

ריאיון

עם השופטת בדימוס דורית ביניש

מראיינים: עדי שרצר, עזרא ברום ואורן קלמן

דורית ביניש, נשיאת בית המשפט העליון בשנים 2006-2012 ופרקליטת המדינה בשנים 1989-1995. תקופות כהונתה בשני התפקידים עמדו בסימן של מאבקים עקרוניים בין הרשות השופטת לרשויות המדינה האחרות, והיא הייתה מעורבת בפרשות מפתח לא מעטות בנושא. מאז פרישתה מכס השיפוט משמשת ביניש בין השאר בתפקיד נגידת האוניברסיטה הפתוחה.

דורית ורבה (לימים ביניש) נולדה בשנת 1942 בתל אביב, בת לחוה ואהרון ורבה. הוריה עלו ארצה בשנת 1933 מפולין, עם אחותה הבכורה פנינה (לימים הררי) בת השלוש. ההורים עלו ממניעים ציוניים, בעלייה החמישית, ומאחוריהם פעילות ציבורית, ציונית וחינוכית עוד בפולין, פעילות שהמשיכו בה גם בארץ, לפני קום המדינה ואחרי הקמתה.

ילדותה של דורית עברה עליה בתל אביב, אך ב־1950 (בהיותה בת שמונה) נסעה עם אמה לארצות הברית לצורך השתלמות בת שנה בחינוך, שבמהלכה ביקרה האם במוסדות חינוך מתקדמים שם. דורית למדה בתל אביב ב'בית חינוך לילדי עובדים' ע"ש טשרניחובסקי ואחר כך ב'תיכון חדש'. בשירותה הצבאי הייתה קצינה באגף כוח אדם.

לאחר שחוררה למדה משפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וסיימה תואר ראשון ותואר שני בהצטיינות; בנובמבר 1967 הוסמכה לעריכת דין. במהלך שירותה הצבאי הכירה את בן־זוגה, עורך דין יחזקאל ביניש (נולד ב־1941), בעל משרד עורכי דין בירושלים שעסק גם בנגינה ובמוזיקה ושימש בין השאר יו"ר התזמורת

* הריאיון ערך במשרדה של דורית ביניש בבית המשפט העליון בירושלים ב־30.10.2017. אנו מודים לשי טגנר שהשתתף בהכנת הריאיון ובעריכתו.

הסימפוזיאל ירושלים ויו"ר הפסטיבל הבין-לאומי למוזיקה קאמרית בירושלים.¹ לזוג שתי בנות, דניאלה ומיכל, וחמישה נכדים.

ביניש התמחתה במחלקת החקיקה במשרד המשפטים ובפרקליטות המדינה. משקיבלה רישיון לעסוק בעריכת דין התחילה לעבוד בפרקליטות מחוז ירושלים בתחום הפלילי. בהמשך עברה ללשכה הראשית של פרקליטות המדינה, ושם שימשה בין השאר תובעת במשפטים בעלי עניין ציבורי רחב, ובהם משפטו של הכומר הילריון קפוצ'י שהורשע בסיוע לארגון טרור ובמגע עם סוכן זר.² ב-1976 מונתה למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות. בתפקיד זה ייצגה את המדינה בכמה פרשות חשובות הקשורות בשליטה על שטחי יהודה ושומרון.

ב-1982 מונתה לתפקיד המשנה לפרקליט המדינה. בתקופה זו עמדה בראש הצוות שאסף חומר לוועדת כהן שחקרה את אירועי סברה ושתילה במלחמת לבנון הראשונה. ב-1985 עמדה בראש צוות התביעה במשפט הפלילי של המחותרת היהודית בבית המשפט המחוזי בירושלים, ובו התקבלה טענתה שהמחותרת היהודית הייתה ארגון טרור אף שלא פעלה כגוף הייררכי;³ ב-1986 עמדה בראש צוות מיוחד שהכין את כתב האישום נגד מרגל האטום מרדכי ואנונו; וב-1988 ייצגה את ועדת הבחירות המרכזית בערעור שהגישה סיעת כן על פסילתה מהשתתפות בבחירות לכנסת. באותה תקופה מילאה ביניש תפקיד מרכזי לצד היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר במאבק לחקירתם של אנשי השב"כ בפרשת קו 300.⁴

- 1 'בגובה העיניים עם יחזקאל ביניש', זמן ירושלים, 21.8.2009. ביניש התפרסם בין השאר בשל עונש חריג למדי של חודש מאסר שגזר עליו בית הדין הצבאי בשכם בשל ביזוי בית המשפט; 'שופט צבאי בשכם גזר מאסר בפועל על סניגור יהודי של נאשם מקומי בעבירת תנועה', דבר, 12.5.1976. את גזר הדין ביטל לבסוף המושל הצבאי של שכם: 'מושל שכם ביטל גזר הדין נגד עו"ד יחזקאל ביניש', מעריב, 28.5.1976.
- 2 קפוצ'י הועמד לדין אף שנהנה מחסינות דיפלומטית, צעד חריג בעולם המשפט והיחסים הבין-לאומיים. ראו: יוסף צוריאלי, 'כתב אישום נגד ארכיבישוף קפוצ'י יוגש לבית המשפט בירושלים תוך יומיים', מעריב, 1.9.1974. להרחבה ראו: רוני שקד ושלמה הררי, השב"כ בעקבות קפוצ'י, ידיעות ספרים, תל אביב 1995.
- 3 ת"פ (י-8) 203/84, מדינת ישראל נ' מנחם ליבני ואחרים, ניתן ב-22.7.1985.
- 4 'קו 300' הוא כינוי לפרשה משפטית שהחלה ב-1984 בעקבות פיגוע טרור שהתרחש בקו האוטובוס 300 של אגד. במסגרת הפרשה ניסה השב"כ להסתיר כי אנשיו הוציאו להורג את שני המחבלים שביצעו את הפיגוע ללא משפט, דבר שהביא לידי עימות ארוך בין אנשיו ובין המערכת המשפטית. ראו: יחיאל גוטמן, טלטלה בשב"כ: היועץ המשפטי נגד הממשלה מפרשת טוביאנסקי עד פרשת קו 300, ידיעות אחרונות, תל אביב 1995.

בתחילת שנת 1989 הייתה ביניש האישה הראשונה שמונתה לתפקיד פרקליטת המדינה. מינויה בידי שר המשפטים, איש מפלגת הליכוד דן מרידור,⁵ עורר ביקורת מצד מי שראו בה נציגה של השמאל. בריאיון למוסף 'סופשבוע' של מעריב נימק מרידור את בחירתו בביניש:

השאלה היחידה שעניינה ומעניינת אותי בכל מינוי, היא מי האדם המתאים ביותר. כל שיקול אחר הוא פסול ואסור. הטיעונים, שעלו בציבור, אינם רלוונטיים ואינם נכונים. כל מערכת, והמערכת המשפטית במיוחד, חייבת להיות ולהראות נקייה לחלוטין מכל שיקול מפלגתי פוליטי. לדעתי דורית ביניש היא המתאימה ביותר לתפקיד ולכן הבאתי את מינויה לאישור הממשלה.⁶

תקופת כהונתה כפרקליטת המדינה עמדה בסימן משפטו של השר אריה דרעי, שבו הואשם והורשע בקבלת שוחד. כמו היועץ המשפטי לממשלה יוסף חריש, ביניש עמדה על דעתה כי בתום חקירתו על דרעי לעזוב את תפקידו, וזאת על אף עמדתו של ראש הממשלה יצחק רבין. עמדתה האיתנה בנושא השמירה על שלטון החוק באה לידי ביטוי גם בדיונים מתוקשרים בחלקם עם הממשלה בכל הנוגע להתנהלותו של צה"ל בתקופת האנתפאדה.

בשנת 1995 מונתה לשופטת בית המשפט העליון, ושם קיבלה החלטות בעלות משמעות מרחיקת לכת לחברה הישראלית. בין השאר אסרה בשנת 2000 ענישה גופנית של ילדים מטעמי 'חינוך',⁷ ובשנת 2005 פסלה, עם חבריה להרכב - הנשיא אהרן ברק והשופט מישאל חשין - את 'נוהל שכן' שנקט צה"ל במהלך האנתפאדה השנייה.⁸

בשנת 2006, עם פרישתו של אהרן ברק, מונתה ביניש לנשיאת בית המשפט העליון. במינוי זה הייתה לאישה הראשונה ולילידת הארץ הראשונה המשמשת ככהונה זו. נשיאותה עמדה בסימן של מאבקים על סמכויות בית המשפט העליון והאקטיביזם השיפוטי. היא התנגדה בתוקף לרפורמות שהציע שר המשפטים דניאל פרידמן, שביטאו את ניסיונותיו לצמצם את סמכויות בית המשפט ולערער

5 דן מרידור (נולד ב'1947) הוא פוליטיקאי ישראלי ששימש כשר האוצר, שר המשפטים ויו"ר ועדת חוץ וביטחון במשך שנים רבות. מרידור נמנה במשך רוב הקריירה הפוליטית שלו עם האגף המתון במפלגת הליכוד. בבחירות לכנסת ה'15' (1999) נמנה עם מקימיה של מפלגת המרכז, ובבחירות לכנסת ה'20' (2015) הודיע כי הוא מסתייג מדרכה של המפלגה.

