

נייר עמדה



מדינה בשלטון הבג"ץ

כתב אישום: בג"ץ נגד הדמוקרטיה הישראלית

אסתר צו
בונים חברה ציונית

עו"ד יורם שפטל © ד"ר אלדד קולנשר
עורך: ד"ר שחר גולן
עיצוב גרפי: יהודית זולטרבסקי
האיורים בכריכה הקדמית והאחורית:
נדב נחמני, מתוך הקליפ "שלושה עותקים" של "קולנשר והיונים" ביו-טיוב.

הכותרת הראשית של המאמר וכותרות המשנה של הפרקים:
מתן ארז קולנשר, מתוך ספר השירים "תל אבסורד", הוצאת גוונים, 2011.

© כל הזכויות שמורות לתנועת אם תרצו.

הודפס בישראל, תשע"ה (2014).

נייר עמדה

מדינה בשלטון הבג"ץ

כתב אישום: בג"ץ נגד הדמוקרטיה הישראלית



Israel under the Supreme Court rule

Indictment: The Supreme Court against Israeli democracy

אסתר צו
בונים חברה ציונית

מטרתה העיקרית של "אם תרצו" הן לפעול להתחדשות השיח, ההגות והאידיאולוגיה הציוניים, להבטחת עתידם של העם היהודי ומדינת ישראל ולקידום החברה הישראלית אל מול האתגרים שבפניה.

שער ראשון: דיקטטורה משפטית כהיפוכה של דמוקרטיה

1. המאפיינים המרכזיים של דמוקרטיה ושל דיקטטורה.....6
2. בית המשפט העליון כדיקטטור.....9
3. עקרונות היסוד המקיימים את הדיקטטורה של בג"ץ.....11
4. כלים ההופכים את בג"ץ ל"בית מחוקקים עליון".....15

שער שני: התנהלותו של בית המשפט העליון כדיקטטור

5. תוצאות התערבות בג"ץ בתפקוד הרשות המבצעת והמחוקקת.....18
6. מהלכים בעלי גוון פוליטי של בג"ץ.....27
7. סקירה השוואתית של סמכויות הרשות השופטת במדינות דמוקרטיות.....35

שער שלישי: טיעונים בעד האקטיביזם השיפוטי ונגדו

8. הצדקה "אידיאולוגית" לדיקטטורה של בג"ץ על ידי דובריו - והפרכתה.....39
9. ביקורת של אנשי מקצוע על בג"ץ.....41

שער רביעי: כיצד ניתן לבטל את הדיקטטורה המשפטית

10. הצעת חוק יסוד להסדרת סמכויותיו של בג"ץ.....45
11. היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות כנדבכים מרכזיים בדיקטטורה המשפטית.....47
12. כיצד להפוך את הפרקליטות לגוף מקצועי נטול הטיית פוליטיות.....55
13. סיכום.....58

מדינה בשלטון הבג"ץ: כתב אישום: בג"ץ נגד הדמוקרטיה הישראלית

מדינת ישראל היא לכאורה דמוקרטית לעילא ולעילא; יש בה בחירות חופשיות, חופש ביטוי, חופש התארגנות ועוד. למרות זאת, כפי שנראה, בישראל נוהג משטר ייחודי שאין דומה לו בשום מקום בעולם, קרי, דיקטטורה של בג"ץ. נעמוד על ההבדלים הבסיסיים שבין המאפיינים של דמוקרטיה לאלה של דיקטטורה ונראה כי מאפייני התנהלות בג"ץ תואמים את מאפייני הדיקטטורה ועומדים בסתירה מוחלטת לעקרונות המשפט ולתפישת הדמוקרטיה הפרלמנטרית על פי מדעי המדינה. נתאר את שליטת בג"ץ ונעמוד על הכלים שבג"ץ פיתח כדי ליטול לעצמו סמכויות לא לו ולאכוף את ה"אקטיביזם השיפוטי" וליתר דיוק "האימפריאליזם השיפוטי" מבית מדרשו. נציין את השלכותיה החמורות של דיקטטורת בג"ץ בתחום המשטר הדמוקרטי, יכולת המשילות, הזהות היהודית-ציונית, הביטחון הלאומי, ההתיישבות, המתחים החברתיים וזכויות האדם. בנוסף על הביקורת, נתווה דרכים להחזרת ישראל לדמוקרטיה פרלמנטרית, כפי שהייתה עד תחילת שנות ה-80 בהנהגתם של נשיאי בית המשפט העליון אגרנט, זוסמן, לנדי ויצחק כהן. לבסוף, נתייחס ליועץ המשפטי לממשלה ולפרקליטות כמרכיבים בסיסיים בדיקטטורה המשפטית ונציע דרכים כיצד להפוך את הפרקליטות מגוף הקובע מדיניות לגוף המייעץ על פי שיקולים מקצועיים טהורים.



שער ראשון: דיקטטורה משפטית כהיפוכה של דמוקרטיה

בשער זה נדון בעקרונות היסוד של משטר דמוקרטי אל מול מאפייני הדיקטטורה. נדגיש במיוחד את הפרדת הרשויות ואת האיזונים והבלמים שחייבים להתקיים על מנת למנוע עריצות. לאחר הדיון התיאורטי נתאר תהליך הדרגתי של כרסום האיזון בין רשויות השלטון. נפרט את שלושת העקרונות שפותחו על ידי אבירי האקטיביזם השיפוטי כדי לאפשר לבג"ץ לדון בכל עניין שמועלה על ידי כל אחד, לרבות ובמיוחד בנושאים פוליטיים מובהקים, ולהחליט כראות עיניו על פי שיקולים סובייקטיביים. בהמשך נתאר כיצד בג"ץ משתמש בכלים נוספים על מנת להפוך ל"בית מחוקקים עליון".

-1-

רקע: המאפיינים המרכזיים של דמוקרטיה ושל דיקטטורה

"מעולם לא נבחרתי אך מרב כח שכור"

מאפייני הדמוקרטיה: העיקרון הבסיסי הוא שהריבון מייצג את הציבור, נבחר ישירות על ידי הציבור, וכהונתו מוגבלת לתקופה שבה אמון הציבור נתון לו; בדמוקרטיה פרלמנטרית הרשות המחוקקת היא הריבון (בישראל, הכנסת).

עיקרון בסיסי נוסף - הפרדת רשויות - הוגדר בתחילת המאה ה-18 על ידי מונטסקיה, פילוסוף צרפתי שרצה למנוע את עריצות המשטר כלפי האזרחים. כוונתו הייתה לחלק את עוגת השלטון בין שלוש רשויות נפרדות ותלויות זו בזו: המחוקקת, המבצעת (הממשלה) והשופטת, כשכל רשות סמכויות ייחודיות המוגדרות על פי חוק ותוחמות את מעורבותה ברשויות האחרות. בדרך זו הרשויות אמורות לנטרל ולרסן זו את רצונה ושאיפותיה של זו, כך שישג מאזן כוחות בין גופי שלטון. מנסחי החוקה האמריקנית בסוף המאה ה-18 הדגישו במיוחד את חשיבות הפרדת הרשויות וכתבו: "אין כל חירות אם לא תופרד סמכות השפיטה מסמכויות החקיקה והביצוע".¹ לדברי מונטסקיה, "אילו חוברה הסמכות לשפוט עם סמכות החקיקה, היו חייו וחירותו של הנתין נתונים לפיקוח שרירותי, שהרי אז היה השופט גם המחוקק"². ברוח עיקרון זה נטבע המשפט "הכוח משחית, וכוח מוחלט משחית באופן מוחלט".

על פי מונטסקיה, הרשות השופטת אמורה להיות הצנועה ו"החלשה ביותר, לאין ערוך", בין הרשויות, שכן אין היא שואבת את סמכותה מהציבור, כלומר אינה נבחרת על ידו. נחיתותה אמורה לבוא לידי ביטוי בעיקר בכל הנוגע לריסון הביקורת שלה על שתי הרשויות האחרות שנבחרות על ידי הציבור (בישראל, הממשלה חייבת לקבל את אמון הכנסת), ובפרט על הרשות המחוקקת. לשם כך פותחו בעולם דוקטרינות שיפוטיות שמגדירות את הריסון הזה, לרבות נושאים שבהם אין הרשות השופטת אמורה לעסוק כלל, ובפרט נושאים מדיניים וביטחוניים.

מאפיינים נוספים של דמוקרטיה הם: לכל אדם מותר לעשות כל מה שלא נאסר בחוק, ולכל גוף שלטוני מותר לעשות אך ורק מה שהחוק מתיר במפורש; לרשות השופטת מוקנית עצמאות מוחלטת, בהיותה כפופה לחוק בלבד; לה בלבד יש סמכות למנוע את החופש מאדם, או לפגוע בו כלכלית, והדבר מחייב אותה לרגישות יתר ולמניעת איפה ואיפה; הרשות המחוקקת אמורה לעסוק בחקיקה ובפיקוח על פעולות הממשלה, הרשות המבצעת מתווה עקרונות וסדרי עדיפויות לפעילות השלטון בתחומי המדיניות, הביטחון, הכלכלה והחברה - ומבצעת אותן; הרשות השופטת אמורה לפסוק בסכסוכים; הפיקוח על המעשה הפוליטי נתון בידי אזרחי המדינה באמצעות גופים פוליטיים ותקשורתיים ופתק הבוחר.

1. אלכסנדר המילטון, מאמר 78, "הפדרליסט", הוצאת שלם, התשס"ב.

2. מונטסקיה, שם, עמוד 47.

מאפייני הדיקטטורה: הריבון אינו מייצג את הציבור ואינו נבחר על ידו, אלא הוא בבחינת רודן שנטל על עצמו סמכויות מוחלטות בכוח או בערמה; הרודן אינו כפוף לחוק ובוודאי לא לביקורת ציבורית או לסמכות שלטונית אחרת; הרודן פוסק בכל עניין משמעותי, וזאת על פי ערכיו האישיים ולעתים קרובות בניגוד לערכים הרווחים בקרב הציבור; הרודן משכפל את עצמו, כלומר מעביר את סמכויותיו ליורשיו, הנקבעים על ידו; משטר דיקטטורי נוטה להפוך עם הזמן למושחת, עריץ וכוחני; על מנת להבטיח את כוחו המשטר הדיקטטורי מושתת על אליטה מצומצמת והומוגנית, המופלית לטובה מבחינה חוקית, משפטית וכלכלית.



בית המשפט העליון כדיקטטור

*"מְחֻלְטִים בְּעֵצְמָם מֶה מֵתָר, מֶה אָסוּר;
מִלְשַׁת מְלָשִׁים בְּטִשְׁטוּשׁ לִיבְרָלִי"*

הרשות השופטת מונחית על ידי בית המשפט העליון שפסיקותיו מחייבות על פי חוק את בתי המשפט הנמוכים ממנו. בית המשפט העליון מהווה ערכאת ערעור על החלטות של מערכת המשפט וכן בית דין גבוה לצדק (בג"ץ) הדן בערכאה ראשונה ואחרונה בעתירות נגד רשויות המדינה השונות, לרבות גופים סטטוטוריים (גופים ציבוריים הפועלים על פי חוק).

החל מתחילת שנות ה-80, בהובלת שופט בית המשפט העליון אהרון ברק עוד בטרם מונה לנשיאו, כמו גם תחת נשיאותם של מאיר שמגר (1983-1995) שהצטרף לדרכו של ברק, אהרון ברק עצמו (1995-2006), ודורית ביניש שהמשיכה את דרכו (2006-2012) - שונה צביונו של בית המשפט העליון ללא הכר. תחת דגל "האקטיביזם השיפוטי" שפותח על ידי השופט ברק, נדרס ברגל גסה עקרון היסוד הדמוקרטי של הפרדת רשויות, ונרמסה התפיסה שהכנסת כנציגה נבחרת של הציבור היא המכריעה בסוגיות ציבוריות מהותיות. בג"ץ מכריע בסוגיות שבכל מדינה דמוקרטית נתונות לסמכותן הבלעדית של הרשות המחוקקת והמבצעת; זאת אף שבניגוד לבג"ץ רשויות אלה נבחרו על ידי הציבור ויש להן אחריות ישירה כלפי הציבור שיכול בבוא העת להחליף את נבחריו. בג"ץ, לעומת זאת, אינו נושא באחריות ציבורית לפסיקותיו וחבריו הם בעלי הכשרה לשפוט, לא לשלוט.

באצטלה משפטית המכסה על מניעים פוליטיים, נטל לעצמו בית המשפט העליון, באופן שכוונה³ "פיראטיות משפטית", סמכויות שאינן מוקנות לו בחוק ואינן מקובלות בשום מדינה מתוקנת. הוא משתמש בסמכויות נרחבות אלה באופן מתנשא ויומרני כדי לכפות על כלל הציבור את עמדותיו הפוליטיות של "הציבור הנאור" - מילת קוד לקבוצה הומוגנית קטנה, השולטת ללא מצרים בכלכלה ובתקשורת, רואה עצמה כאליטה ונוטה לעמדות פוסט-ציוניות. זאת ועוד, בית המשפט העליון מכתیب במידה רבה את בחירת חבריו כך שישמר אופיו הכיתתי. כך למשל נפסלה מועמדותה של פרופסור רות

3. על ידי ריצ'רד פוזנר, אחד מגדולי המשפטנים בעולם; ראו מאמרו של פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, "מגדל פורח באוויר", ידיעות אחרונות, 10.04.08.

גביון, כלת פרס ישראל בתחום המשפטים (תשע"א) ומראשי האגודה לזכויות האזרח, על ידי נשיא בית המשפט העליון הקודם אהרון ברק בגין אי-התאמה כיתתית. התנהלותו של בג"ץ עונה אפוא לכל המאפיינים של דיקטטורה. באמצעות "הדיקטטורה של בג"ץ" מרכז בית המשפט העליון כוח מוחלט ושולט בשתי רשויות השלטון האחרות והנבחרות ללא שום פיקוח ציבורי.



עקרונות היסוד המקיימים את הדיקטטורה של בג"ץ

"איש ממשקף חור, ממציא חקים"

כדי לאפשר שלטון מוחלט בכל שטחי החיים, הומצאו שלשה "עקרונות" מופרכים הסותרים את יסודות המשפט ואינם מקובלים בשום שיטת משפט דמוקרטית:

א. ביטול עקרון השפיטות: המצאת עיקרון חדש - "הכול שפיט" - העומד בניגוד לדוקטרינת השפיטות, אשר דוגלת בריסון ההתערבות השיפוטית ומקובלת בכל בית משפט הפועל במשטר דמוקרטי בעולם. עיקרון זה שולל ביקורת שיפוטית על החלטות בנושאים פוליטיים מובהקים השמורים לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת. ה"אימפריאליזם השיפוטי" בא לידי ביטוי בצורתו הקיצונית ביותר בדברי השופט ברק בבג"ץ 910/86 (זוג הספרות הימני במספר מציין את השנה): "כל פעולה נתפסת בעולם המשפט. על-כן, אינה מקובלת עלי גישתו של השופט זילברג בבג"ץ 222/68 ... המכירה בקיומן של פעולות שאינן ניתנות 'להיכלא' במסגרת משפטית. כל פעולה ניתנת 'להיכלא' במסגרת המשפט". וכן, "המשפט משתרע על כל הפעולות. לעתים הוא אוסר, לעתים הוא מתיר, תוך שהוא יוצר לעתים הנחה של היתר ('הכול מותר לפרט, אלא אם כן נאסר'), או של איסור ('הכול אסור לשלטון אלא אם כן הותר')". ולבסוף, "לא ייתכן כלל מצב שבו אין נורמה משפטית חלה על פעולה; לעניין זה אין נפקא מינה מהי אותה פעולה ... כל פעולה, ותהא פוליטית או עניין למדיניות ככל שתהא, נתפשת בעולם המשפט ... הפוליטיות של הפעולה לא שוללת את המשפטיות שלה". כך מבטיח בית המשפט העליון יכולת לדון ולהכריע בכל פעולה של הרשות המבצעת והמחוקקת.

ב. ביטול עקרון "זכות העמידה": המצאת עיקרון חדש - "זכות העמידה לכול". בית המשפט לא נועד לקיים דיונים בנושאים תיאורטיים ובהשקפות עולם, אלא לפתור סכסוכים; כאשר צד א' מקפח זכות חוקית של צד ב' וגורם לו נזק, יש לצד ב' זכות עמידה, ואז ורק אז בית המשפט יכול להתערב. עד תחילת שנות ה-80, בג"ץ היה כה מרוסן עד שנמנע מלהתערב גם אם

4. רות גביוון, מרדכי קרמניצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000.

נגרם נזק, כשהיה מדובר בנושא ציבורי שיש בו נפגעים רבים. לעומת זאת, על פי ה"אימפריאליזם השיפוטי", בג"ץ נגיש לכל אחד, גם אם לא נגרם לעותר נזק כלשהו, בניגוד לעקרון זכות העמידה המקובל בעולם. בבג"ץ 243/82 נאמר: "כאשר העניין המועלה בעתירה הנו ציבורי... כי אז נסוג בפניה עקרון זכות העמידה". כך מבטיח בית המשפט העליון שכל הנושאים שבהם הוא מעוניין להכריע יגיעו אליו; זאת גם כשאינן מדובר בסכסוך, היינו כאשר העותר אינו יכול להצביע על נזק ממשי, כמובנו המשפטי, שנגרם לו בגלל הפעולה השלטונית (של הרשות המבצעת או המחוקקת) שנגדה הוא עותר לבג"ץ. בפרט אפשר בכך בג"ץ לארגונים פוליטיים הפועלים בשם "זכויות האדם" לעתור נגד הממשלה ללא שום מגבלות, ולמעשה בג"ץ "מזמין" עתירות כאלה. לדעת פרופסור גביון⁵, "צריך לקיים דיון מחודש בדוקטרינות של זכות עמידה ואי-שפיטות, להבהיר את תפקידיהן החיוניים, ולקבוע מבחנים שיגבילו את הגישה להליך שיפוטי בעניינים ציבוריים שאין בהם סכסוך משפטי".

ג. החלפת עקרון "החוקיות" בעקרונות "הסבירות" ו"המידתיות": הסיג היסודי ביותר המרסן את הרשות השופטת במדינה דמוקרטית הוא עקרון "החוקיות". בית המשפט כפוף לחוק ופסיקותיו מקבלות את תוקפן המוסרי מהעובדה שהן משקפות את כוונת המחוקק. עיקרון זה נכון במיוחד עבור נושאים פוליטיים וערכיים, ובמידה רבה עקרון השפיטות נגזר ממנו. מטרת עקרון החוקיות הוא ליצור שוויון בפני החוק, למנוע משוא פנים ולרסן עד כמה שניתן את הנטייה האנושית של השופט לערב שיקולים וערכים אישיים בהחלטות שיפוטיות. על פי עקרון החוקיות, בעולם וגם במקומותינו, עד סוף שנות השבעים - מועד כניסתו של ברק לבית המשפט העליון - היו מקובלים ארבעה תנאים מחמירים מאוד, שרק בהינתן אחד מהם רשאי בית המשפט להתערב בענייני הרשות המבצעת. ואלה הם: חוסר חוקיות הפעולה; חריגה מסמכות; מטרה זרה או שיקולים זרים, כגון הפליה; התנהלות בניגוד ל"כללי הצדק הטבעי", היינו, אין לשלול מאדם זכות מבלי לנמק זאת בפני הניזוק ולאפשר לו זכות טיעון.

