

**ועד מחוז תל-אביב-יפו  
לשכת עורכי הדין**



מפעל ימי העיון

# **אקמביזם שיפוט**

תדפיס ערב עיון בספרו של השופט א' ברק  
**שיקול דעת שיפוטי**

שהתקיימה ביום 13.3.88 בבית הפרקליט

לחברי תאגיד ככרכה,

ערב הדיון באקטיביזם שיפוטי, בעקבות הופעת ספרו של השופט ברק שיקול דעת שיפוטי, היה, ללא ספק, אחד משיאי של מפעל ימי העיון של ועד המחוז. הפעם לא עסקנו בבחינתה של סוגיה משפטית תחומה, אלא בניחות תהליך הפעלת שיקול הדעת על-ידי השופט בשבתו לדין.

הבנת מהות שיקול הדעת השיפוטי, קביעת הנסיבות בהן נעשה בו שימוש, הגדרת אמות המידה על פיהן הוא מופעל ובחינת תרומתו לשיטה המשפטית במסגרתה הוא מופעל, הן שאלות נכבדות ביותר בכל שיטת משפט. הצגת תהליך זה על-ידי השופט ברק, מחבר הספר ומבכירי שופטינו, וניתוח התהליך והערכתו על-ידי צוות מצויין של יועצים משפטיים לשעבר למשל, עורכי-דין נכבדים ואנשי אקמיה, הם חוויה מרשימה שתקרב את כולנו להבנת אותו תהליך בסיסי ביותר במלאכת השפיטה.

ברצוני להודות מקרב לב לכל צוות המשתתפים על דבריהם המרתקים. אין לי ספק כי כולנו הועשרנו בערב זה, וכי נשוב ונעיין בחדפים הרצאות המובאות בחוברת זו עוד פעמים רבות בעתיד.

שלכם,  
צבי מיתר

## אקטיביזם שפוטני

פרופ' י' נאמן

ערב טוב, חברות וחברי הלשכה, מחוז תל-אביב. אני מבקש לפתוח ערב זה בקימה לזכרו של ד"ר יהושע רוטנשטרייך מי שהיה ראש הלשכה הראשון, וממעצבי דמותו של עורך הדין בתקופת המנדט, כימי הבראשית ובמשך ארבעים שנות המדינה. עדיין מוקדם להספיד את ד"ר רוטנשטרייך והדבר יעשה בצורה ההולמת. היום הוא הובא למנוחת עולמים. אך זכרו לא ימוש מאתנו.

נתבקשתי ע"י יו"ר הועד המחוזי ער"ד צבי מיתר להחליף אותו בערב זה, משום שהוא חולה, ואני בטוח שאני אביע את רחשי לבם של כל החברים, באיחולי רפואה שלמה ושיבה מהירה לעבודה, ומה שיותר חשוב לכהונתו כי"ר הועד המחוזי. הערב אנתנו נעסוק בנושא ספרו של השופט ברק שיקול דעת שיפוטני. יש בספר זה יחידיות שאין להן אחר ורק בעולם המשפט בישראל, אלא עד כמה שידי מגעת, בעולם המשפט בכלל. יש כאן סיפור ההליך הפנימי של שופט, כשהוא בא מפי בעל המחבר עצמו. אנתנו רואים באספקלריה מאירה כיצד שופט שוקל מה הם שלבי החשיבה הפנימית בשיקול הדעת השיפוטני, בתחום קביעת הדין לאחר שהשופט קבע את מסכת העובדות.

יפה עשתה הלשכה שיזמה דיון בספר חשוב זה, שהייתי אומר שיש בו יודיו חושף של שופט בית המשפט העליון בישראל. במסגרת הדיון הערב נוכל גם לקבל היבטים אחרים, שמתבקשים מחיבור חשוב זה, זאת בנוסף להיבטים שבאו בספר, בצורה כה רחבה. לכן גם בקשנו שהצוות שידון בנושא הערב יהיה מורכב מקשת רחבה ככל האפשר. בנוסף לכבוד השופט ברק שכפי שהוא מעיד בתחילת הספר, הוא בא אל הכתיבה מהעולם האקדמי, וגם מתוך הנסיון לא רק של שופט אלא גם של יועץ משפטי לממשלה, יש לנו את ער"ד משה בראוב שכיחן גם כשופט. גם כיועץ משפטי לממשלה, גם כעורך-דין לפני כהונתו כשופט והן לאחר עזיבתו את כס תפקיד היועץ המשפטי לממשלה. פרופ' זמיר יתן לנו את ההיבט האקדמי, ואת נוסף לנסיונו כיועץ משפטי לממשלה במשך תקופה של למעלה משבע שנים, ד"ר מאוטנר, יאיר לנו את ההיבט האקדמי. אולי יהיה גם לי מה להוסיף לבסוף, מהיבט שלנו, כעורכי-דין.

אציג רק את הדילמה העומדת בפני המשפטן, היועץ לקוח, אם להגיש תביעה לבית-משפט או לא. דילמה זו עומדת ביסוד הדיון הערב. האם יכול עורך-הדין, בכלים העומדים לרשותו, ומה הם אותם כלים שהם צריכים לעמוד לרשותו, לייעץ ללקוח בחיזוי סביר, מה תהיינה התוצאות המשפטיות של פעולתו מסוימות, או של פרשנות חוק או חוזה, שהוא נתבקש לחוות דעתו עליהם. על כך נשמע בוודאי במשך הערב. אבקש ראשית מפרופ' ברק להציג את התיזה המרכזית של ספרו "שיקול דעת שיפוטני", ולאחריו ידבר ער"ד משה בראוב.

הקרימה מריר ורבותי, זאת הזדמנות נדירה למחבר של ספר בכלל, ושל שופט שהוא מתבר ספר בפרט, לקיים קשר ישיר בלתי אמצעי עם קהל הקוראים שלו. להציג בפניהם את דעותיו שלו, ולשמע מהם את דעותיהם שלהם. אני עצמי ניסיתי בספר הזה לגבש לעצמי קודם כל ולהעלות את מחשבותי אלה על הכתב, את הנסיון השיפוטי שלי, לא ארוך במיוחד, כן 10 שנים - שהוא עצמו מתבסס על נסיון קצר יותר, כיועץ משפטי, ונסיון הרבה יותר ארוך של שנים רבות, באקדמיה, מה שבקשתי לעשות הוא להעלות לתחום הרצונתי את מה שהיה כי בצורה אינטואיטיבית, ולהעלות אל המודע אותו החלטות ואותן חפישות ואותן פעולות שהייתי עושה אותן בדרך כלל בצורה לא מודעת. אמרתי בהקדמה לספרי ואני חוזר ואומר: איני פילוסוף, אני שופט, איני עוסק בפילוסופיה של השיפוט אלא בשיפוט. יחד עם זאת נזכרתי לדעת שאיני יכול להכחיד לעצמי את ההגיון והעקביות ואת הכוחות המביאים אותי בהחלטה השיפוטית, מבלי לגבש לעצמי פילוסופיה של השיפוט.

הספר, מבחינה זאת, הוא ספר קשה. הוא מצוי על אותו תפר שבין הפילוסופיה לבין השיפוט. קיים חשש ששופטים ועורכי-הדין הפרקטיים יראו בו ספר תיאורטי מדי, ואילו הפילוסופים יראו בו ספר פרקטי מדי. זה גודלי עלי אדמות, שאני בעיקרו של דבר פילוסוף מתוסבל, ואני מניח שהביקורת תבוא משני הכיוונים. אני צופה את הביקורת הזאת, ואני מקבל אותה כמוכן כאהבה. בעקרו של דבר לא בקשתי להציג אמיתות אלא להעלות שאלות. לא לתת תשובות חוזרות - אם כי את דעתי שלי הכעתי - אלא לעודר סוגיה מסוימת, לעודר ויכוח בה, לעודר זיון בה, לא להסגיר את מה שאני סבור שמן הראוי שידון בצורה רציונלית על ידי הציבור כולו, בעיקר ציבור עורכי-הדין.

הגנת השאלה:  
 יש מקום לעסוק באקטיביזם של השופט ולא באקטיביזם של המשפטן אנתוני אומריס פעם על פלוני שהוא שופט טוב, ועל אלמוני שהוא שופט לא טוב. מה פירוש הדבר שופט טוב שהעברית שלו היא עברית יפה? שהוא מצליח לסכם יפה את הסוגיה המשפטית? שהוא כותב בצורה נבירה? שהוא סמנטיקן טוב? שהוא שונאי טוב? אולי כל אלה הם תנאים הכרחיים, אבל בודאי אין הם תנאים מספיקים. אנתוני אומריס על שופט פלוני שהוא שופט ליברלי, ועל שופט אלמוני שהוא שופט שמרן. מה פירוש ליברלי? מה פירוש שמרן? השופט מפרש את החוק. אפשר לומר שהחוק הוא אומריס ששופט החוק הוא שמרן. אבל מה פירוש שופט ליברלי? ושופט שמרן? אנתוני אומריס היתכן פלוני הוא בעל גישה פרגמטית, וכי שופט אלמוני גילה גישה פורמלית? האין לומר הדבר, כי שופט מגלה גישה פרגמטית או גישה פורמליסטית או פורמלית? עוסקים בה כי השופט אין חוזר על מה שכמות בחוק? והוא הדין לגבי השאלה שאנתוני עוסקים בה? כי השופט מגלה גישה אקטיבית או מגלה גישה עכשווית? מה משמעות יש לאמירה כי השופט מגלה גישה אקטיבית? אלה הן שאלות לא פשוטות, ונקודת המוצא שלי היא התמודדות עם השאלות האלה.

הנחת היסוד: שיקול דעת שיפוטי  
 שאלתי, מהו שופט טוב, ליברלי, פרגמטי, אקטיבי? הביטויים האלה כולם מניחים הנחת יסוד מסוימת. הנחת היסוד היא שיש לו לשופט אופציה, שהוא יכול לבחור בין מספר דרכי פעולה. כאשר החוק אומר אסור לנהוג במהירות העולה מעל 90 ק"מ בכבישים הכניעירונניים והשופט אומר אסור לנהוג יותר מ-90 ק"מ בכביש כניעירוני, האם נאמר שהשופט הזה הוא שופט אקטיביסט, שעה שהוא אומר שאסור לנהוג מעל 90 ק"מ? שהוא שופט טוב שהוא אומר שאסור לנהוג מעל 90 ק"מ? שהוא בכבישים ריאליסט או פורמליסט? ודאי שלא נאמר את זה.

שופט ריאליסט או פורמליסט? - על מהותה של השיפוט שדברנו עליהם, יש כל הדיבורים האלה, כל התיאורים האלה, על מהותה של השיפוט. שיכל היה להחליט גם להם משמעות רק אם השופט עומד בפני מצב שיש לו ברירה. שיכל היה להחליט גם אחרת, או יש מקום לבחון האם ההחלטה שלו היא החלטה טובה או לא טובה. ליברלי, שמרנית, אקטיביסטית או לא, או מרסנת וכדומה.

מכאן שהבסיס לדיבור על אקטיביזם שיפוטי, כמו גם הדיבור על שופט טוב או לא טוב, ליברלי, שמרן וכדומה, מניח הנחה מסוימת, והיא יש לשופט שיקול דעת לבחור בין שתי אופציות או יותר, שהוא אינו חייב לבחור בפתרון אחד. והשאלה היא האם באמת זהו מצב הדברים. האם יש בעיות משפטיות שיש בהן יותר מפתרון אחד? או שמא כל הבעיות המשפטיות בסופו של דבר יש להן רק פתרון אחד. משום שאם לכל הבעיות בסופו של דבר ישנו רק פתרון אחד, אז כל הדיבור על אקטיביזם, כמו גם על שופט טוב או לא טוב, ליברלי ולא ליברלי, וכדומה - אין להם מקום. או באמת כל הביטויים האלה צריכים להיות מכונים כלפי המשפט ולא כלפי השופט.

והנה התיזה הראשונה כלפי המשפט ולא כלפי השופט.  
 מצין פילוסופית, מבקשת להתמודד עם השאלה הזאת. המסקנה שאני מגיע אליה היא שיש בעיות משפטיות, שיש להן יותר מפתרון חוקי אחד. שיש מיתחם סבירות נורמטיבי, יש בעיות משפטיות שמשפטן בר-דעת בקהיליה המשפטית שלנו יאמר עליהם טרם הכרעה, אפשר כך ואפשר גם אחרת, וכל אחד משני הפתרונות, משתי האופציות, או יותר - היא חוקית במסגרת השיטה. במצב זה קיימת חקיקה שיפוטית אכן, אני מגדיר חקיקה שיפוטית, כבחירה באחת מבין מספר אופציות לגיטימיות העומדות בפני השופט כאשר לחוכן הנורמה המשפטית, משום שהיא החלק הראשון של ספרי מוקדש לבחינתה של התפיסה הפילוסופית, משום שהיא לא תפיסה מובנת מאליה. יש שתי גישות קיצוניות שנוגדות לה. גישה אחת האומרת שלכל הבעיות יש פתרון חוקי אחד ואחד בלבד, זאת היא הגישה של הנסורליסטים למיניהם ובראשם פרופ' דבורקין. על פי גישתם בסופו של דבר, יש לכל בעיה משפטית פתרון חוקי אחד. ישנה תפיסה נוגדת זו, של הריאליסטים והנאראריאליסטים. הם גורסים שלשום בעיה משפטית אין פתרון אחד בלבד. לפי דעתם לכל הבעיות המשפטיות יש יותר מפתרון אחד. במחלוקת זו, דעתי שלי היא הדעה האמצעית. על פיה יש בעיות משפטיות שיש להן רק פתרון חוקי אחד. השאלה אם מותר או אסור לנהוג בכביש כניעירוני מעל 90 ק"מ היא שאלה שיש עליה רק תשובה אחת. אבל יש בעיות משפטיות, שיש להן שני פתרונות או יותר. השאלה אם נשיא מסמן לתת תנייה למי שטרם הורשע בדינו, היא שאלה, אשר לפני הכרעתה בבית המשפט העליון היתה לה יותר מפתרון אחד. איני חושב שהרוב באותו פסק-דין, שאני לא נמנית עליי, טעה

במובן זה שהוא נתון פתרון לא לגיטימי, לא חוקי. הוא נתון פתרון חוקי, כשם שאני חושב שדעתי שלי, שיהיה דעת מיעוט, היתה פתרון חוקי. אפשר היה כך, אפשר היה אחרת. צריך היה להחליט. באיכות המשפט והחליט. אני יכול לתת רשימה שלמה של פסקי דין, שיש בהם יותר מאפשרות אחת להחליט לכאן או לכאן. על רקע זה באה השאלה עליה עמדת, כלומר מהי שופט צריך להיות שופט אקטיבי ומתי שופט צריך להיות שופט מרוסן. השאלה הזאת אם כן, עומדת רק באותם מצבים שבהם הבניה המשפטית היא בעיה שיש לה יותר מפתרון חוקי אחד. לשאלה זו אין כל משמעות אם לבניה המשפטית יש פתרון אחד, ואחד בלבד.

**אקטיביזם שיפוטי - מהו?**  
 אני עובר עכשיו לשאלת האקטיביזם השיפוטי. הקושי בשאלה זאת הוא בניסיון להגדיר מהו אקטיביזם שיפוטי, ומהו ריסון שיפוטי. בשאלה הזאת עסקו עשרות רבות של מלומדים, הן שופטים והן שאינם שופטים. כל אחד והגדרתו שלו, כשלעצמי, לא מצאתי הגדרה ראויה. היכוח בינינו והשיחה שהתכרסם שלי ינהלו תהא לוקה בחסר אם לא נגדיר לעצמנו מושג זה. למה אנחנו מתכוונים באקטיביזם שיפוטי? למה אנחנו מתכוונים כאשר אנו אומרים ריסון שיפוטי? ההגדרה הטובה ביותר מבין ההגדרות שאני לא מסכים להן, היא הגדרה האומרת שאקטיביזם שיפוטי קיים כאשר השופט מקבל החלטה שעומדת בסתירה לחלטה שהתקבלה על ידי הרשויות הפוליטיות. זאת היא אחת ההגדרות שמקובלת לאחרונה בין העוסקים בבעיות של אקטיביזם שיפוטי. גם ההגדרה הזאת, שלכאורה היא הטובה ביותר, אינה הגדרה שנוראית לי כראויה, וזאת מכמה טעמים: ראשית, משום שהיא הגדרה שמגבילה את מושג האקטיביזם השיפוטי למשפט הציבורי בלבד, שהוא התחום שבו ישנה התנגשות עם תפיסות של הרשויות הפוליטיות. הגבלה זו אינה מוצדקת, שכן מושג האקטיביזם השיפוטי אינו מוגבל למשפט הציבורי. זאת אחת הבעיות המרות מקום בספרים שאקטיביזם יש במשפט הציבורי בלבד. לדעת, כל הגדרה של אקטיביזם שיפוטי חייבת להיות הגדרה כללית. היא מוכרחה להשתרע הן על משפט ציבורי והן על משפט פרטי. השופט זניג האנגלי ודאי היה שופט אקטיביסט, אבל עיקר האקטיביזם שלו הוא במשפט הפרטי. התרומה שלו במשפט הציבורי היא מועטה מאוד. שנית, אני חושב שנכון הוא להגדיר אקטיביסט - כמי שהחלטה שלו עומדת בניגוד או בסתירה לגורמים הפוליטיים. כך למשל, הייתי רואה כאקטיביסט שופט פוסק כי פסקתו של בית המשפט העליון כאשר למידת ההתערבות בעניני הכנסת אינה נראית לו, ולדעתו אין להתערב כלל בענינים אלה. אני חושב שזאת תהא החלטה אקטיביסטית. למרות שתוכן החלטה שלו והליכה לכיוון שאינו עומד בסתירה להחלטות של הגורמים הפוליטיים.

