

הלכה ושקול דעת בעשיית משפט *

מאת

משה לנדוי **

שני קטבים הם במשפט: הלכה ושקול דעת, וביניהם מתח מתמיד וזרימה בלתי-פוסקת. הלכה ברורה ומוגדרת מרבה בטחון ויציבות – שהבריות יידעו מראש כיצד לכלכל עניניהם באופן שיקנה להם את הגנת המשפט, וכיצד לנהוג כדי שלא לבוא בהתנגשות עם איסורי המשפט. ועוד נוהגים לומר שההלכה המוגדרת עונה על השאיפה למבנה רציונלי וסימטרי של המשפט, וכן היא הולכת את מזגם של אנשי המשפט, השמרניים בדרך כלל והמפגרים אחרי המציאות ונאחזים בנוסחאות המקובלות עליהם, כדי לא לצלול כל פעם מחדש במים האדירים של הופעות החיים המתחדשות ללא הרף. לעומת זאת דורש הצדק הצרוף ששקול דעתו של השופט יהא חופשי, ללא כבלים, כדי שיוכל למצוא את הפתרון הנכון לסכסוך שבפניו, על-פי נסיבותיו המיוחדות של הענין, ובכלל זה נסיבותיהם האישיות של בעלי הדין.

אחרתי וזרימה בלתי-פוסקת, ואמנם ישנה דינמיקה בדברים – עת להלכה ועת לשקול דעת, או יותר נכון לשימת הדגש על גורם זה יותר מאשר על האחר, וחזור חלילה. אם אורשה להשתמש בדימוי נוסף, אולי ספקני במקצת: אפשר לראות את ההלכה כאותו מגדל שילדים מקימים אותו על שפת הים מחול לת בטפטוף מתוך הדלי. המגדל גדל וצומח כלפי מעלה וצורות חדישות, נועזות יותר, מתווספות עליו וכך מתחדדת כיפתו ונעשית צרה יותר, עד שהוא מתמוטט מכובד כל החול הרב שהצטבר עליו, וכך מתחיל המשחק שנית. אין בעולמנו המשפטי חדי תחת השמש ובקנאה אנו מביטים על עמיתינו, אנשי מדעי הטבע, המרחיבים את תחום הדירתם אל הבלתי-נודע. גם אצלם מתחלפות תקופות של ודאות ויציבות – מדומות על-פני-הדבר – עם אחרות, כאשר מתמוטטים מושכלות ראשוניים. אבל שם מביאה כל מהפכה כזאת להרחבה חדשה של תחום הדעת; ואילו אנחנו, עלינו נגזר ללכת סחור-סחור בתוך עולמנו שתחומיו חתומים מאז ומתמיד. כך אנו סובבים בין סטטוס אל חוזה וחזרה אל סטטוס, בין אחריות מוחלטת ואחריות על פי אשם, וכן בין הלכה ושקול דעת. אין אני כאמין שאנשי המשפט של זמננו עולים בכוסר חשיבתם המשפטית על הקדמונים, וכמו שקרדוזו מעיר באחד מחבוריו, שהיו כה חביבים על ד"ר זמורה, כל תקופה היא המודרנית בעיניהם של בני אותה תקופה. דומה שכל מה שניתן לדורנו כמו לכל הדורות לעשות הוא לסדר מחדש את קוביות הבנין

* הרצאה לזכרו של ד"ר משה זמורה ז"ל בפקולטה למשפטים בירושלים ביום 17.11.68.

** שופט בית המשפט העליון.

1 ועיין במאמרו של מוהיס כהן *Rule versus Discretion* (1914) 11, *Journal of Philosophy* 208.

המעטות שלנו — מושגי היסוד המשפטיים הידועים למחשבה המשפטית היטב מאז ומתמיד, ולהתאים את המבנה כלו להתפתחות החברתית והכלכלית המתקיימת מחוץ לשטח המשפט. ואם ישנה התקדמות כלשהי בתהליך זה, הרי היא לכל היותר בחזרה על אותן תופעות בצורה יותר משוכללת או אולי יותר מסובכת, כסבוכיהם של חיי החברה והכלכלה.

אני מדבר על המשפט הישראלי החלוני, וגם במלה 'הלכה' אני משתמש כאן במש- מעותה החלונית, כדרך שאנו נוהגים לדבר על פסיקת הלכות בבתי המשפט שלנו. זוהי שיטת משפט המאפשרת התפתחות חופשית בחקיקה ובפסיקה, כרצון מעצבית של המדיניות המשפטית, להבדיל משיטת המשפט העברי הנתונה במסגרת הנוקשה של תורה למשה מסיני והנוטה לקביעת שעורין ומדות מוגדרים בהלכה. השופט זילברג הסביר בספרו "כך דרכו של תלמוד" ² נטיה זו של המשפט העברי באופיו כמדריך להתנהגותו של אדם, המצריך קביעת כללים מפורטים מלכתחילה ואינו יכול להסתפק בפסיקה בדיעבד, אחרי שכבר פרץ הסכסוך. לאמיתו של דבר גם שיטה זו אינה סטטית ובלחץ המציאות היא מסוגלת לפרוץ את המסגרת באמצעים משלה וגם בפסיקה האינדוקטיבית יכול הפוסק לנהוג מידה של חרות בעזרת השמוש באומדנות למיניהן. סבות הנוצרות בהיסטוריה המודרנית של ארץ-ישראל גרמו לכך ששיטת המשפט הכללית של מדינת ישראל שייכת לעולם המשפט המקובל האנגלי, ממנו ירשנו גם את משקלה הרב של פסיקת בתי המשפט בפיתוח המשפט. מגמה זו לא פחתה כלל במשך עשרים השנים שחלפו מאז הקמת המדינה. לפי שיטה זו הלכה יכולה להיות יציר המחוקק — חוק חרות — או יציר השופטים; ואילו שקול הדעת הוא התחום המיוחד לשופטים והוא משמש להם כמכשיר לפרשנות החוק החרות וגם ליצירה עצמאית של הלכות שופטים בענינים הקונקרטיים הבאים בפני בית המשפט, שם מתקיים המגע הישיר בין המשפט לבין "צרכניו", the consumers of the law, בלשון פרופ' אדמונד כהן המנות. בכל פסיקה כזאת טמון הורע של הכללה יתחייב או לפחות תדריך את בתי המשפט במקרים דומים אשר יבואו בפניהם בעתיד. זהו תהליך מתמיד של התהוות משפט חדש בדרך האינדוקציה מן הפרט אל הכלל, על-ידי הפיכת שאלות של עובדה לשאלות של חוק. ענין הבא בפני בית המשפט, ואין הלכה ברורה החלה עליו, מצריך את הפעלת שקול דעתו של השופט. אולם תהליך זה של התהוות המשפט תוך כדי פסיקה מחייב ששקול הדעת יופעל לא רק כדי למצוא תשובה צודקת, מספקת ומספקת את המקרה הקונקרטי. אמנם זו הדרישה הראשונית — הייתי אומר הפרימיטיבית — מעין שפיטת זקני העיר היושבים בשער. אבל תמיד יזכור השופט ש"מקרים קשים מולידים הלכה גרועה", ועליו להפנות את מבטו גם אחורנית וגם קדימה: פסיקתו חייבת להשתלב במסכת הפסיקה הקיימת מלפני כן ועם זאת עליה להוות יסוד לעשיית משפט במקרים דומים שיבואו בעתיד. פסיקה שאינה עומדת במבחן משולש זה של עקביות: צדק במקרה הקונקרטי, השתלבות בפסיקה קודמת ויסוד לפסיקה בעתיד — אינה אלא שרירות וסופה חוסר יציבות במידה שאין לשאתה. היוצא מזה שיצירת משפט בדרך השיפוט לא תתואר ללא מידה של התחשבות במה שכבר נפסק בעבר. תורת התקדים המחייב אינה אלא ביטוי קצוני של הכרח זה. הרי כבר למדנו שגם בשיטת

ה"stare decisis" הנוקשה אפשר להשיג את המידת הדרושה של גמישות, על ידי הפעלת אמצעים כוונים, ובראשם אמנות או אומנות האבחון, ומצד שני גם שיטות שאינן מכירות בתוקפו המחייב של התקדים שומרות למעשה על עקביות בפסיקה — כך שהוכוח הנצחי בעד ונגד ה"stare decisis" כמעט והוא בטל משמעות מעשית.

