

המהפכה המשפטית: גורמיה ותרומתה לעליית הימין לשלטון

מאמר תגובה למאמרו של רון חריס: "העבר המדומיין של בית המשפט העליון: השימוש בנרטיבים היסטוריים על ידי מבקרי בית המשפט"

מאת

דניאל פרידמן*

מאמרו של רון חריס הוא מאמר חשוב ומעניין מהיבטים מספר. הוא מצביע על הקושי בניתוח תהליכים חברתיים-היסטוריים, כאשר בענייננו מדובר במהפכה המשפטית. דומני שמוסכם על מרבית העוסקים בנושא שמהפכה כזו אכן התחוללה במדינת ישראל. אני חושב שמוסכם גם שלא היה זה אירוע חד פעמי, שהתרחש ברגע מסוים, אלא תהליך שהתפתח במשך שנים לא מעטות. מכיוון שכך, מתעוררת השאלה מתי התחיל ומה היו שלבי התפתחותו. בעניין זה קיימות גישות שונות, כאשר רון חריס, כבר בספרו **המשפט הישראלי השנים המעצבות**, הקדים את התהליך לשנים 1967–1977, כלומר לתקופה שהחלה לאחר מלחמת ששת הימים, והוא אכן מצביע, ובצדק, על שורה של שינויים, חלקם חשובים, שהתחוללו בתקופה זו.

אני סבור שהתהליך החל אחרי מלחמת יום הכיפורים (כלומר לאחר שנת 1973). לצורך עניין זה נראה לי שיש להבחין בין התפתחות רגילה לבין מהפכה, אף על פי שהקו בין השתיים לא תמיד חד וברור. המשפט עובר שינויים כל הזמן. אנו עדים בכל שנה לחקיקה חדשה, וגם לפסיקה שמדי פעם משנה את הדין. לא כל שינוי כזה הוא מהפכה. כך, למשל, פסק הדין שהטיל אחריות בשל מצג שווא רשלני שגרם נזק פיננסי גרידא,¹ בתקופה שהדין האנגלי נמנע מהטלת אחריות כזו, הוא פסק דין חשוב מאוד בדיני נזיקין, אך לא הייתי גורס שהוא הביא למהפכה במשפט הישראלי. בית המשפט ממשיך לעסוק בשאלת האחריות ביחסי נפגע כלפי צד שלפי הנטען אחראי לנזקיו.

לעומת זאת, פסק דין המבטל את הדרישה לזכות עמידה לצורך עתירה לבג"ץ הוא בעיניי פסק דין מהפכני, מבחינה זו שהוא משנה את אופיו של בית המשפט ואת אופי ההתדיינות בפניו. הוא מרחיק אותנו ממדינות אחרות שבהן נוהגת שיטת המשפט המקובל (common law) ופותח את שערי בית המשפט לדיון בשאלות כלליות הכרוכות בניהול המדינה, ואינו מגביל עצמו לפתרון סכסוכים הנוגעים לזכויות המתדיינים.

* פרופסור (אמריטוס) הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל אביב, שר המשפטים לשעבר.
¹ ה"מ 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, פ"ד ח 1317 (1954).

השאלה היא מה היו הגורמים שהביאו למהפכה זו. בעניין זה, מאמרו של רון חריס מלמד על הקושי העצום בקביעת קשר סיבתי בתהליכים חברתיים. הקושי נעוץ בכך שבניגוד לאפשרויות הקיימות במדעי הטבע, בנושאים שבפנינו שבתחום מדעי החברה לא ניתן לעשות ניסויים כדי לבחון השערה זו או אחרת. ברור גם שהעובדה שתופעה אחת הופיעה אחרי תופעה קודמת אינה מוכיחה כשלעצמה קיום קשר סיבתי בין השתיים. במילים אחרות, סדר הזמנים של התופעות יכול להוות תנאי הכרחי לקשר סיבתי, אך לא תנאי מספיק.

