

אילת שקד

# מסלولات אל המסלولات

הכנסת מבקשת לחקק את חיננו לדעת, ובית המשפט חורג אל תפקידים לא לו: ההתנהלות של חילך מהרשויות מאיימת יותר ויוטר על החירות של שלנו ועל המסלولات של נבחרינו. علينا להסביר בהקדם האפשרי את רכבות המסלولات למסלولات הראות להן - מתוך הגדרתה של ישראל כיהودית ודמוקרטית

אחד המושגים שלאחרונה קנו שביתה בשיח הפוליטי בישראל הוא ה"מסלولات". מסילות טובה מתוארת לא פעם כקטר חזק המוביל את הרכבת הממשלתית; כמו כן פוליטי רב עצמה המצליח לגדריו שורה ארוכה של קדנות עד להגעתם אל היעד, בנסיבות ובנסיבות. בהתאם, מושלים טוביים נתפסים תמיד כבעלי יכולת לבצע החלטות בהצלחה ובאופן אפקטיבי; ככלאה המכירים דרכיהם יעילות לנوع כל פטי המסילה הציבורית מנקודה א' לנוקודה ב' בדרך קצרה ובטוחה.

אלא שהדיםוי הזה שגוי מן היסוד. מסילות טובה אינה עוצמת פעללה עיוורת, ובוודאי אינה רק מנווע חזק ואילים. היכולת להוציא אל הפועל יעדים כפי שאלה הוגדרו היא תנאי הכרחי למסלولات טובה, אך בשום אופן אינה תנאי מספיק: מסילות טובה נמדדת קודם כל במידת האפשרות שבדי שרי הממשלה לקבע את העדים עצם. גורם פוליטי היודע כיצד להביא את הרכבת אל היעד, אבל אין מ�能ל לקבע את היעד עצמו, בכיר ככל שהוא - אינו מושל, אלא קובלן ביצוע; והוא אולי מונה לשאר, ואולי הוא גורר סדרים בסוף הדורך, אבל הוא לא יותר מקבלן.

חברת הכנסת אילת שקד היא שרת המשפטים כדי לנوع על מסילה שמשהו אחר הניה אין צורך במניגים; נהגים יצליחו לעשות את העבודה לא פחות טוב. מהות המסלولات אחת: קביעת כיוון התקדמות והצבת יעדים.

היא דורשת מנכרי הציבור להניח פסי מסילה חדשים ורק אחרי שקבעו בעצמם لأنם מנקשים להוביל את הרכבת.

רכבת המשפט הישראלי נעה לאורך שנים בכיוון מסוים. נהיי הקטר, ואולי גם כמה מנוסעי המחלקה הראשונה, התרגלו למסילות הישנות, לתהנות שהרכבת עברה בהן ולנופים שנשקפו מהחלונות שבקרונות. לצד המסילות הישנות האלו אני מניחת מואן ניסתי לתפקיד מסילת חדשות; מסילות המושתתות על עקרונות המביאים לידי ביטוי את התפיסה שבשמה נבחרתי לשמש שרת משפטים.

בפרקם הבאים אבקש לפרש בתמצית את עקרונות התפיסה זו ביחס לאתגרים הגדולים הרובצים לפתחם של אלה שעול המשילות מונה על כתפיהם. נתחיל במסעה של היכבת במקום שבו מתחיל המשפט: בבית המשפטים הישראלי.

.א.

ሞוד ככל שהוא עשוי להישמע, בכל פעם שהברי הכנסת מצביים بعد חוק חדש ולוח התוצאות במלואה מראה על תמייה, באotta שעיה בדיק – חברי הכנסת מצביים במקביל גם הצעעת נגד.

ההצעה הנגד זו היא הצעעה שקטה; קשה לשים לב אליה, וההצעה שלה כל אינה נרשמת בדברי הכנסת. אבל זו ההצעה נגד חדה וכורואה. ההצעה נגד החירות שלנו, שמרגה, התקבלותנו של החוק החדש מצטטמת והולכת.

זו ההצעה נגד החירות שלנו בתחום נוסף המצטרף לרשימת התחומים שהמדינה מסדרה, ושהחל באותו רגע קובעת בו בשילינו דרך מסומנת שבה, ורק בה, לגיטימי לפעול.

בכל פעם שהכנסת תומכת בחוק שאמור לשורה תכילתית רואה ולפתור בעיה חברתי או – כלכלית; בכל פעם שהממשלה בוחר להביע אמון במנגנון נורומייבי חדש; בכל פעם כזו – אנחנו למשה מרים את ידנו כדי לטעון בהצעעת אי אמון המתרחשת באותו רגע.

אי אמון ביכולת שלנו כיחידים וכקהילה לנוהל את עצמנו באופן שהוא טוב די בלי שהמדינה תקבע בעבורנו את מסלול חיינו. אי אמון בחכמתנו של המון העם ליצור ולשمر מנגנוןים מוצלחים בהרבה מלאה המעוצבים באופן מלאכותי, באמצעות ועדיות מומחים, או כתוצאה של מחצית פוליטיים. זו גם ההצעה אי אמון בתפיסה הרואה את האדם כשותפ העליון של מטרותיו; בהכרה שלנו בכל יחיד שליט על חייו, וככה שבסמידת האפשר השקפותיו שלו הן שזריכות לכוון את מעשייו; ובכךן של קהילות נשפחתיות, חברתיות וככלליות לנוהל את חיין בכוחות עצמו ולהתור בהצלחה להשגת מטרותיהן.

ובכל זאת, לא פחות מאשר מאות פעמים ביקשו חברי הכנסת, בחמשה עשר החודשים האחרונים, ליטול מעתנו חלק מהחוויות שלנו.

אלף וחמש מאות הצעות חוק באו לפני ועדת שרים לענייניحقיקה, שבראשها אני ישבת, וביקשו לתקן את החוקים הנוכחיים: להוסיף או לבטל בהם סעיף; להציג רעיון פלאי שיפטור בעיה קשה באופן קסום; להנדס את החבורה בצורה כזו שתעשה רק טוב ולעלם לא רע; אך הבתו חברי הכנסת בדברי ההסביר להצעותיהם ונשבעו בספר החוקים.



אבל מהו פרין החקיקה זהה, המכלה את זמנו של הפרלמנט הירושאי באופן שאין לו אח ורע בכל העולם המערבי כולם בשום תקופה שהיא, אם לא תועדה המUIDה על הכישלון המפואר המתtin בקצב דרכו של מי שմבקש לפתור כל בעיה בדרך של חקיקה? כן עליינו לעצור את מסעה של הרכבת ולזהות בזמן שהמסילה שלנו התעכמת. שנדרש תיקון.

תחילת העובדה על הנחת מסילה חדשה היא ויוי מדויק של הבעיה. ובאים מביטים בגודש החקיקה בישראל במושגים של עומס מערכתי המקשה על תפעול מוצלח של כוח האדם בכנסת ובמישלה. מכאן נקל להבין את הקולות שנשמעו לאחרונה, המציגים להגדיל את מספר חברי הכנסת כדי שנייתן יהיה להתמודד עם עבودת החקיקה המרובה. ענייני אין זה אלא בית חולים חדש הנבנה מתחת לגשר שבו כדי להעניק טיפול רפואי לנופלים ממנו.

אני מבקשת לקבוע כאן שהעומס הוא הבעיה המשנית הנוצרת ממספרן הגובה של הצעות החוק, וחמור מכך – של החוקים המתפללים. בראש ובראשונה מדובר בבעיה הנוגעת לחירות, הפגיעה בנו הן כפרטים, הן חברים.

בהקדמה לספרו 'קפיטלים וחירות' מתיחס חתן פרס נובל, פרופ' מילטון פרידמן, לרשותנו מזכיר שעורך בישראל בשנות השישים ומציין כך:

בישראל קיימות שתי מסורות יהודיות הנאבקות זו בזו. מסורת בת מאה שנה של אמונה בשלטונו סוציאליסטי פטרגוניסטי וධיתת הקפיטלים והשוק החופשי, ומסורת בת אלפי שנים שה��פתחה מתוך צרכים הכרחיים בגולה:

הישענות האדם על עצמו ושיטתוף פעולה חופשי... [ו] שימוש בכל אמצעי של כושר המציאות היהודי כדי לצל את ההזמנויות בשוק שנעלמו מעיניהם קצורות הראייה של פקידי השלטון.

