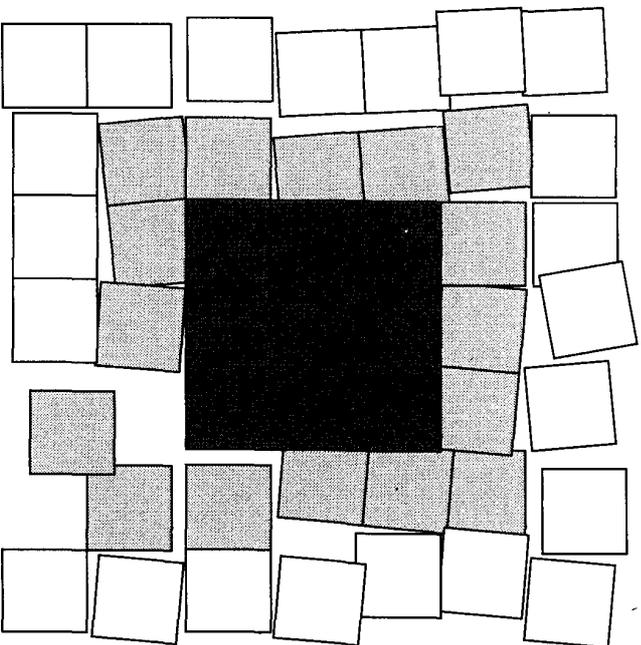


מנחם מאוטנר

# יולדת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי



מעגלי דעת היוצאה לאור

מה פשר ה"אקטיביזם" שהפגין בית-המשפט העליון בשנות השמונים? בספר זה, המיועד לקורא המשפטן הלא-משפטן, ניטען, כי האקטיביזם משקף מעבר של בית-המשפט מתפיסה שעל פיה יש להפעיל את מערכת המשפט תוך הצנעת המימד הערכי של המשפט לתפיסה המדגישה את המשמעות הערכית והתבררות של המשפט.

מדוע עלה ה"אקטיביזם" בשנות השמונים? לדברי הספר, התשובות לשאלה זו מצויות במשברים שחלו בשנות השמונים בתרבות הישראלית ובמערכת הפוליטית של ישראל. בנסיון ראשון למקם את ההיסטוריה של המשפט הישראלי במסגרת ההיסטוריה של התרבות הישראלית, טוען הספר, בין היתר, כי בשנות התמישים פעל בית-המשפט כ"זר" בתרבות הישראלית: בית-המשפט פעל בשמה של מערכת ערכים ליברלית, בתורה שנושלת על-ידי ערכים קולקטיביסטיים. בשנות השמונים, נסגר הפער בין בית-המשפט לבין חוגים נרחבים בתורה, ובית-המשפט הגליש את מעורבותו בתהליך העיצוב מחדש של התרבות הישראלית, שהחל מתחילת כסוף שנות השבעים.

**מנחם מאוטנר** הוא פרופסור בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. למד בבית-הספר למשפטים של אוניברסיטת "יל".

מנחם מאוטנר

ידידת הפורמליזם  
ועליית הערכים  
במשפט הישראלי

מעגלי דעת הוצאה לאור

## תוכן העניינים

מבוא .....	9
פרק א: הפורמליום המשפטי .....	13
פרק ב: ירידת הפורמליום במשפט הישראלי בשנות השמונים	33
פרק ג: הרחבת האחריות המשפטית – "בית-המשפט המחשק" 101	
פרק ד: בית-המשפט בהקשר התרבותי והפוליטי .....	119
פרק ה: ירידת הפורמליום והתרבות הכללית .....	155
אחרית-דבר .....	167

## תוכן עניינים מפורט

9 מביא .....

- 13 פרק א: הפורמליזם המשפטי .....
- 13 א. עיקריי של מושג הפורמליזם המשפטי .....
- 14 1. ארגון נורמות המשפט במערכת בעלת היגיון פנימי .....
- 14 2. ניתוק המשפט מן המימד הערכי שלו .....
- 15 3. יצירתיות מוגבלת במסגרת ההליך השיפוטי .....
- 15 4. ודאות ויכולת תכנון כיעדים מרכזיים של מערכת המשפט .....
- 16 ב. מקומו של מושג הפורמליזם המשפטי במשנתו של מקס ובר .....
- 16 ג. מקומו של מושג הפורמליזם במסגרת מדע-המשפט של גרמניה .....
- 17 ד. מקומו של מושג הפורמליזם במשפט האמריקאי .....
- 18 ה. פורמליזם וערכים: ניגודים דומים .....
- 20 ו. פורמליזם משפטי ופוזיטיביזם משפטי .....
- 22 ז. פורמליזם משפטי ושלטון-החוק .....

### פרק ב: ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי

- 33 בשנות השמונים .....
- 33 א. השינויים בתורת המשפט של בית-המשפט .....
- 33 1. עלייתה של תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית בפסיקתו של בית-המשפט העליון .....
- 33 2. ירידת התפיסה של המשפט כאמצעי להכרעה בסכסוכים וכמכשיר תכנוני ועליות התפיסה של המשפט כמכשיר חינוכי .....
- 36 3. הרחבת קהל-היעד של הפסיקה אל החברה בכללותה .....
- 37 4. המעבר מהכחה לשכנוע .....
- 39 5. היחס בין נכונות ספיציפיות ונכונות כלליות .....
- 40 ב. ההנמקה השיפוטית בשנות התמישים .....
- 45 ג. ההנמקה השיפוטית בשנות השמונים .....
- 45 1. ההגשת מעמדם של ערכי-היסוד של השיטה והדגשת חלקן של בית-המשפט בקביעת התוכן הערכי של המשפט ....

122	ת-ת התרבות של בית-המשפט .....	122
127	זידוש המאבק על דמותה של ישראל וקריאת-התיגר על ערכיו של בית-המשפט .....	127
130	3. עלייתה של תרבות כלכלת-השוק .....	130
132	ג. בית-המשפט והמערכת השלטונית-הפוליטית .....	132
132	1. איזונים על שלטון-דחוק .....	132
134	2. הפיחות במעמד התנהגה הפוליטית .....	134
136	3. קשיי התפקוד של המערכת השלטונית-הפוליטית .....	136
136	4. התגברות הפרטיקולריות ואי-מתן דינ-השכון .....	136
138	ד. התפתחויות פנימיות במשפט .....	138
138	1. העתקת האוריינטציה של המשפט מאנגליה לארצות-הברית .....	138
138	2. הקרדיפיקציה של המשפט הארזי .....	138
139	ה. בין האישיות והתרבות .....	139
155	<b>פרק ה: זריזת הפורמליזם והתרבות הכללית</b> .....	155
155	א. ריידת הפורמליזם ומעמדן של נורמות בתורה .....	155
158	ב. איזון אינטרסים וכוח .....	158
159	ג. ירידת הפורמליזם ועליית הרציונליות .....	159
167	<b>אחרית-דבר</b> .....	167

46	2. איזון בין ערכים מתנגשים .....	46
48	3. חקנת משקלה של הלשון והגדרת משקלה של התכלית ככלים של פרשנות .....	48
49	4. המעטה במשיבותן של התנות וקטיגוריות .....	49
50	5. הדגשת יסוד הבחירה בפעולת השיפוט .....	50
51	6. הדגשת יסוד היצירה בפעולת השיפוט .....	51
51	7. הדגשת חלקן של בית-המשפט ביצירת חוקה בלתי-כתובה למדינה .....	51
52	8. ירידה במעמד הפרוצדורה ועלייה במעמד המהות .....	52
52	(א) משפט פרטי .....	52
54	(ב) דיני הראיות .....	54
56	9. הפעלה נרחבת של חובת תוס'הלב .....	56
56	(א) ההיקף הייחודי של תחולת החובה .....	56
57	(ב) תוכן החובה; הכטחת הציפייה הסבירה מן היחס המשפטי .....	57
58	(ג) חובת תוס'הלב כחובה אלטרואיסטית .....	58
59	(ד) סעיף 39 כסעיף לא-פורמליסטי .....	59
62	10. הקניית מעמד-על לעולת הרשלנות בדיני הנזקין .....	62
65	11. מתייחסת ביקורת לא-משפטית על בעל-תפקידים .....	65
66	ד. הערה על ירידת הפורמליזם והחינוך המשפטי .....	66
	<b>פרק ג: הרחבת האחריות המשפטית –</b>	
101	101 <b>”בית-המשפט המחשק”</b> .....	101
101	א. הרחבת החיובים המשפטיים בתחום המשפט הציבורי .....	101
101	1. בית-המשפט כממונה על שמירת שלטון-החוק במדינה .....	101
102	2. שפיטות ומעמד .....	102
105	3. הסכמים פוליטיים .....	105
105	ב. הרחבת החיובים המשפטיים בתחום המשפט הארזי .....	105
105	1. דיני החוזים .....	105
107	2. דיני הנזקין וענפי משפט אחרים .....	107
107	ג. עליית הערכים והרחבת האחריות המשפטית .....	107
108	ד. הערה על מושג האקטיביזם .....	108
119	<b>פרק ד: בית-המשפט בהקשר התרבותי והפוליטי</b> .....	119
119	א. מבוא .....	119
122	ב. בית-המשפט והתורה .....	122

תודתי נתונה למשתתפי הסמינריון המתקתי של הפקולטה  
למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, ולמשתתפי הפורום לפילוסופיה  
פוליטית ולפילוסופיה של המשפט והפקולטה למשפטים, החוג  
למדע-המדונה והחוג לפילוסופיה, האוניברסיטה העברית  
בירושלים, על הערותיהם. כמו-כן נתונה תודתי לד"ר חגי הורביץ,  
מן החוג להיסטוריה כללית, אוניברסיטת תל-אביב, לפורפסור  
פנינה להב, מן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בוסטון, למר  
אסף לחובסקי, מן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב,  
לפרופסור משה ליסק, מן החוג לסוציולוגיה, האוניברסיטה  
העברית בירושלים, לפרופסור שאול משעל, מן החוג למדע-  
המדונה, אוניברסיטת תל-אביב, ולפרופסור זהר שביט, מן החוג  
לתורת הספרות הכללית, אוניברסיטת תל-אביב, על הערותיהם.  
תודתי נתונה לפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב על  
הסיוע בהוצאת הספר.

## מבוא

כל מי שמצוי בעולמו של המשפט הישראלי יודע, כי בשנות השמונים, חלו בו שינויים ניכרים, ומחללם של שינויים אלה היה בית-המשפט העליון. פרופסור דוד קרצמר, מן האוניברסיטה העברית בירושלים, מדבר על "מהפכה" בתפיסת בית-המשפט את תפקידו ועל "זניחת כללים שנחשבו בעבר כללי יסוד",<sup>1</sup> נשיא בית-המשפט העליון בדימוס, משה לנדוי, כתב, כי בפסיקה של שנות השמונים חל "כרסום כמה שנחשב פעם למושכלות ראשונים".<sup>2</sup> מטבע-לשון שנוקטים לא-אחת לתאור התפתחויות אלה הוא "אקטיביזם": בשנות השמונים, כך טוענים, נהג בית-המשפט באקטיביזם שיפוטי.<sup>3</sup>

מקורו של מושג האקטיביזם בספרות העוסקת בפסיקתו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית במחום המשפט הקונסטיטוציוני ובמחום המשפט המינהלי. לא-אחת, מוצגת פסיקה זו תוך מיקומה על פני הרצף שבין הקטבים של אקטיביזם ואיפוק. בית-המשפט העליון נחשב אקטיביסטי ככל שהוא מתערב יותר בקביעת תוכן המדיניות של גופי הממשל השונים (המחוקק הפרלילי, מחוקקי המדינות, גופים מינהליים שונים, וכו'), על-חשבון נסיונותיהם של גופים אלה לעצב בעצמם את המדיניות שיפעילו.<sup>4</sup> מן הראוי לשים-לב, כי בית-המשפט יוכל להחשב אקטיביסטי גם כפעולתו כלפי עצמו, היינו, ככל שיבקש להחליף הלכות, שקבע הוא עצמו בעבר, בהלכות חדשות משלו. בית-המשפט נחשב אפוא אקטיביסטי ככל שהוא נוטל לעצמו תפקיד גדול יותר, בהשוואה לזה של מוסדות ממשל אחרים (לרבות הרכבים קודמים שלו עצמו), בקביעת הערכים שישררו במדינה ובקביעת הדרך שבה יחלקו המשאבים העומדים לחלוקה במדינה.<sup>5</sup> מטבע-הלשון אקטיביזם מתאר נכונה מגמות שהתמנו בפסיקתו של בית-המשפט העליון שלנו בשנות השמונים. אבל האקטיביזם המוגבר של בית-המשפט היה רק מרכיב אחד במסגרת מגמות רחבות-היקף שהתפתחו בפסיקה. הדבר המשמעותי ביותר שקרה

## הערות למבוא:

1. קרצמר, ארבעים שנה למשפט הציבורי, משפטים יט (תש"ז) 551, 554, 555.
2. לגרוי, על שפיטות וסבירות בדין המינהלי, עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5.
3. עם זאת, פרופסור יצחק ומיר אומר, כי חלק מן הפסיקה של בית-המשפט בשנות השמונים בתחום המשפט הציבורי מסמן מהפכה בצורה, אך לא במהות, ואילו חלק אחר מהווה התפתחות מהותית, אף כי אין היא עולה כדי שינוי בתפיסת בית-המשפט את תפקידו. ומיר, המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות?, משפטים יט (תש"ז) 563, 569-565.
3. השופט לגרוי כותב, כי בשנות התמישים, התאפיינה פסיקה בית-המשפט הגבוה לצדק ב"ריסון עצמי", ואילו החל בסוף שנות השבעים, מתאפיינת פסקתו של בית-המשפט ב"אקטיביזם בוטה בעצמו והתרה כמעט מוחלטת של רסן הריסון העצמי הקודם", תוך ניסיון "להבוק עולם ומלואו ברושיות הניקרות השפופות". לגרוי, לעיל הערה 2, בעמ' 6. ואה גם: בני"ץ המוקדמת מרת-ישי ואח', פד"י פ' 113 (1) 125, השופט שי' לוי; בני"צתו, חוקי, הפסיקה ומציאות החיים, ספר זיממן (תשמ"ד) 55, 58. "אקטיביזם שרפוטי", דברים בערב-רב'עון בספרו של השופט א' ברק "שיקול דעת שרפוטי" (ועד מחוץ תל אביב-יפו, לשכת עורכי-הדין, 1988).
4. K. Holland, Introduction, in *Judicial Activism in Comparative Perspective* (1991) 1: Canon. A Framework for the Analysis of Judicial Activism, in *Supreme Court Activism and Restraint* (S. Halpern & C. Lamb eds. 1982) 385-386; Graglia. In *Defense of Judicial Restraint*, id., at 135; Miller. In *Defense of Judicial Activism*, id., at 167; Okere, *Judicial Activism or Passivity in Interpreting the Nigerian Constitution*, 36 *Int'l & Comp. L. Q.* 788 (1987); Wallace. *The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to Moorings*, 50 *Geo. Wash. L. Rev.* 1 (1981); Kurland. *Toward a Political Supreme Court*, 37 *U. Chi. L. Rev.* 19 (1969); Skelly Wright. *The Role of the Supreme Court in a Democratic Society - Judicial Activism or Restraint?*, 54 *Cornell L. Rev.* 1 (1968).
5. כי תוכנו האידיאולוגי של האקטיביזם בפסיקתו הקונסטיטוציונית של בית-המשפט העליון של אוצרות-הכרית אינו קבוע, היינו, הוא משתנה בתחלף העיתים, כך נטען, כי בשנות השלושים, הפעילו שופטי השמרניים של בית-המשפט אקטיביזם כדי לבלט חקיקה "מתקדמת"; בשנות התמישים

בפסיקה של שנות השמונים הוא הירידה במעמדה של תפיסת-עולם שלמה באשר לדרך שבה על בית-המשפט להפעיל את נורמות המשפט ובאשר לתפקידו של בית-המשפט במדינה. תפיסת-העולם שירדה היא זו של הפורמליזם המשפטי. במקומה עלתה תפיסת-עולם לא-פורמליסטית, המדגישה את המימד הערכי של המשפט ואת התפקיד שהמשפט ממלא במדינה ובחברה. האקטיביזם השיפוטי, המתמקד באפיון יחסה של הרשות השופטת לרשויות השלטון האחרות, הוא רק ביטוי אחר של התפתחויות רחבות-היקף אלה. משמע: ההתפתחויות המשמעותיות ביותר שחלו במשפט הישראלי בשנות השמונים אינן מצויות דווקא במישור היחסים של בית-המחוקק של בית-המשפט לגימור הערכי של המשפט.

בפרק א' אציג את תפיסת-העולם של הפורמליזם המשפטי. אטען, שעיקרה הוא האמונה, שהעיסוק במשפט יכול להיעשות תוך הצנעת המימד הערכי של המשפט ובמידה נמוכה של מודעות לקיומו של מימד זה במשפט. בפרק ב' אנסה להוכיח שלמן שנות התמישים, שלטה בפסיקתו של בית-המשפט העליון תפיסת-העולם הפורמליסטית, אולם בשנות השמונים חל פיוחה במעמדה של תפיסה זו בהתמקדותו של בית-המשפט, ועלתה תפיסת-עולם משפטית לא-פורמליסטית מובהקת. בפרק ג' אטען, שההתפתחות הבלטת השנייה בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים הייתה הרחבת היקפם של החיובים המשפטיים המוטלים על צדדים בתחומי החיים השונים. בפרק ד' אציג הסברים לעלייתה של תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית ולהרחבת היקפם של החיובים המשפטיים. אטען, כי התפתחויות אלה הן תגובה של בית-המשפט על משברים שחלו בשנות השמונים בתרבות הישראלית ובמערכת הפוליטית של ישראל. בפרק ה' אבחנו את הקשר בין תהליך עלייתה של תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית במשפט הישראלי לבין מגמות אחדות הקיימות בתרבות הכללית של ישראל.

פרק א:

## הפורמליזם המשפטי

### א. עיקריו של מושג הפורמליזם המשפטי

במאה הנכחדת, התפתחה ספרות עשירה העוסקת במושג הפורמליזם המשפטי, בשלושה תחומים עיקריים. ראשית, מכיוון שהמושג הוא מושג-מפתח במשנתו של מקס ובר, ניתן למצוא דיון ענף בו במסגרת הספרות העוסקת בסוציולוגיה של המשפט. שנית, הפורמליזם הוא עיקר חשוב של תורת "מדע-המשפט", ששלטה במשפט הגרמני במאה התשע-עשרה. שלישית, בארצות-הברית, עשו תיאורטיקנים, סוציולוגים והיסטוריונים של המשפט שימוש נרחב במושג הפורמליזם לתיאור ההתפתחויות שחלו במשפט האמריקאי מסוף המאה הקודמת ועד ימינו אלה.

במשנתו של מקס ובר ובתורת מדע-המשפט, מתייחס המושג פורמליזם משפטי לסוג מסוים של מאפיינים תוכניים ומבניים המתקיימים בחקיקה ולתפקידיה של הרשות השופטת הנגזרים ממאפיינים אלה של החקיקה. במשפט האמריקאי, משמש המושג פורמליזם בעיקר לאפיין ההנמקות שמביאים שופטים מסוימים בפסקי-הדין שלהם. עם זאת, הנמקות אלה משקפות תפיסת-עולם רחבה בדבר מקומו של המשפט בחברה ובדבר תפקידה של הרשות השופטת בהפעלת המשפט וביצירתו.<sup>1</sup> נקודות-המוצא של ובר ושל מלומדי מדע-המשפט של גרמניה, מצד אחד, ושל מלומדי המשפט האמריקאי, מצד אחר, שונות איפוא: ביסודו של מושג הפורמליזם של ובר ושל מלומדי מדע-המשפט עומדים המאפיינים המבניים והתוכניים של החקיקה; ביסודו של מושג הפורמליזם, שהתפתח במשפט האמריקאי, עומדות דרכי ההנמקה המקובלות בפסיקה.<sup>2</sup> עם זאת, תכניו של מושג הפורמליזם האמריקאי דומים במידה לא-מעטה לאלה העולים ממשנתם של ובר ושל מלומדי מדע-המשפט.

היה בית-המשפט אקטיביסטי בחול'לן שינויים חברתיים בכיוון הל'ברלי: ולמן שנות השבעים, מדובר שוב באקטיביזם שכיוונו שמרני. ראה: קנון, שם, בעמ' 385-386.

4. א. א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 217-213: קנון, לעיל הערה 4, בעמ' 385, 387, 388, 393, 400, 402.

