

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית*: הזיקה אל עקרונות היסוד

"החוק הוא הלכה מופשטת, ורק פסק הדין של בית משפט מתרגם את הלכת המחוקק למעשה החיוב כמו שהוא נאכף על הבריות. השופט הוא הנותן לדין את צורתו הממשית והקונקרטית. משום כך ניתן לומר, שהצורה בה מתגבש החוק סופית, היא הצורה שהשופט נותן לו, וכאן מרחב גדול לפעילותו".

(י' זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת")¹

א. הצגת הבעיה

המשפט מסדיר יחסים בין בני אדם. הוא קובע דפוסים לאורחות חיים. הוא מבוסס על מציאות עובדתית-חברתית נתונה. מציאות זו, יש בה הסדרים שהדין משמר אותם, ויש בה פעולות שהדין אוסר אותן. מציאות חברתית זו אינה קבועה, היא משתנה כל העת. יש והשינוי הוא חד ומייד. במקרה זה קל לנו להרגיש בו. יש והשינוי הוא קל והדרגתי. במקרה זה אין אנו חשים בו, ונדרשים לריחוק ופרספקטיבה כדי לעמוד על השינוי אשר התרחש. לעתים אין אנו מבחינים בשינויים, אלא אם כן אנו משווים בין שתי תקופות, אשר מרחק של זמן ניכר מפריד ביניהן.

השינויים החברתיים מביאים לשינויים במשפט. השינוי במשפט מתבקש מעצם

* פורסם בספר זוסמן (תשמ"ד) 71.

1 משפטים ג (תשל"א) 213.

היחס שבין המציאות לבין ההלכה, שבין הקיים לבין הצריך להתקיים. הנורמה המשפטית מסדירה יחסים נתונים בין בני אדם, ועם שינוי במערכת יחסים זו, חל שינוי בנורמה המשפטית עצמה, אפילו לא חל בה שינוי פורמלי². הדין השולל או המכיר בחובת זהירות במקום שהסיכון הצפוי הוא נזק הנובע מעגלות וכרכרות ואבנים, אינו אותו דין – אפילו לא חל בו כל שינוי פורמלי – מקום שהסיכון הצפוי הוא מרכבות ומכוניות ופיצוצים אטומיים. השינוי החברתי הוא שמביא לשינוי בתפקידה, במהותה, בתוצאותיה ובפעולתה של הנורמה המשפטית. סכר על נהר חדל להיות סכר שעה שהנהר הופך אגם. אף על פי שלא חל שינוי פיזי בסכר עצמו, הרי תפקידו משתנה, ותוצאות פעולתו משתנות.

השינויים במשפט, הבאים בשל השינויים במציאות החברתית, קיימים תמיד. ההיסטוריה של המשפט היא גם היסטוריה של התאמת המשפט לצורכי החיים המשתנים. לעתים אנו ערים לשינוי במשפט. לעתים אין אנו חשים בכך אלא אם נשווה בין שתי תקופות אשר מרחק של זמן ניכר מפריד ביניהן. כך, למשל, אנו מודעים למעבר מסטטוס לחווה, ומחווה לכעין סטטוס, המשקף את השינויים החברתיים שהתרחשו במאה התשע עשרה ובמאה העשרים. בדומה, אנו מודעים למעבר מאחריות מוחלטת בנזיקין אשר שררה באנגליה עד למאה התשע עשרה, לאחריות המתבססת על אשם במאה התשע עשרה, ולאחריות מוחלטת או כעין מוחלטת בתחומים מסוימים (כגון תאונות עבודה, תאונות דרכים ואחריות יצרנים) במאה העשרים. מודעות זו מתגבשת רק בשל תקופות הזמן הארוכות אותן אנו בוחנים. רק הסתכלות כוללת מאפשרת הבחנה זו, והסתכלות כרגע נהון אינה מאפשרת בדרך כלל להבחין בה.

אין להגזים במידת השינויים כנורמות המשפטיות. יסוד מיסודות המשפט הוא הביטחון המשפטי והוודאות המשפטית³. אלה נשמרים בדרך כלל, חרף השינויים

2 B.N. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science* (N.Y., 1928) 10: "We live in a world of change. If a body of law were in existence adequate for the civilization of today, it could meet the demands of the civilization of tomorrow. Society is inconstant. So long as it is inconstant, and to the extent of such inconstancy, there can be no constancy in law. The kinetic forces are too strong for us. We may think the law is the same if we refuse to change the formulas. The identity is verbal only. The formula has no longer the same correspondence with reality. Translated into conduct it means something other than it did"

3 H. Wade, "The Concept of Legal Certainty: A Preliminary Skirmish", 4 *M. L. Rev.*

החברתיים. הדבר מתאפשר בשל סיבות שונות. ראשית, משום שלעתים השינויים הם שליליים באופיים, והנורמה המשפטית הקיימת, האוסרת התנהגות מסוימת, מספיקה כדי לחול גם על ההתנהגות השלילית החדשה; שנית, משום שהנורמות המשפטיות הן לרוב גמישות דיין, באופן שינוי במציאות משתקף באופן טבעי בשינוי בנורמה, בלא שיחול קרע בין המשפט למציאות. אכן, לעתים הביטחון המשפטי מובטח דווקא באמצעות השינוי⁴. בשל טעמים אלה ואחרים ניתן להצביע על הביטחון והוודאות המשפטית כעל ערכים קיימים ורצויים. אך לעתים, הנורמה המשפטית אינה גמישה דייה, ואינה מצליחה להתאים עצמה למציאות החדשה. נוצר פער בין המשפט לבין החיים. נדרשת נורמה חדשה. כך, למשל, ייתכן והנורמה ברבר חובת הזהירות המושגית⁵ שחב בעל עגלה להולך רגל, או תופס שדה כפרי כלפי מבקר, גמישה דייה כדי להוות פתרון ראוי לאחריותו של בעל המכונת כלפי הולך הרגל, או של התופס כלפי המבקר. אך האם מספיקה הנורמה הזו בתנאים של תיעוש ועיור שעה שאלפי מכונות נעות בכבישים, ושעה שהוכחת ההתרשלות קשה היא⁶? האם לא רצוי אז להביא לשינוי בנורמה, בדרך של הטלת אחריות מוחלטת, כפי שהדבר נעשה אצלנו לאחרונה⁷? האם מתקבל על הדעת כי הסיכון מפיצוץ של חומר נפץ רגיל נידון במרבית המדינות על פי אותה נורמה כמו הסיכון מפיצוץ אטומי⁸?

אכן, עם השינויים במציאות החברתית, רבות הן הנורמות המשפטיות אשר אינן

- 183 (1941). אך גם הביטחון המשפטי אינו אלא אותם הערכים שיש להתחשב בהם תוך שיש לאזנם ביחס לערכים משפטיים אחרים: ראה B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, 1925) 112
- 4 ראה W. Douglas, "Stare Decisis", 49 *Col. L. Rev.* (1949) 735: "security can only be achieved through constant change"
- 5 ראה ע"פ 186/80, פ"ד לה (1) 769.
- 6 ראה דברי השופט פירסון (Lord Pearson) בפרשת *British Railways Board v. Herrington* (1972) A.C. 877, 929
- 7 ראה תוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, תשל"ה-1975, סעיף 2.
- 8 אכן במדינות רבות נעשים שינויים חקיקתיים, הבאים לקבוע קטיגוריה נפרדת של אחריות בגין נזקים אטומיים. ראה Nuclear Energy Agency, *Nuclear Legislation* (1976); Francis, "The Insurance of Nuclear Installations", *Nuclear Energy*, vol. 1, p. 63

מצליחות להסתגל למציאות החדשה⁹. החישוק שהחזיק את חבית העץ שוב אינו מתפקד כראוי כאשר החבית היא מפלסטיק. בנסיבות אלה יש לשנות באופן פורמלי את הנורמה המשפטית עצמה. יש להסיר את הסכר מהאגם ואת החישוק מהחבית. יש להביא לשינוי מודע בנורמה המשפטית עצמה. חיי המשפט אינם אך היגיון או ניסיון, אלא גם התחדשות של בסיס הניסיון וההיגיון לשם התאמת הדין למציאות החברתית¹⁰. התחדשות זו אין פירושה יצירת יש מאין. פירושה אינו אלא בניית מבנים חדשים על יסודות קיימים¹¹. תפקיד זה של התחדשות מוטל, בראש וראשונה, על המחוקק¹². אחר מתפקידה העיקריים¹³ של הרשות המחוקקת היא יצירת כלים משפטיים חדשים אשר יוכלו להכיל את המציאות החברתית החדשה ואף לקבוע את דמותם ואופיים. אך תפקיד זה אינו בלעדי למחוקק. התאמת המשפט למציאות החברתית הוא גם תפקידה של הרשות השופטת¹⁴. פסק דין של בית המשפט אינו מכריע רק בסכסוך

- 9 ראה א' ויתקן, משפט וחברה (הוצאת דביר, ת"א, השט"ו) 31.
- 10 J. Hiller, "The Law-Creative Role of Appellate Courts in Developing Countries", 24 *Int. C. L. Q.* (1975) 205, 254; L. Pollock, "Judicial Caution and Valour", 45 *L. Q. Rev.* (1929) 293, 295: "The duty of the court is to keep the rules in harmony with the enlightened common sense of the nation".
- 11 ראה מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292 וראה גם R. Pound, "The Theory of Judicial Decision", 36 *H. L. Rev.* (1923) 641, 642.
- 12 על חשיבות החקיקה ראה R. Pound, "Common Law and Legislation", 21 *H. L. Rev.* (1908) 383; J. Cohen, "On Teaching of Legislation", 47 *Col. L. Rev.* (1947) 1301; J. Stone, "The Common Law in the United States", 50 *H. L. Rev.* (1936) 4; C. Brietel, "The Courts and Lawmaking" *Legal Institutions Today and Tomorrow* (New York, ed. by M.G. Paulsen, 1939) 1; J.M. Landis, "Statutes and the Sources of Law", *Harv. Legal Essays* (Cambridge, 1934) 213.
- 13 אך לא היחידים, שכן הרשות המחוקקת היא גם הרשות המפקחת על פעולות הממשלה: ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שלישית, שוקן, ירושלים, תשמ"א) 300.
- 14 על עניין זה נכתבה ספרות עניפה, המובאת והמנותחת בספרו של פרופסור סטון (Stone). ראה בעיקר J. Stone, *The Province and Function of Law* (Sydney, 1961) 149–204; ראה גם J. Stone, *Legal System and Lawyers Reasonings* (Stanford, 1964) 209–298. גם מ' זילברג, "שופט ומחוקק", באין באחד (מאגנס, ירושלים, תשמ"ב) 59, 60: "השופט יהיה מחוקק בזעיר אנפין. הוא ייקבע הלכות מקום שיש צורך בכך, ותוך גבולות מסויימים — על סמך נסיונו האישי מתוך מגע עם החיים. כי אין חכם כבעל נסיון ואין נסיון

