לא עמדה על כך שהפיכת העליון לבית משפט לחוקה מחייבת שינוי בשיטת הבחירה של השופטים, שבה יש כיום לשופטים משקל נכבד. אין פלא שהצעותיה לא קודמו.

בעיני, המשימה החשובה ביותר היתה הסדרת הנושא החוקתי. הנחת המוצא שלי אמרה שהעניין צריך להיות מוסדר באמצעות חקיקה, וכי לא ניתן לקבל את ההמצאה הישראלית, שאין דומה לה בעולם כולו, ולפיה בית המשפט העליון הוא הכותב את החוקה והוא המסדיר את מערך היחסים בין הרשויות. ההשוואה לפסק הדין האמריקני *Marbury v. Madison*⁴³⁰ אינה במקומה, כפי שיוסבר בהמשך. לפיכך, יש צורך להסדיר שלושה נושאים מרכזיים: סמכות בית המשפט העליון לבטל חקיקה של הכנסת, הנהגת שיטה לבחירת שופטים המביאה בחשבון את הסמכות הזו, והסדרת מעורבות בג"ץ בנושאים שאינם שפיטים.

הנושא הראשון היה ברמת הקדימות הגבוהה ביותר. לפני העליון היתה מונחת עתירה שתבעה לבטל את החקיקה המגבילה את מימוש חוק השיבה הפלשתינית, באמצעות נישואים עם בן זוג המתגורר בשטחים או במדינות ערב. עתירה כזו נדחתה על חודו של קול בשלהי כהונתו של ברק, וכעת שב הנושא ועלה. ההערכות היו שהפעם מתגבש רוב בעד ביטול החקיקה (בהמשך הדרך הסתבר שבית המשפט העליון נרתע מכך, אולם באותם ימים נראה שהסכנה מוחשית). בעיני זו בעיה קיומית למדינת ישראל, ומן ההכרח היה להציע לה פתרון.

אפשרות אחת להתמודדות עם הנושא היתה באמצעות הקמת בית משפט לחוקה, ומשיחותי עם השר שקדם לי, חיים רמון, הבנתי שהאפשרות הזו נשקלה על ידו. האפשרות האחרת, שהוצעה על ידי ועדת נאמן, לא באה בחשבון, ולא היה שום סיכוי שהכנסת תאמץ. אם כך, הבחירה היתה בין קביעת רוב של 65 חברי כנסת שנחוץ כדי "להתגבר" על פסק דין שפסל חוק של הכנסת לבין רוב של 61. משיחתי עם אהוד ברק, שנזכרה לעיל, הבנתי כי הוא עשוי להסכים להתגברות ברוב של 65 חברי כנסת, אבל סיעת העבודה התנגדה לכך, והיתה

מוכנה רק למה שמקובל על העליון, כלומר לרוב של 70 חברי כנסת. להערכתו, העמדות של רוב חברי הכנסת היו מנוגדות באופן קוטבי לאלה של העליון ושל הרוב בסיעת העבודה. משיחות לא פורמליות שערכתי עם חברים במפלגות אחרות נראה לי שאפילו להתגברות ברוב של 65 יהיה קשה להשיג תמיכה מספקת, ומירב הסיכויים הם לרוב של 61.

השגת רוב של 61 היא לכאורה משימה שכל קואליציה יכולה לעמוד בה. למרות זאת, מדובר בהכבדה משמעותית על אפשרות "ההתגברות". רובם המכריע של החוקים עובר ברוב קטן בהרבה. המשמעת הקואליציונית רחוקה מלהיות מושלמת, ודי בכך שכמה חברי כנסת "סוררים" יעדרו מההצבעה, או שאחת מסיעות הקואליציה תתנגד ל"התגברות", על מנת שהיא לא תצא לפועל.

היה עלי להשיג את הסכמתה של ש"ס לתיקון. לכאורה, לא צריך היה להתגלות שום קושי, שכן המפלגות הדתיות מעדיפות הכרעות בכנסת על הכרעה בעליון. מצד שני, קיים אצלן חשש עמוק מפני כל חקיקה של חוקי היסוד, לנוכח חוסר האמון שלהן בפרשנות שיעניק לה בית המשפט. היה עלי להיפגש עם היועץ המשפטי של ש"ס, עו"ד דוד גלס, שהשתכנע בצורך בחקיקת "הוראת התגברות".

הצעת החוק הוכנה במשרד המשפטים, בהשתתפותי ובסיועו של עו"ד יהושע שופמן, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, שהתגלה כמומחה מהמעלה הראשונה בתחום. הוא עצמו לא תמך באופציה של התגברות על פסק דין ברוב של 61, אבל נהג כפי שראוי לעובד מדינה לנהוג. ההצעה הקנתה לעליון סמכות לבטל חקיקה של הכנסת העומדת בניגוד ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", ל"חוק יסוד: חופש העיסוק" או להוראות בחוקי יסוד אחרים שנקבע להן "שריון". בית המשפט חייב לדון בנושא כזה בהרכב של תשעה שופטים לפחות, והחלטה על ביטול חוק תוכל להתקבל רק ברוב של שני שלישים מהם. לכנסת ניתנה אפשרות "להתגבר" על ביטול החוק באמצעות חקיקה שתתקבל ברוב של 61 חברי כנסת.

בעיניי, ההסדר הזה משקם את מעמדו של העליון, מסיר את האפשרות של הקמת בית משפט לחוקה ומעניק לגיטימציה לסמכותו לבטל חקיקה של הכנסת. אמנם קיימת אפשרות שפסיקתו תבוטל, אך האפשרות שהלכה שנקבעה בפסיקה תבוטל על ידי המחוקק מוכרת מאז ומתמיד, ומקורה בעליונות המחוקק. עם זאת, רק לעתים רחוקות נעשה בה שימוש, וניתן להניח שבהקשר של ביטול חוקים יהיה השימוש באפשרות הזו נדיר. בית המשפט העליון ראה זאת באור שונה. אהרן ברק חתר להעניק לו עוצמה גדולה בהרבה, העולה על זו של הכנסת, והתנגד לחקיקה.

כך, לאחר דיונים ארוכים, הגיעה לאישור הממשלה ההצעה לתיקון "חוק יסוד: השפיטה". היו אלה שלהי כהונתה של ממשלת אולמרט, והיה ברור שסופה קרב. לא הייתי בטוח שאוכל להשיג רוב. כצפוי, שרי העבודה התנגדו. עקרונית הם

יכלו לטעון להפרת ההסכם הקואליציוני, כי מדובר בתיקון חוק יסוד, הטעון הסכמת כל חברות הקואליציה. אבל טיעון כזה, אילו הועלה, לא היה משכנע לנוכח העובדה שהעבודה חתרה באותם ימים עצמם להחלפתו של ראש הממשלה אולמרט, שעם מפלגתו נכרת ההסכם הקואליציוני. בקדימה חזר הפיצול הרגיל. ציפי לבני, שעמדה כעת להתמודד על ראשות קדימה, התנגדה. התקשיתי להבין את שיקוליה. לדבריה, הואיל וועדה ציבורית המליצה על ביטול ברוב של 70, היא לא יכלה לתמוך בהצעתו. וכיוון שזו היתה עמדתה, מיד הצטרפו אליה חלק מהמתחרים נגדה על הנהגת קדימה.

בסופו של דבר ההצעה עברה בממשלה על חודו של קול, והונחה על שולחן הכנסת. היינו בקיץ 2008. הקריאה הראשונה נועדה למושב החורף, שעמד להיפתח באוקטובר. להערכתו, היא היתה זוכה ברוב סוחף. אבל ההערכה שלי לא עמדה למבחן: בספטמבר התפטר אולמרט, הכנסת שותקה, ורק נושאים מוסכמים הועלו להצבעה.

הנפגע העיקרי היה בית המשפט העליון עצמו. במשך כל תקופת כהונתי לא ביטל העליון ולו חוק אחד של הכנסת, אבל לאחר מכן פסק בג"ץ בתיק שהיה פתוח שנים אחדות, וקבע כי החוק בעניין הקמת בתי סוהר פרטיים בטל, בהיותו מנוגד ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".⁴³¹ הוא ספג ביקורת חריפה משר האוצר יובל שטייניץ, שדיבר ב"ועידת ישראל לעסקים" על "התערבות בוטה, חסרת אחריות וגובלת בהפקרות בתחום הכלכלי". התבטאויות חריפות, הכופרות בלגיטימיות של "המהפכה החוקתית", נשמעו גם מפיו של יושב ראש הכנסת ריבלין. "פרי הבאושים של המהפכה החוקתית" נקרא הריאיון שהוא נתן ל-ynet, והיא מלמדת על תוכנו: "נזנח תהליך המאופק וההדרגתי לטובת יצירה ומהפכה. במקום לבחור בדרך של הידברות ושל תהליך פנימי ועמוק, הוחלט לשבור את הכלים שהיו שלובים."

פעלתי גם להכנת תזכיר הצעת חוק יסוד לעניין הרכב הוועדה לבחירת שופטים. ההצעה שהעליתי הבחינה בין בחירת שופטים לעליון לבחירה לשאר הערכאות, באופן שבעת בחירה לעליון יפחת מספר השופטים בוועדה משלושה לשניים (נשיא בית המשפט העליון ושופט נוסף), ויתווספו לה שני חברים שתבחר הממשלה – שופט לשעבר ואיש מתחום המדע, הכלכלה, החינוך או החברה, שאינם מכהנים בממשלה. כמו כן, יצורף לוועדה איש אקדמיה, שייבחר על ידי נשיאי המוסדות האקדמיים המוסמכים להעניק תואר שלישי. בכך תוגדל הוועדה ל-11 חברים, אך תהיה מגוונת יותר.

לגבי שאר הערכאות סברתי כי ראוי לשנות את הרכב ועדת הבחירה בנקודה

מרכזית אחת: במקום שלושה שופטים מהעליון, יכהנו בה נשיא בית המשפט העליון ושני שופטים מחוזיים בדימוס, שייבחרו על ידי נשיאי בתי המשפט המחוזיים. הטעם לשינוי כפול: ראשית, שופטי המחוזי מכירים טוב יותר את המועמדים לבית משפט השלום והמחוזי. ושנית, השליטה של העליון על עתידם המקצועי של אנשי פרקליטות המבקשים להתמנות לשופטים, ושל שופטי שלום המבקשים להתקדם למחוזי – אינה בריאה. הצעת החוק הזו לא קודמה בזמני.

סוגיית השפיטות היתה הנושא של התזכיר החוקתי השלישי. הבטחתי לאהרן ברק שלא אקדם את הנושא לפני שאקיים איתו דיון, ופניתי גם אליו וגם למאיר שמגר. גיליתי פער בולט בין עמדותיהם. שמגר הצביע על כך שההשקפות המנוגדות בנושא באו לביטוי ב"פסק דין רסלר",⁴³² שבו דחה בג"ץ את העתירה בעניין אי-גיוסם של בחורי ישיבה. הוא אזכר את ההבחנה שמתח ברק בין שפיטות נורמטיבית (שלפיה ניתן לדון בכל נושא על בסיס אמות מידה משפטיות) לשפיטות מוסדית (שלפיה נושאים משפטיים מסוימים עשויים להישאר בתחומה של רשות אחרת). עם זאת ציין שמגר כי לגישתו של ברק דוחקת השפיטות הנורמטיבית את רגלה של השפיטות המוסדית, והתוצאה היא ש"בית המשפט אינו מושך ידו כמעט מאף עניין תוך דחייתו מראש כבלתי שפיט". כך, למשל, הסתייג ברק מפסק דין ריינר של יואל זוסמן, שבו נקבע כי שאלת האמנתו של שגריר גרמניה בישראל אינה שפיטה. שמגר הדגיש כי דעתו של ברק נשארה דעת יחיד בעניין רסלר, ושני השופטים שישבו עמו בדיון (שמגר עצמו ומרים בן-פורת) הסתייגו מעמדתו. לדעתו של שמגר, כשהאופי הדומיננטי של הנושא הוא פוליטי – הוא אינו שפיט, ובית המשפט לא צריך לעסוק בו.

תזכיר הצעת החוק התבסס במידה רבה על עמדתו של שמגר, אף שהוא התנגד לחקיקה בנושא, "נוכח הרגישות המיוחדת אשר כרוכה בהכרח בכל חקיקה הנוגעת לסמכויותיו של בית המשפט, שהוא ללא עוררין מוסד חיוני לקיומה של דמוקרטיה ליברלית". לפיכך, הוא סבר, עדיף להשאיר את הנושא לבית המשפט עצמו.

ברק חזר על כך שהוא אינו טוען שהכול שפיט, לנוכח עמדתו שקיימת "אי-שפיטות מוסדית". בו-זמנית ניכרת הסתייגותו מהאפשרות הזו, שכן "משמעות הדבר מתן יד חופשית לרשות השלטונית לפעול בניגוד לחוק ואפילו באופן שרירותי. נוצר 'חור שחור' של היעדר ביקורת שיפוטית. 'חור שחור' זה מאפשר הפרות קשות של הדין. אכן, במקום שאין דיין אין דין. זהו מחירה הכבד של אי-השפיטות". ברק סבור גם שהנושא של חוסר שפיטות "איננו חקיק" (לעניין תיאוריית "החור השחור" של ברק כדאי להעיר שחור שחור כזה קיים קודם כול ביחס לפסיקת בג"ץ עצמו, שאינה נתונה לבקרה ולביקורת).

כאמור, בית המשפט העליון לא ביטל בתקופתי אף חוק מחוקי הכנסת, אף שעתירות כאלו נידונו. תיקים רבים בנושאים אלה מוחזקים שנים ארוכות עד למתן החלטה, וקשה להסביר או להצדיק זאת. קיימת כמובן אפשרות שהדיונים בין השופטים מתמשכים, אבל קיימת גם אפשרות שבית המשפט מחפש מועד נוח לפרסום פסק הדין, ומביא בחשבון, למשל, את התגובה הציבורית או את תגובת הכנסת באותה נקודת זמן. כך, לדוגמה, ייתכן שהימנעות מפסיקה שמבטלת חוק בתקופת כהונתי נבעה מהחשש שיהיה בכך כדי לדרבן את העברת חוק "ההתגברות". פרשה של ביטול חוק על ידי בית המשפט, מהתקופה שקדמה למינוי, כן נחתה על שולחני. מדובר בחקיקה שהיתה תולדת האינתיפאדה השנייה, האלימה, שגבתה קורבנות רבים. כוחות הביטחון נאלצו לבצע פעולות בשטחים נגד גורמי הטרור, וקרה שנפגעו תושבים ונגרם נזק לרכוש. מאות תביעות של פלשתינים הוגשו נגד מדינת ישראל.

הכלל הבסיסי, שנקבע אצלנו לפני שנים רבות, מקורו במשפט האנגלי. הוא משקף נוהג מקובל: "אין המדינה אחראית בנזיקין על מעשה שנעשה על ידי פעולה מלחמתית של צבא הגנה לישראל." פעולה מלחמתית כוללת, כמובן, גם פעילות נגד הטרור, והדבר נקבע במפורש עם הגדרה מרחיבה. הקושי העיקרי היה לברר את נסיבות הפגיעה. מדובר לרוב באירוע שנטען כי התרחש בזמן שכוח צה"ל פעל באזור, אך היה קושי עצום לבדוק מה בדיוק קרה, האם התובע אכן נפגע מחיילי צה"ל ומה היו הנסיבות. כדי להתמודד עם הבעיה חוקק תיקון ל"חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה)", שפטר את המדינה, בכפוף לחריגים מסוימים, מאחריות לפעולות כוחות הביטחון באזורי עימות בתקופת העימות. עם זאת, הוקמה ועדה שהוסמכה לשלם לתובעים שנפגעו פיצויים לפני משורת הדין.

זמן קצר לפני שמונית לשר פסל בג"ץ את ההוראה כבלתי-מידתית, אף שניסוחה ותחומיה אושרו על ידי היועץ המשפטי. אני סברתי שבמצב של מלחמה למעשה בין העמים צריכים נושאי הפיצויים להיות מוסדרים במסגרת הסכם בין הצדדים, ולא בתביעות של פלשתינים בבית משפט ישראלי. אבל בנסיבות שנוצרו היה עלי לדאוג להכנת חוק חדש, מתון יותר, והוא אכן עבר בכנסת בקריאה ראשונה. ממשלת נתניהו השנייה החליטה על רציפות, והחוק התקבל בכנסת ביולי 2012.

שתי הוראות משמעותיות בנושאי דת ומדינה נכללו בהסכם הקואליציוני בין קדימה לש"ס. הוראה אחת קבעה ש"שר, נציג סיעת ש"ס, יכהן בוועדה לבחירת דיינים מטעם הממשלה". השנייה עסקה בסמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים. היא נועדה לטפל בבעיה שיצר פסק דין שנתן בג"ץ בעתירתה של סימה אמיר

פחות מחודש לפני חתימת ההסכם, לאחר שהמתין כמעט שלוש שנים עד מתן ההחלטה.³³ והמועד הוא קריטי: אילו ניתן פסק הדין חודש או חודשיים לאחר מכן, נראה שהסעיף הזה לא היה נכלל בהסכם הקואליציוני.

פסק הדין עסק בהסכם גירושים, שכלל הוראות בנושאים רכושיים, לרבות מזונות הילדים, וקבע: "אם לאחר הגירושין יתגלעו חילוקי דעות... בני הזוג מתחייבים להגיש את התביעה לבתי הדין הרבניים בלבד." נקבע שם גם כי אם תפר האשה את הוראות ההסכם, היא תאבד זכויות רכושיות מסוימות.

כעבור שנים ספורות הגישה האשה, בשם הילדים, תביעה לבית המשפט לענייני משפחה להגדלת המזונות, וביקשה הוצאת צו עיכוב יציאה מהארץ לבעלה לשעבר. הגרוש תבע את האשה בבית הדין הרבני, וטען כי בהגשת התביעה נגדו הפרה האשה את הסכם הגירושים, ועל כן מגיעות לו הזכויות הרכושיות המפורטות בו. התעוררה שאלה, האם בית הדין הרבני מוסמך לדון בתביעה, והוגשה לו חוות דעת משפטית שלפיה ניתן לראות באותו סעיף בהסכם הגירושים הסכמה על בורות בפני בית הדין הרבני. לפיכך, הוא מוסמך לדון בתביעת הבעל בכפוף לחוק הבוררות. ההחלטה אושרה על ידי בית הדין הרבני הגדול, אבל בפסק הדין של בג"ץ, שניתן על ידי אילה פרוקצ'יה, נקבע כי אין לבית הדין הרבני סמכות לדון בתביעה רכושית שקמה אחרי שהושלם הליך הגירושים. נקבע גם שהסכמת הצדדים אינה יכולה להקנות לבית הדין הרבני סמכות שיפוט וגם לא סמכות לפעול כבורר, משום שזהו מוסד ממלכתי, וחוקי המדינה לא הסמיכו אותו לפעול כבורר.

עתה, לאחר שניתן פסק הדין הזה, עמדה ש"ס על כך שייכתב בהסכם הקואליציוני: "הממשלה תגיש הצעת חוק, המקנה לבתי הדין הרבניים סמכות שיפוט בעניינים היכולים לשמש נושא להסכם בין צדדים, כשהצדדים הסכימו על כך, וכן בתובענות שעילתן בפסק דין או בהסכם שניתן או אושר על ידי בית דין רבני. בנושא תובענות שעילתן בפסק דין או בהסכם שניתן או אושר כאמור, תוגש הצעת החוק לאחר שתתקבל בנושא חוות דעתו המקצועית של משרד המשפטים." על סמך ההוראה הזו הוכן במשרד המשפטים, בתקופתו של רמון, תזכיר הצעת חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) (תיקון – סמכות שיפוט בהסכמה), התשס"ט-2009, ועיקרו הענקת סמכות שיפוט לבתי הדין הרבניים לדון, לפי דין תורה, בכל עניין אזרחי היכול לשמש נושא להסכם בין הצדדים, אם כל הצדדים הם יהודים והביעו בכתב את הסכמתם. היה שם גם סייג: בית הדין צריך להשתכנע כי ההסכמה ניתנה לאחר שכל הצדדים הבינו את משמעותה ואת תוצאותיה.

התזכיר הגיע לידי ב"ירושה" מתקופת רמון, והייתי אמור לפעול להעברתו בכנסת. אילו עשיתי זאת, החוק היה מתקבל בכנסת. אבל לא הייתי מוכן לכך. יש

לי קושי גדול עם הרחבת סמכות בתי הדין הרבניים, שלא מכהנות בהם דיינות. נוסף על כך, קיים חשש גדול שנשים הזקוקות לגט יראו עצמן נאלצות להסכים לשיפוט של בתי הדין הרבניים כתנאי לקבלת הגט, ובעתיד יהא עליהן להתדיין לפני ערכאה נוחה פחות לנשים. כמו כן, הסמכות שמדובר בה היתה סמכות שיפוט ממש, ולא סמכות לפעול כבוררים, הכפופים לבקרה של בתי המשפט הכלליים.

הסירוב גרם לי תחושה לא נוחה. חששתי לזעזועים בקואליציה, שכן ברור היה שהנושא חשוב מאוד לש"ס. המשאים ומתנים עמה נפתחו מחדש, והוכנו גרסאות מרוככות יותר. השר יצחק (בוז'י) הרצוג היה פעיל בנושא, ואף הגיע להבנה עם הרב הראשי שלמה עמאר על הצעת חוק, שהיתה אולי נוחה יותר ובכל זאת כללה הרחבה ניכרת של סמכויות בתי הדין הרבניים. ההצעה הגיעה לוועדת השרים לחקיקה וזכתה ברוב מרשים, אבל אני התמרתי בהתנגדותי גם לנוסח המתוקן. בינתיים פרצה סערה בתוך מפלגת העבודה נגד הצעת החוק של הרצוג, וגם היא ירדה מהפרק. למרבה התדהמה, נמשכה תעמולה נגדי כמי שפועל להרחבת סמכויות בתי הדין הרבניים.

ניהלתי משא ומתן עם הרב עמאר בדבר נישואים אזרחיים, כאשר שני בני הזוג אינם יהודים לפי ההלכה ואינם משתייכים לעדה דתית מוכרת. יחסי עמו היו טובים, ושיחותינו גלשו לא פעם לפרשנויות של הדין העברי. הערכתי את גישתו הליברלית, אך נותר בעינו הפער בכל הנוגע לנקודת המוצא ולסוגיית החקיקה. הגענו להבנה בעניין בני זוג שהם חסרי דת (בעיקר עולים מברית המועצות) ושיהדותם לא הוכרה על ידי הרבנות האורתודוקסית (למשל, בגלל אי-הכרה בגיור שעברו). בהצעת החוק נכללה גם הוראה בעניין גיור על ידי הרבנות הראשית, בלי שניתן לה מונופול. סברתי שההצעה מועילה, אם כי רחוקה מלפתור את הבעיה, מאחר שלא קיים הסדר המאפשר נישואים בין בני עדות שונות או נישואים בין יהודי למי שאינו יהודי. הבנתי שיותר מזה לא ניתן להשיג. ההצעה, בדומה לכל הצעה שהעליתי, נתקלה בגל של ביקורת על ידי חוגים הנחשבים ליברלים – אבל גם ישראל ביתנו לא תמכה בה. אנשיה האמינו שניתן לשכנע את הרב עמאר לאמץ הסדר רחב יותר, שיכלול גם נישואים בין יהודי למי שאינו יהודי לפי ההלכה. היה ברור לי שהדבר בלתי-אפשרי, אך ללא תמיכה מצד המפלגה המייצגת רבים מעולי רוסיה, אשר חלק מרכזי מהבעיה התעורר לגביהם, בחרתי שלא לקדם את ההצעה. באופן אירוני, מי שפעלה בסופו של דבר להעברת "חוק ברית הזוגיות לחסרי דת" (שכמובן לא כלל הסדר לגבי זוגיות בין יהודי ומי שאינו יהודי לפי ההלכה) היתה דווקא ישראל ביתנו, בממשלת נתניהו.

צעד חקיקתי אחר בעל משמעות ביחסי משפחה הוא התיקון מס' 4 ל"חוק יחסי ממון בין בני זוג". החוק המקורי עסק במה שכוונה "איזון משאבים בין בני זוג",

כלומר הסדר יחסי הרכוש ביניהם במקרי מוות או גירושים. כאשר מדובר בגירושים של בני זוג יהודים היה הנושא בסמכות בית הדין הרבני. התיקון לחוק, שהוצע על ידי מנחם בן-ששון, עתניאל שנלר וחברי כנסת נוספים, קבע שניתן לערוך הסדר איזון משאבים גם לפני פקיעת הנישואים, במצבים כגון קרע בין בני הזוג או שהם חיים בנפרד במשך תשעה חודשים לפחות. התוצאה היא, שבמצבים האלה עשוי הנושא להתברר בבית משפט לענייני משפחה (ולא בבית הדין הרבני), והדבר היה למורת רוחה של ש"ס. תמיכתי בתיקון בוועדת השרים לחקיקה הבטיחה את העברתו.

בכל יום ראשון בבוקר מתקיימת ישיבת ממשלה, ואחר הצהריים מתכנסת ועדת השרים לחקיקה. שר המשפטים הוא יושב ראש הוועדה, שבה נקבעת עמדת הממשלה בעניין הצעות חוק שצפויות לעלות להצבעה בכנסת – הן הצעות החוק הממשלתיות והן ההצעות הפרטיות, שהנן הרוב המכריע. הצעות אלה הן יוזמות של חברי כנסת יחידים או של קבוצות חברי כנסת, כאמצעי לקדם נושא שהם מייחסים לו חשיבות ועשוי גם לזכות אותם בתשומת לב תקשורתית. החקיקה הפרטית הגיעה בישראל לממדים עצומים, וספק אם קיימת תופעה כזו בממדים דומים במדינה כלשהי. בכל ישיבה של ועדת השרים לחקיקה נידונות עשרות הצעות חוק פרטיות. לרובן אין סיכוי רב, מה גם שהכנסת והממשלה אינן מסוגלות להתמודד עם חקיקה בהיקפים כאלה.

עמדתה של ועדת השרים לחקיקה היא קריטית. כשמדובר בהצעת חוק פרטית – אם היא זוכה בתמיכת הוועדה, שמשמעותה תמיכת הממשלה, מובטח לה שתעבור לפחות את השלב הראשון של ההצבעה בכנסת: "קריאה טרומית". אבל כאמור, הצעות החוק הפרטיות מעמיסות נטל כמעט בלתי-אפשרי, ואין מנוס אלא לדחות את רובן.

לא פעם ניתן למצוא בהצעות הפרטיות רעיונות בעלי ערך וניסוחים שניכר כי הוקדשו להם זמן ומחשבה מרובים. חברי כנסת אחדים בלטו בהצלחתם להעביר הצעות חוק, וביניהם גרעון סער, גלעד ארדן, שלי יחימוביץ', דב חנין ואריה אלדד. אני, כיושב ראש ועדת השרים לחקיקה, השתדלתי כמיטב יכולתי לבחון את ההצעות לגופן, ולתמוך באלה שנראו לי ראויות, ללא קשר להשתייכות הפוליטית של מגיש ההצעה ולשאלה אם תמך או התנגד לעמדותי.

גם שרים נעזרים לעתים בהצעות חוק פרטיות כדי לקדם את תוכניותיהם, כי בכך נחסכים מהם השלבים המורכבים הנלווים להכנת הצעת חוק ממשלתית. אני נעזרתי בשתי הצעות חוק פרטיות מבית היוצר של סער, כדי לקדם נושאים שהיו חשובים לי. האחת עסקה ב"הגנה מן הצדק" במשפט הפלילי והשנייה בקביעה שלפיה בחירת שופט לעליון מחייבת רוב של שבעה מתוך תשעת חברי הוועדה.

הצעה פרטית אחרת, שתמכתי בה ועברה לאחר מכן את כל שלבי החקיקה, היתה זו של בן-ששון ושנלר בעניין יחסי ממון בין בני זוג.

מבין כל היתר אזכיר את הצעת החוק של שלי יחימוביץ' וחיים כץ, להגביל את שכר הבכירים לסכום שלא יעלה על פי 50 מזה של בעל השכר הנמוך ביותר בתאגיד. היה לי רושם שחברי בוועדה התפלאו כשהתברר להם שאני מתכוון להעניק תמיכה חד-משמעית להצעה. נראה שהיו לא מעט היסוסים לגביה, אבל עלה בידי להעבירה, כפופה לסייג שלפיו יחול החוק הזה רק על תאגיד ציבורי. אדם פרטי יכול לשלם מכספו כל שכר שייראה לו, למי שהוא רוצה. ההצעה עברה קריאה טרומית, ונפגשתי עם קבוצת מנהלים בכירים במשק, שביקשו לשכנע אותי כי אין מקום לחקיקה בנושא. לא השתכנעתי. היה ברור לי שהחוק טעון שינויים והתאמות, תוך התחשבות בשורה של גורמים, לרבות כישורים מיוחדים של המנהל, הישגיו והיקף פעילותו, אך מה שהתחולל בתרבות השכר בחברות הציבוריות בישראל חרג ממה שניתן להשלים עמו. לא ברור גם אם השיטה של קביעת שכר מקסימלי על בסיס היחס לשכר הנמוך ביותר היא הטובה ביותר (קיים, למשל, חשש שהתאגיד יפטר את בעלי השכר הנמוך, ויעביר את המשימות שבוצעו על ידם לקבלנים עצמאיים או לחברה נפרדת). בכל מקרה, נראה לי שלא ניתן להסתפק יותר באמצעים דוגמת חובת גילוי או השארת הנושא למנגנון הפנימי של החברה.

כל זה התרחש חודשים רבים לפני שפרצה המחאה החברתית, ולפני שצמחה התופעה שחברות, המעניקות שכר נדיב ביותר למנהליהן, אינן עומדות בתשלום חובותיהן ומבקשות "תספורות". החקיקה נעצרה בכנסת. בסופו של דבר עברה, בשלהי כהונתה של ממשלת נתניהו השנייה, חקיקה ממשלתית מתונה ביותר, המבקשת להסדיר את הנושא באמצעות המנגנונים הפנימיים של התאגיד, וכוללת הענקת יתר עוצמה לבעלי מניות המיעוט.

"בשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה". כך נקלטה במדינת ישראל העצמאית החקיקה העות'מאנית בצירוף חקיקה ממקורות בריטיים, שנהגה בפלשתינה-א"י עד אותה עת. "מועצת המדינה הזמנית" חוקקה עם קום המדינה את הוראת החוק הקובעת כי המשפט שהיה בתוקפו עד אז – ימשיך לעמוד בתוקפו. רק 10 שנים לאחר מכן יצא לדרך מפעל חקיקה מקיף, שבמסגרתו קיבלה הכנסת יותר מ-20 חוקים בתחום המשפט האזרחי, והם החליפו את החקיקה העות'מאנית – לרבות המג'לה – כמעט במלואה. חלקים ניכרים מהחקיקה המנדטורית נותרו בתוקף, כפוף לשינויים שהוכנסו בה. פרופ' אורי ידין, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, היה הדמות המרכזית מאחורי החקיקה העצמאית, שהגיעה לסיומה כאשר

התקבל, בשנת 1984, חוק לביטול המג'לה. הוא ביקש גם לקבץ יחד את כל החוקים ולהופכם ל"קודקס" – אך לא זכה לכך. לאחר פטירתו הוכנה טיוטה, שהועברה לוועדה ציבורית בראשות אהרן ברק, וזו היתה אמורה להתקינה. הוועדה, שהייתי בין חבריה, עסקה בנושא יותר משני עשורים, ובסופו של דבר הוגש החומר למשרד המשפטים. המגמה היתה חקיקה של הכנסת, שתאמץ את הקודקס כספר החוקים האזרחי המחייב.

הרעיון נושא עמו מטען היסטורי עשיר, וקובצי חוקים מופרים לנו עוד מתקופה קדומה. עם ישראל נולד כשבידו קובץ החוקים שניתן לו בסיני, ולימים נתגלו קובצי חוקים קדומים נוספים, אשר הידוע מביניהם הוא קובץ חוקי חמורבי. חשיבות היסטורית מיוחדת נודעת לקובצי החוקים הגדולים, מהמאה השישית לספירה, של הקיסר הביזנטי יוסטיניאנוס. אחד הכרכים של הקובץ, הדיגסט, הכיל דעות של משפטנים רומיים נודעים, בני מאות קודמות, בשורה של סוגיות, והן קיבלו תוקף של חוק. ההיקף העצום של החומר זיכה את המכלול בכינוי "קודיפיקציה", או "קוד יוסטיניאנוס". המובן המקורי של המונח "קודקס" הוא פשוט "ספר", אך בהקשר החקיקתי סיגל לעצמו המונח משמעות של ספר חוקים בעל סגולות של שלמות, סדר והיגיון, וגם אריכות ימים החורגת מזו של חקיקה רגילה ומתקרבת כמעט לחיי נצח. ספק אם קוד יוסטיניאנוס עצמו עומד בכל הדרישות הללו, אך היתה לו השפעה אדירה על התרבות המשפטית של העולם המערבי. הוא שימש בסיס להוראת המשפט באוניברסיטאות שקמו באירופה החל במאה האחת-עשרה, ונהפך לבסיס למשפט הקונטיננטלי. במאה התשע-עשרה נוצרו באירופה שני הקודקסים הגדולים: הקוד האזרחי הצרפתי, "קוד נפוליאון", בתחילת המאה, והקוד האזרחי הגרמני בסופה. על הקוד הצרפתי נאמר שהוא מבטא את ערכי המהפכה הצרפתית: שוויון וביטול המעמדות. הוא נכתב בשפה ברורה, ניסוחיו חדים והוא נהפך למקור גאוה. לנפוליאון אף מייחסים את האמירה, שכל מפעליו עשויים להישכח אולם הקוד "שלו" ייזכר. הקוד הגרמני הושלם ב-1896, אך נכנס לתוקף ב-1900. הוא מנוסח בלשון טכנית ונחשב מלאכת מחשבת משפטית.

עם השנים חלה התפכחות בעניין כוחם של קודקסים, והמיתוס ירד מגדולתו. לא פעם הסתבר שאין בכוחו של הקוד להתמודד עם בעיות חדשות שהתעוררו, וכי היכולת לצפות את העתיד מוגבלת. כך, למשל, התברר שהקוד האזרחי הגרמני לא הכיל הסדרים לבעיות שהתעוררו בעקבות האינפלציה ההרסנית שפקדה את גרמניה לאחר מלחמת העולם הראשונה. עוד ראוי לציין כי מסורת הקודקסים אינה מקובלת בדין האנגלי, בדין האמריקני ובשיטות המשפט שהשתתו עליהן. בקודיפיקציה הישראלית הושקעה עבודה עצומה. היא כוללת חלקים נרחבים

מהמשפט האזרחי הקלאסי (חוזים, נזיקין, עשיית עושר ולא במשפט, דיני מקרקעין ומיטלטלין ודיני ירושה). ובכל זאת, היא רחוקה מלהקיף את כל התחומים. דיני נישואים וגירושים, הנכללים בקודים האירופיים, הושארו בידי הרשויות הדתיות, ותחומים שחשיבותם גדלה בעידן המודרני, דוגמת דיני הגנת הצרכן ודיני קניין רוחני (פטנטים, זכויות יוצרים וזכויות מבצעים) לא נכללו בה אף הם. לכל אלה הצטרפו שתי בעיות נוספות: האחת, מחיר הקודיפיקציה. חקיקה כזאת מחייבת לימוד מחדש של מערך חוקים שלם. גם אם אין בו שינויים מרחיקי לכת, יש ללמוד את ההבדלים שנוצרו ואת כל מספרי הסעיפים שהיו בעבר בחוקים השונים (כך, למשל, סעיף 1 בחוק החוזים הקיים נהפך לסעיף 99 בקודיפיקציה, וסעיף 12 נהפך לסעיף 98). הבעיה השנייה קשורה להליך החקיקה. הקודקסים הקלאסיים חוקקו על ידי שליטים אבסולוטיים. הם נוסחו על ידי ועדת מומחים, ואם השליט היה מעורב בעבודתם (על נפוליאון סיפרו שעשה זאת) או שסמך ידו עליהם, היה ניתן לחוקק את הקוד במהלך פשוט יחסית. בשיטה כשלנו, שבה בוחנת ועדת הכנסת את החקיקה לפרטיה, העברת קודקס בהיקף של כאלף סעיפים הוא מבצע מסובך עד כמעט בלתי-אפשרי.

בתקופת כהונתי הושלמה במשרד המשפטים העבודה על הטיוטה שהגישה ועדת ברק, וזכתה בשם "הצעת חוק דיני ממונות". ברק ביקש ממני לפעול להעברת החוק בכנסת. אין ספק שמבחינתו יהיה זה הישג גדול להירשם כאבי הקודיפיקציה הישראלית. הייתי מוכן לסייע בכך, תוך התעלמות מוחלטת מכל הביקורות שהוטחו כלפי בנושאים אחרים, אבל כשהתחלתי לקדם את העניין פרץ גל חדש של ביקורת לא מרוסנת. כל צעד שעשיתי, אף אם לא ניתן למצוא בו כל דופי, נהפך לבסיס להתקפות – לא אחת בטענות אבסורדיות, שנטענו ברצינות גמורה – כפי שהיה גם בחקיקה בעניין בית המשפט המחוזי-מרכז.

הפעם היה מי שגילה ביער העכות של סעיפי הצעת הקוד את סעיף 693(2), המתייחס לידועים בציבור וקובע כי בהיעדר צוואה יהא דינם של "איש ואישה" החיים כידועים בציבור, ואין לאף אחד מהם בן זוג אחר, כדין בני זוג נשואים לצורך ירושה. בהוראה הזו אין שום חדש. בדומה לרוב ההוראות שבהצעת הקוד, היא מהווה העתקה, בשינויים שאינם רלוונטיים לענייננו, של סעיף 55 בחוק הירושה. לא היה לי כל חלק בניסוח סעיף 693. הוא התקבל מוועדת ברק ועבר את הדרג המקצועי במשרד המשפטים.

אבל למה לתת לעובדות לקלקל את החגיגה: גל התקפות כוון ישירות אלי, בתואנה שאני פוגע בקהילה ההומו-לסבית ונכנע למגזר החרדי. לא היו לזה ידיים או רגליים. לא התערבתי בעניין ולא עסקתי בו כלל. נוסח הסעיף לא שונה, והטחת הביקורת כלפי, בלי לציין שזה הנוסח שהתקבל מהוועדה בראשות ברק,

היתה מאלפת. יתר על כן, ההוראה לא שינתה דבר מהחוק הקיים ולא הרעה את מצבם של זוגות חד-מיניים. בעבר פורש הביטוי "איש ואישה" בבית משפט מחוזי בנצרת כחל גם על בני זוג מאותו מין, והיה סיכוי שהפירוש הזה יעמוד בתוקפו. בכל מקרה, לא היתה שום כוונה לשנות לרעה את מצבם של בני זוג כאלה.

ברק עצמו בחר שלא להתבטא בפומבי בעניין. זה היה קצת יותר מדי. אני פעלתי תוך התחשבות מרבית ברצונותיו, ודווקא משום כך מצאתי את עצמי תחת מתקפה מצד מעריציו. הודעתי שלא אקדם את הצעת החוק אם קהילת הזוגות החד-מיניים מתנגדת לה. לברק הבהרתי כי בתנאים אלה לא אוכל לקדם את הצעת החוק, ואין לי עניין להתעמת עם איש בגללה. הוא הציע שנוציא את פרק הירושה מתוך הצעת הקודיפיקציה. הייתי מוכן גם לזה. אלא שאז צף מכשול אחר: אנשי משרד המשפטים, וביניהם ארז קמיניץ שטיפל בהצעת החוק, התנגדו לכך. החקיקה היא בסמכותו של שר המשפטים, ויכולתי לעמוד על כך שהפרק יוצא, אבל סברתי שהתנגדות אנשי המשרד מוצדקת, וכך ירד העניין מהפרק.

הפרשה הסתיימה לאחר לכתי, כשיעקב נאמן הגיש את הצעת הקודיפיקציה. הניסוח של "איש ואישה" נותר כשהיה. די היה בכך שהשר התחלף: אם בזמני הוא שימש כר לביקורת מתלהמת, הפעם עבר אותו ניסוח בדיוק בקול דממה דקה. שקט מוחלט.

מהפכת הפקידים והמשפטים

ההפתעה הגדולה שציפתה לי עם כניסתי לממשלה היתה חוסר האונים של השלטון, שהתבטא בהיעדר שליטה על התהליכים המתרחשים, על פעולת המנגנון הממשלתי ועל מה שניתן לתאר בלשון כללית כעבודת הממשלה. תרמו לכך החולשה הפוליטית של הקואליציה, אך גם שורה של כללים משפטיים וכן התחזקותם של המנגנון הבירוקרטי והמנגנון המשפטי. פרופ' אמנון רובינשטיין דיבר על כך שפרויקט דוגמת המוביל הארצי אינו אפשרי כיום. על הצלת ים המלח מדובר זה שנים, אבל ממשלות ישראל של תחילת המאה ה-21 אינן מסוגלות להתמודד עם משימות מסוג זה. מטלות אלמנטריות קטנות פי כמה, כגון רכבת תחתית בתל אביב, הן בלתי-אפשריות (בקהיר, אגב, קיימת זה כבר רכבת תחתית). גם כשמתקבלת החלטה ומתגלה נחישות לבצע מיזם כמו בניית שדה תעופה או רכבת לירושלים, הוא נחבל באינספור עיכובים ומושלם באיחור עצום. ממרחק של שנים, ספורות אמנם, אני חש שהעובדה שעלה בידי להשלים את הקמת בית המשפט המחוזי-מרכז ואת הפרדת ההוצאה לפועל ממערכת המשפט, משימות חשובות למערכת המשפט אך צנועות מבחינה לאומית, היתה בגדר נס.

אחד הגורמים המרכזיים שעיקר את יכולתה של הממשלה למשול נעוץ בכך שנגזלה מידיה ומידי שריה ה. למנות עובדים. המכשיר הבסיסי הזה נשלל ממנה והועבר לגורמים אחרים, בעיקר לפקידות הבכירה ולמערכת המשפט.

הדרך שבה איבדה הממשלה את היכולת לבחור לעצמה יועץ משפטי ופרקליט מדינה תוארה כבר, אבל היתה זו רק חוליה אחת בשרשרת. הבסיס המשפטי שעליו הושתת התהליך היה חוקים דוגמת "חוק שירות המדינה (מינויים)", פסיקת בית המשפט העליון ואף החלטות ממשלה בעייתיות. כך, למשל, נקבע לגבי שורה של מינויים בכירים שהם ייעשו באמצעות ועדות איתור. ועדות כאלה מורכבות בעיקרן מנציגי הפקידות הבכירה, כשלפעמים יש בהן ייצוג למומחים חיצוניים. בדרך כלל מציעה הוועדה מועמד יחיד, ואם השר לא ממנה אותו, כיוון שאינו נראה לו מתאים, הוא צפוי במקרה הטוב לכך שהחלטתו תבוטל – ובמקרה הפחות טוב לכך שייחקר בפלילים באשמת הפרת אמונים.

לשר ניתנה אמנם אפשרות למנות מספר מצומצם של אנשי אמון, שהחשוב בהם הוא מנכ"ל המשרד, אבל אפילו פה חל כרסום, כמו שהמחיש המקרה של יוסי ביילין, שנאלץ לעבור חוויה לא קלה כדי למנות את המנכ"ל שבו חפץ למשרד המשפטים. שר משפטים אחר, יוסף לפיד, ביקש למנות את עו"ד אלי זהר או את עו"ד יורם טורבוביץ' לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, אך הדבר לא עלה בידו. שר המדע דניאל הרשקוביץ ביקש למנות את שר-שלום ג'רבי למנכ"ל משרדו. שר-שלום הינו בעל תואר ראשון בחינוך, ובעל תואר שני במדעי המדינה ומינהל ציבורי, כיהן כמזכ"ל המפד"ל והיה אחראי על ניהולה השוטף של המפלגה, וכן כיהן כדירקטור בחברות ובעמותות שונות. וועדה בראשות נציב שירות המדינה "לא מצאה אפשרות להמליץ על מינויו של מר שר-שלום" לתפקיד מנכ"ל משרד המדע. למרות זאת החליטה הממשלה למנותו, אך קבעה שיהיה זה מינוי לתקופת ניסיון של שישה חודשים. בעתירה שהוגשה נגד המינוי,⁴³⁴ בג"ץ התמקד בכך ששר-שלום הוא פעיל במפלגתו של השר, ואף שלא שלל לחלוטין את האפשרות של מינוי פוליטי לתפקיד מנכ"ל משרד ממשלתי, ביטל את המינוי בקובעו שהוא חורג ממתחם הסבירות. וכששר האוצר יובל שטייניץ ביקש למנות מועמד שנראה לו הראוי ביותר (דורון ארבל) לראש רשות המסים, כפה עליו בג"ץ להביא להחלטת הממשלה את המועמדות של משה אשר, שהומלץ על ידי ועדת האיתור.⁴³⁵ פסיקה זו כפתה למעשה את מינויו של אשר, אם כי גובש הסדר שבמסגרתו ניתנה לארכלי כהונה של שנה אחת בתפקיד. הפסיקה הזו היא חלק מתהליך שבו מתמנית ועדה לבדיקת נושא, הממשלה או השר הממונה מחליטים לדחות את המלצותיה, ואז בא בג"ץ, פוסל את החלטת הממשלה או השר וקובע שלא סביר לנהוג בניגוד להמלצות הוועדה. במילים אחרות: "המלצה" היא צו ו"חוות דעת" כמוה כפקודה. השלטון מועבר למעשה מידיהם של הממשלה והשר לוועדה, כשהנבחרים מנושלים מסמכותם, ונגזלת יכולתם לממש את המדיניות שלשמה נבחרו.

כך נוצר גם הפיצול בין סמכות לאחריות: השר נותר אחראי לנעשה בתחומו, אבל מסורס כוחו לפעול. הסמכות עוברת לגוף שאין עליו אחריות פרלמנטרית או ציבורית, וקרוב לוודאי שלא ייתן את הדין אם יטעה.

הבסיס האידאולוגי לשלילת סמכות הממשלה ושריה בתחום המינויים נעוץ בהנחה, שנהפכה לאקסיומה, ולפיה פשתה בממשלה ובכנסת שחיתות במידה שמחייבת לא רק לפקח עליהן אלא גם לשלול מאנשיהן את סמכויות השלטון. המוסכמה הזו נתמכת בתעמולה בוטה, המבקשת לתאר את ישראל כמדינה שהשחיתות השלטונית התעצמה בה לממדים המהווים סכנה לקיומה. הלוחמים בשחיתות עוסקים במלאכת קודש, ומצילים את המדינה מחורבן. הם חיילי "מחנה

האור", שעמו נמנים אנשי משטרה, אנשי תקשורת, אנשי פרקליטות, שופטים ומבקר המדינה.

פרופ' יוסי שיין, ראש בית הספר לממשל ומדיניות באוניברסיטת תל אביב, כינה את התופעה "שיח השחיתות" בספרו שפת השחיתות ותרבות המוסר הישראלית. הוא מדבר שם בגנות "הפרטת המוסר", ומביא אינספור דוגמאות להתפתחות השיח הזה, ש"הגיע לידי מחלה תרבותית לאומית, המסכנת את שלומה של ישראל לא פחות מהסכנות האורבות לה מאויביה מבחוץ".⁴³⁶ אני אסתפק בדוגמאות ספורות.

השופט בדימוס יצחק זמיר הכריז בתקשורת ש"אנחנו חולים". על החולי הזה הוא אמר בריאיון לגידי וייץ מ"הארץ": "שחיתות היא באמת מין מחלה כרונית, שיכולה להיות מחלה סופנית." הוא גם מתריע "שאם ישראל לא תתעשת, היא עלולה להידרדר במשך הזמן למקום בו נמצאות מדינות באפריקה ובדרום אמריקה", ומצטט "בהתרגשות לא מוסתרת" את דברי הרמטכ"ל לשעבר משה (בוגי) יעלון, ולפיהם השחיתות מסוכנת יותר מהאיום האיראני. בהמשך הוא מספר כי "אימפריות, מעצמות עולמיות, מימי רומי עד ברית המועצות התמוטטו בגלל שחיתות". דיבור אפוקליפטי כזה מאפיין את סגנונם של אחדים משופטי העליון. מקורביה של הנשיאה ביניש דיברו, בדצמבר 2011, בכנס של העמותה למשפט ציבורי, על הצעות חוק שעלו בכנסת (שימוע בכנסת למועמדים לשפיטה, הגדלת הפיצויים בשל לשון הרע ושליטת תרומות מעמותות מסוימות) כחקיקה היכולה להוביל במדרון חלקלק לגרמניה בתקופת עליית הנאצים לשלטון.⁴³⁷ אהרן ברק דיבר על הצעות חוק שהגשתי בלשון של מעבר "לעולם השלישי" וקרא למעשי "הצמדת אקדח לרקת בית המשפט". בעיני, טיעון כה קיצוני ומנותק מהמציאות הוא לא רק חסר אמינות אלא גם מדרדר את השיח הציבורי ומוזיל אותו.

השיח הזה גלש גם לפסקי הדין של העליון. הזכרתי כבר את פסיקתו של אדמונד לוי, שבה מופיעה הציטטה מדברי הנביא ישעיהו: "שרייך סוררים וחברי גנבים, כולו אוהב שוחד ורודף שלמונים". היה זה "אוביטר" שלא במקומו בפסק דין שעסק בשאלה אם יש לבטל את הסדר הטיעון עם נשיא המדינה משה קצב. בין היתר אמר שם לוי: "מציאות קשה, כמותה לא ידענו בעבר, הולכת ומתהווה לנגד עינינו. עד לפני מספר שנים לא רב הורגלנו במנהיגים אשר נהגו בחייהם בצניעות, כמעט בסגפנות... מנגד, בשנים האחרונות נחשפו מקרים רבים בהם ניצלו אנשי ציבור את מעמדם ואת כוח השררה שבמשרתם כדי להיטיב עם עצמם ועם מקורביהם... חקירות פליליות התקיימו ומתקיימות כנגד נשיא לשעבר וארבעה ראשי ממשלה. ולבסוף, לאחרונה הורשע שר בביצוע מעשה מגונה בקצינת צה"ל... כישלונות כה רבים של אנשי ציבור הם בעיני תסמינים של מחלה ואפשר של נגע,

שהסכנה הגלומה בהם למדינת ישראל אינה נופלת מכל סכנה ביטחונית-קיומית אחרת... הנה כי כן, מול השחיתות הציבורית הגוברת יש לחזק את מערכת אכיפת החוק, ובראש ובראשונה את גורמי החקירה, התביעה ובתי המשפט, כדי שאלה יוכלו לפעול ללא מורא וללא משוא פנים לחשיפתן של עבירות ולהעמדתם של עבריינים לדין. "מעניין שמהרשימה המפורטת של אישי ציבור שהורשעו בדין נפקד מקומה של שופטת שהורשעה. אולי כיוון שהיא משתייכת למחנה שלגביו ראוי לעבור בשתיקה על כל עניין מביך. חסרה גם התייחסות לכך שתיקיהם של אישי ציבור רבים נסגרו לאחר עינוי דין של שנים, או שהם הועמדו לדין וזוכו. מכל מקום, להוודאת העבר והשחרת ההווה של לוי יש להעיר: ראשית, ספק אם הנוסטלגיה לימי הטוהר עולה בקנה אחד עם המציאות. מינויים פוליטיים ומינוי חברי מפלגה בתקופה שלאחר קום המדינה היו נפוצים לאין שיעור יותר מאשר כיום. גם התעשרות על חשבון הציבור לא נפקד מקומה בימים הנפלאים ההם, וגם בעבר לא חסרו אישי ציבור שהורשעו בדין. ההבדל נעוץ בכך שבאותם ימים פרשות רבות כלל לא נחקרו, ומעשים רבים, ביניהם מינויים פוליטיים, הגוררים כיום הליכים בתחום הפלילי, לא נחשבו לעבירה. עצם קיום חקירה מהווה בעיני לוי הוכחה לשחיתות, במקום להציג את השאלה, האם אין משהו לקוי בשיטה המאפשרת בקלות כה רבה חקירות נגד ראשי ממשלה, שרובן המכריע מסתיים בלא כלום, ומהו הנזק הנגרם מהחקירות המיותרות האלה. ולבסוף, גם השופט לוי מניף את דגל הסכנה הקיומית, וקורא לחיזוק גורמי החקירה, התביעה ובתי המשפט. הכול, כמובן, בהנחה שאלה העוסקים בכך הנם "בני אור" כשרים וזכים לעסוק במלאכה.

אין ספק ששיח השחיתות, שהציבור חשוף לו שנים, בצירוף החקירות הרבות והמתקשרות של אישי ציבור, זכה בהצלחה. הישראלים השתכנעו יותר ויותר שההנהגה והפוליטיקה מושחתים. התוצאה היא שיכולת המשילות נפגעה אנושות. כשכל החלטה ביצועית חשופה לטענה שהיא נגועה בחוסר יושר, הפתרון העדיף הוא לא להחליט כלל. אנשי שלטון ומעשה נדחקים לשוליים, ואילו "סוכני המוסר", כמו שמכנה אותם פרופ' שיין, הופכים לגיבורי המחזה.

אלא שזה לא מחזה – אלה החיים בישראל. שיין מצא כי ברשימת "100 המשפיעים ביותר" ב-2008 שפרסם העיתון "דה מרקר" ניצבו בששת המקומות הראשונים "הלוחמים בשחיתות": היועץ המשפטי לממשלה, מבקר המדינה, פרקליט המדינה, שני קציני משטרה העוסקים בחקירות שחיתות ונשיאת בית המשפט העליון. פרופ' שלמה אבינרי כתב במאמר "די לריכוזיות" שהתפרסם ב"הארץ" ב-2010, שהאישיות בעלת הסמכויות הרחבות ביותר בעולם הדמוקרטי איננה נשיא ארצות הברית או ראש ממשלת בריטניה, כי אם היועץ המשפטי של ממשלת ישראל.

יש בכך בעיה מהותית: היועץ המשפטי, מבקר המדינה ואגף החקירות במשטרה אינם גופי בנייה ויצירה. הם לא יכלו ולא יוכלו להקים – לא את המוביל הארצי, לא את המפעל להצלת ים המלח ולא את מערך התחבורה שישראל משוועת לו. לעומת זאת, יש בידם לשתק את מי שאמורים לבצע את המשימות הללו.

המושג "שחיתות" זכה בהרחבה בלהט הצדקנות, והתנהגויות שבעבר לא היה איש מעלה על דעתו שהן בתחום הפלילי, דוגמת מינויים פוליטיים, נהפכו לסיבה לחקירות פליליות ועילה לכתבי אישום. זאת, אף שהתופעה קיימת בכל מדינות המערב ורחוקה מלהיחשב פלילית. התוצאה הבלתי-נמנעת של הטהרנות היא שרבים מאלה העוסקים בבקרה על אחרים – אינם עומדים בעצמם באמות המידה שהם מציבים לזולת. כך, למשל, הסתבר שבנים של שופטים התקבלו במשך שנים כמתמחים במערכת המשפט הציבורית ואף בבית המשפט העליון. הנוהג הוגדר כפסול, והופסק. אילו התגלתה תופעה כזו אצל נבחרי ציבור, הם היו נקראים מן הסתם לחקירה פלילית. מיותר לציין שאנשי "מחנה האור" זוכים בחסינות. דוגמה אחרת היא זו של שופט השומע טיעונים מפי סניגור שהוא ידידו הקרוב. בבית המשפט העליון נפסק שאין בכך כל דופי, אבל אם חלילה ידון איש ציבור בבקשה למענק שהגיש אזרח, ואותו אזרח מיוצג על ידי עורך דין שהוא ידידו הקרוב, עלול איש הציבור להיות מואשם בפלילים ושמו עתיד להתנוסס כדוגמה לשחיתות ציבורית – גם אם הוא עצמו לא הפיק שום תועלת מהחלטתו (ראש הממשלה אולמרט הורשע בעבירה הכרוכה בכך).

אדמונד לוי, שהטפות המוסר שלו צוטטו כאן, היה חבר הוועדה לבחירת שופטים, והסתבר שהצביע בפברואר 2011 בעד בחירת עוזרו גיא היימן למשרת שופט, אף שהמכון להשתלמות שופטים, הבוחן את התאמת המועמדים לשפיטה, מצא שהיימן עדיין לא בשל למינוי וראוי שימתין עוד שנתיים. כפי שפרסם העיתונאי תומר זרחין ב"הארץ", המינוי עבר חרף ביקורת של חבר הוועדה עו"ד פנחס מרינסקי. "סביר שמינוי דומה במערכת הפוליטית היה נפסל בבג"ץ כבלתי סביר", כתב על כך הפרשן משה גורלי במאמר "מינוי עליון, מינוי תחתון" בעיתון "כלכליסט".

למינויו של היימן קדם מינויה של דנה כהן-לקח, העוזרת המשפטית של דורית ביניש, לרשמת בית המשפט העליון. במינוי עצמו לא היה דופי, אך עלתה שאלה אם תורת "ניגוד העניינים", המשמשת שוט נגד נבחרי ציבור ונופחה לשם כך מעבר לכל פרופורציה, אינה צריכה לשלול השתתפות של שופטים במינוי עוזריהם לתפקידי שפיטה. ואכן, בעקבות זאת מונתה ועדה לבחינת ניגודי עניינים בוועדה לבחירת שופטים.

ירון זליכה כיהן כחשב הכללי של משרד האוצר, ובתפקידו זה ביקר בחריפות את ראש הממשלה אהוד אולמרט, וטען כי המכרז למכירת בנק לאומי (שלא הוביל למכירת הבנק) היה אחד ממעשי השחיתות הגדולים בישראל. התיק נסגר בתום חקירה ממושכת, אך הדברים בוודאי השאירו את רישומם. זליכה לא הסתפק בכך. הוא התבטא בחריפות רבה נגד השחיתות שפשטה במדינה, וזכה בכותר של "חושף שחיתות". הליך שיש בו בהקשר הנוכחי עניין מיוחד.

זליכה מונה על ידי הממשלה באוקטובר 2003, ונחתם איתו חוזה העסקה מיוחד לארבע שנים. בסוף אוגוסט 2007 הודיע לו שר האוצר רוני בר-און, כי העסקתו תסתיים בתום תקופת החוזה. בעקבות זאת התבקש מבקר המדינה, מיכה לינדנשטראוס, למנוע את הפסקת עבודתו. המבקר נעתר לפנייה, הוציא צו זמני האוסר על שר האוצר להביא לסיום כהונתו של זליכה, והמדינה נאלצה למעשה להעסיקו מעבר לתקופת החוזה.

המבקר אמור היה לשקול את ההשפעה של הוצאת צו כזה על תפקוד האוצר, ומנכ"ל המשרד, ירום אריאב, מסר לו ש"לד"ר זליכה יחסי עבודה קשים ובעייתיים עם כל ראשי האגפים במשרד האוצר, וכפיית יחסי העבודה עמו תפגע באופן חמור בעבודת המשרד והממשלה". זליכה הכחיש זאת וטען כי "יחסי העבודה שלו עם המקבילים לו באוצר ועם עובדי החשב הכללי תקינים וענייניים, וכי הוא עובד בתיאום ובשיתוף פעולה עם ראשי האגפים וגורמים בכירים באוצר". המבקר העדיף את גרסתו של זליכה, והוציא את הצו המבוקש. למחרת שיגרו אליו 10 בכירים באוצר מכתב, הדוחה בלשון חריפה את גרסת זליכה בדבר יחסי העבודה שלו. לדבריהם, יש לו "יחסי עבודה קשים עד בלתי אפשריים עם כמה מאיתנו". המכתב כולל ביטויים חריפים על התנהלותו של זליכה, ונאמר בו כי "לכפיית המשך העסקתו של החשב הכללי... תוצאות ברורות, והן פגיעה חמורה נוספת בתפקודו של המשרד בכלל ושל ראשי האגפים בפרט". בין החתומים על המכתב היו המנכ"ל אריאב, הממונה על התקציבים קובי הבר, מנהל רשות המסים יהודה נסרדישי והיועצת המשפטית דאז של המשרד ימימה מזוז.

ימים אחדים לאחר מכן פנה היועץ המשפטי מני מזוז למבקר, בהסתמך בין השאר על המכתב יוצא הדופן ששלחו בכירי האוצר (וביניהם אחותו), והציע לו לשקול מחדש את צו ההגנה שניתן לזליכה לנוכח השלכותיו על תפקוד האוצר. בערך חודש לאחר מכן הודיע זליכה על התפטרותו.

בינואר 2010 פרסם לינדנשטראוס דו"ח שנתי מס' 60א, ובו פרק על משרד האוצר. בפרק מצויה גם ביקורת על "עובד בכיר לשעבר א", בהקשר לעבודותיו הנוספות בתקופת היותו במשרד האוצר. מפרסומים בתקשורת התברר שמדובר במי שהיה החשב הכללי ירון זליכה.⁴³⁸ בדו"ח המבקר נאמר כי בבקשת ההיתר שהגיש

א' (זליכה) לשנת הלימודים תשס"ה הוא מסר כי "אין בדעתו להמשיך בהרצאות במוסד אקדמי א', אלא להנחות סמינריון בלבד", אבל המבקר מצא כי "בניגוד לדברים אלה עולה מהדיווח של מוסד אקדמי א' למל"ג כי היקף עבודתו... דווקא גדל במידה ניכרת באותה שנה". בספטמבר 2006 ביקש זליכה להתיר לו ללמד במוסד אקדמי ב, נוסף על עבודתו במוסד אקדמי א (והיותו החשב הכללי באוצר). המבקר מציין: "בבקשתו הצהיר העובד כי ירצה במוסד אקדמי ב' שעה אחת בשבוע בסמסטר אחד. מוסד אקדמי ב' מסר כי... הרצה כל הסמסטר שעתיים בשבוע". בתגובתו של זליכה נאמר שהכשלים המתוארים בדו"ח הביקורת אינם שלו אלא של אחרים, והוא טען ש"דיווחיו תאמו את הסכמי ההעסקה שלו עם מוסד אקדמי א' ואת היקף עבודתו בפועל". אבל בדו"ח הביקורת נרשם: "משרד מבקר המדינה מעיר, כי היקף עבודתו... גדול מהנטען על ידו."

ניצב בדימוס יעקב בורובסקי, היועץ לעניין המאבק בשחיתות במשרד מבקר המדינה, הוא שהוביל את חקירות המבקר נגד אהוד אולמרט. בורובסקי שירת שנים רבות במשטרה, ומילא שורה של תפקידי פיקוד ומטה. האחרון שבהם היה מפקד המחוז הצפוני. בדצמבר 2006 נחקר בורובסקי במשטרה באזהרה, עקב טענה שניסה שנתיים קודם לכן לקדם את מועמדותו לתפקיד המפקד "ל באמצעות הבטחה לסייע לראש הממשלה שרון בחקירות שהתנהלו נגדו. בורובסקי הכחיש את הטענות. תיק החקירה באשמת שוחד נסגר מחוסר אשמה, והחקירה נגדו בעניין הפרת אמונים נסגרה בפברואר 2007 על ידי פרקליט המדינה ערן שנדר מחוסר ראיות. ערעורו של בורובסקי על כך שהנימוק לסגירה היה "חוסר ראיות" ולא "חוסר אשמה" נדחה על ידי מזוז. אפשר שלא להתפעל מההבחנה בין סגירה מחוסר אשמה לסגירה מחוסר ראיות, אך כל עוד היא קיימת, ניתן לצפות שתחול גם על הלוחמים בשחיתות.

הדבר לא מנע את המשך פעולתו של בורובסקי כיועץ בכיר לענייני שחיתות במשרד המבקר, עד לפרישתו מהתפקיד בשנת 2008. כעבור זמן אף אישר היועץ המשפטי הבא, יהודה וינשטיין, את בחירתו לוועד המנהל של רשות השידור. אולם בבירור מקדמי שנעשה בדבר אפשרות מינויו של בורובסקי לתפקיד יו"ר רשות השידור, הודיע וינשטיין לראש הממשלה נתניהו ש"על המינוי הזה לא תהיה תפארתך" והציע שלא למנות אותו. ואילו בורובסקי טען שוינשטיין לא התנגד למינויו לתפקיד זה וכי הוא לא מונה מחמת שהעדיף להמשיך בעסקיו הפרטיים.⁴³⁹

משה לדור מונה לפרקליט המדינה לאחר שהומלץ על ידי ועדת איתור בראשות היועץ המשפטי מזוז. לדור ניהל מאבק עיקש נגד אולמרט, ועמד גם מאחורי ההחלטה השגויה לגבות עדות מוקדמת ממשה טלנסקי. במקביל, הוא

הוביל את התביעה נגד עו"ד יעקב וינרוט באשמת מתן שוחד לשוקי ויטה, מבכירי רשות המסים – תביעה שספק רב אם היתה לה הצדקה ווינרוט זופה ממנה. והנה הסתבר שבפסק דין של בית הדין האזורי לעבודה, בהתדיינות בין המדינה לבין הגימלאי שלמה ברובנדר (שתובא ביתר פירוט בהמשך), נמתחה על לדור ביקורת חריפה.

התובע במשפטו של אולמרט, שהתנהל בבית המשפט המחוזי בירושלים, היה עו"ד אורי קורב, והנה התברר שבמקביל לעבודתו בפרקליטות, לאחר שעות העבודה, הוא לימד במכללת "שערי משפט" קורס "טיעון וחקירת עדים", והתבטא באוזני הסטודנטים בלשון חופשית ובסגנון עסיסי על בתי המשפט. חלק מהשופטים הוא כינה בפשטות "חמורים" – בחולם. מעבר לכך, במשך חודשים אחדים לימד קורב במכללה בלי שקיבל היתר לעבודה פרטית. קורב הורשע בדין משמעתי במסגרת הסדר טיעון, ונידון לנזיפה, הפקעת משכורת אחת והורדה בדרגה לשנה. אפילו הפרקליטות הבינה הפעם שאין מנוס מנקיטת צעדים כלשהם, אך הסתפקה בהליך משמעתי. במשפט נגד אולמרט הותר לקורב להמשיך באין מפריע.

אלו צעדים היו ננקטים נגד איש ציבור הנמצא בחקירות ונחשב "ראוי לטיפול", אילו הוכח לגביו מעשה מקביל בחומרתו לביצוע עבודה פרטית ללא אישור? האם היתה הפרקליטות מסתפקת בפחות מאישום פלילי בהפרת אמונים? מאוחר יותר סופר שנשקלה שאלת חזרתו של קורב להופעה בבית המשפט, וכי לדור הביא בחשבון כמה גורמים, ביניהם "חשיבות הופעתו בתיק המתנהל בעניינם של אולמרט וזקן".⁴⁰ לעומת זאת, חשיבות התפקיד של ראש הממשלה, בעיצומה של מתקפת טילים על ישראל, לא היוותה שיקול במהלך חסר האחריות שבו התבקשה השמעת עדות מוקדמת, עוד לפני הגשת כתב אישום, נגד ראש ממשלה מכהן.

דובר כבר גם על כך שרובם המכריע של המעורבים בפרשה של אי-העברת תוצרי האזנות הסתר בעניינו של חיים רמון לא נפגעו, וחלקם אף זכו בקידום – חרף דו"ח מבקר המדינה. במקרים אלה לפתע הבג"ץ נעלם, היועץ המשפטי נאלם, אין כל מכשול.

בקיצור: אלה המתויגים כאנשי "שלטון החוק", כלומר התומכים בבית המשפט העליון ובפרקליטות, ובוודאי כל אלה המעורבים בהליכים נגד נבחר ציבור, זוכים בחסינות. זו עשויה להיות חסינות מלאה, המגנה עליהם מפני כל משגה, או חסינות חלקית, כזו שבה הסנקציה שתופעל עליהם בשל משגה שעשו תהיה מתונה. ובאותה שעה עצמה יופעל לחץ לשלול סמכויות מהדרג הנבחר ולהעבירן לדרגים אחרים, בעיקר לפקידות הבכירה.

