

הרצאות

חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט - על פורמליזם משפטי ראוי*

אריאל בנדור**

"חיי המשפט לא היו היגיון; הם היו ניסיון".

Oliver W. Holmes, *The Common Law* (Little, Brown, Boston, Mass., 1881), 1

"יחי הפורמליזם. זה הוא שהופך את השלטון לשלטון של חוקים ולא של אנשים".

Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation* (Princeton University Press, Princeton, N.J., 1997), 25

א. פתיחה. ב. פורמליזם משפטי ראוי - משפט של חוקים, לא של שופטים. ג. "הכול שפיט" כפורמליזם משפטי.

א. פתיחה

1. אחת ההאשמות השכיחות ביותר המוטחות כלפי משפטנים היא ב"פורמליזם". פורמליסטים משפטיים נחשבים נוקשים, דוגמטיים, שרירותיים ובלתי-ענייניים, הדוגלים בתורת-משפט מיכנית ועקרה, המנותקת מערכים ומן המציאות גם יחד. אין להתפלא

* דברים בטקס פתיחת שנת-הלימודים תשס"ב בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה (16 באוקטובר 2001). תודתי לשולמית אלמוג, לאמנון רייכמן ולנויה רימלט על הערות חשובות לטיוטת ההרצאה.

** פרופסור חבר, דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1. ראו: Thomas C. Grey, "The New Formalism", *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series* (No. 4, 9/6/99) 1; Frederick Schauer, "Formalism", *97 Yale L.J.* (1988) 509, pp. 509-510.

אפוא על כך שבית-המשפט העליון בישראל ראה "פורמליסט" ככינוי גנאי וקרבה להצהיר, לפחות בעשורים האחרונים,² על הסתייגותו מגישה פורמליסטית. בית-המשפט הטעים בין השאר, כי "תפיסת העולם השיפוטית שלנו אינה צריכה להיות טכנית-פורמאליסטית",³ כי "הפרשנות המופעלת [כלפי]... טקסט חוקתי אינה צריכה להיות טכנית צרה או פורמאליסטית",⁴ כי "לשם הבטחת תפקידו של בית-המשפט כמבטיח את שלטון החוק בשלטון, עליו לנקוט גישה 'נדיבה', לא פורמאליסטית, ולא פדאנטית, [ו]אל לנו ליצור רושם כי מטאטאים אנו אי-חוקיות מתחת לשטיח הפורמאליזם",⁵ וכי "גישה פורמאליסטית... תהפוך את הדיון בתביעה לעקר ולחסר תכלית ואך תרבה התדיינויות שלא לצורך".⁶ למעשה, הגדרתה של טענה כ"פורמליסטית" היא במקרים רבים טעם מספיק לדחייתה עלידי בית-המשפט.

2. מוניטין גרועים אלה של הפורמליזם המשפטי הם לפחות מופרזים. בסופו של דבר, פורמליזם הוא – כעולה ממכתמו של השופט סקאליה, המצוטט בראש הרשימה?⁷ – מיסודות שלטון החוק, המבדיל בינו ובין שלטון בני-אדם. למעשה, פורמליזם הוא מן היסודות המכוננים שיטות-משפט דמוקרטיות בתור שאלה. ואילו מכתמו הריאליסטי האנטי-פורמליסטי המפורסם של השופט הולמס, המצוטט אף הוא בראש הרשימה, כי "חיי המשפט לא היו היגיון; הם היו ניסיון",⁸ אינו מדויק באשר ל"חיי המשפט", תהיה משמעותם כאשר תהיה, ולא-כל-ישכן כוחו מוגבל באשר לתורת המשפט. אכן, פורמליזם אינו רצוי ככל שמשמעותו היא עקרונות מחשבתית, אטימות או שרירות. אך עקרונות או שרירות אינן מאפיינות פורמליזם יותר מכפי שהן מאפיינות ריאליזם. פורמליזם משפטי

2. השוו מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503. עם זאת, איני משוכנע כי טענתו של מאוטנר שבפועל ניכרת ירידה של הפורמליזם במשפט הישראלי הוכחה די צורכה. ראו אריאל בנדור, "הטיית משפט, הכרת פנים – מחשבות ביקורתיות על 'משפט וספרות'", מחקרי משפט יח (תשס"ב) 85, עמ' 108, הערה 105.

3. ראו רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה (4) 673, עמ' 701.
4. ראו ע"א 6821/93, רע"א 1908/94 ואח' בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט (4) 221, עמ' 306.
5. ראו בג"ץ 2148/94 גלברט ואח' נ' יושב-ראש ועדת החקירה לבדיקת אירוע הטבח בחברון ואח', פ"ד מח (3) 573, עמ' 603.
6. ראו ע"א 143/85 י' לוי נ' ר' לוי ואח', פ"ד לט (3) 831, עמ' 835.
7. ובמקור: "The rule of law is about form. ... Long live formalism. It is what makes a government of laws and not of men", Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation* (Princeton University Press, Princeton, N.J., 1997), 25. גם: Antonin Scalia, "The Rule of Law as a Law of Rules", 56 *U. Chicago L. Rev.* 1175 (1989).
8. במקור: "The life of the law has not been logic; it has been experience". ראו: Oliver W. Holmes, *The Common Law* (Little, Brown, Boston, Mass., 1881), 1.

