

אקטיביזם שיפוטי, נרטיב ועובדות

אי אפשר להסתכל על "המהפכה השיפוטית" במנותק מפסיקות השופטים מאז קום המדינה. תגובה לכתבה "ישפוט הציבור", מאת נטעאל בנדל ■ **יהושע שופמן, לשעבר המשנה ליועץ המשפטי לממשלה**

* רבים מהתומכים בשינויים מרחיקי לכת במערכת המשפטית, שעיקרם הגבלת סמכויותיו של בג"ץ, מנסים ליצור נרטיב שיצדיק את תוכניתיהם. פעם, כך הילוכו של הסיפור, בית המשפט היה מרוסן, לא אקטיביסט, פוסק על פי לשונו של החוק ולא נוגס בסמכויותיהן של הכנסת והממשלה. ואז בא אהרן ברק והפך את היוצרות. הוא נטל לעצמו ולמערכת השיפוטית סמכויות שמעולם לא הוקנו להם, ושם עצמו מעל לרשויות הנבחרות. "שורר", "גונב הרמוקרטיה" ו"דיקטטור" הם מהדירוגים שבכינויים שהורבקו לברק במסגרת מסע הרמוניזציה. השינויים במערכת המשפט לא נועדו אלא לחזור לימים הטובים של בית המשפט הלא-אקטיביסטי.

כתבתו הנרחבת של נטעאל בנדל מצטרפת לנרטיב הזה הזכר בכותרת שניתנה לה בשער המוסף: "כך המציא בג"ץ את הכלים שיעניקו לו כוח בלתי מוגבל". לדברי בנדל, "נסיקתו הגדולה של האקטיביזם השיפוטי החלה סמוך למינוי אהרן ברק לשופט בבית המשפט העליון". במבט ראשון, הפרויקט של בנדל הוא שינוי מרענן בשית. הוא אינו מעלה טענות בעלמא אלא סוקר יותר משמונים פסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו החל בשנת 1980, רובם אבני דרך במשפט הישראלי. הושקע בפרויקט מאמץ מחקר לא מבוטל, הטקסטים בהירים והסגנון אינו מתלהם. אך בחינת תוכן הדיברים מעלה חשש שהעובדות התאמנו לתזה, גם במחיר הצגת דברים שלא כהווייתם, לרבות תיאור החלטות שמעולם לא ניתנו.

כדי לדעת מה שנתנה בבית המשפט העליון, יש להסתכל בפסיקותיו לאורך השנים. בנדל קובע כי "עד שנות השמונים בית המשפט העליון היה שמרן יחסית, פורמליסטי, עם פסקי דין אקטיביסטיים מעטים, שנחשבו להריגים". אך פסקי הדין פורצי הדרך של בית המשפט לפני 1980 אינם נוכרים כלל. השופט מנחם אֶלון ראה את הרברים אחרת: "כתר המהפכה ראוי הוא שיוכתרו בו האבות המייסדים של בית המשפט העליון. אלה יצרו

וביססו עקרונות יסוד של כבוד האדם וחירותו בפסיקה גדולה ונועות, בחינת יש מאין, מכוח 'אני מאמין' ויצירה מופלאה". מי שמתחיל את הסקירה בשנת 1980 כבר סימן את המטרה. שרטוט תולדות האקטיביזם צריך להתחיל בימים הראשונים של שנת 1949, בעיצומה של מלחמת העצמאות. בפסק דין אליכרבוטלי, כיטל בג"ץ צו מעצר מנהלי שהוצא נגד תושב ערבי. בית המשפט קבע שבעת הוצאת הצו לא מונתה עדיין הוועדה שבפניה וכאי העצור להביא את השגותיו. בית המשפט היה יכול בקלות להימנע מהתערבות, כי במהלך ההתדיינות הוועדה מונתה. אך הוא בחר לבטל את הצו כדי להבהיר "שלטון החוק הוא אחד מהיסודות האיתנים של המדינה".

