

עדנה מרגלית מתארת את הספר בבהירות ומגלה כי היא מסכימה עם עמדתו של קרמניצר כי שכרו של האקטיביזם השיפוטי עולה על הפסדו.

הארץ, 21 במרץ 2001

מי יקבע נורמות לקובעי הנורמות? עדנה אולמן-מרגלית

אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית

רות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן. הוצאת ידיעות אחרונות, ספרי חמד, הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, 392 עמ', 89 שקלים

יש כאן סיפור. היה היה בג"ץ הישן. עכשיו יש בג"ץ החדש. החל בשנות השמונים חלו תמורות באופני תפקודו ובתפיסת תפקודו של בג"ץ. השינויים הללו התעצמו משחוקקה הכנסת, בשנת 1992, את שני חוקי היסוד (כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק) – חוקים שבישרו את "המהפכה החוקתית". כתוצאה מהשינויים הללו הלכה והתרחבה מעורבותם של בתי משפט, ובראשם בג"ץ, בחיים הציבוריים בארץ.

מגמה זו של הרחבה, על היבטיה השונים, מכונה "אקטיביזם שיפוטי". היא הקימה לה תומכים, אך קנתה לה גם יריבים. "בלי בג"ץ ובלי 'בצלם'", הטיח פעם יצחק רבין, וביטא בכך את תמצית מיצי הקיבה של קודקוד הרשות המבצעת נגד הביקורת השיפוטית הממרת את חיו. תופעת האקטיביזם השיפוטי קיימת גם בארצות אחרות, וגם שם היא שנויה במחלוקת. מקובל לראותה כמתרחשת כאשר שופטים מכריעים היכן שהחוק נגמר – או כשהם פועלים בניגוד לחוק הקיים. מקרים מהסוג הראשון הם לעיתים הכרחיים, בייחוד בנסיבות שבהן אין חוקה.

מקרים מהסוג השני הם בעיה פוליטית. עצם התיוג "אקטיביזם שיפוטי" נתפס כבלתי ניטרלי, כמבטא עמדה שלילית כלפי התופעה, בבחינת אימפריאליזם שיפוטי. המובן הניטרלי, החף משיפוט ערכי, של הביטוי "אקטיביזם שיפוטי" מציבו כקוטב הנגדי של האיפוק או הריסון השיפוטי: בית משפט אקטיביסטי לא יירתע מפסילת חוק או החלטה מנהלית במקום שבו בית משפט מרוסן יטה להימנע מפסילה שכזאת.

תיאורו של בג"ץ החדש שלנו כאקטיביסט איננו בגדר כינוי גנאי גרידא, אלא יש לו תוכן מוסכם למדי. המאפיין הבולט הראשון של האקטיביזם הזה הוא החלשתה של דרישת הסף לזכות עמידה. בניגוד בולט למצב ששרר בעשורים הראשונים להקמת המדינה, כיום יכול כמעט כל עניין להיות מובא בפני בג"ץ בידי כל עותר, אפילו כאשר האינטרס שלו הוא ביסודו אידיאולוגי. יתרה מזאת, בבג"ץ החדש התפתחה ההכרה במעמדו של העותר הציבורי, התפתחות שקשה להגזים בהשלכותיה לעניין התפקיד שבית המשפט העליון החל למלא בחיינו הציבוריים.

השינוי החשוב השני נוגע לנושא השפיטות. "דוקטרינת השפיטות" משמעה שיש נושאים שאין לבית המשפט כלים לדון בהם, ושלא נכון שבית המשפט ידון בהם: לא כל הארץ משפט. בג"ץ החדש, בהשוואה לישן, נוטה לצמצם את השימוש בדוקטרינת השפיטות, או, במלים אחרות, להרחיב עד מאוד את תחולת המשפט. בניסוחו של השופט אהרון ברק, אביר האקטיביזם

השיפוטי: "אין 'חלל משפטי'. (...) המשפט משתרע על כל הפעולות. (...) הפוליטיות של הפעולה לא שוללת את המשפטיים שלה". או, בניסוח הסיסמתי הידוע עוד יותר: "הכול שפיטי". הרחבה זו אפשרה לבג"ץ החדש להפעיל פיקוח על שורה של פעולות וגופים שבעבר נתפסו כחסינים מפיקוח שכזה, כמו הכנסת, המפלגות, הסכמים קואליציוניים, ועוד.

