

תיאוריית סוס-הפרא, מרחב שיקול-הדעת של השופט והמוסר האישי שלו

מאת

עדי פרוש*

א. כמה הערות-רקע; 1. המוסר האישי של השופט; 2. תיאוריית סוס-הפרא; 3. מטרתו של מאמר זה. ב. תיאוריית סוס-הפרא והתפישה הפשטנית של תפקיד השופט. ג. האם השופט יכול למלא את התפקיד המוטל עליו מבלי לרכוב על הסוס הנחשב לסוס-פרא? ד. האם יש לחתור לצמצום מירבי של הרכיבה על הסוס הנחשב לסוס-פרא? 1. הצגת השאלה; 2. הטיעון האפיסטמולוגי; 3. טיעון הוודאות; 4. הטיעון הדימוקרטי; 5. הטיעון הפרגמטי. ה. סיכום.

א. כמה הערות-רקע

1. המוסר האישי של השופט

לכל שופט, כמו לכל אדם אחר, יש השקפות מסוימות, מגובשות יותר או פחות, בשאלות מוסריות שונות. מכלול ההשקפות שיש לשופט בשאלות אלו יכונה להלן בקיצור "המוסר האישי של השופט". במסגרת המוסר האישי של השופט אני כולל אפוא כל השקפה שיש לו בכל שאלה מוסרית. המוסר האישי שלו כולל לא רק את ההשקפות שיש לו בשאלות מוסריות הנוגעות לדרך שבה הוא, אישית, צריך להתנהג, אלא גם את ההשקפות שיש לו בשאלות מוסריות הנוגעות לדרך שבה — לדעתו — בני-אדם אחרים צריכים להתנהג. בשאלות של צדק חברתי-פוליטי אני רואה סוג מסוים של שאלות מוסריות, ולכן במסגרת המוסר האישי של השופט אני כולל גם השקפות שיש לו בשאלות מסוג זה. היינו: לא רק את ההשקפות שיש לו בשאלות מוסריות העוסקות בהתנהגותו של האדם כפרט ("האם הפלה מלאכותית, בנסיבות אלו או אחרות, היא מעשה הראוי לביקורת מוסרית?"), אלא גם את אלו שיש לו בשאלות

* ברצוני להודות לפרופ' ר' גביוון ולכל שאר חברי הסדנא לתורת-המשפט על הערותיהם לנוסח הראשון של מאמר זה. נוסח זה נכתב לפני שיצא לאור ספרו המקיף של השופט ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז), ומכיוון שעמדתו בספר זה מחייבת דיון יסודי נפרד, לא התייחסתי אליה במאמר זה אלא בכמה הערות בלבד.

מוסריות העוסקות במדיניות של החברה ומוסדותיה ("האם מדיניות חברתית-כלכלית מסוימת, המפלה לטובה מיעוט מקופח, היא מדיניות הלוקה בחוסר-צדק?"). דברים אלו כוחם יפה גם לגבי השקפות מסוימות של השופט על המדיניות שבאה לידי ביטוי בחוק החרות עצמו. נניח, למשל, כי השופט סבור שראוי לבטל חוק מסוים שנחקק בכנסת משום שהמדיניות שהחוק נועד לממש לוקה בחוסר-צדק. גם השקפות כגון זו כלולות במה שמכונה כאן "המוסר האישי של השופט". ההשקפות שיש לשופט על החוק הראוי בתנאים האופטימליים של חברה אידיאלית אינן זהות בהכרח עם ההשקפות שיש לו על החוק הראוי בתנאים הקיימים בחברה שבה הוא חי. אך המוסר האישי של השופט יכול לבוא לידי ביטוי הן בהשקפות מן הסוג הראשון הן בהשקפות מהסוג השני.

מהדברים שנאמרו עד כה עולה, כי אני משתמש בביטוי "המוסר האישי של השופט" במובן רחב למדי. עם זאת, ראוי להדגיש כי במסגרת המוסר האישי של השופט אינני כולל את ההשקפות שיש לו בשאלות, כמו "האם מדיניות מסוימת היא מדיניות טובה מבחינה כלכלית?". שאלות מסוגה של שאלה זו — שאלות של כדאיות או יעילות — נדונות לעתים בפסיקה של בתי-המשפט, אך כאשר אדבר להלן על "שאלות מוסריות" או על "שאלות ערכיות" (ובמסגרת הדיון במאמר זה אשתמש בביטויים אלו לסירוגין ללא הבחנה), לא אתכוון לשאלות של כדאיות או יעילות. סולס-הערכים האישי של השופט יעסיק אותי מבחינות שונות. אך כאשר אדבר על סולס-הערכים האישי של השופט, לא אתכוון לזה המסתמן בהשקפות שיש לו בשאלות אלה.

לבסוף רצוי להדגיש, כי גם במוסר האישי של השופט אינני כולל את ההשקפות שיש לו בשאלות, כמו "האם רוב האנשים בחברה שלנו סבורים שמדיניות חברתית-כלכלית מסוימת לוקה בחוסר-צדק?". שאלה זו (להבדיל מהשאלה אם המדיניות שבה מדובר אכן לוקה בחוסר-צדק), איננה שאלה מוסרית אלא היא שאלה אמפירית-סטטיסטית. מאותו טעם אינני כולל במוסר האישי של השופט את ההשקפות שיש לו בשאלות, כמו "מה קובע החוק בעניין זה או אחר?". שאלה זו (להבדיל מהשאלה "האם החוק בעניין זה או אחר לוקה בחוסר-צדק?") איננה — לדעתי — שאלה מוסרית, אלא היא שאלה משפטית רגילה; וכאשר אני מדבר על המוסר האישי של השופט, אינני מתכוון להשקפות שיש לו בשאלות כגון זו. כמובן, ההשקפה האישית של השופט בעניין מסוים יכולה להיות זהה עם ההשקפה המונחת ביסודו של החוק באותו עניין. היא גם יכולה להיות זהה עם ההשקפה של מרבית בני החברה יש באותו עניין. אך גם אם יש חפיפה חלקית בין המוסר האישי של השופט, בין המוסר המונח ביסודו של החוק ובין המוסר המקובל על מרבית בני החברה — אין הם מוליכים בהכרח לאותן מסקנות. המוסר האישי של השופט עשוי לעתים להוליך אותו למסקנה, כי החוק בעניין מסוים טעון שינוי; או למסקנה, כי השקפה מסוימת הנהנית מתמיכה חברתית רחבה היא מוטעית.

2. תיאוריית סוס-הפרא

אין ספק, שהמוסר האישי של השופט מטביע את חותמו על החלטות רבות שהוא מחליט בחייו, ואיש איננו מוצא בחותם זה טעם לפגם. כמו כל אדם אחר, ובמגבלות המוטלות על כל אדם אחר, גם השופט רשאי להחליט, לאור המוסר האישי שלו, אם להעניק לילדיו חינוך מסוים, אם לתרום כסף לאגודת צער בעלי-חיים, אם להצביע

בקלפי עבור מפלגה מסוימת וכו'. אולם רבים נוטים לחשוב, כי בעניין זה יש להבדיל בין ההחלטות שהשופט מחליט כאדם פרטי ובין ההחלטות שהוא מחליט במסגרת תפקידו כשופט. כאשר השופט יושב על כס-המשפט — כך רבים מניחים — עליו לנתק את עצמו מהשפעתן של ההשקפות המוסריות המנחות אותו כאדם פרטי. ייתכן שהמוסר האישי של השופט משפיע לעתים, ולו באורח בלתי-מודע, על החלטות שונות שהוא מחליט כשופט. אך גם גורמים לא-רלבנטיים הקשורים, למשל, במעמדו החברתי של הנאשם, עשויים להשפיע, באורח בלתי-מודע, על ההחלטות שהשופט מחליט בעניינו, ואיש לא יראה בהשפעה זו השפעה לגיטימית שניתן להצדיקה. הוא-הדין — כך יאמרו רבים — לגבי ההשפעה שיש לעתים למוסר האישי של השופט על ההחלטות השיפוטיות שלו. השפעה זו היא תמיד פסולה ומסוכנת, וכל שופט צריך תמיד להשתדל להשתחרר ממנה, משום שהיא איננה עולה בקנה אחד עם תפקידו כשופט. ההחלטות השיפוטיות צריכות להישען על אמות-מידה אובייקטיביות מוגדרות — אמות-מידה שהשופט יכול לזהותן וללכת בעקבותיהן, מבלי להתמודד התמודדות אישית עם שאלות מוסריות. ייתכן שאמות-המידה הצריכות להנחות את השופט כאשר הוא יושב על כס-המשפט, מתיישבות עם ההשקפות המוסריות האישיות שלו וייתכן שלא. בין כה ובין כה רק אמות-מידה אובייקטיביות אלו צריכות להנחות אותו כשופט. אם אין דעתו נוחה מהן, הוא רשאי, כמובן, להתפטר מכהונתו. אך כל עוד הוא ממשיך לכהן כשופט, עליו ללכת תמיד בעקבות אמות אלו בלבד. אם נשתמש בדימוי ידוע של שופט אנגלי בן המאה הי"ט, נוכל לומר, כי לפי התפישה שבה אנו דנים, שופט המתמודד במסגרת תפקידו עם שאלות מוסריות ומתחשב בהשקפות האישיות שיש לו בשאלות אלו דומה לאדם הרוכב על סוס-פרא¹. התופעה של רכיבה שיפוטית על סוס השיקולים המוסריים של השופט נתפשת כאן כפסולה ומסוכנת שיש להילחם בה במגמה לצמצם ככל הניתן את ממדיה.

אפשר לדרון בתפישה זו מהיבטים שונים, אך בחיבור זה אני עומד לדרון בה כביטוי של תיאוריית-שפיטה נורמטיבית כללית — תיאוריה שתכונה להלן בקיצור "תיאוריית סוס-הפרא". יש להבדיל היטב בין תיאוריות-שפיטה נורמטיביות ובין, למשל, תיאוריות-שפיטה המתרכזות בתיאור סוציולוגי של אופיה והשפעתה של השפיטה

1 השימוש בדימוי זה נעשה לראשונה בפסק-הדין *Richardson v. Mellish* (1824) 130 E.R. 294 בפסק-דין זה, שעסק בכלל המשפטי הפוסל חוזה המנוגד לטובת הציבור ("public good") — במקור האנגלי, טען השופט שכשם שאי-אפשר לדעת מראש לאן ירוץ סוס-פרא, כן אי-אפשר לדעת מראש כיצד יכריע השופט בשאלה אם חוזה כלשהו מנוגד לטובת-הציבור. טענה דומה ניתן, כמובן, לטעון לא רק לגבי הביטוי "טובת-הציבור" (או "תקנת-הציבור", כלשון המשפטית המקובלת אצלנו), אלא גם לגבי ביטויים ערכיים עמומים אחרים המופיעים כלשון החוק. טענת "סוס-הפרא" מזכירה טענה מפורסמת אחרת בתולדות המשפט האנגלי — הטענה כי דיני היושר באנגליה השתנו בהתאם למידת רגלו של הלורד צ'נסלור (ראה, *Gee v. Pritchard*, (1818) 2 Swans, 414). על השימוש שנעשה בדימוי סוס-הפרא בפסיקה הישראלית, במסגרת הוויכוח על גבולות שיקול-הדעת של השופט, ראה, למשל, דבריו של השופט עציוני בע"א 614/76 פלמונית ואח' ג' אלמוני, פ"ד לא(3) 85, 98; והשווה עם דבריו של השופט ברק בע"א 145/80 יעקנין ג' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו(1) 113, 149; וראה גם באותו עניין מ' עציוני, "טובת הציבור והאדם הסביר" ספר זוסמן (תשמ"ד) 125-126; א' ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית — הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן 89-90; א' ברק "חזיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 45-46; א' ברק שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 208-210.

במדינה מסוימת או תיאוריות-שפיטה הבאות לתאר את העקרונות המשפטיים ששית" משפט מסוימת קבעה ביחס לשפיטה. תיאוריות אלו מתרכזות בתיאורו של מצב נתון – סוציולוגי או משפטי. לעומת זאת, תיאוריית סוס-הפרא תעסיק אותי כתיאוריה נורמטיבית המציבה מודל כללי של השפיטה הראויה ותובעת מכל שיטת-משפט לחתור למימושו של מודל זה. ביסודה של תיאוריית סוס-הפרא מונחים טיעונים שונים המשולבים לעתים זה בזה. אזכיר כאן בקיצור נמרץ ארבעה מהם, אלו הנראים לי חשובים במיוחד: לפי הטיעון הראשון, שאכנה להלן "הטיעון האפיסטימולוגי", שיפוטנים מוסריים הם סובייקטיביים, שכן אי-אפשר לבססם בדרך רציונלית. לעומת זאת, ההחלטות שהשופט מחליט במסגרת תפקידו חייבות להיות מנומקות ומבוססות, העומדות במבחן של אמות-מידה אובייקטיביות. לפיכך, אם ההחלטה שמחליט השופט בעניין כלשהו תהא תלויה בשיפוטנים המוסריים שלו, תהא זו החלטה סובייקטיבית שאינה עולה בקנה אחד עם תפקידו כשופט.² לפי הטיעון השני, שיכונה להלן בקיצור "טיעון הוודאות", חדירת השיפוטנים המוסריים של השופט למערכת השיקולים שהוא שוקל כשופט תפגע בצורה חמורה ביותר בערך החשוב שיש לוודאות בתחום המשפט: שהרי לשופטים שונים יש עמדות מוסריות שונות, ואם ההחלטה השיפוטית בעניין כלשהו תהא תלויה בשיפוטנים המוסריים של השופט, ההחלטה השיפוטית באותו עניין לא תהא אחידה ולא תהא כל אפשרות לצפותה מראש. לא זו בלבד שהדבר יפגע בפונקציה הקואורדינטיבית של המשפט (המשפט יכול לכוון ולתאם התנהגות של בני-אדם רק כאשר הם יכולים לחזות מראש את ההשלכות המשפטיות של התנהגותם, והשלכות אלו תלויות בהחלטות בית-המשפט), הוא גם יערער את הצדק בהטלת הסנקציות המשפטיות (אין זה הוגן להטיל על אדם סנקציות פליליות או אזרחיות בגין התנהגות שהוא לא היה יכול לצפות מראש את השלכותיה המשפטיות).³ לפי הטיעון השלישי, להלן: "הטיעון הדימוקרטי", במשטר דימוקרטי המבוסס על רצון הרוב, הפרדת רשויות ושלטון החוק, אין להשלים עם התופעה של החלטה שיפוטית התלויה במוסר האישי של השופט. במיוחד תופעה זו תמורה כאשר

2 ההנחה כי שיפוטנים מוסריים חסרים מעצם טבעם בסיס אובייקטיבי רציונלי ממלאת תפקיד חשוב הן בתיאוריית המשפט של קרדוזו הן בתיאוריית המשפט של קלזן. ראה B. Cardozo, *The Nature of Judicial Process* (Yale, 1925); H. Keisen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, 1930) 6, 7, 48, 49. סקפטיציזם פילוסופי כלפי האפשרות של הכרעות אובייקטיביות בשאלות ערכיות משמש בסיס לתיאוריות שונות על גבולות תפקידו של השופט. ראה, למשל, Rehnquist, "The Notion Of Living Constitution" 54 *Texas Law Review* (1976) 693; R.H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendments Problems" 47 *Indiana Law Journal* (1971) 8, 10. וראה גם באותו כיוון י' זמיר, "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כו (תש"ל) 221. זמיר מניח, כי כל תשובה לשאלה של צדק "אפשר להסכים או להתנגד לה, על פי הנטיה האישית, אך אי אפשר להתוכח עמה" (שם, שם).

3 ראה, למשל, דברי השופט גרטיין: "חשוב מאוד שהאזרח ידע מה הן זכויותיו ולא יהיה תלוי בחוש הצדק של הרכב אחד של שופטים שיהיה שונה מחוש הצדק של הרכב אחר" ("עא 143/55 הייזר נ' קלינסקי, פ"ד יא 17, 25). טענה דומה טוען י' זמיר: "אם תניח לכל שופט לפסוק לפי תפיסת הצדק שלו, שוב לא יהיה מקום לבטחון ואחידות בתחום המשפט. במקרים דומים תינתנה על ידי שופטים שונים החלטות סותרות. שפיטה כזאת בסופו של דבר לא יהיה בה לא סדר ולא דמות צדק אלא תהיה ובוהו ותדמית של שרירות" ("על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" [לעיל, הערה 4], 223). טענה זו היא אחת הטענות שעל-יסודן הציג זמיר להרחיק את המלה "צדק" הן משמו הן מתיאור סמכותו של הבג"צ (שם, 212).

השופט אינו נבחר לתפקידו על־ידי הציבור הרחב ואינו זקוק לתמיכתו כדי להמשיך לכהן בתפקידו. אין לשופט זכות מוסרית לאכוף על הציבור הרחב את המוסר האישי שלו. בכל דיקטטורה יש פגם, גם בדיקטטורה של בית־המשפט.⁴ לפי הטיעון הרביעי, "הטיעון הפרגמטי", בית־המשפט זקוק לאמון הציבור כאוויר לנשימה.⁵ אמון זה הוא תנאי הכרחי לתפקוד היעיל של מערכת־המשפט כולה; אך אם השופט יתיר לעצמו להתחשב לעתים במוסר האישי שלו, האמון של הציבור בשופט יתערער ומעמדו של בית־המשפט ייפגע.

מכל הטיעונים הללו יחד ומכל אחד מהם לחוד עולה, כי שופט הנשען על המוסר האישי שלו בעניין כלשהו הנדון לפניו דומה באמת לאדם הרוכב על סוס־פרא. לא זו בלבד שאי־אפשר לחזות מראש את צעדיו של סוס כזה (כפי שעולה מטיעון הוודאות), אלא שהרכיבה השיפוטית עליו היא שם שרירותית (מבחינה אפיסטמולוגית), בלתי־צודקת (מבחינה דימוקרטית) ומסוכנת (מבחינה פרגמטית). מי שמקבל תפישה זו, יכול לתבוע על יסודה שתי תביעות שונות שחשוב להבדיל ביניהן. הוא יכול לתבוע מן השופט שלא לרכוב במסגרת תפקידו על סוס־פרא — שלא להתחשב אף פעם, כאשר הוא בא להכריע בסכסוך כלשהו, במוסר האישי שלו. אך הוא יכול לתבוע גם תביעה אחרת המכוונת כלפי שיטת־המשפט המנחה את השופט בהכרעותיו. אם בכל רכיבה שיפוטית על הסוס שבו מדובר יש פגם מהותי יסודי, על כל שיטת־משפט לעשות הכול כדי להביא לעצמם מירבי של הרכיבה עליו. שיטת־משפט שאיננה נוקטת כל הצעדים הדרושים להשגתה של מטרה זו (שלא לדבר — כפי שעוד נראה — על שיטת־משפט המושיבה בעצמה את השופט על סוס־פרא), ראויה לביקורת וטעונה שינוי.

3. מטרתו של מאמר זה

כדי לדון באורח יסודי בתיאוריית סוס־הפרא, יש לבחון ולהעריך הן את התביעה הראשונה, המכוונת כלפי השופט, הן את התביעה השנייה, המכוונת כלפי שיטת־המשפט שבמסגרתה הוא פועל. כוונתי במאמר זה היא להבהיר, מדוע אינני מקבל את תיאוריית סוס־הפרא ומדוע אינני שותף לתביעות השונות המבוססות עליה. אנסה להגן על שתי תיזות כלליות:

(א) במקרים רבים, רבים יותר מכפי שנדמה, לא יוכל השופט להכריע בסכסוכים שונים ששיטת־המשפט שלנו מחייבת אותו להכריע בהם, מבלי להתחשב במידה זו או אחרת בהשקפות המוסריות האישיות שיש לו על הפתרון הראוי של סכסוכים אלו. כדי למלא את התפקיד ששיטת־המשפט שלנו מטילה עליו, השופט מוכרח לעתים לרכוב

4 החשש מפני הדיקטטורה (או האוליגרכיה) של בית־המשפט בא לביטוי לא רק בארצות־הברית, שבה יש, כידוע, לבית־המשפט העליון סמכות לפסול חוקים שנבקעו על־ידי נבחרת הציבור, אלא גם באנגליה, שבה, בהעדר חוקה, אין לבית־המשפט עוצמה כה רבה. ראה, למשל, עמדתו של הלורד רבלין בסוגיא של החקיקה השיפוטית, P. Devlin, *The Judge* (Oxford, 1979); וראה גם אצלנו הסתייגותו של השופט לנדוי מהרעיון של חוקה, הכוללת הוראות משוריינות בדבר זכויות הפרט (מ' לנדוי, "חוקה כחוק עליון לישראל" הפרקליט כז (תשל"א) 30 וכן "חוקה לישראל — האם ומתי?" עיוני משפט יא (תשמ"ה) 27–29).

5 את הדימוי של אוויר לנשימה נטלתי מדבריו של השופט אולשן בבג"צ 89/64 גרינבלט נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד יח(3) 402, 410.

על הסוס הנחשב לסוס־פרא. מי שסבור כי תופעה זו היא תמיד פסולה ומסוכנת, צריך לא־פעם להסיט את חיצ־הביקורת שלו מן השופט ולכוונם כנגד שיטת־המשפט שבמסגרתה השופט פועל. למעשה הוא צריך לצרד בשינוי יסודי של כל שיטת־המשפט שלנו.

(ב) אין כל סיבה לחשוב שהשינוי היסודי המתחייב מתיאוריית סוס־הפרא היה הופך את שיטת־המשפט שלנו טובה יותר. התופעה של שופט המתחשב לעתים גם בשיפוטיות המוסריים האישיים שלו איננה בהכרח תופעה פסולה ומסוכנת, ואין לשלול אותה, ללא הבחנה, שלילה כללית, גורפת. הסוס שבו מדובר איננו בהכרח כה פראי כפי שניתן לחשוב לאור ארבעת הטיעונים שהוזכרו לעיל, וטעות היא לחשוב שכל שיטת־משפט תיטיב לעשות אם תחתור לצמצום מירבי של הרכיבה השיפוטית עליו.

כדי למנוע אי־הבנות, רצוי אולי להדגיש כבר עתה כי התיזה הראשונה שעליה אגן איננה כוללת את הטענה המוטעית שכל ההחלטות השיפוטיות של השופט צומחות תמיד מהמוסר האישי שלו; והתיזה השנייה שעליה אני בא להגן איננה כוללת את הטענה האבסורדית שראוי להעניק לשופט סמכות בלתי־מוגבלת ללכת תמיד בעקבות המוסר האישי שלו. אין ספק שכל שיטת־משפט מגבילה, וצריכה להגביל, את מרחב שיקול־דעתו של השופט. הגבלות מסוימות בעניין זה הן תנאי הכרחי לעצם קיומה של שיטת־משפט. שיטה שבה יש לשופט שיקול־דעת מוחלט בכל עניין שהוא, איננה שיטת־משפט. אפשר לשאול מהי המדיניות ששיטת־משפט אידיאלית צריכה לנקוט בכל הנוגע למרחב שיקול־הדעת של השופט. אך אינני סבור כי זוהי שאלה טובה, ולו רק משום שאיננה מוצא טעם רב בדיבור הכללי והמופשט על "שיטת־המשפט האידיאלית" (כשם שאינני מוצא טעם רב בדיבור הכללי והמופשט על "השופט האידיאלי"). לכל המרובה ניתן לשאול, מהי המדיניות ששיטת־משפט מסוימת, זו או אחרת, צריכה לנקוט בעניין זה בתנאים מסוימים, אלו או אחרים. והתשובה על שאלה מעין זו תלויה בגורמים רבים ומורכבים הקשורים באופיה של שיטת־המשפט שבה מדובר, במעמדם וברמתם של השופטים, בסוגים השונים של ההחלטות השיפוטיות, בהשלכות החברתיות האפשריות של החלטות אלו ועוד. במאמר זה לא אנסה להעריך בצורה יסודית את המשקל שיש לגורמים אלו בהקשר ההיסטורי הנתון שבו נמצאת עכשיו שיטת־המשפט שלנו. אך אנסה בין השאר להראות, כי אין לנו כל סיבה להצטער על כך ששיטת־המשפט שלנו איננה חותרת למימוש מירבי של המודל המונח ביסודה של תיאוריית סוס־הפרא — המודל של השופט הרוכב תמיד על סוס מאולף. אם שיטת־המשפט שלנו היתה רואה במודל זה מודל שיש לעשות הכול כדי להתקרב למימושו, אם היא היתה חותרת לצמצום מירבי של מרחב שיקול־הדעת של השופט — היא היתה לא רק שיטת־משפט שונה מזו שאנו מכירים, אלא גם שיטת־משפט גרועה יותר.

