מלוא כל הארץ משפט?*

יצחק ברט**

מוקדש באהבה ובהערצה לתושבי חבל עזה שנותקו מבתיהם,
ולא מצאו להם סעד במשכן הצדק שבירושלים מהסיבות הלא-נכונות.

המסננת החשובה ביותר העומדת בדרכו של אדם הפונה לבית המשפט ומבקש סעד שיפוטי היא מסננת השפיטות. כפי שמלמד שמה, השפיטות היא הדוקטרינה הקובעת לאילו נושאים יידרש בית המשפט, ואילו נושאים מצויים מחוץ למוטת כנפיהם הפרוסות של השופטים.

אחת מתרומותיו החשובות של הנשיא אהרן ברק להתפתחות המשפט בישראל היא העלמתה, דה-יורה ודה-פקטו, של מסננת השפיטות מהשיח המשפטי הישראלי.[1] מאז פסק דין רסלר הידוע (בעניין גיוס בני הישיבות),[2] מבוססת תפיסת השפיטות בישראל על שני יסודות:

1. ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית. שאלת שיפוטיותה של סוגיה מתחלקת לשתי שאלות שונות. השאלה הראשונה היא מהותית: האם הנושא העומד לדיון הוא שפיט - כלומר, האם המשפט נוקט עמדה לגביו. השאלה השנייה, לעומתה, היא פרקטית: "האם בית המשפט הוא המוסד הראוי להכרעה בסכסוך, או שמא ראוי לו לסכסוך שיוכרע בידי מוסד אחר".[3] גם אם סוגיה מסוימת היא שפיטה נורמטיבית, עדיין ייתכן שהיא אינה שפיטה מוסדית, ובית המשפט לא יקבע בה עמדה מסיבות שונות.

2. הכול שפיט נורמטיבית. לדעת הנשיא ברק, כל סוגיה שבעולם היא שפיטה נורמטיבית - כלומר, היא יכולה להיבחן במשקפיים משפטיים. הנימוק לטיעון זה הוא לוגי, כמעט הכרחי: החוק אוסר על ביצוע פעולות מסוימות, וממילא כל הפעולות האחרות - מותרות. לכן, על כל פעולה יכול המשפט לציין האם היא מותרת או אסורה, ומכאן שכל הפעולות שבעולם הן שפיטות.

האמנם "מלוא כל הארץ משפט"? כמובן, "בעיית השפיטות קשה היא" ו"אין להגדיר יסודותיה בצורה מדויקת",[4] ואנו לא באנו אלא להאיר מספר נקודות אודותיה. במאמר זה, אנסה לתקוף את קביעתו של ברק בשתי צורות: ראשית, לעמעם את ההבחנה שבין שפיטות נורמטיבית ושפיטות מוסדית ולהראות שאין הבחנה חדה בין שתיהן; ושנית, להסביר מדוע יש סוגיות שאינן שפיטות. בסיומו של המאמר אציין כמה דוגמאות לנושאים שאינם שפיטים.

בין שפיטות לשפיטה

כאמור, היסוד הראשון שעליו משתית הנשיא ברק את תפיסת השפיטות שלו הוא ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית לבין שפיטות מוסדית. אמנם, הבחנה זו אינה ברורה כלל וכלל: כיצד יכול עניין להיות שפיט "נורמטיבית", אם בית המשפט אינו יכול לעסוק בו מסיבות "מוסדיות"? מהי משמעות שפיטותו של עניין זה, אם בית המשפט אינו מוכן לשפוט אותו? כיצד אפשר לומר על פשע שהוא "שפיט", אם העבריין שביצע אותו אינו נשפט על פשעו ונענש?[5]

זאת ועוד; החלוקה בין שפיטות מוסדית לבין שפיטות נורמטיבית אינה דיכוטומית. למעשה, אי-שפיטות מוסדית נובע מאי-שפיטות נורמטיבית, וקיימת התאמה בין העניינים שהנשיא ברק מאפיין כ"לא שפיטים מוסדית" לבין העניינים שאחרים יאפיינו כ"לא שפיטים כלל". חוסר שפיטות מוסדית מלמד, למעשה, על פגם היורד לשורשה של השפיטות. כדוגמה להבהרת עניין זה, ניטול את הדיון שנערך בבג"צ בנושא חוקיותו של ניתוק מתיישבי חבל עזה מאדמתם.

