על המקצועי, על המוסרי ועל מה שמעבר למשפט – דברים עם פתיחת שנת־הלימודים תשנ"ט

עלי זלצברגר*

סטודנטיות וסטודנטים יקרים, ברוכים הבאים לפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה. כבוד השופט זועבי, דיקן הפקולטה, חברי הסגל, הורים וידידים יקרים.

דיקן הפקולטה שלנו, פרופסור אדרעי, הוא איש אמיץ, אם הוא ביקש ממני לשאת דברים ביום חגיגי זה. לא משום שאני בסך־הכול מרצה פשוט בפקולטה ובאירועים מסוג זה מוזמנים להרצות בדרך־כלל פרופסורים גמורים, אלא משום שהדיקן יכול היה לדעת מהו סוג הדברים שעליהם אדבר כאן, ואלו בהחלט לא מסוג הדברים שאומרים בדרך־כלל בטקס פתיחת שנת־הלימודים. אינני מתכוון לדון במרכזיותו של המשפט, בתפארתו של המשפט הישראלי, לא אדבר על החשיבות הרבה שבבחירתכם ללמוד משפטים ועל הצטרפותכם לקהילת המשפטנים המקדמת את ערכי שלטון החוק והדמוקרטיה בישראל, למעשה, המסרים שאבקש להעביר היום הם כמעט הפוכים.

אדבר כאן על הערכת־היתר (overrating) של המשפט, על מגבלותיו ועל פגמים שאני רואה בהתפתחות המשפט הישראלי. אביע גם את אכזבתי הרבה ממשפחת המשפטנים הישראלית. אינני עושה זאת כדי לרפות את ידיכם או כדי להביאכם לשנות את בחירתכם, אלא כדי שכבר בשלב זה תהיו מודעים למגבלות המשפט, לפגמים מטוימים במערכת־המשפט הישראלית ולמגרעות החמורות של הפרופסיה שאליה אתם מצטרפים. רק מתוך ידיעה זו תהיו מסוגלים לראייה ביקורתית ולרצון לשנות ולשפר – ראייה שאני מקווה כי תהיה מנת־חלקכם כבר מיום ראשון הקרוב.

לפני ימים מספר נסעה במכוניתי ידידה לספסל־הלימודים, כיום עורכת־דין מצליחה ב"סיטי" של תל־אביב, לבושה בקפידה, בקיאה בענייני דיומא, אשת העולם הגדול ששמעה ופעליה מגיעים עד לחלונות הגבוהים ולשולחנות של מסעדות־היוקרה. ביוצאי בהילוך אחורי ממגרש־החניה פגע כלי־רכבי קלות ברכב אחר שחנה במגרש. עצרתי,

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

nevo.co.il

יצאתי לבדוק את הנזקים. עיקום פח קל, זניח, אולי אפילו כזה שאין מודעים לקיומו במבט ראשון. ידידתי, שיצאה אף היא מהרכב, אמרת: "בוא ניסע. הפגיעה קלה. ממילא אין כאן איש, ואפילו אם מישהו רשם את מספר הרכב שלך, תוכל להכחיש את המעשה. תאמין לי, חברת־הביטוח לא תעסיק את עצמה בתביעה נגדך עבור סכום נמוך כזה כשעלויות התביעה כה גדולות, ובסופו של דבר התביעה תיפול על מלה שלך – מרצה למשפטים באוניברסיטה – מול מלתו של עובר־אורח".

האירוע הזה מעורר הרהורים בשני מישורים שונים שבהם אני מבקש לעסוק.