ב. תיאוריית סוס־הפרא והתמישה הפשטנית של תפקיד השופט

רבים בציבור הרחב סבורים, כי כאשר השופט בא להכריע בסכסוכים הנדונים בפניו, עליו ללכת תמיד בעקבות הנורמות של המשפט הפוזיטיבי בלבד⁶. לפי תפישה זו,

6 כאשר אני מדבר כאן על הנורמות של המשפט הפוזיטיבי, אני מתכוון לנורמות מסוימות שאפשר לזהותן על־יסוד המקורות שלהן (בשיטת־המשפט שלנו — בעיקר חקיקה ראשית, חקיקה משנית ופסיקה היוצרת תקדים מחייב) מבלי להזקק לטיעונים מוסריים. אינני נוטה לקבל את האפיון

תפקידו של השופט הוא לחשוף את מסכת־העובדות הקשורה בסכסוך, לזהות את הנורמות הכלליות של המשפט הפוזיטיבי החלות על הסכסוך ולברר מהי המסקנה המתחייבת מנורמות אלו לגבי מסכת העובדות; זאת ותו לא. אם תפישתו של תפקיד השופט היתה נכונה, היה ניתן, ללא קושי מיוחד, להבין ואף להצדיק את הטענה ששופט החורג בהכרעה שיפוטית כלשהי אל מעבר לנורמות של המשפט הפוזיטיבי ומתחשב גם במוסר האישי שלו, איננו ממלא את התפקיד המוטל עליו כשופט. אך תפישתו של תפקיד השופט איננה נכונה ומי שמקבל את תיאוריית סוס־הפרא יצטרך לבסס אותה — כפי שעוד נראה — על תפישת מתוחכמת יותר של תפקיד השופט. הבעיות שתפישת פשטנית זו של תפקיד השופט מעוררת כבר נדונו במחקרים שונים, ואין בדעתי לנתחן כאן ביסודיות. אסתפק בכך שאצביע בקיצור על כמה מנקודות־התורפה העיקריות שלדעתי ניתן למצוא בה — אותן נקודות־תורפה שחשיפתן חיונית להמשך הדיון בתיאוריית סוס־הפרא.

התפישת שתוארה לעיל איננה נכונה משום ששיטת־המשפט שלנו, כמו רבות אחרות, שוב איננה תובעת מכל שופט להכריע בכל סכסוך בהתאם לכל הנורמות של המשפט הפוזיטיבי החלות על הסכסוך. כאשר הנורמות המשפטיות הפוזיטיביות הן, למשל, הלכות פסוקות שנקבעו בעבר על־ידי בית־המשפט העליון, שופטי בית־המשפט העליון רשאים, לפי החוק שלנו, שלא להכריע בסכסוך בהתאם לנורמות אלו; ולא זו בלבד שהם רשאים לסטות בהכרעתם מנורמות אלו, הם אף רשאים, אגב הכרעה, לשנותן ואף לבטלן כליל⁷. אך גם אם נתעלם מן הסמכות של השופט לבטל נורמות מסוימות של המשפט הפוזיטיבי ונתרכז באותן נורמות משפטיות שאין לו סמכות לשנותן (בארצנו — נורמות שמקורן בחקיקה ראשית שאיננה מנוגדת לסעיפים המסוריינים של חוק־היסוד), גם אז יש לזכור כי לא תמיד יוכל השופט להכריע

7 הרחב שתיאורטיקנים אנטי־פוזיטיביסטיים שונים נותנים למושג "משפט" (אפיון שממנו עולה, כי המשפט כולל נורמות התורגות אל מעבר למה שנקבע בנורמות של המשפט הפוזיטיבי), אך איננו רואה צורך לעסוק כאן במחלוקת הפילוסופית־יוריספרודנטית סביב גבולות המשפט. ראה סעיף 20 (ב) לחוק יסוד: השפיטה. אין ספק, שהכוח ששיטת־המשפט שלנו העניקה לשופטי בית־המשפט העליון בסעיף זה איננו מצטמצם בכוח לשנות הלכות פסוקות שהיו בעת שנקבעו בלתי־חוקיות. ראה בעניין זה הניתוח מאיר־העניים בספרו של ברק (לעיל, הערה 1), 119–124. לדעת חוקרים מסוימים, הכוח של שופטי בית־המשפט העליון בא לביטוי לא רק כאשר הם מבטלים כליל הלכה קיימת (Overruling) — במינוח המקובל במשפט האנגלי, דבר שהם אינם עושים לעתים תכופות, אלא גם כאשר הם "מאבחים" הלכה קיימת וקובעים כי היא איננה חלה על מערכת נתונה של עובדות (Distinguishing) — במינוח האנגלי. לפי תפישתו, כאשר השופטים "מאבחים" הלכה פסוקה, הם מצמצמים למעשה את תחום תחולתה ומכניסים בה בדרך זו שינוי. ראה 185 J. Raz, *The Authority Of Law* (Oxford, 1979). לא אדון כאן בתפישתו זו, אך אם היא נכונה, הכוח של שופטי בית־המשפט העליון לשנות נורמות משפטיות כלליות שנקבעו בפסיקה רב יותר מכפי שרבים סבורים, שהרי אקט ה"אבחון" של הלכות פסוקות מתבצע בפסיקה לעתים תכופות. רצוי להוסיף, כי לשופטי בית־המשפט העליון יש כוח לשנות ואף לבטל לא רק נורמות משפטיות כלליות המעוגנות בפסיקה, אלא גם נורמות משפטיות כלליות המעוגנות בחקיקה המשנית, ויש להם כוח לעשות כן לא רק כאשר הנורמות האלה מנוגדות למה שנקבע בחקיקה הראשית, אלא גם, למשל, כאשר הן לוקות בחוסר־סבירות קיצונית. העובדה ששיטת־המשפט שלנו מעניקה לשופטי בית־המשפט העליון את הכוח לשנות או לבטל נורמות משפטיות כלליות המהוות חלק מהמשפט הפוזיטיבי, מוכיחה, בין השאר, כי שיטת־המשפט שלנו איננה רואה בשמירה על המסורת המשפטית ערך עליון מוחלט.

בסכסוכים הנדונים לפניו על יסוד נורמות אלו. שיטת המשפט שלנו תובעת למעשה מן השופט להכריע בסכסוכים שונים הנדונים לפניו לא רק כאשר ניתן למצוא במשפט הפוזיטיבי פתרון חד-משמעי אחד לסכסוכים אלו, אלא גם בשלושה סוגים של מצבים אחרים: ראשית, כאשר המשפט הפוזיטיבי "שותק" – השופט חייב להכריע בסכסוך מסוים, אך אין במשפט הפוזיטיבי כל התייחסות, לא על דרך החיוב ולא על דרך השלילה, לסכסוך זה⁸; שנית, כאשר המשפט הפוזיטיבי "מדבר", אך דבריו אינם ברורים די הצורך – השופט חייב להכריע בסכסוך מסוים, ויש במשפט הפוזיטיבי נורמות המתייחסות אל סכסוך מסוג זה, אלא שלשונן או אף מטרתן אינן ברורות די הצורך; ושלישית, כאשר המשפט הפוזיטיבי מדבר ודבריו ברורים, אלא שהם אינם עולים בקנה אחד אלה עם אלה – השופט חייב להכריע בסכסוך מסוים, ויש במשפט הפוזיטיבי נורמות המתייחסות לסכסוך זה וכל אחת מהן כשלעצמה ברורה לחלוטין, אך נורמות אלו "מתנגשות" זו בזו, כלומר: מוליכות למסקנות מנוגדות.

האפיון שנתתי לשלושת סוגי מצבים אלו – למצבי השתיקה, למצבי העמימות ולמצבי ההתנגשות – הוא אפיון גס הטעון חידוד רב, אך לא כאן המקום לעסוק בניחות יסודי של מצבים אלו. הנקודה שאותה ראוי להדגיש כאן היא, שמצבים אלו קיימים במידה זו או אחרת בכל שיטת משפט. כל שופט עשוי לעמוד לעתים בפני מצבי שתיקה, עמימות או התנגשות, ולא תמיד הוא יוכל למצוא במשפט הפוזיטיבי עמוד-אש ברור ואחיד להנחתו בדרך. אמנם, שיטות המשפט מגבילות את מרחב שיקול-הדעת של השופט במצבים אלו על-ידי עקרונות משפטיים שונים (עקרונות השלמה במצבי שתיקה⁹, עקרונות פרשנות במצבי עמימות ועקרונות הכרעה במצבי התנגשות¹⁰), אך

8 רצוי להדגיש כי השתיקה שעליה מדובר כאן איננה שתיקה משמעותית, מכוננת, המצביעה על הסדר שלילי (הסדר כגון זה המכוסס על ההנחה שהחוק מתיר מה שאינו אוסר, למשל), אלא שתיקה שאי-אפשר להסיק ממנה שום מסקנה לגבי השאלה המשפטית העומדת על הפרק. על כמה מהבעיות הקשורות בהבחנה בין לקונה להסדר שלילי ראה מאמרו של טרסקי, "בעיית הליקויים בחוק וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו (תש"ט) 174. יש הסבורים, כי מעצם טבעו של החוק כל שתיקה שלו כרוכה תמיד בהסדר שלילי. ראה ספרו של רז ולעיל, הערה (7), 77. אינני נוטה לקבל דעה זו, אך לא כאן המקום לעסוק בה.

9 כידוע, החוק העיקרי המפנה את השופט הישראלי למקורות משפט משלימים הוא חוק יסודות המשפט, תש"מ-1980. הקובע שכאשר השופט איננו מוצא תשובה לשאלה משפטית בדבר חקיקה, הלכה פסוקה או בדרך של היקש, עליו להכריע בה לאור "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". אין צורך לעמוד כאן על העמימות הרבה של הביטוי האחרון (עמימות שאיננה מקרית – בלעדית החוק לא היה מקבל את אישור הכנסת), אך חשוב להדגיש, כי לפי הפירוש שבית המשפט העליון נתן לחוק יסודות המשפט, המצבים שבהם חוק זה מפנה את השופט לעקרונות מורשת ישראל הם אך ורק מצבי השתיקה (הלקונה) – כמובן הצר המקובל אצלנו). ביתר בהירות: מדברי בית המשפט העליון עולה, שכאשר החוק מדבר על "שאלה משפטית שבית המשפט לא מצא לה תשובה...", כוונתו היא לשאלה שאין שום הסדר משפטי בעניינה ולא לשאלה שההסדר המשפטי בעניינה איננו ברור (ראה בעניין זה ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785; ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 701). אפשר להבין את הסיבות שהניעו את בית המשפט העליון לקבל (ברוב דעות) פירוש זה, אך מבחינה תיאורטית הוא איננו נקי מבעיות. בירור יסודי של עניין זה מחייב דיון נפרד.

10 כללי ההכרעה העיקריים המקובלים אצלנו במצבי ההתנגשות בין נורמות של החוק החרות הם הכללים שלפיהם יש להעדיף נורמה ספציפית על-פני נורמה כללית, ונורמה מאוחרת – על-פני נורמה מוקדמת. אין צורך לומר שאין בכללים אלו פתרון למצבי ההתנגשות בין שתי נורמות ספציפיות או כלליות שנקבעו באותו זמן.

אין צורך לנתח כאן עקרונות אלו כדי להבין שהם מעוררים לעתים בעיות שאינן שונות מאלו שאותן הם אמורים לפתור — גם הם עצמם מוליכים לעתים למסקנות מנוגדות וגם בהם ניתן לעתים למצוא תופעות של שתיקה או עמימות. שום שיטת-משפט איננה יכולה לספק לשופט "מפתח-קסמים" פנים-משפטי הפותח את כל הדלתות שבפניהן הוא ניצב כשופט.

העובדה ששום שיטת-משפט איננה יכולה להנחות את השופט הנחיה מספקת בכל אחד מהסכסוכים האפשריים שעשויים להתעורר בפניו, היא תולדה בלתי-נמנעת של גורמים בסיסיים כמו אופיה העמום של הלשון האנושית ואופיו הפתוח של העתיד; אך בין הסכסוכים שהשופט צריך להכריע בהם יש סכסוכים ששיטת-המשפט שלנו היתה יכולה להורות לשופט כיצד להכריע בהם, אלא שהיא היתה מעוניינת להניח את ההכרעה בהם לשיקול-דעתו. כמה דוגמאות עשויות להבהיר ולהמחיש טענה זו. ניטול תחילה לדוגמא את סעיף 15(א) לחוק יסוד: השפיטה. בסעיף זה העניק המחוקק לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק את הסמכות לדון בעניינים "שהוא רואה צורך להושיט בהם סעד למען הצדק...". אופיה וגבולותיה המדויקים של הסמכות שהוענקה לשופטי הבג"צ בסעיף זה שמשו נושא למחלוקות רבות, אך בלי לעסוק כאן במחלוקות אלו, ברור כי בסעיף זה הוענקה לשופטי הבג"צ הסמכות לקבוע בעצמם מתי יש צורך להושיט סעד למען הצדק.¹¹

כמובן, המלה "צדק" איננה מופיעה בסעיף העוסק בסמכות הבג"צ בלבד. היא מופיעה גם בעשרות סעיפי חוק אחרים מכל תחומי המשפט. מכל הסעיפים הללו עולה, כי לשופט יש סמכות להכריע בסכסוכים מסוימים לא רק על יסוד שיקולים של דין, אלא גם על יסוד שיקולים של צדק. לדוגמא: בסעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, החוק מסמיך את בית-המשפט לסרב לתת פסק-דין של פינוי, "אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לתתו". בסעיף 24 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, החוק מסמיך את בית-המשפט, "אם נראה לו הדבר צודק בנסיבות העניין", לחייב אדם לשלם לבעל-מקרקעין שכר ראוי בעד התקופה שבה החזיק במקרקעין שלא כדין. בסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, נקבע שאדם הנפגע מהפרת חוזה איננו זכאי לאכיפת החוזה, אם אכיפת החוזה היא "בלתי-צודקת בנסיבות העניין". היה אפשר להביא כאן עוד דוגמאות רבות של הוראות חוק דומות, אך די, כמדומני, באלה שהובאו. רצוי אולי רק להוסיף, כי לפי סעיף 24 של ההצעה של ועדת-אגרנט לחלק הכללי של חוק העונשין, בית-המשפט רשאי בתנאים מסוימים לפטור אדם מאחריות פלילית אם מצא ש"לא יהיה זה מן הצדק להרשיעו". אין צורך לומר שאם ההצעה של ועדת-אגרנט תתקבל ותיהפך לחוק, יגדל המשקל שיהיה לשאלות של צדק במסגרת השיפוט הפלילי.

יש להדגיש, כי המונח "צדק" הוא רק אחד מהמונחים הערכיים הרבים המופיעים בלשון החוק.¹² ניטול לדוגמא את סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. סעיף זה קובע, ש"חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי-חוקיים, בלתי-מוסריים או

11 ראה בעניין זה מאמרי "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית המשפט הגבוה לצדק" עיוני משפט יג (תשמ"ט) 453-458.

12 ההבחנה הכללית בין מונחים ערכיים למונחים לא-ערכיים מעוררת בעיות פילוסופיות-סמנטיות קשות שלא כאן המקום לעמוד עליהן. אסתפק בכך שאומר, כי למרות הבעיות שהבחנה זו מעוררת אינני רואה כל סיבה לוותר על השימוש בה.

מנוגדים לתקנת הציבור", הוא חוזה שאין לו מלכתחילה כל תוקף משפטי. מן הנוסח של סעיף זה עולה, כי חוזה בלתי-חוקי איננו בהכרח חוזה בלתי-מוסרי, וחוזה בלתי-מוסרי איננו בהכרח חוזה בלתי-חוקי. הסמכות של השופט לבחון את החוזה על-פי אמות-מידה מוסריות (ויהיה תוכנו של אמות-מידה אלו אשר יהיה¹³) איננה סמכות שהשופט נוטל לעצמו. זוהי סמכות שהחוק העניק לו, וסמכות זו איננה סמכות שברשות אלא סמכות שבחובה – סמכות שהחוק מחייב אותו להפעילה. השופט רשאי לפי החוק לפסוק שיש לחוזה תוקף משפטי רק אם החוזה איננו חוזה בלתי-מוסרי¹⁴.

דברים דומים ניתן לומר גם על ביטויים ערכיים רבים אחרים המופיעים בסעיפי חוק שונים מכל תחומי המשפט. כוונתי לביטויים כמו "עבירה שיש עמה קלון", "תום-לב", "רשלנות", "שוויון" ועוד. אמנם, התוכן שבית-המשפט יצק לקטיגוריות ערכיות אלו ואחרות התגבש במרוצת השנים במסגרת הלכות פסוקות המהוות היום חלק מן המשפט הפוזיטיבי. אולם הגם שהחלטותיו של השופט בשאלות ערכיות רבות כפופות היום להלכות פסוקות, חשוב לזכור כי הלכות אלו נפסקו על-ידי השופטים, ובשעה שהן נפסקו, הן לא היו חלק מהמשפט הפוזיטיבי. זאת ועוד: גם אם אין השופט חופשי להתעלם מהלכות פסוקות, לשופטים מסוימים, שופטי בית-המשפט העליון, יש – לפי החוק שלנו – סמכות לשנות ואף לבטל הלכות פסוקות. הפסיקה היצירתית של השופטים איננה קופאת על שמריה והתהליך שבו השופטים יוצקים תוכן לקטיגוריות הערכיות המופיעות בסעיפי חוק שונים איננו תהליך שנפסק בנקודת-זמן מסוימת. זהו תהליך שאין לו סיום, ושיקולים החורגים אל מעבר לגורמות של המשפט הפוזיטיבי מטביעים בו את חותמם לאורך כל הזמן.

לסיכום: מן הדברים שנאמרו עד כה עולה, כי בין הסכסוכים ששיטת-המשפט שלנו תובעת מהשופט להכריע בהם יש סכסוכים שהשופט איננו חייב או איננו יכול להכריע בהם על יסוד הנורמות של המשפט הפוזיטיבי. בניסוח אחר: קבוצת-הסכסוכים ששיטת-המשפט שלנו תובעת מן השופט להכריע בהם כוללת סכסוכים שיש לשופט "שיקול-דעת שיפוטית"¹⁵ לגבי ההכרעה בהם. לא כל התיאורטיקנים של המשפט

13 על המחלוקת בין שופטי בית-המשפט העליון בכל הנוגע לאמות-מידה אלו ראה ע"א 377/62 גינדר רוזנפלד נ' רוחה יעקובסון, פ"ד יז 1009: וע"א 645/70 יעקב הלמוט נ' מרים ומאיר פרץ, פ"ד כה(2) 35.

14 ההבחנה בין "מוסרי" ל"בלתי-מוסרי", כהבחנה השונה מן ההבחנה בין "חוקי" ל"בלתי-חוקי", מופיעה בחוק הישראלי לא רק במסגרת חוק החוזים אלא גם בהקשרים אחרים. כך, למשל, בסעיף 18(2) (ב) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, נקבע כי במשפט פלילי או אזרחי בשל פגיעה בפרטיות תהיה זו הגנה טובה אם "הפגיעה נעשתה בנסיבות שבהן היתה מוטלת על הפוגע חובה חוקית, מוסרית, חברתית או מקצועית לעשותה". בסעיף זה המחוקק מניח, כי החובות המשפטיות המוטלות על אדם אינן זהות עם החובות המוסריות המוטלות עליו, ואת השאלה מהן החובות המוסריות המוטלות עליו (בכל הנוגע לפגיעה בפרטיות) הוא מניח לשיקול-דעתו של השופט.

15 מכיוון שהביטוי "שיקול דעת שיפוטית", במובן Judicial Discretion, כבר השתרש בלשון המשפטית שלנו, אשתמש בו, במובן זה, גם אני. אני עושה זאת בהיסוס-מה, משום שהיה ראוי אולי להעדיף לתרגם את הביטוי Judicial Discretion ל"חופש החלטה שיפוטית". מכל-מקום, כאשר מדובר כאן על שיקול-דעת שיפוטית, הכוונה איננה לכל מצב של "שקילה" אופציות המתקיים בתודעתו של השופט, אלא רק למצב שבו השופט חופשי, מבחינתו של המשפט (החוק), לבחור בין כמה אופציות שונות. מאפיין זה לא נובע שכאשר יש לשופט שיקול-דעת שיפוטית הוא חופשי מבחינת המשפט להכריע כל הכרעה שהיא, שכן חופש ההחלטה הכרוך בשיקול-הדעת

מקבלים עמדה זו, אך במסגרת מאמר זה אין בדעתי להגן על כל ההנחות היוריספרודנטיות המובלעות בה. השאלה שתעסיק אותי היא, האם אפשר לקבל עמדה זו ועם זאת לתמוך בתיאוריית סוס-הפרא. אם המשפט הפוזיטיבי איננו יכול לשמש בסיס לכל אחת מההכרעות השיפוטיות של השופט, אם יש לשופט מרחב מסוים, לא בלתי-מוגבל, של שיקול-דעת שיפוטי — כלום יוכל השופט להפעיל את שיקול-הדעת שלו מבלי להתחשב לעתים גם במוסר האישי שלו? בשני הפרקים הבאים ברצוני לבחון שתי תגובות אפשריות של החסיד של תיאוריית סוס-הפרא לשאלה זו. אמנם, לפי התגובה האחת, יש סכסוכים שהמשפט הפוזיטיבי איננו מכתוב לשופט את ההכרעה בהם, אך אין להסיק מכך כי השופט מוכרח להתחשב בהשקפות המוסריות האישיות שיש לו על ההכרעה השיפוטית הראויה בסכסוכים אלו. יש לשופט שיקול-דעת שיפוטי, אך הוא יכול וצריך להפעיל אותו על יסוד אמות-מידה מוגדרות מסוימות. מבלי להתחשב במוסר האישי שלו. לפי התגובה השנייה, כדי להכריע בסכסוכים ששיטת-המשפט שלנו תובעת ממנו להכריע בהם, השופט מוכרח לעתים להתחשב גם במוסר האישי שלו. אך תופעה זו היא תופעה מסוכנת ביותר, וגם אם אי-אפשר להעביר אותה כליל מעולמה של השיטה, כל שיטת-משפט צריכה לעשות הכול כדי לצמצם את ממדיה ככל הניתן. בפרק הבא אדון בתגובה הראשונה, ובפרק שאחריו — בתגובה השנייה. אנסה להראות כי שתי התגובות מבוססות על שיקולים מוטעים.

ג. האם השופט יכול למלא את התפקיד המוטל עליו מבלי לרכוב על הסוס הנחשב לסוס-פרא?

הטענה, ששופט הבא להכריע בסכסוך כלשהו צריך תמיד להתעלם מההשקפות המוסריות האישיות שלו, מקובלת לא רק על אלו המחזיקים בתפישה הפשטנית של תפקיד השופט, אלא גם על רבים מאלו שאינם מחזיקים בה. הללו מכירים בכך שהמשפט הפוזיטיבי איננו מכתוב לשופט את ההכרעה הראויה בכל סכסוך אפשרי, והם לא יכפרו בכך שההכרעה בסכסוכים מסוימים כרוכה בהפעלה של שיקול-דעת שיפוטי.