בעניין הביקורת השיפוטית שבג"ץ מחיל על פעולות המינהל חל שינוי חשוב נוסף. להתערבות של בית משפט בשיקוליהן של רשויות מוסמכות נדרשות עילות. העילות העיקריות (אם כי לא היחידות) שמתוקפן התערב בג"ץ הישן היו שתיים: אם הייתה בהחלטת הרשות משום חריגה מסמכות, או אם ההחלטה הייתה נגועה במטרה זרה או בשיקולים זרים.

לעילות אלה הוסיף בג"ץ החדש את עילת חוסר הסבירות (כך, למשל, פסילת מינויו של יוסי גינוסר לתפקיד מנכ"ל משרד השיכון התבססה על הקביעה כי ההחלטה חורגת ממתחם הסבירות). עילת הסבירות מסייעת אפוא לבית המשפט בביסוס המגמה המרחיבה של הביקורת השיפוטית.

שינויים אלה ואחרים הם התשובה ל"מה נשתנה בג"ץ החדש" מבג"ץ הישן, שראה את עיקר תפקידו בהגנה על האזרח בסכסוכו עם הרשות. בג"ץ החדש הוא אקטיביסט במובן זה שתפסו את תפקידו היא רחבה בהרבה. בג"ץ החדש מפקח על הכנסת, על טוהר המידות ועל המינהל התקין. הוא פוסל מינויים, הוא מפקח על סבירות ההחלטות הנוגעות להעמדה לדין של נבחר ציבור, הוא קובע גבולות להתנהגותם של גופים פוליטיים (כמו מפלגות) ושל נושאי משרות שלטוניות, והוא מעביר תחת שבט ביקורתו פעולות של רשויות שלטוניות לא רק בשל פגמים מוגדרים בהחלטותיהן אלא על בסיס של "נורמות ראויות". כללו של דבר, בג"ץ החדש עוסק בהגנה על שלטון החוק.

האם טובים השינויים הללו? האם הם מיטיבים עם בג"ץ עצמו, עם עצם היוקרה שהוא נהנה ממנה ועם הלגיטימיות הציבורית של פסיקותיו? האם הם טובים לחברה הישראלית ולדמוקרטיה הישראלית? האין הם מיטיבים עם מגזרים בחברה אך מחמירים את הניכור של אחרים? כיצד יש להעריך ולשקלל את מאזן יתרונותיו וחסרונותיו של בג"ץ החדש? ועד כמה הוא באמת חדש ושונה מהישן – או שמא יש כאן בעיקר רטוריקה של חדשנות, כאשר מאחוריה יותר מציאות וירטואלית מאשר מציאות ריאלית של ממש?

על מכלול השאלות האלה בא הספר "אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד" לענות. הספר אמור לשמש בסיס לדיון ציבורי במקומו של בג"ץ בחברה הישראלית, תוך כדי שהוא מאיר את השינוי בתפקידו של בג"ץ ומנסה לנתחו ולהעריכו.

לספר שלושה מחברים, והוא מחולק בהתאם לשלוש חטיבות. פותח אותו ד"ר יואב דותן בחטיבה תיאורית בהירה, מאוזנת ומעולה: "אקטיביזם שיפוטי בבג"ץ". שתי החטיבות הבאות עוסקות בהערכה, בעד ונגד. פרופ' רות גביון פורשת לפנינו את ביקורתה על בג"ץ החדש ופרופ' מרדכי קרמניצר שוטח את כתב ההגנה. ההיגיון של המבנה הוא משכנע כשם שהוא פשוט, והתוצאה מרשימה.

