

על משילות ועל דיאלוג ענייני ומכבד בין הרשויות

כנס העמותה למשפט ציבורי, מלון אלמא, זכרון יעקב, דצמבר 2017

מאת

אסתר חיות, נשיאת בית המשפט העליון

שרת המשפטים, חברת-הכנסת איילת שקד ;
נשיאי בית המשפט העליון בדימוס, אהרן ברק,
דורית ביניש, אשר גרוניס ומרים נאור ;
היועץ המשפטי לממשלה, ד"ר אביחי מנדלבליט ;
פרקליט המדינה, שי ניצן ;
יושב-ראש העמותה למשפט ציבורי, פרופ' ישי
בלנק ;
שופטים ושופטים מכהנים ;
שופטים ושופטים בדימוס ;
אורחים מכובדים ויקרים, ערב טוב.

בתחילת דבריי אני מבקשת להודות לעמותה
למשפט ציבורי על ארגון של הכנס החשוב הזה אשר
מדי שנה מאפשר לקיים שיח מפרה בסוגיות שונות
בתחומי המשפט הציבורי הישראלי. זהו כידוע אחד

התחומים המשפטיים העומדים תדיר במרכז השיח שלנו כחברה ולא ניתן על כן להפריז בחשיבותו.

הכנס הוקדש השנה לאתגרי הדמוקרטיה בישראל ובדבריי הקצרים היום אני מבקשת להתייחס לאתגר משמעותי הניצב בפנינו כחברה והנוגע לדיאלוג בין הרשויות.

לפני כחודשיים, בטקס שהתקיים בבית הנשיא, הצהרתי אמונים למדינת ישראל ולחוקיה והתחלתי את כהונתי כנשיאת בית המשפט העליון. באותו הטקס ציינתי, בין היתר, כי "דיאלוג המתקיים בין רשויות השלטון - המחוקקת, המבצעת והשופטת - הוא חשוב וחיוני בכל מדינה דמוקרטית, גם אם הוא מלווה לעתים במתחים ובחילוקי דעות, ובלבד שכל אחת מן הרשויות תקפיד לשמור על גישה מכבדת ועניינית כלפי רעותה."

האם ניתן לאפיין את הדיאלוג המתקיים בין
שלוש הרשויות בישראל כדיאלוג מכבד וענייני?

לדאבון הלב האופן שבו מתבטאים ומתנהלים
חלק מנבחרי הציבור, שרים וחברי-כנסת כאחד,
כלפי הרשות השופטת, רחוק מלהיות מכבד וענייני
ודוגמאות מבישות מן התקופה האחרונה יש
למכביר.

ככל שהדבר נוגע להתנהלותה של הרשות
השופטת, נדמה לי שאנו השופטים משתדלים
להקפיד בשמירה על כבודן ועל מעמדן של יתר
הרשויות, הן ברמת השיח והאופן שבו אנו מתנסחים
ומתבטאים כלפיהן הן בהיבט המהותי הנוגע לעצם
הביקורת השיפוטית המופעלת.

כך למשל אנו משתדלים למצות כל נתיב אפשרי
אשר יוליך לפתרון באמצעות פעולה של הרשות
הנוגעת בדבר עצמה, על מנת לייתר הכרעה שיפוטית

מצדנו. ואכן יש לא מעט הליכים הבאים על פתרונם בדרך זו. אך למרבה הצער, למרות המאמץ והזמן המושקעים בכך, לא תמיד ניתן להוליך לפתרון כזה, ובאותם המקרים נדרשת הכרעה שיפוטית. דוגמא מובהקת לכך היא הפרשה הנוגעת לדחיית השירות של תלמידי הישיבות. מדובר בסוגיה רגישה ומורכבת מאין כמותה ועל כן המתין בית המשפט במשך למעלה מעשור למהלכים שיבוצעו מצד הרשויות האחרות על מנת לחסוך הכרעה שיפוטית בנדון, אך ללא הועיל. דוגמא נוספת למדיניות שיפוטית החותרת להסדרת סוגיות רגישות ומורכבות בנתיב אשר ייתר את ההכרעה השיפוטית ניתן למצוא בהלכה שפותחה בבית המשפט העליון אשר נהוג לכנותה "התראת בטלות" ועל פיה נוהג בית המשפט להצביע על פגמים משפטיים שנפלו בהתנהלות של מי מהרשויות, אך נמנע מלהתערב ולבטל את הפעולה על מנת לאפשר לה לתקן בעצמה את הטעון תיקון. כך היה בפרשה הנוגעת למינוי סגן שר במעמד שר, כך היה גם בעניין התקציב הדו-שנתי.

