

נאמרים

חקיקה שיפוטית

מאת

אהרן ברק*

א. הצגת הבעיה. ב. חקיקה שיפוטית: ההיבט הפורמלי. 1. מהות השאלה. 2. חקיקה שיפוטית בפירושה של הוראה חרוטה. 3. חקיקה שיפוטית בהעדר הוראה חרוטה. 4. חקיקה שיפוטית ועקרון התקדים המחייב. 5. חקיקה שיפוטית: מתחם הלגיטימיות הפורמלית. 6. סיכום. ג. חקיקה שיפוטית: ההיבט המהותי. 1. הבעיה. 2. מדיניות משפטית. 3. מדיניות שיפוטית. 4. תכונותיה המיוחדות של החקיקה השיפוטית. 5. חקיקה שיפוטית כתוצאה לוואי של הכרעה בסכסוך. 6. החקיקה השיפוטית וההליך הדמוקרטי. 7. חקיקה שיפוטית והפרדת רשויות. 8. מתחם הלגיטימיות המהותית. ד. מדיניות שיפוטית ראויה. 1. מודעות לתפקיד החקיקתי. 2. מודעות לאינצידנטליות של החקיקה השיפוטית. 3. הכרת מהותה ותפקידה של החקיקה. 4. תפיסת החברה את התפקיד השיפוטי. 5. הסכמה חברתית בדבר תוכן החקיקה. 6. היקפה של הרפורמה הנדרשת. 7. מהותם של הפתרונות הנדרשים. 8. מהותם של שיקולי המדיניות המשפטית. 9. הגשמתן של ציפיות סבירות. 10. יחסי הגומלין בין הרשות השופטת ובין הרשות המחוקקת והמבצעת. ה. חקיקה שיפוטית: אקטיביות שיפוטית ופאסיביות שיפוטית. ו. סוף דבר.

"בניגוד לחוק החרוז אין בית המשפט יכול לפסוק, אך הוא יכול לפרשו 'פרשנות יוצרת' והוא יכול ליצור דין חדש בדרך חקיקה שיפוטית בשטחים שאינם מכוסים על ידי חקיקה מחייבת".
(למדי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו")**

א. הצגת הבעיה

חקיקה ושפיטה הן שתי פונקציות שונות. חקיקה עניינה יצירתן של נורמות משפטיות כלליות; שפיטה עניינה הכרעה בסכסוך¹. החיתכן "חקיקה שיפוטית"? אכן, ה"חקיקה" (ב"חקיקה שיפוטית") עניינה פונקציונלי (יצירת נורמות משפטיות כלליות)², ואילו

- * שופט בית המשפט העליון.
- ** למדי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים, י (חש"מ) 196, 197.
- 1 ראה קלינגהופר, משפט מינהלי (1957) 8.
- 2 להבדיל מיצירתם של אקטים אינדיווידואליים, אנו מגדירים חקיקה כיצירתם של אקטים כלליים בלבד. על כן הצו השיפוטי המחייב צד לסכסוך משפטי לעשות מעשה או מחול אינו חקיקה, שכן הוא צו אינדיווידואלי. על הצורך בכלליות הנורמה עומד קלינגהופר, שם, צמ' 8, באומרו: "כל נורמות הכלליות הן חוקים במובן הפונקציונלי של המלה, בין אם הן מכונות חוק ובין אם הן נקראות תקנה, צו, היתר

ה"שיפוטית" אין עניינה פונקציונלי (הכרעה הסכסוך), אלא עניינה מוסדי (הרשות השופטת). חקיקה שיפוטית משמעותה אפוא יצירתן של נורמות משפטיות כלליות ומחייבות³ על-ידי הרשות השופטת. חקיקה שיפוטית⁴ זו מעוררת שתי שאלות: האחת, האם קיימת חקיקה שיפוטית, ומהו גבולה המותר? השנייה, מהו תחומה של החקיקה השיפוטית הראויה? השאלה הראשונה היא פורמלית באופיה, ועניינה חוקיות חקיקתה של הרשות השופטת. השאלה השנייה היא מהותית באופיה, ועניינה החקיקה השיפוטית הראויה. השאלה הראשונה נדונה בהרחבה בספרות המשפטית⁵ ונוכל לקצר בה. השאלה השנייה נדונה אך מעט, ורק לאחרונה הופנתה אליה תשומת הלב⁶ ועל

כללי וכיו"ב; ועשייה של נורמות כלליות היא חקיקה במובן הפונקציונלי. ללא הבדל באשר לאורגן היוצר את הנורמה הכללית. על הבחנה זו בין נורמה משפטית כללית ובין נורמה משפטית אינדיבידואלית, עומדת גם ההבחנה בין חקיקה-בית-פועל-תחקית, ובין חקיקה שאינה בת-פועל-תחקית. ראה ע"פ 219/56 היועץ המשפטי נ' אלכסנדרוביץ פ"ד יא, 695. מהותן של הנורמות משפטיות (להבדיל, למשל, מנורמות מוסריות), נובע שהן בעלות אופי מחייב. האופי המחייב של הנורמה המשפטית הכללית הבאה מהרשות השופטת מקורו בכללי התקדים המחייב. ראה להלן, הערה 72.

4 הביטוי העברי "חקיקה שיפוטית" הוא תרגום הביטוי האנגלי "Judicial Legislation". בביטוי זה השתמש אוסטין עוד בתחילת המאה ה-19. ראה: Austin, *Lectures on Jurisprudence*, vol. 2, p. 620-629. לאחרונה מרביתם להשתמש בביטוי "Judicial Law-Making". פרופ' פולר טבע את הביטוי "Adjudicative Law" שהוא מוצלח למדי, שכן הוא מצביע על כך שהדין נובע מהחוק השיפוטי. ראה: Fuller, *Anatomy of the Law* (1968) 86. הביטוי העברי "חקיקה שיפוטית" אינו מוצלח. הדיבור חקיקה קשור קשר הדוק מדי ליצירה התחקיתית (חקיקה), בין זו של הרשות המחוקקת (חוק) ובין זו של הרשות המבצעת (חקנה). לנו יש עניין ביצירת משפט שיפוטית, או "משפט שיפוטי" (ראה טדסקי, "הלכת התקדים בזמן האחרון", הפרקליט כב (תשכ"ו) 320, 326) או "משפט השופטים". אנו ממשיכים להשתמש בביטוי המקובל, בחקונה שביטוי מוצלח ממנו ישחרש בלשונו. בעוד שהביטוי "חקיקה שיפוטית" אינו מוצלח, הדיבור "השופט כמחוקק" מטעה. הביטוי "מחוקק" נחפס בעיקר במשמעותו הארגונית (הרשות המחוקקת), ולא במשמעותו הפונקציונלית (עשיית נורמות כלליות). בודאי שהשופט משתייך לרשות השופטת ולא לרשות המחוקקת. ראה: Cappelletti, "The Law Making Power of the Judge and its limits: A Comparative Analysis" 8 *Mon. L. Rev.* (1981) 15, 42: "Good judges can certainly be and can appear to be, creative, dynamic, activist law-makers. Only bad judges, however, would act as legislators. Indeed, I submit that if a court acts as a legislator it simply ceases to be a court..."

5 תרומה עיקרית תרם בכך השופט קרדו בשלושת ספריו: *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, 1921); *The Growth of the Law* (1924); *The Paradoxes of Legal Science* (New York, 1928).

6 מבין הראשונים שעסקו בה יש להזכיר בעיקר את פרופ' פרידמן בשניים ממאמריו: W. Friedmann, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" 61 *Col. L. Rev.* (1961) 821; Idem, "Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling" 29 *M.L.R.* (1966) 593; וילר: Weiler, "Two Models of Judicial Decision-Making" 46 *Can. B. Rev.* (1968) 406; idem, "Legal Values and Judicial Decision-Making" *Can. B. Rev.* (1970) 1; Freeman, "Standards of Adjudication, Judicial Law-Making and Prospective Overruling" *C.L.P.* (1973) 166. כן ידוע ספרו של פרופ' יפה: Jaffe, *English and American Judges as Lawmakers* (Oxford, 1969) ויתחקן ולדרי. ושני אנשי אקדמיה, פרופ' דין ד"ר שטרית. ראה: ריתקן, פוליטיקה ומשפט (תשכ"ה); הנ"ל, משפט וחברה (תל אביב, תשט"ו); הנ"ל, "המשפט בארץ מתפתח", ספר יובל לפנתס רחן (תשכ"ב) 66;

כן נרחיב בה במקצת. הנרשא עצמו הוא לדעתנו בעל חשיבות רבה, שכן הוא נוגע למהותו של ההליך השיפוטי וליסודותיו התוקיים.⁷

ב. חקיקה שיפוטית: ההיבט הפורמלי

1. מהות השאלה

קיימת דעה, לפיה עניינה של הרשות השופטת הוא הכרעה בסכסוך על יסוד נורמה משפטית נחונה וקבועה מראש. על-פי תפיסה זו, התפקיד השיפוטי מתבטא בעיקרו בקביעתן של העובדות, ובהפעלת הדין הנתון על העובדות.⁸ אין התפקיד השיפוטי כולל בחובו כל יצירתיות בתחום הדין עצמו. זו היתה גישתו של מונטסקיה אשר ראה בשופט את הפה החוזר על לשון החוק. אומר מונטסקיה:⁹

"The national judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law, mere passive beings incapable of moderating either its force or rigor."

פרופסור מוריס כהן כינה גישה זו בשם "תיאוריית הגרמופון" (theory of phonograph),¹⁰ דהיינו, שהשופט אך חוזר על המלים אשר החוק דיבר בהן עמו. מונטסקיה התייחס להעדרה של יצירה שיפוטית נורמטיבית בתחום הפעלתו של החוק החרות, אך דעה דומה הביעו גם הייל¹¹ במאה השבע-עשרה ובלקסטון¹² במאה השמונה-עשרה, בכל הנוגע לתפקיד השיפוטי במסגרת המשפט המקובל. על-פי גישתו של בלקסטון —

- הנ"ל, "קווי התייחסות בהפרדת הרשויות בעיני שופט", ספר ברקת, 139; הנ"ל, "הזכות המהותית במשפט המינהלי", עיוני משפט ט (תשמ"ג) 5; 1 *Isr. L. Rev.* (1966); 40; idem, "Some Reflections on Judicial Law-Making", 2 *Isr. L. Rev.* (1967) 475; הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292; הנ"ל, "חוקה כחוק עליון למדינת ישראל", הפרקליט כו (תשל"א) 30; הנ"ל, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" משפטים ו (תשל"ה) 196; הנ"ל, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון", עיוני משפט ח (תשל"ט/חש"מ) 500; הנ"ל, "בתי המשפט כצינור הביקורת הציבורית", דרכי הביקורת הציבורית בישראל (1957) 20. אשר לפירוש ידן, ראה: Dainow (ed), *The Role of Judicial Decisions* (1974) 296; *and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (1974) 296; Sheetreet, *Judges on Trial* (1979); idem, "On Assessing the Role of Courts in Society", 10 *Manitoba L.J.* (1980) 357; idem, "Judicial Responsibility", *Israeli Reports to the XI International Congress of Comparative Law*, Jerusalem, 1st ed. (1982) 88.
- 7 בעיקר בכל הנוגע לעקרון הפרדת הרשויות (ראה להלן בגוף המאמר, ליד הערה 165), ולעיקרון בדבר הדמוקרטיה של השפיטה (ראה שם, ליד הערה 155, להלן).
- 8 על חשיבותו של תפקיד זה ראה: 65 *Wyzanski, "A Trial Judge's Freedom and Responsibility"* 1281 *H.L. Rev.* (1952).
- 9 ראה: 209 *Montesquieu, The Spirit of the Laws*, Book II, Ch. 6.
- 10 ראה: 112, 113 *M.R. Cohen, The Process of Judicial Legislation, Law and the Social Order*, (1933).
- 11 ראה: 90 *Hale, History of the Common Law* (6th ed, 1820).
- 12 ראה: 88 *Blackstone, Commentaries of the Law of England* (13th ed; 1798).

המכונה "התיאוריה הדקלרטיבית" (declaratory theory) — השופט אינו יוצר דין חדש, אלא אך מצהיר על הדין הקיים. אפילו כאשר הלכה שיפוטית מאוחרת מבטלת הלכה שיפוטית קודמת, אין ההלכה החדשה קובעת שההלכה הקודמת הייתה מוטעית, אלא שההלכה הקודמת לא הייתה דין כלל¹³. גישות אלה, אף-על-פי שאין בהן, מבחינה אנאליטית, משום שלילת החקיקה השיפוטית¹⁴, שכן, מבחינה פונקציונלית, גם חזרה מחייבת על הוראות החוק מהווה מעשה חקיקה, יש בהן, מבחינה מעשית, משום סתימת הגולל על הצורך לעסוק בחקיקה השיפוטית. אם השופט הוא אך הד לנורמה הטמונה במשפט (החרות או הפסוק), עדיף לעסוק בנורמה ולא בשופט, כשם שעדיף להסתכל באובייקט עצמו ולא בצילומו. אך האם גישות מכניות¹⁵ אלה להליך השיפוט מחייבות המציאות הן? לשם בחינתה של שאלה זו נבחין בין הפעילות השיפוטית בפרשנותה של נורמה חקוקה החלה במישורין על הסוגיה המשפטית ובין הפעילות השיפוטית בהעדרה של נורמה חקוקה החלה במישורין¹⁶. על הסוגיה המשפטית נשוא הפעילות השיפוטית. הפעילות הראשונה — פירושה של נורמה חקוקה — היא העיקרית בישראל, שכן רוב רובם של יחסי האנוש שבהם עוסק המשפט מוסדרים אצלנו בהוראות חרותות¹⁷. אך דומה, שגם בארצות המשפט המקובל הולך וגובר מקומו של החוק בהסדרת היחסים בין בני החברה, ועמו הולכת וגוברת הפעילות הפרשנית של הרשות השופטת¹⁸. עם זאת, בודאי בארצות המשפט המקובל, אך גם מחוצה להן¹⁹, מוכרת פעילות שיפוטית שאינה מעוגנת בפרשנותה של נורמה חרותה. נדון אפוא בשתי פעילויות אלה של הרשות השופטת, בכל נוגע לקיומה או העדרה של חקיקה שיפוטית.

13 אומר בלקסטון, בהתייחסו להלכה מאוחרת, המבטלת הלכה קודמת: "But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law* but that it was *not law*".

14 על כן, הכרזה כי חקנה בטלה היא ומבוטלת, בהיותה סותרת חוק, מהווה חקיקה מבחינה פונקציונלית (ראה קלינגהופר, לעיל, הערה 1, עמ' 30). הוא הדין בהכרזה על בטלות חוק הסותר חוקה. ראה, למשל, את דבריו של השופט אשר (Lord Esher) בפרשת *Willis v. Baddeley* (1892) 2 K.B. 324, 326. האומר: "There is in fact no such thing as judge-made law, for the judges do not make the law though they frequently have to apply existing law to circumstances as to which it has not previously been authoritatively laid down that such law is applicable". דברים אלה משקפים את הגישה הדקלרטיבית, אך אין בהם כלל שלילה של חקיקה שיפוטית. נהפוך הוא, הפעלת דין קיים לנסיבות חדשות ובלתי ידועות, עד כמה שהיא כרוכה בקביעה נורמטיבית, כללית ומחייבת, מהווה חקיקה במובנה הפונקציונלי.

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

16 להבדיל מנורמה חקוקה הקובעת כיצד על השופט ליצור משפט באין נורמה חקוקה. כמובן מסוים, יצירת משפט זו אף היא ביצוע של נורמה חקוקה — היא הנורמה הקובעת כיצד על השופט לפעול בהעדר נורמה חקוקה.

17 תחומים מעטים בלבד נותרו ל"משפט מקובל נוסח ישראל". החשוב שבהם הוא המשפט המינהלי, אם כי גם אותו ניתן לראות כמעוגן בהוראת סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957.

18 ראה: Frankfurter, "Some Reflection on the Reading of Statutes" 47 *Col. L. Rev.* (1947) 527.

19 כגון, פיתוח האחריות האזרחית של רשויות המינהל במשפט הצרפתי. ראה: Dawson, *The Oracles of the Law* (1968) 416.

2. חקיקה שיפוטית בפירושה של הוראה חרותה

חקיקה, כפי שראינו, משמעותה יצירה של נורמה משפטית כללית²⁰. יצירה זו קיימת בכל מעשה פרשנות של הוראה חרותה. המחוקק פותח ברעיון חי ומסיים בלשון מתה. הפרשן פותח בלשון המתה ומעניק לה חיות, לשם הגשמת הרעיון החקוק. מכאן, שהפירוש הוא שחזור מחשבתו הנורמטיבית של המחוקק. "אין להשוותו כלל וכלל להרקה תומר מכלי אל כלי, ואף לא להשתקפות דמות במראה או לצילום. פירוש הינו העתק מחשבת הזולת לחוג חיינו הרוחניים, ואין הוא ניתן לביצוע אלא על ידי פעולת החשיבה שלנו"²¹. לעתים לא כרוכה פעילות זו בבחירה בין אפשרויות שונות²². במצב זה, אופיה היוצר של הפרשנות בטל בשישים. אך במספר מצבים — דווקא אלה באים בפני בחי המשפט בכלל ובפני בחי המשפט העליונים בפרט — הנורמה החרותה אינה חד-משמעית, אלא היא כוללת בחובה, באופן פוטנציאלי, מספר אפשרויות נורמטיביות, אשר השופט-הפרשן חייב לבחור ביניהן²³. גישתו של מונטסקיה, לפיה דיבורו של החוק ברור, וכל שנותר לשופט אינו אלא להביע את הדיבור החקיקתי, אין לה אחיזה במציאות²⁴. לעתים קרובות החוק יוצר מספר אפשרויות פרשניות. על השופט לבחור בין אפשרויות אלה. הטעמים לריבוי האפשרויות הם רבים²⁵. חלקם נעוצים בלשון החוק, שאינה חד-משמעית, ומאפשרת מספר אופציות לשוניות²⁶; חלקם נעוצים במטרת החקיקה, שאינה חד-משמעית, ומאפשרת חופש בחירה²⁷. ככל שלשון החוק היא כללית יותר, ומטרת החקיקה רחבה יותר כן גדלות האופציות הפרשניות.

20 ראה הערה 3 לעיל.

21 דברי פרופ' טדסקי. ראה: מסות במשפט (תשל"ח) 1.

22 אלה הם המקרים שתוצאתם ידועה מראש, וגורלם קבוע מראש. ראה קרדו *The Growth of the Law* (לעיל הערה 5): "Nine-tenths, perhaps more of the cases that come before a court are predetermined in the sense that they are predestined — their fate preestablished by inevitable laws that follow them from birth to death". "Some Reflections on Judicial Law-Making" (לעיל, הערה 6), עמ' 480.

23 ראה קרדו, שם, עמ' 60: "The range of free activity is relatively small. We may easily seem to exaggerate it through excess of emphasis. None the less, those are the fields where the judicial function gains its largest opportunity and power. Those are the fields, too, where the process is of the largest interest. Given freedom of choice, how shall the choice be guided?"

24 עמד על כך השופט זוסמן, כאומר: "דעתו לוקה בסעות מקובלת, ששבילים אלה תמיד קיימים וכל כושרם אינו אלא בגילויים. Montesquieu לא חשב על כך, שהשבילים לעתים לא הותוו על ידי המחוקק כלל, והשופט חייב הוא עצמו להתוותם". זוסמן, "מקצת מטעמי פרשנות", בתוך ספר יובל לפנחס רוזן (תשכ"ב) 154.

25 ראה: ברק, "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ב) 248.

26 ראה, למשל, ההבחנה בין "גרעין" הנורמה ובין "איזור האפולוית היחסית": Hart, "Positivism and Separation of Law and Morals" 71 *H.L. Rev.* (1957) 543; Fuller, "Positivism and Fidelity of Law. A reply to Professor Hart" 71 *H.L. Rev.* (1957) 63. לשימוש בהבחנה זו ראה: ע"א 133/79 בוכמן ואח' נ' אלנסארה ואח', פ"ד לה(2) 64.

27 למטרה החקיקתית ראה: J. Cohen, "Judicial 'Legisputation' and Dimensions of Legislative Meaning" 36 *Ind. L.J.* (1961) 414; Jones, "Statutory Doubts and Legislative Intent", 40 *Co. L. Rev.* (1940) 957; Barwick, "Diving the Legislative Intent", 35 *A.L.J.* (1961) 197; Mac Callum, "Legislative Intent" 75 *Yale L.J.* (1966) 754.

טול את חובת הזהירות ברשלנות. נוסחתו של החוק היא²⁸, שחובת זהירות מוטלת "כל אימת שאדם סביר צריך היה באותן נסיבות לראות מראש שהם עלולים במהלכם הרגיל של הדברים להיפגע". לשון זו, על רקע מטרתה הכללית של פקדת הנוזיקין, יוצרת מספר ניכר של אופציות פרשניות²⁹. ניתן לגרוס למשל, שבמסגרתה לא מוטלת החובה להציל אדם מסיכון שהוא הכניס עצמו בו, שכן אדם סביר אינו "צריך" לצפות נזק זה. אפשר לגרוס גם את היפוכו של דבר. לא נתפלא אפוא, אם בתי המשפט הכירו באופציות הפרשניות הרבות הטמונות בלשון החוק, וביצירה השיפוטית הכרוכה בבחירה בין אפשרויות אלה³⁰. או טול את החובה "לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב"³¹. לשון זו, על רקע מטרת החקיקה, מעלה מספר אפשרויות פרשניות. ניתן לגרוס, שהיא קובעת מבחן אובייקטיבי³². ניתן לגרוס, שהמבחן הוא סובייקטיבי³³. ניתן לסבור, שעניין לנו במבחן "כלאיים", שבו מתרוצצים יסודות אובייקטיביים וסובייקטיביים גם יחד³⁴. בוודאי שבבחירה בין האפשרויות השונות טמונה יצירה שיפוטית נרחבת. החוק קובע שהבחירות לכנסת צריך שיהיו "שוות"³⁵. מה משמעותו של שוויון זה? האם זהו שוויון במשמעות "קול אחד לכל אחד", או שזהו שוויון באפשרויות? על-פי אילו מבחנים ייקבע השוויון באפשרויות³⁶? לא פעם קובע המחוקק התרחשותה של תוצאה במושגים כלליים כמו "צדק"³⁷, או "תקנת הציבור"³⁸. מהו תוקפם הנורמטיבי של ביטויים אלה? ומה היקף משמעותו של הביטוי "כלי רכב"³⁹ או "בורח"⁴⁰? בכל אחת מהדוגמאות הללו, וברבות אחרות, ריבוי משמעות של לשון ההוראה החרוטה, וריבוי התכליתיות של המטרה החקיקתית, יוצרים רב-גוניות באפשרויות הפרשניות העומדות בפני השופט בכל המקרים הללו עניין לנו בנורמה אחת הדורשת פירוש. אך לעתים נחקל השופט במספר נורמות, אשר לכאורה אינן מתיישבות ביניהן, החלות על יחס משפטי מסוים. על השופט להחליט איוז מבין הנורמות תחול ואיוז תידחה⁴¹. אף כאן לעתים הבחירה היא

- 28 סעיף 36 לפקדת הנוזיקין (נוסח חדש).
 29 ראה: 134 (5th ed. Sydney, 1977). Fleming, *The Law of Torts*.
 30 ראה: ע"א 451/66 קורנפלד נ' שאולוב ואח', פ"ד כא(1) 310; ע"פ 186/60 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769; ע"א 145/50; ועקניק נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פ"ד לו(1) 113.
 31 על פי סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
 32 ראה: ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231.
 33 שם.
 34 ראה: בג"צ 59/80 שרותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ ואח' נ' בי"ד הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד לה(1) 828; ע"א 207/79 (טרם פורסם).
 35 סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת.
 36 ראה: בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693; בג"צ 246/81 אנדית דרך ארץ ואח' נ' רשות השדור ואח', פ"ד לה(4) 1.
 37 כגון בסעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972, וסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.
 38 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).
 39 ראה: ע"א 133/79 (לעיל, הערה 26); ע"א 680/80 עובון פרימן ואח' נ' חברת קצ"א בע"מ ואח', פ"ד לו(2) 578.
 40 ראה: ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421; ע"פ 608/81 (טרם פורסם).
 41 ע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי, פ"ד לג(2) 576.

ברורה ופשוטה. אך לעתים ניתן לבחור בין מספר אפשרויות. ריבוי הנורמות יוצר רב-גוניות באפשרויות הבחירה העומדות בפני השופט. בדומה, לעתים מצויים מספר תקדימים המפרשים הוראה חרותה אחת, והם סותרים לכאורה זה את זה. על השופט להכריע בין אלה. היצרף דעתו לזרם פסיקה אחד, וההלכה תהא כמותו, או שמא יצרף דעתו לזרם פסיקה שני, וההלכה תהא כמותו. לפני השופט עומדות, אם כן, לעתים קרובות אלטרנטיבות מספר. הוא הדין כאשר הסתירה קיימת לכאורה בין נורמות משפטיות מרמות שונות. חקיקת משנה סותרת לכאורה חוק. חוק סותר לכאורה חוקה. לעתים הסתירה בולטת וברורה. היצירה הפרשנית שולית במהותה. אך לעתים קרובות ביותר ניתן לטעון טיעונים משפטיים משכנעים בשני הכיוונים, המקיים והמבטל. על השופט לבחור ביניהם.⁴²

בכל המקרים הללו השופט עומד בפני הצורך להכריע בין מספר חלופות משפטיות אפשריות. אם יבחר באופציה פלונית, יהא הדין פלוני; אם יבחר באופציה אלמונית, יהא הדין אלמוני. תהליך זה של בחירה ודחייה אינו תהליך מכני או טכני. זהו תהליך אינטלקטואלי יוצר. הבחירה היא בעלת נפקות כללית. היא חלה לא רק על המקרה הקונקרטי שלפני השופט, אלא על כל מקרה דומה. נמצא, שבחירה זו בין אופציות שונות מעמידה כלל משפטי חדש בשיטה, ולו תחולה כללית. לפנינו, אפוא חקיקה במובנה הפונקציונלי.

המסגרת הנורמטיבית נקבעת על-ידי ההוראה החרוטה. הוראה זו כוללת בחובה בכוח מספר אפשרויות נורמטיביות. פירושו של השופט מוציא פוטנציאל זה מן הכוח אל הפועל. מבין מכלול האפשרויות נקבעת האחת המחייבת. זוהי חקיקה במובנה הפונקציונלי. המצב המשפטי הכללי לפני הפרשנות השיפוטית ולאחריו אינו זהה. לפני הפרשנות השיפוטית היינו עדים לפוטנציאל של הוראה חרותה. לאחר הפרשנות אנו עדים לקונקרטיזציה.⁴³

"תמיד השופט הפוסק הוא המבצע את 'הקונקרטיזציה' של הדין. והואיל וכלי המחוקק, דיבורו, מטבעו אינו חד-משמעי ככלי תורת החשבון, מקבל דבר-החקיקה את צביונו 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'.⁴⁴"

42 ראה קלינגהופר (לעיל, הערה 1) עמ' 30: "לא רק יצירת נורמות כלליות היא חקיקה במובן הפונקציונלי, גם פסילתן וכיטולן מהורים חקיקה במובן זה. עד כמה שבדי בתי המשפט הסמכות לפסוק על משפטיהן (בגרמנית *Rechtmässigkeit*) של נורמות כלליות, פועלים הם, בהפעלת סמכות זו, כעושי חקיקה". ראה גם לנדרי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" (לעיל, הערה 6) 198: "כל ביטול של חוק חרות על ידי בית המשפט בעינינו כגון אלה יהפוך את בית המשפט לשותף בכיר במלאכת החקיקה".

43 ראה: זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (חשל"ג) 213: "השופט הוא הנותן לדין את צורתו הממשית והקונקרטית. משוך כך ניתן לומר שהצורה בה מתגבש החוק סופית היא הצורה שהשופט נותן לו".

44 זוסמן, "מקצת מטעמי הפרשנות" (לעיל, הערה 24) 156.

