

## הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי)

בעקבות ספרו של אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**

אריאל בנדר\*<sup>\*</sup>

הוא חלק על דעתי, ובכך הוא בוודאי טעה. גם שופט סביר עשוי לעתים לטעות.  
[מתוך דבריו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק, בטקס הפרידה מהמשנה לנשיא, תיאודור אור (18 במרץ 2004)]

הרשימה, בעקבות הספר **שופט בחברה דמוקרטית**, עוסקת בתפקיד השופטים ובשיקול דעתם בשאלות משפטיות הנוגעות לתוכן הדין. במסגרת זאת הרשימה, אף זאת כמו הספר, עוסקת בשאלת קיומו של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי ובשאלת גבולותיו. המשמעות של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי היא מתן אפשרות לשופטים לבחור מבין מספר חלופות, שכל אחת מהן חוקית. שיקול דעת נורמטיבי מובחן משיקול דעת שיפוטי תודעתי גרידא, המתקיים כשהדין קובע חלופה חוקית יחידה אך איתורה של חלופה זאת כרוך במחשבה, שיקול ושקילה. בעוד אין מחלוקת כי ליבון שאלות משפטיות שאינן בנאליות והכרעה בהן כרוכים כמעט תמיד ב"תודעה שיקול-דעתית", הרי הרשימה תוהה על נקודת המוצא של הספר, שהיא קיומם של "מקרים קשים", שבהם השופטים מפעילים שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי.

---

\* פרופסור חבר בפקולטה למשפטים ודיקן הסטודנטים, אוניברסיטת חיפה.  
הרשימה מבוססת על הרצאה שהושמעה בערב עיון לרגל צאת ספרו של אהרן ברק, **שופט בחברה דמוקרטית**, שהתקיים באוניברסיטת חיפה בתאריך 1 בדצמבר 2004 מטעם הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת חיפה ורשות המחקר של האוניברסיטה.  
תודתי נתונה למערכת **משפט וממשל**, ובמיוחד לעורך גיא דוידוב, לסגניתו קרן אניספלד, ולחברי המערכת גלי גלור ועילאי הנדן, וכן לחבריי שולמית אלמוג, זאב סגל ויחיאל קפלן, על הערותיהם המאלפות.

ברשימה, אגב השוואה בין כתיבתו של ברק בשתי המהדורות של מחקרו על **חוק השליחות**, מודגמת ההערכה בדבר הרלוונטיות המצומצמת שיש לכתיבה המטא-שיפוטית של ברק להצגת הדין ולפרשנותו. בהמשך מוצגת הטענה, כי גישתו של ברק לוקה במתח מהותי בין הטענה לקיום שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי כתופעה משמעותית בעולם המשפט ובין הניסיון להציע מערך מקיף של כללים להפעלת שיקול הדעת. חולשה נוספת העולה מגישתו של ברק היא ההשלכה המשתמעת ממנה, שלפיה המשפט אינו מיוצר, בראש וראשונה, לשימוש הישיר של הציבור, אלא החלתו כרוכה בדרך כלל בהתדיינות בבית משפט. השלכה בעייתית זאת מודגמת באמצעות תורת הבטלות (או התוצאה) היחסית של פעולות שלטוניות פגומות, שברק הוא ממייסדיה וממפתחיה העיקריים. לבסוף מוצגים עיקריה של גישה "פורמליסטית", שלפיה המשפט הנו ביסודו מערכת קוהרנטית, המבוססת על חשיבה דדוקטיבית שאין בה רכיב של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. עם זאת, בשונה מן ההצגה המקובלת של פורמליזם משפטי בידי שולליו, נטען ברשימה כי שיקולים ערכיים, חברתיים ופוליטיים אינם מחוץ למשפט, אלא כי יש להם תפקיד חשוב במשפט עצמו. במקרים חריגים, שבהם מכלול מקורות המשפט אינם מובילים שופטים לפתרון – כלומר שבהם הפתרון לשאלה משפטית אינו ידוע – שופטים עשויים להכריע בסכסוך, בליט ברירה, באופן אינטואיטיבי. הרשימה מסתיימת בהרהור קצר על אודות הגבולות של השופט ברק.

**א. פתיחה. ב. על חוק השליחות וספרים אחרים. ג. מקרים קלים, מקרים קשים, ועוד. ד. האם יש משפט מחוץ לבתי המשפט. ה. מחשבות על פורמליזם משפטי. ו. סיום.**

## א. פתיחה

1. אהרן ברק עוסק בתפקיד השופטים בגוף כתיבה מונומנטלי, הכולל לפי שעה – לצדם של עשרות מאמרים ואלפי עמודים של פסקי דין – שמונה ספרים בעברית ועוד שלושה באנגלית. רשימה זאת סבה את האחרון שבספרים אלה – **שופט בהברה דמוקרטית**<sup>1</sup> ואילו הראשון שבהם – **שיקול דעת שיפוטי**<sup>2</sup> – הופיע כעשר שנים לאחר מינויו של השופט ברק לבית המשפט העליון. עיון בשפיטה הנו אפוא חלק משמעותי מפועלו של ברק מאז החל לכהן בבית המשפט העליון. ואכן, ברק מעיד על עצמו ששאלות מטא-שיפוטיות, הנוגעות למהות השיפוט, מעסיקות אותו בהיותו שופט:

1. אהרן ברק, **שופט בהברה דמוקרטית** (הוצאת הספרים של אוניברסיטת חיפה, נבו, 2004).

2. אהרן ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (פפירוס, תשמ"ז).

שאלות אלה מטרידות אותי יום יום שעה שאני נכנס לאולם המשפט ויושב על כס השיפוט. אלפי פסקי דין כתבתי בשנות כהונתי בבית המשפט העליון. האם הנני שופט "טוב"? אני משתדל להתייחס בכבוד לחברי השופטים ולעורכי הדין המופיעים בפניי. אינני סבור שאני יודע הכול, ושאינ לי מה ללמוד. אני יודע שככל אדם אחר, גם אני טועה. האם רק בכך אמדד? מה אשיב לשופט העליון אשר ישפוט את שפיטתי?<sup>3</sup>

2. למרות העיסוק הנרחב של ברק בשופטים ובשיפוט מאז נהפך לשופט, אין זה תחום כתיבתו היחיד. ברק רכש את המוניטין המזהירים שלו – ואף זכה בפרס ישראל בחקר המשפט ב-1975 – שנים לפני שנבחר לשופט ולפני שהתחיל את מפעלו הגדול העוסק בפעילות השיפוטית. מחקריו של ברק, שבזכותם רכש את מעמדו האקדמי (שאף הביאו לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה ובעקבותיו לבית המשפט העליון), עסקו בשורה של ענפי משפט – בעיקר של המשפט הפרטי (במיוחד דיני נזיקין ודיני שליחות)<sup>4</sup> אך גם של המשפט הציבורי<sup>5</sup> – אך לא התמקדו במיוחד בשיפוט.

עם זאת, גם לאחר מינויו כשופט, לא הפסיק ברק לעסוק בכתיבה משפטית שאינה "שיפוטית". בראש וראשונה יש לציין, לצד פסקי הדין הרבים של השופט ברק בכל תחומי המשפט, את המהדורה השנייה – המעודכנת והמורחבת מאוד – שברק פרסם בשנת 1996, כאשר כבר כיהן כנשיא בית המשפט העליון, של מחקרו על חוק השליחות.<sup>6</sup> ביצירה מונומנטלית זאת, כמו במהדורה המקורית,<sup>7</sup> ברק אינו מרבה להשתמש בתובנות שפיתח במהלך השנים על אודות השיפוט ותפקיד השופטים. הוא מתמקד בה דיני השליחות המהותיים ולא בשיפוט בענייני שליחות.

3. שופט בחברה דמוקרטית הוא הספר הראשון של אהרן ברק שנכתב ומשווק לקהל רחב שאינו קהל המשפטנים או חוקרי המשפט בלבד (הספר אפילו התברג באחד השבועות לרשימת רבי המכר, אף שבוודאי הוא אינו "ספר טיסה"). עיקר החשיבות של הספר – שאין

3. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 11.

4. ואלה הספרים שברק פרסם בתחומים של משפט פרטי עד מינויו כשופט: אהרן ברק, אחריות שילוחית בדיני נזיקין (קריית ספר, 1964); אהרן ברק, מהותו של שטר (הדפוס האקדמי בירושלים, 1974); אהרן ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר – הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשל"ה) (להלן: ברק, חוק השליחות מתשל"ה); אהרן ברק, יצחק אנגלרד, מישאל חשין, דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית (גד טדסקי – עורך, מהדורה שנייה, מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשל"ז).

5. ראו, למשל, אהרן ברק, "החובה להתקין נורמות כלליות", הפרקליט כב (תשכ"ו) 292.

6. אהרן ברק, חוק השליחות (נבו, תשנ"ו) (להלן: ברק, חוק השליחות מתשנ"ו).

7. ברק, חוק השליחות מתשל"ה (לעיל, הערה 4).

בו חידושים דרמטיים לעומת כתיבה שיפוטית ועיונית קודמת של ברק – נעוץ בכך שהוא מספק לציבור המשכיל, שלא לומר "הציבור הנאור", הזדמנות להכיר באופן בלתי אמצעי פרקים מרכזיים מתורת השיפוט של ברק. כיום תורה זאת מוכרת לרוב הציבור, לרבות האליטות הפוליטיות, הכלכליות והאקדמיות, ובמידה מסוימת אפילו למשפטנים רבים, רק מפי השמועה, ולעתים באופן משובש ואפילו מסולף. הצגה מפורטת ויסודית, ועם זאת בהירה ונגישה, של תורתו של ברק, עשויה לאפשר לא רק להבין את השקפותיו לאמיתן, אלא גם לבקרן באופן רציני – ולא רק באופן נוקב – תוך עמידה על היקף פרישתן ואף על חולשותיהן ומגבלותיהן האמיתיות.

לאהרן ברק היו מעריצים מושבעים לצד מבקרים קשים עוד לפני פרסום הספר **שופט** **בחברה דמוקרטית**. הרושם הוא כי רבים מאוד מבני הציבור בישראל סבורים שהם מכירים את פועלו של ברק. לרבים מאוד מתוך אלה יש דעה על אודות ברק ופועלו. אין בישראל שופט המתקרב למעמד ציבורי כזה, ומעטים הפוליטיקאים שזכו לכך. לכאורה תופעה זאת מפתיעה למדי, שכן ברק אינו פוליטיקאי, אינו נוהג להתראיין, ומרבית הופעותיו הפומביות, המועטות, הן בהרצאות שהוא קורא מן הכתב. והעיקר, ברק זכה למעמדו בראש וראשונה עקב הישגים מקצועיים שרוב הציבור אינו מכיר ואינו כשיר להעריך.<sup>8</sup>

והנה, קריאה בספר **שופט בחברה דמוקרטית** חושפת את השטחיות הרבה ולעתים גם השיבושים ואפילו הסילופים של התפיסה הציבורית בנוגע למפעלו השיפוטי והעיוני של ברק. **ראשית**, הספר, אף שהוא מעמיק ופרטני פחות משאר הספרים של ברק המתמקדים בבית המשפט (העליון), בשיפוט ובשופטים,<sup>9</sup> מעמיד את הקוראים על המורכבות והתחכום העיוניים של רבות מאוד מגישותיו של ברק, השונים מן הסיסמאות והקלישאות (כגון "המהפכה החוקתית", "חקיקה שיפוטית", "הכול שפיט", "אקטיביזם שיפוטי", "הציבור הנאור" ו"מבחן בוזגלו") הנתפסות בקרב הציבור כמשקפות את תורתו. **שנית**, הספר – אף שהוא מעט פחות "מדעי" בסגנונו ובמידת העמקתו מספרים אחרים של ברק – מבוסס על מאות מקורות שונים: ישראלים וזרים; חקיקה, פסיקה וספרות משפטית; דוקטרינה משפטית ותיאוריה משפטית. תשתית מונומנטלית זאת (למרות קומץ חולשות אנוש המאפיינות את מכלול כתיבתו השיפוטית והעיונית של ברק, ובהן ריבוי אזכורים וציטוטים עצמיים, ופה ושם גם שימוש מניפולטיבי במקור זה ואחר, שתוכנו לא תואם כולו את מה

8. להצעת הסברים לתופעה זאת ראו רועי עמית, "העמדות של (ה)קאנון: הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות", **עיוני משפט** כא (תשנ"ח) 81, במיוחד בעמ' 88-94.

9. ראו ברק (לעיל, הערה 2); אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית, נבו, תשנ"ב); אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שני: פרשנות החקיקה, נבו, תשנ"ג); אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך שלישי: פרשנות חוקתית, נבו, תשנ"ד); אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך רביעי: פרשנות חוזה, נבו, תשס"א); אהרן ברק, **פרשנות במשפט** (כרך חמישי: פרשנות הצוואה, נבו, תשס"א); אהרן ברק, **פרשנות תכליתית במשפט** (נבו, תשס"ג); Aharon Barak, *Judicial Discretion* (Yale University Press, 1989); Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law* (Princeton University Press, 2005); Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (forthcoming).

שמשמע מדברי ברק<sup>10</sup> מנכיחה את עושר הידע הגלום בתורתו של ברק, הרחוקה מלהיות רציונליזציה פשטנית לתאווה לכוח ולהשפעה מוסדיים ואף אישיים, המיוחסת לברק על ידי חלק ממבקריו. ולבסוף, קריאה בספר מזמה אמונות הרווחות בקרב הציבור על אודות השקפותיו של ברק, כך, לקוראים מסתבר כי ברק אינו טוען שהכול שפיט,<sup>11</sup> וכי לידו קיום שיקול דעת שיפוטי אינו בהכרח מצב רצוי, אלא נתון שיש להתמודד אתו ועם הקשיים שהוא מעורר באמצעות הנחייתו של שיקול הדעת והגבלתו.<sup>12</sup>

4. רשימה זאת – בעקבות הספר **שופט בחברה דמוקרטית** – תעסוק בתפקיד השופטים ובשיקול דעתם ככל שהדבר נוגע לשאלות משפטיות הנוגעות לתוכן הדין (לרבות פירושו, פיתוחו ומידת תוקפו). לבתי משפט נתונות סמכויות מגוונות, שחלקן בוודאי מושתת על הפעלת שיקול דעת. כאלה הן, למשל, מרבית סמכויות הענישה, הסמכויות לתת סעדים זמניים, והסמכויות להטיל ולקבוע את הוצאות המשפט ושכר הטרחה של עורכי הדין. השימוש בסמכויות שיפטיות אלה כפוף בדרך כלל להגבלות הדומות לאלה המוטלות על השימוש בסמכויות חקיקה וביצוע של רשויות מינהליות. לא מתעוררות בגינן הבעיות המיוחדות המתעוררות בגין קביעת תוכנו של הדין. הן לא נדונות בהעמקה בספר **שופט בחברה דמוקרטית**, וממילא גם לא אדון בהן ברשימה זאת, שבעקבות הספר.

עם זאת, יש להבחין בין עצם קיומו של שיקול דעת שיפוטי ובין פירוש התנאים לקיום שיקול הדעת ולהפעלתו, שהוא לעצמו לא בהכרח נתון לשיקול דעת. מנגד, כללים משפטיים עשויים לכבול הפעלה של "שיקול דעת", שלפי פשט לשונו של חוק ניתן לבית המשפט. בכך שחוק נוקט ביטוי המרמז לכאורה על הענקת שיקול דעת לבית המשפט, כגון המילה "רשאי", אין כדי להוות אינדיקציה חד־משמעית לכך שלשופטים אכן ניתן שיקול דעת אמיתי להחליט בעניין הנדון.

