עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי

מאת

יוסף רז

במאמרו "לבעית 'שיקול הדעת' השיפוטי במקרי גבול" מביא ד"ר שפירא לספרות המשפטית הישראלית הדים מהגישה החדשה המתחילה להכות גלים במחשבה היוריס־פרודנטית האנגלו־סכסית. דוברה הראשי והמוכשר של גישה זו הוא פרופסור דוארקין (Dworkin) [1], ועיקר חידושה בשניים: (1) ערעור הדעה לפיה בתי המשפט הם מוסדות יוצרי חוק, בדומה למוסדות המחוקקים. דעה זו היתה מקובלת באסכולה הפוזיטיביסטית מאז ימי בנתם ואוסטין, אבות האסכולה, וזכתה לפופולריות רבה בחוגי המשפטנים בעקבות פיתוחה המרחיק לכת והמוגזם בידי הראליסטים האמריקנים. בישראל מצאה גישה זו ביטוי גם בדברי אחדים משופטי בית־המשפט העליון, ולאחרונה מפי כבוד השופט לנדוי שאת דבריו מבקר ד"ר שפירא [2]. (2) השגה על ראיית המשפט כמערכת כללים, דעה שאף היא מקובלת באסכולה הפוזיטיביסטית מראשיתה, וזכתה לפיתוח מעמיק והדשני בכתביו של פרופ' הארט [3]. כנגד דעה זו מדגישה הגישה החדשה את חשיבותם של העקרונות במשפט.

ד"ר שפירא במאמרו מציג וטוען לגישה החדשה על שתי פניה אלו, ודבריו מעוררים קושיות רבות־משקל לא מעטות. ראוי לזכור, כמובן, כי הגישה החדשה בה מצדד ד"ר שפירא אך זה עתה עושה את צעדיה הראשונים על במת הדיון היוריספרודנטי, ואין לראותה עדיין כמבטאת תורה שלמה ומושלמת, אלא במידה רבה כהצעת פרוגרמה לכוונים חדשים לעיון והגות, כוונים שהוזנחו עד כה בהגות האנגלו־סכסית. כיוון שכך דומה כי מוקדם עדיין להרוץ משפט סופי על הרעיונות הללו, ולא יעשה נסיון לעשות כן במאמר זה. מטרת הדברים הבאים היא לנסות ולתרום תרומת מה להבנת טיב הבעיות שמעלה הגישה החדשה וטיב ערעורה על הגישה המסורתית, כל זאת תוך התיחסות למאמרו של ד"ר שפירא.

א. על נכונות פתרונות לבעיות משפטיות

בחלק הראשון של מאמרו טוען ד"ר שפירא כי לכל בעיה משפטית יש תשובה נכונה אחת בדיוק. קבלת טענה זו מובילה במישרין לקבלת מסקנותיו בשאר הענינים, לאמור:

1 ראה: 14 *U. Chi. L. Rev.* 35 (1967). "Is Law a System of Rules." המאמר הודפס גם בקובץ *Essays in Legal Philosophy*, ed. R.S. Summers, וכן גם Judicial Discretion, 60 J. Philosophy 624 (1963).

2 בהרצאתו לזכר משה זמורה ז"ל שניתנה ב־17.2.68, ופורסמה במשפטים, כרך א', עמ' 292.

3 ראה בעיקר ספרו *The Concept of Law* (1961); O.U.P.

nevo.co.il

1) שיקול הדעת השיפוטי מכוון לגילוי התשובה הנכונה לבעיה הניצבת בפני בית המשפט, ולעולם אין בית המשפט חפשי לחרוץ את הדין כרצונו. 2) כיוון שברור כי כללי המשפט אינם מספקים תשובה חד־משמעית לכל בעיה משפטית, ממילא מתחייב כי התשובה מצויה בעקרונות משפט. נראה לי כי ד"ר שפירא לא הצליח לבסס את טענתו כי לכל בעיה משפטית תשובה נכונה אחת בדיוק. עם זאת ראוי להקדים ולאמר כי אף אם ד"ר שפירא טועה בנקודה זו, עדיין יתכן כי בתי המשפט מודרכים בהכרעו־תיהם על־ידי עקרונות משפטיים, וכי לעקרונות אלו מקום מרכזי במשפט. אך על כך להלן.

למען האמת, לא קל לעמוד על כוונתו המדוייקת של ד"ר שפירא בקביעתו כי "לכל שאלה משפטית רק תשובה נכונה אחת". דומה כי הוא מערב מספר קביעות שונות. לעתים הוא נראה כטוען כי טוב היה לו היתה לכל שאלה משפטית רק תשובה נכונה אחת, שכן אז יושפע השופט פחות מגורמים "סובייקטיביים" ו"מתגובותיו האישיות" (עמ' 60 במאמרו). אז גם הפרט יימצא מוגן בצורה יעילה יותר על־ידי המשפט, שכן "ברי כי ההגנה הממשית המובטחת ליחיד פוחתת והולכת ככל שהשאלה אם קיים חיוב משפטי במקרה פלוני סתומה, קשה או גבולית יותר" (עמ' 61). בקטעים אחרים דומה כי הוא טוען כי בשיטת המשפט הישראלית אמנם מצויה רק תשובה נכונה אחת לכל שאלה, וקביעה זו מתיישבת כמובן עם הטענה כי בשיטת משפט אחרת כלשהי (האנגלית או הגרמנית, למשל) מצויות מספר תשובות נכונות שונות לרבות מהשאלות המשפטיות. ברוח זו ניתן, למשל, להבין פסוק כמו: "עקרונות יסוד של התהליך השיפוטי הנוהג אצלנו מתנים, כתנאי בל־יעבור, כל כפייה שיפוטית בחיוב קיים. ... אין השופט (להבדיל מהמחוקק) רשאי ליצור חיובים משפטיים בהבל פיו" (עמ' 61). אותה גישה עולה גם מהתייחסות המחבר לנוסח המחלוקת בין פסקי־דין רוב ומיעוט הנהוג "בפרקטיקה של בתי המשפט שלנו" (עמ' 59). אולם למרות סטיות אלו לתחום הרצוי ולעבר תיאור המשפט הישראלי, אין ספק כי עיקר ענינו של ד"ר שפירא בטענה כי "התשובה הניתנת לשאלה משפטית כלשהי ...היא בהכרח נכונה או מוטעית. בספירת המשפט לא ייתכנו, מבחינה מושגית, יותר מתשובה נכונה אחת לשאלה נתונה" (עמ' 58, ההדגשות שלי). הווה אומר, לדעת המחבר מושג המשפט עצמו מחייב אנאליטית קיום תשובה נכונה אחת בדיוק לכל שאלה משפטית. אין זו תכונה של שיטת משפט זו או אחרת בשל תוכנה ואופיה המיוחדים, אלא תכונה המשותפת לכל שיטות המשפט באשר הן שיטות משפט.

