

## המשפט להלכה ולמעשה \*

מאת

אלפרד ויתקון \*\*

אתם עומדים היום בסיום לימודיכם העיוניים ובפתח עבודתכם המקצועית-המעשית. גם אני עמדתי פעם במעמד הזה וזכורה לי עדיין הרגשתי דאג, הרגשה של אי רצון לחוסר סבלנות. הלימודים לא נתנו לי הרבה, כי לא ידעתי מה טעמה וערכה של הלכה שטרם עמדה במבחן הניסיון והמציאות, ואלה, כמובן, עוד היו רחוקים ממני. ואני זוכר: הררתני בדבר העליתי מחשבה, אם לא כדאי היה להפוך את הסדר, להתחיל בעבודה המעשית במקצוע ולדחות את הלימודים עד סוף הקריירה המשפטית. הרעיון אבסורדי כמובן, אך גרעין של אמת יש בו, והוא – שעד שלא נתקלת במציאות האפורה ובבעיות הרבות והבלתי נפתרות שהמשפט בפעולתו מעורר יום-יום מעצם היותו פוגקציה חברתית, קשה להעריך את התשתית ההלכתית של המקצוע הזה. אמנם, אפשר גם לעסוק בעבודה המעשית וליתן ליסודות ההלכתיים להישכח מלב, והכל הופך לפרנסה. הפיתוי החומרי לכך גדול, אך הסיפוק האינטלקטואלי מפוקפק למדי. הפשרה המתבקשת מאליה היא, כמובן, שלעולם אין להפסיק את הלימוד התיאורטי – בדרך של קריאת כתבי-עת ופסקי דין – יהיה אשר יהיה עומס העבודה המכביד עלינו. אך לא להטיף מוסר באתי הנה. כוונתי להראות את הפער הרב שבין עולמו האידיאלי של המשפט ובין דמותו בעולם המציאות – פער שלא בדיבורים יפים ניתן להרחיקו מאתנו. הבה נראה דברים כהווייתם. הנושא ראוי למחשבה.

העבודה המשפטית מתחלקת לשני סוגים: ייעוץ והכנת מסמכים למיניהם מזה ודין בבית המשפט מזה. על עבודה מן הסוג הראשון אין ברצוני להרחיב כאן את הדיבור. די לי להעיר, בקצרה, שכאן הפער בין אידיאל למציאות מתבטא בעיקר בכך, שבשל דחוק הזמן והצורך ביעול העבודה הגענו למידה הולכת ורבה של סטאנדארטיזציה. החוזה האחד שולט בכיפה; הוא בעצם צורך השעה. ארגוני צרכנים קובלים על כך וטוענים כי "האיש הקטן" נשחק בין גלגלי היעילות. אך, למעשה, גם הלקוחות ברובם מבקשים מיועציהם להסדיר את ענייניהם "כפי שכולם עושים". אינני מזלזל, חלילה, בחלק זה של עבודת עורך הדין; להפך, כאן הוא עוסק במה שנקרא "המשפט הפרונונ-טיבי", שתפקידו לשמור על אדם מהסתבכות בדין ודברים בבתי המשפט; והרי לכך חותר אני בהרצאה זו. אלא שנראה לי כי, פרט לעניינים מיוחדים היוצאים מגדר הרגיל,

\* דברים שנאמרו בטקס חלוקת תעודות לבוגרי מחזור כ"ו של הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים, סיוון תשל"ט.

\*\* שופט בית המשפט העליון בירושלים.

העבודה המשודרת היא, במידה רבה, שגרתית. היא דורשת תכנון, ארגון ויעילות, יותר מעבודה עיונית.