[א]

ראשית, הוא מעיד על מקצועיותה של ידידתי ועל הפער העצום בין התיאוריה המשפטית ובין הפרקטיקה. אני איש תיאוריה של המשפט. לא עבדתי ב"סיטי" של תל־אביב ואפילו לא במשרד עורכי־דין בפריפריה המקומית. למדתי דיני נזיקין, דיני פרוצדורה ודיני ראיות ואני יכול לומר בדרגה גבוהה של ודאות שהתרחש כאן אירוע נזיקי שבגינו נוצר חיוב שלי כלפי בעל־הרכב ושבבית־משפט יכולות להיות לבעל־הרכב די ראיות הדרושות במשפט אזרחי – בדרגת מאזן ההסתברויות – להייבני בתשלום פיצויים עבור הנזק שגרמתי. אך ידידתי היא אשת־מקצוע. היא יודעת שמה שכתוב בספרי־הלימוד בסעיפי החוק ובתקדימי בית־המשפט העליון רחוק מלהיות "העולם האמיתי". בעולם זה ישנן הוצאות עסקה וישנם אנשים שאינם מודעים למערך זכויותיהם וכאלו שאולי מודעים לזכויותיהם, אך אינם יכולים לשלם לעורך־דין כדי שיסייע לממשן. וישנם פקידים עצלנים, שהשפעתם על אופן אכיפת החוק יכולה להיות מכרעת, ושופטים חסרי־סבלנות עם דעות קדומות. כל אלו יביאו לכך שלא כל מה שכתוב בספר־החוקים בהכרח יהיה גם נחלת המציאות.

היא יודעת, שאם יגיע המקרה שלי לבית־המשפט, רבים הסיכויים שהשופט או השופטת המקורבים אלי חברתית, מעמדית, מנטלית, ייטו להאמין לי אם עדותי תעמוד מול עדותו של עובר־אורח פשוט. היא גם יודעת שהסיכוי שמקרה כזה יגיע בכלל לבית־המשפט אפסי, כיוון שאם בעקבות פניית בעל־הרכב או חברת־הביטוח שלו (אם הוא בכלל מבוטח) אכחיש את מעורבותי, לא יהיה זה כדאי להם להמשיך עם העניין עד לבית־המשפט; וכי לצורך עניין כה פעוט סביר שאותו אדם לא ישכור עורך־דין משלו ואפילו לא יגיש תלונה לבית־המשפט לתביעות קטנות. היא יודעת גם, שהסיכוי כי מישהו ראה את האירוע והצליח לרשום את פרטי כלי־הרכב שלי אף הוא לא גדול. איך לא חשבתי על כל הדברים הללו?

לא חשבתי על הדברים הללו, כיוון שבפקולטות למשפטים מלמדים את המשפט מתוך פרספקטיבה תיאורטית, כשהגישה הפוזיטיביסטית־פורמליסטית עדיין שלטת במסגרתה. על־פי הגישה הפורמליסטית, המשפט הוא סט של כללים הניתנים לניתוח ולהצגה לוגית – כללים זמינים וודאיים שכל שופט סביר יפעיל על מערכת נסיבות עובדתיות, שאף היא ניתנת לבירור אובייקטיבי וחד־משמעי. על־פי תפיסה זו, המשפט הוא קונספציה טהורה (כך בלשונו של אחד מהפוזיטיביסטים המשפטיים החשובים ביותר,

האנס קלזן),[1] ומדע המשפט הוא מדע סגור בפני עצמו. כך יש ללמדו וכך אכן מלמדים משפטים כבר לפחות 150 שנה.

כבר בסוף המאה התשע־עשרה יצא אוליבר ונדל הולמס – לימים שופט בית־המשפט העליון האמריקני – נגד התיאור הזה של המשפט. הוא טען, שיש פער גדול בין מה שכתוב בספרי־החוקים ובין מה שעושות רשויות־האכיפה בפועל, ושהמשפט הוא מה שעושים בתי־המשפט ולא מה שכתוב בספרי־החוקים. חייו של המשפט אינם לוגיקה, אלא ניסיון. למעשה, הולמס כתב דברים אלו מתוך גישה פוזיטיביסטית, ועל בסיסם הוא ביקר החלטות שיפוטיות שבהן השופטים התרחקו, בפרשנותם את החוק, מהמשמעות המילולית של הוראותיו.[2] אך בעקבותיו, בשנות העשרים והשלושים, התפתח הזרם הריאליסטי של המשפט, והוא הצמיח בשנות השבעים והשמונים את הגישה הביקורתית למשפט.