במסגרת ההליך השיפוטי, ותוך כדי הדין בשאלות משפטיות בכלל, אינה אילו ערכים ואיזו חלוקת משאבים ישרו בעולם אם נורמה משפטית זו או אחרת היא שתאמץ, אלא איזו נורמה צריכה להתקיים בעולם בהתאם להיגיון הפנימי של המערכת הנורמטיבית הקיימת, לנוכח מושגי המשפט וקונספציות המשפט המרכזיים אותה. היעסיק במשפט אמור אפוא לשאת אופי מדעי, היינו, הוא אמור להיות חופשי משאלות ערכיות. ביסודו אמורה לעמוד עובדת הימצאותן של נורמות מסוימות במערכת המשפט, ולא קיומם של טעמים ערכיים, העשויים להצדיק קיומן של נורמות. אכן, על-פי תפיסת הפורמליום המשפטי, אמורות נורמות המשפט הקיימות בשיטה לחצוץ בין מקבל ההחלטה המשפטית לבין הטעמים המהותיים היכולים להצדיק את החלטתו.<sup>5</sup>

### 3. יצרניות מוגבלת במסגרת ההליך השיפוטי

מודל אידיאלי של פורמליום משפטי מניח, שבדרך-כלל, תימצא בשיטה נורמה מתאימה, מוכנה מראש, לצורך החלטה על-ידי הרשות השופטת.<sup>6</sup> במקרה שבו אין קיימת בשיטה נורמה המשפחה פתרון ישיר לשאלה המתעוררת, נחשבת נורמה זו לקיימת בשיטה במהותה, ותפקידו של השופט או של המלומד המתמודד עם הבעיה הוא אפוא ליצור אותה, בדרך של השיטה לעיין. זאת, בתהליך של הנמקה משפטית (Legal Reasoning) אינדוקטיבית ודדוקטיבית, שהומרי-הגלם שלה הן נורמות המשפט הקיימות כבר בשיטה.

במסגרת ההנמקה האינדוקטיבית, אמורה הנורמה המשפטית, המספקת את הפתרון המבוקש, להיות מעוצבת על-פי התכנים של נורמות המשפט הקיימות, שניתן להצביע על רלוונטיות כלשהי שלהן לבעיה המתעוררת. (תאור נפלא של הפעלת אופן הנמקה זה על דרך הקיצונית נמצא בנמרא, שנתרין כד, א': "הרואה את ריש לקיש בבית המדרש כאילו עוקר הרים וטוחנו זה בזה: ... כל הרואה רבי מאיר בבית המדרש כאילו עוקר הרי הרים וטוחנו זה בזה"). במסגרת ההנמקה הדדוקטיבית, אמורה הנורמה המשפטית המספקת את הפתרון להיות מונבעת מתוך תקדונו והכללים העומדים ביסוד התחום המשפטי וביסוד הקטיגוריה המשפטית שבגדרם נופלת הבעיה. המשפט אמור אפוא להתפתח במסגרת

מושג הפורמליום המשפטי העולה מכתביהם של המלומדים האמורים מושתת על ארבעה עיקרים:

1. **ארגון נורמות המשפט במערכת בעלת היגיון פנימי**  
 הפורמליום המשפטי חותר לכך, שנורמות המשפט יימצאו מאורגנות במערכת הכנויה על-פי היגיון פנימי, אופקי ואנכי גם יחד, כאילו היה מדובר במערכת גיאומטרית או מדעית. (אכן, מלומדי מדעי-המשפט של גרמניה ואנשי הגישה הפורמליסטית במשפט האמריקאי, שפעלו במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, הושפעו מאוד מן המתמטיקאים של מדעי-הטבע ושאפו לארגן את המשפט כאילו היה מערכת מדעית).<sup>3</sup> מן הבחינה **האופקית** נורמות המשפט צריכות להיות ערוכות על-פי קטיגוריות משפטיות מוגדרות (חוזים בנבדל מנזיקין; משפט פרטי בנבדל ממשפט ציבורי; משפט מהותי בנבדל ממשפט פרוצדורלי, וכו'), כדי לאפשר למשפטן לאתר בכל סיפור עובדתי המובא לפניו את מאפייניו המשפטיים הרלוונטיים, ולאחר-מכן, למיין את המקרה אל תוך הקטיגוריה המשפטית האחת האמורה להסדיר ולהחיל עליו את הפתרון המצוי בקטיגוריה. (אכן, מסיבה זו, מקדישים משפטנים הפועלים בחיקה של תפיסת-העולם הפורמליסטית ארגוניה אינטלקטואלית רבה למניעת הפיפה בין הקטיגוריות המשפטיות השונות, ומעלתו הגדולה ביותר של המשפטן בעיניהם היא "הכושר האנליטי", היינו, היכולת למיין נכונה מקרים עובדתיים אל תוך הקטיגוריות המשפטיות האמורות להסירם). מן הבחינה **האנכית**, ביסוד כל תחום משפטי צריכים לעמוד כמה עקרונות-יסוד כלליים, ומהם צריכים לנבוע, בסדר היררכי הולך ויורד, כללי-משנה פורטים יותר, הנובעים מן העקרונות ומן הכללים שמעליהם.<sup>4</sup>

### 2. ניתוק המשפט מן המימד הערכי שלי

על-פי תפיסת הפורמליום המשפטי, ההליך השיפוטי, וכן הדין האקדמי בשאלות משפטיות, אינם אמורים לדון במישרין במציאות. חומרי-הגלם של היעסיק המשפטי צריכים להיות נורמות המשפט הקיימות בשיטת המשפט ולא יעדים ערכיים שניתן להביא למימושם באמצעות כללי המשפט. השאלה האמורה להישאל

המהותית של המשפט, מתייחס ובר לתכנים העריכיים של נורמות המשפט. הרציונליות המהותית מתקיימת במערכת סדורה של נורמות, שתכניהן מוצגים על-פי עקרונות מוסריים או דתיים. ובר טען, כי ייחודה של הציוויליזציה המערבית המודרנית הוא בכך, שהיא הצליחה לארגן את המערכת הכלכלית, הביורוקרטית והמשפטית<sup>12</sup> שלה על-פי עקרונות הרציונליות הפורמלית. (הרציונליות הפורמלית של המערכת הכלכלית מתבטאת בכך, שהיא מאפשרת לפועלים במסגרתה רמה גבוהה של תכנון וחישוב מראש. הרציונליות הפורמלית של המערכת הביורוקרטית מתבטאת בכך, שהיא מאפשרת הוצאה לפועל של יעדים באופן סכני, תוך שימוש בפקידים בעלי כישורים וידע צרים, הפועלים במסגרת של יחסים כלת-אישיים עם הציבור שאותו הם משרתים.)

סיעון חשוב של ובר מתייחס לקשר בין הרציונליות הפורמלית והרציונליות המהותית של מערכת המשפט. ובר טען, כי קיים מתח בין השניים: ככל שמערכת המשפט נעשית רציונלית יותר מן התחינה הפורמלית – קרי, ככל שהיא ממששת נעשית יותר יותר את הפורמליזם המשפטי – כן היא מאבדת את הרציונליות המהותית שלה; היינו, מערכת משפט הפועלת על-פי עקרונות הפורמליזם המשפטי מולידה תוצאות בעייתיות על-פי אמות-מידה מוסריות. לעומת זאת, דווקא מערכת משפט הפועלת ברמה נמוכה יחסית של פורמליזם עשויה להביא לידי מימוש טוב יותר של ערכי המוסר.

## ג. מקומו של מושג הפורמליזם במסגרת מדע-המשפט של גרמניה

שורשיה של תורת מדע-המשפט הגרמנית נעוצים בהבחנתו של קאנט בין האתיקה, האמורה להיות תחום עיסוקן של הפילוסוף, לבין המשפט התקף, האמור להיות תחום עיסוקן של המשפטן. הבחנה זו, המייצגת תפיסה פורמליסטית של המשפט, אומצה על-ידי המשפטנים הגרמניים בראשית המאה התשע-עשרה, ובהתאם לה, הם הגבילו את תחום עיסוקם למשפט התקף, תוך התעלמות מן המימד הערכי של המשפט. המשפטן הנולט בגרמניה במחצית הראשונה של המאה היה סאוויני (Friedrich Karl von Savigny) והוא ביקש, מצד אחד, להתחקות אחר תכניו של

ההלך השיפוטי לא בדרך של שקילת רציונות הערכית של חלופות אפשריות, אלא מכפנים, "כמעין המתגבר", או אם לנקוט דימוי אחר, בדרך של "הרמה על ידי אחיזה בצמיחת הראש".<sup>13</sup> יתר על-כך, התהליך אמור להיות בעל אופי טכני-מכניסטי: הוא אמור להגליד תמיד נורמה אחת מוסכמת, היינו, כל מפעיליו אמורים להגיע, כדבר שבכהנחה, לאותה הוצאה עצמה, ובלבד שיפעילו אותה נכון.<sup>14</sup>

## 4. ודאות ויכולת תכנון כיעדים מרכזיים של מערכת המשפט

על-פי הפורמליזם המשפטי, נורמות המשפט נחשבות קיימות בשיטת המשפט במפורש, או להלופין, במשתמע, כחוצר של תהליך חשיפה טכני-מכניסטי. מכיוון שכך, יכולת הנורמות להחשב על-ידי מקבלי-החלטות הפועלים בשיטת המשפט לחלק מן המצב העובדתי הקיים של העולם, שביכולתם להסתמך עליו כשהם מתכננים השגת מטרת. יוצא איפוא, שנורמות המשפט נחשבות למאפשרות לצרכני המשפט לפעול ברמה גבוהה של ודאות, היינו, במידה גבוהה של חסינות מפני התערבות היצונית בלתי-צפויה, שהשלב את הפעולות שהם נוקטים להגשמת יעדיהם המשפטיים.<sup>15</sup> (כנקודה זו טמון הקשר בין הפילוסופיה הפוליטית של הליברליזם לבין הפורמליזם המשפטי: מכיוון שתכלית הליברליזם היא לאפשר לפרט חירות מירבית בקביעת התכנים של חיי וכווימזם, נטען, כי הגשמתו המירבית של הליברליזם מחייבת משטר משפטי של פורמליזם.<sup>16</sup>)

## ב. מקומו של מושג הפורמליזם המשפטי במישורתו של מקס ובר

ובר, שהתחקה אחר הרציונליות הייחודית לציוויליזציה של המערב, הכחין בין שני סוגים של רציונליות באופן הפעולה של מערכת המשפט (וכן באופן הפעולה של המערכת הכלכלית והמערכת הביורוקרטית של המדינה): רציונליות פורמלית ורציונליות מהותית. לדבריו, מערכת משפט פועלת בדרך של רציונליות פורמלית כשהיא ממששת בפעולתה את עקרונות הפורמליזם המשפטי.<sup>17</sup> לעומת זאת, בדברו על הרציונליות

במשפט האמריקאי בספרו של הולמס "The Common Law" (Oliver Wendel Holmes), שראה אור לראשונה בשנת 1881.<sup>15</sup> בפסקה הראשונה לספרו, כתב הולמס מה שנתפר לאחור-מכן למכתם המצוטט אולי ביותר במאה העשרים בעולמו של המשפט האנגלו-אמריקאי: "היי המשפט אינם היגיון; הם ניסיון." ("The life of the law has not been logic; it has been experience. מייד אחר-כך, המשיך הולמס בדברים האלה, שביקשו לקצקע כמה מייקרי האמונה של הפורמליזם המשפטי:

The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy... have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law... cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.<sup>16</sup>

כעבור עשור וחצי, יצא הולמס פעם נוספת נגד דבקותם של משפטנים ב"רעיון השיא", שלפיו ההיגיון הוא הכוח המניע בהתפתחות המשפט. לרבינו, דבקות זו יכולה להיות מוסכרת בכך, שהשיטה הלוגית עונה על הכמיהה האנושית לודאות,

But certainly generally is illusion... Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds... For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. ...I look forward to a time when the part played by history in the explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them.<sup>17</sup>

דבריו אלה של הולמס שימשו מצע לצמיחתן של תנועות

המשפט התקף ברגמניה בדרך של מחקר היסטורי, ומצד אחר, לארגן את נורמות המשפט, המתגלות במחקר, במערכת מעין-מדעית. על-פי גישתו, ארגונו של המשפט במערכת כזו היה אפשרי, משום שהמשפט הוא תופעה תרבותית, המשקפת את רוח-העם, וזו, מצידה, מולידה מערכת נורמטיבית קורדונטית, השומרת על קשר אורגני בין כל מרכיביה. המשפטנים שפעלו אחרי סאוויני, שהידועים שביניהם היו פוכטה (George Friedrich Puchta) ויהרינג (Rudolf von Jhering), הוניחו את משימת ההתחקות ההיסטורית אחר תכנון של המשפט, והתמקדו, בדרך הפורמליזם המשפטי, במשימה של ארגון נורמות המשפט במערכת מעין-מדעית. הם השקיעו מאמץ רב בויקוק המשפט הקיים לקטיגוריות ולנורמות, העומדות אלה לצד אלה ואלה מעל אלה, בקשר הגיוני. מאמץ זה הגיע לשיאו במחצית השנייה של המאה התשע-עשרה, בפועלה של האסכולה הפנוקטיסטית, הנתשבת למיצוי הקיצוני ביותר של תורת מדע-המשפט הגרמנית. בין היתר, הולידה אסכולה זו את הקוד האזרחי הגרמני (B.G.B.), שהוכן בין השנים 1874 ו-1896. בצוות הנסחים הראשון של הקוד היה חבר וינדשייד (Bernhard Windscheid). גודל הפנוקטיסטים. אכן, הקוד, הערוך בסדר הגיוני מדויק, תוך הקפדה על מניעת סתירות או תפסות בין הקטיגוריות השונות המרכיבות אותו, נחשב אחד משיאי של המפעל הפנוקטיסטי.<sup>18</sup>

#### 4. מקומו של מושג הפורמליזם במשפט האמריקאי

תיאורטיקנים, סוציולוגים והיסטוריונים של המשפט בארצות-הברית מאפיינים את ההיסטוריה של המשפט האמריקאי במאזניים השנויים האחרונות במונחים של התחרות בין שתי גישות: גישת הפורמליזם וגישת האינסטרומנטליזם. השיעון הרווח הוא, שההנמקה המשפטית הפורמליסטית ותפיסת-היעולם הפורמליסטית, העומדת ביסודה, הגיעו לעמדה של דומיננטיות במשפט האמריקאי באמצע המאה התשע-עשרה, אולם החל כסופה של מאה זו ולאורד כל המאה העשרים, ניכרת כשיטת משפט זו עלייתן של ההנמקה האינסטרומנטלית ושל התפיסה האינסטרומנטלית של המשפט.<sup>19</sup> מקובל לראות את תחילת המתקפה על הפורמליזם המשפטי

הטקסט, במשקלן, בדרך הארגון של מרכיביו השונים וכיצא באלה.<sup>23</sup> לעומתן, קיימות גישות הקטרויות, אלה עוסקות בתוך ההקשר התרבותי שבו נוצר הטקסט, בתוך ההקשר התרבותי שבו התקבל הטקסט כתקני או חשוב וכיצא באלה.<sup>24</sup> ואילו בתורת המוסר, מוכר הניגוד בין המטא-אתיקה לבין האתיקה הנומנטיבית. המטא-אתיקה עוסקת במאפייניו של השיח המוסרי, בטבען של הנמקות מוסריות, במעמד הלוגי של טיעונים מוסריים, בטיבם של מושגיי-היסוד של תורת המוסר וכיצא באלה, אך לא בתכנים שנוורמות המוסר צריכות להכיל. לעומת זאת, תפקידה של האתיקה הוא לדון בתכנים שנוורמות המוסר צריכות להכיל.<sup>25</sup>

ניגודים אלה עשויים להיות חשובים לענייננו, משום שניתן לראות את הפורמליות המשפטי כקרוב ברוחו לגישה הפורמליסטיות שתפתחו בתחומים האמורים, ואילו את הגישה המתמקדת במידע הערכי של המשפט ניתן לראות כקרובה לגישות הנוכחיות או ההקטרויות שהתפתחו בתחומים האמורים, אכן, הפורמליות המשפטית קרוב לפורמליות של תורת ההיגיון, בהתמקדו ברדכי ההנמקה, המאפשרות מעבר מעובדות למסקנות משפטיות וכן מעבר מנורמות המשפט הקיימות לנורמות חדשות, ובהתעלמו משאלת הרציית הערכית של פורמליות המוכר במסגרת התיאורית הפורמליות המשפטית קרוב לפורמליות המוכר במסגרת התיאורית של האמנות הפלסטית. מעמדם של קווים, צבעים, עומק, אור וכיצא באלה במסגרת הפורמליות האמנותי דומה למעמדם של קטגוריות המשפט וכללי המשפט במסגרת הפורמליות המשפטית כך ניתן לומר, כי כשם שמפעיל גישה פורמליסטית לאמנות ישלים חסר בתמונה על-פי ההיגיון הפנימי של מרכיביה הצורניים, כך ישלים חסר במשפט על-לילי המשפט במסגרת הפורמליות המשפטית. המילון של הנוף המשפטי שבגדרו קיים החסר, היינו על-פי המילון, המושגים והקונספציות המשפטיות הנמצאים בכללי המשפט סמוכים. (ראה למשל אופן התנמקה הבא: "החוק אומר יתווה חחחה, התבדל בין שתי נוסחאות אלו השניה לראשונה... גם צורת הפועל שבנתגולדת החקיקה עכרו מן השניה לראשונה... גם צורת הפועל 'שהיה טעון' מרמזת על כך... בפירוט סעיף 27(ב) אין להתעלם גם משיקולים של פרשנות שיטתית. אילו פירשנו את ההוראה הזאת

אינטרקטואליות שונות במשפט האמריקאי במאה העשרים, שהמשותף לכלן הוא גישתן האינסטרומנטלית, האנטי-פורמליסטית, למשפט, כגון תורת המשפט הטיולוגית, הריאליזם המשפטי, ה"Critical Jurisprudence Policy-Oriented" וה-Legal Studies. מכיוון שגישת הפורמליות במשפט האמריקאי אינה קשורה בשמו של שופט או הוגה מטיים דווקא<sup>14</sup> (נתקופת שלטונה, אפיינה הגישה את תהדהכות של קהילת המשפט בכללותה), נמצא כר נרחב ללימוד מאפייניה של גישה זו דווקא בכתיבתם של אנשי התנועות האינסטרומנטליות, במסגרת נסיונותיהם לקעקע את הגישה המתחרה.<sup>19</sup>

## ה. פורמליזם וערכים: ניגודים דומים

כאמור, ניגוד יסודי במשפט הוא הניגוד בין גישה פורמליסטית למושפט לבין גישה הרואה במשפט מכשיר להשלטתם של ערכים ולקצאתם של משאבים בהתאם לתפיסות ערכיות. ניגוד דומה קיים גם בתחומים אחרים של הדעה, כך, בתורת ההיגיון מוכר הניגוד בין צורה ותוכן: לתורת ההיגיון הקלאסית מייחסים עיסוק בצורות המעבר מהגידים למסקנות, בלא לייחס חשיבות לתוכנם של ההגידים או המסקנות.<sup>20</sup> במסגרת התיאורית של האמנות הפלסטית, מוכר הניגוד בין גישות פורמליסטיות וגישות הקטרויות. ביסודן של הגישות הפורמליסטיות עומד הטיעון, שהערכה אסתטית של יצירת אמנות צריכה להיעשות אך ורק במובנים פנימיים-צורניים של היצירה עצמה, כפי שהיא נראית לעין המתבונן בה, בלא שיוכאו בחשבון נתונים כלשהם בדבר מצב העולם שהוא היצוני לה. גישות כאלה ישפטו תמונה, לדוגמה, על-פי היחסים הפנימיים הקיימים בין קוויה לצבעיה, על-פי אופי הפרספקטיבה שלה, על-פי מידת האינטגרציה שבין מרכיביה, על-פי מידת הכהרות שבה וכיצא באלה.<sup>21</sup> לעומת זאת, גישות הקטרויות, אף שהן ניכרו בהשיותם של הגורמים האמורים לצורך ההערכה האסתטית, יוסיפו עליהם גורמים שהם היצוניים ליצירה, כגון ההקשר התרבותי שבו נוצרה היצירה, המטרות האמנותיות שבגדרה נוצרה, הכיגורפיה של היוצר וכיצא באלה.<sup>22</sup> ניגוד דומה מוכר במעגרת תורת הספרות מצד אחד, קיימות גישות טקסטואליות, אלה מתמקדות בלשוך הטקסט הספרותי, כמנון

מרע של מושגים, היינו, הכרה של פשר התכנים המתחייבים באופן אנליטי מעצם השימוש במושגים המשפטיים השונים.<sup>31</sup> גם טיעון זה קרוב ברוחו לאחד מעיקריה של גישת הפורמליזם המשפטי, שלפיו, עיקרה של ההכרעה השיפוטית אינו גילום ויצירה של הכרעות ערכיות, אלא גזירה הגיונית של התפרוץ המתחייב על-פי התכנים הקונסטואליים של המערכת הנורמטיבית הקיימת.