האינדיבידואלי שבפניו. פסק דין קובע גם הלכה באשר להתנהגותו של הציבור כולו.¹⁵ "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון"¹⁶. מכיוון שהלכה יוצרת דין, הרי שממילא הלכה משנה דין, ומשנתון בידי בית המשפט הכוח לשנות את הדין, מוטלת עליו החובה לעשות כן בנסיבות מתאימות. כמובן, הכלים העומדים לרשות השופט לשם שינוי הדין שונים הם מהכלים העומדים לרשות המחוקק לשינוי הדין. השופט משנה את הדין בדרך שיפוטית. המחוקק משנה את הדין בדרך חקיקתית¹⁷. גם התחום בו עשוי השופט לפעול צר הוא מהתחום בו עשוי המחוקק לפעול. כך, למשל, בשיטת משפט בה אינה מצויה חוקה פורמלית או חוקי יסוד משוריינים והנורמה הדורשת שינוי היא חוק, אין השופט יכול לבטלה. יחד עם זאת, לרוב נתון חופש פעולה מסוים לרשות השופטת¹⁸. חופש זה הוא נרחב למדי כאשר הנורמה הדורשת שינוי היא נורמה שלידתה ברשות השופטת עצמה¹⁹. חופש זה הוא מצומצם יותר, כאשר הנורמה הדורשת שינוי היא נורמה חקוקה. אך גם בנורמה החקוקה נתון בידי בית המשפט לעתים כוח להביא להתאמת הנורמה למציאות המתחדשת. כוח זה מקורו בכך שבידי בית המשפט נתונה הסמכות לפרש את החוק, ופירוש

כניסונו של שופט". אך ראה ד"ר 3/62, פ"ד טז 2467, 2471. ראה גם א' ברק, "חקיקה שיפוטית", משפטים יג (תשמ"ג) 25.

15 ראה ברק, שם, עמ' 60.

16 סעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957.

17 לעניין זה ראה L. Jaffe, *English and American Judges as Lawmakers* (Oxford, 1969) 8.

18 N. Isaacs, "The Limits of Judicial Discretion", 32 *Yale L. J.* (1923) 339; W. Friedmann, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking", 61 *Col. L. Rev.* (1961) 821; L. Pollock, "Judicial Caution and Valour", *supra*, n. 10; C. Brietel, "The Courts and Lawmaking", *supra*, n. 12. ראה גם מ' לגורי, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כז (תשל"א) 30.

19 בין אם נקבל את התיאוריה הדקלרטיבית של ההליך השיפוטי, ובין אם נקבל את התיאוריה הקונסטיטוטיובית. לעניין זה ראה P. Atiyah, "Judges and Policy", 15 *Isr. L. Rev.* (1980) 346; R. Fox, "The Judicial Contribution", *Law-Making in Australia* (Tay and Kamenka (ed.), Sydney, 1980) 139.

הוא יצירה²⁰. באמצעות הפירוש עשוי בית המשפט להתאים את החוק למציאות החברתית המשתנה²¹. עמד על כך השופט אגרנט לפני למעלה משלושים שנה באומרו: "במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדישים, אשר לא לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה הגיונית (logical premise) עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים, אם בדרך של הרחבה ואם בדרך של הצרה, וכן במטרה — כאשר אין מוצא אחר — לזנוח כליל אותה הנחה הגיונית, המשמשת משענת להלכה הקיימת, ולהשתמש במקומה, כנורמה משפטית אחרת — ואפילו תהא זו נורמה משפטית חדשה שלא ידעוה קודם לכן"²². כמובן, מגבלות רבות קיימות בדרך שיפוטית זו, ולעתים אסור לו לבית המשפט לעשות מעשה שמן הראוי היה שהמחוקק יעשה אותו. במצבים אלה יניח השופט את כלי מלאכתו, ויפנה את הדין למחוקק. על השופט להימנע מלהביא לידי שינוי מתבקש בדין במקום שאין לו כוח לעשות כן. עקרון שלטון החוק מוטל בראש וראשונה על הרשות השופטת עצמה. אין לך סכנה גדולה מזו ששופטים יפעלו בניגוד לחוק, שכן מי ישפוט אותם²³? זאת ועוד: לא בכל מקום שמצוי בידי השופט הכוח לשנות את הדין ("מתחם הלגיטימיות") רצוי הוא כי השופט יעשה שימוש בכוח הנתון בידו.

20 ראה א' ברק, "על השופט כפרשן", משפטים יב (תשמ"ב) 248, 255. ראה גם Z. Chaffee, "The Disorderly Conduct of Words", 41 *Col. L. Rev.* (1941) 381.

21 כפי שאומר הנשיא לנדוי: "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 השיפוטית העצמאית. אבל גם אחרי חקיקה כזאת חוזרים בתי המשפט ואורגים מחודש את מסכת הפרשנות שלהם מסביב לסעיפי החוק החרות או בתוך הסדקים שבו (interstitially) כאמרתו המפורסמת של השופט הולמס "מ' לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292, 297). ראה גם C. Brietel, "The Courts and Lawmaking", *supra*, n. 12.

22 ע"א 150/50, פ"ד ו 1005, 1034. ראה גם ע"א 284/70: "שעה שבית המשפט קובע הלכה בשאלה, שאין לה עדיין תקדים, רשאי הוא לשוות לנגד עיניו שיקולים מעשיים ומציאותיים ואת ההשלכות החברתיות הנובעות מפסיקתו. זוהי הדרך שהמשפט מתפתח בה באפיקים רצויים לפי צרכי הזמן" (השופט ויתקון). יצוין כי גם אימרתו הידועה של הנשיא זמורה, "אמת ויציב — אמת עדיף" באה בהקשר לקביעתו כי "אין דוחים הלכה ישנה מפני הלכה חדשה במקום שהדחיה עשויה להביא לידי תקלת הרבים" (פ"ד כה(1) 578, 585).

23 ראה א' ברק, "שלטון החוק", קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים (תשל"ו) 15, 17.

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית

לא כל שינוי אפשרי הוא רצוי. לא כל כוח צריך לנצל. לעתים קרובות חייב השופט להימנע משינוי בדין, חרף העובדה שבכוחו לשנות את הדין. השופט יימנע משינוי בדין מקום שראוי לו לשינוי שייעשה על ידי הרשות המחוקקת, ולא על ידי הרשות השופטת. ההחלטה השיפוטית אם להביא לשינוי הדין בדרך שיפוטית או להפנות את הבעיה לרשות המחוקקת, נקבעת על פי עקרונות של מדיניות משפטית²⁴. כך, למשל, לעתים הסוגיה המשפטית היא כזו, ששינוי הדין הנדרש חייב להיות בעל היקף רחב והוא חייב להתבצע בו זמנית בכל היקפו. תוצאה זו אין להשיגה בדרך חקיקה שיפוטית, שהילוכה הטבעי הוא ספורדי ומזדמן.

כרשימתי זו, ברצוני להצביע על מספר מגמות חברתיות, אשר יש לצפות להן בעשור הקרוב. מטרתי היא לבחון מספר אמצעים הנתונים לרשות השופטת כדי להביא להתאמת מודעות של המשפט למציאות החדשה במקום שרצוי הוא שהתאמה זו תיעשה על ידי הרשות השופטת. מטבע הדברים, שאין בידי אפשרות ליתן תמונה כוללת של השינויים החברתיים הצפויים ושל האמצעים השיפוטיים המצויים. על כן אצמצם עצמי בשינויים הרלבנטיים לשני תחומים במשפט²⁵, דהיינו, המשפט המנהלי ודיני החוזים; ואף בהם אעמוד אך על עיקרי הדברים. גם בתחום האמצעים המשפטיים, אעמוד רק על אחדים מהם. אין זו "רשימה סגורה", לא של תכליות חברתיות ולא של אמצעים משפטיים. ושוב: אעסוק באותם מצבים בהם נוצר פער בין הדין לבין המציאות, ונדרש מעשה פורמלי של שינוי הדין. כפי שכבר ציינתי, ברבים מהמצבים, שינוי פורמלי לא נדרש כלל, והשינויים במציאות החברתית מלווים בשינויים הדרגתיים וטבעיים של ההלכה, וכל זאת במסגרת תחושת ביטחון וודאות משפטית כוללת. זאת ועוד: לעתים נדרש שינוי בדין, אך המסגרת הראויה לשינוי היא בתחום החקיקה על ידי הרשות המחוקקת ולא בחקיקה שיפוטית. אעסוק איפוא, באותם תחומים שבהם נוצר פער בין דין לבין מציאות.

24 ראה א' ברק, "חקיקה שיפוטית", הערה 14 לעיל. ראה גם L. Pollock, "Judicial Caution and Valour", *supra*, n. 10; R.B. Stevens, "The Role of a Final Appeal Court in a Democracy: The House of Lords Today", 28 *M. L. Rev.* (1965) 509, 529.

25 בולט בהיעדרו המשפט הקונסטטוציוני, המחייב התייחסות בפני עצמה. לא הרי הגישה הפרשנית לחוק רגיל כהרי הגישה הפרשנית לחוקי היסוד; ולא הרי התפקיד השיפוטני בהפעלתו של חוק רגיל, כהרי התפקיד השיפוטני בהפעלת חוק היסוד. סוגיה זו נמצאת כיום בתקופת מעבר, וזאת לאור ההצעה בדבר הקמת בית משפט לחוקה, וקיום ביקורת שיפוטית על חוקים. ראה הצעת חוק-יסוד: חקיקה (ה"ת, תשל"ו, 135).

המצריך גישור בדרך של שינוי הדין כאשר הכוח להביא לשינוי מצוי בידי ההלכה הפסוקה, ורצוי הוא לעשות שימוש בכוח זה. לבסוף, מטרתו היא לבחון אותם שינויים בדין הקשורים בשינויים במציאות החברתית. ייתכנו כמובן שינויים בדין שאינם קשורים כלל בשינויים החברתיים. חלק מגישתי ניתן לשימוש גם במצבים אלה, כשם שחלק אחר שבה מוגבל הוא לאותה בעיה מיוחדת של התאמת הדין למציאות.