הבחנה מרכזית – שברק מטעים, ושתשמש תשתית אף לרשימה זאת – היא בין שיקול דעת במובנו התודעתי (או הפסיכולוגי) ובין שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. שיקול הדעת השיפוטי שבו ברק מתמקד הוא שיקול דעת נורמטיבי. וכך ברק כותב בעניין הבחנה זאת:

אני מגדיר שיקול־דעת שיפוטי כמצב שבו ניתן לשופט הכוח לבחור בין שתי חלופות או יותר, כאשר כל אחת מהחלופות היא במסגרת

10. ראו חיים ה' כהן, "אהרן ברק, פרשנות במשפט", **משפט וממשל א** (תשנ"ב) 545, בעמ' 546; וכן אריאל בנדור, "ארבע מהפכות חוקתיות?", **משפט וממשל ו** (תשס"א) 305, בעמ' 307-306. אכן, גם אני אין עיני צרה מלצטט את עצמי.

11. ראו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 275-283.

12. ראו, למשל, שם, בעמ' 21: "הדיבור על התפקיד השיפוטי והדרכים להגשמתו רלוונטי רק כאשר קיים שיקול דעת שיפוטי, כלומר כשהשופט ניצב בפני חופש בחירה. כאשר חופש זה ניתן לשופט עליו לשקול את דרכו. הצעתי שלי הנה כי יבחר באותה אופציה שיותר מכל אופציה אחרת מגשרת על הפער שבין המשפט לחיים ומגנה על החוקה וערכיה".

הדין. הגדרה זו מניחה כמובן כי השופט לא יפעל באופן מכני אלא ישקול, יהרהר, יתרשם, יבחן ויעיין. עם זאת שיקול הדעת השיפוטי אינו מושג פסיכולוגי. הוא משקף מצב נורמטיבי. [...] הגדרה זו של שיקול הדעת השיפוטי מבוססת על התפיסה כי לא לכל הבעיות המשפטיות יש פתרון אחד ויחיד, כי קיימים מצבים שיש להם יותר מפתרון חוקי אחד.<sup>13</sup>

ובהמשך: "רוב רובן של ההכרעות השיפטיות, אף שקיים בהן יסוד נפשי של מחשבה, שיקול ושקילה, אין בהן כלל שיקול דעת שיפוטי".<sup>14</sup> אכן, ליבון שאלות משפטיות שאינן בנאליות והכרעה בהן – כמו עיסוק בבעיות לא בנאליות בכל תחום מקצועי או מדעי אחר – כרוכים כמעט תמיד ב"תודעה שיקול-דעתית", שמשמעותה היא שבעלי המקצוע מקבלים החלטות או מבצעים פעולות מקצועיות רק לאחר ששקלו נתונים ושיקולים שונים ובהנן חלופות החלטה או פעולה שונות. אך משמעותה של תודעה זאת – שיקול דעת תודעתי (בלשונו של ברק "מושג פסיכולוגי" או "יסוד נפשי") – היא לא בהכרח קיומן של כמה חלופות החלטה או פעולה נכונות, או בהקשר השיפוטי, קיומן של כמה חלופות פסיקה חוקיות. שיקול דעת שיפוטי, שבו עוסקת כתיבתו המטא-שיפטית של ברק, לרבות בספר שופט בחברה דמוקרטית, הוא שיקול דעת נורמטיבי בלבד, שבו הדין מאפשר בחירה בין מספר חלופות, שכל אחת מהן חוקית. הספר, ורשימה זאת שכתובה בעקבותיו, לא עוסקים בשיקול דעת שהוא תודעתי בלבד (ולא נורמטיבי), מצב המתקיים כשהדין קובע חלופה חוקית יחידה אך איתורה של חלופה זאת כרוך במחשבה, שיקול ושקילה.

5. וזה יהיה מהלך הרשימה.

בפרק ב של הרשימה, אגב השוואה בין כתיבתו של ברק בשתי המהדורות של מחקרו על חוק השליחות,<sup>15</sup> אדגים את הערכתי בדבר הרלוונטיות המוגבלת שיש לכתיבה המטא-שיפטית של ברק להצגת הדין ולפרשנותו.

בפרק ג אדון בקטגוריה של "מקרים קשים", שברק מייחד לה את עיקר כתיבתו על אודות תפקיד השופטים והמאופיינת לדעתו בצורך להפעיל שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי (שאינו אך ורק בתודעת השופטים). בפרק זה אציג את הטענה, כי גישתו של ברק לוקה במתח מהותי בין הטענה לקיום שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי כתופעה משמעותית בעולם המשפט ובין הניסיון להציע מערך מקיף של כללים להפעלת שיקול הדעת. שילוב שתי הטענות – בבחינת "הכול צפוי והרשות נתונה" – הנו אוקסימורון שברק, כך נדמה לי, מתקשה להתיר.

13. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 29. ההדגשה הוספה.

14. שם, בעמ' 31.

15. ברק, חוק השליחות מתשל"ה (לעיל, הערה 4); ברק, חוק השליחות מתשנ"ו (לעיל, הערה

6).

בפרק ד אציג חולשה נוספת שיש לדעתי בגישתו של ברק. מכתיבתו של ברק עולה – אף שהוא אינו דוגל בכך במוצהר (ואפילו כופר בכך) – שלמעשה המשפט אינו מיוצר, בראש וראשונה, לשימוש הישיר של הציבור, אלא שהחלתו כרוכה בדרך כלל בהתדיינות בבית משפט. אדגים את טענתי באמצעות הדוקטרינה – שברק הוא ממייסדיה וממפתחיה העיקריים – בדבר בטלות (או תוצאה) יחסית של פעולות שלטוניות פגומות. בפרק ה אציג את עיקרי גישתי "הפורמליסטית". גישה זאת שונה מגישתו של ברק, המתמקדת בשיפוט ובשיקול הדעת השיפוטי. לפי גישתי, המשפט הנו ביסודו מערכת קוהרנטית, המבוססת על חשיבה דוקטיבית. עם זאת, בשונה מן ההצגה המקובלת של פורמליזם משפטי בידי שולליו,<sup>16</sup> איני סובר כי שיקולים ערכיים, חברתיים ופוליטיים הגם מחוץ למשפט, אלא כי יש להם תפקיד חשוב במשפט עצמו. עם זאת, עשויים להיות מקרים חריגים, שבהם מכלול מקורות המשפט לא יובילו שופטים לפתרון. במקרים כאלה – שבהם הפתרון לשאלה משפטית אינו ידוע – שופטים יהיו עשויים להכריע בסכסוך, בליט ברירה, באופן אינטואיטיבי. לסיום אהרהר בקצרה בגבולות של השופט ברק.

## ב. על חוק השליחות וספרים אחרים

6. המכנה המשותף לכמעט כל הספרים והמאמרים הרבים שאהרן ברק כתב ופרסם בהיותו שופט הוא ההתבוננות העצמית בבית המשפט, במיוחד בבית המשפט העליון, ובתפקיד השופטים. לצד הקדרה של חמישה הכרכים עבי הכרס – כנראה היחידה מסוגה בעולם<sup>17</sup> – על פרשנות במשפט,<sup>18</sup> הוציא ברק לאור גם ספרים על שיקול דעת שיפוטי,<sup>19</sup> פרשנות תכליתית,<sup>20</sup> ולאחרונה את ספרו נושא רשימה זאת על שופט בחברה דמוקרטית.<sup>21</sup> בד בבד עם כל אלה פרסם ברק עשרות מאמרים בכל כתבי העת המשפטיים בישראל, ובשנת 2002 גם בכתב העת המשפטי היוקרתי של בית הספר למשפטים של אוניברסיטת הארוורד<sup>22</sup> – מאמר שעליו מתבסס הספר שופט בחברה דמוקרטית.<sup>23</sup> הספר היחיד שברק פרסם מאז

16. ראו, למשל, מנחם מאוטנר, "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה", משפט וממשל ט (תשס"ו) 225, בעמ' 228-230.

17. ראו כהן (לעיל, הערה 10), בעמ' 545.

18. ראו לעיל, הערה 9.

19. ראו לעיל, הערה 2. ספר זה יצא גם בגירסה אנגלית. ראו לעיל, הערה 9.

20. ראו לעיל הערה 9. ספר זה יצא גם בגירסה אנגלית. ראו שם.

21. ברק (לעיל, הערה 1). ספר זה עתיד לצאת גם בגירסה אנגלית. ראו לעיל, הערה 9.

22. Aharon Barak, "Forward: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy", 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 16.

23. ראו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 17.

מינויו לשופט המתמקד בעיון מהותי בתחום משפטי ספציפי, ולא בפרשנות או בתפקיד השופטים, הנו מהדורה חדשה – שפורסמה ב-1996 – של מחקרו על חוק השליחות.<sup>24</sup>

7. בשנת 1975 הופיע בראשונה ספרו של פרופ' אהרן ברק על חוק השליחות.<sup>25</sup> לעומת החוק שהספר דן בו,<sup>26</sup> שהוא חוק קצר, המכיל 21 סעיפים בלבד, מתוכם שניים טכניים לחלוטין, הספר עצמו הוא עב כרס, ומשתרע על פני כ-600 עמודים. באותה שנה זכה ברק בפרס ישראל לחקר המשפט. הוא היה אז בן 39. הפרס הוענק לו במידה רבה על ספרו על חוק השליחות, שנחשב לאחד המחקרים המשפטיים המעולים ביותר שפורסמו בישראל עד אז. והנה, במפתח העניינים של ספר זה אין כל אזכור למילים "בית משפט" או "שופט". נעדרים גם "ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית", "עקרונות היסוד של השיטה" ו"פרשנות תכליתית". אף בגוף הספר, גם בעמודים הספורים מתוכו שבהם נדונים מושגי סתום כגון "תום לב" (שבאותה עת כבר מלאו כשנתיים לקליטתו במשפט הפרטי בישראל בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973), אין התייחסות של ממש לבתי המשפט, לשופטים או לשיקול דעתם הפרשני או היצירתי.

8. למעלה מעשרים שנה לאחר מכן – בשנת 1996, כאשר ברק כבר כיהן כנשיא בית המשפט העליון – פורסמה כאמור מהדורה חדשה של מחקרו על חוק השליחות.<sup>27</sup> הפעם התפרסם המחקר בשני כרכים, בהיקף כולל של למעלה מ-1,700 עמודים – פי שלושה בערך מן המהדורה הראשונה. יצירה מונומנטלית זאת – שלעומתה מתגמד בהיקפו המחקר המקורי, זה שבזכותו זכה ברק הצעיר בפרס ישראל – התקבלה בקהילייה המשפטית בשתיקה כמעט גמורה, על גבול ההתעלמות.

עיון בתוכן העניינים ובמפתחות של המהדורה החדשה ועלעול בספר עצמו מגלים לכאורה שינוי מהותי בכתיבתו של ברק. הפרק השני של המחקר מציג בהיקף ניכר – כמעט כשל ספר בפני עצמו – את תורות שיקול הדעת השיפוטי והפרשנות התכליתית של ברק (לרבות זו האובייקטיבית, המסתמכת על ערכי היסוד של השיטה וזכויות האדם החוקיות), תוך התמקדות בדרכי הפרשנות של הקודיפיקציה האזרחית בכלל ושל חוק השליחות בפרט.<sup>28</sup> ואכן, בפתח הספר ציין ברק, כי במהלך השנים שחלפו מאז כתיבת המהדורה הראשונה גברה בו –

הספקנות באשר ליכולתו (או רצונו) של החוק לתת פתרון אחד ידוע וברור לכל בעיה משפטית. [...] המשפט מבוסס על חוסר ודאות, ועל בעיות משפטיות שיש להן יותר מפתרון אחד. ביטוי לספקנות זאת

24. ברק, חוק השליחות מתשנ"ו (לעיל, הערה 6).

25. ברק, חוק השליחות מתשל"ה (לעיל, הערה 4).

26. חוק השליחות, תשכ"ה-1965, ס"ח 220.

27. ברק, חוק השליחות מתשנ"ו (לעיל, הערה 6).

28. שם, בעמ' 145-308.



נתתי בפירוש להוראות השונות של חוק השליחות, שלעיתים מעלה יותר מאפשרות לגיטימית אחת. במקרים אלה ניסיתי להצביע על הפירוש הראוי, שיש בו איזון בין ביטחון במשפט לצדק בשיפוט.<sup>29</sup>

אלא שהרושם הוא, כי הדיון הפרטני בהמשך הספר בסעיפי חוק השליחות אינו שונה באופיו באופן מהותי מהדיון במהדורה הראשונה. להוציא שימוש וירטואוזי במשפט השוואתי, בהיקף גדול בהרבה מזה שנעשה במהדורה הראשונה, והיזקקות נרחבת יותר לחוקים ולתקדימים רלוונטיים אחרים מן המשפט הפרטי, כגון מדיני החוזים, ברק מנתח את הוראות חוק השליחות, בעיקרו של דבר, מתוך עצמן, ובראש וראשונה מתוך היגיון משפטי פנימי. הניתוח הנו בעיקרו דוקטיבי, ומתאפיין באנליטיות וברציונליות פנים-משפטית. אמנם, כפי שברק כתב בקטע שציטטתי לעיל מתוך ההקדמה לספר, הניתוח המשפטי שלו מבוסס על העלאת אופציות שונות לפתרון הבעיות שבהן הוא דן. ברק מנתח את החלופות השונות באופן משכנע וממצה – דוחה חלק מהן ומאמץ אחרות לפי מידת התאמתן והשתלבותן במכלול הנורמטיבי שמציע חוק השליחות כשהוא לעצמו, וחוק השליחות כפרק בחקיקה האזרחית החדשה בפרט וכחלק מהמשפט הישראלי בכלל. אך כך היה, כמובן, גם במהדורה הראשונה, שגם היא לא התבססה על פרשנות מילולית פרימיטיבית או חד-צדדית של סעיפי החוק, אלא הציעה אפשרויות פרשנות שונות ודנה בהן בעמקות וביסודיות. לעומת זאת, גם במהדורה השנייה אין שימוש רב בקונספציות הרחבות להפעלת שיקול דעת שיפוטי שפיתח ברק בספריו ובמאמריו בנושא זה, המבוססות על עקרונות היסוד של השיטה והמגלות ערנות ניכרת לשיקולים מוסדיים, ובהם למעמד בתי המשפט והשופטים לעומת רשויות השלטון האחרות. אף באחת מן המהדורות אין היזקקות של ממש לתובנות בין-תחומיות או חוץ-משפטיות, שכה השפיעו על השיח המשפטי האקדמי בעשורים האחרונים. המהדורה מ-1996 היא בסופו של דבר, מבחינת השיח המאפיין אותה, שמרנית או מסורתית כמעט באותה המידה כמו המהדורה מ-1975, ובמסגרת השיח הזה שתייהן מרשימות ומשוכללות באותה המידה.

