על המשפוט של החיים הציבוריים בישראל[1]

יצחק גל־נור*

א. מבוא. ב. משפוט. ג. משפוט הפוליטיקה. ד. משפוט המינהל הציבורי. ה. משפוט השפיטות. ו. סיכום.

א. מבוא

תלמידי החטיבה העליונה בבית־הספר הריאלי בחיפה החלו להכין בנובמבר 2001 הצגה שהיא עיבוד למחזמר "שיער". שלושה ימים לפני מועד ההצגה עתרו שלושה הורים של תלמידים בבית־הספר לבית־המשפט, בבקשה להוציא צו מניעה המורה להימנע מהעלאת ההצגה. בעקבות הפנייה לבית־המשפט יצאה ההצגה מגדר בית־הספר והפכה לדרמה ציבורית, שניתן כך לשחזרה:[2]

* פרופ' למדע המדינה בקתדרה ע"ש הרברט סמואל, האוניברסיטה העברית; עמית במכון ון ליר, ירושלים.

1. המונח "משפוט" (כתרגום זמני ל־judicialization), עדיף בעיני על "משפטיזציה". המאמר הוא פיתוח של הרצאתי ביום העיון בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית שהתקיים ב־19 בנובמבר 2000 לכבוד הופעת ספרם של דות גביזון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי – בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית ("ל מאגנס, תש"ס). ברצוני להודות לדן אבנון, לאהוד דוידי, לנרי הורוביץ, לאפרת וקסמן, ליואל מיגדל ולנעמי מנדל על הערותיהם המועילות לטיוטה של מאמר זה.

2. מסתמך על החלטת השופט גדעון גינת בבית־המשפט המחוזי בחיפה בש"א 6655/02 ויסולי נ' בית־הספר הריאלי העברי בחיפה (ניתנה ביום 10.5.02), כתב־התביעה של ההורים מ־9 במאי 2002 והדיווח בעיתונות: דוד רטנר, "הורים: לבטל הצגת בי"ס שקוראת לסרבנות", הארץ (10.5.02); דוד רטנר, "'שיער' הועלה בבית־הספר הריאלי למרות המחאה", הארץ (12.5.02); אלידן טל, "שרת החינוך: בית־הספר הריאלי והצוות החינוכי כשלו", ידיעות חיפה (13.7.02).

nevo.co.il

ההורים התובעים: המסרים של המחזמר עומדים בסתירה מוחלטת לערכי בית־הספר ולחוק.
הקהל: מדוע נזכרתם רק עכשיו? ראיתם את המחזה? מדוע לא ניסיתם להשפיע במסגרות של בית־הספר – חבר הנאמנים, הוועד המנהל, מנהל בית־הספר, ועד ההורים והורים נוספים – לפני שפניתם לבית־המשפט?
ההורים התובעים: רק עתה נודע לנו על ההצגה ומיד שלחנו מכתב להנהלת בית־הספר, ואחד מאתנו נפגש עם ועד ההורים. נעניינו בשלילה ולא נותרה לנו כתובת אלא בית־המשפט.
השופט: האם יש מקום להתערבות בית־המשפט? האם יש לתת סעד־ביניים שימנע העלאת המחזה?
העיתון: מציין את מפלגתו של אחד התובעים ומצטט מפיו: "הטקסט ממש מזעזע. יש בו קריאה לסרבנות לשירות בצבא... ויש גם עידוד לשימוש בסמים". תשובת המרכזת הפדגוגית: "אין בהצגה כל רע... התוצר הסופי אושר על־ידנו ואנחנו עומדים מאחוריו".
הנהלת בית־הספר: אצלנו לא מצנזרים תכנים אמנותיים. אם בית־המשפט לא יחליט אחרת, ההצגה תוצג כמתוכנן.
התלמידים: קיבלנו הודאה לא להתראיין.
השופט (בפסק־הדין): בית־המשפט יכול באופן עקרוני להושיט סעד לבעל־דין בתביעה נגד בית־הספר וזאת מכוח סמכותו של בית־המשפט המחווי לתת סעדים הצהרתיים כולל צווי מניעה. עם זאת, "אם בכלל יש מקום להתערבות של בית־המשפט בתחומים אלה [מדובר] במקרים קיצונים בלבד, וזה הנוכחי אינגו ביניהם". דוחה את העתירה.
הקהל (לשופט): בתי־משפט אצלנו התערבו גם התערבו במקרים פחות קיצוניים!
השופט (בפסק־הדין): "בית־המשפט אינו 'צנזור־על' ואף אינו 'מורה־על'. אין מקום לביקורת שיפוטית שעניינה תוכן הביטוי..." בפני המבקשים דרכים אחרות, כולל תלונה לרשויות השלטוניות.
שרת־החינוך (במכתב להנהלת בית־הספר): "עצוב לראות שבית־ספר שחרט על דגלו את עקרונות הרעיון הציוני בחר לאמץ במקומם רעיונות זרים... צר לי שבית־הספר והצוות החינוכי כשלו".
יו"ר הוועד המנהל של בית־הספר: "בניגוד לשרת־החינוך ראיתי את ההצגה ואני ממליץ לה לקרוא את הטקסט ולהבין שזו טהומה על לא מאומה".
במאי ההצגה: עקב הרעש התקשורתי הועלתה ההצגה שבע פעמים במקום שלוש כפי שתוכנן.

מסך

nevo.co.il

הסיפור המשוחזר אופייני כל־כך לשיח הציבורי הנהוג כיום במקומותינו, שראוי להדגיש רק נקודה אחת: בית־ספר הוא אחד המוסדות החשובים ביותר בחברה ויש לברך על מעורבות התלמידים, על התעניינות ההורים, על חילופי הדעות עם משרד־החינוך ועל העניין בתקשורת. אלא שלתוך מה שיכול היה להיות רב־שיח פורה בקהילה, מתפרצת תסיסה שלילית: המעורבות היא לעומתית, המסגרות הפנימיות אינן מתפקדות והמפלט היחיד הוא בית־המשפט.

מאמר זה יעסוק בעיקר במשפוטה של הפוליטיקה ושל המינהל הציבורי, אולם ההקשר של התופעה הוא שהחברה הישראלית כיום אינה מצליחה להסתדר עם כלים קונבנציונליים של שיח ושיג, של נוהל מקובל, של פשרות ושל הכרעות שאינן חותרות ל"גזר־דין", אלא מושגות בתהליכים ובמסגרות חוץ־משפטיות. באירוע לעיל בחרתי בכוונה בדוגמה לא מבית־המשפט העליון בשבתו כבג"ץ כדי להצביע על כלליותה של התופעה.

כאשר תהליכים כאלה (שכנוע) ומוסדות לתיווכן (ועד הבית, מקום העבודה, המפלגה) מתפקדים היטב, הפנייה לערכאות היא המקרה החריג. כאשר אינם מתפקדים, וזה המצב עתה לעתים קרובות בחברה הישראלית, ההזדקקות בכוח ובפועל למתווך המוסמך הרשמי – בתי־המשפט של המדינה – נתפסת כאפשרות המועדפת, ואפילו הבלעדית.

תופעה זו מוכרת באופן כללי גם במדינות אחרות, ותהליכים של דמוקרטיזציה ושל התפתחות חברה אזרחית שאיננה חלק ממוסדות המדינה הגבירו את האסרקטיביות של בתי־המשפט בתחום של "הפוליטיקה של הזכויות".[3] עם זאת, ארגוני החברה האזרחית נזהרים מאוד לשמור על עצמאותם מפני התערבות כלשהי של מערכות השלטון, לרבות בתי־המשפט, כתחומים הקהילתיים או בענייניהם הפנימיים.[4] מבחינה זו המצב בישראל שונה לחלוטין, כי תהליכי המשפוט נוגעים לאורחות־החיים בחברה בכללותה, ונראה, שתחושת חוסר־האונים של האזרח הישראלי איננה מיוחדת לפוליטיקה בלבד.

הסיבות להזדקקותם הגוברת של אנשים וארגונים לערכאות משפטיות טעונות מחקר נפרד, שיצטרך להתמודד בין השאר עם השאלה הסבוכה, האם "קלקול המידות" הפוליטי חלחל גם למרקם החברתי או שמא העמקת השסעים בחברה היא ראשיתו של דבר. לצורך

3. Chester Neal Tate, "Why the Expansion of Judicial Power?", *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner- eds., New York University Press, 1995) 27, pp. 28-32 (להלן: Tate).

4. היבט נוסף של המשפוט החברתי הוא "עומק הליטיגציה". לדוגמה: שיעור עורכי־הדין ומספר העניינים המתרחשים בבתי־משפט – יחסית לגודל האוכלוסייה. בשני מדדים אלה ישראל נחשבת להחברה שנעשתה ליטיגנטית מאוד. בארצות־הברית מתקיים לאחרונה ויכוח מעניין בשאלה, מי רשאי לתת ייעוץ משפטי: הצעתה של לשכת עורכי־הדין האמריקנית לאסור על מי שאינו עורך־דין להשיא עצות משפטיות מעוררת התנגדות מצד ארגונים, כלי־התקשורת, חברות עסקיות וסוכנויות הרגולציה בממשל הפדרלי. ראו: Adam Liptak, "US Opposes Proposal to Limit Who May Give Legal Advice", *New York Times* (3.2.2003) 11.

nevo.co.il

מאמר זה אסתפק בהגזה שמרובר בזיקת־גומלין ואתמקד רק בהסבר הראשון, כלומר: שבנסיבות מסוימות העשייה הפוליטית היא משתנה בלתי־תלוי ביחס לתהליכים החברתיים ומכאן השפעתה המקלקלת.[5] הנחה זו מאפשרת לי לדלג על המחלוקות העזות בין החוקרים במדעי החברה לגבי עצם ההפרדה בין "החברה" ל"פוליטיקה" ותחימת הגבולות ביניהן, ולהישען על הסכמה רחבה־יחסית על כך שהפנמת ערכי הדמוקרטיה וכללי המשחק הנובעים מהם נעצרו בשלב כלשהו בחברה הישראלית.[6] די אם נצביע על חוסר־יכולת נמשך לקבל הכרעה לכאן או לכאן על גבולות מדינת ישראל בעקבות מלחמת ששת הימים; על אוברן האמון בהנהגה הפוליטית בעקבות מלחמת יום־הכיפורים; על רצח ראש־הממשלה יצחק רבין; ועל התרופפות מנגנון הבחירות כאמצעי לקביעת מדיניות מחייבת ויציבה. ובהכללה: כבר זמן רב אין אצלנו "כושר היגוי" בתחומים רבים,[7] והפוליטיקה – כלי ההיגוי המשוכלל ביותר בדמוקרטיה לעשייה משותפת – זו חורקת מאוד ולעתים קרובות אינה מתפקדת. כמו החברה שלמענה היא פועלת, הפוליטיקה בישראל נזקקת נואשות לפסקי־דין שיקבעו בצורה הותכת על מה יעלה או ירד המסך.

במאמר זה אניח שתי הנחות: ראשית, ה"מִשפוט" – כפי שיוגדר להלן – קיים בסוגיות רחבות של החיים הציבוריים בישראל ולכן השאלות הנוגעות לפוליטיקה שאתמקד בהן הן בבואה לתופעה הכללית. שנית, בגלל מעמדה הדומיננטי של הפוליטיקה, למתרחש בה השפעה מעצימה – ואולי אפילו מעצבת – בכל תחומי החיים בישראל.

ב. מִשפוט

המשפוט אינו אלא צדו האחר של רפיון התהליכים והמערכות בחברה הישראלית. כדוגמה שהבאנו לעיל, לקהילה, לבית־הספר, לתלמידים, למורים ולהורים צריכים להיות מנגנוני־שיח המאפשרים לנסות מבעוד מועד לפתור מחלוקות נורמליות כאלה מבלי להופכן ל"בעיה לאומית" ומבלי להעמיד במבחן את איפוק השופטים.

משפוט במאמר זה פירושו ההנחה המקדימה (והפרֶה־דיספוזיציה), שלפיה מחלוקת מסוימת שהוסדרה קודם־לכן במסגרות חברתיות־כלכליות־פוליטיות תמצא את פתרונה בפסיקה. הגדרה זו אינה שונה עקרונית מאלה המקובלות, אלא בדגש שהיא שמה על הפרה־דיספוזיציה – על הכמיהה לתרופות משפטיות ועל התלות בהן, אפילו לפני שתחום הפעילות של בתי־המשפט התרחב בפועל.[8] בהקשר זה אוכיר בהמשך גם את ההודה

5. על "קלקול המידות" של המערכת הפוליטית ראו יצחק זמיר, "המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?", **משפטים** יט (תש"ן) 563.

