

## תחולת עיקרון התקדים המחייב על בתי דין

מאת

ד"ר דליה אבן \*

א. מבוא ; ב. האם חל סעיף 33 על בתי דין ? ג. המבחן במקור לתורת התקדים המחייב בשיטת המשפט הישראלית. 1. סעיף 33 כהסדר שלילי. 2. סעיף 33 כלאקונה ; ד. ההסדר הרצוי ותחולתו ; ה. סיכום.

### א. מבוא

עיקרון התקדים המחייב מוסדר כיום בשיטת המשפט הישראלית בסעיף 33 לחוק בתי המשפט, הקובע:

"(א) בית משפט יונחה על ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו.  
(ב) הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון."

בסעיף זה הסדיר המחוקק הן את הוויקה האופקית—זיקתו העצמית של בית המשפט העליון לתקדימיו (סעיף 33(ב))—בקובעו חוסר חיוב עצמי בתקדימים, והן את הוויקה האנכית—חיובם של בתי משפט נמוכים בהלכה שנפסקה בבית משפט גבוה מהם (סעיף 33(א)) ו-(ב)). עד לחקיקת חוק בתי המשפט לא הוסדר עיקרון התקדים המחייב בשיטתנו המשפטית בחוק הכתוב; מעמדו של התקדים הועבר אלינו כמורשה מהתקופה המנדטורית, מורשה שקיבלה גושפנקא לאהר קום המדינה כפרשת ראם<sup>2</sup>, שבה קבע בית המשפט העליון, כמדיניות רצויה, את חיובו העצמי בתקדימיו. מאז חוקק חוק בתי המשפט מצוי ההסדר של תורת התקדים בחוק הכתוב. אך בעשרים השנים שחלפו מאז חוקק החוק נסכו לתוכו אמרות של בית המשפט העליון גם תורה שבעל-פה, וכיום דומה שעל דעת בית המשפט העליון אין עוד הסעיף כפשוטו המקור היחיד והבלעדי להסדרת עיקרון התקדים המחייב בשיטתנו המשפטית. עיון בלשונו של החוק ובפסיקה שהתייחסה אליו מעורר את השאלה, האם יכולת תורת התקדים המחייב להיות מוסדרת בנוסף לאמור בחוק גם כמנתג? האם יש לראות את ההסדר

\* מדריכה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.  
1 ס"ח תשי"ז 148 (שיקרא להלן: חוק בתי המשפט).  
2 בג"צ 287/51 ראם נ' שר האוצר, פ"ד ח 496, 498-499.

תחולת עיקרון התקדים המחייב על בתי דין

הקבוע בסעיף 33 כהסדר הממצה את התורה כולה ולבד מהאמור בסעיף אין תחולה לעיקרון התקדים המחייב, או שמא בנוסף לקבוע בסעיף יכול להתפתח מנהג שירחיב את תחולת העיקרון גם על יחסים בין ערכאות שיפוטיות שאינן כפופות לחוק בתי המשפט? כדי להשיב על שאלה זו יש להבין את היקפו של ההסדר הקבוע בסעיף 33. רק לאחר מכן ניתן לבדוק מה הם היחסים שאינם נופלים בגדר הסדר זה והאם ניתן להשלימם על-ידי מנהג. במסגרת רשימה זו ברצוני לבדוק היבט מצומצם של השאלה הכללית, דהיינו תחולת עיקרון התקדים המחייב על בתי דין שעל פסקיהם ניתן לערער בפני בית המשפט העליון.

### ב. האם חל סעיף 33 על בתי דין?

הזיקה המחייבת להלכה שנפסקה בבית המשפט העליון חלה, כלשון סעיף 33, על כל בית משפט. מהו "בית משפט" לצורך זה? חוק בתי המשפט עצמו אינו מגדיר את המונח, ואין בו כלל סעיף של הגדרות. החוק דן בשלוש ערכאות: בית המשפט העליון, בית משפט מחוזי ובית משפט השלום. לכן סביר לגרוס שהמונח "בית משפט" שבסעיף 33 מתייחס לסדרת אלה בלבד. התוצאה מפירוט זה היא, כהכפופות להלכה שנפסקה בבית המשפט העליון חלה על בתי המשפט המהווים ובית משפט השלום בלבד. למסקנה זו יש סימוכין בסעיפים אחרים של חוק בתי המשפט, סעיפים שבהם הבחין המחוקק בין בתי משפט לבתי דין<sup>3</sup>, ומהם ניתן ללמוד שעל דעת המחוקק אין בתי דין נכללים בגדר המונח "בית משפט". זו כנראה גם דעתו של מ"מ הנשיא אגרנט (כתוארו אז), שקבע בעבר בפרשת אנגלשטיין<sup>4</sup>, ש"בית דין מיוחד אין לראותו ex vi termini – כבית משפט", ומסקנה זו מתבקשת גם מדבריו של מ"מ הנשיא זוסמן (כתוארו אז) בערעור על פסק דין של בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין<sup>5</sup>.

לכאורה, ניתן היה להביא כנגד פירוש זה את הגדרת המונח "בית משפט" בפקודת הפרשנות [נוסח חדש]. מונח זה מוגדר בפקודה כ"כל בית משפט בן סמך לשפוט בישראל", ואין בפקודה הגדרה למונח "בית דין". הגדרה זו, כפשוטה, רחבה דיה כדי לכלול בגדרה גם בתי דין המוסמכים לשפוט בישראל, שהרי גם בתי דין סוג של בית משפט הם. אלא שפירוש זה אינו מתיישב עם האמור בחוק בתי המשפט, המבחין בין בתי משפט לבתי דין, ועל כן אין להתילו בחוק זה כלשון סעיף 9(א) לפקודת הפרשנות<sup>6</sup>.