ראוי אינו מנותק מערכים או אדיש להם, אלא מבטא ערכים של שוויון, עקיבות וקוהרנטיות, חירות, הגינות, יעילות, ודאות, אובייקטיביות ודמוקרטיה.⁹ על רקע זה, הפורמליזם הראוי בעיני אינו בהכרח זה שבו תומכים כותבים שמרנים, כגון השופט סקאליה, המצדד במקוריותנות (אוריגינליזם) – פרשנות של נורמות לפי הכוונה המקורית של יוצריהן; שכן פרשנות מקוריתנית אינה הדרך היחידה, או הטובה ביותר, להגבלת שיקול-דעתם של השופטים או להגשמת ערכים דמוקרטיים.¹⁰ בדברים הקצרים שלהלן אעסוק תחילה במהותו של פורמליזם משפטי ראוי כמבטא תורת משפט של חוקים ולא של שופטים, ולאחר-מכן אציע השלכה מפתיעה לכאורה של פורמליזם כזה, שלפיה הכול שפיט.

ב. פורמליזם משפטי ראוי – משפט של חוקים, לא של שופטים

3. פורמליזם משפטי מבוסס על תפיסה של המשפט כענף אוטונומי של ידע, ועל-כל-פנים כענף ידע שלו מימד אוטונומי מהותי, שאפשר להבחין בינו ובין פוליטיקה ולפחות שאי-אפשר להמירו במונחים פוליטיים. אכן, משפט מבטא תובנות או אידיאולוגיות פוליטיות או משתמש בהן, אך תובנות או אידיאולוגיות אלה ניתנות להבחנה מן המשפט ונשארות חוץ-משפטיות.¹¹ מסקנה זאת מתחזקת על-ידי תפיסתם של משפטנים העוסקים בפרקטיקה. פורמליזם משפטי מבטא תיאורטיזציה של תחושת המשפטנים בדבר קיום סדר משפטי קוהרנטי והתמרדותם על פגיעה שיפוטית בסדר זה.¹² "התמרדות" כזאת משתמעת לעתים גם מכתביהם של מלומדים ריאליסטים ביקורתיים, המבקרים למעשה את הפוליטיקה השיפוטית לא רק על סטייתה מערכים ראויים, אלא גם על סטייתה מן הסדר המשפטי המוצהר.

יסוד הפורמליזם הוא ברציונליות הפנים-משפטית, כלומר: בתפיסת המשפט כמערכת קוהרנטית סגורה.¹³ במוקד הפורמליזם המשפטי עומדת קבלת החלטות לפי כללים, גם

9. ראו: Frank I. Michelman, "A Brief Anatomy of Adjudicative Rule-Formalism", 66 *U. Chicago L. Rev.* (1999) 934, p. 934.

10. ראו: Cass R. Sunstein, "Justice Scalia's Democratic Formalism", 107 *Yale L.J.* (1997) 529, pp. 532-533.

11. ראו: Michael Corrado, "The Place of Formalism in Legal Theory", 70 *N.C.L. Rev.* (1992) 1545, p. 1545.

12. ראו: Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", 97 *Yale L.J.* (1987) 949, pp. 951-952.

13. השוו לתיאורו של וינריב, שם, 954-955, המתבסס על הגדרת פורמליזם משפטי על-ידי רוברטו אונגר, "The Critical Legal Studies (Movement)", 96 *Harvard L. Rev.* (1983) 561, p. 571. אונגר – מראשי תנועת הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) – על הפורמליזם המשפטי:

תוך התעלמות משיקולים רלבנטיים-לכאורה שאינם קבועים בכללים החלים על העניין הנידון.¹⁴ המחשבה המשפטית הפורמליסטית היא אינדוקטיבית ודדוקטיבית – כללים משפטיים הם המנביעים באופן רציונלי, ועל-כל-פנים מן הראוי שינביעו, פתרון לשאלה המשפטית שעל הפרק.¹⁵ למעשה, קבלת החלטות לפי כללים על יסוד חשיבה דדוקטיבית מאפיינת כל שיטת משפט דמוקרטית. על רקע זה ישנם הטוענים, כי התבססות על כללים אינה פורמליסטית יותר מכפי שהיא ריאליסטית.¹⁶ אך דומה כי העובדה שכל שיטה המבוססת על עקרון של שלטון החוק משתמשת בעיקר בכללים ואינה מסתפקת בהפניה של סכסוכים משפטיים להכרעה לפי שיקול-הדעת של שופטים (להבדיל מדרך הקבלה של הכרעות פוליטיות על-ידי הכנסת או הממשלה) אינה כורח המציאות, אלא משקפת הכרעה ערכית – פורמליסטית.

למעשה, עצם ההיוקקות לפרשנות של טקסטים סמכותיים (כגון חוקים) במשפט – תהיה שיטת הפרשנות אשר תהיה – משקפת פורמליזם משפטי. התפיסה שנומרה משפטית, ככלל, אינה נקבעת על-ידי השופטים אלא רק מתפרשת על-ידיהם משקפת תובנה פורמליסטית מובהקת. הלוא גזירת ההכרעה במחלוקת ישירות מן השיקולים הערכיים הנתפסים בעיני השופטים כרלבנטיים לעניין הנידון, המתבקשת מתפיסות השוללות פורמליזם משפטי,¹⁷ אינה כרוכה בפרשנות של טקסטים משפטיים סמכותיים.

4. התבססות על כללים משפטיים, להבדילה מהתבססות על שיקול-הדעת של שופטים – בין אם הוא מתבטא ב"משפט מקובל"¹⁸ ובין אם בפרשנות "ממבט רחב" – מקדמת שורה

Formalism can accordingly be summed up as proffering the possibility of an "immanent moral rationality". Each term in this phrase corresponds to one of the three features in Unger's description. The first feature, that law has a distinctive rationality, expresses the formalist conception of law negatively through a contrast with political justification. The second, the immanent operation of legal rationality, characterizes law's distinctiveness affirmatively through the claim that the content of law is elaborated from within. The third asserts the moral dimension of this rationality, ascribing normative force to its application.