אם פס"ד אליכרבוטלי היה פרוצדורלי במהותו, אי אפשר לומר זאת על פס"ד קול העם משנת 1953. שר הפנים הורה לסגור לתקופה קצובה שני עיתונים של המפלגה הקומוניסטית בשל מאמרים שתקפו את מדיניות הממשלה וקראו להיאבק נגדה. השר פעל לפי פקודת העיתונות, שהסמיכה אותו לסגור עיתון שעלול לסכן את שלום הציבור. השופט אגרנט, בושראת מגילת העצמאות ותור הפניות לפסיקת המעטים של בית המשפט העליון בעניין התיקון הראשון לחוקת ארצה"ב, פסק כי לאור חשיבותו של עקרון חופש הביטוי, השר אינו ראשי להשתמש בסמכותו אלא אם כן יש רדאות קרובה לפגיעה בשלום הציבור. אין לכך רמז בלשון הסעיף והזכות לחופש הביטוי לא עוגנה בשום חוק. בג"ץ הפך את החלטת שר הפנים.

באופן דומה קבע בית המשפט העליון בשנת 1961 שרשם החברות חרג מסמכותו כאשר סירב לרשום את חברת "אליאד", מטעמי ביטחון המדינה וטובת הציבור, אף שפקודת החברות קבעה שהוא ראשי לסרב לרשום חברה "על פי שיקול דעתו המחולט". גם שיקול דעת "מחולט" כפוף לביקורת בית המשפט, המוסמך לוודא ששנקלו שיקולים רלוונטיים בלבד (פס"ד כרדוש).

ליתר דיוק

אחת הטענות החוזרות של מבקרי בית המשפט החדש, האקטיביסטי, היא שהוא אינו מסתפק בהחלה של הוראות החוק אלא פוסק לפי שיפוט ערכי גם ללא כל אסמכתא מפורשת. הנה מה שאמר בהקשר זה בג"ץ בשנת 1962: "התקדימים המרובים של בית משפט זה... מראים שסירוב בלתי צודק מצד הרשות לתת לאורח את אשר הוא ביקש ואת אשר וכאי הוא לקבל ממנה, אף ללא הוראה חוקית מפורשת, נחשב בעיני בית משפט זה, על פי רוב, כעילה מספקת להתערבותו למעט הצדק". היה זה בפס"ד פרץ נגד כפר שמריהו, שבו הוערך בג"ץ בהחלטת המועצה המקומית לבטל הקצאה של אולם עירוני לשם קיום תפילות של הקהילה הרפורמית. הוא לא התבסס על חוק כלשהו אלא על עקרון איסור ההפליה והזכות לחופש הדת.

קצה היריעה מלמנות את פסקי הדין

היצירתיים והאקטיביסטיים הרבים של בית המשפט בשלושים שנותיו הראשונות. נסתפק בדבריו של השופט לנדוי משנת 1979: "לא רק זכות המעוגנת בהוראה של החוק החרות ראויה להגנה בבית המשפט הזה, אלא גם זכות או חירות מאלה 'שאינן כתובות על ספר', כגון חופש העיסוק, שבית משפט זה הכיר בהן בפסיקתו ההתעלמות מהפסיקה המוקדמת של בג"ץ נותנת את אותותיה לאורך הכתבה כולה. כתב בנדל, בהתייחס לפס"ד משנת 1980: "מושג חדש בא לעולם – 'עילת הסבירות'. לפי אהרן ברק, אז שופט טרי בהצד את תחום השיפוט... מצווים אנו, אף שמאפשר לבג"ץ לפסול החלטות של רשויות המדינה בנימוק של 'חוסר סבירות'. אבל המושג ה'חדש' הזה מצוי בפסיקת בית המשפט העליון כבר משנות החמישים, תחילה כעילה לפסילת חוקי עור בלבד. אך בשנת 1961 כותב השופט ויתקון ברע"ת מיעוט: 'אין אנו חייבים ואין אנו רשאים להצר את תחום שיפוטנו... מצווים אנו, אף במקרה כזה, לברוק אם אין בפעולה השלטונית משום שרירות, הפליה או אי-סבירות מובהקת'."

עכרה שנה, והשופט ברנזון חזר על הדברים, הפעם ברע"ת רוב. עילת חוסר הסבירות התפתחה בפסיקה לאורך השנים. מושג חדש? המצאה של השופט ברק? ממש לא.

