

על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי

מאת
פרופ' אהרן ברק*

- א. הצגת הבעיה
- ב. תפיסת-עולם בדבר משפט
 1. על חברה
 2. על משפט
 3. על משפט וצדק
 4. על מושגי המשפט
 5. על תורת המשפט
- ג. תפיסת-עולם בדבר שיפוט
 1. הכרעה בסכסוך
 2. חקיקה שיפוטית
 3. שיקול-דעת שיפוטי
 4. מעמד השופט
 5. על השפיטות
 6. על המעמד לפני בית-המשפט
 7. השופט ופרשנות החוקה
 8. השופט ופרשנות החוק
 9. השופט ושלטון-החוק
 10. "מתחם הטבירות"
 11. מושגי-שסתום
 12. איזון בין ערכים מתנגשים
 13. אובייקטיביות שיפוטית
 14. שפיטה והסכמה חברתית
 15. שפיטה והפרדת רשויות
 16. בית-המשפט העליון
- ד. אקטיביזם וריסון עצמי
 1. הצורך בהגדרה מוסכמת
 2. עמדתו של פרופסור זמיר
 3. עמדתו של פרופסור Canon
 4. האם האקטיביזם טוב?
 5. האם טוב לדבר על אקטיביזם וריסון עצמי?

שופט בית-המשפט העליון.
הערות-השוליים הוספו על-ידי מערכת עיוני משפט.

א. הצגת הבעיה

נתבקשתי על-ידי העורכים של "עיוני משפט" להשתתף בחוברת מיוחדת המוקדשת לאקטיביזם שיפוטי. עושה אני זאת ברצון רב, וזאת משני טעמים: ראשית, הקדשתי בעבר ואני מקדיש גם בהווה, במסגרת עבודתי המדעית, מחשבה רבה לפעילות השיפוטית במדינה דמוקרטית. נקיטת עמדה בדבר אקטיביזם שיפוטי נופלת איפוא למרכיב התעניינותי: שנית, הנני מהווה, לעיתים, בפעילות השיפוטית, אובייקט לאלה הנקטים עמדה כלפי האקטיביזם השיפוטי, אם לחיוב ואם לשלילה. מן הראוי, לעיתים, שהאובייקט (או "הקורבן") עצמו יביע את דעתו על הסוגיות שמבקרי נוקטים בהן עמדה כלפיו. מטעמים אלה ואחרים, שמח אני להשתתף בעיון משפטי מחודש זה באקטיביזם שיפוטי.

עיון זה מציב קושי כפול: ראשית, הדיבור "אקטיביזם שיפוטי" הינו רב-משמעי ומעורפל. חוקרים ושופטים נותנים לו משמעות שונה. טרם נמצאה הגדרה טובה לדיבור זה ואין הגדרה המקובלת על הכל. בהיעדר נקודת-מוצא משותפת, "מתפור" העיון המשפטי ואינו מצליח להתמקד בנושא הבחינה והעיון. ¹טול שופט של בית-המשפט העליון, אשר קבע בפסק-דינו, כי חוק של הכנסת בטל בשל סתירת הוראה משוריינת בחוק-יסוד. האם שופט זה הוא בהכרח אקטיביסט? והאם חברו להרכב, שפסק כי החוק תקף, בהכרח אינו אקטיביסט, אלא שומר על ריסון שיפוטי? והאם שופט שלישי, המחליט לאחר זמן שפסק-הדין הקודם מוטעה, הוא בהכרח אקטיביסט? היש חשיבות, לעניין זה, לשיקולים שאותם הביא השופט בחשבון, או שמא רק התוצאה היא הקובעת? ואם התוצאה היא הקובעת – מהי אותה תוצאה אשר תו האקטיביות דבק בה? שנית, האם כל אקטיביזם הינו שלילי וכל ריסון עצמי הינו חיובי? או שמא ניתן להבחין בין אקטיביזם שיפוטי חיובי לבין אקטיביזם שיפוטי שלילי? ואם כן, מהי אמת-המידה להבחנה? טול את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בהמ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, ² שבו חודשה הלכה ובה נקבע, כי חובת זהירות קיימת גם לעניין נזק הנגרם על-ידי אמירה רשלנית. בהנחה שזהו פסק-דין "אקטיביסטי" – האם האקטיביזם שלו הוא חיובי או שלילי?

נראה לי, שקשיים אלה נובעים מתוך כך שזוג המושגים אקטיביזם וריסון עצמי נתפסים כמושגים העומדים בפני עצמם, ולאורם נבחנת הפעילות השיפוטית. לדעתי, הדרך הראויה לבחינת מושגיות זו – ועצם הרלוונטיות שלה – היא נקיטת עמדה ביחס למשפט ולשיפוט. ³אקטיביזם שיפוטי וריסון עצמי אינם מושגים אנליטיים, שנגזרות מהם מסקנות משפטיות באשר לטיב השיפוט. אלה הן מסקנות משפטיות בדבר טיב השיפוט, הנגזרות מתפיסות-יסוד חברתיות בדבר משפט ושיפוט. אין אתה יכול להבין אקטיביזם וריסון עצמי אלא בהקשר לתפיסת-עולם משפטית ושיפוטית.

ברשימתי זו אעמוד תחילה, בקיצור נמרץ וכמידת הנדרש לבחינת הסוגיה של אקטיביות שיפוטית, על כמה עיקרים בתפיסת-העולם המשפטית והשיפוטית המכוונת את דרכי. מטבע הדברים, הסקירה היא "על רגל אחת", ואין בה כדי להקיף את מלוא הניסיון המשפטי והשיפוטי. על רקע תפיסה זו של משפט ושיפוט, אבקש לבחון את מהותם של האקטיביזם והריסון העצמי, תוך ניסיון לבחינה אישית בדבר דרכי שלי, אם אקטיביסטית היא או שמא היא מכוונת על-ידי ריסון עצמי.

1 פ"ד ח 1317.

ב. תפיסת-עולם בדבר משפט

1. על חברה

בעיני, מלוא כל הארץ משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג פעילות מסוים – כגון יחסי חברות או מחשבות סובייקטיביות – נשלט על-ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת, משום שהיא מוכרת על-יד המשפט. לולא הכרה זו, היתה נתונה חירות לכל אחד לפלוש לתחום זה. אוניוורסליות זו של המשפט אינה לשמה. המשפט אינו ערך כשלעצמו. המשפט הוא אמצעי להסדרת החיים בין בני חברה נתונה בזמן נתון? האוניוורסליות של המשפט נועדה איפוא להסדיר את חיי החברה ולקיימם. המשפט הוא מכשיר לקיום חברתי. על טיבם של יחסי החברה הראויים חייבים להחליט בני אותה חברה. למשפט "כשלעצמו" אין עמדה בעניין זה. לבני החברה השונים יש מטבע הדברים השקפות שונות כאשר ליחסי החברה הראויים יש מבקשים לראות בזכויות-אדם את הבסיס והעיקר. אחרים רואים באמונה באלוהים ובשמירת מצוותיו את המדריך החיוני. יש המדגישים את טובת המדינה כמכלול ויש המתרכזים בטובת היחיד כפרט. זאת ועוד: ברוב המקרים, מבקשת החברה להשיג את רוב המטרות, מבלי שהיא מבקשת לנקוט עמדה ברורה בין האפשרויות הקיצוניות. מתבקשים פשרה לאומית ואיזון בין ערכים ועקרונות מתחרים. איזון זה מתבקש גם במסגרתה של כל אחת מן האפשרויות הקיצוניות עצמן. אכן, האדם הוא יצור חברתי סבוך. חיי מורכבים. המטרות שהוא מבקש להשיג הינן רב-ממדיות. אנו רוצים חופש לדת וחופש מדת; אנו מבקשים להבטיח הן את טובת הכלל והן את טובת הפרט. מכיוון שהשגת הכל היא בלתי-אפשרית, נדרשת פעולה של בחירה ושל קביעת סדרי עדיפות לאומיים.

הדרכים לקביעת סדר העדיפויות הלאומי משתנות מחברה לחברה. במשטר דמוקרטי, עשית הבחירה על-ידי העם כולו, באמצעות נציגיו. לבחירה זו קודמים "כללי משחק", שר במרכזם עומדת ההבנה שנציגי העם יחפשו פשרה לאומית, שתאפשר חיים בצוותא בין החברה כולה. פשרה לאומית זו מבוססת על-כן על הכרה בזכויות-אדם בסיסיות וזו ועל שמירת קיומה של המסגרת המדינית מזה. מכאן תפיסתי, כי דמוקרטיה אינה ק שלטון הרוב. דמוקרטיה היא שלטון הרוב שנועד להבטיח זכויות-אדם במסגרת מדינה וקיימת. אין להקריב את המדינה על מזבח זכויות-האדם. זכויות-אדם אינן מרשם גיליון לאומי. יחד עם זאת, אין להקריב את זכויות-האדם על מזבח המדינה. המדינה ימית למען יחידיה. מתבקשים פשרה ואיזון בין טובת הכלל לבין טובת הפרט ובין טובת רבים בינם לבין עצמם. פשרה זו משתנה, מטבע הדברים, מחברה לחברה, ובמסגרתה חברה נתונה, היא משתנה מזמן לזמן. היא מושפעת, בין השאר, מן הסיכונים שלפניהם ענת החברה, מן המבנה החברתי והסוציאלי, מן ההיסטוריה הקולקטיבית ומגורמים נפים המעצבים את פניה של החברה.

על משפט

המשפט הנוהג בחברה דמוקרטית נתונה בזמן נתון משקף את הפשרה הלאומית שגה בחברה זו. ביסודה של פשרה זו עומדת ההכרעה הלאומית לקיים משטר דמוקרטי, תוך דחיית פתרונות קיצוניים? הכרעה זו מעוגנת לרוב בחוקה פורמלית

קשה, המונעת את שינוי פני המשטר. כן קובעת החוקה סדרי עדיפויות מסוימים, אשר ורות הבאים חייבים לשמור עליהם. מבחינה זו ניתן לומר על החוקה שהיא אינה וקרטית, שכן, היא אינה משקפת בהכרח את סדר העדיפויות הלאומי של בני החברה זוה, אלא את הפשרה הלאומית שהושגה בעבר. עם זאת, חוסר דמוקרטיזם זה מוגבל ותר, וזאת משלושה טעמים: ראשית, החוקה קובעת דרכים לשינויה. באמצעות דרכים לה, מתאימה החברה את סדר העדיפויות הלאומי הקבוע בחוקה לסדר העדיפויות הנתפס יאוי בהווה: שנית, החוקה משמרת – כחלק ממהות המשטר המעוגן בחוקה – את ויות-האדם. כנגד חוסר יכולתו של הרוב לשנות את סדרי העדיפויות הלאומיים (הפוגע זפיסה דמוקרטית של שלטון רוב) עומדות זכויות-האדם המוגנות והמוכרות (המקיימות פיסה דמוקרטית של זכויות-אדם): שלישית, החוקה נוקטת לרוב – בעיקר בתחום ויות הפרט – ב"הכללות מלכותיות". הכללות אלה, המעוגנות בעקרונות-יסוד (כגון ווויון, כבוד-אדם, חירות, חופש ביטוי), אינן מקרינות מעצמן תוכן חד-משמעי וקבוע. ן מהוות אמות-מידה רב-משמעיות ועמומות, המאפשרות לכל חברה נתונה, בזמן נתון, יתן להן אותה משמעות המשקפת את תפיסות-היסוד החברתיות של אותה תקופה. בכך מצא גשר בין הפשרה הלאומית של העבר לבין הפשרה הלאומית של ההווה.

3. על משפט וצדק

בעיית-יסוד בכל תורת משפט היא היחס בין משפט לבין צדק. עמדתי היא זו: נורמה זשפטית אינדיווידואלית עשויה להיות כת-תוקף גם אם אין היא צודקת. ייתכן שאותה נורמה לא-צודקת מגשימה ערכים או מטרות אחרות, שבאיוון הראוי, עדיפים על התוצאה הצודקת. עם זאת, בין המשפט לבין הצדק קיים קשר הדוק. קשר זה מתבטא בשלושת אלה: ראשית, חזקה על כל נורמה (בין "פרטית" ובין "ציבורית") שהיא מבקשת להגשים את הצדק. נדרשות "ראיות" כבדות כדי לסתור חזקה זו: שנית, מקום שנתון לשופט שיקול-דעת באשר לתוכן הנורמה, מן הראוי לו שיבחר באותה אופציה המגשימה את הצדק; שלישית, אין לבנות שיטת משפט, כלומר, מכלול שלם של נורמות (להבדיל מנורמה בודדת), על אדני חוסר צדק. כאשר שיטת המשטר היא דמוקרטית, אין להניח כי היתה לנציגי העם סמכות לחקיקה כזו.

4. על מושגי המשפט

תורת משפט מפתחת מושגי משפט. בין אלה נזכור את הבעלות, הקניין, הזכות, הפעולה המשפטית, הבטלות והנפסדות. ההבחנה בין דיון לבין מהות, בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי, וכיוצא-בהן הבחנות יוריספרודנטליות, מאפיינות כל שיטת משפט. לכל מסורת משפטית מושגי משפט ויוריספרודנציה משלה. לאלה חשיבות רבה. הם מסכמים את הניסיון המשפטי המצטבר. המשפטן אינו צריך להתחיל את עיונו מבראשית, והוא רשאי להמשיך במקום שסיימו קודמיו. זאת ועוד: ההנחה הינה, כי יוצרי הנורמות המשפטיות (המחוקק הציבורי והפרטי) הניחו את המושגיות הקיימת כתשתית ליצירתם. עם זאת, מושגי המשפט אינם אדוניים. אין הם אלא עוזרים מסייעים. הם נקודת-פתיחה, ולא נקודת-סיום. הם פרי השקילה והאיוון בין ערכים מתנגשים. אין הם הערכים עצמם. על-כן, חייב המשפטן להיעזר במושגיות היוריספרודנטלית בחשיבתו המשפטית.

היא המסד לפעילותו. אך עליו להיות מוכן, במקרה מתאים, לסטות ממושגיות זו, לשנותה, או לבנות מושגיות חדשה. איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט.