לכן אני חוזר לקושי העקרוני שאני שחברי פה יצטרכו להתמודד עמו. אך הם מגדירים אקטיביזם שיפוטי? בספרי הגעתי למסקנה הקשה, שהמושג אקטיביזם שיפוטי, אין לו משמעות "תוכנית" משלו, והמשמעות שאני נתתי לו היא משמעות "צורנית" בלבד. שופט הוא אקטיבי כשהוא משנה את הדין הקודם. הגדרת אקטיביזם שיפוטי, כשנוי הלהקה הקודמת, יתא כיוונה אשר ובלו להתייחס לתוכן השנוי. אני מניח שגישתי זו היא עצמה שנויה במחלוקת. אכן מהו אקטיביזם שיפוטי, היא

שאלה שנויה במחלוקת. אני חושש שכל עוד לא ננקוט עמדה בשאלה הזאת, אין טעם בהמשך הויכוח. דעתי שלי, אם כן, היא ששופט אקטיבי הוא שופט שמשנה את הדין, לעומת המצב הקיים, ושופט פאסיבי - הוא שופט שמקיים, משמר, את הדין הקיים. למיותר לומר, על כן, שאין כל קורלציה, על פי הגדרה זאת, בין אקטיביזם שיפוטי לבין ליברליזם. שופט יכול להיות שופט אקטיבי ושופט אקטיבי האחרונים לבית יכול להיות שופט אקטיבי ומשמר לחלוטין. כך, למשל, המינויים האחרונים לבית המשפט העליון האמריקאי הם מינויים של שופטים שמרניים אקטיביסטים. אלה הם שופטים שמרניים שכן מטרם לבטל את ההלכות והליברליזם שנתקבלו על ידי בית המשפט העליון בשנים קודמות. הם אקטיביסטים, שכן הם אינם נמנעים מלבטל פסקיה קודמת.

אין גם שום קורלציה בין אקטיביזם שיפוטי לבין פורמליזם או ריאליזם. התפיסה שלי למושג האקטיביזם היא כאמור, תפיסה צורנית, שמדברת על שינוי מבלי לדבר על תוכנו של השינוי. ומותר לומר שאין קשר בין תוצאה צודקת או לא צודקת לבין אקטיביזם שיפוטי. בעיני אקטיביזם שיפוטי אינו טיעון אלא תוצאה. בעיני הטיעון "רציו" שהשופט יהיה אקטיביסט, אין לו שום משמעות שהיא. אני מוכן, לאחר שהושגה תוצאה, לבדוק אם התוצאה הזאת היא תוצאה שמצביעה על אקטיביזם, או אינה מצביעה על אקטיביזם אלא על ריסון עצמי. הגישה, לפיה שופט אקטיבי הוא שופט טוב, היא בעיני גישה שאין לה כל משמעות. אכן בעיני השאלה הקריטית היא מערכת השיקולים, שצריך לקחת אותה בחשבון כאשר מתמודדים עם השאלה האם לשנות את הדין. שופט טוב בעיני הוא אותו שופט שמשנה את הדין במקום שצריך לשנות אותו. ושופט טוב בעיני הוא שופט ששומר על הדין הקיים במקום שצריך לשמור על הדין הקיים. ולכן בקודת המפתח בעיני היא לא הדיבור על אקטיביזם שיפוטי, שבעיני הוא דיבור עקר. מבחינתי שלי הייתי משרש אותו מהמילון שלנו, משום שהוא לא מקדם אותו והוא הופך לסיסמה, ולכוח מניע כשלעצמו, דבר שבעיני הוא שלילי. לפי גישתי השאלה האמיתית, שצריך לשאול אותה היא, מהי מערכת השיקולים אותה יש לקחת בחשבון, כאשר אתה שוקל תנועה קדימה, או עמידה במקום. בכך עוסק החלק השני של ספרי, בו אני מנסה לנסח לעצמי ולהצליח בצורה רציונלית לוחית, מערכת של שיקולים, שאני חושב ששופט צריך לקחת אותם בחשבון, כאשר הוא עוסק בשאלה אם לפסוק על פי הדין הקיים או לשנותו או לפתחו?

שיקולים כאקטיביזם שיפוטי  
 אני משתדל בספר לפתח שלושה סוגים של שיקולים שיש לקחת בחשבון שעה ששוקלים אם לפעול בדרך אקטיבית, אם לא. אני מונה שיקולים אלה כשיקולים נורמטיביים, שיקולים מוסריים ושיקולים בין-מוסריים. לא אכנס עכשיו לניתוח השיקולים האלה, ואעמד עליהם בקצרה בלבד:  
 א. השיקול הנורמטיבי, שיקול זה אומר: הסתכל על המשפט כעל המערכת. הסתכל על השאלה שלפניך לא כשאלה בודדת, לא כמונחים של "מיקרו" אלא כמונחים של "מקרו". הסתכל על השאלה שלפניך כחלק משיטה. שופט שמקבל החלטה אינו מקבל החלטה בודדת. לצדדים היא החלטה בודדת. הם כאים, מציגים את הבעיה

שלהם, והולכים. אבל השופט צריך להסתכל על הבעיה כעל חוליה בשרשרת. הוא מוכרח לבנות את ההלכה באופן שהיא תשתלב עם העבר, תתן פתרון להווה, ותהווה נקודת פתיחה להתפתחות בעתיד. ולכן אני מדגיש את הצורך להבטיח קוהרנטיות משפטית והתפתחות טבעית של השיטה. אני מדגיש את הצורך באבולוציה ולא בריבולוציה. בעיות אלה מתחדדות במיוחד לענין סטייה מתקדים קודם, סוגיה שאני עוסק בה בספרי בהרחבה.

ב. שיקולים מופשטים. בית המשפט הוא מוסד שבמקרים הקשים בדרך בין מספר אופציות. בכך הוא עוסק בתחיקה. אבל כמו שכתב השופט דבלין: השופט הוא מחוקק נגה, התחיקה השיפוטית היא תחיקה נכה. אין לבית המשפט כלים מספיקים לחקיקה. אין לו אותם כלים שיש לועדה של הכנסת, וגם לה אין מספיק כלים לחקיקה. בית המשפט הוא מוסד שהיסטוריה בנוי להבנת עובדות, מה שאני מכנה בספר עובדות היסטוריות. בית המשפט אינו מוסד שבנוי להבנת העובדות החברתיות. זהו פגם תמור. אין לו לבית המשפט כלים מספיקים כדי לדעת מה תהיה ההשלכה על הלכה בעתיד? אלה הן השאלות ההלכותיות כאשר צריך להכריע בין שתי אופציות במקרה ולא במיקרו. זאת ועוד: יש מגבלות על היכולת של בית המשפט לקבל מידע, לעכל מידע ולקבל את ההחלטה האופטימלית. על כן, במסגרת השיקול המוסדי צריך השופט לבחור באותה אופציה, שהוא יכול על פי המגבלות המוסדיות שלו, להגיע באמצעותה לפתרון האופטימלי.

ג. שיקול בינומופי. שיקול זה ענינו בעיות של הפרדת רשויות. בעיות של זמקריטה, בעיות של אמון הציבור במערכת בתי המשפט, ויחסי הגומלין בין המערכות השלטוניות השונות.

איוון בין השיקולים הפתרון שלי הוא זה: טוה מההלכה הקודמת, פתח את המשפט, על תעמוד במקום אחד, אם מערכת השיקולים הנורמטיביים, המוסדיים והבינ'מוסדיים באיוון הכולל שביניהם, אומרים לך: ואל תעמוד. אם במערכת האוון בין השיקולים האלה התוצאה היא עמוד – עמוד. אני איני בעד אקטיביזם לשמו. בעיני אין לזה שום ערך. רק אם המערכת המורכבת של השיקולים הנורמטיביים, המוסדיים והבינ'מוסדיים, מצביעה בכיוון של תנועה, יש לנוע. אם היא מצביעה בכיוון של עמידה, יש לעמוד. ואין שום דבר במערכת המשפטית, שאומרת איך לבצע את האיוון בין שלושת המרכיבים האלה. האיוון בין שלושת המרכיבים האלה – הנורמטיבי, המוסדי והבינ'מוסדי – הוא פונקציה של השופט, אישיותו והפילוסופיה השיפוטית שלו. מה נבחן השופט הטוב או הלא טוב, הליברלי או הלא ליברלי, הפורמליסטי או הלא פורמליסטי. הוא נבחן באופן שבו הוא מאזן בין השיקולים השונים, שעליהם דברנו. לעיתים רק אם השיקולים האלה כולם אומרים: לך קדימה – על השופט ללכת קדימה. אם הם אומרים: עמוד, עליו לעמוד. כך, למשל, בית המשפט העליון פסק כי בנסיבות מסוימות הוא יתערב בהחלטות הכנסת. האם יש בכך יתר אקטיביזם? הדרך להתמודד עם שאלה זאת היא לבוא ולומר: תבה נבחן מה ההלכה הזאת עושה למערכת הנורמטיבית. האם היא התפתחות טבעית של המערכת הנורמטיבית, (התפתחות הבג"צ, התפתחות המשפט המינהלי)? האם היא עולה בקנה אחד עם התפיסות המוסדיות, ועם היכולת המוסדית של בית המשפט? איך היא משפיעה על יחסי הגומלין בין הרשויות שלשלטון? איך היא משפיעה על היחסים עם הכנסת? איך היא משפיעה על

הפרדת רשויות? איך היא משפיעה על הדמוקרטיה? איך היא משפיעה על העובדה ששופט לא נבחן ולא רץ לבחירות? יש לקחת את כל השיקולים האלה ביחד, ולשקלל אותם, של רקע של מדיניות שיפוטית, תוך מודעות לכך כי אין לנו אמות מידה אובייקטיביות לשקלול הזה.

מודע לכך, שיש לו שיקול דעת. לעציר הרב רבים מהשופטים אינם מודעים לכך שיש להם שיקול דעת. הם חושבים שהכל כתוב בחוק. ששיפוט היא גילוי ולא יצירה: ולא היא. שוב, לא ככל העניינים. במרבית העניינים, אין שיקול דעת. במרבית העניינים החוק אומר ואין יותר מאפשרות אחת. אבל יש עניינים בהם יש שיקול דעת. הדישה הראשונה שלי מהשופט הטוב, אם כן, היא מודעות לכות שיש לו במספר מקרים לחבור. אין לו לשופט שסבור שבשום מקרה הוא לא יכול לבחור. אבל גם אין לו לשופט החושב שכל מקרה הוא יכול לבחור. כל שיטת משפט חייבת לאון בתוכה בין המערכת הקבועות והסטטיות, שבהן אין לשופט שיקול דעת והשינויים נעשים על ידי חקיקה, לבין המערכות הדינמיות, שבהן יש לו לשופט שיקול דעת. בין השלד הסטטי שמכטיח יציבות ובסתון לבין אותם חלקים של השיטה הנמצאים בתנועה. אוי לה לשיטה שחל אצלה קבוע, או שהכל אצלה בתנועה. שיטה ראויה היא איוון בין השניים. פורפוסר רסקו פאונד אמר stand still, but it can't be stable. The law must be stable. אנחנו מוכרחים להבטיח תנועה תוך יציבות. שינוי תוך עמידה במקום. הדימו שאני מביא בספר, הוא הדימוי של הנשר העף בשמים. הנשר הוא יציב במעופו רק אם הוא נע. ברגע שהוא עומד, הוא נופל. זהו היחס בין התנועה לבין העמידה. לכן הדישה הראשונה שלי כלפי השופט היא מודעות לקיומו של שיקול דעת ומודעות לכך ששיקול הדעת לא קיים בכל המקרים, אלא רק בחלקם של המקרים.

שנית, השופט צריך להיות מודע, כי תפקידו הוא להתאים את הדין למציאות. המציאות נמצאת בשינוי מתמיד. וגם אם אתה אומר אני לא משנה את ההלכה, אתה משנה את ההלכה אם אתה מפעיל אותה על עובדות חדשות. ההלכה היא הנורמה על בסיס עובדות. ולא רק שינוי בנורמה מביא לשינוי בהלכה, אלא שינוי בעובדות מביא לבוא ולומר שאנחנו עוד עוסקים על פי אותם אמות מידה בתנועה בדרכים של ברכות, רכבות, מכוניות, או מפציצים אטומיים, אינו מביא לעמידה על אותה הלכה, אלא לשינוי בהלכה. לכן הנקודה השניה היא: היה נא השופט מודע לכך, שבמספר מסוים של מקרים יש לך כוח וחשוב הוא שתראה את זה מתפקידך, להתאים את הדין למציאות. שופט האומר: התאמת הדין למציאות הוא תפקיד של המחוקק ולא התפקיד שלו, אינו מבין לפי דעתי את תפקידו השיפוטי. מכאן גישתי לסינדרום של סוס הפרא, שרודף אותנו מאז למדינו באוניברסיטה. מן הראוי הוא לסנדרום זה שיעלם. שיקולים של מדיניות משפטית, שיקולים של public policy אינם סוס פרא, שאל לו לשופט לשבת עליהם. במקרים הקשים שבהם יש יותר מאופציה אחת, השופט עם מינוי יושב על הסוס. והשאלה היחידה היא מי מוביל את מי. האם השופט מוביל את הסוס או הסוס מוביל את השופט. השאלה איננה אם שיקולים שיקולים של מדיניות במקרים האלה. השאלה היא אם שיקולים אותם בצורה רציונלית מודעת, או בצורה לא רציונלית ולא מודעת. ושוב אני מדבר רק באותם מקרים מעטים שיש יותר מאופציה אחת.

שיקול דעת שיפוטי והציבור מבחינתו של הציבור הרחב ובעיקר מבחינתם של

עורכי-הדין, חשוב מאוד שיהיו ערים לכך, שקיימים מצבים שיש לשופט שיקול דעת. שלא לכל בעיה יש פתרון אחד. אני חושש שרוב רובם של עורכי-הדין סבורים משום מה, שלכל בעיה משפטית יש פתרון אחד, וכל מה שהשופט עושה, הוא רק צריך לזכור את מלות הקסם, וכאשר הוא אומר את מלות הקסם, הדלת נפתחת והאוצר נחשף, ולא היא. אין מילות קסם. יש בעיות משפטיות שאפשר להכריע בהן בדרכים שונות ולהגיע לפתרונות שונים. חשוב הוא להדגיש לציבור כי שיקול דעת זה הוא לגיטימי. השופט אינו נוטל לעצמו סמכות שהמחוקק לא העניק לו. מחוקק שחוקק חוק דרמטי, העניק לבית המשפט את הסמכות הפורמלית לבחור באחת האופציות שהמחוקק ציר. אם המחוקק רצה שלא יהיה שיקול דעת שיפוטי, עליו לבסח את החוק אחרת. כל עוד המחוקק מחוקק בלשון דרמטית, שאינה מתבהרת על יסוד כללי הפרשנות, החקיקה השיפוטית, שיקול הדעת השיפוטי, האקטיביזם השיפוטי, או הריסון העצמי השיפוטי, הם לגיטימיים. דבר זה מתקשר אל אמון הציבור במערכת השפוטית.

