

מבית-משפט לבית שופטים? ההאנשה השיפוטית כחלק מהפרטת השפיטה בישראל

מאת

יובל אלבשן*

א. מנהיגות משפטית כאמצעי לרכישת אמון הציבור. ב. ההסברים הריאליסטיים והביקורתיים להעלמות "ענקי המשפט". ג. ההאנשה השיפוטית כחלק מהפרטת השפיטה. ד. הביטויים שמקבל תהליך ההאנשה בראיונות עם שופטי העליון. ה. הערכת תהליך ההאנשה השיפוטית. ו. מעין סיכום – הלאמת השפיטה מחדש כתנאי להשבת "שופטינו כבראשונה".

א. מנהיגות משפטית כאמצעי לרכישת אמון הציבור

שאלת השאלות בתורת השיפוט היא מה דרוש לו לאדם, אשר מקבל את מינויה של החברה לשבת על כס שיפוטה, כדי להפוך למנהיג משפטי של ממש? ברור לכל שלא די בידע משפטי, ביכולות הכרעה וכתובה או במיומנויות שליטה בנעשה באולם בית-המשפט¹. אלה תנאים בסיסיים, אך בוודאי שאין הם מספיקים. השאלה היא מה "המטען הנוסף" הדרוש כדי שאותו שופט מהשורה יהפוך למודל חיקוי של ממש. מודל מהסוג שפרחי המשפט של השיטה מתחנכים על מורשתו, מתווכחים עם פסיקותיו וכולעים סיפורים וספרים על חייו בתשוקה אמיתית לפצח את הקוד. שופט שמצליח לצאת את

* מרצה בכיר (נילווה) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים ומרצה מן החוץ במרכז האקדמי למשפט ולעסקים בר"ג. כל הציטוטים במאמר שאינם מצוינים הם מתוך הראיונות שנערכו עם שופטי העליון בכרך זה.
1 ש' שטרית "תהליך מינוי שופטים: הליכים ואמות מידה" המשפט 8 (2003) 357; מ' מאוטנר "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רב תרבותית" מחקרי משפט 19 (2003) 423; ע' זלצברגר "מינויים בפועל בבית המשפט העליון ועצמאות שיפוטית" מחקרי משפט 19 (2003) 541.

גבולות המגרש המשפטי אל הזירה הציבורית הכללית ולהשפיע גם שם, הרחק מאולם בית- המשפט הממוזג. שופט שהשפעתו נוכחת בכל שדרות החברה. נפילי משפט וענקיו, אם תרצו.

אין זה דבר של מה בכך. בחברה הדמוקרטית המודרנית מערכת שיפוט ללא דמויות מסדר גודל כזה תתקשה לתפקד. רק ענקי משפט כאלה מאפשרים למערכת המשפט להאדיר את שמה ברבים ולרכוש באמצעות זאת את אמון הציבור. זאת משום שרק שופט מסוג זה משכנע את ההמונים "כי השפיטה נעשית באופן הוגן, ניטרלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה"². ללא אמון כזה, מטבעה תפשוט מערכת המשפט את הרגל³, שכן "בלא אמון הציבור לא תוכל הרשות השופטת לפעול... וחוסר אמון בשפיטה הוא תחילת סופה של החברה"⁴. האמון נתפס, ובצדק, ככלי כמעט יחיד של השופט:

"אין לו לשופט לא חרב ולא ארנק... זוהי ההכרה בלגיטימיות של ההכרעה השיפוטית, גם אם אין מסכימים לתוכנה. זו ההכרה כי השופט אינו צד במאבקי הכוח במדינה. זו האמונה כי לא את שלטון השופט אלא את שלטון המשפט השופט בא להגשים. אמון הציבור הוא ההכרה של הציבור כי השופט נאמן למשפט. הדיבור 'אמון הציבור' עשוי להטעות. הוא עשוי להתפרש כנהייה אחר אופנות חולפות של הציבור. אין לך דבר רחוק מזה. הצורך להבטיח את אמון הציבור, אין פירושו הצורך להבטיח פופולריות. אמון הציבור אין משמעותו נטייה אחר רוחות הנוהגות בציבור. אמון הציבור מובנו אינו הכרעה לפי משאלי דעת קהל. אמון הציבור אינו ריצוי הציבור. אמון הציבור משמעותו אינה פסיקה בניגוד לחוק כדי להביא לתוצאה שהציבור רוצה בה. נהפוך הוא: אמון הציבור משמעו פסיקה על פי החוק, תהא עמדתו של הציבור לגוף הפסק אשר תהא. אמון זה יובטח על ידי ההכרה כי השופט עושה צדק במסגרת הדין ולא מחוצה לו"⁵.

- 2 בג"ץ 732/84 צבן נגד השר לענייני דתות פ"ד מ(4) 141, 148.
- 3 א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), 49. אציין כי גישתו של השופט חיים כהן כאילו מפריזים אנו בצורך באמון הציבור נגזרת לעניות דעתי מפעילותו כשופט בעידן הממלכתי ציבורי, כפי שיובהר עוד בהמשך, שבו אכן הדברים היו "ברורים מאליהם" ומכאן טעותו להשליך על העידן שלאחר הפרטת המערכת; ח' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" ספר שמגר (א' ברק ואח' עורכים, כרך ב, תשס"ג) 365.
- 4 ברק (לעיל, הערה 3), שם.
- 5 א' ברק "ישראל כדמוקרטיה חוקתית – דברים בכנס הנשיא לדמוקרטיה ביום 10.05.2006" <http://elyon1.court.gov.il/heb/dover/5153542.doc> (27.11.08).

אמון כזה יושג רק אם מערכת השיפוט תצליח לשכנע את הציבור שאין מדובר בעוד רשות מנהלית "רגילה", בדומה לשאר רשויות השלטון, המופעלת על-ידי בני תמותה רגילים, בעלי מאווים פוליטיים, אינטרסים, מקורבים וחולשות אנושיות שכיחות אחרות. הציבור חייב להאמין שמדובר ב"משהו אחר", שרק במסגרתו ניתן להתקרב לאידיאל הנשאף של עשיית צדק. דברים אלה, שנכונים ביחס לרשויות שלטון נוספות (כמו צבא העם למשל), נדרשים עוד יותר במערכת השיפוט שמטבע מהותה צפויה לאכזב את מרבית הפונים אליה (כאשר למצער מחציתם צפויים לקבל הכרעה בניגוד לשאיפתם ובענייני זכויות האדם – המערכת אף נאלצת לא פעם לצאת נגד רצונו של ההמון הרובני ובכך לא להשביע את רצונו). חשוב להדגיש כי אין הכוונה בהכרח לאמון הנבנה על בסיס יכולות כוזבות של מערכת השפיטה, כי אם לאמון הנבנה על בסיס הכרה בהבדלים איכותיים – מוסריים ואחרים – בין מערכת זו לבין שאר המערכות השלטוניות ה"רגילות". אמון כזה נבנה בעיקר על הדמויות ה"גדולות" שמובילות את המערכת – ובייחוד על שופטי בית-המשפט העליון.

אלא שקשה להצביע על שופטים מסדר גודל כזה בעידן הנוכחי⁶. התחושה היא שענקי משפט מסוג זה פסו מן העולם⁷. במאמר זה, על בסיס הראיונות שבכרך מיוחד זה, אנסה לענות על השאלה מדוע נעלמו אותם ענקי משפט מנוף החיים החברתיים שלנו. בהתאם, אנסה לתת תשובה לשאלה המטרידה עוד יותר: אם יש דרך להשיבם כבראשונה כדי לשקם את אותו אמון חיוני של הציבור במערכת המשפט.

ב. ההסברים הריאליסטים והביקורתיים להיעלמות "ענקי המשפט"

שני הסברים רווחים בספרות המשפטית והסוציולוגית להיעלמות אותם "ענקי המשפט" ממציאיות החיים הנוכחית שלנו. הסבר אפשרי אחד מתייחס לעובדה שכיום השופטים פועלים במציאות פוסט מודרנית שבה הכול חשוף⁸, אין "פרות קדושות" ויש ערעור על

6 כך למשל כתב ארי שביט ("עליון חסר ברק" הארץ (16.6.05)): "כדי לקיים את משטר השלטון השיפוטי שהקים ברק, יש צורך בשופטים שהם דמויי אהרן ברק. אנשי רוח וחברה, אנשי סגולה ומעלה. בבית המשפט העליון שמשאיר ברק אין אנשי מעלה כאלה. השופטים שופטים טובים. חלקם טובים מאוד. אבל אין בהם אנשי רוח, מורי מוסר, עליונים. מה שקורה לכל חברה סגורה המתרבה בתוך עצמה קרה גם לחברה הסגורה של המשפטנים העליונים. בהעדר דם חדש, רעיונות חדשים וביקורת עצמית – השבט הלך וקהה. הכת הלכה ודהתה. המסדר איבד את חיוניותו".

7 'יועז' סקר: מידת האמון בבית המשפט העליון יורדת מ 79% ל 72% הארץ (14.6.05); א' רטנר "רק 33% בוטחים במערכת המשפט" הארץ (9.7.07).

8 ד' גורביץ' פוסטמודרניזם – תרבות וספרות בסוף המאה ה-20 (1999).