יודע אני שרעיונות אלה אינם מקוריים וכן יודע אני שיש השוללים אותם בשתי שיטות המשפט הגדולות המתרוצצות בקרבנו: גם בשיטת המשפט המקובל האנגלי וגם בשיטת המשפט הציוילי. במשפט המקובל שלטה בעבר התאוריה הדקלרטיבית, שלפיה השופטים אינם יוצרים משפט חדש על-ידי תקדימיהם אלא רק מצהירים על המשפט שהיה קיים עוד מקדמת דנא, בכח אם לא בפועל. אולי עוד יבוא יום ותאוריה זו שוב תהיה "באופנה", אבל כיום מודים הכל או כמעט הכל שאין פיקציה גדולה מזו; ואין צורך להאריך בזה. יותר רציניות הן השגותיהם של הציויליסטים. בשיטה של חוק חרות (lex scripta) — כך הם טוענים — אין לשיקול דעתו של השופט כל מקום לחול: הכל כתוב או לפחות משתמע מן הכתוב או שאפשר ללמוד מן הכתוב הכל בדרך ההקש (האנלוגיה). אם אמנם דעה זו נכונה, אין גם מקום לשיטת התקדים השופטי, אם בצורתו הקצונית של ה"stare decisis" ואם בכל צורה אחרת, כי השופט — וכל שופט בפני עצמו — חייב לחזור תמיד אל הטקסט של החוק החרות ויש הוא ימצא ממילא את הדין הנכון והאמיתי. ואם תוך כדי חפוש אחרי אמת זו יתגלו חלוקי דעות בין השופטים, יכריזו-נא כל שופט על האמת שלו ואל יבטל את דעתו מפני דעת אחרים, ואף לא מפני בתי-משפט היושבים לערעור על החלטותיו. קולות אלה גברו אצלנו מאז חקיקת הסעיף 33 של חוק בתי המשפט. פרופסור סדסקי, שכלנו חייבים לו תודה על מחקרו עתיר-הרעיונות "על הלכת התקדים המחייב"³ חזר לנושא זה במאמרו "הלכת התקדים בזמן האחרון"⁴ והוא משיג שם על פרשנות השופט זילברג שבקש להגן על יציבות ההלכה השפוטית באומרו כי:

"הוראת סעיף 33(ב) מתירה רק את רצונות התקדים, אך אינה מבטלת אותו כליל. לא רצה המחוקק הישראלי, כי בית-המשפט העליון יהא פטורלגמרימעול-מלכות תקדים וכל אחד משופטיו — כתוצאה מכך — יעשה שבת לעצמו... שאם גלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ'בית-משפט' ל'בית-שופטים', איך כמספר חבריו מספר דעותיו".

כוונת הדברים ברורה: אמנם אין עוד לתקדים כח מחייב, אבל אין זאת אומרת שאול כחו לחלוטין, כאילו לא היה קיים כלל. פרופסור סדסקי משיב על כך שהיה מקום לתוצאותה "כבהילות" איתו חווה השופט זילברג:

"(א) אילו לא היו קיימים דינים שעל פיהם צריכים לפסוק; (ב) אילו בכל משפט הנידון בבית-המשפט העליון היה יושב ופוסק שופט אחד בלבד; (ג) אילו היה המדובר באיסור להתחשב בתקדימים ולא באי-חובה ללכת בעקבותיהם".

גימט המאמר כלו היא קריאת השופטים לסדר, שיידעו את מקומם ויקיימו את מצוות המחוקק "בכנות ובנאמנות".

3 מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שניה, עמ' 92.

4 הפרקליט, כרך כ"ב, עמ' 320.

בעמדי במקום זה, בגוב האריות האקדמיים, ברצוני למסור מודעה שאני בין אלה המאמינים שהפסיקה והבקורת האקדמית חייבות ללכת יד ביד. כשם שהאקדמאים זקוקים לשופטים שיספקו להם את חומר הגלם שלהם, כן אנו השופטים מפקים תועלת רבה מן הבקורת המומחית של האקדמאי המחזיר אותנו מדי פעם אל דרך הישר. אך יורשה לי להנות הפעם מחופש הוכוח האקדמי כדי לומר כמה מלים של תגובה על התקפה נמרצת זו. אקדים ואומר שכשלעצמי אני באמת חושב את הסעיף 33 של חוק בתי המשפט כלו למיותר. על כך נאמרו לדעתי דברים נכונים על-ידי ד"ר הכס במאמרו "הזיקה לתקדים" ס"ק (א) של הסעיף, ביחס לחובת בתי המשפט להנחות את עצמם על-ידי הלכה שנפסקה בבית משפט יותר גבוה, אינו מחדש דבר לעומת המצב ששרר למעשה, אם כי לא להלכה, קודם לחוק בתי המשפט. ס"ק (ב) בא כידוע לבטל את הצהרת המדיניות של בית המשפט העליון בענין ראם נ. שרי-האדצר.⁵ הצהרה זו השאירה, בנסוחה הזהיר, די פתחי נסיגה לשם שינוי ההלכה כל אימת שייראה צורך בכך. ואם היה מתברר במרוצת הזמן שהצהרה זו טעונה שינוי, כלה או מקצתה, היה בית המשפט עצמו יכול לחולל שינוי זה, כשם שעשה בית הלורדים באנגליה לא מכבר (ועדיין שאלה היא אם השינוי הפרוגרמטי בבית הלורדים שינה שם את דרכי הפסיקה לגופו). השגתי העקרונית על הסעיף 33(ב) היא שאמנם הכנסת היא כלי-יכולה וכאשר היא קובעת לבתי המשפט מה לפסוק, על השופט לציית לדבריה. אכן, היא יכולה להורות לשופט גם כי צד לפסוק, אבל אני מעז לומר שמוטב היה אילו נמנעה מלנגוע כך בתהליך השפוט. אם קיים דבר הקרוי למען הקצור חקיקה שפוטית, מוטב שבתי המשפט בתור מעין מחוקקי-משנה ייהנו בתחום זה מאוטונומיה ויקבעו לעצמם את דרכי חקיקתם, כי הם האחראים לטיבה ולחקינותה של חקיקה זו. אבל משנחקק הסעיף 33(ב), ברור שעל בתי המשפט לקיים גם אותו ככתבו וכרוחו. אך מה משימענו הסעיף הזה? פרופסור טדסקי גורס כי "משמעות של ממש נודעת לסעיף 33(ב) אך ורק אם מפרשים אותו כאיסור לזיקה עצמית".

לעניות דעתי, איסור בודאי שאין כאן. לא נאמר בסעיף 33(ב) "אל תכבד תקדימים", אלא נאמר בו: "אינך חייב לכבד תקדימים". ואמנם מסביר פרופסור טדסקי להלן, וזה לשונו:

"... לא נאמר על ידי המחוקק או על ידי הפרשנים שאסור לשופטים להתחשב בתקדימים — בכל נמוקיהם המצדיקים את ההחלטה, ואף, במידה מסוימת, בעצם קיומם: *ceteris paribus* יבכר כל שופט, ובצדק, הכרעה בהתאם לתקדימים על פני הכרעה אחרת. גם אם אינם מחייבים אותו כלל וכלל".

אך אם כן הדבר — ואני מסכים, שכן הוא: שעצם קיום התקדים יכול להוות גורם מכריע בפסיקתו של השופט *ceteris paribus*, כלומר (כך אני מבין ביטוי זה) כאשר הוא סבור שלבעיה העומדת לפניו פנים לכאן ולכאן — אם כן הדבר, מה עוד נשאר מ"איסור הזיקה העצמית"? הרי הצעד המכריע להתרת האיסור הזה כבר נעשה, אם מותר לשופט להביא את עצם קיום התקדים בחשבון שקוליו, בלי שיהא חייב בכל מקרה

5 מחקר משפט לזכר אברהם רחנמל, עמ' 162.

