
**על דמוקרטיה
ושלטון החוק
על פי משנתו
של מאיר שמגר**



עמיר פוקס | מרדכי קרמניצר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

אישים

**”משימת השכנוע של הציבור
כולו בחשיבותה של חוקה
ובחשיבותה של מגילת הזכויות
לא התייחרה. כל אדם שרוצה
לחיות בגבולותיה של מדינת חוק,
השומרת על הדמוקרטיה ומגינה
על החוקה המבטיחה את קיומן
של זכויות היסוד הדמוקרטיות,
חייב לייחל ליום שבו חברי
הכנסת ירימו את הכפפה הזאת”**

(מאיר שמגר, חם ולא נשלם, עמ' 254)

הקדמה

השופט שמגר נולד בשנת 1925 בעיר דנציג (שהייתה אז "עיר חופשית"), כיום גנדסק שבפולין, בשם מאיר שטרנברג. בן להורים תומכי זאב ז'בוטינסקי, שהיגרו מרוסיה. הוא עלה לארץ ישראל בשנת 1939 ולמד בגימנסיה בלפור בתל אביב. בהמשך למד היסטוריה ופילוסופיה באוניברסיטה העברית בירושלים ומשפטים בבית הספר המנדטורי למשפטים. שירת באצ"ל ולימים הוגלה למחנה מעצר באפריקה למשך ארבע שנים. במחנה הוא המשיך בלימודי המשפטים בהתכתבות באוניברסיטת לונדון. ב-1948, עם קום המדינה, חזר לישראל.

שמגר התגייס לצה"ל ובמלחמת העצמאות שירת בירושלים. לאחר המלחמה סיים את לימודי המשפטים ובשנת 1950 שב לצבא ושירת בפרקליטות. בשנים 1961-1968 כיהן בתפקיד הפרקליט הצבאי הראשי והיה גם היועץ המשפטי של מערכת הביטחון. בתקופה זו יצר את התשתית המשפטית של הממשל הצבאי ביהודה ושומרון וחבל עזה וקבע את העקרונות לדרכי פעולתו.¹ היה לו חלק מכריע גם בכתובת חוק השיפוט הצבאי.²

לאחר סיום שירותו בצה"ל מונה ליועץ המשפטי לממשלה ומילא תפקיד זה בשנים 1968-1975. אחר כך מונה לשופט בית המשפט העליון וכיהן בו עד פרישתו בשנת 1995. בשנת 1983 מונה לנשיא בית המשפט העליון.

1 אליקים רובינשטיין, "איש משפט בראי התקופה: מאיר שמגר", בתוך: אהרן ברק (עורך), ספר שמגר: סיפור חיים, תל אביב: לשכת עורכי הדין בישראל, 2003.

2 שמגר, תם ולא נשלם: פרקי חיים, תל אביב: משכל, 2015, עמ' 68.

הנשיא שמגר כיהן כיושב ראש של כמה ועדות חקירה, בהן הוועדה לחקר אירועי מערת המכפלה, הוועדה לחקירת רצח רבין, הוועדה לעניין הצלילות במימי הקישון והוועדה לקביעת כללי האתיקה לחברי הממשלה. בתחילת שנות האלפיים הנהיג את הצוות לניסוח הצעת חוקה לישראל שיום המכון הישראלי לדמוקרטיה – "חוקה בהסכמה".

בשנת 1996 הוענק לשמגר פרס ישראל על מפעל חיים ובשנת 2009 – אות "אביר הדמוקרטיה" מאת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

בחוברת זו נבקש לעמוד על הערכים העולים מפסיקותיו ומכתביו של מאיר שמגר. ערכיו מייצגים תפיסת עולם ליברלית-דמוקרטית עשירה ועמוקה. דווקא לאור היותו איש האצ"ל, שהשקפתו נבטה מעולם הערכים הלאומי-ציוני המובהק (לדבריו של שמגר, הוא גדל על ברכי תורתו של ז'בוטינסקי³), ולאור העובדה שנחשב לשופט "ביטחוניסט" (כפי שבא לידי ביטוי למשל בפרשת המגורשים ללבנון⁴ ובפרשת קו 300⁵), ראוי לעמוד על תמונת הערכים העולה מן הציטוטים המובאים להלן, שהיא דמוקרטית-ליברלית לעילא ולעילא. מדבריו של שמגר ניכר כי העלה על נס את חירויות האדם וזכויותיו, את שלטון החוק ואת הדמוקרטיה במובנה המהותי. הוא המחיש, גם עיונית וגם מעשית, שאין סתירה בין תפיסה לאומית-ציונית לבין תפיסה ליברלית שמכבדת את זכויות המיעוט לשוויון. הוא עמד על מקומם המרכזי של שלטון החוק ושל בית המשפט בשמירה על חירויות וזכויות אלה.

3 שמגר, תם ולא נשלם, עמ' 279.

4 בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הביטחון פ"ד, מז(1), 267 (1993).

5 בג"ץ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל ואחרים, פ"ד מ(3) 505 (1986). שמגר דחה את העתירה נגד מתן חנינה לאנשי השב"כ עוד בטרם עמדו לדין.

מדינה יהודית ודמוקרטיה

השוויון כלפי מיעוטים
האיזון בין מדינה יהודית ודמוקרטיה

מדבריו של שמגר משתקפת מדינת ישראל כמדינה יהודית שהיא חברת מופת המושתתת על עקרונות של זכויות האדם.

אני מאמין במדינת ישראל היהודית והדמוקרטית, הפותחת שעריה לכל יהודי המבקש לבוא ולחיות בה. ובייחוד אני מאמין במדינת ישראל השמה לה למטרה להיות חברת מופת, מושתתת על עקרונות של זכויות האדם, הצדק, היושר, החירות ושוויון ההזדמנויות.

[תם ולא נשלם, עמ' 279]

שמגר הדגיש פעמים רבות כי הרעיון של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינו סותר את היותה דמוקרטיה.

אין סתירה בין אופיה היהודי של המדינה לבין אופיה הדמוקרטי, כפי שאין סתירה בין צרפתיותה של צרפת לבין אופיה הדמוקרטי דהאידינא.

[מתוך נאום במעמד קבלת פרס ישראל, 24 באפריל 1996]

ובהמשך הוסיף כי שני היסודות גם יחד הם שמחייבים לכבד את זכויותיהם של כל המיעוטים החיים בישראל.

אין זה אף פעם מיותר לשוב ולהדגיש כי היסוד היהודי והיסוד הדמוקרטי אשר בתוך עיקרינו מורים, שניהם, כי חובה לכבד זכויותיו של כל מי שחי עמנו, כמיעוט לאומי או דתי, כאורח לשעה, כעובד לתקופה או בנסיבות אחרות כלשהן.

[מתוך נאום במעמד קבלת פרס ישראל, 24 באפריל 1996]

בהרצאה משנת 1996 שסוקרת את תפיסתו הלאומית-ליברלית של זאב ז'בוטינסקי,⁶ הציג שמגר את הבסיס הרעיוני שעליו גדל. שמגר עמד על הגדרותיו של ז'בוטינסקי ל"לאום" ול"ציונות" והביא גם מתוך תפיסתו הליברלית.