6. ראו יצחק גל־נור, "הדמוקרטיה הישראלית על פרשת דרכים", **אנשים ומדינה – החברה הישראלית** (שמואל סטמפלר – עורך, משרד־הביטחון, תשמ"ט) ט, בעמ' ט־כ.

7. ראו יצחק גל־נור, **ראשיתה של הדמוקרטיה הישראלית: דגם תקשורת פוליטית** (עם עובד, תשמ"ה), 272–283.

8. ההגדרה לעיל קרובה ברוחה לזו שהציע יצחק זמיר ל"אקטיביזם שיפוטי": נכונות שיפוטית לתת לבעיה חדשה פתרון שיפוטי (יצחק זמיר, "אקטיביזם שיפוטי: התלטה להחליט", **עיוני**

nevo.co.il

הלגיטימי של המשפוט הפסיקתי – הוא "המשפוט החקיקתי" האוצר בתוכו את ההנחה המקדימה, שלפיה תחומים רבים ושונים בחיינו טעונים הסדרה באמצעות ספר החוקים. המלים "הסדרה" ו"תמצא פתרונם" נועדו להצביע על כך שהדיון יתמקד במשמעות של ההנחה גופא ולא בשאלות אם ההסדר הסדר, אם הפתרון פתרון ואם המחלוקות יוצאות נשכרות מטיפולם של השופט והמחוקק.

בתחום הפוליטי השאלות לגבי המשפוט הן, האם ההנחה שהכרעות משפטיות יכולות להציל את הפוליטיקה – ומכללא גם את הערכים וכללי המשחק של הפוליטיקה הדמוקרטית – יש לה על מה לסמוך? האם מוסד אחד של המערכת הפוליטית (בהגדרתה הרחבה) – דהיינו: בתי־המשפט – יכול לחלץ את שני המוסדות האחרים, הפרלמנט והממשלה, בשעתם הקשה? האם התערבות "מוצלחת" של המוסד המשפטי, שתביא את שני האחרים להקפיד היטב על שלטון החוק ועל הוקיות השלטון, עלולה בכל־זאת להזיק לכושר ההיגוי שלהם, שהוא משימתם העיקרית? ולהיפך: אם כושר ההיגוי והיכולת להכריע הכרעות "טובות", רעועים כל־כך – האם לא רצוי שמוסדות אלה יכריעו לפחות הכרעות "תקינות", שאינן לוקות בחוסר־סבירות קיצוני? השאלות עצמן סבוכות, ומטבע הדברים התשובות במאמר זה יכולות להיות רק כלליות וטנטטיביות.

כאן המקום להזכיר שמשפוט הפוליטיקה היא תופעה כלל־עולמית הנמשכת תקופה ארוכה למדי ושכבר בשנות השבעים הביאה חוקרים אחדים להתייחס למוסדות השיפוטיים כאל "שחקנים פוליטיים" לכל דבר, גם במשטרים דמוקרטיים.[9] לדוגמה: בגרמניה ובאיטליה שאחרי מלחמת־העולם השנייה הונהגה בחוקה "ביקורת שיפוטית" כאמצעי להגנה על הדמוקרטיה; בצרפת הוקמה ב-1958 "המועצה החוקתית" כרשות משפטית (וישנם גורסים, כזרוע חקיקתית נוספת) לביקורת על הוקיותם של חוקי אסיפת הנבחרים, ותפקידיה הלכו והתרחבו עם השנים.[10] התופעה קיימת אפילו במשטרים פרלמנטריים עם

משפט יז (תשנ"ג) 647). עם זאת, "אקטיביזם שיפוטי" הוא מונח מצמצם הקשור יותר במוגן של השופט מאשר להתנהגות המערכת. ראו אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, בעמ' 476. סקירה של גישות שונות לעניין זה ראו אצל גד ברזילי, "הגמוניה שיפוטית, קיטוביות טפלנתית ושינוי חברתי", פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 31, בעמ' 32-34. לדיון תיאורטי ראו: Alec S. Sweet, "Judicialization and the Construction of Governance", 32 *Comparative Political Studies* (1999) 147, pp. 147-184; עדי פרוש, "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי – השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל יכולה", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 717; אשר סעוז, "על גבולות השפיטות: כנסת, מטשלה, בית משפט", פלילים ח (תש"ס) 389, בעמ' 413.

9. Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (University of Chicago Press, 1986), pp. 1-64.

10. Jacqueline Lucienne Lafon, "France", *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner – eds., New York University Press, 1995) 289, pp. 289-305; Martin Shapiro & Alec Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialization* (Oxford University Press, 2002), 79-83.

nevo.co.il

משפט מקובל כמו בריטניה, קנדה ואוסטרליה. אמנם, משפוט הפוליטיקה שם מתון מאוד, אבל עדיין מפתיע לנוכח העובדה שחוקים ובתי־משפט מילאו מאז ומתמיד תפקיד שולי בחיים הפוליטיים,[11] האם אירופה הולכת ומאמצת את משפוט הפוליטיקה בסגנון האמריקני? האם נוצרה מעין קבוצת־התייחסות בינלאומית במדינות הדמוקרטיות המגבירה את ההישענות על בתי־המשפט לביצור הדמוקרטיה ולשמירה על זכויות האדם?[12]

לשם ההשוואה עם ישראל די אם אעיר שמשפוט הפוליטיקה, בכלל, והביקורת השיפוטית, בפרט, במדינות אירופה שונים מאוד מאלה הקיימים בארצות־הברית. ההבדל העיקרי והחשוב ביותר מבחינתנו הוא, שתהליכים אלה הותאמו למשטר הפרלמנטרי ולתפיסה הנובעת ממנו לחלוקת התפקידים בין רשויות השלטון. דוגמה אחת: במדינות אירופה אין סמכות לכל שופט בערכאה כלשהי לפסוק כמו בארצות־הברית: "לא תוקתי".

כאן אני מגיע לטענתי המרכזית: במשטר דמוקרטי כמו זה הנהוג בישראל, שבו לפרלמנט מעמד בכיר, לבית־המשפט היה, ונשאר, תפקיד "תיקוני" (קורקטיבי) קלסי. הגדרה משטרית זו לא השתנתה גם לאחר תהליכי המשפוט שהוזכרו לעיל.[13] המשמעות של "פרלמנטריזם" בהקשר זה (אחזור לעניין הפרדת הרשויות בחלק האחרון של המאמר) היא, שלרשות השופטת אין הרשאה כללית להתערב במעשי שתי הרשויות האחרות, אלא הרשאות ספציפיות ("תיקוניות") בחוקה, בהסדרים מוסדיים (כמו בגרמניה) או בהסדרים מינהליים (כמו הטריבונלים בבריטניה).[14]

---

11. Maurice Sunkin, "The United Kingdom", *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner – eds., New York University, Press 1995) 67.

12. Lisa Conant, *Justice Contained: Law and Politics in the European Union* (Cornell University Press, 2002). על רעיון האוטונומיה הפרלמנטרית באירופה ועל גרמניה וספרד בניגוד לאנגליה ראו סוזי נבות, "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים", מחקרי משפט יט (תשס"ג) 721, בעמ' 727-743.

13. בהולנד, שמשטרה דומה במובנים רבים לזה של ישראל, התרחבות המשפוט לא שינתה את המשטר ואת חלוקת התפקידים בין רשויות השלטון. ההתרחבות היתה בעיקרה מענה לאמנה האירופאית שהגבירה את מעורבותו של בית־המשפט העליון בהגנה על זכויות האזרחים מפני רשויות השלטון. ראו: Jan Ten Kate and Peter J. Van Koppen, "The Netherlands: Toward a Form of Judicial Review", *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner – eds., New York University Press, 1995) 369, pp. 369-380.

14. להצגה תמציתית של עניין זה ראו דן אבנון, "משאל עם בעידן המהפכה המשטרית", פוליטיקה 5 (תש"ס) 27, בעמ' 28. להשוואה של סוגי משטר ראו: *The Failure of Presidential Democracy* (Juan J. Linz and Arturo Valenzuela – eds., The John Hopkins University Press, 1994).

nevo.co.il

המשמעות העיקרית של הטיעון בדבר תפקידה המתקן של הרשות השופטת היא שְפָּר פעולתה נמצא בדרך־כלל מחוץ למערכת הפוליטית הפרלמנטרית. ומתי הכלל הזה משתנה או עובר התאמה מסוימת? התשובה היא, ב"תקופות קשות" שבהן יש "הרבה" מה לתקן מבחינה משטרית.[15] כאשר וכויות אינן נשמרות וכאשר הרשויות האחרות אינן פועלות על־פי כללי המשחק הדמוקרטי או משנות את הכללים שלא על־פי הכללים – גוברת, ובדין, הביקורת השיפוטית. הגיחות האלה הן לשעת־חירום דמוקרטית בלבד. יתר על כן: סכנות גדולות נשקפות לדמוקרטיות פרלמנטריות שאין להן רשות שופטת עצמאית ואמינה דיה לתפקד כשסתום־ביטחון במצבים כאלה. אולם אם לגיזות אלה מתלווה ההנחה שהמשפוט לכשעצמו יוכל להציל את הדמוקרטיה, או אפילו את הפוליטיקה, צפויה אכובה קשה. בית־המשפט אינו יכול להתמיד בתפקידו זה גם מנימוקים מעשיים ידועים: היכולת המהפכנית המוגבלת של הפסיקה, הבסיס החוקי הרופף יותר של הפרשנות, היעדר הייצוגיות ותגובת־הנגד הצפויה של המוסדות האחרים.[16]

הערה אחרונה: במאמר זה מוזכר "הציבור" בכללותו אין הבחנה בין קבוצות, עדות וסקטורים; והרי מן המפורסמות, שחלקים בחברה הישראלית – בעיקר החרדים והערבים – רואים את עצמם נפגעים, מוזנחים או שניהם גם יחד על־ידי המערכת המשפטית. עניין זה לא יידון הן בשל קוצר היריעה הן מסיבה נוספת: טענות הקיפות הן חלק מתופעת המשפוט. יותר משקבוצות מסוימות נפגעות בפועל מהתערבות בית־המשפט הן לעתים קרובות מאוכזבות מאי־יכולתו לקיים או ליצור הסדרים פוליטיים (בתחום הדת, למשל) או להושיע (בתחום הקיפוח החברתי, למשל).

מתפיסתנו בדבר תפונקציה המתקנת של בית־המשפט נובעות גם המגבלות לחולל שינויים חברתיים או פוליטיים מהפכניים. מקור המגבלות אינו היעדר החרב והארנק, אלא הגישה העקרונית שלפיה הפסיקה נועדה בדרך־כלל להכריע בסכסוכים ולא להתמודד עם דילמות המציגות חלופות אשר עצם הבחירה ביניהן איננה רצויה. גישה זו מנוגדת הן לתפיסה שבבוחו של בית־המשפט "לשנות את פני החברה הישראלית"[17] או את התרבות הפוליטית של המשטר, הן לציפייה שיעשה הרבה יותר מכפי שעשה עד כה. עם זאת, תפקיד התיקון חשוב מאין כמוהו ולכן גישתי מנוגדת גם לעמדה שלפיה הנוק של ההתערבות המשפטית עולה על התועלת.[18]

15. לקושיות המתבקשות – מה פירוש "תקופות קשות" ומי מחליט שיש "הרבה" מה לתקן – אומר, שמטרתי היא רק להעמיד זה מול זה את תפקיד התיקון של בתי־המשפט לעומת התפיסה הרואה בהם את "הארכיטקטים של השינוי החברתי". ראו אהרן ברק, "שלטון החוק" קבץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו: חידושים והתפתחויות בחקיקה ובמשפט (שמעון שיטרית – עורך, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית, תשל"ז) 15, בעמ' 25.

16. דן אבנון, "'הציבור הנאור': יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי?", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 417, בעמ' 417-451 .

17. אהרון ברק, "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות", משפט וממשל א (תשנ"ב) 9, בעמ' 15.

18. גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 1), בעמ' 149-151.