14. ראו שאוור (לעיל, הערה 1), 510. לתורתו של שאוור ראו גם: Frederick F. Schauer, *Playing by the Rules* (Clarendon Press, Oxford, 1991).

15. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 2), 510.

16. ראו: Richard H. Pildes, "Root of Formalism: Forms of Formalism", 66 *U. Chicago L. Rev.* (1999) 607, pp. 608-609.

17. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 2), 515.

18. אך השוו לגישה המיישבת בין משפט מקובל ובין פורמליזם: Hamish Stewart, "Contingency and Coherence: The Interdependence of Realism and Formalism in Legal Theory", 30 *Valparaiso U.L. Rev.* (1995) 1, p. 7.

של ערכים. החלת חוקים מופשטים שנקבעו מראש - גם אם מגולמות בהם מדיניות, הכרעות והעדפות פוליטיות - היא שוויונית, עקיבה וקוהרנטית יותר ומקריית פחות מהכרעות פוליטיות אינדיבידואליות שהתקבלו לאחר מעשה, אינן מבוססות על מדיניות קוהרנטית ולא נקבעו מאחורי כל מסך של בערות. הכפפה לחוקים מופשטים עשויה לשמור יותר על חירותם של אנשים והיא אף הגונה יותר מהכפפה להכרעות אינדיבידואליות של בני-אדם. הכרעה לפי חוקים לבטח יעילה וודאית יותר מהכרעה לפי שיקול-דעת. היא, ורק היא, מאפשרת למשפט לקיים את תפקידו הראשוני, לקבוע כללי התנהגות, זכויות וחובות, להבדיל מתפקידו המשני, שהוא פתרון סכסוכים המתגלעים בקשר לתוכן וליישום של הכללים הראשוניים. חוקים שנקבעו מראש הם אובייקטיביים יותר מהכרעות אינדיבידואליות לאחר מעשה. וכמוכן, היבטים מרכזיים של הדמוקרטיה מקודמים טוב יותר על-ידי חוקים, שנקבעו על-ידי גבירי העם, מאשר על-ידי החלטות של שופטים, דווקא בשל ההכרעות הפוליטיות הגלומות במשפט.

5. עם זאת, קידום של ערכים מסוימים עשוי להיות כרוך לעתים בפגיעה בהגשמתם של ערכים אחרים, ובמיוחד בצדק האינדיבידואלי של ההכרעה במחלוקות קונקרטיות. אתנה, אלת הצדק שענינה מכוסות ובידיה מאוניים, עלולה לעתים להחטיא את הצדק במקרה ספציפי. החטאה זאת גובעת מן הקושי לקבוע ולנסח מראש כללים שיובילו לתוצאה צודקת באופן מושלם בכל המקרים, הן בשל מגבלות השפה שבה הכללים כתובים והן לנוכח הקושי לחזות מאחורי מסך הבערות את כל אינספור המקרים האפשריים הצפונים בחיק העתיד, ולתת להם מענה צודק. יש אף לזכור, כי אין כל ערובה לכך שוויתור על כללים או החלשת מעמדם ומיקוד הדין בשיקול-הרעת של שופטים יבטיח, או אף יקדם, הכרעות צודקות במקרים אינדיבידואליים.¹⁹ ביסוס המשפט על שיקול-דעתם של השופטים עשוי להוביל לשרירות לא פחות מאשר לצדק. גם על רקע זה יש להעדיף תורת משפט של חוקים, המקדמת בוודאות את הערכים החשובים שהוזכרו, על-פני תורת משפט של שופטים, הפוגעת בוודאות בערכים אלה ואין ביטחון באיזו מידה תהיה לפגיעה זאת תמורה ראויה של עשיית צדק במקרים האינדיבידואליים. ודוק: בדברים אלה אין כדי לשלול את תורת התקדים המחייב. ההיפך הוא הנכון: המשמעות של הימנעות מהסתמכות על תקדימים היא הפיכת הכרעות בסכסוכים למקריות מבחינת הצדדים המעורבים והיא פוגעת בין השאר בעקיבות, בהגיונות, ביעילות ובוודאות של שיטת המשפט.

6. טענה ריאליסטית מרכזית כנגד היומרה לבסס את המשפט על כללים מופשטים בלבד היא, כי הדבר אינו אפשרי. כללי המשפט הקיימים והפוטנציאליים אינם מערכת סגורה העשויה לפרנס את עצמה, להרים את עצמה בציציות ראשה ולהמציא מתוכה פתרון לכל בעיה.²⁰ טענה זאת היא כנראה נכונה, אך בכך אין כדי לשלול את האידיאל הפורמליסטי ואת הצורך לחתור לקידומו, גם אם לא להגשמתו המוחלטת. אכן, במקרים רבים אין

19. השוו אוריאל פרוקצ'יה, "מאחורי הקלעים", משפטים לב (תשס"ב) 303, עמ' 305-319.

20. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 2), 514.

כנראה מנוס מקבלת הכרעות פוליטיות מהותיות לאחר מעשה על-ידי שופטים או מושבעים. בהקשרים מסוימים – במיוחד ככל שהדברים אמורים בזכויות של מיעוטים – עשוי להיות יתרון דמוקרטי בדרך הכרעה כזאת. אך אי-האפשרות, או אפילו אי-הרציות, של פורמליזם מוחלט, אינן מובילות לדחייה של פורמליזם, ובעיקר של התבססות על כללים, כבירת המחל של השיח המשפטי הראוי. מכך שאי-אפשר, או שלא רצוי, להגשים באופן מוחלט אידיאל מסוים, אין זה מתבקש כי מן הראוי לחתור להגשמת ההיפוך של אותו אידיאל.

