

הפוליטיקה של "המקצוענות המשפטית" בסוגיות חוקתיות

עו"ד חסן ג'בארין*

ההצעה בדבר הקמת בית משפט לענייני חוקה מעוררת ויכוח ציבורי רציני ומעניין. ויכוח זה מתמקד בעיקר בסוגיית זהותם האישית, המקצועית והסקטוריאלית של השופטים. תומכי ההצעה מציעים כי שופטי הבית יהיו מסקטורים, ממקצועות ומתחומים שונים. מודל זה אומץ במדינות דמוקרטיות מסוימות שיש בהן מוסכמות בסיסיות בדבר היקף הזכויות החוקתיות. יתרונו הבולט הוא בשיטת הבחירה של שופטיו המבטיחה גיוון מקצועי וייצוג לקבוצות שונות. הגיוון המקצועי רלבנטי וחשוב בגלל אופיין ומהותן של הסוגיות החוקתיות העוסקות ביחס הישיר בין משפט לפוליטיקה. ברשימה קצרה זו אטען, כי על-אף יתרונותיה של הצעה זו היא תוביל, אם תתקבל במדינת ישראל, לכרסום נוסף בהגנה על זכויות חוקתיות. טענתי העיקרית היא, שבהיעדר מוסכמות חברתיות-ערכיות בדבר הזכויות החוקתיות – היעדר הנובע מהיעדר תרבות ומסורת דמוקרטית המשרישות את המודעות והרגישות הציבורית לזכויות האזרח והאדם בישראל – המצב הנוכחי, היינו: מעמדו של בג"ץ, עדיין עדיף על המודל המוצע, בשל הטעם בקיומו של מרחב, ולו חלקי, המאפשר ניהול שיח משפטי המתבסס על מוסכמות משפטיות.

להבהרת עמדתי וטענתי ברשימה קצרה זו אתחיל בהצגת דוגמא מנסיוני האישי. ועדות המשמעת באוניברסיטת חיפה דנות לא אחת בזכויות הפוליטיות של הסטודנטים הערבים. בוועדות אלה מרצים בכירים מכל החוגים משמשים דיינים. נקודת-המוצא של מרצים אלה, ובמיוחד אלה שאינם מהפקולטה למשפטים, היא שאין הם מחויבים לכללים משפטיים או לפרוצדורה הנהוגה בבתי המשפט והם אינם מעוניינים שנתפלמס בפניהם באמצעות טיעונים משפטיים. במלים אחרות: השיפוט הוא לפי שיקול-דעתם בלבד. איך אפשר אפוא, במסגרת דיונית זו, לשכנע, למשל, שסטודנט ערבי זכאי להגף דגל פלסטין או להשתמש בהתבטאות פוליטית הנתפסת כקיצונית למדי בעיני הדיינים? הקושי העיקרי נעוץ בעובדה שהתברה הישראלית טרם הכירה בזכותם של האזרחים הערבים להזדקק להתבטאויות פוליטיות הקוראות תיגר נגד העמדות הפוליטיות של הקונסנסוס היהודי-ציוני. שאם לא כן, היה די לנו לבקש מהדיין להישען על מוסכמה או הכרה זו. במצב שנוצר, דיין המקבל את עמדתנו יואשם בקהילה האקדמאית שזו היא עמדתו הפוליטית-אישית, ובכך יסכן את מעמדו האקדמאי. ואם יחליט אחרת, הדבר יחייב אותו לנמק את החלטתו בפרוטרוט משום שהוא חייב לשכנע את הציבור הלא-אוהד, רובו של הציבור היהודי בישראל, שהתבטאות "קיצונית" זו היא עדיין בגדר הלגיטימיות. אך בהיעדר נורמות, כלים מקובלים או מוסכמה חברתית-ערכית, נימוקיו יתקבלו גם במקרה זה כעמדה אישית המבקשת להעניק לגיטימציה לעמדות הדיין עצמו. הפתרון הקל

* מנכ"ל ארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל.