נראה אם כן, כי יש להבין את התייחסות המחבר לפרטים שונים של המשפט הישראלי כאילוסטרציה לטענתו היוריספרודנטית הכללית. אילוסטרציה שאינה מוכיחה את טענתו, אלא ממחישה אותה בלבד. כיצד אם כן מבקש המחבר להוכיח את טענתו כי ממושג המשפט נובע כי יש תשובה נכונה אחת בלבד לכל שאלה משפטית? מסקנה זו מתחייבת לדעתו משתי הנחות:

(1) בבעיות הנתונות "למרותם" של סטנדרדים "נורמטיביים מחייבים ... אין, הגיונית, מנוס מן המסקנה שאם תשובה א' לבעיה נכונה היא אזי תשובה ב', השונה הימנה, היא בהכרח מוטעית" (עמ' 58).

(2) "המשפט מבוסס על מערכת של סטנדרדים נורמטיביים, מחייבים, כלל־חברתיים" (עמ' 58). טענה אותה יש להבין כנראה כקובעת כי כל שיטת משפט היא מערכת סטנדרדים נורמטיביים כאלה.

nevo.co.il

ההנחה הראשונה היא המעוררת ספקות. ד״ר שפירא פותח את דיונו בה בחלוקה בין בעיות הכפופות לסטנדרדים נורמטיביים (או נורמות כפי שיכונו להלן) לבין שאלות ״של נטיה, תחושה, תגובה או טעם אישיים״ (עמ׳ 58). הוא טוען כי ניתן לדבר על תשובה נכונה ובלתי נכונה כשהמדובר בבעיות מהסוג הראשון, שעה שהבחנה זו אינה תופסת כלל לגבי הסוג השני. ניתן להסכים לדבריו לפחות עד כמה שהם קובעים כי על פתרון בעיות המצריך יישום נורמות חלה ההבחנה בין פתרונות נכונים ובלתי נכונים. אולם מיד בסמוך לכך משלב המחבר את הבחנתו המקורית בהבחנה בין בעיות בעלות פתרון נכון אחד לאלו בעלות מספר פתרונות נכונים. לדבריו כאשר פלוני מכריז על בחירתו האישית כפתרונו לבעיה מהסוג השני הוא ״מודה מכללא שגם בחירה אחרת יכולה להיות ׳נכונה׳״ (עמ׳ 58), והלא לגרסתו שום בחירה אינה לא נכונה ולא מוטעית, שכן ההבחנה בין נכון ובלתי נכון אינה חלה כלל על סוג זה של בעיות. במקביל לכך טוען הוא עתה כי אם יש לבעיה פתרון נכון אחד לפחות, אין לה אלא פתרון נכון אחד: ״אם תשובה א׳ לבעיה נכונה אזי תשובה ב׳, השונה הימנה, היא בהכרח מוטעית״ (עמ׳ 58). זאת דומני שאין לקבל.

טול לדוגמא כלל המצווה על אדם להפריש עשירית מהכנסתו לצדקה. בא פלוני ושואל — הכנסתי היא 500 ל״י לחודש, מה עלי לעשות כדי לצאת ידי חובת הכלל? עונה לו חברו האחד, אם תתרום 50 ל״י בחודש לאקי״ם תקיים חובתך. בא חברו השני ואומר, אם תתרום 50 ל״י בחודש לאיל״ן תצא ידי חובתך. ברור כי שתי התשובות, וכמותן יש רבות אחרות, הן נכונות. אין בכלל כדי ללמד את השואל האם להעדיף את איל״ן או את אקי״ם. זו דוגמה לכלל המטיל חובה, שאפשר לקיימו על־ידי מעשים רבים ושונים, מהטעם הפשוט שהכלל עניינו רק באספקט אחד של המעשה — היותו מתן לצדקה — ולא באספקטים אחרים — לאיזו מטרה מיועדת הצדקה. כיוון שכך לשאלה כיצד ניתן לקיים את הכלל יש תשובות נכונות רבות ושונות.

ואם בכללי־חובה כך, בכללי־כוח לא כל שכן. אדם מבקש לדעת איזו צוואה יכול הוא לערוך, שתהא תקפה בעיני החוק. התשובה היא כי הוא יכול לערוך צוואות רבות ושונות. פעולתו תהא תקפה אם ימלא אחר התנאים הקבועים בחוק לעריכת צוואה. הווה אומר, אם הוא כשר לערוך צוואה, ואם יערוך אותה באחת הדרכים המוכרות בחוק. תוכנה של הצוואה ייקבע לפי בחירתו החופשית. אף כאן מקרה בו אספקטים אחדים של הפעולה רלבנטיים לענין קיום הנורמה, בעוד שאחרים אינם רלבנטיים, כך שהנורמה יכולה להיות מסופקת בכל אחת ממספר דרכים שונות. מעין זה הוא מעמדם של בתי המשפט לפי הגרסה המסורתית. החוק מסמיך אותם לשנות ולפתח את המשפט, כדרך שהוא מסמיך לכך את המחוקקים למיניהם, אם כי, כמובן, היקף הסמכות ותנאי הפעלתה בידי בתי המשפט שונים מאלו של המחוקקים השונים. לשינויים שיש להכניס בגישה המסורתית נחזור להלן.