חשוב מאוד שעורכי הדין יהיו מודעים לקיומו של שיקול הדעת השיפוטי. תפיסת הציבור את שיקול הדעת השיפוטי, נקבעת במידה רבה על פי תפישת עורכי הדין את שיקול הדעת השיפוטי. לכן כל כך חשוב שציבור עורכי הדין יבין, שהחקיקה השיפוטית, האקטיביזם השיפוטי, או הריסון השיפוטי העצמי הוא אקט לגיטימי.

## פרופ' י' נאמן:

כב' השופט ברק ניסה ובהצלחה רבה ללמד אותנו את כל תורת השיפוט או את כל תורת שיקול הדעת השיפוטי, על רגל אחת. אני רוצה רק להזכיר לעצמנו, את מה שאמר הלל הזקן לאותו נכרי, שביקר ללמוד את כל התורה כולה על רגל אחת ואיך זיל גמור. דהיינו, ב-500 עמודי הספר, מקופלת אותה תורה שניסנו היום להבין אותה על רגל אחת, אבל הרבה פנים לה מעל ומעבר למה שאנחנו יכולים להרצאה קצרה כקצירת האומר לראות בתורה זו.

אני מקוה שלא אפתיע את כבוד השופט ברק, אם אומר לו שההגדרה שלו על אקטיביזם שיפוטי, היא הגדרה שכבר ניתנה לפני 800 שנה, כמעט אפילו במלים שהשופט ברק דבר עליהן, אלא שהמקור הוא בערבית ואני אקריא את התרגום לעברית. רכנו אברהם בן הרמב"ם הגדיר את תפקידו של הדיין, השופט בזה הלשון: "כללו של דבר, אומר אני שדיין שאינו הולך בפסקיו אלא אחר מה שכתוב ומפורש, דהיינו לפי התקדימים לפי מה שהיה בעבר, הוא חלש ורפה". ולמטה מזה, הוא אומר: "וצריך הדיין או המורה הוראה לשקול אותם לפי כל מעשה ומעשה הבא לפניו, ולהקיש מן הדין לדומה לו, ולהוציא ענפים מן העיקרים ההם. ולא נכתבו המעשיות המורחות, הכוללות מקצת דינים בתלמוד חז"ם, (דהיינו: כל התקדימים), וגם לא שיעשה הדין בענין ההוא, לפי מה שהוזכר שם. אלא כדי שיסגל החכם בשומעו אותם הרבה פעמים, כוח של שיקול דעת ודרך טובה בהוראה למעשה".

הייתי אומר שזו ההגדרה הקרובה ביותר להגדרה של פרופ' ברק בספר. יחד עם זאת ההגדרה שהציע פרופ' ברק לשופט טוב שהוא זה שמשנה את הדין, אומרת דרשני. שהרי מיהו השופט הטוב? זה שמשנה את הדין כיום ראשון, או זה שמשנה את הדין

למחרתו כיום השני? ואני בכונה מבין את הדברים לידי קיצוניות, משום שהדברים לא קורים בתכיפות כזו. אבל תהליכים מסוימים שקיימים, שקרו בבית המשפט העליון כשינוי הדין, של הגדרה משפטית מסוימת האם זהו הטוב? יש לי ספק. הייתי רוצה גם כאן להפנות לדברי קדמונים, יש לנו הגדרה עוד בתנ"ך, לשופט טוב. שלמה המלך שהוצא כסמל לכל השופטים, אומר בתפילת שלמה במלכים א', פרק ג', בפסוק ט', ומתפלל לקב"ה: "ונתת לעבדך לב שומע, לשפט את עמך, להבין בין טוב לרע, כי מי יוכל לשפוט את עמך הכבד הזה". ממש דברים אקסטרליים בימינו. ותשובת הקב"ה: "וייטב הדבר בעיני השם, כי שאל שלמה את הדבר הזה". שלמה המלך לא שאל להון וכסף ובנין יפה וכיוצא באלה, ותשובת הקב"ה: "הנה עשיהי כדברך, הנה נתתי לך לב חכם ונבוך". דהיינו השופט הטוב הוא המבחין בין טוב לרע, אשר ניתן לו לב חכם ונבוך, למצוא את שכלי הזהב ונקודת האיזון.

הערב אתם ראיתם את האקטיביזם בפעולתו. אנתו כולנו קבלנו הזמנה לדין על נישא "אקטיביזם שיפוטי". והנה מכיון שיש לנו יו"ר אקטיביסטי הוא הידוע שנדון ב"שיקול דעת שיפוטי". למה אני אומר שזהו האקטיביזם בפעולתו? מפני שאקטיביזם הוא ללא ספק, פן מסוים של שיקול הדעת. והרחבת הנישוא לשיקול דעת שיפוטי על כל הפנים שלו, זאת היא הרחבה אקטיביסטית טיפוסית.

לאחר שאמרתי את הדברים האלה, אני רוצה קודם כל למלא חובה נעימה ולברך את פרופ' אהרון ברק על ספרו. אני מודה ומתודה, שהיתה לי הסבלנות והזמן לקרוא את הספר, 550 עמודים, מתחילתו ועד סופו, כולל הערות השוליים והן רבות. ואני מכרז אותו על היצירה הזאת, מכיון שזאת היא לדעתי אחת היצירות הגדולות שהיו לנו בתקופה האחרונה אם לא בכלל, בתחום ההגות המשפטית ואני מדגיש דוקא "משפטית" שהרי בספר ישנה הבחנה בין הגות משפטית להגות שיפוטית. זהו ספר שללא ספק ירומם את המשפט שלנו.

אני חושב שמן הדין גם לברך את הקהילה המשפטית בישראל, שזכתה בספר הזה. ואם אני משתמש בביטוי "קהילה המשפטית", הרי גם ביטוי זה שאוב מספרו של ברק, שכן בין יתר הדברים שהוא אומר בספר ולא אמר הערב, הוא שהאקטיביזם השיפוטי, או שיקול הדעת השיפוטי, חייב להתבצע בתחום הקונסנסוס של הקהילה המשפטית ועל פי ערכים המקובלים על הקהילה המשפטית. והקהילה המשפטית זה אנתו כולנו, השופטים, עורכי הדין, כל אלה שיד להם במשפט, ש"דוקונסנסוס" שלהם, דרוש לו למשפט שבביל לחיות, לשגשג ולהתקדם.

האמת היא שאני הכנתי שעוריי בית, על פי הנשוא "אקטיביזם שיפוטי - מתי?". כי זה היה הנשוא, שניתן לנו להעריב. ומן השאלה "מתי?" אני מבין שאין חלקים על כך שאקטיביזם שיפוטי, כעקרון, וזהו דבר רצוי, כלומר שיטה טובה להפעלת שיקול הדעת השיפוטי, ובעקרון אני מסכים עם זה. מצאתי לי אסמכתא לכך דוקא ביום ששי, בעתון "הארץ", במודעה של הוצאת שוקן, שמודיע על הוצאה לאור של ספרו של אלפרד ויתקין "משפט ושיפוטי". בתוך החזכיר על הספר, בין יתר הדברים שהספר דן בהם, מצאתי את הפסקה: "העורך באיוון נאות בין אקטיביזם שיפוטי לבין פאסיביזם שיפוטי". כעת אומר לי פה אהרון שהוא כתב את הדברים האלה. אם כן מצא דרך להכתיב את המחשבה שלו גם לספרו של ויתקין המנוח. ויבדל הוא לחיים ארוכים.

אני רוצה קודם כל להתייחס בהערה אחת או שתיים לדברים שנאמרו ואני כבר מודיע שכעקרון אני חושב את האקטיביזם כתכונה שיפוטית מבורכת, ואני תיכף אניגיד מדוע, אם כי לי ישגות מסוימות לגבי דברים אחרים.

אמר השופט ברק: אקטיביזם קיים, כאשר יש לשופט שיקול דעת לבחור, זאת אומרת שהאקטיביזם הוא שיקול הדעת המתבצע בתחום הגורמטיבי, כאשר יש לשופט שיקול דעת לבחור בין אפשרות אחת, שנית, ושלישית. והוא מחלק את המקרים. יש אצלו מקרים קלים, כאשר החוק ברור ויש אצלו מקרים מסובכים יותר, מקרי-ביניים, כאשר החוק פתוח ברור. אולם בשני המקרים האלה, במקרה הראשון בקלות, במקרה השני בקצת מאמץ, השופט רק מפרש חוק.

אבל יש אצלו מקרה שלישי, וזהו המקרה שהוא דן בו ולמעשה כל הספר מוקדש

לו, כאשר ישנן כמה אפשרויות והשופט חייב לבחור וכל האפשרויות הן לגיטימיות. הבעיה שיש לי עם הניסוח הזה היא זאת: הרי בסופו של דבר מי מחליט על כך שיש כמה אפשרויות שנתונות לבחירה? שוב השופט. איך שלא נסחוב בענינים האלה, אנתו תמיד נתקלים בשופט. אין מי שיגיד לשופט: אדוני יש לך פה רך וכך אפשרויות - תבחר. השופט הוא שמחליט. כיון שהשופט מחליט, אז שוב פעם, נגיע לאותה תוצאה. השופט האקטיביסטי יחליט שיש כמה אפשרויות לבחור, ויבחר באחת מהן. השופט השמרני יגיד: אין לי אפשרויות לבחור ואיני בוחר.

אני אנתן לכם דוגמאות. אינני סחם משחק באיזה שהן נוסחאות. הבה ונקח משפט ידוע, את משפט מנדלברוט<sup>1</sup> שם דעת השופט אגרנט היתה דעת מיעוט, אבל אחר כך היא הפכה לדעת הרוב. ענין מנדלברוט היה ענין של רצת. ההגנה היתה למעשה של אי שפיות דעת, החוק הידוע לגבי אי-שפיות דעת התבסס על כללי מק-נוטן. בא השופט אגרנט ואומר: יש עוד איזה שהוא סעיף בחוק שאומר משהו על רצון ואני מפרש שאדם שאין לו רצון, לא מבצע עבירה. זהו הפך להיות כלל, זהו קידם את המשפט הפילי שלנו בצורה בלתי רגילה. זה העמיז אותנו בשורה הראשונה של איצות הקידמה בכל השטח הזה של היחס בין מחלת נפש לבין גורמה פלילית. אבל יכול היה השופט אגרנט להגיז, כפי שאמרנו או שופטים אחרים: אין לי שיקול דעת שהרי ישנם כללי מק-נוטן. והמקרה אכן נתפס על ידי כללים אלה, ובהתאם לכך לחתוך את הדין.

או ההערה הזאת, היצאה הזאת מכללי מק-נוטן, זאת היא יציאה אקטיביסטית לעבר התפתחות נוספת של המשפט. עכשיו, אני אקח דוגמא אחרת, ובכוונה אינני לוקח כרגע נישוא פוליטי, אף על פי שבסופו של דבר לא אוכל להגמור בלי נישואים פוליטיים. הנה היתה פניה לבית המשפט העליון, לאחרונה, בענין חולה שביקש הממת חסד, שאלה ששום בית משפט בארץ לא החליט עדיין עליה. בית המשפט איכשהו נמנע מלדון בענין, מפני שהאיש מת בניתיים. אבל היתה קודם לכן פניה ידועה של ראובן מעיין ז"ל, ונמצאת פה השופטת נתניהו, שהיא נתנה אז את פסק הדין. ושם שוב פעם יכול היה להיות שופט, איני אומר שזה מוכרח היה להיות, אבל יכול היה להיות שופט, שהיה פורץ איזו שהיא דרך קדימה, בענין זכות האדם על חייו. בענין הזכות של האדם על דרך הטיפול בו, בעת מחלה.

ואנתנו, עם הענינים האלה נחיה, ונצטרך לחיות לכל אורך הדרך. לכן אמרתי: זה קל מאוד להגדיר ואין לי שום ויכוח עם השופט ברק ועם פרופ' ברק בהגדרות שלו. אני עומד מוקדם מהארכיטקטורה של הספר, מהחוכן שלו, מהמבנה שלו, מהגדולה שלו. הבעיה תהיה לי תמיד עם המעשה השיפוטי. כי המעשה השיפוטי חשוב מהתאוריה המשפטית. אני מכיר משפט, אני מכיר שופטים, ואני יודע מה זה המעשה השיפוטי. ופה תמיד ישנה בעיה. כי הבעיה היא מה עשה השופט. לא מה הוא מצטרך לעשות.

השופט ברק מתאר את השופט האידיאלי בספר, והוא מעניק לו כל כך הרבה תכונות, הוא בוחן אותן, הוא שוקל את שיקול הדעת השיפוטי מכל כך הרבה צדדים, עד שהוא עצמו, באיזה שהוא מקום בספר אומר, או מצטט מישור שאמר זאת, שלמעשה נדרש מהשופט להיות "הרקולס", מין אדם בעל כוח שיפוטי העולה על יכולתו של כן-אדם רגיל, אחרת קשה פשוט להרים את המשא הזה. אבל בחיים שופטים אינם

1. ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' זיזומי"ש, פ"ד 281.



“זר קולטים”, והשופטים יושבים על כס המשפט והם עושים דין, והחברה חיה עם הדין שהם עושים, והזר כרים מתבצעים. הם מתבצעים לא תמיד לפי הנורמות או לפי הכללים המלומדים שמכונתים להם פה ושם.

לגבי דידי הבעיה עם האפשרויות לבחור מתחילה בשיקול הזה, בהחלטה הזאת, שיטתן אפשרויות לבחור, והזר כבר מעשה שיפוטי. עצם ההחלטה הזאת והזר שיפוטי.

הדבר השני, לגבי ההגדרה של אקטיביזם. אני הגדרתי לעצמי אקטיביזם כפי שהגדרתי, אבל כאשר שמעתי שהשופט ברק מציע הגדרה של אקטיביזם, לפיה שופט אקטיבי הוא זה שמעשה דין קודם. הדבר נראה לי היותי מוכן להצטרף לזאת בתנאי אחד, שהשינוי הוא קדימה ולא אחורה. אני לא מוכן לקבל את התוספת להגדרה שניתנה פה, שאם השופט משנה את הדין הזורה למה שהיה קודם, גם זהו אקטיביזם. לדעתי זאת היא נסיגה.

לגבי דידי אקטיביזם הוא הליכה קדימה. בספר ניתנו מבחנים למושב קדימה, על פי עמדותיו של “הציבור הנאור”. אמנם כימינו אנו מי יודע מיהו הציבור הנאור ומה חושב הציבור הנאור, בעיקר בחברה מקוטבת כמו שלנו, בחברה שהכל מפולג בה. אולם אהחננו איכשהו חיינו ונחיה עם זה, שהרי יש בכל זאת ככולנו תחושה מה זה נקרא לצעוד קדימה.

ואם אני אומר שיש לי תחושה מה זה לצעוד קדימה הרי אני גם רוצה לומר לכם שלדעתי במדינת ישראל היה לנו מאז קום המדינה בית משפט עליון, אקטיביסטי במובן של חידוש דברים ושינוי דברים, שמעטים מהוו בעולם: והוא היה אקטיביסטי אולי בגלל התופעה המיוחדת במינה, של הקמת המדינה, של הקניית עצמאות לעם מתחדש. לא היתה הלכה שלמעשה לא נבדקה על ידי בית המשפט העליון. הוא לא היה רק ממשיך מסורת של המשפט המנדטורי. כמעט כל דבר נבדק מחדש. וגם פתחו תחומים חדשים בתוך המערכת הכוללת המשפטית, עניינים של זכויות האדם, עניינים של משפט מינהלי, וגם בעניינים אחרים, שבלי אקטיביזם שיפוטי הם יכלו שלא להתפתח.

אם כן, מגין בא האקטיביזם הזה? לפי הערכתי אני, האקטיביזם השיפוטי בא ראשית כל מתכונותיו האישיות של השופט. במובן זה לגבי דידי השופט הוא ככל בעל מקצוע, ככל אומן או ככל אמן – איך שתרצו להתייחס לזה. אני אישית חושב שהשופט הוא במידה מסוימת אמנות. אבל האקטיביזם, זאת היא תכונה אישית. יש אדם שלא שוקט על שמריו. יש אדם שמחפש, שתוסס אינטלקטואלית, שיפוטי – איך שתרצו. יש כנגדו אדם שמרן, שאוהב להיזכק אל הקיים, שמחפש לעצמו אסמכתא בדברים שהיו, שאין לו העזה אינטלקטואלית וגם נפשית לצאת קדימה. זה קודם כל עניין של תכונה אישית. אבל זה גם עניין של השקפת עולם. זה גם עניין של הרקע התרבותי, שעליו השופט פועל. ואם אמרת שביט המשפט העליון שלנו היה אקטיביסטי במידה בלתי רגילה, ולה זה אנתוני ייבס פסיקה מפורטת של עשרות בשנים, הריני אומר זאת מפני שכנראה תחת הלחץ של האירוע הכביר, של התחלת חיים עצמאיים לעם חדש, למדינה חדשה, שופטים בעלי נטייה אקטיביסטית באמת היו אקטיביסטים ורצו קדימה וגם שופטים שמרנים איכשהו הלכו עם הזרם.