5. רות גביון, מרדכי קרמיניצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000, עמ' 157.

עם החלפת עקרון החוקיות בעקרונות "הסבירות" ו"המידתיות", בוטלו למעשה ארבע מגבלות חמורות אלה להתערבות בג"ץ ונפרץ הסכר האחרון. בג"ץ נטל לעצמו סמכות, שאינה מוקנית לו בחוק ואינה מקובלת בשום שיטת משפט דמוקרטית, להכריע בכל עניין כרצונו, באופן סופי ומחייב. בכלל זה אפשר לעצמו בג"ץ לפסוק בעתירות נגד הרשויות האחרות על פי שיקול דעתו וללא כל סייגים חוקיים. עתירות כאלה החלו להגיע בכמויות לאחר שנפרצו הסכרים של שני העקרונות הקודמים, שכן כל בעיה וכל עותר יכולים להגיע לבג"ץ. למרות העיקרון המשפטי שכל מה שאינו בלתי חוקי הוא חוקי, נטל בג"ץ לעצמו סמכות לפסוק על פי מה שבעיניו נתפס "סביר" בראיית "האדם הסביר", לרבות ובמיוחד "עובד ציבור סביר". בפסק דין של השופט ברק (בג"ץ 389/80) נאמר: "השאלה היא אם כן אם עובד ציבור סביר... היה עשוי לקבל בנסיבות העניין אותה החלטה". ויודגש, המחליט מה היה עובד ציבור סביר מחליט הוא בג"ץ! בפרפראזה על דברי לואי הארבעה עשר, החליט השופט ברק "האדם הסביר הוא אני". גם כאשר כל השיקולים הרלוונטיים נלקחו בחשבון ולא נלקחו בחשבון שיקולים בלתי רלוונטיים, עדיין בג"ץ מרשה לעצמו לפסול החלטה של רשות שלטונית בטענה שהמשקל היחסי שניתן לשיקולים השונים אינו נכון (לדעתו), או שהחלטה אינה "מידתית". כדברי השופט ברק בבג"ץ פנחסי 4267/93: "עצם העובדה שהרשות השלטונית לקחה בחשבון את כל השיקולים הרלוונטיים ושיקולים אלה בלבד, אין בכך כדי להבטיח את סבירות ההחלטה. החלטה המתחשבת בכל השיקולים הרלוונטיים תהא בלתי סבירה אם היא לא נתנה משקל ראוי לשיקולים השונים". דוגמאות מאפיינות לגישה זו של "איזון אינטרסים" יובאו בהמשך.

החלפת עקרון החוקיות בעקרונות "הסבירות" ו"המידתיות" (ולעיתים אף "הנאורות") מאפשרת לבג"ץ לפסוק על פי שיקול דעתו הבלעדי והבלתי מוגבל בכל עניין ועניין הנראה לו. בפועל, עקרונות אלה מאפשרים לבג"ץ לשלול כל החלטה שלטונית, גם כשאין בה שום דופי חוקי, רק משום שאינה נראית לבית המשפט העליון. כדברי פרופסור גביון⁶, "גישה איזון האינטרסים נותנת כוח לבג"ץ בכך שהיא מעבירה החלטות

6. רות גביון, מרדכי קרמניצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000, עמ' 89.

מן הרשות המוסמכת אליו". המשנה לנשיא בית המשפט העליון, השופט מנחם אֶלון, תקף אף הוא את עקרון הסבירות במישור העקרוני. לדבריו, מבג"ץ ז'רז'בסקי (1635/90), "ההרחבה המופלגת ביישום עקרון הסבירות מביאה את חבריי לקביעתו, כי לעניין כל נושא באשר הוא קיימות אמות מידה משפטיות לבחינת סבירותו, וממילא הוא שפיט. לדעתי, אין הדבר כך... אין בידי בית המשפט קני מידה משפטיים לבדיקת סבירותן של פעולות מדיניות וצבאיות... דברים אלה יפים הם, מכוח קל וחומר, לעניין בדיקת סבירותן של הסכמים פוליטיים". יתרה מכך, השופט אֶלון הוסיף הסתייגות מהותית וכתב כי "עקרון הסבירות... אין מקומו בגלריה הערכית של מערכת המשפט, ואין מקומו בתפיסות תרבות ומוסר; עיקרון זה אינו נמנה עם משפחת הצדק, היושר, החירות והשלום, ואף אינו קרוב רחוק של עקרונות יסוד של המערכת המשפטית".

באמצעות עקרון "הסבירות" יצר השופט ברק מבנה משפטי שמאפשר לבג"ץ לדון בכל עניין שמועלה על ידי כל אחד ולהחליט כראות עיניו על פי עקרון הסבירות. חמישה עשר שופטי בג"ץ שנבחרים על ידי תשעה חברי הוועדה לבחירת שופטים, שמתוכם שלושה הם שופטי בג"ץ, הגיעו בדרך זו לשלטון מוחלט, ללא מצרים, בכל סוגיה שלטונית-ציבורית שנראית להם, תוך ביטול דעתם של מיליוני אזרחי המדינה, המיוצגים על ידי הכנסת הנבחרת והממשלה שזכתה לאמון הכנסת. ואולם, אפילו בכך לא היה די והשופט ברק נקט צעדים נוספים לביצור שלטונו ההגמוני המוחלט של בג"ץ.



כלים ההופכים את בג"ץ ל"בית מחוקקים עליון"

"כָּל שִׁטָּה לְגִיטִימִית, כָּל דֶּרֶךְ כְּשֶׁרָה"

א. פרשנות תכליתית של החוקים, שלא על פי לשון החוק ואף בהתעלם ממנה. אין חולק כי מערכת המשפט חייבת להיות עצמאית ואסור שתקבל הנחיות מגורם כלשהו מלבד חוקי המדינה. ואכן, לפי חוק יסוד השפיטה, "לא תחול על שופט מרות מלבד מרות החוק". אולם כידוע, עריצים אינם מוכנים לשום מגבלה על כוחם ולכן נטל לעצמו בג"ץ את הסמכות להגדיר בעצמו את תכלית החוק, גם בהתעלם ממשמעותו, כפי שהיא באה לידי ביטוי בלשון החוק. כשהדבר נראה לו, בג"ץ משתמש בדברי ההסבר לחוק המייצגים רק את עמדת מציע החוק, אף שלעיתים הם אינם משקפים כלל את לשון החוק שהתקבל או התעדכן. במקרים אחרים, בג"ץ משתמש בפרוטוקול הדיון בכנסת שבו ההשתתפות לעיתים דלילה מאוד, והוא אינו מייצג בהכרח את עמדת חברי הכנסת שהצביעו בעד החוק ולא השתתפו כלל בדיון. ברצונו, ימצא אפוא בג"ץ ניסוח תכלית כזה שירוקן את החוק מתוכנו המוגדר ויתאים לרצון בג"ץ. בדרך זו שחרר את עצמו בג"ץ למעשה מכפיפות לחוק וממגבלה כלשהי בדרכו להחליט ככל העולה על רוחו. כך, למשל, פירש בג"ץ את המונח "בן זוג", המקנה לבן זוג של נפטר זכויות לגמלת הנפטר, כמכוון גם לבני זוג מאותו מין, אף שברור כי לא זו היא כוונת המונח (בג"ץ 721/94).

ב. מתן מעמד-על לחוקי היסוד "כבוד האדם וחירותו" ו"חופש העיסוק". כדי להשלים סופית את מעמדו ההגמוני המוחלט חתר בג"ץ ליכולת לפסול חוקים של הכנסת, אף שאין בנמצא חוק המסמיך אותו לעשות כן. הפתרון לכך נמצא בהמצאה צינית של "מהפכה חוקתית" שמעולם לא הייתה. בערעור אזרחי 6821/93 כתב השופט ברק: "עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התרחשה מהפכה חוקתית במעמדן של זכויות האדם בישראל. מספר זכויות הפכו לזכויות חוקתיות-על-חוקיות. הפוליטיקה הישראלית הפכה, בכל הנוגע לזכויות האדם, לפוליטיקה חוקתית. התרחשה קונסטטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי". באותו ערעור הוסיף השופט ברק כי "המהפכה החוקתית התחוללה בכנסת במרץ 1992. הכנסת העניקה

למדינת ישראל מגילת זכויות אדם חוקתית. מהפכה זו היא פרי התפתחות רבת שנים ותהליך חוקתי רב-ממדים". ואולם, לדברים אלה אין שחר, שכן לחוק יסוד "כבוד האדם וחירותו" לא קדם שום תהליך חוקתי רב-ממדי וגם לא שום חוק יסוד העוסק בזכויות אדם, מה עוד שהחוק התקבל בהצבעה שבה השתתפו פחות ממחצית הח"כים. לדעת ברק⁷ "המושג כבוד האדם וחירותו... יש ליתן לו אותו תוכן אשר ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית מעניקים (אובייקטיבית) למושג 'כבוד האדם וחירותו'. מהותו תיקבע על פי תפישת היסוד של הציבור הנאור בישראל. על כן, יש לכלול במסגרת 'כבוד האדם וחירותו' את השוויון, חופש הביטוי, חופש האמונה והדת, חופש היצירה, האסיפה וההתאגדות, כל אלה הם ביטוי לכבוד האדם וחירותו במדינה יהודית ודמוקרטית".

ואולם, בכך מפרש השופט ברק את החוק כך שיתאים לדעתו של מיעוט קטן מאוד, ומכוון לתפישת העולם שלו עצמו. זאת ועוד, הפרשנות של ברק לחוקי היסוד הנ"ל כוללת זכויות שאינן נזכרות כלל בלשון החוק, לרבות חופש הביטוי! חמור מכך, החוק טורח לציין זכויות שונות, כמו זכות הקניין או הזכות לפרטיות, ופירוט הזכויות הכלולות בחוק מעיד, על פי עקרונות היסוד של פרשנות משפטית, כי המחוקק התכוון לזכויות שציין במפורש ולא לשום זכויות אחרות. זכויות אדם אמורות להיות מוגדרות בנפרד ובאופן מפורט במסגרת חוקים ספציפיים כמקובל בעולם. עשרת התיקונים הראשונים לחוקה האמריקנית, הידועים בכינוי "מגילת הזכויות" והמקנים בין השאר את הזכות לחופש הביטוי, זכות השתיקה והזכות לחירות, הם דוגמה מובהקת לאופן שבו זכויות כגון דא נוצרות בעולם המשפט. זכויות כאלה אינן יכולות אפוא להיות פרי חקיקה שיפוטית. מדובר בנורמות משפטיות מהותיות המעצבות את התנהלות המדינה והחברה. בדמוקרטיה נורמות כאלה נקבעות על ידי המחוקק בלבד כנציגו של הציבור כולו. הדעת אינה סובלת שבג"ץ באופן שרירותי, תוך שימוש בפרשנות מלאכותית ומאולצת, יקבע נורמות שכאלה כדי להגיע בעתיד ועל יסודן לתוצאה הרצויה לו משפטית, על פי השקפת עולמו הפוליטית.

7. אהרון ברק, "זכויות האדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א', תשנ"ב, נ"ג, 253, 261.

בג"ץ הפך אפוא את חוק יסוד "כבוד האדם וחירותו" לאבן יסוד ב"מהפכה החוקתית" שיזם. הוא משתמש בו, בניגוד לסמכותו, כחוק-על העומד מעל חוקי הכנסת וכצידוק לפסילת חוקים שאינם עומדים לדעת בג"ץ בקריטריונים שהגדיר בפרשנותו המנותקת לחלוטין מלשון חוק היסוד. זהו ביטוי מובהק להתנהלות פוליטית של צבירת כוח מוחלט במסווה משפטי, תוך דחיקת מעמדה של הכנסת כמחוקק. על כך שבג"ץ כגוף שלטוני חרג מסמכותו לעשות רק מה שהחוק מתיר כתבה פרופסור גביון⁸: "אין תקדים בעולם למצב שבו בית המשפט מכריז על מעמד-על לחוקי יסוד ונוטל לעצמו סמכות של ביקורת שיפוטית על חקיקת הכנסת, ללא קיומו של מסמך חוקתי שלם וללא הוראה מפורשת". זאת ועוד, מתן כסות חוקית למכוונות בלעדית לזכויות הפרט, בהשפעת תרבות המערב, יוצר ניכור כלפי האחר. שיח זכויות האדם אינו חזות הכול. בהעדר איזון, הוא בא על חשבון אחריות לחברה, בבחינת "כל ישראל ערבים זה לזה", וברוח זו התבטא לאחרונה שופט בית המשפט העליון נעם סולברג⁹. בנוסף, שיח שליט זה הממוקד בפרט חותר תחת "עקרון הרוב" העומד ביסוד הדמוקרטיה ומכרסם בתפישות הציוניות שביסוד הקמת המדינה. השימוש המעוות של בג"ץ בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו פגע באינטרסים לאומיים יסודיים, כמפורט בהמשך, והתניע תהליך של הפיכת ישראל למדינה דו-לאומית.

8. רות גביון, מרדכי קרמיניצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000, עמ' 17.

9. יונתן אוריק, שופט העליון מתקיף: "שיח הזכויות - עיוות; המשפט אינו חזות הכול", מקור ראשון, 25.4.14.

שער שני: התנהלותו של בית המשפט העליון כדיקטטור

בשער זה נפרט כיצד משתמש בית המשפט העליון בסמכויות הנרחבות שניכס לעצמו. נציג שורה של פסיקות שמפרות את האיזון בין הרשויות, תוך פגיעה בסמכויות הייחודיות של הכנסת, הממשלה, צה"ל, השב"כ, היועץ המשפטי לממשלה ורשויות הדת. בהמשך נפרט החלטות פוליטיות של בג"ץ המבטלות את יכולתו של הציבור לקבוע את ערכי היסוד של המדינה. נראה כי בג"ץ עושה שימוש בכוח שצבר על מנת לקדם מהלכים פוליטיים שנושאים חן בעיניו מחד, ולעצור מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם התפיסה הפוליטית שלו מאידך.

-5-

תוצאות התערבות בג"ץ בתפקוד הרשות המבצעת והמחוקקת

"כִּי־סֵי קָטַן בְּגִלְיָמָה מְכִיל עַד מֵאָה וְעֶשְׂרִים" (ח"כים)

א. התערבות בחקיקה

בית המשפט העליון הציב עצמו בפועל מעל לחוק וכמי שמוסמך לפסול חוקים של הכנסת. פסילת החוק שמכשיר את השידורים של מספר תחנות

רדיו (בג"ץ 1201/99) הוא בבחינת מעט המחזיק את המרובה. בג"ץ מפרש את חוקי הכנסת באופן שלעיתים מנותק מתוכנם ואף סותר את תוכנם ועושה בו שימוש שרירותי, לפי הנסיבות, זאת כדי להשיג את התוצאה הרצויה מבחינתו, בידיעה שאין כל אפשרות לערער על פסיקותיו. יתרה מכך, בית המשפט העליון אינו נרתע מחקיקה שיפוטית כדי לכפות את דעתו. דוגמה מובהקת לחקיקה שיפוטית מרחיקת לכת היא כאמור קביעתן של זכויות מהותיות ככאלה המוקנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף כי זכרן לא בא בלשון החוק, וזאת על יסוד "פרשנות" חסרת מעצורים של צמד המלים "כבוד האדם".

דוגמה מובהקת לפרשנות מעוותת של חוק היסוד האמור שהביאה לפסילה של כעשרה חוקים עד כה היא פסק הדין בבג"ץ 7146/12, אשר חושף במלואה את החתירה של בג"ץ תחת עצם קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. פסק הדין פוסל את "חוק המסתננים" המתיר למדינה להחזיק במעצר במשך שלוש שנים את מי שהסתנן באופן בלתי חוקי לישראל, או עד למועד גירושו מן המדינה, לפי המועד הקצר יותר. החוק נפסל בראש ובראשונה כי לשיטת בג"ץ "כליאת המסתננים ושליטת חירותם לתקופה ארוכה היא פגיעה אנושה ולא מיידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם", וזאת בטרם נקבעה אחריותם הפלילית. פסיקה זו של בג"ץ הינה בבחינת אחיזת עיניים מובהקת היות וברי לחלוטין שכל מסתנן, מעצם כניסתו הבלתי חוקית ארצה, הנו עבריין פלילי לכל דבר ועניין.

בפסק הדין, שהתקבל פה אחד על ידי תשעה שופטים, בג"ץ עושה שימוש ציני ברטוריקה ליברלית של זכויות אדם המנותקת לחלוטין ממציאות החיים של הסתננות בלתי חוקית ארצה ובניגוד לעיקרון של "עניי עירך קודמים". שהרי כחמישים אלף סודנים הפכו את חייהם של תושבי שכונות רבות בישראל, ובמיוחד בדרום תל אביב, לבלתי נסבלים. זאת כאשר במדינות מתקנות להפליא כמו אוסטרליה וארצות הברית אין כל הגבלה חוקית על משך מעצרם של מסתננים, לרבות ילדיהם, אפילו כשמדובר בפליטים ולא רק במסתננים מחפשי עבודה, כמו המסתננים הסודנים.

האמירה בהקשר למעצרם של המסתננים כי "שליטת חירותו של אדם היא פגיעה קשה" וכי יש בכך פגיעה בכבוד האדם היא זריית חול בעיניים. כפי שידוע היטב לשופטי בג"ץ, לישראל יש הסכם עם שתי מדינות באפריקה,

לפיו הן מוכנות לקלוט את המסתננים שיסכימו להיות מגורשים אליהן. הנה כי כן, מפתח תא המעצר מצוי בידי של המסתנן, אם אך יאות להיות מגורש לאותן מדינות אפריקניות, כך שהמסתנן הוא הבוחר במעצרו.

הצביעות בשימוש בטיעון של זכויות אדם בהקשר למסתננים זועקת לשמיים, הן נוכח ההתעלמות ממצוקתם של תושבי דרום תל אביב ושכונות נוספות, והן נוכח רמיסת החירות של אזרחי ישראל שאין כמותה בשום מדינה דמוקרטית. הרוב המכריע של הנאשמים בבתי המשפט המחוזיים בישראל מוצאים את עצמם קודם כל מאחורי סורג ובריח. כמוהם, לא מעטים מן הנאשמים בבתי משפט השלום, שם העבירות הרבה פחות חמורות. התנהלות זו של בית המשפט העליון גורמת למעצרים של אלפים רבים מידי שנה, וזאת מבלי שנקבעה אחריותם הפלילית לפני מעצרים. ויודגש, לא מעט מן העצורים הללו מוצאים את עצמם מאחורי סורג ובריח במשך שנתיים ואף שלוש, ורק אחר כך מבררים שופטי ישראל, בגיבוי בג"ץ, אם אשמים הם אם לאו.

מעל לכול, בכוונת מכוון מעודד בג"ץ את תופעת ההסתננות ומעמיד את המדינה במצב של חוסר אונים גמור, באשר ליכולתה לבלום את הסתננותם הצפויה והבלתי חוקית של המוני מסתננים בעתיד. מאחר ששופטי בג"ץ מודעים היטב למשמעות ולתוצאות של פסק דינם, אין מנוס מהמסקנה כי בפסק הדין האמור יש משום ערעור, שלא לומר הכרזת מלחמה, על עצם המשך קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, והוא בבחינת מתכון להפיכת ישראל למדינת "כל מסתנניה".

