

מסילות אל המשילות

הכנסת מבקשת לחוקק את חיינו לדעת, ובית המשפט חורג אל תפקידים לא לו: ההתנהלות של חלק מהרשויות מאיימת יותר ויותר על החירויות שלנו ועל המשילות של נבחרינו. עלינו להשיב בהקדם האפשרי את רכבות המשילות למסילות הראויות להן - מתוך הגדרתה של ישראל כיהודית ודמוקרטית

אחד המושגים שלאחרונה קנו שביתה בשיח הפוליטי בישראל הוא ה"משילות". משילות טובה מתוארת לא פעם כקטר חזק המוביל את הרכבת הממשלתית; כמנוע פוליטי רב עוצמה המצליח לגרור אחריו שורה ארוכה של קרונות עד להגעתם אל היעד, במהירות וביעילות. בהתאמה, מושלים טובים נתפסים תדיר כבעלי יכולת לבצע החלטות בהצלחה ובאופן אפקטיבי; ככאלה המכירים דרכים יעילות לנוע על פסי המסילה הציבורית מנקודה א' לנקודה ב' בדרך קצרה ובטוחה.

אלא שהדימוי הזה שגוי מן היסוד. משילות טובה אינה עוצמת פעולה עיוורת, ובוודאי אינה רק מנוע חזק ואילם. היכולת להוציא אל הפועל יעדים כפי שאלה הוגדרו היא תנאי הכרחי למשילות טובה, אך בשום אופן אינה תנאי מספיק; משילות טובה נמדדת קודם כול במידת האפשרות שבידי שרי הממשלה לקבוע את היעדים עצמם. גורם פוליטי היודע כיצד להביא את הרכבת אל היעד, אבל אינו מסוגל לקבוע את היעד בעצמו, בכיר ככל שיהיה – אינו מושל, אלא קבלן ביצוע; הוא אולי מונה לשר, ואולי הוא גוזר סרטים בסוף הדרך, אבל הוא לא יותר מקבלן.

כדי לנוע על מסילה שמישהו אחר הניח אין צורך במנהיגים; נהגים יצליחו לעשות את העבודה לא פחות טוב. מהות המשילות אחת: קביעת כיוון התקדמות והצבת יעדים.

היא דורשת מנבחרי הציבור להניח פסי מסילה חדשים רק אחרי שקבעו בעצמם לאן הם מבקשים להוביל את הרכבת.

רכבת המשפט הישראלי נעה לאורך שנים בכיוון מסוים. נהגי הקטר, ואולי גם כמה מנוסעי המחלקה הראשונה, התרגלו למסילות הישנות, לתחנות שהרכבת עברה בהן ולנופים שנשקפו מהחלונות שבקרונות. לצד המסילות הישנות האלו אני מניחה מאז כניסתי לתפקיד מסילות חדשות; מסילות המושתתות על עקרונות המביאים לידי ביטוי את התפיסה שבשמה נבחרתי לשמש שרת משפטיים.

בפרקים הבאים אבקש לפרוש בתמצית את עקרונות התפיסה הזו ביחס לאתגרים הגדולים הרובצים לפתחם של אלה שעול המסילות מונח על כתפיהם. נתחיל במסעה של הרכבת במקום שבו מתחיל המשפט: בבית המחוקקים הישראלי.

א.

מוזר ככל שהדבר עשוי להישמע, בכל פעם שחברי הכנסת מצביעים בעד חוק חדש ולוח התוצאות במליאה מראה על תמיכה, באותה שעה בדיוק – חברי הכנסת מצביעים במקביל גם הצבעת נגד.

הצבעת הנגד הזו היא הצבעה שקטה; קשה לשים לב אליה, והתוצאה שלה כלל אינה נרשמת בדברי הכנסת. אבל זו הצבעת נגד חדה וברורה. הצבעה נגד החירות שלנו, שמרגע התקבלותו של החוק החדש מצטמצמת והולכת.

זו הצבעה נגד החירות שלנו בתחום נוסף המצטרף לרשימת התחומים שהמדינה מסדירה, ושהחל באותו רגע קובעת בו בשבילנו דרך מסוימת שבה, ורק בה, לגיטימי לפעול.

בכל פעם שהכנסת תומכת בחוק שאמור לשרת תכלית ראויה ולפתור בעיה חברתית או כלכלית; בכל פעם שהמחוקק בוחר להביע אמון במנגנון נורמטיבי חדש; בכל פעם כזו – אנחנו למעשה מרימים את ידנו כדי לתמוך בהצבעת אי אמון המתרחשת באותו רגע.

אי אמון ביכולת שלנו כיחידים וכקהילות לנהל את עצמנו באופן שהוא טוב דיו בלי שהמדינה תקבע בעבורנו את מסלול חיינו. אי אמון בחכמתו של המון העם ליצור ולשמר מנגנונים מוצלחים בהרבה מאלה המעוצבים באופן מלאכותי, באמצעות ועדות מומחים, או כתוצאה מלחצים פוליטיים. זו גם הצבעת אי אמון בתפיסה הרואה את האדם כשופט העליון של מטרותיו; בהכרה שלנו בכל יחיד כשליט על חייו, וככזה שבמידת האפשר השקפותיו שלו הן שצריכות לכוון את מעשיו; ובכוחן של קהילות משפחתיות, חברתיות וכלכליות לנהל את חייהן בכוחות עצמן ולחתור בהצלחה להשגת מטרותיהן.

ובכל זאת, לא פחות מאלף וחמש מאות פעמים ביקשו חברי כנסת, בחמישה עשר החודשים האחרונים, ליטול מאתנו חלק מהחירויות שלנו.

אלף וחמש מאות הצעות חוק באו לפני ועדת שרים לענייני חקיקה, שבראשה אני יושבת, וביקשו לתקן את החוקים הקיימים: להוסיף או לבטל בהם סעיף; להציע רעיון פלאי שיפתור בעיה קשה באופן קסום; להנדס את החברה בצורה כזו שתעשה רק טוב ולעולם לא רע; כך הבטיחו חברי הכנסת בדברי ההסבר להצעותיהם ונשבעו בספר החוקים.



כל ההצעות שמניתי כאן, ועוד יותר מהן אלו שלא מניתי, מניחות שהפיתרון מצוי תמיד במדינה ובפקידות, ולעולם לא באדם הפרטי או ביוזמה החופשית שלו. את יצר החקיקה והפיקוח, את הרצון לְמַשְׁקֵר וְלְאֶסְדֵר עוד ועוד תחומים, חייבים לזהות כסטייה חריפה

אבל מהו פרץ החקיקה הזה, המכלה את זמנו של הפרלמנט הישראלי באופן שאין לו אחר ורע בכל העולם המערבי כולו בשום תקופה שהיא, אם לא תעודה המעידה על הכישלון המפואר הממתין בקצה דרכו של מי שמבקש לפתור כל בעיה בדרך של חקיקה? כאן עלינו לעצור את מסעה של הרכבת ולזהות בזמן שהמסילה שלנו התעקמה. שנדרש תיקון.

תחילת העבודה על הנחת מסילה חדשה היא זיהוי מדויק של הבעיה. רבים מביטים בגודש החקיקה בישראל במושגים של עומס מערכת המקשה על תפעול מוצלח של כוח האדם בכנסת ובממשלה. מכאן נקל להבין את הקולות שנשמעו לאחרונה, המציעים להגדיל את מספר חברי הכנסת כדי שניתן יהיה להתמודד עם עבודת החקיקה המרובה. בעיניי אין זה אלא בית חולים חדש הנבנה מתחת לגשר שבור כדי להעניק טיפול רפואי לנופלים ממנו. אני מבקשת לקבוע כאן שהעומס הוא הבעיה המשנית הנוצרת ממספרן הגבוה של הצעות החוק, וחמור מכך – של החוקים המתקבלים. בראש ובראשונה מדובר בבעיה הנוגעת לחירות, הפוגעת בנו הן כפרטים, הן כחברה.

בהקדמה לספרו 'קפיטליזם וחירות' מתייחס חתן פרס נובל, פרופ' מילטון פרידמן, לרשמיו מביקור שערך בישראל בשנות השישים ומציין כך:

בישראל קיימות שתי מסורות יהודיות הנאבקות זו בזו. מסורת בת מאה שנה של אמונה בשלטון סוציאליסטי פטרנליסטי ודחיית הקפיטליזם והשוק החופשי, ומסורת בת אלפיים שנה שהתפתחה מתוך צרכים הכרחיים בגולה:

הישענות האדם על עצמו ושיתוף פעולה חופשי... [1] שימוש בכל אמצעי של כושר ההמצאה היהודי כדי לנצל את ההזדמנויות שבשוק שנעלמו מעיניהם קצרות הראייה של פקידי השלטון.