ג. משפוט הפוליטיקהי

ב"פוליטיקה" אשתמש להלן רק במובן המצומצם של ההחלטות המתקבלות על־ידי פוליטיקאים שנבחרים על־ידי הציבור. טענתי היא, כי ההנחה המקדימה השלטת עתה היא שנושאים רבים אשר הוסדרו קודם־לכן באמצעות תהליכים פוליטיים יבואו על פתרונם באמצעות בתי־המשפט או באמצעות מנגנונים הנתפסים כגוזרי־דין: ועדות־חקירה ממלכתיות, מבקר המדינה ויועצים משפטיים. משפוט הפוליטיקה פירושו העתקת זירת ההתגוששות של השקפות־עולם ושל אינטרסים לממלכת הפסיקה. באותו אופן התגברה מאוד בשנים האחרונות המגמה לחוקק הרבה ובפרטי פרטים בכל התחומים האפשריים.

כאשר הפוליטיקה אינה מצליחה להפיק הכרעות מחייבות, החוק נראה כתחליף הנתרץ היחיד ומכאן הנסיונות לרתום אותו להכרעות שאינן מבוססות על נורמות מוסכמות או על פשרות בנות־קיימא. חוק מכתיב מדיניות, אבל בתחומים רגישים רבים המדיניות זקוקה להתהליך של גישושים ולא לפסקנות חוקית. לדוגמה: מה שקיבל בשעתו את הכינוי "סטטוס קוו" בענייני דת, רובו הסדרים ומיעוטו חקיקה. לעומת זאת, בתקופה האחרונה, במקביל לפגיעות התכופות לבג"ץ, הוגשו בכנסת מאות הצעות חוק בענייני דת ומדינה, ופתרון אין.

השינויים ביחסי הכוחות בין הכנסת והממשלה מסבירים רק חלקית את הגידול העצום בכמות החוקים ואת העובדה שמקור רובם עתה הוא בהצעות חוק פרטיות. אין בכך כדי להסביר את קיומם של חוקים דקלרטיביים, כגון חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל; חוקים שנועדו לאלץ אנשים להיות מוסריים, כגון חוק "לא תעמוד על דם רעך"; חוקים שנועדו לפתור בעיה אישית, כגון "חוק נתניהו" (תיקון לחוק־יסוד: הממשלה) שאפשר למועמד שאינו חבר־כנסת להתמודד על ראשות הממשלה או "חוק דרעי" (שבוטל בינתיים) אשר נועד לקצר תקופות־מאסר בפועל; חוק שנועד להביע רגשות, או אפילו למנוע רצח ראש־ממשלה בישראל, על־ידי כבילת סמכויות החנינה של הנשיא; הסכמה ל"חוק עוקף חוקים", כגון חוק ההסדרים במשק המאושר בכל שנה במקביל לחוק התקציב; או התערבות הכנסת בסמכויות הביצוע של משרדי הממשלה, כגון "חוק הגליל" (שראוי לכנותו "החוק לתרנגולות"), הקובע בין השאר מכסות לביצים למשקי הגליל. והרשימה עוד ארוכה.[20]

המכנה המשותף לאוסף הדוגמות לעיל אינו כמות החוקים לכשעצמה, או ריבוי החקיקה הפרטית, אלא התופעה של "חקיקה מיותרת" אם משום שהעניין עצמו פסול אם משום שהוא צריך להיות מוסדר במסגרות אחרות או באמצעים אחרים. עקב כך נוצרה תופעה מביכה מאוד מבחינה דמוקרטית – שקיימים חוקים אשר אין מבצעים אותם לא מתוך

19. בדיון להלן לא נעסוק בסוגיה הקשורה בעניין זה – ביקורת בית־המשפט על חוקיות החוקים.

20. חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל, ס"ח תש"ם 186; חוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998, ס"ח 245; חוק־יסוד: הממשלה (תיקון מס' 10), ס"ת תשס"א 48; חוק לשחרור מוקדם של אסירים (תיקוני חקיקה), תשס"א-2001, ס"ת 138; חוק שחרור על תנאי ממאסר (תיקון), תשס"ב-2001, ס"ח 47; חוק הגליל, תשמ"ח-1987, ס"ת 22.

nevo.co.il

הזנחה ביורוקרטית, אלא משום שאי־אפשר לבצעם עקב כך שהם נועדו ליחסי ציבור או כי עלותם התקציבית בלתי־אפשרית.[21] נמצא ששתי הרשויות, המחוקקת והמבצעת גם יחד, אשמות בזילות החוק; כי אם המחוקק עצמו ועושי דברו בממשלה אינם מתייחסים בדחילו ורתימו למכשיר החברתי החשוב ביותר בחיים הציבוריים – החוק – מה כי נלין על זילות החוק בידי הציבור? משנוצר מצב כזה, הכנסת כנושאת הריבונות מתפרקת מאחריותה. אם רוב זמני בכנסת נבחרת אחת, או רוב מזדמן של נבחרים בהצבעה מטוימת מסוגל להוסיף או לתלוש דפים מספר־החוקים בהיסח הדעת, נפגע המרקם של החלטות הרוב שהצטברו בעבר ושעתידות להתוסף בעתיד. זו הסיבה העיקרית לצורך הדחוף שנוצר לרסן את המחוקק. בהיעדר חוקה שתרסן בין השאר רוב מזדמן אין מ־ירה אלא לפנות לבית־המשפט העליון כדי שישמור על זכויות הפרט והמיעוטים, ידאג לתקינות עבודת הכנסת עצמה ובמקרים קיצוניים אף יבטל "חוקים לא־חוקתיים", למרות הבעייתיות העצומה הכרוכה בכך. נוצר כאן "גירעון דמוקרטי" הדורש איזון ולו במחיר הלוואות־חירום מבית־המשפט. הגירעון מתבטא בעיקר בתפקוד לא־אפקטיבי של המוסדות הפוליטיים הייצוגיים ובאמון הולך ופוחת של הציבור בהם. אחזור לעניין זה בסיכום המאמר.

הדוגמה המאלפת והבעייתית לעניין זה היא החוקים שקובעים, כי ערכיה של מדינת ישראל הם של "מדינה יהודית ודמוקרטית". סוגיה זו מצויה בזירת ההתגוששות הרעיונית והמעשית, וימיה כימי התנועה הלאומית הציונית בעת החדשה. בא המחוקק בשנת 1992 ועשה מעשה, תלה כרזה מעל המדינה (ששמה הרשמי הוא "מדינת ישראל") ועליה כתוב: "יהודית ודמוקרטית". לבד מן המשטעות ההצהרתית החוק לא יישב את הדילמה, אבל בחקיקתו העבירה הכנסת לבית־המשפט עול קשה מנשוא: היא הטילה עליו את המשימה הבלתי־אפשרית לפרש את משמעותה של אותה ו"ו (חיבור? הפרדה? הנגדה?) שפתרה כביכול בהבל־אות את השאלה הגדולה בדבר מהותה הרוחנית, התרבותית, הדתית וההתנהגותית של החברה בישראל.[22]

ההיבט הרחב יותר של ההתנהגות הבלתי־אחראית של הרשות המחוקקת הוא זילותם של התהליכים הפוליטיים. ראשית, הפוליטיקה אינה מייצרת פשרות הוגנות, הסכמים מכובדים והסדרים יציבים המאפשרים תהליך דמוקרטי שמסתיים בהכרעות מחייבות. שנית, הבָּקָרים הראשיים – הבוחרים ולצדם המנגנונים של ארגוני החברה האזרחית, קבוצות־הלחץ והתקשורת – אינם ממלאים את ייעודם. הם אינם מרתיעים פוליטיקאים שלקו ואינם מעניישים פוליטיקאים שסרחו, כאשר הסנקציות הפוליטיות נגד נבחרים שאינם מכבדים את נבחרותם חלשות מאוד, מתארך תור הפונים לבג"ץ בעניינים

21. "המבוכה הרטוקרטית" נוצרת כאשר הפרלמנט – שהכרעות הרוב שלו הם התגלמות ריבונותו של העם באותה שעה – טועה, ולא רק באופן חד־פעמי, ויוצר את העילה להפעלת הפונקציה המתקנת של בתי־המשפט.

22. ראו רן אבנון, "ההיבט הלא דמוקרטי של חוקי היסוד בנושא זכויות האדם", פוליטיקה 2 (תשנ"ט) 53, בעמ' 53-70. לדעתי, תפסיקות עד כה לא תרמו להבהרת העניין. להיפך: הן אולי תרמו לשיח ציבורי המניח קיומו של ניגוד כביכול בין "יהודית" ל"דמוקרטית".

שהפוליטיקה מסוגלת, וצריכה, לפתור בכוחות עצמה: יחידים המבקשים לכפות על נבחרים לעשות או לחדול; קבוצות־אינטרס וארגונים ציבוריים המבקשים להגן על זכויות האזרח או להבטיח את איכות השלטון; חברי מפלגה התובעים את מפלגתם; האופוזיציה נגד הקואליציה; חברי־כנסת נגד הכנסת, או נגד הממשלה; פקידים בכירים נגד הממשלה[23] ועוד. תופעות אלה מעידות על תרבות פוליטית רדודה שאינה מסוגלת להנחות עשייה משותפת. חסר מאוד גם הקוד הבלתי־כתוב של תרבות פוליטית לא־רדודה המנחה מה אין עושים, כך שאין צורך להגיע לדיון משפטי.

פוליטיקה בלא תרבות פוליטית מנחה טופה שתגרום לליקוי מערכות. למרבה המזל, שסתום־הביטחון הנמצא אצלנו להיוואשות מהתהליכים הפוליטיים הוא הפנייה לערכאות. דומה כאילו תינוקות לא רצויים מונחים באישון לילה לפתחו של בית־המשפט העליון ועם בוקר מוענקת להם זכות כניסה על־פי רוב מתוך חוסר־ברירה ורק לעתים מתוך התלהבות־יתר.

גם שופטים פעלתנים הששים לעסוק בנושאים שהיו צריכים להיות מסורים לפוליטיקה לא יכלו לעשות כן אם המוסדות האחרים היו מתפקדים. כאשר מתקיימת ביקורת פוליטית המעוגנת בתרבות פוליטית, אין צורך להרבות בביקורת משפטית.[24] מבחינה זו, העילות הראשוניות לתהליכי המשפוט של הפוליטיקה בישראל דומים לאלה שהזכרנו במדינות אירופאיות[25] ולולא הרטוריקה שנלוותה אליהם ייתכן שהיו נתפסים כתיקונים הכרחיים, כמו בדוגמות להלן. ראשית, קשה למצוא הצדקה לכך שהסכמים קואליציוניים בין מפלגות לא יתפרסמו ברבים ואף־על־פי־כן נוהג קלוקל זה גותר על כנו עד שנת 1990, שבת פסק בג"ץ על חובת הפרסום.[26] הטענה שהיו דברים מעולם או הציפייה שהפוליטיקה השחיתה הפוליטיקה תתקן, אינה יכולה להצדיק אי־התערבות, כי מעטה החשאיות נועד לכסות סעיפים מושחתים ואבסורדיים לחלוטין, כגון מתן ערבות כספית לקיומו של ההסכם הפוליטי שבו מדובר. זו היתה התערבות מתקנת הכרחית שאמנם זכתה אחר־כך לחקיקה בחוק הממשלה.[27]

23. בג"ץ 4446/96 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נ(3) 705.

24. על האפשרות לביקורת פוליטית גם על חוקתיות החוק ראו אהרן ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 403, בעמ' 405.

25. דוגמה מאלפת שהתרחשה במערכת פוליטית בראשית צעריה היא המאבק שניטש לאחרונה ברוסיה בין הפרלמנט ובין בית־המשפט החוקתי. ראו: Robert Sharlet, "Russia's Second Constitutional Court: Politics, Law and Stability", *Russia in the New Century* (Victoria E. Bonnell and George W. Breslauer – eds., Westview Press, 2001) 59, pp. 59-77. תודה לפרופ' יצחק ברוזני שהפנה את תשומת לבי לכך.

26. בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353 (להלן: בג"ץ שליט).