המסקנה היא אפוא שבתי דין אינם בגדר "בית משפט" לצורך חוק בתי המשפט. מסיבה זו, כשרצה המחוקק להחיל את הסדריו של חוק בתי המשפט על בית הדין לעבודה עשה זאת במפורש; סעיף 39 לחוק בית דין לעבודה החיל על בית הדין

3 ראה לדוגמה חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, סעיפים 7(ב), 35, 37, 49(1).  
4 ע"א 262/62 קיננס נ' אנגלשטיין, פ"ד יז 2642.  
5 על"ע 3/73 אדם בארי נ' הוקר המחזוי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד כח (1) 828. ראה להלן.  
6 סעיף זה מחיל את הגדרותיה של הפקודה "כל עוד אין בגוף הענין... דבר הסותר אותה משמעות...".

את הסעיפים 32, 34–43 לחוק בתי המשפט ופסח על סעיף 33<sup>7</sup>, ואף הישווה לעניין ההוצאה לפועל, את מעמדו של פסק דין שניתן בבית הדין לעבודה לפסק דינו של בית משפט<sup>8</sup>. מכאן, שחוק בתי המשפט אינו חל על בתי דין לעבודה, וכדי שיחול צריך המחוקק לומר זאת במפורש, כפי שעשה בסעיף 39 לחוק בתי דין לעבודה. זו גם העמדה הנקוטת בידי בית הדין לעבודה<sup>9</sup>.

על דרך השלילה יודעים אנו, אם כך, שאין בית דין בגדר בית משפט לצורך חוק בתי המשפט<sup>10</sup>. מכאן עדיין אי אפשר להסיק בוודאות מה כן בבחינת בית משפט, והאם מונח זה כולל בחובו אך ורק אותם בתי משפט שחוק בתי המשפט דן בהם. אך לצורך ענייננו ניתן להסתפק במסקנת שאליה הגענו על דרך השלילה, ולגרוס שעיקרון התקדים המחייב הקבוע בסעיף 33 לחוק בתי המשפט אינו חל על בתי דין, לא כחובה ואף לא כהנחה.

### ג. המנהג כמקור לתורת התקדים המחייב בשיטת המשפט הישראלית

בשיטת המשפט הישראלית מוכר המנהג כמקור למשפט מכוח הסעיפים 36–45 למג'לה. לגבי סעיפים אלה נקבע הן בתקופה המנדטורית<sup>11</sup>, הן לאחר קום המדינה<sup>12</sup>, כי הם מהווים את האסמכתא לראיית המנהג כמקור משפט פורמאלי. מכוח סעיף 36 מכירה השיטה המשפטית בישראל בתוקפו של מנהג כמקור ליצירת כללי התנהגות מחייבים בחברה: "המנהג—בורר", ומוסיף ומחוקק סעיף 45 בקובעו: "כל שקבעו המנהג, כאילו קבע הכתוב". המנהגים שקיבלו תוקף בהסתמך על סעיפי המג'לה אינם מוגבלים לתחום משפטי מסוים או לציבור מסוים של מתנהגים. סעיפי המג'לה שימשו בסיס

7 חוק בית הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, סעיף 39, ס"ח 70. והשווה להצעת חוק בית הדין לעבודה ולביטוח לאומי, ה"ח תשכ"ח, 15. בסעיף 38.

8 סעיף 37 לחוק הנ"ל.

9 דיון לג/3-9 "צרי", הבי לתעשייה פרמצבטיית וכימית בע"מ ואח' נ' ד"ר צ' ריקם, פד"ע ד 511-510, 477.

10 ולא רק בחוק בתי המשפט מקובל על המחוקק שאין בית דין בגדר "בית משפט". גם בחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967, כשהגדיר המחוקק את הביטוי "בית משפט" בסעיף 1 לחוק, קבע: "לרבות בית דין דתי".

11 אך ראה חוק בתי המשפט, סעיף 32, הקובע שכאשר נחלקו דעות השופטים בבית המשפט הן בשלושה או יותר "תכריע דעת אב בית הדין". בסעיף זה, לאור הרישא, סביר להניח שהכוונה לאב בית המשפט דוקא וכי הביטוי "אב בית הדין" נבחר לשם תפארת המליצה. אך קיומו של סעיף זה יכול לעורר את השאלה, האם באמת נתן המחוקק את דעתו על ההבדל שבין בית דין לבית משפט. ויתרה מזו, הוא מדגים את הסכנה הטמונה בשימוש במליצות בדבר חקיקה.

12 כך נקבע עוד בתקופת המנדט ב" 87-88, 80, 84 P.L.R. 5/40 Cohen v. Capun. C.A. Meron, "Is Custom a Source of Law in Israel?" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 221, 226-227. אך ראה: 253. פ"ד י ריקם, נ' זילבינר, פ"ד י 47/49 זילבינר נ' ריקם, פ"ד י 253. אך ראה: Meron, "Is Custom a Source of Law in Israel?" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 221, 226-227. הסבור שמאה הסעיפים הראי שונים של המג'לה הם מאקסימות שלא באו לספק צורך משפטי אלא צורך מוסלמי דתי. לדעתו לא היה המנהג מקור למשפט בשיטת המשפט העותמאנית ולפיכך לא יכול היה להיקלט בשיטת המשפט הישראלית באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו על ארץ ישראל, 1922.