ג. "הכול שפיט" כפורמליזם משפטי

7. מקובל לראות גישה הוגלת בצמצום היקף הביקורת השיפוטית על השלטון כמבטאת פורמליזם משפטי על דרך של צמצום התפקיד הפוליטי של בית-המשפט והשופטים.²¹ אך לי נראה שההיפך הוא הנכון.²² הימנעות בית-המשפט מלדון לגופה בעתירה כלשהי שהובאה בפניו – תהיה העתירה "פוליטית" ככל שתהיה – מבטאת משפט של שופטים ולא של חוקים. הימנעות כזאת אינה רצויה ופוגעת בשורת הערכים שהפורמליזם המשפטי מגלם.

8. אספר משהו על עצמי: את העבודות הראשונות שהוטל עלי לכתוב כתלמיד שנה א בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים – היה זה לפני 17 שנה – היתה בנושא "שפיטות החלטות הכנסת". השאלה היתה, האם בית-המשפט יכול להתערב בהחלטות הכנסת, ואם כן, באילו תנאים. כשניגשתי לכתובת העבודה התקשיתי להבין מהי הבעיה. נראה לי פשוט שבית-המשפט לא רק רשאי, אלא גם חייב, לבטל החלטה של הכנסת, כמו של כל גוף אחר, אם ההחלטה אינה חוקית.

אבל מהמחקר שעשיתי התברר לי שאין זה המצב. הגישה המקובלת היתה שהתערבותו של בית-המשפט בהחלטות של הכנסת, ובמיוחד בהחלטות הנחשבות פנימיות כמו בעניין סדרי העבודה הפרלמנטריים, היא בעייתית ביותר. זאת משום שהתערבות כזאת פוגעת – כך נטען – בהפרדת הרשויות בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת ובכבוד ההדדי שצריך לשרור ביניהן, וכרוכה בהתעסקות בית-המשפט בשאלות פוליטיות. לכן, במדינות רבות ששיטת המשפט שלהן משפיעה על השיטה הישראלית, כגון אנגליה וארצות-הברית, בתי-המשפט נמנעים לחלוטין, או כמעט לחלוטין, מלהתערב בהחלטות פנימיות של הפרלמנט.

21. ראוי: Justin M. Sandberg, "The Need for Warrants Authorizing Foreign Intelligence Searches of American Citizens Abroad: A Call for Formalism", 69 *U. Chicago L. Rev.* (2002) 403.

22. לטענה כנגד בית-המשפט העליון השמרני הנוכחי בארצות-הברית על שפרץ את גבולות השפיטות ראוי: Rachel E. Barkow, "More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy", 102 *Col. L. Rev.* (2002) 237.

9. כך היה במשך שנים רבות גם בישראל. אמנם, בפסק־דין חדש באותה תקופה, שניתן כארבע שנים לפני שכתבתי את העבודה – שריד נ' יושב-ראש הכנסת²³ – נקבע שנכונות בית־המשפט לדון בעתירות כנגד הכנסת תיקבע לפי

אמת־מידה, המתחשבת במידת הפגיעה הנטענת במירקם ההיים הפרלמנטריים ובמידת השפעתה של הפגיעה ביסודות המבנה של משטרנו החוקתי. כאשר הפגיעה הנטענת בהסדרים הפנימי־פרלמנטריים היא קלה, ואין בה כדי להשפיע על יסודות המבנה של שיטתנו הפרלמנטרית, כי אז גובר השיקול של עצמאותה וייחודה של הכנסת על־פני השיקול של שלטון החוק... לא כן כאשר הפגיעה הנטענת היא ניכרת, ויש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי. במצב דברים זה גובר השיקול בדבר הצורך להבטיח את שלטון החוק על פני כל שיקול אחר.²⁴

אך גם לפי גישה זאת של בית־המשפט העליון – מהפכנית ככל שתהיה כאשר אומצה²⁵ – קיימים מצבים שבהם יסרב בג"ץ לדון בעתירה כנגד הכנסת, גם אם הכנסת הפרה את החוק, משום שלנושא אין חשיבות חוקתית מיוחדת. ואכן, בפועל, למרות האקטיביזם המיוחס לבית־המשפט העליון בישראל, נדחו על סמך בג"ץ שריד רוב העתירות שהוגשו לבג"ץ נגד החלטות של הכנסת שנגעו לסדרי עבודתה או לניהולה הפנימי.²⁶

10. שאלת ההתערבות של בית־המשפט בהחלטות הכנסת היא חלק מבעיה רחבה יותר – השפיטות. השפיטות עוסקת בשאלה, האם אפשר והאם ראוי להכריע בסכסוך העומד בפני בית־משפט או בפני אדם או גוף אחר – כגון יועץ משפטי – שהתבקש לנקוט עמדה לגבי הסכסוך. בעקבות העבודה שהזכרתי, שהגשתי בשנה הראשונה ללימודי, כתבתי עוד

23. ראו בג"ץ 652/81 שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו (2) 197 (להלן: בג"ץ שריד).

24. שם, 204.

25. הגישה שרירה ועומדת עד עצם היום הזה. ראו לאחרונה בג"ץ 9070/00 לבנת נ' יושב-ראש ועדת חוקה, חוק ומשפט ואח', פ"ד נה (4) 800.

26. מתוך עשרות עתירות שהוגשו נגד החלטות של רשויות הכנסת ושפסקי־הדין שניתנו בהן הסתמך בג"ץ על בג"ץ שריד (לעיל, הערה 23) התקבלו עד עתה חמש עתירות בלבד, ואילו כל שאר העתירות נדחו. בפסקי־דין יחיד – בג"ץ 2136/95 גוטמן נ' יושב-ראש הכנסת ואח', פ"ד מט (4) 845 – ביקשו שניים מתוך שלושת שופטי המותב להשאיר את ההלכה שנקבעה בבג"ץ שריד בצריך עיון, משום שלגוף העניין החלטת יושב-ראש הכנסת שנתקפה היתה כדין. אך בשורת פסקי־דין שניתנו לאחר־מכן שב בית־המשפט והסתמך על הלכה זאת.

