

"קשה להיות שופט טוב או ראוי בישראל"¹

מאת חסן ג'בארין²

שם הספר: שופט בחברה דמוקרטית

אהרן ברק. הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה,

הוצאת כתר והוצאת נבו, 551 עמ', 128 שקלים

עורכות ועורכי-דין ישראלים השתתפו השנה בכנס בינלאומי בעניין הפרות זכויות האדם בשטחים הכבושים. לפני תחילת הכנס חילקה השגרירות הישראלית ציטוטים מפסקי-דין של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק. עורכי הדין הופתעו, כיוון שהתכוונו מלכתחילה להתייחס דווקא לפסיקה זו שהם היו צדדים בה במטרה להבליט את הפער הגדול בין הרטוריקה לתוצאתה. זה אינו מקרה בודד. הסנגור, הכמעט בלעדי, של מדינת ישראל לפני ועדות האו"ם של זכויות האדם בז'נבה אינו נשען על החלטות הממשלה, דברי שרים או חקיקת הכנסת, אלא על רטוריקת פסיקתו של ברק. כך הפכה המערכת הפוליטית את ברק השופט לסניגור של ישראל לענייני חוץ. האירוניה היא, שרטוריקה זו יוצרת מתיחות בזירה הפנימית בין ברק למערכת הפוליטית הנתמכת גם בידי משפטנים בכירים מהאקדמיה. הספר עוסק במתח זה ובכל הסוגיות שבמחלוקת בין ברק לחולקים על תפיסתו המשפטית.

הספר כתוב בגוף ראשון, סגנון המאפשר לברק להתרחק מסוג הכתיבה המוסדית המאפיינת את השופטים. ככלל, שופטים לא מתפלמסים עם החולקים עליהם, כי הם מייצגים את הרשמיות הממלכתית, והם לא חושפים את התלבטויותיהם או מודים בטעויותיהם, כי הם חורצי גורלות וקובעים את הדין היציב. אשר לרטוריקה שלו, מציין ברק: "לרטוריקה חזקה יש הד חזק" שיתרונה בקליטתה אצל ציבור רחב. בזכותו של הביטוי "המהפכה החוקתית", לדוגמה, טוען ברק, ובצדק, גברה המודעות לשיח הזכויות החוקתיות. לעומת זאת, הוא מתחרט על השימוש ברטוריקת "הציבור הנאור" שהובנה, בניגוד לכוונתו, כמסתייגת מהציבור הדתי.

סגנונו העשיר של ברק, הכולל סיפורים והתרחשויות משפטיים, הופך את הטקסט המוסדי לחי ולחלק מהחיים. לטענתו, אמון הציבור הינו הנכס היקר ביותר לשפיטה. סניגורו של הרב אריה דרעי טען לפניו שבחינה נוספת של ההרשעה תחזק את אמון הציבור. ברק משיב, שהכוונה אינה לפופולריות אלא לאמון במקצועיות ובנייטרליות של השופטים. לדעתי, זוהי עמדה בעייתית. הרי כולנו יודעים שהציבור אינו "מקצועי" ומורכב מתרבויות שונות, כך ש"הנייטרליות" מקבלת משמעויות שונות, ולכן, אם האמון יקר, כיצד ניתן להבטיחו? האם אכן אין מקום לפופולריות ציבורית? באיזה ציבור מדובר? ומדוע שופטים זקוקים לאמון זה? שוטרים בחברות עם מסורת ליברלית, כמו בארה"ב, לא נהנים מאמון גבוה של הציבור ומינוי שופטים נעשה שם בידי הדרג

¹ מאמר זה התפרסם במוסף ספרים של עיתון הארץ ביום 15.6.2005.

² עו"ד חסן ג'בארין הוא מנכ"ל ארגון עדאלה ומורה מן החוץ בפקולטות למשפטים באוניברסיטה העברית ובאוניברסיטת תל אביב.

הפוליטי, ולמרות זאת, המערכת מקיימת תפקידה כדבעי עקב הכבוד לחוק, ולא האמון בשוטרים או בשופטים.

