

עוד ביקורת, הפעם משמעותית ומעניינת, על הספר אקטיביזם שיפוטי.
קטיגוריות: אקטיביזם שיפוטי, כותבים עלי (יש קטיגוריה של ביקורות ספרים)?

חסאן ג'בארין טוען כי בכל הנוגע לזכויות המיעוט הערבי הויכוח בין גביון וקרמניצר אינו מעניין. בנושא זה אי אפשר להגן על זכויות אדם בלי מעורבות אידיאולוגית. לכן בית משפט מאופק וודאי לא יגן על המיעוט הערבי וגם בית משפט אקטיביסטי אך מקצועי לא יעשה זאת

הארץ, 21 במרץ 2001

יוקרתו של הבג"ץ ומחמוד מחאמיד / חסן ג'בארין

אקטיוויזם שיפוטי בעד ונגד מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית
רות גביון, מרדכי קרמניצר, יואב דותן. הוצאת ידיעות אחרונות, ספרי חמד, הוצאת הספרים ע"ש מאגנס, 392 עמ', 89 שקלים

מחמוד מחאמיד, צעיר תושב אום-אל-פחם, ביקש להמשיך את לימודיו בתורת האסלאם באוניברסיטת ביר זית. הוא עתר לבג"ץ בדרישה לבטל את החלטת רשויות הצבא האוסרת עליו להיכנס לשטחי הגדה המערבית. בעתירתו עבת הכרס והמפורטת טען מחמוד לזכותו לחופש תנועה, לחינוך, לשימוע ועוד. הצבא טען שהוא מקורב לחמאס. לא היה למחמוד עבר פלילי כלשהו והוא מעולם לא נחקר בידי השב"כ. לאחר דיון שנמשך דקות ספורות דחה בג"ץ את עתירתו בשורה אחת: "לא ראינו מקום להתערב בהחלטת המשיב".

מחמוד יצא מהאולם המפואר לפרוזדור הצדק של בית המשפט העליון ודמעותיו בעיניו. שם הוא נתקל במצלמות ובעיתונאים מקומיים וזרים. הם צילמו כל מי שנראה כערבי. זה היה יום ערבי בבית המשפט העליון. מחמוד סבר לתומו שהצלמים באים לצלם אותו ולראיין אותו בקשר לפרשה. הצלמים סברו שדמעותיו היו דמעות שמחה על פסק הדין ה"היסטורי", שבו שינה בג"ץ את עמדתו והחליט על שחרור בני הערובה הלבנונים שהוחזקו בישראל כקלפי מיקוח. פסק הדין ההיסטורי בעניין בני הערובה יפורסם וילמדו אותו כעניין לאקטיביזם שיפוטי וכהישג מרשים בהגנה על זכויות האדם, אבל אין מי שיזכור את עניינו של מחמוד.

ספר זה הינו בבחינת עימות מעניין בין שניים מהאינטלקטואלים הבולטים באקדמיה המשפטית בישראל. פרופסור רות גביון מבקרת את גישתו המתערבת של בג"ץ בחיים הציבוריים-הפוליטיים, ואילו פרופסור מרדכי קרמניצר יוצא להגנתו ה"אקטיביסטית" של בג"ץ. הנחת העבודה של הוויכוח מתבססת על הפרק הפותח של ד"ר יואב דותן, שרכש לו שם בתחום המשפט הציבורי. בפרק זה מציג דותן תיאור מקיף של ההתפתחויות והשינויים שחלו משנות השמונים בפסיקה העליונה, אשר הרחיבו את עילות ההתערבות של בג"ץ, והפכו אותו למוסד מרכזי לבירור סוגיות הנמצאות בלב הדיון הציבורי-פוליטי. דוגמה בולטת לכך היא פרשת דרעי, שבו התערב בג"ץ, בהעדר חקיקה מסמיכה, בשיקוליו של ראש הממשלה במינוי שריו.

בשנים האחרונות יצאו חוגים רבים נגד מעורבותו של בג"ץ בחיים הציבוריים. ברוב המקרים לא היה המניע דאגה לנורמות דמוקרטיות וביסוס עקרון שלטון החוק. גביזון, לעומת זאת, מבססת את הביקורת שלה על ערכים דמוקרטיים וכיבוד עקרון הפרדת הרשויות, וזאת מתוך דאגה למעמדו החשוב של בג"ץ. הנחתה היא שמחויבות לדמוקרטיה דורשת כי החלטות מרכזיות ייעשו בידי הנבחרים האחראים לפני בוחריהם; מחויבות זו "מחייבת זהירות בפעילותו הציבורית של בג"ץ".