תיאוריית השחיתות נהפכה לאקסיומה הבסיסית, ומשתמשים בה כדי לשלול את סמכות הממשלה לבצע מינויים ולבצע את תפקידיה בשלל תחומים נוספים. אלא שהתיאוריה הזו מופרזת בקיצוניותה. אכן, היו מקרים שבהם הורשעו שרים ונבחרים ציבור בעבירות שחיתות ממשיות. בצדם היו מקרים רבים שבהם נפתחו חקירות סרק ומקרים רבים שבהם הועמדו נבחרים ציבור לדין ללא הצדקה וללא כל בסיס. לא חסרים נבחרים ציבור שלא ניתן לייחס להם כל טענה בעניין שחיתות.

אבל הנקודה המרכזית היא אחרת: אין שום יסוד להניח שהשחיתות אצל נבחרים הציבור חמורה או עמוקה יותר מאשר בקבוצות אחרות בחברה. רובם המכריע של מעשי שחיתות בשירות הציבורי נעשו על ידי פקידים שמונו על ידי פקידים אחרים. כך, למשל, בינואר 2007 התפוצצה פרשת רשות המסים, שבה נטען כי עובדים בכירים ביצעו מינויים בהשפעת אנשים חיצוניים, כדי לקדם אינטרסים של אותם אנשים. שוקי ויטה, כזכור, הואשם בכך שפעל לא כראוי מול לקוחות של עו"ד וינרוט, שייצג אותו בעבר. הפרשה נופחה מעבר לכל פרופורציה. יותר מ-50 איש נחקרו באזהרה, ורק חמישה או שישה הועמדו לדין. ראש רשות המסים ג'קי מצא הורשע בהפרת אמונים ובסיוע לשוחד. איש העסקים קובי בן-גור הורשע במתן שוחד. ויטה הורשע בהפרת אמונים. וינרוט זופה לחלוטין.

על המחיר הכבד שנובע מערעורה המוחלט והלבנת פניה של רשות המסים אין צורך להרחיב את הדיבור. די לציין שבפרשה הזו, שהוצגה בהגזמה כאחת מפרשיות השחיתות הציבורית החמורות בתולדות המדינה, היו מעורבים פקידים שמונו על ידי פקידים אחרים. אם מינוי כלשהו בוצע פורמלית על ידי הממשלה, גם הוא היה למעשה אישור של החלטת פקידים. כפי שראינו, המערכת המשפטית מצפה, ולא פעם אף מחייבת את נבחרים הציבור, לאמץ את המלצות הפקידות – המלצות שהופכות לפקודה.

לא אחת התחוור גם כי אלה שמפנים דרישות מסוג זה כלפי נבחרים הציבור אינם עומדים בעצמם בקריטריונים שהם מבקשים להחיל על זולתם. בכל הנוגע למינויים, הניסיון לימד שכאשר שופטים מעורבים במינוי שופטים, התנהגותם אינה שונה מזו של אחרים, ולא פעם היו הצעות המינויים של הפוליטיקאים ענייניות יותר מאלה של השופטים.

למוסכמה על השחיתות שפשתה בקרב נבחרים ציבור מצטרפות מוסכמות נוספות מהסוג המכליל והמגזים. למשל: כדי שייבחר המועמד הטוב ביותר, מינויים צריכים להיות מקצועיים ולהיעשות בשיטות "אובייקטיביות", על ידי מכרזים או ועדות איתור "נייטרליות". אלה שיתמנו כך יפעלו בכל רגע ועניין כמשרתי ציבור (civil servants), ויבצעו את מדיניות הממשלה ללא משוא פנים

וללא אינטרסים זרים. אבל המציאות שונה, וקיימות אינספור דוגמאות המוכיחות זאת. בדיוני בג"ץ, למשל, כשהמחלוקת נוגעת לנושאי דת ומדינה, כמעט תמיד מחליטים השופטים הדתיים בכיוון אחד ועמיתיהם החילונים בכיוון אחר. ברור שאין כאן שום "אובייקטיביות" וכי זו לא מחלוקת מקצועית, אלא השקפות עולם שונות. בפרשת קו 300 היתה ליועץ המשפטי זמיר, ששלל אפשרות חנינה, דעה אחת. ליורשו, יוסף חריש, היתה דעה הפוכה (שהתקבלה על ידי בית המשפט). האם זה עניין אובייקטיבי או שמדובר בהשקפות עולם שונות, המשליכות גם על קבלת ההחלטות המקצועיות?

משאיבדה הממשלה את סמכותה בענייני מינויים, היא איבדה גם את יכולתה למשול. לאפשרות שהממשלה תיתקל במנגנון לעומתי מבחינת השקפת עולמו ובעל אג'נדה משלו מצטרף גם ניסיון החיים, בוודאי בישראל, האומר כי לא תיתכן שליטה בארגון ללא השפעה על המינויים. במצב הקיים, העובדים המתמנים מייחסים חשיבות עצומה לקשר שלהם עם הפקידים שמעליהם, כי הם אלה שמינו אותם ולא השרים. לפקידות יש מטבע הדברים השקפת עולם משלה ואינטרסים משלה, ואם מדיניות הממשלה או השר אינה נראית לה, יתקשה השר לבצעה.

המאבק שהתנהל ב-2010 בוועדה לבחירת היועץ המשפטי לממשלה ממחיש היטב ששאלת מינויים של בעלי תפקידים בכירים איננה רק שאלה של יכולת מקצועית. למעשה, מדובר בהיבט "הפוליטי" של המינוי – לא במובן של חברות במפלגה, אלא של השקפת עולם. כלפי חוץ דובר על הנתונים המקצועיים של המועמדים, אך לאמיתו של דבר נראה שהמאבק בוועדה לא ניטש סביב רמתם המקצועית, והתמקד בעיקר בשאלה אם להמליץ על מועמדים שהעליון חפץ ביקרם או על אלה שמעדיף שר המשפטים. גם כשפסל אהרן ברק את מועמדותה של רות גביזון לבית המשפט העליון "כי יש לה אג'נדה", היתה זו פסילה משיקולים פוליטיים, לא מחמת רמה מקצועית, אלא שהפעם נאמרו הדברים בגלוי.

לשליטת יכולתה של הממשלה לשלוט במינויים מצטרף כלל משפטי נוסף, המושתת על כוחו של בג"ץ לבקר את החלטות השרים בנימוקי חוסר סבירות. ומהכלל הזה נגזר עוד כלל: אם שר אינו מקיים המלצה או הצעה של "הדרג המקצועי" או הייעוץ המשפטי, הוא נוהג בחוסר סבירות והחלטתו עשויה להיפסל. השורה התחתונה של כל התהליכים הללו היא שהשליטה במדינה עברה לגופים ממונים, שאינם נבחרים בהליך דמוקרטי ואינם חייבים דין וחשבון לציבור. האם זכינו משום כך להתגבר על השחיתות הציבורית או לפחות לצמצם אותה? האם אכן שופר הליך המינויים ונעשה אובייקטיבי או טהור יותר? התשובות הן שליליות.

כאמור, רוב מקרי השחיתות הציבורית הם של פקידים שמונו על ידי פקידים אחרים. הדעה הרווחת בציבור היא שהמכרזים לתפקידים השונים "תפורים", ולרוב ניגשים אליהם (מלבד האיש שנועד לזכות) מועמדים ספורים בלבד. מוסף "7 ימים" של "ידיעות אחרונות" שרטט את זה בדצמבר 2009, כאשר תמונת השער שלו היתה מכנסיים דמויי מפת ישראל, מעליהם חלק ממכונת תפירה, והיתה זו הפניה לתחקיר מאת שחר גינוסר ונעם ברקן על "מדינת המכרז התפור". בתחקיר עצמו נחשפו מקרים שבהם "בכירי המנגנון הממשלתי יודעים – ולא עוצרים את מגיפת חלוקת הג'ובים". במקומות עבודה ציבוריים, שבהם הכנסות העובדים גבוהות יותר מהממוצע במשק, דוגמת הנמלים, רשות שדות התעופה וחברת חשמל, מצא מבקר המדינה אחוז גבוה יחסית של קרובי משפחה.

פעולותיהם של הפוליטיקאים חשופות לתקשורת וכפופות לבקרה ציבורית הרבה יותר חריפה מאלה של הפקידות הבכירה, מה גם שהפוליטיקאים עומדים לבחירות וחייבים להתמודד על קולו של האזרח. התוצאה היא, שהעברת הכוח וסמכות המינויים לפקידות הבכירה ולמערכת המשפטית לא העלתה את רמת השירות הציבורי ולא הורידה את רמת השחיתות. יש יסוד להניח שקרה ההפך. בכל מקרה, ברור שהממשלה איבדה את יכולת המשילות. באורח פרדוקסלי, זו התוצאה של סיסמאות ה"מאבק בשחיתות" וקלישאות ה"הגנה על הדמוקרטיה".

לחסל את שיטת הפרוטקציה. זו היתה מטרתו של "חוק שירות המדינה (מינויים)", שחוקק ב-1959 ומהווה את הבסיס החוקי למינויים בשירות הממשלתי. כדי לחסל את הפרוטקציה ואת המינויים המפלגתיים קבע החוק את העיקרון הכללי שלפיו מינויים יתבצעו באמצעות מכרזים, והוא מהווה ראיה ניצחת לתום לבן של הממשלה והכנסת, ולרצונן הכן להבטיח הזדמנות הוגנת לכל אזרח לזכות במשרה ממשלתית – לפי כישורים ולא קשרים. לשיטת המכרזים נקבע חריג, ולפיו רשאת הממשלה לקבוע רשימה של משרות שאליהן יתמנה אדם רק באישורה. כך נקבעה גם רשימת המשרות הבכירות שבהן תופעל ועדת איתור. מדובר בוועדה שהרכבה נקבע על ידי הממשלה, וכוללת לרוב פקידים בכירים יחד עם מומחים חיצוניים. במקרים רבים יש לפקידות הבכירה השפעה מכרעת על החלטת הוועדה. לפעמים יש גם לשר השפעה כלשהי, בעיקר אם מנכ"ל משרדו הנו חבר בוועדה והוא משתף עמו פעולה.

ועדת האיתור רשאית לפנות מיוזמתה למועמדים, ואינה מוגבלת לבחור באנשים מתוך השירות הממשלתי. יש לכך יתרונות, בזכות מרחב התמרון וחופש הפעולה. החולשה נובעת מכך שוועדות איתור רבות מציגות מועמד אחד בלבד. גם אם היה לשר מועמד סביר אחר, ייתכן שהוא לא יוכל אפילו להעלותו להצבעה, כי חברי

הוועדה בחרו באדם אחר – ורק בו. במציאות הישראלית, כששרים פועלים לא אחת תחת חרב מתהפכת של חשד בשחיתות או למצער בחוסר סבירות, כמעט אין אפשרות שלא לאשר את המועמד שהציעה הוועדה. האיש מבין שהוא חייב את קידומו, ולא פעם גם את נאמנותו, לחברי הוועדה הדומיננטיים.

שיטת ועדות האיתור הוחלה עם הזמן על משרה אחרי משרה, לרבות מינויים שלגביהם קובע החוק כי הם ייעשו על ידי הממשלה. התוצאה המעשית היא, כאמור, שתחום המינויים הופקע מידי הממשלה.

ג'קי מצא מונה למנהל רשות המסים ב-2005. המליצו עליו, בין השאר, אנשי עסקים, ו"בתמורה לחלקם של אנשי עסקים אלה במינויו, גמל להם מצא באיוש תפקידים שונים ברשות המסים לפי רצונם".⁴¹ הוא הורשע במסגרת הסדר טיעון במרמה והפרת אמונים ובסיוע למתן שוחד, והממשלה החליטה ב-2007 שמנהל רשות המסים ייבחר באמצעות ועדת איתור. הוועדה המליצה על בכיר הרשות משה אשר, אבל שר האוצר יובל שטייניץ סירב לקבל את המלצתה. אשר פנה לבג"ץ, ובפסק דינם קבעו השופטים ריבלין, רובינשטיין ופוגלמן כי להמלצת הוועדה יש משקל "כמעט מכריע", ואם השר רוצה לדחות אותה "עליו להצביע על טעם שהוא כבד דיו כדי לגבור על משקלה". במקרה הזה הרף עוד הוגבה, והחובה לייחס משקל "כמעט מכריע" להמלצה הוגדרה כ"גבוהה מהרגיל", משום שההליך של ועדת איתור "בא על רקע פרשייה קשה של פגיעה בטוהר המידות ברשות המסים".

שום פסק דין של בג"ץ לא יהיה שלם ללא מילים אחדות על "אמון הציבור", ואכן אנו קוראים ב"אשר נגד שר האוצר"⁴² ש"הקמת ועדת איתור חדשה עלולה לפגוע פגיעה קשה באמון הציבור ברשות המסים". בסופו של דבר נהפך הצו למוחלט, ובג"ץ הורה לשר האוצר להביא את המלצתה של ועדת האיתור לממשלה. ההמלצה נהפכה שוב לפקודה, שמעקרת את כוחה, סמכותה ויכולותיה של הרשות המבצעת.

ועניין מסוים יש גם בנושא השחיתות שעמד ברקע. איש לא ייחס לשר האוצר שחיתות כלשהי בהקשר למינויו של ג'קי מצא, כשם שאיש לא ייחס מניעים פסולים כלשהם לשר שטייניץ (ובכלל ג'קי מצא מונה שנים לפני ששטייניץ התמנה לתפקיד שר האוצר). אף על פי כן הניח בית המשפט שבמינוי על ידי שר יש סיכון כזה, בעוד שמינוי על ידי פקידים ומומחים הוא ערובה נגד שחיתות.

שאלת מנהל רשות המסים הסתיימה בפשרה. שר האוצר אמנם אולץ להביא את המלצת ועדת האיתור לאישור הממשלה, אלא שלאור התנגדותו היה סיכוי שהממשלה תצביע נגד מינויו של משה אשר, והעניין היה חוזר לבג"ץ. הפשרה

קבעה כי מועמדו של השר, דורון ארבלי, יתמנה למנהל הרשות לשנה, כאשר אשר מכהן כסגנו, ואחרי שנה ייהפך משה אשר למנהל.

כאשר התמנתי לשר הבנתי שהכרחי לשנות את המגמה, והפתרון שהיה (ועודנו) נכון בעיני הוא לאפשר לשר להציע מועמד משלו, כפוף לכך שוועדה מקצועית תבדוק אם כישוריו הולמים. הדבר יבטיח שהמועמד יהיה ראוי – אבל גם שהשר יוכל לעבוד איתו בשיתוף פעולה. הוא גם מבטיח שיהיה ניתן לגייס לשירות הציבורי מועמדים מהשורה הראשונה, שיש לכישורים שלהם ביקוש רב ולכן אין להם עניין לעבור "אודישנים". למרות זאת, באווירה השלטת ולנוכח השתרשות שיטת ועדות האיתור, לא הצעתי שהשר יציע את המועמד. הסתפקתי בכך שוועדות האיתור יידרשו להציע שלושה מועמדים (אלא אם כן אושר להן במקרה ספציפי להסתפק במועמד אחד), והשר יוכל לבחור מבין השלושה את האדם הנראה לו.

היועץ המשפטי מני מזוז ונציב שירות המדינה שמואל הולנדר התנגדו בכל תוקף. עד היום לא הצלחתי להבין את נימוקיהם. בשיחת טלפון הסביר לי הנציב כי הוא חושש שבמקרה כזה ייבחר המועמד של השר. לא הבנתי מה רע בכך. אם ועדת האיתור מצאה שיש לו כישורים מתאימים, העובדה שיש לשר עניין לעבוד איתו וההנחה שיהיה ביניהם שיתוף פעולה – הן רק יתרון. ייתכן כמובן שההנחה המוסווית בהתנגדות הזו היא שהשרים בהכרח מושחתים, וכי מינוי על ידי השר נגוע מראש בשחיתות – גם אם המועמד מתאים לתפקיד וגם אם לא ניתן להצביע על קיומה של שחיתות. למעשה, ברור שמתנהל כאן מאבק על שלטון, ושהפקידות חותרת לבצר את השלטון בידיה.

לאחר שהולנדר סיים את תפקידו, הוא פרסם ביקורת על פרשת מינוי מנהל רשות המסים, במאמר שכותרתו "הרשות נתונה" ב"מעריב", וכתב: "מה שעולה מהסאגה הזו הוא כרסום נוסף ביכולת המשילות הרופפת של הממשלה... הגיעה העת שהממשלה תחזיר לעצמה לפחות חלק מסמכויותיה... אבל לשם כך נדרש אומץ לעמוד בפני המערכת המשפטית". מה שנדרש הוא גם התמודדות עם הפקידות הבכירה. ברגע שהממשלה מעבירה לפקידות סמכות כלשהי, הסיסמה היא "שטח משוחרר לא יוחזר", וקשה לשרים להתמודד עם צירוף הכוחות בין הפקידות הבכירה למערכת המשפט.

נתקלתי בכך אישית. המאבק נגד העמדה שלי בנושא המינויים התנהל בכל האמצעים שהבירוקרטיה מסוגלת לגייס. נדרשה, למשל, חוות דעת של גוף הנקרא "ועדת השירות", ואז הסתבר שהיא אינה מתכנסת או שצפויה בה התנגדות, ולכן בינתיים לא מקבלים את עמדתי. אחר כך נסחב העניין בכל פעם

מסיבה אחרת. להערכתי, היה להצעה שלי רוב ברור בממשלה, אבל בזמן שעמד לרשותי לא עלה בידי להביאו להכרעה. כרגיל במקומותינו, הפקידות קיבלה את ההחלטה במקום השרים.

הוויכוח אם ועדות איתור יציעו מועמד אחד או שלושה נחזה כצנוע ונחבא אל הכלים. התקשורת כמעט לא גילתה בו עניין, ואנשי ציבור כמעט לא התייחסו אליו. חוסר ההבנה של משמעותו הקרדינלית ממחיש את העובדה שדו"ח ועדת שמגר ביחס לבחירת היועץ המשפטי הממשלה, וכמוהו החלטת הממשלה על בחירת פרקליט מדינה, אינם מתייחסים כלל לאפשרות של הצגת יותר ממועמד אחד. זוהי רק דוגמה לכך שעניינים שעשויים להיות בעלי חשיבות מכרעת מוצגים כשוליים ונדרחקים לקרן זוית, אך בעלי הידע, האישים המרכזיים במנגנון הבירוקרטי, יודעים לנצל את יתרונותיהם. ההתפתחות בעניין ה"משני" הזה תגרום בהמשך להפלת ממשלת אולמרט.

בשיחת החפיפה שלי עם יעקב נאמן נכללו ועדות האיתור ברשימת הנושאים שהצעתי לו להתמודד איתם. עמדתו העקרונית של נאמן דומה לשלי, ולמיטב ידיעתי זו עמדתם של רוב השרים ואולי של כולם. אולם מכאן ועד להתגברות על הבירוקרטיה ועל המערכת המשפטית, בתנאים שבהם מנסה הממשלה להחזיר לעצמה ולו נתח מהשלטון, הדרך רחוקה. נאמן ניסה לטפל בנושא, אך הסתבר שהיו מכשולים ובמשך כל ארבע השנים שבהן כיהנה ממשלת נתניהו השנייה לא עלה בידה להסדיר את העניין ה"פעוט" הזה. קודם לכן, בתחום שהיה בשליטתי, מינוי נשיאים וסגני נשיא לבתי המשפט, דאגתי שוועדות האיתור יצטוו להציע שלושה מועמדים.

יועץ משפטי לממשלה ופרקליט מדינה הם מינויים של הממשלה, באמצעותו של משרד המשפטים. ועדת שמגר, בעקבות פרשת "בר-און-חברון", המליצה על הקמת ועדה לבחירת יועץ משפטי, ובפעם הראשונה שהיא נקראה להציע מועמד (לממשלת שרון) היא לא הגיעה להסכמה, והציעה שלושה. מתוכם בחרה הממשלה במני מזוז (לאחר שהועלו טענות בלתי-מוצדקות נגד מועמד אחד שהעדיף השר לפיד, ומועמד אחר שהיה מועדף עליו נדחה על ידי הוועדה). מיד לאחר בחירתו השתכנע לפיד לגרום להקמת ועדה דומה לבחירת פרקליט מדינה. הממשלה אישרה את ההצעה, ולפיד אמר בזמנו כי היה זה "נדבך נוסף בשמירה על שלטון החוק ותקינות ההליכים במדינת ישראל". אינני יודע אם הוא עמד על משמעות המהלך ועל כך שהממשלה, שעד אז יכלה לבחור פרקליט מדינה ללא סייג או מגבלה, מאבדת בכך את השליטה על הנעשה במשרד המשפטים, ומעצימה את כוחו האדיר והמופרז ממילא של היועץ. אני מעריך שהאפשרות של

הצגת יותר ממועמד אחד על ידי הוועדה כלל לא עלתה. לפיר מן הסתם לא היה ער לנקודה וגם לא העלה כנראה על דעתו כיצד יחרוץ הדבר בכוא היום את גורל ידידו אולמרט, ואת גורל הממשלה שעמד בראשה.

במאי 2004, חודשים ספורים לאחר קבלת ההחלטה בעניין ההליך, נבחרה פרקליטת המדינה עדנה ארבל לשופטת בעליון. במקומה נבחר ראש המחלקה לחקירת שוטרים ערן שנדר, במידה רבה בהשפעתו של מזוז. נאווה בן-אור, המועמדת שהעדיפה דורית ביניש, פרשה. זה היה ביטוי לפיצול בין הקבוצות השונות בפרקליטות. מזוז השתייך, לדבריו, לאופוזיציה מול הקבוצה המקורבת לביניש, שכללה את ארבל ובן-אור. בחירת פרקליט מדינה על ידי ועדה בראשותו הבטיחה שסכסוך מתקשר דוגמת זה שהתגלע בין מזוז לארבל, בהקשר לסגירת תיק "האי היווני", לא יישנה. אבל אסור להתעלם מהעובדה שהממשלה – ושר המשפטים בפרט – נותרו לגמרי מחוץ לתמונה. אני, במסגרת השקפתי הכללית בעניין ועדות איתור, סברתי שגם בעת בחירת היועץ המשפטי ופרקליט המדינה יש לחייב את הוועדה להציג לפני השר שלושה מועמדים. זמן קצר לאחר בואי עמד העניין למבחן. שנדר ביקש לסיים את תפקידו, אף כי נותרו לו שלוש שנות כהונה, והתעורר צורך לבחור פרקליט מדינה חדש. מזוז התנגד לרעיון שוועדת האיתור תציע שלושה מועמדים. והוא לא הסתפק במאבק בתוך הממשלה. בשלהי מאי 2007 התקיים באילת הכנס השנתי של לשכת עורכי הדין. מזוז הגיע לכנס לפני, ובדרכי לשם סופר לי שהוא ניצל את הבמה שהועמדה לרשותו כדי לתקוף אותי ואת ההצעה שהעליתי. למען האמת, נדהמתי. העובדה שעוצמתו של היועץ המשפטי עולה על זו של שר המשפטים, ואף של ראש הממשלה, לא היתה כמובן חדשה עבורי. ובכל זאת, בעבר שמרו היועצים המשפטיים על כללים שאינם רק כללי נימוס והתנהגות בסיסיים, אלא מתחייבים מכוח הדין ומהשיטה הדמוקרטית הנוהגת בישראל. גם בעבר היו אי-הסכמות בין שרי משפטים לבין יועצים, אבל תופעה כזו מעולם לא נרשמה. שלב חדש ומסוכן בהידרדרות שלטון החוק יצא לדרך, כביכול למען "שלטון החוק".

נוכחנו כבר בעובד המדינה ירון זליכה מותח ביקורת פומבית על ראש הממשלה, וזוכה בהגנת מבקר המדינה, אשר מונע את סיום כהונתו. כעת גלש העניין הלאה במורד, כשהיועץ המשפטי, שאמור לשמש סמל של התנהגות תקינה, מפר ברגל גסה את כללי ההתנהגות המחייבים כל עובד מדינה. די להשוות זאת למה שאירע לגנרל סטנלי מקריסטל, מפקד הכוחות האמריקניים באפגניסטן, אשר מצא לנכון למתוח ביקורת על הנשיא ברק אובמה ועל הבית הלבן. כל הישגיו בעבר וגם התנצלותו לא הועילו. תוך ימים ספורים הוא נשלח אחר כבוד לביתו – הוא ושלל האותות שעל חזהו.

בקיץ 2009, לאחר שקמה ממשלת נתניהו, שב מזוז, שעדיין כיהן בתפקידו, לכנס באילת. שוב הוא מצא לנכון להתבטא נגד שר בממשלה, הפעם נגד אביגדור ליברמן, ואמר שבמדינה מתוקנת אסור היה לליברמן להתמנות לתפקיד שר החוץ. לעובדה שליברמן נמצא בחקירה יותר מעשור, ובמשך כל הקדנציה בת שש השנים של מזוז העניין היה בטיפולו והמחדל בחצרו – הוא לא ייחס חשיבות. כמיטב המסורת של היפוך הסמכויות הסתפק השר הממונה נאמן בביקורת רפה, באומרו ש"כאשר הנושא מונח על שולחנו... אין זה ראוי שהיועץ המשפטי יתבטא בפומבי ויאמר מה דעתו בנושא. זה דבר שחז"ל אמרו עליו ששתיקה יפה לו". לכך ניתן להוסיף שבמדינה מתוקנת, שבה לא לקתה הממשלה באין-אונות, לא היה היועץ המשפטי נשאר ולו יום אחד בתפקידו לאחר הדברים שאמר עלי או על שר החוץ. פקיד בכיר ככל שיהיה המתבטא בצורה כזו על שר בממשלה – אם אינו מתפטר מעצמו, היתה נמצאת דרך להבהיר לו שזמנו עבר.

גם אני הסתפקתי בכך שהגבתי במילים בלבד על דבריו של מזוז נגדי. אמרתי שאני בר-מזל, כיוון שאת השר שקדם לי העמיד מזוז לדין, ולגבי הוא הואיל להסתפק בדברי ביקורת. לעצם העניין ציינתי כי אין ממש בהתנגדותו של מזוז לכך שהדרג הפוליטי יהיה מעורב בבחירת פרקליט המדינה. יותר מיובל נבחרו פרקליטי מדינה על ידי שרי המשפטים והממשלה, ומעולם לא נשמעו טענות על מניעים פסולים. היה ברור לי שתגובתי אינה מספקת, אבל בנסיבות הפוליטיות של אותם ימים ידי היו כבולות. ראש הממשלה היה נתון בחקירה, שנמצאה בידיו של מזוז. כל צעד נגדו היה מתפרש כניסיון להגן על אולמרט, וגורר לא רק זעקות בתקשורת אלא גם מספק דלק ליריביו הפוליטיים, שרק ציפו להפלתו. כל זה, כאשר שבועות ספורים קודם לכן הוגש דו"ח הביניים של ועדת וינוגרד, שערער את מעמדה של הממשלה, ולאחר שציפי לבני תבעה מאולמרט להתפטר. את הצעד שיכולתי לנקוט אחרי ההתקפה של מפכ"ל המשטרה דודי כהן על ישיבת הממשלה (עניין שאליו אתייחס בהמשך) – צעד שגם הוא היה בלתי-מספיק – לא היה ניתן להפעיל אז לגבי היועץ המשפטי.

בהזדמנות שבה תקף מזוז את ליברמן הוא ראה לנכון לבקר גם את שובו של חיים רמון לממשלה. רמון הורשע ללא קלון, אך לדעת מזוז היה בחזרתו אל שולחן הממשלה פגם מבחינה ציבורית. לפגמים החמורים המתנוססים מעל התבטאויותיו הפסולות נגד שרים הוא עיוור, כשם שהיה עיוור לפגם הציבורי הטמון בהימנעות מנקיטת אמצעים כלפי האחראים לכשלים החמורים בתיק רמון. הוא עצמו נרתם בכל כוחו להעניק להם הגנה חורגת מהראוי.

בחירת היועץ המשפטי ופרקליט המדינה הועלתה אם כן בישיבת הממשלה. לא עשיתי לובי לעמדתי, שלפיה צריכה ועדת האיתור להציע שלושה מועמדים,

ונמנעתי גם מלשוחח עם אולמרט בעניין. נראה שטעיתי. חשתי לא בנוח לנוכח העובדה שהוא נתון בחקירה, אף שלא סביר שרשויות החקירה יוכלו לשתק בצורה כזו את ראש הממשלה. עמדתי הבסיסית היתה שבראש הוועדה לבחירת יועץ משפטי צריך לעמוד שר משפטים לשעבר (ולא שופט בית המשפט העליון). באשר לבחירת פרקליט מדינה הצעתי שבוועדה לא ייכלל שופט הממונה על ידי נשיא בית המשפט העליון. שוחחתי לפני כן עם מזכיר הממשלה ישראל מימון. הוא אמר לי שלדעתו יש רוב בממשלה לעמדתי. והנה, כשהגיע המועד השתנתה התמונה. מאיר שמגר התבטא נגד השינויים שביקשתי להנהיג, טען שהצעתי הגיעה לממשלה "בלי שום דיון מוקדם. בלי שום דיון ציבורי", והוסיף שכוונת הוועדה שעמד בראשה היתה "שהאיש שיישא בסמכויות היועץ המשפטי לממשלה יהיה נייטרלי ומנותק מהמערכת הפוליטית".

בניגוד לשמגר, אני לא מאמין בנייטרליות המנותקת מהשקפת עולם בתפקיד הזה, וסבור שהממשלה זכאית ליועץ משפטי משלה, כדי לסייע לה במימוש מטרותיה, במסגרת החוק. כישלון התיאוריה הנייטרלית והעובדה שלא מדובר בנושא אובייקטיבי מוכחים במציאות פעם אחר פעם, ובין השאר בכישלון המוחלט של ועדת האיתור למינוי יועץ משפטי בתקופת נאמן. אך באותם ימים היה ברור שדבריו של שמגר, הנהנה מהערכה רבה וממעמד רם, לא הקלו עלי. אף כי דבריו וגם דו"ח הוועדה שלו לא התייחסו לבחירת פרקליט מדינה, היתה להם השלכה דווקא בנושא זה.

לקראת פתיחת ישיבת הממשלה הודיע לי מימון שלא יהיה ניתן להעביר את הצעותי, וכפי שהבנתי מאוחר יותר הוא חש שראש הממשלה חותר לפשרה. הייתי בבעיה, מאחר שראש הממשלה נדרש על ידי מזוז לא להשתתף בדיון. הוא נימק זאת בכך שאולמרט נמצא בחקירה, ואני מתקשה עד היום להסכים לכך. לא דובר כלל בבחירת פרקליט מדינה על ידי ראש הממשלה. דובר רק בבחירת ועדה, שבראשה יעמוד מזוז, והיא תציג שלושה מועמדים. הבחירה בין השלושה תיעשה על ידי שר המשפטים, שיביא את ההצעה לממשלה.

אבל זו היתה רק ההתחלה. מזוז השתתף בדיון, והסתבר לי שכמה וכמה שרים נמצאים בחקירות או ב"בדיקות" למיניהן. עבורי היו התופעה וממדיה חדשים. חשתי אווירה של פחד. יועץ משפטי שהעמיד לא מכבר נבחר ציבור לדיון, ואחרים נמצאים בחקירות תחת הנחייתו – גם אלה שאינם נחקרים כרגע שמעו על "הפרת אמונים", והם ערים לכך שניתן לפתוח בחקירה נגדם על כל עניין של מה בכך. בהפסקה פנה אלי אחד משרי ש"ס, ואמר לי במפורש שאין להם עניין להתנגש עם מזוז והם יימנעו בהצבעה. הבנתי שאין מנוס מפשרה.

הפשרה שהושגה היתה נוחה למזוז, בראש ובראשונה משום שנותר בעינו הכלל

המאפשר לוועדת האיתור לפרקליט מדינה להסתפק במועמד אחד. הדרישה השנייה שלי, שבוועדה לא יכהן שופט המתמנה על ידי נשיא בית המשפט העליון, לא הפריעה לו ואולי אף הקלה עליו. כך או כך, השפעתו בוועדה היתה דומיננטית. מבחינתי היה בכך עניין עקרוני. אין כל דופי במינוי שופטים בדימוס לוועדות שונות. רבים מהם עתירי ידע וברוכי כישרון, ואין סיבה לא לנצל זאת. אולם מינוי על ידי נשיא בית המשפט העליון לוועדה שבוחרת בעלי תפקידים ברשות המבצעת נראה לי בלתי-רצוי. יש בכך ערבוב בין הרשויות, ובתקופה שבה עמלה הנהגת העליון כדי להבטיח את עליונותה על הרשות המבצעת, גובר הסיכון. הפיאסקו בוועדה שתרה אחרי מחליף למזוז ממחיש היטב את הבעיה.

בנושא זה לא היה למזוז אינטרס, כי מדובר בתקופה שאחריו, וכך התאפשר לי להעביר את התיקון להחלטת הממשלה, ולקבוע כי ועדת האיתור לבחירת היועץ המשפטי תציע שלושה מועמדים. פה גם לא ביקשתי לשלול לחלוטין מינוי שופט על ידי נשיא בית המשפט העליון. במקום זאת הצעתי שיושב ראש הוועדה יהיה שר משפטים לשעבר (ולא השופט). הפשרה השאירה את השופט על כס יושב הראש, אבל קבעה כי מינויו טעון הסכמת שר המשפטים. בכך הובטח לפחות ששופטים שתקפו בתקשורת את הממשלה או אחד משריה לא יכהנו בוועדה העוסקת במינוי היועץ המשפטי שלה. לאחר שהושגה הפשרה עברה ההחלטה בממשלה ללא קושי. השרים נשמו לרווחה.

בהמשך הדרך הציעה הנשיאה ביניש לראשות הוועדה את השופט (בדימוס) תאודור אור. אור מקורב לקבוצת ברק וזמיר, אך ייאמר לזכותו שהוא שופט בעל רמה גבוהה, ששמר על כללי ההתנהגות המצופים משופט בהתבטאויות פומביות ולא הקים קולות זעקה במחלוקות בעלות אופי ציבורי. הסכמתי למינויו, אלא שדיוני הוועדה בראשותו, שהתקיימו בתקופת ממשלת נתניהו ולאחר שמזוז סיים את תפקידו, הסתיימו בכישלון גמור.

הוועדה לאיתור פרקליט המדינה שיחליף את ערן שנדר הציעה ברוב דעות את משה לדור, שהיה בעבר פרקליט מחוז ירושלים ועסק לאחר מכן בעריכת דין פרטית. חברת הוועדה רחל תורן תמכה במועמד עדיף בהרבה, יהודה וינשטיין, מבכירי הסניגורים בתחום הפלילי. משרד המשפטים, כמו בית המשפט העליון, אינו צריך להסתפק במועמדים שבית גידולם הוא השירות הציבורי. הוא זקוק כאוויר לנשימה לעורכי דין מובילים, המכירים את המשפט מצדו האחר של המתרס ויודעים שלא צריך לחפש שחיתות במקום שאיננה קיימת. מבחינתי התעוררה שאלה, האם להביא את המינוי של לדור לאישור הממשלה. העובדה שהוועדה הוסמכה להציג מועמד אחד בלבד לא מנעה לחלוטין את האפשרות

להתנגד לבחירתו מסיבה סבירה, אך ברור שהחלטת הממשלה המאפשרת הצגת מועמד אחד בלבד הכבירה מאוד על האפשרות הזו. על תכונה אחת של לדור, נטייתו להאריך בדיבור עד לעייפה, במידה המקשה על כל דיון ענייני עמו, היה ניתן לעמוד ללא קושי. עניין אחר כרוך בממצאים שנקבעו לגביו בפסק דין של בית הדין האזורי לעבודה, בתביעה שהגיש נגד המדינה ד"ר שלמה ברובנדר, גימלאי בשירות המדינה, שהיה מיוצג על ידי עו"ד אלי בן טובים. פסק הדין מציין ש"התגלתה התנהלות רשלנית חריגה" בטיפול של המדינה, שהיתה מיוצגת על ידי פרקליטות מחוז ירושלים. "המדינה לא קיימה פעם אחר פעם החלטות בית הדין לעניין הגילוי" (של המסמכים), והרשמת נעתרה לבקשת התובע למחוק את כתב ההגנה של המדינה "ולמתן פסק דין על יסוד התביעה לאחר שהמדינה לא מילאה אחר צו לגילוי מסמכים". המדינה ביקשה לנקוט הליכים לביטול פסק הדין, אך לא הגישה במועד את בקשתה. היא ביקשה שיוארך המועד להגשת בקשת הביטול, אך הרשמת דחתה את הבקשה, והמדינה ערערה לבית הדין לעבודה.

הבקשה להארכת המועד נתמכה בכמה תצהירים, ביניהם תצהיר של לדור, שהיה אז פרקליט מחוז ירושלים. בין היתר טענה הפרקליטות כי התקלות שאירעו בתיק נבעו מבעיות רפואיות של הפרקליטה שטיפלה בו. הערעור נדחה, ובפסק הדין מסופר כי בתצהיר שהגיש "מתאר עו"ד לדור מתי נודע לו לראשונה על פסק הדין שניתן במעמד צד אחד ועל כל האירועים וההתרחשויות בתיק, ואף הטיל את האחריות באשר לאי-ידיעתו בכך שכל המכתבים שהופנו אליו על ידי בא-כוח המשיב הועברו ישירות על ידי המזכירות לפרקליטה מבלי שזאת עדכנה אותו על כך... עו"ד לדור בעצם מטיל בתצהירו את האחריות על הפרקליטה והמזכירות של הפרקליטות, מבלי שהוא מצוי בכל עובדות המקרה בעת הגשת התצהיר, בשל אשפוזה של הפרקליטה יומיים לפני הגשתו".

בית הדין לעבודה אמר על כך: "לאחר ששמענו את עדותו של עו"ד לדור, ואף עיינו בתיק הפרקליטות שהוגש כנספח במהלך החקירה, הסתבר כי פסקי הדין שניתנו... עברו תחת ידיו של עו"ד לדור, שכן הוא חתם עליהם והעביר אותם לעו"ד גרינבוים לטיפול, ובכך יש סתירה לכל דברי עו"ד לדור בתצהירו באשר לידיעותיו על עצם קיום פסקי הדין. אמנם עו"ד לדור הסביר לפני בית הדין את אופן עבודת פרקליט המחוז וחוסר האפשרות לעיין בכל מסמך ומסמך המגיע, אולם לא ניתן כל הסבר מדוע לא נערך פיקוח על עבודת הפרקליטה, לאחר שניתן פסק דין מעין זה, ולא הוגשה בקשה לביטולו. עולה מן המקובץ, כי התנערות פרקליט המחוז מאחריות טיפולה של הפרקליטה, בתצהירו, לא היתה במקומה."⁴⁴³

החומר יכול להצדיק את רחיית מועמדותו של לדור, והעובדה שלא עשיתי זאת היתה המשגה החמור ביותר של כהונתי. עם זאת היה בעניין קושי, שכבר צוין לעיל, עקב החלטת הממשלה שלפיה יכולה ועדת האיתור לפרקליט המדינה להציע רק מועמד אחד. הערכתי גם שאי-בחירתו לא תפתח את השער ליהודה וינשטיין, ושמזוז יפתח מחדש את הדיון בוועדת האיתור וימצא תובע אחר. ברור גם כי אילו ביקשה הממשלה למנות לתפקיד כלשהו אדם שאינו נראה לאנשי "שלטון החוק", והיה נאמר עליו בפסק דין מה שנאמר על לדור, היא היתה נאלצת להתמודד עם התקפות נזעמות בתקשורת ועם סדרה של עתירות לבג"ץ. אבל לדור נקרא לתגבר את מזוז במאבקו ב"שחיתות", והעניין עבר בשקט גמור. מזוז, שאימץ מדיניות תביעתית וחקירתית גורפת לאחר השלב הראשון של כהונתו, היה זקוק לפרקליט מדינה שיאזן אותו, אבל זכה באדם שרק חיזק את גישתו, עד שהגיעה לממדים בלתי-מתקבלים על הדעת. היה ניתן אולי לצפות כי מי שכך נאמר עליו בפסק דין ידע להתייחס ביתר איזון למשגים של הזולת, ולדור אכן גילה סלחנות מופלגת למשגים חמורים של אנשי הפרקליטות – מעשים שלא הצדיקו בשום פנים סלחנות כזו – אבל לגבי אנשים מחוץ לפרקליטות הוא נטה לא פעם לחומרה.

לדור עמד, לדוגמה, מאחורי התביעה המופרכת באשמת שוחד שהוגשה נגד עו"ד וינרוט. בעיקרו של דבר היה זה ניסיון חדשני להרחיב את עבירת השוחד, ולהחילה על עורך דין שנמנע מלגבות שכר טרחה מעובד ציבור, או שהשכר שקיבל נפל לדעת הפרקליטות מהסכום הראוי, בנסיבות שהיו רחוקות מלהצדיק אישום כזה. שימוש כה קיצוני בעבירת השוחד הפך את המשפט לספינת הדגל של הפרקליטות, אבל חשוב להדגיש: בתחום הפלילי אין מקום ליצירתיות כזו. בתי המשפט, ובוודאי הפרקליטות, לא אמורים להמציא עבירות או להרחיבן לנסיבות שבהן לא הוכר מקומן בעבר. כפי שציין חיים כהן: "מפרשים את החוק פירוש מילולי מדוקדק בדיני נפשות: ...המילים שהשתמש בהן המחוקק הן כעין 'מאגנה כרטה' של הנאשם בפלילים, שאין להרשיעו אלא על ידי דיבור מפורש שיצא מפי המחוקק, ואין עונשין מן הדין – לא מן האנלוגיה ולא מגזירה שווה ולא מקל וחומר ולא ממה שנראה בעיני השופטים ככוונת המחוקק."⁴⁴⁴

למרבה הצער, הגישה הליברלית הזו ירדה אצלנו מגדולתה, ופינתה את מקומה לפרשנות התכליתית. על פי הגישה הזו, שפותחה ושוכללה על ידי ברק, גם חוק פלילי יש לפרש לפי תכליתו, ורק אם יש כמה פירושים סבירים יש לאמץ מביניהם את הפירוש המקל ביותר עם הנאשם. בעיניי, ראוי שגם הגישה הזו תהיה כפופה לעקרונות היסוד, שלפיהם "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", ואין מקום לענישה פלילית רטרואקטיבית באמצעות פסיקה יצירתית, כשם שאין זה מתפקידם של

הפרקליטות ובתי המשפט לברוא עבירות על בסיס הוראה מעורפלת בחוק. למיטב הבנתי, הדבר מנוגד גם ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

בספינת דגל אחרת של מזוז התעוררה בעיה דומה. מדובר בהאשמתו של צחי הנגבי בהפרת אמונים בשל מינויים פוליטיים. הנגבי זוכה, ובצדק. לדור לא היה אחראי לתביעה, שהוגשה טרם מינויו. אולם, כאשר זוכה הנגבי ביקש לדור להגיש ערעור מיותר. למרבה המזל הוחמץ המועד להגשת ערעור בגלל שביתת הפרקליטים. טוב ששתי ספינות הדגל הללו הוטבעו. חבל רק שהיה צורך בשנים של התדיינות ובהשקעה עצומה של משאבים כדי להשיג את התוצאה הזו.

לדור גם הצטרף למאמצים הבלתי-ראויים של מזוז למנוע חקירה עצמאית ויסודית בכשלים החמורים של הפרקליטות והמשטרה בפרשת רמון, וכשמצא מבקר המדינה כי טיפולן של פרקליטת מחוז תל אביב רות דוד והפרקליטה המלווה אריאלה סגל-אנטלר בתוצרי האזנות הסתר לקה ברשלנות, לא רק שלא נקט נגדן צעדים, הוא אף עשה הכול כדי להגן עליהן, ופעל לקידומה של סגל-אנטלר לתפקיד פרקליטת מחוז תל אביב.

בפברואר 2011 נתן לדור ריאיון לגידי וייץ מ"הארץ", שם תקף גם את ישיבת הממשלה שדנה בדרישה לחקור את התנהלות המשטרה והפרקליטות בפרשת רמון, וכינה אותה "הזויה". (בהזדמנות זו הוא תקף גם את ראש הממשלה לשעבר, אהוד אולמרט, בשעה שמשפטו תלוי ועומד. אולמרט הגיש נגדו תביעה על הוצאת לשון הרע, והעתירה למחיקתה נדחתה. לאחר מכן טען לדור לחסינות, וביקש שהתביעה תוגש נגד המדינה במקום נגדו אישית. הטענה נדחתה על ידי השופטת ריבה ניב, וערעור על כך נדחה גם הוא, מנימוקים אחרים.⁴⁵ ערעור נוסף הוגש, טענת החסינות נוסחה מחדש, אך הפרשה תמה במכתב של לדור, שבו כתב כי "בדבריי בראיון, בנוגע למר אולמרט, לא היתה כוונה לפגוע בכל דרך שהיא, ומכל מקום אני מביע צער על כי מר אולמרט חש נפגע מהדברים").⁴⁶

כל הדברים הללו מתגמדים לעומת ההליך של גביית העדות המוקדמת של טלנסקי נגד ראש הממשלה אהוד אולמרט, שנפתח במאי 2008. מאחורי ההליך חסר האחריות והבלתי-סביר הזה עמדו מני מזוז ומשה לדור. היתה זו דוגמה לכך שהלהט התביעתי האפיל על כל שיקול ציבורי אחר. הדבר גם המחיש את היעדרו של גורם מאזן במערך התביעתי – ואת המחיר ששולם עקב כך.

בתחילת כהונתו פעל מזוז אחרת. הוא סגר את תיק האי היווני נגד אריאל שרון, וספג חוץ מעתירות לבג"ץ גם ביקורת קשה וקיתונות של לעג. בימים ההם הוא גם ביקר את גישת "סימון המטרות", כלשונו, ששלטה לדבריו קודם למינויו. הדברים גררו סערה.⁴⁷ בריאיון לארי שביט ב"הארץ" תיאר מזוז את עמדתו במילים:

"אני בהחלט הייתי אופוזיציה לאלה שקדמו לי", והתייחס במפורש להעמדה לדין של השר רפאל איתן (רפול): "אני חשבתי שזה בהחלט לא לעניין להגיש כתב אישום בתיק כזה". הוא הוסיף ש"לא נכון היה להגיש כתב אישום בתיק של נאמן. האמנתי שאסור למתוח את המשפט הפלילי מעבר לממדים הטבעיים שלו."

תוך זמן לא רב חל אצלו מהפך, גם אם הוא מכחיש זאת. הקל עליו מאוד פסק דינו של העליון בעניין "מדינת ישראל נגד שבס",⁴⁸ שאימץ גישה תביעתית מובהקת והרחיב מאוד את העבירה המעורפלת של הפרת אמונים. פסק הדין ניתן בנובמבר 2004, פחות משנה לאחר כניסתו של מזוז לתפקידו, והעליון נתן בידיו כלי נשק אדיר, שאיש אינו יודע את גבולותיו. כנשק הזה נעשה שימוש למשל בכתב האישום נגד צחי הנגבי בפרשת המינויים הפוליטיים, וגם במספר רב של חקירות ו"בדיקות" נגד נבחרי ציבור. רבות מהן נסגרו בסופו של דבר, אך די היה בהן כדי לשבש את עבודת השלטון ולהטיל אימה על חברי הממשלה.

המשפט הפלילי וזכויות אדם

המשפט הפלילי הוא החשוב ביותר לזכויות אדם בסיסיות. הוא נועד להגן על החברה ועל פרטים בתוכה העלולים להיפגע ממעשי עבירה. למטרה זו מפעילה המדינה את מלוא עוצמתה נגד החשוד או הנאשם, והיא עשויה לשלול את זכויותיו, את פרטיותו, את פרנסתו, את רכושו ואף לכלוא אותו לשנים ארוכות. ברגע שאדם הופך לחשוד או לנאשם, אפילו היה בעבר ראש ממשלה או שר, הוא ניצב לבדו נגד כוחה האדיר של המדינה. הכוח הזה עומד לרשות מערכת אכיפת החוק, שבידה לעצור, לחקור, לגבות עדויות, לערוך חיפושים, לאסוף נתוני תקשורת, להחרים מסמכים ומחשבים, לעשות עסקאות עם עדים ולהופכם עדי מדינה, ולבצע האזנות סתר.

לא אחת נשמעות טענות כאילו יש לנאשמים בעלי אמצעים, שבכוחם לשכור סוללה של עורכי דין מהשורה הראשונה, יתרון על פני התובעים בפרקליטות. טיעון זה מבוסס על אי-הכרת התהליך הפלילי בישראל. עורכי דין פרטיים אינם מוסמכים לבצע האזנות סתר, לזמן עדים לחקירה לפני המשפט או לערוך חיפוש. למעשה, הם תלויים כמעט לחלוטין בחומר שנאסף על ידי המשטרה או התביעה, ואם אלו אינן בודקות נקודות שהן לטובת הנאשם, או שאינן מעבירות לסניגוריה חומר שהוא לטובת הנאשם, כפי שלמרבית הצער אירע לא פעם, אין לסניגור אפשרות לדעת שחומר כזה קיים (אלא אם כן הדבר נודע לו במקרה או באמצעות הדלפה, כפי שקרה במשפטו של חיים רמון). עורכי הדין הנשכרים על ידי ההגנה, יהיו מוכשרים ככל שיהיו, אין בכוחם לקזז את היתרון האדיר הזה של התביעה, שעוצמת המדינה ניצבת מאחוריה.

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.

לפגיעה בזכויות חשודים ונאשמים יש כמה פנים. למשל: פרסומים עוינים

בתקשורת על אודות ראיות, עדויות וחשדות. פרסומים כאלה הם במקרים רבים פרי הדלפות מהמשטרה ומהפרקליטות, ולפעמים נאמרים הדברים בגלוי, כפי שהתבטא היועץ המשפטי מני מזוז ביחס לחיים רמון וביחס למשה קצב, או כפי שהתבטא פרקליט המדינה משה לדור לגבי אהוד אולמרט. לאלה מצטרפות לעתים פגיעות דוגמת חיפוש בבית החשוד לעין התקשורת, כמו שעוללו לראש עיריית בת ים שלמה לחיאני. גם התפתחויות שחלו בתחום המשפט מסייעות לתביעה. ביניהן, הקלה עצומה בדיני ראיות, כאשר די בעדות יחידה מול עדות הנאשם כדי להרשיעו; שימוש מרחיק לכת בעבירות מעורפלות דוגמת "הפרת אמונים", תוך הפרת העיקרון האוסר ענישה רטרואקטיבית; 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";⁴⁹ 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 עד.

במקרה אחד נאשם אדם באונס קטינה. חוקרים מטעמו שוחחו עמה והקליטו את השיחה, וטענו כי עולה ממנה ספק בגרסתה. הם נחקרו באשמת הטרדת עד, מה שחזק את הטענה בדבר ניסיון מונופוליזציה של המשטרה על חקירת העובדות בהליכים פליליים.⁴⁹ כלומר, הנאשם תלוי בכך שחוקרי המשטרה יגלו את העובדות העשויות לסייע לו, ולא תמיד הם להוטים לעשות זאת. יתר על כן, כבר קרה לא פעם שעובדות כאלה היו בידי המשטרה ולא נמסרו לנאשמים. פרשות רמון ונמרודי מהוות דוגמה לכך.

עו"ד ענבל רובינשטיין, שעמדה בראש הסניגוריה הציבורית, ציינה בריאיון ל"ידיעות אחרונות": "אנחנו נתקלים בבעיה הזו יום-יום בהרבה תיקים. נקודת המוצא שלנו היא שמסתירים מאיתנו חומר." הדברים מתחזקים על רקע העובדה שאין בקרה אפקטיבית על מערכת התביעה, מה שאפשר לה לפתוח בחקירות כאשר לא היה מקום לכך, להחזיק חקירות פתוחות לאורך זמן בלתי-מתקבל על הדעת, ואף לצאת ללא סנקציה של ממש במקרים שבהם לא דאגו לכך שיגיעו

* מובן שהשופט הוא הקובע מהי "תכלית" ההוראה החוקית ומהם "האינטרסים והערכים" שהיא באה להגשים. ברק אימץ שיטת פרשנות זו ואף הקדיש לה כרך נפרד, הפרשנות התכליתית, שפורסם בשנת 2003 (הציטטה שבטקסט לקוחה מעמוד 28 בספר). בעקבותיו אימצו בתי המשפט את שיטת הפרשנות הזו, שגלשה גם לחוק העונשין, שבו קובע סעיף 34כא כי "ניתן דין לפירושים סבירים אחרים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". פרשנות לטובת הנאשם נדחקה אפוא למקום משני במסגרת הפרשנות התכליתית.

לידי הנאשם הראיות שעשויות לסייע לו. כאשר מצרפים לכך את המעבר הרצוף של תובעים מהפרקליטות ומהמשטרה לשיפוט, התוצאה המצטברת היא גידול משמעותי בסיכון להרשעות שווא. לדעת עו"ד רובינשטיין, "עשרות חפים מפשע יושבים היום בכלא לתקופות ממושכות".⁴⁵⁰ היה לי ברור שלא ניתן להתמודד עם המכלול הזה בתוך תקופה קצרה.

לכל אלה מצטרפת תופעה נוספת, פרי החקיקה של הכנסת, המרבה לקבוע עבירות פליליות במגוון עצום של תחומים, במקרים רבים לא לצורך, והתוצאה היא הגברת הסיכוי להסתבך בפלילים בהקשר לפעולה שהאדם הנוגע בדבר לא העלה כלל על דעתו שהיא גוררת אחריות כזו.

סמוך לכניסתי לתפקיד התברר לי שבועדת חוקה חוק ומשפט תלויה ועומדת הצעת חוק של גדעון סער, שעסקה במה שנקרא "הגנה מן הצדק" במשפט הפלילי. כבר ב-1983 נשאתי הרצאה, שפורסמה בביטאון לשכת עורכי הדין, "הפרקליט", תחת הכותרת "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי", ושימשה לימים בסיס ל"הגנה מן הצדק". הכוונה היתה להקנות לבית המשפט סמכות להגן על נאשם מפני כתב אישום שלא היה מקום להגישו, בין אם התמלאו יסודות העבירה ובין אם לאו.

בדיון בוועדה ביקשו אנשי הדרג המקצועי של משרד המשפטים להגביל את תחולתה של ההגנה הזו. ביקשתי מגיא רוטקופף להתייבב בישיבה הבאה ולהודיע כי עמדתי, שהיא כמובן עמדת משרד המשפטים, מאמצת את ההצעה בגרסתה הרחבה ביותר. כך היה, ובמאי 2007 נוסף ל"חוק סדר הדין הפלילי" סעיף 149(10), שלפיו רשאי הנאשם לטעון – כטענה מקדמית וגם בהמשך – כי "הגשת כתב האישום או ניהול ההליך הפלילי עומדים בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית". השימוש ב"הגנה מן הצדק", המיועדת לרכז את המשפט הפלילי, היה בעבר צנוע למדי, אך דווקא בפרשה החשובה שבה הואשמו השר לשעבר צחי הנגבי ומנכ"ל משרדו במינויים פוליטיים אסורים, הם זוכו בהסתמך על ה"הגנה מן הצדק". זה היה סופו הראוי של תיק, שהיווה אחת מספינות הדגל של מני מזוז.

עם זאת, יעילותה של ה"הגנה מן הצדק" מותנית בכך שבתי המשפט אכן יהיו מוכנים להחילה במקרים היאים לכך, ובמצב הנוכחי יש בישראל מקרים רבים המצדיקים זאת. אנחנו חוזרים בכך לשיטה, שיש לשנות מן היסוד, שבה חלק נכבד מהשופטים מתמנה מקרב התביעה. מיד לאחר כניסתי לתפקיד הכרזתי על מדיניות של מינוי עורכי דין מהמגזר הפרטי לתפקידי שפיטה בכל הערכאות. הדבר נותן את אותותיו, וניתן, למשל, לראות גידול מסוים בהיקף הזיכויים בעליון וריכוך בנטייה התביעתית שאפיינה אותו. יש להניח שגם בערכאות אחרות חל שיפור, אך התופעה הרואה בכתב אישום אשמה כמעט חלוטה – עדיין לא חלפה מהעולם.

המציאות של הרשעות בעייתיות מעוררת את הסוגיה של הרשעה בדעת רוב. כלומר, כשלפחות אחד השופטים סבור שיש לזכות את הנאשם. סוגיה נוספת נוגעת לאפשרות הערעור באותם מקרים, לא שכיחים, שבהם מזכה בית המשפט את הנאשם. במצב הקיים, התביעה יכולה לערער תמיד, והיא עושה זאת לא אחת. פעמים רבות היא מקבלת רשות לערער אף לערכאה שלישית.

לבחינת שני הנושאים הללו מיניתי ועדה בראשותו של פרופ' אהרן אנקר מאוניברסיטת בר-אילן, וחבריה היו השופט המחוזי בדימוס אורי שטרוזמן, מייסד הסניגוריה הציבורית פרופ' קנת מן, פרקליטת מחוז תל אביב לשעבר עו"ד מרים רוזנטל, והמשנה ליועץ המשפטי לפלילים עו"ד רחל גוטליב. דו"ח הוועדה הוגש לאחר שסיימתי את תפקידי. הוא המליץ להותיר את הכלל של הרשעה בדעת רוב על כנו, אבל להרחיב את אפשרות הערעור במקרה של הרשעה כזו – בין היתר באופן שיהיה ניתן לבחון גם ממצאים עובדתיים ושאלות מהימנות, שכיום אינן נבחנות מחדש בערעור.

בעניין ערעור על זיכוי פה אחד הציעה הוועדה להשאיר את המצב בעינו, אך לקבוע הנחיה פנימית בפרקליטות, שלפיה יוגש ערעור על זיכוי כזה רק במקרים יוצאי דופן ובאישור דרג בכיר. אני הייתי מעדיף הטלת מגבלות נוספות, שלפיהן לא יוגש ערעור על זיכוי מעבירה שהיא עוון ולא יוגש ערעור על זיכוי לערכאה שלישית, כשם שאין מקום, לדעתי, לדיון נוסף בעליון במקרה של זיכוי.

בעיה נוספת שביקשתי להתמודד איתה נגעה להעמדה לדין בשל כישלון חד-פעמי או בשל מעשה שחומרתו לא הצדיקה הליך פלילי – ובוודאי לא את הכתם שהרשעה פלילית מותירה על אדם. כבר ב-2004 הקים היועץ המשפטי צוות שיציע נוהל חלופי להליך הפלילי. עם בואי ביקשתי לקדם את הנושא, שנתקל בהסתייגויות של המשטרה והמשרד לביטחון פנים. לאחר שהוסרו הסתייגויות אלה פעלתי להגשת הצעת החוק בדבר הסדר ל"סגירת תיק מותנית", שעברה קריאה ראשונה בכנסת. לפי ההצעה יוכל תובע להימנע מהגשת כתב אישום, ולהציע חלופה שלפיה, למשל, ישלם החשוד קנס, יפצה את הנפגע, יתקן את הנזק שגרם ואף ישתלב בתוכנית טיפול שתיקבע על ידי קצין מבחן. "חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 66)" התקבל ביולי 2012, ואמור להיכנס לתוקף תשעה חודשים מיום פרסומו. במקביל החל משרד המשפטים להפעיל ב-2012 פיילוט המאפשר הפעלת מסלול חלופי להליך הפלילי. כמובן, יש להיות ערים לסכנה הגדולה, שהרעיון של "סגירת תיק מותנית" לא ישמש לצמצום ההליכים הפליליים במקרים שאין לכך מקום, אלא יהווה תוספת לתיקים אלה. לצורך זה יש להקים מערך בקרה, אשר יבטיח שהדבר לא יקרה.

החוקים הנוכחיים העוסקים בעבירות המתה (רצח, שבגינו מוטל מאסר עולם כעונש חובה; הריגה, שלגביה נקבע עונש מִרְבִּי של 20 שנות מאסר; וגרימת מוות ברשלנות) אינם עושים את ההבחנה הנכונה בין רמות החומרה השונות. כהריגה, למשל, נחשבות התנהגויות שהן למעשה גרימת מוות תוך רשלנות גבוהה – ובקצה השני גם מעשים שקרובים בחומרתם לרצח. מיניתי בנושא זה ועדה בראשותו של פרופ' מרדכי קרמניצר מהאוניברסיטה העברית.⁴⁵¹ הוועדה המליצה לקבוע "סולם" של שש דרגות בעבירות המתה: שתיים של רצח, שאחת מהן "רצח בנסיבות מחמירות" ורק לגביה יהיה עונש מאסר עולם חובה. עבירת ההריגה פוצלה ל"המתה באחריות מופחתת" ו"המתה בקלות דעת". גם את "גרימת מוות ברשלנות" הוצע לפצל לשתיים, לפי דרגת הרשלנות. הרו"ח הזה הוגש אף הוא אחרי סיום כהונתי, אך לא תורגם לחקיקה עד סיום כהונתה של ממשלת נתניהו השנייה.

היו גם תחומים שבהם סברתי כי יש מקום להחמרה. מדובר בעבירות רכוש המבוצעות על ידי "עבריינים מקצועיים", כלומר עבריינים המתפרנסים מפשעיהם. העבירות האלה גורמות נזק אדיר, לא פעם מסכנות חיי אדם, ונמנות עמן גניבה של מתקני תשתית, תוצרת חקלאית ומקנה. חוק העונשין קובע עונש של שלוש שנות מאסר על גניבה (עונש חמור יותר נקבע כאשר העבירה בוצעה בנסיבות מיוחדות – למשל, גניבה על ידי עובד ציבור של רכוש שהגיע לידי מכוח תפקידו, או גניבה על ידי עובד של רכוש מעבירו. כמו כן נקבע עונש חמור יותר על גניבת רכב). לפי התיקון שהצעת, כאשר שווי הרכוש שנגנב עולה על חצי מיליון שקל, יהיה העונש שבע שנות מאסר. תיקון מקביל הוצע על ידי למקרים של גרימת נזק בזדון: כאשר הנזק שנגרם עולה על חצי מיליון שקל – יוגדל העונש לשבע שנות מאסר. ההצעה עברה קריאה ראשונה בכנסת עוד בתקופתי. התיקון מס' 101 לחוק העונשין, שאימץ את ההצעה, התקבל בתקופת ממשלת נתניהו.

פרשת ההצבעות הכפולות התרחשה במאי 2003, כשהתקיימו הצבעות על רפורמות כלכליות. הצעת החוק הוגשה על ידי בנימין נתניהו, בימים שבהם שימש שר האוצר בממשלתו של אריאל שרון, והדיון היה ארוך ומייגע, עם מאבק עיקש של האופוזיציה על כל סעיף וניואנס. ההצבעות נמשכו עד שעה מאוחרת בלילה, החוק אושר, אבל לאחר מכן סיפר חבר הכנסת יעקב ליצמן כי ראה חבר כנסת שהצביע במקום ענבל גבריאלי, אשר לא נכחה באולם. היועץ המשפטי אליקים רובינשטיין ציווה על חקירת משטרה.

אחד מחברי הכנסת, מיכאל גורלובסקי, הודה מיוזמתו שהצביע במקום גלעד ארדן. הוא נידון בוועדת האתיקה של הכנסת להשעיה מדיוני המליאה והוועדות למשך ארבעה וחצי חודשים. אצל חבר כנסת אחר הסתבר שההצבעה נעשתה

בטעות. במקרה שלישי לא נמצאו ראיות מספיקות. ואולם, נמצאו ראיות לגבי חבר הכנסת יחיאל חזן, שביקש לוותר על חסינותו. החסינות הוסרה, וחזן הועמד לדין בעבירות של זיוף מתוך כוונה לקבל דבר בנסיבות מחמירות וכן מרמה והפרת אמונים. הוא הורשע ונידון לארבעה חודשי עבודות שירות ולחודשיים מאסר על תנאי. אשמות דומות יוחסו גם לגורלובסקי, שלא ויתר על חסינותו וועדת הכנסת החליטה לקבל את עמדתו וסירבה להסירה. העתירה לבג"ץ לא התמהמהה זמן רב. הדיון התקיים בפני הרכב של שבעה שופטים בראשות הנשיא ברק, והשאלה נגעה לשיקולים שרשאית ועדת הכנסת לשקול בבואה להחליט אם להסיר חסינות מחבר כנסת. אפשרות אחת היא ששיקול דעתה מצומצם לשאלה, האם היועץ המשפטי הושפע בהחלטתו להגיש כתב אישום מטעמים פסולים. האפשרות האחרת היא שמרחב שיקול הדעת של ועדת הכנסת רחב יותר, וכולל, למשל, שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה ואת העובדה שחבר הכנסת כבר נענש בגינה על ידי ועדת האתיקה. זוהי, במילים אחרות, בחינת הסבירות של שיקול הדעת של היועץ המשפטי. חוק חסינות חברי הכנסת לא הגביל ולא תחם את ועדת הכנסת. בתקופת בית המשפט הקלאסי הובעו, אגב אורחא, דעות שונות בסוגיה הזו. משה לנדוי דגל בשיקול דעת מוגבל, ויצחק כהן לעומתו צידד בשיקול דעת רחב יותר. לבית המשפט המהפכני לא היו ספקות, וההחלטה נחרצה פה אחד. פסק הדין העיקרי ניתן על ידי ברק, אשר קבע ששיקול דעתה של ועדת הכנסת מצומצם לבריקת השאלה, האם החלטת היועץ הושתתה על שיקולים פוליטיים פסולים. כיוון שאיש לא טען זאת, ביטל בג"ץ את החלטתה והחזיר את העניין לטיפול.⁴⁵²

השופטים הניחו, כנראה, שהוועדה תבין שחובתה להסיר את החסינות. לא כך היה. במהלך הדיון נשמעו שם התבטאויות לא קלות נגד עמדת בית המשפט. חבר הכנסת מיכאל איתן, לדוגמה, אמר: "היום באתי... לא להגן על גורלובסקי אלא על שלטון החוק... כשחוק נותן סמכות לוועדה, הוא נותן לה גם שיקול דעת. לא יכול להיות, בשום פנים ואופן, שבג"ץ יקבל החלטה שהופכת אותנו לחותמת גומי, לא נותנת לנו שום שיקול דעת, אלא אומרת לנו: עכשיו אתם תתכנסו ותוציאו את גורלובסקי בלי חסינות... יש מלחמה של בית המשפט בכנסת... בית המשפט החליט לצמצם את דרגות החופש של ועדת הכנסת... באיזו סמכות? האם שינינו את החוק? האם שופטי בית המשפט לא כפופים לחוק? רק אנחנו כפופים לחוק?... בית המשפט יכול לפרש את החוק איך שהוא רוצה, מתי שמתחשק לו, בלי דין וחשבון, בלי הסבר, וכולנו אומרי הן?"

הוועדה היתה רשאית בהחלט לחוש שהחלטתה היתה סבירה, וכי היועץ המשפטי החמיר יתר על המידה ולא הביא בחשבון את נסיבות המקרה, שכללו שעת לילה

מאוחרת, הצבעות מרתוניות ועייפות מצטברת. היא דחתה את עמדת בית המשפט ושבה וסירבה, ברוב של עשרה נגד שישה, להסיר את חסינותו של גורלובסקי. "ברק היה המום", כתבה על האירוע נעמי לויצקי בספרה העליונים.⁴⁵¹ פסק הדין עצמו, שהיווה למעשה שלילה של החסינות הפרוצדורלית של חברי הכנסת מפני העמדה לדין, לימד על ההתנשאות המקוממת של בית המשפט על הכנסת. ההחלטה של הוועדה היתה סבירה, ובוודאי לא פחות סבירה מהחלטת היועץ. התגובה של ברק, אם אכן התרחשה, מלמדת גם על אותו נתק בין בית המשפט לבין מה שקורה מחוץ ל"אקווריום". הנכונות לדחות כך החלטה של העליון, ברוב די מוחץ, מצביעה על אותה עוינות כלפי בית המשפט שחשתי בכנסת מיד כשהתמנתי לשר המשפטים. ההתנגשות נמנעה הפעם, כי בדיוק באותם ימים תיקנה הכנסת את חוק החסינות, הפכה את הנטל, וקבעה כי היועץ המשפטי אינו נדרש לבקש הסרת חסינות. אם חבר הכנסת מעוניין בכך, הוא זה שצריך ליטול את היוזמה ולבקש חסינות. החוק החדש גם מגדיר את העילות שבגינן ניתן לבקש חסינות, וביניהן שננקטו בשל העבירה הליכים נגד חבר הכנסת, במסגרת הכנסת, או שהעבירה בוצעה במשכן הכנסת במסגרת פעילותה, וכי אי-ניהול ההליך הפלילי "לא יפגע פגיעה ניכרת באינטרס הציבורי". כעת כבר לא הוטל על היועץ המשפטי לבקש הסרת חסינות. גורלובסקי יכול היה לפנות לכנסת ולבקש הענקת חסינות, אך נמנע מלעשות זאת ונידון לחודשיים עבודות שירות וחודשיים מאסר על תנאי.