הגעתי למסקנה כי למזלה של ישראל הוכח כי המסורת העתיקה יותר היא המסורת החזקה יותר.¹

לצערי, נדמה שהדברים שנאמרו בביטחון לפני יותר מחמישים שנה אינם נכונים כיום במלוא עצמתם. הלוואי שהיה לי היום אותו ביטחון שהיה לפרדמן בדבר ניצחונם הוודאי של ערכי החופש שעמנו חרת על דגלו באלפיים שנות גלות ואשר הביאו אותנו לשגשוג המדהים שאנחנו נהנים ממנו כיום. המאבק בין שתי המסורות היהודיות רחוק מלהיות מוכרע כיום לטובת השיטה הדוגלת בחופש ולטובת אותם המאמינים שהמכשיר ההכרחי לייצור חופש הוא חופש כלכלי.

כשאני בוחנת את הצעות החוק המגיעות להכרעתה של ועדת השרים לענייני חקיקה אני מגלה שללא לחיצתנו החזקה על דוושת בלם הקטר, שבוע אחרי שבוע, היו ההצעות מייצרות לנו עולם אחר, מקביל לזה שלנו. בעולם המקביל הזה שולטת הממשלה באורח באמצעות הסדרתם של עוד ועוד תחומים כלכליים, בשעה שלפרט נותרת מעט מאוד חירות לנהל את עצמו ואת עסקיו. זה היה עולם שחלקות החופש הטובות המצויות בו,

ושהן המייצרות את העושר העצום שזכינו בו, היו מצטמצמות עוד ועוד מפני מנגנון ממשלתי שתמיד, וכמעט בהכרח, לא היה יעיל.

הנה כמה דוגמאות לעולם המקביל שהיה נוצר לנו אלמלא הדפה ועדת השרים בשנת הראשונה כיושבת הראש שלה יותר מ-1,100 הצעות חוק מיותרות ומזיקות.

בעולם כזה, לבעל נכס אסור היה להעלות את שכר הדירה שלו במשך כמה שנים. איסור העלאת שכר הדירה היה כמובן מקפיץ את המחירים ערב החלתו, ובשלב שני היה הופך את הדירות בעלות המחיר הסטטי למעין מוצר בפיקוח שלא כדאי להשקיע בו ובוודאי שלא כדאי ליצור אותו; דבר זה מביא בתורו לירידה בהיצע הדירות, וממילא לעליית מחירים נוספת. התוצאה הכלכלית ההכרחית מכך הייתה התפתחות שוק שחור של שכירות, שהרי שוק שחור נוצר תמיד בשעה של מחסור רגולטורי.

בעולם המקביל הזה הייתה קיימת חובה על רשתות מוזון לקבוע מחיר אחיד למוצרים דומים – מה שכמובן היה מביא ליישור קו במחירים כלפי מעלה.

זה היה עולם עם אסדרה (רגולציה) קשה ומכבידה על מעסיקים, שהייתה מתקבלת בלי לבוא איתם בדברים, ובלי לנסות ולהבין כיצד יצליח המושק לעמוד בפני ההתכווצות הצפויה לו כתוצאה מהמהלכים המבוקשים.

זה היה עולם שמעניש מלונות, ולא באמצעות כוחות השוק, על אי התקנת אינטרנט אלחוטי; עולם שגורם לעסקים להפסיק לתת שוברי החלפה באמצעות הטלת חובות מכבידות על עוסקים המתנדבים לעשות זאת.

זה היה עולם שבו המדינה מעגנת באופן חוקתי את הזכות לדיור, אף שאינה יכולה לכבד זכות זו. האמת היא שכדי להביא לידי כך שלכל אזרח תהיה קורת גג לראשו נדרשים לא חוקי יסוד כי אם בנייה מוגברת ובהגדלת היצע הדיור: רק הללו יביאו לירידת המחירים.

זה היה עולם מקביל שבו זכויות היסוד של אזרחי המדינה אולי אינן שלמות, אך זכויותיהם של בעלי החיים (לרבות החרקים) מעוגנות באמצעות "חוק יסוד: זכויות בעלי החיים" מקיף ושלם במידה כזו, שהייתה בוודאי מביאה לכך שכל אזרח מהעשירון התחתון היה מביט בבעלי החיים שמסביב לו בקנאה רבה ובעיניים כלות.

זה היה עולם המציע חבילות פנסיה שאין כל אפשרות לכבדן בלי להטיל מסים עצומים לצורך מימון, ואינו מבין שההתערבות הכמעט ילדותית הזו בכלכלה החופשית תחריב אותה עד היסוד.

זה היה עולם שבו אין נתון לשוטור מרחב של שיקול דעת, אלא הוא חייב לעצור כל אדם שהוגשו נגדו שתי תלונות על הפרת צו הרחקה. כמובן, חובה כזו הייתה מעודדת הגשת תלונות שווא במקרים של סכסוך משפחתי, שכן במצב כזה כל תלונה, גם חסרת יסוד, הרי היא כצו מעצר. אבל שוב, בעולם המקביל הזה נדמה כי ההשלכות רחוקות הטווח על זכויות האזרחים להגנה על חירותם מושלכות לקרן זווית רחוקה.

וכן, היה זה עולם שבו היו מתקבלות גם הצעות חוק שאין לי מילה אחרת לתאר אותן מלבד "מוזרות", כמו הטלת חובה על המדינה לחלק לאזרחיה אפודים המגנים מפני

דקירות סכין, או הצעה שביקשה, מטעמי תקינות פוליטית, לאסור באופן גורף את השימוש במושג "בתי אב".

הלוואי שיכולתי להיות בטוחה שהמחוקק הישראלי עדיין מבקש לקדם את הערכים של "הישענות האדם על עצמו ושיתוף פעולה חופשי, של שימוש בכל אמצעי של כושר ההמצאה היהודי", שפרידמן דיבר עליהם בשנות השישים של המאה הקודמת. לדאבוני נדמה לי שכל ההצעות שמניתי כאן, ועוד יותר מהן אלו שלא מניתי, מניחות שהפתרון מצוי תמיד במדינה ובפקידות, ולעולם לא באדם הפרטי או ביוזמה החופשית שלו. את גידולי הפרא האלה בתחום החקיקה, את יצר הפיקוח, את הרצון לְמִשְׁטָר וְלְאֶסְדֵר עוד ועוד תחומים, חייבים לזהות כסטייה חריפה במהלך המסילה. אני סבורה כי את המסילה הישנה והעקומה הזו אנו חייבים להחליף אם עודנו מעוניינים לשמור על החופש שלנו כחברה וכיחידים. אכן, כוונות טובות עמדו בבסיס המסילות הישנות: הצמצום הזה בחירותם של האזרחים בא כדי לקדם בכל פעם בדרך אחרת את "טובת הציבור"; אותו עיקרון בן-גוריוני המבקש להניע את הרכבת הציבורית על גבי מסילה המביאה את הנוסעים למקום שהם צריכים להגיע אליו, גם אם אין הוא מחוץ חפצם.

ובכל זאת, אני מבקשת מחבריי לממשלה שלא לאשר הצעות כאלו, ופונה אל המחוקקים להתמקד במה שהציבור רוצה בפועל ולא במה שהיה ראוי לדעתם שהציבור ירצה.

בבואנו לבחון את מדד החופש שלנו כדאי שנלמד את המספרים. הכנסת השלישית שנבחרה בשנת 1955 והתפזרה אחרי מעט יותר מארבע שנים בשנת 1959, העבירה בכל תקופתה 13 חוקים בלבד – וכן, גם בה כיהנו 120 חברי כנסת בדיוק. לעומתה הכנסת השמונה-עשרה, זו שנבחרה בשנת 2009 והתפזרה בשנת 2013, פעלה גם היא כארבע שנים אך הספיקה לחוקק מעל 500 חוקים, מחציתם על פי הצעות חוק ממשלתיות ומחציתם על פי הצעות חוק פרטיות. זה אינו פער שניתן להסבר סטטיסטי או נסיבתי. זהו פער של סדרי גודל המורה על שינוי תפיסתי עמוק.

