

חדשות, 9 בספטמבר 1993

אקטיביזם שיפוטי

קשה לברך בפה מלא על החלטת בית המשפט הגבוה לצדק בעניין דרעי ופנחסי. היה כאן צעד דרמטי בכיוון של הכפפת המערכת הפוליטית כולה לביקורת שיפוטית.

החלטה נחרצת אבל לא משכנעת / פרופ' רות גביזון

אין מחלוקת כי טוב לחברה ואף לממשלה כי לא יהיו שרים וסגני שרים שיש נגדם אישומים פליליים חמורים.

יש משהו מקומם בחיזיון, לפיו מי שיש נגדו ראיות כי ביצע מעשים פליליים נאחז בקרנות המזבח, ברגישויות פוליטיות, בטענות עדתיות ובחסינות פרלמנטרית כדי שלא ייערך בירור משפטי של החשדות נגדו. למרות כל אלה, קשה לי לברך בפה מלא על החלטת בג"ץ כי על ראש הממשלה לעשות שימוש בסמכותו ולסיים כהונתם של דרעי ופנחסי.

הסיבה היא כי בצד האשרור החזק של נורמות ראויות אלה של מנהל תקין, צעד כאן בית המשפט צעד דרמטי נוסף בכיוון של הכפפת המערכת השלטונית-פוליטית לביקורת שיפוטית. יתירה מזו, צעד זה נעשה בצל עימות חריף בין הממשלה וראשה ובין היועץ המשפטי, ויצר מצב כמעט בלתי אפשרי ביחסים העקרוניים בין הממשלה, היועץ המשפטי, ובית המשפט.

אין הרבה אותות בפסקי הדין בעתירות דרעי ופנחסי לרגישות הרבה של ההחלטות או של עיתוין. אות אחד כזה הנו, אולי, הפירוט הנרחב שניתן לרקע ולטענות הצדדים. אבל בעיקרון אין לנו כאן הלכות חדשות. למרות הבדלי הדגשים וסגנון, עיקר ההנמקה של השופטים דומה. החוק החקוק אינו מטיל חובה מפורשת לפטר את דרעי ופנחסי. למרות זאת, קובע בית המשפט, כי ההחלטה שלא להפעיל את שיקול הדעת המאפשר לפטר שר (או סגן שר) במקרה כזה הנה בלתי סבירה באופן קיצוני.

בית המשפט הפעיל כאן את ההלכות שיצר במשך השנים: הכל שפיט, כל שיקול דעת, בלי להתחשב בהקשרו ובמפעילו, כפוף לביקורת שיפוטית. עילות הביקורת השיפוטית אינן רק משוא פנים, הפליה או שיקולים זרים. כל שיקול דעת כזה חייב להיות מופעל גם באופן סביר. סבירות אינה רק התחשבות בכל השיקולים הרלוונטיים ואי התחשבות בשיקולים זרים. חשוב גם לתת את המשקל הנכון לכל השיקולים.

בית המשפט אמנם לא ישים את שיקול דעתו במקום שיקול הדעת השלטוני כאשר זה הנו סביר, אף אם היה חולק עליו. אבל, במקרים שלפנינו, עמדתו של ראש הממשלה חרגה בבירור ממתחם הסבירות. הנשיא שמגר מבהיר, והשופט ברק מצטרף אליו, כי שיקולים של שלמות קואליציונית הם, במקרה כזה, שיקולים לגיטימיים. הפגם בהחלטה הוא כי לא ניתן המשקל הראוי לעקרון של אמון הציבור ברשויות השלטון, המחייב כי השניים יפסיקו לכהן.

המיוחד בפרשה הזאת הוא כי השאלה העיקרית שעמדה לדיון כאן הנה בדיוק השאלה האם המשפט, במובנו הרחב, דורש פיטורים והאם על הפעלת שיקול דעתו של ראש הממשלה בנושאים אלה צריכה להיות מוחלטת נורמה של סבירות. בית המשפט בעיקרו של דבר דילג על שאלות אלה,

ועסק בעיקר בשאלה אם העובדה שראש הממשלה בחר לא לעשות שימוש בכוח הפיטורים שלו בשלב זה הנה סבירה.

גם לאחר קריאת פסקי הדין לא שוכנעתי כי האופן בו הפעיל ראש הממשלה את שיקול דעתו לא היה סביר. ברור לי כי מותר היה לו לפטר. פחות ברור לי כי מוטלת עליו חובה לפטר. אולם, עיקר הבעיה נראית לי נובעת ממקור אחר. להערכת, מצב זה יכול להיות פתח מדאיג להמשך התהליך של איבוד ההבחנה בין שאלות משפטיות, שראוי כי בית המשפט יכריע בהן, ושאלות שיש להכריע בהן במוקדי החלטות אחרים.