עיון בשתי המהדורות של ספרו של ברק על חוק השליחות ממחיש אפוא את ההתרשמות, כי השיח ממוקד השיפוט העומד במרכזו כתיבתו העיונית של ברק כשופט – הסב את שיקול הדעת השיפוטי, את דרכי הפעלתו ואת גבולותיו – אינו נדרש, ועל כל פנים אינו הכרחי, להבנה ולהחלה של הדין המהותי. הדבר נכון גם בסוגיות סבוכות ומורכבות, ששופטים, וכמותם משפטנים אחרים, נדרשים להפעיל בהן שיקול דעת (כמובנו התודעתי) מעמיק.<sup>30</sup> לא מן הנמנע, כי מפעלו הגדול של השופט ברק אכן תר בסופו של דבר רק אחר גבולות המשפט והשיפוט,<sup>31</sup> ואילו הרלוונטיות של מפעל זה, או לפחות של חלקים מרכזיים מתוכו, להבנת השיח המשפטי הענף שבתוך הגבולות – הנה מוגבלת.

29. שם, בעמ' 53.

30. השוו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 29.

31. השוו אהרן ברק, "גבולות המשפט והשיפוט", קריית המשפט: שנתון הקריה האקדמית ב (תשס"ב) 5. ראו גם להלן, בפרק ו.

### ג. מקרים קלים, מקרים קשים, ועוד

9. לדברי ברק, "הדיבור על התפקיד השיפוטי והדרכים להגשמתו רלוואנטי רק כאשר קיים שיקול דעת שיפוטי, כלומר כשהשופט ניצב בפני חופש בחירה".<sup>32</sup> לפי תפיסתו של ברק, לשופטים יש אפוא שיקול דעת רק כאשר עומדות לפניהם מספר חלופות שכל אחת מהן היא כדין. בעניין זה ברק כותב:

חופש הבחירה קיים רק כאשר כל אחת מהאפשרויות הפתוחות בפני השופט מותרת לו מבחינת השיטה. הגדרה זו של שיקול הדעת השיפוטי מבוססת כמובן על התפיסה כי לא לכל הבעיות המשפטיות יש פתרון אחד ויחיד, כי קיימים מצבים שיש להם יותר מפתרון חוקי אחד.<sup>33</sup>

כפי שעולה מכתבתו של ברק, הוא אינו רואה שיקול דעת שיפוטי כתופעה שולית. אף שרוב הסכסוכים הנדונים בבתי המשפט הנם "מקרים קלים", שלפתרונם לא נדרש שיקול דעת שיפוטי, הרי לדברי ברק, מרבית "המקרים הקשים", שבהם נדרש שיקול דעת כזה, "משפיעים על חיי החברה".<sup>34</sup> לדברי ברק, שיקול הדעת השיפוטי משקף את חוסר הוודאות האינהרנטי למשפט והנובע מחוסר הוודאות של הלשון ושל כללי המשפט ומן המגבלות של יוצרי המשפט.<sup>35</sup>

והנה, בהקדמה לספר **שופט בחברה דמוקרטית** ברק כותב, כי בספר הוא "מבקש להראות כיצד יש להפעיל את שיקול הדעת השיפוטי בתוך גבולותיו שלו".<sup>36</sup> שכן, "שיקול הדעת השיפוטי המופעל בבחירה בין החלופות לעולם אינו מוחלט".<sup>37</sup> התפיסה שברק מציג בספר הנה, בקליפת אגוז, כי "את שיקול דעתו על השופט להפעיל באופן המגשים את תפקידו. עליו לבחור באותה חלופה חוקית הניצבת בפניו ושיש בה יותר מכל חלופה אחרת כדי לגשר על הפער שבין המשפט לחיים ולהגן על החוקה וערכיה".<sup>38</sup>

10. בדברים אלה של ברק מובנה מתח פנימי. מתח זה הוא בין הגדרת שיקול הדעת השיפוטי כמצב שבו הדין מעניק לשופטים חופש בחירה אמיתי בין אפשרויות שונות – "שיקול הדעת השיפוטי אינו מושג פסיכולוגי. הוא משקף מצב נורמטיבי"<sup>39</sup> – ובין מטרותו

32. ברק ולעיל, הערה 1, בעמ' 21.

33. שם, בעמ' 29.

34. שם, בעמ' 31.

35. שם, בעמ' 32-36.

36. שם, בעמ' 16.

37. שם, בעמ' 36.

38. שם, בעמ' 16.

39. שם, בעמ' 29.

העיקרית של הספר **שופט בחברה דמוקרטית**, שהיא מתן הנחיה אובייקטיבית, נורמטיבית ולא תודעתית, איך להפעיל את שיקול הדעת. כיצד ניתן להכיר בקיום מצבים שבהם לשופטים נתון חופש בחירה אמיתי בין כמה אפשרויות, שהם חופשיים לבחור בכל אחת מהן, ובעת ובעונה אחת לטעון כי חופש זה הנו מוגבל וכי הבחירה נעשית, ככלל, בדרך "אובייקטיבית",<sup>40</sup> כלומר תוך ניתוק בינה ובין עולמם של השופטים? זהו אוקסימורון, שברק אינו מיישב אותו, ולא ברור עד כמה הוא ער לקיומו.

מתח פנימי – אוקסימורון – זה משותף לספר **שופט בחברה דמוקרטית** ולספרים<sup>41</sup> ולמאמרים המטא-שיפוטיים האחרים של ברק כמו לכתובתו המטא-שיפוטית הענפה ברבים מפסקי הדין שכתב. המתח בין טענה לקיום שיקול דעת "אמיתי" – במובן הנורמטיבי, המקנה אפשרות בחירה בין כמה חלופות חוקיות – ובין טענה כי שיקול דעת זה הנו מוגבל והצעתם של כללים ואמות מידה להפעלתו מאפיין את כל החיבורים האלה. מתח פנימי כזה אינו ייחודי לכתובתו של ברק, הוא מאפיין את כל אותה ספרות "ריאליסטית" נורמטיבית, הרואה שיקול דעת שיפוטי אמיתי לא רק כתופעה שאין להימנע ממנה, אלא גם כגורם חיובי לקידום יעדים חברתיים ואף מוסריים, שלא ניתן להגשים אלא באמצעות שימוש ב"סטנדרטים" רחבים שיישומם כרוך בשיקול דעת שיפוטי. אלא שכדי להבטיח כי שיקול הדעת השיפוטי אכן יופעל באופן שיביא לידי התוצאות הרצויות, מוצע בספרות זאת לא אחת להגביל את שיקול הדעת בכללים אלה ואחרים. אך הצעת הגבולות לשיקול הדעת השיפוטי נתונה במתח עם עצם הרעיון של שיקול דעת שיפוטי כאפשרות בחירה אמיתית של השופטים בין חלופות שונות, שהמשפט אינו נוקט בעניינה עמדה.<sup>42</sup>

בכך שאמות המידה שמציע ברק (ושמציעים אחרים) להגבלת שיקול הדעת השיפוטי ולהנחייתו אינן מבטלות לכאורה את שיקול הדעת, אלא רק קובעות אמות מידה להפעלתו אין, כך נדמה לי, כדי לבטל או לצמצם את המתח שבין קיום שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי ובין הכפפתו לכללים. אם לאחר החלתן במקרה נתון של אמות המידה המגבילות את שיקול הדעת השיפוטי נותרת לבית המשפט חלופה חוקית יחידה, שוב אין מדובר בשיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. לעומת זאת, אם גם לאחר החלתן של אמות מידה אלה נותרת לבית המשפט כמה חלופות חוקיות, הרי באמות המידה שוב אין כדי לסייע בהכרעה בין חלופות אלה, ושיקול הדעת השיפוטי – האמיתי – מופעל בלא כל אמת מידה משפטית מנחה או מגבילה.

40. שם, בעמ' 41-45.

41. ראו הספרים המאוזכרים לעיל, בהערה 9.

42. נראה לי, שמתח כזה מאפיין גם את מאמרו של מנחם מאוטנר המופיע בחוברת זאת (לעיל, הערה 16), שבו הוא תומך בנחרצות בגישה "ריאליסטית" תיאורית ונורמטיבית גם יחד. לדעתו של מאוטנר, גישה זאת מביאה, יותר מגישות אחרות, לידי אי-הודאות ואקראיות במשפט, ולכן הוא מציע כללים לצמצום אי-הודאות והאקראיות. אלא שאם הכללים שמציע מאוטנר הם אכן אפקטיביים – הרי לפי גישתו הם, לכאורה, בלתי אפשריים ועל כל פנים ספק רב מאוד אם הם רצויים.

11. מתח נוסף - שאינו במישור האנליטי וההגיוני בלבד, אלא יש לו גם השלכות נורמטיביות מהותיות - הוא בין הגישה הדוגלת בקיום שיקול דעת שיפוטי אמיתי כתופעה חשובה ומשמעותית ובין גישה התופסת שיקול דעת זה - ככל שהוא קיים - כתופעה שולית (אם לא אזוטריית). כך, למשל, גישתו של ברק, שלדעתי היא גישה פורמליסטית,<sup>43</sup> כי הכול שפיט מבחינה נורמטיבית וכי ראוי לקיים שפיטות מוסדית רחבה,<sup>44</sup> מתקשה לעלות בקנה אחד - הן מבחינה תיאורית והן מבחינה נורמטיבית - עם תפיסה המטעימה את שיקול הדעת השיפוטי. מבחינת השפיטות הנורמטיבית קשה לטעון כי "מלוא כל הארץ משפט" (כלומר כי הדין המהותי, בשונה מבית המשפט כמוסד, מתייחס לכל פעולה אנושית) וכי "אין חלל משפטי". כאשר המשפט שותק ושתיקתו היא 'חסר' יש אמות מידה להשלמת החסר. אין מצב שבו אין משפט";<sup>45</sup> ובעת ובעונה אחת לטעון כי תופעה מהותית במשפט היא של "מקרים קשים" - מבחינה נורמטיבית, ולא רק תודעתית - שבהם המשפט אינו קובע אמות מידה להכרעה (ולא רק כי קשה, או אי-אפשר, לדעת בביטחון מהו הדין). ואילו הרחבתה של השפיטות המוסדית מנומקת על ידי השופט ברק בשיקולים של הפרדת הרשויות, המשטר הדמוקרטי ושלטון החוק:

השתחררות בית המשפט מסמכות הפיקוח שלו, רק משום שהסכסוך נושא הפיקוח - אף שניתן לפתור אותו על-פי אמות מידה משפטיות - יש בו היבט "פוליטי", עשויה לפגוע בהשלטת החוק ובאמון הציבור בשלטון החוק, תוצאתה של אי השפיטות המוסדית [...] היא ביצירת תחום שבו יש דין אך אין דיין. משמעותה האמיתית של תוצאה זו הינה, כי לית דין ולית דיין. תוצאה זו קשה היא להפרדת הרשויות, למשטר הדמוקרטי ולשלטון החוק.<sup>46</sup>

נדמה כי שיקולים אלה כולם נחלשים עד מאוד - אם בכלל הם חלים - כאשר השופטים אינם משתמשים בכישוריהם המקצועיים לאיתור הדין, לפרשנותו וליישומו (גם אם מדובר במקרה מסובך, שבו אין עומדים לרשותם כללים פשוטים וברורים מן המוכן), אלא בוחרים כיצד לפסוק לפי האינטואיציה שלהם. וכך הוא גם כאשר להרחבה של זכות העמידה בבג"ץ - שהשופט ברק היה ממחולליה העיקריים, ושאף היא התבססה על שיקולים של קידום שלטון החוק (וכמובן לא על רצונו של בג"ץ להכריע בסכסוכים לפי שיקול דעתו החופשי).<sup>47</sup>

43. ראו אריאל בנדור, "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט - על פורמליזם משפטי ראוי", *משפט וממשל* ו (תשס"א) 591, בעמ' 596-603. ללקטנות (אקלקטיות) המאפיינת את

כתיבתו של ברק, שקשה לסווגה לאסכולה תורת-משפטית יחידה, ראו להלן, בפרק ו.

44. ראו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 275-283.

45. שם, בעמ' 276-277.

46. בג"ץ 910/86 *רסלר נ' שר הביטחון*, פ"ד מב(2) 441, בעמ' 494.

47. ראו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 287.

12. עמדתו של ברק באשר לתפקיד השופטים, כפי שהוא מסכם אותה בסיום הספר **שופט בחברה דמוקרטית**, היא זאת:

תפקידו של השופט הוא להכריע בסכסוך המובא לפניו. לשם כך עליו לקבוע את הדין שלפיו הסכסוך יוכרע. בקביעה זו הוא משמש לעיתים קרובות "פה למחוקק". הוא חוזר על לשון החוק. הוא אינו יוצר כל נורמה חדשה. כך לרוב, אך לא תמיד. ישנם מקרים ("המקרים הקשים") שבהם קביעת הדין כרוכה ביצירת הדין. ודאי כך בפיתוח המשפט המקובל. כך גם בפירוש טקסט שנוצר על ידי אחר (רשות מכוונת, רשות מחוקקת, צדדים לחוזה, מצווה). בכל המקרים האלה אין דין קודם, או שבדין הקודם טמון חוסר ודאות. במצבים האלה השופט יוצר דין חדש.<sup>48</sup>

ברק מבחין אפוא בין "מקרים קלים", שבהם השופט משמש "פה למחוקק", ובין "מקרים קשים", שבהם נדרשת יצירתיות שיפוטית. אלא שבניגוד לעולה ממרבית הדוגמאות המובאות בספר, רוב השאלות המשפטיות שבתי המשפט דנים בהן – לפי השערת אפילו הרוב המכריע של השאלות האלה – אינן נופלות לאף אחת משתי הקטגוריות האלה. אכן, כדברי ברק, לא יעלה על דעתו של שום משפטן בר־דעת לטעון כי סוס הוא "רכב מנועי" כמשמעותו בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, או כי מכונית הנעה על כבישי ארצנו אינה רכב כזה.<sup>49</sup> הדעת נותנת כי שום עורך דין שפוי לא יטען טענות כאלה, ולכן כי בתי המשפט לא יצטרכו להכריע בהן ובכך לשמש "פה למחוקק". בדומה לכך, אמנם הצדק עם ברק בכותבו, כי "בעלותי על השעון שאני עונד אינה מעוררת כל בעיה משפטית קשה. מי שיטען לבעלות על השעון רק משום שהשעון מוצא חן בעיניו לא יזכה בשעון שלי, וההכרעה כנגדו לא תצריך הפעלת שיקול דעת שיפוטי. המקרה הוא קל".<sup>50</sup> דברים אלה בוודאי נכונים, אך לא רק שבמקרה כזה לא יהיה צורך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי, אלא שבפועל אין להניח שיהיה צורך בהכרעה שיפוטית כלשהי.

13. אך רוב השאלות המשפטיות שבתי המשפט דנים בהן – ולדעתי, ואני מסתכן בהשערה שגם לדעתו של ברק, עם השאלות האלה נמנות שאלות משפטיות מעניינות ומאתגרות רבות – אינן שאלות "קלות", וליתר דיוק: שאלות אידיוטיות, כגון האם סוס הוא "רכב מנועי". הן גם אינן שאלות "קשות" לכאורה, ולדעתי בחלקן די משעממות ולא כל כך מאתגרות מבחינה מקצועית, כגון השאלה אם החלטה של המנהל הכללי של משרד הפנים שלא לאשר בנייה של אצטדיון כדורגל במתחם מסוים בירושלים<sup>51</sup> או החלטה של

48. שם, בעמ' 407.

49. שם, בעמ' 31.

50. שם, שם.

51. השוו בג"ץ 581/87 צוקר נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 529.