מבחינתו אפוא הוא לדהות את טענתנו בנימוק שההתבטאות או המעשה אינם מקובלים ומסכנים את שלום הציבור ובכך יחסוך מעצמו ביקורת ציבורית. כך בחרו רוב הדיינים, ובהתמדה, לדהות את עמדתנו בסוגיות אלה.

לעומת זאת, כאשר ישבו דיינים משפטנים מהפקולטה למשפטים, טיעוננו היו משפטיים בלבד והם אפשרו לנו להסתמך על פסיקה עליונה, משפט משווה וספרות מקצועית שעניינם הזכויות הפוליטיות של הסטודנטים. בכך הסתמכנו על מבחנים משפטיים מקובלים. מרחב משפטי זה אפשר לנו לנהל שיח עם הדיינים, בניגוד למקרים שבהם ישבו דיינים לא-משפטנים. אוראז הפך האולם כולו לשדה פוליטי מתות. דיינים משפטנים שקיבלו את עמדתנו סמכו את החלטותיהם על גורמות השאובות מהפסיקה העליונה והזרה ובכך יש לראות את הלגיטימציה שלהן. את פסיקתם של דיינים שלא קיבלו את עמדתנו העמדנו מול ביקורת משפטית שנבעה מתוך השיח המשפטי שהם שותפים בו. בכך הצלחנו למצוא שותפים לעמדתנו מקרב מרצים מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה. ביקורת משותפת זו, שהופיעה הפעם בתור "אנחנו האקדמאים", תבעה שינויים, מצאה לה לפעמים אוזן קשבת ואף הביאה לשינויים מסוימים בתקנון האוניברסיטאי. עם זאת, מצער הדבר שמספר מקרי ההצלחה נותר מועט ביותר.

היחס בין המדינה והשייכות הקולקטיבית בחברה הישראלית הדוק עד כדי הצרה מקסימלית לקיומה של חברה שבה ה"אנחנו" טרם עבר לשלב האזרחי ונמצא עדיין בשלב של "אנחנו השבט". השסע הלאומי, החברתי והדתי בחברה הישראלית כה עמוק, עד כדי כך שהשייכות הקבוצתית יכולה לנבא עליפי רוב את העמדות הערכיות של המשתתפים אליה והיא בבחינת "תאמר לי מי אתה, ואומר לך מהן עמדותיך". השסעים העמוקים במדינת ישראל מנעו, ועדיין מונעים, מלהגיע למוסכמות בסיסיות בדבר מהותן והיקפן של הזכויות החוקתיות. אין אפשרות לחלקי החברה להגיע ל"חוקה בהסכמה". לכול היותר אפשר להגיע ל"חוקה בהסכמה" בין היהודים בלבד, כאשר המתפשר בה הוא המחנה הציוני-חילוני.

הסוגיות החוקתיות השרויות במחלוקת ציבורית עמוקה רבות. למשל: אין הסכמה בסיסית בדבר הזכות החוקתית לשוויון קבוצתי, שהרי אין רוב בכנסת להצהרה מינימלית אשר לפיה האזרחים הערבים והיהודים הם שווים; לא רק שאין הסכמה בדבר האקסיומה הליברלית "מדינת כל אזרחיה", אלא היא נושא לגינאי ולהדרה; אין הסכמה בדבר שוויון לנשים בשל שליטת הדין הדתי בדיני אישות; אין הסכמה ערכית בדבר הזכות לחיים, ובית המשפט עדיין נזקק לדון בסוגיית עינוים של עצירים והוצאה להורג של פלסטינים בלא משפט - מדיניות החיסולים; היחס לזכויות חוקתיות במשפט אינו מופנם וזכות של עציר להיפגש עם עורך דינו במועד, למשל, עדיין רחוקה מאוד מלהידמות לזכויות במדינות דמוקרטיות; אין הסכמה בדבר היחס בין דת ומדינה, שכן המחלוקת על הגדרת מיהו יהודי ניטשת במלוא עוזה; ממשלה עלולה ליפול במדינת ישראל בשל מחלוקת סביב שעון הקיץ; הכנסת מכטלת בחקיקה ראשית את "תיבת הלאום" שבתעודת הזהות כדי לעקוף רישום טכני בה; כג"ץ ממשיך לדון ברצינות בעניין רישום תאריך לועזי על מצבות נפטרים; ממשלה נעצרת בשל הובלת משחן של חברת החשמל בשבת; אין הסכמה ערכית למהותה של הזכות לחירות אישית: לפתוח עסק בשבת, לאכול ולערוך טקס נישואין לפי הבחירה האישית והרשימה עוד ארוכה.