הדוגמאות הללו מראות כי גם לבעיות שפתרונן מצוי כולו ביישום נורמות, ייתכנו מספר פתרונות נכונים. אולם אין בהן כדי לערער את טענתו המרכזית של ד״ר שפירא, שקיים לפחות סוג אחד של בעיות משפטיות[4] להן יש רק פתרון נכון אחד, והן הבעיות: האם מעשה פלוני הוא חוקי או בלתי־חוקי? האם פעולה משפטית פלונית תקפה או

4 בעיות נורמטיביות לא־משפטיות מעוררות בעיות מיוחדות שלא כאן המקום להתיחס אליהן.

nevo.co.il

אינה תקפה? האם חל על פלוני חיוב משפטי מסויים או לא? הטיעון המקובל, הבא להוכיח כי לעתים אין לבעיות אלו פתרון אחד ויחיד שניתן לראותו כנכון, נסב על העמימות ההכרחית של הנורמות המשפטיות.

ניתן להציג טיעון זה בקיצור כדלקמן[5]. לכל ביטוי תאורי יש שולי עמימות. טול לדוגמא את המילה 'כסא'. ישנם עצמים רבים לגביהם אין כל ספק אם כסאות הם אם לאו. אולם ישנם אחרים, שהם ספק כסא ספק כורסא, או ספק כסא ספק שולחן, או מדרגה, וכו'. ממילא, לכל כלל יש גם כן שולי עמימות, שכן כל כלל מנוסח באמצעות ביטויים תאוריים. כך למשל, עמימות המונחים 'כסא' ו'כורסא' גוררת עמימות הכלל הקובע שיעור מס קניה אחד לכסאות ואחר לכורסאות. כל הגדרה משפטית טכנית, המבקשת לסלק עמימות זו, אף אם תצליח להפחיתה לעולם לא תצליח לסלקה כליל. יתר על כן, בשל אותן סיבות ממש גם לעקרונות משפטיים יש בהכרח שולי עמימות, ולכן קיומם אין בו כדי לפתור כליל את תופעת עמימות הכללים. בשל כך כאשר מתעוררת בעיה באשר לתחולת כלל או עקרון משפטי הרי שלעתים יש לה תשובה ברורה אחת. יש מקרים ברורים עליהם חל הכלל או העיקרון, ולעומתם מקרים אחרים ברורים לא פחות עליהם הם אינם חלים. אולם לעולם עשויים להופיע מקרים הנופלים בתחום שולי העמימות של העיקרון או הכלל, ולגביהם אין תשובה לשאלה האם העיקרון או הכלל האמורים חלים אם לאו. ודוק — במקרים אלו אין תשובה, ולא שקיימת תשובה אולם קשה למצאה.

כאשר מתעורר ויכוח בין בעל ואשתו האם הם רכשו לעצמם כסא או כורסא, והמקרה הוא מקרה גבול, הרי ייטיבו לעשות אם יכירו בכך שאין תשובה נכונה במחלוקת, ויסתפקו בכך שיציינו במה דומה הרהיט שרכשו לכסא ובמה הוא דומה לכורסא. מוצא זה אינו אפשרי כשהמדובר בהחלת כלל משפטי, שכן לבעיה יש נפקות מעשית, למשל, איזה שיעור מס קניה חל על הרהיט. במקרים אלו קיימים מוסדות מנהליים או שיפוטיים המוסמכים להכריע בשאלה. אלא שיש להכיר בכך כי הכרעתם הכרעה היא, ואינה החלה של כלל. אדרבא, במידה ולפסקם תוקף של תקדים, יש בו משום שנוי הכלל, ולעתים, מקום שהם מרחיבים תחולתו, פירוש הדבר יצירת חיוב, מקום שלא היה קיים.

טיעון זה תקף בעיקרו, ויש בו כדי להראות כי לא זו בלבד שטועה ד"ר שפירא בסברו כי לכל בעיה משפטית יש לעולם תשובה נכונה אחת בלבד, אלא היפוכו של הדבר נכון: לגבי כל שיטת משפט מתעוררות בעיות משפטיות שאין כלל להחיל לגביהן את ההבחנה בין תשובה נכונה ובלתי נכונה, בעיות שאת פתרונן אין למצוא ביישום נורמות, אלא בהכרעה של מוסד המוסמך לכך. הוסבר לעיל כי טעה ד"ר שפירא בסברו כי לכל בעיה שפתרונה מתחייב מהחלת נורמות פתרון נכון אחד בלבד. עתה מסתברת פרכא שנייה ומרחיקת לכת יותר לעמדתו. אין לקבל את הנחתו המובלעת כי מאחר ושיטת משפט היא מערכת נורמות, הרי שכל שאלה משפטית היא שאלה שפתרונה יבוא על-ידי החלת נורמות כאלו. אולם הבהרת ענין זה מוליכה הרבה מעבר לתופעת עמימות הנורמות המשפטיות, ומחייבת התייחסות לטבע שיטות המשפט בכללן.

5 השווה לענין זה .Hart : *The Concept of Law*, pp. 120 ff

nevo.co.il

ב. סמכות הכרעה וסמכות יישום של מוסדות שיפוטיים

לכל שיטת משפט שתי פונקציות נורמטיביות[6]: 1) הכוונת התנהגות האוכלוסיה; 2) יצירת דרכים ממוסדות ליישוב סכסוכים. עניננו בפונקציה השנייה. ניתן לתאר שני טיפוסים אידיאליים של מערכות נורמטיביות המספקות דרך ליישוב סכסוכים. אתאר אותן בקצרה, בקוויהן הכלליים, מבלי להכנס לעידונים ולדיוקים הדרושים להצגה מלאה של טיפוסים אלו.

טיפוס א׳: המערכות הנורמטיביות מטיפוס זה מורכבות מנורמות (כללים ועקרונות כאחד), הקובעות אלו מעשים מותרים ואלו אסורים, אלו עסקאות ופעולות תקפות ואלו בטלות. בכל מקרה של סכסוך יש לפנות לנורמות, והחלתן פותרת את הסכסוך. ניתן לייעל מערכת נורמטיבית כזו על־ידי הכנסת מוסדות משני סוגים: (1) מוסדות לשינוי הנורמות על־ידי חקיקה. (2) מוסדות שיפוטיים אליהם יופנו סכסוכים והם יחילו את הנורמות, יקבעו את העובדות, ויפסקו בהתאם. פסקם יחייב אף אם יהיה מוטעה, אך לגבי פסקים כאלו ניתן, כמובן, לקבוע אם הם נכונים או מוטעים. בטיפוס אידיאלי זה, כשמתעוררת בעיה גבולית, אין לה פתרון כלל. במידה וקיימים מוסדות שיפוטיים עליהם לפסוק כי לבעיה אין פתרון, ולסרב להכריע בסכסוך. סמכות המוסדות השיפוטיים בטיפוס זה של מערכת נורמטיבית היא סמכות יישום.