היועץ המשפטי לממשלה להימנע מלהעמיד לדין חשודים מסוימים מטעמים של היעדר עניין לציבור<sup>52</sup> נכנסות בנסיבות המקרה ל"מתחם הסבירות" או חורגות ממנו. השאלות המשפטיות "הרגילות" – ובהן גם השאלות המעניינות והמאתגרות ביותר מבחינה מקצועית – אינן "קלות" וגם אינן "קשות" במובן שבו ברק בדרך כלל משתמש בסיווג זה. אלה הן שאלות שאין להן תשובה בנאלית, המובנת מאליה לכל אדם, ועל כל פנים לכל משפטן שפוי, ועם זאת ההנחה היא כי יש להן תשובה נכונה אחת ויחידה, שמומחיות המשפטנים היא לגלות. רוב השאלות שבהן ברק דן בספרו על חוק השליחות – בשתי המהדורות גם יחד – הן שאלות מן הסוג הזה, שברק כינה, בספרו על שיקול דעת שיפוטני, "מקרי ביניים".<sup>53</sup> בספר שופט בחברה דמוקרטית ברק אינו חוזר משום מה על סיווג זה,<sup>54</sup> ומסתפק בהבחנה בין מקרים "קלים", שבהם אין שיקול דעת שיפוטני נורמטיבי, ובין מקרים "קשים", שבהם יש שיקול דעת כזה.

בהקשר זה ברק מייחס משקל להשקפת הקהילייה המשפטית, שהיא "ההשקפה המקצועית של ציבור המשפטנים באותה שיטת משפט".<sup>55</sup> לדבריו, הנוגעים לאמת המידה של חוקיות הבחירה בחלופה פרשנית זו ואחרת בעת הפעלה של שיקול דעת שיפוטני –

אפשרות היא חוקית אם הקהילייה המשפטית רואה בה כחוקית, ואם תגובתה של הקהילייה המשפטית אינה תדהמה וחוסר אמון בבחירתה של אפשרות זו. אפשרות היא בלתי חוקית אם הקהילייה המשפטית רואה בה כבלתי חוקית ורואה כבלתי מתקבל על הדעת שמשפטן בר־דעת יבחר באותה אפשרות.<sup>56</sup>

ברוח דומה כתב ברק בספרו על שיקול דעת שיפוטני, בהגדירו את "מקרי הביניים", אשר "בהם אין לשופט, בסופו של דבר, שיקול דעת",<sup>57</sup> אך "יש, לכאורה, לכל צד טיעון משפטי לגיטימי התומך בעמדתו, ונדרשת פעולה פרשנית מודעת, כדי להיווכח כי בסופו של דבר אין בטיעון ממש, וכי יש רק פתרון חוקי אחד":<sup>58</sup>

למסקנה זו, כי קיים רק פתרון חוקי אחד, יגיעו כל המשפטנים המשתייכים לאותה "קהילייה משפטית", באופן שאם אחד מהם

52. השוו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485.

53. ברק (לעיל, הערה 2), בעמ' 64-65.

54. עם זאת, נראה כי ברק אינו מתכחש לקטגוריה של "מקרי ביניים" גם כיום. שכן, בערב העיון שבו השמעתני את ההרצאה שעליה מבוססת רשימה זאת, שנערך בתאריך 1 בדצמבר 2004, הזכיר אותה ברק בדבריו התגובה שלו.

55. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 30.

56. שם, שם.

57. ברק (לעיל, הערה 2), בעמ' 64.

58. שם, שם.

יחליט אחרת, תגובת הקהילייה תהיה כי אותו שופט טועה. [...] בכל המקרים הללו [...] לאחר שיקול ושקילה הנעשים במודע, והמצריכים לעתים מאמץ ניכר וקשה, ובמסגרת הכללים המקובלים, יגיע כל משפטן בר־דעת למסקנה כי קיימת רק אפשרות אחת וכי אין שיקול דעת שיפוטי.<sup>59</sup>

אמנם ניתן להקביל את חוקיות הבחירה באפשרות זו ואחרת בנסיבות שבהן קיים שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי לגבי עצם הסיווג של שאלה משפטית כמקרה קשה, שבו נתונה בחירה בין כמה אפשרויות חוקיות, או כמקרה ביניים, שבו אפשרות כזאת אינה קיימת. בשני המקרים ניתן לנקוט את מבחן הקהילייה המשפטית, אף "שאמת מידה זו אינה מדויקת".<sup>60</sup> עם זאת, כאשר מדובר במקרי ביניים, מבחן זה אינו מועיל לבחירת הפתרון האחד הנכון. יש מקרים רבים, שבהם "הקהילייה המשפטית" מסכימה כי שאלה משפטית נופלת בגדר מקרה ביניים, כלומר שיש לה פתרון נכון אחד שאינו נתון – מבחינה נורמטיבית, בשונה מתודעתית<sup>61</sup> – לשיקול דעת, אך שאין הסכמה כזאת בנוגע למהות הפתרון. כך, רוב המחלוקות המשפטיות בקרב שופטי בית המשפט העליון אינן בדבר הבחירה הראויה ביותר מבין כמה חלופות פרשניות, שכולן חוקיות, אלא בדבר מהות החלופה החוקית היחידה. אכן, מכך שקיימת הסכמה בדבר היותה של שאלה בגדר מקרה ביניים, שפתרוננו כרוך בהפעלת שיקול דעת במובנו התודעתי אך אינו מבוסס על שיקול דעת במובנו הנורמטיבי, לא נובע שיש הסכמה בדבר מהות הפתרון.

גם במקרי הביניים קיימות מחלוקות. מעצם קיום מחלוקת – והלוא בכל משפט יש מחלוקת בין הצדדים, וברוב המקרים כל הצדדים המיוצגים על ידי עורכי דין טוענים טענות לגיטימיות מבחינה מקצועית – לא עולה שכל התשובות המוצעות או הנטענות הנן נכונות במידה שווה. אף בהנמקה של פסקי דין, גם בפסקי דין שבהם דעות השופטים בשאלות משפטיות הנן חלוקות, השופטים מצהירים לעתים נדירות בלבד כי יש כמה אפשרויות לגיטימיות להכרעה. רק בפסקי דין ספורים קבע השופט ברק עצמו, כי הכרעתו בהם מהווה בחירה מבין מספר אפשרויות, שכולן לגיטימיות במידה שווה ("מקרה קשה" המגלם שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי),<sup>62</sup> או כי החלטתו היא בגדר "חקיקה שיפוטית".<sup>63</sup> ואכן, במקרים

59. שם, בעמ' 64-65.

60. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 30.

61. השוו שם, בעמ' 29.

62. ראו ע"א 518/82 זייצוב נ' בנין, פ"ד (2) 85 (להלן: פסק דין זייצוב), בעמ' 107; בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד (1) 749, בעמ' 773; בג"ץ 4914/91 איראני נ' שר הפנים, פ"ד (4) 749, בעמ' 774.

63. רק סוג אחד של הכרעות שיפטיות – קביעתה של אחריות מושגית בעולות הרשלנות – הוכרו עד כה על ידי השופט ברק בפסיקתו כ"חקיקה שיפטית". ראו ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד (1) 113, בעמ' 123; פסק דין זייצוב (לעיל, הערה 62), בעמ' 107. ראו גם דברי השופט ברק בבג"ץ 1635/90 זרנובסקי נ' ראש הממשלה,

הרגילים שבהם מגיעות שאלות משפטיות להכרעה שיפוטית, מטרת השופטים ותפקידם הם לחשוף, גם אם הדבר קשה ומסובך, את התשובה האחת הנכונה, ולא להפעיל שיקול דעת בבחירה מבין כמה אפשרויות לגיטימיות במידה שווה.

14. אפשר להקביל את "מקרי הביניים" המשפטיים לשאלות בתחומים מקצועיים אחרים, שיש בהן, לא אחת, מחלוקת בין מומחים שונים, אך אין מחלוקת כי רק עמדה נתונה יחידה יכולה להיות נכונה. טלו, למשל, אבחון של מחלה. אין זה נדיר, כי בין רופאים שונים ניטשת מחלוקת באשר למהות המחלה שבה לוקה מטופל מסוים. רופאים שונים, שכל אחד מהם עושה שימוש מושכל ונבון במלוא הידע המקצועי הרלוונטי, עשויים להגיע לכלל אבחנות שונות. כל אחד מהרופאים מגיע לאבחנה באמצעות הפעלה של שיקול דעת, כלומר כל הרופאים מתחשבים בשורה של שיקולים ונתונים (בין היתר, העובדות שלפניהם והידע הרפואי שמקורו בספרות המקצועית ובניסיון שרכשו במהלך שנות עבודתם) ונתנים לכל אחד מהם משקל יחסי. המסקנה – כלומר אבחון המחלה – מגלמת את המשקל היחסי שנתן כל רופא לכל אחד מן השיקולים והנתונים שבהם התחשב.<sup>64</sup> אך בכך שכל אחד מן הרופאים מפעיל, מבחינת תודעתו, שיקול דעת, ואף בכך שמבחינה משפטית ייתכן שכל אחד מהם

פ"ד מה(1) 749 (להלן: פסק דין זרז'בסקי), בעמ' 861, שמהם עשוי להשתמע כי קביעתו שעקרונות הסבירות, ההגיונות ותום הלב חלים על הסכמים פוליטיים מהווה חקיקה שיפוטית; דברי השופט ברק בע"פ 696/81 **אזולאי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לז(2) 565, בעמ' 584-586, שמהם עולה כי חקיקה שיפוטית המרחיבה אחריות בפלילים היא אסורה, אך יש להבחין בין חקיקה אסורה כזאת ובין פרשנות שיפוטית תכליתית של הוראות עונשין שבחוק, שהיא מותרת ואף מחויבת; ודברי השופט ברק בבג"ץ 249/82 **זעקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים**, פ"ד לז(2) 393, בעמ' 421-422, שמהם עולה כי שינוי על ידי בית המשפט העליון של הלכה שיפוטית (שאינה פרשנות של הוראה חקוקה) הנו בגדר חקיקה שיפוטית, וכי מן הראוי שצד המבקש חקיקה כזאת יציג לפני בית המשפט "תשתית אינטלקטואלית ראויה". בשלושת פסקי הדין הנוספים היחידים של השופט ברק, שבהם הוא הזכיר את הצירוף "חקיקה שיפוטית", הובא הביטוי כציטוט מדברי השופט מנחם אלון בע"א 630/79 **ליברמן נ' ליברמן**, פ"ד לה(4) 359, בעמ' 368, כי ההלכה הוותיקה הקובעת חוקה בדבר שיתוף נכסים בין בני זוג מהווה "דוגמא מובהקת של חקיקה שיפוטית, שלידתה על אובני בית-משפט זה". ראו ע"א 52/80 **שחר נ' פרידמן**, פ"ד לח(1) 443, בעמ' 446; בג"ץ 1000/92 **בבלי נ' בבלי**, פ"ד מח(2) 221, בעמ' 229; ע"א 3002/93 **בן-צבי נ' סיטי**, פ"ד מט(3) 5, בעמ' 21. יצוין, כי בספר **שופט בהברה דמוקרטית** כתב ברק כי "הדיבור 'חקיקה שיפוטית' אינו מוצלח. עניין לנו ביצירת משפט ולא בחקיקה". ראו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 25. אך ראו מאמרו החלוצי של אהרן ברק, "חקיקה שיפוטית", **משפטים יג** (תשמ"ג) 25. לחשיבותו של המאמר ראו מאוטנר, לעיל הערה 16, בעמ' 241-242.

64. השוו אריאל בנדור, "שוויון ושיקול דעת שלטוני – על שוויון חוקתי ושוויון מינהלי", **ספר שמגר** (חלק א – מאמרים, אהרן ברק – יושב-ראש המערכת, לשכת עורכי הדין ו-המשפט, תשס"ג) 287, בעמ' 289-293.



פעל כדין ובאופן סביר לפי אמות מידה רפואיות לגיטימיות, אין כדי להפוך את המסקנות של כל הרופאים – ככל שהן שונות זו מזו ואינן מתיישבות זו עם זו – לנכונות. גם אם אין לפי שעה דרך לדעת בביטחון מוחלט בכל מקרה ומקרה מהו האבחון הנכון כאשר רופאים מיומנים שונים הגיעו לכלל אבחונים שונים, הרי ניתן לומר – בביטחון מוחלט – כי רק אבחון יחיד (לאו דווקא אחד האבחונים השונים שבפועל ניתנו במקרה המסוים) הנו נכון לחלוטין, וכי האבחונים האחרים הם שגויים (ולפחות לא מדויקים או לא מלאים).

בהליך השיפוטי תופעה דומה נוגעת לקביעת העובדות. מחלוקות עובדתיות בין שופטים (הן מחלוקות בין שופטים באותה ערכאה והן מחלוקות בין השופטים בערכאה הדיינית ובין השופטים בערכאת הערעור) הן, כידוע, שכיחות למדי. לא אחת, מחלוקות אלה אינן נוגעות רק לשאלה אם עובדות מסוימות הוכחו במידה הנדרשת על ידי הצד שעליו נטל ההוכחה (כגון במשפט הפלילי – הצלחת התביעה להוכיח מעל כל ספק סביר את העובדות המכוננות את יסודות העבירה), אלא נוגעות גם למהות העובדות. כלומר שופטים מסוימים מגיעים לידי מסקנה כי בפרשה נתונה התקיימו עובדות מסוימות, ואילו שופטים אחרים מגיעים לכלל מסקנה כי באותה פרשה התקיימו עובדות אחרות. עם זאת, ברור כי רק מערכת אחת של עובדות התקיימה בפועל באותה פרשה. בכך ששופטים מיומנים וסבירים, הפועלים כדין ומבחינת תודעתם מפעילים שיקול דעת, עשויים להגיע לידי מסקנות עובדתיות שונות, אין כמובן כדי להפוך לאפשרי את קיומן של מערכות עובדתיות שונות, שאינן מתיישבות זו עם זו.

15. ברוב המקרים כך המצב גם באשר לדין. מהיותו של מקרה "קשה" מבחינת התודעה של השופטים, ואף מהתגלעות חילוקי דעות ביניהם באשר לתוכן הדין החל או פירושו, לא נובע כי אין דין נכון יחיד (גם אם ייתכנו כמה פירושים "סבירים" או "לגיטימיים", מבחינה זאת שהדוגלים בהם לא יחזקו כשוטים, כבלתי מקצועיים, או כמי שהתרשלו במילוי תפקידם).<sup>65</sup>

ואכן, ערכם של הספרים של ברק על חוק השליחות<sup>66</sup> אינו, כמובן, בתשובות בנאליות הניתנות בהם לשאלות קלות, וגם לא בפירוש הדין על סמך שיקול דעת אינטואיטיבי. ערכם של ספרים אלה – ובכך, לדעתי, עיקר גדולתו המשפטית של ברק – הוא במתן מענה נכון ומשכנע, מתוך הנמקה וירטואוזית, על בסיס שליטה מוחלטת במכלול המשפט הישראלי, שליטה רחבה בשורה של שיטות משפט אחרות, והכרה של הספרות המחקרית הרלוונטית בארץ ובעולם, על שורה ארוכה של שאלות פרשנות מורכבות – אותם "מקרי ביניים".

65. והשוו לאמירה המבודחת של הנשיא ברק המופיעה לאחר הכותרת של רשימה זאת, הלקוחה מתוך דבריו בטקס הפרידה מהמשנה לנשיא, תיאודור אור: "הוא חלק על דעתי, ובכך הוא בוודאי טעה. גם שופט סביר עשוי לעתים לטעות".