תחולת עיקרון התקדים המחייב על בתי דין

להכרה במנהגי ציבור, מנהגי בית המשפט ומנהגי הרשות המבצעת המחוקקת.<sup>14</sup> אך גם ללא סעיפים אלה נזקקו בעבר בתי המשפט בישראל למנהג כמקור למשפט,<sup>15</sup> מקור טבעי הקיים ועומד מכוח עצמו גם ללא אמירה מפורשת של המחוקק בחוק החרות.<sup>16</sup> לכן סביר להניח, שגם לאחר שיבוטלו סעיפי המגילה האמורים,<sup>17</sup> ימשיך המנהג לשמש מקור לשיטתנו המשפטית כ"עקרון כללי של השכל היסודי ושל תחומת הצדק"<sup>18</sup> מכוחו הטבעי, וישלים את שהחסיר המחוקק בהוראותיו המפורשות.<sup>19</sup> כזה הוא מעמדו של המנהג בשיטת המשפט של הקונטיננטל של אירופה.<sup>20</sup>

שאלה עקרונית היא, האם יכול המנהג להיות מקור למקורות מכפס אחרים, ובהקשר שלנו, האם יכול המנהג להיות מקור לעיקרון התקדים המחייב? דומה שבמהותו של מנהג אין כל מניעה להשיב על שאלה זו בהיוב; אין כל מניעה להיותו של מנהג מקור ליצירת כללי התנהגות מחייבים גם בתחום פעולתה של הרשות השופטת. דפוסי התנהגות קבועים, המתייחסים לדרך פעולתה של הרשות השופטת, יכולים להתפתח רק בציבור הפועל בין כתלי בית המשפט. כמדפוסי התנהגות אלה מתמידים וקבועים, ובצידם קיימת תודעת חובה, ניתן לראות גם באלה מנהג, למרות שאין הם נחלתו של הציבור הרחב, שממילא אין לו הזדמנות להתנהג עליהם מחוץ לכתלי בית המשפט, ואין הם מתייחסים כלל לתחום פעולתו. מנהגם של השופטים יכול להתגבש על-ידם בלבד, ואם הוא מקובל משום כך רק בציבור זה, אין הוא חדל להיות מנהג.

למסקנה זו ניתן להגיע גם בשיטת המשפט הישראלית. אין להתעלם מהעובדת שהמגילה מהווה קובץ דינים בתחום המשפט האזרחי, ושעל כן ניתן היה לטעון כי גם מאה הסעיפים הראשונים של המגילה מהווים אמנם דין מחייב, אבל אך ורק בתחום המשפט האזרחי, דהיינו באותם תחומי משפט שבהם עוסקת המגילה גופא. גם טדסקי<sup>21</sup> מביע את הספק "אם כללים אלה [הסעיפים 36, 37, 45 למגילה—ד"א], על כל רוחב לשונם, מכוונים לחול על עניינים החורגים ממסגרת המשפט הפרטי והנוגעים לעצם

14 ע"א 110/58 ראש העיר חיפה נ' אליקטג פ"ד יד 1581, 1588, הו"ד במנהגם של בתי המשפט לצוות על מפיקע קרקע לצורכי ציבור לשלם ריבית מיום שהיה למחזיק הקרקע המופקעת; ע"פ 131/67 קמ"אר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 85, 98, שבו שימש סעיף 45 למגילה בסיס להכרה ב"גורם חוקתי" של המדינה, ועוד.

15 ראה, לדוגמה, בג"צ 63/74 סק"ד נ' בית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו, פ"ד כח (2) 37, 42-43; ע"א 80/71 מרשיב נ' פוגה, פ"ד כו (1) 360, 362; ע"פ 532/71 בהמצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 543, 549-550, 554.

16 כזה המצב, לדוגמה, בשיטת המשפט האנגלית, Salmond, *Jurisprudence* (London, 1966) 192-203, 12th ed.

17 הצעת-חוק לביטול דינים עותמניים, תשל"ב-1971, ה"ח 149.

18 דברי התסבר להצעת החוק, שם, 149.

19 השווה, ברק, "לקראת קדיסיקציה של המשפט הישראלי" קירני משפט ג (תשל"ג) 5, 17.

20 במשפט הגרמני: Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts* (München, 1972) 5-6; Cohn, *Manual of German Law* (London, 2nd ed., 1968) 4-5.

במשפט הצרפתי: Stark, Carbonnier, *Droit Civil* (Paris, 9ième ed., 1971), 113; Stark, *Droit Civil* (Paris, 1972) 50-51.

21 ג' טדסקי, מחקרים במשפט ארצנו (ירושלים, מהדורה שנייה, תשי"ט) 108-110.

מקורות המשפט". אך לדעתי, מבין מאה הסעיפים הראשונים של המגילה, שמור לסעיפים 36–45 אופי מיוחד. אין הם בבחינת כללים שאין להם קיום עצמאי ואשר כוחם נובע מיישומם על כללים אחרים שבגוף המגילה, אלא הם מהווים דין עצמאי, בעל קיום עצמאי, הנותן גושפנקא להכרת השיטה המשפטית במנהג כמקור למשפט. על אופיים המיוחד הזה עמדו עוד בתקופה המנדטורית שופטי בית המשפט העליון בדונם בכוחו של מנהג<sup>22</sup>. הסעיפים 36–45 למגילה רחבים דיים בניסוחם כדי לשמש מקור ליצירת דפוסי התנהגות מחייבים גם בתחומה של הרשות השופטת. וגם בלעדיהם נזקקים בתי המשפט למנהג כמקור טבעי העומד מכוח עצמו<sup>23</sup>. המסקנה היא אפוא שהמנהג יכול להיות מקור למקורות המשפט גם בשיטת המשפט הישראלית. ללא כל אסמכתא בחוק הכתוב הוכרה תורת התקדים המחייב עוד בארץ-ישראל המנדטורית, ולמרות הביקורת שהוטחה נגד הכרה זו, בשל היותה נוגדת את רשימת המקורות למשפט הקבועה בסימן 46<sup>24</sup>, המשיכה הכרה זו להתקיים גם לאחר קום המדינה<sup>25</sup>. אפשר שהיה זה מנהג הנוגד את הסדרו השלילי של סימן 46, אך יש בכך כדי להצביע על כוחו של מנהג לחדור אל עולם המשפט גם בשיטה שכעיקרון אינה נותנת חוקה למנהג נוגד חוק.