כמעט כל סיפור-על (מטא נרטיב) ומוסכמת יסוד חברתית⁹. במציאות כזו "ייצור" ענקי משפט נטולי פניות וקונצנזוסאליים כמעט בלתי אפשרי. הגישה הפוסט מודרניסטית, שלפיה הכל רלטיביסטי (אין אפשרות להגיע לאובייקטיביות, אין נכון יותר ונכון פחות, אין אמת ושקר. הצדק והעוול, הטוב והרע, הם יחסיים ועמומים, וקביעתם היא בגדר פיקציה המשרתת את האינטרסים של הקבוצה שיצרה אותה ושל אלו שאימצו אותה) וכל קשר בין בני אדם נוטה להיות דכאני. על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בקשר עם מערכת שלטונית שיש לה כוח להרע לאזרח שמולה. מציאות כזו הותירה את השופטים, על הכרעותיהם, ערומים תרתי משמע¹⁰.

הפוסט מודרניזם יובא אל תוך המשפט באמצעות תנועת ביקורת המשפט (Critical Legal Studies). האחרונים קבעו כי "משפט הוא פוליטיקה" ולכן הוא משקף למעשה את האידיאולוגיה, הערכים והאינטרסים של בעלי הכוח בחברה, כאשר בית-המשפט נתפס כמשרתם¹¹. אנשי ביקורת המשפט יצאו נגד הצגת השופט כדמות אומן בעל יכולות יוצאות דופן, המאפשרות לו לאתר את התשובות הנכונות לבעיות החברתיות שמובאות בפניו גם במצבים קשים במיוחד. לדידם, הצגת דברים זו מכוננת תודעה כוזבת שמשמרת את השיפוט ואת המשפט ככלי שרת שמרניים של בעלי הכוח והממון בחברה¹². תהליך דמיסטיפיקציה זה של השיפוט, שקודם על-ידי ביקורת המשפט, הביא הלכה למעשה לתהליך ההאנשה (פרסוניפיקציה)¹³ של השופטים בישראל.

האנשה זו פגעה בגלוריפיקציה שסייעה למערכת השפיטה קודם לכן. היא הביאה להרס חומת הקדושה שנבנתה סביב בתי-המשפט, חומה אשר אפשרה למערכת לעטות על כתפי שופטיה כיסויי קדושה ולשווק עצמה כמערכת שונה, כמעט אלוהית, אשר החלטותיה, שיקוליה ואופן התנהלותה נעשים כמעט תמיד באופן ענייני, נכון וצודק ועל כן לא ניתן להטיל בהם ספק. חומת הקדושה אפשרה גם למערכת השיפוט לשווק את מעשיה, את התנהלותה ואת החלטותיה ככאלה שציבור האזרחים לא יכול תמיד להבינם ומשום כך אין גם טעם לעתים לנסות ולהסביר לו אותם.

ההאנשה השיפוטית הביאה לכלל הכרה בציבור כי אדם המתמנה לשופט אינו הופך את עורו ומצמיח כנפי מלאכים. כיום נדמה כי הכול מכירים בצדקת דבריו הנודעים של השופט ג'קסון (Jackson), שקבע כי:

- 9 ד' פ' ליוטר המצב הפוסטמודרני (1999).
 10 י' אלבשן "המפתח לשינוי טמון בהחזרת האמונה, שניתן להבדיל בין טוב לרע" ארץ אחרת 15 (2003) 22.
 11 R.L. Hyman, N. Levit, R. Delgado *Jurisprudence, Classical and Contemporary: From Natural Law to Postmodernism* (2002)
 12 M. Tushnet "Critical Legal Studies: A Political History" 100 *Yale L.J.* (1991) 1515
 13 במתכוון אני עושה שימוש במושג זה ולא במושג פרסונליזציה כדי שלא ייווצר בלבול בין האחרון לבין מושג "הפרטה" במובנו המילולי.

"השיפוט לא ניתן למלאכי שרת. מסור הוא בידי שופט בשר ודם, ואך טבעי שלא ניתן להימנע מקיומו של קשר והשפעה חוזרת בין אישיותו של השופט, השקפת עולמו ודעותיו על החברה וערכיה לבין מילוי תפקידו האובייקטיבי בשבתו על כס המשפט"¹⁴.

במילים ברורות יותר, הרשות השופטת היא רשות כשאר הרשויות. גם בה נעשות טעויות, גם בה עלולה לפשות שחיתות וגם בה פועלים בני אדם – שופטים ואחרים – שעשויים להיות מוסריים יותר ומוסריים פחות, ענייניים יותר וענייניים פחות, ככל שאר בני האדם. הפוסט מודרניזם, אשר מפרק כל מערכת (שהוא תופס אותה כדכאנית)* לפרטים שפועלים בה, רואה את הגאולה מאותן תופעות דכאניות באחרונים, שהם לבדם יוכלו להציל את המערכת המנוונת. פוסט מודרניזם זה תרם תרומה מכרעת לתהליך הפרטתה של מערכת השיפוט כפי שיובהר גם בהמשך.

הסבר נוסף, המשתלב בזה הראשון, מייחס את עיקר החשיבות להשפעתם של הוגים המשתייכים לזרם הריאליזם המשפטי (Legal Realism) ובראשם קרל לואלין¹⁵, רוסקו פאונד¹⁶, ג'רום פרנק¹⁷ ובנימין קרדוזה¹⁸. בתמצית דתמצית יצוין כי האחרונים סברו כי המשפט אינו מדע ועל כן אין בו תוצאה אחת נכונה שעל המשפטן לחשוף. ההפך הוא הנכון, לדידם מדובר בתופעה רחבה ומורכבת הרבה יותר, שמושפעת מפקטורים רבים, לרבות פקטורים חברתיים, פסיכולוגיים, כלכליים ותרבותיים. משום כך לא ניתן לומר שההכרעה השיפוטית היא תהליך של יישום ההלכות שנקבעו קודם לכן על מערכת נסיבות עובדתית חדשה אגב שימוש בכללים טכניים קבועים, שכן ההכרעה נובעת מגורמים רבים הנוגעים לשופטים, לעורכי־הדין ולצדדים המתדיינים. פעמים רבות בלי קשר של ממש להלכות שבהן עוסקים. לדידם הבנה אמיתית של תופעות המשפט והשיפוט מחייבת הכרה עם כל החומרים האלה: מיהות הצדדים, נסיבות חייהם, עורכי־הדין שהם יכולים לשכור ושהם שוכרים, היחסים שלהם עם השופט, האינטרסים השונים של השופטים שנבחרו לדון בנושא, הרקע האישי של אותם שופטים¹⁹, אינטרסים של גורמים שלישיים והשפעתם על

- 14 השופט Jackson בפרשת *Fay v. New York* 332 U.S. 261, 282 (1947).
- 15 K. Llewellyn "A Realistic Jurisprudence – The Next Step" 30 *Colum. L. Rev.* (1930) 431; K. Llewellyn "Some Realism about Realism" 44 *Harv. L. Rev.* (1931) 1222; K. Llewellyn *The Bramble Bush: On Our Law and its Study* (1930).
- 16 R. Pound "The Call for a Realist Jurisprudence" 44 *Harv. L. Rev.* (1931) 697.
- 17 J. Frank *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (1949); J. Frank "What Courts Do in Fact – Part One" 26 *Ill. L. Rev.* (1931) 645.
- 18 B.N. Cardozo *The Nature of Judicial Process* (1921).
- 19 מעניין לראות את השפעת הביוגרפיה האישית על השופטים בראיונות בכרך זה. כך למשל אף שהשופט דורנר טוענת בריאיון שנערך עמה בכרך זה (עמ' 100) כי "פעם נשאלתי אם הייתי כותבת את פסקי־הדין שנוגעים לזכויות חברתיות גם אם הייתה לי ביוגרפיה אחרת. עניתי

ההלכות הנוצרות ועל כללי יישומן²⁰. התבוננות רק בפסק-הדין החלוט הייתה אפוא בעיניהם ראייה חלקית ואף כוזבת של המשפט. לשיטתם האמת היא שההכרעות השיפוטיות נקבעות גם על-ידי העדפות ערכיות ואישיות סמויות, אשר אותן יש לחשוף. הוגים ריאליסטים אלו קראו לשופטים להודות על האמת ולחשוף את האופן האמיתי שבו מערכת השיפוט פועלת, מכיוון שחשיפת המרכיבים האמיתיים שמהם עשויה ההכרעה השיפוטית חשובה ליצירת אמון הציבור בה. לשיטתם דווקא כאשר הציבור יפנים את חוסר הוודאות המובנה בתוך השיטה ויבין את השפעת הפקטורים החיצוניים על תוצאת הליך המשפטי, הוא יבין את הפער בין משפט לצדק, ימעט להתאכזב ויגביר את אמונו במערכת. גישה זו שהפכה להגמונית עם השנים²¹, לא מכירה כלל באפשרות שייבראו ענקים כאלה, נטולי פניות כמעט לחלוטין. חשוב לזכור כי אף שהריאליזם המשפטי בא אל העולם כבר בעשורים הראשונים של המאה העשרים, הרי שלישאלה הוא חלחל רק בעשורים האחרונים של המאה (ובעיקר החל משנות השמונים) ומכאן נפקותו המאוחרת יחסית על תהליכי הגלורייפיקציה הקודמים ועל תהליכי הפרסוניפיקציה שבהם עסקין²². לשני הסברים אלה אבקש להציע בחלק הבא הסבר נוסף, משלים ולא חלופי, לאותה היעלמות מדאיגה של "ענקי המשפט" מנוף החיים הציבוריים שלנו²³, הסבר שנועץ בתהליכי ההפרטה שעברה הרשות השופטת בישראל בשני העשורים האחרונים.