ז'בוטינסקי היה אינדיבידואליסט מושבע. כפועל יוצא מכך היו תפיסותיו, בנושא של זכויות הפרט ומעמדו בחברה ומול החברה, חדות וברורות מראשיתן: מבחינה פוליטית הוא היה ליברל מושבע, הדוגל בחיים דמוקרטיים שבהם נשמרות זכויות הפרט ואי תלותו באופן מושלם. בהשקפתו ביטא את האמונה בחובה לקיים חירות אישית, שכן היחיד הוא מעצב התרבות האנושית ומקדם אותה. מתוך כבוד ליחיד עלתה אמונתו בשוויון האמיתי.

[הלאום והיחיד בהשקפותיו של ז'בוטינסקי", בתוך: ספר שמגר, עמ' 433]

הוא דגל בחופש הביטוי ובשוויון מלא אפילו בין בגירים לקטינים. ביטוי חיצוני אחד לכך היה מנהגו שלא לפנות לאיש, לרבות לקטין, בלשון "אתה" אלא לעולם בגוף שלישי. [...] השקפתו בדבר מקום היחיד מול הכלל, היינו בדבר מקומו של הפרט, נבעה כאמור מראייה ליברלית-אנושית-שוויונית.

[הלאום והיחיד בהשקפותיו של ז'בוטינסקי", בתוך: ספר שמגר, עמ' 434]

אף שבכתביו ובדבריו נהג תמיד להיצמד לעובדות ולהתבטא בזהירות רבה, שמגר חתם את הרצאתו באמירה מפתיעה וחריגה בפסקנותה. לדבריו, המביעים הזדהות רבה עם השקפת עולמו של ז'בוטינסקי, האחרון היה תומך בהתלהבות בחוקי היסוד משנת 1992.

בשנת 1992 קיבלה הכנסת חוקי יסוד, המגינים על כבוד האדם וחירותו ועל חופש העיסוק. הם נותנים ביטוי חקיקתי-חוקי להבטחת כבוד האדם וחירותו ומונים זכויות יסוד הנגזרות מכך ואת זכות האדם לבחור באופן חופשי את מקצועו ולעסוק ללא הפרעה בכל נושא, אשר אין בו נזק לאחר. זכותו של אדם שלא להיות נפגע על ידי יחיד אחר, על ידי השלטון או על ידי רשויות השלטון, לפתח אישיותו, לשמור על חירותו האישית, לא להיאסר שלא כדין ולזכות בשוויון מלא ביחס אל אחרים. אלה רעיונות אשר ז'בוטינסקי, אילו היה חי, היה מקבלם בברכה, בהזדהות ואף בתמיכה נלהבת.

[ה"לאום והיחיד בהשקפותיו של ז'בוטינסקי", בחוך: ספר שמגר, עמ' 436]

נציין עוד בהקשר זה כי שמגר היה נשיא בית המשפט בעת שנוסחו חוקי היסוד של שנת 1992. לפי עדותו של שר המשפטים דאז דן מרידור,⁷ שמגר הוא שהציע לכלול בסעיף עקרונות היסוד אזכור של מגילת העצמאות, כדי לאזן ולהעניק תוכן לתוספת לסעיף המטרות, שאזכרה את ערכיה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית.

שלטון החוק

השמירה על שלטון החוק וקידומו היא רעיון שעובר כחוט השני בכתבים ובפסקי הדין של שמגר. כאשר נדרש לעקרון שלטון החוק, הכיר שמגר בהבחנה שבין שלטון החוק הפורמלי לשלטון החוק המהותי. שני היבטים אלה נראו בעיניו הכרחיים לכינון מדינה דמוקרטית. בבג"ץ ניימן שעסק בעתירה (שנדחתה) לפסילת תנועת כך אשר התמודדה בבחירות לכנסת האחת עשרה, אמר שמגר בעניין שלטון החוק הפורמלי.

ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים – לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאווייהם הבלתי מוגבלים – אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה.

[ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד (ט"ו) 225 (1984), פס" 15 לפסק דינו של השופט שמגר]

7 את הדברים מסר לנו השר לשעבר מרידור לצורך כתיבת חוברת זו.

בתקופת תפקידו כיועץ המשפטי לממשלה הרים תרומה עצומה לקידום שלטון החוק בישראל בכך שהחל במפעל "הנחיות היועץ המשפטי לממשלה". הנחיות אלו מגבשות מדיניות אחידה וכתובה של היועץ המשפטי לממשלה ושל היועצים המשפטיים במשרדים הממשלתיים.

מעל לכול עמד הרצון לגבש מדיניות משפטית אחידה, שלא תהיה נתונה לגחמות או לנסיבות של כל מוסד ומוסד, אלא תהיה ברורה וקבועה [...] לא הסתפקתי בהנחיות בעל פה, והעליתי אותן על הכתב, לפרטי הפרטים עם הסברים ואפילו דוגמאות לטפסים השונים [...] ראוי שעניינים שכאלה יועלו על הכתב ויחייבו את כל הדרגים. ערפול והסתמכות על "תורה שבעל פה" אינם מתכון טוב להתנהלות.

[תם ולא נשלם, עמ' 101]

גם בהקשר זה מקשר שמגר את תפיסתו בעניין שלטון החוק עם המסורת הלאומית-ליברלית מבית מדרשם של ז'בוטינסקי ומנחם בגין:

לא זכיתי לפגוש את ז'בוטינסקי, ועם יורשו, מנחם בגין, נפגשתי רק לאחר שובי ממחנה המעצר באפריקה. לימים פגשתי אותו כשהיה ראש ממשלת ישראל, ולמדתי להעריך את תפיסתו הליברלית העמוקה ואת דבקותו בשלטון החוק. זכורה לכל אמירתו כי "יש שופטים בירושלים!" גם כאשר הכרעותיהם של אותם שופטים לא עלו בקנה אחד עם השקפת עולמו והקשו עליו לממש את כוונותיו.

[תם ולא נשלם, עמ' 280]

אך האם שלטון החוק משמעותו היא אך ורק קיום החוק ואכיפתו יהא אשר יהא? באשר לשלטון החוק המהותי טען שמגר כך:

שלטון החוק אינו מבטא רק קיום פורמלי של הנורמה החקוקה. מעבר לכך עליו להגשים את רוחה של הדמוקרטיה ואת מגמתה, לשמור על כבוד האדם, לאפשר לפרט לשאוף להגשמת זכויותיו ולחסום דרכם של הפרט ושל הרשות הציבורית, אם אלה מבקשים ליטול שלא כדין את זכויותיו של האחר או להצר צעדיו שלא כדין.

[מתוך דברים בטקס חנוכת הבניין החדש של בית המשפט העליון, 10 באוקטובר 1992]

שמגר הדגיש בכתביו רבות כי הדמוקרטיה איננה רק שלטון הרוב ויש בה גם יסוד מהותי המגביל את הרוב – זכויות הפרט וזכויות המיעוט. להשקפתו, הגוף השומר על אותו פן מהותי של הדמוקרטיה, שתפקידו להציב גבולות לשלטון, הוא בית המשפט.

דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב, אלא גם שמירה על זכויות הפרט בכלל וזכויות המיעוטים בפרט, ובית המשפט הוא המבצר של הדמוקרטיה הישראלית. רק הוא לבדו יכול להציב גבולות לשלטון, כל שלטון שהוא, מפני סחרחורת הכוח. לכן אין פלא שנשמעים קולות המבקשים לקצץ את כנפיו. זו סכנה לחירויות, משום שבית המשפט הוא המוסד היחיד שהאזרח, כל אזרח, יכול לפנות אליו אם הוא חש שנפגעה אחת מחירויותיו.

[תם ולא נשלם, עמ' 278]

מדוע זקוקה דמוקרטיה אמיתית למערכת שיפוט בלתי תלויה? דמוקרטיה היא שלטון העם (הדמוס) להבדיל משלטון היחיד או שלטון המעטים. יש להוסיף כאן אזהרה: שלטון הרבים, להבדיל משלטון המעטים, אינו אלא ראשית התיאור של הדמוקרטיה, היינו אין בכך מיצוי או מניין מלוא המרכיבים והערכים שבה. יש גם עיוותים של שלטון הרבים, למשל, אם מתהווה מה שעוד ההיסטוריון היווני פוליביוס כינה בשם Ochlocracy, השלטון השרירותי של הרבים. הדמוקרטיה הליברלית, פרי אידיאות החירות של המאות התשע-עשרה והעשרים, נושאת בתוכה לא רק את היסוד של שלטון העם – כלול בה גם יסוד הגנת זכותו של המיעוט.

[“עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי”, בתוך: ספר שמגר, עמ' 174]

בבג"ץ שליט, שעסק בחובת פרסומם הפומבי של הסכמים קואליציוניים, התייחס שמגר לתהליך הדמוקרטי כתהליך קבוע ומתמשך, שמתקיים בין העם ונבחריו לאורך תקופת כהונתם ועד לבחירות הבאות, ולא רק בתקופת הבחירות – שאז הוא מגיע לשיא.

התהליך הדמוקרטי מותנה באפשרות לקיים ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה ולהחליף דעות עליהן באופן חופשי. ההמשכיות של הזיקה בין הנבחר לבין הבוחר אמנם מאבדת אחרי הליך הבחירות מאופייה של הפעולה הישירה ומן האינטנסיביות שבה, אך הבחירה אינה מסיימת את הקשר בין הציבור לנבחריו עד לבחירות הבאות. התהליך הפוליטי כולו נצפה על-ידי הציבור הרחב באופן מתמשך, והוא מלווה אירועיו בתשומת לב, לשם הבעת דעה שוטפת ולשם גיבוש מסקנות לגבי ההווה והעתיד. דעת קהל חופשית ומודעות הציבור לנעשה במערכות השלטון הן חלק אינטגרלי מן המבנה של המשטר הדמוקרטי. משטר דמוקרטי בנוי על שיתוף מתמשך של הציבור במידע על המתהווה בחיים הציבוריים.

[בג"ץ 1601/90 משולם שליט נ"ח"כ שמעון פרס ואח', פ"ד מד(3) 353 (1990), פס' 5 לפסק דינו של השופט שמגר]

הגנה על זכויות אדם

מחויבות להגנה על זכויות אדם

שמגר ביטא בדבריו את התהליך הבלתי פוסק של ההגנה על חירויות הפרט. לטעמו, מדובר במאבק מתמיד שיימשך לעד.

דינה של החירות מבחינה זו כדינה של האהבה [...] אנו תמיד מאבדים מחירותנו, כי אחרי כל ניצחון אנו חשים, בטעות, כי ניתן לנוח על זרי הדפנה וליהנות מן החירות ללא מאבק נוסף. דא עקא, הקרב על החירות לעולם אינו תם ושדה המערכה לעולם אינו רוגע.

[מתוך נאום במעמד קבלת פרס ישראל, 24 באפריל 1996]

שמגר התגאה בכך שבהיותו היועץ המשפטי לממשלה לא יזם את הטענה שלתושבי יהודה שומרון וחבל עזה אין זכות עמידה לפני בג"ץ, ובכך התקבעה סמכותו של בית המשפט באשר אליהם. לתפיסתו כך עשה לשם הגנה על זכויות האדם של אותם תושבים.

ההסדרים המשפטיים שנקבעו על ידינו עם תפיסת השטחים היו הסדרים שנועדו להבטיח את זכויותיהם של בני האדם. ההסדר שנקבע על ידינו, שלפיו אדם שהוא חושב השטחים יכול להגיש בג"צ, הוא הסדר שלא זכה לחיקוי במדינות אחרות, שם רק שמעו אותו בנימוס ולא אימצו. כל ההסדרים האלה נועדו להגן על זכויותיהם של יושבי שטחים אלה. אני חושב שטוב שאנחנו נוהגים כשלטון צבאי סובלני.

[ללא גלימה, עמ' 20]⁸

על חשיבות החוקה

שמגר הרבה לעמוד על הצורך החשוב בכינונה של חוקה לישראל ואף הנהיג את הצוות שניסח הצעת חוקה כזאת, בשנת 2005, במכון הישראלי לדמוקרטיה - "חוקה בהסכמה" — ואת המועצה הציבורית שליוותה בדיונים מעמיקים את עבודת הצוות והשרתה עליו מתובנותיה.⁹

לדעתי חוקה דרושה כדי להבטיח קודם כול את זכויות היסוד של האזרח. חוקה אינה דרושה עבור ההוראות שקובעות איך בוחרים את יושב ראש הכנסת או פונקציה אחרת, אלא בשביל זכויות האדם. אלה הזכויות שמופיעות בסעיפים הראשונים של חוק היסוד.

[ללא גלימה, עמ' 20]

8 אליחי שילה, יאיר טייטלבוים, שירי ליברמן-שלו, נפתלי פורת, שירה זילכה, אביחי יהוסף, שלומי שורץ ויובל תמיר, ללא גלימה: שיחות עם שופטי בית המשפט העליון - סטודנטים למשפטים משוחחים עם שופטי בית המשפט העליון בדימוס על חייהם, פסקי דינם, תפיסת עולמם וסוגיות אקטואליות, ראשון לציון: משכל, 2017.

9 חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה, בהנהגת השופט מאיר שמגר, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2005.

כבוד האדם

עוד בשנת 1994, מעט לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועוד טרם בג"ץ בנק המזרחי ו"המהפכה החוקתית", חיווה שמגר את דעתו הנחרצת על היקף הזכות לכבוד ועומקה, ועל גזירת הזכות לשוויון מתוכה:

קיומה והגשמתה של הזכות אינם מתמצים במבנה החוקתי הקובע שריונה ובנוסחאות המשרתות אותו. ביצועה של הזכות - לרבות העמקתה, השרשתה והרחבתה - חייב למצוא ביטויו בכל רובדי החיים ובכל ההקשרים והנסיבות המדיניים, החברתיים והאנושיים [...] כבוד האדם חייב להיות ביחסי היום יום של השלטון לפרט, של האנשים ביחסיהם הבינאישיים, ביחסו של הפקיד לאזרח, ביחסה של התקשורת, ביחסה של המשטרה [...] כבוד האדם משתקף, בין היתר, ביכולתו של יצור אנוש בחור שכזה לגבש אישיותו באופן חופשי, כרצונו, לבטא את שאיפותיו ולבחור בדרכים להגשמתן [...] שלא להיות משועבד לכפייה שרירותית, לזכות ליחס הוגן מצד כל רשות ומצד כל פרט אחר, להנות מן השוויון [...] לזכות לתשומת לב ראויה של החברה בה הוא חי, להשיג מדעת או לסרב מדעת, כרצונו.