27. חוק הממשלה, תשס"א-2001, ס"ח תשס"א, 168, התקבל לצד חוק־יסוד: הממשלה. על השאלה הכללית של הסכמים פוליטיים ראו יצחק גל־נור, "הסכמים פוליטיים", מדינה, ממשל ויחסים בינלאומיים 38 (תשנ"ג) 97; וכן מעוז (לעיל, הערה 8), בעמ' 414-423.

nevo.co.il

שנית, וכות הציבור לדעת ועקרון חופש המידע, שהוא הבסיס לחופש הביטוי, הושתתו אצלנו על פסיקות של בית־המשפט עד לקבלתו של חוק חופש המידע ב-1998.[28] שלישית, לגבי המקרים שבהם התקיים תהליך של היעדר הקיקה-פסיקה-חקיקה, קל יותר להסכים שמעורבותו של בית־המשפט חיובית, אולם מה לגבי התערבות במבנה הקואליציוני של הממשלה? בשנת 1993 קבע בג"ץ, שאריה דרעי לא יוכל להמשיך לכהן כשר־פנים לאחר שהוגש נגדו כתב־אישום.[29] בג"ץ קבע, כי ההתחייבות שנתן ראש־הממשלה רבין לדרעי עם הקמת הקואליציה התעלמה מהוראה מפורשת של חוק־יסוד: הממשלה. בדיעבד העניין נראה פשוט ("לא חוקי"), אבל קודם־לכן עצם ההתערבות המשפטית עוררת זעם רב. גם במקרה זה טוב עשה בית־המשפט העליון שלא נמנע מלהתערב בעשייה הפוליטית. רביעית, השינויים במפלגות הביאו לפתחו של בית־המשפט העליון עתירות רבים על פסילת מפלגות על־ידי ועדת הבחירות המרכזית.[30] בית־המשפט הגיב בפנייה לכנסת לעגן עניין זה בחקיקה וכך נולד ב-1985 סעיף 7א לחוק־יסוד: הכנסת, אשר קבע אמות־מידה לפסילת מפלגות; וחוק המפלגות, 1992, שהסמיך את רשם המפלגות לעשות כן. המשותף לדוגמות הללו הוא, שלהתערבות של בית־המשפט לא נלוותה יומרה לתולל מהפכות בעשייה הפוליטית, אלא רק להחזירה לדרך הישר.

לעומת זאת, ההתערבות בנעשה במפלגות פנימה, הן החקיקה הן הפסיקה, בעייתית ביותר. ביסודו של דבר מפלגה, הערוץ המקשר בין התבדת לפוליטיקה, היא גוף וולונטרי, ודינה כדין עמותה. אמנם, נציגי המפלגה משתתפים בשלטון, אולם המפלגה עצמה לא נעשית עקב כך למעין זרוע שלטונית; המפלגות אצלנו מקבלות מימון מקופת המדינה, אולם אין בכך כדי לעשותן למוסדות ממלכתיים. תפקיד המפלגה בא לה מן החברה האזרחית ושם יש למקמה מבחינה מוסדית. ישראל שייכת למיעוט בין המדינות הדמוקרטיות שמצאו צורך לחוקק חוק מפלגות. המשותף למדינות אלה, גרמניה המערבית בראשן, הוא הניסיון שהתנסו בעבר בטרפוד המשטר הדמוקרטי והרצון למנוע קיומן של מפלגות המאיימות עליו. בניגוד לכך, ברוב המדינות האחרות אמנם ניתנת לגיטימציה בחוקה או בחוקים אחרים למעמדן של המפלגות כנדבך הכרחי לדמוקרטיה, אך מבלי להתערב בנעשה בתן פנימה.

28. ס"ח תשנ"ח, 226. ראו יצחק גל־נור, הקדמה לספרם של דן כספי ויתיאל לימור, המתווכים (יצחק גלנור ואלי שאלתיאל – עורכים, תשנ"ג) ז, ט; ואב סגל, חזכות לדעת באור חוק חופש המידע (לשכת עורכי־הדין, תש"ס).

29. בג"ץ 3094/93 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, בעמ' 422.

30. ע"ב 3/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225. ראו גם דן אבנון, חוק המיפלגות בישראל (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1993); יצחק גל־נור, "הטיפלגות והתקשורת", קץ המפלגות: הדמוקרטיה הישראלית במצוקה (דני קורן – עורך, 1998) 195-214. אני תמכתי בזמנו בגישה מצמצמת לחוק המפלגות, ראו יצחק גל־נור, "חוק מפלגות – תרומתו למערכת הפוליטית", מסגרת חוקית לפעילות מפלגות בישראל (הוצאת הכנסת, תשמ"ח) 29, בעמ' 29-37.

nevo.co.il

חוק המפלגות אצלנו הלך בדרך אמצעית. הוא קבע כללים הכרחיים לגבי המוסדות המפלגתיים, התקנון ועוד, אך נמנע מלכפות על המפלגות הליכים דמוקרטיים, כגון חובת להנהיג בחירות פנימיות. המחוקק סבר שאפשר לסבול כמה מפלגות לא־דמוקרטיות, שבוחריהן מעדיפים מנהיגים ממונים מטעם עצמם, על מנהיגים נבחרים.[30א] בעניין זה תל – לדעתי – שינוי מפליג: ישראל נמנית כיום עם המדינות הנמצאות בסיכון דמוקרטי בין השאר בשל חוסר־היציבות של המוסדות הפוליטיים, ומכאן הצורך בחוק מפלגות שיקבע כי משטר דמוקרטי אינו יכול לעמוד איתן על כרעיים לא־דמוקרטיות. אם נתבונן בנעשה במפלגות אצלנו נאמר בהכללה, שרובן אינן מתפקדות היטב מבחינת קיום הליכים סדירים או הקפדה על התקנון הפנימי. למרות החובה שהוטלה בחוק המפלגות, קיימות מפלגות בלא גופים נבחרים. יתר על כן: "מפלגות" שרדו גם בלא בוחרים מכוח הסכמים עם מפלגות אחרות או שריון מועמדים בתוך גוש מפלגתי. וישנן מפלגות שלהן מוסד נבחר, אבל הוא נבחר פעם אחת ולא יותר או שהרכבו משתנה על־פי אמות־מידה נעלמות. נוסף על כך בשם הדמוקרטיה ההשתתפותית הונהגו בכמה מפלגות בחירות מקדימות (פריימריס) לקביעת רשימת המועמדים לכנסת, אבל במקום ה"חברים" הקבועים של המפלגה צצו ה"מתפקדים" של קבלני הקולות ושיבשו לחלוטין את היצוגיות של הליכי הבחירות הפנימיות.[31] לפיכך מתבקש תיקון לחוק שיחייב את המפלגות להיות דמוקרטיות לא רק במצען, אלא גם בביתן פנימה.

הנה כי כן, המפלגות הן דוגמה למוסדות שהיו צריכים לתפקד בכוחות עצמם, אולם בפועל לאזרחים או לחברי המפלגות עצמם לא נותרה ברירה אלא לחפש סעד נגדן בבתי־המשפט.[32] נסתפק בהערה, שתגובת השופטים לפניות אלה התחלקה לשניים: היו שלא נרתעו מלהתערב ופירשו את חוקת המפלגה או את חובת הציות לתקנון מתוך תפיסה שהחוקה כמוה כחוזה בין המפלגה ובין חבריה ובוחריה. והיו שסברו שיש להניח למפלגה לנהל את ענייניה כראות עיניה כל עוד אין עבירה על החוק, והחזירו את הסוגיה לבתי־הדין הפנימיים מתוך תפיסה כי מי שאין מעשיה של מפלגתו נראים בעיניו יעזבנה ובל יטריד את בתי־המשפט.

לעומת העמימות בעניין המפלגות וההסכמים הפוליטיים, קיימות דוגמות להתערבות בית־המשפט שתרגה – לדעתי – לתחום המובהק של קביעת מדיניות ו"משפטה" שלא

30א. בזמנו תמכתי בגישה מצמצמת לחוק המפלגות, ראו יצחק גל־נור, "הצורך בחוק מפלגות", מסגרת חוקית למפלגות בישראל, הוצאת הכנסת, 1988, עמ' 29-37.

31. גדעון רהט ונטע שר־הדר, איך נבחרים חברי הכנסת? (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ט), בעיקר בעמ' 205-228. אי הסדרים החמורים בבחירות המקדימות בליכוד לקראת הבחירות לכנסת ב-2003 נמצאים בחקירה בעת כתיבת שורות אלה.

32. בג"ץ שליט (לעיל, הערה 26), בעמ' 353; בג"ץ 1635/90 זרזיבסקי נ' ראש־הממשלה, פ"ד מה(1) 749; ראו בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758.

nevo.co.il

לצורך את הפוליטיקה.[33] אין כוונתי רק למקרים של התערבות מיותרת בהליכים הפנימיים של הכנסת, כמו בשלוש הפסיקות הנוגעות לח"כ רפאל פנחסי.[34] הדוגמה המתאימה יותר לדיוננו היא "פרשת מגורשי החמאס" ב-1992.[35] האגודה לזכויות האזרח ביקשה מבג"ץ לקבוע, שצווי הגירוש בטלים מאחר שלא ניתנה למגורשים זכות השימוע. כפי שאפשר היה לצפות, העתירה עסקה בזכויות מופרות ולא במדיניות הממשלה גופה וקלעה את בית־המשפט למלכוד בלא מוצא. לו נשאר בג"ץ נאמן לפסיקותיו בעבר באשר לזכויות מגורשים, היה עליו לעכב את הגירוש. לו קבע שזו סוגיה מדינית־בטחונית הנופלת בגדר האחריות של הממשלה בפני הכנסת (כלומר: אינה שפיטה), היה עליו להתעלם מפסיקותיו הקודמות ומגישתו הכללית המרחיבה לשאלת השפיטות. כידוע, בית־המשפט נרתע פה אחד משתי האפשרויות – לא ביטל את צווי הגרוש וגם לא נתן את דעתו על האפשרות לדחות את העתירה על הסף.[36]

כללו של דבר: משפוט הפוליטיקה במובן של ביקורת מעשי הפוליטיקאים הנבחרים, יותר משהיא מעידה על להיטות בתי־המשפט היא משקפת את התרופפות תישוקי העשייה

33. אין בכך כדי להסכים לקביעתו של השופט משה לנדוי, שקו זה הביא ל"עליית בית־המשפט אל פסגת המערך השלטוני במדינה" (משה לנדוי, "אקטיביזם שיפוטי" המשפט ז (תשס"ב) 535, בעמ' 536).

34. בפסיקות הנוגעות לח"כ פנחסי הציג בית־המשפט גישות שונות שאינן מצטרפות לתפיסה עקיבה. בבג"ץ 1843/93 פנחסי נ' כנסת ישראל, פ"ד מח(4) 492, בוטלה החלטתה של מליאת הכנסת לשלול את חסינותו בטענה פרוצדורלית שהבדי הכנסת לא בחנו היטב את החומר הרלבנטי. אמנם, מדובר בביקורת על תפקודיה המעין־שיפוטיים של הכנסת, אבל ההנחיה לחברי הכנסת להקפיד ב"שיעורי הבית" שלהם היא התערבות מיותרת. לאחר שקראו את החומר הגיבו חברי הכנסת בהחלטה שלא לבטל את חסינותו של ח"כ פנחסי. לעומת זאת, בבג"ץ 7637/97 התנועה למען איכות השלטון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(4) 547, החליט בג"ץ לא להתערב בהחלטת הכנסת למנות את ח"כ פנחסי, שבינתיים הורשע בעבירות שיש עמן קלון, ליו"ר ועדת הכנסת. מאחר שבתקנון הכנסת אין הוראות מגבילות לגבי כהונת יושבי־ראש ועדות, העדיף בית־המשפט לשמור על הפרדת הרשויות ולהשאיר את היו"ר המורשע על כנו. קודם־לכן, בבג"ץ 4267/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש־הממשלה, פ"ד מז(5) 441, נפסק שיש להעביר את ח"כ פנחסי מתפקידו כסגן־שר, משום שהתגבש נגדו כתב־אישום (בגין אותן עבירות). הפסיקה הזו של בג"ץ נתפסת כיתר־נכונות להתערב במרחב התמרון של הרשות המבצעת, מאשר ברשות המחוקקת (סגל (לעיל, הערה 28), בעמ' 342). קשה להצדיק את ההפרדה בין תפקיד יו"ר ועדה בכנסת לתפקיד סגן־שר בממשלה, שהרי הממשלה מבוהנת מכוח אמון הכנסת, לרבות סגני שרים, החייבים להיות חברי־כנסת. ראו גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 1), בעמ' 39-40; סוזי נבות, "מפרשת גנוסר לפרשת פנחסי: על כשירות ושיקול־דעת", המשפט ה (תשס"א) 85-115.

35. בג"ץ 5973/92 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון, פ"ד מז(1) 267.

36. ראו דיון מאלף אצל מעוז (לעיל, הערה 8), בעמ' 429-431.

הפוליטית עד כדי כך, שייתכן כי מוסדות הכנסת, הממשלה והמפלגות היו מתקשים מאוד לתפקד אלמלא הסיוע שניתן להם על־ידי בתי־המשפט.[37] עם זאת, האם הרשות השופטת "תצילה" את שתי הרשויות האחרות? עינינו הרואות שלא כך.

