

הגות

ראיון עם מאיר שמגר, נשיא בית-המשפט העליון בדימוס

פגישה ראשונה: נובמבר 1996

פ' גינוסר: היום אנחנו ביום שלישי, 5 בתודש, מאיר שמגר, נשיא בית-המשפט העליון לשעבר, ופנחס גינוסר, עורך עיונים בתקומת ישראל [הראיון נערך בביתו של מ' שמגר].

אתה עמדת בראש הפירמידה של אחת משלוש רשויות השלטון תקופה די ארוכה, 12 שנים, והגעת לפסגה דרך רקורד ארוך של תפקידים חשובים. אי אפשר להגיע לאן שהגעת בלי שתתבונן, במהלך הדרך, התבוננות מעמיקה בכל מה שאתה עוסק בו. לכן, אני מניח שכיוון שהיית גם בעמדת תצפית נוחה וגם ניתנת בתכונות של מתבונן, אפשר ללמוד ממך, מן הניסיון שצברת, כיצד המערכת המשפטית ממלאת תפקיד מרכזי בגיבוש מדינה שרק אתמול נולדה.

לכן אני חותר בשאלותי, אבל אני רוצה להתחיל משאלות יותר אישיות. אני זוכר אותך בתור מאיר שטרנברג, Supervisor [הנציג הנבחר של העצירים כלפי שלטונות המתנה] של מחנה העצורים הגולים מארץ-ישראל בגילגיל שבקניה.

אפילו היתה לי טענה עליך פעם. אנחנו היינו ממישה אנשי לח"י שפתחנו בשביתת רעב, וטענו אצלנו שהיה מהובתך לדווח על זה לעולם ואתה הסתרת זאת מהעולם לפי ההוראות של אצ"ל. האמת שאינני יודע אם הטענה נכונה, או סתם שמועה.

אני זוכר שלמדת במעצר משפטים. אחר-כך, כמובן, קראתי בעיתונות על שטרנברג-שמגר, בתפקידיו השונים.

שאלתי היא האם לאורך הדרך הזאת יש איזה שהן נקודות, דברים שאתה זוכר במיוחד, שלדעתך היו חשובים בעיצוב שלך, שהסקת מהם מסקנות במיוחד?

מ' שמגר: עניין הסתרת השביתה שהזכרת הוא אכן סתם שמועה. פעלתי רבות בעניין החזרת הגולים ארצה. כתוצאה מכך, בין היתר, העלה נציג ברית-המועצות באחת הוועדות החשובות של האו"ם את עניין מחנה

* ראה בפרק תעודות דברים שאמר מאיר שמגר עם קבלת פרס ישראל.

הגולים, על יסוד תזכיר שלי שהוברח בידי מן המחנה - בעזרת ד"ר ויליאמסון - כדי שיישלח לסוכנות טא"ס במוסקבה. זאת אף זאת, לא פעלתי בנושאים מסוג זה 'לפי הוראות' כי הייתי בין המחליטים. אשר לדברים הזכורים במיוחד, לאיזה תחום הכוונה?

פ' גינוסר: אני צריך להניח שמתוך תחום הפעילות שלך, אבל אפילו דברים שלא פעלת בהם, אלא נתקלת בהם ומהם הסקת מסקנות כאלה או אחרות: אירועים מיוחדים, משפטים מיוחדים, התפתחות כלשהי שיכולה להיות התפתחות פוליטית-פנימית או בין-לאומית, אולי אפילו משהו שהתרחש בבית-המשפט העליון בארצות-הברית.

מ' שמגר: כל אדם הוא, כל העת, נשוא לקליטת חוויות המגבשות את השקפותיו ויוצרות את מה שמכונה 'נסיון החיים'. אין ספק שכולנו מתהלכים כל ימי חיינו עם חיישנים פתוחים. אנו קולטים כל העת את מה שקורה בסביבה הקרובה. הספיגה הזאת היא גם הכרתית אך בעיקר תת-הכרתית.

אינני איש המדעים המדויקים, אבל ברור וידוע הוא שהמוח של האדם מורכב מאוד - אך אפשר להשפיע על פעילותו אם עובדים עם אומל דק ומסלקים גידול זה או אחר. מאידך גיסא לא ניתן לסלק את התרשמות המחשבה והחוששים ואת גיבוש ההכרה והתת-הכרה.

קשה לי לשים את האצבע ולהגיד: 'אירוע זה גיבש את השקפתי'. אינני חושב שהביוגרפיה שלי מגלה את המהמורות והזיוזים האלה, אולם אין ספק בלבי כי דברים שונים השפיעו. חייתי בתקופה שבה התרחשו אירועים מהפכניים ומסעירים, וייתכן שכל חוליה וכל פרק השפיעו במקצת.

ניסיתי לגבש לעצמי תפיסות בקשר לתפקידים אשר מילאתי ולקרב, ככל שאפשר, את הקצוות בין הרצוי למצוי. דא עקא, אף אחד אינו מצליח להשיג את כל מה שרצה, יהיה זה בקשר לעיצוב עצמי או יהיה זה בקשר למטרות אשר הוא מציב לעצמו.

כדברך, יש לי היום פרספקטיבה נוחה, אני בדימוס ויכול להסתכל על המערכות כפי שנוצרו.

בכל הנוגע לתפקידים השונים שמילאתי, היו לי, כאמור, גישות מוגדרות, והיה יישום חוזר בין תפקיד לתפקיד של דברים שכבר ניסיתי אותם. אם אתה רוצה לעבור באופן ספציפי לנושא של הרשות שעמדתי בראשה, אומר כי צריכים להביא בחשבון שיש שוני מסוים בינינו לבין מדינות שניסינו להעתיק מהן דפוסיים ומתכונות של שלטון. הדגם למערכת המשפט בראשיתה היה בריטניה.

פ' גינוסר: אתה למדת בבריטניה?

מ' שמגר: לא. בין עבודה במנהרה לבין שמירה עליה [העצורים בגילגיל חפרו מנהרה שדרכה ברחו כמה מהם] נבחרתי בבחינות חיצוניות של

אוניברסיטת לונדון לתואר בוגר משפטים. אלה היו אותן בחינות בכל רחבי האימפריה. ההבדל בינינו ובין אחרים היה שאצלנו כמשגיח בבחינות לא ישב איש מחלקת החינוך כי אם מפקד מחנה המעצר. האופייני לאנגלים, והאנקדוטה שבכך הוא שאחרי־כך הם פרסמו את רשימת הנבחנים והיכן התקיימו הבחינות, וברשימה זו הופיע 'מחנה מיוחד גילגיל' (Special Camp Gilgil).

כשחזרתי ארצה לא הייתי עדיין עורך־דין מורשה בישראל. התמזל מזלי שאורגן המחזור האחרון של חיילים וחיילים משוחררים שלא סיימו את ה־Law Classes של שלטונות המנדט. במחזור הזה היה מספר גדול של חיילים וחיילים משוחררים שמלחמת העצמאות קטעה את לימודיהם. זה היה מחזור אחרון של בית־הספר המנדטורי שלימודיו קוימו במדינת ישראל.

הכירו בכל הבחינות שעברתי במעצר ועברתי בחינות נוספות וכך סיימתי את לימודי הישראליים הנורמליים. הפקולטה הראשונה למשפטים בירושלים קמה רק יותר מאוחר, היינו ב־1950-1951. אני חוזר לנושא שדיברנו עליו, היינו תפיסת המבנה השלטוני. התפיסה השלטונית האמריקנית מעוגנת בחוקה כתובה, שהיא חקיקת־על וציר מרכזי להתוויית המבנה השלטוני.

היסודות, הרעיונות הבסיסיים, אינם נתונים אצלם בוויכוח ואֵלו הם: הפרדליזם, הפרדת הרשויות ו־Due Process of Law, היינו שיטת משפט שוויונית, הוגנת, שעליה חולשת עליונות הדין. הוויכוח באקדמיה ובמערכות המשפט בארצות־הברית נסב על היישום ועל הפרשנות. הם חלוקים למשל בשאלת פרשנות החוקה על־פי כוונת מנסחיה, האבות המייסדים, מול פרשנות מחדשת המתאימה עצמה לשינויי העתים. אנחנו עדיין בשלב שבו יש ויכוח על היסודות.

הדוגמה העדכנית ביותר היא הבחירה הישירה של ראש הממשלה שהונהגה עתה לראשונה אצלנו. אנחנו העתקנו תחילה במידה רבה את שיטת הממשל שלנו מאנגליה ובמידת מה מן הדמוקרטיות המרכז אירופיות שקמו בברכת הנשיא וילסון אחרי מלחמת העולם הראשונה. כך רצו האבות המייסדים של המדינה. משמע, הקמנו פרלמנט אשר נבחר, בשונה מן השיטה האנגלית, בשיטה היחסית, אבל יצרנו ממשלה שרוב חבריה הם גם חברי הכנסת. היינו, אין הפרדת רשויות מלאה. הממשלה - כמו בבריטניה - אחראית כלפי הכנסת, נשענת על הבעת אמון של הכנסת (לאחרונה מספר הקולות הנדרש להבעת אי־אמון הוגדל) ועל כן על מכלול של מפלגות. אצלנו יש המערערים על הבחירות היחסיות, אבל באנגליה התהליך הוא הפוך. היום בריטניה היא חברה בקהילייה האירופית, ובקהילייה האירופית הבחירות לפרלמנט האירופי מתקיימות על בסיס יחסי. האנגלים נשארו היחידים הבוחרים לפרלמנט האירופי

בבחירות אזוריות. יש שם ביקורת על השיטה האזורית בטענה כי היא בלתי צודקת, מאחר שהיא מחסלת מפלגות שאינן זוכות לרוב באזורי בחירה רבים, אולם למרות זאת מייצגות מיליוני בוחרים, למשל המפלגה הליברלית.

באנגליה היה לפני מספר שנים פילוג במפלגת הלייבור אשר התפצלה ללייבור ולסוציאלי-דמוקרטים. היינו גם שם צועדים למספר רב יותר של מפלגות, אבל אחרי כל מערכת בחירות נשארות, למעשה, רק שתיים או שלוש. היתר נופלות, כגופים שאין חפץ בהם. לאחרונה הרכבנו על שיטתנו דבר שהוא במידת מה דמוי שיטת ארצות-הברית.

כפי שהזכרתי, אצלנו אין הפרדה דווקנית, כי ראש הממשלה חייב להיות חבר כנסת ורוב השרים גם הם חברי כנסת. שר שאיננו חבר כנסת הוא יוצא דופן. כלומר, אין הפרדה בין הרשות המחוקקת והרשות המבצעת.

הרעיון המנחה של הפרדת הרשויות הוא שלא יהיה מאגר כוח עודף בידי אחת הרשויות. הרעיון המנחה הוא האיוון בין הרשויות - העצמאות של המחוקק, של הרשות המבצעת ושל הרשות השופטת. יש לרשויות השונות תפקיד של ביקורת זו על זו. הביקורת ההדדית הזו יוצרת את הפיקוח ההדדי ואת האיוון.

בפסקי-הדין של פלאטו־שרון, שדן בהסרת חסינות של חבר כנסת, הוסבר שהפרדת הרשויות איננה מתבטאת בכך שאין מגע בין הרשויות. היא מתבטאת בעצמאות ובאי-תלות של האחת בשנייה ובאיוון בין הרשויות.

בית-המשפט הוא בלתי תלוי ועצמאי. אנחנו פיתחנו שיטה למינוי שופטים, שהיא, לפי דעתי, עד היום הטובה ביותר שקיימת בעולם. השיטה שלנו יוצרת את המרב של היעדר השפעות פטולות שולטות. בארצות-הברית, בשיטה הפדרלית, הנשיא ממנה את השופטים. במציאות גלוי וידוע שהנשיא ממנה אנשים לבית-המשפט מקרב אנשים הקרובים בהשקפותיהם למפלגתו, על כן היו אפילו מקרים שבהם שופטים מכהנים נמנעו מיציאה לגמלה (אין גיל פרישה בארצות-הברית), כדי לא לפנות את מקומם, ועשו חישובים, חישובי קצין, מי יתפטר בתקופתו של הנשיא בוש כדי שהנשיא לא ינצל את התפנות המשרה וימנה לבית-המשפט את המקורבים לו. היו לי מספר ידידים טובים בבית-המשפט העליון של ארצות-הברית אשר לא התפטרו, כדי לא לפנות את מקומם בתקופת כהונתו של נשיא זה או אחר, עד שהמחלה או הגיל הכריעו אותם. דרך אגב, ואני אומר את זה כאילו בסוגריים - השיטה של בחירת בעלי השקפה קרובה לנשיא אינה מבטיחה לעולם השלטת הרעיון המדיני-משפטי הרצוי לנשיא הממנה. היינו, המינוי של מאן דהוא,

שנבחר בידי הנשיא מקרב האנשים המקורבים להשקפותיו, אינו מעניק את הפרי של אדם הסר למשמעתו של הממנה או נאמן להשקפותיו. השופטים האנגלו-אמריקנים הם בלתי תלויים על-פי חינוכם. הניסיון מוכיח שהנשיא ממנה והשופט עושה מה שהוא מבין. הדוגמאות לכך הן מרובות. הדוגמה הקלסית ביותר היא של נשיא בית-המשפט העליון ארל וורן שמונה בידי נשיא רפובליקני, אחרי שוורן היה המושל הרפובליקני של קליפורניה. אולם בהיסטוריה המשפטית של ארצות-הברית הוא נושא את הכתר של נשיא בית-המשפט העליון הליברלי ביותר שהיה במאה ה-20. שופט אחר, ידוע מאוד, השופט Brennan, שמונה בתקופת אייזנהואר, שופט קתולי, שאייזנהואר סמך על השמרנות שלו, כביכול, נעשה נושא הרגל של הליברליות ושל החרדה לדמוקרטיה האבסולוטית. הוא פרש לפני שלוש-ארבע שנים, בגיל 84.

התאוריה המקובלת היא שאתה רשאי למנות שופטים מקרב בעלי התפיסות הקרובות לשלך, וכך גם עושה בכל State המושל לגבי בית-המשפט של ה-State. היינו, מה שהנשיא עושה במערכת הפדרלית עושה המושל במערכת המדינה הבודדת. אך השופט נוהג לפי הבנתו, בעצמאות מוחלטת.

באנגליה המינוי של השופטים נעשה על-פי החלטת הלורד צ'נסלור שהוא אנטיטוזה של הפרדת הרשויות: הוא חבר ממשלה וגם יו"ר בית הלורדים וגם יושב לעתים בוועדה של בית הלורדים המכהנת כבית-המשפט הגבוה ביותר של אנגליה. זאת אומרת - הוא איש מפלגה, הוא איש ממשלה, למרות שעיקר עיסוקו הוא בבתי-המשפט (באנגליה אין שר משפטים), והוא שופט. תפקידו הפורמלי להיות גם ה-Speaker של בית הלורדים, היינו הוא גם חבר הרשות המחוקקת.