לפי ברק, לשופט שני תפקידים עיקריים: האחד, להביא לשינוי במשפט על ידי התאמתו למציאות החדשה, והשני, לשמור על החוקה על ידי ביקורת שיפוטית על חקיקה, דבר המחייב הקפדה על ערכי המדינה כ"יהודית ודמוקרטית" הכוללים, בין היתר, עקרון ריבונות העם, הפרדת רשויות, שלטון החוק, עצמאות שיפוטית וזכויות האדם. ברק מזהיר שאם יחוקק חוק המעביר את סמכות ההכרעה בשאלה אם חוק הוא חוקתי מידי בית המשפט לכנסת "יהא חוק כזה בלתי חוקתי". תרחיש זה אינו היפותטי, מוסיף ברק. ניסיון דומה לו, שביקש לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות היה בשנת 1952 בדרום אפריקה, ובעקבות פסיקת בית המשפט העליון הוא בוטל. כוונת ברק, ככל הנראה, היא שאם בית המשפט בזמן האפרטהייד ובהעדר חוקה דחה זאת, קל וחומר כשמדובר בבג"ץ.

הגשמת תפקידי השופט אפשרית רק כשלשופט שיקול דעת שיפוטי, היינו חופש בחירה בין כמה דרכי פעולה שכל אחת מהן במסגרת הדין, טוען ברק. הוא מוסיף שיש להפעיל שיקול דעת זה באופן אובייקטיבי, המחייב את השופט לשיקול שיקולים חיצוניים לעמדותיו על פי ערכיה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית". ואולם, התיאוריות הביקורתיות יקשו: איך תובטח הלגיטימיות בבחירותיו של השופט כאשר הדין נקבע גם על ידו? הלא מדובר בבחירות ערכיות-אישיות? האם קיימים מבחנים "אובייקטיביים" לבדיקת ה"אובייקטיביות"?

ומה עם סוגיה בעלת אופי פוליטי מובהק? האם היא עניין לבית המשפט? ברק לא מתלבט: "גם הפוליטית שבהכרעות צריכה לעגן עצמה בהחלטה כדין" ומוסיף: "אין פוליטיקה ללא משפט". החולקים עליו בציבור הישראלי טוענים שהדילמות הערכיות של החברה אמורות להיות מסורות למערכת הפוליטית הנבחרת על ידי העם. מדובר, לכאורה, בטיעון דמוקרטי.

ואולם, עיון בעמדת החולקים עליו מגלה, לדעתי - וברק אינו מתייחס לכך בספרו - שלמעשה לא מדובר בהתנגדות שיפוטית גופה אלא בהתנגדות ערכית לזכויות פרט בסיסיות: ברק לא היה אקטיביסט בקעדאן כשקבע איסור על הפלייתו של האזרח הערבי בקבלה ליישוב יהודי, אך ביקורת החולקים עליו נבעה משום שאיסור זה מתנגש עם תפיסתם את המדינה היהודית. כשברק, בשיא האקטיביזם השיפוטי, קבע באחרונה מיהו יהודי לפי חוק השבות (גירור קפיצה), רבים ממתנגדיו שתקו, כי הסכימו עם התוצאה התואמת את תפיסתם הציונית. כך גם כשחירויות הפרט מתנגשות עם "ערכי המסורת": יש שהתנגדו לפס"ד דנילוביץ, המעניק זכויות שוות לבן זוג הומוסקסואל (דווקא לא ברק שהיה האקטיביסט, אלא שופט המיעוט שביקש לבטל את החלטת בית הדין לעבודה), אך תמכו בקביעת ברק באחרונה שמותירה איסור עבודה בשבת למרות שלכאורה זו הגבלת חירויות הפרט, כי קיימת הבחנה בין קביעת יום מנוחה לאומי לבין הטלת סנקציות בגין העבודה ביום זה.