אם כך, בוודאי נמצא כר גרחב לעבודה שכזאת בזירה הפורנויות, אם כפרקליטים ואם כשופטים. התדיינות — ואני מדבר כמובן רק על התדיינות שבעלי הדין חולקים בה על זה ולא על תביעות בלתי מוגנות — היא מטבע ברייתה אינדיווידואלית. היא דורשת, לעולם, מחקר, אסטרטגיה וכשרון רב לבחור בטענות הנכונות (ולהימנע מאלה שאינן נכונות) ולהציגן בצורה משכנעת. תמיד הייתי במצב רוח מרומם כשהלכתי לבית המשפט כפרקליט ובידי טענה שהיה בה לסבר את האוזן ולשבות את הלב. אין כוונתי לומר, שהייתי צריך להאמין בצדקת הטענה, שכן אסור לפרקליט להזדהות עם עניינו של מרשו. וגם זאת מן המפורסמות היא, שכדי להצליח אין צורך להיות מבריק; העיקר להיות מוכן לטענות יריבך (או לשאלות השופט) ולהימנע מעשיית שגיאות. אך אין ספק, שאם יש לך טענה מעניינת ואוזני השופט קשובות, מזומן לך תענוג אינלקטואלי ממדרגה ראשונה. כך גם השופט, שלפניו מתנהלת התדיינות על רמה גבוהה, אף הוא נהנה שעה שהוא מתכונן למשפט מעניין, מברר את הבעיות בעזרת פרקליטים מוכשרים, שוקל את כל הברירות וכותב פסק דין קריא ומשכנע. המדע שלנו מדע שימושי הוא, אך בכל זאת מדע הוא, ועל כן, פרקליט ושופט כאחד, אסור להם לאבד את הקשר עם הצד העיוני של המשפט.

כך אפשר לתאר את המשפט כמעט כמו אידיליה, אך שוב עלי לאכזב, והפעם מנקודת ראות אחרת. התמונה שציירתי זה עתה יוצאת מתוך ההנחה שקיימים תנאים אופטימיים, שברדרך כלל אינם קיימים בעולם המציאות שלנו. הם קיימים, כשביט המשפט מקדיש למשפט מסוים, הנראה לו חשוב במיוחד, זמן וכוח בלתי מוגבלים. ישנם משפטים כאלה, למשל, בתחום הקונסטיטוציוני, הפוליטי, לפעמים גם הפלילי, ובמקרים גדירים יותר, האזרחי. אך מקרים אלה אינם אלא היצאים מן הכלל. לחץ הזמן, חוסר כוח אדם והביקוש המופרז לשירות השיפוטי — ביקוש שאין לו אה ורע בכל מדינה שאנו נוהגים להביא לצורך השוואה — כל אלה נותנים לעבודתנו המעשית צביון שונה לגמרי. ניתנה האמת להיאמר — על משקל ההגדרה הקלאסית של "אינפלציה" — שיותר מדי משפטים רודפים אחרי פחות מדי שופטים, שלא לדבר על החוסר בפרקליטים ובמנגנון טכני. והתוצאה ברורה: או שהפיגורים הולכים ומצטברים — the law's delays, שכבר האמלט התריע עליהם, והרי עיגול הדין כמוהו כעיוות הדין — או שהכמות באה על חשבון האיכות.

כאן ברצוני להבהיר שאינני טוען לשלמות. בקובענו אידיאל, אמר אריסטו, עלינו לשאוף לרצוי, אך לא לבלתי אפשרי. בעצם, אין גבול לזמן ולמאמץ המחשבתי שניתן להשקיע בכל בעיה, אך לא לזה התכוונתי בתלונתי על חוסר טיפול מתאים. אפילו השקלא וטריא המעמיק ביותר חייב להישאר בתוך גבולות מעשיים. הרי בבעיות של בני אדם אנו עוסקים, ולא בשאלות אקדמיות. למשל, הייתי מציע לשופטים לגשת לתפקידם מתוך נטייה שלא לחלוק, ככל האפשר, איש על רעהו או על קודמיהם, ככל שקגאה כזאת מרבה חכמה ומעשירה את הפסיקה. אין צורך לחפש קושיה לכל פתרון. גם עורכי דין חייבים לקבל על עצמם הרגלי עבודה העשויים להגדיל את תפוקתם ואת תפוקת בתי המשפט גם יחד. אם אכתוב פסק דין תוך יום-יומיים ומשמיעת המשפט אודקק לרבע מן הזמן הדרוש לי לכתוב אותו פסק כעבור חודש ימים, אכן, בכל מה שאני אומר כאן אני

