

על התקדים ועל ודאות הדין

נשיא בית המשפט העליון מאיר שמגר

אדוני הדיקאן, כלות הטקס והתניו, הבוגרות והבוגרים, מורי הפקולטה הנכבדים, בני המשפחות, גבירותי ורבותי,

הנני שמח להביא לכם את ברכתי ואת ברכתה של הרשות השופטת לרגל סיומו של מסלול הלימודים האקדמי ולקראת כניסתכם הצפויה העתידה למסלול ההתמודדות – הידירותית, אך הקשה והמתישה – עם המציאות המשפטית.

נקווה כי לא תחושו בעתיד כי הממסד המשפטי הקיים מכביד עליכם את עולו או כי הבגרות המשפטית אליה שאפתם, נושאת עימה מחיר יקר מדי. התחושות הן במידה רבה נחלתכם הסובייקטיבית האינדיבידואלית, אולם הנסיבות האובייקטיביות האופפות אתכם יהיו במידה הולכת וגוברת בשליטתכם וכפי שתעצבו אותן, במאמצים המשותפים, כך גם תהיה צורתן ואופיין. אינני יכול לדעת אם יושבת כאן או אם יושב כאן מישהו משופטי העתיד, אך ההיגיון וניסיון החיים מלמדים שהדבר סביר ואפשרי. מכל מקום, זמנם האופטימלי של אלו המבטלים עתה מדור וקצוב מראש, ועל כן נפנה את מקומנו בבוא העת, ללא אומר ודברים, ונקווה שלא נסתכל אחורה בזעם, וכי אתם לא תסתכלו קדימה בחוסר סבלנות. בסך הכל רצוי כי כל דור יקבל את תכונותיו ואת סגולותיו של משנהו בסובלנות ובהבנה, בלי לגרוע בזה ובלי להפחית בכך מן הרצון ואף מן החובה לשנות את אשר טעון שינוי.

מתוך גישה אופטימיסטית זו של העברת השרביט מדור לדור, הרשו נא לי מספר הערות בנושא המטען המשפטי הנורמטיבי אותו אנו הולכים ומעצבים מדי יום. לא אחת שבה ועולה השאלה מהו אופיים של הכללים המשפטיים המנחים אשר אנו השלטנו על עצמנו במסגרת מערכת הנורמות התקדימיות המהוות חלק נכבד מן המשפט שלנו. בהקשר זה ברצוני להתעכב על שלושה אלה: אלמנט הזמן, הלבוש הצורני של התקדים ושאלת ודאותו של החוק.

אלמנט הזמן: טענה משפטית בערכאות או טענה בחיי היומיום המעוגנת בתקדים מחייב ואשר נשענת עליו, נראית ממבט ראשון כהשענות על רבר שבעבר, או כמעין הסתכלות אחורה. היינו, המדובר על השימוש בתקדימים של יום האתמול, לצורך הכרעה בנושא אשר פרוש בפנינו בעת הזאת. פרופסור Frederick

Schauer מאוניברסיטת מישגן (Stanford Law Review, February 1987, Volume 39, p. 571), מדבר, על כן, על –

The Use of Yesterday's Precedents in To-Days Decisions

– ושואל –

Why Should the Best Decision *for now* Be Distorted or Thwarted by Obeisance to a Dead Past?

(מדוע תעוות או תמנע ההחלטה הטובה ביותר הראויה להינתן עתה עקב חובת הציות לעבר, שאבד עליו הכלח?)

אינני מתכוון להיכנס כאן לנבכי התשובה שיש בה מענה נכון לשאלה הנוקבת האמורה, ואע"פ רק כי ההתמקדות הבלעדית הלכאורית בעבר, כגורם מכריע בעיצוב התקדים, אינה משקפת במדויק את מהותו של התקדים; כמו האל הרומי ינוס יש לתקדים שתי פנים. פניו של התקדים הן גם אל העתיד, כי אנו נקראים לכהון את ההחלטה של היום, כתקדים עבור מי שייקרא להכריע מחר. "היום הזה" אינו רק המחר של האתמול, אלא גם האתמול של המחר. שיטת התקדים כורכת עמה, אפוא, גם את האחריות השיפוטית המיוחדת הנובעת מן הסמכות לעצב עתה תקדים לעתיד, כי מכוחו מוטלים חיובים על אלו שיכריעו בנושאים דומים מעתה ואילך, וזאת, בדרך כלל, זמן רב לפני שאנו נתקלים בצורך ביישומו של הכלל, היינו לפני הקונקרטיזציה החוזרת של העיקרון המנחה.

