

חוק, חוקה ומשפט: שיחה עם שר המשפטים לשעבר, פרופסור דניאל פרידמן

גיוני גרין, 15/11/18

שיחה כנה ומעמיקה עם השר לשעבר פרופסור דניאל פרידמן, על מערכת המשפט, ספרו "הארנק והחרב", חוקה, שרת המשפטים, חוק הלאום ועוד נושאים רבים.



פרופ' דניאל פרידמן ייזכר עוד שנים רבות, כך אני מאמין, כפורץ הסכר נגד האקטיביזם השיפוטי בישראל. לפרידמן זכויות רבות, אך קשה להפריז בהשפעת עמדותיו כשר המשפטים בממשלת אולמרט, ובמיוחד בחשיבות ספרו המרתק "הארנק והחרב" שפורסם ב-2012. ישבתי עמו בביתו לשיחה כנה ומעמיקה – על חוקה, שרת המשפטים, חוק הלאום ועוד כל מיני – והתוצאה לפניכם. ברשותכם נתעכב רגעים אחדים על מנת לספק הקדמה ומעט רקע לראיון.

פרופ' פרידמן היה ועודנו אחת הדמויות הבולטות בנוף המשפטי בישראל. רשימת ההישגים שלו ממקמת אותו בקלות בין המשפטנים המוצלחים של דורו. הוא כיהן כדיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב ולימד באוניברסיטאות יוקרתיות ברחבי העולם. הוא חיבר מאמרים וספרים רבים, בינם סדרת הספרים הנפוצה "חוזים" (יחד עם פרופ' נילי כהן), הנחשבת לאחד משני הספרים החשובים בתחום דיני החוזים בישראל. הוצע לו להתמנות כשופט לבית המשפט העליון, אך הוא סירב. הוא הקים את בית הספר למשפטים במכללה למנהל, הראשון מסוגו שלא במסגרת אוניברסיטה, ועמד בראשו. הוא השתתף במספר רב של וועדות ציבוריות, והוא חתן פרס ישראל לחקר המשפט. הוא כיהן כשר המשפטים (אך לא כחבר כנסת) בשנים 2007 – 2009 בממשלת אולמרט.

באופן שאינו מתיישב עם התדמית הטיפוסית של כוכב בעולם המשפט והאקדמיה, פרידמן היה גם בין מבקריו החריפים והפעילים ביותר של אהרן ברק, והתנגד נחרצות ל"מהפכה המשפטית" ולהרחבת סמכויות בית המשפט העליון שהביאה עמה. אלא שלביקורתו של פרידמן היתה משמעות מיוחדת וחריגה – לא ניתן היה להתעלם ממנה, וממנו. פרידמן היה לא רק משפטן מוערך ובכיר, אלא גם שייך לשבט "הנכון" – אשכנזי, חילוני, ותיק (הוא נולד בישראל תחת שלטון המנדט הבריטי, ומצד אמו הוא דור שביעי בישראל), ושייך למרכז-שמאל הפוליטי (הוא נמנה בין מקימי מפלגת "שינוי").

במהלך רוב שנות ה-2000 בית המשפט העליון ונשיאו אהרן ברק היו בשיא כוחם. מעטים אזרו את האומץ לבקר את השינויים הדרמטיים שחולל בית המשפט, בתוכו ומחוצה לו. אלו שהעזו להתנגד למהלכי השופטים במהרה הושתקו, או במקרה הנפוץ יותר, זכו להתעלמות מוחלטת. אמנם גם כיום ביקורת כלפי בית המשפט ואקטיביזם שיפוטי פוגשת התנגדות משמעותית, אלא שאין מקום להשוות בין התקופות – היה זה עידן אחר.

כמעט בכוחות עצמו, הביא פרופ' פרידמן לסוף עידן זה. הטעונונים עצמם של פרידמן נגד המהפכה המשפטית היו תקיפים וחדים אך לא היו ייחודיים. אלו היו (ובמידה רבה עודם) טעונונים מתבקשים שברורים ומוכרים לכל בעל השכלה משפטית או ליברלית, אך שהיה נוח לתומכי המהפכה להתעלם מהם. כמשפטן מבריק, דבריו של פרידמן נשאו משקל שלא היה ניתן לביטול. מאחר ולא היה פוליטיקאי, ימני, מזרחי או דתי, גם לא ניתן היה לשלול את עמדותיו על בסיס השתייכותו המעמדית או המקצועית, או להאשימו באינטרסים מפלגתיים שונים. כך, פרידמן העניק לגיימיציה ובמה לעמדות אלו באופן שלא היה קיים עד אותו מועד. הוא אמנם לא שינה את השיח כולו באבחה אחת וגם בקושי בלם את מעללי המהפכה המשפטית, אך הוא סדק את הקיר האימתני שהגן על תורתם של אהרן ברק ודומיו. סביר שהברנז'ה המשפטית מעולם לא סלחה לו על כך.

אלא שלאחר כהונתו בממשלה, פרידמן עשה הרבה יותר. אין תלמיד שנה א' למשפטים שאינו לומד, כפי שאני למדתי, מספריו של דניאל פרידמן – הבעיה היא שהם לא קוראים את הספר הנכון. ספרו של דניאל פרידמן "הארנק והחרב" מתאר את קורות מערכת המשפט בישראל כרקע כללי, ומתמקד במהפכה המשפטית שצמחה בתוך מערכת זו. הספר יצא לאור בשנת 2012, ולא חסרים תיאורים וביקורות. אין בכוונתי להציע כאן ביקורת ספר משלי, אך אתאר בקצרה את התרשמותי.