התערבות שיפוטית היא רצויה כאשר היא נשענת על חקיקה מסמיכה שמאפשרת זאת. זאת להבדיל מהתערבות המתבססת על ערכים אידיאולוגיים-פוליטיים הנמצאים בלב המחלוקת הציבורית בחברה השסועה. תפקידו העיקרי של בג"ץ הוא לדון ביישובי סכסוכים, ובעיקר בהגנה על זכויות האדם מפני עוצמת הרשויות. כאן מבקשת גביזון לחדד את ההבחנה בין זכויות אדם לבין סוגיות הנוגעות למינהל תקין. הלגיטימיות החזקה ביותר לפעלתנות שיפוטית "היא בתחום ההגנה על זכויות האדם של הפרט. זהו התחום שבו החשש לכשל מערכתי של המנגנונים הפוליטיים הוא הגדול ביותר".

גביזון מביעה חשש כן ורציני מכך שהפעלתנות השיפוטית בתחום המנהל התקין, הנשענת על טיעונים מנומקים וערכים אידיאולוגיים, תוביל לכך שאי התערבות בג"ץ בתחום זכויות האדם, שתצטרך גם היא להיות מנומקת, תעניק הכשר אידיאולוגי לפעילות השלטונית הפוגעת בזכויות האדם.

פרופ' מרדכי קרמניצר אינו מוצא מקום להבחנה זו. לדידו, סוגיות של מינהל תקין וזכויות אדם מזינות זו את זו וקשורות זו בזו. נימוקו של קרמניצר אינו מסביר את שורשי ההבחנה הכמעט ברורה בין שתי הסוגיות, אשר מוצאת לה תימוכין בחוקות של מדינות דמוקרטיות ובאמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם. חוקות אלה הן שנתנו את הצידוקים להתערבות בחקיקה של הפרלמנט במקרים של פגיעה בזכויות האדם, והוא לא הוענק כמובן מאליה במקרים של פגיעה במינהל תקין.

ברור שאין בכך כדי להמעט מחשיבות תקינותו של המשטר, וברור גם שהצגת הבעיה בצורת הדיכוטומית היא בעייתית. ואולם, אין מקום להעמיד את עניין הריסת ביתה של משפחה כעניין מינויו של פקיד במשרד ממשלתי. הטשטוש בין שתי הסוגיות, שקיים היום בקרב חלקים ליברליים בחברה הישראלית, הוביל לעצימת עיניים ביחס לאי-התערבות השיפוטית במקרים של פגיעה בזכויות אדם, ונד בבד הבעת רצון וסיפוק מהתערבותו של בג"ץ בתחומים אחרים.

ניתוח השינויים שחלו בבג"ץ והערכתם, בחיבורה של גביזון, הם אתגר אינטלקטואלי המציג שאלות שהאקדמיה המשפטית הצליחה לחמוק מהן ולהימנע מלדון בהן. ואולם הבעיה בחיבור זה שהוא לא מסתפק בהצגת הבעיות ובניתוחן, אלא מתיימר לתת פתרונות ולהציג מודלים לחיקוי.

המודל של גביזון הוא "בג"ץ הישן". חזרה נוסטלגית לבג"ץ של אגרנט ולנדוי. בג"ץ הישן, לטענת גביזון, הצליח במידה מסוימת להגן על זכויות הפרט בלי להרחיב את עילות ההתערבות ובלי להחזיר ערכים אידיאולוגיים הנמצאים במחלוקת בחברה שסועה. דוגמה טובה לכך היא פרשת "קול העם" ב-1953, שבה הצליח בג"ץ הישן לבסס, בהעדר חקיקה, את עקרון חופש הביטוי.

התיתכן הגנה על זכויות המיעוט הערבי, למשל, בלי להיזקק לצדדים האידיאולוגיים של המדינה כמדינה יהודית-ציונית? אמנם בחלק קטן מהעתירות ניתן לחמוק מהצדדים האידיאולוגיים, אך ברור שלא כך בעיקר הסוגיות האחרות. לדוגמה: דיון במדיניות מוסדות

התכנון והבנייה, שמטרתה הרחבת השליטה היהודית והצרת תחומי השיפוט של היישובים הערביים; סיווג היישובים לאזורי עדיפות לאומית למען פיזור אוכלוסין, כאשר "האוכלוסין" הינו "היהודי"; החזרת התושבים הערבים העקורים; המעמד של השפה הערבית במדינה היהודית; דיון בסמלים של המדינה וכו'. כל אלה, ודוגמאות אחרות, יזמינו את בג"ץ להתייחס לצדדים הערכיים-הפוליטיים שאינם בקונסנסוס הלאומי-היהודי. האם הפתרון הוא אפוא להכריז על סוג עתירות אלה כעניין לא שפיט ולהימנע מלהתערב?