6 מיכל קפרא, 'דן מרידור. משפט, בלי פוליטיקה', מעריב, מוסף סופשבוע, 6.1.1989.

7 בג"ץ 4596/98, פלונית נ' מדינת ישראל, ניתן ב'2000.1.25.

8 בג"ץ 3799/02, עדאלה נ' אלוף פיקוד המרכז, ניתן ב'2005.10.6.

את עצמאותו. פרידמן האשים את ביניש בכך שבפורומים בין-לאומיים זוכה ישראל ליותר הבנה מאשר בבית המשפט העליון; ביניש מצדה טענה כי צעדיו של פרידמן 'מעוררים ריב ומדון, ונועדו לפורר את המבנה הקיים של מערכת השיפוט'.⁹

בשנת 2007 חייבה ביניש את המדינה למגן את בתי הספר בשדרות וספגה ביקורת רבה מצד הממשלה על התערבותו של בית המשפט בענייני הרשות המבצעת.¹¹

בשנת 2009 קיבלה עתירה נגד הקמת בית סוהר פרטי.¹² בשנת 2012, באחד מפסקי הדין האחרונים שלה, בהסכמת רוב השופטים בהרכב מורחב של בית המשפט, ביטלה סעיף חוק ששלל קצבת הכנסה מכל מי שמשתמש ברכב פרטי, וזאת מתוך הצהרה על הזכות לקיום מינימלי בכבוד כזכות חוקתית.¹³ בריאיון לכתב העת מעשי משפט היא הבהירה כי פסיקה זו מהווה חלק ממגמה ארוכת שנים לפיתוח הזכויות החברתיות כזכויות חוקתיות.¹⁴ בהמשך הריאיון אף התייחסה לסוגיית יישום פסקי הדין של בג"ץ מצד המדינה:

התפקיד של בית המשפט הוא לבקר את פעולות הממשלה, ואף מבוקר אינו מסכים עם המבקר שלו. אין בכך כדי להצדיק את התפרקותו של בית המשפט מחובתו לקבוע שפעולות לא חוקיות הן אסורות. בהקשר הזה יש טענות רבות בנוגע לכך שהמדינה לא מיישמת את פסקי הדין של בית המשפט בשטחים ובסוגיות הנוגעות לגדר הביטחון... עם זאת, לדעתי לא נכון לטעון שאין אכיפה של פסקי הדין בסוגיות אלו. נכון יותר לומר שהאכיפה היא אטיית.

באשר להרכבו של בית המשפט העליון היא ציינה כי 'בבית משפט לא צריך לשבת שופט מטעם קבוצה זו או אחרת', אך הבהירה כי 'לא יכול להיות בית משפט שמדיר נשים, מדיר ערבים ומדיר קבוצות מוחלשות נוספות'.¹⁵

בשנים שעברו מאז פרישתה מכס השיפוט התבטאה ביניש בכמה נושאים

- 9 נחום ברנע וטובה צימוקי, 'לא עוצר בביניש', ידיעות אחרונות, המוסף לשבת, 22.2.2008.
- 10 מתוך מכתב של ביניש לפרידמן מ-1.8.2007. המכתב פורסם באתר <https://www.nrg.co.il/maakorshon/makorshon.co.il/nrg/images/news/bns-frdmm2.PDF> (אוחזר ב-29.8.2018).
- 11 בג"ץ 8397/06 ווסר אדוארדו נ' שר הביטחון, ניתן ב-29.5.2007.
- 12 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ואח' נ' שר האוצר ואח', ניתן ב-19.11.2009. על משמעותו של פסק הדין ראו: הילה שמיר, 'הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם - למשמעותיותה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי', עיוני משפט, לה (2013), עמ' 747-788.
- 13 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, ניתן ב-28.2.2012.
- 14 שיירי רגב-מסלם וחגי קלעי, 'ראיון עם הנשיאה (בדימוס) דורית ביניש', מעשי משפט, ה (2013), עמ' 165-173.
- 15 שם.

ציבוריים שעמדו על הפרק: היא התנגדה לכינונו של גוף הביקורת על הפרקליטות ותמכה בעמדתו של פרקליט המדינה שי ניצן בנושא; היא ערערה על ביטול 'שיטת הסניוריטי', אשר על פיה השופט הוותיק ביותר הוא שמתמנה לנשיא בית המשפט העליון; וביקרה בחריפות את השיח בחברה הישראלית סביב פרשת החייל היורה אלאור עזריה. בריאיון לביטאון האוניברסיטה הפתוחה הביעה את דאגתה ממצבה של החברה הישראלית:

אני מזהה חברה עם פחות מדי חמלה. חברה עם שירותים לא מספקים בצד האזרחי לאוכלוסייה הנוקת. אני לא מרגישה שאני מגלה פה משהו חדש, אבל השאלה מהיכן ייצא הפתרון מעסיקה אותי מאוד. נהיינו חברה קשה גם מנקודת הראות שלי במשפט - אלימות רבה, העדר שוויון, קשיים ממשליים וגם חשש משחיתות. אנחנו משטר מסודר ודמוקרטי, אבל צריך כל הזמן לעמוד על המשמר כדי שהחברה תהיה נקייה יותר וצודקת.¹⁶

באותו ריאיון יצאה גם נגד הכוונות לשנות את השיטה לבחירת שופטים:

הרעיונות לשינוי השיטה לבחירת שופטים מסוכנים. מישוה לוקח פריט אחד מתוך שיטה המקובלת במדינות אחרות, ועוקר אותו מהתרבות ומהרקע שלו. תחשוב כיצד ייראה אצלנו שימוע בכנסת לשופטים. והדבר שהכי מפחיד אותי הוא שיהיה שופט שיהיה מחויב לפוליטיקאי שבחר בו. זה הדבר הכי מפחיד.

הריאיון

שנים ראשונות

עדי: כתב העת **ישראלים** יוצא לאור במכון בן-גוריון לחקר ישראל והציונות. בכל גיליון אנחנו מראיינים דמויות מרכזיות בהיסטוריה הישראלית, אנשי מעשה שמאירים את הסיפור המוכר לכולנו מכיוונים שונים ואשר עשויים לתרום להבנה טובה יותר של האירועים. מטרתנו היא להביא את הסיפור האישי ודרכו להתבונן בסיפור הכללי של מדינת ישראל. אנו מודים לך על שהסכמת להתראיין אצלנו. אבקש ברשותך להתחיל בילדות שלך. גדלת בתל אביב של שנות הארבעים בבית מפא"יניקי של עולי העלייה החמישית. ספרי לנו קצת על תפיסת העולם שלאורה התחנכת.

16 'נגידה אקטיביסטית', עדכן, 58 (יולי 2013).

הוריי היו שניהם אנשי עשייה אופייניים לדור הזה והם היו מעורים מאוד בחברה. עוד בפולין, לפני שעלו ארצה, כל העבודה שלהם הייתה ציבורית. אמי עסקה בחינוך מגיל צעיר מאוד; היא הייתה תלמידה של יאנוש קורצ'אק ולמדה בסמינר למורים של 'תרבות', שם פעלה להטמעת השפה העברית במוסדות החינוך תוך מאבק בידיש.¹⁷ ניתן לומר שבמשימה הזאת היא נחלה הרבה הצלחה, בכל הרבדים; אמי הייתה פעילה ושותפה לעשייה במקומות שונים בפולין, מגן הילדים ועד הסמינר; זה היה הרקע שאתו עלתה לארץ. לאחר עלייתה נקלטה במהירות לעבודה בגן ילדים עירוני בתל אביב בפיקוחו של יצחק אלטרמן שהיה מנהל מחלקת החינוך בעיר.¹⁸ מלבד עבודתה כגננת היא הייתה עורכת 'הד הגן', ביטאון מקצועי לגננות, וגם כתבה כמה ספרים לילדים בגיל הרך.

גם אבא שלי היה מעורב בפעילות ציונית לפני קום המדינה, הן בפולין והן בארץ, ב'מגבית ההתגייסות וההצלה' וב'כופר היישוב'.¹⁹ העבודה הראשונה שלו בארץ הייתה בחברת 'אל החר', שרכשה את אדמות גוש עציון.²⁰ עם קום המדינה האנשים האלה, שעבדו ב'כופר היישוב' וב'המגבית', נעשו לעובדי המדינה, והוא עבד תחילה בממשלה במשרד התחבורה ואחר כך בהסתדרות, בהנהלת לשכת המס המרכזית. היום זה נשמע כמליצה, אבל הבית שלנו היה פתוח מאוד לקליטת

17 'תרבות' הייתה רשת בתי ספר יהודיים שפעלה בפולין ובארצות אחרות במזרח אירופה בתקופה שבין מלחמות העולם. עמדותיה של 'תרבות' השתנו עם השנים ובין בתי הספר השונים. להרחבה ראו: עדינה בר-אל, כשאגדל אעלה לארץ ישראל: רשת תרבות בפולין ועיתונייה לילדים, דוד לדור, תל אביב 2003; הנ"ל, 'מגוון הזרמים החינוכיים בקהילה היהודית בפולין', מעוף ומעשה, 1 (1994), עמ' 108-116.