כמובן, עם ביצוע הקונקרטיזציה לא מסתיים התפקיד השיפוטי היוצר, שכן קיימות דרגות שונות של קונקרטיות. נורמה פלונית, המהווה קונקרטיזציה של פוטנציאל חקיקתי אלמוני, היא עצמה משמשת פוטנציאל חקיקתי לנורמה קונקרטית אחרת, וכך הלאה. בוודאי שגבולותיה של חקיקה שיפוטית זו אינם בלתי מוגבלים. לא כל אופציה שהשופט היה רוצה בה היא אפשרית. החוק החרות מגביל את תחום האופציות. שיקול הדעת השיפוטי הוא מצומצם. החומר הגולמי הוא סטטוטורי; רק העיבוד הוא שיפוטי. התווים הם סטטוטוריים; הביצוע הוא שיפוטי⁴⁵. הקביות המשפטיות — אם להשתמש בדימויו של הנשיא לנדוי⁴⁶ — הן סטטוטוריות; הסידור מחדש שלהן הוא שיפוטי. אך עיבוד זה, ביצוע זה, סידור מחדש זה, הם מעשה חקיקה במובנו הפונקציונלי⁴⁷. במובן מסוים ניתן להמשיך חקיקה שיפוטית הנובעת מפרשנותה של הוראה חרותה לחקיקת משנה מינהלית. בשני המקרים נשאבת סמכות החקיקה מדבר חקיקה ראשי. בשני המקרים מוציא מחוקק המשנה (השיפוטי או המינהלי) פוטנציאל חקיקתי מסוים מן הכוח אל הפועל. בשני המקרים חייבת החקיקה (השיפוטית והמינהלית) לפעול במסגרת החקיקה הראשית ולא מחוצה לה. בשני המקרים אין החקיקה (של השופט ושל איש הביצוע) יכולה לבטל או לשנות חקיקה ראשית. עם זאת, קיים הבדל מהותי בין החקיקה השיפוטית ובין החקיקה המינהלית. החקיקה השיפוטית מפרשת דבר חקיקה, והרי היא צמודה אליו. מעמדה בהירארכיה הנורמטיבית נקבע כמעמד דבר החקיקה שאותו היא מפרשת. לעומת זאת, החקיקה של המינהל מצויה, מבחינת ההירארכיה הנורמטיבית, מתחת להוראה החקוקה שאותה היא מבצעת. על כן, חקיקה שיפוטית המפרשת חוקה, מעמדה ההירארכי כמעמדה של החוקה עצמה, ורק שינוי בחוקה — או בהלכה השיפוטית עצמה — יכול לשנותה. בדומה, חקיקה שיפוטית המפרשת חוק, מעמדה ההירארכי במערכת הנורמטיבית כמעמד החוק עצמו, ורק שינוי בחוק — או בהלכה השיפוטית עצמה — יכול לשנותה⁴⁸.

החקיקה השיפוטית הבאה מפירושה של נורמה חרותה היא דלקרטיבית וקונסטטוטטיבית גם יחד⁴⁹. היא דקלרטיבית, שכן הפוטנציאל הנורמטיבי טמון בדבר החקיקה הסטטוטורי, והשופט אך מוציא אותו מן הכוח אל הפועל. אין השופט יוצר אופציה שלא היתה טמונה בדבר החקיקה. זאת ועוד, לרוב התוקף המשפטי של האופציה

45 לרימור זה השווה: Frank, "Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation", 47 Col. L. Rev. (1947) 1259.

46 ראה לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6): "דומה שכל מה שניתן לדורנו כמו לכל הדורות לעשות הוא לסדר מחדש את קוביות הבנין המעטות שלנו — מושגי היסוד המשפטיים הידועים למחשבה המשפטית היטב מאז ומתמיד, ולהתאים את המבנה כלו להתפתחות החברתית והכלכלית המחיימת מחוץ לשטח המשפט".

47 Reynolds, *Judicial Process* (1980) 114: "Thus, judicial decisions are law; because judges constantly remold the clay used in the judicial process, sometimes reshaping it a little, sometimes a lot, even occasionally discarding a finished piece and making a completely new one, it seems accurate to say that they make law".

48 ראה: 2 (1965) Diplock, *The Courts as Legislators*.

49 ראה: 405 (1947) Chafee, "Do Judges Make or Discover Law", *Proc. Amer. Phil. So.*

הנבחרת אינו מיום הבחירה אלא מיום היצירה הסטטוטורית⁵⁰. דבר זה בולט כמיוחד כאשר בית המשפט מכריז שחקיקת משנה סותרת חוק, ועל כן היא בטלה ומבוטלת, או כאשר בית המשפט מכריז שחוק סותר חוקה, ועל כן הוא בטל ומבוטל. במקרים אלה הדקלרטיביות של מעשה החקיקה השיפוטי בולטת לעין. עם זאת, אין בדקלרטיביות זו כדי לשלול חקיקה שיפוטית. אין סתירה בין התיאוריה הדקלרטיבית של ההלכה השיפוטית ובין ההכרה בחקיקה השיפוטית⁵¹. החקיקה השיפוטית מבוססת על בחירה בין אופציות שהחוק יוצר. בחירה זו היא מעשה חקיקה⁵², והיא קיימת גם במסגרת התורה הדקלרטיבית.

3. חקיקה שיפוטית בהעדר הוראה חרותה

לעתים השופט ניצב בפני סכסוך שאין לו פתרון ישיר בהוראות החרותות של השיטה המשפטית. השופט אינו רשאי להימנע מהכרעה בסכסוך בשל העדרה של נורמה משפטית⁵³. עליו להכריע בסכסוך. הכרעה זו אינה יכולה להיות על יסוד שיקולים לבר-משפטיים. ההכרעה צריכה להיות על יסוד נורמה משפטית. מכיוון שכך, ממילא מתבקש שעל השופט ליצור נורמה משפטית משלו, או להפעיל נורמה משפטית שיצרו השופטים לפניו. לפנינו אפוא חקיקה שיפוטית על-פי הגדרתה הפונקציונלית. כלליה הפורמליים של החקיקה השיפוטית, במקום שאין הוראה חרותה החלה במישרין על הסכסוך, קבועים בדיניה של כל שיטה ושיטה. יש שהם מעוגנים בהלכה הפסוקה עצמה, כפי שהדבר באנגליה. יש שהם מעוגנים בהוראה חרותה⁵⁴, הקובעת את המקורות המשפטיים של השיטה, כפי שהדבר בישראל⁵⁵. יהא ההסדר הפורמלי אשר יהיה, והיו מקורותיו הפורמליים אשר יהיו, הוא מבוסס תמיד על יצירת דין שיפוטית, שכן השופט חייב, על-פי האמור במקורותיה של שיטתו המשפטית, לעצב דין כמו ידיו. אף יצירת דין

50 לשאלת הרטרואקטיביות של ההלכה השיפוטית, ראה להלן, הערה 269.

51 בדעה אחרת מתווק פרימן (לעיל, הערה 6) הגורס, שהתיאוריה הדקלרטיבית שוללת חקיקה שיפוטית. כאמור, אין גורס סתירה בין השניים, אם כי אני סבור שמידת החידוש בחקיקה השיפוטית ומידת היצירתיות שבה פוחתים במסגרת התיאוריה הדקלרטיבית.

52 ראה: "A: Laskin, 'The Institutional Character of the Judge' 7 *Isr. L. Rev.* (1972) 329, 341: 'final court, which is prepared to override its own precedents puts itself, institutionally, into a partnership, albeit a junior one, with the legislature'". ראה גם: קפלן, "חחולה צופה פני עתיד לתקדימי בית המשפט העליון", משפטים ג (תשל"ט) 221.

53 כך הוא הדין, בין אם מצויה בשיטה המשפטית הוראה מפורשת המחייבת את השופט להכריע בסכסוך שלפניו, ובין אם אין בשיטה הוראה מפורשת בעניין זה. ראה: Rabello, "Non liquet from Modern Law to Roman Law" 9 *Isr. L. Rev.* (1976) 63.

54 ראה, למשל, סעיף 12(2) לקדקס האזרחי האיטלקי משנת 1942; סעיף 4 לקדקס האזרחי של ונצואלה משנת 1942; סעיף 1 לקדקס המצרי מ-1948; סעיף 7 לקדקס האזרחי האוסטרי מ-1811; סעיף 1 לקדקס השווייצרי מ-1911. ראה גם: ברק, "לקראת קדיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג' (תשל"ו) 5, 19.

55 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תשמ"ג-1980. על המצב בישראל כטרט חוק יסודות המשפט ראה: Yadin, "To What Extent are Judicial Decisions and Legal Writings Sources of Law", *Israeli Reports to the Ninth International Congress of Comparative Law*, (1974) 33.

זו, כמו רעותה הנוצרת בפירושה של הוראה חקוקה, אינה בלתי מוגבלת. המקורות המשפטיים, הקובעים את סמכות החקיקה השיפוטית, קובעים גם את היקפה. במסגרת הקבוצה על-פי הדין נעשית היצירה השיפוטית החקיקתית. ניתן להדגים חקיקה שיפוטית זו במסגרת הוראותיו של חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.⁵⁶ סעיף 1 לחוק קובע:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

בראש ובראשונה על השופט להכריע בשאלה, אם העדרה של הוראה חקוקה משמעותו רצון מודע של המחוקק שלא להכיר בזכות הנטענת, או שמא העדרה של הוראה חקוקה מצביע על ליקוי בשיטה, הדורש השלמה. על השופט לקבוע אפוא, אם לפניו הסדר משפטי, אם גם שלילי באופיו, או שלפניו חסר בהסדר, והיינו לאקונה.⁵⁷ הכרעה זו קשה היא, שכן על השופט לשמוע את המשתמע משתיקתו של החוק החרות.⁵⁸ לעתים קרובות שתי האפשרויות – הסדר שלילי ולאקונה – באות בחשבון, ועל השופט לבחור באחת מהן. בחירה זו מהווה חקיקה במשמעותה הפונקציונלית.

משקבע השופט שהשאלה המשפטית הטעונה הכרעה לא הוסדרה בדרך השלילה, אלא השיטה לקריה היא, עליו למלא את החסר "בדרך של היקש". ההיקש⁵⁹ מבוסס על שלוש הנחות: האחת, שהבעיה המשפטית הטעונה הכרעה לא הוכרעה על-ידי המקורות המשפטיים הקיימים;⁶⁰ השנייה, שבשיטה המשפטית קיימת הוראה אשר על-פי פירושה שלה, הגם שהיא דומה, אינה חלה על הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה; שלישית, שבין ההוראה הקיימת ובין הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה קיים דמיון מספיק המצדיק את הפעלתה של ההוראה הקיימת על הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. הדמיון המספיק אין משמעותו זהות, שכן אילו היתה זהות, לא היה מקום להיקש. הדמיון מניח שוני וקרבה גם יחד. קיומו של דמיון מספיק נקבע על-פי המרכיבים הרלוונטיים להכרעתה של הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה ולנורמה הקיימת. מרכיבים אלה קשורים במהותה, טבעה ומטרתה של ההוראה הקיימת ושל הבעיה הטעונה הכרעה. מכאן, שהתהליך השיפוטי של ההיקש הוא תהליך יוצר. על השופט לקבוע את קיומן של ההנחות לביצוע של ההיקש, ומשעשה כן נוצרת נורמה חדשה שלא היתה קיימת קודם. לפנינו חקיקה שיפוטית במובנה הפונקציונלי. אמת, חקיקה זו אינה בלתי מוגבלת. להיקש

56 ס"ח 978, השת"ם, עמ' 163.

57 ראה: טרסקי, מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה 2, תשי"ט) 174.

58 ראה לנדור, הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט (לעיל, הערה 6) 297: "כיצד ניתן למלא תפקיד קשה זה בעזרת הדינים עצמם כש-*et definitione* אלה אינם מספקים לשופט אכן בוחן?"

59 ראה: 162 (1971) *Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici*.

60 על כן, מקום שהוראת הסעיף 39 לחוק התחזים (חלק כללי) חלה על הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה, אין לומר כלל כי מצויה לאקונה המצריכה שימוש בהיקש. ראה: ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה' (2) 785; ד"ר 40/80 קניג נ' בהן, פ"ד לה' (3) 701, 725. יש להבחין בין פרשנות, ולו מרחיבה, ובין היקש. הראשונה מחילה נורמה נתונה מתוכה היא, ואילו השנייה מחילה נורמה מכוח עקרונות שהם חיצוניים לה, אם כי הם טמונים בשיטה המשפטית עצמה.

יש כללים משלו אשר השופט חייב לכבדם. כך, למשל, הוא אינו רשאי להקיש מהוראה שאין לה דמיון מספיק לבעיה המשפטית הטעונה הכרעה. חרף זאת, שיקול הדעת הוא רחב⁶¹, והאופציות העומדות לבחירה הן לעתים מרובות.

לעתים — ואלה יהיו בוודאי מצבים נדירים — עשויה להימצא בעיה משפטית הטעונה הכרעה, בלא שתימצא לה תשובה בחקיקה, בהלכה הפסוקה או בהיקש. במצב דברים זה על השופט להכריע בבעיה המשפטית "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". התוק הסמיך את השופט למעשה חקיקה רחב ביותר. אף כאן אין החקיקה בלתי מוגבלת. המחוקק קבע נוסחה שאותה יש לקיים. אך הנוסחה היא גמישה למדי, ומאפשרת בחירה בין מספר גדול של אופציות. לפנינו אפוא חקיקה שיפוטית במובנה הפונקציונלי⁶².

על רקע זה מן הראוי להתעכב במקצה על התיאוריה הדקלרטיבית. ראינו, שעל-פי תיאוריה זו התהליך השיפוטי במסגרת המשפט המקובל הוא הצהרתי במהותו⁶³. השופט אינו בוחר בין אפשרויות שונות שהוא עצמו יוצר, אלא הוא אך מכריז על הנורמה הטמונה באוצרות המשפט. השופט חושף ומגלה, אך לא ממציא ויוצר. כפי שראינו, אין ניגוד בין תיאוריה דקלרטיבית זו ובין החקיקה השיפוטית. כך הוא לעניין חקיקה שיפוטית הבאה מפירושה של נורמה חקוקה; כך הוא בוודאי גם לעניין חקיקה שיפוטית הבאה בהעדר נורמה חקוקה. אפילו תאמר שהפתרון העולה מחוץ דיני ההיקש טמון כשיטה פנימה, ואין על השופט אלא לדלותו, עדיין יש בתהליך זה יצירתיות וחקיקה במובנה הפונקציונלי. הביקורת הנמתחת על הגישה ההצהרתית אינה אפוא שהיא אינה עולה בקנה אחד עם החקיקה השיפוטית, אלא שהיא אינה משקפת, הלכה למעשה, את תהליך התפתחותו של המשפט המקובל האנגלי. מרבית חכמי המשפט, המשתייכים לזרמים פילוסופיים שונים ומנוגדים⁶⁴, ומרבית השופטים, מחייחים אליה כאל פיקציה⁶⁵. אופייניים דבריו של השופט ריד האומר⁶⁶:

- 61 בעיקר כאשר מצויות מספר הוראות אשר עשויות לשמש בסיס להיקש.
 62 ראה: קשת, "חוק יסודות המשפט, תש"מ-1980" הפרקליט לג (תשמ"א) 611.
 63 ראה: Dickinson, "The Law Behind Law", 29 *Col. L. Rev.* (1929) 113, 285.
 64 אוסטין ראה בתיאוריה הדקלרטיבית פיקציה ילדותית (childish fiction). ראה לעיל, הערה 4, 655.
 קלון והארט רחו פיקציה זו. אין היא מקיבלת על הריאליסטים האמריקניים, ואנשי "המחקר המדעי החופשי" (*Libre recherche scientifique*) מסתייגים ממנה. ראה: פרידמן, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" (לעיל, הערה 6); (3rd ed, 1972) *Lloyd, Introduction to Jurisprudence* 728; טרסקי, "בעיית הליקויים בחוק וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", מחקרים במשפט ארצנו (לעיל, הערה 57) 133. ראה גם קפלן (לעיל, הערה 52).
 65 ראה: — Salmond, *Jurisprudence* (London, 12th ed., 1966) 145; Scarman, "Law Reform — Lessons From English Experience", 3 *Manitoba L.J.* (1968) 47; Diplock, *op. cit.*, p. 2; Fox, "The Judicial Contribution", in: Erh-Soon Tay & Kamenka (eds.), *Law-Making in Australia* (1980) 133; Breitel, "The Courts and Lawmaking" in: Paulson (ed.), *Legal Institutions Today and Tomorrow* (1959) 1; Dixon, "Concerning Judicial Method", 29 *ARs. L.J.* (1956) 468; Edmond-Davies, "Judicial Activism", 28 *C.L.P.* (1975) 1; *Jones v. Secretary of State* (1972) 1 *A.E.R.* 145, 198 בפרשת (Lord Simon) השופט סימון
 66 ראה: Reid, "The Judge as Law Maker", *Journal of Society of Public Teachers of Law*, (1972) p. 22.

"There was a time when it was thought almost indecent to suggest that judges make law. They only declare it. Those with a taste for fairy tales seem to have thought that in some Aladdin's cave there is hidden the Common Law in all its splendour and that on a judge's appointment there descends on him knowledge of the magic words Open Sesame. Bad decisions are given when the judge has muddled the pass word and the wrong door opens. But we do not believe in fairy tales any more. So we must accept the fact that for better or for worse judges do make law."

אכן, התיאוריה הדקלרטיבית היא פיקציה. אך לפיקציות יש מקום במשפט⁶⁷, ובלבד שאין שוכחים כי הן משרתות מטרה מסוימת, ואין הן גבירות בפני עצמן. לתיאוריה הדקלרטיבית ניתנה לאחרונה תמיכה ניכרת במחשבתו הפילוסופית של פרופ' דבורקין⁶⁸. על-פי גישתו, לכל בעיה משפטית יש רק פתרון אחד נכון, שעליו מצהיר השופט. ניתוחה של גישה זו חורג ממסגרת המאמר⁶⁹. בוודאי שאם גישה זו היא נכונה, כי אז החקיקה השיפוטית חדלה מלעניין אם כי לא מלהתקיים, כמו על-פי גישתו של מונטסקייה עצמו. די לי אם אומר שכל מי שעסק מימיו בשפיטה חש לא פעם שהוא עומד בפני ברירה ובחירה, תוך שהוא בוחר באפשרות שנראתה לו ראויה. אם שופט זה הוא של הערכאה העליונה, בחירתו מחייבת, ומהווה על כן חקיקה במשמעותה הפונקציונלית. עתה בא דבורקין ומסביר לאותו שופט שתחושת הבחירה אינה מוצדקת. ייתכן שכולנו טועים הן בקיום אפשרות הבחירה והן בתחושת הבחירה. ייתכן שכל פיתוחו של המשפט המקובל — ובוודאי פיתוחה של האקטיביזם⁷⁰ — בטעות יסודה. דומה, שאם מודל משפטי מסוים מבוסס על ההנחה שהרוב טועה ברוב המקרים, יש לחמוה אם המודל עצמו אינו מוטעה. בסופו של דבר, מודל משפטי צריך לגלות זיקה מינימלית אל

67 ראה: Fuller, *Legal Fictions* (1967) על החשיבות המעשית של התיאוריה הדקלרטיבית ראה מאמרו של צ'פי (לעיל, הערה 49).

68 ראה: Dworkin, "Hard Cases", 88 *H.L. Rev.* (1975) 1057; idem, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass. 1977) 81; idem, "No Right Answer?" in: Hecher & Roz (eds.), *Law, Morality and Society*. (1977) 58. בישראל הביע השקפה דומה פרופ' שפירא, "שיקול הדעת השיפוטי במקרי גבול", *משפטים* ב (תשל"א) 57.

69 לביקורת ההשקפה ראה: רז, "עקרונות משפטים ושיקול דעת שיפוטי", *משפטים* ב (תשל"א) 317. וכן: Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", 8 *Yale L.J.* (1972) 823; Soper, "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", 75 *Mich. L. Rev.* (1977) 473.

70 ראה דברי השופט ג'סל (Jessel) בפרשת: *Re Hallet* (1879) 13 Ch., 710. "It must not be forgotten that the rules of courts of equity are not, like the rules of the common law, supposed to have been established from time immemorial. It is perfectly well known that they have been established from time to time — attested, improved, and refined from time to time. In many cases we know the names of the chancellors who invented them. No doubt they were invented for the purpose of securing the better administration of justice, but still they were invented"

המציאות המשפטית. מציאות זו כוללת בתוכה גם את תחושת הברירה שיש לשופט. ייתכן שבעולם המושגים המשפטיים יש חימוך למודל של דבורקין. ספק אם יש לו זיקה לעולמנו שלנו.

4. חקיקה שיפוטית ועקרון התקדים המחייב

הגדרנו חקיקה שיפוטית כיצירה של נורמות משפטיות כלליות על-ידי הרשות השופטת. כאשר הרשות השופטת יוצרת נורמה משפטית אינדיבידואלית, דהיינו, נורמה המחייבת אך את המהדיינים שלפניה, היא אינה עוסקת בחקיקה שיפוטית, אלא בשפיטה בלבד. על-פי גישה אנאליטית זו קיים קשר הדוק בין החקיקה השיפוטית ובין עקרון התקדים המחייב. קשר זה משמעותו שרק במקום שלפסק דינו של בית המשפט יש מעמד של תקדים מחייב מתקיימת חקיקה שיפוטית⁷¹. כאשר התקדים מחייב, משמעות הדבר שההלכה הטמונה בפסק הדין אינה מחייבת רק את הצדדים לסכסוך, אלא גם את בני הציבור כולו. בכך ניתן חוקף כללי ליצירתו השיפוטית של בית המשפט. מכאן ההכרה בהלכה השיפוטית כמעשה חקיקה במובנו הפונקציונלי⁷².

קשר זה בין חקיקה שיפוטית ובין תקדים מחייב עשוי להתמיה, שכן מקובל לחשוב כי כבילות שיפוטית מצמצמת את היקף החקיקה השיפוטית, משום שהיא מרסנת את התופש השיפוטי. אכן, הכבילות השיפוטית מרסנת במידת מה את ההיקפה של היצירה השיפוטית⁷³, אך היא מעניקה חוקף חקיקתי לאותה יצירה שיפוטית מוגבלת שהיא מכירה בה.

חרף הקשר הפורמלי בין המושג הפונקציונלי של החקיקה השיפוטית ובין עקרון התקדים המחייב, אין להתעלם מהמציאות החברתית-משפטית, שעל פיה ניתן משקל ניכר גם להלכות של בתי משפט שהלכתם אינה מחייבת. בוודאי שזו גישתם של אלה הגורסים, כמו הולמס⁷⁴, שהמשפט אינו אלא הניכר בדבר פסיקת בתי המשפט. על-פי

71 ראה: Krindle, "The Law Making Process, 2 *Manitoba L.J.* (1967) 167: "Only in a system which adheres rigidly to the binding force of precedent can the judge make law. No matter how enlightened and desirable a particular judgment may be, it cannot be law and the judge who made it cannot be said to have exercised a lawmaking function unless the judgment is rendered by a court whose judgments become binding as precedent". המקובלת, כי בעצם ההכרעה בסכסוך פלוני בין צדדים יש משום עשיית משפט עבורם, אינה לעניין. אמת, השופט המכריע דין בין מתדיינים עושה משפט עבורם, אך עשייתו אינה חקיקה במובנה הפונקציונלי. הוא הדין ביעוץ משפטי אשר עורכי דין נותנים. אין הם עוסקים בחקיקה, שכן עצתם אינה מחייבת את בני הציבור. ראה: Hiller, "The Law-Creative Role of Appellate Courts in the Commonwealth", 27 *Int. and Comp. L.Q.* (1978) 85, 90.

72 ראה קלינגהופר (לעיל, הערה 1) 30: "כאשר קיימת שיטת התקדים המחייב, ובמידה שהיא קיימת, נועד להחלטות בתי המשפט, נוסף על אופיין כנורמות אינדיבידואליות החורצות את הדין לגבי סכסוך משפטי מיוחד, גם חוקף בנוגע למקרים מאותו סוג, בהם ידונו בתי-המשפט בעתיד. התקדים הוא נורמה החלה על סוג של מקרים. זו נורמה כללית, עשיית חקיקה במובן הפונקציונלי על ידי הרשות השופטת".

73 על מציאות דומה בכבילות השיפוטית, ראה: Stone, *Legal System and Lawyer's Reasonings* (Stanford, 1964) 235.

74 ראה: Holmes, "The Path of the Law" 10 *H.L.R.* (1897) 457, 461 "The prophecies of what the court will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law".

גישה זו, הלכה שיפוטית שניתן לנבא עליה במידה רבה של ודאות שיילכו בעקבותיה, היא כשלעצמה דין, גם אם אין לה כוח של תקדים מהייב. אך גם מי שאינו גורס כך אינו יכול להתעלם, מבחינת הדינמיקה הסוציולוגית, מקיומן של הלכות שיפוטיות שהלכה למעשה הציבור נוהג על פיהן, ואשר מבחינה פורמלית אינן מחייבות, כגון, אמרות אגב של בית המשפט העליון⁷⁵. זאת ועוד, בלא פעילותה של הערכאה הראשונה, לא תוכל הערכאה העליונה לבצע את תפקידיה כראוי. קביעת התשתית העובדתית, העלאת האופציות המשפטיות השונות, והעמדתן הראויה להכרעתה של הערכאה העליונה, הן תפקיד חשוב בפיתוח החקיקה השיפוטית⁷⁶.

5. חקיקה שיפוטית: מתחם הלגיטימיות הפורמלית

כמו כל רשות שלטונית אחרת, גם הרשות השופטת חייבת לעגן את פעולותיה בדין. אין לה לרשות השופטת אלא מה שהדין העניק לה⁷⁷. על כן, חקיקה שיפוטית מותרת רק אם היא מוכרת בדין, ורק במידה המוכרת בדין. מכאן, שעצם הסמכות לחקיקה שיפוטית, והיקפה של החקיקה, חייבים להיות מעוגנים בדין. זהו עקרון הלגיטימיות הפורמלית. הוא חל לעניין פעולתה של כל רשות שלטונית לרבות הרשות השופטת. עם זאת, רגישות מיוחדת יש לה לרשות השופטת לשאלת הלגיטימיות הפורמלית של פעולותיה, היא, שכן בידה נתונה הסמכות, ועליה מוטלת האחריות, לקבוע את הלגיטימיות של פעולותיהן של כל רשויות המדינה. אך טבעי הוא, שהרשות השופטת תגלה זהירות מיוחדת ותדקדק עם עצמה במיוחד בעניין זה⁷⁸. מי שמפעיל ביקורת על מעשיהם של אחרים צריך להפעיל ביקורת עצמית על מעשיו הוא⁷⁹.

הסמכות לחקיקה שיפוטית חייבת להיות מעוגנת בדין. אכן, חקיקה שיפוטית הנוכעת מפרשנותה של הוראה חקוקה מעוגנת בהוראה זו עצמה. שכן חקיקה על-ידי האורגן המחוקק משמעותה האצלה של כוח הפירוש לאורגן השופט⁸⁰. חקיקה שיפוטית בהעדר הוראה חרותה החלה במישרין חייבת אף היא להיות מעוגנת בדין. בישראל מעוגנת חקיקה שיפוטית זו בהוראותיו של חוק יסודות המשפט⁸¹.

משנקבעת הסמכות הפורמלית לחקיקה שיפוטית יש לקבוע את היקפה של סמכות זו. זוהי השאלה בדבר "מתחם הלגיטימיות הפורמלית". מתחם זה משרטט תחום הכולל את כל האופציות השיפוטיות המעוגנות בדין, ואותן אופציות בלבד. כל אופציה המצויה

75 מקרים נוספים הם פסקי דין סותרים של בית המשפט העליון ופסקי דין של בתי משפט השלום והמחוזי.

76 ראה: Wyzanski, "A Trial Judge's Freedom and Responsibility", 65 H.L.R. (1952) 1221.

77 זהו העיקרון הפורמלי על שלטון החוק. ראה: ברק, "שלטון החוק", קובץ הרצאות בימי עין לשופטים תשל"ג, (1977) ירושלים, עמ' 10.

78 ראה: Wells & Grossman, "The Concept of Judicial Policy-Making: A Critique", 15 Journal of Public Law (1966) 286.

79 ראה דברי השופט סטון (Stone) בפרשת (U.S. v. Butler, 297 U.S. 1, 79 (1936) "... while unconstitutional exercise of power by the executive and legislative branches of government is subject to judicial restraint, the only check upon our own exercise of power is our sense of self-restraint".

80 ראה: Curtis, "A Better Theory of Legal Interpretation", 3 Vand. L. Rev. (1950) 407, 424.

81 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט החש"מ-1980, ס"ח 978 בעמ' 163.

מחוק לאותו תחום אסורה על השופט. הבחירה השיפוטית, ומכאן גם החקיקה השיפוטית, קיימת בתוך מסגרתו של מתחם זה.

