

על "אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד מקומו של בג"צ בחברה הישראלית" מאת רות גביון, מרכזי קרמניצר ויואב דותן¹

לאותו חלק באוכלוסייה היהודית שאינו משרת בצבא אך לשלול אותן התמיכות מהמיעוט הערבי².

וכך גם גביון וקרמניצר מתעלמים מן התכנית שקבעו לעצמם לפי הודעתם ב"פתח דבר" לספר, שם צמצמו את תוכן הפרקים שבדעתם לחבר לתפקידו של בג"צ בתחום המשפט המנהלי, כלפי רשויות המנהל המבצע, בעוד שבפועל הרחיבו את כתיבתם גם לתחום המשפט החוקתי שבו החלו הנשיא שמגר, וביתר שאת הנשיא ברק בשנות השמונים, להרחיב את שלטונו של בג"צ גם על הרשות המחוקקת, היא הכנסת, תחילה בדרך הביקורות על ההליכים הפנימיים של הכנסת ולאחר מכן, עם מתן פסק הדין בפרשת חוק גל³ גם על ביקורת תוכנם המהותי של החוקים שיצאו מלפני הכנסת. טוב עשו המחברים שפרצו את המסגרת הצרה שקבעו לעצמם. שהרי קו אחיד, עקבי לגמרי, מוביל מן המהפך של שנות השמונים עד למהפכה החוקתית שחוללו שופטי בית המשפט

העליון בהשראת שני נשיאיו בשנת 1995, עם מתן אותו פסק דין. זהו קו ישר, של הליכה צעד אחרי צעד, על פיו נבנה מעמדו החדש של בית המשפט, הן בדרך של הריסת המחסומים של ריסון עצמי

שלושה מלומדים בתורת המשפט הציבורי, הפרופסורים רות גביון ומרדכי קרמניצר וד"ר יואב דותן חברו לכתיבת ספר זה. לפי תכנית מסגרת שקבעו לעצמם מראש הוטל על דותן לתרום לספר חלק תיאורי-היסטורי על פסיקתו של בג"צ מראשית ימיו כאשר ירשנו

אותו ממקורו בימי המנדט הבריטי ועד לחתימת הספר לפני כשנתיים. גביון וקרמניצר כתבו את שלהם בצורת דו-שיח שאליו רומזת הכותרת שנתנו לספר; גביון מייצגת את המתנגדים למעמדו הדומיננטי של בית המשפט העליון, במיוחד בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, שכבש לעצמו מעמד מעל ליתר רשויות השלטון במדינה, בעוד שקרמניצר מלמד סניגוריה על כל הנובע ממעמד זה של שליטה מלאה.

הספר נכתב בעיקרו להשכלתם של מי שאינם בקיאים בצד המקצועי-אקדמי של הנושא. על מטרה זו עונה דותן היטב בתיאורו התמציתי של קורות פסיקתו של בג"צ. פרקים אלה של הספר יכולים לשמש כמדריך נוח לקורות הפסיקה של בג"צ, אך מסתבר שלא תמיד שומר דותן על

המקום לכתיבה אובייקטיבית ובלתי ביקורתית שהוקצה לו. למשל, על פסק דין שניתן בעתירתו של עותר ערבי להשוואת שיטת ההקצבות הכספיות לאברכי ישיבה כך שתחול גם על סטודנטים לא-יהודיים מעיר דותן דברי ביקורת חריפים אלה: "פסק הדין מותיר בקורא תחושה שבית המשפט היה מוכן לאמץ כל תירוץ שהעלו המשיבים על מנת להכשיר את השרץ של הענקת הקצבות כספיות



נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), משה לנדוי. צילום: מוטי רוזיצקי (סטודיו רוני נאמן)

* נשיא בית המשפט העליון (בדימוס).

1. ר' גביון, מ' קרמניצר ו' דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (תש"ס).
 2. שם, בע' 61, בהתייחסו לבג"צ 200/83 וואתד נ' שר האוצר, פ"ד לח(3) 113.
 3. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פרשת חוק גל).