[בתי המשפט הם חוד החנית של השמירה על כבוד האדם, עמ' 23]¹⁰

הזכות לשוויון

בפסקי הדין שלו התייחס שמגר לעקרון השוויון כעיקרון יסוד חוקתי המהווה חלק בלתי נפרד מתפיסות היסוד המשפטיות של מדינת ישראל. עוד בבג"ץ בורקאן, בשנת 1978, שעסק בשאלת האפליה המתקנת לטובת יהודים ברובע היהודי בירושלים, קבע:

הכלל שלפיו אין מפלים בין אדם לאדם מטעמי גזע, מין לאום, עדה, ארץ מוצא, דת, השקפה או מעמד חברתי הוא עקרון יסוד חוקתי, השלוב ושזור בתפיסות היסוד המשפטיות שלנו ומהווה חלק בלתי נפרד מהן.

[בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 (1978)]

10 מאיר שמגר, "בתי המשפט הם חוד החנית של השמירה על כבוד האדם", הלשכה 22 (תשנ"ה).

הוא בחן את הזכות לשוויון לאורה של מגילת העצמאות והדגיש את מקורותיה היהודיים העתיקים.

מגילת העצמאות לא נוצרה בחלל הריק ולא באה לעולם יש מאין. היא שילבה עיקרים עתיקים עם תפיסות מודרניות. כאשר הפנתה אל יסודות החירות, הצדק והשלום, ואל שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור – למעשה הטביעו בה מחבריה עיקרים עתיקים משלנו. האדם – כל אדם – נברא בדמות אלהים. עיקר המבטא את ההכרה בשוויון כל בני־האדם; מכאן גם הציוויו לפיו יש לקיים זהות בזכויות המשפטיות לכולי עלמא: "כִּי־אֲזַרְחֶם־כֶּם יִהְיֶה לְכֶם הַגֵּר הַגֵּר אִתְּכֶם".

[המשפט בשירות הדמוקרטיה, עמ' 228]¹¹

על החירות

בתור ליברל מובהק קידש שמגר את הזכות לחירות כערך יסודי וחשוב מעין כמותו, שהוא תנאי אפילו לאנושיותו של האדם.

החירות היא תנאי חיוני לרציונליות של הפעולה האנושית ושל הגעה להישגים בה. לא להיות חופשי, משמעו להיות חסר אוניס וחסר ערך. להיות חופשי משמעו לעצב את עתידך, להיות מסוגל לתרגם רעיונותיך כדי להפכם למציאות חיה, להגשים את הכוחות הטמונים בך, כאדם. לא להיות חופשי, פירושו לא להיות אחראי, לא להיות מסוגל להיענות לזולתך, לא להיות אנושי.

[עצמאות מערכת השיפוט כיסוד הסדר הדמוקרטי, בחוך: ספר שמגר, עמ' 175]

11 מאיר שמגר, "המשפט בשירות הדמוקרטיה: דברים בטקס קבלת תואר דוקטור כבוד למשפטים", משפטים כ (1990).

מתוך זכויות היסוד, שמגר העניק בפסיקותיו מעמד מיוחד לחופש הביטוי. בשורה של פסקי דין עמד על חשיבותה המכרעת של הזכות לדמוקרטיה ונתן לה מעמד על-משפטי אף בטרם המהפכה החוקתית. ליבת הזכות לחופש הביטוי מתקיימת בחופש הביטוי הפוליטי.

חירות הביטוי היא תנאי מוקדם לקיומה של הדמוקרטיה ולפעולתה התקינה. השמעת הדעות החופשית והחלפת הדעות הבלתי מוגבלת בין אדם לרעהו הן בגדר תנאי־שאינן־בלעדיו לקיומו של המשטר המדיני והחברתי, בו יכול האדם לשקול, תוך לימוד הנתונים וללא מורא, מה דרוש, לפי מיטב הבנתו, למען טובתם ורווחתם של הכלל ושל הפרט, ואיך יובטח קיומם של המשטר הדמוקרטי ושל המסגרת המדינית, אשר בתוכה הוא פועל [...] אחד מביטוייה העיקריים של הדמוקרטיה, אם כי לא הבלעדי, הוא קיומם של מוסדות שלטון נבחרים ויצוגיים, והתהליך של השמעת דעות והחלפת דעות מקוים, בין היתר, כדי לעצב דמותם של מוסדות השלטון ולהתוות דרכיהם [...] אין להעלות על הדעת, שניתן לקיים בחירות במשטר דמוקרטי בלי לאפשר, עובר לקיומן, החלפת דעות ושכנוע הדדי, ובלי שיקוימו אותם בירורים ודיונים, בהם מעוצבת דעת הקהל, הממלאת תפקיד חיוני בכל משטר חופשי, יהיה זה, כאמור, בעת בחירות ויהיה זה בכל ימות השנה.

[בג"ץ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, לח(3) 233, 238-239 (1984)]

מתן האפשרות וההזדמנות להשמעת בקורת מדינית, חברתית ואחרת על פעלו של השלטון, מוסדותיו, חברותיו, שליחיהם ועובדיהם, הוא עיקר־שאינן־בלעדיו לקיום ממשל דמוקרטי תקין.

[עא 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, לא(2) 281, פס' 7 לפסק דינו של השופט שמגר (1977)]

בדיון הנוסף התקדימי בעניין **חברת חשמל** משנת 1977, שעסק באיזון בין הזכות לחופש הביטוי ובין הזכות לשם טוב במסגרת תביעות לשון הרע

ובהבחנה בין הבעת דעות לבין הצגת עובדות, היה שמגר במיעוט בקרב חברי ההרכב. הוא סבר כי חופש הביטוי הוא שגובר.¹²

הדברים עלולים להתפרש כהגבלה וכסיווג של העקרונות בדבר חופש הביטוי [...] אם יחשוש האזרח כי כל אי דיוק עובדתי, ככל שיהיה פעוט וקל ערך, עלול לסבכו בהליכים משפטיים וכי כל ספק העולה מנוסח הדברים יפורש לחומרה, הרי ייפול עליו מוראם של אלה השולטים במשאבים בלתי מוגבלים מכספי הציבור כדי לנהל את משפטיהם, הוא לא יהיה למחות והביקורת תוחנק בעודה באיבה.

[ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, לב (3) 337 (1977), פס' 5 לפסק דינו של השופט שמגר]

הוא ביטא עמדה ברורה באשר לחשיבות המכרעת של הזכות ונתן לה כאמור מעמד על-משפטי.

