

## בית המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל\*

### א. ייחודו של בית המשפט העליון: קביעה נורמטיבית כללית

מערכת בתי המשפט — הרשות השופטת במשולש הרשויות — מופקדת על הכרעה בסכסוכים. עיקר הסכסוכים עניינם העובדות. לרוב אין מחלוקת בין הצדדים בשאלה מהו הדין. אך הצדדים החלוקים בשאלה ההיסטורית: "מה קרה מבחינה עובדתית". הכרעת שאלה זו מסורה לבית המשפט. דומה, שהדימוי של בית המשפט בעיני הציבור הוא זה הקשור בהכרעת העובדות. עיקר המעמסה בעניין זה מוטלת על הערכאה הראשונה. ערכאת הערעור כוחנת רק אם העובדות שנקבעו מעוגנות בחומר הראיות, שהוגש בפני הערכאה הראשונה. פעילות חשובה זו, אין בה יסוד נורמטיבי. הערכאה הראשונה אינה קובעת כל נורמה. היא קובעת עובדה על בסיס נורמה. ערכאת הערעור עוסקת ב"תיקון" עובדתי. אין בפעילותה היבט נורמטיבי. חלקם של הסכסוכים עניינם הפעלתה של נורמה על מערכת נתונה של עובדות. הצדדים אינם חלוקים באשר לנורמה. הם גם אינם חלוקים באשר לעובדות. הם חלוקים באשר להפעלת הנורמה. בהחלטות מסוג זה יש יסוד נורמטיבי, אך זהו יסוד אינדיווידואלי. אין בהן קביעה נורמטיבית כללית.

קיים סוג שלישי של סכסוכים: אלה הם הסכסוכים באשר לנורמה עצמה. הצדדים אינם חלוקים באשר לעובדות; הם גם אינם חלוקים באשר להפעלת הנורמה; הם חלוקים באשר לנורמה עצמה: האם תום לב<sup>1</sup> הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי? האם

\* פורסם בספר יצחק כהן (תשמ"ט) 287.

1 סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראה ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231; בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828.

מוסמך הגשיא ליתן חנינה בטרם הרשעה?<sup>2</sup> האם מוסמכת ועדת הבחירות לפסול רשימה בשל תוכן מצעה<sup>3</sup>? החלטה בסוג זה של מקרים, כשהיא נעשית על-ידי בית המשפט העליון בשיטה – אשר להחלטות בה כוח של תקדים מחייב<sup>4</sup> – יש לה ערך נורמטיבי כללי. היא קובעת את הדין לכלל הציבור.

### ב. מהותה של הקביעה הנורמטיבית: הצהרה ויצירה

קביעה נורמטיבית כללית זו יכולה להיות משני סוגים: האחת, קביעה נורמטיבית כללית בעלת אופי הצהרתי; השנייה, קביעה נורמטיבית כללית בעלת אופי יוצר. בקביעה הנורמטיבית הכללית הראשונה, חוזר בית המשפט העליון על הוראת הדין. החוק אומר, שהמהירות המרבית בכבישים בין-עירוניים היא 90 קמ"ש ובית המשפט חוזר על כך. נקבעה נורמה כללית על-ידי בית המשפט העליון. אך תפקידו של בית המשפט העליון בקביעת נורמה כללית זו הוא הצהרתי גרידא. בית המשפט חוזר על לשון החוק. בית המשפט שימש, כלשונו של מונטסקיה<sup>5</sup>, "פה" למחוקק. הוא לא תרם משלו ולא כלום. הוא הדין, אם בית המשפט העליון מציין כיום, כי על רשויות התביעה מוטלת חובת זהירות מושגית שלא להתרשל בהגשתם של כתבי אישום. פקודת הגזיקין קובעת את העיקרון של חובת הזהירות<sup>6</sup>, ופסיקה קודמת פירשה קביעה זו תוך שקבעה, כי במסגרת עיקרון זה מוטלת חובת זהירות מושגית על רשויות התביעה<sup>7</sup>. כאשר בית המשפט העליון חוזר כיום על הלכה זו, אין הוא יוצר נורמה כללית חדשה. הוא מצהיר על נורמה כללית שכבר נקבעה. שונה פעילותו של בית המשפט העליון בקביעה היוצרת של הנורמטיביות

- 2 סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: הנשיא. ראה גם בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.
- 3 סעיף 63 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשכ"ט-1969. ראה גם ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת הששית, פ"ד יט(3) 365; ע"ב 2/84 גוימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לו(2) 225.
- 4 סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה וסעיף 33(ב) לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1975.
- 5 ראה 209 p. 6, Ch 11, Book II, *Montesquieu, The Spirit of the Laws*.
- 6 סעיף 36 לפקודת הגזיקין [נוסח חדש].
- 7 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.

הכללית. כאן אין בית המשפט חוזר על לשון החוק. הוא יוצר את החוק. המצב המשפטי לפני מתן פסק הדין והמצב המשפטי לאחריו אינם זהים. חל שינוי. השינוי יכול שיהא דראסטי. הדין הוא, כפי שראינו<sup>8</sup>, כי במסגרת דיני הנוזיקין, חב איש התביעה חובת זהירות מושגית באשר להגשת אישומים. נניח כי בית המשפט העליון מחליט לסטות מהלכה זו, כפי שהוא מוסמך לעשות<sup>9</sup>. עם הסטייה שונה הדין באופן דראסטי. פעולה אסורה הפכה למותרת. המצב לפני ההלכה החדשה והמצב לאחריה אינם זהים. לעתים השינוי אינו דראסטי. בטרם ניתן פסק הדין קיים פוטנציאל מסוים של דין, והוא כולל בחובו מספר אפשרויות. בית המשפט העליון לא פסק בעניין זה, ועל-כך כל האפשרויות פתוחות. משנפסק הדין, נסגרות אחדות מהן ונקבעת ההלכה. למשל: בטרם נפסק הדין בפרשת החנינה לאנשי שירות הבטחון הכללי<sup>10</sup> — ובמסגרת הוראת חוקי-סוד: נשיא המדינה, לפיה רשאי הנשיא "לחון עבריינים" — ניתן היה להעלות מספר אפשרויות לגבי פירוש הביטוי "לחון עבריינים". ניתן היה לומר: "לחון עבריינים" פירושו לחון כל אדם שעבר עברה, בין שהורשע בדינו ובין שלא הורשע בדינו. ניתן היה לומר: "לחון עבריינים" פירושו לחון אדם, שבית משפט קבע שהוא עבריין. כלומר, אך לאחר הרשעתו בדין. שתי האפשרויות היו פתוחות, והיו שיקולים שתמכו בכל אחת מהן. בא בית המשפט העליון ופסק, כי מבין שתי האפשרויות הללו, התופסת אצלנו היא זו הקובעת, כי סמכות החנינה תקפה הן לפני הרשעה והן לאחריה. חל שינוי בדין. מצב היולי, שכלל בחובו מספר אפשרויות, הפך למצב מוצק, הכולל בחובו אפשרות אחת. השינוי אינו דראסטי. אין שינוי בהלכה — זה יקרה אם בית המשפט העליון יסטה מפסק דינו בעניין זה — אך קיימת פעילות שיפוטית יוצרת. המצב לפני פסק הדין והמצב לאחריו — אינם זהים.

עד כה הדגשתי פעילות שיפוטית יוצרת בשתי דוגמאות. האחת, מדגימה מצב של סטייה מהלכה קודמת (בין שפירשה חוק ובין שהיוותה "משפט מקובל נוסח ישראל"); האחרת, מדגימה פירוש לחוק שטרם פורש, ושפירושו מעלה מספר אפשרויות. אין אלה הפעילויות השיפוטיות היוצרות היחידות. יש פעילויות שיפוטיות יוצרות נוספות. כך, למשל, יש ובית המשפט קובע,

8 ראה הערה 7 לעיל.

9 ראה הערה 4 לעיל.

10 בג"צ 428/86 (הערה 2 לעיל).

כי על רקע המבנה של השיטה, יש להכיר בעיקרון פלוני כחלק ממנה<sup>11</sup>. כך, למשל, נקבע בפרשת "קול העם"<sup>12</sup>, כי על רקע אופייה הדמוקרטי של המדינה, יש להכיר בחופש הביטוי כעיקרון של השיטה. פסיקה נוספת הכירה בעקרונות נוספים, כגון חופש העיסוק<sup>13</sup>, חופש התהלכה<sup>14</sup>, כבוד האדם<sup>15</sup>, חופש השביתה<sup>16</sup> וכיוצא בהן "זכויות יסוד" שאינן כתובות עלי ספר, אלא הן נובעות במישורין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש<sup>17</sup>. עקרונות יסוד אלה משמשים לפירוש חוק. מעקרונות יסוד אלה נגזרות במישורין זכויות.