לאמתו של דבר, יש הסכמות רבות ועקרונות בין גביון לקרמניצר. הם מסכימים על עקרון הפרדת הרשויות, ועל כך שבג"ץ אמיץ ועצמאי הוא חיוני לדמוקרטיה הישראלית. הם גם מסכימים שתפקידו העיקרי של בג"ץ היה ונותר הגנה על האזרח בסכסוכו עם הרשות. יש ביניהם אפילו הסכמה על כך שעדיף שתופעות שליליות בחיינו הציבוריים, כמו חריגות מטוהר המידות ושימוש לרעה בכוח השלטון, יימנעו לא באמצעים משפטיים אלא באמצעות תרבות פוליטית.

המחלוקת ביניהם מתחילה בשאלה מה צריך או ראוי לעשות (או להימנע מלעשות) בתנאים שבהם התרבות הפוליטית בישראל היא "שדה פרא מבחינה חוקית ואתית", כאשר היא נוטה לשרירות ולסטייה מעקרונות יסוד. האם ראוי שבית המשפט יציל את הפוליטיקה הישראלית מעצמה, בבחינת "תקשרו לי תידיים שלא ארביץ"? קרמניצר סבור שכן; גביזון חולקת.

עיקר הבליסטראות של גביזון מכוונות כנגד העברתן להכרעה שיפוטית של שאלות אידיאולוגיות שנויות במחלוקת ושל שאר עניינים שראוי לדעתה שיידונו או במסגרות פוליטיות ייצוגיות (הכנסת, בעיקר) או ברמה של השיח הציבורי-חברתי. בפרפראזה על שאלת היסוד בתיאוריה דמוקרטית, "מי ישמור על השומרים?", מציבה למעשה גביזון את השאלה: "מי יקבע נורמות לקובעי הנורמות?" הטיעון שלה הוא זה: הלגיטימציה של בג"ץ נשענת על המקצועיות והניטרליות שלו, מצדן, נשענות על כך שהוא מיישם נורמות כלליות שלא הוא עצמו קבע, אלא מישוהו אחר שיש לו הסמכות לכך – בין אם זה המחוקק ובין אם זו "המסורת התרבותית-ערכית של החברה".

ואילו בג"ץ החדש והמרחיב נתפס כאוכף מטעם עצמו מערכת של ערכים ונורמות שאין לגביה הסכמה רחבה. בכך יש לדעתה סכנה כפולה: "רידוד" הדיון הציבורי והחלשת מעמדות של בג"ץ. בין היתר, כי נפתח כאן פתח לפוליטיזציה של בג"ץ, לטענות "מי שמכם", ולדרישות לבג"ץ "ייצוגי": ההתנגדות היא לכך שתפיסת עולם אידיאולוגית מסוימת תיכפה על האוכלוסייה בשם החוק. ולכן, טוענת גביזון דווקא מי שחרד למעמדו של בג"ץ צריך להתנגד להתפתחויות הללו. גביזון סבורה שכאשר בג"ץ הופך לשחקן פוליטי או לפחות כשהוא נתפס ככזה, נפגעים יוקרתו והאמון בניטרליות שלו, ובכך יש כדי לכרסם בהונו העיקרי. מכאן, לדעתה, שפעלתנות-היתר של בג"ץ בתחום ההגנה על שלטון החוק מביאה לפגיעה ישירה ביכולות למלא את תפקידו הראשוני, שהוא הגנה על זכויות אדם.

כנגדה מעמיד קרמניצר טיעון שהוא היפוכו הגמור של הטיעון הזה. קרמניצר מסכים עם גביזון שבג"ץ שאינו נהנה מאמון הציבור לא יוכל לפעול להגנת הפרטים. אך הוא סבור שדווקא מעורבותו של בג"ץ בתחום של נורמות להתנהגות שלטונית הביאה להגברת יוקרתו הציבורית, ושראוי בהחלט שבג"ץ יעשה שימוש במשאבי היוקרה שהוא רוכש בתחום המאבק למינהל תקין ויתעל אותם אל התחום החשוב ביותר – והשנוי יותר במחלוקת – של הגנה על זכויות האדם. אם גביזון מציבה בראש סולם עדיפויותיה את החרדה למעמד ולאוטונומיה של "השיח הציבורי", הרי שסולם עדיפויותיו של קרמניצר מציב בראש את החרדה לערכים ליברליים בסיסיים ולזכויות האדם.