האפילוג התרחש שנים ספורות לאחר מכן. ב-2008 פורסם סרטון וידיאו, ממנו עלה חשד שחבר הכנסת רוני בר-און הוא שהצביע באותו לילה במקום ענבל גבריאלי. העניין נותר בגדר "בדיקה" משטרתית (שהיא למעשה הליך חקירה או בירור עובדות, אשר אינו מוגדר כחקירה פלילית). מני מזוז החליט שלא לפתוח בחקירה פלילית, ולסיים בכך את העניין – מה גם שחלפו יותר מחמש שנים, וגבריאלי אמרה שהיא אינה זוכרת אם אישרה לבר-און להצביע במקומה. היתה זו ההחלטה הנכונה, אף שיצרה תחושה לא נוחה של היעדר שוויון לפני החוק: בעניינם של חזן וגורלובסקי החמיר היועץ המשפטי הקודם, אליקים רובינשטיין, יתר על המידה, וטוב שמזוז נמנע מלחזור על הטעות. מזוז גם החליט כי העובדה שבר-און כיהן כיושב ראש ועדת הכנסת בדיונים שעסקו בהסרת חסינותם של חזן וגורלובסקי אינה מהווה עבירה פלילית. העניין הועבר לוועדת האתיקה, שהחליטה לגזור על בר-און נזיפה חמורה.

אם כתבי האישום בפרשת ההצבעות הכפולות היו פרי החלטתו של היועץ המשפטי הקודם, אליקים רובינשטיין, הפרשה החדשנית הבאה, זו של צחי הנגבי, היתה יציר החלטה של מזוז.

ענייניו של הנגבי עם מערכת המשפט היו רבים ומגוונים. הפעם מדובר היה בזמן שבו הוא היה השר לאיכות הסביבה, בין 2001 ל-2003. ב-2004 פרסם מבקר המדינה אליעזר גולדברג דו"ח חריף, וקבע שהנגבי מינה עשרות חברי מרכז הליכוד ובני משפחותיהם לתפקידים שונים במשרדו, תוך העדפת אינטרסים פוליטיים-אישיים על פני האינטרס הציבורי.

פרסום מטעמו של הנגבי שנשא כותרת "חשיפה: השר צחי הנגבי – שיא לאומי במינוי חברי ליכוד" הוסיף שמן למדורה. הפרסום נעשה לקראת הבחירות המקדימות במרכז הליכוד, בעיתון שמופץ בקרב חברי המרכז. התביעה במשפטו של הנגבי תיארה את הטקסט כ"מודעה", והנגבי כינה אותו "כתבה". בכל מקרה, הוא הכיל רשימה של 74 מינויים, והודגש כי הנגבי פעל כשהוא "מנצח אישית על המלאכה, ומוודא שחבריו מאיישים את כל המשרות הפנויות". בהמשך ביקש הנגבי את תמיכתם של חברי המרכז, תוך הבטחה לפעול למינויים רבים עוד יותר של חברי מרכז "במשרד גדול הרבה יותר שצפוי להינתן לו בעקבות הבחירות הבאות". הוא הואשם במרמה והפרת אמונים. לכתב האישום צורף שמואל הרשקוביץ, שהיה בחלק מהתקופה הרלוונטית יועץ בכיר של השר ובחלק אחר מנכ"ל המשרד לאיכות הסביבה. להנגבי יוחסה אשמה נוספת, של עדות שקר, לאחר שבדיון בוועדת הבחירות לכנסת ה-16 הגיש תצהיר כוזב, כדי להסתיר את הקשר שלו לטקסט המהלל את מעשיו.

הנגבי הודה שהוא ולשכתו אכן הפנו חברי ליכוד כמועמדים למשרות פנויות, אבל טען שקבלת המשרה היתה מותנית בכל מקרה בהחלטת הדרג המקצועי, אשר בחן את כישוריו ואת התאמתו לתפקיד. ללא כישורים הולמים, הסביר, לא התמנה שום אדם.

בפסק הדין, שניתן ביולי 2010, קיבל השופט יואל צור מבית משפט השלום בירושלים את הטענה, "מה גם שכך נהגו כל קודמיו של הנגבי בתפקיד". עמיתיו להרכב, אריה רומנוב ועודד שחם, קיבלו את העמדה שלפיה עלולים מינויים פוליטיים בנסיבות מתאימות להוות הפרת אמונים, וקבעו כי הוכח ששני הנאשמים ביצעו את העבירה. רומנוב סבר שהנגבי זכאי להגנה מן הצדק, וכך הוא זופה ברוב דעות מהעבירה המרכזית. הרשקוביץ זופה פה אחד (צור קבע שהוא לא עבר את העבירה, וחבריו זיכו אותו על בסיס הגנה מן הצדק). ברוב דעות, כששוב נותר השופט צור בדעת מיעוט, הורשע הנגבי בעדות שקר. הוא נידון לקנס, אך לא למאסר. מאחר שנקבע שיש בעבירה קלון, הוא נאלץ להתפטר מהכנסת, אך בינואר 2013 נבחר שוב לכנסת ה-19.

התביעה ביקשה לערער על הזיכוי מהפרת אמונים, אבל שביתת הפרקליטים מנעה כאמור את הגשת הערעור במועד, ונשיאת בית המשפט המחוזי בבירה,

מוסיה ארד, דחתה את הבקשה להארכת המועד. כך טבעה בלא כלום "ספינת דגל" של מזוז. השיט המיותר שלה תם רק לאחר ש"בתיק זה קוימו 128 ישיבות בית המשפט, כאשר כל ישיבה נמשכה בין שבע לשמונה שעות. פרוטוקול הדיון והסיכומים בכתב ובעל פה ביחד מגיעים ליותר מ-17,000 עמודים, ולצדם מוצגים רבים שחלקם בהיקף של קלסרים", כפי שסיכם בית המשפט. אין בידי הערכה של עלות הטיפול בתיק. מדובר בוודאי במיליונים רבים. לכך ניתן להוסיף כי העמדתו לדין של שמואל הרשקוביץ היתה בכל מקרה מיותרת לחלוטין, ורק סיבכה והאריכה את ההליכים. בפרשות כאלה רצוי להסתפק בהעמדה לדין של הדמות העיקרית. אין טעם לצרף אליה אחד מעוזריו, שלכל היותר ציית להוראותיו.

האישומים המרכזיים בתיק התבססו על סעיף 284 לחוק העונשין, שלפיו "עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים". הסעיף אינו אומר דבר על מינויים פוליטיים, ואינו מבחין כמובן בין מינוי פוליטי של אדם בעל כישורים הולמים למי שאין לו כישורים כאלה. השימוש הנרחב בסעיף הזה נראה לי מנוגד לעקרונות הבסיסיים של זכויות אדם. הגדרת עבירה שבגינה עשוי אדם לאבד את כבודו, רכושו והחופש האישי שלו היא עניין למחוקק ולא לכושר היצירתי של בתי המשפט.

את הבעייתיות של הפרשה אפשר לבחון מול המקרה של בנימין (פואד) בן-אליעזר. דו"ח מבקר המדינה מס' 58 א בדק בפרקי זמן שונים בין מאי 2005 לפברואר 2007 את סדרי העסקת עובדים בכמה תאגידים ציבוריים, בהם חברת החשמל. נקבע שם בין היתר: "נמצא כי שר התשתיות הלאומיות, מר בנימין בן-אליעזר, הפנה בשנים 2005–2006 כ-100 פניות – במישרין או בעקיפין – לחח"י (חברת החשמל לישראל), בבקשה שתסייע לקדם עניינים הנוגעים להעסקת עובדים מסוימים בחברה... רוב הפניות הופנו באמצעות מנהלת לשכתו. 15 מהן... לאחר שחברי מרכז מפלגת העבודה פנו לשר בבקשה שיסייע לקדם עניינים הנוגעים לבני משפחתם או לאנשים אחרים, והן נעשו בניגוד להנחיה שפרסם היועץ המשפטי לממשלה בנידון. שתיים מ-15 הפניות נגעו להעסקתם של חברי מרכז מפלגת העבודה שחח"י קיבלה לעבודה בשנים האמורות. מעורבות פרטנית של השר או מי שפועל מטעמו בעניינים אלה עלולה לפגוע בחובת הנאמנות שלו כלפי הציבור."

בן-אליעזר טען בתשובה כי בהיותו איש ציבור רואים בו אזרחים רבים כתובת טבעית לפניות, ובכל יום מגיעות ללשכתו בקשות רבות של אזרחים, חלקן הגדול בענייני תעסוקה. לדבריו, לשכתו תפקדה כצינור המזרים את הפניות אל יעדן, כחלק מנוהל שהונהג על ידו בתום לב. הוא אמר כי פעל באופן גלוי, ענייני

ושוויוני, וכי "הנחה את מנהלת לשכתו לטפל באותו אופן בפניות של אזרחים מן השורה ובפניות של אזרחים הקשורים במישרין או בעקיפין לחברי גוף בוחר".

מזוז החליט שלא לפתוח בחקירה פלילית. ההחלטה, המוצדקת לגופה, ניתנה בתקופתי, אך הקושי הגדול מתעורר כשמשווים זאת לפרשת הנגבי. נגד החלטתו של מזוז הוגשה עתירה לבג"ץ, ובין השאר נטען בה כי לנוכח הגשת כתב האישום נגד הנגבי, יש בהחלטתו של מזוז הפעם משום פגיעה בעקרון השוויון לפני החוק. העתירה נדחתה. בית המשפט, בפסק דין מפי הנשיאה ביניש, מתח אמנם ביקורת על בן-אליעזר, אך ציין שהתערבותו בהחלטות היועץ המשפטי באה רק במקרים יוצאי דופן. נדחתה גם טענת ההפליה בין הנגבי לבן-אליעזר, והתקבלה גרסת היועץ בדבר "ההבדלים הרבים שבין ממצאי הבדיקה בעניינו של הנגבי וממצאי הבדיקה בעניינו של בן-אליעזר".⁴⁵⁴

אני מתקשה לגלות הבדלים משמעותיים. ה"מודעה" (או "כתבה") שפרסם הנגבי אכן מקוממת, אך ספק אם די בה להפוך מעשה שאינו בגדר עבירה למעשה פלילי. מצד שני, ההיבט המחמיר הזה מתקוז מול התנהגותו של בן-אליעזר, שהיתה, כפי שציין בג"ץ, "שלא על פי הנחיות היועץ המשפטי לממשלה". ההנחיה שדובר בה היא הנחיה מס' 1.1708, העוסקת ב"הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר" (לשאלת אופייה החקיקתי של הנחיה זו ולכוחו של היועץ המשפטי "לחוקק" אתיחס בהמשך). בית המשפט ייחס להנחיה משקל, ובכל זאת הסתפק בביקורת על התנהגותו של בן-אליעזר – ביקורת שמן הסתם לא עוררה התרגשות יתרה.

בג"ץ צדק כשהחליט להימנע מלהורות ליועץ המשפטי לפתוח בחקירה נגד בן-אליעזר, אבל לא מהטעם הנכון. קשה להבדיל בין ענייניהם של בן-אליעזר והנגבי, והפתרון אינו טמון בהעמדה לדין של שניהם. ההפך הוא הנכון: עדיף היה להימנע גם מהעמדתו לדין של הנגבי. בית המשפט שדן בעניינו יכול היה להחליט מיד לאחר שניתן פסק הדין בבג"ץ, ביום 24.11.2009, כי לנוכח פסק הדין בעניין בן-אליעזר יש לבטל את האישומים נגד הנגבי והרשקוביץ על יסוד הגנה מן הצדק.

הפרשה מלמדת כי הערפל שרבץ על הנושא של "הפרת אמונים" נעשה סמיך יותר ויותר. כדי לדעת אם מינוי של איש מפלגה, מכר או ידיד לתפקיד כלשהו מהווה עבירה, יש צורך בייעוץ של עורכי דין, שגם הוא לא יפזר את הענן. הכול תלוי בתובע: יש לו חופש כמעט מוחלט לפתוח בחקירה, להעמיד לדין או לסיים את הפרשה. אם בחר לפתוח בחקירה ולהגיש כתב אישום – נחרץ גורלו של האדם לשנים רבות. אפילו יזוכה בסופו של דבר, הוא ייאבד לא רק שנים ארוכות, שבהן יהיה משותק, אלא גם חלק נכבד מרכושו, על דרך של תשלום שכר טרחה לעורכי דינו. אם יחליט התובע להימנע מחקירה – ה"חשוד" יינצל. והתוצאה: כוחם של

הפרקליטות והיועץ המשפטי מגיע לממדים של מדינת משטרה. לא פלא שבית המשפט העליון בארצות הברית פירש הוראה מסוג זה בעניין *Skilling v. U.S.* בצורה שכמעט רוקנה אותה מתוכנה – לנוכח הפגם הבסיסי הנעוץ בעבירות מעורפלות ובשל החשש מפני אכיפה שרירותית ומפלה.

נקודה מעניינת נוגעת לכך שבן-אליעזר, שתיקו נסגר, כיהן כשר מטעם מפלגת העבודה, אשר תמכה בעמדותיו של היועץ המשפטי. זה בא לביטוי כאשר הצעתי לממשלה, ביום 6.7.2008, למנות ועדת בדיקה לנושא חקירתו של חיים רמון. מזוז התנגד בתוקף, העבודה התנגדה אף היא, והוועדה לא קמה (כפשרה הועבר הנושא לבדיקת מבקר המדינה). שבועיים לאחר מכן פורסם שמזוז החליט לא לפתוח בחקירה פלילית נגד בן-אליעזר. האם היועץ המשפטי נמצא במצב של ניגוד עניינים, כאשר הוא פועל בעניינו של שר שהוא זקוק לתמיכתו במאבקו נגד שר המשפטים הנתפס בעיניו כלעומתו? מזוז חופשי כמובן לטעון שהחלטתו היתה מקצועית טהורה, אבל אפילו כך הדבר, הכללים בדבר ניגוד עניינים אוסרים על טיפול בעניין גם אם אין לניגוד העניינים השפעה. ההסבר לכך הוא שלא ניתן להוכיח אם בעל סמכות ההחלטה הושפע מהקשר שלו לנושא אם לאו. יתר על כן, השאלה איננה רק אם היתה השפעה כזו ומה מידתה, אלא גם כיצד נראים הדברים כלפי חוץ ומה התדמית הנלווית להחלטה. אין צורך לומר ששרים, חברי כנסת ופוליטיקאים יסיקו את המסקנה המתבקשת, שתמיכה ביועץ המשפטי לא תזיק ביום סגריר.

שאלה דומה ניתן להציג גם לגבי בית המשפט העליון. העתירה בעניין בן-אליעזר הוגשה בימים שבהם ניטש ויכוח, המתנהל למעשה עד היום, סביב סמכויות העליון, ובשאלה, האם יש מקום לחקיקה שתגביל את סמכויותיו. מפלגת העבודה נקטה עמדה חד-משמעית המצדדת בעמדת העליון, הנדרש כעת להחליט אם להורות ליועץ המשפטי לפתוח בחקירה פלילית נגד אישיות בכירה במפלגה. האם בית המשפט אינו מצוי בניגוד עניינים?

בהקשר לכל אלה אפשר להזכיר גם את שיטת "התיק הפתוח", שבה מחזיקה הפרקליטות תיק חקירה "חי" במשך תקופה ארוכה. הנחקר נתון בפחדים ובחששות, לא פעם ניתן גם לפסול אותו מתפקיד, ויש להניח שהוא לא יעז לתמוך בצעד כלשהו שאינו לרוחם של היועץ המשפטי או הפרקליטות. כמו שאמר נציב שירות המדינה שמואל הולנדר לבן כספית ב"מעריב", עם סיום כהונתו: "שמע, יש ישיבות ממשלה שיושב שר שתלוי ועומד נגדו תיק, או חקירה, או בדיקה... כי מישו הגיש תלונה, ועכשיו בודקים. בינתיים יש הצבעה בנושא שקשור לפרקליטות. מה אתה חושב שהשר הזה יצביע? עם הפרקליטות או נגדה?... הוא כמו בן ערובה. תלוי במוצא פיהם... השר הזה צריך להיות גיבור, שמשון הגיבור ממש, כדי להצביע נגד

עמדת הפרקליטות או היועץ המשפטי בממשלה. ממש מתאבד שיעי." ובהמשך סיפר הולנדר: "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 שידועים שאין כלום. לא ממהרים. ושמעתי את זה מפי הגבורה ממש. מהאנשים מבפנים. צריך להיות עיוור כדי לא לראות את זה. אנחנו פשוט התפתלנו על הכיסאות כששמענו את זה." אינני יודע לאיזו ועדת איתור התכוון הולנדר ומתי פעלה, אך אין ספק שגם בפרקליטות וגם מחוץ לה היתה המשמעות של חקירה פלילית והחזקת תיק פתוח ברורה בתכלית.

באוגוסט 2008 חשף רביב דרוקר בערוץ 10 כי נילי פריאל, אשתו של שר הביטחון אהוד ברק, הקימה באותה שנה חברה בשם "טאורוס", שכתובה היא כתובת מגוריהם של בני הזוג ברק-פריאל. בהתאם לפרסומים בתקשורת, לדעת "טאורוס", מספר המנהלים הבכירים ומקבלי ההחלטות בישראל הוא 800–900, ואת רובם פריאל מכירה. השירותים שהציעה החברה כללו "זיהוי אפשרויות, שיתוף פעולה אסטרטגי, בדיקת אפשרויות עסקיות, היכרות עם עסקים ישראליים ועם מובילי דעת קהל בישראל". החברה ציפתה לגבות מכל לקוח 30 אלף דולר בשנה בתוספת בונוס עבור הצלחה, אם תתממש עסקה כתוצאה מההיכרות ותניב רווחים. קשה להניח שלקוח המקבל הצעה כזו לא יביא בחשבון את העובדה שמדובר ברעייתו של שר הביטחון. בעקבות הפרסומים והרעש התקשורתי סגרה פריאל את החברה והחזירה את הכספים שכבר קיבלה.

מעניין שהפרסומים על אודות "טאורוס" לא גררו שום התעניינות מצד היועץ המשפטי. אינני יודע מה היו שיקוליו, אבל קשה להאמין שפרשה כזו, אילו התרחשה, למשל, אצל אשתו של אהוד אחר, אהוד אולמרט, היתה עוברת אצל מזוז ללא תגובה. הפרשן המשפטי משה גורלי כתב על כך: "למערכת המשפטית היו אז סדרי עדיפויות שונים. המלחמה בשר המשפטים דניאל פרידמן היתה העיקר... ברק... התגייס לטובת 'שלטון החוק', 'שלטון החוק' התגייס לטובתו, ותיק פריאל-ברק הושלך לפח ואפילו לא נפתח."⁵⁵ אינני יודע אם אכן יש קשר כזה בין הדברים. מה שברור הוא שבקרב אנשי הציבור והפרשנים רווחת הסברה כי עדיף לתמוך ביועץ המשפטי ובפרקליטות, וכי נקיטת עמדה שאינה נראית להם צופנת סכנה.

גם עמדתו של מבקר המדינה התבררה לפתע כמתונה. לינדנשטראוס דרש שאשתו של ברק תשיב ללקוחות את הכספים שהחברה קיבלה מהם, והיא עשתה זאת. חוות דעתו הוקדשה בעיקרה לנושא אחר, הנוגע לאהוד ברק, אך יש בה גם

התייחסות קצרה לפרשת "טאורוס". הוא ציין כי העובדה שפריאל לא הגישה בקשה לוועדה למתן היתרים במשרדו "לא תאמה את הכללים... אולם נוכח סגירת החברה... והחזרת התקבולים... לא מוצא מבקר המדינה מקום לעיסוק נוסף בפרשה". הנושא המרכזי בדו"ח המבקר מאפריל 2011 נגע להעברת כספים לחברות שהיו בבעלותו של ברק עצמו טרם מינויו. הוא מתח ביקורת חריפה על התנהלותו של שר הביטחון, והגדיר פעולות שעליו לבצע. ברק עשה זאת, מעבר לכך לא ננקטו צעדים נוספים, והמבקר גם לא המליץ על כך.

בצד אותם אישומים שלא היו במקומם, היו בתקופתו של מזוז אישומים רבי משמעות. ב-2006 הוגש כתב אישום נגד שלמה בניזרי מש"ס, שהיה בעבר שר הבריאות ושר העבודה והרווחה. הוא הואשם בקבלת שוחד מאיש עסקים בשם משה סלע, שעמו היה קשור. סלע גם תרם לישיבה בראשות הרב ראובן אלבז, שבה למד בניזרי בימים שבהם חזר בתשובה (הרב אלבז הואשם אף הוא, הורשע בקשירת קשר לבצע פשע ובתיווך לשוחד, ונידון לשמונה חודשי מאסר על תנאי ולקנס בסך 120 אלף שקל, שהוגדל בערעור ל-250 אלף). בתמורה לטובות ההנאה שהוענקו לו סייע בניזרי לסלע בנושאים שונים, בין השאר בקבלת היתרים להבאת עובדים זרים ארצה. הוא הורשע בשוחד, בהפרת אמונים ובשיבוש הליכי משפט, ונגזרו עליו 18 חודשי מאסר וקנס. ערעורו לעליון נדחה, אך ערעור המדינה על קולת העונש התקבל, ומאסרו הוארך לארבע שנים.⁴⁵⁶ בעיניי, החמרה כה קיצונית של העונש (כמעט פי שלושה) בשלב הערעור היא מרחיקת לכת.

אברהם הירשזון כיהן בתפקיד שר האוצר בממשלת אולמרט, אך נאלץ להתפטר עקב חקירה שהתנהלה נגדו, בשל פעילותו בעבר בהסתדרות העובדים הלאומית. שנה לאחר מכן הוגש נגדו כתב אישום, ואחרי שנה נוספת הוא הורשע בגניבת כשני מיליון שקלים מהסתדרות העובדים הלאומית ובעבירות נוספות, ונידון למאסר של חמש שנים וחמישה חודשים ולקנס של 450 אלף שקלים.

פעילותה של "משטרת המוסר" בתחום המינויים והשימוש הנרחב במשפט הפלילי יצרו שינוי תרבותי. חילופי שלטון, סילוק יריבים פוליטיים והדחת מועמדים מתבצעים לא פעם תוך הסתמכות על מערכת המשפט, שהרחיבה לאין שיעור את הדינים הפליליים החלים על נבחרים ציבור. תופעות של הטחת אשמות ומציאת דופי בפוליטיקאים קיימות כמובן בכל משטר דמוקרטי, אלא שבישראל הן קיבלו את הנופך הנוסף הזה ואת תוספת העוצמה והתהודה הנלווית לחקירות ולהתדיינות משפטית סביב נושאים אלה.

בפברואר 2008 יצא "מעריב" בכותרת גדולה בעמודו הראשון. הידיעה בישרה

שאני שותף של השופט בדימוס ורדי זיילר בקרקע בעתלית. מדובר בחברות מקרקעין שהן בעלות קרקע בעתלית, ואשר רכשתי בהן מניות ב-1963 – יותר מ-40 שנה לפני מינויי לממשלה. זיילר ואדם נוסף רכשו עוד קודם לכן מניות בחברות הללו. כזכור, זיילר מונה על ידי (ועל ידי אבי דיכטר) לייעץ בדבר הצעדים שיש לנקוט בפרשת רמון, והוא עשה זאת ללא שכר. מה רע בכך? מדוע זה פסול? אולם הדבר תואר כ"חמור".

השלב הבא היה מכתב של חבר הכנסת אופיר פינס, שנמנה עם המתנגדים לעמדותי, ליועץ המשפטי. הוא נשלח למחרת הכתבה, כדי לברר אם דיווחתי לו על הקשר שלי עם זיילר ולבחון אם יש בנסיבות המינוי שלו משום מעשה פסול המגיע עד כדי חשש להפרת אמונים, כלומר לעבירה פלילית. במכתב תשובה שנשלח כבר באותו יום הבהיר עוזרו של מזוז, רז נזרי, כי אין בפרסום ב"מעריב", שאליו הפנה פינס, יסוד לעבירה פלילית. אף על פי כן, האנקדוטה הזו מלמדת על בלבול גמור בנוגע לתחומי המשפט הפלילי ולעבירה של הפרת אמונים, ומצביעה על הנטייה לפנות מיד לאפיק הפלילי, לעתים כדי להיפטר מיריבים פוליטיים או מאישים שמתנגדים למדיניותם. לא היתה זו הפעם היחידה שנעשה ניסיון כזה כלפי.

בעיני, לתרבות החדשה שחדרה מהמשפט לפוליטיקה יש צד דוחה, המסתמן ברצון למצוא דופי אצל הזולת, לא פעם בעניינים פעוטים וחסרי משמעות, להסיט אותם מיד לאפיק הפלילי, ולרוץ בכל עניין ועניין ליועץ המשפטי ולבג"ץ. היבט שלילי אחר של התרבות הזו הוא החרדה הגדולה של הפוליטיקאים מפני המערכת המשפטית, וחוסר היכולת להתמודד עם השיבוש הנגרם עקב כך למערכות השלטון.

משפט רמון ואפקט הפרפר

ב-12 ביולי 2006, בשעות הערב, זומנה ישיבת ממשלה מיוחדת בעקבות התקיפה של חיזבאללה בצפון, שבה נהרגו שמונה חיילים ושניים נוספים, אלדר רגב ואודי גולדווסר, נחטפו. הוחלט שם על תגובה, שהתרחבה למלחמת לבנון השנייה. לפני ישיבת הממשלה התקיימה התייעצות ביטחונית בלשכת ראש הממשלה. שר המשפטים רמון, שהשתתף בהתייעצות, המתין עם סיומה לישיבת הממשלה, ובינתיים התפתחה שיחה קלילה, שלוותה בצחקוקים, בינו לבין קצינה שעבדה בלשכת ראש הממשלה ועמדה לפני שחרור. הקצינה סיפרה לשר שהיא עומדת לנסוע לחו"ל עם חברה, והציעה לו להצטרף אליהן. לאחר מכן ביקשה להצטלם איתו. הצילום נעשה בחדר צדדי, ובתמונה נראית הקצינה כשהיא כורכת את שתי ידיה סביב גופו של רמון. לדבריה, לאחר הצילום נישק אותה רמון במפתיע והחדיר את לשונו לפיה. לגרסתו של רמון, הקצינה היא שיזמה את הנשיקה והוא רק נענה. לאחר מכן הם יצאו מהחדר, הצטלמו פעם נוספת, והקצינה – שתיהפך בהמשך למתלוננת – נתנה לרמון את מספר הטלפון שלה.

כאשר סיפרה הקצינה למפקדת שלה ולחברות אחדות את גרסתה על מה שאירע, היא לא סיפרה שמסרה את מספר הטלפון שלה לרמון, וגם לא הזכירה את העובדה שהציעה לו, לדבריה בהומור, להצטרף אליה לנסיעה לחו"ל. המפקדת סיפרה לראש אגף החקירות במשטרה, יוחנן דנינו, את דבר הנשיקה, ובשלב מסוים החלה להתרוצץ שמועה שלפיה אחד השרים, שנחבא מאחורי ארון, ניגש לחיילת, תפס אותה בחזקה ונישק אותה בכוח בפיה בניגוד לרצונה. ניצב דנינו החליט לפתוח בחקירה. בדיוק שבוע לאחר הנשיקה השאירה הקצינה מכתב פרידה למפקדת שלה, שבו כתבה: "אני טסה בעוד יומיים... את הסיפור הזה אני אקח איתי לקבר. אני אסגור את הסיפור עם שולה (מזכירתו של ראש הממשלה), ונקבור את זה פה בין ארבעה קירות." למחרת נעשה ניסיון על ידי קצינת משטרה ועל ידי יועצת הרמטכ"ל לענייני נשים לשכנע אותה להתלונן במשטרה. היא סירבה.

זה לא הספיק. בשבת זומנה הקצינה לפגישה עם המזכיר הצבאי של ראש הממשלה גדי שמני, בבית קפה. האלוף שמני עשה כל מאמץ להשפיע עליה

להתלונן, ואז הצטרפה אליהם תת-ניצב מירי גולן, והצליחה לגרום לקצינה לשנות את דעתה. הדרך שבה בוצע ה"שכנוע" תתברר מאוחר יותר, מהאזנות הסתר שנעשו בתיק. באותו לילה טסה הקצינה לחו"ל, וכעבור זמן נשלחו אליה למרכז אמריקה קציני משטרה, לגבות את עדותה.

יום אחד לפני אותה פגישה בבית קפה התקיימה ישיבה בלשכת פרקליט המדינה ערן שנדר, בהשתתפות קציני משטרה בכירים. שנדר, בידיעת היועץ המשפטי מזוז, אישר את בקשת המשטרה לפנות לבית משפט כדי לקבל אישור להאזנת סתר במסגרת חקירה בחשד של הדחה בחקירה. מבקר המדינה לא ימצא לימים דופי בהחלטה הזו, אבל אני מתקשה לראות מה היתה ההצדקה להאזנת הסתר. לא היה שמץ ראיה להאשמה, ומכתב הפרידה של הקצינה, האומר שתיקח איתה את הסיפור לקבר, לא רומז שמישהו מנסה להדיחה.

הטענה העיקרית נגד רמון היתה מעשה מגונה, והיא לא הצדיקה האזנת סתר. הוספת החשד של הדחה בחקירה אפשר לבצע בכל זאת האזנת סתר, שמטבע הדברים תתפרש גם על העבירה שלא הצדיקה זאת (כעבור זמן קיבל גם מזוז את העמדה שאין מקום לבקשה להאזנת סתר בהסתמך על טענה בדבר שיבוש הליכי משפט, כאשר העבירה העיקרית לא הצדיקה האזנה כזאת). אם לא די בכך, בפנייה לשופט אורי גורן התבקשה ההאזנה הן להדחה בחקירה והן לעבירה של מעשה מגונה, אף כי ביחס למעשה המגונה לא אישר זאת פרקליט המדינה. גורן לא ידע על כך, ואישר את הבקשה במלואה. החלה האזנה לקצינה, למפקדת שלה ולמנהלת לשכתו של ראש הממשלה שולה זקן.

תוך זמן קצר הסתבר שהאזנות הסתר פעלו כבומרנג. אם קיוו החוקרים שרמון יסבך את עצמו בעבירה של שיבוש הליכי משפט – תקוותם נכזבה. לא רק שלא נמצא שמץ ראיה להדחה בחקירה, אלא שהתגלה בהאזנות חומר מאוד לא נוח לתביעה. השתמע מהן בבירור שלא היה לקצינה כל עניין להתלונן. היא התנגדה לכך בכל כוחה, אך לא יכלה לעמוד בלחץ שהופעל עליה – לחץ שחרג ממה שיכול להיחשב לגיטימי. בין השאר היא סיפרה כי תנ"צ גולן אמרה לה: "אם את טסה בלי להגיש תלונה, הוא יכול לתבוע אותך על הוצאת דיבה." שום סיכון לתביעה כזו לא היה קיים לאמיתו של דבר, אלא שהקצינה לא הבינה זאת. בשיחה אחרת, בין האלוף שמני למפקדת של הקצינה, מספר שמני כי גולן אמרה לקצינה: "האיש הזה (רמון) ימנה את נשיא בית המשפט העליון." לכך משיבה המפקדת: "אתה מבין באיזה תפקיד הוא בחר, החוצפן הזה." ובשיחה נוספת מספרת הקצינה ש"כולם אמרו לי שהחרא הזה צריך לשבת בכלא". הרושם הוא, אם כן, שאל מהלך החקירה גלשה הגישה שחיים רמון אינו ראוי להיות שר משפטים, וצריך "להציל את המולדת" ולמנוע ממנו למנות את נשיא בית המשפט העליון.

האזנות הסתר, שניתן להן אישור ל-48 שעות, הופסקו כעבור יממה אחת. הן לא תוקצרו ולא תומללו. אולי היה מי שהבין ש"לא לילד הזה פיללו".

השלב הבא היה הפרדת האשמות נגד רמון, ונפתחו שני תיקים – האחד בעניין מעשה מגונה והשני בעניין הדחה בחקירה. חומר ההאזנות נכלל בתיק ההדחה, שנסגר. בתיק המעשה המגונה הוא לא הופיע, אף שהתקבל מההאזנות מידע רלוונטי לאשמה הזו, שהיה עשוי לסייע לרמון. לו ולפרקליטיו נמסר רק החומר שבתיק המעשה המגונה.

רמון התפטר מתפקיד שר המשפטים. בספטמבר 2006 החל משפטו להתנהל בבית משפט השלום בתל אביב, בפני הרכב של שלושה שופטים – חיותה כוחן, דניאלה שריזלי ודניאל בארי. במהלך המשפט נודע לרמון ממקור פנימי במשטרה על האזנות הסתר הנסתרות. ב-22 באוקטובר פנה עו"ד דן שינמן לתובעת, אריאלה סגל-אנטלר, וביקש לקבלן. "במסגרת החקירה שנוהלה נגד מרשך בתיק הנידון לא בוצעו האזנות סתר", השיבה הפרקליטה כבר למחרת. שינמן חזר ושאל אם היו האזנות סתר, אך התובעת הכחישה פעם אחר פעם את קיומן. בשלב זה החליטה פרקליטת המחוז רות דוד לבקש את דפי ההפקה של ההאזנות ואת קלטות השיחות. לאחר עיון בחומר נקרא עו"ד שינמן לפגישה בפרקליטות, ונמסרו לו סוף-סוף תוצרי האזנות הסתר. היה זה, כאמור, בשעה שהמשפט היה בעיצומו, לאחר שהמתלוננת כבר סיימה את עדותה.

שינמן פנה ליועץ המשפטי וביקש ממנו לחזור מהאישום לנוכח השתלשלות הדברים. זה היה הפתרון הראוי לאור העובדה שהתיק היה בעייתי ביותר מלכתחילה, לאור הנסיבות הנוגעות להאזנות הסתר ולנוכח החומר שהיה בהן. מזוז סירב. הקו הזה, של חוסר נכונות להודות בטעות בתיקים מתוקשרים, שהתביעה עוררה בהם סערה, היה אופייני.

בציבור החלו להישמע קולות ביקורת, והיה זה חידוש. בעבר נפתחו חקירות והוגשו תביעות מופרכות נגד אישי ציבור, והתגובה הציבורית לא הורגשה. הפעם לא דובר על עבירות מעורפלות, דוגמת הפרת אמונים, ש"האזרח הפשוט" מתקשה לעמוד על מהותן. בנשיקות כולם מבינים, וכתב האישום נראה צורם. אפילו פמיניסטיות מובהקות השמיעו קולן נגד ההליך הפלילי. הסופרת יוכי ברנדס פרסמה ב"הארץ" מאמר תחת הכותרת "בנות, הגזמנו", וכתבה: "בחברה בעלת מנגנוני איזון ובקרה בריאים, הסיפור היה נדחק לשוליים התקשורתיים והשר היה מכבב שלא בטובתו במדורי הרכילות. מערכת המשפט לא היתה מעלה בדעתה לבזבז את משאביה על זוטות כאלה... נשיקה כזאת היא לכל היותר מעשה של חוסר טעם. בשביל זה להרוס חיים אישיים ומקצועיים של בן אדם? יצאנו מדעתנו? אם לא נבחין בין עיקר לטפל, הדבר יפגע לא רק בגברים אלא גם בנו."

מזוז ושנדר התגייסו למאבק התקשורתי. ידיעה ב"הארץ" כללה התייחסות נרחבת לפרשה עם הכותרת "שנדר על רמון: הוא לא פלירטט, היא לא הסכימה". הקוראים התבשרו שהריאיון המלא עם פרקליט המדינה יתפרסם בערב יום כיפור. מזוז הופיע בערוץ 10, והציג שאלה רטורית: האם הייתם רוצים שיקרה לבתכם מה שקרה לאותה חיילת? בעיני, התשובה (שלא השמעתי ברבים) היא שלא הייתי רוצה שמישהו מבני משפחתי ייחשף ללחצים שהופעלו על החיילת כדי שתתלונן, כפי שלא הייתי רוצה שאדם כלשהו ייחשף לסיוט של משפט פלילי ולסיכון של הרס עתידו בשל מעשה חד-פעמי מטופש ופעוט.

שולמית אלוני, משפטנית בהכשרתה ודמות מרכזית בהגנה על נשים, הגיבה גם היא להתבטאויות של שנדר ומזוז, במאמר במדור הדעות של ynet שנשא את הכותרת: "הפרקליט כבר שפט את רמון", ומתחתיה התהייה: "למה חרצו מזוז ושנדר את דין השר הממונה עליהם, ומדוע עשו הכול למען דעת קהל עוינת?" לביקורת חריפה על הופעותיהם של השניים בתקשורת צירפה אלוני ביקורת על עצם ההעמדה לדין. לדבריה: "אין כאן עבירה פלילית... זו זילות של החוק", שתגרום נזק לנשים.

התחושה שההליך אינו מתקבל על הדעת היתה נחלתם של חוגים רחבים. בכנס עורכי דין העוסקים בפלילים, שהתקיים באילת כאשר משפטו של רמון התקרב אל סיומו, התבטאה מרים רוזנטל, פרקליטת מחוז תל אביב לשעבר, נגד החוק למניעת הטרדה מינית, באומרה שהנשים הן חזקות ויודעות לומר "לא". נשיאת בית המשפט העליון דורית ביניש, שמונתה לתפקידה כשלושה חודשים קודם לכן, נכחה במקום, ועלתה לדוכן "בסערה", כפי שתיאר זאת נועם שרביט ב"גלובס". היא התייחסה בדבריה למצבן של נשים חלשות, התלויות במעביד לפרנסתן, וכפי שצוטט אמרה גם ש"בהחלט צריך להיות זהיר, אבל התביעה לא ניצלה לרעה את החוק". בהמשך מסופר עוד כי "למי שניסה לקשור זאת לתיק אקטואלי, היא הבהירה: 'אל תערכבו עם אקטואליה ועם דברים לא קשורים'".

סעיף 39(א) לכללי האתיקה לשופטים קובע כי "שופט אומר דברו בפסקי דין ובהחלטות. על דרך הכלל אין שופט מתראיין ואין הוא מוסר מידע לתקשורת". כללים אלה חוקקו אמנם חודשים אחדים לאחר אותו כנס באילת, אבל הכלל שלפיו "שופט אומר דברו בפסקי דין ובהחלטות" הוא כלל ישן ומוכר. מכל מקום, דבריה של ביניש נאמרו בעיתוי אומלל במיוחד, בשעה שעניינו של רמון עומד להיחתך. ייתכן שבדבריה על החוק בעניין הטרדה מינית סברה שהיא עוסקת בנושא עיוני גרידא, ואפשר גם שלא התכוונה למשפטו של רמון, אך השאלה היא כיצד הובנו הדברים, והאם היה עליה לדעת כיצד יובנו, גם כאשר

נאמר שאין לקשור אותם לתיק אקטואלי. היו מן הסתם כאלה שראו בכך יותר מרמז לשופטיו של רמון כיצד עליהם לנהוג.

ב-31 בינואר 2007 פורסמה הכרעת הדין המרשיעה את רמון. היה זה פסק דין מופרך, והדרך שבה הגיע להרשעה של מי שראוי היה לזכותו – מעוררת דאגה. בכתבה "שיני הבינה של מזוז", שפורסמה ב"דה מרקר" כשבועיים לפני פסק הדין, סיפר הכתב יובל יועז כי מזוז מעריך את סיכויי הרשעתו של רמון "רק ב-50:50", מן הסתם כיוון שמדובר בעדות נגד עדות. לאחר מכן הדברים הוכחו. ואכן, הרשעה כזו היא מטבע הדברים בעייתית. קיימת אמנם אמונה ששופטים מסוגלים להבחין בין אמת לשקר, אך המציאות טופחת על פניה שוב ושוב. בישראל קיים סיכון עצום של הרשעת חפים מפשע, בין השאר לנוכח החשש שבמקרה של עדות מול עדות, ובהיעדר נתונים אובייקטיביים, יעדיפו שופטים את עד התביעה, בעיקר אם הם עצמם באו משורות התביעה.

אלא שבעניינו של רמון היו לא מעט נתונים אובייקטיביים. והם תמכו דווקא בו. תיקי הטרדה מינית מאופיינים בכך שכאשר מוטחת האשמה מפי מתלוננת אחת, צצות מתלוננות נוספות נגד החשוד. ואכן, מהאזנות הסתר עולה שמירי גולן הסבירה למתלוננת כי ברגע שהיא תתלונן "אחרייך יתלוננו עוד עשר". וראו זה פלא – לא נמצאה אף מתלוננת נוספת נגד רמון. האם אין זה מלמד כי לא סביר שהוא יחליט לפתע לנשק מישהי אשר הוא יודע כי אינה מוכנה לכך?

היו עובדות נוספות: הצילום של המתלוננת עם רמון, שבו היא נראית מחבקת אותו בשתי ידיה, אינו צילום רגיל של פקידה, השומרת "דיסטאנס" משר ומעוניינת בתמונה למזכרת. זהו בדיוק המקרה שעליו ניתן לומר: תמונה אחת שווה אלף מילים. היה גם צילום נוסף של הקצינה עם רמון, לאחר הנשיקה, ובו לא ניכרת סערת הנפש שבו היא היתה נתונה לדבריה. כל זה מצטרף להצעה שלה לרמון להצטרף אליה לנסיעה לחו"ל, ולכך שמסרה לו את מספר הטלפון שלה. למרות כל אלה פסק הדין בולט בחד-צדדיותו, ובית המשפט מוצא לכל עובדה הסבר השולל את משקלה: ההצעה להצטרף לנסיעה לחו"ל היתה "בהומור" (ונניח שכך, האם רמון לא רשאי היה לראות ב"הומור" הזה רמז מסוים?). העובדה שלא גילתה לחברותיה כי מסרה לו את מספר הטלפון שלה מוסברת בכך ש"הבינה כי טעתה, חשה בושה ורע עם עצמה". מסירת מספר הטלפון עצמה מוסברת בכך שלעתים התנהגותו של קורבן עבירת מין נראית תמוהה, וכי המתלוננת "פעלה כמו רובוט, ללא מחשבה ומתוך לחץ". ואולם, טענת הרובוט אינה מתיישבת עם ההסבר שנתנה המתלוננת למפקדת שלה, ומשתמע ממנו שהיא פעלה דווקא בהיגיון ומתוך שיקול תועלתני, כיוון שתרצה אולי לעבוד בלשכת השר. לסיפור הטלפון יש היבט נוסף: המפקדת של הקצינה נזכרה בו לאחר שמסרה את עדותה במשטרה. היא טלפנה

לחוקרים ומסרה להם על כך. החוקרים לא טרחו לרשום זאת, שכן החקירה הסתיימה, ובצד הנזק שנגרם להגנה עקב כך שהעובדה הזו לא הגיעה אליהם במועד, הדבר מלמד שהמשטרה, שיש לה מונופול על החקירה, אינה ששה לאסוף עובדות הפועלות לטובת חשוד.

עדותם של עדי ההגנה נדחתה בפסק הדין באופן שיטתי. אל"מ בשם וילאן העיד שעל פי התרשמותו המתלוננת אינה אמינה. לעד לא היה קשר מיוחד לרמון, אבל בפסק הדין נאמר ש"העיד באופן תמוה משהו". מה היה תמוה – לא נאמר. מזכיר הממשלה ישראל מימון, אדם שמעולם לא נמצא דופי ביושרו או באמינותו, סיפר שגם לו הציעה המתלוננת לנסוע איתה לקוסטה ריקה, ושהם יוכלו לעשות חיים יחדיו. הוא הגדיר את השיחה כ"פלרטוט בעל אספקט מיני". דבר השיחה לא הוכחש, אבל בית המשפט מתקשה להבין כיצד מזכיר הממשלה מפרש שיחה כזו כפלרטוט בעל גוון מיני. אני, לעומת זאת, מתקשה להבין כיצד ניתן לפרש שיחה כזו אחרת, ונדמה לי שכך היו מבינים זאת רוב תושבי ישראל.

חוסר האיזון בעמדת בית המשפט מלווה בהתפרצויות אחדות, המצביעות על עוינות כלפי הנאשם. נראה שרמון אמר בשלב מסוים ש"תפרו לו תיק". בית המשפט קובע שהחקירה נפתחה כשניצב דנינו עדיין לא ידע באיזה שר מדובר, ומסביר שהדבר משמיט "מהיסוד את הטענה המופרכת, כאילו מישו ביקש 'להפיל תיק' על הנאשם". אינני בטוח בכך. רמון רשאי היה להאמין שאילו התברר כי מדובר באדם אחר, ייתכן שלא היה מוגש כתב אישום על יסוד חומר כה קלוש. אבל בית המשפט אינו מסתפק בדחיית הטענה, ומוסיף: "האמירות 'העלילו עליי', 'הפילו עליי תיק', 'תפרו לי תיק' – הן לרוב מפלטם של עבריינים, לרבות נבחרים ציבור, שמסתתרים מאחורי אמירות חסרות שחר כדי להינצל מחבל החקירה והמשפט הנכרך סביב צווארם." מעניין מה אמור, לדעת השופטים, להגיד אדם שבאמת מאמין כי "תפרו לו תיק" והוא אכן אינו עברייני. באיזה ביטוי מותר לו להשתמש כדי שלא יהווה מבחינתם "מפלט של עבריינים".

בעניינים אחדים ניסה רמון להציג את המתלוננת כמי שאינה דוברת אמת. תגובת בית המשפט חריפה. "ברי לנו", כך נאמר, "שאינ מדובר בשקרים או בבדיות שהפריחה המתלוננת, ועל כן, הצגתה כשקרנית מורה על מגמתו הברורה של הנאשם להכפיש את שמה ולהטיל בה דופי, ובה בעת להתנער מאשמה. דווקא מגמה זו מצביעה על תחושת אשמה ברורה של הנאשם". כלומר, על פי ההיגיון של בית המשפט, עצם ניסיונו של נאשם להתגונן ולכפור בגרסתה של עדת התביעה מלמד על תחושת אשמה? אם כך, מה אמור נאשם לעשות כאשר הוא משוכנע שעד התביעה אינו אומר אמת? לדעתי, החומר מצביע על כך שרמון האמין שיש הסכמה מצד המתלוננת. אפילו בית המשפט לא קבע שהוא לא ידע

כי אינה מסכימה, אבל לדעת השופטים הוא נהג בפזיזות. אינני סבור שהיה בסיס לממצא הזה, ובית המשפט טעה בסוּבְרוּ שניתן להרשיע במקרה כזה על סמך פזיזות בלבד. ככלל, מחוסר האיזון בהתייחסות לראיות ומההתבטאויות הקיצוניות כלפי רמון מתקבל הרושם שבית המשפט מנסה באמצעות לשון חריפה לחזק תיק חלש, שאינו מצדיק הרשעה. הדרישה הבסיסית להוכחה מעבר לספק סביר כתנאי להרשעה – נמוגה כלא היתה.

יומיים לאחר פסק הדין פרסמתי עליו ב"ידיעות אחרונות" ביקורת חריפה. חמישה ימים לאחר מכן אישרה הכנסת את מינויי לתפקיד שר המשפטים. הרהרתי באפקט הפרפר. בתוצאות הבלתי-צפויות של אירוע שולי. שר נישק חיילת, ואני מוניתית לשר משפטים.

המאמר שלי היה רק אחד מרבים. פסק הדין נתקל בביקורת נוקבת כמעט מכל הכיוונים. באותו בוקר התפרסם ב"הארץ" מאמר מערכת שבו נאמר: "המשפט הפלילי היה צריך להדיר את רגליו מהמקרה הזה, והבאתו לבית המשפט נוגעת לטיפול נמרץ ולוחץ מדי של רשויות החקירה והתביעה... זהו עוד היבט של הפיכת החברה הישראלית למשפטנית עד זרא ושל העברת ההכרעה בענייני מוסר והתנהגות לשופטים, כאילו דעתם בשאלה מה מעורר גועל ומיאוס חשובה יותר מדעתו של כל אדם אחר", וכותרתו היתה: "החמרה הגובלת בהטרדה".

למחרת פרסם בן-דרור ימיני ב"מעריב" מאמר ביקורת שנשא את הכותרת "פסיקה עם דגל שחור". "מרגע שהופכים את בתי המשפט שלנו לטריבונלים של משמרות הצניעות", כתב ימיני, "אנחנו מתקרבים בצעדי ענק לסעודיה ולאיראן. לא לדנמרק או שוודיה".⁴⁵⁷

פרופ' ג'ורג' פלטשר, משפטן אמריקני נודע שהתמחה בין השאר בתחום הפלילי, מתח בריאיון עם משה גורלי שפורסם ב"מעריב" ("החיפזון מהמבקר") ביקורת חריפה על העמדתו של רמון לדין, על השגיאות שנפלו בפסק הדין ועל השימוש המופרז שנעשה בישראל במשפט הפלילי. לדבריו, "הרושם, במקרה רמון, הוא שהשתמשו בהליך פלילי כדי להשיג תוצאה פוליטית", וגם "אם השופטים כאן היו מבינים משפט פלילי, היה עליהם למחוק את האישום על הסף".

פרופ' אמנון רובינשטיין הצטרף לביקורתו של פלטשר, שיש בה, לדבריו, חיזוק משמעותי לאלה המבקרים את התביעה הכללית, את הפרקליטות, את היועץ המשפטי וגם חלק מהשופטים. רובינשטיין הוסיף במאמר "חושף פגמים" ב"מעריב" כי: "שימוש סיטוני במשפט הפלילי מביא לפיחות בערכו, ומינוי תובעים משטרתיים לתפקידי שפיטה, ללא שום תקופת צינון, מביא לפיחות במעמדו של בית המשפט".

גם לפרופ' מרדכי קרמניצר, שאיננו מאלה המבקשים להקל עם הפוליטיקאים, היתה ביקורת קשה. "התיק של חיים רמון היה בעייתי מבחינת הטיפול בו בתביעה ובבית המשפט", הוא אמר לאלה לוי-וינריב בכתבה ב"גלובס" תחת הכותרת "להרבה אנשים יש חשבון פתוח איתי". "אני הנחתי שיש להם משהו בתיק כדי להוכיח מחשבה פלילית. לפי המשפט אני רואה את המשהו שהיה להם, וזה בכל זאת הספיק להרשעה. אני לא כל כך מבין איך. לכן, אני חושב שלשתי המערכות, השופטת והתביעה הכללית, יש בעיה של מקצועיות."

פרט פיקנטי נוגע לעמדתו של משה לדור, שהיה בעת פרשת רמון עורך דין פרטי, ומונה כעבור זמן לפרקליט המדינה. בפגישתנו סיפר לי לדור כי מיד לאחר קריאת פסק הדין בעניינו של רמון הוא התיישב וכתב את נימוקי הערעור, ללמד עד כמה שגוי הוא נראה לו.

כמעט שלא נמצא משפטן רציני שהיה מוכן להגן על פסק הדין או על הגשת כתב האישום. יוצא מן הכלל היה יצחק זמיר, שיצא להגנתו של היועץ המשפטי.⁴⁵⁸ בריאיון לגידי וייץ מ"הארץ" ("תשמעו, אנחנו חולים") נשאל זמיר אם מזוז טעה בהגשת כתב האישום, והשיב: "אני חושב שהוא בהחלט לא טעה... לא היתה לו ברירה אלא להגיש כתב אישום נגד חיים רמון, אף שזה כאילו מעשה קטן של שובבות, טיפשות, איך שלא נקרא לזה. היו כאן הרבה טעויות של חיים רמון. הוא לא ניצל הרבה הזדמנויות כדי לגמור את הפרשה. אם הוא היה אומר 'סליחה, טעיתי, חשבתי שאת רוצה, מתברר שאת לא רוצה, פגעתי בך, אני מתנצל' – הוא היה גומר את הפרשה."

הטיעון התמוה הזה, כאילו לא נותר למזוז אפילו שיקול דעת ("לא היתה לו ברירה"), מהווה שימוש לא מרשים בטכניקה של הקצנה, דהיינו, ניסיון לחזק טיעון חלש באמצעות הצגתו בלשון קיצונית. החולשה מתבררת מהמשך ההנמקה: אם רק רמון היה אומר "סליחה... היה גומר את הפרשה". גם מזוז עצמו אימץ את הטיעון שלפיו אילו התנצל רמון "הוא היה שולל את הפליליות של האירוע", והעניין היה נותר לשיפוט הציבור, כפי שאמר בריאיון לארי שביט ב"הארץ". כנראה לא נמצא הסבר יותר משכנע לכתב האישום. אבל אם מדובר בעבירה, מאימתי יכול עבריין לפטור עצמו מכתב אישום באמצעות התנצלות? ולעצם העניין: התירוץ הקלוש אינו מתיישב עם העובדות. כל עוד האמין רמון שהנשיקה התרחשה בהסכמה הוא לא ראה מקום להתנצל, אבל כבר במשטרה אמר: "אם הייתי מעלה על צל צלה של דעתי שעשיתי משהו שלא היה תקין, הייתי מבקש את סליחתה, הייתי מתנצל בפניה." ודברים דומים אמר גם בבית המשפט. יתר על כן, אם די בהתנצלות כדי להשתחרר מכתב אישום, האם לא היה זה מתפקידו של מזוז לשאול את רמון אם הוא מוכן להתנצל?

על הטיעון הקלוש הזה חזר גם מישאל חשין בריאיון שנתן ל"מעריב", שם גרס כי אילו "רמון היה מכה על חטא ומבקש סליחה" לא היה היועץ המשפטי מגיש כתב אישום. אך לגבי חשין ניתן לפחות לציין שאמר ש"הדבר הזה היה ראוי שיסתיים בדרך אחרת, לא בהגשת כתב אישום אלא בבקשת סליחה", וגם לטיעון שבא להחמיר את המעשה מאחר שהתבצע בדרך לישיבת ממשלה הרת גורל התייחס חשין כאל "צביעות מתרוננת בראש חוצות". איש משני השופטים בדימוס לא התייחס לפסק הדין חסר הבסיס ולקלות הבלתי-נסבלת שבה מורשע ללא יסוד אדם בישראל – מדינה שבה אחוז ההרשעות חורג מכל מה שעשוי להתקבל על הרעת. ההגנה על מזוז ועל כתב האישום מפי זמיר, שהיה בעבר יועץ משפטי ולימים שופט בעליון, מלמדת על הנטייה התביעתית המוגזמת שהתפתחה בלשכת היועץ המשפטי והדביקה גם את העליון. ההגנה על כתב אישום שגוי מהווה חלק מתופעת המקהלה המתוזמרת, שזמיר פעל בה ללא לאות, ונועדה להביע תמיכה בלתי-מסויגת בבית המשפט העליון, באקטיביזם השיפוטי ובהליכים פליליים נגד אישי ציבור, תוך מתיחת ביקורת, לא פעם בלשון בוטה, נגד כל מי שמעז לכפור בעמדות האלה. קו התעמולה הכיתתי הזה משתקף מצד אחד בהזדהות ובהצדקה אוטומטית של "מפלגת שלטון החוק", ומן הצד האחר בהימנעות מכל ביקורת פומבית על מעשיהם של חברי הקבוצה, גם כשהמשגה שלהם בולט לעין, ובתקיפה אוטומטית של כל מבקרי הקבוצה ופעולותיה.

גזר הדין במשפט רמון ניתן חודשיים לאחר הכרעת הדין, ובמובנים רבים הוא היפוכו של פסק הדין, שנכתב בלשון בוטה, קשה ועוינת לנאשם, תוך ניסיון להעצים את המעשה ולייחס לו חומרה החורגת מכל פרופורציה. גזר הדין לא רק מגלה אמפתיה לרמון, אלא מגמד את המעשה ושולל את חומרתו. בית המשפט מציין שהעבירה "נמצאת במדרג הנמוך של עבירות מסוג זה", שהיה זה מעשה חד-פעמי, בלתי-מתוכנן, בעקבות שיחה חסרת טעם, וכי הוא נמשך 2–3 שניות וחדל מיד. עם זאת נמנעו השופטים מלבטל את ההרשעה (יש לבית המשפט סמכות לעשות זאת, ולהסתפק בהטלת שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה). הם קבעו כי "עונשו של הנאשם צריך להיות מזערי", והסתפקו בכך שהטילו על רמון לבצע 120 שעות שירות לתועלת הציבור ולשלם למתלוננת פיצויים בסך 15,000 שקלים. השופטים רחו את דרישת התביעה לקבוע שיש בעבירה קלון, וציינו שהם עושים זאת בהתחשב בהוראת סעיף 42א(א) ל"חוק יסוד: הכנסת", אשר לפיה חבר כנסת שהורשע בפסק דין סופי בעבירה שבית המשפט קבע לגביה שיש עמה קלון תיפסק חברותו בכנסת. משמעות ההחלטה היתה שחברותו של רמון בכנסת תימשך, ונפתח גם השער לשובו לממשלה.

על השאלה מה גרם למהפך בין הכרעת הדין לגזר הדין ניתן רק להעלות השערות. ייתכן שבית המשפט נוכח שפסק הדין התקבל בציבור כמו שהוא – כלומר כפסק דין מופרך – וניסה למתן את התוצאה. אפשר גם שדי היה בכך שרמון, שנחשב עוין למערכת, סולק ממשדד המשפטים, ולא נדרש יותר מזה. אולי מינויי לשר משפטים, כאשר עמדתי ביחס לפסק הדין היתה ידועה, תרמה לתוצאה המרוככת. בכל מקרה, הנזק הכבד שנגרם למערכת המשפט ולאמון הציבור בה בעקבות הכרעת הדין המזעזעת – לא פג. לפסק דין רמון היתה משמעות דרמטית. גם בעבר הוגשו לא פעם כתבי אישום חסרי שחר נגד שרים, אבל בתי המשפט באותם ימים מילאו את תפקידם. יעקב נאמן זוכה, ובמשפטו של רפאל איתן נזרקה התביעה בבושת פנים מבית המשפט. הפעם נכשל בית המשפט בתפקידו, והתגלה כתביעתי לא פחות מהתביעה. לאנשי ציבור היה זה איתות שאיש לא יגן עליהם מפני תביעה דורסנית. יש משהו סמלי, ואולי לא רק סמלי, בכך שהלהט להרשיע פרץ במלוא עוזו במשפט רמון, חודשים ספורים בלבד לאחר מינויה של דורית ביניש לנשיאת בית המשפט העליון, זמן קצר לאחר שנשאה את דבריה הבעייתיים בכנס עורכי הדין באילת.

הכרעת הדין העניקה ליועץ המשפטי כוח אדיר. כוחה של התביעה היה תמיד עצום, אבל התברר שכל כתב אישום, ויהא המופרך ביותר, שווה ערך או כמעט שווה ערך להרשעה. סיכויי הזיכוי שהיו קיימים בעבר, שואפים לאפס. הפחד מפני היועץ המשפטי הגיע לממדים שקשה לתארם. התופעה שנתקלתי בה בתקופת כהונתי בממשלה, שחלק ניכר מחבריה נתונים לאימת היועץ המשפטי שלה ואינם מעזים להמרות את פיו, נראתה לי סוריאליסטית.

אולם בעוד שמבחינה פורמלית גבר כוחו של היועץ, גדל כוחם של בתי המשפט והתעצמה האימה שכל המערך הזה הטיל על נבחר הציבור, התערער לחלוטין כוחם המוסרי. הפחד מפניהם הוא פחד מפני כוח, שלא נלווית אליו אמונה בצדקתו. פסק הדין בפרשת רמון התקבל בממשלה בזעזוע. באחד מימי הראשונים שם פגשתי אישיות בכירה, שאמרה לי: "קראתי את פסק דין רמון ובא לי להקיא." התחושה היתה שאין ברירה, מוכרחים לעשות משהו. הצעד האחר שננקט היה המינוי שלי לשר המשפטים.

על פסק הדין לא הוגש ערעור. לכאורה היו לרמון סיכויים מצוינים לזכות בערעור, אבל תוצאות משפט לעולם אינן ודאיות, ולא היה ניתן להעריך את השפעתם האפשרית של דברי ביניש על שופטי הערעור. ההרשעה גרמה לרמון נזק ניכר, אבל הוא צומצם על ידי הקביעה בדבר היעדר קלון. הגשת ערעור על ידו היתה גוררת כמעט בוודאות ערעור שכנגד, שבו היתה חוזרת הפרקליטות על

דרישתה לקביעת קלון. סיכוייה נראו קלושים, אך מנקודת ראותו של רמון, שכבר למד עד כמה שגוי עשוי פסק דין להיות, די היה בסיכון הזעום כדי להרתיעו. שאלה מקבילה מתעוררת לגבי היועץ המשפטי. מדוע הוא לא ערער על עונשו הקל של רמון, ובעיקר על כך שנדחתה דרישת הקלון. התשובה הברורה היא שלא היתה גם למזוז סיבה להסתכן. מבחינתו, די בהרשעה, מפוקפקת ומינורית ככל שתהיה, כדי שיוכל להיאחז בה להצדקת כתב אישום נגד שר בשל מעשה חד-פעמי, שארך 2-3 שניות, במדרג הנמוך של העבירה ואין בו קלון.

לאחר שריצה את העונש של 120 שעות עבודה לתועלת הציבור יכול רמון לשוב לממשלה. תמכתי בכך בפומבי. המעשה שעשה לא היה ראוי ואינו מקור לגאווה, אבל הרשעתו הבלתי-מוצדקת היוותה בעיני עונש כבד ומופרז, שהיה בו יותר מכפרה על הטעות. לא היתה גם שום סיבה לוותר על כישוריו ועל ניסיונו הרב. זו היתה גם עמדתו של ראש הממשלה, שהחליט לצרפו בתפקיד משנה לראש הממשלה למשימות מיוחדות, בעיקר בתחום המדיני. היה בכך כדי ללמד על גישתו האנושית של אולמרט ועל כושרו המיוחד לשמר קשרים אישיים. צירופו של רמון אושר בממשלה. השר היחיד שהביע מורת רוח היה אבי דיכטר, וכשאושר המינוי בכנסת בחר דיכטר שלא להשתתף בהצבעה.

הבג"ץ הבלתי-נמנע נידון בפני השופטים פרוקצ'יה, גרוניס וארבל.⁴⁵⁹ ראוי היה לסיים את הדיון במשפטים ספורים, המבהירים כי משאשרה הכנסת את המינוי ובהיעדר עילה חוקית לפסילתו, דין העתירה להידחות. במקום זאת חובר מסמך ארוך, של יותר מ-60 עמודים, וההכרעה ניתנה ברוב דעות. פסק הדין הסביר ביותר הוא של אשר גרוניס, והוא גם הקצר ביותר. בפתח דבריו הוא מבהיר כי "במקרה מעין זה, בו הכנסת מאשרת צירוף שר לממשלה, בעקבות הצעה של ראש הממשלה והחלטה של הממשלה, ספק אם יש מקום להתערבות של בית המשפט הגבוה לצדק". ובאשר לטענה של אי-סבירות הוא כותב: "אין לבית המשפט יתרון על פני כל אזור במדינה בשאלת סבירותה של ההחלטה." אכן, אין זו שאלה שבה נדרשת מומחיות משפטית, ומוטב להשאירה בספרה הציבורית.

פסק דינו של גרוניס מצטיין גם בכך שאינו עוסק בנושאים של מוסר, שעמיתותיו מרעיפות על הקורא. פסק דינה של פרוקצ'יה, המשתרע על כ-30 עמודים, חוזר עד לעייפה על שלל ההיגדים הנדושים בסוגיית המינויים, לרבות הצורך להבטיח את אמון הציבור ולשקול את "איכותו הערכית ומידותיו המוסריות של המועמד". לפיכך, כשירות המועמד "נמדדת לא רק בבחינת יכולותיו המקצועיות... אלא גם בבחינת רמתו המוסרית והערכית". לדעתה רשאי בג"ץ להעמיד במבחן הסבירות אפילו מינוי שר לממשלה, אך לפחות התוצאה הסופית

שאליה הגיעה היא נכונה: "לא מתקיימת עילת התערבות שיפוטית במעשה מינויו של ח"כ רמון כשר בממשלה."

המדהימה ביותר היא דעת המיעוט של עדנה ארבל, הרוויה כמובן שלל אמרות דוגמת "יכולתה של הממשלה למשול נשענת גם, במידה מכרעת, על אמון הציבור בה". לדעתה, "ההחלטה על מינויו של ח"כ רמון בעת הזו מעוררת קושי במישור הערכי מעצם הפגיעה שבה בערכי שלטון החוק, וקושי במישור הציבורי מעצם הפגיעה שבה באמון הציבור באלה הניצבים בקודקודה של הפירמידה השלטונית – הממשלה וחבריה". כאן מגיע הרגע לצטט את האפוריזם הנאה של ברק בדבר "שלטון החוק בשלטון". מסקנתה היא אפוא שיש לפסול את מינויו של רמון. העובדה שהממשלה החליטה למנותו ומליאת הכנסת החליטה ברוב מכריע לאשר זאת – אינה עומדת למכשול. ארבל לא חשה בגודל ההתנשאות שיש בביטול החלטה כזו של בית הנבחרים.

אם מדובר באמון הציבור, אני מעריך שהנזק שנגרם לאמון בבית המשפט באותה ישיבה מפורסמת של הוועדה לבחירת שופטים, שבה מונתה ארבל לעליון, עולה בהרבה על הנזק שנגרם (אם בכלל) עקב השבתו של חיים רמון אל שולחן הממשלה. ולבסוף, הערה בענייני מוסר: רמון הורשע. בעולם המשפט ההרשעה היא סופית ומחייבת, ועם הרשעה ללא קלון אין מניעה לכהן בממשלה. עולם המוסר אינו כבול לממצאי בית המשפט. מותר לכפור במסקנות השופטים ומותר לחשוב שהרשעתו של רמון נטולת בסיס. משפטנים רבים אכן סבורים כך, וכאשר זוהי המסקנה ניתן מבחינה מוסרית לנהוג בהתאם. ולגבי הביטוי המלבב "שלטון החוק בשלטון", החביב על מטיפי המוסר בעליון, הגיע אולי הזמן לשקול שימוש בביטוי "שלטון המשפט בשופטים", קודם שגולשים למקום שבית המשפט אינו צריך להימצא בו.

האפילוג נוגע לשופטת חיותה כוחן, ראשת ההרכב שהרשיע את רמון. כוחן נכללה ברשימת המועמדים לקידום למחוזי, אבל ביניש החליטה להוציאה מהרשימה. הכתבת טובה צימוקי דיווחה ב"ידיעות אחרונות", תחת הכותרת "מחיר ההרשעה?" כי ביניש התקשרה אל כוחן, וסיפרה לה שהוציאה אותה מהרשימה כיוון שאני מבקש לנקום בה (בכוחן) על הרשעת רמון. לפי גרסה מתונה יותר, שפרסם אבירם זינו ב-ynet, ביניש אמרה כי לנוכח הביקורת שמתחתי על פסק הדין בפרשת רמון, היא חושבת שלא ארצה לראות את כוחן ברשימת המועמדים, ולפיכך הוציאה אותה.

לשכתי הבהירה כי לא היה לי כל קשר להוצאת שמה של חיותה כוחן מהרשימה. לאחר מכן מסרה דוברת בתי המשפט, מטעם ביניש, כי כוחן הוסרה

"מחמת צרכים שיש לבית משפט השלום". אלא שהפעם עורר ההסבר את חמתה של נשיאת בית משפט השלום בתל אביב, עדנה בקנשטיין, שכתבה לביניש מכתב חריף על כך שאיש לא התייעץ איתה, וטענה שהשימוש בצורכי בית המשפט שלה כנימוק להוצאתה של כוחן מהרשימה הוא "זריית חול בעיני הציבור".