במהלך הלימודים לתואר הראשון מאמר שבו טענתי, עקרונית, כי הכול שפיט.²⁷ המאמר הזה צוטט, והייתי כמובן גאה בכך מאוד, בפסקי-הדין המפורסם שניתן כעבור זמן לא רב על-ידי השופט אהרן ברק בבג"ץ רסלר נ' שר הביטחון,²⁸ שמקובל לראות אותו כקובע שהכול שפיט, הגם שלא כך בדיוק נאמר בו; שכן ברק מבחין בפסק-דין זה,²⁹ ובפסיקה³⁰ ובספרות³¹ שלאחריו בין "שפיטות נורמטיבית", שהיא מלאה, ובין "שפיטות מוסדית", שהיא חלקית (גם אם רחבה).

המשמעות של "הכול שפיט" במובן הנורמטיבי היא שהמשפט נוקט, או אמור לנקוט, עמדה בקשר לכל פעולה או החלטה של אדם או של תאגיד (לרבות גוף שלטוני). כלומר: כל מעשה אנושי אסור או מותר מבחינה משפטית, כך שהמדינה מאפשרת את המעשה או אוסרת את עשייתו. מעבר לכך, לפעולות או להחלטות מסוימות משמעות משפטית החורגת מהיתר או מאיסור. למשל: החלטה של עובד-ציבור מוסמך לבטל רשיון שנתן גורמת, אם התקבלה בהתאם לחוק, לכך שהאדם שהיה רשאי לבצע פעולות מסוימות מכוח הרשיון יהיה מנוע מלבצע אותן. כלומר: לאותו עובד יש כוח משפטי, והקביעה שהחלטתו מותרת (או אינה אסורה) אינה מבטאת את עיקר משמעותה המשפטית. אך ההתייחסות המינימלית של המשפט לפעולה אנושית היא התרת הפעולה או הטלת איסור עליה. במובן הזה "הכול שפיט" הוא מסקנה לוגית הכרחית. לא מדובר בהשקפת-עולם או בעמדה ערכית או פוליטית, שאפשר להזדהות עמה או לחלוק עליה. לא ייתכן שאותו מעשה עצמו יהיה גם מותר וגם אסור, או גם לא-מותר וגם לא-אסור. מעשה מסוים חייב להיות מותר או אסור. אולי טוב ונוח יותר היה אילו לא הכול היה שפיט במובן הזה, כשם שייתכן שטוב היה יותר – לפחות מבחינה כלכלית – אילו אחת ועוד אחת לא היו שתיים אלא שלוש. אבל הטענות השכיחות, הפוליטיות, שעל-פיהן שפיטות רחבה אינה רצויה, אינן מתמודדות עם ההכרחיות ההגיונית, הפורמליסטית, של שפיטות מוחלטת במובן שתיארת.

11. זו בערך "השפיטות הנורמטיבית", שעליה כתב אהרן ברק. עם זאת, נראה לי שמבחינה מסוימת ברק הרחיק לכת מדי בדרך שבה הגדיר את השפיטות הנורמטיבית.

27. אריאל בנדור, "השפיטות בבית-המשפט הגבוה לצדק", משפטים יז (תשמ"ה) 592. למאמרים מאוחרים יותר ראו: Ariel L. Bendor, "Are There Any Limits to Justiciability?", *7 Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* (1997) 311; אריאל בנדור, "אווירת-צבא בביקורת שיפוטית – בין שפיטות לפופולריות", פלילים ט (תשס"א) 413, עמ' 435-440.
28. ראו בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (להלן: בג"ץ רסלר).
29. שם, 496-474.
30. ראו, למשל, בג"ץ 1635/90 זרד'בסקי נ' ראש-הממשלה ואח', פ"ד מה (1) 749 (להלן: בג"ץ זרד'בסקי), עמ' 855-857.
31. ראו, למשל, אהרן ברק, "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ב) 475, עמ' 485-487.

לדבריו,

סכסוך הוא שפיט במובנו הנורמאטיבי, אם קיימות אמות מידה משפטיות לפתרונן. סכסוך אינו שפיט במובנו הנורמאטיבי, אם אין קיימים קני-מידה משפטיים להכרעה בו. השפיטות הנורמאטיבית עוסקת אפוא ביכולתו של המשפט ושל בית-המשפט להכריע בסכסוך. השאלה אינה, אם ראוי לו לסכסוך להיות מוכרע בדין ובבית-הדין, אלא אם ניתן להכריע בסכסוך בדין ובבית-הדין. השפיטות הנורמאטיבית אינה עוסקת אפוא במה שרצוי אלא במה שאפשר.³²

מדברים אלה של השופט ברק עולה, שהשפיטות הנורמטיבית עוסקת באפשרות להכריע בסכסוך לפי אמות-מידה משפטיות. לכן המשמעות של שפיטות נורמטיבית מוחלטת היא אפשרות מוחלטת להכריע בסכסוכים משפטיים על-פי אמות-מידה משפטיות. בזאת איני בטוח. מהעובדה ששאלה שייכת לתחום המשפט לא עולה כי אנו יודעים לפתור אותה. סטודנטים למשפטים נתקלים בשאלות שקשה להם לפתור. ישנן שאלות שגם מרצים למשפטים, ואף שופטים, מתקשים - ואפילו אינם יודעים - לפתור. בעיה כזאת מתעוררת לעתים כשבמסמך משפטי - כגון חוק או חוזה - מתגלה סתירה פנימית. במקרה כזה כל פירוש שיינתן למסמך לא יהיה נכון, משום שהוא יסתור את הקבוע בו. אכן, שופטים, שבדרך-כלל רואים את עצמם חייבים להכריע בכל מחלוקת שבסמכותם, מכריעים גם בשאלות כאלה.³³ אך ספק רב אם אפשר לומר שהכרעתם, גם אם היא מחויבת המציאות, היא נכונה.

