

אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט

בעקבות בג"צ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289

מאת

חיים ה' כהן*

א

מעשה שהיה כך היה: סוכן מכס ביקש וקיבל מהנהלת המכס – היא "רשות הרישוי" לעניין זה – רישיון להקים ולנהל מחסן סחורות שטרם שולם עליהן מכס. משפגה תקופת הרישיון ביקש העותר לחדשו, ונתקל בסירוב. עתר לבית המשפט הגבוה לצדק שיצווה על רשות הרישוי לחדש לו את הרישיון לתקופה נוספת. השאלה שעמדה לפני בית המשפט הייתה האם קיימת עילה חוקית לסירובה של הרשות.

לפי תקנות המכס – שעל חוקיותן וסבירותן אין עוררין – המבקש רישיון כאמור חייב להצהיר ולהוכיח שהקרקע שעליה יוקם ויתנהל המחסן היא בבעלותו, או שהוא מחזיק בה כדין מכוח שכירות או חכירה. העותר דגן כך הצהיר, ולראיה הגיש מסמך רב־ממדים, שאותו הציג כאילו יש בו כדי להעניק לו זכות החזקה בקרקע. עובד רשות הרישוי שטיפל בדבר התרשל ולא קרא את המסמך: הוא נתן אמון בהצהרת המבקש והעניק לו את הרישיון. לאחר מכן, משנודמן למי מעובדי רשות הרישוי לפתוח את המסמך ולעיין בו, נוכח לדעת, שאין בו ולא כלום כדי להעניק למבקש זכות החזקה בקרקע; ונהפוך הוא: יש בו כדי לשלול מן המבקש זכות שכזאת.

הדעת נותנת, שבנסיבות אלה הייתה רשות הרישוי לא רק רשאית אלא אף חייבת לסרב לחידוש הרישיון לתקופה נוספת. תד וחלק?

לא. העותר הצליח לעורר ספקות בלב השופט זמיר: האם אומנם דיו לחוסר זכות במקרקעין לשמש עילה לאי־חידוש הרישיון? האם רשאית רשות הרישוי לבסס את סירובה על הרשלנות שלה עצמה? והאם מאזן הנוקים מפאת אי־חידוש הרישיון אינו נוטה לטובת העותר, שכבר השקיע בהקמת המחסן טבין ותקילין? שקל השופט בדעתו ופסק, שמאחר ומלכתחילה ניתן הרישיון בניגוד לתקנות, יהא גם חידושו בלתי־חוקי. תד וחלק? עוד לא. גם בלב השופט חשין נתעוררו ספקות: דין הוא – ולהסברת דין זה בונה הוא בניין רב־ממדים של הלכות פסוקות ושל טעמים שבהיגיון – שאין רשויות רישוי

* לשעבר ממלא מקום נשיא בית המשפט העליון.

אני מכיר טובה רבה למר תומר מהרשק על עזרתו באיסוף החומר למאמר זה.

מוסמכות להכריע בסכסוכים בין יחידים. אלה הם מנושאי המשפט הפרטי, להבדיל מן המשפט המנהלי שבמסגרתו פועלת הרשות. השאלה, אם יש לעותר זכות במקרקעין ההם, שנויה במחלוקת בינו לבין בעלי הקרקע – והא ראייה, שאלה הגישו נגדו תביעת פינוי או סילוק יד, התלויה ועומדת בבית משפט מוסמך. למעשה, באי חידוש הרישיון מחמת חוסר זכות בידי המבקש, רשות הרישוי מתיימרת להכריע בסכסוך. ההוא – ועל כן יש בסירובה לחדש את הרישיון משום חריגה מסמכותה. שקל השופט בדעתו, ואחרי לבטים ניכרים ("לעת ערב", בלשונו) החליט שלא להתערב, משום שלא היה מוכן לומר כי שיקוליה של הרשות היו פגומים ובלתי סבירים עד כדי הצדקת התערבותו של בית המשפט. עתה בא הכל על מקומו בשלום?

לא ולא. הפרקליטה שטענה לרשות הרישוי העלתה טענה חלופית, מעין אבן שהשופטים הבוניים יכולים היו למאוס בה, אף שהעולה לראש פינה: לבירור טענה זו הוקדש רוב רובם של 92 עמודי פסק הדין. כבר בפתח חוות דעתו כתב השופט זמיר:

שאלה מרכזית בעתירה נוגעת לחובת ההגינות ביחסים שבין הרשות המינהלית לבין האזרח. בדרך-כלל מופנית השאלה אל הרשות המינהלית: מהי חובת ההגינות המוטלת עליה כלפי האזרח? הפעם מופנית השאלה אל האזרח: האם מוטלת גם עליו חובת הגינות (או, לשון אחרת, חובת התנהגות ראויה) כלפי הרשות המינהלית?¹

הנשיא ברק והשופט חשין לא חלקו על כך שזוהי אומנם השאלה המרכזית (או, לפחות, שאלה מרכזית אחת) שעמדה לפני בית המשפט בעתירה זו. חוששני, עם כל הכבוד והיקר, כי שאלה "מרכזית" זו אינה צריכה להתעורר בפרשה זו כל עיקר, ואין הדיון בה צריך לעניין. משנקבע, כי חידוש הרישיון פגום באי-חוקיות, וכי שיקולי רשות הרישוי לא היו פגומים באי-סבירות, הייתה צריכה העתירה להידחות. דחיית העתירה הייתה מחויבת המציאות המשפטית, בין אם חב האזרח חובת הגינות כלפי רשויות השלטון ובין אם אינו חב. אם הוא חב חובה כזו, הרי חיובו נבלע ונטמע בחיובו הסטטוטורי לפי התקנות; ואם אינו חב – על כל פנים חיובו על פי התקנות עומד בעוכריו. כל הפולמוס בין שלושת השופטים המלומדים בדבר קיומה או אי-קיומה של חובת הגינות שכזאת, ובדבר טיבה והיקפה, אם היא קיימת, אינו אלא ויכוח אקדמי טהור (תרתי משמע), מאלף ומעניין עד מאוד (ועוד נעמוד על פרטיהם ודקדוקיהם של חילוקי הדעות). בקיצור: חלק הארי של פסק הדין עשוי אמרות אגב, obiter dicta בלע"ז (להלן: "אוביטר").

אין צריך לומר שפסק דין זה אינו הראשון ואינו היחיד שבו זיכנו השופטים באמרות אגב כיד הכתיבה הטובה עליהם²; ולכאורה צומחות אך טובה וברכה מגישת השופטים,

1 בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ ג' משרד האוצר, פ"ד נב(1) 289, 301.

2 הדוגמה הבולטת ביותר היא אולי פסק הדין בע"א 6821/93 בנק המזרחי נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221. השאלה שעמדה שם להכרעה הייתה אם מעטה חקיקה פלוני עומד במבחן

שכל הזדמנות כשרה בעיניהם לחדש חידושי משפט ולהרביץ תורה ודעת. אין זאת כי אם השופטים אינם רואים שום פסול בריבוי אמרות אגב; והעובדה שהם מרבים בהן משפע אוצרם הטוב היא הנותנת שאמרות האגב הוכשרו עתה לשימוש בידי המהדרין. אמרתי בלבי: הגיע הזמן לתת קבורה נאותה לאיסור המיושן של האוביטר, שלפי כל הסימנים שבק חיים לכל חי, ולשאת עליו הספד קצר. הזמנת עורכי משפטים להגיב על פסק הדין שלפנינו העניקה לי פתחון פה לגמול עם מת-מצווה זה חסד אחרון.

ב

אמרות האגב באו לעולם בסימן ברכה ומזל טוב. כאשר חכמי התלמוד נקטו לשון שממנה אפשר היה ללמוד דבר חדש ונוסף שבעצם אינו שייך לנושא דיונם, ששו ושמוח: "מילתא אגב אורחא קא משמע לן!" לא זו בלבד שקבע לנו הלכה פלונית, אלא מלשונו אנו למדים גם דבר פלמוני.