שתי רעות חולות הן המחיר ששיטת הפסיקה הזאת לוקה בהן: ראשית, חוסר היציבות של ההלכה, שכן עותר הפונה לבית המשפט בסמכו על המבחנים הגמישים שעליהם מכריז בג"צ מדי פעם, לא יכול לדעת כיצד יפרש בית המשפט אותם מבחנים בעתירתו. שנית, כאשר מבקש בית המשפט העליון להיפך לפוסק אחרון בבעיות המפלגות קבוצות שונות בחברה, הוא יורד ממעמדו הניטרלי מעל למחלוקות הפוליטיות וחושף עצמו לביקורת על ידי אותו מגזר של החברה שתביעתו להכרה בדעותיו נדחתה על ידי בית המשפט. כך הוא במחלוקת בענייני דת ומדינה וכך הוא בדרישות המיעוט הערבי במדינה ובשטחים שבשליטתה.

הסכנה הרובצת לפתחו של בג"צ בשל הרחבת התערבותו במעשיהן של הרשויות האחרות במערכת השלטון במדינה היא, כאמור, אבדן הניטרליות שבמקומה באה פוליטיזציה גוברת. אמנם מסביר הנשיא ברק מדי פעם שבית המשפט פוסק על פי שיקולים משפטיים גרידא, וכי אם תוך כדי כך נכנס הוא לתחום הפוליטיקה המייצגת דעות מנוגדות באשר לעיצוב החברה, הרי שהדבר נעשה מתוך הכרח שלא יגונה. לא כן סובר פרופ' קרמיניצר, המסביר שקיים אצלנו מונופולין בענייני דת בידי מגזר מוגדר בציבור, ו"אם מצדדים [כמוהו] במעורבות שיפוטית בתחום זה, צריכים להיות מוכנים למחירה הבלתי נמנע - ירידת קרנו של בית המשפט בקרב חוגים דתיים".⁶ מי שמחזיק בהשקפה מפליגה כזאת, מוטב לו שילמד מהתערבותו של בית המשפט הפדרלי העליון בווינגטון בתסבוכת שנוצרה שם סביב בחירת נשיא ארצות-הברית. פרופ' דבורקין כתב כי "חמשת השופטים השמרניים הפכו את בית המשפט העליון לבית המשפט האקטיביסטי ביותר".⁷ לאחר מכן הוא מסביר שהשופטים שחלקו על דעת הרוב חוששים מן "ההשפעה על בית המשפט עצמו... [ב]של החלטה כה פלגנית", השופט סטיבנס (אחד משופטי המיעוט) אמר כי ההחלטה של הרוב אך תעודד את ההערכה הצינית ביותר של עבודת שופטי המדינה, והשופט בראיאר הוסיף שבית המשפט גם לעצמו "פצע שיזיק לא רק לבית המשפט עצמו, אלא לאומה כולה". דברים אלה הם אזהרה חמורה לכל המטיף אצלנו ליתר ייצוגיות של דעות פוליטיות בתהליך המינוי של שופטי המדינה, או להעמדת גוף פוליטי, כגון בית דין לחוקה, מעל לבית המשפט העליון. פרופ' גביון מציעה בפרקים שתרמה לספר לחזור לשיטת הריסון העצמי של "הבג"צ הישן". לא ייפלא שבהיותו משתייך אל השופטים ה"נושנים" תמים דעים אני בדרך כלל עם נימוקה, מה גם שאין היא תומכת בסברה המקובלת למדי בין אקדמאים חדשים הטוענים ש"הבג"צ הישן" היה פוסק על פי מבחנים פורמליים, בעוד שהאסכולה החדשה פוסקת את פסיקתה על פי שיקולים ערכיים. אדרבא, ראשית הפסיקה של בג"צ הניחה את היסוד לעקרונות ערכיים רבים של המשפט המנהלי שלנו, אך מעולם לא נטשה את הקרקע היציבה של החוק הפוזיטיבי, ובהיעדר חוק כזה, מילאה פסיקתו היצירתית "סדקים" שהחוק הקיים השאיר פתוחים. על שני נושאים חשובים נמנעו שלושת המבקרים של הספר