אני מתקשה לראות את ההגנה, ולו המצומצמת, שהעניק בג"ץ הישן לזכויות האדם, ובמיוחד למיעוט הלאומי. כן, סוגיית המיעוט הלאומי היא המבחן בכל שיח הזכויות בישראל. פרשת "קול העם", שעליה גאוותו של בג"ץ הישן, מזמינה שאלה אחרת: "קול העם" – קולו של איזה עם? בפסק דין "אל ארד בע"מ" לא התערב בג"ץ למען הוצאת רישיון לפרסום עיתון ערבי; בפס"ד ירדור התגלה העליון הישן כאקטיביסט המבסס את נימוקיו על הערכים הלאומיים, ובהעדר חקיקה מסמיכה אישר את אי-השתתפותה של רשימת אל ארד הערבית בבחירות לכנסת; בג"ץ הישן סירב להיעתר לרישום עמותה עותומאנית ערבית שמטרותיה אינן מתיישבות עם הקונסנסוס היהודי של שנות השישים. בג"ץ הישן אישר בסופו של דבר, ובשם הפורמליזם המשפטי, את עקירת תושבי איקרית, בירעם ואלגבסיה מכפריהם; בג"ץ הישן דחה עתירת תושבי נצרת בעניין הפקעת אלפי דונמים למען הקמת נצרת עילית.

אגב, גביזון עצמה ייצגה לפני בג"ץ בשנת 1981 את ד"ר נג'וא מחיול, שביקשה להוציא רישיון לאור של מגזין ערבי-פמיניסטי, אך בג"ץ דחה את עתירתה בנימוק שכל כולו התבסס על פסק דין "אל-ארד בע"מ" הישן. באופן כללי, עם חריגים ספורים ביותר, בג"ץ הישן בחר להיות פורמליסט כאשר הפורמליזם לא שירת את הזכויות של הערבים כמו בנושא הפקעת האדמות, ובחר להיות אקטיביסט כאשר עימת את הזכויות הפוליטיות של הערבים עם הקונסנסוס היהודי-ציוני.

פרופ' מרדכי קרמניצר, המגן על האקטיביזם השיפוטי, פותח את חיבורו: "גביזון חוששת מבית המשפט ואילו אני חושש מן הפוליטיקה". תפקידו של בית המשפט לרסן את הפוליטיקה שלוחת הרסן, "לרסן את התיאבון או התאוה שבה ולהתמודד עם סכנות טיפוסיות של הפוליטיקה". תפקיד זה הינו מתפקידו העיקריים של המשפט. האם ישנה כאן סכנה של "פוליטיזציה" של השפיטה? תשובתו היא שלילית. וזאת, לטענתו, משום שהמשפט הוא יציר של מקצוענות, אובייקטיביות וניטרליות, והשופטים "נהנים מאמון מיוחד של הציבור כי הם "המעוז הבטוח האובייקטיבי ביותר של האזרח". מעניין מיהו "הציבור" שהוא מתכוון אליו. האם בג"ץ היה מעוזו הבטוח של מחמוד מחאמיד?

גישתו של קרמניצר מאפיינת את הגישה השמרנית הרווחת והדומיננטית בקרב האקדמיה המשפטית בישראל. גישה זו רואה בעשיית השפיטה עניין למקצוענות ניטרלית, המתבססת על עקרונות וכללים ברורים שמובילים למסקנות השיפוטיות. לעומת זאת, גישות ביקורתיות במשפט גורסות כי המשפט מצליח, בגלל עיסוקו המגוון, להציע מגוון רחב של עקרונות, כללים וערכים, הבחירה בין ברירות אלה היא בחירה אידיאולוגית-פוליטית. הוויכוח האידיאולוגי בין הנשיא ברק לבין השופט בדימוס מנחם אלון, לדוגמה, הוא במקורו ויכוח פוליטי בין תפיסות הזרם ה"ציוני-ליברלי" לבין ה"ציוני-דתי".