דוגמה לפעילות שיפוטית יוצרת מסוג נוסף היא בתחום "המשפט המקובל". באלף שנות קיומו של ה-Common Law כאנגליה ובמאות שונות קיומה של ה-Equity לא חזרו שופטים אך על הלכות קיימות, אלא יצרו ופיתחו הלכות חדשות<sup>18</sup>. הוא הדין בישראל באותם תחומים מעטים, שקיים בהם "משפט מקובל נוסח ישראל". דוגמה לכך היא ההלכה, כי שיקול דעת מנהלי נבחן באמת המידה שלה הסבירות וההגינות<sup>19</sup>. דוגמה נוספת לפעילות שיפוטית יוצרת הוא מילוי חלל (לאקונה) הקיים בשיטה<sup>20</sup>: לפני ההחלטה השיפוטית יש חלל (לאקונה) בשיטה. לאחר הפעילות השיפוטית — אם בשימוש בהיקש ואם בשימוש במסורת ישראל

- 11 לניתוח מצב זה ראה ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' — קולו של העם", גבורות לשמעון אגרנט 129 (תשמ"ז).
- 12 בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.
- 13 בג"צ 1/49, בודנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"צ 337/81, מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לו(3) 337.
- 14 בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169; בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לה(2) 393.
- 15 בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294.
- 16 ע"א 25/71 פיינשטיין נ' ארגון מורי בתי הספר העל-יסודיים, פ"ד כה(1) 129; דב"ע לו-3/4, ועד עובדי קצא"א נ' חברת קצא"א, פד"ע ח 421.
- 17 דברי השופט לנדוי בבג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, 2415.
- 18 ראה Reid, "The Judge as Law Maker", J.S.P.T.L. 22 (1972). ראה גם דברי השופט גיסל (Jessel) בפרשת *In Re Hallett's Estate* (1879) 13 CH. 696, 710.
- 19 ראה בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421.
- 20 ראה סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980. ראה גם ברק, שיקול דעת שיפוטי, 125 (1987).

— החלל בשיטה מולא. לפנינו פעילות שיפוטית יוצרת של בית המשפט בעלת אופי כללי.

הגישה, לפיה לא כל פעילות שיפוטית היא הצהרתית, וכי קיימת פעילות שיפוטית יוצרת, אינה מקובלת על הכול. יש הסבורים<sup>21</sup>, כי כל יצירה שיפוטית אינה אלא הצהרה על הגלום בשיטה. זוהי התיאוריה הדקלרטיבית של המשפט. השופט חוזר על הקבוע בשיטתו. לכל בעיה משפטית יש רק פתרון חוקי אחד, אשר השופט צריך לחשוף אותו. כיום דוגלים בגישה זו מלומדים נטורליסטים שונים, המתקוממים כנגד האפשרות ששופט יוצר משפט, ובכך עשוי לפגוע בזכויות אדם<sup>22</sup>. אכן, כאשר שופט יוצר נורמה כללית חדשה, הוא מוציא מן הכוח אל הפועל את הפוטנציאל הטמון בשיטה. פוטנציאל זה הוא היולי. גיבושו כדין-מחייב נעשה על-ידי פעולת השפיטה. ניתן לומר, למשל, כי דיני המשפט המקובל היו טמונים במשפט האנגלי, וכי השופטים חשפו מטמון זה לאור העולם. זוהי פיקציה ילדותית<sup>23</sup>. זו פיקציה, כשם שפיקציה היא לומר, כי כל חוק טמון בחוקה, וכל חקיקת משנה טמונה בחוק. יש להבחין בין הקביעה הפיקטיבית, כי פתרון קונקרטי טמון בשיטה, לבין הקביעה הממשית, כי השיטה טומנת בחובה דרכים לפתרונם של מקרים קונקרטיים. שני אלה אינם היינו הך<sup>24</sup>. הנה כי כן, השופט אינו רק מצהיר, אלא גם יוצר.

עם זאת, אין לעבור מקיצוניות אחת לקיצוניות אחרת, המאפיינת את הריאליסטים והניאוריאליסטים<sup>25</sup>. על פי גישתם שלהם, כל הכרעה שיפוטית, בכל עניין היא יוצרת, ולכל בעיה משפטית יש יותר מפתרון חוקי אחד. גישה ניהיליסטית<sup>26</sup> זו אף היא אינה משקפת את המציאות המשפטית. לא לכל בעיה משפטית יש יותר מפתרון חוקי אחד. הגישה, לפיה לכל בעיה משפטית יש יותר מפתרון חוקי אחד, אילו היה בה אמת, היתה מביאה לתוהו ובוהו, שהיה מונע חיי חברה תקינים. מי פתי ויקיים חוק, אם בכל מקרה יש לו טענה טובה כנגד קיומו? אכן, כשם

21 כראשם עומד פרופסור דבורקין: ראה R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977).  
לניחוח עמדה זו, וביקורת עליה ראה ברק (הערה 20 לעיל, עמ' 52).

22 ראה, למשל, Dworkin, "Natural Law Revisited", 34 *U. Florida L. Rev.* 165 (1982).

23 ראה J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Vol. 2, 620; Friedmann, "Legal Philosophy and Judicial Law Making", 61 *Colum. L. Rev.* 821 (1961).

24 ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 166.

25 ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 59.

26 ראה Fiss, "Objectivity and Interpretation", 34 *Stan. L. Rev.* 739 (1982).

שיש חיים מחוץ לבתי חולים, כך יש משפט מחוץ לבתי משפט. רוב רובם של האזרחים נוהגים כחוק, בלי ספק באשר לחוקי או ללא חוקי. רוב רובן של הנורמות המשפטיות אינן מעוררות כל מחלוקת. יש להן רק פתרון חוקי אחד. הנה כי כן, אין לגרוס, כי לכל בעיה משפטית יש רק פתרון חוקי אחד, כשם שאין לגרוס, שלשום בעיה אין פתרון חוקי אחד. השופט עוסק, בפסיקתו, הן בהצהרה והן ביצירה.

### ג. חקיקה שיפוטית

כאשר בית המשפט עוסק בפעילות נורמטיבית כללית בעלת אופי יוצר, הוא עוסק ב"חקיקה שיפוטית" במובנה הפונקציונלי<sup>27</sup>. לעניין פעילות שיפוטית זו יש להעיר שלוש הערות:

ראשית, פעילות זו היא לגיטימית. אין השופט מסיג את גבול המחוקק. נהפוך הוא, המחוקק הוא שהסמך את השופט לכך. לעתים ההסמכה היא מפורשת. כך הדבר, כאשר בחוק יסודות המשפט<sup>28</sup> אמרה הכנסת במפורש לשופט: מלא חלל בשיטה בדרך של היקש, ואם אין היקש מתאים, בפנייה למורשת ישראל. כך הדבר, כאשר בחוק יסוד: השפיטה<sup>29</sup> אמרה הכנסת לבית המשפט העליון: ההלכה העולה מפסקי הדין שלך מחייבת כל בית משפט, ואילו אתה, בית המשפט העליון, רשאי לסטות מפסקי דינך. אך לרוב ההסמכה היא משתמעת. השופט חייב להכריע בסכסוך. כפי שראינו, לשם כך חייב הוא לקבוע את הדין. אם עניין לו בחוק, הוא חייב לפרשו. מי שחוקק נורמה פלונית, המשתמעת למספר פנים, הסמך בכך במשתמע את השופט לפרשה ולקבוע את תחומי התפרסותה על-ידי בחירת הפן המחייב<sup>30</sup>. כמובן, לעתים משתמע החוק לשתי פנים רק לכאורה, שכן עם הפעלתם של כללי הפרשנות מסתבר, כי עניין לנו באפשרות אחת ויחידה, אשר על השופט לבחור בה. השופט עוסק אז בהצהרת משפט, ולא ביצירתו. אין לו

27 ראה ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג, 25; ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 149.

28 ראה הערה 20 לעיל.

29 ראה הערה 4 לעיל.

30 ראה בג"צ 73/85, סיעת "כך" נ' הלל, פ"ד לט(3) 141.

שיקול דעת בקביעת הדין. אך לעתים אין בכוחם של כללי הפרשנות להסיר את העמימות או הדו-משמעות, וזו נשארת גם לאחר שהופעלו כל כללי הפרשנות. במקרה זה המחוקק כאילו אמר לשופט: "הבאתי אותך עד הלום. לא נתתי בידך הכוונה מספקת, אם לפנות לכאן או לכאן. עליך להחליט". יש לו לשופט שיקול דעת ביצירת הדין.