למשל: כשדנו בזמן קריאת שמע של ערבית (הוא שמה של תפילת מעריב), קבעו תחילת הזמן "משעה שהכהנים נכנסים לאכול בתרומתם"³. זוהי לכאורה קביעה משונה ועמומה של השעה הקובעת, אלא שלא בכדי התבטאו כפי שהתבטאו: "מילתא אגב אורחא קא משמע לן" – והוא, שהכהנים נכנסים בשעת ערב לאכול בתרומתם, והוא משעת צאת הכוכבים⁵. או: ממה ששנינו שעשרה יוחסין "עלו" מבבל⁶, אנו למדים אגב אורחא שארץ ישראל גבוהה מארץ בבל⁷. ומעשה בעבדו של רבן גמליאל, שישן בסוכה תחת מיטת רבו כדי להקשיב לשיתות תלמידי החכמים: הנה למדנו אגב אורחא, שעבד פטור ממצוות סוכה, שהרי אין לצאת ידי חובת סוכה מתחת למיטה⁸. ולא רק ממה שאמרו, אלא גם ממה שעשו חכמים, לומדים הלכה אגב אורחא: ראו את רבי עקיבא מתויר מתנה לרבן גמליאל, ולמדו אגב אורחא כי מתנה על מנת להחזיר אף היא שמה מתנה⁹.

סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל השופטים תמימי דעים היו שהוא עומד במבחן זה, ובכך די היה כדי לקבל את הערעור. וחרף זאת זכינו במאות עמודים של חוות דעת מעמיקות ביותר, שדנו בשאלות אחרות, חשובות כשלעצמן – האם הכנסת מכהנת או מוסמכת לכהן גם כאספה מכוננת ולתת חוקה לישראל, מהו מעמדם החוקתי של חוקי יסוד, וכיצא באלה שאלות העומדות ברומו של עולם המשפט. גם שם הערעור צריך היה להתקבל, תהיינה אשר תהיינה התשובות על השאלות הללו.

- 3 ברכות, א א.
- 4 שם, ב ע"א.
- 5 שם, ב ע"ב.
- 6 קידושין ד א.
- 7 שם, סט ע"א.
- 8 סוכה, כא ע"ב.
- 9 שם, מב ע"ב.

תכמים שמדבריהם או ממעשיהם למדנו "מילתא אגב אורחא" לא התכוונו לכך, ומסתמא אף לא היו מודעים לכך: הם קבעו הלכה לגופה או עשו מעשה לשמו, ושומעיהם או רואיהם – בו במעמד או בדורות שלאחר מכן – בדרך של פרשנות הסיקו מסקנות אגב אורחא. אם לא עשו כן בו במעמד, אין לדעת אם החכמים שהשמיעו את דברם או עשו את מעשיהם היו סומכים ידיהם על פרשנות זו (בדוגמאות שהבאתי יש להניח שהיו סומכים). גם בעלי אמרות אגב דהאידינא על פי רוב אינם מתכוונים לכך ואולי אף אינם מודעים לכך: הם כותבים כל אשר הם כותבים בתורת עיקר ונתוץ ולא בתורת אוביטר; וגם אצלנו יש שהבחנת האוביטר נעשית בדרך של פרשנות.

רש"י מגדיר את המשמיע דברים אגב אורחא כמי אשר "הולך בלשונו בדבר שתוכל להבחין בו דבר חידוש"¹⁰. ואולי כבר ראה ברוח קדשו את שופטי הדורות האחרונים הולכים והולכים בלשונם ואינם מוצאים מנוח, עד שיהא אפשר להבין מדבריהם חידושים גדולים שמחוץ לעניין הנדון.

ג

כ־1,000 שנים אחרי חתימת התלמוד נתקלים אנו שוב באמרות אגב־אורחא בזירת המשפט. הפעם – ולאורך ימים – הזירה היא המשפט המקובל האנגלי. הורחה ולידתה של אמרת האגב היא בתורת התקדים המחייב. כידוע, תורה זו מורה, שפסיקה של בית משפט קודם מחייבת את בית המשפט הבא אחריו, אם הוא בדרגה שווה או נחותה. במה דברים אמורים? בפסקי דין שהעובדות שעליהן הם מושגות שוות הן בשתי הפרשיות. אין מענייננו כאן לברר כיצד ועל שום מה בא לעולם התקדים המחייב: הגיניאולוגיה שלו כתובה בספרי ההיסטוריה והתיאוריה של המשפט. דינו אם נאמר, שעם כל חשיבותו של התקדים המחייב להתהוותו ולהתפתחותו של המשפט המקובל, קבלת הפנים שערכו לו שופטים ועורכי דין לא תמיד הייתה נלהבת כולי האי. מטבע ברייתם, שופטים אינם אוהבים, ששיקול הדעת השיפוטי יהיה כבול ומוגבל במה ששופטים אחרים פסקו פעם, ועורכי דין אינם תמיד ששים לכלוא טענותיהם במסגרת תקדימים שאינם לרוחם. מה עשו? המציאו להם דרכים מתוככמות לעקוף את התקדימים.

הדרך הראשונה והפשטה היא בהבחנת העובדות: כשרצו לעקוף תקדים, לא חסכו כל מאמץ למצוא שוני כלשהו בין העובדות שעליהן מבוסס התקדים לבין העובדות שנבחנו והוכחו עתה. אמנות ההבחנה (distinguishing בלע"ז) צמחה ופרחה במרוצת הדורות והייתה לאחד מסימני ההיכר של פרקליט מוצלח¹¹. במקרים רבים השיגו אלה ואלה את מטרתם: הרי עובדות החיים לעולם אינן זהות לגמרי, וכשם שפרצופיהם ודעותיהם של בני האדם שונים, כך גם התנהגותם שונה.

10 סוכה, כא ע"ב, ד"ה מילתא.

11 חסיד גדול של התקדים באנגליה קרא לאמנות זו "The fascinating game of 'distinguishing'". ראו Carleton Kemp Allen, *Law in the Making* 191 (7th ed., 1964).

משום מה לא הספיקה להם דרך הבחנת העובדות, אולי משום שהבחנה זו נראתה לעתים מלאכותית או מעושה יתר על המידה. המציאו להם דרך שנייה, חלופה ונוספת: פסקו שלא התקדים כולו מחייב, אלא רק אותו חלק בו, שהוא הוא טעם ההכרעה (ratio decidendi בלע"ז; להלן: "רציו"). כל מה שאינו נכנס בגדר רציו זו, אינו אלא אוביטר ואינו מחייב; כבודו במקומו מונח, אך אין השופטים המאוחרים קשורים בו. ובלשונו של זקן השופטים Vaughan בשנת 1673:

חוות דעת שניתנה בבית המשפט, והיא אינה צריכה לפסק הדין עצמו, אלא פסק הדין יכול היה להינתן כמו שהוא אם חוות דעת זו, או חוות דעת הפוכה מזו, לא היו ניתנות – אינה חוות דעת שיפוטית: היא אמרת חנם (gratis dictum).¹²

ההבחנה בין חוות דעתו השיפוטית של השופט לבין חוות דעתו הלא-שיפוטית, ששתיהן מופיעות בפסק הדין בצוותא חדא, היא המונחת ביסוד הכלל שרק הרציו ולא האוביטר מחייב כתקדים. האוביטר הוא מעין מתנת חנם¹³, שאין לה עילה או סיבה מיידית או צורך של ממש. כשם שגם מתנת חנם עשויה לשמח את מקבלה, כן אמרות האגב יכולות לשמח את לב קוראיהן וללמדם תורה, אך עדיין הן בגדר מותרות ומיותרות. התרגום המילולי של ratio decidendi הוא "טעם הפסיקה". חשיפת הרציו שבפסק הדין אינה קלה, אך הכרחית היא לשם מציאת האוביטר – מה שנשאר מפסק הדין לאחר דליית הרציו. כדי לגלות את הרציו, צריך קודם כל לדעת מה טיבו, כלומר: מה לחפש. הקושי משתקף במקצת בתרגומי מושג הרציו לעברית ולאנגלית. פרופ' טדסקי כתב פעם, שההבדל בין רציו לבין אוביטר הוא שזה מה "שידון הדיין", וזה מה שהוא "יורה"¹⁴. הבחנה זו – עם כל יופייה – אינה מקדמת אותנו, שהרי עדיין צריכים אנו לגלות איו מן האמרות שבפסק הדין היא "דין" ואיו מהן היא "הוראה". פרופ' ברק מדבר על "הלכת הפסק" – והיא מסתמא ההלכה שניתן לגלותה בפסק הדין – וגם על "הנורמה הפסוקה", היא הנורמה שניתן לגלותה בו¹⁵ – אך אין זה מן הנמנע שהלכה או נורמה ניתן לגלות גם באמרות אגב. פרופ' אנגלרד קרא לרציו "נימוקי ההחלטה"¹⁶: הוא מסתפק בתרגום המילולי, בדומה ל"טעם ההכרעה" דלעיל. גם ליפשיץ כתב על "נימוקי ההחלטה" והוסיף גם את "הסיבה להחליט", אך בהמשך דבריו הרחיב לאמור: הרציו הוא אותה "הלכה שנוסחה על ידי השופט בגבולות העובדות שנראו בעיני השופט כחשובות לקביעת ההלכה"¹⁷. פירוש הדבר הוא, שאין רציו זולת מה שהפוסק עצמו ראה וקבע

12 *Bole v. Horton*, 124 E.R. 1113, 1124 (1673)

13 "מתנת חנם" יש במשנה: מעשר שני, א א; ג א.