ב. משפט מינהלי

1. גישה חברתית

יש להניח כי גם בשנים הקרובות תמשך ההתערבות של המדינה בחיי הפרט, ואולי אף תגבר. צורכי הביטחון שילכו ויגברו מזה וצורכי הכלכלה שילכו ויחמירו מזה, מהווים קרקע טובה לצמיחתה של ההתערבות הממשלתית. גם קידום הזכויות הסוציאליות מזה וההגנה על הצרכן וצרכי הסביבה מזה, יגבירו את המעורבות המאפיינת את מדינת הסעד, שהיא מטבעה מדינת מנהל. זאת ועוד: ככל שהמדינה נעשית מתועשת, טכנוקרטית ועירונית, כן גדל בדרך הטבע הצורך במעורבות שלטונית, שכן המדינה אינה יכולה להרשות לעצמה שכל האיוונים בין האינטרסים השונים ייעשו על ידי מנגנוני השוק. מטבע הדברים, אם כן, מתבקשת מעורבות שלטונית. במקביל להתפתחות זו, יש לצפות לדעתי למעורבות הולכת וגדלה של הפרט בפעולות השלטון. דומה כי הפרט שוב אינו מקבל כמובנת מאליה פעולה שלטונית. האדישות מזה והאמון במעשי השלטון מזה הביאו בעבר לידי כך שהפרט המעיט להתערב בפעולות השלטון, אלא אם כן נפגעו האינטרסים שלו עצמו. דומה כי צפוי שינוי בגישה זו. הולכת וגוברת ההתעניינות של הפרט במעשי השלטון, והולך ופוחת האמון כי השלטון מסוגל לתת פתרון הולם לבעיות החברה. יש לצפות, על כן, למעורבות יתר של הפרט, אשר ינסה לתת ביטוי להשקפותיו באשר לבעיות הניצבות בפני החברה. הוא יעשה כן בדרכים שונות, כגון בדרך של מאבק לדעותיו במסגרות הפוליטיות-מפלגתיות הקיימות. הוא ינסה גם לתקוף את פעולות השלטון באמצעות בתי המשפט.

אם אמנם ניתוח זה נכון הוא, ואם אמנם שדה החיכוך אשר בין הפרט לבין

המדינה יגדל והנכונות של הפרט לעמוד על דעותיו שלו תגבר, כי אז יש לצפות לכך כי המשפט המנהלי – שעניינו היחסים בין הפרט לבין השלטון – יעמוד בפני לחץ חברתי הולך וגובר, תוך שיצטרך להתאים את עצמו לצרכים החדשים. מהם קווי ההתפתחות ההלכתית שניתן לצפות להם?

2. גישה משפטית: הדין

המשפט המנהלי מורכב כיום משכבות משבצות של דינים מהותיים ודיוניים, אשר מבטיחים פתרון לבעיות שהיחסים בין הפרט לבין השלטון מעוררים. בוודאי שחלק מהבעיות החדשות אשר יתעוררו בעתיד יוכלו למצוא פתרון הולם במסגרת המשבצות הקיימות. אך מה דינן של אותן בעיות אשר המשבצות הקיימות של המשפט המנהלי אין בכוחן לפתור? בוודאי שהתערבות חקיקתית רצויה היא²⁶, ואף נעשים צעדים ראשוניים בכיוון זה²⁷. אך מטבע הדברים, שהסדר החקיקתי אין בו לפתור את כל הבעיות, שכן המחוקק אינו יכול לצפות את כל ההתרחשויות. דווקא בתחום רגיש זה, תהא תמיד חשיבות לפעולתה של הרשות השופטת, אשר חייבת לאזן בין צורכי הפרט לבין צורכי הכלל.

כיצד תפעל הרשות השופטת? נראה לי כי אחת הדרכים הראויות היא לחזור אל עקרונות היסוד, אשר שימשו בסיס ליצירת המשבצות הקיימות, ואשר בכוחם להוות מקור יוצר למשבצות אחריות חדשות²⁸. שניים הם עקרונות היסוד עליהם מתבסס המשפט המנהלי: ההגיונות המנהלית והסבירות המנהלית. מעקרונות אלה נגזרו בעבר משבצות שונות של אחריות מנהלית. מעקרונות אלה ניתן לגזור בעתיד משבצות חדשות ועל ידי כך להגביר את הפיקוח המשפטי על פעולות המנהל, כפי שמתבקש מהגברת הפעילות השלטונית²⁹.

26 ראה דברי השופט י' כהן בע"פ 768/80, פ"ד לו(1) 337, 357.

27 ראה "הצעת חוק סדרי המינהל" שהוכנה על-ידי פרופסור קלינגהופר, ואשר פורסמה במשפטים יב (תשמ"ב) 348.

28 ראה ע"פ 768/80, הערה 26 לעיל, עמ' 369.

29 על מגמה דומה בארה"ב ראה B. Schwartz, "Some Recent Administrative Law Trends", *Wisc. L. Rev.* (1982) 208.

הגינות מנהלית

עקרון יסוד של המשפט המנהלי הוא כי המנהל חייב לפעול בהגינות³⁰. השלטון הוא נאמנו של הציבור. אין לו משלו ולא כלום, וכל שיש לו, למען הציבור יש לו³¹. על כן חייב השלטון לנהוג בהגינות כלפי הציבור. מעקרון יסוד זה נגזרו בעבר כללי הצדק הטבעי, שאינם אלא כללים של הגינות מנהלית דיונית. מעקרון יסוד זה נגזרו בעבר כללי שיקול הדעת המנהלי (תום לב, מטרה זרה, הפליה), שאינם אלא כללי הגינות מנהלית עניינית. עקרון יסוד זה אוצר בחובו כוחות רבים, אשר טרם נוצלו, ואשר מהם ניתן לגזור הלכות חדשות, שיש בהן כדי ליתן תשובה לבעיות המתעוררות. שכן ככל שגדלה ההתערבות של המנהל בחיי הפרט, כן גדל הצורך לעמוד על כך שהמנהל יפעל בהגינות ביחסיו עם האזרח. ניתן להדגים את כוחו זה של עקרון ההגינות המנהלית בשתי דוגמאות:

1. כללי הצדק הטבעי מילאו תפקיד מרכזי בפיתוח כללי הדיון המנהלי³². במשך השנים הם החלו מקבלים אופי טכני למדי. דומה שעברה על כללים אלה התפתחות דומה לזו שעברה על כללי היושר האנגליים, אשר החלו ככללים גמישים של צדק והפכו במשך הזמן לכללים נוקשים למדי בצד הדיון. כך, למשל, ספק אם בית המשפט יהא מוכן להכיר בכללי צדק טבעי חדשים, ולא יראה עצמו כבול בקביעה כי כללי הצדק הטבעי הם אך שניים – זכות השמיעה והכלל בדבר משוא פנים³³. זאת ועוד: במסגרת הכללים הקיימים, קיימת גטייה לקשור את תחולתם של כללי הצדק הטבעי בסוג הפונקציה המבוצעת, תוך הבחנה בין פונקציות חקיקתיות, שיפוטיות, כעין שיפוטיות ומנהליות³⁴. לבסוף, במסגרת הפונקציות

30 ראה בג"צ 840/79, פ"ד לד(3) 729, 746.

31 ראה בג"צ 262/62, פ"ד טז 2101, 2115; בג"צ 142/70, פ"ד כה(1) 325, 331; בג"צ 531/79, פ"ד לד(2) 566.

32 ראה 7 P. Jackson, *Natural Justice* (London, 1979). ראה גם ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה", הפרקליט לא (תשל"ו) 42.

33 השווה בג"צ 442/71, פ"ד כו(2) 337. לגישה המרחיבה, ראה בג"צ 91/74, פ"ד כח(2) 519.

34 ראה בג"צ 3/58, פ"ד יב 1493; בג"צ 78/63, פ"ד יז 1382; לגישה המרחיבה, ראה בג"צ 685/78, פ"ד לג(1) 767.

המוכרות קיימת נטייה לצמצם את תחולת כללי הצדק הטבעי בכיוונים שונים³⁵. כך, למשל, מתגלית נטייה לפסוק אם זכותו של אדם להישמע נפגעה אם לאו, לאור הבחינה, אם הטענות אותן היה משמיע אילו נשמע, היה להן מקום להתקבל³⁶. ניתן כמובן לנסות להגמיש את כללי הצדק הטבעי מתוכם פנימה. ניתן לומר כי רשימתם של כללי הצדק הטבעי לעולם אינה סגורה³⁷, וכי תחולתם אינה קשורה בסוג הפונקציה המבוצעת³⁸. אך דומה כי ניתן להשיג את המטרה הרצויה, אם נבחן את ההליך המנהלי מנקודת מבט רחבה יותר. על פי גישה זו, כללי הצדק הטבעי אינם אלא כללים של הגינות מנהלית דיונית. כל שנתפס ברשתם טוב לו ירפה. אך עניינים שאינם נתפסים במשבצות הקיימות של כללי הצדק הטבעי עדיין חייבים לקיים חובתו היסודית של המנהל לפעול בהגינות³⁹. חובה זו אין להכניסה למבחנים נוקשים ומוגדרים מראש⁴⁰, אלא יש להפעילה באופן גמיש על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה⁴¹. אין קטגוריות נוקשות וסגורות של הגינות מנהלית. על כן, אפילו אם על פי כללי הצדק הטבעי, אין פעולה מנהלית נפגמת, עשויה היא להיפגם אם תהא מפירה את חובתו של המנהל לפעול בהגינות. על כן ביססנו את הכלל בדבר ניגוד עניינים (Conflict of Interest) לא רק על כללי הצדק הטבעי עצמם, אלא גם על יסוד חובת ההגינות של המנהל⁴².

2. ההגינות המנהלית יוצרת סטנדרטים ראויים של כללי דיון מנהליים. ההגינות המנהלית יוצרת גם סטנדרטים ראויים של תוכן שיקול הדעת המנהלי. החובות לנהוג ללא הפליה ושרידות אינן אלא הדגמות לחובת המנהל להפעיל את שיקול

- 35 השווה בג"צ 405/74, פ"ד כט(1) 54.
- 36 ראה בג"צ 598/77, פ"ד לב(2) 161. אך ראה 2 All E.R. 274 (1969) *John v. Rees*. ראה גם ע"פ 768/80, הערה 26 לעיל, עמ' 366.
- 37 בג"צ 91/74, הערה 33 לעיל, עמ' 526.
- 38 בג"צ 685/78, הערה 34 לעיל.
- 39 ראה F.E. Dowrick, *Justice According to the English Common Lawyers* (London, 1961) 41-42. מחבר זה מציין אחד עשר כללים של צדק, אשר שניים מהם הם כללי הצדק הטבעי המוכרים לנו.
- 40 ראה *Maxwell v. Department of Trade and Industry* (1974) 1 Q.B. 523, 539; *R. v. Race Relations Board* (1975) 1 W.L.R. 1686, 1697; *Pearlberg v. Varty* (1972) 1 W.L.R. 534, 547; *In re H.K. (an infant)* (1967) 2 Q.B. 617.
- 41 ראה *R. v. Gaming Board, ex p. Benaim* (1970) 2 Q.B. 471.
- 42 ראה בג"צ 531/79, הערה 31 לעיל.

דעתו באופן הוגן. עד כמה שמשבצות אלה של אחריות מנהלית ממלאות את תפקידן, יש להתמיד בהן. אך נסיבות החיים החדשות עשויות ליצור מצבים חדשים אשר הדרך להתמודד עמם אינה עוברת דרך המשבצות הקיימות. ניתן אז להיזקק לעקרון הרחב של חובת ההגינות המנהלית. על כן הצענו כי בהפעילה את שיקול דעתה אם להתקשר בחווה אם לאו, חייבת רשות מנהלית ליתן הזדמנות שווה למתקשרים הפוטנציאליים⁴³. כלל זה חשוב הוא דווקא במציאות המודרנית, כאשר התקשרות חוזית עם הממשלה מהווה ציפייה בעלת ערכים כלכליים ניכרים. דווקא ההתערבות הממשלתית ההולכת וגוברת, מחייבת כי היתרונות הצפויים מפעילותה המשקית של המדינה, יחולקו בין בני הציבור על יסוד עקרונות של מתן הזדמנות שווה לכל. אכן, המנהל חייב לנהוג שוויון בין שווים⁴⁴, וחובה זו אינה אלא השתקפות עקרון ההגינות המנהלית.