הגעתו למסקנה כי למולה של ישראל הוכח כי המסורת העתיקה יותר היא המסורת החזקה יותר.<sup>1</sup>

לצערי, נדמה שהדברים שנאמרו בביטחון לפני יותר ממחמשים שנה אינם נכונים כיום במלוא עצמתם. הלואו שהיא לי היום אותו ביחסו שהיה לפרידמן בדבר נצחונות היהודי של ערכי החופש שעמדו חרות על דגלו באלפי שנות הגלות ואשר הביאו אותו לשgasוג המודדים שאנחנו ננים מהם. המאבק בין שתי המסורות היהודיות רחוק מלהיות מוכרע ביום לטובת השיטה הדוגלית בחופש ולטובת אותן המאמינים שהמכשור ההכרחי לייצור חופש הוא חופש כלכלי.

כשאני בוחנת את הצעות החוק המגיעות להכרעתה של ועדת השרים לענייני חקיקה אני מגלה שלא לחיצתנו החזקה על דושת בלם הקטר, שכובע אחרי שביע, הי' ההצעות מייצרות לנו עולם אחר, מקביל לזה שלנו. בעולם המקביל זהה שלטת הממשלה באומה באמצעות הסדרותם של עוד ועוד תחומיים כלכליים, בשעה שלפרט נותרת מעט מאוד חירות לנוהל את עצמו ואת עסוקיו. זה היה עולם שחלוקת החופש הטובות המציגות בו,

כל ההצעות שמניתי כאן, ועוד יותר מזה  
אלו שלא מניתי,  
מניחות שהפטרון  
מצוי תמיד במדינה  
ובפקידות, ולעולם  
לא באדם הפרי או  
ביזמה החופשית  
שלו, את יצר  
החוקיקה והפיקוח,  
את הרצון למשער  
ולאසיך עוד ועוד  
תחומים, חייבים  
לזהות בסטייה  
חריפה

ושהן המיצירות את העשור העצום שוכינו בו, היו מצטמצמות עוד ועוד מפני מגנון ממשלי שתחמיד, ומעט בהכרח, לא היה יעל.

גנה כמה דוגמאות לעולם המקביל שהוא נוצר לנו אלמלא הרפה ועדת השרים בשנתי 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 הعلاאת שכר הדירה היה כובע מפקץ את המהירים ערב החלתו, ובשלב שני היה הופך את הדירות בעלות המהיר הסטטי למשמעותו מוצר בפיקוח שלא כדי להשקייע בו ובוודאי שלא כדי ליצר אותו; דבר זה היה מביא בתורו לירידה בהיצע הדיירות, וממילא לעלייה מחירות נוספת. התוצאה הכלכלית הכהונית מכך הייתה התפתחות שוק שחור של שכירות, שהרי שוק שחור נוצר תמיד בשעה של מחסור וಗולטרוי.

בעולם המקביל הזה הייתה קיימת חובה על רשותות מזון לקבוע מחיר אחיד למוצרים דומים – מה שכובן היה מביא לשינויו קו במחירים כלפי מעלה.

זה היה עולם עם אסורה (רגולציה) קשה ומכבידה על מעסיקים, שהייתה מתקבלת בלבד באיתם בדברים, ובליל לננות ולהבין כיצד יצילה המשק לעמד בפני ההתקומות הצפואה לו כתוצאה מהמלחלים המבוקשים.

זה היה עולם שמעונייש מלונות, ולא באמצעות כוחות השוק, על אי התקנת אינטראקטואלית; עולם שגורם לעסקים להפסיק לתת שובי החלפה באמצעות הטלת חבות מכביות על עסקים המתנדבים לעשות זאת.

זה היה עולם שבו המדינה מעננת באופן חוקתי את הזכות לדירות, אף שאינה יכולה לכבר זכות זו. האמת היא שכדי להביא לידי כך שלכל אזרח תהיה קורת גג בראשו נדרש לא חוקי יסוד כי אם בניה מוגברת ובהגדלת היצע הדיור: רק הלו יביאו לירידת המהירים.

זה היה עולם מקביל שבו זכויות היסוד של אזרח המדינה אויל אין שלמות, אך זכויותיהם של בעלי חיים (לרכות החוקרים) מעוננות באמצעות "חוק יסוד: זכויות בעלי חיים" מקייף ושלם במידה כזו, שהייתה בודאי מביאה לכך שככל אזרח מהעשירון התחתון היה מביט בבעל החיים שמסביב לו בקאה רבה ובעניינים כלות.

זה היה עולם המציע חבילות פנסיה שאין כל אפשרות לבדוק בלי להטיל מסים עצומים לצורכי מימון, ואין מבין שההתעדכנות הכלמעט ילודותיהם הם בכללה החופשית תחריב אותה עד היסוד.

זה היה עולם שבו אין נתון לשוטר מרחב של שיקול דעת, אלא הוא חייב לעצור כל אדם שהגашו נגדו שתי תלונות על הפרט צו הרחקה. כמובן, חובה כזו הייתה מעודדת הגשת תלונות שווא במקרים של סכסוך משפחתי, שכן במצב כזה כל תלונה, גם חסרת יסוד, הרי היא כזו מעצר. אבל שוב, בעולם המקביל הזה נדמה כי השלכות וחוקות הטוחה על זכויות האזרחים להגנה על חירותם מושלכות לקרון זווית וחוקה.

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

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

הלוואי שיכלתי להיות בטוחה שהמחוקק הישראלי עדין מבקש לקדם את הערכים של "הישענות האדם על עצמו ושיתוף פעולה חופשי, של שימוש בכל אמצעי של כושר המיצאה היהודית", שפרידמן דבר עליהם בשנות השישים של המאה הקודמת. לדאוני נדמה לי שככל ההצעות שמניתי כאן, ועוד יותר מהן אלו שלא מניתי, מניחות שהפטרון מצוי תמיד במדינה ובפקידות, ולעתם לא באדם הפרט או ביוזמה החופשית שלו. את גידולי הפהר אלה בתחום החקיקה, את יצר הפיקות, את הרצון למטר ולאסדר עוד ועוד תחומיים, חייבים להוות בסטייה חריפה במהלך המסילה. אני סבורה כי את המסילה הישנה והעקבומה זו אנו חייבים להחליף אם עודנו מעוניינים לשמר על החופש שלנו חברה וכייחדים. אכן, כוונות טובות עמדו בסיס המסלילות הישנות: ה策ומות הזה בחירותם של האזרחים בא כדי לקדם בכל פעם בדרך אחרת את "טובות הציבור"; אותו עיקנון בן-גוריוני ביקש להניע את הרובת הציבורית על גבי מסילה המביאה את הנוסעים למקום שהם צריכים להגיע אליו, גם אם אין הוא מחו חפצם.

ובכל זאת, אני מבקשת מחברי לממשלה שלא לאשר הצעות כאלה, ופונה אל המחוקקים להתמקד במא שחייב רשותם בפועל ולא במא שהוא רואוי לדעתם שהציבור ירצה.

בבואהנו לבחון את ממד החופש שלנו כדי שנלמד את המספרים. הכנסת השלישית שנבחרה בשנת 1955 והתפזרה אחרי מעת יתר מאربع שנים בשנת 1959, העבירה בכלל תקופתה 13 חוקים בלבד – וכן, גם בה כיהנו 120 חברי הכנסת בדיק. לעומתה הכנסת השמונה-עשרה, זו שנבחרה בשנת 2009 והתפזרה בשנת 2013, פעלה גם היא ארבע שנים אך הספיקה לחוק נעל 500 חוקים, ממחציתם על פי הצעות חוק ממשלות ומחציתם על פי הצעות חוק פרטיות. זה אינו פער שניתן להסביר סטטיסטי או נסיבתי. זהו פער של סדרי גודל המורה על שניינו תפיסתי עמוק.