לצורך ההבהרה, נבחין בין שני מצבים שונים: תחילה נניח שחוק "פינוי-פיצוי" סותר חזיתית חוק יסוד, ואחר כך נניח שאותו חוק אינו סותר חוק יסוד.

א. אם בית המשפט יסיק שהחוק ליישום ההתנתקות סותר חוק יסוד - אין ספק שהוא יכריז על בטלותו של החוק (או, לפחות, על בטלות הסעיפים הסותרים חוק יסוד). לו **חוק יסוד**: **הכנסת** היה קובע שנבחרים אינם רשאים לפעול בניגוד למצעם או לשולחיהם; לו **חוק יסוד**: **כבוד האדם וחירותו** היה אוסר על הריסת בתים לפני שנבנו לדרים בהם מגורי קבע חלופיים; לו חוק יסוד מפורש היה מחייב רוב של חברי הכנסת לוויתור על ריבונות בחלק מחלקי ארץ ישראל - אזי אין ספק ששאלת חוקיות העקירה הייתה שפיטה (נורמטיבית). הנשיא ברק היה מוסיף ומסביר ששאלה זו היא גם שפיטה מוסדית, שכן שום פגיעה לא תיגרם למעמדו של בית המשפט בציבור אם יפסול חוק או החלטת ממשלה הסותרים באופן ישיר ובוטה חוק יסוד.

ב. אם חוק פינוי-פיצוי אינו סותר חוק יסוד, ומכאן שהוא נחקק בסמכות, יש לפנות לעילות הפסילה הנוספות: המידתיות והסבירות. במסגרת המידתיות, יתכנסו השופטים, ישבו ויבחנו: האם קיים קשר לוגי בין ההתנתקות החד-צדדית לבין השלום המיוחל (מבחן האמצעי המתאים)? האם ישנו אמצעי נוסף, דורסני פחות מהשמדת חבל ארץ פורח ומשגשג, שישיג את אותה מטרה (מבחן האמצעי הפוגעני פחות)? האם התועלת המצופה מהמהלך מצדיקה גירוש 8,000 יהודים מביתם (מבחן המידתיות במובן הצר)? לאחר בחינת שאלות קשות אלו, יפנו השופטים לבחינת סבירותו של המהלך: האם סביר לגרש אנשים מביתם לפני שנבנו להם בתים חלופיים? המעיין ברשימת המטלות שהטלנו זה עתה לפתחו של בית המשפט יוכל להרהר בדבר השפיטות של הסוגיה: וכי יש לשופטים את הכלים המתאימים לבחינת סוגיות כבדות משקל אלה? תשובתו של הנשיא ברק ברורה: שאלות אלה הן שפיטות נורמטיבית, למרות שהן כרוכות בטבורן בשיקולי מדיניות מסובכים שלבית המשפט אין בהם יד ורגל, שכן בית המשפט מצטמצם לבחינת הפן המשפטי של הסוגיה, להבדיל מהפנים הפוליטיים, הביטחוניים והכלכליים שלה. למרות שקיים קשר הדוק ובלתי ניתן להפרדה בין הפנים השונים של הסוגיה, השופטים מורגלים בשקילת סבירותן של פעולות שהם אינם מבינים בהם דבר, ו"חוש המומחיות של המשפטן" המוטבע בהם מאפשר להם לעשות זאת כמעט מדי יום. אמנם, אף ברק יסכים להרהר בדבר השפיטות המוסדית של הסוגיה, שכן רוב האנשים לא ישכילו להבדיל בין הפן המשפטי של הסוגיה לבין הפנים הפוליטיים והמדיניים שלה, ועלול להיגרם נזק למעמדו של בית המשפט אם הוא ייראה כאילו התחיל לדון בשאלות פוליטיות-מדיניות.