14 ראו גר טדסקי, "אמרות אגב – הלכה פסוקה?", הפרקליט כ 99 (תשכ"ד).

15 ראו אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי § 112 (תשמ"ז).

16 ראו יצחק אנגלרד, מבוא לתורת המשפט 133 (תשנ"א).

17 נפתלי ליפשיץ, "תקדים מאי?", ספר זוסמן 95, 103 (בעריכת אהרן ברק, יצחק זמיר, חיים כהן, נפתלי ליפשיץ וגבריאלה שלו, תשמ"ד) (להלן: ספר זוסמן).

ככזה – וזוהי, כמובן, דרך פשוטה לפטור את השופטים המאוחרים מן הצורך לגלות מה הוא הרציו בעיניהם שלהם. כיוצא בזה כתב מלומד אנגלי:

כבר תיארו את הרציו ככלל משפטי שהשופט ראה בו, במפורש או במשתמע, צעד הכרחי להשגת מסקנתו. האוביטר יתואר על כן ככלל משפטי מוצא פיו של השופט, שהוא עצמו לא ראה בו, במפורש או במשתמע, צעד הכרחי להשגת מסקנתו¹⁸.

הדגש צריך להיות על המלה "במשתמע": אין השופטים כותבים בפסקיהם במפורש מה הם עצמם רואים כרציו ומה כאוביטר. שופטים רבים אינם כלל מודעים לכך, ועל כל פנים אינם מוכנים להודות, שפסקיהם מלאים באמרות אגב. ואם התבחנה בין רציו לבין אוביטר, שכאילו עשה הפוסק "במשתמע", טוב צריכה גילוי פרשני על ידי השופט שבא אחריו – נמצא שלא הועילו חכמים בהגדרתם ולא כלום¹⁹.

עוד בשלהי המאה הקודמת קבע מלומד אמריקני בשם Wambaugh מבחן להבחין בין רציו לאוביטר: תחילה יש לנסח במדויק את הכלל המשפטי המוצע כרציו, ואחר כך להכניס לתוכו מלים ההופכות את משמעותו. אם הכלל, כפי ששונה, היה מביא את השופט לידי אותה הכרעה שאליה הביא אותו הכלל המקורי, ללא שינוי – הרי שאין כאן רציו והתקדים אינו מחייב. לעומת זאת, אם הכלל, כפי ששונה, אינו מביא לאותה מסקנה, הרי שהכלל המקורי הוא רציו. ובלשונו: "הרציו הוא כלל משפטי שבלעדיו ההכרעה בפסק הדין הייתה צריכה להיות שונה"²⁰.

הרבה ביקורת טובה נמתחה על מבחן זה, אך לדידי לא נס ליחו. בפרשה שלפנינו, אם הרציו המוצע הוא שהאזרח מחויב בהגינות כלפי הרשות, עדיין צריכה הייתה העתירה להידחות (כלומר: תוצאתה הייתה זהה) גם לו הפכנו את משמעות הכלל כך שהאזרח אינו חייב הגינות ביחסו לרשות. נמצא שהכלל המוצע כרציו אינו אלא אוביטר. הקושי הוא, שניתן להעביר במבחן זה כמה כללים ואמרות המופיעים בפסק הדין. ייתכן להכניס לכלל החשוד כאוביטר דבר ההופך את משמעותו, והתוצאה תהא שפסק הדין והכלל כפי ששונה לא יעלו עוד בקנה אחד – אבל עקב כך אין הכלל מאבד את אופיו כאוביטר. הוא הדין כשהפוסק נותן להכרעתו טעמים אחדים, לכאורה מצטברים: האם כולם צריכים לעמוד במבחן או שמא די באחד מהם? ואם אכן די בכך שאחד מהם יעמוד במבחן, האם הופך הדבר את האחרים לאוביטר?

מבחנו המפורסם של Goodhart הוא מבחן העובדות המכריעות²¹: טול את העובדות שהפוסק קבע כרלבנטיות ("מטריאליות"). הדין שלפי פסיקתו חל על עובדות אלה הוא

18. ראו Ropert Cross, *Precedent in English Law* 85 (1961).

19. כשהתעוררה השאלה אם הלכה שנקבעה בבית הלורדים הייתה בגדר רציו ומחייבת, גרס הלורד גודהארט, בדעת מיעוט, שבית הלורדים צריך היה לומר שאותה הלכה היא אוביטר – שאם לא כן הרי היא רציו. ראו *Haseldine v. Dane* [1941] 2 K.B. 343, 375.

20. Cross, *supra* note 18, at 50.

21. ראו Arthur L. Goodhart, *Essays in Jurisprudence and the Common Law* 1 (1931).

הרציו שבפסק דינו. אם הפוסק הביע את דעתו המשפטית על עובדות מדומות או היפותטיות, על עמדות שנטענו ולא הוכחו או על עובדות שנטענו והוכחו אך נמצאו בלתי רלבנטיות, הרי שדעתו זו היא אוביטר. לפי מבחן זה, הרציו אינו מצוי בנימוקי של הפוסק, בכלל משפטי או בהלכה שנקבעו בפסק דינו: הרציו מתגלה באמצעות גילוי העובדות שהפוסק ראה כרלבנטיות, ושעליהן מושתתת הכרעתו האופרטיבית. בפרשה שלפנינו, למשל, לפי מבחן זה, העובדה המכרעת היא, שאין לעותר זכות בקרקע הנוגה, וההכרעה השיפוטית היא, שללא זכות בקרקע הרישיון שניתן היה בלתי-חוקי, ואין לחדש אותו. כל היתר אינו אלא אוביטר. אם נטען והוכח גם שהעותר אינו הגון ואינו ראוי לרישיון, עובדה זו לא הייתה עוד רלבנטית, וההכרעה בה היא לפיכך אוביטר. גם על מבחן זה נמתחה ביקורת. סטון, למשל, ראה קושי רב בקביעה למפרע, בידי השופט המאוחר, מה היו העובדות שנראו לפוסק כרלבנטיות. קושי זה גדל עוד כשמדובר בפסיקה של בית משפט לערעורים. הרבה תלוי בניסוח העובדות: ניסוח רחב (למשל: ביד הגתבע היה חפץ מסוכן) עשוי להביא לקביעת רציו רחב יותר ושונה מזה שניתן היה להגיע אליו, אילו הניסוח היה ספציפי יותר (למשל: היה בידו רובה טעון). לא זו בלבד, אלא שאף בניסוח העובדות אין בהכרח כדי לגלות לאיזה עניין ראה הפוסק עובדה פלונית כרלבנטית²². בפרשה שלפנינו, למשל, מי יתקע לידינו שהשופטים לא אישרו את הסירוב לחדש את הרישיון דווקא משום שהעותר הפר את חובת הגינות, ועניין אי-החוקיות לא היה בעיניהם השיקול המכריע? (אפשרות כזו אינה קיימת אליבא דשופט חשין). או שעניין ההגינות הכריע אצל שופט אחד, ואילו אצל שופט אחר הכריעה דווקא שאלת החוקיות? מהו, אם כן, הרציו של בית המשפט?

קשיים אלה וכיוצא בהם הביאו לידי התלכה הפסוקה, שבפסק דין אחד יכול שיהיו כמה rationes, ואין השופט המאוחר בן-חורין להעדיף רציו אחד על פני אחר, או להעדיף את הרציו שמופיע ראשון בפסק הדין על פני רציו שמופיע שני או שלישי. השופט חייב ללכת אחרי כולם במידה שווה²³. בפרשה שלפנינו, למשל, יכול שבית המשפט ראה גם את אי-החוקיות וגם את חוסר ההגינות כמכריעות במידה שווה, וכך בירך את השופטים המאוחרים בתקדים המחייב פי שניים.