## ז. פורמליזם משפטי ושלטון-החוק

כידוע, למושג שלטון-החוק שני מובנים,<sup>32</sup> הקרויים בישראל המובן הפורמלי והמובן הממחי. במובנו הפורמלי, קרוב מושג שלטון-החוק למושג הפורמליזם המשפטי המובנו הוונבריאני ובמובן של תורת מדעי-המשפט הגרמנית (רבר המתבטא גם בשימוש המשותף, בשני המקרים, במונח פורמלי), שלטון-החוק הפורמלי מתייחס לקיומו של מצב, שבו תוכנו של נורמות המשפט נמסר כזה מראש במידה רבה של ספציפיות ובדירוג, היינו, בלא שהחלתן תצריך הפעלה של שקול-דעת לשם מילוי בתוכן. נוסף על כך, נדרש שהמבקש להשיג את התוצאות המשפטיות הקבועות בנורמות יזכר לנתוג, בלא קושי מיוחד, באופן הממלא את דרישות הנורמות.<sup>33</sup> מובן זה של שלטון-החוק הוא פורמלי, משום שהתקיימות שלטון-החוק על-פיו אינה מותנית בתוכניהן של נורמות המשפט שבשיטה.<sup>34</sup> עם זאת, ניתן לעיתים למושג שלטון-החוק גם תוכן מהותי. במובנו זה, מתייחס המושג, בדרך-כלל, למצב שבו מבטיחות נורמות המשפט לאוהדי המדינה בודדות-ייסוד המקובלות במשטרים של דמוקרטיה ליברלית.<sup>35</sup>

## הערות למרק א:

1. Quevedo, Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning, 73 Cal. L. Rev. 119, 120, 124-25, 140 (1985); Lyons, Legal Formalism and Instrumentalism - A Pathological Study, 66 Cornell L. Rev. 949, 971 (1981); Paine, Instrumentalism v. Formalism: Dissolving the Dichotomy, 1978 Wis. L. Rev. 997, 999, 1000.
2. הברל זה אינו מקרי. ובר, שהיה בעל השכלה משפטית, היה קרוב אצל

כנוגעת לביצוע... היתה הנחתה חופפת חלקית את הנחת טעיף (א)18... ולפיכך היה מקום לתהות למה טעיף (ב) לא כלל את יתר המקרים הנכללים בסעיף (א)18 ואפילו למה לא הסתפק המתקן בהוראת סעיף (א)18 ו- (ב) וראה צורך לחוקק את סעיף 22(ב)24.<sup>24</sup> כמו-כן, הפורמליזם המשפטי קרוב ברוחו למשא-איתקה בתימנעותו מלדון במישורין בתכנים הערכיים של נורמות המשפט. לעומת זאת, בהדיגשה את השיבות הדיון בתכנים הערכיים של המשפט, קרובה הגישה הלא-פורמליסטית למשפט לאיתקה הנורמטיבית.

## ו. פורמליזם משפטי ופוזיטיביזם משפטי

כתואריה בדבר מקורות המשפט החלים במדינה, אין קשר הכרחי בין הפוזיטיביזם המשפטי לבין גישת הפורמליזם המשפטי, כשם שאין קשר הכרחי בין תורת המשפט הטבעי - המתחלה הנדולה של הפוזיטיביזם - לבין גישת הפורמליזם. במילים אחרות, לגבי השאלה מה יכול להיחשב בגדר הדיון החל בשיטה, יכול אדם לדגול בכל אחת משתי תורות המשפט האמורות, ובה במידה לדגול או לא לדגול בפורמליזם המשפטי, באשר לשאלת הוררכים להפעלת המשפט על-ידי בתי-המשפט.<sup>27</sup>

עם זאת, מקובל להשוב שקיימת זיקה בין אחדים מעיקריה של גישת הפורמליזם המשפטי לבין אחדים מטיעוניה של תורת המשפט של הפוזיטיביזם. לפי אחד הטיעונים, שמושג הפוזיטיביזם המשפטי משמש להם כותרת,<sup>28</sup> אין קשר הכרחי בין המשפט והמוסר או בין המשפט כמות שהוא לבין המשפט כפי שהוא צריך להיחית; היינו, העיסוק בשאלות משפטיות מחייב הכנתה בין שאלת מעמדן של נורמות, כנורמות משפט, לבין שאלת התכנים הערכיים של נורמות המשפט.<sup>29</sup> טיעון זה קרוב ברוחו לאחד מעיקריה של גישת הפורמליזם המשפטי, שלפיו, אין זה מעיינה של ההכרעה השיפוטית להתמודד במישורין עם שאלות ערכיות.<sup>30</sup>

טיעון אחר המזוהה עם גישת הפוזיטיביזם המשפטי הוא, שהעיסוק במשפט מצריך התחקות אחר מובנם של המושגים העיקריים של המשפט. הדוגלים בטיעון זה, הידועים כאנשי הפוזיטיביזם האנליטי, עסקו בהבהרת התכנים של מושג-הייסוד של המשפט (וכות, חובה, נזק, חוקה וכיוצא באלה), במגמה ליצור

- R. Lempert & J. Sanders, *Law and Social Science* (1986) 407-08, 5 412-14, 417; W. Schluchter, *The Rise of Western Rationalism* (1981, 1985, G. Roth trans.) 89-97, 102, 105, 108-09, 112-15; J. Shklar, *Legalism* (1964, 1986) 2-3, 16-17, 34-35, 111-12, 122-26, 137-38; H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961) 126-27; Schauer, *Formalism*, 97 *Yale L. J.* 509, 520-23, 532, 535-39, 544 (1988); Weinrib, *Legal Formalism: On the Imminent Rationality of the Law*, 951-53, 985, 987, 1000-02 (1988); Penner, *The Rules of Law*; Wittgenstein, Davidson, and Weinrib's Formalism, 46 *U. Toronto Faculty of Law Rev.* 488, 517-18 (1988); Teubner, *Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg*, 18 *Law & Soc. Rev.* 291, 293 (1984); Goetsch, *The Future of Legal Formalism*, 24 *Am. J. Leg. History* 221, (1980); Horwitz, *The Rise of Legal Formalism*, 19 *Am. J. Leg. History* 251, 255-56, 261 (1975); Kennedy, *Legal Formalism*, 2 *J. Leg. Stud.* 351, 355-56, 358, 378-79 (1973) הערה 4, בעמ' 79-79; גרין, לעיל הערה 3, בעמ' 10-5; קורדו, לעיל הערה 1, בעמ' 123, 130, 133; פיין, לעיל הערה 1, בעמ' 1001-997, 1007, 1012, 1016; הארט, לעיל הערה 2, בעמ' 131; פרידמן, לעיל הערה 2, בעמ' 161, 162, 164; ריינן, לעיל הערה 3, ראה גם: ברק, עם סיומה של תהליך הדרה, עיניו משפטו (התשנ"ב) 209, 210-211 (יפורמליזם... הוא הגישה שלפיה נותן לגובש מלשון השקטק המשפטי כלכל את מובנו... הפורמליזם טובר כי חוות הכל היא בצורה ובמילים...; ברק, היצירה השפופיית לסוגיה: פרשנות, השלמות חסר ופיתוח המשפט, הפרקליט לט (תש"ז) 267, 276.
6. R. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, 139-40 (1982); קורדו, לעיל הערה 1, בעמ' 138-137; ליונס, לעיל הערה 1, בעמ' 960, 962-949; גרין, לעיל הערה 3, בעמ' 7; שקלאר, לעיל הערה 5, בעמ' 102-101; פרידמן, לעיל הערה 2, בעמ' 160-162.
7. P. C. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 *Colum. L. Rev.* 605, 608, 611-12 (1908); גרין, לעיל הערה 3, בעמ' 8; סמרט, לעיל הערה 6, בעמ' 139, 138; וינריב, לעיל הערה 5, בעמ' 966-952, 975-987, 1008; קורי, לעיל הערה 5, בעמ' 398-395; שלכטר, לעיל הערה 5, בעמ' 89, 97, 102, 105, 109, 108, 112-115; טויבנר, לעיל הערה 5, בעמ' 296, 299; ריינן, לעיל הערה 3; שאור, לעיל הערה 5, בעמ' 511-520.
8. גרין, לעיל הערה 3, בעמ' 8, 11, 32; הורביץ, לעיל הערה 5, בעמ' 252; קורדו, לעיל הערה 1, בעמ' 130.
- גם דבורקין סבור, שלכל שאלה משפטית יש "פתרון נכון" אולם, במובן מסוים, קיים המון בין הפורמליזם המשפטי לבין גישתו של דבורקין.

המשפט האידיאלי ייתר מאשר אצל המשפט האנגלי-אמריקאי. לא "פלא איפוא שמושל הפורמליזם של מתמקד בחקיקה, ראה: Friedman, *On Legalistic Reasoning - A Footnote to Weber*, 1966 *Wis.-L. Rev.* 148, 159. במשפט האמריקאי, לעומת זאת, מילא בתרומה, עד המאה העשרים, תפקיד מרכזי ביצירת המשפט ובפיתוחו. לא "פלא איפוא שמושל הפורמליזם, שהתפתח בשיטת משפט זו, מתמקד בפועל של בתרומה המשפטית".

"is marked by a concentration, almost to the point of obsession on the judicial process." Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, 11 *Ga. L. Rev.* (1977) reprinted in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* R.Dworkin, *Taking Rights* (1983) 123, 123 (1977) *Seriously* התמקדותו של מושג הפורמליזם האמריקאי בפועל של בתרומה המשפטית מובנת לאור הכינתיות הנובעת מן הפער בין כוחם הרב של בתרומה המשפטית בארצות-הברית, מצד אחד, לבין היותם גוף בלתי-דמוקרטי, מצד אחר.

3. Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, 31 *Boston College L. Rev.* 837, 862 (1990); Grey, *Langdell's Orthodoxy*, 45 *U. Pitt. L. Rev.* 1, 5 (1983).

למושג "מערכת מניעה", ראה למשל הגדרתו של R. B. Braithwaite scientific system consists of a set of hypotheses which form a deductive system; that is, which is arranged in such a way that from some of the hypotheses as premisses all the other hypotheses logically follow. The propositions in a deductive system may be considered as being arranged in an order of levels, the hypotheses at the highest level being those which occur only as premisses in the system, those at the lowest level being those which occur only as conclusions of deductions from higher-level hypotheses and which serve as premisses for deductions to lower-level hypotheses." R.B. Braithwaite, *Scientific Explanation* (1953) 12

"If the science is in a highly developed stage, as in physics, the laws which have been established will form a hierarchy in which many special laws appear as logical consequences of a small number of highly general laws..."

4. M. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870 - 1960*, chapter 1 (1992) ; ול, ובר, על המאייזומה ונגיית המוסדות (ירושלים, תש"ס, ש' ג' איינשטייט עורך, תרגום א' אמיר) 74-79; ריינן, לעיל הערה 3; גרין, לעיל הערה 3.

המציאות על-ידי מערכות ערכיות, חוקי-משפטיות: תפוזרמליום משפטי מתקיים ככל שהמשפט הוא בעל תכנים עשירים ומפותחים משל להסדרת המציאות, המתקיימים בנבדל מקיומן של מערכות ערכיות, חוקי-משפטיות. אכן, על-פי ובר, ביטוח משפט מודרני, עיקר תוכנו של המשפט אינו יכול להיות אלא בחקיקה מפורטת ומקיפה, ואילו ביטוח משפט מסורתי, שבו שלט "הצדק של הקאזי", נקבע תוכנו של המשפט בהכרעות שיפוטיות, המותבנות בכל פעם מחדש, על-פי השיקולים הפרטיקולריים המשפטיים, המוסריים, הפוליטיים והגזיניים ואחרים של המקרה הנדון, בלא שמתאפשרת יצירתם של כללי משפט היכולים לחול מעבר למקרה הנדון. ובר, לעיל הערה 10, בעמ' 839-848; שלכטר, לעיל הערה 5, בעמ' 91, 106; קרונומן, לעיל הערה 9, בעמ' 95. משמע: כשהמונח פוזרמליום נקט במונח דנו, אין לראות בו מונח של גנאי, אלא תיאור של מאפיין יסודי המתקיים בכל שיטת משפט מודרנית; היינו, מצב שבו עומדת לרשותם של מקבלי החלטות משפטיות (שופטים וכן צדדים המבקשים להשיג יעדים משפטיים) מערכת עשירה של תכנים משפטיים, המסדירים את המציאות.

K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*. 13 vol. 1 (1977). T. Weir trans. (1977). N. Hom. H. Kötz & H. Lesser. *German Private and Commercial Law: An Introduction* (1982). T. Weir trans. 59-60, 65-68; J. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969) 31-33; Hoeflich, Savigny and his Anglo-American Disciples, 37 *Am. J. Comp. L.* 17 (1989); Klerner, Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century, *Am. J. Comp. L.* 67 (1989); ריימן, לעיל הערה 3; מאטנר, כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה, *משפטים יז* (תשמ"ה) 321, 337-341.

14. סמורס, לעיל הערה 6; הורביץ, לעיל הערה 5; גויץ, לעיל הערה 5; לוינס, לעיל הערה 1; פיין, לעיל הערה 1; קורדו, לעיל הערה 1, דבורקין, לעיל הערה 3, בעמ' 4.

15. O. Holmes, *The Common Law* (1881, 1963).  
16. שם, בעמ' 5.

Holmes, *The Path of the Law*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 465-66, 469, 17 (1897) 474. מרטון ויט נמקם את הולמס בקבוצה של הוגים שפעלו בארצות-הנברת כסוף המאה התשע-עשרה ובראשית המאה העשרים, ואשר מטוסו בכתביהם את תפוזרמליום בתחום מדעי-החברה של ארצות-הנברת. לדבריו, אחד מעיקרי האמונה המשותפים לכולם היה "אורגניו תרבותית", היינו, האמונה שיש לנקוט גישה אינטר-דיסציפלינרית בתחום מדעי-

במונח אחר – מוכייע – שונה גישתו של דבורקין לגמרי מגישת תפוזרמליום המשפטי, הומורי שצורכים לשמש לצורך הגעה לפירוט המשפטי, על-פי גישתו של דבורקין, שונים לגמרי מאלה הצורכים לשמש על-פי גישת תפוזרמליום המשפטי. בניגוד לגישת תפוזרמליום המשפטי, סבור דבורקין, שיש להניע ל"פתרון הנכון" תוך שימוש בתכנים הלכותיים לא רק מנומרות המשפט החלות במדינה, אלא גם ממערכת הערכים המוסרית והפוליטית, שבגדרה מופעלת מערכת המשפט. דבורקין, לעיל הערה 3. ראה גם: גריי, לעיל הערה 3, בעמ' 8, 9-51.

R. Brubaker, *The Limits of Rationality* (1984) chapter 2; A. Kromman, *Max Weber* (1983) 89-95; Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *Law & Soc. Rev.* 239, 252-53 (1983); גריי, לעיל הערה 3, בעמ' 10-11, 32; קנרי, לעיל הערה 5, בעמ' 272-271, 374-377; הארט, לעיל הערה 5, בעמ' 126; טורנר, לעיל הערה 5, בעמ' 297.

10. ובר, לעיל הערה 4, בעמ' 51, 53; קנרי, לעיל הערה 5, בעמ' 272-271, 272-271; קרונומן, לעיל הערה 9, בעמ' 92-95; ריימן, לעיל הערה 3, בעמ' 891-892.

המושג פוזרמליום מוחה לעיתים עם המושג לגליוס. למושג לגליוס שני מובנים. במובנו העל, לגליוס הוא האמונה שיש להתנהג בהתאם לכללים מתמטיים. שקלאר, לעיל הערה 5, הקדמה; שם, בעמ' 8. במובנו הורחב, דומה הלגליוס לפוזרמליום המשפטי, היינו, זוהי השקפה שלפיה תוכנו של זכויות וחובות משפטיות צריך להיקבע מראש על-פי נורמות כלליות, שאותן מיישמים בתי-המשפט במנותק מן המימד הערכי שלהן. שם, בעמ' 104, 137-138, 104, 221-222. פרידמן, לעיל הערה 2.

M. Weber, *Economy and Society* (G. Roth & C. Wittich eds., 11 1978) vol. 2, 809-900; Levine, *Rationality and Freedom: Weber and Beyond*, 51 *Soc. Inq.* 5, 12-13, 15; Kalberg, *Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History*, 85 *Am. J. Soc.* 1145, 1155-59 (1980); Eisen, *The Meaning and Confusions of Weberian 'Rationality'*, 29 *Brit. J. Soc.* 57 (1978); Trubek, *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development*, 82 *Yale L. J.* 1, 111-16 (1972) ובר, לעיל הערה 4, בעמ' 49-79; דורבקר, לעיל הערה 9, פרק 2; קרונומן, לעיל הערה 9, בעמ' 76-80, 92-95; שלכטר, לעיל הערה 5, בעמ' 87-97, 102, 105, 108-109, 112-115; פרידמן, לעיל הערה 2.

12. תפיסתו של ובר את מושג תפוזרמליום מרגישה את ההבדל בין הדרך שבה נתפסת המציאות על-ידי נורמות המשפט לבין הדרך שבה נתפסת



זו, שלטון־חוקו מקריים רק כאשר נורמות המשפט החלות במדינה מקנות לכל פרט זכויות מוסריות מפורטות כלפי זולתו וזכויות פוליטיות מסוימות כלפי המדינה. דבורקין, לעיל הערה 33, בעמ' 181.

Hart, Law in Perspective of: **ראה גם**; 1982 Wis. L. Rev. 975 (1976) 538, 545-46 N.Y.U. L. Rev. 51, 1776-1976 Philosophy: reprinted in H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983) 145.

G. de Q. Walker, **The Rule of Law** (1988) chapter 1; Hutchinson & Monahan, Democracy and the Rule of Law, in *The Rule of Law - Ideal or Ideology* (A. Hutchinson & P. Monahan eds., 1987) 4; רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהד' 4, תשנ"א) כרך א' 272-262; ר' גביון, שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק (תשנ"א) 57-54; שלף, מ"שילטון החוק" ל"מרות המשפט": ההדורים ועדעורים על מושג־יסוד, עיוני משפט סו (תשנ"ב) 559; ומיר, שלטון חוק במדינת ישראל, הפריקליטי, גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין (תשמ"ז) 61; ברק, שלטון החוק, קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ו (תשל"ז) 15; בג"ץ 428/86 ברוזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פד"ר פ' 505 (3) 623-621, השופט ברק.

L. Fuller, **The Morality of Law** (1964) chapter 2; R. Dworkin, A. 33 *Matter of Principle* (1985) 11-18; Schauer, Rules, the Rule of Law, (1989) 69 *Const. Comm.*; רן, לעיל הערה 28, בעמ' 213; רדף, לעיל הערה 27, בעמ' 783-786, 796-795; ע"ב 2/84 ניינון נ' יי"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פד"ר לט (2) 261, 225, השופט שמגר.

34. עם זאת, הנגישה הפורמלית לשלטון־החוק, כשלעצמה, אינה נעדרת היתכים מהותיים. נקודה זו הרגיש ג'ון רולס, הקושר את שלטון־החוק למושג החירות: קיומו של שלטון־החוק בנוכח לקיום חירות הפרט. שיטת משפט המקיימת את שלטון־החוק בנוכח הפורמלי יוצרת לפרט תנאים לפעולה רציונלית, בהתאם לנורמות המשפט, לשם השגתם של יעדים מטריים בחיי, בלא חשש שפעולתו תשובש כריענד על־ידי שיינתן לנורמות הלוחנוסיות תוכן שונה מזה שהיה ניתן להניחו מראש. יוצא, ששיטת משפט שתבקש לקדם את הערך של חירות הפרט תדבק בשלטון־החוק בנוכח הפורמלי. J. Rawls, *A Theory of Justice* (1971) 43-235. גם רן, המדישי שיש לדבוק בגישה פורמלית לשלטון־החוק ומגנה את אלה הטוענים מושג זה בתכנים מהותיים, דן בהיתכים מהותיים הנגזרים ממנו. באופן דומה לזה של רולס, רן, לעיל הערה 28, בעמ' 219-223. ראה גם: רדף, לעיל הערה 27, בעמ' 787-792, 796.

35. לדוגמא, גישה מהותית לשלטון־החוק הציצ דבורקין. מול התפיסה הפורמלית של שלטון־החוק (מה שהוא מכנה 'the rule book conception'), מציצ דבורקין גישת "זכויות" לשלטון־החוק. על־פי גישה

## פרק ב: ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי בשנות השמונים

### א. השינויים בתורת המשפט של בית-המשפט העליון

1. עלייתה של תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים ירידה במעמדה של תפיסת-העולם הפורמליסטית ועלייה במעמדה של התפיסה הלא-פורמליסטית של המשפט. דרך הנמקה'ו שנוקט בית-המשפט לא עברה מקובע מונולטיי אחד לאחר: מהנמקות פורמליסטיות להנמקות המתאפיינות בהגשת התוכן הערכי והמשמעות החברתית של המשפט. החל בשנות החמישים ואילך, לא היתה הפסיקה פורמליסטית באופן מוחלט, והפסיקה של העשור האחרון אינה נעדרת פורמליזם באופן מוחלט. בשתי התקופות ניתן למצוא בפסיקתו של בית-המשפט, בערבוביה, דרכי הנמקה פורמליסטיות ודרכי הנמקה המבליטות את המימד הערכי של ההכרעה; זאת, בפסקי-דין שונים של כל אחד משופטי בית-המשפט ולא-אחת אף בפסקי-דין אחד של אותו שופט עצמו. ואכן, קשה להעלות על הדעת שיטת משפט שאינה נוקת בעת ובעונה אחת להנמקות פורמליסטיות ולהנמקות לא-פורמליסטיות.<sup>2</sup> אולם, בהשוואה לשנים הקודמות, ניכר בהנמקותיו של בית-המשפט בשנות השמונים שינוי במשקל היחסי של הגישה הלא-פורמליסטית למשפט, לעומת הגישה הפורמליסטית: בשנות השמונים, עלה מאוד משקלה של הגישה הראשונה וירד משקלה של הגישה השנייה. (ברצוני להדגיש, כי איני סבור שחל שינוי בתכנים הערכיים הגלומים בהכרעותיו של בית-המשפט. באופן כללי, מערכת הערכים שקבע בית-המשפט העליון בפסיקתו בשנות

## 2. ירידת התפיסה של המשפט כאמצעי להכרעה בסכסוכים וכמכשיר תכנוני ועליות התפיסה של המשפט כמכשיר חינוכי

ניתן להציג את פשר השינוי שהתחולל בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים גם כשינוי בתפיסת המשקל היחסי של תפקודיו השונים של בית-המשפט. ניתן לאתר בתורת המשפט שלוש גישות עיקריות באשר לתפקודו של המשפט בתורה.<sup>3</sup> ראשית, התפקיד של הכרעה בסכסוכים. שנית, התפקיד של יצירת מערכת לתכנון ולהשגה של יעדים משפטיים. גישה זו מתמקדת בעיקר במידה שבה מסוגלים כללים משפטיים לאפשר לפורטי, הפועל בצילם, רמה גבוהה של ודאות בפעולותיו להשגת יעדי. שלישית, התפקיד של שיפור וקידום רמתה הערכית ורווחתה של החברה. גישה זו מתמקדת בהבהרת המשמעות הערכית והתברריות של נורמות המשפט, ומבקשת לגייס את אמצעי הכפייה והשכנוע של המשפט להשלטת נורמות ומסורות ראיים בחברה. במסגרת מיון זה ניתן לטעון, כי בעשורים הראשונים לפעולתו של בית-המשפט העליון, בלטה בפסיקתו תפיסה של תפקודו כמי שאמור להכריע בסכסוכים המשפטיים המתעוררים במדינה וכמי שאמור להבטיח ודאות אצל פורטים הפועלים להשגתם של יעדים משפטיים. תפיסה זו נשארה גם כפסיקה של שנות השמונים, אולם לצידה התבלטה, באורח מודגש וברור, הגישה, שלפיה אמורה מערכת המשפט להשפיע על התכנונים העורכיים השורדים בחברה.