יוצא מן ההנחה שסגל של שופטים יעילים עומד לרשותנו והם מקדישים את כל מרצם וזמנם לעבודה השיפוטית ולא לעניינים אחרים (פרט לכך שכל אדם משכיל זקוק מדי פעם להתעסקות אחרת המוציאה אותו מן השגרה). אפילו בהנחה שהכלים מצויים בידינו והשיטה סדורה ויעילה במידה סבירה, עדיין עובדה היא שהביקוש לשירותנו המשפטי עולה לאין שיעור על כל מה שניתן לספק במשאבינו הדלים. בית המשפט של היום מזכיר לי בית חולים הערוך לאשפוז אלף חולים והוא נדרש, באופן קבוע, לטפל באלפיים. התוצאה אינה יכולה להיות אלא אחד משלוש: או שכל החולים יקבלו רק את מחצית הטיפול שהם זקוקים לו; או שרק מחצית החולים יקבלו את כל הטיפול שהם זקוקים לו; או שתתפתח שיטה הממוזגת וממצעת את שתי הרעות הללו. לאחרונה הקדיש ד"ר שמעון שטרית מחקר מעניין ומעמיק לעניין הביקוש המופרז מצד האוכלוסייה שלנו לשירותים משפטיים, ביקוש העולה בהרבה על המקובל במדינות אחרות, והמספרים שהוא מביא מגלים תמונה מוזעזת.

הצעתי הראשונה היא, שנהיה מודעים למצב האומלל הזה ולא נתעלם ממנו תוך תקווה שייעלם מעצמו או שיבואו אחרים וימציאו תרופות פלא. מודעות זו אינה, כיום, נחלת הכלל. יש שופטים ועורכי דין הסבורים שהמשפט המעסיק אותם באותו זמן הוא, כביכול, המשפט היחיד הדורש את תשומת לבם והם מטפלים בו ללא התחשבות בעומס העבודה המוטלת על מערכת המשפט בכלל. עם כל הכבוד לאלה הסבורים כך, נראה לי שאין הם יוצאים ידי חובתם. לדעתי, לעולם עלינו למצוא איוון בין מידת הטיפול הניתן לעניין קונקרטי אחד ובין הטיפול הניתן לכלל העניינים המגיעים אל בית המשפט. "שופטים ועורכי דין" אמרתי, כי דווקא עורכי דין, קצרה דעתם, לפעמים, מלהבין שופט שאינו מקדיש לטענותיהם הארוכות זמן בלתי מוגבל. יזכור-נא הפרקליט, שיתכן מאוד שהשופט דואג ברגע זה ליתר העניינים הקבועים לפניו והמחכים בתור וסופם להידחות בתום הישיבה.

הצעתי השנייה היא שלא נחשוב על דרכים לתיקון המצב שאינן אלא דרכים להרחבת השירותים הקיימים. לדעתי, דין הוא שיהיו כל מעיינינו נתונים לדרכים לקימוץ המנגנון הזה. דיפלואציה, ולא אינפלואציה, צריכה להיות הסיסמה. אני יוצא מן ההנחה שמשאבינו הלאומיים בכסף ובכוח אדם דלים הם ושכל הרחבה — יותר שופטים, יותר בניינים לבתי משפט, יותר עורכי דין ויותר מנגנוני עזר — מן ההכרח שתבוא על חשבון שירותים חברתיים אחרים. ואני יודע: לפעמים מתקבל הרושם שאנו חיים בחברת-שפע ושמצבנו הכלכלי אינו דחוק כלל ועיקר, אך לא כך לימדוני יודעי דבר. וגם זאת ברצוני לומר: מקובל אצלנו שמי שעוסק בעצמו באיזה מקצוע או במתן שירות חברתי כלשהו חושב שאותו מקצוע ואותו שירות הם החשובים מכולם. ואילו אני, שעסקתי כל ימי במשפט, מאמין אני, באמת ובתמים, שאילו היו לנו האמצעים, כדאי היה להפנותם לחינוך (למשל, למען אינטגרציה) או לבריאות — שלא לדבר על צורכי ביטחון — בטחם נועיד אותם להרחבת השירות המשפטי. למשל — ואני יודע שאין זו דעה המקובלת אצלנו — הקמת מוסדות לעבריינים צעירים עדיפה, לדעתי, מהקמת היכל חדש לבית המשפט העליון. היום, כשמדברים על מצוקתו של בית המשפט העליון מבחינת עומס עבודתו, מיד באים בהצעה להקל עליו בדרך של הקמת ערכאת-ביניים לערעורים; ואני, שאלתי הראשונה היא: כמה שופטים חדשים צריך למנות כדי לאיש ערכאה כזאת? כל הצעה הדורשת גידול המנגנון פסולה בעיני מנהיגי ובית. ולא רק שאלת ההוצאה הכספית