גם על הלכה זו נמתחה ביקורת: אמרו עליה שאין בה אלא דרך נוחה לשחרר שופטים מאוחרים מן העמל לחפש ולחשוף את הרציו האמיתי²⁴. ואומנם, בפסקים מאוחרים יותר שינה בית הלורדים את גישתו הקודמת, ופסק, כי לא כל הנמקה בפסק קודם תתקבל כרציו, אלא רק הטעמים שהיו נחוצים כדי להגיע לידי הכרעה. אם טעמים נוספים לא היו עוד נחוצים להכרעה שכבר נעשתה, לא יראו אותם כרציו אלא כאוביטר²⁵.

Julius Stone, "The Ratio of the Ratio Decidendi," 22 Mod. L. Rev. 597 (1959) 22
 London Jewellers v. Attenborough [1934] 2 K.B. 206, 222; Jacobs v. Lee [1950] A.C. 23
 361, 369
 Allen, supra note 11, at 248-249 24
 Public Trustee v. L.R.C. [1960] A.C. 398; Scruttons v. Midland Silicones [1962] A.C. 25
 446

יש שופטים המשכילים לציין בפסקיהם, כי לאחר שהכריעו את הכף על סמך טענה פלונית, אין הם רואים מקום עוד לחוות דעה על טענות אחרות שהועלו לפנייהם, אלא משאירים אותן פתוחות לעת מצוא. אלא שרוב השופטים אינם נוהגים כך, על כל פנים לא תמיד – אם מפני כבודם של עורכי דין שהרבו לטעון טענות הראויות לתגובה, אם כדי להעמיד בעיות משפטיות חשובות על בריין, ואם כדי ללמד לקח לשופטי ערכאות נמוכות שטעו בדיון. כך או כך אין עינם צרה בריבוי טעמים ונימוקים כידי החכמה והלמדנות הטובה עליהם.

מה פלא שהחיפוש אחר הרציו ודחיית האוביטר הפכו, בלי משים, לעניין שבאינטואיציה של השופט המאוחר: "נטייה טבעית היא לראות בעיקר את הדבר שאתה מסכים לו, ולדחות כבלתי חשוב או כמוטעה את מה שאינך מסכים לו"²⁶; או, מפי סופר אחר: "ההבחנה בין רציו לבין אוביטר אינה, אלא תחבולה לקבל או לדחות אמרות בפסקי שופטים קודמים, הכל לפי נטיית לבו של השופט"²⁷. לאחר משופטיה הבכירים של אנגליה מיוחסת אמרה זו: "הכלל הוא פשוט מאוד: אם אתה מסכים עם ההוא, אתה אומר שזהו רציו; אם אינך מסכים, אתה אומר שזהו אוביטר – ורמות שהוא שוטה מלידה"²⁸. אלא, שכאשר השופט בין כה וכה מסכים עם מה שפסק קודמו, אין רבותא אם היה זה רציו או אוביטר. משל למה הדבר דומה? לשופט המסכים עם מה שכתבו מלומדים בספריהם, או עם מה שפסקו ערכאות נכריות או בתי דין נמוכים ממנו – כל אלה אינם מחייבים אותו כל עיקר, אך הוא "ילך אחריהם" משום שכיוונו לדעתו שלו. הוא הדיון בשופט התולה עצמו באוביטר שאינו מחייבו: מה לו רציו, מה לו אוביטר – ובלבד שיש לו אילן להיתלות בו.

זוהי גישתם של "הריאליסטים" האמריקנים, הרואים בחיובו ובתוקפו של התקדים אשליה בעלמא²⁹. אמרו, שוכט צריך לראות את המשפט בעיניו שלו ולא בעיניו של קודמו – וכל שאינו נראה בעיניו הוא, בפי קודמו, בגדר אוביטר³⁰. משבדק את העובדות שהוכחו לפניו, מיינן וניתחן והגיע על פיהן לידי מסקנותיו, יחפש אחר תקדימים: אם ימצא תקדים התואם את מסקנותיו שלו – ילך אחריו, ואם ימצא תקדים הנוגד את מסקנותיו – יתייחס אליו כאוביטר³¹. גם כאשר בית המשפט העליון של ארצות הברית רצה לסטות מתקדימים ידועים ומושרשים אך לא רצה להודות בסטייה שכזאת, הפך את הרציו שלהם לאוביטר, ולמעשה השאירם ללא רציו נראה לעין³².

השמרנים הבריטים לא היו נכונים להיפרד בצורה כזו מתורת התקדים המחייב,

- 26 ראו Allen, supra note 11, at 247; כן ראו ג'ד טדסקי, "על הלכת התקדים המחייב", מחקרים במשפט ארצנו 123 (תשי"ט).
- 27 R.W.M. Dias, *Jurisprudence* 172 (5th ed., 1985)
- 28 Cross, supra note 18, at 46
- 29 Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* 159ff (1963)
- 30 Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* 3ff (1961)
- 31 Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition Deciding Appeals* 119 (1960)
- 32 *Kastigar v. U.S.*, 406 U.S. 441 (1972); Roald Mykkeltvedt, "Ratio Decedendi or Obiter

שהבחנה בין רציו לבין אוביטר היא "ציפור נפשה"³³. מאידך גיסא, גם הם אינם מוכנים עוד ללכת אחר תקדים מחייב שבעיניהם הוא מוטעה או בלתי סביר. השתרש בבית הלורדים המנהג ("הפרקטיקה") לסטות מתקדימיו "כשנראה צודק לעשות כן"³⁴. מסתבר שגם הם אינם זקוקים עוד לתרגילי האוביטר: הרציו נעשה בלתי רלבנטי כמו האוביטר, אם לא נמצא ראוי בעיניהם. וכבר נהג בית הלורדים, הלכה למעשה, לסטות מתקדים שהרציו שלו לא נראה בעיניו – האוביטר שבו בין כה וכה אינו מחייבם³⁵.

גם באנגליה וגם אצלנו נטשטשה ההבחנה בין רציו לאוביטר – עד כדי כך שנשארה "הבחנה ללא הבדלה"³⁶ – מסיבה נוספת, והיא שראוי לייחס למוצא פיהם של שופטים בדרגות הגבוהות חשיבות ומשקל, בין שדבריהם נאמרים כרציו ובין שהם נאמרים כאוביטר. סתם שופט לא ייקח שררה לעצמו לפסוק דין בניגוד מודע לדעותיהם של שופטים שגדולתם וסמכותיותם אינה מוטלת בספק. בלשונו של השופט Farwell:

יכול להיות שאמרות אלו לא היו אלא אוביטר... אך הן אמרות שבשום אופן לא אוכל להתעלם מהן. הן יצאו מפי שני שופטים מלומדים שניסיונם בעניינים הללו גדול ומוסמך עד כדי כך שאטעה אם אראה בהן אוביטר גרידא. דומני שאני חייב, תהא אשר תהא דעתי שלי בעניין, לקבל דעתם כפירוש הנכון של החוק.³⁷

לעניין פסק הדין של בתי משפט לערעורים, היו שהבחינו בין הלכה שנתקבלה פה אחד – שהיא תמיד מחייבת גם כשאינה בגדר רציו, לבין דעת יחיד או דעת מיעוט – שהיא תמיד בגדר אוביטר³⁸. כאשר הולכים אחר בית דין גדול או אחר דעת רוב אך באשר הם כאלה, ההבחנה בין רציו לאוביטר נעשית מיותרת. מלומד אנגלי אחר ניסח את הדבר בזו הלשון:

Dicta?: The Supreme Court and Modes of Precedent Transformation," 15 *Ga. L. Rev.* 311 (1981).

33 כלשונו של סדסקי, הערה 14 לעיל, בעמ' 100.

34 *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234; M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* 1263-1265 (6th ed., 1994); ראו ברק, הערה 15 לעיל, בעמ' 390.

35 *Conway v. Rimmer* [1968] A.C. 910. בבית המשפט לערעורים האנגלי היו הדעות חלוקות אם גם לו מותר לסטות מתקדימיו: *Gallie v. Lee* [1969] 2 Ch. 17.