בכך לא תמה מסכת ההתקפות של בג"ץ על ריבונות הכנסת ועקרון הפרדת הרשויות. לאחר שהממשלה והכנסת נעתרו לדרישת בג"ץ ותיקנו את חוק המסתננים (תיקון מספר 4) הדרדר בג"ץ לשפל המדרגה מבחינה ציונית ודמוקרטית ותוך שנה פסל שוב את החוק (בג"צים 8425/13, 7385/13). הרכב מורחב של 9 שופטים קבע ברוב דעות כי גם קיצור תקופת המשמורת המרבית לשנה ומתקן שהשייה (להבדיל מכלא) "חולות" בנגב - שנועד למסתננים שטרם נוצרה אפשרות להרחיקם מהארץ - פוגעים בכבוד האדם וחירותו ואינם חוקתיים. בכך רמס בג"ץ ברגל גסה את הצרכים החיוניים של המדינה, תוך שהוא משתמש בתירוץ של כבוד המסתננים ומתעלם בפועל מכבודם ורווחתם של תושבי דרום תל-אביב.

ב. התערבות בעבודת הכנסת

להלן שתי דוגמאות מייצגות לחריגה מעקרון הפרדת הרשויות מול נציג הריבון במדינה דמוקרטית, דהיינו הכנסת:

◀ ביטול החלטה של ועדת הכנסת בעניין פגיעה בזכויותיו של ח"כ פלטו שרון בטענה שחרגה מסמכותה (בג"ץ פלטו שרון, 306/81). בג"ץ שם עצמו אפוא למעין יו"ר-על של הכנסת.

◀ פסילת נהלים פנימיים של עבודת הכנסת בנושא הצעות חוק פרטיות והצעות אי-אמון בממשלה (בג"ץ יוסי שריד, 652/81) וכפיית נהלים חדשים.

ביודעו שהתערבות בוטה זו חורגת מסמכותו, נתן בג"ץ הסבר להחלטתו שיש בו משום ניסיון לרבע את המעגל, ניסיון הנדון מראש לכישלון: "סדרי העבודה של בית הנבחרים הם עניין פנימי שלו ... ומן הראוי הוא כי הרשות השופטת תמשוך ידה ממנו, לכן בג"ץ יתערב רק כאשר הכנסת פועלת תוך פגיעה מהותית במרקם החיים הפרלמנטריים ו/או בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי". האומנם סדרי עבודת הכנסת פגעו מהותית במשטר החוקתי? בניגוד למס השפתיים שצוטט לעיל, התערבות זו של בג"ץ היא המערערת את יסודות המשטר הדמוקרטי שלנו. על כך כתב ד"ר דותן¹⁰: "דומה שלהתערבות בג"ץ בשיטות העבודה של הכנסת אין אח ורע בשיטות הממשל הדמוקרטי המוכרות לנו, והיא מעוררת שאלות נכבדות".

ג. התערבות במדיניות הממשלה ופעילותה

◀ פסילת המינוי של פקידיים בכירים למשרות ציבוריות, אף שבוצע כחוק. בבג"ץ אייזנברג (6163/92) פסל בג"ץ את מינויו של מנכ"ל משרד השיכון על ידי שר השיכון בטענה שאינו סביר, אף שלא חרג מהוראות החוק. מנימוקים דומים נפסל גם מינויו של אהוד יתום ליועץ ראש הממשלה לענייני טרור (בג"ץ 4668/01).

◀ התערבות בהרכב הממשלה: בבג"ץ דרעי (394/93) מנע בג"ץ את המשך כהונתו של השר דאז אריה דרעי בממשלה, בגין הגשת כתב אישום נגדו. כל זאת אף שחוק יסוד: הממשלה, כנוסחו אז, לא חייב זאת ואף

¹⁰ רות גביוון, מרדכי קרמיצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000, עמ' 41.

שמינוי שרים על ידי ראש הממשלה הוא עניין פוליטי מובהק. התערבות זהה הייתה בבג"ץ סגן השר פנחסי (4267/93). בין נימוקי פסק הדין מציין בג"ץ כי בהחלטתה שלא לפטר את פנחסי, הרשות המוסמכת (ראש הממשלה) לא איזנה כראוי בין השיקולים השונים, אף כי לקחה בחשבון את כל השיקולים הדרושים ואותם בלבד. האם קיימת ולו ערכאה שיפוטית אחת בעולם הדמוקרטי שפסקה כי על ראש הממשלה לפטר שר וסגן שר בטענה אבסורדית שכזו? ויודגש, זה אינו אלא תירוץ משפטי שסלל את דרכו של בג"ץ, כמייצג "הציבור הנאור", להדיח מהממשלה שר וסגן שר שהשקפתם שונה משלו.

◀ התערבות בנושאי מדיניות כלכלית: פסיקת בג"ץ (244/00) לבטל את ההחלטה לגבי גובה הפיצויים לחקלאים והתמשכות הדיון מ-2000 עד 2011 גרמו לכך שלא היה הסדר עם החקלאים ולכן לא שוחררו אדמות חקלאיות לבנייה. הדבר השפיע לרעה על מחירי הדיור והחריף את משבר הדיור¹¹.

ד. התערבות במדיניות ובפעילות של צה"ל ומערכת הביטחון

בית המשפט העליון מתיר לעצמו לפסול מדיניות מקצועית של צה"ל ולכבול את ידו במלחמתו בטרור, למשל באמצעות:

◀ כפיית שינוי התוואי של גדר הביטחון בניגוד לשיקולים ביטחוניים ולעמדת מערכת הביטחון וחרף העלויות הכבדות. זאת תוך העדפה מפורשת של הנגישות הנוחה של פלאחים ערביים לשדותיהם על פני "הזכות" של אזרחי ישראל לביטחון מרבי (בג"ץ 2056/04).

◀ צמצום ניכר מאוד של יכולתם הלכה למעשה של כוחות הביטחון לגרש מחבלים-רוצחים מתחומי יהודה ושומרון ולהרוס את בתיהם (בג"ץ 7015/02, 7019/02). כך למשל, טלי חטואל וארבעת בנותיה נרצחו ב-2.5.04. מירי של מחבלים מתוך צריף שבג"ץ אסר על צה"ל להרוס.

◀ איסור "נוהל שכן" שעיקרו שליחת שכן לבית מחבלים כדי להבהיר להם שאם לא ייצאו הבניין ייהרס עליהם. בג"ץ פסל את הנוהל כבלתי סביר (בג"ץ 3799/02), אף שהנוהל צמצם מאוד את הסיכון לחיילי צה"ל וגם חסך חיי מחבלים.

11. ראיון עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטובין קושיצקי, "כתב אישום", מקור ראשון, 22.1.13.

◀ במהלך מבצע חומת מגן (2002), שנועד לעצור את גל הטרור אשר בו נרצחו מאות רבות של ישראלים, הוציא בג"ץ לא פחות מעשרה פסקי דין. קצינים בכירים נאלצו להתייצב בבית המשפט תוך כדי לחימה כדי לתת הסברים לבג"ץ, שהפך ל"מפקח העליון על הכוחות בשטח"¹². כך למשל, התערב בג"ץ בשיקולי ניהול הלחימה במחנה הפליטים בג'נין בסוגיית פינוי גופות פלסטינים (בג"צים 3114-6/02). ראוי לציין כי ביטול החובה להראות זכות העמידה (כלומר, להראות שנגרם לעותר נזק) מאפשר למדינות זרות להפריע לצה"ל תוך כדי לחימה. זאת על ידי ייזום עתירות לבג"ץ, כמו במקרה דנן, מטעם ארגונים אנטי-ציוניים שהן מממנות.

◀ פסק הדין בבג"ץ 769/02 הציב בפני צה"ל רף שלא הוצב מעולם על ידי שום בית משפט בפני צבא כלשהו, קרי רף המידתיות בכל הנוגע לביצוע סיכולים ממוקדים.

◀ חרף ירי הטיילים על ישראל, לרבות על תחנת הכוח באשקלון, חייב בג"ץ (9132/07) את המדינה לספק חשמל ודלק למדינת חמסטאן שברצועת עזה בכמות שתענה על צרכים הומניטריים.

◀ לדברי פרופסור פרידמן, שר המשפטים לשעבר (המזוהה עם מפלגות ד"ש ושינוי) וחתן פרס ישראל למשפטים (1991)¹³, דו"ח גולדסטון השתמש בפסקי דין של בג"ץ כדי לתקוף מהלכים מבצעיים של צה"ל.

ה. התערבות בעבודת שירות הביטחון הכללי

נציין להלן שתי דוגמאות בולטות:

◀ איסור להפעיל "כוח פיזי מתון" כגון טלטולים גם בחקירת מחבל שהוא פצצה מתקתקת (בג"ץ 1049/99). בכך דחה בג"ץ נוהל המתיר זאת שהומלץ בשנת 1987 על ידי ועדת חקירה בראשות נשיא בית המשפט העליון לשעבר, השופט לנדאו.

◀ פסילת החלטת שר הביטחון לאסור על נציגי הצלב האדום לבקר את המחבלים הבכירים מתנועות החיזבאללה ואל-עמל, עובייד ודיראני. החלטת השר הייתה משקל נגד לאיסור חיזבאללה על ביקורים כאלה אצל רון ארד וחיללים אחרים, אשר החיזבאללה סירב למסור פרט כלשהו

¹². ראיון עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטוביץ קושיצקי, "כתב אישום", מקור ראשון, 22.1.13.

¹³. שם.

עליהם לאחר חטיפתם. בכך נטל לעצמו בג"ץ סמכויות של שר ביטחון-על, בנימוק של חוסר סבירות שלא לנהוג בחמלה והומניות גם כלפי הגרועים שבאויבים, כל זאת מבלי שבג"ץ נושא באחריות כלשהי לתוצאות החלטותיו (בג"ץ 794/98). בפרשה אחרת שעניינה גם כן עובייד ודיראני (דיון נוסף פלילי 7048/97), החליט בית המשפט העליון לשחרר אותם ממעצרם בישראל. על כך כתב השופט חשין בדעת מיעוט: "הכך נוכל להילחם באויבינו, שהם יחזיקו באנשינו ואנו לא נוותר להחזיק באנשיהם?"

התערבות בוטה זו של בג"ץ בעבודת מערכת הביטחון - שחודרת אפילו עד פרטי הפעילות המבצעית ברמה הטקטית¹⁴ - פוגעת קשות בכוחה של המערכת להילחם בטרור. הפגיעה אינה מצטמצמת למישור הפיזי אלא נוגעת גם למישור המוסרי. בג"ץ חותר להטמיע נורמות צדקניות ובלתי מציאותיות המכרסמות בתחושה של צדקת הדרך במאבק בטרור הרצחני ומצמצמות באופן חריף את היכולת לפגוע במחבלים. זאת אף על פי שהאסטרטגיה הבסיסית של המחבלים היא להסתתר מאחרי נשים וילדים ולרצוח ללא הבחנה אזרחים חפים מפשע במספר גדול ככל האפשר. בכך מגביל בג"ץ באופן חמור את יכולת ההגנה של ישראל ומסכן את חיי אזרחיה. מהמקורות ידוע כי "המרחם על אכזרים סופו שיתאכזר לרחמנים"; ואכן, החלת הנורמות הצדקניות במאבק מול החמאס, למשל, הייתה גורם מרכזי להפקרה מתמשכת של תושבי הדרום לטילים הנורים מעזה.

1. התערבות בהחלטות היועץ המשפטי לממשלה

בבג"ץ שפטל (223/88) כפה בג"ץ לראשונה, באופן תקדימי, על היועץ המשפטי להורות למשטרה על פתיחת חקירה פלילית נגד עורך "ידיעות אחרונות" וכתב של העיתון. זאת לאחר שהיועץ סירב לעשות כן בטענה שאין זה אינטרס של הציבור. בבג"ץ 935/89 ביטל בית המשפט את החלטת היועץ המשפטי שלא להעמיד לדין את הצמרת הניהולית של הבנקים בעקבות קריסת מניות הבנקים. פסקי דין כגון דא אינם בנמצא במדינות מתוקנות כלשהן.

14. פרופ' סטיוארט כהן ופרופ' עמיחי כהן, יורים ושופטים: ביטחון ומשפט בישראל, הוצאת ידיעות אחרונות, 2014.

ז. התערבות בנושא דת והלכה

בבג"ץ 465/89 פסל בית המשפט החלטה של מועצה דתית שלא להעניק תעודת כשרות לאולמי שמחה. בבג"ץ לא נרתע אפוא מלכרסם באוטונומיה של גופים דתיים בנושאים הלכתיים, אף שמדובר במונח הלכתי מובהק הנתון לפרשנות בלעדית על פי כללי ההלכה בלבד.

ח. התערבות בהליך הפוליטי

בבג"ץ 1601/90, 1064 החיל בית המשפט חובת פרסום של הסכמים קואליציוניים, אף שלא היה שום חוק המחייב זאת ואף שכדברי פרופסור גביזון¹⁵ "גם בשיטות שיש בהן חוקה נוקשה אין ביקורת שיפוטית על ההליך הפוליטי" (עמ' 95). לדבריה, "פוליטיקאים המרגישים כי אינם משיגים את חפצם בפורומים הפוליטיים פונים, לפני הניסיון, אחריו או במהלכו, ומבקשים הכרעה שיפוטית". הנה כי כן האקטיביזם השיפוטי יוצר משפטיזציה של הפוליטיקה ופוליטיזציה של המשפט.

בבג"ץ (4921/13) חייב שני ראשי ערים (רמת השרון ונצרת עילית) שהוגש נגדם כתב אישום להתפטר, ובכך המיר את "אמון הציבור", שהוא כה בסיסי בדמוקרטיה, באמון הבג"ץ. יחד עם זאת, הותר להם להתמודד בבחירות שנערכו חודשיים אחר כך. בבחירות אלה הציבור הביע בהם אמון והם נבחרו מחדש. מדובר בפסק דין הלוקה בסתירה פנימית, שכן אם נאשמים ראויים להתמודד בבחירות, ודאי שהם רשאים לכהן בתפקיד שהם נבחרו לו. מעל לכול, ההדחה, חודשיים לפני הבחירות, מהווה התערבות גסה בהליך הדמוקרטי.

ט. התערבות הפוגעת בחירויות האזרח

תמצית מהותו של מוסד בג"ץ בעולם, מאז היווסדו בשלהי המאה ה-17 באנגליה, הייתה הגנה על חירותו של האזרח ממעצר שרירותי בידי הרשות השלטונית. זאת באמצעות צווי "הביאס קורפוס", קרי, צווים המורים לשלטון לנמק בבית המשפט את חוקיותו של צו מעצר שהוציא נגד העותר. הפסיקה נטולת הריסון של בג"ץ הביאה אותו בשנים האחרונות לכך שהפך לבית משפט המחזיר לכלא את מי שהרשות המבצעת (שירות בתי הסוהר

15. רות גביוון, מרדכי קרמיצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000, עמ' 154.

באמצעות ועדת השחרורים) מצאה לנכון לשחרר בתום ריצוי שני שלישים מעונשו. זאת על יסוד עתירות לבג"ץ של גורמים נטולי כל אינטרס ממשי שנפגע עקב השחרור.

אפילו פרופסור קרמניצר, הידוע כחסיד של האימפריאליזם השיפוטי, התקומם נגד מגמה זו: "בפנינו מהפך שלם, מבית משפט שהוא מגנו של האזרח, לבית משפט שהוא זרוע שלטונית העוסקת בחבישת אנשים בבית האסורים; מבית משפט שהוא כתובת לעותרים בפניו על כליאה או מעצר שווא, לבית משפט המחזיר לכלא את מי שכבר נפטר לביתו". הציטוט לקוח מחוות דעת שכתב קרמניצר בעקבות בג"ץ 706/94 (פסק הדין ניתן בשנת 1999) שבו הורה הבג"ץ לבטל חנינה שניתנה על ידי נשיא המדינה ולהחזיר לכלא את מקבל החנינה, לאחר שחלפו יותר מחמש שנים מאז שוחרר ממאסרו עקב החנינה שקיבל.



פסיקה בעלת גוון פוליטי של בג"ץ

"כָּל יוֹם, בֵּין תַּשֶּׁע לַשְּׁעֵת דְּמִדּוּמִים מְשַׁדָּךְ פְּנֵנָה לְחֻקִּים"

א. פסיקה שנועדה להכתיב מדיניות המקובלת על בג"ץ

בית המשפט העליון מקבל החלטות אנטי ציוניות כגון אלה:

◀ מתן גיבוי ל"חוק שבות" ערבי באמצעות חתונות עם ערבים בעלי אזרחות או תושבות ישראלית (בעקבותיו קיבלו 130 אלף ערבים אזרחות או תושבות בשנים 1994-2002). במקביל, נרשם ניסיון לבטל את "חוק האזרחות והכניסה לישראל" האוסר זאת, חוק שאותו חוקקה הכנסת באיחור רב. במענה לעתירה נגד חוק האזרחות פסקו שישה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב בבג"ץ כי החוק אינו חוקתי וסותר את "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו", אם כי בסופו של דבר העתירה נדחתה בנימוק טכני (בג"ץ 7052/03).

◀ בבג"ץ קעאדן (6698/95) הטיל בית המשפט חובה על היישוב היהודי קציר לקלוט אליו ערבים בנימוק שאין למנוע מערבים לרכוש בית ביישוב שמנהל מקרקעי ישראל הועיד בפועל להתיישבות יהודית. כל זאת גם אם מדובר באדמות שהיו במקורן אדמות הקרן הקיימת לישראל, שנקנו בכספי העם היהודי כדי לשמש כקרקעות הלאום. בג"ץ הוכיח שמדובר בסטנדרט כפול בכך שדחה שבע שנים קודם לכן עתירה מקבילה של קצין משטרה שביקש לקנות אדמה ביישוב בדואי (בג"ץ 528/88). פסק הדין נומק בטענה כי מדובר ביישוב הומוגני, ויש לשמור על הלכידות החברתית שבו.

◀ בית המשפט העליון אישר לרשימות הערביות בל"ד ורע"מ-ת"ע"ל להשתתף בבחירות לכנסת בשנת 2003 חרף חוק האוסר השתתפות רשימה המתנגדת לאופייה היהודי של ישראל, חוק המעוגן הן בהצהרת העצמאות והן בחוקי היסוד (בג"ץ 651/03). כידוע, כל הרשימות הערביות מתנגדות בגלוי לאופייה היהודי של המדינה ופועלות בגלוי לביטולו. אחד מחברי הכנסת שנבחרו בחסות פסיקת בג"ץ הוא עזמי בשארה, שנחשד בריגול ובשיתוף פעולה עם ארגון חזבאללה במהלך מלחמת לבנון השנייה - ונמלט למדינת אויב ערבית. החלטה זו חזרה על עצמה כאשר ב-21.1.09

ביטל בג"ץ (561/09) את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לפסול מפלגות אלה מלהשתתף בבחירות.

◀ המפלגה היחידה שפסילתה אושררה בבג"ץ הייתה רשימת "כך" של הרב מאיר כהנא בכנסת ה-12, בבחירות 1988.