שנית, פעילות יוצרת זו מוגבלת. אין לו לשופט שיקול דעת מוחלט. שיקול הדעת השיפוטי — כמו כל שיקול דעת שלטוני — הוא מוגבל. קיים דמיון מסוים בין החקיקה השיפוטית לבין חקיקת משנה של הרשות המבצעת<sup>31</sup>.

דמיון זה מתבלט, כאשר החקיקה השיפוטית מפרשת נורמה חקוקה או מקישה ממנה. הן בחקיקת המשנה המנהלית והן בחקיקה השיפוטית נשאבת החקיקה מדבר חקיקה ראשי. המחוקק המנהלי והמחוקק השיפוטי מוציאים פוטנציאל נורמטיבי הטמון בחוק מהכוח אל הפועל. החוק קובע מתחם מסוים של אופציות, אשר השופט ואיש המינהל עושים את הקונקרטיזציה הנורמטיבית בהם. בשני המקרים חייבת החקיקה — השיפוטית והמנהלית — לפעול במסגרת החקיקה ראשית, ולא מחוצה לה. בשני המקרים אין החקיקה — השיפוטית והמנהלית — יכולה לבטל או לשנות את החקיקה הראשית, אלא רק "לבצע" אותה ולתת ביטוי לטמון בה.

עם זאת קיים הבדל מהותי בין חקיקה שיפוטית לבין חקיקת משנה מנהלית. החקיקה השיפוטית היא אינצידנטלית להכרעה בסכסוך. חקיקת המשנה אינה אינצידנטלית להכרעה בסכסוך. זאת ועוד: חקיקה שיפוטית, המפרשת דבר חקיקה, הופכת חלק ממנו<sup>32</sup>. מעמדה בהירארכיה הנורמטיבית נקבע כמעמד דבר החקיקה שאותו היא מפרשת<sup>33</sup>. לעומת זאת, חקיקת המשנה מצויה, מבחינת ההירארכיה הנורמטיבית, מתחת להוראה החקוקה שאותה היא מבצעת.

שלישית, אין להגזים בהיקפה של החקיקה השיפוטית. רוב רובן של ההחלטות השיפוטיות, המתקבלות בבית המשפט העליון, הן בעלות אופי הצהרתי, ולא אופי יוצר. החקיקה השיפוטית קיימת אך במיעוטם של המקרים, שבהם נוצר דין חדש או משתנה דין ישן. דומה, כי לא יותר מעשירית — ואולי אף פחות מכך — מפסקי

31 ראה זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", ספר יובל לפנחס רוזן 147, 158 (תשכ"ב).

32 ראה אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י 233, 244.

33 ראה (1965) 17 *Diplock, The Courts as Legislators*.

הדין, הניתנים בבית המשפט העליון, יש בהם יצירה<sup>34</sup>. הסיבה העיקרית לכך היא, שרבים מהעניינים, הבאים בפני בית המשפט העליון שלנו, באים כעניין שבזכות, בלי שניתן לנפותם ולהגבילם אך למקרים, שבהם נדרשת יצירתיות שיפוטית. מבחינה זו משמש בית המשפט העליון שלנו לא רק בית משפט עליון, אלא בעיקר בית משפט לערעורים, הקובע קורקטיבה אינדיווידואלית. אופיו שונה, מבחינה זו, מאופן של ערכאות השיפוט העליונות בעולם האנגלו-אמריקאי.

#### ד. "חקיקה שיפוטית" – הפעלה סבירה של שיקול הדעת השיפוטי

על רקע מודל עיוני זה בדבר היצירה השיפוטית – "החקיקה השיפוטית" של בית המשפט העליון – קמה ועולה השאלה הבאה: כיצד לבצע יצירה זו? ביסודה של החקיקה השיפוטית, כפי שראינו, עומדת ההנחה, כי ניתן לבחור בין מספר אופציות חוקיות. קיים שיקול דעת שיפוטי<sup>35</sup>. אין פתרון חוקי אחד בלבד. השאלה היא אפוא זו: כיצד יופעל שיקול הדעת השיפוטי בבחירה בין האופציות השונות? ניתן כמובן להשיב ולומר, כי שיקול הדעת השיפוטי, ככל שיקול דעת שלטוני, יופעל בסבירות<sup>36</sup>. אך מה משמעותה של דרישה זו? נראה לי, כי ניתן לגזור מדרישה זו מספר הנחות, אשר צריכות לשפוך אור על פיתוח המשפט על ידי בית המשפט: ראשית, על השופט לפעול באובייקטיביות<sup>37</sup>. כאשר השופט חייב לאתר את ערכי החברה, הוא יחפש אותם ערכים, המשותפים לבני החברה, גם אם אינם ערכיו שלו. הוא יימנה מלהטיל על החברה את ערכיו הסובייקטיביים, עד כמה שאין הם עולים בקנה אחד עם "אני מאמין" של החברה בה הוא חי<sup>38</sup>. שופט בעל השקפת עולם דתית אל לו להטיל את השקפת עולמו הדתית על החברה החילונית בה הוא חי, ושופט בעל השקפת עולם חילונית לא יטיל את השקפת עולמו החילונית על

34 זו היתה הערכתו של השופט קרדו: B. Cardozo, *The Growth of Law* 60 (1924).

35 ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 29.

36 ראה בג"צ 547/84 עוף העמק אגודה חקלאית נ' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113.

37 על האובייקטיביות השיפוטית ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 187.

38 ראה דברי השופט לנדוי בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 447, 520.



החברה הדתית בה הוא פועל. כחברה פלורליסטית כשלנו על השופט לאזן בין השיקולים השונים, כך שישקפו את הפלורליזם החברתי<sup>39</sup>.  
אכן, אובייקטיביות זו מעלה דרישה כלפי השופט. עליו לערוך חשבון נפש עצמי. עליו להיות מודע לכך, שעשויים להיות לו ערכים שאינם נחלת הכלל, וכי יכול שדעותיו האישיות הן חריגות ויוצאות דופן. ייתכן שהוא מעניק חשיבות רבה לעניינים, שהכלל רואה אותם טפלים וחסרי ערך. על השופט להיות מודע לתכונותיו שלו, ועליו לעשות כל מאמץ אפשרי שלא להפעיל את שיקול דעתו על יסוד תכונות סובייקטיביות אלה<sup>40</sup>. על השופט להיות מסוגל להסתכל על עצמו "מבחוץ". עליו להעמיד לעצמו רשת, הלוכדת ומסננת את החריג המיוחד, והמעבירה אל תוך שיקול הדעת את המקובל והכללי<sup>41</sup>. על השופט להיות מסוגל לנתח, לבקר ולרסן את עצמו. שופט הסבור, כי הוא יודע הכול, וכי דעותיו שלו הן הטובות והראויות, ואין בלתן, לא יוכל למלא כראוי את תפקידו. הוא לא יוכל להבחין בין ה"אני מאמין" הפרטי שלו לבין ה"אני מאמין" של האומה. כשופט עליו להתחשב ב"אני מאמין" של האומה, ולא ב"אני מאמין" הפרטי שלו. עליו להיות מודע לשוני זה, אם הוא קיים, ועליו להימנע מליתן ביטוי בשיקול דעתו ל"אני מאמין" הפרטי שלו. שופט, המודע לתפקידו ולאחריות המוטלת עליו, יוכל לעמוד בדרישות אלה.  
השופט הוא פרי תקופתו. הוא חי בזמן נתון וכחברה נתונה. מטרתה של האובייקטיביות אינה לנתקו מסביבתו. נהפוך הוא: מטרתה לאפשר לו לגבש כראוי את עקרונות היסוד של תקופתו. מטרתה של האובייקטיביות אינה לשחרר את השופט מעברו, מחינוכו, מניסיונו, מאמונתו, ומערכיו. נהפוך הוא: מטרתה להמריצו לעשות שימוש בכל אלה כדי לשקף בצורה הזכה ביותר את ערכי היסוד של האומה<sup>42</sup>. אדם המתמנה שופט אינו צריך ואינו יכול לשנות את עורו. אך עליו לפתח רגישות לכובד משרתו ולכבלים שהיא מטילה. "כמדמין אתם, ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם". על השופט לגלות אותה ביקורת עצמית והיעדר ארוגנטיות, המאפשרות לו שלא לזהות עצמו עם כל הטוב והיפה. עליו לגלות אותו ריסון עצמי, המאפשר לו להפריד בין תחושותיו האישיות לבין רחשי לבה של

39 ראה B. Cardozo, *The Nature of The Judicial Process* 108 (1921).

40 F. Frankfurter, *Of Law and Life and Other Things That Matter* 188 (1965).

41 ראה Traynor, "Comment on Courts and Lawmaking", Paulsen (ed.) *Legal Institutions Today and Tomorrow* 52 (1950).