אך מסקנה גורפת זו, לפיה יכול המנהג להיות מקור לתורת התקדים המחייב גם בשיטת המשפט הישראלית, יש לצמצמה לאחר שחוקק חוק בתי המשפט בשנת 1957. החל משנה זו אין עוד תחומה של תורת התקדים נחלתו הבלעדית של מנהג, או של מדיניות רצויה לבית המשפט העליון, אלא המחוקק אמר גם הוא את דברו. בין שני מקורות המשפט, החוק והמנהג, שמור לו לחוק מעמד מועדף בשיטתנו המשפטית<sup>26</sup>. מטעם זה, שאלת תוקפו של מנהג המסדיר את עיקרון התקדים המחייב תלויה בהסדר הקבוע בחוק ובכוחה המשתמעת ממנו.

מנהגים שקדמו לחקיקת חוק בתי המשפט ואינם מתיישבים עמו, התבטלו מכללם עם חקיקת החוק. משום כך יש להסכים עם קביעתו של השופט זוסמן בפסק דין מאירי<sup>27</sup>, שכאשר נקבע בסעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט שהלכה שנפסקה בבית המשפט העליון אינה מחייבת את בית המשפט העליון, היה בכך כדי לבטל את "הצהרת המדיניות" של פסק דין ראם<sup>28</sup>.

- 22 ראה בפסק הדין הנזכר בהערה 12 לעיל, בעמ' 84, 87, 88.  
 23 ראה לדוגמה, בג"צ 63/74 סקנד נ' בית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו, פ"ד כח (2) 37, 42–43; ע"א 80/71 מיישוב נ' פוגז, פ"ד כו (1) 360, 362; ע"פ 532/71 בהמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו (1) 543–550, 554.  
 24 טדסקי, הערה 21 לעיל, 107–110.  
 25 בג"צ 287/51, הערה 2 לעיל. בית המשפט העליון בישראל המשיך להכיר בכוחו של תקדים כמדיניות רצויה.  
 26 ע"א 228/63 קוזו נ' קזר, פ"ד יז (4) 2541, 2547; בג"צ 188/63 כצול האלאזהרי נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 340, 349.  
 27 ראה הערה 5 לעיל, 831.  
 28 בניגוד לעמדתו זו של השופט זוסמן, קבע בעבר השופט זילברג בד"ג 23/60 כילין נ' המוציאים לפועל של צוואת לימודיסקי, פ"ע נ 217, 221, ש"גם תוראה זו אינה הופכת לניייר חלק' את הדפים שנכתבו עליהם פסקי הקודמים של בית המשפט העליון. תוראת סעיף 33(ב) מתירה רק במקצת את רצועת התקדים, אך אינה מבטלת אותו כליל". דבריו

תחולת עיקרון התקדים המחייב על בתי דין

שונה המצב לגבי מנהגים שקדמו לחקיקת החוק, או שהתפתחו אחריו, אך אינם נוגדים את הוראותיו המפורשות. תוקפם של אלה מותנה בפירוש שיש לתת לסעיף 33 מחד גיסא, ובכוחו של מנהג להשלים את שהחסיר המחוקק בהוראותיו המפורשות מאידך גיסא. כפיפותם של בתי דין להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון לא הוסדרה בחוק בתי המשפט בצורה מפורשת. חוסר הסדר זה יכול להתפרש כ"ליקוי" (לאקונה) בחוק בתי המשפט ויכול גם להתפרש כ"הסדר שלילי", וכל אחת מדרכי הפירוש טומנת בחובה התייחסות שונה אל תוקפו של מנהג המחיל על בתי דין כפיפות להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון.

### 1. סעיף 33 כהסדר שלילי

פירושו של סעיף 33 כ"הסדר שלילי" משמעותו, שקביעת סעיף 33(ב), לפיה "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט... ", כמוה כקביעה שרק בית משפט כפוף להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון. מכלל הן אתה שומע לא. החיוב חל על בתי משפט ואילו לגבי בתי דין חל "הסדר שלילי". לו רצה המחוקק לחייב גם את בתי הדין לציית להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון היה אומר זאת במפורש, ומשצימצם את הוראותיו לבתי משפט, יש להבין את דבריו כשוללים את תחולת עיקרון התקדים המחייב מבתי דין.

בעבר הביע טדסקי את דעתו שזהו הפירוש הנכון לסעיף 33<sup>29</sup>. לדעתו, כדי להרחיב את עיקרון התקדים המחייב מעבר לגבולות ההסדר הקבוע בסעיף 33, יש להוכיח, שאותם מקרים שבהם לא הטיל המחוקק חיוב לציית להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון, שקולים כנגד חופש גמור של בית המשפט העליון לקבוע מדיניות משלו בדבר תקדימים. לדעת טדסקי, מתבקשת מלשון סעיף 33 מסקנה הפוכה, ש"לפיה אין סעיף 33 הנ"ל משאיר מקום לשום אוטונומיה של בתי המשפט לקביעת מדיניות שלהם בדבר התקדימים... שלפי ס' 33 לחוק בתי המשפט... כשאין החוק כופה עליהם 'הלכות' מסוימות, יש בזה משום 'הסדר שלילי' שאינו ניתן לשינוי". ובמילים אחרות, באותם מקרים שבהם רצה המחוקק להטיל את עיקרון התקדים המחייב עשה זאת במפורש, ובאותם מקרים שלא קבע כך – לא חל העיקרון. ולענייננו, אילו רצה המחוקק לחייב את בתי הדין שלא לסטות מהלכה שנפסקה בבית המשפט העליון היה אומר זאת במפורש. משלא אמר זאת, לא חל על בתי הדין חיוב זה.