> **חוסר שפיטות נורמטיבית וחוסר שפיטות מוסדית הם ביטויים של אותו פגם עצמו. אין משמעות ל"שפיטות נורמטיבית" כאשר בית המשפט מדיר את רגליו מניצול אותה שפיטות, אם נשתמש בלשונו של הנשיא ברק, "באין דיין-אין דין"**

נראה, אם כן, שקיימת התאמה ברורה בין השפיטות הנורמטיבית לבין השפיטות המוסדית. ככל שאמת המידה המשמשת את בית המשפט היא ברורה יותר וחדה יותר (לדוגמה: שאלת הסמכות) - כך גוברת הלגיטימציה הציבורית שלו להכריע, ולכן השאלה היא שפיטה מוסדית. עם זאת, כאשר בית המשפט נאלץ להשתמש באמות מידה עמומות ואפורות, שאינן נותנות מענה מוחלט וחד-משמעי (לדוגמה: שאלות הסבירות והמידתיות) - מתערערת גם הלגיטימציה הציבורית להכרעה השיפוטית, וממילא השאלה אינה שפיטה מוסדית.[6] ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית לבין שפיטות מוסדית, אם כן, אינה חלקה

** סטודנט למשפטים, שנה ג'

ומובהקת כשם שהיא נראית ממבט ראשון. למעשה, חוסר שפיטות נורמטיבית וחוסר שפיטות מוסדית הם ביטויים של אותו פגם עצמו. אין משמעות ל"שפיטות נורמטיבית" כאשר בית המשפט מדיר את רגליו מניצול אותה שפיטות. אם נשתמש בלשונו של הנשיא ברק, "באין דיין - אין דין".[7]

האמנם "הכול שפיט"?

לטענת הנשיא ברק, אין לך שאלה שאיננה שפיטה (נורמטיבית). כל פעולה ופעולה עוברת לפני אלת המשפט, כבוקר הרועה עדרו, וזו מחווה את דעתה האם היא אסורה או מותרת. כל דבר הוא "שפיט". לעזרת טענה זו נחלץ אחד מניסוחיו הידועים של עקרון החוקיות: "כל דבר הוא מותר, אלא אם כן נאסר במפורש". מעתה, אם נמצא פעולה שהמשפט אינו מתייחס אליה - אין זאת אלא בשל העובדה שהיא מותרת, ואין צורך להתירה במפורש; אך גם פעולה זו היא שפיטה, וגזר דינו של המשפט לגביה הוא "מותר". גם לדעת המצדדים בה, הקביעה "הכל שפיט" אין כוונתה שכל השאלות בעולם ניתנות להכרעה שיפוטית. "הכול שפיט" - אין משמעותו שהמשפט הוא חזות הכול. תשובתו של המשפט -לעולם היא בינארית: (או "גליוטינית", בלשונו של השופט חשין)[8] "אסור" או "מותר", "חוקי" או "לא-חוקי", "חייב" או "פטור", ותו לא. ישנם מעשים שהם חוקיים אך לא יעילים, לא הוגנים או לא מוסריים, ואפילו התנהלות שלטוניות עשויה להיות חוקית למהדרין אך לא-דמוקרטית. המשפט אינו מדרג התנהגויות חוקיות: הוא לא יאמר לאדם אם לאכול ביצה או סלט, ואף לא יעדיף אדם המתרחק מכל חשש רחוק של גרימת נזק לחברו על פני אדם המאמן את כלבו לשסע את עצמותיהם של אנשים החודרים לחצרו.[9] שני האנשים פועלים כחוק, ואלת המשפט עיוורת מלהעדיף אחד מהם.[10]

זאת ועוד, גם אם הכול שפיט, הדבר אינו מקנה למשפט ייחודיות על פני תחומי חיים אחרים. ישנם תחומים רבים נוספים שכנפיהם היו פרושות על כל הפעולות שבעולם, לו רק התיימרו לפרוש אותן עליהן. תיאורטית, ניתן להתיר מעשים ולאסור אותם על פי תרומתם לצמיחת הפרחים במדינה, וגם אז יוכל פילוסוף לטעון ש"הכול פריח". שכן כל פעולה המזיקה לפרחים - אסורה, וכל פעולה אחרת - מותרת. "אין פעולה שדוקטרינת הפריחות אינה חלה עליה", יטען אותו פילוסוף, "מלוא כל הארץ מפרח". יומרתו של המפרח התיאורטי הזה למלא את כל הארץ בכבודו אינה מוזרה יותר מיומרתו של המשפט לפרוש את חסותו על כל המעשים.