42 ראה Tate, "Policy in Judicial Decisions" 20 *La. L. Rev.* 62 (1959).

האומה. עליו לגלות אותה צניעות אינטלקטואלית, המאפשרת לו לומר: "טעיתי, שכן ערכבתי את מה שאני רוצה עם מה שאני רשאי". שופט, אשר לא ינהג כך ואשר יטיל על החברה את כל הסובייקטיבי שבו, ייצור מתח בינו לבין סביבתו. ככל שהוא ואחרים יתמידו בכך, ייווצר מתח גובר והולך בין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות. סופו של מתח זה עשוי להיות קשה לחברה, ובעיקר הוא עשוי להיות קשה למעמדו של בית המשפט ולאמון שהציבור רוחש לו.

אובייקטיביזציה זו של שיקול הדעת השיפוטי אינה פשוטה כלל ועיקר. היא מעוררת מספר בעיות. האם ניתן להשיג אותה אובייקטיביות נדרשת? גם כאשר אנו מסתכלים על עצמנו מבחוץ, איננו עושים זאת אלא בעינינו שלנו<sup>43</sup>. האם ניתן לראות את עצמנו בשונה ממה שהננו? האם איננו מדכאים את הטוב שכנו, כאשר אנו משתדלים לנתק את עצמנו מהסובייקטיבי שבנו? האין האובייקטיביזציה מחלישה את האחריות האישית של השופט לשיקול דעתו?

שאלות אלה קשות הן. הן מצביעות על שברירותה של האובייקטיביות ועל המידה הרבה של סובייקטיביזציה שיש בה. לעתים אין זו אלא משימה שיש לבקש להשיגה, גם אם אין אפשרות להגשימה במלואה. אך המאמץ הוא חיוני. לשופט, יותר מכל אדם אחר, הכלים, המאפשרים להתמודד עם בעיה זו. הוא רגיל לחפש את האובייקטיבי שבאדם הסביר. אין הדבר צריך להחליש את הצד ההומני שבו ואת אחריותו להחלטותיו<sup>44</sup>. נדמה שאלה גוברים, כאשר השופט מודע לצורך האובייקטיבי ליתן משקל ראוי לערכים השונים. שופט היודע, כי בשיקול דעתו הוא "יוצר", ולא "מגלה", יגלה אחריות ביצירתו יותר משופט הסבור, כי כל יצירתו אינה אלא גילוי. כאשר שופט נתקל בערכי החברה השונים, עליו ליתן ביטוי למרכיז ולבסיסי, ולא לארעי ולחולף. בעשותו כן יפעל השופט להעלאת רמתה של החברה<sup>45</sup>. שופט הוא מחנך, ופעילות חינוכית זו עולה בקנה אחד עם תפקידו השיפוטי. האובייקטיביות מחייבת את השופט לחדור לעומק הכרתה של האומה. עליו לשאוב מתוך "מקורות התודעה החברתית של העם בתוכו יושבים

43 ראה קרדוון (הערה 39 לעיל) עמ' 13.

44 ראה Kaufman, "The Anatomy of Decisionmaking", 53 *Fordham L. Rev.* 15 (1984).

45 ראה קרדוון (הערה 39 לעיל) עמ' 108.

השופטים<sup>46</sup>. עליו להבין, כי "את המשפט של עם יש ללמד באספקלריה של החיים הלאומיים שלו"<sup>47</sup>.

שנית, על השופט להיות מודע לכך, שבשיפוטו הוא לא רק מכריע בסכסוך אינדיווידואלי, אלא גם קובע לעתים את הדין בחברה. הוא צריך להיות מודע לאופייה החקיקתי של פעילותו. פעילות ללא מודעות היא פעילות ללא תחושת אחריות. על השופט להבין, כי בפסקתו הוא יוצר דין. אמת, התפקיד העיקרי של יצירת הדין מוטל על המחוקק. אך תפקיד זה אינו בלעדי למחוקק. יצירת משפט, שיתאים למציאות החברתית, היא גם תפקיד שיפוטי. אך מעבר לכך: חקיקה שיפוטית היא פרי בחירה בין שיקולים נוגדים של מדיניות משפטית.

מדיניות זו חיונית היא לשופט. אין היא "סוס פרא", שאל לו לשופט לרכוב עליו<sup>48</sup>. כל שופט, במינויו, יושב על "סוס הפרא". השאלה היא רק, אם הסוס יוביל את השופט, או שהשופט יוביל את הסוס<sup>49</sup>. על כן, אל לו לשופט לומר: יצירת משפט היא עניין למחוקק, ולא לי. יצירת משפט היא עניינו העיקרי של המחוקק, אך היא גם עניין לשופט של בית המשפט העליון.

שלישית, בבחירה בין האפשרויות השונות על השופט לקחת בחשבון שיקולים של המערכת הנורמטיבית כמכלול<sup>50</sup>. שופט, המפעיל שיקול דעת שיפוטי, אינו מבצע מעשה חד-פעמי, המנותק מהמערכת הנורמטיבית הקיימת. שיקול הדעת השיפוטי נעשה במסגרת שיטה, והוא צריך להשתלב בתוכה. השיטה המשפטית, שאליה משתלבת ההחלטה השיפוטית, אינה גוף קפוא. השיטה המשפטית היא אורגניזם חי, ושיקול הדעת השיפוטי הוא אחד הכוחות המפרים את תאור. ההתפתחות צריכה להיות הדרגתית. אבולוציה ולא רבולוציה. רצף ולא דילוגים. הספינה השיפוטית אינה מפליגה כרגיל לים הסוער, אלא מנווטת היא לרוב את

46 דברי השופט לנדוי: ראה לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א 292, 306 (תשכ"ה).

47 דברי השופט אגרוט בבג"צ 73/53 (הערה 12 לעיל) עמ' 884.

48 ראה ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס בע"מ, פ"ד לז(1) 533, 555; ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית", ספר זוסמן 90 (תשמ"ד). ראה גם Lloyd, "Law and Public Policy" 8 C.L.P. 42 (1955).

49 ראה דברי השופטת נתניהו בע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פ"ד לח(3) 169, 174.

50 לשיקול הנורמטיבי ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 219.

דרכה בזהירות ובאיטיות לאורכנו של חוף מבטחים<sup>51</sup>. בפעילותה זו היא מקשרת עצמה אל העבר, פותרת את הסכסוך בהווה ויוצרת נורמה כללית לעתיד<sup>52</sup>. הצורך ליצור קשר משולש זה בין עבר-הווה-עתיד — יוצר לעתים קרובות קושי רב ומתח בין הרצון לפתרון אינדיווידואלי צודק לבין הצורך לקבוע פתרון נורמטיבי צודק. שופט של בית משפט עליון צריך לעשות צדק לא רק עם הצדדים שלפניו, אלא עם הציבור כולו. קיים מתח מתמיד בין האינדיווידואלי לבין הכללי, בין הנורמה הספציפית לבין הנורמה הכללית. בפתרוננו של מתח זה יש לאזן בין השניים.

זאת ועוד: צורך זה של שיקול הדעת השיפוטי בהשתלבות בעבר ובעתיד יוצר את המשכיות של הפעילות השיפוטית. היצירה השיפוטית היא ספר, הנכתב על ידי מחברים אחדים; כל מחבר כותב את אחד הפרקים ביצירה המשותפת<sup>53</sup>. אין המחבר של פרק פלוני רשאי להתעלם מהפרקים הקודמים. אלה קבעו את המסגרת הכללית. הם יצרו את הגיבורים וקבעו את העלילה. פרק פלוני אינו אלא המשך להתרחשויות העבר. הוא חייב להשתלב בהם. תהא זו כתיבה לא מקצועית של פרק פלוני, אם לפתע פתאום כולו יהיה מורכב מגיבורים חדשים ומעלילה חדשה. חייבת להיות המשכיות. עם זאת, מחברו של פרק פלוני אינו יכול אך לחזור על הפרקים הקודמים. גם התנהגות זו תהיה בלתי מקצועית. הוא חייב לפתח את העלילה. הדמויות עשויות להזדקן ולמות. דמויות חדשות עשויות להיכנס לעלילה. לעתים אף מוצדק להכניס תפנית בעלילה כדי למצות את הפוטנציאל שהיה גלום בה. ועם סיומו הופך אותו פרק חלק אינטגרלי מהעלילה הישנה, ופרקים חדשים ייכתבו על יסודו בידי מחברים חדשים.