השאלה שאני רוצה להציג אותה כעת, אם מותר לי להציג שאלה, ולא רק לענות

לשאלות, היא האם אנתוני יכולים להמשיך במתח יצירתי כביר כזה כל הזמן, גם בעתיד, או שיש זמן להריסת דברים ובניית דברים חדשים, ויש זמן גם לגיבוש הלכות. כי חושב אני מאוד, מאקטיביזם למען אקטיביזם.

כאמור, בית המשפט העליון שלנו היה מאוד אקטיביסטי בשנים או בעשרות השנים הראשונות מאז קום המדינה, וכך נוצרה יצירה פסיקית גדולה. כל פסק דין שלא תקחו, הוא כמעט אקטיביסטי. בעיקר הידועים שבהם לדוגמה: תקחו את ציוס נ' מויאר<sup>2</sup>, מה עשה שם השופט זילברג? לקח מושג של תקנת הציבור הכניס לתוכו תוכן הומניסטי, תוכן הלקוח מן המשפט העברי והיקנה לו מובן חדש שלא היה ידוע מקודם – קדושת החיים. דבר שלא היה עד אז מקודש בצורה כזו בתור נורמה משפטית ברורה.

נחתי כבר את הדוגמה של מגדלברוט. קחו כעת את “קול העם”, כולם מדברים על קול העם, מי לא מדבר על קול העם? “קול העם” – פירוש היות חרות הדיבור, חרות הביטוי. תקחו בהמשך ל“קול העם” משפט אחר, את פסק הדין של השופט לנדו בענין סומייל<sup>4</sup>. הזכות של הציבור לדעת. הנה כי הן, בכל פעם, כמעט בכל משפט חשוב, הצטיין בהימ”ש העליון באקטיביזם.

אך מהו ערכו של האקטיביזם לחברה? ופה אני לא יכול לתת שום מבחן תיאורטי. המבחן שלי יהיה בסופו של דבר מעשי. מה ששוקל הוא אם האקטיביזם הזה תורם לקידום המשפט, מציעי אותו קדימה או שמחזיק אותנו, מעכב אותנו או סותב אותנו אחורה.

אני הופעתי במשפט אל אירל בזמנו. השופט ברק הוכיר היום את הנג”צ של אליארד. של ירדור כפי שהוא ידוע. אני חושב שלא היה פסק דין אקטיביסטי במידה כזו כמו שהיה פסק הדין של ירדור, כאשר נפסלה הרשימה של אל אירל, מלרוע לכנסת. זו היתה זכייתו של היתוך המשפטי לממשלה דא, אמנם זכיה רק בשני שלישי, אבל היא הספיקה לצורך הענין. כי השופט ח’ כהן היה כידוע בדעת מעוט.

הנה – בא משפט כהנא הידוע כנגד נוימן<sup>5</sup>. היה פס”ד אליארד. ניתן היה לחסום את דרכו של כהנא לכנסת, בהוספת מלה אחת לעקרון שהניח השופט אגרנט בצורה אקטיביסטית מאוד, במשפט אל אירל, כאשר הוא אמר שיש חוק-על קונסטיטוציוני, שמדינת ישראל היא מדינה יהודית, מכוח הכרות העצמאות, מכוח עצם קיום המדינה וכך. צריך היה להוסיף מלה אחת: זמורקטית, שזאת היא מדינה יהודית דמוקרטית. וכשאנתנו מדברים על מדינת ישראל אנתנו מדברים עליה כעל מדינה יהודית דמוקרטית. בא בית המשפט העליון, בכוח האקטיביזם החדש שלי, עצר את האקטיביזם של משפט ירדור. עצר את “הדמוקרטיה המתגוננת” נוסח זוסמן, עצר את חוק-העל הקונסטיטוציוני נוסח אגרנט, ונתן לכהנא להכנס לכנסת.

2. ע”צ 461/62 צים נ’ מויאר, פ”ד ז, 1319.
3. בג”צ 73/53 חברת “קול העם” בע”מ ואח”י נ’ שר הפנים, פ”ד ז 873.
4. בג”צ 243/62 אולפני הסרמה בישראל בע”מ נ’ גרי ואח”י, פ”ד טו 2407.
5. ע”פ 1/65 ירדור נ’ יי”ר ועדת הבחירות המרכזית, פ”ד טו 365.
6. ע”ב 2,3/84 ניימן ואח”י נ’ יי”ר ועדת הבחירות המרכזית, פ”ד לו 225.

ובכן, כהנא בבנסת. זה טוב למדינת ישראל? זה טוב לחברה הישראלית שמופיעה בה רשימה גזענית? גזענית ברוח, מפורשת. וזאת גם לדעת בית המשפט העליון. לא אני אומר את זאת. השופטים אמרו את זאת. בינתיים יכול היה, במובן האפשרי ביותר שהיה לו, למצוא נדך אחרת. הוא יכול היה להחליט שיש דרך אחרת. עכשיו, מי שמאמין כמוני באקטיביזם שיפוטי, מאמין שאקטיביזם שיפוטי צריך להוביל אותנו קדימה. אני מסופק אם משפט כהנא הוביל אותנו קדימה. אני מסופק אם פסקי הדין האחרים שבאו בעקבות בג"צ ליימן, שציוו על יו"ד הכנסת להניח על שולחן הכנסת הצעות חוק גזעניות, שנתנו לכהנא צו החלטי נגד רשות השידור כשיביל שישמע דעות גזעניות, ברדיו ובטלוויזיה, אם כי צדיין אנחנו לא רואים אותו שם. אני מסופק אם כל הפסיקה הזאת עשתה משהו טוב לחברה הישראלית. בכל אופן, התוצאה היא שיש לנו כהנא ויש לנו בית משפט עליון, שכל הזמן כונה את כהנא נדבך-נדבך. או אם אני שואל את עצמי, אני צריך את האקטיביזם הזה? אני – זאת אומרת החברה הישראלית, אני זאת אומרת לא התיאורטיקן המשפטי, אני האורח הישראלי. אני צריך את האקטיביזם הזה? שם על זה סימן שאלה.

נהנה מכל בג"צ ומכל אדם שפונה ומצליח. ההתלבטות עם זכות המעמד הולכת ומלווה את הבג"צ משנותיו הראשונות. קודם הקפידו, אח"כ הרחיבו, הרחיבו והרחיבו. הרחיבו עד איזה גבול יודע. אמרו: טוב. יש לו זכות, כבר לא אישית. יש לו זכות ממשית בנושא. עכשיו טוענים להרחבה נוספת. שיבוא מי שיבוא, העיקר שיהיה הנושא תחוקתי, זאת אומרת העיקר שהנושא יהיה מעניין לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון אומר: כואו, תביאו לנו בג"צים בנושאים תחוקתיים, בנושאים גדולים. אנחנו נדון בהם, אל תפחדו. תבואו. אחם רוצים קבוצת פרופסורים – שתבוא קבוצת פרופסורים. בימי אני, כאשר הייתי עורך-דין פעיל, אני לא זוכר שקבוצות פרופסורים באו לבג"צים. במידה שהיו קבוצות פרופסורים, היו עסקות בלימודי חוק.

אבל מצאתי בספרו של יידי ברק דבר-מה יותר מעניין. ובשביל זה באמת צריך לקרוא את הערות השוליים. בעמוד 489 ישנה הערה שוליים 282, שבה אומר לנו המחבר, ואני מצטט: "נראה לי בהקשר זה כי ראוי הוא ליועץ המשפטי להרבות בפעילות כעותר – במקרים מתאימים בהם השלטון פועל בניגוד לחוק". עכשיו אני צריך לנתח לי את המצב. זאת אומרת שהיועץ המשפטי נתן עצה לשלטון, או לאיזה שהיא רשות ממשלתית, והרשות הממשלתית לא שעטה לעצה הזאת, ואו היועץ המשפטי שצריך לייצג את הרשות הממשלתית הזאת בבג"צ, הולך ומגיש כעצמו בג"צ נגדה, כלומר, נגד-הרשות שאותה הוא אמור לייצג. זאת כאשר העצה שהוא נתן לה בהייתו יועץ המשפטי, היא לפי חוות דעת המשפטים, הקובעת לגבי השלטון, היא בעצם מחייבת את השלטון. ואו הוא צריך להגיש בג"צ, בשביל לחייב אותה להשמע לעצתו. מה תעשה הרשות השלטונית? היא כנראה תקח עורך-דין מן השורה, שיבוא ויגן עליה כנגד היועץ המשפטי לממשלה, שאמור לייצג לה ואמור להדריך אותה.

7. בג"צ 742/84 כהנא נ' חלל ואח', פ"ד (4) לט 85/85 בג"צ 669/85 כהנא נ' חלל ואח', פ"ד מ (4) 393.

8. בג"צ 399/85 כהנא ואח' נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא (3) 255.

אני אינני יודע אם זאת היא עצה טובה. איני יודע אם זאת היא הזמנה טובה. אני לא רק מדבר על סתימת בית המשפט, אני כבר לא מדבר על זה שביית המשפט אין לו זמן לדון בדברים אחרים, אני חושש מאוד, שזה יהרוס עוד יותר את היחסים הלא כל כך טובים, בזמננו אנו, בין היועץ המשפטי לממשלה לבין המערכת השלטונית. וזה יכניס עוד יותר ייעוץ משפטי למערכת השלטונית מאחורי גבו של היועץ המשפטי לממשלה. אני שואל את עצמי: זה טוב? אני חושש שלא.

לסיים, לי אין תשובה על השאלה שנשאלה כאן מה זה שופט טוב. כאשר הייתי עורך-דין צעיר, ודאי הייתה לי הגדרה. שופט טוב זה שופט שפסק לטובתי. אבל אני חושב שלעת זקנה זאת היא כבר הגדרה לא טובה, ולא נאה להשתמש בה.

אני עדיין נשאר בדעת, שהיו לנו שופטים גדולים, יש לנו שופטים גדולים. אני רק מקוה שבמקומות הנכונים, ובסיטואציות הנכונות, הם ידעו גם לצעוד קדימה וגם לרסן את עצמם.

פרופ' י' נאמן:

הנני מודה לעו"ד כרואב על זכריו המעניינים. בדיוני להוכיח לעו"ד כרואב שבפרשת ניימן היה עוד עותר, וזו "הרשימה המתקדמת לשלום", אינני בטוח איזה התקדמות היתה ולאיזה כיוון, אם גם באותו ענין היה נפסק על פי אותו עקרון, שאולי היה אפשר להבין מדברי עו"ד כרואב.

גבירותי ורבותי: לא במקרה הוחלט לעסוק בערב זה, המוקדש לספרו של השופט ברק, בשאלת האקטיביזם השיפוטי. שאלת האקטיביזם השיפוטי אמנם נמצאת עמנו מאז ומתמיד, תמיד היו שופטים אקטיביים, מי יותר ומי פחות. אבל השאלה של האקטיביזם השיפוטי הייתה כמעט מוקצית מחמת מיאוס. ההשקפה הרווחת הייתה שהשופט בעצם אינו יוצר את החוק. הוא רק מגלה את כוונת המחוקק. ואם כך, בעצם אין ולא צריך להיות הבדל בין שופט ושופט. הם צריכים לחטט, לחפש, לחפור, כדי להגיע לאותה תוצאה המבטאת את כוונת החוק. ואילו השופט ברק בא ואמר בכנות, כיסודיות, כשכוננו רב, שהשקפה זאת אין לה במציאות על מה לסמוך. זוהי אגודה. זה במקרה הטוב פיקציה. מפני שבמקרים הקשים ההחלטה היא בעצם החלטה של השופט ולא החלטה של המחוקק. היא נותנת ביטוי לפילוסופיה השיפוטית של השופט. והפילוסופיה הזאת יותר מאשר היא משקפת את החוק, היא משקפת את השקפת העולם של השופט.

אם כך, יש הבדל בין שופט לשופט. יש שיקול דעת רב לשופט. השופט ברק אמר היום בדבריו ששיקול דעת זה, המאפשר יותר מתשובה אחת, קיים רק בחלק מהמקרים. אולי במיעוטם של מקרים. אני מסכים, אבל יחד עם זאת אני חושב ששיקול דעת זה קיים כמעט בכל המקרים שמגיעים אל בית המשפט. באותם מקרים שהתשובה היא ברורה, הפתרון נמצא בדרך אחרת, בלי שנבוא בפני השופט. לכן המשפטן על פי רוב עוסק בענין שבו יש מרחב לשיקול הדעת השיפוטי, שבו ההחלטה נקבעת בסופו של דבר על פי השקפת עולמו של השופט. העלאת הנושא הזה מתחום הנשיה אל סדר היום, שהביאה בעקבותיה גם את הדין הערבי, זוהי תרומה חשובה מאוד. מפני שאנחנו חייבים להכיר את המציאות, את פני השטח, על המכשולים והמתסומים שבו, כדי שנוכל לנווט את דרכנו ולהגיע אל המטרה שבה אנחנו רוצים.

השופט עצמו, בראש ובראשונה, חייב להיות מודע לכך, שיש לו שיקול דעת, שהוא יוצר משפט, ואז הוא חייב לשאול את עצמו איזה משפט אני רוצה ליצור? מה הם השיקולים שחייבים להתוות אותי? מהו גבול היצירה השיפוטית? כל יועץ משפטי וכל עורך דין, גם הוא חייב לשאול את עצמו שאלות אלה, ולו רק משום שבסופו של דבר השאלה עשויה לבוא להכרעה בפני השופטים.

בהקשר הזה, מתעוררת השאלה שבה אנחנו דנים הערב, שאלת האקטיביזם השיפוטי. מהו האקטיביזם השיפוטי? מתי וכיצד ראוי להפעיל אותו? מהו הגבול לאקטיביזם השיפוטי?

נכון שבבסיס דיון, אנחנו צריכים להגדיר לעצמנו מהו האקטיביזם השיפוטי, שאלה שהשופט ברק העלה בפתח דבריו. כפי שאמר השופט ברק, יש יותר מתשובה אחת לשאלה זו. כלי לחלוק על ההגדרה של השופט ברק, שאליה הוא הגיע לאחר עיון רב ויסודי, אני לעצמי, ולצורך הדיון, מבקש להציע הגדרה אחרת, שדומני כי היא מעשית יותר, בימים אלה ובתכרה זאת. ההגדרה באה להשיב על השאלה העיקרית הנמצאת בדיון בתברה הישראלית כשהיא שופטת כיום את שופטיה. השאלה הראשונה, לפני השאלה שהשופט ברק שאל, כלומר האם השופט עומד לשנות את הדין, היא השאלה האם בכלל השופט מוכן להכריע בדיון. האם הענין שבפניו מצוי בתחום שבו השופט מוכן לומר את דברו. יתכן שהשופט יאמר שענין פלוני, שאלה אלמונית, אינם

ראויים להכרעה שיפוטית, ואין זה רצוני שבית המשפט יכריע בהם. ישנם גופים אחרים מתאימים יותר. אפשר להסתכן אם בית המשפט יקבל על עצמו להכריע בענין. אולי אפילו אין לו כלים מתאימים לצורך זה. הנה, למשל, שמענו היום את הדוגמה של המתחחסד. השאלה של המתחחסד באה בפני בית המשפט ובית המשפט נמנע מהכרעה בה. האם ראוי שהשאלה הזאת תעבור להכרעה של המחוקק, או שהיא מתאימה להכרעה של בית המשפט? זאת לא רק שאלה של המוסד המתאים. זוהי שאלה של מחות. ההכרעה של בית המשפט עשויה להיות לשונה לגמרי מן ההכרעה של המחוקק, בגלל שיקולים חברתיים או שיקולים פוליטיים. אם בית המשפט יחשוב שיש הרואי שיקולים דברו בשאלה זאת, הוא ימצא את הדרך לומר זאת. באותו מקרה שבא בפני בית המשפט העותר ביקש מבית המשפט להכריע בענין אף שהחולה נפטר, משום שלדבריו אחרת לעולם לא תתקבל הכרעה שיפוטית בנושא זה. אך בית המשפט סירב לדון ולהכריע לגוף הענין.