סבירות מנהלית

עקרון יסוד שני העובר כחוט השני במשפט המנהלי הוא העיקרון כי המנהל חייב לפעול בסבירות⁴⁵. על פי עיקרון זה נוצר "מתחם של סבירות", כך שכל החלטה מנהלית הנמצאת במסגרתו לא תיתקל בביקורת שיפוטית, ואילו החלטות מחוצה לה תיפסלנה. גבולותיו של המתחם נקבעים על ידי הרשות השופטת על פי האזיון אשר היא מבצעת בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה, ובעיקר האינטרס של הפרט מזה והאינטרס של הציבור מזה. קביעתו של מתחם הסבירות אינה פעולה טכנית. היא עניין שבמדיניות משפטית. השאלה אינה מה עובד ציבור יכול היה לעשות, אלא השאלה היא מה עובד ציבור צריך היה לעשות⁴⁶. רבות ממשבצות האחריות המנהלית הקיימות, ניתן לראות כמקרה פרטי של עקרון הסבירות. כך, למשל, בכלל ברבר איסור השרירות או ההפליה ניתן לראות דוגמא לחוסר סבירות מנהלית. דומה כי בעניין זה עובר המשפט המנהלי התפתחות דומה לזו שעברו דיני

43 ראה בג"צ 840/79, הערה 30 לעיל, עמ' 750. היתה זו דעת יחיד.

44 השווה בג"צ 246/81, פ"ד לה(1) 1. שאלה קשה היא שוויון מהו.

45 ראה בג"צ 389/80, פ"ד לה(1) 421; בג"צ 341/81 (טרם פורסם).

46 לביקורת גישה זו, ראה מ' שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 102. השווה גם א' זמיר, "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 291.

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית

הרשלנות שבנויקין. תחילה הכיר המשפט האנגלי במשבצות משבצות של מצבי רשלנות. לאחר מכן, ובעיקר בעקבות ההלכה של *Donoghue v. Stevenson*⁴⁷, נקבע עיקרון כללי של רשלנות, אשר המשבצות הקיימות אינן אלא הדגמות והפעלות שלו.

הוא הדין במשפט המנהלי. דמיון זה שבין הסבירות המנהלית לבין הרשלנות הנזיקית אינו רק דמיון היסטורי-סטרוקטורלי. בין שתי דוקטרינות אלה קיים קשר פנימי הדוק. רשלנות אינה אלא חוסר סבירות. לעתים עקרון הסבירות המנהלית אינו אלא הפן המנהלי של התנהגות פלונית, ואילו עקרון הרשלנות הנזיקית הוא הפן האזרחי של אותה התנהגות עצמה. אכן, כשם שהרשלנות הנזיקית נקבעת על פי עקרונות של מדיניות משפטית⁴⁸, כך גם הסבירות המנהלית נקבעת על פי עקרונות אלה. כמובן, מעשה יכול שיהיה בלתי סביר במישור המנהלי, בלא שיהווה כסיס לאחוריות ברשלנות, במישור הנזיקי, שכן השיקולים של המדיניות המשפטית בשני המצבים אינם זהים.

מבחינה אנליטית מקובל לראות בכללים הדיוניים והמהותיים של המשפט המנהלי אך כללים של סמכות. על פי תפישה זו פעולה המפירה את כללי ההגנות והסבירות היא פעולה החורגת מהסמכות. דומה שיש להתרחק מגישה זו. השאלה אינה רק שאלה של סמכות אלא אף שאלה של שיקול דעת⁴⁹. מתחמי ההגנות והסבירות אינם תוחמים סמכות בלבד. הם תוחמים שימוש בשיקול דעת. על כן השאלה אינה רק אם ההחלטה היא בטלה ומבוטלת וכאילו לא היתה, או תופסת וכשרה למהדרין. בין שני קצוות אלה יש מצבי ביניים רבים. על כן אנו מדברים על בטלות מוחלטת ועל בטלות יחסית. מושגים אלה מבקשים להגמיש את כללי הסמכות הנוקשים⁵⁰. אכן, נטיב לעשות אם נזנח מושגיות נוקשה זו של דיני

47 (1932) A.C. 562.

48 ראה ע"פ 186/80, הערה 5 לעיל; ע"א 145/80 (טרם פורסם). ההבחנה הנזיקית שבין רשלנות לבין טעות בשיקול דעת, דומה להבחנה המנהלית בין חוסר סבירות לבין חוסר יעילות. אכן, הקביעה כי בית המשפט לא יתערב בחוסר יעילות אינה אלא קביעה של מדיניות משפטית, העשויה להשתנות.

49 ראה ע"פ 768/80, הערה 26 לעיל, עמ' 357. ראה גם K.C. Davis, "The Future of Judge-Made Public Law English: A Problem of Practical Jurisprudence", 61 *Co. L. Rev.* (1961) 201.

50 השווה ע"פ 313/79, פ"ד לר(2) 57.

משפט ושיפוט

הסמכות ודיני הבטלות, ונעבור אל המושגיות הגמישה יותר של דיני שיקול הדעת ודיני הפגמים. גישה זו תאפשר גם לפתח את תורת הזכות המנהלית, דהיינו זכותו של אזרח שאינטרס שלו נפגע, כלפי המנהל. זכות זו נגזרת מחובתו של המנהל לפעול בהגינות ובטבירות⁵¹. הפרתה של זכות זו יוצרת פגם המעניק סעד לאזרח הנפגע. סעד זה יכול שיהא הכרזה על בטלות, אך יכול שיהא גם סעד אחר כגון אכיפה. אכן, על הבטלות של האקט המנהלי יש להשקיף מנקודת המבט של דיני הסעדים המנהליים.

3. גישה משפטית: בית המשפט

פעילות מוגברת של המנהל מזה ופעלתנות מוגברת של הפרט מזה, יגבירו את הדרישה לשירותי משפט. אחד משדות הקרב עליו יתנהל המאבק בין הפרט לבין המדינה יהא בית המשפט. לשם כך דרוש לא רק דין מהותי ראוי לשמו, אלא גם בית משפט המסוגל להתמודד עם הבעיות החדשות. בהקשר זה ברצוני לעמוד על שתי מגמות הנראות לי כחשובות. האחת, קשורה במעורבותם של בתי משפט נוספים, מחוץ לבית הדין הגבוה לצדק, בעשיית צדק מנהלי. השנייה קשורה במידת הפתיחות של שערי בית המשפט עצמו לטרוניותו של פרט נפגע.

משפט מנהלי ובית משפט מנהלי

מבחינה היסטורית התפתח המשפט המנהלי הישראלי באמצעות בית המשפט הגבוה לצדק. סמכותו של בית המשפט היא שקבעה את חובתו של המנהל. הסעד שנתן בית הדין הוא שקבע את הזכות⁵². במונח מסוים ניתן לקפל את כל המשפט המנהלי עצמו בסעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. גישה זו מובנת היא, אך דומה כי שוב אין היא רצויה. עלינו להבחין בין הסמכות של בית המשפט לבין הזכות של האזרח. אכן, זכותו של האזרח כלפי המנהל קיימת ועומדת ללא קשר

51 ראה כג"צ 840/79, הערה 30 לעיל, עמ' 745.

52 ראה ד"נ 16/61, פ"ד טז 1209, 1215; בג"צ 19/64, פ"ד יח(3) 506, 515: "במשך פרק זמן ממושך התבוננו במשפט המינהלי באספקלריה של סדרי הדין בבחינת ubi remedium ubius שכן הלכות המשפט המהותי קמו ונולדו על יסודות דיוניים מקום שהיתה לאדם עילה מן העילות המוכרות המשמשות לדין, על פי צו פרוגרטיבי נולדה לו זכות מהותית, וכאין עילה למעשה גם לא היתה לו זכות" (השופט זוסמן).

לסמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק. המשפט המנהלי קיים גם מחוץ לבית המשפט הגבוה לצדק או לבית המשפט בכלל. הוא חלק מהחיים עצמם. המנהל חייב לפעול בהגינות ובסבירות, גם אם מטעם זה או אחר בית המשפט הגבוה לצדק לא יתערב. על כן, אם האזרח אינו נקי כפיים ואינו זכאי לסעד מבית המשפט, אין בכך כדי להתיר למנהל לפעול בניגוד לחוק. הדין לחוד ובית הדין לחוד. המשפט המנהלי קובע את הפיסולוגיה של החיים המנהליים, ללא קשר לפתולוגיה של הסכסוך המנהלי המתברר בבית המשפט. המשפט המנהלי אינו משפטו של בית הדין הגבוה לצדק. המשפט המנהלי הוא המשפט החל על המנהל, ועל כן הוא המשפט החל על כל סכסוך מנהלי, יהא בית המשפט אשר בו יתברר הסכסוך אשר יהיה⁵³. המשפט המנהלי הוא אחד, ואילו בתי המשפט המפעילים אותו הם רבים. על כן, יש להכין את הכלים למעורבות הולכת וגוברת של בתי משפט אחרים, שמחוץ לבית הדין הגבוה לצדק, בפתרון סכסוכים מנהליים. דבר זה חיוני הוא לאור התגברות הדרישה לשירותי משפט⁵⁴. בית הדין הגבוה לצדק לא יוכל לעמוד כמעמסה זו לבדו. אין גם בידיו הכלים לפתור בעיות מנהליות אשר ההכרעה בהן מחייבת בחינה מעמיקה של התשתית העובדתית⁵⁵. בתי המשפט האחרים – השלום והמחוזי – עשויים לסייע בביצוע משימה זו, תוך יצירת אגפים מנהליים בהם. משפט מנהלי תורה היא, ולימוד והתמחות היא צריכה⁵⁶.