מזכירת הוועדה הוותיקה שלנו, תמי כנפו, שפרשה לאחרונה לאחר יותר מארבעים שנות עבודה מסורה, נהגה לספר לנו, חברי הכנסת הצעירים, כיצד היו קודמינו בוחנים בדיוק ובדקדוק כל הצעת חוק, ומנסים לשער את השלכותיה על הפרט ועל הכלל. כל מי שהזדמן למליאת הכנסת בשנים האחרונות יודע איך נראית כיום החתמה של חבר כנסת על הצעת חוק; לא פעם חבר כנסת יצרף את שמו להצעת החוק כיוסם שלה מבלי שעבר עליה במלואה ולו פעם אחת, גם לא בקריאה פשוטה ומהירה. אולי לא נעים לשמוע, אבל המספרים חד-משמעיים: חרדת הקודש שאפפה את המחוקקים בכנסות קודמות בשעה שבחנו את מחירה של החקיקה החדשה אינה שורה עוד על המחוקקים בכנסות האחרונות.

לפעמים נדמה לי שאנחנו במרוץ לתחתית: מי יצליח לחוקק כמה שיותר חוקים. מי יצליח "לגעת" בכמה שיותר נושאים. הדיוק תופס מקום משני; חשובה ממנו הכותרת. המחיר, במטבעות של חופש, חשוב פחות גם הוא. כיום מתמקדים בהשגת מטרה קטנה ונקודתית ומתעלמים מהתמונה הכוללת. גם התקשורת כמוזן תורמת לכך בהכרזותיה מעת לעת על אלוף או אלופת המחוקקים; על חבר הכנסת החברתי ביותר (בלי לציין, כמוזן, על חשבון מי).

בתקופה בת 18
 חודשים נוספו 60
 עבירות פליליות
 חדשות שמעסיק
 עלול למצוא את
 עצמו מואשם
 בהן בשל מעשים
 שביצע במהלך
 פעילותו העסקית.
 וזה רחוק מלהיות
 הכול: בתחום הגנת
 הטיבה נוספו
 בתוך 24 חודשים
 65 עבירות פליליות
 חדשות. המספרים
 מבהילים

החקיקה בישראל הגיעה לרמה מסוכנת. החופש של האזרח בישראל נפגע עמוקות מהתחרות הזו שבין חברי הכנסת; מההתערבות המוגזמת בחייו. את התחרות הבריאה בין העסקים במשק החלפנו בתחרות מזיקה בין חברי הכנסת.

וגם כאן דוהרת הרכבת על גבי המסילות הישנות. יחד עם הפגיעה בחופש של האזרח נפגע באופן הרסני גם השוק החופשי, הכורע תחת נטל אסדרה קשה ומיותרת. החופש לנהל עסקים הוא החמצן של המגזר היצרני שלנו, המגזר שהמשק כולו מתבסס עליו. אין חולק על כך שיכולתה של המדינה לממן את שירותיה תלויה בראש ובראשונה בערך וברווח שמייצרים היזמים, התעשיינים, המעסיקים השונים והעובדים. אך האסדרה, חביבת המחוקקים, חונקת אותם, ובכך מעמידה את צמיחתה של המדינה בסכנה חמורה.

לא רק בתוך ישראל מרגישים את האסדרה הלוחצת על המגזר העסקי; ישראל ממוקמת במקום ה-53 במדד ה-Doing Business של הבנק העולמי, במקום לא כל כך טוב בין מולדובה לקולומביה, מתחת למדינות כגון תאילנד, ארמניה וצ'ילה. במדד קלות פתיחת עסק המצב גרוע אף יותר: ישראל ממוקמת רק במקום ה-56.² גם דו"ח OECD שפורסם בינואר האחרון הגדיר את ישראל כ"מדינה שאסדרת שוק המוצרים בה היא הנוקשה ביותר מכל מדינות ה-OECD".³ להגדרות הללו יש מחיר גבוה. בין השאר, השוק כולו משלם עליהן במטבע קשה של בריחת משקיעים.

תפיסת השוק החופשי שאני דוגלת בה אינה מבקשת להפוך את המזרח התיכון למערב פרוע. היא מבקשת לאפשר לשחקנים העסקיים להתנהל לפי כללי משחק בסיסיים שהמדינה קובעת, מפרשת ואוכפת. היא מבקשת להימנע מלראות את המדינה כשחקן מרכזי, קל וחומר כמונופול; היא מבקשת למנוע מהמדינה להצר את שיקול הדעת של השחקנים יותר מן ההכרחי; היא מבקשת לשמור על הכלל שלפיו למדינה אסור כל מה שלא הותר לה, ולפרט מותר כל מה שלא נאסר עליו. תפיסת השוק החופשי שאני דוגלת בה אינה יכולה לחיות בשלום עם משטר של הגבלות רגולטוריות כה רבות וכה חמורות, המקרב את המגזר העסקי שלנו למצב שבו לעסקים בישראל, כל מה שלא הותר – אסור.

בהנחת אבן הפינה למסילה החדשה בתחום החקיקה הייתי מכבדת את שופט בית המשפט העליון האמריקני, אוליבר וּנְדֵל הולמס, החתום על האבחנה העמוקה בדבר היחס שבין המשפט והחיים: החיים בכלל, וחיי הכלכלה בפרט. "חיי של המשפט אינם היגיון אלא ניסיון";⁴ קבע הולמס וביסס בכך את העיקרון המבקש למנוע התערבות מיותרת במנגנוני חיים מוצלחים באמצעות קביעות וחוקים הנשענים על רציונלים משפטיים. הניסיון המצטבר של הרבה מאוד התקשרויות בין פרטים הוא הצריך להוביל אותנו – ולא דווקא ההיגיון המשפטי המופשט, הכמעט מתמטי, שתדיר מתברר כי דבר אין לו עם הדינמיקה של העולם הממשי.

הקביעה של הולמס מבוססת על האמונה בכך שלעולם תהיה חכמת ההמון המצטברת גדולה מזו של מומחי המדינה; שלעולם המנגנונים העממיים יהיו גמישים יותר, מהירים יותר, מגיבים יותר וסתגלניים יותר ממנגנוניה של המדינה. על המשפט, אם כן, לנסות לשקף את המנגנונים האלה ולא לנסות לייצר להם חלופות מוצלחות יותר.

הכנסת קרובה ללבי ולעולם לא אתן ידי לפגיעה בה או אפילו לעמעום עוצמתה, אך כאמור מסילת החקיקה התעקמה בשנים האחרונות וצברה חלודה רבה מאוד. עיון קצר בדוגמאות לחוקים בעלי היבט פלילי עשוי להבהיר את העניין מעט יותר. מסילת החקיקה שהתרגלנו אליה מביאה לכרסום בחירותם של האזרחים ולשורה של הגבלות בתחום הכלכלי, על ידי כך שהיא מגבירה את יכולתה של הכנסת להפליל מעשים שונים. במעשים אלה, הגם שהם שליליים, ניתן לא פעם לטפל באמצעים חמורים פחות מאלה שמציע המשפט הפלילי.

גם כאן, הנתונים מאירי עיניים. קצב יצירת העבירות הפליליות ביחס למעשים הנעשים בעולם העסקי הגיע בשנים האחרונות לשיא. בתחום דיני העבודה, בין השנים 2011 ל-2013, בתקופה של 18 חודשים, נוספו 60 עבירות פליליות חדשות שמעסיק עלול למצוא את עצמו מואשם בהן בשל מעשים שביצע במהלך פעילותו העסקית. וזה רחוק מלהיות הכול; בתחום הגנת הסביבה נוספו בתוך 24 חודשים 65 עבירות פליליות חדשות. בחשבון כולל, המספרים מבהילים: מספר העבירות הפליליות שמעסיק בישראל עלול להיות מואשם בהן בהקשר לפעילותו העסקית מגיע כיום ליותר מאַלף.

המצב הזה בלתי נסבל. יש בו מגבלות קשות על עסקים, והוא מבריח אנשים טובים מלמשמש נושאי משרה בתאגידים מסחריים. אנו חייבים לשים לזה סוף. אשר על כן, במסגרת ההחלטות שקידמה הממשלה לקראת העברת תקציב 2017–2018 ביקשתי להוסיף את ההחלטה כי ועדת השרים לענייני חקיקה לא תדון יותר בחוקים המבקשים להוסיף עבירות פליליות חדשות לספר החוקים לפני שיחידת המחקר של משרד המשפטים תבצע מחקר מקיף שיבחן את הנעשה בחו"ל בתחומים דומים, את ההשלכות שתהינה למשק כתוצאה מיצירת העבירה החדשה, את החלופות הקיימות לטיפול בנושא שלא באמצעות החוק הפלילי ועוד. כך, הוספה לא מבוקרת של עבירות פליליות לספר החוקים תיפסק לאלתר.