השאלה האם ראוי שבית המשפט ידון ויכריע בענין מסויים צצה ועולה פעם אחר פעם, בפני בית המשפט, בהקשרים שונים, לא רק של המשפט הציבורי, אלא גם של המשפט הפרטי. לדוגמא, בית המשפט החליט, והיום זה נכס צאן וברזל אצלנו, שהאשה שותפה בנכסי הווג. גם את השאלה הזאת אפשר היה להשאיר להכרעה של המחוקק. אך בית המשפט סבר שאפשר לראוי כי הוא יכריע בה.

הדוגמה הבולטת ביותר הייתה במשפט שליט' בשאלה מיהו יהודי. במשפט זה, כמורו, מירשם האוכלוסין נתבקש לרשום ילדים של נוכרייה כבני הלאום היהודי. בית המשפט עשה ככל שלא ידו כדי להגנע מן הצורך להכריע בענין זה. עד כדי שהוא פנה בצעד חסר תקדים, אל הממשלה, תוך כדי הדיון השיפוטי, וביקש ממנה שהיא תחליט למחוק את פריט הלאום מן המירשם. לאחר מכן, כאשר בית המשפט בלית ברירה נאלץ להכריע בענין, ההבזלים בין השופטים באו לידי ביטוי כאשר היו שופטים אחדים שאמרו במפורש: אנחנו איננו מוכנים להכריע לכאן או לשם, אלא יכריעו אחיהם.

כדי לתת ביטוי מוחשי, לגישה זאת, אני מבקש לקרוא שורות אחדות ממשקל דין שניתן לפני שנים ספורות, בשאלה אם השחרור שניתן לבני ישיבות מן השרות הצבאי, ניתן כדיון או לא. ממלא מקום הנישיא דאז, השופט המנוח יצחק כהן, אמר בענין זה כך: "השאלה אם יש או אין לגייס תלמידי ישיבות, היא ביסודה בעיה ציבורית, שיש להשאיר את פתרונה בידי הגורמים הפוליטיים המתפקדים להכריע בענין זה... בולטת בעתירה המגמה לגרור בית-משפט זה לויכוח ציבורי פוליטי בנושא רגיש ומסוער, שבו קיימים חילוקי דעות חריפים בציבור. בכך אין העותרים יכולים להצליח, בין משום שאין להם זכות עמידה, ובין משום שהנושא אינו שפוי, ובין משום שום לא גילו עילה להתערבות בית המשפט".<sup>2</sup> בית המשפט, במקרה הזה, כפעם השניה, השאיר את השאלה אם החלטה תשובה זאת, של שחרור בני ישיבות משרות צבאי, הינה חוקית או אינה חוקית. ולמה מחליט בית המשפט כך ומושך את ידיו מן הדיון בענין? תשובה חלקית ניתנה במשפט אחר, חדש יותר, שממנו אקרא כמה שורות. באותו משפט נדונה החלטה של שר המשפטים שלא להסגיר את נקש לצרפת. השופט מנחם

1. בג"צ 58/68 שליט ואחיו נ' שר הפנים ואחיו, פ"ד כג (2) 477.  
2. בג"צ 81/48 רמלר ואחיו נ' שר הכסות, פ"ד לו (1) 88-89.

אלון אמר באותו מקרה שמן הראוי כי "הכניסה בשערי בית משפט זה לא תהא פתוחה ופרוצה לכל מי שמבקש לתקן עולם במלכות הרוח. תיקון עולם זה, במשפט זמקטי כמשטרנו, הרבה דרכים פתוחות לפניו, כגון ביקורת נבחרת העם על הרשות המבצעת, הפעלה דעת הציבור בדברי שכנוע הסברה ופנייה אל מוסדות ביקורת המדינה ורשויותיה, בדרגים הקבוצות לכך בחוק. פתיחת שערי בית משפט זה לתיקון עולם כגון זה, שכרו יצא בהפסדו".<sup>3</sup>

יש שורה ארוכה של ענינים נוספים, בעלי חשיבות חברתית וציבורית מן המדרגה הראשונה, שבהם בית המשפט נתבקש להחליט, כשאלה מקדמית, אם להתערב ואם לא. בית המשפט מחליט על כך בסיוע כלים שונים. החשובים שבהם הם הכללים בענין זכות עמידה ובענין השפיטות. בענינים מעין אלה, השופט האקטיביסטי הוא, בראש וראשונה, השופט שמבקש לבית המשפט תפקיד רחב יותר ומשפיע יותר בחברה. הוא אינו מצמצם, הוא אינו מצמצם את עצמו, הוא אינו מניח ענינים אלה לרשויות אחרות. וזאת לדעת ולזכור: אנחנו מדברים כל הזמן אך ורק בשאלות משפטיות. בשאלות ההסגרה של נפש, לדוגמא, השאלה היתה משפטית בלבד. גם בשאלת הגיוס של בני אכל השאלה בפני בית המשפט היתה משפטית בלבד. גם בשאלת הגיוס של בני הישיבות השאלה היא משפטית. האם בשאלות משפטיות כאלה, בית המשפט יאמר את זכרו כאשר הענין בא בפניו, או ימשוך את ידיו ממנו?

בזאת נבחן, בשלב הראשון, השופט האקטיביסטי. השופט האקטיביסטי נוטה יותר מרעה שאינו אקטיביסטי, להשיב ולומר: אני מוכן לדון ולהכריע לגופו של ענין, למשל בשאלה אם הפסור מן הגיוס לחלמידי הישיבות ניתן כדין. רק אז, בשלב השני, עליו להחליט לגופו של ענין אם לשנות את הדין הקיים. השופט האקטיביסטי, שהחליט בחיוב בשלב הראשון, עשוי לשוב ולהחליט בחיוב גם בשלב השני. אך, כמוהו, אין זה מחוייב המציאות. וזאת לדעת: החלטה חיובית בשלב הראשון או בשלב השני אינה בהכרח החלטה טובה. אין לומר על דרך ההכללה כי השופט האקטיביסטי הינו שופט טוב או להיפך. התשובה לשאלה אם האקטיביזם השיפוטי חיובי או לא מותנית במידה רבה בנסיבות נחונות בשעה מסיימת כחברה זו או אחרת. מעבר לכך, באותן נסיבות עצמן השאלה אם האקטיביזם חיובי או לא היא במידה רבה ענין של השקפת עולם, של פילוסופיה משפטית, בלשונו של השופט ברק. ברור כי בענין זה כל אדם מגבש את דעתו לפי השקפתו וכל איש באמונתו יחיה.

מכל מקום, בענין שבעובדה דומה כי בשנים האחרונות בית המשפט העליון שלנו נעשה יותר אקטיביסטי. הדבר בא לידי ביטוי בולט בשני הכלים העיקריים המיוחסים את המידה בה בית המשפט מתערב בעניינים חברתיים ומדיניים, כלומר, הכללים בענין זכות העמידה ובענין השפיטות. התפנית בענין זכות העמידה קיבלה ביטוי כאשר באה בפני בית המשפט השאלה אם להתערב בענין שעון הקיץ.<sup>4</sup> השאלה הובאה אל בית המשפט על-ידי אורח מן השורה, שלא היה לו בשאלה זאת, לפי דרישת ההלכה הקודמת אינטרס אישי, ממשי וישייר. בית המשפט היתווה או את תחילת הדרך החדשה. בדרך זאת נפתח בית המשפט את שערי ריעניק מעמד אף לעותר שאין לו אינטרס אישי,

3. בג"צ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא (2) 1, 66.  
4. בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 429.

ממשי וישייר, אם מדובר בבעיה כעלת אופי קונסטרוציוני, בלשונו של השופט ברק, או כשהענין נשוא אופי ציבורי שיש לו גניעה ישירה לקידומו של שלטון החוק, בלשונו של הנשיא שמגר.

לא היה מוכן לעסוק בהם לו התעוררו עשר שנים קודם לכן. כך היה, לדוגמא, כאשר החלטת נשיא המדינה לחון את ראשי השב"כ בפרשת אוטובוס 300 הובאה בפני בית המשפט, על-ידי פרופסורים ועורכי-דין שלא היתה להם שום גניעה בענין. בפני בית המשפט הודו העותרים ואמרו: יש לנו רק ענין אחד בעתירה והוא הרצון לשמור על שלטון החוק. אף-על-פי כן, בית המשפט פתח את שעריו, דן והחליט לגופו של ענין. כמוכך, כאשר שר המשפטים החליט שהוא אינו מסגיר את נקש לצרפת, שוב הוגשה עתירה לבית המשפט על ידי אנשים שלא היתה להם שום גניעה ישירה בענין. פרט לדאגה לשלטון החוק, ובית המשפט שמע אותם והחליט לגוף הענין.<sup>5</sup>

בדומה לכך גם לגבי השפיטות. כלומר, לגבי ענינים שבית המשפט חושב שלא ראוי שהוא ידון בהם. המושג של חוסר שפיות נמכרס והלך במשך השנים בדרכים שונות. המכה האחרונה למבצר של שפיות ניתנה לפני שנים מעטות, כאשר בית המשפט נתבקש לבקר ולפסול הליכים של הכנסת. בית המשפט קיבל על עצמו לעשות זאת. אמנם בית המשפט הצהיר כי לא יתערב בענינים של מה בכך. אולם אם יתברר כי הכנסת נהגה שלא כדין הרי כדי פגיעה קשה במירקם החיים הפרלמנטריים, או כיסודות המבנה של משרטני החוקה, בלשונו של השופט ברק, או אז בית המשפט לא יעמוד מן הצד, ולא יניח לכנסת לפעול בניגוד לדין.<sup>6</sup>

על פי הלכה חדשה זאת, בית המשפט התערב והחליט לגופו של ענין כאשר ח"כ מאיר כהנא עתר לבית המשפט וטען שלא כדין מונעים בעדו להגיש הצעת אי אמון בממשלה או להניח על שולחן הכנסת הצעת חוק משום שהיא גזענית,<sup>7</sup> וכן כאשר ח"כ מיעארי טען כי מליאת הכנסת שללה את חסינותו שלא כדין.<sup>8</sup>

ובכן, בית המשפט העליון נהיה בשנים האחרונות אקטיביסטי כמוהו. הוא מתוררת השאלה האם זאת התפתחות חיובית או לא. יש על כך דעות שונות. יש אפילו שופטים של בית המשפט העליון שאינם רואים התפתחות זאת בחיוב. אולם אני חושב שזו התפתחות חיובית.

ידידי בן-זאב אמר כי לדעתו אין מי שתולק על כך שאקטיביזם שיפוטי הוא חיובי. אני חושב שזאת טעות. יש דעה רווחת חשובה ומשפיעה, שהאקטיביזם השיפוטי הוא שלילי. אלה הסבורים כך קוראים לאקטיביזם השיפוטי לעתים כשם משפטיציה. אנשים רבים במדינה, אפילו בקרב הקהילה המשפטית, מדברים על משפטיציה. כל מי שנוקט בכיטוי זה משתמש בו לא כמוהו חיובי אלא כמוהו שלילי. משפטיציה פירושה שמערכת המשפט מתערבת יותר על המידה. המסקנה המתמעת מכך היא

5. בג"צ 428/86 בריזלי ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מ (3) 505.
6. בג"צ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים ואח', פ"ד מא (2) 1.
7. בג"צ 652/81 שרדי נ' יחיד הכנסת מנחם סבידור, פ"ד לד (2) 197.
8. בג"צ 742/84 כהנא נ' הלל, יחיד הכנסת ואח', פ"ד לט (4) 85; בג"צ 669/85 כהנא נ' הלל, יחיד הכנסת, פ"ד מ (4) 393.
9. בג"צ 620/85 מיעארי ואח' נ' יחיד הכנסת ואח', פ"ד מא (4) 169.

שראוי לרסן את המערכת המשפטית.  
מכיון שאני חושב שהדעה הזאת אינה נכונה, והמסקנה הנוגרת ממנה מסוכנת, אני

מבקש להסביר מדוע ההתפתחות המתחדשה בבית המשפט, בכיוון של האקטיביזם

שיפוטי, היא התפתחות חיובית.  
כך הדבר, בראש ובראשונה, משום שהמערכת של ריסונים ואיזונים (checks

and balances) אינה מפותחת בישראל כראוי. מערכת זאת בנויה על ההנחה,

המתבססת על הנסיון האנושי, כי כוח השלטון מסוכן ונוטה להשחית, ולפיכך הוא חייב

להיות נתון לביקורת ולריסון יעילים. בענין זה המצב בישראל איננו משביע רצון. מצד

אחד נחונות סמביות עצומות לממשלה ולכנסת, ומן הצד השני אין בנמצא כלים

מספיקים כדי למנוע שימוש לרעה בסמכויות אלה. הכיניז הכנסת איננה כפופה לחוקה

ונאף לא לביקורת וריסון על-ידי בית שני. חברי הכנסת, שאינם נבחרים באופן אישי,

אינם חשים מחויבות לתת דין וחשבון שוטף לציבור הבוחרים ולא פעם נדמה כי חסוב

להם יותר לשמור על יחסים טובים עם מוקדי הכוח במפלגה. הממשלה אף היא אינה

כפופה בהפעלת הסמכויות המפלגיות שלה לחוקה, ואפילו לא לביקורת יעילה על-ידי

הכנסת, שכן בדרך כלל מובטח לה גיבוי מפלגתי בכנסת. התוצאה הבלתי-נמנעת היא

התדרפפות של שלטון החוק. תוצאה זאת איננה מוגבלת לממשלה אלא היא מתפשטת

ותלה גם על הכנסת יעידו על כך העתירות שהוגשו לאחריה אל בית המשפט על-ידי

חברי הכנסת נגד הכנסת.

בית המשפט יכול היה לומר במקרים כאלה: איני מתערב, זה נשוא פוליטי רגיש

ואין זה רצוי לגרור את בית המשפט לנושא כזה. אשאיר את הנושא להחלטה של נבחר.

העם או לתגובה של דעת הציבור. אך אמירה כזאת עשויה להיות לה משמעות שלילית

מבחינות אחדות. ראשית, אם בית המשפט יגדיר תחומים בהם אין הוא מתערב, אם זה

התחום של פעילות פנימית של הכנסת או התחום של הפעילות בסחונות, הרי זה כאילו

הצהיר בעיני הרשויות הנוגעות בדבר, הכנסת או הממשלה, שבתחומים אלה פעולה

בלתי-חוקית לא תגורר מעורבות או תגובה של בית המשפט. אכן, אין בכך משום

אחם הפרופסורים, חברי הכנסת ועורכי הדין, אין לכם זכות עמידה ולכן אני לא רוצה

לדון בעתירה, למרות שעל פניה נראה שההחלטה המינהלית אינה כדין. האם הציבור

היה רואה את בית המשפט כמי שאינו נוקט עמדה? האם היה שומר על מעמדו או שהיו

אומרים: בית המשפט מתחמק מחולטת מינהלית בלתי-חוקית, לא במפורש אלא באמצעות

כיוון שהוא נותן גושפנקא להחלטה מינהלית בלתי-חוקית, אבל בעצם הוא מעורב בדבר,

מתחל. הוא יכול היה לחזק את שלטון החוק ובפעול הוא פגע בו. אני חושב שגם מן

הבחינה של בית המשפט, מתוך הרצון המוצדק לשמור על המעמד של בית המשפט

גישה כזאת יכולה בסופו של חשבון לערער את האמון וההערכה לבית המשפט.

אפשר להביא לכך דוגמאות נוספות מתוך סדרת מאמרים שידידי פרופ' אמנון

רובינשטיין פרסם בעיתונות היומית תחת הכותרת: המשפטיות של ישראל.