זכות היסוד של חופש הביטוי היא בעלת חשיבות מכרעת בקביעת אופיו של המשטר השורר במסגרת מדינית או חברתית נתונה. יתירה מכן, היא יסוד מסד ותנאי מוקדם להבטחת קיומן ולשמירתן הנאמנה של רוב זכויות היסוד האחרות; הווה אומר, בלעדיה מתערעת יציבותן של זכויות יסוד אחרות כגון חופש הדת וקמות ועולות סכנות למימושן הלכה למעשה. יתירה מזאת, אופיו המתואר של חופש הביטוי כזכות בין זכויות היסוד החוקתיות מעניק לו מעמד על-משפטי. החובה לקיימו היא בגדר קו מנחה שלפיו מגבשים וצרים צורתם של חיקוקים ובוחנים חוקיות פועלן של רשויות שלטון. זאת ועוד, יש לכך השלכה ישירה על פרשנותו המשפטית של כל חוק חרות. כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדבר חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתח לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק.

[עא 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, לא (2) 281, פס' 7 לפסק דינו של השופט שמגר (1977)]

בפסק דין חשוב באשר לחופש הביטוי האומנותי, שעסק בהחלטה לצנזר את הסרט "הפיתוי האחרון של ישו", קיבל שמגר את העתירה.

12 נציין כי ברבות הימים עמדתו של שמגר הפכה במידה רבה לדעת הרוב בבית המשפט.

הפתרון גם אינו בהדחקתן של כל הדעות הנוגדות כולן, שכן בכך תוחנק רוח האדם. כוחה של הדמוקרטיה הוא בחופש שהיא נותנת ליוצר לפרוץ את סגור לבו, להניף כנף וליתן דרור למחשבתו.

בג"ץ 806/88 universal city studios inc. נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מג(2) 22 (1989), פס' 12 לפסק דינו של השופט שמגר]

פסק דין פורץ דרך של שמגר היה בפרשת **ציטריין**.¹³ פסק דין זה עסק בעיתונאים אשר סירבו להעיד על מקורותיהם במסגרת הליך משמעתית בלשכת עורכי הדין. בפסק דין תקדימי קבע שמגר כי קיים בדין הישראלי חיסיון עיתונאי, שאינו נמצא בפקודת הראיות כמו חסיונות אחרים, מכוח הפסיקה בלבד, של עיתונאים כלפי מקורותיהם.

מערכת מדינית חופשית ודמוקרטית והעדר אמצעים נאותים לאיסוף מידע ולפרסומו הם דבר והיפוכו, ואינם יכולים להתקיים בצוותא חדא. הזכות לאסוף מידע כוללת בחובה מכללא את הצורך להגן על מקורות המידע. הדבר נובע מן ההישענות של העיתונאים על מקורות המידע, מיחסי האמון החיוניים להשגת המידע ומן ההשפעה המרתיעה העלולה לנבוע מן החיוב הבלתי מוגבל לגלות מקורות. עולה מכך, כי זכותו של העיתונאי לחיסיון מפני החובה לגילוי מקורות המידע שלו יונקת מעקרון חופש הביטוי ומהווה, לכן, נדבך חשוב במערכת הזכויות והחירויות, עליהן מושטת משטרנו הדמוקרטי.

[ב"ש 298/86 בן ציון ציטריין ויפעת נבו נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל אביב, פ"ד מ"א(2), 337 (1987)]

על חופש המידע ושיחוף הציבור

מדברים שכתב שמגר עולה כי הוא הכיר בחשיבות המיוחדת של הזכות לחופש המידע בעידן המודרני, בהיותה קריטית להשתתפות מודעת של אדם בהליך הדמוקרטי.

תמציתם של עיקר הדברים היא, כי הזכות לחופש המידע היא בגדר זכותו של אדם ליטול חלק בהליכיו של המשטר הדמוקרטי

13 ב"ש 298/86 בן ציון ציטריין, יפעת נבו נ' בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין במחוז תל-אביב פ"ד מא(2) 337 (1987).

מתוך ידיעת הנתונים; היא מרחיבה את האפשרות להתבטאות מושכלת או מתודעת, יש בה עיגון אפקטיבי יותר של חירות הפרט, והיא מקדמת את השוויון ואת הזכות להגיע לביטוי עצמי בתחומי חיים שונים; היא פותחת כמו כן אפשרות לבקרה יעילה על דיוקם של נתונים הנאספים על אדם. זהו מכלול בעל חשיבות וחיוניות רבות המשליך על אופיו, אופן פעולתו ותדמיתו של המשטר המדיני והחברתי אשר במסגרתו אנו חיים.

[יידע הוא כוח", בתוך: ספר שמגר, עמ' 319]14

על החשיבות של הזכות לחופש המידע בהקשר הדמוקרטי ראו גם בדבריו שצוטטו לעיל מפסק דין שליט בדבר החובה לפרסם הסכמים קואליציוניים.

על פי עדותו שלו, השקפתו הכלכלית של שמגר תאמה את השקפתו של ז'בוטינסקי. דהיינו, ליברליזם כלכלי ואמונה בשוק החופשי ובתחרות שאינה בלתי מוגבלת, לצד מחויבות של המדינה לדאוג לצרכיו החיוניים של הפרט ולעזור לחלש.

אני סבור, שמבחינת יצירת כלכלה, שהאוכלוסיה יכולה ליהנות מפריה, כלכלת השוק היא השיטה המועדפת בעיניי – להבדיל מכלכלה מודרכת או מכוונת [...] מאידך גיסא, החברה חייבת להגן על אזרחיה ועל תושביה ולא להתיר לכוחות, העלולים לשחוק את האדם הקטן, לפעול באופן בלתי מוגבל.

[ספר שמגר, עמ' 242]

מקובלת עלי ההשקפה, לפיה השוויון הוא האח התאום של החירות; אולם מן הראוי שתהיה ערנות לכך שאין זהות בתוצאות של החירות ושל השוויון. חירות מוחלטת, היינו Laissez-faire בלתי מוגבל, יוצרת תחרות והתמודדות, שבהן החלש יותר עלול להיפגע וליפול ואזי השוויון יימצא נפגע. על כן דוגלת מדינת הרווחה בהסדרים

חיוניים היוצרים לעתים ובמידת הצורך הפליה מקדמת כדי להגיע אל השוויון, למשל של הצרכן הקטן מול הספק הגדול. השוויון בהתמודדות הכוחות החברתית והכלכלית מושג במקרים אלה על ידי הסדרים חקוקים הבאים להגן על החלש.

[הלאום והיחיד בהשקפתו של ז'בוטינסקי", בתוך: ספר שמגר, עמ' 434]

וכך אמר זאת באופן מפורש יותר:

אני מאמין בחמשת המ"מים של ז'בוטינסקי: "מזון, מעון, מלבוש, מורה, ומרפא". יש במדינה יותר מדי אנשים עניים מרודים. זה צריך להפטר. [...] אני חושב כי ראוי שהמדינה תהיה מתוקנת בדברים אלה. המדינה חייבת להבטיח שלאדם יהיה איפה לגור ומה לאכול. זה לא תפקידו של בית המשפט, אלא המדינה חייבת לדאוג לכך.