הזרם הריאליסטי, שבהרבה נושאים הקדים ובישר את הפוסט־מודרניזם העכשווי, טען שהתיאור הפורמליסטי של המשפט הוא מיתוס. הוא מיתוס מכיוון, שמחד גיסא, האמת המשפטית אינה זהה לאמת האובייקטיבית, אם בכלל קיימת כזו. היא מושפעת על־ידי כללי ראיות ופרוצדורה, השונים ממקום למקום ומביאים לכך שהאמת המשפטית על אותה מסכת עובדתית יכולה להיות שונה ממקום למקום. אין דרך מדעית לגזור את האמת.[3] ומאידך גיסא, כללי המשפט אינם ברורים וחד־משמעיים; הם ניתנים לפירושים שונים המובילים למסקנות שונות, ופירושים אלו תלויים במפרשים, דהיינו: בשופטים, ברקעם החברתי, בעמדותיהם המוסריות וכו'.[4] המשפט אפוא אינו קונספציה טהורה; הוא חלק מההליך הפוליטי ומהמרקם התרבותי־חברתי־כלכלי.

הריאליזם קרא לחוקרי המשפט להפנות מאמצים מחקריים מלימוד תיאורטי־דוקטרינרי פנימי של כללי המשפט ללימוד סיסטמטי של פעולת המשפט בשטח. חקירה ולימוד שכאלו מצריכים שיתוף־פעולה בין משפטנים, סוציולוגים, פסיכולוגים, אנתרופולוגים, היסטוריונים, כלכלנים ועוד. הגישה הביקורתית למשפט שהתפתחה בשנות השבעים פיתחה את המסר הריאליסטי דווקא במישור התיאורטי של המשפט, כשהיא מנסה להציג את כללי המשפט לא כסט אובייקטיבי ונייטרלי של כללים המופעלים על־ידי מוסדות חסרי־פניות, אלא תוצאה של מאבקי כוחות חברתיים ופוליטיים. על־פי תפיסה זו, המשפט משמש כלי לשליטה, לשימור הסטטוס־קוו ולמתן לגיטימציה. המימד הכוחני הזה של המשפט טעון חשיפה מתמדת ואמיצה ודורש דיון, ויכוח וביקורת.[5]

---

1. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945); *Pure Theory of Law* (University of California Press, Berkeley, 1970).
2. מפורסמת ביותר היא דעת־המיעוט בפסק־דין *Lochner v. New York* 198 U.S. 45 (1905).
3. כיוון זה פותח בעיקר על ידי ג'רום פרנק ב־Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (2nd ed., Brentano's, New York, 1963).
4. אחת הדוגמאות הבוטות יותר לטיעונים אלו מצויה אצל Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", 35 *Columbia Law Review* (1935) 809.
5. על הגישה הביקורתית ראו: Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1987).

אני שמח לומר, שהפקולטה שלנו בחיפה בהחלט מנסה ליישם את התפיסה הרחבה הזו, את התפיסה הבלתי־תמימה הזאת, של המשפט. לצד קורסים תיאורטיים ודוקטרינריים תמצאו הרבה קורסים, סדנאות ותוכניות המבקשים לבחון את המשפט בשטח מתוך ראייה ביקורתית. אנו סבורים, שלבוגרינו סיכוי טוב יותר להבין את פעולותיו האמיתיות של המשפט ולבחון אותן בעיניים ביקורתיות. עם זאת, אנו בהחלט לא מלמדים את המשפט כאמנות, אלא כדיסיפלינה אקדמית. אנו לא מנסים לייצר כאן את המשפטניות והמשפטנים המצליחים במונחים בלכליים, אלא את המשפטניות והמשפטנים בעלי יכולת ניתוח וידע, המאפשרים להם להתמודד עם שאלות משפטיות שונות ולהתייחס אליהן לא באופן טכני אלא מתוך ראייה ביקורתית ומצפונית.