במאמרים אלה הוא מראה את רחוב המעורבות של בית המשפט בעניינים חברתיים

ושלטוניים. להדגמה הוא מביא רשימה ארוכה של עניינים כאלה. הוא אומר: בית

המשפט העליון הוא שהחליט לצמצם ביותר וכמעט לבטל את הצנזורה על מחוזות,

שהטלויזיה תשדר בשבתות, שיש להפעיל שיעור קיץ, כשצריך להקציב מימון מפלגות

גם לרשימות חדשות, שמתר לפתוח תחנות דלק בשבת, שיש לבטל את החלטת שר

המשפטים שלא להסגיר את נקש לצרפת, ועוד ועוד. דוגמאות אלה ורבות אחרות אכן

מוכיחות שבית המשפט שותף לעיצוב דמות החברה. השאלה היא האם ראוי שהוא יהיה

שותף לעיצוב דמות החברה במקרים כאלה, בדרך של הכרעה בשאלות משפטיות. או

שימשיך ידו משאלות אלה, אף שהן משפטיות ויניח אותן להכרעה על-ידי גופים

אחרים.

התשובה היא שעל-פי רוב במקרים מעין אלה בית המשפט מתאים לדיון והכרעה

יותר מגופים שלטוניים אחרים. ראשית, מדובר כאן בשאלות משפטיות, שבית המשפט

מומחה ומנוסה בןן יותר מכל גוף אחר, ולא בשאלות מדיניות סטודיות. שנית, בית

המשפט היחיד עצמו כגוף אחראי ונבון, המנהה עצמו על-פי שיקולים ענייניים, ובשל

כך אף זכה ליוקרה רבה בקרב הציבור, יותר מגופים שלטוניים אחרים.

ומסרב לדון ולהחליט, למשל בענין הטלויזיה בשבת, בענין הצנזורה על מחוזות, בענין

המימון למפלגות חדשות, וכיוצא באלה עניינים רבים. האם היינו נמצאים בחברה טובה

ומתקדמת יותר או בחברה מפגרת יותר?

אנחנו חיים בחברה חופשית ומתקנת במידה רבה בזכות האקטיביזם השיפוטי.

יותר אקטיביזם מן המשפט המפורסם של "קול העם"<sup>10</sup> שביסס את חופש הביטוי.

כאותו מקרה נודנה פקודת העתונות שלא היתה לה יומרה להעניק חופש ביטוי. בית

המשפט יכול היה לומר: המחוקק אמר את שלו; לפי החוק אין חופש עתונות; לשר

הפנים יש סמכות רחבה מאוד להפסיק הופעת עתון; ואם זה לא טוב, יבוא המחוקק

ויתקן את החוק. אך לא כך פסק בית המשפט. בית המשפט עיקם את הכתוב בחוק ומבין

השורות שלו הצמיח את חופש הביטוי. זהו ביטוי מובהק לאקטיביזם השיפוטי. בזכותו

אנחנו חברה חופשית. על כך אנחנו צריכים גם להודות לבית המשפט משום כך על-יני

לעודד את האקטיביזם השיפוטי.

10. בג"צ 73/53 תכרת "קול העם" בע"מ ואח"י נ"ר הפנים, פ"ד 1 873.

למן ימי יוון העתיקה, עומדת תפיסת המציאות של האדם במערב במתח שבין שתי גישות מנוגדות. הגישה האחת מדגישה את ריבוי הגורמים החתרמים לעיצוב המציאות בכל זמן נתון ואת ההשתנות הבלתי פוסקת של המציאות. על פי גישה זו, המציאות כמוה קלידיסקופ ענק: מצב רודף מצב, בחיכו של כל מצב סמוכים ורעיו של מצב חדש הנולד מתוכו, ואין האחד לזמה למשנהו. הגישה האחרת מדגישה את החזרה והתקוות הקיימים בדרכים שבהן שבה ונגלית המציאות. על פי גישה זו, עם כל הגיון הרב של התגליות המציאות ושל הגורמים המשפיעים על אופן עיצובה, עדיין ניתן לאחר חוקיות באפני ההתגלות של המציאות, ואף ניתן לתכנן בהסתמך על חוקיות זו. בעיקרו של דבר, עשיית משפט היא פעילות של התערבות במהלך ההתפתחות של המציאות. המשפט אינו מסתפק בהכנת המציאות שבה הוא נתון. אלא, ביסוד הפעולה של מערכת המשפט עומדת השאיפה לפעול על המציאות בדרך של הכוונה להגשמתם של יעדים רצויים. אכן, באמצעות מערכת המשפט נקבעים שני דברים. ראשית, נקבע האופן שבו המשאבים החמריים הקיימים במדינה - קרקע, הון, השכלה, וכיו"ב - יתחלקו בין המשתתפים הנוטלים חלק באינטראקציות המתקיימות במדינה. שנית, נקבע דירוג חשיבותם של הערכים המופשטים השוררים בחברה - כבוד לאומי, חופש ביטוי, אלטרואיזם, פרטיות, וכיו"ב - במסגרת ארוחתיים של בני החברה.

ואולם, בהתייבנם למשימה של עיצוב המציאות מוצאים עצמם המשפטנים לכידים בסתירה. הרכיב האחד של הסתירה הוא פרי הגיון העצום של המצבים שבהם עשויה המציאות להתגלות. כל נסיון להסדיר את המציאות מראש באמצעות חקיקה שתחול על כל התגלות אפשרות של המציאות, בקנה מידה של אחד לאחד כביכול, ייחשב נוהל חסר שחר. לא שלא נעשו בעבר נסיונות לעשות כן. בתקופות מסוימות רווחה בחזרת המשפט גישה לפיה יש לחזור לחקיקה הקובעת הסדר המשפטי מוכן מראש לכל מצב העשוי להתעורר במציאות. מעשה חקיקה אחד אף התיימר להגשים גישה זו הלכה למעשה: בשנת 1794 ראה אור הקודם של פרידריך הגדול מלך פרוסיה, קיסר אוטוריטיטיבי שכמותו, לא היה מוכן להתחלק במעשה החקיקה עם איש, אפילו לא עם אנשים מצניעי לכת ונחבאים אל הכלים יחסית כמו השופטים. לפיכך, כלל הקודם שלו למעלה משישה עשר אלף סעיפים, שהתיימרו לתת מענה לכל מצב עובדתי העשוי להתעורר בתחומים שכוסו על ידם, ועל השופטים נאסר אפילו לפרש את החוק: הם היו אמורים אך לאחר את ההסדר הסטטוטורי המתאים לכל מקרה שהובא בפניהם וליישמו על המקרה - משל היו פקידים ההוצאה לפועל של גוף כדוגמת המוסד לביטוח לאומי. תוך זמן קצר הסתבר כי הקודם לא יכול היה להיות מופצל במתכונת שיועדה לו.

בפני שבין הגיון הבלתי מוגבל של התגליות המציאות, מצד אחד, וקוצר הדעת האנושית לחפוס ולהסדיר התגליות אלו מראש, בדרך משפטית, מצד שני - סמוכים ורעיו של שיקול הדעת השיפוטי. ואולם, בנקודה זו נתקל המשפטן ברכיב השני של הסתירה שבה הוא מוצא עצמו לכוד: על פי האתוס הדמוקרטי, לצד בית המשפט קיים במדינה ארגון אחר - הרשות המחוקקת - שהינו בעל הסמכות הייחודית לקבוע הסדרים משפטיים. מצד אחד, אפוא, לנוכח מגבלות החקיקה, מעשה השיטה אינו יכול שלא להיות כרוך בהפעלה של שיקול דעת ויצירה. מצד שני, הפעלה של שיקול

דעת ויצירה אינם אמורים להתקיים במסגרת מעשה השיטה. כיצד ניתן להחליף מהמלכודת?

ניתן לאחר שלוש תגובות עיקריות לנוכח הסתירה האמורה, בין מה שבהכרת חייב להתקיים במעשה השיטה לבין מה שנחשב כמי שאמור להתקיים במעשה זה. התגובה האחת מתאפיינת בכיסוי ובסיוח: בעלי גישה זו - בעיקר שופטים אנגליים מסוימים - מודים, בינם לבין עצמם, בקיומם של שיקול דעת ויצירה נרחבים במסגרת מעשה השיטה. ואולם, לדבריהם, אין זה רצוי להורות בכך בפומבי. לפיכך, על פי גישה זו, בכל דיון פומבי במעשה השיטה יש להציגו כמתמזה בהצגה על המצב המשפטי הקיים וביישומו.

התגובה השנייה מתאפיינת ביצירת פיקציה כאשר לפשרו של מעשה השיטה: גישה זו היא פרי יצירתם של משפטנים מסוימים הנמנים על הזרם הפוזיטיביסטי של תורת המשפט. ביסודה של גישה זו עומד הטעין לפיו מה שגראה כהפעלה של שיקול דעת ויצירה במעשה השיטה, לאמיתו של דבר אינו כזה, משום שתמיד ניתן לאתר בגדר הדיון הקיים את ההסדר המשפטי האחד האמור לחול על כל מצב המתעורר במציאות, ואולם טבעם של הסדרים אלו הוא שלא תמיד הם גלויים לעיין, אלא, לא אחת, הם גנוזים בבכי השיטה. על פי גישה זו, מיומנותם המיוחדת של השופטים היא לחשוף לאור העולם את מה שנמצא נסתר בין הקפלים.

הגישה השלישית היא אנטי-תיזה - ומבחינה היסטורית אף ריאקציה - של קודמתה. היא עולה מכתביהם של אנשי הזרם הריאליסטי של תורת המשפט, שפעלו בארה"ב בשנות השלושים. גישה זו מתאפיינת בכפירה בכך שכללי דין מוכנים מראש הם הקובעים את תוכן המשפט החל בשיטה. אלא, על פי גישה זו, כל שופט יוצר את הדיון, הנדרש לצורך הכרעתו, על פי התודעה הסובייקטיבית שלו, היינו על פי תכניו של העולם הרוחני והפסיכולוגי המיוחד לו, וכללי הדיון החלים באופן פורמלי בשיטה אינם אלא תומר ביד היוצר - השופט - העושה בהם כששלו, ויוצק מהם את התוצאה הרצויה בעיניו.

פרופסור ברק דוחה בספרו את כל אחת משלושת התגובות האמורות. הוא דוחה אותן בצדק ובאופן משכנע. ברק דוחה את התיאור הריאליסטי של מעשה השיטה ככתוב: לדבריו, על פי נסיונו, ברב הגדול של המקרים לא נדרש השופט להפעלה כל שיקול דעת, משום שלבעיה הניצבת בפניו קיים בדין פתרון אחד ברור, שכל משפטן סביר הפועל ובקיא בשיטה היה מגיע אליו. לדברי ברק, רק מיעוט של המקרים נמנה על מה שהוא מכנה "המקרים הקשים", היינו המקרים בהחיה ושיקול דעת על ידי השופט. משפטי אפשרי אחד ויתעורר הצורך בהפעלתם של בחירה ושיקול דעת על ידי השופט. הוא דוחה גם את המודל הקולטריבי של השיטה, לדבריו, המודל הקולטריבי הוא כן זי יצירה שיפוטיה, וכן את גישת הכיסוי והסיוח. לדבריו, המודל הקולטריבי הוא כן זי מציאות, והוא מונע דיון בשאלה הגדולה, שעל פי ברק כן מתעוררת, היינו מהו האופן שבו ראוי לו לשופט להפעיל את שיקול דעתו. לגבי גישת הכיסוי והסיוח אמר ברק כי היא עשויה להביא לתוצאות הפוכות מאלו המקויות על ידי הדוגלים בה, היינו תחת הגברת אופן הציבור במערכת המשפט - אימון זה יורדם וזוקא. משום שהציבור יחזה במערכת כשהיא מתפקדת, בפועל, באופן החורג ממה שעל פי המוצהר אמר להיות אופן הפעולה שלה.

נקודת המוצא התיאורית של ברק היא, איפוא, שבחלק מסויים של המקרים - חלק קטן של המקרים - יידרש שופט להפעיל שיקול דעת וליצור דין. איני יודע אם קיימת דרך מדעית לספק איזה תיאור של מעשה השפיטה הוא הנכון, ואולם ההתירשות שלי, לפחות על פי נסיוני, היא שהתיאור של ברק הוא התיאור הנכון: אף כי במקרים רבים שבהם התעורר שאלה משפטיות אכן ימצא, על פי כללי הדין הקיימים בשיטה, פתרון כירר היא, לחול על הבעיה המתעוררת, הרי במקרים לא מעטים יידרש השופט למעשה יצירה, משום שהוא לא ימצא בדיון שבגידרו הוא פועל הסדר המשפטי לבעיה המתעוררת בפניו. יש לקבל, איפוא, בשמחה את המאמץ העקבי והנחרץ שבספר להצגת מעשה השפיטה באורח מבקשות להציג את מעשה השפיטה באורח פיקטיבי. - שבספר של אותן תורות השפט המבקשות להציג את מעשה השפיטה באורח פיקטיבי. דומה כי בקרב חוגים נרחבים בקהילת המשפט שלנו עדיין שליטת התפיסות הכלת מציינות של מעשה השפיטה. ניתן להאמין כי בעקבות הספר הזה יידחקו תפיסות אלו אל השוליים, ומכאן ולהבא תתיחס הקהילה למעשה השפיטה, לפחות מהבחינה התיאורית, כאמות המידה הנכונות.

תפיסה נכונה של מעשה השפיטה מצריכה, איפוא, הכרה בכך שהוא עשוי לחייב במקרים שונים, הפעלת סוגים שונים של מתודולוגיה של קבלת חזלשות ושימוש בכלי שונים שונים על ידי מקבל ההחלטה, השופט. כאמור, זו גם נקודת המוצא התיאורית של ברק. אם אכן בחלק מהמקרים יידרש שופט להפעיל שיקול דעת ליצור דין, באיזה אופן עליו לעשות זאת? למענה על שאלה זו מוקדש עיקר ספרו של פרופסור ברק. ברק מבקש להציע תורת שפיטה, שתנחוז את השופטים בהפעלת שיקול הדעת השיפוטי על ידם, היינו מתודולוגיה של קבלת החלטות שיפוטיות לצורך המקרים המתאימים יצירה.

כל רעיון, מעת שיוצרו העמידו על רגליו ושילח אותו לעולם, אורבת לו סכנה שורים יבואו ויתנו בו תוכן שונה מזה הגלום בו ושאליו התכוון בעליו. אני חושש שהתזיה של ברק עומדת בפני סכנה כזו ולכן, בזמן הקצר העומד לרשותי, אני מוצא לנכון להזיג את הנקודה הבאה: מכיוון שעמדת המוצא התיאורית - של ברק היא שיתכנו מצבים שבהם יתקיימו שיקול דעת ויצירה במעשה השפיטה, מתעוררת, לדעתי, הסכנה שבברק יתפס גם כמי שבמישור הנורמטיבי - במישור של הרצוי - מצד בקיומם של שיקול דעת ויצירה כאלו או בהפעלה רחבת היקף שלהם. האמת היא שאין בספר ולו גם מקצת מהדברים האלו. נהפוך הוא, הרוח הכללית והמגמה של הספר - מנוגדים. במישור הנורמטיבי, ניתן היה להציע גישה לפיה עצם קיומם של שיקול הדעת השיפוטי הוא תופעה רצויה, שיש לחתור לקיומה ולשמר אותה. כך למשל, ניתן היה לטעון שרצוי היה לקיים במעשה יצירת המשפט "חלוקת עבודה" בין מצד אחד, גוף נבחר, המשקף תודות שוטפות, קצרות טווח בדעת הקהל, לבין גוף ממונה, אליטיסטי וחכם, המסוגל להתעלות במעשה יצירת המשפט שלו מעל תודות מקיפות, ולדבוק, תחת זאת, בערכים היסודיים, ארוכי הטווח של החברה. (אני סבור כי הדיים לגישה כזו ניתן למצוא בדבריו של פרופ' זמיר, ששמענו כאן הערב). לא מצאתי בספרו של ברק ולו גם לטעון כזה או דומה לו. אחר שבמישור התיאורי נקודת המוצא של הספר היא ששיקול הדעת השיפוטי קיים, מוקדש כמעט כולו של הספר למאמץ נורמטיבי של הצבת מיגבלות על הפעלתו, מתוך שאיפה לפתח תורה להפעלה ראוייה שלו, שעל פיה

יתחנכו ויפעלו השופטים. כך, בין השאר, אומר ברק כי על השופט להפעיל את שיקול דעתו באובייקטיביות, תוך כיבוש נטיותיו האישיות ותוך חתירה לקוהרנטיות עם מערכת הערכים שבגידרה הוא פועל ולפיתוח אורגני ועקבי של הדין (שיקולים נורמטיביים); על השופט להפעיל את שיקול דעתו תוך מודעות למיגבלותיה של הרוח השופטת, מבחינת המידע העומד לרשותו, מקום שהיא נדרשת לייצר נרמות כלליות (שיקולים מוסדיים); על השופט להפעיל את שיקול דעתו תוך מודעות לכך שבמדינה דמוקרטית מוקנה תפקיד החקיקה, בעיקרו של דבר, לרשות המחוקקת, חקיקה שיפוטית ראוי לה להיות תופעה שולית בלבד (שיקולים בין-מוסדיים). אכן, כאחד הקטעים בספרו שואל פרופסור ברק את כישויו המפורסם של זכורקין ואמר כי שופט שיצליח לעמוד במיגבלות המוטלות עליו על פי התיזה המוצעת בספר צריך להיות שופט בן דמותו של הרקולס. הייתי מוסיף על דימוי זה ואומר: הרקולס הצולח מבין דפיו של הספר הזה הוא הרקולס כפוח באזיקים ואסור בשלשלאות, והגבורה הנדרשת ממנו על פי הספר אינה הגבורה של ניתוק המוסרות שעליו, אלא להיפך: גבורת ההשלמה עימן וקבלתן בהבנה וכאהבה.