18 יצחק אלטרמן (1881-1939) היה מאבות החינוך הקדם-יסודי במזרח אירופה ובארץ ישראל וממפיצי השפה העברית. בשנת 1925 עלה לארץ ומונה למפקח הכללי על גני הילדים בארץ ישראל, ובהמשך - למנהל מחלקת החינוך של עיריית תל אביב. יצחק, אביו של המשורר נתן אלטרמן, עסק גם הוא בכתיבה, לילדים בעיקר. להרחבה ראו: דוד תדהר (עורך), 'יצחק אלטרמן', אנציקלופדיה לחלוצי היישוב ובוניו, ג, ספריית ראשונים, תל אביב 1949, עמ' 1406-1407.

19 'כופר היישוב' הייתה מגבית שהנהיג הוועד הלאומי במהלך המרד הערבי בפלשתינ (מאורעות תרצ"ו-תרצ"ט) במטרה לממן את הוצאות הביטחון של היישוב. המגבית הופעלה כמס עקיף שנגבה על נסיעות באוטובוס ועל מוצרי מותרות.

20 'אל החר' הייתה חברה התיישבותית שהקים שמואל צבי הולצמן (1883-1960). החברה רכשה אדמות באזור הר חברון וניסתה ליישב את האזור שיהיה לימים לגוש עציון.

עלייה, גם משום שהמפגש עם ניצולים שבאו מהשוואה ועם ילדים שהם ניצולים, היה מפגש מטלטל, במיוחד עבור אימא שלי שקלטה בעבודתה ילדי ניצולים וכתבה על כך די הרבה.

איך זה השפיע עלייך כמי שגדלה בתוך הסביבה הזאת?

עדי:

זה משפיע מאוד! זה היה ממש הבסיס שלנו, היינו בית פתוח לאנשים האלה. זה היה נוכח בבית - כל הזמן אני שמעתי סיפורים של ניצולים, של כאלה שצריך לעזור להם בקליטה או למצוא להם פתרונות לבעיות. כך היה גם בגן וגם בבית - זה כמובן לא היה גן פרטי שלה אלא מעון של העירייה, אבל העניין של הקליטה, של מה שאפשר וצריך לעשות, היה נוכח ומובן מאליו.

ביניש:

בהמשך, כשהייתי בכיתה ב, בשנת 1950, נסענו לארצות הברית. אימא שלי הייתה סקרנית לחינוך החדש, המתקדם, שהיה שם בתקופה הזאת. הפלגנו שבועיים בחורף באנייה, דבר שאני זוכרת היטב עד היום. בארצות הברית ביקרה אמי במוסדות החינוך המובילים ביותר בניו יורק, שנשארו כאלה גם בימינו, והלכה ממש ממוסד למוסד.

הערכתי מאוד את היכולת שלה לעשות זאת. לא הייתה לה אנגלית טובה במיוחד, אבל היא התעקשה להבין ולדעת, קראה את כתבי העת השונים של אותם מוסדות, וכשהייתה חוזרת בערב הייתי שומעת באיזה מוסד חינוכי היא ביקרה ומה היא ראתה.

בזמן הזה אני הלכתי ל'קראון הייטס' בברוקלין. אז הישיבה עוד הייתה שייכת ל'מזרחי', אחר כך הם נעשו קיצוניים מאוד והיום זו אחת הישיבות האורתודוקסיות השחורות ביותר. אני באתי מ'בית חינוך לילדי עובדים', בדיוק ההפך מישיבה. הייתי בכיתה ב, וקרוב משפחה אמר שטוב ללכת לבית ספר שבו ידברו גם עברית כי לילדה שלא יודעת אנגלית יהיה קל יותר. חוץ מזה הם לא כל כך ראו הבדל, ישיבה או לא ישיבה. ביילתי שם כמה חודשים טובים, המורים לימדו אותי באופן אישי בזמן שהילדים האחרים עשו עבודות באנגלית, וזה היה מפגש עם עולם אחר לגמרי. הילדים היו בהלם מכך שאני לא יודעת איך עומדים בתפילות 'שמונה עשרה' ומהרקע שממנו באתי; זה היה המפגש הראשון שלי עם עולם המסורת היהודית ולמדתי שם הרבה. בסוף אותה שנת לימודים חזרנו לארץ.

המהפכה החוקתית

אבקש להתקדם הלאה לתקופה שלנו. נדמה שמאז שנות התשעים קמו למהפכה החוקתית מתנגדים שטוענים כי זו הפרה את האיזון בין הרשות

אורן:

השופטת ובין הרשויות המחוקקת והמבצעת. מהו לתפיסתך שורש המחלוקת בסוגיה הזאת?

שורש המחלוקת שאנחנו נתונים בה עד היום נוגע לשאלה המהותית מהי הדמוקרטיה. רוב המדינות שאנחנו מכירים כיום, הן מדינות בעלות משטר של דמוקרטיה חוקתית. אצלנו, מטעמים היסטוריים ואחרים, לא ניצלנו את הרגע הקובע של הקמת המדינה כדי לכונן חוקה. ההיסטוריונים יודעים להגיד שבהתחלה דוד בן-גוריון רצה זאת והדבר אף נקבע במפורש במגילת העצמאות, אבל מהר מאוד הוא התחרט.

אני חושבת שהיו אז כמה דברים שמנעו כינון חוקה. בין השאר, הדגם הבריטי של דמוקרטיה פרלמנטרית ללא חוקה השפיע מאוד על המבנה והתפיסה של המשטר. אילו היינו בריטים זה היה יכול לעבוד, אבל אנחנו לא. בן-גוריון ודור המקימים עמדו מול השאלות הקריטיות של ביטחון, יחסי דת ומדינה, שאלת הרשויות והיחסים ביניהן והפיקוח השיפוטי. הייתה גם השפעה של תפיסה היסטורית באשר למעמד היישוב בארץ כמי שלא יכול לקבע את צביונה של החוקה.

מכל הסיבות האלה נולדנו כמדינה בלי חוקה, עם החלטה לכונן חוקה בהמשך באמצעות חקיקה הדרגתית של חוקי יסוד.

ואם נרוץ במעלה השנים נראה שזו החלטה שלא יושמה עד לשנות התשעים, אז נחקקו 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' ו'חוק יסוד: חופש העיסוק'.

חוקי היסוד הממשליים חוקקו החל בשנת 1958, ובמשך השנים עוגנו מוסדות הממשל - הכנסת, נשיא המדינה, הממשלה, השיפוט - בחוקי היסוד.

אבל ההחלטה לחוקק חוקי יסוד בוודאי לא יושמה בכל הנוגע לחוקי זכויות האדם. עם זאת, אני יכולה להגיד לכם שבמשך כל השנים הנושא הזה לא ירד מהפרק ועלו הצעות שלא הגיעו לידי מימוש. כשהייתי במשרד המשפטים, שם העברתי את רוב שנותיי, בתקופתו של מאיר שמגר כיועץ המשפטי לממשלה,²¹ הוקמה ועדה, שיותר מאוחר גם אני

ביניש:

עדי:

ביניש:

21 מאיר שמגר (נולד ב-1928) הוא משפטן שכיהן בין השאר בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי (פצ"ר, 1961-1968), היועץ המשפטי לממשלה (1968-1975), שופט בבית המשפט העליון (1975-1983) ונשיא בית המשפט העליון (1983-1995). בתפקידיו היה ממעצבי היחס המשפטי של ישראל לשטחי יהודה ושומרון; נוסף על כך הוא עמד בראש ועדות החקירה לבדיקת הרצח במערת המכפלה (1994) ולבדיקת רצח ראש הממשלה יצחק רבין (1995). להרחבה ראו: מאיר שמגר, תם

לקחתי חלק בעבודתה, שהכינה הצעות לחוקי היסוד. זאת אומרת, המהפכה החוקתית לא נולדה, כפי שרבים חושבים, ב־1992 כאשר אהרן ברק פירש את חוקי היסוד בבית המשפט העליון. לברק יש משקל עצום בפיתוח המהפכה, אבל הצורך בקיום מגילת זכויות ריחף כל הזמן. ניתן לומר שהשורשים הם דווקא בהשקפה של עליונות החוק, השקפה שייצג שמגר כמשפטן וכיועץ משפטי ואשר הייתה מזוהה עם האופוזיציה של מנחם בגין והימין הליברלי. כלומר המהפכה החוקתית לא נולדה פתאום, יש מאין. במחלקת הייעוץ והחקיקה של משרד המשפטים התקיימה בזמנו עבודת הכנה ארוכה; הייתה ועדה שנטלה בה חלק חשוב יהודית קרפ, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ואף אני הייתי חברה בה, והוכנו טיוטות בין השאר ל'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו', וגם ל'חוק יסוד: החקיקה', שעד היום לא בא לעולם. אוריאל לין, שהיה ח"כ ויו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, כתב ספר המתאר מזווית אישית את תהליך חקיקת חוקי היסוד - חוקי הזכויות מ־1992.²² בספר מתואר גם חלקו בחקיקת החוקים, אבל הוא לא היה לבד - בעבודה הזאת היה חלק נכבד לח"כ אמנון רובינשטיין²³ ולשר המשפטים דן מרידור, שאתו ישבנו על הכנת טיוטות החוקים האלה. מרידור נבלם על ידי הממשלה שלא יכולה הייתה להעביר את החוקים האלה בשל התנגדויות קואליציוניות, ובכל זאת הממשלה לא מנעה את ההכנה של החוקים.