מעיקה עלי. לצערי הרב, קשה ביותר לגייס היום משפטנים מוכשרים, מנוסים ויעילים לשירות הציבורי. תלוציות מעין זו נדירה בימינו. ויש גם לשקול את יתר המגרעות שבהגדלת מספר השופטים. ריבוי שופטים — בעיקר בערכאה העליונה — פירושו פחות היוקרה של המוסד, וככל שמספר השופטים עולה, פוחת גם הסיכוי לתאם את עבודתם בינם לבין עצמם ולהגיע למידה הרצויה של הארמוניה בפסיקתם.

אם כן — מה לעשות? ברצוני לדבר כאן אך ורק על המוסד האחד והיחיד שאני מתמצא בו ובבעיותיו, בית המשפט העליון בישראל.\* היום המצב הוא שכמעט כל הערעורים האזרחיים (כ-800 בשנת 1978) נידונים על-פי סיכומים בכתב. שיטה זו אמנם מאפשרת לפרקליט לטעון את טענותיו ללא הפרעה מצד השופטים, אך היא גם מונעת ממנו להשיב לשופטים על שאלות העלולות להטריד אותם. ערעורים פלייליים (כ-900 בשנה), הן על ההרשעה והן על גזר הדין, כה רבים הם, בעוונותינו הרבים, שהם מעסיקים את השופטים ברוב ימי עבודתם. נשארים לנו משפטים המוגשים לבית המשפט הגבוה לצדק (קרוב ל-900 בשנה) כמועמדים לצמצום עומס העבודה. כבר מזמן קיימת תקנה המאפשרת לנו לדחות עתירות הסרות שחרר בלי לשמוע את העותר בעל-פה, אלא שגם שיטה זו אינה חוסכת זמן רב, שכן גם כך נדרשים שלושה שופטים לקרוא את העתירה, לדון בה ולתת את נימוקיהם בכתב.

סמכותו המקורית של בית המשפט הגבוה לצדק היא אנומאליה במערכת המשפט הישראלי, שרק על רקע היווצרותה בימי שלטון המאנדאט ניתן להסבירה. לפי שורת ההיגיון, מזמן היינו צריכים להעביר סמכות זו לבתי המשפט המחוזיים, שם יישמעו העניינים לפני דן יחיד. ואמנם, כמה עניינים כבר הועברו לבתי המשפט המחוזיים, ולדעתי, אין סיבה שלא להעביר אליהם דברים נוספים, כגון סכסוכים בין הורים על החזקת ילדים שנחטפו או ענייני מכרזים, שאינם אלא סכסוכים אזרחיים בין קבלנים. וכבר זמן רב נמשך הדיון בהצעה לשחרר את בית המשפט הגבוה לצדק מן המעמסה לטפל בבקשות של אסירי בתי הסוהר הקובלים על תנאי החזקתם ולהעביר דברים אלה לוועדה שבראשה יעמד שופט של בית המשפט המחוזי.

עניין האסירים ראוי שנקדיש לו כמה הערות, כי הוא מדגים את הבעיה שברצוני להציג לפניכם. לא ברצון הצענו להוציא את ענייני האסירים מתחום סמכותנו. כולנו סבורים שמן הראוי ואף הכרחי הוא שלכל אסיר תינתן הזכות לפנות לערכאה שיפוטית (ולא רק מינהלית) בכל תלונה על קיפוח או על יחס בלתי הוגן, וחשוב ביותר הוא שגם שלטונות בתי הסוהר יידעו שמעשיהם צריכים לעמוד במבחן הביקורת השיפוטית. זאת ועוד. אין מראה מרהיב עין מזה של אדם הנמצא בשפל המדרגה מבחינה חברתית, ואפילו איש שחטא — כל דכפין וכל דצריך — ובנידו הזכות לפנות במישרין לערכאה השיפוטית העליונה ולתבוע את זכויותיו. כלום יש סמל מרשים יותר למדינת החוק ולשמירה על זכויות האדם? הנה כי כן, שלושה שופטים בכירים יושבים ומקשיבים בסבלנות לאותו אדם, לרוב שלא באמצעות עורך דין, שום טלפון אינו מפסיק את

