

## גבולות המשפט והשיפוט\*

מאת

השופט אהרן ברק\*\*

למשפט אין גבולות. מלוא כל הארץ במשפט'. ככל משפט. כל התנהגות אנושית היא נשוא למשפט. אין תחום בו אין משפט. אין non-liquet. כאשר נתקלים במצב שבו חסרה נורמה, יש בדרך-כלל נורמה גבוהה יותר שפותרת הקושי. בהעדר נורמות – יש נורמות הקובעות כיצד לפתור סכסוך שאין בו לכאורה נורמה. אצלנו נקבע כי<sup>2</sup>:

“ראה בית-המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל”.

ודוק: עמדתי, לפיה “בכל משפט” אין משמעות ש“הכל משפט”. אינני טוען, איפוא, כי אין “חיים מחוץ למשפט”; אינני טוען שאין מערכות נורמטיביות, כגון מוסר ודת, מחוץ למשפט. אינני טוען שהמשפט הוא החשוב ביותר. טענתי היא מצומצמת ואנאליטית, וענינה הקביעה כי כל התנהגות אנושית, יהיו מאפייניה אשר יהיו, ותהא חשיבותה אשר תהיה, היא אובייקט למשפט. אכן, בכל משפט, אך המשפט אינו הכל. זאת ועוד: אינני טוען שהמשפט והחברה ירדו יחדיו לעולם. טענתי היא אנאליטית ולא היסטורית. על-כן אינני נכנס לוויכוח אם המשפט יוצר או רק מצהיר על זכויותיו הטבעיות של האדם. גישתי הינה במהותה ליברלית. אכן, הגישה לפיה בכל משפט אינה אומרת, שכללי המשפט חודרים

\* מבוסס על דברים ביום עיון על גבולות של קדושה, לזכר עדי בלומברג ז"ל (25.2.2001).

\*\* נשיא בית-המשפט העליון.

1 ראו א' ברק “על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי” מבחר כתבים (כרך א, 2000), 695, 697. מאמר זה פורסם גם בעיוני משפט יז (1993) 475.

2 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. חסר בחווה או בצוואה מתמלא, בין השאר, על-ידי עקרון תום הלב; ראו א' ברק פרשנות כמשפט (כרך ד, 2001) 224; פרשנות כמשפט (כרך ה, 2001) 398.

לחיינו האינטימיים של הפרט. גישתי היא ליברלית, שכן ביסודה מונחת התפיסה כי אחד מכללי המשפט היסודיים הוא זה, לפיו כל מה שלא נאסר על הפרט – מותר לו. כל מה שלא הותר על השלטון – אסור לו. על-כן, יחסי חברות ואהבה, מחשבות וכיוצא בהם הם אמנם בתחום המשפט – אין הם מחוץ למשפט – אך הם בגדר נורמה הקובעת היתר כללי. שאם לא כן, מה היה מונע מהזולת או מהשלטון מלהתערב ביחסי חברות או אהבה או במחשבות? באמרי שלמשפט אין גבולות, הנני מכוון אל המשפט כמכלול. במוכן שלנורמה משפטית אינדיבידואלית יש גבולות של זמן, מקום ואובייקט. חוסר הגבולות מופנה כלפי המשפט כשיטה. בחינתי הינה, איפוא, למקרר-משפט ולא למיקרר-משפט. אשר לנורמה המשפטית האינדיבידואלית, גבולותיה נקבעים על-ידי פרשנותה.<sup>3</sup> גבול הפרשנות הוא בלשון של הנורמה האינדיבידואלית.<sup>4</sup> הפרשן אינו רשאי לתת לנורמה האינדיבידואלית מובן שאינו תואם את אחד ממובניה הלשוניים.<sup>5</sup> אכן, הפרשנות במשפט אינה מוגבלת אך ללשון, אך הלשון מגבילה את הפרשנות.<sup>6</sup>

אך היש למשפט גבולות, במוכן זה, שאם לא מתקיימים תנאים מסוימים אין כלל משפט, ואינה מתקיימת שיטת משפט? מה הופך חברות פושעים לשיטת משפט? עתה אנו פונים אל המשפט פנימה. השאלה אינה גבולות המשפט, אלא מהי שיטת משפט. בענין זה יש השקפות שונות ואין תמימות דעים.