במקביל, ברק מתעלם מהטיעון המרכזי והחשוב ביותר המצדיק את עמדתו בדבר הפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה: הצורך בהגנה על זכויות המיעוט מפני הרוב. אמנם ברק מתייחס, ובקיצור, להגנה על מיעוט מספרי, אך כזה יש בכל החלטה דמוקרטית, לרבות פסק דין הניתן על ידי רוב נגד

מיעוט. הספרות מתייחסת בבירור למיעוט שיש בינו לבין קבוצת הרוב שונות מיוחדת (distinct minority), ובמקרה הישראלי, הבולט הוא המיעוט הערבי. לכן, העדר התייחסות למיעוט מסוג זה מחלישה את טיעונו התיאורטיים של ברק. היא אולי מסייעת לו במישור הפוליטי בקרב אלה שזכויות דמוקרטיות אינן נחלתם. אגב, מכיוון שבג"ץ לא קבע מבחן המכיר בשונות המיוחדת של המיעוט הערבי, נוצרה עמימות משפטית בעניין הפליית הערבים, דבר שהוביל לדחייה לא מוצדקת של חלק מהעיתירות.

דומה שהשיח המתנהל בין ברק לחולקים עליו בעניין הביקורת השיפוטית הוא שסוע ושונה מהמוכר בפילוסופיה הפוליטית של הזכויות. הוגה הדעות הומי באבא היה אומר על כך: אין אפשרות להתנתק מהאחר; גם בהעדרו הוא מצליח להשפיע על התודעה הדומיננטית בתור נעדר-נוכח.

כאן עולה השאלה המתייחסת למיקום "האחר" בספרו של ברק - זה שבינו לחברה הדומיננטית מתקיימים יחסי כוח וכפיפות - הפלסטינים (אזרחי ישראל ותושבי השטחים הכבושים). מבחנו ההיסטורי של המשפט הוא בהתייחסותו לאחר. לא במקרה, על פי ההיסטוריה המשפטית האמריקאית, המשפט האמריקאי שאחרי פסק דין Brown מ-1954 - שאסר על הפרדה גזעית - איננו מה שהיה לפניו. ועדת האמת והפיוס בדרום אפריקה לא התמקדה בהתייחסות בית המשפט בתקופת האפרטהייד לקבוצות לבנות אלא לשחורים.

בספר 551 עמודים, מתוכם 28 עמודים שמתייחסים לקטגוריות ספציפיות בתחום זכויות האדם, ומהן שתי פסקאות בלבד יועדו למיעוט הערבי ושלוש רבעי העמוד ל"זכויות אדם ו'הקו הירוק". סוגיית השטחים הכבושים "חורגת ממסגרת ספר זה", אך יש לדעת שאמת המידה לבחינת הסוגיה היא המשפט שחל על תפיסה לוחמתית, ולא המשפט הישראלי, טוען ברק. ראשית, עמדת ברק כאן אינה עקבית עם פסיקתו בעבר שלפיה, "כל חייל ישראלי נושא עמו בתרמילו... את כללי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי". שנית, הספרות המשפטית הבינלאומית, לרבות הישראלית, מעידה בבירור שבג"ץ לא אוכף את דיני המלחמה. שלישית, הצידוק לתפיסת ברק בדבר תפקיד השופט הפועל לשינוי ופיתוח המשפט בעידן זכויות האדם בעיקרו הוא אוניברסלי, אז מדוע לא להחיל תפיסה אוניברסלית זו על המשפט בשטחים הכבושים?

ברק מעלה טיעון לא-משפטי המבקש ליתן משמעות ערכית לקו הירוק בתור חסם בפני תפיסתו האוניברסלית: האם מישוהו, הוא שואל, יטען ברצינות שעל האמריקאים באפגניסטן ובעיראק להגן על זכויות האדם כפי שהם עושים זאת בארצם? התשובה היא בהחלט כן: הם חייבים להגן על זכויות אדם הומניטריות. עם זאת, השוואה זו אינה במקומה. מאז מלחמת העולם השנייה אין תקופת כיבוש ארוכה יותר מזו של הכיבוש הישראלי. גיל הכיבוש הזה הוא שני-שלישים מגיל המדינה. הוא חלק מחיי היום-יום הישראליים. כדברי הפרופ' ברוך קימרלינג, התודעה הישראלית כוללת בחובה את המרכיב הפלסטיני. ברק לא יכול למתוח קו מפריד בינו לבין הפלסטינים. אין שופט בית משפט עליון בעולם ששמע התדיינות רבות כל כך של הכפופים לכיבוש כמו ברק. כשופט המכהן יותר מ-27 שנים במערכת המשפט הישראלית, הוא אחד מהישראלים המעטים