66. ברק, חוק השליחות מתשל"ה (לעיל, הערה 4); ברק, חוק השליחות מתשנ"ו (לעיל, הערה

חשיפת הדין במובן האמור - במהלך אנליטי ורציונלי, דדוקטיבי ולעיתים אף אינדוקטיבי - אינה מוגבלת למשפט הפרטי. גדולתו המשפטית של ברק התבטאה לא אחת גם בתחומי המשפט הציבורי. דוגמה מובהקת לכך היא בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי נ' מגדל**<sup>67</sup> ובשורה של פסקי דין, ספרים ומאמרים שכתב ברק בעקבותיו, שבהם הציג ופיתח תורה מזהירה - ונכונה לדעת<sup>68</sup> - בדבר מעמד המשפטי של חוקי-יסוד כחוקה של מדינת ישראל. רבים מן המתנגדים לפסיקה ולספרות הזאת, גם בקרב הציבור הרחב ולמרבה הצער גם בקרב משפטנים, מבקרים אותה מבחינה "פוליטית", בלא התייחסות רצינית לנימוקה, שכלל אינם מבוססים על הפעלת שיקול דעת שיפוטי אלא על חשיפה של הדין. גם אלה החולקים על הפסיקה והספרות החוקתית הזאת, ומכירים אותה לפרטיה, טוענים בדרך כלל כי היא מוטעית, ולא שעל אף חוקיותה וסבירותה היה מוטב להפעיל שיקול דעת שיפוטי בדרך אחרת, חוקית וסבירה גם היא. אני מאמין, כי גם ברק אינו סובר שמכחישי "המהפכה החוקתית" בחרו באופציה חוקית בדיוק כמו זו שלו (ואם הוא סובר כך, הרי למיטב ידיעתי הוא לא כתב זאת).

16. גם לפי גישתו של ברק, שני התפקידים המרכזיים של השופטים - גישור בין המשפט למציאות<sup>69</sup> והגנה על החוקה ועל ערכיה<sup>70</sup> - אינם מתבטאים אפוא אך ורק, או בעיקר, בהפעלת שיקול דעת, אלא בראש וראשונה בחשיפת הדין החל על מקרה גם כשדין זה אינו מפורש ומפורט בסעיף חד-משמעי של חוק מסוים.

זאת ועוד, תפקיד ההגנה על החוקה ועל ערכיה רלוונטי רק במיעוט המקרים שבהם נדרשת פרשנות משפטית מהותית. בשתי המהדורות של הספר על **חוק השליחות** אין שימוש של ממש בערכים אלה. אכן, ערכי החוקה מתעוררים בסכסוכים רבים יחסית מתחום המשפט הציבורי - החוקתי והמינהלי - שאני רחוק כמובן מלמעט בחשיבותו. אך גם בסכסוכים אלה המקרים שבית המשפט באמת נדרש בהם להגן על הערכים החוקתיים אינם שכיחים, וישנה מידה של חוסר פרופורציה בתפיסת המשפט והשיפוט כמבוססים באופן מהותי על ההגנה על ערכים נשגבים אלה (וזאת גם לו הגישה, שברק אינו דוגל בה, כי ההגנה עליהם כרוכה בכל המקרים בהפעלת שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי, הייתה נכונה).

17. יתר על כן, אף על יסוד ההנחה ששיקול דעת שיפוטי נורמטיבי קיים, הרי גם לשיטתו של ברק הפעלתו היא שיווית. כלומר, שיקול דעת שיפוטי אמור להיות מופעל רק במקרים שבהם הדין - לאחר פירושו - אינו מורה על תוצאה נכונה אחת. למעשה, כך ברק עצמו

67. ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (להלן: פסק דין **בנק המזרחי**).

68. ראו: Ariel L. Bendor, "Is It a Duck? On the Israeli Written Constitution", 6 *Yale Israel Journal* (2005) 53.

69. ראו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 55-76.

70. ראו שם, בעמ' 77-166.

פועל, לפחות ברוב המקרים של המקרים, בתפקידו כשופט. ידיעותיו המשפטיות, בקיאותו במשפט משווה ובתיאוריה משפטית ויכולתו האנליטית מובילות אותו לתוצאות משפטיות נכונות. שיקול הדעת השיפוטי שלו (שוב, על יסוד ההנחה, שאיני מקבל, כי אכן מדובר בשיקול דעת נורמטיבי אמיתי) מופעל בדרך כלל רק במקרים הנדירים שבהם הדבר הכרחי, כלומר באופן שיוירי בלבד – כאשר להבנתו של ברק המשפט באמת מותיר לשופטים שיקול דעת, ולא רק מציג שאלה מורכבת או מסובכת. האם ברק באמת היה זוכה להשפעה העצומה שיש לו על המשפט והשיפוט בישראל, לרבות על ההוראה והכתיבה האקדמית, רק על בסיס ההערכה לתבונת שיקול דעתו באיזון בין אינטרסים (או לאינטואיציות הצדק שלו)?

אני חושש שמא שיקול הדעת השיפוטי שברק מדגיש כל כך בפסיקתו ובכתיבתו, ועתה גם בספר המופץ בקרב קהל רחב יחסית, לא ייתפס על ידי המשפטנים והציבור הרחב כמשלים ידע ומקצוענות משפטיים, אלא כבא במקומם, וגרוע יותר – כמכחיש את עצם קיומם. חשש זה אינו תיאורטי. כך, למשל, אני נדרש לחדשים רבים – ואיני בטוח שאני מצליח – לנסות ולשכנע את הסטודנטים של שנה א בקיומו של משפט ציבורי מהותי, החורג משיקול דעתם של השופטים, ובראשם הנשיא ברק.

#### ד. האם יש משפט מחוץ לבתי המשפט

18. הספר **שופט בחברה דמוקרטית** מתמקד, לפחות לכאורה, בשופטים ולאוו דווקא במשפט כשהוא לעצמו. בהציגו את מטרת הספר ברק כותב:

אני מבקש להציג את עמדתי באשר לתפקידו של שופט בכלל, ובאשר לתפקידו של שופט בית המשפט העליון בפרט, בחברה דמוקרטית. מטרתי לנסח את המדיניות השיפוטית ואת הפילוסופיה השיפוטית שעל פיה אני פועל.<sup>71</sup>

כמובן, כל מחבר חופשי לבחור לעצמו את הנושאים שעליהם יכתוב. עם זאת, כפי שברק עצמו כותב במקום אחר בספר – "בתי המשפט דנים רק בחלק קטן מהפעילות המתקיימת בשיטת המשפט בזמן נתון. [...] אכן, כשם שיש חיים מחוץ לבתי החולים, כך יש משפט מחוץ לבתי המשפט".<sup>72</sup>

כך גם עולה מגישתו – הנכונה לדעתי<sup>73</sup> – של ברק, שגם בה הוא דן בספר, כי "מלוא

71. שם, בעמ' 13.

72. שם, בעמ' 31.

73. לפירוט מחשבותיי בסוגיית השפיטות ראו אריאל בנדור, "השפיטות בבית המשפט הגבוה לצדק", **משפטים** יז (תשמ"ז) 592; Ariel L. Bendor, "Are There Any Limits to Justiciability?", *7 Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* (1997) 311; אוריית-צבא

כל הארץ משפט".<sup>74</sup> המשמעות של "הכול שפיט" במונח הנורמטיבי היא שלמשפט כמערכת נורמות - ולא דווקא לבית המשפט כמוסד - יש, או אמורה להיות, עמדה בקשר לכל פעולה או החלטה של אדם או של תאגיד (לרבות גוף שלטוני). כלומר, כל מעשה אנושי הנו אסור או מותר מבחינה משפטית, כך שהמדינה מאפשרת את המעשה או אוסרת את עשייתו.<sup>75</sup> לכן, "הכול שפיט" במונח הנורמטיבי הנו מסקנה הגיונית הכרחית. אין מדובר בהשקפת עולם או בעמדה ערכית או פוליטית, שאפשר להזדהות עמה ושאפשר גם 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 במונח הזה, אבל הטענות השכיחות - הערכיות והפוליטיות - שעל פיהן שפיטות רחבה אינה רצויה, אינן מתמודדות עם ההכרחיות ההגיונית של שפיטות מוחלטת במונח שיתארת. אכן, המשפט רלוונטי - כעניין של הכרחיות לוגית; של הקיים, לא דווקא של הרצוי - לכל פעולה או מחדל אנושיים, ולא רק לחלק הזעום של המקרים שמגיעים לדיון ולהכרעה של בית משפט.

באותה מידה - כעניין שבהיגיון ולא כעניין נורמטיבי - טען ברק, ונימוקיו משכנעים, כי אין כל משמעות לגישה הדוגלת ב"חקיקה שיפוטית", כמו גם לגישה השוללת "חקיקה שיפוטית". שכן, הצורך שבית המשפט יקבע נורמות כלליות - בין שמדובר בנורמות הנובעות מנורמות קיימות (בדרך של גזירה - דדוקציה - מנורמות כלליות או מופשטות יותר, שבדרך כלל גם דרגתן גבוהה יותר; או בדרך של היקש, בדרך כלל מנורמות שדרגתן שווה), ובין שמדובר בנורמות שבית המשפט עצמו יוצר מכוח שיקול דעת אמיתי (ככל שנורמות כאלה קיימות) - נובע מן הפער בין היקף הפרישה של הנורמות שקובעות רשויות השלטון הפוליטיות והלכות שיפוטיות מבוססות, ובין היקף פרישתם של הסכסוכים המובאים להכרעה בתי המשפט. הנורמות שקובעים הרשויות הפוליטיות והמשפט המקובל הקיים אינן מכסות - לעתים במכוון, לעתים שלא במכוון - את עושר הבעיות המגיעות להכרעה שיפוטית. כאשר בית משפט חייב להכריע בסכסוך - וזה הדין, ככלל, כשהתביעה היא בסמכות בית המשפט<sup>76</sup> - הכרעתו תהיה כרוכה תמיד ב"חקיקה שיפוטית" ככל שעובר

בביקורת שיפוטית - בין שפיטות לפופולריות", פלילים ט (תשס"א) 413; בנדור (לעיל, הערה 43).

74. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 277.

75. יתרה מזו, לפעולות או להחלטות מסוימות יש משמעות משפטית החורגת מהיתר או איסור. למשל, החלטה של עובד ציבור מוסמך לבטל רישיון שנתן גורמת, אם התקבלה בהתאם לחוק, לכך שהאדם שהיה רשאי לבצע פעולות מסוימות מכוח הרישיון יהיה מנוע מלבצע אותן. כלומר, לאותו עובד יש כוח משפטי, והקביעה שהחלטתו מותרת (או לא-אסורה) אינה מבטאת את עיקר משמעותה המשפטית. אך ההתייחסות המינימלית של המשפט לפעולה אנושית היא התרת הפעולה או הטלת איסור עליה. ראו בנדור (לעיל, הערה 43), בעמ' 598.

76. השוו שם, בעמ' 601-602: "גם השפיטות המוסדית, ולא רק זאת הנורמטיבית, לא זו בלבד שראוי שתהיה מוחלטת, אלא בהכרח היא מוחלטת - כעניין שבהיגיון. גם אם ישנם מקרים

להכרעה אין מתקיימות נורמות זמינות, שחשיפתן או יצירתן אינה בנאלית, להכרעה באותו סכסוך. צדק אפוא השופט ברק, כאשר בתגובה על טענתו של השופט אלון, כי עמדתו של ברק בעניין הדינים המסדירים הסכמים פוליטיים מהווה חקיקה שיפוטית, ציין:

הלכה הקובעת כי עקרונות הסבירות, ההגינות ותום הלב אינם חלים על הסכם פוליטי [כדעתו של השופט אלון] מהווה חקיקה שיפוטית באותה מידה כמו הלכה הקובעת כי עקרונות אלה חלים על ההסכם הפוליטי [כדעתו של השופט ברק].<sup>77</sup>

על רקע זה נראה לי, כי יש מידה של בעייתיות בכך שמפעל החיים שעמו מזוהה גדול המשפטנים בישראל מציג את אימפריית המשפט – אותו משפט שהוא, לשיטתו, ככול – דרך הפריזמה הצרה של תפקיד השופטים, בעיקר השופטים של בית המשפט העליון.

19. יתר על כן, הספר **שופט בחברה דמוקרטית**, אפילו יותר מן הספרים האחרים של ברק העוסקים בפרשנות ובשיקול דעת שיפוטי, אינו חיבור אקדמי מרוחק, אלא הוא מציג את תורת השיפוט של ברק עצמו – נשיא בית המשפט העליון, והשופט המשפיע ביותר בישראל מאז הקמתה. מיקוד הדיון בשופטים ובתפקידם – ולמעשה המיזוג הכמעט מוחלט בין המשפט לשיפוט, ואפילו בין המשפט לשיפוט בבית המשפט העליון – נושא עמו מסר בעייתי. שכן, עשוי להשתמע ממנו כי המשפט – הן זה שיוצרות הכנסת ושאר הרשויות הפוליטיות והן זה שיוצרים בתי המשפט – אינו צריך להיות מיוצר, בראש וראשונה, לשימוש ישיר של הציבור, באופן שישאיר את ההתדיינות בבית משפט כאופציה חריגה ולא כהליך שגרתי ואף הכרחי.

יש אפוא מקום להרהורים ביקורתיים על התפתחויות שונות – שהשופט ברק יזום חלק מהן, ומכל מקום שהושפעו מתורתו – המעודדות, אם לא מחייבות, פנייה לבית משפט לצורך קבלת מענה על שאלות משפטיות המתעוררות בחיי היומיום.

20. דוגמה מובהקת להתפתחות בעייתית כזאת היא היצירה וההרחבה של דוקטרינת הבטלות (או התוצאה) היחסית במשפט המינהלי והחוקתי. לפי דוקטרינה זו, גם כאשר ברור כי הדין

---

שבהם הכרעה בבית־משפט 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 ובין אם לאו, בין אם סכסוך בדבר סמכויותיה של רשות שלטונית מוכרע לטובתה בין אם לאו, בין אם רשות שלטונית מורשית להמשיך במדיניות מסוימת משום שאותה המדיניות 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".

77. פסק דין זרזיבסקי (לעיל, הערה 63), בעמ' 861. המילים שבסוגריים מרובעים הוספו.