[ללא גלימה, עמ' 26]

על תפקידו של בית המשפט

שמגר כתב רבות על מקומו הייחודי של בית המשפט בישראל כמעצור היחיד בפני כוח מוחלט בידי השלטון (ועל כך כבר פורט לעיל). פסק דינו האחרון כנשיא בית המשפט העליון היה בפרשת בנק המזרחי.¹⁵ בפסק דין מכונן זה קבע בית המשפט העליון לראשונה כי חוקי היסוד משנת 1992, ובהם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, יכולים לשמש את בית המשפט לצורך ביקורת חוקתית על חוקה ופסילת חוקים הסותרים את חוקי היסוד. לימים, אהרן ברק, הנשיא הבא של בית המשפט העליון, קרא למהלך זה "המהפכה החוקתית", מונח ששמגר הסתייג ממנו.¹⁶

15 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיחופי פ"ד מט(4) 221 (1995).

16 שמגר, תם ולא נשלם, עמ' 214.

שמגר הדגיש כי הפרדת הרשויות איננה מתמקדת ב"הפרדה" אלא באיזונים ובלמים בין הרשויות ובהגבלת הכוח של השלטון ושמירה על החירות.

ההפרדה בין הרשויות אין משמעותה דווקא יצירתו של חיץ, המונע החלטית כל קשר ומגע בין הרשויות, אלא ביטויה בעיקר בקיומו של איזון בין סמכויותיהן של הרשויות, להלכה ולמעשה, המאפשר אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר.

[בג"ץ 306/81 שמואל פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, לה(4) 118 בפס' 2 לפסק דינו של השופט שמגר]

הפרדת הרשויות נוצרה כדי ליצור איזון בין הרשויות, שכן רק בדרך זו, היינו על-ידי מניעת ריכוז היתר של הכוח באופן בלעדי בידי רשות אחת, מובטחת הדמוקרטיה ונשמרת חירותם של הפרט ושל הכלל. לשון אחר, הביזור השיטתי והקונספטואלי של הסמכויות בין הרשויות, תוך השלטת עקרונות חוקתיים בדבר פיקוח ובקרה הדדיים, וקביעתם למטרה זו של קשרים וגשרים בין הרשויות השונות, הם שיצרו את הבסיס בעל המרכיבים המשולבים החובקים את כל זרועות השלטון. כך נוצרת מקבילית הכוחות, המקימה ומייצבת את האיזון, שהוא תנאי לקיום החירות ולקיום תקינות הממשל על כל זרועותיו.

[בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441 (1988), פס' 9 לפסק דינו של השופט שמגר]

ובאותו הקשר אמר גם כי –

הרעיון המנחה של הפרדת הרשויות הוא שלא יהיה מאגר כוח עודף בידי אחת הרשויות. הרעיון המנחה הוא האיזון 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 האיזון.

[מאיר שמגר – ריאיון, עיונים בתקומת ישראל 7 (1997), עמ' 4]

פיקוח שיפוטי על החלטות הכנסת

שמגר הכיר בכך שהפיקוח השיפוטי על הכנסת נובע מעקרון שלטון החוק ואינו סותר את הפרדת הרשויות.

פשוט וברור הוא, כי הביקורת השיפוטית לפי סעיף 15 לחוק־יסוד: השפיטה חלה גם על פעולותיהן של רשויות הכנסת. הרשות המחוקקת אינה פטורה מעולו של החוק, ומשקבעה את תוכנו והקנתה לו חיות ולא פטרה עצמה - בנוסחו - מתחולתו, הרי היא חבה בכיבודו ככל אחר [...] הסמכות לקיים ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת מסתברת גם מתפיסות היסוד החוקתיות, אשר לפיהן קיומה של הביקורת השיפוטית על חוקיות פעולתה של כל רשות הוא תנאי יסוד לשלטון החוק, ואשר מבחינתן ההפרדה שבין הרשויות אינה מתבטאת בסגירת הדרך בפני הביקורת השיפוטית.

[בג"ץ 325/85 ח"כ מוחמד מיערי נ' יו"ר הכנסת שלמה הלל, לט(3) 122, ס' 6 לפסק דינו של השופט שמגר (1985) (ההדגשה במקור)]

זכות העמידה

אחד הכלים המרכזיים המאפשרים לבית המשפט לדון בעתירות הנוגעות לסוגיות ציבוריות חשובות הוא הרחבת זכות העמידה. פסק הדין המרכזי שגיבש את דיני זכות העמידה היה פסק דינו של השופט שמגר. שמגר היה אחד השופטים שהרחיבו את זכות העמידה ופתחו את בית המשפט לעתירות ציבוריות, מתוך תפיסה שלבית המשפט יש תפקיד ציבורי, והצורך שלו לשמור על שלטון החוק ועל זכויות האדם.

בית־משפט זה ציין בעבר פעמים מספר, כי יש נסיבות בהן יפתח דלתו גם בפני מי שאינו בעל אינטרס אישי, ממשי וישיר. בתחום זה הרחיבה שיטתנו המשפטית בשנים האחרונות את שערי הכניסה לבית־המשפט הגבוה לצדק; אולם, אין להבין מכך, שבית־המשפט ניתק עצמו לחלוטין ולכל צורך מאמת המידה ששירתה בית־משפט זה במשך שנות דור ומעלה [...] בית־המשפט היה נכון להכיר, בין במפורש ובין מכללא, בהרחבה של זכות העמידה [...] ההרחבה [...] נושאת עמה שני דגשים: ראשית, טמון בה עניין סמכותו

של בית־המשפט להכיר, במקרים מסוימים, באינטרס המשותף לרבים, להבדיל מן האינטרס המיוחד לעותר פלוני. שנית, אם מתברר כי העניין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי ממש ונוגע נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק ולהתווית קווים המבטיחים קיומו הלכה למעשה, גם מתבקשת גישה ליבראלית יותר בעניין ההכרה בזכות העמידה של העותר.

[בג"ץ 852/86 ח"כ שולמית אלוני נ' שר המשפטים, מא(2) 1, פס' 6 לפסק דינו של השופט שמגר (1987)]

אוסף מספר מילים על תפישת היסוד, המונחת ביסודה של הרחבת זכות העמידה: הרחבת הזכות נבעה מן הרצון לשרש תופעות של פגיעה בשלטון החוק ויחד עם זאת להרחיב את זכותו של האזרח מן השורה להעלות בפני בית המשפט תופעות פסולות, הלוקות בחוקיותן ופוגעות בכל אזרח בתור שכזה או בחברתנו, בתדמיתה, ביעודה ובטהרתה. יש כאן איפוא ביטוי לרצון לחזק זכויותיו של האזרח מן השורה ומעמדו; המדינה היא שלו, ושקידתו על תקינות מהלכיה ותדמיתה מבורכת ורצויה; בכך שפוחתים בפניו פתח להשיג בפני בית המשפט על פגמים ועל ליקויים בעלי אופי משפטי דומיננטי, מחזקים את זכויות הפרט, את מעמדו, את מעורבותו האזרחית ואת כבודו.

[ריאיון עם שמגר, בחוך: ספר שמגר, עמ' 207–208]

עצמותם של היועצים המשפטיים

בעקבות שערוריית המינוי של עו"ד רוני בראון למשרת היועץ המשפטי לממשלה עמד שמגר בראש ועדה ציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו. בדוח הוועדה התנגד שמגר לפיצול תפקיד היועץ המשפטי — לתובע כללי ויועץ — ועמד על החשיבות של הריכוזיות בתפקיד זה.¹⁷ כמו כן, קבע את הצורך בוועדה מקצועית ציבורית שתאתר מועמדים מתאימים למשרת היועץ. המלצה זו התקבלה בהחלטת ממשלה משנת 2000.¹⁸

17 אליחי שילה ואח', ללא גלימה, עמ' 23.