אנחנו בחרנו, על-פי חקיקה של הכנסת בשנת 1953, בשיטה לבחירת השופטים שהיא שונה בתכלית. המינוי אינו בידי הממשלה או גורם ברשות המבצעת, אלא בידי ועדה בלתי תלויה בת תשעה חברים: שלושה שופטים של בית-המשפט העליון, בתוכם הנשיא; שני שרים (כיניהם תמיד שר המשפטים, שהוא יושב-ראש הוועדה); שני חברי כנסת שנבחרים בידי הכנסת ושני נציגים של לשכת עורכי-הדין. יש פה איוון פנימי, איוון של כל הגורמים האינטרסנטים מבחינה לגיטימית: הפרלמנט, הממשלה, המקצוע והשופטים עצמם. האיוון הפנימי נוטה קצת לטובת המקצוע, רוב של חמישה מול ארבעה.

פ' גינורסר: מה גרם להרכב שכזה?

מ' שמגר: הרצון ליצור מערכת שיפוט בלתי תלויה. אצלנו הקפידו מאוד במשך כל השנים שאנשים שעסקו בפעילות פוליטית לא ימונו כשופטים. זה הכלל. אמנם בראשית המדינה היו שופטים שעסקו לפני כן בפוליטיקה. הבולט בהם היה השופט לם שהיה חבר כנסת ואחר-כך מונה לבית-המשפט, אבל

זה היה חריג. כיום נדרשת תקופת צינון מהותית כדי שאדם יעבור מן הפוליטיקה לבית־המשפט. לדעתי זו גישה ראויה. יש ליצור צינון כזה לקראת תפקיד משפטי.

בוודאי שיש בתוך הוועדה מעין קואליציה ממקרה קונקרטי למקרה קונקרטי, אבל התוצאות מוכיחות את עצמן.

מדובר בוועדה שאיננה נשלטת בידי הממשלה - זה הכלל הראשון. יש לה שיקול דעת עצמאי - זה הכלל השני. החלטתה היא סופית - זה הכלל השלישי.

באמריקה המרכזית יש שיטה אחרת: השופטים מצרפים אליהם שופט נוסף. השופטים בוחרים בעצמם את מי שהם מצרפים אליהם. זו שיטת הקואופטציה.

השיטה שלנו היא טובה, בכפיפות לטעויות אנוש רגילות. אני שב ומוכיר שהשופטים ממונים בידי ועדה שבה יש גם ייצוג של הרשות המבצעת וגם של הרשות המחוקקת. אין ניתוק בין הרשויות. יש מגע, אבל יש איזון.

האי־תלות היא מטרת קיומה של הוועדה. אתה שומע את עמיתך, אתה יכול להביע את דעתך, אתה צריך לשכנע את יתר החברים בצדקת עמדתך. אתה לא יכול לבוא עם דיקטאט: 'אני השר ואני אומר לכם שצריך למנות אדם זה או זה'. אתה צריך לשכנע את הרוב ואז תוכל להעביר את התזה שלך. זו דוגמה למגע בין הרשויות.

דוגמה אחרת להפרדה ולעצמאות הרשות טבועה ביחסי המערכת השיפוטית והמחוקק: בית־המשפט פוסק והכנסת מחוקקת. הכנסת יכולה לאחר מעשה פסיקה לחוקק בניגוד לעמדת בית־המשפט. הם יכולים להחליט כי פסק־הדין הוא בניגוד לתפיסה המקובלת על רוב הבית ולשנות.

פ' גינוסרי: לשנות את החוק?

מ' שמגר: לשנות את החוק.

פ' גינוסרי: הלוא פסק־הדין ניתן.

מ' שמגר: פסק־הדין ניתן לפני הכנסת לעתיד. אבל החוק הוא החומר שביד היוצר, היינו בית המחוקקים. תמיד יש לבית המחוקקים המילה האחרונה. יש נושאים שבהם הכנסת קבעה לעצמה צורת חקיקה מיוחדת, מה שנקרא 'רוב מיוחס'. היא קבעה, למשל, שלצורך שינוי שיטת הבחירות לכנסת דרוש רוב של חברי הכנסת ואין די ברוב המשתתפים בהצבעה המסוימת.

היא קבעה שכדי לשנות את חוק יסוד חופש העיסוק דרוש רוב מיוחס; כדי להתקין תקנות שעת חירום בניגוד לחוק יסוד מסוים דרושה הצבעה של שמונים חברי כנסת. זאת אומרת, הכנסת שמה כבלים על ידיה, אבל היא עצמה שמה אותם. בדרך שבה היא מחוקקת היא גם יכולה להסיר את

הכבלים האלה. אם יצביעו חברי כנסת במספר הנדרש, הם יכולים להגיד: 'אנו מבטלים את הכלל הזה'. כלומר, השיקול נשאר תמיד בידיה של הכנסת, אם כי דרוש רוב מיוחס. המילה האחרונה היא שלה.

כשלעצמי, הייתי רוצה באי־תלות רבה יותר של המערכת המשפטית. כוונתי לאי־תלות ארגונית. אני סברתי, ועודני סבור, שצריך לנתק את בתי־המשפט ממשדד המשפטים. התלות של בתי־המשפט באדמיניסטרציה של משדד המשפטים היא תלות ארגונית. היא אינה תלות שפוגעת בשופט כפרט, אבל העצמאות של השופט צריכה להיות לא רק אישית אלא גם ארגונית. הוא צריך לפעול בתוך מעטפת שאיננה תלויה ברשות המבצעת. את תקציב בתי־המשפט צריכה לקבוע הכנסת - זה מקובל, אולם בלי התיווך של הרשות המבצעת.

פ' גינוסר: מישהו הלוא צריך לעמוד בראש המערכת. אם לא שר המשפטים אז...

מ' שמגר: אז נשיא בתי־המשפט העליון. ממילא זה כך דה פקטו. נשיא בתי־המשפט

חולש למעשה על מערכת השיפוט. אי אפשר להזיז אבן בלי שהוא מסכים לדבר, אבל פורמלית צריך לעבור את התיווך של משדד המשפטים. מה היא הטענה שכנגד? 'האם שופט ילך לכנסת ויבקש תקציבים?' בארצות־הברית נוהגים כך וזה עובד. יש שם ועדת תקציב של שופטים שהיא חלק ממועצת השופטים והיא נפגשת עם ועדת הכספים של הסֶנַט. דנים על התקציב של בתי־המשפט וקורה שהסנט, בלי בושה, מוחק ומקצץ בו ואני חושב שזה טבעי. ככה זה צריך להיות. את הכסף נתן משלם המסים. האם אצלנו לא הלכו שופטים לוועדת הכספים לפני שנתיים, כשהיה ויכוח על שכר השופטים? הולכים. אין בררה.

יש גם דברים שהם יותר סמליים. אינני יכול לומר לגבי שרי המשפטים שעבדו אתי, שאפילו אחד מהם ניסה להשתלט על מערכת השיפוט בצורה פסולה. אבל בעובדה שיושב־ראש ועדת המינויים של השופטים הוא שר המשפטים, איש הרשות המבצעת, והוא קובע על כן את סדר היום ולא נשיא בתי־המשפט העליון יש פגם אסתטי. הווה אומר, אסתטי יותר מאשר מעשי. אם אתה פועל למען אי־תלות מערכת המשפט, צריך גם שאי־תלות תיראה. דברים צריכים לא רק להיעשות, הם גם צריכים להיראות שהם קיימים.

בית־המשפט מסייע בעיצוב תפיסות היסוד הדמוקרטיות ושוקד על כך ששיטת השלטון תהיה תקינה ומתוקנת, כדי שהאזרח יוכל לבטוח בקיום ובמימוש זכויותיו. דא עקא, אצלנו כל הנושא הזה עדיין במחלוקת. אם היום מעלים את השאלה מי צריך להחליט בנושאים משפטיים־חוקתיים - בית־המשפט העליון או פורום אחר שמייצג את הסקטורים הפוליטיים שבתוך העם, הרי זה סימן שהנושא של הפרדת הרשויות עדיין במחלוקת. זה נושא שאיננו מעבר ומעל לוויכוח. יש ארצות שבהן פועל בית־משפט עליון נפרד לענייני חוקה (גרמניה,

איטליה), אולם סכנת הפוליטיזציה של בית־משפט כזה תמיד קיימת.
 פ' גינוסר: השאלה מי מאייש אותו, האם שופטים או גם נציגי סקטורים שונים?
 מ' שמגר: שם הם שופטים. אצלנו היו קולות שיהיו לא רק שופטים, שיהיו גם אנשי
 ציבור. אינני יכול להתכחש שיש שיטות כאלה. בצרפת, למשל, יש
 שיטה שונה לחלוטין מן השיטה שלנו. בצרפת אין השגה על חוקתיותו של
 חוק, אחרי שהוא התקבל בפרלמנט. אתה בודק מראש את החוקתיות
 לפני שהוא נכנס לתוקף. יש מועצה הנקראת Conseil Constitu-
 tionnelle, היא המועצה החוקתית.

פ' גינוסר: שהיא חלק מהפרלמנט?
 מ' שמגר: לא, אבל יש בה גם נציגים של הממשלה, של הסנט ושל בית הנבחרים.
 בראשה עמד עד לאחרונה מר בַּדִּינְטֶר (Badinter), מי שהיה שר
 המשפטים, שהיה מקורב למיטראן. המועצה הזו בודקת מראש את
 חוקתיותו של החוק, לפני שהוא נכנס לתוקף. אם הוא בלתי חוקתי הוא
 לא ייכנס לתוקף. אם החליטו שהוא חוקתי הרי בזה נגמר העניין. אתה
 אינך יכול ללכת אחר־כך לבית־המשפט ולטעון שאתה מבקש להשיג על
 חוקתיותו של החוק. על תקנות כן, על צווים כן, אבל לא על החוק.

פ' גינוסר: יוצא מזה שמערכת המשפט לא יכולה להתערב, נניח כמו אצלנו, להגיד:
 החוק הזה הוא חוקתי והחוק הזה איננו חוקתי.

מ' שמגר: נכון, זה יוצר מחסום. הוויכוח הוא מקדמי. אם עברת את השלב ההוא
 ולא נמצא פסול, אין לך יותר יכולת לטעון על חוקתיות. יש הטוענים
 שזה דבר הרבה יותר טוב. לגרסתם אין זה תקין כאשר, כמו בארצות־
 הברית, חוק נכנס לתוקף, מפעילים אותו ופתאום לאחר שנה או שנתיים
 או אף יותר בא בית־המשפט ומחליט שהוא בלתי חוקתי. הרי כבר פעלו
 לפיו. מה קורה? ביטול התוקף, פרוספקטיבי או רטרוספקטיבי (Ex nunc
 או Ex tunc), לפי החלטת בית־המשפט. אין כיום כלל חוקתי נוקשה
 בנושא זה.

לכן יש מצדדים בשיטה הצרפתית. אני סבור שהיא אינה טובה מכיוון
 שהיא פוליטית מובהקת. לאור זהות הממונים, שהם נציגי הרשות
 המבצעת או המחוקקת ואינם שופטים מקצועיים, בלתי תלויים, קשה
 להאמין בהכרעה שאיננה מושפעת משיקולים פוליטיים.

בגרמניה, למשל, יש שיטה אחרת. בגרמניה יש מספר בתי־משפט
 עליונים. יש בית־המשפט העליון הרגיל שדן בערעורים הפליליים
 והאזרחיים; יש בית־משפט עליון לנושאי מנהל, שם עולים דברים
 שאצלנו נידונים בחלקם בבית־המשפט הגבוה לצדק, כי יש שם מערכת
 הרבה יותר מסועפת ורחבה (כמו בכל הארצות של הקונטיננט) שדנה
 בעניינים מנהליים, כולל ערעורים על מינויים, ביטול מינויים ודברים
 אדמיניסטרטיביים. עיקרו של דבר, יש להם גם בית־משפט עליון נפרד
 לחוקה שיושב בקרלסרוהה והוא דן בענייני חוקה ונחשב למכובד ביותר

בהיררכיה של בתי-המשפט העליונים הגרמניים. השופטים של בית-המשפט לחוקה מתמנים ל-12 שנה. לצערם הסימון הפוליטי שלהם ידוע. סיפר לי פעם נשיא לשעבר של בית-המשפט העליון החוקתי הגרמני, בתרעומת, שהעיתון שפיגל פרסם את התמונות של שופטי בית-המשפט העליון החוקתי וכתב מתחת לשמו של כל אחד לאיזו מפלגה הוא משתייך.

אינני גורס שהשיטה שלנו היא בלעדית והיא היחידה הסבירה, אולם מצער אותי שהתזה של עצמאות מערכת בתי-המשפט אינה מעוגנת אצלנו עמוק במידה מספקת ואין היא עדיין מעל לוויכוח. יש לפעמים תחושה רבה של התמודדות רבה מדי בין הרשויות, של ביקורת בעלת נימות קיצוניות.

במדינות אחרות נוטים לקבל את זכות הביקורת בצורה יותר מבינה וסטואית. הן שומרות על ביקורתיות הוגנת ולא משלבים בה התקפות פרסונליות. בוודאי שלא איום על החיים, כפי שקרה לנשיא בית-המשפט העליון אצלנו, אבל ביקורת יש. ביקורת כשלעצמה היא דבר לגיטימי ואף חיוני לקבלת עמדה מאוזנת ולקיום הקשבה הדדית ולימוד מתמיד. ביקורת רבה היתה למשל בגרמניה לאחרונה, סביב פסק-דין של בית-המשפט החוקתי במשפט שנקרא משפט הקרוציפיקס (Crucifix).

היתה חקיקה בבווריה ולפיה בכל כיתה בבתי-הספר באותה מדינה יש לתלות על הקיר את הצלב עם הצלוב.

פ' גינורס: היא מדינה קתולית.

מ' שמגר: נכון. פנו לבית-המשפט החוקתי וטענו שזה מנוגד לחוקה (הפרדת דת ומדינה) וכי בבית-הספר יש תלמידים שהם אתאיסטים, ויש הורים שאינם רוצים בכך. בית-המשפט העליון אסר על בווריה לתלות את הצלוב בתוך הכיתות. בתקשורת ובעולם הפוליטי עלתה הטענה מדוע בית-המשפט מתערב בנושאים של דת, של ערכים חברתיים, של ערכים מוסריים, וכי זה אינו נושא משפטי בכלל; אולם הנושא החוקתי של הפרדת דת ומדינה הוא כמובן נושא המסור לסמכותו של בית-המשפט החוקתי, המפרש את החוקה. יש נושאים משפטיים שיש להם גם מרכיבים חברתיים, תאולוגיים או כלכליים. המבחן הוא תמיד מה המאפיין הדומיננטי. אפשר לומר לגבי המחלוקת סביב בית-המשפט הבלתי תלוי כי סדנא דארעא חד הוא. הגבולות של סמכותו אינם יכולים להיות מוגדרים באופן חד, זו בעיה העולה במקומות רבים. מה שלא קיים במקומות אחרים, כפי שהזכרתי, ולא צריך להיות קיים, אלו איזמים באלימות.

דיברתי על הפרדת רשויות. הפרדת רשויות יש לה השלכות מהותיות וגם מרכיב ארגוני. מעבר לכך, נשאלת השאלה מהו תפקידו של בית-המשפט? את אופן הביצוע, את מידת שביעות הרצון מפעילותו של גוף

מסוים, אתה צריך קודם כול לברוק לפי המטלה שלו. מה המשימה שמוטלת עליו. נכתבו כרכים על כך - מהו התפקיד החברתי של בית המשפט. התפקיד החברתי הבסיסי של בית המשפט הוא ההצלחה ביישוב סכסוכים מכוח המרות של המסגרת המדינית, כי בהיעדר ציות לבית המשפט נוצר מצב שלפיו אין חובה לקיים החלטה. בגוף ארגוני וולונטרי אתה יכול לא לקיים את הכללים של בית הדין המשמעתי הפנימי. אתה יכול לומר כי למועדון הזה אינך רוצה להמשיך ולהשתייך.