הופר, ואפילו כאשר הופרו זכויות יסוד חוקתיות,<sup>78</sup> תוצאת ההפרה מחייבת קביעה של בית משפט, שבמקרים רבים מפעיל לשם כך שיקול דעת שיפוטי. לשופט ברק היה תפקיד נכבד בייסודה ובביסוסה של תורת הבטלות היחסית,<sup>79</sup> שבה הוא רואה "דוגמה יפה לתורת משפט אופרטיבית בהתפתחותה".<sup>80</sup> וכך, לדוגמה, קבע בית המשפט העליון מפי השופט ברק בעניין תוקפו של דיון בהליך משמעותי שיפוטי, שנפל בו פגם מהותי, היורד לשורש הסמכות, משום שבחלק מהדיון השתתפו רק שניים משלושת החברים בוועדת המשמעת:

היה כי נתקיים דיון בהרכב חסר, השאלה הנשאלת היא מהי תוצאת הפגם? גם בהנחה והמדובר בפגם מהותי, היורד לשורש הסמכות ואף יכול להוביל לבטלות ההליך מעיקרא, עולה השאלה אם אכן יש תמיד לראות בהליך כחסר נפקות. [...] לדעתי התשובה היא בשלילה. כבתחומים אחרים, גם בהקשרו של הדיון החסר בפני הרשות המינהלית (אף כשהיא פועלת כגוף מעין שיפוטי) יש מקום להכיר ברעיון של בטלות יחסית. [...] יש להבחין בין הפגם ובין הנפקות. [...] על כן, נפקותו של הפגם בעניין ההרכב החסר צריכה להיקבע על פי נסיבות העניין, תוך שקילה, בין היתר של חומרת הפגם, העוול שנגרם בהפרה ואינטרסים נוספים. [...] אכן, עצם

78. ליחסיות התוצאה של הפרת חוקי יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי יסוד: חופש העיסוק, מבחינה זאת שדינו של חוק המפר אותם נקבע תמיד על ידי בית המשפט, ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי החשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, בעמ' 415-416; בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117; בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, בעמ' 284. וראו גם הדברים שנכתבו בדיון-זחשבוני הוועדה הציבורית לבחינת דרכי המינוי של היועץ המשפטי לממשלה ונושאים הקשורים לכהונתו (ירושלים, תשנ"ט), בעמ' 48: "לדידו של היועץ המשפטי, חקיקה ראשית לעולם מחייבת כל עוד לא פסק בית המשפט באופן שונה וכי עליו לאכוף חקיקה ראשית, אף שנתקבלה בניגוד לחוות דעתו, כל עוד לא בוטלה על ידי בית המשפט". לביקורת על דברים אלה ראו אריאל בנדור וזאב סגל, "היועץ המשפטי לממשלה - המשפט והמימשל", הפרקליט מד (תש"ס) 423, בעמ' 447-448.

79. ראו, בין היתר, ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', הברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337 (להלן: פסק דין שפירא), בעמ' 362; בג"ץ 161/80 מלון סן מרופו בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד לד(4) 709, בעמ' 711; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, בעמ' 70; רע"פ 2060/97 וילנצ'יק נ' הפסיכיאטר המתווז - תל אביב, פ"ד נב(1) 697, בעמ' 719-720; בג"ץ 6971/98 פריצקי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(1) 763, בעמ' 782.

80. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 172.

העובדה כי המדובר בפגם חמור – של חריגה מסמכות – אינה מובילה כשלעצמה לבטלות ההליך כולו. כך אפילו באשר לטענות בדבר אי חוקיות או חוסר סמכות של הרכב גופים מינהליים.<sup>81</sup>

כלומר, הדין הקובע כי גוף בעל תפקיד שיפוטי אינו מוסמך לפעול בהרכב חסר איבוד כשהוא לעצמו הרבה ממשעותו. לכל היותר ניתן עתה לומר, כי פעולה של רשות שיפוטית בהרכב חסר עשויה להתבטל – מכוח שיקול דעת שיפוטי – אם תוגש נגדה עתירה (או ערעור) לבית המשפט המוסמך. אכן, כדבריה של דפנה ברק-ארוז:

לכאורה, אין עוד דין לגבי תוצאותיו של פגם מינהלי, שכן אלה ייקבעו על ידי בית-המשפט כאשר המקרה יידון בו. אולם, האם המשפט המינהלי נועד רק לאכיפה באמצעות בתי-המשפט? לדין נועד להיות תפקיד מנחה ומכוון התנהגויות. בעבר, ידעה רשות מינהלית שפגיעה בזכות הטיעון כי פעולתה בטלה ונעדרת תוקף. וכיום? הדבר תלוי בדברו של בית-המשפט.<sup>82</sup>

תורת הבטלות היחסית כשהיא לעצמה אינה רואה את הדרישה לפנות לבית משפט לצורך קביעת התוצאות של הפרת דין מינהלי או חוקתי כחריג אלא ככלל – אולי אפילו ככלל מוחלט. כך עולה מדבריו של השופט ברק עוד בפסק דין שניתן בסמוך לאחר מינויו לשופט בית המשפט העליון, ושבו הציג בראשונה את השקפתו בעניין יחסיות הבטלות של פעולות שלטוניות פגומות:

כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד.<sup>83</sup>

21. לתורת הבטלות היחסית יש זיקה הדוקה גם לדרך התקיפה של החלטות שלטוניות.<sup>84</sup> זאת לנוכח מהותה המסורתית של תקיפה עקיפה, שהנה בקשה של צד מבית המשפט כי בית המשפט יתעלם בפסק דינו מפעולה שלטונית חסרת תוקף, מבלי שבית המשפט עצמו

81. ע"א 2518/02 סמיון נ' שר הבריאות, פ"ד נז(1) 778, בעמ' 784-785.

82. דפנה ברק-ארוז, "הבטלות היחסית במשפט המינהלי: על מחירן של זכויות", ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל והברה (יואב דותן ואריאל בנדור – עורכים, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ה) 283, בעמ' 317-318.

83. פסק דין שפירא (לעיל, הערה 79), בעמ' 362.

84. ראו רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(3) 637 (להלן: פסק דין הראל), דברי השופט יצחק זמיר בעמ' 646-647: "אחת השאלות החשובות, לפי ההלכה בדבר בטלות יחסית, היא השאלה של דרך התקיפה של החלטה המינהלית: האם מדובר בתקיפה ישירה (direct attack) או בתקיפה עקיפה (collateral attack)? דרך התקיפה עשויה להכתיב את

יכונן באותו פסק דין את בטלות הפעולה.<sup>85</sup> הטעם לכך הנו ששאלת תוקפה של הפעולה מועלית לפני בית המשפט בדרך אגב, לצורך הכרעה במשפט שלפניו, ומשפט זה אינו עוסק במישרין באותה פעולה. על רקע זה קבע בית המשפט העליון, מפני השופט זמיר:

עשוי להיות הבדל בתוצאה בין תקיפה של צו אישי (כגון – החלטה לפסול רישיון) לבין תקיפה של תקנה בתפועל תחיקתי (כגון – תקנה האוסרת נהיגה של כל אדם בנסיבות מסוימות). ניסיון החיים, השכל הישר והאינטרס הציבורי אומרים שבדרך-כלל אפשר וראוי לצפות מאדם שנפגע מצו אישי, אם הוא טוען כי הצו בלתי חוקי, שיתקוף את הצו בתקיפה ישירה, כגון בערעור לבית-משפט השלום או לבית-המשפט המחוזי (אם החוק מקנה זכות ערעור על הצו) או בעתירה לבית-המשפט הגבוה לצדק. לעומת זאת בדרך-כלל אין מקום לצפות מאדם שיתקוף תקנה כללית, אלא אם וכאשר הוא נפגע באופן אישי מתחולת התקנה, כגון כאשר הוא עומד לדין פלילי על הפרת התקנה. במקרה כזה לא תהיה בפניו, מבחינה מעשית, דרך לתקוף את התקנה אלא הדרך של תקיפה עקיפה, כלומר הדרך של טענת הגנה שהתקנה בלתי חוקית ובלתי תקפה. לפיכך יש בדרך-כלל סיכוי טוב יותר לתקיפה עקיפה של תקנה כללית מאשר לתקיפה עקיפה של צו אישי.<sup>86</sup>

כלומר, לדעת בית המשפט העליון מדוקטרינת הבטלות היחסית מתבקש גם העיקרון, שלפיו אדם שנפגע מהחלטה אינדיבידואלית (בשונה מחוק או מתקנה בתפועל תחיקתי)

תוצאת התקיפה. תוצאה שהיה אפשר להגיע אליה בדרך של תקיפה ישירה, ייתכן שאי אפשר יהיה להגיע אליה בדרך של תקיפה עקיפה. סוף מעשה במחשבה תחילה: כבר בתחילת הדרך, בצומת המוביל מצד אחד לדרך של תקיפה ישירה ומצד שני לדרך של תקיפה עקיפה, הבחירה בדרך זאת או זאת עשויה לקבוע את התחנה הסופית בדרך. בהתאם לכך, גם אם נפל בהחלטה פגם המצדיק את ביטול ההחלטה בדרך של תקיפה ישירה, לא בהכרח יצדיק הפגם תוצאה של ביטול ההחלטה גם בדרך של תקיפה עקיפה. התוצאה של תקיפה עקיפה תלויה במידה רבה בנסיבות המקרה.”

85. עם זאת, בעניין זה קיימות בבית המשפט העליון גישות שונות שטרם נפלה ביניהן הכרעה, ויש שופטים – וביניהם השופט ברק – המוכנים לתקיפה עקיפה גם כאשר בית המשפט הוא שמכונן בפסיקתו את בטלות הפעולה השלטונית הפגומה. ראו רע"א 483/88 **מפעלים פטרוכימיים בע"מ נ' מדינת ישראל – אגף המכס והבלו**, פ"ד מד(3) 812 (להלן: פסק דין **מפעלים פטרוכימיים**), דברי השופט ברק בעמ' 819 וכן דברי השופט אליעזר גולדברג בעמ' 820, ולעומתם דברי השופט שלמה לוין בעמ' 817-818. ראו גם להלן, בסעיף 22.
86. פסק דין **הראל** (לעיל, הערה 84), בעמ' 647. ראו גם רע"פ 2413/99 **גיספן נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד נה(4) 673 (להלן: פסק דין **גיספן**), דברי השופט זמיר בעמ' 691-693.



בלתי חוקית של רשות שלטונית יידרש לפנות לבית המשפט בתקיפה ישירה, ולבקש כי בית המשפט יקבע את בטלות ההחלטה. אדם כזה אינו רשאי להתעלם מן ההחלטה הבלתי חוקית. הנה כי כן, דוקטרינת הבטלות היחסית תרמה להמרת "שלטון החוקים" ב"שלטון השופטים" גם בכך שהיא צמצמה את הזכות להתעלם מהחלטה שלטונית בלתי חוקית, ובמקומה הטילה על הנפגעים מהחלטה כזאת לטרוח ולהגיש תביעה בבית משפט.

22. אמנם ספק אם השופט ברק עצמו מסכים לצמצום זה של האפשרות לתקיפה עקיפה (הוא לא השתתף במוותבים שבהם נקבע). שכן, מפסיקה אחרת שלו עולה, כי הוא מבקש דווקא להרחיב את אפשרות התקיפה העקיפה, ובשונה מן הגישה המסורתית לאפשר להעלות במסגרתה גם טענות לפגמים שאינם עשויים להביא לידי תוצאה של בטלות. לדעתו של השופט ברק, בית משפט הדן בתקיפה עקיפה של פעולה שלטונית – ולא רק בית משפט הדן בתקיפה ישירה – מוסמך אפוא לכוון, באמצעות הפעלת שיקול דעת, את בטלות הפעולה.<sup>87</sup>

עם זאת, בדעתו האמורה של השופט ברק אין כדי לצמצם את הפיכתו של הדיון השיפוטי לחלק אינטגרלי מההליך המינהלי. שכן, כאמור, לשיטתו של השופט ברק תוצאת הפגם – אפילו מדובר בתקיפה עקיפה – נקבעת על ידי בית המשפט. ממילא, אף גישתו של השופט ברק מעודדת (אם לא מחייבת) אדם המשוכנע כי נפגע מהחלטה שלטונית בלתי חוקית, חמור ככל שיהיה הפגם שנפל בה, לעתור כנגד ההחלטה לבית משפט, ולא להתעלם מן ההחלטה הבלתי חוקית. אדם כזה, אם יתעלם מן ההחלטה, ייטול על עצמו סיכון, שאם ייתבע על ידי הרשות – בית המשפט יקבע כי ההחלטה הנה תקפה ומחייבת למרות אי-חוקיותה.<sup>88</sup>

87. ראו דעת המיעוט של השופט ברק בבג"ץ 727/85 נוצר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(2) 589, בעמ' 597; ודבריו בפסק דין **מפעלים פטרוכימיים** (לעיל, הערה 85), בעמ' 819.

88. ראו גם דבריו של השופט יעקב טירקל בפסק דין **הראל** (לעיל, הערה 84), בעמ' 651: "אני מצרף דעתי לדעתו של חברי הנכבד השופט זמיר ולכל נימוקיו. [...] על כך הייתי מוסיף כי, לדעתי, על מי שבא לתקוף החלטה מינהלית להראות שנהג בתום-לב, כמצוות סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, כפי שהוחלה בסעיף 61(ב) לאותו חוק. כך בתקיפה ישירה של ההחלטה וקל וחומר בתקיפתה העקיפה. ונוטה אנוכי לדעה כי מי שלא נהג בתום-לב עלולה התקיפה מצדו להיכשל מטעם זה". גישה זאת של השופט טירקל "משלבת" באופן בעייתי את הגבלת האפשרות לתקיפה עקיפה לפי שיטתו של השופט זמיר – המבוססת על ההנחה, כי בסוג כזה של תקיפה אין לבית המשפט שיקול דעת לכוון את תוצאת הפגם – בהגבלת האפשרות לתקיפה עקיפה מכוח גישה הפוכה, שבה דוגל השופט ברק, כי גם בתקיפה עקיפה יש לבית המשפט שיקול דעת כזה. אכן, אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצרי.

## ה. מחשבות על פורמליזם משפטי

23. יכולתי לסיים כאן את הרשימה. בדומה לשופט ברק, "איני פילוסוף; איני מומחה למדע המדינה"<sup>89</sup>. בשונה ממנו, גם איני "שופט בערכאה השיפוטית העליונה במדינת ישראל"<sup>90</sup>. לנוכח זאת, הצעת השקפה תורת-משפטית כוללת וקוהרנטית – ולא כל שכן כזו המשייכת עצמה לחשיבה המשפטית הפורמליסטית, הבלתי פופולרית<sup>91</sup> – היא יומרנית למדי. השורות שלהלן, שחלקן מתבססות על דברים שפרסמתי בעבר והאחרות משקפות מחשבות שהתעוררו בי אגב קריאת הספר **שופט בחברה דמוקרטית** ופיתוחה של רשימה זאת, משקפות את הקושי שלי, גם כקורא, להסתפק בטיעונים ביקורתיים, שממהותם הם בעיקר נגטיביים, ואת הצורך להפיק מתוכם ולו ראשית-אמירה פוזיטיבית.

24. גישה משפטית פורמליסטית מוצגת לעתים קרובות על ידי מתנגדיה כפרימיטיבית ואפילו כמטופשת למדי. וכך, למשל, כותב מאוטנר:

תהליך ההכרעה המשפטי [לפי הגישה הפורמליסטית] אמור להיות טכני-מכניסטי. [...] המשפטן אינו אמור לשאול עצמו מהן המשמעויות הנורמטיביות ומהן ההשלכות החברתיות של פתרון משפטי זה או אחר שאימוצו נשקל. אלא, המשפטן אמור לפעול ברובד של נוסחות הלשון והקונספציות שמהן מורכבת המערכת הקיימת של כללי המשפט.<sup>92</sup>

89. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 11.

90. שם, שם.

91. כך, בית המשפט העליון בישראל רואה "פורמליסט" ככינוי גנאי, ומרבה להצהיר, לפחות בעשורים האחרונים, על הסתייגותו מגישה פורמליסטית. בית המשפט הטעים, בין היתר, כי "תפיסת העולם השיפוטית שלנו אינה דוגמטית-פורמאליסטית" (פסק דין גיספן [לעיל, הערה 86], בעמ' 701); כי "הפרשנות המופעלת כלפיו [כלפי הטקסט החוקתי] אינה צריכה להיות טכנית צרה או פורמאליסטית" (פסק דין בנק המזרחי [לעיל, הערה 67], בעמ' 306); כי "לשם הבטחת תפקידו של בית המשפט כמבטיח את שלטון החוק בשלטון, עליו לנקוט גישה 'נדיבה', לא פורמאליסטית, ולא פדאנטית. [...] אל לנו ליצור רושם כי מטאטאים אנו אי-חוקיות מתחת לשטיח הפורמאליזם" (בג"ץ 2148/94 גלברט נ' כבוד נשיא בית המשפט העליון ויושב-ראש ועדת החקירה לברדיקת אירוע הטבח בחברון, פ"ד מח(3) 573, בעמ' 603); וכי "גישה פורמאליסטית [...] תהפוך את הדיון בתביעה לעקר ולחסר תכלית ואך תרבה התדייבויות שלא לצורך" (ע"א 143/85 לוי נ' לוי, פ"ד לט(3) 831, בעמ' 835). למעשה, הגדרתה של טענה כ"פורמליסטית" מהווה במקרים רבים טעם מספיק לדחייתה על ידי בית המשפט.