טיפוס ב׳: המערכות הנורמטיביות מטיפוס זה כוללות רק נורמות המסמיכות גופים מסויימים להכריע בסכסוכים, אך אינן מדריכות אותם כיצד להכריע. מערכות כאלו כוללות בעיקר כללי כוח הקובעים את הגופים המוסמכים ואת הקף סמכותם. סמכות הגופים השיפוטיים במערכות מסוג זה היא סמכות הכרעה.

מערכת מטיפוס א׳ ממלאת גם פונקציה של הכוונת התנהגות. מערכת מטיפוס ב׳ ממלאת רק פונקציה של יישוב סכסוכים, ואינה מסייעת להכוונת התנהגות. לעומת זאת מערכת מטיפוס ב׳, בהנחה שהיא אמנם מקובלת בחברה מסוימת, מספקת דרך ליישוב כל סכסוך, שעה שמערכת מטיפוס א׳ מסייעת רק ליישוב אותם סכסוכים עליהם חלות הנורמות. לפי השקפת ד״ר שפירא שיטות משפט הן מערכות מטיפוס א׳, אלא שהוא מעלים עין מהעובדא כי במערכת כזו לא כל בעיה ניתנת לפתרון.

לאמיתו של דבר שיטות משפט הן מערכות מטיפוס ביניים, הן משלבות תכונות של שני הטיפוסים כאחד. למשפט תכונות של טיפוס א׳, כמחוייב מהיותו לא רק יוצר דפוסים ליישוב סכסוכים, אלא גם מכוון התנהגות האוכלוסיה בכללה. לכן הוא מבוסס על נורמות החלות על האוכלוסיה, ובמידה מכרעת מוסדות השיפוט מישבים סכסוכים על־ידי יישום נורמות אלו. מאידך, מבטיח המשפט דרך מוסדית ליישוב מספר רב של סכסוכים בכך שהוא מסמיך את מוסדות השיפוט ליישב סכסוכים על־ידי הכרעתם, מקום שאין פתרון לסכסוך על־ידי החלת הנורמות[7]. לכן למוסדות השיפוטיים בכל שיטות המשפט יש הן סמכות יישום והן סמכות הכרעה.

6 להבחנה בין פונקציות נורמטיביות וחברתיות ראה ספרי *The Concept of a Legal System*. בכל מהלך הדיון אני הולך בעקבות שפירא ופרופ׳ דוארקין ואיני מתייחס כלל לבעית קיומם של חוקים שאינם נורמות במשפט. השווה לנקודה זו עמ׳ 168—186 בספרי הנ״ל.

7 בדרך כלל אין שיטות משפט מבקשות ליצור דפוסים לפתרון כל סכסוך שהוא, והן כוללות כללים שונים בדבר אי־שפיטות של סכסוכים מסויימים. אולם כולן מכירות בשפיטות

nevo.co.il

לשילוב זה הקיים בכל שיטות המשפט והוא ממהותו של המשפט בכלל, נוספות ברבות משיטות המשפט שלוש תכונות יסוד, היוצרות תמונה מורכבת עוד יותר:

(1) מוסדות השיפוט מוסמכים בגבולות מסויימים לשנות נורמות כלליות על־ידי קביעת תקדימים, כלומר בטכניקת יצירת משפט מיוחדת השונה מן הטכניקה החקיקתית, ואין כאן המקום לפרט את טיבה. הווה אומר, הכרעת המוסד השיפוטי גם חורצת את הדין במקרה הנידון בפניו, וגם קובעת או תורמת לקביעת נורמה שתכוון את התנהגות האוכלוסיה להבא, ותסייע ליישוב סכסוכים בעתיד [8].

(2) המוסדות המוסמכים לשינוי המשפט (הן מוסדות החקיקה והן מוסדות השיפוט) נוטים לעתים קרובות להרחיב את סמכות ההכרעה של מוסדות השיפוט הרבה מעבר למינימום ההכרחי בשל תופעת עמימות הנורמות. כך, למשל, לעתים קרובות מנוסח החוק במכוון בצורה עמומה, בעזרת בטויים כגון 'רמת זהירות סבירה'. בכך מוגברות לעתים בהרבה התכונות השאובות מטיפוס ב׳, ומורחבת סמכות ההכרעה של המוסדות השיפוטיים.

(3) מאידך גיסא, כמעט תמיד מרוסנים היסודות השאובים מטיפוס ב׳ על־ידי שסמכות הכרעתם של המוסדות השיפוטיים מוגבלת ומודרכת על־ידי עקרונות משפטיים. אך — וזו הנקודה המכרעת — סמכות ההכרעה מודרכת, אך אינה מוכתבת. גם כשהיא מודרכת על־ידי עקרונות משפטיים אין היא הופכת לסמכות יישום כי אם נשארת סמכות הכרעה, אלא שלצורך הסברת ענין זה יש לפנות לבעית מיקומם של העקרונות במשפט בכלל, ובפעולת המוסדות השיפוטיים בפרט.

ג. עקרונות משפטיים

ד״ר שפירא ממעט להסביר את אופיים הלוגי־נורמטיבי של עקרונות, קווי מדיניות ושאר סטנדרדים משפטיים המשלימים את הכללים המשפטיים, ומבטיחים, לדעתו, קיום פתרון נכון אחד לכל בעיה משפטית. פרופ׳ דוארקין מפרט מעט יותר, ואסתמך מדי פעם על דבריו. שניהם מתרכזים בתפקיד העקרונות [9] בתהליכי השפיטה. אולם עקרונות קיימים ופועלים בענפים שונים של המשפט, בעיקר באותם ענפים המעניקים סמכויות שיקול דעת. מקומם וחשיבותם בפעולת רשויות מנהליות אינם נופלים ממקומם וחשיבותם בפעולת מוסדות שיפוטיים. רק תורה שתדון במעמדם בכל ענפי המשפט תוכל לתת הסבר ממצה של מקומם במשפט. יתר על כן, ראוי, אולי, ליטול דווקא את המשפט המנהלי כנקודת מוצא לדיון שכזה, שכן עקרונות המשפט המנהלי זכו לדיון מעמיק ופורה יותר מאשר העקרונות המדריכים פעולת בתי המשפט. אלא שלא זה המקום להרחיב בסוגיה זו.