מבין כל אמות המידה שאותן מציע ברק לקווים מנחים למעשה היצירה השיפוטי, מצאתי כמעורר מחשבה במיוחד את הדין באמות המידה הנורמטיביות. ברק מדגיש מאד - בצדק - את תפקידם של בתי המשפט בקביעת הערכים השוררים בחברה. לדבריו, מעשה השפיטה, המושתת על הפעלת שיקול דעת, עשוי לחייב קביעת משקל יחסי של חשיבות לערכים מתחרים. על פי ברק, משקל זה צריך להילמד מהדיאלוגיה של החברה - היתנו תברה דמוקרטית ליברלית - ומהרעות ערכיות שנקטו בשיטה בעבר. עם זאת, גישתו של ברק היא דינמית: שינוי בהרכב הערכים המקובלים בחברה או במשקלם היחסי של ערכים אלו עשויים לחייב שנויים מקבילים גם בהכרעותיהם של בתי המשפט.

אכן, קשה להגזים בחשיבותה של נקודה זו. אני סבור כי החברה הישראלית תבה חוב גדול לקהילת המשפט בכלל ולבית המשפט העליון שלה בפרט בגין תרומתם לעיצוב אפיה כתברה המושתת על ערכי הדמוקרטיה הליברלית. ספק בעיני אם בשנותיה הראשונות של המדינה נמצאה בתרבות הישראלית מאגמה ומארה"ב לערכים אלו. דומה כי בית המשפט העליון הוא שורש מברכו הדין שלה את זכויות החתירים לשיטתנו, ורק ברבות השנים הם הכו שורש בתרבות והנאמנות להם התפשטה. יתר על כן, מערכת זו של ערכים, הממקמת מברכו הדין שלה את זכויות הפרט, נמצאה כל העת במתח ובתחרות עם מערכת ערכים נוגדת, שהיתה בעלת אחיזה עמוקה בחברה הישראלית מאז ומתמיד, ושביטחה עומדים האינטרסים של המדינה. דומה כי מערכת הערכים הראשונה הצליחה להגיע לשיא כוחה בתרבות הישראלית במהלך שנות השבעים, ואילו בשנים האחרונות היא הולכת ונסוגה מפני החזקות כוחה של מערכת הערכים האחרת. אין ספק, בתי המשפט שלנו ממשיכים במקורם בנאמנותם למערכת הערכים הראשונה, ואולם, במידה שתלך ותגבר כאורח משמעותי מגמת ההתחזקות של מערכת הערכים האחרת, ימצאו עצמם בתי המשפט שלנו בסתירה קשה בין נאמנותם לערכי המסורתית של המשפט הישראלי לבין ערכים נוגדים, שיימצאו נהנים מגיבוי נרחב בחברה. השאלה אם אמנם יתחוללו בחברה הישראלית שינויים ערכיים כאלו בשנים הבאות השאלה כיצד ינהגו בתי המשפט

לנוכח שינויים כאלה, במידה שהם אכן יתחוללו, הן שאלות מפתח הרוכצות לפיתוחן של החברה הישראלית בכלל ושל מערכת המשפט שלנו בפרט. תופעת השיפוט היא מורכבת וסבוכה. גם לגבי גיזרה זו של המציאות ניתן היה לדבוק בגישה ניהוליסטית, "להרים ידיים" ולומר כי לנוכח מורכבות התופעה אין טעם לנסות ולהבינה ולהתמודד עמה בדרך נורמטיבית. (דומה כי הדים לגישה זו ניתן למצוא בדבריו של מר ברויאב, ששמענו כאן הערב). לא זו גישתו של ברק. הספר מצטיין בריאליזם וזו וברמה גבוהה של מודעות מבחינת הצגתה של תופעת השיפוט. בספר אמונה גדולה כי אין להתיימש מהמאמץ להבינה ולקבוע לה אמות מידה נורמטיביות. מבחינה זו, הספר הוא במיטב המסורת של המאמץ להתייחסות רצינית אל המציאות, שבתרבות המערב.

זאב צלטר המנות, אדם שהיה בקיא בתורת המשפט והכיר בחשיבותה להפעלה נכונה של הדוקטרינה המשפטית, כתב בשנת 1974 כדברים האלו: "הקודם צריך לצמוח ממדע המשפט כפרח מן הקרקע – והנה צפה מאליה השאלה אם אמנם היתה קרקע כזו ברשותנו... התשובה שלילית בהחלט. די להצביע על כך שאין בארץ אף לא ספר אחד שענינו תורת המשפט". עם צאתו לאור של ספרו של פרופסור ברק – הספר הראשון בתולדות המשפט הישראלי העוסק בתורת המשפט, ולא סתם בתורת המשפט כי אם באחת הסוגיות המרכזיות שלה – השתנה הנוף כשיטתנו הכללית שינוי: לא פורח עלה וצימח בחלקתנו כי אם עץ עבות, עשיר פוארות, ניטע כאחת כלב החלוקה. בצילו נחסה מפירותיו נשתבחו.

פרופ' י' נאמן:

הנני מודה לך מאוונט, לא רק על התיאור המקיף של שיקול הדעת השיפוטי אלא גם על הצורה הפיזית של הדברים. צר לי אם אני אנסה בקצרה לרדת מאגרא רמה יותר לחי המעשה ולשאלת האקטיביות השיפוטית והשלכותיה לגבינו כעורכי דין. אשתדל לא לעסוק בהכללות, ובראשית דברי אניח את נקודת המוצא שלי, ואנסה לבחון האם הפסיקה עונה על הדרישות הללו בהגדרה של אקטיביזם שיפוטי. מלאכת השיפוט היא מלאכת מחשבת. השופט אינו מחשב משום בכל הוראות דין, כולל הפסיקה, ואחר צריך רק לתכנת אותו כראוי כדי לקבל את התשובה הנכונה. שאם כך לא היינו זקוקים לבני אנוש, שיתנו לנו את התשובה השיפוטית. לשופט יש שיקול דעת שיפוטי. השופט הוא חושב, והדברים מיוסדים בוודמות שנקבעו בחקיקה הישראלית. הן בסעיף 20 לחוק יסוד: השיפוט, ובסעיף 19 לחוק יסוד: המשפט העליון בסעיף 20(ב) לחוק, והן בחוק יסודות המשפט, התש"ע-1980.

הדרישה הנורמטיבית מהשופט היא ראשית, ליצור הלכה בהעד נורמה קיימת. זו דרישה של המוזקק, ושנית – לעתים גם ללכת בדרך של היקש ולימוד במקורות. לא אכנס כרגע לדיון המענין, ולמחלוקת שבין השופטים, כעיקר בין השופט אלון לשופט ברק בשאלת פירוש חוק יסודות המשפט. אני מומין את כולנו לקרוא ולחזור ולקרוא בספרו של השופט ברק, כשהוא דן בנושא, זה הן לענין התקדים והן בנושא חוק יסודות המשפט.

הייתי אומר, שהדרישה היא מכל שופט להיות אקטיבי. לא לשקוט על השמרים. לחפש את הפתרון למקרה הקונקרטי, תוך פזילה להשלכות הפתרון על כלל המערכת של הדין.

אני מדינש פזילה, משום שיתכן מאוד שהשופט לאחר שיעיין בהשלכות, יגיע למסקנה שלמרות זאת הוא חייב להחליט במקרה הקונקרטי כפי שהוא החליט. ברצוני להדגים כללים אלו, שאני רואה אותם כאקטיביזם שיפוטי, לא במישור המשפט הציבורי ובהתייחס לשאלות השנויות במחלוקת שכולם מתעניינים בהם, במישור החברתי, הפוליטי, המדיני, שבהם יותר קל להצביע על אקטיביזם, אלא בבציות היומיומיות שבהם נתקל בית המשפט.

נקח לדוגמה מקרה שלא נמצא לו פתרון, כדי להבין את המגבלות של האקטיביזם השיפוטי, גם על פי הנורמות הקיימות בחוק יסוד השיפוט וכתוק יסודות המשפט. פסק-הדין בענין אכיזה כדחלל נגד קצין התגמולים<sup>2</sup>. בו מ'מ כבוד הגישה השופטת כדפורת וגם כבוד השופט ברק אמרו במלים מפורשות: למתוקק פתרונים. למרות המקרה הקונקרטי, לא הזכרה נכות של חיילת, שבשלב הרבה יותר מאוחר נתגלו בה סימני סכיזופרניה. ואמר בית המשפט: אמנם נגרם עוול, אך – כפי שאמר כב' השופט ברק בענין זה – פתרונה של תקלה זו הוא בידי המחוקק. גם המשנה לגישה השופטת כדפורת קבעה בענין זה: "אני מסכימה שאין מנוס מהמסקנה אליה הגיע חברי הנכבד השופט ברק. אמרתי אין מנוס, שכן אנוסים אנו ליישם את כוונת החקיקה, כפי שזו עולה מן הכתוב".

1. ראה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 108-109, 141-144, 468.  
 2. ר"ע 83/166 בן הלל נ' קצין התגמולים, אגף השיפוט במשרד הפנים, פ"ד לח (3) 13.



לעומת זאת, ישנם מקרים, ומכיון שאדם קרוב אצל עצמו, אביא מתחם זיני המיסיס, שבהם נאנס התחב ויישמו את הכוונה הריצויה של המחוקק ולא את לשונו של המחוקק. לדוגמה פסק-דין בענין קיבוץ חצור<sup>3</sup>. שבו נקט כבוד השופט ברק, לעניות דעתי, בגישה הפרשנית הנכונה. לשון המחוקק, הקשחה לאפשר את גביית מלווה ביטוחן במפעלים מאושרים בשנת המס 1975. או השופט ירד לכוונת המחוקק, בדק מה היחה המטרה, והגיע למסקנה שהמלווה חל למרות שהלשון לא אפשרה זאת. מענין, שאותו, כלל פרשנות, שאליו הגיע כבוד השופט ברק בפרשת קיבוץ חצור, לא נתקבל בפסק-דין יותר מאוחר של בית המשפט העליון, פסק-דינה של כבוד המשנה לנשיא, השופטת כרפורט, בענין עיריית תיא ננד חיה גלמוני<sup>4</sup>, שבו קבע בית המשפט במפורש, שבענין מסים, הלכה היא שדין פיסקלי יש לפרש פירוש דוקני. כאשר חוק ניתן לפרשנות שונות, אחת המכבידה עם האורח והאחרת המקילה עמו, יאמץ בית המשפט את הפירוש הנוח לאורח.

ושואל אני אתכם: מיהו השופט האקטיבי? אותו שופט ששינה את הדין הקודם, "הוציא" מהקיבוץ את מלווה הבטוחן על המפעל המאושר, בנקטו פרשנות רחבה, בראותו את כוונת המחוקק גם כאשר הדברים לא היו חד משמעיים, או הגישה של כבוד השופטת כרפורט, בענין עיריית תל-אביב נ' גלמוני, שבה היא קבעה שאין להוציא כסף מידי האורח, בהעדר הוראה מפורשת בחוק. מיהו השופט הטוב? מיהו השופט הנבון? מיהו השופט המתקדם? זה המשנה הלכה או זה החוזר להלכה, מחזיר העטרה ליושנה.

אביא דוגמה אחרת. פסק-דין של רוב ומיעוט בבית המשפט העליון בענין של מיסוי בירויות המקומיות, פסק-דין שניתן לאחרונה, בענין "עוף העמקי"<sup>5</sup>. שם היחה שאלה אחת פשוטה ביותר: האם הדרושה של אישור הארנונה על ידי הממונה, שנקבעה בפקודת הירויות המקומיות - ושכל הפותח את פקודת המלונות המקומיות, מוצא את ההוראה בצורה מפורשת וברורה בסעיף 14, שארנונה תלויה באישור הממונה - האם העובדה שזמן רב לא היה נהוג לקבל אישור הממונה, מאפשרת לשופט האקטיבי להתעלם מהדרושה הזו, משום שבפקודת העיריית - ולא בפקודת המוצעות המקומיות - הדרושה הזו בוטלה. האם השופט המאשר את הארנונה הוא השופט האקטיבי, (כפי שקבע כבוד השופט ברק והסכימה עמו כבוד השופטת גתניהו), או כבוד השופט שלמה לוי, האומר: "עדים אנו בשנים האחרונות למלאכת החקיקה, שהיא במקרים רבים מאוד פגומה, ונטיתו הטבעית של השופט האמון על עשיית הצדק, לפסוק לפי נטיית לבו ולמלא את החללים (תרותי משמע) שהמחוקק השאיר אחריו, על דרך של פרשנות; אכן, גם בענין זה נראה לי שהרחקנו יתר על המידה, והגיעה השעה להניע את המטוטלת אחורה. אכן, המקרה הנוכחי אינו נראה מתאים לי לכך, שאנו נצא מגדרנו כדי לתח להוראות החוק משמעות שאינה עלולה מן הטקסט הכתוב. על רקע כלל הוראותינו; אם סבורים המחוקקים שאכן הקדיחו את התבשיל, הרי הפה שעשה הוא הפה שהחיר"<sup>6</sup>.

3. ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט (2) 70.
4. ע"א 474/82 עיריית תל-אביב יפו נ' גלמוני ואחר, פ"ד מא (3) 125.
5. בג"צ 547/84 עוף העמק אנדרה וקלאית נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ (1) 113.
6. שם כ"ע 125.

ושואל אני אתכם שוב, מיהו השופט האקטיבי? השופט המאשר את הארנונה על אף העדר אישור הממונה, משום שבפקודת העיריית אפשר אולי לקרוא ביטול מכללא בדרך של פרשנות, או אותו שופט שאומר: למחוקק פתרוניס?<sup>7</sup> לכן רבות, לדעתי, ההגדרות הללו הן מתאימות ביותר להרצאה מסוג ההרצאה שהרציה לנו היום ד"ר מאוסטר, שהיא מרתקת. בזיי המעשה כאשר אתה נדרש לתת יעוץ ללקוח אתה עומד תוהה. האתגר שורק לנו כבוד השופט ברק בסיום דבריו, לדעתי, היא אכן התשתית של החלטה מהו כבוד השופט העליון, והערכה לבית דין נקודת מבטן מאוד עדינה. הייתי קורא לה בהשאלה מלשונו של הרמב"ם, "שביל הוהב". כאשר האורח נדרש ליחס של כבוד לבית המשפט, והערכה חוות המשפט מוכרחה להיות מידה מסוימת של סבירות התוצאה, של אפשרות מתן חוות דעת במתחם הסבירות, (כלשונו של השופט ברק), בדבר התוצאה הצפויה. לא בודאות אלא במיתחם סבירות.

כך אתה נתקל בשני פסקי דין של בית המשפט העליון, על אותו מונח, "דירת מגורים". בפסק-דין אחד, אומר בית המשפט העליון, מפי השופט ויתקון: דירת מגורים הנמצאת בשלבי בניה, אינה דירת מגורים, ולכן לא תוטל על מבריתה תוספת מס<sup>8</sup>. שנתיים לאחר מכן, בא אותו נושא לדיון בפני הרכב אחר של בית המשפט העליון<sup>9</sup>, (לאחר מכן הוא אגב, הוסדר בתקיקת משנה), ובית המשפט פוסק שדירה שטרם נסתיימה בנייתה, היא בגדר "דירת מגורים". ואתה עוהר-דין, צריך ליעץ לאורח, ולומר לו מה הדין, האם הוא חייב בתוספת מס, או אינו חייב בתוספת מס. האם "האקטיביות" הזאת היא רצויה? האם האקטיביות הזאת מאפשרת לאורח לקבל על עצמו את מה שהגדיר כבוד השופט ברק קבלת על פסק-הדין של בית המשפט משום שברגע שיצאה החלטה זה הדין המחייב.