אם זהו הפירוש הנכון לסעיף 33, הרי שאם קיים מנהג לפיו רואים עצמם בתי דין חייבים לפסוק בהתאם להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון, יהיה זה מנהג הנוגד את הסדרו השלילי של החוק. מנהגים נוגדים לא הוכרו, בעבר, על-ידי הפסיקה בישראל<sup>30</sup>, ואין להם כל תוקף. לפיכך תהיה זו סתירה פנימית בעמדתו של בית

של השופט זילברג הם שמשקפים את דרך פעולתו של בית המשפט העליון: ע"א 343/63 טרפמן נ' ויקטור, פ"ד יח 366; בג"צ 243/71 איזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו (2) 33. 29 טדסקי, "הלכת התקדים בזמן האחרון" הפרקליט כב (תשכ"ו) 320, 324. 30 בג"צ 214/52 שדה נ' המפקח הכללי של משטרת ישראל, פ"ד ז 987, 990; ע"פ 19/53 בריל נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 561, 562; ע"פ 18/55 נסים נ' היועץ המשפטי, פ"ד ט 304.

המשפט העליון אם יכיר בהקשר זה בכוחו של מנהג נוגד חוק וידרוש מבתי דין לציית לכוחו של מנהג ולראות את עצמם חייבים לפסוק על-פי הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון.<sup>31</sup>

## 2. סעיף 33 כלאקונה

חוסר ההסדר שבסעיף 33 יכול להתפרש גם כלאקונה בחוק זה. זו היא העמדה המשתמעת מדבריו של השופט זוסמן בפס"ד מאירי<sup>32</sup>. המערער, עורך דין במקצועו, תורשע בבית הדין המשמעתי המחוזי של לשכת עורכי הדין בעבירת משמעת של עשיית פרסומת והפרת כללי האתיקה של לשכת עורכי הדין, לפי סעיפים 55 ו-61 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961. בית הדין המשמעתי הארצי דחה ברוב דעות את ערעורו, ועל כך הוגש ערעור נוסף לבית המשפט העליון. בבית הדין הארצי נחלקו דעות השופטים בטאלה אם הלכתו של בית המשפט העליון, כפי שנפסקה בעבר בהקשר זה, מחייבת את בית הדין של הלשכה אם לא. שופטי הרוב חיוו את דעתם, שבאין הוראה חקוקה פטורים הם מעול התקדים של בית המשפט העליון, שכן אין הם מכהנים כבית משפט לפי סעיף 33 לחוק בתי המשפט.

על פירוש זה לסעיף 33 לא חולק השופט זוסמן; גם לדעתו אין בית הדין המשמעתי "בית משפט" לצורך סעיף 33, אלא שאין הוא מסכים שמפירושו זה נובע שבית הדין משוחרר מעולו של תקדים. את המקור לחיובו של בית הדין להלכות שנקבעו בבית המשפט העליון לא תולה השופט זוסמן בסעיף 33 דוקא; לדעתו "כוחו המחייב של תקדים בדרך כלל איננו כתוב בספר החוקים, אלא הוא ענין שבנוהג... ענין שבהגיון ובסדר הטוב" ואלה דורשים ש"מקום שהוקמה מערכת שיפוטית אשר בסופו של דבר מאפשרת לבעל דין להביא דברו לפני בית המשפט העליון, הדעת נוחנת שערכאה נמוכה לא תסטה מהלכתו הפסוקה של בית המשפט העליון"<sup>33</sup>. מדבריו של השופט זוסמן משתמע, שההסדר הקבוע בסעיף 33 אינו ממצה את תורת התקדים המחייב כולה. ההסדר שבנוהג רחב הרבה יותר, ומהנוהג נובעת חובתו של בית הדין, שפסק דינו יוכל שיגיע אל בית המשפט העליון, שלא לסטות מהלכה שנפסקה בבית המשפט העליון.

בדבריו משתמש השופט זוסמן במונח "נוהג", ושאלה היא מהו המושג המשפטי שעמד לנגד עיניו<sup>34</sup>. אם כוונתו במונח "נוהג" לתאר שיגרה או הרגל גרידא של

31 אך אפשר שמציאות זו היא דוגמה נוספת לכוחו של מנהג נוגד בשיטת המשפט הישראלית, בניגוד לעמדתו המוצהרת של בית המשפט העליון בדבר כוחם של מנהגים נוגדים בדרך כלל, דוגמה לכוחו של מנהג נוגד לחדור אל המשפט, בפרט, במציאות, גם ללא הכרה מפורשת בעיקרון כוחו המבטל של מנהג. "ההסדר השלישי", המשתמע מקביעתו של סעיף 33, יתבטל בגלל קיומו של מנהג המחייב בתי דין לכפות עצמם להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון.

32 על"ע 3/73 מאירי נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו, פ"ד כח (1) 828, 831.

33 שם, 831.