ששמעו, באופן יום-יומי, את סיפוריהם האישיים ההומניטריים של פלסטינים במסגרת אלפי עתירות וערעורים אזרחיים ופליליים: איחוד משפחות, הריסות בתים, מגנים אנושיים, מעבר מעזה לגדה, עינויים, עונשים פליליים, מעצרים מינהליים, גירוש, הפקעת אדמות, עקירת עצים, קורבנות הגדר, כיתור, סגר, מחסומים, נזקי רכוש, יציאה לבתי חולים או לחו"ל, חיסולים וכו'. רק שני פסקי-דין משמעותיים בהגנתם על זכויות האדם ניתנו מאז הכיבוש. לאחר מאות עתירות אסר בג"ץ על עינויים, אם כי מנתוני הוועד נגד עינויים ממשיך השב"כ בשיטותיו הפסולות. מהעתירות הרבות בעניין הגדר, התקבל פסק הדין החשוב בעניין בית-סוריק, אך הוא נתן לגיטימציה לבניית הגדר עם פער משמעותי בינו לבין החלטת בית הדין בהאג. ברק היה המוביל לשני פסקי דין חשובים אלה.

קיימת טענה שאם בג"ץ היה נענה לעתירות הפלסטינים, הוא היה מזעזע את מעמדו. זהו טיעון פוליטי, ויש להשיב עליו בהתאם. ראשית, אם כך, יש צורך לפחות להכיר בכך שבג"ץ איננו מגן על הפלסטינים ולקדם את השיח הביקורתי בנושא. התעלמות החוקר מסוגיה זו איננה עושה את בג"ץ לדמוקרטי יותר, אלא פוגעת במקצועיות מחקרו. שנית, בעידן מהפכת המידע, גם בחברות לא-סובלניות נרתעים מנהיגים במקרים מסוימים מלהכריז על עמדותיהם הקיצוניות התומכות בדיכוי. לא נמתחה ביקורת רצינית על פסקי דין העינויים משום שהם התקשו להצהיר פומבית: תנו לנו להמשיך להיות ברוטליים. אילו בג"ץ היה פוסק, למשל, איסור מוחלט על הריסת בתים, דומה שגם המתנגדים היו מתקשים להכריז: תנו לנו להמשיך להיות ברבריים. מקרים רבים דומים לכך. שלישית, אף על פי שבית המשפט העליון הדרום-אפריקאי תיפקד בתקופת האפרטהייד בחברה הגזענית ביותר בעולם, הוא הצליח, באופן יחסי, ליתן פסקי דין רבים להגנת זכויות השחורים שחלקם קראו תיגר על משטר האפרטהייד מבלי שמעמדו כבית-משפט יזועזע. ריצ'רד גולדסטון, לבן ממוצא יהודי, שכיהן כשופט בבית המשפט העליון בדרום-אפריקה בתקופת האפרטהייד אך עקב פסיקתו האמיצה מונה בידי נלסון מנדלה לשופט בבית המשפט לענייני החוקה, אמר בראיון באחרונה שכיוון שהחברה הלבנה התעלמה מקיום האחר, היא האמינה שהיא חברה דמוקרטית: הפרדת רשויות, מחויבות לשלטון החוק, עצמאות השפיטה וחופש ביטוי. השופט ברק אומר בספרו מבלי לפרט: "קשה להיות שופט... קשה שבעתיים להיות שופט טוב או ראוי בישראל". לא מן הנמנע שברק יכתוב בעתיד את ספרו ההיסטורי שעשוי לקבל הדים בינלאומיים כשיתייחס לשלוש סוגיות המעניינות את הקהילה הבינלאומית: השטחים הכבושים, המיעוט הערבי ויחסי דת-מדינה תחת הכותרת: A Judge in an Intolerant Society.