זו מסילה נוספת המונחת בימים אלה, המחייבת את הרכבת המשפטית להאט את מהלך נסיעתה רגע לפני שהיא מגיעה לתחנה הפלילית – תחנה שאמורה להיות אחרונה ובהחלט לא ראשונה. המסילה החדשה אינה מותירה לרכבת ברירה אלא לנוע על בסיס מחקר, לשקול חלופות ולהביא בחשבון את מכלול ההשלכות של כל חקיקה נקודתית. המסילה החדשה הזו מבקשת להשפיע על הליך החקיקה באופן פרוצדורלי, בלי לשלול, חלילה, את עיקרון הסמכות הנתונה תמיד בידיו של המחוקק; סמכות שאגן עליה בכל כוחי מפני כל מי שיבקש לערער על עצם הלגיטימיות שלה.

ב.

ומעבודתו של המחוקק אל ריב הסמכויות שבין הרשות השופטת לרשויות האחרות.

הבעיה הזו, המצויה בכל חברה שיש בה הפרדת רשויות, התחדדה מאוד בשנה האחרונה כאשר החליט בית המשפט העליון לפסול חלק ממתווה הגז שקבעה ממשלת ישראל. ביקרתי קשות את ההחלטה הזו ואני מבקשת להוסיף ולהסביר כאן את הבעיה הנגרמת מהחלטות כגון זו, וכגון פסילתו החוזרת בגלגול שלישי של תיקון חוק הכניסה לישראל בעניין המסתננים – החלטות המבליטות את הצורך בקבלת "חוק יסוד: החקיקה"

שיתמך באופן ברור (ולראשונה גם מוסכם) את מערכת המסילות השלטונית. המצב האבסורדי שבו הממשלה והכנסת מופתעות פעם אחר פעם מתמרור עצור משפטי הכובל את פעולתן ייפסק, כך אני מקווה, עם כניסתו של חוק זה לתוקף.

פסיקת בג"ץ בעניין מתווה הגז היא נקודת פתיחה מצוינת לדיון בסוגיה. נאמנים לשיטתו של הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, שהגדיר תחום לא שפיט כ"חור שחור משפטי"⁵, החליטו שופטי העליון שלא לדחות על הסף עתירה ציבורית בעניין מתווה הגז, ולדון בה לגופה. זוהי עתירה שנושאה האמיתיים הם כדאיות כלכלית וחלוקה ראויה של משאבים ציבוריים בין כלל החברה לבעלי עסקים; נושאים שלכל הדעות אינם נמצאים בגרעין הקשה של תחום המשפט.

יותר מהנוק האדיר שהיה עלול להיווצר לכלכלת ישראל כתוצאה מפסק דינו של העליון, חמורה בעיניי השלכתו המשפטית: מתברר כי גם בתיק בעל משמעות כלכלית אדירה למדינת ישראל, בית המשפט העליון כלל אינו מרגיש צורך להבחין בצד ספציפי שנפגע באופן ישיר ושבשמו מוגשת העתירה. שוב הפך בית המשפט העליון את עצמו לזירה שבה מתבררות שאלות פוליטיות ומאקרו-כלכליות מזוקקות; שאלות שאמורות היו להיות מוכרעות לא באולם הגדול של בית המשפט העליון אלא בהרבה מאוד אולמות קטנים: אולמותיהם של בתי ספר וגני ילדים, כאשר, אחת לארבע שנים, מוצבות בהם קלפיות והאזרחים נכנסים אליהם ובוחרים בנציגיהם לכנסת.

לאותם תחומים פוליטיים שההכרעות בהם מתקבלות בכנסת ובממשלה, ושאינ בהם כל הצדקה להתערבותו של בית המשפט העליון, ברק קורא "חורים שחורים". אני, לעומתו, קוראת להם "מרחבי משילות". כאן בדיוק באות לידי ביטוי יכולתה של הממשלה למשול ויכולתה של הכנסת לחוקק חוקים בשם העם שבחר בנציגיו.

תפקידו הקלאסי של בית המשפט הוא להגן על מי שנפגע באופן ישיר מן הרשויות, ולא להכריע בעניינים ציבוריים כלליים. רעיון זה איננו המצאה שלי, כמוכן. אך כיוון שעברו לא מעט שנים מהימים שאמירה כזו בישראל נחשבה פשוטה, אצטט את השופט ויתקון שהכריז על המובן מאליו בפרשת בקר וקבע כי –

אין לך הליך שיפוטי אלא במקום שקיים 'ריב'. צריך שיבוא פלוני ויתבע את זכותו או עלבוננו. בזה משתנה הדיון בבית המשפט מהדיון בפני הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת.⁶

כך, בעבר דרש בית המשפט מעותרים להראות, כתנאי סף, שהם נפגעים באופן ייחודי, ודרישה זו מקובלת גם היום במדינות רבות בעולם ובראשן ארצות הברית ואנגליה. אלא שתאוריית "החורים השחורים" הובילה למפץ הגדול של "המהפכה החוקתית", וכיום אין דבר שבית המשפט העליון נמנע מלדון בו.

כך הגענו למצב האבסורדי שבו העותרים נגד מתווה הגז הם עמותות וחברי כנסת, שאמנם מחזיקים במלוא הזכות לקדם את עמדותיהם הפוליטיות, אך במקום לעשות זאת דרך המערכת הפוליטית הם בוחרים לעשות זאת במסגרת הזירה המשפטית, תוך ניצולה והעמסתה. בעיניי גם קטע זה במסילה המשפטית בישראל חייב להיות מוחלף, וראוי להרחיב בו מעט את הדיבור.

האם עוד נכון לומר על הרשות השופטת בישראל את מה שאמר המילטון על בית המשפט שהכיר, שאין לו לא ארנק ולא חרב? האם באמת הרשות השופטת בישראל אינה חולשת "לא על כוחה של החברה ולא על עושרה"? ספק גדול בעיניי

התופעות הבעייתיות הללו לא צמחו יש מאין, והן תוצאה של תהליכים ממושכים. בשלושים השנים האחרונות התפתחה שיטת פעולה מוכרת בקרב המתנגדים לפעולותיה של הממשלה והמבקשים לפגוע ביכולת הממשלה שלה. לפי כללי השיטה החדשה מאבק בפעולות הממשלה עובד כך:

בשלב הראשון מתמודדים על אמון הציבור בבחירות לכנסת; כאן המאבק ברור, והוא מתנהל בין שתי תפיסות עולם. משעה שהוכרו על הפסד בזירת הבחירות, ונציגיה הפרלמנטריים של תפיסת העולם הפועלת לסיכול עבודת הממשלה נותרו בנחיתות מספרית, עוברים אלה מיידית לשלב השני.

בשלב השני מנהלים המתנגדים לפעולות הממשלה מאבק ציבורי בכנסת נגד יוזמותיה של הממשלה; הדבר לגיטימי מאין כמוהו, והוא תמצית הדמוקרטיה. אחרי הכרעתו של הבוחר המאבק הזה לעתים אבוד מראש, אבל במשטר שהתפתח בישראל הוא כלל אינו מיותר. הוא משלהב את המערכת האקדמית והתקשורתית וכך בונה את השלב השלישי במאבק.

בשלב השלישי מתבצע מעבר חד מ"הפוליטיקה של הבחירות" ל"פוליטיקה של העתירות". אחרי ההפסד הפוליטי השלם והמוחלט יבקשו אותם כוחות המתנגדים לפעילות הממשלה למנוע ממנה להוציא לפועל את תכניותיה באמצעות עתירות לבית המשפט.

פרופ' מנחם מאוטנר ציין במאמרו "המשפט הסמוי מן העין" כי –

בית המשפט העליון (הילך) קסם על החוגים הליברליים בישראל – העיתונות, התקשורת, חברי הכנסת ממפלגות השמאל והאקדמיה המשפטית.