92. מאוטנר (לעיל, הערה 16), בעמ' 229. המילים שבסוגריים מרובעים הוספו.

לא ייפלא אפוא, כי – כך מאוטנר – "כידוע, הפורמליזם המשפטי נופץ על-ידי אנשי הריאליזם המשפטי באופן שאיננו מותיר לו תקומה",<sup>93</sup> ואילו "הריאליזם המשפטי" מבוסס לדעת תומכיו – מבחינה נורמטיבית – על "טיעון הומניסטי לעילא ולעילא";<sup>94</sup> שכן, "ההוגים הריאליסטים חשבו בראש ובראשונה על יעד, הטוב האנושי, ועל הדרכים שבאמצעותן ניתן לקדם את הטוב הזה באמצעות המכשיר, המשפט".<sup>95</sup> ואילו מבחינה תיאורית, תומכי הריאליזם המשפטי מתבססים על התובנה, כי "במצבים רבים מאוד יכולים שופטים (ומשפטנים בכלל) לעצב יותר מאשר פתרון אחד שייחשב קביל במסגרתה של שיטת המשפט".<sup>96</sup>

הגדרות ותיאורים אלה הנם מוטים, ובוודאי אינם מוסכמים. בסופו של דבר, "פורמליזם משפטי" כמו "ריאליזם משפטי" אינם ישויות פיזיות מובחנות, אלא "שמות משפחה" כלליים ומופשטים. טענה כמו זו של ברק, בעקבות אמירה מסוימת של רונלד דבורקין, כי "דומה שבכך הוכרע המאבק העיוני"<sup>97</sup> (לטובת המצדדים בקיום שיקול דעת שיפוטי, שדבורקין "נכנע" להם), היא אפוא מוגזמת.

25. הבנה שונה של פורמליזם משפטי – שאֵתה אני מזדהה – מבוססת על תפיסה של המשפט כענף אוטונומי של ידע, שניתן להבחין בינו ובין פוליטיקה (במובנה הרחב), ומכל מקום שאיננו ניתן להמרה למונחים פוליטיים. אכן, משפט מבטא תובנות או אידאולוגיות פוליטיות או משתמש בהן, אך תובנות או אידאולוגיות אלה ניתנות להבחנה מן המשפט.<sup>98</sup> פורמליזם משפטי מבטא תיאורטיזציה של תחושת המשפטנים בדבר קיום סדר משפטי קוהרנטי, והתמרמרותם על פגיעה שיפוטית בסדר זה.<sup>99</sup> יסוד הפורמליזם הוא ברציונליות הפנים-משפטית, כלומר בתפיסת המשפט כמערכת קוהרנטית.<sup>100</sup> במוקד הפורמליזם

93. שם, בעמ' 230.

94. שם, שם.

95. שם, בעמ' 231.

96. שם, בעמ' 232.

97. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 31.

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

99. ראו: Ernest J. Weinrib, "Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law", 97 *Yale L. J.* (1988) 949, pp. 951-952.

100. השוו לתיאורו של Weinrib, שם, בעמ' 953-954, המתבסס על הגדרת פורמליזם משפטי על

ידי רוברטו אונגר (Roberto M. Unger, "The Critical Legal Studies Movement", 96 *Harv. L. Rev.* (1983) 561, p. 571), ש-Weinrib השתמש בה למרות מתקפתו של Unger – מראשי תנועת הגישה הביקורתית למשפט (Critical Legal Studies) – על הפורמליזם המשפטי: "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

המשפטי עומדת קבלת החלטות לפי כללים, וזאת גם תוך התעלמות משיקולים רלוונטיים לכאורה, אם אינם מעוגנים בכללים החלים על העניין הנדון.<sup>101</sup> המחשבה המשפטית הפורמליסטית היא דדוקטיבית<sup>102</sup> – פתרונות לשאלות משפטיות מונבעים באופן רציונלי מתוך כללים: נורמות בדרגה היררכית וברמת מופשטות נמוכות נובעות מנורמות בדרגה היררכית וברמת מופשטות גבוהות יותר. בדומה לכך, נורמה בעניין מסוים נובעת, בדרך של היקש, מנורמה בעניין דומה, שדרגתה ההיררכית ורמת המופשטות שלה זהות. למעשה, קבלת החלטות לפי כללים על יסוד חשיבה דדוקטיבית מאפיינת כל שיטת משפט דמוקרטית. על רקע זה יש הטוענים, כי התבססות על כללים – שהיא מהותה של כל שיטת משפט באשר היא – אינה פורמליסטית יותר מכפי שהיא ריאליסטית.<sup>103</sup> אך דומה כי העובדה שכל שיטה המבוססת על עיקרון של שלטון החוק עושה שימוש בכללים ואינה מסתפקת בהפניה של סכסוכים משפטיים להכרעה לפי שיקול הדעת של שופטים (בשונה מדרך קבלת הכרעות פוליטיות על ידי הכנסת או הממשלה) אינה כורח המציאות, אלא היא משקפת הכרעה ערכית פורמליסטית. עצם ההיוקקות לפרשנות של טקסטים סמכותיים (כגון חוקים) במשפט – תהיה שיטת הפרשנות אשר תהיה – משקפת פורמליזם משפטי. התפיסה שנורמה משפטית אינה נקבעת בכל מקרה ומקרה על ידי השופטים משקפת תובנה פורמליסטית מובהקת. הלוא גזירת ההכרעה במחלוקת ישירות מן השיקולים הערכיים הנתפסים בעיני השופטים כרלוונטיים לעניין הנדון, המתבקשת לכאורה מתפיסות "ריאליסטיות" אינסטרומנטליות, השוללות פורמליזם משפטי ורואות בהליך המשפטי מכשיר להגשמה ישירה של ערכים רצויים, אינה אמורה להיכרך בפרשנות של טקסטים משפטיים סמכותיים.

זאת ועוד, גם ההצדקה להחלתן הרטרואקטיבית לכאורה של הלכות שיפוטיות "חדשות" – המוחלות, ככלל, הן על המקרים הנדונים בפסקי הדין שבהם הן נקבעות והן על המקרים הרלוונטיים האחרים שאירעו לפני שינוי ההלכה – מבוססת על התפיסה כי הלכות כאלה

---

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".

101. ראו: Frederick Schauer, "Formalism", 97 *Yale L. J.* (1987) 509, p. 510. לתורתו של

Schauer ראו גם: Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Clarendon Press, 1991).

102. בשיטות מסוימות – בעיקר כאלה השייכות למשפחת המשפט המקובל – נורמות נוצרות גם בדרך אינדוקטיבית: מן הפרט אל הכלל. ראו אהרן ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", *הפרקליט מ* (תשנ"ב) 197, בעמ' 199. לקשר של חשיבה אינדוקטיבית, בנוסף לחשיבה הדדוקטיבית, לפורמליזם המשפטי ראו מאוטנר (לעיל, הערה 16), בעמ' 229.

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

מתבקשות מן הדין הקיים.<sup>104</sup> לכן החלתן על מקרים שקדמו לקביעתן אינה נחשבת לרטוראקטיבית באמת, וממילא אינה לוקה בפגמים הקשים של החלה רטוראקטיבית של דין. שהלוא חקיקה רטוראקטיבית – שהיא חקיקה אשר "משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים אשר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מהדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף",<sup>105</sup> "נוגדת עקרונות יסוד של השיטה. [...] מטרתו של חוק היא לכוון התנהגות אנושית. החוק נועד לקבוע מותר ואסור. החוק, מעצם מהותו, מכוון לפעולות עתידיות. אין כל משמעות לכוון היום פעולה שנעשתה אתמול".<sup>106</sup> אילו "חקיקה שיפוטית" הייתה חקיקה ממש, הייתה אפוא חלה עליה "חוקה שתכליתה של כל חקיקה (ראשית או משנית) היא כנגד תחולתה למפרע".<sup>107</sup> גם פסקי הדין המועטים מן השנים האחרונות, שהעלו את האפשרות לתת תוקף פרוספקטיבי להלכות שיפוטיות חדשות, התייחסו ברובם לשינוי בפירוש שניתן בעבר לחוקים ישנים עקב שינוי בחקיקה, ובעיקר חקיקת חוקי-היסוד על זכויות האדם, ולא לשינוי המבוסס אך על הפעלה שונה של שיקול הדעת השיפוטי.<sup>108</sup> עם זאת, בספר

104. ראו ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 245.

105. עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, דברי השופט ברק בעמ' 777.

106. שם, דברי השופט ברק בעמ' 776-777.

107. דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות השמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נו(5) 673, דברי הנשיא ברק בעמ' 681. ראו גם בג"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(3) 837, דברי השופט זמיר בעמ' 863; בג"ץ 5290/97 עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא(5) 410, דברי השופט מישאל חשין בעמ' 422; בג"ץ 7691/95 שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5) 577, דברי השופט זמיר בעמ' 597.

108. ראו במיוחד בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, שבו קבע בית המשפט העליון בהרכב מורחב, בפסק דין שניתן בתאריך 13 בפברואר 2001, כי אם המטרה הציבורית, אשר שימשה בסיס להפקעת מקרקעין, חדלה להתקיים, הרי שככלל, המושפע במידה רבה מחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, דין ההפקעה להתבטל, ובעלי המקרקעין המופקעים זכאים להשבת המקרקעין. עם זאת, נקבע כי "שאלת המועד הנכון לתחולת ההסדרים החדשים כורכת שיקולים משיקולים שונים וחשובים; ביניהם: אינטרס ההסתמכות של הרשות המפקיעה – בעת ההפקעה או בעת שינוי או ויתור על הצורך הציבורי; שאלות-תקציב והתדייניות הנדרשות מאליהן מקביעתה של תחולה רטוראקטיבית, וכנגדן שיקול אינטרס הבעלים שקרקעותיהם הופקעו בעבר ועוד. בשאלה זו של מועד התחולה ובעניינם של שיקולים שלעניין, לא שמענו טענות מפי בעלי-הדין, לא בכתב ולא עליפה, ולא יהא זה נכון כי נכריע בדין קודם שמיעת דברים מפיהם. ראו אפוא כי נעשה אתנחתא קצרה ונבקש מבעלי-הדין כי יטענו לפנינו בשאלת המועד הנכון לתחולת הסדרים החדשים בדרך-כלל, וכן, באופן מיוחד, בשאלת תחולתם של ההסדרים החדשים בעתירות שלפנינו" (דברי השופט חשין, שם, בעמ' 693-694). אלא שאותה "אתנחתא קצרה" טרם הסתיימה, ומשמסר לבית המשפט כי הממשלה מתכוונת להציע לכנסת להסדיר את הנושא

**שופט בחברה דמוקרטית** ברק מציין כי לדעתו, "אין כל דבר שהוא אינהרנטי להלכה הפסוקה, המחייב את תחולתה הרטרואקטיבית. [...] סטייה פרוספקטיבית אינה מעוררת כל שאלה של סמכות".<sup>109</sup> אולם אף שברק הביע עמדה זאת עוד ב-1987, בספרו **שיקול דעת שיפוטי**, שם הציע "לנסות" אחת מהשיטות המקובלות בעולם להחלה פרוספקטיבית של הלכות חדשות,<sup>110</sup> הוא מציין בספרו **שופט בחברה דמוקרטית** כי "בית המשפט העליון טרם נקט כל עמדה בשאלה זו. השאלה היא פתוחה, והיא דורשת הכרעה".<sup>111</sup> אך נדמה כי בכך שבית המשפט העליון, במשך שנים כה רבות, לא בחר בהחלה פרוספקטיבית של הלכות חדשות, מובלעת עמדה פורמליסטית בדבר מהותן של הלכות אלה. הרושם הוא, שעמדתו של הנשיא ברק בעניין זה נותרה דעת יחיד בבית המשפט העליון.

יתר על כן, גם שיקולים נורמטיביים מובהקים, של דין ראוי, תומכים בתורת משפט פורמליסטית. שכן, התבססות על כללים משפטיים, בשונה מהתבססות על שיקול דעת אמיתי של שופטים, מקדמת שורה של ערכים. החלה של חוקים מופשטים שנקבעו מראש, גם אם מגולמות בהם מדיניות, הכרעות והעדפות פוליטיות, הנה שוויונית יותר, ומקרית פחות, מהכרעות שהתקבלו לאחר מעשה ושלא בהכרח מבוססות על מדיניות קוהרנטית ושלא נקבעו מבעד מסך בערות. הכפפה לחוקים מופשטים שומרת על חירותם של אנשים יותר והיא אף הגונה יותר מהכפפתם להכרעות אינדיבידואליות של בני אדם. הכרעה לפי חוקים היא בוודאי יעילה וודאית יותר מהכרעה לפי שיקול דעת (הגם שכמובן, היא רחוקה מאוד מלהיות יעילה או ודאית באופן מוחלט).<sup>112</sup> היא מאפשרת למשפט לקיים את תפקידו הראשוני, שהוא לקבוע כללי התנהגות, זכויות וחובות, בשונה מתפקידו המשני, שהוא

---

בחוק – החליט להמתין לכך. ראו במיוחד ההחלטה בתיק הנדון מתאריך 24 ביולי 2002, וההחלטה האחרונה עד כה, מתאריך 14 ביולי 2005 – מבין כ-15 החלטות (!) שבג"ץ נתן בעניין מאז מתן פסק הדין (שאף אחת מהן לא פורסמה, אך המצויות באתר בתי המשפט [www.court.gov.il]). מסתבר, כי הכנסת והממשלה מתקשות לא פחות מבית המשפט – אף שלהן בוודאי נתון שיקול דעת חקיקתי – לקבוע הסדרים החורגים מן הכלל "הפורמליסטי" לתחולתה של הלכה חדשה, הסדרים אשר להם "בעלי דין רבים – הן בבית משפט זה והן בערכאות אחרות – ממתנינים זה שנים ארוכות" (דברי הנשיא ברק בסעיף 3 להחלטה האחרונה, שם). אך ראו פסק דין **בנק המזרחי** (לעיל, הערה 67), שבו הוחלה ההלכה החדשה שנקבעה בו, כי חוק "רגיל" לא ישנה חוק-יסוד, רק "מעטה ואילך" (דברי הנשיא לשעבר מאיר שמגר בעמ' 276). עם זאת, ייתכן שניתן לבסס דברים אלה – שמעמדם היה כשל אמרת אגב – בעזרת תורת הבטלות היחסית. לתורה זאת ראו לעיל, סעיפים 20-22.

109. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 245.

110. ברק (לעיל, הערה 2), בעמ' 423.

111. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 246.