שנית, כאן המקום לשוב ולהזהיר את עצמנו כי התקדים מוצא ביטויו ולבושו החיצוני במלים, שהרי העקרונות המשפטיים עושים את לבושם הצורני, בהגדרתם. למלים מיוחס כוח אוטוריטיבי וזה מה שכונה על-ידי פרופסור רונלד דבורקין –

The Enactment Force of Precedent.

לשון אחר, הנוסח, הנוסחה והניסוח מעצבים להלכה ולמעשה את גבולותיו של הכלל המנחה. כאשר אנו פונים אל העתיד כאמור לעיל, יש, על כן, להביא בחשבון במשנה זהירות מה הם סוגי המקרים אשר עליהם יחול בעתיד העיקרון, כפי שנוסח על פי ההגדרה המילולית המתארת את העיקרון האמור ומתווה גבולותיו. הרי נאמר לא אחת נכונה, כי החלטה על יסוד התקדים פירושה כי אנו נגביל עצמנו, בעתיד, על יסוד מה שאנו אומרים היום.

יש, על כן, גם חשיבות מרובה ליכולת הניסוחית ולדיוק הניסוח כי אלו מולידים את הנורמה, על יסודה נוצרים הסיווגים והאבחנות שלעתיד לבוא. מאחר שהתקדים משקף כלל עיוני ועיקרון מחשבתי, אין לשכוח כי המלים הן אך האמצעי כדי להלביש את התקדים בדמות מוחשית ויש להבטיח כי לא תהיה להם שליטה

על המהות. על המלים למלא פונקציה של שירות נאמן ולא של שליטה, המטשטשת את העיקר.

תכונות תרומיות רבות מעטרות את ההגיון המונח ביסודו של הכוח המחייב של הניסוח התקדימי.

כך ציינו לא אחת את היסוד של ההגינות הטמון בהשענות על התקדים. הרי מכוח התקדים מטפלים במקרים זהים באופן זהה. נקיטת הדרך ההפוכה, היינו טיפול במקרים זהים באופן שונה זה מזה, זוכה, בדרך כלל, בכינוי של מעשה שרירות וכפועל יוצא מכך רואים דרך כאמור כבלתי הוגנת וכבלתי צודקת. אנו מגיעים להגינות על-ידי נקיטתה של דרך עקבית, אשר ממנה עולה השוויון בפני החוק. מן השוויון נובע האמון של האזרח בשלטון החוק ואמונתו שייעשה דין צדק.

העיקרון המנחה של עקביות הפסיקה על-פי נורמה תקדימית, מחוק, אפוא, את קיומו של השוויון.

כמובן שנותרת השאלה מהי הדרך בה מיישמים את הכלל לפיו מקרים זהים צריכים להיות מוכרעים באופן זהה. מהי אמת-המידה של "הזהות" לעניין זה. האם שאלת גילוי הזהות וקביעתה אינה מולידה גם כן בעיות ערכיות מסוג אחר? במה דברים אמורים.

ככל שמסגרת הסיווג רחבה יותר, היינו ככל שהכלל התקדימי מקיף יותר ורחב יותר בתחולתו, כשל אופן ניסוחו וככל שהוא כולל בתוכו מגוון רחב יותר של סיטואציות, הרי הוא גם יחול בעתיד על מקרים רבים יותר שזהותם זה לזה רופפת יותר ורחוקה יותר. כלל החל על מערכת נסיבות המכילה בתוכה מקבץ רחב של סיווג-משנה רבים, גם עלול לחייב את אימוצו החוור במקרים עתידיים, בהם אין זהות מדוייקת, וזאת רק בשל כך שהמקרה העתידי ייכלל בהכרח במסגרת הסיווג הכללי והרחב.