"לפנים היתה הכנסיה לבדה שופטת למנישי אנושי", כותב הרמן ברוך ב"הסהורדים", "וזא ידע כל איש ואיש כי חוטא הוא. כיום צריך החוטא להיות שופטו של רעהו החוטא, פן יתמוטטו הערכים ויגיעו לכלל אארכיה, ותחת לבכות צמח, אנוס הוא לומר לאחיו: פעלת רע".<sup>4</sup> אכן, אלה המדינאים את התפקיד שממלא המשפט בהשלטתם של ערכים טענו לא-אחא, כי בחברה חילונית, ממלאים כתי-המשפט, בתחום הקביעה וההשלטה של הערכים, תפקיד דומה לזה שממלאת הכנסייה בחברה דתית.<sup>5</sup> דימוי זה מתאים לתיאור התפיסה של בית-המשפט העליון שלנו את תפקודו בשנות השמונים.

המיישנים זהה לזו שאותה ביקש בית-המשפט להשליט בשנות השמונים.<sup>3</sup>

בשורות הבאות אהמקד בעשור של שנות החמישים ובעשור של שנות השמונים. אעשה זאת משליש סיבות. הראשונה, אני סבור, שלצורכי השינויים המוכוים בספר זה, ניתן להתייחס לשנים שער שנות השמונים כאל תקופה אחת ולשנות השמונים כאל תקופה אחרת. השנייה, אני סבור, שהעשור של שנות החמישים והעשור של שנות השמונים מתבלטים כשני העשורים החשובים ביותר בתולדותיו של בית-המשפט העליון שלנו, מבחינת קביעת תוכנו של המשפט ומבחינת היעיצו של דרכי ההנהקה של בית-המשפט. השלישית, אין בכולתי להקיף במסגרת מחקר זה ארבעה עשורים ותצי של פסיקה של בית-המשפט העליון (הממלאים יותר מנאה כורכים של פסיקה).

עם זאת ברצוני להדגיש, כי תהא זו טעות לסבור, שבמקופה שער שנות השמונים לא חלו שינויים כלשהם בדרכי ההנהקה של בית-המשפט.<sup>4</sup> נראה, כי שינויים במגמה דומה לאלה שהתחוללו בשנות השמונים (ויידה במשקלה של הגישה הפורמליסטית ועלייה במשקלה של הגישה הלא-פורמליסטית) התרחשו עוד קודם לכן, אך בקצב איטי. יהא זה איפוא משגה להציג את תפיסת-העולם המשפטית הלא-פורמליסטית, הניכרת בפסיקה של שנות השמונים, כמנותקת לגמרי מתפיסת-העולם העולה מהנהקותיו של בית-המשפט בעשורים הקודמים. אכן, חוקרי החרכות מלמדים אהתנו, שפרדיגמות תרבותיות עולות כדרך של התפתחות, ולא כדרך של מהפכה והינתקות מן העבר, ושינויניה של כל פרדיגמה תבוים בחיקה של קודמתה.<sup>5</sup> פרדיגמה תרבותית חדשה, שאינה מוכרת במסגרת הפרדיגמה התרבותית הקיימת, תידחה על-ידי הפרדיגמה הקיימת, בדומה לאופן שבו יידחה אבר מושלל, שאינו מוכר במסגרת הסכימה הגנטית שבה הוא מושלל.<sup>6</sup> דומה שדרכים אלה מתקיימים גם ביחס שבין תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית של העשור האחרון לבין תפיסת-העולם המשפטית של העשורים הקודמים: גם בהנהקות של שנות החמישים, השישים והשבעים ניתן למצוא יסוד לא-פורמליסטי ברור, אולם בהנהקות של שנות השמונים התחזק יסוד זה מאוד וכה בהבלטה ובהגשה חזקה בהרבה מאלה שזכה בהם בעשורים הקודמים.

#### 4. המעבר מהוכחה לשכנוע

במסורת הפילוסופיה מקובלת ההבחנה בין הנמקה בדרך של הוכחה לבין הנמקה בדרך של שכנוע. הנמקה בדרך של הוכחה היא הנמקה המובנית מסקנה בדרך של יציאה מהנחת-יסוד והפעלתם של כללי חשיבה מסיימים. (הדוגמאות הפרדיגמטיות הן אלה של המתמטיקה, הלוגיקה ומדעי-הטבע.) הדבר המאפיין הנמקה כזו הוא, שבמידה שכללי החשיבה המקשרים בין הנחות-היסוד לבין המסקנה הופעלו נכון, חייבת ההנמקה, כדבר שבהכרח, להוביל למסקנה אחת בלבד היכולה להיחשב נכונה. משמע: במסגרת הנמקה כזו, המסקנה הנכונה האחת "כופה" – על המשתתף בהליך המשתבתי, בלא שיוכל להמנע לה. לעומת זאת, הנמקה בדרך של שכנוע צופה הליך מחשבתי, שבמסגרתו מפעילים המשתתפים שיפוט (Judgment) לשם מתן משקל לשיקולים מתחרים שונים. בניגוד להליך ההוכחתי, אין ההליך השכנועי מתקיים בהתאם לכללים נוקשים ומפורטים. ועם זאת, אין הוא שרירותי: מכיוון שכך, עשוי ההליך להוביל ליותר מאשר מסקנה אחת היכולה להיחשב נכונה. משמע: במקום להוליד מסקנה הכופה עצמה על המשתתף, אמור ההליך להביא לידי שכנועו של המשתתף באפשרות קבלתה של המסקנה.<sup>14</sup>

במסגרת הפורמליזם המשפטי, במצבים של היעדר פתרון משפטי ברור, שניתן להחילו על עובדות המקרה הנדון, הנמקה בדרך של הוכחה, באמצעות כללי ההנמקה המשפטיות (Legal Reasoning), וליא הנמקה בדרך של שכנוע, היא שאמורה להצדיק את המסקנה המשפטית. פירוש המתליך של ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי הוא, שכשנותר השמונים, נחלש במשפט הישראלי מעמדם של השיעונים בעלי האופי ההוכחתי ושל כללי ההנמקה המשפטית שעליהם הם מבוססים. לעומת זאת, התחזק מעמדם של שיעוני השכנוע. ואכן, ייתכן שביטוי להתליך זה ניתן למצוא בשימוש הנגזר במשפורה בהנמקותיו של בית-המשפט העליון בעשור האחרון.<sup>15</sup> התרשמתי היא, ששימוש גובר כזה אכן התקיים, אולם, כדי לכנס או להפריך התרשמות זו, ידרש מחקר נפרד. אם התרשמות זו נכונה, ניתן לראות בשימוש

#### 3. הרחבת קהל-היעד של הפסיקה אל החברה בכללותה

היבט אחר של השינוי שהתחולל בפסיקתו של בית-המשפט מחייסם לקהל-היעד של הפסיקה. שופטים פועלים תחת הנטל של הצורך לנמק את החלטותיהם. בעשותם כן, הם פונים אל שולוש קהילות עיקריות של קוראים.<sup>16</sup> ראשית, קהילה המורכבת מן הצדדים לסכסוך הפריטיקולרי (ומצדדים שמצבים דומה לזה של צדדים אלה). שנית, קהילת המשפטנים. שלישית, הציבור בכללותו. מבהינת דרכי ההנמקה (בהבדל מתוכן ההנמקה), מובגבלים השופטים, בראש ובראשונה, על-ידי מה שנושב קביל בעיני קהילת הקוראים השנייה, קהילת המשפטנים. על-פי אמות-המידה של תת-החברות המקצועיות שלה.<sup>17</sup> פירושו של הטיעון בדבר המשקל היחסי הנדול של הגישה הפורמליסטית בפסיקה של העשורים הראשונים הוא, שבשנים אלה פנה בית-המשפט העליון אל החברה ככלולה, כשהוא מציג עצמו כמי שפועל בחיקה של תת-החברות הכללית והחברת אל החברה באמצעות השפה המקצועית ועולם הדימויים המיוחדים לה. ואילו פירושו של הטיעון בדבר עליית המשקל היחסי של הגישה הלא-פורמליסטית בפסיקה העשור האחרון הוא, שבת-המשפט דובר אל החברה שבגדרה הוא פועל, יותר ויותר תוך הסתמכות על הערכים המוכרים בחברות הכללית של החברה; תוך שימוש בשפה ובעולם דימויים, שהינם מובנים ובעלי משמעות על-פי התרבות הכללית; ותוך הנמכת החיך שבין תת-החברות המשפטית לבין החברות הכללית. (דומה, כי טיעון זה נתמך גם בתופעה של צמיחת מדורים לענייני משפט בעצמנות והרחבות הסיקור העיתונאי של המתרחש במערכת המשפט בשנים האחרונות. מצד אחר, משמשים מדורים וכתבות בענייני משפט ערוץ להורמת מסרים מן המערכת המשפטית אל החברה בכללותה. משמע: קיומם תומך בטיעון, שלפני דוברת המערכת המשפטית יותר ויותר אל החברה בכללותה, וליא רק אל הקהילה המשפטית. מצד אחר, מדורים וכתבות אלה משקפים את העניין שיש לחברה במערכת המשפטית; היינו, הם מבטאים את הכרתה של החברה בהשפעה של המערכת המשפטית עליה.<sup>18</sup>)

מתן.) מה שחשוב לענייננו הוא, שבמסגרת הפרדיגמה, מתפתחים, בין השאר, כללים באשר לשאלות האמורות להישאל ובאשר לדרכים לפתורונן.<sup>20</sup> בהשאלה מקון, ניתן לומר, שהפורמליות המשפטית היה ער לעשור האחרון הפרדיגמה של המשפט הישראלי. הוא קבע כיצד עושים משפט: מה הן השאלות שעל המשפטן להתמודד עימן (מצביב עוברתיים שונים, העשויים להתייחס בעולם והמעוררים שאלות משפטיות) ומה הן הדרכים להתמודדות זו (טכניקות ההנמקה המשפטית (Legal Reasoning)) הפורמליסטיות). בשנות השמונים נחלשה מאוד הפרדיגמה הפורמליסטית במשפט הישראלי. הדבר התבטא בהתבלטות שורה של שאלות חדשות, שהמשפטן נדרש להתמודד עימן, היינו, שאלות בדבר התוכן הערכי של המשפט. הדבר התבטא גם בהתחלשות מעמדן של דרכי הפתרון המקובלות ובעלייתן של דרכי פתרון חדשות, היינו, במעבר מהנמקות הנוחליות להנמקות שכנועיות.

## 5. היתח בין זכויות ספציפיות וזכויות כלליות

ה' ל' א' הארט הכחין בין זכויות ספציפיות לזכויות כלליות.<sup>21</sup> זכות ספציפית (למשל, זכות חוזית) היא הזכות לתבוע התנהגות מסוימת מאת אדם מסוים, מכוח עסקה או יחס הקושרים את שני הצדדים. זכות כללית (למשל, חופש הדיבור) היא הזכות המוקנית לכל אדם באשר הוא יצור חופשי, כלפי כל אדם אחר, להתנגד להתערבות בחירותו.

כל מי שמציג במשפט הישראלי לא היה יכול לא לחוש בעשור האחרון בקיומו של מתח בין מעמדן של הזכויות הספציפיות לבין מעמדן של הזכויות הכלליות במשפט הישראלי: ההחלשות במעמדן של הזכויות מן הסוג הראשון והתחזקות במעמדן של הזכויות מן הסוג השני. מתח זה הוא ביטוי לתהליך של ירידת הפורמליות ועליית הערכים במשפט הישראלי. הפורמליות המשפטית מזוהה עם הסדרה נוקשה של הדרכים ליצירתן של זכויות ספציפיות ועם הגנה קפדנית על כללים ברורים ומפורטים, שלאורם יוכלו פרטים מערכת של כללים ברורים ומפורטים, שלאורם יוכלו פרטים לכלכל את מעשיהם ברמה גבוהה של ודאות, כדי לרכוש או להימנע מלהקנות זכויות ספציפיות. ירידת הפורמליות במשפט

הגובר במספרה על-ידי בית-המשפט שימוש גובר באמצעי אמטובי, במסגרת השימוש הגובר בהנמקות שכנועיות.<sup>24</sup> ניתן ללקם את השינויים האמורים, המתחוללים במשפט הישראלי, במסגרתם של תהליכים רחבים, המתחוללים בתרבות המערב במאות השנים האחרונות. במסגרת "ההשכלה", בעיקר מאז התפרסם ה"מאמר על המיתודה" של דיקרס,<sup>25</sup> נהנתה ההנמקה ההיכרותית מנכורה בתרבות המערב. המערכת המדעית ודרכי ההנמקה ההיכרותית המקובלות בה שימשו מודל לדיסציפלינות רבות של הדעת. אולם, במאה העשרים התחזק מאוד מעמדה של ההנמקה השכנועית, ומסתמנת מגמה שעל-פיה משתחררים מדעי-הרוח מעולן של שיטות ההנמקה של מדעי-הטבע, תוך הכרה בייחוד של דרכי ההנמקה שלהן. הדבר בא ליטוי, בין השאר,<sup>18</sup> בכתיבים אקזיסטנציאליסטיים, כפרגמטיים האמריקאי, בכפירה בבליציונותן של הנמקות הוכחות במסגרת מדעי-הטבע, ב"רטוריקה החדשה" של חיים פרלמן, בצמיחת הענף של הרטוריקה של המדעים, ובתחום המשפט עצמו – בצמיחתן של תנועות כמו הריאליזם האמריקאי, הגישה הרואה במשפט תופעה מעיז'סטרותית וה-Critical Legal Studies. ירידת הפורמליות ועליית הערכים במשפט הישראלי פירושו איפוא, שבמשפט הישראלי הולך ונוצר האקלים האינטלקטואלי שיאפשר קליטתם של רעיונות השאובים מזרמי מחשבה המזוהים עם ההנמקה השכנועית, וכן, שהמשפט הישראלי עובר מתחום השליטה של דרכי החשיבה המקובלות במדעי-הטבע לאלה המקובלות במדעי-הרוח: ממקצוע "ריאלי" למקצוע "הומני".

ניתן להציג את המעבר של המשפט הישראלי מטיעוני הוכחה לטיעוני שכנוע גם במסגרת האפיון המפורסם של קוף' לגבי סדר התקפות של הטיעוק המדעי. לדברי קוף, מדע תקני (Normal Science), "הפעילות שרוב המדענים מבלים בה בתכרת את מירב זמנם", מתקיים כשלישות אנטי-המדעי עומדת פרדיגמה, היינו, מסגרת תיאורית של הנתח-יסוד לגבי מצב העולם, שממנה נגזרות השאלות שעל המדע להמשיך לחקור ואמות-המידה באשר למה שייחשב פתרון של שאלות אלה. (טבען של פרדיגמות הוא, שבסופן של דבר, הן נקלעות ל"משבר", ואז, בתהליך של מהפיכה מדעית, הן מוחלפות בפרדיגמות אחרות, האמורות להיות טובות

and 'law') that are fundamental to law in the sense that they appear not just in one or another branch but throughout the range of legal doctrine.<sup>25</sup>

השפעתו של הפורמליזם האנגלי התלכדה בשנות החמישים עם תפיסת המשפטן-הלמדן המזרח-אירופית, לפיה תלמיד-תכס מובחן הוא מי ש"עורך הריס וסוחגן זה בזה". אכן, כל הקורא בפסקי-הדין של שנות החמישים מגלה תת-תרבות הנשלטת על-ידי ערכי הפורמליזם המשפטי. הדבר בא לידי ביטוי בשורה של דפוסי השיבה והנמקה האופייניים לפסיקה זו:

**ראשית**, עולה מהפסיקה אמונה, שהמפתח לפתרון של בעיות משפטיות אמור להימצא בעיקרו בלשונון של נורמות המשפט. בפסקי-הדין ניכר מאמץ לניתוח מושגי של הנורמות הנתשבות ולונוטיות במישורין; לעימות הנוסח שננקט בנורמות אלה עם נוסחן של נורמות סמוכות, הנמצאות באותו דבר-הקיקה עצמו, או עם נוסחן של נורמות קרובות, הנמצאות בדברי-הקיקה אחרים, קיימים או כאלה שבטלו, בארץ, באנגליה ובארצות-הברית.

כדוגמה יוכל לשמש בג"ץ 95/49 אל מורי נ' הרמטכ"ל.<sup>26</sup> בצו שהוציא הרמטכ"ל, בספטמבר 1949, נקבע, כי העותר "יעצור ויחזק במקום שקבע ע"י המפקח הכללי של משטרת ישראל, בשטח מדינת ישראל תקופה של 12 חודשים". הצו הוצא מכות תקנה 111(1) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, המורה, כי מפקד צבאי רשאי להורות על מעצרו של אדם, לתקופה של עד שנה, "באותו מקום מעצר שיהיה עשוי להגב ע"י המפקד הצבאי בצג". הצו האמור הוצא בעקבות קיומו של מידע בדבר מעשי רצח ואלמות שעשה העותר נגד יהודים, החל כראשית שנות הארבעים. העותר עתר נגד חקירות הצג, בין היתר בטענה שביעור אשר תקנה 111(1) מחייבת לנקוב בצו-המעצר מקום מעצר מסוים, הרי שצו-המעצר שהוצא נגדו לא נקב במקום כזה, אלא סמכות קביעתו של מקום המעצר הועברה למפקח הכללי של המשטרה. השיעור **אגרוט** קיבל את טענת העותר והורה לשחררו: "בשל ההסרת מקום מעצר מסוים בגופו של הצג... פסול הצג הזה לחלוטין [ ] הוא נטול, אפוא, חקף חקי כל שהוא." חלק נכבד מהנמקתו של השופט **אגרוט** היה פורמליסטי. בחלק זה מושתתת ההנמקה על נוסחן של תקנות 111(1), 111(3) ו-111(6) לתקנות ההגנה; על

הישראל, פירושה, שהכללים בדבר יצירתו של זכויות ספציפיות במשפט הישראלי נעשו פחות ברורים, ושכוחם של בתי-המשפט לקבוע את נטבות היווצרותן של זכויות כאלה גבר על-חשבון כוחם של הצדדים לזכויות עצמם ליצור או להימנע מליצור את זכויותיהם. לעומת זאת, עליית הערכים במשפט הישראלי פירושה, שהתחוק מעמדן של זכויות האזרח, שהן זכויות כלליות, במשפט הישראלי.<sup>23</sup>

## ב. ההנמקה השיטוטית בשנות החמישים

**שמעון אגרוט**, נשיא השלישי של בית-המשפט העליון, תיאר את תפיסת-העולם המשפטית ששלטה בארץ עם תום המנדט הבריטי במונחים ולקוחים מעולמו של הפורמליזם המשפטי. לדבריו, נתפס המשפט בעת ההיא –

[כ]שיטה 'סגורה', כלומר, שיטה הדורשת שאל כל המתכונות לכל השאלות המשפטיות יש להגיע בדרך הדיקציה הלוגית ממספר קבוע מראש של כללים כתובים... שיטה זו נבדלת מן השיטה ה'פתוחה', המרשה מילוי הדינתי של ההללים המשפטיים בהתאם להשתנות הנסיבות, על-ידי החלת סטנדרטים כלליים ובעזרת עקרונות של הצדק הטבעי והשיקולים של מדיניות ציבורית.<sup>24</sup>

בשנות החמישים הושפע המשפט הישראלי בצורה עמוקה מהמשפט האנגלי. רונלד דבורקין מתאר את תורת המשפט ששלטה במשפט האנגלי במחצית המאה, תיאורו משקף היטב את תורת המשפט ששלטה במשפט הישראלי לפחות עד שנות השבעים:

[T]he subject was taught out of standard textbooks like *Salmond on Jurisprudence and Paton on Jurisprudence*. Most of these texts were devoted to what they called **analytical jurisprudence**, which they carefully distinguished from 'ethical jurisprudence' or the study of what the law ought to be. By analytical jurisprudence they meant the careful elaboration of the meaning of certain terms (like 'fault', 'possession', 'ownership', 'negligence',

והו מס אחרי, שווה לכל נפש, וריגורסיבי לפי מהותו. ביסודו מונח הרעיון של שוויון-היחס ושוויון-הנפטר ללעני ולעשיר.<sup>30</sup>