הן הנשיא שמגר והן השופט ברק ערים לקושי. שניהם מציינים במפורש כי הנורמות עליהן הם מדברים אינן רק נורמות מוסריות או ציבוריות, אלא הן נורמות משפטיות. השופט ברק מרחיב ומדגיש, בצדק, כי המשפט רחב יותר מן החוק החקוק. והוא מסיים את פסק דינו בקביעה כי בית המשפט לא שש אלי החלטה הזו. אולם, משלא פעלו הרשויות כפי שהיו צריכות לפעול – לא הייתה לו ברירה אלא להתערב.

ברק מצרף קביעה נחרצת ונוספת: ראש הממשלה מיוצג אך ורק על ידי היועץ המשפטי לממשלה. כאשר היועץ המשפטי מסכים עם העמדה, או מחליט להגן עליה גם אם אינו שלם אתה – מה טוב. אולם כאשר, כמו במקרה שלפנינו, היועץ המשפטי נוקט עמדה השונה מזו של הרשות, אחת דינו של זו: או שלא תהיה מיוצגת, או שהיועץ המשפטי יביא את עמדתה בפני בית המשפט, כאשר הוא עצמו אינו מקבל אותה. ברק קובע כי מצב זה מתחייב מיכולתו של היועץ המשפטי לשמור על שלטון החוק. הוא אומנם מוסיף ומדגיש כי גם שיקול דעתו של היועץ המשפטי כפוף לביקורת משפטית, אולם למעט ביקורת זו – היועץ המשפטי הוא המייצג הבלעדי של ראש הממשלה.

אם בית המשפט סבור, בצורה כה נחרצת, כי יש חובה משפטית לפטר את דרעי ופנחסי – קרוב לוודאי ששום ייצוג עצמאי של ראש הממשלה לא היה משנה את החלטה. אולם עדיין איני מבינה את ההגיון שמחייב כי עמדתו של ראש הממשלה, אף אם היא מוטעית ובלתי סבירה בעליל, לא תהיה מיוצגת. מה קרה לזכות אדם לייצוג? לעקרונות ההליך ההוגן? במקרה זה בית המשפט קבע כי היועץ המשפטי צדק. מה יקרה אם היועץ המשפטי טועה? עמדת הרשות, שהיא העמדה הראויה, לא תוכל להיות מיוצגת? בית המשפט בכך קובע לא רק כי היועץ המשפטי מחייב את הממשלה, אלא גם כי היועץ המשפטי יקבע איזה טענות תועלינה בפני בית המשפט!

נראה לי כי פתרון נכון יותר יהיה לומר כי היועץ המשפטי לממשלה כשמו כן הוא: מייצג לממשלה לגבי המצב המשפטי. בשל מעמדו וכישוריו המיוחדים, לעמדתו המשפטית יש משקל גדול מאוד. בדרך כלל רשות שלטונית לא תבחר לפעול בניגוד לעצת היועץ המשפטי שלה. אולם לממשלה הסמכות והאחריות – להחליט.

הממשלה יכולה להחליט גם נגד פירושו של היועץ המשפטי לממשלה. בעיקר כאשר הוויכוח הנו בדיוק בשאלה האם מדובר באילוץ משפטי או בשקלול הנכון של נורמות ציבוריות ראויות. מה גם שהמסרים של היועץ המשפטי עצמו אינם ברורים ועקיבים. אז יגיע העניין לבית המשפט. ראוי שהיועץ המשפטי, במקרים כאלה, לא ינסה לייצג את עמדת הממשלה. אי אפשר לצפות ממנו כי ייצג היטב עמדה שאינו מסכים לה. עליו למצוא פתרון ראוי לבעיית הייצוג של הרשות, על מנת שהכרעת בית המשפט תהיה שלמה. פתרון כזה ישמור על מעמדו של היועץ המשפטי ויאפשר לו לשמור על שלטון החוק.

מדאיגה עוד יותר משאלת הייצוג היא המגמה לתת פירוש מרחיב ל"חוק" שעל השלטתו מופקד בית המשפט, ולהפוך את כל ההחלטות השלטוניות-פוליטיות לעניינים משפטיים, שנבדקים בקני מידה של סבירות. בג"ץ פסק לא מזמן כי לא ייכנס לשאלת חוקיות ההתנחלויות. אבל מי יתקע לנו כי ההחלטה לעשות הסכם שלום אינה עניין שצריך להימדד בקני מידה של סבירות? והלא זו החלטה יותר הרת גורל מן השאלה אם דרעי ימשיך לכהן עד לאחר שיסתיים הליך הסרת החסינות שלו?