6 ח' פד"י, 494.

להתחיל מבראשית ולמצוא את פתרונו שלו לבעיה, תוך התעלמות גמורה מקיום התקדים. כמובן, עדיין יתכנו מקרים, בהם יהיה בית-המשפט משוכנע שהתקדים אינו נכון ומן ההכרח לשנותו. אך לאלה נמצאה, בדרך כלל, תקנה גם בשיטה נוקשה של כיבוד התקדימים, כפי שכבר הערתי.

אילו נהג בית-המשפט העליון באדיקות בדרך "איסור הזיקה העצמית", היתה הפסיקה מגיעה עד מהרה למצב של תהו ובהו גמור. אילו יישב בית-המשפט תמיד בהרכב מלא, היינו לפחות יודעים מדי פעם מה המצב האחרון בתנודות הפסיקה. אבל כל נשכח שהוא יושב בדרך כלל בהרכב מצומצם של שלושה, וחלוקי הדעות היו מתרבים, הכל לפי ההרכב היושב לדין. השופט ויתקון כבר העיר במאמרו *Some Reflections on Judicial Law-making*⁷ שאין פתרון מושלם לקושי הנעוץ בכך, אבל לפחות נוכל להקטינו על-ידי התחשבות ראויה בהלכה שכבר נפסקה על-ידי הרכב אחר. אם לא נעשה כן, גם נעמיד את הערכאות הנמוכות יותר במצב בלתי-נסבל; אותן מחייבת הלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון, ומה יעשו, כאשר נפסקות שם הלכות סותרות? עצם הניסוח של סעיף 33(ב) מראה שהמחוקק לא העלה על דעתו כי יתכן מצב כזה. כורח המציאות הזאת הביא לידי יצירת נוהג בבית-המשפט העליון לפיו הרכב של חמישה או יותר מיישב חלוקי דעות שהתעוררו בהרכבים של שלשה. גם כאן יאמר בודאי מי שיאמר שאין בסיס לנוהג זה בחוק החרות.

אומר לנו פרופסור טדסקי שהעד אינו כה נורא כי הרי בית-המשפט העליון אינו יושב בדרך כלל בדין יחיד. אך לדעתי, איפכא מסתברא: כל עוד שופט אחד מבין שלשה נוהג חרות גמורה בהלכה שנפסקה קודם לכן, הוא נשאר במעוט. הוא מטלטל את הסירה, אבל עדיין אין היא מתהפכת על פיה. אך אם אמנם קיים "איסור הזיקה העצמית", חייבים גם שני חבריו לעשות כמוהו ובכך באמת יוצר מצב של "לית דין מרוב דיינים". לשם הבהרה אעיר כאן: בפסק-דין שנתתי בבית-המשפט המחוזי בחיפה בשנת 1950⁸ עמדתי על כך שלפי המשפט הפוזיטיבי של מדינת ישראל עקרון התקדים הוא עצמו אינו נמנה על המקורות הפורמליים של המשפט. באו שונה החוק הפוזיטיבי באשר לבתי-משפט השלום והמחוזיים בתוקף הסעיף 33(א) של חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957. אבל גם לגבי בית-המשפט העליון עדיין נכון הוא שאף ללא הוראה פוזיטיבית כזאת פסיקתו יוצרת הלכה שפוטית בדרכים משלה, והלכה זו היא עצמה הגה ללא ספק אחד ממקורות המשפט בישראל.

ומכאן להשגתו העיקרית של פרופ' טדסקי על דברי השופט זילברג, והיא כי קיימים דינים שעל פיהם צריכים לפסוק. זה מעין הד מודרני לדברי יוסטיניאנוס קיסר "Non exemplis sed legibus iudicandum est". אבל מה נעשה ושום שיטה משפטית שבעולם עדיין לא הגיעה להגשמת האידיאל הזה שאינו אלא אשליה יפה. כאשר החוק החרות ברור לחלוטין, אין קושי לפסוק בסכסוך על פיו ומלכתחילה לא היה הסכסוך צריך להגיע להכרעה שפוטית. הקושי מתחיל כאשר החוק החרות אינו חד-משמעי, ומקרים אלה דוקא דורשים את הכרעתם של בתי-המשפט בערכאות הגבוהות. כי לפסוק פרושו לברור והכרעה דורשת שקול דעת, כלומר שקילת גורמים שונים אלה כנגד

7 475, 2, *Isr. L.R.* (1967).

8 ע"א 17/50 זבל ג. לגורוביץ ואח', ג' פ"מ, תמצית, 33.

אלה – שמוש ב־*discretio*, מלשון *discernere* – להבחין, דהיינו להבחין תרתי משמע – להבחין בגורמים החשובים לפתרון ולהבחין בין אלה הגוברים על האחרים. וגם כאשר אנו משתמשים במכשיר הפרשנות של ההקש, (האנלוגיה), בו שמים הציוילסטים את עיקר מבטחם, מתברר עד מהרה שעל פי רוב קיימים שני הקשים אפשריים ועל השופט לבחור ביניהם. ומה בדבר אותם שטחים נרחבים במשפט שעדיין אינם מכוסים על-ידי שום חוק חרות? לדוגמה, חלקים חשובים של המשפט המינהלי שלנו פותחו על ידי בית-המשפט העליון על פי עקרונות כלליים של צדק ויושר, אי-הפליה וחוסר משוא-פנים והגינות בדרכי הדיון – כל אלה ללא שום משענת בחוק החרות. ומה בדבר בעית הליקויים (הלקונות) בחוק, שהנה בעית מיון כה מסובכת במשפט שלנו? לענין זה הציע פרופסור טדסקי במחקרו המעמיק על נושא זה כי:

”יש לקבוע ממצא ליקויים במקורות המשפטיים המקומיים – לפי מובנם המצומצם – כל פעם שמקורות אלה לא יספקו אבן בוחן, או אבן בוחן מדויקת כל צרכה, לשם פתרון מקרה מסוים, ואילו הסדר שלילי גרידא אינו נראה כנובע מסתמא מתוך המקורות הנזכרים.”

כיצד ניתן למלא תפקיד קשה זה בעזרת הדינים עצמם כש־*ex definitione* אלה אינם מספקים לשופט אבן בוחן? אכן, ככל שמתרחב תחום החוק החרות, מתקיים השמוש בשקול דעתו של השופט בתוך גבולות אותו חוק פנימה ומצטמצם השטח הפתוח להפעלת שקול דעתו של השופט בדרך החקיקה השפוטית העצמאית. ולא עוד אלא ההלכה השפוטית שדרכיה לא פעם דרכי פיתולים ונסתולים, תוך גישוש זהיר ממקרה למקרה אל פתרונות כלליים יותר, ותוך התפתחות אורגנית המביאה לדלדול אברים חלושים ולחזוקם של אלה שיש בהם חיות – הלכה זו היא שדה נסויים נוח לשם רכישת נסיון לקראת חקיקת חוק חרות, כמו, למשל, בחקיקת החוקים המסחריים באנגליה. אבל גם אחרי חקיקה כזאת הזורים בתי-המשפט ואורגים מחדש את מסכת הפרשנות שלהם מסביב לסעיפי החוק החרות או בתוך הסדקים שבו (*interstitially*), כמימרתו המפורסמת של השופט הולמס. המחוקק הישראלי מעודד את התהליך הזה בנסחו את סעיפו בלשון כללית, ללא נסיון של פתרונות קוואיסיטיים, ויש והוא ממש מזמין את השופט אל בין הסדקים ושומר לו במפורש בקעה להתגדר בה. כוונתי לסעיפים המפנים את השופט למושגים של תום לב, של נאמנות ושל התנהגות סבירה, כמו בחוק השליחות, תשכ”ה–1965, סעיפים 5, 8, 11, חוק השומרים, תשכ”ז–1967, סעיף 6, חוק המכר, תשכ”ח–1968, סעיפים 5, 6, ומי, למשל, יקבע לנו לפי סעיף 5(ג) של חוק המתנה, תשכ”ח–1968, אם לנותן המתנה מותר לחזור מהתחייבותו מפני התנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן משפחתו או מפני הרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן? הרי זה שוב בית-המשפט על פי שקול דעתו. כן הוא במונחות מן העובדות לפי חוק הירושה, תשכ”ה–1965, ובתנאים מגבילים לפי חוק החווים האחידים, תשכ”ד–1964, שם הסתפק המחוקק במתן הנחיות כלליות מאד לבתי-המשפט ואלה חייבים למלא מסגרת זו תוכן ממשי על פי שקול דעתם. בהוראות כאלה כאילו נואש המחוקק מן הנסיון של הגדרה יותר מדויקת בענינים המשתייכים על פי מהותם לתחום המדיניות החקיקתית, והוא סומך על תבונתם של השופטים שאלה