ד. משפט המינהל הציבורי[38]

בחלק זה אעסוק רק ברשות המבצעת, וליתר דיוק: במעשיהם של הממשלה, השרים וסגני־השרים. הביקורת על הדרג המינהלי ברשות המבצעת קשורה כמובן לעניין, אך לא אדון בה, כי הרי אין מחלוקת לגבי עצם ההתערבות של בית־המשפט.[39] השאלות שהוצגו קודם לגבי הפוליטיקה חלות כאן רק על אותם מקרים שבהם בית־המשפט נדרש לבחון שיקול־דעת של פוליטיקאים הממלאים תפקידים ברשות המבצעת. אכיפת נורמות של מינהל תקין היא מאז ומתמיד התפקיד הקלסי של בג"ץ ולכן יש לבחון רק את ההרחבה וריבוי המקרים וכיצד אפשר להסבירם.

מאז שנות השמונים הרחיב בית־המשפט אצלנו את עילות הביקורת על שיקול־הדעת המינהלי של הפוליטיקאים על־ידי הרחבת זכות העמידה וגבולות השפיטות. לשם כך פותח מאגר של "כלי ביקורת" הכוללים חריגה מסמכות, שיקולים זרים ומטרות זרות, שיקולים רלבנטיים, איזון אינטרסים, מידתיות, זכות השמיעה, סבירות ("מתחם הסבירות"), רציונליות והגינות דיונית.[40] אין ספק שמאגר זה מצביע על נטייתו של

37. ראוי להעיד שגם בעבר, לפני עידן ה"אקטיביזם", מילא בית־המשפט תפקיד זה, כרברי השופט לנדוי: "ראשית הפסיקה של בג"ץ הניחה את היסוד לעקרונות ערכיים רבים של המשפט המינהלי שלנו, אך מעולם לא נטשה את הקרקע היציבה של התוק הפוזיטיבי, ובהיעדר חוק כזה, מילאה פסיקתו היצירתית 'סדקים' שהחוק הקיים השאיר פתוחים" (לנדוי (לעיל, הערה 33), בעמ' 537).

38. גם בתחום זה לא נוכל לדון בכל הסוגיות הרבות, כגון ריבוי ועדות חקירה ממלכתיות; הרחבת תפקיד מבקר המדינה, כולל עניינה על עבירות במינהן מפלגות; מעמד חוות־הדעת של היועץ המשפטי לממשלה; הגדלת תפקידי הייעוץ המשפטי במשרדי הממשלה; והנטייה של המשרדים להרבות בחקיקה ובחקיקת־משנה. על ראשיתה של התופעה ראו יצחק גל־נור, "התמורות במערכת הפוליטית הישראלית מאז מלחמת יום הכיפורים", מדינה וממשל ויחסים בינלאומיים 11 (תשל"ז) 5.

39. כאשר מדובר בפקידות הבכירה מתעוררות גם סוגיות שונות. ראו, לדוגמה, בג"ץ 7074/93 סריסא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(2) 749.

40. על־פי אהרן ברק, "בקורת שיפוטית על החלטות ושיקול דעת מנהלי", הרצאה בכנס השנתי למינהל ציבורי (5 בפברואר 1996), בעמ' 14-15; גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 1), בעמ' 16-28. הופנונג מעדיף לכנותם "קריטריונים פורמליים". ראו מנחם הופנונג, "סמכות, עוצמה והפרדת רשויות – ביקורת שיפוטית בישראל בפרספקטיבה השוואתית", משפטים כח (תשנ"ז) 211, בעמ' 217. על הסרת המגבלות המקדמיות לדיון, ראו זאב סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק, מהדורה שניה, תשנ"ד.

בית־המשפט לפתח את המשפט המינהלי, האם בעיקר כהיענות לביקוש ההולך וגובר? משפוט המינהל הציבורי הוא גם כן תופעה שקיימת במדינות אחרות בשני היבטיה – הגברת הפיקוח החיצוני של הרשות השופטת; התרחבות הצוות המשפטי במשרדי הממשלה והשימוש הפנימי הגובר בפרוצדורות משפטיות כגון שימוע או הדרישות לשקיפות, אמות־מידה והנמקות.[41]

אתעכב תחילה על עצם ההתערבות. ב־1995 פסק בג"ץ שבקביעת הכיתוב על מצבות בבתי־העלמין הצבאיים חייב משרד־הביטחון להתחשב גם ברצונן הפרטי של המשפחות לבטא את אבלן.[42] בדוגמה כואבת זו נקט בג"ץ גישה קורקטיבית. שלטונות הצבא לא שמו לב שמשהו השתנה בעניין זה בחברה הישראלית ולכן עקב רגישות לשינויים אלה עור להם בית־המשפט להבחין. ואמנם, בעקבות פסק־הדין תוקן תוק בתי־קברות צבאיים. מובן שבסוגיות כאלה עדיף היה שפרוצדורות מינהליות יביאו את העניין לפתרונו, כי כפי שציין מאוטנר, העלות התברתית של המרת סכסוך כלשהו לסכסוך משפטי היא גבוהה.[43]

ועתה ל"עילת הסבירות", הגורסת בתמציתה שמעשה מינהלי יכול להיפסל לא רק כאשר הוא לא־חוקי, אלא גם בהיותו "לא־סביר" בעיני שופט חסר פניות. השימוש באמת מידה זו לביקורת שיפוטית על המינהל אינו חדש בישראל ומחוצה לה והיא הוגדרה כהיעדר עצמאות של הרשות המבצעת "להפעיל שלא כדין סמכות שלטונית שהחוק העניק לה".[44] מבין ההגדרות הרבות והשונות נוסיף עוד את זו הקובעת שיש "קני־מידה משפטיים" לבדיקתה.[45]

בג"ץ גינוסר הוא אבן־בוהן לעמדות המנוגדות בוויכוח על היקף הביקורת השיפוטית.[46] מר יוסי גינוסר נפסל על־ידי בג"ץ ב־1992 לכהן בתפקיד מנכ"ל משרד־השיכון בשל מעשיו בפרשת אוטובוס מספר 300 ופרשת נאפסו, הגם שלא הורשע בפלילים (קיבל חנינה מראש מנשיא המדינה) ועל־אף שמינויו שב ואושר על־ידי הממשלה. גביזון סבורה,

41. Torbjörn Vallidner, "When the Courts Go Marching In", *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner – eds., New York University Press, 1995) 12, p. 16. מאחר שלא אדון ב"משפוט הפנימי", אעיר שאני סבור כי מדובר בהיבט חשוב וחיובי של תהליכי המשפוט, אך גם לו השלכות שליליות, בעיקר על חוסר־יצירתיות מינהלית. המשפוט מגביר מאוד את החשש של מקבלי ההחלטות ליטול סיכונים ומעודד את ההחלטות הנתפסות כבנות הגנה משפטית. ראו יצחק גל־נור, דוד רוזנבלום ואלון ידאוני, "רפורמה במינהל הציבורי בישראל", רבעון לכלכלה 45 (תשנ"ח) 83, בעמ' 103.

42. דנג"ץ 3299/93 ויכסלבאום נ' שר הבטחון, פ"ד מט(2) 195, בעמ' 211-308.

43. מנחם מאוטנר, "הסבירות של הפוליטיקה", תיאוריה וביקורת 5 (תשנ"ד) 25.

44. ברק (לעיל, הערה 40), בעמ' 9.

45. בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, בעמ' 481.

46. בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229. ראו דיון אצל הופנונג (לעיל, הערה 40), בעמ' 220-222; גביזון, קרמניצר דותן (לעיל, הערה 1), בעמ' 145-149, 208-214.

שהחלטת המערכת הפוליטית במקרים של גינוסר (וכן דרעי ופנחסי) היתה אכן בעייתית, אולם התערבות בג"ץ היתה בלתי־מוצדקת, מה גם שמדובר בפסלות לכהן במשרה ציבורית בשל חשדות פליליים בלבד, בהיעדר הרשעה. לוידה, הנזק של ההתערבות גדול מהנזק של הישארותו בתפקיד. היא גם סבורה ש"ליקוי המאורות" במערכות הציבוריות אינו גדול עד כדי כך, כי התמונה מעורבת, ובמקביל לגילויים הפסולים גברה גם המודעות הציבורית למינהל תקין ולטוהר־מידות אצל אנשי־ציבור.[47] לעומתה, קרמניצר סבור שהתערבות מסוג זה היא בעייתית, אולם זו הדרך היחידה לעצב נורמות שלטוניות ראויות, כי התרבות הפוליטית בישראל אינה מראה סימנים שהיא מסוגלת להתקדם בכוחות עצמה.[48]

ואכן, פרשה זו היא דוגמה מובהקת לכשלון המנגנונים העשויים לדבר. הדי לשם בדיקה מעין זו הוקמה ועדת המינויים בראשות נציב שירות המדינה. וכאשר נפלו פגמים דיוניים בעבודת הוועדה נמנע בג"ץ מהוצאת צו־ביניים כדי לאפשר לממשלה לדון בעניין. משהחליטה הממשלה לאשר בכל־זאת את המינוי חזר העניין לבית־המשפט שהוציא צו על־תנאי. בעקבות זאת מינתה הממשלה ועדת מינויים בהרכב שונה שהחליטה להמליץ על המינוי, והממשלה חזרה על החלטתה למנותו. רק לאחר הנפתולים האלה החליט בית־המשפט העליון, שעליו לדון במהות העניין כדי לבחון את החלטת הממשלה, ומשעשה כן פסל את ההחלטה. הנימוק: "ההחלטת הממשלה פסולה היא. היא בלתי־סבירה בעליל ובאופן קיצוני. הממשלה לא איזנה כראוי בין השיקולים הרלבנטיים השונים... משהגענו למסקנה כי ההחלטה חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות ונגועה באי־חוקיות, אין מנוס מהכרזה על בטלותה".

הרצון להניח לפוליטיקה לעשות את שלה אינו אפשרי בכל המקרים, ואו נדרשת התערבות שנועדה בעיקרה להרתיע ולהציב תמרורים. זו מהותה של "העשייה המשפטית המתקנת". עם זאת, ההנמקה, ובמיוחד המונח "מתחם הסבירות", קשה לעיכול תיאורטי. הוספת "מתחם" לעילת הסבירות בא להצביע על כך שלא רק שאין דרך פעולה "נכונה" אחת, אלא שאין גם דרך פעולה "סבירה" אחת, ומכאן שבית־המשפט לא יכפה עמדתו כל עוד ההחלטה או המדיניות מתרוצצות בתוככי המתחם הזה. עילת הסבירות היא תמיד בעייתית, משום שמיעוטה חוק ומרביתה שיקול־דעת עצמאי של השופט. כל תוספת שנועדה להוסיף הילה של דיוק גורעת, ואף מותחת, את המבחן הזה אל מחוזות בלתי־אפשריים. לבית־המשפט אין כלים ממשיים לחשוף את השיקולים הרלבנטיים של מקבל ההחלטה ולנפות מתוכם את אלה שהם מחוץ לגדר המתחם. הסיבה לכך פשוטה וידועה לכל חוקר של תהליכים פוליטיים: גם לפוליטיקאי המחליט אין במקרים רבים כלים כאלה ועליו לחבר מין בשאינו מינו כדי להגיע למדיניות מוסכמת בת־מימוש. ואף־על־פי־כן, מאחר שקיימות החלטות לא־סבירות של הרשות המבצעת, בית־המשפט צריך לבטלן בהפעילו שיקול־דעת עצמאי. לדעתי, עדיף שבמקרים כאלה ינקוט בית־המשפט לשון לא־מתפלפלת, כפי שנהג השופט לנדוי בבג"ץ אלון מורא: "החלטה מינהלית כה מופרכת על פניה (אבסורדית) עד שיש לראות בה חריגה מסמכותה של

47. שם, בעמ' 148.

48. שם, בעמ' 186.

nevo.co.il

הרשות המחליטה".[49]

בבג"ץ גינוסר מופיעה עוד פסקה: "במצבים אלה השאלה אינה אם החלטת הרשות השלטונית גבוגה היא אם לאו, אלא אם החלטת הרשות השלטונית חוקית היא אם לאו". כאן גלשה ההנמקה אל מתוץ למתחם הסבירות: אם ההחלטה לא־חוקית, אין צורך להזרקק למבחן הסבירות; אם ההחלטה לא סבירה באופן קיצוני, היא אולי "נגועה באי־חוקיות" – כנאמר בעיניו הפרשניות של השופט – אך אין לכך אסמכתא ממשית בחוק, כאשר שופט פוסק שהחלטה מסוימת אינה סבירה באופן קיצוני, אל־לו לראות בעצם פסיקתו אסמכתא לכך שההחלטה נעשתה גם לא־חוקית.