חלק מחברי הכנסת היום מציגים את המהפכה החוקתית כפעולה של בית המשפט ומגלגלים על אלו הטוענים שזו פעולה של הכנסת; אבל זו חקיקה מובהקת של הכנסת וכמו שנקבע בפסיקת בית המשפט, זה היה כבועה כרשות מכוננת. אמנם זו חוקה חלקית מאוד, זה נכון, גם היו שם הרבה מאוד פשרות, אבל נוצרו 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' ו'חוק יסוד: חופש העיסוק'. חברי הכנסת יכולים לשוב ולהגיד שהם לא

ולא נשלם: פרקי חיים, ידיעות ספרים, תל אביב 2015.
 22 אוריאל לין, לידתה של מהפכה: החזון והמאבקים שהולידו את זכויות האדם בישראל, ידיעות אחרונות, ראשון לציון 2017.
 23 אמנון רובינשטיין (נולד ב־1931) הוא משפטן שכיהן כחבר כנסת וכשר החינוך ובתפקידי שר נוספים מטעמן של מפלגות שינוי, מרצ וד"ש; בעל תואר דוקטור במשפטים מ־London School of Economics, וכיום מלמד במרכז הבינתחומי בהרצליה, באוניברסיטת קולומביה ובאוניברסיטת סטנפורד; חתן פרס ישראל לחקר המשפט לשנת 2006. להרחבה ראו: משה בר־ניב, מישאל חשין ודניאל פרידמן, 'שיחה אישית עם פרופ' אמנון רובינשטיין', משפט ועסקים, יד (ספטמבר 2012), עמ' 31-76.

ידעו ולא הבינו מה שהם עשו. אבל הם בהחלט הבינו! וכיוון שהבינו, היו דברים שהם לא הסכימו להכניס לחקיקה זו, משום שפחדו מה יקרה כאשר בית המשפט יפרש ויישם את החוקים הללו. למשל המילה 'שוויון', שלא מופיעה בשני החוקים, כי היה חשש ממה שבית המשפט יעשה כשידובר בשוויון, אף כי ברור שהזכות לשוויון היא זכות יסוד מן המעלה הראשונה במדינה דמוקרטית.

אורן: האם חוקי היסוד העוסקים בזכויות אדם מתייחדים בכך שהם נותנים לבית המשפט העליון את הכלים להתמודד טוב יותר עם תפקידו כמגן האזרח?

ביניש: הרעיון של 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' הוא הגנה על זכויות באופן שמגביל גם את חקיקת הכנסת. כל החוקות שאנחנו מכירים מגבילות את יכולתו של המחוקק לפגוע בזכויות אדם. אצלנו היום זה חלק מהוויכוח הגדול - האם הגוף המחוקק שאמנם נבחר ברוב דמוקרטי יכול לחוקק הכול או שיש מגבלות על החקיקה? בכל תפיסה חוקתית ישנן מגבלות על המחוקק, הוא לא בלתי מוגבל.

עדי: את מציגה מצב שבו בעצם הייתה הסכמה כוללת בדבר חקיקת החוקים הללו: מצד אחד דן מרידור ואחרים בימין, ומצד אחר אנשי שמאל - האומנם כך היה?

ביניש: לא, לא הייתה הסכמה. קודם כול, האישים שהזכרתי היו פוליטיקאים ומשפטנים והם היו המעורבים האקטיביים ביותר בחקיקה. אני לא סתם מפנה אתכם לספרו של אוריאל לין שמספר על הצבעות וויכוחים ודיונים; זה נולד במערכת המשפטית של הממשלה, במשרד המשפטים - החל בתקופתו של מאיר שמגר כיועץ משפטי לממשלה, כשכבר היו טיוטות של חוקי יסוד, ובתקופת ממשיכו בתפקיד אהרן ברק. אני זוכרת במיוחד את 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' ואת 'חוק יסוד: החקיקה'. בתקופה שבה כיהן מרידור כשר המשפטים ישבה אצלו ועדה קבועה עם אנשי החקיקה של משרד המשפטים כדי להכין את הנוסח, אף שהוא בעצמו לא יכול היה להעביר את החוק מטעם הממשלה. היו הרבה מחלוקות וכמו שאמרתי בהתחלה, מי שמנע את החקיקה היו בעיקר המפלגות הדתיות, והתנגדותן בעצם מלווה אותנו עד היום. באשר לאמירת חברי הכנסת 'לא הבנו שזו תהיה התוצאה', אז באמת לא רוב חברי הכנסת הצביעו, מעטים יחסית הצביעו,²⁴ אבל זה לא

24 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' התקבל בכנסת ב'17.3.1992. בחוק תמכו 32 חברי כנסת, 21 התנגדו, ואחד נמנע.

מקרה - אין להיתמם כשרואים את הפרוטוקולים של הכנסת. כפי שאמרת, מהסיבה הזאת ה'שוויון' - שהוא אולי הדבר הכי בסיסי בזכויות אדם, ובית המשפט העליון הכיר בו עוד מראשית קיומו - לא נכלל בחוק היסוד, גם אם הוא מופיע בפסקי דין.

אורן:

רבים טוענים שהרשות השופטת נטלה לעצמה סמכויות רחבות מדי, שהיא מתערבת בעניינים שאינם קשורים אליה ובכך מפרה את האיזון בין הרשויות. בהקשר הזה ניתן אולי להזכיר את הביקורת שנמתחה על פסקית בית המשפט בעניין מתווה הגז או בעניין בתי הסוהר הפרטיים.²⁵

ביניש:

לומר שבית המשפט התערב במתווה הגז זו ממש טעות. אם אפשר לומר שבית המשפט לא התערב במשהו, אז הוא לא התערב במתווה הגז; זו דמגוגיה פוליטית. הממשלה רצתה שהמתווה יעבור מהר וללא ביקורת ובשל כך הופיע בפעם הראשונה ובצעד חריג מאוד ראש הממשלה בפני בג"ץ. אני לא יודעת למה זה היה כל כך חשוב לו, אבל בסופו של יום בפסק הדין של מתווה הגז דעת הרוב הייתה לחזק את הכנסת, לא את בית המשפט. בסך הכול נקבע שם שהסדרים ארוכי טווח כאלה צריכים להיעשות בחקיקה של הכנסת ולא בהחלטת ממשלה שתחייב את ממשלות ישראל לדורותיהן.

השופטים לא התערבו בהחלטה כלל, והביקורת של הממשלה במקרה הזה היא ביקורת 'הקוזק הנגול'. ממש לא כפי שחששו ראש הממשלה, שרת המשפטים ואחרים - כאילו יזמים לא יסכימו עוד לעשות חוזים עם המדינה - היוזמים קיבלו את ההסדר החדש והחזון האפוקליפטי לא התרחש.

עדי:

אבל לגופה של טענה, יש שיאמרו שכאשר יושבת בכס כבוד השופטת דורית ביניש ומחליטה שלא לפתוח בית סוהר פרטי - היא מקבלת החלטה שנוגעת לתקציב המדינה ולמדיניות ממשלתית, וזה לא מתפקידה.

ביניש:

לא, זה לא ככה. נעזוב רגע את בתי הסוהר, זו קטגוריה מיוחדת; באותה פרשה סברתי שיש סמכויות וכוחות המסורים למדינה בלבד - שלילת החירות מאדם צריכה להיות בידי המדינה בלבד, ולא בידי בעלי אינטרס כלכלי פרטי. ככלל, מעניין שהתיקים שמעוררים הכי הרבה את זעם הממשלה כבר כמה שנים אלה התיקים שיש בהם התערבות בנושאים

25 באשר לבתי הסוהר הפרטיים, ראו לעיל הערה 13; באשר למתווה הגז ראו: בג"ץ 4374/15, המרכז האקדמי למשפט ועסקים ואחרים נ' ראש הממשלה ואחרים, ניתן ב-27.3.2016.