18 החלטת ממשלה 2274, מיום 20 באוגוסט 2000.

בריאיון שהתקיים בשנת 2017, ועל רקע היוזמות לאפשר לשרים להתערב במינוי היועצים המשפטיים למשרדם, הדגיש שמגר את חשיבות השמירה על עצמאותם המקצועית של היועצים המשפטיים:

בנושא של יועצים משפטיים חשוב לשמור על אובייקטיביות וניטרליות. מה עוד, שאם השר יהיה זה שיבחר את היועץ, אז כל פעם שיתחלף השר, יצטרכו להחליף את היועץ המשפטי.

[אמירה לם וטובה צימוקי, "כבודם", ידיעות אחרונות, 19.7.2017]

מינוי השופטים

לדעת שמגר, השיטה הישראלית לבחירת שופטים מאוזנת ונכונה, ולכן יש לשמור על המצב הקיים.

אנחנו פיתחנו שיטה למינוי שופטים, שהיא, לפי דעתי, עד היום הטובה ביותר שקיימת בעולם [...] יש פה איזון פנימי, איזון של כל הגורמים האינטרסנטים מבחינה לגיטימית: הפרלמנט, הממשלה, המקצוע והשופטים עצמם.

[מאיר שמגר – ריאיון, עיונים בתקומת ישראל 7 (1997), עמ' 4-5]

ועל מינויו של נשיא בית המשפט העליון בשיטת הסניוריטי אמר:

הניסיון מוכיח את יעילותה של שיטת הסניוריטי. היא אובייקטיבית, מונעת יריבויות ושיקולים שלא מן העניין.

[אמירה לם וטובה צימוקי, "כבודם", ידיעות אחרונות, 19.7.2017]

אף שכאמור הסתייג מרטוריקת ה"מהפכה החוקתית" מפּי אהרן ברק ("הייתי שותף למהפיכה החוקתית אף שלא אהבתי את הביטוי הזה"¹⁹), לא עמעם שמגר את העובדה שהיה שותף לבית המשפט שעשה מהלכים אקטיביסטיים ולא ראה באקטיביזם שיפוטי מילה גסה.

אחד מתפקידיו החשובים של בית המשפט הוא להשרות על הציבור ערכים, ואי אפשר לעשות זאת בנרפות ובהשלמה עם המצב, בלי להיות אקטיביסט, בלי לעצב גישה עצמאית שאתה רוצה להקנות לציבור. בית משפט אקטיביסטי הוא זה שנכון להפעיל את סמכויותיו. בית משפט שאינו מחפש מוצא איך לחמוק מהחלטה, אלא משתתף בעיצוב דמותה של המדינה.

לאקטיביזם כזה יש חשיבות רבה לנוכח המריבות הרווחות במדינה, וחוסר היכולת לגבש החלטה. במציאות שלנו אין כמעט נושא בעל חשיבות שאינו מגיע לבית המשפט, וזה אינו יכול להתעלם מהפניות ולדחות את הבאים לבקש ממנו סעד. [...] הייתי קצר רוח, ולא הייתי מוכן לחכות לתהליכים איטיים, שיארכו שנים רבות.

[חס ולא נשלם, עמ' 211]

אף שיש מי שראו בו פורמליסט, עיון בכתביו ובפסיקתו מוכיחים את ההפך.²⁰ שמגר היה שופט רודף צדק, שראה עצמו משוחרר מכבלים "פורמליסטיים".

19 שמגר, חס ולא נשלם, עמ' 214.

20 הנשיא שמגר הוא שהתיר דיון נוסף בפרשת נחמני נ' נחמני, אף שבערעור בבית המשפט העליון כבר דן בכך הרכב מורחב של חמישה שופטים, ולשון החוק הייתה כי דיון נוסף נועד למקרים שבהם נדון הערעור בהרכב של שלושה שופטים. כך גם בע"פ 124/87 נאפסו נ' התובע הצבאי הראשי (שבו זוכה קצין ישראלי מאישומי בגידה, בהתאם להסדר טיעון, בשל אמצעי חקירה פסולים שננקטו נגדו), שמגר התיר את הערעור למרות קושי משמעותי מבחינה פורמלית: מדובר היה בסוגיה עובדתית ולא בשאלה משפטית שיש בה חשיבות, קשיות או חידוש, שהתקיימותה היא תנאי לסמכות בית המשפט העליון לאחר פסק דין שניתן על ידי בית הדין הצבאי לערעורים.

חיפשנו פתרונות, שיש בהם מבחינה עניינית אלמנט של השגת תוצאה צודקת, המשוחררת מכבלי החובה הפורמליסטית [...] המדובר בניסיון לסגור פער היכול להיווצר לעתים בין הדין ובין הצדק.

[ספר שמגר, עמ' 244]

נציין בהקשר זה גם את עמדת המיעוט שהיה בה בפרשת הצלילות בקישון, בוועדה שבראשה עמד. דעת הרוב בוועדה קבעה כי אין קשר סיבתי מובהק בין הצלילות בקישון ובין מחלת הסרטן. הנשיא שמגר קבע בדעת מיעוט כי יש קשר בין החשיפה למי הנחל לבין המחלה – "ישנו קשר סיבתי והגיוני בין מצב הקישון לבין מחלת הסרטן אשר פגעה בחיילים". בפועל, עמדה זו אומצה לבסוף על ידי משרד הביטחון.²¹

מאבק בשחיתות

שמגר עמד בראשות "הוועדה הציבורית לעניין גיבוש כללי אתיקה לחברי הממשלה".²² שמגר התייחס לעוסקים בפעילות ציבורית בצמרת השלטונית כמי שנושאים באחריות ייחודית והייבים לשמש דוגמה ומופת בהתנהגותם.

ענייננו בהתנהגות אנושית, אשר תשומת הלב של כל אזרחי המדינה מרוכזת בה במידה רבה יחסית ואשר יכול ותהיה לה השלכה על טובתם או אף על גורלם של אזרחי המדינה. זאת ועוד, השפעתה ברבים של הדוגמה ההתנהגותית הנוצרת במהלך כהונה במשרה בכירה שלטונית, חזקה יותר באופן יחסי ובעלת הד יותר נרחב מזו הנוצרת על ידי התנהגות של אלו העוסקים במקצועות אחרים או בפעילות אנושית מיוחדת אחרת.

[האתיקה של חברי ממשלה", עמ' 515]²³

21 אורי טל, "נחל קישון: מצב המחקר וחידוש הפעילות", מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2008.

22 כללים אלה טרם אומצו על ידי הממשלה.

23 מאיר שמגר, "האתיקה של חברי ממשלה", בתוך: שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם (עורכים), ספר דליה דורנר, שריגים-ליאון: נבו, 2009.

השופט שמגר התריע בפסיקותיו על הנוק הכבד שבהבלגה על שחיתות של אנשי ציבור.