כותבת גביזון: "טוב יהיה אם בג"ץ יצמצם את התערבותו לאותם מקרים בהם השימוש לרעה בכוח גורם לפגיעה חמורה בזכויות אדם בסיסיות, או למקום בו הפעולה השלטונית עומדת בניגוד ברור להוראות דין ברורות ומפורשות. את ,הקלקולים, האחרים, חמורים ככל שיהיו, מוטב להשאיר, במוצהר ובמפורש, למשחק הכוחות החברתיים והפוליטיים".[50] הדוגמה המובאת בהמשך היא פסיקת בג"ץ המתייבת לפרסם הסכמים פוליטיים וטענתה היא, כי לא טוב הדבר שבית־המשפט הוא שקבע את חובת הפרסום. אין כאן תשובה לשאלה מה עושים כאשר "הכוחות החברתיים והפוליטיים" אינם מתפקדים, והפנייה לבית־המשפט נובעת בדיוק מכך שאין "הוראות דין ברורות ומפורטות"? ומדוע להתייחס בחיוב להתערבות בית־המשפט רק כאשר הפגיעות החמורות הן בזכויות אדם בסיסיות? מדוע לא להשאיר לכוחות החברתיים והפוליטיים לפתור בדרכם ההדרגתית גם את זכויות הנשים או המיעוטים? מדוע לאפשר לבית־המשפט לאכוף אינטגרציה?[51]

ומנגד, אם לחייב התערבות, איפה הגבול? סגל כותב, ש"אי אפשר לתאר את מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית בלי תרומתו המרכזית של בית־המשפט העליון לכך".[52] לפיכך האם עלינו להטיל לפתחו גם את האחריות למצבה הנוכחי של הדמוקרטיה בישראל או לטעון, שבלעדיו המצב היה גרוע יותר? קרמניצר, המצדיק התערבות של בית־המשפט, סבור כי טוב הדבר שלפוליטיקה יהיו גבולות, משום שיש לכך אפקט מרסן העשוי לתרום ללגיטימציה של הפוליטיקה עצמה.[53] דברים כדורבנות, ובהמשך הוא כותב לגבי הסכמים פוליטיים: "אין הבדל מהותי בין היקף שיקול־הדעת של בית־המשפט לעניין זה לבין שיקול־הדעת השיפוטי לעניין תוקפם של חוזים פרטיים, שגם הם בטלים אם הם בלתי־חוקיים, בלתי־מוסריים או נוגדים את תקנת הציבור".[54] דברים אלה מחזירים את הדילמה בדלת האחורית, כי הסכם פוליטי הוא יצור מאוד מיוחד. האם מצע של מפלגה הוא "חוזה" בינה ובין בוחריה? היכן הגבול להעמדת הגבולות של בית־המשפט אם יעסוק במה שייראה לו כפוליטיקה בלתי־מוסרית? ואם אי־אפשר לסמוך על הפוליטיקאים, איך

49. מנחם לנדוי, "על שפיטות וסבירות בדין המנהלי", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5.
50. גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 1), בעמ' 137.
51. שם, בעמ' 114.
52. סגל (לעיל, הערה 28), בעמ' 321.
53. גביזון, קרמניצר ודותן (לעיל, הערה 1), בעמ' 231.
54. שם, בעמ' 232.

nevo.co.il

נסמוך עליהם כאשר הם ממלאים תפקידים ברשות המבצעת ומהליטים החלטות גורליות? האם ראוי להרחיב את הביקורת השיפוטית גם לשיקול־דעתם בתחומי הביטחון, הכלכלה והתרבות?

ראוי להדגיש בעניין זה את הפשיטא לגבי החלטות מינהליות, שהיא אבן הפינה למשפט המינהלי האנגלי: ההרשאה למשול כוללת את ההרשאה לשגות. במשטר פרלמנטרי התרופה הברורה לשגיאות כאלה היא הסנקציה הפוליטית המושתתת על עקרון האחריות המיניסטריאלית. נוסף על כך קיימת ביקורה לאחר מעשה באמצעות בתי־משפט מינהליים, נציב קבילות הציבור (אומבודסמן) ורשויות רגולטיביות. בישראל התפתח עוד מוסד יוצא־דופן בדמותן של ועדות החקירה הממלכתיות, המוקמות לשעה, נמצאות בין הרשויות הפוליטיות (הממשלה והכנסת) ובין הרשות השופטת ובידיהן כלי תד מאין כמוהו לבחון את שיקול־הדעת של ממלאי תפקידים ציבוריים.[55]

את מהות הביקורת השיפוטית על רשויות המינהל היטיב להגדיר הנשיא ברק: "אם פעולת הרשות המבצעת ניתנת להגשמה במספר דרכים, אשר כולן חוקיות, אין הרשות השופטת מפעילה את סמכות הביקורת שלה, ואין היא מחליפה את שיקול־דעת הרשות המבצעת בשיקול־דעתה שלה... הרשות השופטת שומרת על חוקיות המינהל, לא על תבונתו".[56] כל מה שמעבר לכך צריך לעשות בחירוק שיניים מרוסנות. כאשר פורצת שריפה ביער, ומכבי־האש אינם עושים את המוטל עליהם (בתוסר־סבירות קיצוני), אנשי האגודה לשמירת הטבע מתבקשים להתערב, אבל בלי היומרה כי זה אכן תפקידם העיקרי, או שזה כתוב במדריך לשמירת איכות הסביבה.

המשפוט הגובר של המינהל הציבורי במובן של ביקורת על מעשיהם של ראשי הרשות המבצעת מעיד גם כן על מה שאמרנו קודם־לכן: בהיעדר תרבות פוליטית, קשה, ואולי אי־אפשר, לפתח תרבות מינהלית. אם נגזר שהמערכת המינהלית תתדרדר לתופעות תוזרות נוסח פרשת בר־און,[57] גם בית־המשפט העליון, ועדות חקירה ממלכתיות ומבקר המדינה לא יצילוה.

---

55. לפי תפיסתי זו, ועדת חקירה אינה ישות משפטית ולהמלצותיה – בעניינים אישיים כמו גם מוסדיים – אין תוקף משפטי מחייב.

56. ברק (לעיל, הערה 40), בעמ' 10.

57. בינואר 1997 מונה עו"ד בר־און על־ידי הממשלה בראשות בנימין נתניהו ליועץ המשפטי של הממשלה ויומיים לאחר־מכן התפטר מתפקידו. בכתבה של הערוץ הראשון בטלביזיה הועלו חשדות למעשים פליליים סביב מינויו של בר־און, לרבות הבטחה של המועמד לסייע לח"כ דרעי במשפטו תמורת תמיכתה של ש"ס בנסיגה מחברון. בחוות־הדעת מ־18 באפריל 1997 של אליקים רובינשטין, היועץ המשפטי שמונה במקום בר־און, נאמר:

> החקירה המשטרתית העלתה חשדות לביצוע עבירות הקשורות למינוי עו"ד בר־און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה. מהחומר עולה, כי חבר הכנסת דרעי, עו"ד תוטר־ישי ואיש העסקים דוד אפל, הקשורים בקשרי חברות ועסקים, רצו במינויו של עו"ד בר־און לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה.

nevo.co.il

ה. משפוט השפיטות[58]

אפשר להצביע על מעגלים־מעגלים של התגברות המשפוט כאשר הרחב ביניהם הוא התמורות בחברה הישראלית בכללותה שהפכה למתדיינת. בתוכו מצוי המעגל של אי־היציבות הממושכת במערכות הפוליטיות־מינהליות, הוסר־היכולת של המפלגות ליצור "פוליטיקה קונסטרוקטיבית" והתגברות פעילותם של ארגונים ליטיגנטיים – שיחד גרמו לביקוש הולך וגובר להכרעות משפטיות לסוגיהן. במרכז נמצא המעגל של קשיי התפקוד של שתי הרשויות הפוליטיות – המחוקקת והמבצעת – שיצרו ריק שלתוכו נשאבה הרשות השופטת.[59] זה צד הביקוש, ומה באשר להיצע? מאז ראשית שנות המדינה התערב בית־המשפט בכל התחומים, ומנין לפתע השיטפון? האם "כלי הביקורת" שפותחו מעידים על התערבות כירורגית פולשנית או על נסיונות לרפואה מונעת?

בנקודה זו הייתי צריך להציע מודל של ביקוש והיצע שיסביר כיצד התגברות הצרכים החברתיים והפוליטיים לשירותיו הפסקניים של בית־המשפט יצרה את ההיענות הגוברת והולכת. במסגרת כזו אפשר היה אולי להסביר גם את הגידול העצום במספר עורכי־הדין לגולגולת בחברה הישראלית; את התרחבות תפקידיהם של היועצים המשפטיים בארגונים ציבוריים ועסקיים; ואת הצורך הגובר בהתמחות שיפוטית בבתי־משפט מיוחדים לענייניים מקומיים, לענייני משפחה וכיו"ב. אפשר היה להוסיף גם את הופעתם של "מתחרים", כגון ועדות החקירה הממלכתיות או מבקר המדינה, שבניגוד לעמיתיו במדינות אחרות הוטלו עליו אצלנו גם משימות שיפוט. מכאן כפשע לגיטוח ההתנגשות הגוברת בין "ליגליזם" ל"אי־ליגליזם" בחברה הישראלית.[60]

לצערי, נבצר ממני להציג כאן מודל כזה גם מן הסיבה כי לא מדובר ב"שוק" חופשי, שבו מחיר השירות מווסת את יחסי־הגומלין בין בית־המשפט לצרכניו. העליתי עניין זה

בהמשך נאמר:

> לצערנו, מהראיות עולה החשש כי אנשים שעמדו לדין פלילי הבדו יחד כדי לקבוע מי יהיה היועץ המשפטי לממשלה, מתוך אינטרסים אישיים, תוך שימוש בקשרים ובכוח פוליטי, ואף הצליחו בכך.

58. הכותרת המסורבלת מרחיבה את המשמעות של "האקטיביזם השיפוטי", כדי להצביע על משפוט־יתר. היא נועדה להדגיש כי הגדרה של "משפוט" כהנחה מקדימה, שהצגנו בראשית המאמר, חלה גם על בתי־המשפט בבואם להחליט אם מוטב להחזיר מחלוקת מסוימת שהונחה לפניהם למסגרות החברתיות־כלכליות־פוליטיות שממנה היא באה. אעיר עוד, שבית־משפט שאינו "אקטיביסט" הוא לטעמי מצב טבעי ולכן לא אדון בטענה ההפוכה המושמעת אצלנו על משפוט־חֶסֶר: שבתי־המשפט אינם מתערבים די בתחומים מסוימים.

59. ברזילי מכנה זאת "מעבר מהגמוניה מיפלגתית להגמוניה שיפוטית". (ברזילי (לעיל, הערה 8)).

60. ליאורה בילסקי, "משפט ופוליטיקה: משפטו של יגאל עמיר", פלילים ח (תש"ס) 13, בעמ' 14. כהערה 3 היא מזכירה את תפיסתה של יהודית שקלאר בספרה: Judith N. Shklar, *Legalism* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986). ראו גם: אהוד שפרינצק, איש הישר בעיניו: אי־לגליזם בחברה הישראלית, ספריית הפועלים, 1986.

כדי להדגיש שלמרות תנאי המונופול אשר בתי־המשפט פועלים במסגרתם, בישראל, כמו במדינות דמוקרטיות אחרות, המשפוט אינו "קונספירציה מאורגנת" ואני מסכים עם השופט ברק בעניין זה שאין כאן "אימפריאליזם שיפוטי".[61] ובכל־זאת, מדוע פתח המשפט את דלתותיו עד כדי כך שזכה לתואר "מעצב תברתי"? האומנם היתה כאן פעלתנות־יתר?