הפרשה כולה גררה ביקורת על ביניש, חלקה בלשון שאינה ראויה לדפוס. היו גם התבטאויות מצד אישים שאינם חשודים ביחס לא אוהד לנשיאה. העיתונאי מתי גולן כתב ב"גלובס" ("חפש את הגבר"), כי "אין ספק שביניש צריכה לבוא בעצמה ולא באמצעות דוברים, ולנמק מדוע דיברה על צרכים בבית המשפט, כאשר צרכים כאלה אינם קיימים". פרופ' זאב סגל כתב ב"הארץ" "ביניש חייבת הסבר", ופירט: "המציאות הקיימת – שבה טוענת נשיאת בית משפט שהנשיאה שלה אינה דוברת אמת – אינה מאפשרת לעבור לסדר היום. נשיאת בית המשפט העליון חייבת לתת הסבר לציבור על דברים שיש בהם לכאורה פגיעה קשה באמינותה." ב-2009 מינה נאמן את כוחן במינוי זמני לבית המשפט המחוזי. כעבור שנה היא פרשה לגימלאות.

כָּשָׁל מְשׁוּלֵשׁ הַתְּגִלָּה בַּפְּרִשְׁת רִמּוֹן. האחר היה בהחלטה להגיש כתב אישום. השני בפסק הדין. השלישי בכל מה שהתרחש סביב האזנות סתר. בהכרעת הדין בחר בית המשפט להתייחס לפרשת ההאזנות שלא הועברו לרמון במועד, וניצב דנינו, שהעיד בפניו, הודיע שה"תקלה" תיבדק. בית המשפט הסתפק בכך. "נוכח הבטחתו של ניצב דנינו כי הנושא ייבדק לעומק, אנו נמנעים מלקבוע כי תוצרי האזנות הסתר לא הועברו להגנה בזדון", כתבו השופטים, והוסיפו: "אנו קובעים, כי מדובר כאן לפחות ברשלנות ממשית מצד גורמי התביעה".

בעת ההמתנה להכרעת הדין התקיימה שיחה קשה בין ראש הממשלה ליועץ המשפטי. אולמרט ביקש להקים ועדת בדיקה ממשלתית לבירור השערורייה, אך מזוז אסר עליו לעשות זאת. הוא הודיע שידאג לטיפול בנושא, אך קבע שראש הממשלה אינו רשאי לעסוק בו, כיוון שהוא נתון בחקירה (בעניין הבית בכרמיה ובעניין בנק לאומי, שנסגרו כעבור זמן) ונמצא "בניגוד עניינים". היה אפשר כמובן לטעון באותה מידה של שכנוע לפחות כי מי שנמצא בניגוד עניינים הוא דווקא מי שהחליט על פתיחת החקירות האלה.

תזכורת: במרס 2006, לפני הבחירות, טיפל מני מזוז בתלונה נגד אולמרט ביחס לבית שרכש ברחוב כרמיה. באותו שלב הוא מצא שאין מקום לחקירה פלילית בעניין. למרות זאת העביר מבקר המדינה לעובד משרדו, ניצב (בדימוס) יעקב בורובסקי, את הנושא לבדיקה, כדי להחליט אם יש מקום לחקירה מקיפה יותר. העניין חזר למזוז פעם נוספת, וב-24 בספטמבר 2006 דווח בתקשורת על החלטתו לפתוח בחקירת משטרה. היה זה ימים אחדים לאחר פתיחת משפטו של חיים רמון.

בשלב זה עדיין לא התפוצצה פרשת האזנות הסתר בתיק הזה, אבל היה כבר ברור שמזוז נקלע למצב בעייתי. התיק היה חלש ביותר, וצריך היה להיות ברור למזוז שקיים סיכוי ממשי לזיכוי. זיכוי של שר משפטים לשעבר בוודאי איננו מחזק את מעמדו של יועץ משפטי שהחליט להעמידו לדין. התוצאה עשויה להיות קשה פי כמה לנוכח העובדה שכתב האישום היה מופרך, והושמעה כלפיו ביקורת פומבית חריפה, ששיקפה עמדת ציבור רחב, ולפיה לא היה כלל מקום להגישו (המאמר של יוכי ברנדס, "בנות, הגזמנו", פורסם ימים ספורים לאחר פתיחת משפטו של רמון).

מזוז נקלע למצב מאוד לא נוח. הוא עצמו מתאר זאת בריאיון לארי שביט: "התיק הזה יצר את המתקפה הכי קשה בהיבט המערכתי, על המשטרה, על הפרקליטות, על בתי המשפט. זה היה מפחיד... הרגע המפחיד ביותר היה ערב המשפט. אני זוכר שישבנו בחדר הזה וניסינו לחשוב מה יהיה אם רמון יזוכה... היה ברור לנו שאם יהיה זיכוי, התוצאה עלולה להיות הרסנית למערכת. יהיה צונאמי."

ואז, בשעה ש"צונאמי" נראה באופק, מחליט מזוז לפתוח בחקירת משטרה נגד אולמרט בעניין הבית בכרמיה. המשמעות הברורה של הצעד היא החלשה דרמטית של ראש הממשלה, ההופך כעת לחשוד ונחקר. המשמעות הנוספת היא שהיכולת של ראש הממשלה לנקוט צעדים כלשהם נגד היועץ המשפטי מתפוגגת לחלוטין. האם פעל מזוז בניגוד עניינים כאשר החליט על פתיחת החקירה הזו?

בערך באותו זמן מגיע ליועץ המשפטי תיק בנק לאומי. מזוז פסל עצמו, והתיק הועבר לפרקליט המדינה שנדר. בינתיים גם מתפוצצת פרשת עדויות הסתר בתיק רמון, ומצבם של היועץ המשפטי ופרקליט המדינה הופך בעייתי עוד יותר. בסוף אוקטובר 2006 מורה שנדר על בדיקה מקדמית בתיק בנק לאומי, וב-16 בינואר 2007, כשבועיים לפני הכרעת הדין בפרשת רמון, הוא מחליט לפתוח בחקירה נגד אולמרט בתיק הזה. השאלה הנוגעת לניגוד עניינים שהוצגה לגבי מני מזוז מתעוררת גם לגבי החלטתו של ערן שנדר. הוא טיפל בתיק של רמון והוא זה שאישר את האזנת הסתר (שאושרה גם על ידי מזוז). אני מוכן להניח שאיש מהם לא היה מעורב בהחלטה "לפצל" את התיקים ולא היה לו כל חלק בהכחשות של הפרקליטות על אודות קיומן של הקלטות אלה. למרות זאת היה לשניהם להערכת עניין ברור שהממשלה או ראש הממשלה לא ינסו לבדוק מה התרחש בתיק ולא ינקטו צעדים בקשר לכך. החלטתו של שנדר לפתוח בחקירה בעניין בנק לאומי, שהצטרפה להחלטת מזוז בעניין הבית בכרמיה, פגעה ביכולת התפקוד של ראש הממשלה, פגעה ביכולתו לטפל בכשלים שהתגלו בתיק רמון, ופגעה ביכולתה של הממשלה לפקח על היועץ המשפטי, על פרקליט המדינה ועל הפרקליטות בכלל. על הדרך היא גם מנעה את הקמת ועדת הבדיקה הממשלתית, שמזוז התנגד לה בתוקף. בכך אין לומר שההחלטה על החקירות

נגד ראש הממשלה נעשתה כדי למנוע בקרה על מה שאירע בתיק רמון. אולם זהו כרגיל המצב כאשר קיים ניגוד עניינים. אין צורך להראות שהוא השפיע למעשה. עצם קיומו מחייב הימנעות מטיפול בעניין.

למעשה סייעו החקירות נגד ראש הממשלה, בחסות הפסיקה התומכת של העליון, להפיכת היועץ המשפטי והפרקליטות למדינה בתוך מדינה, ואולי אף למדינה מעל המדינה.

בשלהי נובמבר 2007 המליצה המשטרה לסגור את תיק החקירה בעניין בנק לאומי. הדבר לא מנע מפרקליט המדינה החדש, משה לדור, להחזיק את התיק "פתוח" במשך כשנה, והוא החליט על סגירתו רק בדצמבר 2008 (כלומר, רק לאחר שאולמרט הודיע על התפטרותו). במרס 2009 המליצה המשטרה לסגור את תיק החקירה בפרשת כרמיה, והפרקליטות החליטה על סגירתו כעבור כארבעה חודשים (לאחר נפילת ממשלת אולמרט והקמת ממשלת נתניהו השנייה).

כך נשארה בפועל השליטה בידיו של מזוז, שמינה, על דעת מפכ"ל המשטרה, את השופט בדימוס שלום ברנר לבדוק את תהליכי ההעברה של תוצרי האזנת הסתר ואת הסיבות שבעטיין "חלק מהחומר לא הועבר במועד" לפרקליטיו של רמון. גם בכך ניתן לראות התפשטות חדשה של סמכויות היועץ המשפטי. כזכור, מאיר שמגר החל בפרסום "הנחיות היועץ המשפטי", שנהפכו למעשה לדבר חקיקה. זה נעשה בלי שהיה לו בסיס בחוק. כעת נפתח שלב חדש: היועץ המשפטי הקים ועדת בדיקה משלו, בלי שיש לכך סימוכין כלשהם בחוק. הדמיון המשפטי יכול תמיד להצדיק זאת, למשל בטענה שזוהי סמכות טבועה, וכל בעל משרה יכול להפעיל מנגנון לבדיקת כשלים של מה שהתרחש בתחומי סמכותו. הדין אכן מכיר עקרונית בקיום סמכות אינהרנטית כזו בידי הרשות המבצעת, אבל כוחו של חוקר כזה הינו מוגבל: הוא אינו יכול לכפות על עדים להופיע לפניו, אינו מוסמך לגבות עדות בשבועה ולא קיימים המנגנונים המיועדים להבטיח את יעילותה וכוחה של ועדת חקירה או בדיקה הפועלת לפי החוק.

בנסיבות הספציפיות היה משהו צורם בחקירה שנעשתה בלי שיש לה בסיס חוקי, על ידי מי שבמשרדיהם התרחש הכישלון אשר פגע בשר המשפטים ובתפקוד הממשלה. הדרך ההולמת היתה בקשה של היועץ להקים ועדת בדיקה ממשלתית, אלא שמזוז לא חפץ בכך. הוא העדיף בדיקה שבה הוא יקבע הן את החוקר והן את גבולות הגזרה. בקיצור, פתרון שבו "שלטון החוק" עוקף את החוק העוסק בהקמת מנגנוני בדיקה וחקירה שהיו מתאימים למקרה הנידון.

קצת פחות מחודשיים לאחר שנגזר דינו של רמון פנה אלי עורך דינו, נבות תל-צור, בבקשה למינוי ועדת בדיקה ממשלתית לפרשה. למרות הספקות הרבים בשאלה, האם ראוי היה שמזוז ימנה את החוקר, פניתי במכתב לשלום ברנר, שכבר

נכנס לעובי הקורה, עם העתק למזוז, כדי לברר אם יהיה מוכן לקבל סמכויות של ועדת בדיקה ממשלתית. זה היה מחייב, כמובן, צירוף חברים לוועדה שהוא יעמוד בראשה. ברנר הודיע לי שהוא נמצא כבר בשלבי הסיום של בדיקתו, ואין לו עניין בכך.

ברו"ח שחיבר נקב ברנר בכמה וכמה נקודות חשובות: פרקליט המדינה שנדר אישר לפנות לבית המשפט בבקשה להאזנות סתר בחשד להדחה בחקירה. העבירה של מעשה מגונה לא יכלה לשמש עילה לבקשת האזנת סתר. אף שהאישור התייחס, כאמור, רק להדחה בחקירה, בפנייה לבית המשפט בבקשה להאזנת הסתר הוסיף ראש צוות החקירה, סגן-ניצב ערן קמין, גם את העבירה של מעשה מגונה. "לא מצאתי שום הסבר, לא כזה שיניח את הדעת ולא בכלל, על שום מה קמין... עשה שבת לעצמו והוסיף... גם את עבירת המעשה המגונה", כתב ברנר.

לגבי המשטרה קבע ברנר כי "נעלה מכל ספק... שהן תנ"צ גולן והן סנ"צ קמין ידעו וגם/או חייבים היו לדעת שמשניתנו צווי האזנה גם לגבי 'המעשה המגונה', הופכים כל תוצרי ההאזנות האלה... לחומר חקירה... גם בתיקו של רמון, וכי... החומר הזה חייב היה לעמוד לרשותם של הסניגורים מיד כשהוגש כתב האישום". גולן, נקבע ברו"ח, היתה עדה לפחות לתחילת השיחה של המתלוננת עם אביה, ועל כן היא "מוחזקת... כמי שידעת שקיימת האזנה אחת, לפחות, הנוגעת לחקירה המתנהלת על ידה בתיק רמון, אך שום דבר לא נזכר בנידון זה, לא במזכר שכתבה בסמוך לאחר הפגישה ולא בשום מקום אחר". ואחר כך: "לא גולן ולא קמין נתנו הסבר שיניח את הדעת מדוע לא תומללו דברי המתלוננת, מהם עלה בבירור אי-רצונה להתלונן."

ברנר השתכנע כי "הפרקליטות ידעה, ולמצער, חייבת הייתה לדעת, כי בוצעו האזנות סתר גם למתלוננת" (ההדגשה במקור). לאחר פירוט הפניות החוזרות ונשנות של עו"ד שינמן וההכחשות העקשניות של הפרקליטות בדבר קיומן של האזנות סתר, החליטה פרקליטת המחוז לברר את העניין במשטרה. ב-25 או ב-26 באוקטובר הגיע החומר לידי הפרקליטות, אבל אפילו אז לא נמסרה לעו"ד שינמן הודעה מיידית. הוא זומן ל-30 בחודש, הפגישה התקיימה בפועל רק למחרת, ורק אז נמסר לו דבר האזנות הסתר.

לגבי שתי הפרקליטות שטיפלו בנושא – פרקליטת המחוז רות דוד והפרקליטה המלווה אריאלה סגל-אנטלר – קבע ברנר כי הן "מוחזקות כידועות" שבתיק זה בוצעו האזנות סתר גם למתלוננת, ואף על פי כן, אף אחת מהן לא שאלה את עצמה מה נקלט בשיחות אלה... חזקה על שתיהן שידעו – ולמצער – חייבות היו להניח, כי... בוודאי נקלט משהו מפי המתלוננת. הייתי מצפה כי תגלינה יותר עניין שמא הדברים שנקלטו קשורים לחקירה" (ההדגשה במקור).

מסקנתו הסופית היתה "ואף על פי כן... שוכנעתי כי כוונת זדון – כטענת רמון – מצד מי מאלו שטיפלו בתיקו, לא נתקיימה כאן. רשלנות רבתי, היתה גם היתה" (ההדגשה במקור). המילים "ואף על פי כן" אכן במקומן. סך כל הנסיבות, החל באי-תמלול שיחותיה של המתלוננת, שהיו מאוד לא נוחות למשטרה ולתביעה, דרך הפרדת שני התיקים ועד להכחשה בדבר קיומן של הקלטות סתר, מטיל צל כבד על מה שהתחולל. ובכל זאת, למרות הביקורות הנוקבות, השופט בדימוס ברנר הסתפק במה שמכונה המלצות מערכתיות, ביניהן כי "בשום מקרה, אין 'לפרק' תיק חקירה משטרתי כלשהו". הוא לא ציין אם יש לנקוט צעדים כלשהם כלפי המעורבים בטיפול בתיק.

הדו"ח הגיע למזוז, ואז הסתבר שמתקיימים במשרדו דיונים ממושכים בעניין הלקחים שיש להסיק ממנו, ובסופם הגיעו המשתתפים לכלל דעה שיש להסתפק ב"מסקנות מערכתיות", הכוללות נוהלי עבודה וכולי, ואין מקום לצעדים אישיים. במסקנות המערכתיות היה לפחות יתרון אחד: נקבע כי אין מקום להאזנות סתר בעבירה של שיבוש הליכי משפט כאשר העבירה העיקרית הנחקרת היא עוון (אם כי נשמר פתח למקרים יוצאים מהכלל).

נדהמתי באותם ימים מהגישה המקלה לגבי האנשים שהיו מעורבים בפרשה. בהמשך למדתי כי זו השיטה. הנהגת הפרקליטות נמצאת בעמדת שליטה, וכדרכם של שליטים סברה כמובן מאליו שמגיעה חסינות למפעילי מנגנון השליטה. קשה להניח שאילו התחולל מחדל כזה בגוף אחר היו הדברים עוברים ללא כל תגובה, אך היחס לפרקליטים ולחוקרי המשטרה – שונה ומיוחד. כל זאת, כאשר מה שהתרחש בפרשה הזו עולה בהרבה בחומרתו על כל מה שיוחס לחיים רמון.

לא הייתי מוכן להשלים עם הגישה הזו, אבל לא היה לי עניין להתמקד בנושא ורציתי לסיימו. בפגישה עם פרקליט המדינה שנדר הצעתי לנעול את הפרשה בכך שלתיקם של האחראים לכשלים יצורף מכתב ובו הערה על תפקודם הלקוי. בדיעבד אני סבור שהיתה זו פשרה נוחה מדי לפרקליטות ולמשטרה על כשלים ומחדלים כה חמורים, וכי שגיתי בכך שהצעתי זאת. למרבה התדהמה, גם ההצעה הוותרנית הזו נדחתה. אולי לא צריך להתפלא על כך, לנוכח תחושת השררה והאדנות ששלטה בפרקליטות (לאחר סיום כהונתי סופר לי שמני מזוז ביקש לקבל את ההסדר שהצעתי, אך כשסירבו לכך בפרקליטות הוא לא ניסה לכפות את דעתו).

בלית ברירה, החלטתי שאין מנוס אלא להתמודד עם הפרשה החמורה. כאן נתקלתי בקושי הנעוץ בכך שתיאורטית נושא השר באחריות מיניסטריאלית לכשלים המתרחשים במשרדו, אך אין לו סמכויות שיאפשרו לו לממש את אחריותו. הסמכויות שמורות בידי הפקידות, ובראשה היועץ המשפטי ופרקליט המדינה, אלא שהם אינם אחראים כלפי איש. האחריות והסמכויות הופרדו. יכולתי

כמובן לדרוש חקירת מח"ש, אבל היא כפופה לפרקליט המדינה. השר אינו מוסמך להורות על חקירות אינדיבידואליות, ויכולתי להניח כמעט בוודאות שחקירה כזו לא היתה מתבצעת. ההיגיון נעוץ כמובן בחשש שהשר ינצל את הכוח, אילו ניתן לו, כדי לפגוע ביריב פוליטי. המחשבה שגם מערכת אכיפת החוק איננה אובייקטיבית, ויש לה אינטרסים משלה – כנראה לא עלתה על הדעת.

אפילו בג"ץ הכול-יכול אינו מסוגל להתמודד עם הכשלים של הפרקליטות, כפי שהתברר מאוחר יותר. שר החוץ אביגדור ליברמן, שמתנהלות נגדו חקירות יותר מ-10 שנים,⁶⁰ עתר בדרישה שפרקליט המדינה יורה על פתיחת חקירה פלילית בשל הדלפה לכלי התקשורת של חומרי חקירה בעניינו על ידי המשטרה. התשובה של משה לדור הסבירה עד כמה קשה לברר את הנושא, ודיברה גם על חופש העיתונות. בג"ץ קבע כי הואיל ו"אין מחלוקת על כך שמסמך מוכמן מתיק המשטרה" הודלף לתקשורת, טוב יעשה פרקליט המדינה "אם יורה להוסיף ולחקור בעניין". ראשית משום ש"זו מצוותו של המחוקק... ושנית, נוכח כך שרבו ההדלפות". בכך הסתיימה ב-2008 העתירה הראשונה בעניין, לכאורה בהצלחה. החקירה אכן נפתחה, אך הקורא בוודאי לא יופתע לשמוע שהמדליף לא אותר. התיק נסגר ביולי 2009, והערר על החלטת הסגירה, שהוגש ליועץ המשפטי מזוז – נדחה. בעקבות זאת פנה ליברמן פעם שנייה לבג"ץ.⁶¹ עתירתו נדחתה "לא בלי התלבטות". השופט רובינשטיין התבטא בחריפות כי "קשה שלא לבטא אי-נחת מהתנהלות הרשויות בהדלפה שעליה נסבה העתירה. התופעה של הדלפה מחדרי החקירות, בעיקר חקירות רגישות ומתוקשרות, היא רעה חולה". בהמשך ההכרעה מוסברים הן הפגיעה בזכות החשוד להליך הוגן והן הנזק הנגרם לציבור כולו. נאמר גם כי "על רשויות החקירה והתביעה לעשות מאמץ שהדלפות מסוג זה לא יישנו".

קרוב לוודאי שלדברי התוכחה לא תהיה כל השפעה. ההדלפות יימשכו, והמדליפים לא יימצאו. העולם כמנהגו ינהג וכך יעשו גם הפרקליטות, אגף החקירות במשטרה והמחלקה לחקירות שוטרים. הפתרון להתנהגות נלוזה של מערכת אכיפת החוק הוא באמצעות ההגנה מן הצדק במשפט הפלילי, ובהקמת מנגנון בקרה על הפרקליטות.

בפרשת רמון היה ברור לי כי כל הליך שהפעלתו תהיה תלויה במערכת אכיפת החוק – לא יצלח. הבעיה של "אכיפת החוק על מערכת אכיפת החוק" נהפכה לבעיה מרכזית, והחלטתי לבקש חוות דעת חיצונית. הצעתי לקבל אותה מהשופט בדימוס ורדי זיילר, שסיים זמן-מה קודם לכן את תפקידו כיושב ראש ועדת הבריקה בפרשת פריניאן. נזקקתי להסכמתו של השר לביטחון פנים אבי דיכטר, משום שהיו

מעורבים בכשלי פרשת רמון גם אנשי משטרה. זו היתה הפעם היחידה שזכיתי בשיתוף פעולה מצדו בעניין. הוא הסכים שנפנה יחד אל זיילר. השאלה שהוצגה לו במכתבנו המשותף היתה: מה הצעדים שראוי לנקוט בעקבות דו"ח ברנר והשאלות הנוספות שהתעוררו בפרשה. מזוז כעס על כך, כי סבר שדו"ח ברנר והמסקנות המערכתיות היו צריכים לסיים את הפרשה. כאמור, לא הייתי מוכן לקבל זאת.

דו"ח זיילר היה כצפוי יסודי ומקיף. הוא מפרט את התמיהות הרבות העולות מכך שהאזנות הסתר שנעשו למתלוננת לא תומללו, מצביע על עדותו הבעייתית של סנ"צ ערן קמין לפני ברנר, ממנה עולה כי אין זה מעניינו לתת את הדעת לעובדות הרלוונטיות להגנה, ומתייחס לפגיעה האפשרית ברמון עקב כך שהחומר נמסר לו באיחור כה רב. זיילר גם הצביע על מגבלות החקירה של ברנר, שלא היו לו סמכויות חקירה סטטוטוריות והוא לא היה מוסמך לגבות עדויות. התמיהות שהתעוררו מחייבות, לדבריו, בדיקה שתיעשה על ידי גוף בעל סמכות מתאימה, והמליץ על הקמת ועדת בדיקה ממשלתית.

מובן שהמלצתו של זיילר לא השפיעה כלל על מזוז, שאישר בשעתו את האזנת הסתר לרמון (לפחות מבחינה זו הוא היה מעורב בעניין, שלא לדבר על אחריותו הכללית לתיק המתנהל נגד שר). הדבר לא מנע בעדו מלהירתם בכל כוחו כדי למנוע את החקירה.

נפגשתי עם דיכטר. התנגדותו להקמת הוועדה היתה נחרצת. כשביקשתי לברר אם ננקטו צעדים משמעתיים כלשהם נגד מישהו מהמעורבים, נמסר לי שהעניין נשקל והוחלט בשלילה.

השלב הבא התרחש בכנסת. ועדת הכנסת החליטה כבר בדצמבר 2006 (מיד לאחר שהתפוצצה שערוריית האזנות הסתר), חרף התנגדותו של מזוז, כי ועדת חוקה חוק ומשפט תפעל כוועדת חקירה פרלמנטרית בעניין. הדיון הספציפי במסקנותיה התקיים ב-31 במרס 2008 (קצת פחות מחודשיים לאחר הגשת דו"ח זיילר). את הישיבה ניהל מיכאל איתן מהליכוד, כיוון שיושב ראש הוועדה, מנחם בן-ששון, היה חבר קדימה, ונראה שעדיף שהישיבה תנוהל על ידי איש אופוזיציה. עלו שם שאלות מאוד לא נוחות לפרקליטות, ולהערכתו גם למזוז. בפסק הדין במשפט רמון צוינה הבטחתו של ניצב דנינו שהנושא "ייבדק לעומק". התעוררה שאלה האם הבדיקה של השופט (בדימוס) ברנר היתה אכן בדיקה "לעומק" כפי שהובטח, שהרי לא ניתנו לו סמכויות חקירה, והוא לא הוסמך לזמן עדים ולהעניק לעדים חסינות. זיילר, שהופיע לפני הוועדה, הבהיר את עמדתו, שלפיה אין להסתפק בכך ונדרשת ועדת בדיקה ממשלתית. המשך הדיון נדחה ליום 3.6.2008.

בין שתי הישיבות צצה פרשת טלנסקי, שהגיע ארצה לביקור בחופשת הפסח.

עדוּתו הראשונה במשטרה נגבתה ב-29 באפריל. חקירתו עדיין לא הסתיימה, אך הפרקליטות מיהרה לבית המשפט ובערב יום העצמאות (פחות משבוע לאחר החקירה הראשונה), הוגשה בקשה דחופה לגביית עדות מוקדמת מטלנסקי. העתירה היתה בלתי-סבירה. צריך היה להיות ברור למזוז וללדור, כי העדות בבית המשפט תגרום נזק קשה לראש הממשלה ועלולה לגרום להפלת הממשלה. בית המשפט אישר את שמיעת עדותו של טלנסקי, שהחלה ב-27 במאי 2008. לאחריה הבהירו ההתפתחויות הפוליטיות, שלא היו בלתי-צפויות, כי נפילת הממשלה קרבה.

כשבוע לאחר תחילת עדותו המוקדמת של טלנסקי התקיימה הישיבה הנוספת של ועדת החקירה הפרלמנטרית בעניין האזנת הסתר בפרשת רמון. השתתפתי בישיבה. גם לדור השתתף בה, ודיבר רבות נגד כל חקירה נוספת. הוא לא שכנע. בהחלטת הוועדה נאמר: "מדו"ח זיילר עולה השאלה, האם ההתחייבות שניתנה לבית משפט השלום, שיהיה בירור לעומק על ידי רשויות אכיפת החוק, אכן קוימה. אנו פונים לשר המשפטים ואומרים, כי מאחר ויש דו"ח שהוא הזמין, אנו מבקשים שהוא יכבד אותו ו(י)מלא את המלצותיו." כל חברי הוועדה שהשתתפו בהצבעה תמכו בעמדה הזו. איש לא נמנע ואיש לא הצביע נגד. היתה זו החלטה חוצת מפלגות, קואליציה ואופוזיציה.

היה ברור שעלי לפנות עתה לממשלה, בבקשה להקים ועדת בדיקה על פי סעיף 8א לחוק הממשלה. קושי אחד שניצבתי בפניו היה נעוץ בכך שהחוק מדבר על שר הממנה ועדה לבדיקת נושא בתחום אחריותו. שר כזה יכול לפנות לממשלה באישור שר המשפטים, כדי לקבוע שלוועדה יהיו סמכויות של ועדת חקירה. מה שהתרחש בפרקליטות היה בתחום אחריותי, אולם מה שהתרחש במשטרה היה בתחום אחריותו של דיכטר. לא היתה לי ברירה, אלא להגביל את הפנייה לממשלה למה שהתרחש בפרקליטות (היתה כמובן אפשרות שמליאת הממשלה תרחיב את הבדיקה גם לנעשה במשטרה, אם השר חפץ בכך וגם אם לאו).

גם כך לא היה פשוט להביא את העניין לדיון. מזוז התנגד ונאבק בכל כוחו כדי למנוע מהנושא לעלות על סדר היום של הממשלה. עמדתו הדהימה אותי, והמחיש עד היכן הידרדרו הסדרים. אפשר להניח ששר יכול לבקש להעלות על סדר יומה של הממשלה כל נושא הנראה לו, ואם ראש הממשלה אינו רואה סיבה לפסול זאת, מן הראוי שהעניין יעלה. אם יש ליועץ המשפטי התנגדות להצעות השר, הוא יוכל להשמיעה בישיבה. נראה לי בלתי-הגיוני להכיר בסמכות היועץ המשפטי לשלול כליל העלאה של נושא כלשהו לסדר היום של הממשלה, ולא הייתי מוכן לקבלה (בעניין אחר – מינויו של יואל לביא למנהל מינהל מקרקעי ישראל – עלה בידי מזוז למנוע את העלאת הנושא לדיון בממשלה. הוא ספג על כך ביקורת מבג"ץ). ועדיין, העניין לא היה פשוט. הצד הטכני של סדר יום ישיבת

הממשלה מטופל על ידי מזכיר הממשלה, אך עובד יחזקאל, מזכיר הממשלה באותם ימים, היה נתון בחקירה בפרשה של מינויים פוליטיים (כעבור זמן נסגר התיק), וגם ראש הממשלה עצמו היה נתון בחקירות. אפשר לשער את מצבו של מזכיר הממשלה, כאשר מצד אחד דורש ממנו שר המשפטים להעלות נושא לדיון, ומצד שני גורלו נתון בידי היועץ המשפטי, המתנגד לכך. וכך, רק לאחר ויכוחים שנמשכו שבועות השגתי מועד להעלאת הנושא לסדר היום של הממשלה.

לדיון בממשלה קדם דיון נפרד של שרי העבודה. הוזמנתי לקחת בו חלק. הושמעו שם הסתייגויות מהמהלך, אבל הצלחתי לשכנע לפחות חלק מהחברים שהתחוללה פרשה חמורה, שלא ניתן לעבור עליה לסדר היום. בשלב מסוים הציע עמי אילון להעביר את הנושא למבקר המדינה במסגרת בדיקת הנושא הכללי של האזנות סתר. התרשמתי מהגינותו ומכך ששיקוליו ענייניים ומנותקים משיקול פוליטי, אבל לא התלהבתי מההצעה. ראשית, אף שעומדים לרשות המבקר כלי חקירה, הטלתי ספק אם יהיה בידו לרדת לחקר האמת בפרשה. שנית, הייתי שותף להתלבטות אם מוסד המבקר מתאים לחקירות אינדיבידואליות, או שעליו להתמקד בבדיקת תפקודן של מערכות הממשל. הודעתי שאני מעדיף את הפתרון שעליו המליץ השופט זיילר, ועדת בדיקה ממשלתית, שנתמך גם על ידי ועדת חוקה חוק ומשפט.

ב-3 ביולי 2008, שלושה ימים לפני ישיבת הממשלה, שלח מזוז לשרים מכתב המבטא את התנגדותו להצעה. המכתב נוסח בלשון קיצונית, גסה ובוטה במידה שבכל מדינה אחרת היה מחברו נדרש להתפטר. לא כך בישראל. בין היתר נאמר בו: "אני מתנגד בתוקף להצעה זו, המהווה לטעמי שימוש לרעה בסמכות, סותרת סדרי ממשל תקינים, חותרת תחת הפרדת הרשויות ויש בה משום 'שבירת כלים' מצד שר המשפטים (והעומדים מאחורי יוזמתו), במסגרת מה שנראה כ'מסע נקם' נגד מערכת אכיפת החוק." בהמשך דובר גם על כך שמדובר בחקירה שנוהלה "נגד שר בכיר, ידיד קרוב ועמית-שותף פוליטי של רה"מ". ועוד נאמר במכתב כי "בהחלטה חריגה גם הוקמה ועדת חקירה פרלמנטרית בנושא האזנות הסתר, שיושבת על המדוכה זה כשנה וחצי". לא סופר במכתב שהוועדה ביקשה פה אחד לאמץ את המלצות השופט בדימוס זיילר בעניין ועדת הבדיקה. גם הפגיעה כביכול ב"הפרדת הרשויות" מעוררת תמיהה: מערכת אכיפת החוק היא חלק מהרשות המבצעת, הממשלה אחראית ציבורית ופרלמנטרית לתקינות פעולתה, וממילא היא מוסמכת להקים ועדת בדיקה ביחס לנעשה בה. אשר לטענת ה"נקם", אזכיר רק שהייתי מוכן לסיים את כל העניין במכתב שיצורף לתיקם של המעורבים בפרשה. הפרקליטות היא שמנעה זאת.

הנסיבות בישיבת הממשלה לא היו קלות. את הקרקע הרעידה החקירה המוקדמת של טלנסקי, כשציפי לבני ואהוד ברק קוראים להדחתו של ראש הממשלה. ארבעה ימים קודם לכן, בעיתוי אומלל, כינס דיכטר מסיבת עיתונאים וקרא אף הוא לערוך פריימריז בקדימה לשם החלפתו של אולמרט (לביש מזלו התחולל באותו זמן ממש ובאותה עיר, ירושלים, פיגוע שבו פגע מחבל, כשהוא נוהג בטרקטור, בהולכים ושבים, הרג שלושה מהם ופצע רבים אחרים. שוטר, שהיה במקום, ירה במחבל והרגו. הידיעה על אודות הפיגוע הועברה לשר דיכטר במהלך מסיבת העיתונאים, וקיתונות של ביקורת נשפכו על כך שהוא ביכר בזמן הפיגוע לעסוק בפוליטיקה).

מזוז ולדור השתתפו בישיבת הממשלה, וגם המפכ"ל דודי כהן הגיע. הם התנגדו בתוקף לוועדת הבדיקה. עד היום לא הבנתי את הנימוקים, פרט לכך שהם ביקשו לגנון בדרך זו על אנשיהם. מי שחוקר – אינו אוהב להיחקר. הישיבה התארכה, ומצב הקולות נראה בעייתי. סיעת העבודה ברובה המכריע היתה נגד. בקדימה חל פיצול: לבני ודיכטר התנגדו. רמון לא יכול להשתתף בהצבעה שעסקה בעניינו. הוא נטל חלק בדיון, מה שהקים טענות כלפיו, אף כי העובדה שנפל קורבן לכתב אישום מופרך ולפסק דין שגוי לא היוותה בעיני סיבה לסתום את פיו. מה גם שהיועץ המשפטי נכח במקום, ויכול להשיב לכל טענה שהעלה. ראש הממשלה, שהיה נתון בחקירות ופעל בנסיבות לא קלות לאחר שניתנה עדותו המוקדמת של טלנסקי, הודיע שלא ישתתף בהצבעה ונמנע מלקחת חלק בדיון. שוב הסתבר עד כמה מעצימות החקירות נגד ראש הממשלה את כוחו של היועץ המשפטי ושל מערכת אכיפת החוק ומחלישות את הרשות המבצעת.

חלוקת הקולות היתה להערכתי גבולית, והאווירה לא נוחה. החלטתי לקבל את הצעתה של העבודה, שהיתה למעשה פשרה בין ועדת בדיקה לבין השתקת העניין והדחתו ללא כל בקרה נוספת. הממשלה החליטה ברוב מוחץ להעביר את הנושא למבקר המדינה. רק דיכטר הצביע נגד. וכך, בסיוען של החקירות, עלה בידי מזוז למנוע את הקמת ועדת הבדיקה. לכל אלה הצטרף הפחד הרגיל ממזוז, פרי גל החקירות שהתנהלו נגד שרים, לא פעם על עניינים פעוטים. גם אם רבות מהן נסגרו, הפחד המשיך לקנן.

אוכל לומר ברמה קרובה לוודאות, כי אלמלא נפסל ראש הממשלה על ידי מזוז מלטפל בחקירת האזנות הסתר, היתה מתמנה ועדת בדיקה ממשלתית לבדיקת הפרשה החמורה. אם בכל זאת נותר סיכוי למינוי ועדת הבדיקה, באה העדות המוקדמת בפרשת טלנסקי, שערערה את הממשלה, ופגעה באפשרות הזו.

מדוע אולמרט נמצא בניגוד עניינים כאשר הוא מבקש שתיערך חקירה אצל מזוז והכפופים אליו, בנימוק שיש חקירות נגדו, ואילו מזוז איננו נמצא בניגוד

עניינים בשעה שהוא מטפל בחקירה בעניינו של אולמרט, כאשר ברור שצריכה להיערך חקירה הנוגעת לו ולכפופים לו בפרשת האזנות הסתר בעניין רמון? האם לא היה מזוז בניגוד עניינים בעת שבחר בחקירה באמצעות השופט ברנר, במקום לאפשר ועדת בדיקה ממשלתית, ובשעה שאסר על ראש הממשלה לעסוק בוועדת הבדיקה? גם בהחלטה למהר ולבקש גביית עדות מוקדמת מטלנסקי פעל להערכתו מזוז תוך ניגוד עניינים. להבנתי, היה לו אינטרס מובהק למנוע את הקמתה של ועדת הבדיקה הממשלתית (ועוצמת מעורבותו הרגשית ניכרת במכתבו לשרי הממשלה). צריך היה להיות ברור לו שהעדות המוקדמת של טלנסקי עשויה לפגוע בממשלה ואף להביא להפלתה, וכי המהלך יסייע למנוע הקמתה של ועדת הבדיקה. לדור לא היה מעורב בפרשת רמון ולא היה במערכת בתקופה שבה התנהל משפטו. עם זאת, עוצמת ההזדהות שלו עם מזוז, שהביא למינויו לפרקליט המדינה, ועוצמת התנגדותו לכל בקרה חיצונית אפקטיבית על הפרקליטות – שהתגלתה במרוצת הזמן בנושא מרכזי באג'נדה של לדור – היתה צריכה לדעתי למנוע ממנו להיות מעורב בהליכים נגד אולמרט העשויים להביא למניעת בקרה חיצונית.

כיוון שדובר בפנייה למבקר, נוסחה החלטת הממשלה בלשון כללית. היא התבססה על סעיף 21 לחוק מבקר המדינה, והממשלה ביקשה את חוות דעתו "בנושא האזנות הסתר בחקירות פליליות... ותלונות שהופנו בנושא זה בשנים האחרונות". ההפניה לתלונות שעלו בשנים האחרונות פתחה את השער לבירור עניינו של רמון, אף כי עלו לפני המבקר גם תלונות נוספות. התוצאה הזו נפלה במידה ניכרת ממה שהומלץ על ידי זיילר, ממה שהמליצה ועדת חוקה חוק ומשפט וממה שאני סברתי לנכון. ובכל זאת, היתה זו הפעם הראשונה שממשלת ישראל דנה בפרשה חמורה של כשל משמעותי בחקירה ובהעמדה לדין של שר. שורה של פרשיות שערורייתיות, שפגעו קשות בניהול המדינה וכבר נמנו כאן, לא זכו כלל בהתייחסות הממשלה, ומערכת אכיפת החוק המשיכה בשלה, ללא הסקת מסקנות ובלי שננקטו צעדים נגד האחראים. הפעם לפחות נעשה משהו.

במשטרה ובפרקליטות, שהתרגלו להתבטלות מוחלטת של הדרג הפוליטי לפניהן, מצאו לנכון להתבטא נגד מה שאירע. קצת יותר מחודשיים לאחר אותה ישיבת ממשלה, התפרסם ב"הארץ" ריאיון שנתן המפכ"ל כהן לארי שביט. הוא מתח עליה ביקורת קשה: "על עניין כזה ממשלת ישראל דנה ארבע שעות? זה הזוי. זה פשוט הזוי." וינוגרד? על עניין כזה ממשלת ישראל דנה ארבע שעות? זה הזוי. זה פשוט הזוי. תופעה זו, שעובדי ציבור תוקפים את הממשלה אשר מכוחה הם פועלים, ביטאה היטב את חולשת השלטון המרכזי והמחיש כיצד נהיה למרמס. גם עלי נמתחה ביקורת באותו ריאיון, וסברתי שזה יותר מדי. פניתי לראש הממשלה בדרישה להעלות את הנושא לדיון בממשלה. במדינה מתוקנת היו מפטרים מפכ"ל

שהתבטא בלשון כזו על הממשלה. בישראל לא יכולתי לצפות לכך. למרות זאת, הדיון בממשלה והביקורת החריפה שנמתחה על כהן הבהירו למפכ"ל שדבריו חרגו מהמותר, והוא אינו נהנה מחסינות מוחלטת. הדבר גרם לו לפחות לשלוח מכתב התנצלות, ולהסביר כי "דבריו לא נועדו בשום אופן לבקר את הממשלה או מי משריה".⁴⁶² למיטב זיכרוני מאותו רגע ואילך, לא נשמעה מהמשטרה ביקורת פומבית על הממשלה או עלי.

"ישיבה הזויה". כך כינה אותה ישיבת ממשלה פרקליט המדינה משה לדור, בריאיון שנתן בפברואר 2010 לגידי וייץ ב"הארץ". את הנושא כולו הוא הגדיר כ"סופר-סופר מינורי". אי-גילוי חומר חקירה משמעותי, במשפט שסילק שר משפטים מתפקידו, הוא "סופר-סופר מינורי". פרקליטות שמכחישה פעם אחר פעם קיומן של האזנות סתר, ולאחר מכן מתברר שהן חיות, קיימות ובוועטות – גם זה "סופר-סופר מינורי". די בדברים אלה כדי ללמד שלדור לא התאים לתפקידו, ובמדינה מתוקנת פרקליט מדינה המתאר ישיבת ממשלה כ"הזויה" היה מוצא את עצמו בבית. אולם הריאיון ניתן בתקופתה של ממשלת נתניהו. אני סיימתי את תפקידי, ואיש לא ראה לנכון לנקוט את הצעדים ההולמים נגד פרקליט המדינה. ההתייחסות לתיק רמון כאל עניין מינורי אינה בלעדית לדור. גם מני מזוז, בריאיון שנתן לארי שביט ב"הארץ" עם סיום כהונתו, התייחס לתיק רמון כפרשה ש"במאזניים משפטיים זה כנראה התיק הכי קטן והכי פשוט מכל התיקים הציבוריים שטיפלתי בהם", והתקשה להבין את מה שנדמה לו כ"סתירה": "דווקא התיק הזה יצר את המתקפה הכי קשה בהיבט המערכתי על המשטרה, על הפרקליטות, על בתי המשפט." עד כדי כך, שהדבר היה עלול לסכן לדעתו את "שלטון החוק". מזוז לא הבין את הסיבה לסערה שפרצה, וקרא לה "מסע דה-לגיטימציה". הוא לא קלט שמה שבעיניו הוא "סתירה" מסביר היטב את מה שהתרחש. לפתע הסתבר לציבור הרחב ש"התיק הכי קטן" – ובעיני גם הכי בעייתי – די בו כדי לסלק שר מהממשלה. התגלתה לפתע הקלות הבלתי-נסבלת של הדרת שר, ונחשפה עליבותו של השלטון הדמוקרטי אל מול מערכת בירוקרטית כוחנית.

בדיקתו של מיכה לינדנשטראוס היתה מקיפה. היא כללה את נושא האזנות הסתר בכלל, וגם כמה תלונות ספציפיות. חלק נכבד מהדו"ח התייחס לפרשת רמון. המבקר מצא שהחלטתו של פרקליט המדינה לבקש היתר להאזנת סתר בחשד להרחחה בחקירה היתה סבירה. באשר לטיפול בתוצרי האזנת הסתר ואי-מסירתם במועד לסניגורו של רמון, קבע המבקר ש"לא נמצא כי נעשתה פעולה בזדון, אך ברי כי מדובר ברשלנות ממשית של העושים במלאכה: תנ"צ

מירי גולן... סנ"צ ערן קמין; פרקליטת המחוז עו"ד רות דוד; והתובעת עו"ד סגל-אנטלר". בסיכום חוות דעתו הוא חזר על כך שהתקלות "מצביעות על כשלים אישיים של ארבעת המעורבים בעניין, העולים כדי רשלנות ממשית אף כי הדברים נעשו ללא זדון, ויש לשקול אם יש להסיק מסקנות אישיות כלפיהם. על היועץ המשפטי לשקול את עמדתו בעניין בשים לב לכל הגורמים הרלוונטיים". בעניין האפשרות של התיישנות הליכי משמעת ציין המבקר שהיא אינה מהווה מכשול בפני צעדים מינהליים, דוגמת עיכוב בקידום.

אני לא שוכנעתי שהחקירה מוצתה עד תום. הצירוף של אי-התמלול של האזנות הסתר הלא נוחות, הפרדת התיקים באופן שעדויות הסתר נכללו רק בתיק ההדחה, העובדה שבתוך המערכת היו אנשים שהבינו כי קיימות האזנות סתר רלוונטיות לעניינו של רמון וסיפרו לו על כך – כל אלה חייבו חקירה בעלת אופי שונה.

חוות דעתו של המבקר הוגשה כשנה וחצי לאחר שממשלת אולמרט סיימה את כהונתה. שר המשפטים היה יעקב נאמן. גם מני מזוז סיים את תפקידו, והיועץ המשפטי החדש, יהודה וינשטיין, פסל עצמו מהטיפול בכל העניינים שהיו קשורים לחיים רמון, כיוון שבשלב מסוים יעץ לו בעניין משפטו. ההחלטה עברה לפרקליט המדינה לדור, שדחה את המלצות המבקר, נמנע מנקיטת צעדים כלשהם נגד המעורבים בפרשה, והגדיל עשות כאשר תמך במינויה של אריאלה סגל-אנטלר לתפקיד פרקליטת מחוז תל אביב. סגל-אנטלר אכן קודמה, ואילו הביקורת על תפקודה הכושל נותרה ספונה בניירות.

גם בכך לא תמה הפרשה. חסר בה אלמנט חיוני: פנייה לבג"ץ, שבלעדיו שום פרשייה אינה שלמה. שתי הפרקליטות, רות דוד ואריאלה סגל-אנטלר, עתרו נגד דו"ח המבקר, וביקשו שבג"ץ יתערב בקביעת המבקר שלפיה טיפולן בתוצרי האזנות הסתר לקה ברשלנות. לכאורה היה המבקר זכאי לכך שהפרקליטות תגן עליו. לדור החליט שלא לעשות זאת, אבל הפרקליטות איננה עסק פרטי, והעובדה ששתי פרקליטות בכירות מעוניינות לזכות בבג"ץ אינה משחררת את פרקליטות המדינה מתפקידה. היא אמנם חופשית להודיע שלא תגן על רשות ממלכתית, כאשר אין בסיס להגנה ואין לה סיכוי, אבל במקרה הנוכחי היה סיכוי גבוה שהעתירה תידחה, כפי שאכן קרה. המבקר שכר עורך דין פרטי, עתירתו של הפרקליטות נדחתה, אבל קופת המדינה נדרשה לשלם עשרות אלפי שקלים כשכר טרחתם של עורכי הדין רנאטו יאראק ושירה לוריא חי-עם, עבור שירות שלשמו בדיוק קיימת פרקליטות המדינה ומוקצים לה תקציביה. אחת הטענות המרכזיות של הפרקליטות היתה שהמבקר הניח כי קיים נוהל המחייב את הפרקליטות לדרוש דפי הפקה (דפים שבהם מופיעה רשימת כל השיחות שנקלטו) וכי הן לא קיימו את הנוהל, אלא שנוהל מפורש כזה אינו קיים. השופטת מרים נאור, שחיברה את פסק

הדין המרכזי, תמהה על הטיעון וכתבה: "חוות הדעת (של המבקר) התבססה על אמרתיה של העותרת 1 (רות דוד) עצמה, אשר הכתה על חטא וציינה כי 'זאת הטעות שלנו שלא דרשנו (את דפי ההפקה) ביום הגשת התיק'... ובמקום אחר ענתה כי 'אנחנו מכים על חטא... זאת הטעות שלנו... שלא דרשנו את דפי ההפקה'." עוד ציינה נאור כי "גם גופים אחרים הגיעו למסקנה שהתנהלותן של הפרקליטות עלתה כדי רשלנות".⁴⁶³ העתירה נדחתה, אך אף שלא היה לה יסוד של ממש נמנע בית המשפט מלחייב את העותרות בהוצאות. לעומת זאת, עלותה הנכבדה של ההגנה הפרטית שנאלץ לינדנשטראוס לשכור כדי להתמודד עם העתירה שולמה מקופת המדינה. נחמה פורתא אפשר אולי לראות בכך שפנייתן של דוד וסגל-אנטלר, בבקשה שיוחזרו להן הוצאות ניהול העתירה או לפחות ישתתפו בהן – נדחתה.

היועץ המשפטי כמחוקק

אחת ההתפתחויות המדהימות והשערורייתיות במשפט הציבורי בישראל נוגעת למעמד היועץ המשפטי לממשלה. בפרק קודם הצבעתי על כך שבית המשפט העליון קבע – בניגוד למסורת שנהגה בעבר – כי חוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת את הממשלה, שיש לו מונופול על ייצוג הממשלה בבית המשפט, וכי הוא יכול להחליט שלא לייצג כלל או אף להופיע בבית המשפט ולטעון כנגד עמדות הממשלה.

היועץ המשפטי נותר "יועץ" בשמו בלבד. בית המשפט העליון הכתיר אותו למעשה כמפקדה של הממשלה. חוות דעתו נהפכה לפקודה. ועדיין, נותרה שאלה בדבר תחומיה של הפקודה המחייבת.

לכאורה, התשובה פשוטה: חוות דעתו של היועץ המשפטי מחייבת בשאלות משפטיות בלבד. אבל הסבך שייצר העליון ערער גם את המובן מאליו. אם הכול שפיט, וכאשר השאלה האם הממשלה נוהגת בסבירות הופכת אף היא לנושא משפטי – מדוע לא יוכל היועץ המשפטי לפסוק שהעלאת נושא מסוים לדיון בממשלה היא "בלתי-סבירה", ולפיכך זו שאלה משפטית המצויה בתחום שבו הוא יכול לפקד על הממשלה?

בג"ץ אמנם דחה את עמדת היועץ המשפטי בנקודה זו, אבל לדחייה של אבסורד אחד הוא צירף אבסורד אחר: לשם מה להעלות בכלל את הנושא לדיון בממשלה, שיהיה בהכרח דיון עקר, אם היועץ יכול להכתיב מראש את התוצאה?⁴⁶⁴

לכוח האדיר של מתן פקודות הצטרפו כוחות גדולים נוספים: היועץ המשפטי עומד בראש התביעה. הוא יכול להורות על הגשת כתב אישום נגד כל אדם, לרבות חברי כנסת, שרים ואף ראש הממשלה. לכך מתווספת האפשרות, שאיננה משמעותית פחות, להורות על פתיחת חקירה. הנזק שנגרם עקב כך לאיש ציבור הוא אדיר. מעמדו הפוליטי מתערער לחלוטין, ובמקרים רבים נחסמת דרכו לשורה של תפקידים.

גורם משמעותי אחר שהעצים את כוחו של היועץ המשפטי, הוא הפסיקה שהרחיבה בצורה דרמטית את האחריות הפלילית בכלל, ושל עובדי ציבור בפרט,

תוך שימוש מסיבי בעבירות המעורפלות של "הפרת אמונים" או "שיבוש הליכי משפט". פוטנציאל החקירות גדל להיקף מדהים, ויחד עמו צמח גם שיקול הדעת של היועץ. הוא יכול, למשל, לפתוח בחקירה ואף להעמיד לדין פלילי שר פלוני בשל מינויים פוליטיים, ולהחליט שלא לפתוח בחקירה בשל מינויים כאלה נגד שר אחר. חיים ומוות (פוליטיים) ביד היועץ.

הצירוף של כוח ה"יועץ" עם סמכות ההעמדה לדין מקנה ליועץ המשפטי עוצמות המחזקות ומשכללות זו את זו. גם כשהיועץ אינו עוסק בשאלה משפטית (בהנחה שנותרו עדיין בארץ נושאים שאינם משפטיים) עשויה דחיית העצה להיות כרוכה בלא מעט חששות. נניח ששר מבקש להקים ועדת בדיקה בנושא שבתחומו, אך היועץ המשפטי מתנגד לכך. ברור שאם היועץ יאיים על שר כלשהו שיועמד לדין, בתיק שנפתח או עשוי להיפתח נגדו, תהא זו עבירה של סחיטה באיומים. היועץ המשפטי בוודאי לא יעשה זאת. הוא גם אינו צריך. די להבין מה הרגשתו של אותו שר, ולמעשה של שרים לא מעטים, כאשר שאלה מעין זו רק עולה לדין. לכל אלה יש להוסיף את תופעת "הנחיות היועץ המשפטי", שכבר נזכרה. לכאורה, מה רע בכך שהיועץ המשפטי יספק חומר הדרכה בדבר תוכנו של החוק, ויקל על פעילותו של המנגנון הציבורי? אולם לא חלף זמן רב, והסתבר שההנחיות נהפכו למעין חקיקה, והן אינן מופנות רק לסגל הכפוף ליועץ המשפטי אלא לכל המנגנון של הרשות המבצעת.

הנחיה מס' 1.1708 פורסמה על ידי מני מזוז באוקטובר 2004. היא עוסקת ב"הגבלות על טיפול בפניות חברי גוף בוחר", ומציינת שההשפעה של חברי גוף בוחר (למשל, מרכז מפלגה הבוחר את מועמדיה לכנסת) מעלה חשש "לניגוד עניינים, לשיקולים זרים, ולמשוא פנים ואפליה" עד כדי עבירה פלילית. כדי למנוע זאת נאמר שם בפרק ה"הנחיות לביצוע", כי "פנייה של חבר גוף בוחר, העוסקת בעניינו של אדם אחר, או גוף אחר, לשר או לסגן השר, לא תטופל. במקרה זה יש להשיב לפונה, כי על האדם או הגוף שבשמו פנה לפנות במישרין לגורם הרלוונטי". בעתירה שהוגשה לבג"ץ בשל כך שלא נפתחה חקירה פלילית נגד השר בן-אליעזר בגין מינויים פוליטיים, צוין שהוא לא קיים את ההנחיה הזו של היועץ המשפטי. איש לא העלה על הדעת שיש בעיה עקרונית עם עצם קיומה של הנחיה מעין זו, בשל אופייה החקיקתי. לי ברור שלא ניתנה ליועץ המשפטי סמכות לחוקק, ובוודאי לא סמכות לקבוע עבירות פליליות. ההנחיה אכן לא מתימרת לקבוע עבירות כאלה במישרין, אך עולה השאלה, האם יש בכוחה לעשות זאת בעקיפין, כאשר "הפרת חקיקה" של היועץ תשמש בסיס לטענה שיש בכך עבירה של הפרת אמונים.

אני מניח שכוונתו של מזוז היתה לטובה, אבל זהו עניין אחד, שגוי אמנם, לומר

שחוות הדעת של היועץ המשפטי, העוסקת בבעיה משפטית קונקרטית, מחייבת את הממשלה, ועניין אחר לחלוטין כשהיועץ קובע כללי התנהגות לעתיד, לשורה של מצבים מגוונים, שנסיבותיהם הספציפיות עדיין אינן ידועות. קביעה כללית כזו לעתיד נושאת אופי חקיקתי. כלומר, היועץ המשפטי נהפך למחוקק, בצד היותו שופט, שחוות דעתו מהווה עבור הממשלה וכל מוסדותיה פסק דין מחייב, וגם עורך הדין שכידו מונופול על ייצוג הממשלה ומוסדותיה, וגם תובע של הציבור כולו, לרבות המערכת הציבורית הכפופה להוראותיו. עקרון היסוד במשפט המינהלי הוא עקרון חוקיות המינהל, ולפיו אין לשום רשות מינהלית סמכות מלבד הסמכות שהוענקה לה בחוק. אך כמו שכבר צוין, מדהים שההתפתחות הקיצונית בכל הנוגע ליועץ המשפטי התרחשה ללא שום בסיס בחוק.

ככלל, ריכוז סמכויות כזה בידי אדם אחד אינו סביר ואינו קביל במשטר דמוקרטי. פרופ' שלמה אבינרי, מומחה למדע המדינה, ציין בצדק במאמר "די לריכוזיות" שפרסם ב"הארץ", כי היועץ המשפטי "מרכז בידיו... סמכויות שאין דומה להן בשום מדינה דמוקרטית. העובדה שמדובר באישיות ממונה ולא נבחרת רק מעצימה את הפגיעה בדמוקרטיה". לדבריו, תפקיד היועץ המשפטי "במתכונתו הנוכחית הוא אנדרוגינוס שצמח בשדות הפרא של הפוליטיקה הישראלית".

לכך מצטרף הפרדוקס, כי במדינה שבה נהפך ניגוד עניינים למרכיב מרכזי בעבירה פלילית מתקיים מוסד מרכזי כזה, אשר תפקידו מושתת על ניגוד אינטרסים מובנה: עליו להחליט בעניין העמדה לדין של ראש הממשלה ושרים בממשלה שמינתה אותו ואשר איתם הוא עובד יום-יום. מטבע הדברים שבמהלך העבודה נוצרים מצד אחד יחסי קרבה ומצד אחר לעתים גם טינה. התוצאה היא שאנו עדים לא פעם לטענות משני כיוונים נוגדים – הן כאשר היועץ מחליט לסגור תיק פלילי נגד שר והן כשהוא מכריע לפתוח בחקירה או להעמיד לדין.

חברת הכנסת זהבה גלאון ממרצ, התומכת לרוב בבית המשפט העליון ובמוסדות המשפט, אמרה לכתב אטילה שומפלבי מ-ynet ש"הדרך הנכונה להסיר מהיועץ המשפטי לממשלה את ההכרעה בעניינם של בכירים היא באמצעות הפרדה של תפקיד היועץ המשפטי מתפקיד פרקליט המדינה, וכך למנוע את ניגוד העניינים המובנה". חלפו ארבע שנים, והגשתי ב-2008 תזכיר הצעת חוק להפרדה בין היועץ המשפטי לתובע הכללי. לא הופתעתי כאשר דווח בתקשורת שגלאון התנגדה, באומרה לרותי אברהם מהאתר "מחלקה ראשונה" שגם אם הרעיון נכון, "בעיתוי הנוכחי כל מטרתו היא להלך אימים על היועץ המשפטי, כדי שיימנע מהגשת כתב אישום נגד ראש הממשלה".

החלטתי בכל זאת להגיש את התזכיר. הנושא נידון בשעתו בוועדת שמגר,

שחיוותה דעתה נגד פיצול הסמכויות, אבל בתקופת כהונתי דיבר חבר הוועדה משה נסים בעד פיצול התפקיד. יתר על כן, אפשר שניגוד העניינים בתפקיד היועץ המשפטי לא היה כה בולט אז.

היה לי ברור שיהיה קושי לזכות בשיתוף פעולה מצד מזוז ועוזריו בהכנתה של הצעת חוק כזו, ולא ניסיתי לבחון את העניין. מזוז היה מוכן לשתף פעולה בחקיקה שנגעה לעליון. כך זכיתי בשיתוף פעולה מלא בהכנת חוק הקדנציות וביחס לבית המשפט המחוזי-מרכז, שעברו בכנסת חרף התנגדותה של ביניש. הוא גם דיבר עם ארי שביט מ"הארץ" (בכתבה "עיוור צבעים") על האקטיביזם השיפוטי, ואמר שברגע "שהמערכת (מערכת המשפט) פולשת לטריטוריות אחרות היא מאבדת את הלגיטימיות שלה... ומתחילה להתפורר". אינני חולק עליו בעניין זה, כשם שאינני חולק על הדוגמאות שנתן להתערבות בג"ץ בנושאים החורגים מתחומו, אבל אותם דברים נכונים גם לגבי תפקיד היועץ. למשל, כשהוא מתבטא נגד שרים בממשלה.

מזוז עצמו, סמוך לכניסתו לתפקיד, היה מוכן לבחון את פיצול סמכויות היועץ המשפטי, אם גם בצורה שונה. כזכור, בתחילת כהונתו הוא החליט לסגור את תיק "האי היווני" נגד אריאל וגלעד שרון, תוך מחלוקת חריפה עם פרקליטת המדינה עדנה ארבל הוא נחשף לביקורת חריפה שפגעה במעמדו, ובנסיבות אלה היה מוכן מן הסתם להרהר בהליך שיקל את ההתמודדות עם בעיה מסוג זה. אחת האפשרויות נכללה בהצעת החוק של רוני בר-און.⁴⁶⁵ עיקרה היה שכתב אישום נגד איש ציבור יוגש רק לאחר ששופט חוקר או ועדה משפטית תקבע שיש מקום לכך. ההצעה הוגשה שנה קודם לכן, אבל אז התנגדה לה ועדת השרים לחקיקה ולא היה לה סיכוי. לאחר פרשת "האי היווני" השתנתה האווירה. שר המשפטים יוסף לפיד היה מוכן לתמוך בהצעה, והיא זכתה גם בברכתו של מזוז. נמסר שהוא מוכן לבחון אפשרות של תובע מיוחד. הצעתו של בר-און עברה בקריאה טרומית ברוב גדול בכנסת, אך לא קודמה וירדה מן הפרק.

הזמנים השתנו תוך זמן קצר להפליא, ועמם גם האווירה. ב-2006 קמה ממשלת אולמרט. הכישלון במלחמת לבנון החליש את ראש הממשלה ויצר אווירה ציבורית שלא הסתייגה מגל החקירות נגדו. מזוז כבר לא העלה על הדעת לוותר על סמכויותיו הרחבות.

שקלתי את האפשרות של תובע מיוחד לגבי ראש הממשלה ואולי גם של שרי ממשלה. כפי שהבנתי, ציפי לבני תמכה במוסד הזה (אך לא בפיצול כללי של סמכויות היועץ), דבר שבלי ספק היה מקל על העברת ההצעה. ואולם, לא ראיתי דרך מעשית למינויו של תובע מיוחד כזה ולהסדרת הנושאים הנלווים (מתי ימונה התובע המיוחד, האם זה יהיה מוסד קבוע או שהוא יקום לצורך כל מקרה ומקרה, מי

יחליט על פתיחת חקירה ויפקח עליה וכולי). החלטתי לבחור בכיוון של פיצול סמכויות, וביקשתי את סיועו של עו"ד דן אבי-יצחק לשם הכנת ההצעה. אבי-יצחק, שפעל בהתנדבות, ביצע מחקר השוואתי מקיף, המלמד בצורה ברורה על הצורך בהפרדה, ומדי פעם דן איתי בסוגיות שהתעוררו. העבודה נמשכה והושלמה רק בקיץ 2008, סמוך לסיום כהונתה של הממשלה. ביקשתי להעלות את ההצעה לדיון, אך גם זה היה כרוך במאבק, לנוכח העובדה שגם ראש הממשלה וגם מזכיר הממשלה יחזקאל היו נתונים לחקירות. למרות זאת היה הדבר אפשרי, אך הזמן אזל. ההצעה התמודדה עם נושאים מרכזיים נוספים: מהות חוות הדעת של היועץ המשפטי לממשלה ובאיזו מידה הן מחייבות את גופי הממשל ואת הממשלה עצמה; מתי יכול היועץ המשפטי לממשלה לסרב לייצג בבית המשפט את הממשל, והבטחת ייצוג חלופי במקרה כזה, תוך מתן אפשרות ליועץ המשפטי להשמיע את עמדתו; היחסים בין היועץ המשפטי לממשלה (והתובע הכללי) לבין שר המשפטים. בכל העניינים הללו נשענה ההצעה על מחקר השוואתי מקיף, המוכיח שלמצב הקיים בישראל אין אח ורע בעולם, והוא בלתי-סביר לחלוטין.

ההצעה היא למעשה הניסיון הממשי הראשון להתמודד עם כל הסוגיות הללו בדרך של חקיקה שיטתית, שהיעדרה מורגש מאוד בכל הנוגע לתפקודו של היועץ המשפטי. למעשה, לא שמעתי עד היום ביקורת עניינית על הפתרונות שהובאו בה. גם מבחינת העליון לא ניתן להבין ממה נובעת עמדתו התמוהה, שתוצאתה היא לא לאפשר להביא לפניו מטעם הרשות טיעונים הסותרים את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. האם בית המשפט אינו מעוניין לשמוע את כל הטענות, ללבן ולקבוע מהי העמדה הנכונה? והרי ההחלטה המשפטית נשארת בסופו של דבר בידיו. האם מתקבל על הדעת שכל עותר ציבורי יכול באמצעות הגשת עתירה נגד הממשל להביא לפני בית המשפט טיעון הסותר את עמדת היועץ המשפטי ולבקש החלטה, ורק ממשלת ישראל או שריה אינם רשאים לעשות כן?

במבט לאחור נראה לי שההצעה נכונה, והיתה זוכה ברוב מוחץ בכנסת. היא טעונה תיקון שיתמודד עם בעיה מרכזית: הפקדת גורל המדינה בידי אדם אחד, שאינו נבחר – יהא זה היועץ המשפטי או התובע הכללי – הפועל ללא בקרה ויכול בהחלטה לא שקולה לערער את השלטון. לפיכך, חיוני לצרף להצעה כזו מנגנון בקרה – הן על החקירה והן על ההעמדה לדין. אפשר לשקול מתן חסינות לראש ממשלה כל עוד הוא מכהן בתפקידו, או להציע מנגנון אחר. כך או כך, המצב שלפיו יכול בעל תפקיד ממונה לפתוח לא רק בחקירה אלא אף בגביית עדות מוקדמת נגד ראש הממשלה בעיצומה של מתקפת טילים – אינו מתקבל על הדעת.

בממשלת נתניהו השנייה ניסה יעקב נאמן להפריד בין הייעוץ המשפטי לתביעה.

הוא ביקש לעשות זאת לא על ידי חקיקה, אלא באמצעות שינויים פנימיים במשרד המשפטים, שיגובו בהחלטת ממשלה. הדבר לא עלה גם בידו. פרקליט המדינה שלח לו מכתב שכותרתו, "משמעות פיצול מוסדות היועץ והפרקליטות – פגיעה באכיפה, והחלשתנו כמדינת חוק", מלמדת על תוכנו. העתקים מהמכתב, הכולל ביקורת חריפה על המהלך המוצע, נשלחו ליועץ המשפטי מזוז ולעובדי הפרקליטות, והתפוצה הרחבה הפכה את המכתב, שהתגלגל גם לאינטרנט, לנחלת הכלל.

מכתב כזה, שבו מבקר עובד משרד המשפטים את השר הממונה עליו, הוא פגיעה מובהקת בשלטון החוק, בסדר הציבורי ובדמוקרטיה. שליחתו חייבה את פיטוריו של לדור, אלא שהדבר לא נעשה. נאמן מצא את עצמו, מן הסתם, במצב שבו גם אני מצאתי את עצמי מיד לאחר מינויי, כשמזוז תקף בפומבי הצעה שלי – שוועדת האיתור למינוי פרקליט מדינה תציע (השם ישמור!) שלושה מועמדים ולא אחד. נאמן בחר להגיב בדרך דומה ולהסתפק בתגובה מילולית: "מכתבו של לדור והפצתו הנם מעשה לא תקין של עובד ציבור המותח ביקורת על השר הממונה".

בתקופת נאמן לא התנהלה חקירה נגד ראש הממשלה, כך שפיטוריו של לדור היו לא רק צעד מתבקש אלא גם אפשרי – פוליטית וציבורית. אבל מהלך כזה מחייב גיבוי של ראש הממשלה, וספק אם נאמן, גם אילו חפץ לפעול כנדרש, היה זוכה בכך. בנימין נתניהו לא גילה בקדנציה השנייה שלו את אומץ הלב הדרוש להתמודד עם בעיית המשילות, המחייבת התמודדות גם עם המערך המשפטי, מה גם שהסתבר לו כנראה כי התכונה הזו אינה חיונית לצורך ההישרדות בתפקיד שהיה משאת נפשו. נתניהו לא היה מוכן גם לתמוך במהלך של הפרדת הייעוץ המשפטי מהתביעה. אפשר להניח שזכר החקירות מתקופת כהונתו הקודמת לא פג.

