



מלוא כל הארץ משפט

* יצחק ברט **



אוקג'ז זאהבה זעהג'ה גראען זאג' זאג'ן צוועגן איזיג'הם,
אַלְאָגַעַן זַעֲמָגַעָן הַזְּבָרֶגֶן אַתְּסִינְגָּה גַּהֲיָא-גַּנְוָא,

לפעול בינויד למצוות או לשולחיהם; לו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היה אסור על הרשות בתים לפניהו שנבנו לדרום בהם מגורי קבוע חולפים; לו חוק יסוד מפורש היה מחייב רוב של חברי הכנסת לויתר על ריבונות בחלוקת מחלקי ארץ ישראל - אין ספק ששאלת חוקות העיריה הייתה שפיטה (נורמטיבית). הנשיא ברק היה מוסף ומסביר שאללה זו היא גם שפיטה מוסדית, שכן שם הגיעו לא תיגרם למעמדו של בית המשפט בגין אם יפסול חוק או החלטת ממשלה הסתורית באופן שיר ובוטה חוק יסוד.

ב. אם חוק פיני-פייצי אינו סותר חוק יסוד, ומכאן שהוא נחקר בסמכות, יש לפנות לעילות הפטילה הנוספות: המידיות והסבירות במסגרת המדיניות, חיכנסו השופטים, ישבו ויבחנו האם קיים קשר לוגי בין ההתנגדות החד-צדדיות לבין הללים המិוחל (בחן האמצאי המתאים?) האם בשם אמצאי נספיק, דרישני פחות מהשמדת חבל הארץ פורח ומשגשג, שיישיג את אותה מטרה (בחן האמצאי הפוגעני פחות?) האם התעללת במצבה מהמהלך מצדקה גירוש 8,000 יהודים מביתם (בחן המייחיות במקן הצר)? לאחר בחינת שאלות קשות אלו, יפנו השופטים לבחינות סבירות של המהלך: האם סביר לגורש אנשים מביתם לפני שנבנו להם בתים חולפים? המעיין בראשית המטלות שהטילנו זה עתה לפתחו של בית המשפט יכול להרהר בדבר השפיטה של הסוגיה, וכי יש לשופטים את הכלים המתאימים לבחינת סוגיות כבאות משקל

חוור שפיטות נורמטטיבית וחומר שפיטות מוסדית הם ביטויים של אותו פגם עצמו. אין משמעות ל"שפיטות נורמטטיבית" כאשר בית המשפט חדיר את רגליו מניעול אווה שפיטות, אם רשות בלשונו של הנשיא ברק, "באיון דיון-איון דיון"

אליה? תשובה של הנשיא ברק ברורה: שאלות אלה הן שפיטות נורמטטיביות, למרות שהן כרכחות בטובו בשיקול מודיעין מסווגים שלቤית המשפט אין בהם יד ונגל, שכן בית המשפט מצטמצם לבחינת הפען המשפטית של הסוגיה, להבדיל מהפינים הפליטים, הביטחוניים והכלכליים שלא. למרות שקיים קשר הדוק ובולט נייח להפרדה בין הפנים הנושנים של הסוגיה, השופטים מרגלים בשקלית סבירותן של פעולות שהם אינם מבינים בהם דבר, ו'חווש המומחיות של המשפטן' המוטבע בהם מספק להם לעשות זאת כמעט מדויים. אמנם, אף ברק יסכים להרהור בדבר השפיטות המוסדיות של הסוגיה, שכן רוב האנשים לא ישיכלו להבדיל בין הפען המשפטית של הסוגיה לבני הפנים הפליטים והמدينיהם שליהם, ועלול להיגרם נזק לעומת בית המשפט אם הוא יראה אכןו התחליל לדין בשאלות פוליטיות-מדיניות.