היצירה השיפוטית, כמו כתיבת ספר בהמשכים, היא פעולה מתמשכת. השופטים, שכבר אינם מכהנים בתפקידים, כתבו את הפרקים הקודמים. השופטים בהווה כותבים את המשכה, אך הם עושים זאת תוך התבססות על העבר. הכול נכתב כרצף. הפרקים הנכתבים הופכים אף הם, עם כתיבתם, לפרקים מהעבר, ופרקים חדשים, פרי יצירתם של שופטים חדשים, הולכים ונכתבים. כך נעשית היצירה השיפוטית, שאין לה התחלה ואין לה סוף, וכל כולה המשכיות.

51 ראה Wright, "The Study of Law", 54 *Law Q. Rev.* 185, 186 (1938).

52 ראה לנדוי (הערה 46 לעיל) עמ' 293.

53 על דימוי זה עמד פרופסור דבורקין: ראה Dworkin, "Law as Interpretation", 60 *Texas L. Rev.* 527 (1982).

דימוי זה של הפעלת שיקול הדעת השיפוטי לכתיבת פרק ביצירה ספרותית יש בו מוסר השכל חשוב. הוא מצביע, מחד-גיסא, על מידת החופש השיפוטי. השופט אינו חוזר בצורה עיוורת על שנכתב כבר בפרקים הקודמים. הוא רשאי וצריך לפתח את העלילה. אך הדימוי מצביע, מאידך-גיסא, על מגבלותיו של שיקול הדעת השיפוטי. אין השופט יכול לפעול כרצונו. הוא פועל במסגרת שיטה. הוא חייב להשתלב כתוכה וצריך לשמור על קוהרנטיות.

המשכיות זו יש לה השפעה על הרטוריקה השיפוטית. פסקי הדין הנכתבים הם לרוב המשכה של פסיקה, שהחלה בשנים עברו והנמשכת עד למועד כתיבת פסק הדין. נראה לי, כי במקרים חשובים מן הראוי להצביע בפסק הדין על אותה המשכיות שיפוטית. הדבר חשוב לא רק לציון האמת ההיסטורית, שלא הכול התחיל היום, אלא גם לחינוך הציבור למודעות בדבר קיומה של אותה המשכיות. הדבר גם מגביר את אמון הציבור במערכת השיפוטית. על-כן, אל לו לשופט להסתמך בפסק דינו אך על פסקי הדין האחרונים. ראוי לו להסתמך גם על הראשונים. בכך יינתן ביטוי הולם לאותה המשכיות שיפוטית.

שיקולי שיטה אלה מחייבים עקביות. רק כך משתלב שיקול הדעת בשיטה ומהווה חלק אינטגרלי ממנה. שופט אינו רשאי להפעיל את שיקול דעתו בדרך מסוימת במקרה אחד ובדרך שונה במקרה אחר, כאשר שני המקרים דומים. הפעלה סבירה של שיקול הדעת השיפוטי מחייבת, כי במקרים דומים יופעל שיקול הדעת באופן דומה. זוהי דרישת יסוד של צדק, והיא תוחמת את סבירותו של שיקול הדעת השיפוטי. מכאן, שהפעלה עקבית של שיקול הדעת השיפוטי משמעותה גם הפעלה ניטרלית של שיקול הדעת השיפוטי. כך, למשל, כאשר שופט מחליט, כי המבחן למתן היתר להפגנה הוא מבחן "הוודאות הקרובה" לפגיעה בבטחון הציבור<sup>54</sup>, עליו להפעיל מבחן זה בכל מקרה, ללא כל קשר לשאלה, מיהו המפגין ומיהו זה העלול להפגע. בדומה לכך, כאשר שופט נוקט שיטת פרשנות מסוימת (כגון, פרשנות מילולית), עליו לנקוט שיטה זו בכל המקרים, ואין הוא רשאי לעבור לשיטת פרשנות אחרת (כגון, פרשנות תכליתית), רק כדי להשיג, במקרה ספציפי, תוצאה הנראית לו רצויה.

ייתכן, כמובן, ששופט יפעיל את שיקול דעתו באופן שיביא לסטייה מהדין הקודם. עקביות אינה מחייבת הימנעות מכל שינוי. אך גם במקרה זה על השופט

להיות עקבי וניטרלי. עליו להפעיל את ההלכה החדשה בכל מקרה דומה, ועליו להיות מוכן לסטות סטייה דומה מהדין הקודם, כאשר הנסיבות תהיינה דומות. בכך בא לידי ביטוי אחד ההבדלים בין שיקול הדעת השיפוטי לבין שיקול הדעת של המחוקק. על זה האחרון לא מוטלת חובה משפטית להיות עקבי. הוא אינו חייב לפעול באופן ניטרלי. לא כן השופט. שיקול דעתו חייב להיות סביר. הוא חייב להשתלב במרקם המשפטי. לשם כך עליו להיות עקבי וניטרלי.

רביעית, לשם הבטחת סבירותה של החקיקה השיפוטית על השופט להתחשב בבעיות מוסדיות<sup>55</sup>. עליו להיות מודע לכך שהוא פועל במוסד שיפוטי, ולא במוסד חקיקתי, וכי חקיקתו השיפוטית אינצידנטלית להכרעתו השיפוטית. השופט אינו רשאי ליצור סכסוך כדי להכריע בו. עליו להכריע בסכסוך קיים. בעשותו כן עליו להתחשב במידע העומד לרשותו. דיני הראיות יוצרים מציאות, שלפיה חשוף השופט "לעובדות ההיסטוריות", המשיבות על השאלה "מה קרה עובדתית". אין הוא חשוף "לעובדות החברתיות", המשיבות על השאלה "מהי הנורמה הראויה". השופט גם אינו בעל מומחיות מיוחדת; זאת ועוד: האמצעים העומדים לרשותו מוגבלים הם. הוא אינו רשאי להטיל מס או להקים מוסד. הוא אינו שולט בתקציב. הוא אינו יכול לבצע, ב־זמנית, רפורמה מקיפה. חקיקתו היא ספורדית. הוא מחוקק נכה<sup>56</sup>. כל השיקולים המוסדיים הללו צריכים להילקח בחשבון. עליו לבחור באותה אופציה, הנותנת לדעתו פתרון אופטימלי במסגרת המגבלות המוסדיות שבהן הוא נתון.

חמישית, עליו להתחשב בשיקולים של דמוקרטיה והפרדת רשויות<sup>57</sup>. עליו להיות מודע לכך, שהוא אינו עומד לבחירות ואינו נותן דין־וחשבון על פסיקתו. אמת, חקיקתו לגיטימית, והיא באה מפני המחוקק עצמו. אך בגיבושה עליו להיות מודע למגבלותיו הדמוקרטיות. על־כן עליו לשאוף לאיזון בין שלטון הרוב ובין עקרונות יסוד המגבילים את הרוב. איזון זה הוא המשקף את הנוסחה הדמוקרטית. דמוקרטיה אינה רק שלטון הרוב; דמוקרטיה אינה רק זכויות יסוד. דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב ובין זכויות המיעוט. בפסיקתו על השופט לשאוף לאיזון זה. בכך גם יקיים שיקולים של הפרדת רשויות, אשר משמעותם המודרנית

55 לשיקול המוסדי ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 241. ראה גם ברק (הערה 27 לעיל).

56 ראה P. Devlin, *The Judge* (1979).

57 לשיקולים אלה, ראה ברק (הערה 20 לעיל), עמ' 265.