שלטענתה הם כלכליים. נכון שכל נושא הזכויות עולה הרבה כסף. למשל, שינינו את תוואי גדר הביטחון והמשמעות הייתה יקרה בהחלט - לא לתפוס את הקרקע הזאת, להכין תכנון אחר, הגדסה אחרת, לבנות מחדש - אלו דברים שעולים כסף, זה נכון. זה מתח שקיים בין בתי משפט ובין גופי הממשל - הרשויות המבצעות וגם הפרלמנטים בכל מדינה. זה מתח טבעי, כי בית המשפט הוא הגוף המבקר ואף אחד לא אוהב שמבקרים אותו.

הצעקה הכי גדולה שצעקו נגדנו הייתה דווקא בגלל פסק דין שקבע שצריך למגן את בתי הספר בשדרות ובעוטף עזה. מעולם לא הייתה עלינו התקפה כזאת כמו של ראש הממשלה ושר האוצר בשל הנושא הזה. אינני בטוחה שזה בגלל העלות הכספית, אף שזה בוודאי שיקול. להרגשתי זה נבע מכך שבמים הכי קשים של סכנה לחיי אדם באזור הזה, כשהממשלה הציגה את עצמה דואגת לילדים שם, אנחנו בעצם אמרנו 'לא, זו לא דאגה. אתם מסכנים אותם בצורה הזאת'. זה בוודאי מקומם. זה עניין פוליטי. אני גם לא אומרת שאין כאן שיקול כלכלי, כי כאשר אתה מחליט החלטה שיש בה הוצאה כספית גדולה מאוד אתה משבשש תכניות של הממשלה, זה נכון. סדרי העדיפויות הכלכליים הם ככלל חלק ממדיניות ולכן עניין לרשות המבצעת, לממשלה. אבל ישנם נושאים שאין בהם ספק בנוגע לסדר העדיפות. באשר למיגון מוסדות החינוך - הממשלה קבעה שיש בכך צורך ואז מצאנו שלא קיימה את החלטתה ולא נתנה מענה לבעיה שביקשה לפתור.

אורן: מה הקריטריונים שעל פיהם אתם מחליטים אם להתערב ואם לא להתערב? כלומר אם צריך וראוי שתתערבו במקרה מסוים או שמדובר במקרה שקשור למדיניות הממשלה.

ביניש: לא. אנחנו לא מחליטים מראש במה להתערב. ממש לא. זו לא סתם סכמה שאנחנו כותבים: שצריך לבדוק אם הייתה הפרה חוקתית, אם הייתה פגיעה בזכות ואם היא נכללת בקטגוריות של זכויות שבנסיבות מסוימות מותר על פי חוק היסוד לפגוע בהן. בשיטתנו החוקתית שום זכות איננה אבסולוטית, וגם על פי חוק היסוד אפשר לפגוע בזכות מוגנת בתנאים מסוימים. יש תנאים בחוק: המחוקק, כרשות מכוונת, הגביל את האפשרות לפגוע בזכויות אדם - זה הרעיון ב'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'. הוא אמר שהפגיעה חייבת להיות לתכלית ראויה, הוא קבע שזה צריך להיות כמקובל במדינה דמוקרטית, שזה צריך להיות פרופורציוני ומידתי. כלומר, הוא הגביל את היכולת של הכנסת עצמה, הוא קבע תנאים לפגיעה מותרת בזכות, הוא לא קבע שאי אפשר אף פעם לפגוע בזכויות אדם אבל קבע שניתן לפגוע בזכות רק בתנאים כאלו ואחרים.

על כן, כל הוויכוח אינו נוגע אלא לשאלה מי יבדוק אם יתקיימו התנאים. בכל מדינה שיש בה חוקה, מי שבדוק הוא בית המשפט ולא דווקא בית משפט ייעודי לחוקה. המשפט החוקתי התפתח ברוב מדינות אירופה אחרי מלחמת העולם השנייה וכך גם נושא זכויות האדם, שבשנים האחרונות הולך ומתכרסם. מאחר שהדבר לא היה מוכר באירופה וזה נקשר במעבר מצורת שלטון אחת לצורת שלטון אחרת, הקימו בתי משפט נפרדים לחוקה. בכלל, באירופה יש התמקצעות במערכת המשפט, זאת אומרת יש בית משפט אזרחי, פלילי ומנהלי - הפועלים בנפרד. במדינות ה־Common Law²⁶ אין בית משפט נפרד לחוקה - לא באנגליה, לא בארצות הברית, לא בקנדה. מערכת בתי המשפט שלנו בנויה לפי אותו דגם, בית משפט אחד דן בכל.

היו פסקי דין בודדים עוד לפני חקיקת חוקי היסוד, כאשר גם הנשיא שמגר וגם ברק (שעוד לא היה נשיא) ישבו בהרכב, שבהם אמר בית המשפט אמירה לא מחייבת אבל ברורה: שיתכן שאפשר וצריך יהיה להתערב גם בחקיקת כנסת אבל זה עוד לא מתאים; ברק אז אמר 'עוד לא הוכשרו הלבבות, אנחנו עוד לא מוכנים לזה'. אלה לא היו סתם הרהורים; זוהי תפיסה חוקתית מובהקת.

הפרשנות שעוגנה בפסק הדין בפרשת בנק המזרחי קובעת שאם הכנסת אסרה על פגיעה בזכויות אדם והתירה זאת רק בתנאים מסוימים, בית משפט הוא שיבחן את הנושא. לכן טועים אלה שאומרים 'אבל לא הסמכנו אתכם בחוק לזה'. הרי התנגדותם של הדתיים להכנסת השוויון בעת חקיקת החוקים נבעה מהחשש שבית המשפט הוא שיישם את חוקי היסוד. זה בדיוק הדבר שחששו ממנו. אבל היה ברור שאין מישוהו אחר שיבדוק אם הכנסת עמדה בתנאים או לא עמדה בתנאים שהיא עצמה קבעה כרשות מכוונת.

עדי: אני מבקש להיאחז בצייטוט שהבאת בשם השופט ברק בעניין 'הכשרת הלבבות'. יש שיטענו, הנשיא ראובן ריבלין למשל,²⁷ שאנחנו נמצאים

26 'המשפט המקובל' (Common Law) הוא כינוי לשיטת המשפט הבריטי הנוהגת ברבות ממדינות חבר העמים הבריטי או כאלה שהיו בעבר תחת שלטון בריטי. על פי רוב, שיטה זו עומדת כנגד שיטת המשפט הקונטיננטלי שנוהגת ברבות ממדינות אירופה ואשר בסיסה במשפט הרומי-ביזנטי.

27 בנאומו בפתיחת המושב הרביעי של הכנסת ה־20 סיפר ריבלין על ויכוח שהיה לו עם נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרן ברק: 'לפני כעשור עמדתי לפני אחד מענקי המשפט הישראלי לדורותיהם, אהרן ברק והתרעתי שההכרזה על המהפכה החוקתית הייתה למעשה הכרזה על הפיכה. אמרתי לו אז, ואני מצטט: "כל הגדרה שמפרה את

בתהליך של מטוטלת. הייתה מהפכה חוקתית, היא הניעה את המטוטלת עד הסוף שמאלה ועכשיו היא נעה בכיוון הנגדי. אולי גם כיום הלבבות אינם כשרים לביקורת שיפוטית כפי שהיא מתקיימת.

ביניש:

עמדותיו של הנשיא ריבלין בנושא הם פרק אחר, העומד לעצמו. כיו"ר הכנסת הוא התנגד למהפכה החוקתית וחשב שבכך הוא מגן על הכנסת. אני לא בטוחה מה הוא חושב היום, אבל זה מה שהוא חשב אז. לגופם של דברים, במידה מסוימת אנחנו אכן נמצאים במהלכה של תגובת-נגד פוליטית. יכול להיות שזה טבעי, אבל זה לא הופך אותה ללגיטימית. הקביעה של ברק שהשטח לא הוכן לבקרה שיפוטית התבססה על כך שעוד לא הייתה חקיקה כזאת. השאלה שניצבה בפניו הייתה אם אפשר היה גם בלי חוק היסוד לבקר חקיקה של הכנסת. יש שבאים היום, איילת שקד או מישהו אחר, ואומרים 'גם היום אין חקיקה כזו. אמנם קבעו שאין לפגוע בזכויות אלא בתנאים האלה והאלה, אבל לא קבעו שאתם אלה המוסמכים לבדוק זאת'. לטענתי, את זה לא היה צריך לקבוע באופן עקרוני; זה לא נעשה גם במקום אחר בעולם. בחוקה האמריקנית, שהיא חוקה ותיקה בת למעלה מ-200 שנה שכבר ניצבה בפני דילמות ומבחנים היסטוריים, מי שקובע את הפרשנות לחוקה ומחליט אם לבטל חקיקה כזאת או אחרת, הוא בית המשפט העליון. בחוקה לא כתוב שבית המשפט הוא שיבדוק אם החקיקה מותאמת לחוקה או לא, אך זוהי הפרשנות שנתן בית המשפט הפדרלי העליון של ארצות הברית עוד בשנת 1803.