וכך גם בפרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, שם ציין המשנה לנשיאה רובינשטיין כי [ציטוט]: "על המערכת הממשלתית ליתן דעתה כי פסק דין זה, אף אם לא הביא להתערבות שיפוטית נוכח הרקע שתואר, מהוה תמרור לעתיד"¹. ואלה רק מקצת דוגמאות מתוך רבות אחרות בהן מאמץ בית המשפט גישה דומה ומבטא בכך התייחסות מכבדת ומרוסנת כלפי הרשויות שפעולתן עומדת לביקורת שיפוטית.

ואולם אם יש מי שסבור כי כיבוד הרשות המחוקקת או המבצעת משמעותה העלמת עין מהפרת שלטון החוק או מפגיעה בלתי מידתית בזכויות אדם – טעות בידו. כמו כן טועה מי שסבור כי משילות משמעותה הפעלת כוח שלטוני ללא מְצָרִים, ללא בקרה וללא איזונים ובלמים. משילות משמעה יכולתה של הממשלה לפעול בגדר סמכויותיה. משילות אין משמעה בשום אופן היתר להפרת חוק.

¹ בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש הממשלה (9.6.2009).

בדברים שנשאתי בטקס הצהרת האמונים ציינתי עוד בכל הנוגע להפעלת ביקורת שיפוטית כי "מנקודת הראות שלנו כרשות שופטת אין מדובר בשום פנים ואופן במאבקי כוח ושליטה אלא במילוי התפקיד המוטל עלינו כשופטים והוא - שמירה על שלטון החוק, שמירה על ערכי יסוד חוקתיים ועל זכויות אדם".

אכן, התנהלות ראויה ואחראית בממשק המתקיים בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות, אינה נבחנת כאשר בית המשפט פוסק באופן התואם את עמדותיו של נבחר ציבור כזה או אחר. המבחן האמיתי להתנהלות ראויה ואחראית בממשק זה הוא כאשר פסק הדין או ההחלטה השיפוטית לא בהכרח תואמים את עמדותיו של נבחר הציבור. זהו רגע המבחן שבו על נבחר הציבור להחליט מהי הדרך שבה יבחר להתייחס ולהגיב לאותה החלטה. בייחוד בהינתן העובדה כי

התייחסות כזו אינה מתקיימת בחדרי חדרים אלא לעיניי ולאוזני הציבור כולו.

ויודגש: הכרעות שיפוטיות אינן חסינות מביקורת. ביקורת היא לגיטימית ובלבד שתהיה עניינית ומנומקת. אכן, המינימום שניתן לצפות הוא שמי שבוחר למתוח ביקורת על הכרעה שיפוטית כזו או אחרת יכיר את העובדות ואת המסקנות של אותה הכרעה. כמו כן, לא יהא זה מוגזם לצפות כי הביקורת המושמעת תנוסח בלשון ראויה המתייחסת לגוף ההכרעה ולא לגופם של השופטים שישבו בדין או לגופו של המוסד השיפוטי ככזה. אכן, כיבוד הרשות השופטת ושופטיה משמעו ציות להכרעותיה גם כאשר פסק-הדין או ההחלטה מעוררים ביקורת. כל גישה אחרת עלולה להוליך אותנו חלילה למצב שבו לא תקוימנה הכרעות שיפוטיות ועל הסכנה הרבה הטמונה בכך אין צורך להכביר במילים. למרבה הצער, נשמעו לאחרונה מצד נבחרי ציבור מסוימים קולות הקוראים לאי כיבוד של הכרעות

שיפוטיות ולאי ציות לאמור בהן, והציבור שומע את הקולות. חלקו אף עלול להטמיע את המסרים המסוכנים הללו החותרים תחת שלטון החוק ומכאן קצרה הדרך למצב דברים שבו איש הישר בעיניו יעשה.