5. על תורת המשפט

גישתי זו לחברה ולמשפט, האם משקפת היא השקפת-עולם פוזיטיביסטית או נטורליסטית? האם מבוססת היא על השקפה תועלתנית או היסטורית? האם הנני ריאליסט או ניאוריאליסט? תשובתי לשאלות אלה הינה, כי גישתי היא אקלקטית. יש בה, בגישתי, יסודות מכל אחת מתורות המשפט העיקריות. לדעתי, מערכת היחסים בין הפרטים לבין עצמם ובינם לבין החברה סבוכה ומורכבת, עד שאין לתארה על-פי זווית-ראייה אחת ויחידה. הניסיון האנושי נראה לי עשיר מכדי לכבול עצמו לתיאוריה זו או אחרת. הנטורליסטים, הפוזיטיביסטים, הריאליסטים והניאוריאליסטים, אנשי האסכולה ההיסטורית או הסוציולוגית, כולם משקפים בעיני, מזוויות שונות, את הניסיון האנושי המצטבר. לכל אחד מהם – האמת שלו. לכל אחד מהם ניתן להסכים "עקרונית", תוך שנוצר צורך לאזן בין ההשקפות השונות. על-פי גישתי, אין הפתרון הראוי מונח בגישתה של תיאוריה אחת ויחידה. יש צורך ליטול יסודות מסוימים מכל אחת מן התיאוריות העיקריות, תוך קביעת איזון ראוי ביניהם. אף לא אחת מן התיאוריות יכולה להישאר בטהרה. נדרשים תמיד פשרה ואיזון. ייתכן שפילוסופיה אקלקטית זו היא פילוסופיה בפני עצמה. יהא עניין זה כאשר יהיה, בעיני, יש למשפט, כשיטה נורמטיבית, תפקיד בחיי החברה. הוא נועד להבטיח חיי חברה תקינים. יש בו סדר וביטחון בצד צדק ומוסר. גישתי הפלורליסטית מלמדת אותי, כי אין הסכמה באשר למשקל היחסי של ערכים אלה וכי לאנשים שונים יש דעות שונות בעניין זה. המשטר הדמוקרטי קובע את המוסדות והאורגנים שעליהם הוטל התפקיד לקבוע משקל יחסי זה.

ג. תפיסת-עולם בדבר שיפוט

1. הכרעה בסכסוך

דמוקרטיה מבוססת על הפרדת רשויות. משמעותו של עיקרון זה היא כפולה. ראשית, מוכרת הבחנה בין רשויות שלטוניות שונות, כאשר לכל רשות שלטונית מיוחסת פונקציה שהיא עיקרית ומרכזית לה: שנית, בין הרשויות השונות קיימים יחסי-גומלין, באופן שכל רשות בולמת ומאזנת את הרשויות האחרות, ובכך היא שומרת על חירות הפרט. במסגרת זו, הפונקציה העיקרית והמרכזית של הרשות המחוקקת היא יצירתן של נורמות כלליות, ואילו הפונקציה העיקרית של הרשות השופטת היא הכרעה בסכסוכים. תוך כדי הכרעה בסכסוך, וכתוצר-לוואי אינצידנטלי לו, חייבת הרשות השופטת לקבוע את הדין שעל-פיו מוכרע הסכסוך. היקף קביעתו של הדין אגב הכרעה בסכסוך משתנה משיטה לשיטה ונגזר ממסורתה ותרבותה. כל שיטות המשפט מכירות בלגיטימיות של קביעת הדין בדרך של פרשנות הוראות חקוקות המכריעות בסכסוך. בשיטות משפט קונטיננטליות, נתפסת כלגיטימית הכרעה בסכסוך בדרך של השלמת חסר בהוראות

קוקות. בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, נתפסת כלגיטימית הכרעה בסכסוך - קום שהחוק אינו חל - באמצעות ההלכה הפסוקה ("משפט-מקובל"). בישראל, מוסמך שופט להכריע בסכסוך הן בדרך של פרשנות, הן בדרך של השלמת חסר והן בדרך זל פיתוח משפט-מקובל.

קביעת הדין שעל-פיו מוכרע הסכסוך אינה כרוכה, ברבים מן המקרים, ביצירתיות שיפוטית כלשהי. הדין לפני ההכרעה בסכסוך ואחריה הינו אותו דין. בקביעת הדין, השופט אך מצהיר על הדין הקיים. במיעוטם של המקרים, כרוכה קביעת הדין ביצירתיות שיפוטית. הדין לפני ההכרעה בסכסוך ואחריה אינו אותו דין. השופט אינו אך מצהיר על דין קיים, אלא יוצר דין חדש. במצבים אלה, עוסק השופט - אגב הכרעה בסכסוך - ב"חקיקה שיפוטית". חקיקה זו אינה יוצרת רק נורמה משפטית אינדיווידואלית, שכל כוחה אינו אלא בהכרעת הסכסוך שבין הצדדים. חקיקה זו יוצרת נורמה משפטית כללית, ומכוח עקרון התקדים המחייב, מחייבת הנורמה הנקבעת לא רק את הצדדים לסכסוך, אלא את כל רשויות המדינה ואת בני הציבור.

2. חקיקה שיפוטית

מהי האנטומיה של החקיקה השיפוטית? אנטומיה זו משתנה על-פי סוג הפעילות השיפוטית. הפעילות השיפוטית הראשונה - ובמדינות מודרניות, גם העיקרית - מהווה פרשנות של טקסט משפטי נתון (כגון חוקה, חוק, תקנה, חוזה, צוואה), שעל-פיו מוכרע הסכסוך. פרשנות משמעותה מתן מובן (משפטי) לטקסט (לשוני). פרשנות כרוכה לעיתים (אך לא תמיד) ביצירתיות פרשנית. המובן של הטקסט לפני האקט הפרשני ומובנו לאחר האקט הפרשני אינם זהים. הטעם לכך נעוץ באופיו של הטקסט הנורמטיבי, שככל טקסט אחר, הינו רב-משמעי ועמום לעיתים ביחס למערכת עובדות נתונה. רוב-משמעות ועמימות אלה מוסרות לרוב באמצעות כללי הפרשנות, אשר מצליחים - בלי להיזקק לכל יצירתיות שיפוטית - לשלוף מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות הטמונות בטקסט הנורמטיבי משמעות משפטית אחת ויחידה. אך לא תמיד מצליחים כללי הפרשנות לבצע שליפה זו בלא כל יצירתיות. לעיתים, מחייבת הצלחתה של השליפה - כלומר, קביעת משמעות משפטית אחת ממגוון משמעויות לשוניות - פעילות שיפוטית יוצרת. יצירתיות זו מתחייבת כאמור מקום שהפעלתם של כללי הפרשנות - כגון הכלל שאת הטקסט יש לפרש על-פי תכליתו - אינה מעלה משמעות אחת ויחידה. במצב-דברים זה, מחייבים כללי הפרשנות את הפרשן להמשיך בהליך הפרשני - תוך מעבר משלב הצהרתי לשלב יצירתי - ולעשות שימוש בשיקול-דעת פרשני, שבאמצעותו תיעשה הבחירה בין האפשרויות הפתוחות, ומתוך מגוון המשמעויות הלשוניות תישלף משמעות משפטית אחת ויחידה. בשליפה זו אין כללי הפרשנות מכוונים את הפרשן בבחירתו, והדבר נתון לשיקול-דעתו. למשל, פקודת העיתונות קובעת, כי שר הפנים רשאי לנקוט אמצעים כלפי עורכי עיתון אם התפרסם בעיתון דבר העלול (likely) לפגוע בשלום-הציבור.² הדיבור "עלול" הינו מעורפל. זהו ביטוי המצביע על קשר סיבתי היכול להיות רחוק ביותר (עלול = אפשרות רחוקה) או קרוב ביותר (עלול = ודאות), או כמה אפשרויות-ביניים (עלול = אפשרות סבירה או אפשרות ממשית או ודאות קרובה). הפרשן חייב לבחור מתוך מגוון אפשרויות לשוניות אלה. הבחירה אינה שרירותית, כמובן, והיא נעשית על-פי

2 סעיף 19 לפקודת העיתונות, חא"י כרך ב, (ע) 1191, (א) 1214.

כללי הפרשנות המקובלים בשיטה. כללים אלה קובעים – כך נניח – כי הבחירה נעשית על-פי תכליתה של החקיקה. תכלית זו היתה בוודאי לשמור על הביטחון והשלום מפני פרסום מזיק. תכלית זו היתה גם – כך יש להניח במדינה דמוקרטית – לאפשר שמירה על שלום-הציבור תוך התחשבות בעיקרון של חופש הביטוי. על רקע תכלית מורכבת זו – שמירה על שלום-הציבור באופן שיפגע פחות עד כמה שאפשר בחופש הביטוי – מתבקשת הבחירה בין המשמעויות הלשוניות השונות של הדיבור "עלול". אין בשיטת המשפט כל הכוונה נוספת של הפרשן באשר לאופן הבחירה. האם המבחן הוא זה של "אפשרות סבירה", "אפשרות ממשית" או "ודאות קרובה"? בקביעת המבחן הראוי – כגון מבחן הוודאות הקרובה – באה לידי ביטוי היצירתיות השיפוטית. מופעל שיקול-דעת שיפוטי-פרשני. כמובן, לאחר שקבע בית-המשפט העליון מבחן זה כמבחן ראוי נשלל שיקול-הדעת של בתי-המשפט האחרים, שהתקיים בידם בטרם אותה הכרעה. כמובן חל שינוי בהיקף שיקול-הדעת השיפוטי הנתון בידי בית-המשפט העליון. שינוי זה מקורו בכך, שבית-המשפט העליון רשאי אומנם לבחור במבחן אחר – כגון מבחן האפשרות הסבירה – אך בעשותו כך, עליו לשקול – נוסף על שיקולים שנשקלו בעבר ואשר הביאו לידי בחירת מבחן הוודאות הקרובה – שיקול נוסף, שלא היה קיים קודם. שיקול נוסף זה עניינו התבונה שבסטייה מתקדים קודם. שיקול זה משנה את שיקול-הדעת השיפוטי-הפרשני הנתון לבית-המשפט העליון ומצמצם אותו. לעיתים, הוא מביא לידי ביטול.

חקיקה שיפוטית בעלת אנטומיה שונה קיימת בפעילות שיפוטית בהשלמת חסר. כאן חייב השופט לפעול בשני שלבים: השלב הראשון הוא פרשני, ובסיומו, מגיע השופט למסקנה, כי בטקסט הנורמטיבי (חוק, חוזה) מצוי חסר (לאקונה), כלומר, קיימת אי-שלמות של ההסדר החקיקתי או החוזי, הנוגדת את תכליתו: השלב השני הוא לבר-פרשני, ובסיומו, משלים השופט את החסר, תוך שהוא קובע טקסט (הלכתי) חדש, הממלא את ה"חלל" שבטקסט (החקוק, החוזי) הקיים. בכל אחד משני השלבים עשויה להתקיים יצירתיות שיפוטית. בשלב הראשון, הפרשני, היצירתיות היא פרשנית, כפי שעמדנו עליה: בשלב השני, הלבר-פרשני, היצירתיות אינה פרשנית. היא קיימת בכל אותם מקרים – שהם אך חלק ממכלול המקרים – שבהם אין שיטת המשפט מכוונת את השופט באשר לדרכים של השלמת החסר. למשל: נניח – והנחה זו היא פרי פעילות שיפוטית פרשנית (הצהרתית או יוצרת) – כי בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962,³ קיים חסר באשר לתוקף של פעולה משפטית של בגיר הלקוי בשכלו, אך שלא הוכרו כפסול-דין. מצוות חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980,⁴ הינה, כי את החסר יש להשלים בדרך של היקש, ומשדרך זו אינה מעלה פתרון – על-ידי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. לפני השופט ניצבים שני היקשים אפשריים: היקש מהוראות חוק הכשרות באשר לפסול-דין או היקש מהוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973,⁵ באשר לחוזה הנכרת מתוך פגם ברצון. קיימים נימוקים ראויים לכל אחת משתי האפשרויות הללו, ובהיעדר הדרכה "חזקה" דיה מתוך השיטה, נתונה הבחירה בין השתיים לשיקול-הדעת של השופט. פעילותו היא יצירתית. הוא הדין אם שתי האפשרויות נתפסות כבלתי-מתאימות, והשופט פונה למורשת ישראל ומוצא בה

3 ס"ח 120.

4 ס"ח 163.

5 ס"ח 118.

נרונות מספר – כגון אחד המוכתב על-ידי עקרונות הצדק של מורשת ישראל ואחר מוכתב על-ידי עקרונות היושר שלה – בלא שהשיטה מכוונת אותו בביצוע הבחירה. אנטומיה שלישית בדרכי החקיקה השיפוטית מצויה בפעילות השיפוטית בפיתוח משפט המקובל. בפעילות זו חייב השופט, כמובן, לפרש את ההלכות הקודמות. על בסיס בנתו את ההלכות הקיימות, הוא מוסמך לקבוע הלכה שיפוטית חדשה. הלכה זו אינה הווה אך שלפית משמעות משפטית ממגוון המשמעויות הלשוניות העולות מתוך הטקסט ול ההלכה הקיימת. השופט אינו מכוון אך על-ידי תכליתן של הנורמות ההלכתיות וקיימות. פעילותו השיפוטית בפיתוח משפט מקובל היא פעילות לבר-פרשנית. השופט קובע הלכות חדשות, המפתחות ומקדמות את ההלכות הקיימות. יצירה זו הינה בחינת ש מאין. כיוון שההכוונה של שיטת המשפט באשר לאמות-המידה לפעילות שיפוט זו היא מועטת, הרי שיקול-הדעת השיפוטי בפעילות זו הוא ניכר. כך התפתח המשפט המקובל האנגלי במשך אלף שנים בקירוב. כך התפתחו דיני-היושר האנגליים במשך כמה מאות שנים. כך התפתחו גם כמה תחומי משפט (בעיקר במשפט מינהלי, ראיות, פיצויים) במשפט הישראלי. למשל: בית-המשפט העליון קבע, כי יש לפרסם הסכם פוליטי. קביעה זו אינה פרי פרשנות של טקסט נתון או השלמת חסר בו; היא פרי פיתוח המשפט הציבורי בישראל. פיתוח הלכתי זה נעשה על רקע עקרונות-ייסוד מסוימים – כגון שיטת המשטר, האוטונומיה של הרצון הפרטי וחופש הביטוי – מבלי שההלכה העולה מאיזון בין ערכים אלה מתבקשת מאליה.