היא באיזון הדדי ובפיקוח הדדי בין הרשויות, בחינת "גשרים מאזנים ומפקחים"<sup>58</sup>. עליכן יתחשב השופט בתפיסת החברה את התפקיד השיפוטי. תפיסה זו היא מציאות המצויה בתנועה, ועל כיוונה משפיעה גם הפסיקה עצמה. אף זהו שיקול שיש לקחתו בחשבון. אך מעבר לכך, בית משפט צריך להתחשב בקונסנזוס החברתי<sup>59</sup>. עליו להביא בחשבון שיקוליו את מידת ההסכמה או אי-ההסכמה החברתית לערכים החברתיים ולנורמות המשפטיות הנגזרות מהם. על השופט לשאוף לאותו פתרון, העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית או, לפחות, אינו סותר אותה. לדעתי, רצוי ששופט יימנע מבחירת אופציה, העומדת בניגוד חריף להסכמה החברתית. הטעם לגישה זו נעוץ בשיקולים הדמוקרטיים, כשיקולי הפרדת הרשויות ובצורך להבטיח את אמון הציבור. לדעתי, שופט אינו צריך לראות את עצמו כנושא דגל של הסכמה חברתית חדשה. בדרך כלל, בית הנבחרים הוא המוסד הראוי ליצירת שינויים דרסטיים בעניין זה. פעולה בניגוד להסכמה החברתית תפגע, בטווח הארוך, באמון הציבור במערכת בתי המשפט וביכולתם של אלה לתפקד כראוי. מובן ששאלת הקונסנזוס קשה היא. לעתים קרובות אין כל מידע בדבר הקונסנזוס. לעתים אין כל קונסנזוס, במובן זה, שהשאלה אינה מטרידה את הציבור, לא לכאן ולא לכאן. לעתים קיימת מחלוקת כנה בדבר עצם קיומו של הקונסנזוס. לעתים סבור השופט, כי המקרה הוא כה חריג בהריפותו, וערכי השעה כה נוגדים את ערכי היסוד, עד כי אין מנוס אלא ללכת לפני המחנה. בכל אלה אין לקבוע מסמרות. שיקול הדעת השיפוטי בעניין זה ניכר. אכן, אם אין קונסנזוס, או אם קשה לזהותו, כי אז אין שיקול זה צריך להשפיע על שיקול הדעת השיפוטי. על השופט להתחשב שיקולים אחרים. אין אני גורס, כי רק כשיש קונסנזוס ניתן להפעיל את שיקול הדעת השיפוטי בגבולותיו. כל שאני מבקש לקבוע הוא התחשבות השופט בקיומו של קונסנזוס, אם אכן הוא קיים. ואף כאן אין בידי להציע נוסחה חדה וחלקה. דומה, שכל שניתן לומר הוא, שאין זה רצוי לפעול בניגוד לקונסנזוס החברתי לעתים קרובות, ורצוי הוא, שפעולה בניגוד לקונסנזוס לא תיהפך לעניין שבשגרה. זאת ועוד: ההסכמה החברתית, אשר במסגרתה צריך השופט לפעול, היא הסכמה המעוגנת בערכי היסוד של השיטה. אין השופט צריך לפעול במסגרת הסכמה חברתית, המשקפת רוחות שעה חולפות. כאשר החברה אינה נאמנה לעצמה, אין

58 ראה בג"צ 73/85 (הערה 30 לעיל) עמ' 158.

59 לבעיית הקונסנזוס ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 289.

השופט חייב ליתן ביטוי לרוחות השעה. עליו לעמוד כנגד רוחות אלה תוך מתן ביטוי לאותו קונסנזוס חברתי, המשקף את עקרונותיה הבסיסיים ואת ה"אני מאמין" של הציבור הנאור בחברה בה הוא חי<sup>60</sup>.

אכן, ביסוד שיקול זה עומדת הכרתי, כי הדבר החשוב ביותר שיש לו לשופט הוא אמון הציבור בו, כלומר תחושת הציבור, שהשופט עושה צדק על-פי משפט<sup>61</sup>. באין לציבור אמון בשופט, לא יכול השופט לשפוט. אין לו לשופט לא הרב ולא ארנק. כל שיש לו הוא אמון הציבור. זהו נכס, אשר על השופט לשמור עליו מכל משמר. אמון הציבור אינו דבר נתון. אסור לקבל את קיומו כדבר מובן מאליו. אמון הציבור הוא עניין נזיל. יש לטפחו. קל יותר לפגוע בו מאשר לשמור עליו. שנים של מאמץ עלולות לרדת לטמיון בשל החלטה אומללה אחת. על-כן, בהפעילו את שיקול דעתו על השופט להעמיד צורך זה לנגד עיניו. אם כל הדוקטרינות המשפטיות אינן מועילות, והשופט נשאר עם מצפונו שלו בלבד, ראוי שישאל את עצמו, מה תהא השפעת החלטתו על אמון הציבור במערכת השיפוטית, כלומר על תחושת הציבור, שהשופט עשה צדק על-פי המשפט. אמון זה עלול להיפגע לא רק מעצם הפעלת שיקול הדעת עצמו, אלא גם מאופן הפעלה בלתי ראוי של שיקול הדעת השיפוטי. מכאן החשיבות הרבה של כללי האתיקה השיפוטית. ביטוי בלתי זהיר באולם בית המשפט או בפסק הדין יש בכוחו לשלול אמון, אשר נרכש במשך שנים. אכן, כל שופט צריך לראות את עצמו כאילו אמון הציבור במערכת השיפוטית כולה תלוי בו ובהתנהגותו (ומתוך לכותלי בית המשפט וכין כתליו) ובהפעלת שיקול דעתו. מובן, שרק עם אמון הציבור במערכת השיפוט אין לעשות הרבה. אך בלעדי אמון זה אין לעשות דבר. ודוק: הצורך להבטיח אמון אין פירושו הצורך להבטיח פופולריות. הצורך להבטיח אמון פירושו הצורך לקיים את תחושת הציבור, כי הפעלת שיקול הדעת השיפוטי נעשית באופן אובייקטיבי, מתוך הפעלה ניטרלית של הדינים ושל ערכי היסוד של האומה; כי שיקול הדעת השיפוטי מופעל כדי לקיים את ה"אני מאמין" של העם ולא את ה"אני מאמין" של השופט; כי

60 על ההשקפות "המקובלות על הציבור הנאור שבתוכו הוא יושב" ראה השופט לנדוי בע"א 461/62, צים חברת השיט הישראלית בע"מ ג' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335.

61 ראה בג"צ 732/84, צבן ג' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141.



השופט אינו צד במאבקי הכוח במדינה, וכי אין הוא נאבק על כוחו הוא, אלא על שלטונו של החוק<sup>62</sup>.

לשם הבטחת אמון זה צריך הציבור לדעת ולהבין<sup>63</sup>. הציבור צריך להיות מודע לכך, ששפיטה אינה רק גילוי. שיש בה יצירה, וכי יצירה זו היא מוגבלת ולגיטימית, וכי המחוקק רשאי תמיד, אם היא אינה נראית לו, לשנותה. כאשר הציבור ידע את האמת, יגבר אמונו בשופטים, יותר מאשר אם ילך שולל. כמוכן, קיימת סכנה, כי מי שאיבד את תמימותו, שוב לא ידע במה להאמין<sup>64</sup>. מי ששוכנע, כי השופט אינו תמיד ה"פה" של המחוקק, עשוי לסבור, כי החוק הוא תמיד ה"פה", אשר דרכו דובר השופט. קיימת תמיד סכנה של מעבר מקיצוניות אחת לקיצוניות אחרת, אך אין להתעלם מן הקרשי, אלא לנסות לפתור אותם.

#### ה. חקיקה שיפוטית ושיקול דעת סביר: הדגמה במשפט

עד כה עמדתי על שיקולים שונים, אשר על השופט לקחתם בחשבון, אם ברצונו להביא לידי כך שחקיקתו השיפוטית תהיה סבירה. אדגים את השימוש בשיקולים אלה במספר סוגיות מעשיות יותר.

אפתח בסטייה מתקדים<sup>65</sup>. כידוע, רשאי בית המשפט העליון לסטות מתקדימיו. לעתים הוא אף חייב לסטות מהם. רשות, ולא חובה, קיימת, כאשר התקדים הקודם בחר בעבר באפשרות חוקית מבין מספר אפשרויות חוקיות. בחירה זו אינה נראית עתה, ואילו השאלה היתה חדשה, היה בית המשפט של היום בוחר באפשרות אחרת. היסטה מההחלטה הקודמת? התשובה היא, כי עליו לאזן בין שיקולים נוגדים. עליו לקחת בחשבון את מלוא השיקולים בתומכים בכיבוד התקדים ואת מלוא השיקולים המצביעים בכיוון הסטייה ממנו, ולבחור כאלה שידם על העליונה.

62 ראה דברי השופט מרשל (9 Wheat) 22 U.S. (1824) *Osborn v. The Bank of the United States*, 738, 866.

63 ראה J. Stone, *Social Dimensions of Law and Justice* 678 (1966); Frank, "Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation" 47 *Colum. L. Rev.* 1259, 1271 (1947); Douglas, "Stare Decisis", 49 *Colum. L. Rev.* 735, 754 (1949).

64 ראה D.W. Holmes, *Collected Legal Papers* 292 (1921).

65 לרוגמא זו ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 387.