36 ראו ("distinction without difference") *Cross*, supra note 18, at 84.

37 *Tees Conservancy Commissioners v. James* (1935) 53 T.L.R. 475; ראו גם *G. W. Paton & G. Sawyer*, "Ratio Decidendi and Obiter Dictum in Appellate Courts" 63 *L. Q. Rev.* 461, 475 (1947).

38 ראו *Lathau v. Johnson* [1913] 1 K.B. 398, 408; *Davidson v. M'Robb* [1918] A.C. 304, 827 A.C. [1927] *Jones v. South West Lancashire Coal Miners* [1927] A.C. 827; ברזח דומה פסקו גם אצלנו: ראו ע"א 29/59 עין חרוד נ' לוגסי, פ"ד יג 1883, 1898; ע"א 228/64 פלונית נ' בית הדין הרבני, פ"ד יח(4) 141.

שעה שבית המשפט, ובפרט ערכאה אחרונה, הקדיש מחשבה רבה ודיאלקטיקה רבה לדיון בבעיה משפטית השנויה במחלוקת, הרי למעשה מלאכותי הוא, ומלאכת חינם היא, לשים את פירות עמלם בתוך קטגוריה של אוביטר דיקטום ולראותם כהסרי תוקף³⁹.

ואין בכך אלא בזבוז זמן שיפוטי אילו היה בית המשפט עוסק בהבחנות מלאכותיות חסרות משמעות מעשית. מלומד אנגלי אחר הגיע למסקנה הנואשת, שהחיפוש אחר הרציו הוא הבל הבלים ("nonsensical") ומטבע הדברים לא יוכל להצליח⁴⁰. כיוצא בזה החיפוש אחר האוביטר. למעשה נתמזגו הרציו והאוביטר והיו לבשר אחד.

ד

לפי סעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, "הלכה שנפסקה" בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט אחר, ואילו "הלכה שנפסקה" בבית משפט אחר תנחה בית משפט בדרגה נמוכה ממנו. ההבחנה בין הלכה "מחייבת" לבין הלכה "מנחה" לקוחה מן הלשון המשפטית האנגלית. התקדים המחייב הוא authoritative ואילו התקדים המנחה הוא persuasive. ההבדל ביניהם אינו הבדל שבמהות כי אם הבדל של מידה בלבד⁴¹: גם "החייב" וגם "המנחה" ילכו אחר התקדים; ושניהם יסטו ממנו אם יראו לכך סיבה סבירה⁴².

השאלה היא מהי "ההלכה" המחייבת או המנחה – האם כל מה "שנפסק" במשמע, או שמא רק הרציו שבפסק דין מחייב או מנחה, ואילו האוביטר אין בכוחו לא לחייב ולא להנחות? הדעה המקובלת היא שהלכה שנפסקה, כמשמעותה בחוק, אינה אלא הרציו בלבד⁴³: אמרות אגב, אף של בית המשפט העליון, לא זו בלבד שאינן מחייבות, הן אף לא מנחות. אשר לבית המשפט העליון, אין נפקא מינה אם "הלכה שנפסקה" כוללת גם אוביטר: בין כה וכה הוא אינו חייב ואינו מונחה ללכת אחר תקדימיו⁴⁴. לעומת זאת, כאשר מונח לפני בית משפט מחוזי או בית משפט שלום פסק דין של בית המשפט העליון ובו הלכות מהלכות שונות, אין זה מתקבל על הדעת שיחפש ויבדוק מה רציו ומה אוביטר

39 Allen, supra note 11, at 281

40 Julius Stone, *The* כן ראו; Huntington Cairns, *The Theory of Legal Science* 80 (1941)

Province and Function of Law 187 (2nd ed., 1950)

41 Allen, supra note 11, at 281

42 פרופ' טדסקי כבר העיר שהכוח המנחה "אינו מוגדר מהו בדיוק, אך מן הסתם גופל מכוח מחייב".

טדסקי, הערה 26 לעיל, בעמ' 130.

43 אנגלרד, הערה 16 לעיל, בעמ' 133, 137; טדסקי, הערה 14 לעיל, בעמ' 99.

44 לעניין סטיית בית המשפט העליון מתקדימיו ראו ברק, הערה 15 לעיל, §§ 433-498.

בפסק הדין: מצפים ממנו שיפסוק כפי שפסק בית המשפט העליון⁴⁵. גם בפסק דין של בית משפט מחוזי, "המנחה" את בית משפט השלום, אין להבחנה בין רציו לבין אוביטר שום תכלית: הרי בלאו הכי אינו פוסק כמותו – אלא אם החליט לעשות כן ובמידה שהחליט. יש גורסים, שבנקטו לשון "הלכה שנפסקה" התכוון המחוקק להנציח את ההבחנה בין רציו לאוביטר, ושברוח זו יש לפרש "הלכה". לי נראה שבית המשפט פוסק "הלכות" לא רק בדרך רציו כי אם גם בדרך אוביטר, ומשלא הגביל המחוקק במפורש את "ההלכה" לרציו בלבד, יש לפרש "הלכה" ככוללת את זו שנפסקה כרציו ואת זו שנפסקה כאוביטר גם יחד.

נמצא, לכאורה, שפסלות האוביטר לעניין התקדים המחייב פגה כבר בשנת 1957, עם חקיקת סעיף 3 לחוק בתי המשפט. ואולם בר מינן זה אינו רוצה להימנות עם המתים, ומדי פעם בפעם הוא משמיע את קולו מתוך קברו. האוביטר היה מכשיר נוח להתחמקות ולהסתייגות מהתקדים המפריע מכדי להתיר לו לנוח על משכבו בשלום. או שמא עדיין אינו יודע שהוא מת, ועל כן ממשיך הוא לתת פה ושם אותות חיים.

כזכור, בפרשת בבלי⁴⁶ נדונה השאלה, אם לעניין שיתוף הנכסים בין בני זוג צריך בית הדין רבני לדון לפי המשפט האזרחי הכללי, או שמא ידון גם בעניינים אלה על פי דין תורה. בשאלה זו קיימים שני תקדימים של בית המשפט העליון: אחד בפרשת וילוז'ני⁴⁷ ואחד בפרשת בעהם⁴⁸. בשניהם פסק השופט אלון כי "הדין הולך אחר הדין", ולכן בית הדין הרבני ידון תמיד ובכל עניין על פי דין תורה בלבד (למעט אם חוק פלוני מטיל עליו במפורש את החובה לדון על פיו). מאחר שבית המשפט העליון אינו קשור בתקדימיו שלו, יכול היה השופט ברק בפרשת בבלי לפסוק את אשר פסק על אף התקדימים הללו ובניגוד להם, אולי תוך כדי הנמקת סטייתו לגופו של עניין. הוא בחר בדרך אחרת: הוא קבע כי פסיקתו של השופט אלון בשני התקדימים הם לא הייתה אלא אוביטר, אמרת אגב גרידא, שאין מקום או צורך ללכת אחריה. והוסיף:

עם זאת, אלה הן אמרות של בית-משפט זה, ועלינו להתחשב בהן במלוא כובד האחריות. לדעתי, אמרות אלה בטעות יסודן, ומן הראוי הוא לסטות מהן.⁴⁹

למעשה היה השופט ברק סוטה גם מן הרציו אם מצא כי יסודו בטעות⁵⁰; אך העובדה שהיו אלה אמרות אגב בלבד כנראה הקלה עליו את מלאכת הסטייה. השופט אלון מצדו לא רק מעיד על עצמו "שמים וארץ" שהדברים שכתב לא היו "בבחינת אמרות אגב", אלא מוכיח באותות ובמופתים, שהיו בגדר רציו, ושלא הייתה

45 ע"א 14/63 חברה להשקעות קבע בישראל נ' סלבר, פ"ד יז 1655.

46 בג"צ 1000/92 בבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מח(2) 221.

47 בג"צ 323/81 וילוז'ני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 753.

48 בג"צ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מז(3) 288.

49 פרשת בבלי, הערה 46 לעיל, בעמ' 251-252.

50 ברק, הערה 15 לעיל, § 441.