דומני שאקטיביות רצויה. הפיר-אקטיביות גורמת לעוצעים במערכת. וכל השאלה היא איפה הוא קו הגבול. וקו הגבול הזה, הוא אותו נושא שעליו לא הרתכנו את הדיבור היום, והוא כלשונו, של נשיא בית המשפט העליון הראשון, השופט זמורה, בענין זיכוינסקי<sup>9</sup>, חוש המוחית של המשפטן.

וכאן רבות, חוש המוחית הזה של המשפטן, זו אמת מבחן עדינה ביותר. הייתי אומר שזה הסיימוגרף שעל פיו פועל השופט. שעל פיו פועלת המערכת השיפוטית. וצריך שהמוט הזאת תהיה רגישה ביותר, ולא רק בתחומים של המשפט הציבורי או הפוליטי, שעליה דברו כל כך הרבה הערב. עיקר עבודתו של בית המשפט והמגע היומיומי של האורח הוא לאו דוקא בתחום הציבורי. יושבים פה שופטים לא רק מבית המשפט העליון, אלא גם שופטים מבתי משפט בער כאות אחרות. הנושאים הציבוריים ככל שהם חשובים ומביעים את הלך הרוח של התקדמות המשפט, הם לא המגע הישיר המתמיד של האורח עם בתי המשפט.

הייתי אומר שאותה מלאכת מחשבת של השפיטה, צריכה להיות מאוד ערה לאיזון

7. ע"א 766/78 החברה המרכיבית לשיכון ולבנין בע"מ נ' מנהל מס שבח פקידעין תל-אביב, פ"ד 683 (2).
8. ע"א 61/80 מנהל מס שבח פקידעין נ' אלכיים ואחר, פ"ד לו (2) 409.
9. בג"צ 65/51 זיכוינסקי ואחר נ' וייצמן, פ"ד ה 801, 813.

רבותי, השעה מאוחרת, ואני אסכם בקיצור נמרץ. ראשית אני חושב שעצם קיום הדיון הוא חשוב. אני חושב שתשוב שאנחנו נשב ביחד, היום ולעתיד לבוא, ונעסוק בנושאים האלה. נושאים אלה היו עמנו תמיד, אבל הם היו לרוב מתחת לפני השטח. אני רואה חיוב בעבודה שהדברים האלה עולים מעל השטח. אנחנו מדברים עליהם בצורה רצינית, ומתווכחים זה עם זה.

אתם טוענים. הנחה זאת נראית לי והנחה זאת אינה נראית לי. אני חושב שהדברים האלה הם חשובים. בסופו של דבר, משפטים הוא מקצוע מתחום מדעי הרוח והחברה. זאת לא מתמטיקה. וכדאי לא במקרים הקשים, כפי שנסיתי להסביר. לכן אני מקדם תמיד בברכה ביקורת והסתייגות. כך אנחנו צריכים לדבר זה עם זה כאשר אנחנו נפגשים באירוע כגון האירוע הזה.

שלישית, משה כרזאב, הצביע על כך שביט המשפט שלנו היה אקטיביסטי על פי הגדרתו, מיום הקמתו. אני חושב שתשוב מאוד להדגיש את הנקודה הזאת, שענינה ההמשכיות השיפוטית. אחת המטרות שאני משתמש בהן, היא הדימוי של פסיקה של בית משפט לכתוב פרקים בספר. הדרך של השופטים עכשיו כתוב את אחד הפרקים. משהוא סיים לכתוב אותם, הדרך הבא יכתוב מיד את הפרקים האחרים. היצירה השיפוטית היא יצירה נמשכת. ולא יכול הדרך של עכשיו להתחיל הכל מחדש. אנחנו מוכרחים לעסוק בהמשך של היצירה הקודמת, ומאוד מאוד חשוב הן לאלה שסבורים שהדרך של השופטים עכשיו היא פחות מדי אקטיבי, או יותר מדי אקטיבי, שנהיה ערים להמשכיות של היצירה שלנו.

רביעית, אמר משה כרזאב: אקטיביזם זו הליכה קדימה. אקטיביזם טוב - הליכה קדימה. אין אצלו אם כן אבחנה בין אקטיביזם לבין אקטיביזם טוב. מה זה קדימה? מתי ההליכה היא קדימה ולא אחורה? מהו הקריטריון - מה זה קדימה? אם זה מוצא חן בעיני, זה קדימה. זאת היא הגדרה, שלא נראית לי. אני לא מוכן לתת למושג אקטיביזם הגדרה, לפיה כאשר זה מוצא חן בעיני, זה אקטיביזם, וכאשר זה לא מצא חן בעיני זה ריסון עצמי. לכן בחרתי בהגדרה של אקטיביזם שהיא "נוטרלית", שאין בה נקיסת עמדה לגוף ההלכה, אלא רק לכיוון תנועתה.

חמישית, נשאלתי, מיהו הציבור הנאור? בנוסחה זו - המקובלת עלי - השתמש השופט משה לנדאו (בפרשת מזיאור, ובפרשת שליש). זו אותה השקפה העולה בקנה אחד עם תפיסתה של הקהילה המשפטית. באמצעות מושגים זה ביקשתי גם להתגבר על הקושי שמשה כרזאב ציין והוא קושי אמיתי, אך אותה יודע אם המקרה הוא מקרה קשה. אם כן, נסיתי להגיע לאיזה שהיא אובייקטיביזציה של הנסיון להגיע להגדרה הזאת. אמרתי: המבחן הוא מבחנה של הקהילה המשפטית. מה זאת הקהילה המשפטית? בסופו של דבר אנחנו חוזרים אל עצמנו. אין השופט יכול לברר מעצמו. האישיות שלו, והדברים שאמר משה כרזאב בענין זה כוחלט מקובלים עלי.

שישית, פרופ' זמיר ניסה להגדיר את מושג האקטיביזם יחד עם מושג השיפוטיות. בית המשפט הוא אקטיבי, אם הוא רואה סוגיה מסוימת כשפיטה. אני חושב, שזאת

העדין הזה, שצובר כחוט השני בספרו של השופט ברק. יתר על כן היא צריכה להיות גם רגישה מאוד, ולהמנע מתנודות חריפות מדי. כשם שתנודות מדי חריפות של המחוקק אינן רצויות, כך גם לא רצויות תנודות כאלה בבתי המשפט, אלא אם כן המקרה הקונקרטי דורש עשיית צדק קונקרטי, חוץ פזילה למערכת הכוללת. אבל גם הראיה של המערכת הכוללת אינה יכולה לגרום עוול במקרה הקונקרטי.

ולכן רבותי, אין לי אלא לחזור לתפילתו של שלמה, שאמת היא חכמת לב.

הגדרה צרה מדי. רוב רובם של בעיות האקטיביזם הן בעיות שפשוט, השאלה היא איך להכריע בתוך התחום פנימה. אני חושב שלצמצם את מושג האקטיביזם למושג השפילות ואפילו במובן הרחב שלו, זאת הגדרה שמטבע הדברים היא הגדרה צרה מדי. זאת ועוד: אין לי תשובה אפריורית לשאלה האם פעילות שיפוטית היא טובה או לא. הבדיקה שלי היא בדיקה ענינית לגבי כל מקרה ומקרה, על פי אמות המידה שנסתיי להצביע עליהן. יכול מאוד להיות שהינו חברה טובה יותר, יכול להיות שהינו בחברה פחות טובה.

שביעית, האם רצוי יותר שיקול דעת או פחות שיקול דעת? אין לי תשובה על השאלה הזאת. יותר נכון, התשובה שלי על השאלה הזאת שאין תשובה לשאלה הזאת. השאלה אם יותר שיקול דעת או פחות שיקול דעת – בעיני היא פונקציה של הסוגיה ושל האיזון בין השיקולים השונים האלה. אני למשל, סבור כי לא טוב הוא להשאיר שיקול דעת שיפוטי בתחום האחריות הפלילית. הנאשם צריך לדעת מה הן הזכויות שלו. האוצר צריך לדעת מה מותר ומה אסור. לכן עקרונית בתחום המשפט הפלילי היית סבור שיש לצמצם את שיקול הדעת השיפוטי בקביעת האחריות הפלילית. שונה הדין בכל הנוגע להגנות או לענישה. צמצום שיקול דעת שיפוטי נראה לי כרצוי גם בתחום דיני הקניין, בהם הבטחון המשפטי הוא חשוב. לעומת זאת בתחום נזיקין, בתחום המשפט הציבורי, אני חושב שרצוי יותר לתת שיקול דעת שיפוטי, ואין לי תשובה אפריורית לגבי המשפט בכלל. אני בודק כל סוגיה וסוגיה בשיטתי שלי, על פי האיזונים שהיא מחייבת, על פי אמות המידה שדברתי עליהם.

שמינית, נשאלתי אם שופט צריך לשקול את מהות הפתרון לאור התגובה של המערכת הפוליטית. לדעתי המשובה היא בחיוב. צריך לקחת בחשבון תגובות אפשריות, של המחוקק. זה בהחלט דבר שבעיני נראה לגיטימי. אצלי זה נכנס כחלק מתפיסה יותר רחבה, שבת משפט בעיקרו של דבר צריך להתחשב בקונצנזוס חברתי. חזקה על בית משפט שאם שבת משפט כשכית המשפט כפוף למחוקק, זהו בהחלט נושא תגובת נגד של המחוקק. ואצלו נושא המשפט כפוף למחוקק, זהו בהחלט נושא שצריך לקחת אותו בחשבון. ציין, כי היכולת של המחוקק לבטל הכרעה שיפוטית נותנת מחד גיסא לשופט יותר חופש פעולה, משום שהשופט יודע שאם אתה טועה המחוקק יכול לתקן אותו. אבל מאידך גיסא זה גם מצמצם את שיקול הדעת של השופט, משום שהוא יודע שיכולה לבוא מיד תגובה של המחוקק. אני חושב שזה אחד השיקולים שצריך לקחת בחשבון. זה אינו השיקול היחיד, אולי גם לא החשוב ביותר. זהו אחד השיקולים שצריך לקחת בחשבון. זה מה שעושה את הגישה שלי, אני מוכרח לומר, לקשה. אם תרצו מסובכת או מתוסבכת. אין לי תשובות פשוטות לשאלות השונות, או לשאלות שהתבררם הציגו. יותר שיקול דעת, פחות שיקול דעת. אין לי תשובות פשוטות לדברים אלה.

תשיעית, יעקב נאמן עמד על כך ששופט אקטיבי הוא שופט שאינו שוקט על השמרים. שוב, זאת הגדרה שלא אומרת לי דבר. מה פירוש לשקוט על השמרים? זה שוב שימוש במלים נוספות, אבל אני לא חושב שהיא מקדמת אותנו בניסיון להביא בצורה יותר נקייה, מה זה אקטיביזם שיפוטי. יעקב נאמן ציין, כי בפרשת חצור לשון החוק לא אפשרה פירוש מסוים, אבל בית המשפט הגיע לפירוש זה משום שהוא סבר שהמחוקק לא צודק. לא כך היתה התפיסה שלי. אם הלשון לא מאפשרת, השופט לא יכול

להגשים את מטרת המחוקק. השופט יכול להגשים את מטרת המחוקק רק במסגרת האופציות שהלשון יוצרת. אותה השופט נותן ביטוי לא לחוק שחוקק, אלא לחוק שהיה צריך לחוקק אותו. שופט לא יכול לתת פרוש סקסס אם הוא אינו מעונין בסקסס. זה חלק מהגליטימיות הפורמלית שעליה אני דברתי. שופט צריך להבין כי יש גבול למה שהוא יכול לעשות. שופט רשאי לפעול אך ורק במסגרת הסקסס. זהו חלק מהשיקולים של דמוקרטיה ושל הפרדת רשויות. מבחינה זאת אני חושב שצודק מאוד ד"ר מאונטר שעה שהוא מדבר שיותר מאשר אני מדבר על הקולס, אני מדבר על הכללים של הקולס. זה נכון. לא מספיק שיש כח. כוח צריך להפעיל בנכות. וכאשר אני מגדיר שיקול דעת שיפוטי, אני מגדיר אותו כבחירה בין שתי אופציות חוקיות. יש המגדירים שיקול אותו יכולת הבחירה, אלא נכוחת בחיירה בין שתי אופציות חוקיות. יש מבחינתי יש דעת בחירה בין שתי אופציות אקטואליות. זו אינה הגדרתי שלי. מבחינתי יש מצבים שלבית המשפט העליון אין שיקול דעת, למרות שלבית המשפט העליון ישנה היכולת לעשות לא נותנת לו את הזכות לבחור בחירה לגיטימית בכל מקרה ומקרה. גם בית המשפט העליון, כפוף למגבלות שעליהם דברתי.

עשירית, שואל יעקב נאמן האם טוב הוא שישנם שני פסקי-דין סותרים בענינים של דירת מגורים? אין לי תשובה לשאלה הזאת. יכול להיות שזה טוב מאוד. יכול להיות שזה רע מאוד. איני יודע. משום שבעיני השאלה של סטייה מתקדים, היא שאלה סבירה, המחייבת איזון בין שיקולים נוגזים. שיקולים אלה משתנים מסוגיה לסוגיה. יש מקרים בהם אם אתה לא סוטה מתקדים, אתה מנציח אי צדק. יש מקרים בהם אם אתה סוטה מתקדים, אתה יוצר חוסר בהירות בשיטה, חוסר עקביות בשיטה, חוסר קוהרנטיות בשיטה. אין לי תשובה אפריורית לגבי השאלה מתי לסטות ומתי לא לסטות מתקדים קודם. צריך לבדוק כל סוגיה לגופיה. בעיני אין קודשה לתקדים. אבל גם אין קודשה לסטייה מתקדים. תקדים הינו מעשה אנושי, רציונלי, שמשקף מחשבה מסוימת. בדרך כלל רצוי ללכת בעקבותיו משום שיש צפיות שהציבור יוצר סביבו. ההנחה צריכה להיות שהולכים בעקבות התקדים רק אם יש נימוקים כבדי משקל, צריך לסטות. אני מביא בספר שלי את אימרתו של שופט אמריקאי לפיה אסור שתקדים של בית המשפט העליון יהיה כמו כרטיס נסיעה, טוב ליום והצאתו בלבד. כאמור, בעקרון צריך ללכת בעקבות התקדימים. אבל ישנם מצבים שצריך לסטות מתקדים. בסופו של דבר, זה ענין של חוש המומחיות של המשפטן, אכן את ספרי אני מסיים, בציטוט מדבריו של הנשיא זמורה, שעמד על חוש המומחיות של המשפטן. זהו בסופו של דבר הגורם הקובע. מה שניסיתי לעשות, הוא ליצור אמות מידה שיאפשרו לנו להפעיל את חוש המומחיות הוא בצורה ראויה, והמתנים שאני דברתי עליהם, המבין הנורמטיבי, המוסדי, הבינומסדי – אינם אלא דרכים לפעילות במסגרת חוש המומחיות הזה. יחד עם זאת, אני מודע לכך שהמתנים עצמם לא מספיקים. אכן, אילו המתנים האלה היו מספיקים, כי אז המפעל שלי היה מאבד את עצמו לדעת. משום שהמשפטים שלי היתה שאין שיקול דעת. הרעיון העומד ביסוד קיומו של שיקול דעת הוא שהמתנים שאני עצמי עומד עליהם, אינם מחייבים, אכן, המפעל המדעי שלי הוא מפעל סיופי, מפעל שאין לו התחלה ואין לו סוף. אמר, אפשר לחדד מה זה חוש מומחיות של המשפטן, אפשר לנסות ולקבוע אמות מידה להפעלתו, אך בסופו של דבר השופט נשאר עם עצמו.

פרופ' נאמן:

תודה רבה לכבוד השופט ברק, אני רק יכול לומר לכם, וזה כוידוי אישי, כמו ער"ד  
בדואב קראתי את הספר מתחילתו ועד סופו ולא פעם אחת. אני מזמין את כל אלה שלא  
עשו את זה, לעשות כך בהקדם. זו הנאה אינטלקטואלית בלתי רגילה. תודה רבה לכם.  
נסיים בדברי המשנה בפרקי אבות, שאני חושב שזה המוטו לחוש המומחיות של  
המשפטן: "הו מתונים בדין".