\* מעניין לדעת, שגם בארצות אחרות נמצא בית המשפט העליון במצוקת זמן וכורע תחת עומס העבודה. כוהן המצב בעיקר בארצות-הברית (ראה: *U.S. News & World Report* מיום 26.3.79). שם מוסמך בית המשפט לבחור לעצמו את המשפטים שברצונו לדון בהם לגופם: כ-150 מתוך כ-4600 המוגשים אליו בשנה. אך נמצא, שאפילו תפקיד הבחירה גדול מכוחם של תשעת השופטים והמלאכה נעשית בידי עוזרים.

השיחה ואיש מאתנו לא נקרא באמצע השיחה לישיבה דחופה במקום אחר, וכל המעמד הנשגב הזה קודש למטרה לעזור למסכן במצוקתו. נכון הדבר, יש כאן, במקצת, גם משום תרגיל ביחסי ציבור, המזכיר לי את הנודג שהיה קיים בזמן האבסולוטיזם המלכותי, כשהמלך יצא מדי פעם לרחוב ונטל ישירות מידי נתיניו, פשוטי העם, כל מיני פטציות להושיע להם נגד רודנות ועושק. אך בל נשכח: בתי המשפט אינם קיימים אך ורק לשם יישוב סכסוכים; הם ממלאים גם פונקציה טקסית חשובה, להפגין קבל עם ועדה את שלטון החוק שבמדינה. והנה, עומדים אנו להוציא מידינו את התפקיד הזה, שאולי מן הראוי היה לשמור עליו מכל משמר, וכל כך למה? כיוון שממש מציינים אותנו בבקשות כאלה, וביניהן רבות בדברים של מה בכך — ביקורים, מכתבים, אבדות קלות — ערך וענייני משמעת שאין לנו כל אפשרות להתערב בהם — ואין בידינו להתגבר על הזרם הבלתי פוסק הזה. מספר העתירות האלה הגיע בשנה האחרונה ל-382. אילו הוגשה עתירה אחת לחודש או לשבועיים הייתי רואה בכך סמכות שאין לוותר עליה. כשהמספר עולה על אחת ליום, נוצר משבר. הוא שאמרת, כמות ההתדיינות משפיעה על האפשרות להתמודד עמה.

הוא הדין בהיבט אחר של עבודתנו כבית המשפט הגבוה לצדק, שגם לגביו גרם ניצול-יתר לגישה מקשיחה ומצרה מצד חלק מן השופטים. אני מתכוון לשאלת "זכות העמידה". הלא לצערם של כל אלה הרוצים לנצל את כמת בית המשפט העליון (עם כל הפרסומת הכרוכה בכך) לשם הוקעת תופעות שליליות למיניהן שבחינו החברתיים והפוליטיים, מפרשים רוב השופטים — ואני ביניהם — את "זכות העמידה" ביד קמוצה ודורשים מן העותר שיראה לנו אינטרס אישי וישיר שנפגע. לא די בכך שהוא כואב את כאב הציבור כולו וש"אכפת לו". פרשנות קצרה זו לא תמיד קלה עלינו. גם שופטים עלולים להתפתות ולפעמים קשה להם להבליג ולהחריש. בארצות-הברית וגם באנגליה \* הייתה תקופה של ליבראליות מסוימת בנידון זה, אך היא חלפה הזיום שוב מחמירים. פעם הראיתי ללורד דנינג, שופט רודף-צדק מובהק, רשימה של פניות כאלה שהיו אצלנו במשך השנה האחרונה והוא אמר לי: "מעניין מאוד, אך אמור לי, בבקשה, מתי עושים אתם את עבודתכם האמיתית?" ושוב, אין לי ספק שגישתנו המחמירה באה, בעיקר, בעקבות הריבוי במספר העתירות הללו. יש אומרים, שהשיקול הזה אינו אלא שיקול "חיצוני", שלא צריך היה להשפיע על ההחלטה, אם העתירה ראויה להידון אם לאו. ואילו אני סבור שהשיקול הוא לגיטימי ביותר.