מצירית הסיעה הוותיקה שלנו, תמי כנפו, שפרשה לאחרונה לאחר יתר מארבעים שנות עבודה מסורה, נגהה לספר לנו, חברי הכנסת הצעירים, כיצד היו קודמונינו בוחנים בדיק ובדוק כל הצעת חוק, ומניסים לשער את השלמותה על הפרט ועל הכלל. כל מי שהזמין למליאת הכנסת בשנים האחרונות יודע איך נראה היה החתמה של חבר הכנסת על הצעת חוק; לא פעם חבר נantas יצר את שמו להצעת החוק כיום שלה מבלי שעבר עליה במלואה ولو פעם אחת, גם לא בקריאת פשטוה ומהירה. אולי לא נעים לשם עז, אבל המספרים חד-משמעותיים: חורצת הקודש שאפפה את המחוקקים בכנסות קודמות בשעה שהchnerו את מחירה של החוקה החדשה אינה שורה עוד על המחוקקים בכנסות האחרוןות.

לפעמים נדמה לי שאנתנו במרוץ לתחתית: מי יצליח לחוק כמה שיורט חוקים. מי יצליח "לגעת" בכמה שיורט נושאים. הדיקון תופס מקום משני; חשובה ממנו הכותרת. המחיר, בנסיבות של חופש, חשוב פחות גם הוא. כיום מתמקדים בהשגת מטרה קתנה ונקיותית ומתעדמים מהתמונה הכוללת. גם התקשרות כMOVED תורמת לכך בהכרזותיה מעת לעת על אלף או אלפי המחוקקים; על חבר הכנסת החברתי ביותר (בלי לצין, כמובן, על חשבון מי).

בתיקופה בת 18  
חו"דים נוספים נספפו 60  
עבירות פליליות  
חדשנות שמעסיקן  
עלול למצואו את  
עצמם מואשם  
בהתהונן בשל מעשים  
שביצעו במהלך  
פעילותו העסקית.  
זהה רוחן מלאה יותר  
הכול, בתחום האגנת  
הסבירנה ונספפו  
בתוך 24 חוות  
65 עבירות פליליות  
חדשנות. המספרים  
מהיהים

החוקיקה בישראל הגיעה לדרמה מסוכנת. החופש של האורה בישראל נפגע עמוקות מהתחרות הוא שכין חכמי הכנסת; מההתערבות המוגמת בחו"ל. את התחרות הכריה בין העסקים במשק החלפנו בתחרות מזיקה בין חכמי הכנסת.

וגם כאן דוחות הרכבת על גבי המסלילות היישנות. יחד עם הפגיעה בחופש של האורה נפגע באופן חרוני גם השוק החופשי, הכרוע תחת נתול אסדרה קשה ומינורת. החופש להלע עסקים הוא החמצן של המגזר היצרני שלנו, המגזר שהשוק כולם מתבסס עליו. אין חולק על כך שיכולתה של המדינה למן את שירותיה תלולה בראש ובראשונה בערך כבודה שמייצרים היומיים, התעשיינים, המפעלים השוניים והעובדים. אך האסדרה, חביכת החוקרים, חונקת אותם, ובכך מעמידה את צמיחתה של המדינה בסכנה חמורה.

לא רק בתוך ישראל מוגשים את האסדרה הולחצת על המגוון העסקי; ישראל ממוקמת במקום ה-53 במדד Doing Business של הבנק העולמי, במקום לא כל כך טוב בין מולדובה לקולומביה, מתחת למדיינות כגון תאילנד, ארמניה וצ'ילה. במדד קלות פתיחה עסק המצב גרוע אף יותר: ישאל ממקום ה-56.<sup>2</sup> גם דוח OECD שפורסם בינויו האחרון הגדיר את ישראל כ"מדינה שאסדרת שוק המוצרים בה היא הנiska ביותר מכל מדינות ה-OECD".<sup>3</sup> להגדות הללו יש מחיר גבוה. בין השאר, השוק כולם מישלים עליהם במתבוך קשה של בריחת משקיעים.

תפיסת השוק החופשי שאני דוגלת בה אינה מבקשת להפוך את המזרחה התקיכון למערב פרוע. היא מבקשת לאפשר לשחקנים העסקיים להתנהל לפי כללי משחק בסיסיים שהמדינה קובעת, מפרשת ואוכפתה. היא מבקשת להימנע מלראות את המדינה כשחקן מרכזי, קל וחומר כמוונוopol; היא מבקשת למנוע מהמדינה להציג את שיקול הדעת של השחקנים יותר מן ההכרחי; היא מבקשת לשמר על הכלל שלפיו למدينة אסור כל מה שלא הותר לה, ולפרט מותר כל מה שלא נאסר עליו. תפיסת השוק החופשי שאני דוגלת בה אינה יכולה להיות בשלום עם משטר של הגבלות וגולגוליות כה רבות וכלה חמורות, המקריב את המגזר העסקי שלנו למצב שבו לעסקים בישראל, ככל מה שלא הותר – אסור.

בהנחה אבן הפינה למסילה החדשנית היה מבדת את שופט בית המשפט העליון האמריקני, אוליבר ונדול הולמס, החתום על האבחנה העמוקה בדבר היחס שבין המשפט והחיים: החיים בכלל, וחוי הכלכלת בפרט. "חייו של המשפט אינם היגיון אלא ניסיון",<sup>4</sup> קבע הולמס וביסס בכך את העיקרון המבקש למנוע התערבות מינורת במנגנון הקיימים כוצלחות באמצעות קביעות וחוקים הנשענים על רצינגים משפטיים. הניסיון המctrבר של הרבה מאוד התקשרויות בין פרטיהם הוא הצריך להוביל אותנו – ולאו דווקא ההיגיון המשפטי המופשט, הכלמעט מתמטי, שתדריך מתרבר 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, מהיריים יותר, מגיבים יותר וסתגלניים יותר מנגנונייה של המדינה. על המשפט, אם כן, לנשות לשחק את המנגנונים האלה ולא לנשות לייצר להם חלופות מוצלחות יותר.

הכנסת קרובה ללביו ולעולם לא אתן ידי לפגיעה בה או אפילו לעמום עצמה, אך כאמור מסילת החקיקה התחילה בשווים האחראות וצברה חלודה רבה מאוד. עיון קצר בדוגמאות לחוקים בעלי היבט פלילי עשוי להבהיר את העניין מעט יותר. מסילת החקיקה שהתרוגלונו אליה מביאה לכורסום בחירותם של האורחים ולשורה של האבלות בתחום הכללי, על ידי כך שהיא מגבירה את יכולתה של הכנסת להפליל מעשים שונים. במקרים אלה, הגם שהם שליליים, ניתן לא פעם לטפל באמצעות חמורים פחות מלאה שמציע המשפט הפלילי.

גם כאן, הנתונים מאיי עיניים. קצב יצירת העבריות הפליליות ביחס למעשים הנעשים בעולם העסקי הגיע בשנים האחרונות לשיא. בתחום דיני העבודה, בין השנים 2011 ל-2013, בתקופה של 18 חודשים, נספו 60 עבירות פליליות חדשות שמעסיק עלול למצואו את עצמו מואשם בהן בשל מעשים שביצע במהלך פעילותו העסקית. וזה רחוק מלהיות הכלול; בתחום הgent הסביבה נספו בתוך 24 חודשים 65 עבירות פליליות חדשות. בוחנון כולל, המספרים מבהילים: מספר העבריות הפליליות שמעסיק בישראל עלול להיות מואשם בהן בהקשר לפעילויות העסקית מגיע ביום ליותר מאלף.

המצב הזה בלתי נסבל. יש בו מוגבלות קשה על עסקים, והוא מבריח אנשים טובים מילשמש נושאי משורה בתאגידים מסחריים. אנו חיבבים לשים זהה סוף. אשר על כן, במסגרת החלטות שקידמה הממשלה לקרה העברות תקציב 2017–2018 ביקשתי להוסיף את ההחלטה כי ועדת השרים לענייני חקיקה לא תדון יותר בחוקים המבקשים להוציא עבירות פליליות חדשות לספר החוקים לפני שפנוי שיחידת המחקר של משרד המשפטים תבצע מחקר מקיף שיבחן את הנעשה בחו"ל בתחום דומים, את ההשלכות שתהיינה למשק כתוצאה מיצירת העבירה החדשה, את החלופות הקיימות לטיפול בנושא שלא באמצעות החוק הפלילי ועוד. וכך, הוספה לא מובוקרת של עבירות פליליות בספר החוקים תיפסק לאלטרו.