חובת הציות לחוק אין משמעה ציות אך ורק לנורמות כלליות הנקבעות על ידי המחוקק הראשי, אלא גם לנורמות הנקבעות על ידי מחוקק המשנה ועל ידי בתי המשפט.² מתן לגיטימציה להפרת החובה לציית לחוק וקריאה לאי קיום הכרעות שיפוטיות היא מסוכנת והדברים חמורים פי כמה כאשר קולות מסוג זה נשמעים מצד נבחרים ציבור. השופט האמריקאי הדגול, לווי ברנדייס, אמר בהקשר זה כי (בתרגום חופשי): "המשלה מהווה דוגמה לציבור. אם המשלה היא זו שמפרה את החוק היא מביאה לביזוי החוק; היא מזמינה כל אדם לעשות דין לעצמו; היא מזמינה אנרכיה".³

² בגץ 3483/05 די.בי.א.ס. שרותי לווין (1998) בע"מ נ' שרת התקשורת, פסקה 13 (9.9.2007)

³ "Our government teaches the whole people by its example. If the government becomes the lawbreaker, it breeds contempt for law: it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy", *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928)

על ההבחנה שבין ביקורת לגיטימית המופנית כלפי הכרעות שיפוטיות ובין ביקורת שאינה לגיטימית כלפי היושבים בדין עמדו גם חכמי המשפט העברי. בספר שמות בפרשת משפטים אשר בה מפורטים מצוות ודינים רבים, מופיע בפרק כ"ב הדין הקובע כי אל לו לנושה ליטול לעת ליל את שלמת החייב שהיא כסותו היחידה ועל דין זה נאמר בפסוק כ"ו [ציטוט] "והיה כי יצעק אלי וְשָׁמַעְתִּי כִּי חָנוּן אָנִי". ומיד בהמשך, בפסוק כ"ז, נאמר "אֱלֹהִים לֹא תִקְלָל וְנָשִׂיא בְעֶמְךָ לֹא תֹאָר".⁴ ובמדרש רבה עלתה השאלה מה עניין זה לזה? דהיינו מה עניין "ושמעתי, כי חנון אני" לציווי "אלהים לא תקלל ונשיא בעמך לא תאר". ומשיב המדרש [ציטוט]:

"אמרו רבותינו מעשה באחד שהיה לו דין ובא אצל הדיין וזיכה אותו בו ויצא אותו שנזדכה ואמר פלוני השופט אין כמותו בעולם. אחר ימים היה לו דין ובא אצלו וחייבו. יצא

⁴ שמות כב כו-כז

מלפניו ואמר אין דיין שוטה הימנו.
אמרו לו אתמול היה משובח והיום
שוטה. לכך הזהיר לך הכתוב אֱלֹהִים
לֹא תִקְלַל וְנָשִׂיא בְעַמֶּךָ לֹא תֹאָר.

המסקנה העמוקה העולה מן המדרש הזה
מתחברת לחובת הציות להכרעות שיפוטיות שעליה
דיברתי קודם וזאת גם אם ההכרעה אינה תואמת את
העמדה או את הציפיה של הנוגע בדבר. כמו כן
מתחבר מדרש זה לכך שביקורת לגופו של דיין
להבדיל מביקורת לגופו של עניין היא ביקורת בלתי
לגיטימית.

עוד טענה הנשמעת נגד הכרעות שיפוטיות
שונות היא הטענה כי יש בהן משום התערבות יתרה
בהחלטותיה של הרשות המבצעת עד כדי פגיעה
ב"משילות" שעליה היא מופקדת. ואולם לאמיתו של
דבר אנו נתקלים תדיר בכך שנבחרי ציבור אשר
מעלים טרוניות כנגד הכרעות שיפוטיות המפקיעות,
כביכול, את המשילות מידם, גוררים רגליים ולעתים
אף נמנעים במכוון מקבלת הכרעות בעצמם, בייחוד

בסוגיות רגישות ומעדיפים כי העניין יונח ויתגלגל לפתחו של בית המשפט. זאת כדי שכדבריי חברתי הנשיאה היוצאת נאור באחד מפסקי הדין "יוציא עבורם את הערמונים מהאש". שוב ושוב חוזר אותו הפזמון: הרשות המוסמכת אינה מקבלת החלטה ואינה פועלת בסוגיה רגישה; בית המשפט נאלץ להכריע בה; ולאחר הינתן ההכרעה השיפוטית נשמעות זעקות שבר על אובדן המשילות. לעתים מדובר בהכרעות קשות אשר חלקים מהציבור מתקשים לקבלן. ולכך משיבים אותם גורמים ברשות שנמנעו מלמלא את תפקידם "זה לא אנחנו, זה בג"ץ!" – כמה נוח.

