



עו"ד חסן ג'בארין, מנכ"ל עדאלה

הרטוריקה ציודת בזכויות, הפסיקה פגעה בהן

קטעים מראיון עם עו"ד חסן ג'בארין, בעקבות פרישתו של נשיא בית המשפט העליון אהרן ברק

אסעד תלחמי

עיתון פסל אלמקאל

אחרי פרישתו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, והשבעתה של השופטת דורית ביניש לנשיאת בית המשפט העליון, שוחח העיתון "פסל אלמקאל" עם עו"ד חסן ג'בארין, מנכ"ל עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

פסל אלמקאל: איך אתה מעריך את ההרכב החדש של בית המשפט העליון?

ג'בארין: אפשר להצביע על קיומם של שני מחנות בבית המשפט העליון. במושגים יחסיים אפשר לכוון את הראשון "המחנה הליברלי" ואת השני "המחנה השמרני". פסק הדין של בג"ץ בעתירה בעניין איחוד המשפחות סייע בחידוד ההבדלים בין השניים. אין ספק שהנשיאה החדשה של בית המשפט משתייכת למחנה הראשון, שקודמה עמד בראשו. בקרוב ימונו חמישה שופטים חדשים בעת ובעונה אחת, וצפוי שלביניש תהיה השפעה של ממש על מינויים אלה. לכן אני צופה שמאזן הכוחות ב"בית המשפט של ביניש" יטה להמשיך את העידן של הנשיא הקודם, אהרן ברק. במלים פשוטות אפשר להגיד, שבית המשפט ימשיך במדיניות המבוססת על ביקורת שיפוטית – הסמכות לבטל חוקים או להתערב בהחלטות הרשות המבצעת. ברק הצליח לבסס את העיקרון הזה, אבל נכשל בשמירה על הזכויות החוקתיות משום שלא עיגן אמות מידה ברורות ועקביות להגנה על זכויות אלה. עובדה זו התגלתה בבירור בגושפנקה שנתן בית המשפט לחוק המונע איחוד משפחות. ברק חתם למעשה את תקופתו כנשיא בפסק הדין החשוב ביותר בהיסטוריה של בית המשפט העליון. פסק הדין הזה סותר את עקרונות זכויות האדם, גם אם ברק היה בעמדת מיעוט שתמכה בזכויות אלה. משמעות הדבר היא, שכל אחד מהשופטים בבית המשפט העליון יכול לפרש את הזכויות החוקתיות כראות עיניו, ולא על בסיס עקרונות ברורים. הדבר הופך את בית המשפט לבית שופטים. מכאן, שהשינויים הפוליטיים בישראל ישפיעו על עמדות השופטים. ראוי לציין שכאשר הגשנו את העתירה בעניין איחוד המשפחות, לפני שלוש שנים, היה בקרב שופטי העליון רוב שצידד בעמדתנו. אבל השינויים הפוליטיים בתוך ישראל והתעצמות השיח המדגיש את "הסכנה הדמוגרפית" יצרו מהפך במאזן הכוחות. קרוב לוודאי שזו תהיה התמונה גם בעידן ביניש.

האם תוכל לצייר את תמונת הסתירות שליוותה את בית המשפט העליון בתקופת ברק?

הפסיקה בעידן ברק נעה בין שלוש הצלעות של מה שאפשר לכוון "משולש הניגודים". בית המשפט בראשות ביניש ימשיך להתנדנד בין ניגודים אלה. הצלע הראשונה היא "המדינה היהודית" מול "המדינה הדמוקרטית". ניגוד זה עלול לסתור את מימושו של עקרון השוויון המלא ביחס למיעוט הערבי. הצלע השנייה היא מערך הניגודים בין "החירויות" לבין הכיבוש. הציר השלישי מתייחס לניגודים הנוצרים בין הדת היהודית והמדינה. שלושת הניגודים האלה באו לביטוי בפסיקה לעתים תכופות. לכן, בית המשפט שהכיר בזכותה של משפחה

ערבית לרכוש קרקע ביישוב שהוגדר יהודי, הוא אותו בית משפט שפסל את איחוד המשפחות בין פלסטינים אזרחי ישראל לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים.

אם כן, באיזו מידה נכונה הטענה שמדובר בבית משפט ליברלי, שמהווה "המפלט האחרון של האזרח" מול השלטון? האם לא נכון לטעון שהשיקולים הביטחוניים הם אלה שגוברים בסופו של דבר?

אין כל ספק שהשיקול הביטחוני הוא הדומיננטי בפסיקה. אין מדובר בסיסמה ריקה מתוכן. זוהי עובדה מוכחת. מאז 1967 הוגשו לבית המשפט אלפי עתירות של הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים. מבין העתירות שהתקבלו על ידי בית המשפט העליון אפשר להתייחס ברצינות רק לשלוש: פסק הדין האוסר על עינויים, ההחלטה על שינוי התוואי של חומת הפרדה בחלקים מסוימים, אם כי בג"ץ דחה את מסקנות בית הדין הבינלאומי בעניין החומה, והאיסור להשתמש בפלסטינים כמגן אנושי. אינני סבור שהמצב ישתנה לטובה בתקופתה של בניש. ברוב המקרים, הסיכויים להוציא החלטה צודקת בסוגיות הקשורות לכיבוש יהיו קלושים ביותר.