גם באנגליה, שבה אין חוקה פורמלית, מי שקובע שאין התאמה בין חקיקה מסוימת לאמנה האירופית ולחוק זכויות האדם הוא בית המשפט העליון. לפי השיטה האנגלית, בית המשפט אמנם לא מבטל את החקיקה אבל הוא מצהיר שהיא לא מתאימה לחוק זכויות האדם שלהם. כנראה בשביל האנגלים זה מספיק כדי שיבטלו את החוק.

ערכי היסוד של מדינת ישראל

עזרא: שמו של 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' לקוח ככל הנראה ממגילת העצמאות, שבה מוזכרים הערכים 'כבוד, חירות ועמל ישרים'. ציינת

האיזון, כל מעשה שמבטא או אפילו רק מסמל, זליגה לתחומה של רשות אחרת, מחוללים מציאות של "דמוקרטיה כאוטית", של תוהו ובוהו מערכתי ומסוכן". מתוך נוסח הנאום שהביא עיתון הארץ: <https://www.haaretz.co.il/st/inter/Hheb/images/>

rivlin.pdf (אוחזר ב־31.8.2018).

קודם שחקיקת חוקי היסוד נבעה מערכי החירות שהימין דגל בהם, ואכן 'עמל הישרים', ערך של תנועת העבודה, הושמט מהחוק, וגם ערך השוויון לא מופיע במפורש. האם יש לך ביקורת על כך שהחוק לא מתייחס במפורש לערכי השמאל?

ביניש:

לא מדויק. במגילת העצמאות הובטח לקיים 'שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין'. אחת הטעויות הרווחות היום, שכבר נהייתה למציאות, היא ערבוב גמור של מה שהיה השמאל והימין. הלוא בהקשר של זכויות אדם, הימין הקלאסי היה המגן הגדול של הצורך בהגנה עליהן ועל עליונות החוק. זה לא מקרה ששמגר ומרידור, אנשים שבאו מהרקע הזה, חשבו שצריך את חוקי היסוד ודחפו לחקיקתם. מאז קום המדינה הבעיה הייתה התנגדותן של המפלגות הדתיות.

יש לציין שגם השמאל הסוציאליסטי לא הוטרד מסוגיות של שוויון בהקשרים של דת. הזכויות שעוגנו בחקיקה בשנות המדינה הראשונות היו זכויות של עובדים, שוויון לנשים, לימוד חובה, זו הייתה חקיקה סוציאלית מובהקת.

עדי:

כשופטת ביקשת להחיל את עקרון השוויון גם בתחומים נוספים עם הכללתן של זכויות חברתיות בתוך זכויות האדם. אם כך, הדברים בכל זאת קשורים.²⁸

ביניש:

לא המצאתי את זה, אבל המתכונת שהצעתי היא אחרת. בשנות החמישים טיפלו בזכויות החברתיות לפי תפיסת העולם של הממשלה והמפלגה השלטת, עם חוקים סוציאליים למיניהם ולא במסלול של זכויות. ובכל זאת גם בדרך זו עוגנו הזכויות - כל זכויות העובדים כפי שנתפסו אז, חוק שעות עבודה ומנוחה וכו'. דווקא מה שאתה קורא לו ימין היום, איש מהם לא יגיד את זה, אבל הם היו אנשי הזכויות האזרחיות והפוליטיות. בגין דיבר בהחלט על עליונות המשפט, זו לא איזו מליצה שמשמיעים היום על חשיבות זכויות אדם.

אורן:

אמרת שהרשות השופטת תלויה במחוקק ושהיא מתבססת על חוקי היסוד שחוקקה הכנסת. נניח, היפותטית, שהכנסת מבטלת את 'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו' ואת 'חוק יסוד: חופש העיסוק' ומחוקקת במקומם חוקי יסוד שפוגעים בזכויות האזרח. כיצד ינהג בית המשפט?

ביניש:

אני חושבת שאנחנו נמצאים בנקודת אל-חזור. בספרות המקצועית יש דיון גדול במושג של 'תיקון חוקתי שאינו חוקתי' - עיינו בספרו של ד"ר

יניב רוזנאי שחקר את הנושא.²⁹ נניח שיש חוקה, שהרי אנחנו אומרים שחוקי היסוד הם פרקים מהחוקה שלנו שטרם הושלמה, ומכניסים בה תיקונים; הסוגיה אם התיקון חוקתי ולכן הוא יכול לעמוד או שבית המשפט יתערב בו, היא סוגיה קיימת, תלויה ועומדת - זה עלה במדינות שונות ובהקשרים שונים (טורקיה, הודו, צ'כיה ויש דוגמאות נוספות). התיקון החוקתי צריך להיעשות לפי האופן שבו החוקה עצמה קובעת שאפשר לתקן, ויש גם חוקות שאינן קובעות איך אפשר לתקן אבל ערכי היסוד שלהן מחייבים ואינם ניתנים לשינוי.

אני עצמי כתבתי באחד מפסקי הדין שאם, נניח, תחליט הכנסת לוותר על אחד משני הרכיבים - שמדינת ישראל איננה מדינה יהודית או שאיננה מדינה דמוקרטית - זה תיקון חוקתי שאינו חוקתי. אנחנו מדברים על העקרונות הבסיסיים שהשיטה בנויה עליהם, ובית המשפט יוכל להגיד שהתיקון הזה לא יכול להתקבל. מובן שאפשר להכריז על דיקטטורה, לפרק את כל המוסדות ולשנות את מבנה המשטר, אבל זה הֶרֶס השיטה שקמה כאן. בהנחה שהמבנה שלנו קיים ושיישאר בסיס משותף לקיום המדינה, הרי שהיסודות הכי בסיסיים שלנו הם מדינה יהודית ודמוקרטית. אמנם הנוסח הזה הוכנס לחוק היסוד גם כפשרה פוליטית - מלכתחילה ה'יהודית' לא הייתה - אבל זהו באמת ה־DNA של המדינה הזאת.

האם את רואה מקרה שבו מתפתח עימות על הרקע הזה, שהכנסת מחוקקת למשל את חוק הלאום כחוק יסודי ובא בית המשפט ואומר 'זה לא חוקתי'? מה קורה במצב כזה? איך אפשר לגשר על התנגשות כזו?

אורן:

זה היה עלול בהחלט לקרות, אילו למשל היה מובא לבית המשפט חוק הלאום בהצעה המקורית. כפי שציינתי (ואינני מתייחסת לחוק הלאום כפי שהתקבל בכנסת), אפשר היה לבטל את חוק היסוד. אני חושבת שאנחנו כבר בנקודת האל־חזור; לא במקרה הכנסת לא מעזה לעשות את זה, אני לא חושבת שזה יכול לקרות. אחת הבעיות הקשות של מדינת ישראל, גם אחרי 70 שנה, שאנחנו כולנו יודעים שאנחנו מצהירים על עצמנו כמדינה יהודית ודמוקרטית, אבל אין קונצנווס לא לגבי מהי מדינה יהודית ולא מהי מדינה דמוקרטית. לא פעם אנחנו שומעים את השרים בממשלה מסבירים ש'אנחנו נבחרנו והדמוקרטיה היא שלטון הרוב, ולכן בית המשפט לא יכול לעשות מה שהוא עושה'; השאלה

בינינו:

Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments – The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford 2017

הגדולה היא אם אנחנו מקבלים כהנחת מוצא שדמוקרטיה היא רק שלטון הרוב.

לכן אחרי מלחמת העולם השנייה, על רקע הניסיון ההיסטורי שהראה כי בעזרת הרוב אפשר לעשות הכול ולפגוע בזכויות, נולדו מגילות זכויות, גם מגילת הזכויות האוניברסלית לזכויות אדם, וגם חוקות. עקב זאת זכויות האדם קיבלו מעמד כזה שאף אחד לא יכול להגיד היום 'מספיק עם זה'.

היפותטית הכול יכול להיות. אני מקווה שלא יקרה, אבל כל עוד יהיה בית משפט והוא יהיה עצמאי, כי זה הבסיס של בית משפט, הוא יפרש דמוקרטיה גם כערכים דמוקרטיים ולא רק כשלטון הרוב.

אורן: אקשה עוד קצת: אני מבין מדברייך שבבואו להגן על זכויות האדם בית המשפט אינו מסתמך על חוקי היסוד בלבד, אלא גם על מושג של צדק אוניברסלי.

ביניש: זה לא צדק אוניברסלי אלא ערכי היסוד של המדינה, והם כתובים בתוך חוק היסוד שנחקק 'כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'; זה מה שכתוב ב'חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו'.

אם אנחנו מדברים על ההשקפה שלי, הרי בעיניי יש לנו כמה אקסיומות, ומדינה יהודית ודמוקרטית זו אקסיומה. תעודת הלידה של מדינת ישראל קובעת שהיא הבית הלאומי של העם היהודי וגם את זה לא כולם אוהבים, אבל זה הבסיס של מגילת העצמאות, זו התכלית של הקמת המדינה.