מחד, ניתן לטעון, כי המשפט הוא כלי. החברה קובעת את התוכן. כל שהחברה תקבע, על-פי כלליה, יהיה "משפטי". זו גישה פורמלית. היא מתמקדת בקיום המשפט, ובכפיפות לו. היא אינה מתעניינת בתוכנה של הנורמה המשפטית. מבחינתה, משפט הוא כל היתר ואיסור, אשר מאחוריו עומדת (במישרין או בעקיפין) הסנקציה המאורגנת של המדינה.<sup>7</sup>

גישה אחרת היא גישה יוריספרודנטלית.<sup>8</sup> פרופ' פולר מדבר על "המוסריות הפנימית של המשפט" (the internal morality of law).<sup>9</sup> אלו הן דרישות מינימום של תוכן, שבלעדיהן אין משפט. אלה היבטים הכרחיים להבטחת מה שפרופ'

רולס מכנה "צדק פורמלי" (formal justice).<sup>10</sup> בעלי גישה זו שואלים עצמם מה עושה מסגרת חברתית לשיטת משפט? במה שונה שיטת משפט מכנופיה הנשלטת על-ידי מנהיג שהכל נוהגים על-פי הוראותיו? בעלי הגישה הזו מעמידים מספר תנאי מינימום לקיומו של משפט:

תנאיו של פרופ' פולר הם:<sup>11</sup> על המשפט להיות כללי. ידוע ומפורסם; על המשפט להיות ברור וניתן להבנה; המשפט צריך להיות יציב; חייב להיות איסור של חקיקה רטרואקטיבית; על כללי המשפט שלא לסתור זה את זה; המשפט לא צריך לדרוש קיומם של מעשים שאין אפשרות פיזית לכצעם; צריכה להתקיים מערכת אכיפה של החוק.

רשימתו של רולס קצרה יותר.<sup>12</sup> האיסור שהמשפט מטיל צריך שיהא ניתן לביצוע, תוך שהוא פרי פעולתן של רשות מחוקקת, מבצעת או שופטת, הפועלות בתום לב, והנחפשות כך על-ידי בני-הציבור; הגשמת עקרון השוויון. רק אם מקרים דומים יקבלו פתרון דומה, יוכל האדם לכלכל צעדיו בגרדיה של החברה; אין עבירה ללא חוק. החוק צריך להיות ידוע ופומבי; חל איסור על רטרואקטיביות החקיקה; החוק צריך להיות ברור וניתן להבנה; יש לקיים את כללי הצדק הטבעי.

וזה רשימתו של פרופ' רוז.<sup>13</sup> המשפט צריך להיות פרוספקטיבי, פומבי, ברור ובעל יציבות יחסית; יש לקיים רשות שופטת עצמאית, אליה יש נגישות; יש לקיים את כללי הצדק הטבעי.

כל המלומדים הללו אינם עומדים על-כך כי כל אחד מתנאיהם חייב להתקיים כדי שתתקיים שיטת משפט. הם מדברים על מטה קריטית. אם זו אינה קיימת, לא קיימת שיטת משפט.

גישה שלישית רואה בגישה היוריספרודנטלית גישה פורמלית, אם כי פורמלית פחות מקודמתה. גישה שלישית זו טוענת, כי למשפט יש מגבלות נוספות, מעבר ליוריספרודנטליות. ניתן לכנות גישה זו כגישה מהותית.<sup>14</sup> אין גישה זו טוענת כי ה-lex corrupta (החוק המושחת) אינו חוק. היא טוענת שאין זה ראוי לו לחוק להיות מושחת. בדברו על שלטון המשפט, כותב ח' כהן:<sup>15</sup>

"אין פירושו רק כאילו השלטונות כמדינה נוהגים על-פי חוק ודין; גם ממשלות טוטליטריות נוהגות על-פי חוקי מדינותיהן, הלא הם החוקים שהן בעצמן חוקקו למטרותיהן וכפי מתכונתן-שלהן. משל לנאצים שעלו

