

## בית המשפט העליון בעין החברה הישראלית

גד ברזילי, אפרים יערייכטמן, זאב סגל  
(פפירוס, אוניברסיטת תל-אביב, 1994)

משה נגבי\*

כידוע, הפוליטיקאים המכהנים ברשות המבצעת וברשות המחוקקת רגישים מאוד לתדמיתם בעיני האזרחים ולכל שינוי במידת האמון שהציבור רוחש להם. סקרי דעת קהל המפרטים את מידת התמיכה בהם ובמדיניותם ואת שיעור הפופולריות שלהם, מתפרסמים מדי שבוע, ובעת מערכות הבחירות אף מדי יום ביומו.

אין זה מקובל בישראל לערוך סקרים כאלה על הרשות השופטת כדי לבדוק את דמותה בעיני הציבור ואת הפופולריות של החלטותיה. עד יולי 1991, מועד עריכת הסקר המהווה את התשתית הסטטיסטית לספרם החלוצי והחשוב של ד"ר גד ברזילי, פרופ' אפרים יוכטמן וד"ר זאב סגל, לא נודע על עריכת סקר מרעזי מקיף אמין מעין זה. להלכה ניתן להסביר זאת בכך, שהשופטים אצלנו בכלל ובבית המשפט העליון בפרט אינם ניתנים להדחה על-ידי הציבור, ולכאורה כהונתם במשרתם הרמה אינה תלויה בדעת הקהל. אך ההסבר הזה מתבסס על הנחה שטחית ופשטנית, וכדומה אף מוליכת שולל. לאמיתו של דבר הצורך העיוני והפרגמטי כאחד של הרשות השופטת באמון הציבור בוודאי איננו נופל מן הצורך של שתי הרשויות האחרות. לא בכדי מובאת כמוטו, בראש הספר שלפנינו, אמירה מפורסמת של שופט בית המשפט העליון האמריקני פליקס פרנקפורטר, שאפיין בה את פגיעותה היחסית של הרשות השופטת לעומת הרשות המבצעת – האוחזת בחרב, ולעומת הרשות המחוקקת – החולשת על הארנק, "סמכות בית המשפט – אשר אין לו ארנק ואף לא חרב – מתבססת על שימור האמון הציבורי בכוחה המוסרי".<sup>1</sup>

ואכן תמיכת דעת הקהל, הנשענת מצדה על האמון שהציבור רוחש לניקיון דעתם ולטהר שיקוליהם של השופטים, חיונית ביותר לרשות השופטת כדי להרתיע את שתי הרשויות הצרות לה מלנצל את כוחן הפוליטי והכלכלי האדיר על מנת לקעקע את מעמדה ולקצץ בכנפיה. כאשר פסק השופט פרנקפורטר את פסוקו בשנות השישים, הוא בוודאי זכר היטב את העימות החרף והקריטי בין בית המשפט העליון לנשיא פרנקלין דילנו רוזוולט בשנות השלושים, שכינה את השופטים ב"שיחות ליד האח" ששודרו מדי שבוע

\* מוסמך למשפטים, פרשן משפטי של "מעריב" ורשות השידור, מלמד דיני תקשורת במחלקה לקומוניקציה באוניברסיטה העברית.

1. Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 267 (1962).

לאימה, "תשעה זקנים מרושעים" (Nine wicked old men). למרות הפופולריות ללא תקדים של הנשיא והתמיכה ללא סייג שנהגה ממנה הקונגרס, ולמרות שרוב גדול בעם ובקונגרס כאחד תמך בהתלהבות בחקיקת ה"ניו-דיל" שפסלו אותה "תשעה זקנים מרושעים" - נכשל רוזוולט כישלון חרוץ במזימתו לנטרל את פסיקתו ואת כוחו של בית-המשפט העליון על-ידי "דילולו" בהוספת תקני שופטים שאותם יאייש בנאמניו (to pack the court). הסיבה לכישלוננו של הנשיא האהוד והכריזמטי היתה נעוצה בהתקוממות רבתי של דעת הקהל נגד כל פגיעה במעמד ובסמכות החוקתיים של בית-המשפט. ברור שהתקוממות זו לא היתה אפשרית אלמלא אמונו הבסיסי של הציבור בשופטים, ואלמלא האשראי הציבורי הרב שצבר בית-המשפט כמי שמגן על-פי מיטב שיפוטו, ללא משוא פנים ושיקולים זרים, על זכויותיו של האזרח.<sup>2</sup>