זהו מסוג הספרים שרק לאחר קריאתו מבין הקורא עד כמה גדול היה החור בהשכלתו. כל אחד מאלו שרואה עצמו כמשכיל וכבעל עמדה נבונה ומתוחכמת בסוגיות הללו – כל תלמיד למשפטים בישראל; כל מי שעוסק במשפט חוקתי, בבית המשפט העליון ובמערכת המשפט; כל מי שמגבש עמדה לגבי הפרדת הרשויות בישראל ולגבי סוגיות רבות בפוליטיקה ובממשל – אך שלא קרא את הספר, אינו אלא משלה את עצמו.

הספר אינו רק למשפטנים. עולמם של בתי המשפט ופסקי דין הוא זר ומסתורי עבור האזרח הישראלי הממוצע, ואין לו שום דרך נגישה וישירה לחנך את עצמו בסוגיות הנוגעות לתחום המשפטי הסבוך. הספר של פרידמן משמש חלון לתוך עולם זה, ומעניק לקורא ה"הדיוט" הזדמנות ללמוד את ההיסטוריה החוקתית והמשטרית של ישראל, באופן ממוקד וקונקרטי וללא הפשטות ופלפולים אידאולוגיים או פילוסופיים. במקרה או שלא במקרה, מהצד התומך במהפכה המשפטית אף פעם לא פורסם ספר המיועד לפשוטי העם, המגולל את סיפור התפתחות המציאות המשפטית בשלושים שנים האחרונות.

כיום, לא ניתן להתיימר להיות בעל דעה מגובשת ואינטליגנטית בנושאים הללו מבלי לקרוא את "הארנק והחרב". יש לכך כמה סיבות, אך אשאיר אותן לקורא הספר לגלותן. אציין רק דבר אחד – כשקראתי את הספר גיליתי את משמעות המונח "הדיר שינה מעיניו". פרידמן אינו חוסך מהקורא את דעותיו, אך ברוב הספר הוא מגולל את העובדות לאשורן אשר אינן שנויות במחלוקת, והמציאות המתחזרת עולה על כל דמיון. מצאתי את עצמי עם פה פעור ועם דמי רותח, לא לאור תיאוריו של המחבר, אלא בעיקר לאחר קריאת ציטוטים מפסקי דין והצהרות של שופטים והתומכים בהם.

נדמה שטרם ניכרת השפעתו של ספר זה, במיוחד על דור שלם של משפטנים צעירים המוכנים ליטול ספק בדוקטרינות של אהרן ברק. להערכתי, יבוא יום ופרסום הספר ייחשב לנקודת תפנית, על כך ששינה מן היסוד את הבנת הסוגיות הבווערות בהם הוא עוסק. תקראו אותו. ועכשיו לראיון.

אחד המאפיינים הבולטים של הספר "הארנק והחרב" הוא ביקורת על אקטיביזם שיפוטי בכלל, ובכלל על זה שהיה בשלושים השנים האחרונות. מה המסר העיקרי שלך בספר?

בכל ריכוז כוח יש סכנה. זה לא משנה לידי מי הכוח הזה מגיע. וגם כאשר הכוח הזה מגיע למערכת משפטית, שכביכול האתוס שלה הוא ניתוק מהכוח הפוליטי והימצאות מחוץ לכוח הפוליטי, עלולה להתרחש סטייה חריפה מהתנהגות אובייקטיבית, חסרת-אינטרס של המערכת, שבודקת את העניינים בצורה ניטרלית. הלקח הוא שזה לא פועל ככה. כאשר מגיע ריכוז כוח כזה למערכת משפטית, שבעצם הצליחה ליצור מצב שהיא פטורה ממתן דין וחשבון לגופים אחרים, התוצאות יכולות להיות מאוד קשות.

האם משהו בביקורת שלך השתנתה בששת השנים האחרונות, מאז פרסום הספר? האם החששות שלך התגשמו, או שמא המצב השתפר?

אני רואה שינוי קל. היבט אחד הוא שהמערכת איבדה משהו מכוחה. בסופו של דבר אחרי שמפעילים כוח, ללא בקרה ובהעדר ריסון, אז קמים כוחות נגדיים. הכוחות הנגדיים האלה מורגשים. אז במידה מסוימת רואים איזה שהם אלמנטים של ריסון, מה שלא היו בעבר. יש איזה שהם שינויים בתפיסה האידאולוגית של המערכת הזו. אבל הייתי אומר שהשינויים צנועים.

ייתכן שחלק מהשינויים הללו הם גם פרי מאמצים שלך?

קשה לי להעריך אבל זה יכול להיות, בתוך מכלול הוכחות שפועלים, שהיתה לי השפעה מסוימת. ברור שקשה לבדוק קשר סיבתי. אומר ככה – ההתבטאויות שלי, ומה שאני עשיתי, במידה מסוימת שחררה אנשים אחרים. במשך תקופה ארוכה, או שלא העזו להתבטא, או שלהתבטאויות שלהם לא ניתנה במה, והדברים האלה השתנו. היום יש במה לכוחות שמתנגדים לעוצמה הזו של המערכת.

אתה לעתים מעורר התנגדות מסוימת בקרב מעגלי שמאל, או בקרב רבים המזוהים עם השמאל. ישנם גם כאלה שהיו מכנים אותך שמרן. מה אתה אומר על כך?

אין ספק שבנושאים אחדים אפשר לראות אותי בצד של השמרנים. מהצד האחר, בנושאים אחרים אני חושב שאינני שמרן.

לעניין השמאל – צריך להבין תופעה שהיא כללית. אופוזיציה פרלמנטרית בדרך-כלל תומכת במערכת משפט יותר אגרסיבית, מכיוון שככל שהיא מתקשה לממש את האג'נדה שלה, היא תשמח שיש כוחות

אחרים שמרסנים את הממשלה. אם תסתכל על מנחם בגין למשל, בויכוח בשעתו על החוקה, הוא היה תומך נלהב. גם בצד השני, בצד השמאל הקומוניסטי, היו תומכים נלהבים בחוקה. אחרי שבגין עלה לשלטון, כל זה נעלם. הרבה פעמים מציגים אותו כשיא שלטון החוק. אבל מה שאני הראיתי בספר, לפחות בתקופה שבגין היה שר המשפטים, זה שבוודאי לא ראינו שום דבר בכיוון של חוקה או דבר כזה. זה היבט אחד של העניין. צריך לזכור שבשמאל בקבוצות מסוימות בתוך המערך, היו התנגדויות גדולות מאוד למערכת המשפט, רבין בוודאי לא היה אוהד גדול שלהם.