אם נסתכל על כך מזווית ראייה אחרת, נוכל לומר שיש נסיבות בהן הניסוח הרחב, הסתמי והכללי מבטיח השלטתו של עיקרון בסיסי חשוב כגון זה הדין, למשל, בחרות הביטוי, שניסוחו הכללי יכול לעתים להבטיח שהחרות המובטחת אכן תקויים במערכות נסיבות רבות ככל האפשר. מאידך גיסא, יכולה להיות תוצאה בלתי רצויה אם תקדים מסויים בדיני החיובים ינסה להקיף שלל סיטואציות במיגוון רחב מדי.

על כן מוסכם, אמנם אליבא דכולי עלמא, כי מקרים דומים גם צריכים לזכות בעתיד לטיפול זהה, אך יש לשקול ולשוב ולבחון אם כלל פלוני אינו סתמי ורחב מדי ועלול להקיף בשל כך מקרים בלתי זהים.

אך מובן כי אם הכלל התקדימי יהיה מפורט מאוד וצר מאוד וייתייחס רק לקבוצה מוגבלת קטנה של נסיבות דומות, יפחת ויחלש ממילא כוחה של שיטת התקדים המחייב, בתור שכזאת.

סיכומה של נקודה זו: השאיפה לשוויון, כבורה במקומה מונח; אך יש לשים לב ולנהוג בזהירות מירבית כדי שניסוח רחב מדי של כלל תקדימי המוביל מצד אחד לנורמות

אחידות וברורות מראש, לא יגרום, מצד שני, בשל מגוון האפשרויות שבמסגרתו, לתוצאה שהיא למעשה משום פגיעה בשוויון. עניין זה מוליכנו אל הודאות שבמשפט.

אין חולק כי אחר מן היסודות החיוביים בשיטת התקדים היא הגברתה של הודאות המשפטית: מתאפשרת בכך הידיעה מראש של התוצאה המשפטית, מתגברת היציבות המשפטית, הכלכלית והחברתית ואגב זאת גם פוחתת ההתריינות. דא עקא, מול טענה זו נאמר כי ככל שאנו מגבירים את הודאות אנו מפחיתים ביכולתנו להתאים עצמנו לתנאים משתנים בעתיד. האם חשוב יותר שדברים יהיו סדורים מראש או שמא חשוב יותר שיוסדרו בדרך נכונה (השופט ברנדייס ביכר ברבריו, בדרך כלל, את הדרך הראשונה באומרו כי חשוב יותר שנושא יהיה Settled מאשר שיהיה Settled Rightly; 55. *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (Brandeis, Dissenting Rep.); וראה גם את פרשת *J., Sheddon v. Goodrich*, 8 Ves. 481, 497, 32 Eng. Rep. 441, 447, (1803) ("Better That The Law Should Be Certain Than That (Every Judge Should Speculate Upon Improvements") אולם בנושאים חוקתיים ביכר גם השופט ברנדייס את החיפוש אחר הפתרון הנכון (Burnet, 285 U.S. at 406).

מה הם הכוחות הפועלים במאבק בין הודאות לחוסר הודאות שבחוק. במשפט דרוש קיומה של דינמיקה כדי ליצור התאמה של הפתרונות המשפטיים הקיימים אל ההתפתחויות הפוליטיות, הכלכליות, החברתיות והאנושיות; כניסוחו של פרופסור יוליוס סטון, על ההתפתחות המשפטית –

Julius Stone. *Precedent and Law.* To Match Movement In Society Butterworths. 1985, p. 6).

העדר הסטטיות האמורה – מאפשרת את ההתייחסות השיפוטית לבעיות המתחדשות והמשתנות. בשל הדינמיקה וההכרח של ההתאמה העצמית לצרכים המתחדשים נוצרת, בין היתר, התופעה הקרויה "העדר הודאות שבחוק" – (Uncertainty of the Law), אשר עליה מלינים בכל אתר משפטי בעולם החופשי. אגב, סדנא דארעא חד הוא וככל הנראה אין זאת תופעה המיוחדת לנו אלא תופעה בלתי נמנעת כך אמר Prof. Anthony (1983) 1 *D'amato Legal Uncertainty*, 71 *California Law Review*

...My Conclusion is... That the Tendency Toward Increasing Uncertainty in the Law is Inexorable.