ושל שפיטות נושא הדיון ש"הבג"צ הישן" (כלשונה של גביון) הקים, והן על ידי חדירה עמוקה של בית המשפט אל תוכנו של החלטות מנהליות, כשלבסוף הביא קו זה לעליית בית המשפט אל פסגת המערכת השלטונית במדינה. לשם כך יצר רוב השופטים בהבל פיו "נורמות" חדשות וכן המציא מילון סמנטי חדש ללשון פסיקתם. בראש המילון הזה שם את מושג "הסבירות" כמבחן שבו ההחלטה המנהלית נשוא הדיון חייבת לעמוד כדי שתזכה לאישורו של בית המשפט, ואילו "הבג"צ הישן" פסק על פי עילות ברורות, ובראשן התאמת ההחלטה של הרשות המנהלית לחוק הקיים על פי פרשנות הגיונית של אותו החוק ורוחו. את כלליותו של מושג הסבירות ריכך בית המשפט על ידי הוספת המושג של "מתחם הסבירות", אך עדיין נשארת הגמישות של מבחן הסבירות ושל מילות קוד נוספות שאפשרה לבית המשפט שיקול דעת סובייקטיבי בהשקיפו על עובדות המקרה הנדון. להלן חידש בית המשפט הלכה שיפוטית שאין די בכך שהרשות המנהלית הביאה בחשבון את כל השיקולים הנוגעים לדבר, אלא היה עליה להעדיף את אחד השיקולים הללו הנראה לבית המשפט כמכריע את הכף באיזון השיקולים. ועוד חידש בית המשפט עילות לבחינת תקפותה של ההחלטה המנהלית כגון ההגינות וההוגנות של ההחלטה, "רציונליות" ו"ראויותה" בעיני בית המשפט. ארהיב עוז ואמנה עם חידושים סמנטיים אלה שני מונחים נוספים שנעשו מקובלים בלשון הפסיקה החדשה: מונח "הנורמה" והמושג "דמוקרטי" מבלי לדייק ולומר לנו באיזה זן של דמוקרטיה המדובר. את חוסר הבהירות הנובע מכך מצאתי גם בדבריה של פרופ' גביון. כשאני קורא מדי פעם שרעיון מסוים נוגד לדעתה את הדמוקרטיה, אני מניח שהיא מתכוונת באמירה סתמית זו לדמוקרטיה פרלמנטרית המכבדת את שלטון החוק והשמירה על זכויות האזרח, אך היעדר הגדרה מדויקת יותר גורע מבהירות ההנמקה.

המשחק החופשי שבית המשפט נוהג במונחים גמישים כאלה גורם לחוסר בהירות בפסיקתו וכתוצאה ישירה מכך לחוסר יציבות ההלכה הפסוקה. הוסף לזה את יומרתם של השופטים, על פי גרסתו של הנשיא ברק, לעסוק בבעיות כלליות בתחום הפילוסופיה והסוציולוגיה, על מנת למלא תפקיד של מורי הדור לחברה כולה. תפקיד זה נראה לשופטים חשוב יותר מן הפסיקה בסכסוך שהובא לפניו. תופעה זו עוד גברה כאשר נטל לעצמו בית המשפט את תפקיד הביקורת על חקיקת הכנסת. יש מי שמבקש להרגיע את החששות לעיוות סדרי השלטון הכרוך במגמה זו, בציינו שעד כה ביטל בית המשפט חוק של הכנסת במקרים נדירים בלבד. אך כנגד זה יש להזכיר פסקי דין לא מעטים שבהם כאילו "מזהיר" בית המשפט את הכנסת מראש שבית המשפט עלול להפעיל את סמכותו לביטול חוק חדש אם בית המשפט ימצא שאין החוק ממלא אחר המבחנים הגמישים ב"פסקת ההגבלה",⁸ כגון מבחן המידתיות שמשמעותו תתפרש גם היא על פי שיקול דעתו הסובייקטיבי של בית המשפט.