השיפוטי איננו חופש מוחלט, בלתי-מוגבל — גם כאשר המשפט מניח לשופט מרחב של שיקול-דעת בעניינים מסוימים הוא מגביל מרחב זה ברכיבים שונות, ישירות או עקיפות (ראה בעניין זה ספרו של ברק [לעיל, הערה 1] 29–30, 41–43). ראוי להדגיש, כי המחלוקת סביב שיקול-דעת שיפוטי קשורה ותלויה במחלוקת סביב גבולותיו של המשפט. אם דבורקין, למשל, כפר בקיומו של שיקול-דעת שיפוטי, הוא כפר בקיומו משום שהוא הניח כי המשפט כולל נורמות שונות החורגות אל מעבר למה שנקבע בנורמות המשפטיות הפוזיטיביות (אלו שמקורן העיקרי אצלנו הוא אקטים מסוימים של חקיקה או פסיקה). אחת הבעיות המקשות על הכנת עמדתו של ברק בשאלת אופיו של שיקול-הדעת השיפוטי נעוצה בכך שהוא משתמש במושג של המשפט (החוק) לעתים במובן הפוזיטיבי הצר ולעתים במובן רחב ביותר שאיננו שונה בהרבה מהמובן שדבורקין מייחס לו (ראה בעניין זה ח' גנו, "שיקול-דעת שיפוטי לאהרן ברק" משפטים יח (תשמ"ט) 510–516). כאמור, לא אוכל לעסוק כאן במחלוקת היוריספרודנטית-פילוסופית סביב גבולותיו של המשפט, אך — כפי שכבר ציינתי — תפישת המשפט המקובלת עלי היא כיסודה החפשה הפוזיטיביסטית, שלפיה אין משפט זולת מה שנקבע כמשפט הפוזיטיבי. ההנחה שממנה אני יוצא, על רקע תפישה זו, היא שיש לשופט מרחב גדול למדי של שיקול-דעת שיפוטי בעניינים שונים, והשאלה שבה אני מתמקד בהמשך היא שאלת מקומו של המוסר האישי של השופט כאשר הוא מפעיל את שיקול-הדעת שלו.

עם זאת, הם יטענו כי גם כאשר השופט מפעיל את שיקול-הדעת השיפוטי, עליו להתעלם תמיד מההשקפות המוסריות האישיות שלו. יש הסבורים, כי במצב זה השופט צריך להישען אך ורק על הערכים הבסיסיים של שיטת-המשפט שבמסגרתה השופט פועל – אותם ערכים המונחים ביסודן של הנורמות שמהן מורכב המשפט הפוזיטיבי (חסידיה של עמדה זו, שיש לה וריאציות שונות, מייחסים חשיבות עליונה לקוהרנטיות של מערכת הנורמות המשפטיות). יש הסבורים, כי השופט צריך להפעיל את שיקול-הדעת השיפוטי שלו על יסוד הערכים המקובלים בחברה שבה הוא חי (בעלי עמדה זו – וגם לה יש וריאציות שונות – מייחסים חשיבות עליונה להתאמתה של מערכת הנורמות המשפטיות לערכים המשתנים של החברה), ויש המצדדים באמות-מידה אחרות (לרבות שילוב אפשרי של כמה אמות-מידה) שעליהן אעמוד בהמשך¹⁶. בעלי עמדות אלו עשויים לחלוק זה על זה כבואם לקבוע מי הם "מורי-הדרך" שצריכים להנחות את השופט כאשר הוא מפעיל את שיקול-הדעת השיפוטי. אך רבים מהם שותפים להנחה, כי מורי-דרך אלו הם מורי-דרך שהשופט יכול לזהות אותם וללכת בעקבותיהם מבלי להתחשב במוסר האישי שלו. ואכן, תהא אשר תהא משמעותן המדויקת של שאלות כמו מהם הערכים המונחים ביסודן של המשפט הפוזיטיבי או מהם הערכים המקובלים בחברה מסוימת – ברור כי אפשר עקרונית לזהות את הערכים שעליהם מדובר בשאלות אלו ולברר מה נובע מהם מבלי לערב בכך שיפטים מוסריים אישיים. החסיד של תיאוריית סוס-הפרא עשוי אפוא להודות בכך, שבמקרים לא-מעטים אין הנורמות של המשפט הפוזיטיבי מספקות פתרון ברור אחד לסכסוכים הנדונים בפני השופט. אך הוא עשוי להוסיף ולטעון כי גם כאשר השופט חוזר בהכרעתו אל מעבר לנורמות אלו הוא יכול וצריך לעשות כן מבלי להתחשב במוסר האישי שלו. יש לשופט שיקול-דעת שיפוטי מבחינה זו שהוא איננו יכול ואיננו חייב לפעול תמיד על יסוד הנורמות של המשפט הפוזיטיבי בלבד. אך שיקול-דעת זה איננו בלתי-מוגבל, וכאשר השופט מפעיל אותו עליו לעשות זאת תמיד לפי ההנחיות של מורי-דרך מסוימים – הנחיות שהשופט צריך ללכת בעקבותיהן גם אם הן אינן מתיישבות עם המוסר האישי שלו.

תפישה זו מעוררת שאלות רבות. אתרכזו כאן בשתיים מהן. ראשית, נניח שהשופט היה מתעלם תמיד מהמוסר האישי שלו ומפעיל את שיקול-הדעת השיפוטי אך ורק לפי ההנחיות של מורי-דרך כגון אלו שהוזכרו לעיל. האם מצב זה היה מצב טוב, רצוי? שנית, מצב זה, בין אם הוא טוב ורצוי ובין אם לא, האם הוא בכלל מצב אפשרי, בר-מימוש? בפרק זה אני עוסק בשאלה השנייה, ורק בפרק הבא אדון בראשונה.

16 לא תמיד ברור מהי בדיוק כוונתם של בעלי עמדות אלו – האם הם מתכוונים לתאר כיצד, לפי המשפט הפוזיטיבי, השופט צריך להפעיל את שיקול-הדעת שלו; או אולי כוונתם לקבוע כיצד, לפי המשפט הראוי, השופט צריך להפעיל את שיקול-הדעת שלו. אם מבינים עמדות אלו לפי הפירוש הראשון, השאלה אם הן נכונות או לא תלויה במה שנקבע במשפט הפוזיטיבי שעליו מדברים (ומה שנקבע בעניין זה במשפט הפוזיטיבי במדינה אחת או בתקופה אחת איננו זהה בהכרח עם מה שנקבע במשפט הפוזיטיבי במדינה אחרת או בתקופה אחרת). לעומת זאת, אם מבינים עמדות אלו לפי הפירוש השני, יש לראות בהן עמדות נורמטיביות כלליות שאינן תלויות בהכרח במה שנקבע במשפט הפוזיטיבי. תהיה כוונתם המדויקת של בעלי עמדות אלו אשר תהיה (ואפשר לפרש את כוונתם גם בדרכים אחרות) – במאמר זה אני דן בעמדות אלו לפי הפירוש השני שלהן, כלומר: בעמדות נורמטיביות כלליות.

אקדים ואומר, כי לא נראה לי שמורי-דרך כגון אלו שהוזכרו לעיל יכולים תמיד לשמש תחליף לשיפוטים המוסריים האישיים של השופט. גם אם השופט היה מצליח להשתחרר כליל מההשפעה הפסיכולוגית, המודעת או הבלתי-מודעת, שיש למוסר האישי שלו על החלטות שונות שהוא מחליט כשופט, גם אז הוא לא היה יכול להסתייע תמיד בהנחייתם של מורי-דרך אלו.

נבחן תחילה בקיצור את אותה עמדה התובעת מהשופט להפעיל את שיקול-דעתו אך ורק על יסוד הערכים הבסיסיים של שיטת-המשפט שבמסגרתה הוא פועל. אפילו נניח שהשופט יכול תמיד לברר מהם הערכים שאליהם תביעה זו מתייחסת, קשה להניח כי הוא יוכל תמיד למצוא בערכים אלו הנחיה מספקת. כל שיטת-משפט כוללת נורמות משפטיות שנקבעו במשך השנים (לעתים עשרות או מאות שנים) על-ידי גופים שונים לאור שיפוטם ערכיים שונים. אמנם, קבוצת הנורמות המשפטיות שמחן מורכב המשפט הפוזיטיבי איננה דומה ליער-עבות פראי שהתפתח בצורה אמורפית, אך היא גם איננה דומה לגן-פרחים מטופח המבוסס על תבנית קונסיסטנטית קוהרנטית אחידה. הערכים שהנורמות המשפטיות השונות נועדו להגן עליהם אינם עשויים מקשה אחת והם מוליכים לעתים למסקנות מנוגדות. טעות היא, לפיכך, לחשוב כי מאחורי הנורמות של המשפט הפוזיטיבי ניצבים כמה ערכים בסיסיים העשויים להנחות את השופט בכל סכסוך שהנורמות הללו אינן מספקות לו פתרון.¹⁷

אפשר, אולי, לטעון שכאשר שני ערכים המונחים ביסודו של המשפט הפוזיטיבי מתנגשים זה בזה, השופט צריך ללכת בעקבות אותו ערך שמשקלו רב יותר. אך גם אם נתעלם מכך שאותו ערך עצמו יכול לעתים להוליך למסקנות מנוגדות, למה הכוונה כאן ב"ערך שמשקלו רב יותר"? אם הכוונה היא לאותו ערך שמשקלו במסגרת סולם-הערכים האישי של השופט רב יותר, הרי שהשקפותיו הערכיות האישיות של השופט – אותן השקפות שהוצאו קודם דרך הדלת – יחזרו שוב דרך החלון. לעומת זאת, אם הכוונה היא לאותו ערך שיש לו משקל רב יותר במערכת-הערכים המונחת ביסודו של נורמות המשפט הפוזיטיבי, מתעוררות מיד כמה תמיהות: האם אי-אפשר לעתים להסביר או להצדיק אותן נורמות משפטיות על רקע ערכים שונים? האם לכל ערך במערכת-הערכים הזו יש תמיד משקל ברור, מוגדר? האם לא ייתכן שלשני ערכים המתנגשים זה בזה באותה מערכת יהיה אותו משקל? לא אעסוק כאן בכל הקונסטרוקציות התיאורטיות שאפשר לרקום סביב הערכים המונחים ביסודו של המשפט הפוזיטיבי¹⁸, אך באופן כללי אומר כי הנסיונות לגזור מערכים אלו פתרון חד-

17 ראה בעניין זה גם J. Ely, *Democracy and Distrust — A theory of Judicial Review*, 63–69 וראה, לעומת זאת, O. Fiss, "The Forms of Justice" 93 *Harvard Law Review* (1979) 9, 14, 29.

18 בתיאוריית השפיטה של ר' דבורקין ניתן למצוא קונסטרוקציה מתוחכמת ביותר של ערכים אלו. לא אוכל לדרן כאן בקונסטרוקציה זו, אך ראוי לציין כי למרות הרושם, שכמה מדבריו של דבורקין מעוררים הוא איננו תובע מהשופט שלא לערב כלל שיפוטם מוסריים בהכרעות המשפטיות שלו. דבורקין סבור, כי לשמירה על הקוהרנטיות של המשפט (ושל הערכים המונחים ביסודו) יש משקל חשוב ביותר בשיקולים שהשופט שוקל, וצריך לשקול, כאשר הוא בא להכריע "במקרים קשים" (המקרים שהמשפט הפוזיטיבי אינו מספק עבורם פתרון ברור). אך דבורקין מכיר בכך שכדי להכריע במקרים אלו מוכרח השופט להתמודד לא פעם גם עם שאלות מוסריות עקרוניות. ההכרה בעובדה זו בולטת במיוחד בחיבורים האחרונים של דבורקין שבהם הוא עוסק בהרחבה בסוגיית הפרשנות של החוק. כאשר ניתן לפרש חוק פירושים שונים, ומכתינתה של המסורת המשפטית אין

משמעי אחד לכל סכסוך אפשרי נידונים – לדעתי – לשלון. אמנם, טענות שהדפוס הבסיסי שלהן הוא – "המסקנה המתחייבת מערכי-היסוד של המשפט שלנו היא..." חוזרות בפסיקה של בתי-המשפט שוב ושוב. לעתים יש לטענות אלו הצדקה, אך לעתים אין להן בסיס של ממש. גם הערכים המונחים ביסודו של המשפט שלנו, כמו הנורמות המשפטיות שמהן הוא מורכב, עשויים לעתים לשתוק, לומר דברים לא ברורים או לומר דברים מנוגדים; ואין זה מקרה שההשקפות המוסריות האישיות שיש לשופטים על הפתרון הראוי של סכסוך זה או אחר חודרות לעתים גם לתוך התיאור האובייקטיבי כביכול של "ערכי-היסוד של המשפט שלנו".

דברים דומים ניתן לומר גם על אותה עמדה התובעת מהשופט להפעיל את שיקול-דעתו בהתאם לערכים המקובלים בחברה שבה הוא חי.¹⁹ עמדה זו איננה זהה עם העמדה הקורמת, שהרי לא תמיד יש חפיפה בין הערכים המונחים ביסודו של המשפט הפוזיטיבי לבין הערכים המקובלים בחברה בזמן מסוים (מערכת הנורמות המשפטיות עשויה לפגור בעניינים שונים אחר שינויים חברתיים), אך גם הערכים המקובלים בחברה אינם יכולים לפטור את השופט מן ההכרח להתמודד לעתים בעצמו עם שאלות מוסריות שונות. נניח כי "בערכים המקובלים בחברה" הכוונה כאן היא לערכים הבסיסיים שרובו המכריע של הציבור בחברה מצהיר על תמיכתו בהם, ונמשיך ונניח כי רובו המכריע של הציבור בחברה שלנו מצהיר על תמיכתו בערכים כמו חופש-הפרט, שוויון-הזדמנויות, קדושת-החיים וכו'. האם יעלה על הדעת שערכים כגון אלו עשויים תמיד להנחות את השופט בבואו להכריע בסכסוכים קונקרטיים בעייתיים? אינני טוען שהשופט לא יוכל להישען על ערכים אלו בשום מקרה, אך נראה לי כי במקרים רבים הם לא יוכלו לסייע לו, שהרי גם הם כלליים ועמומים ביותר וגם הם מוליכים לעתים למסקנות מנוגדות. אשר להצהרות התמיכה של הציבור הרחב בערכים אלו, ככל שכני החברה שלנו יירשו להבהיר יותר את המשמעות המעשית שהם מייחסים לערכים אלו, כן יתברר כי הם מכינים ערכים אלו כדרכים שונות.²⁰ הקונסנזוס הציבורי המתבטא בהצהרות התמיכה בערכים אלו איננו אפוא קונסנזוס של ממש.

כמובן, המושג של "הערכים המקובלים בחברה" סובל פירושים שונים ולעמדה שבה אנו דנים עתה יש וריאציות שונות. אפשר, למשל, לטעון כי לא הערכים הבסיסיים שהציבור הרחב מצהיר על תמיכתו בהם, אלא הערכים הבסיסיים שלפיהם בני הציבור מארגנים בפועל את חייהם צריכים תמיד להנחות את השופט כאשר הוא מפעיל את

לפירוש אחד מהם עדיפות על השאר, צריך השופט – לדעת דבורקין – לבחור את אותו פירוש המעמיד את החוק באור החיובי ביותר מבחינה מוסרית. אין צורך לומר, כי בבחירה זו מוכרח השופט להישען על השיפוט המוסריים שלו. ראה בעניין זה הדברים המפורשים שהוא אומר בספרו *Law's Empire* (Fontana, 1986) 256. העמדה של דבורקין בדבר המשקל היחסי שיש למבחן המוסרי במסגרת ההכרעות של השופט במקרים קשים איננה – לדעתי – עמדה מגובשת ועקיבה (השווה, למשל, את דבריו במקום שהוזכר לעיל בהערה זו עם דבריו בספר *A Matter of Principle* [Harvard, 1985] 143–144). אך אין ספק, שדבורקין איננו תובע מהשופט להתעלם תמיד מההשקפות שיש לו בשאלות מוסריות.

19 על הרעיון שערכי-היסוד של החברה הם הצריכים לשמש מורי-דרך של השופט בשאלות ערכיות ראה, למשל, H. Wellington, "Common Law Rules and Constitutional Double Standards", *83 Yale Law Journal* (1973) 227–229, 243–249.

20 במחקר הסוציולוגי של דעת-הקהל נדונה תופעה זו בהרחבה. ראה, למשל, H. McClosky and A. Brill, *Dimensions of Tolerance* (1983) 417–419.

שיקול-דעתו; אך אין צורך לומר כי גם "מורה-דרך" זה לא יוכל במקרים לא-מעטים לסייע לשופט. אפשר, אולי, לטעון כי לא ערכים בסיסיים אלו או אחרים צריכים להנחות את השופט, אלא העמדות הקונקרטיות שיש לרובו המכריע של הציבור בשאלות ערכיות קונקרטיות.²¹ תפישה זו שונה – כך ניתן לחשוב – מהתפישות הקודמות, משום שכדי לחשוף ולנתח ערכים בסיסיים אלו או אחרים ולברר מה נובע מהם הלכה למעשה בשאלות קונקרטיות, יש בדרך-כלל צורך במאמץ אינטלקטואלי ניכר, ולא תמיד, כפי שצוין, עשוי מאמץ זה להוליך למסקנה חדר-משמעות אחת. התפישה האחרונה פוטרת את השופט ממאמץ זה. לפי תפישה זו, כדי להכריע, למשל, בשאלה אם מדיניות מסוימת לוקה בחוסר-צדק, יצטרך השופט לברר אך ורק מה היא העמדה הקונקרטית שרובו המכריע של הציבור נוקט כלפי מדיניות זו, וכדי לברר מה היא עמדתו השופט יכול להישען, ללא ניתוח מסובך, על ההתרשמות האישית שלו. אין מדובר כאן על עמדה של רוב יחסי או רוב מוחלט קטן, אלא על רוב גדול במיוחד. וחזקה על השופט, היושב בתוך עמו, שעמדה של רוב כה גדול לא תיעלם מעיניו.²² אולם אפילו נניח שיש תמיד לחזקה זו על מה שתסמוך, ברור כי השופט ניצב לעתים לפני שאלות ערכיות בלתי-צפויות שהציבור לא חשב עליהן וממילא לא גיבש כל עמדה לגביהן. אפשר אולי לטעון, שבמצב זה השופט צריך ללכת בעקבות העמדה שהציבור הרחב היה נוקט אילו חשב עליהן. אולם במקרים רבים קשה לדעת כיצד היה הציבור הרחב מכריע בשאלות שטרם חשב עליהן, מה גם שבחברה הפלורליסטית שלנו מתרוצצות, כידוע, השקפות שונות ומנוגדות בשאלות ערכיות רבות, וההנחה שקיים

21 דבורקין טוען, כי יש להבחין בין שני מובנים של הביטוי "הסטנדרטים המוסריים של החברה". אפשר להשתמש בביטוי זה כדי לציין את הקונסנוס הציבורי בעניינים ספציפיים ואפשר להשתמש בו כדי לציין את "העקרונות המוסריים שביסוד האיסטיוציות והחוקים של החברה" (ראה R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* [London 1977] 79–80). עד כאן אין רביו של דבורקין מעוררים בעיה, אך דבורקין ממשיך וטוען שכאשר השופטים משתמשים בביטוי זה, הם משתמשים בו כמובן השני ולא הראשון. דבורקין איננו מביא כל ראיה לכיסוסה של טענה זו, ונראה לי שהיא לא רק בלתי-מבוססת אלא גם בלתי-נכונה. אין זה ברור אם טענתי של דבורקין מתייחסת אל השופטים במערכת-המשפט האמריקנית או אל השופטים בכלל. אך עובדה היא ששופטים רבים, גם שופטים בבית-המשפט העליון האמריקני, כיססו לעתים את הכרעותיהם לא על "העקרונות המוסריים שביסוד המוסדות והחוקים של החברה", אלא על קונסנוס ציבורי הקיים – לדעתם – בשאלות ספציפיות. דוגמאות רבות לפנייה של שופטים אל הקונסנוס הציבורי ניתן למצוא בפסיקה המתוארת במאמרים של ל' ניוטון, המוזכרים להלן בהערה 22.

22 על ניסיון (לא רציני – לדעתי) להציע לבית-משפט דרך לשימוש במשפטי דעת-קהל כבסיס להכרעות שיפוטיות בשאלות ערכיות ראה J. Cohen, R. Rolson, A. Bates, "Ascertaining The Moral Sense of The Community" 8 *Journal of Legal Education* (1955) 137. בעיית זיהוי של ההשקפות המוסריות המקובלות בחברה התעוררה בפסיקה האמריקנית לא רק כמסגרת הוויכוח סביב הפירוש של הוראות החוק, אלא גם כמסגרת הוויכוח סביב הפירוש שיש לתת להוראות חוק רגילות, כמו, למשל, אותה הוראת חוק הקובעת כי אין להעניק אזרחות אמריקנית אלא לאדם בעל "אופי מוסרי טוב". סקירה כללית על המחלוקות שהתעוררו בין השופטים סביב הוראות חוק זו במשך מאה השנים האחרונות ניתן למצוא ב-L. Newton, "On Coherence In The Law, A Study of The Good Moral Character Requirement In The Naturalization Statute" 46 *Temple Law Quarterly* (1972) 40. וראה באותו עניין גם E. Cahn, "Community Standards" *The American Journal of Jurisprudence* (1977) 94; וכן "Authority and Responsibility" 51 *Columbia Law Review* (1951) 838.

בחברה שלנו קונסנזוס של רוב גדול מיוחד של הציבור בכל השאלות הערכיות הטעונות הכרעה בבית-המשפט היא הנחה חסרת-יסוד. רבות משאלות אלו הן שאלות שלגביהן אין לציבור הרחב עמדה ברורה, מגובשת או מוסכמת. נראה אפוא כי גם הערכים המקובלים בחברה, לפי קונסטרוקציה זו או אחרת שלהם, אינם יכולים לשמש תמיד מורה-דרך להכרעותיו של השופט. העובדה ששופטים רבים נוטים להציג הכרעות שונות שלהם כהכרעות המתחייבות מהערכים המקובלים בחברה איננה מחייבת את המסקנה שהן באמת מתחייבות מהם. המיתוס של הקונסנזוס הציבורי — אותו מיתוס שפוליטיקאים רבים עושים בו שימוש כאשר הם מציגים עמדות אישיות שלהם כעמדות שהציבור הרחב עומד מאחוריהן — ממלא לעתים תפקיד חשוב גם במסגרת הריטוריקה השיפוטית.²³

לבסוף, רצוי לעמוד על קבוצה אחרת של מוריי-דרך. הראויים — לדעת רבים — לשמש תחליף למוסר האישי של השופט. דוגמא בולטת למורי-הדרך מהקבוצה הזו יכול לשמש "הציבור הנאור". לדעת השופט לנדוי, כאשר מדובר "ברעיונות שמקורם איננו בתחום המשפט הפוזיטיבי, אלא במושגי-יסוד של צדק ומוסר, אין השופט רשאי לפסוק לפי השקפתו הפרטית אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות של הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב".²⁴ דעה דומה באה לידי ביטוי גם בדבריו של השופט ויתקון. לדעתו, כאשר מתייצבת לפני השופטים שאלה כמו השאלה אם חוזה מסוים הוא חוזה בלתי-מוסרי, "מצווים אנו לתת ביטוי ותוקף לא לדעותינו הפרטיות, אלא למה שנראה כמשקף גם את דעת הציבור והכוונה היא לחלק המשכיל והמתקדם בתוכו".²⁵

23 מעניין כי אפילו השופט ברק, שאיננו מתעלם מן היסוד היצירתי, העצמאי, הקיים לא פעם בפסיקה, ראה צורך להציג את פסק-הדין הידוע של השופט אגרנט בעניין קול העם כפסק-דין המבטא את "קולו של העם" (ראה מאמרו, "הנשיא אגרנט — 'קול העם' — קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (ירושלים, תשמ"ו) 129). אינני בטוח כלל ועיקר שרוב העם שישב בציון בשנת 1952 היה מסתייג מהחלטתו של שר-הפנים לסגור את העיתון "קול העם" — ההחלטה שכנגדה יצא השופט בפסק-דינו, ולכן נראה לי כי ההצגה של פסק-דין חשוב זה כביטוי לקולו של העם עלולה להטעות. יש להניח, כי ב"קולו של העם" התכוון השופט ברק לא לעמדה קונקרטיה שהעם נוקט בעניין מסוים אלא לערכים הבסיסיים של העם. ואכן, בעקבות השופט אגרנט השופט ברק מניח, כי עקרונות-היסוד השונים של השיטה המשפטית "נקבעים על-ידי הפסיקה בדרך של מתן ביטוי למערכת החיים הלאומיים של העם" (שם, בעמ' 139). יתר על כן: לדברי השופט ברק, "לא תיתכן כלל הבחנה בין עצם קביעתו של עקרון לבין קביעת משקלו. מערכת החיים הלאומיים של עם, הקובעת את עקרונות-היסוד שלו קובעת ממילא את משקלם של אותם עקרונות, כלומר את חשיבותם היחסית" (שם, בעמ' 142). אך חוששני, כי השופט ברק מעמיס כאן על "מערכת החיים הלאומיים" עומס רב מדי. כאמור, לא אוכל לדון כאן בהרחבה בספרו המקיף של ברק על שיקול-הדעת השיפוטי, אך באופן כללי אומר כי ניכר בספר זה מתח בין הנטייה של ברק החוקר להדגיש את המשקל הרב שיש בפסיקה לפילוסופיה האישית של השופט לבין הנטייה שלו כשופט להמעיט בהערכתו של משקל זה.