הטכניקה הפסולה הזו, של מתיחת ביקורת על ידי פקיד ציבור על השר הממונה עליו, שימשה את מזוז בביקורתו כלפי. הוא לא הסתפק במה שאמר עד אותו שלב, ובינואר 2010, סמוך לסיום כהונתו, מצא לנכון להצביע על הבעיה של "שרים לעומתיים", שהתייחסה הן אלי והן לנאמן. לדבריו, "באופן בסיסי" על השר "לגבות את המערכת", אבל "המציאות שלנו בשנים האחרונות היא שיש לנו שרים לעומתיים". אפילו אצל מזוז, שלא חסרו לו התבטאויות מיותרות ומזיקות, קשה למצוא התבטאות אומללה מזו. היא חשפה בשתי מילים תפיסת עולם של פקיד ציבור, שגודש הסמכויות שהוענקו לו גיבש השקפה מעוותת, שלפיה עשוי השר להיות "לעומתי" לעובד הכפוף לו. משמעות הדברים פשוטה: לנו – לדרג המקצועי במשרד המשפטים ולי כעומד בראשו – יש מדיניות. לנו יש אג'נדה. השר, הנבחר,

הוא חייב לסייע בביצוע המדיניות שאני, הפקיד, רוצה להנהיג. אם אין הוא עושה כך, הוא "לעומתי". ממש עולם הפוך. אחת מאושיות השלטון הדמוקרטי היא שהמדיניות נקבעת על ידי הממשלה ושריה, ועל הפקידות לבצעה. אם אין היא עושה זאת, היא הלעומתית. אבל אצל מזוז, ביוהרה של מי שבמו ידיו חרץ גורלות והפיל ממשלה, היטשטשה התמונה והתהפכה.

שר המשפטים לשעבר משה נסים הגיב על הדברים. "התקפותיו הפרועות של מזוז על פרידמן ונאמן הן מכה לדמוקרטיה", הוא אמר לכתב ynet אביעד גליקמן. "מזוז הנו פקיד, ושר המשפטים הוא זה שממונה עליו... אם לא מוצא חן בעיניך שר המשפטים – אתה צריך להתפטר."

לדפוס של יועץ משפטי חסר גבולות נלוותה אידיאולוגיה שביקשה להצדיק את התופעה. היא נחשפת בדו"ח שהוגש על ידי צוות בינמשרדי לעניין מערך הייעוץ המשפטי למשרדי הממשלה, אשר כפוף מקצועית ליועץ המשפטי לממשלה. בראש הצוות עמד מנכ"ל משרד החוץ אהרן אברמוביץ', שהיה בעבר מנכ"ל משרד המשפטים, ובדו"ח שחיבר מוסבר בין השאר כי "שולחו של היועץ המשפטי למשרד הממשלתי הוא הציבור כולו. כלל תושבי המדינה, המהווים את ציבור משלמי המסים... הם הלקוח האמיתי של עורך הדין הציבורי" (ההדגשה במקור). ואם לא די בכך, נאמר בהמשך שעל היועץ המשפטי "לשמש כשומר הסף מפני הפרת החוק ופגיעה בשלטון החוק".

זה הבסיס האידיאולוגי של הדו"ח: היועץ המשפטי איננו עובד מדינה ככל עובד מדינה אחר. הוא מין רשות עצמאית, השומרת על הממשלה מפני החטאים שהיא עומדת לבצע בכל רגע. וזו שמירה "על הסף", כלומר עוד לפני שהממשלה תצליח לעולל את הרעות שבכוונתה ודאי לעולל.

לא הייתי מוכן שהממשלה תאמץ אידיאולוגיה כזו. הבהרתי כי הדברים שנאמרים על היועץ המשפטי, כשליח ציבור ששכרו משולם מכספי משלם המסים, כוחם יפה באותה מידה לכל עובדי הציבור. האמירה שהלקוח של היועץ הוא הציבור בכללותו משמעותה המעשית היא שאין לו לקוח כלל, שהרי "הציבור כולו" אינו יכול לתת הוראות כלשהן. במדינה דמוקרטית הממשלה היא המייצגת את "הציבור כולו" הפועל באמצעותה, ובין שלל התפקידים, המטלות והסמכויות של הממשלה היא גם האחראית על הייעוץ המשפטי ועל כל יתר עובדי המדינה. תפקידו של הייעוץ המשפטי איננו לבלום, אלא לקדם: לסייע לממשלה ולכל שר משריה לבצע את מדיניותם בדרך חוקית ובצורה היעילה ביותר.

עקב ההתנגדות שלי לא התקבל הניסוח שהוצע על ידי הוועדה. צוות אחר שהוקם המליץ על תיקון, שבו נאמר כי "המשפטן הציבורי חייב לפעול כיועץ ומסייע לגיבוש המדיניות של השר והמנכ"ל, ולעשות ככל שניתן ליישומה במהירות וביעילות

במסגרת החוק, ובמקביל עליו לפעול כדי למנוע הפרת החוק". הנוסח הזה אומץ בהחלטת ממשלה בשלהי כהונתה של ממשלת אולמרט, אבל המציאות מלמדת שאידיאולוגיית "שומר הסף" לא נסוגה גם מפניה.

הפרקליטות היא משרד עורכי הדין הגדול במדינה. עובדים בו יותר מ-800 פרקליטים, אך קל להבחין שדרך ניהולו רחוקה מלעמוד באמות המידה המודרניות המתבקשות. בתחום הפלילי נדרשת קודם כול מדיניות שתקבע סדר עדיפויות בין העבירות השונות, תכתיב עמדה בקשר לעונשים הראויים, תוכל להקצות כראוי כוח אדם ותפקח על המשאבים, כלומר על מספר שעות העבודה המוקצות לתיקים השונים. בפועל ניתנה עדיפות גבוהה ביותר לחקירות ולתביעות נגד נבחרי ציבור, לא פעם בנושאים שוליים שספק אם בכלל הצדיקו הגשת כתב אישום, ובוודאי לא הצדיקו את ההשקעה הכבדה שהיתה כרוכה בהם. דוגמה אקזוטית לכך היא שליחתם של שני קציני משטרה למרכז אמריקה לצורך כתב האישום המיותר נגד חיים רמון בפרשת הנשיקה. דוגמה אפורה יותר היא משפטם של השר הנגבי ומנכ"ל משרדו הרשקוביץ בפרשת המינויים הפוליטיים, שהתברר לפני שלושה שופטים, אך יותר משלוש שנים, נשמעו בו יותר מ-100 עדים, פסק הדין התקרב ל-1,000 עמודים והפרוטוקול אחז סדר גודל של 17 אלף עמודים. בהכנת המשפט הושקעו מן הסתם אלפי שעות עבודה של חוקרים ופרקליטים, והעלויות הכוללות הגיעו בוודאי למיליוני שקלים. לעומת זאת, לא מושקעים אמצעים מספיקים בהתמודדות עם הפשע המאורגן, מכת הפריצות לבתים, גניבות רכב, גביית דמי חסות, גניבת תשתיות וגניבות חקלאיות. התוצאה היא פגיעה קשה בביטחון האישי ונזקים כלכליים אדירים.

הדעת נותנת שסדר העדיפויות במלחמה בפשיעה ייקבע על ידי השר לביטחון פנים ושר המשפטים. כך גם עולה מדו"ח ועדת אגרנט, וזה מובהר בהצעת חוק היועץ המשפטי. היה לי ברור שניסיון שלי לדרוש הגברת האכיפה בתחומים שאינם השחיתות הציבורית יגרור טענות שאני מנסה לחפות על פוליטיקאים. עם זאת, לפחות במקרה אחד שבו נודע לי על כך שגנב רכב, שהשתייך לכנופיה וניסה להימלט מהמשטרה, נידון ל-10 חודשי מאסר, ביקשתי לערער על קולת גזר הדין, ועונשו הוחמר.

היו כמובן מקרים שבהם הבינו פרקליטי המחוז את חובתם להגן על האזרחים מפני הפשיעה המשתוללת. דוגמה בולטת היא זו של פרקליטת מחוז הצפון, סילביה פריימן, שהצטיינה בתפקידה ועלה בידה, בשיתוף עם המשטרה, להביא להפחתה ניכרת בגניבות החקלאיות, לפחות לפרק זמן.

ב-2006 יזם מני מזוז, יחד עם המפכ"ל משה קראדי, הקמת "חדר מצב מודיעיני",

שבו ירוכז חומר הנוגע לפשיעה מאורגנת שנאסף על ידי גופים המפוזרים במשרדים השונים. הוקמה גם יחידה משטרתית מיוחדת, להב 433, למלחמה בפשיעה המאורגנת ובשחיתות הציבורית. אבל השילוב של שני הנושאים באותה יחידה אינו נכון, לנוכח הנטייה של מערכת התביעה לחקירת ראשי ממשלה, שרים ונבחרי ציבור, שהיא מלאכה שלא צפונה בה כל סכנה, והיא מזכה את עושיה בחשיפה תקשורתית עצומה ובגאווה שגורל המדינה בידיהם. המאבק בפשע המאורגן הגיע אמנם להישגים, ובכירים בעולם התחתון נשלחו למאסר, אבל בסך הכול לא ניכרת ירידה בממדיו, ואפילו שוטרים חשים מאוימים מפניו.

קשיים אחרים נבעו עקב חוסר ההתלהבות של רשויות המס להשתלב במאבק המשטרתית, ובשל הפיצול בין התביעה המשטרתית, המנהלת את רוב ההליכים הפליליים (וכפופה למשרד לביטחון פנים), לבין הפרקליטות (ששייכת למשרד המשפטים). בעבר עלו הצעות לאחד את המערכות, אך הן לא יושמו.

מן ההכרח להסדיר גם את משך הזמן שבו חייבת להתקבל החלטה בתיק שהגיע לפרקליטות בתום החקירה המשטרתית. תיקים רבים מונחים בפרקליטות חודשים ארוכים ואף שנים, ללא לטיפול, אולם כל ניסיון לקבל נתונים ולפרסם פירוט אמין של מצבת התיקים – נכשל. מבחינה זו, המצב בבתי המשפט טוב בהרבה. שם היה ניתן לפחות לקבל מידע על מצב התיקים התלויים ועומדים. הפרקליטות לא היתה מסוגלת אפילו לספק את זה. הנתונים שקיבלתי היו חלקיים, והיו בהם אי-התאמות ברמה שכמעט לא ניתן ללמוד מהם דבר, ובוודאי לא לפרסמם. אף על פי כן, די היה במידע הקיים כדי לעמוד על כך שהטיפול בחלק מהתיקים מתעכב מעל לסביר. ואכן, בינואר 2011 פרסם מבקר המדינה דו"חות ביקורת של האגף לתפקידים מיוחדים, ובהם פרק בדבר טיפול הפרקליטות בתיקים הפליליים הממתינים לבירור דין. בשנת 2004 היו מונחים בפרקליטות כ-7,300 תיקים פתוחים שהמתינו לקבלת החלטה. ב-2005 אישר האוצר תקציב ל-50 פרקליטים נוספים במסגרת תוכנית לחיסול התיקים הללו, ועד תחילת 2007 אוישו 37 משרות. ללא הועיל. למרות תוספת כוח האדם עלה מספר התיקים הפתוחים עד קרוב ל-8,000 בספטמבר 2008. היו ביניהם 529 תיקים שנחו על המדף יותר משלוש שנים, ועוד 711 שהמתינו כשנתיים.

התמודדות עם בעיות מסוג זה דורשת ייעול המערכת, פיקוח צמוד ובמקרים קיצוניים החלפה של האחראים. באווירה הקיימת בישראל, כל ניסיון כזה ייתקל בצווחות על פגיעה בפרקליטות והגנה על נבחרי ציבור מושחתים.

המהלך היה בלתי-אפשרי לחלוטין כשראש הממשלה עצמו היה נתון בחקירות, וביקשתי להתמודד עם הנושא בשני מישורים: האחד, הסדר חקיקתי של בעיית ההתיישנות. והשני, הסדר חקיקתי של משך החקירה. בנוגע להתיישנות קובע

המצב החוקי שכל פעולת חקירה בתיק מאפסת את מרוץ ההתיישנות. כלומר: אם, למשל, נקבעה בחוק לעבירה מסוימת תקופת התיישנות של חמש שנים, ובשנה הרביעית מתבצעת פעולת חקירה יחידה, מתחילים לספור מחדש את חמש השנים. בדרך זו ניתן להחזיק תיק "חי" כנגד חשוד, גם בעבירה שאינה חמורה, לאורך תקופה כמעט בלתי-מוגבלת. לאחר שורה של דיונים עם היועץ המשפטי, הפרקליטות ונציגי המשרד לביטחון פנים והמשטרה, הגעתי לסיכום שלפיו יוגש חוק שיסדיר את עניין ההתיישנות, אולם אוותר על חקיקה שתקבע את משך החקירה, והנושא יוסדר באמצעות הנחיות היועץ המשפטי. הייתי מעורב אישית בהכנתו של החוק, שדרש משא ומתן לא קל עם כל הגורמים, והוא עבר בוועדת השרים לחקיקה ואף בקריאה ראשונה בכנסת. לא נותרה בידי שהות מספקת להשלמת החקיקה, ממשלת נתניהו לא קידמה את החוק, והמצב שבו יכולות המשטרה והפרקליטות למתוח את ההתיישנות ללא גבול – נותר כשהיה.

המצב בתחום האזרחי גם הוא לא היה מזהיר. המדינה על שלל שלוחותיה היא הנתבע הגדול ביותר, ומוגשות נגדה אלפי תביעות במגוון תחומים. אחת השאלות שהצגתי היתה מהו ה"שווי" הכולל של התביעות התלויות ועומדות נגד המדינה, וכיצד הוא מתחלק בין המשרדים השונים. זהו נתון חיוני לכל חברת ביטוח להבנת מצבה הכספי, והמדינה היא במובן מסוים המבטח הגדול ביותר בארץ. מובן שלא היה ניתן לקבל את הנתון הזה.

בעיה לא פחות חמורה קיימת בכל הנוגע לתביעות שבהן המדינה מופיעה – או אמורה להופיע – כתובעת. המדינה היא הבעלים של רכוש עצום, וקשורה במספר רב של חוזים. רכושה עלול להיפגע על ידי פלישות, נזקים וגניבות, והחוזים עמה עלולים להיות מופרים. נדרשת מערכת יעילה, שמסוגלת לשמור על זכויות המדינה ולתבוע את הכספים המגיעים לה במידת הצורך. פעלתי לחיזוק יחידת האכיפה שעסקה בהגנה על קרקעות המדינה ולקידומו של "מיקור חוץ", דהיינו העברת תיקים אזרחיים לטיפול של עורכי דין פרטיים. עדיין, המצב רחוק מלהשביע רצון.

סמכות החנינה הוענקה לנשיא המדינה, ועל שר המשפטים הוטל להביא לו המלצות. מספר בקשות החנינה גדול, כמובן, ובתקופת כהונתי נרשמו כ-200 בקשות בחודש. הן הגיעו למחלקת החנינות, שנוהלה היטב על ידי אמי פלמור, והיא הגישה לי דו"ח מפורט מתיקו של כל מבקש, כולל פרטי העבירה שבה הורשע ונסיבותיו האישיות. הקדשתי לנושא שעות ארוכות, הן מהפן האנושי והן מאחר שזכיתי כך בתמונה מוחשית על הנעשה בתחום המשפט הפלילי: מגוון

העבירות העצום, הענישה, נסיבותיהם של אלה המתנגשים עם החוק ועוד. התחושה הכללית שקיבלתי היתה של ריבוי העמדות לדין בשל עבירות פעוטות. הטלתי ספק בעניין הציבורי שיש בהליך הפלילי במקרים כאלה, והתעוררה אצלי לא פעם השאלה, מה היה קורה אילו השתייך החשוד למשפחה בעלת אמצעים, והיה שוכר עורך דין מהשורה הראשונה.

יש למתוח הבחנה ברורה בין עבריינות חמורה ומסוכנת וכן עבריינות מקצועית, של אנשים שהפשע הוא מטה לחמם, לבין מעשים שאינם מצדיקים את הכתמת עושיהם בכתם פלילי. ואולם, קשה לבסס את ההבחנה הזו על סוגי העבירות. בעבירות על חוקי התכנון והבנייה, למשל, נכללת הקמת בניין קומות על שטח חקלאי, ללא רישיון, שהיא עבירה כלכלית חמורה, אבל גם סגירת מרפסת ללא רישיון, שניתן להסתפק לגביה בקנס מינהלי או בהוראה להרוס את מה שנבנה, ואין הצדקה להרשעה פלילית.

אחד ההיבטים הקשים ביותר של ההליך הפלילי הוא הכתם הרובץ על האדם במשך שנים רבות. המחוקק ביקש להתמודד עם הנושא באמצעות "חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים", מ-1981, וקבע תקופות התיישנות ותקופות מחיקה של הרשעות. החוק גם מגדיר את הגופים השונים הזכאים לקבל מידע מהמרשם, ובעניין זה יש חשיבות רבה לשאלה אם הרישום התיישן או נמחק, משום שלאחר ההתיישנות ולפני המחיקה מצטמצם מאוד מספר הגופים הרשאים לקבל את המידע. תקופות ההתיישנות והמחיקה ארוכות מאוד, ויש להן השלכה כבדת משקל על יכולתו של מי שמופיע במרשם לקבל עבודה.

חלק גדול מבקשות החנינה התרכזו כאן, כאשר הבקשה היתה שהנשיא יקצר את תקופת ההתיישנות או המחיקה. במקרים רבים דובר בעבירה יחידה, ולא פעם עבירה קלה. נאשמים רבים משתכנעים להודות בעבירה, לאחר שמובטח להם שיוכלו להיפטר מהעניין בקנס פעוט, והם אינם ערים לתוצאות הקשות הכרוכות בעצם ההרשעה. במקרים כאלה הרביתי להמליץ על חנינות. סברתי שהמצב זועק לתיקון. במקביל, הקמתי ועדה בראשות פרופ' רות קנאי מאוניברסיטת בר-אילן, שתדון במכלול השאלות הכרוכות במרשם הפלילי. דו"ח הוועדה הוגש לאחר סיום כהונתי, והוא חושף את חומרת הבעיה ואת היקפה העצום: יותר ממיליון ישראלים הם בעלי רישום פלילי או רישום משטרתי! (רישום משטרתי הוא תיק שנסגר מחוסר ראיות או מחוסר עניין ציבורי). כ-70% מבעלי הרישום הפלילי הם בעלי פרט רישום יחיד (לחלקם יש גם רישומים משטרתיים).

ההרשעות ברצח הציבו בעיה מסוג שונה לחלוטין. בשנות ה-80 נהגו לקצוב מאסרי עולם ל-24 שנים. אם הנאשם זכה בהפחתת שליש מעונשו, הוא

היה משתחרר כעבור 16 שנים – תקופה קצרה מדי לעבירה כה חמורה. בשנים האחרונות היו שרי משפטים שפנו לקיצוניות השנייה, סירבו לגמרי להמליץ על קציבת עונשים לרוצחים, ונותר בעינו מאסר העולם שנגזר על הנאשם. העמדה של חלק מחברי ועדות השחרורים היתה שיש לקצוב את עונשיהם של רוצחים, אך התקופה צריכה להיות ארוכה יותר מ-24 שנים. גם אני נהגתי להמליץ על קציבת מאסר בשל רצח לתקופה של 30 שנה לפחות, ולעתים אף יותר, בהתאם לנסיבות: מידת האכזריות, האם נלוותה לרצח עבירה נוספת דוגמת אונס, וכולי. כך, היו מקרים שבהם הצעתי 40 שנה ואף יותר מזה.

אחד המקרים שזכו בתהודה היה המקרה של סלימאן אל-עביד, שהורשע בבית המשפט המחוזי בבאר שבע, ברוב דעות, באינוסה וברציחתה של הנערה חנית קיקוס. אל-עביד ערער לעליון, אך לפני שהתברר הערעור התגלתה גופתה של הנערה בבור ניקוז, הרחק מהמקום שעליו הוא הצביע בהודאתו במשטרה כמקום שבו הטמין את הגופה. התיק הוחזר למחוזי לדיון מחדש, שבסיומו שוב הורשע אל-עביד ברוב דעות ברצח ובאונס. הוא ערער פעם נוספת לעליון, זופה ברוב דעות מאשמת רצח אך הורשע ברוב דעות באונס. חילוקי הדעות גרמו לכך שהעניין זכה בדיון נוסף בהרכב של תשעה שופטים, שבו הורשע אל-עביד ברוב של שישה שופטים ברצח וברוב של שבעה באונס.⁴⁶⁶ אביגדור פלדמן, עורך דינו, פנה בבקשת חנינה, והנשיא קצב את עונשו של אל-עביד והעמידו על 33 שנים.

לאחר כניסתי לתפקיד היו אלי כמה פניות בעניין. הפרשה נראתה לי בעייתית ביותר לנוכח חילוקי הדעות בין השופטים בכל סבבי ההתדיינות. אל-עביד זופה מאשמת הרצח בבית המשפט העליון (אך הורשע באונס), ורק בדיון הנוסף הורשע גם ברצח. זוהי תוצאה אפשרית, אך על פי השקפתי אין מקום לדיון נוסף על זיכוי בעליון. הקושי שנתקלתי בו היה נעוץ בכך שאני סבור כי שר משפטים אינו צריך לשים עצמו כערכאת ערעור על בית המשפט. בעבר היו מקרים שבהם ניתנה חנינה לאדם שהורשע לאחר שהתעוררו ספקות לגבי אשמתו. דוגמה בולטת היא זו של עמוס אוריון, שחיים כהן ביקש חנינה עבורו (לחנינה הזו היה סוף טרגי. אוריון טען כל הזמן לחפותו וכי אנשים אחרים אחראים לרצח שבגיניו הורשע. לאחר שחרורו חיפש אחריהם, והחיפוש הסתיים ברצח הכפול שאוריון היה אחד מקורבנותיו) – אבל כהן היה היועץ המשפטי ולא השר. מצד שני, ברור לי שצריך להקים במשרד המשפטים יחידה שתבדוק מחדש תיקים שקיים בהם חשש שהורשע אדם חף מפשע. חוששני שיש רבים כאלה, אך לא היה סיפק בידי לטפל בנושא.

בחרתי להעביר את התיק של אל-עביד לעיונה של השופטת בדימוס מרים בן-פורת, וביקשתי את חוות דעתה. לאחר בדיקת החומר השיבה בן-פורת כי היתה

מצטרפת לשופטי הרוב, שהרשיעו את אל-עביר בדיון הנוסף. עם זאת, היא הצביעה על שיקולים המצדיקים קציבת עונשו. דא עקא שעונשו כבר נקצב. בהתחשב בכלל השיקולים, החלטתי להמליץ על קיצור עונשו של אל-עביר בשש שנים, והנשיא פרס קיבל כעבור זמן את ההמלצה. הנחתי שאל-עביר ישתחרר כעבור זמן לא רב, לאחר קיצור שליש מעונשו, אבל הדבר לא קרה. ועדת השחרורים אינה מאשרת ניכוי שליש מהעונש למי שהורשע בעבירת מין ולא הודה באשמה, בנימוק שאי-ההודאה מלמד על מסוכנותו (עלי להודות כי הגישה הזו אינה נראית לי. היא מתעלמת מהאפשרות שאדם חף מפשע הורשע בדין, ובכלל, לא סביר להציג דרישה כזו למי שמאמין בחפותו).

שאלות של חנינה התעוררו גם לגבי רמויות פוליטיות, בהן נעמי בלומנטל, שהיתה חברת כנסת מטעם הליכוד וסגנית שר התשתיות. בלומנטל הורשעה בבית משפט השלום כמתן שוחד בחירות ובשיבוש הליכי משפט, ונידונה לשמונה חודשי מאסר בפועל ול-10 חודשי מאסר על תנאי, וכן לקנס כספי. ערעורה למחוזי נדחה זמן קצר לאחר שהתמנתי לשר המשפטים.

שוחד הבחירות התייחס לכך שימים ספורים לפני הבחירות המקדימות במרכז הליכוד שילמה בלומנטל עבור אירוח כמה חברי מרכז במלון תל-אביבי. העלות הסתכמה ב-12 אלף שקלים, והמקרה נראה לי ברף הנמוך של העבירה – מקרה גבולי, שספק אם הצדיק בכלל העמדה לדין. צורם יותר היה ניסיונה להסתיר את מה שהתרחש, שבגינו הורשעה בשיבוש מהלכי משפט והדחה בחקירה.

שרשרת של פניות לחנינה הגיעה אלי, ביניהן מנשיא המדינה לשעבר יצחק נבון, שאיננו איש ליכוד, ודומה היה שהאווירה הציבורית תמכה בכך. ואולם, בתוך זמן קצר השתנתה התמונה ועלו קולות נגד. לא הושפעת מהקולות, שהגיעו משני הכיוונים. הקושי שלי נבע מכך שמחלקת החנינות המליצה שלא להיעתר לבקשה. ככלל, קיבלתי את רובן המכריע של המלצות המחלקה, אבל הפעם האמנתי שיש מקום להקלה בעונש, באופן שהמאסר יופחת לשישה חודשים של עבודות שירות. לרוב נמנעתי מלהמליץ על חנינה שתשנה תוצאות של פסק דין רק משום שנראה לי מחמיר, בעיקר אם ניתן זמן קצר קודם לכן. אך במקרה הנוכחי נפטר בעלה של נעמי בלומנטל לאחר פסק הדין,⁴⁶⁷ והנסיבות החדשות היוו בעיניי סיבה מוצדקת להקל בעונשה. ההמלצה הגיעה לידיה של יושב ראש הכנסת דליה איציק, שמילאה את מקומו של הנשיא קצב בעקבות טיוטת כתב האישום נגדו. באותו שלב כבר גברו הקולות נגד החנינה, ואיציק בחרה להשאיר את ההחלטה לנשיא הבא.

לשמעון פרס לא היה כל קושי לקבל את המלצתי, אבל בכך לא הסתיימה הפרשה. אפילו העניין הזה הגיע לבג"ץ, שלא החמיץ את הכניסה לנושא. קשה להאמין

שעתירה כזו היתה מוגשת במדינה כלשהי, אבל במדינת "שלטון החוק" ללא מצרים וללא גבולות אפילו לא הבחינו שיש בה משהו יוצא דופן. וכך, רק לאחר דיון מיותר נדחתה העתירה.⁴⁶⁸ כדרכו, בית המשפט לא ראה לנכון לחייב את העותרת בהוצאות. בקשות לחנינה הוגשו גם בעניינו של עמרי שרון, שהורשע לפי הודאתו בעבירות על חוק המפלגות, רישום כוזב במסמכי תאגיד, עבירה של מנהל בתאגיד ושבועת שקר. העבירות בוצעו בהקשר לפריימריז בליכוד בשנת 1999, כשעמרי פעל לקידום עניינו של אביו, אריאל שרון. הוא נידון בבית משפט השלום בתל אביב לתשעה חודשי מאסר בפועל, למאסר על תנאי ולקנס. שרון הצעיר ערער על חומרת העונש והצביע הן על נסיבותיו האישיות (הוא פרש מפעילות פוליטית), והן על כך שמדובר בעבירות בחירות, שעליהן לא הועמדו אנשים אחרים לדין. בית המשפט המחוזי החליט ברוב דעות (השופטים יהודית שיצר וזאב המר) להפחית את המאסר בפועל לשבעה חודשים. שופט המיעוט זכריה כספי הציע להפחית את המאסר לשישה חודשים, מה שהיה מאפשר להמירו בעבודות שירות.⁴⁶⁹ לנוכח התוצאה הזו, שבה דעת הרוב קרובה לאפשרות של עבודות שירות, נראה לי כי ניתן לקבל את דעת המיעוט, אבל לאור הגישה שלי, שחנינה איננה ערעור, בהיעדר נסיבות שלא עמדו לנגד עיניו של בית המשפט ועקב העובדה שפסק הדין ניתן זמן קצר קודם לכן, לא ראיתי אפשרות להיעתר לבקשה.

מדינה מפעילה את דיני העונשין שלה על עבירות שבוצעו בתחומה. זהו העיקרון הכללי שאומץ על ידי רוב מדינות העולם, אך נקבעו לו עם השנים גם חריגים. אחד המרכזיים שבהם הוא הסמכות שישראל ומדינות נוספות נטלו לעצמן לדון בפשעי הנאצים. בארץ נחקק ב-1950 החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, שחל כמובן על פשעים שבוצעו מחוץ למדינה וקודם הקמתה. מכוח החוק הזה נשפט אדולף אייכמן ונידון למוות. מאוחר יותר הרחיב המשפט הבינלאומי את פעילותו בתחום המשפט הפלילי, ואף הוקם בית דין בינלאומי העוסק בפשעי מלחמה ובפשעים נגד "המשפט הבינלאומי ההומניטרי".

מדינות רבות אימצו את הרעיון של "סמכות אוניברסלית", והקנו לבתי המשפט שלהן סמכות לדון לפי המשפט הבינלאומי בפשעים שבוצעו מחוץ לתחומן, ולמעשה בכל מקום על פני כדור הארץ. לכך הצטרפה באחדות מהמדינות הוראה המאפשרת גם לאנשים פרטיים לתבוע או לבקש צווי מעצר מכוח החקיקה הזו. דוגמה מפורסמת לשימוש בסמכות האוניברסלית היא פרשת הרודן הצ'יליאני אוגוסטו פינושה, שהודח ממעמדו, הגיע בגיל 82 לאנגליה כדי לקבל טיפול רפואי, ואז הוציא נגדו שופט בספרד צו מעצר בשל המעשים שבוצעו בצ'ילה. רק לאחר התדיינות ממושכת החליט בית המשפט בבריטניה שלא להסגירו.

חלק נכבד מהפניות של השנים האחרונות על בסיס הסמכות האוניברסלית הופנו נגד קצינים ואישים ישראלים. איש לא העלה על הדעת לנקוט הליכים כאלה בשל פעולות שבוצעו בסין נגד פעילי זכויות אדם, בשל הלוחמה האכזרית של רוסיה בצ'צ'ניה או נגד לוחמים מצבאות ארצות הברית ומדינות המערב בשל אירועים במלחמות באפגניסטן, בפקיסטן ובעיראק – אף כי מספר הקורבנות האזרחיים בכל אחד מהמקומות האלה עלה פי כמה וכמה על מספר הפלשתינים שנפגעו במאבק שמנהלת ישראל נגד הטרור. לארגונים איסלאמיים, שנתמכו לא פעם על ידי יהודים וישראלים, היו אמצעים ורצון לנצל את הסמכות האוניברסלית הזו דווקא כנגד ישראל, וכך נוצר הפרדוקס שבו המערכת הבינלאומית הזו, ששואת העם היהודי שימשה דחף מרכזי להתפתחותה, נהפכה לחרב פיפיות המכוונת נגד ישראל, בצורה בלתי-צודקת. ישראל הנה קורבן של פשעי מלחמה מיום הקמתה, החל במלחמה שנוהלה נגד הקמתה, בניגוד להחלטת האו"ם, דרך גל הטרור שאינו חדל וירי טילים ללא הבחנה על יישובים אזרחיים.

בתקופת כהונתי התעוררו הבעיות בעיקר בספרד ובאנגליה. בספרד הוגשה תביעה על ידי גופים פרטיים נגד אישים ישראלים, שנטען כי היו מעורבים בחיסולו של סלאח שחאדה, ראש הזרוע הצבאית של החמאס בעזה. שחאדה היה אחראי לפעולות רצח וטרור רבות, ועסק בתמידות בתכנון פעולות נוספות. ביולי 2002 הופצץ ביתו. הוא ועוזרו נהרגו, ועמם עוד 14 אזרחים. רבים אחרים נפצעו. היתה זו טעות מבצעית, שכן ההערכות שקדמו לפעולה לא העלו על הדעת תוצאה כזו. הפצצה קודמת שנועדה לפגוע בו אף בוטלה מחשש לפגיעה בחפים מפשע. אולם המקרה שימש עילה לא רק לעתירות לבג"ץ אלא גם להליכים בחו"ל. אחד מהם היה תלוי ועומד בספרד.

בצד המשפטי היה הנושא בטיפול המחלקה הבינלאומית במשרד המשפטים, אולם נראה לי שהיא זקוקה לחיזוק. קיימתי כמה ישיבות בנושא, והזמנתי אליהן את ד"ר רועי שיינדורף, שידיעותיו בתחום המשפט הבינלאומי יכלו לסייע לנו. שיינדורף היה סטודנט מצטיין באוניברסיטת תל אביב, ושימש עשר שנים קודם לכן כאסיסטנט שלי בקורס בדיני חוזים. בלימודי הדוקטורט שלו בחו"ל הוא התמחה במשפט בינלאומי, וסברתי שיוכל לסייע בתיקים מסוג זה. הימים היו שלהי כהונתה של ממשלת אולמרט, והמחלקה המיוחדת שנועדה להתמודד עם תביעות מסוג זה שהועלו בחו"ל נגד אישים ישראלים, הוקמה רק בימיו של השר נאמן. שיינדורף הועמד בראשה, ומאז יש לישראל כלים משפטיים להתמודד עם הבעיה הסבוכה. יש עדיין לזכור כי לצד המשפטי של הנושאים האלה נלווה גם היבט דיפלומטי רב-משמעות, ולמעמדה הבינלאומי של ישראל יש חשיבות ראשונה במעלה בהתמודדות הזו.

"התיק הספרדי" נותר פתוח עוד זמן-מה, ועשרה ימים לאחר סיום מבצע "עופרת יצוקה" חלה בו תפנית לרעה, כשהשופט החוקר החליט לפתוח בהליכים. שכרנו משרד עורכי דין מקומי שם, וכאן הקימה הממשלה ועדה בראשות ציפי לבני ובהשתתפותי. לבני, כשרת החוץ, עשתה כל מה שניתן באותם ימים, לרבות פנייה לממשלת ספרד. עמדת ישראל היתה שיש לשלול את התופעה של פניות פרטיות הנשענות על הסמכות האוניברסלית, או לפחות להטיל על כך מגבלות. הקלה מסוימת נבעה מכך שלהיטותם של גופים שונים לעשות שימוש בסמכות האוניברסלית יצרה סיכון של פניות נגד קצינים אמריקנים. אולי היתה צפויה גם פנייה נגד אישים סינים, כך שהעניין החל להסתבך גם מנקודת ראות ספרדית. בינתיים קמה ממשלת נתניהו, והערעור על החלטת השופט בספרד התקבל בתקופתה. החוק שם תוקן גם הוא. התיקון אינו שולל לחלוטין תביעות פרטיות, אך קבע להן מגבלות. נדרשת היום, למשל, גם התייחסות של גוף שלטוני רשמי שתצורף לפנייה הפרטית.

בבריטניה נותרה הבעיה בכל חומרתה זמן לא מבוטל. ראש ממשלת הלייבור, טוני בלייר, אמנם ביקש לשנות את החוק, אבל נתקל בקשיים בתוך מפלגתו. רק כאשר השמרנים זכו בבחירות והקימו ממשלת קואליציה בראשות דיוויד קמרון עבר התיקון, וגם אז על חודו של קול. הקושי מלמד על היחס האמביוולנטי כלפי ישראל. בכל אופן, התיקון מתנה תביעה על בסיס הסמכות האוניברסלית באישור התובע הכללי. צריך לקוות שאישור כזה לא יינתן כלפי אישים ישראלים, אבל קשה לומר שהבעיה חלפה מהעולם.

שכר חיילי החובה היה אחד הנושאים החוץ-משפטיים שבהם הזדמן לי לעסוק במסגרת תפקידי. הנושא מעסיק אותי זה שנים, ופרסמתי מאמרים רבים הן בדבר הצורך לקצר את השירות הצבאי והן לגבי הצורך לשלם שכר של ממש לחיילים בשירות חובה. בשיחתי הראשונה עם אולמרט בביתו, לפני מינויי, העליתי שתי בקשות. האחת נגעה לתוספת שופטים, והוא נעתר לה. השנייה נגעה לשכר חיילי החובה. בעיני זהו נושא קריטי. למרות זאת, בעיני רבים אחרים חשיבותו משנית – אולי משום שהחיילים אינם מהווים קבוצת לחץ.

המציאות חמורה, וכדאי להבין את משמעותה. אנחנו נמצאים בעיצומו של תהליך הרסני, שבו אחוז המשרתים הולך ויורד, ומתקרב המצב שבו רק קצת יותר ממחצית בני השנתון מתגייסים. הסיבה לכך ברורה: שירות חובה הוא מס, שהחייבים נדרשים לשלמו לא בכסף אלא בשנות שירות, לעתים מסוכן. כמו כל מס אחר: ככל שהנטל כבד יותר, כך גדלה הנטייה להתחמק ממנו. במקביל בולטת ההפליה בין המשרתים בצבא לאלה שאינם מתגייסים. תשלום שכר של ממש יכול

לצמצם את האפליה, והצעתי היתה להתחיל לשלמו בהדרגה, תחילה בחצי השנה האחרונה לאלה המשרתים שלוש שנים, ולאחר מכן להרחיב את המהלך. אולמרט לא רחה את הרעיון, ואמר שהוא יישקל לקראת תקציב 2008.

הצעד הבא היה פגישה עם שר הביטחון עמיר פרץ, אך מצדו לא זכיתי בהיענות. שוחחתי גם עם בכירים במערכת הביטחון, וצינתי כי אני מעריך שהאוצר יסכים להשתתף בתשלום, כיוון שהוא יגרור קיצור השירות של חלק מהחיילים. הם יצטרפו מוקדם יותר לשוק העבודה, ויגדילו את התוצר הלאומי. באחת משיחותי הלא פורמליות הללו אף נקבתי בסכום שיהיה ניתן להערכתי לקבל מהאוצר. התשובה היתה שאם אפשר לקבל סכום זה, יש להם רעיונות טובים יותר כיצד להשתמש בו. היה לי ברור, כי ללא תמיכה של משרד הביטחון אין ליוזמה סיכוי.

ההתפתחות הבאה חלה לאחר שפרץ הוחלף על ידי אהוד ברק, והמשיך לפעול כחבר כנסת. באחד הימים הוא טלפן אלי, וסיפר שהוא מתכוון להגיש הצעת חוק לתשלום שכר לחיילי שירות חובה. השבתי שאתמוך בכל חקיקה כזו. לא ראיתי טעם לומר לו, שהזמן לטפל בנושא היה כאשר הוא ישב בלשכת שר הביטחון. הצעתו עברה בקריאה טרומית בכנסת, אבל ללא סיכום בין ראש הממשלה, שר האוצר ושר הביטחון – לא ניתן להשלים את החקיקה.

סוגיית השירות צבאי, ובעיקר הפטור שניתן לחרדים ו"חוק טל", שנועד לטפל בנושא אך בג"ץ פסק שאין לחדשו, נהפכה לנושא מרכזי בקיץ 2012, ובדיון על הרכת הממשלה לאחר הבחירות בינואר 2013. בעיני, ראוי לא פחות להתמקד בקיצור השירות הצבאי ובתשלום שכר ראוי לחיילים הסדירים. נותר לראות אם יהיה בכוחה של הממשלה שקמה במרץ 2013 להתמודד עם הנושא.

משפטו של אהוד אולמרט

כתב האישום נגד אהוד אולמרט ונגד ראש לשכתו שולה זקן הוגש ביום 30.8.2009, כחמישה חודשים לאחר שאולמרט סיים את תפקידו בראשות הממשלה ולאחר שהוקמה ממשלה חדשה בראשות בנימין נתניהו. הדיון התקיים בפני הרכב של שלושה שופטים בבית המשפט המחוזי בירושלים, בראשות הנשיאה מוסיה ארד. המשפט, ששמיעתו החלה בפברואר 2010, נמשך כשנתיים, והכרעת הדין ניתנה ב-10 ביולי 2012. כתב האישום כלל כמה אישומים. כולם התייחסו לתקופה שלפני בחירתו של אולמרט לראשות הממשלה.

אישום אחד עסק בפרשת "ראשונטורס". בעיקרו של דבר נטען שהנאשמים קיבלו כספים במרמה באמצעות "מימון כפול" של כרטיסי טיסה. אולמרט היה מרצה מבוקש, והוא הופיע לעתים קרובות באירועים בחו"ל, לבקשת ארגונים שונים. הופעותיו היו ללא תשלום, אולם הארגון המזמין נשא בהוצאות הנסיעה. הטענה היתה שבנסיעות שנעשו עבור כמה ארגונים נשא יותר מארגון אחד בתשלום עבור אותו כרטיס, וכך הצטבר עודף בהיקף של עשרות אלפי דולר, ששימש לנסיעות אחרות של בני משפחת אולמרט.

בעניין זה קבע בית המשפט, לאחר בדיקה קפדנית ומפורטת של הנסיעות והתשלומים, כי לא הוכחה שיטת מרמה מכוונת להפקת כספים עודפים עבור אולמרט, אך לא היו נהלים ברורים לטיפול בנסיעות מורכבות, שבהן היו כמה גופים מממנים, וכי נגבו מהם כספים עודפים. נאמר בפסק הדין כי לא הוכח שהיתה כוונה להשתמש בכספים העודפים למטרות פרטיות, וכי הם אף שימשו למימון נסיעות "ציבוריות" אחרות (כלומר נסיעות למען ארגונים או המדינה, שלא היה להן מימון מספיק). השופטים קבעו כי לא הוכח שאולמרט היה מודע לגביית הכספים העודפים, ולפיכך הוא זופה מעבירה זו. שולה זקן הורשעה בעניין זה, למרות הקושי – שבית המשפט היה ער לו – בכך שהורשעה נאשמת משנית בשעה שהדמות העיקרית זוכתה. זקן טיפלה בענייניו של אולמרט. היא עצמה בחרה שלא להעיד, ובנסיבות אלה קבע בית המשפט שהיתה מודעת לגביית העודפים והורתה להשתמש בהם לנסיעות ציבוריות אחרות.

האישום השני כלל את פרשת טלנסקי, שבמסגרתה נטען כי אולמרט קיבל ממשה (מוריס) טלנסקי סכומי כסף גדולים, חלקם במעטפות ובהן כסף מזומן, בסדר גודל של כ-350 אלף דולר, וכי הכספים נשמרו ב"קופה סודית" שהוחזקה על ידי עו"ד אורי מסר, שהיה איש אמונו של אולמרט. העבירות שיוחסו לאולמרט היו מרמה והפרת אמונים וקבלת דבר במרמה. עוד נטען, כי לפי כללי ועדת אשר (שמכוחם חייבים שרים לדווח למבקר המדינה על הונם ועל הכנסותיהם) היה על אולמרט, בתקופת היותו שר, לדווח למבקר על הכספים שהתקבלו מטלנסקי והוחזקו אצל מסר. הפרת כללי ועדת אשר, כך נטען, מהווה עבירה של הפרת אמונים. דא עקא, שהכספים שהתקבלו מטלנסקי ונשמרו אצל מסר היו מה שכונה "כספים פוליטיים", כלומר נועדו לשמש בעתיד לצרכים פוליטיים שעשויים להתעורר. חוק המפלגות הטיל הגבלות על קבלת תרומות בתקופת בחירות, אך באותם ימים לא היה איסור על קבלת תרומות שלא בתקופת בחירות (בשנת 2008 שונה החוק בנקודה זו, והמצב המשפטי כיום שונה). כך דחה בג"ץ בדצמבר 2009 עתירה נגד נשיא המדינה שמעון פרס, שדרשה ממנו להחזיר כספי תרומות בסך 320 אלף דולר, שקיבל מבעלי הון חמש שנים קודם לכן, לפני הבחירות המקדימות שעמדו להתקיים במפלגת העבודה, כאשר הכספים התקבלו במועד שקדם ל"תקופת בחירות" כהגדרתה בחוק.⁴⁷⁰

הדרך שבה התקבלו התרומות של טלנסקי ובה נוהלו הכספים רחוקה מלעורר התפעלות, אך חולשת התיק בנושא המרכזי הזה, שגרם להפלת הממשלה, בולטת כבר מכתב האישום. החשד לשוחד, שסיפק כותרת ראשית במלחמה התקשורתית שנוהלה נגד אולמרט – נמוג ולא נזכר כלל בכתב האישום (ההמלצות הספורות שאולמרט נתן לטלנסקי היו רחוקות מלספק יסוד לאישום כזה, והתביעה ויתרה עליו מראש). עו"ד מסר, שהחזיק את הכספים, לא הואשם כלל ובעיני התביעה לא עבר עבירה כלשהי (לפיכך, לא היה אפילו צורך להעניק לו מעמד של עד מדינה). מכאן, שהתביעה לא סברה שיש כאן אשמה הקשורה להעלמות מס או להלבנת הון. לפיכך, אף אם ניתן למצוא בהתנהלות פגם מבחינה ציבורית, הסתבר שהתיק הפלילי חלש ביותר והיה צורך בדמיון יצירתי כדי למצוא בסיס לאישום. מסלול אחד סיפקה העבירה הבעייתית של הפרת אמונים, שאיש אינו יודע מה תחומיה, ומשמשת לתביעה שוט שאינו יודע גבולות. נטען להפרת כללי ועדת אשר, אולם ספק רב אם הם חייבו בכלל דיווח על הכספים הפוליטיים שניתנו לאולמרט. ובכלל, מאימתי מהווה אי-קיום כללי ועדת אשר עבירה פלילית? מדובר בכללים ולא בחוק, והם אינם מתיימרים לקבוע עבירות. העיקרון הבסיסי של זכויות אדם הוא שאין עבירה פלילית אלא לפי חוק. הפיכת כל כלל מינהלי לחקיקה עונשית, בטענה שהפרתו מהווה הפרת אמונים, איננה אלא

פגיעה בזכויות יסוד. הטיעון בדבר קיום העבירה הבעייתית של הפרת אמונים נכשל אפוא.

אשמה נוספת שייחסה התביעה לאולמרט בפרשת טלנסקי היא השגת דבר במרמה. אי-הדיווח למבקר על התרומות מהווה, כך נטען, מרמה, ו"הדבר" שהושג באמצעות מרמה זו הוא "הנחת דעתו" של מבקר המדינה, שהניח כי ענייניו הכספיים של אולמרט מתנהלים כשורה, ואילו ידע על כספי טלנסקי אפשר שהיה דורש מאולמרט להחזירם. הטענה הושתתה אף היא על דמיון פורה, שאין לו מקום במשפט הפלילי. יש לה אמנם אחיזה מסוימת בפסיקה,⁴⁷ אך אין קושי להבין לאן היא מובילה. אמחיש זאת באמצעות דוגמה: פלוני מספר לקבוצת חברים על הרפתקאות גבורה, שלא היו ולא נבראו, אשר היו לו כביכול במסע לאפריקה. שקר או מרמה כשלעצמם אינם מהווים עבירה. אך האם ניתן לטעון שפלוני, שנהפך כעת ליקיר חבריו וזכה בהערצתם, קיבל "דבר" (הערצת חבריו) במרמה, ולפיכך הוא אחראי בפלילים? והאם הטיעון יתחזק אם יסתבר שאחרי האירוע הוזמן פלוני לשתי מסיבות, שאחת אולי לא היה מוזמן אליהן? בקיצור, קל להבין כיצד ניתן באמצעות דמיון יצירתי להפוך כל אמירת אי-אמת לעבירה פלילית. אפשר שעולם שבו לא היו נאמרים דברי שקר כלל היה עולם טוב יותר (וגם זה איננו בטוח לחלוטין), אבל יצירת עולם כזה היא מחוץ לכוחו של המשפט, ועליו להשלים עם כך שהנושא איננו בתחומו. מכל מקום, גם הטיעון בדבר עבירת המרמה בשל אי-הדיווח למבקר נדחה לנוכח העובדה שלא ברור כלל שנדרש באותם ימים דיווח על כספים פוליטיים כאלה. לכל זה ניתן להוסיף שאשמה כזו היתה מחייבת השמעת עדות של המבקר או מי מאנשיו, על כך שהוטעה ושהדבר השפיע על פעולתו. למיטב ידיעתי, הדבר לא נעשה.

בכך קרס תיק טלנסקי. למעשה, כבר מכתב האישום עצמו בלט שלא היה שום דבר שהצדיק את העדות המוקדמת של טלנסקי ואת הפלת הממשלה.

לעומת זאת הורשע אולמרט בעניין אחר (פרשת "מרכז ההשקעות") שנכלל בכתב האישום. מדובר בפעולות שהוא עשה בתפקידו כשר המסחר והתעשייה ושר התקשורת, הנוגעות ללקוחותיו של עו"ד אורי מסר. במסגרת זו נכללו עניין מפעל "סיליקט" בדימונה, שכבר נזכר לעיל, וכן עניינים של החברות "שמן" ו"בזק", שהיו מיוצגות על ידי מסר. יודגש, כי הקשר של אולמרט לא היה עם הגופים שבעניינם פעל כשר, אלא עם מי שייצג אותם לפניו, והבעייתיות של הנושא כבר הוזכרה.

בית המשפט בחן את קשריו של אולמרט עם מסר, ומצא שהם היו בעוצמה גבוהה ויצרו מחויבות הדדית עזה. לכך הצטרפו חוסר תקינות פרוצדורלית בהתנהגותו של אולמרט, שסירב לשמוע בעלי עניין אחרים, שעמדתם היתה

מנוגדת לזו של לקוחותיו של מסר. בנסיבות אלה, ולנוכח ההלכה שנקבעה בבית המשפט העליון בפסק דין שבס, הלכה המחייבת את בית המשפט המחוזי, הורשע אולמרט בהפרת אמונים.

לכתב האישום צורפו שני אישומים נוספים, היכולים להוות דוגמה לאשמות שאין להן מקום. הוספתם רק מאריכה את הדיונים ותורמת להכתמת הנאשם. אולמרט נאשם בכך שמסר למבקר דיווח לא נכון על שווי אוסף העטים שברשותו. העבירה שיוחסה לו בשל כך היא מרמה שבאמצעותה השיג את "הנחת דעתו" של המבקר. לאשמה מסוג זה התייחסתי כבר בהקשר לפרשת טלנסקי. בהקשר הנוכחי נקבע שלא הוכח כי הצהרותיו של אולמרט ביחס לשווי העטים לא היו אמת, והוא זוכה.⁴⁷²

אישום אחר ייחס לשולה זקן "עבירות רבות" של האזנת סתר (וגם מרמה והפרת אמונים) בכך שהאזינה לשיחותיו של אולמרט. האישום מעורר תמיהה, שכן לא סביר לכלול אישום כזה, כאשר "הקורבן", כלומר אולמרט, איננו מתלונן כלל על הציתות לשיחותיו. ואכן, בית המשפט זיכה את זקן מהאישום הזה.

גזר הדין ניתן ב-24 בספטמבר 2012. אולמרט נידון למאסר על תנאי ולקנס בסך של 75,300 שקלים. גם שולה זקן נידונה למאסר על תנאי ולקנס בסך 40,000 שקלים.

בתקשורת נמתחה לא מעט ביקורת על פסק הדין, חלקה בלשון בוטה. הצטרפה לכך קריאה להגשת ערעור. הביקורת הבלתי-מוצדקת הזו כלפי בית המשפט, על כך שזיכה את מי שהתקשורת יצרה ציפיות שיורשע, דומה במידה רבה לביקורת של חלקים רחבים בתקשורת כלפי התביעה, כאשר היא סוגרת תיקים נגד נבחרים ציבור הנמצאים בפסגה (ביקורת כזו הושמעה למשל נגד מזוז בעקבות סגירת "התיק יוני" ונגד וינשטיין בשל סגירת התיק העיקרי נגד אביגדור ליברמן בדצמבר 2012). "שלטון החוק" פירושו כנראה כיבוד החלטות בית המשפט כשהוא מרשיע ולא כאשר הוא מזכה.

הפרקליטות ערערה על זיכוי של אולמרט מפרשות "ראשונטורס" וטלנסקי, וכן על מה שנראה לה כ"קולת העונש" בהרשעה בהפרת אמונים בפרשת מרכז ההשקעות. קשה לראות מה ההצדקה לערעור כלפי מי שההליך הבלתי-מוצדק של עדות מוקדמת גרם לסיום כהונתו כראש ממשלה. אולמרט עצמו, בריאיון שנתן לדנה וייס ב"פגוש את העיתונות" ביום 8.12.2012, סיפר כי הערעור הזה היה אחד מהשיקולים שגרמו לו לא להתמודד בבחירות בינואר 2013.

זוהי דוגמה נוספת להשלכות הפוליטיות שיש לצעדים בלתי-שקולים של התביעה, אשר תרמו בישראל, יותר מפעם אחת, לירידתן של מפלגות שמאל-מרכז ולעליית הימין לשלטון.

חלק חמישי

מי ישמור על השומרים?

הארנק והחרב

תיאוריית הפרדת רשויות מושתתת על כך שסמכות החקיקה, כלומר הסמכות לקבוע את תוכנו של החוק, מוקנית לרשות המחוקקת, המייצגת את הריבון – העם. תפקידו של בית המשפט הוא ליישם את החוק, ולהחילו על העובדות שהתבררו במקרה הקונקרטי שנידון בפניו.

במקרים רבים החוק איננו חד וברור, ונותרים נושאים הטעונים פרשנות. נניח, למשל, שהחוק קובע כי חוזים למכירת מקרקעין צריכים להיעשות בכתב. האם פירוש הדבר שעל המסמך הכתוב להיות חתום בידי הצדדים? האם נדרש שהמסמך יכלול את כל תנאי ההסכם, או שמא די בכך שהוא כולל את חלקם?

בכך מתעוררות השאלות מי יפרש את החוק – והאם פרשנותו מחייבת. אנחנו מורגלים לכך שבית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוק, אך זהו לא בהכרח הפתרון. בתרבות המשפטית הקונטיננטלית, שהושתתה על מסורת הדין הרומי, היה מקובל שהפרשנים המוסמכים הם המלומדים (לימים הפרופסורים), שרכשו מעמד והשפעה בזכות ידענותם וחוכמתם, ובתי המשפט נהגו להחיל את הפירוש של המלומד או של האסכולה השלטת. תופעה מקבילה קיימת בדין הדתי העברי, שבו הדיינים מכירים בסמכות גדולי תורה, והפרשנות שהם מציעים רוכשת כוח המחייב את הדיינים. במסורת האנגלית השופט הוא הפרשן המוסמך. עליו לעשות זאת בהתחשב במכלול שיקולים, לרבות דעות מלומדים, אך הן אינן מחייבות אותו.

שאלה חשובה נוספת היא תוקף הפירוש שנתן שופט. ברור שהוא יחרוץ את גורלו של המשפט המתנהל בפניו, אולם מה קורה כאשר תידון סוגיה דומה בפני שופט אחר – האם הוא חופשי לנהוג לפי שיקול דעתו, או שהוא חייב ללכת בדרך שסלל קודמו? אם עומד לשופט השני חופש פעולה מלא, ניתן לומר שהראשון לא קבע דין כללי, אלא רק פסק בעניין המסוים שהונח לפניו. לעומת זאת, אם התקדים מחייב, ומוטל על השופט השני ללכת בעקבות מי שקדם לו, המשמעות היא שהשופט ראשון עשה בפרשנותו מעשה חקיקה (המכונה אצלנו "הלכה").

בדין הקונטיננטלי לא נהגה שיטת התקדים המחייב. הכלל הבסיסי היה שהכוח לקבוע את הדין נתון בידי המחוקק – וביריו בלבד. לפיכך, בכל פעם שעולה שאלה משפטית צריך השופט לפנות לחוק הרלוונטי, והוא אינו כבול לפסיקות קודמות. בדין האנגלי, לעומת זאת, נהוגה שיטת התקדים המחייב, ופסיקות של הערכאות הגבוהות (בית הלורדים ובית המשפט לערעורים) מחייבות לא רק את הערכאות הנמוכות מהן אלא גם אותן עצמן (למעשה, גם בקונטיננט החלו בעידן המודרני פסקי הדין לרכוש מעמד משכנע, כמעט מחייב, בעיקר כשהתפתחה פסיקה עקבית בסוגיה כלשהי).

הבעיה הנובעת מכך שפרשנות מקבלת אופי מחייב, ורוכשת סממן חקיקתי, הטרידה מחוקקים ומלומדים דורות רבים. ביסודו של דבר יש בכך נטילה של סמכות חקיקתית על ידי מי שלא הוסמכו לכך – ואחת היא אם אלה מלומדים או שופטים. הקיסר יוסטיניאנוס, אבי הקודקס הגדול של המשפט הרומי, אסר במפורש כתיבת ספרי פרשנות לקודקס שלו. על הקיסר נפוליאון מספרים כי כאשר נודע לו שפורסם חיבור המפרש את הקוד "שלו", הוא טבע את האמרה "הקוד שלי אבוד" (Mon code est perdu). בעבר עלה בקונטיננט הרעיון, כי במקרה של חקיקה המחייבת פרשנות – יש להפנות את השאלה למחוקק.

הגישה ששללה חיבורי פרשנות התמוטטה לחלוטין, ומהאיסור של יוסטיניאנוס התעלמו עוד בימיו. גם הרעיון שלפיו חייבים השופטים לפנות למחוקק לצורך פרשנות התברר כבלתי-מעשי. ההליך החקיקתי אטי ומסורבל, והמחוקק אינו מסוגל, ולא פעם אינו מעוניין, ליטול על עצמו את מלאכת הפרשנות בכל מחלוקת, אף כי במקרים מסוימים הוא עשוי לעשות זאת, כדי לתקן פסיקה של בית משפט שאינה נראית לו.

המשפטנים הישראלים התחנכו בתקופת המנדט על ברכי הדין האנגלי, וכך החליט בית המשפט העליון לאמץ ב-1952 את שיטת התקדים המחייב, בכפוף לחריגים מסוימים.⁴⁷³ אבל ההלכה הזו לא נראתה ליועץ המשפטי לממשלה חיים כהן, ולאחר מאבק לא קל עלה בידו להביא לשינוי החוק. הוא משתקף בהוראה שנקבעה בשעתו בסעיף 33 לחוק בתי המשפט, ומצויה כיום בסעיף 20(ב) ל"חוק יסוד: השפיטה", ולפיה "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון".⁴⁷⁴ כלומר: המחוקק אימץ את שיטת התקדים המחייב רק לגבי הערכאות הנמוכות, והעניק לעליון סמכות חקיקה מוגבלת. בכוחו לקבוע הלכות, אך הן מחייבות רק את כל היתר ואינן כובלות אותו. מובן מכך גם שהמחוקק חופשי בכל עת לשנות את ההלכות שיצר בית המשפט (ראוי לציין שבינתיים חל שינוי גם בדין האנגלי, והכלל הנוהג שם כיום הוא שהערכאה הגבוהה ביותר איננה כבולה על ידי תקדימיה, והיא חופשית לסטות מהם. בעבר

היה זה בית הלורדים, אך ב-2009 הופרד הצד השיפוטי מבית הלורדים, ותוארו הנוכחי גם שם הוא "בית המשפט העליון".

חרירת הרשות השופטת לתחומי הרשות המחוקקת באמצעות חקיקה שיפוטית מעוררת בעיות עקרוניות נוספות. להלכה שנקבעה במקרה מסוים עשויות להיות השלכות על מספר גדול של בני אדם ועל אינטרסים רחבים, שלא היו מיוצגים בבית המשפט ושהשופטים לא היו מודעים כלל למשמעותה לגביהם. לעומת זאת, חקיקה בפרלמנט מאפשרת למעוניינים ולמומחים להביע את עמדתם, ובשיטה הדמוקרטית, שבה מיוצגים אינטרסים מגוונים בפרלמנט, קטן הסיכון שהחוק יגרור אחריו פגיעות באינטרסים שלא ניתנה להם הזדמנות להתבטא ולהשפיע.

מעבר לכך, החקיקה השיפוטית היא מטבעה רטרואקטיבית, בעוד שהחקיקה הפרלמנטרית קובעת כללים לעתיד. נניח שקיים חוק המטיל מס על עסקאות בקטגוריות המפורטות בו. פלוני עומד לעשות עסקה מסוימת, ולאחר בירור עם עורך דין נמסר לו שבית המשפט המחוזי פסק שעסקה כזו פטורה ממס. אף על פי כן, לאחר שהוא מבצע את העסקה מסתבר לו ששלטונות המס דורשים ממנו תשלום. המחלוקת מגיעה לבית המשפט העליון, הקובע שהצדק עם שלטונות המס. האיש יחויב לפיכך במס על העסקה שכבר ביצע. יתר על כן, גם אם העליון כתב בעבר פסק דין הפוך, קיימת אפשרות ששלטונות המס לא השלימו עמו. העניין מגיע לעליון פעם נוספת, הוא מחליט הפעם לשנות את ההלכה, וקובע שעסקה מסוג זה חייבת במס. האיש יידרש לשאת בתשלום מס בשל עסקה שביצע בימים שבהם קבעה החקיקה השיפוטית שהיא פטורה ממס (זהו שיקול התומך בעקרון התקדים המחייב, אלא שהיו שיקולים אחרים, שלא כאן המקום לפרטם, אשר גרמו לדחייתו). סביר להניח, כי אילו שונה פסק הדין הראשון באמצעות חקיקה של הכנסת, היא היתה חלה רק על עסקאות עתידיות, ואותו אדם היה פטור ממס על עסקה שביצע קודם לכן.

מבחינה היסטורית, ההתמודדות עם בעיית החקיקה השיפוטית התבטאה קודם כול בניסיון להתעלם ממנה ולהכחיש את קיומה. באנגליה היוותה החקיקה השיפוטית נדבך מרכזי בהתפתחות הדין בתחומים רחבים. למרות זאת, ואולי דווקא משום כך, שלטה בדין האנגלי במשך תקופה ארוכה הגישה שלפיה השופט אינו יוצר חוק. הוא "מגלה" את הדין הקיים במסגרת "המשפט המקובל" (common law) ו"מצהיר" על קיומו ("התיאוריה הדקלרטיבית").

לגישה הזו ניתן למצוא תמיכה גם בפסיקה הישראלית, בתקופה שקדמה למהפכה המשפטית. כך, למשל, אמר השופט משה עציוני בפסק דין "טפר נגד מדינת ישראל": "הסמכות לחוקק חוקים היא בידי הכנסת בלבד ולא בידי בית

המשפט. כשלעצמי רואה אני את תפקידו של השופט לא כ-law maker אלא כ-law declarer.⁴⁷⁵ ואולם, באותם מקרים שבהם השופט קובע דין חדש, שלא נהג בעבר, הוא יוצר חוק ולא רק "מגלה" אותו או "מצהיר" עליו. תיאוריית הגילוי או ההצהרה היא, כפי שמציין השופט אהרן ברק בספרו שיקול דעת שיפוטי, פיקציה גמורה.

פיקציה היא כידוע שקר מוסכם. כלומר, אמירה שאיננה אמת והכול יודעים שהיא כזו. פיקציות מילאו תפקיד חשוב בהיסטוריה של המשפט, ולגבי הפיקציה הנוכחית כדאי להיתלות בממרה של פרנסואה רושפוקו, שלפיה צביעות היא ההכרה של המידות הרעות בעליונותן של המידות הטובות (L'hypocrisie est un hommage que le vice rend à la vertu). המידה הטובה של השופט היא ליישם את החוק ולא ליצור אותו בעצמו. הפיקציה נועדה לחפות על כך שהמידה הטובה הזו אינה מקוימת כאשר השופט חורג מתפקידו ונוטל לעצמו סמכות של מחוקק.

כללי הריסון של החקיקה השיפוטית נועדו לוודא שהפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ובריבונות של בית המחוקקים לא תחרוג מהדרוש.

הכלל הראשון הוא נאמנות השופט למחוקק, והכרה בכך שהשופט אינו אלא עושה דברו של המחוקק. כפי שכתב השופט יואל זוסמן במאמרו "מקצת מטעמי פרשנות", בספר היובל לפנחס רוזן: "בפרשו את דבר המחוקק לא ייתן השופט לדיבור המחוקק את המשמעות הרצויה לו, לשופט, ולא ישאף להשיג את המטרה הנראית בעיניו. פרשנות כזו, כמוה כחבלה במלאכת החקיקה." במקום זאת על השופט לגלות את מטרת המחוקק ולתת פירוש העולה בקנה אחד עמה.

הכלל השני הוא ש"החקיקה השיפוטית היא תמיד תוצר לוואי של מעשה השפיטה. אין היא עומדת על רגליה היא" ו"השופט מחוקק אינצידנטלית לשפיטתו, ורק לצרכיה שלה".⁴⁷⁶ במילים אחרות: השופט אינו יכול להכריז סתם כך על כלל משפטי. הוא יכול לקבוע כלל כזה רק בהקשר לסכסוך המתברר לפניו. לעומת זאת, המחוקק חופשי לעסוק בכל נושא שייראה לו. ובדוגמה שהובאה לעיל, לגבי הוראת חוק המחייבת מסמך בכתב לצורך מכירת מקרקעין: אם מסתבר שקיימת אי-בהירות בשאלה האם נדרשת חתימה, המחוקק יכול להבהיר את הנושא בכל רגע שירצה. השופט, לעומת זאת, יוכל לקבוע כלל בעניין זה רק אם תתברר לפניו תביעה הנוגעת למכירת מקרקעין, ותעלה בה השאלה האם המסמך עומד בדרישות.

וזה מוביל אל הכלל השלישי, האומר שההלכה המחייבת מוגבלת אך ורק לבסיס ההכרעה (ratio decidendi) להבדיל מאמרות אגב (obiter dictum). כך, למשל, נניח שנידונה בפני שופט עסקה שבה ערכו הצדדים מסמך וחתמו עליו.

השופט קובע שהמסמך עומד בדרישת החוק, ומוסיף כי אילולא היה המסמך חתום, הוא לא היה עומד בדרישות. התוספת הזו לא היתה דרושה לצורך ההכרעה במשפט, ועל כן היא רק "אוביטר" שאינו מחייב.

למעשה, הכלל השלישי אינו אלא יישום של הכלל השני, האומר שהחקיקה השיפוטית יכולה להתקיים רק כתוצר לוואי של הסכסוך שנידון בבית המשפט. השופט זוסמן אף דיבר על כך שאין לבית המשפט סמכות להשמיע אמרות אגב: "אין זה מתפקידנו ואף לא מסמכותנו לומר אמרות אגב, וככל שנימנע מעשות כן, הרי זה משובח."⁴⁷⁷ למרות זאת אנחנו עדים מאז פרוץ המהפכה המשפטית לפסקי דין ארוכים, עתירי אמרות אגב. הדוגמה הבולטת ביותר היא פסק דין "בנק המזרחי" המפורסם,⁴⁷⁸ שבו קבע בית המשפט את סמכותו לבטל חוקים של הכנסת. פסק הדין הזה כל כולו כ-340 עמודים של אמרות אגב שלא היה להן מקום, אלא שהשימוש הנרחב בטקטיקה הזו מהווה חלק מהתהליך שבו העצים העליון את כוחו וגלש לתחום החקיקה.

הכלל הרביעי הוא שבית המשפט אינו עוסק בנושאים תיאורטיים, שעלולים לצוץ בעתיד. הכרעתו מוגבלת לעניין הקונקרטי שהונח לפניו ואשר לגביו קיים סכסוך בין הצדדים.

הכלל החמישי מבהיר שאין מקום לחקיקה שיפוטית המרחיבה אחריות בפלילים. הצורך להגן על זכויות אדם גובר בתחום הזה על כל שיקול אחר, והוא אוסר ענישה רטרואקטיבית. גם מהכלל הזה התעלם בית המשפט העליון המהפכני, והרחיב את האחריות בפלילים תוך פגיעה בזכויות אדם יסודיות.