שאכן, גדלתי במוסד לילדים, לא היו לנו מקורות הכנסה קבועים, זו עובדה. עם זאת אני יודעת ששופטים שגדלו בבתי עשירים הגיעו לאותן מסקנות. אני לא רוצה להתכחש לביוגרפיה שלי, אך אני מאמינה שהייתי מגיעה לאותם פסקי-הדין גם אם הביוגרפיה שלי הייתה שונה" הרי שדומה שלא בכדי הזיהוי שלה בציבור היה כשופטת מזוהה עם הפסיקה בתחום החברתי, ולא בכדי ההחלטה שהיא מצרה עליה עוסקת בנער צעיר שהיא עצרה אותו. כך גם תוהה השופט טירקל בריאיון (עמ' 106-107 בכרך זה) באשר לשאלה למה הוא היה שופט כה הומני כי "אינני יודע. אולי ההסבר נעוץ בכך שכשנולדתי בתל-אביב הקטנה של אז, להוריי לא היה כסף לרכוש עבורי עריסה, אז הם הניחו אותי בארגז עץ מרופד ששימש לאריזת תפוזים. ואולי זה נעוץ בכך שעבדתי כל תקופת לימודי ולאחר מכן, כשהייתי כבר עורך-דין, עוד החזרתי את חובותיי על שכר הלימוד. אפשר שזה השפיע עליי... פעם אחת אמר לי עורך-דין ותיק, יצחק טוניק ז"ל שאצלו התמחיתי שנה אחת, שלדעתו שופט טוב צריך להיות אדם שידע סבל בחייו. אני יודע אם האסון שפקד אותי בחיי עשה אותי יותר אנושי משהייתי קודם לכן. אני מניח שהייתי אנושי גם קודם. אני נוטה לחשוב שאסון כבד כזה עושה אותך ליותר אנושי". וכך למשל החשדנות הרבה של הנשיא ברק כלפי שלטון, כל שלטון, לא יכולה שלא להיות מובנת אלא על רקע חווייתו כילד יהודי מהגטו את מוראות מלחמת העולם השנייה על פשעיה הנוראים. ראו גם נ' לויצקי כבודו – אהרן ברק – ביוגרפיה (2001), 55-83.

20 Cardozo (לעיל, הערה 18).

21 "we are all legal realists now" J.W. Singer "Legal Realism Now" 76 Cal. L. Rev (1988) 467. סינגר מציין כי

22 מ' מאוטנר משפט ותרבות בישראל כפתח המאה העשרים ואחת (2008).

23 "אהרן ברק הוא הנפיל היחיד בדורנו. מה שבן גוריון היה למערכת הממלכתית של שנות ה-40 וה-50 היה ברק למערכת המשפטית של שנות ה-80 וה-90"; שביט (לעיל, הערה 6).

ג. ההאנשה השיפוטית כחלק מהפרטת השפיטה

לדידי היעלמות המנהיגות המשפטית נובעת, נוסף על ההסברים הקודמים, גם מתהליך ההאנשה השיפוטית, שהוא גם תוצאה של הפרטת השפיטה בישראל וגם אחד מדפוסי הביניים שחוללו אותה. עניין זה טעון הרחבה קצרה. טרם הפרטתה נבעו תוקפה ועוצמתה של השפיטה מהיותה מערכת ציבורית שפועלת לפי תפיסות של ממלכתיות²⁴. יותר מכך, כוחם של בתי־המשפט נבע מהיותם אחד המנגנונים הציבוריים המכוננים²⁵. אף ששם של השופטים היה ידוע, איש לא ידע דבר על אישיותם. במובן זה השופטים נתפסו כמשרתי ציבור ועוצמתם נבעה מכוחה של המערכת הציבורית־ממלכתית ככזו. במילים אחרות, עוצמתה של המערכת השיפוטית היא שבנתה את גדולתם של שופטיה ולא להיפך. הכבוד וההדר שרכש להם הציבור נבע מתפקידם בתוך המערכת הממלכתית ולא דווקא משום אישיותם.

במאמר פורץ דרך מתאר פרופסור דניאל גוטוויין את תהליך ההפרטה שהתחולל מאז עלייתו של הליכוד לשלטון, תהליך שלדידו שינה "את דמות הכלכלה, החברה, המשפט והתרבות בישראל" באופן שהוא "פירק את מדינת הרווחה והפך את שירותיה מזכויות אזרחיות לסחורות נרכשות"²⁶. לשיטת גוטוויין שני הדפוסים המארגנים המרכזיים (לבד מההאנשה) שחוללו את משטר ההפרטה בישראל היו המגזור (הסקטוראליזציה) והמסחור. תהליך המגזור מתרחש כאשר המגזרים השונים מחליפים את מדינת הרווחה כמנגנון לאספקת שירותים חברתיים וכך "את מקום מדינת הרווחה כמגדירתה של הכלליות הישראלית ירשה היריבות הבין־מגזרית"²⁷. לדידו של גוטוויין המהפכה החוקתית מבית היוצר של אהרון ברק "הייתה אחת הדרכים שבהן מיגזר עצמו המעמד בינוני – או הציבור הנאור' בלשונו של אהרון ברק – והפך את בית המשפט מאחד מגילויי הכלליות של הממלכתיות הישראלית למבטא האינטרסים החלקיים שלו, במסגרת כינונו ועיצובו של

24 ממלכתיות היא גישתו של דוד בן גוריון בתמיכת מפא"י ומפלגות הימין והמרכז, שציידה בהעברת מרכז הכובד אל מוסדות המדינה. הגישה נתנה למעשה ביטוי אידאולוגי למעבר מתנועתיות לממלכתיות – העברת מרכזי השליטה במדינה מהחברה לממשלה לטובת ביסוס ריבונותה של המדינה. ראו ד' בן גוריון ממעמד לעם (1974); א' שפירא דור בארץ, יהודים ישנים, יהודים חדשים (1997); י' שפירא עילית ללא ממשיכים: דורות מנהיגים בחברה (1984).

25 ציבוריות היא צורת ניהול החיים במשטר מדינת הרווחה המודרנית. משטר שבקש, בין היתר, גם לספק את צורכי קיומם של אזרחיו באמצעות שירותים ציבוריים. ראו מ' אבנימלך, י' תמיר רווחה מתקתקת (2002), 15; א' דורון, ר' קרמר מדינת הרווחה בישראל (1992).

26 ד' גוטוויין "ממהפכה חוקתית להפיכת נגד: ההגיון המשפטי של משטר ההפרטה הישראלי" מעשי משפט א (2008) 47, 49.

27 גוטוויין מציין את "השכונות, ש"ס, החרדים, המתנחלים, הרוסים, הערבים ובהמשך גם שינויי" (שם, עמ' 50).

משטר הפרטה²⁸. יותר מכך, לשיטת גוטוויין "במסגרת מגזרה של החברה הישראלית מילא בית-המשפט תפקיד כפול: הוא פעל כמייצג האינטרסים של הציבור הנאור במאבקיו במגזרים אחרים ובה בעת הוא פעל כבורר בין המגזרים"²⁹. לטובת זאת בחר בית-המשפט ל"התייצב לצד החוגים המזדהים עמו במאבקם בערכים יריבים"³⁰, וגם משום כך בחר לעבור מהשפה הפורמליסטית לשפה הערכית³¹. בהקשר זה "הפורמליזם המשפטי נזנח משום שהיה אחד מגילוייו של משטר מדינת הרווחה, שפירוק יסודותיו הכלכליים והחברתיים ומבניו הפוליטיים והתרבותיים היה אחד ממטרותיו של משטר הפרטה"³². גם פסיקותיו של בית-המשפט בנושאים כלכליים-חברתיים מלמדות על תמיכתו בתהליכי המגזור ובמשטר הפרטה³³. לדעת רבים, החוקה שיצר בית-המשפט העליון החל משנת 1992 היא חוקה עם גוון ליברלי-ליברטיאני מובהק, אשר מעודד הפרטה באמצעות תמיכה בתופעות של תחרות חופשית ומסחור שירותים חברתיים³⁴.

בית-המשפט העליון לא רק אפשר את תופעת מסחור השירותים החברתיים בפסיקותיו אלא גם הפנים את ערכיה אל תוך התנהלותו הפנימית. כך נהפכה השפיטה מ"שירות ציבורי" ל"סחורה" שיש לספק ל"צרכנים". מודל השפיטה הראוי הפך להיות השופט ה"יעיל". מודל יעילות זה הפך את בתי-המשפט לפס ייצור להכרעות מהירות, כאשר הביטוי החיצוני היה המעקב הממוחשב שהתנהל בהנהלת בתי-המשפט – שאחראית מבחינה מנהלתית על עבודת השופטים – אחרי קצב עבודת השופטים, מספר התיקים שהם מטפלים ומשך זמן הטיפול בהם³⁵. הצדק שנעשה (או לא) הפך פחות חשוב, גם בשל היותו בלתי

28 שם, עמ' 51.

29 שם, עמ' 52. ראו גם א' פלג הפרטה כהצברה – גופים מופרטים במשפט הציבורי (תשס"ו).