המדינה יש לה כוח כפייה על יסוד החקיקה שלה. זהו כוח האכיפה, ומכוח הכפייה והאכיפה בית המשפט מנסה ליישב סכסוכים בין הפרטים השונים, בין היחידים השונים, שחיים בתוך המדינה. אך זה איננו הכול. בית המשפט חייב לכפות ציות לכללים מסוימים שהם חיונים לחיים של החברה, כגון אכיפת המשפט הפלילי: שלא יגנבו, לא ירצחו, לא יאנסו ולא יעשו עוד דברים שנוגדים את החוקים. בית המשפט גם חייב להיות הבמה שבה יכול היחיד להילחם את מלחמתו נגד הרשות, כי הרשויות כולן אדירות, תהא זו הרשות המבצעת, או הרשות המחוקקת. הן מפעילות כוח וסמכות עצומים כלפי הפרט ואין לו כתובת אחרת כדי לשטוח טענותיו ולקבל תרופתו. נכון שאפשר לומר כי יש לו מבקר מדינה, נציב תלונות וועדות של הכנסת. אבל אלה אינם גופים שיש להם כוח כפייה. הם יכולים לדרווח ולהמליץ. הגוף היחיד שמסוגל לקיים בירור בין הפרט למדינה על-פי כללים מסודרים ולכפות את הוראתו זה בית המשפט. לכן זה כלי חברתי חיוני. עצות והמלצות של גופים כלשהם אינן הפתרון לפרט המתגונן מול הרשות.

כאן אחד המוקדים של פעולת בית המשפט שגם מביאה אותו לא פעם לעימות עם רשויות אחרות. כי אם בית המשפט אומר שפעולה זו או אחרת שנעשתה על-ידי השלטון היא בלתי חוקית, זוהי קביעה חוקתית מנחה.

נטול לדוגמה מקרה שבו פקיד מוסמך סירב בשרירות להעניק רשיון למישהו. כאשר בית המשפט מחליט שהסירוב הוא בלתי חוקי זוהי החלטה אשר מי שהיא מכוונת נגדו - הנמען המוסדי - איננו מחבב אותה. לכן העצמאות של בית המשפט דרושה כדי שלא יהיה כפוף לפקיד כלשהו, כדי שיוכל לשרת את הפרט, לשקול את טענותיו, ובמקרה ראוי להחליט על צדקת עמדתו של הפרט. העצמאות של בית המשפט איננה כלי שמשרת את השופטים. מי שחושב כך לוקה בקוצר ראות. העצמאות של בית המשפט משרתת את הלוקחות של בית המשפט, היינו את האזרחים, את אלה שצריכים לתת אמון בבית המשפט. מה פירוש 'לתת אמון'? זהו היעדר החשש לפנות אליו. זוהי האמונה שיש סיכוי להצליח אם עניינך צורך. אם הפנייה לבית המשפט נראית כברכה לבטלה, אם אין אמון - אזי נעלמת הכתובת שאפשר לפנות אליה. מה

תועלת לאדם שיודע כי באופן תאורטי יש כלל חוקי פלוני שעומד לצדו, אם הוא אינו יכול לממש אותו? זו היתה החולשה למשל של חוקות יפות ונהדרות במדינות מסוימות: בברית-המועצות היתה חוקה יפה מאוד, אך הפרט לא יכול היה לממש אותה. בתי-המשפט, על-פי התאוריה ששלטה בברית-המועצות, היו כלי של השלטון; היו כלי חברתי אשר ייעודו לשרת את החברה, את הכלל, ולא את הפרט. זו היתה התפיסה הבסיסית של בית-המשפט בברית-המועצות. ממילא הפרט חשש להשתמש בבית-המשפט נגד הרשות. היו כמובן סיבות נוספות לכך.

בית-המשפט צריך להיות ערוך בצורה שבה יוכל לשרת את היחידים בתוך החברה החופשית כי זה אחד היסודות של הדמוקרטיה. דמוקרטיה איננה רק הפעלת שלטון הרוב, היא גם הגנה על המיעוט, כולל האדם היחיד.

בית-המשפט ייעודו להגן, כאמור, על הפרט בהתמודדות עם השלטון. שלוש הפונקציות של בית-המשפט העליון הן: בית-המשפט העליון לעניינים אזרחיים; בית-המשפט העליון לעניינים פליליים; ובית-המשפט הגבוה לצדק.

לבית-המשפט הגבוה לצדק מוקנית סמכות ששורשיה בזמן המנדט. חוק בתי-המשפט הישן (כעת בסעיף 15 של חוק יסוד השפיטה) מעניק סמכות להושיט סעד נגד רשויות שלטון, זאת אומרת - כנגד נושאי תפקיד שלטוניים, וגם נגד בתי-דין (טריבונלים).

אצלנו, בגלל סיבות היסטוריות, הנגישות לבית-המשפט הגבוה לצדק היא תרבה ביותר שיכולה להיות, כי אתה פונה במישרין לבג"ץ. אינך פונה לבית-משפט השלום. בארצות-הברית ובאנגליה אתה מתחיל את העתירות נגד השלטון בערכאה הראשונה. הערעור יכול להגיע לבית הלורדים או לבית-המשפט העליון בארצות-הברית, על יסוד קבלת רשות. אצלנו אתה מתחיל במישרין על-ידי פנייה לבג"ץ. מה הטעמים ההיסטוריים לכך?

האנגלים בארץ לא רצו שיהיו פניות נגד רשויות השלטון לבתי-משפט שבהם לא יושב רוב מכריע של שופטים אנגלים. בבית-המשפט העליון היה רק שופט יהודי אחד ושופט ערבי אחד, כל היתר היו אנגלים. היה רוב מכריע של שופטים אנגלים.

ככה זה נשאר ואחרי קום המדינה איש לא רצה לשנות את זה, כי מאז קום המדינה נתווסף טעם נוסף: אין לנו חוקה כתובה כפי שיש לרוב המכריע של המדינות האחרות בעולם, והפנייה במישרין לבג"ץ היא אחת הערכות שיש לאזרח שהוא פונה לאינסטנציה הגבוהה ביותר, בעלת היוקרה הגדולה ביותר ובעלת הכוח המוסרי הגדול ביותר, עם התמיכה הגדולה ביותר של דעת הקהל.

אם האזרח יודע שכאשר הוא הולך לפקיד ואומר בתגובה על דחיית

פנייתו כי יפנה לבג"ץ הפקיד יודע במה מדובר. זה תפקיד חיוני, מרכזי, של בית-המשפט בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק. בית-המשפט למעשה הצהיר על הכללתן במשפט פוויטיבי של כל חירויות היסוד שבמדינות אחרות הן כתובות עלי חוקה, כגון בחוקה של ארצות-הברית ובתיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה האמורה.

אצלנו אין מגילת זכויות חוקתית פרט לשני חוקי היסוד: חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד חופש העיסוק, אשר שניהם רק משנת 1992.

פ' גינוסר: הרשות המבצעת יכולה לשים לאל את עצמאות בית-המשפט, בזה שהכלים לביצוע הם בידיה, והיא יכולה לא לממש את החלטתו. זה מתרחש אפילו לא בכוונה, אני יודע שיש הרבה פסקי-דין שמחכים לביצוע, אם זה עיקולים וכל מיני דברים שכאלה.

מ' שמגר: ההוצאה לפועל היא חלק ממערכת המשפט, היינו של משרד המשפטים. זה חלק מההצלחה של הרשות השופטת אם היא מצליחה להביא לכך שיבצעו את החלטותיה. באופן תאורטי, אם שר לא יבצע, אפשר להגיש נגדו תביעה עקב בויון בית-המשפט. בעקבות זאת אפשר גם לאסור אותו. קשה יותר, כפי שאמרת, במקרה של עיקול שהוטל על בית, אפילו באזור יוקרתי, אחרי שקיבלת נגד בעליו פסקי-דין כספי ובעל-הבית פונה לבית-המשפט ומבקש להכריז על פשיטת רגל, כי איננו יכול לשלם חובות, או שבכלל נעלם.

פ' גינוסר: במקרה הראשון הוא משתמש בחוק.
מ' שמגר: בוודאי. החוק יוצר איזונים בכל הכיוונים לגבי מקרים של תום לב ואינו פותח פתח לגיטימי להתחמקויות. הכלים חייבים להיות אפקטיביים, אבל

אני רוצה להגיד לך - המעניין, במדינת ישראל מאז שקמה המדינה, אינו זכור לי מקרה שבו בית-המשפט ציווה על רשות שלטונית ולא ביצעו. לא היה דבר כזה. אני יכול תמיד להביא את הדוגמה הקיצונית של אלון מורה. אלון מורה היה יישוב בשטחים ובית-המשפט העליון החליט שהוקם שלא כדין על קרקע פרטית. זו היתה התנחלות שהקימו על קרקע פרטית שהופקעה. בית-המשפט פסק כי לפי המשפט הבין-לאומי הפומבי אי אפשר להפקיע קרקע פרטית לצורכי הקמת התנחלות ושצריך לפנות אותה. פינו אותה. יש היום אלון מורה במקום אחר, על קרקע של המדינה. זה בוודאי נגד את התפיסות של הממשלה שהיתה אז בשלטון, אבל הממשלה קיימה את פסקי-הדין.

פ' גינוסר: אבל במקרה אחר, אם זכרוננו אינו מטעני, בעניין הזה של איקרית ובירעם, כשבית-הדין פסק שצריך להחזיר להם מבנים מסוימים הלך הצבא ופוצץ אותם, אחרי שהיה פסקי-דין של בית-המשפט העליון.

מ' שמגר: היה דבר מעין זה. עשו את זה על יסוד חקיקה. התקינו תקנות שעת חירום שהוארכו משנה לשנה על-ידי הכנסת. היתה גם פרשת רב־סֶיָה,

אשר גם שם תוקן החוק אחרי פסק־הדין. בפרשה של איקרית ובירעם היתה כאמור חקיקה של תקנות שעת חירום (אזורי ביטחון). התושבים פונו בזמן הקרבות. אחרי הקרבות הם רצו לשוב. בית־המשפט פסק שהם רשאים לשוב; ואז התקינו תקנות שעת חירום (אזורי ביטחון) – שאסרו כניסה לאזור ביטחון לאורך הגבול.

פ' גינוסר: אני זוכר שהיה פסק־דין של בית־המשפט העליון שצריך להחזיר בית למישהו והצבא – אחרי פסק־הדין – פוצץ את הבית ועל זה דיברו רבות.

מ' שמגר: המקרה אינו זכור לי. אולי הוא אירע בשנים הראשונות של המדינה, אבל אני מדבר על השנים הזכורות לי והן לא היו כאלה, גם בדברים מאוד לא נעימים. הדוגמה הקלסית של הבחירה בדרך החקיקה לתיקון פגם בפעולה הממשלתית היא מה שקרה בשנים האחרונות בעניין חוק יסוד חופש העיסוק. חוק יסוד חופש העיסוק קבע שיש לאדם זכות לבחור את עיסוקו, ואז פנה אדם וביקש לייבא בשר לא כשר וסירבו לו במשרד המסחר והתעשייה. הוא פנה לבג"ץ וזה קבע כי המתלונן רשאי לייבא בשר לא כשר לאורך חוק יסוד חופש העיסוק. קמה ביקורת על התוצאה מצד החוגים הדתיים. הכנסת הלכה בדרך החקיקה וקבעה בדרך הוספת סעיף 8 לחוק היסוד האמור, כי הכנסת רשאית לחוקק גם בניגוד לחוק יסוד חופש העיסוק, בתנאי שזה נעשה על־ידי רוב חברי הכנסת ונעשה תוך הצהרה מפורשת בחוק שזו חקיקה בניגוד לחוק היסוד. חוק כזה בתוקף רק ארבע שנים. בעקבות חקיקה זאת חוקקו חוק חדש שמנע ייבוא בשר לא כשר.

פ' גינוסר: המילה האחרונה היא בידי המחוקק, אבל גם פה זה היה רק לארבע שנים.

מ' שמגר: כן, זה מוגבל. זו אגב איננה המצאה שלנו. זו שיטה שהועתקה מהחוקה הקנדית. בקנדה יש בחוקה הוראה כללית, לאו דווקא ספציפית לחוק יסוד חופש העיסוק (הם קוראים לזה בעגה המשפטית Not withstanding clause), ולפיה ניתן לחוקק חוק שהוא בניגוד לצ'רטר אבל תוקפו רק לחמש שנים. לפי מיטב ידיעתי, הם חוקקו חוק כזה רק פעם אחת.

כפי שהזכרתי, בית־המשפט העליון הוא שקבע, כמפרש של המצב המשפטי לפי הדין שלנו, כי חופש הדיבור הוא חלק מהמשפט החוקתי בישראל, כמוהו חופש הדת, השוויון וכו'. זה הובע בפסיקה, למשל פסק־דין 'קול העם' שבו התייחסו אל חופש הביטוי, ופסק־דין בז'רנו משנת 1949 שהגדיר את חופש העיסוק.

בית־המשפט לא יצר את החירויות אלא הצהיר על קיומן של החירויות, והוא השתית את מסקנתו על האופי של המשטר ממגילת העצמאות, מכך שזו מדינה דמוקרטית חופשית.

כך גם פסק־דין שייב (חופש העיסוק) - בן־גוריון לא רצה להרשות לו

להיות מורה.

פ' גינוסר: שייב אמר לי שזה הפתיע אותו. 'יושבים שלושה מפא"יניקים ומחליטים נגד בן־גוריון, מה קורה פה?'

מ' שמגר: השופטים כשישבו בדין לא היו מפא"יניקים, הם אינם אנשי מפלגה. זו עצמאותו של בית־המשפט, איתלותו, היעדר משוא פנים. זו המסורת שלנו מימי קדם, 'לא תישא פנים'.

פ' גינוסר: גם 'לא תהדר דל בריבו'.

מ' שמגר: בוודאי, No leaning backwards. אלה עקרונות יסוד.

אמנם העברנו לאחרונה לבתי־המשפט הנמוכים יותר סוגי משפטים שראינו בהם דברים משניים יותר מבחינת שמירת החירויות ובעלי תכונות המתאימות להתדיינות רגילה, היוצרים מעמסה על בית־המשפט העליון: עניין המכרזים למשל, או רשיון בנייה. אם בן־אדם לא קיבל רשיון בנייה, הוא נהג לפנות לבית־המשפט הגבוה לצדק. סברנו שזה נושא שיכול להתברר בבית־משפט השלום, או בבית־משפט מחוזי. אבל לגבי העניינים המהותיים של הגנת החירויות, מוסכם עד היום, שתהיה אשר תהיה ההתפתחות במבנה בית־המשפט, נושא זה צריך להישאר בידי בית־המשפט העליון. וזהו ההישג הגדול שלנו.