אמנם, ברק כתב כי "במקום שיש נורמה משפטית יש גם אמת-מידה משפטית להפעלת הנורמה. נורמה משפטית בלא אמת-מידה משפטית להפעלתה היא סתירה פנימית. בכך אין ביטוי לתפיסה משפטית-מתמטית - אלא ביטוי לתפיסה הגיונית פשוטה: אם החוק

32. בג"ץ רסלר (לעיל, הערה 28), 475.

33. כך נכתב, למשל, בע"א 3833/93 לוינ' ג' א' לוינ' ואח', פ"ד מח (2) 862, עמ' 868-869:

צריכה אמת להיאמר שסעיף 11 בחוזה הגירושין מנוסח רע כל כך שלא יכולה לצמות ממנו פרשנות טובה. ... האילוצים... עשויים לחייב... לפעמים אף לשון סותרת, כדי שכל צד יוכל לדבוק בגירסתו, אפילו קיימת סתירה בין הגירסאות, וכך יוכלו שני הצדדים לחתום על ההסכם. אך, במקרה כזה, אם ההסכם מגיע לערכאות, שוב אי-אפשר להשאיר את הגירסאות הסותרות זו בצד זו, כאשר כל צד דבק בגירסתו, אלא בית-המשפט צריך להכריע בין הגירסאות.

ראו גם ע"א 702/84 יובל גד בע"מ ג' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד מ (4) 802, עמ' 807; בג"ץ 5429/91 יחיא ג' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מז (5) 873, עמ' 879.

מתיר או אוסר, הוא גם קובע מהו שאסור ומהו שמותר.³⁴ אך דברים אלה לוקים – לדעתי – באידיאליזציה של המציאות. חוקים הם מעשי ידי אדם וככאלה אין הכרח שיהיו מושלמים. חוק יכול להתיר או לאסור ולא לקבוע באופן שאפשר להבינו מה אסור ומה מותר; או לקבוע בסעיף אחד שדבר מסוים אסור, ובסעיף אחר שאותו דבר מותר; או לקבוע בסעיפים שונים תוצאות שונות, שאי אפשר ליישב ביניהן, לאותה פעולה, מבלי לתת כלים להתגברות על הסתירה. ואם כך לגבי חוקים של הכנסת, שקיימת הקפדה רבתי-יחסית על ניסוחם, על-אחת-כמה-יזכמה כך הוא לגבי תקנות מינהליות, חוקי-עזר מקומיים וכמובן חוקים פרטיים, שאזרחים מנסחים עבור עצמם, לא בהכרח על-סמך ייעוץ משפטי מלא.

זאת ועוד: גם אם לשאלה משפטית מורכבת ומסובכת יש פתרון של אמת, אין זה מובן מאליו, או הכרחי, שבכותנו לגלות פתרון זה. השוויתי קודם-לכן את השפיטות לבעיות מתימטיות. ואכן, כשם שישנן שאלות במתימטיקה (כמו גם בפיסיקה, בכיולוגיה או בפילוסופיה) שלפי שעה אין אנו יודעים את פתרונן – ייתכן שיש להן פתרון שיתגלה בעתיד וייתכן שפתרון לא יתגלה לעולם או שאין להן פתרון – אין זה מן הנמנע שכך גם במשפטים. תחום המשפט, דווקא לפי תפיסה פורמליסטית המטעימה את היותו תחום ידע בעל ממדים אוטונומיים, קרוב לשורה ארוכה של מדעים אחרים וניזון מהם, אינו עומד בבדידותו, וגם בו ייתכן שישנן שאלות אשר פתרונן אינו ידוע לפי שעה ואולי אף אינו ניתן לידיעה. כוונתי אינה למצב שבו המשפט קובע שעל מקרה מסוים חל כלל מעורפל, כגון חובה לפעול בתום-לב, או שכללים משפטיים ספציפיים אינם קובעים דבר לגבי אותו מקרה (חסר); שכן המשפט עצמו קובע דרכים לפתרון מצבים כאלה. לעומת זאת, כאשר כללים משפטיים שווי-דרגה מוליכים לכיוונים שונים ואף סותרים, עשוי להתגלע קושי מהותי בפתרון הבעיה. ואכן, לא-אחת קרה לי שהתלבטתי בשאלה משפטית מסוימת ולא מצאתי לה פתרון מספק, אך כשם שהעובדה שאיננו יודעים מהו הפתרון של בעיה מתימטית מסוימת אינה הופכת בעיה זאת לבלתי-מתימטית, כך גם העובדה שאיננו יודעים את הפתרון של בעיה משפטית במובן שהזכרתי קודם לכן אינה הופכת את הבעיה לבלתי-משפטית או לבלתי-שפיטה, וגם אינה הופכת אותה לבעיה "פוליטית" גרידא.

12. אלא שישנם רבים – וביניהם השופט ברק – הסוברים שגם אם הכול שפיט במובן הנורמטיבי, הרי שלא הכול שפיט מוסדית. "שפיטות מוסדית" עוסקת – כהגדרתו של ברק – "בשאלה אם המשפט ובית-המשפט הם המסגרות הראויות להכרעה בסכסוך. השאלה אינה אם ניתן להכריע בסכסוך על-פי המשפט ובבית-המשפט, התשובה על שאלה זו היא [לדעת ברק] בחיוב. השאלה היא אם רצוי להכריע בסכסוך – שהוא שפיט נורמטיבית – על-פי אמות-מידה משפטיות בבית-המשפט".³⁵ בהקשר זה של השפיטות המוסדית סובר ברק שבית-המשפט אינו צריך להכריע בכל הסכסוכים שהוא מסוגל להכריע בהם. נכון הוא שבדרך-כלל בית-המשפט דן לגופן בכל הטענות המשפטיות

34. בג"ץ זרזיבסקי (לעיל, הערה 30), 856.