30 מ' מאוטנר ירידת הפורמאליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (1993), 129-130.

31 שם, עמ' 9 ואילך.

32 גוטוויין (לעיל, הערה 26), עמ' 53.

33 מאוטנר (לעיל, הערה 22); י' אלבשן זרים במשפט – נגישות לצדק בישראל (2005).

34 מאוטנר, שם, עמ' 209 ואילך; א' מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" משפט וממשל ד (תשנ"ז) 133; ע' זלצברגר, א' קידר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד (תשנ"ח) 489; א' גרוס "כיצד הייתה 'התחרות החופשית' לזכות חוקתית? בנפתולי הזכות לחופש עיסוק" עיוני משפט כג (תש"ס) 229; א' גרוס "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי" צדק חלוקתי בישראל (מ' מאוטנר עורך, 2000) 79.

35 ב' קרא "שטרית מנע שבתון משישה שופטים איטיים" הארץ (8.10.02). בכתבה מצוין כי "מנהל הנהלת בתי-המשפט, השופט דן ארבל, בשיחה עם עיתונאים לרגל פרסום הדו"ח על הרשות השופטת ל-2001 אמר כי אין מספיק שופטים כדי להתמודד עם העומס המוטל על בתי-המשפט. לדבריו, אחת הדרכים להתמודד עם המצב היא הפעלת לחץ שקול על שופטים באמצעות הפקת דו"ח חודשי המועבר לשר המשפטים, מנהלת בתי-המשפט, נשיא בית המשפט העליון והשופט הרלוונטי. כאמור, שר המשפטים הטיל ב-2001 סנקציות על שופטים

מדיד לכאורה. במובני עומק, תופעת המסחור בשירותים המשפטיים הפכה את השופטים לתעשייני משפט שכבר לא נמדדים רק באיכות עבודתם אלא בעיקר בהספקים הכמותיים שלהם³⁶. מעניין לציין שעקרונות אלה זלגו גם לרובד המהותי של הפסיקה, וכך למשל פסק בית-המשפט העליון בפרשת פסטינגר כי "הציבור זכאי לקבל את השירות השיפוטי הטוב ביותר שבאילווצים התקציביים הקיימים מערכת בתי-המשפט מסוגלת לספק לו"³⁷.

עמדה על כך באומץ לב חריג השופטת מיכל אגמון-גונן, כאשר ציינה כי: "שיקולי יעילות הולכים ותופסים מקום מרכזי במערכת המשפט, כמעט אולי מקום יחידי או עדיף על עקרונות אחרים"³⁸. לדעתה המלחמה שהכריזה מערכת המשפט על מה שמכונה "הסחבת"³⁹, שכללה "רפורמות בסדרי הדין, בהליך השיפוטי ולעתים אף בדין המהותי, מצביעה על כך ששיקולי יעילות הפכו להיות גורם דומיננטי"⁴⁰, כאשר "בשם היעילות גם מדגישים כי בתי המשפט הם נותני שירות והשופטים הם משרתי האזרח"⁴¹. אגמון-גונן אף מצרה על כך שמנסים ליישם "עקרונות מעולם העסקים, עקרונות היפים לניהול מפעלים, על בתי המשפט"⁴², למרות שהראשונים נבחנים רק במבחן התוצאה, בעוד שמערכת המשפט – שהיא מערכת חברתית – נבחנת ככזו גם, ואולי בעיקר, במבחן התהליך⁴³.

המגזור והמסחור הביאו להפרטת המערכת. כפי שכבר ציינתי, מטרת ההפרטה היא לפרק למעשה את הרשות השופטת לפרטים מיוחדים – שופטים – מתוך תפיסה כי רק פרטים ייחודיים יגאלו אותה מניווניה הנטען. באופן זה נעשית האנשה של המערכת לאנשים

שלא עמדו בקצב ומנע מהם עבודות נוספות ויציאה לשנת שבתון. ארבעה שופטים שלא עמדו במשימותיהם, החליטו לעזוב את תפקידם".

36 ראו למשל דין וחשבון הוועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט הרגילים בישראל (אוגוסט 1997).
37 בג"ץ 8850/02 פסטינגר נגד שר המשפטים, פ"ד נח(2) 696, 708. ראו תגובות שר המשפטים בעתירה שמצוטטות בפסק-הדין כהאי לישנא: "האינטרסים של עורכי-הדין, אף שגם הם ראויים להתחשבות, אינם יכולים להיות שיקול מכריע במאזן הכולל, שבמרכזו ניצב הצורך לייעל את פעולתם של בתי-המשפט ולשרת טוב יותר את הציבור הנזקק לשירותיהם"; שם, עמ' 700.

38 מ' אגמון-גונן "אי תלות שיפוטית? האיום מבפנים" המשפט 18 (2004) 2, 4.

39 מ' רונן "הניתוח הצליח, הצדק מת?" ידיעות אחרונות (15.11.01).

40 אגמון-גונן (לעיל, הערה 38), עמ' 6. ראו לדעה מנוגדת מ' שמגר "מגמות במשפט" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 5, 13.

41 שם עמ' 6. ראו גם K. Malleson *The New Judiciary – The Effects of Expansion and Activism* (1999), 200.

42 אגמון-גונן (לעיל, הערה 38), עמ' 8. אומץ לבה של השופטת אגמון-גונן ראוי לציין כשהיא יוצאת נגד מגמה זו, בציינה כי "יש לזכור כי מערכת המשפט כוללת עקרונות חשובים נוספים מעבר לתוצאה הסופית שהיא השיקול הכמעט יחידי בעולם העסקים. אין מדובר ולא ראוי שיהיה מדובר בסרט נע, בפס ייצור... הדגשת פן השירות שבשפיטה לבדו מחטיא את המטרה" (שם, שם).

43 ראו אלבשן (לעיל, הערה 33), עמ' 64-71.

שפועלים בה. כך באה לעולם תופעת "כוכבי המשפט" – שופטים שהחלו לקבל נראות (visibility) ציבורית ולא פעלו לפי מוסכמת היסוד שהנחתה את השופטים עד אז והיא שהשופט מדבר עם הציבור רק באמצעות פסקי-הדין שהוא נותן. עמד על כך השופט טירקל בקביעתו כי –

"שכל חיי כשופט הייתי בדעה ששופט צריך להביע את דעותיו רק במסגרת הכרעת הדין ולא מחוץ לה. גם לא בהערות מעל הדוכן. הערות שמשמיע השופט באולם המשפט יכולות להתפרש כהבעת דעה לגבי העניין הנדון. נכון שיש שופטים שנוהגים כך. זה לא לטעמי"⁴⁴.

השופט טירקל אף הוסיף:

"כך גם לגבי התבטאויות של הנשיא ברק שנחשבו למדיניות שלו. זה שבית-המשפט העליון נותן הצהרה כללית על כוונותיו לא עושה את זה למדיניותו. נדמה לי שהנושא הופיע בתקופתו של ברק, קודם לא היו דברים כאלה"⁴⁵.

אכן דומה כי הראשון שהבין את השתנות העתים היה הנשיא אהרן ברק. עוד בראשית כהונתו כשופט עליון הוא הבין כי כינון משטר הפרטה זה הביא לאבדן הכוחות והעוצמה שרכשו בתי-המשפט כרשות ממלכתית ציבורית, ולכן לא נותר אלא לבנות לגיטימציה חלופית, אשר מתבססת על יוקרת האנשים שפועלים בה ובראשם הוא עצמו⁴⁶. דומה כי הנשיא ברק הבין מוקדם יותר משאר המשתתפים כי בעידן הפרטה חוקי המשחק משתנים.

44 ריאיון עם השופט טירקל, עמ' 109 בכרך זה.

45 שם, שם.

46 מעניין לראות את האופן שבו נע ברק בריאיון בכרך זה (עמ' 131) מתפיסה ממלכתית לתפיסה מפריטה כמי שפעל בשתי התקופות. כך למשל הוא מציין ש"לא באתי מתוך מגמה של להטביע חותם, עם זאת אני לא נטול מחשבות וערכים" (עמ' 138). כן הוא מציין "היכולת של אדם אחד להטביע חותם היא מטבע הדברים מוגבלת, כך שמראש אנו מדברים על מושגים יחסיים מאוד. כשעזבתי את התפקיד של היועץ המשפטי לממשלה פרסמתי מכתב ואמרתי ששכרי יהיה בכך שכתבתי הערת שוליים בהיסטוריה של מדינת ישראל. גם כשופט וגם כנשיא אני מסתפק בהערות שוליים" (עמ' 143). כך גם הוא מתרעם על השימוש במונחים האישיים, באומרו "לא יודע מה זה מהפכת ברק. אני יודע מה זה מהפכה חוקתית" (עמ' 138). מנגד הוא מציין כי "כשופט לא באתי לבית-המשפט עם תכנית מפורטת, באתי עם תכנית מתאר ארצית. זו התכנית לעשות צדק, התכנית לקדם את המשפט, התכנית לגשר על הפער בין המשפט לחיים, התכנית להגן על מערכת המשפט, התכנית להגן על הדמוקרטיה הישראלית ועל זכויות האדם" (שם).