זו מסילה נוספת המונחת בימים אלה, המחייבת את הרכבת המשפטיות להאט את מהלך נסיעתה ורגע לפני שהיא מגיעה לתחנה הפלילית – תחנה שאמורה להיות לאחרונה ובהחלט לא ראשונה. המסילה החדשה אינה מותירה לרכבת ברירה אלא לנוע על בסיס מחקר, לשקלול חלופות ולהביא בחשבון את מכלול ההשלכות של כל חקיקה נקודתית. המסילה החדשה הוא מבקש להשפיע על הליך החקיקה באופן פרודורי, בלי לשלול, חילאה, את עיקנון הסמכות הנתונה תמיד בידיו של המחוקק; סמכות שאgan עליה בכל כוחו מפני כל מי שיבקש לעדרר על עצם הלגיטimitiyות שלה.

## ב.

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

הבעיה הזו, המזוויה בכל חברה שיש בה הפרדה רשויות, התהדרה מאוד בשנה האחראונה כאיש החלטת בית המשפט העליון לפסול חלק ממתווה הגז שקבעה ממשלה ישראל. ביקורת קשות את ההחלטה זו ואני מבקש להוציא ולחשכבר אין את הבעיה הנגרמת מוחלות נגן זו, וכגון פסילתו החוזות בגלגול שליש שאל תיקון חוק הכניסה לישראל בעניין המסתננים – החלטות המבליטות את הצורך בקבלת "חוק יסוד: החקיקה"

שיטרור באופן ברור (ולראשוונה גם מוסכם) את מערכת המסלولات השלטונית. המצב האבסורדי שבו הממשלה והכנסת מופתעת פעמיים אחר פעמיים מתמרר עצור משפטים הכוון את פועלתן ייפסק, אך אני מקווה, עם כניסתו של חוק זה לתוקף.

פסיקת בג"ץ בעניין מתווה הגז היא נקודת פתייה מצוינת לדין בסוגיה. נאמנים לשיטתו של הנשיא לשעבר של בית המשפט העליון, השופט אהרון ברק, שהגדיר תחום לא שפט כ"חוור שחור משפטית"<sup>5</sup>, החלטתו שופטי הعليון שלא לדחות על הסף עתירה זיכורית בעניין מתווה הגז, ולדעת בה ל גופה. זה עתרה שנושאה האמתיתים הם כדיות כלכליות וחלקה רואייה של משאבים זיכוריים בין כלל החברה לבני עסקים; נושאים שלכל הדעות אינם מצויים בגרעין הקשה של תחום המשפט.

יוטר מהנוק האדיר שהיה עלול להיווצר לכלכלת ישראל כתוצאה מפסק דין של הعليון, חמורה בענייני השכלתו המשפטי: מתברר כי גם בתיק בעל ממשמעות כלכלית אדירה למולדת ישראל, בית המשפט העליון כל' אין מרגיש צורך להבחין בצד ספציפי שנפגע באופן ישר ושבשו מוגשת העתירה. שוב הפק בית המשפט העליון את עצמו לזיהה שבבה מתרומות שאלות פוליטיות ומאקרו-כלכליות מזוקקות; שאלות שאמורות היו להיות מוכרכות לא באולם הגדול של בית המשפט העליון אלא בהרבה מאוד אולמות קטנים: אולמותיהם של בתים ספור וגני ילדים, כאשר אחת לארבע שנים, מוצבות בהם קלפיות והאורחים נכנסים אליהם ובוחרים בנציגיהם לנכסת.

לאותם תחומיים פוליטיים שההכרעות בהם מתקבלות בכנסת ובממשלה, ושאין בהם כל הצדקה להתערבותו של בית המשפט העליון, רק קורא "חוורים משפטים". אני, לעומתו, קוראת להם "מרחבי משפטיות". כאן כדי באותידי ביטוי יכולתה של הממשלה למשול ויכולתה של הכנסת לחוק חוקים בשם העם שבחר בנציגו.

תפקידו הקלاسي של בית המשפט הוא להגן על מי שנפגע באופן ישר מן הרשות, ולא להכריע בעניינים זיכוריים כליליים. רעיון זה אינו המציאות של, כמובן, אך כיוון שעברו לא מעט שנים מהימים שאמירה כזו בישראל נחשכה פשוטה, אצטט את השופט ויתקoon שהכרינו על המובן מאליו בפרשת בקר וקבע כי –

אין לך ליר שיפוט אלא במקום שקיים 'יב'. צריך שיבוא פלוני ויתבע את זכותו או עלבונו. זה מישנה הדיון בבית המשפט מהדיון בפני הרשות המחוקקת או הרשות המבצעת.<sup>6</sup>

כן, בעבר דרש בית המשפט מעותרים להראות, כתנאי סוף, שהם נפגעים באופן "יהוד", ודרישה זו מקובלת גם היום במדינות רבות בעולם ובראשן ארצות הברית ואנגליה. אלא שתיאוריית " החוורים המשוררים" הובילה למפען הגדול של "המהפכה החוקית", וכיום אין דבר שבית המשפט העליון נמנע מלדון בו.

כך הגיענו למצב האבסורדי שבו העותרים נגד מתווה הגז הם עמותות וחברי הכנסת, שאמנים מוחזקים במלוא הזכות לקדם את עדותיהם הפוליטיות, אך במקומות לעשות זאת דרך המערכת הפלטית הם בוחרים לעשות זאת במסגרת הזרה המשפטית, תוך ניצולה והעמסתה. בעיניי גם קטע זה במשפטית בישראל חייב להיות מוחלף, וראוי להרחיב בו כמעט את הדיון.

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 בעניין

התופעות הביעתיות הללו לא צמחו יש מאין, והן תוצאה של תהליכיים ממוסכמים. בשלושים השנים האחרונות התפתחה שיטה פעולה מוכרת בקרב המתוגדים לפועלותיה של הממשלה והמקשימים לפגוע ביכולת המשילות שלה. לפי כללי השיטה החדשה מאבק בפועלות הממשלה עובד כך:

בשלב הראשון מתודדים על אמון הציבור בחירות לכנסת; כאן המאבק ברור, והוא מתרחש בין שתי תפיסות עולם. משעה שהוכרו על הפסד בזירות הבחירות, ונציגיה הפרלמנטריים של תפיסת העולם הפועלת לסייע הממשלה נותרו בנסיבות מסוימות, עוברים אלה מיידית לשלב השני.

בשלב השני מנהלים המתוגדים בפועלות הממשלה מאבק ציבורי בכנסת נגד יוזמותיה של הממשלה; הדבר לגיטימי מאין כמווהו, והוא תמצית הדמוקרטיה. אחרי הכרעתו של הבוחר המאבק הזה לעתים אבוד מראש, אבל במשטר שהתקפה בישראל הוא כלל אין מיותר. הוא משלחב את המערכת האקדמית והתקשורתית וכן בונה את השלב השלישי במאבק.

בשלב השלישי מתבצע מעבר חד מ"הפוליטיקה של הבחירות" ל"פוליטיקה של העתיקות". אחרי הפסד הפליטי השלם והמוחלט יבקשו אותם כוחות המתוגדים לפעולות הממשלה למנוע ממנה להוציא לפועל את תוכניותיה באמצעות עתירות לבית המשפט.

**פרופ' מנחם מאוטנר ציין במאמרו "המשפט הסמוני מן העין"**

בבית המשפט העליון (להלן) קסם על החוגים הליברליים בישראל – העיתונות, התקשורת, חברי הכנסת ממפלגות השמאל והacademia המשפטית.

יתכן שההתמודדות בבית המשפט העליון כירה מרכזית לפעילות היהת אסטרטגיה של חוסר ברירה עברו אלו שמצאו עצם פעם אחר עם אופוזיציה, מנותקים משליטה בתקציבי המדינה ובמנהל של המדינה. החוגים הליברליים נראים כמו שפעלו בעיקר בפסגות מוארות הזרקורים של המשפט.

עתירה של חבר הכנסת לבית המשפט חוותה תחת תפקידו כנציג הרשות המחוקקת, ובאייה לידי אבסורד את מערכת היחסים בין הרשות השופטת והמוחוקקת. אני חשבתי שיש לחוק חוק האוסר על חברי הכנסת לעתור, ובכל זאת חיוני שהרשויות יכבדו זו את זו; ובבסיסי אף יותר: חבר הכנסת צריך לכבד את עובדת היותו חבר בכנסת ישראל. לפני המחלוקת הפליטות הוא קודם כל חבר הכנסת, ושם נמצא מרחב הפעולה שלו.