3. שיקול-דעת שיפוטי

חקיקה שיפוטית היא תולדה של שיקול-דעת שיפוטי. שופט עוסק בחקיקה שיפוטית מקום שהוא מפעיל שיקול-דעת שיפוטי. שיקול-דעת שיפוטי קיים מקום שהדין מעניק לשופט כוח לבחור בין שתי חלופות או יותר, כאשר כל אחת מן החלופות היא כדן. ודוק: שיקול-דעת שיפוטי אין משמעו אך שקילה וחשיבה. אין לנו עניין בתהליך מנטלי או פסיכולוגי. שיקול-דעת שיפוטי משמעו בחירה בין אפשרויות כדן. זהו תהליך נורמטיבי. אכן, תפיסת-העולם המשפטית שלי הינה, כי לשופט מוענק שיקול-דעת. עמדת השיפוטית הינה, כי בכל שיטת משפט קיימים מקרים שבהם השופט מצוי במצב, שבו, מחד גיסא, השיטה מחייבת אותו לקבוע נורמה משפטית שעל-פיה יוכרע הסכסוך, ומאידך גיסא, אין השיטה כופה על השופט בחירתה של אופציה (נורמה) מסוימת מתוך המגוון. אלה הם "המקרים הקשים". כיצד נדע – וכיצד יידע השופט – כי במצב מסוים קיים שיקול-דעת שיפוטי? מתי נקבע כי שתי אופציות או יותר הן כדן, באופן שהבחירה ביניהן מולידה שיקול-דעת שיפוטי? תשובתי הינה, כי קיומו של שיקול-דעת שיפוטי הוא פרי תפיסתה של הקהילייה המשפטית בשיטת משפט נתונה. הקהילייה המשפטית היא מושג נורמטיבי, המשקף את עמדות-היסוד, עקרונות-היסוד, כללי הפרשנות והקונצנזוס החברתי באשר לפעילות השיפוטית בחברה נתונה בזמן נתון. אופציה היא כדן אם היא נתפסת ככזו על-ידי הקהילייה המשפטית. אופציה אינה כדן אם היא נתפסת כבלתי-חוקית על-ידי הקהילייה המשפטית. במצבי-ביניים, שבהם אין לקהילייה המשפטית עמה ברורה, נתון שיקול-דעת לפרשן בעצם קביעתו של שיקול-הדעת. שיקול-דעת שיפוטי הינו חיוני. אין כל אפשרות לבנות שיטת משפט שבה אין כלל

שיקול-דעת שיפוטי. כל עוד נורמה משפטית מעוגנת בטקסט לשוני, מתחייב תהליך פרשני, וכל תהליך פרשני מחייב הכרה בשיקול-דעת שיפוטי. פרשנות שיפוטית ללא שיקול-דעת שיפוטי הינה אגדה. רוב-המשמעות והעמימות של הלשון (לרבות לשונו של כלל הפרשנות), היעדר הסכמה באשר לכללי הפרשנות, מקורותיהם והיחסים הפנימיים ביניהם, מחייבים הכרה בקיומו של שיקול-דעת פרשני. תכונתו של האדם אינה יכולה ליצור עיקרון משפטי כללי, שייתן תשובה חד-משמעית (וללא שיקול-דעת) באשר לאינסוף המצבים העובדתיים (חלקם בלתי-ניתנים לצפייה מראש) אשר העיקרון עשוי להשתרע עליהם.

שיקול-דעת שיפוטי הינו לגיטימי. הוא מוכר וטבעי בפעילות השיפוטית הפרשנית. חקיקה (בתחום הציבורי והפרטי) היא האצלה לפרשנות, ופרשנות מחייבת שיקול-דעת שיפוטי. שיטת משפט המכירה בסמכות השופט להשלים חסר בחקיקה ובחוזה – כגון השיטות הקונטיננטליות והשיטה הישראלית – מכירה גם בקיומו של שיקול-דעת שיפוטי בהשלמת החסר. בדומה, שיטת משפט המכירה בסמכות השופט לפתח משפט-מקובל – כגון השיטות האנגלו-אמריקאיות והשיטה הישראלית – מכירה גם בשיקול-דעת שיפוטי בפיתוח המשפט-המקובל. האם מישוה מאמין ברצינות שהמשפט-המקובל האנגלי וכללי-היושר האנגליים אינם אלא הוצאה מן הכוח אל הפועל של עקרונות הגלומים במשפט מימים-ימימה, וכי שופטי המשפט-המקובל אך מצהירים על הקיים ואינם יוצרים הלכות חדשות? אכן, כל המבין את התהליך השיפוטי מודע לקיומו של שיקול-דעת שיפוטי.

שיקול-הדעת השיפוטי אינו קיים בכל המקרים. נהפוך הוא: ברוב המקרים, כוללת שיטת המשפט בחובה אמות-מידה משפטיות, המכוונות את השופט (כפירוש, בהשלמת חסר ובפיתוח המשפט) לגיבושה של נורמה משפטית חד-משמעית, שעל-פיה מוכרע הסכסוך. אין לו לשופט, במקרים אלה, כל שיקול-דעת בגיבושה של הנורמה המשפטית, השופט הינו – כאמרתו של מונטסקיה – "הפה של המחוקק". הפעילות השיפוטית היא בעיקרה הצהרתית, ולא יצירתית. אכן, רק במיעוטם של המקרים עוסק השופט, אינצידנטלית להכרעה בסכסוך, ביצירה שיפוטית. מסקנה זו חיונית היא. חיי חברה תקינים היו בלתי-אפשריים אילו היה לכל בעיה משפטית יותר מפתרון נכון אחד, ואילו היה לשופט שיקול-דעת שיפוטי בכל סכסוך משפטי. חוסר הוודאות שגורם שיקול-הדעת השיפוטי היה מביא, במצב-דברים זה, לידי אנרכיה גמורה. עם זאת, אין לעבור מקיצוניות לקיצוניות. שלילת קיומו של שיקול-דעת שיפוטי בכל המקרים אינה גוררת אחריה שלילת קיומו של שיקול-הדעת השיפוטי. שיקול-דעת זה קיים במספר קטן של מקרים ("המקרים הקשים"). קיומו מעניק גמישות לשיטת המשפט ומאפשר לה להתמודד עם המציאות המשתנה.

שיקול-הדעת השיפוטי לעולם אינו מוחלט. גם כאשר שופט ניצב לפני החופש לבחור בין פירוש פלוני לבין פירוש אלמוני, אין הוא רשאי לבחור ביניהם כעולה על רוחו. הוא אינו רשאי להטיל מטבע. הוא חייב להפעיל את שיקול-דעתו במתחמים שהמשפט קובע ("מתחם הסבירות"). הוא אינו רשאי לבחור בין שני הפירושים משום מצוות כהווג או עצת ידידיו. הוא חייב לפעול במסגרת השיקולים (המהותיים והדיוניים). שנתפסים במשפט כלגיטימיים. בתוך המסגרת החוקית עצמה, נתון לו שיקול-דעת בבחירה בין האופציות השונות. אכן, שיקול-הדעת השיפוטי – ככל שיקול-דעת שלטוני נמדינה דמוקרטית – הינו מוגבל. עם זאת, הגבלת שיקול-הדעת אינה מביאה לידי

תו. קיים תחום שבו הבחירה בין האופציות החוקיות היא סובייקטיבית לשופט עצמו. המידה האובייקטיביות – כלומר, החיצוניות לשופט – אינן מספיקות. ההכרעה על-פי תפיסת-העולם האישית של השופט. השקפתו על החברה, המשפט, השיפוט – היא המכוונת את דרכו. ניתן להציע לשופט אמות-מידה אובייקטיביות, שעל-יפועל. כך, למשל, ניתן להמליץ לפניו להתחשב בשיקולים נורמטיביים, מוסדיים מוסדיים שונים, הקשורים בשיטת המשפט ובמוסד השפיטה בחברה דמוקרטית. עם הצעות אלה אינן מחייבות את השופט, והרשות בידו להפעיל את שיקול-דעתו תוך למות מהן.

לפי השקפתי, לא רק ששיקול-דעת שיפוטי קיים, אלא מן הראוי שהשופט והציבור מודעים לקיומו. השופט צריך להיות מודע לקיומו של שיקול-הדעת. החלטה סבירה החלטה מודעת. החלטה שאינה מודעת לקיום שיקול-דעת שיפוטי אינה נושאת עימה תחושת האחריות החיונית לכל הכרעה שיפוטית, ואינה מאפשרת לשופט לעמוד על זרת הצורך להבטיח אובייקטיביות שיפוטית. אף הציבור צריך להיות מודע לכך שופט נתון, בנסיבות מתאימות, יש שיקול-דעת שיפוטי. אכן, אם שיקול-דעת שיפוטי געו חקיקה שיפוטית, זכאי הציבור לדעת מי הם יוצרי דינו ובאילו גבולות הם לים. אין להסתיר את האמת. אמון הציבור בשפיטה ייפגם, כאשר הציבור ילמד לדעת שופטים אומרים דבר אחד ועושים דבר אחר. לגיטימיות השפיטה תקום רק אם יידע בור להעריך – ובשעת הצורך, לבקר – את דרכי הפעלתו. על-כן, ראוי לעסוק בגלוי יקול-הדעת השיפוטי. אין להסתירו מתחת לשטיח. השופטים עצמם צריכים לתת ביטוי פש השיפוטי הניתן להם ולשיקולים שהניעו אותם לבחור באופציה זו או באחרת.

מעמד השופט

מעמדו של השופט בחברה דמוקרטית הינו מורכב. בכל הנוגע בפרשנות של טקסט ון, מעמד השופט כפרשן הוא מעמד זוט. השותף הבכיר במפעל "החקיקה" (הציבורי הפרטי) הוא המחוקק (הכנסת, מתקן התקנה, הצדדים לחוזה, המצווה). השופט אינו זאי ליצור טקסט חדש, תחת המחוקק. מעמדו הוא משני (מעין מחוקק-משנה). בהשלמת זר, השופט הוא כעין מחוקק. הוא אינו רשאי ליצור את הטקסט נשוא החסר, אך הוא זאי להשלים את החסר המצוי בו. בפיתוח המשפט-המקובל, השופט הוא השולט בכיפה. א יוצר הטקסט (ההלכתי). ביצירתיות שיפוטית זו – על גווניה וסוגיה – אין לו לשופט יקול-דעת בלתי-מוגבל. כך, למשל, החקיקה השיפוטית בפיתוח המשפט צריכה יעשות במסגרת החוק (praeter legem), ולא בניגוד לו (contra legem). פעולה ייתוח המשפט הנוגדת את החוק – כגון הלכה שיפוטית שלפיה חוק הנוגד את קרונות-היסוד של השיטה בטל – אפשרית רק אם קיים קונצנזוס חברתי המכיר לגיטימיות של הפעילות השיפוטית, כלומר, אם הדבר נתפס כלגיטימי על-ידי הקהיליה משפטית.

האם מעמד זה של השופט עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות? תשובתי היא חיוב. הפונקציה העיקרית הנתונה לרשות השופטת היא הכרעה בסכסוך. אין כל פשרות להכריע בסכסוך בלא לגבש נורמה משפטית שעל-פיה מוכרע הסכסוך, שאם א כן, תיהפך השפיטה לשרירותית ולסובייקטיבית בכל היקפה. עד כמה ששיטת המשפט מספקת" לשופט את הנורמה המשפטית שעל-פיה יוכרע הסכסוך, תיעשה הפעילות

השיפוטית בלא שיקול-דעת שיפוטי. אך שיטת משפט לעולם אינה יכולה לספק לשופט, בכלל המקרים, את הנורמה שעל-פיה יוכרע הסכסוך. כל טקסט מחייב פרשנות, וכללי הפרשנות לעולם אינם יכולים לשלול שיקול-דעת שיפוטי פרשני. אכן, ביסוד המשפט עומדת השאיפה לביטחון וליציבות. אך המשפט מבוסס על חוסר ודאות. אין כל אפשרות לבנות שיטת משפט שלא יהא בה כל חוסר ודאות. שיקול-הדעת השיפוטי הוא הביטוי לחוסר הוודאות הטמון בכל שיטת משפט. ניתן להקטין חוסר ודאות זה, אך לא ניתן למנוע אותו. היה ניתן, כמובן, לקבוע, כי מקום שהשופט נתקל במצב של חוסר ודאות הנובע מעמימות או מרוב-משמעות בחוק, עליו להפסיק את הדיון השיפוטי ולפנות למחוקק, שיבהיר את פרי יצירתו. פתרון זה התקיים בעבר בכמה מדינות אירופיות. דומה, שלא יעלה על הדעת לחזור עליו בהווה. הוא נוגד את מהות השפיטה ואת ניתוקה מן הרשות המחוקקת או מן הרשות המבצעת. עם חקיקת החוק, סיים המחוקק את מלאכתו.

5. על השפיטות

מלוא כל הארץ משפט. מכאן, שכל בעיה הינה "שפיטה", כלומר, מצויה נורמה משפטית הנוקטת עמדה כלפיה. זוהי "שפיטות נורמטיבית" (או מטריאלית). על-פי גישה זו – השוללת היעדר שפיטות נורמטיבית – אין גבול לפריסתו של המשפט. בכל מקום שיש בו בני-אדם חיים, שם יש משפט. אין תחומי חיים שהינם מחוץ למשפט. אין פעולות (מעשים או מחדלים) שהמשפט אינו חל עליהם. כל פעולה נתפסת בעולם המשפט. כל פעולה ניתנת "להיכלא" במסגרת המשפט. אפילו הפעילות בעלת הגוון הפוליטי ביותר – כגון עשיית שלום או מלחמה – נבחנת באמות-מידה משפטיות. המשפט הבינלאומי והלאומי נוקט עמדה באשר לחוקיותה. אכן, היותו של עניין "פוליטי" – כלומר, שהכרעה בו גוררת אחריה השלכות פוליטיות – אינו שולל את היותו נתון לשליטת המשפט. כל דבר נתון לשליטת המשפט כמובן זה, שהמשפט נוקט עמדה אם הוא כדן אם לאו. כמובן, האופי הפוליטי של הפעילות עשוי לעיתים לגבש נורמה משפטית המעניקה, על-פי תוכנה, שיקול-דעת רחב לרשות הפוליטית לפעול כרצונה. במקרה זה, חופשית הרשות הפוליטית לפעול כראות-עיניה. עם זאת, חופש זה אינו חופש ממשפט, אלא חופש ממשפט.