ימצאו את הפתרון הצודק לכל מקרה. במידה שהוראות כאלה נובעות מן הרצון לשמור על גמישות במציאת פתרונות פרגמטיים, יש לברך על תופעה זו ונוכל לראות בהן הבעת אמון בבת־המשפט. אבל לעתים מתגנב הספק ללב, שמא בקש המחוקק להתחמק מהכרעות ברורות בשאלות של מדיניות, שעליהן חייב הוא עצמו לתת את תשובתו, והעברת התפקיד לבית־המשפט גורמת מבוכה. כדוגמא לכך אזכיר את הסעיף 37 של חוק הגנת הדייר, תשט"ו–1954, שסיבך את בת־המשפט עד כה בנסיונות סרק להגדיר מהו אותו "צדק ישראלי" שבכחו למנוע מתן צו־פינוי.

כל הסוגיה הזאת של פיתוח ההלכה השפוטית מקבלת אצלנו משנה חשיבות ומשנה חריפות אחרי הנתוק – או לפחות הניתוק החלקי – ממקורות המשפט המקובל שחל בפסיקה שלנו החל בענין כוכבי נ. בקר י"ג. זה נושא חשוב בפני עצמו וטרם נאמרה בו המלה האחרונה. לעת עתה יש, לעניות דעתי, קצת הגזמה בקביעתו הנוצרת של ד"ר ידין כי "סימן 46 ואתו 'עיקרי המשפט המקובל והלכות דיני היושר הנוהגים באנגליה' (כלשון אותו סימן) הדלו מהיות חלק מהמשפט הפוזיטיבי – המחייב של הארץ". לא נוכל למהות כך הוראה מפורשת מספר החוקים שלנו. בודאי לא תופתעו לשמוע שאני מעדיף את הנוסחה שלי בענין כוכבי נ. בקר כי בית המשפט הישראלי אינו חייב ללכת בעקבות ההלכה האנגלית שנפסקה לפני קום המדינה, אלא אם עמדה מקודם במבחן הכפול של סימן 46 ושל סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח–1948. בין כה ובין כה הרימה ספינת הפסיקה הישראלית את העוגן האנגלי ועליה להפליג ללב ים בכוחות עצמה. אין לה מעתה מצפן אחר אלא החוק החרות ובמידה שזה אינו מספק את התשובה, שקול דעתם של בת־המשפט, שעליהם ליצור את המשפט המקובל הישראלי החדש. זאת משימה רבת־אהריות אבל בל נבהל ממנה. קטנו מאבותינו ומגדולי המשפט האנגלי, אך לא לעולם נוכל להדריך את עצמנו על פי דברים שיצאו מפיהם של שופטים אנגליים במאה ה־19, ה־18 וה־17, ועל כרחנו נצטרך לעשות כמוהם ולהשתתף ביצירת ההלכה לפי צרכי המאה העשרים כאן במדינת ישראל.

ב

את הפרק הבא בהרצאתי זו ברצוני להקדיש לסקירה חטופה, "כל אשר יעלה המולג", של כמה סוגיות בפסיקה שלנו, על כנת לעמוד על מקומה "הטופוגרפי" של שיטת המשפט הישראלית בימינו באותה תנועה בלתי־פוסקת בין שקול דעת והלכה עליה דברתי בתחילת דברי. גם בפרק זה לא אביא דברים חדשים; לכל היותר אאיר את הישגים מזוית אחרת. מיד נווכח שאין תשובה אחידה לשאלה שלנו, כי ישנם ענפי משפט שמטבעם דורשים הלכה קבועה ומוגדרת ויש מהם הדורשים שקול דעת יותר רחב. באלה הראשונים רצויה הלכה נוקשה ומכנית יותר, מעין החוק החרות, כשהפסיקה היא בבחינת שלב נסויי מוקדם לקראת קודיפיקציה בעתיד; ואילו באלה האחרונים חייבת הפסיקה לשמור על גמישותה שמא תיפגע בהסתיידות העורקים. כי הרי סכנת הסתיידות רובצת תמיד לפתחה של ההלכה השפוטית: תחום שקול הדעת מצטמצם

10 ע"א 81/55, י"א סד"י, 225.

11 כיצד יפורש חוק השומרים, הפרקליט, כרך כ"ד, עמ' 493.

12 שם, בעמ' 246.

והולך, כי החלטה הניתנת היום על פי שקול דעתו של השופט הופכת מחר להלכה מחייבת וכך מסתעפת ומשתרגת ההלכה, עד שמגיעה שעת המהפכה – התמוטטות מגדל החול, ואחריה התחלה חדשה: חידוש פני ההלכה על-ידי בתי-המשפט עצמם או בעזרת המחוקק המשתחרר אותם מן הכבלים שהניחו הם עצמם על ידיהם.

המגמה השלטת כיום בפסיקה בענפים חשובים של המשפט הישראלי היא ללא ספק ליתר שקול דעת. מגמה זו בולטת במיוחד בדיני הנוזיקין. כאן במיוחד נכונה אימרתו של קרדונו:

“There are few rules; there are chiefly standards and degrees”¹³

אנו עוסקים בהתנהגותו של אדם כלפי הזולת הנשפטת לאחר מעשה על-ידי בית-המשפט, והעושר הבלתי-נדלה של תופעות החיים אינו נתפש לאחר מעשה בקטגוריות מוגדרות. לשם כך אין לנו אלא אמות מבחן כלליות לגמרי, ובראש ובראשונה אמת המבחן של האדם הסביר שעל פיו אנו מודדים את מושג הרשלנות, המולך בכיסה בדיני הנוזיקין של ימינו. לא תמיד היה זה כך. זכורני, כאשר למדתי דיני נוזיקין, והיה זה לפני *Donoghue v. Stevenson*,¹⁴ עדיין קיים המרצה דיון ארוך על כך, אם אפשר לראות בגרם נזק ברשלנות אחד ממעשי הנוזיקין הידועים לחוק. בפקודת הנוזיקין שלנו קבלנו את דיני הנוזיקין האנגליים כמצבם בתחילת שנות הארבעים, כאילו נעצרה בשבילנו מכונת ההקרנה, בעוד שבאנגליה עצמה היא ממשיכה לפעול ולהקרין תמונות חדשות שאינן מיועדות לנו. למזלנו עוד הספיקה ההחלטה ב-*Donoghue v. Stevenson* להקלט במסגרת הפקודה, אמנם בתוספת ההבחנה בין מוזמן ובר-רשות במקרקעין, שנעלמה באנגליה עצמה מאז ה-*Occupiers Liability Act, 1957*. אבל די לנו בעקרון הכללי של הסעיפים 35–37 כדי להתחרר בהדרגה מן ההבחנות המלאכותיות ההן ולהטיל את האחריות ברשלנות על יחסי 'רעות' חדשים כדי לספק צרכים חדשים הראויים למתן תרופה בנוזיקין, למשל בענין וינשטיין נ. קרימה¹⁵ ובענין קורנפלד נ. שטאלוב¹⁶. כן למדנו לדעת את היחסיות של מושגים שיש בהם אשליה של הגדרה ברורה, כגון הדברים המסוכנים שבסעיף 38¹⁷, או לאחרונה דיני שליחות בנוזיקין¹⁸, שם קורא בית-המשפט לעזרה את "גאוניותו המיוחדת של משפטנו כדי להפעיל, בדרך מסויימת של ודאות, מושגים אשר לא ניתן להגדירם בדיוק". לדעתי טרם הסתיים תהליך זה של התפוררות הלכות נוקשות שנחשבו לבלתי-משתנות, וקביעת רמות התנהגות כלליות תחתן. הרי ציפיתו של האדם הסביר היא עצמה אינה אלא היפותיזה ומתחת למלים שאדם סביר צריך היה... לראות מראש מסתתרת אבסטרקציה שניה, נוספת על זו של האדם הסביר עצמו. על כן יכולים להיות מקרים שאדם יהא פטור מאחריות מחמת רשלנות, אם כי היה יכול לצפות את הנזק שנגרם, ואולי גם אחרים

The Nature of the Judicial Process, p. 161 13

[1932] A.C. 562 14

15 סעיף 50 לסי הנוסח הקודם.