בית־משפט איננו יכול לפעול בחלל ריק. זאת אומרת, בית־משפט נשען גם על דעת הציבור שבתוכו הוא פועל. דעת הציבור מגינה עליו. אם יעלו לדיון שינויי סמכויות של בית־המשפט, מי שיגן עליו זה לא בית־המשפט בעצמו. אם הכנסת תשנה, בית־המשפט יקבל את הסיטואציה החדשה בליט בררה. מי שיגן על בית־המשפט זו דעת הקהל. דעת הקהל היא אחת מחומות המגן המאבטחות את יכולתו של בית־המשפט לפעול, והצלחתו של בית־המשפט לפעול משיגה את תמיכת דעת הקהל, וכך נוצר מעגל פוזיטיבי. במדינות טוטליטריות זה אינו פועל. יש אמנם בית־משפט אך אין דעת קהל חופשית שיכולה להגן עליו.

אני חוזר כעת סוף־סוף לשאלה שלך, הראשונית. אני סבור מתוך הסתכלות, שבית־המשפט העליון בהחלט חיזק את מעמדו במשך השנים. וזאת בין היתר בשל הליכתו, לפי טעמי, ברוב המקרים בקו שחבק רק נושאים שהם בעלי אופי משפטי או בעלי אופי משפטי דומיננטי, ובשל כך שהוא היה חרד לשמירת אותם עקרונות של דמוקרטיה ליברלית שהם חיוניים לאדם ולקיומו במדינה הזו.

יש שטחים שהמערכת השיפוטית לא הצליחה בהם. למשל ההוצאה לפועל. אני חושב שאנחנו לוקים בתחום הזה. אמנם נעשה גם בשנים האחרונות הרבה לשיפור ההוצאה לפועל, הקימו גופים לחקירת יכולת, כדי למנוע התחמקות (הכוונה למצוא איפה הכסף מוסתר), אבל זה עדיין איננו פועל כנאות. עדיין אין לאורח היום תחושה שאם הוא זוכה בדין

במאה אלף שקלים הוא עומד תוך זמן קצר לקבל אותם. אין לו ביטחון בזה, וגם זה בין היתר מה שמוליד את הגופים הבלתי חוקיים העוסקים בגביית חובות. כך גם בארצות-הברית. זה נובע מהתסכול בשל אי היכולת להשיג את הדברים באמצעים חוקיים. אבל בנושאים של הגנה על החירויות, בנושאים של שמירת הגבולות של סמכויות השלטון, בית-המשפט הוא ללא ספק בעל הישגים רבים.
יש מחלוקת בשאלה מהו נושא שפיט.

פ' גינסור: כל נושא שפיט?

מ' שמגר: אני גורס אחרת. כדי שהנושא יהיה שפיט הוא צריך להיות בעל סממנים משפטיים. הוא יכול להיות גם מעורב בנושאים אחרים, אבל המרכיב הדומיננטי, קרי העיקרי, צריך להיות משפטי. השאלה התעוררה. כתבתי על זה בפסק-דין בעקבות בקשת ההסגרה לצרפת של נקאש.

פ' גינסור: כן, אני זוכר את המקרה.

מ' שמגר: פסק-הדין נקרא 'אלוני נגד שר המשפטים'.

היתה עתירה נגד שר המשפטים דאו שריר, שסירב להורות על הסגרת נקאש. פסק-הדין מתייחס למבחן של 'האופי הדומיננטי', במקרה האמור לשאלה בדבר מערכת השיקולים ששר צריך להפעיל באופן לגיטימי כדי שיוכל לשאול את השאלה האם לבצע את החלטת בית-המשפט שקבע שהאדם הוא בר הסגרה.

לעומת זאת, אינני מקבל את התזה שגם נושאים של האמנת שגרירים, או נושאי מלחמה ושלוה הם נושאים שבית-משפט יכול לדון בהם. לדעתי, בית-המשפט חייב לשמור על התחומים שמיועדים למערכת משפטית. כאשר הגיע לארץ השגריר הגרמני הראשון, ד"ר פאולוס, היתה פנייה לבג"ץ נגד האמנתו של השגריר הגרמני. השופט זוסמן, בדחתו את העתירה, כתב שהאמנת שגרירים היא נושא לרשות המבצעת או המחוקקת ולא עניין של בית-המשפט. הוא דחה את העתירה בשל כך שזה איננו מסמכותו. דעתי כדעתו.

פ' גינסור: רציתי לשאול מה גבולות פעולתם של השופטים? נראה לי שכאשר שופטים יוצאים מהתחום המובהק שלהם, לתחום אחר, זה דבר העלול להעמיד אותם במצב לגמרי לא רצוי. למשל, אגרנט היה נחשב מאוד, הוא הכניס נורמות. אבל ועדת אגרנט - אין לה שם טוב. הוא יצא מתחומו לתחום שאינו שלו. אתה גם כן נכנסת, ואולי הצלחת, לתחומים של ועדות חקירה.

מ' שמגר: זה תחום אחר לגמרי. חוק ועדות החקירה שלנו, שאיננו דומה לאביו הרוחני הקלסי, חוק ועדות החקירה האנגלי משנת 1921, אלא מאמץ את ההמלצות של ועדת סלמונד שפעלה באנגליה לגיבוש כללים חדשים לוועדות חקירה. ועדת חקירה היא מוסד של הרשות המבצעת. 'יושבות-הראש, לפי החוק, צריכה להיות של שופט בית-משפט עליון או של שופט

מחוי. זאת אומרת, השופט לא יושב שם כדי לשפוט, אלא לוקחים אותו, במעין טרנספלנטציה, בשל תכונות האופי המיוחדות לו, היינו שהוא אובייקטיבי, נייטרלי, שהוא יוכל לנווט ועדה גם מבחינת הפרוצדורה הראויה וגם על יסוד היכולת שהוא רכש לעצמו כשופט. יש בכך גם כדי ליצור בעיני הציבור אמינות לתוצאות חקירתה של הוועדה.

זה לא שיפוט, זה לא פסק-דין. מה שהוא כתב שם אלו מסקנות והמלצות. הוועדה אין לה כוח לכפות. היא מגישה את המלצותיה לממשלה, והממשלה יכולה לקבל או שלא לקבל.

למשל, ועדת אגרנט המליצה על מינוי יועץ לענייני מודיעין עלי-יד ראשי הממשלה, אולם עד היום לא ביצעו את זה. ועדת אגרנט אינה זהה לאגרנט בפעולתו השיפוטית. הייתי אומר שזה בעיקרו שימוש בשופט כדי ליצור נייטרליות, אפוליטיזציה ואמינות במסקנותיה של הוועדה בעיני הציבור. היו שטענו שצריך לשנות את החוק, שאין למנות שופט לוועדת חקירה כי זה כאילו מוביל אותו, כדברך, לתחומים שבהם הוא לא צריך לעסוק. דעתי שונה. לכל דבר יש מחיר. ודאי אפשר לומר שראש ועדה יהיה משפטן שאיננו שופט, אבל לדעתי זה יפגע באמינות. הוועדה הראשונה פעלה בראשות הנשיא זוסמן ועסקה בפרשת שרפת מסגד אל-אקצה. הופעתי שם כיועץ המשפטי לממשלה. אחר-כך היו ועדות לבדיקת השחיתות בטוטו-כדורגל, בענייני הבריאות, חברון, וועדת לנדוי בעניין השב"כ. בכל הוועדות האלה, העובדה ששופט יושב בראש נתנה לכך משקל מבחינת האמון של האזרח, גם כאשר היתה לו ביקורת על תוצאות החקירה. גם פסק-דין אינו חסין מפני ביקורת, אבל האזרח מאמין יותר כי כאשר שופט יושב בראש הוועדה השיטה והגישה יהיו פתוחות ואובייקטיביות. זה ללא ספק הוכיח את עצמו, ככה שאני לא הייתי מבטל את הצבת השופט בראש ועדות חקירה. זוהי מסגרת בר (חוק) שיפוטית. אולם לא הייתי מבטל את ההוראה הזו כי התועלת עולה על הנזק.

נשוב לנושא הקודם.

אני סבור שבית-המשפט פיתח קווי פעולה אפקטיביים, שמשרתים את האזרח. אפשר לומר שהפניות לבית-המשפט הן רבות מדי, אבל זה לא באשמת בית-המשפט. בית-המשפט מעולם לא מושך לעצמו תיק. בית-המשפט מבחינה זו הוא פסיבי לחלוטין. הפנייה של חברי כנסת לבג"ץ היתה היוזמה שלהם. למשל, כאשר לא היתה שביעות רצון במקרה מסוים מן המועד שיושב-ראש הכנסת קבע להצבעת אי-אמון. זו שיטה שהתפשטה אצלנו. אינני יודע אם יש מקרים בהיסטוריה של ארצות-הברית, שבהם חברי קונגרס פנו נגד יושב-ראש הקונגרס לבית-המשפט העליון. היו מקרים ספורים של פסילת חברותו של חבר קונגרס שהיה מעורב במעשה שחיתות (Impeachment), ובהקשר זה פנו לבית-המשפט. אבל אצלנו זה התפתח לכיוון של בקשה להתערבות בנושא פרוצדורה פרלמנטרית. זה

כמובן אינו מפריע לאחר מכן לחברי הכנסת להביע ביקורת על בית- המשפט, על שהוא מרבה להתערב.

בית-המשפט לא קבע כי כאשר יש מחלוקת לגבי התנועה בשבת ברחוב בר-אילן צריך לבוא אליו. אלה שהיו להם השגות בעניין זה פנו לבית-המשפט. הרחבת זכות העמידה בפני בית-המשפט נושאת עמה כמובן מחיר. המקרים מוכיחים שככל שבית-משפט משפר את היעילות שלו גדל יותר העומס ובעקבותיו הפיגור.

פ' גינורסר: כי היעילות שלו גוררת פניות נוספות?

מ' שמגר: בית-המשפט צריך להביא בחשבון שככל שהוא דן יותר בנושאים גבוליים, מבחינת השפיטות או זכות העמידה, יהיו יותר פניות מסוג זה.

פ' גינורסר: ואתה רוצה למשוך את הגבול פנימה?

מ' שמגר: בסך-הכול, המצב הקיים משיבץ את רצוני. קיימת זהירות שלא להיכנס לתחומים שאין בהם אלמנט משפטי מוכר, אשר ניתן לזיהוי. בכל העולם דנים היום בבתי-המשפט העליונים בנושאים שלפני שנים לא היו דנים בהם. גם באנגליה, שהיא מאוד קונסרבטיבית מבחינת סמכויות בית- המשפט, יש לא מעט פסיקות שנכנסות לתחום אשר על גבול המשפט. בגרמניה, בגלל החוקה המאוד מפורטת שלה, חוקה שבנויה על לקחים מהתקופה הנאצית, בית-המשפט העליון נקרא גם לקבוע אם מטוסים גרמניים יכולים לטוס מעל בוסניה או לא. זה נושא שהאלמנט המשפטי שבו טמון בשאלה האם הדבר תואם את החוקה. אצלנו לא היו מעלים על הדעת לפנות לבית-המשפט בנושאים כאלה.

לכן צריך להיות מאוד זהיר בעת ההשוואה. אינני רוצה שאנו נאמץ את השיטה הגרמנית, כי אנו איננו נושאים עמנו הוראות חוקתיות שהן תולדה של מלחמת העולם השנייה, כמו בגרמניה וביפן.

פ' גינורסר: בשני המקרים האלה זו תוצאה ממה שהיה במלחמה.

מ' שמגר: כן. הרצון להדק את הפיקוח השיפוטי בנושאים מדיניים.

פ' גינורסר: אני ער מאוד לזה שבזמן האחרון יש ערעור גובר והולך על מה שאני קורא זכויות האדם והאזרח, הצדק הטבעי, או כל העקרונות שעליהם מבוססת למעשה השפיטה אצלנו והחוקה (אין חוקה כתובה), פחות או יותר. יש תביעה: מדוע לא נשתמש בהלכה היהודית שהתפתחה אצלנו מאות בשנים, ויהודים, במידה מסוימת, חיו לפיה?

מ' שמגר: אינך יכול לשנות את המציאות. אינך יכול לשנות את העובדה שאנחנו ב-1996; הוא הדין לגבי 1948. המחלוקת התחילה ב-1948 בין הרב מימון לבין בן-גוריון. יש התכתבות ביניהם. הרב מימון התבטא בלשון חריפה מאוד בנושא הזה. הוא קיווה שעם קום המדינה יקימו בית-משפט שיהיה מבוסס על המשפט העברי. החברה שלנו היא ברובה המכריע חברה חילונית. היא חברה שרוצה לחיות במשטר חיים שמתאים לחירויות שהתפתחו במדינות המערב במאות ה-19 וה-20 ושהרחיבו את תחומן

דווקא בשנים האחרונות גם לתוך המזרח, שחי עד אז על-פי שיטות אחרות.

פ' גינורסר: אתה מתכוון לברית-המועצות?

מ' שמגר: בוודאי.

המשפט העברי חל אצלנו בנושאים מוגדרים. עוד מן התקופה העות'מאנית יש לנו בתי-דין דתיים שהונהגו בשל אי-רצונן של מעצמות המערב שאזרחיהן, שגרו במזרח, יישפטו בבתי-המשפט העות'מאניים ששפטו על-פי ה'שריעה', היינו ההלכה האסלאמית. הן כפו על המעצמה העות'מאנית גם בתי-משפט לקפיטולציות, שבהם אזרחיהן נשפטו בנושאים אזרחיים ופליליים, וגם בתי-דין דתיים בנושאי נישואין וגירושין. בנושאי נישואין וגירושין חל אצלנו המשפט הדתי: המשפט העברי על יהודים, האסלאמי על המוסלמים, הדרוזי על הדרוזים וכו'. יש לנו כ-12 בתי-דין דתיים במדינה.

כידוע אין לנו נישואים אזרחיים. יש לנו רק נישואים דתיים. בכל המדינות האסלאמיות (פרט ללבנון וטורקיה) האסלאם הוא דת המדינה (לפי החוקה) ואצלן הנישואים הם דתיים.

ההלכה היהודית, שנתהוותה בתנאי זמן ומקום שונים לחלוטין, איננה יכולה לשרת את כל צרכיה של חברה מודרנית. מימוש הרעיון ליטול שיטת משפט שנוצרה בימי קדם, כאשר מה שהתווסף עליה הן רק פרשנויות, כדי להתאים אותה לתקופה המודרנית הוא בלתי מעשי. התקופה המודרנית דורשת חקיקה שוטפת, דורשת מעקב, דורשת שינויים, וכאן אין רשות לשנות דבר. הכול אבסולוטי, זה ציווי החלטי. אבל אם שני יהודים רוצים להתדיין בענייני ממונות אצל הרב, הם רשאים ללכת לרב. בתי-המשפט אינם מחייבים פנייה אליהם דווקא. בנושאים של בין אדם לחברו הוא יכול ללכת לרב, כמו שהוא יכול ללכת לבורר. דא עקא, האנשים אינם רוצים בכך. והראיה, שפונים לבית-המשפט אנשים רבים מאוד מכל הסוגים והשכבות. בית-המשפט מאמץ שיטת משפט שבנויה על יצירה חקיקתית ושיפוטית מתמדת ושוטפת, של חברה חופשית וחילונית, שבה הכנסת קובעת את החוקים. אם אתה מפעיל את משפט ההלכה או הכנסת מפסיקה לחוקק. רק הדיונים יכולים לפרש את ההלכה.