משום כך הוא ניסה להתאים את מערכת השיפוט לכללים החדשים ולצורך זאת בנה את עצמו⁴⁷ ואת חבריו פחות כמשרתי ציבור ויותר כ"כוכבי משפט", אם ניתן לכנות זאת כך. חשוב להבין שתהליך האנשה זה תואם את תהליך העל של ההפרטה, משום שהיגיון זה של שאיבת סמכות למערכת כתוצאה מיכולות ייחודיות של פרטים הפועלים בה, אף הוא דפוס מארגן של תהליכי הפירוק וההפרטה. זאת משום שהיגיון ההפרטה כופר בכוח של מערכות ציבוריות ומעצים פרטים "בעלי סגולות מיוחדות" כתחליף להן. לפי היגיון זה, הנתמך על-ידי שלושת התהליכים – מסחור, מגזור והאנשה – מעתה אין עוד "מערכת" כי אם "פרטים". אין עוד "בית־משפט" כי אם "בני אדם" בתפקיד של "שופטים". אין עוד "פסיקה" של הרשות השופטת אלא "פסקי־דין" של שופטים יחידים. משכך קרה החלו בתו-המשפט לייצר "שופטים כוכבים", שעוצמתם האישית מקרינה על המערכת כולה שכלעצמה נעדרת כוחות.

בשולי הדברים חשוב לציין כי גם בעידן הציבורי־ממלכתי, הרכיב האנושי לא אוין. להיפך, בקפדנות רבה נשמרה עצמאותו האישית של השופט כתנאי חיוני לעצמאות השפיטה⁴⁸. העובדה שמדובר במערכת לא אינה את השפעת אישיותו של השופט הבודד, אלא שאז השפעה זו לא נתפסה ככוח מנוגד לכוח המערכת אלא ככוח משלים לו. כך למשל השופטים המייסדים שבנו את מערכת השיפוט של המדינה החדשה⁴⁹ ואשר עשו מעשים שלא נקרים בדרכו של כל שופט מן הישוב נתפסו כגדולים, אך לא משום אישיותם החד-פעמית אלא כחלק מתוך המהלך ההיסטורי שהם לקחו בו חלק⁵⁰.

47 כבר בשלביו הראשוניים כשופט עליון מתחיל בונה ברק את הלגיטימציה האישית שלו. כך למשל בפסק־דינו בפרשת לאור, שעסקה בסירוב המועצה לביקורת סרטים ומחזות להתיר את הצגת המחזה "אפרים חוזר לצבא", בין היתר בשל ההקבלה שנעשתה במחזה בין חייל גרמני-נאצי לבין חייל ישראלי – משתף אותנו השופט ברק בחווייתו כילד ניצול שואה. וכך הוא כותב: "אני עצמי, ילד הייתי בשואה, וחציתי גדרות וגבולות הנשמרים על-ידי הצבא הגרמני, כאשר על גופי דברים שהעברתם אסורה. ההקבלה בין חייל גרמני העוצר ילד זה לבין חייל ישראלי העוצר נער ערבי צורבת את לבי". בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433. יודגש כי תיאור אישי זה, החודר אל התחום הפרטי של השופט, היה מאוד לא מקובל בשעתו.

48 ברק (לעיל, הערה 3), עמ' 123-124.

49 א' רובינשטיין שופטי ארץ – לראשיתו ולדמותו של בית המשפט העליון בישראל (1980).
50 לא בכדי מתארת הביוגרפית של הנשיא אגרנט את עבודתו כחלק מהמפעל הציוני. ראו פ' להב ישראל במשפט – שמעון אגרנט והמאה הציונית (1999), כשהדגש בכותרת ובספר הוא על "ישראל" ולא רק על "אגרנט", בעוד שהביוגרפיה של ברק שנכתבה על-ידי נעמי לויצקי כבר מתייחסת לשופטים ככוכבי משפט. לויצקי (לעיל, הערה 19); נ' לויצקי העליונים: בתוככי בית המשפט העליון (2006).

"השפה האופיינית לאתוס זה היתה דיבור ב'גוף ראשון רבים' שמשמעותו – אני מגשים את עצמי על ידי ביטול עצמי בהתמזגות בעניין גדול, בעניין שראוי להתאחד איתו. השלם תמיד גדול מסך כל חלקיו"⁵¹.

ד. הביטויים שמקבל תהליך ההאנשה בראיונות עם שופטי העליון

תהליך האנשה זה, כחלק מתהליך העל של ההפרטה, מקבל ביטויים רבים בראיונות שנערכים בכרך זה עם שופטי בית-המשפט העליון. בשל קוצר היריעה אדגים זאת רק בכמה נושאים שעברו כחוט השני בין ראיונות השופטים השונים: החיים לאחר הפרישה, חרטה על פסקי-דין, אמנות כתיבת פסקי-דין והמושגים התיאוריים שבהם בוחרים השופטים השונים לעשות שימוש ביחס לבית-המשפט העליון.

1. החיים לאחר הפרישה

בעוד ששופטי העידן הממלכתי רואים עצמם משרתי ציבור שמישמתם תמה עם פרישתם⁵² (והשופט טירקל מציין מפורשות כי מאחר ו"מאז ומתמיד ראיתי את עצמי כשופט שמזוהה עם המערכת וגזרתי על עצמי לא להביע דעה בנושאים שנויים במחלוקת. אני בדעה שמגבלות האתיקה השיפוטית חלות גם על שופטים אחרי פרישתם, בייחוד על שופטים המזוהים עם המערכת. אני בוודאי שופט כזה. עד היום אני רואה את עצמי כנציג המערכת הנקייה ביותר ובעלת הרמה הגבוהה ביותר בין כל רשויות השלטון בישראל"⁵³), הרי שהשופטים שעיקר עבודתם הייתה בעידן ההפרטה, ממשיכים לעשות שימוש ביוקרתם האישית גם לאחר פרישתם לטובת מה שנתפס בעיניהם כחשוב או נכון למערכת. כך מעיד השופט חשין בריאיון עמו כי "אמנם יש לחץ של המון אנשים וגופים הרוצים לראיין אותי או רוצים שאני ארצה בפניהם, אבל אני לא בלחץ"⁵⁴. כך גם מציין השופט זמיר כי "יש ביקוש רב לשופטים בדימוס גם לתפקידים בלתי רשמיים או לפעילויות בלתי רשמיות, כמו

51 א' נווה, א' יוגב היסטוריות – לקראת דיאלוג עם האתמול (2002), 167; שפירא עילית ללא ממשיכים: דורות מנהיגים בחברה (1984), 110-126.

52 שמגר מציין מפורשות בריאיון בכרך זה (עמ' 13) כי "כידוע, גיל 70 הוא גיל הפרישה מכס השיפוט. בשעתו ניסו לדבר אתי לקראת פרישתי על תיקון החוק לשם הארכת הכהונה מעבר לגיל 70, אבל לא הסכמתי. ראיתי בכך פגם, בוודאי שלא רציתי שתיקון החוק יהיה אד-פרסונם".

53 ריאיון עם השופט טירקל, עמ' 109 בכרך זה.

54 ריאיון עם השופט חשין, עמ' 128 בכרך זה.

השתתפות בארגונים חברתיים, מתן הרצאות, ראיונות בכלי התקשורת ועוד"⁵⁵. זמיר, שופט שצמח והתחנך בעידן הציבורי ממלכת⁵⁶, אך מרבית שנותיו עברו דווקא בעידן ההפרטה, מגלה כי לשיטתו שופט "צריך להימנע ממתן ביטוי פומבי לדעות בשאלות פוליטיות שנויות במחלוקת. הזדהות של שופט בדימוס עם עמדה פוליטית כזאת משליכה על התדמית הניטרלית של שופטים ומעוררת תהיה לגבי פסקי־דין שנתן בנושאים שיש להם השלכה פוליטית". עם זאת הוא רואה מחויבות לשופט בדימוס "לתרום את חלקו לקידום עניינים חברתיים, לפי הכישורים והנטייה שלו. מחויבות זאת נובעת מן המעמד החברתי שהוקנה לו בתוקף תפקידו כשופט, מן התדמית שנלווית אליו מכוח תפקיד זה כאדם הגון, מוכשר ובעל ניסיון ובייחוד מן הצורך החברתי הדוחק בשירותם של בני אדם כאלה שהעניין המניע אותם הוא טובת הציבור, ללא אינטרס אישי"⁵⁷. נקל לראות בגישתו את הערבות שבין התפיסה הממלכתית שמחייבת גיוס כוחות של שופטים בדימוס, לבין הגישה החדשה שרואה בשופט הכוכב מקור כוח שמגן על מה שנוותר מהמערכת⁵⁸. לכן מתקשה זמיר להבין את הביקורת על "הנכונות של שופטים בדימוס להביע דעה פומבית בעניינים שעומדים על סדר היום הציבורי"⁵⁹.