**שנית,** מן הפסיקה עולה אמונה עמוקה בהפרדת רשויות נוקשה בין הכנסת לבין התיבה-המשפט. בית-המשפט שב ומוזהיר עצמו שמלאכת ההקדקה מסורה לכנסת, בעוד שלבתי-המשפט שמור התפקיד המשני, הסביל יחסית, של "שום הנורמות. חובתו הראשונית של השופט היא, לדברי השופט זילברג, "לשמור על גזירת הכתוב... שאם לא ינהג השופט כן, נמצא הוא מסוגל לו עטרה שאינה תולמתי, ונוטרל לעצמו איצטלה של מחוקק." יז יתר על-כן, דברים אלה אמורים גם לגבי מקרים שבהם מתגלה ליקוי ברור ברין הקיים. "הכוח לפרש חוקים, הנתון בידי השופט, הוא כוח מוגבל ומצומצם," כותב השופט אורנט, ו"קיימים גבולות ותחומים, אשר אסור לו לעבור עליהם, ומן ההכרח הוא שיניח את מלאכת ה'תיקון' בידי המחוקק."<sup>32</sup> ובמקום אחר כותב השופט אורנט:

תפקידו הראשוני והמטורתי של בית המשפט, הוא התפקיד של עשיית דין צדק בין המתדיינים בדרך של הטלת החוקים הקיימים על הסכסוך הבא לפניו, אכן, תהליך השיפוט מתקיים, כידוע, "ע"מ מן פירוש וביאור, לחוקים הקיימים ועל ידי מיצוי מוננם של אלה בצורה מלאה, אך אין משמעות הדבר, כי בית-המשפט רשאי לשים לפניו, כמטרה מיוחדת, הרמת תרומות מקוריות לתורת המשפט, והלילה לו – זאת אי אפשר להדישי יתר על המידה – להעלים עינו מהראת החוק העומדת בתקפה אותה שעה, אפילו סבור הנחו כי החלת ההוראה במקרה הנדון לא תהא עשויה להביא לתוצאה הנראית בעיניו כצודקת.<sup>33</sup>

**שלישית,** מודגשים בפסיקה הקווים המבחינים בין קטיגוריות משפטיות נבדלות. הפסיקה עוסקת רבות וכפירוט רב בשאלת המיון של מצבים עובתיים אל תוך קטיגוריות משפטיות אפשריות, ובהשוואתן של קטיגוריות משפטיות שונות אלה עם אלה, מבחינת היסודות העובתיים שצריכים להתקיים כנתיב להפעלתן. מודגשת החתירה לכך שכל קטיגוריה משפטית תופעל רק בהתקיים כל התנאים העובתיים הנצפים על-ידיה.<sup>34</sup>

**רביעית,** בתחום המשפט המנהלי ניכרת התמקדות בשאלה אם מפעילי סמכויות פעלו בגדר סמכויותיהם, ואילו התתייחסות

הבחנת לשונה של תקנה 111(ו) ("באותו מקום מעצר שיהיה עשיר להנקה") מלשון התקנה המקבילה באנגליה ("באותו מקום שיקבע על ידי מזכיר המדינה בהתאם להוראות הניתנות על ידי...") ועל ניתוח פשרו של המושג "מעצר", שכן נוקטת תקנה 111(ו): "אין עוצרים אדם בתוך חלל ריק. עצם המושג 'מעצר', אומר החוקת אדם בתוך שטח פנימי ידוע, שהינו תחום מוגדר מכל צדדיו."<sup>27</sup>

כדוגמא שנייה יוכל לשמש בג"ץ 34/50 אסנין ואח' נ' המועצה המקומית עמק יזרעאל, עפולה ואח' 28 פקודת המועצה המקומית, 1941, הורחה, כי מועצה מקומית רשאית להטיל "מס-גולגולת". מועצה מקומית מסוימת החליטה להטיל על תושביה מס-גולגולת מודרג, על-פי הכנסתו השנתית המוערכת של כל תושב. העותרים עתרו נגד חוקיות ההחלטה. המועצה נימקה את החלטתה, בין היתר, ברצון להטיל את נטל המיסים על תושביה באופן צודק; בעוד שמס-הרכוש (המס האחר שהמועצה הוסמכה לגבותו) מוטל על מספר מצומצם של תושבים, המכילים ממילא מפגיעתם הקשה של דיני הגנת הדייר, מוטל מס-הגולגולת על כל התושבים, והיותו מודרג יוצר קשר בין שיעור השתתפותו של כל תושב בהוצאות לבין מידת יכולתו לעמוד בכך. השופט חשין דחה את הטענה, באומרו: "אין חולק על כך, כי שיטת המס המודרג... היא השיטה הקרובה ביותר לחלוקה צודקת וישרה של עומס המסים, וכי מס אחיד אשר אינו מבדיל בין עשיר לעני, תועלתו מועטת ונוקד מרובה. שהרי מחד גיסא אין בו, במס זה, כדי להרבות ביותר את הכנסותיהם של השלטונות... ומאידך גיסא, הוא מקל שלא לצורך על בעלי הכנסות גדולות ומיעק יתר על המידה על בעלי הכנסות קטנות. אך השאלה לפנינו איננה: מה רצוי ומה אינו רצוי, כלומר: האם זהו מס מודרג... או מס אחיד."<sup>29</sup>

מס הגולגולת, כלומר: האם זהו מס מודרג... או מס אחיד.<sup>29</sup>

משמע: אף-על-פי ששיקולים של תועלת וצדק כאחד תמכו בהטלת מס-גולגולת מודרג, הרי מכיוון שהמועצה הוסמכה להטיל "מס-גולגולת", התעוררה השאלה אם המושג "מס-גולגולת" סובל בגדרו את המושג "מס-גולגולת מודרג". השופט חשין דן איפוא בהגדרת המושג "מס-גולגולת", כפי שהוא עולה משימוש במקרא, במילותיו ובספרות העוסקת במימון ציבורי. מסקנתו היתה, כי המושג "מס-גולגולת" אינו יכול להתייחס ל"מס פרוגרסיבי... אלא

## ג. ההנמקה השיטוטית בשנות השמונים

בשנות השמונים, ירד משקלה של ההנמקה הפורמליסטית בפסיקה בית-המשפט העליון וגבר משקלה של ההנמקה הלא-פורמליסטית. זו המכליטה באורח מודגש את מעמדם של שיקולים ערכיים בהנמקה.

## 1. הדגשת מעמדם של ערכי-היסוד של השיטה והדגשת חלקו של בית-המשפט בקביעת התוכן הערכי של המשפט

גם בשנות החמישים וכשנים שלאחריהן, נזקק בית-המשפט העליון לא-אחת לשיקולים ערכיים להצדקת הכרעותיו: אולם בפסיקה של שנות השמונים הודגש מאוד מקומם של שיקולים אלה במסגרת ההנמקה השיטוטית, והודגש מאוד התפקיד שממלא בית-המשפט בקביעת התוכן הערכי של המשפט החל במדינה. בית-המשפט לא הגביל עצמו לדובד הלשוני של נורמות המשפט; הוא פעל יותר ויותר ברובד של הערכים העשויים לשמש הצדקה לנורמות. כך הוצגו ערכי-היסוד של השיטה בשורה ארוכה של פסקי-דין כ"עקרונות-יסוד", שבאמצעותם מפרש בית-המשפט את נורמות המשפט הקיימות או אף יוצק, יש מאין, נורמות משפט חדשות. לדוגמא, בהטילו חובת-אמון על בעל מניות שליטה בחברה כלפי החברה, כותב השופט ברק כדלהלן: "אכן, ביטוי פורמאלי וספציפי לחובת אמון זו של בעל המניה לא נעשה עד כה במשפטנו, אך עקרון יסודי יותר ומוכר זה, רשאים אנו גם רשאים לגזור שנים. מעקרון יסודי יותר ומוכר זה, רשאים אנו גם רשאים לגזור חובות משנה חדשות, התאמות את צרכינו."<sup>41</sup>

במקרים אחרים, הציג בית-המשפט את ערכי-היסוד של השיטה כ"מטרייה נורמטיבית", החופה על שיטת המשפט בכללותה והאוצלת עליה תוכן.<sup>42</sup>

בהקשר זה הועלתה האפשרות להשלים את חוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], תשי"ט-1969, באופן שתיקרא לחוב הסמכות לא לאשר השתתפות בבחירות לכנסת של רשימה השוללת את עצם קיומה של המדינה או המבקשת לשלול את אופיה הדמוקרטי של המדינה. זאת, בהסתמך על עקרונות-היסוד של השיטה ומבלי שמסוכת כזו תמצא בחוק במפורש.<sup>43</sup>

לשאלה של תוכן הפעולה מצומצמת.<sup>35</sup> תמישית, מודגשים בפסיקה הערד של יציבות הדין והערך של דואות הדין. כדברי השופט גויטיין:

מדינה חדשה זקוקה לא רק לחוק בהיר, אלא גם לפירוש של חוק אשר יהא יציב ובטוח. אם בית המשפט העליון יוכל לפרש את החוק יום אחד פירוש אחד ולמחרת לתת לו פירוש שונה - יעמוד האורח הפשוט מבלבל ותוהה ויחשוב כי החוק גמיש הוא וכי החלטות בית-המשפט תלויות בעיקר בכשרון הפולמוס המשפטי של ב"כ הצדדים המופיעים במשפט מסויים. לעומת זאת, יציבות בפירוש החוק מאפשרת לעוה"ד ליעץ ללקוחו ולייעץ המשפטי לייעץ לממשלתו; והיה האיש אשר יחתום על חוזה - יידע כיצד בית-המשפט יפרשו, ותאיש אשר יתבע דמי נזיקין - יכיר את היסודות הדרושים להצלחת תביעתו.<sup>36</sup>

עם זאת, כפי שטענתו ליעל, ניתן למצוא בפסיקה של שנות החמישים גם התבטאויות לא-פורמליסטיות. יש להשתחור "מכבלי הפורמליזמוס של חובת הפירוש הדוקני", כותב השופט זלברג. "בפירוש החוקים יש לרחוק מסייגים פורמליים... עיקר העיקרים הוא: ללכת בדרך הישר, לרדת לעמקו של הדין, ולמצוא ולהגשים את כוונתו הרצויה של החוק."<sup>37</sup> והשופט זמורה אומר במקרה אחר, כי מכיוון שאין להגדיר כאן תחומין לפי שיטה גיאומטרית טהורה, "יש להפעיל את "חוש המוחיות של המשפטין."<sup>38</sup> יתר על-כן, היסודות להגנה על זכויות האזרח על-ידי המשפט הקונסטיטוציוני הישראלי וכן יסודותיו של המשפט המינהלי הישראלי הונחו, בפסיקת בית-המשפט העליון בשנות החמישים, בפסקי-דין שהתקנתהם היו, בעיקרן, לא-פורמליסטיות.<sup>39</sup> עם זאת, התבטאויות והנמקות אלה, על-אף חשיבותן, היו בעלות מעמד פריפריאלי במסגרת תת-תרבות משפטית, שבמרכזה עמדו ערכי הפורמליזם המשפטי. מה שאפיין את פסיקתו של בית-המשפט העליון "מתחילת דרכו ועד לראשית שנות השבעים", כותב משה לנזוי, נשיא החמישי של בית-המשפט, היה ה"הליכה מן הפרט אל הפרט, ההצמדות לעובדות המקרה ופרשנות טקסטואלית מדוקדקת של פסיקה קודמת, הרתיעה מהכללות תיאורטיות והצמחה האינדוקטיבית, האורגנית, של ההלכה."<sup>40</sup>

אחת. ואיזון בין העקרונות המתחרים הוצג איפוא כמצריך הפעלתו של שיקול-דעת על-ידי בית-המשפט, לצורך יריוג העקרונות בהתאם למשקל החסי הראוי להינתן לכל אחד מהם. בהתבטאות אופיינית, כתב **השופט ברק** על עקרונות-היסוד של השיטה:

רשימתם של עקרונות אלה לעולם אינה סגורה. לעתים קרובות הם מוכילים כולם לכיוון אחד, לעתים הם מובילים לכיוונים שונים ומנוגדים. במצב דברים זה על בית המשפט להתחשב בכל העקרונות הללו. עליו להעמידם זה בצד זה, תוך שעליו ליתן לכל אחד מהם את המשקל הראוי לו בניסבות הענין. משעשה כן, עליו לאזן בין הערכים השונים.<sup>45</sup>

הצגתם של עקרונות-היסוד של השיטה כמתחרים אלה באלה, באופן המצריך הכרעה בדרך של יריוג, עומדת בסתירה לעיקרים חשובים של הפורמליזם המשפטי. הבחנת-יסוד במסגרת התפיסה הפורמליסטית היא ההכנתה בין הלך החקיקה, הנתפס כמוליך הכרעות, פשרות ואזוניה בין תפיסות-עולם מתחרות, לבין הלך הטפיסה, הנתפס ככרוך במינו של כל מקרה עובדתי לתוך הקטגוריה המשפטית המתאימה לחל עליו, כדי להחיל עליו את הפתרון החבי כחיק הקטגוריה. כפי שכתב פרופסור יצחק אנגלרד, הלך איזון הערכים "סומן בחובו יסודות אופייניים של חקיקה בגלל שקולה מוקדמת של אינטרסים והכרעה ערכית על סדר עדיפותם לקראת עיצוב הנורמה המשפטית."<sup>46</sup> בהציגו עצמו כמאזן בין ערכים מתחרים, חרג איפוא בית-המשפט ממה שנחשב לתפקידו על-פי הגישה הפורמליסטית, ונטל לעצמו סמכויות הנתשבות על-פי גישה זו כשמורות לרשות המתקנת. אכן, העובדה שבית-המשפט נוקט בהקשר זה, שוב ושוב, למטבע-החלשון "איזון" סייעה לו להצניע את המומד החדשני שהנתקתו-ידי<sup>47</sup> משפורת המאזניים היא אולי השייחה ביותר ביחס למשפט.<sup>48</sup> בית-המשפט הסתייע איפוא במטפורה שביחה ושגורה כדי להחריך לפסקתו סגנון הנמקה חדשני ובלתי-מקובל. יתר על-כן, הלך האיזון כופר בהנחת-יסוד נוספת של הפורמליזם המשפטי: הנתחה שלכל בעיה משפטית קיים פתרון אחד נכון, שאליז יוכל להגיע כל מי שדן בבעיה, אם יפעל באופן נכון את פרוצדורת ההנמקה המשפטית (Legal Reasoning).

יתרה מזאת, במקרה אחד הוצגו עקרונות-היסוד של השיטה כעשויים אפילו להביא, באופן עקרוני, לא רק לירי השלמתו של חוק קיים, אלא את לירי הכרעה מצד בית-המשפט בכבר בשלתו של חוק מפורש של הכנסת, הסתר אותם. לדברי **השופט ברק** – באופן עקרוני-חותר, קיימת אפשרות שבית-משפט בכחרה דמוקרטית צהיר על כשלוחו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נקישה או בחוק יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בנישה, כי חוק אינו נפסל בשל תכנו. ...על פי התפיסה החברתית המשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על כשלוחו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. ...לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי כי נטשה מנישתנו המקובלת... תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חינו הלאומיים – על ידי העם ונציגיו הנבחרים.<sup>49</sup>

בפסיקדיין אלה, הציג עצמו בית-המשפט כמי שפועל בניגוד לעיקרים חשובים של הפורמליזם המשפטי: ראית הרשות השופטת כמי שאינה אמונה להשתתף בקביעת התוכן הערכי של המשפט וביצירת נורמות המשפט; ראית הפתרון המשפטי כאמור להימצא, באופן ברור וחד-משמעי, כנורמות המשפט הקיימות בשיטה, באופן שתפקידו של בית-המשפט הוא לאתר את הנורמה המתאימה ולהחליה; ראית תהליך היצירה הפיתוח של המשפט על-ידי בית-המשפט כתהליך, שחומרי-הגלם שלו הן נורמות המשפט הקיימות, החוצצות בין בית-המשפט לבין הערכים האפשריים העשויים להכתיב את הפתרון, ולא כתהליך שבו דן בית-המשפט במשורין בערכים אפשריים וגוור מתוכם את הפתרון והכלל הספציפיים.

## 2. איזון בין ערכים מתנגשים

העקרונות שהפעיל בית-המשפט לצורך הכרעותיו הוצגו על-ידי פעם אחר פעם כמתחרים אלה באלה, באופן שהאיזון ביניהם, לצורך יציקת הכלל הספציפי, יכול להיעשות ביותר מאשר דרך

הפורמליזם המשפטי: ההנהגה שתוכנן של נורמות המשפט ימצא באופן ממצה בלשונו; תפיסת המשפט כמערכת אוטונומית, שותפלתה על-ידי בתי-המשפט אינה מצריכה חריגה מגבולות הלשון אל תחומי התכלית, האמורים להיות מטורים באופן בלעדי לסמכות המחוקק.

#### 4. המעטה בחשיבותן של הבחנות וקטיגוריות

בשורה של פסקי-דין התבטא בית-המשפט נגד הקניית חשיבות יתרה להבחנות בין קטיגוריות משפט שונות. "יש להימנע מקטיגוריאליזציה מיותרת ומיצירתן של הבחנות שקשה להצדיקן ולהפעילן." כתב השופט ברק,<sup>54</sup> תחת זאת, המליץ בתי-המשפט, כי בוררו העקרונות החולשים על הסוגיות הנדונות לפניו, ומעקרונות אלה ייגזרו הפתרונות המשפטיים.

דוגמא טובה לגומה של טשטוש קווי-הגבול המבחנים בין קטיגוריות משפטיות שונות יכול לשמש ד"נ 20/82 **אדלס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ת.**<sup>55</sup> במקרה זה התעוררה השאלה: מה דינו של מי שהתחייב למכור נכס לקונה אחד, ומכרו לאחר-מכן לקונה אחר במחיר גבוה יותר? היהא על המוכר להעביר לקונה הראשון את המחיר העודף שגבה המוכר מן הקונה השני, או שמא יוכל המוכר לשמור עודף זה בידינו? מצד אחד, היחס בין המוכר לבין הקונה הראשון הוא יחס חוזי, והכלל של דיני החוזים הוא, שהקונה הראשון אינו זכאי למחיר העודף במקרה כגון זה. מצד אחר, על-פי הענף המשפטי של דיני עשיית עושר ולא במשפט, מי שזוכה ביתרון שלא כדין צריך להשיב את היתרון למי שזכאי לו, והשאלה שהתעוררה הייתה אם על-פי ענף משפטי זה, היה מקום להורות על העברת המחיר העודף מן המוכר לקונה הראשון; זאת, לנוכח העובדה שהמוכר הפיק את המחיר העודף תוך תפרת חוותו עם הקונה הראשון. בית-המשפט העליון דן בשאלה זו פעמיים: פעם אחת בשבתו כבית-משפט לערעורים ופעם אחת ב"דין נוסף". בשלב הערעור, הכריעה השופטת בן-פורת נגד הקונה הראשון. בנוקטה הנמקה פורמליסטית ולקונית, כתבה השופטת בן-פורת: "דיני עושר ולא במשפט חלים מאז ומתמיד רק במקום שאין חוזה בין הצדדים."<sup>56</sup> בשלב הדין הנוסף, הגיע

#### 3. הקטנת משקלה של הלשון והגדלת משקלה של התכלית ככלים של פרשנות

כבעבר, גם בפסיקה של שנות השמונים הוצגו "מבחן הלשון" ו"מבחן התכלית" כשני הכלים שבאמצעותם יש לפרש את החקיקה. עם זאת, בעשור האחרון הובלטה, בשורה של פסקי-דין, המדיה המוגבלת שבה יכולה לשונו של נורמות המשפט לספק פתרון משפטי ברור וחד-משמעי; היינו, נורמות המשפט הוצגו כמאפשרות מן הבחינה הלשונית, במקרים רבים, גזירתו של יותר מפתרון משפטי אחד. במקרים אלה הודגשה עליונותו של "מבחן התכלית" על "מבחן הלשון", כאמצעי הפרשנות הקונקולסיבי.<sup>49</sup> לשון החוק, כתבה השופטת נתניהו, היא "רק נקודת המוצא לפרשנות, לא נקודת הסיום... צריין יש לבחון את מטרתה של ההוראה ואת תכליתה ולבחר בין האפשרויות השונות שיש להן נקודת אחיזה בלשון ההוראה את הפירוש שיביא להגשמת מטרתה."<sup>50</sup> והשופט ברק כתב: "בדרך כלל יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק, אך באותה מידה אין תשופט רשאי להסתפק בכדיקה הלשונית, שכן החוק אינו אך טקסט בלשני גרידא. החוק הוא יצירה נורמטיבית, הכאה להגשים תכלית חברתית, והוא ביטוי למדיניות. על הפרשן לחשוף, מבין קשת האפשרויות הלשוניות, אותה משמעות אשר תגשים את מטרת החוק."<sup>51</sup> וכמוקדם אחר: "אין אני מוכן כלל להעמיד את המחוקק כמי שעושה 'מלאכת מחשבת'. הנסה, כמו השופט, עושה מלאכה אנושית, על חולשותיה ופגמיה...תפרשן אינו בלשן או לוגיקאי, ודבר חקיקה אינו חידה בלשנית או לוגית. חוק הוא יצירה תכליתית, ויש לתת לו פירוש, שיגשים את תכליתו."<sup>52</sup>

יתר על-כן, עליונותו של "מבחן התכלית" על "מבחן הלשון" נקבע גם בתחום המשפט הפלילי, שנשלט באופן מסורתי על-ידי כללים של פרשנות מילולית ודווקנית. "ניתן לטעון", כותב השופט ברק, "כי ענין לנו בהוראה פלילית, וכי יש לפרשה על דרך הצמצום... אין בידי לקבל קו מחשבה זה. חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה."<sup>53</sup>