פ' גינורסר: אגיד לך דבר היפותטי, שאני לא חושב שהוא מעשי, אך בכל זאת אני רוצה להעלות אותו. אנו יכולים לטעון שבהלכה, או בתפיסת היהדות, יש שני מרכיבים. יש מרכיבים שהם אוניוורסליים, ונאמר שכל חברה נאורה מקבלת אותם. ויש מרכיבים שהם, כמו שאומרים, מסימני הלידה, כלומר: פטריארכליות, הבדלה בזכויות בין יהודי לגוי וכדומה. עכשיו, לו היינו אומרים: בוא ניקח את היסודות האוניוורסליים של המשפט העברי ונבנה עליהם - בעיקרו של דבר, אולי לעצם העניין לא יהיה הבדל, או הבדל ממש, בין הגישה הזו ובין, נניח, הגישה החילונית, פרט לכך שאולי זה

ישנה את הסגנון. האם אי אפשר למצוא בתוך ההלכה יסודות למשפט מודרני?

מ' שמגר: סלקציה זו שאתה מציע, בין כללים אלה לכללים אחרים, היא כשלעצמה בניגוד להלכה. אינך יכול לחלק את ההלכה לחלקיה. זה בנוי לתוכה מניה וביה. היא שלמות. אינך יכול להגיד: 'את זה אני מיישם ואת זה אינני מיישם'.

אני רוצה להגיד לך שבחקיקה הישראלית כל אימת שניתן היה לשאוב רעיונות מן המשפט העברי, עשו כדבר הזה. עשו זאת גם מבחינת הטרמינולוגיה. אנחנו לקחנו הרבה מאוד ביטויים, במידת האפשר, מהמשפט העברי. אני מדבר על משרד המשפטים, על המחוקקים. המונח 'חוק השומרים' אינו תרגום מלועזית, אלא אלו השומרים של הבכא מציעא. לא העתקנו את הכללים אלא נטלנו את המינוח. כשאני כתבתי כללי אתיקה לשופטים שאבתי הרבה מאוד מדברי חז"ל. אפילו באופן מילולי. העתקתי פסוקים.

היו גם רעיונות רבים שאומצו מתוך המשפט העברי בענייני משפט אזרחי. אבל, גרוסוֹמֹדוּ, המשפט הקיים, אשר צמח בארץ הזאת החל מתום התקופה העות'מאנית ועד תום המנדט ומאז ועד היום, דומה לשיטה הקיימת בארצות המערב ואתה אינך יכול להרכיב עליו כללים שאינם משתלבים בו.

כללים ערכיים, כהנחיה כיצד צריך לשפוט וכיצד למשול, היינו מה שהתורה ציוותה ומה שהנביאים אמרו, בוודאי ניתן לאמץ כקו מנחה רוחני. זה נעשה אבל לא על זה המחלוקת.

פ' גינוסר: אם אנחנו מדברים על השקפת עולם, קראתי את מה ששלחת לי, הדברים שאמרת בשם חתני פרס ישראל והזכרת שם את ישעיהו ברלין, את הרולד לאסקי, את קרל מרקס. היות שאני יודע שמוצאך, כמוצאי, מהאצ"ל, מתעוררת ראשית השאלה מה היחס שלך לסוציאליזם.

מ' שמגר: אני יכול לומר שהיחס שלי נייטרלי. במשך השנים הרבות, שביטוין בגילי, גם קראתי הרבה. אני קורא הרבה מעבר לתחום המשפטי המקצועי, ואני נוהג להמליץ על כך לכל השופטים ולכל המשפטנים. מי שמצמצם בתחום המקצועי מפסיד העשרה שהיא, דרך אגב, גם רלוונטית לתחום שהוא עוסק בו, וזה בוודאי נכון לגבי תחום המשפט. פריצה מעבר לתחום המקצועי מגבירה את המודעות לשאלות אנושיות, תרבותיות וחברתיות. אתה זוכר את פרופסור חיים חנני. הוא היה בשלב מסוים גם רקטור בבאר־שבע ולפני כן פרופסור בטכניון. הוא סיפר לי פעם שהיה להם משאל בין הסטודנטים בטכניון, אם זה משנה מבחינתם אם מערכת הצינורות שהם מתכננים תוביל מים או תוביל דם. גם למהנדסים צריך להיות חשוב מה הם מובילים. ערכים אנושיים-הומניים נדרשים בכל דיסציפלינה.

לגוף השאלה: לא צידדתי במשטר בולשביקי. זה אנטיתזה לכל רעיון חירות האדם שאני דוגל בו. אינני מחדש בכך. מי שהיה ראשון שאמר זאת היה באקונין. הוא אמר למרקס: 'בתברה שלך, כשתקום, יהיה שעבוד של הפרט'. אולם סוציאליזם דמוקרטיה בתור משטר אשר מנסה לאזן בין הצרכים המודרניים של הייצור ובין מדינת רווחה, המקבל את הדמוקרטיה המערבית (לא העממית) ומשלב את הדמוקרטיה לתוך משטר כלכלי-סוציאליסטי, אם זה אינו כרוך בפגיעה בחירויות אין לי התנגדות לכך. כשלעצמי אינני דוגל בכלכלה מולאמת. אני חושב שהלקח הוא שדבר זה איננו יעיל, לצערי, בכלכלה לא פיתחנו שום שיטה אלטרנטיבית.

פ' גינוסר:

לדברך הכלכלה אצלנו נתמכת?

מ' שמגר:

יש התנגדות לכל הפרטה והיא שגורמת לכך שאנחנו איננו מצליחים לנצל את המשאבים העצומים הקיימים בעולם הממון, שמוכן לזרום למקומות שונים ולפתח אותם. התזה שרק תנאים פוליטיים מקרבים השקעה של כסף אינה מדויקת. בעלי הון משקיעים כסף בכל מיני מקומות, כולל מה שנחשב 'על קרן הצבי'. הם השקיעו כסף אצל בטיסטה. בשנים הראשונות של הנאצי השקיעו גם אצל לנין ומשקיעים עתה בסין. חבל על ההתקוממות הנפשית שקמה אצלנו לכל פתיחת פתח אפקטיבי להפרטה. אבל סוציאליזם דמוקרטיה איננה חייבת להיות כרוכה בהלאמה של כל התעשייה, או של כל הבנקאות ולהתנגד להפרטה. כאשר אמרתי בדברי בעת קבלת הפרס שאנו צריכים לזנוח רעיונות ישנים ולפתח רעיונות חדשים, הרי גם הרולד לסקי הציג השקפה דומה. אינני בעל דעות נוקשות. אני בעד כלכלה חופשית, אולם תוך מודעות לכך שמתחייבים במקביל ריסונים על ה'Laissez-faire האבסולוטי העלול לפגוע בפרט. אסור לזנוח את ההגנה על אנשים חלשים יותר ולמסור את גורלם לחלוטין בידי כלכלה חופשית בלתי מרוסנת. בכלכלת שוק בשיטה אמריקנית אתה מביא גם לתוצאות שיש בהן הרס אנשים שאינם יכולים לעמוד על רגליהם.

אינני תומך בכלכלה בלתי מרוסנת, במלחמת הקיום הכלכלית הדרוויניסטית. דרושה תרדה לזכויות העובד, חקיקה סוציאלית, רווחה סוציאלית. אימוץ כללים אנושיים ומוסריים הוא חיוני. כתבתי על זה לאחרונה בספר שיפורסם לזכרו של שמואל תמיר ז"ל.

פ' גינוסר:

בדרך-כלל בתנועה הרוויזיוניסטית, גם כיום, יש הרבה אלמנטים (אני מניח שלא הרוב המכריע, אבל בעיקר בין ה"Rank and file שלה) שהם בין אדישים עד מתנגדים לכל מה שנקרא שלטון החוק, זכויות האדם והאזרח ושוויון זכויות ממשי לערבים. לעומת זאת, אני יודע שכאשר הגיעו אנשים שהתחנכו בתנועה הרוויזיוניסטית לעמדות במערכת המשפט, כמו שמואל תמיר, כמו דן מרדור, הם בלטו כנושאי דגל של הזכויות האלה. האם דווקא חניכי התנועה הרוויזיוניסטית יותר ערים

לצד הוזה בחיים הציבוריים וזה בניגוד לדעה המקובלת, או שיש שם שני רבדים, יש כאלה שהיו בחזקת המנהיגים ואצלם יש מודעות חזקה לכך ויש 'עמך' שעולם המושגים שלהם אחר לגמרי. האם הדבר הזה עניין אותך אי פעם?

מ' שמגר: זה נושא מעניין. אני סבור שהוא נובע מכך, בין היתר, שאין לאמץ סטראוטיפים לגבי אנשים הנמנים על תנועות. אני סבור שבסופו של דבר יש אנשים מסוגים שונים בכל קיבוץ אנושי, ואנטי-מיעוטים ואנטי-ערבים בתור שכאלה יש בכל הקבוצות, מה גם שהמפלגות בישראל החליפו לחלוטין את הבסיס הרעיוני כגורם מאחד. המושג של דבק אידיאולוגי אינו קיים יותר. בזוכיית מגדלת אתה יכול למצוא כמה מנהיגים שמנסים להמשיך, אבל הציבורים הרחבים נמשכים על-ידי נושאים שאינם קשורים בתפיסות עולם, אלא באירועים פוליטיים (שלום, הסכמי שלום וכו'), באירועי התקופה, באינטרס כלכלי, בחוסר עבודה. זה אינו נשלט בידי אידיאולוגיה. האם לאדם שמצביע בעד מפלגת העבודה חשוב הראשון למאי דווקא? לשיר את האינטרנציונל? זה לא אומר לו כלום. האם מי שמצביע בעד הליכוד דוגל בשתי גדות לירדן? כנסיון חיים (ועל כך שאלת בראשית הראיון), אני יכול לספר כי ראייה בלתי פרטיונית, המשותרת מגישות מפלגתיות, היא בכל מקרה פתוחה יותר, מאוזנת יותר והוגנת יותר כלפי כל אדם וכל בעיה.

פ' גינורס: הנאמנות לאידיאולוגיה נחלשה בכל העולם כולו.

מ' שמגר: בן-גוריון כתב ספר שנשא את השם ממעמד לעם. זו היתה דרישה לשינוי ערכים מהותי, מתנועתיות לממלכתיות.

פ' גינורס: הרי בספר זה התכוון למשהו אחר. הוא התכוון לומר שכל העם יהיה מעמד פועלים, יהיה כולו עם עובד.

מ' שמגר: אני סבור שהוא התכוון לאימוץ הממלכתיות, כפי שגם ביקש להגשים אותה.

פגישה שנייה: פברואר 1997

פ' גינורס: היום ה-17 בפברואר 1997 ואנו בלשכתו של הנשיא בדימוס מאיר שמגר בבית-המשפט העליון. אני רוצה להעלות כמה שאלות שלא הספקנו לדון בהן בפגישה הקודמת ולהעלות בעיות שהתעוררו בין שתי הפגישות. אפתח בטענה שבית-המשפט העליון מקבל על עצמו יותר מדי תפקידים וזה גורם לפיגורים במערכת, ופיגור במערכת זה עינוי דין שהוא פגיעה בצדק. האם המצב הזה לדעתך רצוי, או שאין אפשרות טובה יותר, או שיש לכך תיקון?

מ' שמגר: הטענה היא נפוצה והיא נובעת מתלונת 'הלקוחות', אם אפשר לקרוא להם כך, היינו המתדיינים בבתי-המשפט. מתגלות מזמן לזמן תופעות

של התמשכות יתרה של הדיונים וציפייה ארוכה לפסק־דין, מה שבצורתו הקיצונית יותר נקרא עינוי דין. כאשר יש התמשכות של הדיונים, המסקנה הפשטנית היא כי לו היו פחות משפטים או התיק שאדם פלוני מעוניין בו היה מסתיים מהר יותר, כפי שחולה בבית־חולים עלול להגיד כי אילו היו פחות מיטות במחלקה, הפרופסור והרופאים שמבקרים אתו היו יכולים להקדיש יותר זמן לתלואים שלו ולכאבים שלו. המסקנה הנגזרת הראויה היא שצריך לבדוק למה יש יותר מדי תיקים. אם יהיו פחות תיקים הם יזכו לטיפול יותר מהיר. לשם כך יש לעשות קלסיפיקציה, סיווג, של התיקים המובאים לבית־המשפט. כמובן שאיך יכול לומר שבת־המשפט לא יטפלו בסכסוכים אזרחיים - בין אדם לרעהו, או בין תאגיד לאדם, בבעיות של חוזים או מעין חוזים, או בכל המערך של התאגידים.

באשר לפעולות המדינה, אפשר לטעון שיש נושאים המובאים כיום לדיון פלילי שניתן להעביר אותם לטיפול מנהלי: קנסות מנהליים, דברים שאינם צריכים להגיע לבית־המשפט. אני אחזור לנושא.

אבל הנושא המרכזי בהקשר זה הוא עניין בית־המשפט הגבוה לצדק. הזכרתי כי לבית־המשפט העליון יש סמכות לעסוק בשלושה תחומים עיקריים - פליליים, אזרחיים ובית־המשפט הגבוה לצדק, שעוסק בתלונות של האזרח נגד רשויות השלטון; באלה נכללים שרים, או הממשלה בכללותה, רשויות מקומיות, או גם גופים סטטוטוריים: רשות השידור, רשות הנמלים. באלה נכללים גם בתי־דין רבניים אורתודוקסיים. בכל מקרה מדובר על שופטים.

אינני סבור שאדם בר דעת יכול לומר שיש לוותר כליל על פנייה לבית־המשפט כשאדם מאמין שלא נהגו כלפיו בצדק. בית־המשפט הוא הכתובת שאליה אדם פונה, כשלדעתו זכות יסוד שלו נפגעה; למשל, הזכות לחירות, נניח שהוא נעצר שלא כדין, או הזכות לחופש הביטוי, או לחופש הדת, כאשר הוא טוען: 'למה מתנכלים לסוג הזה של פולחן דתי שאני מקיים אותו?'

לומר שאין אף בית־משפט שידון בעניין, כאילו הותרת נושא ללא פתרון וזה סותר את הקונצפציה הבסיסית של מדינה דמוקרטית-ליברלית השוקדת על זכויות האדם. לאזרח צריכה להיות כתובת שבפניה הוא יכול לשטוח את טענותיו כאשר זכויותיו נפגעות לטעמו. זכויות שנפגעות יכולות להיות לאו דווקא הפסדים כספיים שבגללם אדם מגיש תביעה אזרחית. בנתונים אלה נקטנו גישה שככל שהדבר נוגע לתביעות פליליות אכן יש לחפש דרכים לייצול, בכך שיוציאו דברים מהפליליות השגרתית ויעבירו אותם לבררות קנס. כל מי שמחנה מכונית בתל-אביב או בעיר אחרת מכיר את המציאות הזו. הוא לא חייב לבוא לבית־המשפט, משאירים לו הודעה: 'עליך לשלם קנס, אלא אם כן אתה מבקש

לפנות לבית־המשפט. העניין מגיע לבית־המשפט אם הנתבע בוחר בכך. הרוב המכריע בוחר בתשלום הקנס.