3 על תורת הפרשנות עמדתו בא' ברק פרשנות במשפט (כרך א, 1992).  
 4 על גבולות הפרשנות, ראו ברק, פרשנות במשפט (כרך ד), לעיל הערה 2, בע' 233.  
 5 ראו ר"ג 40/80 קניג ג' כהן, פ"ד לו (3) 701, 715 (להלן: פרשת "קניג"): "אין השופט רשאי..., להגשים מטרה שאין לה אחיזה, ולו קלושה ביותר, בלשון החוק... יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק".  
 6 ראו פרשת קניג, שם, שם: "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש".  
 7 A.V. Dicey Introduction to the Study of the Law of the Constitution (10<sup>th</sup> ed., 1959)  
 8 על הגישה היוריספרודנטלית, ראו א' ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" מבחר כתבים (כרך א, 2000) 319.  
 9 ראו: L. Fuller The Morality of Law (2nd. ed., 1969) 41.

10 ראו: J. Rawls A Theory of Justice (1971)

11 ראו לעיל הערה 9.

12 ראו לעיל הערה 10.

13 ראו: 195 93 L. Q. Rev. (1997) "The Rule of Law and its Virtue". Raz.

14 על הגישה המהותית, ראו ברק, לעיל הערה 8, בע' 337. ראו גם י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך א, 1996) 59.

15 ח' כהן המשפט (1991) 143.

לשלטון על-פי החוק ושפצעו את רוב פשעיהם בתוקף הסמכות חוקיות מורשות שנטלו לעצמם לשם כך. איש לא יאמר שבגרמניה הנאצית שרר 'שלטון המשפט', ואיש לו יחלוק ששרר שם שלטון הפשע."

על-פי הגישה השלישית, אין להסתפק במה שפרופ' דבורקין מכנה כ-*rule-book conception* של משפט<sup>16</sup>. יש לכלול בגרדי המשפט גם את ה-*rights conception*. על-פי גישה זו, בגרמניה הנאצית לא היה משפט. מהו אותו *right conception*? גם על-כך אין הסכמה. פרופ' דבורקין מצביע על הכרה בזכויות האדם – בין ביחסיהם ההדדיים ובין ביחסיהם כלפי השלטון – כיסוד של ה-*right conception*. אחרים רואים בהכרה בזכויות האדם כהיבט של השאיפה הרחבה יותר להגשמת הצדק<sup>17</sup>.

ברור שהמעבר מהגישה היוריספרודנטלית לגישה המהותית אינו פשוט כלל ועיקר. בעלי הגישה היוריספרודנטלית אינם מתנגדים לגישה המהותית. הם טוענים שיש להבחין בין משפט לבין משפט ראוי או טוב. בכך הם צודקים. אכן, אסור לנו להעצר במשפט בלבד. עלינו לשאוף למשפט הטוב והראוי. מהו משפט טוב וראוי זה? בענין זה יש כמובן דעות שונות ומגוונות<sup>18</sup>. אבקש לעמוד בקצרה על פרטי עמדתי שלי<sup>19</sup>:

אפתח בשאלה אם יש למשפט תפקיד? תשובתי שלי היא זו: המשפט הוא אמצעי להסדרת החיים בין בני-חברה נתונה בזמן נתון. המשפט הוא מכשיר לקיום חברתי. היש למשפט עמדה באשר לתוכן הקיום החברתי? הכל מסכימים, כי לבני-החברה השונים יש מטבע הדברים השקפות שונות באשר ליחסי החברה הראויים. יש המבקשים לראות בזכויות האדם את הבסיס והעיקר; אחרים רואים באמונה באלוהים ובשמירת מצוותיו את המדריך החיוני; יש המדגישים את טובת המדינה כמכלול; יש המתרכזים בטובת היחיד כפרט. ברוב החברות המערביות-הדמוקרטיות-המודרניות, החברה מבקשת להשיג את מרבית המטרות, תוך דחיית האפשרויות הקיצוניות. מתבקשת על-כן פשרה לאומית ואיזון ערכים ועקרונות מתחרים. אכן, האדם הוא יציר חברתי סבוך. חיי מורכבים. המטרות שהוא מבקש להשיג הינן רב-מימדיות. אנו רוצים חופש לדת וחופש מדת; אנו מבקשים להבטיח הן את טובת הכלל והן את טובת הפרט. מכיוון שהשגת הכל בלתי-אפשרית, נדרשת פעולה של בחירה ושל קביעת סדר-עדיפויות לאומיים. הדרכים לקביעת סדר העדיפויות הלאומי משתנות מחברה לחברה. במשטר דמוקרטי, הבחירה נעשית על-ידי העם כולו, באמצעות נציגיו. לבחירה זו קודמים