האם מנקודת-המוצא של ההגנה על זכויות האדם בישראל ראוי לייסד במדינת ישראל בית-משפט לענייני חוקה לפי המודל המוצע? תשובתי היא לא. בג"ץ, על כל חסרונותיו הגדולים, עדיין עדיף בהרבה על בית-משפט לענייני חוקה ששופטיו עוסקים במקצועות אחרים לא-משפטיים ושייכותם הסקטוריאלית והפוליטית-מפלגתית מובהקת. בהיעדר מוסכמות כלשהן, ערכיות או מקצועיות, המשותף היחיד שנותר בקרב רוב שופטי המוסד השיפוטי הזה הוא השייכות השבטית. השמרנות תהיה הערובה לקיומו של קונסנסוס זה כי היא שומרת על לכידותו הנחוצה עתה, והיא תהיה חזקה יותר מקיומה הנוכחי. במקרה זה תהיינה מוסכמות שלפיהן השופט הסקטוריאלי קובע את קביעותיו בגלל שייכותו הסקטוריאלית ואם יתיימר לעשות אחרת, "יואשם" שקבע את מה שקבע דווקא בגלל שייכותו הסקטוריאלית או שייכותו הפוליטית-חברתית; שכן, הפוליטיקה של הזהויות בהברה הישראלית היא כה מובהקת והשסע בה כה עמוק. גם שופטים העוסקים במקצועות אחרים לא-משפטיים לא יצליחו לשכנע את הציבור בהיעדר פנייתם. הרי אין מוסכמות חוקתיות שינחו אותם ואין נורמות מקצועיות שיאפיינו את פסיקתם ועל-כן כל קביעה שיקבעו, אף אם תנומק בנימוקים פילוסופיים, תתקבל בחברה כעמדה פוליטית או כעמדה אישית מובהקת.

אמנם, התלטות בג"ץ ופסיקותיו בסוגיות לאומיות ובתחומי השסעים מושפעות על-פי רוב מעמדות הקונסנסוס היהודי-ציוני בישראל, אך הוא עדיין עדיף על המצב המוצהר והגלוי שיאפיין את שופטי בית-המשפט לענייני חוקה. ראשית, להבדיל מבית-המשפט לענייני חוקה, אשר הקהילה המדומה שהוא פונה ומדבר אליה היא שבטית בלבד, בג"ץ פונה, נוסף על הקהילה השבטית, גם לקהילה המקצועית. כאן נוצרה מעין "community of discourse", העשויה לכרסם מכותה של השבטיות. אמנם, קהילה זו יוצרת ניכור מסוים מצד קהילות אחרות, אך גם השבטיות יוצרת ניכור, אם כי מסוג אחר. בגלל מוסכמות משפטיות אלה, נדרש משופטי הבית לכבד את עקרון העקיבות בפסיקתם מחד גיסא, ולהיות פתוחים לשינויים המתבססים אף הם על עקרונות משפטיים מקובלים, מאידך גיסא. זוהי האחריות (accountability) המינימלית המאפשרת לנו לבדוק ולבקר את הפסיקה ולהעמיד אותה מול ביקורת נוקבת. ביקורת זו עניינה גם עצם הטענה השיפוטית שפסיקתם של השופטים נטולת-נטיות "ואובייקטיבית". ביקורת זו מאפשרת לנו גם לבקר את עצם קיומן של המוסכמות המשפטיות ולטעון שלמעשה הן רק מסווה לעמדות פוליטיות אחרות. הביקורת עצמה עושה אפוא את המבקרים עצמם חלק מהשיח המשפטי, אולם על בית-המשפט לענייני חוקה אין טעם למתוח ביקורת משום שאין בין הקהילה המקצועית ובינו בסיס מינימלי משותף.