[ב]

וכאן אני מגיע להרהורים היותר נוגים העולים מסיפור התאונה הקלה שבה הייתי מעורב. ידידתי המכובדת השיאה לי עצה משפטית מקצועית מאוד. מקצועית, כיוון שעצה זו לקחה בחשבון לא רק את הכתוב בספר־החוקים ובתקדימי בית־המשפט, אלא גם את פעולת המשפט בשטח. אך עצה זו לא התחשבה כלל בהיבט המוסרי: האם זה מוסרי שאתעלם מפגיעתי ברכבו של אזרח תמים החונה במגרש־ההניה? האם זה צודק מבחינתו של בעל־הרכב כי הוא זה שיישא בעלות תיקון הפח? האם העצה המורכבת מתחזית ריאלית של ההתרחשות בשטח היא עצה אתית שעורך־דין צריך לתת?

לא בכדי התעלמה ידידתי משאלות אלו. ההתייחסות הפופולרית ל"משפט" בישראל הולכת ומקבלת צביון מאוד בעייתי. צביון זה מושפע מפרדוקס ההולך ומתהווה בישראל. מצד אחד, אנו עדים בשני העשורים האחרונים לשינוי מאוד מעניין בתפיסת המשפט (בעיקר על־ידי בית־המשפט העליון), מה שפרופסור מני מאוטנר מתל־אביב קרא "מעבר מפורמליזם לערכים".[6] בית־המשפט העליון מרחיב את תחומי חלותו של המשפט גם אל מעבר למלה התרושה בספר־החוקים וקובע, כי ערכים שונים טבועים במשפט ויש לאכפם באמצעות המשפט ובתי־המשפט. זכויות שונות שאינן מפורטות בספר־החוקים מוצאות את דרכן להיכל־המשפט באמצעות תפיסה רחבה זו של המשפט. כך גם סטנדרטים של התנהגות הנאכפים על רשויות המדינה ומוסדותיה. מלוא כל הארץ משפט – אומר נשיא בית־המשפט העליון, השופט אהרן ברק,[7] בהתכוונו כי על כל פעולה ופעולה חלה נורמה משפטית ואפשר לומר עליה כי היא חוקית או בלתי־חוקית וכי הנורמות המשפטיות החלות הן עולם ומלואו המשתרע מעבר לגבולות המשפט הפוזיטיבי המצוי בספרי־החוקים.[8]

---

6. מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג).
7. אהרן ברק, "על השקפת עולם בדבר משפט, שיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 475, עמ' 485.
8. מעניין לציין, כי תפיסתו של ברק שואבת מתורות נון־פוזיטיביסטיות מודרניות, שאף הן התפתחו בעקבות ביקורת על הפוזיטיביזם והפורמליזם המשפטי. המפורסמת שבין התורות

nevo.co.il

מנגד, ואולי בהשפעה ישירה של הריטוריקה החדשה של בית־המשפט העליון, הולכת ומתגבשת בציבור הגישה שאין דבר מעבר למשפט, שהמשפט משקף את הקוד הנורמטיבי היחיד בחברה הישראלית. אם מעשה הוא חוקי, או מוכרז ככזה על ידי בית־המשפט או רשויות־האכיפה, הרי שהוא גם מוסרי, אתי וראוי. זיכוי בבית־משפט או החלטה שלא להגיש כתב־אישום מיד מתפרשת כתעודת יושר וטוהר. טלו, לדוגמא, את הפרשה המכונה בתקשורת "פרשת בראון", שבה נטען כי נעשה קשר למינוי של מועמד "מטעם" למשרת שומר החוק החשוב ביותר במדינת ישראל – היועץ המשפטי לממשלה – תמורת הבטחתו של המועמד להתערב בהליכים פליליים מסוימים.9 הפרשה נחקרה, ובמסיבת־עיתונאים הכריזו פרקליטת־המדינה והיועץ המשפטי לממשלה, כי עולים מתוך הפרשה מעשים פליליים חמורים לכאורה, אך מפאת משקלן הכבד של הראיות הנדרש להרשעה בפלילים הם מחליטים שלא להעמיד לדין את רוב המעורבים בפרשה, ביניהם ראש־הממשלה, מנהל משרדו, שר־המשפטים וראש לשכת עורכי־הדין.