נושא זה מתקשר כמובן לשאלה שנזכרה קודם לכן בדבר המועד של תחילת המהפכה. אני סבור שהמהפכה החלה לאחר מלחמת יום הכיפורים, וכי מלחמת יום הכיפורים הייתה הגורם שאפשר את המהפכה.²

לדעת מנחם מאוטנר ההסבר למהפכה הוא שבית המשפט חבר ל"הגמונים לשעבר הליברלים" כדי לשמר את כוחם וכדי למנוע את מימוש תוצאות המהפך הפוליטי.³ עמדתי בעניין זה שונה. אני מקבל את ההסבר של מאוטנר במובן זה שמשבוצעה המהפכה המשפטית, ולאחר שבית המשפט פתח את שעריו לכול, ניסו (ואולי עדיין מנסים) "ההגמונים לשעבר הליברלים" לשמר את כוחם ולהכתיב את סדר היום במדינה על ידי עתירות לבית המשפט. אך בעיניי לא זו הייתה הסיבה שבית המשפט אימץ את הקו המהפכני, שעיקרו היה הגברת כוחו של בית המשפט (ושל היועץ המשפטי) על חשבון הממשלה והכנסת. כאמור, כישלון מלחמת יום הכיפורים אפשר את המהלך, אך מדוע החליט בית המשפט לצעוד בכיוון זה, שבעיניי היה פשוט מאבק על כוח שלטוני?⁴ דומני שלכך קשה להציע תשובה חדה וברורה, וכי זה עניין תרבותי. שופטי הדור הקודם לא חפצו כלל לרכוש כוחות נוספים על מה שהיה להם בתקופה שקדמה למהפכה. הם גדלו על תרבות של ריסון שיפוטי, האמינו בהפרדת הרשויות, לא היה להם רצון לנהל את המדינה ולא סברו שיש להם היכולת לעשות זאת. באותם ימים היה גם כוחם של המנהיגים, המדינאים שהקימו את המדינה, מבוסס, והייתה גם אמונה כללית בכוחם. נשיאי בית המשפט העליון – זמורה, אולשן, אגרנט, זוסמן ולנדוי – לא העלו בדעתם כלל שעליהם לומר לבן גוריון, לאשכול, לספיר, לאבא אבן או לגולדה מאיר כיצד לנהל את המדינה "בסבירות", או שיש להם היכולת לעשות זאת.

מצב זה השתנה לאחר שאירעו חילופי דורות בייעוץ המשפטי ובבית המשפט העליון.⁵ שינוי זה הוא קודם כול שינוי תרבותי. הדור החדש, שהונהג על ידי מאיר

² דניאל פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל 430 (2019).

³ רון חריס סבור שעמדה זו מקובלת גם עליי (ראו את הטקסט לאחר הערה 55 למאמרו).
אולם כפי שיובהר בהמשך הדברים – זו איננה עמדתי.

⁴ עמדה דומה השמיע השופט לנדוי בריאיון לארי שביט "מדינה על הטיטאניק" הארץ
: 23.5.2019

(פורסם לראשונה בעיתון הארץ ב- www.haaretz.co.il/digital/premium-1.7279411)
(6.10.2000).

⁵ פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 461.

שמגר ואהרן ברק, סיגל לעצמו תפיסת עולם שונה. הוא האמין בכוחו וביכולותיו, כאשר במקביל התרחש כישלון נורא במלחמת יום הכיפורים שחשף את אוזלת ידם של המנהיגים (שבהדרגה החלו לכנותם "פוליטיקאים"). לכך הצטרפה הידרדרות בהתנהגותם של הפוליטיקאים שבאה לידי ביטוי, למשל, במה שכונה "התרגיל המסריח". אלה היו הנסיבות שבמסגרתן נוצרה בקרב ההנהגה המשפטית תחושה שלפיה "אנחנו יכולים (ורוצים) לעשות את זה טוב יותר". לשם כך צריך היה להעצים את כוחה של מערכת המשפט, תהליך שהתאפשר על רקע החולשה שפקדה את המערכת הפוליטית לאחר מלחמת יום הכיפורים.