השווה באנגלומניה תלמד כמה יהודי מצבה של מערכת המשפט בישראל. שישים מיליון ספרינו לאלכסנדר המילטון, ממחברי הפלריסט, כדי להבהיר באופן מוצלח בין פסיקתו של בית המשפט העליון לבין החלטות הממשלה ודרכי חקיקה מטעם הפרלמנט:

הרשות המבצעת לא-di שהיא מחלוקת את היכובדים, אלא היא גם המחוקקה בחרבו של הציבור.

הרשות המחוקקת לא-di שהיא חולשת על הארכן, אלא היא גם המכתיבה את הכללים המסדריים את חובתו וזכותו של כל אזרח.

לרשות השופטת, לעומת זאת, אין שום השפעה לא על החרב ולא על הארכן; אין היא חולשת לא על כוחה של החברה ולא על עושרה.<sup>8</sup>

המילטון, מן האישים הדגולים שעיצבו את החוקה האמריקנית, כיהן גם כשר האוצר של ארצות הברית וגם כמפקד העליון של צבא; "כרמטכ"ל הוא ידע היטב מהי חרב, וכשר אוצר היטיב לדעת מהו ארכן. כמובןו למשפט חוקתי הוא האמין בכל לבו שההצדקה לקייםה של רשות שופטת חזקה ועצמאית היא העובה שאין לה לא חרב ולא ארכן. ניטוקה מן החרב ומן הארכן הוא-הוא המכדי את עצמותה ואת חוסנה.

אפשר רק לתהות מה היה אומר המילטון לו ראה כמה הרחيبة הרשות השופטת בישראל את התהומות שהוא פוסקת בהם. אמנם, במקרים שבהם פעולה של רשות שלטונית רומסת זכויות יסוד של יהודים והם עותרים נגדה, אפשר שבית המשפט יקבע באופן שיחייב את המדינה לשלם ממון רב. אבל בית המשפט אינו יכול להפוך לזרה האחראית על הארכן עצמו – ככלור על חיקוק המשפטאים, על ההסכם הכלליים, על כל מה שמנשללה נבחרת כדי לנצל. והרי יש כאן סמכות שאין בכידה אחריות: מאייה ארכן משולמים הפיצויים שנקבעו בבית המשפט לטובת הפליטנים שנפגעו במסגרת האינטיפאדה? מי יdag לארכן הציבורי שהתרוקן כתוצאה מביטול בת הכלא הפרטימי?ומי יdag לטעור מחדש את הארכן הציבורי שהחרור במסגרת ביטול עסקת הגז?

אמנם, בית המשפט אינו אוחז בחרב, ולאורך השנים גם ידענו בתחום הביטחוני פסיקות אחרות של בית המשפט העליון וعليין גאותנו. אך האם קו הפסיקה של בית המשפט, כפי שהוא משתקף בעניין מתווה הגז, מושחיז את חרבת הממשל או מקהה אותה? התשובה, לדעתינו, ברורה ומרגיזה.

האם עוד נכון לומר על הרשות השופטת בישראל את מה שאמור המילטון על בית המשפט שהכיר, שאין לו לארכן ולא חרב? האם באמות הרשות השופטת בישראל אינה חולשת "לא על כוחה של החברה ולא על עושרה"? ספק גדול בעניין. אכן, לא עולה בדעתינו שגוף שיפוטי שלא נושא בשום אחריות למלילו הארכן בשטרות כסף הוא זה שمرשה לעצמו לokane אותו, אך לדאכוני זה המצב השורר כיום במדינת ישראל.

חשוב גם לשים לב באיזה כל השתמש בית המשפט כדי לפолос את פסקת היציבות שבמתווה הגז שהציגו הממשל. פסק הדין הדרמטי נשען כמעט על חקיקה שיפוטית, והעלילות המשפטיות שהוא נשען עליהן לא נחקרו מעולם בדי הכנסת. האיסור על כבלת שיקול הדעת המנהלי הוא חקיקה שיפוטית; כזה הוא בודאי היישום התקידימי שלו בפסק הדין הזה, הנוגד את הכרתם של בת המשפט מאוז ומתמיד כי אחד מתפקידיה הקלאסיים של הממשלה הוא התקשרות בחווים ובהסכם של עניינים הוא התהיבות עתידית בתמורה להתחייבות עתידית של הצד שכנגד.

כשרכבות ורשות השלטון בישראל נעות על גבי מסילות שהונחו באופן עקום, אין תמה שההתגשויות בינוין כה חוכפות. המסילות החדשות שאוי מבקשת להניח – בஹירות ותוקן שMRIה עילאית על עצמאותו וכובדו של בית המשפט – מבקשות לתחום בירת דיקון את המסלולים של כל אחת מהרשויות, המחוקקת והמבצעת והשופטת, וכן לאפשר להן תנועה סדירה ולמנוע התנגשויות עתידיות.

אלקיס דה-טוקוויל, הוגה הזרפתி הד'-העין שביקר כתיר בארץות הברית בשנות השלישיים של המאה ה-19, ניסח בעקבות זאת תבונה מעמיקה בעניין פועלותיהם של ממשלות ופרלמנטים דמוקרטיים, על הטוב ועל הרע שבזה:

קל לגלו את מומיה ואת חולשותיה של ממשלה דמוקרטית. אפשר להוכיח בעובדות הנראות לעין, ואילו השפעתה הבריאה מסתמנת בדרךים שאין נראות מאליהן ואפילו נסתורות. בהרף עין אפשר לעמוד על הסרונוטיה, אבל רק מתוֹך הסתכלות ממושכת אפשר לבדוק במעלותיה.<sup>9</sup>

לא לחנים הבוחן דה-טוקוויל בין שני צירי זמן: האחד קצר והשני ארוך. בטווחי זמן קצרים מאוד, בפירוק של העשייה הממשתית ל프로그램ים זעירים, במקטעי זמן מצומצמים, בהתמקדות בהחלטה בודדת אחר החלטה בודדת, ניתן לבדוק את פעולתם של הממשלה והפרלמנט כך שככל מגירועיו וכיישלונווטיו של השלטון יחשפו תחת עדשת המיקרוסkop המשפטית הבוחן את פעולתה הצרה והמסוממת. אבל רק מי שניחן בסבלנות אמיתית, יידעו שיתרונו של ממשל דמוקרטי טמון לא בכך שהוא מחוסן מפני טיעויות, אלא בכך שהטעויות שלו ניתנות לתיקון בטוחה הארוך; ורק מי שרווחש אמון כלפי בחידתו של הציבור; ורק מי שראה ערך עצמאי בחיבור הישיר שבין הציבור לתוצרי הפעולה השלטונית – ורק הוא יוכל לעמוד על היתרונות העצומים של עצמת משלימות ארוכת טווח. רק הוא יבין למה התכוון דה-טוקוויל כשדבר על ההשפעה הבריאה שיש ליכולתה של ממשלה למשול באופן אפקטיבי.

דבריו של טוקוויל צריכים לעמוד לצד עינינו בסוללנו מסילה חדשה המסדרה את יחס בית המשפט העליון והרשויות האחרות. השפעתה הבריאה של הממשלה מסתמנת בדרךים שאין נראות מאליהן, ודאי לא בהסתכלות נקודתית של הרף עין המחייבת את הנזקים המצריפים שגורמת פטילה חוזרת ונשנית של תוכרי הממשלה והכנסת.

## ג.

אך לא כל הבעיות שניצבות לפתחה של מערכת השלטון בישראל הן בעיות מבניות. יש בעיות הנובעות מן התוכן; מן היעד שאליו הרכבת נסעת, לא פחות מאשר מורת תחזוקת הממשלה.

