

8.35x31.6	1	עמוד 22	ישראל היום! - כותרת	04/01/2018	61730910-7
בנימין זאב הרצל - בהקשר לציונות - 80790					

אופיר העברי



סכנה: מה השופטים יודעים?

בסבב הנוסף של מינוי שופטים לביהמ"ש – עם המהומה התקשורתית הרגילה ומאבקי הכוח בוועדה למינוי שופטים – תישאל מעט מדי השאלה היסודית ביותר: מה יודעים השופטים, מעבר להתמחותם בסעיפי החוק? יש מדינות שבהן שאלה כזו כמעט אינה חשובה. בגרמניה וצרפת, הפועלות לפי המשפט האירופי הקונטיננטלי, קודקס משפטי מפורט וקשה ומסורת של איפוק פרשני, השופטים בעיקר מוציאים לפועל את הוראות החוק במובנן הצר.

בישראל המערכת פועלת לפי מסורת המשפט האנגלית אמריקנית ארוכת השנים, שבה יש לשופטים חופש פעולה נרחב בפרשנות החוק, עד שחלק לא מבוטל מהחוק במי שורת זו מבוסס על פסיקות השופטים. בישראל מתקיים שילוב מוזר של חוסר רסן פרשני יחד עם מסורת חוקתית קצרה של 25 שנים מאז "ההפיכה חוקתית" של 1992. נביא דוגמה אחת.

ב־2009 פסל ביהמ"ש העליון חוק של הכנסת המתיר הקמת בתי סוהר פרטיים. פסילת החוק התבססה במידה רבה על רעיונות הפילוסופיה הפוליטית המכונה "האמנה החברתית". הנשיאה דאו ביניש והמשנה נאור הקדישו עמודים רבים לציטוטי הוגים כמו הובס, לוק ורוסו. במהלך נמהר זה נחשפה בורותם של שופטי העליון שסמכו ידם על ההחלטה (להוציא השופט ארמונד לוי ז"ל) – לא פעם, אלא פעמיים. למרות הציטוטים שהביאו השופטים (או קרוב לוודאי מתמחיהם), ספק אם קראו בכתבים אלה. זאת, מהטעם הפשוט שאפילו עיון דליל בהובס ולוק היה מבהיר שהם תמכו (!) בקיומם של בתי סוהר פרטיים, ולא חשבו שיש בהם פגם מבחינת עקרונות "האמנה החברתית". אם דפי פסק הדין היו מוגשים כעבודה בקורס לפילוסופיה מדינית, הם היו זוכים לציון נכשל.

אם פסק הדין היה מוגש כעבודה בקורס לפילוסופיה מדינית, היה מקבל נכשל. עיון דליל בהובס ולוק היה מבהיר שהם סברו ההפך ממה שהשופטים ייחסו לתורתם

כן התברר שכנראה אף אחד מהשופטים העליונים אינו יודע שמדינת ישראל לא הוקמה כלל על עקרונות האמינה החברתית, אלא על שלילתה הגמורה. המעיין ב"מדינת היהודים" ימצא שכאשר הרצל עוסק ביסודות הרעיוניים של הציונות, הוא שולל במפורש את תפיסת האמנה החברתית של רוסו. האם שכחו השופטים שבמגילת העצמאות מובאים הרצל והקונגרס הציוני כאחד מיסודות הזכות להקמת המדינה? מה שחיוני לדעת הוא שהרצל, בן־גוריון וכל ראשי הציונות הבינו שתפיסת האמנה החברתית יכולה לבסס רק את "מדינת כל אזרחיה", ולא את מדינת הלאום של העם היהודי כשרוב מניינו אינו מתגורר בתחומיה. כלומר, עצם השימוש בטיעון האמנה החברתית חותר תחת זהותה הציונית של המדינה, ומאחר שאין לייחס לשופטנו רצון מודע לקעקע זהות זו, אין מנוס אלא מלייחס זאת לאי ידיעה.

האם הוכשרו שופטי העליון לעסוק בסוגיות פילוסופיה מדינית וחוקתית שהם פוסקים בהן כלאחר יד? די להתבונן באופן הדל והשטחי שבו עוסקים בתחומים אלה בלימודי המשפטים בישראל. ייתכן כמובן שנשיאות העליון ביניש ונאור התגברו על דלות זו באמצעות קריאה ולימוד עצמי, אך לא נמצא לכך סימן בפסק הדין.

מן הראוי על כן שחברי הוועדה למינוי שופטים ישאלו את המועמדים שאלות נוקבות באשר לידיעותיהם ודעוֹתיהם בתחומי המחשבה המדינית. ואם, כפי שסביר להניח, לא תתקבלנה תשובות מספקות, חשוב שהוועדה תמזער את הנזק על ידי מינוי שופטים בעלי השקפה מרוסנת ככל שניתן, בנוגע לחופש הפעולה הפרשני שלהם.