שנית, המקצוענות המשפטית המובהקת יוצרת "טקסטים" הממלאים את חלל אי-ההסכמות בתחום החברתי-פוליטי הקיימות בחברה הישראלית. טקסטים אלה הם למעשה הפסיקה עצמה, דברי השופטים, הספרות האקדמית, משפט משווה, משפט בינלאומי וכו' והם כתב-הסמכות (reference) והמשענת שבאמצעותם עורך-דין מוצא את שיחו היחיד עם השופטים, מצד אחד, והיא המשענת לשיח הפנימי בין השופטים השונים והחלוקים בעמדותיהם הערכיות-אישיות, מצד אחר. הישענות על טקסטים אלה יוצרת ריחוק בין המחלוקות הפוליטיות-חברתיות ובין שחקני השדה המשפטי - ריחוק המשמש מרחב, ולו קטן, שבו אפשר להתמודד ולהיאבק בלא הפרעה של ממש. המרחב הקטן

מאפשר גם העלאת טיעונים המחייבים את השופטים להתמודד עם מבלי ליצור ניכור וריחוק פוליטי-חברתי בולט בין השחקנים השונים הנמצאים בשדה זה. מרחב זה הוא הדורש מהשופטים להתיימר לא להופיע כ"פוליטיים-מפלגתיים" או כ"שכטיים" וגם מאפשר לשופטים לצאת לפעמים נגד הקונסנסוס. יציאה זו מתבקשת לפעמים כדי להוכיח את היצמדותם של השופטים לכתב הסמכות (reference) למען השמירה על רמת אחריות (accountability) גבוהה. אגב, לא בכדי כאשר קיים מרחק וניכור התחלתי גדול בין שחקני השדה, עדיף לשחקנים חכמים להיצמד למקצוענות משפטית גבוהה, משום שהיא הערובה היחידה המאפשרת לטוען לקיים את יומו מול השופטים מחד, והיא זו שמאפשרת לשופטים לקיים שיח ביניהם שיש בו פוטנציאל להשפיע על שינוי עמדות.

עם זאת, המרחב של המוסכמות המשפטיות הוא גם עניין לרטוריקה משפטית; והמשפט - כפי שנאמר עליו - הוא a profession of the words ובתור שכזה הוא מצליח להופיע בצורות שונות, שהן תוצאה של מאבק מתמיד עם המרחב המשפטי עצמו. העותרים הקוראים תיגר בסוגיות החוקתיות נגד החלטות המוסד הפוליטי הנבחר, הם המעוניינים בדרך-כלל בקיומו של המרחב המשפטי כדי שיוכלו לשכנע בצדקת העתירות שלהם. זוהי למעשה הדרך העדיפה להתגבר על כוחו הלגיטימי והציבורי של המוסד הנבחר. לעומת זאת, המשיבים המעוניינים להגן על החלטות המוסד הפוליטי הנהנה מנקודות-פתיחה רבות בתור גוף לגיטימי, ציבורי ונבחר, הם אלה הנשענים במקרים רבים על טיעונים שאינם מאפיינים את מרחב המוסכמות המשפטיות, כדי להחזיר את הבג"ץ לזירה ה"מציאותית" - היינו: לאי המוסכמות הערכיות של החברה - בניסיון להשפיע על החלטתו על-ידי אימוצה של עמדת המוסד הפוליטי או לדחות את העתירה מהנימוק של "אי-התערבות". בג"ץ מבחינתו יעבוד לפי האג'נדה שלו, שעיקרה נעוץ בשמירה על כוחו המוסדי והלגיטימציה הציבורית.