◀ בית המשפט העליון דורש שוויון מוחלט ואף אפליה מתקנת בקבלה למשרות ממשלתיות וציבוריות. זאת חרף מודעותו לכך שמרבית ערביי ישראל מצביעים בעד מפלגות הפועלות לביטול מהותה של ישראל כמדינה יהודית. ראו לעניין זה את הפסיקה המחייבת אפליה מתקנת במינוי ערבים לדירקטורים בחברות ממשלתיות (בג"ץ 10026/01), או חיוב העדפה מתקנת בקביעת תקנים בתחום החינוך במגזר הערבי הבודאי בנגב (בג"ץ 6671/03).

◀ בניגוד לדגל השוויון, בית המשפט העליון עוסק במניעת שחרור בני ישיבות מצה"ל, אך דוחה על הסף עתירות באשר לגיוס ערבים לשירות לאומי. בשנת 1997 הוגשה עתירה בדרישה להורות למדינה לבטל את הסדר "תורתו אומנותו" ולגייס את צעירי החרדים לצבא. בתוך שנה (1998) פסק הרכב בראשותו של נשיא בית המשפט העליון לשעבר, אהרון ברק, כי ההסדר אינו שוויוני ולכן אינו חוקי, והורה לשר הביטחון לבטל את האי-גיוס הגורף של תלמידי ישיבות במסגרת "תורתו אומנותו", וקבע כי המחוקק בלבד הוא המוסמך, אם בכלל, ליתן פטור כזה. בעקבות זאת חוקק חוק טל, וכידוע גם הוא נפסל על ידי בג"ץ בגין היותו בלתי שוויוני (בג"ץ 6298/07 שפורסם בפברואר 2012). עו"ד ד"ר שמואל סעדיה הביך את בג"ץ בעתירה מקבילה (1452/00) שדרשה לגייס גם את הצעירים הערבים. חרף פסק הדין המבטל את הפטור מגיוס בחורי ישיבה, בג"ץ לא פסק שאי-גיוס ערבים הוא בלתי חוקתי מאותה סיבה של פגיעה בשוויון.

בסתירה גמורה לסיסמת "שלטון החוק" של המצדדים באימפריאליזם השיפוטי, בית המשפט העליון מיישם אפוא מדיניות של אי-שוויון בפני החוק, מקבע את מרביתו של המגזר הערבי כגיס חמישי חוקתי הנהנה מכל הזכויות ומשוחרר מכל החובות, ושוחק בהדרגה את אופייה היהודי של המדינה. לדברי פרופסור דניאל פרידמן, "בעלי הברית של בית המשפט העליון הם מרצ והערבים"¹⁶.

16. דניאל פרידמן, "מגדל פורח באוויר", ידיעות אחרונות, 10.4.08.

ב. פסיקה שנועדה לסכל מדיניות שאינה מקובלת על בג"ץ

לעומת הפתיחה האוהדת של שערי בג"ץ בפני ערביי ארץ ישראל משני צדי הקו הירוק והפסיקה התכופה המשרתת את עניינם, כאשר העותרים הם מתיישבי יש"ע או כאלה שעתיירותיהם הן בעלות תכנים לאומיים-ציוניים, בולטת ידו הקפוצה של בג"ץ:

◀ בג"ץ אטם את אוזניו למצוקתם של מתיישבי חבל עזה וצפון השומרון ודחה עתירה לעצירת פיננים הכפוי מביתם, אף שלא היו בידי המדינה שום ראיות לעבודת מטה מקצועית שבחנה את ההשלכות הצפויות מהמהלך. במילים אחרות, המדינה לא הגישה שום תצהירים המאמתים את טענותיה לגבי הצדקת ההתנתקות, דהיינו, שיפור במצב הביטחוני, הקטנת מצבת צה"ל באזור, שיפור במצב המדיני וכן תועלת דמוגרפית. למרות זאת, בג"ץ לא דחה את העתירה על הסף בהיות הנושא פוליטי ונכנס לסוגיה חרף העובדה שכבר קובעה בחוק של הכנסת. בהחלטתו כותב בג"ץ: "התכניות המדיניות הלאומיות והביטחוניות שעליהן מבוססת תכנית ההתנתקות הן כבדות משקל. הן נועדו להגשים צורך חיוני ומהותי שיש בו כדי להצדיק פגיעה בזכויות האדם של הישראלים המפונים ... השגת ... הישגים שמונחים ביסוד חוק יישום ההתנתקות היא ביסוד הקיום הלאומי".

במילים אחרות, עשרה מתוך אחד עשר שופטי בג"ץ פסקו על פי השקפת עולמם הפוליטית שתמכה בהתנתקות. השופט היחיד שפסק כי יש לעצור את ההתנתקות, אדמונד לוי, בא מקרב הציבור הציוני-דתי, ולכן פסק גם כן על פי השקפת עולמו (בג"ץ 1661/05). הניגוד המוחלט שבין אטימות הלב של בג"ץ לסבל המפונים שנשלחו לחבל עזה על ידי כל ממשלות ישראל לבין החיבוק של ערביי הכפר בית סוריק שגדר הביטחון פגעה בנגישותם הנוחה לשדותיהם - הוא מקומם ומשווע. בכל שנות המדינה לא נדרש בג"ץ להתייחס לפגיעה כה אנושה בזכויות אדם, שהן לכאורה בבת עינו. בכל זאת הכשיר בג"ץ ללא היסוס פינני כפוי של קרוב לרבעת יהודים מבתיהם, לרבות ילדים שנולדו בהם כדור שלישי.

◀ בג"ץ דחה עתירה להנחות את ממשלת המעבר של אהוד ברק להפסיק את המגעים עם אש"ף להשגת הסדר, אף שנוהלו גם שבוע לפני הבחירות של תשס"א (2001). זאת אף שלא היה לממשלה רוב בכנסת ואף שמקובל

בדמוקרטיה כי ממשלת מעבר שאיבדה את אמון הכנסת עוסקת רק ב"תחזוקה" ונמנעת מהחלטות מהותיות. ויודגש, המגעים עם אש"ף כללו ויתורים מפליגים וחסרי תקדים, לרבות בנושא "זכות השיבה" ושלמות ירושלים; שופטי בג"ץ, שרובם רצו בהמשך המשא ומתן, חיפשו נימוק שיאפשר זאת. לשם כך העלו מהאוב את עקרון השפיטות, שאותו ביטלו עשור קדם לכן, ודחו את העתירה בטענה שהיא נוגעת לנושאים מדיניים מובהקים. ההחלטה סתרה פסיקה קודמת של בג"ץ שגרסה כי בסמכותו לדון בנושאים אלה. ההחלטה התקבלה על ידי שבעה שופטים, בראשות ברק וזמיר. בדעת מיעוט היה השופט טירקל, שבא מקרב הציבור הציוני-דתי (בג"ץ 9607/00). כל שבעת השופטים פסקו אפוא על פי השקפתם הפוליטית, וזו דוגמה נוספת לכך שאסור לבג"ץ להתערב בנושאים פוליטיים.

◀ פסיקות שנועדו להצר את רגליהם של מתיישבי יהודה ושומרון:

בג"ץ כופר בעיקרון יסוד משפטי, קרי עקרון התחולה הטריטוריאלית. במקומה, הוא דוגל ב"תפישה לוחמתית" שהחלתה על יהודה ושומרון היא חסרת שחר¹⁷. בחסות תפישה זו מקבל בג"ץ החלטות המפלות לרעה את המתישבים היהודים בשטחים שלא סופחו למדינת ישראל. בין השאר הוא פותח את שעריו גם בפני אנשי כנופיות רצח, אף שאינם אזרחי ישראל ואינם מתגוררים בשטחה הריבוני של המדינה. זכות הקניין קדושה בעיני בג"ץ כשמדובר בערבים, אך נרמסת ברגל גסה כשמדובר ביהודים. ביהודה ושומרון יש עשרות אלפי דונמים של קרקעות שנרכשו על ידי יהודים לפני 1948, רובן בשטחי C. בצעד חריג דחה בג"ץ את הפסיקה של ועדת ערר צבאית של שלושה משפטנים בראשות פרופסור אוריאל רייכמן שיש להחזיר ליהודים את אדמותיהם. בנימוקיו להחלטה (בג"ץ שכטר, 1285/93) הגדיר השופט ברק את אזרחי ישראל כאויבים מבחינת החוק הירדני; ככאלה, נכון לדעתו שהאפוטרופוס מטעם המנהל האזרחי יחזיק בנכסיהם ולא ישחרר אותם לבעליהם. פסק דין בלתי נסבל זה מתעלם מהסכם השלום עם ירדן שנחתם קודם לו, שמכוחו אפילו החוק הירדני אינו רואה עוד את אזרחי ישראל כאזרחי האויב. בפסק דין נוסף (בג"ץ ולירו 3103/06) נקבע שעמדה

17. התפישה הלוחמתית נסתרת על ידי ועדת מומחים למשפט בינלאומי בראשות השופט העליון אדמונד לוי שמינתה ממשלת ישראל. הוועדה פרסמה במהלך 2012 "דו"ח על מעמד הבנייה באזור יהודה ושומרון" וקבעה שההתנחלויות ביהודה ושומרון חוקיות גם על פי המשפט הבינלאומי.

זו תיבחן מחדש רק לאחר הסכם שלום עם הפלסטינים. פסיקה זו של בג"ץ עומדת בניגוד מוחלט למנשר מיום 7.6.67 הקובע את יסודות הממשל הצבאי ביהודה ושומרון; מנשר הקובע שכל חוק ירדני הסותר את מהותו של ממשל צבאי ישראלי לא יהיה בר תוקף. נציין כי מנשר זה נוסח על ידי נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר בהיותו הפרקליט הצבאי הראשי, שנים לפני שחרור שטחי יהודה ושומרון מכיבוש ירדני.

לדברי פרופסור מני מאוטנר¹⁸, לשעבר דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, משנת 1977 - שנת המהפך ועליית הליכוד לשלטון - עד שנת 2005 שלט השמאל בכנסת פחות ממשש שנים. לפיכך, משאיבד את ההגמוניה שלו, הסיט השמאל חלק חשוב מפעילותו הפוליטית מהכנסת לבית המשפט העליון, השותף לאותה השקפת עולם פוליטית. קבוצת "ההגמונים לשעבר", כדבריו, שמקובל לזהותה עם מפא"י, פיתחה "כלים להגבלת כוח החקיקה של הכנסת" כדי לפצות על הירידה במעמדה ובהשפעתה. "בית המשפט שיתף עם הקבוצה פעולה. הוא העניק לה כוח שיפוטי במקום הכוח הפוליטי שאבד". בדיקת העובדות העלתה כי כ-50% מהעתירות לבג"ץ בשנים אלה הוגשו, בליווי תקשורת נרחב, על ידי חברי הכנסת של מרצ, העבודה ושינוי, ורק 13% על ידי חברי כנסת מהליכוד¹⁹.

ג. פסיקה שנועדה לשמר את מעמדו של בג"ץ

כמתואר לעיל, בג"ץ חותר לבצר את מעמדו כגוף השלטוני היחיד הראוי לאמון הציבור. לפיכך, יש לו עניין רב להציג בפסיקותיו את הפוליטיקאים בממשלה ובכנסת כמושחתים. בנוסף, הוא פועל לפסילת המינוי של מועמדים העלולים לפעול להחזרת בג"ץ לממדיו הטבעיים. פסילת מועמדותה של פרופסור רות גביון על ידי השופט ברק לכהונה בבית המשפט העליון היא מעט המחזיק את המרובה.

תומכיו הפוליטיים של בג"ץ בתקשורת דואגים לרומם את מעמדו בעיני הציבור כמי שפועל על פי החוק מטעמים טהורים גרידא ואינו מושפע משום רגש, תפישת עולם או הלכי רוח חולפים. אין כמובן אדם שאינו מושפע מהלכי רוח, תפיסת עולם ורגשות. ואכן, כמפורט לעיל, בפסקי דין לא מעטים באה

18. טובה צימוקי בראיון עם פרופסור מאוטנר, "אמידים בפני ביקורת". ידיעות אחרונות, 18.7.08. הניתוח של פרופסור מאוטנר מפורט בספרו "משפט ותרבות בישראל בפתח המאה ה-21", הוצאת עם עובד, 2009.
19. טובה צימוקי בראיון עם פרופסור מאוטנר, "אמידים בפני ביקורת". ידיעות אחרונות, 18.7.08.

לביטוי תפישת עולם פוסט-ציונית, כאשר במיעוט נמצאים שופטים בעלי תפיסת עולם ציונית. מאמר זה מדגים מנייה וביה עד כמה בג"ץ רחוק מהאופן הצדקני והטהרני שבו הוא ועושי דברו מנסים להציגו, ועד כמה הוא מייצג גישה פוליטית שהשפעתה הרבה נשענת על מעמדו.

ד. פסיקה המגלמת מדיניות של איפה ואיפה

בג"ץ הסכים לדון בעתירה שהגישו רופאים מתמחים בשנת 2011 נגד בית הדין לעבודה (בג"ץ 5627/11), אף שהרופאים הפרו צו של בית הדין. עיקרון יסודי בבג"ץ קובע כי על העותר לבוא וידידו נקיות, שאם לא כן אין זה ראוי שבית המשפט יפתח בפניו את שערו.

לעומת זאת, בג"ץ מקפיד הקפדה יתרה לדחות על הסף כל עתירה של מתיישבים מיהודה ושומרון המבקשים על פי חוק למנוע את פינויים בכוח משטח שאליו נכנסו יותר משלושים יום קודם לכן (באופן שלטענת המדינה הוא בלתי חוקי), בנימוק של העדר ידיים נקיות. האין בכך משום הפליה על רקע פוליטי?

ה. פסיקה המתעלמת ממצוות המחוקק לתת ביטוי למשפט העברי

על פי חוק יסודות המשפט תש"ם (1980), כשיש חֶסֶר (לְקוּנָה) משפטי יש לפנות למקור המשפטי של "עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל". בפועל, לאור השקפת עולמם החילונית המובהקת של מרבית שופטיו בראשות הנשיא ברק, בג"ץ מתנכר למורשתו של המשפט העברי ונמנע ככל האפשר משימוש בה. המשפט העברי מגלם את ערכיה היהודיים של מדינת ישראל. הוא התפתח והוסיף נדבך על גבי נדבך במשך יותר מאלפיים שנה. בסוגיות רבות הוא מצטיין בחשיבה משפטית עמוקה וייחודית שאינה בנמצא בשיטות משפט מערביות. אילו אומצו חלק מעקרונותיו של המשפט העברי, לעולם לא הייתה מערכת המשפט הישראלית מידרדרת למצב שבו 99.9% מהנאשמים בעבירות פליליות היו מורשעים בדין - אחוז דרקוני המאפיין את האפלים שבמשטרים. ויודגש, נתון זה קרם עור וגידים דווקא במהלך התקופה שבה הכריז השופט ברק על "המהפכה החוקתית" מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, היינו החל משנת תשנ"ג (1992); קודם לכן עמד אחוז ההרשעות על כ-93%.

ברור כי העמדה האנטי-דתית של בג"ץ מקוממת את הציבור האמוני במדינה ומעמיקה את המתחים בחברה הישראלית. אין פלא כי ההפגנה הגדולה ביותר שנערכה בישראל מאז הקמתה הייתה של הציבור החרדי נגד בית המשפט העליון; השתתפו בה קרוב לחצי מיליון איש והיא נערכה בירושלים ב-14.2.99.

1. קוצר רוח כלפי ביקורת

בג"ץ תובע אמות מידה מחמירות מכולי עלמא, בפסיקותיו הוא אינו חוסך את שבטי ביקורתו משום גורם ומציג עצמו כאביר חופש הביטוי, כל עוד הביקורת אינה מופנית כלפיו. ואולם, בג"ץ אטום לחלוטין לביקורת, מתקומם בחריפות כנגד כל ביקורת המופנית כלפיו ומאשים את מי שמבקר אותו כאויב הדמוקרטיה. כדברי פרופסור גביזון²⁰: "מצב שבו הרשות השופטת 'שומרת על השומרים' - אינה מבוקרת בעצמה אך מעבירה תחת שבט ביקורתה את כל ההחלטות של הרשויות האחרות - אינו נשמע כביטוי משכנע לרעיון של מערכת מורכבת של איזונים ובלמים". כמו כל דיקטטור, השופט ברק לא היה מוכן להכיל ביקורת. אפילו את ביקורתה המנומסת והמנומקת להפליא של גביזון על בג"ץ לא יכול היה ברק לשאת וטען כי לגביזון "יש אג'נדה" ולכן היא לא תהיה שופטת בבית המשפט העליון²¹. ואכן, הוא מנע את מינויה. כל זאת כאשר ברי כי אין שופט שקידם "אג'נדה" בצורה כה בוטה ואנטי-דמוקרטית כמו השופט ברק עצמו.

באשר לחוסר יכולתם של שופטי בג"ץ להכיל ביקורת כלשהי, נזכיר כי השופט ברק ושופטי בג"ץ נוספים התנגדו בתקופתו של שר המשפטים מאיר שטרית למינוי נציב קבילות הציבור למערכת המשפט וחלקם אף פנה בנדון לחברי כנסת²². קל וחומר, השופט ברק לא יכול היה לשאת את ביקורתו הנוקבת אם כי העניינית להפליא של שר המשפטים, דניאל פרידמן, על בג"ץ²³. לפיכך כתב השופט ברק: "הדמוקרטיה הישראלית נפגעת שעה-שעה על ידי פעולתו של שר המשפטים. התנהלותו אינה ראויה"²⁴.

20. רות גביון, מרדכי קרמיצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000, עמ' 93.

21. פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, "מגדל פורח באוויר", ידיעות אחרונות, 10.4.08, שם.

22. ראו ספרו של פרופסור פרידמן, "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה", שיצא לאור לאחרונה ומוקדש כולו לביקורת חריפה על בג"ץ, הוצאת ידיעות אחרונות, 2013.

24. אהרון ברק, "כך לא פועל שר משפטים", ידיעות אחרונות, 9.4.08.

ז. התנהלותו הפוליטית של בג"ץ

נשיאי בית המשפט העליון שמגר וברק הריחו את החולשה של הדרג הפוליטי ועשו הכול על מנת לנצל את ההזדמנות ולנכס למערכת המשפטית כמה שיותר כוח וסמכויות²⁵. היבט אחד של התופעה הוא בחירת העיתוי הפוליטי למהלכיו המשמעותיים של בג"ץ. כדי לצבור כוח מבלי לעורר ביקורת ציבורית, פעל בג"ץ בדרך פוליטית מובהקת של התערבות בנושאים שבהם הייתה לפסיקתו תמיכה ציבורית רחבה, ראו למשל פסיקותיו בעניינים של דרעי ופנחסני. הציבור והתקשורת התעלמו מכך שההתערבות יצרה תקדימים עקרוניים שאותם ניצל בג"ץ בהמשך כדי להגיע למעמד של רודן העושה ככל העולה על רוחו. היבט נוסף של התופעה הוא השפעה ישירה ופסולה על הכנסת. לדברי שר המשפטים פרידמן, "שופטים בדימוס או מקורבי בית המשפט מנהלים לובי פעיל בבית המחוקקים, מופיעים בתקשורת השכם והערב"²⁶. ואולם, אין מדובר רק בשופטים בדימוס; במחצית שנות ה-2000 הוביל השופט ברק משלחת של שופטי בג"ץ שפעלה בגלוי בתוככי משכן הכנסת לסכל את חקיקתו של חוק המכונן בית משפט לענייני חוקה, תרחיש שלא ייתכן בשום דמוקרטיה. את המהלך האנטי-דמוקרטי שהוביל הצדיק ברק באמירה "את הג'וק הזה צריך להרוג כשהוא קטן"²⁷.