לאחר ההכרזה הזו חפזו מיד המעורבים לבלי־התקשורת כשהם מנופפים בתעודות־היושר שלהם, והציבור ברובו המכריע אכן קיבל את ההחלטה כתעודת־יושר, בלי להרהר על כך שרק מפני כובד משקלן של הראיות בפלילים נסגר התיק; ואילו במישורים נורמטיביים אחרים יש בהחלט מקום להגיע למסקנה כי נעשו מעשים בלתי־ראויים וכי יש מקום לסנקציות בגינם. אפילו שומרי שלטון החוק שלנו – פרקליטת־המדינה והיועץ המשפטי לממשלה – חוברו לדפוס־מחשבה זה בהפסיקם לעסוק בפרשה בעקבות הצהרתם ובהתעלמותם המוחלטת מנתיבי פעולה אחרים, כמו בדיקת האפשרות להעמדת חלק מהמעורבים לדין משמעתי בגין הפרת כללי האתיקה – דין שמגבלות דיני הראיות אינן כה חמורות בו.

דוגמאות רבות אחרות אינן חסרות, החל במשמעות שמייחס הציבור לזיכויי בכירים – כמו יושב־ראש הסוכנות לשעבר, שמחה דינין – משמעות של תעודת־יושר, וכלה

הנזן־פוזיטיביסטיות הללו היא אולי תורתו של רונלד דבורקין – מרצה לפילוסופיה של המשפט באוניברסיטאות אוקספורד, לונדון וניו־יורק. דבורקין טוען, שהמשפט כולל הרבה יותר מאותן נורמות הניתנות לזיהוי על־ידי מקורות המשפט הפוזיטיביים – חקיקה, תקדימים של בתי־משפט וכו'. המשפט כולל גם עקרונות ולמעשה משקף את הפרשנות הטובה ביותר של הפילוסופיה הפוליטית של אותה מערכת משפטית. את הרעיון של דבורקין מקבל למעשה השופט פרופסור אהרון ברק, אבל הוא אף מרחיק לכת יותר. גם על־פי ברק, שגישתו הולכת ותופסת מקום של כבוד בבית־המשפט העליון שלנו, המשפט רחב הרבה יותר מהאות הכתובה. אין שאלה שהמשפט לא מטפל בה. אבל בניגוד לדבורקין שהסיק, כי בגלל רוחבו המשפט נותן תשובה אחת נכונה על כל שאלה ועל השופט מוטל התפקיד למצוא תשובה זו, גורס ברק כי כמעט תמיד משאיר המשפט מקום לשיקול־דעת שיפוטי. תפקיד השופט הופך להיות מרכזי ביותר.

9. על הפרשה ראו זאב סגל, "צללים מרחפים על שלטון החוק – עם פרשת בראון ובעקבותיה", משפט וממשל ד (תשנ"ז-תשנ"ח) 587.

בהחלטת היועץ המשפטי לממשלה להעמיד לדין פלילי דווקא את יושב־ראש לשכת עורכי־הדין, דרור חוטר־ישי, בעקבות התבטאויותיו כנגד השופטת והתביעה בעת שנגזר דינו בבית־משפט שלום, ולא להעמידו לדין משמעתי בגין הפרה חמורה של כללי האתיקה המקצועית של עורכי־דין.