"כללי משחק", אשר במרכוז עומדת ההבנה שניציגי החברה יחפשו פשרה לאומית, שתאפשר חיים בצוותא לבני-החברה כולה. פשרה לאומית זו מבוססת על הכרה בזכויות אדם בסיסיות מזה ועל שמירת קיומה של המסורת המדינית מזה. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב, היא גם שלטון המבטיח זכויות אדם למיעוט ולפרט. אין להקריב את המדינה על מזבח זכויות האדם. זכויות האדם אינן מרשם לכלילין לאומי<sup>20</sup>. אין להקריב את זכויות האדם על מזבח המדינה. המדינה קיימת למען יחידיה. מתבקשת, איפוא, פשרה ואיזון בין טובת הכלל לבין טובת הפרט. פשרה זו משתנה מזמן לזמן. היא מושפעת, בין השאר, מן הסיכונים שלפניהם ניצבת החברה, מן המבנה החברתי והסוציאלי, מן ההיסטוריה הקולקטיבית ומגורמים נוספים המעצבים את פניה של החברה.

גישתי הינה, איפוא, זו כי המשפט קיים על-מנת להבטיח חיי חברה תקינים. בלא משפט אין חיי חברה אפשריים, אך חיי החברה אינם מטרה בפני עצמה. הם נועדו לאפשר ליחיד לפתח את עצמו. החברה אינה קיימת למען עצמה, אלא למען יחידיה. ביסוד תפישתי את המשפט עומד האדם. כבוד האדם הוא ערך יסודי של החברה. כה יקר לנו ערך זה, עד כי מוכנים אנו לעתים להקריב על מזבחו ערך חשוב אחר – האמת<sup>21</sup>. על-כן איננו מרשים שימוש באלמות כדי לשכנע נחקרים לומר את האמת. מהו כבוד האדם כערך משפטי? זו ההכרה כי האדם הוא יצור תופשי, המפתח את גופו ורוחו על-פי רצונו. במרכזו של כבוד האדם מונחים קדושת חיי האדם וחירותו. ביסוד כבוד האדם עומדת האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה, וחופש הפעולה של האדם. כבוד האדם הוא החירות של האדם לעצב את חייו ולפתח את אישיותו כרצונו. כיסוד כבוד האדם מונחת ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם, וכל זאת בלא קשר למידת התועלת הצומחת ממנו לאחרים. כבוד האדם מניח אדם בן-חורין, המהווה מטרה בפני עצמה, ולא אמצעי להשגת מטרות של הכלל או של פרטים אחרים. מכבוד האדם מתבקש עקרון השוויון<sup>22</sup>. הכל שווים בפני המשפט. מאלה נגזר

20 ראו ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225, 310: "חוקה אינה מרשם להתאבדות, חכיות אורח אינן במה לכלילין לאומי".

21 ראו א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" מבחר כתבים (כרך א, 2000) 747. מאמר זה פורסם גם במשפטים כז (1996) 11.

22 ראו א' ברק פרשנות במשפט (כרך ג, 1994) 418. ראו גם א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" מבחר כתבים (כרך א, 2000) 417. מאמר זה פורסם גם בהפרקליט מא (1994) 271. ראו גם בג"צ 5688/92 ויכסלבאום נ' שר הביטחון, פ"ד מו (2) 812, 827 (להלן: פרשת "ויכסלבאום").

23 פרשת ויכסלבאום, שם, בע' 830: "השוויון הוא גם הכבוד". ראו גם ח' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט ספר היוכל (1993) 9, 32.

16 ראו: R. Dworkin *A Matter of Principle* (1985) 9, 11.

17 ראו כהן, לעיל הערה 15.