אביא דוגמה נוספת. שהיא, אולי, עוד יותר קונטרוברסאלית, וכאן נראה כי דעתי היא דעת מיעוט שטרם נתקבלה. לזכותו של בית המשפט הוא שקבע לשלטון כללי התנהגות מעולים לטיפול בענייני האזרח. הזכות להישמע, הזכות לדעת על שום מה נדחתה תביעתו וכיו"ב, כל אלה הן אבני היסוד במשפט המינהלי והציבורי שלנו, וכך גם העיקרון שעל מעשה של עוול אין עוברים לסדר היום אלא דורשים שהאחראי ייתן את הדין. ואף-על-פי כן, לפעמים מתעורר הספק, אם אין אנו מפריזים גם בשאיפה הנשגבת הזאת, חוקרים דברים שאין טעם לחוקרם וכל ההתדיינות הרבה והיקרה הנובעת משאיפה זו סופה להיות ברכה לבטלה. עלינו לדעת: יש תקלות שלגביהן ניתן רק לומר, שהתרופה גרועה מן המחלה. אף כאן ניתן למשול משל מתחום הרפואה. פעם נהגו

\* ראה: *Gouriet v. Union Post Office Workers* (1977) 3 All ER 70

לצרף לתרופה רשימה ארוכה של כל המכות והמחלות שהיא מבטיחה לרפא, ואילו היום מצורפת לתרופה רשימה המפרטת את תוצאות הלוואי השליליות שיש להיזהר מהן.

לאחרונה הבעתי דעתי בכיוון זה, בפסק דין שדן בבעיית המכרזים בדרך כלל ובדרכי בחירת מועמד למשרה ציבורית בפרט\*: משרד החינוך והתרבות עמד למנות אדם למשרה של מנהל חטיבת הביניים בבית-ספר אחד. העותר היה אחד המועמדים ולא זכה במינוי. טענתו היתה, שבין אלה, שישבו כעין ועדת מכרזים, היו בעלי דעה קדומה, שמראש התייחסו אליו בחוסר אהדה, שכן, לדעתם, נכשל בתפקיד קודם בתור מנהל בית-ספר. טענתו היתה (בין היתר) שלא ניתנה לו הזדמנות הוגנת להסביר לוועדה שגם את תפקידו הקודם מילא כראוי. לדעת השופט ברק היתה הוועדה חייבת לפרט לפני העותר את המידע השלילי שידעה עליו ולאפשר לו להגיב. גטען, שיש להבדיל בין מידע שהוא עניין של עובדות ובין מידע שכולו עניין של הערכות. אך השופט ברק דחה הבחנה זו, ואלה דבריו:

"אינני מוכן לקבל הבחנה זו כבסיס לגיבוש זכות השמיעה וכבסיס להתערבותו של בית משפט זה. חושש אני, כי אם נגביל את זכות השמיעה — ומכאן גם את זכות התערבותנו — למקרה שבו מועלות עובדות הפוגעות באזרח הפונה לרשות הציבורית, ולא למקרה שבו מועלות הערכות הפוגעות בו, הרי בכך נצמצם את זכות השמיעה צמצום ניכר ובמשך הזמן נביא לביטולה. הטעם לכך ברור: ההבחנה בין עובדה לבין הערכה היא קשה ומסובכת. ברוב רובם של המקרים קיימת תערובת של עובדות והערכות. אל לנו להתלות זכות יסודית זו של האזרח להישמע בטרם תחליט הרשות השלטונית על הבחנה קשה זו. ער אני לעובדה כי במתן זכות שמיעה לענין "כשלונות העבר" יש משום הכבדה על הרשות השלטונית, אך שיקולי יעילות אלה אסור להם שיפגעו בזכות יסוד של האזרח. כשלעצמי הייתי מחפש את הפתרון בקביעת מסגרות מינהליות מתאימות העשויות להקל על המינהל הציבורי בחשיפת האמת, כגון, "שמיעה בכתב" או מינוי בודק מוסמך שיבחון את העובדות ויביא את ממצאיו לפני הרשות השלטונית הנוגעת בדבר. נראה לי כל זכאות השמיעה היא זכות חשובה מדי במערכות משפטנו מכדי שנוותר עליה או נצמצמה משיקולי יעילות בלבד".