עליו לבחור באותה אפשרות, שהתועלת הצומחת ממנה עולה על הנזק הנובע ממנה. השאלה היא, אם השיקולים התומכים בדין החדש משקלם עולה על השיקולים התומכים בדין הישן ועל הנזק הנגרם בשל עצם השינוי<sup>66</sup>. בהערכה זו אין להעמיד ניגוד בין יציבות לבין שינוי. ניגוד זה הוא מלאכותי, ואין הוא משקף נכונה את מהות המשפט. השאלה העומדת להכרעה אינה עמידה מול תנועה. השאלה העומדת להכרעה היא בקצב התנועה. השאלה אינה נוקשות מול גמישות. השאלה היא במידת הגמישות. בעניין זה, על השופט להתחשב בשיקולים השונים עליהם עמדתי. עליו לפעול באובייקטיביות ולהתחשב בשיקולים שיטתיים. שינוי בפסיקה — בעיקר אם הוא פועל למפרע — משבש את המערכת הנורמטיבית. עליו לנווט את הסטייה כך שלא תפגע בציפיות סבירות שנבנו סביב ההלכה הישנה. עליו להבין, כי סטייה מתקדים קודם מקדמת לעתים את המשפט מחד גיסא ומכניסה בו לעתים חוסר ודאות מאידך גיסא. עליו להיות מודע להשפעת השינוי על מעמד השפיטה. אסור שסטייה מתקדים תהפוך את "בית המשפט" ל"בית שופטים", שעם שינוי בשופטים משתנות ההלכות<sup>67</sup>. אסור שפסק דין של בית המשפט העליון ידמה לכרטיס נסיעה, הטוב ליום הוצאתו בלבד<sup>68</sup>. ראוי לשמור על יציבות ההלכה. אך כמו הנשר בשמיים, השומר על יציבותו רק כשהוא בתנועה, כך גם המשפט יהא יציב רק אם ינוע<sup>69</sup>. אסור שהיציבות והוודאות יהיו יציבות וודאות של אי-צדק<sup>70</sup>. דוגמה שנייה, עניינה היחס בין בית המשפט העליון ובתי המשפט המיוחדים

66 ראה Schaefer, "Precedent and Policy", 34 *U. Chi. L. Rev.* 3, 12 (1966); Sprecher, "The Development of the Doctrine of Stare Decisis and the Extent to which it Should be Applied", 31 *A.B. Ass. J.* 501 (1945).

67 עמד על כך השופט זילברג בר"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת ליטווינסקי, פ"ד טו 70, 75: "לא רצה המחוקק הישראלי, כי בית המשפט העליון יהא פטור לגמרי מעול-מלכות-תקדים, וכל אחד משופטיו — כתוצאה מכך — יעשה שבת לעצמו בכל אותן אלפי הלכות, שנקבעו אחרי מחקר עמל וטורח על-ידי פוסקים ראשונים. חלילה לנו מנהוג כן! שאם נלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ'בית משפט' ל'בית שופטים'. כאשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו בכל אחת ואחת מן השאלות לאין ספור שנקרו על דרכו במהלך שיפוטו".

68 ראה דברי השופט רוברטס (Roberts J.) בפרשת *Smith v. Allmright* 321 U.S. 649, 669 (1944).

69 לדימוי זה, ראה שפרכר (הערה 66 לעיל), עמ' 509.

70 ראה לבונטין, "הרהורים על התקדים" חוק ומשפט גליון 17, עמ' 1.

המצויים במערכת. מהו היקף הפיקוח שיופעל עליהם? תשובתי היא, כי על בית המשפט העליון בשיטה מוטלת האחריות – במסגרת החקיקה השיפוטית – לפיתוח המערכת הנורמטיבית כמכלול<sup>71</sup>. אחריות זו כוללת בחובה שני היבטים: האחד, התאמה וסינכרוניזציה בין הנורמות השונות לבין עצמו ובין המוסדות השיפוטיים השונים, המפרשים נורמות אלה, לבין עצמם. על בית המשפט העליון בשיטה מוטלת האחריות להבטיח קוהרנטיות של מבנה פנימי בשיטה. ההיבט השני, הוא קביעת כיווני התפתחותה של השיטה כולה, קצב התפתחותה והדרכים להשגת יעדים חדשים. תפקידו של בית המשפט העליון לדאוג לפעולה מתואמת של כלל המערכות הנורמטיביות. עליו מוטל התפקיד – במסגרות הלגיטימיות של פירוש ופיתוח הלכתי – לעצב את כיווני ההתפתחות של המערכת כולה.

בעיני משולה המערכת הנורמטיבית לתזמורת, שבה נגנים שונים בעלי מומחיות שונה, המנגנים לפי תווים שקבע הקומפוזיטור. לא יעלה על הדעת, כי כל נגן וכל קבוצת נגנים ינגנו בקצב הנראה להם, ובהתאמה הנראית להם. התזמורת כולה חייבת לנגן כיחידה, תוך תיאום והתאמה בין מרכיביה. תיאום והתאמה אלו נעשים על ידי המנצח. בית המשפט העליון הוא בעיני המנצח של התזמורת הנורמטיבית. על כן ייתן בית המשפט העליון לבתי המשפט המיוחדים להוכיח את מומחיותם כדי הביצוע המוסיקלית הטובה עליהם. עם זאת, הוא ידאג להרמוניה נורמטיבית בשיטת המשפט. עליו לדאוג לכך, כי ייתן לחוק פירוש אחיד בכל מערכות בתי המשפט, וכי לחוקים בעלי אופי דומה ייתן פירוש דומה בבתי משפט שונים. עליו להביא לידי כך, שכל המערכות השיפוטיות יתנו לערך פלוני אותו משקל, וכי לא נהיה עדים לכך, שלאותו ערך יש משקל שונה בבתי משפט שונים. עליו לשאוף לכך, שמושגי היסוד היווריספרודנטליים, שמהם צומח המשפט, יתפתחו בצורה אחידה. עליו להשיג קוהרנטיות והרמוניה נורמטיבית, תוך עמידה על סינכרוניזציה בפעולותיהם של מוסדות השיפוט השונים.

דוגמה שלישית עניינה הפיתוח של מושגי היסוד שבשיטה<sup>72</sup>. כל שיטת משפט מבוססת על מערכת של ערכי יסוד, המעצבים את דמותה. על השופט להיות מודע למרכזיותם של ערכי היסוד בשיטתו. עליו להבין, כי ערכי היסוד הם אמצעי חשוב

71 ראה ברק, "ביקורת שיפוטית ואחריות ממלכתית – היקף הביקורת של בית המשפט העליון על פסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה", הפרקליט לט (תשמ"ח).

72 לעניין זה, ראה ברק (הערה 20 לעיל), עמ' 447.

לגישור בין הדין לבין המציאות החברתית<sup>73</sup>. עליו לפתח את ערכי היסוד מתוך מודעות לשיקולים השונים, עליהם עמדהי. כך, למשל, ניצבנו בפני השאלה, מהו "תום לב" בחוזים<sup>74</sup>. זו שאלה פתוחה. בפיתוח מושגיות זו יש לשמור על פיתוח הדרגתי וטבעי של השיטה, תוך הבטחת קוהרנטיות נורמטיבית ויציבות משפטית. אל לו לבית המשפט לצעוד צעדים מהירים מדי<sup>75</sup>. בגיבוש תוכנו של תום הלב על בית המשפט ליתן ביטוי לתחושות היסוד של הציבור הישראלי בדבר ההתנהגות הראויה של בעלי אינטרסים נוגדים. בקביעת רמת ההתנהגות על בית המשפט לקבוע אותה רמה, מבין רמות אפשריות שונות, התואמות לדעתו את ציפיותיו של הציבור הנאור בישראל. בכך ניתן להקטין את מגרעותיה של הרטרואקטיביות השיפוטית. בקביעת רמת התנהגות ראויה אין השופט מטיל על בחרה רמת התנהגות שהיא זרה לו. נהפוך הוא: הוא משקף את ערכי היסוד שלה ואת תחושת הצדק החברתי שלה. הוא מגשים ציפיות סבירות של הציבור. בקביעת חובה זו על בית המשפט להשוותה לחובות אחרות המוטלות בשיטתו, כגון חובת הזהירות מזה וחובת האמון מזה. עליו ליצור התאמה בין מכלול החובות הקיימות בחברה. לא ייתכן, שחובתו של צד לחוזה — חובה, המבוססת על יריבות חוזית — תהא דומה לחובתו של מי שמראש אינו יריב אלא אוהב, כגון שלוח או מנהל.

### 1. חקיקה שיפוטית ומודל השפיטה

עמדתי על היצירתיות השיפוטית ועל דרכי הגשתה. מהו המודל העיוני התואם את גישתי זו? עקרונית ניתן להעמיד מספר מודלים עיוניים, המבקשים להסביר את תפקידו של בית המשפט העליון בפיתוח המשפט<sup>76</sup>. מודל אחד ניתן לכנותו "מודל ההצהרה". זהו המודל עליו חשב מונטסקיה<sup>77</sup>. השופט מצהיר על ההלכה הטמונה בנבכי השיטה. מודל שני נוגד לו ניגוד גמור. ניתן לכנותו "מודל המדיניות", על

73 ראה ברק (הערה 48 לעיל).

74 ראה הערה 1 לעיל.

75 ראה דברי השופט ש' לוי ב"א 800/75 קוט נ' ארגון הדיירים במרכז המסחרי, פ"ד לא(3) 813; ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 264.