חשבנו על הרחבה של שיטה זו לתחומים שעניינם ברישוי. למשל, חידוש רישיונות לנשק, שכדי להאריך את תוקפם יש לשלם אגרה מדי שנה; אם בעל הרישיון איננו משלם אפשר להעביר את זה לבררות קנס – ומקרים דומים. לכל נושא כזה יש פרובלמטיקה משלו. לגבי נשיאת נשק, למשל, צריך לבדוק אם האדם עדיין בריא, אולם יש מספיק נושאים כגון שפיכת זבל או פסולת בניין במקום אסור, או עבירות תנועה נוספות שאפשר להעבירן מסלול לפיו אין צורך להגיע לבית־המשפט בכלל. בתחום האזרחי יש מגמה של רפורמה בסמכויות, כדי שנושאים רבים יותר יגיעו לערכאה הראשונה (בית־משפט שלום) ושם ייוספו שופטים. בתחום הבג"ץ, העברנו נושאים של משפט מנהלי לבתי־משפט מחוזיים וייתכן שסינון נוסף יאפשר הוספה של נושאים מועברים.

ניתן להציע: אם יש הרבה משפטים, הוסיפו עוד שלוש מאות שופטים. על כך יש להשיב שזאת מערכת שאינה יכולה לגדול בלי קץ ובלי מידה באף מדינה, אפילו בעשירות שביניהן. יש שהשקעה כספית גוררת אחריה השקעות נוספות. שופטים נוספים גוררים בתי־משפט נוספים, פקידים נוספים, עוד הוצאות לוגיסטיות. אם אתה מוסיף עוד שופטים ברובד הראשון, עליך להוסיף עוד שופטים בערכאת הערעור, אחרת הגוף גדל באופן בלתי פרופורציוני. מוכרחים לשמור על פרופורציות סבירות ולשמור על מסגרת תקציבית כפי שמקובל בכל מדינה.

פ' גינוסר: יש טענה שעם ישראל מרבה להתדיין בהשוואה לעמים אחרים ולכן העומס הכבד על המערכת. האם זה נכון?

מ' שמגר: יש בזה משהו. אינני יודע אם הוא מתדיין יותר מכל העמים האחרים השוכנים סביב הים התיכון, אבל ללא ספק המוגז והיצר של ההתדיינות גדולים יותר מאשר אצל עמי סקנדינביה. הדוגמה הקלסית היא בתי־המשפט לתביעות קטנות. זו אינסטנציה נוספת שהקמנו לפני מספר שנים: בית־משפט המיועד לדברים פשוטים. בפניו איננו מופיע עורך־דין. אם להביא את הדוגמה השגרתית: אליו פונים כאשר השרברב לא תיקן את הצנרת כראוי והלקוח מסרב לשלם 500 שקל עבור תיקון שאיננו תיקון. בהתחלה, כשהקמנו את בית־המשפט הזה, היו לו כאלפיים תיקים בשנה. השנה היו כשישים אלף תיקים. כל אדם ער מאוד לזכויותיו וחרד שמא ייפגע, והנכונות לפשרה אינה תמיד מצויה. הפרט עומד על דעתו ותובע את 500 השקל אשר בשבילו יכולים להיות בגדר סכום משמעותי. אינני מולול בדבר, אולם מן הבחינה הארגונית מלמד הדבר שההתדיינות נוטה לגדול בהיקפה כאשר פותחים פתח להתדיינות

מסוג חדש ומקיימים אותה ביצילות. יש סיבה נוספת לכך מדוע מספר התיקים בבית־המשפט לתביעות קטנות גדל כל־כך. יש נושא המכונה 'ההשתתפות העצמית בפוליסת ביטוח'. על הסכום הזה שחברת הביטוח איננה משלמת מתדיינים אצלנו בבית־משפט לתביעות קטנות. אם הפגוש נפגע וחברת הביטוח איננה משלמת (עניין של 500-600 שקל) אנשים אינם מוותרים ותובעים את הפוגע. יש אלפי תביעות מסוג זה נגד אדם שגרם נזק לזולת עקב רשלנותו. זאת ועוד, אנחנו עם של מהגרים, חברה של מיוזג של תרבויות, שבה אדם חש בנקל - בצדק או שלא בצדק - שהוא מקופח ושמצרים את זכויותיו. הוא נוטה לא לוותר ולא להתפשר וגם מטעם זה יש לנו הרבה התדייניות. אם אני משווה אותנו למשל עם היפנים, יצר ההתדיינות שלנו הוא כביר. אצל היפנים זה בלתי נתפס ללכת לבית־משפט בשביל דבר של מה בכך. כמובן יש עוד עמים, שנקרא להם יותר ותיקים ומיושבים, שאצלם מבחינים התדיינות מועטה מזו שאצלנו. אבל איננו שונים מארצות־הברית שיש לה תכונות די דומות. בסך־הכול ניתן לומר שבחברה של כלכלה מודרנית, המורכבות של הכלכלה ושל הטכנולוגיה, הנזקים שהטכנולוגיה גורמת, בעיות הסביבה והמורכבות של היחסים הכספיים בין בני־אדם - כל אלה מביאים לכך שההתדיינות מתרבה, אין מה לעשות. בכל המדינות המערביות הדמוקרטיות כמות המשפטים גדלה במרוצת השנים. כל שנה אני מקבל מאחד מעמיתי לשעבר באנגליה (שומר המגילות) את הדוח השנתי. הוא מופקד על ערכאת הערעור בדיונים האזרחיים ואני רואה באותו דוח את אותה הבעיה. הוא כותב כי משך ההתדיינות גדל, מספר התיקים גדל, ומספר השופטים לא גדל. כך שהפרובלמות הן גם מעבר לאופי ומעבר למזג. אלה הן בעיות של חברה טכנולוגית מודרנית.

פ' גינוסר: האם יש לכם כיווני מחשבה נוספים לרפורמה?

מ' שמגר: אפשרות שנידונה עתה היא להוסיף עוד אינסטנציה שיפוטית, היינו בית־משפט לערעורים בין בית־המשפט המחוזי לבית־המשפט העליון. בית־המשפט העליון ידון בתיקים רק לאחר שיערוך בהם סלקציה, כמו בארצות־הברית. בשנה האחרונה ה־Supreme Court בווישינגטון דן ב־54 תיקים. איך הוא מגיע לכך? עושים סלקציה. מגישים לו כחמשת אלפים בקשות. מתוך חמשת האלפים הוא בוחר לעצמו את חמישים וארבעה התיקים שהוא דן בהם. אצלנו, כשהמשפט מתחיל בבית־המשפט המחוזי, אין ערכאת ערעור נמוכה יותר מבית־המשפט העליון, ולכן אנו דנים כאלפי ערעורים מבית־המשפט המחוזי. אנחנו גרסנו כי מוטב להרחיב את הסמכויות של בית־משפט השלום כדי שהערעור יופנה לבית־המשפט המחוזי, ולבית־המשפט העליון תהיה סמכות הסלקציה, היינו שיקול הדעת אם להרשות ערעור שני.

בקשר לבית־המשפט העליון יש גם להזכיר כי הורחבה זכות העמידה. בשעתו היה כלל שרק אדם שנפגע אישית יכול לפנות לבג"ץ ולטעון את טענותיו: מי שסירבו להעניק לו רשיון, מי שפגעו בחופש הדיבור שלו וכו'. אנהנו הרחבנו את זכות העמידה ואמרנו שלגבי נושאים שהם בגדר פגיעה יסודית בשלטון החוק, או פגיעה בהסדרים, בתפיסות היסוד החוקתיות שלנו, יכול לפנות גם אדם שלא נפגע במישרין. לכן אתה רואה היום פניות, והן לא רבות, אבל הן מופיעות הרבה בתקשורת, של עמותות המפקחות על שלטון החוק או על המנהל התקין, שהן אינן הנפגעים הישירים, אך הן מעלות בבית־המשפט השגות בנושאים שהם מרכזיים לרעתן. למשל, כל הפרשה של נקאש ששר המשפטים סירב להסגיר אותו לצרפת הועלתה לא בידי מי שנפגע אישית – לא בידי בן משפחה של מי שנהרג בידי נקאש – אלא בידי אישי ציבור, חברי כנסת, פרופסורים. כל הפרשה של אוטובוס 300 הגיעה לבית־המשפט הגבוה לצדק מתוך פנייה של פרופסורים ואנשי ציבור ולא בידי מישהו מבני המשפחות הנוגעות לעניין. אלו הן דוגמאות שבהן, על־פי תאוריה מצמצמת של זכות העמידה על־פי השיטה הישנה, ניתן היה לומר: 'מי שמכם? בזכות מה אתם פונים בעניין הזה? מי שיכול לפנות הם בני המשפחה ולא אתם'. כלומר, הורחבה זכות העמידה שנועדה לשרת את העמקת שלטון החוק והשרשתו, כי לא תמיד האדם הנוגע בכך במישרין יכול לפרוש את הנושא בבית־המשפט לאור האמצעים העומדים לרשותו והפרקליטים העומדים לרשותו, למרות שהתופעה פוגעת בציבור האזרחים בכללותו. אם המדינה עושה איזשהו דבר שפוגע באופן מהותי בתפיסות היסוד החוקיות שלה עצמה, עולה השאלה אם ראוי הוא שאף בית־משפט לא יתערב? מכאן הרקע להרחבת זכות העמידה, בנושאים מסוימים, לכל אורה.

פ' גינוסר: מתי הורחבה זכות העמידה?

מ' שמגר: בערך בעשר השנים האחרונות. גישה זו גורמת לתוספת משפטים, יותר מבחינה אופטית מאשר מבחינה מעשית. אלה אמנם משפטים חשובים, אך הם מעטים ביותר. אחת מהדוגמאות: בזמן הממשלה הקודמת עשתה מפלגת העבודה הסכם עם ש"ס, שנקרא 'חוק עוקף בג"ץ'. הן הסכימו מראש שכל אימת שבית־המשפט הגבוה לצדק ייתן פסק־דין אשר בו תהיה פגיעה בסטטוס־קוו הדתי, תהיה למפלגת העבודה חובה מראש לחוקק בכנסת, תוך הישענות על הרוב שיש לה, חוק שיבטל את פסק־הדין, כדי שהסטטוס־קוו בענייני דת יישאר על כנו. נושא זה הובא לבית־המשפט על־ידי עותרים פרטיים שלא יכלו עדיין להיות נפגעים אישית מן ההסכם. עתירה זו (שנתאפשרה מתוך הרחבת זכות העמידה) דנה בנושא משפטי־חוקתי בעל השלכות מרחיקות לכת.

בית־המשפט ברוב דעות, כולל דעתי, החליט לא להתערב בעניין, כי

סברנו שזה הסכם בין מפלגות פוליטיות שאין לו עדיין מימוש ובית־ המשפט אינו רואה צורך להתערב כל עוד ההסכם לא בא לידי ביטוי קונקרטי. יש הטוענים, לדעתי ללא יסוד, שהרחבת זכות העמידה גורמת לפקקים בבית־המשפט, כי בדרך־כלל אלו המשפטים הכבדים יותר, הנמשכים יותר זמן, יושבים בהם מספר גדול יותר של שופטים. אבל, לדעתי, במכלול של אלפי התיקים של בית־המשפט זה איננו גורם. גורם בעל משקל רב יותר זוהי חלוקת הסמכויות בין בתי־המשפט. הזכרתי נושא זה לעיל. ביטויו בהעברת יותר סמכויות לבית־משפט השלום כדי שהערעור יבוא לבית־המשפט המחוזי וניתן יהיה להגיע לבית־המשפט העליון רק ברשות - כמו בארצות־הברית.

היתה הרחבת סמכויות רצינית מאוד בבתי־משפט השלום גם בתחום האזרחי וגם בתחום הפלילי. בית־משפט השלום יכול היום לדון למאסר עד שבע שנים. בזמן המנדט יכול היה לדון רק למאסר של שנה אחת. אינסטנציה זו יכולה לדון בתביעה של עד מיליון שקלים, ובהשוואה לעבר זו הגדלה באופן מהותי ולא רק עקב האינפלציה.

אסור למנוע מאדם זכות ערעור, אבל כאשר הערעור נשמע בבית־ המשפט המחוזי אפשר יהיה להחליט שאין מתירים ערעור שני, אלא רק בנושאים חשובים ביותר. זוהי אחת השיטות להפחתת העומס. יש טענה נוספת והיא כי העומס גדל מפני שבית־המשפט העליון התחיל לדון בנושאים חוקתיים. תשובתי היא שהנושאים החוקתיים, מבחינת החוק שלנו, אינם שונים במהותם מכל מה שבית־המשפט הגבוה לצדק עסק בו מאז ומתמיד לאור הוראותיו של חוק בתי־המשפט. בשנת 1992 נתקבלו בכנסת שני חוקי יסוד - האחד שדן בכבוד האדם וחירותו והשני שדן בחופש העיסוק. לראשונה הוטלו הגבלות מהותיות על חופש החקיקה של הכנסת. אלה שני חוקים אשר קובעים נורמות חוקתיות לזכויות יסוד. חוק יכול לפגוע בזכות יסוד הקבועה בחוק יסוד, למשל בזכות הקניין, רק אם הוא ממלא אחרי שורה של תנאים: שהוא תואם את ערכיה של מדינת ישראל, שהוא מיועד לתכלית ראויה ושהוא איננו עובר על המידה הסבירה. אחרת ייפסל כחוק הנוגד את חוק היסוד. דוגמה קלסית הוא חוק שמוכר מאוד - מה שנקרא 'חוק גל', על שם חבר הכנסת גל שהיה יושב־ראש ועדת הכספים, חוק שבא להציל את המושבים ממשברם מכיוון שהם נכנסו לחובות. הוא הציע חוק להסדרים פיננסיים למשקים החקלאיים, שהתקבל בכנסת ושקבע שיטה למחיקת חובות חלקית בנסיבות מסוימות. מחיקת חובות פירושו שנושה לא יוכל לגבות מקצת מן החובות. מחיקת חובות דומה קיימת בפשיטת רגל. החוק הזה התקבל אחרי חוק היסוד כבוד האדם וחירותו, הקובע שהוא חל רק על חוקים שנחקקו אחרי שהוא התקבל. חוק יסוד כבוד האדם וחירותו פניו לעתיד, והתיקון של חוק גל התקבל יותר מאוחר. בא לפנינו ערעור על פסקי־

דין של בתי־משפט מחוייב, שהחליטו שהחוק הזה הוא בלתי חוקתי, היינו שיש בו פגיעה בזכות הקניין של הנושה כי נאמר בו שבנסיבות מסוימות מותר למחוק עד 40% מהחובות, ומחיקת חובות היא בגדר שלילת קניין של הנושה.

שלילת הקניין צריכה לעמוד במבחנים שהזכרתי: החוק צריך לתאם את ערכיה של מדינת ישראל, להיות לתכלית ראויה ולא לעלות על המידה הסבירה. החוק הזה איננו עונה על דרישות אלו – אמר בית המשפט המחוזי. למה שלא כל האזרחים ישתתפו בכיסוי החובות האלה? למה רק המושבים יזכו למחיקת חובות? למה לא בעלי חוב אחרים?

זה הגיע לבית־המשפט העליון בדרך הערעורים, והוא חייב היה להחליט האם התיקון בעניין חוק ההסדרים במשק החקלאי נוגד את העיקרון של אי־פגיעה בקניין הקבוע בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, או איננו פוגע בזכות הקניין. במשפט הזה ישבו תשעה שופטים. בית־המשפט קבע שאמנם יש בחוק פגיעה בקניין, אך החוק הזה עונה על התנאים בסעיף 8 לחוק היסוד כבוד האדם וחירותו, היינו: תואם את ערכיה של מדינת ישראל, כי בית־המשפט סבר שהצלת ענף משקי שלם הוא גם תכלית ראויה וגם תואם את ערכיה של מדינת ישראל.