מעמד בדין

במסגרת השינויים החברתיים הצפויים, נראה לי כי ניתן לצפות למעורבות מוגברת של הפרט בפעולות השלטון. כדי ליתן סיפוק למעורבות זו, יהא צורך, בין השאר⁵⁷,

- 53 ראה בג"צ 341/80, פ"ד לה(2) 197.
- 54 ראה י' זמיר, השפיטה בענינים מינהליים (המכון למחקרי חקיקה ע"ש סאקר, פקולטה למשפטים, אוניברסיטה עברית, תשמ"א) 80 ואילך.
- 55 ראה בג"צ 562/73, פ"ד כח(1) 824, 827.
- 56 ראה דו"ח הוועדה לבריקת מבנה והסמכויות של בתי המשפט (1980) 29.
- 57 כללי המעמד אינם המכשיר היחיד שדרכו עשוי היחיד ליתן ביטוי לדאגתו לכלל. בהקשר זה ניתן לציין את התביעה הייצוגית, ואת ההתדיינות בשם האינטרס הציבורי (ראה ס' גולדשטיין, "תביעת ייצוג קבוצתית" – מה ועל שום מה?", משפטים ט (תשל"ט) 416; ס' גולדשטיין, "עוד בענין תביעת ייצוג קבוצתית" – ההתפתחות במשפט האנגלי,

להגמיש את כללי המעמד⁵⁸. במקביל לכך יש לשקול את האפשרות של מתן ייצוג לאינטרסים נוספים, שהעותר והרשות המנהלית אינם מייצגים. אכן, אם בית המשפט קובע הלכה כללית, מן הראוי הוא לשקול אם אין זה ראוי, כתנאים מסוימים, לאפשר לאינטרסים נוספים, העשויים להיות מושפעים מהחלטת בית המשפט, להיות מיוצגים בהליך המשפטי. אשר לכללי המעמד עצמם, אין אני גורס כי לכל אדם המעמד לפנות לבית המשפט כדי להכריע בו את חוקיות פעולת המנהל. מקובל עלי כי אין מקום להכיר בתביעה הציבורית (Actio popularis)⁵⁹. אך דומה כי הכללים הקיימים בדבר הצורך באינטרס ממשי מיוחד וישיר, אינם מתאימים עוד למציאות חיינו⁶⁰. כך, למשל, נראה לי כי יש להרחיב את מסגרת העותרים במקום שעומדת לדיון בעיה קונסטטוציונית חשובה⁶¹. יש להסתפק באינטרס של העותר ואין לדרוש אינטרס מיוחד דווקא. אכן, מן הראוי הוא להכיר בכך כי כללי המעמד אינם כללים טכניים, אלא כללים של מדיניות משפטית, המבטאים את חוסר רצונו של בית המשפט לדון בעתירות מסוימות. הם מכשיר להגנה עצמית של הרשות השופטת. לעתים תעשה בו הרשות השופטת שימוש. לעתים תניח אותו. העניין נתון לשיקולה-היא. אין לו למנהל היתר לפעול שלא כדין במקום שבשל כללי המעמד אין דיון. גישה פונקציונלית גמישה זו תאפשר לבית המשפט לפתוח שערו לעותר כן ורציני, המבקש הכרעה בבעיה חשובה. היא תאפשר לנעול את שערי בית המשפט בפני טרדן רודף פרסומת. היא תאפשר ויסות ראוי של התביעות, תוך יצירת איזון ראוי בין הצורך להבטיח את שלטון החוק לבין הצורך לשמור על בית

משפטים יא (תשמ"א) 412; א' אנקר, "התדיינות בשם האינטרס הציבורי והאתיקה המקצועית של עורכי הדין", הפרקליט לד (תשמ"ב) 403.

58 לתורת המעמד, ראה ז' סגל, "זכות העמידה בפני בית המשפט הגבוה לצדק", חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים (פקולטה למשפטים, אוניברסיטה עברית, ירושלים, תשל"ד).

59 לשאלת התביעה הציבורית ראה: A. Bleckmann, "The Aim of Judicial Protection: Protection of the Individual or Objective Control of the Executive Power? The Rule of Locus Standi", *Judicial Protection Against the Executive*, vol. 3 (Heidelberg, 1971) 19.

60 ראה כג"צ 217/80, פ"ד לד(4) 429.

61 שם, עמ' 443, וכן; 1; (1974) 3d) 43 D.L.R. (no. 2), *Thorson v. A.G. of Canada*; 632 (1975) 3d) 55 R.L.R. (no. 2), *Nova Scotia Board of Censors v. McNeal*.

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית

המשפט מפני הצפה, מחד גיסא, ומעורבות פוליטית בלתי רצויה, מאידך גיסא⁶². עם זאת יש להודות כי גישה "ליברלית" זו תביא בעקבותיה חוסר כיטחון מסוים. דומה כי המחיר הוא כדאי.

ג. דיני החוזים

התיאוריה הקלאסית של דיני החוזים מבוססת על מרכזיותו של החוזה כמכשיר להסדרת היחסים בין בני הציבור בתחומי המשפט הפרטי. גישה זו מעוגנת בהנחה בדבר חופש הרצון של המתקשרים, וכל זאת על רקע הגישה החברתית של המאה התשע עשרה בדבר ה־Laissez-faire. בכל אלה חל שינוי יסודי מאז מלחמת העולם השנייה⁶³. החוזה הקלאסי הולך ונעלם, ועמו נעלמת החשיבות המרכזית של דיני החוזים הקלאסיים⁶⁴. במקומו של זה באים מכשירים משפטיים חדשים. מה שבעבר בוצע על ידי החוזה מתבצע כיום לעתים על ידי הרשיון הממשלתי.

חלק גדול מהדין הפרטי נשלט על ידי הדין הציבורי. בתחומי החוזים עצמם הולכת וגדלה הסטנדרטיזציה. הולך וגובר חוסר השוויון הכלכלי בין הצדדים המתקשרים. הולך וגובר התחכום הכלכלי⁶⁵. חופש ההתקשרות הוא לעתים אילוזיה בלבד. נוצר, איפוא, פער ניכר בין מציאות החיים המודרנית לבין דין החוזים אשר התבסס על מציאות חיים שונה. כיצד ניתן לגשר על פער זה? בתחומים מיוחדים נתן המחוקק דעתו לבעיה. נקבעו הסדרים פריטיקולריים, כגון החקיקה בדבר החוזים האחידים⁶⁶ והעסקאות הצרכניות⁶⁷. אך חקיקה ספציפית זו

62 לעניין זה, ההלכה הרלבנטית היא "השאלה הפוליטית" או השפיטות, ולא כללי המעמד: השווה בג"צ 652/81, פ"ד לו(2) 197.

63 ראה 716 *P. Atiyah, The Rise and Fall of the Freedom of Contract* (Oxford, 1979).

64 השווה 87 *G. Gilmore, The Death of Contract* (Columbia, Ohio, 1974); א' ויחקון, הערה 9 לעיל, עמ' 34.

65 כך, למשל, אם בעבר פינה הכסף את מקומו לשיק, ואם כיום מפנה השיק את מקומו לכרטיס האשראי, הרי בעתיד ייתכן כל אלה יפנו את מקומם להעברות אלקטרוניות. ראה Penny, *The Law of Electronic Fund Transfer System* (1980).

66 ראה חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1983.

67 ראה חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981.

אין בכוחה לפתור את המכלול ותוספת חקיקה ספציפית לא תוכל להתמודד עם המצבים המגוונים והמשתנים. דומה כי רצויה בעניין זה פעילות שיפוטית. מהם הכלים אשר באמצעותם ראוי לה לרשות השופטת להתמודד עם פער זה שבין המציאות החברתית לבין דין החוזים הקיים?

נראה לי כי אחד הכלים החשובים העומדים לרשותה של השפיטה הם עקרונות היסוד של דיני החוזים. אחד מאותם עקרונות יסוד הוא זה הקובע כי משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה⁶⁸ ופעולה לביצועו של חוזה⁶⁹ יש לעשות בתום לב ובדרך מקובלת. זהו מבחן המשלב בחובו יסודות סובייקטיביים עם יסודות אובייקטיביים, שכן נקבעת על פיו רמת התנהגות ראויה⁷⁰. תוכנה של רמת התנהגות זו, והסטנדרט הנדרש על פיה, נקבע על ידי בתי המשפט, על פי צורכי החברה שלנו היום⁷¹. לפנינו, איפוא, עיקרון מרכזי בדיני החוזים בפרט ובשיטה המשפטית שלנו בכלל⁷², אשר באמצעותו ניתן להתאים את דיני החוזים למציאות החברתית. כנגד העוצמה והתחכום של אחד המתקשרים החוזיים וכנגד חוסר השוויון שבין המתקשרים עומדת חובתו של כל מתקשר חוזי לפעול בתום לב. באמצעותה של חובה זו עשוי בית המשפט להבטיח הגינות בסיסית ביחסים החוזיים⁷³. אכן, עקרון תום הלב ממלא בדיני החוזים פונקציה שהיא דומה לזו שממלאים עקרון הסבירות וההגינות

68 סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

69 סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

70 ראה בג"צ 59/80, פ"ד לה' (1) 828; ע"א 701/79, פ"ד לו' (2) 113; ע"א 435/81, פ"ד לו' (2) 561.

71 ראה בג"צ 59/80, שם, וכן ע"א 207/79, פ"ד לו' (1) 553.

72 לעקרון תום הלב הקבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תחולה כללית במשפט, מעבר לדיני החוזים בעצמם. הטכניקה החקיקתית היא באמצעות השימוש בסעיף 61(ב) לחוק החוזים. מכותה של הוראה זו הוחל עקרון תום הלב לדיני הדין (בר"ע 305/80, פ"ד לה' (3) 499), לדיני המשפחה (בג"צ 566/81 (טרם פורסם)), ולדיני העבודה (בג"צ 59/80, הערה 70 לעיל). מחלוקת פוסקים פרצה כאשר לתזולתו של עיקרון זה במשפט המנהלי (בג"צ 640/77, פ"ד לב' (2) 75; ע"א 402/76, פ"ד לא' (1) 270). מחלוקת זו היא ביסודה לשם שמים, שכן חובתו של המנהל לפעול בהגינות, בסבירות ובתום לב, הוכרה במשפט המנהלי מימים ימימה.

73 כך, למשל, נעשה בעקרון תום הלב שימוש במספר מדינות כדי להתאים את הדין לאינפלציה המשתוללת: ראה י' זוסמן, "תם לב בדיני החוזים – הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו (תשל"ח) 485. ראה גם K. Rosenn, *Law and Inflation* (Philadelphia, 1982) 80, 94, 110, וכן ע"א 265/80, פ"ד לו' (1) 537.

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית

במשפט המנהלי. זהו עיקרון גמיש אשר באמצעותו ניתן לגשר בין המציאות החברתית לבין הדין.

ד. עקרונות היסוד

עמדתי על כך שהתאמת הלכות המשפט המנהלי למציאות החברתית יכולה להעשות באמצעותם של עקרונות היסוד של המשפט המנהלי, הלוא הם הסבירות המנהלית וההגינות המנהלית. בדומה, עמדתי על כך, כי התאמת דיני החוזים למציאות החברתית יכול שתיעשה באמצעות העיקרון של תום הלב בביצוע החוזה, שהוא עקרון יסוד של דיני החוזים. בין אם נראה בסבירות ובהגינות המנהלית מזה ובתום הלב החוזי מזה עקרונות נפרדים, ובין אם נראה כהם חלק מעקרון תום הלב הכללי, הרי דומה כי מתבקשת המסקנה כי עקרונות היסוד של השיטה המשפטית עשויים לשמש כאמצעי חשוב לגישור בין הדין (החקוק וההלכתי) לבין המציאות החברתית. הם המקור לדין הקיים, והם המקור לדין החדש.