18 ראו ברק, לעיל הערה 8, בע' 338.

19 עמדתי על כך בהרחבה בברק, לעיל הערה 1.

זכויות האדם האחרות, כגון חופש הביטוי והתנועה. זכויות אלו אינן מוחלטות. הן יחסיות. הזכות של האחד מצמצמת את הזכות של האחר. הזכות של הפרט נסוגה בפני צרכי הכלל. ענין לנו לא רק בזכויות אלא גם בחובות. אכן, בצד זכויות האדם קיים גם האינטרס הציבורי בשלום הציבור, בבטחון המדינה ובקיומה. אסור שזכויות האדם יביאו לחיסולה של המדינה שנועדה לשמור על זכויות האדם. אכן, היחיד הנהנה מכבוד האדם אינו יחיד על אי בודד. זה יחיד החי במסגרתה של חברה. כבוד האדם הוא כבודו של אדם כיצור חברתי. על-כן, כבוד האדם של פרט חייב להניח, כנקודת מוצא, התחשבות בכבוד האדם של הזולת<sup>24</sup>. זאת ועוד: כבוד האדם הוא כבודו של אדם בחברה מאורגנת, אשר לה יעדים לאומיים, ובמסגרתה מקויים שלטון<sup>25</sup>.

ביסוד גישתי מונח, איפוא, הצורך לאזן בין הערכים והאינטרסים הראויים להגנה. השאלה הינה, עד כמה מוצדק הוא להגביל את זכותו של היחיד כדי לשמור על קיומה של החברה, אשר מצידה נועדה לשמור על זכויותיהם של היחידים כולם. באיזון זה אין להסתפק, כמובן, רק בזכויות אדם ובצרכי הכלל. יש מקום לאיזונים נוספים. יש מקום לערכים נוספים. החשוב שבהם הוא הצדק<sup>26</sup>. החברה צריכה לשאוף להשגת צדק ביחסים הבינאישיים. ערכים אלה כולם אינם מוחלטים. כנגד כל תזה מונחת האנטי-תזה. נדרשת סינתזה. זוהי הדיאלקטיקה הסבוכה שלי; זוהי הפילוסופיה האקלקטית שלי<sup>27</sup>. המכשיר כאמצעותה היא פועלת הוא האיזון. זהו איזון אופקי בין זכויות אדם מתנגשות. זהו איזון אנכי בין זכות הפרט לצרכי הכלל. ברבים מהמקרים האיזון הוא אופקי ואנכי גם יחד. תורת האיזונים היא האמצעי שדרכו אנו מבקשים להשיג מטרה. המטרה היא הכרה בכבוד האדם במסגרתה של חברה מאורגנת. מכאן שכל חברה צריכה לבחון עצמה, אם האיזונים הנערכים בקרבה בין פרט לכלל, בין זכות היחיד למטרות הציבור, הם ראויים. כאשר האיזונים אינם ראויים — כאשר היחיד הופך קורבן של הכלל, או כאשר הכלל הוא קורבנו של היחיד — המשפט של אותה חברה אינו ראוי. על-כן ניתן לומר שהמשפט בגרמניה הנאצית לא היה ראוי. הנה כי כן, יש לו למשפט גבולות פנימיים. גם אם בכל משפט, הרי לא הכל משפט. בהיעדר תנאי מינימום — עליהם עומדת הגישה הירוריספרודנטלית — אין משפט. בהיעדר תנאי מהות — עליהם עמדתי — אין משפט ראוי.

24 מכאן הצורך באיזון "אופקי" בין זכויות האדם, בינן לבין עצמן. המשפט הפרטי כולו נגזר מאיזון פרטי זה. לאיזון זה, ראו ברק, פרשנות במשפט (כרך ג), לעיל הערה 22, בע' 215.  
25 מכאן הצורך באיזון "אנכי" בין זכויות האדם לצרכי הכלל. לאיזון זה, ראו ברק, פרשנות במשפט (כרך ג), לעיל הערה 22, בע' 224.  
26 ראו א' ברק "על משפט, שיפוט וצדק" מבחר כתבים (כרך א, 2000) 741. מאמר זה פורסם גם במשפטים כו (1996) 5.  
27 על פילוסופיה זו, ראו ברק, פרשנות במשפט (כרך ד), לעיל הערה 2, בע' 106.