מהי מידת המעורבות של הממסד הביטחוני בהחלטות בית המשפט העליון?

אינני סבור שקיימת התערבות ישירה של הממסד הביטחוני בעבודת השופטים. אני לא יכול לתאר לעצמי ששופט המכבד את עצמו יסכים לקבל תכתיבים ישירים מהשב"כ או ממנגנון דומה. לאמיתו של דבר, אין צורך בהתערבות מעין זו. לכל אחת מהרשויות, השופטות, המחוקקת והמבצעת, יש אינטרסים פוליטיים. האינטרס הפוליטי של בית המשפט – כפי שבית המשפט רואה אותו – הוא להפגין את עצמאותו אבל לא לאבד את אמון הציבור בישראל, ובייחוד הציבור היהודי-האשכנזי החילוני. בית המשפט דואג תמיד לאזן בין מעמדו העצמאי לבין השמירה על "הקונסנזוס". ראינו ש"מהפכת ברק" יושמה בכמה סוגיות שבהן הוכיח בית המשפט את עצמאותו, כמו במקרים שבהם התערב, בהסתמך על עקרון "טוהר המידות" והמלחמה בשחיתות, בהחלטות של ראש הממשלה על מינוי שרים או פיטוריהם. מצד שני, בית המשפט לא רשם התקדמות משמעותית בסוגיות הקשורות לזכויות הפלסטינים תחת הכיבוש. כך הצליח בית המשפט לזכות באמון של הציבור הישראלי. הנוסחה הכללית היא: הוכחת עצמאות מחד גיסא והתחשבות בקונסנזוס הציוני מאידך גיסא, למעט במקרים יוצאים מהכלל.

ברק חזר והדגיש שתפקידם של השופטים הוא לאזן בין זכויות האדם לבין הצרכים הביטחוניים. האם זה העיקרון אשר מיושם הלכה למעשה?

בהעדר עקרונות ברורים המגדירים את האיזון הזה, הכף נוטה ברוב המקרים לשיקולים הביטחוניים. בית המשפט מבקש לזכות בתמיכתם של הממשלה, הממסד הביטחוני ורוב הציבור. יש לציין שהשיקולים הביטחוניים אינם באמת כאלה במקרים רבים. מה הקשר בין איחוד משפחות לביטחון? אלה סתם אמתלות.

עד כה לא ראינו שבית המשפט ביטל חוקים גזעניים, אף על פי שהוא העניק לעצמו את הזכות לבטל כמה חוקים.

בית המשפט ביטל עד כה שלושה או ארבעה חוקים ומרביתם נשאו אופי כלכלי. כאשר עימתנו אותו עם שאלה חשובה כמו החוק המונע איחוד משפחות, הוא בחר לדחות את העתירה ולאשר את החוק הגזעני.

איך אפשר להסביר שברק, אשר נחשב אחד הבולטים בנשיאי העליון הליברליים, הוא זה שקרא תיגר על בית המשפט בהאג ונתן גושפנקה חוקית לגדר הפרדה?

בסוגיות הביטחוניות, העליון הצטייר כבית משפט "ביטחוני". העמדה של בית המשפט בראשות ברק בסוגיות הכיבוש לא היתה שונה מזו שנקטו קודמיו, אבל ברק השכיל להשתמש ברטוריקה ליברלית. רטוריקה זו התייחסה לחשיבות השמירה על זכויותיו של האדם הפלסטיני, אבל בשורה התחתונה התוצאות היו גרועות מאוד (דחיית העתירות), בדומה לאלה שאיפיינו את בית המשפט של קודמיו. מכאן, שבזכות הרטוריקה ולא בזכות פסקי הדין שהוציא מתחת ידיו נחשב ברק שופט המקדם את זכויות האדם ושמו הלך לפניו ברחבי תבל.

מה עם סוגיות הנוגעות לאזרחים הערבים בישראל?