55 ריאיון עם השופט זמיר, עמ' 52 בכרך זה.
56 זמיר מעיד על עצמו בריאיון עמו בכרך זה (עמ' 63-64) כי "כשהייתי נער, לא רציתי להיות עורך־דין בעיקר בגלל החינוך שקיבלתי, בייחוד בתנועת הנוער, לבחור אורח חיים שישירת את החברה, כלומר, ללכת להגשמה. באותם ימים הגשמה לא הייתה הגשמה של שאיפות אישיות אלא הגשמה של חזון לאומי, משמע להיות שותף בהקמת קיבוץ חדש בחלק ארץ נידח. עורך־דין נראה לי אז כמין מתווך מיותר בין אדם שהסתבך לבין בית־המשפט, מקצוע יהודי תלוש שאינו תורם לפיתוח החברה החדשה, חברה יצרנית וצודקת, שקמה בארץ־ישראל. רק מאוחר יותר, במהלך השירות הצבאי ולאחר קריאה, למדתי לדעת עד כמה המשפט יכול להיות חשוב לקידום חברה מתוקנת, צודקת ויעילה. העיסוק במשפטים היה עבורי מאז ולתמיד מכשיר לשירות חברתי". גם יחסו למערכות אחרות שהוא עבד בהן בעיקר כיועץ המשפטי לממשלה מלמד על תפיסת עולמו שהתגבשה בשלב הממלכתי ציבורי. "אני יכול להעיד שמוסד היועץ המשפטי לממשלה וכן גם פרקליטות המדינה מהווים מערכת מקצועית מאוד, נקייה מאוד מבחינה אישית ומסורה מאוד לאינטרס הציבורי. היא עושה שירות עצום ומצוין לחברה בישראל ויש לשמור עליה מכל משמר מפני ניסיונות חוזרים ונשנים לפצל אותה או להחליש אותה בדרך אחרת" (שם, עמ' 60).

57 שם, עמ' 52 בכרך זה.
58 מתקפת יחסי הציבור של שופטים עליונים בדימוס על פעילותו של שר המשפטים דניאל פרידמן היא דוגמה אחת מני רבות לכך. ראו א' זינו "חשין: מי שירים יד על העליון, אגדע את ידו" *ynet* (7.2.07), <http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3362139,00.html>.
59 עניין זה הגיע לכדי כך ששופטים בדימוס מסבירים את פסקי־הדין שנתנו ומוסיפים עליהם, כמו שנעשה בפרשת מינוי נציב גנות. ראו י' יועז "זמיר: חשבתי שהקריירה של גנות הסתיימה עם זיכוי" *הארץ* (22.3.07).

2. חרטה על פסקי-דין

דוגמה נוספת היא עניין החרטה שעובר כחוט השני בין כלל הראיונות. דומה ששופטי העידן הממלכתי-ציבורי אינם מתחרטים על פסיקותיהם. הנשיא שמגר מעיד למשל כי "אני מוכרח לומר שאין בי חרטה על פסיקות קודמות שכתבתי. אם שואלים אותי היום אם יש משהו שאני מתחרט עליו אז התשובה שלילית"⁶⁰. כך גם קובע השופט אליעזר גולדברג ש"לבטים היו לפני ההחלטה. לאחר ההחלטה אין טעם לחרטה. אני לא בודק אותה שוב. ההתלבטות, שיקול-הדעת וחוסר השינה – כל זה צריך לבוא לידי ביטוי לפני ההחלטה"⁶¹. השופט טירקל אף מספר כי

"כשמוניתי להיות שופט [ב-1967 – י' א'] שופט ותיק נתן לי כמה עצות, ובין היתר אמר שאחרי שאני חותם על פסק-הדין שלא אחשוב עליו יותר. זו עצה טובה וכך עשיתי. אחרי שחתמתי על פסק-הדין לא חשבתי עליו עוד. אילו עשיתי כך לא היה מנוח לנפשי. אמנם, שפטתי תמיד בענווה ומתוך הכרה שאני בן תמותה העלול לשגות, אבל עם זאת אומר דבר שיישמע נורא ויזמרני: אני לא זוכר פסק-דין ששגיתי בו. ייתכן שהייתי כותב פסק-דין מסוים אחרת, אולי הייתי מנמק אחרת, אבל אף פעם לא טעיתי. אבהיר את דבריי: כאשר כתבתי פסק-דין, תמיד השתדלתי מאוד להגיע לתוצאה הנכונה ביותר האפשרית לפי דעתי. לא מדובר בתוצאה שהיא נכונה באופן אבסולוטי, אינני תחת אלוהים, אבל עשיתי כל מאמץ להגיע לתוצאה ששיקפה באופן הנכון והמדויק ביותר את המצב העובדתי והמשפטי הנכון. לא פסחתי על פסק-דין או מאמר שהייתי צריך לתת עליו את הדעת, לא התעלמתי מאף עובדה אחת בחומר הראיות, עשיתי כמיטב יכולתי להגיע לתוצאה שהייתה הנכונה באותו זמן, על-פי מצב הראיות שהיו בתיק ועל-פי ההלכה המשפטית והגישא המשפטית שהיו מקובלות באותו זמן. ייתכן שהיום הייתי מחליט אחרת, אבל זה בגלל שהשקפותיי השתנו או בגלל שההשקפה המשפטית השתנתה עם חלוף הזמן. אם אני בוחן את פסקי-הדין נכון לזמן כתיבתם, בדרך כלל לא הייתי משנה דבר. השקעתי את כל כוחותיי כדי שההחלטה תהיה נכונה"⁶².

60 ריאיון עם השופט שמגר, עמ' 12 בכרך זה.

61 ריאיון עם השופט גולדברג, עמ' 69 בכרך זה.

62 ריאיון עם השופט טירקל, עמ' 109-110 בכרך זה.

גישה זו נובעת מכך שבעידן הממלכתי אך טבעי וברור היה שהמערכת, כמו כל מערכת, תעשה טעויות ואלה – כמו גם הצלחותיה – אינם מנוכסים לאנשים שפעלו בה אישית אלא לתצורת הפעלתה.

לעומתם, שופטים שמרבית כהונתם הייתה כבר לאחר תחילת תהליכי ההפרטה, מכים על חטא בנוגע לפסיקות מסוימות שלהם שנתפסות לא כטעויות בלתי נמנעות של מערכת גדולה אלא כשגיאות של בני אדם פרטיים. כך למשל השופט חשין מספר כי –

”יש מקרים שקשה לי אתם, שאני מתהפך בגללם בלילות על משכבי. יש מקרים שאני חושב שיכול להיות שהיום הייתי פוסק אחרת, שיש לי קושי אתם עד היום ואני נזכר בהם מפעם לפעם”⁶³.

הנשיא ברק מיטיב לתאר את השינוי בציינו כי:

”ודאי שיש החלטות קשות ולהימנע מהאפקט שלהן על שלוות הנפש שלך זה בלתי אפשרי. מה שיש זה מה שאתה מפתח במשך השנים, את ההבנה העצמית שאתה פועל במסגרת נורמטיבית מסוימת, ואתה שואל לא מה אני כאדם חושב שהוא טוב או לא טוב אלא אתה שואל את עצמך אם פעלת במסגרת המערכת הנורמטיבית כפי שמתבקש... האם זה מפריע לי? כן, כואב לי? כן, אבל בשלב מסוים אני יודע שעשיתי את תפקידי”⁶⁴.

3. אמנות כתיבת פסקי־הדין

דוגמה נוספת היא המחלוקת בדבר אורכם הנכון והראוי של פסקי־הדין שנותן בית־המשפט העליון. כך למשל מציין השופט טירקל, ותיק השופטים בישראל, כי –

”המאמץ הגדול ביותר שהשקעתי בכתיבת פסקי־הדין, לאחר שנתגבשה ההכרעה בלבי, היה לצמצם ולרכז את פסקי־הדין כך שיהיה בהיר ותמציתי ככל שניתן. אני תמיד מציג בפני תלמידי את פסקי־הדין שנכתבו בראשית ימי המדינה. זה היה דור שידע את סוד הצמצום ולדעתי כך צריך לכתוב. לא פעם אמרתי בהרצאות לשופטים מתחילים שלא נראה לי שמצטטים באריכות מתוך הפרוטוקול ומתוך פסקי־הדין שעליהם מסתמכים. לדעתי מספיק להביע את הרעיון ודי בהפניה למראה המקום הרלוונטי. חשוב לצטט רק כאשר לציטוט יש משקל מיוחד. במילים אחרות, פסקי־הדין צריך לתת את ההכרעה השיפוטית בדרך המובנת ביותר ובלי להכביד עליו ברובד

63 ריאיון עם השופט חשין, עמ' 121 בכרך זה.

64 ריאיון עם הנשיא ברק, עמ' 144-145 בכרך זה.

דברים. אכן, מותר ורצוי לצטט מתוך יצירה ספרותית, אבל לא על מנת להראות את בקיאותו של הכותב אלא רק כאשר המחבר הביע את הרעיון טוב ממני⁶⁵.

אכן, כשופט שרואה עצמו חלק ממערכת השפיטה, רואה טירקל את פסקי-הדין שהוא נותן כחלק מהיצירה הכללית של המערכת ועל כן אין לו צורך לבנות כל פסק-דין כתוצר יחידי, שלם ומושלם שצריך לעמוד על רגליו הוא בלבד, כך שניתן להפנות בו לפסקי-דין אחרים בלי לצטט אותם או לתארם. לעומתו, בעידן ההפרטה, שבו שולטות תופעות המסחור וההאנשה, פסקי-הדין הבודדים נתפסים ספק מוצרים ספק יצירות יחידות של שופטים אינדיווידואליים, ומכאן התחושה כאילו כל פסק-דין צריך לאצור בקרבו את ההסבר המשפטי כולו, החל מימי בריאת הקושיה ועד ליום כתיבתו, באופן שנהיר ובהיר לצרכניו (ומכאן ריבוי הציטוטים במקום הפניות)⁶⁶.