לדידו של קרמניצר, במצב שאין בו הפרדה של הדת מן המדינה, ובמציאות של העדר כוח פוליטי שירסן את מי שמבקשים לשמור בידיהם את המונופולין בענייני דת ושנוהגים בכוחנות בלתי מתחשבת, יש לצדד במעורבות שיפוטית ולברך עליה. מעורבות שיפוטית בנושאי הזכות לחופש מדת, הזכות להינשא והזכות לשוויון בתחום הדתי היא מוצדקת אפילו אם מחירה הבלתי נמנע הוא ירידת קרנו של בית המשפט בקרב חוגים דתיים.

"נכונותו של בג"ץ לנקוט עמדה של ביקורת, עצמאות והעדר נמיכות קומה בפני הרשויות", אומר קרמניצר, "היא חיונית גם ובעיקר לתגבור פעילותו בתחום זכויות האדם".

לא מניתי אלא מקצת ממאפייניה של תופעת האקטיביזם השיפוטי בארץ, ורק מקצת מנקודות המחלוקת שעולות בספר על אודותיה. לא ציינתי את שלל הדוגמאות וההמחשות שהן "דלק הבעירה" של הוויכוח – למן פרשיות גינוסר, פנחסי ודרעי, דרך פרסום ההסכם הקואליציוני

עבודה-ש"ס, הסגרת נקש, חנינות השב"כ וגירוש אנשי החמאס, יהודה מאיר והאינתיפאדה, ועד לאליס מילר ונשים בצבא, גיוס בחורי הישיבות ו"לך תצטיין" של מכון "קידום". גם לא מניתי אף לא מקצת משבחיו של הספר בשל המופת שהוא מציב ל"התנהלות" של ויכוח הוגן והגון שאין מוצאים רבים כמוהו אצלנו. זהו ספר המכבד את שלושת מחבריו, על רהיטות ושקיפות דברים ועל הכבוד שהם נוהגים זה בזה. אבל לא פחות חשוב: זהו ספר המכבד את בית הוצאתו, מאגנס, ואת קוראיו, על שם רמתו ועל שום תרומתו. בלי הנחות, בלי ויתורים.

הוויכוח בין גביזון לקרמניצר הוא מרתק בדיוק מפני שאין הם חלוקים על התיאור ועל העובדות הנוגעות לבג"ץ החדש, אלא על הערכתם של השינויים. את שלל טיעוניה של גביזון השוללים את המנדט המורחב של בית המשפט הופך קרמניצר למחייבים; מה שנראה לה כחסרונות, אפילו כסכנות, מעריך קרמניצר כיתרונות. הם שונים ביחסם לפוליטיקה: ציפיותיה של גביזון ממנה, ומן ההסכמות שניתן להגיע אליהן בשיח הפוליטי-ציבורי, גבוהות משל קרמניצר, ואולי גבוהות מדי. היא גם ממעיטה, לטעמו ולטעמי, בסכנות השימוש לרעה בכוח השלטון כמו גם בסכנות הנובעות מחולשתה ורפיונה של הכנסת. גביזון מעדיפה לתרגם את המחלוקות הציבוריות העזות המטלטלות את חיינו לעיתים מזומנות (כמו, לדוגמה, בפרשת סגירתו בשבת של רחוב בר-אילן בירושלים) ממחלוקות המתנסחות בלשון זכויות ("חופש התנועה", "חופש מדת" וכיו"ב) למחלוקות פוליטיות-אידיאולוגיות – וככאלה להשאירן מחוץ להתדיינות המשפטית.

קרמניצר לעומתה רוצה בראש ובראשונה בית משפט המגן על זכויות אדם. אותי לפחות הוא משכנע שבסופו של חשבון המחיר הכרוך בהתערבות שיפוטית "אקטיביסטית" בהחלטות של רשויות מנהליות אינו גבוה מדי ביחס לתמורה שהחברה הישראלית ראויה וזקוקה לה: הגנה על המיעוט, הגנה במקרים חריגים על הרוב מפני מיעוט דורסני, והגנה בלתי מתפשרת על זכויות אדם.