"בלי בג"ץ ובלי בצלם". [הביטוי המפורסם של יצחק רבין ז"ל, לגבי חופש הפעולה של הרשות הפלסטינית להתמודד מול ארגוני טרור – י"ג]

זה ביטוי אחד. אבל אם תסתכל על הספר שלו, "פנקס שירות", אתה תראה שאני מאוד מתון.

הוא גם שילם כמה פעמים מחיר משמעותי על התנגדות זו.

הוא שילם יותר מפעם אחת. המערכת שיבשה לו את הממשלה בשני מקרים, ובשניהם אני חושב שלא בצדק.

בעצם אתה אומר שביהמ"ש העליון בישראל משרת אג'נדה פוליטית מובהקת, במודע או שלא במודע. אתה אומר שיש הגיון בכך משום שהאופוזיציה אין לה את הכוח החקיקתי, אז היא פונה לאפיק הכוח של ביהמ"ש.

לעתים קרובות ביהמ"ש מביא את אמון הציבור כהצדקה להחלטות מסוימות, ואתה מצביע על כך שמאז המהפכה החוקתית אמון הציבור בביהמ"ש הולך ומידרדר, והוא נמצא כעת בשפל חסר תקדים. זה מתקשר למה שאתה אומר על ביהמ"ש כשחקן פוליטי. כאשר שחקן אמור להיות אובייקטיבי, אבל יש השלכות פוליטיות של ההחלטות שלו, הוא בעל-כורחו הופך להיות שחקן פוליטי או לפחות נתפס כך בעיני הציבור. וזה תורם לאבדן אימון הציבור באותה מערכת.

השאלה היא כמובן, מה הוא פוליטי. אם אתה עוסק בשאלה של כוחו של בית משפט, כאן אתה רואה אקטיביזם – שכמעט תמיד הולך לעבר הרחבת כוחו של ביהמ"ש, בניגוד למגמה שהיתה עד המהפכה המשפטית. בעצם מאז, נוצרה תרבות שביהמ"ש אומר 'זה טוב שיש לי כוח, אני רוצה כוח, זה חשוב, כמובן לא בגלל הכוח אלא לטובת הציבור', ואז כמובן ברגע שיש לו כוח האלמנט הפוליטי יותר בולט ויותר חריף.

אם כבר מדברים על הרחבת כוח בית המשפט. לאחרונה עלה הרעיון של לפסול חוקים, ואפילו חוקי יסוד, על בסיס "עקרונות יסוד של השיטה", או על בסיס מגילת העצמאות. הימור שלי, אם בעתיד יפסלו חוק יסוד, יהיה זה על בסיס מגילת העצמאות. מה דעתך? מה המעמד של מגילת העצמאות? האם אפשר להשתמש בה לפסול חוקים?

הרעיון הזה שבית משפט יכול להסתמך על איזה שהם עקרונות-על ובזכות זה הוא יבטל חוקים וחוקי-יסוד, גורר מדרון חלקלק. לוקחים את הדוגמא הקיצונית שהכנסת תחליט לבטל את הבחירות, ואח"כ אתה רואה שמחילים את זה על מקרים הרבה יותר טריוויאליים. אם מישהו אומר שהוא "שומר" של איזה עקרון-על, שהוא לא עקרון דמוקרטי, זו בעצם אמונה דתית. זה לא חשוב אם הוא דתי או חילוני. אין הבדל בין זה לבין הרבנות הראשית. הרבנות אומרת שאנחנו כפופים לחוקי התורה, הם נעלים יותר

והם גבוהים יותר מחוקים שמחוקקים בני אנוש, ואנחנו, כלומר הרבנים, המפרשים המוסמכים של חוקי התורה והקובעים את תוכנם, ואין מי שמוסמך לערער על פירוש זה. ואז אנו שומעים מהצד החילוני רעיונות שהכנסת נבחרה אמנם בבחירות דמוקרטיות, אך עליה להיות כפופה לחוקים או לעקרונות גבוהים יותר, שאנחנו, השופטים, הם המפרשים שלהם, ואין מי שיכול לשנות את הפירוש הזה. משמעות הדבר היא שהשופטים הופכים באמצעות פירוש כזה למחוקקי על, העומדים מעל ההליך הדמוקרטי. אפשר לקרוא לזה דת חילונית.

אני גם רואה בעיה גדולה מאוד, בפסיקה שמתנערת לחלוטין מכל מה שהיה עד כאן, מהמסורת שלה. המהפכה המשפטית, כפי שאני תיארתי אותה, היא מהפכה שהתבססה על ביטול בזה אחר זה של כל הכללים שהיו בסיס לשיטה המשפטית בישראל. בין השאר בוטלה הלכת ירדור, אבל זו רק דוגמה. כל העניין של זכות עמידה, שפיטות, כל דבר, שהיה יסוד מרכזי בעבר, נמחק על ידי ביהמ"ש בתקופת המהפכה. העניין הזה של הכרזת העצמאות הופיע בפסיקה פעם אחר פעם. מיד אחרי קום המדינה ניסו לפסול חוקים על בסיס הכרזת העצמאות, וביהמ"ש העליון דחה את זה, הוא אמר שזה לא יהיה. את כל המסורת הזו רוצים כעת לזרוק, כי אנחנו רוצים כרגע להגיע לתוצאה מסוימת. אז העניין הזה, שבעצם אחד הדברים שקרו כאן למערכת המשפט, הוא העדר מסורת, או שבירת המסורת. אין לנו מסורת, כל פס"ד אין לו משקל. היה זמן ששופטים התייחסו בכבוד לפסקי דין שניתנו בעבר. הבדילו בין אוביטר לבין רציו, והיו מייחסים לזה משקל, ועד ששינו הלכה זה היה דבר גרנדיוזי. פה פתאום אתה רואה תהליך, שמהיום למחר משנים הכל, כל מה שהיה איננו. זה נראה לי ערעור מוחלט של איזו יציבות בתוך המערכת, ושל משטר משפטי תקין.