25. ראיון עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטוביץ קושיצקי, "כתב אישום", מקור ראשון, 22.1.13.

26. פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, "מגדל פורח באוויר", ידיעות אחרונות, 10.4.08.

27. משה גורלי, "אני אמרתי שואה קודם", כלכליסט, 18.4.12.

סקירה השוואתית של סמכויות הרשות השופטת במדינות דמוקרטיות

”אני נסיך בית המשפט העליון חורץ גורלות מסביב לשעון”

חלק חשוב ומהותי בבחינת מצב בית המשפט בישראל הוא בירור החלופות במדינות העולם הדמוקרטיות. על כן, נציג בקצרה השוואה בין ישראל ובין מספר רב של מדינות דמוקרטיות מובילות בעולם. ההשוואה תתמקד במידת המעורבות של שופטים בתהליך בחירת שופטים ורמת “האקטיביזם השיפוטי” או, במילים אחרות, בחינת המידה שבה קובע בית המשפט מדיניות בסוגיות ציבוריות.

א. הליך בחירת שופטים

מידת מעורבותם של שופטים בתהליך בחירת שופטים בארץ היא ייחודית ואינה מקובלת בעולם המערבי. בסקירה כללית של מדינות המערב עולה כי ישראל היא המדינה היחידה שבה לרשות השופטת ולנציגי לשכת עורכי הדין יש רוב בוועדה למינוי שופטים. בחלק מהמדינות השופטים מעורבים ביעוץ והמלצה, בחלקן הם גם לוקחים חלק בהחלטה על מינוי השופטים, אך בשום מדינה אין לשופטים דריסת רגל בסמכות למינוי שופטים כשם שיש במדינת ישראל. המודל היחיד שניתן לומר עליו שהוא דומה למצב בישראל, שלפיו השופטים הם אשר בפועל ממנים את עצמם, הוא המודל של בית המשפט העליון בהודו. ואולם, בניגוד לישראל, הסמכות למינוי שופטים אינה נתונה בידם, אלא בידי נשיא הודו.

מהסקירה הכללית עולה כי ישנן מדינות אשר בהן לרשות השופטת אין כל סמכות בהליך בחירת השופטים. באוסטרליה, ביפן, באירלנד, בשבדיה, בדרום אפריקה ובגרמניה (בבית המשפט לערכאות העליונות) הרשות המבצעת היא הממנה את השופטים. בליטא ובבית המשפט לחוקה בגרמניה הסמכות למינוי שופטים נתונה בידי הרשות המחוקקת. בארצות הברית ישנה סמכות משותפת לרשות המבצעת ולרשות המחוקקת, אך עיקר הכוח נמצא אצל הרשות המבצעת - הנשיא.

ישנן מדינות שבהן למערכת המשפט יש סמכות מוגבלת ומצומצמת בהליך בחירת השופטים. באירלנד, בשבדיה, בדרום אפריקה ובגרמניה ישנה מעורבות של הרשות השופטת בתהליך המינוי, אשר באה לידי ביטוי בהצעת

מועמדים ובמתן חוות דעת על מועמדים שהוצעו, אך נבחרו הציבור הם הממנים את השופטים בסופו של דבר. בספרד, בפורטוגל ובצרפת בחירת השופטים נעשית בידי גוף בוחר. ישנן מועצות לעניינים שיפוטיים אשר חברים בהן נציגים מהרשות השופטת, אולם באופן כללי הם בוחרים רק חלק קטן משופטי בין המשפט לחוקה, ואילו רוב המשקל בהצבעה ניתן בידי נבחרו הציבור. בבריטניה, לעומת שאר המדינות, הוסמכו בתקופה האחרונה אנשי משפט להשתתף בגוף הבוחר שופטים, והם אינם מהווים בו רוב. כמו כן, יודגש כי הרשות המבצעת היא בעלת ההשפעה המכרעת בתהליך.

בסיכום סקירה כללית של הליך מינוי שופטים בעולם, ניתן לראות שישנו אינטרס דמוקרטי לשנות את שיטת בחירת השופטים בישראל כך שתדמה להליכי המינוי המקובלים בעולם המערבי.

ב. מידת האקטיביזם השיפוטי

אמת המידה השנייה שנסקרה היא האקטיביזם השיפוטי. מדובר באמת מידה סובייקטיבית יותר, אך עם זאת היא כוללת בתוכה שני סימנים מוסכמים המאפיינים אקטיביזם שיפוטי: הראשון הוא ביטול חוקים, והשני - קביעת נורמות מחייבות שלא על יסוד חקיקה. כמו כן, חשוב להדגיש שקיימות מדינות שבהן רשאי בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית, לרבות ביטול חוקים, מכוח הסדר חוקי. למרות זאת, בית משפט כזה הוגדר במיפוי כבית משפט בעל אקטיביזם שיפוטי ברמה גבוהה אם הוא נוטה לנצל סמכות חוקית זו. בישראל, לעומת זאת, אין חוק המסמיך את השופטים לעסוק בביטול חוקים ובקביעת נורמות, אך הדבר נעשה בפועל, ולכן רמת האקטיביזם השיפוטי בה גבוהה ביותר. החלת הסדרים חוקיים להתערבות בג"ץ בקטגוריה של אקטיביזם שיפוטי יוצרת תמונת מצב חמורה יחסית של האקטיביזם השיפוטי בעולם ומערפלת את העובדה שהמצב בישראל, בהעדר הסדר חוקי, חמור בהרבה ממה שמשמע מהמיפוי.

א. מיפוי האקטיביזם השיפוטי מול מעורבות שופטים במינוים

מהמיפוי עולה כי במדינות שבהן קיימת רמה גבוהה של אקטיביזם שיפוטי יש נטייה לאזן את התמונה על ידי צמצום המעורבות של שופטים במינוי שופטי בית המשפט העליון.

בישראל אין איזון כזה. שיטת מינוי שופטים אשר אינה משקפת את ערכי הציבור ואשר משולבת עם אקטיביזם שיפוטי נדיר בעוצמתו ובהיקפו, בצירוף סמכויות חוקתיות שמעניק בית המשפט לעצמו מול המחוקק, יוצרת פגיעה קשה בדמוקרטיה כשלטון העם בישראל.

תרשים 1 המוצג להלן הוא ניסיון להבין את מצבה של ישראל לעומת שאר מדינות המערב. התרשים מסווג מערכות משפט ברחבי העולם לארבעה רבעונים:

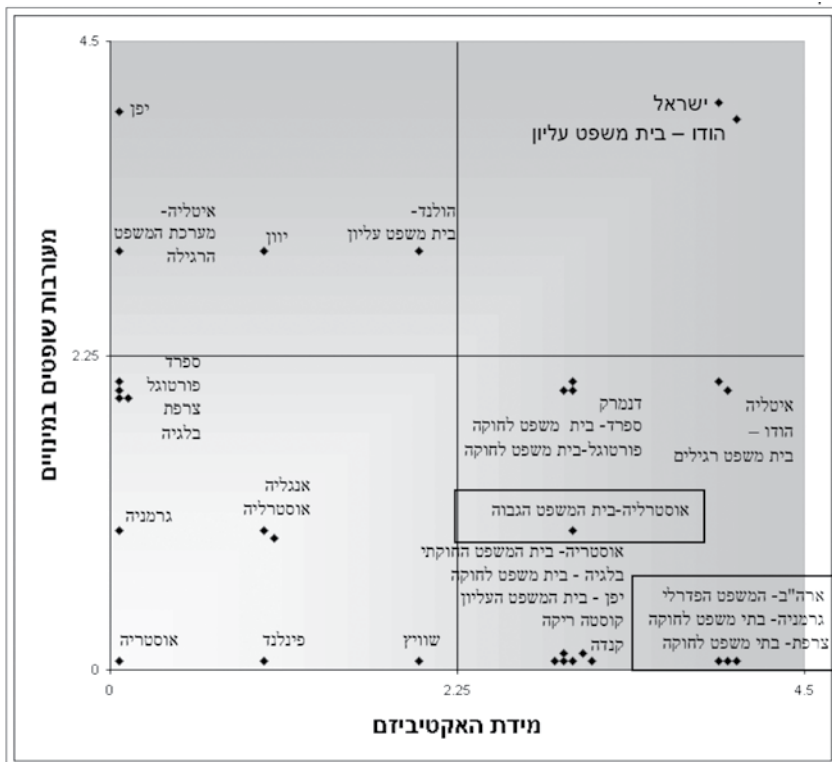
◀ הרבעון הימני-תחתון כולל מערכות משפט המתאפיינות ברמת אקטיביזם גבוהה ומעורבות נמוכה של שופטים בתהליך המינוי.

◀ הרבעון השמאלי-עליון כולל מערכות משפט המתאפיינות במעורבות גבוהה של שופטים בתהליך המינוי, אך הן בעלות השלטון רמת אקטיביזם נמוכה.

◀ הרבעון השמאלי-תחתון כולל מערכות משפט שבהן רמת האקטיביזם נמוכה והמעורבות במינוי שופטים מוגבלת.

◀ הרבעון הימני-עליון כולל מערכות משפט המתאפיינות ברמת אקטיביזם גבוהה ובמעורבות רבה של שופטים בתהליך המינוי. ברבעון זה קיימות שתי נקודות בלבד - האחת מייצגת את ישראל והשנייה את בית המשפט העליון של הודו. ואולם, מעבר להבדל במעורבות במינוי שופטים, גם סמכויותיו של בית המשפט העליון בהודו מצומצמות יחסית לסמכויות שנטל לעצמו בג"ץ בישראל, והכרעות מדיניות-ביטחוניות אסטרטגיות אינן מתקבלות בו.

ברור אפוא כי המצב בישראל, שבו, מחד, השופטים יחד עם נציגי לשכת עורכי הדין ממנים בפועל את השופטים, ומאידך, רמת האקטיביזם השיפוטי היא הגבוהה בעולם, הוא ייחודי בעולם הדמוקרטי.



28. יצחק קליין ומשה קופל, "לקראת איזון: מאזן סמכויות רשויות השלטון בישראל ושיטת מינוי השופטים" (2003); עמ' 15-17.

שער שלישי: טיעונים בעד האקטיביזם השיפוטי ונגדו

נביא להלן את טיעוניהם של תומכי האקטיביזם השיפוטי ונעמת אותם עם דברי הביקורת של אנשי מקצוע. נציין את היומרה של בג"ץ לגיבוש אורחות חיים ונטייתו להתערב בסוגיות פוליטיות רגישות, במנותק, לכאורה, מהשקפות עולם אישיות. נעמוד על החתירה של בג"ץ לבצר את מעמדו כפוסק הסופי בסוגיות לאומיות-קיומיות, למרות ששופטי בג"ץ לא נבחרו ולא הוכשרו לכך, ואינם נושאים באחריות ציבורית להחלטותיהם.

-8-

הצדקה "אידיאולוגית" לדיקטטורה של בג"ץ על ידי דובריו - והפרכתה

"ממציאים מוסר אוניברסלי"

השופט יצחק זמיר, יד ימינו של ברק בכינון הדיקטטורה של בג"ץ, הגדיר במאמר את מאפייני "השופט הפעלתן" כך: "הוא חש באופן ברור את הצורך בתיקון הדין... אינו מוכן להמתין עד שהדין יתוקן, אם יתוקן, על ידי אחרים והוא מוכן ליטול על עצמו את האחריות הכרוכה בתיקון מודע ומפורש של הדין באמצעות הפסיקה... נטייה לדומיננטיות, כוונה לקבוע אורחות חיים

חדשים ונכונות לשאת באחריות לתוצאות של החדשנות"²⁹. דבריו של השופט זמיר אינם משאירים מקום לספק לגבי תפקודו של "השופט הפעלתן" כ"פוליטיקאי בגלימה". ואולם, בג"ץ לא נבחר על ידי הציבור ואינו מופקד על גיבוש אורחות החיים; קביעתן של נורמות מוסריות וערכיות מחייבות נתונה בלעדית בידי הכנסת. תפקיד השופט אינו לשנות את הדין אלא לפסוק על פיו. גם הטענה שבג"ץ נושא באחריות למעשיו היא ריקה מתוכן, שהרי על פי העיקרון של עצמאות השופט אין עליו מרות ואין עליו לתת דין וחשבון בפני איש. איזו אחריות לקחו על עצמם שופטי בג"ץ שתמכו משפטית, על יסוד השקפתם הפוליטית, בתכנית ההתנתקות. קל וחומר, כשנימקו זאת על יסוד טיעונים שהוכחו כמופרכים, שלא לומר נלעגים, כמו שיפור המצב הביטחוני, קידום השלום ושדרוג מעמדה המדיני של ישראל? פוליטיקאי לוקח אחריות למעשיו בכך שניתן לסלקו בבחירות הקרובות. שופט לא ניתן לסלק; רק הגעתו לגיל 70 מפסיקה את כהונתו.

השופט ברק נזקק להצדקה אחרת להפיכה השיפוטית שיזם; בבג"ץ ז'רז'בסקי (1635/90) הוא מצייר את השופט כמעין אדם עליון שראוי, ככזה, לקבל הכרעות קיומיות. לדבריו, "כשופטים איננו פועלים על פי השקפותינו הפוליטיות, כוכב הצפון המדריך אותנו הוא המשפט... חינוכנו המשפטי, ניסיוננו השיפוטי ונאמנותנו למשפט מאפשרים לנו לדון ביישוב הדעת גם כאשר הרגשות סביבנו סוערים". לנאמנות לכאורה לעקרונות המשפט כבר התייחסנו, כאשר לנימוק השני נצטט את השופט אֶלון, המשנה לנשיא בית המשפט העליון, שהסתייג לחלוטין מיכולתו של השופט להתעלות מעל לחולשות אנוש וכתב באותו פסק דין: "אני מקנא בחברי שזכה לכך כפי שהוא מעיד על עצמו, אך מה אעשה ואני הדל שבאלפי מנשה אינני חצוב כסלע ובמקצת חשוף אני גם לרגשות ולכוחות השעה הפוליטיים, ועם כל רצוני ומאמצי חש אני בהם גם ביושבי בדין".

29. יצחק זמיר, עיוני משפט, "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט", בעריכת ד"ר אריאל פורת.

ביקורת של אנשי מקצוע על בג"ץ

"טָנָס מִיָּחָס, עֵטוּף בְּגָלִימָה"

גם אם הכוח האבסולוטי שהקנה לעצמו בג"ץ אינו משחית במובן שאינו משפיע כמלוא הנימה על שיקול דעתו ואינו גורם לו, כדרכם של שליטים, להתבשם מכוחו ולשאוף לצבור כוח נוסף ולבצר את מעמדו; וגם אם רודנותו של בג"ץ אינה לשמה, אלא אך ורק לצורך קידום השקפתם הפוליטית של שופטיו, תוך עקיפת סמכותם החוקית של הכנסת והממשלה - עדיין היא גורמת פגיעה אנושה במרקם החיים שלנו ומכרסמת בסופו של דבר באמון ולכן גם בלגיטימיות של בית המשפט. בכדי לשנות זאת יש לחזור למדיניות שאותה נקט בג"ץ החל מקום המדינה ועד תחילת שנות ה-80. השופט לנדאו, נשיא בית המשפט העליון, כתב בבג"ץ שליט (58/68) שדן בנושא מיהו יהודי: "מכיוון שטרם הושגה הסכמה כללית... בשאלות הנוקבות הללו... בית המשפט נוטש את מקומו הראוי לו מעל למחלוקת המפלגת את הציבור ושופטיו יורדים בעצמם אל תוך הזירה... בית המשפט הופך אז לבית שופטים הנעשים ברי פלוגתא במחלוקת הציבורית... ולכן דעתי היא שעלינו להימנע בכל כוחנו מלהיגרר לדרך זו... חובתנו היא זאת לנהוג התאפקות בכגון אלה". במילים אחרות, לדעת השופט לנדאו על בג"ץ לרסן את עצמו, להימנע מלדון בסוגיות פוליטיות שבהן ההכרעה תלויה במידה רבה בהשקפות אישיות (בבחינת "בית שופטים") ולהותיר להכרעת הכנסת את כל הסוגיות הפוליטיות והציבוריות המהותיות.

בראיון לעיתון "הארץ" באוקטובר 2000 הוסיף השופט לנדאו: "בית המשפט נכנס לתוך מים עמוקים מדי, לתוך ביצה טובענית של דעות ואמונות, והדבר מסוכן הן למדינה והן לבית המשפט. מסוכן למדינה כי הוא מחריף את השסעים החברתיים. מסוכן לבית המשפט מפני שבכך בית המשפט מאבד את היסוד העיקרי שעליו הוא חייב לבסס את מעמדו: האמון בניטרליות של המערכת המשפטית במחלוקת ציבוריות", וכן: "כבר היום יש מגזרים שלמים בציבור שממש שונאים את בית המשפט העליון והתהליך הזה חותר תחת היסודות, תחת אושיות הרשות השופטת". על דברים חמורים אלה הוסיף השופט לנדאו ואמר כי בג"ץ "מגלה התנשאות ויומרות... השופטים מקבלים על עצמם תפקיד שהם לא מסוגלים למלא, שהם לא הוכשרו למלא.

הם הוכשרו לשפוט, לא לשלוט. אבל מעבר לכך יש פה כרסום ברעיון של הפרלמנט כריבון. יש פה הצבה של בית המשפט מעל הפרלמנט⁵.

לדעת פרופסור גביון³⁰, "בג"ץ הנוקט עמדות חילוניות ליברליות בנושאים שנויים במחלוקת, או השם את שיקול דעתו במקום שיקול דעתן של הרשויות המוסמכות, זוכה לתמיכת מי ששמח בתוצאות החלטותיו ולהתנגדות מי שנפגע מהן", וכן: "הכרעות על האופי הציבורי של החיים בישראל שלא תהיינה מקובלות על חלקים ניכרים בציבור תבאנה בהכרח, לא בלי הצדקה, לאובדן הלגיטימיות של בג"ץ בחברה". אלה דברים כדרבנות שהתאמתו לחלוטין. מאחר שהשופט ברק השליך אחרי גוו את גישתו המרסנת של השופט לנדאו, איבד בית המשפט העליון את הלגיטימיות שלו בעיני חלקים הולכים וגדלים של הציבור, תרחיש המאפיין את יחס הציבור לכל שליט הרודה בו, תוך התעלמות מנציגיו הנבחרים. לעומת אמון בלתי מסויג של כל שכבות הציבור בבית המשפט העליון מקום המדינה ועד תחילת שנות ה-80, כיום פחות ממחצית מהציבור עדיין חש אמון בבג"ץ, וזהו האחוז הנמוך ביותר מאז קום המדינה. על פי סקר של "מאגר מוחות" שנערך בשבוע של 6-10 בנובמבר 2011 בניהולו של פרופסור יצחק כץ, לדעת 75% מהנשאלים בית המשפט העליון מוטה פוליטית. נדרש אפוא להציל את בג"ץ מידי עצמו ולעצור את הידרדרותו על ידי תיחום ברור של סמכויותיו.