ייתכן שההתמקדות בבית המשפט העליון כזירה מרכזית לפעילות הייתה אסטרטגיה של חוסר ברירה עבור אלו שמצאו עצמם פעם אחר פעם באופוזיציה, מנותקים משליטה בתקציבי המדינה ובמנהל של המדינה. החוגים הליברליים נראים כמי שפעלו בעיקר בפסגות מוארות הזרקורים של המשפט.⁷

עתירה של חבר כנסת לבית המשפט חותרת תחת תפקידו כנציג הרשות המחוקקת, ומביאה לידי אבסורד את מערכת היחסים בין הרשות השופטת והמחוקקת. איני חושבת שיש לחוקק חוק האוסר על חברי הכנסת לעתור, ובכל זאת חיוני שהרשויות השונות יכבדו זו את זו; ובסיסי אף יותר: חבר הכנסת צריך לכבד את עובדת היותו חבר בכנסת ישראל. לפני המחלוקות הפוליטיות הוא קודם כל חבר הכנסת, ושם נמצא מרחב הפעולה שלו.

השוואה בינלאומית תלמד כמה ייחודי מצבה של מערכת המשפט בישראל. שישים מילים הספיקו לאלכסנדר המילטון, ממחברי הפדרליסט, כדי להבחין באופן מוצלח בין פסיקתו של בית המשפט העליון לבין החלטות ממשלה ודברי חקיקה מטעם הפרלמנט:

הרשות המבצעת לא די שהיא מחלקת את הכיבודים, אלא היא גם המחזיקה בחרבו של הציבור.

הרשות המחוקקת לא די שהיא חולשת על הארנק, אלא היא גם המכתיבה את הכללים המסדירים את חובותיו וזכויותיו של כל אזרח.

לרשות השופטת, לעומת זאת, אין שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק; אין היא חולשת לא על כוחה של החברה ולא על עושרה.⁸

המילטון, מן האישים הדגולים שעיצבו את החוקה האמריקנית, כיהן גם כשר האוצר של ארצות הברית וגם כמפקד העליון של צבאה; כרמטכ"ל הוא ידע היטב מהי חרב, וכשר אוצר היטיב לדעת מהו ארנק. כמומחה למשפט חוקתי הוא האמין בכל לבו שההצדקה לקיומה של רשות שופטת חזקה ועצמאית היא העובדה שאין לה לא חרב ולא ארנק. ניתוקה מן החרב ומן הארנק הוא הוא המצדיק את עצמאותה ואת חוסנה.

אפשר רק לתהות מה היה אומר המילטון לו ראה כמה הרחיבה הרשות השופטת בישראל את התחומים שהיא פוסקת בהם. אמנם, במקרים שבהם פעולה של רשות שלטונית רומסת זכויות יסוד של יחידים והם עותרים כנגדה, אפשר שבית המשפט יכריע באופן שיחייב את המדינה לשלם ממון רב. אבל בית המשפט אינו יכול להפוך לזירה האחראית על הארנק עצמו – כלומר על חלוקת המשאבים, על ההסכמים הכלכליים, על כל מה שממשלה נבחרת כדי לנהל. והרי יש כאן סמכות שאין בצידה אחריות: מאיזה ארנק משולמים הפיצויים שנקבעו בבית המשפט לטובת הפלסטינים שנפגעו במסגרת האינתיפאדה? מי ידאג לארנק הציבורי שהתרוקן כתוצאה מביטול בתי הכלא הפרטיים? ומי ידאג לתפור מחדש את הארנק הציבורי שחורר במסגרת ביטול עסקת הגז?

אמנם, בית המשפט אינו אוזח בחרב, ולאורך השנים גם ידענו בתחום הביטחוני פסיקות אחרות של בית המשפט העליון ועליהן גאוותנו. אך האם קו הפסיקה הרגיל של בית המשפט, כפי שהוא משתקף בעניין מתווה הגז, משחזר את חרבה של הממשלה או מקהה אותה? התשובה, לדעתי, ברורה ומרגיזה.

האם עוד נכון לומר על הרשות השופטת בישראל את מה שאמר המילטון על בית המשפט שהכיר, שאין לו לא ארנק ולא חרב? האם באמת הרשות השופטת בישראל אינה חולשת "לא על כוחה של החברה ולא על עושרה"? ספק גדול בעיניי. אכן, לא עולה בדעתי שגוף שיפוטי שלא נושא בשום אחריות למילוי הארנק בשטרות כסף הוא זה שמרשה לעצמו לרוקן אותו, אך לדאבוני זה המצב השורר כיום במדינת ישראל.

חשוב גם לשים לב באיזה כלי השתמש בית המשפט כדי לפסול את פסקת הציבות שבמתווה הגז שהציעה הממשלה. פסק הדין הדרמטי נשען כולו על חקיקה שיפוטית, והעילות המשפטיות שהוא נשען עליהן לא נחקקו מעולם בידי הכנסת. האיסור על כבילת שיקול הדעת המנהלי הוא חקיקה שיפוטית; כזה הוא בוודאי היישום התקדימי שלו בפסק הדין הזה, הנוגד את הכרתם של בתי המשפט מאז ומתמיד כי אחד מתפקידיה הקלאסיים של הממשלה הוא התקשרות בחוזים ובהסכמים שכל עניינם הוא התחייבות עתידית בתמורה להתחייבות עתידית של הצד שכנגד.

כשרכבות רשויות השלטון בישראל נעות על גבי מסילות שהונחו באופן עקום, אין תמה שההתנגשויות ביניהן כה תכופות. המסילות החדשות שאני מבקשת להניח – בזהירות ותוך שמירה עילאית על עצמאותו וכבודו של בית המשפט – מבקשות לתחום ביתר דיוק את המסלולים של כל אחת מהרשויות, המחוקקת והמבצעת והשופטת, וכך לאפשר להן תנועה סדירה ולמנוע התנגשויות עתידיות.

אלקסיס דה-טוקוויל, ההוגה הצרפתי חדהעין שביקר כתייר בארצות הברית בשנות השלושים של המאה ה-19, ניסח בעקבות זאת תובנה מעמיקה בעניין פעולותיהם של ממשלות ופרלמנטים דמוקרטיים, על הטוב ועל הרע שבהן:

קל לגלות את מומיה ואת חולשותיה של ממשלה דמוקרטית. אפשר להוכיחם בעובדות הנראות לעין, ואילו השפעתה הבריאה מסתמנת בדרכים שאינן נראות מאליהן ואפילו נסתרות. בהרף עין אפשר לעמוד על חסרונותיה, אבל רק מתוך הסתכלות ממושכת אפשר להבחין במעלותיה.⁹

לא לחינם הבחין דה-טוקוויל בין שני צירי זמן: האחד קצר והשני ארוך. בטווח זמן קצרים מאוד, בפירוק של העשייה הממשלתית לפרגמנטים זעירים, במקטעי זמן מצומצמים, בהתמקדות בהחלטה בודדת אחר החלטה בודדת, ניתן לבחון את פעולתם של הממשלה והפרלמנט כך שכל מגרעותיו וכישלונותיו של השלטון ייחשפו תחת עדשת המיקרוסקופ המשפטי הבוחן את פעולתה הצרה והמסוימת. אבל רק מי שניחן בסבלנות אמתית, ויודע שיתרונו של ממשל דמוקרטי טמון לא בכך שהוא מחוסן מפני טעויות, אלא בכך שהטעויות שלו ניתנות לתיקון בטווח הארוך; רק מי שרוחש אמון כלפי בחירתו של הציבור; רק מי שרואה ערך עצמאי בחיבור הישיר שבין הציבור לתוצרי הפעולה השלטונית – רק הוא יוכל לעמוד על היתרונות העצומים של עוצמת משילות ארוכת טווח. רק הוא יבין למה התכוון דה-טוקוויל כשדיבר על ההשפעה הבריאה שיש ליכולתה של ממשלה למשול באופן אפקטיבי.

דבריו של טוקוויל צריכים לעמוד לנגד עינינו בסוללנו מסילה חדשה המסדירה את יחסי בית המשפט העליון והרשויות האחרות. השפעתה הבריאה של המשילות מסתמנת בדרכים שאינן נראות מאליהן, ודאי לא בהסתכלות נקודתית של הרף עין המחמיצה את הנזקים המְצַרְפִּים שגורמת פסילה חוזרת ונשנית של תוצרי הממשלה והכנסת.

ג.

אך לא כל הבעיות שניצבות לפתחה של מערכת השלטון בישראל הן בעיות מבניות. יש בעיות הנובעות מן התוכן; מן היעד שאליה הרכבת נוסעת, לא פחות מאשר מרמת תחזוקת המסילות.