וראה, אם כן, שקיימת התחמה ברורה בין השפיטות הנורמטטיביות לבין השפיטות המוסדיות ככל שאמת המידה המשמשת את בית המשפט היא ברורה יותר ודודה יותר (לדוגמא: שאלת הסמכות) - כך גברת הלגיטימציה הציבורית שלו להכיריע, וכן השאלה היא שפיטה מוסדית. עם זאת, כאשר בית המשפט נאלץ להשתמש באמות מידת עמומות ואפורה, שכן נתונים מענה מוחלט וחד-משמעות (לדוגמא: שאלות הסכירות והמידיות) - מתערערת גם הלגיטימציה הציבורית להכרעה השיפוטית, ומילא השאלה אינה שפיטה מוסדית.⁶

המסנתה החשובה ביותר העומדת בדרכו של אדם הפונה לבית המשפט וمبקש סעד שיפוטי היא מסנתה השפיטות. כפי שמלמד שם, השפיטות היא הדוקטרינה הקובעת לאילו נושאים ידרש בית המשפט, ואילו נושאים מצויים מחוץ למוטת כנופיות הפרשנות של השופטים.

אחד מתרומותיו החשובות של הנשיא אחרון ברכק להתפתחות המשפט בישראל היא העלמתה, דה-ירוה ודרה-פקטו, של מסנתה השפיטות מהشيخ המשפט הישראלי.¹ מאז פסק דין רסלר הדיעו (בעניין גיוס בני היישובות)² מבוססת

תפיסת השפיטות בישראל על שני יסודות:

1. הבחנה בין שפיטות נורמטטיביות ושפיטות מוסדיות שאלת שיפוטויה של סוגיה מתחילה לשתי שאלות שנותן השאלה הרואה בהן היא מהותית: האם הנושא העומד לדין הוא שפיט - כמובן, האם המשפט נocket עדמה לבכוי. השאלה השנייה, לשומתה, היא פרקטית: "האם בית המשפט הוא המוסד הראו להכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לsuccor שוכרע בדי מוסד אחר?"³ גם אם סוגיה מסוימת היא שפיטה נורמטטיבית, עדין יתרכן שהיא אינה שפיטה מוסדית, ובית המשפט לא יקבע בה עדמה מסיבות שונות.

2. הכל שפט נורמטטיבית לדעת הנשיא ברק, כל סוגיה שכבעלם היא שפיטה נורמטטיבית - כמובן, היא יכולה להבחן במסקפים משפטיים. הנימוק לטיען זה הוא לוי, כמעט הכרחי: החוק אסור על ביצוע פעולות מסויימות, ומילא כל הפעולות האחרות - מורותתן אף אסורה, ומכאן שכל הפעולות שעשוין היא מותרת או אסורה, וכך כל הפעולות שבועלם הן שפיטות. האמן "מלוא כל הארץ משפט"? כמובן, "בעית השפיטות קשה היא" ו"אין הגדיר יסודותיה בצורה מדוקט",⁴ ואנו לא באנו אלא להאר מספר נקודות אודותיה. במאמר זה, אנסה לחקור את קביעות של ברק בשתי צורות וראישת, לעומת זאת הבחנה שבין שפיטות נורמטטיביות ושפיטות מוסדיות ולראות שאיין הבחנה דהה בין שתיהן: ושנית, להסביר מדוע יש סוגיות שאין שפיטות בסיוםו של המאמר אציגו כמה דוגמאות לנושאים שאינם שפיטים.