מובן שכאשר מתנהל מאבק על השלטון ידאגו הצדדים המתמודדים להציג אותו כמאבק אידאולוגי (ולא פעם יש אכן מטען אידאולוגי להתמודדות), ויצאו למאבק זה כשהם מצוידים ברעיונות שיחזקו את עמדתם. איש לא יכריז שהוא חותר להשיג כוח שלטוני "סתם כך". תמיד תוצגנה מטרות הנראות משכנעות יותר, דוגמת זכויות אדם, ליברליזם או "שלטון החוק".

העובדה שמדובר במאבק על השלטון (ולא בניסיון לשמר אידאולוגיה מסוימת) באה לידי ביטוי בכך שחלק נכבד מהסוגיות המרכזיות שהתעוררו אינן נוגעות לליברליזם, לזכויות אדם או לשלטון החוק כלל ועיקר. כך למשל התעוררה, בהקשר של פרשת קו 300, השאלה אם הנשיא מוסמך לחון עבריינים לפני שהורשעו. זה היה מאבק על כוח ועל סמכויות, ולא על שום דבר אחר.⁶ בדומה לכך, סוגיית התערבותו של בית המשפט במינויים בשירות הציבורי ואף במינויים לתפקידים פוליטיים (לרבות בתפקידי שרים)⁷ דבר אין לה עם ליברליזם או עם זכויות אדם.⁸ זהו מאבק על האופן שבו המדינה מתנהלת ועל השאלה מי מנהל אותה.

בסיכום נקודה זו: בעיניי המהפכה המשפטית איננה תגובה למהפכה הפוליטית. מלחמת יום הכיפורים היא הסיבה המונחת ביסוד שני האירועים: היא הביאה למהפך הפוליטי, והיא אפשרה את המהפכה המשפטית. הכישלון במלחמה זו היה הגורם לשורה של מהלכים שכללו את המהפך הפוליטי ואת המהפכה המשפטית, והביא

⁶ שם, בעמ' 493.

⁷ בג"ץ 6163/92 איינברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229 (1993); בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404 (1993); בג"ץ 4267/93 אמיתי – אורחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' יצחק רבין, ראש ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 441 (1993).

⁸ התערבות בית המשפט במינויים מהווה למעשה פגיעה קשה בזכויות אדם, כפי שציין יואב דותן: Yoav Dotan, *Impeachment by Judicial Review: Israel's Odd System of Checks and Balances*, 19 THEOR. INQ. L. 705, 726–739 (2018) (פרופ' דותן מצביע על כך ששיטת הדחה זו עומדת על בסיס נורמטיבי רעוע (shaky), כי היא פוגעת בזכויות אדם וכי היא מנוגדת לעקרונות חוקתיים. היא גם מנוגדת להוראות החוק הרלוונטיות ("stands in contrast to the statutory law that does cover the field"). עוד מציין פרופ' דותן כי שיטה זו היא מיוחדת לישראל ואין לה אח ורע בעולם.

להחלשת השלטון המרכזי (הממשלה והכנסת) ולעליית שלושה כוחות, שלא פעם נאבקים זה בזה: המערכת המשפטית, המתנחלים והחרדים.