כאן אני מבקשת לחזור אל שאלת היסוד של הגדרתה החוקתית של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית". כדי להעמיק את הדיון הנדרש במקטע זה, אני מבקשת להעלות ברציף הקרוב אורח ושמו אליק; אליק ש"נולד מן הים" והוא גיבור ספרו של משה שמיר 'במו ידיו' (או בכותרתו הנוספת 'פרקי אליק').¹⁰

לצד התיאור
הרואה את היחס
בין "יהודית"
ל"דמוקרטית"
כמאבק מתמיד
והתנגשות בין
ציויליזציות, אני
חושבת שניתן
להציע מודל אחר.
איני מוכנה לקבל
את החובה להתייבב
לצד אחד הכוחות
ואיני מוכנה לקבל
את התפיסה שלפיה
מדובר במסורות
שונות עד כדי כך

אליק נפל בקרבות מלחמת השחרור במארב כנופיות בקרבת יאזור והפך, בזכות הספר שיצא בשנת 1951, לסמלו של דור שלם ולדמות הצבר האולטימטיבי; לדגם הישראליות החדשה. הוא הפך לדור תש"ח המגולם באדם אחד, לישראליות של בלורית, שרירים, רובה, חולות זהובים ומשקים חקלאיים פורחים. ישראליות של בנייה חדשה, יצירה וקוממיות.

אחרי אלפיים שנה של חיים יהודיים שנותקו בכוח החרב מכל הקשר מדיני ומכל תפיסה ריבונית שמחוץ לגבולות הקהילה – עם ישראל שב אל ההיסטוריה, אל קדמת הבמה העולמית. הציונות של שנות הארבעים והחמישים הייתה הפריצה החדשה של עם ישראל לתוככי משפחת האומות. חזרנו לארץ ישראל כדי ליצור בה מדינה, והדמות המובילה הייתה זו של אליק.

אלא שאליק, כאמור, "נולד מן הים", ולא במקרה ולא רק כציויר-לשון יפה ולא רק משום שמשפחת שמיר אכן גרה על חוף תל-אביב. הלידה מן הים היא תודעתית, תודעתו של דור. זה היה דור של הרבה מאוד "אליקים" שתפסו את עצמם כדף חדש בתולדות ישראל, כלוח חלק המנותק מצורת הקיום היהודית בגלות – ואת המדינה-שבדרך תפסו כעניין שאין לו כל קשר עם המסורת היהודית כפי שהתפתחה לאורך השנים. כמאמר הביטוי הידוע, "מהתנ"ך לפלמ"ח", תוך ויתור על שנות התווך שבאמצע. שימוש פולקלורי בלאומיות סיפורי התנ"ך אמנם נעשה, אך לא הרבה מעבר לכך.

המדינה נחותרה, במה שאני מזהה כטעות קשה של אותו דור, כיצירה חדשה, כמודל מערבי המיובא לכאן, לאזור הלבנט, בארגזים הנפרקים מאוניות נמל. יסודות מדינתנו הדמוקרטית נעוצים, לפי התפיסה הזו שהפכה מאז לפרדיגמה המקובלת – בכתבי אפלטון, בספרים של בְּנֵת'ם, בחיבורים של מיל, הובס, רוסו ואחרים. לפי תפיסה מוטעית זו, את התורה קיבלנו בסיני, אך את המדינה הדמוקרטית מאירופה. כעם נולדנו במדבר, אך כמדינה נולדנו, כמו אליק, מן הים.

הדברים באו לידי ביטוי בהקשרים שונים, והשתקפו גם במערכת המשפט. דרכו של עולם היא כי המשפט משרת את מבנה-העל של החברה. הוא משרת את הפרדיגמה הפוליטית, הפילוסופית והכלכלית הדומיננטית בחברה או בקרב דור מייסדיה. ואכן, הגדרתה המשפטית של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" לא יצרה מציאות חברתית חדשה עם קבלתה בשנות התשעים במסגרת חוקי היסוד החדשים. למעשה היא הייתה עוד חוליה על אותו רצף תרבותי ומשפטי שתפס את המדינה ואת צורת המשטר הדמוקרטי, באופן שגוי, כעניין שדבר אין לו עם המסורת היהודית ושואלי הוא אף סותר אותה.

וכך, אף כי נוסחת "מדינה יהודית ודמוקרטית" צעירה לימים, ונוצרה שנים רבות לאחר ייסוד המדינה, רק תבניתה חדשה. לתוך התבנית המשפטית של חוקי היסוד בשנת 1992 נוצק חומר פוליטי, אידיאולוגי ותרבותי שהתהווה זמן רב קודם לכן. החומר הזה התעצב במשך שנים על ידי הנהגת החברה הישראלית – זו שתפסה את עצמה בטעות כמי שבאה מן הים; זו שנעה ברובה בטווח שבין הדעה שהמושגים "יהודית" ו"דמוקרטית" מנותקים זה מזה בפועל לבין הדעה שהדבר לא רק נכון בפועל אלא גם ראוי. האליקים רצו להגן על הדמוקרטיה מפני שלטון הדת, ושותפיהם לתפיסת הניתוק בין יהדות לדמוקרטיה מהצד

השני של המתרס, למשל הפרופסור ישעיהו ליבוביץ, ביקשו להגן על היהדות "מציפורניה של המדינה" ומחילונה. מתוך התפיסה התרבותית הזו, הרואה ביהדות ובדמוקרטיה שני קטבים מנוגדים, נוצרה המסילה החוקתית המלווה אותנו עד היום, מסילה שהונחה על חול ים.

את השלכותיה המשפטיות אפשר למצוא למשל במאמרו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות":

תוכנו של הדיבור "מדינה יהודית" ייקבע על-פי רמת ההפשטה שתינתן לו. לדעתי, יש ליתן לדיבור זה משמעות ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד את כל בני החברה ותמצא את המשותף שבהם. על רמת ההפשטה להיות כה גבוהה, עד שהיא תעלה בקנה אחד עם אופייה הדמוקרטי של המדינה...

ערכי היסוד של היהדות הם ערכי היסוד של המדינה. כוונתי לערכים של אהבת האדם, קדושת החיים, צדק חברתי, עשיית הטוב והישר, שמירת כבוד האדם, שלטון החוק על המחוקק וכיצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמת ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופייה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין לזהות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. אין לשכוח כי בישראל מצוי מיעוט לא-יהודי ניכר. אכן, ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית הם אותם ערכים אוניברסליים המשותפים לבני החברה הדמוקרטית, ואשר צמחו מתוך המסורת וההיסטוריה היהודית.¹¹

למעשה, באמצעות הפרשנות הזו הפך ברק את המושג "מדינה יהודית" לעניין שהוא כמעט סמלי בלבד. למושג המתקיים רק כל זמן שהוא מיישר קו באופן מוחלט עם ערכי ה"דמוקרטיה". וכשברק דיבר על דמוקרטיה הוא דיבר על גרסה מסוימת מאוד של דמוקרטיה. באותה שעה הפך מושג המדינה היהודית לעניין מרודד וכמעט חסר פשר. זו אחת המסילות המרכזיות שברק הצליח להניח ולבסס במהלך כהונתו כשופט וכנשיא בית המשפט העליון. מסילה שרבים התנגדו להנחתה, ושבצדק רב ביקש המשנה לנשיא דאז, השופט מנחם אלון, להציג תזה שונה לחלוטין ביחס אליה.

כך אמר השופט אלון ב"ועידת המשפט קנדה-ישראל", שהתקיימה סמוך לאחר פרסום דבריו של השופט ברק:

ואתה תמה ושואל: כיצד ניתן לקבוע קנה מידה שונה בתכלית השינוי לכל אחד משני הביטויים המופיעים באותו חוק ובאותם סעיפים – יהודית ודמוקרטית – ששניהם באים לתאר אותו דבר – את מהותה של מדינת ישראל? מה ההצדקה הפרשנית לכך?

כיצד ניתן להשאיר לביטוי "דמוקרטיה", שהוא דרך אגב השני המופיע לאחר הביטוי "יהודית", את מלוא משמעותו ואופן פרשנותו לפי פסיקה וספרות שנכתבה בעניינו, בישראל ומחוצה לה, ואת הביטוי "יהודית" להפשיט מכל

משמעות עצמית ומקורית שלו, ולעשותו מושג נספח, נלווה ומשועבד למושג
"דמוקרטיה"?