24 ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335; וראה גם דבריו של השופט לנדוי בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים פ"ד כג(2) 477, 521. בספרו על שיקול-הדעת השיפוטי השופט ברק מצטט את דבריו של השופט לנדוי בעניין זה ותומך בהם. לדברי השופט ברק, אין השופט "מחפש תמיד את השקפת הרוב, כל עוד לא בוטאה בחוק. הוא מבקש ליתן בטוי לערכי היסוד, לאותם ערכים והשקפות המקובלים על הציבור הנאור שבתוכו הוא יושב". ראה לעיל, הערה 1, בעמ' 193. וראה גם הציטוט של דברי השופט לנדוי בעמ' 188 ו-291.

25 ע"א 337/62 גינטר ריזנפלד נ' רוזה יעקובסון, פ"ד יז 1009, 1026. כאשר בית-המשפט העליון בארצות-הברית ניצב בפני השאלה כיצד ניתן לקבוע אם יש לאדם "אופי מוסרי טוב", נקט השופט

אין ספק שהציבור הנאור או "המתקדם" איננו זהה בהכרח עם הציבור הרחב. הציבור הנאור בחברה יכול גם להיות מיעוט, מיעוט קטן, בקרבה. כיצד ניתן אפוא להסביר את התמיכה של שופטים אלו ואחרים ברעיון של הציבור הנאור כמורה־דרך להחלטות שיפוטיות? ניתן אולי להסביר אותה כך: שופטים אלו חדורים הרגשה עמוקה (הרגשה מוטעית, כפי שאנסה, מאוחר יותר, להראות), כי בעת שהם ממלאים את תפקידם כשופטים הם חייבים תמיד להתעלם מן השיפוט הערכיים האישיים שלהם. עם זאת, כאשר הם צריכים להכריע בסכסוכים שהנורמות של המשפט הפוזיטיבי אינן מספקות להם פתרון, קשה לשופטים אלו (בצדק, כפי שעוד נראה) לקבל את הרעיון שהם ייגררו כסומא בעקבות כל השקפה הנתמכת על ידי הציבור הרחב. כדי להימלט ממה שנתפש בעיניהם כסקילה מבלי ליפול למלתעות הכריזמים, הם מוצאים לעתים מפלט ברעיון של ההליכה בעקבות ההשקפות שיש לציבור הנאור. בין אם הסבר זה לעמדתם של שופטים שונים נכון ובין אם לא, ההנחה המובלעת בעמדתם — ההנחה שהשופט יכול "לתת ביטוי ותוקף" (בלשונו של השופט ויתקון) לא ל"דעות הפרטיות" שלו אלא לדעות של הציבור הנאור — היא הנחה בעייתית. נקודת־התורפה העיקרית שברעיון זה איננה נעוצה בכך שאין בירי השופטים נתונים אמפיריים מספיקים על ההשקפות של הציבור הנאור. היא גם איננה נעוצה בכך שגם בקרב הציבור הנאור יש חילוקי־דעות בשאלות ערכיות לא־מעטות. נקודת־התורפה העיקרית שברעיון זה נעוצה — לדעתי — בכך שאי־אפשר להשתמש באמת־המידה של הציבור הנאור מבלי לקבוע תחילה מיהו הציבור הנאור; ומכיוון שהמושג של הציבור הנאור הוא מושג ערכי, אי־אפשר לקבוע מיהו הציבור הנאור מבלי להתחשב בשיקולים ערכיים. כדי להשתמש באמת־מידה של הציבור הנאור יצטרך אפוא השופט להישען במידה זו או אחרת על סולם הערכים שלו; שהרי ציבור שעמדותיו סוטות בצורה בולטת מהערכים המקובלים על השופט לא ייחשב על־ידו לציבור נאור. דברים דומים ניתן לומר גם על אותה השקפה שלפיה אמת־המידה הצריכה להנחות את השופט איננה אמת־המידה של האדם הרגיל, "הממוצע", אלא אמת־המידה של "האדם הרגיל" — המשוחרר מדעות־קדומות²⁶.

ג' פרנק (J. Frank) עמדה דומה לזו שנקטו השופטים ויתקון ולנדו. לדעתו, על בית־המשפט ללכת בעניין זה בעקבות ההשקפות שיש ל"אליטה המוסרית" של החברה. לעומת זאת, השופט ל' האנד (L. Hand) היה סבור כי דעה זו אינה מתאימה עם עקרונות הדימוקרטיה. על המחלוקת שבין שופטים אלו ראה מאמרה של ניוטון ומאמרו של קהן, המוזכרים לעיל בהערה 22. עם זאת, ראוי לציין, כי לא תמיד השופטים מבחינים די הצורך בין העם לבין הציבור הנאור בעם. ראה, למשל, דבריו של השופט אגרוט: "תפקידה של המדינה הוא התפקיד — כך מלמדת התורה הדמוקרטית — למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים, אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן כי דרוש שיתקיים קודם תהליך של השתכנונות משותפת אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים לפני שנוכל לאמר שהם... ישאו את הגושפנקא והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי" (בג"צ 58/68 שליט ב' שר הפנים, פ"ד כג (2) 447, 602). (ההדגשות שלי — ע' פ'). המעבר הלא־מנומק של השופט אגרוט מן הדיבור על "רצון העם" לדיבור על "בני החברה הנאורים" אומר דרשני.

26 זאת היא, למשל, העמדה שעליה מגן ולינגטון במאמרו (לעיל, הערה 19) 248. גם ל' טרייב (L. Tribe) מחזיק בעמדה זו. טרייב טוען, כי ההכרעות השיפוטיות בשאלות ערכיות צריכות להישען לא על ההשקפות המוסריות של השופט אלא על ההשקפות המוסריות המקובלות בחברה שבה הוא חי. אך הוא מגביל את התביעה שהשופט ילך בעקבות ההשקפות המקובלות בחברה למקרים שבהם השקפות אלו אינן צומחות מדעות קדומות כלפי מיעוטים קיימים בה. ראה, L. Tribe, "Structural Due Process" 10 *Harvard Civil Rights Law Review* (1975) 172.

גם אמת-מידה זו, המזכירה את אמת-המידה של "האדם הסביר" המקובלת כתחום דיני הנזיקין ובתחומים אחרים, לא תוכל לפטור את השופט מהצורך להישען לעתים על סולם-הערכים שלו; שהרי כיצד יוכל השופט לברר איזה דעות הן "דעות קדומות" (במובן הערכי השלילי שיש לביטוי זה) מבלי להתחשב במידה זו או אחרת בסולם-הערכים שלו?

בעיה דומה מסתמנת גם בהשקפה רווחת אחרת. לפי השקפה זו, כאשר השופט צריך להכריע בסכסוך שאין לו פתרון ברור במשפט הפוזיטיבי, עליו להכריע בו לא על-פי סולם-הערכים שלו, אלא על-פי אותה עמדה שהמחוקק היה נוקט לגביו. על השופט לשאול את עצמו כיצד המחוקק היה מכריע בסכסוך זה לו נזקק להכריע בו, ועליו ללכת בעקבות העמדה שהמחוקק היה נוקט – תהא דעתו האישית עליה אשר תהיה²⁷. השקפה זו מעוררת שאלות רבות המחייבות דיון יסודי, אך לצורך הדיון כאן די לומר כי בחברה כמו זו שלנו, המחוקק איננו אדם אחד אלא גוף ממוסד המורכב מחברים בעלי עמדות שונות, ובמקרים רבים אין זה ברור כלל ועיקר כיצד חברי גוף זה היו מכריעים בסכסוכים הטעונים הכרעה שיפוטית²⁸. אחת הדרכים להיחלצות מבעיה זו היא לומר, כי במקרים אלו על השופט להכריע בסכסוך כפי שהמחוקק הטוב היה מכריע בו. אולם גם ניסיון חילוף זה מוביל מן הפח אל הפחת, שהרי כדי לדעת כיצד המחוקק הטוב היה מכריע בסכסוך כלשהו, השופט צריך לדעת מי הוא "המחוקק הטוב"; ומכיון ששאלה זו, כמו השאלות המקבילות לגבי זהותו של הציבור הנאור או זהותו של האדם הרגיל המשוחזר מדעות קדומות, היא שאלה ערכית – התשובה של השופט לשאלה זו תשקף במידה זו או אחרת את העמדות הערכיות האישיות שלו, ושוב אין מנוס מהתמיהה: מה הועילו חכמים בתקנתם?! היה אפשר להוסיף ולהביא דוגמאות נוספות של השקפות שונות המעוררות אותה תמיהה, אך אסתפק באלו שהבאתי.

הדברים שנאמרו עד כה על המשקל שיש לשיפוטים המוסריים האישיים של השופט במסגרת החלטות שונות שהוא מחליט כשופט, הם דברים כלליים ביותר. כדי להמחיש דברים אלו ניטול לדוגמא את הפסיקה היצריתית של שופטי הבג"צ בסוגיות שונות הסובבות סביב זכויותיו של הפרט. כידוע, המשפט המנהלי בישראל, ואף חלקים נכבדים של המשפט החוקתי, מבוססים במידה רבה לא על נורמות משפטיות כלליות שנקבעו על-ידי המחוקק, אלא על נורמות משפטיות כלליות שנקבעו על-ידי הבג"צ. המחוקק המנדטורי, ואחריו גם המחוקק הישראלי, לא הרבה לחוקק חוקים המפרטים את החובות של הממשל, מכאן, והזכויות של הפרט, מכאן. הוא אף לא קבע בצורה מפורטת את גבולות סמכותו של הבג"צ ואת דרך הפעלתה. ההוראות שקבע המחוקק בעניין סמכותו של הבג"צ בשני חלקיו של סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה

27 חשוב להבחין בהקשר זה בין שתי שאלות שהשופט עשוי לשאול את עצמו במצב זה. השאלה האחת היא, "כיצד המחוקק היה מכריע במחלוקת זו אילו היה במקומי?" והשאלה השנייה היא "כיצד הייתי מכריע במחלוקת זו אילו הייתי במקומו של המחוקק?". שתי השאלות הללו הן שאלות שונות, והשאלה שבה אנו עוסקים עתה היא השאלה הראשונה בלבד. אשר לשאלה השנייה, אסתפק כאן בכך שאומר כי לפי החוק השווייצרי זאת היא השאלה המרכזית שהשופט צריך לשאול את עצמו במקרים של לקונה שאי-אפשר להכריע בהם על-יסוד המשפט המנהגי. ראה The Swiss Civil Code, Art (2) 1.

28 על כמה מהבעיות האחרות שהשקפה זו מעוררת ראה ספרו של דבורקין *A Matter of Principle* [לעיל, הערה 18], 43–48.

(ולפניו — בסעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ט–1959) הן הוראות כלליות ועמומות ביותר, והן מניחות למעשה לשופטי הבג"צ מרחב גדול ביותר של שיקול-דעת בעניינים רבים. שופטי הבג"צ ניצלו עובדה זו, ואגב הושטת סעד לעותרים שונים, הם פסקו מאז הקמת המדינה שורה ארוכה של הלכות חדשות שהפכו זכויות דיוניות ומהותיות שונות של הפרט מזכויות מוסריות לזכויות משפטיות²⁹. כפי שקבע הנשיא שמגר, "ההגנה על זכויותיו של הפרט עולה מעקרונות יסוד חוקתיים אשר מהווים חלק מהותי מן המשפט החל בישראל"³⁰. אך חשוב לזכור, כי עקרונות-יסוד אלו מהווים היום חלק מהותי מן המשפט החל בישראל, בעיקר בשל הפסיקה היצירתית של הבג"צ אחר קום המדינה. אפשר אולי לחשוב, כי לזכויות שחדרו למשפט הישראלי דרך פסיקת הבג"צ היה תוקף משפטי (ולא רק מוסרי) עוד לפני שהבג"צ הכיר בהן. שופטי הבג"צ — כך ניתן לחשוב — רק "חשפו" את התוקף המשפטי של זכויות אלו, אך הגם שההלכות החשובות שפסקו שופטי הבג"צ לא היו יצירה חופשית של יש מאין (שיקול-הדעת של שופטי הבג"צ, כמו שיקול-הדעת של שופטים אחרים, איננו אף פעם שיקול-דעת מוחלט, בלתי-מוגבל), טעות היא לחשוב כי ההלכות האלה היו מובלעות במשפט הפוזיטיבי, מצפות, כביכול, לחשיפה של שופטי הבג"צ. אין ספק ששופטי הבג"צ סטו בהלכות שונות מהמסורת המשפטית הקודמת. ואין כל טעם להציג אותן כמסקנות הנגזרות ממסורת זו.

האופי היצירתי העצמאי הקיים בפסיקת הבג"צ בא לידי ביטוי לא רק בעצם ההכרה בזכויות בסיסיות שונות, אלא גם, ובעיקר, בקביעת המשקל היחסי של זכויות אלו. כידוע, הזכויות המוזכרות בהצהרות הקלסיות על זכויות-אדם או בהכרזת-העצמאות שלנו מתנגשות לעתים עם אינטרסים חברתיים-לאומיים. הן גם מתנגשות לעתים זו בזו, כדי להכריע בסכסוכים שונים הנדונים לפניו שופטי הבג"צ היו חייבים לקבוע בין השאר מהו המשקל היחסי של זכות-יסוד זו או אחרת — המשקל היחסי שלה לעומת אינטרסים חברתיים-לאומיים והמשקל היחסי שלה לעומת זכויות אחרות. במרוצת השנים נקבעו על-ידי שופטי הבג"צ מבחני-איזון שונים בעניין זה, אך לבד מכך שמבחני-איזון אלו נמצאים כל העת בתהליך בלתי-פוסק של עיצוב וגיבוש, ברור כי ההחלטה של שופט זה או אחר לאמץ מבחן-איזון מסוים (לצורך ההכרעה במצב-ההתנגשות מסוימים) והדרך שבה הוא הפעיל מבחן-איזון זה, היו תלויות במידה לא-מבוטלת בהשקפות הערכיות-מוסריות האישיות שהיו לו על מערכת-היחסים הראויה בין מוסדות השלטון, בפרט במדינה מתוקנת.

השיקולים המנחים את שופטי הבג"צ בכואם להכריע במצבי-ההתנגשות שונים מתוארים על-ידי השופטת מ' בן-פורת כך: "אמת המידה הראויה אינה קבועה ואחידה לגבי כל סוגי המקרים... אלא יש לאמץ מבחן מתאים תוך התחשבות במהותם ובחשיבותם של העקרונות המתמודדים, בתפיסתנו לגבי עדיפותם היחסית ובמידת ההגנה שאנו מבקשים להעניק לכל עקרון או אינטרס"³¹. ואכן, ההכרעות של שופטי

29 בעניין זה ובעניינים אחרים הקשורים בפסיקה היצירתית של הבג"צ, ראה מאמרי, "מקומם של שיקולי צדק בפסיקה של בית-המשפט הגבוה לצדק" (לעיל, הערה 11).

30 ע"ב 2/84 נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 260.

31 בג"צ 448/85 דאהר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701, 708.

ד. האם יש לחתור לצמצום מידבי של הרכיבה על הסוס הנחשב לסוס־פרא?

1. הצגת השאלה

מן הדיון בפרק הקודם עולה, כי כדי להכריע בסכסוכים הנדונים לפניו, השופט מוכרח לעתים להתחשב גם במוסר האישי שלו – בהשקפות האישיות שיש לו בשאלות מוסריות. לא זו בלבד שהשופט אינו יכול להשתחרר תמיד מן ההשפעה של המוסר האישי שלו (זוהי, כאמור, עובדה פסיכולוגית), אלא אף אין לו לעתים מורה־דרך אחר להנחותו בדרך, זולת המוסר האישי שלו (זוהי איננה עובדה פסיכולוגית). לא רק הנורמות המשפטיות עצמן, אלא גם הערכים המונחים ביסודן של נורמות אלו, הערכים המקובלים בחברה ו"מור־דרך" אחרים אינם יכולים לספק פתרון חד־משמעי אחד לסכסוכים רבים שהשופט נדרש להכריע בהם. אין אפוא לבוא בטרוגיה על השופט אם הוא עוסק לעתים בשאלות המוסריות שסכסוכים מסוימים מעוררים ומתחשב בהכרעתו בהשקפות שיש לו בשאלות אלו. אכן, השופט יושב לעתים על סוס הנחשב בעיני רבים לסוס־פרא, אך לא פעם הוא יושב על סוס זה, משום ששיטת־המשפט שבמסגרתה הוא פועל מושיבה אותו עליו: היא מחייבת אותו להכריע בסכסוכים שונים כאשר ברור שההכרעה בסכסוכים אלו תהא תלויה, במידה זו או אחרת, גם במוסר האישי שלו. האם ניתן לראות במסקנות האחרונות סוף פסוק לוויכות עם חסידי תיאוריית סוס־הפרא? האם העובדה שהשופט מוכרח לעתים לרכוב גם על סוס השיקולים הערכיים האישיים די בה כדי להפריך תיאוריה זו? אינני סבור כך. חסידיה של תיאוריה זו יכולים להודות בכך שבמקרים מסוימים מוכרח השופט להתחשב גם במוסר האישי שלו, אך הם יכולים להמשיך ולטעון כי בכל המקרים האחרים ראוייה התחשבות זו לביקורת. הם גם יכולים להסיט לעתים את חצי־הביקורת שלהם מן השופט עצמו ולכוון אותם אל שיטת־המשפט שבמסגרתה הוא פועל: כאשר השופט יושב מרצונו על סוס־פרא, הגם שהוא היה יכול שלא לשבת עליו, הוא ראוי לביקורת. אך כאשר הוא יושב על סוס־פרא משום ששיטת־המשפט הושיבה אותו עליו, שיטת־המשפט ראוייה לביקורת. אמנם, התופעה של החלטות שיפוטיות התלויות בסולס־הערכים האישי של השופט היא תופעה בלתי־נמנעת בכל שיטת־משפט, אלא שחסידי תיאוריית סוס־הפרא עשויים לטעון כי הגם שתופעה זו היא בלתי־נמנעת, כל שיטת־משפט יכולה וצריכה להיאבק בה כדי לצמצם ככל הניתן את ממדיה; וכל שיטת־משפט המתעלמת מחומרתה של תופעה זו, שלא לדבר על שיטת־משפט הגורמת במישרין או בעקיפין להתחזקותה, ראוייה לביקורת וטעונה שינוי.

כדי להמחיש עמדה זו, ניטול שוב כמה דוגמאות מן המשפט הישראלי. כאמור, המחוקק הישראלי הניח לשופטי הבג"צ מרחב גדול ביותר של שיקול־דעת, ובמצב זה אין להתפלא על כך שהחלטות רבות שהחליטו שופטי הבג"צ טבועים בחותם ההשקפות הערכיות האישיות שלהם. אך החסיד של תיאוריית סוס־הפרא עשוי לטעון, כי היתה זו טעות מצדו של המחוקק הישראלי להניח לשופטי הבג"צ את מרחב שיקול־הדעת

את הדעה שהפילוסופיה של השופט היא המקור של כמעט כל ההחלטות השיפוטיות שלו, אינני מוכרח לקבל את הדעה ההפוכה שרק החלטות שיפוטיות ספורות, יוצאות־דופן, נובעות מהפילוסופיה של השופט.

שהניח להם, שכן הוא פתח בכך פתח רחב מדי לרכיבה שיפוטית על סוס-פרא. אם המחוקק היה קובע בצורה מפורטת את גבולות סמכותם של שופטי הבג"צ ולא היה מעניק להם את הסמכות הגורפת, העמומה, "לדון בעניינים שהם רואים צורך להושיט בהם סעד למען הצדק"; אם הוא לא היה מסתפק בתיאור כללי של הצווים השונים שהם רשאים להוציא והגופים הציבוריים השונים שהם רשאים לבקר, אלא היה מבחיר את השיקולים והמבחנים שצריכים להנחות אותם בעת שהם מפעילים את שיקול-דעתם; אם, מעל לכול, הוא היה מחוקק בצורה שיטתית חוקים מפורטים בשאלות ערכיות שונות הסובבות סביב חובותיו של השלטון וחובותיו של הפרט ולא מניח את ההכרעה בשאלות אלו לשופטי הבג"צ; לו נקט כל הצעדים האלו — הוא לא היה מונע כליל את התופעה של רכיבה שיפוטית על סוס-פרא, אך אין ספק שהוא היה מצמצם במידה ניכרת את ממדיה; שהרי בעקבות צעדים אלו מרחב שיקול-הדעת של שופטי הבג"צ היה מצטמצם והמשקל שהיה להשקפות הערכיות האישיות שלהם בהחלטות שהם החליטו כשופטים לא היה כה גדול.

החשש מפני האפשרות ששופטי הבג"צ יבססו החלטות שיפוטיות שונות על שיקולים "סובייקטיביים" של צדק (להבדיל משיקולים "אובייקטיביים" של דין) הוליד את "זמיר אל המסקנה, כי המחוקק היה מיטיב לעשות אילו השמיט את המלה "צדק" "הן משמו והן מתיאור סמכותו של הבג"צ"³⁸. אך החשש מרכיבה שיפוטית על סוס-פרא עומד גם ביסודה של הביקורת שמתחו שופטים וחוקרים שונים על סעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972, שבו העניק המחוקק לשופט את הסמכות לסרב לתת פסק-דין של פינוי "אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לתתו". כמובן, ביקורת דומה ניתן למתוח גם על עשרות סעיפי חוק אחרים המעניקים בעניינים שונים לשופט את הסמכות להתחשב בשיקולים של צדק. אך לא רק חוקים מסוג זה יכולים לשמש אובייקט לביקורת שבה אנו דנים. היה זה השופט הולמס שאמר פעם, כי הוא תוהה "אם אין צורך להוציא מן החוק כל מלה עם משמעות מוסרית"³⁹; ובפסיקה שלנו אמר פעם השופט גויטיין: "חבל שהמחוקק מצא לנכון להכניס מונח של מוסר בסעיפי החוק"⁴⁰. אמנם, השופט גויטיין התייחס למלה "צדק", אך מנוסח דבריו עולה כי יש — לדעתו — להצטער על כל "מונח של מוסר" המופיע בסעיפי החוק. מאחורי התהייה של השופט הולמס והצער של השופט גויטיין מסתתרת לא רק הנטייה האישית של שופטים רבים להשתחרר מנטל ההכרעה בשאלות ערכיות, אלא גם ההנחה העקרונית כי סעיפי חוק הכוללים מונחים ערכיים עמומים ביותר פותחים פתח רחב מדי

38 "זמיר, "על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק" (לעיל, הערה 4), 223. מאמר זה של זמיר נכתב בעקבות פסק-דין קצר בן כמה שורות, שבו דחה הבג"צ על הסף עתירה של אדם שהרשות סירבה להעניק לו רשיון לציד. הבג"צ נימק את החלטתו בכך, ש"קטילת בעלי חיים לצורך ספורט איננה מן הדברים שבית משפט זה חייב מטעמי צדק להגן עליהם" (בג"צ 36/38 סולימאן בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617). גם לי נראה שיש מקום למתוח ביקורת על פסק-דין זה, אך הביקורת שהייתי מותח עליו איננה נעוצה ברעה שאין לבג"צ סמכות לדחות את העתירה על הסף מטעמי צדק (הדעה שעליה בא זמיר להגן במאמרו). אם פסק-דין זה ראוי — לדעתי — לביקורת, הרי זה משום שטעמי הצדק שעליהם נשען הבג"צ במקרה הנדון אינם משכנעים. חשוב להבחין היטב בין השאלה אם יש — או ראוי שתהא — לבג"צ סמכות להתחשב לעתים בשיקולים של צדק (להבדיל משיקולים של דין) ובין השאלה אם שיקולי הצדק של הבג"צ במקרה מסוים זה או אחר היו נכונים.