כאן אני מבקשת לחזור אל שאלת היסוד של הגדרת החוקתיות של מדינת ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטיבית". כדי להעמיק את הדיון הנדרש במקטע זה, אני מבקשת להעלות ברציף הקרוב אורח ושמו אליך; אליך ש"נולד מן הים" והוא גיבור ספרו של משה שמי'ר 'במו ידי' (או בcourtato הנוסף 'פרק אליך').<sup>10</sup>

לעד התיאור  
הגוראה את היחס  
בין "יהודים"  
ל"דמוקרטי"  
במאבק מתמיד  
והתנוגשות בין  
ציויליזציות, אני  
חושבת שניתנו  
להצעיר מודל אחר.  
אני מוכנה לקבל  
את החובה להתייצב  
לצד אחד הכוחות  
ואיני מוכנה לקבל  
את התפיסה של פיה  
מדובר במסורות  
שונות עד כדי כך

אליך נפל בקרבות מלחתת השחרור במערב כנופיות בקרבת יאזור והפק, נזכות הספר שיצא בשנת 1951, לסמלו של דור שלם ולדמות הצבר האולטימטיבי; לדוגמה היישרالية החדשיה. הוא הפך לדור תש"ח המגולם באדם אחד, לישראלית של בלורית, שרים, רובנה, חולות זוהבים ומשקדים חקלאים פורחים. ישראליות של בניה חדשה, יצירה וקומומית.

אחרי אלף שנים של חיים יהודים שנוטקו בכוח החרב מכל הקשר מדיני ומכל תפיסה ריבונית שהוחוץ לגבולות הקהילה – עם ישראל שבאל ההיסטוריה, אל קדמתה הבמה העולמית. הציונות של שנות הארבעים והחמישים הייתה הפעם החדשה של עם ישראל לתוככי משפחת האומות. חזרנו לארץ ישראל כדי ליצור בה מדינה, והדמות המובליה הייתה זו של אליך.

אלא שאליך, כאמור, "נולד מן הים", ולא במקורה ולא רק כציור-לשון יפה ולא רק ממשום משפחת שמיר אכן גרה על חוף תל-אביב. הלידה מן הים היא תודעתית, תודעתו של דור. זה היה דור של הרבה מאוד אלייקים" שתפסו את עצםCDF חדש בתולדות ישראל, חלקו המנוח מצורות החיים היהודיות בגלות – ואת המדינה-שבדרך תפסו עניין שאין לו כל קשר עם המסורת היהודית כפי שהפתחה לאורך השנים. כמו אמר הביטוי היהודי, "מהתגץ לפלמי", תוך ויתור על שנות התווך שבאמת. שימוש פולקלורי בלאומיות ספרי התנ"ך אמן נעשה, אך לא הרבה מעבר לכך.

המדינה נחווהה, בינה שנייה נזהה בטיעות קשה של אותו דור, כיירה החדשה, כמודל מערבי המიובא לכאן, לאזור הלבנט, בארוגים הנפרקים מאנויות בנמל. יסודות מדיניתנו הדמוקרטיבית נועצים, לפי התפיסה הו שפהפה מאו לפציגמה המקובלת – בכתב אפלטון, בספרים של בנטים, בחיבוריהם של מיל, הובס, רוסו ואחרים. לפי תפיסה מוטעית זו, את התורה קיבלנו בסיני, אך את המדינה הדמוקרטית מאירופה. עם נולדנו בדבר, אך כמדינה נולדנו, כמו אלקיך, 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 מישרת את הפרדיגמה הפוליטית, הפילוסופית והכלכלית הדומיננטית בחברה או בקרבת מיסידיה. ואכן, הגדרתה המשפטית של מדינת ישראל כמדינה "יהודית וdemocratic" לא צרה ממציאות חברתיות חדשות עם קבלתה בשנות התשעים במסגרות חוקי היסוד החדשים. למעשה היא הייתה עוד חוויה על אותו רצף תרבותי ומשפטי שתפס את המדינה ואת צורת המושטר הדמוקרטי, באופן שגוי, עניין שדבר אין לו עם המסורת היהודית ושאולו הוא אף סותר אותה.

וכן, אף כי נסחתה "מדינה יהודית וdemocratic" צעירה לימים, ונוצרה שניות רבות לאחר ייסוד המדינה, רק תבניתה חדשה. לתוכה התבנית המשפטית של חוקי היסוד בשנת 1992 נוצק חומר פוליטי, אידיאולוגי ותרבותי שהתחווה זמן רב קודם לכן. החומר הזה התעצב במשך שנים על ידי הנהגת החברה הישראלית – זו שתפסה את עצמה בטיעות כמי שבאה מן הים; זו שענעה ברובה בטוחה שבין הדעה שהמושגים "יהודית" ו"democratic" מנוקדים זה מזה בפועל לבין הדעה שהדבר לא רק נכון בפועל אלא גם ראוי. האלים רצו להן על הדמוקרטיה מפני שלטון הדות, ושותפיהם לתפיסת הניטוק בין יהדות לדמוקרטיה מוחץ

השני של המתรส, למשל הפרופסור ישעיהו ליבוביץ, ביקשו להגן על היהדות "מציפורניה של המדינה" ומחילונה. מותך ה临时ה התרבותית הוו, הרואה בה יהדות וכדמוקרטיה שני كتابים מנוגדים, נוצרה המסילה החוקתית המלווה אותנו עד היום, מסילה שהונחה על חול ים.

את השלכויות המשפטיות אפשר למצוא למשל במאמרו של נשייא בית המשפט העליון לשעבר אהרון ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות":

תוכנו של הדיבור "מדינה יהודית" יקבע על-פי רמת ההפשטה שתיננתן לו. לדעתו, יש ליתן לדיבור זה משמעותה ברמת הפשטה גבוהה, אשר תאחד את כל בני החברה ותמציא את המשותף שבهم. על רמת הפשטה 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 וכיוצא בהם, ערכים אותם הנחילה היהדות לעולם כולו. הפנייה לערכים אלה היא ברמות ההפשטה האוניברסלית שלהם, התואמת את אופייה הדמוקרטי של המדינה, על כן אין להוות את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית עם המשפט העברי. אין לשוכח 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.<sup>11</sup>

למעשה, באמצעות הפרשנות זו הפק ברק את המושג "מדינה יהודית" לעניין שהוא כמעט סמלי בלבד. למושג המתקיים רק כל זמן שהוא מיישר קו באופן מוחלט עם דמוקרטיה". וכשהברק דיבר על דמוקרטיה הוא דיבר על גרסה מסוימת מאוד של דמוקרטיה. באותה שעה הפק מושג המדינה היהודית לעניין מורוד וכמעט חסר פשר. זו אחת המאפיינות המרכזיות שברק הצליח להניח ולבסס במהלך כהונתו כשופט וכൺשא בית המשפט העליון. מסילה שרבים התנגדו להנחה, ושבזכך רב ביקש המשנה לנשיא דואז, השופט מנחם אלון, להציג תזה שונה לחלוtin ביחס אליה.

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

ואתה תהה ושותאל: 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 להסביר לביטוי "דמוקרטית", שהוא דרך אגב השני המופיע לאחר הביטוי "יהודית", את מלאו משמעותו ואופן פרשנותו לפי פסיקה וספרות שנכתבה בעניינו, בישראל ומהוצאה לה, ואת הביטוי "יהודית" להפרש מכל

משמעות עצמית ומקורית שלו, ולעשותו מושג נספח, נלווה ומשועבד למושג "דמוקרטיות"?<sup>12</sup>

מי הרשנו לשולב מראש את העיון בדבר משמעותם של ערכיהם אלה כפי שהתרשו במקורותיהם באו וצמו, הינו ב מורשת ישראל, במשפט העברי וב הילכות עם ישראל?<sup>13</sup>

המחלוקה בין ברק לאlein אינה מחלוקת משפטית. מדובר כאן כמעט בהתנגשות טקטונית המתרחשת בתחום הציויליזציה היהודית – ציוויליזציה שעם חורתה לארץ ישראל מגלה, כמו רבקה אמרנו, שהנה תאומים בבטנה. היא יהודית והוא דמוקרטי, וכל זאת ביחד, בנסיבות קיום אחת. הבנים מתrozצים בקרבה, זה מושך לכן זה לשם, והשאלה הגדולה היא אם ניתן ליילד את שנייהם בלבד רביה וטובה ולגדלם זה לצד זה, או שמא אחד מסכן את השני וההורם חייכם להכריע בשאלת הנוראה מי מה שניהם זוכה להיוולד.