בין שפיטות לשפיטה

כאמור, היסוד הרាលן שעניינו משותה הנשיא ברק את חפיטת השפיטות שלו הוא הבחנה בין שפיטות נורמטטיביות לבין שפיטות מוסדיות. אמנם, הבחנה זו אינה ברורה כלל וכלל. כיצד יכול עניין להיות שפיט "נורמטטיבית", אם בית המשפט אינו יכול לעסוק בו מיטבות מוסדיות? מהי משמעות שפיטות של עניין זה, אם בית המשפט אינו מוכן לשפט אותו? כיצד לזרר על פועל על פשע שהוא "שפיט", אם העברי שביבצע אותו אינו נשפט על פשענו ונענש?⁵ זאת ועוד; החלוקת בין שפיטות מוסדיות לבין שפיטות נורמטטיביות אינה דיקטומית, למעשה, אי-שפיטות מוסדיות נובע מאי-שפיטות נורמטטיביות, וכיימת התחמה בין העניינים שהנשיא ברק מופיע כ"לא שפיטים מוסדיות" לבין העניינים שאחרים יאיפיו כ"לא שפיטים כלל".חוור שפיטות מוסדיות מלמד, למעשה, על פגם היורד לשורשה של השפיטות כדוגמתה להבראה עניין זה, ניטול את הדין שנערר בכג"ץ בטעות חוקיות של נחיה ננחים: חילה ננחים שחוק "פיני-פייצי" לצורך ההבראה, נבחין בין שני מצבים שונים: חילה ננחים שחוק אינו סותר חוק יסוד. א. אם בית המשפט יסיק שהחוק ליישום ההתנגדות סותר חוק יסוד - אין ספק שהוא יכריז על בטולותו של החוק (א), לפחות, על בטלות הסעיפים הטעונים חוק יסוד). לו חוק יסוד: ההחלטה היא קובע שנברים אינם רשאים

יכולת להיחשב לשפיטה. בכלל, אומר שההילך המשפטי האדבורי מורכב מכמה שלבים: הגשת תביעה, דין, פסק דין ואכיפה. כאשר אחד משלבי הדיון מחמץ את המטרה של הוצאה הצדיק לאור בסוגיה מסוימת - הרו' שוגה או אינה שפיטה במערכת המשפטי המוכרת לנו.

ומובהקת שם שהוא נראית מבט ראשון, למעשה, חוסר שפיטות נורמטיביות וחוסר שפיטות מוסדיים הם ביטויים של אותו פגם עצמו. אין משמעות ל"שפיטות נורמטיבית" כאשר בית המשפט מודיע את רגלו מניצול אותה שפיטות אם נשתמש בלשונו של הנשיא ברק, "בain דין - אין דין".

א. שאלות שאין בסמכותו של בית המשפט. במדינה דמוקרטית, העם הוא הריבון וחברי הכנסת הם אמינו. סמכותו של בית המשפט לשפט ולהכריע באה לו מוכחות של חוקי הכנסת. בית המשפט אינו יונק את סמכות מהאויר. מקום שהכנסת אינה מעניקה לבית המשפט אין שפיטות שפט - אין לו סמכות כזו, ומיליא השאלתiana שפיטה (שרה' אין מי שפט בה). דוגמה לשיליה מפורשת של סמכות בית המשפט היא סעיף 33 **לחוק החוזים (להלן כליל):** "חוואה שלפיו יעתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי החלטעה או העהקה לפיה הוחה מואלדין בבית המשפט". מעבר לסעיף זה, קיימים נשיםinos פסיפים שאינם מצויים בסמכותו של בית המשפט.

הנשיא שומר טען כי "יכל האויפי הפליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך שהמשמעות המשפטית של הבעיה יבלע בו אי-דוחקו לרקון זויית[...]. אם המככל מעביע באופן ברור וגליל מעלה מליקת בעלי אופי פליטי דומיננטי, לאיטה בבית המשפט ליטוקנה בה".¹¹ בינו לבין מושמע מדברי הנשיא שומר, נשים אלו אינם יצאי-דופן חריגים, אלא מצבים על פנים בתשתיות הסמכות של בית המשפט לשפט. נציגת (באריות מה) מדבריו הנפלאים של הנשיא אגנטנו:

"**טפקדה של המדינה** (כולל את בית המשפט! [יב.]) **הוא הטעקן** - קר מלמדתהתורה הדמוקרטית - **למלא אתרצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים אשר העם חפץ בקרום.** העלה مكانן, כי **דויש שיטקיים קודם ההליך** של השתכנויות מישותפת general conviction (אצל בני החברה הנאים בדבר אמיותם וצדקתם של עצמם והסטודנטים, לפני שנוכל לומר כי ניצע בקדבם רצון כללי will) שהם היפכו להיות בעלי מחיה ויישאו את האושפנקה והטנקזה של המשפט הפיזיב[...]. **נوعה, כי הקונסנסוס של החבורה באשר לאמיניותה וצדקהה של נועמה זו או אחרות, קודם ליפויה להכונה משפטית על-ידי המדינה.**"¹² וממשיך הנשיא אגרנטו: "מוטב שופט לא ייקוט עמדת לבgi שאלת אידאולוגית, השניה במחלוקת גזלה בקובץ החיבור, שכן במקורה כהה מן המגע השקפת האישית תגלם את אשן חברה בכללותה רואה אמרת". הו' אומת: בית המשפט מונע מלנקוט עמדה בשאלות מעין אלו, ולכן אין שפיטות

ב. שאלות שאין בהן שיקול דעת לבית המשפט. זה כת-סעיף של הסעיף הקודם, אך מפאת חשיבותו, ניחד לו מקום לבדו. בעצם הגדרתו, המשפט הוא פועלה של בחירה בין אפשרויות, כאשר לבית המשפט אין את החופש לבחור כיצד לפסוק, והוא יכול לפסוק דין מסוים - הרו' שואנה סוגה היא בלי שפיטה. כמובן, ישן שאלות שהתשובה עליה ברורה וחד-משמעית, אך גם בהן מופיע השופט את שיקול דעתו. כאשר היכולת לשקל ולהכריע ניטלת מבית המשפט מסיבות חז-משפטיות - לא מתחכמת "שפיטה", ולכן הנושא אינו שפיט.

כיצד ניטל מבית המשפט שיקול הדעת? הדבר מתרחש בשתי סיטואציות: כאשר בית המשפט עוסק בסוגיה שיש עליה קונצנזוס בקרב החברה הישראלית, והוא אין יכול - דה-פקטו - לפסוק נגדו; ובנסיבות קritisym, שבית המשפט חושש ליטול על עצמו את האחריות לפסיקה בה.

במשפט האמריקני, ידועה הדוגמה של פסק דין בסעיף Korematsu v. United States¹³, בעניין הפאנים תשביר ארה'ב שנכלאו במחנות שבויים במהלך מלחמת העולם השנייה. באופןו מקרה, קבע השופט ג'קסון שבית המשפט לא ידין בעניין כיון שם דין יдал'ץ קיבל את התביעה, והוא אינו יכול לעמוד לעשות זאת. במשפט הישראלי, מוכரות העתירות בנושא העניינים בשכ'כ, שהוגשו בשנת 1994 ופסק הדין בעניין נדחה מסיבות שונות עד שנת 1999¹⁴; ופסק הדין הרובים בעניין הרוב הבהיר (איסור על תפילה יהודים בהר'¹⁵, אי-אכיפה של חוקי התכנון והבנייה ראה למשל¹⁶ ועוד). דוגמה נוספת היא פסק הדין בעניין גירוש 415 אנשי חמאס לבנון ללא התראה ולא שימוע¹⁷, שבית המשפט נאלץ לאשר אותו בשל התמיכה הציבורית הרחבה שהוא נכון לעילמה של דוקטרינת אי-המשפט מהמשפט הישראלי.

לסעיף זה ניתן לצרף גם את הדיון המשפטי בהתנקותות מישובי חבל עזה, שהזוכר כבר לעיל. על-פי עדותם של השופט אדמוני לוי, המדינה לא טרחה כלל להביא חוות-דעות ביטחונית, חוות הדעת היהודית שהונחה לפתחו של בית המשפט הייתה זו שהתנגדה למHAL¹⁸. למורת זאת, הגיעו שופט הרוב

לטעתן הנשיא ברק, אין לך שאלתiana שפיטה (נורמטיבית). כל פעולה ופעולה עוברת לפני המשפט, כבוקר הרעה עדה, וזה מחייב את דעתה האם היא אסורה או מותרת. כל דבר הוא "שפיט". לעומת זאת ענוה זו נחלץ אחד מניסוחיו היודעים של עקרון החוקיות: "כל דבר הוא מותר, אלא אם כן נאסר במשפט". מעתה, אם נמצא פועלה שהמשפט אין מתייחס אליו - אין גזאת אלא בשל העובדה שהיא מותרת, ואין צורך להתרה במשפט; אך גם פועלה זו הוא שפיטה, וכך דינו של המשפט לביבה הוא "מותר". גם לדעת הצדדים בה, הקביעה " הכל שפיט" אין כוננה שככל השאלות בעולם ניתנות להכרעה שיפוטית " הכל שפיט" - אין ממשעתו שהמשפט הוא חוץ הכל. תשובתו של המשפט - לעולם היא בニアורת: "או גלוינית", בלשונו של השופט חזין⁹ "אסור" או "מותר", "חוקי" או "לא-חוקי", "חייב" או "פטור", ותו לא. ישנו מושם שהם חוקים אך לא עילום, לא הוגנים או לא מוסרים, ואפיו הנהלות שלטוניות עשויה להיות חוקית למחדין אך לא-דמוקרטיות המשפט אין מדריך הטעאות חוקיות הוא לא יאמר לאדם אם לא יכול ביצה או סلط, וכך לא יעדיף אדם המתרחק מכל חשש רחוק של גרים נזק לחברו על פני אדם המאמין את כלבו לשסע את עצמותיהם של אנשים החודרים לחץ¹⁰. שי האנשים פעילים כחוק, ואלה המשפט עיוורות מלהעדיף אחד מהם.

זאת ועוד, גם אם הכל שפיט, הדבר אין מקנה למשפט ייחודי על פני תחומי חיים אחרים. ישנו תחומים רביםணיפים שככליהם היו פרושים על כל הפעולות שעולם, לו רק התיימרו לפרש אותן עליון, תיאורטי, ניתן להoir מעשים ולאסור אותם על פי תרומותם לצמיחה הפרוחים במדינה, וגם אז יכול פילוסוף לטען שהכל פריח". שכן כל פעולה המזיקה לפרוחים - אסורה, וכל פעולה אחרת - מותרת. "אין פעולה שדוקטורית היפהות אינה חלה עלייה", טוען אותו פילוסוף, "מלוא הארץ מפארה". יומרתו של המפרח התיאורטי הזה למלא את כל הארץ בכבודו אינה מזרה יותר מימרות של המשפט לפרוש את חסותו על כל המשעים.

כמעט עם כל אחד המשפט במלואו ש בפלוגה קירקטורה של קצין-לשעבר המתנהג בחו"ל הומים כבשה קרב: צוד בהליכה צבאיות תוך שריקת חרישית

על פי עדותם של השופט אדמוני לוי, המדינה לא טרחה כלל להביא חוות דעת ביטחונית, חוות הדעת היהודית שהונחה לפתחו של בית המשפט הייתה זו שהתנגדה למHAL

של שיר לכט קצבי, בוחן לפני כל צעד האם יש לפני תיל מעין, ומsegiv על "קודחות שלטונות" בדים מהם שהוא עבר בה, הקצין והאגונום המכרים בכל צמת מוסרי על פי כללי המלחמה והחקלאות הם צרי-עין בדיקן כמו המשפטן המכרים בשאלות החיים על פי השפעות על גדיות הפרוחים יהיה לנסות לבחון שאלות של קיום חזום על פי השפעות על בקנה מידה המשפטן. וצימחתם, אך ישן שאלות שמור לא-פחדות לבחון אותן בקנה מידה המשפטן. כש ששים מעשים המזיקים לפרוחים שיש להתרם, ושנים מעשים שהפרוחים מצדדים בהם אף בני האדם מדיפים שלא לעשומם - כך גם שמים מעשים לא-חוקיים (או לא סבירים או לא מיזתים) שגם מעוניינים שישו, ושנים מעשים חוקיים, סבירים ומידתיים, שרייך עז של סירוחן מוסרי נודף מהם.

מה לא שפיט?

לאחר שרואין שהשפיטות אינה חוות הולך, נפנה לבחינת השאלה ביטחונה: אילו תחומיים הם שפיטים ואילו תחומיים אינם שפיטים? כפי שהסבירו לנו, אין לבחין בין השפיטות הנורמטיביות לבין השפיטות המוסדיות, שכן סוגיה שבית המשפט אין יכול לדון בה - ותhea הסיבה אשר תהא - אינה