סוג שפיטות אחר הוא "השפיטות המוסדית" (או האורגנית). השפיטות המוסדית נועדה להשיב על השאלה אם ראוי לו לבית-המשפט, כאורגן ממלכתי, להכריע בסוג מסוים של סכסוכים. הגורסים היעדר שפיטות מוסדית סבורים, כי קיימים סוגים מסוימים של סכסוכים אשר אין זה ראוי לבית-המשפט להכריע בהם. סכסוכים אלה – אף שאינם מחוץ למשפט – ראויים להכרעה מחוץ לבית-המשפט. דוגמא לסוג זה של מקרים הוא סכסוך על דבר עשיית שלום או מלחמה. הטענה הינה, כי בית-המשפט אינו מוסד מתאים להכרעות אלה, וכי מן הראוי הוא שסכסוך פוליטי יוכרע על-ידי האורגנים הפוליטיים. עירוב בית-המשפט בהכרעות אלה פוגע בהפרדת הרשויות, במשטר הדמוקרטי ובבית-המשפט עצמו. טיעונים אלה מניחים – והנחה זו נכונה היא – כי העברת ההכרעה בסכסוכים אלה לאורגנים הפוליטיים משמעותה הינה שההכרעה לא תיעשה על-פי אמות-מידה משפטיות. איש אינו מציע שסוג סכסוכים זה יוכרע מחוץ לבית-המשפט, אך על-פי אמות-מידה משפטיות. הכל מודעים לכך, כי שינוי באורגן המכריע משמעותו גם שינוי באמות-המידה שעל-פיהן תיעשה ההכרעה. הטענה הינה איפוא, כי אין זה ראוי –

של הפרדת רשויות, דמוקרטיה ומעמד בית-המשפט - שהכרעה בסוג עניינים זה על-ידי בית-המשפט ועל-פי המשפט.

יה, טענה זו קשה היא. ההנחה הינה, כי לבית-המשפט סמכות לדון בסכסוך. מהיכן וחזו של בית-המשפט לסרב לשפוט סוג זה של סכסוכים? האין זה כלל בסיסי זט ושיפוט, כי בית-המשפט חייב להכריע בסכסוכים המובאים לפניו, ואין הוא לשלח מעל פניו צדדים שסכסוכם מצוי בסמכותו? האין זה ביטוי למחשבה ו - בלתי-ראויה לשופט - להימנע משיפוט לאור אופיו הפוליטי של הסכסוך? אך לכך: הטענה שבית-המשפט אינו מוסד מתאים להכרעות בסכסוכים פוליטיים ז על ההנחה המוטעית, כי בית-המשפט יכריע בסכסוך באמות-מידה פוליטיות. וס הכרעת בית-המשפט היא "פוליטית" - כלומר, נעשית לא על-פי אמות ופשטיות - מן הראוי שההכרעה תיעשה על-ידי האורגנים הפוליטיים. בהקשר זה ז הטענות, כי הכרעה "פוליטית" של בית-המשפט בסכסוך פוליטי פוגעת בהפרדת ות ובדמוקרטיה ופוגעת במעמד בית-המשפט. אך מה טעם לפגם יש כאשר בית ז מכריע בסכסוך פוליטי על-פי אמות-מידה משפטיות? מה פסול יש בנקיטת משפטית בשאלה אם הפעילות הפוליטית היא חוקית - להבדיל מן הקביעה שהיא או בלתי-ראויה מבחינה פוליטית? האין לומר שעקרון הפרדת הרשויות מצדיק ת שיפוטית - על בסיס אמות-מידה משפטיות - על כל פעולות השלטון, לרבות ת בעלות אופי פוליטי מובהק? כיצד ניתן להצדיק, מנקודת-המבט של הפרדת ת, הימנעות מהכרעה משפטית על בסיס אמות-מידה משפטיות? האין אמת בטענה יכת ידה של הרשות השופטת מהכרעה - על-פי אמות-מידה משפטיות - בסכסוך יטי משמעותה האמיתית אינה אלא הכרה בכוחן של הרשויות הפוליטיות להכריע זוכים הפוליטיים בניגוד לחוק? ובכך לא רק נפגם עקרון שלטון-החוק, אלא שגם ין הפרדת הרשויות - אשר נועד להבטיח איזון ובקרה בין הרשויות השונות - מופר ז גלי]. האין לומר, כי התרופה הראויה - למי שמבקש להעניק לרשויות הפוליטיות ז פעולה - אינה בנעילת שערי בית-המשפט ובהסכמה משתמעת להפרת החוק, אלא גוי המשפט המהותי, אשר יעניק חופש פעולה רחב יותר לרשויות הפוליטיות? ומי נו מוכן לצעד מרחיק-לכת זה - שכן, הוא מבקש שהרשויות הפוליטיות יוכפפו אף לחוק - האם אין הוא חייב להסכים, בסופו של דבר, לביקורת שיפוטית, שתיעשה פי אמות-מידה משפטיות? מה פגיעה יש במעמד בית-המשפט שעה שהוא מכריע :סוך פוליטי על-פי אמות-מידה משפטיות? האין יסוד לטענה כי דווקא משיכת-ידו של ו-המשפט מן הסכסוך הפוליטי תביא לידי ערעור האמון של הציבור בשפיטה? ראה לי איפוא, כי הטענות בדבר הפרדת רשויות, דמוקרטיה ואמון הציבור בשפיטה :ם מסייעים לגיבוש דין המכיר בחוסר שפיטות מוסדית לעניין סכסוכים פוליטיים או זיהם. נראה, כי כשלון הטענות התבסס על הנתה סמויה, שלפיה קיימות אמות :דה משפטיות פשוטות וברורות, שעל-פיהן היה ניתן להכריע בסכסוך הפוליטי. הבעיה זתבכת שעה שאמות-המידה המשפטיות עצמן אינן פשוטות וברורות (מקרה פשוט), אלא זניקות, הן עצמן, שיקול-דעת לשופט (מקרה קשה). מקום שההכרעה בחוקיות הפעילות פוליטית כרוכה בהכרעה שיפוטית סובייקטיבית - אשר בד בבד עם ההכרעה, גם יוצרת ת הדין שעל-פיו מוכרע הסכסוך - צובר עוצמה טיעון המבקש להרחיק את בית :משפט מן הצורך בעריכתה של אותה הכרעה. במצב-דברים זה קיים החשש שבית :משפט יואשם ב"פוליטיזציה" של הכרעתו השיפוטית. אף שלאשמה זו אין כל בסיס

למעשה, היא עשויה בכל זאת למצוא אוזן קשבת אצל חלק מן הציבור.⁷ קיים חשש, שאף כי המשפט ייעשה, הוא לא ייראה כנעשה. במקרים אלה ניתן להתחשב בשיקול זה של אמון הציבור בשפיטה כדי להצדיק הימנעות מהפעלת סמכות – במקום שהסמכות היא "שיקול-דעתית" – בהכרעה בסכסוכים בעלי אופי פוליטי מובהק. אף כאן, אין בשיקול זה כדי להכריע. כנגדו עומדים שיקולים של דמוקרטיה, הפרדת רשויות ושלטון-החוק, המצדיקים התערבות שיפוטית. אכן, יהא על בית-המשפט לעמת את הפגיעה באמון הציבור במשפט (הגדרת מהימנעות משיפוט) עם הפגיעה באמון הציבור בשפיטה (הגדרת מהכרעה בסכסוך). רק כאשר כפות-המאזניים אינן מאוינות והפגיעה באמון הציבור בשפיטה עולה על השיקולים הנוגדים, יהא מקום לשקול הימנעות משפיטה בסכסוכים בעלי אופי פוליטי.

הנה כי-כן, "שפיטות" – או נכון יותר, "חוסר שפיטות" – היא מושג סבוך. לדעת, מן הבחינה הנורמטיבית, כל סכסוך – ולו הפוליטי ביותר – הינו שפיט. מי שאינו מרוצה מן התוצאה המתקבלת רשאי כמובן לזום שינוי בנורמה. בכך, אין הוא מוציא את הסכסוך מתחום הנורמה, אלא אך משנה את הנורמה שעל-פיה מוכרע הסכסוך. מן הבחינה המוסדית, רוב הסכסוכים – לרבות הסכסוכים בעלי האופי הפוליטי – הינם שפיטים. רק כאשר ההכרעה בסכסוך הפוליטי מחייבת יצירת דין שיפוטי חדש, וקיים חשש רציני ביותר שביצירת הדין החדש ובהכרעה השיפוטית על-פיו, תואשם השפיטה בפוליטיזציה של הכרעותיה, יש מקום לשקול הימנעות משיפוט, וזאת רק אם שיקול זה גובר על השיקולים הנוגדים בדבר הפרדת רשויות, דמוקרטיה ושלטון-החוק.

6. על המעמד לפני בית-המשפט

למי הזכות – לו המעמד. שלילת מעמד (standing) מבצל-זכות כמוה כשלילת אפקטיביות הזכות. אך המוכר מעמדו של מי שאין לו זכות? במשפט הפרטי, התשובה על כך היא לרוב בשלילה. לא כן במשפט הציבורי. מקובל על הכל, כי לעיתים, מוכר מעמדו של עותר שאינו טוען להפרת זכותו. כך, למשל, מימים-ימימה הוחלט בישראל, כי פגיעה באינטרס אישי מעניקה לבעל האינטרס מעמד בדין, גם אם לא הגיע האינטרס האישי למעמד של זכות מוכרת. מחלוקת קיימת אם להכיר במעמדו של עותר הנעדר אינטרס אישי. עמדתי שלי הינה, שיש להכיר אף במעמדו של עותר זה, ובלבד שהוא מעלה להכרעה שיפוטית הפרה מהותית של שלטון-החוק. הטעם העומד ביסוד השקפתי זו נגזר מעמדתי באשר לתפקידה של הביקורת השיפוטית בחברה דמוקרטית. לדעתי, תפקידה של ביקורת זו – בצד ההכרעה בסכסוך וכתוצאת לוואי שלה – הוא הגשמת שלטון-החוק. נעילת דלתותיו של בית-משפט זה לפני עותר חסר-אינטרס, המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק, שכן, באין דין – אין דין. יכולת הפנייה לבית-המשפט היא אכזר-הפינה של שלטון-החוק. אכן, על-פי תפיסתי שלי, על בית-משפט בחברה דמוקרטית מוטל התפקיד לשמור על שלטון-החוק. אמת, באין סכסוך – אין שפיטה. אך דרישה זו אינה נוקטת כל עמדה באשר לאופיו של הסכסוך. גם עותר נעדר-אינטרס עשוי להעלות לפני בית-המשפט סכסוך שיש להכריעו על-

7 ראה דברי ממלא מקום הנשיא, השופט לנדוי (כתוארו אז), בבג"צ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1, 4.

אמות-מידה משפטיות. על בית-המשפט לגלות נכונות להכריע גם בסכסוך זה, שכן, כך נשמר עקרון שלטון-החוק. ישאל השואל: מדוע לא יוכר מעמדו של "עותר" עדר-זכות בתחומי המשפט הפרטי, שהרי גם במשפט הפרטי יש לשמור על שלטון חוק? תשובתי הינה, כי קיים עדיין שוני בין השניים. לא הרי יחסו של אדם כלפי רעהו יחסו של השלטון כלפי אדם. ביחסים שבין פרטים, קיימת אומנם חובה לנהוג תום-לב, אך אין האחד נאמן של האחר. לא כן במשפט הציבורי. הרשות הציבורית היא אמן, הפועל למען הפרט. בתחומי המשפט הציבורי, נתונה לכל פרט הזכות לתבוע כלפי השלטון שהשלטון יפעל במסגרת החוק. זכות מקבילה אינה קיימת – או עדיין אינה קיימת – במשפט הפרטי. הכרה בזכותו של הפרט כלפי השלטון סוגרת את "מעגל המעמד". תחילתו של מעגל זה בדרישה שעותר יהא בעל-זכות כלפי השלטון. לאחר מכן יוכר מעמדו של עותר בעל אינטרס הנעדר זכות. בהמשך הוכר מעמדו של עותר הנעדר אינטרס, אך המלין על הפרה מהותית של שלטון-החוק. סופו של התהליך בגיבוש זכותו של העותר – בהיותו חלק מהחברה – כלפי השלטון, ובמעמדו הנגזר מזכותו זו. "מעגל מעמד" זה אינו בעל אופי סמנטי גרידא. מאחוריו עומדת ההכרה, כי לכל פרט אינטרס שהשלטון יפעל כדין, וכי אינטרס זה מוגן על-ידי המשפט. אכן, דיני המעמד הפוכים את האינטרס של הפרט בחוקיות השלטון לזכותו של הפרט שתקוים חוקיות השלטון. מכאן חשיבותם של דיני המעמד. אין הם אך אמצעי דיוני לוויסות עבודתו של בית-המשפט. הם מכשיר מרכזי להבטחת שלטון-החוק. בתפיסת השופט את דיני המעמד מחבטאת תפיסתו את תפקיד בית-המשפט בחברה דמוקרטית ואת מעמדו בין רשויות השלטון.