מכאן עובר בנדל לסקירה של עשרות פסקי דין שלטענתו מצביעים על אקטיביזם. הוא מביא, למשל, את פס"ד תורקמאן תחת הכותרת "בג"ץ מונע הריסה של בית מחבל". זה פס"ד חריג, בין המעטים שבהם בית המשפט התערב בלוקית אטימת מרבית הבית שבו גרו שתי משפחות ולא את הריסתו המלאה). לגיטימי להזכיר את פסק הדין הזה כרוגמה נדירה להתערבות בג"ץ, אך התמונה אינה מלאה אם לא מציינים כי בעשרות (אם לא מאות) פסקי דין בג"ץ לא התערב בצווי הריסה ואטימה. הדבר מאפיין את פסיקת בית המשפט בעניינים ביטחוניים – עמדת המדינה התקבלה ברוב המכריע של העתירות, והתערבות בית המשפט היא נדירה.

על בחירת פסקי הדין ודרך הצגתם אפשר להתווכח, אך לא על העובדות. אדלג על אי דיוקים רבים, אך לגבי החלטות שלא ניתנו אין מנוס מלהעמיד דברים על דיוכם. בנדל רואה בפס"ד ברזילי, שבו דחה בית המשפט עתירות נגד החנינות שנתן הנשיא למעורבים בפרישתו קו 300, פסק דין אקטיביסטי. הוא כותב שהנשיא שמגר והשופטת בן-פרת קבעו שנושיא המדינה חרג מסמכותו, אך נגד כשורה כי הונחו בפניו נימוקים חריגים של ביטחון המדינה. בהפוך הוא. שני השופטים האלה, ברע"ת רוב, קבעו כי הנשיא לא חרג מסמכותו. איזה אקטיביזם יש כאן?

כתב המשפט של מקור ראשון קובע כי "בג"ץ מאפשר 'איחור משפחות' עם פלסטינים, ומביא את פס"ד עראלה משנת 2006 שבו, לדבריו, בית

המשפט פסל את ההוראות בחוק האזרחות בעניין איחור משפחות. אך פסק הדין היה הפוך – המשפט, ברוב דעות, דחה את העתירות ולא פסל את החוק.

לטענת בנדל, בשנת 2001 הורה בג"ץ לממשלה למנות שישה נציגים ערבים למעצת מקרקעי ישראל. אך אין החלטה כזאת. עתירת האגודה לזכויות האזרח הוגשה משום שלא היה אף לא חבר ערבי אחד במועצה. תוך כדי הדין בעתירה הממשלה מינתה חבר ערבי ראשון. בית המשפט ציין שיש שישה מקומות פנויים, והורה לממשלה לשקול אם ניתן במסגרת מינויים אלה למנות חבר ערבי אחד נוסף. זהו אקטיביזם? בנדל כותב שבפסק דין משנת 2017 נקבע כי המתווה שהושג בדבר העברה למדינה שלישית אינו תקף. לא כך נפסק. בג"ץ קבע שישראל רשאית להרחיק זרים למדינה שלישית אפילו בעל כורחם. אך מכיוון שהסכמים שערכה הממשלה עם המדיניות השלישיות קבעו כי ההרחקה תיעשה רק בהסכמת המודרך, בית המשפט פסק כי אדם אינו חייב להסכים להרחקתו ואין לכלוא אותו לתקופות ממושכות בשל אי הסכמתו.

עילת ההתגברות

ומכאן לסוגיית הביקורת החוקתית על חוקים. הנריטיב אומר, כפי שנסמח זאת בנדל, שבפס"ד בנק המודחי משנת 1995 "ברק מעניק חוקה למדינה ישראל" (ואף שהנשיא שמגר עמד בראש ההרכב וכתב פסק דין ארוך ומנומק), ושכית המשפט יצר לעצמו את הסמכות לבטל חוקים. לא זה המקום לסתור את הטענה שבית המשפט יצר את הסמכות



לא היה היגיון בפסקת התגברות אם אין ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. שופטי בית המשפט העליון בטקס הפרידה מהשופט אורי שוהם, לפני שנה