החוקה קובעת את מתחם הלגיטימיות הפורמלית של המחוקק הרגיל. בהעדר חוקה, המחוקק הרגיל הוא כל יכול. "הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חפשית בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה, יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף"⁸². מתחם הלגיטימיות הפורמלית של מחוקק המשנה המינהלי נקבע על-ידי החוק. אין מחוקק המשנה המינהלי יכול לפעול אלא במרחב שהקצה לו החוק. הרשות השופטת דומה, לעניין זה, למחוקק הרגיל הפועל במסגרת של חוקה, או למחוקק המשנה המינהלי, הפועל במסגרתו של חוק. אין הרשות השופטת כל יכולה; אין היא "ריבונית" בחקיקה שיפוטית. אין היא חופשית בבחירת התוכן לגורמה המשפטית. על החקיקה השיפוטית מוטלות מגבלות חיצוניות⁸³, התוחמות את מתחם הלגיטימיות הפורמלית שלה. בעיקר חשוב להצביע על ארבע מגבלות אלה:

(א) בחקיקה שיפוטית הנובעת מפירושה של הוראה חקוקה על הפרשן להיות נאמן להוראה החקוקה⁸⁴. הוא חייב נאמנות ללשון החוק. הוא חייב נאמנות למטרת החקיקה. אמת הדבר, נאמנות זו אינה יוצרת שעבוד, והיא פועלת בתחומים נרחבים למדי של חופש פרשני. יחד עם זאת, קיים גבול שאסור לחצות אותו. מקומו המדויק של גבול זה אינו ניתן להגדרה, והוא פרי הניסיון השיפוטי וחוש המומחיות של המשפטן, אך אותו גבול קיים תמיד. בוודאי שאין השופט הפרשן רשאי ליתן לחוק משמעות הנראית לו, לפרשן, רצויה, מבלי שזו מעוגנת בקשרים מינימליים לדבר החקיקה⁸⁵. אין השופט רשאי להתעלם מתוצאה העולה מפירושו רק משום שתוצאה זו אינה נראית לו רצויה⁸⁶. כמובן, מה שנראה בעיני אחד כהעלמת עין מהוראת החוק, נראה בעיני אחר כפעולה במסגרת החוק. מה שנראה בעיני אחד כנעדר כל קשר מינימלי עם דבר החקיקה, נראה בעיני אחר כבעל קשרים מספיקים⁸⁷. כללי הפרשנות אינם מדע מדויק ולעיתים קרובות קיים תחום

82 בג"צ 188/63 אלאזהרי נ' שר הפנים, פ"ד יט (1) 337, 349; ראה גם בג"צ 148/73 קניאל נ' שר המשפטים ואח', פ"ד כז (1) 794, 798. לאחרונה הציע פרופ' קלברוי שליח המשפט יוכל לבטל ולשנות הוראת חוק שעבר עליה הכלח. הוא לא נוקט עמדה בשאלה אם ניתן להגיע לתוצאה זו ללא הוראה סטטוטורית, אשר תסמך את בית המשפט לכך. ראה: Calabresi, *A Common Law for the Age of the Statute* (Cambridge, Mass., 1982). לי נראה שלא יעלה על הדעת בישראל לנהוג על-פי עצתו של קלברוי בלא הוראות מפורשות של הכנסת.

83 להבדיל ממגבלות פנימיות, הקשורות במתחם הלגיטימיות המהותית.

84 ראה טדסקי (לעיל, הערה 21); ברק (לעיל, הערה 25) 250. השווה: ח' כהן, "פרשנות נאמנה — תלתא משמע", משפטים ז' (תשל"ז) 5.

85 ראה ברק, "על השופט כפרשן", שם, עמ' 255. חייב להתקיים, בדרך כלל, קשר מילולי מינימלי בין הלשון של החוק ובין מטרתו. הפרשן אינו רשאי להגשים מטרה שאין לה אחיזה — בבחינת נקדחת אחיזה ארכימדית — בלשון החוק. שוב אין מלאכת הפירוש מוגבלת רק למלים, אך המלים מגבילות את הפירוש. ראה פרנקפורטור (לעיל, הערה 18) 544.

86 ראה ע"פ 95/51 פדמסקי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ר, 341, 348; ע"א 22/55 האפוטרופוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י 1825, 1834.

87 ראה דברי השופט סימונדס (Lord Simmonds) בפרשת *Magor and St. Mellons, Rural District Council v. Newport Corporation* (1951) 2 All E.R. 839, המציין כי גישתו הפרשנית של השופט דינג בפרשה מסוימת מהווה "naked usurpation of the legislative function".

"אפור" רחב למדי. אך יהא תחומו של החופש הפרשני אשר יהיה, אי שם מצוי לו גבול, שאותו אסור לחצות.

(ב) החקיקה השיפוטית צריכה להתחשב במכלול החקיקה, ואסור לה לחקיקה השיפוטית לעמוד בסתירה למכלול זה, בין אם עניין לנו בחוקה, או בחוק, ובין אם עניין לנו בחקיקת משנה מינהלית שהותקנה כדין. על כן, כאשר שופט מפרש נורמה חקוקה מסוימת, עליו ליתן לאותה נורמה אותו היקף נורמטיבי, שיעלה בקנה אחד, לא רק עם לשונה של אותה נורמה, אלא גם אם לשונן ומטרתן של הנורמות השונות (בין קדמות ובין מאוחרות) הקובעות את היקף תחולתה של אותה נורמה.

(ג) חקיקה שיפוטית אסור לה שתסתור חקיקה שיפוטית קדמת המחייבת אותה⁸⁸. אף כאן הכבלים אינם הדוקים. השפיטה פיתחה טכניקות שונות המאפשרות תנועה חופשית למדי ביער התקדימים המחייבים⁸⁹. אך העדרה של כבילות נוקשה אין משמעותה העדרה של כבילות כלשהי.

(ד) המעבר מפרשנותו של חוק — ולו פרשנות מרחיבה — אל החקיקה השיפוטית הלבד-חקיקתית, תלוי בהחקיים תנאים מספר. כך, למשל, אין השופט רשאי להיוקק להיקש כל עוד לא נקבע שהבעיה המשפטית הטעונה הכרעה אינה מוסדרת בדבר החקיקה. בדומה, אין להקיש אלא בהוראה שבינה ובין הבעיה הטעונה הכרעה קיים דמיון מספיק. קיומם או העדרם של חנאים אלה נתון לשיקול דעת רחב למדי, אך שיקול דעת זה חייב לפעול על-פי כלליה של השיטה המשפטית⁹⁰. בדומה, כתחום החקיקה השיפוטית שאינה מעוגנת בהוראה חקוקה ספציפית מקובלים כללים שיש להתנהג על פיהם⁹¹. כך, למשל, יש כללים בדבר אופן עריכתו של היקש, ובדבר תחום עקרונות החירות, הצדק והיושר שהשופט רשאי להחייס אליהם⁹².

עם חקיקתה של הוראה חקוקה חדשה משתנה מתחם הלגיטימיות הפורמלית של השופט. התחום הפתוח לחקיקה שיפוטית שמחוץ לחוק החרות מצטמצם, ואילו התחום הפתוח לחקיקה שיפוטית במסגרת החוק החרות מתרחב. האם מתחם הלגיטימיות הפורמלית גרל או קטן? אכן, הצדק עם השופט לנדר, הקובע כי⁹³ "ככל שמתרחב תחום החוק החרות, מתקיים השמוש בשיקול דעתו של השופט בתוך גבולות אותו חוק פנימה ומצטמצם השטח הפתוח להפעלת שיקול דעתו של השופט בדרך החקיקה השיפוטית העצמאית". אך האם צמצום "השטח הפתוח להפעלת שיקול דעתו של השופט בדרך

88 בישראל אין משמעות לקביעה זו, שכן החקיקה השיפוטית היחידה היא זו שנעשית בבית המשפט העליון, ועל פי האמור בסעיף 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. פסיקה מאוחרת מותר לה לסתור פסיקה קדמת. קביעה זו חלה במקום שפסיקתו של בית משפט מחייבת אותו ובתי משפט נמוכים ממנו.

89 ראה סטון (לעיל, הערה 73) 35.

90 על כן לא נראית לי עמדתו של השופט אלן בע"א 148/77 רוס נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, ד"נ 13/80 (לעיל, הערה 60) ובר"נ 40/80 (לעיל, הערה 60). סעיף 39 לחוק התודים (חלק כללי) כולל הכוונה חקיקתית ספציפית, ואין כל מקום להזקק להוראותיו של חוק יסודות המשפט.

91 למשפט המקובל ראה: Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949); Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* (Boston, 1960).

92 לעיל, הערה 55.

93 ראה לנדרי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", (לעיל, הערה 6) 297.

החקיקה השיפוטית העצמאית" מביא בהכרח גם לצמצום החקיקה השיפוטית בדרך כלל? דומה, שאין להשיב על שאלה זו באופן מופשט, שכן הדבר תלוי בחופש השיפוט שהיה לו לשופט בהעדר חוק חרות, ובחופש השיפוט שיש לו לשופט במסגרתו של החוק.⁹⁴ ייתכן שללא חוק היה לו לשופט, על-פי כללי השיטה, חופש נרחב ביותר, בלא שהלכות שיפוטיות קודמות יעמדו בדרכו. לעומת זאת, ההוראה החקוקה מנוסחת בלשון מפורטת וקוואליטטיבית, המגבילה את החופש השיפוט. במצב דברים זה הביאה בעקבותיה החקיקה של הרשות המחוקקת לצמצום החקיקה העתידה של הרשות השופטת. אך ייתכן מצב הפוך. ייתכן שבהעדר חוק חרות התחום כולו זרוע הלכות פסוקות לעיפה, כך שחופש החקיקה השיפוטית הוא מוגבל. לעומת זאת, ההוראה הסטטוטורית נוקטת לשון כללית ביותר במסגרת מטרה חקיקתית רחבה ביותר, כך שהחופש החקיקתי הוא רב ביותר. במצב דברים זה החקיקה של הרשות המחוקקת הגבירה את החופש לחקיקה שיפוטית. לעתים החקיקה של הרשות המחוקקת היא במסגרת תחום שכבר כוסה בעבר על-ידי חקיקה חרותה. המחוקק מבטל חוקים ישנים, ומחוקק תחתם חדשים. במסגרת שינוי החוק עשוי לחול שינוי גם במתחם הפורמלי של החקיקה השיפוטית. כך, למשל, החוקים החדשים המהווים את הקודיפיקציה האזרחית שלנו מנוסחים בעיקרם בצורה קצרה וחמציתית, תוך שהם מבוססים על לשון כללית ומטרה חקיקתית רחבה, ובכך הגדילו והגבירו את תחום פעולתה של החקיקה השיפוטית. אכן, אם נקבץ יחדיו את הקודיפיקציה האזרחית מזה, ואת חוק יסודות המשפט מזה, נמצא שהמחוקק נוטה להעניק סמכויות נרחבות של חקיקה שיפוטית לרשות השופטת בישראל.⁹⁵

6. סיכום

הרשות השופטת עוסקת ביצירתן של נורמות משפטיות כלליות. היא עוסקת אפוא בחקיקה. היא עושה כן הן במסגרת פירושה של נורמה חקוקה והן במסגרת פעילותה במקום שאינה קיימת נורמה חקוקה החלה במישורן על העניין. אופייניים לעניין זה דבריו של השופט רדקליף:⁹⁶

"There was never a more sterile controversy than that upon the question whether a judge makes law. Of course he does. How can he help it? The

94 לגישה שונה, לפיה תחום החקיקה השיפוטית מתרחב עם הגברת החקיקה של הרשות המחוקקת, ראה: Traynor, "Statutes Revolving in Common-Law Orbits", 17 *Cath. U.L. Rev.* 401: "A judge's responsibility is greater now that legislatures fabricate laws in such volume. The endless cases before him increasingly involve the meaning or applicability of a statute or on occasion its constitutionality. Such statutes, reflecting their sponsors or draftsmen or author-legislators, are of infinitive variety in purpose, range and quality"

95 ראה לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6), 298, המציין כי נראה שהטעם להרחבת החקיקה השיפוטית אינו רק אמן בבחי המשפט, אלא גם התחמקות המחוקק מהכרעה ברורה בשאלות של מדיניות. מגמה דומה, של הרחבת החקיקה השיפוטית, מתגלה גם במדינות אחרות. ראה: Street, "Judicial Law-Making — Some Reflections", 9 *Sydney L. Rev.* (1980) 535

96 ראה: Radcliffe, *Not in Feather Beds* (1968) 216 ראה גם דברי השופט סימון *Jones v. Secretary of State* (לעיל, הערה 65) 198.

legislative and the judicial process respectively are two complementary sources of law-making".

ואותו רעיון עצמו הביע גם השופט ויחקון, שכתב⁹⁷:

"Today it is well recognized that the judicial function consists not only in the interpretation and application, but also in the creation of law. Whether we rejoice in this recognition or have our misgivings about, it has come to be accepted as a fact. There is no longer any novelty in this statement, nor is there a need to elaborate".

על השקפות אלה חוזרים מחברים במאמרים⁹⁸ ובספרים⁹⁹ ושופטים בפסקי דין¹⁰⁰. עם זאת, אין השקפה זו נחלת הכלל. לא פעם נמצא אמרו — בעיקר של שופטים — לפיהן אין השופט עוסק בחקיקה או ביצירת משפט, אלא בהפעלת משפט בלבד. אופייניים

97 ראה ויחקון, "Some Reflections on Judicial Law Making" (לעיל, הערה 6).

98 הספרות בשאלה זו רבה ביותר. ראה המאמרים הנזכרים לעיל, בהערות 10, 18, 21, 48, 52, 65. וכן ראה: Davis, "The Future of Judge-made Public Law in England: A Problem in Practical Jurisprudence" 81 *Col. L. Rev.* (1961) 20; Devlin, "The Judge as Lawmaker", in: *The Judge* (Oxford, 1973); Clark & Trubet, "The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition", 71 *Yale L.J.* (1961) 255; Stone, "The Common Law in the United States", 50 *H.L. Rev.* (1936) 4; Stevens, "The Role of a Final Appeal Court in a Democracy: The House of Lords Today", 28 *H.L. Rev.* (1965) 509; Douglas, "Stare Decisis" 49 *Col. L. Rev.* 735; Veitch, "Some Examples of Judicial Law Making in African Legal Systems", 34 *H.L. Rev.* (1971) 42; Breitel, "The Lawmakers", *Cardozo Memorial Lectures*, Vol. 2, 87; Fox, "The Judicial Contribution", *Law-Making in Australia*. Erh-Soon Tay & Kamenka (eds.), *supra*, no. 65 p. 139. כפי שכבר ציינתי, מחקרים מיוחדים לנושא זה הקדישו הפרופסורים פרידמן ווילר (ראה הערה 6, לעיל). בן הרבו לכתוב, בעניין זה, פרופ' הילר ופרופ' קפלטי. ראה: Hiller, "The Law Creative Role of Appellate Courts in Developing Countries: An Emphasis on East Africa", 24 *Int. and Comp. L.Q.* (1975) 205; Cappelletti, "The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis", 53 *Southern Col. L. Rev.* (1980) 409; idem, "The Law-Making Power of the Judge" (*supra*, note 4).

99 מהחשובים שבהם יש לציין את ספריו של קרדו (לעיל, הערה 5), וכן את ספריו של פרופ' סטון: Stone, *The Province and Function of Law* (Cambridge, Mass. (1950); *Human Law and Human Justice* (Stanford, 1965); *Legal Systems and Lawyer's Reasonings* (73 הערה 73) (לעיל, הערה 73); *Social Dimensions of Law and Justice* (Sydney, 1966).

100 ראה השופט דיפלוק (Diplock) ב-1058, 1004 A.C. (1970) *Dorset Yacht Co. v. Home Office*. השופט סימון בפרשת *Jones v. Secretary of State* (לעיל, הערה 65); השופט סקרמן בפרשת *Duport* 529 All E.R. (1980) 1 *Steel Ltd. v. Sirs*; השופטים בפרשת *British Railways Board v. Dutton v. Bognor Regis U.B.* (1972) 1 A.C. 877 *Herrington*; השופט דינינג בפרשת *Q.B. 373 Geelong Harbour Trust, Com. v. Gibbs Bright (A Firm)*; השופט דיפלוק בפרשת *Horowitz, The Courts and Social Policy* (Washington D.C., 1977); Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (1981).

לגישה זו דבריו של השופט עציוני¹⁰¹: "כשלעצמי רואה אני את תפקידו של שופט לא כ-law maker אלא כ-law declarer". והשופט אגרנט אמר¹⁰²: "כל הרואה את פסיקת ההלכה 'החדשה' באור של מעשה חקיקה מטעם בית המשפט, בעל כורחו הופך את תפקיד השיפוט, במקרים רבים לבלתי אפשרי".

"ייתכן שאמרות אלה משקפות פילוסופיה שונה באשר לקיומה או העדרה של חקיקה שיפוטית. לי נראה, שיותר משיש בהן כדי לשקף חילוקי דעות עקרוניים יש בהן כדי לשקף חילוקי דעות באשר לדגשים. כאשר מצביעים על קיומה של חקיקה שיפוטית מדגישים את חופש הבחירה, ואת יצירתן של נורמות משפטיות שלא היו קיימות לפני כן. כאשר מצביעים על שלילתה של החקיקה השיפוטית מדגישים את מגבלותיו של השופט, את כפיפותו לחוק ואת חובתו לקיים את המטרה החקיקתית, גם אם זו אינה עולה בקנה אחד עם השקפתו כאדם¹⁰³. מהי אפוא "משמעותה הנכונה" של האימרה החוזרת ונשנית בפסקי דין: בית המשפט אינו מחוקק, אלא רק פוסק על פי הלכת המחוקק? משמעותה היא, שבפרשו את דבר המחוקק לא ייתן השופט לדיבור המחוקק את המשמעות הרצויה לו, לשופט, ולא ישאף להשיג את המטרה הנראית לו. פרשנות כזו כמורה כחבלה במלאכת החקיקה, ולא ראוי לו לשופט לעשותה. אלא "השופט חייב לגלות מתוך החיקוק את מטרת החוק, ועל פיה הוא חייב ליתן לדברת המחוקק את פירושה"¹⁰⁴. בין שתי השקפות אלה אין כל ניגוד. הקביעה, שפעילותו של השופט מוגבלת היא, והוא כפוף לחוק, ואינו רשאי לעשות בפירוש החוק כרצונו, עולה בקנה אחד עם הקביעה שפעילותו של השופט יוצרת היא ועושה משפט. אכן, דומה שהאמרות השוללות את החקיקה השיפוטית לא באות אלא להדגיש את חובתה של הרשות השופטת לפעול במתחם הלגיטימיות הפורמלית. הנה כי כן, לאחר שהכריז השופט עציוני על עצמו כמי שאינו עושה משפט, הוא הוסיף מיד וציין בי¹⁰⁵ "אמנם לא פעם עלינו לעשות את מלאכת המחוקק בבואנו לפרש את החוק ולמלא את אשר החסיר". וכי אין זו חקיקה שיפוטית? והשופט אגרנט, אשר ראה בחקיקה מטעם בית המשפט תפקיד "בלתי

101 ע"א 373/72 טפר ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2), 7, 15.

102 ע"פ 95/51 (לעיל, הערה 86).

103 שס, בעמ' 348 מציין השופט אגרנט: "אכן, תהליך השיפוט מתקיים, כידוע, על ידי מתן פירוש וביאור, לחוקים הקיימים ועל ידי מיצוי מובנם של אלה בצורה מלאה, אך אין משמעות הדבר, כי בית המשפט רשאי לשים לפניו, כמטרה מיוחדת, הרמת תרומות מקוריית לתורת המשפט, וחלילה לו — זאת אי-אפשר להדגיש יתר על המידה — להעלים עינו מהוראת החוק העומדת בתקפה אותה שעה, אפילו סבור הנחו כי החלת ההוראה במקרה הנדון לא תהא עשויה להביא לתוצאה הנראית בעיניו כצדקת. גם כשטח אשר בו כביכול קובעים השופטים, אגב פסיקת הדין במשפטים המסויימים המתבררים לפניהם, הלכות 'חדשות' הרי אין הם אלא מקישים את הדינים הקיימים, כפי שנדרשו ופורשו בעבר, על תנאי החיים החדשים, המשתקפים במקרה הקונקרטי הנדון, בחינת הגדת דבר המשפט על ידי השופטים בימים ההם". אך בגישה זו דבר הנוגד את החקיקה השיפוטית. נהפוך הוא, יש בהם הכרה בחקיקה זו, על מגבלותיה.

104 זוסמן (לעיל, הערה 24), 156.

105 עליל, 101.

אפשרי", הדגיש לא פעם את תפקידו היוצר של השופט¹⁰⁶. אומר השופט אגרנט¹⁰⁷:

"במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדישים, אשר לא לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו על השופט, לבקר מחדש את ההנחה ההגיונית (logical premise) עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרת 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, בנורמה משפטית אחרת — ואפילו תהא זו נורמה משפטית חדשה שלא ידועה קודם לכן".

וכי ניתן לנסח חקיקה שיפוטית בצורה ברורה יותר? אכן, החקיקה השיפוטית קיימת בכל מקרה שבו ההלכה השיפוטית מחייבת את בני הציבור. השאלה החשובה אינה "לחוקק או לא לחוקק". השאלה החשובה היא, מהו תחומה הראוי של החקיקה¹⁰⁸. לבחינתה של שאלה זו נפנה עתה.

ג. חקיקה שיפוטית: ההיבט המהותי

1. הבעיה

הרשות השופטת עוסקת בחקיקה. לחקיקה זו נחחס מתחם של לגיטימיות פורמלית, אשר אסור לה לחקיקה השיפוטית לחרוג ממנו. זהו ההיבט הפורמלי של החקיקה השיפוטית והוא קובע את גבולותיה החיצוניים של הסמכות החקיקתית-השיפוטית. אך כיצד צריכה הרשות השופטת להפעיל את שיקול דעתה במסגרת המתחם פנימי? מבין האופציות השונות העומדות באופן לגיטימי בפניה, באיזו אופציה צריכה הרשות השופטת לבחור? זוהי השאלה בדבר ההיבט המהותי של החקיקה השיפוטית. במסגרתה של שאלה זו אנו מניחים שהחקיקה השיפוטית קיימת ומוכרת, שהיא תפעל רק במתחם הלגיטימיות הפורמלית. אך מבין האופציות השיפוטיות הלגיטימיות, מהי האופציה אשר בה יבחר השופט? שאלה זו אין עניינה החוקיות של החקיקה השיפוטית. אין היא שאלה פורמלית. שאלה זו עניינה התבונה של החקיקה השיפוטית. היא שאלה מהותית. השאלה

106 ויותר משאמר — עשה: הכרכים של קובץ פסקי הדין עשירים בפסקי הדין של השופט אגרנט, אשר פתח את המשפט, ועשה חקיקה שיפוטית במובנה הטהור ביותר. כך, למשל, אין לך חקיקה שיפוטית מובהקת יותר מפסק דינו של השופט אגרנט בפרשת מנדלברוט (ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 281).

107 ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד י 1005, 1034.

108 כפי שאומר השופט ריד במאמרו (לעיל, הערה 66) 22: "We must accept the fact that for better or for worse judges do make law, and tackle the question how do they approach their task and how should they approach it". ראה גם פסק דינו של השופט הקנדי דיקסון (Dickson) בפרשת: *Harrison v. Carswell* (1976) 2 S.C.R. 200, 218: "I do not for a moment doubt the power of the court to act creatively — it has done so in countless occasions; But manifestly one must ask — what are the limits of the judicial function". על אותה גישה חזר אותו שופט במאמרו. ראה: *Dickson, "The Judiciary — Law Interpreters or Law-Makers"*, 12 *Manitoba L.J.* (1982) 1. ראה גם פרימן (לעיל, הערה 6) 207.

אינה מה חוקי לו לשופט לעשות, אלא מה ראוי לו לשופט לעשות. השאלה אינה גבולותיו החיצוניים של מתחם הלגיטימיות, אלא מגבולותיו הפנימיות של מתחם זה.

1. מדיניות משפטית

החשובה על השאלה המהותית — מתחם הלגיטימיות המהותית מהו — טמונה כמובן בסוגיה הספציפית שבה פועלת החקיקה השיפוטית. לכל סוגיה משפטית הגיונה שלה, שיקולי הצדק המאפיינים אותה והאינטרסים הנאבקים במסגרתה. הפתרון הראוי הוא זה המתחשב בצורה האופטימלית בהיגיון זה, בצדק זה ובאינטרסים אלה. לפנינו אפוא שאלה של מדיניות משפטית. על השופט לבחור באותה אופציה המגשימה בצורה המירבית את המדיניות המשפטית הנוגעת לעניין¹⁰⁹. כאשר שופט עוסק בפירושה של הוראה חקוקה עליו לבחור באותה אופציה אשר יותר מכל אופציה אחרת מגשימה את המטרה החקיקתית של אותה הוראה¹¹⁰. "החוק הוא מכשיר לשם ביצוע של מטרה חקיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו"¹¹¹. כאשר שופט עוסק בחקיקה שיפוטית שאינה מהווה פירוש של הוראה חקוקה החלה במישרין על בעיה שלפניו עליו להתחשב באותם שיקולים המגבשים את הלכתו, כגון האינטרסים הטיפוסיים של הצדדים, שיקולים של צדק, הגיונה של הלכתו וכיוצא בהם שיקולים, שעל פיהם מוכרע הדין בשיטתו. מדיניות משפטית זו רחוקה מלהיות "סוס פרא" אשר השופט צריך להימנע, ככל האפשר, מלרכוב עליו¹¹². נהפוך הוא: המדיניות המשפטית היא המכשיר העומד לרשותם של השופטים, אשר בו הם צריכים להשתמש תדיר בבחירה בין האופציות השונות הנחונות בידיהם. התפקיד השיפוטי, מעצם מהותו, מחייב עשיית שיקולים של מדיניות משפטית¹¹³. כל שופט, עם מינויו, מושב על אותו "סוס פרא" והוא חייב לרכוב עליו, בין אם ירצה ובין אם ימאן¹¹⁴, תוך שיהא עליו להיכנס לאורווה החקיקתית. דומה, שחפיסתה של המדיניות המשפטית כ"סוס פרא" מבוססת על הגישה לפיה קיים ניגוד בין הלכה שיפוטית ובין מדיניות משפטית. ניגוד כזה אינו הכרחי¹¹⁵.

109 על המדיניות המשפטית ראה: Friedman, *Legal Theory*, (5th ed. 1967) 479; סטון, *Social Dimensions of Law and Justice* (לעיל, הערה 99) 182.

110 ראה ווסמן (לעיל, הערה 24) 147.

111 ע"א 421/73 רחנברג נ' שטסל, פ"ד כט(1) 505, 516.

112 כלשונו של השופט Burrough בפרישת 2 Big 229, 252 (1825) *Richardson v. Mellish*.

113 ראה: ע"פ 186/80 (פ"ד לה(1) 769) והאסמכתאות המצוטטות בו וע"א 207/79 (טרם פורסם) והאסמכתאות המצוטטות בו. ראה גם: Friedman, "Judges, Politics and the Law", *Can. B. Rev.* (1951) 811; *Dulton v. Bognor Regis U.D.C.* (1972) 2 W.L.R. 299, 313; "Nowadays we direct ourselves to consideration of policy"; *Miliangos v. George Frank (textiles) Ltd.* (1976) A.C. 443.

114 ראה: Corbin, *Contracts*, vol. 6A (1962); Radcliff, *The Law and its Compass*, (1969), p. 37.

115 ראה סטון (לעיל, הערה 99) 190: "Public Policy" can never involve a clash between 'policy' and 'law' on different levels. Insofar as the 'public policy' rule for the particular situation is regarded as settled than the conflict is between two rules of law, one of which is overriding. Insofar as it is not settled, as the case is 'new and unprecedented' the conflict is between *defacto* interests, and calls for legislative adjustment by the court" ראה גם: Hughes, "Rules, Policy and Decision Making" 77 *Yale L.J.* (1968) 411.

המדיניות המשפטית היא שדה הקרב שעליו מוכרע המאבק בין האופציות השונות העומדות לרשותה של הרשות השופטת. לעתים יביאו שיקולים אלה של מדיניות משפטית לכך שיישמר הסטטוס-קוו. לעתים יביאו שיקולים אלה של מדיניות משפטית לשינוי הדין הקיים, ולהחלפתו בדין אחר, טוב יותר¹¹⁶. דבר זה ייעשה לרוב כאשר יש פער בין המשפט ובין החיים. עם שינוי המציאות החברתית עשוי לבוא שינוי באופציה שבה יבחר השופט.