מי שמפר את האמון שניתן בו על-ידי כך שהוא מנצל מעמדו ועמדתו לשם הפקת טובות הנאה אישיות פסולות, גורר עמו למדמנה לא רק את אלה שאתם קשר קשרים ואשר בפניהם הציב את מתן השלמונים כתנאי מוקדם להיענות לדרישותיהם ולהשגת זכויותיהם. הפגיעה היא, כאמור, רחבה ועמוקה יותר: הפיקוח שביצעו נדרש מנושא המשרה במסגרת תפקידו הופך לנלעג, כספי הציבור משולמים לריק והגרוע מכל, צומחות ועולות אמות-מידה מעוותות ביחסי האנוש וביחסי השלטון והאזרח, בהן טמונה סכנה לחברה כולה. תופעות מגונות אלה לא תשורשנה על-ידי סלחנות ותגובות לחצאין.

[עש"מ 1/77 אברהם קליין נ' מדינת ישראל, לא(2) 164 (1977), בפס' 5 לפסק דינו של השופט שמגר]

שמגר הבהיר כי ייעוד "ציבורי" או "אידיאולוגי" לטובות ההנאה שמקבלים אישי ציבור, מתוך ניצול מעמדם זה, איננו שיקול מקל אלא ההפך הוא הנכון.

הפסול הדבק בנטילת כסף או בקבלת טובת הנאה אחרת בעד פעולות הקשורות בתפקיד רשמי או ציבורי אינו נרפא על-ידי כך שכסף זה מועבר לאחר מכן למטרות מפלגתיות או אפילו למטרות צדקה [...] מטרה מפלגתית איננה מקדשת שום אמצעי, אלא נהפוך הוא, אם פשה בין אלו מראשי הציבור ומשרתיו הסברה, כי ניתן לבצע מעשים בלתי-חוקיים ולבטל עוקצם על-ידי הועדת פרי הבאזשים, המתקבל ממעשה העבירה, לקופות פוליטיות, הרי מתחייבת תגובה ענשית חריפה במיוחד, כדי לשרש השקפות אלה על-אחר.

[ע"פ 234/77 אשר ידלין נ' מדינת ישראל, פ"מ לב(1) 31 (1977), בפסקה 5 לפסק דינו של השופט שמגר]

שמגר היה נשיא בית המשפט העליון בזמן פרשת דרעי בשנת 1993. הוא כיהן בראש הרכב השופטים אשר הורה לראש הממשלה יצחק רבין לפטר את השר אריה דרעי, לאחר שהוגש נגדו כתב אישום בשל עבירות שחיתות

חמורות. כן היה חבר בהרכב שעסק בתיק דומה באשר לסגן השר רפאל פנחסי.²⁴ כנשיא בית המשפט העליון הוא קבע בפסק דינו בעניין דרעי כי –

העבירות המיוחסות לשר דרעי הן מפליגות בחומרתן, ואי־הפעלת הסמכות להעבירו מתפקידו עולה כדי אי־סבירות קיצוני [...]. הפגיעה באמינות השלטון עקב אי העברה מהתפקיד של מי שמואשם בעבירות חמורות של שחיתות, היא חמורה בהרבה מן הפגיעה באמינות עקב אי קיום הבטחה שהחוק אסר מעיקרו את נתינתה.

[בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, מז(5) 404 (1993), בפסקה 20 לפסק דינו של השופט שמגר]

סיכום

סקרנו כאן מקצת פסיקתו וכתביו של השופט מאיר שמגר. עמדנו על דמותו הייחודית ותרומתו לחברה, על פסיקתו פורצת הדרך בתחומים שונים ועל עמדותיו הדמוקרטיות-ליברליות. התמונה המצטיירת היא של שופט שמגויס כולו למען הצדק, ההגנה על זכויות האדם ושלטון החוק. ייחודו של שמגר הוא גם בתפיסה הכוללת שלו בעניין המערכת השלטונית כשיטה של איזונים וריסונים, שתכליתה למנוע היווצרות יתר כוח שלטוני, באמצעות פיקוח ובקרה הדדיים מוגדרים. בכל אלו לא הייתה סתירה לדמותו כאיש המחנה הלאומי, שדבק במורשת הלאומית-ליברלית של זאב ז'בוטינסקי ומנחם בגין. להפך, מחויבותו לזכויות אדם ולזכויות מיעוטים נבעה מאותה מורשת. דמותו ממחישה כי אין ניגוד בין מדינה יהודית למדינה דמוקרטית, בין לאומי לליברלי. ואפילו להפך – יהודיותה של המדינה היא מקור לא אכזב לחובות מיוחדות שיש לה כלפי כל אדם, באשר הוא אדם, ובמיוחד כלפי מי שאינו יהודי וחי בישראל או הבא בשעריה. דמותו כמי ששירת את הציבור באמונה ובנאמנות כל חייו, כאחד ממעצביה הבולטים של שיטת המשפט שלנו, כיהודי, כדמוקרט-ליברלי וכאדם, ראויה לשמש מופת לחברה בישראל. מי ייתן ויבוא יום שבו יושלם הפרויקט שחלם עליו ולשם מימושו פעל – כינון חוקה לישראל.

24 בג"ץ 4267/93, 4287, 4634 אמיתי - אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד מז(5) 441.

ד"ר עמיר פוקס הוא ראש התוכנית להגנה על מוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה. תחומי המומחיות שלו הם ערכים דמוקרטיים וחקיקה אנטי־דמוקרטית, משפט פלילי, הגות ליברלית, תהליכי חקיקה. **פרופ' מרדכי קרמניצר** הוא עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור (אמריטוס) בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. תחומי המומחיות שלו הם זכויות אדם, משפט ציבורי, פלילי וצבאי.

החוברת רואה אור במסגרת הפעילות של המרכז לערכים ולמוסדות דמוקרטיים במכון הישראלי לדמוקרטיה.

עריכת הטקסט: תמר שקד
ביצוע גרפי: נדב שטכמן פולישוק
עיצוב הסדרה: סטודיו תמר בר־דיין
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים
התצלום על העטיפה: יוסי זמיר

סדרת "אישים" מביאה, בתמצית, ממשנתם הדמוקרטית של מנהיגים והוגים בהיסטוריה של מדינת ישראל והציונות.

ראו אור בסדרה:

- אלוהים, הומניזם ודמוקרטיה במשנתו של אברהם יהושע השל
- אלתרמן, בגין וז'בוטינסקי, עם הקדמה מאת חיים גורי
- דמוקרטיה, דיני מלחמה וזכויות מיעוט, לפי משנתו של נתן אלתרמן
- הגותו של הרב שג"ר כבסיס לדמוקרטיה רב־תרבותית
- הומניזם, דמוקרטיה וזכויות אדם במשנתו של הרב אהרן ליכטנשטיין
- חשבון נפש דמוקרטי, לפי משנתו של מנחם בגין
- משנתו הליברלית של בנימין זאב הרצל
- על דמוקרטיה ושלטון החוק על פי משנתו של מאיר שמגר
- על דמוקרטיה, שוויון וזכויות הפרט, לפי משנתו של ז'בוטינסקי
- על שוויון, צדק וביקורת שיפוטית במשנתו של השופט אדמונד לוי

כל חוברות הסדרה ניתנות להורדה, חינם, מאתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה

