

בין שופט לשיפוט

אגב ספרו של אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית

ידידיה צ' שטרן*

הספר **שופט בחברה דמוקרטית** ראוי לתשומת לב מיוחדת מצד מי שמתעניין בחברה הישראלית במפנה המאה העשרים ואחת: עניינו המשפט והשיפוט שמנווטים את חיינו, כפי שהם נראים בעיניו של האדם המשפיע בדורו בתחום עיסוקו. מאמר זה מצייד את קורא הספר במחשבה ביקורתית על מטרת הספר ועל נושאו.

מטרת הספר: בחינת הספר מעלה, כי מחד גיסא הוא איננו תיאור של המצב המצוי (ולכן איננו משקף מציאות) ומאידך גיסא אין הוא ניתוח של המצב הרצוי (ולכן איננו מתמודד עם השקפות מתחרות). הספר שלפנינו הוא מסה אוטוביוגרפית מקצועית שמציגה את מסכת הדעות והאמונות של הנשיא ברק בנוגע למשימת חיו - השיפוט. הספר איננו מציג תמונה שלמה תיאורית או תיאורית, אך הוא מעניק לקוראים תמונת עומק של המניעים, המחשבות, המסגרת המקצועית והפילוסופית של המנוע הגדול שמפעיל את המשפט הישראלי בדורנו.

נושא הספר: על אף כותרת הספר, אין הוא עוסק בשופט אלא בתפקיד השיפוט. הדיון הוא על ה"מה?" ועל ה"איך?", אך לא על ה"מי?". שאלת זהות השופט איננה מועלית, משום שהספר מניח שהתפקיד השיפוטי מכונן את השופט. אם התפקיד ממולא באופן אובייקטיבי אין חשיבות לשאלה מי ממלא אותו. זוהי הנחה סמויה, אך רבת חשיבות ושנויה במחלוקת. עיקר המאמר מוקדש לבחינת תוקפה.

* פרופ', הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן; עמית בכיר, המכון הישראלי לדמוקרטיה; עורך עמית, כתב העת **תרבות דמוקרטית**.

עיקרי הדברים נישאו בהרצאה לכבוד צאתו של הספר לאור, באוניברסיטת חיפה. תודה שלוחה לקוראים ראשונים של דברים אלו: מיכל אלברשטיין, יצחק בנבגי, משה הלברטל, יפה זילברשץ, שחר ליפשיץ, מנחם מאוטנר, גדעון ספיר, אביעזר רביצקי, עמיהי רדוינר, אבי שגיא, חיים שפירא, רון שפירא, משה שפיר.

המאמר גורס כי יש חשיבות לזהות השופט. אדרבא, האובייקטיביות הנדרשת משופט והאפיון האישי שלו אינן קטגוריות הופכיות, אלא קטגוריות משלימות. אלמנטים של זהות הם חלק הכרחי מהתוכן הפנימי של מקצועיות. על רקע זה מוצעת עמדה בדבר סוג השופטים שראויים להתמנות בחברה הישראלית. יש לדחות את המודלים הקיימים של "שופט מקצוען צר" (המתיימר לתפקד כאילו איננו מושפע מזהותו) ושל "שופט מקצוען סקטוריאלי" (שהזהות שלו היא תכונת ייצוג) ולהעדיף על פניהם את המודל של "שופט מקצוען רחב" שהזהות שלו היא תכונת שיפוט.

- א. חשיבות הספר. ב. מטרת הספר: 1. בשבח הבהירות; 2. תיאור; 3. תיאוריה; 4. אוטוביוגרפיה. ג. נושא הספר: בין שופט לשיפוט: 1. אובייקטיביות שיפוטית; 2. מקצועיות מול ייצוגיות זהותית; 3. ייצוגיות זהותית והתיאוריה של המשפט; 4. ייצוגיות זהותית והחברה הישראלית; 5. חשיבותה של הסובייקטיביות: עדות; 6. ייצוגיות זהותית: הצעה. ד. אפילוג.

א. חשיבות הספר

מרכז הכובד של החברה הישראלית זולג בדור האחרון מהמרחב הציבורי (אידאולוגיה ופוליטיקה) אל המשפט.¹ יש המאפיינים את התהליך כמעבר משיח של זהות – שאמור

1. פרופ' אמנון רובינשטיין הקדים להצביע על "המשפטיזציה של ישראל" בסדרה של שלושה מאמרים בשם זה שפרסם בעיתון הארץ ביוני 1987. בין היתר כתב: "חייבים לקבוע ללא היסוס כי על ישראל עובר תהליך מדהים של משפטיזציה עמוקה, שאין דומה לה ואין מקביל לה בשום מדינה אחרת". אמנון רובינשטיין, "המשפטיזציה של ישראל", הארץ (5.6.1987) 1. כמובן, לבג"ץ יש חלק מרכזי בתופעה זו: "לא יכולה להיות מחלוקת לגבי כך שבג"ץ הפך לשחקן מרכזי ביותר בחיים הציבוריים בישראל." רות גביוון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן, אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, תש"ס) 1. לצד הסיפור המיוחד לישראל, קיימת כתיבה ענפה המתארת ומנתחת את מקומו המרכזי של המשפט בתקופתנו. כך, למשל, יש הרואים במשפט סיפור-על (מטה-נרטיב) שמקבע עוגן של ממשות בתרבות הפוסט-מודרנית של דורנו, ראו: Peter Goodrich, *Languages of Law* (Weidenfeld and Nicolson, 1990), 11. לדיון במקומו של המשפט בתרבות האמריקנית ראו, למשל: Paul F. Campos, *Jurismania: The Madness of American Law* (Oxford University Press, 1998); Lawrence M. Friedman, *Total Justice* (Russel Sage Foundation, 1994).

להתנהל בשוק הרעיונות, לשיח של זכויות - המתנהל באמצעות הכרעות שיפוטיות.² הנהייה אחר מענה משפטי לשאלות יסוד המעצבות חברה, תרבות וזהות היא נחלת הכול,³ עובדה המעצימה כמובן את חשיבות המשפט בישראל.⁴ תהא אשר תהא העמדה באשר לאחריותו של בית המשפט לתהליך זה,⁵ הכול מודים שבעטיו "המשפט" כיום הוא אחד התחומים המקצועיים שהשפעתם על חיינו גדולה ביותר.

2. א' שגיא מפתח מערכת מושגית חשובה זו; ראו אבי שגיא, "החברה והמשפט בישראל: בין שיח זכויות לשיח זהות", **המשפט בישראל - מבט לעתיד** (ידידיה צ' שטרן ויפה זילברשץ - עורכים, אוניברסיטת בר-אילן, תשס"ג) 67.
3. אפילו חברי הרשות המחוקקת נוטים - באופן מתמיה מהבחינה העקרונית, אך מוסבר מהבחינה המעשית - להשליך את יהבם על בית המשפט כמי שעתיד לאפשר מימוש של העדפותיהם הערכיות. ראו: Yoav Dotan and Menachem Hofnung, "Legal Defeats - Political Wins: Why Do Elected Representatives Go to Court?", 38 *Comparative Political Studies* (2005) 75.
4. "בית המשפט העליון הופך אצלנו לפורום שמהווה תחליף למוסדות רבים אחרים הקיימים במדינות אחרות. הוא שופט-על המפקח על דרכי הדיון בבית המחוקקים, ומהווה זירה להתכתשויות בין סיעות פוליטיות יריבות בכנסת... הוא מבקר-על של פעולת כל המערכות הביצועיות במדינה, לרבות המערכת המדינית, הצבאית, הביטחונית, הרפואית והמנהלית, והוא מעורב, לרוב 'בזמן אמת', ברוב המאורעות הציבוריים החשובים והפחות חשובים העולים לתודעת הציבור... הוא מהווה פורום שדרכו משיגים פוליטיקאים מתחילים, ללא כל קושי ובעלות מינימלית, פרסומת לקראת הבחירות המקדימות, והוא מתפקד גם בתור 'כותל הדמעות' של אנשים פגועים המחפשים מזור לפצעייהם וכאבם... או הכרה חברתית בחשיבות של תביעותיהם... ממוסד שייעודו העיקרי הוא הכרעה בסכסוכים בין הפרט לשלטון הופך בית המשפט זירה למאבקים פוליטיים קולקטיביים.", גביוון, קרמניצר ודוהן (לעיל), הערה 1, בעמ' 67.
5. בין המטילים את האחריות על בית המשפט ניתן לציין את מ' מאוטנר ור' גביוון. הראשון הציג את השינוי שעבר על בית המשפט בשנות השמונים מהדגש הממד הפורמלי להדגש הממד הערכי. בית המשפט "ממקם עצמו בבירור ובמובלט בעמדה של מי שאמור לקבוע את התכנים הערכיים של החיים בארץ", מנחם מאוטנר, **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** (מעגלי דעת, תשנ"ג) 108. ר' גביוון מציעה תיאור אחר. בעיניה מדובר בשינוי של תפיסת התפקיד השיפוטי: השופט, שבעבר היה אחראי לעשיית צדק בין צדדים, נתפס כיום כמי שאחראי להובלה של החברה כולה בכיוון מוסרי נכון. ראו גביוון, קרמניצר ודוהן (לעיל), הערה 1, בעמ' 74-91. עם זאת חשוב לזכור, כי "האחריות הראשונית למקומו המרכזי מדי של המשפט בקבלת הכרעות תרבותיות מוטלת על החברה הישראלית ולא על מערכות השפיטה. אלו אינן בוחרות את הסוגיות הנידונות לפניהן, אלא הן נגררות להתערבות במחלוקות התרבותיות על ידי צדדים המבקשים את הכרעתן במקרה מסוים... הכיוון המרכזי שאליו מופנית התביעה לאיפוק משפטי לגבי יישוב מחלוקות תרבותיות הוא החברה בכללותה. ניתן לקדם איפוק משפטי בחברה שמסגלת לעצמה תרבות שיח פתוחה,

וממהות למיהות: אין הרבה תחומים מקצועיים שבהם ניתן להצביע על דמות אחת, שהשפעתה וטביעת האצבעות שלה בעיצוב תחום מקצועי הן כל כך ברורות ודומיננטיות כמו אלו של הנשיא אהרן ברק בתחום המשפט.⁶ לא זו, אף זו: קשה לאתר מקרים שבהם האדם הדומיננטי בתחום הוא בעל כל כך הרבה יכולות מחוץ לתחום המקצועי הישיר שלו, במובן של יכולת המשגה, התוויית שדה השיח כולו,⁷ ביקורת התחום, יכולת ביטוי ושיווק ועוד.

על רקע עובדתי זה ברור מדוע הספר **שופט בחברה דמוקרטית**⁸ ראוי לתשומת לב מיוחדת מצד מי שמתעניין בחברה הישראלית במפנה המאה העשרים ואחת: עניינו המשפט והשיפוט שמנוטים את חיינו, הוא חובר על ידי האדם המשפיע בדורו בתחום עיסוקו, וזהו אדם בעל יכולות מקצועיות וחץ-מקצועיות מרשימות, שהספר נהנה מהן. ההצבר החד-פעמי של תכונות אלו מסביר את העניין הציבורי שהספר מעורר.

בספרו הנשיא ברק מביע עמדות בשורה ארוכה של נושאים, שחלקם עומד במוקד ויכוחים מקצועיים ואידאולוגיים. הטון מפויס ופתוח, אך הדברים בדרך כלל דעתניים וכתובים בקצב סטקטו. אף שחלק מההכרעות וההעדפות של הנשיא ברק רחוקות מלהיות מקובלות על חלק מהמשפטנים, קריאה שוטפת של מרוצת טיעונו עשויה, להערכתנו, לרכך התנגדות ולייצר הסכמה ציבורית רחבה למדי וקבלת הרוח הכללית העולה מהדברים.

שיש לה מוסדות יעילים ליישוב סכסוכים בדרכים חוץ משפטיות ברמה המקומית וברמה הלאומית; שיש לה רמת הסכמיות גבוהה, שמתגמלת פוליטיקה של הקטנת מתחים וכדומה", ידידיה צ' שטרן, "עושר שמור לבעליו לרעתו – על מקומם של המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית", **המשפט בישראל – מבט לעתיד** (ידידיה צ' שטרן ויפה זילברשץ – עורכים, אוניברסיטת בריאלין, תשס"ג) 25, בעמ' 63.

6. Robert Bork, שופט פדרלי לשעבר, מועמדו של Ronald Raegen לבית המשפט העליון (מועמדות שנדחתה על ידי הסנאט) ומראשי המבקרים של המגמה לאקטיביזם שיפוטי, השווה באחרונה בין תפקודיהם של בתי המשפט של ארצות הברית, קנדה וישראל בהקשר זה. בפתח הפרק העוסק בישראל הוא קובע: "Pride of place in the international judicial deformation of democratic government goes not to the United States, nor to Canada, but to the State of Israel. The Israeli Supreme Court is making itself the dominant institution in the nation, an authority no other court in the world has achieved", Robert H. Bork, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judges* (AEI Press, 2003), 111. המחבר מייחס התפתחות זו, במידה רבה, לנשיא ברק: "From the beginning of his tenure on the Supreme Court in 1978 to his assumption of the court's presidency in 1995 to the present day, Barak has been the dominant figure in Israeli law and, increasingly, a major force in shaping the nation's policies", שם, בעמ' 112-113.

7. ראו, למשל, רועי עמית, "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות", **עיוני משפט** כא (תשנ"ז) 81.

8. אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, נבו, 2004) (להלן: **הספר**).

דרך הילוכו הנשיא ברק מטעים את הקורא בשליטתו בתחומי דעת שונים – תורת המשפט, תורת המדינה, תיאוריות של פרשנות, תיאוריות של דמוקרטיה, תיאוריות של תרבות. השיח הפנימי בתחומים אלו משוקע בספר ומשמש בידי המחבר חומר לבניין יצירתו. זו עשירה לא רק במקורותיה האינטלקטואליים אלא גם במגוון הסוגיות הנידונות בה. בעשרים פרקי הספר מטפל הנשיא ברק בעיקרי השאלות שמפרנסות את השיח הישראלי בענייני משפט ושיפוט בדור האחרון. לשונו תמציתית וקולחת; טיעוניו סדורים; מסקנותיו ברורות. קריאה בספר פורשת תמונה פנורמית שפרטיה משתלבים זה בזה לכדי השקפת עולם מוצקה, שהיא גרעינו של ספר זה.

בשל חשיבותו, הספר ראוי להתייחסות רצינית לפחות בשלוש רמות: האחת, של בעלי מקצוע, מומחים, הנתועים עמוק בכל אחד מתחומי הדעת החוץ-משפטיים שמהם הספר ניוון; השנייה, של משפטנים שיתמודדו נקודתית עם דרך הניתוח והמסקנות של הנשיא ברק בסוגיות השונות; השלישית, של מבקרים חברתיים שיתכוננו בהשקפת העולם שמבוטאת בספר ובהשלכותיה על המציאות החברתית בישראל של המאה העשרים ואחת. שלוש הרמות עוסקות, לפי סדר הצגתן, בהנחות היסוד של הספר, בתוכנו ובתוצאות המצרפיות הנגזרות מיישום האמור בו. אך מלבד אלה ולפניהם יש לייחד מחשבה להגדרת הפרויקט עצמו. בכך יעסוק מאמר זה. תכליתו היא לצייד את הקורא, טרם שיחל את המסע הברקי הרהוט והכובש, במחשבה ביקורתית על אודות **מטרת הספר** ועל אודות **נושא הספר**.

לכאורה אלו נקודות "שקופות", ולא היא: קריאה בספר מעוררת שאלה בדבר הגדרת כוונתו הסובייקטיבית של המחבר בשירות שהוא מעניק לקוראיו. האם הספר נועד לתאר את המצב המצוי במערכת השיפוט בישראל או את המצב הרצוי, שאליו יש לשאוף? ועוד, האם לפנינו ספר בעל אופי מחקר-אובייקטיבי, שבו **חן** אפשרויות ו**מנתח** תופעות (מצויות או רצויות) מנקודת ראות מרוחקת האופיינית לאיש אקדמיה, תוך הצגה רחבה ומאוזנת של קשת מלאה של דעות ובחירה מנומקת ביניהן, או שמא זהו ספר בעל אופי דיווחי-סובייקטיבי, כמעט וידויי, ש**מציג** אפשרות מועדפת (מצויה או רצויה) ו**מסביר** אותה מנקודת ראות של יחס נפשי ומקצועי של אדם מעורב? הפרק השני יעסוק בשאלות אלו ובכך יבהיר את הו'אנר שלתוכו יש לקטלג את הספר, יתחם את מסגרת הציפיות שיש לפתח כלפיו ויתווה לקורא את המסגרת שמתוכה יש ללמוד, להבין ולהעריך את התכנים החשובים שבספר.

ומהם תכנים אלה? לכאורה נושאו של הספר עולה בבהירות מהכותרת שנבחרה לו: **שופט בחברה דמוקרטית**. אלא שבדיקה מעלה שהספר איננו עוסק ב"שופט" אלא בעניין אחר – "התפקיד השיפוטי". מהן המשמעויות של אי-ההבחנה בין שופט ובין שיפוט? מדוע מוצנע השופט – האדם – בספר שהוא אמור לעמוד במרכז? שאלות אלו תעמודנה לדיון בפרק השלישי, המרכזי. בהקשר זה גם אציג בקצרה תזה נגדית, שתבקש להחזיר את השופט מירכתי הבמה אל המקום הראוי לו, במרכזה.

ב. מטרת הספר

1. בשבח הבהירות

מה תפקידו של הספר? אפשרות אחת היא שהוא נועד לשקף את המצוי; לתאר את התפקיד השיפוטי בחברה, טריטוריה וזמן מוגדרים, תוך השתחררות מהעדפות אישיות, במטרה לאפשר הצגה נקייה ככל האפשר של המציאות הקיימת. על פי קו זה משימת הספר היא להפוך את המרומז והמשתמע (implicit) במציאות למפורש וברור (explicit) בתודעה. לפנינו אפוא מסע פנומנולוגי אופייני, ההופך אובייקט בלתי מואר לאובייקט מואר ובהיר. אפשרות שנייה, שונה לחלוטין, היא שהספר נועד להציג את הרצוי. העיסוק במצוי איננו תכלית כשהוא לעצמו, אלא רק דוגמה – טובה או גרועה, לפי העניין – שמשרתת תכלית אחרת: חקר טיבו של מה שראוי שיהיה. על פי עמדה זו הספר מנתח את המציאות כדי להבנות אותה מחדש. אם זו הכוונה, הרי לפנינו ספר שמטרתו ביקורת של החברה.⁹ במילים פשוטות, האם הספר נועד לתאר פרקטיקה נוכחת או לתאר מבנה ראוי של פרקטיקה מקווה?

שאלה נוספת נוגעת לאפיונו הרלוונטי של המחבר: האם הספר הוא יצירה של פרופסור למשפטים, שמקומה על מדף ספרי המחקר, או שמא זוהי עדות של איש שטח, שופט עתיר ניסיון, שחולק עמנו את חוויותיו ורשמיו ממהות המקצוע שלו? יהיו מי שיתייחסו בביטול לשאלות טרחניות אלו. לדידם יש לקרוא את הספר כפשוטו: אדם, שהוא גם שופט וגם חוקר, שוטח על הנייר מבט שהוא גם פנימי וגם חיצוני, על התחום שאין מומחה ממנו בו. ועוד, איזו ברירה יש לו לשופט ולפרופסור? הוא מעוניין לעזור לחברה שבה הוא חי ומתפקד להבין את התפקיד השיפוטי; האם עדיף שישתוק? ודאי שלא.

ואף על פי כן הנני סבור, כי יש לתת את הדעת על ההגדרה של הפונקציה של הספר ושל הדיספוזיציה של המחבר. היעדרה יוצר אי־בהירות שמטילה את עצמה על הקורא אשר מנסה לקטלג את הספר ואת הסופר לתוך מגירות ידועות ומתקשה לעשות זאת. הגדרת הפרויקט עשויה להגן עליו מפני ביקורות, המבטאות ציפיות בלתי ריאליות והמבקשות ביצירה חשובה זו תשובות על שאלות שאינן בתחום המנדט שלה. דווקא בגלל העניין הרב שהספר יעורר ראוי להסיר מעליו את מסך העמימות. דווקא משום שהמחבר הוא נשיאו רב ההשפעה של בית המשפט העליון, ששוטח כאן משנה סדורה בסוגיות הרות עולם, שבחלקן שנויות במחלוקת ציבורית ומקצועית, יש להדרר היטב בהגדרת סיווגו של הספר. הנשיא ברק איננו "אינטלקטואל של מקצוע אחד". הוא מייצר תנועה גדולה בחברה הישראלית ויש לו ערך עצום עבורה.¹⁰ יכולת ההשפעה שלו לטווח ארוך תלויה, בין היתר, גם בדרך שבה תובן תרומתו בספר זה. מכאן חשיבות הדיון במטרת הספר.

9. ראו, למשל: Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism* (Harvard University Press, 1987). Walzer מציג סוגים שונים של מבקרים חברתיים – כאלו הפועלים כשותפים

לערכי החברה שאותה הם מבקרים (כגון הביקורת של הנביא עמוס כלפי עם ישראל) וכאלו המבקרים את החברה מבחוץ (כגון הביקורת שמטיח יונה בתושביה החוטאים של נינוה).

10. יש להודות, בצער, שהמחלוקות בין חלקי החברה הישראלית אינן מתמצות בדיון לגופו של

2. תיאור

אפשרות אחת, שקורא מהשורה עשוי להיתפס לה, היא שהספר נועד להיות תיאורי – משקף. הנשיא ברק, איש השטח, מציג בשפה שווה לכל נפש את המציאות השיפוטית בישראל. לכאורה, זהו ליהוק מושלם: נתן העדות הוא מקצוען, אומן מעשי, איש שידי רב לו בפרקטיקה המשפטית, ששופט אותנו משך חצי יובל שנים ועומד בראש המערכת זה עשור תמים, האיש שעיצב יותר מכל אחד אחר את שיטת המשפט הישראלית ושהדומיננטיות המקצועית שלו אינה זקוקה להוכחה. אין בנמצא זוג עיניים חודרות יותר ומנוסות יותר שתיטבנה לתאר את העובדות.

דעתי שונה. לאיש השטח אין מרחק מתאים מהשטח כדי לתאר אותו בצורה אופטימלית. כל מי שמתאר תופעה צריך להשהות עצמו מהשיפוט. איש המקצוע הוא אדם אהב. ודאי וודאי שזהו יחסו של ברק למערכת השיפוט במדינת ישראל. לכן תיאור המערכת על ידיו עלול לסבול מאמינות מופחתת, ממש כעדות הורים על תכונות עולליות. איש השטח משחק משחק שפה אחד – של שחקן; המתאר את השטח משחק משחק שפה אחר – של צופה. השחקן נע בשטח, רואה את חלקיו באורח אינטנסיבי וחזויתי תוך כדי עבודה; הצופה יושב על הטריבונה, רואה את השטח כולו מתוך ריחוק, כאשר הוא משקיע את משאביו בהתבוננות. הכנר הראשי אמנם נמצא על הבמה ותורם תרומה מכרעת לקונצרט, אך הוא משעין את אוזנו קרוב לתיבת התהודה של הכינור שהוא מפעיל. שיפוטו את הקונצרט איננו יכול להיות זהה לשיפוטו של המאזין האנין הממוקם בחשכת האולם: הכנר הראשי מעורב ולכן (בהכרח) שיפוטו משועבד, חלקי ומוטה; המאזין האנין איננו מעורב ולכן (אפשר ש)שיפוטו חופשי, מלא ומאוזן. חזויותו, מחשבותיו והערכותיו של הכנר הראשי על אודות הקונצרט עשויות להיות מרתקות ומחכימות, אך רק מעטים יאמצו אותן כעובדת חיים, בלא הפעלה של מסנן ביקורת חיצונית. במצב האנושי הרפלקסיה תמיד מפגרת אחרי הפרקטיקה. עובדה זו נכונה במיוחד בנוגע לאנשי שטח.

ואמנם הספר שלפנינו עמוס דוגמאות מאלפות מהשטח. מוצגים מקרים רבים, שבהם שופטים התמודדו עם קשיים אמתיים שהתעוררו בעת הפעלה שוטפת של הפונקציה השיפוטית לשם הכרעה בסכסוכים קונקרטיים. במובן זה הספר הנו בעל אופי תיאורי. ברם, תיאור של תופעה חייב לכלול תיאור גדוש של הנתון. אם מטרת הספר היא תיאור של מימוש התפקיד השיפוטי בישראל, אין מנוס מהמסקנה שהתיאור שלפנינו איננו גדוש דיו: כך, למשל, אף שהספר נטוע בתוך המציאות – מוזכרים בו יותר מ-300 פסקי דין ישראליים, קבוצת התייחסות מרשימה לכל הדעות – אין בו ניתוח או הפניות לפסקי דין

עניין אלא מוסטות, לעתים בתנופה, גם כלפי גופו של אדם. הנשיא משמש כליא ברק של תשבחות אישיות מרחיקות לכת ושל גינויים אישיים קיצוניים. לצד היותו בעל כוח הכרעה מעשי רב, הוא גם מתפקד כסמל חשוב שבו מואגשת המחלוקת הערכית. כך, למשל, מתייחס אליו כותב חרדי: "הוא חזק יותר מכל שלטון. הוא מאפיל בכוחו על המשטרה, על הרשות המחוקקת, וגם זו המבצעת. הוא יכול במחזי החלטה להזיז שר מכהונתו, ומפלגה מאפשרותה להתמודד. תמה הדמוקרטיה, תם שלטון העם... [הוא] מתימר להחליט בשבילי ובשבילך מה מותר לנו לחשוב ועל מה מותר לנו להיאבק". יתר נאמן (25.8.1996).

ישראליים שניתנו על ידי ערכאה כלשהי שאיננה הערכאה העליונה. זהו תיאור חלקי של המציאות, המתמקד במקטע (חשוב ומרכזי ביותר, אך צר) מתוך המנעד הרחב של דרכי הביצוע של התפקיד השיפוטי במדינת ישראל. חשוב מכך, גם התיאור של מקטע זה איננו גדוש. קשה לאתר בספר רחב היריעה דוגמאות של פסיקה ישראלית שהמחבר סבור שהיא מוטעית. ככלל, הספר איננו מתעכב על כישלונות של שיטת המשפט שלנו, איננו כולל ביקורת על הדרך שבה היא מתנהלת, איננו חולק על הפעלה קונקרטית של שיקול הדעת של שופט או של בית המשפט במקרה נתון וכדומה. ניתן להבין עובדות אלו ולהתרשם מהן בחיוב משתי סיבות מצטברות: ראשית, יש בהן ביטוי לאיפוק האישי המאפיינ את התנהלותו של אהרן ברק כאדם. שנית, הן גם תולדה מתבקשת מהעובדה שהספר נכתב על ידי בעל התפקיד הביצועי העליון במערכת המשפט, שהיא מערכת היררכית מטבעה, ולכן על העומד בראשה להיזהר שבעתיים בעת שהוא מתייחס לאדם או למקרה ספציפי. ברם, לצד ההערכה האישית והמקצועית המתבקשת, נדרשת גם אמירה ברורה בדבר מגבלותיו של הספר כמסמך שיעודו תיאור מציאות. התיאור, ככל שהוא קיים, הנו חלקי ובלתי ביקורתי.

3. תיאוריה

אפשרות שנייה שקורא עלול להיתפס לה היא, שהמחבר כתב ספר תיאורטי, שיעודו בחינה ביקורתית של אפשרויות שונות למימוש התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית ובחירה מנומקת ביניהן. או אז יש לייחס משקל שונה לכשירותיו ולתכונותיו של אהרן ברק. ניסיונו המעשי בשיפוט וכהונתו הרמה אינם בלתי רלוונטיים גם למשימה זו, אך הם משניים בחשיבותם לעומת תכונותיו כמלומד – אקדמאי מחונן, חוקר המשפט ותורת השיפוט, אינטלקטואל מבריק, מבקר חברתי. קשה לחלוק על העובדה, שמלומד משפט שאיננו בעל ניסיון פרקטי בשיפוט עשוי ליצור תיאוריה מועילה להבנת התפקיד השיפוטי, אך שופט עתיד ניסיון שאין בידו מפתח לגן השבילים המתפצלים של תורת המשפט ושל גופי ידע מחקרניים נלווים עלול להתקשות במשימה זו. על כל פנים, בנשיא פרופ' ברק מתגשמות בלא ספק כל התכונות האמורות ולכן לכאורה אין מתאים ממנו להציע תיאוריה משובחת ומאוזנת בדבר טיבו הרצוי של התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית.

אלא שכאן מתעוררת בעיה לא פשוטה: הרזולוציה המבחינה בין הכשירויות המקצועיות של אדם, אף אם היא קיימת במישור המקצועי, מיטשטשת במישור המנטלי ובמישור הציבורי. עבור הקורא הפוטנציאלי של הספר, המחבר הוא האיש החשוב ביותר במערכת המשפט ולכן יש לטקסט שיצר ולטיעונים המועלים ערך ייצוגי וסימבולי רב. אין זה ספר של ינשוף אקדמיה, איש פרטי, הממוקם בקיטון שבמגדל השן, אלא זוהי משנה של האיש המרכזי המחזיק בידיו את המושכות של המערכת השיפוטית בישראל. אין זה ספר מקצועי הממוען ליודעי ח"ן ולבאי הפרד"ס, אלא ספר ידידותי ה"מכוון לקוראים – משפטנים ושאינם משפטנים – המבקשים להבין את הבסיס לדמוקרטיה וליחסים הראויים בין הרשויות, ובוחרן יחסים אלה על רקע ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹¹ הנשיא ברק בוודאי ער לדרך המיוחדת, שבה עשויים קוראי הספר להתרשם מהטיעונים

11. מתוך הכריכה החיצונית האחורית של הספר; ברק (לעיל, הערה 8).

המופיעים בו דווקא בגלל תפקידו הציבורי המכריע. ממילא מתעוררת השאלה כיצד ערנות טבעית זו השפיעה עליו בכותבו את היצירה. לדעתי, ככל שהשפעה זו מרובה יותר, כך גם ערכו של הספר כהצעה תיאורטית מחקרית – קטן יותר.

ודעת למבין: הנשיא ברק מזוהה ברמה גבוהה, יותר מכל אדם אחר, עם מערכת השיפוט בישראל. כדימוי החביב עליו, הוא עומד בראש בית המשפט העליון המשמש כמנצח בתזמורת רבת משתתפים.¹² הצלילים שהיא מפיקה הם, במידה בלתי מבוטלת, על פי תכניתו שלו. הוא ומעשיו צרו בפועל פרטים חשובים של המתווה הנוכחי של הפרדיגמה של התפקיד השיפוטי בחברה שלנו. כיוון שכך, ראוי להודות שקיים קושי להאמין שלפרופ' ברק יש אפשרות אמיתית להציג אלטרנטיבות למה שנעשה בפועל על ידי הנשיא ברק במשך שלושת העשורים האחרונים. כידוע, כדי שתיאורטיקן או סופר או מבקר חברתי יבצעו את תפקידם עליהם לחשוב על המציאות כקונטינגנטית. עליהם להניח שהמציאות הבנאלית ניתנת למודיפיקציה. התיאוריה, הספרות או הביקורת נועדו לחולל אפקט בחיינו; נועדו "לדקור" אותנו באמצעות הצבעה על הפער שבין מה שיש למה שאפשרי. אולם אם המבקר החברתי, יוצר התיאוריה, מזוהה יותר מכל אחד אחר עם המציאות הקיימת, האם ניתן לצפות לדקירה של ממש, לתנועה ולשינוי כתוצאה מהתזה שהוא יציע?

ואמנם הספר שלפנינו איננו ספר מחקרי תיאורטי. מכאן גם יובן מדוע הוא איננו מציע לקוראים תפריט רחב של תזות קיימות ואפשרויות באשר לתפקיד השיפוטי. כעולה מכך, הספר איננו בודק את הרעיונות המועלים בו על רקע של מחקר משווה. היות המחבר בן בית אינטימי בכל חדריה של הספרות הרלוונטית לא הניעה אותו להדריך את הקורא בחדרים אלו. אין כאן, כמובן, הזנחה או השתמטות ממחקר, אלא בחירה מודעת ליצור יצירה מסוג אחר. מהי?

4. אוטוביוגרפיה

הנשיא ברק איננו דן מפורשות בספרו באפשרויות לקרוא אותו כיצירה תיאורית או כיצירה תיאורטית, ולכן נדרשתי אני לשלילתן. עם זאת, קריאה בהקדמה לספר מלמדת על רגישותו לקשיים האמורים. בפתחות הוא חושף לפני הקורא את המניע שלו לכתיבת הספר: הרצון להציג את עמדתו שלו באשר לתפקידו של שופט. בקטע הראשון הנשיא ברק שואל "מהו תפקידי כשופט בכלל, וכשופט בערכאה השיפוטית העליונה בפרט?... האם מצויות אמות מידה להערכת טיב פסיקתי? שאלות אלה מטרידות אותי יום יום שעה שאני נכנס לאולם המשפט ויושב על כס השיפוט".¹³ הוא מדווח לקורא שלשאלות שהוא מציג יש תשובות שונות. "אין אחידות מחשבתית בעניין זה"¹⁴ בקרב שופטים ואנשי ציבור. מטרתו בספר שלפנינו היא להביע עמדה אישית. "אני מבקש להציג את עמדתי באשר לתפקידו של שופט בכלל... מטרתי לבסח את המדיניות השיפוטית ואת הפילוסופיה השיפוטית שעל

12. ראו, למשל, אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך שני: פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג), 765-766.

13. ברק ולעיל, הערה 8, בעמ' 11.

14. שם, בעמ' 12.

פיה אני פועל. איני טוען שעמדתי זו משקפת 'אמת' שאין בלתי¹⁵. היינו, לפנינו ספר שהוא מסה אוטוביוגרפית מקצועית. ככזה, לספר ערך חשוב ביותר: הוא מתאר כיצד פעל הנשיא ברק, מה הוא עשה, איך הוא התנהג במהלך הקריירה שלו ומדוע. הנשיא ברק, בהיותו שחקן שדה, איננו יכול לתאר היטב את המשחק. הנשיא ברק, בהיותו מזוהה עם המערכת, איננו יכול לבקר אותה בלא פניות. לפיכך הספר איננו יכול, וכפי שעולה מההקדמה אף איננו מתיימר, לספק לקוראיו תמונת מצב או תמונת מחקר באשר לתפקיד השיפוטי. מבקרים שיתקיפו את המחבר בגין "הצגה לא נכונה של המציאות" או עקב "התחמקות מהתמודדות עם השקפות אחרות" יחטיאו את המטרה. אין להעריך את הספר במדדים תיאוריים או תיאורטיים. מטרת הספר שונה. הוא נועד להציג עמדה אישית; לפרוש את מסכת הדעות והאמונות של הנשיא ברק באשר למשימת חייו – השיפוטי. הקורא הנבון ימצא ביצירה פשר לתפיסת התפקיד ולמסגרת התפקוד של הנשיא ברק; הקורא הרגיש אף ימצא בין שורותיה מתווה של השאיפות והחלומות של האדם אהרן ברק. ספר ביוגרפי־מקצועי זה מעלה תרומה חשובה להבנת חלקים של המציאות השיפוטית בישראל משום שהנשיא ברק עשה רבות לעיצובה, מן הסתם מכוח התפיסות המתוארות בספר. הספר מעניק לקורא תמונת עומק של המניעים, המחשבות, המסגרת המקצועית והפילוסופית של המנוע הגדול שמפעיל את המשפט הישראלי. התובנות של המחבר חשובות מאוד – דווקא משום שהוא שחקן שעושה שימוש ממונף ומתוחכם בתפקיד השיפוטי ואף חווה, במידת מה, את מגבלות השימוש בכוח זה. כאמור לעיל, אין להשתעבד לטיעונו של הספר: הוא כתוב על ידי נוגע בדבר. אבל חשוב להאזין להם היטב: יש בספר תיאור חכם, מושקע, מפורט ורגיש של הגנים התרבותיים, האידאולוגיים והמקצועיים של "מר משפט" בישראל. המודעות לרפלקטיביות שבפרויקט מביאה בכנפיה, כמובן, אירוניה במובנה החיובי והבונה. לפנינו הצגה אפשרית של התפקיד השיפוטי, לא הצגה הכרחית; זהו ביטוי לשפה האישית של ברק, למשאלות הלב המקצועיות וההברתיות שלו.

ג. נושא הספר: בין שופט לשיפוטי

שם הספר "שופט בחברה דמוקרטית", אך עיון קצר בתוכן העניינים ועיון מוקפד בעניינים עצמם מעורר פליאה גדולה: הספר איננו דן, כמעט, בשופט. כותרתו הראויה, על פי תוכנו, צריכה הייתה להיות "התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית".¹⁶ הנשיא ברק מדבר על מה ששופט צריך לעשות: הוא מדבר על ה"מה?" ועל ה"איך?", אך לא על ה"מי?". אכן, מוצנעת בספר כולו הנחה סמויה, אך רבת חשיבות ושנויה במחלוקת, שהתפקיד השיפוטי מכונן את השופט.

15. שם, בעמ' 13.

16. כך גם עולה מכותרותיהם של שערי הספר: שני הראשונים קרויים "התפקיד השיפוטי ומגבלותיו" ו"האמצעים להגשמת התפקיד השיפוטי". השער השלישי אמנם קרוי "השופט ורשויות השלטון האחרות", אך זוהי כותרת בלתי מדויקת. השער איננו עוסק בשופט אלא ברשות השופטת.

1. אובייקטיביות שיפוטית

האזכור של השופט כאישיות, כאדם בעל תכונות חיצוניות לתפקיד השיפוטי, כלול בספר במובלע בפרק העוסק בשאלת התנאים המוקדמים להגשמת התפקיד השיפוטי.¹⁷ מנויים שם שלושה תנאי סף חשובים לנשיאה בתפקיד. ראשון להם¹⁸ "אובייקטיביות שיפוטית": על השופט להכריע על פי שיקולים שהם חיצוניים לעמדותיו האישיות.¹⁹ "השאלה איננה מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה".²⁰ עולה מכך, למשל, ששופטים דתיים או חילונים נדרשים שלא להטיל את השקפת עולמם על החברה שבה הם חיים.²¹ עליהם להתרחק מדעותיהם שלהם, מהשקפת עולמם, ולהיזקק לדעות ולערכים המאפיינים את החברה שאותה הם משרתים. ואכן, החשיבות של האובייקטיביות השיפוטית כתנאי לביצוע התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית היא מוסכמה שאין עליה מחלוקת של ממש.²² לו הייתה שאיפה זו ניתנת למימוש מלא, תמידי ונקי מספקות אפשר היה להצדיק את התמקדות הספר בתפקיד השיפוטי ואת ההתעלמות שלו מהאדם השופט.

אך האם ניתן להבטיח מימוש מושלם של אובייקטיביות שיפוטית? לפחות שני טעמים מצטברים, שהנשיא ברק עצמו מעלה, מוליכים לתשובה שלילית. האחד מצביע על השופט כמקור הבעיה והשני על המשפט.

בשר ודם, גם מקצוען לעילא, איננו יכול להתפשט מעצמיותו. הנשיא ברק קובע, כי "מן הנמנע להימנע מקיומו של קשר והשפעה חוזרת בין אישיותו של השופט, השקפת עולמו ודעותיו על החברה וערכיה, לבין מילוי תפקידו האובייקטיבי שבבתו על כס המשפט".²³ הפעלה אובייקטיבית של שיקול דעת נעשית על ידי השופט המקצוען בעיניו שלו, מתוכו. "אדם המתמנה כשופט אינו צריך ואינו יכול לשנות את עורו".²⁴

זאת ועוד, בניגוד לדעתו של פרופסור דבורקין,²⁵ הנשיא ברק סבור שבמצבים מסוימים המשפט איננו מכתוב פתרון חוקי אחד לכל קונפליקט. לדידו, לשופט יש חלופות חוקיות שונות שעליו לבחור ביניהן ובכך לממש את שיקול דעתו השיפוטי.²⁶ בדרך כלל שיקול

17. ברק (לעיל, הערה 8), פרק שני.

18. שני התנאים החשובים הנוספים הם פעילות שיפוטית בגבולות הקונסנזוס (שם, בעמ' 45) ואמון הציבור בשפיטה (שם, בעמ' 49).

19. שם, בעמ' 41.

20. שם, שם.

21. שם, שם.

22. ראו לעניין זה מראי מקומות ודיון ממצה במאמרו של מנחם מאוטנר, "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", בחוברת זו.

23. ברק (לעיל, הערה 8), בעמ' 42.

24. שם, שם.

25. ראו, למשל: Ronald Dworkin, "No Right Answer?", 53 *N. Y. U. L. Rev.* (1978) 1; Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1997), 81.

26. למחלוקת בין דבורקין וברק ראו אהרן ברק, *שיקול דעת שיפוטי* (פפירוס, תשמ"ז), פרק

הדעת מתנהל באפיקים אובייקטיביים שאינם מביאים לידי ביטוי את העדפותיו הפרטיות של השופט. אולם לעתים אין מנוס מ"סובייקטיביזציה מסויימת של האובייקטיבי",²⁷ לאחר ששופט מפעיל את שיקול דעתו באופן אובייקטיבי, כנדרש, ומתחשב בהגבלות שהשיטה המשפטית, המסורת המשפטית והחברה מציבות לו, עשוי הוא לעמוד מול שורה של אפשרויות הכרעה, כולן כשרות, שעליו לבחור ביניהן. או אז, מסכים הנשיא ברק, עליו להיזקק לסובייקטיביות שיפוטית אשר "משקפת את מבנה אישיותו של השופט ואת תגובתו לסובב אותו".²⁸ במצב זה הבדלים אישיים בין שופטים ינחו אותם להגיע לתוצאות שונות, והמסקנה המתבקשת: "נמצא כי הפעלת שיקול הדעת אינה כל כולה אובייקטיבית, אך היא גם אינה כל כולה סובייקטיבית".²⁹

הנשיא ברק איננו מהסס להביע מפורשות את קוצר היד של השאיפה לאובייקטיביות, הטבועה הן בשופט והן במשפט. למקרא הדברים – שאמנם מוצנעים בספר בפסקאות קצרות, שאפשר כי הן תמציתיות מדי – מתפתחת ציפייה, שהדיון בספר יזרוק אור על שאלת זהות האדם האמור לכהן כשופט בחברה דמוקרטית, אך ציפייה זו איננה מתממשת. הנשיא ברק מסתפק בקביעה, כי השאיפה של השופט לאובייקטיביות היא האתגר המקצועי שלפניו הוא עומד. זוהי עבודת המוטלת על השופט ועליו לשאת בנטל. השאיפה לאובייקטיביות היא בת השגה ושופט שאיננו מממש אותה פשוט טועה. ממילא ניתן להסיר את הנושא מעל פני הספר באמירה כללית, שמפתה את הכול להתכרבל בה: "אובייקטיביות שיפוטית אינה רק חזון. היא מציאות חיים".³⁰

ואף על פי כן מתגנב לו צלו של ספק: ראשית, כאמור, ערכיו האישיים של אדם, היוצרים את פרצופו הייחודי, אינם ניתנים להשלה, כנשל נחש, בבואו לישיב על מדין. האם אין בכך כדי להצדיק דיון בהתאמה האישית של השופט, מבחינת השקפת עולמו, למילוי התפקיד המוטל עליו בחברה דמוקרטית? שנית, המשפט, הרחם שממנו נולדות הכרעות ערכיות חשובות שמעסיקות חברות דמוקרטיות, איננו יכול להנביע באופן אובייקטיבי תשובות אמת יחידאיות לכל מצב. האם לא עולה מכך הכרח לפשפש בתעודת הזהות הערכית של בעל סמכות ההכרעה בין התשובות האפשריות? שלישית, הדברים אף מתחדדים בהקשר המיוחד של הדמוקרטיה הישראלית, המצויה במתח זהותי ותרבותי ניכר ושאופייה דינמי ומשתנה. אפשר כי דווקא משום ייחוד זה אנו מרבים להיזקק למשפט כזירת הכרעה מרכזית בנושאים ערכיים השנויים במחלוקת. אם כך, האם אין מקום לדון בשאלת אפיון מניפת הזהויות – האיוון הראוי בין הזהויות הפרטיות של השופטים – שבידיה מופקדים המפתחות של זירה זו?³¹

חמישי. הספר מוקדש כולו לבירור דרכי הפעלה של שיקול הדעת השיפוטי במצבים שבהם אין פתרון חוקי אחד לקונפליקט.

27. שם, בעמ' 194.

28. ברק (לעיל, הערה 8), בעמ' 44-45.

29. שם, בעמ' 45.

30. שם, שם.

31. שאלה זו נידונה באחרונה בדיון והשבון הוועדה לסדר הבהירה של שופטים (אפריל, 2001)

2. מקצועיות מול ייצוגיות זהותית

מקס ובר היה מהראשונים שדיברו על המקצועיות האובייקטיבית כעל אידיאל מודרניסטי,³² על המקצועיות כיעוד. אפליקציות של עמדות אלו, כמו גם ויכוח מרתק עמן, ניתן לגלות ביצירות של קפקא, ובהן **המשפט**.³³ בשנות השישים ניכרה התרופפות משמעותית בתקפותו של אידיאל המקצועיות. הדברים קיבלו הדגש ותמיכה ניכרים בשנות השמונים עם צמיחת הפוסט־מודרניזם, אשר מבקר את האתוס של אובייקטיביות ומדגיש את החשיבות של נקודת המבט האישית של כל מי שמעורב בפעילות כלשהי.³⁴

חשוב להבין, שהמתח שבין השאיפה לאובייקטיביות (שמכונה גם "מקצועיות") ובין הצורך בתפקוד סובייקטיבי (שמכונה גם "ייצוגיות"), על שום היותו קשור להעדפות של קבוצות ייחודיות) קיים ונדון בכל מעגלי החיים הציבוריים ולא רק בהקשר של זהות השופטים.³⁵ קחו, למשל, את הרשות המבצעת: האם פקידי האוצר צריכים להיבחר אך ורק

(להלן: דו"ח הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים). הוועדה דחתה את הדרישה ל"ייצוג" של הרכב האוכלוסייה בהרכב השופטים, משום שבעיניה בית המשפט הוא בראש ובראשונה גוף מקצועי. עם זאת היא קיבלה את עקרון ה"שיקוף" החברתי. המלצת הוועדה היא: "הבחירה של שופטים חייבת להתבסס, בראש ובראשונה, על הרמה המקצועית והתכונות האישיות של המועמדים. עם זאת, כאשר הרמה המקצועית והתכונות האישיות קיימות במידה הנדרשת, יש לתת משקל גם לעקרון השיקוף החברתי", שם, בעמ' 86.

32. מקס ובר, **על הבאריזמה ובניית המוסדות** (הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית, תש"ם); Max Weber, *Economy and Society* (University of California Press, 1978).

33. פרנץ קפקא, **המשפט** (שוקן, תשנ"ב).

34. כך, למשל, Richard Rorty מבהיר, כי השאיפה לאובייקטיביות היא ניסיון להתפשט מהמען התרבותי האישי ולגלות את המהות האנושית הבסיסית. אדם רוצה להציב את עצמו כחלק מסיפור כולל, מטה־נרטיב, ולהרחיק עצמו מהנתונים הייחודיים לו. מנגד מציע רורטי את השאיפה לסולידריות, שמבטאת את האדם כחלק מסיפור קונקרטי; מקבוצה והקשר ספציפיים שבהם הוא מתקיים. לפי רורטי השאיפה לאובייקטיביות היא משלה ומטה־פיוזית ואילו השאיפה לסולידריות היא פרגמטית וליברלית־אירנית. ראו: Richard Rorty, *Objectivity, Relativism, and Truth: Philosophical Papers Vol. 1* (Cambridge University Press, 1991), pp. 21-34.

35. בדיון הציבורי בסוגיה של דרכי המינוי הרצויות של שופטים בישראל התקבעו להם שני מחנות חלוקים, שכל אחד מהם מתבצר מאחורי מילת קוד אחת לשם תיאור עמדתו־שלו ומייחס מילת קוד אחרת לשם תיאור עמדתו המאיימת של הוולת. מצד אחד ניצבים אלו הרואים ב"מקצועיות" המועמד לשפיטה את אמת המידה היחידה למינוי שופטים; מהצד האחר ניצבים אלו הסוברים, כי לצד המקצועיות נדרשת גם "ייצוגיות" של מגוורים מגוונים בהרכב בית המשפט. הראשונים מזהים בחתירה לייצוגיות שם נרדף לפוליטיזציה של המשפט ולאבדן האתוס העצמאי שלו; האחרונים סבורים, שהנשבעים בשם המקצוענות מתכוונים למעשה

בהתאם לסטנדרטים "מקצועיים" – במונח של ידע בתיאוריות כלכליות – או שמא, גם באשר לקבוצה זו, שמשפיעה רבות על איכות חיבנו, יש לבוא בדרישה לקיום מידה של "ייצוגיות והותית", למשל באשר להשקפת עולמם החברתית? ודוק, אינני עוסק בייצוגיות על בסיס מגזרי או פוליטי, אלא בייצוגיות שתכליתה להביא אל תוך המעגל הפנימי של מקבלי ההחלטות בנושאים תקציביים דמויות, שהתפיסות החברתיות-כלכליות שלהן בדבר תפקיד המדינה מגוונות ומשקפות את המרקם העשיר והמסוכסך של הקולות המרכזיים שנשמעים בנושא זה. דוגמה נוספת – הצבא: אנו רגילים לדבר על צבא מקצועי, במונח זה שהשקפת העולם הפוליטית של מפקדיו לא רק שאיננה ידועה לציבור הרחב אלא גם איננה משפיעה על דרכי תפקוד הצבא. ואמנם אין ספק שלכך יש לשאוף. אך עם זאת ברור, שגם המאמינים הגדולים ביותר במקצועיות הצבא אינם משלים את עצמם שההחלטות המקצועיות של מטה כללי שמאויש כולו באלופים בעלי דעות אישיות "ימניות" מובהקות תהיינה זהות להחלטות מקצועיות של מטה כללי שמאויש כולו באלופים בעלי דעות אישיות "שמאליות" מובהקות. השקפת העולם האישית של המפקד הבכיר היא חלק בלתי נפרד מתמונת המציאות שלו ולכן היא משפיעה על החלטותיו.

הוא הדין באשר לשופטים: אין טעם בהצגה אידיאלית של השופט כמקצוען חסר תכונות זהות אישיות. אין אדם כזה, וככל שאדם נהפך לכוהן – איש ללא תכונות זהות – כך הוא גם מתאים פחות, בעיני, לתפקיד השיפוטי. האובייקטיביות הנדרשת מהשופט והאפיון האישי שלו אינן קטגוריות הופכיות אלא קטגוריות משלימות. אלמנטים של זהות הם חלק הכרחי מהתוכן הפנימי של מקצועיות. מקצועיות שאיננה נשענת על זהות אישית מוצקה, על עולם אמונות ודעות ייחודי, היא מקצועיות עקרה ופגומה. מערכות שלטוניות כגון פקידות האוצר, המטכ"ל או בית המשפט – שכישוריהם של החברים בהם הם הטובים ביותר, לא תוכלנה לבצע את תפקידן באורח משביע רצון אם קיים פער גדול מדיי בין עולמם האישי של החברים בהם (וממילא גם בין הוהות המצרפית של הגוף כולו) ובין עולמה של הקהילה שאותה אמור הגוף השלטוני לשרת. מקצועיות איננה מתמצה רק ברמה גבוהה של אינטליגנציה, ידע מקצועי וניסיון חיים, אלא נדרשות גם תכונות קריטיות

לנכס לעצמם שליטה מלאה בהליכי המינוי. אני, לעומת זאת, משתמש במונח "ייצוגיות זהותיות", שמטרתו להדגיש כי אין מדובר בייצוגיות במובנה הפוליטי. כסאות ייחודיים למגזרים בעלי אינטרסים קיימים בכנסת, שם כל נבחר אמור להציג את עמדת שולחיו-בוחריו ובכך, במידה רבה, הוא גם נמדד. תחת זאת ה"ייצוגיות הזהותיות" מתמקדת בפונקציית מטרה מורכבת יותר, עדינה, שנועדה להביא לתוך בית המשפט אנשים שמעגלי הזהות, שמתוכם הם מתפקדים, מייצגים בצורה מספקת את קווי היסוד של המוזאיקה החברתית והתרבותית של החברה שלנו. הייצוגיות הזהותית איננה אמורה להביא לידי ביטוי כוחות או תנועות הפועלים בחברה הישראלית, אלא היא אמורה לתת ביטוי להטרונגיות התרבותית של הצרכנים של המשפט, לתפיסות הערכיות ולרחשי הלב הרווחים בציבור. אפשר, כי זהו היעד שהוועדה לסדרי הבחירה של שופטים כינתה "שיקוף", ראו לעיל, הערה 31. אם כך הוא, הריני מצרף את דעתי לעמדת הוועדה הנכבדה.

אחרות – כגון רמה אתית גבוהה, תשתית פסיכולוגית מתאימה ודמיון אמפתי.³⁶ בה במידה נדרש, לדעתי, קיום של תואם בסיסי בין מעגלי הזהות של קבוצת המחליטים ובין החברה עבורה הם מתפקדים. כמובן, המשקל היחסי שיש להעניק לאלמנט הייצוגיות הזהותית בתוך ההגדרה הרחבה של המקצועיות הנדרשת איננו קבוע. היא משתנה ממוסד למוסד ומרשות לרשות. אין דין פקידי האוצר כדין אלופי הצבא, ואין דינם של השניים כדינם של השופטים.³⁷

36. מרתה ק. נוסבאום, צדק פואטי – הדמיון הספרותי והחיים הציבוריים (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה/ספרית מעריב, תשס"ד) קוראת להכליל קריאת רומנים בתכנית הלימודים של בתי ספר למשפטים כדי לפתח בקרב משפטנים את הדמיון האמפתי אשר יאפשר להם לחדור בדמיונם לחייהם של אחרים. בעיניה יש חשיבות רבה לכך שאנשים שעוסקים בשיפוט יוכלו לחוות רגשות הנובעים מתוך השתתפות בחייו של הזולת. לדעת נוסבאום החוויה "מספקת תובנות, שמן הראוי כי יהיה להן תפקיד... בבנייתה של תורת מוסר ופוליטיקה מספקת... היא מפתחת יכולות מוסריות, שבלעדיהן לא יצליח אורח להגשים במציאות את מסקנותיה של שום תורה מוסרית או פוליטית", שם, בעמ' 31. שיקול הדעת הנדרש משופט איננו מתמזה בהפעלה שכלתנית של עקרונות כלליים, אלא עליו לכלול רגישות פסיכולוגית-תרבותית שאותה ניתן לרדות ממקורות ספרותיים, חוץ-משפטיים. "שופט ספרותי יחבוק את כלל העובדות בצורה מוצקה יותר משופט בלתי ספרותי", שם, בעמ' 135. בעקבות וולט ויטמן היא קובעת, "שהיכולת לדמיין בבהירות – ואזי להעריך בשיקול דעת – את כאבו של אחר, להשתתף בו ואזי לתהות על משמעותו, היא יכולת רבת-עוצמה, שבאמצעותה אפשר ללמוד את העובדות האנושיות ולפתח מניעים לשינוי", שם, בעמ' 109.

37. מהם השיקולים הרלוונטיים למינוח נכון של אלמנט הייצוגיות הזהותית בתוך ההגדרה הרחבה של המקצועיות? אמנה בחטף גורמים מספר: ראשית, ככל שלפעולתה של קבוצת המחליטים השפעות חברתיות שהוצות את החברה על פי השסעים המרכזיים והכרוניים שבתוכה, כך גם גדלה החשיבות של הייצוגיות הזהותית. כך, למשל, הייצוגיות הזהותית בהקשר החברתי-כלכלי ובהקשר העדתי איננה בעלת משמעות רבה באשר לקבלת החלטות בצבא, אך הנה רלוונטית באשר לתפקודם של פקידי האוצר. שנית, משך הזמן שבו המחליטים אוחזים בכוח לקבל החלטות ומידת העצמאות שלהם בהפעלתו. החברה שלנו דינמית ועוברים עליה שינויים מהותיים בתקופות זמן קצרות יחסית. לכן ככל שמדובר במינוי ארוך טווח הנהנה מרמה גבוהה של עצמאות, ולכן חסין מהשפעות של שינויים חברתיים וערכיים, כך גם יש להתחשב בייצוגיות הזהותית באופן שיבטא את מחלוקות התשתית (להבדיל ממחלוקות עתיות-אופנתיות). פקידי האוצר מתמנים לתקופה קצרה יחסית ומחלפים בהתאם לשינוי המדיניות של השר האחראי; מפקדים ברמות בכירות בצבא משרתים תקופה ארוכה יותר והנטייה להחליפם משום שינוי בזהות השר – נמוכה; השופטים מתמנים עד גיל פרישה ונהנים, כמובן, מאי-חלול מלאה. שלישית, אופי ההחלטות המתקבלות: ככל שמדובר בהחלטות אופרטיביות שוטפות, שתכולתן ותוחלתן מוגבלות, כך גם משקלה של הייצוגיות

3. ייצוגיות זהותית והתיאוריה של המשפט

התיזה המקצוענית-הנקייה רלוונטית גם על פי השקפת העולם המודרנית, המאמינה בקיומו של סיפור-על, רק כאשר מדובר בעבודה שהיא על פי מהותה אובייקטיבית, ניטרלית, בעלת אופי סמי-מדעי (ניתנת לבדיקה ולכימות) ואוניברסלית (איננה תלויה סביבה, חברה ותרבות). המקצוען מנתק עצמו מתכונותיו האישיות, פושט מעל עצמו את עצמו. ההשתייכות החברתית, תרבותית, אתנית, מגדרית, סוציו-אקונומית, אמונית ולאומית שלו – איננה ממין העניין, באשר היא אישית לו. האם ניתן לקבוע כי התפקיד השיפוטי הוא עבודה אידיאלית ממין זה? אפשר, כמובן, להבין את הרצון הרווח לראות את השופט כמקצוען "נקי". על שופט כזה ניתן לסמוך. המקצוענות הצרה נותנת לפעולתו גוון אוטומטי, ישר ונטול פניות. פסיקתו צפויה ומשרה ודאות. הוא נותן לנו אפשרות להסדיר מחלוקות מורכבות באמצעים שאינם יכולים להיות שנויים במחלוקת. אולם האם ניתן לבצע עבודה שיפוטית באורח בירוקרטי, פורמלי, נטול העדפות אישיות? האם המשפט הוא אובייקטיבי, שכל מי שמתבונן בו נכון – במקצועיות – רואה את אותו דבר עצמו ומפרש אותו בדרך דומה? האם בית המשפט, הפרשן המוסמך של המשפט, נדרש רק להכרה של כללים וידע בהפעלה שלהם, תוך שימוש במתודות אובייקטיביות של מיון ודוקציה בדומה לחוקר של מדעי הטבע? האם המשפט הוא מערכת פסדו-מתמטית מופשטת המנותקת מהעושר הטמון בהיסטוריה ובקונקרטי?³⁸ התשובות על שאלות אלו תלויות בתיאוריה שאנו מאמצים באשר למשפט.

וזהותית פוחת, שהרי שינוי ערכים בחברה יוכל להביא בקלות יחסית לידי שינוי עתידי בהחלטות. לעומת זאת, אם מדובר בהחלטות עקרוניות, במוסד שהאטום שלו שמרני ושאנו יכול להרשות לעצמו מהפכות חוזרות ונשנות, או אז עולה החשיבות של אלמנט הייצוגיות וזהותית. דומה כי גם אלמנט זה מחוק את הצורך בייצוגיות זהותית בבית המשפט, ובמיוחד בבית המשפט העליון.

38. עמדות כאלה מתאימות למשפט דתי שאמור לשרטט עולם אידיאלי, לאו דווקא ריאלי. הרב סולובייצ'יק, ממנהיגי האורתודוקסיה המודרנית במאה העשרים, מתאר את איש ההלכה כך: "איש ההלכה מתקרב אל העולם, כשהוא מזוין במקלו ובתרמילו, בחוקותיו, בדיניו, בעיקריו ובמשפטיו ביחס אפיריורי... מהותה של ההלכה שקיבלה מאת הקב"ה, היא יצירת עולם אידיאלי, והכרת היחס, השורר בינו למציאות, על כל תופעותיה, שרשיה ועיקריה. אין לך תופעה, יצור ובריאה, שאין ההלכה האפיריורית ניגשת אליהם באמת מידתה האידיאלית. כשאיש ההלכה נתקל במעיין המפכה חרש, הרי יש לו יחס אפיריורי קבוע לתופעה ריאלית זו: הלכות מעיין בנוגע לטבילת זב, טהרה בזוחלים... אין איש ההלכה סקרן יותר מדי, ואין הוא מעוניין להכיר את המעיין כשהוא לעצמו, אלא הוא שואף להתאים את המושג האפיריורי עם התופעה האפוסטיריורית... השקפתו היא כמו זו של המתמטיקאי: אפיריורית ואידיאלית... וכשהרבה ממושגי ההלכה אינם מקבילים אל התופעות הריאליות, אין איש ההלכה מיצר ודואג כלל. משאת נפשו היא לא הריאליזציה של ההלכה, אלא הקונסטרוקציה האידיאלית שניתנה לה מסיני, וזו קיימת לעולם ועד... כלום ידאג המתמטיקאי, שאין המספר האי-רציונלי האידיאלי מכוון כלפי מספר ריאלי? גם בעל ההלכה וגם המתמטיקאי

פולר, הדוגל בתיאוריה של משפט טבעי, עונה בחיוב: "There are external criteria, found in the conditions required for successful group living, that furnish some standard against which the rightness of [the judge's] decision should be measured"³⁹. מי שמחזיקים בתיאוריות פורמליסטיות של המשפט,⁴⁰ וכן בדרך כלל מי שמחזיקים בתיאוריות פוזיטיביסטיות של המשפט, כמו קלזן⁴¹ או הארט,⁴² יצטרפו גם הם, מסיבות אחרות אך דומות, לאותה עמדה. לדידם, המשפט הוא מערכת סגורה ורציונלית של נורמות והמהות של התפקיד השיפוטי היא תרגום ויישום של הנורמה במקרה קונקרטי: המשפט כמוהו כמערכת כללים של משחק שחמט שעל פיהם משחקים השופטים. הנתונים הסובייקטיביים של השחקן אינם משפיעים על תחולת הכללים ועל פרשנותם. לעומת זאת מי שמחזיקים בתיאוריה הריאלית של המשפט, בעקבות לואלין⁴³ ופאונר,⁴⁴ מכירים בכך שהתפקיד השיפוטי מחייב את השופט לבחור בין אפשרויות לגיטימיות שונות ושהבחירה איננה ניתנת להסבר ולהצדקה רק על בסיס ההיגיון הפנימי של המשפט, אלא גם על רקע המטרות החברתיות שהשופט מעוניין להשיג. פסק הדין איננו תוצאה של הפעלה של מכוונה מקצועית, שמתמחה בהפעלה "נכונה" של שיקול דעת, אלא הוא תוצאה של יישום מערכת ערכים, בהקשר חברתי והיסטורי מסוים, שנועדה לקדם סדר יום כלשהו. הפרקטיקה השיפוטית, אף שהיא נתחמת על ידי מגבלות הייצוגיות (ובהן המערכת התרבותית של המשפט, כללי ההתנהגות במקצוע ומקורות משפטיים קיימים), מושפעת מגורמים סובייקטיביים שהמרכזיים שבהם הם ניסיון, הרגשה ואינטואיציה.⁴⁵ כעולה מכך מתבררת חשיבותו של השופט, הפרשן של הטקסט המשפטי.

-
- חיים בתחום אידיאלי ונהנים מזיו יצירתם", הרב יוסף דב הלוי סולובייצ'יק, **איש ההלכה – גלוי ונפתר** (ההסתדרות הציונית העולמית, תשנ"ט), בעמ' 28-33. כמוכן, איש ההלכה של הרב סולובייצ'יק איננו השופט-פוסק ההלכתי, אלא איש העיון. ההוראה למעשה, הרבנות המתפקדת, מרתיעה את איש ההלכה משום שהיא מחייבת אותו לעבור מהיצירה האידיאלית אל העולם הריאלי. אילו כתב הרב ספר שמטרתו מקבילה לספרו של הנשיא ברק, נניח "פוסק בחברה הלכתית", בוודאי היה מתרחק מהשוואת עבודת הפסיקה לעבודתו של המתמטיקאי.
39. ראו: Lon L. Fuller, "Reason and Fiat in Case Law", 59 *Harv. L. Rev.* (1946) 376, 379.
40. לתיאור הפורמליזם המשפטי ראו מאטנר (לעיל, הערה 5), פרק א.
41. ראו, למשל: Hanz Kelsen, *What is Justice?: Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays* (University of California Press, 1957).
42. ראו, למשל: H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961).
43. ראו: Karl N. Llewellyn, *The Case Law System in America* (University of Chicago Press, 1989); Karl N. Llewellyn, *My Philosophy of Law* (Boston Law Co., 1941).
44. ראו: Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (Yale University Press, 1954).
45. ראו: Llewellyn, *The Case Law System in America* (לעיל, הערה 43), בעמ' 66-70, 73, 81-78.

מהי עמדתו של הנשיא ברק במחלוקת התיאורטית הנוגעת למהות המשפט? ככלל, הוא איננו מאמץ פילוסופיית משפט אחת, תוך דחיית האחרות. לדידו, ככולן יש גרעין של אמת ולכן יש להעדיף גישה אקלקטית המבקשת איזון בין התורות השונות.⁴⁶ עם זאת, כאשר הוא דן בסוגיות שונות לגופן עולה מהדיון דחייה מעשית ברורה של תורת משפט אידיאליסטיות, ה"מחביאות" את השופט ומצניעות את חלקו בתהליך השיפוטי. אדרבא, הנשיא ברק מדגיש היטב בפסיקתו, בחיבורים קודמים רבים ובספר הנוכחי, את מקומו המרכזי של שיקול הדעת השיפוטי.⁴⁷ הוא מרבה לדבר על חשיבותה של המדיניות המשפטית וחשיבותו של יסוד הבחירה בפעולת השיפוט, מציין שוב ושוב את החובה המוטלת על השופט לאזן בין ערכים מתחרים, את תפקידו לאזן בין יציבות וודאות ובין שינוי ותנועה, את הצורך בעבודה שיפוטית יצירתית ("במקרים קשים"), את היסוד האקטיבי (החלקי) בשיפוט, את מקומו המרכזי של השופט כפרשן שאיננו תר אחר פירוש אמיתי והכרחי אלא אחר פירוש ראוי ורצוי בהתאם לתכלית החוק שהיא הגשמה של ייעוד חברתי, את האחריות של השופט להתאים את המשפט אל המציאות החברתית וכדומה. עמדותיו של הנשיא ברק חושפות באורח פתוח למדי את ההישענות הבלתי מבוטלת של התפקיד השיפוטי על השופט ואת קיומה של סובייקטיביות שיפוטית, שאין דרך להימלט ממנה. הסובייקטיביות אמנם מוגבלת וצרה. "זו סובייקטיביות שעברה סינון אובייקטיבי. אך בסופו של יום זו הכרעה סובייקטיבית".⁴⁸

ככלל, אם מצרפים את פרטי השקפתו של הנשיא ברק באשר לתפקיד השיפוטי, לבנה ללבנה, נוצר מבנה גדול ומרשים שמעמיס על השופט אחריות בעלת השפעות חברתיות עצומות ממדים. הבחירות שהמחבר עושה בחלק גדול מהדילמות שהספר מעלה מוליכות להגדרה רחבה ועמוקה של התפקיד השיפוטי בחברה דמוקרטית. הדעת נותנת, שיתקיים יחס ישיר בין התוכן של התפקיד השיפוטי – שאלת ה"מה", ובין שאלת זהות השופט – שאלת ה"מי". אף שברור, כי שופט איננו רשאי לפסוק על פי השקפת עולמו האישית תוך התעלמות מהמגבלות האובייקטיביות החלות על שיקול דעתו, ברור גם, מנגד, שככל שאנו מסמיכים שופט להכריע בשאלות ערכיות חשופות יותר, שנויות במחלוקת חברתית רחבה, כך גם, מן הסתם, יש לייחס חשיבות רבה יותר לזהותו האישית שמתוכה נגזר עליו להפעיל את שיקול דעתו במסגרת המגבלות האובייקטיביות. כאמור, הקריאה בספר מלמדת על מגמה שיטתית של הרחבה של התפקיד השיפוטי – ראו הפרקים העוסקים

46. ברק (לעיל, הערה 8), בעמ' 173-174. הוא גם קובע: "הפילוסופיה השיפוטית קשורה קשר הדוק לניסיונו האישי של השופט. היא מושפעת מחינוכו ומאישיותו... לכל שופט ניסיון חיים מורכב המשפיע על גישתו לחיים, ומכאן גם על גישתו למשפט". שם, בעמ' 175. עולה, כי אין עמדה "מקצועית" ו"נכונה" באשר לתורת המשפט שיש לנקוט, אלא יש להתור לבית משפט שמאזן בהרכבו בין אנשים המעדיפים את התורות השונות. אלו דברים נכוחים שמדגישים, לדעתי, פן אחר חשוב של הצורך לדון בזהות השופט, כמו גם במניפת הזהויות הנפרשת בערכאות שלנו.

47. כידוע, הנשיא ברק חיבר ספר מרשים שעניינו נושא זה. ראו ברק (לעיל, הערה 26).

48. ברק (לעיל, הערה 8), בעמ' 399.

בדרכי הפרשנות, בפיתוח המשפט המקובל, בשימוש הנרחב ביישומם של מושגי שסתום כגון סבירות, תום לב ותקנת הציבור, בשיח הערכי החשוף שבא לידי ביטוי בפרויקט האיוון בין ערכים, בהרחבה של גבולות השפיטות, בהרחבת המעמד בדין, בביקורת השיפוטית, בתפקיד המיוחס לרשות השופטת לבקר את שאר הרשויות ועוד ועוד. ממילא גם גדל ההכרה לדון ברצינות בשאלת טיבם האישי-זהותי הראוי והרצוי של השופטים בחברה דמוקרטית.

רווחת היום ההשקפה שהמשפט איננו מערכת כללים שניתנים להחלה אוטומטית ושמנביטים תוצאה הכרחית, אלא הוא מערכת שמשרטת מתחם של אפשרויות לגיטימיות שעל השופט לברור ביניהן. המתחם עשוי לעתים להיות רחב, על פי כלליות הסטנדרט או העיקרון המשפטי ובהתחשב בקיומה או היעדרה של מסורת פרשנית תקדימית "הדוקה" בתחום המדובר. כאשר שופט בורר בין אפשרויות לגיטימיות הוא איננו דובר בלשון אמת או שקר, אלא בלשון שקילה ואיוון.⁴⁹ החוק איננו רשימת מלאי של כללים הרמוניים, אלא מערכת מורכבת ועשירה של עקרונות וסטנדרטים שלעיתים קשה ליישב ביניהם, ולא רק במבט ראשון. העקרונות הללו מתחרים זה בזה על הסדרת המציאות. המכריע בתחרות הוא השופט, הפרשן. השופט נדרש לערוך בירור עובדתי⁵⁰ (מתוך מגוון פרשנויות נרחב של מציאות ראשונית) ובירור ערכי נורמטיבי (מתוך מגוון הפרשנויות שבתוך המתחם הלגיטימי שעולה מהמשפט הנוהג). במלאכה זו הוא נהנה מחופש מסוים הן בנוגע לפרשנות המציאות והן בנוגע לפרשנות הנורמה. עליו להשתמש בשיקול דעתו תוך הפעלת שיקולים ערכיים, מוסריים ותרבותיים.⁵¹ דומה, כי בית המשפט והנשיא ברק מגלים רפלקטיביות לעניין המשמעות האמורה של עבודתם, וזאת בניגוד לדורות קודמים של שופטים ישראלים.⁵² עם זאת, דומני שקיימת רמת מודעות נמוכה לקשר האפשרי שבין טיב העבודה השיפוטית, כפי שתוארה כאן, ובין טיבו של השופט האמור לבצע עבודה זו.

4. ייצוגיות זהותית והחברה הישראלית

כותרת הספר מתייחסת ל"חברה דמוקרטית", באשר היא. אולם אין דין חברה דמוקרטית אחת כדין חברה דמוקרטית אחרת.⁵³ החברה הישראלית, שהתנהלה בעבר כדמוקרטיה

49. הנשיא ברק קובע: "לא נרצה לחזור אחורה לתורות משפט של מושגים (Begriffsjurisprudenz) בהן המסקנה עלתה, כאילו מעצמה, מתוך שיקולים אובייקטיביים. אנו מעדיפים תורת משפט של אינטרסים (Interessenjurisprudenz) ותורת משפט של ערכים (Wertungsjurisprudenz) בהן נדרשת הכרעה 'השקפתית'". ע"א 6024/97 פרדריקה שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון, פ"ד נג(3) 600 (להלן: ע"א שביט), בעמ' 661.

50. ראו, למשל, יעל ארידור בר-אילן, "עובדות שנויות במחלוקת", עיוני משפט כד (תש"ס) 131.

51. ראו: Ann Swidler, "Culture in Action: Symbols and Strategies", 51 *Am. Soc. Rev.* (1986) 273.

52. לפירוט והדגמה ראו מאונטר (לעיל, הערה 5), פרק ב.

53. הנטייה להכליל ולהתייחס לתפקידים של שופטים באורח אחיד בכל חברה דמוקרטית אופיינית

הסכמית, ⁵⁴ עברה זה מכבר למצב חריף של דמוקרטיה משברית. ⁵⁵ החברה ההגמונית התחלפה לה בחברה רב-תרבותית. ⁵⁶ פנינו הציבוריות מצולקות שסעים, חלקם

לא רק לתומכים באקטיביזם השיפוטי, אלא גם למתנגדים לו. כך, למשל, השופט Bork מכליל בהריפות אופיינית: "Judicial activism results from the enlistment of judges on one side of the culture war in every Western nation. Despite denials by some that any such conflict exists, the culture war is an obtrusive fact. It is a struggle between the cultural or liberal left and the great mass of citizens who left to their own devices, tend to be traditionalists" (לעיל, הערה 6), בעמ' 2. ובהמשך: "As the culture war has become global, so has judicial activism. ... Everywhere judicial review has taken root, activist courts enforce New Class values, shifting the culture steadily to the left. As the battle crosses national boundaries, moreover, it becomes less a series of separate or even merely parallel wars and, at the level of legal intellectuals, is increasingly a single struggle. This shift is occurring not only because of the creation of supranational courts but because judges on national courts have begun to confer with their foreign counterparts and to cite foreign constitutional decisions as guides to the interpretation of their own constitutions. ... Judicial imperialism is manifest everywhere, from the United States to Germany to Israel, from Scandinavia to Canada to Australia, and it is now the practice of international tribunals. The problem is not created simply by a few unfortunate judicial appointments, but by a deeper cause and one more difficult to combat — the transnational war."

בעמ' 10-11.

54. דגם הדמוקרטיה ההסדרית (קונסוציונלית) הוצע על ידי Arend Lijphart, *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in the Netherlands* (University of California Press, 1968); Arend Lijphart, *Democracies* (Yale University Press, 1984) בישראל היו שיישמו אותו לשם הבנת תפקודו של היישוב היהודי בתקופת המנדט כקהילה פוליטית [דן הורוביץ ומשה ליסק, *מישוב למדינה, יהודי ארץ ישראל בתקופת המנדט כקהילה פוליטית* (עם עובד, תשל"ח)], כמפתח להבנה של היחסים בין דתיים לחילונים לאחר קום המדינה [דן הורוביץ ומשה ליסק, *מצוקות באוטופיה: ישראל הברה בעומס יתר* (עם עובד, תש"ן)] ובהיבטים מגוונים בתחום דת ומדינה [אליעזר דון-יחיא, *שיתוף וקונפליקט בין מחנות פוליטיים: המחנה הדתי ותנועת העבודה ומשבר החינוך בישראל* (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"ז)].
55. ראו ברוך זיסר ואשר כהן, "בין הסכמיות שבירה לשבירת ההסכמיות ביחסי דת ומדינה – בין קונסוציונליזם להכרעה", *רב תרבותיות במדינה יהודית ודמוקרטיה – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי* (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר – עורכים, רמות, תשנ"ח) 675; Asher Cohen and Baruch Susser, *Israel and the Politics of Jewish Identity: The Secular-Religious Impasse* (Johns Hopkins University Press, 2000)
56. ראו, למשל, מנחם מאוטנר, "שנות השמונים – שנות החרדה", *עיוני משפט* כו (תשס"ב)

כרוניים.⁵⁷ לצד האפיון הדמוקרטי האוניברסלי של מדינת ישראל יש לה גם אפיון יהודי פרטיקולרי – "מדינה יהודית" – מכוח הקביעה ההיסטורית שבהכרות העצמאות,⁵⁸ הקביעה המשפטית של חוקי היסוד משנות התשעים⁵⁹ והעמדה התודעתית של מרב המשתתפים בשיח הזכויות ובשיח הזהות המקומי. החברה שלנו מתקיימת בצ'לן של שתי שמשות, שתי ציביליזציות-על, שלא תמיד ניתן לייצר בנקל הרמוניה ביניהן.⁶⁰ כיוון שכך, ברור ש"המקרים הקשים" בחברה הישראלית, שבהם התפקיד השיפוטי מחייב אפילו יצירה של דין וכינון של פרקטיקה חברתית חדשה, יהיו רבים יותר ובעלי חשיבות גדולה. המידע על תוכנה של ההסכמה החברתית לא תמיד קל לזיהוי.⁶¹ נדרשת אפוא חשיבה רצינית באשר לשאלת זהות השופטים, אשר על כתפיהם אנו מניחים את המעמסה בהקשרים מגוונים – אתניים, מגדריים, אמוניים, סוציו-אקונומיים ועוד. יש לתת את הדעת למידת קרבתו של השופט למעגלי זהות אחדים ולמידת ריחוקו ממעגלי זהות אחרים.⁶² ראוי שייאמר בבהירות: אף שאנו דורשים מהשופט אובייקטיביות, ואף שבדרך כלל הקוטב האישי בפרשנות השיפוטית איננו בעל חשיבות רבה, דווקא במקרים שבהם החברה שלנו חלוקה ערכית קשה לדרוש מהשופט להפריד את זהותו מפסיקתו.⁶³ ניסיונות

- 645; ברוך קימרלינג, מהגרים, מתיישבים, ילידים: המדינה והחברה בישראל בין ריבוי תרבויות למלחמת תרבות (עם עובד, תשס"ד).
57. "The deeper the rifts in society, the more cautious the courts should be, because there is greater danger of a serious break-down in the cohesion of society", Ruth Gavison, "The Role of Courts in Rifted Democracies", 33 *Isr. L. Rev.* (1999) 216, 253.
58. המונח "מדינה יהודית" מופיע חמש פעמים במגילת העצמאות ובכלל זה ההכרוז "על הקמת מדינה יהודית בארץ ישראל, היא מדינת ישראל".
59. ראו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח תשנ"ב 130; חוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח תשנ"ד 90.
60. ראו, למשל, אביגדור לבונטין, "חידת שני עולמות", המשפט בישראל – מבט לעתיד (ידידיה צ' שטרן ויפה זילברשץ – עורכים, אוניברסיטת בראילן, תשס"ג) 13.
61. גם בדמוקרטיות אחרות המאופיינות באוכלוסייה הטרוגנית, שמתקשה להסכים בשאלות ערכיות חשובות, נערך דיון ער בשאלת זהות השופטים האמורים לקבוע את תוכנה של ההסכמה החברתית. ראו, למשל, בנוגע לקנדה: Richard Devlin, A. Wayne Mackay and Natasha Kim, "Reducing the Democratic Deficit: Representation, Diversity and the Canadian Judiciary, or Towards a 'Triple P' Judiciary", 38 *Alberta L. Rev.* (2000) 734.
62. ההצעות שהועלו בשנים האחרונות בנוגע לאישו של בית המשפט העליון נולדו על רקע הפער שבין ההומוגניות התרבותית של בית המשפט לבין ההטרוגניות התרבותית של החברה הישראלית הבהטרוגנית הרבת-תרבותית. ראו מנחם מאוטנר, "מינוי שופטים לבית המשפט העליון בחברה רבת-תרבותית", מהקרי משפט יט (תשס"ג) 423.
63. יש אף הסוברים שהחלטה בנושאים אלו איננה "שיפוטית". בע"א שביט נתבקש בית המשפט להכריע בין חופש הדת של אחד לבין החופש מדת של האחר. השופט אנגלרד השמיע טענה הכופרת בעצם האפשרות לאזן בין הערכים בשל האופי הסובייקטיבי הבולט של

לעקוף את הבעיה באמצעות מבחן המסתמך על השקפותיו של "הציבור הנאור", ולכן נחזה כאובייקטיבי, נהדפים על ידי חלק מהמלומדים.⁶⁴ כך, למשל, האם ניתן להסתיר את העובדה, שבנושאים מסוימים של מחלוקת סביב מקומה של הדת במדינה הפסיקה של שופטים חובשי כיפה צפויה מראש ושונה מזו של חבריהם?⁶⁵ העניין שמעורר ויעורר הספר שלפנינו נובע מהעובדה, שיש לנו לא מעט מקרים קשים שהשופטים אמורים להכריע בהם.⁶⁶ באותם מקרים עבודתו של הפרשן מפולשת יותר מהרגיל: קיימת זרימה מממד

ההכרעה המבוקשת: "לטעמי, אין על בית המשפט למדוד רגישויות, שאינן ניתנות למדידה אובייקטיבית... אין לנו שום רשות לדרג, על פי סולם ערכים שהוא בהכרח אישי, את מעמדן הערכי או הרגשי של הדרישות המנוגדות... הכרעה שיפוטית אינה יכולה, ואף אינה צריכה להתיימר להכריע במחלוקת השקפתית", "ע"א שביט (לעיל, הערה 49), בעמ' 644. מרמור קובע: "השאלות שבית-משפט נדרש להכריע בהן בעניינים חוקתיים קלסיים... הן פשוט לא שאלות משפטיות. אלה הן שאלות מוסריות ופוליטיות *par excellence*", אנדרי מרמור, "ביקורת שיפוטית בישראל", **משפט וממשל ד (תשנ"ז)** 133, בעמ' 154.

64. ראו דן אבנון, "הציבור הנאור": יהודי ודמוקרטי או ליברלי ודמוקרטי", **משפט וממשל ג (תשנ"ו)** 417, בעמ' 419; דני סטטמן, "שני מושגים של כבוד", **עיוני משפט כד (תשס"א)** 541, בעמ' 543. השופט חיים כהן תוקף: "מי הוא זה ואיזה הוא הציבור הנאור? זהו, קודם לכל, הציבור שאליו משתייך השופט עצמו: הוא חייב להניח שאותה 'נאורות' שהיא מנת חלקו שלו, גם אחרים זכו בה כמותו. השאלה מי ומי הם האחרים האלה, הופכת לבלתי-רלוונטית: כל עוד 'הציבור' קיים – ויהא קטן ככל שיהא – אין נפקא מינה מי מנחה עמו. נמצא שהציבור הנאור אינו אלא בבואה של השופט עצמו...". ובהמשך: "ובהעדר קנה-מידה אובייקטיבי ל'נאורות', הרי כל ציבור, קטן וגדול, נאור הוא בעיני עצמו. ומסתמא יהיה כל ציבור 'נאור' בעיני השופט אם הנאורות הנטענת הולמת את הסטנדרטים והנורמות של השופט עצמו". ראו חיים כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור", **חיים כהן מבחר כתבים: קציר עשור הגבורות (אהרן ברק ורות גביון – עורכים, נבו, תשס"א)** 375-376.

65. ספיר קובע: "כל העוקב אחרי פסיקת בית-המשפט העליון יסכים כי במקרים שמתעוררות בהם שאלות הנוגעות במעמדה של הדת ובהיקפו של עקרון חופש הדת, עמדותיהם של שופטי בית-המשפט העליון נוטות להתפלג בהתאם להשקפות-עולמם – השופטים הדתיים מזה והחילוניים מזה". ראו גדעון ספיר, "ההליך החוקתי כהליך פוליטי", **מחקרי משפט יט (תשס"ג)** 461, בעמ' 465. ספיר ער לקיומו של מחקר אמפירי שגילה שאין קשר בין שופט דתי לבין דעות מיעוט, אלא שהמחקר לא פילח את פסקי הדין על פי תוכנם לנושאים "דתיים" או למקרים הקשים ולכן אין הוא ראוי לעניינו. ראו מיכאל דן בירנהק ודוד גוסרסקי, "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופלורליזם משפטי", **עיוני משפט כב (תשנ"ט)** 499, בעמ' 527, 532.

66. אכן, שאלת התדירות של הצורך להתבסס על עמדה ערכית סובייקטיבית שנויה במחלוקת. הנשיא ברק מצמצם: "חשוב לזכור כי חלקם של השיקולים הסובייקטיביים הוא קטן. עיקר מלאכתו של השופט מוכתב על פי מערכת מסועפת של שיקולים אובייקטיביים. אלה מתבקשים ממסמכי היסוד; אלה נקבעו בעבר בפסיקה; אלה משותפים לכל שופט ושופט.

אישי פנימי לממד ציבורי חיצוני. באותם מקרים אין לצפות שהשופט יתייחס אל המחלוקת הערכית כאילו הוא נטול זהות פרטיקולרית, מתוך ניתוק ביקורתי.⁶⁷ אף אם נקשור אותו, כאודיסאוס, אל תורן הספינה, כך שיוכל לשמוע את שירת הסירנות בלי שיושפע ממנה, הדבר לא יועיל: השירה שממנה אנו מבקשים לנתקו איננה נובעת ממקור חיצוני, מהסירנות, אלא זו שירה פנימית, שירת חייו, שמלווה אותו בכל מסעותיה של ספינתו. אדרבא, מותר לו ואף ראוי לו – וזוהי תכונת שיפוט חשובה – להתחבר אל זהות זו, להרגיש אותה ולפעול מתוכה.⁶⁸

אמת, ההכרעה היא תמיד ערכית. אך מכאן לא נובע שהיא סובייקטיבית. מרבית ההכרעות הערכיות הן אובייקטיביות, ומתבקשות מערכי השיטה. שופט מקצועי מסוגל לבצען, תוך הבחנה בין השיקולים האובייקטיביים לבין תפישתו הסובייקטיבית, "ע"א שביט (לעיל, הערה 49), בעמ' 660-661. בעבר, הנשיא ברק העריך כי מספר המקרים הקשים המובאים לפני בית המשפט העליון עולה כדי פחות מחמישה אחוזים. עם זאת הוא גם ציין כי למקרים אלו יש תהודה רבה. ראו ברק (לעיל, הערה 12), בעמ' 67. אחרים סוברים, כי השכיחות של ההישענות על השיקול הסובייקטיבי – בעיקר בהקשר של דילמות חוקתיות שאמורות להיפתר באמצעות הסתמכות על לשון החוקה שהיא מטבעה עמומה ומלכותית – היא רבה ואולי אף בלתי נמנעת. ראו, למשל, ספיר (לעיל, הערה 65), בעמ' 463-471, וההפניות בהערות השוליים שם.

67. דברים אלו אינם אמורים להבהיל איש. מעטים יחלקו על ההערכה שכל פרשנות שהיא – של יצירת אמנות, של טקסט דתי, של מערכת יחסים בין בני אדם, של עובדות היסטוריות – תמיד כוללת בתוכה השפעות אישיות. המשמעות נוצרת במפגש שבין הפרשן ובין מושא הפרשנות. אמנם פרשנות של חוק על ידי שופט־פרשן יוצרת תוצאות ממשיות המשפיעות על הזולת והחברה ובכך היא שונה מפרשנות של טקסט דתי, אמנותי או ספרותי. לכן לפרשנות זו יש מגבלות: על השופט להימנע מלפסוק באופן פרטי, כפי שמתאים לו. דבר זה בוודאי פסול הוא. השופט מחויב למסגרות קיימות, לתקדים, למסורת, לרצף לוגי וכדומה. עליו להיות ער וקשוב לגבולות מתחם הלגיטימיות. הוא חייב להיות שותף לעקרונות השיטה, לשפתה ולמדיניותה. אלא שלצד המוטיב האובייקטיבי המרכזי, ולאחר שהשופט קיבל עליו את המגבלות הנובעות ממוטיב זה, מתקיים גם ממד אישי בפסיקה, שהוא נושא הדיון כאן. אדרבא, מקצועיותו של שופט אמורה לבוא לידי ביטוי, בין היתר, גם ביכולתו לאזן בין הקוטב האישי בפסיקתו לבין הקוטב החיצוני לו. זהו תפקידו.

68. השופט Benjamin Cardozo ביטא זאת כך: "All their lives, forces which [judges] do not recognize and cannot name, have been tugging at them — inherited instincts, traditional beliefs, acquired convictions; and the result is an outlook on life, a conception of social needs, a sense in James' phrase of 'the total push and pressure of the cosmos,' which when reasons are nicely balanced, must determine where choice shall fall". Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (Yale University Press, 1921), 12

5. חשיבותה של הסובייקטיביות: עדות

הנשיא ברק נוטה לפנות – בצדק – לאסמכתאות שמקורן בשופטים אמריקנים. הוא גם בחר לפרסם את עיקרי דבריו, במקור, בארצות הברית.⁶⁹ והנה, מחקר אמפירי עדכני חושף את הקשר הישיר והשיטתי שבין זהותו האידיאולוגית של השופט האמריקני ובין דרכי הכרעתו בנושאים ערכיים השנויים שם במחלוקת.⁷⁰ נבדקו קרוב לחמשת אלפים פסקי דין של שופטים בבית המשפט הפדרלי לערעורים בארצות הברית, אשר יושבים במושב של שלושה. מתברר, כי ההכרעות של שופטים שנבחרו על ידי נשיאים רפובליקנים (להלן: "שופטים רפובליקנים") נוטות להיות שמרניות ואילו ההכרעות של שופטים שנבחרו על ידי נשיאים דמוקרטים (להלן: "שופטים דמוקרטים") נוטות להיות בעלות אופי ליברלי.⁷¹ נדגים:⁷²

במקרה של הפליה מתקנת (155 פסקי דין) שופטים דמוקרטים מאשרים את המדיניות המפלה ב-74% מהמקרים ואילו שופטים רפובליקנים רק ב-48% מהמקרים. אם המותב כולו של שופטים דמוקרטים, מספר השופטים שיאשרו את המדיניות יאמיר ל-82% מהמקרים ואם המותב כולו הוא של מינויים רפובליקניים, המספר יצטמצם ל-37% בלבד.⁷³ היינו, כאשר המותב מורכב משופטים בעלי אידיאולוגיה זהה ההכרעה האידיאולוגית של השופטים משפיעה עוד יותר.⁷⁴ התופעה של "יישור קו" אידיאולוגי של קבוצת שופטים הומוגנית מעניינת במיוחד לנוכח הטענות המושמעות בדבר נטייה להומוגניות תרבותית וחברתית בהרכב בית המשפט העליון בישראל.⁷⁵

69. ראו: Aharon Barak, "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16.
70. Cass R. Sunstein, David Schkade and Lisa Michelle Ellman, "Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation", 90 *Va. L. Rev.* (2004) 301. מחקר אחר, שבדק אותו עניין בכלל הנושאים (ולאו דווקא אלו השנויים במחלוקת ערכית), מצא שאין משמעות לזהות השופט. ראו: Frank B. Cross, "Decisionmaking in the U. S. Courts of Appeals", 91 *Cal. L. Rev.* (2003) 1457, p. 1506. שני המחקרים משלימים זה את זה בכך שהם מראים, שאף שבאופן כללי השאיפה לאובייקטיביות מניבה תוצאות טובות, ב"מקרים קשים" היא מתקשה לעשות זאת.
71. "In ideologically contested cases, a judge's ideological tendency can be predicted by the party of the appointing president; Republican appointees vote very differently from Democratic appointees", שם, בה"ש 304.
72. נבדקו פסקי דין העוסקים בשורה ארוכה של נושאים ובהם הפלות, הפליה מתקנת, מימון תעמולת בחירות, עונש מוות, הרמת מסך התאגדות והפליה על רקע גזעי.
73. Sunstein, Schkade and Ellman (לעיל, הערה 70), בעמ' 319.
74. "We also find evidence within the federal judiciary of 'group polarization', by which like-minded people move toward a more extreme position in the same direction as their predeliberation views", שם, בעמ' 308.
75. "התערור רושם לגבי חלק מהשופטים שמונו לבית המשפט העליון בשנות השמונים והתשעים

במקרה של הפלייה על רקע מיני (1007 מקרים), במותבים שבהם שלושת השופטים דמוקרטים - 75% מהם יעניקו סעד למתלונן, אך אם המותב כולו רפובליקני - רק 31% מהם ייענו לתביעה.⁷⁶ במקרים של הטרדה מינית (470 מקרים) המספרים דומים - 76% ו-32%, בהתאמה.⁷⁷ תביעות להרמה של מסך ההתאגדות (106 מקרים) מתקבלות במותבים שבהם שלושת השופטים דמוקרטים על ידי 67% מהשופטים, מספר הגדול כמעט פי שלושה (!) ממספר השופטים הרפובליקנים הנעתרים לתביעות אלו כאשר המותב כולו על טהרת הרפובליקנים (23%).⁷⁸ מחקר אחר מראה, שבמקרה של חברה עסקית שתוקפת את החוקיות של תקנה שעניינה איכות הסביבה, כדי שתוכל להמשיך באופן בלתי מופרע בפעילותה המזהמת, אם בהרכב יש רוב לשופטים דמוקרטים סיכויי ההצלחה זעומים (15%), אך הם משתפרים פלאים (50%) אם בהרכב יש רוב לשופטים רפובליקנים.⁷⁹ הבדלים משמעותיים אלו אינם קיימים בהקשרים שבהם אין הבדל משמעותי בין ההעדפות של רפובליקנים ודמוקרטים, כגון ערעורים פליליים או טענות בדבר פגיעה בזכות הקניין עקב החלטות של הממשל.⁸⁰

באופן כללי, מותב שבו שלושה שופטים דמוקרטים יכריע בהתאם לערכים ליברליים, בכלל הנושאים שנבדקו, ב-61% מהמקרים ואילו מותב שבו שלושה שופטים רפובליקנים יכריע בהתאם לערכים ליברליים רק ב-34% מהמקרים.⁸¹ עינינו רואות, האידיאולוגיה האישית של השופט ואחידות אידיאולוגית של החברים בהרכב ממלאות תפקיד לא מבוטל בהחלטות שמתקבלות בבתי משפט פדרליים בארצות הברית.⁸² כמוכן, ניתן לבצע מחקר

שהם נמנו לא רק עם קבוצה תרבותית או חברתית אחת, אלא עם קבוצת חברים אחת.
מאוטר (לעיל, הערה 62), בעמ' 426-427 והמקורות בהערת שוליים 5, שם. לספרות אמריקנית המדברת בשבח ההטרוגניות של הרכב החברים בבית המשפט משום ההבטחה הגלומה בה להעשרתו של השיח ראו, למשל: Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press, 1990), 456; Shrrilyn A. Ifill, "Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence", 57 *Wash. & Lee L. Rev.* 405 (2000).

76. Sunstein, Schkade and Ellman (לעיל, הערה 70), בעמ' 319-320.

77. שם, בעמ' 320.

78. שם, בעמ' 321.

79. Richard L. Revesz, "Environmental Regulation, Ideology, and the D. C. Circuit", 83 *Va. L. Rev.* (1997) 1717, 1763.

80. ראו: Sunstein, Schkade and Ellman (לעיל, הערה 70), בעמ' 325-327.

81. הספקטרום רציף: אם במותב יש שני דמוקרטים תתקבל הכרעה ברוח הערכים הליברליים ב-50% מהמקרים ואם רק אחד הוא דמוקרט, התוצאה הליברלית תועדף ב-39% מהמקרים. שם, בעמ' 306.

82. ובלשון החוקרים: "Ideology is hardly everything. But the litigant's chances, in the cases we examine, are significantly affected by the luck of the draw". Sunstein, Schkade and Ellman (לעיל, הערה 70), בעמ' 306. למחקרים נוספים בהיבטים שונים של סוגיה זו ראו,

כזה בארצות הברית משום ששם שיטת המינוי – על ידי אדם פוליטי המעוניין להשתמש בסמכות המינוי כדי לקדם סדר יום אידאולוגי – חושפת את העובדה שלשופט יש נטייה אישית מובחנת. אצלנו השיטה שונה, כידוע, וטוב שכך, אך גם התומכים הנלהבים ביותר בשיטה הישראלית למינוי שופטים אינם מייחסים לה הצלחה בשינוי האופי האנושי ובעיקור הסובייקט מהאדם המתמנה. סביר להניח שלשופט הישראלי, כמו לחברו האמריקני, יש נטיות אישיות שמוצאות את דרכן להכרעותיו במקרים הקשים. אין גם מקום להשערה שבממוצע, רמת ה"מקצועיות" של שופטים היושבים בערכאת הערעור הפדרלית נופלת מזו של שופטים ישראלים. הרושם הכללי הוא שמידת ההסתמכות של המשפט הישראלי, ובכלל זה של שופטי בית המשפט העליון, על היבול של הפסיקה האמריקנית, ואיכותה, מצביעה על הכבוד המקצועי הרב שאנו רוכשים לבתי המשפט שמעבר לאוקיינוס האטלנטי. ראוי אפוא להודות שחלקו של ה"מי" ב"מה" משמעותי. אובייקטיביות שיפוטית היא חזון רצוי, ששופטים עמלים קשות למימושו, אך בניגוד למשתמע מהספר **שופט בחברה דמוקרטית**, אין להתייחס אליה כאל עובדה, מציאות חיים, שמייתרת את חשיבות הסובייקט של השופט.

6. ייצוגיות זהותית: הצעה

מאמר זה, שספרו של הנשיא ברק במרכזו, איננו המסגרת המתאימה להצגה מלאה של עמדה מגומקת בדבר סוג השופטים שראוי לה, לחברה הישראלית, על מאפייניה הייחודיים, לדעתי, למנות. אך פטור בלא כלום אי-אפשר ולכן אתוה כאן את עיקרי עמדתי, שבבוא העת אשמח לקרום לה עור גידים ולהלבישה מחלצות. אציג כאן ארבעה סוגים של שופטים, ואסביר את העדפתי כלפי האחרון שבהם.

(א) שופט ייצוגי סקטוריאלי

בין המציעים את הקמתו של בית משפט לחוקה יש הסוברים, כי בהרכב בית המשפט יש לכלול גם אנשים שאינם בעלי השכלה משפטית – כגון אנשי רוח ואנשי דת.⁸³ אינני סבור שהדבר ראוי. ראשית, משום שבית המשפט עוסק בחומרים משפטיים, השופט הייצוגי עלול למצוא את עצמו משותק, חסר אונים ואולי אף שבוי ב"הוראות" שיקבל מחבריו המשפטנים. שנית, וחשוב מכך, מי שאיננו בעל השכלה משפטית ואיננו בן בית במסורת המשפטית יתקשה למצוא שפה משותפת עם השופטים המשפטנים. בהיותו זר לשיח המשפטי, הכרעותיו עלולות להיות אישיות מדי. השתלטות הקוטב האישי על הפסיקה

למשל: Frank B. Cross and Emerson H. Tiller, "Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals", 107 *Yale L. J.* (1998) 2155; Daniel R. Pinello, "Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-analysis", 20 *Just. Sys. J.* (1999) 219

83. כך, למשל, ארבעה חברי כנסת הגישו לכנסת הצעה להקים בית משפט לחוקה שבין חבריו שני דיינים, קאדי וארבעה פרופסורים (היסטוריון, סוציולוג, פילוסוף ומדען מדינה). ראו סעיף 3 להצעת חוק יסוד: בית המשפט לחוקה (לא פורסמה, תש"ס).

מסוכנת ביותר, מסיבות ברורות. דיינו שנזכיר את החשש הגדול מפני היעדר הוודאות של פסיקתו של בית משפט שאיננו מקצועי דיו.

(ב) שופט מקצוען צר

סוג זה של שופט מאייש את הקוטב ההפוך. הוא ידען, מנוסה ומכיר היטב את כל שביליו הנידחים של עולם המשפט. מנגד, הוא חסר תווי פנים ייחודיים,⁸⁴ לכאורה נטול עמדות אישיות, והתאמתו לתפקיד אמורה לנבוע מכישוריו האובייקטיביים. זהו האיש שממונה לתפקיד למרות (ואחדים יטענו – בגלל) שאיננו יודעים מאומה על עולמו האישי. עליו לנהוג כמוציא לפועל בירוקרטי של משפט חתוך ומדוד, כביכול "ללא מגע יד אדם". תפקידו מתמצה בקריאה רדארית של הלכי הרוח של החברה שבה הוא חי, תוך נטרול מושלם של הפרזימה האישית שלו על חברה זו. כאמור, תפיסה כזו של מלאכת השיפוט איננה סבירה בעיני. לכל אדם יש זהות, שהיא המצע שעל בסיסו ומתוכו הוא עורך שיפוטים (שיפוטי מציאות ושיפוטים ערכיים). הטענה שיש לאכלס את בתי המשפט בשופטים מקצוענים שאין לבדוק את זהותם – ראוי שתידחה.⁸⁵

(ג) שופט מקצוען סקטוריאלי

זהו שופט שעומד בסטנדרטים של שופט מקצוען צר מבחינת כישוריו, אך הוא ממונה מתוך תפיסה שיש בכוחו לייצג את עמדותיו של סקטור חשוב בחברה.⁸⁶ יתרונו המרכזי של השופט הסקטוריאלי, בעל הכיסא הייחודי, הוא בהיותו ממלא פונקציה סמלית. הדתיים או הערבים יודעים ש"אחד משלהם" נמצא בבית המשפט ואין זה בית משפט

84. רש"י, בפירושו לתורה, דברים א, יג, מתאר שופט זה באמצעות ציטוט מהספרי: "שאם בא לפני מעוטף בטליתו, איני יודע מי הוא, ומאיזה שבט הוא, ואם הגון הוא". את הטלית של המדרש מחליפה הגלימה של ההווה. משפטנים ריאליסטים מייחסים לגלימה פונקציה סמלית של כיסוי והחשכה של ההיבט הסובייקטיבי בפעולת מערכת השפיטה. ראו: Jerome Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice* (Atheneum, 1967), pp. 260-261.

85. לדחייה יש מחיר: קיים קשר בין אמון הציבור במקצועיותו הטהורה של השופט ובין אמון הציבור בבית המשפט עצמו. ראו: Austin Sarat, "Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence", 11 *L. & Soc. Rev.* (1977) 427, 440.

86. לתיאור הפרקטיקה של "כיסאות ייחודיים", לבחינת השפעתה על הפסיקה ולביקורתה ראו בירנהק וגוסרסקי (לעיל, הערה 65), בעמ' 504-505: "הדיון סביב הרכב השופטים במהלך שנותיו של בית המשפט העליון מעלה ארבעה מאפיינים ייחודיים בולטים: דתי, עדתי, מגדרי ולאומי... היווצרותם של כסאות היא תופעה בולטת לעין בהיסטוריה של בית המשפט העליון. הכיסא הוא שריון מקום בבית המשפט העליון לשופט בעל נתון ייחודי מסוים. הביטוי המובהק ביותר לכיסא הוא ששופט יחיד בעל נתונים אלה מכהן בבית המשפט בתקופה נתונה, ורק לאחר פרישתו המקום מאויש בשופט בעל נתון ייחודי דומה. לכך מצטרפת רציפות המינויים האלה".

על טהרת ה"אחר".⁸⁷ "שופט הנישה" נחשב לכוזה משום שידוע לכל מראש מה תהינה נטיותיו (ולעתים גם הכרעותיו) בנושאים ייחודיים הנוגעים ללבו של הסקטור שממנו בא. כיוון שכך, ברור שמספרם של השופטים הסקטוריאליים אמור להיות מדוד, ונגזר עליהם להימצא בעמדת מיעוט כמעט קבועה דווקא בנושאים החשובים ביותר עבור הסקטור המיוצג על ידם. יודגש, לדעתי יש צדק בהגבלת המספר של שופטים מסוג זה, שהרי הם ממונים כבאי כוח של עמדה (אמונית או חברתית או לאומית או אחרת), שאיננה דעת רוב באוכלוסייה. התוצאה המעשית היא, שעמדותיו של הסקטור המיוצג אינן באות לידי ביטוי בהלכה הנוצרת על ידי בית המשפט.

זאת ועוד, שופט סקטוריאלי איננו יכול לספק מענה של ממש לאתגרים שבית משפט שאמור לתפקד בחברה רב־תרבותית, מרובת זהויות, ניצב לפנייהם. ראשית, בהיותו נתפס כמייצג סקטור (גם במובן רך), עצם נוכחותו מאפשרת התנערות של בית המשפט כולו מדעותיו של השופט הסקטוריאלי. שאר השופטים אינם נוטלים אחריות לעמדות של בעל הזוהת השונה, שהרי יש לעמדות אלו ייצוג צפוי מראש בהרכב. בית משפט שמתנהל בדרך כזו חווה תהליך שכונה על ידי ג'והן בארת בספרו "סוף הדרך" – מיתותרפיה.⁸⁸ המשתתפים בתרפיה מסוג זה מתמודדים עם האחר ועם האחרות באמצעות כליאתם בתוך מיתוס. בו בזמן הם כולאים את עצמם ואת זהותם הפרטית בתוך מיתוס נגדי. האחר – המציג מלאות זהותית – מקוטלג לתוך מסגרת משל עצמו ובכך הוא משחרר את שאר השופטים מהתמודדות עם האופציה הזהותית שהוא מציג לפנייהם. ההנחה היא, שאם האחר הוא ערבי או דתי או מזרחי, עמדותיו האידיאולוגיות, טעמיו והעדפותיו הערכיות ניתנים לחיזוי מדויק, כאילו כל אחד מהכלולים בקבוצות אלו הוא בהכרח בעל גוון אחד. תיוג כזה נוח לנו ואנו עושים אותו שלא לטובת העניין.

שנית, הכיסא הסקטוריאלי מתאים לחברה הגמונית, שבה יש מרכז ברור שמסביבו מתפקדות פריפריות שהוא שולט בהן. תפיסה כוחנית כזו של המציאות יכולה להסביר מדוע המרכז ההגמוני מוכן לייחד כיסאות לפריפריות, אולם הנחת היסוד היא שההגמוניה חובשת לשופט הסקטוריאלי כובע של אפיון מייצג חיזוני לזהות ההגמונית – ולכן זר לה. אולם כאמור לעיל, החברה הישראלית במפנה המאה העשרים ואחת מאבדת את אופייה ההגמוני והפריפריות שלה כובשות את המרכז. איבוד האופי ההגמוני של החברה בישראל עומד בבסיס אי־הנוחות של רבים מהפתרון של "כיסא סקטוריאלי" כדרך לביטוי של חברה הטרוגנית.

לאחר שדחיתי את שלוש ההצעות הנמצאות במרחב השיח הישראלי הקיים,⁸⁹ אפנה לשרטט את דמות השופט המועדף עלי:

87. ראו שמעון שטרית, "ארבעים שנה למשפט החוקתי: התפתחויות ביני חוקה – סוגיות נבחרות", **משפטים** יט (תש"ן) 573, בעמ' 581.

88. ג'והן בארת, **סוף הדרך** (הקיבוץ המאוחד, 1966), בעיקר בעמ' 86-87.

89. האם קיימות הצעות נוספות? דו"ח הוועדה לפדרי הבחירה של שופטים (לעיל, הערה 31), מצייע להתחשב בעקרון השיקוף החברתי בעת מינוי שופטים. גם פרופ' ברק משתמש במונח זה: "אכן, בית־המשפט העליון אינו גוף ייצוגי, אך הוא גוף משקף, ושופטיו צריכים לשקף

(ד) שופט מקצוען רחב

שופט זה מביא אל הדוכן את הזהות האישית שלו. בעוד השופט הסקטוריאלי הוא מייצג של זהות, פה של קבוצה, השופט המקצוען הרחב הוא בעל זהות, פה של עצמו. בתפיסה הסקטוריאליה הזוהות של השופט היא תכונת ייצוג ואילו בתפיסה המוצעת כאן הזוהות של השופט היא תכונת שיפוט. ודוק: לא רק כישורים אובייקטיביים, אלא גם אופייה של הזוהות האישית, היא תכונה שעל בסיסה יש לברור בין המבקשים להתמנות לשיפוט. הזוהות היא גורם מכונן במשפט וכל אחד מהשופטים עושה משפט מתוך זהותו שלו. על פי השקפתי אין לקבל את יחסי ההגמוניה והפריפריה בבית המשפט, את המשחק המיתותרפי ואת ייחודו של שופט מייצג. השופטים אמורים להיות שונים איש מזולתו, אך השיח שהם מנהלים עתיד להיות פתוח להשפעות הדדיות, דווקא משום שהם והציבור ערים לריבוי הזוהיות שממנו נרקמת ההכרעה השיפוטית-ערכית.

התפיסה הסקטוריאליה של הייצוג מעוותת את המציאות. היא מתיימרת לשים במשבצת ייצוגית אחת, למשל, את הערבי המוסלמי הכפרי עם הערבי הנוצרי העירוני; את הדתי הליברלי עם האדם החרדי. לעומתה, התפיסה המוצעת כאן מבחינה בעובדה שהזוהיות של כל אחד מחלקי שני הצמדים שונות במידה רבה מאוד. עם זאת ברור לכול, שאין דרך להביא אל תוך בית המשפט את מלוא קשת הזוהיות החשובות בחברה הישראלית. כיצד אפוא ימלא בית משפט בחברה רבת-תרבותית את תפקידו בצורה הטובה ביותר? ברור שככל שהתמונה הקולקטיבית של ממלאי התפקיד השיפוטי תפרוש מניפת הזוהיות רחבה יותר – כן ייטב. אך בכך אין די, שהרי כל מניפה עדיין תהייה מוגבלת בפרישתה. יש להכיר אפוא בקיומה של תכונה נוספת, קשורה, של השופט המקצוען הרחב. עליו להיות בעל יכולת לפתח אמפתיה כלפי הזוהיות של אחרים, כלומר בעל יכולת להבין אותן.⁹⁰ עדיף מכך שופט בעל יכולת לפתח סימפתיה כלפיהן, כלומר יכולת להזדהות עמן (I as you). היכולת לפתח אמפתיה וסימפתיה כלפי זהות אחרת יכולה להתקיים רק אצל מי שאיננו מכחיש את זהותו שלו. מי שמדגיש את האתוס המקצועני של השופט ואיננו ער לזהותו שלו, בוודאי יתקשה לגלות אמפתיה לזהות אחרת, שהרי אדם כזה דובר את "שפת האמת" המוחלטת.

את המורכבות של החברה הישראלית, את הפלורליזם שלה. הנה כי כן, לא ייצוגיות אלא שיקוף". אהרן ברק, "בית-המשפט העליון כבית-משפט לחוקה", *משפט וממשל* ו (תשס"ג) 315, בעמ' 325. מקריאה בדו"ח הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים ובדבריו של פרופ' ברק לא עולה תמונה ברורה באשר לתוכן הקונקרטי של השאיפה להשיג שיקוף. האם הפרקטיקה הקיימת של כסאות ייחודיים היא האמצעי הנאות למימוש עקרון השיקוף? אם כן, הרי אין בדו"ח הוועדה לסדרי הבחירה של שופטים חידוש אלא רק המשגה של מצב קיים, שראוי, לדעתי, לשינוי. מנגד, אפשר שטביעת המונח "שיקוף" נועדה להתוות דרך לחשיבה חדשה בדבר הזוהות הראויה של המתמנים. או אז יש לראות בהצעה שלי לייצוגיות זהותיות באמצעות שופט מקצוען רחב משום מילוי תוכן למושג ה"שיקוף". ראו גם הערה 35 לעיל.

90. ראו, למשל: Justin D'Arms, "Empathy and Evaluative Inquiry", 74 *Chi.-Kent L. Rev.* (2000) 1467.

בנוסף, עדיף שהשופט בעל הזהות יהיה גם בעל יכולת להסתכל על הזהות שלו מבחוץ, באורח רפלקסיבי, וגם יהיה מבקר חברתי שלה.

בית משפט רצוי בחברה רבת-תרבותית אמור להיות מורכב מקבוצה הטרוגנית של אנשים ונשים, שלצד היותם בעלי יכולת משפטית גבוהה (מקצוענות במובן הצר) הם גם בעלי זהות אישית ברורה (שמתארה הכללי ידוע בציבור, ולכן מינויים חשוף לביקורת), והם ניחנו ביכולת רפלקסיה וביקורת על זהותם שלהם (ולכן לא יתחרפו בעמדות שמטרתן לממש את הזהות האישית שלהם בכל מחיר) וביכולת אמפתיה וסימפתיה כלפי זהויות אחרות (כך שהם יהיו מסוגלים, ואף מעוניינים, לתת ערך פנימי למשמעויות הנורמטיביות של זהויות אחרות). שופט מקצוען רחב אמור להצטיין במכלול תכונות ואפיונים אלו.⁹¹ קבוצה כזו, ראוי שתוסמך לקבל החלטות ערכיות הן בספירה הפרטית, שבין אדם לחברו, ובמיוחד בספירה הציבורית – ביחסים שבין אדם לשלטון. אלו השופטים שבידיהם ראוי להפקיד את הכוח לפרש את מגילת זכויות האדם ואת החוק הפלילי. הם מתאימים להחליט על גבולות האקטיביזם השיפוטי ולהפעיל את מכשיר יום הדין – הביקורת השיפוטי.

הערה נוספת נוגעת לטיב הייצוג הזהותי הנדרש.⁹² ראשית, על הייצוג להיות מהותי. כדי שהייצוגיות תועיל – הן בהשגת תוצאות המתאימות לחברה הנתונה והן בשמירה על רמת האמון בבית המשפט – אין להסתפק בייצוג סמלי. כך, למשל, העובדה שאדם הוא בן לאום ערבי או חובש כיפה איננה מספיקה כדי לקבוע שהוא יכול להיות מייצג זהותי מהותי של מי מהקהילות. אם הוא משפטן ברמה המתאימה הוא עונה על הקריטריון של שופט מקצועי סקטוריאלי באופן מובהק, אך אין כל ביטחון שעצם עובדת קיומם של מאפיינים פורמליים – "ערבי" או "דתי" – נותנת לו את המפתח הנדרש לקידום

91. כך, למשל, אינני סבור שראוי לרקום את בית המשפט מקבוצת אנשים הטרוגנית שחבריה חסרי יכולת הודעות עם זהויות של אחרים או, מנגד, מקבוצת אנשים הומוגנית שחבריה מצטיינים ביכולת הודעות גבוהה עם זהויות אלטרנטיביות. כל אחת מהדרישות, לעצמה, אין בה די. בית המשפט המוצע כאן אמור למלא את שתי הדרישות גם יחד: ראשית, עליו להיות הטרוגני משום שתכונה זו תעמיק את יכולתו המקצועית (ראו חלק 2 בפרק ג לעיל). שנית, בנוסף, על חבריו להיות בעלי יכולת הודעות גבוהה משום שכעניין שבעובדה, בחברה מגוונת כמו החברה הישראלית, מניפת זהויות הריאלית רחבה יותר ממספר המשרות השיפוטיות בכלל ומכל הרכב שיפוטי במקרה נתון, בפרט.

92. ענייני כאן בהדגשת הפן הזהותי של הייצוג המבוקש. לצד ייצוג מסוג זה ניתן לדבר גם על ייצוג אחר, שעיקרו נוגע ליכולותיו המקצועיות המיוחדות של השופט. לכך ניתן לקרוא "ייצוג מקצועי". כאלה, למשל, הם עורכי דין שחושיהם מחודדים לקלוט את ההשלכות הפרקטיות של הפסיקה, שחוו מבפנים את חיי המסחר והמתחים הקשורים בהם, שתפקדו במרוצת השנים כצרכנים של מערכת המשפט ולכן ערים מאחרים לתכונותיה, וכאלה הם חוקרים של תחומי משפט שונים שמביאים לבית המשפט מניפה רחבה של ידע, יכולת רפלקסיבית גבוהה, כושר הפשטה, הבנה מעמיקה של התיאוריה של המעשה השיפוטי וכדומה. כאלה הם גם מומחים בתחומי משפט שונים, כגון מומחים למשפט עברי (שאסור לבלבל ביניהם ובין מייצגים מהותיים של עולם הערכים של החברה הדתית והמסורתית), מומחים למשפט מסחרי ואחרים.

הייצוגיות הוזהות המבוקשת באופן מהותי. יש לשאול אם הוא בעל מודעות מתאימה, בעל חשיפה תרבותית רלוונטית, בעל רגישות ועין חדה לחברה שבה הוא חי, אם הוא מסוגל לתרגם את זהותו האישית למשנה שיש לה ערכים ייצוגיים מהותיים, אם יש לו תשתית פסיכולוגית שתאפשר לו לבטא את זהותו האישית בהכרעותיו, מצד אחד, ולהגיע לקואליציות תרבותיות עם שופטים בעלי זהות אישית אחרת, מצד אחר. ייצוג סמלי שאין בו ממש מהותי לא רק שאיננו מועיל, אלא הוא אף עלול להיתפס כתכסיס אפורטוניסטי אשר נוקו למערכת המשפט רב מתועלתו.

שנית, על הייצוג להיות **משתתף**. לעתים, גם דמות שיש בה פוטנציאל להעשיר את בית המשפט בייצוג זהותי מהותי – איננה ראויה להתמנות בשל ניכורה מהמערכת. כפי שעלה מהניתוח לעיל, לצד הקוטב האישי בתפקיד השיפוטי, קיים גם הקוטב הכללי שנגזר מהמסורת התרבותית (הליברלית, במקרה הישראלי) והשיפוטית, שבמסגרתה מתפקדת השיטה. מייצג מהותי שאיננו שותף להנחות היסוד של המערכת, שאיננו מוכן לקבל את ה"אני מאמין" הבסיסי של החברה בישראל, איננו יכול לשמש שחקן רלוונטי בנבחרת השיפוטית.⁹³ כך, למשל, ערבי שהשקפתו האישית היא שאין להכיר באופייה היהודי של מדינת ישראל, או חרדי שמורד בסמכות הכנסת לחוקק חוקים או שכופף את שיקול דעתו, באופן אוטומטי, להחלטות של רבותיו, אינם מתאימים להתמנות לבית המשפט.⁹⁴ ודוק: אדם כזה יכול להשתתף במשחק הדמוקרטי באמצעות מוסד שהייצוגיות הפוליטית היא תכונתו העיקרית – הכנסת, אך אין הוא ראוי להשתתף כנושא משרה באורגן של המשטר שהוא מערער על עצם הלגיטימיות שלו. בית המשפט הוא קהילה פרשנית, שאמור להיות לה מכנה משותף במובן זה, שעם חבריה נמנים רק מי שמחזיקים בתשתית מוקדמת מוסכמת באשר לתפיסות החברתיות והתרבותיות שעל פיהן יש לבצע את ההכרעה הנורמטיבית. היינו, אף שאפשר בהחלט שהכללתו של אדם כזה בהרכב תעשיר את הייצוג המהותי בבית המשפט, יהיה זה ייצוג מנוכר ולא משתתף. ייצוג שאיננו מכיר בגבולות של מתחם הלגיטימיות, אפשר שהוא מגוון את הצליל שמשמיעה התזמורת השיפוטית, אך זאת במחיר הבלתי נסבל של צרימה עד כדי סיכול היכולת להאזין לצלילים שהיא מפיקה. התוצאה הרצויה של מינוי שופטים לבית המשפט, באופן שהרכבו ישקף מקצוענות במובנה הרחב, היא היכולת של בית משפט כזה להגיע להכרעות שמשקללות בתוכן קולות

93. מאוטר קובע: "מכיוון שישראל היא חברה רבת-תרבותית, יש להתור לכך שלבית-המשפט העליון ולשאר בתי-המשפט של המדינה ימונו שופטים הנמנים עם הקבוצות התרבותיות העיקריות המרכיבות את החברה הישראלית. אין ספק, מעט מדי נעשה בהקשר זה בשני העשורים האחרונים; אולם תנאי לכך צריך להיות שהשופטים יקבלו על עצמם את עיקריה של המסורת הליברלית שהפסיקה של בתי-המשפט מושתתת עליה. חשוב להורים לבתי-המשפט תובנות הלקוחות מהמסורת התרבותיות העיקריות הקיימות במדינה; אולם תובנות אלה צריכות להפרות תשתית תרבותית אחת שתהא משותפת לכל השופטים, היא המסורת הליברלית". מאוטר (לעיל, הערה 62), בעמ' 445-446.

94. לטענות דומות ראו שם, שם, וכן ראו דניאל פרידמן, "מינוי שופטים ושאלת מינוים של חרדים לבתי המשפט הממלכתיים", המשפט ד (תשנ"ט) 405.

מגוונים; פסקי דין שמקצים משאבים וזכויות באורח שאיננו מרחיק מביית המשפט, באופן שיטתי וממושך, ציבורים וקהילות מסוימים. תמונתו הקבוצתית של בית המשפט הראוי אמורה לשקף את ערכיה והעדפותיה של החברה שאותה הוא משרת, אך זאת לא באמצעות סמלים, כגון כיסאות ייחודיים, וגם לא באמצעות מתן אפשרות להשמעתם של קולות מיעוט, שאינם מצליחים לייצר מכנה משותף עם דעות אחרות, אלא מתוך מחויבות עמוקה לנסות ולהגיע לתוצאות שמשקפות קואליציה תרבותית בין חלקי הקולאז' הישראלי.

משה רבנו, בנאום הפרידה שלו מעם ישראל, ערב כניסתם לארץ, התבטא בדרך הווי: **"איכה אשא לבדי טרחכם ומשאכם וריבכם. הבו לכם אנשים חכמים ונבנים וידעים לשבטיכם ואשימם בראשיכם"**,⁹⁵ והכוונה שם – כפי שעולה מהמשך הפסוקים – לשופטים.⁹⁶ על פי הכתוב, מהמועמד לשפיטה נדרשות שלוש תכונות: האחת – חכמה (קרי בקיאות בחומר המשפטי); השנייה – בינה (כושר אינטלקטואלי).⁹⁷ שתי תכונות אלו מייצגות את ההיבטים המקצועיים, אך בתכונות הכרחיות אלו אין די. על השופטים להיות גם "ידעים לשבטיכם". אפשר לקרוא במלים אלו דרישה לתכונה שיפוטית נוספת: על השופטים להיות מקובלים ונתפסים כמייצגים בדעותיהם את השבטים, את כל אחד מהחלקים המרכזיים של החברה. החכמה והבינה – הן תכונות אובייקטיביות; הדעה היא תכונה סובייקטיבית, תלויה זהות. משה ממליץ על מינוי שופטים שדעתם האישית איננה זהה, אלא שהם משקפים את מגוון הדעות של השבטים. בהיותנו חיים בחברה רבת-תרבותית ראוי, לדעתי, לקבל המלצה זו.

ד. אפילוג

החברה הישראלית עשויה שבטים, שבטים. כמוה כרכבת מרובת קרונות האחוזים זה בזה. לכל קרון צבע משלו, נוסעים ייחודיים, טעמים וריחות פרטיים. כל קרון הוא טריטוריה תרבותית-חברתית נפרדת, שמקושרת באמצעות דלת חבוטה, בדרך כלל תקועה, מעל פסים דוהרים – לשאר הקרונות שברכבת הרבת-תרבותית. הרכבת מיטלטלת במרחביה של מציאות משברית; טריטוריה מרובת צמתים ומסילות שעליה לבחור ביניהם לעתים קרובות. הקטר הרעיוני של רכבת החברה הישראלית מופקד, במידה רבה, בידי מערכת המשפט. תפקיד ההנהגה נמסר לה, לאו דווקא ביזמתה ולא דווקא לטובתה, עקב כישלון מתמשך של גורמי ההנהגה הטבעיים במילוי תפקידם. כך נמצא, שמערכת המשפט הישראלית מקבלת עליה את המשימה של בחירת הפסים התרבותיים שעליהם תיסע הרכבת (ואת אלו שעליהם

95. דברים א, יג.

96. "ואקח את ראשי שבטיכם אנשים חכמים וידעים ואתן אותם ראשים עליכם שרי אלפים ושרי מאות ושרי חמשים ושרי עשרות ושרים לשבטיכם. ואצוה את שפטיכם בעת ההיא לאמר שִׁמֵּעַ בֵּין אַחֵיכֶם וּשְׁפִטֵתֶם צְדָק בֵּין אִישׁ וּבֵין אָחִיו וּבֵין גֵּרוֹ", שם, טו-טז.

97. כך, למשל, ר' שמשון רפאל הירש, בפירושו לתורה על אתר, קובע: "חכמים": יודעי חוק ומשפט; 'ונבנים': אנשים המוכשרים להסיק מן הנתון את המסקנה הנכונה כדי להכריע במשפט הנידון".

תפסח), את ההכרעה בין מסילות מתפצלות על רקע אידיאולוגי, וגם, לעתים, את היעדים ארוכי הטווח של המסע המתמשך. נהג הקטר אמנם מסתכל בדרך כלל קדימה, אך הוא חייב להביט מדי פעם אחורה, כדי לוודא שהרכבת כולה, החברה, מחוברת אליו, כך שהמסע איננו אישי או סקטוריאלי, אלא משרת את הציבור כולו. מערכת המשפט הישראלית עושה מאמצים גדולים לעמוד במשימה הכפולה של קבלת הכרעות שוטפות בדבר הכיוון הנכון, תוך התחשבות מתמשכת ברצונות המסוכסכים של כל הקרונות הנגררים, כדי שהרכבת כולה תמשיך במסעה יחדיו ולא תיפרם, חרוזים חרוזים, במי מהצמתים. האנרגיה המזינה את הקטר והמאפשרת לו לעמוד במשימה הרקוליאנית זו, שאיננה טבעית לו, היא אמון הציבור היושב בקרונות השונים. ערכו החשוב של הספר **שופט בהברה דמוקרטית** נעוץ בכך, שהוא שוטח לפנינו את תעודת הזהות המקצועית של הקטר המוביל את הרכבת – הנשיא אהרן ברק. הספר נותן לנו הצצה למפת הדרכים שעל פיה הוא מנווט אותנו. כך מושגת שקיפות, שהכול יודו שיש בה כדי להעצים את רמת האמון החיונית כל כך.