השפיטה איננה דומה לחישוב אריתמטי אשר בו שימוש במספרים, בעלי משקל מתימטי זהה, גם מביא לעולם לתוצאה זהה. בני האדם ובעיותיהם אינם זהים לנתוני המדע המדוייק והפעולה האנושית המיישמת את הכללים המשפטיים, נעשית תוך הפעלתו של שיקול דעת ועל-ידי התאמת הכללים לנסיבותיו של כל מקרה ובכך

מוליכים, מפקידה לפקידה, בכוונה או בלית ברירה, אל תוצאות שהן שונות זו מזו. פרופסור ד'אמטו הסביר היווצרותה של אי-הוודאות בשני טעמים עיקריים: ראשית, יכול וחוק שפרשנותו הלכאורית היא פלוגנית, יתפרש עליידי בית המשפט כבעל משמעות פלמונית דווקא; בית המשפט יסבור בדרך כלל שהוא מבהיר בכך את החוק, אך התוצאה איננה בהכרח כזאת. יתכן ומכוח הפרשנות יוצרו יוצא מן הכלל, חריג או פריבילגיה. יתכן והחוק יפורש באופן צר כדי להמנע מהשלכות חוקיות בלתי רצויות או כי יפורש בהרחבה כדי לתת ביטוי לכוונה סמויה של המחוקק העולה, לרעת הפרשן השיפוטי, מן ההיסטוריה החקיקתית וכבר התייחסנו לעיל למגמות כגון אלה. מכל מקום, ההכרעה השיפוטית הופכת לחלק מן הפרשנות של הכלל שבחוק החרות; כדבריו של פרופסור ד'אמטו: *The Rule Now Becomes More Complex – it is a Statute Plus a Judicial Decision. The More Complex Rule May Invite Further Adjudication and More Inventive Subsequent Constructions by Courts* (p. 4).

קרי, ההסתעפות הפרשנית מרבה אי-בהירות הבנויה לתוך השיטה ועולה ממנה. דוגמה נוספת של דרך היווצרותה של אי-בהירות היא זו הנובעת מן התהליך החקיקתי עצמו על מהמורותיו ומקריותו התדירה, והדברים ידועים. לבסוף, ברור ומובן הוא כי השוני בפרשנויות עשוי לנבוע לא רק מן המגוון והאבחנות הנובעות מן הנתונים, אלא גם מן השוני בנקודת המבט של מי שעורך את האבחנות. מקובל עלינו מקדמת דנא כי אמת ויציב, אמת עדיף. אולם מתוך דברי-עיון משפטיים עולה לעתים סברה מוטעית כי עצם הסטייה מן היציב מוליכה תמיד גם אל האמת ולא היא. במה דברים אמורים. אם ההצמדות לכלל נוקשה מוליכה לאי-צדק וניתן ליישב את הבעיה תוך פיתוחו של הרעיון המשפטי הרלבנטי, בדרך שהיא אמנם נאמנה לחוק ולרוחו, אך אינה כפופה לכלל הנוקשה הקיים המוליך כאמור לאי-צדק, אין להתע מן החידוש, ויש לצעוד בדרך המוליכה לפי מיטב ההבנה המשפטית והמצפון השיפוטי אל הפתרון הצודק, שהרי, כאמור "אמת עדיף". אולם, אין לשנות באשליה שעצם הסטייה וההרשנות והבריחה מן הכלל המקובל והמוסכם יוצרים אמת או משרתים אותה. זוהי טעות אופטית, ומן הנכון שנהיה ערים לכך שניתן לפעמים לגרום באמצעותה לאי-צדק, לא פחות מאשר זה שייגרם אם נשארים נאמנים לפרשנות הקיימת. על הבעיות העולה בהקשר זה נאמר בע"כ 2/84, 3 (ניימן נ' ועדת הבחירות, פד"י לט(2), 225, 259):

הכרעות שיפוטיות בנושאים חוקתיים כדין שיעוצבו אף במקרים קשים מכוחם של עקרונות ועל יסודם ולא על פי טעמיה ומניעיה של מדיניות, הבנויה על מה שנראה כרצוי מבחינת צרכי הרגע או רגשות הרוב.