בחלק מהסוגיות האלה היתה הצלחה בתקופת ברק. הוא קיבל חלק מהעתירות שקודמיו דחו. מעניין לשים לב שבמקרה זה הרטוריקה של בית המשפט בעידן ברק היתה שמרנית, אבל התוצאה לפעמים היתה חיובית. מבחינה זו הגישה לערבים אזרחי ישראל היתה שונה מזו שבית המשפט נקט כלפי הפלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה. ההבדל הזה נובע מהעובדה שדעת הקהל הישראלית אינה מייחסת חשיבות לרטוריקה של העליון בסוגיות הקשורות לפלסטינים בשטחים הכבושים, אלא לתוצאה הסופית. היינו, השאלה שמעניינת את הציבור היא האם בית המשפט יתערב בהחלטות הצבא ויהפוך אותן או לא. בית המשפט של ברק אמר לדעת הקהל הישראלית שבית המשפט לא יתערב בהחלטות הצבא, למרות הרטוריקה הליברלית. לעומת זאת, בסוגיות של האזרחים הערבים בישראל, הקונסנסוס הישראלי מתעניין ברטוריקה של בית המשפט יותר מאשר בתוצאה. זאת מכיוון שהרטוריקה והשיח עשויים להתייחס לרעיון "המדינה היהודית" ולעמתם עם עקרונות הדמוקרטיה והשוויון המלא. על כן הרטוריקה של בית המשפט היתה שמרנית והתוצאה לפעמים חיובית.

משרד החוץ שם לב לשיטתו של ברק והשתמש בו כ"סניגור" של מדיניות ישראל בחו"ל. המשרד הפיץ חוברת מיוחדת באנגלית וכלל בה חלקים מפסקי הדין של בית המשפט העליון בסוגיות הקשורות לפלסטינים בשטחים הכבושים. החוברת כללה ציטוטים ישירים מדברי ברק, באשר לחובה לכבד את זכויות האדם של הפלסטינים. אבל, היא הסתירה מעין הקורא את התוצאות של פסקי-דין אלה (דחיית העתירות שהגישו הפלסטינים). אצל הקוראים שלא שמו לב לעובדה זו נולד הרושם שמדובר בבית משפט נאור במיוחד, אשר מתערב בהחלטות צבא הכיבוש. כך נהפך ברק לסניגור הבולט ביותר של מדיניות ישראל בזירה הבינלאומית. מכאן אפשר להבין כיצד אמר דיקן הפקולטה למשפטים החשובה יותר בארצות הברית (באוניברסיטת ייל) באחת מהרצאותיו, שהוא מייחל לכך שבארה"ב יהיה בית משפט דומה לבית המשפט העליון בישראל.

האם יכולה הנשיאה החדשה להיכנס לנעליו של ברק?

הידע המשפטי של ברק הוא מיוחד במינו. הוא הפגין ידע מופלג במשפט המשווה, גילה עניין רב בהתפתחויות הגלובליות במשפט ופירסם מאמרים וספרים לא רק בעברית. הוא ראה את עצמו שותף בהליכי הגלובליזציה של המשפט וכך נוצר בסיס לכבוד שרחשו ל"בית המשפט של ברק" או ליתר דיוק לברק האיש. אינני צופה שאחד משופטי בית המשפט העליון יקנה לעצמו מעמד עולמי כזה. ייתכן שעם הסתלקותו של ברק יפסיד משרד החוץ את השגריר הטוב ביותר שהיה לו מעולם.

האם אתה צופה שבית המשפט העליון בראשות בניש יטפל אחרת בסוגיות הנוגעות לפלסטינים בישראל?

אינני צופה לשינוי מהותי בהשוואה לעידן של ברק. בסוגיות החוקתיות אין לצפות למהפכה מצד ביניש, אשר תמשיך במדיניות האיזונים. ההגנה על הזכויות החוקתיות תהיה היוצא מן הכלל ולא הכלל. הכלל ימשיך להתבסס על האיזונים שיטו יותר בכיוון הדת מאשר לכיוון המדינה, שיקולי הצבא ימשיכו לקבל קדימות כנגד זכויות הפלסטינים ויינתן משקל יתר לעקרון "המדינה היהודית" על חשבון החירויות הדמוקרטיות. מדי פעם יהיו יוצאים מהכלל, כי בלעדיהם יאבד בית המשפט את הלגיטימיות שלו.

בתפקידה כפרקליטת המדינה נקטה ביניש עמדות אמיצות, כמו ההתעקשות כי חברי ארגון הטרור היהודי ואנשים שרצחו פלסטינים בדם קר, אחרי שנתפסו בחיים, יועמדו לדין. כך היה גם כאשר היא סירבה להגן מטעם הפרקליטות על ראש הממשלה יצחק רבין, לאחר גירוש מאות פעילי חמאס ללבנון. עמדות אלה עוררו זעם בקרב אנשי הימין ומנהיגי המתנחלים עם מינויה לנשיאת בית המשפט העליון.

ביניש שייכת למחנה היותר ליברלי בבית המשפט העליון. אבל צריך לשים לב לכך שעם כניסתה לתפקידה החדש היא לא תאמץ בהכרח עמדות דומות. כאן היא לא יכולה לשחק את תפקיד השופטת העצמאית, כי היא נדרשת לשקף את נקודת המבט הייצוגית של בית המשפט וגם לזכות בקונסנזוס. אני סבור שביניש תהיה יותר שמרנית במעמדה החדש. ברק, לדוגמה, היה יותר ליברלי בספריו האקדמיים מאשר בפסקי הדין שלו כשופט, וברק השופט היה ליברלי יותר מברק הנשיא.