בהן או ביסודן כל טעות⁵¹, ואף מצא להן תקדים משכבר הימים⁵². בתגובת השופט אלון נשמעת נימה של כעס, כאילו עלבון הוא לייחס לו אמרות אגב, ועוד כאלו שבטעות יסודן. הוא השיב לשופט ברק כגמולו וכתב שפסיקתו בפרשת בבלי אינה אלא "אוביטר", דרך אגב, דעת מיעוט ויחיד⁵³. ניתנת אמת להיאמר, שאם אמרותיו של השופט אלון בפרשיות הקודמות אומנם היו בגדר אוביטר, כי אז הייתה גם פסיקתו של השופט ברק בפרשת בבלי בגדר אוביטר: העניין היה, כאמור, שיתוף נכסים בין בני זוג, ולשם הכרעה בו די היה בפסיקה כי חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, או חוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951, או שניהם, מחייבים או אינם מחייבים את בתי הדין הרבניים. ההפלגה לים "המשפט האזרחי הכללי" וכפיתת בתי הדין הרבניים לתוקי המדינה גם בעניינים שלא ממין שיתוף הנכסים לא הייתה נחוצה להכרעה בעניין הנדון. לא אכניס ראשי בין הרים גדולים: מה שמרתק אותי פה ועכשיו אינו מי צדק או אמרותיו של מי היו אמרות אגב, אלא החיזיון שאותו ברמינן הועלה מתהום הנשייה תוך כדי ניסיון ומאמץ לעשות בו שימוש הלכה למעשה.

ואם אומנם פסלות האוביטר לעניין התקדים המחייב שבקה חיים לכל חי – שמא בכל זאת ניתן לעשות עוד שימוש באוביטר לעניינים אחרים? אם אין לו עוד עניין לתקדים המחייב, תנהו עניין לדבר שאינו קשור עם התקדים המחייב. אילו שאלוני לדעתי, הייתי נופח באוביטר נשמת חיים הדישים – לא עוד כאמתלה להתחמק מן התקדים, אלא כטכניקה לכתיבת חוות דעת שיפוטיות⁵⁴. את התפקיד הנועד לתקדים בכלל, אני אייחד לאוביטר בפרט: לדידי, התקדים יכול להמשיך בתפקידו להצדקת הפסיקה או להנמקתה או גם להבחנתה, אך "תקדים" לעניין זה משמעו גם רציו וגם אוביטר, וההבחנה ביניהם – לצורך הצדקה, הנמקה או הבחנה זו – אבד עליה הכלת.

כפי שאמרנו, למעשה נוהג בית המשפט העליון שלנו (כמו ערכאות עליונות בארצות אחרות) שלא להבחין עוד בין רציו לאוביטר – לא בניסוח פסק הדין ולא בניתוח תקדימים ובהישענות עליהם. אין זאת אלא שהבחנה זו היא ידועה היטב לכל שופט משחר לימודיו, אלא שידיעה לחוד ומעשה לחוד. רבים מן השופטים מפליגים באמרות אגב בהיסת הדעת; רבים עושים זאת מרוב חשיבות שהם מייחסים לסוגיה פלונית, שאינה צריכה לעניין הנדון בפניהם; ורובם ככולם לא יודו, שהרבה ממה שכתבו היה בגדר אוביטר. יש בין השופטים גם הכותבים אוביטר ביודעין: השופט Devlin אמר פעם שכתבת אוביטר היא נוהג מקובל מאוד ומבוסס היטב, והכוונה היא שהשופטים לאחר מכן יהיו חייבים לברוק כל מה שיצא מפי קודמיהם, כדי שיוכלו להתחיל את פסיקתם שלהם על-פי הנחיה

51 מנחם אלון, "אלה הן אמרות-אגב... בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן": ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל ריון-צבי ז"ל 361, 376 (בעריכת מנחם מאוסנר, אבי שגיא ורוגן שמיר, תשנ"ח).

52 בג"צ 267175, המוזכר שם, בעמ' 378.

53 שם, בעמ' 407.

54 Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification* 53 (1961)

מסוימת⁵⁵. כלומר: כותבים אוביטר לא כדי שיחייב, אלא כדי שינחה. מסופקני אם מטרת ההנחיה דווקא עומדת לנגד עיני שופט בית המשפט העליון כשהוא כותב פסקו, כולל האוביטר שבו: הוא מניח, כדבר המובן מאליו, שכל הלכה היוצאת מפיו או מתחת ידו (אם אין היא דעת מיעוט) מחייבת את כל הערכאות הנמוכות. אמר לי ידידי השופט זמיר, שהשופטים רואים חובה לעצמם להשתמש בהודמנות פסיקתם כדי להגדיל תורה ולהאדיר, לסלול דרכים לפיתוח המשפט ולקידומו, ולחנך את הדור – והדורות הבאים – לחיי משפט מוסריים ואנושיים. כשלעצמי, אין אני מטיל ספק במניעיהם הטהורים של שופטינו הדגולים כי טובים וישרים הם; תיתי להם שהם משכילים להביע מטרותיהם, זה בכה וזה בכה, ואין עיני צרה בקהילה המשפטית הזוכה לא רק לדין כי אם גם להוראה מאוצרם הטוב של שופטינו⁵⁶. אלא, מוטב שלא נעצום עינינו לכלל היסוד שתפקידו של בית המשפט הוא לדון ולפסוק את הדין – ולא להורות הוראה.

טכניקה של כתיבת פסק דין היא במידה רבה עניין למדיניות השיפוטית – מדיניות הרשות השופטת מכאן ומדיניותו של כל שופט ושופט מכאן⁵⁷. מטיבה ומטבעה של מדיניות, שהיא לובשת צורה ופושטת צורה, ככל הנראה נחוץ או מועיל בעיני השופטים היושבים ברין. מדיניותו השיפוטית של בית המשפט העליון של היום היא להאריך בכתיבת פסקי דין ושלא להניח שום טענה שנשמעה – ולעתים אף שום טענה שיכולה הייתה להישמע, אך לא נשמעה – ללא מענה מוסבר ומנומק עד קצה גבול היכולת. והיכולת רבה מאוד. יש מן השופטים האוהבים להפליג למים האדירים של תורת המשפט ותולדותיו; יש מהם שאינם מניחים שום תקדים, מן הארץ ומארצות קרובות ורחוקות, ללא ציטוטים ארוכים; יש מהם המתפלמסים ארוכות בינם לבין עצמם או עם מחבריהם של ספרים ומאמרים; ויש מהם הרואים מחובתם להטיף מוסר או לקונן על המידות הרעות שבעולם. נכון הוא, שהם ריבוניים על כס המשפט: איש אינו רשאי לומר להם כיצד לנסח את פסקיהם, במה להאריך ובמה לקצר; ואף גם זאת נכון הוא, שיש בשפע אמרותיהם לא רק כדי להאיר את עינינו על חריפותם ובקיאותם ורמתם המוסרית, אלא גם כדי להרבות מידע וידע ולהרחיב אופקים במשפט. ושוב: העובדה שרוב אמרותיהם הוא אוביטר אינה מעלה ואינה מורידה – לא לעניין תדירותן ולא לעניין חשיבותן.

אמרתי שהמדיניות השיפוטית גמישה היא ונתונה לשינויים; ואך טבעי הדבר שבדברי על המדיניות דהאידינא עולה בזיכרוני אותה מדיניות שיפוטית שרוב חבריי ואני דגלנו בה בשעתנו היפה. אמרתי בלבי, אביא כמה דוגמאות ממוצא פיו של רעי, הנשיא זוסמן⁵⁸: כששופט לא התגבר על יצרו (הטוב) לתאר בהכרעת הדין דברים שנתגלו לו במשפט "המסמרים שערתיו", פסק זוסמן שאין מקום בפסק דין פלילי אלא אך ורק

55 *Behrens v. Bertram* [1957] 2 K.B. 1, 25

56 הוא אשר רמז טדסקי במאמרו, הערה 14 לעיל.

57 השווה ברק, הערה 15 לעיל, § 445.

58 הבאתי דוגמאות אלו במאמרי, "מאזן פנים במשפט", ספר זוסמן, הערה 17 לעיל, 9.