16 המ' 106/54, ח' פד"י, 1317.

17 ע"א 451/66, כ"א פד"י, (1), 310.

18 סעיף 51 לסי הנוסח הקודם.

19 ע"א 376/65, כ' פד"י, (1), 414, בעקבות ע"פ 74/62 פישמן נ. היוזמה"ש, י"ז פד"י, 1478.

20 ע"א 413/67 קשאני נ. "רסקר" ואח', כ"ב פד"י, (2), 455.

בהם תוטל האחריות, אם כי גם אדם סביר לא היה יכול לצפות את הנזק מראש. כן נמשך בספרות הוכחות על עצם מושג הצפיות כיסוד לאחריות ברשלנות, כמו שהראו הנשיא, השופט אגרנט בענין סימון נ. מנשה²¹ וד"ר אנגלרד במאמרו החשוב על היקף האחריות והקשר הסיבתי בנויקין²². וכן מיטשטש הגבולות בין נזק גשמי לבין נזק בלתי גשמי, ולבסוף גם בין עצם האחריות לבין ריחוק הנזק, כי מה בעצם ההבדל בין שחרורו של אדם מאחריות מפני שלא היתה עליו חובה למנוע נזק מסוים, לבין שחרורו מפני שאותו נזק נחשב כמרוחק מדי²³ ועוד: באנגליה קמו עוררין גם על ההבחנה בין גרם נזק ברשלנות ובין גרם נזק על ידי מטרד, ויכול להיות ששתי עוללות אלה תתמוגנה בסופו של דבר. אנו לא נוכל להגיע לכך, כל עוד קיימת ההבחנה בין השתיים בסעיפי הפקודה שלנו. מכל מקום, גוסיף לצעוד לקראת ערעור בטחון מדומה והתחלות חדשות בשטח זה של המשפט, ופרוש הדבר יתר שקול דעת לשופט בהתאמת הענין הנדון לפניו לרמת ההתנהגות הדרושה. נסתדל-נא לשמור על גמישות חדשה זו ואל ננסה להגדיר מחדש בהלכות מכניות דברים שהגדרות כאלה אינן יפות להם. יצוין ששיטות משפט אשר צמחו על קרקע המשפט הרומי, עם הדגשתן הרבה על החוק החרות, אלה דוקא נמנעות באופן קצוני מכל נסיון של פרוט בדיני נזיקין, אלא דוקא מסתפקות בהדרכה כללית ביותר לבתי המשפט בסעיפי חוק ספורים המכילים רק עקרונות יסוד. שיטות אלה עדיפות בעיני מן הנסיונות של קודיפיקציה מפורטת בשטח זה, כגון ה-Restatement האמריקני, בהם יש סכנת התאבנות, במקום שהגמישות הכרחית. אך פישוט כזה לא יושג אצלנו כמלואו אלא בהתערבותו של המחוקק, שישחרר אותנו ממטת הסדום הסטטוטורית בה אנו נתונים. אני אומר מטת סדום, בהיותי נוטה לדעה שפקודת הנזיקים אינה מיתירה לקונות שבהן חוכל הפסיקה לפעול מעבר למסגרת הנתונה של הפקודה.

בדיני נזיקין מבקש המשפט להשתלט על תופעות החיים המשתנות וכפי שראינו ניתן לעשות זאת רק בפסיקה שיש עמה שקול דעת. שטח אחר בו ניכרת התפתחות מהלכה נוקשה אל שקול דעת חופשי הם דיני הראיות. גם כאן מתפוררים רבים מן המחסומים שהקים המשפט המקובל, ותחת כללים קבועים ועומדים באה יחסיות חדשה הסומכת על שקול דעתו של השופט. לכדנו שמידת ההוכחה הדרושה שונה לא רק במשפט פלילי ובמשפט אזרחי, אלא שגם בתוך המשפט הפלילי עצמו יחול דרוג – שמידת ההוכחה המוטלת על התביעה עלולה להיות גדולה יותר ככל שהעבירה בה הואשם הנאשם חמורה יותר²⁴. וכן גיבעו פרצות חדשות בכללים לפסילת ראיות שנחשבו עד כה כטפוסיים לדיני הראיות במשפט המקובל. לדוגמה, ענין שיוכין נ. הייעץ המשפטי²⁵ חידש לנו שהרלבנטיות של מעשים דומים כהוכחה במשפט פלילי תלויה בשקילת ערכן ההוכחתי כנגד סכנת קפוח הנאשם – הכל לפי שקול דעתו של השופט. ולאחרונה, בטול דרישת הסיוע בתביעה אזרחית לפי סעיף 6 הישן של פקודת העדות, בחוק לתיקון

21 ע"א 23/61 י"ז פד"י, 449, 465 ואילך.

22 מחקרי משפט לזכר אברהם רחנשל, עמ' 55.

23 והשווה 67 L.Q.R. 567 (1960), Goodhart, Liability and Compensation.

24 ע"פ 232/55 הייעץ המשפטי נ. גרינולד, י"ב פד"י, 2017, 2063 ואילך. בעקבות Baker v. Baker.

25 ע"פ 265/64 י"ט פד"י, (3), 447, 421.

דיני הראיות, תשכ"ח–1968, שעמו נעשה צעד מכריע לקראת השלמת השיטה של הערכת ראיות חופשית.

אך עדיין ישנן סוגיות שבהן חייב שקול הדעת החופשי של השופט בהערכת הראיות לסגת בפני גורמים אחרים העדיפים ממנו. כדוגמא לכך ישמש הצורך בסיוע לעדות יזוהף לעבירה ובעבירות מיניות ופרשת ה"דבר-מה" לתמיכת הודאתו של הנאשם. אמת נכון הדבר, יש הרבה מן המלאכותי בכללים אלה, ויותר מעברייני אחד נהנה מהם ויצא זכאי מחוסר סיוע, אם כי בית-המשפט היה משוכנע באמיתות העדות של העד היחיד. ובכל זאת אני מצדיק את מידת הנוקשות הזאת, כי היא דרושה כדי לשמור על השופט מכשלונות בהערכה היובית של עדות. החייבת לעולם להיות חשודה מטבע ברייתו.

בגוד לענפי משפט שענינם תופעות החיים עצמם דורשים אותם ענפים, שהם מעיקרו של דבר פרי הקונסטרוקציה המחשבתית של המשפטן, הלכות ברורות ומוגדרות. סדרי הדין טפוסיים לאלה, בהיותם המסגרת הפורמלית שבה מתקיים בירור הדין, ועל כן ענינו של המחוקק הוא לעצבם כפי שעולה הרצון מלפניו. כאן, בסדרי הדין, העיקר הוא הסדר הקבוע מראש, על מנת שהדין יתקיים באפיקים ברורים, והתוכן פחות חשוב מאשר הצורה המבטיחה את יציבות המסגרת. השמוש בשקול דעתו של השופט בא כן תדיר כמעשה חסד, לא בתורת כלל אלא כדי לרכך את חומרתו של הכלל. בכך מתנגשת דרישת הצדק למתדיין שנכשל עם המגמה החנוכית להמריץ את צבור המתדיינים כלו שיקפיד על שמירת המסגרת.