3. מדיניות שיפוטית

בחינתה הקרובה של המדיניות המשפטית חורגת מרשימתנו. די בהנחתנו, שלכל סוגיה משפטית יש שיקולים משלה של מדיניות משפטית, ועל הרשות השופטת להתחשב בהם. כפי שראינו, לעניינה של הוראה חקוקה, קובע לעצמו המתקק את השיקולים הנראים לו של מדיניות משפטית ומבטא אותם בלשון החוק. בכך מסתיים תפקידו שלו, ומתחיל תפקידה של רשות השופטת, אשר חייבת לפרש את לשון החוק על-פי אותם שיקולים של מדיניות משפטית שהנחו את המתקק.

במסגרתה של רשימתי זו רצוני לבחון את השאלה — הנראית לי כמרכזית לחקיקה השיפוטית דווקא — אם במסגרת מדיניות משפטית נכונה קיימים שיקולים של מדיניות משפטית שהם מיוחדים וטיפוסיים לחקיקה השיפוטית. אף שאלה זו אינה מיחדת לרשות השופטת. שאלה דומה — דהיינו, האם קיימים שיקולים מיוחדים של מדיניות חקיקתית וביצועית — ניתן לשאול גם לעניין החקיקה של הרשות המבצעת והרשות המחוקקת. כאשר שופט אומר "עניין זה ראוי לו למחוקק שיעסוק בו", מה מייחד עניינים אלה?¹¹⁷ בוודאי שאין למצוא ייחוד זה בעצם העובדה שעניין לנו בפונקציה חקיקתית, שהרי פונקציות שכאלה קיימות לא רק אצל הרשות המחוקקת והמבצעת אלא גם אצל הרשות השופטת. ייחודה של החקיקה השיפוטית אינו יכול להימצא אפוא במישור הפונקציונלי. אכן, ייחוד זה הוא במישור הארגוני, דהיינו עניין לנו בחקיקה המתבצעת דווקא על-ידי הרשות השופטת. היש בעובדה זו כדי להעניק צביון מיוחד לחקיקה השיפוטית? מה הן תכונותיה המיוחדות של הרשות השופטת, המאצילות על מהותה של החקיקה השיפוטית?¹¹⁸

116 ראה: Pound, "The Theory of Judicial Decision" 36 *H.L. Rev.* (1923) 940.
 117 ראה, למשל: בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לנהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121, 136 (קנין); ע"א 973/72 טפר נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(2) 7 (ניסואים אזרחיים); ע"א 411/74 רשות הנמלים נ' אררט, פ"ד כט(1) 561 (שערוך המחיר במכר מקרקעין); ד"נ 39/75 רשות הנמלים נ' אררט, פ"ד לא(1) 533, 539 (שערוך פיצויים בנויקין); ע"פ 71/76 מרילי נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(2) 813 (דין פלילי); ע"פ 389/73 בן לולו נ' מדינת ישראל, פ"ד כח(1) 489, 496 (דין פלילי).
 118 לאחרונה הולכת ומתרחבת הספרות המשפטית בשאלה זו. ראה הספרות המאכרת לעיל, בהערה 6. וראה גם דוולין (לעיל, הערה 98): Koopmans, "Legislature and Judiciary — Present Trends", in: Cappelletti (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe* (1978) 309; idem. "The Law-making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Analysis" (לעיל, הערה 4) 15; הורוביץ (לעיל, הערה 100).

4. תכונותיה המיוחדות של החקיקה השיפוטית

ייחודה של המדיניות השיפוטית נובע מייחודה של החקיקה השיפוטית, דהיינו יצירת נורמות משפטיות כלליות על-ידי הרשות השופטת. ייחד זה מתבטא בשלושה אלה: ראשית, החקיקה השיפוטית אינה עומדת על רגליה היא, כעניין נפרד ועצמאי. החקיקה השיפוטית נעשית במסגרת הכרעה בסכסוך, לשם הכרעה בסכסוך, והיא חוצאת לוואי של הכרעה זו; שנית, החקיקה השיפוטית נעשית על-ידי הרשות השופטת, הנהנית מאי חלות, והנעדרת מימד דמוקרטי מסוים; שלישית, החקיקה השיפוטית נעשית מחוץ לרשות המחוקקת, ועל כן אינה עולה בקנה אחד עם העיקרון הטהור של הפרדת הרשויות. שלוש תכונות אלה של החקיקה השיפוטית משפיעות על המדיניות המשפטית המיוחדת אשר הרשות השיפוטית צריכה לאמצה כמצפן לחקיקתה. הן מעצבות את המדיניות השיפוטית הראויה. נפנה עתה לתכונות אלה, אחת לאחת, ולמתבקש מהן באשר למדיניות השיפוטית הראויה.

5. חקיקה שיפוטית כתוצאת לוואי של הכרעה בסכסוך

(א) מאפייני ההליך השיפוטי

תכונתה המוסדית הבסיסית של החקיקה השיפוטית היא, שהחקיקה נעשית לצורך הליך שיפוטי. החקיקה השיפוטית אינה פעולה העומדת בפני עצמה, אלא היא אינצידנטלית להכרעה בסכסוך.¹¹⁹ בפני הערכאה הראשונה תוצאת לוואי חקיקתית זו היא שולית. ככל שהערכאה עולה, כך פוחתת שוליות זו. בערכאה העליונה הופכת החקיקה להיות מעשה מרכזי, אך היא ממשיכה להיות תוצאת לוואי של ההכרעה בסכסוך.¹²⁰ עלינו לפנות אפוא להליך השיפוטי, המכריע בסכסוך אינדיווידואלי, ולבחון את המאפיין אותו¹²¹ ואח השפעתו על החקיקה השיפוטית ועל המדיניות השיפוטית.

119 ראה לנדור, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון (לעיל, הערה 6) 500, 503: "תפקידו של בית המשפט הוא לפסוק את הדין בענין המובא לפניו, והלכתו השיפוטית חייבת לעלות באופן טבעי מן הפסיקה במקרה הקונקרטי". אוסטיץ' (לעיל, הערה 4) 293; פאונד (לעיל, הערה 116) 940; Leflar, "Some Observations Concerning Judicial Opinions" 61 Col. L. Rev. (1961) 210, 211; Tedeschi, "Prospective Revision of Precedent", 8 Isr. L. Rev. (1973) 73. בצורה בהירה בוטא עיקרון זה של אינצידנטליות החקיקה השיפוטית אצל סלמונד (לעיל, הערה 65) 155: "We must distinguish Law-Making by legislatures from law-making by the courts. Legislatures can lay down rules purely for the future and without reference to any actual dispute; the courts, in so far as they create law, can do so only in application to cases before them and only so far as is necessary for their solution. Judicial law-making is incidental to the solving of legal disputes; legislative law-making is the central function of the legislator". Hofstadler, "New Blocks for Old Pyramids: Reshaping the Judicial System", 44 Southern Cal. L. Rev. (1971) 901: "With each rise in the appellate structure the importance of the review for corrections diminishes and the importance of the institutional function increase". 121 ראה: 353 H.L. Rev. (1978) 92 Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication"; פולר (לעיל, הערה 4) 86.

ההליך השיפוטי נפתח בפנייתו של צד לבית המשפט, ובתגובתו של הצד האחר. הצדדים, על-פי עמדותיהם, קובעים את התשתית העובדתית אשר במסגרתה תתנהל ההכרעה השיפוטית בסכסוך. כללי הראיות (במישור הקבילות ובמישור הרלוונטיות) קובעים את סוג הראיות שיוכאו בפני בית המשפט. ההליך עצמו חייב לקיים את כללי הצדק הטבעי¹²². לכל צד הזכות לשמוע ולהשמיע. על השופט לגלות אי משוא פנים. כל צד — אם בעצמו ואם בעזרת פרקליטו — טוען אך את הטענות המשפטיות החומכות בגישתו. בגמר הטיעונים באה ההכרעה השיפוטית. היא חייבת להיות מנומקת. היא קובעת את העובדות, מגבשת את הדין ומפעילה את הדין על העובדות. מהכרעה שיפוטית זו יש למצות את ההלכה השיפוטית, אשר לאור אופיה הנורמטיבי הכללי מהווה חקיקה במובנה הפונקציונלי.

אלה הם תכונותיו המוסדיות של ההליך השיפוטי. אך טבעי הוא, שתכונות מוסדיות אלה ישפיעו על התוכן החקיקתי. אכן, שלוש הרשויות השלטוניות עוסקות בחקיקה, אך הן עושות כן בדרכים שונות ועל כן חקיקתן מטבע הדברים שונה היא¹²³. הכלי המוסדי קובע את התוכן הפונקציונלי¹²⁴. שלוש הרשויות נוסעות כולן בדרך החקיקתית, אך כל אחת מהן נוסעת בכלי אחר ועל כן מהירותן שונה, מחיר הנסיעה שונה, טיב הנסיעה שונה, והסיכון והתקלות בדרך שונים¹²⁵.

(ב) יתרונות

המאפיין את ההליך השיפוטי, ואת החקיקה השיפוטית הנלווית לו, הוא שהחקיקה צומחת ממצאות החיים. היא צמודה לעובדות החיים. היצירה הנורמטיבית השיפוטית רואה לנגד עיניה בני אדם בכל ממשותם. החקיקה השיפוטית היא על כן מעשית ומוחשית. היא פרי שקלא-וטריא רציונליים, המחייבים הנמקה, היא על כן במהותה הגיונית וסבירה, ולא שרירותית¹²⁶. היא מתחשבת לא רק בבעיות אלא גם בבני אדם. על

122 על מרכזיותם של כללי הצדק הטבעי בהגדרתו של ההליך השיפוטי ראה קפלטי, "The Law-Making Power of the Judge" (לעיל, הערה 4) 43.

123 ראה דיקסון (לעיל, הערה 108) 5: "The judiciary and the legislature both make law — but it is not the same kind of law nor is it made for the same purposes. The primary function of the judge is to decide the case before him, to 'trancher le litige' — cut through the issue" ההבחנה בין החקיקה השיפוטית ובין החקיקה של המחוקק ראה פולר (לעיל, הערה 4) 89.

124 ראה ברייטל (לעיל, הערה 98) 750: "Even if one agrees that there is no sharp division of powers or functions among the so-called separate branches of government, it does not mean that the separate branches of government do or should perform their law-making and law-applying functions in the same ways or to the same extent".

125 ברייטל, שם, 822: "The two organs of government are travelling the same road, only in different vehicles. The difference in vehicles makes for important differences in mode of operation, speed and who can pass whom".

126 ראה לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6) 303: "שיפוט על פי שקול דעת אסור לו שיהפך לשיפוט שרירותי. כדי למנוע סכנה זאת אין אמצעי בדוק יותר מאשר הנמקה מלאה של פסק הדין. הנמקה מלאה מחנכת את השופט למחשבה ברורה ולהעלאת נמוקיו — כולל תחושתו האינטואיטיבית, עליה דבר פאונד — מעל לסף תודעתו אל אור היום, על מנת שיעמדו למבחן הבקורת של דרגת הערעור, של אנשי המקצוע ושל הצבור כולו".

כן היא אנושית¹²⁷. היא מתחשבת בעובדות המיוחדות של המקרה. על כן היא משתדלת להיות צודקת לצדדים. היא נעשית ללא משוא פנים, ועל כן היא אובייקטיבית ושקולה. היא אינה מאובנת במלים ועל כן ניתן לשנותה על-פי מידת ההפשטה הדרושה¹²⁸. תהליך התקדמותה הוא ממקרה קונקרטי אחד למקרה קונקרטי אחר, "הליכה מן הפרט אל הפרט", תוך מעבר להפשטה המאפיינת את הנורמטיביות החקיקתית¹²⁹. מטבע הדברים הוא, שמהלך זה מאפשר צמיחה והתפתחות טבעית ואורגנית. "ההלכה השיפוטית" — כתב השופט לנדוי¹³⁰ — "שדרכיה לא פעם דרכי פיתולים ונפתולים, תוך גישוש זהיר ממקרה למקרה אל פתרונות כלליים יותר, ותוך התפתחות אורגנית המביאה לדלדול אברים חלושים לחזקם של אלה שיש בהם חיות — הלכה זו היא שדה ניסויים נוח לשם רכישת נסיון"¹³¹ לקראת חקיקת חוק חרות". המהלך האיטי ממקרה למקרה מאפשר זהירות, ביטחון וחזרה על העקבות במקרה הצורך. אין הספינה השיפוטית מפליגה לים הסוער, אלא היא מנווטת את דרכה לאורכו של חוף מבטחים¹³². אכן, תכונות אלה של ההליך השיפוטית מהוות יתרון ניכר בסוגים אחדים של חקיקה שיפוטית. עמד על כך פאונד באומרו¹³³:

"Judicial finding of law has a real advantage in competition with legislation in that it works with concrete cases and generalizes only after a long course of trial and error in the effort to work out a practicable principle. Legislation, when more than declaratory, when it does more than relate authoritatively when judicial experience has indicated, involves the difficulties and the perils of prophecy".

(ג) חסרונות

עם זאת, בצד היתרונות של ההליך השיפוטית ככלי קיבול של סוג אחד של חקיקה שיפוטית, קיימים מספר חסרונות בהליך השיפוטית, ככלי קיבול של סוג אחר של חקיקה שיפוטית. היתרונות של ההליך השיפוטית, כמכשיר להכרעה בסכסוך אינדיוידואלי, הם

127 ראה: Lucke, "The Common-Law: Judicial Impartiality and Judge-Made Law" 98 L.Q. Rev. (1982) 29, 59.

128 ראה: Pollock, "Judicial Caution and Valour", 45 L.Q.R. 292 (1929); לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" (לעיל, הערה 6) 502.

129 ראה: Wasserstrom, *The Judicial Decision* (Stanford, 1961) 172; לרי (לעיל, הערה 91) 8; Stoljar, "The Logical Status of a Legal Principle" 29 Univ. of Chi. L. Rev. (1953) 181.

130 לנדוי, "הלכה ושקול דעה בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6) 297.

131 לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" (לעיל, הערה 6) 502.

132 ראה: Wright, "The Study of Law", 54 L.Q. Rev. (1938) 185, 186; המתאר את השופטים כנעים מפסק דין לפסק דין: "from case to case, like the ancient Mediterranean mariners, hugging the coast from point to point and avoiding the dangers of the open sea of system and science".

133 Pound, *The Formative Era of American Law* (Boston, 1938) 51.

גם לעתים החסרונות של ההליך השיפוטי בסוג מסוים של חקיקה שיפוטית¹³⁴. די אם נציין מספר חסרונות. באין תובע או עותר אין סכסוך, ובאין סכסוך אין חקיקה שיפוטית. שלא כמו חבר ברשות המחוקקת, אין השופט יכול לזום חקיקה שיפוטית¹³⁵. הוא קשור ביוזמתו של צד. כמו שעון שנעצר, גם ההליך השיפוטי זקוק לנענוע כדי להתחיל לנוע. כתוצאה מכך החקיקה השיפוטית הופכת להיות ספורדית ובלתי שיטתית. קיימת סלקציה מקרית לגמרי של מה שמובא לפני בית המשפט¹³⁶. עשויות לחלוף עשרות שנים בלי שבעיה, אשר ייתכן שהיא מטרידה את הציבור, מועלית כלל להכרעה, ועשויים להיות מצבים שבהם בעיה אחת עולה תוך תקופה קצרה בהקשרים שונים ומגוונים, ללא כל תיאום¹³⁷. כתוצאה מכך, אי אפשר לתכנן מראש, בדרך כלל, חקיקה שיפוטית, ואם מבקשים לכסות תחום שלם, צריך לעתים לחכות שנות דור. התשתית העובדתית והטיעונים המשפטיים קשורים בצדדים, ביכולתם ובכשרונם. מטבע הדברים התמונה העובדתית המתקבלת היא לעתים חלקית בלבד¹³⁸. האופציות החקיקתיות המוצגות לרשות השופטת הן מטבען מוגבלות, לא רק בגלל כשרונם של הצדדים והאמצעים העומדים לרשותם, אלא בגלל עצם העניינים שכללי הראיות מאפשרים להציג בפני בית המשפט. סוגים שונים של שיקולי מדיניות אינם עומדים כלל בפני הרשות השופטת, ומעטים האמצעים המצויים בידה כדי לחפשם¹³⁹. לעתים הצדדים עצמם מעוניינים להציג רק את המדיניות המשפטית התומכת בעמדתם, ואילו המדיניות המשפטית הנוגעת לצדדים שלישיים, או לציבור כולו, אינה מובאת לידיעת בית המשפט. לעתים בית המשפט עשוי לצוות על ביצוען של פעולות המחייבות תוספת אמצעים כספיים, אך על-פי רוב הוא אינו בוחן מהיכן ילקחו אמצעים אלה ומי ישלם את מחירם. הצורך להכריע בסכסוך האינדיוידואלי, ולהביא פתרון צודק במקרה קונקרטי, מטבעו משפיע על ניסוחה של ההלכה הכללית. אך צדק למתדיין אחד עשוי להביא לאי צדק לשיטה כולה. גם האמצעים העומדים לרשות השופט, מטבעו של ההליך השיפוטי, מוגבלים הם. הוא יכול להטיל חובה או לקבוע איסור, אך הוא אינו יכול לקבוע גבולות עליונים או

134 ראה ריינולד (לעיל, הערה 47) 148; הורוביץ (לעיל, הערה 100) 63-67, 255-298. ראה גם שני מאמריו של פרופ' וילר (לעיל, הערה 6) ומאמרו של פרימן (לעיל, הערה 6).

135 עמד על כך השופט ויחקן ("Some Reflections on Judicial Law-Making", לעיל, הערה 6, 476): "It is of the essence of the office of a judge to be passive about the matters which come up for decision. However important a contribution he feels he can make on a special issue, he must wait for the opportunity to arise. He cannot, within the framework of his office as a judge, invite the occasion. He is like a spider, waiting for its victims to be ensnared in its web." ראה גם: 34 *Univ. of Chicago L. Rev.* 23 *Univ. of Chicago L. Rev.* 23; Scheafer, "Precedent and Policy" 34 *Univ. of Chicago L. Rev.* 23; לנדוי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" (לעיל, הערה 6) 198.

136 ראה לנדוי, שם, שם.

137 מספר מתדיינים עשויים וצריכים, עם זאת, לתכנן את הגשת תביעותיהם, ובכך את זרם החקיקה השיפוטית. בעיקר אמור הדבר לגבי המדינה בכל הנוגע למשפטים פליליים ולמשפטים אזרחיים, כגון מסים. ראה ויחקן, "Some Reflections on Judicial Law-Making" (לעיל, הערה 6) 172.

138 ראה לנדוי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" (לעיל, הערה 6), שם; לוק (לעיל, הערה 127) 29. 139 ראה: Friendly, "The Gap in Lawmaking — Judges who Can't and Legislators Who Don't" 63 *Col. L. Rev.* (1963) 787, 791.

תחתונים לאחריות. בית המשפט רשאי להרחיב או לצמצם אחריות, אך הוא אינו יכול להקים מוסד או קרן לחשלום פיצויים. הוא אינו יכול להטיל משטר של רישוי או להטיל חשלום מסיס. בית המשפט מוגבל בחומר המשפטי שעמו הוא יכול¹⁴⁰ לחוקק. ההכרעה עצמה נעשית בידי שופט, אשר השכלתו משפטית ואשר ידיעתו על דבר שיקולים רבים של מדיניות משפטית היא לעתים מוגבלת. עיסוק נרחב מדי בחקיקה עשוי לעתים אף לפגוע בתחושתם של הצדדים בדבר הנייטרליות השיפוטית¹⁴¹. משמגיע השופט להחלטתו, ופוסק את פסקו, הריהו קובע הלכה אשר תוקפה לרוב למפרע¹⁴². אין הציבור מחזר מפניה¹⁴³. אין מפרסמים הצעת הלכה לציבור. ההלכה חלה לרוב באופן רטרואקטיבי, ופוגעת בציפיות הסבירות של הצדדים ושל הציבור. לבסוף, משבא מעשה החקיקה השיפוטי, הוא עטוף במסגרתו של פסק דין, ולעתים לא קל לדלות את דבר החקיקה שבפסק הדין. דרוש סל שלם של פרי שיפוטי כדי לקבל כוס אחת של מיץ חקיקתי. אכן, אין ספק כי תכונות אלה של ההליך השיפוטי מהוות חסרון ניכר בסוגים אחדים של חקיקה שיפוטית. בצדק ציין השופט דבלין¹⁴⁴ שהשופט הוא "מחוקק בעל מום" (crippled law-maker). מוסיף השופט דבלין ואומר¹⁴⁵:

"Judges by themselves — sitting in banc as it were — are not as a body the complete law-maker and it is unreasonable to expect that they should be."

(ד) מסקנות

אכן, השופט איננו, ולעולם לא יוכל להיות, "המחוקק המושלם". חקיקתו השיפוטית היא בעלת יחרון במקרים אחדים ובעלת חסרון במקרים אחרים. המסקנה המתבקשת מכך אינה הרחבת החקיקה השיפוטית ככל האפשר, ואף אינה צמצומה של החקיקה השיפוטית ככל האפשר. אין לראות את בית המשפט כ"בית שני" במעורר החקיקה הקיים. בית המשפט היה ונשאר מוסד להכרעה בסכסוכים אינדיוידואליים, וחקיקתו השיפוטית היא אינצידנטלית לפסיקתו ולצורך פסיקתו. היא מהווה, בלשונו של פרופ'

140 ראה לנורי, "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" (לעיל, הערה 6); וכן פרימן (לעיל, הערה 6) 178.

141 לעיל, הערה 133.

142 ראה הערה 269 להלן.

143 לא נתפלא כי בנטהאם, שלא היה מאהדיה של הפסיקה כמקור למשפט, השווה את החקיקה השיפוטית

(ה-Judiciary Law בלשונו) למשפט אשר הבעלים מפעיל על כלבו. וכך הוא כתב: "It is the judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog; and this is the way the judges make law for you and me. They won't tell a man beforehand what it is he *should not do* — they won't so much as allow of his being told; they lie by till he has done something which they say he should not have done, and then they hang him for it". (Bentham, "Truth versus Ashhurst", in: *Works*, Vol. 5 (1843) 235).

144 ראה: 10 (1976) 39 M.L.R. (1976) 10.

145 שם, בעמ' 12.

פולר, "adjudicative law"¹⁴⁶. אך באותה מידה אין לראות את בית המשפט כ"פה" בלבד של המחוקק. בית המשפט היה בעבר ויהיה גם בעתיד גורם ביצירתן של נורמות משפטיות כלליות.

נמצא, שהמסקנה המחקשת היא בבחירה בדרך האמצעית. דרך זו משמעותה גיבוש של מדיניות שיפוטית ראויה, אשר תרחיב וחצמיק את החקיקה השיפוטית — במתחם הלגיטימיות הפורמלית — באותם עניינים שבהם חקיקה זו היא בעלת יתרון על-פני החקיקה של הרשות המחוקקת. דרך זו משמעותה גם גיבוש של מדיניות שיפוטית, אשר תצמצם ותגביל את החקיקה השיפוטית — אף כאן במתחם הלגיטימיות הפורמלית — באותם עניינים שבהם חקיקה זו היא בעלת חסרון כלפי החקיקה של הרשות המחוקקת. בגיבושה של מדיניות שיפוטית זו יש להתחשב לא רק ביתרונותיה ובחסרונותיה של החקיקה השיפוטית כשלעצמה, אלא גם בהשוואה שבינם ובין יתרונותיה וחסרונותיה של החקיקה האחרת, זו הבאה מהרשות המחוקקת ומהרשות המבצעת. בעניין זה רצוי לא לעשות אידיאליזציה של החקיקה הלא שיפוטית¹⁴⁷. חלק גדול מהמגבלות שעמדנו עליהן לענין הרשות השופטת, קיימים הלכה למעשה גם בחקיקה הבאה מהרשות המחוקקת והמבצעת, וזאת בנוסף למגבלות מוסדיות שיש להם ואין לרשות השופטת. בטרם נמהר להתייחס מהחקיקה השיפוטית בשל מגבלותיה הארגוניות, מן הראוי שנבחן היטב את מגבלותיהן הארגוניות של הרשויות האחרות¹⁴⁸. כמובן, זו אך חצי נחמה, כי הצרה אינה רק צרתה של הרשות השופטת, אלא צרתן של הרשויות כולן. אך מציאות זו חייבת להשפיע על הרשות השופטת. כל תמהר להתנער ממעשה חקיקה רק בשל העשב הירוק בגינתה של הרשות השכנה. בטרם תעשה כן, מן הראוי הוא שתיבחן כשירותם המוסדית של הרשויות האחרות לבצע חקיקה טובה יותר¹⁴⁹. יחד עם זאת, אין מציאות זו צריכה להוביל אותנו למסקנה שהרשות השופטת טובה לכל חקיקה שהיא. כפי שראינו, מטרתה של המדיניות השיפוטית הראויה צריכה להיות מציאת הדרך החקיקתית הראויה, שעליה תסע מרכבת החקיקה השיפוטית.

בבחירתה של דרך ראויה זו יש לעשות מאמץ כלשהו לשפר את הכלי השיפוטני עצמו, תוך ניסיון להתאימו, במידת מה, לתפקידו החקיקתי¹⁵⁰. שינויים אלה צריכים להיעשות

146 ראה פולר (לעיל, הערה 4) 86.

147 ראה ריינולדס (לעיל, הערה 47) 152: "The 'worst case' judicial model however, cannot be composed fairly with an idealized version of what the legislature does".

148 לביקורת הרשויות האחרות. כפי שהן נראות מנקודת ראותו של שופט, ראה: Neely, *How Courts Govern America* (1981). כמו הרשות השופטת, גם הרשות המחוקקת צריכה נענוע לפני שתנוע, אך בעוד שהשופט משהווז חייב ליתן פסק דין, הרי המחוקק יכול להימנע מחקיקה בעצם הימנעותו מלדון בעניין. אמת הדבר, בבחינתם של קור מדיניות חילופיים, בהבאתם של מחקרים חברתיים ובמעקב שוטף אחר הביצוע, יש למחוקק יתרון על השופט, אך דומה שלצחים קרובות אין המחוקק מנצל יתרונות אלה. לא פעם נעשה דבר חקיקה — בעיקר אצל הרשות המבצעת — בלא החייעצות מוקדמת עם בעלי האינטרסים הרלוונטיים, ובלא שתינתן להם ההזדמנות להשמיע את דעתם. כמו בחקיקה השיפוטית, גם בחקיקת המשנה המינהלית, אין מפרסמים הצעת חקיקה.

149 ראה הורוביץ (לעיל, הערה 100) 293.

150 בעיקר כתחום "הטכסוך הציבורי". ראה: Chayes, "The Role of the Judge in Public Law Litigation" 89 *H.L. Rev.* (1976) 1221; idem "Public Law Litigation and the Burger Court" 96 *H.L. Rev.* (1982) 4.

במירב הזהירות, והיקפם מטבע הדברים מוגבל. אסור להקריב תכונות שיפוטיות כדי לרכוש תכונות חקיקתיות. אסור שיחול שינוי באופיו השיפוטי של המוסד¹⁵¹. הרשות השופטת הייתה ונשארה, בראש ובראשונה, רשות שעניינה שפיטה, והחקיקה השיפוטית, עם כל חשיבותה, היא רק אינצידנטלית לה. עם זאת, ניתן לשפר את תפקודה על-ידי הענקת מספר כלים נוספים, שיאפשרו לה למלא בצורה ראויה את תפקידה השיפוטי העיקרי ואת תפקידה החקיקתי המשני¹⁵². כך, למשל, ניתן להרחיב את כמות המידע המובאת לידיעת בית המשפט, באשר לשיקולי המדיניות המשפטית הראויים, אם בדרך של יתר מעורבות של היועץ המשפטי לממשלה ואם בדרך של פיתוח הדינים בדבר המחדיין בעל האינטרס הציבורי¹⁵³. המבנה המוסדי הקיים של בית המשפט מקשה על קליטתן של עובדות "חברתיות" (דהיינו, עובדות שהן רלוונטיות לגיבושה של המדיניות המשפטית הנוגעת לעניין), להבדיל מהעובדות "ההיסטוריות" (דהיינו, עובדות שהן רלוונטיות להתרחשות הספציפית נשוא ההחלטות) הבאות כרגיל בפני בית המשפט¹⁵⁴. דומה, שבעניין זה ניתן לתקן את המסגרות במידת מה, בלי לפגוע בשיפוטיות של המוסד השיפוטי ובלי להוסיף על העומס המוטל עליו.