גם בפסקי-דין אלה, יצא בתי-המשפט נגד אחרים מעיקריי של

### 6. הדגשת יסוד היצירה בפעולת השיפוט

בשורה של פסקי-דין, הציג עיצמו בית-המשפט כמעורב במלאכה של פיתוח המשפט בדרך מתן פתרונות, יש מאין, לכעיות שלא נמצא להן הסדר בהקניקה. "לא פעם יוצר בית המשפט, בעצם פסיקות, את הוכות עצמה. שפיטה אינה אך הצהרה, יש בה יצירה," כתב השופט ברק.<sup>57</sup> ואילו משה לנדוי, נשיא לשעבר של בית-המשפט העליון, תיאר פן אחר של התופעה, ככותב, כי למן שנות השבעים –

קמה לנו התופעה של מה שהייתי מכנה 'פסק הדין הקורדיפיקטורי', המבקש לפרש הוראה של הדין ההרות או לפתח הלכה שיפוטית לא רק עד כמה שהדבר דרוש לצורך ההכרעה, במקרה הקונקרטי הנדון, אלא מבקש הוא לגסס מראש כללים לבעיות שטרם נמעוררו הלכה למעשה, כאילו נדרש השופט לכתוב פרק ממצה של חוק חרות לשם הדרכתם של אנשי המינהל הציבורי או של הציבור בכלל.<sup>58</sup> בהדגישו את יסוד היצירה הכרוך במלאכה השיפוט, יצא בית-המשפט נגד הכוחות של הפורמליזם המשפטי בין הרשות המחוקקת, האמורה לקבוע את תוכנו של המשפט, לבין הרשות השופטת, האמורה ליישם את המשפט הקיים.<sup>59</sup>

### 7. הדגשת חלקו של בית-המשפט ביצירת חוקה בלתי-כתובה למדינה

עם גבור ההכרה שהכנסת לא תעמוד במשימה של הקיקת חוקה, ועם המחוקקת אותו ענף של המשפט הקונסטיטוציוני שלנו העוסק בהגנה על חירויות-היסוד של האזרח, החל בית-המשפט מדישי את תפקידו כיצור חוקה בלתי-כתובה למדינה; היינו, הסדרים המגבילים את פעולתם של גופי השלטון במדינה, וכמיוחד מסכת של חירויות-יסוד, שאף כי אין כוחן עומד להן נגד פגיעה באמצעות חוק מפורש של הכנסת,<sup>60</sup> הן בחוקת כלי פרשני ראשון במעלה כשהמהדובר בקביעת תוכנן של נורמות המשפט החלות במדינה. בניגוד לעיקרי הפורמליזם המשפטי, שלפרם אין הרשות השופטת אמורה לעסוק בהכרעות ערכיות, הציג עצמו אפוא בית-המשפט כעוסק בהכרעות ערכיות מן המעלה הראשונה, היינו, בקביעת המסגרת החוקתית לפעולתו של המשפט הישראלי.<sup>61</sup>

בית-המשפט לתוצאה הפוכה, בקובעו, כי אין מניעה להחיל את כלליהם של דיני עשיית עושר ולא במשפט גם על יחסים משפטיים הנשלטים על-ידי דיני החוזים.<sup>57</sup>

בפסקי-דין אלה, יצא בית-המשפט נגד חתירתו של הפורמליזם המשפטי ליצירת קטיגוריות משפטיות המותבנות אלה מאלה באופן ברור, כדי לאפשר, במסגרת ההליך השיפוטי, מיון של מקרים עובדתיים אל תוך קטיגוריית המשפט האחת שאמורה להסדרים. (עיינתי, כי יתכן שניתן לאתר שימוש גובר במטפורת בהנמקותיו של בית-המשפט בשנות השמונים. מטפורות כרוכות כשימוש בכיטיים לשוניים מעבר לקטיגוריות המקובלות שלהם תוך הפגנת יצירתיות בהפעלת הלשון. בהמשך אשען, כי בשנות השמונים הציג בית-המשפט את יסוד היצירה הכרוך בפעולתו. יתכן אפוא שהשימוש הגובר במטפורת בהנמקותיו של בית-המשפט הוא ביטוי לשוני לתהליכים של טשטוש הקטיגוריות המשפטיות והגברת היצירתיות בפעולתו של בית-המשפט בשנות השמונים.)

### 5. הדגשת יסוד הבחירה בפעולת השיפוט

בשורה של פסקי-דין, הציג בית-המשפט את תפקידו כמעשה שכרוכה בו בחירה בין פתרונות, שכל אחד מהם, כשילצעמו, אפשרי בנדר השיטה. כך, במקרה אחד כתב השופט ברק:

ניתן לפרש את לשון החקיקה, על רקע מטרתה, בשתי דרכים שונות. כל אחת מהן נראית לי כחוקית וכאפשרית. שוב ניצבים אנו בפני אותם מקרים מעטים וקשים, שבבם חייב השופט להפעיל את שהשופט הולמס כינה כפורמליזם הריבונית של הבחירה...נוצר כאן בדומה לתחומי המשפט המינהלי, מרחם של סכירות שיפוטיות. בתוך המרחם פנימה מצויות מספר אפשרויות, אשר השופט הספיד רשאי לבחור ביניהן. שני שופטים סבירים עשויים להגיע לתוצאות שונות.<sup>58</sup>

בפסקי-דין אלה יצא בית-המשפט נגד הנחתו של הפורמליזם המשפטי, שלפה, לכל בעיה משפטית אמור להיות פתרון אחד (קר): קטיגוריה משפטית מתאימה המכילה אותה) שאלי ניתן להגיע באמצעות הפעלה נכונה של כללי הניתוח המשפטי.

על החוזה. בכך החליש בית-המשפט את מעמדה של דרישה פרוצדורלית, שלאור הזיהוי הקיים בארץ בין מועד התקיימותה לבין מועד הצמיחה של החבות החוזית, היא יכולה להיחשב פרוצדורית פונקציונלית ורציונלית.<sup>70</sup> הלכה זו תוכל לאפשר לבית-המשפט להכפיף מוכרי מקרקעין לחבות חוזית אף בהיעדר התמנה שלהם, בנוסבות שבהן יגיע בית-המשפט למסקנה, כי היה ניתן להגיה שהמוכר התכוון להיות קשור בעסקה עוד כטרם חתם על חוזה המכר.<sup>71</sup>

ברומה לכך, הכלל המסורתי של דיני החוזים הוא, כי מקום שמשא-ומתן לקראת כריחתו של חוזה מכשיל כדי חוזה, ייחשב החוזה למבטא באופן מוצה את ההסכמה שהושגה בין הצדדים; היינו, לא תהא כל חשיבות להבטחות שהוחלפו בין הצדדים בשלב המשא ומתן, אך לא הוכללו בחוזה.<sup>72</sup> אולם, בשנות השמונים של בשורה של פסקי-דין, פגע בית-המשפט בכלעדות מעמדו של החוזה כמכשיר המבטא את הזכויות והחבויים ההדדיות של הצדדים. כך, בחוזה למכירת דירה, איפשר בית-המשפט השלמה של החוזה על-ידי הכטחה בעל-פה, שנתן המוכר לקונה בשלב המשא-ומתן ושלא הוכללה בחוזה.<sup>73</sup> יתר על-כך, במספר מקרים, הקנה בית-המשפט עדיפות להבטחות, שניתנו בשלב המשא-ומתן ולא נכללו בחוזה, על חנויות להבטחות, שניתנו מפורשות.<sup>74</sup> פסקי-דין אלה משקפים עמדה, שלפיה, תוכנו של היחס החוזי אינו נקבע בהכרח באופן מוצה בחוזה עצמו, אלא הוא נחשב לכלול את הציפיות הסבירות שנוגדו אצל הצדדים במהלך המשא-ומתן שלהם, אף אם בסופו של דבר, לא באו ציפיות אלה לביטוי בחוזה עצמו. ההלכות שנקבעו בפסקי-דין אלה יוכלו לאפשר לבית-המשפט למלא חוזים בתוכן, בהתאם למה שייחשב על-ידי בית-המשפט להסכמה האמיתית שהתקיימה בין הצדדים, אף אם הדבר יהא כרוך בתוספת או בסחירה להוראות של מה שאמור להיחשב, על-פי פשיטתם של דברים, לחוזה שנכרת בין הצדדים.

המגמה הנדונה כאן באה לביטוי גם ביחסו של בית-המשפט ל"זכרון דברים". בעבר, שלטה בפסיקה הישראלית הנחה, כי "זכרון דברים" אינו מחייב, היינו הצדדים נחשבו כמי שבקשו להכפיף עצמם לחבות חוזית רק באמצעות חוזה "פורמלי", שיכרת בשלב מאוחר יותר. הנחה זו נחלשה מאוד בפסיקה של השנים

## 8. ירידה במעמד הפרוצדורה ועלייה במעמד המהות (א) משפט פריטי

כללי המשפט דורשים לא-אחת קיומה של פרוצדורה מסיימת כתנאי לתקפותה של פעולה משפטית. דרישה פרוצדורלית היא רציונלית ככל שקים קשר עובדתי הדוק בין קיום הפרוצדורה, מצד אחד, לבין התקיימות האינטרס שהדין מבקש להגן עליו באמצעות הפרוצדורה, מצד אחר.<sup>75</sup> במקרים כאלה, מתעוררת לא-אחת השאלה מה תוקפה של פעולה משפטית שהתקיימה בלא שתקיים הפרוצדורה, אף שברור כי האינטרס שהדין מבקש להגן עליו באמצעות הפרוצדורה וכה בפועל להגנה, אם כי בדרך אחרת.<sup>76</sup> גישה של פורמליזם משפטי תדבק בדרך-הישת הפרוצדורה ותסרב להכיר בפעולות משפטיות הנוצרות מחוצה לה. ההזמנעות מייצירת חריגים לדרישת הפרוצדורה במקרים כאלה תלך יד-ב-יד עם כמה מעיקרי של הפורמליזם המשפטי: תפיסה שלפיה תפקידם של בית-המשפט הוא להחיל את הדין כמות שהוא, בלא לעסוק בטעמים העומדים ביסודו; הכטחת ודאות ויכולת תכנון אצל צדכני המשפט. לעומת זאת, גישה לא-פורמליסטית תעריך במקרים כאלה את השיקול של השגת התוצאה הראויה על דבקות בנורמה הקיימת; היינו, גישה כזו תצפה מבית-המשפט ליטול על עצמו אחריות להשגת תוצאות המגשימות את שיקולי המדיניות שבסוד קיומה של הפרוצדורה, אף אם הדבר כרוך ביצירתם של כללים הסטים מכללי הפרוצדורה הקיימים.<sup>76</sup>

בפסיקה של שנות השמונים מסתמנת<sup>77</sup> מגמה של פגיעה במעמדן של דרישות פרוצדורליות, תוך מתן משקל-יותר לשיקולי המהות העומדים ביסוד קיומן של דרישות אלה.

כך, בדיני החוזים, שימשה בעבר התייחסת המוכר על חוזה לעשיית עסקה במקרקעין ראייה כמעט מכרעת לגמירת-דעתו של המוכר להתקשר בחוזה, והיעדר התייחסת המוכר חוזה ראייה כמעט מכרעת להיעדר גמירת-דעת כזו מצד המוכר.<sup>78</sup> אולם, בפסקי-דין שראה אור בשנת 1989, ע"א 692/86 יעקב בוטקוביטסקי (נשות), נ' גת ואח',<sup>79</sup> קבע בית-המשפט העליון, כי אף שחתומת המוכר על החוזה מהווה ראייה חזקה לקיום גמירת-דעתו להתקשר בעסקה, ניתן ללמוד על קיום גמירת-דעתו של המוכר מכל נסיבות המשא-ומתן שהיה המוכר נתון בו, גם בהיעדר חתימתו של המוכר

סדר הכללים בענין מיוחד יהיה בה כדי לגרום לעיוות דין, אם בדרך של הרשעת תוף מפשע ואם בדרך של זיכוי הנאשם. בנסיבות אלה יש לשאוף לכך, כי הכללים עצמם יתנו לכית המשפט סמכות ושיקול דעת לעשות צדק.<sup>81</sup>

אחור-כך הזהיר משופט **ברק** מהתייגעות יתרה מדי בפרוזודור הפרוצדורה על-חשבון ההגנה לטרקלין המהות:

אמוץ הציבור בתבונה המערבת הפלילית מתערער, שכן אין הוא רואה... ששופטיו נכנסים לטרקלין, שבו דנים על חטא וענשו אלא רואה הוא את שופטיו עומדים בפרוזודור ודנים על עניינים טכניים גרידא. כיצד ניתן יהיה להסביר את זיכויי של המערער בעניין שלפנינו, אם זיכוי זה מתבסס אך על טעות טכנית גרידא של התביעה? וכיצד ניתן יהיה להסביר הרשעת אדם בשל טעות טכנית של סניגורו? אכן, תחשבה שהדין הפלילי – במקום להיות מערכת מאוזנת ומבוקרת, שנועדה לחשוף את האמת – יהפוך לכך נרחב ולטכסיסים והשהיות בעילי אופי פורמלי גרידא.<sup>82</sup>

במסגרת דיני הראיות, קיימת ההבחנה בין שאלת **הקבילות** של ראיות לבין שאלת **המשקל** שיינתן לראיות שנמצאו קבילות. כחלק מן המגמה להעדף את המהות על הפרוצדורה בדיני הראיות הפליליים, ריכך בית-המשפט את הכללים בדבר **קבילותן** של ראיות, והעתיק את מרכיב-הכובד של החליף הפלילי לשאלת המשקל של הראיות המוצאות לפני בית-המשפט. כפי שכתב **השופט שמגר** –

המגמה... היא של צמצום הסייגים, החלים על קבילותן של ראיות, כדי להחזיר בידי **בית המשפט** את הסמכות להחליט על **משקלה** של הראיה. הוזה אומר, במקום המחסום, שהיקפו הולך אט אט ומצטמצם, מתפתחת גישה, המבכרת בדיקה עניינית של הראיה על-ידי הערכאה השיפוטית. בעקבות הגשת הראיה ולאור אופיה ומהותה יכול, כמובן, להישלל ממנה משקל כלשהו, אך איננו נמצאים אז בתחום הקבילות אלא בתחום הערכת הראיות.<sup>83</sup>

כמו-כך, עד שנות השמונים החליט בית-המשפט בין שתי מגמות סותרות בשאלת קבילותן של הודאות-נאשם שהושגו באמצעים פסילים. על-פי הגישה האחת, נחשבו הודאות כאלה

האחרונות, וגרל מספר המקרים שבהם נקבע, כי בין הצדדים נכחה חוזה על-פי "זכרון דברים", למרות שהצדדים צפו הכנתו של החוזה "פורמלית".<sup>75</sup> משמע: נחלש מאוד מעמדו של דפוס צורני – חוזה שנחתם אצל עורך-דין – וגרל מספר המקרים שבהם חבות חוזית נחשבת כנוצרת שלא במטרתו של דפוס כזה.

על-פי דיני החוזים של ישראל, אין בדרך כלל תוקף להתחייבות למכור זכות במקרקעין אם התחייבותו של המוכר אינה מגובשת במסמך כתוב.<sup>76</sup> בשנים האחרונות, מיטתמנה בפסיקתו של בית-המשפט העליון מגמה ברורה לצמצם את תחומי חלותו והיקפו של תנאי זה. בכך מתאפשר לכית-המשפט לפעול להכרעת המתלוקת שלפניו מחוץ לסד הצורני של דרישת הכתב, תוך הפעלתם של שיקולים מהותיים, שבית-המשפט מוצא אותם רלוונטיים לצורך ההכרעה.<sup>77</sup>

ברומה לכך, הסס בין בני-זוג, המסדיר את יחסי המזון שבניניהם, חייב להיעשות בכתב.<sup>78</sup> גם בהקשר זה, בעוד שבתחילה נקט בית-המשפט גישה דקדקנית ומילולית, ניכרת בפסיקה המאוחרת "מגמה א-פרוצדוראלית, הטומכת ידה על המהות ודוחקת את הפרמילום לשוליים".<sup>79</sup>

## (ב) דיני הראיות

גם במסגרת דיני הראיות הפליליים, ניתן לאתר בפסיקה של שנות השמונים מגמה של העדפת המהות על הפרוצדורה.<sup>80</sup> דיני הראיות אמורים לקבוע פרוצדורות ומבחנים לגילוי העובדות העומדות ביסוד הסכסוכים המתבררים לפני בתי-המשפט. בדיני הראיות הפליליים של ישראל, הסתמנה בשנות השמונים מגמה ברורה להעדיף את היעד של גילוי האמת על הדבקות הנוקשה בכללים של דיני הראיות, האמורים להסדיר את התהליך של ביזור העובדות בבית-המשפט. כחלק מהמגמה זו, כתב **השופט ברק**, כי התליך הפלילי –

אינו תחרות או מאבק בין תובע לנאשם, אשר כל סטייה מכללי התחרות או המאבק יש בה כדי להכריז על המנצח... על החליף הפלילי לחשוף את האמת, וזו מטרות העיקרית. כמובן, עמידה על כללים וחשיפת האמת אינן שתי משימות נוגדות... עם זאת, יש ועמידה פורמלית על

חויבים וזכויות שמקורם בתחומי משפט אחרים.<sup>87</sup> מטבע-ה'לשון "סעיף מלכותי", שנוקט לגבי הסעיף המקביל במשפט הגרמני,<sup>88</sup> הולם איפוא גם את מעמדו של סעיף 39 לחוק החוזים בשיטתנו.

**(ב) תוכן החובה: הבטחת הציפייה הסבירה מן היחס המשפטי**

בבקשם להגדיר את המטרה שלשמה יש לקיים את חובת תום-הלב, קבעו בתר"המשפט, כי תום-לב פירושו התנהגות האמורה להביא להגשמת הציפיות הסבירות של הצד האחר מן היחס המשפטי שבו נתונים הצדדים,<sup>89</sup> תוך נקיטה בהתנהגות החורגת מן הלשון, כפשוטה, של הנורמה המשפטית החולשת על קשר זה.<sup>90</sup>

בהיותה מכוונת להבטיח את התקיימותן של הציפיות הסבירות של צדדים מן היחסים המשפטיים שלהם, מהווה חובת תום-הלב, שבסעיף 39, ביטוי משפטי למושג ה"אמון" (Trust) הסוציולוגי. שורה של סוציולוגים<sup>91</sup> ראו במושג ה"אמון" מושג-מפתח להבנת אופן תפקודה של החברה המודרנית, כפשוטה, ניתן לומר, כי אמון מתקיים מקום שפרט מניח, כי פרט אחר או מוסד, שהתנהגותו עשויה להשפיע עליו, ינהגו באופן שניתן לצפות בסבירות שינהגו בו אנשים או מוסדות מסוגם. (אנו פועלים בהסתמך על אמון בזולת ובמסודות, במובן האמור, עשרות רבות של פעמים מדי יום: כשאנו חוצים צומת מודרני, כשאנו משתמשים במעלית, כשאנו קונים תרופה, כשאנו טסים ממקום למקום, כשאנו מפקידים כסף בבנק, כשאנו מתייצבים לשירות המילואים שלנו וכ'ו.) האמון נדרש מקום שפעילות מחייבת הסתמכות על הזולת, תוך היעדר ידיעה של ממש על-אודות הפרטים והאופן של הפעולה שלו. מקום שקיים מידע בפועל, אין צורך איפוא באמון, אולם האמון מהווה תחליף לקיומו של מידע מקום שזה חסר. (מי שטס במטוס, יכול רק לצפות שמישוהו בטיאטל, שאין הוא יודע את זהותו, הרכיב כהלכה את הפינים המתברים את המנוע לכנף.) האמון מאפשר אס-כך פעולה בתנאים של היעדר מידע, כאילו מידע זה קיים ברשותו של פועל הפעולה. סוציולוגים שעסקו במושג זה סוברים, כי מידת הצורך שלנו להסתמך על אמון גברה מאוד בעידן המודרני, שבו מחייבות פעולות רבות שלנו הסתמכות על התנהגותם של אנשים רבים, שהבנת דרכי הפעולה שלהם מחייבת

בלתי-קבילות רק משום שהושגו באמצעים פסולים, ואפילו היה ניתן להניח לגביהן שהן שיקפו רצון אמיתי של הנתקרי. על-פי הגישה האחרת, הוראה שהושגו בדרכים פסולות נחשבו קבילות אם הוכח שעל-אף הדרכים הפסולות שבהן הושגו, היה בהן ביטוי לרצונו החופשי של הנתקרי. בשנות השמונים, הוכרעה מחלוקת זו לטובת הגישה השנייה, תוך מתן משקל מכריע לשיקול של השגת האמת העובדתית לצורך ניהולם של הליכים פליליים.<sup>84</sup>