76 לניתוח המודלים ראה ברק (הערה 20 לעיל) עמ' 306.

77 ראה הערה 5 לעיל.

פיו בית המשפט קובע מדיניות<sup>78</sup>, כמוהו כמחוקק רגיל. לשופט – כמו למחוקק – שיקול דעת מוחלט.

מתוך שאמרתי עד כאן ברור, כי שני מודלים אלה אינם מייצגים את השקפתי. את זו מצייג מודל שלישי, שהייתי מכנה אותו: מודל החקיקה אגב שפיטה. במרכז ההליך השיפוטי עומדת ההכרעה בסכסוך האינדיווידואלי. אגף ההכרעה בסכסוך קובע השופט דין. לרוב הוא חוזר על הדין הקיים, אך במספר מקרים חשובים הוא יוצר דין חדש. בעשותו כן הוא מפעיל שיקול דעת. שיקול דעת זה אינו מוחלט. זהו שיקול דעת מוגבל. זהו שיקול דעת שיפוטי, לא חקיקתי. השופט בחקיקתו, אינו חושב ואינו פועל, כפי שהמחוקק פועל בחקיקתו. גם כאשר השופט יוצר משפט, הוא עושה כן בדרך שיפוטית, ולא בדרך חקיקתית. החשיבה השיפוטית משתלטת על מלוא פעולתו של השופט. שופט צריך לחשוב על המחוקק, שופט אינו צריך לחשוב כמו המחוקק. אך כמו למחוקק, גם לשופט צריך שתהא מדיניות משלו, זוהי המדיניות השיפוטית. מדיניות זו היא הגיבוש המודע של השיקולים, שעל פיהם פועל השופט ביצירת המשפט. האובייקטיביות מחייבת, כי מדיניות זו לא תהא אינדיווידואלית לכל שופט, אלא תהא משותפת לרשות השופטת כולה. זו מערכת השיקולים, המדריכים את הרשות השופטת, שעה שעליה לבחור כאחת מבין מספר אופציות, שהדין מעמיד בפניה. היא משקפת את השיקולים המיוחדים למוסד השפיטה, הבאים לאזן בין השיקולים השונים עליהם עמדתי.

## ז. סוף דבר

הנה כי כן, בכל שיטת משפט קיימת מערכת נורמטיבית, הנותנת פתרון ידוע וברור לחלק מהסכסוכים. זהו השלד הסטאטי, שבו לכל בעיה משפטית יש פתרון חוקי אחד, המבטיח חיי חברה תקינים, המקיים בטחון ויציבות והמאפשר תכנון מראש של הפעילות. אך אין זו המסגרת היחידה. לצדה של זו קיימת מערכת נוספת, הבאה לפתור את המקרים שבהם יש לבעיה משפטית יותר מפתרון חוקי אחד. זו מערכת דינמית, המבטיחה התחדשות ושינוי. כל אחת משתי המערכות הללו חיונית היא

78 ראה (1964) *Shapiro, Law and Politics in the Supreme Court*.

לכל שיטה. אין האחת יכולה להתקיים בלא רעותה. יציבות בלא שינוי היא שקיעה. שינוי בלא יציבות הוא אנארכיה. השאלה תמיד היא, מה היחס הראוי בין השניים. טעות היא להסתכל על המשפט מזווית הראייה של אחת המערכות הללו בלבד. טעות היא לראות במשפט אך יציבות. טעות היא לחשוב, כי לכל בעיה יש אך פתרון חוקי אחד. אך באותה מידה, טעות היא לראות במשפט רק שינוי. טעות היא לחשוב, שכל הבעיות פתוחות, ואף לאחת מהן אין פתרון חוקי אחד. המציאות היא סבוכה הרבה יותר. השופט הולמס כתב<sup>79</sup>, כי חיי המשפט אינם היגיון, אלא הם ניסיון. דומה, שחיי המשפט הם היגיון וניסיון גם יחד. חיי המשפט מורכבים. יציבות ושינוי שזורים בהם זה בזה. השאיפה היא להשיג שינוי תוך יציבות. ידועה אמרתו של פרופסור רסקו פאונד<sup>80</sup>: "Law Must be Stable and Yet it Cannot Stand Still".

שימוש ראוי בשיקול הרעת השיפוטי ובחקיקה השיפוטית חיוני הוא לחברה בכלל ולרשות השופטת בפרט. כאשר השופט יוצר משפט, לא רק המשפט עומד לדין<sup>81</sup>, אלא השופט עצמו, בקבעו את הדין, עומד למשפט. אמן הציבור ברשות השופטת נקבע, בין השאר, על-פי השימוש שזו עושה בכוחה ליצור משפט. לשם כך ביקשתי לגבש מספר הרהורים. ביקשתי להעלות לתחום הדיון הרציונלי שיקולים, אשר יסייעו בגיבוש מדיניות שיפוטית באשר לאופן היצירה השיפוטית. מקווה אני, כי שיקולים אלה יסייעו בגיבושו של הפתרון הראוי.

מודע אני לכך, כי במספר מקרים יוצאי דופן, אף שיקולים אלה אין בהם כדי להועיל, שכן הם מטלטלים את הספינה השיפוטית לכיוונים שונים. במצבים יוצאי דופן אלה נשאר השופט עם עצמו. מלוא כובד האחריות מוטל עליו. אין אמת מידה חיצונית המדריכה אותו. הוא חייב להסתכל אל עצמו. הוא ישפע מניסיונו האישי, מחינוכו, מאישיותו וממבנהו הנפשי. הכרעתו תיפול על-פי תפיסתו את התפקיד השיפוטי. על בסיס כל אלה הוא יגבש לעצמו את הפתרון הנראה לו כטוב ביותר<sup>82</sup>. אכן, במקרים יוצאי הדופן, אמות מידה אובייקטיביות אינן מועילות עוד. ההחלטה היא פרי ניסיונו של השופט והשקפת עולמו כשופט. הפילוסופיה

79 ראה D. Holmes, *The Common Law* 1 (1881).

80 R. Pound, *Interpretation of Legal History* 1 (1923).

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

82 ראה J. Raz, *The Authority of Law* 197 (1979).

השיפוטית שלו עשויה להיות המצפן העיקרי, המכוון אותו בפתרון הבעיה בפניה הוא ניצב. במצבים אלה, הדבר הפרקטי ביותר הוא פילוסופיה טובה. כמובן, במקרים אלה, ההחלטה היא סובייקטיבית. אך אין זו הסובייקטיביות אשר מפניה הזהרתי. השופט אינו חוזר אל נטיותיו האישיות ואל דעותיו המיוחדות. הוא אינו חוזר לאותם ערכים אינדיווידואליים, שאינם עולים בקנה אחד עם ה"אני מאמין" של החברה בה הוא חי. הדרך חזרה אל הסובייקטיבי סגורה. השופט חייב לקבל את ההחלטה הטובה ביותר במסגרת רמתו האובייקטיבית. במצב דברים זה, המעגל לא נסגר. השופט אינו חוזר אל נקודת המוצא. הוא מנסה לצעוד קדימה, ולא אחורה. הוא משתדל במלוא כוחו – על רקע ניסיונו, חינוכו, אמונתו ותרבותו – המזוככים מכל נטייה סובייקטיבית – ליתן את הפתרון הטוב ביותר שהוא מסוגל לתת. הוא אינו מתעלם מה"אני מאמין" של האומה. הוא אינו מתעלם מבעייתיות המיוחדות של השפיטה. הוא לוקח כל זאת בחשבון, ועל יסוד מערכת מורכבת של נתונים, הוא מפעיל את שיקול דעתו. הוא טיפס על ההר למצוא את התשובה האובייקטיבית, ולא מצא אותה. הוא ממשיך לעלות באותו הר, עד שיגיע למרום הפסגה, משם יראה את מלוא ההיקף של עולם המשפט. עולם רחב וגדול, מלא יופי וחכמה.

אך טבעי הוא, כי קיימת יותר מדרך ראויה אחת כיצד להלך בו, לשאוב מיופיו, ולהתבשם מחכמתו. ובהיותו על מרום פסגת ההר עליו לקבל את ההחלטה הטובה ביותר שהוא מסוגל לקבלה. במצב דברים זה – לאחר שכל המסגרות האובייקטיביות מוצו – כל שנשאר לי, הוא לחזור על דבריו של הגשיא זמורה, אשר סמך על "חוש המומחיות של המשפטן", ואשר ציין כי בסופו של דבר<sup>83</sup>:

"כשופטים אנו צריכים לשאול ולשאוב את התשובה מהכרתנו המשפטית והשיפוטית".

83 דברי הגשיא זמורה בבג"צ 65/51 דבוטינסקי נ' וייצמן, פ"ד ה' 801, 804.