מאמרו של חריס עוסק בשימוש בהיסטוריה בקרב מבקרי בית המשפט העליון "תוך התמקדות בנרטיבים המשרתים את הפוליטיקאים מהימין בביקורתם על בית המשפט". נקודה מעניינת היא שהביקורת על האקטיביזם השיפוטי ועל המהפכה השיפוטי הגיעה כמעט כולה דווקא מאישים המזוהים באופן בולט עם השמאל או עם המרכז הפוליטי או שאינם מזוהים פוליטית, אך אין שום סימן שהם קרובים לימין. ראשון המבקרים היה כנראה אמנון רובינשטיין בסדרת מאמריו ב"הארץ", ביוני 1987 על "המשפטיזציה של ישראל" (רובינשטיין היה מנהיג "שינוי" ולאחר מכן ממנהיגי "מר"ץ").⁹ פרופ' שלמה אבינרי, שכהן כמנכ"ל משרד החוץ בממשלת רבין הראשונה, התבטא נגד ריכוז הכוח של היועץ המשפטי לממשלה,¹⁰ ובמאמרו "בג"צוקרטיה"¹¹ כתב ש"חייב בג"ץ לרסן את עצמו ולדחות על הסף דיונים בעניינים פוליטיים דוגמת גדר הפרדה, מאזחים, פיטורי שרים וכיוצא באלה עניינים שמסורים לפי טיבם להכרעת המערכת הפוליטית הנבחרת". לא אפרט את אשר כתבתי בנושא זה, אך גם אני בוודאי אינני שייך לימין (הייתי בין מייסדי תנועת "שינוי"). לכל אלה ניתן להוסיף את חיים רמון, שכהן כשר בממשלות העבודה וקדימה, שחלק נכבד מספרו נגד הרוח (2020) מוקדש לביקורת על מערכת המשפט ועל היועץ המשפטי. ניתן להוסיף גם את מנחם מאוטנר, רות גביון ויואב דותן, שאף אם אינם מזוהים פוליטית, לא נראה שניתן לשייכם לימין.

מנגד, במשך שנים רבות כמעט שלא ניתן היה לשמוע מהצד הימני של המפה הפוליטית ביקורת על מערכת המשפט ועל האקטיביזם השיפוטי¹² (למעט כמובן החרדים, שהייתה להם ביקורת חריפה על פסיקת בית המשפט בנושאי דת ומדינה). הביקורת מהצד הימני של המפה הפוליטית היא בעיקרה מהשנים האחרונות, והפכה קולנית יותר לאחר שנפתחו החקירות נגד ראש הממשלה, בנימין נתניהו. ואכן הציטוטים של דברי ביקורת מהימין המובאים במאמרו של חריס, בין אם מקורם בפורומים אינטלקטואליים ובין אם אלה התבטאויות של פוליטיקאים, הם מן השנים

⁹ רובינשטיין כתב בין היתר כי "חייבים לקבוע ללא היסוס כי על ישראל עובר תהליך מדהים של משפטיזציה עמוקה, שאין דומה לה ואין מקביל לה בשום מדינה אחרת" (אמנון רובינשטיין "המשפטיזציה של ישראל" **הארץ** 5.6.1987).

¹⁰ שלמה אבינרי "די לריכוזיות" **הארץ** www.haaretz.co.il/opinions/1.1289053.

¹¹ שלמה אבינרי "בג"צוקרטיה" **YNET** 7.7.04 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2943523,00.html.

¹² חבר הכנסת מטעם הליכוד, מיכאל איתן, היה בין הבודדים מאנשי הימין שהתבטאו עוד קודם לכן, פעמים אחדות, נגד בית המשפט. ראו פרידמן **קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל**, לעיל ה"ש 2, 568–569, 589, 625. גם ראובן (רובי) ריבלין התבטא נגד מערכת המשפט בתחילת שנות האלפיים, לאחר שנחקר במשטרה ונמנע מלנהן כשר משפטים. בעקבות זאת הותר לנו את הביטוי "כנופיית שלטון החוק". ראו שם, בעמ' 664–663.

2014 ואילך (למעט ביקורת אחת, שאף היא איננה מוקדמת מאוד, משנת 2011, המסתמכת על מאוטנר).

בהקשר לכך ציון במאמרו של חריס כי "מי שנפגע מהאקטיביזם היה הימין, משום שהוא עמד בראשות הממשלה במשך רוב השנים מאז המהפך הפוליטי של 1977. ב-43 השנים שחלפו מאז ועד כתיבת שורות אלו עמדו בראש הממשלה מנהיגים מהימין במשך 35 שנים [בכך נכללים גם עמידה בראש ממשלות אחדות, וכן שרון ואולמרט שפרשו מהליכוד]. האקטיביזם כשלעצמו, ועוד יותר מכך האקטיביזם שמקדם ערכים ליברליים, מנע את מימוש רצונו של העם כפי שזה בא לידי ביטוי שוב ושוב בניצחונות הימין בבחירות".