התערבותו של בית־המשפט העליון בעבר בסוגיות, כגון חירויות הפרט, חופש הביטוי וחופש העיסוק וגם בביקורת על חוקי הכנסת (בג"ץ ברגמן) היתה ספורדית וישנם המצביעים על ההנמקות בפסקי־הדין כדי להוכיח שהגישה היתה פורמלית בלבד, ולא מהותית[62] ישנם גם המתרעמים על מיעוט ההתערבות ומכנים את פסקי־הדין מראשית שנות המדינה "שושנה בין החוחים".[63] האם בית־המשפט נוקט בתחום מסוים אקטיביזם שיפוטי בפועל? – שואל דותן. לדעתו, התשובה מורכבת בין השאר משום שהכנסת לא ניסתה למונעו ואף תמכה במגמה. אולם בסיכום הוא כותב, שבית־המשפט "לא היסס לעשות שימוש נרחב בכלים שהמחוקק העמיד לרשותו ואף הרחיב ויצר כלים עצמאיים משלו כדי להרחיב את הביקורת על רשויות השלטון האחרות. הוא יצר דוקטרינות עצמאיות לביקורת מעשי המינהל (כגון: דרישות הסבירות וההגינות המינהלית), הוא פירש באופן מקסימליסטי את המנדט שניתן לו בחוקי היסוד לפסול חוקים, והוא לא נרתע מהתערבות ישירה בנושאים שהם הרגישים ביותר בחיינו הציבוריים."[64]

התיאור מדויק, אולם המונח "אקטיביזם" אינו מסביר את התהליך. ייתכן שראוי יותר לכנות זאת "הפעלה" (אקטיביוציה), שמקורה באותו משפוט כולל של החברה והפוליטיקה, ועדיין נותר להבהיר כיצד בית־המשפט עצמו מסביר את השינוי ומהן ההנמקות העיוניות שנתן לכך? תשובה מוסמכת דורשת גיתוח מפורט של פסקי־הדין ה"אקטיביסטים" ושל התחומים שבהם נמנע בית־המשפט מהתערבות אקטיבית (ביטחון) או גילה ריסון עמוק (דת), מאחר שאין באפשרותי לעשות זאת כאן, אתרכז להלן בנימוקים העקרוניים הנוגעים למעמדה של הרשות השופטת מול שתי הרשויות האחרות, כפי שהם עולים מתפיסתו של נשיא בית־המשפט העליון, אהרון ברק.

---

61. ברק (לעיל, הערה 8), בעמ' 491. Zannotti מדגיש במחקרו על איטליה וארצות־הברית, שהמשפוט מקורו ב"היענות לביקוש חברתי" שגבר בין השאר בשל המאמצים של השדולות להשיג באמצעות בתי המשפט מה שאי־אפשר להשיג ברשות המחוקקת והמבצעת. ראו: Francesca Zannoti, "The Judicialization of Judicial Salary Policy in Italy and the United States", *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner – eds., New York University Press, 1995) 181.

62. מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", אקטיביזם שיפוטי (אריאל פורת – עורך, רמות, תשנ"ג) 33, בעמ' 33-126; הופנונג (לעיל, הערה 40), בעמ' 217.

63. פנינה להב, "העוז והמשרה: בית־המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479, בעמ' 479-502.

64. גביזון, קרמינצר ודותן (לעיל, הערה 1), בעמ' 37, 65.

בהכללה פשטנית אפשר לפתוח עניין זה בקביעה, שהסיבה להיענות בית־המשפט בישראל לתהליך הפעלתו היא ה"אמריקניזציה" של התפיסות החוקתיות והמשטריות, שמתוכן נגזר גם מעמד התוק ותפקידי בית־המשפט. האתוס בארצות־הברית הוא של חברה מתדיינת (משפוט חברתי בלשוננו). המהפכה האמריקנית היתה ליגליסטית מאוד וההוקה של ארצות־הברית היתה בראשיתה מסמך של הפרדת רשויות, שאתר־כך נוספה עליו מגילת הזכויות. החוקה יצרה שלוש רשויות נפרדות – שתיים נבחרות והשלישית ממונה. תפקידו העיקרי של בית־המשפט העליון הפדרלי, לפחות עד למלחמת־האזרחים, היה לשמור על הפרדת הרשויות.[65] התפתחות התוקה שם יצרה מעמד שווה לרשות השופטת מול שתי האחרות, כולל הסמכות לביקורת שיפוטית. לעומת זאת, לו המשיכה ישראל להיצמד לאתוס הפוליטי־משפטי שירשה מתקופת המנדט הבריטי (כולל הויקה המשפטית הפורמלית), היא היתה נשארת "דמוקרטיה פרלמנטרית" על כל המשתמע מכך למשפוט מתון מאוד של הפוליטיקה. ואם ישראל היתה נצמדת גם למודל הפרלמנטרי הווסטמינסטר־יאלי, לבית־המשפט העליון אצלנו לא היו סמכויות לביקורת שיפוטית. בשיטה הבריטית האמירה "הכול שפיט" היא חסרת־פשר וכמוה כניסיון להתיר/לאסור התעטשות (בחוק? בהלכה פסוקה?) רק מפני שמתעטש אחד נתבע באשמת גרימת נזק במקום ציבורי. בית־המשפט נכנס לעובי הקורה רק כשישנה עבירה על החוק וכאשר הנוהג, הנורמה וה"חוקים" הלא־כתובים נכשלים.

המבנה אצלנו היה שונה מלכתחילה מזה שבבריטניה והתרבות הפוליטית־משפטית בישראל צעדה במסלולים אחרים, כאשר החלו הצרות, כבר לא היה אפשר לחזור למקור, אולם לא היתה שום הצדקה להרחיק למתוזות זרים כל־כך. או החל יבוא אמריקני בלתי־מבוקר והשתלות מלאכותיות של אברים מוסדיים, כגון הבחירה הישירה לראשות־הממשלה, ומפלגות־שלד, ופריימרים ופוליטיקת־קצף תקשורתית – והרשימה ארוכה.

בתוך המהומה הזו נסתפה ארצה גם גרסה מאוד אמריקנית של דוקטרינת הפרדת הרשויות, שהפכה – גם בכתיבה העיונית – נדבך ראשי להגדרת תפקידיו של בית־המשפט. מבחינתו של נשיא בית־המשפט העליון אהרון ברק, מדובר בערך: "האופי הדמוקרטי של משטרנו, והערכים החברתיים הנגזרים ממנו – כגון הפרדת רשויות, עצמאות השפיטה, שלטון החוק – מהווים מערכת של עקרונות וערכים שעל־פיהם יוצרים השופטים משפט".[66] מן הערך הזה נגזר, ששלוש הרשויות השלטוניות שוות במעמדן החוקתי.[67] לפי תפיסה זו, בין הרשויות קיימת מערכת של איזון ובלימה, שנועדה להבטיח כי כל רשות מוגבלת בכוחה ופועלת בגדר סמכותה. הרשות השופטת היא זו המופקדת על חוקיות הפעולה של הרשויות האחרות ולכן תפקידה התוקתי הוא לשמור על האיזון הפנימי

65. Shapiro & Sweet (לעיל הערה 10), בעמ' 176.

66. אהרן ברק, "תפקידו של בית־המשפט העליון בחברה דמוקרטית", סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית (רפאל כהן־אלמגור – עורך, ספריית הפועלים, תשנ"ט) 129, בעמ' 141-189.

67. שם, בעמ' 129. בגרסה אחרת נאמר, "שהכנסת היא הראשונה בין השוות". ראו ברק (לעיל, הערה 40), בעמ' 2, 10.

בין רשויות השלטון. כל אחת מן הרשויות כפופה להוראות החוקה (חוקי־היסוד) ובכלל זה תפקיד הביקורת השיפוטית שהוטל על הרשות השופטת.[68] מכאן ש"העיקרון המודרני של הפרדת הרשויות" אינו רואה סתירה בביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. להיפך: הביקורת מחזירה את האיזון החוקתי למקומו הראוי.[69]

הקושי במבנה התיאורטי הזה בכך שהוא מתמוטט כאשר נופלת הלֵבנה הראשית. ספק בעיני אם האמריקנים עצמם רואים בהפרדת הרשויות ערך ולא עיקרון מנחה להסדרים החוקתיים. מכל־מקום, הגרסה האמריקנית של הפרדת הרשויות אינה ערך במשטרים פרלמנטריים ובניגוד לארצות־הברית גם לא עיקרון חוקתי אצלנו. היא אינה מופיעה בחוקי־היסוד שעניינם הכנסת, הממשלה ובתי־המשפט; אין אצלנו "איזונים ובלמים" נוסח משטרים נשיאותיים או חוקות פדרטיביות; ושני חוקי־היסוד החוקתיים, שעניינם כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק, מאפשרים ביקורת שיפוטית בתחומם־הם, אבל לא בתחום האיזון הרצוי בין רשויות השלטון. אפשר לומר כי ברוב המשטרים במערב־אירופה הפרדת הרשויות פירושה שלושה דברים עיקריים: עליונות הפרלמנט (לרבות הפיקוח על הרשות המבצעת); ההפיכה בין שני המוסדות הפוליטיים – המתוקקת והמבצעת; וההפרדה ביניהן ובין הרשות השופטת. הרחבת המשפוט במדינות אירופאיות אלה לא גררה בעקבותיה בקרה שיפוטית בנוסח האמריקני, אלא התאמה למשטר הפרלמנטרי. לדוגמה: הסמכות לבקרה חוקתית ניתנת לשופטים חוקתיים בלבד; הקמת גופים מקצועיים מיוחדים שאינם משפטיים ואינם פוליטיים; ואין התדיינות בין צדדים בסכסוך, אלא "בקרה עיונית" (abstract review). כלומר: המגמה היא דווקא להמשיך ולשמור על "הפרדת" הרשות השופטת משתי הרשויות הפוליטיות.

תפקידי הכנסת ומעמדה אצלנו גזורים מאופי המשטר. הכנסת כמוסד היא בראש־ובראשונה "הרשות המייצגת", היא נושאת הריבונות מכוח הבחירות ומכאן המנדט שלה לחוקק ומכאן מעמדה השונה והבכיר. האמירה, ששלוש הרשויות שוות במעמדן, אינה מתחשבת במהות המשטרית שלפיה הממשלה בישראל מכהנת מכוח אמון הכנסת וכפופה לה. כך היה אפילו בשיטת הבחירה הישירה (לכנסת נותרה האפשרות לפטר את ראש־הממשלה מסיבות פוליטיות) וודאי לאחר ביטולה. במשטר הפרלמנטרי הנהוג בישראל הפרדת הרשויות היא כמו בבריטניה, בהולנד או בשבדיה. ההפיכה בפונקציות השלטוניות לא מאפשרת הגדרות של "רשויות נפרדות" נוסח ארצות־הברית. היא מחייבת להכיר בעליונות הפרלמנט, מבלי לגרוע כהוא־זה מעצמאותה המוחלטת של הרשות השופטת, לרבות סמכותה לביקורת שיפוטית מתקנת. במשטר פרלמנטרי הרשות השופטת לא נוטלת על עצמה את המשימה לעצב את פני החברה או הפוליטיקה. במשטר כזה בית־המשפט העליון אינו "המנצח על התזמורת הנורמטיבית" במקומו של המתוקק.[70]

68. ראו גם אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד), 38.

69. אהרן ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 403, בעמ' 403-415.

70. ברק (לעיל, הערה 8), בעמ' 497. לתפיסה דומה הגוזרת גזירה שווה בין ארצות־הברית וישראל ראו: Laurence Tribe, *Five Reigning Myths about Constitutionalism and*

nevo.co.il

כאן אנו מגיעים לנקודה הרגישה של האחריות הציבורית (ה-accountability). בית-המשפט אינו מייצג ואינו צריך לייצג, ועצמאותו היא אכן יסוד למשטר דמוקרטי, בדיוק משום שהשופט אינו נדרש למסור דין-וחשבון פוליטי לאף אחד. יתר על כן: האחריות של השופטים בדמוקרטיה היא לערכי-היסוד של החברה ולזכויות האדם, בלי קשר לרוב מזדמן בפרלמנט או להחלטה ספציפית של ממשלה. ההגבלות על שלטון הרוב הן ערך שבית-המשפט – הוא ולא אחר – נתבע לשמור עליו. עם זאת, האחריות הציבורית במובן הרגיל מוטלת על הפוליטיקאים והיא עומדת למבחן בכלים הידועים שאין בלתם – בחירות, שדולות, תקשורת, דעת-קהל וכו'.