כמעט עם כל אחד המשרת במילואים יש בפלוגה קריקטורה של קצין-לשעבר, המתנהג בחיי היומיום כבשדה קרב: צועד בהליכה צבאית תוך שריקה חרישית של שיר לכת קצבי, בוחן לפני כל צעד האם יש לפניו תיל ממעיד, ומשגיח על "נקודות שולטות" בדרכים שהוא עובר בהן. הקצין והאגרונום המכריעים בכל צומת מוסרי על פי כללי המלחמה והחקלאות הם צרי-עין בדיוק כמו המשפטן המכריע בשאלות החיים על פי כללי המשפט המנהלי. מוזר מאוד יהיה לנסות לבחון שאלות של קיום חוזים על פי השפעתם על גדילת הפרחים וצמיחתם, אך ישנן שאלות שמוזר לא-פחות לבחון אותן בקנה המידה המשפטי. כשם שישנם מעשים המזיקים לפרחים שיש להתירם, וישנם מעשים שהפרחים מצדדים בהם אך בני האדם מעדיפים שלא לעשותם - כך גם ישנם מעשים לא-חוקיים (או לא סבירים או לא מידתיים) שאנו מעוניינים שייעשו, וישנם מעשים חוקיים, סבירים ומידתיים, שריח עז של סירחון מוסרי נודף מהם.

על פי עדותו של השופט אדמונד לוי, המדינה לא טרחה כלל להביא חוות דעת ביטחוניות, וחוות הדעת היחידה שהונחה לפתחו של בית המשפט הייתה זו שהתנגדה למהלך

מה לא שפיט?

לאחר שראינו שהשפיטות אינה חזות הכול, נפנה לבחינת השאלה החשובה ביותר: אילו תחומים הם שפיטים ואילו תחומים אינם שפיטים? כפי שהסברנו לעיל, אין להבחין בין השפיטות הנורמטיבית לבין השפיטות המוסדית, שכן סוגיה שבית המשפט אינו יכול לדון בה - ותהא הסיבה אשר תהא - אינה יכולה להיחשב לשפיטה. ככלל, אומר שההליך המשפטי האדברסרי מורכב מכמה שלבים: הגשת תביעה, דיון, פסק דין ואכיפה. כאשר אחד משלבי הדיון מחמיץ את המטרה של הוצאת הצדק לאור בסוגיה מסוימת - הרי שסוגיה זו אינה שפיטה במערכת המשפטית המוכרת לנו.

א. שאלות שאינן בסמכותו של בית המשפט. במדינה דמוקרטית, העם הוא הריבון וחברי הכנסת הם נאמניו. סמכותו של בית המשפט לשפוט ולהכריע באה לו מכוחם של חוקי הכנסת. בית המשפט אינו יונק את סמכותו מהאוויר. מקום שהכנסת אינה מעניקה לבית המשפט סמכות שיפוט - אין לו סמכות כזו, וממילא השאלה אינה שפיטה (שהרי אין מי שישפוט בה). דוגמה לשלילה מפורשת של סמכות בית המשפט היא סעיף 33 ל**חוק החוזים (חלק כללי)**: *"חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה [...]אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית המשפט"*. מעבר לסעיף זה, קיימים נושאים נוספים שאינם מצויים בסמכותו של בית המשפט.

הנשיא שמגר טוען כי *"יכול והאופי הפוליטי יהיה דומיננטי עד כדי כך שהמשמעויות המשפטיות של הבעיה ייבלעו בו או יידחקו לקרן זווית [...] אם המכלול מצביע באופן ברור וגלוי על מחלוקת בעלת אופי פוליטי דומיננטי, לא יטה בית המשפט לעסוק בה"*.[11] בניגוד למשתמע מדברי הנשיא שמגר, נושאים אלו אינם יוצאי-דופן חריגים, אלא מצביעים על פגם בתשתית הסמכות של בית המשפט לשפוט. נצטט (באריכות מה) מדבריו הנפלאים של הנשיא אגרנט:

"תפקידה של המדינה (כולל את בתי המשפט! [י.ב.]) הוא התפקיד - כך מלמדת התורה הדמוקרטית - למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן, כי דרוש שיתקיים קודם ההליך של השתכנעות משותפת (common conviction) אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים, לפני שנוכל לומר כי נוצר בקרבם רצון כללי (general will) שהם יהפכו להיות בעלי כוח מחייב וישאו את הגושפנקה והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי [...] ***נמצא, כי הקונסנסוס של החברה באשר לאמיתותה וצדקתה של נורמה זו או אחרת, קודם לזכייתה להכרה משפטית על-ידי המדינה"****.*[12]

וממשיך הנשיא אגרנט: *"מוטב ששופט לא ינקוט עמדה לגבי שאלה אידאולוגית, השנויה במחלוקת גדולה בקרב הציבור, שכן במקרה כזה מן הנמנע שהשקפתו האישית תגלם את אשר החברה בכללותה רואה כאמת"*. הווי אומר: בית המשפט מנוע מלנקוט עמדה בשאלות מעין אלו, ולכן הן אינן שפיטות.

ב. שאלות שאין בהן שיקול דעת לבית המשפט. זהו תת-סעיף של הסעיף הקודם, אך מפאת חשיבותו, נייחד לו מקום לבדו. מעצם הגדרתו, המשפט הוא פעולה של בחירה בין אפשרויות. כאשר לבית המשפט אין את החופש לבחור כיצד לפסוק, והוא כפוי לפסק דין מסוים - הרי שאותה סוגיה היא בלתי שפיטה. כמובן, ישנן שאלות שהתשובה עליהן ברורה וחד-משמעית, אך גם בהן מפעיל השופט את שיקול דעתו. כאשר היכולת לשקול ולהכריע ניטלת מבית המשפט מסיבות חוץ-משפטיות - לא מתבצעת "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 אינו יכול - דה-פקטו - לפסוק נגדו; ובנושאים קריטיים, שבית המשפט חושש ליטול על עצמו את האחריות לפסיקה בהן.

במשפט האמריקני, ידועה הדוגמה של פסק דין Korematsu,[13] בעניין היפאנים תושבי ארה"ב שנכלאו במחנות שבויים במהלך מלחמת העולם השנייה. באותו מקרה, קבע השופט ג'קסון שבית המשפט לא ידון בעניין, כיוון שאם ידון - ייאלץ לקבל את התביעה, והוא אינו יכול לעשות זאת. במשפט הישראלי, מוכרות העתירות בנושא העינויים בשב"כ, שהוגשו בשנת 1994 ופסק הדין בעניינן נדחה מסיבות שונות עד שנת 1999;[14] ופסקי הדין הרבים בעניין הר הבית (איסור על תפילת יהודים בהר,[15] אי-אכיפה של חוקי התכנון והבנייה ראה למשל,[16] ועוד). דוגמה נוספת היא פסק הדין בעניין גירוש 415 אנשי חמאס ללבנון ללא התראה וללא שימוע,[17] שבית המשפט נאלץ לאשר אותו בשל התמיכה הציבורית הרחבה שהוא זכה לו ועקב העלמתה של דוקטרינת אי-השפיטות מהמשפט הישראלי.

לסעיף זה ניתן לצרף גם את הדיון המשפטי בהתנתקות מיישובי חבל עזה, שהוזכר כבר לעיל. על-פי עדותו של השופט אדמונד לוי, המדינה לא טרחה כלל להביא חוות-דעת ביטחוניות, וחוות הדעת היחידה שהונחה לפתחו של בית המשפט הייתה זו שהתנגדה למהלך.[18] למרות זאת, קבעו שופטי הרוב

כי "החזקה פועלת לטובת הסתמכות על מומחי הביטחון מטעם המדינה" (שקולם כלל לא נשמע!).[19] ברור לכל שבית המשפט לא יכול היה לסכל את הנסיגה מעזה - גם אילו היה סבור שהדבר נצרך - כיוון שההשלכות המדיניות, הפוליטיות והביטחוניות של ביטול תכנית ההתנתקות הן מרחיקות לכת, ובית המשפט לא היה מוכן לקחת אותן על אחריותו. לכן, המדינה כלל לא נצרכה להביא מומחה מטעמה, בהיותה בטוחה שההכרעה הסופית תהיה לטובתה.[20]

ג. שאלות שאינן ראויות להיות נידונות בפורום משפטי. על שאלות מסוג זה עמד השופט חשין, באומרו כי *"הכרעתו של בית המשפט, על-פי עצם טיבה, הכרעה גיליוטינית היא[...] בעוד שסכסוכים הנסבים על הר הבית אינם ניתנים כך להכרעה [...] צורכים הם פתרון[...] בפשרה, ברוח של הבנה, בסבלנות ובסובלנות".*[21] ישנם סכסוכים שהליך ההכרעה השיפוטית אינו מתאים להם. על אותה דרך, מגוחך יהיה אם בית המשפט יזדקק לתביעתה של אישה שבעלה הבטיח לה לשטוף את הכלים המלוכלכים ולא עשה זאת, או לתביעתו של אב שסיפר לילדו סיפור והלה מסרב ללכת לישון. בכל המקרים הללו, אף שהם נחזים כעניינים חוזיים והסכמיים מן המניין, הכלים שביד בית המשפט אינם הכלים הראויים להשתמש בהם.

ישנם תחומים רבים נוספים שכנפיהם היו פרושות על כל הפעולות שבעולם, לו רק התיימרו לפרוש אותן עליהן. תאורטית, ניתן להתיר מעשים ולאסור אותם על פי תרומתם לצמיחת הפרחים במדינה, וגם אז יוכל פילוסוף לטעון ש"הכול פריח"

ד. זכויות שהמשפט אינו יכול לשלול. טענתו של השופט אלון היא כי *"אין אתה אומר שהמשפט "מתיר" לאכול, לשוחח בטלפון, לטייל, לרוץ ולרקוד משום שאין הוא "אוסר" פעולות אלה[...] לעניין כל הפעולות האלה קיים "חלל משפטי"".*[22] טענתו של השופט אלון, ככל הנראה, נוגעת לעקרון החוקיות. לטעמו, עיקרון זה אינו חלק מהמשפט, אלא עיקרון חיצוני לו, המתווה את גבולותיו. האמירה "כל דבר מותר אלא אם כן נאסר במפורש" אינה כלל שיורי משפטי-פנימי, אלא עיקרון גדול, הקובע שהמשפט אינו חל על מה שלא נאסר בחוק. לדעת ברק, אם כן, אדם רשאי לרקוד כיוון שהמשפט אינו אוסר זאת עליו,[23] ואילו לדעת אלון זכותו של האדם לרקוד קודמת למשפט ואינה נובעת ממנו. טענה זו היא טענה ראויה, אולם אין כאן המקום לעסוק בה.[24]

ה. הכרעות שאי-אפשר לאכוף. בתגובתו החריפה של ברק לדבריו החריפים של אלון, מופיע המשפט הבא: *"המשפט הוא בכל. אין חלל משפטי[...] אני רשאי לחשוב ולנוע כרצוני משום שהמשפט מכיר בחירותי זו".*[25] על דוגמה זו חזר השופט ברק במאמר משנת 1992: *"כל התנהגות אנושית היא נשוא לנורמה משפטית. גם כאשר סוג פעילות מסוים כגון יחסי חברות או מחשבות סוביקטיביות, נשלט על ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, אוטונומיה זו קיימת משום שהיא מוכרת על ידי המשפט [...] אין תחומי חיים שהינם מחוץ למשפט".*[26] ובכן, הזכות לחשוב היא דוגמה יפה לזכות שאינה שפיטה. גם אם יתכנס בית המשפט בהרכב מורחב, ישב על המדוכה וידון בזכותו של פלוני לחשוב ויכריע ברוב דעות כי זכות זו אינה מוקנית לו - לא יוכל בית המשפט למנוע ממנו לחשוב. כבר פסק את פסוקו החכם מכל אדם: "אין אדם שליט ברוח לכלוא את הרוח".[27] כללו של דבר: כאשר אחת מההחלטות בעניין מסויים היא בלתי-אכיפה, הרי שהעניין כולו הוא בלתי-שפיט.

סיכום

במאמר זה ביקשנו לציין כמה נקודות באשר לקביעה כי "הכול שפיט". בחנו את ההבחנה בין שפיטות נורמטיבית ובין שפיטות מוסדית, הסברנו מדוע ישנם דברים שאינם שפיטים (נורמטיבית), וציינו כדוגמה כמה נושאים כאלו. לסיום, אבקש לשוב ולהתייחס לתכנית ההתנתקות. שאלת יישום התכנית שייכת כמעט לכל סוגי הסוגיות שציינו כלא-שפיטות: היא בלולה בשיקולים פוליטיים, מדיניים וביטחוניים; פסילתה על ידי בית המשפט הייתה מכניסה את המדינה למערבולת שבית המשפט חושש מלשאת באחריותה; והיא כלל אינה מתאימה לדיון במסגרת המשפטית הרגילה. לכן, עמדו בפני בית המשפט שתי אפשרויות בלבד: לקבוע כי היא בלתי-שפיטה, או לאשר אותה. בפסיקות קודמות, בית המשפט הגדיל והרחיב את החורים שבמסננת השפיטות, עד שאפילו תכנית ההתנתקות - על 25 היישובים, 8,000 העקורים ו-50,000 השוטרים והחיילים שלקחו בה חלק - הצליחה לעבור בשלום דרך חורים שחורים אלו. מעתה, לא נותר לבית המשפט אלא לאשר את התכנית. למרות ההתנהלות הלא-סבירה של ראש הממשלה, למרות ההימנעות העיקשת וחסרת-הפשר מלתת הסברים ראויים לאזרחים, ולמרות חוסר הדאגה המינימלית לתנאי חייהם של העקורים לאחר גירושם - למרות כל אלה ועוד, החליט בית המשפט לדחות את הבקשות לבטל את תכנית ההתנתקות. לדחות אותן, כאמור, מהסיבה הלא-נכונה●

---

[*] הדברים שבמאמר זה מבוססים על תובנות רבות ששמעתי מפי פרופ' יואב דותן; חלקם נאמרו על ידו במפורש, וחלקם מבוססים על דברים שנאמרו על ידו. תודתי לו על תרומתו למאמר זה בפרט, ועל שיעוריו במנהל ציבורי בכלל. כמובן, אין לו שום קשר לדעת מחבר המאמר בנוגע לתכנית ההתנתקות...

1. לרוב, בשל ריבוי השופטים, אי אפשר לציין את "דעתו" של בית המשפט בשאלה כלשהי, כדרך שאמרו חז"ל: "כשם שפרצופיהם שונים, כך דעותיהם שונות". למרות זאת, מאז הטמיע הנשיא ברק את תפיסתו בעשרות פסקי דין, היא הפכה לכמעט "תפיסה רשמית" של בית המשפט העליון, כך שניתן לקבוע- במידה רבה של דיוק- כי זוהי אכן דוקטרינת השפיטות של בית המשפט הישראלי.
2. בג"צ 910/86 **רסלר נ' שר הבטחון**, פד"י מב(2) 441 (להלן: **בג"צ רסלר**).
3. **בג"צ רסלר**, פסקה 33 לפסק דינו של השופט ברק.
4. **בג"צ רסלר**, פסקה 31 לפסק דינו של השופט ברק.
5. אוסיף עוד הערה: אבי כל חטאת הוא השימוש בתואר "שפיטות", כאילו ישנן סוגיות שהן "שפיטות" מטבען וישנן סוגיות שהן "אינן שפיטות" מטבען (כביכול, כשם שיש חפצים ירוקים, כך יש חפצים "שפיטים"). למעשה, השפיטות אינה תכונה של עצם, בדומה לצבעו או לצורתו, אלא היא פועל יוצא של נכונות בית המשפט לדון בו.
6. אין כוונתי לחלק בין סמכות לבין מידתיות וסבירות, וחלוקה זו הובאה רק כדוגמא. החלוקה היא בין שאלות "קשות" לבין שאלות "קלות". סתירה בין חוק רגיל לבין חוק יסוד, לדוגמה, עשויה להיות סתירה חדה וברורה או סתירה חלשה הזוקקת עיון. ככל שהסתירה בוטה יותר - כך יש לבית המשפט יותר לגיטימציה ציבורית לפסול בגללה את החוק, ולכן רמת השפיטות (המוסדית) של הסוגייה גדלה.
7. בג"צ 428/86 **ברזילי נ" מ"י**, פד"י מ(3) 505.
8. בג"צ 8666/99 **תנועת נאמני הר הבית נ' אליקים רובינשטיין**, פ"ד נד(1) 199, פסק דינו של השופט חשין.
9. ראה **פקודת הנזיקין (נוסח חדש)**, סעיף 241ב(3).
10. יוצא דופן לכלל האחרון, המשפט נותן תשובה בינארית ואינו מדרג התנהגויות חוקיות, הוא המבחן השני של המידתיות, המדרג פעולות שונות לפי רמת הפגיעה שלהן בזכויות אדם (אף כי ייתכן שכולן חוקיות ומצויות במתחם הסבירות). דומה שזו אכן אחת מהסיבות לרתיעתם של משפטנים רבים משימוש מופרז במבחן זה.
11. **בג"צ רסלר**, פסקה 6(א) לפסק דינו של הנשיא שמגר.
12. בג"צ 58/68 **בנימין שליט נ' שר הפנים**, פד"י כג(2) 477, פסקה ד(3) לפסק דינו של הנשיא אגרנט.
13. **Korematsu v. United States**, 323 U.S. 214 (1944).
14. בג"צ 5100/94 **הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פד"י נג(4) 817.
15. ראה למשל, בג"צ 222/68 **חוגים לאומיים נ' שר המשטרה**, פד"י כד(2) 141.
16. ראה למשל, בג"צ 7128/96 **תנועת נאמני הר הבית נ' ממשלת ישראל**, פד"י נא(2) 509.
17. בג"צ 5793/92 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבטחון**, פד"י מז(1) 267.
18. בג"צ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' כנסת ישראל ואח'**, טרם פורסם (9.6.2005) פסקה 35 לפסק דינו של השופט לוי.
19. בג"צ 1661/05, פסקה 108 לפסק דין הרוב.
20. ככלל, בית המשפט אינו נמנע מלהתערב בנושאים המצויים בתחום סמכותם של רשויות אחרות בלי קשר לזהותו של מגיש העתירה; אולם דומה שבית המשפט מעריך יותר את חומרת הביטול של החלטות ממשלה "שמאלניות" לעומת החלטות "ימניות". בית המשפט יחשוש ליטול על עצמו אחריות לתוצאות מרחיקות הלכת של ביטול (או דחיית) תוכנית ההתנתקות, אך לא יהסס לעכב את בנית גדר ההפרדה, על ההשלכות הביטחוניות החמורות של עיכוב זה.
21. בג"צ 8666/99 **תנועת נאמני הר הבית נ' אליקים רובינשטיין**, פד"י נד(1) 199, פסק דינו של השופט חשין.
22. בג"צ 1635/90 **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**, פד"י מה(1) 749, פסקה 8 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון.
23. אמנם, ראה בדבריו של השופט ברק: "הכרה זו אינה נגזרת מתוך כך שהמשפט אינו אוסר פעולות אלה עלי, אלא מתוך כך שהמשפט אינו מכיר בזכותו של הזולת למנוע זאת ממני" (פסק דין ז'רז'בסקי, פסקה 30 לפסק דינו של השופט ברק).
24. בניגוד למשפט, מעמיד אלון את ההלכה: "ההלכה מתייחסת לכל פעולותיו של האדם. על כל פעולה ניתן לומר ויש לומר שהינה מותרת או אסורה בעולמה של ההלכה, ולא קיים "חלל הלכתי" [...] "לית אתר דפנוי מיניה, לא בעילאין ולא בתתאין" (=אין מקום שפנוי הימנו, לא במה שלמעלה ולא במה שלמטה)". במחילה, דומה שנתחלפו לו לשופט אלון ההלכה עם הקב"ה. אכן, הקב"ה- אין אתר פנוי ממנו, ומלוא כל הארץ כבודו. אולם ההלכה היא רק אחת מהדרכים שהא-ל מתגלה באמצעותן. לצד ההלכה יש את האגדה, החורגת ממגבלות ההלכה ומתעלה לעיתים מעליה; יש את הקבלה והסוד, המביעים דעה בעניינים שההלכה אינה עוסקת בהם; ויש אף את המוסר, ההיגיון והצדק, מעין "קדושים תהיו", "דרכיה דרכי נועם" וחוות דעתו של הרופא או איש הצבא במקום שהן נצרכות. בלשונו של מורי ורבי הרב יהודה עמיטל, ראש ישיבת הר עציון, "לא הכל הלכה".
25. **בג"צ זר'ז'בסקי**, פסקה 30 לפסק דינו של השופט ברק.
26. אהרון ברק, "על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי", **עיוני משפט** 17 (1992), 477, 485.
27. קהלת ח', ח.