השימוש בעקרונות היסוד כאמצעי לשינוי מודע במשפט, טומן בחובו מספר מעלות. ראשית, השינוי בהלכה השיפוטית נעשה בצורה שהיא טבעית להליך השיפוט⁷⁴. זהו – בלשונו של השופט דיקסון (Dixon)⁷⁵ –

"An enlightened application of modes of reassuring the traditionally respected in the courts. It is a process by the repeated use of which the law is developed, is adopted to new conditions, and is improved in content".

ההליך השיפוטי, בהילוכו הטבעי, נזקק לעקרונות יסוד. המעבר מדין הלכתי קונקרטי אחד לדין הלכתי קונקרטי שני אינו נעשה "ברמה" של הדין הקונקרטי בלבד. המעבר מדין לדין נעשה באמצעותו של עקרון היסוד המשותף. הפיסיולוגיה

74 ראה דברי השופט ריד (Lord Reid) בפרשת *Myers v. D.P.P.* [1965] A.C. 1009: "If we are to extend the law it must be by the development and application of fundamental principles"

75 ראה *Dixon, "Concerning the Judicial Method"*, 29 *A. L. J.* (1965) 432, 468.

משפט ושיפוט

של ההליך השיפוטי כוללת בחובה דין קונקרטי, אשר אינו עומד בבדידותו, אלא נגזר הוא מעקרון יסודי. עיקרון זה עצמו משמש בית יוצר לדין קונקרטי חדש, וזאת על פי צורכי החיים המשתנים⁷⁶. זהו מהלכה "הגאוני" של ההלכה הפסוקה⁷⁷. עמד על כך לפני למעלה ממאה שנים השופט שאו (Show) באומר⁷⁸:

"It is one of the great merits and advantages of the common law, that instead of a series of detailed practical rules, established by positive provisions, and adapted to the precise circumstances of particular cases, which would become obsolete and foil, when the practice and course of business, to which they apply, should cease or change, the common law consists of a few broad and comprehensive principles founded on reason, natural justice and enlightened public policy modified and adapted to the circumstances of all the particular cases which fall within it. These general principles of equity and policy are rendered precise, specific and adapted to practical use... which is the proof of their general fitness and common convenience, but still more by judicial exposition, so that, when... the general rule has been modified, limited and applied, according to particular cases, such judicial exposition... becomes itself precedent, and forms a rule of law for future cases, under like circumstances".

המעבר מדין אחד לדין אחר אינו מעבר מכני. השפיטה אינה אקט מכני⁷⁹. המעבר מדין לדין געשה תוך הזקקות לעקרונות היסוד של השיטה. כך מתפתחת ההלכה השיפוטית בדרכה הטבעית, וכך נגשר הפער בין החיים לבין ההלכה.

R. Wasserstrom, *The Judicial Decision* (Stanford, 1961) 172; E. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (Chicago, 1949) 8; S. Stoljar, "The Logical Status of a Legal Principle" 20 *Univ. of Chicago L. Rev.* (1953) 181

77 ראה ברברי השופט סימונד (Viscount Simonds) בפרשת *Scruttons v. Midland Silicones* [1962] 1 All E.R. 1, 7: "The Law is developed by the application of old Principles to new circumstances. Therein lies its genius"

78 ראה *Norway Plains Co. v. Boston & Me. R.R.*, 67 Mass. 263 (1854)

79 ראה א' ברק, הערה 20 לעיל.

שנית, השינוי בדין נעשה תוך שמירה על יציבות ההלכה. הדין הקונקרטי משתנה, אך שינוי זה נעשה באמצעות עקרון היסוד הקיים. הצמח המשפטי החדש צומח מאדמת המשפט הישנה⁸⁰. הצמיחה מאפשרת שינוי תוך יציבות, תנועה תוך דריכה במקום, יצירה תוך המשך⁸¹. אף שהשינוי בדין הוא רטרואקטיבי, הרי מבחינתו של היחיד, אין פגיעתה של הרטרואקטיביות קשה, שכן הדין החדש והרטרואקטיבי שואב כוחו מעיקרון ישן וקיים. עקרונות היסוד מאפשרים, איפוא, תנועה ושינוי בלא לפגוע בביטחון המשפטי. הצידוק לדין החדש שואב כוחו משיקולים ידועים ומקובלים, המאפשרים לבני הציבור לכוון מראש את צעדיהם. לבסוף, כתוצאה מכך גדל אף האמון של בני הציבור בשיטת המשפט. אין הם חשים כי הדין הוא פרי הרצון האינדיבידואלי של שופט זה או אחר. חשים הם כי הדין הוא פרי עקרונות היסוד של השיטה כולה, המשקפת ערכים עמהם מזדהים בני הציבור. כפי שאומר פרופסור שפי (Chafee)⁸²:

"For the most part men obey the law without litigation or accept quickly the outcome of litigation, because they feel that law is the embodiment of certain generally recognized norms outside any single individual. It is their rational recognition of the objective truth and values in law which mainly imposes the obligation to obey the law. Newly declared legal rules are not made by judges out of whole cloth. They are drawn by search and by analogy from the body of already existing rules and the complex relations of mankind".

גישה זו – הגזרת את הדין הספציפי החדש מעקרונות היסוד הקיימים – ממתנת ומאזנת את פעולתו של השופט היחיד, המבקש להשתמש בכוח הנתון לו לשינוי הדין. שופט זה חש עצמו מושפע ומכוון על ידי עקרונות היסוד,

80 ראה אימרתו הידועה של קוק (Sir Edward Coke): "Let us now persue our ancient authors, for out of the Old Fields must spring and grow the new corn"

81 R. Keeton, "Creative Continuity in the Law of Torts", 75 *H. L. Rev.* (1962) 463

82 ראה Chafee, "Do Judges Make or Discover Law", 9 *Proceedings of the American Philosophical Society* (1947) 405, 409

אשר מגבילים את היסוד הסובייקטיבי בפעולתו, ומגבירים את היסוד האובייקטיבי שבה⁸³. כתוצאה מכך מובטחת התפתחות אחידה, שיטתית ומאוזנת של השיטה כולה.

בצד היתרונות הקיימים מהשימוש בעקרונות היסוד, מן הראוי להצביע על החסרונות. משבצות אחריות נעלמות, ומשבצות חדשות קמות, והכל תחת כנפיו של עיקרון אחד, ונמצא הביטחון המשפטי חסר. היתרון של הגמישות הוא גם החיסרון של חוסר הוודאות. זאת ועוד: לעתים אין מנוס משינוי הלכתי בעקרונות היסוד עצמם. אף אלה אינם עומדים לעולמי עד. שינויים בגישה החברתית עשויים לעתים להביא לידי כך שבית המשפט יביא לשינוי בעקרונות היסוד עצמם, תוך יצירת עקרונות יסוד חדשים⁸⁴. עצם ההבחנה בין דין ספציפי לבין עיקרון כללי אינה חדה וחלקה. מה שמהווה עיקרון כללי כלפי דין פלוני, עשוי להוות דין ספציפי כלפי עיקרון אלמוני. בסופו של דבר, גם עקרונות היסוד אינם אלא משבצות. נמצא, כי שיקול הדעת הנתון לרשות השופטת לפעול במסגרת עקרונות היסוד עשוי להביא לחוסר ביטחון משפטי. לבסוף, מה שנראה לאחד כשימוש ראוי בעקרונות היסוד במסגרת שיקול הדעת השיפוטי הלגיטימי עשוי להראות לאחר כחקיקה שיפוטית בלתי ראויה, המסיגה את גבולו של המחוקק. אכן, בשימוש בעקרונות היסוד כרוכים סיכויים וסיכונים. אין השימוש בעקרונות היסוד פתרון לכל חולי. אין הם תרופה לכל מכה. המשפט כמו החיים, הוא מערכת סבוכה ומורכבת אשר בה משמשים בערבוביה היגיון וניסיון, סבירות ושרירות, ביטחון וגמישות⁸⁵. בוודאי

83 ראה G. Barwick, "Precedent in the Southern Hemisphere", 5 *Isr. L. Rev.* (1970) 1, 8: "(The) judge is (not) at liberty to give effect to his own personal view of what is right and just in the particular circumstances. His decision must be according to the principles of law, which, it must be conceded, can at times work less than justice. Adherence to the principles of law but not necessarily to particular decisions therein, is essential to the maintenance of an ordered society"

84 כך, למשל, הוכר בארצות הברית במאה העשרים העיקרון החדש של "הפרטיות". יש הגורסים כי השפיטה יכולה לגזור הלכות מעקרונות יסוד קיימים אך אינה יכולה ליצור עקרונות יסוד חדשים. ראה *Scrutton v. Midland Silicones*, *supra*, n. 77, p. 7. ולא היא. ראה, למשל, ע"ב 1/65, פ"ד יט(3) 365, בו הוכר עקרון היסוד של "הדמוקרטיה המתגוננת".

85 ראה L. Fuller, "Reason and Fiat in Case law", 59 *H. L. Rev.* (1946) 376

שעקרונות היסוד של השיטה אינם יכולים לפתור את כל בעיותיה. זהו אמצעי שיש לדעת על קיומו, עם זה אין להשתמש בו תמיד. מצויים תחומי משפט אשר בהם עדיפה ודאות על פני גמישות, שכן הצדק הוא בוודאות⁸⁶. לעתים עדיף להשאיר פער בין הלכה לבין מציאות. לעתים רצוי לגשר על הפער בין הלכה לבין מציאות בדרך החקיקה הרגילה ולא באמצעות החקיקה השיפוטית⁸⁷. אך במקום שנדרש שינוי בדין, ובמקום שהשינוי צריך להעשות על ידי השיטה דווקא, רצוי הוא לעתים לבסס שינוי זה על עקרונות היסוד עליהם מבוססת השיטה המשפטית.

ה. מדיניות משפטית

עקרונות היסוד אינם אקסיומות מהם נגזרים משפטים "נכונים" באופן מיכני. עקרונות היסוד הם נורמות ערכיות המשתרעות על תחומים בלתי מוגדרים ומהם ניתן לגזור מספר דינים "נכונים". מעקרונות היסוד לא נגזר כמעשה מכני פתרון אחד ויחיד. יש לעקרונות היסוד לרוב "גרעין" נורמטיבי ברור למדי, אך לצידו יש תמיד "איזור אפלולית יחסית" המאפשר פתרונות מספר⁸⁸. עקרונות היסוד אינם סופו של תהליך אינטלקטואלי אלא תחילתו⁸⁹. עקרונות יסוד, כמו סבירות, הגינות, חום לב, תקנת הציבור, שוויון וכיוצא בהם יוצרים "מתחמים", אשר במסגרתם עשויים לחיות זה בצד זה מספר פתרונות "נכונים". הגישה הפילוסופית, לפיה מעקרון יסוד נגזר פתרון "נכון" אחד ויחיד⁹⁰, אינה מקובלת עלי כלל ועיקר⁹¹.