לא כך גרסתי אני, וארשה לעצמי להביא גם קטע מדברי. אחרי שחזרתי על דברים שאמרתי בפסקי דין קודמים\*\* בקשר למכרזים בדרך כלל — דהיינו, שאין הרשות חייבת לקבל את הצעתו הזולה ביותר של קבלן, שעל-פי ניסיון בעבר היתה לה עליו דעה שלילית, ושאין היא חייבת להיכנס לדין ודברים עמו כדי לברר את צדקת טענותיה כלפיו — אמרתי (תוך ציטוט פסק דין אנגלי חדש של השופט Megarry\*\*\*):

\* ראה: בג"צ 685/78 עומדי מחמוד נ' שר החינוך והתרבות (טרם פורסם).  
 \*\* בג"צ 371/74 י"א מיסווד ובניו בע"מ נ' המוסד לביטוח לאומי (לא פורסם); בג"צ 371/74 נ' יברוק ושות' נ' עיריית ירושלים (לא פורסם); בג"צ 35/78 י.ש.י. חברה קבלנית נ' עיריית ירושלים, פ"ד לב(2) 581.

\*\*\* *McInnes v. Onslow Fare* (1978) 3 All ER 211

"והדברים קל ותומר הם. ועדת מכרזים הפועלת לפי קני מידה קצובים וברורים, אין עליה חובה לדון בכל נרגן על מעשיו ומחדליו שבעבר, ועדה שאינה אלא הרכב של אישים המיעצים לשר או למנהל הכללי לפי שיקול דעתם — על אחת כמה וכמה. וכאן מקום עימי להערה של תחקבל על כולם בעין יפה. להלכה, אין גבול לדרישה לחקור בכל תלונה ולברורים עד תום, שמא נמצא אדם מקופח בידי בעל שררה, וכל המרבה הרי זה משובח. אך שום חברה ושום רשות אינה יכולה להרים משימה מעין זו. הצדק האידיאלי אינו בהישג ידינו."

על דברים אלה הגיב השופט ברק בסוף פסק דינו לאמור :

"אומר בפה מלא, כי כשם שעמדתו של חברי הנכבד, השופט ויתקון אינה מקובלת עלי, כן אין אני מוכן לקבל את הנמקתו של השופט מגרי. הבחנות יפות עשה אותו שופט באותה פרשה, אך לדעתי בכל סוגי המקרים שהוא מביא, ושצוטטו על ידי חברי, מן הראוי הוא כי תוטל על המינהל החובה להזהיר את האזרח כי עברו עתיד לעמוד לו לרועץ בהווה ולשמר את דבריו. בעיני אין כל הבדל, לענין זה, בין המקרה בו הרשות המינהלית מבקשת לשלול מהאזרח רשיון שיש לו, או לא להאריך רשיון כזה, לבין המקרה בו הרשות המינהלית מסרבת לתת לאזרח רשיון שאין לו. בכל המקרים הללו נפגע האזרח מהחלטת הרשות. אמת הרבר, במקרה הראשון נפגעת זכות קניינית או מעין זכות קניינית, ואילו במקרה האחר נפגעת לכל היותר פריבילגיה או ציפיה. אך בעיני אין בהבחנה זו כדי להצדיק ולאפשר למינהל שלא לפעול בהגינות. לדעתי, הבחנה זו בין זכות לפריבילגיה לענין זכות השמיעה, אבד עליה הכלח."

למטה מן העניין הוסיף :

"אך אם את היעילות איננו בודקים, את ההגינות עלינו לבדוק. ואל לנו לצמצם את היקף בדיקתה של ההגינות מטעמי יעילות, שכן עקרונות ההגינות המחייבים את המינהל הם אחד המכשירים העיקריים שפותחו על ידי בית-משפט זה לשמירה על זכויות האזרח. לא למיותר יהיה להזכיר, בהקשר זה, את דבריו של השופט פרנקפורטר (Frankfurter) בפרשת *McNabb v. United States*, 318, בפרישת *U.S. 332, 347, 63 S. Ct. 608, 618, 87 L. Ed. 819* "The history of liberty has largely been the history of procedural safeguards". נראה לי כי כל עוד לא דיבר המחוקק אחרת, וכל עוד אינם מעורבים אינטרסים אחרים שיש להגן עליהם, ושעליהם עמדתו לעיל, עלינו לשמור מכל משמר על עקרונות אלה, ולא להרפות מעמדתו של בית-משפט זה, כי על רשות מינהלית לשמור את האזרח בטרם היא מקבלת החלטה בעניינו, תוך התבססות על מידע רלבנטי שלילי ביחס לפעולותיו בעבר. צודק חברי הנכבד, השופט ויתקון, כי 'כברוב השאלות המגורות בעולמנו יש גם בשאלה זו שני צדדים למטבע ותמיד מן הראוי לחפש את שביל הזהב'. אכן, יתכנו גם יתכנו מקרים בהם יהיה זה מן הראוי להגביל זכות זו. חוש המומחיות של המשפטן ינחה אותנו במציאת שביל זהב זה. המקרה שלפנינו, כך נראה לי, נופל למסגרת הרחבה של המקרים בהם יש לנהוג לפי הכלל האמור."