35. בג"ץ רסלר (לעיל, הערה 28), 489.

הנטענות בתביעות ובעתירות שלפניו, אבל יכולים להיות מקרים חריגים – ובשאלה באיזו מידה המקרים האלה חריגים ישנן דעות שונות³⁶ – שבהם בית המשפט יימנע מלדון בטענה משפטית עקב חוסר שפיטות מוסדית. מקרה כזה עשוי להיות, למשל, כשהציבור עלול – גם אם בטעות – לפרש את הפסיקה כהכרעה פוליטית, המבוססת על הדעות הפוליטיות הפרטיות של השופטים ולא על שיקולים משפטיים, פולשת לסמכויות של גופים אחרים ופוגעת בהפרדת הרשויות. במצב כזה אמון הציבור בבית המשפט ובשופטים עלול להיפגע, ולעתים, החשש מפני פגיעה כזאת באמון הציבור, שלו חשיבות רבה, עשוי להצדיק הימנעות מפסיקה.

למשל: בבג"ץ ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית³⁷, שבו נדחתה עתירה נגד הסכם קואליציוני מסוים ברוב של שלושה שופטים כנגד שניים, קבע אחד משופטי הרוב, אליעזר גולדברג, כי "אין לראות... את חותמי ההסכם הקואליציוני הנדון אלא כמי שלקו בליקוי מאורות, שעה שבאו לכרסם באיזון שבין הרשויות"³⁸, וכי "לכאורה דינו של סעיף 3 להסכם היה, על-פי הכללים שהצבנו בפסיקתנו, להיבטל מן העולם, בהיותו נוגד את תקנת הציבור"³⁹. ובכל-זאת תמך השופט גולדברג בדחיית העתירה ובכך חרץ את גורלה להידחות, משום שהסעיף השנוי במחלוקת עסק בבית המשפט העליון עצמו ופגע בו. כלומר: לבית המשפט העליון היה אינטרס בקבלת העתירה. לדעת השופט גולדברג, דחיית העתירה למרות הפסול המהותי שבהסכם נדרשת כדי שבית המשפט לא ייראה על-ידי הציבור כמתערב רק כדי להגן על האינטרסים שלו. סברה כזאת של הציבור תפגע באמון הציבור בבית המשפט, ומכאן ההצדקה לכך שבית המשפט לא יוציא צו נגד ההסכם.⁴⁰ כלומר: הרצון למנוע התערבות של אמון הציבור בבית המשפט העליון הוא שהביא להימנעות מהוצאת צו כנגד הסכם פסול מבחינה משפטית.

13. לדעת השופט מאיר שמגר, מצב אחר של חוסר שפיטות מוסדית הוא כשהיבטים הבלתי-משפטיים של מקרה – למשל: היבטיו הפוליטיים או המקצועיים – הם הדומיננטיים, ואילו ההיבטים המשפטיים הם שוליים. במצב כזה, כדי למנוע הטעיה של הציבור כאילו מדובר בעניין משפטי במהותו והטלת האחריות על בית המשפט להתלטת רגישות שהוא כלל לא עסק בהן לגופן, עשוי בית המשפט להימנע מלדון בתביעה. אך לדעתי, גם השפיטות המוסדית, ולא רק זאת הנורמטיבית, לא זו בלבד שראוי שתהיה מוחלטת, אלא בהכרח היא מוחלטת – כעניין שבהיגיון. גם אם ישנם מקרים שבהם הכרעה בבית המשפט אינה רצויה, הרי שלא עולה מכך שאפשר להגביל את השפיטות המוסדית. זאת משום שהתייחסות – אם תרצו, "התערבות" – משפטית ושיפוטית קיימת בין אם המסקנה היא קיומה של זכות בין אם לאו, בין אם סכסוך בדבר

36. למשל: חילוקי-הדעות בין הנשיא מאיר שמגר ובין השופט ברק, שם.

37. בג"ץ 5364/94 ואח' ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית ואח', פ"ד מט (1) 758.

38. שם, 808.

39. שם, 809.

40. ראו שם, 809-810.

סמכויותיה של רשות שלטונית מוכרע לטובתה בין אם לאו, בין אם רשות שלטונית מורשית להמשיך במדיניות מסוימת משום שאותה המדינות היא חוקית, ובין אם היא מורשית להמשיך בה מטעמים של "חוסר-שפיטות". כאשר בית-משפט דוחה עתירה מטעמים של חוסר-שפיטות משמעות פסק-הדין אינה ואקום משפטי, אלא היתר שיפוטי לרשות השלטונית שכנגדה העתירה הוגשה להמשיך בפעולות שבהן מדובר.

14. גם מבחינת המצב הרצוי יש לזכור, כי המערכת המשפטית - ובקודקודה בית-המשפט העליון - מופקדת על הכרעה בסכסוכים בקשר לזכויות ולחובות של המדינה ושל האזרחים. מבחינה זו בתי-המשפט תמיד מתערבים בענייניהם של אחרים העומדים לשיפוטם. זה תפקידם בשיטה של הפרדת רשויות. לשם כך הם קיימים. היתרון של הכרעה בסכסוכים משפטיים על-ידי בתי-המשפט אינו רק במקצועיות השופטים, אלא גם באובייקטיביות המרבית שלהם, הנובעת דווקא מכך שכרגיל הם פוסקים בענייניהם של אחרים, ובתוכם של רשויות השלטון האחרות, ולא בענייניהם-שלהם. הכרעה בסכסוכים על-ידי הרשות השופטת מונעת מצב של "כל דאלים גבר". רק כך אפשר לקיים את שלטון החוק ולמנוע את שלטון הכוח, ובראש-ובראשונה למנוע את שלטון הכוח של רשויות-השלטון שבידיהן חרב וגם ארנק. כל פעולה או החלטה של רשות שלטונית או אורה יכולים להיות נושא לדיון משפטי, אם קיים לגביהם סכסוך. אין בתורת-המשפט דבר המונע התייחסות משפטית או דיון שיפוטי בסכסוך כלשהו בדבר זכות או חובה.