הנכונות של בית־המשפט להיות מעורב יותר בהכרעות הציבוריות זכתה להיענות מיידית מצד הציבור, המציף את בית־המשפט בפניות על כל דבר וענין. מידת האמון שהרשות השופטת זוכה לה היא מהגדולות שבמוסדות המדינה, והיא אחד הגורמים המרכזיים למשפטיזציה של החברה הישראלית. אך כאן מסתמן גם הפרדוקס שבסיפור. נהירתו של הציבור לבג"ץ ומידת האמון הגבוהה בו נובעים מתפיסה פורמליסטית של הציבור את המשפט ואת בתי־המשפט – תפיסה הרואה במשפט כלי אובייקטיבי וניטרלי ובשופטים מפעילים מיומנים של כלי זה. אבל הלוא פתיחותו של בית־המשפט העליון לתלונות הציבור נובעת מזניחת הפורמליזם, מהכרה שהשופטים אולי אינם פוליטיקאים רודפי־כוח או אנשי־מפלגה, אך הם בהחלט בעלי תפקיד יצירתי של שותפים בהכרעות החברתיות בישראל. "רומן" זה בין הציבור לבתי־המשפט מבוסס אפוא על דיסוננס זמני. עם בוא הכרת הציבור בפילוסופיה העומדת מאחורי השינוי במשפט הישראלי תבוא גם התפכחות מטוימת והכרה בבתי־המשפט כבגורם פוליטי נוסף, טוב יותר או פחות מהמוסדות האחרים. מצב כזה קיים בארצות־הברית, שעברה מהפכות משפטיות דומות (אך לא זהות) בעבר.

ההתייחסות למשפט כאל הקודקס הנורמטיבי הבלעדי בחברה מוצאת את ביטויה בלגליזציה ובמשפטיזציה המואצים שעוברת החברה שלנו. כל סכסוך ומחלוקת מוצאים דרך קלה לערכאות, החל בבית־משפט לתביעות קטנות וכלה בבג"ץ. כפי שאתיזת האצבע על ההדק בחברתנו קלה, כך גם הופכת קלה גם הגלישה אל הנתיב המשפטי־שיפוטי. סכסוכים שהיה אפשר ורצוי לפתור מתוך למסגרות הפורמליות של בתי־המשפט עושים את דרכם הישר לחיקם של עורכי־דין, ואלו ממהרים לדון לבתי־המשפט.[10] מספר עורכי־הדין הנדרשים לטפל בכמות ההולכת וגדלה של תביעות גם הוא הולך וגדל, והנה מתגשם החזון של "הכול משפט", לא בהכרח באופן שבו חשבו עליו הוגיו.

לדעתי, תופעה זו של משפטיזציה מסוכנת לחברה בישראל. המשפט אמור להביא לידי ביטוי ציבורי חלקים מקודקס מוסרי או מבחר של נורמות חברתיות פרה־משפטיות. חברה מוצלחת היא זו שבה ישנם קודי התנהגות ונורמות המקובלות על הכול – נורמות שאינן זקוקות למערכת מוסדית פורמלית שתאכוף אותן גם במישור הפרטי, הבין־אישי, גם במישור הציבורי של כללי המשחק החברתיים והפוליטיים. תשבו על הדוגמא הבאה: אנו משווים את עצמנו רבות לאנגליה בהיותנו כמעט שתי המדינות היחידות הנעדרות חוקה כתובה. השוואה זו מוטעית מיסודה. לאנגלים אין חוקה כתובה כיוון שלהם קונבנציות חוקתיות בלתי־כתובות, שאיש אינו חושב אפילו להפר – קונבנציות כה מושרשות עד

10. ראו גם שולמית אלמוג ואבינועם בן זאב, "המציאות המשפטית – על שפיטות וגבולות המשפט", מחקרי משפט יב (תשנ"ה) 369.

שהן מובנות מאליהן.[11] אין באנגליה נורמה פורמלית הקובעת שבחירות יהיו אחת לתקופה של עד חמש שנים, ואף ראש־ממשלה או פוליטיקאי לא יהרהר בכלל על האפשרות שלא לציית לקונבנציה הזו.