נקבע גם שזה נעשה במידה הראויה, היינו זה איננו עובר את המידה ואגב גם תואם את הכללים הדומים שחלים בפשיטת רגל. זוהי דוגמה של הכרעה שבה עוסק בית־משפט של חוקה: היינו, האם חוק רגיל שהתקבל בכנסת, במקרה זה התיקון לחוק גל, תואם את הערכים החוקתיים העליונים שנקבעו בידי הכנסת. יש ויכוח מי יטפל בזה? בחוק היסוד לא נאמר שבית־המשפט העליון יקבע אם חוק מסוים נוגד את חוק היסוד, אבל זה מתבקש באופן טבעי, כי אין אינסטנציה אחרת שיכולה לתת פרשנות משפטית מחייבת במקרה שכזה. הכנסת לא יכולה לדון בזה, שהלוא בעצמה חקקה את החוק המסוים הזה, מכאן שהיא סברה שהוא אינו נוגד את חוק היסוד. אם היא תהיה השופט של עצמה, למעשה ביטלת את הביקורת האובייקטיבית על מעשה של המחוקק. קונסטיטוציה בכל מדינה מתוקנת בנויה על כך שהמחוקק מחוקק, אבל לשם שמירת הוראות החוקה יש אינסטנציה אחרת. יש מדינות, ואני הזכרתי זאת בראשית דברי, שקבעו לכך בית־משפט מיוחד – כשעולה טענה שחוק מסוים נוגד את החוקה, את הערכים העליונים, המשוריינים, המיוחסים שקבועים בחוקה. בגרמניה יש למטרה זו אינסטנציה מיוחדת. בהיעדר חקיקה כזו אצלנו אך טבעי שבית־המשפט העליון שדן בכל התביעות המשפטיות ידון גם בכך. אין בכך משהו שסוטה מבחינה מהותית, מבחינת תוכן הדברים, ממה שבית־המשפט תמיד עושה. בית־המשפט תפקידו לפרש את החוק. במסגרת פרשנות החוק האינסטנציה העליונה היא בית־המשפט העליון.

כפי שאמרת, בין הטענות שמשמיעים כלפי בית־המשפט העליון: 'למה הם עוסקים בנושא?' - התשובה היא מה יעשה אורת, בעל המשק במושב, כאשר בית־המשפט המחוזי פסל את החוק? למי היה פונה בערעור? אם יחוקקו מחר חוק שמותר להפקיע אדמה של מישהו בלי תשלום פיצויים, לאן יבוא האדם שהפקיעו את האדמה שלו ויגיד: 'זה בלתי חוקתי, זו פגיעה אבסולוטית בקניין!'? מה יעשה אדם שאדמתו הופקעה? יכתוב פטיציה לוועדת הכספים ויתלונן על זה שהוועדה אישרה חוק להפקעה ללא תשלום פיצויים? - כלומר, הוא יפנה למי שעשה את המעשה שעליו הוא מתלונן. אין ספק שאין לו כתובת אחרת אלא בית־המשפט. הנפגע אמנם יכול לפנות למבקר המדינה, אולם המבקר אינו בודק את חוקיותם של חוקי הכנסת. הוא גם איננו יכול לתת צו שמבטל את החוקיות של המעשה. הגוף היחיד שבסמכותו להכריז שמעשה מסוים של המחוקק הוא בלתי חוקי - הוא בית־המשפט. משמע, אם בית־המשפט לא יעסוק בנושאים אלה כאילו שללת מן האזרה את האפשרות לערער על פגיעה בזכות יסוד. הזכות נשארת אז בגדר הצהרה ותו לאו. חייב להיות גוף שמממש את הזכויות. לסיכום, אני סבור שחלק מהנושאים שבית־המשפט העליון עוסק בהם כיום חיוני שלא יופנו אליו, אולם הכוונה אינה לביטול אפשרויות לפנות לבית־המשפט, אלא להעברה לאינסטנציה אחרת, נמוכה יותר. אם בית־המשפט העליון במקום שידון בשבעת אלפים תיקים בשנה ידון בשלושת אלפים, יהיה קל יותר לפנות לבית־המשפט ולקבל פסק־דין תוך זמן סביר.

פ' גינוסר: יש כיום התקפה על מעמדה של כל מערכת פירוש החוק ואכיפת החוק. תמיד היו אנשים שנפגעו ממנה ודיברו בגנותה, אבל לא באותה בוטות ולא מאותה עמדה שלטונית רמה כמו אביגדור ליברמן, שאמר לעיתון שהמשטרה הפכה להיות מכשיר לחיסול חשבונות. דבריו הם דוגמה לגל של התקפה. האם גל זה מבטא מצב שהמערכת איננה משביעה את רצונם של רבים מאוד? האם היא באמת נמצאת בסכנה מתוך התייחסות שלילית אליה?

יש לנו דוגמה בולטת של מה שהתרחש בבלגיה. פסקי־הדין נגד אנסי ורוצחי ילדים קוממו את דעת הקהל נגד מערכת המשפט המואשמת בפומבי כ'דקובה', ואב של אחת הקורבנות ירה והרג אשם שפסקו לו עונש מקומם בקלותו. אמרת שאצלנו התפתחה תופעה של גביית תובות בדרך בלתי חוקית, משום שההוצאה לפועל לא מילאה את מה שמצפים ממנה. האם מערכת השפיטה ואכיפת החוק בהתנהגותה יכולה, באכזבה שהיא גורמת, לשים לעצמה רגל? הרבה פעמים אני נתקל בטענות על פסקי־דין בלתי סבירים (יכול להיות שפעם, לפני שלוש שנים הם נראו סבירים). קשורה לכך השאלה האם במערכת המשפט המצב הוא כמו באקדמיה? באקדמיה מי שהגיע לקביעות נעשה למסמר בלי ראש. מאז

שהגיע לקביעות הוא יכול לעשות ככל העולה על רוחו ובשם החופש האקדמי הוא כמעט חסין מפני כל סנקציה. אם משהו השתבש אצל שופט במהלך השנים והוא מגיע למצב שפסקי־הדין שלו לוקים בחוסר סבירות ופוגעים ביתם הציבור לכל המערכת, מה עושים במקרים כאלה?

מ' שמגר:

יש כאן למעשה שתי בעיות: ראשית, הבעיה של ההכרעה המהותית המסוימת של השופט – אם היא נכונה או איננה נכונה; ושנית, יכולה להיות טענה פרסונלית נגד השופט. על ההכרעה המהותית יש זכות ערעור. אין כמובן זכות ערעור על פסקי־הדין של בית־המשפט העליון.

פ' גינוסר:

אבל הלוא אפשר לערער לפני הרכב רחב יותר של בית־המשפט העליון. אפשר לקיים דיון נוסף, אבל זה רק במקרים נדירים. גם אם תקבע עוד אינסטנציה, בכל מקרה תמיד תהיה אינסטנציה אחרונה, אחרת אין לדבר סוף. לגבי הטענה הפרסונלית נגד שופט, יש בחוק הסדרים שלא בכל הגופים הם קיימים. אפשר להביא שופט לדין משמעתי אם הוא פועל שלא כראוי במילוי תפקידו, ואפשר גם להעבירו מתפקידו, אבל זה נדיר. הטענות הן בעיקר ביטוי לאי שביעות רצון של צד מסוים שלא זכה לפסקי־הדין שציפה לו. זה נובע מצעם הנושא. כששניים מתדיינים בבית־המשפט, הפועל היוצא הוא שאחד יפסיד ואחד יזכה. לא יכול להיות ששניהם יפסידו ולא יכול להיות ששניהם יזכו. לכן, תמיד צריך לסנן טענות ולראות אם הן נובעות מכך שלא המליץ הוא הצד הזוכה אלא משהו אחר, או שהטענות הן אובייקטיביות.

מ' שמגר:

בית־המשפט אינו פועל בסתר אלא חשוף לעיני הציבור. יש דיווח יומיומי על מה שהוא מחליט, לא רק בדרך הפרסום הרשמי של פסקי־הדין, אלא דרך התקשורת היומיומית. כאדם אני יכול להבין טענה בעלת אופי סובייקטיבי של משהו שאיננו שמח על התוצאה. אינני חושב שיש חשש של עיוות מהותי, אולם כל דבר שבני אנוש עושים יכולה ליפול בו טעות.

פ' גינוסר:

השאלה היא, האם כתוצאה משינויים בגורמות יש לאחרונה יותר סיכון לסמכות של מערכת המשפט ושל מערכת האכיפה מאשר מקודם? הזעם על אונס, למשל, נעשה בדעת הקהל הרבה יותר לוהט. פסקי־דין שגילו נטייה להבין את הפושע, מה קרה לו בילדותו, פעם התקבלו הרבה יותר בהבנה מאשר עכשיו. היום תובעים להתחשב יותר בקורבן.

מ' שמגר:

אחד מן הכללים ששופט חייב להקפיד עליהם הוא להכריע לפי מיטב מצפנו ובמסגרת החוק. הוא לא יכול להיות מושפע מהלכידות. אם יהיה מושפע מהלכידות יאבד עד מהרה את אמינותו. הוא יאבד את הצפון, אם אפשר לומר כך, את המגנט, את הכיוון הנכון. הוא חייב להכריע לפי המצב המשפטי, על יסוד העובדות, לפי מצפנו, אם הוא מאמין או איננו מאמין לעדות מסוימת. הנסיבות שיכולות להשפיע על הכרעת השופט הן: עבריינות בעבר, שכיחות העברות, נסיבות המעשה, הנזק לקורבן וכדומה.

גם אם עברה במקום להיות נדירה ויוצאת דופן הופכת לתדירה, נוצרת אצל השופט תחושה שצריך לנקוט אמצעים מיוחדים כדי ליצור הרתעה אפקטיבית יותר. יכול לקרות שהוא ינקוט אמצעים מחמירים יותר מאשר בעבר. אבל, ככל אדם שעובד על-פי לוגיקה גם השופט חייב לשקול את האפקטיביות של האמצעים שהוא נוקט. על השופט להגיב לפי המצב המשפטי והעובדתי. אם השופט יגיע לכלל מסקנה שהעבריין הוא אדם חולה, הוא יצהיר על כך על-פי חוק. הוא לא ישלח אותו למאסר במקום לאשפוז רק כדי להשביע את רצון מי שדורש את העגשתו. אם האדם חולה בנפשו, אז הטיפול על-פי החוק צריך להיות אחר. זו רק דוגמה להתמודדות מתמדת עם הקשיים של התפקיד השיפוטי.

פ' גינוסר: הזכרת פה את העניין של חוק וצדק. אני שמעתי, או קראתי, שבאנגליה יש מוסד מיוחד שצריך לטפל במקרים שבהם המרחק בין החוק ובין הצדק גדול מדי.

מ' שמגר: אתה בוודאי מדבר על משהו שבהיסטוריה המשפטית.

פ' גינוסר: עד כמה שאני זוכר, קראתי על דבר שמתקיים עכשיו.

מ' שמגר: כוונתך לגוף ציבורי אשר דן ברפורמות בחוק?

פ' גינוסר: לא, לגוף שזן במקרים קונקרטיים.

מ' שמגר: יש ספר ידוע של Earl Stanley Gardner (מי שיצר את הדמות של Perry Mason), שקרא לספר שלו: *The Court of Last Resort*. הוא מספר שם על מקרים פליליים בארצות-הברית שאותם הוא חקר ובדק ומצא בהם פגמים שגרמו לכך שהתוצאה לא היתה כפי שהיתה צריכה להיות. כל מה שנעשה בידי אדם איננו יכול להיות מושלם.

פ' גינוסר: עד כמה שהבינותי, עסקו שם לא בפגמים חוקיים אלא בניגוד שהתגלע בין החוק ובין הצדק.

מ' שמגר: אין אצלנו מוסד שכזה, אבל אתה יכול למצוא פסקי-דין המתריעים על כך שסיטואציה מסוימת איננה צודקת. ותשומת-לב המחוקק מופנית לתופעה הזו.

אני יכול לתת דוגמה מחיי היום-יום: היתה שאלה של חובת הבנקים ללקוחותיהם. יש חוק אשר דן בשירותים בנקאיים והוא מחייב את הבנק להסביר ללקוח, בלשון שיבין אותה, את המסמך שעליו הוא חותם. זו חובתו של הבנק ללקוחותיו, כי בחברת מהגרים כשלנו יש רבים שאינם יכולים להבין את הדקויות של המסמך.

בא בפני בית-המשפט מקרה של עולה חדש, ספר, שנתן ערכות למישהו שכרח אחר-כך מן הארץ. הערב לא הבין על מה הוא חותם, כי הוא לא ידע עברית והבנק החתים אותו. השאלה היתה האם כלפי ערב יש לבנק אותה מחויבות כמו כלפי מי שלווה את הכסף. פסק-הדין שלי השיב על כך בחיוב. היינו, הבנק היה חייב לנהוג כלפי הערב כמו כלפי כל לקוח, מפני שהערב משרת מטרה שהבנק רוצה בה, היינו יצירת אותה

אחריות כספית נוספת שהבנק מבקש אותה כדי ליצור לעצמו ביטחון לתשלום החוב.

העֶרֶב אמנם בא מטעם הלווה, מטעם מי שזקוק לעֶרֶב אבל גם מטעם הבנק שדרש החתמת אדם נוסף. העֶרֶב הוא תופעה ישראלית מקובלת, כשאדם מבקש לרכוש דירה דרושים ערבים. כשופט חשתי אי־צדק כאשר לא פורשים על העֶרֶב את אותה הגנה שפורשים על לקוח רגיל של הבנק. הייתי בדעת מיעוט. הערתי או שצריך לתקן את החוק – והחוק תוקן. זו רק דוגמה לכך שאם ברשות השופטת חשים שיש פער בין החוק ובין הצדק, מעירים את תשומת־לב הרשות המחוקקת.

כשהייתי היועץ המשפטי לממשלה היה במשרד המשפטים הסדר לפיו קיים מעקב אחר פסק־דין, כדי לבדוק האם מתחייב תיקון בחוק לאור מה שנאמר בפסק־הדין. כאשר הגעתי לכיוון ההפוך, ביקשתי העברת פסק־דין למשרד המשפטים בידי שופטים שסבורים שיש משהו המחייב תיקון בחוק הקיים.

יש מגמה של שיתוף פעולה בין הגוף שמניע את המחוקק (משרד המשפטים שמציע הצעות חוק) לבין הגוף שעוסק בשיפוט. ראוי שהמופקדים על החקיקה יבדקו באופן מתמיד באיזו מידה ניתן להקטין את הפער בין הצדק לבין המשפט.

המשפט צריך לשרת את הצדק. הוא צריך לשאוף להפחתת הפערים, או התהומות, בין המשפט כפי שהוא חל בפועל לבין הצדק, אך חוששני שלעולם לא יגיע לאבסולוטיות. אפשר עלידי טכניקות של מעקב אדמיניסטרטיבי נגוס בשטה בלתי מכוסה ולתקן מצבים בלתי רצויים. כל המוסד של הצעת חוק פרטית בכנסת, להבדיל מהצעת חוק של הממשלה, נוצר בין היתר כדי לאפשר יוזמות חקיקתיות שאינן ממסדיות.