34 ראה טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה (תשל"ג) 9-26, המבחין בין המושגים "נוהג" ו"מנהג" ומצביע על חוסר האבחנה הקיים בחקיקה ובפסיקה הישראלית.

תחולת עיקרון התקדים המחייב על בתי דין

"ערכאות נמוכות" לציית להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון, הרי שדפוסי התנהגות אלה אינם מחייבים להמשיך ולנהוג כך. שיגרה או הרגל מתארים מצב שהוא קיים במרביתם של המקרים, אפשר מתוך כבוד לבית המשפט העליון, ומתרגלם זה יכולים בתי הדין לסטות. אך לא להרגל בעלמא מכוונים דבריו של השופט, שכן הוא מדבר ב"כוחו המחייב" של תקדים, ומכאן, שכוונתו למנהג כדרך התנהגות קבועה ומתמידה, המלווה תודעה של חיוב (opinio necessitatis) שכך גם צריך לנהוג.<sup>35</sup>

השופט זוסמן סבור, ש"ההוראה החקוקה שבסעיף 33(ב) לחוק הנ"ל לא באה להטיל על בתי המשפט חובת ציות לתקדים, אלא לגרוע ממנה, ולשנות הלכות של בית משפט זה כמו שנפסקה בפסק דין ראם"<sup>36</sup>. כלומר, לדעת השופט זוסמן עיקרון התקדים המחייב לא בוטל מכוחו של סעיף 33. הוא היה קיים קודם לחקיקת החוק והמשיך לחול לאחר חקיקתו. כל מטרתו של סעיף 33 היא לשנות את ההלכה שנפסקה על-ידי בית המשפט העליון בפרשת ראם, כלומר, להחסיר מהתורה כולה את זיקתו העצמית של בית המשפט העליון לתקדימיו שלו. פירושו זה של השופט זוסמן שם את הדגש בסיפא של סעיף 33(ב), שאכן קובע שאין תקדימי בית המשפט העליון מחייבים את בית המשפט העליון. הרישא של הסעיף, הקובעת שתקדימי בית המשפט העליון יחייבו כל בית משפט, אינה המקור לחיובם של בתי המשפט, והיא הובאה כדי להגיע למסקנה הקבועה בסיפא בלבד. הובתם של בתי משפט קיימת ועומדת מכוח הנהוג ומכוחו של התגיון והסדר הטוב.

משמעותו של פירוש זה היא, שאין להסיק מקביעת סעיף 33 "הסדר שלילי" לגבי חיובם של בתי דין להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון. אין להסיק מסעיף 33 שרק בתי משפט כפופים לעיקרון התקדים המחייב, אלא הסעיף שיחרר את בית המשפט העליון מזיקה עצמית לתקדימיו, ובנפרד מהסדר זה ממשיכה לחול תורת התקדים המחייב שלא מכוחו של סעיף 33. אין בסעיף הסדר לגבי חיובם של בתי דין להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון, וחוסר הסדר זה יכול להתפרש כ"ליקוי" בחוק בתי המשפט, אך אינו ליקוי בשיטה המשפטית בכללותה.

במסגרת פירוש זה אין מניעה שיתפתח מנהג וישלים את שהחסיר החוק הכתוב. מנהג כזה לא יהיה בבחינת מנהג נוגד חוק, אלא יהיה מנהג המשלים חוק ובחור שכזה יש לו תוקף בשיטתנו המשפטית. כאמור<sup>37</sup>, יכול כוחו המחייב של תקדים להיווצר גם מכוחו של מנהג. הקושי היה אם מנהג כזה תואם את האמור בחוק בתי המשפט. אך אם מפרשים את סעיף 33 כ"ליקוי" בלבד בחוק זה, ולא כתסדר שלילי, הרי יכול המנהג להשלים את החסר בחוק.

לכאורה ניתן היה לטעון, שאם אכן יש ליקוי בסעיף 33, השלמתו צריכה להיעשות על-פי הקבוע בסימן 46, דהיינו באמצעות עקרונות המשפט המקובל ודיני היושר. מאלה עלינו ללמוד אם חל עיקרון התקדים המחייב גם על בתי הדין. אך ספק אם

35 פשיטא, שאין השופט מתכוון בביטוי "נהג" למשג "הנהג החחי או העיסקתי" כתנאי מכללא וכמשלים פרטים בעסקה משפטית, במשמעות שיש לביטוי בסעיף 26 לחוק החתים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118.

36 על"ע 3/73, שם, 831, דבריו מתייחסים לבג"צ 287/51 ראם נ' שר האוצר, פ"ד ה 494, שבו קבע בית המשפט העליון כשאלת מדיניות את זיקתו העצמית לתקדימיו.

37 ראה לעיל, בעמ' 253-254.



ההסדר הקיים במשפט האנגלי תואם את המערכת המשפטית בישראל. אבל גם מבלי להיזקק לבדיקה זו, ואפילו הוא תואם, הרי אם נכונה המסקנה שהמנהג יכול להיות מקור לתורת התקדים המחייב וקיים מנהג, הרי שמקור זה קודם להפעלתו של סימן 46, מהיותו חלק משכבת הדינים שיש להיזקק לה עוד לפני הפנייה למשפט האנגלי. במלים אחרות, קיומו של "ליקוי" בסעיף 33 אין מטמעותו "ליקוי" בשיטה המשפטית בכללותה. קיומו של מנהג יכול להשלים את החסר בנוסח הסעיף. בכך נמצאת השיטה המשפטית בכללותה שלמה, ואין להיזקק לסימן 46 לפי מיגבלותיו שלו.

