

דניאל פרידמן • מאבק הרשויות

## אקטיביזם שיפוטי, פסיביות חקיקתית

הרעיון לבקש מבית המשפט העליון לקיים דיון נוסף בהלכה שקבע במסגרת החלטתו לפסול את מס ריבוי דירות ולהחזירו לדיון בכנסת – אינו מוצלח. הוא סובל משלושה פגמים מרכזיים.



ראשית, המדינה הוריעה שהיא מקבלת את פסיקת בג"ץ לגופה, והדיון בנושא יחזור לוועדת הכספים בכנסת, אבל היא מבקשת דיון בשאלה העקרונית: סמכות בית המשפט לפסול חוק משיקולים של פגם בהליכי החקיקה.

הסוגיה אכן עקרונית, אך משהשלימה המדינה עם התוצאה (החזרת הנושא לכנסת), היא הפכה לתיאורטית. כלומר החלטה שאין לה השלכה מיידית על הסכסוך שהתברר בבית המשפט, כשהכלל הבסיסי בשיטתנו הוא שבית המשפט אינו עוסק בשאלות תיאורטיות (גם אם הן עשויות להתעורר בעתיד). כך, למשל, אם במסגרת דיון בבית משפט בחרו הצדדים להתפשר, אין הם זכאים לבקש ממנו שבכל זאת ייתן פסק דין שיבהיר את הסוגיה שבמחלוקת, שהפכה בעקבות הפשרה לתיאורטית. כך גם היה כשיצחק רבין ביקש לצרף את ש"ס לממשלה בראשותו. בהסכם הקואליציוני בין הצדדים נקבע שאם פסיקת העליון תביא להפרת הסטטוס-קו בענייני דת, מתחייבים הצדדים לתקן את ההפרה באמצעות חקיקה. הוגשה עתירה לבג"ץ לפסול הוראה זו בהסכם, והעתירה נדחתה ברוב דעות. הוגשה בקשה לדיון נוסף. הבקשה נדחתה שכן ההסכם הקואליציוני לא מומש, והסוגיה בעניין תוקפה של הוראה כזו בהסכם הפכה לתיאורטית. אמנם השופט שרון בעניין לא שלל אפשרות של דיון נוסף בשאלה תיאורטית, אך לגופו של עניין החליט, ובצדק, שלא לאפשר זאת.

נימוק אחר נגד דיון נוסף הוא שפסק הדין של העליון ניתן על ידי הרכב של חמישה שופטים. לפי החקיקה של הכנסת, קיימת אפשרות לדיון נוסף רק אם ההרכב היה של שלושה שופטים. כך נהגו שנים רבות. אולם במסגרת המהפכה המשפטית בחר בית המשפט לא פעם להתעלם מחוקי הכנסת ו"לחוקק" רעיונות משלו, שהיו לא פעם פחות מוצלחים. ואכן, במקרה אחד הוחלט בעליון לאפשר דיון נוסף על הרכב של חמישה שופטים (ואולי משמעות הרבר שניתן לבקש דיון נוסף גם על הרכב של שבעה או תשעה שופטים). למיטב ידיעתי היה זה המקרה היחיד שבו הרבר נעשה. כנסיבות אלה עדיף שהמדינה לפחות תחזור להחזרת עטרה ליושנה ותימנע מעירור שימוש בהלכה הגרועה המרחיבה את אפשרות הדיון הנוסף ומגדילה את העומס על בית המשפט.

השיקול השלישי העיקרי והחשוב ביותר להימנע מדיון נוסף הוא שמדובר בקביעת מסגרת לביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת. מסגרת זו צריכה להיקבע על ידי הכנסת ולא על ידי בית המשפט. אם ההלכה החרישה שנקבעה (המאפשרת ביקורת על חוקי הכנסת מחמת פגם בהליכי החקיקה) אינה נראית לממשלה ולכנסת, מן הראוי להסדיר את הנושא בחקיקה שתוכל לקבוע שבית המשפט אינו מוסמך לפסול חוקים בעיניו שכוונו, או להגביל אפשרות זו בדרך שתראה לכנסת.

אציין שההצעה בעניין "חוק ההתגברות" שהגשתי בשעתו בתפקידי כשר המשפטים, לא כללה אפשרות ביטול חקיקה של הכנסת בעילה זו (ההצעה עברה בממשלה, אך לאחר שהממשלה נפלה לא ניתן היה לקדם אותה בכנסת).

בממשלה הנוכחית ומתוך הקואליציה אנו שומעים השכם והערב טרונות על אקטיביזם שיפוטי. טרונות אלה מאברות את משמעותן כשהתגובה לאקטיביזם השיפוטי היא פסיביות חקיקתית וחוסר אונים המשתקף בתחינה לעליון, באמצעות עתירה בעייתית לדיון נוסף, שיאיל בטובו להיות קצת פחות אקטיביסטי. ■