7. השופט ופרשנות החוקה

הסכסוך שבו מכריע השופט עשוי להיות סכסוך בעל אופי חוקתי. ההכרעה בסכסוך מחייבת פרשנות החוקה. מכוח פרשנות זו, עשוי השופט להחליט, כי חוק שחוקק המחוקק בטל. האם מצב-דברים זה עולה בקנה אחד עם הדמוקרטיה, שעל-פיה נקבעת מדיניות החברה בכל זמן נתון על-ידי העם, הפועל באמצעות נציגיו הנבחרים? האין בביקורת שיפוטית של חוקתיות החוק משום פעילות לא-דמוקרטית של שופט לא-נבחר, הכופה את דעתו על נבחר-הציבור? שאלה זו מתעוררת בכל שיטת משפט שקיימת בה חוקה נוקשה וביקורת שיפוטית. התשובה היא זו: בביטול החוק, אין השופט נותן ביטוי לדעותיו שלו, אלא להוראות החוקה. הטוען לחוסר דמוקרטיה בפעילות השיפוטית אינו טוען אלא לחוסר דמוקרטיה של החוקה עצמה. אכן, יש בה, בתוקפה, היבט לא-דמוקרטי, שכן, תוכנה נקבע בעבר והיא מחייבת את ההווה. עם זאת, כנגד ביקורת זו עומד כוחה של החוקה, שהיא מרסנת את הרוב ושומרת בכך על זכויות-האדם. הרוב של היום יכול להביע את השקפותיו שלו בדרך של שינוי החוקה. נמצא, כי שופט המפרש את החוקה ומבטל לאורה חוק נותן בכך ביטוי לחוקה, ואין מקום לכל ביקורת כלפיו, אלא כלפי עצם רעיון החוקה. רעיון זה חיובי וראוי הוא, שכן, כנגד ריסונו של הרוב עומדות זכויות האדם, ורק הכרה בהן (בצד הכרה בכוחו של הרוב) מעניקה למשטר אופי דמוקרטי. תשובתי זו אינה מתמודדת עם המצבים שבהם כרוכה הפרשנות החוקתית השיפוטית בשיקול-דעת שיפוטי. ביטול החוק (שנחקק על-ידי העם, באמצעות נציגיו) אינו הכרח חוקתי, שכן, ניתן לפרש חוקה במספר אופנים (קיים שיקול-דעת שיפוטי), והשופט בוחר בפירוש המביא לבטלות החוק. מהו הצידוק החברתי למצב-דברים זה? מצבים אלה אינם

טו

זו

ל

ך

!

ז

,

:

:

מרביתם, שכן, מקום שקיים שיקול-דעת לקיים את החוק או לבטלו, יבחר השופט לרוב בקיום החוק. אך מהו הצידוק לאפשרות הנתונה לו כדין לבטל את החוק? תשובתי היא זו: חוקה, ככל יצירה אנושית, כוללת בחובה – לאור כלליותה, עמימותה ורוב-משמעותה – חוסר ודאות באשר להיקף פריסתה. חייב להתקיים אורגן ממלכתי אשר יכריע בחוסר ודאות זה. האורגן הראוי לכך אינו המחוקק, שכן, קיים חשש שהוא ייתן ביטוי להשקפת רוב, העשויה לפגוע בזכויות הפרט, והרי כנגד אפשרות זו ממש קמה החוקה עצמה. אין זה ראוי שמי שנועד להיות מרוסן על-ידי החוקה יקבע את תוכנה. האורגן הראוי לכך הוא הרשות השופטת, הנהנית מעצמאות ומאי-תלות, ואשר תיתן להוראות העמומות והרב-משמעותיות של החוקה מובן המשקף את עקרונות-היסוד של המשפט והשיטה. אך טבעי הוא, כי מי שנועד לשמור על סמכויותיהן של הרשויות השלטוניות האחרות בכל המקרים יעשה כן גם כאשר נשוא הפרשנות הוא החוקה עצמה. עלינו, יש להפקיד את הפרשנות החוקתית בידי השופטים הרגילים – ולא למוסרה לגוף פוליטי, בלבד זה או אחר – אשר בחינכם ובאורחות-חייהם, הם ספוגים בעצמאות שיפוטית ובאי-תלות מוסדית ועניינית ואמונים עליהן. כמובן, אם הפרשנות השיפוטית אינה נראית, יש לקיים תמיד "שסתומי-מפלט", אשר יאפשרו לבני החברה בהווה לתקן את החוקה. לשם כך מוכרות בכל החוקות הוראות לשינוי החוקה ולהתאמתה למציאות החיים.

כיצד יפרש שופט הוראה חוקתית? התשובה לכך מצויה בכללי הפרשנות. לדעתי, יש לפרש הוראה חוקתית באופן המגשים את תכליתה. על תכליתה של ההוראה החוקתית לומד השופט מכוונת יוצר החוקה (כעניין היסטורי-פסיכולוגי), מלשון החוקה ומעקרונות-היסוד של השיטה, הסובבים את החוקה ואשר במסגרתם היא פועלת. באיזון בין מקורות אלה, יש ליתן משקל קל בלבד לכוונה של יוצר החוקה, וזאת כדי לא להקפיא את מובנה של החוקה לרמות הפשטה שהיו ידועות ליוצריה בעת יצירתה. חוקה לא תמלא את ייעודה בחיי החברה אם היא תקפיא את ערכיה ועקרונותיה אך לאותן רמות הפשטה שהתקיימו בעבר. ל"הכללות המלכותיות" שבחוקה – כגון חירות, כבוד, חופש ושוויון – יש ליתן אותה משמעות המתבקשת מן הרצף ההיסטורי של התפתחות המושגים האלה באותה חברה והעולה בקנה אחד עם המקובל על הציבור הנאור באותה חברה.

8. השופט ופרשנות החוק

כללי הפרשנות הם לרוב כללים שיפוטיים. נדירים הם המקרים שבהם המחוקק הוא הקובע את כללי הפרשנות. לרשות השופטת הוענק שיקול-דעת בגיבושם של הכללים לפירוש חוקים. כללים אלה אינם אוניוורסליים, והשופטים בכל שיטת משפט חייבים לבחור בין שיטות הפרשנות השונות. אין שיטת פרשנות אחת ויחידה המגלה את "האמת" הצפונה בטקסט. כל טקסט מתגלה לפנינו רק לאחר פרשנותו. אין לטקסט משמעות קדם-פרשנית. הבחירה הינה איפוא בין כמה שיטות פרשנות, שאף לאחת אין יומרה לחשוף את "האמת" בטקסט, אך לכל אחת מהן היומרה להיות השיטה הטובה ביותר. עיקר הבחירה היא בין שיטות פרשנות סובייקטיביות, אובייקטיביות או מעורבות (סובייקטיביות-אובייקטיביות). שיטת פרשנות סובייקטיבית גורסת, כי יש ליתן לחוק אותו פירוש המגשים את כוונת המחוקק. שיטת פרשנות אובייקטיבית גורסת, כי יש ליתן לחוק אותו פירוש המגשים את צרכיה של החברה המודרנית. פרשנות מעורבת מבקשת לפרש את החוק מתוך היבטים סובייקטיביים ואובייקטיביים גם יחד. קיימות כמה שיטות מעורבות. בין הידועות ביותר היא שיטתו הפרשנית של פרופסור Dworkin. על-

פיה, על השופט ליתן לדבר החקיקה אותו פירוש המעמיד באור הטוב ביותר את ההיסטוריה הפוליטית של החוק.⁸ על השופט לבחור בפירוש המקדם את העקרונות ואת קווי-המדיניות שמעניקים לחוק את הצידוק הפוליטי הטוב ביותר. לדעת, השיטה הפרשנית הראויה ביותר היא השיטה הפרשנית התכליתית. על-פיה, על השופט לפרש את הטקסט החוקי באופן המגשים את תכלית הנורמה הגלומה בטקסט. מבין כמה מובנים לשוניים, יש לשלוף אותו מובן משפטי המגשים יותר מכל מובן אחר את תכליתה של הנורמה המעוגנת בטקסט. תכלית הנורמה אינה מושג פסיכולוגי ("כוונה" של חברי הגוף המחוקק) או היסטורי (כוונת האבות המייסדים). תכלית הנורמה היא מושג נורמטיבי. זו קונסטרוקציה משפטית, בדומה לזכות, חוזה או תאגיד. בגיבושה של תכלית החוק, יש להביא בחשבון את כוונת המחוקק (כעניין היסטורי-פסיכולוגי), את המתבקש לתכלית החוק מקריאת לשון החוק ואת עקרונות-היסוד של המשפט והשיטה. מקום שנתונים אלה מובילים לכיוונים שונים, על השופט לאזן בין הנתונים הנוגדים. איזון זה כרוך – כל עוד נעדרת הכוונה מספקת בתוככי השיטה פנימה – בשיקול-דעת שיפוטי. יתרונה של שיטה פרשנית זו על כל אחיותיה הוא בהתאמתה ללקחים ההרמנויטיים מזה ובצורך ליתן ביטוי למטרת המשפט בפרשנות המשפט מזה. היא עדיפה על שיטות פרשנות אחרות, שכן, היא תואמת יותר מכל שיטה אחרת עקרונות חוקתיים של דמוקרטיה, הפרדת רשויות, שלטון-חוק, אמון הציבור בשפיטה ועקרונות-יסוד וחיות-אדם. למותר לציין, כי השיטה הפרשנית התכליתית מבוססת על מרכיב מרכזי של שיקול-דעת פרשני. שיקול-דעת זה קיים לא רק בעצם הבחירה בשיטה זו, אלא גם בדרכי הפעלתה.

כללי הפרשנות חשובים הם. הטענה הנשמעת לעיתים, שלפיה נועדו כללי הפרשנות להצדיק מסקנה שאליה הגיע השופט באופן אינטואיטיבי, נכונה אך בחלקה. כללי הפרשנות אינם רק כללי צידוק. הם משמשים ככללי הדרכה, המכוונים את השופט. מבין מגוון אפשרויות, הוא בוחר באחת האפשרויות על-פי כללי הפרשנות. אפילו בחירתו היא אינטואיטיבית, הוא מבקש לבחון, בדיעבד, אם היא תואמת את כללי הפרשנות. אם ישתכנע שהבחירה האינטואיטיבית אינה עולה בקנה אחד עם כללי הפרשנות, יהא עליו לזנוח את בחירתו הראשונית. זאת ועוד: האינטואיציה השיפוטית מתבססת, בין השאר, על חינוכו של השופט ועל מערכת כללי הפרשנות המופנמת בהכרתו. אך מעבר לכך: כללי הפרשנות הם כללי לגיטימציה. פעילות שיפוטית במסגרת כללי הפרשנות נתפסת כלגיטימית. לעומת זאת, פעילות שיפוטית הנוגדת את כללי הפרשנות נתקלת בהתנגדות ובטענה שהשופט חרג מסמכותו. אמון הציבור בשפיטה מתערער. כללי הפרשנות באים להבטיח אמון זה, ומכוונים להגן על השופט מפני טענה כי שיקולים אישיים, ולא ענייניים, הנחו את הכרעתו השיפוטית. הנוטל מן השופט את כללי הפרשנות נוטל ממנו את הבסיס ללגיטימיות של פעילותו השיפוטית.

9. השופט ושלטון-החוק

שלטון-החוק הוא ביטוי סבוך. הוא כולל בחובו משמעות פורמלית ומהותית. שלטון-חוק פורמלי משמעותו השלטת החוק וקיומו, יהא תוכנו אשר יהא. שלטון החוק המהותי כולל בחובו משמעות צרה ורחבה. במשמעותו הצרה, שלטון-חוק מהותי מחייב שמירה על כללי חוקיות מינימליים, כגון פרוספקטיביות החקיקה, כלליותה,

8 R. Dworkin *Law's Empire* (Cambridge Mass., 1986) 313.

בהירותה, יציבותה ופומביותה, שמירה על כללי צדק טבעי ונגישות למערכת בתי-המשפט. במשמעותו הרחבה, שלטון-החוק משמעותו שלטונו של החוק הראוי. זהו שלטונו של החוק המאזן בצורה ראויה בין צרכיה של החברה לעצמאות מדינית, לשוויון חברתי, להתפתחות כלכלית ולסדר פנימי מזה לבין צרכיו של היחיד, חירותו האישית וכבודו נאדם מזה.

על-פי תפיסתי, תפקידו של בית-המשפט הוא לשמור ולקיים את שלטון-החוק בכל מובניו. על בית-המשפט להבטיח את קיומו הפורמלי של החוק, כלומר, את שלטונו והשלטתו. עליו לפסול חקיקה שאינה מקיימת את הדרישות המהותיות המינימליות של שלטון-חוק מהותי-צדק. עליו לפרש ולפתח את המשפט – בתחומים הנתונים לשיקול-דעתו – כדי להבטיח איזון ראוי בין טובת הכלל והפרט. אתמקד בתפקידו של בית-המשפט בהבטחת שלטון-חוק פורמלי.

תפקידו העיקרי של בית-המשפט הוא להכריע בסכסוכים. אין השופט מזמין את הסכסוך ואין הוא רשאי ליזום אותו. השופט הוא פסיבי, ואין הוא רשאי לפעול בטרם הובא סכסוך להכרעתו. אך משניצב לפניו סכסוך, עליו להכריע בו מתוך ראיית הצורך בהשלטת החוק (הפורמלית) לנגד עיניו. אכן, ביסוד תפיסתי עומדת ההכרה, כי על בית-המשפט מוטל תפקיד מיוחד בחברה דמוקרטית, שעניינו השלטת החוק בשלטון. על-פי גישתי, השלטון הוא נאמן הציבור, והוא חב כלפיו חובה לפעול במסגרת החוק. זכותו של הפרט היא שהשלטון לא יפר את החוק. זהו אך צידו האחד של מטבע, שצידו האחר הוא שלטון-החוק במחוקק והשלטת החוק בשלטון. אך טבעי הוא, כי מי שמבקש להבטיח את שלטון-החוק, כערך יסודי בחברה דמוקרטית, מבקש לראות בבית-המשפט מוסד אשר נועד להגשים הבטחה זו.