#### ד. ההסדר הרצוי ותחולתו

המנהג, שאליו מתייחס השופט זוסמן בדבריו, הוא מנהגם של בתי דין שאת פסקיהם יכול בעל דין להביא לפני בית המשפט העליון בערעור<sup>38</sup>. מנהג כזה, קיומו מוצדק גם מבחינת המשפט הרצוי. ההצדקה לכך מצויה בחלקה בדבריו של השופט זוסמן, הסבור ש"אחת המטרות שלמען ניתנה לבעל דין זכות ערעור לבית המשפט העליון בענין שנדון בפני בית-דין (טריבונל) היא הצורך באחידות ההלכה. מטרה זו מחייבת, שמשנפסקה הלכה בבית משפט זה, בית-הדין ילך אחריה"<sup>39</sup>. מרוחו של סעיף 33 משתמע, שהמחוקק התכוון לחייב בהלכותיו של בית המשפט העליון את בתי המשפט הנמוכים ממנו. בתי דין, שהמערכת המשפטית מאפשרת לערער על פסקיהם בפני בית המשפט העליון, הם נמוכים ממנו, וראוי שיפסקו בעקבותיה. אין גם כל הגיון וטעם להרבות בהתדיינויות סרק, ובערעורים לבית המשפט העליון, כאשר ברור שפסק דין שניתן על-ידי בית הדין אין לו כל סיכוי לעמוד בערעור.

כנגד שיקול מעשי זה ניתן לגרוס, שכאחר שבית המשפט העליון אינו קשור בתקדימיו, הרי אפשר שבמקרה קונקרטי יסטה מהלכתו הפסוקה ויתן תוקף גם לפסק דין של בית דין שסטה מהלכה פסוקה של בית המשפט העליון. ומכיוון שבעיקרון יכול בית המשפט העליון לסטות מתקדימיו, ובעל דין יכול לגסות לשכנעו לעשות זאת, ממילא יגיע העניין אל בית המשפט העליון ולא נחסכו התדיינויות. על כך ניתן להשיב, ראשית, שאין בית המשפט העליון נוטה לסטות מתקדימיו על אף האמור בסעיף 33(ב). נקודת המוצא של בית המשפט העליון היא שהלכה שנפסקה בדין נפסקה, וציבות ההלכה מחייבת שלא לסטות ממנה. רק בעניינים בעלי חשיבות גדולה יתרצה בית המשפט העליון לבדוק מחדש את הלכותיו<sup>40</sup>. שנית, יכולתו של בית המשפט העליון לסטות מהלכתו הפסוקה קיימת בין אם בית הדין פסק כהלכתו ובין אם סטה ממנה. בעל דין, המשוכנע בצדקת טיעונו, יפנה אל בית המשפט העליון בניסיון לשכנעו לסטות מהלכה פסוקה, גם כאשר פסק הדין של בית הדין תואם את הלכתו

38 לדוגמה, חוק לשכת עורכי-הדין, תשכ"א-1961, סעיף 71, ס"ח 178, כפי שהוחלף בתשכ"ח-1967, ס"ח 12.

39 על"ע 3/73 בארזי נ' העד המהווי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו, פ"ד כח (1) 831, 828.

40 ד"ג 23/60 בילין נ' המוציאים לפועל של צוואת ליפנינסקי, פ"ע נ 217; ע"א 343/63 פרישמן נ' ויקמור, פ"ד יח 366; בג"צ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו (2) 33.

של בית המשפט העליון. הלכתו של בית המשפט העליון "אם שינוי היא צריכה, ייעשה הדבר על-ידי בית המשפט העליון, שעל פי סעיף 33(ב) הוסמך לכך"<sup>41</sup>. לפתרון זה ניתן להגיע גם בהסתמך על המשפט המצוי וניתן אף ליישבו עם דעתו של טדסקי. פירושו של טדסקי בזכות "ההסדר השלילי" התייחס לתקדים בית דין מיוחד כהלכה המחייבת את בית המשפט העליון<sup>42</sup>. בהקשר זה היתה דעתו של טדסקי שמכיוון שחוק בתי המשפט, בסיפא של סעיף 33(ב), מסדיר את עניין כפיפות בית המשפט העליון להלכות שנפסקו, הרי "כשאין החוק כופה עליהם 'הלכות' מסויימות, יש בזה משום 'הסדר שלילי' שאינו ניתן לשינוי". גם אם נכון פירושו זה לגבי הסיפא של סעיף 33(ב), שונה המצב לגבי הרישא. בחלק זה של הסעיף קבע המחוקק שהלכות שנפסקו בבית המשפט העליון מחייבות כל בית משפט, זאת ותו לא. אין להסיק מכך כאילו אמר המחוקק רק בית משפט ולא בתי דין. חוק בתי המשפט דן בשלושה סוגים של בית משפט והתכוון להסדיר לגביהם את תורת התקדים המחייב. אין הכרח לראות את האמור בסעיף זה כמכוון למצות את תורת התקדים המחייב בשיטה המשפטית בכללותה ולשלול את תחולתה בהקשרים אחרים. בשאלת התקדים אין לקבל הסדרים הנוגדים את האמור בחוק. לכן יהיו אלה מנהגים נוגדים, אם בתי המשפט, השלום והמחוזי, לא יצייתו להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון, או אם בית המשפט העליון יראה עצמו חייב לפסוק בעקבות תקדימו בניגוד לקבוע בסעיף. אך הרחבת תחולת תורת התקדים על ערכאות שאין חוק בתי המשפט מטפל בהן אין לראותה כנוגדת את הקבוע בחוק בתי המשפט. תורת התקדים המחייב יכול שתוכר בשיטתנו המשפטית בחלקה בחוק הכתוב ובחלקה על-פי המנהג.