עתה ברצוני לעבור מגבולות המשפט לגבולות השיפוט. למשפט אין גבולות. הכל שפיט נורמטיבית<sup>28</sup>. היש לשיפוט גבולות? האם הכל שפיט מוסדית<sup>29</sup> — כלומר נתון להכרעה של המוסד השיפוטי? מבחינת המשפט המצוי, ברור שלא הכל שפיט (מוסדית). ישנם סכסוכים שהדין קובע לגביהם, כי הם יוכרעו מחוץ לכותלי בית המשפט. כך, למשל, קובע סעיף 33 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973:

"חווה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על-פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החווה נושא לדין בבית-משפט".

ברוח דומה קובע סעיף 2 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל (המקומות הקדושים), 1924 לאמור:

"לא יבורר ולא יוחלט על-ידי שום בית-משפט בישראל כל משפט או ענין הקשורים במקומות הקדושים או בכניינים הדתיים או במקומות הדתיים בישראל או בזכויות או בתביעות הנוגעות לעדות הדתיות השונות בישראל".

עד כאן הוראות חקוקות הקובעות במפורש אי-שפיטות מוסדית. עליהן יש להוסיף הלכות פסוקות, הקובעות סוגים של ענינים שאינם שפיטים מוסדית. כך, למשל, נפסק לאחרונה מפי חלק משופטי בית-המשפט העליון, כי ענינים הנוגעים לפעילות בהר-הבית אינם שפיטים<sup>30</sup>; כי סכסוך באשר לגבולותיה של מעלה אדומים, שביסודו מונח הרצון הפוליטי להרחיב את תחומה של ירושלים, אינו שפיט מוסדית<sup>31</sup>; כי סכסוך באשר לסמכותה של ממשלה יוצאת לנהל משא-ומתן על הסדר קבע עם הפלשתינים, אינו שפיט מוסדית<sup>32</sup>.

ברור, איפוא, כי ישנם סוגים של סכסוכים שאינם שפיטים מוסדית, כלומר כתי-המשפט לא ידונו באותם סכסוכים ולא יקבעו עם מי הדין. כך בישראל. כך במשפט המשווה. נמצא, כי מבחינת הדין המצוי, לא הכל שפיט מוסדית. מעולם לא טענתי אחרת.

השאלה המעניינת הינה, האם ראוי הוא שיהיו סכסוכים שאינם שפיטים מוסדית<sup>33</sup>? שכן זאת יש לזכור: כאשר נקבע — אם בדרך החקיקה ואם בדרך שיפוטית — כי סכסוך אינו שפיט מוסדית, ההתנהגות לפי הנורמה המשפטית

28 על השפיטות הנורמטיבית, ראו בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב (2) 441 (להלן: פרשת "רסלר").

29 על השפיטות המוסדית, ראו פרשת רסלר, שם, שם.

30 ראו בג"צ 8666/99 תנועת נאמני הר-הבית נ' רובינשטיין, פ"ד נד (1) 199.

31 ראו בג"צ 3125/98 עבד אלעזיז מוחמד עיאר נ' מפקד כוחות צה"ל (טרם פורסם).

32 ראו בג"צ 5167/00 וייס נ' ראש הממשלה (טרם פורסם).

33 לשאלה זו, ראו ברק, לעיל הערה 1, בע' 709.

סכסוכים שיש להם השלכות פוליטיות — יימצאו את הכרעתם בבית-המשפט, למעט אותם מקרים מעטים ונדירים, שבהם הסכסוך אינו שפיט מוסדית על-פי הפרמטרים עליהם עמדתו. הנה כי כן: בכל משפט — אך משפט אינו בכל; בכל משפט — אך בית-משפט אינו בכל; בכל חירות — אך חירות אינה בכל; בכל חברה — אך חברה אינה בכל; בכל איזון — והאיזון הוא בכל.