39 O. Holmes, *Collected Legal Papers* (1920) 170.

40 ע"א 143/55 חיוגר נ' קלינסקי, פ"ד יא 17, 25.

ומסוכן מדי לרכיבה שיפוטית על סוס-פרא, ומי שמקבל הנחה זו יכול לתבוע מהמחוקק להוציא מלשון החוק לא רק את המונח "צדק" אלא גם מונחים ערכיים כמו "חווה בלתי-מוסרי", "חובה מוסרית", "עבירה שיש עמה קלון" ואף מונחים ערכיים אחרים כמו "תקנת הציבור", "תוס-לב", "רשלנות" ועוד.

כאשר המחוקק השתמש במונחים אלו, הוא עשה כן בהנחה שבית-המשפט הוא שיצוק בהם תוכן מוגדר. ואכן, סביב מונחים אלו נרקמה חקיקה שיפוטית עניפה שהצמיחה כללים משפטיים חשובים בתחומי משפט שונים. אולם היה ניתן לחזות מראש כי התוכן המוגדר שבית-המשפט יצוק במונחים אלו יבטא במקרים רבים את ההשקפות הערכיות האישיות של השופטים היושבים בו; ומי שסבור כי מצב זה הוא מצב חמור ומסוכן יכול לטעון, כי היתה זו טעות מצדו של המחוקק להשתמש במונחים אלו כפי שהשתמש בהם ולהניח לשיקול-דעתם של השופטים את התוכן שיש לצקת בהם. אמנם, שיקול-הדעת שיש לשופט כאשר הוא בא לצקת תוכן למונחים אלו איננו בלתי-מוגבל, ולפי תפישות שונות ניתן לתבוע ממנו להפעיל את שיקול-דעתו בצורה זהירה ושיקולה על יסוד אמות-מידה אובייקטיביות שאינן תלויות בסולם-הערכים האישי שלו – אמות-מידה כמו מטרת החוק, עקרונות-היסוד של המשפט, הערכים המקובלים בחברה ועוד. אולם עובדה היא, כי בעת שהשופט מפעיל את שיקול-הדעת שלו הוא חורג לעתים מאמות-מידה אלו ומתחשב גם בהשקפות הערכיות האישיות שלו. וכפי שראינו בפרק הקודם, אין לו לעתים ברירה אלא להתחשב בהן. מי שסבור כי במצב זה אין השופט שונה מאדם הרוכב על סוס-פרא, יכול אפוא לבקר את שיטת-המשפט שלנו בטענה כי היא העניקה לשופטים סמכות שבשיקול-דעת רחבה מדי בתחומים רבים מדי, ובמקום לחתור לצמצום מירבי של תופעת הרכיבה השיפוטית על סוס-פרא היא למעשה חיזקה אותה. החלפתם של חוקים חשובים מתחומי משפט שונים בחוקים ברורים יותר, מפורטים יותר "וניטרליים" יותר מבחינה ערכית, לא היתה יכולה להביא לביטולה של תופעה זו, אך היא היתה יכולה להקטין במידה ניכרת את ממדיה. אם המודל של השופט האידיאלי שאליו כל שיטת-משפט צריכה לחתור הוא המודל של האדם הרוכב על סוס מאולף, שיטת-המשפט שלנו, כמו שיטות-משפט רבות אחרות, טעונה שינוי יסודי.

כדי להעריך עמדה זו, יש לשוב ולבחון את הטענות הבסיסיות שעליהם תיאוריית סוס-הפרא נשענת – הטענות האפיסטמולוגי, טיעון הוודאות, הטענות הדימוקרטיות והטיעון הפרגמטי. אם טענות אלו היו טענות משכנעות, שיטת-המשפט שלנו, כמו שיטות-משפט רבות אחרות, היתה טעונה באמת שינוי יסודי. אך האם הם משכנעים? כל אחד מטיעונים אלו יכול וצריך לשמש נושא למחקר ארוך ומפורט. אך מחמת קוצר-היריעה אעמוד בחיבור זה בקיצור רק על כמה נקודות-תורפה כלליות שאני מוצא בהם, וכדי להמחיש נקודות-תורפה אלו אטול שוב לדוגמא את הסמכות הרחבה שיש לשופטי הבג"צ בשיטת-המשפט שלנו. אם הטענות הכלליות המונחים ביסודה של תיאוריית סוס-הפרא היו טענות חזקות ומבוססות, היה ניתן לטעון כי גם מבחינה אפיסטמולוגית, גם מבחינה דימוקרטית וגם מבחינה פרגמטית, יש להצטער על כך שהמחוקק העניק לשופטי הבג"צ את הסמכות הרחבה שהעניק להם ולא קבע בעצמו, לפי תפישת הצדק שלו, את אופיו ודפוסיו של המשפט המנהלי בישראל. במסגרת הניתוח של נקודות-התורפה הכלליות שאני מוצא בטיעונים אלה אנסה בין השאר להבהיר מדוע אינני סבור כי יש להצטער על כך.

2. הטיעון האפיסטמולוגי

הטיעון האפיסטמולוגי מבוסס על ההנחה כי העמדות שבני־אדם נוקטים בשאלות של צדק, כמו העמדות שהם נוקטים בשאלות מוסריות אחרות, הן עמדות סובייקטיביות שאינן יכולות לשמש נושא לוויכוח רציונלי. "הצדק" – כך טוען י' זמיר – "אינו מופעל על פי כללים: אין לו תחומים מוגדרים, אין לו מגבלות חיצוניות, הוא אישי בתכלית". כל תשובה שתינתן לשאלה של צדק "אפשר להסכים לה או להתנגד לה, על פי הנטייה האישית, אך אי־אפשר להתנגד לה"⁴¹. לעומת זאת, ההחלטות שהשופט מחליט במסגרת תפקידו חייבות תמיד להיות אובייקטיביות המנומקות בדרך רציונלית. מן הראוי, לפיכך, שהחלטות אלו לא יהיו תלויות בשאלות של צדק. "טעמי הצדק" – אומר השופט לנדוי – "מאפשרים לבג"צ לנהוג כמו החתן בסיפור הידוע שאחרי הכל חטמה של הכלה לא מצא חן בעיניו..."⁴². על רקע הנחה זו ניתן לטעון, כי היתה זו טעות להעניק לשופטי הבג"צ את הסמכות הרחבה שהוענקה להם, שכן הפעלת סמכות זו כרוכה לעתים בהכרעה בשאלות של צדק (להבדיל משאלות של דין), וההכרעה בשאלות כגון אלו היא מעצם טבעה הכרעה סובייקטיבית.

לא אוכל להיכנס כאן לעובי הקורה של בעיות מסובכות מתחום האפיסטמולוגיה של המוסר, אך ראוי להבהיר מדוע אני דוחה את ההנחה ששאלות של צדק ושאלות מוסריות בכלל הן שאלות שאי־אפשר להכריע בהן בדרך רציונלית. הטענה המקובלת, ש"על טעם וריח אין מה להתווכח" איננה – לדעתי – טענה נכונה, אך בין אם היא נכונה ובין אם לא, שאלות של צדק אינן שאלות של טעם וריח, ובדרך־כלל בית המשפט יכול לדון בהן ולהכריע בהן באותה דרך שבה הוא דן ומכריע בשאלות מסוגים אחרים: על יסוד ניתוח לוגי של טיעונים ובדיקה קפדנית של עובדות. לא תמיד יש הסכמה בין השופטים בשאלות ערכיות, אך לא תמיד יש ביניהם הסכמה גם בשאלות משפטיות או אמפיריות רגילות. נכון שלכל ויכוח סביב שאלות ערכיות מוכרח להיות גבול. שרשרת ההנמקות שאפשר לתת לעמדות שאנו נוקטים בשאלות אלו איננה יכולה להימשך עד אינסוף. אולם גם לוויכוח סביב עניינים אחרים יש בהכרח גבול. לא על כל שאלה ערכית אפשר או יש טעם להתווכח, אולם דברים אלו נכונים, ובהכרח הם נכונים, גם לגבי שאלות אחרות.

אין בדעתי לעסוק כאן בניתוח הסיבות שהולידו את המחשבה כאילו תחום המוסר הוא תחום שבו איש הישר בעיניו יחשוב. ללא ספק, יש הבדלים חשובים בין תחום המוסר לתחום המדע או המשפט, אך ויכוח רציונלי יכול להתקיים, והוא גם מתקיים (אם כי לא מספיק) בכל אחד מתחומים אלו, גם בתחום הראשון. כמובן, אילו כל אדם היה חולק על כל אדם אחר בכל שאלה ערכית, לא היה באמת מקום לוויכוח רציונלי בתחום זה; אך לבד מכך שטענה דומה ניתן לטעון גם לגבי תחומים אחרים, עובדה היא שבני־אדם אינם חלוקים אלו על אלו בכל שאלה ערכית, ועל הבסיס של ההסכמה הקיימת ביניהם בשאלות שונות הם יכולים במקרים רבים לדון בדרך רציונלית גם בשאלות שאין ביניהם הסכמה לגביהן. על הבסיס של ההסכמה בשאלות ערכיות קונקרטיות אפשר גם

41 י' זמיר (לעיל, הערה 38), 224 ר' 221.

42 מ' לנדוי (לעיל, הערה 32), 292.

לגבש תיאוריות ערכיות, ובכלל זה תיאוריות של צדק, בדרך שאיננה שונה כל-כך מזו שבה מתגבשות תיאוריות בתחומים אחרים.⁴³

ההנחה של משפטנים רבים כאילו ההכרעה בשאלות מוסריות היא בהכרח הכרעה שרירותית – בטעות יסודה. גם בתחום המוסר, ולא רק בתחום המשפט, יש מקום לזיכוח רציונלי. אמנם, בדרך-כלל הכללים המשפטיים ברורים ומוגדרים יותר מכללי המוסר (ואין זה, כמובן, מקרה). אך מכאן ועד המסקנה שהכרעות בתחום המוסר אינן יכולות להיות רציונליות – המרחק רב מאוד. נכון שאין בתחום המוסר מיתודת הכרעה ברורה ומגובשת המוסכמת על הכול; אך טעות היא לחשוב שקיומה של מיתודת-הכרעה כזו הוא תנאי הכרחי לקיומו של דיון רציונלי. רק מי שאיננו מכיר את הספרות הפילוסופית העוסקת במעמדה של תיאוריות מדעיות, יכול לומר כי קיימת בתחום המדע מיתודת-הכרעה מגובשת ומוסכמת בכל הנוגע לקבלתן או לדחייתן של תיאוריות מדעיות. כדי למנוע אי-הבנות, ברצוני לחזור ולהדגיש כי איני טוען שאין הבדלים בין תחום המוסר לתחום המדע או המשפט. יש ביניהם הבדלים, והבדלים חשובים ביותר. אך הבדלים אלו אינם מצדיקים – לדעתי – את הטענה כי תחום המוסר, להבדיל מתחומים אחרים, הוא תחום "סובייקטיבי" שאין בו מקום לשיקולים רציונליים אובייקטיביים.⁴⁴

לא אוכל לעסוק כאן בניחות המשמעויות השונות המיוחסות להבחנה בין "סובייקטיבי" ל"אובייקטיבי", אך מן הראוי להדגיש שכאשר אדם קובע כי העמדה שהשופט נקט בסכסוך מסוים היא סובייקטיבית, כוונתו איננה ברורה. ייתכן שהוא מתכוון לטעון כי העמדה שהשופט נקט היא עמדה אישית המבטאת את ההשקפות הערכיות שלו. אך ייתכן שהוא מתכוון לטעון טענות אחרות. ייתכן, בין השאר, שהוא מתכוון לטעון שהעמדה שהשופט נקט היא שרירותית וחסרת בסיס רציונלי. יש משפטנים שאינם מבחינים די הצורך בין שתי טענות אלו. ההנחה שהם מניחים היא, כי אם השופט איננו מבטא בעמדה שהוא נוקט את מה שנקבע במשפט הפוזיטיבי (או את מה שנובע מהערכים המקובלים בחברה וכו'), אם הוא מבטא בעמדה זו, למשל, את ההשקפה המוסרית האישית שיש לו על הדין הראוי, אזי העמדה שהוא נוקט איננה יכולה להיות אובייקטיבית רציונלית. אך הנחה זו היא מוטעית. העמדות שהשופט נוקט בשאלות ערכיות יכולות להיות סובייקטיביות במובן הראשון (עמדות אישיות) מבלי להיות סובייקטיביות במובן השני (עמדות שרירותיות). השופט מוכרח לעתים להתחשב במסגרת תפקידו גם בעמדות הערכיות האישיות שלו – אין לו לעתים מורה-דרך אחר

43 לא ארחיב כאן את הדיבור בעניין זה, אך רצוי לציין כי מן העובדה שמידה מסוימת של תמימות דעים היא תנאי הכרחי לכל זיכוח רציונלי בכל תחום לא נובע כי יש לקבל ללא עוררין כל שיפוט הנחשב בדרך-כלל לשיפוט נכון. לפיכך, טעות היא להסיק מן הדברים שאמרתי שכאשר שופט מפעיל את שיקול-הרעיה שלו, עליו ללכת תמיד בעקבות כל שיפוט מוסרי המקובל על רוב הציבור.

44 יש פילוסופים הסבורים, כי ניתן לומר על שיפוט מוסריים שהם אובייקטיביים רק אם מניחים ששיפוטם אלו מתארים "עובדות מוסריות" מסוימות הקיימות במובן מסוים בעולם החיצוני, ללא כל קשר למאוייהם של בני-האדם. אך אינני שותף להנחה מיטפזית זו ואינני סבור כי ניתן לומר על שיפוט מוסריים שהם אובייקטיביים, רק אם מקבלים אותה. על הזיכוח הפילוסופי סביב סוגיה זו ראה, למשל, B. Williams, *Ethics and The Limits of Philosophy* (Cambridge, Mass., 1985); T. Honneth (Ed.), *Morality and Objectivity* (London, 1985); R. Dworkin, *Law's Empire* (supra note 18), p. 78–83.

להנחותו בדרך — אך אין זאת אומרת שהוא מוכרח לעתים להתחשב בעמדות שרירותיות. השופט יכול וצריך לחשוף ולנמק גם את העמדות הערכיות האישיות המנחות אותו בהחלטות שיפוטיות שונות. לא תמיד הוא עושה כן (ולעניין זה עוד אשוב מאוחר יותר), אך תהא זו טעות להסיק מכך כי אי־אפשר עקרונית לעשות כן⁴⁵. לכאורה, שופט הנשען בסכסוך כלשהו על העמדה האישית שיש לו בשאלה של צדק מוכרח להישען על שיקול־מעין זה: "נראה לי שמדיניות מסוימת לוקה בחוסר־צדק, לכן מדיניות זו לוקה בחוסר־צדק, ולכן אני פוסק ש...". אך דעה זו איננה נכונה. אכן, השיקול האחרון הוא שיקול *Ad Hominem* פסול: העובדה שנראה לשופט, כי מדיניות מסוימת לוקה בחוסר־צדק אינה מוכיחה כי מדיניות זו באמת לוקה בחוסר־צדק. אך השופט יכול וחייב להימנע מן השימוש בשיקול זה. עליו להבהיר, בעזרת נימוקים של ממש, מדוע הוא סבור שמדיניות זו לוקה בחוסר־צדק. שופט הנוהג בשאלות של צדק כפי שנהג — לדברי השופט לנדוי — אותו חתן שחוטמה של הכלה לא מצא חן בעיניו ראוי לביקורת, אך בניגוד למסקנה שמתחייבת מן הטיעון האפיסטמולוגי, אין השופט מוכרח לנהוג כפי שנהג אותו חתן. שופטי הבג"צ, כמו שופטים אחרים, לא היו יכולים

45 הדברים שברק אומר על האובייקטיביות של השופט בעת שהוא מפעיל את שיקול־הדעת השיפוטי מעוררים לעתים את הרושם, כי הוא סבור שקיים קשר הכרחי בין האובייקטיביות של השופט לבין ההיצמדות שלו ל"ערכי־היסוד של האומה" או ל"אני מאמין" של העם (ראה, למשל, ספרו [לעיל, הערה 1], 193, 293). בין אם רושם זה נכון ובין אם לא, אינני חושב כי קיים קשר הכרחי בין השניים. השופט יכול להיות אובייקטיבי גם כאשר הוא איננו נשען על ה"אני מאמין" של העם (ניתן גם להעלות על הדעת מצב שבו ה"אני מאמין" של העם עצמו לוקה בחוסר־אובייקטיביות; ראה, למשל, ה"אני מאמין" של העם הגרמני בתחילת שנות הארבעים). אינני כופר בכך שלערכי־היסוד המקובלים בחברה שבה הוא חי יש, וצריך להיות, משקל בשיקוליו של השופט; אך אינני סבור, כי האובייקטיביות שלו תלויה בכך שהוא יאמץ לעצמו תמיד כל מסקנה המתחייבת מהם. במאמרו, "על השופט כפרשן", ברק מרגיש כי במקרים מסוימים "אל לו לשופט להסס מללכת לפני המחנה גם בעניינים כעלי אופי אידיאולוגי"; ובדברו על האיוון הראוי בין ערכים או אינטרסים מנוגדים הוא גם דוחה כפיקציה את הטענה ש"על השופט לעשות אותו איוון שהמחוקק היה מבצעו אילו נשאל בדבר". אך מיד לאחר־מכן הוא מוסיף ואומר: "נראה לי כי ניטיב לעשות אם נודה שהשופט מבצע את האיוון על פי תפיסתו שלו. אך תפיסה זו איננה תפיסתו הסובייקטיבית אלא השקפתו האובייקטיבית באשר לצרכיה של החברה. כמוכן, גישה אובייקטיבית טהורה קשה לביצוע היא... כל שניתן לאמר הוא שעל השופט כפרשן לשאוף למידה רבה ככל האפשר של אובייקטיביות גם אם מכירים בכך שהשגתה המלאה של תכלית זו אינה אפשרית" (ראה א' ברק, "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ג) 248). הניסוח של ברק אומר דרשני, שהרי אם — לדבריו — "השופט מבצע את האיוון על פי תפיסתו שלו", איזה מוכן יש לטענתו, כי "תפיסה זו איננה תפיסתו הסובייקטיבית אלא השקפתו האובייקטיבית באשר לצרכיה של החברה"? כיצד בכלל ניתן להבין כאן את ההבחנה בין ההשקפה הסובייקטיבית של השופט ובין ההשקפה האובייקטיבית שלו? שאלות דומות מעוררים דברים שאמר ברק בספרו: "על השופט לפעול באובייקטיביות. לא את דעותיו הפרטיות עליו להגשים אלא את מה שנראה לו כתואם את צרכי הזמן והשעה" (ראה ספרו [לעיל, הערה 1], 400). תהא כוונתו המדויקת של ברק אשר תהיה — ואפשר לפרש את דבריו בכמה דרכים — ברור, כי גם כאשר השופט שוקל בצורה רצינית את "צרכיה של החברה" במגמה למצוא את האיוון הנכון בין ערכים ואינטרסים שונים, הוא איננו יכול לעשות כן מבלי לבטא את מה שהוא חושב על צרכיה של החברה. אמנם, ניתן להבדיל בין מה שהשופט חושב על צרכיה של חברה אידיאלית כתנאים אופטימאליים ובין מה שהוא חושב על "צורכי הזמן והשעה" של החברה שבה הוא חי; אך גם מה שהשופט חושב על צורכי הזמן והשעה תלוי בסולס־הערכים שלו ומבטא את "הדעות הפרטיות" שלו, ומן העובדה שהשופט מתחשב במקרים מסוימים "בדעות הפרטיות" שלו לא נובע בהכרח שהוא איננו פועל באובייקטיביות.

להכריע בסכסוכים שונים מבלי להתחשב לעתים גם בעמדות המוסריות האישיות שלהם. אך גם כאשר השופטים מתחשבים בעמדות המוסריות האישיות שלהם, הם יכולים עקרונית לחשוף, להבהיר ולנמק עמדות אלו. אם השופט סבור כי לעמדות אלו יש תוקף לא רק לגביו אלא גם לגבי בני-אדם אחרים, עליו להסביר מדוע — לדעתו — יש להן תוקף כזה. ניתן, כמובן, לשאול באיזו מידה השופטים עושים מה שהם צריכים לעשות. בשאלה זו אדון מאוחר יותר. הנקודה שרציתי להדגיש כאן היא, שכאשר השופט מכריע בסכסוכים הנדונים לפניו הוא מוכרח באמת להישען לעתים גם על העמדות המוסריות האישיות שלו, אך הוא איננו מוכרח להישען על העובדה שעמדות אלו הן שלו. העמדות שבני-אדם נוקטים בשאלות מוסריות אינן מעצם טבען עמדות "סובייקטיביות", במובן השלילי של מושג זה.

3. טיעון הוודאות

לפי טיעון הוודאות, יש לחתור לצמצום מירבי של מרחב שיקול-הדעת של השופט משום שאי-אפשר לדעת בוודאות כיצד יפעיל שופט זה או אחר את שיקול-הדעת שלו. ההחלטות ששופטים שונים מחליטים כאשר הם מפעילים את שיקול-הדעת שלהם מבטאות במקרים רבים את ההשקפות הערכיות האישיות שלהם. אך לשופטים שונים יש השקפות ערכיות שונות, ואין להשלים עם כך שפסק-הדין של בית-המשפט יהיה תלוי בהרכב המקרי, הבלתי-נצפה, של השופטים היושבים בו. כל שיטת-משפט צריכה לחתור לכך שבני-אדם יוכלו לדעת מראש מהם השיקולים שינחו את בית-המשפט אם יישפטו בפניו; וכאשר השופט רוכב על הסוס הלא-מאולף של השיקולים הערכיים האישיים שלו, אי-אפשר לחזות מראש את צעדיו. אחת המסקנות המתבקשות מטיעון זה היא, שהיתה זו טעות להעניק לשופטי הבג"צ את הסמכות "לדון בעניינים שהם רואים צורך להושיט בהם סעד למען הצדק". תפישת הצדק של השופטים איננה אחידה, ואי-אפשר לדעת מהי תפישת הצדק שתנחה שופט פלוני או אלמוני ומהן המסקנות הקונקרטיות שהוא יסיק ממנה. שיטת-משפט המסמיכה את השופט לפעול בעניינים מסוימים כהתאם לשיקולים של צדק, להבדיל משיקולים של דין, מערערת אפוא את הוודאות בתחום המשפט. אמנם, ודאות מוחלטת בנוגע להחלטותיהם של השופטים איננה אפשרית בשום שיטת-משפט. עובדה היא שקיימים חילוקי-דעות בין השופטים לא רק בשאלות ערכיות, אלא גם בשאלות עובדתיות משפטיות רגילות. אך מי שמקבל את טיעון הוודאות, יכול לטעון כי גם אם האידאל של ודאות מוחלטת איננו ברי-מימוש, כל שיטת-משפט צריכה לעשות הכול כדי לצמצם ככל הניתן את חוסר-הוודאות; ושיטת-משפט המעניקה לשופטים את הסמכות להושיט במקרים מסוימים "סעד למען הצדק" (או את הסמכות לקבוע בעצמם מהו "תום-לב", מהי "תקנת-הציבור" וכו') מרחיבה את חוסר-הוודאות במקום לצמצם אותו.