מי הִרְשָׁנוּ לשלול מראש את העיון בדבר משמעותם של ערכים אלה כפי
שהתפרשו במקורות שמהם באו וצמחו, היינו במורשת ישראל, במשפט העברי
ובהליכות עם ישראל?¹²

המחלוקת בין ברק לאלון אינה מחלוקת משפטית. מדובר כאן כמעט בהתנגשות טקטונית
המתרחשת בתוך הציוויליזציה היהודית – ציוויליזציה שעם חזרתה לארץ ישראל מגלה,
כמו רבקה אמנו, שהנה תאומים בבטנה. היא יהודית והיא דמוקרטית, וכל זאת ביחד,
בצורת קיום אחת. הבנים מתרוצצים בקרבה, זה מושך לכאן וזה לשם, והשאלה הגדולה
היא אם ניתן ליילד את שניהם בלידה בריאה וטובה ולגדלם זה לצד זה, או שמא אחד מסכן
את השני וההורים חייבים להכריע בשאלה הנוראה מי מהשניים יזכה להיוולד.

אך לצד התיאור הרואה את היחס בין "יהודית" ל"דמוקרטית" כמאבק מתמיד והתנגשות
בין ציוויליזציות, אני חושבת שניתן להציע מודל אחר. אינני מוכנה לקבל את החובה
להתייצב לצד אחד הכוחות ולצאת כנגד השני. יתרה מזאת: אינני מוכנה לקבל את
התפיסה שלפיה מדובר במסורות שונות עד כדי כך.

מה הדריך את ג'ון לוק, אבי הליברליזם והדמוקרטיה בעת החדשה, בשעה שביסס את
הזכות לשוויון, אם לא סיפור יצירת האדם בגן עדן בדרך שבה בחר לתאר אותה ספר
בראשית? על מה ביסס את זכות הקניין אם לא על פרקי הבריאה? הרי "המסכת המדינית
השנייה" של לוק היא כמעט פרשנות צמודת טקסט לספר בראשית.

על מה התבסס תומס ג'פרסון האמריקני כשניסח את הכרזת העצמאות וציין בפתיחתה כי
"מקובלות עלינו אמיתות אלה כמוכחות מאלוהים, שכל בני האדם נבראו שווים, שהבורא
העניק להם זכויות מסוימות שאי-אפשר לשלול מהם, וביניהן הזכות לחיים, לחירות
ולרדיפת האושר"?

מהו המודל שאין-ספור מהפכנים, רודפי צדק ומתנגדים למשטרי עריצות ראו לנגד
עיניהם אם לא דמות הנביא המקראי המטיח במלך בעל השלטון האבסולוטי את האמת
המרה, את דרישת הצדק הבלתי-מתפשרת שאינה מיישרת קו עם השררה הבלתי-
מוגבלת?

היכן מצאנו כבר לפני אלפי שנים את מודל הפרדת הרשויות? את מודל הכרעת הרוב? את
ההכרעה המסורה לבני אדם ולא לשמיים? את ההתנגדות השווה רבים מספרי התנ"ך
לעצם קיומו של שלטון מלוכני? את האפשרות לבקר בביקורת החריפה ביותר מנהיג
שרצח וגם ירש?

לא המשפט הרומי, ולא המסורת הדמוקרטית של הפוליס האתונאי, היו מעצביה
ומחשליה הראשיים של המסורת הדמוקרטית של העת החדשה באירופה ובארצות
הברית, כי אם המסורת היהודית. אליה הצטרפו כמובן מסורות נוספות, אך מאז ומעולם
שמור היה למסורת המקראית והחזו"לית מקום של כבוד בשיח המתקיים בין המסורות
הגדולות.

אני מאמינה בחכמת העם, ומכיוון שכך אני מאמינה שאין דבר מוצדק ונכון יותר מההכרעה של העם ושל נציגיו. אני מאמינה שהעם ונציגיו הם אלה שצריכים להביא לידי ביטוי את רצונו, ושהכרעתם היא שצריכה להיות המילה האחרונה בשדה הציבורי

ואין מדובר רק במקרא. אף כי רוב היהודים עלו לישראל ממדינות שלא הייתה בהן מסורת דמוקרטית, הם נשאו איתם מסורת חיה שכוונו מן הקהילות עצמן. כלשונו של אליעזר שביד, "כל עוד התקיימו קהילות יהודיות מסורתיות בארצות הגלות (כולל ארצות מזרח אירופה, אפריקה ואסיה), וכל עוד התקיימו ארגונים ואיגודים יהודיים ארציים ובין-ארציים מודרניים, התקיימו מסורות יהודיות דמוקרטיות, מבוססות כיאות בהלכה ובחוק, וזאת בלי קשר עם המשטרים ששלטו בארצות הגלות. כמובן היו אלה מסורות בעלות צביון מיוחד, הן בגלל התרבות וההלכה הדתית, הן בגלל נסיבות הגלות. אבל זו הייתה דמוקרטיה מובהקת ששאבה את ערכי 'כבוד האדם וחירותו' ואת ערכי הסולידריות והערבות ההדדית ממקורות הדת".¹³

בכנסת הקודמת החלטתי להניח מסילה חדשה גם בתחום זה, והגשתי יחד עם חברי, השר יריב לוין, את "חוק יסוד: ישראל מדינת הלאום של העם היהודי". לנגד עינינו עמדה המחשבה שהרכיב היהודי בצמד "יהודית ודמוקרטית" עבר רדוקציה קשה. מאז מורשתו התרבותית של אליק ועד לפרשנותו המשפטית של ברק יהדותה של המדינה היהודית לא הצליחה לקנות לה מקום של כבוד, וחשבנו כי מן הראוי להעניק מעמד חוקתי מיוחד להגדרתה של ישראל כמדינה יהודית. הפעם לא כסמל, לא כדגל ולא כאות, אלא כעניין הגוזר משמעויות פרקטיות שונות הנוגעות בין היתר למעמד השפה העברית, להגירה לישראל ולעלייה היהודית, להתיישבות יהודית, לקשר עם התפוצות, לסמלי המדינה, ללוח השנה ועוד.

זמן מה לאחר שהגשתי את הצעת החוק נתקלתי בטקסט שהיה מבחינתי לא פחות ממכונן. הטקסט הזה הצליח לנסח בדיוק מושלם את מה שאני רואה לנגד עיניי כשאני מדברת על מדינה יהודית. להבדיל מההגדרה הרוזה של ברק ליהדותה של המדינה במחלוקתו עם אלון, כאן הרגשתי שיש הגדרה חיובית ומלאה ליהדותה של המדינה; כאן הרגשתי שמצליחים לשנות באופן חיובי את נתיב המסילה. אשתף אתכם בחלק מהדברים:

מדינה יהודית היא אפוא מדינתו של העם היהודי. זוהי זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית – מדינה שלכל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ הגלויות הוא מערכיה הבסיסיים.

מדינה יהודית היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושזורה בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה עברית ושעיקרי חגיה משקפים את תקומתה הלאומית.

מדינה יהודית היא מדינה שהתיישבות היהודים בשדותיה, בעריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה.

מדינה יהודית היא מדינה המטפחת תרבות יהודית, חינוך יהודי ואהבת העם היהודי.

מדינה יהודית היא הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל.

מדינה יהודית היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה הדתית, שהתנ"ך הוא הבסיס שבספריה, ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה.

מדינה יהודית היא מדינה שמהמשפט העברי ממלא בה תפקיד חשוב ושדיני נישואין וגירושין של יהודים מוכרעים בה על פי דין תורה.

מדינה יהודית היא מדינה שערכיה של תורת ישראל, ערכיה של מורשת היהדות וערכיה של ההלכה היהודית מערכיה הבסיסיים.

המפליא בטקסט הזה, מעבר למילים עצמן כמובן, הוא זהותו של מי שחיבר אותו. הטקסט הזה לקוח מתוך הספר 'שופט בחברה דמוקרטית', ומחברו הוא לא אחר מאשר השופט אהרן ברק.¹⁴

די מפתיע היה לפגוש טקסט כזה על רקע פסקי הדין המפורסמים של ברק בעניין הבעייתיות שקיימת לדעתו בהקצאת קרקע להתיישבות יהודית, המקום הדל שהוא מייעד למשפט העברי במערכת המשפט הישראלי, ומעמד המיוחד של זוגות שאינם נשואים לפי החוק הישראלי ובכל זאת זוכים מצד הפסיקה להכרה משפטית כמעט מוחלטת – באופן שאין לו אח ורע בכל מדינות העולם.

מפתיע מאוד, כי חוק הלאום שלי ושל חברי יריב לוין בא לעולם בדיוק על רקע פסיקותיו של ברק, בדיוק בשל הרידוד החמור שעבר בהן מושג המדינה היהודית. והנה פתאום אותו מושג מקבל כל כך הרבה משמעויות, והופך מושג כה עשיר ומלא – ודווקא אצל ברק. הא כיצד?