התפיסה ה"אמריקנית" של הפרדת רשויות הביאה את שני נשיאי בית-המשפט העליון, שמגר וברק, לתמוך גם בהפרדה מינהלית של בתי-המשפט מהרשות המבצעת. לפי הצעתם, תוקם רשות שיפוט (במקום "מינהל בתי-המשפט" הכפוף לנשיא בית-המשפט העליון ולשר-המשפטים כאחד) שתקציבה וכוח-האדם שלה ייקבעו בנפרד, כמו השיטה הקיימת בארצות-הברית. הוויכוח בעניין זה אינו נוגע לעצמאות השופטים, שגם כיום אין עליהם מרות פוליטית או מינהלית (מיניסטריאלית), מדובר בטעמד בתי-המשפט ובהכללה בזיקה שבין הרשות השופטת לשתי הרשויות האחרות. התפיסה האחרת (האירופאית) רואה בבתי-המשפט נותני-שירות לציבור, ומבחינה זו הם דומים לשירותים אחרים שהמדינה מספקת. הממשלה היא הצריכה להחליט, באישור הכנסת, אם להקציב כספים כדי לבנות בניין חדש לבית-המשפט או לבית-ספר. זו הסיבה שתקציב בתי-המשפט צריך להידון במסגרת עוגת התקציב הכללי. לפי תפיסה זו, אם שר-המשפטים יחדל להיות אחראי על שירותי בתי-המשפט בפני הכנסת והציבור, זו תהיה פגיעה בעקרון האחריות הפרלמנטרית שלו, שבאמצעותה הוא אחראי בפני הציבור. השר הפוליטי צריך להישאר אחראי על שירות בתי-המשפט, ואילו נשיא בית-המשפט העליון צריך להישאר אחראי לשופטים ולשפיטה מבלי שתהיה לו אחריות ציבורית על שירותי בתי-המשפט.[71]

Judicial Review (Publication of the Israeli Academy of Sciences, Jerusalem, 1993); איל בנבנשתי, "בלמים ואיזונים בחסות בית-המשפט", משפטים לא (תשס"א), בעמ' 797-819.

71. מבוסס על הדיונים בוועדה בראשות השופט קרמי, שעסקה במעמד בתי-המשפט. במהלך הדיון בוועדה העליתי בפני כבוד השופט ברק את עניין האחריות הציבורית ושאלתי אותו: "אם נניח שתיק מסוים אבד בבית-המשפט בטברית וישנה על כך שאילתה בכנסת. מי אחראי? האם נשיא בית-המשפט העליון, שיעמוד – לפי ההצעה – בראש המערכת המינהלית של בתי-המשפט? ואם מדובר בעניין המור, האפשר יהיה לדרוש את פיטוריו של חנשיא כמי שנושא באחריות כוללת? מה הסנקציה הציבורית? על כך ענה השופט ברק, שצריך לחשוב על הגדרות אחרות ועל קריטריונים אחרים ל-accountability. הרי גם השופטים עומדים לביקורת ציבורית ולכן ייתכן שצריך לבחון את הנושא בצורה יותר מעמיקה. תשובתי: זה לא עניין ליצירתיות רעיונית, כי אין זה מקרה שבמשטרים דמוקרטיים האחריות הציבורית היא של הנבחרים והסנקציה כלפיהם היא פוליטית, אלא-אם-כן מציעים

nevo.co.il

כללו של דבר: בתי־המשפט הגבירו את הביקורת השיפוטית על הרשות המבצעת משום שלא היתה ברירה אחרת. בתרבות השלטונית המתחכמת שנוצרה אצלנו הם "הופעלו", כי לא היה מנוס מהצבת גבולות. לדוגמה: אם נאפשר לאזרחים לבחור בדואר או באמצעות באי־כוח, כמו בבריטניה, הרי בתרבותנו בתי־המשפט ייסתמו לחלוטין אזרחי כל מערכת בחירות. ועם זאת, חוסר־הברירה עדיין מחייב ריסון רב, במיוחד בביקורת השיפוטית על עבודת הכנסת והחלטותיה. כי לעולם קיים החשש שהמשפוט של החברה, הפוליטיקה והמינהל בישראל יגרמו גם למשפוט־יתר של מוסד בית־המשפט.

ו. סיכום

המחקר ההשוואתי של תהליכי המשפוט בדמוקרטיות עדיין מצומצם בהיקפו, אולם קווי הדמיון בדורים למדי ורלבנטיים לנעשה בישראל. את רשימת התנאים המסייעים (facilitate) להתרחבות עוצמתו של המשפוט בפוליטיקה אפשר לחלק לשניים, כפי שעושים זאת Tate and Vallinder:[72] ראשית, תהליכים הקשורים בדמוקרטיזציה (פתיחות, שקיפות, הרחבת האתריות הציבוריות וכו') ובפוליטיקה של הזכויות (של יחידים, קבוצות ומיעוטים). שנית, תהליכים שיצרו מה שכיניתי "גירעון דמוקרטי" – תוסר־אפקטיביות של מוסדות רובניים ייצוגיים; שקיעת המפלגות; אי־אמון גובר של הציבור במוסדות פוליטיים הנתפסים כמשותקים, אינטרסנטים ומושחתים; הנטייה של מוסדות פוליטיים להעביר הכרעות קשות לבתי־המשפט מחמת אימת ציבור הבוחרים; שימוש גובר של שדולות בבתי־המשפט במסגרת הפוליטיקה של הזכויות, שהפכה לעתים לפוליטיקה של אינטרסים; הפיכת בתי־המשפט לכתובת ערעורים של האופוזיציה הפרלמנטרית על הכרעות הרוב. המחברים מציינים שבלי תנאים אלה תהליכי המשפוט לא ירחיקו לכת ובה־בשעה, כאשר התנאים קיימים, עדיין נתוצים שופטים בעלי "נטיות אישיות מתאימות".[73]

בישראל נוצר גירעון דמוקרטי עמוק במערכת הפוליטית, משום שבין השאר המוסדות הפוליטיים אינם מצליחים להתמודד עם משברים חיצוניים ופנימיים ממושכים, ומידת האמון הציבורי בהם הולכת ופוחתת. עקב כך נוצרה זיקה הדדית בין תהליכי המשפוט הכלליים בחברה שהוכרנו במבוא למאמר ובין משפוט הפוליטיקה והמינהל. יתר על כן: בגלל מעמדה הדומיננטי של הפוליטיקה, למתרחש בה השפעה מעצימה – ואולי אפילו מעצבת – בכל תחומי החיים בישראל. התהליכים המקיפים והממושכים האלה הם שגרמו למשפוט ולא הלהיטות של בתי־המשפט. מבחינה זו, הפנייה לבית־המשפט להיות "מבצר

שגם השופטים יהיו נבחרים. זו גם הסיבה שאין זה מדויק לומר כי ישנן שלוש רשויות שוות־מעמד. ראו דוח הוועדה לבחינת כינונה של רשות שיפוט עצמאית (ועדת השופט קדמי) (אפריל 1996).

72. Tate (לעיל, הערה 3), בעמ' 28-33. ראו גם: "Judicial Review", *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Vol. 12 (2001) 8020.

73. Tate (לעיל, הערה 3), בעמ' 33.

הדמוקרטיה" מעידה דווקא על חוסן שמקורו במעמד העצמאי של הרשות השופטת אצלנו. עם זאת, בית־המשפט יכול רק להאט את קצב הגידול של הגירעון הדמוקרטי, אך אינו מסוגל לאוננו בכוחות עצמו. גם במדינות שבהן החוקה או המסורת העניקו תפקיד של ביקורת שיפוטית לבית־המשפט, הרציונל הוא בדרך־כלל הרתעתי ולא עימותי, סלקטיבי ולא גורף, פסיבי יותר מאקטיבי. להוציא מקרים יוצאי־דופן, אין זה מתפקידו של בית־המשפט ואין בכוחו לשנות את פני החברה. הנשק "הלא קונבנציונאלי" של הביקורת השיפוטית הוא פיקדון לעת צרה ומוטב להשאירו בדרך־כלל במרתף.

על הכרעות של פוליטיקאים ברשות המחוקקת או המבצעת חל הכלל שעדיפים תהליכים פוליטיים־מינהליים על פסיקה. מבחינה חברתית הסדרים פוליטיים בדרך־כלל אפקטיביים יותר מפסיקה משום שהם מבוססים על גיוס תמיכה, הבנות ופשרות. אמרנו כבר: רצוי לתת לפוליטיקה אשר לפוליטיקה וכך גם לגבי ההחלטות (התוקיות) של הפוליטיקאים. אולם כאן חזרנו שוב לקרניים הדוקרות של הדילמה: מה עושים כאשר מעשי הפוליטיקאים תורגים עד כדי סיכון הדמוקרטיה?

במצב כזה נעורים בבית־המשפט. התהליכים העוברים על החברה בישראל בעשורים האחרונים חייבו שימוש גובר באמצעי המיוחד הזה. בתקופה זו התברר, שהערכים הדמוקרטיים שצריכים להיות אקסיומטיים – ובראשם הערך שבני אדם שווים ומבאן זכויות החופש והשוויון – לא הופנמו היטב. בהיעדר ערכים אלה האמון בכללי המשחק וההקפדה עליהם החלו להתרופף, ובכללם ההגבלות על מעשי השלטון והנכונות לסמוך על התהליך הפוליטי והמוסדות המפעילים אותו. מבחינה זו ההסתופפות בחצרו של בג"ץ לשמירת כללי המשחק אולי הועילה, אך לא מנעה את השחיתות הפוליטית.

ייתכן מאוד, שבית־המשפט מיצה את עיקר תרומתו מסיבות שונות, אך קשורות זו בזו: הוא אינו המוסד המתאים להכריע בשאלות אידיאולוגיות שנויות במחלוקת. עדיף שהתהליכים הפוליטיים יתמודדו עם סוגיות אלה מאשר החקיקה או הפסיקה, בהנחה שקיימת תרבות פוליטית המאפשרת זאת. ולבסוף: דומה, שהדלת הרחבה שנפתחה לביקורת שיפוטית על הפוליטיקה מתחילה להיסגר מטעמים לא־נכונים, ובכללם תגובות לא־רציונליות של חברי־כנסת ואף של הכנסת כמוסד.[74] מוטב שהריסון יבוא מבית־המשפט עצמו.

עורכי המחקר התשוואתי שהזכרנו על המשפוט בתריסר מדינות מדווחים בסיכום הספר על "דאגה באשר למשמעויות של הרחבת העוצמה השיפוטית לחיוניותה של הדמוקרטיה ולחוסנו של שלטון הרוב."[75] הם גם סקפטיים באשר לתבונת המשפוט מבחינת הסיכוי להגביר את האמון בתהליכים פוליטיים.

74. ראו החלטת הכנסת לקרוא לבית־המשפט העליון להימנע מלהתערב בנושאים ערכיים, הלכתיים, אידיאולוגיים ופוליטיים, ובחוקים שחוקקה הכנסת, 14 בדצמבר 1999. ראו גם משה גורלי, "מה קרה לכוח ההרתעה של ברקז" הארץ (29.7.02) 2ב.

75. Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner, "Judicailization and the Future of Politics and Policy", *The Global Expansion of Judicial Power* (Chester Neal Tate and Torbjörn Vallidner – eds., New York University Press, 1995) 515, p. 527.

והישועה מגין תבוא? כלכלנים שמים את מבטחם בשוק, משפטנים – בחוק ובפסיקה, ואנשי מדע־המדינה – בתרבות הפוליטית. התרבות הפוליטית, ולא החוק או הפסיקה, מאפשרים תפקוד נאות של התהליכים הפוליטיים הנפתלים. במצב כזה שתי הרשויות הנבחרות "עושות" את הדמוקרטיה כשהרשות השופטת שומרת עליה. "תיקון עולם" הוא תפקידם של שני הראשונים, ותיקון המתקן הוא תפקידה של האחרת. לשם כך חייבים לשמור על עצמאותה מכל משמר. בתנאים שנוצרו בחברה הישראלית המשפוט כיום הוא סימפטום וכדי לטפל בבעיה עצמה יש צורך בתפריט עשיר יותר מאשר חקיקה ופסיקה. התפריט חייב לכלול את השרשת ערכי הדמוקרטיה; בנייה־מחדש של האמון במוסדות הפוליטיים; חיזוק המפלגות; הכרה בתרומתם של ארגוני החברה האזרחית, קבוצות־אינטרס וכלי־התקשורת; חיזוק הרשויות המקומיות ועוד. זו הזירה ואין בלתה, כי למשפוט גמור של החיים הציבוריים יש נקודת־שבר שמאחוריה מסתתרת אנרכיה גמורה. אין ברירה. צריך לחזור לבית־הספר, לחינוך לדמוקרטיה ולאזרחות טובה. השיעור הראשון: נורמה טובה אחת שוויים על־פיה עדיפה על גורמה הזקוקה לספרי החוקים ולהגנת בית־המשפט.

nevo.co.il