6. החקיקה השיפוטית וההליך הדמוקרטי

החקיקה השיפוטית מתבצעת על-ידי שופט, הנהנה מאי תלות אישית ועניינית. הוא אינו חייב ליתן דין וחשבון לבני הציבור¹⁵⁵. בטרם היבחרו לתפקידו הוא אינו מפרסם מצע חקיקתי, ואין הוא מבקש את מינויו כדי להגשים מצע זה. הוא אינו נבחר בבחירות ייצוגיות. אין הוא מתחלף מדי כמה שנים, והוא אינו כפוף להצבעת אי אמון¹⁵⁶. כל אלה,

151 שינוי אפשרי אחר, שהדיון בו חורג ממסגרתה של רשימה זו, עניינו תפקידי ביצוע וניהול (ולא חקיקה או שפיטה) המוטלים על השופט. ראה: 376 H.L. Rev. (1982) 376. Resnik, "Managerial Judges".

152 ראה דברי השופט סימון (Lord Simon) בפרשת *Milliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.* (1976) A.C. 443, 490-491 "are to undertake legislative functions, something might be done to equip them better for the type of decision-making which is involved. Official advice and a balanced executive view might be made available by a law officer or his counsel acting as amicus siviae".

153 ראה: 16 Angell, "The Amicus Curiae: American Developments of English Institutions". *Int. and Comp. L.Q.* (1967) 1017. ראה גם: אנקר, "התדיינות בשם האינטרס הציבורי והחקיקה המקצועית של עורכי הדין" הפרקליט לד (תשמ"ב) 403.

154 להבחנה זו ראה הורוביץ (לעיל, הערה 100) 45.

155 אך הוא כפוף לפיקוח וביקורת, בין פורמליים ובין לא פורמליים. בחינתה של שאלה זו חורג ממסגרת רשימתנו. ראה לעניין זה: שטרית, "Judicial Responsibilities" (לעיל, הערה 6); Shetreet, *Judges on Trial: A Study of the Appointment and Accountability of English Judiciary* (Amsterdam, 1st ed. 1976).

156 ראה דברי השופט פרנקפורטר בפרשת *American Federation of Labor v. American Sash and Door Co.* 335 U.S. 538, 555 (1948): "Because the powers exercised by this Court are inherently oligarchic, Jefferson all of his life thought of the Court as 'an irresponsible body' and 'independent of the nation itself'. The Court is not saved from being oligarchic because it professes to act in the service of human ends". ראה גם: לבונטין, "על דין דברים אחרים" משפטים ט (תשל"ט) 175, 179. בהתייחסו לשופטים הוא אומר: "האחרונים אינם מציגים בפני ציבור הבוחרים מצע, אינם מזהים צמו ואינם מתחייבים לעשות לקידומן ולהגן עליו. אין לציבור הדמנות

לא רק שהם מתכונות היסוד של השיפוט, אלא הם אף תכונות טובות וראויות. בודאי לא נרצה לשפר את המודל השיפוטי על-ידי כך ששופטים יעמדו לבחירה, ויהיו כפופים להצבעת אי אמון. נהפוך הוא, אנו רוצים לחזק את הגורמים הלא-פוליטיים שבבחירת השופט, ואנו רוצים לחזק את עצמאותו ואי-תלותו. מצב דברים זה מעמיד שאלה, שאין להתחמק ממנה: האם חקיקה שיפוטית עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של דמוקרטיה, של ממשל ייצוגי, של אחריות פרלמנטרית? הניתן לסבול חקיקה ללא ביקורת פרלמנטרית?¹⁵⁷

דומה, שהתשובה הפורמלית ברורה. החקיקה השיפוטית — כך אנו מניחים — פועלת במתחם הלגיטימיות הפורמלית. היא שואבת אפוא את כוחה מהדין עצמו, והדין יכול לבטל אותה. בכך ניתנת חשובה פורמלית לכל טיעון "דמוקרטי". מחוקק שאינו מרוצה מהחקיקה השיפוטית, הכוח בידו לשנותה כרצונו¹⁵⁸. כוח זה ראוי הוא, ויש לעודדו¹⁵⁹. חוק המשנה הלכה שיפוטית אינו פוגע ברשות השופט. נהפוך הוא: הוא מחזק את הלגיטימיות הפורמלית של החקיקה השיפוטית. אכן, בין חקיקה ובין אחריות פרלמנטרית בפני המחוקק אין קשר הכרחי. אמת הדבר, החקיקה הראשית, מבית מדרשה של הרשות המחוקקת, באה מהרשות המחוקקת עצמה, וחקיקת המשנה של הממשלה באה מאורגן הנתון לביקורת פרלמנטרית. אך מכאן לא נובע, שכל חקיקה חייבת שתהא עליה ביקורת פרלמנטרית. יש להבחין בין לגיטימיות פורמלית ובין אחריות פרלמנטרית. החקיקה השיפוטית נהנית מלגיטימיות פורמלית.

עם זאת, אין לחדד כי חשובה זו היא בעלת אופי פורמלי בלבד ואינה מספקת¹⁶⁰. על

להעדיף או לדחות אותם לפי רעיונות ותכונות שהציעו בפומבי". וראה גם: Theberge, *The Judiciary* in a Democratic Society (Lexington Mass., 1979).

157 לשיקול זה ראה: קפלטי (לעיל, הערה 4) 51; דוולין (לעיל, הערה 98) 10; יפה (לעיל, הערה 6) 31; פרימן (לעיל, הערה 6) 174; קלברוי (לעיל, הערה 82) 91; Rostow, "The Democratic Character of Judicial Review", 66 *H.L. Rev.* (1952) 193; Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review* U.J. (1966) 24; Dahl, "Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker" 6 *J. of Pub. Law*, (1957) 279; Choper, "The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice" 122 *Univ. of Pen. L. Rev.* (1974) 216.

158 טיעון פורמלי זה נחלש, לענין חקיקה שיפוטית בפירושה של חוקה, שכן רק שינוי בחוקה יכול לשנות חקיקה שיפוטית זו. התשובה הפורמלית היא, שבכך מכצע השופט את רצונו של מכוני החוקה העם. כפי שכתב המילטון: "Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both, and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former". (*The Federalist*, No. 780). אך זו חשובה פורמלית גרידא, שכן השופטים הם הקובעים את רצון העם כפי שבא לידי ביטוי בחוקה.

159 ראה דברי הנשיא אגנרט והפרופסור קלינגהופר בדיוני האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריות מיום 17.1.1982, שעניינם "תגובת המחוקק לפסיקת הרשות השופטת".

160 ראה תחויתו הפסימית של השופט דוולין (לעיל, הערה 98), 16, באשר לתוצאות האפשריות להליך הדמוקרטי מחקיקה שיפוטית בלתי מרוסנת: "It is a great temptation to cast the judiciary as an elite which will bypass the traffic laden ways of the democratic process. But it would only

פיה ניתן לתת לגיטימיות גם לביטול חוקים בידי הרשות המבצעת, ובלבד שהרשות המחוקקת תוכל לבטל את הביטול. דומה שבחברה דמוקרטית טיעון פורמלי זה אינו מספיק. הוא עשוי להיות תנאי הכרחי אך לא מספיק לחקיקה שיפוטית. זו צריכה להתבסס גם על לגיטימיות מהותית¹⁶¹. לעתים מפתח הציבור ציפיות, שסוגים אחדים של חקיקה, בעיקר אלה השנויים במחלוקת ציבורית עמוקה, יוכרעו על-ידי גופים שהם אחראיים בפני הציבור, והעומדים לבחירתו של זה. ציפיות אלה יש לקיים בדרך כלל, שאם לא כן תיפגם תפיסתו של הציבור את הרשות השופטת, ואמון הציבור ברשות השופטת יועזע. מכאן, ששאלת הדמוקרטיה של החקיקה השיפוטית אינה רק עניין פורמלי, אלא היא גם עניין מהותי. עמד על כך הנשיא לנדוי באומרו¹⁶²:

"כסבור הייתי שהמשטר החוקתי המקובל על כולנו הוא דמוקרטיה פרלמנטרית שבה העם, באמצעות נציגיו הנבחרים, מביע את רצונו כפוסק אחרון בעניינים שבמדיניות. אם הפרלמנט הנבחר אינו ממלא את תפקידו כראוי, לא תימצא תרופה בהשלטת משטר אוליגארכי של קבוצת אנשים, יהיו חכמים ונבונים וישרים ככל שיהיו — שהם יהיו מוסמכים לבטל דברים של נציגי הציבור בענייני חקיקה, מבלי שיהיו חייבים לעמוד, מעת לעת, לדין הציבור בבחירות".

ביטוייה של גישה דמוקרטית זו אינו בשלילתה של החקיקה השיפוטית, אלא בקביעתה של מדיניות שיפוטית ראויה, אשר תקבע את סוגי העניינים שבהם רצויה חקיקה שיפוטית, שכן היא עולה בקנה אחד עם תפיסתו הדמוקרטית של ההליך השיפוטי, ואת סוגי העניינים שבהם אינה רצויה חקיקה שיפוטית, שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם תפיסתו הדמוקרטית של ההליך השיפוטי. אף כאן — כמו לגבי ייחודה האחר של החקיקה השיפוטית, שהיא אינצידנטלית להכרעה בסכסוך — אין לנו עניין בפרשת דרכים שבין קיומה או העדרה של חקיקה שיפוטית, אלא עניין לנו בקביעת מדיניות שיפוטית ראויה אשר תקבע אותם עניינים שבהם רצויה הרחבה של חקיקה שיפוטית ואותם עניינים שבהם רצוי הצמצום של אותה חקיקה¹⁶³, וכל זאת — כלשונו של השופט דיפלוק¹⁶⁴:

"By the underlying political philosophy of the particular nation as to the appropriate limits of the law-making function of a non-elected judiciary".

apparently be a bypass. In truth it would be a road that would never rejoin the highway but would lead inevitably, however long and winding the path, to the totalitarian state"

161 לאחרונה העלה פרופ' קלברזי (לעיל, הערה 82) 91, את הרעיון, שעל הרשות השופטת להתייחס לחוק באותן אמות מידה כאל הלכה פסוקה. על כן תוכל הרשות השופטת לשנות, להגמיש, ולעתים אף לבטל חוק, ובלבד שתינתן למחוקק הזכות לבטל את השינוי ההלכתי.

162 "כוחו של בית המשפט ומגבלותיו" (לעיל, הערה 6) 200. דבריו של הנשיא לנדוי מתייחסים לשאלה אם רצוי להעניק לבית המשפט כוח לבקר חוקתיות של חוק בכל הנוגע לזכויות האדם והאזרח.

163 ראה ברייטל (לעיל, הערה 98) 749.

164 ראה: *Geelong Harbour Trust Comm, v. Gibbs Bright & Co.* (לעיל, הערה 100).

7. חקיקה שיפוטית והפרדת רשויות

על-פי המודל העיוני הטהור פירושה של הפרדת רשויות הוא "כי החקיקה במובן הפונקציונלי חודדה עם החקיקה במובן הארגוני, כי השפיטה לפי מבחנה הפונקציונלי חודדה עם השפיטה לפי מבחנה הארגוני, וכי המינהל כמשמעותו הפונקציונלית יודדה עם המינהל כמשמעותו הארגונית"¹⁶⁵. על-פי מודל טהור זה, הרשות המחוקקת צריכה לעסוק בחקיקה, ובחקיקה בלבד. הרשות המבצעת צריכה לעסוק בביצוע, ובביצוע בלבד. הרשות השופטת צריכה לעסוק בשפיטה, ובשפיטה בלבד. במודל זה אין מקום לחקיקה שיפוטית. אכן, החקיקה השיפוטית כפי שתיארנו אותה אינה עולה בקנה אחד עם המודל העיוני הטהור של עקרון הפרדת הרשויות.

מודל עיוני טהור זה של הפרדת רשויות אינו מתקיים בשום שיטה מודרנית. מונטסקייה עצמו לא גרס מודל זה, שכן על-פי שיטתו שלו היה מקום להכיר בכך שהרשות המחוקקת תעסוק במספר עניינים של שפיטה, כגון שפיטתם של אנשי האצולה, והרשות המבצעת תעסוק במספר ענייני חקיקה, כגון הפעלת זכות וטו על החקיקה¹⁶⁶. הרשות השופטת, על-פי מונטסקייה, אינה נהנית מכל עצמאות אישית (להבדיל מעניינית). אכן, בימינו מוכרים — בישראל ומחוצה לה — חריגים חשובים למודל התיאורטי הטהור של הפרדת הרשויות¹⁶⁷. די להזכיר כי הכנסת שלנו עוסקת בשפיטה, כגון ערעורי בחירות¹⁶⁸, הסרת חסינות¹⁶⁹ והעברה מכהונה והשעיה של חבר כנסת¹⁷⁰. בדומה, עוסק המינהל בשפיטה¹⁷¹ ובחקיקה¹⁷² בהיקף רחב ביותר. הרשות השופטת עוסקת לא רק בחקיקה אלא גם בביצוע¹⁷³. זאת ועוד: המודל העיוני הטהור של הפרדת הרשויות, שבו כל רשות שלטונית עומדת ברשותה שלה, ללא איזון ופיקוח, עשוי ליצור מצב דברים שבו הרשות המבצעת תצבור עוצמה וכוח, העלולים לפגוע בחירותו של היחיד, ובכך לסכל את עצם מטרתה של הפרדת הרשויות, שאינה אלא שמירה על חירותו של היחיד. אכן, התפיסה המודרנית אינה גורסת מודל טהור של הפרדת רשויות, אלא מודל גמיש יותר, המוכן להכיר בכך שהרשות המחוקקת תעסוק במספר ענייני שפיטה וביצוע, שהרשות המבצעת תעסוק במספר ענייני חקיקה ושפיטה ושהרשות השופטת תעסוק במספר ענייני חקיקה וביצוע. עם זאת, מודל גמיש זה של הפרדת רשויות בא לשמור על העיקר, והעיקר הוא בשניים אלה: ראשית, התפקיד החקיקתי יישאר התפקיד המרכזי של הרשות המחוקקת ולא

165 ראה קלינגהופר (לעיל, הערה 1) 23.

166 ראה מונטסקייה (לעיל, הערה 9) 25.

167 ראה קלינגהופר (לעיל, הערה 1) 23-36.

168 סעיף 86 לחוק הבחירות לכנסת (נוסח משולב), חשכ"ט-1969.

169 חוק חסינות חברי הכנסת, זכויותיהם וחובותיהם, חשי"א-1951, סעיף 13.

170 סעיף 42 ו-42ב לחוק יסוד: הכנסת.

171 ראה דין מחשבון הוועדה לענייני רשויות מעץ שיפוטיות (1975).

172 זוהי חקיקת המשנה המינהלית. ראה: קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה" חד המשפט, 11

(חשי"ז) 202; זמיר, "חקיקה מינהלית, מחיר היעילות" משפטים, ד (השל"ב) 63. ראה גם: א' ברק,

"פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה" הפרקליט כא (חשכ"א) 463; וכן Barak, "Subordinate

Legislation", 16 Scripta Hierosolymitana, (1966).

173 ראה קלינגהופר, שם, וכן רוניק (לעיל, הערה 151) 376.

ייתן לאחר; התפקיד הביצועי יישאר התפקיד המרכזי של הרשות המבצעת, ולא ייתן לאחר; התפקיד השיפוטי יישאר התפקיד המרכזי של הרשות השופטת, ולא ייתן לאחר; שנית, ארגון מחדש זה של הפונקציות השונות בין האורגנים השונים יבטיח בצורה מירבית את השמירה על חירותו של היחיד. לשם כך נצמד לעקרון הפרדת הרשויות העיקרון של "בלמים ואיזונים" (checks and balances), הרואה תועלת בפיצול מה של פונקציות בין אורגנים שונים, כדי שיימנע ריכוז של כוח ותימנע פגיעה בחירות¹⁷⁴. במסגרת גישה מודרנית זו לעקרון הפרדת הרשויות אין כל פגם בחקיקה שיפוטית כשלעצמה. זו בוודאי אינה באה במקום החקיקה של הרשות המחוקקת, ואין היא מיתרת חקיקה זו. החקיקה ממשיכה להיות תפקידה העיקרי של הרשות המחוקקת, ואילו תפקידה העיקרי של הרשות השופטת ממשיך להיות השפיטה, והחקיקה היא אך תוצאת לוואי. דווקא קיומה של חקיקה שיפוטית מאפשר¹⁷⁵ לבית המשפט לקיים אותם בלמים ואיזונים שדורש עקרון הפרדת הרשויות, זאת כדי לשמור על הדמוקרטיה ועל חירותו של היחיד. נמצא, שדווקא עקרון הפרדת הרשויות, במהותו הגמישה והמודרנית, עולה בקנה אחד עם חקיקה שיפוטית¹⁷⁶. עם זאת, חקיקה שיפוטית בלתי מבוקרת ובלתי מרוסנת עשויה לפגוע בהפרדת הרשויות, ועשויה אף לסכן את החירות. ריכוז יתר של כוח מסוכן הוא, גם אם כוח זה בא לידיהם של שופטים. נמצא, שהשאלה החשובה אינה אם חקיקה שיפוטית כשלעצמה עולה בקנה אחד עם עקרון הפרדת הרשויות. התשובה על שאלה זו היא חיובית. השאלה החשובה היא, מהו היקפה הראוי של החקיקה השיפוטית? מה הם אותם ענייני חקיקה, שהרשות השופטת ראוי לה שתעסוק בהם, בלי לפגוע בהפרדת הרשויות, ומה הם אותם ענייני חקיקה שלא ראוי לה לרשות השופטת לעסוק בהם, שכן יש בכך משום פגיעה במודל המודרני והגמיש של הפרדת הרשויות¹⁷⁷?

8. מתחם הלגיטימיות המהותית

שאלנו, מהי האופציה המשפטית, מבין מכלול האופציות האפשריות, אשר על הרשות השופטת לבחור בה, במהלך חקיקתה השיפוטית. אמרנו, שכראש ובראשונה אופציה זו נקבעת על-פי שיקולי המדיניות המשפטית שהם רלוונטיים לאותה סוגיה משפטית. שיקולים אלה של מדיניות משפטית היו לנגד עיני המחוקק, בדרך כלל, בטרם עשה מעשה חקיקה חקיקתי, ושיקולים אלה צריך השופט לשחזר כחלק מחקיקתו השיפוטית. מבחינה זו, אין הבדל מהותי בין המחוקק ובין השופט. זוהי "הרמה" האינטלקטואלית הראשונה, שעניינה המדיניות המשפטית המאפיינת סוגיה כלשהי. המשכנו ושאלנו, האם קיימים שיקולים מיוחדים של מדיניות שיפוטית, שיש בהם כדי להדריך את השופט בבחירת האופציה הראויה מבין האופציות השונות שהמדיניות המשפטית מעמידה בפני השופט.

174 ראה רובינשטיין, משפט קונסטיטוציוני (תל אביב, מהדורה שלישית, 1980), 225.

175 ראה נילי (לעיל, הערה 148).

176 ראה שפירו (לעיל, הערה 100) עמ' 111: "Thus it is precisely in those governments in which the independence of the judiciary is stressed, because of a desire to check and balance, that the judiciary is likely to acquire substantial lawmaking and administering capabilities"

177 ראה סטון *Social Dimensions of Law and Justice* (לעיל, הערה 99) 667.

זהו "הרמה" האינטלקטואלית השנייה, שעניינה המדיניות השיפוטית לקביעת המדיניות המשפטית. ברמה זו, בצד המדיניות השיפוטית של הרשות השופטת עומדות המדיניות החקיקתית של הרשות המחוקקת¹⁷⁸ והמדיניות הביצועית של הרשות המבצעת¹⁷⁹. לשם קביעתה של "רמה" שנייה זו – מזווית הראייה של הרשות השופטת – ראינו שיש למקד את הדיון באותן תכונות המעניקות צביון מיוחד לחקיקתה של הרשות השופטת. תכונות אלה הן בעיקרן שלוש: האחת, שהחקיקה השיפוטית נעשית אנג' ולצורך הכרעה בסכסוך ובאמצעות מכשיר שנוצר בעיקרו לשם הכרעה בסכסוך; השנייה, שהחקיקה השיפוטית נעשית על-ידי גוף הנעדר מימד דמוקרטי מסוים; השלישית, שבחקיקה השיפוטית יש משום ערבוב בין פונקציה ובין אורגן, ובכך יש משום סתירה כלשהי של עקרון הפרדת הרשויות. ראינו, כי שלוש תכונות מיוחדות אלה אכן בהן כדי לשלול או להצדיק חקיקה שיפוטית כשלעצמה, אלא יש בהן כדי להוות שיקולים לקביעתה של מדיניות שיפוטית ראויה. לבחינה קרובה יותר של מדיניות שיפוטית ראויה זו נפנה עתה.

ד. מדיניות שיפוטית ראויה

1. מודעות לתפקיד החקיקתי

יסוד ראשון בגיבושה של מדיניות שיפוטית ראויה היא היות השופט מודע לכך שהוא עוסק לא רק בשפיטה אלא גם בחקיקה. רק אם מודעת לשופט הדואליות הפונקציונלית הכרוכה בתפקידו, ושאינן הוא רק מכריע בסכסוך האינדיווידואלי שלפניו, אלא גם קובע נורמה של התנהגות עתידה לציבור, הוא יוכל לעסוק בצורה ראויה בחקיקה שיפוטית. שופט הרואה עצמו "פה" של המחוקק, על-פי תיאורית הגרמפון, והשולל מעצמו כל פעילות חקיקתית, לא יוכל לשקול שיקולים ראויים של חקיקה שיפוטית. שופט זה, שפיתתו מודעת ואילו חקיקתו בלתי מודעת, התוצאה היא שחקיקתו נעשית בלא כל שיקול דעת באשר להיקפה הראוי. שכן זאת יש לזכור: גם שופט הגורס שהוא עוסק בהכרעה בסכסוך בלבד, ואין לו יד בחקיקה, עוסק בחקיקה¹⁸⁰, אך חקיקתו היא שרירותית

178 כגון, מדיניות חקיקה העשויה לגרום לא לטפל, במציאות הנתונה, בבעיות יסוד של דת ומדינה, או בקביעתה של חוקה. עניין אחד של מדיניות חקיקה הוא האם להעניק לרשות השופטת, בעניינים אחרים, סמכויות נרחבות של חקיקה שיפוטית, ובעניינים אחרים להצטרף סמכויות אלה. כך, למשל, שאלת יסוד של מדיניות חקיקה היא, האם להכיר בביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים. ראה: לגדרי, "חוק כחוק עליון למדינת ישראל?" הפרקליט כו (תשכ"ו) סד; ברק, "שלטון החוק" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים (תש"ל) 15, 20. מדיניות חקיקה זו אינה מכוונת רק ליחסי הגומלין שבין הרשות המחוקקת ובין הרשות השופטת, אלא עניינה גם ביחסי הגומלין שבין הרשות המחוקקת ובין הרשות המבצעת, כגון, היקף חקיקת המשנה שתיעשה על ידי הרשות המבצעת, ומידת הפיקוח עליה. ראה ברק, "Subordinate Legislation" (לעיל, הערה 172) 219.

179 כגון, מדיניות של רשות מבצעת באשר לסוגי העניינים המובאים ושאינם מובאים להכרעה שיפוטית ולחקיקה שיפוטית. השווה ויחקן, "Some Reflections on Judicial Law-Making" (לעיל, הערה 6) 482.

180 ראה דקליף (לעיל, הערה 96), 271: "A judge might commend himself to the most rigid principle of adherence to precedent, might close his day's work every evening in the

וקפריזית. חקיקה שיפוטית ראויה לשמה, הבוחרת במתכוון באופציה ראויה, חייבת להתבסס על מודעות של מעשה החקיקה.

2. מודעות לאינצידנטליות של החקיקה השיפוטית

על השופט להיות מודע לכך שהוא עוסק בחקיקה, אך עליו להיות גם מודע לכך שתפקיד זה אינו עומד בפני עצמו אלא הוא נעשה אגב השפיטה ולצורך השפיטה. עליו לזכור תמיד שעליו להכריע בסכסוך קונקרטי ושההלכה הכללית שהוא קובע כרוכה בהכרעה בסכסוך¹⁸¹. דואליות פונקציונלית זו — שפיטה וחקיקה הכרוכות זו בזו — מכבידה על השופט ויוצרת מתח מתמיד בעבודתו השיפוטית¹⁸². אחת הדילמות הקשות ביותר שהשופט ניצב בפניה היא זו של הבחירה בין פתרון משפטי שהוא ראוי לצדדים שלפניו מזה ובין בחירה בפתרון משפטי שהוא ראוי לציבור הרחב מזה. היעדר השופט פתרון שנראה לו ראוי לסכסוך שלפניו, אך העשוי להביא להלכה שתגרום תקלה בעתיד למתדיינים אחרים?¹⁸³ או שמא יתעלם מהפתרון למקרה הקונקרטי וידאג אך להלכה הכללית?

שופט המודע לתפקידו החקיקתי חייב לשקול תמיד את המשמעות ארוכת הטווח של החלטתו. הוא אינו רשאי לומר שהעמיד ידאג לעצמו. באותה מידה, שופט שמודע לתפקידו השיפוטי חייב לשקול תמיד מה המשמעות שתהיה להחלטתו לגבי הצדדים שלפניו, ואין הוא רשאי להחל על מאינטרסים אלה. על השופט לגבש את החלטתו תוך מודעות לסכסוך הקונקרטי מזה ולהלכה הכללית מזה. מודעות זו אין פירושה שעל השופט תמיד לפשר בין שני אלה, תוך ויתור מה לכל אחד מהם. מודעות זו פירושה אך זה שהשופט אינו עוצם את עיניו מראייה כוללת של תפקידו הכפול: הכרעה בסכסוך וקביעת הלכה. עמד על כך השופט לנדוי באומרו¹⁸⁴:

conviction that he had said nothing and decided nothing that was not in accordance with what his predecessors had said or decided before him; yet, even so, their words, when he repeats them, mean something materially different in his mouth just because twentieth-century man has not the power to speak with the tone or accent of the man of the seventeenth or the eighteenth or the nineteenth century. The context is different; the range of reference is different; and, whatever his intention, the hallowed words of authority themselves are a fresh coinage newly minted in his speech. In that limited sense time uses us all as the instrument of innovation"

181 ראה ריחקן, "Some Reflections of Judicial Law-Making" (לעיל, הערה 6) 487: "But ultimately, the responsibility for creating a coherent and consistent body of cases designed not only to do justice in the case itself but also to guide the law in a desirable direction must rest upon the judiciary"

182 ראה שפירו (לעיל, הערה 100) 176: "Judicial Lawmaking necessarily creates a fundamental tension between courts and their basic social logic"

183 ראה כהן (לעיל, הערה 10) 144: "A judge looking only to the interests of the two parties before him is apt to forget that his decision will affect countless others who are not present and whose circumstances are not all identical"

184 ראה לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6) 293.

"אולם תהליך זה של התהוות המשפט תוך כדי פסיקה מחייב ששקול הדעת יופעל לא רק כדי למצוא תשובה צדקת, מספקת ומספקת את המקרה הקונקרטי. אמנם זו הדרישה הראשונית — הייתי אומר הפרימיטיבית — מעין שפיטת זקני העיר היושבים בשער. אבל תמיד יזכור השופט ש"מקרים קשים מוליכים הלכה גרועה", ועליו להפנות את מבטו גם אחורנית וגם קדימה: פסיקתו חייבת להשתלב במסכת הפסיקה הקיימת מלפני כן ועם זאת עליה להוות יסוד לעשיית משפט במקרים דומים שיבואו בעתיד. פסיקה שאינה עומדת במבחן משולש זה של עקביות: צדק במקרה הקונקרטי, השתלבות בפסיקה קודמת ויסוד לפסיקה בעתיד — אינה אלא שרירות וסופה חוסר יציבות במידה שאין לשאתה".

הפתרון האידיאלי הוא כמובן זה שבו עומד השופט "במבחן משולש זה" שהציב השופט לנדוי. אך לעתים פתרון זה אינו ברה"שגה. לעתים על השופט לקבוע הלכה כללית העשויה להיות קשה לצדדים הקונקרטיים שלפניו. לא הייתי רואה בכך כישלון בביצוע התפקיד השיפוטי ובלבד שהיתה מודעת לשופט השפעתה של פסיקתו על המקרה הקונקרטי שלפניו.