לבסוף, יש לומר מילת ביקורת על חוסר האונים של הכנסת המתחמקת זה שנים מחובתה לפזר את הערפל שנוצר מסביב לשאלה האם יש להקנות למדינה חוקה קשיחה דוגמת החוקה הפדרלית של ארצות-הברית, וכיצד תוכרע שאלה חיונית זו מבחינה דיונית. שאלה זו לובשת כיום חשיבות יתר, לאחר שהאקטיביזם של בית המשפט העליון הוביל את דיני המערכת השלטונית אל מבוי סתום. הספר שלפנינו מכיל עושר מחשבתי שעל פרטיו אי-אפשר לעמוד כאן. לגבי דידי עיקר חשיבותו הוא תיאור המבוך שנוצר עקב חוסר הבהירות וחוסר היציבות שבית המשפט יצר בעצם ידיו. אנו חיים במציאות של שינויים דרסטיים במערכת השלטונית, בשל מתן כוח יתר לממשלה שבלעה אל תוכה חלק ניכר מחברי הכנסת. האם הכנסת שכוחה נחלש עד כדי כך מסוגלת למלא את תפקידה כמחוקקת כדי להעמיד את הדין החוקתי של המדינה על בסיס יציב ונכון? לא אדע תשובה לשאלה חמורה זו

מלתת דעתם. ראשית, שלושתם מקבלים את המהפכה החוקתית משנת 1995 כעובדה תקפה על פי הדין הקיים, מבלי להתייחס לדעתם של אנשי מחנה השוללים את הלגיטימיות של מהפך זה כי מדובר עדיין בשאלה פתוחה. שנית, שלושתם מאמצים לעצמם בוויכוחים ביניהם את מונח "הנורמה" השייך גם הוא למילון המונחים העמומים מתוצרת האסכולה של הנשיא ברק, מבלי לשאול את עצמם את השאלה המתבקשת: למה אתה מתכוון בדברך על נורמה? האם להוראה של החוק הפוזיטיבי, או האם מבקש אתה להפוך סברתך לכלל של החוק הפוזיטיבי, או שמא כוונתך למה שלדעתך ראוי או מצוי מטעמים של הגינות או הוגנות? ברור שחוסר הבהירות הזה מוליד חוסר יציבות בפסיקה.

הספר נחתם ביוני 1999 ועל כן אין הוא עוקב אחרי התפתחויות חשובות שחלו מאז ועד היום. דוגמא לכך הוא בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל⁸. יש מי שטוען שפסק דין זה קובע הלכה כללית שעקרון השוויון בין קבוצות אוכלוסייה שונות מחייב שלא להפלות בין יהודים וערבים בהקצאת אדמות המדינה - ולא היא, שכן פסק דין זה משמש דוגמא מובהקת לחוסר הבהירות וחוסר היציבות של דרכי הפסיקה של בית המשפט העליון. יש בו אמירות של דבר והיפוכו כמעט בנשימה אחת, חוסר בהירות של החלק האופרטיבי בסוף פסק הדין ואמירה בעלת משמעות, כביכול, שבמתן פסק דין זה עולה בית המשפט על דרך חדשה שבה עליו להתקדם עקב בצד אגודל, הכל מבלי לגלות לנו מה טבעה של הדרך החדשה הזאת.

ועוד: בזמן האחרון, אחרי שנת 1999 ועד היום, ניכרים סימנים לנסיגת בית המשפט העליון מן האקטיביזם החובק-כול שאפיין את פסיקתו מאז שנות השמונים, שכן מדי פעם משלח כיום בית המשפט מעל פניו עותר המבסס את עתירתו על החידושים הכוללניים בלשון פסיקה קודמת, לאמור: "מה אתה מטריד אותנו בתלונה שאינה מענייננו? לך אל הכנסת או אל אחת הרשויות המנהליות".



אחד-עשר משופטי בית המשפט העליון, מתוך הספר: המשפט, 50 שנות שיטה בישראל, הנהלת בתי המשפט

4. לעיל הערה 1, בע' 76.
 5. סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
 6. לעיל הערה 1, בע' 239.
 7. R. Dworkin "A Badly Flawed Election" 48 The New-York Review of Books (11.1.2001) 53 (also available at [http://www.nybooks.com nyrev WWWarchdisplay.cgi?20010111053F], last visited on 21/5/2001).
 8. בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.