גם דיני הקניין וחלקים מדיני המסחר מקורם בקונסטרוקציה המשפטית, כי הם בנויים על גבי מושגי יסוד, שאין להם קיום אלא בתפיסתו של המשפטן, הכופה את רצונו על המציאות. כמו שאמר Roscoe Pound במאמרו *The Theory of Judicial Decision*²⁴:

"... rules of law and legal conceptions which are applied mechanically are more adapted to property and to business transactions; standards where application proceeds upon intuition are more adapted to human conduct and to the conduct of enterprises... Standards, applied intuitively by court or jury or administrative officer, are devised for situations in which we are compelled to take circumstances into account; for classes of cases in which each case is to a large degree unique. For such cases we must rely on the common sense of the common man as to common things and the trained sense of the expert as to uncommon things... The method of intelligence is admirably adapted to the law of property and to commercial law, where one fee simple is like every other and no individuality of judicial product is called for as between one promissory note and another. On the other hand, in the hand-wrought product the specialized skill of the workman, depending upon familiar acquaintance with particular objects, gives us something infinitely more subtle than can be expressed in rules."

(1922/3) 36 H.L.R. p. 951,2 26

לכן, מפני שזכות קנין אחת היא בדיוק כמו זכות קנין אחרת, דרושה לדיני הקנין ההלכה המוגדרת, אם בחוק החרות ואם בדרך החקיקה השפוטית, שעליה רק לפרש ולהשלים את החסר, בלי להזקק לשקול דעת חופשי. אדגים זאת בדוגמה מן הפסיקה שלנו, בדבר מתן צוי מניעה, בה נעשתה הבחנה בין צו מניעה בתביעת נזיקין, הניתן לפי שקול דעתו של בית-המשפט, כאמור בסעיף 74 י"ל פקודת הנזיקין (סעיף 59 של הנוסח הישן), בעוד שצו מניעה לשם הגנה על זכות הקנין ניתן בדרך כלל כדבר שבשיגרה⁷⁴. הנימוק שניתן לכך הוא שאם כי צו-מניעה הוא מתרופות הצדק, הולך הצדק אחרי הדין, כשבית המשפט דן בזכות קנין. נדמה לי שאין זאת אלא סמנטיקה, וההצדקה המהותית לכלל בריא זה היא שזכויות קנין חייבות להיות יציבות ואין הן סובלות מתן תרופות על פי שקול דעת בלבד. בכלל, הגיע הזמן לשאול את עצמנו אם יש טעם לכל ההבחנה בין זכויות מן הדין וזכויות מן היושר כאילו הראשונות ראויות להלכה ברורה, בעוד שאלה האחרונות ראויות כביכול למידה גדולה יותר של שקול דעת. ולא עוד אלא לפעמים אנו מעלים לצורך זה גם את רוחות הרפאים של בתי-משפט של דין כנגד בית-דין של יושר, שעברו מן העולם באנגליה עצמה זה קרוב למאה שנה. כל מערכת הזכויות הקניניות מן היושר, כפי שפותחו בפסיקה שלנו, לוקה בחולשה יסודית שההכרה בזכויות אלה תלויה בשקול דעתו של בית-המשפט. זכויות קנין דורשות הגדרה ברורה וחד-משמעית וההכרה בהן צריכה להיות מכנית בעיקרה. שום מימרה מצלצלת שדיני היושר פועלים כלפי מצפוננו י"ל אדם אינה יכולה לערפל את הצורך הזה. התפתחות נכונה של הזכויות המכוננות זכויות מן היושר (וכיום אין אני רואה בכך יותר מאשר כינוי) צריכה איפוא להביא לגבוש דיניהן בדרך הפסיקה עצמה או בדרך החקיקה. מדוע, למשל, קיימים אצלנו דיני התיישנות ברורים לגבי זכויות במקרקעין בדרך כלל, אך זכויות מן היושר עדיין יוצאות מכלל זה, כי לפי סעיף 27, סיפא, של חוק ההתיישנות מוסיף גורלה של התביעה להיות תלוי גם בשיקולי שיהיו לפי הערכת השופט הדין בדבר? כן רצוי הוא, לדעתי, שבמקום דיני סדר העדיפות (priorities) הגמיישים בין בעלי זכויות מתחרות יבוואו כללים יותר מוגדרים שיסדירו את זכויותיהם של אלה על פי קריטריונים ברורים, כגון סדר הזמנים, תשלום המחיר וקבלת החזקה.

ימכיון שאנו עומדים בפרשת זכויות מן היושר וסעד מן הצדק, כאן המקום להאיר את הנושא שלנו לאור סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק לדון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד מן הצדק. סבורני שנוסחה זו בסעיף 7 י"ל חוק בתי-המשפט שנוצרה בצלמו של הסימן 43 לדבר המלך, בדבר בקשות ותחיות שההכרעה בהם דרושה לשם השלטת הצדק (for the administration of justice), גורמת לא פעם לתוצאות בלתי-רצויות. מקור הנוסחה הזאת הוא באופיו הפרווגטיבי של הסעד הניתן לאזרח בבתי-המשפט האנגליים נגד הכתר, ובהגבלות הדיוניות הכרוכות בסוגי הסעד ההיסטוריים הידועים. אמנם השתחררנו במידה רבה מן ההגבלות שהצורות המיושנות של ה-prerogative writs הטילו על סמכותו של בית-המשפט. אין אנו מוציאים עוד את מרצנו על ניתוח התכונות ההיסטוריות של מגדמוס, צרטיורדי ו"צו-איסור", כמו

27 ע"א 416/62 לוי נ. לוי, י"ז פד"י, 861, 865; ע"א 524/63 גולדמן נ. אלגרבלי, י"ח פד"י, (3), 74, 81.

שעשה בית-המשפט העליון שלנו בראשית דרכו. אבל עדיין נשארים טעמי הצדק המאפשרים לבג"צ לנהוג כמו החתן בספור הידוע, שאחרי ככלות הכל חוטמה של הכלה לא מצא חן בעיניו: אם כי העותר הוכיח את זכותו על פי דין, עדיין יכול בית-המשפט להשיב פניו ריקם, כי התערבותו אינה דרושה למען הצדק. ליתר דיוק: אין כל רע בכך שבית-המשפט קובע, למשל, כי מטעמי צדק לא יתערב בענינו של העותר מפני שהלה השהה את הגשת עתירתו או מפני שלא גילה את מלוא העובדות הידועות לו, או מפני שבית משפט אחר יכול לקיים דיון יותר מלא בענינו. גם זאת איננה אלא צורת דבור, כי החלטה כזאת מבוססת למעשה לא על איזה מושג היולי של צדק אלא על כללים הניתנים להגדרה. אך כנגד זה, אחת החולשות של מערכת המשפט שלנו בכלל היא שבחירת הפורום הנכון כרוכה לעתים בקשיים ומתדיינים חייבים לטרוח הרבה בחפז אחרי בית-המשפט או בית-הדין הנכון. לא מעט אשמים בכך טעמי הצדק הבלתי-מוגדרים שבפסיקת בית-המשפט הגבוה לצדק. קביעת הסמכות על-פי טעמי צדק אינה מרכה יציבות, ורבה המבוכה. כאן דרוש בדק בית יסודי, תוך מתן הכרה de iure לעובדה שבג"צ הוא בית-המשפט המינהלי שלנו וסמכותו צריכה להיות מוגדרת, והכלל השורר בו חייב להיות כמו בכל בית משפט אחר, שתרופותיו ניתנות ex debito iustitiae. אין להביא ראיה מסמכותו של בית-המשפט הפדרלי העליון בארצות הברית, היכול לברור לעצמו את הענינים בהם ירשה דיון בפניו, על ידי שיטת הצרטיורי הנהוגה שם. קיימת שם היררכיה של בתי-משפט אחרים, שבפניהם יכול האזרח להביא את עצומותיו, ובית-המשפט העליון הנו הערכאה האחרונה בהיררכיה זו; מה שאין כן אצלנו, שבית-המשפט העליון כבית-משפט גבוה לצדק יושב כערכאה יחידה ללא ערעור. מכל מקום, אפילו במשטר של שקול דעת לא יתכן שערכאה יחידה זו תסרב להכנס לדיון בעתירה, מפני שהנושא הוא לזרע לשופטים, אם כי הוא נמצא בגדר החוק הקיים. בדרך זו הופך שקול הדעת להמנעות מלדון לגוף הענין. ושוב אצטט את קרדוזו, המביא דוגמה מן ההווי הפוריטני: לא יתכן ששופט יסרב על פי שקול דעתו לדון בענין הנוגע לתאטרון מפני שלפי השקפתו חטא הוא לבקר בתאטרון. לנו אין פוריטנים, אבל שופטים בעלי השקפות חברתיות משלהם יש ויש גם אצלנו.