עמדתי על כך שהחקיקה השיפוטית נעשית אגב השפיטה¹⁸⁵. רצוני להדגיש — בעקבות השופט לנדוי — שחקיקה שיפוטית זו נעשית אך לצורך השפיטה, ולצורך זה בלבד. אומר השופט לנדוי¹⁸⁶:

"תפקידו של בית המשפט הוא לפסוק את הדין בענין המובא לפניו, והלכתו השיפוטית חייבת לעלות באופן טבעי מן הפסיקה במקרה הקונקרטי. מה שמעבר לזה הוא בבחינת אמרות-אגב — obiter dicta — שלא רק שאינן מחייבות במקרים שעוד יבואו, אלא יש בהן גם סכנה של הקדמת המאוחר ושל הכללות שאינן עומדות לאחר מכן במבחן של מצבים עובדתיים חדשים שטרם נולדו. לשופט דרושה תכונת הנכונות לפסוק את הדין, אך חוות-דעתו חייבת להנתן לצורך פסיקת הדין ולא אגב פסיקת הדין, מפני שסוגיה פלונית מענינה אותו והוא שש אלי קרב לומר בה את דברו".

אכן, חייב שופט להיות מודע לכך שפסק הדין אינו מנוף לאמרות שאינן חיוניות והכרחיות להכרעת הדין שלפניו. החקיקה השיפוטית צומחת מהמקרה הקונקרטי והיא צמודה לעובדותיו. לא פעם חוטאים שופטים — וכותב רשימה זו ביניהם¹⁸⁷ — באמרות אגב שאינן נדרשות לעניין. מבחינה פורמלית הלכתם אינה חקיקה שיפוטית, שכן אין לה תוקף מחייב. מבחינה מהותית יש בהן באמרות האגב מספר מגרעות, אשר העיקרית שבהן היא, שבקביעתה של אמרת האגב אין השופט חש אותה אחריות אישית ומוסדית שהוא חש בקביעתה של הלכת פסק הדין, אשר מהווה את דבר החקיקה השיפוטית. אכן, כאשר שופט חוטא באמרות אגב מיותרות קם על-פי רוב שופט טוב ממנו ומעיד לו על

185 ראה פולר (לעיל, הערה 4) 86.

186 לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" (לעיל, הערה 6) 503.

187 ע"א 502/78 מדינת ישראל נ' ניסים, פ"ד (4) 748.

כך¹⁸⁸. עם זאת, אין לחדר שיש לאמרות האגב גם מספר מטרות חיוביות מבחינתה של מדיניות שיפוטית ראויה, כגון העמדת הציבור על כך ששינוי עתידי בפסיקה צפוי, ובכך נוצרות ציפיות חדשות המאזנות את האופי הרטרואקטיבי של ההלכה השיפוטית החדשה¹⁸⁹.

זאת ועוד: צמידות זו לעובדות המקרה, ואינצידנטליות החקיקה השיפוטית, אין פירושן שפסק הדין צריך להתייחס רק לעובדות ולפסקי דין במקרים דומים. אמת הדבר, דרך הילוכה של ההלכה השיפוטית — בעיקר בעולם האנגלו-סאכסי — הוא ממקרה קונקרטי למקרה קונקרטי, אך תנועה זו אינה מתנהלת בקו ישר, שכן במעבר ממקרה קונקרטי אחד למקרה קונקרטי שני עובר ההליך השיפוטי דרך העיקרון הכללי המשותף למקרים הקונקרטיים¹⁹⁰. בלי גיבושו המודע של העיקרון הכללי אין כל הסבר מדוע המקרה הקונקרטי השני דומה דווקא לראשון, ואין כל הנמקה עניינית לפסק הדין. זאת ועוד: בהעדר התייחסות לעיקרון הכללי, אין בני הציבור יכולים לדעת מהו שהביא את בית המשפט לפסיקתו במקרה השני, וכיצד עליהם לכלכל את מעשיהם בעתיד. אכן, ההתפתחות ההלכתית אינה אינדוקטיבית בלבד ואינה דדוקטיבית בלבד, אלא היא משלבת את השתיים. החקיקה השיפוטית הראויה — המכירה באינצידנטליות שלה — חייבת להתייחס למקרים הקונקרטיים של העבר, תוך קביעת העיקרון הכללי הצומח מהם ושעליו הם נשענים (הליך אינדוקטיבי). על ההליך השיפוטי לנתח את העיקרון הכללי ובשעת הצורך לשנותו ולהתאימו לצורכי הומו. משנקבע העיקרון הכללי החל בעניין על ההליך השיפוטי להפעיל עיקרון זה על נסיבותיו המיוחדות של המקרה החדש (הליך דדוקטיבי). אמת הדבר, בגישה זו טמונה לעתים סכנת מה של אמרות אגב, אך דומה שרק בדרך זו ניתן להצביע בצורה ברורה על העיקרון המשפטי העומד ביסוד ההלכה — היא החקיקה השיפוטית האינצידנטלית — באופן שבני הציבור יוכלו לנהוג על-פיו בעתיד. ספק אם גישה זו מקובלת על הנשיא לנדוי, הכותב¹⁹¹:

"מתחילת דרכו ועד לראשית שנות השבעים הלך בית המשפט, בדרך כלל, בתלם השיטה של פסיקת בתי המשפט באנגליה... כוונתי לשיטה שנוקטים שופטים אנגליים בפסיקתם, של ההליכה מן הפרט אל הפרט, ההצמדות לעובדות המקרה ופרשנות טקסטואלית מדקדקת של פסיקה קודמת, הרתיעה מהכללות תיאוריות והצמיחה האינדוקטיבית, האורגנית, של ההלכה".

זו השיטה הנראית ראויה בעיני הנשיא לנדוי. אכן, אף לנו נראה שהפסיקה חייבת להיות צמודה לעובדות המקרה, שצמיחתה חייבת להיות אורגנית. עם זאת, לא נראה לנו

188 כפי שעשה הנשיא לנדוי ברשימתו. ראה לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" (לעיל, הערה 6), 503.

189 על חשיבות זו של אמרת האגב עמד פרופ' קיטון. ראה: Keeton, "Creative Continuity in the Law", 75 H.L. Rev. 463, 489; of Torts; ראה גם רבני הנשיא לנדוי בד"נ 25/80 קאטשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457, 461.

190 ראה וטרשטרום (לעיל, הערה 129) 172; לוי (לעיל, הערה 91) 8; סטוליאיר (לעיל, הערה 129) 181. 191 ראה לנדוי, "מגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון" (לעיל, הערה 6) 502.

ששיטתם של השופטים האנגליים היא הליכה מן הפרט אל הפרט. כאמור, בהליכה זו הם עוברים דרך העיקרון הכללי העומד ביסוד ההלכה כפי שיוכיחו פרשת *Donoghue v. Stevenson*¹⁹² או פרשת *Rylands v. Fletcher*¹⁹³. הפרשנות האנגלית¹⁹⁴ אינה "פרשנות טקסטואלית מדקדקת של פסיקה קדומה", אלא פרשנות תכליתית ורחבה הנוקטת לגישה אינדוקטיבית ודוקטיבית גם יחד והמציירת יריעה מלאה של עקרונות המשפט המתבקשים, לרבות הכללות תיאורטיות במקום שהן נחוצות¹⁹⁵. יש לציין, שגישה דומה נקטו שופטי בית המשפט העליון מאז ייסודו¹⁹⁶. רק כך ניתן להבטיח שיטת משפט הפותרת לא רק את הבעיות, שכבר נפתרו בעבר, אלא שיש בה גם חיות לפתור את בעיות ההווה והעתיד.

3. הכרת מהותה ותפקידה של החקיקה

העוסק בביצוע של פונקציה פלונית מן הראוי לו שיכיר את מהותה ותפקידה. השופט עוסק בחקיקה, ועל כן מן הראוי לו שיכיר את מהותה ותפקידה. רק תוך הכרות זו יוכל השופט לבצע כראוי את תפקידו החקיקתי. בחינתה של החקיקה, מהותה ותפקידה, חורגת ממסגרתה של רשימה זו. עם זאת, עניין אחד הוא בעל חשיבות מיוחדת, ועל כן ראוי להדגשה. החקיקה באה לגשר על הפער שנוצר, מטבע הדברים, בין המשפט ובין המציאות. פער זה הוא בלתי נמנע, שכן עצם השינוי החברתי מביא לשינוי בתפקידה, במהותה ובתוצאותיה של הנורמה המשפטית¹⁹⁷. ההיסטוריה של המשפט אינה אלא ההיסטוריה של התאמת המשפט לצורכי החיים המשתנים. חיי המשפט הם התחדשות מתמדת לשם התאמת הדין לחיים¹⁹⁸. מטרת החקיקה היא אפוא, בין השאר, גישור בין משפט ובין מציאות. על השופט העוסק בחקיקה להיות מודע לכך. עליו לראות את חקיקתו השיפוטית כמכוונת, בין השאר, להביא להתאמה בין הנורמה המשפטית ובין המציאות החברתית. מבין האופציות שמתחם הלגיטימיות הפורמלית מעמיד בפני

192 ראה A.C. 562 (1932).

193 ראה 3 H.L. 330 (1868) L.R.

194 ראה, למשל: *Seaford Court Estates v. Asher* (1949) 2 K.B. 481; *Kammins v. Zenith Investments* (1971) A.C. 850, 881; *Nothman v. Bard Council* (1978) 1 W.L.R. 220; *Carter v. Braddbeer* (1975) 3 A.C. 158, 161; "If one looks to the actual decisions of this House on questions of statutory construction over the last 30 years one cannot fail to be struck by the evidence of a trend away from purely literal towards the purposive construction of statutory provisions".

195 ראה: Cross, *Statutory Interpretations* (London 1ed., 1976) 164.

196 ראה סקירותיו של פרופ' ידן על הפרשנות השיפוטית אצלנו: "על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט כג (תש"ל) 305; "עוד על פירוש חוקי הכנסת", בתוך: ספר היוכל לפנחס רוזן (תשי"ז): 125; "שוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט כו (תש"ל) 190; "על פירוש חוקי הכנסת — ברביעית", הפרקליט לא (תשל"ז-ח) 395.

197 ראה קרדו *The Paradoxes of Legal Science* (לעיל, הערה 5) 10.

198 ראה: Hiller, "The Law-Creative Role of Appellate Courts in Developing Countries" (לעיל, הערה 98) 254.

השופט עליו לבחור באותה אופציה, המביאה להתאמה בין ההלכה ובין המעשה. אין השופט צריך לומר: "התאמת המשפט למציאות היא עניין למחוקק ולא לי. אני אינני רואה את עצמי כמי שמבצע רפורמה במשפט"¹⁹⁹. התאמת המשפט למציאות היא עניין לחקיקה, והשופט עוסק בחקיקה²⁰⁰. החקיקה היא מכשיר לרפורמה, ועל כן השופט העוסק בחקיקה מן הראוי שיהא ער לכך שהוא משמש גם כמי שמבצע רפורמה במשפט²⁰¹. כמובן, לעתים רצוי להימנע מרפורמה שיפוטית ולהעביר את המשימה לרשות המחוקקת. הטעם לכך אינו צריך להיות עצם מעשה החקיקה הנדרש, אלא התאמתה המיוחדת של הרשות המחוקקת לביצועה של אותה חקיקה ספציפית. מן הבחינה העקרונית, גם השופט עוסק בחקיקה ועל כן עליו לראות את תפקידו, בין השאר, כהתאמת המשפט לחיים. אכן, יהיו עניינים שבהם לא רק שהשופט צריך לעסוק ברפורמה בדין, אלא שעיסוקו שלו עדיף על פני עיסוקן של רשויות השלטון האחרות.

4. תפיסת החברה את התפקיד השיפוטי

שיקול בעל חשיבות, שכל שופט חייב להתחשב בו, הוא תפיסתה של החברה (לרבות חברי הגוף המחוקק, השופטים, חברי הרשות המבצעת והמקצוע עריכת-דין) את התפקיד השיפוטי²⁰². לא הרי החופש המהותי שיש לשופט, בחברה שבה תפיסת היסוד של ההליך השיפוטי היא שהשופט הוא "פה" של המחוקק, כהרי החופש המהותי שיש לשופט בחברה שבה ניתנת לגיטימציה מהותית ליצירה שיפוטית מקיפה. בכל חברה קיימת הסכמה מסוימת באשר לאיזון הראוי בהיקף החקיקה של כל אחת משלוש הרשויות. על השופט להתחשב בהסכמה זו. חקיקה מחוץ לאותה הסכמה, ואי חקיקה במסגרת אותה

199 על כן, אינה מקובלת עלי גישתו של השופט ג'וויט (Jowitt) שאמר: "... please do not get yourself into the frame of mind of entrusting to the judges the working out of a whole new set of principles which does accord with the requirements of modern conditions. Leave that to the legislature, and leave us to confine ourselves to trying to find out what the law is". Jowitt, 25 A.C.J. 278, 296 (1951) cited by Friedmann, "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking", *Supra* note 6, 821. וגם לא מקובלת עלי גישתו של השופט סימונדס (Lord Chancellor Simonds) בפרשת (1962) A.C. 446, 476 *Scruttons v. Midland Silicones Ltd.* כי: "The room for judicial activism" is indeed very small; and, in a community with lively parliamentary responsiveness, is in truth unnecessary". Barwick, "Judiciary Law: Some Observations Thereon", *C.L.R.* (1980) 239, 248.

200 ראה דברי השופט ריד (Lord Reid) בפרשת (1965) A.C. 1009, 1021: "I have never taken a narrow view of the function of this House as an appellate tribunal. The common law must be developed to meet changing economic conditions and habits of thought, and I would not be deterred by expressions of opinion in this House in old cases". Denning, "The Reform of Equity", in: Hamson (ed.), *Law Reform and Law-Making* (1953) 31; idem, *From Precedent to Precedent* (1959) 34. ראה גם דבריו של השופט אגונט בע"פ 95/51 (פ"ד ו, 341, 350) המצוטטים בגוף המאמר, ליד הערה 100 לעיל.

201 ראה המחלוקת בעניין זה בד"נ 39/75 (לעיל, הערה 117).

202 ראה פרימן (לעיל, הערה 6) 181.

הסכמה, עשויות לפגוע באמון הציבור במערכת השיפוטית. תפיסת היסוד של הציבור באשר להפרדת הרשויות הראויה, ובאשר להיקף הראוי של חקיקה שיפוטית- "אוליגרכית", מן הראוי שתהיה שיקול אשר השופט צריך להתחשב בו.²⁰³

הסכמה זו אינה סטטית ועשוי לחול בה שינוי. עצם ההתמדה בפעילות של חקיקה שיפוטית או בהימנעות מחקיקה שיפוטית, והבאתה של זו לידיעת הציבור, עשויה לשנות, בטווח הארוך, את ההסכמה באשר לגיטימיות של החקיקה השיפוטית. על כן צריכה החקיקה השיפוטית לנוע, אם בכיוון של יתר אקטיביות, ואם בכיוון של יתר פסיביות, באיטיות, תוך שהיא מפלסת לעצמה דרך בגבולות ההסכמה הציבורית ובכך משפיעה על ההסכמה עצמה. אכן, יש להימנע מחקיקה שיפוטית — או מאי חקיקה שיפוטית — אשר תפגע בתחושת היסוד על הציבור באשר לתחום הראוי שבו צריכה החקיקה השיפוטית לפעול.

במסגרת תפיסת החברה את התפקיד השיפוטי יש להתחשב במיוחד בתפיסתם של גורמים אחדים בחברה: (א) חברי הרשות המחוקקת והמבצעת. תפיסתם שלהם בדבר "מהותה" של החקיקה השיפוטית, וגבולות הלגיטימיות המהותית שלה, הם בעלי עניין מיוחד לרשות השופטת, שהרי שלוש רשויות אלה מהוות את רשויות השלטון במדינה, ביניהן מצויה החלוקה בין הרשויות, והן מופקדות על שלטון החוק; (ב) השופטים עצמם. באולמו שלו כל שופט הוא סולן, אך בסופו של דבר השופטים כולם הם אך נגנים בתזמורת השיפוטית. חייבת להיות ביניהם הבנה באשר למהות תפקידה, ולמהותה של החקיקה השיפוטית הראויה. ערכאת השיפוט העליונה אינו בית שופטים אלא בית משפט.²⁰⁴ כמובן, אין לצפות להסכמה מלאה, אך דומה שרצוי שיהיו תפיסות יסוד משותפות. אמת, בכל עת מצויים שופטים ההולכים לפני המתנה או אחריו, ותופעה זו כשלעצמה מעלותיה עמה. אך דומה שרצוי שתהיה למרביתם של השופטים תשתית אינטלקטואלית משותפת באשר למהות התפקיד השיפוטי; (ג) אלה הם עורכי הדין. הפרקליטים הם המקשרים את הרשות השופטת אל בני הציבור. עורך הדין הוא המפרש את הפסיקה ללקוחותיו. הוא המשפיע, במידה רבה, על יצירתן של הציפיות הסבירות של בני הציבור. הוא המחווה דעתו על דבר הלגיטימיות — הפורמלית והמהותית — של החקיקה השיפוטית, ובכך יוצר דעת ציבור בכל הנוגע להיקפה הראוי של החקיקה השיפוטית. זהו מצב בלתי בריא, שבו תפיסות היסוד באשר לחקיקה השיפוטית של הרשות השופטת ושל עריכת הדין הן שונות באופן מהותי זו מזו. זאת ועוד: בחקיקה שיפוטית ראויה נוטלים חלק שופטים ופרקליטים גם יחד. הפרקליט הוא המכין את הקרקע, והוא הטומן לעתים את הזרע, ואילו השופט הוא הקוצר. בלא סיוע של ממש מעריכת הדין לא יבוא התריש הנכון, לא תוצג התשתית העובדתית הדרושה, ולא ייחשפו האלטרנטיבות הראויות. הפרקליט הוא כלי עזר חשוב בהילוכה של החקיקה השיפוטית, וגישתו שלו, עמדתו שלו ויכולתו שלו, הם שיקול חשוב בקביעתה של מדיניות שיפוטית ראויה; (ד) חכמי המשפט, שעיסוקם בתיאוריה של המשפט, ואשר במחקריהם הם מניחים את היסוד למדע המשפט ולתורת החקיקה השיפוטית. דעתם שלהם, ותפיסת

203 ראה הערה 207 להלן.

204 ראה השופט זילברג בד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לפועל של צוואת המנוח ליטרינסקי, פ"ד טו 71.

היסוד שלהם בדבר התפקיד השיפוטי, חשובים במיוחד בקביעת מדיניות שיפוטית ראויה להיקפה המהותי של החקיקה השיפוטית; (ה) הציבור הנאור. עניין מיוחד יש לו לשופט בעמדתו של הציבור הנאור, שאינו בעל תפקיד פורמלי ברשות השלטון, ושאינו מומחה למשפט, אך המשקף את התבונה והריסון, הנדרשים מהשופט בחקיקתו השיפוטית. ציבור נאור זה — אשר השופט בדרך כלל רואה עצמו כשייך אליו — משפיע במידה רבה על תפיסות היסוד של החברה בדבר התפקיד השיפוטי.²⁰⁵

5. הסכמה חברתית בדבר תוכן החקיקה

על השופט להביא בחשבון שיקוליו לא רק את ההסכמה החברתית בדבר ההיקף הראוי של החקיקה השיפוטית, אלא גם את ההסכמה החברתית בדבר הפתרון הקונקרטי הבא בחשבון. במסגרת מתחם הלגיטימיות הפורמלית רצוי לבחור באותה אופציה העולה בקנה אחד עם ההסכמה החברתית, או שלפחות אינה סותרת אותה.²⁰⁶ כפי שאמר השופט דיפלוק:²⁰⁷

"If the legal process is to retain the confidence of the nation, the extent to which the High Court exercises its undoubted power not to adhere to a previous decision of its own must be consonant with consensus of the opinion of the public, of the elected legislature and the judiciary as the proper balance between the respective roles of the legislature and the judiciary as law-makers".

רצוי להימנע מבחירתה של אופציה העומדת בניגוד חריף לתפיסת היסוד של הציבור.²⁰⁸ כך, למשל, מוצדקת התאפקות שיפוטית בכל הנוגע לנישואין אזרחיים, שכן עניין זה שנוי במחלוקת חריפה בציבור.²⁰⁹ השופט אינו צריך לראות עצמו כנושא-הדגל

205 השווה דברי הנשיא לנדוי בע"א 561/62 (פ"ד יז, 130, 1335), ובבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 520. המסתמך מצדו על: Friedman, *Legal Theory* (4th ed.) 403; *Law in a Changing Society* (1903) 45.

206 ראה דוולין (לעיל, הערה 144) 1.

207 *Geelong Harbor Trust Co. v. Gibbs Bright Co.* (לעיל, הערה 100); ברויך (לעיל, הערה 199) 240.

208 ראה גישתו של השופט לנדוי בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, (לעיל, הערה 205); ראה גם לוי (לעיל, הערה 129) 33.

209 ראה ע"א 373/72 (לעיל, הערה 117) 15. אומר השופט עציוני: "לא כן הדבר כשמדובר בהנהגת מוסד משפטי חדש כנישואין אזרחיים בארץ. כאן לא בהיסח הדעת החסיר המחוקק את המוסד הזה מספר החוקים. ברור לכל מי שעוקב אחרי עבודת הכנסת ודעות המפלגות השונות שענין זה הוא סלע מחלוקת חריף בציבור הישראלי וכי עדיין לא נפלה ההכרעה להנהגת נישואין אזרחיים, הכרעה שתקבל צורה משפטית נאותה. ומה לנו בתור שופטים, המצוים להתרחק מכל פולמוס וריב פוליטי, לבוא במקום המחוקק ולהכריע בשאלה שמפלגת את הציבור? ואם היינו עושים זאת האם לא היו שואלים אותנו בצדק, 'מי שמכם' ומי הסמיך אתכם להסיג את גבולו של המחוקק, והרי שלטון החוק בו אנו חיים ועליו אנו מצווים לשמור כבבת עינינו — יסודו בהפרדת הרשויות ושמירה על התחומים שביניהם באופן שאחד לא יסיג את גבולו של השני".

של הסכמה חברתית חדשה. בדרך כלל, בית הנבחרים הוא המוסד הראוי ליצירת שינויים דראסטיים בעניין זה. כמובן, לעתים קשה לדעת מהי ההסכמה החברתית. לעתים קיימת מחלוקת כנה בין השופטים בדבר ההסכמה. לעתים סובר שופט שהמקרה הוא כה חריג בחריפותו עד כי עליו ללכת לפני המחנה²¹⁰. כמובן שאין לקבוע מסמרות בעניין זה, אך דומה שלא רצוי שמקרים חריגים אלה ייהפכו לדבר שבשגרה.

על-פי שיקולים אלה יש לשופט מרחב לחקיקה שיפוטית שתביא בעקבותיה לרפורמה בתחומים כמו דין אזרחי דיני ראיות. הוא הדין באותם תחומים של המשפט הסובסטיבי הנחשבים כ"משפט עורכי-הדין" (lawyers laws), כגון דיני חוזים, נזיקין דיוני. לעומת זאת, רצויה התאפקות שיפוטית באותם תחומי משפט שבהם קיים מטען אידיאולוגי (כגון מקצת דיני משפחה) או מוסרי (כגון המתת חסד). על כן מקובלת עלי הגישה, לפיה רצוי ריסון שיפוטי בסוגיה כמו "מיהו יהודי"²¹¹. לעומת זאת, רצויה פעילות שיפוטית בסוגיות שונות של התאמת האינפלציה למשפט, שכן עם הגברתה של האינפלציה התגבשה הסכמה באשר לכיוון השערוך (כעיקרון) וההצמדה (כשיטה) שבו יש לצעוד²¹². דומה, שכיום רק חקיקה של הכנסת ראוי לה, אם בכלל, לשנות כיוון זה.

6. היקפה של הרפורמה הנדרשת

שיקול שיש להתחשב בו הוא היקפה של הרפורמה הנדרשת. כאשר עניין לנו ברפורמה מוגבלת וקומפקטית, כגון בשאלה אם שותף יכול לסייע לשותף²¹³, ראוי לה לרפורמה זו שתיעשה בדרך החקיקה השיפוטית. לעומת זאת, מגבלותיה המוסדיות של הרשות השופטת מקשות על רפורמה מקיפה בענף משפטי שלם²¹⁴. כך, למשל, גם אם דרישת התמורה מקורה בשפיטה, ספק אם ראוי לו לבית המשפט, בשיטת משפט שבה התמורה היא חיונית ליצירתו של חיוב חוזי, לבטל דרישה זו בדרך החקיקה השיפוטית²¹⁵. ביטול

210 ראה השופט ויחקן בבג"צ 58/68 (לעיל, הערה 205) 532, 535.

211 כגישתו של השופט לנדוי בבג"צ 58/68 (לעיל, הערה 205).

212 ייתכן שהצדק היה עם השופט לנדוי בתחילת שנות השבעים, בזמן שהאינפלציה הייתה דרספרתית. ייתכן "שבחי המשפט מצדם חייבים לשמור על יציבות פסיקהם אפילו בחנאים של היום, ולמשך יום מן הנסיון להביא בעל-דין פלוני על סיפוקו בדרך של חקיקה שיפוטית, ותוך כדי כך לשבש את ההלכה בכללה". (ראה: ע"א 411/74 מכוניות חדר בצ"מ נ' סימן טוב, פ"ד כט (1) 561, 569). אך שונה הדין כאשר האינפלציה היא תלת-ספרתית, וכל המשק פועל על פי שיטת ההצמדה. בנסיבות אלה, ההסכמה הלאומית היא בוודאי לחקיקה שיפוטית אשר תביא לרפורמה בתחום זה. כדעת השופט ברנזון בד"נ 39/75 (לעיל, הערה 117). אכן, הנשיא לנדוי עצמו לא היסס לפעול להרפורמה בתחום זה, בכל הנוגע להצמדתם של חיובים סטטוטוריים. ראה: ד"נ 15/79 ליבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, פ"ד לה (3) 29. וראה גם לעיל, הערה 184.

213 ראה ד"נ 25/80 (לעיל, הערה 189). אך ראה ע"פ 389/73 (לעיל, הערה 117). בבית הלורדים נחלקו הדעות, אם ראוי לו לבית הלורדים — או למחוקק — להכניס רפורמה מקיפה בדיני עדות השמיעה. ראה: Myers v. D.P.P. (1944) 2 All. E.R. p. 881. הרוב החליט להשאיר עניין זה למחוקק. לביקורת על גישה זו ראה פרימן (לעיל, הערה 6).

214 ראה: שייפר (לעיל, הערה 135) 14; הילר (לעיל, הערה 71) 92.

215 ראה דברי השופט הולמס (Holmes) בפרשת Southern Pacific Co. v. Jensen, 244 U.S. 205, 221 (1917): "A common law judge could not say I think the doctrine of consideration a bit of historical nonsense and shall not enforce it in my court".

דרישת התמורה הוא ניתוח עמוק בכל המרקם החזי, יש לו השלכות על מערכת שלמה של דינים, ומן הראוי שחקיקה זו תיעשה על-ידי הרשות המחוקקת. חקיקה שיפוטית בתחום זה תשתרע מטבע הדברים על תקופה ארוכה, תיעשה באופן לא שיטתי ותגביר את חוסר הביטחון. מקרה ביניים מעניין הוא זה שהתרחש בישראל בסוגיית שערך הסכומים המשתלמים בשל התגברות האינפלציה. מבחינה עקרונית, שאלת השערך היא נושא רחב המקיף שטחי משפט שונים, אשר הרפורמה בו מן הראוי שתיעשה בדרך החקיקה של הרשות המחוקקת²¹⁶. זו רואה לפניו את תמונת הכלכלה של המשק כולו, ויכולה לשקול את ההשפעות של שערך חובות לטווח הקצר ולטווח הארוך. הרשות המחוקקת יכולה גם לערוך הבחנות בין סוגים של חובות, ואף לקבוע סוגים של דרכי שערך. חרף כל זאת, נערכה רפורמה זו בישראל בדרך החקיקה השיפוטית, דומה שתוצאותיה היו מוצלחות²¹⁷. אחד הטעמים לכך הוא, שהאינפלציה בישראל התגברה בממדים, ניכרים ביותר ובלתי צפויים, וכתוצאה מכך רבו הפניות לבתי המשפט בענייני שערך ותוך תקופה קצרה יחסית ניתן היה לכסות את מרבית התחומים הדורשים פתרון על-פי ההסכמה הציבורית בסוגיה זו²¹⁸. עם זאת, אין להתעלם מכך שהחקיקה השיפוטית נעשתה בלא שתוצג לשופטים תמונה שלמה של השלכות פסיקה.