מה שהיה נכון בארצות-הברית בשנות השלושים והשישים, בוודאי נכון בישראל בשנות התשעים. בישראל - בניגוד לארצות-הברית - מעמדו של בית-המשפט אינו מעוגן ומוגן בחוקה משוריינת. רוב מקרי ורגיל (אפילו של שני ח"כים נגד אחד) יכול לכאורה לשנות באורח מהותי את סעיף 15 לחוק-יסוד: השפיטה, וכך לסייג את סמכותו של הבג"ץ ולהלכה אף להפקיע אותה לחלוטין. נראה כי ההתבטאויות הפוליטיות נגד מערכת המשפט, ובעיקר מצד ראש הממשלה יצחק רבין, אינן נופלות בחומרתן - הן בתוכנן והן בסגנון - מאלו שהשמיע בשעתו הנשיא רוזוולט, ואף גובלות לעתים בהסתה ממש. כך, למשל, לאחר הפיגוע הקשה באוטובוס קו 5 בתל-אביב טען ראש הממשלה בנאום משודר לאומה, כי "בלבולים משפטיים" מונעים ממנו את המאבק בטרור האיסלאמי הקיצוני. בהודמנויות קודמות אמר ראש הממשלה כי לאחר צאתו של צה"ל מעזה יהיה המאבק בטרור שם קל יותר, משום "שלא יהיו עוד בג"צים". לאחר הגירוש ללבנון של מאות החשודים כפעילי "חמאס", בדצמבר 1992, נשמע רבין אומר בשידור חי ברדיו לאלמנת קורבן הטרור נסים טולדנו, כי הבג"ץ "קלקל" את הגירוש. מכלול ההתבטאויות הללו עלול לכאורה ליצור דה-לגיטימציה של השופטים ולהכשיר את הקרקע והלבבות לחקיקה שתקעקע את סמכותם.

מתקפת ראש הממשלה מצטרפת כמובן למתקפת המפלגות הדתיות אורתודוקסיות, הטוענות זה מכבר כי בג"ץ מערער בפסיקותיו את אופיה היהודי של המדינה וכופה עליה ערכים חילוניים וליברליים שאינם מתיישבים, לטעמן, עם האופי הזה.

לכאורה, למתקפות הפוליטיות על בג"ץ יכולות להיות שתי מטרות הלופיות או משולבות: להביא לקיצוץ או לנטרול כוחו של הבג"ץ על-ידי תיקון חוק-יסוד: השפיטה, ו/או להרתיע את בית-המשפט מקבלת החלטות גוספות שיהיו למורת רוחם של התוקפים. המטרה הראשונה לא הושגה וספק אם תושג. לעומת זה, יש כמדומני יסוד ממשי לחשש שהרצון שלא לאבד לגיטימציה ציבורית כבר יוצר ריסון עצמי, שיוביל חלילה גם לשיתוק עצמי של יכולת בג"ץ לממש את זכותו וחובתו להגן על זכויות האדם ולאכוף את "שלטון החוק בשלטון" ואת "שלטון החוק במחוקק". ובעצם, השגתה של המטרה השנייה מייטרת

2. על הפרשה ההיסטורית המשפטית המרתקת הזאת ראו, למשל, L. Thomas, *History As You Heard It* (1967) 73-94.

את הראשונה; אם בג"ץ "מתנדב" לסרס את כוחו שלו, אין כבר לכאורה צורך בסידור חקיקתי.