**9. הפעלה נרחבת של חובת תום-הלב**

**(א) ההיקף הייחודי של תחולת החובה**

סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, מורה, כי "ביקום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בכות הנובעת מחוזה". הסעיף הוא בעל מעמד ייחודי בשיטת המשפט שלנו. ייחודו אינו בכך שהוא נורמה מן הסוג של סטנדרט; אחד המאפיינים המשובים של "התקיקה האורחית החדשה" של ישראל הוא היותה עשירה בנורמות מסוג זה.<sup>85</sup> אלא, ייחודו של הסעיף הוא אחר: כל אחת מהוראות הסטנדרט האחרות שבתקיקה מבקשת להסדיר גזרה מוגדרת של המציאות. לדוגמא: סעיף 102 (חלק החוזים) לקראת כרייתתו של חוזה תשל"ג-1973, מורה, כי "כמשא ומתן לקראת כרייתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". תחום ההשתרעות של חובת תום-הלב, המוטלת בסעיף, מתחם לגזרה המוגדרת של מצבים שמחייבים בהם משא-ומתן חוזי. בדומה לכך, סעיף 70 (כ) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, מורה, כי אין לבטל חוזה "אם בנסיבות הענין היה ביטול החוזה בלתי צודק". תחום ההשתרעות של שיקולי הצדק, שכוח הביטול של הנפגע מוכפף להם על-ידי הסעיף, מתחם לגזרה המוגדרת של מצבי הפרת חוזה. לעומת זאת, סעיף 39 אינו מתחם לגזרה מסיימת אחת; הסעיף נלווה לכל הוראה חוזית, וכך לכל הוראה בדין האזרחי, ואף מעבר לו.<sup>86</sup> המקנות זכות או המטילות חוב. במילים אחרות, הסעיף ממלא בתוכן נוסף את כל ההוראות הקיימות בשיטה שעניינן זכויות וחובים. אכן, נוסף לחיובים ולזכויות שמקורם חוזי, החילה הפסיקה את חובת תום-הלב גם על

אחרת – היוצרת חיוב וזכות בין הצדדים. סעיף 39 חל על נורמה זו, במגדלילי את היקף החיוב המוטל על החייב או באמצעו את היקף הזכות העומדת לנושה. הזוכה המוטלת בסעיף היא אפוא הזוכה אלטרואיסטית.<sup>94</sup> המונה אלטרואיזם משמש בדרך-כלל לתיאור מצב שבו אדם פועל לא מתוך רצון לקדם אינטרס שלו עצמו, אלא ביסוד פועלתו עומדת הכוונה לקדם אינטרס של זולתו. אלטרואיזם הוא היפוכו של האגואיזם, שתמציתו פעולה תוך ראיית האינטרסים של כל פרט בחברה כנבדלים באופן נוקשה מאלו של הזולת.<sup>95</sup> צד המוכפף לחובת תוס-הלב חייב אפוא לנקוט התנהגות אלטרואיסטית, היינו, לפעול להגנת אינטרס של הצד האחר מעבר למה שקבוצה בנורמה המסודרת את יחסו עם אותו צד. משמע: בהפעלים את חובת תוס-הלב, מחילים בתי-המשפט הזכה של התנהגות אלטרואיסטית.<sup>96</sup>

#### (ד) סעיף 39 כסעיף לא-פורמליסטי

החל בראשית שנות השבעים, עשה בתי-המשפט העליון שימוש בחובת תוס-הלב במאות רבות של מקרים. השימוש שעשה בתי-המשפט בחובה מסמן אף הוא את תהליך התגברותה של תפיסת-היעולם הלא-פורמליסטית במשפט הישראלי. ראשית, כל הפעלה של חובת תוס-הלב כרוכה בהכפפתה של נורמה משפטית ספציפית (חוזית או אחרת) הקיימת בשיטה לעקרונות-יסוד מופשט ובלתי-מוגדר, העומד בבסיס השיטה או החופה עליה, לצורך עיצוב מהדש של תוכן הנורמה הספציפית. אכן, קו ישר מחבר בין דפוס-החשיבה הכרוך בהפעלתה של חובת תוס-הלב לבין זה המבקש לעצב נורמות משפט ספציפיות מתוך העקרונות העומדים ביסוד השיטה או החופים עליה כמעין "מטרייה גורמטביית".<sup>97</sup> משמע: הפעלה של חובת תוס-הלב חותרת תחת מעמדן של נורמות משפט ספציפיות.<sup>98</sup> אכן, מצב האמון, מקבילו הסוציולוגי של תוס-הלב המשפטי, מניח מצב של חוסר ידיעה על אודות כללי ההתנהגות של הזולת, והסתמכות, תחת זאת, על ציפייה להגשמת הצפיית הסבירות של נתון האמון.

שנית, משטר משפטי פורמליסטי הוא זה שבו מוחלטת נורמת כפשוטן על המצבים העובדתיים שאותם הן מכוונות להסדיר, וצורת החשיבה האופיינית של המשפטן הפועל במשטר כזה היא

מוחמחית, החסרה לנו, ולא רק שהם נמצאים מוחזג לשליטתנו – הם אף בלתי-מוכרים לנו. אכן, סוציולוגים אלה מנחמים, שבהיעדר אמון ביחסים הבין-אישיים ובהיעדר אמון בפעולתם התקינה של מוסדות, יקרוס הסדר של החברה המודרנית, ואת מקומו יתפסו תהו-זבוחו וחורו לעידן פרימיטיבי של הסתמכות עצמית.

מושג האמון, במשמעותו הסוציולוגית האמורה, הוא מושג נפתח להבנת כמה ממגמות-היסוד בהתפתחות המשפט במאה העשרים. לדוגמא: עלייתה של עוולת הרשלנות והתרחבותם של דינים שונים, המגינים על יכולת ההסתמכות של הפרט על הזולת גם בהיעדר יחסים חוזיים בין הצדדים, כגון הדוקטרינות של השחק, השחק הנבטח, תוס-לב במשא-זמתן לקראת כריתתו של חוזה והדוקטרינה של מצג-שוא רשלני?<sup>99</sup> דיך, שעל-פיו יוכל אדם להסתמך רק על מצגים של הזולת, שיכולתו להסתמך עליהם נרכשת על-ידי תמורת מחיר – קרי: מצגים חוזיים – ייחשב מיושן ובלתי-מתאים לעידן כמו העידן המודרני, שבו מצב האמון הוא מצבו הטיפוסי, היומיומי של האדם. דבר זה עשוי להסביר את עלייתן של הדוקטרינות האמורות על-חשבון מעמדן של החוזה כמקור ליצירת מצגים שהינם מושפטים. הדוקטרינות האמורות מהוות אפוא ביטוי משפטי ליחס האמון בזולת, שהאדם הפועל בחברה המודרנית מקיים על כל צעד ושעל בחיי היומיום שלו עם אנשים שאין לו עימם קשר חוזי. בהקשר המצומצם של דיונונו, דומה, שקיים קשר הדוק בין מושג האמון לבין מושג תוס-הלב המשפטי. הרעיון העומד ביסוד שני המושגים זהה: ביסודו של מושג האמון הסוציולוגי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתתקיים ציפייתו הסבירה מן הזולת או ממוסד, כי ינהג בהתאם למה שמתחייב ממצבם או מתפקידם. ביסודו של מושג תוס-הלב המשפטי עומדת האפשרות של כל פרט להסתמך על כך שתתקיים ציפייתו הסבירה מן היחס המשפטי שבו הוא נתון עם הזולת, גם אם ציפייה זו אינה מוגנת באופן מושלם על-ידי הנורמה המשפטית הספציפית המגדירה את היחס.<sup>93</sup>

#### (ג) חובת תוס-הלב כחובה אלטרואיסטית

ביסוד פעולתו של סעיף 39 עומדת ההנחה, כי היחס המשפטי שבין שני בני-אדם נשלט על-ידי נורמה מוסומת – חוזית או

התפתחותו של המשפט הישראלי בגזרות שאין להן קשר ישיר לחובת תוס'הלב. מכיוון שהמשפט הוא מערכת תרבותית, התפתחותו היא, במידה רבה, התפתחות תרבותית: השימוש הנרחב בחובת תוס'הלב הוליד לשוני בנוף המשפטי עצמו, היינו, בתוכן הרוקטרינה המשפטית. הדוגמא המובהקת בעניין זה היא די"ע 20/82 **אזרע חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.**<sup>101</sup>

כנכור, בפסקדין זה התעוררה השאלה: מה דינו של מי שהתחייב למכור נכס לקונה אחד, ומכרו לאחר מכן לקונה אחר במחיר גבוה יותר? הייתה על המוכר להעביר לקונה הראשון את המחיר העודף שגבה המוכר מן הקונה השני, או שמא יוכל המוכר לשמור עודף זה בידי? הכלל של דיני החוזים האנגלו-אמריקאיים הוא, שהמוכר זכאי לשמור בידי את עודף המחיר. כלל זה מושגת על תפיסה מוסרית **תועלתנית**, (קרי: גישה שעל-פיה ערכן המוסרי של פעולות נשפט על-פי המידה שבה תוצאותיהן כרוכות בהגדלת עולים על נזקיו לו, ואולי אף יש לעודדו. בסטייה מכלל זה, תוך שאין להתנגד לו, ואולי אף יש לעודדו. בסטייה מכלל זה, תוך אימוצה של תפיסה מוסרית **דאונטולוגית**, (קרי: גישה שעל-פיה ערכן המוסרי של פעולות נשפט על-פי טיבן כשלעצמן, בלי קשר לתוצאותיהן), קבע בית-המשפט, כי המוכר אינו זכאי לשמור בידי את עודף המחיר, ועליו להעבירו לקונה הראשון. נימוק מרכזי, שעליו השתית בית-המשפט את מסקנתו, היה, שהפרת חוזה היא התנהגות שיש בה פסול מוסרי, ויש ליצור תמריץ שלילי לשם מניעתה, בדרך של שלילת רווחי המפר המופקים ממנה. נימוק חשוב לפסול המוסרי שבהפרה מצא בית-המשפט במרכיזותה של חובת תוס'הלב במשפט הישראלי.<sup>102</sup>

יתר על-כך, בית-המשפט יצא בהריפות נגד הגישה התועלתנית להפרת חוזים, המגולגלת ב"תיאוריית ההפרה היעילה" שהציע אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט. על-פי תיאוריה זו, הפרת חוזה היא התנהגות שלא רק שאין היא מנוגה כשלעצמה, היא אף רצויה במקרים שבהם גדולה תועלת ההפרה מנזקה. השופט **שלמה לוין** כתב בפסקדינו, כי גישה זו "מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוסים."<sup>103</sup> דברים שמוזכר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוסים, כולו בפרשת אלה צייש מאוחר יותר השופט ברק בפסקי-הדין שלו בפרשת

הצורה ההוכחתית. כל הפעלה של חובת תוס'הלב מתייבת הפעלת **שיפוט לגבי המידה שבה נורמה משפטית, שאמורה, כפשוטה, להסדיר יחס משפטי מסוים, אכן מתאימה להסדרת היחס, או שמא מצוייכות נסיבות היחס עיצוב מחדש של הנורמה בהתאם לחובת תוס'הלב. משמע: משטר משפטי שבו מופעלת חובת תוס'הלב מחייב הפעלתו של שיפוט במסגרת צורת-השיבה **שכנועית**.<sup>99</sup>**

**שלשית** כל החלה של חובת תוס'הלב על נורמה ספציפית כרוכה בהעברה של הכוח לקבוע את תוכן המשפט המחייב במדינה מן הרשות המתקוקת לרשות השופטת (וכאשר החובה מוחלת על נורמה חוזית, מן הצדדים המתקשרים בחוזה לבית-המשפט). בכך חותרת חובת תוס'הלב תחת גישת הפורמליזם המשפטי, שלפיה אין בית-המשפט אמור להשתתף בקביעת תוכנו של המשפט החל במדינה, אלא רק להחיל את המשפט הקיים.

**רביעית**, כל הפעלה של חובת תוס'הלב כרוכה בהטלתה של חובת התנהגות אלטרואיסטית: היינו, היא מצילה את בית-המשפט כממקום בעמדה של קביעת התוכן הערכי של המשפט החל במדינה; זאת, בניגוד לגישת הפורמליזם המשפטי, שלפיה אין בית-המשפט אמור ליטול חלק בהכרעות ערכיות.

**חמישית**, הרושם העשוי להתקבל למקרא פסקתו של בית-המשפט העליון שלנו בשני העשורים האחרונים הוא, כי בית-המשפט עשה שימוש נרחב מאוד בחובת תוס'הלב במסגרת ההנמקות שהוא מביא להצדקת הכרעותיו. אולם, אף כי המקור לחובת תוס'הלב בשיטתנו הוא סטוטורי, יגלה עיון מדויק בקפיקה, כי ברוב המקרים של המקרים, שבהם הופעלה חובת תוס'הלב על-ידי בית-המשפט, היא לא ננקטה במקור הבלעדי להכרעה, אלא הוצגה כמקור **חלופי ונלווה**, לצד דוקטרינה משפטית ספציפית המסדירה את הכעיה. במילים אחרות, השימוש האופייני בפסיקה בחובת תוס'הלב אינו כבסיס הדוקטוריני להכרעה, אלא כמקור תומך להצדקת הכרעה שבית-המשפט הגיע אליה בהסתמך על מקור דוקטוריני ספציפי החל על הסוגיה.<sup>100</sup> בכך הדגיש בית-המשפט את המימד הערכי של נורמות משפט ספציפיות, שפשרן הערכי אינו גלוי לעין.

**שישית**, העובדה שבית-המשפט עשה בחובת תוס'הלב שימוש נרחב – גם אם הצהרתי בעיקרו, בהבדל מהכרעתי – השפיעה על

למעשי עוולה אידןספור סוגים של התנהגות, שלא ניתן לתארם מראש ולקבוע באופן ספציפי, כי אם ייעשו, הם יהשבו למעשי עוולה. לעומת זאת, העוולות הספציפיות (תקיפה, כלאת-שוא, הסנת-גנבול וכיזא באלה) הן עוולות המתארות מראש, ברמה גבוהה של דיוק, סוגים מסוימים של התנהגות שיחשבו למעשי עוולה אם ייעשו.

השאלה שהתעוררה לנוכח מבנה זה של דין הניזקין שלנו היתה: מהו הירח בין העוולות הספציפיות לבין העוולות הכלליות, במיוחד עוולת הרשלנות? האם, כשעוולה ספציפית, המופיעה בפקודת הניזקין, מתארת התנהגות מסוימת ומונה שורה של תנאים לתובת בניזקין ביניה, ניתן לעקוף תנאים אלה על-ידי החלטה של עוולת הרשלנות על התנהגות זו? שאלה זו הוכרעה בע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון,<sup>107</sup> שבו נקבע, כי ניתן להחיל את עוולת הרשלנות גם על סוגי התנהגות המוסדרים על-ידי העוולות הספציפיות של פקודת הניזקין. משמע: בית-המשפט הקנה לעוולת הרשלנות מעמד של נורמת-על, שמצודתה פרושה על כל דיני הניזקין.

בתוכנו את עוולת הרשלנות לעולת-על, פעל בית-המשפט בניגוד לגישת הפורמליזם המשפטי. ראשית, בעוד שכל אחת מן העוולות הספציפיות מוגלמת הכרעות ערכיות חקוקות באשר לאינטרסים שהיא מגינה עליהם ובאשר לסוגי המצבים העותרדיים שבהם יזכו אינטרסים אלה להגנה, מקנה עוולת הרשלנות לבית-המשפט את הכוח לעסוק בהכרעות אלה. משמע: הכפפתן של העוולות הספציפיות לעוולת הרשלנות כרוכה בהכפפה של סמכות המחוקק לקבוע את תוכן הדין ואת שיב ההכרעות הערכיות המגולמות בו לסמכותו של בית-המשפט לעשות כן. ככל שבת-המשפט נזקקים יותר לעוולת הרשלנות ופחות לעוולות הספציפיות, כך גדל משקלם של בת-המשפט בקביעת התוכן הערכי של המשפט, על-חשבון משקלה של הרשות המחוקקת.<sup>108</sup> שנית, בהכפפת העוולות הספציפיות לעוולת הרשלנות יש משום הכפפה של נורמות משפט ספציפיות לעיקרון מופשט ובלתי-מוגדר. אכן, בולט לעין הדמיון בין אופן פועלם של עקרוןות-היסוד של השיטה,<sup>109</sup> חובת תום הלב<sup>110</sup> ועוולת הרשלנות. יתר על-כך, בשורה של פסקי-דין, פיתח בית-המשפט, במסגרת

אדריס.<sup>104</sup> לא-אחת נטען, כי התועלתנות וגישת "הניתוח הכלכלי של המשפט" הנגזרות ממנה (ושנגדה יצאו שני השופטים הנכבדים) הן גישות פורמליסטיות, משום שהן נמנעות מלבקוב במפורש בערכים היכולים להחשב ראויים למימוש, ותחת זאת, הן מבקשות להביא למימוש יעיל של כל הערכים שצדדים כלשהם יבחרו בהם באופן סובייקטיבי ויבקשו לממשם.<sup>105</sup> דחייתה החריפה של גישה זו על-ידי בית-המשפט, בין היתר בהסתמך על מרכיזותה של חובת תום-הלב במשפטנו, היא איפוא ביטוי בולט לרתיעתו של בית-המשפט מן הגישה הפורמליסטית למשפט, המתעלמת מן המימד הערכי של המשפט, ולתהליך שבו משמשת חובת תום-הלב מכשיר בידי בית-המשפט להשלטת הערכים הנחשבים ראויים בעיניו.

יתר על-כך, לדברי פרופסור דניאל פרידמן, ניתן להבין את הדוקטרינות השונות של דיני עשיית עושר ולא במשפט כמושתתות על שני שיקולים עיקריים. ברובן הגדול, מושתתות הדוקטרינות על השיקול של הגנת הקניין מפני פגיעתם של זרים. במיעוטן, מושתתות הדוקטרינות על השיקול של יצירת הרתעה מפני התנהגויות מזגנות. (ההרתעה אמורה להיות מושגת בדרך של שלילת יחיון שהושג בדרך פסולה).<sup>106</sup> פסק-הדין בפרשת אדריס מדרגיש מאור את חשיבותם של השיקולים מן הסוג האחרון כבסיס לנטילת רוחויו של מפר החוזה. משמע: על-פי פסק-הדין, נעשים דיני עשיית עושר, נוסף על היותם מכשיר להגנת הקניין, גם מכשיר חשוב לאכיפת תפיסתיו המוסריות של בית-המשפט.

### 10. הקניינות מעמד-על לעולת הרשלנות בדיני הניזקין

דיני הניזקין של ישראל, כפי שהם מוגבשים בפקודת הניזקין [נוסח חדש], בנויים משתי עולות "כלליות" ומשורה של עולות "ספציפיות". העוולה הכללית העיקרית היא עוולת הרשלנות, שעל-פיה, מעשה עוולה הוא התנהגות הגורמת נזק לזולת עקב הפרתה של חובת היירות הקיימת כלפיו. העוולה הכללית השנייה היא העוולה של הפרת חובה חקוקה, שעל-פיה, מעשה עוולה הוא התנהגות הגורמת נזק לזולת תוך הפרתה של חובה חקוקה קיימת לשם הגנתו. עוולות אלה הן כלליות, משום שהן הופכות

## 11. מתיחת ביקורת לא-משפטיות על בעלי-תפקידים

במקרים אחדים, חרג בית-המשפט מתפקידו הרגיל ומתח ביקורת לא-משפטית על הדרך שבה מילאו בעלי-תפקידים את תפקידיהם. משמצי: בית-המשפט הפעיל קני-מידה ערכיים, שאינם מגובשים בנוהמות משפטיות ספציפיות. דוגמא בולטת לכך היא בג"ץ 910/86 רסלר ואח'י נ' שר הפטוחן,<sup>116</sup> שבו נדונה שאלת גיוסם של "בחרתי הישבות" לצה"ל. הנשיא שמגר דחה אומנם את העתירה, אך כבר בראשית דבריו, כתב כדלהלן:

אין להבין את הסכמתו לתוצאה המשפטית, כאילו אני שלם עם ההסדר בדבר אי-גיוסם של חלק מבחורי הישיבה, כפי שהוא נוהג כיום. במה דברים אמורים?

אמנם חזקה עלינו, כי הפתרון המשפטי של בעיה פלוגית מעוגן בנוהמות של הדין ולא 'בדעה הפרטית והפרדיקציית האישית' של השופט... אולם יש שהתייחסות לבעיות לגופן נכפית על בית המשפט בשל מהותו של הנושא המוכא לפניו.