אך לצד התיאור הזרואה את היחס בין "יהודיות" לדמוקרטיות" כמאבק מתמיד והתנגשות בין ציוויליזציות, אני חשבתי שנית להציג מודל אחר. אני מוכנה לקבל את החובב להתייצב לצד אחד הכוחות ולצאת נגד השני. יתרה מזאת: אני מוכנה לקבל את התפיסה של פניה מדבר במסורות שונות עד כדי כך.

מה הדרך את ג'ון לוק, אבי הליברליזם והדמוקרטיה בעת החדשה, בשעה שביסס את הזכות לשוויון, אם לא סייר יצירות האדם בגין עזן בדרכן שבהן בחר לתאר אותה ספר בראשית? על מה ביסס את זכות הקניין אם לא על פרקי הבריאות? הרי "המסכת המדינה השנייה" של לוק היא כמעט פרשנות צמודת טקסט לספר בראשית.

על מה התבוסס תומאס ג'פרסון האמריקני כשניסה את הכרזות העצמות וציין בפתחת כי "מקובלות עליינו אמונות אלה כਮוכחות מآلיהם, שככל בני האדם נבראו שווים, שהברוא העניק להם זכויות מסוימות שאפשר לשלול מהם, ובгинיהן הזכות לחיים, לחריות ולרדיפת האושר"?

מהו המודל שאין-ספר מהפכנים, רודפי צדק ומנגדים למשטריו עritzות ראו לנגד עיניהם אם לא דמות הנביא המקראי המתיחה במלך בעל השילטון האבסולוטי את האמת המורה, את דרישת הצדיק הבלתי-ימתאפשרת שאינה מישרת קו עם השורה הבלתי מוגבלת?

היכן מצאנו כבר לפני אלפי שנים את מודל הפרדת הרשות? את מודל הכרעת הרוב? את ההכרעה המסורה לבני אדם ולא לשמיים? את התנגשות השורות רבי מספרי התנ"ך לעצם קיומו של שליטון מלוכני? את האפשרות לבקר בគורת החריפה ביוטר מנהיג שרצה גם ירש?

לא המשפט הרומי, ולא המסורת הדמוקרטית של הפוליס האתונאי, היו מעצביה ומחשליה הראשונים של המסורת הדמוקרטית של העת החדשה באירופה ובאצות הברית, כי אם המסורת היהודית. אליה הצטרכו כ摹ון מסוות נספות, אך מאז ומעולם שמר היה למסורת המקראית והחוץ"לית מקום של כבוד בשיח המתקיים בין המסורות הגדולות.

ואין מדובר רק במקרא. אף כי רוב היהודים עללו לישראל מדיניות שלא הייתה בהן מסורת דמוקרטית, הם נשאו אותם מסורת היה שכו מכך הקהילות עצמן. כלשונו של אליעזר שביד, "כל עוד התקיימו קהילות יהודיות מסורתיות בארץות הגלות (כולל ארצות מזרח אירופה, אפריקה ואסיה), וכל עוד התקיימו ארגונים ואיגודים יהודים ארציים ובין אציזים מודרניים, התקיימו מסורות יהודיות דמוקרטיות, מבוססות Ciota בהלנה ובוחוק, וזאת בלי קשר עם המשטרים שלשלטו בארץות הגלות. כמו כן היו אלה מסורות בעלות צביון מיוחד, הן בגלל התרבות וההלהכה הדתית, הן בגלל נסיבות הגלות. אבל זו הייתה דמוקרטיה מובהקת ששאבה את ערכי 'כבוד האדם וחירותו' ואת ערכי הסולידריות והערבות היהודית ממוקורות הדת".<sup>12</sup>

בנכנת הchodmot החלטתי להניח מסילה חדשה גם בתחום זה, והגשתי יחד עם חברי, השר יריב לוין, את "חוק יסוד: ישראל מדינת האלים של העם היהודי". לנגד עניינו عمדה המחברה שהרכיב היהודי בצדד "יהודית וdemocratic" עבר רודוקציה קשה. מאז מוששתו התרבותית של אליך ועד לפרשנותו המשפטית של ברק יהדותה של המדינה היהודית לא הצלחה לנקוט לה מקום של כבוד, וחשבנו כי מן הראי להעניק מעמד חוקתי מיוחד להגדرتה של ישראל כמדינה יהודית. הפעם לא כסמל, לא כדגל ולא כאות, אלא כעניין הנוגע לשליטה פרטיטורית שונות הנוגעות בין היתר למעמד השפה העברית, להגירה לישראל ולעליה היהודית, להתיישבות היהודית, לקשר עם התפוצות, לסמלי המדינה, ללוח השנה ועוד.

זמנ מה לאחר שהגשתי את הצעת החוק נתקלתי בטקסט שהוא מבחני לא פחות ממכונן. הטקסט הזה הצלח לנוכח בדיקת מושלים את מה שאני רואה לנו נגד ענייני כשאני מדברת על מדינה יהודית. להבדיל מההגדורה הרזה של ברק ליהדותה של המדינה במחולקתו עם אלון, כאן הרגשת שישי הגדרה חיובית ומלאה ליהדותה של המדינה; כאן הרגשת שמצליחים לשנות באופן חיובי את נתיב המיסלה. אשף אתכם בחלק מהדברים:

מדינה יהודית היא אפוא מדינתו של העם היהודי. זהה זכותו הטבעית של העם היהודי להיות ככל עם ועם עומד בראשות עצמו במדינתו הריבונית – מדינה של כל יהודי הזכות לעלות אליה ושקיבוץ הגלויות הוא מערכת הבסיסים.

מדינה יהודית היא מדינה שההיסטוריה שלה שלובה ושוררה בהיסטוריה של העם היהודי, ששפתה עברית וشعיקרי חגיון משקפים את תקומה הלאומית.

מדינה יהודית היא מדינה שהתיישבות היהודים בשודותיה, בעיריה ובמושבותיה היא בראש דאגותיה.

מדינה יהודית היא מדינה המפתחת תרבויות יהודית, חינוך היהודי ואהבת העם היהודי.

מדינה יהודית היא הגשמת שאיפת הדורות לגאותה ישראל.

אני מאמינה בחכמת העם, ובכיוון שכך אני מאמינה שאין דבר מוצדק ונכון יותר מההברעה של העם ושל נציגיו. אני מאמינה שהעם ונציגיו הם אלה שצריכים להביא לידי ביטוי את רצונו, וההברעתם היא ש策ריכה להיות המילה الأخيرة בשדה הציבורי

מדינה יהודית היא מדינה שערוכה שאוביים מסורתה הדתית, שהtanך' הוא הכספי שבספריה, ונכאי ישראל הם יסוד מוסריותה.

מדינה יהודית היא מדינה שמהמשפט העברי מלא בה תפקיד חשוב ושידי נישואין וגירושין של יהודים מוכרים בה על פי דין תורה.

מדינה יהודית היא מדינה שערוכה של תורת ישראל, ערוכה של מורשת היהדות וערוכה של ההלכה היהודית מערכיה הבסיסיים.

המפליא בטקסט זהה, מעבר למיללים עצמן כموבן, הוא זהותו של מי שהבירו אותו. הטקסט הזה לקווה מתוך הספר 'שופט בחברה דמוקרטית', ומהבריו הוא לא אחר מאשר השופט אהן ברק.<sup>14</sup>

די מפתיע היה לפגוש טקסט כזה על רקע פסקי הדין המפורטים של ברק בעניין הביעתיות שקיימת לעתו בהקצתו קrokע להתיישבות יהודית, המקום הדל שהוא מיועד למשפט העברי במערכת המשפט הישראלית, ומעמודם המיוחד של זוגות שאינם נשואים לפי החוק הישראלי ובכל זאת זוכים מצד הפסיקה להכרה משפטיית כמעט מוחלטת – באופן שאין לו אח ורע בכל מדינות העולם.

מפתיע מאוד, כי חוק הלאום שלו, ושל חברי ריב לויニア לעולם בדיק על רקע פסיקותיו של ברק, בדיק בשל הרידוד החמור שעבר בהן מושג המדינה היהודית. והנה פתאום אותו מושג מקבל כל כך הרבה משמעות, והוא מושג כה עשיר ומלא – ודוקא אצל ברק. הא כיצד?