חיבורו של קרמניצר (שהושלם בספטמבר 1999), המוצא קשר בין ההגנה על שלטון החוק וטוהר המידות לבין ההגנה על זכויות האדם, לא מספק, ולו פסק דין אחד, שבו בג"ץ נעתר לדרישת

השוויון של הערבים. כמו כן הוא מודה בכשל החרוץ בהגנה הבסיסית על הפלסטינים בשטחים הכבושים. אכן, ניתן להסכים עם קרמניצר שסוגיית הכיבוש לא תיפתר על ידי בג"ץ, אבל בסוגיות בסיסיות כגון הריסת בתים, סגר מוחלט, עינויים, מעצרים מנהליים, שירותים רפואיים וכו' היה ניתן לפסוק להגנת האוכלוסייה והתושבים.

ואולם נדמה שהחשוב בעיני קרמניצר הוא יוקרתו של בג"ץ בעיני הציבור הישראלי, יוקרה שזכה בה בגלל מעורבותו בחיים הציבוריים. פסיקה לטובת הפלסטינאים בישראל ובשטחים הכבושים עלולה לפגוע ביוקרה זו. החשש הוא שהאקדמיה המשפטית בישראל מוצאת את עיקר תפקידה בהגנה על היוקרה של בג"ץ במקום להיות מוסד מבקר ויצירתי. בכל זאת, נימוק המשכנע ביותר של קרמניצר הוא שאקטיביזם שיפוטי מעין זה יכול לבסס את התהליכים לשינוי בעתיד. נימוק זה משאיר תקווה לעתיד שיבוא. ואולי פרשת קעדאן היא יציר תהליכים אלה.

גביזון וקרמניצר מתעלמים מהעובדה שבג"ץ הוא גם מוסד פוליטי, בעל סדר יום פוליטי משלו, ער לכוחות הפועלים בחברה הישראלית, אינו אדיש להם ואינו תמים כלפיהם, ובתוך כך הוא מנסה לתמרן ולבסס את כוחו הציבורי. טעות היא להציג את השיח סביב פועלו של בג"ץ בחיים הציבוריים כעניין דיכוטומי בין אקטיביזם שיפוטי לבין פורמליזם שיפוטי. שניהם כלים משפטיים זמינים ונכנעים לסדר יומו של בג"ץ, ומתוך ראייה זו יש להתייחס אליהם.

התערבות בג"ץ בפרשת דרעי הייתה מופנית נגד ממשלת מפלגת העבודה. קל לו לבג"ץ לפסוק פסיקות מסוג אלה נגד מפלגת העבודה, שכן במקרה זה הוא מקבל את תמיכת הימין שבאופוזיציה ונהנה משתיקתם של המרכז והשמאל שממילא תומכים ביוקרתו. לא כך היה בפרשת בר-און, שבה בג"ץ נקט זהירות רבה למרות חומרת הפרשה בעיני שופטיו ובעיני המוסדות המשפטיים. התערבותו האקטיבית בחיי ממשלות הימין הייתה מובילה להטחת אשמה בבג"ץ כסוכן השמאל.

לא במקרה גם מחמוד מחאמיד לא זכה באותו יום לפסק דין אקטיביסטי דומה לזה שזכו בו בני הערובה, שכן בסוגיית בני הערובה נמתחה ביקורת בינלאומית על בג"ץ, שחייבה אותו לשנות את פסיקתו. זהירות פוליטית זו של בג"ץ אמורה להרגיע את גביזון, וכן לעורר שאלות בלבו של קרמניצר בדבר "האובייקטיביות והניטרליות".

זהו סוד כוחו של בג"ץ בחברה הישראלית. הוא אכן הצליח בחלק מהפרשות להיראות כרשת עצמאית, ניטרלית, אנטי-שלטונית ואמיצה. דוגמאות לכך הן פרשת דרעי, פנחסי וגינוסר. בכך הוא ענה על ציפיות הזרמים הליברליים והאקדמיה המשפטית. מצד אחד הוא נמנע מלהגן על זכויות המיעוט הפלסטיני ועל הפלסטינאים בשטחים הכבושים, ובכך שמר על חומות המדינה כמדינה יהודית-ציונית והוצג כביטחוניסט תקיף. במישור הזה הוא זכה בתמיכת השמרנים. תהליכים אלה מסבירים את התופעה הייחודית של מדינת ישראל, שבה יוסי שריד מהשמאל הציוני וצחי הנגבי ורחבעם זאבי מהימין מוכנים כולם לצאת למען ההגנה על יוקרתו של בג"ץ. אבל מחמוד מחאמיד נותר לבדו.