אז לוקחים היום את מגילת העצמאות, ופתאום אומרים שזו חוקה שלנו, כאשר ברור לגמרי שלמי שכתב אותה היה ברור שזו לא חוקה. אלו שכתבו אותה אמרו, "אנחנו הולכים עכשיו לבחור לאסיפה מכוננת, כדי שתכתוב חוקה". כלומר, "מה שאנחנו עכשיו מכריזים זו לא חוקה, זה דבר אחר". אז באים והופכים את הכל, את כל מה שהיה, כבר מסורת של 70 שנה. אומרים, הואיל ואנחנו מחפשים טכניקה איך לבטל חוקי יסוד, אז בוא נחפש המצאות. סיבה נוספת שהכרזת העצמאות לא יכולה להוות חוקה היא שהכרזת העצמאות איננה ניתנת לשינוי, והרי לא יכולה להיות חוקה שלעולם לא ניתן לשנותה. "חוקה" כזו נותנת שלטון מוחלט לפרשן, כלומר לבית המשפט. בעיניי זו תוצאה שאיננה מתקבלת על הדעת.

זה נשמע קצת טיעון שמרני – שצריך לכבד את המסורת, לשנות דברים בזהירות, הדרגתיות ואיטיות ולא בבת-אחת. אבל יש גם מישור מהותי. הטיעון הוא שמגילת העצמאות לא כללה דיון ציבורי, לא נכתבה ע"י שום גוף שהיתה לו סמכות דמוקרטית ולא נועדה להגביל את הכנסת. כלומר זה לא מסמך שנכתב או נוסח ע"י העם או נציגיו, ועל כן יש פגם עמוק בכל ניסיון להחיל אותו כחוקה.

זה הרבה יותר מזה. כל הנימוקים שאתה אומר, הם היו הנימוקים שעמדו מאחורי הרעיון שזו לא חוקה, זה לא התיימר להיות חוקה, איש לא אמר שזה חוקה. אז להפוך את זה פתאום לחוקה, ועוד לחוקת-על שאי אפשר לשנות אותה? הרי מה הרעיון? מי יכול לשנות את מגילת העצמאות? והנה אנחנו חוזרים לאלמנט הדתי. יבוא גוף ויגיד 'אני חי ממגילת העצמאות', מישהו אחר אומר 'אני חי מעשרת הדיברות. זה התנ"ך שלי'. אני המפרש היחיד של מגילת העצמאות, אף אחד לא רשאי לשנות את זה, חוץ מהקב"ה, אז אני השלטון.

זו נקודה מצוינת, כביכול טריוויאלית ומתבקשת, שהיא: אם מגילת העצמאות היא חוקה, איך משנים אותה? מה ההליך החקיקתי? צריך קודם לאמץ אותה כחוק? ואז לשנות את החוק? צריך רטרואקטיבית לשכתב את ההיסטוריה? אולי מסע בזמן? זה מגיע לאבסורד.

הרי מה הם בעצם אומרים? יש לנו איזה משהו, תקרא לזה מגילת העצמאות, תקרא לזה עקרונות על-חוקתיים, לא חשוב איזה שם אתה נותן לדבר הזה. בית משפט בא ואומר, יש לי איזו תורה, שהיא כתובה או לא כתובה, איש לא יכול לשנות אותה, אני המפרש ואני קובע מה יהיה. זה בעצם מה שאומרים. זו תורה דתית.

בוא ניגע בקצרה בחוק הלאום. החוק עבר לאחרונה בכנסת ברוב מוחלט. כתבת על כך כמה מאמרי דעה. אמרת שהחוק הוא בפני עצמו מיותר, מבחינת התוכן שלו, אבל שמצד שני הוא מובן לאור פסיקת ביהמ"ש העליון.

פסיקות ביהמ"ש העליון בעניין עזמי בשארה וכו', זה מה שגרם לחוק הלאום. נוצר בפני המערכת הפוליטית-ציבורית מצב, שבתוך מדינת ישראל, אתה רואה קבוצות שאומרות לך "בדם ואש נפדה את פלסטין". ואתה רואה לזה ביטוי בכנסת – אמנם מנוסח בקודים או בצורה זהירה יותר, אבל אתה רואה את העמדה הפלסטינית בתוך הכנסת. השאלה אם אתה יכול להתמודד עם זה באמצעות חקיקה, ואני חושב שלא. אני חושב שחקיקה לא תעזור.

אחת הביקורות מימין על חוק הלאום היא שאנחנו משלים את עצמנו שלחוק הזה יש כוח, כאשר בית המשפט יכול לפרש אותו באיזו צורה שהוא רואה לנכון. כלומר, האם יש בחקיקה הזו כוח לשנות פסיקה כלשהיא, כמו פסיקה של קעדאן, כמו פסיקה של איחוד משפחות?

ספק. היכולת הפרשנית היא מאוד גדולה, בייחוד לגבי ביטויים כלליים, או דברים שהם כל-כך לא קונקרטיים, אז הכל פתוח.

לעתים ככל שחוק הוא עמום יותר, כך הוא מזיק יותר מאשר שהוא מועיל.

נכון, אתה נותן את הכוח לבית המשפט.

אתה חושב שיפסלו את חוק הלאום?

לדעתי הם לא יעשו את זה. אבל אני לא יודע.