זה ה־DNA הבסיסי שלנו, גם אם איננו מסכימים על משמעות ההגדרה של מדינה יהודית, שעל פי התפיסה שלנו איננה מדינת הלכה. כמו שאמרת, זה הרקע לסכסוך הראשון סביב הנוסח של מגילת העצמאות וזה הרקע לאי־הכרת הרבנים אז בבית המשפט העליון - ההבנה שהחוק הוא השולט ושזו לא מדינת הלכה. זה הבסיס של המדינה, ועל כך היה קונצנזוס עם הקמתה.

עזרא: הנקודה היא שכרגע את יוצאת מהחוק הכתוב לאיזה קורפוס מהותי יותר של תפיסת המדינה.

ביניש: אבל לא המצאתי אותו. אני בהחלט לא שוללת שיש לנו בסיס שלא צריך לכתוב אותו. אני לא יודעת אם היום זה היה קורה, אבל השמירה על אופייה של מדינת ישראל מופיעה בפסק דין של בית המשפט העליון הרבה לפני שהדבר עוגן בחקיקה של הכנסת. היום קובע 'חוק יסוד: הכנסת' כי לא תוכל להתמודד בבחירות רשימה הדוגלת ב'שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית'. אבל בפסיקה

בפרשת ירדור, אז עוד לא היה קיים החוק, קבעו השופטים שרשימה או מפלגה שמתנגדת לקיומה של מדינת ישראל לא יכולה לרוץ לכנסת.³⁰ את ההלכה הזאת, אף שכאמור לא היה לה עיגון בחוק הכתוב, קבע השופט זוסמן שעמד בראש ההרכב תוך הזכרתה של רפובליקת ויימאר. הוא השתמש בדימוי של אדם הרוצה להיכנס לכנסת עם פצצה ולפוצץ אותה, וקבע כי אלה ערכי יסוד ברמה כזאת שלא ניתן להתעלם מהם. מכוח מה נקבעה ההלכה הזאת? זה פסק דין שבנוי על הערכים; בית המשפט מדבר על ערכי-על יסודיים. היום אנחנו לא נזקקים עד כדי כך שנלך לעקרונות מטה-חוקיים, מפני שבכל זאת כבר יש לנו חוקי יסוד וישנה גם הכרזת העצמאות אשר על פיה מתפרשת החקיקה.

עזרא: מהו בסיס המשפט בעניין, או מקור סמכותו? האם משפט הוא ביטוי לרוח של אומה, האם הוא מבטא דעת קהל, תרבות והגות מסוימות, או שמשפט הוא משהו אוניברסלי ולכן גם אבסולוטי יותר באופיו?

ביניש: המשפט הוא גם וגם. לא מקרה הוא שהמשפט איננו זהה במדינות שונות; המשפט הוא תולדה של חברה נתונה, על הערכים והצרכים שלה. לכן שוגים אלה שמציעים לעשות בשיטה הישראלית שינויים שונים ולחוקק פסקת התגברות כמו בקנדה או להנהיג בחירת שופטים כמו בארצות הברית. אתה לא יכול להעתיק רק פרט מסוים משיטה כי השיטה היא כוללת, יש בתוכה איזונים והיא מתאימה לצרכיו של ציבור אחר ולמערכת אחרת. הרקע המדיני, הפוליטי והחברתי שלנו איננו אוניברסלי, אבל יש ערכים אוניברסליים וערכים הומניטריים שכל העולם החפשי מכבד. ישנן גם בעיות משפטיות שכיום כל העולם מתעסק בהן: מה משמעותה של הפרטיות בעידן האינטרנט? כיצד להתייחס לנישואין חד-מיניים? מהי המשפחה החדשה? אלו נושאים שלא עולים לדיון רק אצלנו. כל מדינה מגיעה להכרעות בשאלות הללו לפי הרקע שלה, אבל לא ניתן להתעלם ממה שקורה מסביב. זה בעיני השילוב. אנחנו בוודאי צריכים להתאים את החקיקה שלנו לחברה שלנו ולבעיות שלנו אבל אנחנו לא יכולים להתעלם מההקשר העולמי.

עזרא: נגענו מעט בשאלת 'רוח העם' ובשינויים שחלים בה במהלך השנים.

30 בפסיקה זו אשרר ההרכב בראשות נשיא בית המשפט העליון יואל זוסמן (1910-1982) את פסילתה של 'רשימת הסוציאליסטים', שהקימו אנשי תנועת אל-ארד, בידי ועדת הבחירות המרכזית. פסיקה זו קבעה הלכה מאחר שעד לשנת 1985 לא התייחס 'חוק יסוד: הכנסת' לסוגיה של פסילת רשימה מהתמודדות בבחירות. ראו: ע"ב 1/65, 'עקב ירדור ואחרים נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, ניתן ב-23.10.1964. להרחבה ראו: מרדכי קרמניצר, פסילת רשימות, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ירושלים 2005.

כמשנה לפרקליט המדינה עסקת רבות בפרשת קו 300 והתעקשת להעמיד את המעורבים בה לדין. לאחרונה עלתה לכותרות פרשה נוספת שבה נפגע מחבל לאחר שנוטרל, פרשת אלאור עזריה. האם את חשה שחל שינוי בציבור מתגובתו לשתי הפרשות?

ביניש:

'רוח העם' היא לא רוחות השעה. עקרונות היסוד שהזכרנו אינם מבוססים על רוחות השעה. איי אפשר בכלל לדעת מהי רוח הציבור; הציבור בכלל לא יודע מספיק על הפרשות שהזכרתם, לא כי הוא בור, אלא כי הוא ניזון מאינפורמציה שניתנת לו. בפרשת קו 300 ובפרשת מחתרת היהודית הציבור קיבל מידע אחר מהעובדות שהונחו בפניי.

היום אומרים לא אחת - 'הציבור רוצה', 'כולם רוצים' - מי בדיוק רוצה? 'ידיעות אחרונות' רוצה? 'ישראל היום' רוצה? אפילו העיתונים האלה כבר לא כל כך משפיעים; היום זה האינטרנט, והמידע שנמסר לציבור לא בהכרח נתן את התמונה הנכונה. זה גם משתנה כל הזמן, העובדות משתנות, הסיפור משתנה ולא ניתן להצביע על כל עמדה ובכל סוגיה, לכן אני מתעקשת לדבר על ערכי יסוד.

אם אין לנו ערכי יסוד משותפים אז אנחנו לא חברה אחת. יש השקפות וזה לגיטימי - לגיטימי שיש מי שחושב שהפתרון הראוי לסוגיית יהודה ושומרון הוא מדינה אחת ויש מי שחושב שהפתרון הוא שתי מדינות; לגיטימי שיש גישות שונות ויש גישות של דתיים וגישות של חילונים. אבל אם אין ערכי יסוד משותפים, אז מהי המדינה? מה מאחד אותנו? למה לא נהיה ארבע מדינות, כמו השבטים שדיבר עליהם נשיא המדינה?³¹ זה לא תמיד נשמע היום בהלך הרוח, אבל אני מאמינה שיש לנו בסיס משותף.

אלו שאלות יסוד קשות מאוד אבל על פי כל הגדרה, רחבה יותר או צרה יותר, שני הרכיבים האלה של יהודית ודמוקרטית חייבים להתקיים במדינה הזאת. אחרת היא נהיית למדינה אחרת.

עדי: ובכל זאת, האם את רואה שינוי לאורך השנים בעמדות הציבור הישראלי?

ביניש: למה הכוונה בשינוי? מה משתנה? מהי 'רוח הציבור'? נכון, יש יותר ויותר קיצוניים, יש יותר ויותר גזענות, יותר ויותר תופעות בחברה שאני

31 ביניש מתייחסת לנאומו של ראובן ריבלין בכנס הרצליה בשנת 2015 שכונה 'נאום השבטים'. ראו: ראובן ריבלין, 'דברי נשיא המדינה בכנס הרצליה לקראת שנה לכהונתו', בתוך: אתר בית הנשיא, 7.6.2015: <http://www.president.gov.il/ThePresident/> Speeches/Pages/news_070615_01.aspx (אוחזר ב־29.8.2018).

חושבת שעל פי ערכי היסוד שלנו הן פסולות. יכול מישוהו להגיד שאין רע בלהיות גזען, אבל אנחנו לא חושבים כך. מי זה אנחנו? - יש לנו איזה בסיס משותף שעל פיו אנחנו מונחים ובלעדיו אין ה'דבק' הבסיסי לקיומה של מדינה. הרעיון של מדינת ישראל לא היה להקים מדינה פשיסטית או גזענית, אף שהיו גם פרקים קשים והיו פגיעות בדמוקרטיה ולמרות מי שאומר היום שהציונות הייתה גזענית; לא!

הדור שהוביל, מקימי המדינה ומי שהמשיך במורשת שלהם, ראו בציונות את חשיבות ההקמה של בית לאומי, אבל לא ראו בה שליחות גזענית לחיסול שכנינו; זה לא זה.