שתי החלטות מכריעות שקיבל בג"ץ בהרכב מיוחד ומורחב – האחת לפני פרסומו של הספר הנדון והאחרת לאחריו, האחת בתחום הביטחוני והאחרת בתחום יחסי דת ומדינה – מחדדות מאוד את ממשותו של חשש זה. ההחלטה הראשונה היא בפרשת הגירוש של מאות החשודים בפעילות בארגון הטרור "חמאס".<sup>3</sup> רבים – ובהם גם ברזילי, יערי-יוכטמן וסגל – כבר הצביעו על הקושי העיוני והערכי ליישב בין ההחלטה פה אחד של שבעת השופטים, להכשיר מראש ובדיעבד הגליית מאות תושבים ללא שמיעתם תחילה, עם תקדימיו של בג"ץ עצמו בנושא זכות השימוע בכלל, ובהקשר של גירוש מן השטחים בפרט.<sup>4</sup> לכן לא ייפלא אם יש מי שמסביר את ההחלטה לא במונחים משפטיים, כי אם ברתיעתו (או אפילו חששו) של בג"ץ להתעמת עם השלטון ולמנוע פגיעה שרירותית מצדו בזכות אדם בסיסית, כאשר מדובר בנושא ביטחוני שבו הציבור, ברובו המכריע, מלוכד סביב הנמשלה. כפי שמנסחים זאת בספר שלפנינו ברזילי, יערי-יוכטמן וסגל, "נראה שבג"ץ בפסיקתו בחר לפעול במסגרת הקונסנסוס הציבורי שנוצר בתגובה להחלטת הממשלה". הם אף ממקמים את ההחלטה האמורה בהקשר רחב יותר ורואים בה דוגמה בולטת. אך בשום פנים ואופן לא יחידה, ל"נטייתם של שופטי בג"ץ להעדיף את עמדת הרשות המבצעת על פני עמדת העותרים, כאשר שיקולי ביטחון לאומי נראים רלוונטיים". האם יש צורך להזכיר שדווקא במצבים שבהם "שיקולי ביטחון לאומי" רלוונטיים ביותר, נטיית השלטון לפגוע, גם שלא בצדק, בזכויות האזרח רבה במיוחד? גם נכונות הציבור להשלים עם פגיעה כזאת ואפילו לברך עליה גדולה במיוחד. לפיכך דווקא במצבים הללו חשובה ואף חיונית נכונותו של בית המשפט שלא להיכחף עם הקונסנסוס אלא לשקול בקור רוח את הצדקת הפגיעה.<sup>5</sup>

ההחלטה האחרת היא זו שהתקבלה בהרכב של חמישה שופטים (אך הפעם ברוב דעות), ואשר הכשירה (או למצער, לא פסלה) את הסעיף בהסכם קואליציוני בין מפלגת העבודה לש"ס שזכה לכינוי "עוקף בג"ץ" (או, כדברי השופט פרופ' אהרן ברק, "עוקף דמוקרטיה").<sup>6</sup> לפחות לגבי שניים משופטי הרוב, הנשיא מאיר שמגר והשופט אליעזר גולדברג, מתעורר שוב הקושי ליישב בין הפסיקה הזאת לבין החלטות קודמות שבהן פסלו סעיפים בהסכמים קואליציוניים שנראו להם "אנטי ציבוריים" או "כלתי דמוקרטיים". הנשיא שמגר היה החלוץ בפסילת סעיף בהסכם קואליציוני, כאשר פסל התחייבות לערבות כספית לקיומו.<sup>7</sup> השופט גולדברג היה שותף להחלטה תקדימית אחרת שבה נפסל

3. בג"צ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הביטחון, פ"ד מז (1) 267.

4. ראו, בין השאר, ח' כהן "גירוש כהלכה", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 471; א' בנבנשתי "נגרש ונשמע", משפט וממשל א (תשנ"ב-תשנ"ג) 441; ג' ברזילי, א' יערי-יוכטמן, ז' סגל, "עתירת המגורשים: השלטון ושלטון החוק", פלילים ד (תשנ"ד) 9.

5. ראו, בהרחבה, י' זמיר, "זכויות האדם ובטחון המדינה", משפטים יט (תשמ"ט) 17.

6. בג"צ 5346/94 ולנר ואח' נ' יו"ר מפלגת העבודה הישראלית ואח' (טרם פורסם).

7. ראו בג"צ 1523/90 לוי נ' ראש הממשלה, פ"ד מד (2) 213.

סעיף של "מחיקת חובות" בין הסיעות.<sup>8</sup> כלומר, השופטים שמגר וגולדברג גורסים לכאורה כי בג"ץ מוסמך למחוק סעיפים בהסכמים פוליטיים, הפוגעים בערכי יסוד של הדמוקרטיה. לכאורה, הסעיף המכונה "עוקף בג"ץ" איננו נופל בחומרתו מן הסעיפים שפסלו בעבר. השופט גולדברג עצמו הגדיר אותו "ליקוי מאורות".