4. מושגים תיאוריים

ביטוי נוסף לחלוף התקופות מתקבל מהמושגים שבהם עושים שימוש השופטים המתראיינים. כך למשל בעוד שהנשיא שמגר מספר כי "הבית ובית-המשפט הם שני עולמות נפרדים", השופט חשין מספר כי גם לאחר פרישתו "בית-המשפט העליון זה ביתי. מי שירים יד על ביתי אני אגדע את ידו". לדידו בית-המשפט אינו עוד מוסד ציבורי אלא כמעט קניין של השופטים שעבדו בו. ובלשונו: "בית-המשפט העליון יקר לי מאוד. יש לי חלק בו. לאבא שלי היה חלק בו ולא אתן לאיש לפגוע בו"⁶⁷. וראו גם האופן שבו בוחרת השופטת דורנר לתאר את בית-המשפט:

65 ריאיון עם השופט טירקל, עמ' 105 בכרך זה.
 66 אנקדוטה משעשעת היא הקמת "התנועה למען סטודנטים למשפטים מתוסכלים" בפייסבוק שקוראת "להביא להגבלת אורך על פסקי הדין של בית המשפט העליון – עד שלושה עמודים" שזו סיסמתה: "האם גם לכם נמאס שפסקי דין הם כה ארוכים? למה שלנו, סטודנטים למשפטים, תהיה הגבלת מילים על עבודות ולהם לא? מעתה, אימרו די לפסקי דין ארוכים של 40-90 עמודים בפונט 9!" מטרת הקבוצה היא "להביא לכך שפסקי-דין יהיו קצרים ולעניין. דבר זה יתרום בין היתר לשפיותנו, אלה שקוראים את הפסיקה במקור, וכמו כן יקצר את ההליכים בבתי המשפט". ראו [apps.facebook.com/causes/45395?m=8ef6a43a](https://www.facebook.com/causes/45395?m=8ef6a43a) (20.1.09).
 67 זינו (לעיל, הערה 56). גם שופטים עליונים מכהנים יצאו לציבור עם אמרות דומות שמייחסות להם מעין זכויות קנייניות במערכת המשפט "שלהם". כך למשל כתב השופט ארמונד לוי במכתב לשר המשפטים מיום 30.10.08 שאותו הוא פרסם ברבים, כי "אין צורך לומר כי כמי שהקדיש את מרבית חייו הבוגרים למערכת המשפט – זו יקרה לי, ככל הנראה הרבה יותר מאלה שנקלעו אליה כאורחים לרגע ומתהדרים לשווא בתואר של מי שמבקשים את טובתה".

"גם הרעיון שלפיו נשיא בית-המשפט העליון הוא מין אדמו"ר וכולם אומרים אחריו 'אמן', ושיש 'תקופת ברק', 'תקופת שמגר' ו'תקופת לנדוי', לא משקף את המציאות. כל שופט יכול להשפיע ולהתווכח, אבל בית-המשפט העליון הוא תזמורת של יחידים. מדובר באנשים בעלי השקפות עולם משפטיות, שעומדים על השקפתם ואפילו אם הם מסכימים לתוצאה ניתן לראות את ההבדלים בהסכמה של כל שופט ושופט"⁶⁸.

לסיכום חלק זה: בעוד שהשופטים העליונים בעידן מדינת הרווחה פעלו בתוך תפיסת עולם ממלכתית שנתנה משקל עצום למערכת ציבורית והוא שהאדיר את כוחם כמי שעומדים בראש הרשות הממלכתית⁶⁹, הרי שבעידן ההפרטה כוח זה מופקע מהם והם נאלצים להיבנות מיוקרתם האישית ולטובת זאת לטפח את זו האחרונה⁷⁰. אלא שככל שהמערכת הואנשה כך היא גם נחלשה. ככל שגדל העניין בשופטים כפרטים, כך ירד האמון הציבורי בבית-המשפט. מסתבר שלא ניתן לכסות על אבדן האשראי רק באמצעות אבק כוכבים שנזרק על המערכת ממעל. ההפרטה עשתה את שלה והרשות השופטת הפכה בעיני הציבור לעוד מערכת שלטונית מנוונת שמוצדק לפרקה. מכאן קצרה הדרך למצב שבו אמון הציבור במערכת ובשופטיה הדרדר עד כדי סכנה להמשך קיום המערכת⁷¹.

ה. הערכת תהליך ההאנשה השיפוטית

לכאורה טמונים יתרונות רבים בתהליך ההאנשה זה. ראשית, עילת הקדושה הקטינה את יכולת הביקורת על בתי-המשפט וחסינות שכזו היא מסוכנת. הניסיון שנצבר במערכת השיפוט הישראלית אכן מלמד על פוטנציאל סכנה זו להשחית, כאשר שופטים מינו את בני

68 ריאיון עם השופטת דורנר, עמ' 99 בכרך זה.

69 פ' להב 'יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על פי השופט אגרנט" עיוני משפט טז (תשנ"א) 475.

70 הופעת ספרים כמו "כבודו" 2004 ו"העליונים" 2008 שנזכרו קודם לכן (ראו לעיל, הערה 50) וכתבות פרופיל שנעשו עם השופטים מלמדות על ההיגיון היחצ"ני אולי יותר מכל הסבר אחר.

71 עומד על כך השופט טל בריאיון עמו בכרך זה (עמ' 19) כי "יש ציבורים שחוסר האמון שלהם במערכת הוא פועל יוצא לא מאקטיביזם שיפוטי אלא מהשקפות העולם הכמעט חד-גוניות של שופטי בג"ץ, השקפות נאורות וליברליות שפוגעות הרבה פעמים בערכים מסורתיים, אם כי אין להיכנס להכללות. אז אם באמת התוצאה היא אבדן האמון של חלק מהציבור במערכת המשפטית, זוהי תוצאה קשה מאוד וצריך לחשוב טוב טוב כיצד לתקן את הדרוש תיקון".

משפחותיהם לשיפוט, קיבלו את ילדיהם וילדי חבריהם להתמחות⁷², נמנעו מפסילת עצמם מדיונים שבהם הופיעו מולם חבריהם האישיים⁷³, התרשלו לא פעם בכתיבתם וכיוצא באלה התנהלויות שעומדות בניגוד לסטנדרטים שהם עצמם קבעו לשאר רשויות המנהל⁷⁴. תהליך הפרסוניפיקציה מקשה על המערכת להמשיך ולהתנהל בדרך בלתי ראויה זו. שנית, תהליך ההאנשה השיפוטית מחנך את הציבור להבין כי משפט וצדק אינם מילים נרדפות, לא בשפה העברית ולא בעגה המקצועית המשפטית. המשפט שואף אמנם לעשות צדק, אבל זה הקשר היחיד ביניהם. ברמת השאיפה, לאו דווקא ברמת התוצאה. תובנה זו חשובה לבניית האמון מחדש של הציבור במוסד שלטון החוק, שכן היא תביא להפחתת הציפיות מיצירת "צדק מוחלט", שחיש מהר הופכות לאכזבות מהמערכת ומהדמוקרטיה כולה. כפי שקובע גם הנשיא ברק:

"במדינה דמוקרטית הציבור זכאי לדעת מי יוצר את הדינים ובאילו נסיבות הם נוצרים. אין להסתיר את האמת. אמון הציבור בשפיטה ייפגם כאשר הציבור ילמד לדעת כי השופטים אומרים דבר אחד ועושים דבר אחר. כאשר הציבור ידע את האמת לאמיתה יגבר אמונו בשופטים, יותר מאשר אם יולך שולל"⁷⁵.

שלישית, ההאנשה השיפוטית תקדם את חינוך האזרחים להגן על זכויותיהם גם בתוך מערכת המשפט ובכך תסייע לעשיית הצדק. דבר זה הוא אקוטי שכן דווקא במערכת זו מופרות לא פעם זכויותיהם הבסיסיות ביותר של האוכלוסיות הבאות בשערינו. כפי שכתבתי במקום אחר: "מסתבר כי דווקא המערכת שמתיימרת להעניק לכל אדם משפט צדק, מפרה לא פעם את כבוד האדם כשניצבים לפני האזרחים מוחלשים ומשליכה אותם מתוכה מחוסרי כבוד ונטולי הגנה"⁷⁶.

72 דוח מבקר המדינה 555 ב (2004), שבדק את סדרי קבלתם לעבודה של מזכירים משפטיים, עוזרים משפטיים, מאבטחים ומתמחים, גילה ליקויים חמורים. בנוסף – ואולי חמור אף יותר – בדיקת קרבת המשפחה בקרב עובדים בהנהלת בתי המשפט העלתה מסקנות קשות.

73 בג"ץ 1622/00 יצחק נ' הנשיא ברק, פ"ד נד (2) 54. העותר ביקש מנשיא בית המשפט העליון לנמק מדוע לא יפסול עצמו השופט ת' אור מלדון במשפטו של הורוביץ (יושב-ראש "טבע" וגיסו של השופט מישאל חשין), בהיותו חברו הקרוב של עורך-דין פיני רובין, מייצגו של הורוביץ. העתירה נדחתה בנימוק שכללי האתיקה אינם מחייבים את השופטים בישראל.

74 "יצחק" האם יתקבל בוגלו להתמחות בבית המשפט העליון? "מחלקה ראשונה (2.8.01).