אינני יודע אם חריס מביא דברים אלה כמבטאים דעות של אנשי ימין או שזו מסקנתו שלו, בכל אופן עמדתי שונה. אכן, מערכת המשפט פגעה במקרים אחדים באנשי ימין, דוגמה בולטת היא חקירתו של רובי ריבלין, שהייתה למעשה חקירת סרק, ואשר מנעה ממנו לכהן כשר משפטים.¹³ למעשה היה זה חלק מגל חקירות שכוון בעיקרו כלפי אנשי ימין או כאלה הקשורים איתם, ובמסגרתו הודח גם יעקב נאמן (שלא היה חבר מפלגה) ממשרת שר המשפטים.¹⁴

אולם ההיסטוריה ביחסי משפט-פוליטיקה היא הפוכה. הפגיעה של מערכת המשפט הייתה הרסנית לשלטון של מפלגות השמאל והמרכז, ותרמה תרומה מכרעת לעליית הימין לשלטון. חריס מציין גם שהימין מסתמך על דבריי, אלא שהסתמכות זו היא חלקית בלבד. אחד הנושאים שבהם הימין נמנע מלצטט אותי הוא עמדתי שלפיה הימין חב את שלטונו למערכת המשפט. מערכת זו הפילה פעם אחר פעם ממשלות שמאל-מרכז, והתוצאה הייתה מעבר לשלטון הימין.¹⁵

היינו עדים להתפתחות זו בשלושה אירועים קריטיים בהיסטוריה הפוליטית-משפטית של מדינת ישראל. מנחם בגין עלה לשלטון בשנת 1977 לאחר שמישהו פתח בהליכים להעמדה לדין של ראש הממשלה, יצחק רבין, בנושא שבית המשפט העליון פסק שאין עימו קלון (פרשת הדולרים). אלמלא כן, ייתכן מאוד שרבין היה זוכה בבחירות בשנת 1977 ובגין היה פורש מהפוליטיקה כמנהיג האופוזיציה הנצחי. בכך אני חוזר למלחמת יום הכיפורים. להערכתי, העמדת ראש ממשלה לדין בכלל, ויצחק רבין (הרמטכ"ל במלחמת ששת הימים) בפרט, הייתה בלתי אפשרית לפני מלחמת יום הכיפורים. אכן, אחת הטענות נגד מאיר שמגר הייתה על כך שמשא דיון לא הועמד לדין בפרשת העתיקות. הוצעו לכך הסברים שונים. בעיניי ההסבר הוא שבימים שקדמו למלחמת יום הכיפורים היה הדבר בלתי אפשרי מבחינה ציבורית. לאחר מלחמה זו – הכול השתנה: ראשי ממשלה חדלו להיות מעל לדין.

13 ראו לעיל ה"ש 12.

14 פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 655–673.

15 שם, בעמ' 794.

אבן הדרך הבאה הייתה בממשלת רבין השנייה, בשנות ה-90. ממשלה זו היא שעשתה את הסכמי אוסלו. אבל גם ממשלה זו התערערה לחלוטין אחרי שבית המשפט הניף את דגל המאבק בשחיתות, ובפסק דין מבטא חדשנות בעייתית ויוצאת דופן פסק שעל ראש הממשלה רבין לפטר את השר אריה דרעי ואת סגן השר רפאל פנחסי. פסיקה זו ערערה לחלוטין הן את הממשלה והן את המשך הליכי אוסלו. מפלגת ש"ס, שהייתה מפלגה מתונה מבחינה מדינית, פרשה מהממשלה, נדחפה לזרועות הימין, וכל התמונה הפוליטית השתנתה.

השלב השלישי התרחש בתקופת כהונתו של אהוד אולמרט בראשות הממשלה. כדאי לזכור שכאשר בשנת 2006 התמודד בנימין נתניהו בראשות הליכוד נגד אולמרט, שעמד בראש קדימה, זכה הליכוד ב-12 צירים בכנסת ועבר לאופוזיציה. שלטונו "הנצחי" של נתניהו הגיע בזכות ההליכים המשפטיים שנפתחו נגד אולמרט והביאו להתפטרותו. זוהי כמובן אירוניה גמורה שנתניהו והליכוד, החייבים את שלטונם למערכת המשפט, זועקים כעת נגדה, לאחר הצעדים שנקטה נגד נתניהו.