שיפוט על פי שקול דעת אסור לו שיהפך לשיפוט שרירותי. כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בדוק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק-הדין. הנמקה מלאה מהנכת את השופט למחשבה ברורה ולהעלאת נמוקיו – כולל תחושתו האינטואיטיבית, עליה דבר פאונד – מעל לסף תודעתו אל אור היום, על מנת שיעמדו למבחן הבקורת של דרגת הערעור, של אנשי המקצוע ושל הצבור כולו. אני רואה השג רב של הפסיקה שלנו בכך ששופטינו בכל בתי המשפט עומדים בחובה זו ופסקי הדין שלהם מנומקים, כפי שלא היו בדרך כלל בזמן המנדט. זו גם מעלתו המיוחדת של סדר הדין הפלילי שלנו, ובוה הוא עולה אף על הדיון הפלילי האנגלי, שם מסור גורלו של הנאשם להכרעותיו האור-קולריות של חבר המושבעים.

זה מביאני אל הכלל הגדול בדיני ערעור שבית-משפט לערעורים לא יתערב בענינים הנתונים לשקול דעתה של הדרגה הראשונה. בעצם אין זאת אלא טכניקה שפוטית להגבלת היקפה של התערבות דרגת הערעור, כדי שהערעור לא ייהפך לשמיעה מחדש

(rehearing). ככל שהחלטה של הדרגה הראשונה מנומקת יותר – "מדברת" יותר – גדלה האפשרות לחקוף את ההחלטה בערעור, אפילו היה זה בערכאה הראשונה ענין שבשקול דעת; כי אז פרוש הכלל של אי-התערבות אינו אלא זה שאם השקולים לכאן או לכאן נראים פחות או יותר מאוזנים, תושאר החלטה הערכאה הראשונה על כנה. וכן הכלל של אי-התערבות בשקול דעתה של הערכאה הראשונה במתן צוים זמניים: ההצדקה המהותית לכלל זה היא שצוים כאלה ניתנים על פי רוב ללא ברור העובדות עד תומן ומכיון שכך, גם דרגת הערעור אינה יכולה לרדת לסוף הדברים ומוטב, איפוא, שההחלטה תעמוד כמו שהיא אלא אם היא מופרכת על פניה. אבל כאשר אנו עוסקים, למשל, בקביעת מידת הפצויים במשפט נזיקין, ולפעמים בסכומים גדולים, אין זה רצוי שהערכאה הראשונה תסתתר מאחורי מסך של קביעת סכומים גלובליים שאינה ניתנת לבקורת בערעור. זו סוגיה השנויה במחלוקת בפסיקה בית המשפט העליון, וחלקי עם הגורסים שלמרות כל הגורמים של חוסר ודאות הכרוכים בהערכת הפצויים ועם כל ההטרדה לבית המשפט של ערעור הנדרש להכנס מחדש לבדיקת פרטי החשבון, אין ברירה אלא ללכת בדרך יסורים זו כדי לעשות צדק בין הצדדים. נדמה לי שגם בבתי המשפט באנגליה שדגלו בעבר, בהתאם לנטייתם הכללית, לקביעות גלובליות על פי שקול דעת בלתי מבוקר, מתחילה תוויה כזוון ההפוך.

אפשר לומר שסמכות הפקוח של בית-המשפט הגבוה לצדק על רשויות שפוטיות אחרות וגם על רשויות המינהל גם היא אינה אלא סמכות ערעורית, כי בית-המשפט דן בפסיקתה של הרשות המבוקרת, אם פסיקה פורמלית ואם מעין-פסיקה במובן שקילת אינטרסים נוגדים. קיימת השפעת גומלין בין היקף שקול דעתה של הרשות לבין מידת התערבותו של בית-המשפט, והנסיון מראה כי ככל שהדין או הפסיקה קובעים כללים מוגדרים יותר להתערבותו, כן הם מגבילים את שקול דעתה של הרשות שעל החלטה מערערים.

באשר להחלטות המינהל, המגמה היא, והייבט להיות, להבטיח לו מרחב פעולה מספיק כדי שיוכל למלא כראוי את תפקידיו בניהול עניני הצבור. אך לעתים ניכרת תפנית לקראת הגדרת הלכות המגבילות את חופש פעילותו של המינהל בענינים שהיו מקודם נתונים לשקול דעתו החופשי. למשל אזכיר את צמצום הלכת "אמפיטריטה" בדבר חופש השלטון המבצע להפר חוזים שעשה עם האזרח, על ידי הלכת השופט זוסמן בענין לילנד²⁹. דוגמא נוספת היא הפסיקה הענפה שהתפתחה לאחרונה בבג"צ על נושא המכרזים הצבוריים. אני רואה חיוב רב בהתפתחות זו, כי ברור שבמשק כשלנו נודעת לחוזים ממשלתיים ומוניציפליים חשיבות גדלה והולכת ובקורת שפוטית מוגברת וקביעת הלכות מפורטות, הבאה עמה, דרושות כתריס בפני סכנת הפליות והעדפות.

ג

אני עובר לדיון קצר (קצר מדי נוכח חשיבות הנושא) כגורמים המשפיעים על שקול הדעת השפוטית. מאנשי האסכולה הסוציולוגית במשפט למדנו את האמת שגורמים אלה מקורם במושגים ובערכים שמחוץ לשטח המשפט הפורמלי. קרדוזו³⁰ מונה בין אלה

29 בג"צ 311/60 מילר נ' שר התחבורה ואח', ט"ו פד"י, 1989.

30 שם, בעמ' 31, 30.

את השאיפה להגיון בהקמת השיטה המשפטית, כחות היסטוריים ומושגים מקובלים על צדק ומוסר, על הגיונות ועל תקנת הצבור. הכחות ההיסטוריים הם המוסיפים לשיטת משפט לאומית חיוניות, אך לעומת זאת הם בולמים התפתחות חופשית ונותנים למשפט את התכונה השמרנית הטפוסית שלו. המשפט הישראלי החלוני הוא משפט ללא שרשים היסטוריים משלו, בחינת אדם ללא צל. הוא מורכב מרברים שונים, ולכל אחד מאלה מקורות היסטוריים משלו. אבל ההיסטוריה אינה שלנו ויש משהו מלאכותי מאד ואף פסיתי בנסיונות המשפטיים שלנו להעלות פרטי פרטים מן ההיסטוריה המשפטית האנגלית מלפני דורות, על מנת שאלה יספקו לנו פתרונות לצרכי מדינת ישראל של היום. זו הבעיה הגדולה של המשפט הישראלי המודרני ורבים מאתנו — אף מן החילוניים שבינינו — כואבים את הכאב על כך שעד כה לא נמצאה דרך הסינתזה בין המשפט העברי כנכס תרבותנו הלאומית לבין דרישותיה של חברה מודרנית כשלנו. נושא זה חשוב מדי מכדי שאוסיף עליו נוסף משלי בהודמנות זו.