מבין מבקריו של אהרן ברק, אתה אולי מכיר אותו הכי טוב, אתה מגיע מתוך אותה קבוצת ייחוס. האם לדעתך אהרן ברק משוכנע בטוהר של המטרות שלו? האם הוא מאמין, בעצמו, שהוא אכן מגן הדמוקרטיה, זכויות האדם וכדומה? או שמא במקום מסוים הוא מודע לכך שהוא מקדם את כוחה של אליטה בלתי נבחרת (או פשוט של האופוזיציה) על חשבון מובנים מסורתיים יותר של הדמוקרטיה?

קודם כל, איני רוצה להתייחס למישור האישי. אני יוצא מנקודת הנחה שבדרך-כלל אנשים נוטים לשכנע את עצמם שמה שהם עושים הוא לא רק לטובתם האישית, אלא משרת אינטרסים כלליים. ואני משער שהאמונה הזו חדרה למערכת המשפט. אתן לך דוגמה – תחשוב למשל על המאבקים הדתיים שהתנהלו באירופה בימי הביניים ואפילו בתחילת העת החדשה. במסגרת מאבקים אלה נעשו דברים אכזריים כלפי אנשים בעלי אמונה שונה או כאלה שנראה היה כי סטו מהדוקטרינה הדתית. אני מניח שאלה שפעלו בקיצוניות ובאכזריות כלפי יריביהם היו משוכנעים שהם עושים את הדבר הטוב והנכון, ואולי אפילו

האמינו שבכך הם מקרבים את ימות המשיח. אני לא עושה בשום פנים השוואה. אבל גם אדם שעובד במקום מסוים, בתפקיד מסוים, בכיוון מסוים, הוא יאמין שהוא עושה את הדבר הנכון.

אני רוצה להקשות עליך קצת. אהרן ברק הוא ללא ספק משפטן מבריק, פוליטיקאי מבריק, לוגיקן מבריק, על כך כנראה אין חולק. כאשר הוא טוען שניתן לפסול חוק יסוד על בסיס עקרונות יסוד של שיטה, או על בסיס מגילת העצמאות, הוא ודאי יודע שהדברים הללו לא מתיישבים עם מסורות דמוקרטיות או עם משפט חוקתי בכמעט כל מקום בעולם. והנה בא ברק, שהוא אדם חכם, וקשה לי לקבל שהוא שכנע אפילו את עצמו שדברים אלו מתיישבים, כלומר שניתן לבטל חוק יסוד, חקיקה חוקתית של כנסת, על בסיס עקרונות מופשטים של עקרונות יסוד של השיטה.

אני חושב שהם מאמינים בכך. יכול מאוד להיות שאם לא יהיה לביהמ"ש את הכוח לבטל חוקי יסוד, אז הפרויקט הגדול שלהם ייכנס לאיזו סכנה, כלומר שכוחם יצומצם קצת, אז הם מחפשים את הדרך להצדיק את זה [כלומר, להצדיק ביטול חוקי יסוד – י"ג]. הם מאמינים בצדקת הדרך הזאת. אתה נוקב בשם של אהרן ברק – ברור שהוא דמות מאוד מייצגת של הדבר הזה, אבל יש קבוצה של אנשים שמאמינה בכך ואומרת את זה, תקרא פסקי דין של ביהמ"ש העליון, יש שופטים שאומרים את זה.

תמיד יתנו לך את הדוגמא הקיצונית, מה יקרה אם הכנסת תעביר חוק שלנשים אין זכות הצבעה, מה יקרה? והתשובה שלי היא, מה יקרה אם ביהמ"ש העליון יחליט למשל, שיש לפלשתינאים זכות שיבה? בכל מקרה שיש למישהו את המילה האחרונה, אתה תמיד יכול לקחת את העניין אד-אבסורדוס. כלומר, בוא נחליט למי יש את המילה האחרונה, ואם נחליט שלכנסת יש את המילה האחרונה, אז תמיד אפשר להציג איזה סצנריו קיצוני שלא מתקבל על הדעת. אבל אותו סצנריו אפשר להציג גם אם נניח שלביהמ"ש יש את המילה האחרונה, וכאן אני רואה את הסכנה היותר גדולה, מאשר שלכנסת תהיה את המילה האחרונה. [פרידמן [פרסם לאחרונה מאמר](#) ברוח זו – י"ג]

נשנה קצת נושא. יש לא מעט שמשווים בינך לבין שרת המשפטים איילת שקד, שכן היא גם נתפסת ככזו שנוקטת עמדות שאינן נוחות לביהמ"ש העליון ולמערכת המשפט. כמובן לא במישור האישי, אלא במישור המקצועי, איך אתה רואה את השרה שקד, את ההתנהלות שלה?

במישור המקצועי אני חושב שהתפקוד שלה טוב מאוד. כמובן יש כמה דברים שהייתי שמח אם היא היתה יכולה לעשות, ולא נעשו, אבל אני ער לזה שיש מגבלות פוליטיות. אני חושב שיש להפריד למשל את היועץ המשפטי מהתביעה, וזה לא נעשה – אבל אני לא יכול להאשים אותה, עובדה שאת זה גם אני לא הצלחתי לעשות. הייתי רוצה מערך ביקורת יותר אפקטיבי על הפרקליטות ועל התביעה, הדבר הזה קרס לגמרי. צריך להבין את המערכת הפוליטית והיכולות, בייחוד לאור העוצמה של המערכת המשפטית. אז מבחינת תפקודה כשרת משפטים אני חושב שהוא טוב מאוד. אם עוברים לשאלות אחרות, אידאולוגיות, אז אני במקום אחר לגמרי. אני מתנגד להתנחלויות, אני מתנגד לכל הרעיון של סיפוח הגדה, וכו'.

אגב ביקורת על התביעה. הספר מקדיש המון תשומת לב לנושא החקירות ומערכת אכיפת החוק. דיברת על חסינות פנימית של המערכת מפני השלכות של החלטות גרועות. מה אתה חושב על ההתנהלות של המערכת הזו היום? המשטרה, הדלפות ויחסי ציבור, הפרקליטות וכן הלאה.