אם אין לנו הערכים האלה, אם הם לא הערכים המשותפים שלנו, אז למה אנחנו כאן? יש נקודה שהיא אקסיומה, שבה אנו מוכרחים להפסיק לקיים את הדיון. יש מי שרוצה לשנות הכול, אבל אני לא חושבת שהרוב רוצה לשנות. אחד הדברים המדאיגים הוא שדעת הרוב נהיית למה שמפמפמים לו - אם אומרים שפחת האמון במערכת בתי המשפט או אפילו באוכפי החוק של המדינה, הרי שזה פרי כרסום רב-שנים, מגמתי, שנועד לפגוע במוסדות החוק.

עזרא: האם יש לבית המשפט תפקיד להסביר את עצמו על מנת למנוע את הכרסום הזה?

ביניש: כן ולא. הייתי רוצה מאוד שנהיה מובנים. פסקי הדין לא תמיד מובנים, הם ארוכים ומלומדים מדי; פסק דין זה לא מסמך פופולרי. יש הרבה קושי בזה, כי בית המשפט צריך להיזהר שלא לרדת אל הוויכוח הפוליטי. אנחנו חלק ממנו, זה נכון - הם אומרים ואנחנו עונים. אני לא יכולה להתעלם, אבל נראה לי שאנחנו צריכים גם להיזהר מזה; על אחת כמה וכמה כשהכוחות והאפשרויות להתמודד הן מאוד לא שקולות. לרשות חברים במערכת הפוליטית, הכנסת או הממשלה, עומדים כלים רבים להפיץ, לשדר ולכתוב את דעתם. שופטים לא יכולים לעשות את זה; אלו מראש כוחות לא שווים, כי שופטים לא יכולים לרדת לזירה ולהסביר או להתווכח.

בעת האחרונה יש עליי לחץ להתראיין, עשרות בקשות. אני לא אומרת שאני צריכה כל הזמן לשתוק, אבל אני חושבת שיש סכנה בכניסה לוויכוחים האלה. אני לא יודעת אם הם לא מלבים את האש במקום לכבות אותה; אני לא חוששת מכך כאשר זה נוגע לדברים שאני חושבת שחייבים להגיד אותם, אבל אין דיאלוג. תמיד אומרים שיש דיאלוג בין בית המשפט לכנסת: בית המשפט פסק משהו ואם הכנסת לא מקבלת והיא רוצה לשנות היא יכולה לעשות זאת; זה הדיאלוג. אבל אסור

לכנסת לחזור על השגיאות שעשתה קודם, היא צריכה לשוב ולחוקק בצורה שתהיה מקובלת מבחינה חוקתית.

עדי: האם דעת הקהל מהווה, או צריכה להוות, שיקול משפטי?

ביניש: אני חושבת שלא. זה החבל הדק ששופטים הולכים עליו. מחד גיסא, אתה לא אטום לרחשי לב הציבור; אם אנשים חיים בתחושה שיש הרבה אלימות או הרבה בעיות ביטחון אתה לא יכול להגיד שזה לא מעניין אותך. מאידך גיסא, גם אם אני רוצה מאוד שיבינו אותנו ושלא נהיה מנותקים, בית המשפט לא צריך להיות מושפע מפופולריות, אתה לא יכול להיות מושפע מיחצן שגויס לצד מסוים.

עדי: כשבית המשפט פוסק למשל בשאלת גיוס החרדים, האם אחד השיקולים הוא איך הפסיקה תתקבל ברחוב הישראלי?

ביניש: לא, אני לא חושבת. זאת אחת הסוגיות הקשות מאחר שזה נושא שבאמת מפלג את הציבור, גם אם הציבור שמתנגד לגיוס הוא קטן יותר בכל המובנים. יש כאן גם עניין של כוח פוליטי לעומת כוח של דעת ציבור - אין ספק שהלחץ של אותם אנשים שמפגינים וצורחים ברחוב נגד גיוס חרדים לא משקף את עמדת רוב הציבור. מה משקף את דעת הקהל בנושא הזה? היכולת לעשות יותר רעש? האינטרס הפוליטי של הממשלה להגיע להסדר ולא לגייס כי זה חיוני לקואליציה? זו שאלה קשה מאוד. יש כאן משמעות גם לתהליכים חברתיים רחבים יותר של שילוב חרדים. בית משפט יכול להשפיע על התהליך, אבל הוא יכול להשפיע עד גבול מסוים - אין בכוחו לשנות את הלכי הרוח בציבור. עם זאת, הוא לא יכול להשלים עם זה שאחד חייב להתגייס ואחר לא. אלו שאלות קשות שמחזירות אותנו לדיון בשוויון.

אין דבר כזה 'חלל ריק'; יש לציבור קול, ואתה צריך לדעת למה מתוך זה אתה קשוב ולמה לא. הייתה תקופה שבה לובי של נשים הפגין וטען כנגד הפסיקות של בית המשפט במשפטי אונס ואלימות נגד נשים. כשופט אתה לא יכול להגיד 'אני אחמיר בעונשו של פלוני מפני שהיו בנושא הרבה הפגנות'. אבל לצד זאת, אם יש צורך ציבורי אמיתי בהחמרה אתה לא יכול להתעלם מזה.

עדי: לסיים, נבקש לשאול שאלה אחת בנוגע לעתיד. ישראל מציינת כעת 70 שנים להיווסדה - כיצד את רואה את הסוגיות שדיברנו עליהן במבט לעתיד, ביובל ה-100 למדינת ישראל או ביום העצמאות ה-90 שלה?

ביניש: ראשית, בשיחה שלנו התמקדנו בזווית של המערכת המשפטית. קצב ההתפתחות של העולם בשלל סוגיות, מהתפתחויות גיאופוליטיות ועד להתפתחויות טכנולוגיות, מציב אתגר מתמיד. נגענו בהרבה נושאים

הנמצאים בדיון עוד לפני הקמת המדינה, אך ישנן גם התפתחויות שאיש לא חלם עליהן; קצב ההתפתחות הוא מדהים. לפעמים אני מרגישה שדברים שנראו אקטואליים וחשובים מאוד לפני 10 או 15 שנה, נשכחו היום לחלוטין. יש לי נכדה בת חמש, וכשסיפרתי לה שכאשר הייתי בגילה לא היה טלפון נייד ולא היו עוד הרבה דברים היא הייתה המומה. 'אם בזמן שעבר המציאו כל כך הרבה דברים', היא שאלה אותי, 'מה נשאר עוד להמציא? מה אני מספר לילדים שלי?'. הרגעתי אותה והבטחתי לה שעוד ימציאו דברים מספיק כדי שיהיה לה מה לספר לילדים שלה.

אחד הדברים האופייניים למשפט הוא האיזון בין יציבותו ובין היותו בתנועה מתמדת. הזכרתי כמה סוגיות שלא טיפלו בהן בעבר כי הן לא היו קיימות. כשאתה חושב היום מה היו סוגיות הפרטיות שבית המשפט עסק בהן בעבר, אתה לא יכול להשוות זאת לסוגיות הפרטיות (או היעדר הפרטיות) שאנו מתמודדים אתן בעידן האינטרנטי, וזו לא הדוגמה היחידה. המשפט לא מספיק להדביק את הקצב של השינויים; החקיקה והפסיקה אטיות יותר ובינתיים העולם רץ קדימה.

לכן אני באמת לא יודעת לומר במה יעסוק בית המשפט בעתיד; אני מניחה שבנושאים שמלווים אותנו מאז קום המדינה ועד היום - שאלת הזהות שלנו כמדינת העם היהודי, בעיות הנוגעות לדת ומדינה; ושאלת המשך קיומנו המדיני במשטר של ערכים דמוקרטיים תשוב ותעסיק אותנו עוד שנים רבות, ובוודאי תשתקף גם בבית המשפט. אני רק מקווה שהאופק שלנו לא נגמר ב־100 שנות מדינה, ושיהיה לישראל קיום עוד להרבה מאוד שנים. אני מקווה שהקמת המדינה לא הייתה אפיזודה היסטורית ושלא נחזור לתקופת החשמונאים. הדבר הנורא שמאפיין אותנו הוא מריבות פנימיות ו'אכילה' פנימית של איש את רעהו. זה מאיים על הקיום שלנו כל פעם מחדש, וזה איום חמור יותר מהאיום החיצוני.

אני חושבת שאנחנו חזקים מאוד מבחינה חיצונית וטוב שכך; נקודת החולשה היא בקרבנו פנימה. תמיד היו ויכוחים אידיאולוגיים בתוכנו, אבל חשוב לשמור על הגבול שבין מחלוקות לגיטימיות לקיצוניות, לגזענות ולקרע פנימי. התקווה שלי היא שנבנה את החברה נכון יותר, קודם כול מבחינה חברתית - ניצור יותר שוויון. אם ניצור שוויון הזדמנויות שיאפשר לכל אדם לפתח את אישיותו, אני רוצה להאמין שהמדינה הזאת תתקיים למען הדורות הבאים.

זה כל מה שאני יכולה להגיד. בתור נביאה אני לא חזקה.