מטבע הדברים הוא, שההבחנה בין תחום ספציפי (שבו רצויה חקיקה שיפוטית) ובין ענף שלם (שבו רצויה התערבות הרשות המחוקקת), אינה ברורה וקשה להפעילה. זאת ועוד: לעתים קרובות רפורמה ראויה בדרך של חקיקה שיפוטית במספר סוגיות ספציפיות מביאה לכך שיש צורך ברפורמה בענף שלם, ולשם כך דרושה התערבות חקיקתית. זהו כנראה המצב בתחום הפיצויים בנוקי גוף בנויקין. כל אחת מהסוגיות הספציפיות של אבדן השתכרות²¹⁹, קיצור תוחלת חיים²²⁰ וכיוצא בהן²²¹ ראויה לרפורמה בדרך החקיקה השיפוטית, אך הנושא כולו הוא כה מורכב, ורצויות בו גישות חדישות, שרק בדרך החקיקה של הרשות המחוקקת ניתן להשיג תוצאה זו²²².

7. מהותם של הפתרונות הנדרשים

לא רק היקפו ועומקו של השינוי, אלא גם מהותם של הפתרונות הנדרשים, עשויים להשפיע על המדיניות השיפוטית הראויה. כאשר הפתרון המוצע הוא צמצום או הרחבת

216 ד"נ 39/75 (לעיל, הערה 117): "דעתי על כן היא, שמוטב להשאיר למחוקק את התפקיד של רפורמה והכנסת שיטה וסדר לענין מציאת הדרך לפצות את הנושים בעד ירידת ערך הכסף, כשהחייב אינו פורע חוב במועד תחולתו, והלוואי והוא יצליח במשימה קשה זו".

217 ראה: גרוס, "הלם האינפלציה: הצמדת מערכת החיובים בישראל" הפרקליט לג (תשל"ג) 53; א' פרוקציה, "הצמדה, שערך וריבית: עבר, הווה ועתיד" משפטים י (תשמ"ב) 262; הורק, "שערך המחיר בחוזה" עיוני משפט, ח (תשל"ח) 88; ראה גם: Gilad, "Oh Linkage and Revaluation" 15 *Isr. L. Rev.* (1980) 79; Yaron, "Linkage or Revaluation" or 'A general or a Special Index', 15 *Isr. L. Rev.* (1980) 106.

218 ראה ע"א 265/80 נובין נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537.

219 ראה ע"א 237/80 ברששת נ' האשאש, פ"ד לו(1) 281.

220 ע"א 15/66, פ"ד כ(4) 455.

221 לסוגיה זו ראה: קציר, פיצויים בשל נזק גוף (1982).

222 ראה: ברק, "הערכת הפיצויים בנוקי גוף: דין הנויקין המצוי והרצוי", עיוני משפט, ט (תשמ"ג) 243.

האחריות, ביטול חסינות או הגנה, קביעת אמות מידה להתנהגות (של הפרט או של השלטון), החקיקה השיפוטית עשויה לשמש מסגרת ראויה לפעילות זו. הטעם לכך הוא, שתחומים אלה מבוססים, מטבעם, על ניסיון חיים מצטבר של מקרים אינדיווידואליים, תוך הליכה מפרט לפרט על יסוד שיקולים של היגיון וניסיון, ותוך התחשבות בנסיבותיו של העניין. לעומת זאת, כאשר הפתרון המוצע הוא בהקמת מבנים מוסדיים, הרשות השופטת איננה מסגרת ראויה לחקיקה שכזו.²²³ על כן, קביעת אמות מידה לחובת זהירות²²⁴ ולהתנהגות זהירה²²⁵ היא חקיקה ראויה לרשות השופטת. הוא הדין בקביעת כללים להפעלת שיקול הדעת המינהלי על-פי אמות מידה של סבירות²²⁶ או הגינות.²²⁷ במסגרת זו תוכל, למשל, הרשות השופטת להרחיב סוגים אחדים של אחריות בנויקין (אשר מקורם הראשוני הוא שיפוטי), תוך מעבר מבסיס של רשלנות לבסיס של אחריות מוגברת או מוחלטת.²²⁸ אך הרשות השופטת אינה יכולה להקים קרן או מוסד אשר יפצה את הניזוקים. בדומה, הרשות השופטת יכולה לקבוע שראיות שהושגו באמצעים לא חוקיים אינן קבילות²²⁹, אך היא אינה יכולה להקים קרן שתפצה את אלה שפעלו כלפיהם שלא כדין.²³⁰ אף כאן, ההבחנות בין המקרים השונים אינן חדות, ושיקולים מיוחדים עשויים להביא לתוצאות שונות. כך, למשל, החליט בית הלורדים כי אין זה ראוי לו ליצור, בדרך החקיקה השיפוטית, סוג חדש של אחריות שילוחית²³¹, תרף העובדה שזהו עניין מובהק לפיתוח הלכתי בדרך החקיקה השיפוטית. לעומת זאת נפסק אצלנו, שבית

223 ראה: ויילר, "Legal Values and Judicial Decision-Making" (לעיל, הערה 6) 25; פרימן (לעיל, הערה 6) 178; 309 Allen, *Law in the Making* (London 7th ed., 1981).

224 ראה: ע"א 224/51 פרוצק נ' פרידמן, פ"ד 1 674, המ' 106/54, פ"ד ת, 137; ע"א 350/59 הויעץ המשפטי לממשלה נ' ברקוביץ, פ"ד (1) 206; ע"א 451/66 קורנפלד נ' שאולוב, פ"ד כא(1) 310; ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש (טרם פורסם).

225 ראה: ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פ"ד (1) 141. עם זאת, רשות שיפוטית יכולה לקבוע שנהיגה פלוגית יש בה משום התרשלות. אין רשות שיפוטית יכולה לקבוע שכל נהיגה מעל מהירות מסוימת היא מעשה התרשלות. האחרון הוא עניינה של הרשות המתוקקת, העשויה לקבוע "רשלנות סטטוטורית". כמו כן אין רשות שופטת יכולה לקבוע "תקרנות" של סכום הפיצויים, או מפתחות סטנדרטיים מחייבים. ראה *Myers v. D.P.P.* (לעיל, הערה 200).

226 ראה בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור פ"ד לה(1) 421. לסוגיית הסבירות במשפט המינהלי ראה: מ' שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המנהלי" משפטים יב (תשמ"ב), 102; א' זמיר, "עילת אי הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 298.

227 ראה בג"צ 685/78 מחמד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767.

228 לחקיקה שיפוטית בתחום הנויקין ראה קיטון (לעיל, הערה 189) 463.

229 ראה ע"פ 260/78 שאהד נ' הויעץ המשפטי לממשלה, פ"ד לג(2) 204. ראה גם: בן זאב, "ראיות שהושגו שלא כהלכה – האומנם נפרצה הדרך לעקרון הפסילה" הפרקליט לב (תשל"ט) 466.

230 דוגמה זו מביא פרימן (ראה לעיל, הערה 6) 178.

231 ראה פסק דין 127 A.C. *Morgan v. Launchbury* (1973). לפיה בעל הרכב אחראי לנהיגה רשלנית של אחד מבני השיפוטית, את התיאוריה של ה-family car. לפיה בעל הרכב אחראי לנהיגה רשלנית של אחד מבני המשפחה. בדעה שונה היה השופט דינג בבית המשפט לערעורים. ראה: *Launchbury v. Morgan* (1971) 1 All. E.R. 642.

המשפט מוסמך לפסוק פיצויים עתיים בנויקין²³², חרף העובדה שזהו עניין שראוי לה לרשות המחוקקת ליתן דעתה עליו.

מקרה מיוחד של הקמת מבנים מוסדיים הוא זה של הכרה בסטטוס מיוחד. כעיקרון, עניין זה ראוי לו שיעשה בדרך של חקיקה על-ידי הרשות המחוקקת, שכן לסטטוס חדש יש השלכות בכל ענפי המשפט, ופיתוח הלכתי בדרך החקיקה השיפוטית אינו רצוי. על כן יש הסבורים שאין ליצור בדרך החקיקה השיפוטית מוסד של אימוץ²³³, אך גם בעניין זה עשויים להיות מצבים חריגים. כך, למשל, התפתחו אצלנו הדינים של הידועה בציבור, תוך תרומה משותפת של הרשות המחוקקת והשופטת²³⁴.

מקרה מעניין הוא שיתוף נכסים בין בני זוג. אף כאן, מבחינת השיקולים העקרוניים, המסגרת המתאימה היא החקיקה של הרשות המחוקקת, שכן לשיתוף נכסים יש השלכות רבות בענפי משפט שונים (קניין, ירושה, פשיטת רגל), והשפעה לו על צדדים שלישיים. אכן, יש הסבורים שאין זה רצוי ליצור שיתוף נכסים בדרך החקיקה השיפוטית²³⁵. והנה, ההתפתחות הישראלית היתה שונה. שיתוף נכסים בין בני זוג נוצר בדרך החקיקה השיפוטית²³⁶, והניסיון הישראלי הוא מוצלח. נראה, שדווקא ההתערבות החקיקתית²³⁷, בגזרה מיוחדת, לא היתה מוצלחת ביותר²³⁸.

8. מהותם של שיקולי המדיניות המשפטית

לא רק הפתרון הנדרש, אלא גם מהותם של שיקולי המדיניות המשפטית המעצבים את הפתרון עשויים להיות בעלי השפעה בגיבושה של מדיניות שיפוטית ראויה. כאשר המדיניות המשפטית היא מהסוג שהרשות השופטת יכולה, באמצעות הכלים העומדים לרשותה, ללמדה ולהפעילה, כי אז ניתן להיזקק לשיקולים אלה בעיצובה של חקיקה שיפוטית²³⁹. לעומת זאת, כאשר המדיניות המשפטית היא כזאת שהרשות השופטת, בשל מגבלותיה המוסדיות, מתקשה להכיר בה, אזי ניתן להשאיר שיקולים אלה לרשות המחוקקת. כך, למשל, שיקולים של מדיניות משפטית בעניין זכויות האדם והאזרח²⁴⁰ —

232 ראה: ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 779. הדגש בפסק דין זה, שראוי לו למחוקק לעסוק בשאלה זו. ראה גם: ד"נ 14/68 "לפידות", חברת נפט לישראל בע"מ נ' שליסר, פ"ד כג(1) 774, 778.

233 מאמרו של פרופ' פרידמן שאוחרו בהערה 6 לעיל.

234 ראה: מ' שאוה, "הידועה בציבור כאשוח" — הגדרתה. מעמדה וזכויותיה", עיוני משפט 1 (חשל"ג) 459; ס' שלח, "בן-הזוג הידוע בציבור", משפטים, 1 (חשל"ה) 119; פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי", עיוני משפט, 1 (חשל"ג) 459.

235 ראה מאמרו של פרופ' פרידמן שאוחרו בהערה 6 לעיל.

236 על התפתחות הדין הישראלי בסוגיה זו, ראה: רוזן-צבי, יחסי ממון בין בני זוג, (מיקרושור, ירושלים (תשמ"ב) 221. ראה גם: קפלן, 'אמת ויציב' בראי הפסיקה" עיוני משפט, 1 (חשל"ט) 576.

237 חוק יחסי ממון בין בני זוג, חשל"ג-1973.

238 רוזן-צבי (לעיל, הערה 236) 301.

239 ראה מאמרו של פרופ' פרידמן שאוחרו בהערה 6 לעיל.
240 ראה: ברכה שפירא, "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט, 1 (חשל"ב) 20; שפירא, "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל" — מבצר משורין או נמר נייר" עיוני משפט, 1 (חשל"ג) 625.

חופש הדיבור והעיתונות²⁴¹, חופש ההפגנה²⁴², כבוד האדם²⁴³, חופש העיסוק וההתאגדות²⁴⁴ וכיוצא באלה זכויות יסוד של האדם – הם שיקולים שיש בידי הרשות השופטת כלים לשקלם. הוא הדין בשיקולים כמו שוויון²⁴⁵, יציבות החוזה²⁴⁶ או אף שיקולים שעניינם עומס העבודה של בתי המשפט²⁴⁷. אין לבית המשפט קושי להתחשב בשיקולים של מדיניות משפטית שניתן לשאוב אותם מהגיונם של דברים או מ"האני המאמין" של החברה²⁴⁸ או מהחקיקה הקיימת, כגון הגנה על צד שלישי לחוזה²⁴⁹, הגנה על הידועה בציבור²⁵⁰, השתחררות מדרישת התמורה²⁵¹, השתחררות מכבלים של אולטרה וירס הקובעת כשרות לפעולה²⁵², הכרה כללית בקיומו²⁵³, הגנה על החייל הפועל במסגרת שירותו²⁵⁴ וכיוצא בהם שיקולים, ברמות הפשטה שונות, שעליהם ניתן ללמוד ממכלול החקיקה²⁵⁵. לעומת זאת, שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, הדורשים לעתים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותזות שהן מצדן מחייבות הנחות נוספות, רצוי לה לרשות השופטת להיזהר מהפעלתם. הדרך הבטוחה תהיה להשאיר את הסוגיה לחקיקתה של הרשות המחוקקת עצמה²⁵⁶.

עד כה עמדתי על ההבחנה בין שיקולים של מדיניות משפטית שהרשות השופטת יכולה לשקלם בצורה ראויה בעזרת הכלים המוסדיים העומדים לרשותה ובין שיקולים של

- 241 ראה: בג"צ 73/53 חברת "קול העם בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד 1 ו 871; ד"נ 9/77 חברת חשמל נ' עתק "הארץ", פ"ד לב(3) 337. ראה גם: פנינה להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375.
- 242 ראה: בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים, פ"ד לד(2) 169.
- 243 ראה: בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294.
- 244 ראה: בג"צ 1/49 בדרנו נ' שר המשטרה, פ"ד כ 80; ע"ב 1/65 יירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט(3) 365; בג"צ 789/78 אופק נ' בורג, פ"ד לג(3) 480.
- 245 ראה: בג"צ 98/69 ברנמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693; בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השדור, פ"ד לה(4) 1.
- 246 ראה: ריינולדס (לעיל, הערה 47) 142.
- 247 ראה, למשל: בג"צ 26/76 ברשלום נ' זורע, פ"ד לא(1) 796; בג"צ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פ"ד לד(4) 429; ד"נ 40/80 פ"ד לו(3) 805.
- 248 ראה: בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 89.
- 249 וראה: פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט, ד (תשל"ד) 245.
- 250 ראה הערה 234 לעיל.
- 251 ראה: פרידמן, "מושג התמורה בחקיקה הישראלית" קובץ הרצאות בימי העין לשופטים (תשל"ה) 38.
- 252 ראה: א. פרוקצ'יה, "חידושים בדוקטרינות ישנות: אולטרה וירס וידיעה קונסטרוקטיבית בידי חברות" משפטים יא (תשל"א) 368; ראה גם: Z. Cohen, "The Companies Ordinance (Amendment) (No. 17) Law" 17 *Isr. L. Rev.* (1982) 169.
- 253 ראה ע"א 664/76 רמט בע"מ נ' פיוניר בע"מ, פ"ד לב(1) 188; ע"א 544/81 קהל בע"מ נ' סוכנות מבוניות לים התיכון בע"מ, פ"ד לו(3) 518.
- 254 ע"א 507/79 ראונדנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757.
- 255 ראה פרידמן "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" (לעיל, הערה 6) 842.
- 256 ראה: Fuller, "The Forms and Limits of Adjudication" 92 *H.L. Rev.* 353, 393. המפתח את המושג של שיקול פוליצנטרי (Polycentric tasks) שאינו ראוי לשפיטה.

מדיניות משפטית שהכלים השיפוטיים הרגילים מקשים על התחשבות בה. סוג אחר של שיקולי מדיניות משפטית הם אלה אשר בהם עשויה להיות יכולת מוסדית של קליטה ובחינה, אך אשר על-פי מהותם ראוי לה לרשות השופטת למשוך ידה מהם. זוהי הסוגיה של השפיטות²⁵⁷ או הפוליטיות²⁵⁸, אשר לאור חשיבותה מצריכה דיון נפרד. בהקשר זה יש לציין, שיש להבחין הבחן היטב בין מדיניות (policy) ובין פוליטיקה (politics). שיקולים של מדיניות ראויים לבוא בשערי בית המשפט, ובלבד שיש כלים מספיקים לטפל בהם. לעומת זאת, ראוי לו לבית המשפט, עד כמה שהדבר ניתן, לנעול שעריו בפני עניינים פוליטיים שאין אמות מידה משפטיות להכרעה בהם. כמובן, ההבחנה בין מדיניות ובין עניינים פוליטיים אינה חדה, ולעתים עשויים השיקולים להתערבב. במקרים אלה על הרשות השופטת לגלות זהירות רבה, שלא תמצא עצמה שוקלת שיקולים לא לה, והפוגעים באמון הציבור בה.

9. הגשמתן של ציפיות סבירות

שיקול ראוי של מדיניות משפטית הוא, שרצוי לשאוף לאותו דין, ולאותו שינוי בדין, שיש בו כדי להגשים את הציפיות הסבירות של הנוגעים בדבר. על כן יש להימנע — במסגרת חופש הבחירה הניתן — מבחירה באותה אופציה שיש בה פגיעה בציפיות הסבירות. הטעמים לכך רבים. פגיעה בציפייה סבירה פוגעת בחוש הצדק, משבשת חיי חברה תקינים, פוגעת באמון הציבור במשפט, ושוללת אפשרות תכנון התנהגות — לרבות מדיניות תביעה ופשרה — מראש²⁵⁹. במסגרת חקיקתה של הרשות המחוקקת ניתן להגשים, בדרך כלל, שיקול זה של מדיניות משפטית. הצעת החוק מתפרסמת ברבים. האינטרסים הציבוריים השונים נשמעים בהליכי החקיקה. דבר החקיקה אינו רטרואקטיבי, ולעתים אף נקבע פרק זמן כדי לאפשר לציבור להכין עצמו לקראת כניסתה לתוקף של החקיקה החדשה.

שונים פני הדברים כאשר לחקיקה השיפוטית. היא באה לרוב ללא ידיעה של בני הציבור. לא רק שאין נותנים זמן להתכונן לכניסתה לתוקף של החקיקה השיפוטית, אלא שהיא לעתים קרובות ביותר אף בעלת תוקף רטרואקטיבי. כתוצאה מכך, לעתים ציפיותו הסבירה של הציבור עשויה להיפגם. מצב דברים זה יש בו כדי להשפיע על סוג העניינים המתאים לחקיקה שיפוטית. ניתן לומר, שלגבי עניינים שבהם קיימות ציפיות מצוקות של בני הציבור, ואשר לאורם נקבעים אורחות חיים, מן הראוי שהמדיניות השיפוטית תגרום צמצום של התערבות שיפוטית ושל רפורמה שיפוטית. על כן רצויה התאפקות שיפוטית מפני רפורמה בדיני הקניין²⁶⁰. לעומת זאת, מכוח שיקולים אלה עצמם יש מקום לחופש

257 ראה: בג"צ 65/51 דבוטניסקי נ' וייצמן, פ"ד ה 801.

258 ראה: ויתקן פוליטיקה ומשפט (תשכ"ה); ראה גם: Strum, *The Supreme Court and 'Political Questions'* (Alabama, 1974); Zemach, *Political Questions in the Courts* (Detroit, 1976).

259 ראה ויילר: "Legal Values and Judicial Decision-Making" (לעיל, הערה 6) 26.

260 ראה לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6) 301. הוא הדין בחלק מדיני הירושה, כגון כשרותה של צוואה. אף כאן יש להבחין בין הלכה פסוקה היוצרת תנאים חדשים של אי כשרות, ובין הלכה פסוקה היוצרת תנאים חדשים של תיקוני פגמים שנפלו בצוואה לא כשרה. הפסיקה הראשונה פוגעת בציפיות סבירות, ואין היא רצויה. הפסיקה השנייה אינה פוגעת בציפיות סבירות, והיא רצויה. השווה: ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 718.

חקיקתי נרחב בתחום הסעדים, שכן אלה — להבדיל מהזכויות עצמן — אינם כרוכים על-פי רוב בציפיות ובכללי התנהגות²⁶¹. על כן נראה לי שעניין הסעדים במסגרת ההליך השיפוטי עצמו נתון לחקיקה שיפוטית נרחבת. הוא הדין בסעדים הסובסטיביים, כגון דיני הפיצויים והאכיפה²⁶².

שיקולים אלה של ציפיות סבירות נחלשים במקום שהדין אינו ברור, או במקום שהדין מיושן ואבד עליו הכלת, והדבר ידוע בציבור או במקום שהדין, על-פי עצם מהותו, אינו יוצר ציפיות — או שהציפיות שהוא יוצר אינן סבירות. במקרים אלה אין ציפייה סבירה של בני הציבור להתנהגות לפי הדין הקיים, ואין רפורמה בדרך חקיקה שיפוטית פוגעת בציפיות סבירות²⁶³. הוא הדין כאשר בתי המשפט ציינו בעבר, באמרות אגב, כי שינוי בדין עתיד להתרחש²⁶⁴. כמו כן אין פגיעה בציפיות סבירות, מקום שהדין החדש נגזר מעיקרון ידוע ומקובל, שהרי העיקרון קיים, ועצם קיומו יוצר ציפיות לגורית כללי משנה חדשים, על-פי צורכי הזמן²⁶⁵. על כן אין, בדרך כלל, משום פגיעה בציפיות סבירות שעה שבתי המשפט פועלים במסגרת עקרונות כלליים כמו סבירות והגינות²⁶⁶.

משנפסק הדין, על-דין החקיקה השיפוטית נוצרת ציפייה סבירה, כי על-פי דין זה יש לנהוג. מכאן, שסטייה מתקדים — אפילו היא אפשרית על-פי כללי השיטה — לעתים עשויה לפגוע בציפיות הסבירות. אכן, עצם קיומו של תקדים יוצר ציפיות וקובע אורחות חיים. כאשר רשות שיפוטית מבקשת לסטות מתקדים, עליה לקחת שיקול זה בחשבון.

261 כוונתנו הן לסעדים דיוניים והן לסעדים מהותיים (פיצויים, אכיפה) לקטגוריה זו שייך כחול של בית המשפט ליתן חוקף לצוואה שנפל בה פגם. ראה ד"ר 40/80 (לעיל, הערה 260).

262 להבחנה בין זכות ראשונית (חובה, זכות) ובין זכות משנית (סעד) לעניין התערבות בית המשפט ראה ויילר, "Legal Values and Judicial Decision-Making" (לעיל, הערה 6) 35.

263 מה דינו של המשפט הפלילי? היש ציפייה סבירה לעברית? היש מקום לעניין זה — להבחנה בין סוגים שונים של עבירות, או של עבריינים?

264 ראה הערה 189 לעיל.

265 ראה צייפי (לעיל, הערה 49) 409.

266 השופט לנדר (בעקבות פרופ' פאונד) מבחין בין תחומי משפט הקובעים אורחות חיים (כגון נזיקין) ובין ענפי משפט שהם פרי הקונסטרוקציה המחשבתית של המשפט (כגון קניין). בראשונים יש מקום ליתר שיקול דעת שיפוטי, שכן עניין לנו בהתנהגותם המשתנה של בני אדם, לעומת האחרונים שבהם כל זכות קניין דומה לרעותה. ראה למדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6) 292. כשלעצמי, איני משוכנע שזו הבחנה ראויה. כללי המשפט עניינם אורחות חיים, וכללי המשפט עניינם קונסטרוקציה משפטית. אכן, על הבחנתו של פאונד נמתחה ביקורת חריפה, ולדעתי מתצדקת. אומר פרופ' וסרטרם (לעיל, הערה 129) 102: "Special circumstances are present in any property case precisely to the same extent to which they are present in any other case that might require adjudication. A lease is no more and no less unique than a trespass". עמדה ביקורתית דומה נקט פרימן. ראה לעיל, הערה 6, 170. לדעתי, היסוד המבחין הוא, בין השאר, בציפייה הסבירה של בני הציבור. בראשונים (נזיקין, ראיות) אין דינים הפוגעים בדרך כלל בציפיות ישנות. אילו באחרות יש (קניין) שהדינים פוגעים בציפיות ישנות. דיני המסחר — שהשופט לנדר מסווג אותם לתחום הקונסטרוקציות המשפטיות — יש בהם היוצרים ציפיות סבירות ויש שאינם יוצרים ציפיות כאלה. כך, למשל, הלכה הקובעת, שניתן להוסיף לשטר הוראה בעניין שיפוט, אינה פוגעת בציפיות הסבירות, והיא מתאימה לשיקול דעת שיפוטי ולחקיקה שיפוטית. ראה: ע"א 9/79 קרפול נ' הורוביץ, פד"י (לד1), 260. לעומת זאת, הלכה הקובעת שהצמדת סכום השטר אסורה עשויה לפגוע בציפיות סבירות של המשק, הנהוג שיטה זו.

דוק: לעתים ההלכה הישנה בטעות יסודה ואין ברירה אלא לסטות ממנה. אין שופט רשאי להימנע מסטייה רק משום שהוא מבקש לכבד את התקדים. משניתן לו החופש לסטות והתקדים בטעות יסודו, מוטלת עליו החובה לעשות כן. אנו מתייחסים לסוג אחר של מקרים, דהיינו, באותם מצבים שבהם קיים מתחם מסוים של לגיטימיות פורמלית. השופט ניצב בפני מספר אופציות משפטיות. על-פי האחת — והיא לגיטימית — ישאר הדין כשהיה, ותישאר ההלכה על מכוונה. על-פי האחרת — ואף היא לגיטימית — יבוא שינוי בדין, ותקדים קודם יחדל מלחייב. בסוג מקרים אחרון זה זהו שיקול ראוי של מדיניות שיפוטית, לבחון אם אין בשינוי ההלכה ובסטייה מהתקדים, משום פגיעה בלתי רצויה בציפיות סבירות של הנוגעים בדבר.²⁶⁷ נמצא, שקיומו של תקדים והציפיות הסבירות שנוצרו בעקבותיו הוא נתון שיש להתחשב בו במסגרת מכלול שיקולי המדיניות השיפוטית, אם לסטות ממנו, אם לאו.²⁶⁸

ראינו, שהחקיקה השיפוטית היא בדרך כלל בעלת תוקף למפרע, ובכך טמון אחד ממגבלותיה העיקריות, שכן היא פוגעת לעתים בציפיות סבירות. יש לציין, שעל-פי הדעה המקובלת, תכונת הרטרואקטיביות אינה חיונית לחקיקה השיפוטית. הרטרואקטיביות היא תוצאה לוואי מקובלת אך לא הכרחית.²⁶⁹ במספר ארצות מקובל לתת במקרים אחדים תוקף פרוספקטיבי לחקיקה השיפוטית.²⁷⁰ יש המעמידים שיטה זו²⁷¹, ויש

267 ראה: טדסקי, "הלכת התקדים בזמן האחרון" הפרקליט, כב (חשכ"ב) 320. וראה גם לנדוי, "הלכה שקול דעת בעשיית משפט" (לעיל, הערה 6) 295: "עצם קיום התקדים יכול להוות גורם מתירע בפסיקתו של השופט *Coaleris paribus* כלומר (כך אני מבין ביטוי זה), כאשר הוא סבור שלכעיה העומדת לפניו פנים לכאן ולכאן". לדוגמה לכך ראה ע"פ 163/82 (טרם פורסם). וראה גם: קפלן (לעיל, הערה 236) 576.

268 ראה: ריחקן "Some Reflections on Judicial Law-Making" (לעיל, הערה 6) 480: "It is always easy to decide between right and wrong; the difficulty begins where you have to decide between two different kinds of right. It is then a choice of priorities, but these may be so delicately balanced as to make one feel tempted to decide by the toss of a coin. In all these cases it is by no means lack of courage nor intellectual dishonesty for a judge to declare himself neutral and to abide by precedent. After all, there is a certain presumption in favour of a rule laid down (and possibly followed for some time) and a corresponding burden in *Jones v. Secretary of State* those demanding its reversal". ראה גם דברי השופטים בפרשת *Jones v. Secretary of State* (לעיל, הערה 65) באשר לנסיבות שבהן רצוי לסטות מתקדים קודם.

269 ראה: Salmond, *Jurisprudence* (London, 12th ed., 1966), 127: "Turning to case law, it is by no means true that it must be retrospective. A system of precedent would be perfectly feasible in which a court could lay down a new rule but apply the existing rule to the instant case". וראה גם דיפלוק (לעיל, הערה 48) 17 וכן *Jones v. Secretary of State* (לעיל, הערה 65) (דברי הלורד סיימן).