86 ראה מ' לנדוי, הערה 21 לעיל, עמ' 292.

87 לשאלה זו, ראה א' ברק, "חקיקה שיפוטית", הערה 14 לעיל. ראה גם P. Devlin, *The Judge* (Oxford, 1979) I; L. Pollock, *supra*, n. 10; L. Jaffe, *supra*, n. 17, p. 80.

88 ראה H. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *H. L. Rev.* (1957) 593. ראה גם ביקורת על גישתו של הארט במאמר של פולר: L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Prof. Hart", 71 *H. L. Rev.* (1957) 630. לשימוש פרשני בהבחנה בין "הגרעין" של נורמה לבין "איזור האפלולית היחסית", ראה ע"א 133/79, פ"ד לה(2) 64.

89 ראה R. Pound, "Mechanical Jurisprudence", 8 *Col. L. Rev.* (1908) 605.

90 ראה R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, 1977) 14, 81. ראה גם ע' שפירא, "בעיית שיקול הדעת השיפוטי במקרי גבול", משפטים ב (תשכ"ט) 57.

91 ראה י' רז, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי", משפטים ב (תשכ"ט) 317. בחינת

משפט ושיפוט

עקרון היסוד כולל בחובו מספר פתרונות "נכונים", אשר הבחירה ביניהם נעשית על ידי הרשות השופטת באמצעות שיקולים של מדיניות משפטית. אלה הם השיקולים אשר באמצעותם ניתן תוכן קונקרטי לעקרון היסוד. באמצעותם מאזנת הרשות השופטת בין האינטרסים השונים הנאבקים על הבכורה במאזני הצדק החברתי. המדיניות המשפטית מקשרת את הדין הספציפי אל עקרון היסוד של השיטה המשפטית⁹². נמצא, כי תפקיד מרכזי בהליך השיפוטי נתון למדיניות המשפטית⁹³. היא הנותנת חיות לעקרונות היסוד, ומאפשרת להם לשמש מקור מפרה לפיתוח ההלכה. כפי שאומר השופט סטון (H.F. Stone)⁹⁴:

"The skill, resourcefulness and insight with which judges and lawyers weight competing demands of social advantage, not unmindful that continuity and symmetry of the law are themselves such advantages, and with which they make choice among them in determining whether precedents shall be extended or restricted,

התיאוריה של דבורקין חורגת ממסגרתה של רשימה זו. על "החופש" השיפוטי, ראה Clark and Trubek, "The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition", 61 *Col. L. Rev.* (1961) 255; Z. Chafee, *supra*, n. 82. p. 419: "Logic does not lead inevitably to a single sound rule of law for every conceivable legal problem. In close questions, which are the sort most likely to come before appellate courts there is a choice between competing analogies. Often a choice either way is warranted..."

92 ראה Lord Radcliffe, *The Law and Its Compass* (Evanston, 1960) 63; Lord Evershed, "The Judicial Process in Twentieth Century England", 61 *Col. L. Rev.* (1961) 761, 791: "I invoke again Lord Radcliffe's hope that the judges in the future will not fear to give effect to the principle of public policy that the purpose of society and all its institutions is to nourish and enrich the growth of each individual human spirit"

93 ברשימתנו זו עוסקים אנו במעמד המדיניות המשפטית בהקשר של עקרונות היסוד. למותר לציין כי למדיניות המשפטית מעמד גם במקום שאין בחינה של עקרונות יסוד. ראה W. Friedmann, "Judges, Politics and the Law", 29 *Can. B. Rev.* (1951) 811

94 ראה H. Stone, "The Common Law in the United States", 50 *H. L. Rev.* (1936) 4, 10

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית

chiefly give the measure of the vitality of the common-law system and its capacity for growth".

לעתים נמצא שופטים הגורסים כי בהכרעה השיפוטית אין מקום לשיקולים של מדיניות משפטית. כי שיקולים אלה הם "סוס פרא" בלתי מרוסן אשר כל הממעט לרכוב עליו מיטיב לעשות⁹⁵. לדעתי, תפישה זו של ההליך השיפוטי בטעות יסודה⁹⁶. ההכרעה השיפוטית מבוססת על שיקולים של מדיניות משפטית. לעתים שיקולים אלה מחייבים ביטחון משפטי, סטטיות, אי שינוי תוך הפניית השינוי בדין לרשות המחוקקת⁹⁷. לעתים הם מחייבים בחינה ושקילה ואף שינויים השנויים במחלוקת. אכן, לא תמיד מצויה הסכמה באשר לתוכנה של המדיניות המשפטית הראויה⁹⁸. אך חוסר בהירות זה אינו בא לשלול את קיומה של המדיניות המשפטית. ההבדלים בין שופט המכיר במרכזיותה של המדיניות המשפטית לבין שופט השולל מרכזיות זו הוא אך זה כי הראשון מגיע להכרעתו השיפוטית תוך מודעות לחופש הבחירה הנתון לו ומכאן גם לאחירות המוטלת עליו כתוצאה מכך, ואילו השני מגיע להכרעתו ללא מודעות וללא תחושת אחריות⁹⁹. גם שופט הסבור כי אין הוא רשאי לשקול שיקולים של מדיניות משפטית, מביע בגישתו זו תפישה עולם המבוססת על מדיניות משפטית¹⁰⁰. שופט הסבור כי הוא אינו שוקל שיקולים של

95 כלשונו של השופט Burrough (1824) בפרשת *Richardson v. Mellish*, 2 Bing 229, 242.

96 ראה ע"א 207/79, הערה 71 לעיל, ראה גם *The W. Friedmann, supra*, n. 93, p. 826: "policy element in the judicial decision may be refined, it may be pushed back further and further, the area of uncertainty may be reduced. But these must always remain an point at which a choice has to be made, and it is necessary to determine the factors guiding that choice"

97 ראה *R. Pound, supra*, n. 11, p. 940.

98 ראה, למשל 73 *H. Wechsler*, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", *H. L. Rev.* (1959) 1 ו-1 *J.G. Deutsch*, "Neutrality, Legitimacy and the Supreme Court: Some Intersections Between Law and Political Science", *20 Stan. L. Rev.* (1968) 169.

99 עמד על כך בעיקר השופט הולמס (Holmes). ראה *O.W. Holmes, The Common Law* (Boston, 1891) 35.

100 ראה *O.W. Holmes*, "The Path of the Law", *10 H. L. Rev.* (1896) 457; *R. Fox, supra*, n. 19, p. 160.

מדיניות משפטית משקיף על תפקידו כעל תפקיד טכני גרידא¹⁰¹. אך השפיטה אינה עניין טכני או מכני¹⁰². הוא הכרעה בין אינטרסים שונים במסגרת עקרונות היסוד. התפקיד השיפוטי, מעצם מהותו, מחייב שקילת שיקולים של מדיניות משפטית¹⁰³. על כן, כל שופט עם מינויו מושב על אותו סוס פרא, והוא חייב לרכוב עליו, בין אם ירצה ובין אם ימאן¹⁰⁴. דומה, כי תפישתה של המדיניות המשפטית כ"סוס פרא" מבוססת על הגישה, לפיה קיים ניגוד בין הלכה לבין מדיניות משפטית. ניגוד כזה אינו הכרחי. המדיניות המשפטית היא שדה הקרב אשר עליו מוכרע המאבק המגבש את הכלל המשפטי הקונקרטי מתוך עקרונות היסוד של השיטה¹⁰⁵. ושוב: השימוש במדיניות משפטית, אין משמעותו תמיד שינו הדין. לעתים שיקולים של מדיניות משפטית מצדיקים שמירה על הקיים. לעתים שינוי הדין צריך להעשות על ידי הרשות המחוקקת ולא על ידי הרשות השופטת, שכן על פי תפישת היסוד המקובלת שינוי מסוים בדין ראוי לו שיעשה על ידי המחוקק ולא על ידי השופט¹⁰⁶. זאת

101 ראה Reid, "The Judge as Law Maker" 12 *Society of Public Teachers of Law* (J.A. Jaliwicz ed., London, 1970) 23, 27: "So long as the Powers that can see to it that the new race of judges are not mere technicians but are men of the world as well, we can — indeed we must — trust them to acquaint themselves with public policy and apply it in a reasonable way to such new problems as will arise from time to time" *Suisse Atlantique v. N.V. Rotterdamische* [1966] 2 All E.R. 367: "Courts have often introduced new rules when in their view, they were required by public policy"

102 ראה R. Pound, "Mechanical Jurisprudence", *supra*, n. 89
 103 K.C. Davis, "The Future of Judge-Made Public Law in England", *supra*, n. 49, p. 216; W. Friedmann, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking", *supra*, n. 18, p. 826; A. Corbin, *Contracts*, vol. 6A (St. Paul, Minn., 1962) 12
 104 ראה Lord Wright, "Public Policy", *Addresses*; Knight, "Public Policy in England Law", 38 *L. Q. Rev.* (1922) 207; P. Winfield, "Public in England Law", 42 *H. L. Rev.* (1928) 76; Lord Radcliffe, *supra*, n. 92, p. 37

105 שאלה אחרת היא, אם המדיניות המשפטית היא חלק של הכלל המשפטי או עניין חיצוני, שמתור להיזקק לו. בעניין זה ראה J. Stone, *Social Dimensions of Law and Justice* (Sydney, 1966) 190
 G. Hughes, "Rules, Policy and Decision Making", 77 *Yale L. J.* (1968) 411

106 ראה Lord Diplock, "חקיקה שיפוטית", הערה 14 לעיל, וראה גם דברי השופט דיפלוק (*Geelong Harbour Trust Commrs. v. Gibbs Bright & Co.* (1974) W.L.R. 507, 514: "If the legal process is to retain the confidence of the nation, the

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית

ועוד: לעתים שיקולים של מדיניות משפטית הם כה ברורים וחד משמעיים עד כי אין צורך לנסח אותם מחדש, מה גם שהם כבר נדונו בהרחבה בעבר. יהא עניין זה כאשר יהא, השיקולים של מדיניות משפטית תמיד מצויים בהליך השיפוטי¹⁰⁷.

1. סוף דבר

מניח אני כי למספר השקפות המובעות ברשימתי היה השופט זוסמן מתנגד¹⁰⁸. אך דומה כי לגישתי הבסיסית היה מסכים. השופט זוסמן היה מודע לקיומו של פער בין מציאות החיים לבין המשפט, והיה ער לצורך לגשר על פער זה בדרך של שינוי בדין. הוא הכיר, כמובן, בעליונותה של החקיקה הבאה מבית המחוקקים¹⁰⁹, אך ראה את מרכזיות תפקידו של השופט ביצירת הדין ובשינויו. "אם השתנו הזמנים, החוק סובל פירוש גמיש די הצורך כדי להתאים אותו לשינויים"¹¹⁰, ובלבד "שחידושו ישתור ברקמת המשפט הכוללת"¹¹¹. השקפתו הפרשנית של

extent to which the High Court exercises its undoubted power not to adhere to a previous decision of its own must be consonant with the consensus of opinion of the public, of the elected legislature and of the judiciary as to the proper balance between the respective roles of the legislature and the judiciary as law-maker"

107 מנימוקים שונים מסרבים לעתים שופטים להורות בכך בפסקי הדין שהם נותנים, אך מוכנים לעתים להכיר בכך במאמרים שהם כותבים. על גישה זו ראה P. Atiyah, "Judges and Policy", *supra*, n. 19.