משעמם אלה יש להעדיף בהקשר זה את פירושו של השופט זוסמן לסעיף 33 ולראות במנהג שכזה, אם אכן הוא קיים, מנהג המשלים את החוק ושאינו עומד בניגוד לו. אם אמנם קיים המנהג, הרי שבתי הדין חייבים לציית לו ולנהוג על-פיו, וצדק השופט זוסמן בביקורתו על שופטי הרוב בבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין.

במסגרת חיבור זה דנתי במנהגם של בתי דין שעל פסקיהם ניתן לערער בפני בית המשפט העליון. גם דבריו של השופט זוסמן התייחסו למנהג זה. אך מהדברים שנאמרו עד כה מתבקשת המסקנה, שכעיקרון אין מניעה שיתפתח בשיטת המשפט הישראלית מנהג שיחיל את תורת התקדים המחייב גם מעבר לבתי דין אלה, ובלבד שלא יסתור את הוראותיו של החוק החרות. מטעם זה אפשר שיתפתח מנהג לציית להלכה פסוקה של בית המשפט העליון גם בערכאות שעל פסקיהם לא ניתן לערער בפני בית המשפט העליון. הצורך באחידות ההלכה, שעליו דיבר השופט זוסמן, הוא הנותן, שכאשר דנים אלה בעניינים מתחום המשפט הכללי יפסקו גם הם לפי הלכותיו של בית המשפט העליון, ובדרך זו תוכינה בעיות משפטיות זהות או דומות בפתרונות דומים או זהים גם כשהן נידונות בפני ערכאות שונות. בדרך זו נקט בית הדין לעבודה בפרשת צרי<sup>43</sup>. בית הדין הבחין שם בין עניינים מתחום המשפט הכללי, ובין עניינים שהם

41 פסק דין באירי שם, 831.

42 טדסקי, הערה 29 לעיל, 324.

43 דיון לג/9—"צרי" נ' ד"ר צ' ריקס, פר"ע ד 477, 510—511; וראה גם דיון ל/1—3 זלמן היימן נ' דואיב נילה, פר"ע א 18, 23.

בתחום הסמכות הייחודית של בית הדין לעבודה. לגבי הסוג הראשון קבע בית הדין, שאין הוא מחדש הלכות ואין הוא פוסק בניגוד להלכה של בית המשפט העליון; ואילו לגבי עניינים מהסוג השני – שאני:

”משאין זכות ערעור על פסק דין של בית הדין הארצי לעבודה, כך ששאלות מהתחום הספציפי שבסמכותו של בית הדין הארצי לעבודה, לא יכול ותבואנה בפני בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים, אך יחד עם זאת, תהא הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת את בית הדין... יביא הדבר למצב שזודאי לא התכוונו לו, ולא יכלו להתכוון לו”.

וזאת לדעת, שגם בעניינים מהסוג הראשון אין ערעור על פסק דין של בית הדין הארצי לעבודה בפני בית המשפט העליון. גם עניינים אלה אינם כלולים במנהג שאליו התייחס השופט זוסמן. אך בדברי בית הדין יש כדי להצביע על קיומה של האבחנה בין עניינים מתחום המשפט הכללי, הנדונים גם בפני בית המשפט העליון כערכאה הגבוהה ביותר במדינה, ובין עניינים שהם בתחום הסמכות הייחודית של בתי דין. בית הדין לעבודה, על-פי לשונו של החוק, אינו הייב לפסוק לפי הלכותיו של בית המשפט העליון גם בעניינים מתחום המשפט הכללי, אך הוא סבור שמאחר שסוג עניינים זה נידון גם בפני בית המשפט העליון, וזה קובע הלכות, הרי שמן הראוי ליחס להלכות אלה “את המשקל המירבי”<sup>44</sup>. גם מדברים אלה משתמע הצורך לשמור על אחדות ההלכה בעניינים שמתחום המשפט הכללי. אין ברצוני לקבוע בצורה חד משמעית שגם מנהג כזה אכן קיים. אך אין כל מניעה עקרונית בשיטה המשפטית שמנהג כזה יתפתח, וקיומו גם רצוי.

#### ה. סיכום

הצורך בחיובם של בתי דין בהלכות שנפסקו בבית המשפט העליון נובע בעיקרו משיקולי יעילות ומשאיפה לאחידות ההלכה; דבר זה נכון בעיקר לגבי בתי דין שעל פסיקתם יש זכות ערעור לבית המשפט העליון, ואולי אף לגבי בתי דין שאין על פסיקתם זכות ערעור כאמור, אך הדגים בנושאים שהם בתחום סמכותו של בית המשפט העליון. סעיף 33 איננו המקור לחיוב זה, מאחר כאינו חל על בתי דין, אך פסיקת בית המשפט העליון נטתה לראות בכך ליקוי הטעון השלמה מבחינת המשפט הנהג אין כל מניעה שההלכה זו תיעשה על-ידי מנהג, במידה שהתפתח בעבר או שיתפתח בעתיד, ודבריו של השופט זוסמן בפסק דין מאירי נותנים גושפנקא מראש להתפתחותו של המנהג, אם אין הוא קיים. מנהג זה, בהיותו גם רצוי, יוסיף על האמור בסעיף 33 ויכלים את החסר בו. אך אם לא קיים מנהג כזה, ובתי הדין אינם רואים עצמם חייבים לפסוק בהתאם להלכות שנפסקו בבית המשפט העליון, הרי שגם דברי השופט זוסמן בפסק דין מאירי אינם מחייבים אותם, ואפילו יהיו בגדר “הלכה פסוקה”.

44 דיון ל/3-1, שם, 23.