כדי להתמודד עם טיעון הוודאות, צריך — לדעתי — להדגיש כי הערך של הוודאות, עם כל חשיבותו, איננו ערך עליון מוחלט הדוחה מפניו תמיד כל ערך אחר. אין זה מספיק לטעון שאי-אפשר לממש ערך זה מימוש מלא. יש להוסיף ולטעון, כי מימוש מלא שלו איננו עולה בקנה אחד עם השמירה על ערכים אחרים החשובים גם הם למערכת-המשפט. אפשר אולי לחשוב שהתועלת הצומחת מכך שהמחוקק מושיב לעתים את השופט על סוס לא-מאולף ומטיל עליו להכריע בעצמו בשאלות ערכיות,

נעוצה אך ורק בגמישות המוחררת בדרך זו למערכת-המשפט — גמישות המאפשרת לשופט להתמודד עם נסיבות חדשות שהמחוקק לא היה יכול לחזות מראש. ואכן, אין ספק שלגמישות של מערכת-המשפט יש חשיבות רבה. הערך של הגמישות והערך של הוודאות צריכים לאזן זה את זה, ואין לקדש ערך אחד ולהתעלם לחלוטין מן האחר. עם זאת, נראה לי כי החשיבות שיש לגמישות הנובעת ממרחב שיקול-הדעת של השופט תלויה בין השאר בשימוש הנעשה בשיקול-דעת זה. כאשר הגמישות שבה מדובר מנוצלת על-ידי השופטים באופן שיטתי לרעה וההכרעות שהם מכריעים כאשר הם מפעילים את שיקול-דעתם לוקות תמיד או כמעט תמיד בשרירותיות או בחוסר-צדק — אין כל סיבה להתברך בגמישות זו. במצב מעין זה יכול להיות היגיון רב בתביעה לצמצם ככל הניתן את מרחב שיקול-הדעת של השופטים. אך בנסיבות הקיימות היום אצלנו החשש מהיווצרותו של מצב זה איננו מבוסס. הגמישות שנבעה, למשל, מהסמכות הרחבה שהוענקה לשופטי הבג"צ איננה — לדעתי — גמישות שיש להצטער עליה. אפשר וצריך לחלוק על הדרך שבה הפעילו שופטי הבג"צ את שיקול-הדעת שלהם בעניינים מסוימים, אך אינני סבור כי יש מקום לטענה שהם ניצלו לרעה את מרחב שיקול-הדעת שלהם והחליטו תמיד או כמעט תמיד החלטות הלוקות בחוסר-צדק. במבט לאחור ובחשבון כולל ניתן — כמדומני — לומר כי אם התשתית הנורמטיבית של המשפט המנהלי בישראל לא היתה נקבעת על-ידי שופטי הבג"צ אלא על-ידי הכנסת (המשרתת בדרך-כלל בהחלטותיה את מאווייה של הממשלה), דפוסי היחסים בין רשויות-השלטון במדינה ובין האנשים החיים בה היו, כנראה, לוקים בפגמים רבים יותר משהם לוקים בהם כיום (ואני מתכוון כאן לפגמים שבחוסר-צדק, ולא לפגמים שבחוסר-יעילות). מכיוון שעסקתי בעניין זה בהרחבה בהקשר אחר⁴⁶, לא ארחיב כאן את הדיבור עליו אלא אסתפק בכך שאומר כי הדוגמא של פסיקת הבג"צ, כמו דוגמאות אפשריות אחרות, מוכיחה כי במקרים מסוימים לא רק הערך של הגמישות, אלא גם הערך של הצדק עשוי בחשבון אחרון לצאת נשכר מהחלשה מסוימת של ערך הוודאות. המרחב הגדול של שיקול-הדעת שיש לשופטי הבג"צ והמשקל הבלתי-נמנע שיש לעתים לעמדות הערכיות האישיות שהם נוקטים בעת שהם מפעילים את שיקול-דעתם, פוגעים במידה מסוימת בערך של הוודאות, אך עובדה זו כשלעצמה איננה מצדיקה את התביעה לצמצום מירבי של מרחב שיקול-הדעת שלהם.

כאמור, הערך של הוודאות איננו ערך עליון מוחלט, והמשקל היחסי שצריך להיות לו תלוי במשקלם של ערכים חשובים אחרים. אך האם אין סכנה רצינית שהפגיעה בערך זה תחליש את כוחו יתר על המידה ותערער גם את המשקל היחסי שצריך להיות לו? האם אין לחשוש מכך שמרחב שיקול-הדעת שיש לשופטים בשאלות ערכיות יוליד מצב של תהו-ובוהו — מצב שבו כל שופט הניצב בפני שאלות ערכיות יקבל החלטות השונות מאלו של חברו? נראה לי, כי בנסיבות הקיימות חשש זה הוא מוגזם. יש לזכור כי שיטת-המשפט שלנו, כמו שיטות-משפט רבות אחרות, מבוססת על מבנה היררכי ברור. ההלכות ששופטי בית-המשפט העליון פוסקים, לרבות ההלכות הטבועות בחותם ההשקפות הערכיות האישיות שלהם, מחייבות את השופטים משאר הערכאות השיפוטיות, וניתן לחזות מראש, במידה רבה של ודאות, כי שופט מערכאה נמוכה יתחשב בדרך-כלל בהלכה חד-משמעית שנפסקה בבית-המשפט העליון, גם כאשר היא

46 ראה מאמרי (לעיל, הערה 11).

איננה עולה בקנה אחד עם סולם הערכים האישי שלו. אשר לשופטי בית-המשפט העליון – הללו רשאים, לפי החוק שלנו, לשנות ואף לבטל הלכות קודמות שנפסקו בבית-המשפט העליון; אך משהשתרשה הלכה מסוימת בפסיקה, ניתן לחזות מראש, במידה רבה של ודאות, כי גם שופטי בית-המשפט העליון, ולא רק השופטים משאר הערכאות, לא ימהרו בדרך-כלל לסטות ממנה או לבטלה.

המרחב הגדול למדי של שיקול-הדעת שהמתקן מניח לשופטים בעת שהוא מחוקק חוקים מסוימים מצטמצם אפוא במרוצת השנים עם התגבשותה והשתרשותה של החקיקה השיפוטית בשאלות אלו. החקיקה השיפוטית של שופטי הבג"צ, למשל, צמחה במידה רבה מתפישת הצדק של שופטי הבג"צ – מההשקפות שהיו להם על דפוסי היחסים הראויים בין השלטון לבין הפרט בחברה צודקת. אמנם, החקיקה השיפוטית של שופטי הבג"צ לא קפאה בנקודת-זמן מסוימת על שמריה: היא מתפתחת למעשה כל הזמן בתהליך מורכב שהנסיבות החברתיות המשתנות ותפישת הצדק המשתנה של השופטים ממשיכים לטבוע בו את חותמם. אך למרות עובדות אלו, ניתן – כמדומני – לומר כי התשתית הנורמטיבית שנקבעה על-ידי שופטי הבג"צ בעשור הראשון והשני לקיום המדינה – התשתית שבהיעדר חוקה או חוק-יסוד לזכויות-הפרט מילאה תפקיד כה חשוב במשפט הישראלי – תמשיך בדרך-כלל להנחות את השופטים היושבים בבג"צ לפחות בעתיד הנראה לעין. הסוס שעליו שופטי הבג"צ רוכבים איננו אפוא סוס מאולף שכל תנועותיו מדודות וצפויות מראש, אך הוא גם איננו סוס-פרא שאי-אפשר לדעת מאומה על התנועות האפשריות שלו. דברים דומים ניתן לומר גם על הסוס שעליו השופטים רוכבים היום בתחומי משפט אחרים.

כאשר השופט לנדוי מנסה להראות ש"טעמי הצדק הבלתי-מוגדרים שבפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק" אינם מרבים יציבות ו"רבה המבוכה" – הוא מזכיר דוגמא ידועה שהביא באותו עניין השופט קרדוזו: "שוב אצטט את קרדוזו המביא דוגמא מן ההווי הפוריטני: לא ייתכן ששופט יסרב על-פי שיקול-דעתו לדון בעניין הנוגע לתיאטרון מפני שלפי השקפתו חטא הוא לבקר בתיאטרון. לנו אין פוריטנים, אבל שופטים בעלי השקפות חברתיות משלהם יש ויש אצלנו"⁴⁷. אינני בא לטעון, כי טועה השופט לנדוי בהניחו שיש בקרב השופטים "השקפות חברתיות" שונות. אין ספק שהנחה זו נכונה. טענתי היא, כי ה"מבוכה" שהבדלי השקפות אלו יוצרים בפסיקה של הבג"צ אינה כה רבה כפי שהשופט לנדוי מניח. לא זו בלבד שבקרב שופטי הבג"צ אין שופט המסרב לדון בעניין הקשור לתיאטרון משום שלפי השקפתו הביקור בתיאטרון הוא חטא. אין גם בקרבם שופט התומך, למשל, בהשקפות חברתיות טרוצקיסטיות או אנרכיסטיות, וקשה להניח ששופט משופטי הבג"צ ידחה על הסף עתירה של אדם עתיר-נכסים ("קפיטליסט") רק בגלל העובדה שהוא עתיר-נכסים⁴⁸. אכן, מרחב שיקול-הדעת

47 מ' לנדוי, "כוחו של בית המשפט וגבולותיו" משפטים ו (תשל"ה) 196. וראה גם באותו עניין דבריו של זמיר: "מתחזקת ומתפשטת הדיעה שאין אפשרות סבירה לצפות מראש את פסקי הדין של הבג"צ כאילו מרובר בגוף שאינו פועל לפי כללים אלא לפי שיקולים סתומים או הלכי רוח שאינם גלויים ואינם יציבים..." (זמיר, השפיטה בענינים מנהליים [המכון למחקרי חקיקה ע"ש האר"סאקר, ג' טדסקי עורך, תשל"ה] 102).

48 ייתכן שבעניין מסוים שופט זה או אחר יתעלם מן ההשקפות הרלוונטיות בחברה שבה הוא חי ויגזור על הציבור – על-יסוד עמדה אידיאליסטית, קיצונית ביותר – גזירה שהציבור איננו יכול לעמוד בה (ראה בעניין זה ר' גביון, "אכיפת המוסר, פיצויים בגין הפרת נישואין ותובת ההנמקה"

ששיטת-המשפט שלנו מניחה לשופט, והמשקל הבלתי-נמנע שיש להשקפות הערכיות האישיות שלו כאשר הוא מפעיל את שיקול-הדעת השיפוטי, פוגעים בערך של הוודאות בתחום המשפט. אך למרות חשיבותו של ערך זה, הוא איננו ערך עליון מוחלט, והפגיעה בו בנסיבות הקיימות איננה חמורה במידה המצדיקה צמצום מירבי של מרחב שיקול-הדעת של השופטים⁴⁹.

4. הטיעון הדימוקרטי

הטיעון הדימוקרטי מבוסס על ההנחה, שאם השופט יכריע בסכסוך כלשהו מתוך התחשבות בהשקפות שיש לו בשאלות ערכיות, הוא ינהג בהכרח באורח לא דימוקרטי. השופטים שלנו אינם נבחרים על-ידי הציבור הרחב, והם יכולים להמשיך ולכהן בתפקידם כל ימי-חייהם מבלי לעמוד אחת לכמה שנים בפני שבט-הביקורת של הציבור. אין להם, לפיכך, כל זכות מוסרית לאכוף על הציבור את ההשקפות שיש להם בשאלות ערכיות. שלטון הרוב או שלטון נציגי הרוב איננו מתיישב עם כל סוג של דיקטטורה, אף לא עם דיקטטורה של בית-המשפט העליון. אולם טיעון זה, כמו הטיעונים שקדמו לו, איננו נקי מקשיים. מן המפורסמות הוא שגם השלטון במדינות הדימוקרטיות⁵⁰ רחוק מלהיות שלטון הרוב. אין צורך לומר, שהרוב איננו שולט היום באורח ישיר, אך הוא גם איננו שולט באורח עקיף על-ידי

משפטים ח (תשל"ח) 296. אך נראה לי, כי בנסיבות הקיימות מצב מעין זה הוא יוצא-דופן. אין להסיק מדברים אלו, כי יש – לדעתי – לתבוע מכל שופט להיגרר תמיד כסומא בעקבות כל השקפה רווחת. כפי שיובהר בהמשך, אינני שותף לתביעה זו.

ראה בעניין זה תגובתו של השופט ח' כהן לעמדותיהם של השופט לנדוי ופרופ' זמיר בעניין סמכותו של הבג"צ להושיט סעד למען הצדק: "אם כי העילות של שיקול הדעת כבר מוגדרות הן כאילו מפי המחוקק, מידתו עודנה מסורה לשופט: מה שנראה במקרה פלוני כאי נקיון כפיים, למשל, המצדיק אי מתן הסעד, עשוי להיראות במקרה פלמוני כהתנהגות, ולו גם פסולה מבחינה מוסרית, אשר בית המשפט יכול להתעלם ממנה לענין הענקת הסעד המבוקש, ומה שבעיני שופט פלוני נראה כשיהוי יתר על המידה וכעילה לסרב למתן סעד, עשוי להיראות בעיני שופט פלמוני כתקופת שיהוי שאין בה כדי לסכל את התביעה. ולא שמענו שיציבות המשפט או כל צורך אחר או מטרה אחרת בעשיית משפט, סכלו או נפגעו כתוצאה משיקול דעת שכזה" (בג"צ 83/70 אוהנה נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד כד (1) 771, 773).

אינני רוצה לעסוק כאן בניתוח ההגדרות השונות שניתנו ל"דימוקרטיה". כידוע, למתח זה יש בדרך-כלל "משמעות רגשית" חיובית, אך תוכן תיאורי עמום ביותר המשתנה מקבוצת דוברים אחת לאחרת. באופן כללי אומר, כי אני משתמש כאן במונח "דימוקרטיה" כדי לציין משטר שבו (1) נשמרים עקרונות פרודורליים מסוימים (בחירות חופשיות אחת לכמה שנים וכו'), באופן שאורחי המדינה יכולים להשפיע במידה מסוימת על המדיניות של אלה ששולטים בה (התנאי "הפרודורלי" לדימוקרטיה); (2) המדיניות של אלה ששולטים במדינה אינה פוגעת בצורה חמורה בזכויות בסיסיות מסוימות שיש לכל אזרחי המדינה (התנאי "הסובסטיבי" לדימוקרטיה). כמובן, אפיון זה איננו שלם והוא פותח פתח לשאלות רבות, אך במסגרת הדיון כאן ניתן להסתפק בו. אפשר, כמובן, להשתמש במונח "דימוקרטיה" בדרכים אחרות. אפשר, למשל, להשתמש במונח זה כדי לציין כל משטר שבו מתקיים התנאי הראשון, הפרודורלי, ללא קשר לתנאי השני, הסובסטיבי (מי שמשמש ב"דימוקרטיה" בדרך זו יצטרך להבחין בין דימוקרטיה ליברלית לבין דימוקרטיה לא-ליברלית). אך הביקורת שאמתח להלן על הטיעון המכונה כאן "הטיעון הדימוקרטי" היא ביקורת עקרונית, והיה אפשר לנסח אותה גם על-פי שימושים אחרים במונח "דימוקרטיה".

נציגים המבטאים את עמדותיו. החלטות רבות של הרשות המחוקקת, שלא לדבר על הרשות המבצעת, אינן מבטאות את רצון הרוב, והן אף עומדות לעתים בניגוד לרצונו. נכון שאין להקיש מן המצוי אל הראוי, אך בלי לעסוק כאן בשאלה אם אפשר או צריך להעניק לרצון הרוב משקל גדול יותר משיש לו, ברור – נדמה לי – כי אין לתבוע מהרשות המחוקקת, שלא לדבר על הרשות המבצעת, ללכת תמיד, בכל החלטה שהיא, בעקבות רצון הרוב. לתביעה זו אין מקום לא רק מטעמי יעילות מעשיים, אלא גם מטעמים עקרוניים ומוסריים, ולטעמים אלו יש תוקף גם כאשר מדובר ברשות השופטת. מי שטוען כי במשטר דימוקרטי אין לשופט זכות להתחשב בעמדה ערכית שאיננה מקובלת על הרוב, טוען טענה שיש לה מקום רק במסגרת אותה תפישה של דימוקרטיה הרואה בשלטון הרוב (או נציגיו) ערך עליון מוחלט. לעומת זאת, מי שסבור כי במדינה מתוקנת יש לשמור על זכויות מוסריות מסוימות של המיעוט גם כאשר הרוב חפץ לשלול אותן מאתו, לא יוכל לקבל טענה זו. אם הזכויות המוענקות למיעוט היו נקבעות תמיד על-פי השקפות הרוב, ההגנה על המיעוט מפני "עריצות הרוב" לא היתה אפשרית. אין זה מקרה, לפיכך, שבמדינות מתוקנות אין השופט נזקק אחת לכמה שנים לקבל את אמונו של הציבור הרחב. אחת הסיבות למעמדו הבלתי-תלוי של השופט נעוצה ברצון לשחרר אותו מהשפעתן של קבוצות-לחץ קטנות או גדולות מקרב הציבור. היה זה חמור מאוד, למשל, אילו קונסנזוס ציבורי בשאלה משפטית שיש לה תשובה ברורה בחוק היה משפיע על החלטתו של השופט באותה שאלה. כבר העיקרון של שלטון החוק מחייב, אם כן, צמצום של עקרון שלטון הרוב. האם אין מקום לטעון שהעיקרון של עשיית צדק (צדק המתבטא בשמירה על זכויות מוסריות מסוימות שיש לכל אדם) מחייב גם הוא צמצום של עקרון שלטון הרוב? האם רצוי שבשאלות של צדק השופט יראה את עצמו חייב ללכת תמיד בעקבות כל השקפה של הרוב? אינני סבור כך.⁵¹

לכאורה, האנשים היושבים בגוף המחוקק שואבים במשטר דימוקרטי את סמכותם מן האמון הניתן להם על-ידי הציבור הרחב אחת לכמה שנים, והם רשאים, מכוחה של סמכות זו, לסטות לעתים מרצון הרוב ולהישען על תפישת הצדק שלהם. השופטים, לעומת זאת, אינם רשאים לעשות כן, שהרי הם אינם שואבים את סמכותם מהציבור הרחב. אך חשוב לזכור, כי הסמכות של השופטים להפעיל לעתים את שיקול-דעתם ולשקול בין השאר שיקולים של צדק ושיקולים ערכיים אחרים איננה סמכות שהם נטלו לעצמם בניגוד לרצונם של נבחרי הציבור, נציגי הרוב. זאת היא סמכות שהחוק עצמו, החוק שנקבע על-ידי נבחרי הציבור, העניק להם. אפשר, כמובן, לטעון כי היתה זו טעות מצדו של המחוקק להעניק להם את הסמכות הרחבה שהעניק להם בתחומים שונים וכי המחוקק היה מיטיב לעשות אילו צמצם צמצום מירבי את מרחב שיקול-הדעת שלהם.

51 אסכולה מכובדת במשפט הקונסטיטוציוני האמריקני תומכת בדעה, כי בית-המשפט צריך לפרש את עקרונות החוקה האמריקנית בכל תקופה מחדש בהתאם להשקפות הערכיות המקובלות על רוב בני החברה באותה תקופה. אחת התמיהות שאסכולה זו מעוררת היא, מה יכול להיות משקלה של החוקה כמכשיר להגנה על זכויות המיעוט אם היא תתפרש תמיד לפי ההשקפות של הרוב. האם אפשר להגן על המיעוט מפני הרוב בעזרת חוקה המעניקה למיעוט רק אותן זכויות שהרוב מוכן להעניק לו? בהקשר זה רצוי להעיר, שבכמה הדוגמאות קבע בית-המשפט העליון של ארצות-הברית כי בשאלות ערכיות שונות שהחוקה האמריקנית מעוררת הוא אינו רואה את עצמו כפוף לכל השקפה שרוב הציבור תומך בה. ראה בעניין זה D. Richards, *The Moral Criticism of Law* 74-75, 106-107 (1977).

מבחינה פורמלית הוא רשאי להעניק לגופים שונים סמכויות שונות. אך – כך ניתן לטעון – אם הוא איננו קובע נורמות משפטיות מפורטות בתחומים חשובים, למשל: כשהוא מניח לשופטי הבג"צ לעצב בעצמם את הדפוסים המשפטיים של מערכת היחסים בין רשויות השלטון לאזרחים בתחום המשפט המנהלי – הוא פוגע בהכרח בעיקרון הבסיסי של שלטון החוק במובן המהותי שלו ומקעקע בהכרח את העיקרון הבסיסי של הפרדת הרשויות, ושני עקרונות אלו – כך ניתן להמשיך לטעון – הם מנשמת־אפו של המשטר הדימוקרטי.

אולם תפישה זו איננה עומדת – לדעתי – במבחן הביקורת. דיון יסודי בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק ובקשר שביניהם לתפישות שונות של הדימוקרטיה, חורג ממסגרת מאמר זה. אך באופן כללי אומר, כי אף אחד מהמשטרים הדימוקרטיים בימינו איננו שומר על הפרדה מוחלטת בין הגופים העוסקים בחקיקה, הגופים העוסקים בביצוע והגופים העוסקים בשפיטה. כידוע, כל אחת משלוש הרשויות עוסקות היום, במידה זו או אחרת, גם בפעילות שבה שתי הרשויות האחרות עוסקות; ומטעמים מעשיים ועקרוניים גם יחד אין להצטער על כך שההפרדה בין הרשויות איננה היום הפרדה מוחלטת. דברים דומים ניתן לומר גם על העיקרון של שלטון החוק. אם מבינים עיקרון זה כעיקרון המחייב בין השאר חקיקת חוקים המצמצמים צמצום מירבי את מרחב שיקול־הדעת של הרשות השופטת, מימושו של עיקרון זה מחייב שינוי יסודי של שיטת־המשפט שלנו; שהרי אין ספק ששיטת־המשפט שלנו מניחה לרשות השופטת מרחב גדול של שיקול־דעת בעניינים שונים. אך מבלי לדון כאן בשאלה אם שינוי יסודי זה הוא שינוי מעשי, נראה לי כי בנסיבות הקיימות הוא איננו רצוי⁵². במסגרת משטר דימוקרטי שבו רשויות־השלטון מאזנות, בולמות ומרסנות זו את זו יש לעתים מקום גם לרכיבה שיפוטית על סוסים שלא אולפו בצורה מירבית על־ידי הרשות המחוקקת. הערכה יסודית של היתרונות והחסרונות של הרכיבה השיפוטית על סוסים אלו תלויה בגורמים רבים ומורכבים (כפי שיודגש בהמשך, היא תלויה בין השאר גם ברמתם ובכישוריהם של השופטים), אך אין כל סיבה להניח א־פריורי כי צמצום מירבי של מרחב שיקול־הדעת של השופט יחזק את הדימוקרטיה.

אמנם, בניגוד לחבר־הכנסת, השופטים במערכת־המשפט שלנו אינם נבחרים על־ידי הציבור הרחב אחת לכמה שנים, אך, כאמור, הערך של שלטון הרוב או שלטון נציגי הרוב איננו ערך עליון מוחלט. גם במשטר הדימוקרטי ערך זה צריך "להתאזן" עם ערכים חשובים אחרים, בין השאר עם הערך של ההגנה על זכויות מוסריות מסוימות של הפרט, ובשאלות הערכיות הסובבות סביב תוכנן ומשקלן של זכויות אלו יש לשופטים, בעיקר לשופטי בית־המשפט העליון, עדיפות מסוימת על חבר־הכנסת, שלא לדבר על

52 אפשר להבין את עקרון שלטון החוק כעיקרון התובע לפעול בהתאם לחוק. אך אפשר להבין אותו בין השאר גם כעיקרון התובע לחוקק חוקים שאפשר לפעול בהתאם להם – חוקים שהאנשים הכפופים להם יכולים לכלכל את צעדיהם בהתאם להם. חוקים שאינם מובאים לידיעת הציבור או חוקים רטרואקטיביים הם רק חלק מסוגי החוקים שאינם מתיישבים עם שלטון החוק במובן הזה, וניתן לטעון כי גם חוקים המניחים לשופטים מרחב גדול של שיקול־דעת אינם מתיישבים עמו; שהרי האנשים הכפופים לחוקים אלה אינם יכולים לכלכל את צעדיהם בהתאם להם (הקשר בין שיקול זה לטיעון הוודאות שנידון לעיל ברור). אך הערך של שלטון החוק במובן הזה, כמו הערך של הפרדת הרשויות וערכים חשובים אחרים, איננו ערך עליון מוחלט. על עקרון שלטון החוק במובן הזה ועל חשיבותו, מכאן, וגבולותיו, מכאן, ראה J. Raz (לעיל, הערה 8), 210–229.