אג'נדה זו כה חשובה לבג"ץ עד כדי שהוא מוכן בסוגיות מסוימות לבטל כליל את קיומו של מרחב המוסכמות המשפטיות. במקרים הנוגעים בסוגיות לאומיות והשליטה הצבאית על השטחים הכבושים, המרחב הזה לרוב אינו קיים, על-אף נסיונות העותרים להגן על קיומו. בסוגיות אלה בג"ץ נוהג כגוף המגן על עמדות השבט. עתירות רבות הנוגעות בזכות החיים והכבוד בשטחים הכבושים נדחות בשורות אחדות בלא נימוק משפטי כלשהו ולכל היותר בג"ץ מסביר בקצרה את עמדת המדינה, מקבל אותה וקובע: "לא ראינו מקום להתערב". וכאשר בג"ץ מעדיף בכל זאת לנמק את פסיקתו, הוא מעביר לידנו טקסט פופוליסטי עם רטוריקה לאומית הדומה במהותה למאמר של ציוני שמרן במקרה הטוב, או לעמדה פוליטית-מפלגתית שמרנית במקרה הרע. ברוב המקרים פסיקה זו אינה מתימרת להציג את הטיעונים המשפטיים של העותרים ואף לא להציג מרחב משפטי אלטרנטיבי. הצגת מרחב משפטי זה היתה עשויה להביך את התוצאות והמסקנות של פסקי-דין אלה. לא בכדי, הביקורת הנמתחת על-ידנו בהקשרים אלה מתמקדת תמיד בעצם ביטולו של המרחב המשפטי.¹

1. הדוגמאות הן רבות ואביא כאן חלק מאלה שנגעו לזכויות חוקתיות והמשפט ההומניטרי בימי המבצע הצבאי המכונה "חומת מגן", באפריל 2002. רוב העתירות שהוגשו על-ידי ארגוני

עם זאת, הטעמים שבהם הרטוריקה של בג"ץ בוחרת להתעלם ממרחב המוסכמות המשפטיות ונכבצת כליל לאג'נדה של הקונסנסוס הלאומי, הם אותם טעמים המובילים את הבג"ץ במקרים מסוימים לחזור ולהשתמש במרחב המוסכמות המשפטיות דווקא כדי לצאת נגד קונסנסוס זה. בג"ץ קעדאני הוא דוגמה בולטת לכך. בפסק־דין זה ביקשה משפחה ערבית לרכוש דירה ביישוב יהודי-ציוני המוקם בשיתוף הסוכנות היהודית. סוגיה זו לא היתה עולה על מסלולי בתי המשפט במדינה דמוקרטית שיש בה מוסכמות בסיסיות בדבר הזכויות החוקתיות. עצם העלאתה על מסלול זה במדינת ישראל מעידה על העובדה שהפער בין המדינות שבהן מסורת חוקתית ובין מדינת ישראל הוא כה גדול. האג'נדה של בג"ץ לא היתה מוכנה הפעם, שהיא עצמו ישמש בסוגיה זו סמל המבליט בזירה