108 כך, למשל, הביע בשיחה עמי את הסתייגותו מגישתי בבג"צ 217/80 (הערה 60 לעיל) ובבג"צ 840/79 (הערה 30 לעיל).

109 עם זאת ציין כי "עליונות זו של המחוקק הישראלי שאינו מוגבל על ידי חוקה נוקשה וכתובה, מצדיקה לדעתי מסקנה זו לגבי מלאכתם של בתי המשפט: ההתאפקות השיפוטית לה הטיפו שופטי בית המשפט העליון האמריקאי, פן ייקבעו דפוסי המדינה על ידי מי שאינם נבחרים העם, והקונגרס יהא חסר אונים, התאפקות זו אינה הכרח בישראל, שהמחוקק בה הוא כל-יכול" (י' זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", משפטים ג (תשל"א) 213, 216).

110 שם, עמ' 215.

111 בג"צ 254/73, פ"ד כח(1) 372, 385.

מונטסקיה, לפיה השופט אינו אלא הפה אשר מביע את דבר החוק¹¹², לא נראתה כלל לזוסמן. "דמותו של שופט, בעיניו של Montesquieu, היתה דמותו של אדם המחונן בכושר של התמצאות בשבילים הנסתרים של יער החקיקה. אך דעתו לוקה בטעות המקובלת, ששבילים אלה תמיד קיימים וכל כושר אינו אלא בגלויים. Montesquieu לא חשב על כך, שהשבילים לעתים לא הותוו על ידי המחוקק כלל, ושהשופט חייב הוא עצמו להתוותם"¹¹³. אכן, במרכז היצירה המשפטית, בצד החקיקה של הרשות השופטת, העמיד זוסמן את "החקיקה השיפוטית"¹¹⁴. "החוק הוא הלכה מופשטת, ורק פסק הדין של בית המשפט מתרגם את הלכת המחוקק למעשה החיוב כמו שהוא נאכף על הבריות. השופט הוא הנותן לדין את צורתו הממשית והקונקרטית. משום כך ניתן לומר, שהצורה בה מתגבש החוק סופית, היא הצורה שהשופט נותן לו, וכאן מרחב גדול לפעולתו"¹¹⁵. "תמיד השופט הפוסק — הוא המבצע את ה'קונקרטיזציה' של הדין. והואיל וכלי המחוקק, דיבורו, מטבעו אינו חד-משמעי ככלי תורת החשבון, מקבל דבר-החקיקה את צבינונו מפרשנות השופט. גוון הדיבור שנותן לו השופט, כאחד מיני רבים אפשריים הוא הקובע את משמעותו. דין, הוא דבר המחוקק כמו שנתפרש על ידי השופט; או כדבריו הקולעים של אחד משופטי בית המשפט העליון לארצות הברית: 'The constitution is what the judges say it is'¹¹⁶. דומה כי דווקא בשל הכוח הרב הטמון ביצירה השיפוטית — בדרך הפרשנות — ביקש השופט זוסמן לגבש כללי פרשנות, אשר ידריכו את השופט בגישה אובייקטיבית לחקיקה ולפירושה. "מהי, איפוא, 'שמעותה הנכונה' של האימרה החוזרת ונשנית בפסקי דין: 'בית המשפט אינו מחוקק, אלא רק פוסק על פי הלכת המחוקק?' משמעותה היא כי בפרשו את דבר-המחוקק לא יתן השופט לדיבור המחוקק את המשמעות הרצויה לו, לשופט, ולא ישאף להשיג את המטרה הנראית בעיניו: פרשנות כזו, כמוה כחבלה במלאכת החקיקה, ולא ראוי לשופט לעשותה. אלא השופט חייב לגלות מתוך החיקוק את מטרת החוק ועל פיה חייב הוא ליתן לדיברת המחוקק את פירושה"¹¹⁷. אכן, תפקיד מרכזי מילא

112 ראה C.S. Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (Berkeley, 1977) 209.

113 י' זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", ספר יובל לפנחס רוזן (תשכ"ב) 147, 153.

114 ביטוי בו השתמש לא פעם. ראה, למשל, בג"צ 254/73, הערה 111 לעיל.

115 י' זוסמן, הערה 109 לעיל.

116 י' זוסמן, הערה 113 לעיל, עמ' 156.

117 י' זוסמן, שם, שם. ראה גם דבריו של השופט זילברג בד"נ 3/62, פ"ד טז 2467, 2471:

ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית

השופט זוסמן בגיבושה של תורת פרשנות. הוא עמד על כך כי "כללי הפרשנות הם כללי שבהגיון, וההגיון איננו נכס לאומי המוחזק בידי אומה אחת ואינו ניתן בידי אומה אחרת. תהא אשר תהא שיטת הפרשנות, מאחורי לשון המחוקק עומדת תמיד מטרת המחוקק, ומשעלה בידנו לחשפה, הרי היא נותנת מצביונה לדיבור ומאפשרת לנו לקבוע משמעותו של החיקוק"¹¹⁸. "חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה חקיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו"¹¹⁹. במרכז כללי הפרשנות עומד כמובן החיקוק, שהוא "יצור החי בסביבתו"¹²⁰, אשר התפקיד לתת משמעות לו נתון בידי הרשות השופטת. "המחוקק פתח במחשבה או ברעיון וגמר בדיבור ואנו פותחים בדיבורו ומגסים משם לחזור על עקבותיו של המחוקק ולגלות את דעתו. זהו תפקידו של הפרשן"¹²¹.

משהכיר השופט זוסמן ביצירה השיפוטית של הפרשן, ממילא שאף הוא שאל את עצמו מהיכן ישאב השופט את האופציות השיפוטיות, ועל פי אילו שיקולים יבחר באופציה הראויה. דומה כי הגישה עליה עמדתו, לפיה עקרונות היסוד של

"כל נשכח, כי תורת המשפט וחוקיה אינם ממרעי הטבע המדויקים, בהם האינטלקט הוא הקובע בלעדית מה היא המציאות הנכונה. בתחום המשפט, המצוי הוא תולדה של הרצוי; והרצוי אף הוא אינו יתום; הוא מוסב ומונע ומודרך על ידי שיקולים תועלתיים, היינו: ההגנה על אינטרסים, שהחברה, בצדק או שלא בצדק, חפצה ביקרם. ואם השופט יורשה לככר את "הרצוי" הפרטי שלו על פני "הרצוי" של המחוקק, אזי יקיץ הקץ על נייטרליותם, העדר-פנייתם ועל מפלגתיותם של שופטי המדינה. הדין ייהפך אז ל"פונקציה" של הדיין, זאת אומרת: החלטותיו השיפוטיות תהיינה פועל-יוצא ומסובב של ההשקפות האישיות-פרטיות שיש לו, לאותו שופט, כאשר הוא אורח, בעניני משטר, מעמד, פוליטיקה, מוסר, תרבות, חינוך וכל היוצא כזה. קיימת רק ערובה אחת לטוהר שיפוטו של השופט, והיא: כניעתו הגמורה לרצונו הברור של החוק".

על כך השיב השופט זוסמן באותה פרשה: "הדבר אינו ניתן להוכחה כי לא בנוסחאות של מדע מדויק עסקינן שדרכו של אדם לבדקם ולהיווכח בנכונותם בטרם יפעל על פיהם. חללים שברקמת התחיקה חייב השופט למלא לפי מיטב יכולתו, אך לעולם לא יהא בטוח כי המחוקק היה נוהג כמה אילור עשה הוא את המלאכה בכבודו ובעצמו" (שם, עמ' 2475).

118 ד"נ 13/67, פ"ד כב(1) 569, 577.

119 ע"א 481/73, פ"ד כט(1) 505, 516.

120 ע"א 347/71, פ"ד כו(2) 328, 331.

121 ד"נ 3/62, הערה 117 לעיל, עמ' 2474.

משפט ושיפוט

השיטה המשפטית הם המקור המשפטי הלגיטימי אשר ממנו ניתן לשאוב אופציות משפטיות, והמדיניות המשפטית היא המכשיר אשר באמצעותו ניתן לבחור באופציה הראויה, גישה זו עולה בקנה אחד עם הפילוסופיה המשפטית של זוסמן. המעיין בפסיקתו אינו יכול שלא לחוש בחשיבות המרכזית שהוא העניק לעקרונות היסוד של השיטה המשפטית. די להזכיר את עמדתו העקרונית כי "בהשתמשה בנכסיה או בעשותה את פעולותיה נטלה הרשות על עצמה תפקיד של נאמן כלפי הציבור, ובתור שכזה חייבת הרשות להתייחס יחס שווה אל שווים, ומשהפרה עקרון יסוד זה והפלתה אורח שלא כדיון, הרי זו עילה להתערבותו של בית משפט זה"¹²². כשם שנתן לעקרון ההגינות מעמד מרכזי במשפט הציבורי¹²³, כן נתן לעקרון תום הלב מעמד מרכזי במשפט הפרטי וממנו בכלל¹²⁴. "העקרון המונח ביסודו של סעיף 39 הנ"ל (לחוק החוזים [חלק כללי], תשל"ג-1973) מקורו במשפט הקונטיננטלי ואין הוא מוגבל לדרכי הביצוע של חיוב קיים בלבד. עיקרון זה מחייב מעבר לזה, בהיותו ביטוי של כלל ההתנהגות האוניברסלי, הגדרש בין אדם לחברו, וכן בין אדם לרשות, אשר על כן הוא חל גם במשפט הציבורי"¹²⁵. אך דומה כי הביטוי המובהק ביותר לשימוש בעקרונות יסוד מזה ובמדיניות משפטית מזה, הוא בפסק דינו של השופט זוסמן בפרשת ירדור¹²⁶, אשר בה הסתמך על "הכללים היסודיים, העל חוקתיים" בדבר "הדמוקרטיה המתגוננת", ועל כך כי "השופט חייב לפסוק גם על פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה". אכן, דומה כי השופט זוסמן היה מסכים עמי, כי השופט אינו ראי המשקף את תמונת הדין, אלא אמן היוצר את התמונה במו ידיו¹²⁷. בגלריה זו של אמנים תופס הנשיא זוסמן מקום של בכורה.

122 בג"צ 262/62, פ"ד טז 2101, 2115.

123 בג"צ 640/77, הערה 72 לעיל, עמ' 78.

124 ראה י' זוסמן, הערה 73 לעיל.

125 ע"א 402/76, הערה 72 לעיל.

126 ע"ב 1/65, הערה 84 לעיל, עמ' 389.

127 השווה דברי השופט הרלן (Harlan J.) בפרשת *U.S. v. White*, 401 U.S. 745, 788 (1971).