במחשבה שנייה, ייתכן שאין מדובר בהפתעה גדולה כל כך. הפער הזה שבין מילים המופיעות בפסקי דין לבין אלו המופיעות בספר, הוא בדיוק הפער שבין עניין שהוא סמל ותו לא לבין נורמה המסדירה התנהגות של פרט ושל חברה; זהו הפער המאפשר את הפשטות וצמצומו של המרכיב ה"יהודי" בנוסחה המשפטית תוך פירוטו ורוממותו כרעיון תיאורטי הנכתב בספר.

בניגוד לכך, אנחנו רוצים לקיים כאן מדינה "יהודית ודמוקרטית" שבה כל אחד מהמרכיבים בצמד מקבל את מלוא המשמעויות שלו, ואף לא אחד מהמושגים צריך לכוף את ראשו מפני משנהו. בחזונו, יהדותה של המדינה אינה נשארת סמל חלול, אלא היא מקבלת חיים משל עצמה. בהתאם לכך, המסילה שהונחה על ידי כנסת ישראל באמצע שנות התשעים וביקשה לבסס הגדרה חוקתית כפולה למדינת ישראל זקוקה כיום לחישול מאסיבי.

כמובן, שינוי כזה מעורר שאלות מורכבות. כאשר המושג "מדינה יהודית" מפסיק להיות סמל ומקבל משמעויות אמיתיות, מי עשוי להיפגע כתוצאה מכך? האם האזיון יופר? האם נצא מכך ללא פגע? את התשובה לכך אני מוצאת דווקא בנבואתו של ישעיה, הפונה אל העקרה המייצגת את עם ישראל ואומר לה: "הֲרַחֲבִי מְקוֹם אֶהְלֶךְ וִירִיעוֹת מִשְׁכְּנֹתַי; יָטוּ, אֶל תַּחֲשֹׁכִי; הָאֲרִכִי מִיַּתְרֶךָ וַיִּתְדַתְּךָ חֲזָקִי" (ג"ד, ב). כלומר, דווקא בשעה שמבקשים

למתוח את ריעות האוהל כדי להצליח להכניס אליו כמה שיותר מהילדים שעתידים להיוולד – חובה לחזק את המיתרים ולתקוע את היתדות עמוק יותר באדמה.

וכבמשל, כך בנמשל. דווקא כאשר רוצים להעביר את ישראל תהליכי דמוקרטיזציה מתקדמים חובתנו להעמיק במקביל את זהותה היהודית. הזהיות האלה בפירוש אינן סותרות האחת את רעותה. להפך: אני מאמינה שהן מחזקות זו את זו. אני מאמינה שנהיה למדינה דמוקרטית יותר ככל שנהיה מדינה יהודית יותר, ושנהיה למדינה יהודית יותר ככל שנהיה למדינה דמוקרטית יותר. מסלול נסיעתה של רכבת המשפט הישראלית חייב להביא בחשבון את יהדותה של המדינה. עליו לעשות זאת באופן אמת: לא כסמל בלבד, אלא כעניין הגורר משמעויות קונקרטיות. את מה שכתב השופט ברק בספרו צריך ליישם בפסקי הדין.

ד.

אני מאמינה גדולה באזרחי ישראל. אני מאמינה גדולה במסורות, במנהגים ובתרבות שהתפתחה כאן בעשורים האחרונים – שהיא פרי השילוב היחיד במינו בין המסורת היהודית, הרעיונות הדמוקרטיים והעולם המודרני. מסיבה זו אני מאמינה שעלינו לעצב את המערכת השלטונית כך שתוכל לתת לכל אלו ביטוי הולם. עלינו לעצב בדרך שתיתן די כוח ומרחב פעולה בידי נבחרי הציבור, תוך פגיעה מזערית ככל האפשר בפרט והתחשבות מרבית בחופש שלו לעצב את חייו כרצונו.

אני גם מאמינה גדולה בשלטון החוק, ובתפקידה החשוב של מערכת המשפט להגן עליו ולהתריע כאשר יש סכנה לפגיעה בו. אך כפי שהדגשתי, אסור ששימת הגבול תתרחב עד כדי הפיכתה לנורמה, ושתמרור ה'עצור!' לנבחרי הציבור שלנו יתפוס את מקומם של כלל סימני התנועה.

את מהות המשטר הדמוקרטי עלינו למצוא בתוכנה העקרונית שטבע אברהם לינקולן לפני יותר ממאה וחמישים שנה, המוצאת את הציוד היחיד לפעילות הממשלה בחיבור העמוק והישיר שלה אל העם. בלשונו של לינקולן בנאומו לאחר קרב גטיסברג (1863): "כי ממשלה של העם, על ידי העם, למען העם, לעולם לא תכלה מן הארץ". קודם כול ומעל לכול – ממשלה הדואגת לאינטרס הציבורי שהעם קבע מהו בבחירתו הדמוקרטית.

אני מאמינה בחכמת העם; בהיסטוריה של עם ישראל, שלהבדיל מהיסטוריות של עמים אחרים, הוכיחה פעם אחר פעם שאפשר לסמוך על המנגנונים העממיים שלנו ועל חכמתנו הלאומית. ומכיוון שכך, אני מאמינה שאין דבר מוצדק ונכון יותר מההכרעה של העם ושל נציגיו. אני מאמינה שהעם ונציגיו הם אלה שצריכים להביא לידי ביטוי את רצונו, ושהכרעתם היא שצריכה להיות המילה האחרונה בשדה הציבורי.

הממשלה אינה קבלנית ביצוע של איש. היא מחויבת אך ורק לעם שבחר בה ברוב: העם המעוניין בכלכלה חופשית, בחירויות פרט ובמדינה עם צביון יהודי אמת, חי ותוסס. היא מחויבת לעם שמעוניין לקבוע את גורלו באופן ישיר ובאמצעות נבחרי.

אני מקווה שכל שר ושר בממשלה פועל כשלנגד עיניו עומדת אך ורק המחויבות לאזרחי ישראל. לכל אזרחי ישראל; אלה שבחרו במפלגתו ואלה שבחרו אחרת.

אני קוראת לכל אחד מהשרים בממשלה, וכך אני כמובן נוהגת בעצמי, להניח מסילה חדשה בכל מקום שימצא שהמסילות הישנות אינן משרתות עוד את טובת אזרחי ישראל. אין לי כל ספק שבשנים הקרובות הרכבות ייסעו עליהן בקלות ובמהירות, והזורעים בדמעה – ברירה יקצורו.

הערות

1. מילטון פרידמן, קפיטליזם וחירות, מאנגלית: מזל כהן, ירושלים: שלם, תשס"ב, עמ' יד.
2. <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>
3. OECD Economic Surveys: Israel 2016, p. 29.
4. Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law (1st ed.)*, London: Macmillan, 1882.
5. משה ריינפלד, "ברק: בלא ביקורת שיפוטית יהיה 'חור שחור'", עגל הזהב עיתונות בע"מ, הועלה באתר news1 בתאריך 16.11.2007. <http://www.news1.co.il/Archive/001-D-146088-00.html>
6. בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הביטחון ואח', פ"ד כד (1) 238, עמ' 268.
7. מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת, תל אביב: עם עובד, 2008, עמ' 218.
8. אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי, הפדרליסט, מאנגלית: אהרן אמיר, ירושלים: שלם, תשס"ב, מס' 78, עמ' 388.
9. אלקסיס דה-טוקוויל, הדמוקרטיה באמריקה, מאנגלית: אהרן אמיר, ירושלים: שלם, תשס"ח, כרך ראשון, חלק ב, פרק ו: "מה היתרונות הממשיים שהחברה האמריקנית מפיקה משלטון הדמוקרטיה", עמ' 243.
10. משה שמיר, כמו ידיו (פרקי אליק), תל אביב: עם עובד, תשל"ג (מהדורה ראשונה: תשי"א), עמ' 9.
11. אהרן ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", בתוך משפט וממשל א, תשנ"ב, עמ' 30-31.
12. דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית; בתוך עיוני משפט י"ז, עמוד 686.
13. "ישראל כמדינה יהודית-דמוקרטית: היבטים היסטוריים ורעיוניים", בתוך אליעזר שביד, הציונות שאחרי הציונות, ירושלים: הספרייה הציונית, תשנ"ו, עמ' 132-147.
14. אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית, אוניברסיטת חיפה, כתר ונבו, 2004, עמ' 87-88.