יש מאין, בניגוד לכוונת חברי הכנסת. את זה עשו חברי הכנסת שהובילו את חקיקת חוקי היסוד בשנת 1992, אוריאל לינ ואמנון רובינשטיין, וגם השר דאז דן מירדור וח"כ בייגה שוחט. אך די בהוכרת פסק דין אחר שקדם לבנק המודחי כדי לנעוץ סיכה בנרטיב. בג"ץ כלל נגד שר האוצר משנת 1994 ניתן בהרכב שלא נחשב אקטיביסט במיוחד (השופטים דב לוי, טובה שטרסברג-כהן וצבי טל). נטען אז כי חוק קרנות הפנסיה פוגע בחוק יסוד חופש העיסוק. השופט לוי, שכתב את פסק הדין העיקרי, קבע כי שני חוקי היסוד ברוב זכויות האדם התקבלו על ידי הכנסת ברשות מכוונת ועייגנו ברמה החוקתית את זכויות היסוד של האזרח. הוא פסק כי "דבר חקיקה, אפילו התקבל כדין וכדת, לא יעמוד לו כחוו והוא יתבטל ויעבור מן העולם אם יתברר שנוגד הוא את חוק היסוד החל על אותו עניין – נוגד, במובן זה שהחוק פוגע בזכות יסוד מוכרת על ידי חוק היסוד, במידה ובהיקף שאינם יכולים לחסות תחת כנפי סעיף ההגבלה". עמדת השופט לוי הייתה שחוק קרנות הפנסיה פוגע בחופש העיסוק במידה העולה על הנדרש, ועל כן "בטל הוא חסר נפקות". שני השופטים האחרים הסכימו לניתוח החוקתי של השופט לוי אך מצאו כי הפגיעה לא עלתה על הנדרש ולכן אין מקום לבטל את החוק. לשופטים האלה לא נדרשו מאות מעורים כדי לקבוע שמא 1992 יש לבית המשפט סמכות לדון בחוקתיות של חוקים.

על פס"ד לשכת מנהלי ההשקעות משנת 1997 כותב בנדל "לראשונה בתולדות המדינה בג"ץ מבטל חוק". לדבריו, בג"ץ "מימש לראשונה את הסמכות שיצר לעצמו בפס"ד בנק המודחי". ראשית, בג"ץ ביטל חוק לראשונה ב-1969, בפסק דינו של

השופט לנדוי בעניין ברגמן (עתירה ציבורית של אדם שלא היה לו עניין אישי בדבר). נפסק שחוק בעניין מימון בחירות פוגע בשוויון הבחירות ולא התקבל ברוב הנדרש לפי חוק יסוד הכנסת. שנית, גם אילו היה מקום לטענה שבית המשפט "יצר את הסמכות" לפסול חוק בשל פגיעה בזכויות אדם, הדבר קדם בשנה לבנק המודחי, בפס"ד כלל. ושלישית, פסק הדין ניתן על פי הוראות חוק יסוד חופש העיסוק משנת 1994, שהחליף את חוק היסוד ברוב של 67 נגד 9, היה כבר ברור שחוק היסוד מאפשר ביקורת שיפוטית על חוקים. באותו חוק יסוד הוכנסה פסקת התגברות מוגבלת, במטרה לאפשר חקיקת חוק יבוא בשר כשר. לא היה שום צורך או היגיון בפסקת התגברות אם אין ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת.

הדין בסמכויות בית המשפט העליון ובשימוש שנעשה בהן הוא לגיטימי. חשובה הביקורת על פסקי הדין, בין שטוענים שבית המשפט התערב מעבר למידה ובין שטוענים שלא התערב מספיק. הפסיקה אינה סטטית. היא השתנתה והתפתחה לאורך השנים. אין ספק שלשופט אהרן ברק, בפסיקותיו בתקופת כהונתו הארוכה וגם בכתיבתו האקדמית ובהוצאתו, הייתה השפעה גדולה מאוד על התהליכים. אך אי אפשר להסתכל על התקופה הזו בתולדות בית המשפט העליון במנותק מפסיקתו מאז קום המדינה ומהעשייה המשותפת של כלל שופטיו. ומעל לכל – גם אם ציור התמונה אינו יכול להיות מנותק לחלוטין מנקודת ההשקפה של המצייר, יש להיצמד לעובדות ולהימנע מלהתאים אותן לתזה. ■

צילום: חיים מרחט - תלש 90

בג"ץ ביטל חוק לראשונה ב-1969, בפסק דינו של השופט לנדוי בעניין ברגמן. נפסק שחוק בעניין מימון בחירות פוגע בשוויון ולא התקבל ברוב הנדרש לפי חוק יסוד הכנסת. גם אילו היה מקום לטענה שבית המשפט "יצר את הסמכות" לפסול חוק בשל פגיעה בזכויות אדם, הדבר קדם בשנה לפס"ד בנק המזרחי, בפס"ד כלל