אני לא רואה שינוי משמעותי. היחס של המערכת הזאת כלפי הדרג הפוליטי הוא הרבה יותר נוח מאשר היחס שהיה בתקופת אולמרט, אי אפשר להשוות.

אתה יכול לפרט?

כשאתה רואה איך החקירות של ראש הממשלה נמשכות, איך התיקים של שרה נתניהו למעשה לא נשאר מהם כלום. ביחס הכללי אתה רואה דברים נסתבים שנים על גבי שנים, כשהרושם הוא שיש תחושה של רצון ללכת כמה שאפשר בזהירות, במתינות, להשאיר את העניינים תלויים ועומדים. הסחבת בחקירות היא לא בריאה, אבל במובן הזה יש הבדל עצום.

הדבר האחד שלא השתנה בכלל זה החסינות הפנימית של המערכת. בעיות בתוך המערכת, כשלים וחשדות לעבירות חמורות מאוד, אם זה בדרגים גבוהים מספיק, לא מטופלים. הדוגמא האחרונה זה מה שקרה בכהונתה של רות דוד, החשדות הם חמורים ביותר, ושום דבר לא נעשה.

מעניין. יש לך המון ביקורת כלפי האגרסיביות של מערכת האכיפה, ובו בזמן כלפי שיטת "התיק הפתוח". אבל יש כאן מתח, משום שאם התביעה צריכה להיות יותר זהירה ואיטית, אז זה יוצר מצב של תיק פתוח. אולי הפתרון הוא שאם אין ראיות חותכות, ואין בסיס לקבלת החלטה מיידית להמשיך התביעה, אז זה הזמן לסגור את התיק ולא לשמור אותו פתוח.

זה אחד הדברים, אך צריכים לבצע שורה של דברים. אחד מהם זה הפרדה של תפקיד היועץ והתובע. לא יכול להיות שהאנשים שמנהלים את התביעה יושבים עם האנשים שנחקרים, ושמאשימים אותם פוטנציאלית, וגם מייעצים להם. זה דבר שהוא נגד הטבע, אבל זו המערכת שהקימו כאן. זה דבר אחד. התביעה צריכה להיות לגמרי נפרדת עם מערכת בקרה נפרדת. דבר שני, צריכה להיות חסינות מסוימת שתמנע ערעור מוחלט של היציבות. יש מצבים שראש ממשלה צריך להיות חסין, אפשר להבדיל בין דברים שעשה לפני שנבחר לתפקידו לבין מעשים שעשה בימים שבהם כיהן בתפקיד ראש הממשלה, אך כיום ניתן פתאום להוציא לו דבר שהתרחש שנים לפני כן.

זה נעשה לעתים תכופות.

קורה ששולפים דברים מהעבר. אני רוצה להזכיר שלגבי אולמרט, כל המעשים שיוחסו לו היו בתקופה שלפני שניהן בתפקיד ראש הממשלה.

מה אתה חושב על הרעיון של חסינות מוגבלת של נבחרי ציבור, מפני חקירות תוך כדי הכהונה שלהם?

אני בהחלט תומך בכך. המצב המשפטי היה שבתחילה ניתנה חסינות לחברי הכנסת, כאשר הכנסת היתה בעלת הסמכות להסיר אותה. היו מצבים שהיועמ"ש ביקש להסיר חסינות והכנסת נעתרה לכך ואילו במקרים אחרים סירבה לעשות זאת. כך, למשל, חיים כהן ביקש להסיר חסינות של מישהו מאגודת ישראל, וסירבו לעשות זאת. זה היה על עניין פעוט יחסית.

אם אני זוכר נכון, גם בפרשת פנחסי היו כמה סבבים של מאמצים להסיר חסינות.

בפרשת פנחסי בכלל, ביהמ"ש שם את עצמו ללעג. מה שקרה הוא שבהדרגה המערכת המשפטית לקחה למערכת הפוליטית את הכוח בעניין חסינות. פשוט באו ואמרו, שלועדה של הכנסת האמורה להחליט בעניין חסינות אין שיקול דעת. שיקול הדעת היחיד שלה הוא אם יש לה ראיות שהיועמ"ש פועל שלא בתום לב. אבל אם זה [האישום נגד חבר כנסת – י"ג] בלתי סביר, ואיזו חקירה שטותית, אז אי אפשר לעשות כלום. יוצא שהיועמ"ש או שמערכת התביעה היא המחליטה הראשית בכל עניין החסינות. היום החסינות הוגבלה. אני חושב שיש מקום לחסינות, לא מוחלטת ולא מפני כל דבר, עם הבחנה בין מה היה קודם ומה בתקופת הכהונה.

כשביהמ"ש שולל את שיקול הדעת של מקבלי החלטות, זה מתקשר יפה עם שאלת הפרדת התביעה והייעוץ. דוגמא אחת היא החלטה של היועמ"ש אם להעמיד לדין או שלא להעמיד לדין. היסטורית ביהמ"ש מאז ומעולם פסל רק החלטות שלא להעמיד לדין, ואף פעם לא פסל החלטה שכן להעמיד לדין. אז מצד אחד ביהמ"ש מתערב בשיקול דעת, ומצד שני הוא מאמץ גישה תביעתית מאוד אגרסיבית. יש פה שילוב של שני נושאים שאתה מדבר עליהם.

קודם כל, מבחינה היסטורית ועד המהפכה המשפטית, הכלל של ביהמ"ש היה שלא מתערבים בהחלטות היועמ"ש, אלא במקרה של חוסר תום לב, מה שלא נמצא אף פעם. אחד הדברים שהתרחש הוא שבתקופת המהפכה המשפטית בית המשפט ביטל את הכלל הזה, כפי שביטל כללים רבים אחרים שנהגו בעבר. במקום זאת קבע בית המשפט שהיועמ"ש לא שונה מכל עובד ציבור אחר, ואנחנו [ביהמ"ש – י"ג] מתערבים בחוסר סבירות בהחלטותיו, באותו אופן כפי שנעשה לגבי כל המערכת. ואז מסתבר שאת הביקורת מחמת חוסר הסבירות הזו הם מפעילים באופן חד כיווני – רק לכיוון התביעה.