ובכן, מהם עקרונות משפטיים? ראוי להנהיג מספר הבחנות ואפיונים, ולו גם בקצרה ובקווים כלליים בלבד:

סכסוכים רבים שאין לפתרם על־ידי החלת נורמות. כך, למשל, מכירה כל שיטת משפט בשפיטות סכסוכים המהווים מקרי גבול לגבי הנורמות שלה.

8 לעתים סמכות זו לשינוי המשפט נמסרת לבתי המשפט במכוון. לעתים היא מתפתחת אגב פעולת בתי המשפט, ואף שלא נמסרה להם במכוון מלכתחילה היא מצויה בידיהם בדיעבד.

9 כדרך שנוהגים הם אנהג אף אני ואכנה כל נורמה שאינה כלל — עקרון.

nevo.co.il

(1) **עקרון תאורי ועקרון נורמטיבי.** לעתים יאמר אדם על שיטת משפט מסוימת כי קיים ונשמר בה עקרון חופש הדבור, למשל. לכשישאל לצידוק דבריו יסתמך על שורה של כללים הקיימים בשיטה כגון: חירותו של אדם להשמיע בפומבי דעות ואינפורמציה מוגבלת רק על־ידי כללים האוסרים הוצאת דיבה, גילוי סודות צבאיים, הסתה לאלימות ולהפליה גזעית או דתית. הצנזורה הכללית מוגבלת לשמירה על אי־גילוי סודות צבאיים. האזנת סתר אסורה למעט האזנה לצרכי בטחון המדינה ובאישור שופט. הצנזורה האמ־נותית מוגבלת להגנה על קטינים. אין צורך ברשיון, אלא די ברישום בלבד, לצורך הוצאת עיתונים ושאר פרסומים. מובטחת בחוק גישה לאמצעי התקשורת ההמוניים לאנשים המיצגים דעות שונות, לרבות דעות לא אורתודוכסיות, שיש להן מהלכין בחלקים שונים של הציבור. אי־תלותם בשלטון של הרדיו והטלוויזיה מובטחים בחוק הקובע דרכי מינוי וסמכויות הגופים המנהלים אותם. שינוי דינים אלו ודומיהם יכול להעשות רק על־ידי שינוי החוקה הפורמלית. הפרת הדינים הללו משמשת עילה לאזרח הנפגע או אף לכל אזרח לפנות לבתי המשפט. אין ספק כי בשיטת משפט כגון זו מקויים עקרון חופש הדיבור, אולם קביעה זו איננה אלא עמידה ללא פרוט על קיום כללים שונים בשיטה. כאשר משתמשים במונח 'עקרון משפטי' במובן זה מתכוונים לעקרון תאורי.

אולם ניתן לתאר שבנוסף לכללים המנויים קיים בשיטה גם עקרון נורמטיבי המחייב את בתי המשפט ואת רשויות המנהל, והמורה להם לפעול להבטחת חופש הדיבור בכל מקרה המסור להכרעתם, גם כאשר אין המקרה נופל בגדר כלל מוגדר. עקרון כזה הוא נורמטיבי בהיותו לא תאור מקוצר של מערכת כללים קיימים כי אם עקרון המדריך את בתי המשפט ורשויות המנהל ביצירת כללים חדשים.

(2) **עקרון נורמטיבי וכלל.** מה בין עקרון נורמטיבי לבין כלל? בנידון זה עומדים לנו דבריו של פרופ' דוארקין המצביע על שני הבדלים [10]: א) כלל חל לגבי ענין מוגדר. אם בנסיבות מוגדרות נעשה מעשה מסויים ומוגדר אזי הוא מהווה קיום חובה או עבירה או עוולה או פעולה משפטית תקפה וכו'. העקרון חל על כל ענין. הוא מורה כי בכל הכרעה בכל ענין יש לפעול לקידום מטרה מסויימת (הגדלת ההכנסה הלאומית, למשל) או למניעת פגיעה בערך מסויים (למשל, חופש הדיבור). מובן כי במקרים רבים תהיה ההשפעה על קידום המטרה או הגנת הערך שולית ביותר, אך עקרונית זהו שיקול שיש להביאו בחשבון תמיד. ב) הכלל חל באופן מוחלט. חריגה ממנו הופכת את המעשה לבלתי חוקי או בטל, אלא אם כן נקבע לכלל חריג ותוכנו שונה. לא כן העקרון. הוא מעלה שיקול בעל משקל זה או אחר, שיש לשקלו כנגד שיקולים אחרים המועלים על־ידי עקרונות אחרים העשויים לגבור עליו. לכן סטיה מעקרון (למשל, הגדלת ההכנסה הלאומית) לטובת עקרון אחר (למשל, השגת חלוקה שויונית יותר של ההכנסה הלאומית, או שמירה על החופש האקדמי) בענין מסויים, אין פירושה הפרת העקרון, שכן נעשה בו השימוש לו נועד ברגע שנשקל מול העקרונות האחרים.

(3) **עקרונות מנחים ועקרונות מגבילים.** אף זו הבחנה שהונהגה גם על־ידי פרופ' דוארקין [11]. ישנם עקרונות מגבילים המורים להמנע מפגיעה בערך מסויים. כל פעולה שאינה פוגעת בו כשרה מבחינתם. מעין אלו הם העקרונות המגינים על חירויות היסוד

10 ראה: "Is Law a System of Rules", **שם**.