במוחשבה שנייה, יתכן שאין מדובר בהפתעה גדולה כל כך. הפער הזה שבין מילימ המופיעות בפסק דין לבין אלו המופיעות בספר, הוא בדיק הפער שבין עניין שהוא סמל ותו לא לבין נורמה המסדרה התנאות של פרט ושל חברה; והוא הפער המאפשר את הפשתו וצמצומו של המרכיב ה"יהודי" בנוסחה המשפטית תוק פירוטו וווממותו כרעיזון תיאורתי הנכתב בספר.

בניגוד לכך, אנחנו רוצחים לקיים כאן מדינה "יהודית ודמוקרטית" שבה כל אחד מהמרכיבים בצדדים מקבל את מלוא המשמעות שלו, ואף לא אחד מהמושגים צרייך לכוף את ראשו מפני משנהו. בחזוני, יהדותה של המדינה אינה נשארת סמל חלול, אלא היא מקבלת חיים ממש עצמה. בהתאם לכך, המסללה שהונחה על ידי הכנסת ישראל באמצעות שנות התשעים וביקשה לבסס הגדרה חוקתית כפולה למדינת ישראל זוקה כיום לחישול מאיסבי.

כמובן, שינוי כזה מעורר שאלות מורכבות. כאשר המושג "מדינה יהודית" מפסיק להיות סמל ומתקבל משמעות אמיתית, מי עשוי להיפגע כתוצאה לכך? האם האיזון יופר? האם נצא מכך ללא פגע? את התשובה לכך אני מוצאת דוקא בנובאות של ישעה, הפונה אל העקרה המייצגת את עם ישראל ואומר לה: "הרתי כי מקום אלה לך ויריעות משבנותך יטו, אל תהשכי; האריכי מיתריך ויתודיך חזקי" (נ"ד, ב). ככלומר, דוקא בשעה שמדוברים

למזהה את יריעות האוהל כדי להצליח להכנס אליו כמה שיותר מהילדים שעתידיים להיולד – חוכה לחזק את המיתרים וلت��ע את הידות עמוק יותר באדמה.

וכבמשל, כך במשל. דוקא כאשר רוצים להעביר את ישראל תחלי תומך דמוקרטיזציה מתקדמים חובתו להעמיק במקביל את זהותה היהודית. הזיהות האלה בפירוש אין סותרות האחת את רעותה. להפוך: אני מאמין שהן מוחקו זו את זו. אני מאמין שניהה למדינה דמוקרטית יותר ככל שנהיה מדינה יהודית יותר, ושנהיה למדינה יהודית יותר ככל שנהיה למדינה דמוקרטית יותר. מסלול נסיעהה של רכבת המשפט הישראלית חייב להביא בחשבון את יהדותה של המדינה. עליו לעשות זאת באופן אמיתי: לא כSAMPLE בלבד, אלא כעניין והגורו משמעויות קונקרטיות. את מה שתכתב השופט ברק בספר צרייך לישם בפסק הדין.

## .ד.

אני מאמין גדולה באזרחי ישראל. אני מאמין גדולה במסורות, במנגמים ובתרבות שהתפתחה כאן בעשורים האחרונים – שהיא פרי השילוב היחיד בין בין המסורת היהודית, הרעיונות הדמוקרטיים והעולם המודרני. מיסיבה זו אני מאמין שעליינו לעצב את המערכת השלטונית כך שתתאפשר לתת לכל אלו ביטוי הולם. עליינו לעצבה בדרך שתיתן די כוח ומרחיב פעללה בידי נבחרי הציבור, תוך פגעה מזערית ככל האפשר בפרט והתחשבות מרבית בחופש שלו לעצב את חייו כרצוינו.

אני גם מאמין גדולה בשלטון החוק, ובתפקידה החשוב של מערכת המשפט להגן עליו ולהתריע כאשר יש סכנה לפגיעה בו. אך כפי שהדגשתי, אסורה ששיתמת הגבול תתרחב עד כדי הפיכתה לנורמה, ושתمرור העצורי' לנבחרי הציבור שלנו יתפוס את מקומם של כל סימני התנועה.

את מהות המשטר הדמוקרטי עליינו למצוא בתוכנה העקרונית שטבע אברהם לינקולן לפני יותר ממאה וחמשים שנה, המוצאת את הצדוק הייחיד לפועלות הממשלה בחיבור העמוק והישיר שלא אל העם. בלשונו של לינקולן בנאומו לאחר קרב גטיסברג (1863): "מי ממשלה של העם, על ידי העם, למען העם, לעלם לא תכלה מן הארץ". קודם כל ומעלה כלל – ממשלה הדואגת לאינטראס הציבור שעה קבוע מהו בבחירתו הדמוקרטית.

אני מאמין בחכמת העם; בהיסטוריה של עם ישראל, שהבדיל מההיסטוריה של עמים אחרים, הוכיחה פעמיחר שפעם אפשר למסור על המנגנונים העממיים שלנו ועל חכמתנו הלאומית. ומכיון שכן, אני מאמין שאין דבר מצדך ונכון יותר ממהכרעה של העם ושל נציגיו. אני מאמין שהעם ונציגיו הם אלה שצריכים להביא לידי ביתוי את רצונו, והכרעתם היא שצרכיה להיות המילה האחורה בשדה הציבור.

הממשלה אינה קובלנית ביצוע של איש. היא מחויבת אך ורק לעם שבחר בה ברובו: העם המונען בכללה חופשית, בחירות פרט ובמדינה עם צבון יהודי אמיתי, חי ותוסס. היא מחויבת לעם שמעוניין לקבוע את גורלו באופן ישיר ובאמצעות נבחריו.

אני מוקוה שככל שר ושר בממשלה פועל כשלונגד עינוי עומדת אך ורק המחויבות לאזרחי ישראל. לכל אזרחי ישראל; אלה שבחרו במפלגתו ולאלה שבחרו אחרת.

אני קוראת לכל אחד מהשרים בממשלה, וכך אני כMOVן נוהגת בעצמי, להניח מסילה חדשה בכל מקום שימצא שהמשילות היישנות אינן משרות עוד את טובת אורי ישראלי. אין לי כל ספק שבשנים הקרובות ייסעו עליון בקלות ובמהירות, והוורעים בדמעה – ברינה יקצרו.

## הערות

9. אלקסיס דה-טוקוויל, הדמוקרטיה באמריקה, מאנגלית: אהרן אמר, ירושלים: שלם, תשס"ח, כרך ראשון, חלק ב, פרק ו: "מה התרונות הממשיים שהחברה האמריקנית מפיקה משלטן הדמוקרטיה", עמ' 243.
10. משה שמיי, במו ידיי (פקי אליק), תל אביב: עם עובד, תשל"ג (מהדורה ראשונה: תש"א), עמ' 9.
11. אהרן ברק, "המחפה החוקית: תוכיות יסוד מוגנות", בתוך משפט וממשל, א, תשנ"ב, עמ' 30-31.
12. דרך חוק בחוקה: רכבה של מדינה יהודית ודמוקרטית; בתוך עיוני משפט י"ז, עמ' 686.
13. "ישראל כמדינה יהודית-דמוקרטית: היבטים היסטוריים וריעוניים", בתוך אליעזר שביד, הצענות שאחרי הציונות, ירושלים: הספרייה הציונית, תשנ"ו, עמ' 132-147.
14. אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית, אוניברסיטת חיפה, כתר וnbו, .88-87, 2004.
1. מילטון פרידמן, קופיטליום וחירות, מאנגלית: מול כהן, ירושלים: שלם, תשס"ב, עמ' יד.
2. <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>
- .OECD Economic Surveys: Israel 2016, p. 29 .3
- Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law (1st ed.)*, .4 London: Macmillan, 1882
5. משה רינפלד, "ברק: بلا ביקורת שיופט יהיה חור שחור", עגל הזוח עיתונות בע"מ, הועלה באתר news1news 16.11.2007 בתאריך <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 העשורים ואחת, תל אביב: עם עובד, 2008, עמ' 218.
8. אלכסנדר המילטון, ג'ים מדיסון וג'ין ג'יי, הפדרליסט, מאנגלית: אהרן אמר, ירושלים: שלם, תשס"ב, מס' 78, עמ' 388.