אצלנו היעדרה של חוקה כתובה משמעותה שונה לגמרי. אין היא מלמדת על קונבנציות חלופיות לנורמות כתובות, אלא על כך שהכול מותר, שאין כללי משחק מוסכמים, אלא אם הם מאוגדים בחוק או נקבעים על־ידי בתי־המשפט. אבל את החוק אפשר לשנות ולכן אפשר לעבור יום אחד משיטת־בחירות אחת לשיטת־בחירות אחרת ולחזור חלילה, להקטין את הממשלה ולהגדילה, והכול בהיתממות שהרוב באמצעות נציגיו יכול לעשות כל מה שהוא רוצה, כולל שינוי הנורמות החוקתיות. חוץ מהסכנה של היעדר נורמות פרה־משפטיות, שהן נדבך חיוני בקיומה ובשגשוגה של חברה אזרחית, התפיסה של הרוב הכל־יכול היא גם תפיסה מוטעית מבחינת תיאוריה דמוקרטית.[12] גם ההליך החוקתי שאמור להיות האמנה החברתית נתון למניפולציות של כוח עירום (raw power). המשפטיזציה, שהיא תחליף לנורמות וחברתיות אחרות, משפיעה גם על תפיסת המדינה המתפתחת בישראל.[13]

אנו חוגגים השנה את שנת החמישים למדינה. איננו עוד מדינה צעירה היכולה להדשות לעצמה ניסוי ותעייה, פתרונות פרגמטיים וגמישים לבעיות משתנות, תהליך למידה ומיזוג מסורות שונות. אנו בשלב של קיבוע מסורות. המוסדות שלנו הופכים למוסדות של קבע. עם חנוכתו של המשכן החדש והמפואר של בית־המשפט העליון שיכנו את עצמם כל שלוש הרשויות בביתן הקבוע בקריית השלטון. אחוז אזרחי המדינה ילידי הארץ הולך וגדל. אלו אנשים שלא חוו תרבויות חברתיות ושלטוניות אחרות. הם צומחים בתוך התרבות וההוויה הישראלית. זהו שלב קריטי בתיי החברה שלנו – שלב של קביעת מסורות, שבעתיד, בניגוד לעבר, יהיה קשה מאוד לשנותן. המסורת המשפטית המתהוות, האידיאולוגיה והפילוסופיה של המדינה ושלטונה לפי המהפכה החוקתית המתרחשת לנגד עינינו ולפי התפיסה כי אין מעבר למשפט ולא כלום, עתידה להתקבע כמסורת עתירת־מכשלות.

עם כל הכוונות הטובות של נשיא בית־המשפט העליון, בהרחיבו את המשפט הישראלי ובשיפור איכותו על־ידי הכללת זכויות־יסוד ועקרונות דמוקרטיים וליברליים בו, התוצאה מבחינת החברה האזרחית בישראל – לדעתי – צופנת רעות.

---

11. ראו ביטוי כתוב לחוקה הבריטית ב־S.E. Finer, Vernon Bogdanor and Bernard Rudden, *Comparing Constitutions* (Charendon Press, Oxford, 1995).

12. עלי זלצברגר וסנדי קדר, "המהפכה השקטה: עוד על תוקי היסוד החדשים, על פרשנותם בידי בית־המשפט העליון ועל ביקורת שיפוטית בישראל", משפט וממשל ד (תשנ"ז־תשנ"ח) 489.

13. וראו גם אריאל רוזן צבי, "תרבות של משפט – על מעורבות שיפוטית, אכיפת חוק והטמעת ערכים", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 689.