אכן הסעיף הזה ביקש לא רק להכסיר פגיעה בזכות השוויון או בחופש הדת והמצפון, אם היא נעשית מנימוקים הלכתיים, אלא גם לנטרל את יכולת בג"ץ להגן על הערכים הללו. הוא איים להפוך את פעולת בית המשפט, כניסוחו של השופט ברק, ל"סחינת מים" ול"כרוניקה של מוות ידוע מראש". למעשה, לפחות עד כמה שהדברים נוגעים לשופט גולדברג, הוא עצמו חשף ביושר אינטלקטואלי רב את הקשר החד-משמעי בין הימנעותו מפסילת הסעיף "עוקף בג"ץ" האמור לבין החשש לאבד את תמיכת הציבור. לדבריו, במקרה זה, "אנו מסתכנים בחשיפה לתגובה ציבורית" העלולה לשחוק את מעמדו של בית המשפט. הסיכון הזה הוא שגרם לו - עליפי עדותו שלו - לתת "משנה תוקף" לנקיטת "האיפוק והריסון העצמי" שהם לבדם הכתיבו את עמדתו. כמובן, אלמלא חשש השופט גולדברג מן "התגובה הציבורית", ואילו נהג ללא "האיפוק והריסון העצמי", אלא היה מסיק את מלוא המסקנות האופרטיביות מאופיו הלא דמוקרטי של הסעיף - היתה הכרעת בג"ץ כולה מתהפכת על פניה.

כאן בדיוק טמונה תרומתו העיונית, ובעיקר המעשית והמכרעת, של הספר שלפנינו. ממצאיו מראים כי הסיכון שעליו מצביע השופט גולדברג הוא בבחינת עורבא-פרח. המסקנה החותכת ביותר, כפי שניסוחו אותה שלושת המחברים המלומדים, היא "שבפני בית המשפט העליון עומדת אפשרות ללכת חלוץ לפני המחנה בלא לערער את הלגיטימציה הציבורית שלו שכן ... מעמדו הציבורי האיתן קיים גם בשעה שפסיקתו איננה מבטאת קונסנסוס חברתי או פוליטי". יתרה מזאת, "הציבור מצפה להרחבת האקטיביזם השיפוטי על רשויות פוליטיות וגופים שיפוטיים אחרים", משום כך ישנה "נכונות רבה לקבל את פסיקות בג"ץ, לא רק כשהן הולמות את ציפיות הפרט אלא גם כאשר הן מנוגדות להן". במה שנראה בדיעבד כתשובה הולמת לחששותיו של השופט גולדברג, כותבים ברזילי, יערי-יוכטמן וסגל - "גישה ... לפיה מעמדו של בג"ץ ייפגע באופן בסיסי אם יפסוק בנושאים שנויים במחלוקת ... בניגוד להסכמה הברתית רחבה איננה מבוססת. הדגשת קונסנסוס ציבורי כנימוק לריסון שיפוטי ... אין לה על מה שתסמוך".

בג"ץ ממעיט איפוא בהערכת עוצמת הגייסות הניצבים לצדו. מאחר שכדברי שלושת החוקרים, "האמון הניתן בישראל בבתי המשפט גבוה אפילו מן האמון הניתן לבתי המשפט בדמוקרטיות מערביות עתירות מסורת משפטית דמוקרטית", יש יסוד להנחה, כי אילו ניסו הפוליטיקאים לממש את איומיהם ולקצץ בכנפי הבג"ץ, הם היו מקוממים עליהם חלקים גדולים ומכריעים של הציבור ומגלים כי עליהם לשלם על כך מחיר פוליטי כבד-מנשוא, ממש כפי שאירע לנשיא רוזוולט לפני שישים שנה. אך כאשר השופטים "מתנדבים" לקצץ בכנפיהם שלהם, לנקוט "ריסון עצמי" ולא למצות את סמכויותיהם, הם מתוורגים עליידי הפוליטיקאים ופוטרים אותם מן הצורך לשלם את המחיר האמור.

8. ראו בג"צ 1635/90 ז'רד'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה (1) 749.

בפרפרזה על אמרה נוספת - סימפטית יותר - של הנשיא רוזוולט, אפשר לומר, שהספר שלפנינו מלמד שלבג"ץ אין דבר לפחד ממנו, זולת הפחד עצמו, וכי הדרך לביסוסו ולהעמקתו של האמון הציבורי בבית המשפט אינה מובילה דרך ריסון והתאפקות, אלא דווקא דרך ההתמדה והעמידה ללא חת על משמר זכויות האזרח וערכי הדמוקרטיה הישראלית. יש לקוות כי הן הפוליטיקאים והן השופטים יקראו בספר, יתבשמו מממצאיו, ובעיקר יפנימו את לקחיו.