ועתה הערות מספר על פעולתו של הכח העיקרי הפועל מבחוץ על הפסיקה הישראלית, דהיינו אותם מושגים כלליים המקובלים בתודעת הצבור, שעליהם יש להוסיף את מושגי היסוד, גם הם לבר-משפטיים (אקסטרא-משפטיים), שעליהם מיוסדת שיטת המשפט שלנו — אלה המושגים המדריכים את שקול דעתו של השופט, כאשר שומה עליו לפרש חוק חרות סתום או לבור לו את דרכו בין אינטרסים משפטיים המתנגשים זה עם זה. יש והחוק החרות מחייב את השופט במפורש להזקק לאמות מידה חזוניות כאלה. כבר הוכרנו רמת ההתנהגות של האדם הסביר בדיני נזיקין הנקבעת על ידי השופט לפי מושגים כלליים על שכנות ורעות בין בני אדם; או טול את המשפט המסחרי, עד כמה שמקורו בנוהג בין הסוחרים והוא מוסיף להפנות את הפרשן אל אותו מקור. ושוב דוגמה אחרת, הפעם מדיני עונשין: סעיף 19(ב) של פקודת החוק הפלילי על ציות לצו מגבוה, עם הסייג שבו בדבר צו יהנו 'בלתי-חוקי בעליל'. וזכור לנו הדימוי הסמלי של השופט הלוי בפסק-דינו במשפט כפר קאסם על הדגל השחור המתנוסס מעל לפקודה הנתונה, ככתובת אזהרה האומרת 'אסור'. על כך נאמר בפסק-הדין בערעור כי "המחוקק מכיר בחוסר האפשרות להשלים בין שני הערכים של החוק והמשמעת באמצעי המשפט הפורמלי גרידא, ועל כן הוא פורץ כאילו את גדר הקטגוריות המשפטיות הטהורות וקורא לעזרה את הרגשת החוקיות הצפונה במעמקי מצפוננו של כל אזרח, באשר הוא אדם, אף אם אינו בקי בספר החוקים".

ומכאן לזכויות שאינן כתובות על ספר, כבטויו של השופט חשין בענין בוזרנו ג. שר המשפטים ואה' י³¹. הכרזתו הידועה על זכותו הטבעית של כל אדם לחפש לעצמו מקורות מחיה ולמצוא מלאכה המפרנסת את בעליה לא היתה אלא השלמה של החוק החרות בדרך הפרשנות, על ידי רעיון הנראה כמונח ביסוד המשטר המשפטי והחברתי שלנו. וכן פסקי-דין מנחים אחרים בשטח המשפט החוקתי בהם לא הסס בית המשפט מלהשתמש בשקול דעתו על דרך זו לשם השלמת ההלכה הכתובה, בין לצמצום ובין להרחבתו. לצמצום בענין זכויותי נמקי וקוק ג. נשיא המדינה³² כאשר פנה ד"ר זמורה אל "תחושתם

31 בג"צ 1/49 א' פסקים, 121, 124.

32 בג"צ 65/51 ה' פד"י, 801.

המומחית של המשפטים" או להרחבה בענין חברת "קול העם" בע"מ נ. שר הפנים³³, שם שקל השופט אגרנט זה כנגד זה את הערכים החברתיים והמדיניים של חופש הדבור ושל בטחון המדינה, לאורם של רעיונות יסוד של המשטר הדמוקרטי כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו". ומאין באו לנו מושגי היסוד של המשפט המינהלי שלנו, שהנו כלו יציר הפסיקה: ההנחה שהמחוקק מבקש לשמור על גופו, חרותו וקנינו של האזרח, הסלידה מהפליה וממשוא פנים ופסילת מעשים שנעשו בחוסר תום לב? אולי נמצא זכר לכל אלה בהלסבורי, אבל כבר הספקנו ליצור גופי הלכות רבים שנישאו ממקורות משלנו – מקורות התודעה החברתית של העם שבתוכו יושבים השופטים. כך נהג בית המשפט בענין קול העם וכך נהגו שופטי הרוב בענין ירדור נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית³⁴, כאשר פרשו את חוק הבחירות לכנסת באופן שימנע חתירה תחת קיום המדינה באמצעים "לגליים". על פסקי-הדין האחרון נמתחה בקורת. נאמר "בית המשפט חרג מסמכותו ושהופר בכך העקרון של שלטון החוק"³⁵. לדעתי זו השקפה מכניסטית מדי על תפקיד בית המשפט בפרשנות החוק. נראים לי דברי ד"ר רובינשטיין במאמרו "שלטון החוק: התפישה הפורמלית והמהותית"³⁶:

"... שלטון החוק אין לו משמעות ללא הנחות יסוד העומדות מעל לשיטה המשפטית הנוהגת... תפקידו של המשפטן, והוא בעל הידע וההכשרה הדרושים לשם כך, הוא ליישם את העיקרון העל-משפטי ולהפעילו באמצעות השיטות הדוקטריניות שהטכניקה המשפטית נותנת בידיו".

הנה לפנינו תפקידו של שקול הדעת השופטי כמפרש המשפט, על מנת להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה. וגם זאת כבר למדנו, שהגבולות בין פרשנות החוק החרות לבין היצלמתו בעת הצורך אינם כוגדרים אלא יש ביניהם שטחי ספר. פסקי-הדין המנחים שניתנו בעשרים השנים הראשונות של המדינה ברוח זו – ומספרם ניכר – הם אשר נתנו למשטרנו החוקתי את צביונו המיוחד לא פחות מן מעשי החקיקה של הכנסת, ודרך מחיבה זו היא היא הירושה העיקרית שקבלנו מעולם המשפט המקובל והמשייכת את שיטתנו המשפטית לעולם זה. מר גוברמן אימר במאמרו שבתי המשפט יוצרים בדרך זו מעין "חוקת-על". ביטוי זה נשאל מדברי השופט זוסמן בענין ירדור. מצדי לא ראיתי צורך להרחיק לכת עד כדי כך, ואת דברי כו"ר הערכאה הראשונה, ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, ריכזתי בפרשנות החוק – אמנם פרשנות מרחיבה, כדי למנוע חתירה תחת יסודות המשטר החוקתי שלנו ותחת קיום המדינה עצמה. נדמה לי שכוזה היה גם קו ההנמקה של הנשיא, השופט אגרנט. אינני סבור שיש צדק בבקורת על גישה זו. מעולם לא היטל אצלנו ספק ברבונותו של המחוקק שמדברו אין השופט ריבאי לסטות, ושיכול לשנות הלכה הנפסקה על ידי בית המשפט – וחזקה עליו שבענינים כאלה, העומדים ברומו של עולמנו, הוא היה מתפנה לכך למרות עיסוקיו הרבים. אבל מותר גם מותר לבית המשפט להפעיל את שקול דעתו בפרשו את

33 בג"צ 73/53 87/53, ד' פד"י, 871, 884.

34 ע"ב 1/65 י"ס פד"י, (3), 365.

Guberman, Israel's Supra Constitution, (1967) 2 *Isr. L.R.*, 455 35

36 "הפרקליט", כרך כ"ב, 453, עמ' 462.

הלכה ושקול דעת בעשיית משפט

דבר המחוקק, ובנוגע לחקיקה בעלת משמעות חוקתית חייבת פרשנות זו לשאוב את השראתה מרעיונות היסוד שעליהם מושתת המשטר החוקתי שלנו. הסדר חוקתי זה הוכיח עד כה את יעילותו ויש בו מעלות אפילו לעומת אותן שיטות של חוקה כתובה, המאפשרות לבית המשפט להכריז על חוקים כחסרי תוקף, על פי פרשנות של מושגים כלליים בנוסח החוקה — מושגים שהנם בבחינת כלי המסוגל להכיל תכנים שונים, הכל לפי השקפותיו הפוליטיות של הפרשן. אצלנו יכול וחייב השופט להשלים את החוק התרות על ידי פרשנות, אך לעולם אינו יכול לבטלו. גם זה תפקיד מכובד ואחראי ביותר ובית המשפט חייב למלאו ברוח המשפט השורר במדינה, תוך הבלגת השופט כפרט על נטיותיו האישיות. שמה הטוב של הרשות הזופטת ומעמדה בין רשויות המדינה תלוי לא במעט בשקול דעתה הנבון בסוגיות חוקתיות אלה. מי יתן ובמלאם חובתם זו יידעו שופטי ישראל לשמור על המעמד שקנו לעצמם מראשית פעולתה של מערכת השיפוט, בהנהגתו של ראשון הנשיאים לבית המשפט העליון.