השופט השלישי שישב עמנו, השופט בכור, גם הוא הגיע לאותה מסקנה שאליה הגיע השופט ברק, אך בנימוקיו הביע הסכמה מסויגת לחלק מן הדברים שאמרתני אני. ואלה דבריו:

"מבחינה עקרונית אני מסכים בנפש חפצה לגישה שבה דוגל השופט ויתקון, ולמען האמת אוסיף, כי לא פעם נוצר אצלי הרושם שכל מי שלא זוכה במבוקשו אינו מהסס לפנות לבית משפט זה ולעתים קרובות, ואף קרובות מדי, ללא כל הצדקה הן מבחינה משפטית והן מבחינת צדק ומוסר אזרחי. כאב בית הדין כן אני בדעה שנחטיא את המטרה ונחטא לעיקר אם נפריז בחיטוט יתר על המידה בכל מיני תקלות, ואם נעמיד דרישות בלתי מעשיות לפני הנושאים בנטל בצורת החיים המקובלת היום במדינתנו, כבמדינות מתוקנות אחרות רבות וטובות, כאשר האזרח חייב לתפקד במסגרת חברה המטילה עליו הגבלות רבות ומקנה לנציגי השלטון כח רב בתחומים הולכים ומתרחבים יותר ויותר על דבר יקר מכל הוא, שלאזרח תהיה ההרגשה שהוא אמנם נתון למגבלות ולפיקוח, אבל אין הוא נתון לחסדם ושרירות לבם של נציגי הציבור, וכאשר מי מאלה פועל בדרך פסולה יוכל האזרח לבוא על סיפוקו ולקבל את המגיע לו. הכל הוא ענין של מידה, ונראה לי שבכגון דא הדבר הגרוע ביותר יהיה לקבוע קני מידה נוקשים. למגוון הדברים יש להתייחס על פי הערכה לגופו בכל ענין, בהתחשב עם הנתונים של כל מקרה ומקרה, והגוונים הם ללא ספור בחיים. זה באופן כללי."

הנה לכם דעות קוטביות בנושא עקרוני ביותר. בצד אחד ה־desideratum של מיצוי הדין והצדק, ומאידך, השיקול שבעבודתנו המעשית עלינו להסתפק במה שניתן להשיג בכוהותינו המוגבלים. חשבון העלות והתועלת (cost-benefit) תמיד חייב להיות לבגד עינינו.

אכן, כשאני רואה את המשפט בישראל היום, לא אוכל להשתחרר מן הרושם שיש יותר מדי מן ה"מצרך" הזה, ונדמה לי שלא למותר יהיה לתת את לבנו לשאלה, כיצד לרסן את הנטייה להתדיין ולברר כל עניין משפטי עד תומו. יצר ההתנצחות ואי הרצון לוותר או להתפשר הנפוצים כל כך בעמנו הם בעוכרנו. הם מקשים עלינו לדון בבעיות הראויות לדיון מלא ומעמיק באותה רמה, שבה היינו צריכים לדון בהן. עלינו לתכנן אפוא את השירות המשפטי לא רק מבחינת הדרישות הנדרשות ממנו, אלא קודם כל מבחינת האמצעים העומדים לרשותנו לסיפוק הדרישות הללו. עלינו לפתח מבחנים חדשים כדי לקבוע במה יעסקו בתי המשפט וממה יניחו את ידם. רק אז תהיה תקווה שנוכל להתפנות ולטפל במשפט המעשי כהלכה.