חבריה הממשלה. עדיפות זו נובעת הן מן המעמד הבלתי-תלוי שיש לשופטי בית המשפט העליון (מעמד הנובע במידה רבה מכך שהם אינם נבחרים על-ידי הציבור הרחב אחת לכמה שנים), הן מתכונות מסוימות שהתגבשו בדרך-כלל אצל שופטים אלה במסגרת התפקיד השיפוטי שלהם (כוונתי לתכונות המתבטאות בנטייה לדון במחלוקות בין בני-אדם לגופן ללא משוא-פנים, בנטייה להכריע במחלוקות אלו בצורה שקולה אחר בדיקת טיעוניהם של הצדדים ועוד). המעמד הבלתי-תלוי של שופטי בית-המשפט העליון והתכונות שהם סגלו לעצמם במסגרת תפקידם אינם מחסנים אותם מפני טעויות חמורות בשאלות ערכיות. אך הם מאפשרים להם לדון ולהכריע בשאלות אלו מבלי להעניק לאינטרסים לא-רלבנטיים של קבוצות-לחץ פוליטיות אותו משקל מופרז שחבריה הכנסת או חבריה הממשלה נוהגים במקרים רבים להעניק להם במסגרת החקיקה הראשית או המשנית שלהם. עדיפות מוגבלת, אך לא מבוטלת — זו שיש לשופטי בית-המשפט העליון על חבריה הכנסת או חבריה הממשלה — אינה מצדיקה מתן הכשר להרחבה לא מבוקרת של סמכות החקיקה השיפוטית, אך יש בה כדי להבהיר את אחד היתרונות המרכזיים של "חקיקה" זו. אין לטשטש את העובדה שהחקיקה השיפוטית תלויה במקרים רבים בתפישת הצדק ובסולם-הערכים של השופט, אך למרות עובדה זו, ואולי דווקא בגללה, החקיקה השיפוטית חיונית למערכת-המשפט שלנו. היא חיונית למערכת-המשפט לא רק בגלל התרומה שהיא עשויה לתרום בחשבון כולל ליעילותה על מערכת-המשפט, אלא גם בגלל התרומה שהיא עשויה לתרום לגיבושן של נורמות משפטיות צודקות יותר. לו חתר המחוקק לצמצום מירבי של מרחב שיקול-הדעת של השופט, הדבר היה מקטין את המשקל שיש לתפישת הצדק האישית של השופט בהחלטות השיפוטיות שלו; אך בנסיבות הקיימות, ובגבולות שהשופטים עצמם נוהגים בדרך-כלל להציב לעצמם כאשר הם מפעילים את שיקול-הדעתם, אינני סבור שצמצום מירבי של מרחב שיקול-הדעת שלהם יהפוך את מערכת-המשפט שלנו למערכת-משפט טובה יותר.

הדוגמא של פסיקת הבג"צ יכולה להמחיש טענה זו. אם הכנסת לא היתה מגיחה לשיקול-הדעת של שופטי הבג"צ שאלות ערכיות דיוניות ומהותיות רבות כל-כך, אלא מסדירה אותן אחר קום המדינה בעצמה, במסגרת חוקים חרותים מפורטים — יש להניח כי המשקל של תפישת הצדק של שופטי הבג"צ בעיצובה של התשתית הנורמטיבית של המשפט המנהלי בישראל לא היה כה גדול כפי שהיה. אך בשל הכוח הרב שהיה מרוכז בידי הממשלה אחר קום המדינה ובשל ההשפעה הרבה שיש במשטר שלנו לממשלה על החלטות הכנסת, סביר להניח כי החוקים המפורטים שהכנסת היתה מחוקקת בתחום זה לא היו מגנים על הפרט מפני עוצמתו של השלטון באותה מידה שהנורמות המשפטיות הפסוקות של שופטי הבג"צ הגנו עליו. אין ספק שהכנסת הכירה בחשיבות שיש לביקורת השיפוטית של הבג"צ, אך קשה להניח שהיא היתה מוכנה להרחיב ולהעמיק ביקורת זו באותה מידה שהרחיב והעמיק אותה הבג"צ. אפשר שצריך לחלוק על תפישת הצדק שהנחתה את שופטי הבג"צ בעניין זה או אחר, אך בחשבון כולל אין להצטער על כך שגם הם רוכבים לעתים על "סוס-פרא". אם הרכיבה על סוס זה היתה כמעט תמיד נחלתם על חבריה הכנסת בלבד, המשפט שלנו לא היה דימוקרטי יותר⁵³. מי שרואה במשטר הדימוקרטי משטר המבוסס כל-כולו על שלטון הרוב או על

53 ראה בעניין זה מאמרי (לעיל, הערה 11), 492–495.

שלטון נציגי הרוב, לא יקבל מסקנה זו; אך מי שסבור כי המשטר הדימוקרטי תלוי, בין השאר, באיזון ובריסון הדדי של רשויות השלטון, איזון המיועד להגן על הפרט מפני עוצמת השלטון — איננו צריך לחשוש מפניה.

לבסוף יש להדגיש כי טענת הדיקטטורה של בית־המשפט, איננה בנסיבות הקיימות טענה של ממש. החשש שבית־המשפט ישתמש בעוצמה שיש לו ללא בקרה כדי "לשלוט" במדינה הוא חשש מופרז גם כאשר מדובר במדינה כמו ארצות־הברית שבה לבית־המשפט יש סמכות לפסול חוקים שהמחוקק קבע (אם הם מנוגדים לחוקה). הוא מופרז עוד יותר כאשר מדובר במדינה כמו ישראל שבה כוחו של בית־המשפט איננו כה גדול. כפי שכבר הודגש על־ידי רבים, בניגוד לחברי הגוף המחוקק או לאנשי הרשות המבצעת, אין לשופטים שליטה לא במוקדי הכוח הצבאי ולא במוקדי הכוח הכלכלי שבמדינה, ושליטה במוקדי כוח אלו היא תנאי הכרחי לצמיחתו של כל גוף שעלול להוות סכנה ממשית לדימוקרטיה. יש גם לזכור כי הגם שבית־המשפט עוסק לעתים בחקיקה שיפוטית⁵⁴, ועל־אף ש"חקיקה" זו מבטאת לעתים את ההשקפות האישיות של השופטים על הדין הראוי, העוצמה שבית־המשפט מרכז בידי עקב חקיקה זו איננה בלתי־מוגבלת. החקיקה השיפוטית מרוסנת היום בדרכים שונות על־ידי הגבלות משפטיות ולא־משפטיות שונות — הגבלות המוטלות על השופטים והגבלות שהשופטים מטילים על עצמם. יתר על כן: החקיקה השיפוטית איננה נעשית מיוזמתו של בית־המשפט בכל עניין הנראה לו. לא בית־המשפט הוא שוקבע אם, מתי ובאיזה עניין יועלו בפניו שאלות המחייבות חקיקה שיפוטית (בדרך־כלל שאלות שאין להן תשובה ברורה בחוק); ובמשטר הקיים היום אצלנו, אם המחוקק מסתייג מן הכללים שבית המשפט תבע במסגרת החקיקה השיפוטית, הוא יכול בדרך־כלל ליטול מכללים אלו את עוקצם על־ידי שינוי של החוק. הכוח שיש לבית־המשפט — ואין להכחיש שיש לו כוח — איננו אפוא כוח נטול־רסן המקעקע את יסודות הדימוקרטיה, והחשש מכוח זה איננו מצדיק — לדעתי — את התביעה לצמצום צמצום מירבי את מרחב שיקול־הדעת של השופט.

5. הטיעון הפרגמטי

הטיעון הפרגמטי מבוסס על ההנחה כי אמונו של הציבור בשופט — אמון החיוני כל־כך לתפקודה התקין של מערכת־המשפט כולה — תלוי בכך שהשופט יבסס תמיד את החלטותיו על הנורמות של המשפט הפוזיטיבי ולא יתחשב כלל בהשקפות הערכיות האישיות שלו. אך הנחה זו אינה ברורה מאליה, ואינני סבור כי היא יכולה לשמש בסיס לתביעה לצמצום צמצום מירבי את מרחב שיקול־הדעת של השופט. אם שופט היה מבסס את פסק־הדין שלו על שיקולים כמו "נראה לי שמעשה מסוים לוקה בחוסר־צדק, לכן מעשה זה לוקה בחוסר־צדק ולכן אני פוסק ש...", אין ספק שהדימוי הציבורי של השופט היה נפגע ומעמדו של בית־המשפט היה מתערער. אך כפי שכבר טענתי לעיל, כאשר השופטים מפעילים את שיקול־הדעת השיפוטי, הם אינם מוכרחים להשתמש בשיקולים מעין זה ובדרך־כלל הם גם אינם משתמשים בהם. אפשר לחשוב כי יש

54 על כמה מהיתרונות והמגבלות של החקיקה השיפוטית ראה J. Raz (לעיל, הערה 8), 194–201: וראה גם א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25–79.

לצמצם צמצום מירבי את מרחב שיקול-הדעת של השופט, משום שאם העמדה הערכית שהשופט נוקט כאשר הוא מפעיל את שיקול-הדעת שלו איננה עולה בקנה אחד עם העמדה הערכית המקובלת בציבור, יאבד השופט את האמון שהציבור נותן בו, גם אם השופט יראה צורך לנמק בפסק-הדין את עמדתו. אולם אין כל סיבה לחשוב שהעמדות שהשופט ינקוט בשאלות ערכיות יסטו בדרך-כלל בצורה קיצונית מן העמדות הרווחות בציבור; וגם אם במקרים מסוימים יסטה השופט מעמדה ערכית רווחת, אין כל סיבה לחשוב שסטייה זו תחליש בהכרח את האמון שהציבור נותן בשופט. תגובתו של הציבור על סטייה מסוימת של השופט מעמדה רווחת תלויה בגורמים רבים שמשקלם משתנה בהתאם לנסיבות. לא אנסה לתאר כאן את כל הגורמים הללו, אך חשוב לעמוד בקיצור על כמה מהם.

גורם אחד שעשוי להשפיע על התגובה של הציבור על הסטייה שבה אנו עוסקים נעוץ במעמד שהיה לבית-המשפט בעיני הציבור לפני אותה סטייה. כאשר הציבור רוחש אמון לבית-המשפט ומכבד את החלטותיו, ייתכן כי סטייה של שופט מעמדה רווחת לא תפגע במעמדו של בית-המשפט, אלא תשמש דווקא סיבה לכך שאנשים שונים בקרב הציבור ישקלו שנית את עמדתם, ואולי אף יתחילו לפקפק בנכונותה.

במחלוקת שהתגלעה בין שופטי בית-המשפט העליון סביב הפירוש שיש לתת לביטוי "חוזה בלתי-מוסרי" (כזכור, לפי דיני החוזים שלנו, חוזה בלתי-מוסרי הוא חוזה בטל), אמר השופט קיסטר בין השאר: "כידוע, הציבור מטה ארון קשבת לכל מוצא-פיו של בית-המשפט ורואה בו את המוסד הראוי והמוסמך ביותר לקבוע כיצד חייבת להיות ההתנהגות הישרה והטובה לשאר בני-האדם"⁵⁵. נראה לי, כי יש בדברים אלו של השופט קיסטר מידה רבה של הפרזה. גם במדינה כשלנו, שבה בית-המשפט נהנה עדיין מיוקרה ציבורית רבה, יש אנשים רבים שאינם רואים בבית-המשפט את מורה-הדרך "הראוי והמוסמך ביותר" בשאלות ערכיות. יש להניח, למשל, שאנשים דתיים (כולל, כנראה, השופט קיסטר עצמו), ולא רק אנשים דתיים, היו מעדיפים לעתים מורה-דרך אחר, מוסמך יותר, בשאלות אלו. אולם הגם שטענתו של השופט קיסטר איננה מדויקת, ניתן, כמדומני, לרככה ולומר כי במדינות שבהם נהנה בית-המשפט מיוקרה ציבורית רבה, עשויות לעתים החלטותיו – גם החלטותיו בשאלות ערכיות – להשפיע במידת-מה על דעת-הקהל; והן עשויות לעתים להשפיע על דעת-הקהל גם כאשר הן מנוגדות לדעות רווחות. בהקשר זה חשוב לזכור, כי העובדה שרוב הציבור תומך בעמדה מסוימת איננה מחייבת את המסקנה שרוב הציבור משוכנע מעבר לכל ספק בנכונותה של עמדה זו. יתר על כן: לעתים הקונסנזוס של הרוב הוא זמני, מקרי, והרוב עשוי לשנות את עמדתו, כלי קשר לעמדה שינקוט השופט. כמורכן, ברור שאין להשוות את התגובה הציבורית על סטייה חד-פעמית של שופט מעמדה אחת המקובלת בציבור לתגובה הציבורית על סטיות חוזרות ונשנות של שופט מעמדות רבות המקובלות בציבור; ואין להשוות את התגובה הציבורית על סטייה יוצאת-דופן של שופט מסוים מערכאה אחת לתגובה הציבורית על הסטיות של שופטים רבים מכל הערכאות. אינני סבור אפוא כי השופטים יכולים לשמש או צריכים לשמש מורי-דרך של הציבור בכל שאלה ערכית קשה. אך נראה לי, כי בנסיבות מסוימות השופטים יכולים ואף צריכים להשתמש בכוח העומד לרשותם גם למטרה של חינוך ערכי-מוסרי.

55 ראה ע"א 4/66 מרים פרץ נ' יעקוב הלמוט, פ"ד כ(4) 337, 349.

גורמים חשובים אחרים העשויים להשפיע על התגובה הציבורית כלפי סטייתו של שופט מעמדות רווחות בשאלות ערכיות אינם קשורים במעמדו של השופט קודם לסטייה או בממדיה של הסטייה, אלא בהשלכותיה. האם סטייה זו מתבטאת בהחלטה שיפוטית הנוגעת לאורחות-החיים של אנשים רבים? האם אנשים אלו ייפגעו באורח ממשי עקב החלטה זו? באיזו מידה תגביל ההחלטה את חירותם ותפגע באינטרסים שלהם? כרי להמחיש את החשיבות שיש לשאלות האחרונות בענייננו, ניטול לדוגמא שני מצבים היפותטיים: ראשית, נעלה בדמיוננו מה היה קורה אילו בית-המשפט היה מוציא צו האוסר את הפצתו של סרט-קולנוע שבו נראים כחור ובחורה מתנשקים, בנימוק שבסרט כזה יש כדי להביא להשחתת המוסר. מכיוון שרוב-רובו של הציבור בחברה שלנו מעוניין להמשיך ולחזות בסרט-קולנוע, וכיום כמעט אין סרט שאיננו כולל תמונה כזו, אין צורך לומר שהחלטה זו היתה מקוממת את הציבור ופוגעת במעמדו של בית-המשפט (אין גם צורך לעמוד כאן על הבעיות הכרוכות באכיפתה של החלטה כזו או על תוצאות-הלוואי של הנסיונות לאכפה. הדברים ידועים). אולם לא לכל סטייה של בית-המשפט מעמדה ערכית המקובלת על רוב הציבור יש השלכות כאלו. נניח כי רוב הציבור בחברה מסוימת משוכנע כי יחסים הומוסקסואליים הם יחסים שיש עמם קלון; ונמשיך ונניח כי בית-המשפט הפועל בחברה זו ניצב בפני השאלה, אם אדם שקיים בניגוד לחוק יחסים הומוסקסואליים עבר בכך עבירה שיש עמה קלון (עבירה הפוסלת אותו, לפי החוק, לשמש בתפקידים ציבוריים מסוימים). אם בית-המשפט יקבע בהחלטתו, כי יחסים הומוסקסואליים אינם כשלעצמם יחסים שיש עמם קלון, הוא יסטה בחברה זו מההשקפה המקובלת על רוב הציבור. עם זאת, יש להניח כי להחלטה זו של בית-המשפט לא תהיינה השלכות כה מרחיקות-לכת כמו להחלטה שלו במצב ההיפותטי הקודם (ואנו עוסקים כאן בהחלטות אלו אך ורק מבחינת השלכותיהן). ההחלטה של בית-המשפט במצב זה לא תמנע מרוב הציבור להמשיך לא לקיים יחסים הומוסקסואליים. לעומת זאת, החלטת בית-המשפט במצב הראשון תמנע מרוב-רובו של הציבור להמשיך לחזות בסרט-קולנוע. סביר אפוא להניח, כי התרעומת שתהיה בציבור על החלטת בית-המשפט במצב הראשון תהיה (כשכל שאר הגורמים שווים) גדולה יותר מאשר במצב השני, והחשש לערעור מעמדו של בית-המשפט במצב השני לא יהיה כה גדול כמו במצב הראשון.

כל הגורמים שהזכרתי, וגורמים אחרים שלא הזכרתי, אי-אפשר לקבוע את משקלם מראש. יש לבדוק כל אחד מהם לגופו בנסיבות הקונקרטיות שבפניהן ניצב בית-המשפט. ייתכן שבמקרה זה או אחר לא יהיה משקל מכריע אף לא לאחד מגורמים אלו, אולם רק המשקל המצטרף של כולם עשוי לקבוע אם החשש לערעור מעמדו של בית-המשפט עקב סטייה מסוימת מעמדה רווחת הוא חשש מוצדק. מכל-מקום, ברור, כי מי שמניח א-פריורי כי בכל מקרה חשש זה הוא חשש מוצדק, מניח הנחה חסרת-יסוד. אפשר לכאורה לטעון, כי גם אם ייתכן שסטייה מסוימת של בית-המשפט מעמדה רווחת לא תיצור בנסיבות מסוימות סכנה למעמדו בציבור. אין זה רצוי להניח לשופטים עצמם לשקול בכל מקרה לגופו אם קיימת סכנה כזו או לא. מכיוון שבמקרים לא-מעטים ברור שקיימת סכנה כזו, עדיף לצאת מידי ספק ולתבוע מן השופט שלא לסטות בשום מקרה מעמדות מקובלות. אך טענה זו אינה משכנעת. אם, למשל, רוב-רובו של הציבור מאמין שמדיניות מסוימת איננה לוקה בחוסר-צדק, אך הוא מאמין בכך משום שהוא ניזון מדעות קודמות ונשלט על-ידי דחפים רגשיים בלתי-רציונליים, ההליכה של בית-

המשפט בעקבות ההשקפה של רוב-רובו של הציבור עלולה לגרום עוול רציני לאנשים חפים מפשע. אילו כל סטייה מכל עמדה רווחת היתה מסכנת את מעמדו של בית-המשפט, היה אפשר אולי לחשוב כי כדי למנוע סכנה כזאת עדיף למרות הכול לתבוע מבית-המשפט להיגרר תמיד אחר כל עמדה רווחת. אך במקרים לא-מעטים הסטייה מעמדה רווחת לא תיצור סכנה למעמדו של בית-המשפט; ומכיוון שהשופטים שלנו בתוך עמם הם יושבים, חזקה עליהם שהם יוכלו בדרך-כלל לקבוע אם הסטייה שלהם מעמדה זו תסכן באמת את מעמדו של בית-המשפט. החשש כי השופטים יסטו מעמדות רווחות גם כאשר עלול הדבר לסכן את מעמדם אינו נראה לי רציני במיוחד. החשש כי הם ילכו בעקבות עמדות רווחות מוטעות גם כאשר הסטייה מהשקפות אלו לא תפגע במעמדם. נראה לי רציני הרבה יותר.⁵⁶ אינני רואה אפוא כל סיבה לתבוע מן השופטים ללכת תמיד בשאלות ערכיות אך ורק בעקבות ההשקפות שיש לציבור הרחב בשאלות אלו. אין זאת אומרת שהשופט לא צריך לעתים להתחשב בהשקפות הרווחות בציבור הרחב. הוא צריך לעתים להתחשב בעמדות אלו גם כאשר נראה לו שהן מוטעות (והוא צריך לעתים לעשות כן לא רק מן הטעם הפרגמטי של החשש לפגיעה במעמדו של בית-המשפט). אך תהא זו טעות לתבוע ממנו להיגרר תמיד אחר כל אחת מהן כסומא.⁵⁷ אם אינני סבור שיש לתבוע מהשופט ללכת תמיד בעקבות כל קונסנזוס ציבורי (כאשר קיים קונסנזוס כזה). קל-יחומר שאינני סבור כי יש לתבוע מהשופט שלא להתערב אף פעם בשאלות ערכיות השנויות במחלוקת ציבורית (כאשר לא קיים קונסנזוס ציבורי). אינני טוען את הטענה האבסורדית, כי רצוי שהשופט יתערב תמיד

56 ראה בעניין זה דבריו של E. Cahn:

...There is a little reason to fear that a judge relying on his own deliberate reflectios and the call of his own conscience will apply erratic capricious or idiosyncratic moral standards ... We have more cause to fear the making of decisions by a judge who deems himself the mouthpiece of an unidentifiable, amorphous and irresponsible mass" (E. Cahn, "Authority and Responsibility" 51 *Columbia Law Review* (1951) 838, 850).

57 בעניין זה אינני מקבל אפוא את עמדתו של T. Gray שאמר, כי

"Many cases should be decided by the courts on notions of right and wrong, and of course everyone will agree that a judge is likely to share the notions of right and wrong prevalent in the community in which he lives, but suppose in a case where there is nothing to guide him but notions of right and wrong that his notions of right and wrong differ from those of the community — which ought he to follow — his own notions or the notions of his community? ... I believe that he should follow his own notions" (T. Gray, *The Nature and Sources of The Law* [N.Y. 1938] 287).

אינני שותף לעמדה זו של גריי. משום שאינני סבור כי במצב המתואר על-ידי השופט צריך ללכת תמיד בעקבות ההשקפה האישית שלו. אך תהא זו טעות לחשוב כי מי שדוחה את עמדתו של גריי חייב לתמוך בעמדה ההפוכה, זו הקובעת כי במצב הנדון השופט צריך תמיד ללכת בעקבות ההשקפה הרווחת בחברה שבה הוא חי. נראה לי, כי יש מקרים שבהם ייטיב השופט לעשות אם ילך בעקבות ההשקפה הרווחת (גם אם נראה לו שהיא מוטעית). ויש מקרים שבהם ייטיב לעשות אם ילך בעקבות ההשקפה האישית שלו. ההחלטה בעניין זה תלויה בגורמים רבים שמשקלם משתנה בהתאם לנסיבות, ואין כל סיבה לחשוב שהוא צריך תמיד לפעול בדרך אחת. הטעות בעמדתו של גריי, כמו הטעות בעמדה ההפוכה, נעוצה בהנחה מוטעית המשותפת לשתייהן — ההנחה שבמצב הנדון השופט צריך תמיד ללכת בדרך אחת.

בשאלות ערכיות השנויות במחלוקת ציבורית. אך אין להתעלם מכך שבמקרים מסוימים השופטים מתערבים, מוכרחים להתערב וצריכים להתערב גם בשאלות ממין זה. קשה, למשל, להעלות על הדעת כיצד בית-המשפט העליון היה ממלא את תפקידו כבית-המשפט הגבוה לצדק אילו היה מתערב רק בשאלות ערכיות שאינן שנויות במחלוקת ציבורית. כדי למלא את התפקיד המוטל עליהם, שופטי הבג"צ היו צריכים להכריע בשאלות ערכיות שונות בדבר המשקל היחסי של זכויות הפרט, וחלק לא-מבוטל משאלות אלו היו שנויות במחלוקת ציבורית. כמובן, אילו שופטי הבג"צ היו מתעלמים לחלוטין מן הערכים המקובלים בחברה שבה הם פועלים, לא היו נהנים מהיגיון הציבורית ממנה הם נהנים היום. אך תהא זו טעות להסיק מעובדה זו, כי הם נגררו תמיד אחר כל עמדה ערכית פופולרית או כי נרתעו תמיד מהכרעה בשאלות ערכיות השנויות במחלוקת ציבורית. לעתים הם השתמשו בטענה של העדר זכות עמידה או של אי-שפיטות כדי להימנע מהתמודדות עם שאלות מסוג זה. אך לעתים הם נכנסו לעובי הקורה שלהן (ראה פסקי-הדין בפרשת מיהו יהודי, פרשת ההתנחלות באלון-מורה, פרשת השב"כ ועוד). לא אבחן ולא אעריך כאן את העמדות שנקטו שופטי הבג"צ בשאלות אלו, אך ברור כי היוקרה הציבורית של הבג"צ לא התערערה גם כאשר התערב בהן. הטענה כי האמון של הציבור בבג"צ תלוי בכך שהוא יתרחק תמיד משאלות אלו היא פשטנית. מי שטוען טענה זו, אינו נותן את הדעת על מורכבותם של הגורמים הרבים הקובעים את יוקרתו של הבג"צ.