זו נקודה מצוינת. נושא הסבירות הוא נושא נפרד שמצריך דיון שלם, הוא כל-כך סבוך שאני נמנע מזה כרגע.

זה אחד מהכלים שבאמצעותם ביהמ"ש הפך את עצמו לשחקן במגרש הפוליטי.

בספר אתה מתאר את המינוי של פרופ' גבריאלה שלו לשגרירה באו"ם, ואתה כותב שהיו לך הסתייגויות ממנה. שאלת את אולמרט לגבי ההתאמה שלה, כי הרגשת שאולמרט אולי מודע לכך שהיא לא מתאימה, ואתה כותב בספר שאתה "מעדיף לדלג על התשובה שקיבלת".

אני עדיין מעדיף לדלג עליה.

אתה חשת שהוא הסכים עם התחושה שהיא לא מתאימה?

כמו שאמרתי, עדיין מעדיף לדלג על זה.

מדי פעם צץ נושא פסקת ההתגברות או "חוק עוקף בג"ץ". מדובר ביכולת הכנסת לחוקק במודע חוקים שסותרים חוקי יסוד, או לפחות סותרים את הפרשנות שביהמ"ש העניק לחוקי היסוד, או ביכולת הכנסת להגן על חוקים מפסילה של בג"ץ. מה דעתך על המנגנון הזה ככלי להתמודדות עם אקטיביזם שיפוטי?

קודם כל אני תמכתי במנגנון כזה והיתה לי הצעות חוק דומה. אני בעד הדבר הזה, ואני בעד ביקורת שיפוטית. אני אומר, אם יש פסקת התגברות, הכנסת תוכל לחזור ולחוקק. העליתי בזמנו הצעה כזו. צריך להביא בחשבון שסה"כ הכנסת די נזהרת. אז רואים את הכוחות בכנסת, אם ביהמ"ש פוסל חוק, עד שיחוקקו את זה מחדש, זה צריך להיות מקרה מאוד קיצוני.

יש טענה הפוכה שאומרת שפסקת התגברות תכשיר את האקטיביזם השיפוטי שהיה עד עכשיו. הרי עד היום לא היה שום חוק שהסמיך את ביהמ"ש העליון לפסול חוקים. פסקת התגברות בעצם תבוא ותאמר, מותר לבג"ץ לפסול חוקים, ואולי הכנסת תצליח להפוך פסילה שכזו, באיזה תרחיש מאוד לא סביר. השאלה היא האם זה מכשיר את השרץ.

במובן מסוים כן. יחד עם זה, המשמעות של ההכשרה הולכת ומצטמצמת עם השנים. ככל שחולף הזמן יותר קל להם לפסול חוקים. בפעם הראשונה אתה אומר "וואי, איזה דבר, בוא ניזהר", פעם שניה זה פחות דרמטי, אחרי שעשו את זה כבר 10-15 פעמים אז זה בא בקלות, כבר פוסלים מכל סיבה שהיא, גם כשאין הצדקה לכך. פסלו את חוק מס דירה שלישית, ועכשיו כבר אין להם בעיה, אולי לפסול חוקי יסוד. ברור שאם ב-1995 היו שואלים אם ניתן לפסול חוקי יסוד, הדבר לא היה בא בחשבון. אחרי שהתרגלו 20 שנה לפסול, זה כבר לא נראה עניין כל כך רציני.

אם כן, מדוע לדעתך לא מחוקקים פסקת התגברות?

נתניהו בלם כל ניסיון להתמודד באופן חקיקתי עם ההחלטות של בג"ץ, שהיו לא נוחות למערכת הפוליטית, והיו מאוד לא פופולריות. למשל פרשת המסתננים – גדעון סער ביקש לעשות איזה שינוי. יש כל מיני טכניקות פשוטות להתמודד עם ביטול חוק, אחת מהן היא לתקן את חוק היסוד. ממשלת רבין התחילה בעניין הזה ותיקנה את חוק יסוד חופש העיסוק על מנת לאפשר לממשלה למנוע ייבוא בשר לא כשר. [לעניין זה ראו את ס' 5 לחוק בשר ומוצריו, תשנ"ד-1994 – י"ג]. עכשיו בא גדעון סער, ויש לו תקדים רבין, כדי להתמודד עם בעיית המסתננים. ביהמ"ש מבטל [את חוק המסתננים – י"ג] פעם אחר פעם. ובא גדעון סער שרוצה לעשות אותו דבר בחוק יסוד כבוד האדם, והוא היה יכול לעשות את זה. אולם הדבר לא נעשה.

ההסבר הוא שכנראה נתניהו לא נתן לו. ונתניהו גם לא נתן להעביר פסקת התגברות. זאת אומרת, אם המערכת המשפטית מתייחסת אליו, נניח, בעדינות, זה היה מהלך נכון מצדו. ישנה תיאוריה שאומרת שצריך להיזהר במצב כזה. העובדה היא שאחד הלקחים הישנים, הוא שצריך להיות בסדר עם מערכת המשפט.

והם יהיו בסדר איתך?

וזה יעזור קצת. הדבר החשוב הוא, מה אתה חושב על המציאות. כשהמערכת הפוליטית חושבת שזה מסוכן, לפגוע בכוח של המערכת השיפוטית, אז ממילא קשה מאוד לקדם מהלכים מסוג זה. באופן כללי, במערכת הפוליטית שוררת הדעה שמי שיפגע בכוח של המערכת המשפטית, בייחוד בנקודות שהמערכת הזו רגישה להן, מי שיעשה את זה – זה לא טוב לו.