זכויות אדם עסקו במחנה הפליטים בג'נין. בבג"ץ 2901/02 המוקד להגנת הפרט ואח' ג' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (3) 19, העותרים הם ארבעה ארגונים של זכויות אדם, שטענו נגד חוקתיותו של צו חדש המאפשר לצבא להחזיק עצירים פלסטינים לתקופה שלא תעלה על 18 ימים מבלי להביאם בפני שופט ו/או לאפשר להם מפגש עם עורך־דין. על־אף חשיבותה המשפטית של הסוגיה החוקתית, בג"ץ דחה את העתירה בשורות אחדות מבלי לציין את טיעוני העותרים או נימוק משפטי אחד. בבג"ץ 2936/02 ואח' עמותת הרופאים לזכויות אדם ואח' ג' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו (3) 3, העותרים הם שלושה ארגוני זכויות אדם שטענו נגד המשיב שלא אפשר לצוותים רפואיים של הצלב האדום, הסתר האדום הפלסטיני להיכנס למחנה הפליטים כדי לפנות גופות ופצועים ולספק תרופות. בג"ץ דחה את העתירה בשורות אחדות בלא שנתן לכך נימוקים משפטיים. בבג"ץ 2977/02 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' ג' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נו (3) 6, העותרים הם שני ארגוני זכויות אדם, שטענו נגד הריסת הבתים במחנה הפליטים של ג'נין על יושביהם מבלי שניתנה התראה מראש לתושבים; שכן, לטענתם ההריסות מתבצעות בדחפורים ובהפגזות על יושבי הבתים. לאחר שהסביר את עמדת המדינה וקיבל אותה כג'רסה מהימנה - כל זה בשורות אחדות - דחה בג"ץ את העתירה. בג"ץ 3022/02 קאנון (LAW) - הארגון הפלסטיני להגנה על זכויות האדם ואיכות הסביבה ואח' ג' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', פ"ד נו (3) 9, ביקשו העותרים, שלושה ארגוני זכויות אדם, להורות למשיב להימנע מהפגיעה באוכלוסייה האזרחית הנמצאת במחנה הפליטים של ג'נין על־ידי הפגזות מטרת אזרחיות מהאוויר ומהקרקע. ושוב, בשורות אחדות דחה בג"ץ את העתירה מבלי לספק נימוק משפטי לכך. חשוב לציין כי בכל העתירות הובלט השדה המשפטי שנשען על פסיקה ישראלית והמשפט הבינלאומי המנהגי. אולם הגם שהפסיקה הנ"ל נוגעת לסוגיות מהותיות בתחום פשעי מלחמה (כפי שהוגדרו בסעיף 8 ל-Rome Statute of The International Criminal Court) ועיקר העובדות שהוצגו בעתירות לא הוכחש על־ידי המשיבים, לא היה איזכור כלשהו של אמנת ג'נבה הרביעית, תקנות האג, חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, או כל פסיקה אחרת. למעשה לא היה משפט בפסיקה זו. לעניין פסיקה מנומקת, אך לא על מוסכמות משפטיות, ראו למשל, בג"ץ 454/78 בורקאן ואח' ג' שר האוצר ואח', פ"ד לב (3) 800. בג"ץ 6698/95 ע' קעאדן ואח' ג' מנהל מקרקעי ישראל ואח', פ"ד נד (1) 258.

הבינלאומית את הפער התהומי בין מדינת ישראל ובין מדינות דמוקרטיות ברחבי העולם. בצעד נדיר קיבל בג"ץ את העתירה על־אף שנגעה בסוגיות מהותיות של השסע הלאומי. הנשיא אהרן ברק נוקק לטקסט משפטי מובהק באופיו עם רטוריקה שנצמדה כליל לפסיקת בית־המשפט העליון, למשפט משווה ולספרות מקצועית. היצמדות זו סייעה להרחיק, ולו במקצת, את בג"ץ מאש הביקורת הפוליטית-מפלגתית. המסר של רטוריקה זו הוא שבמשור המשפטי המקצועי אין עצה אלא לקבל את העתירה. לחיזוק מסר זה הבליט ברק דווקא את פסיקתם של אלה שאין הוא מסכים עמם בסוגיות ערכיות אחרות, כמו השופט (בריוס) מנחם אלון, והוא החזיר אותנו לפסיקה שסביר מאוד כי הוא־עצמו אינו מסכים עם נימוקיה או תוצאותיה. בכך הוכיח בג"ץ לציבור, כי המרחב המשפטי שהוא בחר בו גם הוא נופל בקונסנסוס של שופטי בג"ץ, היינו: הסוגיה היא משפטית לכל דבר ועניין. אמנם, המרחב המשפטי סייע לבג"ץ להתגבר על הקונסנסוס הלאומי, אך הוא סיפק לנו פסק־דין "יבש" חסר כל רטוריקה ערכית התומכת בשוויון לאזרחים הערבים. כנראה העדיף את ההיצמדות לטקסט המשפטי היבש על־פני עימות רטורי ישיר עם אי המוסכמות הערכיות של החברה הישראלית.³