הכלל השישי המגביל את כוח החקיקה של בית המשפט הוא כפיפותו למחוקק. כלומר: אם בית המשפט קבע הלכה, המחוקק חופשי לתקן את החוק ולשנות בדרך זו את ההלכה. זוהי נקודת מפתח. בפסיקתו של בית המשפט המהפכני, בעיקר בתקופת ברק, ניכרת סטייה בולטת מכלל כללי הריסון ופלישה נחושה אל תחומי של המחוקק. הדרך השכיחה ביותר שננקטה לשם כך היתה ה"אוביטר", כלומר שרכוב חוות דעת שאינן נחוצות לצורך ההכרעה. פסקי הדין מאותה תקופה עמוסים באמרות אגב ארוכות ומפורטות, שלאחר מכן מכריזים עליהן כעל הלכה מחייבת. דוגמה לשבירת הכללים הזו היא פסק הדין בעתירה שביקשה לאסור על צה"ל לבצע סיכולים ממוקדים. ברור על פניו שעתירה כוללנית כזו איננה נושא לדיון בבית משפט. היא אינה עוסקת במצב ספציפי כלשהו, ובית משפט לא אמור לדון בתרחישים היפותטיים, בדיוק כפי שלא יתייחס לפנייה כללית שתבקש להבהיר באילו נסיבות מותר לאדם לפגוע בזולתו מתוך הגנה עצמית. הדבר מותר בנסיבות מסוימות ואסור בנסיבות אחרות. מלומדים יכולים לדון בסוגיה במאמרים או בספרי משפט, אבל המחוקק הוא שצריך לקבוע את המותר והאסור. אין זה

תפקידו של בית המשפט לקבוע מראש כללים, ללא קשר למקרה שמונח על שולחנו. כך היה גם אילו הוגשה עתירה כוללנית למנוע מצה"ל שימוש בחיל התותחנים. יש מצבים שבהם זה מותר, ויש מצבים, דוגמת הפגזת אזרחים, שבהם זה אסור. בכל מקרה, בג"ץ אינו אמור לעסוק במצבים היפותטיים.

למרות כל אלה, ואף שהעתירה בעניין הסיכולים הממוקדים היתה צריכה להידחות על הסף, כתב ברק פסק דין המשתרע על עשרות עמודים.⁴⁷⁹ המסקנה בסופם היא ש"התוצאה המתקבלת אינה שפגיעה מונעת זו מותרת תמיד או שהיא אסורה תמיד... אין בידינו לקבוע כי פגיעה מונעת היא תמיד חוקית, כשם שאין בידינו לקבוע כי היא לעולם אינה חוקית. הכול תלוי בשאלה אם אמות המידה של המשפט הבינלאומי המנהגי באשר לסכסוך מזוין בינלאומי מאפשרות אותה פגיעה מונעת אם לאו." וכל ה"כן ולא" הזה נכתב לאחר עשרות עמודי דיון, רוויי אסמכתאות משפטיות בשאלות העשויות להתעורר בשורה של הקשרים, שאף אחד מהם לא הונח לפני בית המשפט.

למען האמת, קשה לכנות את הכללים שבית המשפט פירט באריכות אפילו כ"אוביטר". המסמך, שבאופן פורמלי הוא פסק דין, מהווה למעשה טקסט משפטי מלומד, וקשה עד בלתי-אפשרי לראות בו חקיקה שיפוטית או הלכות מחייבות. ייתכן שכוונתו של ברק היתה לכתוב חיבור שישמש לא רק להדרכת צה"ל אלא יהיה גם אור לגויים בעולם הנלחם בטרור. יש בוודאי מקום לחיבור כזה, אך לא במסגרת פסק דין.

ניתן, לעומת זאת, לעיין בפסק הדין שניתן כעבור שנים אחדות על ידי אליעזר ריבלין, בעניין "איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נגד מדינת ישראל".⁴⁸⁰ סגן הנשיאה ריבלין פסק שם, בהסתמך על הדין האמריקני, כי בית המשפט אינו צריך לדון בסכסוך שטרם בא לעולם (הוא כינה זאת "תורת הפשלוח"). כלומר: אין לדון בעניין שעדיין אינו בשל), וגם לא בעניין תיאורטי. ובמילים אחרות: הוא קבע כי המצבים האלה אינם שפיטים. ייתכן שפסק הדין החדש הזה מלמד על מגמה שקולה יותר בעליון, המתרחקת מהאקטיביזם השיפוטי, אשר אחד מהיבטיו הבולטים השתקף במגמה להפוך את בית המשפט למחוקק-על, ולהרבות בחקיקה הנראית לבית המשפט רצויה או ראויה, גם כאשר לא היה כל צידוק לחקיקה שיפוטית בהקשר לשאלה שהתעוררה בבית המשפט.

לא פחות חריפה היא הסטייה של בית המשפט המהפכני מכלל היסוד בדבר נאמנותו של השופט למחוקק. הכלל הבסיסי הזה תובע מהשופט לתת לטקסט המשפטי פירוש שעולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, כפי שהיא משתקפת ממה שנאמר בטקסט ובהתחשב גם במה שהושמט ממנו במתכוון. דוגמה לכך היא הפרשנות שניתנה ל"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". המחוקק קבע שורה של

זכויות מוגנות, הכוללות את חייו, גופו, חירותו האישית וכבודו של האדם, וכן זכותו לקנייניו, לפרטיות ולצנעת חייו. זכויות אחרות, דוגמת הזכות לנישואים, לשוויון או לחופש ביטוי, לא נכללו במסגרת החוק – וברור שזה נעשה במתכוון. הדבר לא מנע את העליון מלפרש את המונח "כבוד האדם" כאילו הוא כולל גם את הזכויות הללו, ולפסוק שמדובר גם עליהן כזכויות חוקתיות. אין תמה שנוכח הפרשנות הזו אמר חבר הכנסת אריה דרעי, כפי שהוא מצוטט בספרו של גדעון ספיר **המהפכה החוקתית**, כי לא היה מסכים לחוקק אפילו את עשרת הדיברות בחוק יסוד.

לתופעה דומה היינו עדים בפרשת "אפרופים", שעסקה בפרשנות חוזים ועוררה סערה עצומה, לפחות בקרב עורכי הדין. גם בפרשנות זו חייב השופט בנאמנות – הפעם לא למחוקק אלא לצדדים שהתקשרו בחוזה. בעקבות פסק דין "אפרופים" נוצרה תחושה שהצדדים יכולים לנסח את החוזה כרצונם, אך לבסוף יפרש אותו בית המשפט כפי שייראה לו – ולא בהכרח באופן התואם את כוונתם, גם אם היא עולה בבירור מלשון החוזה.

התופעה הזו, של התעלמות מכללי הריסון השיפוטי, הפכה את העליון לשחקן מרכזי במגרש החקיקתי, תוך שיבוש מהותי של עקרון הפרדת הרשויות.

עוצמת ההלכה הנקבעת על ידי העליון תלויה במסגרת שבה נקבעה. כשבית המשפט מפרש חוזה, הפירוש רוכש תוקף של הוראה בין הצדדים לחוזה. כשבית המשפט מפרש תקנה, מעמדה של החקיקה השיפוטית הזו שקול למעמדה של התקנה. כאשר בית המשפט מפרש חוק של הכנסת, הופך הפירוש לחלק מהחוק וקונה לעצמו מעמד שווה לזה של חקיקת הכנסת.

מכאן נגזר כי ניתן לבטל הלכה, או חקיקה שיפוטית, באותה דרך שבה ניתן לבטל את הכלל המשפטי שבו היא שובצה. כשהחקיקה השיפוטית מפרשת תקנה (למשל, תקנת תעבורה), מי שמוסמך להתקין את התקנות מוסמך גם לשנותן, ולכן יש ביכולתו גם לבטל את הפרשנות שנקבעה לגביהן. בדומה לכך, כאשר מדובר בפרשנות חוק יכול מי שמוסמך לחוקק חוקים, כלומר הכנסת, לבטל באמצעות חקיקה את פרשנותו של בית המשפט ולקבוע תחתיה דין אחר. כאשר מדובר בפרשנות של חוקה, ובית המשפט מפרש הוראה בחוקה בדרך מסוימת, הופך הפירוש לחלק מהחוקה ורוכש מעמד זהה לחוקה עצמה. גם הפירוש הזה ניתן לשינוי, אבל הוא צריך להתבצע בדרך שנקבעה לתיקון החוקה עצמה. ככל שהחוקה נוקשה יותר, כלומר קשה לשינוי, יהיה מסובך יותר לשנות גם פסיקה המפרשת אותה.

מן הראוי להוסיף כאן הבהרות אחדות. ראשית, יש להבחין בין הסמכות הפורמלית לתקן או לשנות חקיקה שיפוטית לבין היכולת המעשית לעשות זאת.

באופן תיאורטי אין לממשלה קושי להעביר חוקים בכנסת, שכן היא נהנית מרוב קואליציוני. אף על פי כן, אם היא תבקש לשנות הלכה שנקבעה בבית המשפט, היא עלולה להיתקל בשורה של קשיים. האחד: הליכי החקיקה מסורבלים, מושתתים על כמה שלבים ואורכים זמן רב. השני: ממשלות ישראל הן ממשלות קואליציה, ולרוב די בכך שאחת המפלגות, גם אם היא קטנה יחסית, מתנגדת לתיקון, על מנת להכביד מאוד על העברתו. הקושי השלישי נעוץ בכך שאם פסק הדין נהנה מאהדה רחבה, תתקשה ממשלה, הזקוקה לתמיכת הציבור, "להתגבר" עליו.

ברור מול כל אלה היתרון המעשי העצום שיש לחקיקה השיפוטית, שמתבצעת בקלות יחסית – ובישראל אפילו בקלות יתרה. מתכנסים כמה שופטים, שומעים טיעונים ו"מחוקקים". כך הם יכולים להחליט בבעיה היסודית ביותר, כגון זכות השוויון, הזכות לנישואים, זכות השיבה של הפלשתינים באמצעות נישואים ויום אחד אולי גם זכות השיבה שלהם על סמך "זכות אבות". בית המשפט יכול באמצעות פרשנות להעניק תוכן חדש לדבר חקיקה והוא יכול באמצעות "בג"ץ עוקף חוק יסוד" גם להעניק לחוק היסוד משמעות שהכנסת לא העלתה על דעתה. בית המשפט אינו עומד לבחירות, ואינו חייב למסור דין וחשבון לאיש. אין לו צורך בדיון ציבורי או בוועדה שתשמע עדויות בדבר השלכותיה של ההחלטה ותמליץ המלצות. למעשה, בית המשפט אינו כפוף לכל הגבלה שהיא.

ממדיה של החקיקה השיפוטית, לרקע הקלות היחסית שבה היא מתבצעת, התעצמו בעקבות ביטול הדרישה לזכות עמידה. כמעט כל מי שחפץ לפנות לעליון יכול לעשות זאת, והשופטים יוכלו לפסוק בנושא כערכאה ראשונה – שאין עליה זכות ערעור ואין עליה בקרה. יתרון אחר של החקיקה השיפוטית הוא שבית המשפט אינו כבול לפרשנות שהוא עצמו נתן בעבר, ולא לתקדימיו. בעוד שהממשלה והכנסת מתקשות לא פעם להתמודד עם פסיקה של העליון, לבית המשפט עצמו אין קושי לשנות הלכות שפסק בעבר, ו"לחוקק" הלכה שונה. מובן שהעליון אינו חופשי לגמרי מ"מגבלות ציבוריות". גם הוא אינו מעוניין בביקורת תקשורתית, ועשוי להירתע מצעדים שיקוממו ציבור רחב. ובכל זאת, הקשיים האלה מתגמדים לעומת הקשיים שהכנסת והממשלה נתונים בהם.

יתר על כן, כאשר קיימת חוקה והיא אינה ניתנת לשינוי על ידי בית המחוקקים (או שאינה ניתנת לשינוי ברוב רגיל), ואילו פרשנות החוקה נתונה לבית המשפט, יוצא שבית המשפט עומד בפועל מעל בית המחוקקים. פרשנות החוקה כמוה כשינוי החוקה, החקיקה השיפוטית מקבלת אופי של "חקיקה חוקתית", והיא מחייבת מעתה את בית המחוקקים, אשר אינו יכול לשנותה אלא בפרוצדורה הנהוגה לגבי שינוי חוקה. לעומת זאת, בית המשפט עצמו, שאינו כבול על ידי עקרון התקדים המחייב, יכול ללא קושי לשנות גם פרשנות שנתן לחוקה בעבר.

כשמדובר בחקיקה רגילה (לרבות חוקי יסוד), כיוון שהכנסת יכולה לשנות את החוקים, היא יכולה, לפחות פורמלית, "להתגבר" על הפרשנות של בית המשפט. עם זאת, המגבלות המעשיות שתוארו כאן עלולות להכביד מאוד על המחוקקים, ואז בפועל שוב ימצא בית המשפט מעל בית המחוקקים.*

אומרים שחוקה נועדה להגן על האזרחים מפני הכנסת. למשל, ובהקצנה, מפני הסכנה שהכנסת תחוקק יום אחד חוק המבטל את הבחירות ומורה שהיא ממשיכה בכהונתה. מי יצילנו מידה אם לא חוקה ובית המשפט העליון?

אבל שאלות מהסוג הזה מניחות שורה של הנחות: האחת היא שבית הנבחרים הוא גוף לא אחראי, שמסוגל באמת לבטל את הדמוקרטיה, וחייבים להשגיח בקפדנות על האנשים שיושבים שם. ההנחה השנייה היא שמי שמסוגל להשגיח על חברי הכנסת ולהגן על הציבור הוא בית המשפט העליון, שבו יושבים רק אנשים נבונים ושקולים, שלעולם אינם שוגים. ואם כך – כיוון שהכנסת מועדת לטעויות וכיוון שיש מי שאנחנו כן יכולים לסמוך עליו, נפקיד בידיו את הפיקוח וההשגחה על נבחרינו.

נוהגים להוסיף לכך את הביטוי שלפיו אין לבית המשפט "לא חרב ולא ארנק". כלומר, הוא מוסד שכוחו דל, ולפיכך קל וחומר שאין בו סכנה. לא פלא שהביטוי הזה מופיע כאשר בית המשפט נוטל לעצמו את הסמכות לפקח על חוקי הכנסת. "אכן, אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק", כתב ברק בפסק דין בנק המזרחי. "כל שיש לו הם עצמאותו ואי-תלותו. לחם חוקו הנם ערכי היסוד, ביניהם הוא מאזן באופן אובייקטיבי. אין הוא מחפש כוח. אין הוא תאב שלטון. אין הוא מבקש

* שאלות מקבילות בדבר עוצמת הפרשנות וכוחו של הפרשן מתעוררות כאשר הוא פועל במסגרת דתית, שבה מדובר בטקסט קדוש שאינו ניתן לשינוי. למשל, הדין העברי. הפרשן המוסמך של הדין הדתי אינו חשוף לאפשרות שהמחוקק "יתגבר" על הפרשנות שלו, שכן מי שמוסמך לשנות את הטקסט המקודש, כלומר הכוח האלוהי, אינו נוהג לעשות זאת. התוצאה היא שכרכות השנים רוכש הפרשן כוח חקיקתי, ואין מעליו גוף או מוסד המוסמך לבטל את החקיקה שלו – אלא רק הוא עצמו (או סמכות דתית מאוחרת בעלת עוצמה דומה). כך ניתן, למשל, לפרש את הדין "עין תחת עין, שן תחת שן, יד תחת יד, רגל תחת רגל, כווייה תחת כווייה, פצע תחת פצע, חבורה תחת חבורה" (שמות כ"א, 25) באופן שבמקום "עין תחת עין" יבוא פיצוי כספי, והפירוש יעמוד בעינו. כך גם יכול רבנו גרשום מאור הגולה לחוקק הוראה האוסרת ריבוי נשים, אף כי התורה מתירה זאת.

השאלה כיצד נרכשת סמכות דתית, שהעסיקה בשעתו את חיים כהן בספרו דת ודין, היא שאלה מורכבת. לענייננו, די להצביע על כך שהיא כפופה לשתי מגבלות. האחת: הפרשן הדתי פועל גם הוא במסגרת "מגבלות ציבוריות", המושתתות על המסורת, הסביבה החברתית והשאלה כיצד יקבלו אנשי דת אחרים את פרשנותו. המגבלה השנייה נעוצה בכך שהכוחות שעומדים לרשותו הם חברתיים, והוא אינו מוסמך להפעיל כוחות שלטוניים. התמונה משתנה, כמובן, כשהמדינה מעניקה לפרשן הדתי סמכות להפעיל כוח שלטוני, או כשהיא רואה את עצמה כפופה לעמדותיו.

להטיל השקפתו האישית על החברה. הוא מבקש אך לעשות צדק במסגרת המשפט, ולעשות משפט שיהיה צודק".

הדברים הללו, המבקשים להסביר את העובדה שבית המשפט נוטל לעצמו את הכוח האדיר של פיקוח על חקיקת הכנסת ואף ביטולה, כוללים את שני הצידוקים: האחד, בית המשפט הוא גוף חלש. והאחר, השופט הוא טהור וצדיק, נקי מיצרי העולם הזה ונטול תאוות כוח ושלטון. ואחרי דברי ההלל הללו, שבית המשפט מרעיף על עצמו, מי ירהיב עוז להתנגד לעוצמה שהוא נוטל לעצמו? האמרה "אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק" לקוחה מחיבורו של אלכסנדר המילטון, שפורסם בחוברת "הפדרליסט" מס' 78 (בתרגום אהרן אמיר), ומשקף אולי את המצב כפי שהובן במחצית השנייה של המאה ה-18. על כך הוסיף המילטון כי "הרשות השופטת, מטבע תפקידיה, (היא) הפחות מסוכנת לזכויות הפוליטיות של החוקה". הגישה הזו רואה אצל כל רשות שלטונית את הצד המסוכן לזכויות הפרט, כשהרשות השופטת היא הפחות מסוכנת (The least dangerous branch), ועם זאת אימץ המילטון את ההשקפה שלפיה "אין כל חירות אם לא תופרד סמכות השפיטה מסמכויות החקיקה והביצוע". הדברים האלה (בדומה לדבריו של מונטסקייה, המובאים ב"הפדרליסט" מס' 47: "אילו חוברה הסמכות לשפוט עם סמכות החקיקה, היו חייו וחירותו של הנתין נתונים לפיקוח שרירותי, שהרי אז היה השופט גם המחוקק") נאמרו מן הסתם נגד הענקת סמכות שפיטה לגוף המחוקק, אבל כוחם יפה גם כשהרשות השופטת נוטלת לעצמה סמכות חקיקה. במדינת ישראל, שבה נהפכה החקיקה השיפוטית למרכיב מרכזי במשפט, ההתראות הללו חשובות במיוחד.

כיום לא יכול להיות ספק שהדברים שנאמרו לפני יותר ממאתיים שנה איבדו מתוקפם, ואפשר לומר ללא היסוס שיש לבית המשפט גם ארנק וגם חרב. כאשר הוא מחליט על הגדלת הפיצויים שישולמו בעקבות ההינתקות מרצועת עזה,⁴⁸¹ הוא מושך את התשלום מאיזושהו ארנק, שאינו ארנקם הפרטי של השופטים. כאשר מחליטים כי לפלשתינים שנפגעו באינתיפאדה ישולמו פיצויים,⁴⁸² יש איזושהו ארנק שמתוכו מוציאים את הכספים שפסק בית המשפט. וכשמחליטים על מיגון יישובים בעוטף עזה, יש ארנק שממנו משולמות עלויות המיגון. הדבר האחד שניתן לומר ביחס לארנק שעומד לרשות בית המשפט הוא שהשופטים פטורים מלדאוג לכך שיהיה מלא. את זה יעשה עבורם מישו אחר. הממשלה ובית המשפט פונים לאותו ארנק: אוצר המדינה. ההבדל התהומי ביניהם הוא שהממשלה אחראית 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. הדברים האלה כוחם יפה גם ביחס ל"חרב", שהיא בעצם סמכותה של המדינה

להשתמש בכוח צבאי או משטרתי. בלשון בוטה יותר, מדובר בכוחה של המדינה להפעיל אלימות לשם הגנה על הציבור. והנה מסתבר שלבית המשפט יש גישה לאותה חרב, והיא נתונה לא פעם דווקא בידיו. 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 יורה לשלוח אותו למאסר בשל ביזיון בית המשפט. הממשלה, לעומתו, אינה מוסמכת לשלוח אנשים לבית הסוהר. סמכויות המאסר והמעצר של הרשות המבצעת מוגבלות בהרבה מאלו של בית המשפט. קצין משטרה יכול להורות על מעצר לתקופה קצרה, עד להבאת העצור לפני שופט, וקיימות אצלנו גם סמכויות למעצר מינהלי, אבל כדי לכלוא אדם צריך כרגיל להגיש כתב אישום, וההליך נתון בידי גופים עצמאיים (הפרקליטות, התביעה המשטרית ובית המשפט), שהממשלה אינה שולטת בהחלטותיהם.

גם כאן, בה בשעה שבית המשפט מחזיק את השליטה בשליחת אנשים לבתי הסוהר, הוא משוחרר מהדאגה להקמתם ולתפעולם, כשם שהוא פטור בנושאים אחרים מהאחריות ליישום החלטותיו ולמימונן. האמירות המספרות שבית המשפט הוא גוף חלש לא נועדו אלא להפיג את החשש מעוצמתו ומסכנותיה. כך, גם לקביעה שבית המשפט הוא מגן הדמוקרטיה יש להתייחס בזהירות הראויה. אין לנו שום ביטוח שעוצמתו של בית המשפט, בוודאי כשהיא מופרזת, תנוצל רק להגנת הדמוקרטיה, ולא ייעשה בה שימוש שיפגע בדמוקרטיה, יפגע בזכויות אדם ובביטחון המדינה ויערער אותם.

מעולם לא קרה שהכנסת דחתה בחירות או אימצה חקיקה המערערת את יסודות הדמוקרטיה. מנגנון בקרה עליה הוא בהחלט רצוי, אבל כשמציבים שומר רב-עוצמה, כדאי לזכור שגם על השומר צריך לשמור, וגם הוא עלול להיות לפעמים מסוכן – לא פחות ממי שהוא שומר עליו.

בתחום הפלילי זקוק הפרט להגנה מיוחדת מפני השלטון. דווקא בתחום הזה נפגעות קשה זכויות אדם בישראל, ולמרבה הצער יש לבתי המשפט חלק לא מבוטל בכך.

הכרעת העליון בעניין מעצרו של אשר ידלין עד לסיום משפטו היוותה פגיעה קשה בזכויות אדם, ודווקא הכנסת היתה זו שפעלה לתיקון המצב, כפי שסופר לעיל בהרחבה. הנטייה של בית המשפט להרחיב את האחריות בעבירות מעורפלות נוגדת אף היא עקרונות יסוד של זכויות אדם. וגם אחוז ההרשעות הבלתי-נתפס מהווה פגיעה בזכויות אדם, משום שמשמעותו היא הגדלת הסיכון של שליחת חפים מפשע לכלא.

הניסיון האמריקני מלמד גם הוא שהפסיקה החוקתית של העליון אינה נקייה

מסכנות. נהוג לשבח, בצדק, את פסק הדין *Brown v. Board of Education*,⁴⁸³ שפסל את ההפרדה בין שחורים ללבנים בבתי הספר הציבוריים בארצות הברית. צדו האחר של המטבע הוא פסק הדין שניתן בעניינו של העבד *Dred Scott*,⁴⁸⁴ שבו נקבע שהוא לא השתחרר מעבדותו וכי ההוראה בחוקה המגינה על הקניין חלה גם על הבעלות בעבדים. פסק הדין שלל גם את סמכות הקונגרס לאסור או לבטל את העבדות בטריטוריות החדשות המצטרפות לארצות הברית, ומילא תפקיד חשוב בהתפתחות שהידרדרה למלחמת האזרחים – המלחמה הנוראה והקטלנית ביותר בתולדות ארצות הברית, שמספר החללים בה עלה על 600 אלף. פסקי דין קשים אחרים של בית המשפט העליון האמריקני ניתנו במחצית הראשונה של המאה הקודמת. נשללה בהם סמכותם של בתי המחוקקים לחוקק חוקים סוציאליים לטובת העובדים המנוצלים, בנימוק שהדבר פוגע בחופש החוזה, המוגן על ידי החוקה. הדבר הגיע לשיאו לאחר המשבר הכלכלי של 1929, כשבית המשפט פסל שורה של חוקים שיזם הנשיא פרנקלין רוזוולט במסגרת מה שהוא כינה *New Deal*. רוזוולט הגיב על כך בזעם רב, וביקש להגדיל את מספר השופטים ולמנות שופטים הקרובים לעמדותיו, כך שיעלה בידו להתגבר על בית המשפט. המהלך אמנם לא בוצע, אבל בית המשפט העליון חדל מביטול החוקים הסוציאליים, הכלכליים והרגולטוריים, והיה ניתן לממש את ה-*New Deal*. רק לאחרונה התעוררה בארצות הברית בעיה מסוג זה, לאחר שעלה בידי הנשיא ברק אובמה להעביר בקונגרס את חוק ביטוח בריאות חובה, והתעוררה שאלת תוקפה של החקיקה הזו. הפעם נמנע בית המשפט העליון משלילת תוקפו של החוק,⁴⁸⁵ והשאלה איננה רק האם צדקו שופטי הרוב או שופטי המיעוט, אלא אם נושא מסוג זה – הנהגת ביטוח בריאות במדינה – הוא עניין שראוי שבית משפט יכריע בו, והאם לא עדיף שיהיה נתון בידי הגוף המחוקק. מובן שהמחוקק יכול, אם רצונו בכך, להעביר גם נושא כזה לבית המשפט, אך שאלה היא אם יהיה בכך מן התבונה. מכל מקום, אם המחוקק לא עשה זאת, לא רשאי בית המשפט ליטול לעצמו סמכות לעסוק בנושא ואף לבטל חקיקה הקשורה בכך. הדוגמאות הללו מלמדות לא מעט על סכנותיה של חוקה נוקשה, ועל הסכנות הצפונות בסמכות מרחיקת לכת של בית משפט עליון, שפסיקתו כמעט אינה ניתנת לביטול.

כשהאקטיביזם השיפוטי מגיע לממדים כאלה, שבהם נוטש בית המשפט את כללי הריסון השיפוטי, שם עצמו במקום הרשות המבצעת ומחליט במקומה מה סביר שתעשה, או שהוא נוטל לעצמו אצטלה של מחוקק וזונח את העיקרון הבסיסי שלפיו עליו להיות נאמן לטקסט שהוא אמור לפרש וליישם – הסכנה גדלה. המרת החקיקה של הגוף הנבחר בפרשנות של בית המשפט, שאיננה מתיישבת עמה,

משמעותה ערעור הדמוקרטיה, על ידי העברת סמכות החקיקה לגוף שאינו עומד לבחירת הציבור. מה גם שהניסיון האנושי מלמד שהעברת השלטון לגוף חכמים, שלא נבחרו בהליך דמוקרטי, אינה מבטיחה את איכות השלטון, והתוצאה תהיה לרוב נחותה משלטון המתנהל בדרך דמוקרטית.

לכל רשות אמור להיות תחום שבו החלטתה הנה סופית, ואינה כפופה לבקרה של בית המשפט. זוהי גישתי. אהרן ברק חולק על כך. לדבריו, "תחום שהוא לא שפיט הוא חור שחור שבו אין דיין, שהרשות המבצעת עושה מה שהיא רוצה" (כפי שפורסם, בין השאר, בכתבה של רועי מנדל ב-ynet, ביום 29.2.2008). "חור שחור" מסמל מן הסתם פגיעה בשלטון החוק, ומעניין לבחון אם גם ברשות השופטת דבקו "חורים שחורים".

פסק דין של העליון שאין עליו דיון נוסף (או שניתן בדיון נוסף), בערעור פלילי או אזרחי או בבג"ץ, פטור מבקרה שיפוטית ואינו שפיט. האם זהו "חור שחור", שאין בו דיין ולפיכך הרכב השופטים בעליון עושה "מה שהוא רוצה" – או שהאמירה הזו חלה רק על הרשות המבצעת?

פסקי דין, לרבות פסקי הדין של בית המשפט העליון, אינם חפים משגיאות ומטעויות. במשפט אזרחי עשוי העליון לצוות על אדם לשלם מיליון שקלים לאדם אחר, ופסק הדין עלול להיות שגוי – למשל, כיוון שהתבסס על עדויות מוטעות. אבל לאותו אדם אין סעד. פסק הדין הוא סוף פסוק. אם הוא מבוסס על הלכה שגויה, שנהפכה מכוח פסק הדין (ipso facto) לדין עצמו, קיימת אפשרות, לפחות תיאורטית, שהכנסת תבטל את ההלכה ותקבע הלכה נאותה תחתיה. כך או כך, את הנעשה בעניינו הפרטי של הנתבע אין להשיב: האיש יאלץ לשלם את הסכום שהשית עליו בית המשפט בטעות.

חמור אף יותר הוא המקרה שבו אלמוני נידון למאסר על לא עוול בכפו. כאשר ייהפך פסק הדין השגוי לסופי, הוא יאלץ לשאת את העונש שנגזר עליו. יש אמנם אפשרויות מצומצמות למשפט חוזר, ולעתים נדירות לחנינה, אבל לרוב זהו סוף פסוק. פה אין בג"ץ. אלמוני החף מפשע ייכנס אל בין הסורגים וייכלא לשווא.

האם זהו "חור שחור"? פגיעה בשלטון החוק? אות לכך שבית המשפט "עושה מה שהוא רוצה"?

בכל מערכת אנושית ייתכנו טעויות, ועם כל הניסיונות להימנע מהן, אפשרות השגגה היא בלתי-נמנעת. השאלה היא רק מהי הרשות שבידה נפקיד את ההחלטה הסופית, מתוך הבנה שטעותה אינה ניתנת לתיקון.

התשובה היא שבשאלת חבותו של פלוני לאלמוני, או בשאלה אם אלמוני ביצע עבירה, הערכאה המשפטית הגבוהה ביותר היא המוסמכת להחליט. סמכותה זו

כוללת גם את "הסמכות לטעות", ואנחנו יודעים שלא תהיה דרך לתיקון טעות כזו. היא סופית. זה הגוף הטוב ביותר שאנחנו יכולים להקים לשם שיפוט, והסיכון שישגה נמוך יותר מאשר אילו הופקד הנושא בידי גוף אחר. לכן, הקמת גוף אחר שיטפל בעניין לא תפתור את הבעיה, והיא עלולה אף להגדיל את הסיכון לטעות.

הוא הדין לגבי החלטות דוגמת קשירת יחסים דיפלומטיים, יציאה למלחמה או הפצצת כור. בעקבות כל החלטה בסוגיה כזו יהיו מן הסתם כאלה שיסברו שהיא נכונה ואחרים שיחלקו על כך – אבל אלו שאלות מתחום הפוליטיקה, הביטחון או היחסים הבינלאומיים. מבחינת מבנה השלטון והפרדת הרשויות, השאלה היא בידי מי יש להפקיד את ההחלטה הסופית בנושאים כאלה, ובכלל זה את האפשרות – שעשויה להיות גורלית – שתתבצע טעות שאינה ניתנת לתיקון. התשובה ברורה: נושאים מן הסוג הזה מופקדים בידי הממשלה, וכל ניסיון של בית המשפט להתערב בהם במגמה לתקן טעות, אמיתית או מדומה, רק יגדיל את הסיכון לשגות וימיט נזקים נוספים.

במילים אחרות: כל הנושאים הללו אינם שפיטים. האם זהו "חור שחור"? פגיעה בשלטון החוק? אות לכך שהממשלה "עושה מה שהיא רוצה"? התשובה לכך היא שאנחנו רוצים להפקיד את הנושאים הללו בידי הממשלה, שנבחרת בהליך דמוקרטי, חייבת דין וחשבון לבוחר ועשויה להיות מודחת בגין שגיאות. כמו שזכות "המילה האחרונה" בשאלה, האם פלוני ביצע עבירה, מופקדת בידיהם של השופטים, הסמכות הזו בענייני מדיניות כלכלית או ביטחונית ויחסי חוץ מופקדת במשטר דמוקרטי בידי הדרג הפוליטי, הנבחר. זו הדרך להבטיח שהסיכון לטעות יהיה נמוך עד כמה שאפשר, וכל מעורבות של גוף נוסף, דוגמת בית המשפט, לא רק שלא תצמצם את הסיכון אלא אף תגדיל אותו. זה איננו "חור שחור", בדיוק כשם שהיעדר בג"ץ על בג"ץ אינו חור שחור אלא חלק מהשיטה.

בעניין "ריינר נגד ראש הממשלה"⁴⁸⁶ קבע בית המשפט העליון, ובצדק, בפסק דין המשתרע בנקודה זו על פחות מעמוד אחד, כי השאלה של קשירת יחסים עם גרמניה אינה שפיטה, מאחר שאין לבית המשפט כלים משפטיים לבחון אותה, והוא לא נהנה בעניין זה משום יתרון על הממשלה. ברק מטיל ספק בהלכה הזו, והציג שוב ושוב את השאלה מדוע אי-אפשר להעמיד גם עניינים כאלה במבחן הסבירות. מבחן הסבירות שלו ושל עמיתיו השופטים, כמובן.

התשובה פשוטה: הנושא הופקד בידי הממשלה על מנת שתחליט בו באופן סופי. היא עלולה אמנם לשגות, אבל הסיכון לטעות עלול לגדול במידה ניכרת אם בית המשפט ינסה להעביר אותה במסגרת הסבירות. הסיכון שממשלת בן-גוריון (וכל ממשלה שנבחרה בהליך דמוקרטי) תטעה בנושא של יחסים דיפלומטיים נמוך מהסיכון שבית משפט יטעה במהלך ניסיון לבקר את ההחלטה מטעמי סבירות. יתר

על כן, לביקורת השיפוטית בנושאים אלה יש מחיר כבד בדמות עיכוב, ערפול וסרבול, והוא מצטרף לנזק ולסיכון הטמונים בעצם הביקורת השיפוטית.

ברק העלה באותו עניין עוד שאלה תיאורטית: מה אם יסתבר שההחלטה על קשירת יחסים עם מדינה זרה או (אני מרשה לעצמי להוסיף) על הפצצת כור בארץ אויב התקבלה בעקבות שוחד שניתן למי מהיועצים שטיפלו בנושא? התשובה היא שאותה שאלה תיאורטית בדיוק יכולה להתעורר גם לגבי פסק דין סופי של העליון, אשר באופן עקרוני אינו שפיט. במקרה כזה הוא ייהפך לשפיט (כשם שהוא עשוי להיות שפיט אם הושג במרמה), ויהיה אפשר לתבוע את ביטולו. זה אינו שולל את העובדה שכרגיל פסק דין כזה אינו שפיט, בוודאי לא מטעמים של סבירות או טעות בחוק.

לגבי החלטות הממשלה הדבר מורכב אף יותר. בחלק מהן הזמן הוא מרכיב מרכזי. לפיכך, גם אילו הועלתה טענה של שוחד ערב הפצצת הכור בעיראק הנושא לא היה שפיט, וזו לא היתה עילה להוציא צו לעיכוב הפעולה או לביטולה. הנזק מעיכוב פעולה כזו לצורך בירור טענת שוחד, אשר קרוב לוודאי שהיתה מתגלה כטענת סרק, הוא כבד עד כדי כך שמוטב לבית המשפט למשוך את ידו מן העניין. מובן שלאחר מעשה אפשר לברר את הנושא, ובמידת הצורך לנקוט הליך פלילי נגד מי שעולה כלפיו חשד לאשמה.

כך גם לגבי קשירת יחסים עם מדינה זרה. יתרה מזאת, אפילו יוכח לאחר מעשה כי ניתן שוחד, גם אז אין זה מעניינו של בית המשפט להורות על ניתוק היחסים. זוהי החלטה מרחיקת לכת, שיש לה השלכות בתחומים שבית המשפט אינו כשיר ולא מוסמך לעסוק בהם. השאלה בדבר המשך היחסים עם אותה מדינה צריכה לחזור לממשלה ולעמוד להחלטתה.

חוקה ואטלולא

מעמדה המיוחד של חוקה נעוץ בכך שהיא נחקקת על ידי גוף שהוסמך לעשות זאת, לרוב בהליך חגיגי. עוצמתה משתקפת בכך שהיא עליונה על חוקים "רגילים", ובכך שקיימות הגבלות חריפות יותר על שינוי החוקה מאשר ההגבלות החלות על שינוי חוקים רגילים או ביטולם.

לא קיים שום מסמך הקובע כי יש לישראל חוקה. אין אף מסמך רשמי אחד של הכנסת או של אסיפה מכוננת (שתפקידה לנסח חוקה) הנושא כותרת חוקה. ובהיעדר מסמך כזה, ממילא לא קיימת חוקה שנאמר בה כי היא עליונה על חוקים רגילים, וכיצד, אם בכלל, ניתן לשנות חוקה כזו (שאינה קיימת). בתזכיר "חוק יסוד: החקיקה", שפורסם באפריל ובמאי 2012, נכתב אמנם כי "חוקי היסוד נחקקים בידי הכנסת מכוח סמכותה לחוקק חוקה", אבל כותרת החוק מדברת עדיין על חקיקה ולא על חוקה.

לאחר שהכנסת חוקקה, ב-1992, את "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", הכריז אהרן ברק, שמונה שלוש שנים לאחר מכן לנשיא בית המשפט העליון, על מהפכה חוקתית. היא זכתה בגושפנקה בפסק דין בנק המזרחי, שבו הכריז העליון על סמכותו לבטל חוקים של הכנסת, אבל מאז ועד היום נותרה במחלוקת חריפה שאלת הלגיטימיות של המהלך שנקט בית המשפט.

"יום מתן חוקה הוא יום חג ומועד. הכול יודעים כי הנה עומד בעל הסמכות לחוקק חוקה, הנה עומדת החוקה להינתן, הנה ניתנה חוקה", כתב השופט מישאל חשין בפסק דין בנק המזרחי. השופט משה לנדוי אמר על פסק הדין הזה (ברב-שיח שהתפרסם בביטאון "המשפט" בשנת 2000), כי ה"חוקה" הישראלית היא "היחידה בעולם שנוצרה באמרי פיו של בית המשפט". והשופט ברק עצמו, שהכריז על "המהפכה החוקתית" הכיר בכך שהיא התרחשה "כמעט בהיחבא".⁴⁸⁷ לנדוי תקף את הדברים האלה כשכתב כי "טרם שמענו על חוקה למדינה שהתקבלה 'כמעט בהיחבא'. מהפכה חוקתית חייבת להתחולל במודע ובגלוי. חוקה... אינה יכולה להתקבל בדרך מחטף חקיקתי".⁴⁸⁸

אם כן, האם יש לנו בכלל חוקה, מתי נחקקה, והאם התקיים טקס רשמי כלשהו המלמד על אישורה או קבלתה?

רוב חברי הכנסת כנראה לא העלו בדעתם שבחקיקת "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הם מבצעים "מהפכה חוקתית", ומעניין כמה מהם עמדו בכלל על כך שהחוק עלול להקנות לבית המשפט סמכות לבטל חקיקה של הכנסת. עובדה היא שהחוק התקבל ברוב של 32 חברי כנסת כנגד 21 (ונמנע אחד). רוב חברי הכנסת, 66 ליתר דיוק, לא השתתפו כלל בהצבעה. מן הסתם הם לא העלו על דעתם שמדובר בשינוי סדרי עולם. או כמו שניסח זאת חבר הכנסת מיכאל איתן מעל דוכן המליאה: "איש לא דיבר על כך שמדובר במהפכה, ואיש לא אמר שמבצעים שינוי קונסטיטוציוני כלשהו. הצביעו. לאחר חודשים מספר מודיעים לעם ישראל: התחוללה מהפכה... המהפכה הראשונה שנעשתה מבלי שהציבור ידע עליה."

שנים לאחר אותה הצבעה סיפר איתן על הדיון שהתקיים בכנסת לקראת קבלת "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו", ואמר שהמילה "חוקה" לא נזכרה בשום שלב. רוב רובם של חברי הכנסת לא סברו שיש להם בכלל סמכות חוקתית, ורק כעבור חודשים אחדים נודע להם מפי ברק שהם חוקקו חוקה לישראל. "זו הפעם הראשונה שאני שומע על כך שמדינה יכולה לקבל חוקה באופן רטרואקטיבי", אמר על כך מיכאל איתן, שכיהן כשר בממשלת נתניהו השנייה.⁴⁸⁹ חבר הכנסת אריה דרעי אמר שמדובר בהטעיה.⁴⁹⁰

מטבע הדברים, למתן החוקה יש גם תאריך, הנחרת בזיכרון האומה ותלמיד בתי הספר משננים אותו. בארצות הברית, למשל, יודעים כולם שהחוקה נתקבלה ב-17 בספטמבר 1787. את ילדי ישראל מלמדים בשיעורי האזרחות על מגילת העצמאות, ובספר לימוד מ-2011 מצאתי על הכריכה צילום שלה.⁴⁹¹ על עטיפתו של שום ספר לא מצאתי צילום של חוקה, מן הסתם כיוון שאין כזו.

ההמצאה שלפיה יש לכנסת שני כובעים, והיא מהווה בעת ובעונה אחת שתי רשויות – רשות מחוקקת "רגילה" וגם רשות מכוננת, אשר מחברת, מתקנת ומשפצת חוקה – נולדה כדי להתמודד עם בעיית הלגיטימיות. היא נועדה להסביר כיצד נולדה חוקה, שאביה מולידה, כלומר הכנסת, לא קרא לה כלל חוקה.

בכך אנחנו שבים להיסטוריה של ישראל הצעירה ולבחירות הראשונות, ב-1949. היו אלה בחירות ל"אסיפה מכוננת", שתוכננה לחבר חוקה. החוקה לא הוכנה, ובמקום זאת החליטה האסיפה המכוננת לשנות את שמה ל"כנסת" ולשמש בית מחוקקים. שנה לאחר מכן החליטה מליאת הכנסת, במה שכוונה "החלטת הררי", כי החוקה תיבנה לא כמקשה אחת אלא פרקים פרקים, שכל אחד מהם יהיה חוק יסודי בפני עצמו.

לפי תיאוריית שני הכובעים הכנסת היא בית מחוקקים, כפי שהיתה מאז ומתמיד, אך היא יכולה גם להיהפך לאסיפה מכוננת. מעשה הקסמים הזה של היפוך תפקידים אינו מחייב טקס מיוחד או פרוצדורה כלשהי. הוא אינו חייב להתרחש במועד מסוים דווקא, אלא בכל יום מימות השנה ובכל שעה משעות היום. הוא יכול גם להתרחש כמה פעמים ביום. כל שנדרש הוא שימוש במילת הקסם "יסוד". במקום לדבר על "חוק", ידובר על "חוק יסוד". זה ה"אברקדברה" שבאמצעותו המחוקק של היום-יום יכול להיהפך בכל רגע ליוצר החגיגי של חוקה לישראל.

מהו המסמך שמייסד את האסיפה המכוננת? מה סמכויותיה של האסיפה המכוננת הזו, שהנה נצחית ועוברת מכנסת לכנסת? האם מוטלות עליה מגבלות כלשהן? לכאורה, התשובה לשאלה האחרונה שלילית. האסיפה המכוננת, כמו הכנסת, אינה מוגבלת על ידי מסמך כלשהו וגם סמכויותיה אינן מוגבלות. ואולם, ייתכן שאילו ניסחה האסיפה המכוננת הראשונה חוקה, כפי שציפו ממנה, היא היתה גם מוצאת דרך לאשר אותה בצורה מתאימה, למשל על ידי משאל-עם. עולה פה שאלה של היגיון, הנובעת מהכלל הלוגי שלפיו היעדר הגבלה מהווה כשלעצמו הגבלה. במילים אחרות: מי שאינו מוגבל, אינו יכול להגביל את עצמו, שכן הוא יהיה אז מוגבל בכוחו, בניגוד להנחת היסוד שלפיה לא חלה עליו מגבלה כלשהי.

ומכאן השאלה הבאה: האם יש בכוחה של הכנסת, במעמדה כאסיפה מכוננת, לקבוע "שריון"? נניח שהיא קובעת הגבלה שלפיה חוק או חוק יסוד לא ישונו, אלא באמצעות חוק שהתקבל על ידי רוב חברי הכנסת (לפחות 61). אני מסכים עם הדברים שאמר השופט חשין בפסק דין בנק מזרחי שבעניין זה אין בעיה, כי מדובר למעשה בכלל טכני, הקובע נוהל עבודה, בדומה לכלל הנוגע לקוורום. בית מחוקקים יכול לקבוע, בחוק ואפילו בתקנון פנימי, כי אין לקבל חוק אלא אם כן לפחות שליש מחברי הבית משתתפים בהצבעה. כלל כזה אינו חותר תחת העיקרון הבסיסי שהחלטות מתקבלות ברוב רגיל – הוא קובע רק את הדרך שהרוב צריך ללכת בה כדי לממש את כוחו.

הבעיה מתעוררת בכל חריפותה כאשר רוב נוכחי מבקש להגביל רוב עתידי, ולשלול ממנו את זכותו לממש את כוחו. צעד כזה מנוגד לכלל הבסיסי של "הפה שאסר הוא הפה שהתיר", וגם חוטא להנחת היסוד שלפיה אין כל הגבלה על האסיפה המכוננת. אם אין לגביה כל הגבלה, ההגבלה היחידה היא שאין ביכולתה להגביל את עצמה, ובוודאי לא את האסיפה המכוננת שתיבחר בעתיד. היא הרי תיצור בכך הגבלה המנוגדת להנחת היסוד בדבר היעדר הגבלה. הגבלה כזו יכולה להיקבע, עקרונית, רק בידי גוף או מוסד עליונים כלפי האסיפה המכוננת. דא עקא,

שאינן גוף העומד מעל הכנסת במעמדה כאסיפה מכוננת. תיאוריית "שני הכובעים", שהיא כרגע התיאוריה החוקתית היחידה, גורסת שהכנסת במעמדה כאסיפה מכוננת ניצבת מעל הכנסת במעמדה כמחוקק רגיל. ואולם, הכנסת כאסיפה מכוננת אינה עומדת מעל עצמה כאשר היא חוזרת ופועלת כאסיפה מכוננת.

האם יכולה הכנסת לקבוע, למשל, שהיא לא תהיה חופשית בעתיד לחוקק חוקי יסוד אלא ברוב של 65 או 70 קולות? מדובר בהוראה בעלת משמעות עמוקה, והשאלה היא אם האסיפה המכוננת יכולה לכבול לא רק את עצמה, אלא גם את הרוב בכל כנסת עתידית, יהיו הנסיבות אשר יהיו. ומה יהיה על הכלל שלפיו הפה שאסר הוא הפה שהתיר? ומהו הרוב הדרוש לקביעת הגבלה כזו: האם האסיפה המכוננת יכולה לקבוע בכל רוב – אפילו של שניים נגד אחד – כי הכלל שנקבע ברוב הזה לא ישונה בעתיד אלא ברוב של 70 או 80? ואם מכירים בכוחה של הכנסת כאסיפה מכוננת להגביל את עצמה לעתיד לרוב של 70, האם אפשר לקבוע בחוק יסוד גם הוראה שלפיה אפשר לשנותו רק ברוב של 120? נניח שהמתנגדים לחלוקת ירושלים מצליחים לגייס במועד מסוים רוב ולחוקק חוק יסוד שירושלים לא תחולק. האם הם יכולים לנצל את ההזדמנות ולהוסיף לו סעיף הקובע שכדי לשנות את החוק יידרש פה אחד של 120 חברי הכנסת?

"חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל" התקבל בתקופת כהונתו של מנחם בגין כראש ממשלה. הוא לא קבע שריון כלל, והיה ניתן לשנותו בכל רוב. בשנת 2000 הוספו לחוק היסוד הוראות האוסרות לשנות את שטח העיר ואוסרות גם להעביר לגורם זר, מדיני או שלטוני, סמכות המתייחסת לתחום ירושלים. ההוראות האלה, והן בלבד, שוריינו, ונקבע כי אין לשנותן אלא בתמיכה של 61 חברי כנסת. כעת נניח שמתגבש בכנסת רוב רגיל, הסבור שהשריון הזה אינו מספיק, וצריך להבטיח שריון איתן יותר. ואולי לא רק לירושלים, אלא גם לחברון. על פי התיאוריה השגויה, שלפיה מוסמכת הכנסת (כאסיפה מכוננת) לכבול כל כנסת עתידית, יוכל רוב מזדמן לקבוע שלשם ויתור על שטח כלשהו יידרש רוב של 70 או 100 ואפילו רוב של 120 חברי כנסת.

אינני רואה קושי בכך שחוקים מסוימים נקראים חוקי יסוד, כשם שאין קושי בכך שהם קובעים הגבלה המחייבת רוב של 61 לשינוי הוראות שכלולות בהם. אולם דרישת רוב גדול יותר מ-61 מעוררת קושי עקרוני. לתיאוריית "שני הכובעים" אין פתרון לבעיה הזו. הנושא אינו מוסדר, והפרצה הזו מעוררת ספק לגבי מהות החוקה שיש או אין לנו. במצב המשפטי שנוצר, כאשר הכנסת נהפכת לאסיפה מכוננת, הקושי בשאלת יכולתה של האסיפה המכוננת להגביל את עצמה נותר ללא פתרון.

העובדה שבית המשפט העליון המציא ויצר חוקה למדינת ישראל היא בלי ספק תופעה יוצאת דופן בתולדות העמים. ההשוואה שעשה אהרן ברק לפסק הדין האמריקני הנודע *Marbury v. Madison*,⁴⁹² אינה במקומה. בפסק הדין הזה, שניתן ב-1803, קבע השופט מרשל שחוקת ארצות הברית מקנה לבית המשפט כוח לפקח על חקיקה, ובידו לקבוע את בטלותה אם אינה עולה בקנה אחד עם החוקה. אלא שאין כל דמיון בין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" לבין החוקה האמריקנית. בצדק ציין השופט לנדוי כי הלכת *Marbury* "נפסקה על הבסיס של חוקה קשיחה קיימת כחוק עליון למדינה... ואילו אצלנו אינה קיימת חוקה כזאת, אלא הכול הוא פרי הקונסטרקציה המשפטית של בית המשפט עצמו, כולל רעיון העליונות השיפוטית". גם השופט האמריקני פוזנר שלל כל דמיון בין פסק דין *Marbury* למה שהתרחש בישראל. החוקה האמריקנית אומרת בבירור שהיא חוקה, וברי שהיא מהווה את דבר החקיקה העליון בארצות הברית.⁴⁹³ למותר לציין שאין בין זה לבין "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ולא כלום. יתר על כן, יש לקוות שאין חולק על כך שניתן לשנות את החוק הזה ואפילו לבטלו ברוב רגיל, שהרי הוא לא שריין את עצמו. מה שנדרש לכל היותר הוא שהחוק המתקן או המבטל יכנה את עצמו "חוק יסוד". ואם כך – איזו מין חוקה זו?

למרות כל אלה עלה בידי בית המשפט העליון לשכנע, קודם כול את עצמו, שיש חוקה לישראל. וכך, אף כי המילה "חוקה" אינה מופיעה בדבר חקיקה של הכנסת, הביטויים "חוקתי" ו"בלתי-חוקתי" חוזרים בפסיקת העליון אינספור פעמים, כאילו מובן מאליו שנחקקה חוקה. הדברים חלחלו לציבור עורכי הדין, המשפטנים, הסטודנטים למשפטים ואולי אף לציבור הרחב, ולא פעם מזהירים משפטנים את חברי הכנסת שיימנעו מחקיקה כזו או אחרת בנימוק שהיא "לא חוקתית".

אם מניחים שיש חוקה לישראל, עולה השאלה מהן זכויות האדם המוגנות במסגרתה. "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מפרט שורה של זכויות מוגנות, הכוללות את חייו, גופו, חירותו האישית וכבודו של האדם, וכן זכותו לקנייניו, לפרטיות ולצנעת חייו. לאלה מצטרפת הזכות לחופש העיסוק ב"חוק יסוד: חופש העיסוק". אבל שורה ארוכה של זכויות, שמקובל לראותן כזכויות יסוד (ובמדינות אחרות זכויות חוקתיות), אינן נזכרות כלל. נמצאים ביניהן הזכות לשוויון, לחופש ביטוי, לנישואים, למשפט הוגן, איסור על ענישה רטרואקטיבית, איסור על ניסוח עבירה פלילית בלשון מעורפלת והזכות נגד הפללה עצמית. לפחות ביחס לחלק מהזכויות הללו, ובהן הזכות לשוויון ולנישואים, ברור שהשמטתן מהחוק נעשתה במכוון, על מנת להשיג את הסכמת המפלגות הרתיות, וקרוב לוודאי שאחרת לא היה החוק עובר. השופט חייב לפרש את החוק בהתאם לכוונת המחוקק, ולא בהתאם למה שהוא סבור שרצוי היה שהמחוקק יחוקק, או כפי שביטא זאת השופט

לנדוי בלשון ציורית, כי לא ניתן להכניס "דרך החלון" את הזכויות "שבחוק היסוד עצמו הן הוצאו דרך הדלת".

בית המשפט העליון בחר להתעלם מהעיקרון הבסיסי הזה, ולאחר שסבר כי עלה בידו לחוקק חוקה הוא החליט גם לקבוע את תוכנה. והטכניקה פשוטה: מסתבר ששתי המילים "כבוד האדם" עשויות להכיל עולם ומלואו. אפשר לומר שהן כוללות את חופש הביטוי ושהן כוללות את הזכות לשוויון.

אכן, אפשר לתאר מצבים שבהם הפליה פוגעת בכבוד. למשל, כאשר שניים מבקשים להיכנס למועדון, והכניסה נשללת מאחד מהם בגלל צבע עורו. אולם השימוש שבית המשפט עשה בזכות לשוויון כאילו היא נכללת ב"כבוד האדם" חורג מכל מה שיכלו חברי הכנסת להעלות על דעתם ומכל מה שפירוש מתקבל על הדעת יכול לאפשר. כך, לדוגמה, קשה למצוא בחוק היסוד בסיס כלשהו לפסיקה שלפיה יש לפסול את "חוק טל", המאפשר לרוב תלמידי הישיבות להימנע משירות צבאי (העליון לא הורה במפורש על ביטול החוק, אבל אסר להאריך את תוקפו).⁴⁹⁴ חוסר השוויון בגיוס מקומם, אך קשה לראות כיצד פוגע החוק, המושתת אמנם על חוסר שוויון, בכבודם של אלה המשרתים בצה"ל – כשם שקשה לראות פגיעה בכבוד האדם באפליה בכל הנוגע לאורך השירות הצבאי בין נשים לגברים או בהפליית נשים דתיות (הפטורות משירות) בהשוואה לנשים חילוניות. למעשה, ניתן לומר בוודאות שבדיוק למצבים כאלה התכוונו חברי הכנסת כאשר נמנעו – לא במקרה ולא בשגגה – מלכלול את הזכות לשוויון ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".

באותה דרך התגלה לנו כי כבוד האדם מחייב שלא יהיו בתי סוהר פרטיים,⁴⁹⁵ חרף העובדה שבתי סוהר כאלה עשויים לשפר את תנאי החיים של האסירים (האם היו האסירים עצמם פוסלים בית סוהר פרטי, אילו ניתנה להם האפשרות לרצות בו את עונשם במקום בבית סוהר ציבורי?) לעומת זאת הכיר העליון באפשרותו של היועץ המשפטי להסמיך עורכי דין פרטיים, שאינם עובדי מדינה, לשמש תובעים בהליכים פליליים.⁴⁹⁶ מינוי תובע "פרטי" במשפט פלילי הוא מהלך 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 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 כי הן אוסרות בתי סוהר פרטיים אך מתירות תובעים פרטיים?

המסקנה היחידה שניתן להסיק היא שבית המשפט הוא הכותב את החוקה. שתי המילים "כבוד האדם" משמשות לו נקודת משען, אך הקשר בינן לבין המוצר הסופי, מה שמכונה "חוקה", הוא פרי יצירתיותו של בית המשפט.

דוגמה אחרת היא הפסיקה בעניין הפיצויים למפוני רצועת עזה. "חוק יישום תוכנית ההתנתקות" שהתקבל בשנת 2005 בכנסת קבע "מענק אישי" בשל הסבל ועוגמת הנפש הנגרמים עקב הפינוי, לפי ותק המגורים במקום, וקבע גם גיל סף של 21 לצורך קבלת המענק. גיל המינימום הזה שימש נושא לדיון בבג"ץ, והוא פסל את ההגבלה שלפיה קבלת המענק מותנית בכך שהמפונה יהיה בן 21 לפחות. מקריאת פסק הדין בעניין "המועצה האזורית חוף עזה נגד כנסת ישראל"⁴⁹⁷ נראה שבית המשפט סבר כי ההוראה אינה סבירה. הוא משתמש במילים "קשה להבין מדוע בחר המחוקק בגיל 21", קובע שפיצוי בדרך זו אינו הוגן, ומביע דעה – בלי לפסוק בדבר – שתנאי הסף פוגע בשוויון. העובדה שנושא השוויון אינו נזכר, במתכוון, ב"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" לא שימשה מכשול בפני האקטיביזם השיפוטי.

אולם טועה מי שחושב שבית המשפט זקוק לשתי מילים (כבוד האדם) 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". גם בית המשפט העליון של עידן ברק אינו זקוק ליותר מנקודת משען אחת – מילה אחת שדי יהיה בה לאפשר לו לכתוב את החוקה כולה ולהניף את שיטת המשפט ואת המדינה כולה. "נקודת ארכימדס" שלו היא המילה "דמוקרטיה".

ספרו המקיף של אהרן ברק, **מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה**, אומר כי מושגי המפתח בחשיבה החוקתית הם "הדמוקרטיה ושלטון החוק". בהמשך אנו למדים על קיומן של כמה הנחות. האחת היא "כי למושג הדמוקרטיה מעמד חוקתי-על-חוקי". אכן, "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" ייסד ביטוי, שנהפך מאז לנדרוש, בדבר היותה של מדינת ישראל "מדינה יהודית ודמוקרטית". לאופייה הדמוקרטי של המדינה יש אפוא עיגון בחוק היסוד הזה, כשם שהוא מעוגן ב"חוק יסוד: הכנסת", הדין בשיטת הבחירות. מהמושג "דמוקרטיה" ניתן, לדעת ברק, להסיק שורה ארוכה של מסקנות. למשל, בדבר עצמאותה של הרשות השופטת. אך מה פשר העצמאות הזו? האם די בהוראה שבסעיף 2 ל"חוק יסוד: השפיטה", שלפיה בענייני שפיטה אין על השופט מרות זולת מרותו של החוק? או שמא נובע מרעיון העצמאות גם שאסור שפוליטיקאים או עורכי דין (החברים כיום בוועדה לבחירת שופטים) יעסקו במינוי שופטים ובהעלאתם בדרגה? ואולי נובע מכך ששר המשפטים, החבר אמנם 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 העליון, החברים בוועדה לבחירת שופטים?

אולם השאלה הגדולה מכולן היא: האם לכל השאלות הרבות הללו ולשאלות נוספות ניתן למצוא תשובה במילה "דמוקרטיה", והאם יכול בית המשפט, בהסתמך על המילה הזו, לחבר או להמציא את כל התשובות?

אנחנו קוראים בספר גם שהמילה "דמוקרטיה" כוללת בחובה זכויות אדם, ומכאן שניתן לגזור ממנה את כל זכויות האדם, לרבות חופש ביטוי, שוויון (ואולי גם שוויון ברכוש ובהכנסה, או שמא רק זכות לקיום הוגן?), זכות לנישואים, אולי גם זכות שיבה לפלשתינים ועוד ועוד. בעניין הזה אני מרשה לעצמי להביע את עמדותי, כי בין אם ניתן לגזור את כל המערך המפורט הזה מתוך המילה "דמוקרטיה" ובין אם לאו, הכנסת לא הסמיכה את בית המשפט לעשות זאת.

מי שולט

מאבק על שלטון החוק או מאבק על השלטון? על מה באמת ניטשת המערכה שבית המשפט העליון עומד במרכזה, ואולי בעצם פתח בה?

שלטון החוק משמעותו שהחוק מחייב את כל תושבי המדינה, לרבות אלה הקובעים את תוכנו (המחוקקים והשופטים), והשלטון צריך להבטיח שהחוק אכן יקוים על ידי כל התושבים – ועל ידי השלטון עצמו. למרבה הצער, דווקא בעניין הזה מערכת המשפט אינה מחילה על עצמה את אמות המידה שהיא מתווה לאחרים. בצד הדרישה לקיים את החוק ניצבת השאלה מהו תוכנו. התשובה הברורה לכך היא שתוכן החוק נקבע על ידי הרשות המחוקקת, כלומר הכנסת. שלטון החוק משמעותו קיום ההוראות שנקבעו בחקיקת הכנסת או מכוחה. במסגרת זו נדרש לקיים גם הלכות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון, אבל הן כפופות לחקיקת הכנסת ויש בכוחה לשנות הלכות הנקבעות בפסיקה.

מובן אם כך שחקיקה המשנה הלכה שקבע בית משפט או מבטלת הלכה כזו אינה מנוגדת לשלטון החוק, אלא מהווה חלק אימננטי משלטון החוק. לכן גם אין ממש בדיבורים הנשמעים חדשות לבקרים, ולפיהם שינוי חוק על ידי הכנסת, או חקיקה בנוסח שאינו נראה לבית המשפט, מהווים פגיעה בשלטון החוק. זוהי תעמולה גרידא, גם אם היא נכללת בפסק דין. כך, למשל, כשנידונה שאלת סמכותו של נשיא המדינה לחון עבריינים לפני שהורשעו, כתב השופט ברק בדעת מיעוט שמדובר ב"שלטון החוק והשלטת החוק", והנשיא שמגר הצביע, בצדק, כי מתן סמכות חנינה רחבה לנשיא המדינה אין בה דבר הנוגד את שלטון החוק. חנינה כזו נוגדת את שלטון החוק רק אם מניחים שברק הוא המחוקק, והוא חוקק חוק השולל מהנשיא את הסמכות הזו. מאחר שלעת עתה נתונה סמכות החקיקה עדיין בידי הכנסת, דווקא ההלכה שביקש ברק לקבוע מהווה פגיעה בשלטון החוק, שכן היא שוללת מנשיא המדינה סמכות שחוק של הכנסת נתן בידיו.

מה שמסתתר פה איננו מאבק על שלטון החוק. זהו קרב על השלטון עצמו. כך הדבר, למשל, לגבי הוויכוח באשר לשינוי הרכב הוועדה לבחירת שופטים. אם שינוי כזה יגרע מכוחה של אחת הקבוצות המיוצגות בוועדה, יהיה בו כדי לצמצם

כוח שלטוני שמצוי בידה. אבל צמצום כזה, אם הוא נעשה בהליך ראוי, אינו מהווה פגיעה בשלטון החוק. המאבק של הקבוצה החוששת מפגיעה הוא מאבק על כוח שלטוני. זה בהחלט איננו מאבק על שלטון החוק, גם אם נאה יותר להציגו כך.

גם הטענות שלפיהן חקיקה שמְשנה הלכה של בג"ץ, ומכונה לעתים "חוק עוקף בג"ץ", מהווה פגיעה בשלטון החוק – אין בה ממש. אפשר כמובן להתווכח על השאלה האם ראוי לחוקק, למשל, חוק המבטל את הלכת בג"ץ המעניקה זכות עמידה ל"עותר ציבורי" (כלומר עותר שאין לו אינטרס אישי בעניין, והוא מבקש לדאוג למינהל תקין או להגן על הציבור בכללותו), או לחוקק חוק המשנה את הרכב הוועדה לבחירת שופטים. בכל מקרה הביטוי "חוק עוקף בג"ץ" הוא אוקסימורון. הכנסת במעמדה כמחוקק אינה צריכה לעקוף הלכות של בג"ץ, שכן היא מוסמכת לבטלן. ניתן כמובן לטעון שהדבר אינו רצוי, אבל לאמירה שהדבר נוגד את שלטון החוק או פוגע בדמוקרטיה אין שחר. כאמור, מה שמסתתר מאחורי טיעונים אלה איננו מאבק על שלטון החוק אלא מאבק על השלטון עצמו. עם זאת, לא ניתן להתעלם כליל מסכנותיה של חקיקה שתפגע בעקרונות הדמוקרטיה. אינני חושב שקיים חשש ממשי שהכנסת תחליט יום אחד לבטל את הליכי הבחירות, אך נתקלנו בחקיקה המבקשת לשנות "את כללי המשחק במהלך המשחק". כך, למשל, ממשלת נתניהו השנייה יזמה את "חוק מופז", שנועד להקל על חברי מפלגה גדולה להתפצל (מופז עצמו כפר בכך שהיה לו עניין לפרוש ממפלגתו). המטרה היתה לגרום לקבוצה של חברי קדימה, שהיתה באופוזיציה, להתפצל ולחבור לממשלה. זוהי חקיקה הפוגעת בעקרון היסוד של "משחק הוגן". אפשר להתווכח על השאלה מה צריך להיות מספרם המינימלי של חברי כנסת שראוי לאפשר להם לפרוש ממפלגתם ולהקים סיעה נפרדת, אבל חוק כזה צריך להיכנס לתוקף רק בכנסת הבאה, ולא להיחקק כשחברי הקואליציה רואים לנגד עיניהם את התועלת המפלגתית המידית ואת הפגיעה ביריביהם הפוליטיים.

שאלות מקבילות מתעוררות לגבי הצעת חוק צינון לאנשי תקשורת המבקשים להתמודד לכנסת – הצעה שעלתה בעקבות החלטתו של יאיר לפיד להקים מפלגה ולרוץ לכנסת (ההצעה לא קודמה, לאחר שלפיד פרש מהגשת "אולפן שישי" בערוץ 2). חקיקה אחרת שכן התקבלה בכנסת, במרס 2012, אף היא בעקבות המעבר של לפיד לפוליטיקה (וכונתה "חוק לפיד מס' 2"), עוסקת בפיקוח על תרומות שאסף אדם המתעתד להקים מפלגה. גם אם החקיקה הנוגעת למימון מפלגות היא חקיקה ראויה, התחושה שהותיר החוק אינה נוחה, ומעוררת חשש מפני חקיקה שתכביד על מתמודדים חדשים מעבר לראוי. עקרונית, יש מקום לבקרה על הכנסת בכל הנוגע לחקיקה מסוג זה. לא מדובר בחקיקה הנוגעת לערכים או לאיזון ביניהם (דוגמת הצורך לאזן בין חופש הביטוי לזכות לשם טוב

ולפרטיות), אלא לחקיקה הנוגעת לשמירה על כללי המשחק הדמוקרטיים. ובנקודה זו נותרה השיטה הדמוקרטית בישראל פגיעה למדי.

המהפכה המשפטית גבתה מחיר כבד. היא שיבשה את מערכי השלטון, הגבירה את הבירוקרטיה והמשפטיזציה ופגעה בדמוקרטיה עצמה. הפיקוח על הממשלה והכנסת מנימוקי "חוסר סבירות" העניק לפקידות הבכירה, ובראשה ליועץ המשפטי, שליטה על הממשלה (ובעניינים אחדים גם על הכנסת). "עצתו" של היועץ המשפטי וחוות דעתו של "הדרג המקצועי" נהפכו לפקודות ששומה על הממשלה לציית להן. סמכות המינוי ניטלה מהשרים, ואת התוצאה הקשה מסכמים כיום בשתי המילים "חוסר משילות".

לכל אלה מצטרפת המעורבות של המערכת המשפטית בהליך הדמוקרטי. ישראל היא דמוקרטיה שבה נקבעים תוצאות הבחירות והרכב הממשלה לא רק בקלפי. לציבור המצביעים יש שותף משמעותי: מערכת המשפט. גורלם של מנהיגים ושל מפלגות, ואפילו שאלת הבחירה בין ממשלת שמאל, מרכז או ימין, נקבעות אצלנו לא אחת על ידי מערכת המשפט. ארבעת ראשי הממשלה האחרונים (בנימין נתניהו, אריאל שרון, אהוד ברק ואהוד אולמרט) היו בחקירות, תופעה שאין לה אח ורע בעולם. יותר מפעם אחת עלה בידי המערכת המשפטית להביא להדחתם של ראשי מפלגות, ולתרום לשינוי המפה הפוליטית בישראל.

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. השלב הבא היה גל התנחלויות בשטחי יהודה ושומרון שחיה בהם אוכלוסייה פלשתינית צפופה.