לאותם דברים שיש בהם כדי להודיע ולהסביר לנאשם טעמי הרשעתו⁵⁹; כשנדרש בית משפט לבטל פסק בורר מחמת פגם שעל פני הפסק, אין מקום להאריך בכתיבה על פרטי התביעה והדיונים⁶⁰; ואין טעם לדיסרטציות אקדמיות. ובלשונו שלו:

כל שלשת השופטים היו בדעה שאין להתנות עונשו של המערער בתנאי; ומאחר שזו הייתה דעתם, תמהני מה ראו להרחיב את הדיבור בשאלה המשפטית אשר נוכח מסקנתם אינה מעלה ואינה מורידה לגבי התוצאה. חושבני שיהיה בכך משום חסכון של הזמן השיפוטי אם השופטים המלומדים יימנעו מלדון בשאלות שאינן צריכות הכרעה, כשכל מה בידיהם לומר לגביהן אינו אלא בכחינת אמרת-אגב בלתי מחייבת⁶¹.

הוא אף הרחיק לכת וקבע פעם, שיש באמרות אגב בפסקי דין משום תריגה מהסמכות השיפוטית⁶².

אודה ולא אבוש: גם אני חטאתי באמרות אגב. רגיל הייתי לתבל פסקיי במובאות מן המשפט העברי – וטעמי עמי. הנשיא זוסמן לא חסך ממני את שבט ביקורתו התריפה ולא פעם הביע מורת רוחו על התעקשותי או התמכרותי לדבר עבירה (אולי על כגון דא אמרו חכמים, גדולה עבירה לטמה ממצווה שלא לשמה⁶³).

העולה מן המקובץ הוא, שלעניין הטכניקה – או האמנות – של כתיבת פסק דין, מסוגלת פסלות האוביטר למלא היטב תפקיד חשוב משלו – וכשלעצמי מקווה אני, שהיא עתידה למלאו – והוא לציין את קו הגבול בין מה שצריך לבין מה שלא צריך להיכתב בפסק דין תקני, מעין מצבה שתוקם לאוביטר בתודעת השופטים, לשמש להם סימן עצירה וחומת מגן.

ה

בפרשה שלפנינו הוסרו גבולות האוביטר, וההגינות חוגגת. הכל מודים שהמינהל הציבורי, כנאמן ציבור, חב חובת הגינות כלפי האזרח⁶⁴ – ולעניין שלפנינו אין אנו צריכים לבדוק מהי זו ואיזוהי ההגינות שהוא חב לו. אך האם גם האזרח חב חובת הגינות כלפי רשויות השלטון – ואם כן, מהי זו ואיזוהי ההגינות שהוא חב להן? אלה הן השאלות השנויות (לכאורה) במחלוקת בין שלושת השופטים, ולו רק אגב אורחא. השופט זמיר, שהמשפט המנהלי הוא לחם חוקו, גרס תמיד כי "כנגד החובה המוטלת

59 המ' 532/73 מוסקוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 344.

60 המ' 376/64 ארמלי נ' חכים, פ"ד יט(2) 3.

61 ע"פ 267/71 סופר נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(2) 444, 446.

62 ע"פ 424/63 היועץ המשפטי לממשלה נ' שלבי, פ"ד יח(2) 478.

63 נזיר כג ע"ב.

64 ברק, הערה 15 לעיל, §§ 529, 531, 532; יצחק זמיר הסמכות המנהלית 673 (תשנ"ו).

על הרשות לנהוג בהגינות עם האזרח, מוטלת חובה מקבילה על האזרח לנהוג בהגינות עם הרשות⁶⁵. בפסק דינו הוא חוזר עתה על סברתו לאמור:

כנגד חובת ההגינות של הרשות, נדרשת חובת הגינות של האזרח. לדרישה זו יש שורשים עמוקים: היא צומחת מן האמנה החברתית שביסוד המדינה. ... האזרח אינו יכול, מבחינה מוסרית או מעשית, להניח כי הוא זכאי לדרוש ולקבל מן הרשות, ואין הוא חייב לתת ולא כלום.⁶⁶

אלא, שההגינות שהאזרח חב כלפי המינהל היא אותה ההגינות עצמה שהוא חב כלפי כולי עלמא: "הכלל הבסיסי של תורת המשפט" הוא שכל אדם –

חייב להתנהג, בכל מקרה, באופן ראוי בהתאם לנסיבות המקרה. זוהי, לדעתי, כל תורת המשפט על רגל אחת. ואידך זיל גמור. אכן, תורת המשפט פיתחה מסכת מסועפת של כללים שונים להתנהגות ראויה במצבים שונים, אך מעבר לכללים האלה, ובנוסף להם, מוטלת חובה כללית של התנהגות ראויה. במשפט הפרטי... החובה הכללית היא חובת תום-לב... במשפט הציבורי... מקובל לקרוא לחובה זאת בשם חובת ההגינות. חובה זאת, כמו חובת תום-הלב, דורשת התנהגות ראויה לפי נסיבות המקרה.⁶⁷

מכאן, ש"הגינות" היא התנהגות ראויה. אך השופט זמיר מיד כאילו מתקן את עצמו וכותב, כי חובת ההגינות

נובעת, קודם כול, מן החובה הבסיסית של התנהגות ראויה, הכוללת הגינות⁶⁸.

הלכה למעשה, אין נפקא מינה אם ההגינות וההתנהגות הראויה חד הן, או אם זו רק אחת מסממניה או מתולדותיה של זו.

תורת שאלה למקומה: מהי התנהגות ראויה? העובדה שהיא "חובה אלמנטרית המוטלת על כל אדם כלפי כל אדם" אולי אומרת שכל אדם יודע מה היא התנהגות ראויה, ובמיוחד מה היא התנהגות שאינה ראויה. בפרשה שלפנינו, ההתנהגות הראויה שנדרשה מן העותר הייתה לגלות מידע מהותי שבידו, שבלעדיו לא יכלה הרשות למלא את תפקידה כדבעי: "גילוי זה הוא לא רק ציווי מוסרי אלא גם צורך מעשי". בספרו ראה זמיר בהתנהגות ראויה את השמעתן של טענות בדבר חוסר סמכותה של הרשות בהזדמנות הראשונה, מבלי לכבוש את הטענה עד שיראה הטוען אם הרשות תחליט לטובתו⁶⁹ – חובה הקרובה

65 שם, בעמ' 696–697.

66 פרשת קונטרם, הערה 1 לעיל, בעמ' 320.

67 שם, בעמ' 336–337.

68 שם, בעמ' 338–339.

69 זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 696–697.

במהותה לחובת גילוי המידע. בשני המקרים, יסודם של חוסר ההגינות או ההתנהגות הבלתי ראויה הוא בשתיקתו של האזרח, המכשילה את הרשות במילוי תפקידה. אך השופט זמיר רוצה עוד להרחיב את היריעה:

חוקה על בית-המשפט שאם יקבע כי מוטלת על האזרח חובת הגינות כללית כלפי המינהל הציבורי, לא יהיה בתפיסה תאורטית זאת כדי להניע את בית-המשפט להטיל על האזרח חובה מסוימת, אלא אם יגיע למסקנה כי שיקולים ענייניים מצדיקים הטלת חובה כזאת.⁷⁰

לשון אחר: בית המשפט יקבע בכל מקרה ומקרה, לפי נסיבותיו, מהי מידת ההגינות או ההתנהגות הראויה, שיש לצפות ולדרוש מהאזרח כלפי הרשות. מצד אחד, נשמטת כל הגדרה וכל הגבלה מחובת ההגינות, ההופכת לחובה תיאורטית או ערטילאית עד שבית המשפט יוצק בה תוכן של ממש; מצד שני, חובת ההגינות מוגבלת בשיקול הדעת של בית המשפט. כאשר חובת ההגינות מופקדת בידיים הנאמנות של בית המשפט, "לא צפוי [ממנה] נזק, ואף לא סיכון... להפך, בתפיסה זאת טמונה תועלת, עיונית ומעשית, למשפט ולחברה. יש בה מסר ראוי. ההגינות היא מסר ראוי בכל הקשר אנושי"⁷¹. הנשיא ברק חלק על השופט זמיר. הוא אינו גורס שום הדדיות בחובת ההגינות של השלטון כלפי האזרח ושל האזרח כלפי השלטון. אסור לשלטון לעשות דבר שלא הותר לו בדיון, ואילו לאזרח מותר לעשות כל דבר שלא נאסר עליו בדיון:

חובות הפרט כלפי השלטון וחובת השלטון כלפי הפרט הן חובות שונות. מקורן הוא שונה; היקפן הוא שונה.⁷²

המינהל הציבורי חב חובת הגינות כלפי האזרח באשר אין הוא אלא נאמן הציבור וכל אחד ממרכיביו, ואילו האזרח אינו נאמן המינהל ואינו חב לו חובת הגינות, "לא כעניין שבהיגיון ולא כעניין שבמדיניות"⁷³. העובדה, שיחסים בין המינהל לבין האזרח הם דו-צדדיים, אינה הופכת אותם לשווים או להדדיים. אימתי חב האזרח חובת הגינות שכזאת – כאשר ניתן להחיל עליו חובת תום לב בפעולה המשפטית הנדונה?⁷⁴ או כאשר מוטלת עליו חובה זו מכוח הוראה של המשפט המנהלי. למשל, כאשר מתן רישיון מצריך תשתית עובדתית, חובה על מבקש הרישיון לסייע לרשות בגילוי העובדות הדרושות לעניין – וזהו מעין דין מנהלי, שבלעדיו אין הרשות יכולה להשתמש כראוי בשיקול הדעת המוענק לה על פי חוק.