למעשה, הגבלת השפיטות המוסדית אינה מכוונת כלפי עצם המעורבות השיפוטית בסכסוכים שיש להם נגיעה לענייני ביטחון, דת ומדינה, וכיוצא באלה תחומים רגישים. לאמיתו של דבר, הביקורת היא כנגד העובדה שמדי פעם בית-המשפט מבטל את החלטות השלטון כאשר הוא מוצא כי אינן כדין. כלומר: במקרים הטיפוסיים הוא פוסק כי זכויות ואינטרסים של פרטים או של מיעוטים גוברים על רצונות ואינטרסים פופולריים, שבהם תומכים השלטון ורוב הציבור. המשמעות האמיתית של האמירה כי המשפט אינו צריך להכריע או לנקוט עמדה בעניינים אלה ואחרים בעלי רגישות פוליטית, חברתית, או תרבותית, היא כי המשפט ובית-המשפט צריכים להכריע בעניינים אלה ולכן - למעשה גם אם לא להלכה - גם לנקוט עמדה פופולרית, לטובת רצון השלטון ורוב הציבור.

15. טענה מקובלת היא, שעצם ההתייחסות של בית-המשפט לגוף העניין עלולה להזיק - לפגוע במעמד בית-המשפט ובאמון הציבור בו ולהעמיד את בית-המשפט בעיני הציבור כנושא באחריות מהותית, פוליטית ומקצועית, לפעולות שבהן מדובר. ספק רב אם טענה זאת, שעל-פיה בית-המשפט נדרש להימנע מלפסוק - כלומר: למעשה, לפסוק באופן שגוי כדי להגן על מעמדו - היא לגיטימית. על-כל-פנים לא נוצר רושם כי הציבור הרחב קורא את פרטי הנימוקים של השופטים ומתעמק בהם.

למשל: לאחרונה דחה בית-המשפט בבג"ץ וייס ואח' נ' ראש-הממשלה⁴¹ עתירות נגד ניהול משא-ומתן מדיני על-ידי הממשלה בראשות אהוד ברק לאחר התפטרות ראש-הממשלה

41. בג"ץ 5167/00 ואח' וייס ואח' נ' ראש-הממשלה ואח', פ"ד נה (2) 455.

וסמוך לבחירות. בדעת רוב נפסק שניהול משאומתן זה היה חוקי, והעתירות נדחו. אך אחד משופטי הרוב, השופט יצחק זמיר, שהצטרף לדחיית העתירות, נימק את הדחייה בדרך שונה. זמיר כתב, כי למעשה לא היה צורך להכריע בשאלת החוקיות של ניהול המשאומתן על-ידי הממשלה, משום ש"התערבותו" של בית-המשפט במשאומתן מדיני אינה הולמת את "המעמד והתפקיד של בית-המשפט בהברה"⁴². לדבריו, "אסור לבית-המשפט לקחת על עצמו את האחריות הכרוכה במתן צו האוסר על משאומתן מדיני. צו של בית-המשפט, האוסר משא ומתן מדיני או מפסיקו הוא עצמו עשוי להיות בלתי-סביר ובלתי-אחראי"⁴³. התגובה הציבורית לפסק-הדין התפצלה בין אוהדי המשאומתן, שהביעו שביעות-רצון ושיבחו את פסק-הדין, ובין מתנגדי הממשלה, שגיבנו את בית-המשפט. לא זכור לי שמגני פסק-הדין הבחינו בין השופטים שקבעו כי ניהול המשאומתן היה חוקי, ובין השופט זמיר, שכתב כי כל העניין אינו שפיט.

בכל מקרה על בית-המשפט להכריע בתיק שלפניו, ובכל מקרה ספק גדול אם פרטי הנימוקים, להבדילם מהתוצאה, מעניינים את הציבור וקובעים את יחסו לפסיקה. לכן, גם אם מבחינת הציבור הרחב אכן עשוי להיות מסר סימבולי בלתי-רצוי בפסיקה לגוף העניין, על בית-המשפט להחליט לפי החוק ולא על-פי שיקולים חיצוניים של שפיטות; ואילו אם חוסר שפיטות מוסדית משמעותו האמיתית היא הכרעה לטובת השלטון בניגוד לחוק, הדבר, כמובן, פסול.

16. "הכול שפיט" הוא אפוא מסקנה של מחשבה משפטית פורמליסטית. מסקנה זאת ממחישה את הזיקה בין הפורמליזם המשפטי ובין שלטון החוק ואת החשיבות הערכית המהותית שעשויה להיות להשתדלות מרבית ליצור חיץ בין משפט לפוליטיקה. נורמות משפטיות מגלמות פוליטיקה, אך הן-עצמן אינן פוליטיקה. את חיי המשפט יש לבסס על היגיון, כלומר: על אינדוקציה ועל דדוקציה מתוך כללים. בכך שונים חיי המשפט ומובחנים מן הספירות הפוליטיות של החיים, שבהן שולטים האינטואיציה והניסיון. אכן, חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט.

42. שם, 480.

43. שם, 479-480.