270 ראה: קפלן, "תחולה צופה פני העתיד לתקדימי בית המשפט העליון", משפטים ט (תשל"ט) 221; וגם Tedeschi, "Prospective Revision of Precedent" 8 *Isr. L. Rev.* (1973) 173; Schaefer, "New Ways of Precedent" 2 *Manitoba L. J.* (1966), 255; idem, "Precedent and Policy", (Supra note 135). לסקירה מקיפה ומעניינת ראה: קפלן, "התקדים בשיטת הקהיפיקציה (בישראל) מחקר השוואתי" (חיבור לקבלת התואר דוקטור, אוניברסיטת תל אביב 1976) 146; וראה גם סטון, *Social Dimensions of Law, and Justice* (לעיל, הערה 99) 677-658.

271 ראה קלברוי (לעיל, הערה 82) 146, המציג את האפשרויות השונות. ראה גם: Levi, "Realist

המתנגדים לה²⁷². הטיעונים בעדה ונגדה הם עצמם טיעונים של מדיניות שיפוטית. על כן, מקום שמתעמים שונים של מדיניות שיפוטית רצויה חקיקה שיפוטית, אך המכשול העיקרי הוא התוקף למפרע שניתן לה כרגיל, ניתן לנקוט עמדה של תוקף פרוספקטיבי. שאלה זו טרם נבחנה בפסיקה הישראלית ואין למהר להכריע בה לכאן או לכאן לאור השלכותיה העקרוניות. יש מקום לבחון, למשל, כעניין של מדיניות שיפוטית ראויה, לא רק אם רצוי להעניק תוקף פרוספקטיבי לפסיקת בתי המשפט, אלא אם החלטה בעניין זה צריכה להתקבל בדרך החקיקה השיפוטית או באמצעות חקיקה של הרשות המחוקקת²⁷³.

10. יחסי הגומלין בין הרשות השופטת ובין הרשות המחוקקת והמבצעת

יחסי הגומלין בין רשויות השלטון הם שיקולים חשובים של מדיניות משפטית שעניינה היקף החקיקה של כל הרשויות השלטון²⁷⁴. על כן, יחסה של הרשות השופטת כלפי הרשות המחוקקת והמבצעת הוא שיקול חשוב בגיבושה של מדיניות משפטית-שיפוטית²⁷⁵. החקיקה השיפוטית אינה נעשית בחלל, ואין היא מעשה החקיקה היחיד או החשוב ביותר. בצדה של החקיקה השיפוטית עומדת החקיקה של הרשות המחוקקת והחקיקה על הרשות המבצעת. על הרשות השופטת להתחשב בחקיקה זו, תוך שעליה להציב לנגד עיניה את התמונה החקיקתית הכוללת²⁷⁶. על כן, על הרשות השופטת

"Jurisprudence and Prospective Overruling," 109 *U. Pa. L. Rev.* (1960) 1; Traynor, "Quo Vadis: Prospective Overruling: A Question of Judicial Responsibility" 28 *Hastings. L.J.* (1977) 533; Nicol, "Prospective Overruling: A New Device for English Courts?" 39 *M.L. Rev.* (1976) 542.

272 ראה פרידמן "Limits of Judicial Lawmaking and Prospective Overruling" (לעיל, הערה 6) 593; פרידמן (לעיל, הערה 6) 200. בהתייחסו לשינוי הלכה פרוספקטיבי אומר השופט דולין (לעיל, הערה 98) 12: "I do not like it. It crosses the Rubicon that divides the judicial and the legislative powers."

273 ראה דברי השופט סימון (Lord Simon) בפרשת *Jones v. Secretary of State* (לעיל, הערה 65).

274 ראה הערת שוליים 158 לעיל ולהלן.

275 ראה פוקס (לעיל, הערה 65) 169.

276 ראה יפה (לעיל, הערה 6) 5: "... the judicial performance must be judged as part of the total legal performance. The ultimate question should be not what the English judges have made of the law of torts but what English lawmakers as a whole — Parliament and the judges — have made of the law of torts." (לעיל, הערה 118) 334: "Though independent from the executive, courts form part of the 'government' — in its broad sense — of the country, and their activities are linked by different channels to those of Parliament, the cabinet, government agencies, regional and local authorities, and the bureaucracy. Changes of function at one place in this interconnected network of institutions have their implications elsewhere — it would be silly to pretend otherwise. Just as the creative work of English judges diminished as Parliament was gradually asserting its authority as a legislative body, so the new look of legislative power will have its effects on the functions of the courts."

להתחשב בפעילותה החקיקתית של הרשות השופטת והמבצעת²⁷⁷. האם המחוקק — בין המחוקק הראשי ובין מחוקק המשנה — מגיב במהירות ראויה במקום שמתגלה תקלה חקיקתית²⁷⁸ או שיפוטית²⁷⁹? האם יש לו, למחוקק, מדיניות משלו, לפיה תחומים אחדים ראוי להם שתבוא בהם דווקא חקיקה שיפוטית²⁸⁰? האם החקיקה הרגילה היא מקצועית ועומדת על רמה נאותה? האם הסוגיה המשפטית הובאה בעבר למחוקק, ומה היתה תגובתו²⁸¹? היש סיכוי שהסוגיה תובא בעתיד הקרוב למחוקק? כמובן, שתיקה המחוקק אינה חקיקה, אך שתיקתו היא עובדה שיש להביאה בחשבון²⁸². מה היא תגובתו האפשרית של המחוקק אם תבוא חקיקה שיפוטית²⁸³? היקבל זאת בלא פעולה משלו, או שמא יגיב בדרך של שינוי החקיקה השיפוטית בחקיקה משלו? האם הימנעות מחקיקה שיפוטית או עשיית חקיקה שיפוטית ימריצו את המחוקק לפעולה משלו²⁸⁴? שאלות אלה ואחרות הן שאלות רלוונטיות בגיבושה של מדיניות שיפוטית ראויה באשר להיקפה הראוי של החקיקה השיפוטית.

ה. חקיקה שיפוטית: אקטיביזם שיפוטית ופאסיביזם שיפוטית

מחלוקת נטושה בין אלה הגורסים אקטיביזם שיפוטית²⁸⁵ ובין אלה הגורסים פאסיביזם שיפוטית²⁸⁶; בין אלה המעודדים פעלתנות שיפוטית-חקיקתית ובין אלה המעודדים

277 ראה הילר (לעיל, הערה 92); פרידמן "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" (לעיל, הערה 6) 837; סטיוונס (לעיל, הערה 98) 528; 363 (1972) Bloom, Cooper & Drewry, *Final Appeal*.

278 ראה: פרנדלי (לעיל, הערה 139) 787.

279 ראה: זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת", משפטים ג (תשל"ג) 213, 218: "הנאמנות שבית המשפט חייב למחוקק ויחס הכפיפות לו אינם דרך חד-סטרית. כדי שבית המשפט יוכל למלא את תפקידו כיאות, מוטלות חובות מסוימות על המחוקק, וכאן בא אני בטענה על שהמחוקק אינו עושה תמיד מלאכתו כראוי. טענתי הראשונה כלפי המחוקק היא, שאינו עוקב כדרוש אחרי הפסיקה של בתי המשפט, וכאשר נתגלתה פירצה בדרך, אין הוא סותם אותה באותה מידת המהירות הראויה...".

280 כך, למשל, מבחין פרופ' פרידמן בהקשר זה בין "lawyers law" ובין "political law". הראשון ראוי לו להיות מוסדר בחקיקה שיפוטית, ואילו האחרון ראוי לו שהמחוקק יסדירו. ראה פרידמן "Legal Philosophy and Judicial Lawmaking" (לעיל, הערה 6) 838.

281 ראה דברי השופט ריד (Lord Reid) בפרשת *Shaw v. D.P.P.* (1962) A.C. 220, 275: "Where Parliament fears to tread, it is not for the Courts to rush in".

282 ראה ברייטל (לעיל, הערה 65) 1; Paulsen, "Comment on Courts and Lawmaking", in (ed.) *Legal Institutions Today and Tomorrow* (1959) p. 40; ראה גם קפלן (לעיל, הערה 236) 577; שפירא "שתיקה המחוקק — כלי פרשנות של חוקים?" הפרקליט, כא (חש"מ) 293; טדסקי (לעיל, הערה 267) 320.

283 בעיקר אם החקיקה השיפוטית נוגעת בעניינים שהם קרובים למחוקק עצמו, כגון ניהול ענייני הפנימיים. בעניין זה יש לקבוע מדיניות שיפוטית ראויה שתאזן בין הצורך לשמור על שלטון החוק ובין הצורך לקיים פעילות פוליטית של המחוקק בלא התערבות בתי המשפט. ראה: בג"צ 652/81 שריד נ' סבירון, פ"ד (2) 197.

284 יש הגורסים, שלעמים רצויה חקיקה שיפוטית המחריפה את המשבר החקיקתי, ובכך מאלצת את המחוקק לנקוט עמדה משלו.

285 ראה, למשל, קלארק וטרובט (לעיל, הערה 98); אדמונד דייז (לעיל, הערה 65).

286 דוולין (לעיל, הערה 98); ברוויק (לעיל, הערה 199) 239; Canon, "Defining the Dimensions of Judicial Activism", 66 *Judicature* (1983) 237; Wright, "The Role of the Supreme Court in a Democratic Society — Judicial Activism or Restraint", 54 *Com. L.Q.* 1 (1968).

התאפקות שיפוטית-חקיקתית. הכל מסכימים, שעל השופט להכריע בסכסוך הקונקרטי שלפניו, ושההכרעה חייבת להיות במסגרת מתחם הלגיטימיות הפורמלית. המחלוקת נטושה באשר לאופציה שיש לבחור, כאשר האקטיביסטים מצדדים באופציה היוצרת דין חדש וטוב יותר, המשנה את פני המשפט במקום שהשינוי נחוץ ודרוש, ואילו בעלי הגישה הפאסיבית מצדדים בשמירה על הקיים, תוך הפניית מעשה הרפורמה אל הרשות המחוקקת. אלה כמו אלה מבקשים שיווצר דין חדש ומדרני, אך המחלוקת נטושה ביניהם מיהו האורגן הראוי להגשמתה של הרפורמה הדרושה. הגורסים אקטיביות סבורים, שהרשות השופטת צריכה לתרום את תרומתה הנכבדה, ואילו הגורסים פאסיביות סבורים, שהרשות המחוקקת (ולעתים המבצעת) צריכה לשאת בעול המשימה. על-פי תפיסתנו שלנו השופט צריך להיות אקטיבי ופאסיבי, פעלתן ובעל איפוק, גם יחד. עליו להיות אקטיבי באותם מקרים שבהם שיקולים של מדיניות שיפוטית ראויה מצביעים על התאמתה המיוחדת של הרשות השופטת לחקיקה השיפוטית המשנה את הדין הקיים. עליו להיות פאסיבי באותם מקרים שבהם שיקולים של מדיניות שיפוטית ראויה מצביעים על חוסר התאמתה של הרשות השופטת לחקיקה השיפוטית המשנה את הדין הקיים. כך, למשל, במקום שהמחוקק הרגיל אינו פעיל בחקיקה ועניין לנו בסוגיה שיש בה הסכמה לאומית, ואשר הטיפול בה נעשה בדרך של קביעת נורמות התנהגות על-פי עקרונות כלליים ללא הקמת מוסדות חדשים, רצויה אקטיביות ופעלתנות שיפוטית. לעומת זאת, אם עניין לנו בסוגיה שנויה במחלוקת חריפה על דקע אידיאולוגי, המחייבת הקמתם של מוסדות, והעניין מצוי על סדר יומו של המחוקק, רצויה פאסיביות והתאפקות שיפוטית. אכן, אין זה רצוי שהשופט יהיה תמיד אקטיבי ופעלתן, כשם שאין זה רצוי כי השופט יהיה תמיד פאסיבי ומתאפק.

הקושי העיקרי, כמובן, הוא באותם מצבים, שבהם שיקולי המדיניות השיפוטית מצביעים על מגמות שונות, לעתים נוגדות. על-פי איזו מדיניות שיפוטית יפעל השופט? הניתן לקבוע דירוג בחשיבותם של שיקולי המדיניות השיפוטית? הניתן לתת להם כימות ומשקל?²⁸⁷ ניסיון החיים מלמד, כי כימות והענקת משקל לא יועילו²⁸⁸. ההכרעה בין

287 ראה קופמנס (לעיל, הערה 118) 336: "We might be able to elaborate 'scales' of restraint in which the degree of judicial restraint would be determined by different, mutually independent factors. The degree of legislative involvement should be one of these, the democratic character of administrative proceedings another. On the other side of the scales, the nature of the interest allegedly violated and the supposed degree of consensus on the values which are at stake, could be important factors. Admittedly, it would not be easy to find a good balance between these diverging elements in every individual cases but the courts would at the very least use the proper criteria for coping with modern problems of protecting the rights of the citizens without disregarding the democratic basis of decision-making in our countries"

288 ראה קלארק וטרובט (לעיל, הערה 98) 275: "The judge is independent, and must exercise his independence. It is difficult to formulate principles to guide this judicial freedom or to provide simple maps through the maze of value-choices presented by any significant case. But it will not do to deny that the freedom exists or that the choices must be made. There are no imminent laws, easily grasped; no precise rules"

השיקולים השונים נעשית, בסופו של דבר, בידי כל שופט ושופט, על-פי השקפת עולמו שלו, מתוך שאיפה — שאינה בת השגה במלואה — למירב האובייקטיביות האפשרית.²⁸⁹ בכוחנו לסמן את שבילי המדיניות השיפוטית. אך מהי הדרך שיבחר ההולך — דבר זה הוא עניין לשופט, לתבונתו, למסורת המקובלת עליו ולהבנתו שלו מה רצוי ומה אפשרי. אנו יכולים להעמיד לרשות השופט מפה, אך המצפן מונח במצפן, בלבו של השופט פנימה.

בחיפוש הדרך בין שבילי המדיניות השיפוטית איני רואה ערך רב בכינויים השונים שנוהגים לכנות בהם שופטים, כגון "ליברלים" ו"שמרנים". נוסף על כך שלביטויים אלה אין תוכן ברור ומדויק — אם יש להם תוכן כלשהו — הרי שופט הנוהג כראוי במדיניותו השיפוטית אינו מזהה את עצמו לא עם הליברלים למיניהם ולא עם השמרנים למיניהם. על השופט להיות "ליברלי" כאשר המדיניות השיפוטית הראויה מצביעה על כיוון זה, ועל השופט להיות "שמרני" כאשר המדיניות השיפוטית הראויה מצביעה על כיוון זה. התוויות המחדקות מראש אין להן כל ערך, והן אך מטעות לחשוב שנמצא כיוון ראוי במקום שצריך להתחיל בחיפוש הדרך. זאת ועוד: לעתים מקובל לזהות שופט "אקטיבי" כשופט "ליברלי" ושופט "פאסיבי" כשופט "שמרני".²⁹⁰ אין לך טעות גדולה מזו. אקטיביות ופאסיביות מעידות על מדיניות שיפוטית, אך לא על תוכן שיפוט קונקרטי. לעתים קרובות שופט "אקטיביסט" עשוי להביא לשינוי ההלכה דווקא לכיוון "שמרני" ביותר, ואילו שופט "פאסיבי" הדוגל בריסון ובהתאפקות עשוי לבקש לשמור בשמרנותו על היסודות "הליברליים" שבדין הקיים. דומה, שכל שנתרחק ממושגיות מטעה זו כן ייטב להליך השיפוט.

המדיניות השיפוטית הראויה מצביעה על כיוון — אקטיבי או פאסיבי, לפי העניין — בלא כל קשר לשאלה אם התוכן הממשי והקונקרטי שיבוא כפרי החקיקה השיפוטית נראה לנו אם לאו.²⁹¹ אין זה מן הראוי לגרוס שרצויה אקטיביות שיפוטית כדי להגיע לפתרון הנוח לי, ורצויה פאסיביות שיפוטית מקום שיש חשש שהפתרון הנראה לי נכון לא יתקבל. מבחני המדיניות השיפוטית הראויה אסור להם להתחשב בכל אלה. הם מבחנים חקפים, בין שהפתרון לבעיה ספציפית מקובל עלינו ובין לאו. עלינו לעדכן שופט לאקטיביות שיפוטית גם אם יש חשש שהפתרון שיגיע אליו אינו לרוחנו. עלינו לעדכן שופט לפאסיביות שיפוטית גם אם יש חשש שבכך ישמור על הקיים שאינו נראה לנו. חלילה לנו לבנות מדיניות שיפוטית שתהיה ראויה כאשר הפתרון הקונקרטי שבית המשפט מגיע אליו נראה לנו, ושתהיה בלתי ראויה כאשר הפתרון הקונקרטי שיגיע אליו השופט אינו נראה לנו. מבחינה זו יש לשאוף למירב האובייקטיביות האפשרית.

289 ראה קרדו *The Nature of the Judicial Process* (לעיל, הערה 5) 133.

290 לשימוש בביטויים "ליברל", "שמרן", באשר לשפיטה, ראה מאמריו החשובים של ד"ר שטרית "On Judicial Responsibility" 357 (6 הערה) (לעיל, הערה 6) 357; "Assessing the Role of Courts in Society" (לעיל, הערה 6) 129; וכן מאמרו: "Reflections on the Protection of the Rights of the Individual: Form and Substance", 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 32. יפה: Twining, 87 *L.Q. Rev.* (1971) 398.

291 ראה שטרית, "On Assessing The Role of Courts in Society" (לעיל, הערה 6) 357; יפה (לעיל, הערה 6) 84.

1. סוף דבר

שנויה במחלוקת היא השאלה, אם רצוי לעסוק בפומבי בחקיקה השיפוטית²⁹². מקובלת דעה — בעיקר בקרב שופטים — כי אף-על-פי שחקיקה שיפוטית קיימת ואף רצויה, אין לדבר עליה בגלל²⁹³. אופיינים לגישה זו דבריו של השופט רדקליף²⁹⁴:

"Personally, I think that judges will serve the public interest better if they keep quiet about their legislative function. No doubt they will discreetly contribute to changes in the law, because . . . they cannot do otherwise, even if they would. The judge who shows his hand, who advertizes what he is about, may indeed show that he is a strong spirit, unfettered by the past; but I doubt very much whether he is not doing more harm to general confidence in the law as a constant, safe in the

292 לניתוח שאלה זו ראה: Atiyah, "Judges and Policy", 15 *Isr. L. Rev.* (1980) 346; ראה גם: Stevens, "The Role of a Penal Appeal Court in a Democracy: The House of Lords Today", 28 *M.L.R.* (1965) 509, 539.

293 אדמונד-דייוויס (לעיל, הערה 65) וכן דוולין (לעיל, הערה 98) 12, המחננגד להלכה המקובלת בארצות הברית. לפיה ניתן לבטל הלכה שפוטת באופן פרוספקטיבי. מגישה זו חוצים את הרוביקון המפריד בין השפיטה לחקיקה, ועושים את השופטים ל-Undisguised Legislators. ממשיך השופט דוולין ואומר: "It is facile to think that it is always better to throw off disguises. The need for disguise hampers activity and so restricts the power. Padding across the Rubicon by individuals in disguise who will be sent back if they proclaim themselves is very different from the bridging of the river by an army in uniform and with bands playing".

294 ראה רדקליף (לעיל, הערה 96) 265, על גישה זו חזר השופט רדקליף בנוסח אחר, באומרו: "We know all this, it is commonplace among lawyers. It recognises, of course, the judgewe law-making capacity, a capacity which only judges themselves, and that for excellent reasons, are likely to dispute. It is to me a matter of surprise that so much pen and ink has been employed by commentators in demonstrating this fairly obvious conclusion. If judges prefer to adopt the formula — for that is what it is — that they merely declare the law and do not make it, they do no more than show themselves wise men in practice. Their analysis may be weak, but their perception of the nature of the law is sound. Men's respect for it will be the greater, the more imperceptible its development". ראה: Radcliffe, *Law and its*. "We cannot run the Compass (1960) 39 risk of finding the archetypal image of the judge confused in men's minds with the very different image of the legislator". Radcliffe, *The Path of the Law from 1967* (Cambridge, Duport Steel Ltd. v. Sirs בפרשן (Lord Scarman) 14 (1968); ראה גם דברי השופט סקרמן (Lord Scarman) 14 (1968); ראה גם: (לעיל, הערה 100) "Great judges are in their different ways judicial activists. But the Constitution's separation of powers, or more accurately, functions, must be observed if judicial independence is not to be put at risk. For, if people and Parliament come to think that the judicial power is to be confined by no other than the judge's sense of what is right (or, as Selden put it, by the length of the Chancellor's foot) confidence in the judicial system will be replaced by fear of it becoming uncertain and arbitrary in its application. Society will then be ready for Parliament to cut the power of the judges. Their power to do justice will become more restricted by law than it need be, or is today".

hands of the judges, than he is doing good to the law's credit as a set of rules nicely attuned to the sentiments of the day".

הטעמים לגישה זו הם מורכבים. הם קשורים בחלקם ברצון לקיים מידת-מה של מסתורין לגבי ההליך השיפוטי. בחלקם האחר הם מעוגנים בדעה שגילוי היצירה השיפוטית עשוי לפגוע בניטרליות השיפוטית, שכן דבר אחד הוא כשהשופט פוסק נגדי באין ברירה משום שהחוק מחייבו לכך, דבר אחר הוא כשהשופט פוסק נגדי משום שכן הוא ניסח לעצמו את הדין. שופט כזה — ניתן לומר — תָּכַר עִם מַתְנַגְדִּי²⁹⁵. ייתכן גם שקיים חשש שחשיפתה לציבור של החקיקה השיפוטית תפחית את אמון הציבור בשפיטה, ושהיא אף עשויה לעודד את הרשות המחוקקת לצמצם את כוחם של השופטים. אכן, יש הגורסים שהחקיקה השיפוטית אינה דמוקרטית, ועל כן רצוי להסתיר את קיומה. מעצם כתיבתה של רשימה זו מסתבר שדעתי היא, שהחקיקה השיפוטית היא תופעה שראוי לעסוק בה בפומבי²⁹⁶. מלומדים צריכים לכתוב עליה, שופטים צריכים להתייחס אליה בפסקי הדין. היא נעשתה כל השנים. אין היא נעשית במסתרים. היא גלויה לעין כל. אין לה מה להסתיר. דיון בחקיקה השיפוטית אינו פוגע במסתורין של ההליך השיפוטי — אם אכן מסתורין כאלה קיימים. אין היא פוגעת בניטרליות השיפוטית. אמון הציבור במערכת השיפוטית הוא יסוד עיקרי לקיומה, אך אמון זה לא ייפגע אם המציאות הנורמטיבית תוצג לציבור בכל גווניה. נהפוך הוא: אמון הציבור במערכת השיפוטית ייפגע אם הציבור ייווכח לדעת, שהשופטים אומרים דבר אחד ועושים דבר אחר. החקיקה השיפוטית, על-פי המדיניות השיפוטית הראויה, אינה פוגעת בעקרונות דמוקרטיים, ואינה סותרת את עקרון הפרדת הרשויות. נהפוך הוא. היא עולה בקנה אחד עמם. עמד על כך השופט דאגלס שאמר²⁹⁷:

"But the more blunt, open, and direct course is truer to democratic traditions. It reflects the candor of Cardozo. The principle of full disclosure has as much place in government as it does in the market place. A judiciary that discloses what it is doing and why it does it will breed understanding. And confidence based on understanding is more enduring than confidence based on awe".

295 ראה שפירו (לעיל, הערה 100) 2; לוק (לעיל, הערה 127) 29.

296 ראה פראנק (לעיל, הערה 45) 1271: "Courts should not conceal from the public their delegated power of sub-legislation, but should make every effort to inform the citizenry of how that power is exercised. If judges speak always of 'interpretation' if always they avoid and resent the use of the phrase 'judicial legislation', they conduct themselves misleadingly, undemocratically. Correct advice to our citizens about the courts necessitates telling them the difference between 'legislative legislation' and 'judicial legislation'. To make the difference popularly understood may not be easy, but it will seem impossible only to those who undemocratically distrust our citizens. It is, then, the job of judges and lawyers to let the public know that judges, like violinists and painists, are often creative interpreters — 'The Law-Creative Role of Appellate Courts in הילר because they must be'".

"Developing Countries" (לעיל, הערה 98) 231.

297 ראה דוגלס (לעיל, הערה 98) 754.

אמת, יש לעתים שופטים החורגים ממתחם הלגיטימיות הפורמלית. הדבר נעשה תמיד שלא במתכוון. יש שופטים הבוחרים באופציה בלתי רצויה במסגרת מתחם זה. הדבר נעשה תמיד בתום לב. אך בין אלה ובין פומביות הדיון בחקיקה השיפוטית אין ולא כלום. תופעות אלה מצערות הן, ועל כן יש מקום לעסוק בהן. אכן, מה שאינו ראוי לחשיפה אינו ראוי לעשייה, ומה שראוי לעשייה ראוי לחשיפה. מה שהשופטים עושים בחקיקתם השיפוטית ראוי הוא לעשייה, לחשיפה, לבחינה, לדיון ולביקורת.

החקיקה השיפוטית היא חלק ממצואות חיינו המשפטיים. השופט יוצר משפט. אין הוא רק ראי המשקף את תמונת הדיון. הוא היוצר את התמונה כמו ידיו. בפרשנות מתבטאת אמנותו בביצוע יצירה אשר התווים לה נכתבו בידי המחוקק²⁹⁸. מחוץ לפרשנות — במסגרתו של "משפט מקובל" — מתבטאת אמנותו בכתיבת התווים עצמם. בכל אלה אין לו לשופט יד חופשית לחלוטין. בפרשנותו השיפוטית הוא מוגבל בתווים הקיימים. הוא חייב לבצע יצירה קיימת. במסגרתו של "משפט מקובל" הוא מוגבל בכלים שבעזרתם ניתן לבצע את היצירה. כל אלה יוצרים מתחם של לגיטימיות פורמלית. על השופט לשמור על חוקיות השפיטה. זהו תנאי הכרחי לחקיקה שיפוטית, אך אין זה תנאי מספיק. החקיקה השיפוטית צריכה לפעול במתחם של לגיטימיות מהותית. קביעתו של מתחם זה קשה היא וסבוכה, שכן היא קשורה במספר ניכר של משתנים²⁹⁹. על השופט לשמור על תבונתה של חקיקתו ולשם כך עליו להיות ער לתפקידו החקיקתי ולמהותה של חקיקתו. עליו להכיר באינצידנטליות של חקיקתו. השופט עוסק בחקיקה, אך הוא אינו המחוקק. הוא נוסע בכלי השיפוט המיוחד בדרך החקיקתית, אך דרך זו אינה דרך המלך של הרשות המחוקקת. על כן עליו לפעול על-פי שיקולים של מדיניות שיפוטית ראויה. עליו להתחשב בתפיסתה של חברתו את התפקיד השיפוטי, ובהסכמה החברתית כדבר חוכן חקיקתו השיפוטית. עליו לשים לנגד עיניו את היקפה של הרפורמה הנדרשת ואת מהותם של הפתרונות הנדרשים ושיקולי המדיניות השיפוטית הבאים בחשבון. עליו לשאוף להגשים ציפיות סבירות. על השופט להתחשב ביחסי הגומלין שבין הרשות השופטת ובין רשויות אחרות. שיקולים אלה יצביעו לעתים על כיוון ידוע וברור של חקיקתו השיפוטית. לרוב הם יצביעו על כיוונים שונים, ולעתים אף מנוגדים. יהא עליו לבחור בכיוון הראוי. שיקולי המדיניות השיפוטית מציירים מפה של שיקולים, אך המצפן אינו במפה אלא באישיותו של השופט. לעתים יהא על השופט להיות אקטיבי ופעלתן, לעתים יהיה עליו להיות פאסיבי ומאופק. אל לו להיות תמיד אקטיבי ואל לו להיות תמיד מאופק. אך ראוי לו שיפעל תמיד על-פי מירב האובייקטיביות האפשרית. שני שופטים, שהם ערים לחקיקתם השיפוטית, למגבלותיה וליתרונותיה, עשויים להגיע לפתרונות שונים. ממצואות זו אין מנוס. היא טומנת בחובה ברכה להליך השיפוטי. בחקיקתו, כמו בשפיטתו, משתקפת אישיותו של השופט.

298 ראה פראנק (לעיל, הערה 45) 1259.

299 ראה שטרית, "Judicial Responsibility" (לעיל, הערה 6) 89: "The scope of judicial role in the exercise of his administrative, procedural and substantive responsibilities is dependent upon the law, practice and tradition of the society in which he occupies the seat of judgment, as well as on the judge's personal attitudes and inclinations, and the institutional traditions of the court in which he serves. The scope and nature of the judicial role is also dependent upon the system of government and a host of other system factors"