מתפקידו של בית-המשפט לקיים שלטון-חוק פורמלי מתבקשות מסקנות מספר: ראשית, יש להבטיח נגישות מירבית לבית-המשפט. החזקה הינה, כי שערי בית-המשפט פתוחים לכל סכסוך, ורק הוראה מפורשת בדבר-חקיקה שחוקק כדין יש בכוחה לסתור חזקה זו: שנית, יש להרחיב את מעמדם של הפונים לבית-המשפט, שכן, צמצום המעמד מצמצם את אפשרות הביקורת, ובמקום שאין דיין – אין מי שידאג שהדין לא יופר; שלישית, יש להקטין את מספר המוגינות שאינן "שפיטות". נורמטיבית, כל סכסוך הינו שפיט. מוסדית, עשויים להיות סכסוכים יוצאי-דופן, אשר לגביהם אין זה ראוי שהרשות השופטת תפעיל ביקורת שיפוטית; רביעית, כל רשות שלטונית צריכה להיות נתונה לביקורת שיפוטית. על-כן, יש לקיים ביקורת שיפוטית על פעולות הכנסת, לרבות פעולותיה המינהליות והכעין-שיפוטיות. פעולותיו של הנשיא צריכות להיות נתונות לביקורת שיפוטית (עקיפה). נושאי-משרה שונים, כגון היועץ המשפטי לממשלה, אינם צריכים לזכות בביקורת שיפוטית מצומצמת. גורמי הביטחון כפופים לחוק ככל גורם שלטוני אחר, והיקף הביקורת השיפוטית עליהם אינו מצטמצם עקב חשיבות תפקידם. שלטון-החוק הוא מרכיב חשוב בביטחון הלאומי.

תפיסתי באשר לשופט ולשלטון-החוק אינה מבוססת על "אימפריאליזם שיפוטי". היא נגזרת מהכרתי, כי בהיעדר ביקורת שיפוטית, נוטה רשות שלטונית לפעול על-פי לחצים פוליטיים ולהתעלם לעיתים מן החוק. צמצום הביקורת השיפוטית – בין באמצעות כללי מעמד או שפיטות, בין בדיני חסינות ובין בדרך אחרת – משמעותו האמיתית הינה הרחבת החופש להפר את החוק. בין ביקורת שיפוטית לבין שלטון-החוק קיימים כלים שלובים. אין לנתק בין השניים.

10. "מתחם הסבירות"

ביקורת שיפוטית חיונית לשמירה על שלטון-החוק. מהו היקפה של ביקורת זו? עד כמה צריך השופט להמיר את שיקול-דעתה של הרשות המבוקרת בשיקול-דעתו שלו? כאשר הרשות המבוקרת היא בית-משפט, אין כל מניעה לכך שרשות שיפוטית מבקרת (בית-משפט לערעורים, בית-המשפט הגבוה לצדק) תפסול החלטה של רשות שיפוטית מבוקרת על בסיס ההשקפה, כי החלטה זו, אף שסבירה היא, לא היה צריך לבחור בה. לא יעלה על הדעת לטעון, כי שופט בית-המשפט העליון יימנע מביקורת שיפוטית של החלטת בית-משפט מחוזי או בית-דין לעבודה רק משום שהחלטתם סבירה. חובתו של השופט היא לפסוק אותה הלכה הנראית לו סבירה וראויה. לא די בכך שהיא נראית סבירה לשופט המבוקר. שונים פני הדברים כאשר הרשות המבוקרת אינה שיפוטית, אלא רשות מחוקקת או מבצעת. על-פי עקרון הפרדת הרשויות, כל אחת מן הרשויות הללו מופקדת על פונקציה מרכזית, אשר האחריות לה נתונה לאותה רשות. הרשות השופטת חייבת לשמור על כך שהרשות השלטונית לא תחרוג מסמכותה, לא תיטול לעצמה סמכויות לא-לה ולא תבצע את סמכותה באופן לא-חוקי. הרשות השופטת אינה צריכה – ועל-פי עקרון הפרדת הרשויות, אסור לה – להורות לרשויות שלטוניות אחרות כיצד עליהן לפעול במסגרת האפשרויות הפתוחות העומדות לפניהם. הבחירה בין כמה דרכי פעולה שלטוניות סבירות היא החלטה הנתונה לרשויות השלטוניות, ואל לה, לרשות השופטת, להתערב בכך. מכאן המושגיות של "מתחם הסבירות", אשר נועדה להדגיש את קור הגבול בין חופש שלטוני (במסגרת הדין) לבין מעורבות שיפוטית (בהפרת הדין). מושגיות זו חשובה היא. היא מאפשרת שמירה על שלטון-החוק, תוך קיום הפרדת רשויות. היא מבטיחה ביקורת שיפוטית, תוך הקפדה על לגיטימיות הפעילות השיפוטית.

11. מושגי-שסתום

נורמות משפטיות רבות כוללות בחובן מושגי-שסתום. בין אלה ניתן לציין מושגים ערכיים, כגון צדק ומוסר ואמות-מידה להתנהגות ראויה, כגון הגינות ותום-לב. מושגים אלה – להבדיל מכללי משפט – אינם מתייבים, מתוך עצמם, את הנסיבות העובדתיות שעליהן הם חלים. הם מהווים מסגרות, אשר מחייבות קונקרטיזציה. מתן תוכן למושגי-שסתום אלה אינה פעילות לבר-פרשנית. אין בכך השלמת חסר או פיתוח משפט. הנורמה המשפטית אינה חסרה, אם כי היא אינה ודאית. מתן תוכן למושגי-השסתום היא פעילות פרשנית. האחריות לכך נתונה – כפוף להנחיה חקיקתית – לבית-המשפט. השופט יוצק תוכן במושגי-השסתום על-פי כללי הפרשנות המקובלים בשיטתו. יהא עליו, בהקשר זה, לשקף את המציאות החברתית המודרנית ואת תפיסות-היסוד החברתיות הנוהגות בעת מתן הפירוש. אכן, מושגי-השסתום נועדו מעצם טבעם להעניק גמישות לנורמה המשפטית ולהבטיח גישור הפער בין המשפט לבין המציאות החברתית. לשם קיום תכליתם זו, אין ליתן להם משמעות היסטורית. יש להעניק להם משמעות מודרנית, על רקע הרצף ההיסטורי של החברה והשיטה.

12. איזון בין ערכים מתנגשים

ההכרעה השיפוטית כרוכה לעיתים בצורך להתחשב בכמה ערכים, עקרונות או

וטי
ז
ול
ך
י
ה
/
:
:

קווי-מדיניות נוגדים. לעיתים נדרשת הכרעה זו מתוך הוראתו המפורשת של הטקסט. כך, למשל, קובעת פקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, כי בהכרעת השאלה אם יש לגלות ראייה חסויה, על השופט לשקול "אם הצורך לגלותה לשם עשיית צדק, עדיף מן העניין שיש לא לגלותה." לרוב מתבקשת ההכרעה כחלק מן הצורך הנורמטיבי לגבש את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט הנורמטיבי. ראינו, כי לצורך גיבוש תכליתה של פקודת העיתונות,⁹ היה צורך להתחשב בשלום-הציבור מזה ובחופש הביטוי מזה. בדומה, כדי לגבש את תכליתו של חוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965,¹⁰ יש להתחשב בכבוד האדם ובשמו הטוב מזה ובחופש הביטוי מזה. כיצד נעשה גיבוש זה כאשר הערכים, העקרונות וקווי-המדיניות שיש להביא בחשבון נוגדים זה את זה? התשובה השיפוטית מתמצית בעקרון ה"איוון". על השופט להציב "מאזניים", שעל כפותיהם הוא מניח את "הנתונים" הנוגדים. תוצאת "השקילה" מכתיבה את התוצאה. כמובן, הדיבורים "איוון", "שקילה", "משקל" הם דיבורים מטפוריים. התהליך הוא נורמטיבי, ולא פיס. "משקל" אינו אלא ביטוי לחשיבות חברתית יחסית. בהיעדר הכוונה חקיקתית, נקבעת החשיבות החברתית היחסית על-ידי השופט. אכן, המטפורה של "איוון" ו"שקילה" מתארת באופן ציורי את דרכי הפעלתו של שיקול-הדעת השיפוטי.

13. אובייקטיביות שיפוטית

שופט חייב לפעול באובייקטיביות. חובה זו מוטלת עליו מכוח הדין. אין לו שיקול-דעת לא לפעול באופן אובייקטיבי. שיקול-דעת שיפוטי קיים רק במסגרת פעילותו האובייקטיבית של השופט. שיקול-דעת שיפוטי קיים רק בבחירה בין האפשרויות שעברו את כור ההיתוך האובייקטיבי. ושוב: בוודאי שהשופט חייב לפעול ללא "משוא-פנים" ולא מתוך ניגוד עניינים. אך דרישת האובייקטיביות מקיפה יותר. שופט הינו אובייקטיבי כאשר הבחירה באפשרות פלוגית, מתוך מגוון האפשרויות הפתוחות, נעשית מתוך כך שהיא מתבקשת מדרישה נורמטיבית חיצונית לשופט. דרישה כזו מוכתבת, בין השאר, על-פי תפיסות-היסוד של החברה שבה חי השופט. היא משתקפת בקונצנזוס החברתי. היא פרי תפיסת הצדק והמוסר של הציבור הנאור בחברה שבה הוא חי. כאשר גם אמת-מידה זו מציבה יותר מאפשרות אחת, אין לו לשופט ברירה אלא לבחור במה שנראה לו, סובייקטיבית, כפתרון הטוב ביותר. בכך אין ויתור על הצורך באובייקטיביות. השופט כבר עבר את השלבים האובייקטיביים. רק משעשה כן, ומצא עצמו ניצב לפני יותר מאפשרות אחת, עליו לפעול באופן סובייקטיבי. עליו להיות עם עצמו. זו הדרישה היחידה המוצגת לו בשלב זה. אין דרישה גדולה מזו.

14. שפיטה והסכמה חברתית

על השופט לפעול על-פי הוראות הדין, תהא ההסכמה החברתית אשר תהא. עצם העובדה שהוראת דין אינה מקובלת על הציבור אין בה כדי להשפיע על פרשנותה. דבר

9 נ"ח 421.

10 פקודת העיתונות, לעיל הערה 2.

11 ס"ח 240.

זה נכון אך ורק לעניין אותן הוראות דין שאין לשופט כל שיקול-דעת בפרשנותן. לא כן במקום שפרשנות של הוראת הדין נתונה לשיקול-דעת שיפוטי. במצב-דברים זה, רשאי השופט – אם כי אינו חייב – להביא בחשבון את ההסכמה החברתית, בטרם יבחר באפשרות הנראית לו ראויה. לדעתי, על השופט לשאוף לאותו פתרון העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית המעוגנת בערכי-היסוד של השיטה, או לפחות אינו סותר אותה. עקרונית, רצוי לו, לשופט, להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסות-היסוד של הציבור. שופט אינו צריך לראות עצמו כנושא-דגל של הסכמה חברתית חדשה. הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים של דמוקרטיה והפרדת רשויות. בית-הגבחרים הוא המוסד הראוי ליצירת שינויים דרסטיים בעניין זה. פעולה בניגוד להסכמה החברתית תפגע, בטווח הארוך, באמון הציבור במערכת בתי-המשפט וביכולתם של בתי-המשפט לתפקד כראוי. ודוק: אין זה כלל בל-יעבור. לעיתים סבור שופט, כי המקרה כה חריג בחריפותו וערכי השעה נוגדים בחריפות את ערכי-היסוד, עד כי אין מנוס מללכת לפני המחנה. זאת ועוד: מהותה של ההסכמה החברתית והיקפה אינם נתון שקל לזהותו. לעיתים, אין הסכמה כאשר למהותה של ההסכמה החברתית. אכן, אין אני גורס שעל השופט לפעול תמיד אך ורק במסגרת ההסכמה החברתית. כל שמבקש אני לקבוע הוא, כי מן הראוי לו, לשופט, שיתחשב בהסכמה זו, עד כמה שזו קיימת וניתנת לגיבוש. כל שניתן לומר הוא, כי עקרונית, אין זה רצוי לפעול בניגוד להסכמה החברתית לעיתים קרובות מדי. רצוי שפעולה בניגוד להסכמה החברתית תהא החריג, ולא הכלל. למותר לציין, כי ההסכמה החברתית, אשר במסגרתה צריך השופט לפעול, היא ההסכמה המעוגנת בערכי-היסוד של השיטה. אין השופט צריך לפעול במסגרת הסכמה חברתית המשקפת רוחות-שעה חולפות. על השופט לפעול במסגרת המרכזי והבסיסי ולא במסגרת הארעי והחולף. כאשר החברה אינה נאמנה לעצמה אין השופט חייב ליתן ביטוי לרוחות-השעה. עליו לעמוד בעני רוחות אלה, תוך מתן ביטוי לאותה הסכמה חברתית המשקפת את עקרונותיה הבסיסיים של השיטה ואת "האני מאמין" של הציבור הנאור בחברה שבה הוא חי.

15. שפיטה והפרדת רשויות

הפרדת רשויות היא ערך מרכזי בכל משטר דמוקרטי. כל שופט חייב לכבד עיקרון זה ולפעול במסגרתו. על-פיו, התפקיד המרכזי המוענק לשפיטה הוא הכרעה בסכסוך. השפיטה אינה צריכה לעסוק בחקיקה (במובנה הארגוני) או בביצוע. עם זאת, הכרעה בסכסוך מחייבת גיבוש הנורמה המשפטית שעל-פיה יוכרע הסכסוך. כאשר הנורמה היא חקוקה, מחייב הדבר פרשנות הנורמה כתנאי מוקדם להכרעה הסכסוך על-פיה. מכאן, שפרשנות הינה תפקיד שיפוטי. אמת, כל רשות שלטונית וכל פרט עוסקים בפרשנות (במודע או שלא במודע), אך הפרשנות המחייבת היא הפרשנות השיפוטית. במסגרת עקרון הפרדת הרשויות, פרשנות הדין הסופית היא בידי הרשות השופטת. אמת, בגיבוש הדין בדרך פרשנות, רשאי השופט להתחשב בפרשנותן של הרשויות האחרות, אך אל לו להחליף את שיקול-דעתו בשיקול-דעתן. השאלה שעל השופט לשאול עצמו הינה: "מהו הפירוש הנראה לי ראוי?" אל לו לשאול עצמו אם הפירוש שנתנו הרשויות השלטוניות הינו סביר, ואם התשובה הינה בחיוב, לאמצו. תפקידו של השופט בשילוש הרשויות הוא ליתן את הפירוש שנראה לו ראוי. אל לו להסתפק בפירוש סביר.

שיפוטי

עות

אל

אך

נול.