לדעת שר המשפטים לשעבר, פרופסור דניאל פרידמן³¹, "ברק הקים מגדל אינטלקטואלי מרהיב, אבל כזה שאין לו יסודות: הוא פורח באוויר", וכן: "יש גבול לכוחות שבית המשפט העליון יכול להעניק לעצמו... בית המשפט העליון הוצב מעל הכנסת והממשלה". עוד הוסיף פרידמן כי יש "להבטיח שיהיה בבית המשפט מגוון דעות המשקף את הגישות המרכזיות השוררות בציבור", ואולם "אין בית משפט לחוקה בעולם המערבי שיש לשופטיו שליטה כה מרכזית במינוי שופטים כפי שיש אצלנו לבית המשפט העליון".

לדברי פרופסור מני מאוטנר³², "עד שנות ה-80 בית המשפט תפס עצמו כמוסד מקצועני, שעיקר תפקידו הכרעה בסכסוכים. החל משנות ה-80 בית המשפט תופס עצמו כמוסד פוליטי, המשתתף בקביעת הערכים". התהליך

30. רות גביון, מרדכי קרמיניצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000. עמודים 106, 105.

31. פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, "מגדל פורח באוויר", ידיעות אחרונות, 10.4.08.

32. פרופסור דניאל פרידמן, מגדל פורח באוויר, ידיעות אחרונות, 10.4.08.

הגיע לשיאו בשנת 1995 "כשבית המשפט נטל לעצמו את הסמכות לפסול חוקים של הכנסת", וזאת בשעה ש"גם בבית המשפט, לצד מערכת הנורמות הרשמית... קיימת מערכת נורמות פוליטית". מאוטנר תקף את בג"ץ על הרכבו המונוליטי: "ברור לכול שהמינויים לעליון נעשו כמעט תמיד מתוך קבוצה חברתית מוגדרת". הוא מתח ביקורת על כך שבשל הרכבו בג"ץ "מגלה אקטיביזם בטיפול בזכויות כמו חופש הדיבור, הקניין וההפגנה, אך מגלה פסיביות כלפי זכויות חברתיות". כך למשל, כבודם של חשודים ונאשמים "נרמס בעיתונות והחירות שלהם נפגעת קשות בבתי המשפט, משום שחזקת החפות והצורך להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לכל ספק סביר נשחקו עד דק", זאת מאחר שזכויותיהם אינן נשמרות. יתרה מכך, מאוטנר טען בתוקף כי "הצירוף של בית משפט שתובע כל כך הרבה מאחרים ותובע פחות מדי מעצמו - הוא קטלני. בית המשפט צריך לגלות פתיחות לביקורת שמושמעת נגדו". ויודגש, בית המשפט העליון במדינת ישראל הוא למעשה האויב הגדול ביותר של חירותו של האזרח. אין הכוונה לעצם היותו של בג"ץ רודן, אלא בראש ובראשונה ש"אביר החירות" הנשיא ברק, עם פרישתו מתפקידו בשנת 2006, הביא בהנהגתו את מערכת המשפט הישראלית למציאות מבישה וריאקציונית המתבטאת ב-99.9 אחוזי הרשעות במשפטים פליליים.

שער רביעי: כיצד ניתן לבטל את הדיקטטורה המשפטית

בשער זה נביא את החלופות לאקטיביזם השיפוטי. מההשוואה שהוצגה בין ישראל למדינות דמוקרטיות אחרות עולה כי ישראל היא מקרה ייחודי בעולם המערבי בכל הנוגע לסמכויות הבלתי-מוגבלות של מערכת המשפט. לפיכך, נביא להלן הצעת חוק שנועדה לשנות את המצב בצורה שתשמור על תפקידו החשוב של בית המשפט העליון, אך תטיל איזונים ובלמים ראויים על דרך פעולתו. בכך אין די, שכן יש צורך להתייחס גם לפרקליטות כמרכיב מרכזי בממסד המשפטי הפוגע ביכולת המשילות של נבחרי ציבור. נתאר כיצד משתלטת הפרקליטות באמצעות יועצים משפטיים על משרדי הממשלה ואינה מהססת לקיים מדיניות הסותרת את מדיניות הממשלה. לבסוף, נציע דרכים שיעוגנו בחקיקה לקיום פיקוח ציבורי על עבודת הפרקליטות.



הצעת חוק יסוד להסדרת סמכויותיו של בג"ץ

"תתעורר! אולי זה יספיק?"

חיוני להחזיר את בג"ץ לממדים המקובלים בכל מדינה דמוקרטית. מאחר שאין סיכוי שבג"ץ יתנדב לקצץ בעוצמה שצבר, יש לחוקק חוק יסוד שיתחם את סמכותו של בג"ץ במסגרת הפרדת רשויות. החוק חייב להיות חוק יסוד כדי שבג"ץ לא יוכל לבטלו או לקצץ בנטיעותיו. החוק יעגן מחדש את העקרונות המשפטיים המקובלים בעולם ובישראל עד תחילת שנות ה-80; עקרון השפיטות המחייב ריסון של בג"ץ בהתערבותו בנושאים פוליטיים הנתונים לסמכות הכנסת והממשלה ועקרון זכות העמידה הפותח את שערי בג"ץ רק בפני מי שנפגע מסכסוך - חייבים להיות מעמודי התווך של החוק. החוק יבטל את עקרון הסבירות המקנה לבג"ץ כוח מוחלט לשלול כל החלטה שלטונית שאינה נושאת חן מלפניו. החוק יחייב פרשנות של החוקים על פי לשון החוק בלבד, ולא על פי שרירות לבם של שופטי בג"ץ באשר לכוונותיו הנסתרות שלא באות לידי ביטוי במילותיו. כמו כן, יבטל החוק את יכולתו של בג"ץ לפסול חוקים בתירוצים מופרכים כגון היותם סותרים לכאורה את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, תוך שימוש בחקיקה שיפוטית בוטה הכותבת לתוכו של חוק זה את אשר הכנסת לא מצאה לנכון לכתוב בו.

הצעת חוק כזו³³ - חוק יסוד: הפרדת הרשויות - סמכויות בתי המשפט במשפט הציבורי, התשס"ב, 2002 - מצורפת כנספח למאמר והונחה על שולחן הכנסת בשנת 2003, אך נדחתה בהעדר תמיכה מספקת בכנסת. ההצעה נועדה לסתום את עיקר הפרצות שיצר השופט ברק ולפתור את הבעיות המרכזיות של הדיקטטורה של בג"ץ מבית מדרשו. ראוי להרחיב אותה לכדי חוק יסוד שמעבר למגננה יתווה מבנה ודרך פעולה ראויים של בית המשפט העליון בראייה אסטרטגית ארוכת טווח. בכלל זה, למשל, על החוק למנוע יכולת לפרש חוק על יסוד הנחות של בתי המשפט באשר לכוונות המחוקק בעת ניסוחו, כוונות הסותרות את לשון החוק או שאינן עולות ממנו. לפיכך, חיוני לשוב ולהעלות את הנושא לדיון ציבורי נוקב, כפי שיו"ר הכנסת ניסה לעשות בשנת 2003. זאת במטרה ליצור תמיכה ציבורית רחבה לביטול העריצות של בג"ץ ולכינונו מחדש של משטר דמוקרטי אמיתי בישראל, ועל מנת להפעיל לחץ על חברי הכנסת לקדם חוק יסוד שיבטיח זאת.

33. הצעת החוק שנוסחה על ידי עו"ד יורם שפטל מצורפת כנספח למאמר.

שלושה נושאים נוספים שראוי לעגן בחקיקה נוגעים למינוי שופטים. הראשון, לא ימונה שופט שלא שירת בצה"ל (אין מניעה גם מבעלי מגבלה גופנית לשרת בפרקליטות הצבאית). שנית, בטקס השבעתו השופט יישבע אמונים למדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. שלישית, באשר לוועדה למינוי שופטים, מספר שופטי העליון בוועדה צריך לרדת לשופט אחד או לכל היותר שניים, ובמקום צריך להיות מינוי נוסף מהממשלה או מהאקדמיה³⁴. בנוסף, שני הנציגים של לשכת עורכי הדין בוועדה ייצגו את עמדת הרוב (כיום יש למחוז תל אביב והמרכז רק רבע מהקולות, אף על פי ששני שלישים מעורכי הדין רשומים בו).

ועם זאת, חקיקה כזו אינה חזות הכול: שום חוק אינו הרמטי ואינו יכול להוות פתרון מוחלט לבעיה של סמכות שניטלה בניגוד לחוק. הממשלה נועדה למשול, ואם היא חוששת להשתמש בסמכויות הנתונות בידה שום חוק לא יעזור: בהינתן ריק שלטוני עלולה להימצא דרך לעקוף את החוקים החדשים, כפי שפעולתו של השופט ברק הוכיחה, למשל באמצעות פרשנות שרירותית שלהם. הממשלה אינה משותקת כפי שמרבית חבריה סבורים (או משותקים מפחד התקשורת). כך למשל, הממשלה יכולה וחייבת לאתר מקרה קיצוני שבו בג"ץ חרג מסמכותו ולדאוג לחקיקה זריזה של חוק נקודתי שיבטל את התוצאות המעשיות של פסק דין שכזה. דוגמה ראויה לכך יכולה להיות פסיקה בתחום הביטחוני שפוגעת בביטחון אזרחי המדינה. פעולה אקטיבית שכזו תתרום ככל הנראה להחזרת שיווי המשקל למערכת ולהפרדת רשויות יותר מכל מגננה חוקתית (שחשוב לקדם במקביל). כדי לעודד את הממשלה לעשות זאת, חשוב לבנות תמיכה ציבורית רחבה בהחזרת בג"ץ לממדיו הראויים.

34. ראיון עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטוביץ קושיצקי, "כתב אישום", מקור ראשון, 22.1.13.

היועץ המשפטי לממשלה והפרקליטות כנדבכים מרכזיים בדיקטטורה השיפוטית

"אם הוא חָשׂוּד, הוא אָשָׁם"

א. הכפפת הממשלה ליועץ המשפטי שלה

בשולי הדיון על בית המשפט העליון אי-אפשר להתעלם מהפרקליטות, שהיא חלק בלתי-נפרד מהממסד המשפטי, קרי מהעריצות של בג"ץ, ולכן נתייחס אליה בקצרה. בהעדר פיקוח ציבורי, אפילו לרבות מצד שר המשפטים, הפרקליטות אינה נרתעת מהצגת עמדות הנוגדות את עמדת משרד המשפטים שאליו היא כפופה לכאורה, שלא לומר סותרות את עמדת הממשלה. "כך התערערה יכולת המשילות של הממשלה... והכוח עבר לפקידות הבכירה וליועץ המשפטי"³⁵. דוגמה אופיינית לכך היא פרשת ההדחה של דרעי ופנחסי, שבמהלכה הציגה הפרקליטות בפני בג"ץ עמדה הפוכה לעמדתו של ראש הממשלה רבין³⁶ וקיבלה גיבוי מלא של בג"ץ, הגם שמדובר בנושא פוליטי לחלוטין.

השימוש של בג"ץ בפרקליטות כבזרוע ביצועית התעצם נוכח "הסימביוזה" שבין המערכות. אנשי תביעה בהיקף עצום מונו לבתי המשפט, כך שנוסף על קשרים אישיים התקיימה בין המערכות גם קרבה רעיונית³⁷. נדגים זאת באופן קביעת מעמדו של היועץ המשפטי לממשלה כמפקח-על שלה. בפסק דין המכרסם באופן חמור ביכולתה של הממשלה לפעול (בג"ץ פנחסי, 4267/93) קבע השופט ברק כי המלצות היועץ המשפטי מחייבות את הממשלה וכי זכותו לסרב לייצג את המדינה בבג"ץ. השופט ברק השתמש בנימוק חסר שחר של מסורת חוקתית שלא רק שלא הייתה מעולם, אלא שהיא סותרת החלטת ממשלה משנת 1962 לאמץ את המלצות ועדה בראשות השופט העליון אגרנט שקבעה את ההיפך הגמור מפסיקתו. משמעות הפסיקה היא כי ליועץ יש סמכות להטיל וטו על החלטות הממשלה לפי שיקול דעתו ובלי שיהיה ניתן לערער על כך, שכן אין לממשלה זכות לייצוג משפטי שלא על ידו. זהו יישום מלא של הרודנות של בג"ץ, תוך הסתייעות בדוקטרינת "הכול שפטי" שבה בג"ץ

35. פרופסור פרידמן, "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה", הוצאת ידיעות אחרונות, 2013. עמוד 259.

36. ראינו עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטוביץ קושיצקי, "כתב אישום", מקור ראשון, 22.1.13.

37. פרופסור פרידמן, "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה", הוצאת ידיעות אחרונות, 2013. עמוד 285.

מכוון את החלטות הממשלה ומונע ממנה לתפקד כרצונה. זאת ועוד, התפישה שהחדיר ברק היא שהיועץ המשפטי לממשלה אחראי לקיום החוק ואינו עורך הדין של הממשלה. בניגוד לכל אזרח פשוט, אין אפוא לממשלה ייצוג משפטי והיא עלולה להיות מותקפת משפטית ללא יכולת הגנה. אותו דין חל כמובן גם על היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה, ומכאן חוסר המשילות שלה.

היבט נוסף של עוצמת היועץ המשפטי היא דרך בחירתו. בעקבות פרשת בראון-חברון (ינואר 1997) איבדה הממשלה, בלחץ חקירה מגמתית של הפרקליטות נגד ראש הממשלה ושר המשפטים, את השליטה שלה במינוי חיוני זה לתפקודה. הסמכות הועברה לוועדה בראשות שופט בית המשפט העליון לשעבר שמגר, שבה יש לבית המשפט העליון יותר מדריסת רגל³⁸. גם ההחלטה לגבי מינוי פרקליט המדינה הופקעה מהממשלה לטובת ועדה בשליטת הממסד המשפטי. הוועדה ממליצה על מועמד יחיד, כך שלממשלה אין שום יכולת בחירה.

ב. ביטול מינויים פוליטיים על סמך האשמות שווא

בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה, שהוא גם ראש התביעה, הפרקליטות מכוונת את המשטרה, מגדירה מה לחקור ופוסקת כיצד לנהוג בממצאי החקירה. במקרים לא מעטים פועלת הפרקליטות בהשראת מניעים פוליטיים המאפילים על השיקולים המקצועיים-משפטיים. בכלל זה הפרקליטות משמשת מכשיר לביטול מינויים פוליטיים הנראים בעיניה בלתי-ראויים פוליטית ומפעילה את המשטרה באמצעות חקירות מגמתיות וחסרות כל יסוד. כך למשל, "זמן קצר לאחר מינויו של ברק לנשיא בית המשפט העליון ובחירתו של נתניהו לראשות הממשלה (בקדנציה הראשונה שלו), פרץ גל חקירות ומשפטים פליליים נגד אישים מרכזיים בהנהגה הפוליטית, בממדים שספק אם ניתן למצוא דוגמתם בדמוקרטיה כלשהי"³⁹. במסגרת זו בולטות החקירות נגד ראש הממשלה נתניהו, נגד השר אביגדור קהלני ונגד רפאל איתן (רפול) שכולם נחקרו ושני האחרונים גם הואשמו באשמות שווא, לרבות כדי לטרפד את מינויו של רפול לשר לביטחון פנים (1996).

במקרים אחרים פעלה הפרקליטות לסכל מינויים שנראו לה כמסכנים את מעמדה. ראו לדוגמה עניינו של פרופסור יעקב נאמן שנחקר והואשם

38. שם. עמוד 288-292.

39. פרופסור פרידמן, "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה", הוצאת ידיעות אחרונות, 2013. עמוד 285.

באשמת שווא (1996) כדי לטרפד את מינויו לשר המשפטים, בידיעה שהוא מתעתד להחליף את היועץ המשפטי לממשלה⁴⁰. דוגמה אחרת היא ראובן ריבלין שהפרקליטות מנעה את מינויו לשר משפטים (2001) באשמות שווא⁴¹. נגד חיים רמון שהודיע על כוונתו כשר המשפטים המיועד לערוך רפורמה במערכת המשפטית (2007) הוגש כתב אישום, לאחר שהופעל לחץ כבד על קצינה להתלונן נגדו בגין מעשה מגונה קל-ערך. גם ראש לשכת עורכי הדין, דרור חוטר ישי שמתח ביקורת נוקבת על הדיקטטורה של בג"ץ הואשם בעבירת מס חסרת שחר שבה זוכה.

ג. הרתעת נבחר ציבור מלפעול על פי צו מצפונם

העוצמה של היועץ המשפטי לממשלה כראש התביעה והנכונות של הפרקליטות להגיש כתבי אישום מפוברקים נגד ראשי ממשלה ושרים "הגיעו לממדים ששיבשו לחלוטין את הליכי המינויים לתפקידים בכירים בשירות הציבורי", כותב פרידמן, ומתייחס לכך כ"טכניקת סיכול ממוקד של מינויים שפותחה בפרקליטות"⁴². "חקירות ומשפטים אלה ערערו לחלוטין את השלטון המרכזי. הממשלה פעלה לא פעם בתחושת אימה וחרדה, וכאשר הצטרף לכך שימוש נרחב בעבירה המפוקפקת של 'הפרת אמונים' מצאו את עצמם לפתע שרים חשודים בפלילים"⁴³. מדובר בעבירה מעורפלת שגורמת לענישה רטרואקטיבית כשבשעת מעשה האדם כלל לא ידע שהוא עובר עבירה. פעמים רבות הורחב המושג "ניגוד עניינים" מעבר לכל היגיון ולמעשה התבטלה החסינות הפרלמנטרית⁴⁴. "התפתחות זו העניקה כוח אדיר לבתי המשפט, ובעיקר לעליון, ליועץ המשפטי ולפרקליטות"⁴⁵. עובדה היא כי יוסף (טומי) לפיד, צחי הנגבי ויעקב נאמן, שנודעו כמתנגדי האקטיביזם השיפוטי, הבינו את המסר ו"יישרו קו" עם הפרקליטות במהלך תפקידם כשרי המשפטים⁴⁶. גם נתניהו הפיק את הלקח, וכשחזר לראשות הממשלה נמנע מלהתעמת עם המערכת המשפטית. כמוהם כמתנגדים רבים אחרים

40. שם, עמוד 286.

41. פרופסור יעקב נאמן הראיון עם ליטל דוברוביץקי, ידיעות אחרונות, 9.1.08.

42. ראיון עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטוביץ קושיצקי, "כתב אישום", מקור ראשון, 22.1.13.

43. פרופסור פרידמן, הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה, הוצאת ידיעות אחרונות, 2013. עמוד 285.

44. ראיון עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטוביץ קושיצקי, כתב אישום, מקור ראשון, 22.1.13.

45. פרופסור פרידמן, "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה", הוצאת ידיעות אחרונות, 2013. עמוד 285.