75 ברק (לעיל הערה 3), עמ' 53. יפים לעניין זה גם דברי השופט האמריקני דגלאס המצוטטים אצל ברק ולפיהם "שפיטה המגלה את שהיא עושה ומדוע היא עושה כן תביא להבנה, ואמון המבוסס על הבנה עדיף על אמון המבוסס על פחד". ראו W.O. Douglas "Stare Decisis" 49.

76 ראו אלבשן (לעיל, הערה 33), עמ' 16. Colum. L. Rev. (1949) 753, 754.

אלא שלצד יתרונות אלה, גלומה גם סכנה רבה של אבדן האמון במערכת ואבדן יכולתה לעמוד בתפקידיה העיקריים: "גישור על הפער שבין המשפט למציאות החיים והגנה על החוקה ועל ערכיה"⁷⁷. בהיעדר כוח מול ההמונים עלולה הרשות השופטת להפוך לחלק מהחברה המעוולת, כפי שקרה לדאבון לב לא פעם בעבר⁷⁸. די אם נזכר בהתנהלות מערכת השיפוט בארצות-הברית של אמריקה במהלך תקופת העבדות⁷⁹ ובהתנהלות מערכת השיפוט הגרמנית במסגרת המשטר הנאצי⁸⁰ כדי להבין זאת. הן העבדות הן ההשמדה לא התבצעו באזורי ספר מחוץ למשפט. נהפוך הוא. שתיהן הוצאו לפועל בסיועה הנמרץ של מערכת השיפוט. דווקא השופטים שהיו אמורים להיות חיל המשמר של הצדק סייעו למעשי אי-הצדק הגדולים ביותר שידעה האנושות בתקופה המודרנית. הדברים הגיעו עד לכדי כך שיש המתארים את מערכת המשפט הנאצית כאחת משלושת בסיסי הכוח שעליהם הושתת המשטר הנאצי⁸¹ ואת השופטים כ"שותפיו הבכירים לפשע של היטלר"⁸², שכן הם אפשרו לו להשתלט בקלות על המדינה בספקם למעשיו לא רק צידוק "מוסרי", אלא גם יצרו חובה לשאר השותפים לציית באופן עיוור לחוקיו⁸³. במילים ברורות יותר, לא היה ניתן להוציא לפועל את רצח העם התעשייתי ללא שיתוף הפעולה המלא של שופטי גרמניה הנאצית⁸⁴, כמו שבלתי אפשרי היה לסחור בעבדים ללא סיועה של מערכת המשפט האמריקנית. מנגד ייטען כי דווקא "ציות הפגרים" (Kadavergehorsam)⁸⁵ הזה לפסיקות מערכת השיפוט הגרמנית והאמריקנית התאפשר בגלל "מעטה הקדושה" של מערכת המשפט שמייצרת "צדק" שאין להרהר אחריו. אפשר שדווקא כאשר הציבור יבין שהרשות השיפוטית מופעלת על-ידי בני אדם בשר ודם, רק אז הוא לא ינהה כעיוור אחרי החלטותיה.

- 77 ברק (לעיל, הערה 3), עמ' 21.
- 78 "אלבשן בעקבות תבוסת הרוח באושוויץ: מהוראת המשפט לחינוך לצדק" עלי משפט ד (2005) 35.
- 79 ראו R.M. Cover *Justice Accused: Antislavery and the Judicial Process* (1984).
- 80 בהקשר זה ראו I. Mueller *Hitler's Justice – The Courts of the Third Reich* (1991).
- 81 O. Kirchheimer "The Legal Order of National Socialism" *Politics, Law and Social Change – Selected Essays of Otto Kirchheimer* (F. Burin, K. Shell eds., 1969), 88.
- 82 ר' וסרמן "המשפט לאחר ויימר והיטלר – תהליכים ומגמות במערכת המשפטית ברפובליקה הפדרלית הגרמנית" גרמניה אחרי 1945 – ההתגברות על הטראומה (מ' צימרמן, מ' טוך עורכים, תשמ"ד), 104.
- 83 ראו גם W.W. Fearnside "Three Innovations of National Socialist Jurisprudence" 16(2) *Journal of Central European Affairs* (1956) 146.
- 84 אחת הדוגמאות שמבהירות זאת היא העובדה כי פושעים יהודים ששהו במאסר בבתי כלא גרמניים על בסיס פסקי-דין שניתנו לפני פרוץ המלחמה, לא הושמדו בטרם סיימו, אם סיימו, את ריצוי המאסר שנפסק להם, וזאת כחלק מתפיסת שלטון החוק ששררה אף בימים החשוכים ההם. ברק (לעיל, הערה 3), עמ' 121.
- 85 ת"פ (י-ם) 40/61 היועץ המשפט לממשלה נ' אייכמן, פ"מ מה 3, 245.

מכאן דווקא גוברת החשיבות בהבנה שבית-המשפט אינו בית שופטיו⁸⁶, וכי "שלטון החוק הוא שלטון המשפט ולא שלטון השופט"⁸⁷.

1. מעין סיכום – הלאמת השפיטה מחדש כתנאי להשבת "שופטינו כבראשונה"

על בסיס השיקולים שהוצגו בחלק הקודם, נדמה כי הפתרון האידיאלי הוא זה המשלב בין הכרה באנושיותו של היושב על כס השיפוט לבין הכרה בייחודיותה של הרשות השופטת כמערכת השואפת לעשיית צדק. שילוב זה אפשרי גם במציאות הפועלת לפי תפיסות פוסט מודרניסטיות וריאליסטיות, אך רק אם המערכת פועלת בתוך מסגרת של תפיסה ציבורית-ממלכתית.

במילים אחרות, לגבי דידי, הדרך להשבת "שופטינו כבראשונה" אינה ביצירת תודעה כוזבת מחדשת או בשחזור אותם "סיפורי בדים" שרווחו בעבר, ולפיהם:

"במערה של אלדין חבוי לו המשפט המקובל בכל הדרו, ועם מינויו של אדם כשופט נוחתת עליו הידיעה של מילות הקוד הפותחות את דלת המערה. פסקי דין גרועים הם אלה שבהם השופט התבלבל במילות הקוד ופתח את הדלת המוטעית. אך שוב איננו מאמינים באגדות. לפיכך עלינו לקבל את העובדה כי לטוב או לרע שופטים יוצרים משפט"⁸⁸.

לא ולא. הדרך היא לחשוף את האמת בדבר מלאכת השפיטה, אך במקביל קמה חובה לשקם את מעמדה של הרשות השופטת כמערכת ציבורית-ממלכתית. במילים ברורות יותר, רק כאשר יולאמו מחדש בתי-המשפט אל תוך מה שנותר ממדינת הרווחה המודרנית, יוכלו להיווצר אותם שופטים "גדולים מהחיים" גם אם הם עצמם יהיו לעולם קטנים יותר מהמציאות שהם פועלים במסגרתה.

במובן מסוים זה בדיוק המהלך שמבקשת השופטת דורית ביניש, הנשיאה הנוכחית של בית-המשפט העליון, לקדם: שיקום התפיסה הממלכתית ציבורית של בית-המשפט העליון⁸⁹. אלא שהנשיאה ביניש מנסה לעשות זאת במערכת שפועלת לפי דפוסי פעולה

86 ד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטוינסקי, פ"ד טו 71, 76 (השופט מ' זילברג).

87 ברק (לעיל, הערה 3), עמ' 415.

88 Lord Reid "The Judge as Law Maker" 12 J.S.P.T.L. (1972) 22; מתורגם אצל ברק (לעיל, הערה 3), עמ' 28.

89 ראו למשל ת' זרחין "ביניש: פרידמן מפורר את עצמאותה של מערכת המשפט" הארץ (17.2.08).

הפוכים – דפוסים של מגזור, מסחור והאנשה – ובעידן שכבר מתקשה להכיל תפיסות של ממלכתיות וציבוריות, בין השאר משום שאותו בית־משפט עליון קידם את הגישה ההפוכה שאיינה אותן וקידשה תחתיהן את גישת ההפרטה. מכאן כישלונה הצפוי שכבר החל ליתן את אותותיו⁹⁰.

כאמור, לגבי דידי, המסקנה היא זו: רק כאשר תולאם חזרה מערכת המשפט הישראלית באמצעות הפסקת דפוס המגזור, המסחור וההאנשה השיפוטית, ותחודש התפיסה הממלכתית ציבורית – רק אז תוכל להיווצר מחדש מנהיגות משפטית אמיתית. מנהיגות שתשקם את אמון הציבור במערכת השפיטה לא בדרכי כזב אלא מתוך חשיפת האמת. אז, ורק אז, עשוי להתקיים בנו הפסוק "השיבה שופטינו כבראשונה ויועצנו כבתחילה והסר ממנו יגון ואנחה"⁹¹.

90 א' גליקמן "מרידור: האמון במערכת המשפט נהרס" ידיעות אחרונות (29.11.08). במסגרת הכתבה מצוטט שר המשפטים לשעבר, דן מרידור כהאי לישנא: "את הקרב הזה הפסדנו. אני לא זוכר הרס כזה נורא של אמון הציבור כלפי מערכת בתי המשפט וטענות כלפי המערכת. אין מקום שאני לא נמצא בו שלא מדברים על הדרך אותה מוביל פרידמן. בשבועיים האחרונים אני מסתובב הרבה ברחבי הארץ ובשלב זה כמה שקשה לי להגיד את זה פרידמן ניצח".

91 מתוך תפילת העמידה.