11 כנ"ל.

nevo.co.il

של האדם, עקרונות השויון והצדק ועוד. עקרונות אחרים מנחים להשגת מטרה מסוימת: השגת מירב האושר למירב בני האדם, הגדלת ההכנסה הלאומית, שיפור רמת החינוך או המנהל וכו'. כל עוד נשמרה ההגבלה, ולא נפגע הערך המוגן סופק העקרון המגביל, ותהא אשר תהא הפעולה שננקטה. לעומת זאת מסופק העקרון המנחה במלואו רק אם ננקטה הפעולה המקדמת במידה המירבית את המטרה שהוא מכתיב. ניטול דוגמה מתחום עקרונות הענישה. העקרון המנחה הכללי הוא להטיל עונשים שיביאו לצמצום מירבי של העבריינות. בצידו קיימים עקרונות מגבילים המורים להמנע מעונשים משפילים וכו'. העקרונות המגבילים עשויים להביא לפסילת עונש מלקות, מאסר בתנאים משפילים, מאסר ממושך ביותר ההורס את היכולת לנהל חיים נורמליים לאחר השחרור וכו'. כל עוד הללו נמנעים אין בידי העקרון המגביל להורות איזה עונש להטיל. לא כן העקרון המנחה שיש בו כדי להורות איזה מבין מספר עונשים יעיל ביותר להפחתת העבריינות. בתחום המשפט המנהלי, העקרון המחייב להפעיל סמכויות למען המטרות לשמן נתנו או למען מטרת החוק הוא עקרון מנחה. העקרונות האוסרים שקילת שיקולים זרים והפליה הם עקרונות מגבילים. אין צריך לומר כי העקרונות המנחים והמגבילים עשויים להתנגש, ועל כך כבר דובר לעיל.

(4) **עקרונות משפטיים ואחרים.** איזה עקרון הוא עקרון משפטי? האם כל עקרון המקובל בחברה מסוימת או נקוט בידי אחד או אחדים משופטיה הוא חלק ממשפט אותה חברה? ד"ר שפירא משיב על כך בחיוב [12], אם כי נראה כי אף הוא אינו סבור כי כל כלל מכללי החברה מהווה חלק ממשפטה. אם אנו חפצים להשאר נאמנים ככל האפשר למושג המקובל של המשפט, אם אנו מעונינים להשתמש במושג בצורה יעילה, ככלי להבחנה בין תופעות שונות, הרי ברור שאין כל אפשרות לאמר כי הכל משפט וכי כל סטנדרד חברתי הוא גם סטנדרד משפטי. בדרך זו מרוקן מושג המשפט מתוכנו. מהו אם כן הבסיס להבחנה? אין לקבל את הדעה כי כל נורמה שיכולה להיות לה נפקות משפטית בסיטואציה זו או אחרת היא נורמה משפטית. הגורס כך פורץ את הדלת לרווחה לפני כל הנורמות הקיימות בכל חברה שהיא. הללו עשויות להיות רלבנטיות לפירוש נורמות משפטיות, לפירוש מסמכים משפטיים, להערכת כוונות אנשים בפעולותיהם, לקביעת תוכן היובים שנטלו על עצמם וכו'. בדרך זו לא רק כל הסטנדרטים החברתיים הופכים להיות חלק מהמשפט אלא גם כל כללי אגודות וולונטריות, אף אם אינן מוכרות בחוק, ואפילו הוראות של הורים ומורים לילדיהם או תלמידיהם הם חלק מהמשפט [13].

אין כאן המקום להאריך בסוגיה זו, די אם יאמר בקיצור כי המבחן כפול: א) נורמה היא נורמה משפטית רק אם חובה לנהוג לפיה בתנאים האמורים בה. הנורמות המשפטיות מחייבות הן את האוכלוסיה בכללה והן את בתי המשפט. עקרונות שאינם מחייבים אינם עקרונות משפטיים, אף אם פועלים לפיהם. הכנסת, למשל, חופשית לחוקק כרצונה לא משום שאין חקיקתה מודרכת על־ידי עקרונות, אלא משום שעקרונות אלה אינם מחייבים אותה. ברצותה היא מקיימת אותם וברצותה היא סוטה מהם. כך, למשל, ברצותה היא מקיימת את העקרון שכניסת חוק לתקפו אינה קודמת לפרסומו, וברצותה סוטה ממנו. עם זאת אין ספק שזהו עקרון המדריך את הכנסת בפעולתה, אלא שאינו מחייב אותה

12 עמ' 62 במאמרו.

13 בנתם סבר כי כל אלו מהווים חלק מהמשפט. לדעתו זו לא נמצאו מאז אוהדים, אולם רק הוגים מעטים נתנו דעתם על בעית תחימת גבול המשפט מבחינות אלו.

nevo.co.il

משפטית. ב) בין הנורמות שחובה לנהוג לפיהן יש להבחין בין אלו שהן חלק מהמשפט לבין אלו השאובות מהחוץ, ומיובאות לצורך ענינים מוגדרים על־ידי סעיפי הפניה. כך קיימת לעתים חובה לנהוג לפי כללים ועקרונות של שיטות משפט זרות מכוח כללי הפניה של המשפט הבינלאומי הפרטי של שיטה זו או אחרת. ובדומה לכך ניתן לעתים תוקף בנסיבות מוגדרות לנורמות חברתיות כלליות מבלי להופכן על־ידי כך לחלק משיטת המשפט (ניתן, למשל, לפטור מעונש אדם שביצע עבירה אם ביצועה מחוייב לפי כללי החברה לה הוא שייך).

(5) **מעמדם של העקרונות במשפט.** יש להבחין בין ארבעה שימושים עקריים של עקרונות משפטיים. א) שימוש בעקרונות לפירוש כללים. ב) שימוש בעקרונות להצדקת יצירת כללים חדשים על־ידי בתי המשפט בענינים שאין כלל קיים חל. ג) שימוש בעקרונות לבקורת ושינוי כללים קיימים. ד) שימוש בעקרונות להכרעה ישירה בענינים קונקרטיים ללא כל הזדקקות לכללים. אין ספק כי עקרונות משמשים במשפט בכל השי־מושים הללו, אולם לא תמיד אותו עקרון משמש לכולם, ומכל מקום אופן החלתם שונה. במסגרת זו ניתן לומר רק מספר מלים קצרות על כל אחד מהשמושים.