גם ממשלת רבין השנייה, שהוקמה בשנת 1992, הוכתה קשות על ידי מערכת המשפט, שערערה אותה לחלוטין, באמצעות החלטה חדשנית, שלא היה לה בסיס בחוק ואשר חייבה את ראש הממשלה רבין לפטר מהממשלה את מנהיג ש"ס, אריה דרעי, בעקבות כתב האישום שהוגש נגדו. ש"ס פרשה, והממשלה נחלשה עד מאוד בעיצומם של המאבקים שבאו בעקבות הסכמי אוסלו. נוסף על כך שימשה החלטת בג"ץ תמריץ למעברה של ש"ס לימין, ובכך היא תרמה לא מעט לחיזוקו.

31 שנים לאחר הדחתו של רבין מראשות הממשלה שוב הודח מנהיג מפלגת השלטון, הפעם אהוד אולמרט, בהליך משפטי בלתי-מוצדק, שספק אם ניתן למצוא לו תקדים על פני הגלובוס. התמונה הושלמה בהמשך הדרך, כאשר לאחר התפטרותו זוכה אולמרט מהפרשה שבגינה הושמעה אותה עדות מוקדמת. בבחירות שהתקיימו לאחר ההתפטרות עבר השלטון ימינה לליכוד.

לקראת הבחירות בינואר 2013 התעוררה השאלה, האם יוכל אולמרט להתמודד במסגרתן. פסק הדין שבו זוכה מרוב האשמות, אך הורשע בהפרת אמונים, ניתן בספטמבר 2012. העונש שהוטל עליו (קנס ומאסר על תנאי) לא מונע ממנו להתייצב לבחירות. והנה, הפרקליטות הודיעה, מיד לאחר מתן גזר הדין, שהעניין עוד לא נגמר. זמן-מה לאחר מכן יצאה הודעה רשמית, שהיא מתכננת הגשת ערעור. הערעור, שספק רב אם יש לו הצדקה, אכן הוגש, נוסח בצורה רחבה ביותר, והתייחס הן לזיכוי משתי העבירות המרכזיות והן לתביעה להחמרה בעונש. אפילו נניח שלא היתה לפרקליטות בכל המהלכים הללו כוונה להתערב בבחירות, ברור שהתוצאה המעשית היא לחץ על אולמרט ועל אלה שעשויים להצטרף אליו, להימנע מליטול חלק בבחירות שעמדו להיערך. ואכן, אולמרט הודיע שלא יתייצב לבחירות, וכי ערעורה של הפרקליטות היה אחד השיקולים שהשפיע על החלטתו. שוב היה זה צעד שחיזק את הימין ושיפר את סיכויי מפלגות הימין לזכות ברוב. לכל זה ניתן להוסיף גם את פרשת החקירות המתמשכות על פני יותר מעשור נגד השר אביגדור ליברמן וכתב האישום בעבירה הבעייתית של הפרת אמונים, שהוגש נגדו בדצמבר 2012, ערב הבחירות לכנסת ה-19. התוצאה היא שכמה מערכות בחירות נערכות כאשר מעל מנהיגה של מפלגה משמעותית מתהפכת חרב המשפט. למרות ההבדלים הרבים בין המקרים, קל לראות גם את המשמעות העמוקה שיש למעורבות המשפטית על המערכת הפוליטית, ואת תרומתה של מערכת המשפט לחילופי השלטון. בימין מייחסים לבית המשפט העליון נטיות שמאלניות, לאור שורה ארוכה של החלטות, וביניהן פסיקות בנושאי מלחמה, המאבק בטרור ופינוי מאחזים. באורח פרדוקסלי, דווקא מערכת המשפט תרמה להעברת השלטון לימין, ובעקיפין לחיזוק תנועת ההתנחלות. מעבר לכך השפיעו תכתיבי המערכת המשפטית 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. אף שמדובר היה בשיבוש משמעותי של פעילות הממשלה, לא הגיעו הדברים לכדי הפלת הממשלה והחלפת השלטון.

תחום נוסף שבו היתה לבית המשפט העליון השפעה דרמטית על הפוליטיקה הוא פתיחת שערי הכנסת לפני נציגי התנועה הלאומית הפלשתינית. אחד משיאי התבטא בהגנה מרחיקת הלכת שהעניק העליון לחבר הכנסת עזמי בשארה, שתמך בגלוי ב"התנגדות" לישראל. גם חקיקת הכנסת בנושא לא הועילה, לאחר שבית המשפט רוקן אותה מתוכן באמצעות פרשנות.

לעומת זאת לא היתה למערכת המשפט השפעה של ממש על כמה תהליכים מרכזיים שעברה החברה הישראלית מאז המהפך השלטוני ב-1977: ההתנחלות

המסיבית ביהודה ושומרון (למעט ההשפעה העקיפה שנבעה מכך שתרמה פעמיים להעברת השלטון לימין), פיצול החברה לקבוצות על בסיס דתי ותרבותי שונה, והשינוי הכלכלי-חברתי שכלל הפרטה רחבת היקף ומעבר מחברה שוויונית למדי לחברה קפיטליסטית, שבה הפערים בין העשירים לעניים הם מהעמוקים בעולם. בדומה לכך לא היתה לעליון השפעה של ממש על השינוי החברתי שגרם הפטור מהשירות הצבאי שניתן לאברכים אשר "תורתם אומנותם". האקטיביזם השיפוטי גרם לכך שנושאים אלה עלו ואף נידונו לא פעם בהרחבה בבית המשפט, למשל, בהקשר לקרקעות החקלאיות או להקמת בית סוהר פרטי, אך השפעתו של בית המשפט על התהליך כולו היתה שולית. דיון בהתנחלויות בבג"ץ הוא כמעט שגרה, אך השפעתו על הנושא שולית. בעיקרו של דבר החליט בג"ץ שהוא אינו מתערב בהתנחלות שנעשית על "קרקעות מדינה", ומאחר שחלק נכבד מהמקרקעין בגדה נכללים בקטגוריה זו, היה ניתן להתנחל על האדמות הללו. עיקר ההתדיינות נסב סביב ההתנחלות על קרקעות פרטיות. עמדות בג"ץ בעניין עוררו לעתים זעם בימין הקיצוני, אך לא היתה להן השפעה על ההתפתחות כולה. קיימת אף סברה שמעורבות בג"ץ בנושא סייעה להתנחלויות, בכך שהעניקה להן לגיטימציה, שהרי עובדה שהן נעשות תחת עינו הפקוחה. לבג"ץ לא היתה כל מעורבות בהתפתחות שהביאה לקיום שתי מערכות משפט נפרדות – האחת לפלשתינים, שעליהם חלים החוק הירדני והממשל הצבאי, והשנייה לישראלים, הכפופים למשפט הישראלי.

משמר "הישגי" המהפכה

השיטה החוקתית החדשה עומדת על כרעי תרנגולת, אף שבית המשפט העליון שומר עליה מכל משמר. המרכיב שמאפיין חוקה אמיתית, ונעדר מהחוקה המדומה, הוא שהליך תיקונה מסובך ומורכב יותר מהליך חקיקה רגיל, ונתון לעתים בידיו של גוף אחר או טעון את אישורו (למשל, אישור במשאל-עם). "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" – הקולב שעליו תלה העליון את החוקה הישראלית – אינו עומד בקני המידה האלה.

כיצד ניתן להתמודד עם המצב שבו הוקם המבנה החוקתי המפואר על חולות נורדים, ומילים ספורות בחקיקה של הכנסת, ברוב רגיל, יכולות להעבירו מהעולם? במקרה אחד, שהתברר בשלהי תקופת שמגר ואשר ברק נותר בו במיעוט, הוא השתעשע ברעיון שבית המשפט יוכל לבטל לא רק חוק אלא אפילו חוק יסוד, על בסיס "עקרונות יסוד" או "עקרונות על" של השיטה.⁴⁹⁸ אבל נראה שהרעיון המופרך והמסוכן הזה לא התקבל. כך או כך, אני מטיל ספק בהנחה שהשופט ניחן בכושר מיוחד לאתר – או ביתר דיוק להמציא – את "ערכי היסוד של החברה, כפי שאלה התגבשו במהלך ההיסטוריה של אותה חברה". אל הספק הזה מצטרף החשש מפני טעויות אפשריות של בית המשפט. ברור מאליו שפוליטיקאים טועים, ועל כך הם נותנים לא אחת את הדין בבחירות. באותה מידה ברור שגם שופטים טועים, אלא שהם אינם נותנים את הדין על טעויותיהם. יתר על כן, טעות של שופט עלולה להיות מסוכנת לא פחות – ולעתים אף יותר – מטעות של פוליטיקאי. קל וחומר אם מעמידים את השופט ואת העקרונות שהוא מגלה, ממציא או יוצר לא רק מעל החוק אלא גם מעל החוקה.

משירד הרעיון של "עקרונות על" מהפרק, וכיוון שגם הניסיון להשיג גושפנקה של הכנסת למהפכה החוקתית לא יצלח כנראה, נעשה מאמץ לבנות מערך תעמולה, שישכנע את הציבור בנפלאות המהפכה המשפטית וירתיע את חברי הממשלה והכנסת מנקיטת מהלכים שיקצצו בכנפיה. התבטאויות של הנשיאים ברק וביניש הופיעו תדיר בתקשורת, בשורה של נושאים שנויים במחלוקת ציבורית, וביניהם הסמכויות שבית המשפט נטל לעצמו. הנושאים הללו תוארו תמיד

כ"שלטון החוק" וכמרכיב מרכזי בדמוקרטיה, שבלעדיו היא לא תוכל להתקיים – כאילו לא היתה דמוקרטיה בתקופה שלפני המהפכה המשפטית. ניסיונות חקיקה שלא התיישבו עם שלטון השופטים והצבתם מעל הכנסת לוו בהכרזות שהשמיע ברק לאחר פרישתו, בסגנון רחוק מאוד מסגנון שיפוטי, המאפיין התבטאויות במסגרת מאבקים פוליטיים: "את הג'וק הזה צריך להרוג כשהוא קטן", "תחילת הסוף של מערכת המשפט", "בית המשפט נהרס", "מדינת עולם שלישי" וכיוצא באלה.

ברק לא היה בודד במערכה. קולו הצטרף למקהלה המתוזמרת של חלק משופטי העליון בדימוס, המרימים קול זעקה על כל דבר חקיקה שאינו נראה להם. הסגנון הלא שיפוטי שהם נקטו, המאפיין תעמולה פוליטית, הוא תולדה של הכניסה למגרש הפוליטי, שנועדה לשמר בכל מחיר את המהפכה המשפטית והחוקתית, וירתיע את הפוליטיקאים מביטולה או מפגיעה בה, צעד, שבהיעדר חוקה, יש בידם לעשות בהינף אצבע.

לקראת פרישתה של דורית ביניש נרשם גל של התבטאויות על אודות מאבקה כנגד פגיעה כביכול בעצמאות בתי המשפט, כאשר גם היא עצמה נושאת דברים בעניין זה. כך, למשל, דיווח גלעד גרוסמן ב"וואלה!" כי ביניש אמרה ש"אין מקום לדחף הבלתי-פוסק המניע חלק מאישי ציבור וחברי כנסת שונים לחפש דרכים לצמצם את עצמאותו של בית המשפט העליון", וכי הניסיון לצמצם את עצמאות בית המשפט "מהווה חתירה תחת אושיות השיטה". אינני מכיר ניסיון לצמצם את עצמאות השופטים או את עצמאות בית המשפט. כל הנושאים שעלו בהקשר למהפכה שביצע העליון, לרבות מינוי השופטים, הקמת בית משפט לחוקה ושלילת סמכות השופטים לעסוק בנושאים לא שפיטים, אינם פוגעים בעצמאותם. בארצות הברית ממונים השופטים על ידי פוליטיקאים. איש מעולם לא טען שהדבר פוגע בעצמאותם. מרגע שמונו, הם נהנים מעצמאות מוחלטת. הצעדים היחידים אשר נעשו בנושא זה נועדו להגביר את עצמאותם של בתי המשפט. הם ננקטו על ידי, וכללו הפסקת השיטה של מינויים זמניים בעליון וקבלת חוק הקדנציות, שביטל את תלותם של נשיאי המחוזי והשלום בשר המשפטים ובנשיאת בית המשפט העליון. לצעדים האלה התנגדה ביניש.

גם שינוי חוק שבאמצעותו מצמצמת הכנסת את הסמכויות שבית המשפט נטל לעצמו אינו פוגע בעצמאותו. זהו בדיוק תפקידו של בית המשפט: לפסוק לפי חוקי הכנסת. אכן, נעשים ניסיונות חוזרים ונשנים לטעון שעצם העובדה שהכנסת משנה הלכה של בית משפט מהווה פגיעה בשלטון החוק, אך זהו חלק מהניסיון להעניק לטקסטים הנכתבים בעליון סממנים של "קדושה", שירתיעו מכל אפשרות לשנותם. בסופו של דבר נידונו כל הניסיונות הללו לכישלון. העליון נקלע בכל התהליך

הזה למלכוד, שכן ככל שגברה מעורבותו בפוליטיקה כך התערער מעמדו הציבורי, וככל ששוקע מעמדו הציבורי כך קל יותר לכנסת לחוקק בניגוד לעמדתו.

התעמולה שהטיפה להגברת כוחו של בית המשפט על חשבון הממשלה והכנסת נעשתה תוך הרגשה שהדבר הכרחי כדי להבטיח את הדמוקרטיה ואת זכויות האדם. מהטיעון הזה, שהצטרף לטענות בדבר שחיתות שלטונית רחבת ממדים, משתמע שאין לסמוך בנושאים אלה על הממשלה והכנסת, ובית המשפט זקוק לסמכויות יתר כדי לוודא את עליונותו עליהן. אלא שהטיעון הזה אינו עולה בקנה אחד עם הניסיון ההיסטורי של ישראל, שבה שמרו הממשלה והכנסת על הדמוקרטיה מאז הקמת המדינה, וזכויות האדם היו מוגנות כדבעי גם לפני המהפכה המשפטית.

לכנסת יש רקורד מרשים בכל הנוגע לשמירה על זכויות האדם, כפי שמלמדת החקיקה הענפה, הכוללת את חוק שיווי זכויות האישה, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, וגם "חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו". אין ספק, גם בית המשפט העליון תרם את חלקו להגנה על זכויות אדם בשורה של תחומים, אך עם זאת הרקורד שלו אינו נקי מפגמים, בעיקר בתחום המשפט הפלילי ובשימוש הנרחב שנעשה בעידודו בעבירות מעורפלות הגוררות ענישה מפלה ורטוראקטיבית. בכל הנוגע למעצר לפני משפט אפילו נאלצה הכנסת להתערב בפסיקה של העליון שפגעה קשות בזכויות אדם.

בצד התעמולה שהתנהלה כנגד המערכת השלטונית ובעד מערכת המשפט היה גורם דרמטי נוסף שמנע התערבות מצד הממשלה והכנסת בהרחבה הבלתי-מבוקרת של סמכויות העליון והמערכת המשפטית. היה זה השימוש הרחב בהליכים הפליליים, והפחד שהדבר השרה על אנשי הציבור. נוצר גם רושם שהמערכת הפלילית "מסמנת" את מי שנחשדו בכך שהם אינם אוהדיו המובהקים של "שלטון החוק".

הפסיקה של בית המשפט הרחיבה בצורה דרסטית, תוך הפרה בוטה של זכויות אדם, את האחריות הפלילית של עובדי ציבור, באמצעות העבירה המעורפלת של "מרמה והפרת אמונים", והשימוש בעבירה זו אפשר פתיחת חקירה פלילית כמעט נגד כל איש ציבור, בשל מעשים שנעשו בעבר כעניין של שגרה, ואיש לא העלה על הדעת שיש בהם גוון פלילי.

המהלך כולו לווה בתעמולה רעשנית, שחלק נכבד בתקשורת נטל בה חלק, בדבר השחיתות שפשתה בדרג הפוליטי וביחסי מה שכונה "הון-שלטון". לשיח השחיתות המוגזם הזה היתה משמעות כפולה. האחת, לשכנע את הציבור כי מן

ההכרח ליטול סמכויות מהפוליטיקאים, כלומר מהכנסת והממשלה, ולהעבירן לבית המשפט. והשנייה, שיש הצדקה מלאה להליכים הפליליים הננקטים נגד אישי ציבור, לא פעם ללא יסוד מספיק ותוך הפרת כללים הנוגעים לזכויות אדם. מערכת אכיפת החוק הרי מבצעת מלאכת קודש ומצילה את המדינה מפני הסכנה החמורה ביותר האורבת לפתחה, לכן לא ראוי להציק לה בקטנות. בה בשעה שההליכים הפליליים בכלל, ונגד אישי ציבור בפרט, הלכו והחמירו, זכו המערכת המשפטית ומערך החקירות של המשטרה בחסינות כמעט מלאה – הן מפני חקירות והן מפני הליכים פליליים או משמעתיים.

סייעו למגמה התביעתית-פלילית הזו גם השליטה של העליון במינוי שופטים והסימביוזה הרעיונית והאישית שנוצרה בין בית המשפט למערכת אכיפת החוק. אין פירוש הדבר שבית המשפט נתן הוראות למשטרה או לפרקליטות כיצד לנהוג, אבל אפשר להניח שלא חסרו אנשים במערכת אכיפת החוק שחשו קרבה לחלק משופטי העליון, והזדהו רעיונית עם המהפכה שברק ביקש להנחיל. משהו מזה משתמע מחילופי הדברים שנשמעו בהאזנת הסתר שנעשתה בחקירה של חיים רמון, שבהם דובר בחלחלה על כך ש"האיש הזה (רמון) ימנה את נשיא בית המשפט העליון". האומנם מדובר בסכנה שצריך למנוע? הדוגמה של רמון המחישה לא רק את שיקול הדעת האדיר שיש לתביעה בהעמדה לדין ואת יכולתה להחליט על כך בחוסר סבירות, אלא גם את העובדה שאפילו בנסיבות אלה ניתן להשיג הרשעה – אמנם חסרת יסוד, אך בכל זאת הרשעה.

מני מזוז עצמו דיבר על "סימון מטרות", והתכוון מן הסתם למה שהתרחש קודם למינויו. נציב שירות המדינה, שמואל הולנדר, דיבר על השימוש המעוות שנעשה במנגנון החקירה, ועל הדרך שבה משפיע הדבר על החלטות השרים והתנהגותם. בסך הכול, התחושה שלפיה נעשה שימוש לרעה בהליך הפלילי וכי אויבי "שלטון החוק" עלולים להיפגע היא נחלתו של ציבור רחב ומקובלת על רבים מהפוליטיקאים. אנשי תקשורת מובילים כתבו לא פעם ברוח זו על חקירות שנפתחו ועל חקירות שנסגרו. אזכיר, למשל, את מאמרו של אמנון דנקנר "משפט פשוט" ב"מעריב", המדבר על שלוש אסכולות בשימוש בעבירה של הפרת אמונים על ידי עובדי ציבור: בית הלל, בית שמאי ואסכולת "תלוי במי מדובר", שבה המדד של מערכת המשפט הוא "הלנו אתה או לצרינו". בעז אוקון מדבר במאמרו "תשכחו מבוזגלו", ב"ידיעות אחרונות", על אלה הנמצאים "מעל לכל חשד" לעומת אלה ש"מתחת לכל חשד". הפרשן המשפטי משה גורלי כתב ב"כלכליסט" ("משר הביטחון, בחברות") על מה שקורה למי שנמצא "בצד הנכון של שלטון החוק", לעומת מי שנחשב לאויב מערכת המשפט. והסופר ואיש האקדמיה גדי טאוב כתב ב"ידיעות אחרונות", בהקשר למאבקו של היועץ המשפטי מזוז למנוע הקמת ועדת

בדיקה ממשלתית בפרשת האזנות הסתר הבעייתיות בתיק רמון: "משהו מדאיג מאוד קורה, אם היועץ המשפטי חושב שסביר להשתיק במקום לחקור, ועוד יותר מדאיג שהממשלה נכנעה לעזות המצח הזאת. קשה לדעת. אולי התגנב חשש ללבם 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 ייערף." לאור כל אלה ניתן גם להבין את העניין המיוחד שיש לעליון במינויו של היועץ המשפטי ובכך שתישמר עוצמתו המופרזת: גם הכוח לייעץ לממשלה, "ייעוץ" שהעליון קבע בפסק דין שגוי שהוא למעשה פקודה, וגם הכוח לתבוע את ראש הממשלה והשרים. כשמוסיפים לכך את כוחו של היועץ לכתוב "הנחיות", שקיבלו למעשה אופי חקיקתי, הופך היועץ המשפטי למפקד של הממשלה, התובע והשופט של חברה – וגם מחוקק. ממש "שלושה במחיר אחד", או בלשונו של שלמה אבינרי: "אנדרוגינוס שצמח בשדות הפרא של הפוליטיקה הישראלית". וכל זה ללא בסיס כלשהו בחקיקה של הכנסת. הציפייה היא אפוא שהיועץ המשפטי יפעל ברוח בית המשפט העליון, ו"ייעץ" לממשלה שלא לגרוע מסמכויותיו. הוא לא יאיים. הוא לא צריך לעשות זאת. הוא יכול לדבר בקול רך, כי הכול יודעים שהוא מחזיק מקל חובלים גדול.

בסופו של דבר לא יהיה לכנסת ולממשלה מנוס מלהסדיר את היחסים וההיררכיה עם בית המשפט. מן הראוי שזה ייעשה ללא חשש מפני חקירות. ראוי גם שיונהג הליך בקרה על הפרקליטות ועל מערך החקירות, כדי להבטיח שתופעות דומות לאלה שהתרחשו, למשל בעניינם של ראובן ריבלין, יעקב נאמן, חיים רמון ודרור חוטר-ישי, לא יחזרו, וכי הפחד מפני חקירות וענישה רטרואקטיבית יומר בתחושה שהמערכת פועלת באופן ענייני, ללא הפליה וללא נקמנות. מן ההכרח גם להסדיר את מעמדו של היועץ המשפטי, ולהביא לסיום את התופעה הבלתי-נתפסת שבה נהפך פקיד ממונה, ללא כל בסיס בחוק, למפקד של הממשלה, התובע והשופט שלה, נוסף על היותו מחוקק דה-פקטו.

האם יש פוליטיקה בפסיקה? עד כמה מושפעים פסקי הדין של העליון משיקולים כגון תגובה אפשרית של הכנסת או של התקשורת, שאינם כרוכים בשאלה המונחת לפניהם? לא קל לתת הערכה כזו, בעיקר כשמדובר בנושאים שבשיקול דעת, וכמעט בלתי-אפשרי להעריך את מכלול השיקולים שמביא את בית המשפט להחליט כפי שהוא מחליט. ובכל זאת, יש לזכור שבית המשפט פועל בסביבה ציבורית, חברתית ומשפטית. ניתן להניח שבמקרים בעלי משמעות פוליטית, השופטים ערים למשמעות החלטתם.

לפחות בעניין אחד ניתן הנושא לבחינה: המועדים שבהם מתפרסמים פסקי דין בנושאים בעייתיים או שנויים במחלוקת ציבורית חריפה. תיאורטית, מיד כשהושלמה כתיבת פסק דין הוא אמור להתפרסם. בית המשפט אינו רשאי לתמרן את המועד ואינו חופשי לבחור תאריך נוח (למשל, יום שבו מתרחש אירוע דרמטי אחר, המטה את תשומת הלב הציבורית). זהו שיקול פוליטי, והוא לגיטימי למי שפועל במישור הפוליטי. האתוס של בית המשפט בנוי על היצמדות לעקרונות והתעלמות משיקולים מסוג זה.

אין דרך לבדוק מה גורם לבית משפט לפרסם את החלטתו בתאריך זה ולא אחר, והאם אכן פעל להשלמת פסק הדין במהירות האפשרית. ואולם, לא מעט פסקי דין ניתנו לאחר שהיו מונחים שנים רבות בעליון, ומועד פרסומם מעורר תהיות. למשל, המקרה שבו אישר בג"ץ ללא דיחוי את מינויו של פרופ' איתמר רבינוביץ' לשגריר בארצות הברית, אך פרסום הנימוקים הקצרים (כארבעה עמודים) נדחה בשנים, ובא רק חודש לאחר רצח רבין.

כשר המשפטים הגשתי הצעת חוק "התגברות", שלפיה אם ביטל בית המשפט חוק של הכנסת, תוכל הכנסת להחיותו ברוב של 61 חברי כנסת. העליון התנגד להצעה, אך במשך כל תקופת כהונתי, שנתיים לערך, לא פרסם בית המשפט ולו החלטה אחת המבטלת חוק של הכנסת. לאחר סיום כהונתי חדלו הניסיונות לקדם את חוק ה"התגברות", ותוך שלוש שנים, עד סיום כהונתה של הנשיאה ביניש, התפרסמו לא פחות מארבעה פסקי דין שבהם בוטלה חקיקה של הכנסת – בעניין בתי הסוהר הפרטיים, הארכת חוק טל, ביטול גמלת הכנסה לאברכי כוללים ומתן הבטחת הכנסה לבעלי מכוניות פרטיות.⁴⁹⁹ כל פסקי הדין הללו היו תלויים ועומדים בתקופת כהונתי. יכול להיות שכל זה הוא מקרה, אך ייתכן גם שמועד פרסומם הושפע בדרך כלשהי מהעובדה ששר המשפטים מבקש להעביר חוק "התגברות" שאינו נראה לבית המשפט, ואשר יאפשר לכנסת לחוקק מחדש חוק שהוא ביטל. הדעת נותנת שביטול חוק של הכנסת בשעה שהצעה כזו תלויה ועומדת עשויה להמריץ את המערכת הפוליטית לקדם אותה, וייתכן שבית המשפט העדיף משום כך להמתין "עד יעבור זעם".

חוק משמעותי אחד שהגיע לבג"ץ בשלוש השנים הללו ולא בוטל, הוא חוק האזרחות והכניסה לישראל, שהגביל מאוד (אם גם לא שלל לחלוטין) את זכותם לאזרחות ולתושבות של פלשתינים שנישאו לישראלים. במקרה זה דובר בחוק בעל משמעות קיומית למדינה. ברק, שגרס כי יש לבטל את החוק, נאבק על עמדתו בכל כוחו. פסק הדין היה "פתוח" שנים לא מעטות, וברק נותר במיעוט, אך הוא האמין שבסופו של דבר עמדתו תתקבל. הדברים התפתחו אחרת. זמן לא רב לאחר מינויה של דורית ביניש לנשיאה הוגשה עתירה חדשה נגד החוק שהוארך. שוב נותר התיק

מונח בעליון במשך שנים ארוכות, אך במהלך הזמן חלו שינויים בהרכב, והיו להם השלכה על התוצאה. אילה פרוקצ'יה, שתמכה בביטול החוק, פרשה, ובמקומה התמנה ניל הנדל, שהתנגד לכך. פסק הדין ניתן בשלהי נשיאותה של ביניש, ושוב נדחתה העתירה לביטול חוק האזרחות והכניסה לישראל ברוב דחוק של שישה נגד חמישה, כאשר אדמונד לוי, שכעת תמך בביטול החוק, מביע חוסר שביעות רצון מהדרך שבה השתלשלו הדברים.⁵⁰⁰

מה שהתרחש מאחורי הקלעים אינו ברור. ניתן רק להעריך שלפחות חלק מהשופטים הבינו כי ביטול החוק, שבעיני – כמו גם בעיני רבים מחברי הכנסת – היה יוצר בעיה קיומית למדינה, עלול לגרום לתגובה של הכנסת, שתביא לצמצום בכוחו של בית המשפט לבטל חוקים. בכל מקרה מתקבל הרושם שהשיקולים בדבר מועד פרסום פסקי דין בעייתיים אינם רק שיקולים ענייניים-טכניים.

סימני תפנית

תוצאותיה של המהפכה המשפטית והשלכותיה הקשות על השלטון עדיין איתנו. עם זאת, ננקטו סוף-סוף צעדים לבלימתה.

כוחה של המערכת המשפטית לשכפל את עצמה על ידי שליטה במינויים צומצם במידה רבה. מונו שופטים מהמגזר הפרטי בכל הערכאות, לרבות בית המשפט העליון, ופסק השימוש בשיטת המינויים הזמניים. הדומיננטיות של שופטי העליון בוועדה למינוי שופטים הצטמצמה, מה שתורם להעלאת רמת השפיטה והגדיל את הגיוון בעליון. למן 2004 לא מונו עוד לעליון אנשי פרקליטות וייעוץ משפטי, עניין שהוא חיוני על מנת למנוע סימביוזה בין המערכות. הונהגה בקרה על בתי המשפט באמצעות נציב תלונות הציבור על השופטים.

ניכרת מידה של מיתון באקטיביזם השיפוטי, ולאחר מינויו של גרוניס לתפקיד נשיא המשיכה הוועדה לבחירת שופטים לפעול בתקופת טרום בחירות, בניגוד ל"חוק" חסר הבסיס שהופעל בעבר. השינוי רק היטיב עם המערכת. כמו כן ניתנו בעליון כמה פסקי דין שבהם זוכו נאשמים מפאת ספק סביר שנותר לאחר הרשעתם במחוזי, ואף זהו צעד חשוב בכיוון הנכון, אף כי נותרה עדיין כבדת דרך לצמצום הסיכון של הרשעת חפים מפשע.

עובדה מעניינת היא שסקר דעת קהל שנעשה ב-2012, לאחר מינויו של גרוניס לנשיא, מגלה עלייה במידת האמון של הציבור בבית המשפט העליון. ייתכן מאוד שהדבר הוא פרי התהליכים הללו.

הממשלה החזירה לעצמה באופן חלקי את היכולת למנות יועץ משפטי, וכך עלה בידה לבחור ביהודה וינשטיין מהמגזר הפרטי. החלה כך גם לחדור ההבנה שתפקידו של היועץ הוא לסייע לממשלה בקידום מדיניותה, במסגרת החוק, ולא להכתיב מדיניות. ניכרת מדיניות שקולה יותר בתחום החקירות הפליליות (אף כי העיכובים במתן החלטה בתיקים של אנשי ציבור, ובראשם אביגדור ליברמן, עדיין חורגים ממה שניתן להשלים עמו). כנגד זה, למרות כל הדיבורים לא עלה בידי הממשלה והכנסת להקים עד היום מערך בקרה על הפרקליטות, עובדה שמלמדת לא מעט עד כמה רחוקים אנו עדיין מפתרונה של בעיית היסוד הזו.

בכנסת גברה ההכרה שיש לפעול להסדרת היחסים עם העליון, שעד היום הכתיב באופן חד-צדדי את המציאות. הנושא נמצא כרגע בשלב של הצעות חוק, אך עוד ארוכה הדרך להחזרת האיזון בין המערכות, להחזרת יכולת המשילות של הרשות המבצעת ולצמצום המשפטיזציה.

ביקורת נוקבת נמתחה כאן על המהפכה השיפוטית ועל שורה של מהלכים שנלוו אליה, ובהם הצבת בית המשפט העליון מעל הרשויות האחרות, הנהגת ביקורת על הממשלה והכנסת על בסיס "חוסר סבירות", הרחבת סמכויות הביקורת השיפוטית לנושאים בלתי-שפיטים, עיסוק בנושאים הנוגעים לניהול המדינה והרחבת סמכויות היועץ המשפטי מעבר לכל מידה סבירה.

הדברים אינם צריכים לערער על כך שמדינת ישראל זקוקה למערכת בתי משפט עצמאית ואיתנה, ובראשה בית משפט עליון. הביקורת גם אינה צריכה להאפיל על הישגיו הרבים של העליון, ועל התפקיד המרכזי שמילא בשמירה על זכויות האדם ובהגנה על הפרט מפני שרירות השלטון ופגעי הבירוקרטיה. רבים מההישגים האלה שמורים לבית המשפט העליון הקלאסי, שקדם למהפכה המשפטית, ואחרים הושגו בתקופת בית המשפט המהפכני. עם זאת הוחמרה בעידן המהפכני הפגיעה בזכויות אדם בתחום המשפט הפלילי, והיא זועקת לתיקון.

כדי לשמור על מעמדו של העליון לא תמכתי בתקופת כהונתי כשר המשפטים בהקמת בית משפט לחוקה. עם זאת, לשם שמירת מעמדו והשבת כוחו המוסרי נדרשת הכרה במגבלות כוחו וסמכויותיו, ובכך שמקומו איננו בזירה התקשורתית והפוליטית. אין זה מתפקידם של שופטיו ושל שופטיו בדימוס לפרסם ראיונות נגד שרים וחברי כנסת, לצאת במאבקים תקשורתיים נגד הליכי חקיקה או לפעול כלובי בבית המחוקקים.

גם מערכת אכיפת החוק, ובראשה היועץ המשפטי, צריכה להכיר בגבולות תפקידה וסמכותה. המאבק בשחיתות הנו חשוב, אך חשוב לא פחות לדאוג לכך שהתרופה לא תהיה גרועה מהמחלה. חשוב גם להכיר בכך שהמערכת הזו זקוקה לבקרה יעילה, וכי תפקידה הוא לסייע ולא להכביד, לקדם את מדיניות הממשלה בדרך היעילה והמהירה ביותר במסגרת החוק ולא לנסות לשבש את מהלכיה או לפקד עליה במגמה להכתיב מדיניות חלופית.

מדינה דמוקרטית מתנהלת על ידי נבחרי הציבור. העובדה שהם כפופים לבקרה ולפיקוח אינה מצדיקה הפיכה אשר מפקידה את המושכות בידי המבקרים והמפקחים. כיום נראה שאנחנו נמצאים בשלבי התאוששות ראשוניים מהמהפכה הזו, אך תוצאותיה ילוו אותנו עוד שנים לא מעטות.

הערות

1. ביד"צ מר/3/57 תובע צבאי נ' רס"ן מלינקי, פס"מ יז 90 (1958).
2. פרטים אודות משפטו של אל"מ יששכר שדמי מופיעים בספרו של מי שהיה סניגורו במשפט, יעקב סלומון, בדרכי שלי 244-246 (הוצאת עירנים, מהדורת ידיעות אחרונות, 1980).
3. יצחק רבין עם דב גולדשטיין פנקס שירות 549-551 (ספרית מעריב, 1979); מיכאל בר-זהר כעוף החול: שמעון פרס – הביוגרפיה 428-433 (ידיעות אחרונות. ספרי חמד, 2006).
4. נתן ברון "הכבוד האבוד של השופט העליון – פרשת אי-מינויו של השופט גר פרומקין לבית המשפט העליון בישראל", קתדרה 101, 151 (התשס"ב) – חלק א; קתדרה 102, 159 (התשס"ב) – חלק ב.
5. נתן ברון "שופט במצוקה: פרשת מינויו של שניאור זלמן חשין לבית המשפט העליון בשנת תש"ח" זמנים 93, 82 (2006); פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית 122, 362 (הוצאת עם עובד, ספרית אפקים, 2002).
6. פנינה להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית 122 (הוצאת עם עובד, ספרית אפקים, 2002).
7. ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 281 (1956); ע"פ 186/55 מיזאן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 769 (1957); מרים בן-פורת מבעד לגלימה 63 (העורך: שחר אלתרמן, כתר ספרים (2005) בע"מ, 2010).
8. ע"א 84/50 הטרוסט הכללי הארץ ישראלי נ' בראודה, פ"ד ו 1147 (1952).
9. בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השירור, פ"ד לה(1) 421 (1980).
10. אליקים רובינשטיין שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל 97 (הוצאת שוקן, 1980).
11. בג"ץ 64/51 דאוד נ' שר הביטחון, פ"ד ה 1117 (1951).
12. בג"ץ 239/51 דאוד נ' ועדת הערעורים לאזורי בטחון, פ"ד ו 229 (1952); בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נז(4) 803 (2003); דנג"ץ 6354/03 סבית נ' ממשלת ישראל (2004).
13. בג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85 (1948).
14. בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693 (1969).
15. בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט(2) 485 (1965).
16. בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר-הפנים, פ"ד ז 871 (1953).
17. בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399, 407 (1951).

18. בג"ץ 262/62 פרץ נ' יושב ראש, חברי המועצה המקומית ותושבי כפר שמריהו, פ"ד טז 2101 (1962).
19. בג"ץ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז 225 (1963).
20. ע"פ 217/68 יזראמקס נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 (1968).
21. בג"ץ 72/62 רופאיון נ' שר הפנים, פ"ד טז 2428 (1962).
22. בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970).
23. בג"ץ 18/72 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כו(1) 334 (1972).
24. ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965).
25. בג"ץ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1964).
26. בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים (טרם פורסם, 10.10.2007).
27. בג"ץ 606/78 איוב נ' שר הביטחון, פ"ד לג(2) 113 (1979).
28. בג"ץ 302/72 אבו חילו נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(2) 169 (1973).
29. בג"ץ 390/79 דויקאת נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979).
30. בג"ץ 285/81 אל נאזר נ' מפקד יהודה ושומרון, פ"ד לו(1) 701 (1982).
31. אמיר אורן "חקירות בצמרת – מתקדים דיין ועד פרשת קצב" הארץ 13.5.2011.
32. ברוך לשם זיגל – הסיפור המלא של חקירות השחיתות 86 (ספרית מעריב, 1988).
33. פרטים על הפרשה מצויים גם אצל יחיאל גוטמן, טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 393–406 (ידיעות אחרונות, 1995); נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 141–146 (כתר הוצאה לאור, 2001); יוסי דר אהרן ברק ומנעמי שלטון החוק 33–113 (הוצאת טלגוניוס, 2002); ברוך לשם זיגל – הסיפור המלא של חקירות השחיתות 78–101 (ספרית מעריב, 1988).
34. אשר ידלין עדות 21 (הוצאת עידנים, 1980).
35. ברוך לשם זיגל – הסיפור המלא של חקירות השחיתות 84–86 (ספרית מעריב, 1988).
36. ב"ש 290/76 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 671, 672 (1976).
37. אשר ידלין עדות 54 (הוצאת עידנים, 1980), שם מפנה ידלין לקרן שעמדה לרשותו של שרת. ראו גם משה שרת יומן אישי כרך ג 843 (ספרית מעריב, 1978).
38. ע"פ 234/77 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 31 (1977).
39. ת"פ (מחוזי ת"א) 394/77 מדינת ישראל נ' ידלין, פ"מ תשל"ט(1) 125 (1979).
40. יצחק רבין עם דב גולדשטיין פנקס שירות 556 (ספרית מעריב, 1979).
41. שם.
42. יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 413–414 (ידיעות אחרונות, 1995); נעמי לויצקי, כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 148 (כתר הוצאה לאור, 2001).
43. יצחק רבין עם דב גולדשטיין פנקס שירות 556 (ספרית מעריב, 1979).
44. יצחק רבין עם דב גולדשטיין פנקס שירות 560 (ספרית מעריב, 1979). תיאור מפורט של המפגש עם רבין מצוי בספרה של נעמי לויצקי, כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 157 (כתר הוצאה לאור, 2001), שם מסופר כי ברק דיבר במישרין גם עם לאה רבין.

45. ע"פ 767/76 מדינת ישראל נ' ממן, פ"ד לא(2) 673 (1977).
46. שם בע' 561.
47. יוסי דר אהרן ברק ומנעמי שלטון החוק 127 והערה 136 בעמ' 411 (הוצאת טלגוניוס, 2002).
48. נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 161–162 (כתר הוצאה לאור, 2001).
49. ע' 219–220 (כנרת, זמורה-ביתן, דביר – מוציאים לאור בע"מ, 2009).
50. ע' 181–182 (הוצאת ידיעות אחרונות – ספרי חמד, עורך: עמוס כרמל, 1997).
51. עש"ה 6/77 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 265, 269 (1977).
52. מיכאל בר-זהר כעוף החול: שמעון פרס – הביוגרפיה 494 (ידיעות אחרונות. ספרי חמד, 2006).
53. לאה רבין כל הזמן אשתו 214 (הוצאת עידנים/ספרי ידיעות אחרונות, 1988). על הטיעון כי התיק נגד אבא אבן נסגר כיוון ש"איש לא סימן אותו כמטרה פוליטית" חזרה לאה רבין כעבור קרוב לעשר שנים, בספרה הולכת בדרכו 182 (למשכל – הוצאה לאור מיסודן של ידיעות אחרונות וספרי חמד, 1997).
54. נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 241 (כתר הוצאה לאור, 2001).
55. הארץ 2.10.1994; יוסי דר אהרן ברק ומנעמי שלטון החוק 152–167 (הוצאת טלגוניוס, 2002).
56. ע' 217 (כנרת, זמורה-ביתן, דביר – מוציאים לאור בע"מ, 2005).
57. יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 201 (ידיעות אחרונות, 1995); משה שרת יומן אישי כרך ב 510, 518 (ספרית מעריב, 1978).
58. ע' 15, 27–28 (תרגום מאנגלית: אריה אוריאל, הוצאת בבל, 2000).
59. ע"פ 308/75 פסחוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 449 (1977).
60. בג"ץ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 3 (1987).
61. בג"ץ 448/87 נקש נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 813 (1987).
62. ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1) 625 (1999).
63. דיויד וינר "כל ישראל ערבים זה לזה – בין הסגרה למחויבות יהודית" ספר דיויד וינר 219, 220 (עורכים: דרור ארד-אילון, יורם רבין, יניב ואקי, מאיה רפפורט, הוצאה לאור של לשכת עורכי הדין, הפרקליט והמסלול האקמי – המכללה למינהל, 2009).
64. ע"פ 173/75 מדינת ישראל נ' בן-ציון, פ"ד ל(1) 119 (1975).
65. בג"ץ 387/76 בן ציון נ' שר המשטרה, פ"ד לא(1) 484 (1976).
66. נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 201 (כתר הוצאה לאור, 2001).
67. רב ויסגלס אריק שרון, ראש ממשלה – מבט אישי 38–51 (עורך: רמי טל, ידיעות אחרונות. ספרי חמד, 2012).
68. נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 220 (כתר הוצאה לאור, 2001).
69. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 222 (1995).
70. בג"ץ 1067/08 עמותת נוער כהלכה נ' משרד החינוך (טרם פורסם, 6.8.2009).
71. בג"ץ 320/80 קוואסמה נ' שר הביטחון, פ"ד לה(3) 113 (1980).
72. נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 183–188 (כתר הוצאה לאור, 2001).

73. בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז(1) 268, 289 (1993).
74. ע"פ 281/82 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 673 (1983).
75. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).
76. בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).
77. Malvina Halberstam, *Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, 31 CARDOZO L. REV. 2393, 2451 (2010).
78. דב"ע (ארצי) נג/3-160 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – דנילוביץ, פד"ע כו 339 (1993).
79. בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994).
80. אהרון ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א 9 (1992).
81. ד"כ 144א, 5246 (1995).
82. ד"כ 125, 3783 (1992).
83. אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד – "משפט ואדם, גבורות לאמנון רובינשטיין" 79 (עורכים: עלי בוקשפן וערן דויד, 2012).
84. ד"כ 154, 4478 (1996); גרעון ספיר המהפכה החוקתית, עבר הווה ועתיד 70-80 (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, למשכל – הוצאה לאור מיסודן של ידיעות אחרונות וספרי חמד, 2010).
85. בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 1 (1994).
86. שלמה לויין "אי-תלות שיפוטית – מבט כלפי פנים" עיוני משפט כט 5 (2005).
87. בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
88. נעמי לויצקי העליונים – בתוככי בית-המשפט העליון 78-79 (העורכים: מנחם פרי, מירי צפיר, הוצאת הקיבוץ המאוחד, הספריה החדשה, 2006).
89. חנה אבנור לבדי בדרך (עריכה: אתי בורשטיין. הוצאה לאור: טליגרף בע"מ, 2001).
90. אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון גיי הפדרליסט 388 (אהרן אמיר מתרגם, עורכת: יעל חזני, הוצאת שלם, ספריית לויטן, 2001).
91. שם, בעמ' 47.
92. ע"א 383/77 מוצרי אספלט ואבן נגב בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(1) 641, 642 (1979).
93. אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החוזה 60 (נבו הוצאה לאור, 2001). אולם בחיבור אחר הכיר השופט ברק באפשרות קיומו של טקסט ברור: אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 51 (נבו הוצאה לאור, 2003).
94. ע' 871 (מהדורה שביעית, בעריכת שלמה לויין, אמינון בע"מ, 1995).
95. ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485 (1995).
96. בש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598 (1996).
97. דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).
98. דנ"א 6707/95 לביא נ' בנק הפועלים, פ"ד מט(5) 155 (1996).

99. בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון, פ"ד כד(1) 246, 238 (1970).
100. בג"ץ 910/96 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 464, 441 (1988).
101. בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 766, 749 (1991).
102. בג"ץ 4481/91 ברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(4) 210 (1993).
103. בג"ץ 2148/94 גלברט נ' יו"ר ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 600, 573 (1994).
104. ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225 (החלטה מיום 27.6.84, הנימוקים ניתנו במאי 1985).
105. ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-12, פ"ד מב(4) 177 (1988); ע"ב 2858/92 מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-13, פ"ד מו(3) 541 (1992).
106. ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221 (1989).
107. א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).
108. ברק מדינה "ארבעים שנה להלכת ירדור: שלטון החוק, משפט הטבע וגבולות השיח הלגיטימי במדינה יהודית ודמוקרטית" מחקרי משפט כב 327, 370 (2006).
109. חר"ש רואה עצמה כמפלגה ערבית-יהודית ובין חברי הכנסת יש גם חבר כנסת יהודי, רב חנין, הזוכה להערכה. אולם רובם המכריע של מצביעיה הם מהמגזר הערבי.
110. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).
111. בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).
112. בג"ץ 301/81 שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118 (1981).
113. בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 96, 85 (1985).
114. בג"ץ 306/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 485 (1985).
115. בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393 (1986).
116. בג"ץ 400/87 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(2) 729 (1987).
117. בג"ץ 388/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (1987).
118. בג"ץ 620/85 מיעארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מא(4) 169 (1987).
119. בג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492 (1993), פ"ד מט(1) 661 (1995).
120. בג"ץ 5368/96 פנחסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 364 (1996).
121. ת"פ (שלום ת"א) 8074/96 מדינת ישראל נ' רפאל פנחסי, תק-של 1997(4) 15.
122. ע' 138–139 (הוצאת ספרים עם עובד בע"מ, 2008).
123. תיאור מפורט של הפרשה מצוי בספריהם של יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 (ידיעות אחרונות, 1995) ושל אילן רחום פרשת השב"כ (הוצאת כרמל, 1990), המתארים גם את העדויות הנוגדות שניתנו על ידי הפתולוגים. הפרשה מתוארת גם בסרט "א' תחסל אותם" של גידי וייץ ונרדב עשהאל.

124. בג"ץ 4723/96 עטייה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(3) 714, 732 (1997). הפצ"ר לשעבר וכיום שופט בית המשפט העליון, אורי שהם, מסביר כי יש לראות את פסק הדין הזה על רקע פרשת שריאל, שבה סברו תא"ל מנחם פינקלשטיין, כתובע הצבאי הראשי, ותא"ל אילן שיף, כפרקליט הצבאי הראשי, כי אין מקום להעמיד לדין לפני בית דין צבאי את סגן שריאל בטענה של התרשלות בפעילות מבצעית. היועץ המשפטי לממשלה מיכאל בן-יאיר, אשר הסתמך על חוות דעתו של המשנה ליועץ דאז מני מזוז, כפה על הפצ"ר העמדה לדין, אך בית הדין הצבאי קיבל טענה טרומית שלפיה לא הופעל שיקול דעת אמיתי של הפצ"ר בעניין ההעמדה לדין, וביטל את כתב האישום. אורי שהם "הפצ"ר והיועץ המשפטי לממשלה – בין פרשת שריאל לבג"ץ אביבית עטייה" משפט וצבא 16(ב) 203 (התשס"ב).
125. יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 77-78 (יריעות אחרונות, 1995).
126. בג"ץ 177/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737, 751 (1951).
127. ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 469 (1962).
128. בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986).
129. ראו גם נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 195 (כתר הוצאה לאור, 2001).
130. הקשר בין הפרשות צוין בדו"ח לנדוי וכן בספרו של אילן רחום פרשת השב"כ (הוצאת כרמל, 1990), העוסק בשתייהן.
131. יגאל סרנה וענת טל-שיר "נאפסו מדבר" ידיעות אחרונות 29.5.1987, 2.6.1987.
132. ע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מא(2) 631 (1987).
133. בג"ץ 88/88 נאפסו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מב(3) 425 (1988).
134. ע"פ 141/84 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד לט(3) 596 (1985).
135. ד"נ 23/85 מדינת ישראל נ' טובול, פ"ד מב(4) 309 (1988).
136. ע"א 311/57 היועץ המשפטי נ' מ. דיזנגוף ושות' (שיט) בע"מ, פ"ד יג 1026 (1959).
137. בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 6.12.2007).
138. Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, NEW REPUBLIC, Apr. 23, 2007, at 53; reviewing AHARON BARAK, *THE JUDGE IN A DEMOCRACY* (2006) "המוסף לשבת" ידיעות אחרונות 24.7.2007.
139. בג"ץ 6163/92 איזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993).
140. וגם בג"ץ 957/89 צדיק נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד מד(2) 431 (1990); דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נט(4) 637 (2004).
141. בג"ץ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה, פ"ד לה(2) 262 (1980); נילי כהן "ההסכם הפוליטי" המשפט א 59 (1993).
142. בג"ץ 313/67 אקסלרוד נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 80 (1968).
143. בג"ץ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא(1) 73 (1987).
144. בג"ץ 1523/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מד(2) 213 (1990).
145. בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 766 (1991).
146. בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (1990).

147. בג"ץ 3872/93 מישראל בע"מ נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485 (1985).
148. בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758 (1995).
149. דנג"ץ 808/95 אמיתי, אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מט(1) 837 (1995).
150. בג"ץ 156/56 שור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יא 285 (1957).
151. בג"ץ 665/79 וינוגרד נ' היועץ המשפטי, פ"ד לד(2) 634, 641 (1980).
152. בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326, 334 (1983).
153. בג"ץ 223/88 שפטל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 356 (1989).
154. בג"ץ 425/89 צופאן נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד מג(4) 718 (1989).
155. בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990).
156. ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221 (1996).
157. בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1 (1994).
158. בג"ץ 421/71 יפ-אורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741 (1971).
159. בג"ץ 456/73 כהנא נ' מפקד המחוז הדרומי של המשטרה (לא פורסם, 16.12.1973).
160. בג"ץ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456 (1994).
161. בג"ץ 6658/93 עם כלביא נ' מפקד משטרת ירושלים, פ"ד מח(4) 793 (1994).
162. בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995).
163. דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).
164. ה"פ (מחוזי ת"א) 1357/95 מסילתי נ' מדינת ישראל, פ"מ תשנ"ו(1) 458 (1996).
165. ע"פ 4596/98 פלונית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000).
166. בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988).
167. בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).
168. ע"א 300/64 ברגר נ' מנהל מס עיזבון, פ"ד יט(2) 240 (1965); ע"א 253/65 בריקר נ' בריקר, פ"ד כ(1) 589 (1966).
169. בג"ץ 202/57 סידס נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד יב 1528 (1958).
170. בג"ץ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221 (1994).
171. בג"ץ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141 (1986).
172. בג"ץ 343/87 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 307 (1988).
173. שמעון שטרית "שופט בשליחות פוליטית" הארץ 25.10.1978; יוסי דר אהרן ברק ומנעמי שלטון החוק 283-290 (הוצאת טלגוניוס, 2002).
174. ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995).
175. למשל, ע"א 3833/93 לוי נ' לוי, פ"ד מח(2) 862 (1994).
176. דנ"א 2485/95 אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 1995(2) 1446.
177. דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1 (2006).
178. ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, תק-על 2008(1) 840; רע"א 3676/07 המוסד לביטוח לאומי נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם, 20.6.2010).

179. רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ מגדל חברה לביטוח בע"מ (טרם פורסם, 26.2.2012).
180. רות גביון "היועץ המשפטי לממשלה: בחינה ביקורתית של מגמות חדשות" פלילים ה' 27, 95-96 (1996).
181. איתן לבונטין ייצוג המדינה בבית המשפט 83 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2009), נגיש בכתובת: law.huji.ac.il/upload/levontin.doc.
182. החוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), התשי"ח-1958.
183. בג"ץ 27/48 להיס נ' שר-הבטחון, פ"ד ב(1) 153 (1948).
184. יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 312 (ידיעות אחרונות, 1995); אוולין גורדון "איך איבדה הממשלה את זכותה לייצוג משפטי" תכלת 4, 57 (1998).
185. בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421 (1987).
186. בקשה לדיון נוסף נדחתה בד"נ 3/87 המועצה לביקורת סרטים ומחזות נ' לאור, פ"ד מא(2) 162 (1987).
187. יחיאל גוטמן טלטלה בשב"כ – היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300 84 (ידיעות אחרות, 1995).
188. יצחק אולשן דין ודברים – זכרונות 356 (הוצאת שוקן, 1978).
189. בג"ץ 5305/08 עמותה לקידום ממשל תקין נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 24.11.2009).
190. בג"ץ 121/68 אלקטרה (ישראל) בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד כב(2) 551, 560 (1968).
191. בג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא ברק (1993).
192. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993).
193. הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו דין וחשבון 76 (1998).
194. חיים כהן "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב' 265, 285 (1994).
195. עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" משפט וממשל ו' 173, 174-175 (2001); איתן לבונטין ייצוג המדינה בבית המשפט 72 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים, 2009), נגיש בכתובת: law.huji.ac.il/upload/levontin.doc.
196. בג"ץ 2509/97 גולדפישר נ' פרקליטות המדינה (לא פורסם, 13.8.1997).
197. שם.
198. ע"א 4147/91 היועץ המשפטי לממשלה נ' יפת (לא פורסם, 8.4.1992).
199. יוסי שיין שפת השחיתות ותרבות המסר הישראלית 23 (העורכת: מיכל שוורץ, כנרת, זמורה-ביתן, רביר – מוציאים לאור בע"מ, 2010).
200. שם בע' 18.

201. נעמי לויצקי העליונים – בתוככי בית המשפט העליון 73 (העורכים: מנחם פרי, מירי צפריר, הוצאת הקיבוץ המאוחד, הספריה החדשה, 2006).
202. מנחם מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב-תרבותית" מחקרי משפט יט 459, 423 (2003).
203. ת"פ (מחוזי י-ם) 3471/87 מדינת ישראל נ' קפלן, פ"מ תשמ"ח(2) 26 (1987).
204. א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).
205. בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
206. בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 30.11.2006).
207. ע' 221 (הוצאת ספרים עם עובד בע"מ, 2008).
208. נעמי לויצקי העליונים – בתוככי בית המשפט העליון 21 (העורכים: מנחם פרי, מירי צפריר, הוצאת הקיבוץ המאוחד, הספריה החדשה, 2006).
209. קובץ מאמרי ביקורת על המינויים לעליון נכלל בספרו של יראון פסטינגר של מי הבית הזה? שער שלישי – "חבר מביא חבר – 'האחוזה הפרטית'" 96–73 (2007).
210. במאמר שפרסם לפיד בשנת 1993 דיבר על כך ש"בישראל פועלות שתי ממשלות" ממשלה שנבחרה על ידי הכנסת וממשלה שניה ה"נקראת בג"ץ": יוסי דר אהרן ברק ומנעמי שלטון החוק 149 (הוצאת טלגוניוס, 2002).
211. בג"ץ 8815/05 לנדשטיין נ' שפיגלר (לא פורסם, 26.12.2005).
212. בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001).
213. יובל יועז פרש את הפרשה ברשימה "מהכנסת לבית המשפט העליון?" הארץ 2.5.2005.
214. ע"פ 884/80 מדינת ישראל נ' גרוסמן, פ"ד לו(1) 405 (1981).
215. ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד סא(1) 461 (2006).
216. בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו שלא כדין שנקבע בהלכת יששכרוב – בשורה או אכזבה? דעה והזמנה לדיון נוסף" משפט וצבא יט 67 (התשס"ז).
217. למ"ס שנתון סטטיסטי לישראל 16, 621 (1965); למ"ס שנתון סטטיסטי לישראל 2006 לוח 11.4 (2007).
218. יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" מחקרי משפט יג 329 (1996).
219. Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Israel's Supreme Court Appellate Jurisdiction: An Empirical Study*, 96 CORNELL L. REV. 693, 718 (2011).
220. ביקורת על עמדותיו של ברק בפרשה זו נמתחה במאמרו של יששכר רוזן צבי "האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" משפט וממשל ח 49, 103–104 (2004).
221. אליקים רובינשטיין שופטי-ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית-המשפט העליון בישראל 214 (הוצאת שוקן, 1980).
222. שמואל דקלו "ביילין: נילי ארד אינה מתאימה למדיניות; ארד: דבריו של ביילין בבג"ץ אינם אמת" גלובס 14.11.1999.
223. בג"ץ 8794/03 הס נ' הפרקליט הצבאי הראשי (טרם פורסם, 23.12.2008).
224. בג"ץ 5757/04 הס נ' סגן הרמטכ"ל, פ"ד נט(6) 97 (2005).
225. בג"ץ 1284/99 פלונית נ' ראש המטה הכללי, פ"ד נג(2) 62 (1999).

226. בג"ץ 2533/97 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד נא(3) 46 (1997).
227. בג"ץ 1993/03 התנועה לאיכות השלטון נ' אריאל שרון, פ"ד נז(6) 817 (2003).
228. בג"ץ 3846/91 מעוז נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מו(5) 423, 439 (1992).
229. בג"ץ 1400/06 התנועה לאיכות השלטון נ' ממלא מקום ראש הממשלה, תק-על 2006(1) 3037.
230. מרדכי בן-דרור התנהגות שופטים 152-156 (הוצאת פרלשטיין-גינסר, 2005). דו"ח ועדת לנדרי מובא שם, בעמ' 497.
231. ע"פ 4336/96 מדינת ישראל נ' דיניץ, פ"ד נא(5) 97 (1997).
232. ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 49, 51 (2000).
233. בג"ץ 1622/00 יצחק נ' נשיא בית המשפט העליון, פ"ד נד(2) 54 (2000).
234. ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 1 (2000).
235. ענת פלג דלתיים פתוחות – השפעת התקשורת על המשפט בישראל 152 (עורכת: עליזה ולך, הוצאת מטר, 2012).
236. ע"א 6281/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
237. חיים כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" משפטים לא 415 (2001). המאמר פורסם גם בספר חיים כהן מבחר כתבים – קציר עשור הגבורות 485, 487 (אהרן ברק ורות גביוון עורכים, נבו הוצאה לאור 2001).
238. בג"ץ 8424/01 הנדלמן נ' נציב מס הכנסה (לא פורסם, 30.9.2002).
239. ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (לא פורסם, 14.4.2003).
240. ע"פ (מחוזי ת"א) 70597/04 הנדלמן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 1.12.2005).
241. בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
242. בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999).
243. בג"ץ 1030/99 אורון נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נו(3) 640 (2002).
244. בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009).
245. בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.2.2010).
246. בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 28.2.2012).
247. בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 22.5.2012).
248. בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון (לא פורסם, 12.12.2006).
249. בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 21.2.2012).
250. בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
251. בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006).
252. בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 11.1.2012).
253. בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).
254. א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' טיבי, פ"ד נז(4) 1 (2003).
255. בג"ץ 11225/03 בשארה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ס(4) 287 (2006).
256. בג"ץ 6026/94 נאזל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994).
257. בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2) 651 (1997).

258. עמ"ס 10/94 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נג(1) 97 (1997).
259. נעמי לויצקי העליונים – בתוככי בית המשפט העליון 242 (העורכים: מנחם פרי, מירי צפריר, הוצאת הקיבוץ המאוחד, הספריה החדשה, 2006).
260. דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).
261. ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.6.2008).
262. עמ"ס 5652/00 עוביד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(4) 913 (2000).
263. בג"ץ 794/98 עוביד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769 (2001).
264. רע"א 993/06 מדינת ישראל נ' דיראני (טרם פורסם, 18.7.2011).
265. בג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד ס(3) 67 (2005).
266. בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).
267. מרדכי קרמניצר וראם שגב "הפעלת כוח בחקירות שירות הביטחון הכללי – הרע במיעוטו?" משפט וממשל ד 667 (1998); דניאל סטטמן "שאלת המוחלטות המוסרית של האיסור לענות" משפט וממשל ד 161 (1998).
268. בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).
269. על העיכוב במתן פסק הדין, אשר אינו יוצא דופן בתיקים עקרוניים, נמתחה ביקורת ברשימתו של אביגדור פלדמן "ההיסטוריה של העליון על פי ברק" מעריב 17.7.2009.
270. מיכל שקד משה לנדוי. ביוגרפיה 532 (עריכה: מולי מלצר, ספרי עליית גג בע"מ, ומשכל בע"מ – הוצאה לאור מיסודן של ידיעות אחרונות וספרי חמד, 2012).
271. בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005). ביקורת על מעורבותו של בג"ץ בפעולות לחימה תוך כדי התרחשותן נשמעה מפי פרופ' שלמה סלונים. ראו: Malvina Halberstam, *Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, 31 CARDOZO L. REV. 2393, 2433–2436 (2010).
272. בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385 (2004).
273. בג"ץ 5872/01 ברכה נ' ראש הממשלה, פ"ד נו(3) 1 (2002).
274. בג"ץ 3436/02 הקסטוריה אינטרנציונלה דה טרה סנטה נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(3) 22, 24 (2002).
275. בג"ץ 4764/04 רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה, פ"ד נח(5) 385, 392 (2004).
276. בג"ץ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה, פ"ד נה(2) 455 (2001).
277. בג"ץ 3123/99 הילמן נ' השר לביטחון פנים (לא פורסם, 11.5.1999) (צו ביניים).
278. טיעון דומה הועלה לגבי הפצצות שביצעה ארצות הברית בעיראק ונגד בסיסי טרור בסודאן ובאפגניסטן בתקופה שבה פרצה שערוריית מוניקה לויןסקי: KENNETH C. YORK, DON'T KNOW MUCH ABOUT HISTORY 554–555 (Anniversary ed. 2011).
279. בג"ץ 5261/04 פוקס נ' ראש הממשלה, פ"ד נט(2) 446 (2004).
280. בג"ץ 4112/99 עדאלה נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393 (2002).
281. בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000).
282. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

283. בג"ץ 528/88 אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 297 (1989).
284. בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800 (1978).
285. שמעון שטרית "הפסיקה בפרשת בג"צ קעדאן לא היתה מחויבת המציאות" *News/* 26.5.2003. המאמר התפרסם קודם לכן ברבעון קרקע – ביטאון המכון לחקר שימושי קרקע של קק"ל.
286. בשמו הרשמי: חוק לתיקון פקודת האגודות השיתופיות (תיקון מס' 8), התשע"א-2011.
287. בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת.
288. בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1 (2006).
289. בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).
290. בג"ץ 10934/02 קיבוץ כפר עזה נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נח(3) 854, 860 (2004).
291. בג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 9.6.2011).
292. בג"ץ 4999/03 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' ראש הממשלה (לא פורסם, 10.5.2006).
293. בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס(3) 464 (2005). עוד קודם לכן דחה בג"ץ עתירה נגד קיצוץ קצבאות הזקנה במסגרת התוכנית הכלכלית של נתניהו מן השנים 2002 ו-2003: בג"ץ 5578/02 מנור נ' שר האוצר, פ"ד נט(1) 729 (2004).
294. בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 21.2.2012).
295. בג"ץ 3872/93 מיטראל נ' ראש הממשלה, פ"ד מז(5) 485 (1993).
296. בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997).
297. ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון-לציון, פ"ד נג(3) 600 (1999).
298. בג"ץ 6751/04 סבג נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד נט(4) 817 (2004).
299. בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).
300. בג"ץ 2859/99 מקרינה נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721 (2005).
301. בג"ץ 6539/03 גולדמן נ' משרד הפנים, פ"ד נט(3) 385 (2004).
302. בג"ץ 4804/94 סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661 (1996).
303. בג"ץ 806/88 *Universal City Studios* נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989).
304. בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817 (1999).
305. נעמי לויצקי כבודו – אהרן ברק. ביוגרפיה 312 (כתר הוצאה לאור, 2001).
306. בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי והמועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד טז 2407 (1962).
307. בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249 (2003).
308. ע"א 8345/08 בן נתן נ' בכרי (טרם פורסם, 27.7.2011).
309. ע"א 456/01 כץ נ' עמותת אלכסנדרוני (לא פורסם, 6.11.2001).
310. דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.7.2011).
311. ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).

312. בג"ץ 3087/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נד(1) 414 (2000).
313. בג"ץ 2534/97 יונה יהב נ' פרקליטת המדינה, פ"ד נא(3) 1 (1997).
314. טל רוזנר, 15.6.2004, *ynet*.
315. בג"ץ 5675/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(1) 199 (2004).
316. בג"ץ 7074/93 סויסא נ' היועץ המשפט לממשלה, פ"ד מח(2) 749 (1994).
317. בג"ץ 4869/01 פלונית נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נו(3) 944 (2002).
318. בג"ץ 6781/96 אולמרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 793 (1996). עתירה נגד העמדה לדין נדחתה גם בבג"ץ 1563/96 כץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(1) 529 (2001).
319. ת"פ (מחוזי ת"א) 329/96 מדינת ישראל נ' אולמרט, תק-מח 1997(3) 46.
320. בג"ץ 6009/94 שפרן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד מח(5) 573 (1994).
321. אמנון דנקנר "להחליש את הקשר" מעריב 11.6.2006
322. ת"פ (שלום ת"א) 7771/96 מדינת ישראל נ' נאמן (לא פורסם, 15.5.1997).
323. בג"ץ 237/97 פינס נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 13.3.1997). השתלשלות העובדות מתוארת במאמרו של זאב סגל "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בר-און ובעקבותיה" משפט וממשל ד 587, 593 (1998).
324. ת"א (מחוזי ת"א) 134/97 אפל נ' חסון (לא פורסם, 1.6.2004).
325. ע"א 8028/04 אפל נ' חסון (לא פורסם, 5.12.2005).
326. ת"פ (שלום חי') 5040/96 מדינת ישראל נ' איתן (לא פורסם, 19.2.1997).
327. ע"פ 4336/96 מדינת ישראל נ' דיניץ, פ"ד נא(5) 97 (1997).
328. ת"פ (מחוזי י-ם) 313/95 מדינת ישראל נ' שטרית, פ"מ תשנ"ח(1) 30 (1998).
329. ע"פ (מחוזי ת"א) 70643/01 מדינת ישראל נ' קהלני, תק-מח 2001(3) 2106.
330. ת"פ (שלום ת"א) 12121/00 מדינת ישראל נ' קהלני (לא פורסם, 31.7.2002).
331. ע"א 7759/01 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' משרד המשפטים, פ"ד נח(5) 150 (2004).
332. ת"פ (שלום ת"א) 4837/05 מדינת ישראל נ' שרון (לא פורסם, 14.2.2006).
333. ע"פ (מחוזי ת"א) 70569/06 שרון נ' מדינת ישראל תק-מח 2007(2) 11030.
334. רע"פ 6152/07 שרון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 28.1.2008).
335. ת"פ (מחוזי ת"א) 40387/99 מדינת ישראל נ' שבס (לא פורסם, 1.12.2000).
336. ע"פ 332/01 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נז(2) 496 (2003).
337. דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004).
338. אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 18 (1996).
339. ת"פ (מחוזי י-ם) 305/93 מדינת ישראל נ' דרעי, תק-מח 1999(1) 10.
340. ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721 (2000).
341. דנ"פ 5567/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 601 (2000).
342. בג"ץ 6302/01 דרעי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו(6) 725 (2002).
343. מ"ח 8483/00 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(4) 253 (2003).

344. נועם שרביט "עו"ד יגאל ארנון ל'גלובס': אריה דרעי סומן. הוחלט להרשיעו בכל מחיר" גלובס 5.2.2007.
345. ת"פ (שלום י-ם) 1872/99 מדינת ישראל נ' דרעי, דינים שלום כה 277 (2003).
346. עת"ם (מחוזי י-ם) 8774/08 דרעי נ' מנהל הבחירות לעיריית ירושלים (טרם פורסם, 2.10.2008).
347. ריכוז דברי ביקורת וקריאות לחקירה נגד חוטר-ישי מובאים אצל אוולין גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" תכלת 3, 44 (1998).
348. ת"פ (שלום ת"א) 7848/96 מדינת ישראל נ' חוטר ישי, מיסים יב(2) ה-493 (1998).
349. ע"פ (מחוזי ת"א) 523/98 חוטר ישי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 15.6.1998).
350. בג"ץ 1668/97 התנועה למען איכות השלטון נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין.
351. אוולין גורדון "אקטיביזם שיפוטי והדיון שאיננו" תכלת 3, 44, 56 (1998). המאמר נכתב בשעה שמשפטו של חוטר-ישי היה עדיין תלוי ועומד.
352. בג"ץ 4568/98 התנועה לאיכות השלטון נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין (לא פורסם, 18.11.1998).
353. מכתבו של עוזי פוגלמן מיום 20.12.1998.
354. ע"א 6356/99 חוטר-ישי נ' ארבל, פ"ד נו(5) 254, 265 (2002).
355. בש"פ 8362/99 מדינת ישראל נ' חוטר-ישי, תק-על 1999(3) 39.
356. ע"פ 369/78 אבו-מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376 (1979).
357. ת"פ (שלום ת"א) 5880/95 מדינת ישראל נ' נמרודי, תק-של 1998(2) 78.
358. ת"פ (שלום ת"א) 3172/94 מדינת ישראל נ' פרידן (לא פורסם, 3.12.1995). ערעוריו של פרידן לערכאות גבוהות יותר נדחו: ע"פ (מחוזי ת"א) 4261/98 פרידן נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.5.1999); רע"פ 3747/99 פרידן נ' מדינת ישראל, תק-על 1999(2) 939.
359. ת"פ (מחוזי ת"א) 40450/99 מדינת ישראל נ' נמרודי, תק-מח 2001(3) 2419.
360. בג"ץ 1689/02 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(6) 49 (2003).
361. דנג"ץ 7516/03 נמרודי נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2004(1) 1142.
362. בג"ץ 10243/03 ארדן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(2) 306 (2004).
363. חיים כהן "כשרותם של משרתי ציבור" משפט וממשל ב 265, 285 (1994).
364. ע' 375 ו-377 (העורכת רונית ויס-ברקוביץ, הוצאת כתר ספרים (2005), 2010).
365. בג"ץ 29/10 המטה למען ארץ ישראל ע"ר נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 25.1.2010). התייחסות לוועדה לבחירת היועץ המשפטי ולעמדות השונות ביחס למועמדים מצויה ברשימתו של יראון פסטינגר "ועדת היועץ שהיתה לרועץ" *ynet* 26.11.2009.
366. ע' 221 ו-222 (הוצאת ספרים עם עובד בע"מ, 2008).
367. בג"ץ 2324/11 גיל נ' שר החינוך (טרם פורסם, 26.4.2011).
368. בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 30.11.2006).
369. דן חלוץ בגובה העיניים 495 (למשכל הוצאה לאור, 2010).
370. בג"ץ 8793/07, 8923/07 התנועה למען איכות השלטון בישראל והסניגוריה הצבאית נ' ועדת הבדיקה בעניין המלחמה בצפון בראשות השופט וינוגרד (טרם פורסם, 27.11.2007).
371. בג"ץ 5268/08 ענבר נ' אלוף פיקוד הדרום (טרם פורסם, 9.12.2009).
372. ע' 464 (עורכת: מיכל שוורץ, ידיעות אחרונות, ספרי חמד, 2012).

373. איתמר אייכנר "דוקטור אהוד ומיסטר ברק" ידיעות אחרונות 13.8.2012. תיאור מפורט מצוי גם במאמרו של דוד מקובסקי: David Makovsky, *The Silent Strike*, NEW YORKER, Sept. 17, 2012.
374. בג"ץ 8749/06 עמותת "אומץ" נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 27.12.2006).
375. שני מזרחי "תיפתח חקירה נגד ראש הממשלה בפרשת כרמיה" מעריב 24.9.2006.
376. ארי שביט "הבית ברחוב כרמיה 8" הארץ 17.8.2006.
377. נוחי דנקנר על פרשת אולמרט ומכרז בנק לאומי: "אין זו אלא עלילה שפלה הראויה לכל גנאי", גלובס 26.10.2006.
378. דן אבי-יצחק "פתח בשרון, סיים באולמרט" עורך הדין 6, 16, 21 (2010).
379. אלה לוי-וינריב "עדות טלנסקי הביאה לסילוקו של אולמרט, ולא היה לה מקום מבחינה משפטית" גלובס 7.8.2008.
380. ע"פ 4345/08 אולמרט נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 20.5.2008).
381. צבי (ציקי) אבישר שרון – חמש שנים קדימה 179–182 (2011).
382. בג"ץ 9132/07 אלבסיוני נ' ראש הממשלה, תק-על 2008 (1) 1213.
383. שלמה צזנה, ישראל היום, 23.6.2008; דורית גבאי, מעריב, 23.6.2008.
384. בג"ץ 5551/08 שליט נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 23.6.2008).
385. שמואל מיטלמן, מיה בנגל, עמיר רפפורט ודודו בזק, מעריב, 23.6.2008.
386. דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721 (2000).
387. ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2008 (2) 3270.
388. צבי (ציקי) אבישר שרון – חמש שנים קדימה 183–184 (2011).
389. בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, תק-על 2009 (1) 565.
390. מזל מועלם "בר-און לשטרית: פגעת בכבודו של רמון" הארץ 28.8.2007.
391. נרב איל "פרץ: הפגיעה בבג"ץ סותרת את קווי היסוד" מעריב 27.2.2007.
392. על הפעילות התקשורתית של נשיאת בית המשפט העליון ושל מחלקת הדוברות של בתי המשפט אפשר ללמוד רבות מספרה של כתבת המשפט הוותיקה ענת פלג דלתיים פתוחות 65, 70, 151, 152–153, 162 (עורכת: עליזה ולך, מטר הוצאה לאור בע"מ, 2012).
393. לילך ויסמן "לבני נגד פרידמן: מעשיך מזיקים לדמוקרטיה ופוגעים באמון הציבור במערכת המשפט" גלובס 5.8.2007.
394. אילן סופר, מעריב, 1.2.2008.
395. Richard A. Posner, *Enlightened Despot*, NEW REPUBLIC, Apr. 23, 2007, at 53. reviewing AHARON BARAK, *THE JUDGE IN A DEMOCRACY* (2006).
396. ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית" דין ודברים ג 399 (2008); Barak Medina, *Four Myths of Judicial Review: A Response to Richard Posner's Critique of Aharon Barak's Judicial Activism*, 49 HARV. INT'L L.J. ONLINE 1 (2007).
397. Malvina Halberstam, *Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, 31 CARDOZO L. REV. 2393, 2426 (2010).
398. הלל סומר "ריצ'רד פוזנר על אהרן ברק: דברים שרואים משם לא רואים מכאן" הפרקליט מט 523, 533, הערה 82 (2008).

399. חן שליטא "נכון, עו"ד גלעד הלך לשמחות של לקוחותיו העבריינים הבכירים. אבל רואי חשבון לא הולכים לאירועים של לקוחות אסטרטגיים?" גלובס 29.2.2008.
400. ע"פ 369/78 אבו מדיג'ם נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 376 (1979).
401. בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (טרם פורסם, 13.4.2011).
402. ע"א 4630/02 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' אבו חאטום, תק-על 2007(3) 4325.
403. רע"א 1015/01 בן-ארצי נ' מדינת ישראל – ועדת הזכאות (טרם פורסם, 11.5.2011).
404. הודעת דוברת רשות האכיפה והגבייה לסיכום 2011, www.eca.gov.il.
405. בג"ץ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים, תק-על 2007(3) 3468.
406. בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2008(1) 2954.
407. שלמה לויין "אי-תלות שיפוטית – מבט כלפי פנים" עיוני משפט כט 5, 13 (2005).
408. בג"ץ 85/12 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת (טרם פורסם, 16.1.2012).
409. בג"ץ 2860/07 עמותת "צהר – חלון בין עולמות" נ' הוועדה למינוי דיינים (טרם פורסם, 8.6.2007).
410. בג"ץ 8756/07 עמותת "מבוי סתום" נ' הוועדה למינוי דיינים (טרם פורסם, 3.6.2008).
411. בג"ץ 3495/06 מצגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2007(3) 1530.
412. בג"ץ 201/09 רופאים לזכויות אדם נ' ראש הממשלה, תק-על 2009(1) 565.
413. בג"ץ 7844/07 כהן נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 14.4.2008).
414. בג"ץ 6887/08 בוגין נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 8.1.2009). בהמשך נדחתה גם עתירה למיגונויות באשקלון, אולם רק לאחר שבית המשפט הקדיש לנושא דיון מפורט: בג"ץ 1040/10 עיריית אשקלון נ' ראש ממשלת ישראל (טרם פורסם, 19.10.2010).
415. בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" נ' ראש ממשלת ישראל (לא פורסם, 30.11.2006).
416. בג"ץ 3292/07 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 8.12.2011).
417. בג"ץ 7195/08 אבו רחמה נ' הפרקליט הצבאי הראשי, תק-על 2009(3) 357.
418. בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 2008(1) 2954.
419. תפ"ח (מחוזי ת"א) 1015/09 מדינת ישראל נ' קצב, תק-מח 2010(4) 282 (גזר-הדין ניתן ב-22.3.2011).
420. ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.11.2011).
421. דן אבי-יצחק "פתח בשרון, סיים באולמרט" עורך הדין 6, 16, 20 (2010).
422. בג"ץ 4585/06 ועד משפחות הרוגי אוקטובר 2000 נ' השר לביטחון פנים, תק-על 2006(4) 466.
423. בג"ץ 5562/07 שוטהיים נ' השר לביטחון פנים, תק-על 2007(3) 1014.
424. הוראה זו שימשה אחר הנימוקים לביטול מינויו של מוריס ניסן למנכ"ל חברת עמידר: בג"ץ 932/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' יו"ר הוועדה לבדיקת מינויים, פ"ד נג(3) 769 (1999).
425. בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 12.10.2008).
426. בג"ץ 8707/10 הס נ' שר הביטחון (טרם פורסם, 3.2.2011).
427. בג"ץ 2205/97 מסאלה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נא(1) 233 (1997).
428. בג"ץ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נ' שרת החינוך, תק-על 2008(2) 843.

429. בג"ץ 2324/11 גיל נ' שר החינוך (טרם פורסם, 26.4.2011).
430. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
431. בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009).
432. בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988).
433. בג"ץ 8638/03 אמיר נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד סא(1) 259 (2006).
434. בג"ץ 5657/09 התנועה למען איכות השלטון נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 24.11.2009).
435. בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (טרם פורסם, 29.1.2012).
436. יוסי שיין שפת השחיתות ותרבות המסר הישראלית 15 (העורכת: מיכל שוורץ, כנרת, זמורה-ביתן, דביר – מוציאים לאור בע"מ, 2010).
437. אביעד גליקמן "ביניש הלמה בשרים: 'הגיעו מים עד נפש' " *ynet* 2.12.2011.
438. מוטי בסוק "שומר הסף מהאוצר העביר דיווחים לא נכונים" הארץ 13.1.2010; אדריאן פילוט "מבקר המדינה על 'לוחם השחיתות' ירון זליכה" גלובס 13.1.2010. כך עולה גם מהערות משרד ראש הממשלה לדוח מבקר המדינה 60א.
439. הנושא זכה בסיקור תקשורתי: נועם שרביט והדס מגן "מזוז דחה ערר של בורובסקי בעניין סגירת תיק החקירה נגדו" גלובס 7.8.2007; גיא פלג שידר בחדשות ערוץ 2 ממצאים מהמסמך של מזוז בעניינו של בורובסקי; לי-אור אברבך "מסתמן: יעקב בורובסקי לא יוכל לשמש כיו"ר רשות השידור" גלובס 24.3.2010; לי-אור אברבך ורועי ברק "פנייה ליועמ"ש: למה מונה בורובסקי לחבר מליאת רשות השידור?" גלובס 7.4.2011; גידי וייץ "מאחורי הקלעים בלשכתו של וינשטיין" הארץ 6.2.2013, שבו מובאת גם תגובתו של בורובסקי.
440. תיאור עסיסי, מפיו של נציב שירות המדינה לשעבר שמואל הולדנדר, על אודות פעילותו של לדור בהקשר זה הובא ברשימתו של בן כספית "תיק לדור" מעריב 20.7.2012.
441. בג"ץ 8134/11 אשר נ' שר האוצר (טרם פורסם, 29.1.2012).
442. שם.
443. עב' (אזורי י-ם) 2959/03 מדינת ישראל – ברובנדר (טרם פורסם, 4.9.2007) (השופטת אורנית אגסי ונציגי הציבור גיורא שפיצר ויצחק פינברג). הציטטות הן מפסק דין זה, שניתן בערעור על החלטת הרשמת.
444. בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקווה נ' מועצת עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566 (1980).
445. רע"א (מחוזי ת"א) 26071-11-11 מדינת ישראל נ' אולמרט (11.1.2012).
446. ניר חסון "פרקליט המדינה התנצל בפני אולמרט, שמשך את תביעת הדיבה" הארץ 4.7.2012.
447. יואב יצחק "מזוז יבדוק תהליך קבלת ההחלטות בתיק האי היווני" *News1* 16.4.2004.
448. דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שבס, פ"ד נט(4) 385 (2004).
449. הרצאה של עו"ד קובי סודרי: www.ibpi.org.il/content.asp?cat=34.
450. "7 ימים", ידיעות אחרונות, 13.1.2012.
451. החברים האחרים בוועדה היו רחל גוטליב, אפרת ברזילי, יואב ספיר, עמית הררי, לילך וגנר, אוהד גורדון, קארין מרדור ועמיר פוקס.

452. בג"ץ 11298/03 התנועה למען איכות השלטון נ' ועדת הכנסת, פ"ד נט(5) 865 (2005).
453. נעמי לויצקי העליונים – בתוככי בית המשפט העליון 357-358 (העורכים: מנחם פרי, מירי צפריר, הוצאת הקיבוץ המאוחד, הספריה החדשה, 2006).
454. בג"ץ 5305/08 עמותה לקידום ממשל תקין נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 24.11.2009).
455. משה גורלי "הכישלון המודיעיני של גלנט" כלכליסט 3.2.2011.
456. ע"פ 5083/08 בניזרי נ' מדינת ישראל, תק-על 2009(2) 4397.
457. ביקורת חריפה הובעה גם על ידי פרופ' מנחם פרי "הנשיקה: סיפור בשלוש וריאציות" הארץ 5.3.2007 www.haaretz.co.il/literature/1.1391540
458. משפטנית נוספת שבחרה להגן על ההליכים נגד רמון היתה אורית קמיר, במאמרה "יש גם פרשנות אחרת. הרבה יותר פשוטה" הארץ 12.3.2007.
459. בג"ץ 5853/07 אמונה – תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 6.12.2007).
460. בדצמבר 2012 הודיע הוועץ המשפטי וינשטיין על החלטתו לסגור את התיק העיקרי נגד ליברמן מחוסר ראיות מספיקות, אולם החליט להעמידו לדין באשמת הפרת אמונים בשל כך שפעל למינוי השגריר לשעבר בבלרוס לשגריר במדינה אחרת, לאחר שאותו שגריר מסר לליברמן חומר חסוי הנוגע לחקירתו.
461. בג"ץ 1736/10 ליברמן נ' מנהל המחלקה לחקירות שוטרים (טרם פורסם, 2.10.2011).
462. יהונתן ליס וברק רביד "המפכ"ל בעקבות הראיון ב'הארץ': לא התכוונתי לבקר את הממשלה" הארץ 28.9.2008. ברשימה מובאים גם פרטים משיבת הממשלה, לרבות דברי השר עמי אילון: "במדינה מתוקנת המפכ"ל היה צריך להיות מפורט".
463. בג"ץ 4870/10 בלום-דוד נ' מבקר המדינה (טרם פורסם, 23.6.2011).
464. בג"ץ 4646/08 לביא נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 12.10.2008).
465. הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון – הגשת כתב אישום כנגד איש ציבור), התשס"ג-2003, פ/888.
466. דנ"פ 4342/97 מדינת ישראל נ' אל עכיד, פ"ד נא(1) 736 (1998).
467. ע"פ 70722/06 בלומנטל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 22.3.2007).
468. בג"ץ 6438/07 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' שר המשפטים, תק-על 2007(3) 2101.
469. ע"פ (מחוזי ת"א) 70569/06 שרון נ' מדינת ישראל, תק-מח 2007(2) 11030.
470. בג"ץ 6280/07 פורום משפטי למען ארץ-ישראל נ' נשיא המדינה (טרם פורסם, 14.12.2009).
471. ע"פ 752/90 ברזל נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 539 (1992), שבו נאמר כי "אדם, אשר רק מניח דעתו של אחר במירמה, לא קיבל 'דבר'" (שם, בעמ' 554). אולם בהמשך נאמר כי ה"דבר" עשוי להיות כל טובת הנאה, לרבות "כל דבר הגורם הנאה או נותן סיפוק גופני או נפשי" (שם, בעמ' 556).
472. במסגרת זו יוחס לאולמרט גם מצג שווא בקשר להלוואה שקיבל מאלמליח. בית המשפט זיכה אותו, לאחר שקבע כי לא הוכח קשר סיבתי בין מצג השווא הנטען לבין הנחת דעתו של המבקר.

473. בג"ץ 287/51 ראם נ' שר האוצר, פ"ד ח 494 (1952).
474. ההיסטוריה של הוראה זו תוארה על ידי השופט זוסמן בבג"ץ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 33, 51-52 (1972).
475. ע"א 373/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7, 15 (1974).
476. אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי עמ' 149, 162 (הוצאת פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1987).
477. ע"פ 424/63 היועץ המשפטי נ' שלבי, פ"ד יח(2) 478, 481 (1964).
478. ע"א 6281/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).
479. בג"ץ 769/02 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד סב(1) 507 (2006).
480. בג"ץ 3803/11 איגוד הנאמנים בשוק ההון בישראל נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 5.2.2012).
481. בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
482. בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הפנים (לא פורסם, 12.12.2006).
483. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
484. Scott v. Sanford, 19 How. (60 U.S.) 393 (1857).
485. National Federation of Independent Business v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services (28.6.2012).
486. בג"ץ 186/65 ריינר נ' ראש הממשלה, פ"ד יט(2) 485 (1965).
487. אהרן ברק "הסיכונים והסיכויים" הלשכה – בטאון לשכת עורכי הדין – הוועד המחוזי, ירושלים 14 (ינואר 1995).
488. משה לנרדי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בתי המשפט" משפט וממשל ג 697, 702 (1996).
489. Malvina Halberstam, *Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, 31 CARDOZO L. REV. 2393, 2422 (2010).
490. גדעון ספיר המהפכה החוקתית, עבר הווה ועתיד 70-80 (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, הוצאת ספרים של אוניברסיטת חיפה, למשכל – הוצאה לאור מיסודן של ידיעות אחרונות וספרי חמד, 2010).
491. אברהם דיסקין משטר ופוליטיקה בישראל – יסודות האזרחות (הוצאת מגי בע"מ, 2011). המחבר מציין (שם, בעמ' 208) כי "לישראל יש חוקה מטריאלית מפותחת מאוד, אך אין לה חוקה פורמלית במובן המקובל". הכוונה בחוקה מטריאלית היא לחוקים אשר משליכים על אופייה של המדינה (למשל, חוק השבות) אך אינם נהנים מעליונות נורמטיבית, כלומר, ניתן לחוקקם ולשנותם כפי שמחוקקים ומשנים חוקים אחרים.
492. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).
493. Malvina Halberstam, *Judicial Review, a Comparative Perspective: Israel, Canada, and the United States*, 31 CARDOZO L. REV. 2393, 2418 (2010).
494. בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 21.2.2012).
495. בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009).

496. בג"ץ 8340/99 גורלי, כוחן ושות' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(3) 79 (2001); בג"ץ 1783/00 חיפה כימיקלים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נז(3) 652, 656 (2003).
497. בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 642-646 (2005).
498. בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יו"ר מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, 802 (1995).
499. בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009); בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, תק-על 2010(2) 3431; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (טרם פורסם, 21.2.2012); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 28.2.2012).
500. בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 11.1.2012).

מפתח שמות

א	אולמרט, אהוד, 6, 25, 105, 165, 179,
אבא, אבן, 51, 147	183, 219, 223, 259, 260, 261, 262,
אבוחצירא, אהרן, 47, 74, 108, 109, 154,	279, 283, 284, 285, 292, 294, 298,
186	306, 351, 352, 353, 354, 355, 356,
אבו־מאזן, מחמוד עבאס, 359, 360	358, 359, 360, 361, 362, 363, 364,
אביטן, עדי, 241	366, 367, 368, 369, 370, 371, 372,
אבי־יצחק, דן, 8, 108, 113, 114, 167,	373, 374, 377, 378, 379, 380, 381,
288, 289, 292, 307, 310, 324, 330,	382, 383, 384, 387, 388, 389, 390,
331, 332, 338, 372, 450, 539	391, 401, 405, 407, 414, 418, 424,
אבינרי, שלמה, 369, 408, 409, 476, 537,	440, 450, 462, 463, 477, 478, 479,
591	480, 486, 487, 488, 489, 493, 496,
אבירם, ישי, 239	506, 507, 519, 521, 522, 523, 530,
אבנור, חנה, 59, 92, 93	531, 533, 538, 542, 549, 550, 551,
אברהם, בני, 241	552, 553, 554, 555, 584, 585,
אברהם־בלילה, רוחמה, 434	אולשן, יצחק, 22, 23, 24, 26, 27, 29,
אברמוביץ', אהרן, 541	171
אברמוביץ', אמנון, 360	אוסטרובסקי־כהן, מרים, 44
אברמס, דניאל, 368	אופיר־תום, ברכה, 330, 331
אגמון, צבי, 339	אוקון, בעז, 175, 190, 303, 391, 392,
אגרנט, שמעון, 18, 22, 23, 24, 25, 27,	409, 411, 412, 429, 590
33, 36, 49, 56, 126, 127, 166, 167,	אוקמוטו, קוזו, 68
168, 171, 183, 185, 336, 337, 354,	אור, תאודור, 73, 90, 100, 143, 183, 190,
373, 447, 542	206, 212, 217, 222, 223, 235, 259,
אדלר, סטיב, 211, 439	294, 295, 297, 339, 398, 411, 490,
אדנאואר, קונרד, 15	אורוול, ג'ורג', 171, 173
אהרונוביץ', יצחק, 363, 365	אוריון, עמוס, 546
אובמה, ברק חוסיין, 384, 487, 570	א־זהאר, מחמוד, 73

אפל, דוד, 278, 279, 280, 290, 291, 292,	אזולאי, דוד, 343
298, 299, 300, 324, 332, 366	אחימאיר, יעקב, 192, 394, 398, 406
אפללו, אלי, 364, 434	אטלן, רודי, 60
ארבל, דן, 287, 288, 382, 429	אייכמן, אדולף, 31, 57, 548
ארבל, עדנה, 176, 189, 191, 192, 193,	אייכנר, איתמר, 361
195, 198, 200, 210, 262, 280, 290,	איל, נדב, 392
291, 296, 297, 298, 324, 325, 332,	אילון, עמוס, 251
333, 338, 345, 395, 411, 449, 454,	אילון, עמי, 363, 364, 415, 529
487, 519, 520, 538	אילן, מנחם, 47
ארבלי, דורון, 474, 485	איציק, דליה, 351, 409, 547
ארד, מוסייה, 25, 308, 346, 373, 503, 552,	איתן, מיכאל, 80, 91, 112, 345, 500,
ארד, נילי, 36, 72, 102, 103, 209, 210,	527, 575
211, 439	איתן, רפאל (רפול), 39, 284, 292, 293,
ארד, רון, 239	494, 518, 585
ארדן, גלעד, 332, 396, 422, 468, 499	אלבה, עידו, 276
אריאב, ירום, 478	אלבז, ראובן, 507
ארידור, יורם, 62, 68, 160, 161, 163	אלבק, פליאה, 185
אריסון, שרי, 165	אלדד (שייב), ישראל, 33, 34
ארלוזורוב, מירב, 346	אלדד, אריה, 468
ארליך, שמחה, 62	אלון, בני, 193, 252
ארליכמן, חוה, 42, 43, 44	אלון, גדעון, 145
ארנדט, חנה, 57	אלון, יגאל, 14, 41
ארנס, משה, 63, 116, 117	אלון, יוסף (ספי), 414
אש, ג'ואי, 443	אלון, מנחם, 28, 90, 98, 99, 102, 103,
אשכול, לוי, 16, 17, 18, 19, 57, 58	104, 111, 112, 140, 152, 153, 184,
אשכנזי, גבי, 354, 360, 361	187, 316, 327, 414
אשכנזי, מוטי, 19	אלוני, שולמית, 60, 71, 126, 512
אשר, משה, 474, 484, 485	אל-יגון, עודד, 295
אשר, שלמה, 28	אליסון, מרדכי, 46, 47
	אל-עביר, סלימאן, 546, 547
ב	אלעזר, דוד (דדו), 19, 49
בארי, דניאל, 511	אמיר, סימה, 465
בבלי, דן, 144	אנגלרד, יצחק, 105, 151, 185, 187, 194,
בבלי, חוה ושמואל, 154	223, 234, 268
בגין, מנחם, 15, 17, 18, 20, 22, 27, 28, 39,	אנקר, אהרן, 498
50, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 67, 68,	אסד, בשאר, 361
98, 123, 155, 159, 206, 337, 361, 577	אסף, שמחה, 22, 24, 25, 27, 187

בן-אור נאווה, 487, 325	בודינגר, הרצל, 354
בן-אור צחי, 455	בוחבוט, פנחס, 455
בן-אליעזר, בנימין (פואד), 136, 503, 504,	בוים, זאב, 364, 379, 384, 452, 453
536, 505	בורובסקי, יעקב, 368, 479, 521
בן-אמוץ, דן, 41	בוש, ג'ורג' (האב), 361, 376, 414
בנבנישתי, איל, 339, 403, 404	בוש, ג'ורג' (הבן), 360, 378
בן-גור, קובי, 481	ביטון, צ'רלי, 81
בן-גוריון, דוד, 13, 14, 15, 16, 17, 18,	ביילין, יוסי, 194, 207, 208, 209, 210,
19, 21, 22, 25, 29, 30, 33, 34, 54,	474, 278, 211
55, 57, 58, 572	בייסקי, משה, 28, 88, 102, 104, 143,
בן-גל, אביגדור (יאנוש), 102	144, 160, 161, 163, 164, 175, 200
בנדרור, אריאל, 49, 346	בינו, צדיק, 161
בן-זאב, משה, 57, 58	ביניש, דורית, 28, 53, 72, 75, 88, 90,
בנטוב, מרדכי, 23	105, 121, 123, 151, 169, 171, 172,
בן-יאיר, ארנון, 201	175, 184, 185, 187, 188, 189, 190,
בן-יאיר, מיכאל, 174, 192, 281, 286,	191, 194, 198, 200, 202, 205, 206,
288, 289, 294, 317, 322, 329, 366	208, 209, 211, 219, 223, 224, 225,
בן-יזרי, יעקב, 400	232, 233, 234, 262, 275, 338, 375,
בניזרי, שלמה, 69, 507	386, 389, 390, 391, 394, 395, 396,
בנימיני, עמירם, 241	397, 398, 399, 400, 401, 402, 403,
בן-ישראל, יצחק, 181	404, 409, 410, 411, 412, 413, 414,
בן-מאיר (רוזנברג), ישראל, 41	415, 416, 417, 418, 419, 420, 421,
בן-עמי, שלמה, 298	430, 431, 434, 435, 436, 437, 438,
בן-עתו, הרסה, 93, 274	439, 440, 445, 446, 447, 448, 453,
בן-פורת, מרים, 24, 28, 88, 99, 102, 103,	475, 477, 487, 490, 504, 512, 518,
111, 112, 127, 166, 184, 355, 464, 546	520, 521, 538, 587, 588, 592, 593
בן-צבי, יצחק, 22, 29	בירן, אילן, 354
בן-ציון, יהושע, 42, 61, 206	בך, גבריאלי, 28, 88, 112, 142, 146, 183,
בן-ששון, מנחם, 223, 427, 439, 468,	200, 338
469, 527	בכור, דוד, 28, 49
בקנשטיין, עדנה, 287, 299, 320, 398, 521	בכרי, מוחמד, 272, 274
בראון, גורדון, 387	בלוך, בצלאל, 119, 120, 122
בראון, מרטין, 286, 287	בלומנטל, נעמי, 547
בר-און, רוני, 174, 194, 217, 218, 278,	בלטמן, יונה, 118, 119, 120, 129, 132, 185,
288, 289, 290, 291, 292, 324, 325,	בלר, אהרן, 120
335, 339, 364, 379, 431, 478, 486,	בן אריה, זאב, 304
501, 538	בן טובים, אלי, 491

,212 ,211 ,209 ,208 ,207 ,206 ,205	ברגמן, אהרן, 32
,226 ,224 ,223 ,222 ,218 ,217 ,213	ברגר, מנחם, 139
,238 ,236 ,234 ,232 ,231 ,230 ,228	ברגר, עוזי, 456
,247 ,246 ,245 ,244 ,242 ,241 ,239	ברובנדר, שלמה, 491 ,480
,256 ,255 ,253 ,252 ,251 ,250 ,248	ברודי, טל, 458
,271 ,268 ,267 ,266 ,265 ,263 ,257	ברזילי, דורון, 328
,287 ,285 ,281 ,280 ,277 ,276 ,272	ברכה, ברוך, 207
,302 ,301 ,294 ,292 ,291 ,290 ,289	ברכה, מוחמד, 248 ,247
,318 ,317 ,316 ,313 ,312 ,311 ,307	בר-לב, חיים, 44
,342 ,341 ,339 ,338 ,336 ,335 ,320	ברלוסקוני, סילביו, 387
,355 ,348 ,347 ,346 ,345 ,344 ,343	ברלין, מאיר, 22
,394 ,393 ,392 ,389 ,388 ,387 ,361	ברנדס, יוכי, 522 ,511
,408 ,407 ,406 ,402 ,401 ,399 ,397	ברנזון, צבי, 126 ,56 ,36 ,34 ,26 ,24
,417 ,416 ,415 ,412 ,411 ,410 ,409	183 ,154 ,127
,445 ,440 ,438 ,436 ,435 ,430 ,419	בר-ניב, משה, 403
,472 ,471 ,470 ,464 ,462 ,461 ,460	ברנע, נחום, 398 ,210
,501 ,500 ,496 ,492 ,490 ,482 ,475	ברנר, שלום, 531 ,527 ,525 ,524 ,523
,572 ,571 ,567 ,564 ,563 ,562 ,520	ברק, אהוד, 194 ,183 ,179 ,110 ,109 ,72
,587 ,582 ,580 ,578 ,575 ,574 ,573	,285 ,284 ,252 ,250 ,235 ,207 ,198
592 ,590 ,588	,360 ,356 ,354 ,353 ,312 ,298 ,297
ברק, חנן, 352	,377 ,374 ,373 ,365 ,364 ,363 ,361
ברק-ארז, דפנה, 416 ,404 ,403 ,339	,395 ,393 ,388 ,385 ,384 ,383 ,380
ברקוביץ', עינת, 345 ,190	,551 ,530 ,507 ,506 ,461 ,450 ,414
ברקן, נעם, 483	584
ברש, יצחק, 189	ברק, אהרן, 46 ,44 ,43 ,42 ,40 ,28 ,27
בשארה, עזמי, 233 ,187 ,186 ,106 ,105	,59 ,58 ,57 ,52 ,51 ,50 ,49 ,48 ,47
585 ,237 ,236 ,235 ,234	,80 ,79 ,78 ,73 ,72 ,64 ,63 ,61 ,60
ג	,91 ,90 ,89 ,88 ,87 ,86 ,85 ,84 ,83
גבאי, דורית, 280	,105 ,102 ,99 ,98 ,97 ,95 ,94 ,92
גביון, רות, 198 ,197 ,196 ,187 ,168	,116 ,114 ,113 ,112 ,111 ,108 ,107
,355 ,345 ,342 ,335 ,324 ,256 ,224	,136 ,135 ,134 ,133 ,132 ,128 ,127
482 ,411 ,409 ,408 ,407 ,400 ,389	,144 ,142 ,141 ,140 ,139 ,138 ,137
גבריאלי, ענבל, 501 ,499	,155 ,154 ,151 ,150 ,149 ,147 ,146
גדרון, תמר, 403	,171 ,169 ,166 ,159 ,158 ,157 ,156
ג'ובראן, סלים, 411 ,241 ,195 ,191 ,159	,186 ,185 ,184 ,183 ,179 ,173 ,172
455 ,451 ,449 ,445	,194 ,193 ,191 ,190 ,189 ,188 ,187
	,201 ,200 ,199 ,198 ,197 ,196 ,195

גינוסר, שחר, 483	גוטליב, הושע, 434, 391
גל, אברהם, 49	גוטליב, רחל, 498
גל, משה, 429, 397	גוטמן, יחיאל, 170, 125
גלאון, זהבה, 537, 434	גויטיין, דוד, 154, 24, 23, 22
גלאור, בלהה, 421	גולדברג, אליעזר, 113, 107, 100, 90, 28
גלון, ענבל, 203	136, 139, 141, 147, 149, 183, 217
גלט-ברקוביץ', ליאורה, 334	219, 278, 283, 355, 428, 437, 457
גלילי, ניר, 217, 216	502
גליקמן, אביעד, 541	גולדווסר, אהוד, 509, 379, 353
גלנט, יואב, 454	גולדנברג, אמנון, 175, 120, 119, 117, 51
גלס, דוד, 462	176
גלעד, משה, 422, 421	גולדסטון, ריצ'רד ג', 406, 387, 249
גלעד, עמוס, 379, 377	גולדפרב, אלכס, 82, 75
גנות, יעקב, 458, 457, 456	גולדשטיין, ברוך, 76
גנז, חיים, 403	גולדשטיין, פרץ, 272
גנימאת, עימאד, 184, 149, 148	גולן, מירי, 533, 524, 513, 510
ג'נימת, מיסון מחמד אבו פארה, 238	גולן, מתי, 521
גנץ, בני, 454	גונן, שמואל (גורודיש), 19
ג'רבי, שר-שלום, 474	גור, אפרים, 70
גרונים, אשר, 191, 158, 148, 135, 28, 27	גור, בתיה, 251
195, 265, 269, 387, 421, 439, 445	גור, שלמה, 211, 209, 194
594, 519, 458, 448	גורביץ', יוסי, 193
גרוס, מירון, 204	גורדון, אוולין, 387, 321
גרוסמן, גלעד, 588	גורלובסקי, מיכאל, 501, 500, 499, 332
גרייבסקי, מיכל, 296	גורלי, משה, 477, 409, 294, 225, 224
גרינבוים (עו"ד), 491	506, 515, 590
גרינוולד, מלכיאל, 272, 55	גורן, אורי, 510, 429
גרינשטיין, אילן, 8	גורן, שלמה, 154
ג'ריס, סברי, 36	גושן, חיים, 45
גרסטל, הילה, 433, 432, 431, 430, 399	גזית, גיורא (ג'ורי), 163, 161
	גזל-אייל, אורן, 203
ד	גיארון, יורי, 416, 343
דגן, חנוך, 403	ג'יבריל, אחמד, 236, 69, 68
דגן, מאיר, 361	גילרמן, דני, 406
דהאמשה, עבד אל-מאלכ, 235	גילת, מרדכי, 296, 155
דוד, רות, 534, 533, 524, 511, 493	גינוסר, יוסי, 130, 129, 117, 114, 52
דויטש, סיני, 403	136, 137, 138, 214

ה	דונקלבלום, מנחם, 22, 24
האדלי, סטיב, 358	דורנר, דליה, 78, 90, 105, 146, 149, 153,
האוזנר, גרעון, 55, 56, 57, 166	184, 191, 196, 197, 199, 219, 234,
הבר, קובי, 397, 478	239, 251, 255, 267, 270, 273, 278,
הדני, אסף, 8	282, 294, 301, 312, 321, 325, 411,
הדר, צבי, 129	455
הולנדר, שמואל, 485, 505, 506, 590	דותן, יואב, 369, 409
הורביץ, אלי, 93, 186, 221, 222, 223,	דותן, שולמית, 314
354, 367, 389	דיין, משה, 16, 17, 19, 41, 58, 147, 154,
הורביץ, יגאל, 62, 163	155, 443
הורוביץ, ש', 175	דיכטר, אבי, 363, 437, 450, 451, 456,
היימן, גיא, 477	508, 519, 526, 527, 528, 530
הירש, זאב, 161	דינבורג, בן-ציון (דינור), 22
הירשזון, אברהם, 364, 507	דיניץ, שמחה, 222, 294, 295
הלברטל, משה, 406	דינשטיין, יורם, 188
הלל, שלמה, 47, 110, 111	דיראני, מוסטפה, 239, 241, 352
המילטון, אלכסנדר, 94, 568	דמיאניוק, ג'ון, 143
המר, זאב, 299, 548	דן, ברק, 277
הנגבי, צחי, 194, 206, 207, 210, 217,	דנילוביץ', יונתן, 78
218, 219, 278, 287, 288, 289, 290,	דנינו, יוחנן, 148, 422, 509, 514, 521, 527,
291, 292, 295, 320, 424, 493, 494,	דנציגר, יורם, 158, 289, 403, 416
497, 501, 502, 504, 542	דנקנר, אמנון, 8, 52, 192, 285, 314, 322,
הנדל, ניל, 159, 413, 414, 415, 420, 421,	342, 345, 409, 590
593	דנקנר, דני, 165
הנייה, איסמעיל, 73	דנקנר, נוחי, 370
הרב ש"ך, אליעזר, 70	דר, יוסי, 457
הרמלין, יוסף, 130	דרוקמן, חיים, 269
הרמן, הדס, 344	דרוקר, רביב, 506
הרמן-הרסי, זיוה, 319, 320, 322, 323,	דרור, יחזקאל, 355
הרצוג, חיים, 70, 122, 125, 126, 127,	דרעי, אריה, 6, 47, 69, 74, 75, 81, 97,
128, 131, 406, 467	106, 107, 108, 109, 110, 114, 138,
הרצוג, יצחק (בוז'י), 467	141, 154, 155, 171, 172, 174, 217,
הרשקוביץ, דניאל, 474	286, 287, 288, 289, 290, 291, 292,
הרשקוביץ, שמואל, 502, 503, 504,	305, 306, 307, 308, 309, 310, 311,
542	312, 313, 314, 315, 324, 336, 565,
	575, 584
	דרעי, יפה, 308, 314

זיילר, ורדי, 161, 404, 409, 455, 456,	ו
508, 526, 527, 528, 529, 531	ויטה, שוקי, 480, 481
זילברג, משה, 23, 25, 154	וייס, דנה, 555
זילברטל, צבי, 415, 421	וייץ, גידי, 457, 475, 493, 516, 532
זילבשץ, יפה, 369	וילאן, אברהם, 514
זינו, אבירם, 399, 520	וילק, יהודה, 147
זיני, ערן, 391	וינוגרד, אליהו, 6, 112, 351, 354, 355,
זיסמן, עמנואל, 75	357, 359, 361, 363, 365, 371, 374,
זך, נתן, 280	401, 445, 488, 531
זליכה, ירון, 478, 479, 487	וינר, דיוד, 60
זמורה, משה, 21, 22, 24, 30, 205, 206,	וינרוט, יעקב, 480, 481, 492
זמיר, יצחק, 39, 55, 74, 77, 88, 89, 90,	וינשטיין, יהודה, 148, 304, 339, 340,
109, 118, 119, 120, 121, 122, 123,	373, 479, 490, 492, 533, 555, 594
124, 125, 126, 127, 128, 132, 163,	וינשל, אברהם, 22, 23
166, 167, 168, 169, 170, 171, 173,	וינשל-מרגל, קרן, 203
174, 185, 196, 197, 200, 217, 251,	ויסגלס, דב, 64, 211, 288, 393
290, 325, 326, 327, 335, 343, 398,	ויצמן, עזר, 39, 303
404, 457, 458, 475, 482, 490, 516, 517,	וירשובסקי, מרדכי, 86
זעירא, אלי, 19	ויתקון, אלפרד, 24, 26, 27, 29, 36, 49,
זקן, שולה, 372, 480, 510, 552, 555	98, 183
ז'רז'בסקי, יוסף, 140	ולוין, יריב, 339
זרחין, תומר, 477	ולנר, זאב, 141, 142
	ולנשטיין, שולמית, 221
ח	ועקנין, יוסף, 441
חוטרישי, אהרן, 319	ורדיגר, אברהם, 70
חוטרישי, דרור, 117, 118, 120, 122,	ורדרבר, אסתר ואיסר, 308, 309, 314
208, 279, 316, 317, 318, 319, 320,	
321, 322, 323, 324, 325, 326, 327,	ז
329, 341, 591	ז'בוטינסקי, זאב, 14, 17, 20
חוסיין (מלך ירדן), 69, 73	זהר, אלי, 338, 474
חוסיין, סדאם, 284	זוסמן, יואל, 24, 25, 26, 27, 29, 33, 36,
חופי, יצחק, 131, 243	44, 61, 95, 96, 99, 104, 171, 183,
חזן, יחיאל, 500, 501	206, 230, 464, 562, 563
חזק, ראובן, 122, 123	זורע, מאיר, 117, 118, 120, 123, 129,
חיות, אסתר, 191, 195, 236, 411, 445	136, 399
חלוץ, דני (דן), 100, 214, 215, 354, 356,	זיגל, בנימין, 42, 43
357	זיידמן, הלן, 168

י	חלימה, אברהם, 143, 133
יאסין, אחמד, 71	חנין, דב, 468
יארק, רנאטו, 533, 288, 169	חסון, איילה, 324, 292, 290
ידין, אורי, 469, 31	חקר, עבראללה, 59
ידין, יגאל, 39, 26	חריש, יוסף, 125, 124, 107, 106, 75, 72
ידלין (הרי), שרה, 47, 46	128, 131, 143, 144, 145, 170, 171
ידלין, אשר, 47, 46, 45, 44, 43, 42, 25	174, 256, 335, 482
569, 154, 149, 49	חרסונסקי, רפאל, 293
יהב, יונה, 278	חשין, מישאל, 184, 183, 158, 154, 88, 80
יהלום, שאול, 193	186, 212, 224, 238, 240, 246, 255
יודקובסקי, דב, 143	272, 281, 339, 395, 399, 411, 517, 574
יוסף, דב, 166, 57, 56, 55, 30, 29, 15, 11	חשין, שניאור זלמן, 89, 88, 55, 34, 23, 22
205	90, 100, 101, 141, 146, 149, 158
יוסף, עובריה, 277, 154, 147, 74, 70	184, 185, 219, 231, 239, 240, 247
305	253, 255, 262, 267, 271, 272, 280
יועד-כהן, משה, 421	290, 301, 302, 338, 346, 396, 405
יועז, יובל, 513, 231, 192, 90	411, 412, 413, 517, 576
יחיד, דן, 426, 96	חת, מאיר, 163
יחימוביץ', שלי, 469, 468, 434, 388, 369	
ימיני, בן-דרור, 515, 409, 406, 378, 193	ט
יעלון, משה (בוגי), 475	טאוב, גדי, 590, 409
יעקובי, רפאל, 43	טרסקי, גד, 185
יעקובסון, אלכס, 409, 400	טובול, דוד, 133
יער, אפרים, 344	טולדנו, נסים, 71
יערי, ידידיה (ידי), 355	טוניק, יצחק, 120
יערי, יהודה, 8	טורבוביץ', יורם, 474, 358, 338, 8
יפת, ארנסט, 175, 163	טיבי, אחמד, 254, 248, 105
יצחק, יואב, 286, 222, 193, 192	טירקל, יעקב, 200, 194, 187, 184, 105
ירדור, יעקב, 104, 103, 102, 67, 37, 36	216, 219, 223, 234, 239, 240, 250
235, 233	251, 269, 276, 411, 419, 420, 457
ישי, אלי, 441, 306, 270	טל, דליה, 416
יששכרוב, רפאל, 202	טל, צבי, 276, 267, 157, 156, 145, 95, 90
כ	טלנסקי, משה (מוריס), 373, 372, 284, 25
כבל, איתן, 363, 280	374, 377, 378, 382, 415, 479, 493
כהן (לבית זמורה), מיכל, 55, 25	527, 528, 530, 531, 553, 554, 555
כהן, דודי, 532, 531, 530, 488	טננבאום, אלחנן, 241, 69
	טרטמן, אסתרניה, 193

532, 531, 530, 528, 526, 523, 516	כהן, חיים, 11, 23, 24, 25, 26, 27, 31, 35
540, 533	36, 49, 50, 54, 55, 57, 59, 73, 94
לובין, ענבר, 391	103, 126, 146, 168, 173, 183, 199
לוי, אדמונד, 26, 85, 105, 186, 187, 195	221, 227, 276, 329, 336, 422, 492
199, 229, 230, 231, 234, 247, 263	546, 560, 567
269, 275, 297, 300, 312, 325, 418	כהן, יהודה, 28
420, 436, 448, 449, 475, 476, 477	כהן, יצחק, 27, 63, 64, 146, 298, 354, 500
593	כהן, משה, 28, 54
לוי, ברטולון, 119	כהן, נילי, 187, 188, 189, 190, 191, 193
לוי, יצחק, 392, 266	345, 403, 412
לוי, משה, 116, 122	כהן, שלמה, 318, 327
לוי-ברזילי, ורד, 214	כהנא, מאיר, 103, 104, 110, 111, 112
לויה, יוסי, 189	146, 147
לוין, אברהם, 56	כהן-לקח, דנה, 434, 477
לוין, דב, 28, 44, 50, 105, 107, 111, 113	כוחן, חיותה, 511, 520, 521
144, 156, 183	כספי, זכריה, 299, 325, 548
לוין, יריב, 159, 339	כספי, רם, 125, 170, 370
לוין, שלמה, 28, 84, 88, 95, 96, 104	כספית, בן, 409, 505
105, 112, 113, 133, 144, 147, 154	כץ, חיים, 469
183, 184, 191, 234, 239, 267, 278	כץ, תאודור, 274, 275
294, 311, 316, 438	כרמון, אריק, 99, 369
לוינסקי, מוניקה, 252	
לויצקי, נעמי, 49, 52, 185, 188, 191	ל
239, 345, 501	לבון, פנחס, 16
לוריא חי-עם, שירה, 533	לביא, יואב, 391
לחוביצקי, חיים, 314	לביא, יואל, 138, 452, 453, 454, 528
לחיאני, שלמה, 496	לביב, יגאל, 42, 47
ליבאי, דוד, 45, 60, 79, 92, 161, 175, 184	לבני, טליה, 46
194, 205, 206, 224, 335, 345, 443	לבני, ציפי, 193, 194, 196, 197, 198
ליבק, אלכס, 116	199, 346, 354, 362, 363, 371, 373
ליברמן, אביגדור, 252, 290, 291, 303	382, 383, 384, 387, 388, 390
304, 332, 362, 365, 387, 422, 488	397, 400, 401, 405, 409, 411, 418
526, 555, 585, 594	431, 434, 440, 441, 463, 488, 530
ליברמן, ג'ק, 289	538, 550
לין, אוריאל, 78, 79, 80	לבנת, לימור, 192, 193
לינדנשטראוס, מיכה, 355, 368, 370, 478	לדור, משה, 333, 334, 370, 372, 422
506, 532, 534	479, 480, 490, 491, 492, 493, 496

383, 390, 395, 418, 421, 422, 426,	ליפקין-שחק, אמנון, 354
428, 442, 443, 446, 447, 448, 450,	ליצמן, יעקב, 499
452, 453, 454, 457, 478, 479, 485,	לירן, חיים, 118
486, 487, 488, 489, 490, 492, 493,	לם, אמירה, 99
494, 496, 497, 501, 503, 504, 505,	לנדוי, משה, 24, 26, 27, 29, 32, 35, 36,
506, 507, 508, 510, 511, 512, 513,	57, 59, 72, 80, 86, 131, 132, 134,
516, 517, 519, 521, 522, 523, 524,	135, 183, 221, 242, 243, 244, 245,
525, 526, 527, 528, 529, 530, 531,	256, 317, 342, 343, 394, 407, 408,
532, 533, 536, 538, 540, 541, 542,	500, 574, 578, 579
555, 590	לנדשטיין, אברהם, 197, 198
מזרחי, אליעזר, 70	לפיד, יאיר, 338, 583
מזרחי, משה, 193, 330, 331, 332, 333,	לפיד, יוסף (טומי), 190, 192, 193, 195,
מזרחי, שמעון, 458, 459	196, 289, 338, 339, 411, 415, 440,
מיכאלי, דן, 119	474, 486, 487, 538, 583
מילגרם, דוד, 258, 259, 260	לרנר, מוטי, 271
מילר, אליס, 153, 270	לשם, ברוך, 43
מימון, ישראל, 392, 489, 514	
מינטקביץ, אריה, 164	מ
מיעארי, מוחמד, 102, 103, 112, 113, 233,	מאוטנר, מנחם, 115, 185, 188, 344
מלכא, רפי, 123, 169, 170	מאור, גליה, 163, 164, 567
מלמן, יוסי, 361	מאיר, אהרן, 163
מלץ, יעקב, 131, 243	מאיר, גולדה, 18, 19, 34, 39, 55, 58
מלצר, חנן, 144, 241, 242, 403, 415, 458,	מאיר, יהודה, 143, 144
מן, קנת, 203, 498	מג'אדלה, ראלב, 105, 363
מנדל, רועי, 571	מגן, הדס, 190, 322, 345
מני, אליהו, 25, 59	מדיוני, דוד, 427, 499
מעוז, פנחס, 218	מדינה, ברק, 408
מצא, אליהו, 73, 90, 105, 107, 136, 149,	מובארק, חוסני, 75, 374, 387
153, 157, 172, 183, 184, 190, 222,	מודעי, יצחק, 92, 124, 140
234, 247, 267, 271, 280, 283, 301,	מולכו, יצחק, 289
311, 331, 332, 333, 411, 437	מוסקונה-לרנר, כילי, 404
מצא, ג'קי, 481, 484	מופז, שאול, 82, 382, 583
מצגר, יונה, 443, 444	מזוז, ימימה, 370, 478
מרגלית, דן, 48, 52	מזוז, מני, 192, 198, 219, 262, 278, 280,
מרדכי, יצחק, 116, 117, 118, 119, 120,	281, 284, 298, 299, 303, 329, 333,
121, 122, 123, 132	334, 337, 338, 339, 340, 355, 362,
מרזוק, משה, 16	364, 366, 368, 369, 370, 372, 373,

מרזל, ברוך, 186, 187	נקש, ויליאם, 59, 60
מרידור, דן, 79, 86, 92, 185, 198, 430	נתניהו, בנימין (ביבי), 20, 82, 109, 142,
מרינסקי, אריה, 341, 342	179, 182, 194, 195, 206, 207, 217,
מרינסקי, פנחס, 397, 416, 477	251, 252, 263, 278, 279, 285, 286,
מרמור, אנדרי, 407	288, 289, 290, 292, 293, 295, 296,
מרקוס, יואל, 119, 122	297, 303, 304, 305, 306, 320, 339,
מרקל, אנגלה, 387	340, 381, 382, 387, 388, 406, 420,
משגב, חיים, 409	423, 465, 467, 469, 479, 486, 488,
	490, 499, 523, 532, 539, 540, 544,
	550, 552, 575, 583, 584
נ	
נאור, מרים, 144, 191, 195, 282, 301,	נתניהו, יוני, 20
308, 445, 449, 533, 534	נתניהו, שושנה, 28, 112, 133
נאמן, יעקב, 51, 125, 189, 192, 194,	
206, 209, 211, 212, 224, 284, 286,	ס
287, 288, 294, 295, 299, 307, 317,	סאדאת, אנואר, 18, 61, 62, 155
320, 321, 322, 390, 392, 406, 409,	סאו, בני, 437, 450, 451
414, 415, 420, 428, 431, 432, 439,	סגל, זאב, 49, 346, 402, 521
440, 441, 461, 472, 486, 488, 489,	סגל-אנטלר, אריאלה, 493, 511, 524,
494, 518, 521, 533, 539, 540, 541,	533, 534
549, 570, 585, 591	סדבון, יוסי, 331
נאפסו, עיזאת, 129, 130, 131, 132, 133,	סהר, אברהם, 119
136, 137, 138, 242, 245	סואעד, עומר, 241
נאצר, גמאל עבד אל, 15, 17, 18	סויסא, מאיר, 281
נד"ב, מיכל, 274	סול, אהוד, 287
נדל, חיים, 121, 355	סולברג, נועם, 339, 415, 421
נדלר, אריה, 344	סומר, הלל, 403, 409
נווה, יאיר, 454, 455	סוקולוב, מרים, 449
נזרי, רז, 508	סיוון, עוזי, 221
נחמני, רותי ודניאל, 95, 96, 142	סיוון, עמירם, 164
ניימן, משה, 102, 103, 104	סירוטה, שרה, 93
ניקסון, ריצ'רד, 50	סלומון, גיל, 391
נמיר, אורה, 78	סלומיאנסקי, ניסן, 441
נמרודי, יעקב, 329, 330, 331, 496	סלונים, אורי, 117
נמרודי, עופר, 295	סלוצקר, פבל, 352
נסים, משה, 92, 124, 335, 339, 538, 541,	סלמנוביץ', אסתר, 75
נסראללה, חסן, 236, 353, 354, 374	סלע, משה, 507
נסרדישי, יהודה, 478	סנש, חנה, 271, 272, 275

סנש, קתרינה, 271	פלג, גיא, 372
סער, גדעון, 410, 417, 468, 497	פלג, ענת, 225
ספיר, יוסף, 17	פלגי, יואל, 272
ספיר, פנחס, 42, 367	פלד, מתי, 103
סקילינג, ג'פרי, 302, 303	פלד, רפי, 52, 281
סרנת, מרשל, 161	פלדמן, אביגדור, 424, 546
סרקוזי, ניקולא, 387	פלטישר, ג'ורג', 515
	פלמור, אמי, 544
ע	פנחסי, רפאל, 57, 69, 74, 97, 106, 107,
עברי, דוד, 355	108, 109, 110, 113, 114, 138, 141,
עובייד, עבד אל-כרים, 239, 241, 352	171, 172, 173, 217, 336
עופר, אברהם, 44, 45, 46, 47, 48, 49	פסחוביץ', ראובן, 59, 60
עוז, שמואל, 16	פסטינגר, יראון, 8, 316, 409
עזריאל, שבתאי, 345	פרומקין, גד, 12, 21, 22
עטייה, אביבית, 121	פרוקצ'יה, אילה, 105, 185, 186, 187,
עיאש, יחיא "המהנדס", 182	189, 190, 197, 221, 234, 241, 262,
עמאר, שלמה, 441, 442, 444, 467	268, 269, 273, 275, 276, 312, 331,
עמדי, אבנר, 296, 297	418, 420, 423, 424, 445, 448, 451,
עמיר, יגאל, 76, 186	466, 519, 593
עמית, יצחק, 413, 415, 418, 420, 421	פרחי, בן-ציון, 120, 129, 133
עציוני, משה, 72, 146, 561	פריאל, נילי, 506, 507
ערפאת, יאסר, 62, 74, 112	פרידן, רפי, 329
	פריימן, סילביה, 542
פ	פריניאן, עודד ושרון, 455, 456, 526
פאולס, רולף, 33	פריצקי, יוסף, 212
פוגלמן, עוזי, 323, 338, 414, 420, 484	פרס, ניר, 375
פוזנר, ריצ'רד, 77, 136, 407, 408, 409,	פרס, שמעון, 16, 19, 20, 50, 68, 69, 70,
461, 578	71, 73, 123, 124, 125, 161, 170,
פורד, ג'רלד, 50	181, 182, 185, 351, 364, 547, 553,
פורטוגז, אירית, 116	584
פורת, אליהו, 47	פרץ, יצחק, 74, 305
פורת, אריאל, 403, 404	פרץ, ישראל, 34
פז-פינס, אופיר, 290, 333, 363, 410, 434,	פרץ, עמיר, 351, 354, 355, 356, 358,
508	360, 363, 364, 392, 393, 551
פיינבלום, פימה, 367	פרקש, אהרן, 314
פיינסוד, משה, 119	
פינקלשטיין, מנחם, 118, 120, 133, 282	

צ

קצב, משה, 145, 179, 436, 446, 447,	צבן, יאיר, 154
448, 449, 450, 475, 496, 546, 547	צדוק, חיים, 47, 50, 58, 335
קרא, ג'ורג', 329, 449	צור, יהודית, 416, 417, 418, 421
קראדי, משה, 456, 542	צור, יואל, 502
קרטר, ג'ימי, 62	צור, מיכאל, 42, 369
קרמניצר, מרדכי, 121, 129, 194, 294,	צימוקי, טובה, 196, 213, 343, 398, 402,
403, 408, 499, 516	403, 404, 436, 520
קרן, סיריל, 298, 299, 334	צלטנר, זאב, 29, 188
קרפ, יהודית, 128	צנעני, מרגלית, 45

ר

ק

רביב, דן, 361	קדישאי, יחיאל, 64
רבין, יצחק, 8, 19, 20, 39, 42, 44, 46, 47,	קדמי, יעקב, 43, 60, 78, 88, 239, 256, 311
48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 58, 59,	קררי, ינון, 192
70, 71, 72, 74, 75, 76, 81, 82, 88,	קהלני, אביגדור, 75, 295, 329
106, 107, 123, 125, 141, 147, 148,	קובו, אסתר, 218
169, 171, 172, 174, 175, 181, 182,	קוטיק, יעקב, 23
183, 184, 185, 186, 285, 286, 300,	קוק, הרב אברהם יצחק הכהן, 152
305, 306, 358, 388, 419, 584, 592	קורב, אורי, 480
רבין, לאה, 44, 48, 49, 50, 51	קידר, בנימין, 8
רבינוביץ', איתמר, 52, 53, 592	קיטאי, אורי, 293
רבינוביץ', יהושע, 42, 47, 48, 49, 59,	קיקוס, חנית, 546
169	קירש, מיכה, 51
רגב, אלדר, 379, 509	קלגסבלד, דורי, 211
רגב, אלחנן, 353	קלוגמן, חיים, 321, 322
רדאי, פלג, 123	קליגר, נח, 143
רובין, יום־טוב, 308, 313	קליינברג, אביעד, 400, 409
רובין, יעקב, 109, 139	קלינטון, ויליאם ג'פרסון (ביל), 74, 252
רובין, פנחס, 222	קמא, עזרא, 148, 228
רובינשטיין, אליקים, 30, 174, 189, 191,	קמין, ערן, 524, 527, 533
192, 195, 198, 200, 210, 211, 218,	קמפנר-קריץ, מלי, 296
260, 262, 268, 277, 278, 280, 290,	קמרון, דיוויד, 550
291, 295, 296, 297, 303, 324, 329,	קנאי, רות, 545
330, 332, 333, 334, 338, 345, 411,	קסטנר, ישראל, 55, 271, 272, 273, 305
445, 451, 455, 484, 499, 501, 526,	קעדאן, עארל, 255, 256, 257
רובינשטיין, אמנון, 18, 71, 79, 81, 86, 297,	קפלן, עדי, 34
343, 369, 392, 403, 409, 473, 515	

רפאל, יצחק, 41	רובינשטיין, מיכל, 426
רקנאטי, רפאל, 163	רובינשטיין, ענבל, 497, 496
	רוג'רס, ויליאם, 17, 18
ש	רודריגס ספאטרו, חוסה, 387
שבח, יהודית, 449	רוזוולט, פרנקלין, 570
שביט, ארי, 256, 284, 342, 368, 395,	רוזן (רוזנבליט), פנחס, 11, 16, 21, 22, 23,
538, 532, 531, 522, 516, 493, 408	29, 54, 55, 562
שבס, שמעון, 52, 300, 301, 302, 303,	רוזן, דוד, 227, 228, 287, 295, 296
367, 437, 494, 555	רוזנבאום, טיבור, 42
שגב, גונן, 52, 53, 75, 82, 293, 294	רוזנטל, מרים, 498, 512
שדמי, יששכר (ישכה), 16	רוטקופף, גיא, 391, 392, 422, 434, 497
שהם, אורי, 415, 421	רוטשילד, אדמונד דה, 30
שובל, ניר, 391	רומנוב, אריה, 502
שוחט, אורית, 402	רון, אליאורה, 189
שוחט, מניה וישראל, 29	רופאייזן, שמואל אוסוולד ("האח דניאל"),
שופמן, יהושע, 462	35, 268
שחאדה, צלאח, 214, 549	רושפוקו, פרנסואה, 562
שחם, ניסן (ניסו), 451, 452, 453	רחום-טוייג, עמרי, 8
שחם, עודד, 502	רטנר, אריה, 344
שחר, יורם, 204	ריבלין, אליעזר, 105, 159, 185, 218, 234,
שטייניץ, יובל, 463, 474, 484	236, 275, 282, 346, 355, 390, 411,
שטרומן, אורי, 498	439, 445, 448, 449, 484, 564
שטרית, מאיר, 186, 195, 207, 211, 294,	ריבלין, ראובן (רובי), 189, 228, 299, 300,
298, 299, 362, 364, 390, 411, 419,	390, 460, 463, 585, 591
427	ריינר, אפרים, 33, 85, 163, 464, 572
שטרית, שמעון, 86, 256, 403, 409	רמון, חיים, 6, 71, 135, 180, 199, 223,
שטרן, ידידיה, 403	305, 333, 334, 346, 351, 362, 369,
שטרנברג-אליעזר, רות, 150	370, 389, 390, 391, 411, 412, 425,
שטרנהל, זאב, 458	434, 436, 438, 454, 461, 466, 480,
שטרס, בנימין, 318	488, 493, 495, 496, 505, 508, 509,
שטרסברג-כהן, טובה, 90, 105, 149, 153,	510, 511, 512, 513, 514, 515, 516,
185, 213, 216, 234, 436	517, 518, 519, 520, 521, 522, 523,
שטרסלר, נחמיה, 175, 323	524, 525, 526, 527, 528, 530, 531,
שידלובסקי-אור, מיכאלה, 295	532, 533, 542, 585, 590, 591
שיין, יוסי, 180, 475, 476	רמז, דוד, 29
שיינדורף, רועי, 549	רנטיסי, עבד אלעזיז, 73
שינביין, שמואל (סמואל), 60	רסלר, יהודה, 34, 98, 265, 464

שמרון, דוד, 288	שינמן, דן, 144, 511, 524
שנדר, ערן, 370, 479, 487, 490, 510,	שיף, אילן, 117
512, 522, 524, 525	שיפר, שמעון, 82, 210
שניט, נורית, 456	שיצר, יהודית, 228, 299, 548
שפיגלר, מאיר, 197, 198	שלאף, מרטין, 298
שפיצר, מיכאל, 148	שלו, גבריאלה, 404, 405, 406
שפירא, אברהם, 160	שלו, מאיר, 358
שפירא, יוסף, 318, 355	שלום אברהם, 116, 117, 122, 123, 125,
שפירא, יעקב שמשון, 23, 54, 55, 58,	130, 169, 170
166	שליט, בנימין, 35, 36, 234, 268, 270
שפרינצק, יוסף, 30	שליט, גלעד, 69, 352, 353, 359, 374, 376,
שקד, מיכל, 57, 243, 245	377, 378, 379, 380, 381, 385, 386
שקדיאל, לאה, 152, 153	שליט, תומר, 36
שרביט, נועם, 402, 512	שמגר, מאיר, 27, 28, 30, 33, 38, 39, 40,
שרון, אריאל (אריק), 63, 64, 156, 179,	41, 42, 46, 58, 60, 64, 72, 73, 76,
183, 193, 195, 196, 197, 207, 218,	77, 78, 80, 84, 85, 86, 87, 88, 89,
219, 235, 241, 252, 278, 279, 280,	90, 92, 93, 94, 95, 99, 100, 102,
284, 285, 298, 299, 300, 334, 351,	103, 104, 105, 107, 108, 111, 112,
352, 366, 372, 395, 440, 450, 455,	113, 114, 116, 127, 128, 130, 131,
479, 486, 493, 499, 548, 584	133, 141, 142, 144, 146, 149, 150,
שרון, גלעד, 279, 280, 538	152, 154, 161, 166, 168, 172, 173,
שרון, ניצה, 293	184, 185, 190, 199, 200, 206, 214,
שרון, עמרי, 298, 299, 548	221, 222, 223, 226, 233, 238, 265,
שריד, יוסי, 71, 126, 278, 280, 333	271, 277, 291, 292, 316, 335, 336,
שריזלי, דניאלה, 511	337, 339, 340, 341, 344, 346, 389,
שרמן, אברהם, 269	394, 397, 401, 402, 464, 486, 489,
שרשבסקי, בן-ציון, 28	523, 537, 582, 587
שרת, משה, 16, 29, 55	שמולביץ, יעקב, 307, 309, 310, 311,
	312, 313, 314
ת	שמיר, יצחק, 51, 67, 68, 69, 70, 71, 73,
תוסיה-כהן, שלמה, 46, 154	74, 82, 123, 124, 125, 128, 129,
תל-צור, נבות, 523	159, 161, 182, 185
תמיר, יולי, 343	שמיר, שמעון, 235
תמיר, שמואל, 61	שמני, גדי, 509, 510, 525

מכלול היחסים המורכב בין הרשות השופטת לבין הזרועות המבצעת והמחוקקת הוא מרכיב קריטי במשטרה של המדינה, באופייה ובערכיה. בישראל עברו יחסים אלה, בפרק זמן קצר יחסית, תהפוכות מרחיקות לכת, שבתצורתן הקיצונית איימו לפגוע בחסינותה של הדמוקרטיה הישראלית וביכולת תפקודה. את תנועת המטוטלת בין מערכות השלטון סוקר פרופ' דניאל פרידמן בספר זה, הנקרא גם כהיסטוריה מרתקת של הפוליטיקה הישראלית בעשורים האחרונים.

כיצד אפשרה התערעורת המערכת הפוליטית את העצמת כוחה של מערכת המשפט? כיצד עבר כוח שלטוני אדיר מהגופים הנבחרים, הממשלה והכנסת, לגופים ממונים? כיצד במסגרת דוקטרינת "הכול שפיט" גלשה מערכת המשפט לנושאים החורגים מתחומה? וכיצד איבדה הרשות המבצעת את יכולת המשילות, עד לשלב שבו החלה המטוטלת לנוע אט־אט בחזרה?

המחבר סוקר שורה ארוכה של ציוני דרך, בהם פרשת חשבון הדולרים של לאה ויצחק רבין; אירועי קו 300; משפטיהם של אריה דרעי, רפאל איתן ויעקב נאמן; פרשת בר־און-חברון; המאבקים בין בית המשפט ללשכת עורכי הדין; משפטו של חיים רמון וחקירותיהם של ראשי הממשלה נתניהו ואולמרט. בכתיבה רהוטה וקולחת, ומתוך מסד אדיר של ידע משפטי ופוליטי כמי שניצב בתוך המערכת ומחוץ לה, מנתח פרידמן את ההשלכות הפוליטיות של הצעדים שנקטה מערכת המשפט, עד למסקנתו המפתיעה בדבר הכרעותיה שסייעו בפועל לימין אף שמייחסים לה ערכים של השמאל הליברלי.

פרופ' דניאל פרידמן, חבר האקדמיה הישראלית למדעים וחתן פרס ישראל במשפטים, כיהן בתפקיד שר המשפטים ושימש דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל־אביב ודיקן הפקולטה למשפטים במסלול האקדמי במכללה למינהל.



0 03620004750 7

דאנאקוד 362-4750

המחיר: 128 ש"ח

www.ybook.co.il

ידיעות אחרונות • ספרי חמד