הנה כי כן, לבג"ץ שתי פנים: הפן הראשון מנסה להבליט את המרחב המשפטי המתבסס על נורמות משפטיות מקובלות; והשני הוא הצד שבו בג"ץ נכנע ומציג לנו שיח המייצג את הקונסנסוס בקרב הכוחות הפוליטיים-מפלגתיים, שאיננו תואם את המוסכמות הבסיסיות של הנורמות המשפטיות. זוהי למעשה הפוליטיקה של השימוש במרחב המשפטי. פוליטיקה זו פועלת על־ידי מניעים ערכיים מובהקים. לעומת זאת, בית־המשפט לענייני חוקה המוצע יציג בעת זו צורה אחת ועקיבה - הפן השני של בג"ץ בלבד. במאזן זה ההכרעה חייבת להיות לטובת בג"ץ. לפחות בתחום שני פניו של בג"ץ יתנהל מאבק דינמי מתמיד, הנובע מהביקורת שתבדוק את העקיבות. ביקורת זו קיימת ולגיטימית בגלל קיומו של הפן הראשון של בג"ץ, המאפשר לקהילת המשפטנים לשמש שחקנים לגיטימיים בשיח המתמיד עם בג"ץ. שיה זה גם מאפשר לבוא לפתחי בג"ץ ולתבוע שינוי. אולם בסיטואציה החברתית-פוליטית במדינת ישראל לא תהיה, ולו אפשרות מינימלית, ליצירת שיח זה עם בית־המשפט לענייני החוקה. הנה גם העדפתו של בג"ץ בסיטואציה זו מנומקת בטעמים פרגמטיים-תועלתניים, שאף הם ערכיים במקורם.

3. מעניינת בהקשר זה ההבחנה בין עמדת הרוב בפסק־דין העוסק בסוגיית האסירים הלבנוניים כ"קלפי־מיקוח" לבין עמדת המיעוט. עמדת הרוב נשענה בעיקרה על מוסכמות משפטיות מובהקות, אך לא כן היתה עמדת המיעוט שביקשה לדחות את העתירה - דג"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד (1) 721. כמו־כן, השוו בין עמדת הרוב והמיעוט בפסק־הדין העוסק בסוגיית העינויים. בסוגיה זו עמדת הרוב שביטא הנשיא ברק נצמדה לרטוריקה משפטית מובהקת, היינו: נשענה על מקצועיות משפטית "יבשה" התומכת בקבלת העתירה. לא כך היתה עמדת המיעוט אשר ביטאה רטוריקה ונימוקים שונים שלא נשענו בעיקר על מוסכמות משפטיות, ולא היה בה די איזכור לאסמכתאות משפטיות. השדה המשפטי בעמדת הרוב בלט אך הוא נעלם בעמדת המיעוט. בג"ץ 5100/94 ואח' הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נג (4) 817.

בהערכה פוליטית-רציונלית עדיף לבג"ץ, מבחינתו-הוא כמוסד פוליטי, להוביל לגיזחון הפן הראשון על-פני הפן השני. הסברה הפוליטית של בג"ץ, שלפיה באמצעות הפופוליסטיות שלו יזכה באמון הציבור היהודי, מוטעית ולפחות לא תעמוד לו לאורך זמן. גהפוך הוא: היא תהיה בעייתו העתידית. פן זה ימשיך לחשוף ולגלות ביתר-שאת את אי-עקיבותו של בג"ץ בגלל שיקולים ערכיים. הכרסום בפן "המוסכמות המשפטיות" של בג"ץ יצדיק את הטענה הציבורית העתידית: אם ממילא אין לבג"ץ יתרון מקצועי שיתהדר בו בסוגיות החוקתיות החשובות לחברה, ושפתו חסרת יתרונות כלשהן וכמוה כשפת "העם"; ואם הפן המקצועי שלו אינו בולט או מובהק דיו – מדוע אפוא לא ימונו שופטים לפי הייצוג הסקטוריאלי והפוליטי-מפלגתי שייצגו את ערכי הציבור על כל חלקיו, בלא להזדקק לתיווכן של האליטות?