ראוי להתייחס לנושא נוסף שרון חריס מרחיב עליו את הדיבור. כוונתי לשאלת היחס בין פורמליזם לערכים ולשימוש שנעשה בסוגיה זו בפסיקת בתי המשפט. בעניין זה חריס מפנה לחיבורו הידוע של מנחם מאוטנר משנת 1993 על **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי**. בעניין זה אני חולק על קיומו של ניגוד חריף בין השניים. ניגוד כזה עשוי אומנם להתקיים במצבים מסוימים, אבל ראוי לזכור שכרגיל דרישות פורמליות משקפות ערכים. כך הדבר לדוגמה בעניין הדרישה התנ"כית שלפיה על פי שניים או שלושה עדים יקום דבר. זו דרישה פורמלית, אבל מאחוריה מסתתר עניין ערכי. דרישה זו באה לידי ביטוי, למשל, בעבירות שדינן מוות. משמעותה היא שנדרשות ראיות ברמה גבוהה לפני שמחליטים להוציא אדם להורג. גם החקיקה המודרנית מציבה דרישות פורמליות שונות, למשל לגבי צוואות ולגבי עסקאות במקרקעין. מטרתן היא הגנה על ערכים: להגדיל את הסיכוי שבית המשפט יפסוק נכון, כלומר שפסיקתו תתאם את מה שהתרחש במציאות, וכן להבטיח שאדם לא יאבד את רכושו בפזיזות.¹⁶ עוד ניתן להצביע על כך שהרצון להשתחרר מפורמליזם משקף לא פעם רצון של השופט לשלוט בהליך המשפטי ובתוצאותיו. פורמליזם כובל את השופט. אם דרישה פורמלית חיונית לא קוימה – הוא חייב לפסוק בדרך מסוימת. הרצון להשתחרר מדרישות פורמליות, או למצוא דרך לעקפן, משקף רצון לחזק את שלטון השופט ולהשאיר את תוצאות ההליך בתחום שיקול הדעת השיפוטי.

ולבסוף, שאלה היא האם המהפכה המשפטית אכן הפכה את המשפט לערכי יותר והאם תרמה לליברליזם או לזכויות אדם. כפי שכבר צוין, הדגל של המהפכה לא היה

¹⁶ בנושא זה ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9 (2007). נראה שגם מאוטנר מכיר בכך: ראו מנחם מאוטנר "זכרון דברים בעסקת מקרקעין: על הצורך לחזור לעידן שלפני רבינאי נ' מן שקד" **ספר אליקים רובינשטיין** 1675 (2020).

לחזק את כוחה של מערכת המשפט. הטיעון היה שיש צורך לחזק את מערכת המשפט כדי להשיג ערכים דוגמת ליברליזם או זכויות אדם, והשאלה היא כאמור מה הושג. לנקודה זו התייחסתי בקצרה לעיל בהקשר של התערבות בית המשפט במינויים בשירות הציבורי ובפוליטיקה, התערבות שרק פגיעה בזכויות אדם.¹⁷ לכך ניתן להוסיף שהתחום המרכזי הנוגע לזכויות אדם הוא תחום המשפט הפלילי. זהו האמצעי החריף ביותר שהמדינה יכולה לנקוט נגד הפרט. ההליך הפלילי יכול לשלול מהאדם את החופש האישי, את רכושו, את אפשרותו לעבוד, את כבודו ואת כל אשר לו. דווקא בתחום זה אנו עדים להידרדרות עצומה ולפגיעה חריפה בזכויות אדם.¹⁸ במובן זה השיגה המהפכה המשפטית את ההפך ממה שהיה מצופה ממנה.

¹⁷ ראו לעיל ה"ש 8 וטקסט להערה זו.

¹⁸ פרידמן קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל, לעיל ה"ש 2, בעמ' 655–684.