לדידי, האמור כאן נכון גם לגבי הכרעות שאינן חוקתיות דווקא. הפרשן השיפוטי אינו קם בבוקרו של יום ואינו אומר לעצמו "מה אני הולך לחדש הבוקר?" החידוש השיפוטי – להבדיל מן החקיקתי, אינו תהליך מוזמן או מכוון אלא פועל-יוצא מן העיון ומן הצורך בעשיית המשפט על יסודה של המחלוקת הקונקרטית שבפני בית המשפט. מכל מקום, יש להימנע מן ההכללות הפשטניות, ואין לערבב בין הדיכוטומיה

המפרידה בין הוודאות או אי-וודאות של החוק מצד אחד, לבין זו שבין עשיית הצדק או העדרו מצד שני. תיזה פשטנית כזו המציגה את הוודאות ואת יציבות-ההלכה מול הצדק כמעין תיזה ואנטי-תיזה קבועים ותמידיים בכל אתר ובכל הזמנות, עלתה, לפני עת לא רבה, בספרו של Alan Paterson, *The Law Lords* (1982), אשר בו מנתח המחבר את דרך פעולתו של בית הלורדים. תשומת לב מיוחדת הוקדשה בספר האמור למקרים הקשים (Hard Cases) ודומה כי הללו מתוארים כמשפטים אשר בהם היה על הלורדים לעולם לבחור בין הוודאות במשפט הקיים (Certainty in the Existing Law), לבין עשיית צדק אפילו על חשבון הוודאות (Doing Justice even at the Expense of Uncertainty).

התיאור בדבר העימות התמידי והחוזר, כביכול, בין הוודאות של החוק לבין הצדק (Certainty Versus Justice), היא פשטנית מדי ואף בלתי מדויקת (47 Modern Law Review 374, 380 (1984)). כאמור, בית משפט אמנם עומד לעתים בפני הדילמה להיות נאמן להלכה השוררת או למצוא פתרון ייחודי, במסגרת החוק, התואם לפי הבנתו במידה טובה ונכונה יותר את הנסיבות המיוחדות שבפניו. אם אכן זאת הבעיה, וניתן למצוא פתרון משפטי נכון הסוטה מן היציב, אין כל מעלה וברכה ביציבות. אולם הצבה כללית של צדק מול ודאות החוק היא מלאכותית אם רוצים לראות בה את חזות הכל ומעין מורה דרך לפעולתם של השופטים. בדרך כלל הבחירה איננה בין הוודאות, הטמונה בתיזה משפטית שהיא קיימת וישימה לבין החיפוש אחר פתרון חילופי לשם עשיית צדק. זאת ועוד, כאשר נוצרת אי-וודאות, הרי נובע הדבר לא אחת מכך, שיישומן של הנסיבות העובדתיות למגוון הפוטנציאלי של הלכות החוק פותח אפשרויות לבחירה בין מספר תיזות משפטיות חלופיות, אשר עשויות להיות רלבנטיות, לפחות בכוח, ואשר כולן בגדר האפשר לפי דברי הטוענים השונים. הבחירה בין החלופות אינה פתרון מתימטי אלא פתרון של היגיון משפטי, מדיניות שיפוטית, ובוודאי גם תחושת הצדק. שאיפתו של בית המשפט חייבת להיות לעולם, שבכל תחום משפטי יתמקט מספרן של הדילמות המשפטיות וכי לגבי סוגיות רבות ככל האפשר תהיה נוסחה ברורה, יחידה ואחידה שיישומה נותן את הפתרון על אתר. האפשרות לתרגם את הרצוי אל המצוי מותנית בכושרה של המחשבה השיפוטית ובבהירותו של הניסוח המשפטי, אך הכוח הנגדי העיקרי הוא כאמור העושר הפוטנציאלי של ההקשרים האנושיים והמשפטיים הנולדים במציאות חיינו ואשר מוסיפים להוראת החוק הבסיסית גוונים וגוויי-גוונים, ואלו הם המולידים את האבחנות הייחודיות, המרבות לעתים מבוכה.

אני מאחל לכם כי במעשיכם ובעיוניכם בתחום המשפט תמהרו לגלות את הפתרונות הנכונים והצודקים וכי החיפוש אחר האמת לא יהיה בגדר מאבק עקר עם דילמות בלתי ניתנות לפתרון אלא דרך מלך הנפתחת מול הצועד בה בבטחה. יישר כוחכם.