ידה

מ,

טה

ת

ים

ים

ל

ל

ל

ל

מעקרון הפרדת הרשויות מתבקשות כמה מסקנות נוספות כאשר להכרעה השיפוטית: ראשית, בפרשנותו, צריך השופט להגשים את מדיניותה של הרשות המחוקקת (בחקיקה ראשית) ושל הרשות המבצעת (בחקיקת-משנה). אל לו לשאוף להגשים את רצונו שלו. הרשות המחוקקת היא הקובעת את מדיניותה של החברה, את ההקצאה של מקורותיה הלאומיים ואת סדר העדיפויות הלאומי. היא עושה כן בעיקר באמצעות המכשיר המרכזי העומד לרשותה – החוק. מלותיו של החוק נבחרו לא כדי למסור מסר אסתטי, אלא כדי למסור מסר חברתי. כל חוק הוא יצירה תכליתית. בפרשנותו, ראוי לו, לשופט, ליתן ביטוי למדיניות המחוקק. המדיניות היא מושג פוליטי שמגבשת הרשות המחוקקת, הנבחרת על-ידי העם והאחראית כלפיו. הרשות השופטת – שאינה נבחרת ואינה חייבת במתן דיווח שבון (accountable) לקהל בוחרים – נותנת תוקף למדיניות זו. אפילו מדיניות המחוקק אינה נראית לשופט, עליו להגשימה. הפרדת רשויות משמעה, שהשופט מגשים את הבחירה בין קווי-המדיניות השונים, שנעשתה על-ידי המחוקק בחקיקת החוק. וחזק: התחשבות במדיניות המחוקק אינה מדללת או מבטלת שיקול-דעת שיפוטי בפרשנות. מדיניות המחוקק מהווה היבט שיש להתחשב בו בהפעלת שיקול-הדעת. בכך מתבטאת גם הלגיטימיות של הפעילות השיפוטית הפרשנית; שנית, שיקולים של הפרדת רשויות משפיעים על היקף הביקורת השיפוטית. כפי שראינו, נגזרת מהם התפיסה, כי השופט אינו "רשות-על מבצעת". אין השופט רשאי לבטל פעולת מינהל רק משום שהוא היה מבצע אותה אחרת. השאלה היחידה שעל השופט לשאול עצמו הינה: האם פעולה הרשות המבצעת במתחם הסבירות? כלומר, האם בחרה באופציה חוקית? לא נדרש שאופציה זו תהא גם מועדפת על-ידי השופט.

עקרון הפרדת הרשויות אינו נוגד את מפעל המשפט-המקובל. הלגיטימיות של יצירה שיפוטית – שאינה פרשנית ואף אינה משלימה חסר בחקיקה – נקבעת על-פי המסורת של שיטת משפט. המסורת האנגלו-אמריקאית מכירה בלגיטימיות של היצירה השיפוטית במסגרת המשפט-המקובל. הוא הדין במסורת המשפטית הישראלית. על-כן, אין לבוא בטענה ששופטים מפירים את עקרון הפרדת הרשויות שעה שהם יוצרים משפט-מקובל. אכן, פעילות זו מתיישבת עם עקרון הפרדת הרשויות, שכן, היא באה תמיד כתוצר-לוואי להכרעה בסכסוך, ולא כפעילות העומדת על רגליה היא. אכן, אילו היה בית-המשפט קובע דין הלכתי שלא אגב סכסוך, הוא היה חורג בכך מתפקידו בשילוש הרשויות.

יש הסבורים, כי עקרון הפרדת הרשויות אינו מתיישב עם ביקורת שיפוטית של פעולת בית-הנבחרים. הטענה אינה שהפרדת רשויות אינה מתיישבת עם ביקורת חוקתיות החוק כיוחס לחוקה. הטענה הינה, שהפרדת הרשויות אינה מתיישבת עם ביקורת חוקיות החלטות כעין-שיפוטיות (כגון הסרת חסינות) או מינהליות (כגון העמדת הצעת-חוק על סדר-יומה של הכנסת, עריכת הצבעת אי-אמון, כינוס ישיבות ועדה) של הכנסת. דומה, שאף בתחום זה הטענה אינה שאין זה ראוי לבית-המשפט לבחון את החוקיות של פעולות אלה בדרך של תקיפה עקיפה. הטענה העיקרית הינה, כי אין זה ראוי לבית-המשפט לקיים ביקורת שיפוטית ישירה על החלטות אלה, שבהן הכנסת או אורגן מוסמך שלה הינם צודדים למשפט עצמו. עמדה זו אינה נראית לי. ראשית, קשה להצדיק את ההבחנה בין תקיפה ישירה (שאותה אין לקיים) לבין תקיפה עקיפה (הנתפסת כנסבלת). אם ראוי לבית-משפט שלום לפסוק – אגב בחינה של שאלת מעצרו של חבר-כנסת – בדבר החוקיות של הסרת החסינות ממעצר, מדוע לא ראוי לבית-המשפט הגבוה לצדק לפסוק –

בתקיפה ישירה – בדבר החוקיות של הסרת החסינות? שנית – וזהו העיקר – עקרון הפרדת הרשויות אין משמעותו שכל רשות חופשית לעשות, במסגרת התחום המוקצה לה, ככל העולה על רוחה. תפיסה כזו של הפרדת רשויות משמעותה היא דיקטטורה של כל רשות פגיעה בהפרדת הרשויות עצמה. אכן, התפיסה המודרנית של הפרדת הרשויות מבוססת על קיומם של יחסים גומליניים בין הרשויות, באופן שכל רשות בולמת ומאזנת את הרשויות האחרות. כתוצאה מכך, נוצרת "אי-תלות תוך פיקוח הדדי מוגדר". "לא חומות בין הרשויות, אלא גשרים מאזנים ומפקחים."¹² על-כן, הפעלת ביקורת שיפוטית על חוקיות החלטות כעין-שיפוטיות או מינהליות של הכנסת או של אחד האורגנים שלה עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות: כשם שביקורת על פעולות דומות של הרשות המבצעת אינה נוגדת את עקרון הפרדת הרשויות, אלא נגזרת ממנו. דווקא הימנעות מהפעלת ביקורת שיפוטית היא הפוגעת בעקרון הפרדת הרשויות. אכן, קשה להבין מדוע פסילת תוקפו של חוק – הנוגד חוקה – מתיישבת עם הפרדת רשויות, ואילו פסילת תוקפה של החלטה כעין-שיפוטית או מינהלית של הכנסת – הנוגדת חוקה או חוק – אינה מתיישבת עם הפרדת הרשויות. קשה גם להלום מדוע תקיפה ישירה כנגד הרשות המבצעת מתיישבת עם עקרון הפרדת הרשויות ונגזרת ממנו, ואילו תקיפה ישירה כנגד הרשות המחוקקת נוגדת את עקרון הפרדת הרשויות. כמובן, תהא זו פגיעה בהפרדת הרשויות אם יחליף בית-המשפט את שיקול-דעתה של הרשות המחוקקת – ולעניין זה, גם הרשות המבצעת – בשיקול-דעתו הוא. עקרון הפרדת הרשויות משמעותו היא שכל רשות חופשית להחליט – במסגרת הפונקציות הנתונות לה – על-פי שיקול-דעתה שלה, ואין רשות אחת מתערבת בהחלטותיה של זולתה. ביסוד תפיסה זו עומדת ההנחה, כי ההחלטה של הרשות השלטונית – בין המחוקקת ובין המבצעת – היא במסגרת החוק. עקרון הפרדת הרשויות אינו משריין החלטות בלתי-חוקיות של הרשות המחוקקת מפני התערבות הרשות השופטת. על-כן, חייבת הרשות השופטת להקפיד היטב, שהתערבותה תהא אך בתוקיות הפעילות של הרשות המחוקקת או של אורגן שלה. כאשר הרשות המחוקקת או אחד האורגנים שלה יפעלו במסגרת מתחם הסבירות, אין הרשות השופטת צריכה להחליף שיקול-דעת סביר של הרשות המחוקקת בשיקול-דעת סביר של הרשות השופטת. החלפה זו של שיקול-דעת תפגע בעקרון הפרדת הרשויות. אך כל עוד מגבילה עצמה הרשות השופטת לבחינת חוקיות הפעילות של הרשות המחוקקת (והמבצעת) ואינה מחליפה שיקול-דעת סביר אחד באחר, אין בביקורת השיפוטית כל פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. נהפוך הוא: ביקורת זו מתבקשת מעקרון הפרדת הרשויות ומגשימה אותו.

16. בית-המשפט העליון

בית-משפט עליון – ככל בית-משפט – מכריע בסכסוך שלפניו. באין סכסוך, גם בית המשפט העליון אינו יכול לפעול. עם זאת, תפקידו העיקרי של בית-המשפט העליון אינו הכרעת הסכסוך האינדיוידואלי שלפניו. משימתו העיקרית אינה "הקורטיבה האינדיוידואלית". תפקידו העיקרי הוא קביעת-הדין הכללית ("אורחות-חיים"), אגב ההכרעה בסכסוך. משימתו הינה התאמת המשפט לחיים ופיתוח המערכת הנורמטיבית כולה. במשימה זו, בית-המשפט העליון הוא "שותף זוטר". התפקיד המרכזי בעניין זה

12 בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 158.

מוטל על המחוקק ("השותף הבכיר"). אך במקום שהמחוקק אינו פעיל, ולנוכח הימנעותו זו, על בית-המשפט העליון לפעול. עליו לעשות כן מתוך כבוד והערכה למחוקק. אל לו "לחטוף" עניין שהמחוקק עוסק בו. עליו לגלות רגישות למחוקק הדמוקרטי. אך בתחום שהשאיר המחוקק פתוח לשיקול-דעת שיפוטי, על בית-המשפט העליון לפעול. בפעילותו זו, מוטלת עליו אחריות מיוחדת במינה, הנובעת מהיותו ראש הפירמידה השיפוטית. עליו לדאוג להתאמה ולסינכרוניזציה בין הנורמות השונות, בינן לבין עצמן, ובין מוסדות השיפוט, בינם לבין עצמם. עליו לקבוע את כיווני ההתפתחות של השיטה כולה, את קצב התפתחותה ואת הדרכים להשגת יעדים חדשים. בעיני משולה המערכת הנורמטיבית לתזמורת, שבה נגנים שונים, בעלי מומחיות שונה, המנגנים לפי תווים שכתב המלחין. לא יעלה על הדעת שכל נגן וכל קבוצת נגנים ינגנו בקצב הנראה להם ובהתאמה הנראית להם. התזמורת כולה חייבת לנגן כתיחה, תוך התאמה בין כל מרכיביה. תיאום והתאמה זו נעשים על-ידי המנצח. בית-המשפט העליון הוא המנצח על התזמורת הנורמטיבית. עליו לדאוג שבמקרים הקשים, יינתן לחוק פירוש אחיד בכל המערכות של בתי-המשפט. בעשותו כן, עליו להיות רגיש לבעיותיה המיוחדות של כל מערכת שיפוטית ובעיקר למומחיות הרבה שרכשו כמה בתי-משפט ובתי-דין (כגון בית-הדין לעבודה ובית-המשפט הצבאי).

במסגרת זו, על בית-המשפט העליון לכבד את תקדימיו. סטייה מתקדים היא עניין רציני ואחראי. רק כאשר עולה משקלם של השיקולים התומכים בדין החדש על משקלם של השיקולים התומכים בדין הישן ושל הנזק שנגרם בשל עצם השינוי, יש מקום לסטות מתקדים קודם. אכן, יציבות ההלכה, הביטחון ההלכתי, הוודאות וההמשכיות הם ערכים שיש לכבדם. ההווה חב חוב של כבוד לעבר. הציבור סומך על הדין הקיים, וציפיות סבירות יש לקיים. עם זאת, מערכת נורמטיבית חייבת להתפתח, ותפקיד השפיטה לסייע בכך. המשפט – לרבות המשפט ההלכתי – חייב להתאים עצמו למציאות. ההיסטוריה של המשפט היא ההיסטוריה של התאמת המשפט לחיים. אין להבטיח יציבות בלא שינוי. פער בין חיים למשפט הוא מרשם לחוסר יציבות. אין להבטיח ודאות בלא שינוי. עניין לנו איפוא במקרה נוסף של איזון ראוי. אין להיתפס לקיצוניות. עצם העובדה שהלכה קודמת אינה נראית לשופט אינה סיבה לשינויה. עם זאת, שינוי בהלכה צריך לחול כדי להתאים את המשפט לחיים. נדרש שיקול-דעת עדין וסבוכ.

ד. אקטיביזם וריסון עצמי

1. הצורך בהגדרה מוסכמת

זוג הניגודים "אקטיביזם – ריסון עצמי" הוא בעל תוכן רבי-משמעי ומעורפל. רוב המשתמשים בו אינם מגדירים את אופן השימוש. התוצאה היא אנדרלמוסיה וחוסר הבנה. אנו חייבים לסגל לעצמנו תפיסה משותפת ומוסכמת בדבר מהות האקטיביזם והריסון העצמי, בטרם נבחן אם שופט או הלכה משקפים אקטיביזם או ריסון עצמי. זאת ועוד: אקטיביזם וריסון עצמי הם ניגודים על קו-רצף. ניתן לדבר על יותר אקטיביזם ופחות אקטיביזם ועל מיוזג בין אקטיביזם וריסון עצמי. במקום אחר, הגדרתי שופט אקטיבי כשופט הבוחר, מבין מכלול האפשרויות הפתוחות לפניו, אותה אפשרות המשנה את הדין הקיים יותר מכל אפשרות אחרת, ושופט פסיבי כשופט הבוחר, מבין מכלול האפשרויות,

האפשרות השומרת על המצב הקיים יותר מכל אפשרות אחרת.¹³ על-פי הגדרות אלה, יביזם וריסון עצמי נקבעים על-פי מידת השינוי של הדין הקיים. בהתאם להגדרה מוצא אני עצמי במרכז הרצף, בלא השתייכות לקצותיו. הנני מכבד תקדימים, ומוכן ות מהם רק במקרים מיוחדים. בכך בא לידי ביטוי היבט של ריסון עצמי. הנני סבור, זפקיד השופט הוא להתאים את המשפט לחיים, ולשם כך עליו לפתוח את זלתות המשפט לרווחה. בכך ניכר, מטבע הדברים, שינוי בדין הקיים ובכך בא לידי ביטוי זיביזם שיפוטי.