השאלה האחרונה שעליה ברצוני לעמוד קשורה לעמדה מסוימת שניתן לכנותה בקיצור "עמדת ההטעיה". הטיעון הפרגמטי – כך טענתי – אין בו כדי להצדיק את התביעה לצמצם צמצום מירבי את מרחב שיקול-הדעת של השופט. אך האם המיתוס של השופט ההולך תמיד בעקבות הנורמות של הדין הקיים מבלי להתחשב כלל בהשקפות הערכיות האישיות שיש לו על הדין הראוי אינו מיתוס שכדאי לשמור עליו? האם אין זה רצוי שהשופט יעורר בציבור את הרושם כאילו מיתוס זה הוא המציאות? מדברים שונים שאמרו שופטים חשובים באנגליה ובארצות-הברית עולה, כי הם סברו שחשיפתו של מיתוס זה תפגע בדימוי של "השופט הניטרלי". תערער את האמון של הציבור בבית-המשפט, תעודד את הרשות המחוקקת לצמצם את סמכות בית-המשפט ועוד. עדיף, לפיכך, להסתיר את האמת מעיני הציבור⁵⁸.

לא אעסוק כאן בניתוח יסודי של עמדת ההטעיה. אך חשוב אולי להדגיש כאן נקודה כללית אחת: היו שדחו את עמדת ההטעיה בנימוק, שבחברה המערבית הפתוחה אין עוד אפשרות להסתיר מעיני הציבור את העובדה שהשקפותיו האישיות של השופט על הדין הראוי מטביעות לעתים את חותמן על פסקי-הדין או גזרי-הדין שלו. היו גם שטענו טענה אחרת – לא טענה משפטית אלא טענה מוסרית: אין זה יאה, שאנשים אשר האמת צריכה להיות נר לרגלם יטשטשו אותה במגמה להטעות את הציבור. אולם עמדת ההטעיה מעוררת לא רק את השאלה האם אפשר להטעות את הציבור ואף לא רק את השאלה האם מותר להטעות אותו, אלא גם את השאלה האם יש צורך להטעות אותו. האמון של הציבור בבית-המשפט איננו מסוג הדברים שקל לאמוד אותם, והוא תלוי –

58 על עמדת ההטעיה ראה: P. Atiyah, "Judges and Policy" 15 *Israel Law Review* (1980) 346; G. Calabresi, *A Common Law For The Age of Statutes* (Cambridge, Mass., 1982) 178–181; ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 78–80; "ויסמן, "כבוד השופט" משפטים יא (תשמ"א) 16.

כפי שראינו — בגורמים רבים ומורכבים שמשקלם היחסי משתנה בהתאם לנסיבות. אינני בטוח אפוא, שהציבור ימשיך לתת אמון בבית-המשפט רק אם יחשוב ששיקול-הדעת של השופטים מנותק תמיד ובכל עניין מן ההשקפות האישיות שיש להם על הדיון הראוי.

ה. סיכום

שיטת-משפט המעניקה לשופטים את הסמכות להושיט במקרים מסוימים "סעד למען הצדק" או את הסמכות לפעול במקרים מסוימים למען "תקנת הציבור" או את הסמכות לפסול חוקים הנגועים בחוסר "תוס-לב" או סמכויות רחבות דומות אחרות; שיטת-משפט המניחה לשופטים לקבוע בעצמם את התוכן הקונקרטי שיש לצקת לקטיגוריות כמו "צדק", "תקנת הציבור", "תוס-לב" ועוד — שיטת-משפט כזו איננה נוקטת את המדיניות המתחייבת מתיאוריית סוס-הפרא; שכן היא פותחת למעשה, במתכוון או שלא במתכוון, פתח רחב לרכיבה שיפוטית על סוס השיקולים הערכיים האישיים של השופט. אפשר לתבוע מהשופט להתעלם, כאשר הוא מפעיל את שיקול-דעתו, מהמסור האישי שלו ולהישען אך ורק על מבחן הקוהרנטיות של הנורמות המשפטיות או על מבחן ההתאמה לערכים המקובלים בחברה או על מבחנים מסוימים אחרים, אך בלי קשר לשאלה אם היה ראוי שהשופט יפעיל תמיד את שיקול-דעתו על-יסוד מבחן זה או אחר ממבחנים אלו. עובדה היא שבמקרים לא-מעטים אין מבחנים אלו יכולים להנחות את השופט הנחיה מספקת, ולפחות במקרים אלה מוכרח השופט לבטא בהחלטותיו גם את ההשקפות האישיות שיש לו בשאלות ערכיות שונות. אינני סבור כי כל החלטה שיפוטית טבועה בחותמן של השקפות אלה, אך אין — לדעתי — טעם לטשטש או להסוות את המשקל הרב שיש להן בהחלטות שיפוטיות לא-מעטות שהשופט מחליט בתחומים שונים.

אחת הטענות החוזרות שוב ושוב במסגרת הריטוריקה השיפוטית היא הטענה שאין לשופטים (לפחות השופטים במשטר דימוקרטי) "רצון" משל עצמם — שכאשר הם יושבים על כס-המשפט, הם מבטאים רק את ה"רצון" של החוק או של המחוקק או של העם וכו'⁵⁹. אך אין ספק שיש לשופטים "רצון" משל עצמם, ואין ספק ש"רצון" זה בא,

59 הטענה כי לרשות השופטת אין רצון משל עצמה, מופיעה בדבריו של המילטון, ממחברי ה-Federalist האמריקני (ראה 504 [N.Y. 1936] 78 The Federalist). ניסוח חד של טענה זו בולט בדבריו של השופט מרשל (Marshall), שצוטטו אצלנו לאחרונה מתוך הסכמה עליידי הנשיא שמגר. לדברי השופט מרשל:

"Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge, always for the purpose of giving effect to the will of the legislature, or in other words, to the will of the law" (Osborn v. The Bank of The United States, 22 U.S. (G Wheat) 738, 866 (1824)).

וראה גם דברי הנשיא שמגר בבג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מ(3) 505, בספרו, שיקול דעת שיפוט (לעיל, הערה 1). 293 ו-383 גם השופט ברק מצטט את דברי השופט מרשל. גם הוא מצטט דברים אלו מתוך הסכמה, אך הוא נותן להם, כנראה, פירוש שונה מזה שהנשיא שמגר נתן להם. ואכן, ביטויים כמו "רצון השופט", "רצון החוק", "רצון המחוקק", "רצון העם" הם ביטויים עמומים ביותר ואפשר לרקום סביבם קונסטרוקציות תיאורטיות שונות. עם זאת, אין זה מקרה שהשופט מרשל ניסח את דבריו כפי שניסח אותם, שכן מאחורי ניסוח זה ניצבת הנטייה המודעת או הבלתי-מודעת של שופטים רבים לטשטש את היסוד העצמאי הקיים לעתים בפסיקה שלהם.

מוכרח לבוא, לידי ביטוי בהחלטות לא-מעטות שהם מחליטים כשופטים. מי שסבור כי תופעה זו היא מעצם טבעה תופעה פסולה; מי שסבור כי בכל רכיבה של שופט על סוס השיקולים הערכיים האישיים שלו יש פגם מהותי, מבחינה דימוקרטית, פרגמטית וכו' — עשוי אפוא לטעון, כי כל שיטת-משפט צריכה לחתור לצמצום מירבי של מרחב שיקול-הדעת הניתן לשופט. מדיניות שתביא לביטולם של חוקים המניחים לשופט מרחב לא קטן של שיקול-דעת בתחומים שונים ולהחלפתם בחוקים אחרים המכתיבים לשופט בצורה מפורטת חלק גדול יותר מההחלטות השיפוטיות שלו בתחומים אלו — מדיניות כזו לא תבטל כליל את המשקל שיש בפסיקה לשיקולים הערכיים האישיים של השופט, אך היא עשויה להקטין את המשקל שיש להם במידה ניכרת, והחסיד של תיאוריית סוס-הפרא יקדם שינוי זה בברכה. אולם כשם שאין ללכת שולל אחר המיתוס של השופט שאיננו רוכב לעולם על סוס השיקולים הערכיים שלו, כן אין ללכת שולל אחר המיתוס שלפיו הרכיבה השיפוטית על סוס זה היא תמיד או כמעט תמיד רכיבה מסוכנת על סוס-פרא. כפי שטענתי, שיטת-משפט הפותחת פתח לרכיבה על סוס זה איננה מעודדת בהכרח החלטות שיפוטיות שרירותיות, איננה ממוטטת בהכרח כל ודאות (אחידות, יציבות...) בתחום המשפט, איננה פוגעת בהכרח ביסודות הדימוקרטיה ואיננה מערערת בהכרח את האמון של הציבור בביטחון המשפט. כמוכן, שיטת-משפט המעניקה לכל שופט סמכות בלתי-מוגבלת לבסס כל החלטה שיפוטית על השיקולים הערכיים האישיים שלו, לא תוכל להתקיים זמן רב (ואין זה ברור כלל ועיקר אם שיטה כזו שיטת-משפט היא), אך תהא זו טעות לקפוץ מעובדה זו אל המסקנה, כי כל שיטת-משפט צריכה לחתור לצמצום מירבי של מרחב שיקול-הדעת של השופט.

החיפוש אחר מודל נורמטיבי כוללני של מרחב שיקול-הדעת שצריך להיות לשופט בכל שיטת-משפט נראה לי חסר-טעם. יש בחיפוש זה התעלמות מן ההבדלים הקיימים בין סוגים שונים של שיטות-משפט, סוגים שונים של שופטים, סוגים שונים של תחומים משפטיים, סוגים שונים של נסיבות חברתיות ועוד. שאלה כמו האם ניתן להצדיק חוק המעניק לשופטים מרחב גדול של שיקול-דעת בתחום מסוים, היא שאלה שאי-אפשר להשיב עליה מבלי לבחון גורמים שונים כמו אופיה של שיטת-המשפט שבה מדובר, רמתם וכישוריהם של השופטים הפועלים במסגרתה של אותה שיטת-משפט, טיבו של התחום שבו החוק הנדון עוסק, ההשלכות החברתיות האפשריות של ההחלטות השיפוטיות באותו תחום ועוד. אינני סבור אפוא כי ניתן להצדיק א-פריורי כל חוק המניח לשופט מרחב לא קטן של שיקול-דעת, אך גם אינני סבור כי ניתן לשלול א-פריורי כל חוק שכזה. הדוגמא של החוק הישראלי שהניח לשופטי הבג"צ מרחב גדול במיוחד של שיקול-דעת לא נועדה להוכיח שכל שיטת-משפט צריכה להניח לשופט מרחב גדול של שיקול-דעת בכל תחום. היא נועדה להמחיש מדוע אין לתבוע מכל שיטת-משפט לחתור לצמצום מירבי של מרחב זה. תהיה הביקורת של השיקולים הערכיים שהנחו את שופטי הבג"צ בפרשות מסוימות אשר תהיה — המשקל הרב שהיה לשיקולים אלו בפסיקה היצירתית של הבג"צ לא הוליד בדרך-כלל החלטות שרירותיות, לא החליש את הדימוקרטיה בישראל ולא פגע באמון של הציבור בביטחון המשפט. אינני סבור, כי ניתן לערוך גזירה שווה בין שופטי בית-המשפט העליון (היושבים בבג"צ) לבין השופטים מהערכאות האחרות. גם אינני סבור, כי ניתן לערוך גזירה שווה בין התפקידים ששופטי בית-המשפט העליון ממלאים בתחום המשפט המנהלי, במסגרת הפיקוח השיפוטי על זרועות-השלטון, לתפקיד שהם ממלאים, למשל, בתחומי המשפט

הפרטי. עם זאת, נראה לי כי לא רק בתחום המשפט המנהלי, אלא גם בתחומי משפט אחרים, אין בנסיבות הקיימות להצטרע על כך שהמחוקק הניח לשופטים מרחב גדול למדי של שיקול-דעת בעניינים שונים. אינני סבור, למשל, כי יש להצטרע על כך שהתוכן של קטיגוריות עמומות ביותר כמו "רשלנות" בתחום דיני הנזיקין או "תום-לב" בתחום דיני החוזים וכו' נקבע בהלכות פסוקות הטבועות לא-פעם בחותם ההשקפות הערכיות האישיות של השופטים. אך אינני רואה צורך להרחיב את הדיבור על הפסיקה הייצוגית העצמאית של השופטים בתחומים שונים, שכן לא באתי לברר כאן מתי, עד איזה גבול ובאילו עניינים רצוי להניח לשופטים מרחב כזה או אחר של שיקול-דעת. כוונתי היתה להבהיר מדוע הטענות היוריספרודנטיות הכלליים שעליהם נשענת תיאוריית סוס-הפרא אינם מצדיקים חתירה לצמצום מירבי של הרכיבה על סוס השיקולים הערכיים של השופטים.

בפסק-דין שניתן לפני כמה שנים באנגליה, הגיב הלורד דנינג על הדימוי של השופט הרוכב על סוס-פרא באומרו: "With a good man in the saddle, the unruly horse can be kept in control, it can jump over the obstacles".⁶⁰ בתגובה זו על דימוי סוס-הפרא יש היגיון רב, אך היא איננה מספקת, שכן היא פותחת פתח לשאלה כמה רוכבים טובים יש בקרב השופטים. ואכן רמתם של השופטים היא אחד הגורמים המרכזיים שאותם יש לשקול כאשר באים לקבוע אם רצוי לצמצם את מרחב שיקול-הדעת של השופטים. כמובן, רמתם של השופטים במערכות משפטיות שונות בתקופות שונות איננה זהה, ואי-אפשר להעריך את רמתם אלא בהקשר של מערכת משפטית מסוימת בתקופה מסוימת. אינני מתכוון לעסוק כאן בהערכה מסוג זה, אך ברצוני להעיר בעניין זה שתי הערות כלליות: ראשית, במערכת משפטית כגון זו שלנו לרמתם של שופטים מסוימים – שופטי בית-המשפט העליון – יש חשיבות מיוחדת, שהרי שופטים אלו הם שמפתחים, מגבשים ולעיתים אף משנים את הדין הקיים⁶¹, והשימוש שהם עושים במרחב שיקול-הדעת שלהם מחייב את השופטים משאר הערכאות ומגביל למעשה את מרחב שיקול-הדעת שלהם. שנית, כאשר באים לברר אם רצוי לצמצם את מרחב שיקול-הדעת של השופטים, יש לתת את הדעת לא רק למספר הרוכבים הטובים בקרב השופטים, אלא גם, בין השאר, למספר הרוכבים הטובים בקרב אלו שירכבו על הסוס שבו מדובר במקומם. מי שתומך, למשל, בחקיקה ראשית מפורטת שתצמצם צמצום מירבי את מרחב שיקול-הדעת של השופטים בתחום מסוים צריך לשאול את עצמו בין השאר אם חברי הגוף המחוקק ירכבו על הסוס שבו מדובר בצורה מוצלחת יותר. רק על-יסוד מאזן כולל שבו משוקללות בין השאר המגבלות האישיות והלא-אישיות של השופטים לעומת המגבלות האישיות והלא-אישיות של רוכבים אפשריים אחרים (חברי הגוף המחוקק, אך גם חברי הגוף המבצע העוסקים בחקיקה המשנית) – רק על-יסוד מאזן כזה ניתן לקבוע אם ובאיזו מידה רצוי שגם השופטים ירכבו לעתים על הסוס⁶². לעובדה שחברי הגוף המחוקק נבחרים במשטר שלנו על-ידי הציבור אחת

60 [1971] Ch. 591, 606 *Enderby Town Ltd v. The Football Association*.

61 על תפקידו של בית-המשפט העליון כמוסד העוסק, אגב פסיקה, בפיתוח משפט המדינה ועיצוב דמות החברה. ראה ספרו של כרך (לעיל. הערה 1), 310–313.

62 על ניסיון שיטתי לבחון את ההיסטוריה של המשפט המקובל האנגלי ולהסיק ממנה מסקנות נורמטיביות בכמה עניינים הקשורים למרחב שיקול-הדעת של השופט, ראה ספרו של קלאברסי (לעיל. הערה 58). אמנם קלאברסי עוסק בספרו בשיטת-המשפט האנגלית והאמריקנית, אך כמה

לכמה שנים יש במאזן כולל זה משקל רב; אך, כאמור, אם רשויות־השלטון צריכות לאזן ולדסן זו את זו, המשקל שיש לעובדה זו איננו משקל מוחלט, ולא תמיד הוא משקל מכריע.⁶³

הגם שלא עסקתי במאמר זה בסוגיות רבות הקשורות בדרך שבה השופט מפעיל את שיקול־הדעת שלו, ברצוני להעיר לסיום הערה כללית אחת על חובת ההנמקה המוטלת על השופט. כאמור, כדי למלא את התפקיד השיטת־המשפט שלנו מטילה עליהם, מוכרחים השופטים — ובמיוחד השופטים בבית־המשפט העליון — להכריע לעתים גם בשאלות ערכיות עקרוניות. הנטייה של שופטים לא־מעטים להימנע מהתמודדות גלויה וישירה עם שאלות אלו גורמת לטשטוש המשקל הרב שיש לשאלות אלו בפסיקה. אך כאשר העמדות שיש לשופטים בשאלות אלו משפיעות על ההחלטות השיפוטיות שלהם (ותופעה זו — כפי שטענתי — איננה תופעה יוצאת־דופן), מן הראוי היה שעמדות אלו ייחשפו, יובהרו ויונמקו על־ידי השופטים. חובת ההנמקה היא אחת החובות הבסיסיות השיטת־המשפט שלנו מטילה על השופט. אין הוא רשאי להחליט החלטות בדרך שרירותית, אלא עליו לחשוף ולהבהיר את השיקולים המשמשים בסיס להחלטותיו. מי שמחזיק בדעה כי שאלות ערכיות הן שאלות "סובייקטיביות", מי שסבור כי אין כל אפשרות לנמק בדרך רציונלית כל עמדה בשאלות מסוג זה — לא יראה אולי טעם בדרישה שהשופט ינמק את העמדות שיש לו בשאלות אלו, אפילו כאשר הן משמשות מקור להחלטות השיפוטיות שלו. אך כפי שכבר הדגשתי, אין כל סיבה לקבל דעה זו, וממילא אין כל סיבה לפטור בעניין את השופט מחובת ההנמקה המוטלת עליו.

כמובן, בית־המשפט איננו מועדון לווידווחים פילוסופיים סביב שאלות ערכיות, ואין לצפות לכך שהשופט יעסוק בפסקי־הדין שלו בניתוח פילוסופי שיטתי של כל ההיבטים שיש לשאלות הערכיות הרלבנטיות להחלטות שונות שהוא מחליט. עם זאת, נראה לי כי היכרות מסוימת עם תיאוריות פלוסופיות שונות העוסקות בשאלות אלו ושלטיה מסוימת בדרכי הניתוח שלהן היו יכולות לסייע לשופטים. לדוגמא: כדי להכריע בסכסוכים שונים שנדרשו לפניהם, שופטי הבג"צ היו צריכים להתמודד עם שאלות, כמו האם הזכות לחופש הביטוי היא "זכות־על" — זכות שראוי להעניק לה מעמד עדיף לעומת זכויות מסוימות אחרות?⁶⁴ האם "אפליה לטובה", של קבוצות שונות

מהטעונונים הכלליים שלו רלבנטיים לכל דיון שיטתי במרחב שיקול־הדעת של השופט. ראוי לציין, כי קלאברסי מציע בין השאר להעניק לבית־המשפט את הסמכות לפסול חוקים חרותים ישנים שנקבעו בתנאים שונים מאלו הקיימים בהווה. מבלי לדון כאן בהצעה זו לגופה, אין — כמדומני — כל סיכוי שהיא תתקבל בשיטת־המשפט שלנו (ראה בעניין זה דבריו של השופט א' ברק במאמרו, "חקיקה שיפוטית" [לעיל, הערה 58], 39).

63 אינני עוסק במאמר זה בשאלה האם רצוי להוסיף לשיטת־המשפט שלנו חוקה עם מגילת־זכויות משורינת — חוקה המסמיכה את שופטי בית־המשפט העליון לפסול חוקים שאינם מתיישבים עמה. אך בעקבות הדיון במאמר זה אומר בקיצור, כי בניגוד לכמה מחסידיה של חוקה מעין זו, אין לי ספק שהחלטות רבות שיחליטו שופטי בית־המשפט העליון במסגרת תפקידם כפרשני החוקה יבטאו במידה זו אחרת את ההשקפות האישיות שיש להם בשאלות ערכיות מהותיות. עם זאת, בניגוד לכמה משולליה של החוקה, אינני סבור כי עובדה בלתי־נמנעת זו, שניתן לחזותה מראש, מהווה בנסיבות הקיימות טעם מספיק לרתיחתו של רעיון החוקה.

64 על המחלוקת בין שופטי הבג"צ בשאלה זו ראה ד"ר 9/77 חברת החשמל בע"מ נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ, פ"ד לב (3) 337.

באוכלוסייה עולה בקנה אחד עם הזכות המוסרית לשוויון⁶⁵? האם המדינה רשאית מבחינה מוסרית להגביל במקרים מסוימים את חופש הפרט במגמה למנוע ממנו להזיק לעצמו⁶⁶? ועוד אין ספור שאלות ערכיות אחרות. ההלכות שהשופטים פוסקים בשאלות אלו, גם כשהן מוצגות כהלכות הנובעות מהדין הקיים או מה"אני מאמין" של העם או מ"מערכת החיים הלאומיים" או מהשקפות של "הציבור הנאור", תלויות במידה רבה בפילוסופיה החברתית-מוסרית של השופטים. לנוכח אופיין המיוחד של שאלות אלו היה אפשר לצפות כי השופטים יגלו עניין בתיאוריות פילוסופיות שונות העוסקות בשאלות אלו, אך מסיבות שונות (כולל הנטייה של שופטים רבים לחשוב כי תפקידם אינו מחייב התמודדות גלויה וישירה עם שאלות ערכיות) קשה למצוא בפסיקה התייחסות להיבטים חשובים שיש לשאלות אלו.

אינני סבור כי ידע פילוסופי או כושר ניתוח פילוסופי יכולים להבטיח החלטות נכונות בשאלות ערכיות. אך נראה לי, כי הם יכולים לאפשר לשופטים לדון בשאלות הערכיות שסכסוכים שונים מעוררים בדרך רצינית יותר מזו הנהוגה בדרך-כלל בפסיקה. מטענה זו מתבקשות מסקנות שונות בדבר אופיה של ההכשרה שיש לתת למשפטן, השופט-בדרך, בפקולטאות למשפטים. אך סוגיא זו, כמו סוגיות לא-מעטות אחרות שהוזכרו במאמר זה, טעונה דיון שיטתי נפרד.

65 ראה בעניין זה בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור פ"ד לה (4) 1; בג"צ 720/81 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף נהריה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז (3) 17; בג"צ 615/80 פרנק נ' שר החנוך והתרבות, פ"ד לה (1) 416.

66 ראה בעניין זה, למשל, בג"צ 30/82 מעין נ' מנכ"ל משרד הבריאות פ"ד לו (2) 477; וראה גם ספרו, הכרעות משפטיות ושיקולים מוסריים (אדם, 1986) 39–81, 101–109.