[ג]

לעת סיום אני מבקש לחזור לחברתי עורכת־הדין המצליחה, ואליכם סטודנטיות וסטודנטים יקרים. כל מה שדיברתי עליו בהקשר של הגישה אל המשפט בישראל של סוף שנות התשעים מקבל זווית הדה ומצערת כשאנו מסתכלים על הפרופסיה המשפטית הישראלית. למרות מתקפותיו של ראש לשכת עורכי־הדין על בית־המשפט העליון ועל נשיאו, שכביכול מבקרות אותה מגמה ששרטטתי, לשכת עורכי־הדין בישראל מייצגת בצורה מובהקת אותה גישה בעייתית למשפט ואת ההתעלמות הכמעט־מוחלטת מנורמות שמעבר לו, מאתיקה משפטית וממוטר. הלשכה שהוקמה כדי לסייע לשמירת שלטון החוק וערכי הדמוקרטיה – לשכה שנמסרו לה סמכויות חסרות־תקדים בהשוואה לפרופסיות אחרות, מתוך מחשבה שזו תטפל בנושאים חברתיים, תייצג מחוסרי־אמצעים, תקדם ותפיץ תפיסות של חירויות האזרח, תסייע למערכת־המשפט ולשימוש בה – עוסקת בעיקר מקודש אחד: האינטרסים הצרים של חברית.

כשהוצעה לפני שני עשורים הרפורמה באחריות לתאונות־דרכים, שעיקרה דה־משפטיזציה של הנושא והכללתו במסגרת הביטוח הלאומי, היתה זו לשכת עורכי־הדין, מתוך אינטרס עצמי, שהכשילה רפורמה זו והביאה לחקיקת הסדר חדש חלקי בנושא. קולות מהלשכה התנגדו לחקיקת חוק הסניגוריה הציבורית החדש. ראש־הלשכה הפך לאחד מהמתקיפים העיקריים של בית־המשפט העליון ונשיאו, לא מסיבות של פילוסופיה משפטית שונה או רצון להגן על זכויות האזרחים, אלא מתוך אינטרס צר־אופקים שהפרשנות היצירתית של בית־המשפט העליון מקשה את החיים על עורכי־הדין, מערערת את יציבות המשפט ומזיבת או עורכי־הדין לעבוד קשה כדי להסתגל לשינויים במשפט. האתיקה המקצועית של עורכי־הדין, שנועדה להגן על אינטרסי הלקוחות, מחד גיסא, ולדאוג שעורכי־הדין יראו לנגד עיניהם גם אינטרסים רחבים יותר של החברה, האמת והצדק, מאידך גיסא, נזנחה כליל, והדוגמא השלילית ביותר המייצגת את הלשכה היא לא זו של חברתי עורכת־הדין, אלא זו של היושב־ראש של לשכת עורכי־הדין.[14]

רבותי, אל תקבלו את דברי כמלה חקוקה בסלע. חִשבו, הפעילו את התאים האפורים שלכם, העשויים להתגלות כתאים צבעוניים מאוד, את האינטואיציות, את החושים. בִּדקו מה שאומרים לכם, צאו מהנחת־יסוד שאין אמיתות מוחלטות, שגם אם סמכות פוליטית או משפטית או אקדמית אומרת דבר, אפשר לבחון אותו, לערער עליו, לתקוף אותו. עשו את המוטל עליכם לא רק מתוך מחויבות משפטית או תקנונית, לא רק כדי להשיג ציון טוב יותר, כדי למצוא מקום התמחות טוב יותר, כדי למצוא עבודה מכניסה יותר. עשו את מה שאתם שלמים אתית ומוסרית עמו. חִשבו תמיד מה ראוי ומה צודק ולא רק מה נכון מבחינה משפטית צרה או רחבה. אם תקבלו עצות אלו, אולי תהיו בחיל־החלוץ להצלת הפרופסיה המשפטית בישראל, לקידום תפיסה נכונה יותר של המשפט ומיקומו בחברה ולשיפורה של התרבות הפוליטית והחברתית שלנו, בהצלחה.

14. יצוין, כי הרצאה זו ניתנה בעת שבראש לשכת עורכי־הדין כיהן עו"ד דרור חוטר־ישי ולפני בחירתו של עו"ד שלמה כהן לעמוד בראשה.

nevo.co.il