הרלבנטית בענין — והרי ראינו, שתמיד יש נורמה משפטית שקובעת כיצד יוכרע הסכסוך — מסורה לרצונו של אותו צד שללא התערבות שיפוטית, ידו על העליונה. זהו בעל הכוח. למי הכוח לו המשפט. שכן זאת יש לזכור: במקום בו אין דיין שם אין דין<sup>34</sup>. אם-כן, מדוע להכיר בסכסוכים לא שפיטים מוסדית? התשובה הינה כי ישנם סכסוכים, שעל-פי מהותם, אינם ראויים להכרעה שיפוטית. דוגמא לכך הם סכסוכים באשר לשלום או מלחמה. הטענה הינה, כי אין זה ראוי שהכרעה בסוג ענינים זה תיעשה על-ידי בית-המשפט. כאשר מקבלים טענה זו מעדיפים הענקת כוח ההכרעה לאחד הצדדים בסכסוך — השלטון בדרך-כלל — ולא לבית-המשפט, תוך שמבקשים, על-ידי כך, להגן על בית-המשפט מפני נטילת חלק בסכסוכים בעלי אופי פוליטי. הטעם ביסוד אי-השפיטות המוסדית הוא על-כן, הרצון להגן על האמון בשפיטה.

האם הסדר זה רצוי הוא? במקרים חריגים הוא רצוי. המאפיין מקרים אלה הוא שהדין הקיים אינו קובע נורמה להכרעה בסכסוך. בית-המשפט יצטרך, כפי שראינו, למלא את החסר, ולקבוע נורמה חדשה על-פיה יוכרע הסכסוך שהוא במהותו בעל אופי פוליטי. כאשר יצירתה של נורמה חדשה זו נתון למידה רבה של שיקול-דעת שיפוטי, קיים חשש רציני, שהשפיטה תואשם בפוליטיזציה של הכרעותיה. במקרים אלה, יש מקום לשקול הימנעות משיפוט. הוא הדין אם הנורמה המשפטית קיימת, אך הפעלתה על סכסוך בעל מאפיינים פוליטיים כרוך בשיקול דעת שיפוטי רחב.

ודוק: בכל משפט. תמיד יש נורמה משפטית — ישנה או חדשה; תקוקה או הלכתית — על-פיה ניתן להכריע בסכסוך. הכל שפיט נורמטיבית. אך לא תמיד ראוי הוא להכריע בסכסוך בבית-המשפט. בית-המשפט אינו המוסד הטוב ביותר להכרעה בכל הסכסוכים<sup>35</sup>. לעתים הצורך להכריע בסכסוך עשוי לפגוע בבית-המשפט עצמו. על-כן יש לעודד צדדים, בהסכמה, לפנות לערוצי הכרעה לבר-שיפוטיים<sup>36</sup>. אך בהיעדר הסכמה כזו, רוב רובם של הסכסוכים — לרבות

34 ראו פרשת רסלר, לעיל הערה 28, בע' 462: "נעילת דלתותיו של בית-משפט זה לפני עותר חסר אינטרס, המחריע על פעולה שלטונית שלא כדין, פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דיין אין דין. יכולת הפנייה לבית-המשפט היא אבן הפינה של שלטון החוק".

35 ראו א' ברק "ערכיה של מדינת ישראל, כמדינה יהודית דמוקרטית" מבחר כתבים (כרך א, 2000), 445, 454: "העובדה שסוגיה מסוימת היא שפיטה — ובוודאי שההכרעה בהתנגשות בין ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית וכמדינה דמוקרטית היא שפיטה, שהרי היא אמת מידה לפרשנות הדין ולחוקתיות החוק — אינה אומרת שהפתרון השיפוטי הוא הפתרון הטוב ביותר מבין כל הפתרונות האפשריים. לא כל בעיה שניתן לפתור אותה בכלים שיפוטיים, ראוי לפתור אותה בכלים שיפוטיים. אנחנו מבחינים בין שפיטות נורמטיביות לשפיטות מוסדיות. רבות הסוגיות — וסוגיותנו שלנו כלולה בהן — שהפתרון הראוי להן הוא קודם כל חברתי ופוליטי".

36 מכאן הצורך לפתח הסדרים הסכמיים שיביאו לפתרון חילופי (ה-ADR) — (Alternative Dispute Resolution), ובהם הגישור (ה-mediation).