46. ראיון עם פרופסור דניאל פרידמן, שר המשפטים לשעבר, יהודה יפרח וליאת נטוביץ קושיצקי, "כתב אישום", מקור ראשון, 22.1.13.

הבוחרים לשתוק ולא להצביע בעד הצעות שהפרקליטות מתנגדת להן כדי לא להסתכן בחקירות מגמתיות מופרכות. כך למשל, בדצמבר 2013 הצביעו שרי ממשלה בעד מינויו של שי ניצן לפרקליט המדינה אף על פי שקודם לכן הביעו התנגדות למינוי.

ד. מדיניות של איפה ואיפה

לעומת ההתנכלות לנבחרי ציבור שאינם מקובלים עליה, הפרקליטות מגנה על פוליטיקאים הקרובים להשקפתה הפוליטית ונמנעת ככל האפשר מהגשת תיקים פליליים נגדם. כך, למשל, התעלמה הפרקליטות לפני הבחירות של 1999 מתחקירים של העיתונאי קלמן ליבסקינד על עמותות אהוד ברק שהזרימו כסף למטה הבחירות שלו תוך הפרת חוק מימון הבחירות. באותו אופן היועץ המשפטי לממשלה התייחס לשרון בתחילת 2005 כ"אתרוג" שיש לשמור עליו כדי שיובטח ביצוע ההתנתקות, ותיק "האי היווני" נסגר. על פי אותה מדיניות התעלמה הפרקליטות גם מתחקירים נוקבים של העיתונאי יואב יצחק על פרשות שחיתות של אולמרט לפני הבחירות של 2006, כדי שלא לסכל את הבטחתו לקדם כראש ממשלה את תוכנית "ההתכנסות" שלו.

ההטיה הפוליטית של הפרקליטות נובעת במידה רבה מהרכבה האנושי. באופן שאינו מקרי, חלק ניכר מן הנושאים במשרות בכירות בהווה ובעבר הלא רחוק דוגלים בהשקפת עולם שמאלנית מובהקת. כך למשל, הצליחה "הקרן החדשה לישראל" - התומכת בארגוני שמאל קיצוני אנטי-ציוני שמשתתף במסע הדה-לגיטימציה והחרם נגד ישראל, וכן בארגונים ערביים הפועלים לביטול עצם קיום המדינה - להחדיר לתוך הפרקליטות בשנים האחרונות כמה וכמה עורכי דין בוגרי תוכנית המשפטנים שלה. מתוכם, שלושה מונו עם הזמן לשופטים ואחד הגיע לעמדת המשנה ליועץ המשפטי לממשלה. אחת מהן מונתה לאחת מן האחראים על התשובות מטעם מדינת ישראל לבג"ץ (לרבות, כמובן, בג"צים שהגישו הארגונים הנתמכים על ידי הקרן). כך למשל היא ייצגה את המדינה בעתירה שהגיש חסן ג'בארין - אף הוא בוגר הקרן, ממרכז עדאללה האנטי-ציוני - נגד פסילת הרשימות הערביות בבחירות האחרונות. התוצאות של עיוות חמור זה בהליך המשפטי ברורות כמובן: הרשימות אושרו.

אחת מבוגרות התוכנית עבדה בפרקליטות, התקדמה במערכת המשפט

ומונתה לשופטת מחוזית (ודנה, בין השאר, בתביעות של ארגונים הנתמכים על ידי הקרן). אותה שופטת הוציאה צו ביניים שמונע את שליחתם של 13 מסתננים למתקן השהייה 'חולות', תוך התעלמות מהעובדה שהחוק מתיר לעשות זאת, כשהיא מיישמת בכך את תלמודה מתכנית המשפטנים של הקרן. גורמים במשרד הפנים ציינו כי גם כשהיתה בבית משפט השלום השופטת פסקה באופן דומה והגדירו אותה "אוהדת מסתננים" ו"מזיקה"⁴⁷. דוגמאות ל"הישגים" אנטי-ציוניים נוספים של הקרן במסווה של דאגה לזכויות אדם הם פסק דין קעדאן (2005), שבו הורה בג"ץ למנהל מקרקעי ישראל שלא להקצות קרקע לגופים כמו הסוכנות היהודית המחכירים קרקע ליהודים בלבד; פסק דין תקדימי שחייב את צה"ל לשנות את תוואי גדר הביטחון (2004); וצו ביניים שעצר זמנית את גירושם של 415 מחבלי חמאס ללבנון (1992)⁴⁸.

ה. מדיניות של אכיפת יתר בררנית

דוגמה חמורה במיוחד לאי-שוויון בפני החוק המוסתרת מהציבור היא מדיניות אכיפת יתר מפלה כלפי המתישבים היהודים ביהודה ושומרון⁴⁹. המדינה מתייחסת אליהם במסגרת נהלים מיוחדים כאוכלוסייה עבריינית שיש לרסנה, ובמקביל, מקיימת תת-אכיפה כלפי התושבים הערבים ופעילי שמאל הפועלים ביהודה ושומרון. הכול תוך שימוש בנהלים שהיו במשך שנים סודיים והוסתרו אף מידיעת הממשלה.

כדי להמחיש את חומרתה של המדיניות הנקוטה בידי הפרקליטות נציין כמה עובדות סטטיסטיות. המשטרה משקיעה ביו"ש פי ארבעה שוטרים לאלף תושבים מאשר למשל בנפת נתניה, שבה הפשע גואה. אחוז התיקים שבהם מוגש כתב אישום הוא 38% ביו"ש לעומת ממוצע ארצי של 14% בלבד, דהיינו פי 2.5. אחוז גבוה זה ביו"ש נובע מהגשה שיטתית של כתבי אישום חסרי שחר. הראיה לכך היא חד-משמעית: אחוז ההרשעות בתיקים פליליים ביו"ש הוא 75% לעומת ממוצע ארצי של 99.9%, דהיינו פי 250 זיכויים ביו"ש (25% לעומת 0.1%), וזאת כאשר כל התיקים נדונים באותה מערכת משפט (שכן אין ביו"ש בתי משפט). בתחום הבנייה הבלתי חוקית, בצד ה"פלסטיני"

47. איציק וולף, הסתננות משפטית, מקור ראשון, 20.6.14.

48. יפעת ארליך, המשפחה הסודית, חדשות מחלקה ראשונה, 5.3.10.

49. דוח מקיף של ארגון זכויות האדם בישראל, "אכיפת החוק ביהודה ושומרון: עובדות ולא סיסמאות". כל הנתונים בחוברת לקוחים מפרסומים של משטרת ישראל.

מדובר על 20% מהמבנים ואילו במגזר היהודי על 1.5% בלבד, ובכל זאת האכיפה במגזר היהודי חמורה יותר בצורה משמעותית⁵⁰. נתונים מדהימים אלה מוכיחים באופן ברור כי הפרקליטות והמשטרה עושים שימוש לרעה בכוחם עד כדי התעללות ביהודי יו"ש.

כדי להחמיר עוד יותר את האפליה נגד יהודים ננקטת כלפי האוכלוסייה הערבית בשטחי C מדיניות הפוכה לחלוטין. על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, כל הגשת כתב אישום נגד ערבי מחייבת אישור שלו! זאת ועוד, על פי הנחיית הפרקליט הצבאי הראשי יש לסגור בטענה של חוסר עניין לציבור כל תיק שאינו עוסק בעבירות ביטחון חמורות! במילים אחרות, קיים היתר גורף לערבים להתנהג באופן פרוע ולדרוס את החוק ברגל גסה, לרבות עבירות ביטחון שאינן חמורות. התוצאה היא שכאשר מתגלה ריב בין יהודי לערבי על רקע תקיפת יהודי או רכושו על ידי ערבי - דוגמאות אופייניות הן הצתת שדה קוצים סמוך ליישוב יהודי, התנכלות למטעים או זריקת אבנים - יוגש כתב אישום אוטומטית רק נגד היהודי. ואכן, בפסקי דין לא מעטים מתרעמים שופטים על הטיפול המפלה של המשטרה והפרקליטות, אשר מתעלמות מהתקיפות של הצד הערבי וחותרות להעניש את היהודי המתגונן. ברור שיש בכך כדי לעודד את הצד הערבי לפגוע ברכושם ובגופם של יהודים בידועם שהחוק מגן עליהם. קשה להאמין כי התעמרות זו ביהודים, שלא תיתכן בשום מדינה במערב, היא הנוהגת במדינת היהודים בחסות החוק.

בפסק דין בתיק פלילי 11-01-40507 קובעת השופטת נאוה בכור כי אכן קיימת אכיפה בררנית של הפרקליטות. לדבריה, "מקבץ ראיות ההגנה על ציר הזמן שבין אוקטובר 2008 לבין אוגוסט 2010 משקף התייחסות תמוהה של רשות האכיפה הרלוונטית כלפי גילויי/פרסום אלימות קיצוניים, מסוכנים ומסיתים, לאלימות/טרור/גזענות, כלפי חיילים, יהודים ואף שר בממשלת ישראל". לעומת זאת "הוצגו ראיות מספקות בדבר אכיפה בררנית כלפי הנאשם". השופטת מפנה בנדון אצבע מאשימה כלפי פרקליט המדינה עצמו; לדבריה, "תשובה ומענה למגישי התלונות אליו ע"י שי ניצנו ניתנו בדרך כלל כעבור חודשים, ובדרך כלל תוך קביעה כללית בדבר אי התקיימות "אפשרות ממשית" לאלימות, ותו לא, ופעמים תוך אי פתיחתה של חקירה פלילית כלל

50. איתמר פליישמן, "אכיפה לא שוויונית נגד יהודים ביו"ש בתחום הריסת הבתים" (הנתונים לקוחים מהמנהל האזורי), מקור ראשון, 28.2.14

ועיקר⁵¹. והשופטת מוסיפה, "ברי כי יש בראיות ההגנה כדי להצביע על התייחסות תורתית, כללית, וכמעט נגועה באוטומטיזם, בכל הנוגע לשלילת התקיימות רכיב האפשרות הממשית בעבירת ההסתה. כך, כיצד קריאות המוניות ל'מוות ליהודים', 'סירוס המתנחלים' ו'הרג חיילים' אינם יכולים להביא למעשי אלימות כלפי כל אחד מהקהלים הנ"ל?".

אכיפת היתר הבררנית שתוארה היא בעצם רדיפה של יהודים וכך היינו מתייחסים אליה אילו התקיימה במדינה אחרת כלשהי. היא פוגעת אנושות בזכויות היסוד של המתיישבים היהודים, מערערת את ביטחון חייהם ורכושם, ומקוממת מבחינת הצדק והשוויון בפני החוק. כל זאת תוך שימוש בזרועות השלטון כמכשיר פוליטי במסווה משפטי - והכול בברכת בג"ץ.

משמוסדה ביו"ש מדיניות מפלה בין יהודים לערבים, היא כמובן לא נעצרה שם אלא זלגה והתפשטה גם בתוך הקו הירוק. גניבת עדרים, השחתת יבולים וחבלה בציד חקלאי הפכו למכת מדינה גם בגליל ובנגב, עד כדי מצב של איום ממשי על כל השטחים הפתוחים במדינה. זרועות החוק הפקירו את החקלאים, הותירו אותם בודדים במערכה ואילצו אותם לחזור מאה שנה לאחור לימים של טרום המדינה ולהקים מחדש את ארגון השומר (החדש). פרסומי הארגון - לצד פרסומים נוספים, כמו למשל בפרשת שי דרומי - מצביעים על הממדים החמורים של התופעה. הדבר מוכיח כי מי שמשלים עם רמיסת זכויות האדם של יהודים ביו"ש, מנימוקים כאלה או אחרים, מקבל בסופו של דבר רדיפת יהודים גם בתוך הקו הירוק.

ו. קביעת מדיניות על ידי היועצים המשפטיים במשרדי הממשלה

כדי להעצים את כוחה ולהרחיב את השפעתה על כל זרועות השלטון, לרבות הממשלה עצמה, מובילה הפרקליטות מהלך מסוכן שבמסגרתו הופכים היועצים המשפטיים למקבלי החלטות שלטוניות; זאת אף שאין להם שום הכשרה לכך ואף שאינם נושאים באחריות להחלטות שהם מקבלים. מהלך זה נשען על עוצמתו חסרת הגבולות של בג"ץ: מחד, שרים ופקידים בכירים נרתעים מקבלת החלטות בניגוד לדעת יועציהם המשפטיים מחשש שההחלטות יבוטלו בבג"ץ, ומאידך, היועצים המשפטיים מקצינים את עמדותיהם בשל צלו המאיים של בג"ץ וכדי להבטיח שיעברו את מבחן בג"ץ.

51. יהודה יפרח, שופטת קבעה: שי ניצן מפעיל אכיפה רק נגד הימין, NRG, 14.9.14.

היועצים המשפטיים מחליפים אפוא מנכ"לים ופקידים בכירים, אשר התמנו לתפקידם כדי לנהל את גופי השלטון בראיית התמונה הכוללת. כדברי השר נאמן: "יש לנו בעיה קשה מאוד כאשר שרים, מנכ"לים ופקידים בכירים לא מוכנים לקחת אחריות ונתלים ביועצים משפטיים כדי לא לעשות דברים"⁵².

המצב הנוכחי "מעמיד את היועץ המשפטי מעל הממשלה והוא הדין לגבי היועצים המשפטיים של משרדי הממשלה"⁵³. בכך מעקרת מערכת המשפט את יכולת המשילות של נבחרי ציבור ויצרת קיפאון שלטוני וחוסר יכולת לקבל ולבצע את ההחלטות המתחייבות, הכול כדי לאיין את כוחה של המערכת הפוליטית ולמסד את רודנותו של בג"ץ.

ז. טרפוד חקיקה על ידי היועצים המשפטיים של הכנסת אעדותיה

מעבר לשליטה במשרדי הממשלה, הפרקליטות שולחת את זרועותיה הארוכות גם לכנסת, שאמורה להיות הריבון, באמצעות מינוי יועצים משפטיים לכנסת ולוועדותיה. יועצים אלה נכפים על ראשי הוועדות ומשתמשים בכוחם כדי לרוקן מתוכנן הצעות חוק שאינן נושאות חן בעיני הפרקליטות, בנימוקים כמו פגיעה בדמוקרטיה או אי יכולת להגן על החוק בבג"ץ. כך למשל, רוקנה מתוכנה, בשנת 2011, הצעת חוק למיסוי תרומות מממשלות זרות, כדי למנוע את העברתן לארגונים ציבוריים פוסט-ציוניים, אשר משתמשים בתרומות לכרסום מדיניות הממשלה ולמסע דה-לגיטימציה נגד ישראל⁵⁴. הצעת החוק שהצליחה בכל זאת לעבור את המשוכה של היועצים המשפטיים בכנסת (או הוגשה בניגוד לדעתם) ואינה נושאת חן בעיני הפרקליטות מטורפת בוועדת השרים לענייני חקיקה באמצעות היועץ המשפטי לממשלה. כך למשל טורפדה, בשנת 2013, הצעת חוק למיסוי תרומות מישות מדינית זרה⁵⁵. בדרך זו, יועצים משפטיים משתלטים בפועל על פעילות החקיקה של נבחרי ציבור בניגוד מוחלט לעיקרי הדמוקרטיה.

52. פרופסור יעקב נאמן, ראיון עם ליטל דוברוביץקי, ידיעות אחרונות, 9.1.08.

53. השר גלעד ארדן בראיון עם סופיה רון-מוריה, פורסם במקור ראשון 16.11.12.

54. הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (מיסוי הכנסה למוסדות ציבוריים המקבלים תרומה מישות מדינית זרה), התשע"א - א - 2011, שיזמה ח"כ פאינה קירשנבאום.

55. הצעת חוק לתיקון פקודת מס הכנסה (תמיכה של ישות מדינית זרה בעמותות בישראל), התשע"ג - 2013, שיזמו הח"כים איילת שקד ורוברט אילטוב.

כיצד להפוך את הפרקליטות לגוף מקצועי המפוקח ציבורית

"שולט על עולמך ממשרדי האפר"

להלן נפרט כמה שיפורים הכרחיים שיעוגנו בחקיקה. מושכל ראשון, כדי להבטיח פיקוח ציבורי יעיל על הפרקליטות יש צורך חיוני בחוק שיסדיר את הקמתו של גוף ביקורת עצמאי, חיצוני למשרד המשפטים. החוק יקנה לגוף המבקר סמכויות ביקורת נרחבות הן בהיבט מערכתי (לרבות בדיקה פרטנית של תיקים) והן בהיבט של בדיקת תלויות נגד התנהלותם של פרקליטים בהליכים בבתי משפט (לרבות החלטות לגבי הגשתם או אי-הגשתם של כתבי אישום ולגבי התנגדות או אי-התנגדות לקבל עתירות בבג"ץ). יצוין כי הגוף שקם סוף-סוף במאי 2014, לאחר התנגדות עיקשת של היועץ המשפטי והפרקליטות, אינו עונה על הצורך. גוף הביקורת לא הוקם מכוח חוק, ולא רק שאינו חיצוני למשרד המשפטים - הוא חלק מהפרקליטות עצמה; גם לא ברור לחלוטין עד כמה רחבות סמכויותיו.

מושכל שני, להקנות לשר המשפטים כמייצג הציבור כמה סמכויות שהעדרן מאפשר כיום את פריקת העול של הפרקליטות. ראשית, סמכות לפקח על עבודת הפרקליטות, כמקובל בכל מקום אחר בעולם. שנית, סמכות מוחלטת בכל הנוגע לתהליכי המינוי של כל המשרות הבכירות בפרקליטות, לרבות משרת היועץ המשפטי לממשלה ומשרת התובע הכללי (פרקליט המדינה) שאמור לנהל את הפרקליטות. שתי המשרות הללו יופרדו, והמינוי להן יובא לאישור הממשלה על פי המלצת שר המשפטים. הממשלה בהמלצת שר המשפטים תהיה מוסמכת לפטר נושאי משרות אלה, וכל שר יהיה מוסמך חוקית להדיח את היועץ המשפטי של משרדו. שלישית, שר המשפטים יקבל סמכות לפטר כל פרקליט מחוז וכל משנה בכיר לפרקליט מחוז. בהקשר זה, הדלפה לתקשורת באשר להליכי חקירה תשמש כעילה קבילה לפיטורי פרקליט מחוז, בהיותה גם עבירה פלילית של שיבוש הליכי חקירה ומשפט.