בעניין שלפנינו הוטלה חובה זו על העותר בתקנות המכס, המחייבות אותו להוכיח את זכותו בקרקע, ומכללא מחייבות אותו לגלות לרשות הרישוי את כל המידע שיש בידי

70 פרשת קונטרס, הערה 1 לעיל, בעמ' 344.

71 שם.

72 שם, בעמ' 350.

73 שם.

74 סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

לעניין זה. חיוב זה וחובים כיוצא בזה אינם בגדר חובת הגינות כללית: זהו חיוב מיוחד לנסיבות מיוחדות שבפעולה מנהלית מיוחדת. חובת ההגינות החלה על האורח היא על כן ספורדית, משתנית ונקודתית. העלאת סף ההתנהגות של האורח כלפי השלטון מעבר לזה עשויה להפוך את הפרט לנאמן השלטון, ובכך טמונה סכנה רבה לדמוקרטיה. נמצא, שלעניין הפרשה שלפנינו מסכים הנשיא ברק שמוטלת על האורח העותר חובת הגינות כלפי רשות הרישוי. השאלה, מה טיבה של הגינות זו, אינה צריכה להתעורר, שהרי התקנות מגדירות אותה במפורש. מה שנשאר שנוי במחלוקת הוא, אם חלה על האורח, בכל מקרה ומקרה, חובת הגינות כללית שאינה מעוגנת בדין – והיא מחלוקת התורגת מהבעיה הדורשת הכרעה בפרשה זו.

השופט חשין ראה במחלוקת שבין חבריו "הבדל שברטוריקה" בלבד. הוא חלק על שניהם ופסק, שהמשפט אינו יכול להכיר בחובת הגינות, לא כללית ולא מיוחדת, "כל-עוד לא יוסיפו וילמדוני מה היא אותה חובה, מה גדרים הוצבו לה, מה חומרים יעשו אותה"⁷⁵. החובה המוסרית להגינות בין אדם לחברו היא לבר-משפטית: אפשר להפוך אותה לחובה משפטית רק בדין שיגדיר במדויק מהי החובה המסוימת ומהן הסנקציות המשפטיות בגין הפרתה. מעבר לחובות שהוטלו עליו מפורשות בדין –

אין היחיד חב כל חובה משפטית לשלטון... עומדת לו ליחיד זכותו לעשות כחפצו, והרי בשלו הוא עושה. וזכותו זו של היחיד, זכות מן המעלה הנעלה ביותר היא: זכות החופש וההיתר שמעלתה מעלת חוק היא (או מעלת חוק-יסוד)... על דרך העיקרון, אינני נכון להכיר בחובתו של היחיד כלפי השלטון, בין שנכנה חובה זו חובת הגינות בין אחרת, אלא אם נקבעה חובה זו במפורש או מכללא-מתחייבת-הדין⁷⁶.

נמצא, שגם השופט חשין מסכים שלעניין הפרשה שלפנינו מוטלת הייתה על העותר החובה החלה עליו בתוקף תקנות המכס; ואם תאמר שחובת הגילוי אינה מפורשת בהן, הרי אליבא דכולי עלמא היא בגדר "מכללא מתחייבת הדין". המחלוקת בינו לבין חבריו – אם גם בהעדר תקנות אלה או דומות לאלה חלה על אורח חובת הגינות כללית, או אם חלה עליו רק חובת הגינות "נקודתית", או אם לא חלה עליו כל חובת הגינות – גם היא אינה צריכה לעניין כלל ועיקר.

ברם, בהמשך פסק דינו כותב השופט חשין בזו הלשון:

אין פירוש הדבר, כמובן, שהיחיד אינו חב כל חובה שהיא לרשות. אלא שחובתו מצמצמת עצמה לחובה שלא להונות, שלא לשקר, שלא לרמות, שלא להטעות, שלא לסובב את הרשות בכחש.⁷⁷

75 פרשת קונטרס, הערה 1 לעיל, בעמ' 362.

76 שם, בעמ' 365-366.

77 שם, בעמ' 380.

חובה שלילית אך מקיפה זו נראית לו מובנת מאליה; ואם אינו מביא לכך סימוכין וזלת פסוק שבתורה⁷⁸, ניכר בעליל שלא ראה צורך בסימוכין אחרים (שכמוכן אפשר היה להביא בשפע). והוא כותב שם עוד, שהרמייה שהוא מתכוון לה אינה רק "רמייה בפועל" אלא גם "רמייה מכללא": לא רק מסירת מידע שאינו אמת, אלא גם הטעיה "בשתיקה או בהתנהגות"⁷⁹.

שאלתי את עצמי אם השופט חשין לא קלע כאן לחובת ההגינות הכללית של השופט זמיר: מה היא "הגינות" כלפי הרשות אם לא הגישה וההתייחסות אליה ביושר ובכנות, וההימנעות מהטעיה ומהונאה? נכון שהגדרת השופט חשין היא שלילית ואילו ההגינות שבפי השופט זמיר היא כולה חיובית, אבל החיוב והשלילה הם שני צדדים של מטבע אחד. אם האזרח חב חובה שלא להטעות ושלא לרמות, הרי חובה זו וההתכונה ובטיבה לחובה לנהוג כלפי הרשות ביושר ובכנות. החובה לגלות מידע, למשל, היא חובה של יושר וכנות, ואי גילויי היא היא הפרה בשתיקה של החובה שלא להטעות. קשה לי להעלות על הדעת חובה של הגינות שאינה עשויה להיכנס בגדר האיסורים שהשופט חשין מונה – חוץ מחובת הנימוסין הטובים⁸⁰, שהשופט זמיר בוודאי לא התכוון לכלול בהגינות הכללית. ואם אומנם זאת תורת ההגינות הכללית על רגל אחת, התמוססה מחלוקת השופטים לכדי טריאלוג בין פילוסופים של המשפט.

מנקודת מבטו של האזרח השוחר את ערכי הדמוקרטיה והיהדות, טריאלוג זה הוא מחזה מלהיב ומרומם להפליא. הגה שלושה משופטי ישראל: זה מרים את ההגינות בין אדם לחברו ובין אזרח לשלטון לדרגת יסוד היסודות של תורת המשפט כולה; זה מפאר את חירות הפרט לעשות ולהתנהג כאוות נפשו במסגרת החוק ומעמיד חירות זו בראש סולם הערכים; וזה אוהז בהגינות בזמנה ובמקומה, ואף מן החירות אינו מניח ידו. כלל גדול הוא בתורת הערכים, שכאשר הם מתנגשים זה בזה צריך למצוא ביניהם את האיזון הראוי והסביר. אולם, כל עוד אינם מתנגשים, כל ערך וערך עומד בזהירו שלו. עתה נתווסף לנו לערך החירות (שכבר זכה לעיגון בחוק יסוד) גם ערך ההגינות – ערך המוסף על חירותו של אדם בן חורין את הגינותו של אדם בן תרבות.

נפטר האוביטר וצמחה ההגינות – שתחיה לאורך ימים טובים!

78 "לא תונו איש את אמתו": ויקרא כה יז.

79 פרשת קונטרס, הערה 1 לעיל, בעמ' 380–381.

80 יש בספרים חובת אדיבות (duty of civility) שהיא החובה שלא להפיק הנאת חינם מסעויות ומשגיאות של הרשות, ראו (1971) John Rawls, *A Theory of Justice* 355.