בספר אתה מדבר על החרב המונפת מעל ראשו של כל פוליטיקאי. וזו אחת הסיבות שאתה בעד חסינות. כעת אתה אומר, זה לא משנה כבר אם זה באמת המצב או לא – עצם הרושם שנוצר משפיע מאוד על התנהגות המערכת הפוליטית. אתה חושב שיש לזה אחיזה במציאות?

נגיד ככה. הרקע ההיסטורי הוא כזה, שהעובדה היא שהיתה רדיפה מרחיקת לכת כלפי אנשים, שהיו בצד הלא נכון של המערכת המשפטית.

הבאת דוגמאות רבות בספר. [ראו מאמר בעניין [החקירות וכתבי האישום נגד דמויות מסוג זה](#) – י"ג]

אין לך אף פעם הוכחה פוזיטיבית. לדוגמא, למה עשו את מה שעשו ליעקב נאמן.

ודרו חוטר ישי, רובי ריבלין, אפילו חיים רמון.

ותמיד אפשר להביא מישהו אחר [במקום מי שמודח – י"ג] שהוא לא נגד המערכת.

יש את המינוי של פרופ' אלכס שטיין, שהוא שמרן מובהק או מוצהר, לפחות לפי הדעה הרווחת. מה דעתך על כך? אתה חושב שתהיה לכך השפעה, האם זה עלה תאנה או סנונית ראשונה של שינוי גדול יותר?

קשה לדעת. יש ותמיד היה ביטוי למגמה היותר מתונה. למעשה מה שהיה, המגמה המתונה, של ריסון שיפוטי, היתה המגמה השלטת עד תחילת שנות ה-80.

עד שמגר בעצם.

מרגע הנשיאות של שמגר ואז של ברק, זה התחלף לגמרי. וברק הפך את זה לעוד יותר מרחיק לכת. תמיד היו מתונים יותר, עובדה שהחלטות של ברק לא היו פה אחד. לדוגמא עזמי בשארה היה ברוב דעות. לא זוכר את המספרים, היו לפחות 3 במיעוט. אבל דעות מיעוט כאלה היו תמיד בעליון. השאלה היא האם דעות כאלה יהפכו לדומיננטיות.

ישנה ביקורת לפיה גם מבין השופטים השמרניים כביכול, עברו כמעט שלושים שנה שאין קול מובהק בביהמ"ש העליון שרואה את האקטיביזם השיפוטי כדבר שלילי, ורואה את הריסון של ביהמ"ש כערך חיובי. אפילו נעם סולברג ואשר גרוניס לא רואים זאת כך.

אין קול חד משמעי שאומר שצריך לסגת. גרוניס אמר לגבי שורה של נושאים שלא צריך להתערב בהם. הוא היה נגד כל ענין ההתערבות מחמת חוסר סבירות. אצל סולברג רואים את זה במידה מסוימת, למשל בעניין הייצוג הבלעדי של היועמ"ש, וההתנגדות לכך שהיועמ"ש יוכל לשלול מגופים ציבוריים שאינם מסכימים עימו את הייצוג בבית המשפט. אבל אין קול חד משמעי שאומר אנחנו לא רוצים את כל הכוח הזה.

אולי זה שינוי צבע שבכל זאת יביא פרופ' אלכס שטיין.

אבל זה אדם אחד, שהוא ודאי לא יהיה נשיא. אתה רואה את התופעה שכשגוף צובר כוח, הוא לא נוטה לוותר עליו. אתה רואה את התקופה שכוח ביהמ"ש היה מוגבל, השופטים אמרו אנחנו לא רוצים יותר. אחרי שקיבלו את הכוח, לבוא ולוותר עליו זה כנראה כבר יותר קשה.

כמה שאלות אחרונות. אתה חושב ששילמת מחיר אישי, על העמדות שלך, על הספר?

אני חושב שכן. כן, שילמתי מחיר.

איך היית מתאר את המחיר?

לא אתאר. אבל ברור שיש מחיר אישי.

אתה חושב שזה מחיר הוגן? או שיש בזה משהו לא הוגן כלפיך?

אני יכול להבין את התגובות. זה צפוי.

אתה צפית לזה? כשנכנסת לתפקיד שר המשפטים.

זה התחיל הרבה לפני. זה היה צפוי. תשמע, מי שיש לו התבטאויות כמו שהיו לי, ואיננו מעריך מה צפוי בעקבות זה, אז יש לו בעיה. אני לא יכול להגיד שצפיתי כל דבר. אבל בוודאי את העניין המרכזי.

אם היית צריך לשנות או לתקן דבר אחד במערכת המשפט – יש לך את הכוח לחוקק או לבטל חוק אחד, אתה מקבל מהלך אחד שהוא שלך, מה היית עושה?

בנוגע ליועץ המשפטי. פיצול התפקיד, ושנית שמירה על זכות ייצוג של הממשלה, שחוו"ד היועמ"ש איננה מחייבת.

ואם היית צריך לבחור אחד משני אלו? בין פיצול התפקיד לבין ייצוג הממשלה ע"י היועץ?

אז הייתי בוחר בפיצול. אני חושב שעניין הייצוג ייפול ממילא בסופו של דבר, הוא אבסורד כל-כך גדול שלא ניתן יהיה למנוע את זה, בסופו של דבר זה ייפול. לכן הייתי אומר הפיצול.

שאלה אחרונה. אם יש לך מסר אחד למשפטנים צעירים, מה הוא? מה היית מייעץ להם?

צריך להיזהר מייעוצים [נאמר בבדיחות – י"ג].

גם זה מסר טוב.

צריך להיות מפוכחים, אבל השאלה היא כמה זה טוב להיות מפוכח. עדיף להיות אידיאליסטיים ולרצות לשנות את העולם, ורק אח"כ לגלות כמה זה קשה.