דפוס כזה רחוק בעיניי מלהיות דיאלוג מכבד וענייני בין הרשויות. חמור מכך, יש כאלה הסבורים כי הדרך להביא לכך שכל ההכרעות השיפוטיות כולן תתאמנה להשקפת עולם פוליטית מסוימת, עוברת בוועדה לבחירת שופטים. כפועל היוצא מכך, הם אף

חותרים למינויים של מי שעל פי הסברה עונים
לפרופיל הפוליטי הנדרש.

גישה כזו היא מסוכנת והרת אסון.

היא חותרת תחת העצמאות ואי-התלות של
הרשות השופטת שכל סוד סמכותה במובן העמוק
והערכי של המילה טמון בהיותה רשות מקצועית א-
פוליטית אשר אין עליה אלא מוראו של הדין ואשר
כל הבא להתדיין בפניה בלא קשר להשתייכותו
הפוליטית, חייב להאמין כי ההכרעה השיפוטית
בעניינו תהא מיוסדת על אדני חוק ומשפט ועליהם
בלבד.

חשוב לומר עוד כי כלל היסוד בדבר גישה
מכבדת ועניינית הצריך להנחותינו בדיאלוג בין
הרשויות, אינו נובע מתוך רדיפת כבוד לשמה אלא
משום הצורך לשמור על כבודה של כל אחת מן

הרשויות במובן המוסדי בהיותן גופים ממלכתיים
הפועלים בשירות הציבור כנאמניו.

מנקודת ראות זו כבודה של כל אחת מן
הרשויות הוא כבודו של הציבור.

ניתן להשקיף על מבנה רשויות השלטון במדינה
דמוקרטית, כעל משולש שווה-צלעות והרשות
השופטת היא באותו המשולש צלע הכרחית. על כן
החלשת הרשות השופטת ופגיעה במעמדה ובכבודה
עלולים לערער את התשתית שעליה נשען המבנה
הדמוקרטי כולו.

אולי לא למותר לשוב ולהזכיר לעניין זה את
דבריו של אחד מן האבות המייסדים של המדינה,
משה שרת, שהיה ראש הממשלה השני ואמר פעם כי
[ציטוט]:

”המדינה שלנו הרבה יותר צעירה
מן הדמוקרטיה, במידה רבה
המדינה היא פרי הדמוקרטיה ולא
הדמוקרטיה היא פרי המדינה.”⁵

מתוך ראייה זו חרטה ישראל על דגלה מיד עם
הקמתה ערכים דמוקרטיים שאותם טיפחה ופיתחה
לאורך שבעים שנות קיומה. בטיפוח ובפיתוח זה של
ערכי יסוד דמוקרטיים ובהטמעתם בהוויה החברתית
הישראלית, יש למשפט הישראלי ולמערכת המשפט
תפקיד מפתח. יעידו על כך פסקי הדין הרבים
שנכתבו מאז ראשית ימי המדינה ועד היום ובזכותם
יצא שמעם של המשפט הישראלי ושל בתי המשפט
הישראליים למרחוק. דפים מפוארים אלה בדברי
ימיה המשפטיים של מדינת ישראל הם מקור
לגאווה, ולא פחות חשוב מכך - הם חגורת מגן
משפטית נגד מתקפות וטענות המועלות כלפינו
בזירה הבינלאומית.

⁵ משה שרת - ראש הממשלה השני מבחר תעודות מפרקי חייו [1894 - 1965] (הוצאת גנזך המדינה) בעמ' 610-607

מסיבות אלה כולן אנו מחויבים לשמור על
מערכת המשפט מפני הקמים עליה להחלישה. כך
עשו שופטי ישראל לדורותיהם וכך נמשיך ונעשה גם
אנו בנחישות ובענווה.

25616817