112. אך השוו לדבריו של מאוטנר (לעיל, הערה 16), בעמ' 233, כי "הטיעון התיאורי של הריאליזם מוטט אפוא את הטיעון לפיו גישה פורמליסטית למשפט מסוגלת להשיג רמה גבוהה של ודאות בהפעלת המשפט. טיעון זה של הריאליזם [...] אין בנמצא כיום מישוה בעולם המשפט שאינו מקבל אותו כמובן מאליו".

פתרון סכסוכים המתגלעים בקשר לתוכן וליישום של הכללים הראשוניים. חוקים שנקבעו מראש הם אובייקטיביים יותר מהכרעות אינדיבידואליות לאחר מעשה. וכמובן, היבטים מרכזיים של הדמוקרטיה מקודמים טוב יותר באמצעות חוקים, שנקבעו על ידי נבחרי העם, מאשר באמצעות החלטות של שופטים, וזאת דווקא בשל ההכרעות הפוליטיות הגלומות במשפט.

26. ההתבססות על נורמות משפטיות מנוגדת להפניית ההכרעה לשיקול דעת נורמטיבי – בשונה מן המצב התודעתי של הפעלת שיקול דעת – של השופטים (תוך ראיית המשפט וההליך השיפוטי כמקשה אחת). איני סובר כי שיקולים ערכיים, חברתיים ופוליטיים הנם מחוץ למשפט, אלא כי יש להם תפקיד חשוב בכללי המשפט עצמם. המקצוע המשפטי (והשיפוטי) הנו, בעיקרו, הפקת נורמות משפטיות הנדרשות לפתרון בעיה כללית או מסוימת מנורמות משפטיות אחרות, ובתוכן עקרונות המבטאים שיקולים ערכיים, חברתיים ופוליטיים. ככל שנורמות עקרוניות אלה מובילות לתוצאה מסוימת – ומומחיות המשפטנים היא "לתרגם" שיקולים כלליים לנורמות מסוימות – שוב אין מדובר בהכרעה המבוססת על שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. שכן, המשמעות של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי היא אפשרות בחירה בין כמה חלופות חוקיות, ואפשרות כזאת אינה קיימת כאשר קיימת תוצאה חוקית יחידה המתבקשת מעקרונות השיטה.

גם בעצם העובדה ששופטים מיומנים ו"סבירים" – וכמותם גם משפטנים טובים אחרים – חולקים לעתים אלה על אלה בשאלות משפטיות או עובדתיות אין כדי להצביע על קיומו של שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי כזה (בשונה משיקול דעת כמובנו התודעתי). אכן, לעתים עשויות להיות כמה חלופות "סבירות", שדגילה בכל אחת מהן אינה בלתי לגיטימית, אך רק אחת מהן תהיה נכונה.<sup>113</sup> מסקנה זאת מתבקשת גם מתורתו של ברק עצמו בדבר מוחלטותה של השפיות הנורמטיבית.<sup>114</sup> שכן, משמעותה של שפיות נורמטיבית היא התייחסות הדין המהותי לפעולה אנושית ולא אך התייחסות של שופטים מכוח שיקול דעת אמיתי, המבוסס על בחירה אינטואיטיבית ובלתי מונחית.

זאת ועוד. כלל לא ברור הקשר בין היעד "הריאליסטי" הנורמטיבי, שהוא קידום הטוב האנושי, ובין האמצעי המוצע לכך, שהוא שיקול דעת שיפוטי נורמטיבי. לכאורה, כדי לקדם את הטוב האנושי, כפי שהוא נתפס בחברה נתונה, יש לקבוע דינים (לרבות הליכי דיון וכללי פרשנות) שיבטיחו, כמידת האפשר, את השגתו של טוב זה, ולא להקנות לשופטים אפשרות בחירה בין חלופות, המשיגות יעד זה, אם בכלל, במידות שונות. גם על יסוד ההנחה ששיקול דעת נורמטיבי קיים, הרי מדובר באילוץ, שאין לו קשר להשגת הטוב האנושי. אילוץ כזה, ככל שהוא קיים, חל באותה מידה גם בשיטה "פורמליסטית" במובן המרתיע שמייחסים לה שולליה, כלומר שיטה טכנית-מכניסטית, המבוססת על נוסחות לשון וקונספציות ארכאיות, בלא ערנות להשלכות החברתיות, הערכיות והפוליטיות של כללי המשפט.

113. ראו גם לעיל, סעיפים 14-15.

114. ראו גם לעיל, סעיף 10.

27. אכן, עשויים להיות מקרים שבהם שופטים (או משפטנים אחרים שנדרשו לחוות דעתם בשאלה משפטית) לא יצליחו – גם בתום הפעלת שיקול דעתם, במובנו התודעתי – להגיע לכלל מסקנה משפטית כלשהי בשאלה הטעונה פתרון. זאת בין משום שהם לא איתרו אפילו חלופה הגיונית אחת לפתרון השאלה, ובין משום שהיו קיימות לכאורה חלופות אחדות, ולא היה בידיהם לדעת בביטחון איזו מהן היא הנכונה. אין פירוש הדבר בהכרח כי לשאלה באמת אין פתרון, אם כי ייתכן שכך הדבר. מבחינה זאת המשפט אינו שונה מכל מקצוע אחר, שבו ניתן לומר: "אני לא יודע", בלי לטעון כי לשאלה הנדונה אין פתרון.<sup>115</sup>

אכן, מכך ששאלה היא בתחום המשפט לא עולה כי השופטים, וכמותם משפטנים אחרים, יודעים לפתור אותה. בעיה כזאת מתעוררת לעתים כשבמסמך משפטי – כגון חוק או חוזה – מתגלה סתירה פנימית. במקרה כזה, כל פירוש שניתן למסמך לא יהיה נכון, משום שהוא יסתור את הקבוע באותו מסמך. בכך ששופטים, שבדרך כלל רואים עצמם חייבים להכריע בכל מחלוקת שבסמכותם, מכריעים גם בשאלות כאלה,<sup>116</sup> אין כדי לומר שההכרעה, גם אם היא מחויבת המציאות, הנה נכונה.

זאת ועוד, גם אם לשאלה משפטית מורכבת ומסובכת יש פתרון, אין זה מובן מאליה או הכרחי שבכוחנו לגלות פתרון זה. השווייטי קודם לכן את ההחלטה בשאלות משפטיות לאבחונים רפואיים.<sup>117</sup> ואכן, כשם שיש שאלות ברפואה (או במתמטיקה, או בפזיקה, או בביוכימיה, 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, הנו קרוב לשורה ארוכה של מדעים אחרים וניזון מהם, ואינו עומד בבדידותו, וגם בו ייתכן שיש שאלות שפתרון אינו ידוע לפי שעה, ואולי אף אינו ניתן לידיעה. כך, למשל, כאשר כללים משפטיים שווי דרגה מוליכים לכיוונים שונים ואף סותרים, עשוי להתגלע קושי מהותי בפתרון הבעיה. ואכן, לא אחת קרה שהתלבטתי בשאלה משפטית מסוימת, ולא מצאתי לה פתרון מספק. אך כשם שהעובדה שאיננו יודעים מהו הפתרון של בעיה רפואית מסוימת אינה מקנה לרופאים "שיקול דעת נורמטיבי" בפתרונה, שמשמעותו היא כי לבעיה יש פתרונות מספר, שכל אחד מהם נכון, כך גם

115. השוו לעיל, בסעיף 14.

116. למשל, כך נכתב בע"א 3833/93 לויין נ' לויין, פ"ד מח(2) 862, בעמ' 868-869: "צריכה אמת להיאמר שסעיף 11 בחוזה הגירושין מנוסח רע כל כך שלא יכולה לצמוח 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 נ' מנחל מס שבח מקרקעין, פ"ד מ(4) 802, בעמ' 807; בג"ץ 5429/91 יחיא נ' השר לענייני תורה, פ"ד מז(5) 873, בעמ' 879.

117. ראו לעיל, בסעיף 14.



העובדה שאיננו יודעים את הפתרון של בעיה משפטית אינה מעידה על כך שלשופטים מוקנה שיקול דעת נורמטיבי.<sup>118</sup>

עם זאת, בין ששופט הנתקל בשאלה משפטית אינו מוצא לה כל פתרון ובין שאין בידיו להכריע בין כמה חלופות לפתרון, הרי בשל המוחלטות של השפיטות המוסדית – כלומר ההכרח של בית משפט מוסמך, בשונה מפרשנים משפטיים אחרים, לפסוק בסכסוך שהובא להכרעתו<sup>119</sup> – עשוי להיות מופעל שיקול דעת אמיתי, שאינו מונחה על ידי כללים כלשהם אלא מבטא אינטואיציה פרטית בלבד של השופט המסוים. כתיבתו של ברק – שהיא כתיבה נורמטיבית, במהותה ובסגנונה – בעיקרה אינה עוסקת בשיקול דעת זה, שמעצם מהותו אינו יכול להיות מונחה על ידי כללים משפטיים או מעין-משפטיים כלשהם.

28. משמעות נוספת של הגישה הפורמליסטית האמורה היא שככלל, עצם הפסיקה של בית משפט – ואפילו מדובר בבית המשפט העליון, שבשיטתנו תקדימיו מחייבים – אינה הופכת את האמור בה לנכון מבחינה משפטית. דומה שכך גם סובר ברק עצמו ככל שהדברים אמורים בפסיקה מוטעית – לרבות פסיקה מוטעית של בית המשפט העליון – שאין בה בחירה לגיטימית בחלופה חוקית:

הנחת היסוד שלי הנה כי כל חלופה העומדת בפני השופט היא כדיון. לא האפקטיביות של הבחירה היא היוצרת את שיקול הדעת אלא חוקיותה. לא הבחירה היא הנותנת לחלופה את חוקיותה, אלא חוקיותה של החלופה היא המעמידה אותה לבחירה. אין לשופט שיקול דעת לבחור באפשרות שאינה חוקית גם אם על בחירתו אין ערעור וההחלטה תישאר בעינה ותחייב. יש להבחין בין הכוח להשיג תוצאה מסוימת לבין הרשות לעשות כן. חופש הבחירה קיים רק כאשר כל אחת מהאפשרויות הפתוחות בפני השופט מותרת לו מבחינת השיטה.<sup>120</sup>

118. לעניות דעתי, תפיסה דומה משתמעת מדברי רש"י, לעניין פסוקים מסוימים, כי אינו יודע מה פירושה לפי שיטת הפרשנות שלפיה פעל ("פשוטו של מקרא"). כך, למשל, בפירוש לפסוק ה בפרק כה של ספר בראשית, רש"י כותב לעניין דיבור מסוים המופיע בפסוק: "איני יודע מה מלמדנו" [אותו דיבור]. מכאן עולה, כי לדעת רש"י אותו דיבור "מלמדנו" דבר מסוים, אך רש"י אינו יודע מהו אותו דבר. לענייננו מאלפת גם ההבנה שמבינים "שפתי חכמים" את הדברים האמורים של רש"י: "מה בא להודיענו שאינו יודע, שאם לא ידע ישתוק? ויש לומר שרש"י ידע שיש ליישב בכמה אופנים בפירוש המפרשים. [...] אבל לא ידע איזה הוא אמיתי ליישב הפשוטו של מקרא". מדברים אלה של "שפתי חכמים" עולה, כי רש"י לא "בחר" באחת מחלופות הפירוש האפשריות, אלא בהיעדר ידיעה מהי החלופה האחת הנכונה כתב כי אינו יודע את פשר הדברים.

119. ראו בנדוד (לעיל, הערה 43), בעמ' 601-603.

120. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 29.

ואכן, לא הייתה כל משמעות לדרישה, שמעטים חולקים עליה, כי פסיקת בתי המשפט כולם תהיה בהתאם לחוק, אילו עצם הפסיקה, גם אם ניתן לה מעמד של תקדים מחייב, הייתה הופכת לחוקית אפשרות שאובייקטיבית היא בלתי חוקית. יתר על כן, גם החובה המוטלת על תושבי המדינה ועל רשויות השלטון לציית לחוק הייתה מאבדת ממשמעותה אם הדין היה נתפס כחסר ממשות אובייקטיבית, כך שתוכנו היה "נקבע" בכל מקרה ומקרה בדיעבד על ידי בית המשפט.

יש אפוא להבחין בין גישה פוזיטיביסטית, התרה אחר הדין המחייב בשיטה (גם אם יסודו בפסיקה מוטעית של בית המשפט העליון), ובין גישה פורמליסטית, המתעניינת בדין "הנכון" – שהוא קוהרנטי למכלול הנורמות של שיטת המשפט.

## ו. סיום

29. נדמה כי סיווגו המקובל של אהרן ברק כריאליסט משפטי<sup>121</sup> רחוק מלהיות חד וחלק, וזאת לא רק לנוכח כתיבתו "הפורמליסטית" בחיבורים חשובים שלו – גם בחיבורו הגדול על חוק השליחות,<sup>122</sup> שפרסם בעת שכבר כיהן כנשיא בית המשפט העליון – אלא אף לנוכח עיון זהיר בתורתו המטא-שיפוטית, שהיא מפעלו העיוני המרכזי כשופט. מפעל זה, המוצג לפני הציבור המשכיל הרחב בספר שופט בהברה דמוקרטית, מתמקד, בסופו של דבר, בהצעה של גבולות שיקול הדעת השיפוטי – מערכת מורכבת ומסועפת של עקרונות וכללים להפעלת שיקול הדעת.

ואכן, ברק עצמו אינו מתכחש לגישתו "הלקטנית", הנזקקת לזרמים תורת-משפטיים שונים בלא מחויבות אף לאחד מהם:

הריאליסטים (האמריקנים והסקנדינבים), הפוזיטיביסטים (קלזן, הארט, רו), המשפט הטבעי, הגישה הביקורתית למשפט, השילוב של המשפט עם דיסציפלינות אחרות (ה-Law and...), כל אלה סיפקו לנו כלים חדשים להבנת המורכבות של התפקיד השיפוטי. כשלעצמי מצאתי הרבה אמת בכל אחת מגישות אלה. עם זאת אני סובר כי המורכבות של המשטר הדמוקרטי בכלל והמורכבות של הקיום האנושי בפרט אינן מאפשרות מתן בכורה לאחת מהן. נדרשת בחינה מחודשת באשר לעולה מהעיונים הפילוסופיים השונים בדבר התפקיד השיפוטי.<sup>123</sup>

הריאליזם המשפטי של ברק – משפטן אנליטי דגול – מתבטא בעצם הכרתו בקיום שיקול דעת שיפוטי. אך ברק אינו כותב כמעט דבר על הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי

121. ראו מאוטנר (לעיל, הערה 16), במיוחד בעמ' 240-242.

122. ברק, חוק השליחות מתשנ"ו (לעיל, הערה 6).

123. ברק (לעיל, הערה 1), בעמ' 14.

האמיתי – זה "הסובייקטיבי", שאינו כבול בכללים.<sup>124</sup> בסופו של דבר, לגישתו של ברק עיקר השיפוט אינו בשיקול הדעת השיפוטי אלא בגבולותיו. גבולות אלה מקיפים את השטחים הגדולים של המשפט שבהם, למעשה, לא קיים שיקול דעת שיפוטי אמיתי. את הגבולות האלה השופט ברק עדיין לא פרץ.

---

124. על הבחירה הכרוכה בשיקול דעת זה כותב ברק שם, בעמ' 45, רק כי "היא משקפת את מבנה אישיותו של השופט ואת תגובתו לסובב אותו. השוני בין שופטים שונים בא לידי ביטוי בשלב זה. האקטיביזם או הריסון העצמי מתבלטים במצב דברים זה".