עמדתו של פרופסור זמיר

פרופסור זמיר מגדיר אקטיביזם כנכונות שיפוטית לתת לבעיה חדשה פתרון שיפוטי.¹⁴ שאלה הראשונה – כותב פרופסור זמיר – "לפני השאלה שהשופט ברק שאל, כלומר ם השופט עומד לשנות את הדין, היא השאלה האם בכלל השופט מוכן להכריע בדין. ם העניין שבפניו מצוי בתחום שבו השופט מוכן לומר את דברו." לדעת פרופסור זמיר, שופט האקטיביסט נוטה יותר מרעהו שאיננו אקטיביסט, להשיב ולומר: אני מוכן לדון הכריע לגופו של עניין.¹⁵ על-פי אמת-מידה זו, הנני אקטיביסט קיצוני. בעיני, כל בעיה נה שפיטה (נורמטיבית), ורק במקרים מיוחדים ויוצאי-דופן הנני מוכן לראות סכסוך :לתי-שפיט (מוסדית). על-כן, מוכן הייתי בעבר לדון בחוקיות אי-גיוסם של זוריישיבות¹⁶ ובחוקיות החלטותיה של הכנסת.¹⁷ מוכן הייתי לבחון חוקיותו של זכס פוליטי¹⁸ וחוקיותה של צוואה הנוגדת את תקנת-הציבור.¹⁹ במקרים אלה ואחרים, א הופעלה בעבר ביקורת שיפוטית, ואילו על-פי השקפתי, יש מקום לביקורת זו, שכן, לא דיין – אין דין. אכן, על-פי השקפתי, מלוא כל הארץ משפט, ועל-כן גם מלוא כל ארץ בית-משפט. אין תחומים שאין בהם משפט, שכן, "באין משפט" – חל המשפט של ל דאליס גבר. האוטונומיה של יוצרי הדין (החקוק או הפרטי) היא אוטונומיה מתוחמת ל-ידי המשפט ומבוקרת על-ידי בית-המשפט.

עמדתו של פרופסור Canon

במחקר שערך פרופסור Canon,²⁰ הוא העמיד שישה מרכיבים (פרמטרים) לבחינת

- 13 א' ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) 213.
- 14 דברי פרופסור י' זמיר ב"אקטיביזם שיפוטי" דברים בערב עיון בספרו של השופט א' ברק "שיקול דעת שיפוטי" (ועד מחוז תל-אביב-יפו, לשכת עורכי-הדין, 1988); וכן י' זמיר "אקטיביזם שיפוטי: החלטה להחליט" עיוני משפט יז (תשנ"ב-תשנ"ג) 647, 650.
- 15 בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441.
- 16 המדובר בשורת מקרים שתחילתה בבג"צ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו(2) 197.
- 17 בג"צ 1635/90 ז'דנ'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749.
- 18 ע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772.
- 19 B.C. Canon "A Framework for the Analysis of Judicial Activism" *Supreme Court Activism and Restraint* (Lexington, Mass. & Toronto, ed. by S. Halpern & C. Lamb, 1982) 385.

האקטיביזם השיפוטי בתחום המשפט החוקתי. ששת המרכיבים הם: (1) שלטון הרוב – המידה שבה מוכן בית-המשפט לבטל קווי-מדיניות שנקבעו באמצעות הליכים דמוקרטיים; (2) יציבות פרשנית – מידת השינוי בהלכה הקיימת; (3) נאמנות פרשנית – המידה שבה מפרש השופט טקסט בניגוד לכוונת יוצרו או ללשונו הברורה; (4) קביעת מהות לעומת שמירה על התהליך – המידה שבה קובע בית-המשפט את המדיניות ואינו מצטמצם בשמירה על ההליך הדמוקרטי; (5) קביעת מדיניות – המידה שבה קובע בית-המשפט בעצמו את המדיניות או משאיר את קביעתה לשלטון או לפרט; (6) קיומו של יוצר-מדיניות חלופי – המידה שבה מחליפה ההכרעה השיפוטית את שיקוליהן של רשויות אחרות באותו עניין.

על-פי Canon, שופט יכול שיהא אקטיביסט על-פי מרכיב אחד ובעל ריסון עצמי על-פי מרכיב אחר. בכל אחד מן המרכיבים הוא מבחין אקטיביות מרובה, היעדר אקטיביות ואקטיביות למחצה.

אמות-מידה אלה משקפות את בעיותיה של החברה האמריקאית. הן נגזרות מקיומה של ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק. הן מוגבלות למשפט החוקתי. עם זאת, יש בהן עניין גם לנו, וזאת מארבעה טעמים: ראשית, הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק קיימת גם אצלנו, והיא נמצאת בשלבי הרחבה; שנית, ניתן להרחיב מודל זה גם לתחומי המשפט הפרטי; שלישית, המודל מעניין, שכן, הוא מצביע על מורכבותו של האקטיביזם השיפוטי. אכן, מושג זה אין להסבירו על-פי פרמטר אחד, אלא יש לבחון אותו על-פי מרכיבים מספר, המשקיפים עליו מנקודות-מבט שונות. שופט יכול שיהא אקטיביסט על-פי פרמטר אחד ובעל ריסון עצמי על-פי פרמטר אחר. מי שמבקש לקבל תמונה כוללת חייב איפוא לבחון את הבעיה על כל היבטיה, תוך איזון בין מרכיבים המובילים לתוצאות מנוגדות. זאת ועוד: במסגרתו של פרמטר נתון, התמונה אינה "שחור-לבן". בין הקצוות קיימים מקרי-ביניים רבים ומגוונים. בין אקטיביזם קיצוני לבין ריסון עצמי קיצוני קיים גם אקטיביזם מתון וריסון עצמי מתון, ובין אלה קיימות דרגות רבות ומגוונות: רביעית, המייחד את המודל של Canon הוא, שמרכיביו אינם עוסקים בתוכן של ההכרעה השיפוטית. Canon אינו מתעניין בשאלה אם השופט מגן יותר או פחות על זכויות האדם או על בטחון המדינה. גישתו היא "ניטרלית" בעניין זה.

המרכיב הראשון במודל של Canon הינו "שלטון הרוב": שופט נתפס כאקטיביסט על-פי המידה שבה הוא מוכן לבטל קווי-מדיניות שנקבעו באמצעות הליכים דמוקרטיים. על-פי הגדרה זו, אינני רואה עצמי כאקטיביסט קיצוני. גישתי באשר ל"מתחם הסבירות" נועדה לאפשר לרשויות השלטוניות – בין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת – לקבוע קווי-מדיניות מבלי שהרשות השופטת תתערב בכך. עם זאת, מוכן אני לבטל קווי-מדיניות שקבעו הרשויות האחרות אם הן חורגות מ"מתחם הסבירות". אינני בעל ריסון עצמי קיצוני. אכן, בעיית הלגיטימיות של הפעילות השיפוטית מעסיקה אותי תמיד. אמון הציבור בשפיטה נתפס על-ידי כמרכיב מרכזי במעמד השפיטה בחברה דמוקרטית. השמירה על שיקולים של דמוקרטיה והפרדת רשויות מכוונים את תשובתי. כל אלה מביאים אותי, כך נראה לי, לעמדה אקטיביסטית מתונה או לעמדה מתונה של ריסון עצמי בכל הנוגע במרכיב זה.

המרכיב השני במודל של Canon הינו היציבות הפרשנית. על-פי מרכיב זה נבחנת מידת הנכונות לסטות מן הדין הקיים. על מרכיב זה כבר עמדתי, תוך שצינתי, כי על-פיו, הנני מוצא עצמי במרכז הרצף, כלומר, בין אקטיביזם מתון לבין ריסון עצמי מתון.

המרכיב השלישי במחקרו של Canon הינו הנאמנות הפרשנית. על-פיו, שופט הוא אקטיביסט אם הוא מוכן לפרש טקסט בניגוד לכוונת יוצרו וללשונו הברורה. בכל הנוגע בכוונתו של יוצר הטקסט, עמדתי הינה מורכבת. בתחום המשפטי הפרטי (צוואה, חוזה), הנני סבור כי הכוונה הסובייקטיבית של יוצר הטקסט היא הקובעת את משמעותו. עמדתי הינה איפוא של ריסון עצמי קיצוני או מתון. לעומת זאת, בתחום המשפט הציבורי (חוק, חוקה), הנני סבור כי הכוונה האובייקטיבית ("תכלית החקיקה") היא הקובעת, תוך מתן משקל קל לכוונת יוצרי החוקה ומשקל כבד יותר לכוונת מחוקקי החוק. עמדתי הינה איפוא של אקטיביזם קיצוני (בכל הנוגע בפרשנות חוקה) ואקטיביזם מתון (בכל הנוגע בפרשנות חוק). אשר לפרשנות של לשון הטקסט, עמדתי הינה, כי יש מקום ליתן ללשון הטקסט הנורמטיבי משמעות לא-טבעית ולא-רגילה, ובלבד שתוגשם תכליתו. בהירות הלשון נקבעת בסוף התהליך הפרשני, ולא בראשיתו. דומה, כי על-פי אמת-מידה זו, הנני אקטיביסט קיצוני.

המרכיב הרביעי – מהות לעומת שמירה על תהליך – הוא אמריקאי טיפוסי, ולא קל לבחון על-פיו פסיקה ישראלית.

המרכיב החמישי רלוונטי גם לנו. על-פיו, מרכיב בקביעת האקטיביזם השיפוטי הוא נכונותו של בית-המשפט לקבוע בעצמו מדיניות, ולא להשאירה בידי השלטון או הפרט. דומה, שעמדתי כאן מתונה. שיקולים של הפרדת רשויות (במשפט הציבורי) ואוטונומיה של הרצון הפרטי (במשפט הפרטי) מובילים אותי למסקנה, כי יש לכבד את שיקולי המדיניות של השלטון והפרט. לעומת זאת, שיקולים של שלטון-חוק מובילים אותי לפסילתה של מדיניות שאינה כדון, תוך נכונות להמירה במדיניות שיפוטית כדון. דומה איפוא, שהנני מוצא עצמי במרכז המתון על-פי פרמטר זה ועל-פי הפרמטר השישי (והאחרון), שעניינו המידה שבה מוכן השופט להחליף את שיקולן של הרשויות האחרות.

4. האם האקטיביזם טוב?

אקטיביזם או ריסון עצמי הם מושגים רלוונטיים רק כאשר קיים שיקול-דעת שיפוטי. שופט המצהיר על המשפט הקיים – אסור לנהוג בדרך בין-עירונית במהירות העולה על תשעים קילומטר בשעה – ואינו יוצר משפט חדש אינו אקטיביסט ואינו בעל ריסון עצמי. בדומה, שופט חייב לפעול במסגרת הדין, ושום אקטיביזם או ריסון עצמי אינם מצדיקים הפרת החוק על-ידי השופט. אכן, רק כאשר יש אופציה לבחור בין כמה אפשרויות כדון, רק אז ניתן לבחון אם הבחירה מעידה על אקטיביזם או על ריסון עצמי. אקטיביזם וריסון עצמי קשורים איפוא במושג שיקול-הדעת השיפוטי ובדרכי הפעלתו.

האם האקטיביזם או הריסון העצמי "טובים" או "רעים"? הדבר מותנה, כמובן, בהגדרת אקטיביזם וריסון עצמי מזה ובהגדרת "טוב" ו"רע" מזה. אם הדיבורים "טוב" ו"רע" מתייחסים לתהליכי חשיבה ופעולה, ולא לטיב הפתרונות, כי אז ניתן לנסות לאפיין אקטיביזם או ריסון עצמי כטובים או כרעים. לעומת זאת, אם הדיבורים "טוב" ו"רע" מתייחסים לטיב הפתרונות (כגון הרחבת חופש הביטוי או ההגנה על שלום-הציבור), כי אז רוב ההגדרות של אקטיביזם וריסון עצמי אינן נותנות תשובה לשאלה זו. שופט אקטיביסט יכול להגיע לפתרון המרחיב או מצמצם את חופש הביטוי או את שלום-הציבור.

האם שופט אקטיבי הינו "ליברל" ושופט בעל ריסון עצמי הינו "שמרן"? אף כאן התשובה-קשורה במהות ההגדרה. אם אקטיביזם וריסון עצמי מכוונים עצמם לתהליך, ולא לתוצאה, אין קשר הכרחי בין מושגים אלה לבין ליברליות או שמרנות. שופט אקטיביסט יכול שיהיה ליברל על-פי אחד הפרמטרים של Canon ויכול שיהא שמרן על-פי פרמטר אחר.

5. האם טוב לדבר על אקטיביזם וריסון עצמי?

האם זוג מושגים זה – אקטיביזם וריסון עצמי – טובים הם? האם השימוש בהם מקדם ומוכך את המחשבה המשפטית? האם מסייעים הם להבנת התהליך השיפוטי? כפי מצבו של מדע המשפט כיום, התשובה על שאלות אלה נראית לי שלילית. אין הגדרה מקובלת למושגים אלה, והם נהפכים לסיסמות ריקות מתוכן. נזקן גדול מתועלתן. עם זאת נראה, כי זוג ביטויים אלה לא יעזוב אותנו, וכמו במדינות דמוקרטיות אחרות, ימשיך לתאר את ההליך השיפוטי. לאור מציאות זו, ראוי להמשיך להתעמק בזוג מושגים זה, תוך שכלול הבנתנו אותם. כאשר תגבר הבנה זו, נוכל לפתח מכשיר ראוי לבחינת טיבו של שיקול-הדעת השיפוטי. נוכל לאפיין באמצעותו שופט במהלך פסיקתו. נוכל לאתר שינויים בתפיסתו השיפוטית. אך מעבר לכך: יהא ניתן לאפיין שיטת משפט בהתפתחותה. נוכל, למשל, לנקוט עמדה בשאלה אם היה בית-המשפט העליון, בעת קום המדינה, פחות או יותר אקטיבי מבית-המשפט העליון כיום. מן התשובות על שאלות אלה נוכל ללמוד לקח באשר לדורש שינוי ושיפור. נוכל גם להסיק מסקנות באשר לדרכי ההתפתחות ההלכתית בעתיד. נבין טוב יותר את ההליך השיפוטי. מקווה אני, כי חוברת זו של "עיוני משפט" תתרום את תרומתה המדעית לכיוון זה. על כך יבורכו עורכיה.