במסגרת החקיקה לפיצול תפקידו של היועץ המשפטי, יוסדר מעמדו ויוגבלו סמכויותיו. הממשלה לא תהיה כפופה לחוות דעת משפטיות שיסכלו את כוונתה לפעול, בפרט בנושאי ביטחון, כלכלה, התיישבות ביהודה ושומרון ומדיניות חוץ. במקרים כגון דא, יהיו הממשלה וכן כל שר

הנוגע לעניין רשאים לבחון את קיומה של חלופה משפטית לעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה. במקרה שקיימת חלופה שכזו, יהיו הממשלה או השר הנוגע לעניין רשאים לאמץ את הפרשנות המשפטית של החלופה המאפשרת את ביצוע מדיניות הממשלה. אם יהיה דיון בבג"ץ, המשפטן שהציע את החלופה המשפטית יהיה רשאי לייצג את המדינה בדיון. בדומה לכך, יו"ר הכנסת וראשי ועדות הכנסת יהיו רשאים לקבל חוות דעת משפטית חיצונית במקרה שחוות הדעת של היועץ המשפטי שלהם אינה נראית להם. לדברי הפרופסור גביון, "המציאות המשפטית הנוכחית, והחדשה, שבה היועץ המשפטי מחייב את הממשלה לפעול לפי 'עצתו' עוד לפני פסיקת בית המשפט, תוך שהוא רשאי לאיים כי לא ייצגה בבית המשפט - אינה קבילה. ההסדר הרצוי רחוק מלזלזל בשלטון החוק, שכן ממשלה ושרים יהססו מאוד לפעול בניגוד ל'עצה' של יועצם המשפטי המוערך. במקרים הנדירים שבהם ממשלה תרצה לפעול בניגוד לדעת היועץ - זכותה וחובתה להחליט על פי שיקול דעתה, ובית המשפט יכריע"⁵⁶. המצב הנוכחי הוא לדבריה "הזוי, אנומלי, ופוגע פגיעה קשה בזכות אלמנטרית של הממשלה"⁵⁷.

"המעמד האימפריאליסטי של היועץ המשפטי לממשלה", כהגדרתה של גביון⁵⁸, התפשט באמצעות הפרקליטות לכל משרדי הממשלה והוא יוצר משפטיזציה של השירות הציבורי. לדברי השופט נעם סולברג, "עורך הדין של המדינה תופס את מקומו של הפקיד המקצועי בטרם עת, וזאת שלא בטובת העניין. עלינו לזכור ולהזכיר כי המשפטן הוא שחקן המשנה. השחקן המרכזי הוא הפקיד המקצועי הנוגע בדבר. עליו לפעול כמובן כדין... אבל אל לו להיאלם דום, ואל לו - לעורך הדין - לבוא בנעליו. איננו חפצים בפקידים נרפים, כאלה שמשליכים אחרי גוום ומעבירים את ערמת התיקים שעל שולחנם היישר אל שולחנו של היועץ המשפטי או הפרקליט. אנחנו חפצים בפקיד 'ראש גדול', מקצועי, חושב, מתייעץ ומחליט כדין"⁵⁹. בדיוק בשל עמדתו זו, הנשיאה בייניש, נציגה מובהקת של הדיקטטורה של בג"ץ, התנגדה בשצף קצף למינויו של השופט סולברג לבית המשפט העליון, מינוי שנכפה עליה על ידי שר המשפטים יעקב נאמן. כדי לבלום את האימפריאליזם המשפטי של היועץ המשפטי לממשלה יש לנתק את היועצים המשפטיים

56. רות גביון, "גם לממשלה יש זכויות", הארץ, 20.10.09.

57. יהודה יפרח, מקור ראשון, 18.1.13.

58. רות גביון: "עמדתו של בנט בעניין הסרבנות הגיונית וקוהרנטית", מקור ראשון, מאמר של יהודה יפרח, 3.18.

59. איתמר לוי, "סולברג נגד המשפטיזציה של השירות הציבורי", מחלקה ראשונה, 19.10.12.

של משרדי הממשלה ושל הכנסת מהכפיפות אליו. כך יבוא לקצו המצב האבסורדי שבו מינוי יועצים משפטיים נכפה על השרים ועל הכנסת וראשי ועדותיה ללא שום התחשבות בדעתם, גם כשאין להם שום אמון ביועץ המוכתב להם.

סיכום

"נהלים וחקים תענוע מוזר; הצדק יכול לחפות למחר"

הדיקטטורה של בג"ץ התפתחה בישראל בתהליך של עשרות שנים, ונושא הדגל שלה הוא אהרון ברק, שהחל לכהן כשופט בבית המשפט העליון כשנה אחרי המהפך של שנת 1977. הדיקטטורה של בג"ץ נועדה לאפשר לתפיסת העולם של שכבת אליטה - בעיני עצמה - מצומצמת להכתיב את מהלכיה של מדינת ישראל גם כשהמחנה הלאומי-ציוני בשלטון. בזכות גאוניותו המשפטית של השופט ברק, המהלך המדהים הזה צלח, בראיית יוזמיו, מעל ומעבר לצפוי, והוא נושא פירות באושים, בראיית מדינת ישראל. בית המשפט העליון לקח מהממשלה את היכולת למשול. כדברי שר המשפטים לשעבר, פרופסור דניאל פרידמן, "המהפכה המשפטית... שיבשה את מערכי השלטון, הגבירה את הביורוקרטיה והמשפטיזציה ופגעה בדמוקרטיה עצמה. הפיקוח על הממשלה והכנסת... העניק... שליטה על הממשלה (ובעניינים אחדים גם על הכנסת)... ואת התוצאה הקשה מסכמים כיום בשתי מילים 'חוסר משילות'⁶⁰."

כל ההחלטות הפוליטיות-ביטחוניות המשמעותיות בעשרים השנים האחרונות לא התקבלו על ידי נבחרי הציבור, אלא על ידי קבוצת שופטים שהשקפת עולמם מייצגת ציבור קטן מאוד והמנותק מהערכים הרווחים בעם. זאת תוך נקיטת אימפריאליזם שיפוטי, רמיסת הדמוקרטיה, ביטול הפרדת רשויות, התעלמות ממגבלות החוק, התערבות בכל דבר ועניין שנראים לבג"ץ, ושכפול עצמי של חברי בית המשפט העליון. הדיקטטורה של בג"ץ ניתקה את הקשר החיוני בין סמכות לבין אחריות. האחריות חלה על נבחרי העם אך הסמכות בפועל הועברה בדרך בלתי חוקית לבג"ץ ולפרקליטות. שופטי בג"ץ והיועצים המשפטיים במשרדי הממשלה מקבלים החלטות בנושאים שלא הוכשרו לטפל בהם ואינם נושאים בשום אחריות ציבורית לתוצאות. בנתחה את האקטיביזם השיפוטי מגיעה הפרופסור גביוון⁶¹ למסקנה כי "איני סבורה כי ניתן יהיה להצדיק לאורך זמן את המצב שבו קבוצה הומוגנית למדי (הכוונה לשופטי בית המשפט העליון) מפעילה קני מידה המרחיבים את גבולות המשפט והשפיטות ומגיעה לפתרונות 'אובייקטיביים' הנגזרים מתפיסת עולמה וערכיה הייחודיים."

60. דניאל פרידמן, "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה", הוצאת ידיעות אחרונות, 2013, עמוד 584.
61. רות גביוון, מרדכי קרמינצר, יואב דותן - "אקטיביזם שיפוטי בעד ונגד: מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית", ידיעות אחרונות והוצאת מאגנס, 2000, עמ' 146.

אבירי האקטיביזם השיפוטי מנסים להציג את עצמם כמגני הדמוקרטיה, אך למעשה הם מנצלים אותה ככלי תעמולתי לניגוח המחנה הלאומי. לדברי שר המשפטים לשעבר דניאל פרידמן, "מה שמסתתר פה איננו מאבק על שלטון החוק. זהו קרב על השלטון עצמו"⁶². בפועל, אליטת המיעוט מבצרת את השפעתה על המדינה באמצעים אנטי-דמוקרטיים, והדיקטטורה של בג"ץ היא ראש וראשון בהם. התנהלותו הרודנית של בג"ץ מחריפה את המתחים החברתיים, בפרט בין חילוניים לדתיים, פוגעת בזהותה היהודית של ישראל ומחבלת בחוסן הלאומי ובאמון של הציבור במערכת המשפט.

יתרה מכך, התערבות בג"ץ בתחומי הביטחון הלאומי פגעה קשות ביכולתה של מדינת ישראל להתמודד עם איום הטרור ולספק לתושביה ביטחון. למען שרידותה של מדינת ישראל, על הכנסת לשים קץ למצב בלתי נסבל זה. כדי להחזיר את המדינה לפסים דמוקרטיים המקובלים בעולם, יש בראש ובראשונה להתעשת ולהגדיר בחוק יסוד - כדוגמת החוק שבנספח - את סמכויותיו של בג"ץ, כך שיחזור לממדיו הטבעיים כפי שהיו עד תחילת שנות ה-80, תקופה שבה אמון הציבור בו הגיע לכ-95%. בנוסף, כפי שפורט, יש להסדיר בחקיקה את סוגיית מינוי השופטים לבית המשפט העליון כך שייצגו בראש ובראשונה את ערכי היסוד של ישראל כמדינה יהודית שמשטרה דמוקרטית.

במקביל, קיים צורך חיוני בטיפול שורש בפרקליטות שימנע את השתלטותה על השירות הציבורי. זאת באמצעות מתן סמכות חוקית לשר המשפטים לפקח על הפרקליטות, למנות בעלי משרות בכירות בה ולפטרם בהתאם לשיקול דעתו. כמו כן, יש לפצל את תפקיד היועץ המשפטי לממשלה ליועץ מחד ולעומד בראש התביעה הכללית מאידך. בנוסף, יש לאפשר לממשלה ולכל גוף סטטוטורי לאמץ חוות דעת משפטית חלופית לזו של היועץ ולהקנות לכל שר סמכות לפטר יועצים משפטיים במשרדו. יועצים אלה יהיו עצמאיים ולא כפופים ליועץ המשפטי לממשלה.

מעל ומעבר למגננה חקיקתית באמצעות הכנסת, חיוני שהממשלה תמשול ולא תחשוש להפעיל את הסמכויות שהחוק מקנה לה. חריגה של בג"ץ מסמכויות המוקנות לו בחוק ומכללי היסוד של הדמוקרטיה צריכה לקבל מענה גם בתגובה שקולה ומדודה של הממשלה והכנסת באמצעות חקיקה נקודתית כמענה לפסק דין שהן אינן יכולות לקבלו. תגובה כזו תחזיר

62. דניאל פרידמן, "הארנק והחרב: המהפכה המשפטית ושיברה", הוצאת ידיעות אחרונות, 2013, עמ' 582.

את המערכת לשיווי המשקל המקובל בכל מדינה דמוקרטית בעולם. לאור התמיכה הנחרצת והבלתי מסויגת של התקשורת בבג"ץ (על רקע פוליטי), חשוב לבנות תמיכה ציבורית רחבה בהחזרת בג"ץ לצביון ולתפישה הראויים של הפרדת רשויות ושל ריסון הביקורת השיפוטית על הרשויות האחרות, שהיו מקובלים עד תחילת שנות ה-80.

אלה העובדות לגבי דרכו של בג"ץ ולגבי הפרקליטות כזרוע ביצועית שלו. הכול נעשה לאור היום ומתועד בפסקי דין. ציטטנו את ביקורתם הנוקבת של ארבעה פרופסורים ידועי-שם למשפטים מקצוות שונים של הקשת הפוליטית, שמתוכם שניים שימשו כשרי משפטים ושניים זכו בפרס ישראל בתחום המשפטים. מי שעדיין לא השתכנע מוזמן לקרוא בעצמו את שלושת הספרים החריפים שכתבו על האקטיביזם השיפוטי. השרים וראש הממשלה מפחדים מכוחו המאיים של בג"ץ ואינם פועלים לצמצומו. לפיכך, נותרה רק דעת הקהל שיכולה ללחוץ על חברי הכנסת לעשות את שינויי החקיקה המתבקשים כדי שנחזור להיות עם חופשי החי במדינה דמוקרטית. ואולם, עם כל חשיבותן של הפרדת רשויות ושל הפקדת השלטון בידי נבחר ציבור ולא פקידים ממונים - על המדוכה נמצא לא רק אופי המשטר במדינה אלא עצם קיומה בסביבה עוינת.

כמפורט במאמר, הדיקטטורה של בג"ץ מעקרת את יכולת המשילות של נבחר הציבור ותופסת את מקומם על מנת לקדם את השקפת העולם המהפכנית והפוסט-ציונית של קומץ קטן בשולי החברה. באמצעות מחיקת זהותה היהודית-ציונית של ישראל, ערעור חוסנה הלאומי וביטול יכולתה להגן על עצמה חותר בג"ץ לפגוע בהתיישבות היהודית שמחוץ לשפלת החוף ולהפוך את ישראל בעל כורחה ל"מדינת כל אזרחיה". התוצאה ההכרחית של מדיניות זו היא העצמת כוחו של המגזר הערבי במדינה שבסופו של דבר ישלוט במוסדותיה. אין מדובר אפוא במחלוקת על דעות והעדפות, או במציאות שאפשר להשלים עמה לאורך זמן. מדובר בעצם קיומה של ישראל. אם חפצי חיים אנו, על אזרחי ישראל להתעשת וליצור לחץ על נבחר הציבור כדי שיפעלו לאלתר להחזרת ישראל למשטר של דמוקרטיה פרלמנטרית.

לוט: הצעת חוק יסוד: הפרדת הרשויות - סמכויות בתי המשפט במשפט הציבורי

הצעת חוק יסוד הפרדת הרשויות סמכויות בתי המשפט במשפט הציבורי תשס"ב (2002)

1. **הגדרות:** "בתי משפט" כאמור בסעיף 1 לחוק יסוד: השפיטה התשמ"ד (1984). "דין": לרבות חוק יסוד ופסק דין של בית משפט.

"אזרח חוץ": כל מי שאינו אזרח ישראלי ו/או תושב קבע השווה כחוק במדינת ישראל. "רשויות המדינה": לרבות רשויות מקומיות ואנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין.

2. **הכנסת:** על אף האמור בכל דין, בתי המשפט לא יוציאו צווים לכנסת, ליושב ראש הכנסת ולוועדה מוועדותיה, ולכל מוסד אחר ממוסדות הכנסת, בין במישרין בין בעקיפין.

3. **חקיקת הכנסת:** על אף האמור בכל דין, בתי המשפט לא יצהירו על בטלותו של חוק ו/או יפגעו בכל דרך בתוקפו, למעט חוק הסותר סעיף בחוק יסוד המשוריין ברוב מיוחד.

4. צווים לרשויות המדינה:

א. על אף האמור בכל דין, בתי המשפט יוציאו צווים לרשויות המדינה אך ורק על יסוד מעשה בניגוד לחוק ו/או החורג מסמכות ו/או שיש בו משוא פנים ו/או שיש בו מטרות זרות ו/או תוך הפרת זכות הטיעון ובכפוף לסעיף 8.

ב. על אף האמור בכל דין, בתי המשפט לא יוציאו צווים לרשויות המדינה על יסוד בחינת סבירות ו/או מידתיות ו/או הוגנות מעשיהם. לעניין סעיף זה "סבירות", לרבות איזון בין אינטרסים.

5. **צווים בעניין מינויים ברשויות המדינה:** על אף האמור בכל דין, בתי המשפט לא יוציאו צווים לרשויות המדינה לגבי תוקפם של מינויים ו/או תוקף בחירתם ו/או תוקף פיטוריהם של נושאי משרות ברשויות המדינה למעט על יסוד מינוי או בחירה או פיטורין בניגוד לחוק המסדיר את מינוי ו/או בחירתו ו/או פיטוריו של נושא משרה, ובכפוף לסעיף 8.

6. **צווים לטובתו של אזרח חוץ:** על אף האמור בכל דין, בתי המשפט לא יוציאו צווים לרשויות המדינה במשפט הציבורי, לטובתו של אזרח חוץ

לרבות לבקשת יורשיו, למעט במקרה של אזרח חוץ, המבקש לקבל אזרחות ישראלית מכוח חוק השבות תש"י (1950).

7. **צווים בעניין אדם ששוחרר ממאסר או מעצר:** על אף האמור בכל דין, בתי המשפט לא יוציאו צווים לרשויות המדינה בעניין שבו רשות מוסמכת, למעט בית משפט, החליטה על שחרורו של אדם ממאסר או מעצר.

8. **זכות עמידה:** על אף האמור בכל דין, בתי המשפט לא יוציאו צווים לרשויות המדינה בהעדר סכסוך בין רשות מרשויות המדינה למבקש הצו, ו/או כשמבקש הצו אינו נפגע באופן ישיר, ברור ומהותי ממעשה רשות מרשויות המדינה.

לעניין סעיף זה, אי-חוקיות מעשה רשות מרשויות המדינה אינה כשלעצמה בבחינת סכסוך.

9. **יציבות החוק:** אין בכוחן של תקנות שעת-חירום לשנות חוק זה, להפקיע זמנית את תוקפו או לקבוע בו תנאים.

10. **נוקשות החוק:** אין לשנות סעיף מסעיפי חוק יסוד זה אלא ברוב של חברי כנסת. לעניין סעיף זה, "שינוי" בין מפורש בין משתמע.

11. **הודאת מעבר:** כל עניין התלוי ועומד בבתי המשפט רואים אותו כאילו החל להתברר מיום פרסומו של חוק יסוד זה ברשומות.





תרמו לנו וסייעו להמשך הפעילות:

באתר: www.imti.org.il

בהמחאה באמצעות הדואר: ת.ד. 53204 ירושלים 91561
בהפקדה ישירה לחשבון ע"ש "אם תרצו ציונות להיות או לחדול",
בנק לאומי / (10) סניף 785 חשבון 02890590 או 2890590
(ע"ר) מס' 580471662 | טל. 072-2146237 פקס. 02-5323002



מדינה בשלטון הבג"ץ כתב אישום: בג"ץ נגד הדמוקרטיה הישראלית

יש לעריצות של בג"ץ השלכות חמורות בתחום הביטחון הלאומי, הזהות היהודית-ציונית, ההתיישבות בארץ ישראל, המתחים החברתיים, זכויות האדם והאמון במערכת המשפט.

המאמר מתווה דרכים להחזרת ישראל לדמוקרטיה פרלמנטארית, כפי שהייתה לפני עידן "האקטיביזם השיפוטי". זאת תוך עיגון בחקיקה של סמכויות בג"ץ ושל הפיקוח הציבורי על הפרקליטות, כדי שתחדל לקבוע מדיניות ותשוב להיות גוף המייעץ לממשלה ולכנסת על פי שיקולים מקצועיים טהורים.

שנראה לבג"ץ, כמו גם שכפול עצמי של הרכב שופטי בג"ץ. התוצאה המובהקת של צבירת כוח זו היא שכל ההחלטות הפוליטיות-ביטחוניות המשמעותיות בעשרים השנים האחרונות לא התקבלו בסופו של דבר על ידי נבחרי הציבור, אלא על ידי קבוצת שופטים שהשקפת עולמם מייצגת מיעוט זעיר בציבור.

"בית המשפט העליון לקח מהממשלה את היכולת למשול", כדברי שר המשפטים לשעבר פרופסור דניאל פרידמן.

מעבר לפגיעה האנושה בדמוקרטיה וביכולת המשילות,

מדינת ישראל היא לכאורה מדינה דמוקרטית לעילא ולעילא. למרות זאת, בישראל נוהג משטר ייחודי שאין דומה לו בשום מקום בעולם, קרי, דיקטטורה של בג"ץ. מאפייניה של דיקטטורה זו עומדים בסתירה מוחלטת לעקרונות המשפט ולתפישת הדמוקרטיה הפרלמנטרית במדעי המדינה.

המאמר מתאר את הכלים שבג"ץ פיתח, בניגוד לדוקטרינות השיפוטיות המקובלות בעולם, כדי ליטול לעצמו סמכויות לא לו. זאת תוך ביטול הפרדת רשויות, התעלמות ממגבלות החוק, התערבות בכל דבר ועניין