מעולם לא היתה מחלוקת בין משפטנים לגבי חשיבות עקרונות בפירוש כללי המשפט. אף חסידי הגישה המסורתית היו מודים כי קיימים עקרונות המשמשים לפירוש כללים. חטאם הוא בכך שבתורות המשפט שהציעו נהגו להעלים עין מעובדא זו. והשמטה זו אכן יכולה להתמיה שכן לא זו בלבד שעקרונות משפטיים אכן משמשים בתפקיד זה, אלא שזה תפקיד חיוני ביותר להבנת אופיה השיטתי והאחדותי של כל שיטה משפטית. אחדותה של שיטה משפטית חייבת להתבאר בשני אופנים המשלימים זה את זה. ראשית קיימת אחדותה המוסדית. המשפט הוא מערכת כללים ממוסדת העומדת על שני סוגי מוסדות מרכזיים, מוסדות לשינוי המשפט וחידושו, ומוסדות לאכיפת המשפט ושמירת קיומו. כל שיטה משפטית נבדלת מרעותה בהיותה כוללת את החוקים שנוצרו על־ידי מוסדות מסויימים אלו ולא אחרים, ובעיקר בהיותה כוללת בדיוק את כל החוקים המוכרים על־ידי קבוצה מסויימת של מוסדות לאכיפת משפט. אפיון זה של השיטה המשפטית ניתן לכנות האפיון הפורמלי־מוסדי[14]. אפיון זה, עם שהוא הבסיסי ביותר, חייב להיות מושלם על־ידי אפיון תוכני המתייחס למה שמקובל לכנות "רוח השיטה" או תוי האופי הבסיסיים שלה. הללו נקבעים לא כל כך על־ידי כללי השיטה כי אם על־ידי העקרונות הנהוגים בה, שכן הם הגורמים במידה מכרעת לעיצוב פני המשפט הן בתרומתם לפרשנות כללי השיטה, והן בתרומתם לעיצוב כללים חדשים בידי המוסדות השיפוטיים.

על תפקידם של עקרונות כמצדיקים השלמת מערכת הכללים של השיטה בכללים חדשים מתרכז דיונו של ד"ר שפירא, וכמותו נוהגים שאר דוברי הגישה החדשה, ואין ספק כי אף זה תפקיד חשוב ביותר של עקרונות משפטיים. אולם ראוי לזכור כי עקרונות משמשים גם לבקורת ושינוי כללים משפטיים. דבר זה מקובל בהיקף רחב כשמדובר בכללים שנקבעו על־ידי מוסדות השפיטה עצמם. ברגיל מצומצם ביותר השימוש בעק־רונות בידי בתי המשפט לשינוי כללים שנקבעו בידי מוסדות חקיקה, אולם ככל שהוא מצומצם ומוגבל עדיין קיים גם שימוש זה בעקרונות. אזכיר שני תחומים בהם הוא מקובל. ראשית, ובהיקף רחב למדי, ביחס לחקיקת משנה. חקיקת משנה חייבת לעמוד

14 השווה *The Concept of a Legal System*.

nevo.co.il

במבחן הסבירות, ומבחן זה אינו ערטילאי ואינו נתון לשרירות רצונו של השופט. הוא מהוה פתח וצינור לבחינת חקיקת משנה לאור עקרונות משפטיים, אף כי מובן כי רק העקרונות הבסיסיים של המשפט מופעלים לצורך זה. שנית, בישראל, נהוג לעתים להפעיל עקרונות לא לפסילה אך לשינוי, לעתים מרחיק לכת, של כללים משפטיים שהורתם במעשי חקיקה, לרבות חקיקה ראשית, של מוסדות שקדמו למדינת ישראל, דהיינו לחקיקה מנדאטורית ועותומנית. יש המיצרים על כך ורואים בכך "סילוף" דמות הכללים המקוריים, ויש המברכים על כך. אך הכל חייבים להודות כי שינוי זה של כללי משפט חקוקים אף הוא אינו נעשה על־ידי בתי המשפט לפי שרירות לבם אלא מתוך נסיון להתאים את הכללים הללו לעקרונות היסוד הנהוגים במשפט הישראלי כיום.

פרשה מיוחדת לעצמה מהווה השימוש בעקרונות להכרעה במקרים קונקרטיים ללא תווכם של כללים. כיום ברוב שיטות המשפט מוגבל שימוש זה ביותר. הוא מצוי בשלב גזירת הדין, שם עקרונות ללא התערבות כללים מדריכים בקביעת שיעור העונש, וקיימות עוד מספר סמכויות בעלות אופי דומה. ישנם הדוגלים, בייחוד בארצות־הברית, בהרחבה מרחיקת לכת של השימוש בטיפוס זה של עקרונות, עד כדי סילוק כמעט גמור של כללים מן המשפט, והכרעה בכל מקרה לפי המטרות והערכים שהכרעה זו או אחרת תשרת. אולם מגמות אלו חשופות לביקורת קשה ביותר, ונראה כי היזקן רב הרבה מונים מתועלתן, אלא שלא כאן המקום לדון בסוגיה נכבדה זו [15].

ד. אופי שיקול הדעת השיפוטי

אין ספק כי דוברי הגישה החדשה תורמים תרומה חשובה לתורת המשפט הן בהעמידם על חשיבות העקרונות במשפט, והן בהדגישם כי שיקול הדעת השיפוטי מודרך תמיד על־ידי עקרונות. אולם בלהיטותם להחדיר אמיתות יסוד אלו לתודעה המשפטית מגיעים הם לעמדה המוטעית כי סמכות בתי המשפט היא תמיד סמכות יישום, וכי בכל מקרה הכללים והעקרונות יחדיו מכתיבים תשובה נכונה אחת באופן חד־משמעי. להלן יפורטו בקצרה הנימוקים המחייבים דחיית עמדה זו, ועיקרי הנימוקים המראים כי הסמכות השיפוטית היא לעתים קרובות סמכות הכרעה, המודרכת אמנם על־ידי עקרונות משפטיים אך הללו לא תמיד מכתיבים תשובה אחת בלבד לבעיות הניצבות בפני בית המשפט. ארבעה הם השיקולים המצדיקים מסקנה זו:

1. כדרך שלעתים ניתן לקיים כלל על־ידי שתי פעולות שונות, כך על־פי העקרונות הרלבנטיים עשויים פתרונות שונים להמצא שקולים בערכם. הדבר יכול לקרות הן לפי כל עיקרון בנפרד (שני פתרונות מקדמים באותה מידה את אושר הכלל, או את ההכנסה הלאומית, או שניהם מביאים באותה מידה לחלוקה צודקת יותר של טובות הנאה כל שהן או להרתעה שווה של עבריינים פוטנציאליים וכו'), והן כשהמדובר בשקלולם של עקרונות שונים זה מול זה (מבין שני פתרונות אפשריים האחד מבטיח יתר שוויוניות אך פוגע בחופש החוזים, והשני להיפך. ולעתים מידת קידום העיקרון הראשון והפגיעה

15 בין מצדדי צמצום רדיקאלי של מקום הכללים במשפט ניתן להזכיר את: Wasserstrom, R. A.: *The Judicial Decision* (1961), Stanford Univ. Press; Gottlieb, G.: *The Logic of Choice* (1968), Allen and Unwin; בקורת משכנעת על עמדות מעין אלו ניתן למצוא ב־ Hodgson, D. H.: *Consequences of Utilitarianism* (1967), O.U.P.

nevo.co.il

בשני בפתרון האחד שקולה, גם לאחר שמביאים בחשבון את חשיבותם היחסית של העקרונות, למידת קידום העיקרון השני והפגיעה בראשון לפי הפתרון האחר). במקרים כגון אלו בית המשפט מודרך על־ידי העקרונות עד לשלב מציאת הפתרונות השקולים, ולאחר מכן עליו להכריע ביניהם.

2. כבר הוזכר כי כדרך שכללים הם מטיבם עמומים אף עקרונות כן. עשויים להתעורר ספקות ביחס לפירושו הנכון של כל עיקרון בפני עצמו. רבים עוד יותר הספיקות המת־עוררים ביחס להערכת חשיבותם היחסית של עקרונות (גם אם מוסכם כי עקרון א׳ חשוב מעקרון ב׳ עשוי להיות ספק עד כמה הוא חשוב ממנו). מקור אחר לעמימות ביחס לעקרונות הוא בעצם קביעת היקף סמכות השימוש בם, למשל, לצורך שינוי כללים. כדרך שראינו לגבי בעיות של עמימות כללים כך גם לגבי עמימות עקרונות אלו הן בעיות שמעצם טיבן כבעיות עמימות אין להן פתרון נכון ומופעלת סמכות הכרעה כדי לחרוץ את הדין, ולצמצם את העמימות.

3. יש להבחין בין טיפוסים שונים של עקרונות. שעה שעקרונות מנחים, על־פי טיבם, מביאים כרגיל לפתרון אחד בלבד (למעט המקרים המנויים בשתי הנקודות הראשונות) הרי עקרונות מגבילים לפי אופיים הלוגי נורמטיבי בדרך כלל אינם מצבי־עים על פתרון אחד בלבד. אין ענינם בקדום תכלית כלשהי, שאז סביר להניח כי מצוי צעד המקדם אותה יותר מכל צעד אחר, ענינם בהגנה על ערכים וברוב המקרים ימצאו צעדים רבים הנמנעים מפגיעה בערכים אלו, או המצמצמים פגיעה זו למינימום שאין להמנע ממנו. בענינים בהם סמכות בתי המשפט מודרכת רק על־ידי עקרונות מגבילים יש מקום רב במיוחד להכרעת השופטים.

4. אמת היא כי סמכות בתי המשפט בכל שיטת משפט מודרכת תמיד על־ידי עקרונות. שיטה מהטיפוס ב׳ [16] אינה שיטת משפט כלל. אולם לא מתחייב מכאן כי בתי המשפט חייבים להיות מודרכים רק על־ידי עקרונות משפטיים [17]. הם עשויים להיות מופנים על־ידי המשפט, במקרים מוגדרים, לעקרונות חברתיים כלליים. יתר על כן, השופטים עשויים להיות מורשים להשתמש, בגבולות מסויימים, בעקרונות הנראים להם אישית כנכונים וצודקים, אף אם אינם מחייבים משפטית ואינם מקובלים על כלל החברה. תוך הסתייגויות רבות דומה מקרה אחרון זה למעמדו של מחוקק ש ר צ ו י שיפעל לא באורח שרירותי וקפריזי כי אם לפי עקרונות, אלא שהללו הם עקרונות הנראים לו כנכו־נים, ואינם בהכרח עקרונות משפטיים או חברתיים. בהבדל מהמחוקק בית המשפט מ ח ו י י ב לפעול לפי עקרונות גם במקום שהוא מורשה לבחור לפי אלו עקרונות יפעל.

אין לפסוק מראש כי יש לבתי המשפט הרשאה מעין זו בכל שיטת משפט. העיקר הוא כי אין מניעה תיאורטית לכך שתמצא הרשאה כזו בשיטות משפט אלו או אחרות. יתר על כן דומה כי היא מצויה בשיטת המשפט הישראלי, למשל. פירוש הדבר כי בגבולות תחומים ומוגדרים רשאי השופט להכריע לפי עקרונות שהוא רואה אותם כמוצדקים, אף כי אינם מחייבים משפטית, ואין חברו השופט החולק עליו מפר חובה כלשהי או טועה טעות משפטית בעשותו זאת.

16 ראה עמ׳ 71 לעיל.
17 ראה עמ׳ 74 לעיל.

nevo.co.il

סיכומו של דבר: אכן שיטות משפט כוללות גם עקרונות ולא רק כללים. כמו־כן נכון הוא כי שיקול הדעת השיפוטי תמיד מודרך על־ידי עקרונות. אולם טעות תהא להסיק מכך כי העקרונות המדריכים את השופטים הם תמיד ובהכרח עקרונות משפטיים המהווים חלק משיטת המשפט במסגרתה הם פועלים. וכמו־כן טעות היא לחשוב כי בשל היות פעולתם מודרכת על־ידי עקרונות סמכותם היא סמכות יישום בלבד. גם כשהם מודרכים על־ידי עקרונות סמכות בתי המשפט היא גם סמכות הכרעה.

nevo.co.il