אירוני הדבר כי השופט ברק מסיים את פסק דינו בציטוט רחב מפסק דינו של השופט לנדוי בפרשת אלון מורה. זו הייתה החלטה טעונה מאוד פוליטית, ולנדוי אומר שם כי יש בה סכנה, שכן הקהל לא יקרא את הנימוקים ויחשוב, לרעת בית המשפט, כי הוא נכנס לתחום הפוליטי. אבל, אומר לנדוי, למרות המחלוקת הציבורית, העניין הזה הוא עניין משפטי, ואנו ממלאים את חובתנו. השופט ברק נתלה בלנדוי ואומר כי גם כאן, למרות המחלוקת הציבורית, אין לבית המשפט ברירה אלא למלא את חובתו. אולם ההבדל בין שני המקרים חושף ומדגים את עוצמתו של המהלך שבית המשפט נמצא עתה בעיצומו, ואשר השופט לנדוי הנו אחד ממבקרי העיקריים. באלון מורה השאלה הייתה אם יש זכות להפקיע אדמות פרטיות לצורך התנחלות. המעשה השלטוני פגע בזכויות פרט מרכזיות. בית המשפט התערב מפני שהרגיש חובה לסייע לנפגעים, ולא מצא כי המדינה הראתה שהייתה לה סמכות לפגוע בהם.

במקרה שלנו אף זכות אדם לא נפגעה. לפחות במקרה של דרעי, הוויכוח הנו על עיתוי. אפשר היה לראות מה יניב הליך הסרת החסינות. העובדה כי אי אפשר היה לחכות להליך מהיר כזה אצל פנחסי הצדיקה, אצל השופט ברק, החלטה לדרוש גם את פיטוריו. בית המשפט כלל אינו מתייחס ברצינות לטענה כי מוסד החסינות נועד להגן על נבחר ציבור, גם בתפקידים המיניסטריאליים, מפני התערבויות.

הדבר חושף, כמובן, את הסכנות הגדולות של עילת הסבירות. בית המשפט מפתח את המשפט תמיד באמצעות הבהרה של נורמות עמומות. כאשר הדבר נוגע לתפקידו הקלאסי והייחודי של בית המשפט – ההגנה על זכויות האדם – זה נכס עצום. אולם, כאשר הדבר נוגע להערכת פעולות שלטוניות שנויות במחלוקת, במה עדיף בית המשפט על משקללים אחרים? גם אם בית המשפט טועה, פסיקתו מחייבת. אולם, ראוי שיעשה מאמץ לא להיכנס למצב שבו קל יהיה לאנשים סבירים לחלוק בשאלה אם טעה, או בשאלה אם אכן הייתה התשובה שנתן מחויבת על פי הדין. במקרים אלה, נראה כי הזהירות מחייבת התייחסות פחות נחרצת.

פסיקת בית המשפט עלולה לגרום למשבר קואליציוני. היא הופכת את ראש הממשלה לא למי שגה בתום לב וטען לעמדה שבית המשפט דוחה, אלא לאדם ששיקול הדעת שלו פגום מיסודו, למי שהוא אויב שלטון החוק והמידות הטובות, למי שאינו מבין כי עליו לקבל את עמדת היועץ המשפטי לממשלה. היא עושה זאת במצב פוליטי רגיש ביותר.

איני סבורה כי שיקולים כאלה צריכים להטות את הכף ולגרום העלמת עין מפגיעות חמורות במרקם החיים החברתי. אבל, כמו שאומר השופט ברק, בית המשפט יושב בתוך עמו ואינו פועל בחלל ריק. הוא אינו מנותק מן המציאות. העיתוי של ההחלטות, העובדה כי בית המשפט לא היה מוכן להיעתר לדחייה שגם היועץ המשפטי ביקש אותה, והעובדה כי בית המשפט לא הקפיד על העיקרון שהוא עצמו כה רגיש אליו של שמיעה מלאה – יוצרים את הרושם כי בית המשפט נהיה שותף לתחושה של הפרקליטות כי יש פה מאבק חיוני מאין כמוהו, מאבק שההכרעה הדחופה בו היא בנפשנו. אני לא שותפה מלאה לתחושת החשיבות והדחיפות האלה.

את ההחלטה הזאת אי אפשר להעריך רק במונחים משפטיים. עיקר חשיבותה ביחסים שהיא יוצרת בין המערכות. יחסים אלה אינם עניין של החלטה בודדת זו או אחרת. אין לי ספק כי בית המשפט ימשיך ליהנות, ובצדק, ממעמד מרכזי בחברה הישראלית. אבל אם יותר ויותר אנשים יתחילו לחשוב כי בית המשפט אכן עוזב את מקומו הראוי ויורד אל הזירה הפוליטית זה עלול לפגוע בחברה ובבית המשפט עצמו.