הזכרתי ערבות – היתה הצעת חוק פרטית בעניין הערבויות, שבאה להילחם נגד תופעה שמשעבדת אנשים אשר נתנו בתום לב ומתוך טוב לב גיבוי לפעולה פיננסית של מישהו.

פ' גינוסר: היתה זאת הצעת חוק פרטית?

מ' שמגר: זאת היתה הצעת חוק פרטית והיא עברה.

פ' גינוסר: דיברנו על זכויות האדם והאזרח, מושג שהוא תוצאה של המהפכה הצרפתית והנאורות בדרך־כלל. יותר מאוחר נעשתה מקובלת זכות המאבק המקצועי ובה זכות השביתה. לפי זכות זו אי אפשר להאשים שובת בנזקים שנגרמו בגלל שביתה. במקרה שכזה יש לעובד כל מיני הגנות. יש גם הגבלות, השעיה של זכות השביתה, באמצעות תקנות לשעת חירום. ההסתדרות רואה בעין רעה את השימוש של הממשלה בתקנות שכאלה, ומשיבים לה שגם הממשלה הקודמת, שהיתה קרובה יותר להסתדרות, נהגה כך. מה דעתך בסוגיה זו?

מ' שמגר: טוב. זכות השביתה מיכרת אצלנו כזכות אשר משמשת ככלי במאבק

מקצועי. לפעמים היא משמשת גם לא במאבק מקצועי. יש בחוק כללים לגבי מה שנקרא 'שביתה מוגנת' ו'שביתה בלתי מוגנת'. הכללים נקבעו כדי למנוע פגיעה בזולת שאינה נובעת ממאבק מקצועי. הדבר המצער הוא שקורה שהשביתות יותר משהן פוגעות בשלטון הן פוגעות באנשים: החולים בבתי-חולים, אנשים הזקוקים לנסיעה ברכבת ועוד. הנזקים גדולים מאוד, לכן קבעו כללים - הודעה מראש של חמישה עשר יום, שהשביתה צריכה להיות למטרה מסוימת של פתרון סכסוך עבודה ועוד. החוק שלנו מאפשר גם תביעת נזיקין במקרה שהשביתה אינה מוגנת. היה גם פסק-דין של בית-המשפט לגבי עובדים בנמל אשדוד, אשר בשביתה בלתי מוגנת גרמו לנזק. אני חושב שהשימוש בזכות השביתה, שהיא זכות לגיטימית במאבק בתחום יחסי העבודה, אסור לה לשמש למטרות אחרות. לגיטימי לשבות נגד משהו קונקרטי שהתרחש במפעל שלי. הדבר שונה כשאני שוכת באופן כללי נגד מדיניות פלוניא, כי זה ויכוח פוליטי נגד החלטה כלכלית ומדינית שאותה יש להכריע בכנסת.

יש לאחרונה שביתות נגד בתי-המשפט. השביתה האחרונה שהיתה בכל המשק פרצה מפני שבית-המשפט הוציא צו הבאה למישהו שלא התייצב לדיון משפטי. זו שביתה נגד פסיקת בית-המשפט. זה דבר הרסני מבחינת שלטון החוק שמגן גם על העובד. בית-הדין לעבודה מגן על זכויות העובד בנאמנות כבר הרבה מאוד שנים. הוא עושה זאת בצורה מאוזנת, כאשר משתתפים בו גם נציגי העובדים וגם נציגי המעבידים. העובד ונציגיו חייבים מצדם לכבד אותו בית-דין, להישמע לצו של בית-הדין.

פ' גינוסר: נדמה לי שבמטרה ובצבא אוסרים אצלנו שביתה.
מ' שמגר: זה לא כתוב בחוק. זה גובע מהמבנה המשמעתי שלהם. אבל זה לא קיים בכל מקום. בניו-יורק שוטרים שבתו, או כבאים שבתו. כבאים גם אצלנו שבתו. אם תתקיים שביתה בצבא גמרת עם יעילות השירות הצבאי. אצלנו צריך להקפיד לשמור על זכות השביתה שהיא חשובה לעובד ולזכויותיו, לשכרו, לתנאי העבודה, להגנה מפני פיטורים שדירותיים וכיוצא באלה. צריך להיזהר מהגישה של ניצול זכות השביתה למטרות פוליטיות. זו פעולה המביאה תועלת בטווח הקצר, אך בטווח הארוך יש בה משום שחיקה של תקינות הממשל. דעתי שצריך לשמור על זכות השביתה בתחומה.

פ' גינוסר: מלכתחילה הדגשת את התייחסות של כל דבר, גם את התייחסות של שלוש הרשויות המגבילות זו את זו, אבל במהלך הראיון הדגשת כל הזמן שהרשות השופטת היא המגנה על האזרח וטוב שהיא מגבילה את הרשות המחוקקת ואת הרשות המבצעת. אבל, לפי אותו היגיון משתמע שאם לא יגבילו את הרשות השופטת גם היא עלולה להגיע לאיזושהי שרירות, לאיזושהי עריצות משלה.

מ' שמגר: כן, בהחלט. אני מסכים. בית המשפט כפוף כמובן להוראות החוק, ככל רשות אחרת. הרעיון הוא שאם מרכיבים את כל הסמכויות ברשות אחת נוצרת טוטליטריות. מבחינה זו אין נפקא מינא אם זו הרשות המבצעת או הרשות המחוקקת או אם הרשות השופטת בלבד תהיה גם המחוקקת וגם המבצעת. הריכוז בידי רשות אחת, במקום לחלק את הסמכויות השונות, היא פגיעה בתפיסה הדמוקרטית. השופטים אינם אומרים: 'אנו נהיה גם הממשלה וגם הכנסת ודברנו לבדו יהיה תקף'. הדבר הזה היה פוגע בחלוקת הסמכויות ובהפרדת הסמכויות שהן חיוניות לדמוקרטיה. לכן דברו של בית המשפט במדינה דמוקרטית איננו דבר שאין אחריו ולא כלום.

ציינתי כבר כי הכנסת יכולה לחוקק אחרת. אני חושב שצריך להיות איזון ושוויון מעמד ועצמאות של כל אחת מן הרשויות תוך מגע הדדי ופיקוח הדדי. החלוקה הזו והפיקוח ההדדי - הם יוצרים אותו איזון שהוא חיוני לקיום שלטון שבו יש חירות לאדם.

פ' גינסור: מתוך אסוציאציה נזכרתי בטענה שנשמעה בשעתו על ממשלת רבין הראשונה. טענו שהוא כליכך מקפיד על קיום החוק עד שהוא מוסר למעשה את ניהול המדינה לידי היועץ המשפטי. מצד שני טענו על ממשלתו האחרונה של רבין שהוא לא אהב יותר מדי את התערבות הבג"ץ. הייתי יכול לשאול אותך על כל הסוגיות הנוגעות ליועץ המשפטי לממשלה, שהרי כיהנת בתפקיד זה, אבל אני מבין שמוטל עליך רשמית לפתור את בעיית דרך מינוי היועץ ואסור לדבר בנושא זה. אשאל משהו אחר - האם אתה יכול לציין אנשים או אירועים שהיה להם ערך כאבני דרך בהתפתחות שלטון החוק במדינת ישראל. מדברייך בפגישה הקודמת הבנתי שלדעתך שלטון החוק במדינת ישראל הוא במגמת התגברות. האם הבינותי אותך נכון? האם אתה יכול לציין שלבים של התגברות שלטון החוק והאם זה תמיד הלך קדימה או אחורה, ואיך אתה רואה את העתיד? אינני בין אלה שגורסים שהגענו אל המנוחה ואל הנחלה. דיברתי על

מ' שמגר: תפקודם של בתי המשפט ואני בהחלט שותף לדעה שצריך באופן מתמיד לחפש דרכים לשפר ולתקן. אני סבור שבהברה שלנו יש גילויים בולטים של אי כיבוד החוק, החל מצריכה רבה מאוד של סמים, שנמצאת היום בהיקף שאף פעם לא היתה אצלנו, וכלה בעברות רכוש (שחלקן נובע דרך אגב מן הצורך בכספים לצורכי סמים) ועברות אחרות שאינני צריך לציין אותן באוזני כל מי שקורא עיתון. אין לי שום אשליות ששורת אצלנו אידיליה. אני רק אומר שיש לנו בית משפט מבוסס, יציב וחזק, שמתמודד עם התופעות האלה, אם כי לא תמיד בהצלחה, כמקובל במדינות העולם החופשי. יחד עם זאת לא הגענו לתרופת הפלא הזו, לפניקאה הזו, היוצרת שלווה אפלטונית של עולם שכולו טוב. לגבי השלבים: ודאי שביצירת מדינת ישראל, בשאיפתה לממשל תקין,

לשלטון חוק, היו שלבים שבהם היו עליות ומורדות. באופן טבעי, בכל מקום שיש בו בני-אדם יש גם כשלונות, אם בתום לב ואם שלא בתום לב.

אינני רוצה לחלק ציונים לממשלות השונות בעניין זה. אני רוצה רק לציין שהאדם הראשון שפעל לממלכתיות בתפיסה הישראלית היה בן-גוריון. אני ראיתי מסמכים שבהם גוף בשני נושאי תפקידים בכירים מאוד במדינה על כי לפי בקשה של גורם אינטרסנטי עיכבו פתיחת הליכים משפטיים נגד נבחר מסוים. הוא כתב להם שאסור להתערב בפעולות של רשויות העוסקות בפתיחת הליכים משפטיים. הוא טיפח גישה ששמרה על מקומו של המשפט כחלק אינטגרלי מיצירתה של חברה תקינה, זאת בנוסף לתחומים אחרים שבהם הוא עסק; חינוך ממלכתי ודברים דומים. ודאי שהיו גם מפלות. אם מקנים לאנשים סמכויות, והם אינם תחת פיקוח מתמיד של הציבור ושל התקשורת, הם מועדים למעוד. יחד עם זאת, אם רוצים בשלומה של המדינה הזאת אי אפשר - למען הביקורת - לפרוש לעיני כולם את כל מה שקורה. זה עלול להביא אסון על המדינה עד מהרה. בתחומים שאי אפשר לחשפם יש יותר חשש כשלונות. אבל אין למדוד, לא מוסד ולא גוף, לא חברה ולא מדינה, רק על-פי העובדה שהיה בהם כישלון זה או אחר. בכל חברה יש כשלונות. בארצות-הברית התגלה פתאום סגן ראש ה־CIA הוא מרגל סובייטי. אצלנו היו כשלונות בתחומים אחרים, שצריך להודות בהם, אולם אין מודדים את החברה על-פי עצם קיומה של תופעה שלילית אלא לפי המבחן איך מתמודדים עם התופעה. אם התופעה זוכה לטיפול מתקן, מטהר, אשר עוקר את העשבים השוטים ומונע במידת האפשר את הישנות מקרים דומים, סימן הוא שהחברה תדע להתגבר. אם נחזור לדוגמת הרפואה, עליך לא רק לעשות דיאגנוזה של המחלה, אלא גם לדאוג לכך שתהיה התרופה המתאימה שיכולה לגרום לכך שבשימוש נכון המחלה הזאת תיעלם. זה סימן שאתה יודע איך לנהל את עסקיך ואת ענייניך הממלכתיים. אני חושב שכך צריך לראות את התופעות שהיו לנו בשנים שמאו קום המדינה. ודאי שהיו תקלות חמורות שקרו במישורים שונים. השאלה היא איך אתה, לאחר מעשה, מטפל בנושאים האלה. אני חושב שידענו ברוב המקרים איך לטפל בדברים האלה לאחר מעשה, אם כי לא תמיד הצלחנו בטיפול העוקב אחרי ביצוע המסקנות באופן רצוף ומתמיד.

פ' גינוסר: אתה יכול להביא דוגמאות?

מ' שמגר: לא. אינני רוצה להיכנס לדוגמאות, אבל אני חושב שאנחנו צריכים לפתח

כלים מתאימים לטיפול בבעיות שכאלה. אם נחזור לבן-גוריון, הוא צדק כשסבר שלגבי תופעות מסוימות צריך כלים משפטיים ולא כלים מנהליים, ושלגבי השאלה אם בוצעה או לא בוצעה עברה טוב שתהיה חקירה באמצעות גוף מוסמך. הוא דיבר על ועדת חקירה משפטית. התזה הבסיסית

שהעלה, למרות שחלקו עליו, אומצה אחר־כך. חוק ועדות חקירה, שחוקקו אותו בשנים '68-'69, ושעל־פיו נוהלו כל ועדות החקירה החשובות התל משרפת אל־אקצה וכלה ברצח יצחק רבין, כל הוועדות האלה הוקמו על־פי חוק שהוחק, למעשה, לאור הטענות שהוא העלה, שפעולות מסוימות לא נבדקו בידי גוף בעל סמכויות משפטיות.

פ' גינוסר: במידה שאתה מוכן לכך, אנא ציין לגבי עצמך, על מה אתה מצטער שלא עשית ובמה אתה גאה שעשית.

מ' שמגר: אני עסקתי בתחום מאוד מוגדר, אם כי, יחסית, הקריירה שלי היתה מגוונת מאוד. הייתי בצבא למעלה מעשרים שנה, אחר־כך הייתי היועץ המשפטי לממשלה ורק אחר־כך באתי לבית־המשפט. זאת אומרת, שבאתי לבית־המשפט מתחום העשייה הציבורית ולא מתחום התאוריה. אם אני מצטער על משהו ברטרנספקטיבה, זה על שלא הספקתי לעשות את כל הדברים שידעתי שצריך לעשות אותם, אבל השובע הוא כנראה מן התכונות שאדם המופקד על תפקיד כלשהו איננו צריך להיות מצויד בהן. טוב תמיד שיש היעדר שובע. כשיש שובע רב מדי יש התנוונות. ארתור קסטלר כתב בשעתו על סיבת המפלה של חניבעל, כי כאשר חנה עם אנשיו - אחרי שעבר את האלפים והגיע לשערי רומא - בקפואה, ליד רומא, הצבא שלו הגיע לשובע ולרגיעה וזה יצר את הבסיס למפלות שהיו לו מאוחר יותר, בהתמודדות עם הרומאים. אם אני מסתכל אחורה בלי זעם, אז בהחלט יש דברים רבים שרציתי עוד להספיק ולא עלה בידי.

פ' גינוסר: באילו תחומים נדמה לך שהיית צריך להספיק יותר?

מ' שמגר: אני מדבר בעיקר על התחומים של המשפט ושל בתי־המשפט. הנושאים שדיברנו עליהם, כגון יותר ייעול והחשת רפורמה בהם. בשל המגבלות האנושיות אין אפשרות לפרוש את כנפך על הכול. אינני רוצה לספר מה שהספקתי לעשות; אני מדבר על דברים שלא הספקתי. הסתכלתי על הדברים בעין מפוכחת. ידעתי ברוב המקרים איפה חסר, אבל קוצר היכולת האנושי גבר. יבואו אחרים וישלימו.

פ' גינוסר: למרות דברך האחרונים, הרי אף־על־פי שפרשת לגמלאות אתה נקרא מדי פעם אל הדגל. משמע, עוד כוחך אתך ואני מאחל לך חיים ארוכים של פעילות פורייה, ותודה לך על הראיון.