...לירי הוא אשר קורה כאן: ההסדר הקיים בדבר שחרורם משירות צבאי של חלק מבחורי הישיבה... אמנם איננו בלתי חוקי, אך מן הבחינה העניינית הוא, לדעתי, בלתי מניח את הדעת, וקשה להשלים עמו. הוא מעורר שאלות נכבדות בתחום המוסר הציבורי והאיש ג' יחד, שאלות הנוגעות ללא פתרון. דברים אלו נאמרים כאן גם כדי שהתוצאה המשפטית לא תשטש את השיטות הערכי, תלאומי והאנושי, המקנן בעניין זה, לפי הערכת, בלבן של חלק נכבד מן הציבור.<sup>117</sup>

בפסק-דין אחר, בג"ץ 1635/90 ז'ראי/בסקי נ' ראש הממשלה ואח'י,<sup>118</sup> שדן באחר מספחיו של הניסיון להפיל את הממשלה, בסוף שנות השמונים, באמצעות "עריקים פוליטיים", כתב המשנה לנשיא, השופט אלון, כדלהלן:

ריבוי מופלג זה של עותרים ועתררות מקורו בחלישת תרכות פוליטית, שנתקפה בה לאחזונה המערכת הפוליטית, שיש והגיעה לכלל ליקוי מאורות פוליטי. גבולות האסור והמותר הפוליטיים נפרצו, ועלתה 'איריאולוגיה' שהמטרה הפוליטית, הנשגבה בעיני זה או

עולת הרשלנות, את ההבחנה בין חובת הזהירות המושגית לבין חובת הזהירות הקונקרטיבית. כאשר הוא מפעיל את חובת הזהירות המושגית, בוחר בית-המשפט, באופן עקרוני ומופשט, את השאלה אם, כחלק מעשייתן של פעולות מסוימות, תכ סוג מסוים של מוזיקים פוטנציאליים. כאשר הוא מפעיל את חובת הזהירות הקונקרטית, בוחר בית-המשפט את השאלה אם המוזיק המסוים שלפניו תכ חובת והירות כלפי הניזוק שלפניו.<sup>119</sup> (הבחנה זו מוכרת בספרות על דיני הנזיקין במשפט האנגלו-אמריקאי, אך היא לא אומצה על-ידי בתי-המשפט).<sup>120</sup> ההכרה, שבהפעילם את עוללת הרשלנות, קובעים בתי-המשפט לא-אחת כללי התנהגות בעלי השלכות ערכיות וחברתיות נרחבות, היא מאבני-היסוד של החשיבה על עוללת הרשלנות.<sup>121</sup> (לדוגמא, בע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ ואח'י נ' ציזק ז'ל,<sup>122</sup> קבע בית-המשפט, כי שובתים אחרים ברשלנות כלפי צדדים שלישיים שנגרם להם נזק עקב השביחה, הלכה זו היא בעלת השלכות מרחיקות-לכת לגבי הפעלתה של חירות השביחה. בדומה לכך, קביעה, שלפיה אחרים מארחים המשקים את אורחיהם במשקאות אלכוהוליים לנוזקי תאונות-הדרכים שגורמים האורחים השתויים כדרכם מבת מארחיהם, עשויה להיות בעלת השלכות מרחיקות-לכת לגבי נוהגי ההתוועדות החברתית.) אולם, בפנתו את המושג של חובת הירות מושגית כמושג נבדל מזה של חובת הזהירות הקונקרטית, הדגיש בית-המשפט מאוד את תפקידו כשוקל שיקולים ערכיים ותכרתיים, בהבדל משיקולים המתמקדים בהתנהגותם הספציפית של הצדדים המסיימים שלפניו. יתר על-כן, ההלכה שמוציא מתחת ידיו בית-המשפט המפעיל את חובת הזהירות המושגית חורגת מעובדות המקרה המסוים שנדרן לפני בית-המשפט, וקובעת "כלל אחריות ברשלנות", שבאמצעותו "ייהיה ניתן בעתיד לכדוק את שאלת האחריות מבלי לבחון בהכרח את הסיכון הספציפי נשוא התביעה."<sup>123</sup> משמע: פיתוח המושג של חובת הזהירות המושגית על-ידי בתי-המשפט מבליט מאוד את המימד הערכי בהכרעותיו של בית-המשפט. זאת, בניגוד לתפיסת הפורמליזם המשפטי את תפקידו של בית-המשפט כאמור להימנע מהכרעות ערכיות ולהתמקד ביישום של כללי הדין על עובדות המקרים שלפניו.

מורגשות המשפיעות הערכיות והתכריתיות של המשפט והדין בו נפתח להארות הלקחות מתחומי-דעת חוץ-משפטיים, המהווים חלק ממדעי התברה והרות. אולם, השימוש בהארות חוץ-משפטיות כאלה יוכל להיעשות כאורח שגורתי, במסגרתה של תפיסת-העולם הלא-פורמלטיסטית, רק על-ידי אנשי האקדמיה המשפטית, שירכשו לעצמם שליטה בתחומי-דעת אלה, אך לא על-ידי בתי-המשפט ועורכי-הדין. לדוגמא: עם כל הבליטתו של המימד הערכי של המשפט, במסגרת עלייתה של הגישה הלא-פורמלטיסטית למשפט, דיונים של שופטים ועורכי-דין בתכניו הערכיים של המשפט לא יוכלו לא להמשיך להיעשות בדרך אינטואיטיבית, היינו, בדרך של גזירת פתרונות אר-הוק, על-פי מה שנראה לטיעון השיעון המשפטי כסביר, בהתאם לערכיהן של התרבות המשפטית והתרבות הכללית שבגדרן הוא פועל ושאת ערכיהן היה אמור להפנים כאורח וכאיש-מקצועי. לעומת זאת, האקדמיה המשפטית, שתבקש להתייחס למושאי העיון שלה באופן "מדעי" באמצעות דעת תיאורטית, לא תוכל עוד להסתפק, במסגרת דיונה במימד הערכי של המשפט, בכלים אינטואיטיביים. אלא, האקדמיה המשפטית תבקש להבהיר את התכנים הערכיים של המשפט באמצעות דעת תיאורטית, היינו, באמצעות כלים מקצועיים, הלקוחים מתחומי האתיקה, הפילוסופיה, הכלכלה וכיוצא באלה.<sup>120</sup> (למשל: המעבר בפסק-הדין בעניין אדרס<sup>121</sup> דלעיל מתורת המוסר התוצאתית-התועלתנית לתורת המוסר הדואלסטולוגית נעשה על-ידי בית-המשפט באורח אינטואיטיבי לגמרי, כאילו היה מדובר במעבר ממצב של היעדר מוסר למצב של השלטת מוסר, בלא שיובהה סיבה האמיתית של המעבר, כמעבר מתורת מוסר אחת לאחרת. לעומת זאת, דיון אקדמי בפסק-הדין יבקש להבהיר את סיכו של המעבר האמור במונחים של שתי תורות המוסר הרלוונטיות). יוצא, שלצד הכושר האנליטי, תכונתו החשובה של המשפטן הפועל בחיקה של תפיסת העולם הפורמלטיסטית,<sup>122</sup> יעלה וירכוש לעצמו תשיבות רבה באקדמיה המשפטית, במסגרת תפיסת העולם הלא-פורמלטיסטית, הכושר הסיווגי, היינו, הכושר להאיר את המשפיעות הערכיות והתכריתיות של המשפט (כמערכת ערכית ותכריתית כוללת) ושל כללים ספציפיים של המשפט, באמצעות דיע הלכות מן המתומים של מדעי הרוח והתברתי.

אחר, מקדשת את כל האמצעים, ולא דווקא אלה שהם פורליטיים.<sup>119</sup>

בפסקי-דין אלה, בניגוד לעיקריה של תפיסת-העולם הפורמלטיסטית, לא רק שביט-המשפט החיל במישורו, תוך כדי דיונו בבטיה שלפניו, קנה-מידה ערכי, אלא שאף הציג קנה-מידה זה בגלוי כלקוח מן התחום החוץ-משפטי, בלא כל כוונה מצד בית-המשפט ליעשות בקנה-מידה זה שימוש משפטי בדרך של הפיכתו לחלק מן הדין הפורטיבי החל במשפטנו.

#### ד. הערה על ירידת הפורמליזם והחניון המשפטי

במסגרת תפיסת-העולם הפורמלטיסטית, אין קיימת הכתנה חדה בין פעילותם של שלושת הגורמים המרכזיים את קהילת המשפט, קרי: בתי-המשפט, עורכי-הדין והאקדמיה המשפטית. משפטיים הפועלים בגדרה של תפיסת-עולם פורמלטיסטית, בין שהם שופטים ובין עורכי-דין או פרופסורים למשפטים, רואים עצמם צורכים לפתור בעיות משפטיות בדרך זהה, היינו, בדרך הניתוח והמיון של עובדות וכללי משפט, בדרך ההרחבה האינדוקטיבית של קונספציות המשפט ובדרך הגוזה הדדוקטיבית מתוך עקרונותיה של שיטת המשפט. לעומת זאת, במסגרת תפיסת-העולם הפורמלטיסטית, קיימת הכתנה בין פעילותם של המשפטיים של האקדמיים לבין הפעילות האקדמית הנעשית במסגרתם של תחומי-הדעת הלא-משפטיים. עיקרה של הכתנה זו הוא, שבעוד הפעילות האקדמית הלא-משפטית (קרי: הפעילות האוניברסיטאית הדגולה) נעשית לשם השגתה של דעת לשמה, נעשית הפעילות האקדמית המשפטית לשם השגתה של דעת אינסטרומנטלית, היינו, לשם השגתה של דעת העשויה להביא תועלת לציבור השופטים ועורכי-הדין.

תהליך ירידתו של הפורמליזם במשפט הישראלי פותח פתח להיווצרותו של פער בין דרך העיסוק במשפט על-ידי בתי-המשפט ועורכי-הדין, מצד אחד, לבין זו של האקדמיה המשפטית, מצד אחר. יתר על-כך, התהליך פותח פתח להתקרבות בין האקדמיה המשפטית לבין האקדמיה הלא-משפטית.

תהליך ירידתו של הפורמליזם פירושו, שתעיסוק במשפט מאבי את אופיו האוטונומי, ותחת זאת, הוא נעשה כין-תחומי, היינו,

2. P. Atiyah & R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (1987) 2-3.

3. כל מי שמצוי בשירה, בספרות או בציור של ישראל יסכים בלא קושי לקביעה, שהסגנון (והתכנים) של היצירות שנוצרו בתחומים אלו בארץ בשנות השמונים אינם דומים לאלה של היצירות שנוצרו המימישים. כשהמורה בדרכי ההנמקה השיפוטית, תוקבל טענה מסוג זה כטבעית פחותה בהרבה, אף של משפטן יסכים בלא קושי לקביעה, שבהלוף העיתים, חלים שינויים ברדכי ההנמקה שבפסקי-הדין (כל מי שקרא פסקי-דין אנגלו-אמריקאיים בני המאה התשע-עשרה יבחין בכך מייד); ראה גם: 110-11 (1977) *Taking Rights Seriously*, R. Dworkin, דומה שקצב השינוי בתחום זה אישי בהרבה מזה הקיים בתחומים אחרים של התרבות. ואף-על-פי-כן, אנסה להוכיח בהמשך, כי ניתן לאתר הבדלים ברורים בין דרכי ההנמקה שהיו מקובלות בפסיקה של שנות החמישים לבין אלה של שנות השמונים.

4. מחברים שונים הצביעו על תקופות-משנה בהיסטוריה של פסיקה בית-המשפט העליון, כך, חלק השופט ג'ורג' אט התיסטרורה של פסיקה בית-המשפט הגבוה לצדק בתחום המשפט המונחלי לארבע תקופות. לדבריו, בשנות החמישים, התאפיינה הפסיקה ב"ריסון עצמני". בין שנות החמישים לשנות השבעים "נשמר עדיין, בדרך כלל, אקלים הריסון העצמני... והקומו המחמירים של זכות העמידה ושל אי-התערבות במדיניות הנקושה בידי רשות מנהלית, בנוסף למחסום המשפטי". החל בסוף שנות השבעים, מתאפיינת פסיקה בית-המשפט הגבוה לצדק ב"אקטיביזם בוטה בעצמו והתרה כמעט מוחלטת של רסן הריסון העצמני הקודם", תוך ניסיון "להחזק עולם ומלואו ברוחות הביקורת השיפוטיות", באופן ש"גבר תהליך הכרסום במה שנחשב פעם למשפלות ראשוניים". עם זאת, בצד המגמה האקטיביסטית, "רואים אנו סימנים ראשוניים המעידים אולי על פתיחת תקופה חדשה, רביעית, של תנועת המטוטלת בחזרה אל יתר-מתונות". לג'ורג', על שפיטות ומפירות בדין המינהלי, עיוני משפט יד (תשנ"ט) 5, 6. פרופסור פיורא כתב, ב-1973, כי בפסיקה בית-המשפט הגבוה לצדק ניתן למצוא "סממני אקטיביזם ליברלי בצד גילויי ריסון שיפוטי, הגובל לעתים בהרכב ראש או בשטרונות". פיורא, בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל - מבצר משוריין או נמך של נייר, עיוני משפט ג' (תשל"ג) 625, 627. פרופסור דינישוויין אמר, ב-1979, כי "ביהמ"ש העליון בהרכבו הנוכחי הוא פחות ליברלי ופחות חרד לזכויות האדם והאזרח מהרבה הרכבים קודמים שלו". עוד אמר, כי בית-המשפט העליון של אותה עת היה "מוכן פחות להמליץ קצת מן האות הכתובה ולחרוג לעצב זכויות האדם והאזרח... כיום הולך ביהמ"ש העליון, לדעתו,

במסגרת ירידתו של הפורמליזם במשפט הישראלי, ניתן לצפות איפוא להרחקות של האקדמיה המשפטית מקהילת השופטים ומקהילת עורכי-הדין. מצד שני, ניתן לצפות להתקרבות של האקדמיה המשפטית לאקדמיה החוקי-משפטית. זאת, בעקבות התגברות העיסוק האקדמי במשפט - כתופעה כוללת, וכן בכללים ספציפיים של המשפט - מתוך רצון להשיג דעת לשמה ותוך שימוש ברעתי תיאורטית חוקי-משפטית, הלקוחה מן התחומים של מדעי הרוח והתנהגות.<sup>123</sup> בעקבות זאת ניתן להניח, כי התפתח בעולמו של המשפט הישראלי אוטונומיה מקצועית של האקדמיה המשפטית, שבגדרה ייערך דיין במשפט, שיהיה ייחודי לאקדמיה מקרב קהילת המשפט, מבחינת שיטותיו וחומרי הדין שלו. מצד שני, תחול התקרבות בין האקדמיה המשפטית לבין האקדמיה הלא-משפטית, מבחינת חומרי הדין ושיטותיו. תהליכים אלה יעוררו, כמובן, שאלות נוקבות בדבר תפקידיה של האקדמיה המשפטית בהכרתם של עורכי-דין ושופטים, מצד אחד, ובדבר מקומה של האקדמיה המשפטית באוניברסיטה, מוסד שאמור להשיג בראש ובראשונה דעת לשמה, בלא קשר לערכה האוניברסיטנטלית.<sup>124</sup> מצד אחר, במסגרת הערה קצרה זו, איני ביכולתי להתמודד עם שאלות אלה. כל שביכולתי לעשות הוא אך לטעון, שכבר בזמן הקרוב, כנחת מתוצאות-החלואי של ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי, תתחיל האקדמיה המשפטית של ישראל לעבור את התהליך המתואר כאן, וכן להתמודד עם השאלות האמורות.

## תערוכת לפרק ב:

1. הספרות על ההנמקה המשפטית היא עצומה; חלק ניכר מן הספרות שעניינה תורת המשפט פוסק בהנמקות שמביאים שופטים להצדקת הכרעות הדין שלהם. למקצתן של מאמרים שעניינם ההנמקה בתורת המוסר, במשפט ובפוליטיקה ראה: J. W. Chapman eds., (1986) *Justification, Nomos* vol. 28 (J. Roland Pennock & J. W. Chapman eds., 1986) עשייה חדשה בדרכי ההנמקה המקובלות בדינאמיקה האקדמית השונות. למקבץ של מאמרים בנושא זה ראה: *The Rhetoric of the Human Sciences* (J. Nelson, A. McGill & D. McCloskey eds., 1987).

12. **ראה גם:** ע' פורבקנטיין וצ' שטיינולץ, *הסוציולוגיה של הנערות* (1987) 28-22 (התבונה בין "רע סגור" ו"רע פתוח").
13. R. Nozick, *Philosophical Explanations* (1981) 1-24. **ראה גם:** Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* (1979) chapter 3; J. B. White, *Justice as Translation* (1990) 41-42.
14. C. Perelman, *The Realm of Rhetoric* (W. Kluback trans. 1982); 14 C. Perelman, *The New Rhetoric and the Humanities* (W. Kluback trans. 1979); C. Perelman & L. Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric* (J. Wilkinson & P. Weaver trans. 1958, 1969); H. Brown, *Rationality* (1988); J. Nelson, A. McGill & D. McCloskey, *Rhetorical Inquiry*, in *The Rhetoric of the Human Sciences* (J. Nelson, A. McGill & D. McCloskey eds., 1987) 3; Lef, *Modern Sophistic and The Unity of Rhetoric*, id., at 19; R. Rorty, *Science and Solidarity*, in *The Rhetoric of the Human Sciences*, Id., at 38; Kromann, *Practical Wisdom and Professional Character*, in *Philosophy and Law* (J. Coleman & E. Frankel Paul eds., 1987) 203; ת' פרלמן, *הלוגיקה המשפטית* (תרגום א' D. Levine, *The Flight from Ambiguity* **ראה גם:** ראה גם: גרינגרד, תשמ"ג), **ראה גם:** *The Flight from Ambiguity* (1985) 1-43 ודורוקין, לעיל הערה 3, בעמ' 28-24 (התבונה בין כללים ועקרונות כהתנה בין תוצאות שהן מתחייבות בהכרח לבין תוצאות שניתן להגיע אליהן בעקבות הפעלת שיפוט ומתן משקל לנימוקים).
15. **ראה למשל:** ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פד"י לה (4) 427, השופט ברק (מולחניו של החוק אינו מנצרים, שיש לכבדם בעזרת מילונים); ד"ר 20/82 אדלס אמרי נגדו בע"מ נ' הרל אגד ג'ויס ג.מ.ג.ה., פד"י מב (1) 221, 281, השופט ברק (דיני עשיית עושר ולא במשפט הם "כמעין נשור גדול הפורש כנפיו על כל הדינים השונים"); ע"א 243/83 עריריית ירושלים נ' גורדון, פד"י לט (1) 113, 125, השופט ברק (ידיני הניקיון... צריכים להיות גמישים ומתאמים לצורכי החיים המשתנים. לא מנצרים סגורים אלא ערים פתוחות.).
16. על השימוש בלשון באופן אמנטיבי **ראה:** תמיר, א. א. ריצ'ארדס כתאוריטיקן של הספרות, *הספרות כרך ד' מס' 3* (1973) 441, 457.
17. ר' דיקרט, מאמר על המיתוזה (ירושלים, תשמ"ז, תרגום י' רוה).
18. לדיון מפורט **ראה:** דודס, לעיל הערה 13; הערה 14; ברואן, לעיל (1991) *Demise of the Tradition*; דודס, לעיל הערה 14; ברואן, לעיל הערה 14; גלסון, גוגל ומקלסקי, לעיל הערה 14.
19. ת.מ. קון, *המננה של מהפכות מדיניות* (1972, תרגום י' מליצ'ר, תשל"ז).

- יחיד כדאי אתה המחקר ופחות מדי מנסה לתרום תרומה משלך לנושא זה." דינטיין, תופעות מחורות של סגירה לשלשון החוק, ראיון עם ג' שטרסמן, עורך חדין, מס' 6 (1979), משה נגבי כתב, כי בתחום המשפט הצעיר, הייתה הגישה תפורמליסטית בפסיקתו של בית-המשפט במיעוט עד ראשית שנות השבעים, ואילו הגישה התפוכה, "יו הדוגלת ב'חוקה שיפוטית'... הייתה הדומיננטית בפסיקה בג"ץ... המפנה החל, במידומה, להסתמן בסמוך לפרישתו של נשיא בית-המשפט העליון, השופט אגרוני, בתוך שנים אחדות חלה התחלפה אינטנסיבית של שופטים בג"ץ, וכך השופטים החודשים כלט באותה יחסי משקלם של חסרי החק הפורמליסטי." כ' נגבי, *מעל לחוק* (תשמ"ז) 89.
5. Even-Zohar, *Introduction*, 11 *Poetics Today* 1, 4 (1980) ("this is a regular process in attitude change in culture: we do not understand a regular process in culture: we do not understand the context of the old") or accept anything new except in the context of the old")
6. **ספיות ואידיאולוגיה** (תשנ"ב) פרק 5; ג' גרץ, *חילונת חיצונה והנבחר* **שעלמחת** (תשמ"ד) 9-11; מדרגולין, *לבעית החלוקה לתקופות בהיסטוריה של המשפחה, הספיות כרך ב'* (1969) 11.
6. **Shavit, The Entrance of a New Model into the System**, in *Issues in Slavic Literary and Cultural Theory* (K. Eimemacher et al eds., 1989) 593, 594-96 ("A new model enters the system in a slow process in which the new elements and functions distinguishing between this model and the previous one are only gradually structured... [T]he new model does not and can not enter the system as a global novelty... As in the case of a new transplanted organ, the organ needs to be regarded as already part of the system, to be covered by an already known (entity so that it will not be rejected").
7. Smith, *Reductionism in Legal Thought*, 91 *Colum. L. Rev.* 68 (1991) Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 **ראה גם:** (1991) Harv. L. Rev. 353 (1978).
8. ה' ברנד, *הסתהוויים* (תשל"ז, תרגום ג' צנרן) 19.
9. **ראה למשל:** T. Arnold, *The Symbols of Government* (1935) 59-71; N. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law* (1939, 1974) 350; Soper, *Metaphors and Models of Law: The Judge as Priest*, 75 *Mich. L. Rev.* 1196 (1977).
10. J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions* (1983) 23-24.
11. **שם, בעמ' 37.**

את הריטל על כל תושבי העיר. להצדקת פעולת אלה נטען, כי הן נעשו "כדי להקל על התושבים, שהרי... הנטל הכספי שבמיומון הפרויריקי מתחלק באופן שוויוני בין מספר רב של תושבים. כך תושבים, הנרים באור בעיית במיוחד, אינם צריכים לשאת לבהם בעול מיומן התיקונים באזורים". בעמי השופט בר קיבל טענה זו: "אף אם נמכים ששיקול סוציאלי-כלכלי אינו זוהו עם שיקול הנדסי-מקצועי, וכי מהנדס עיר צריך לשקול שיקוליו בעיקר על סמך כישוריו המקצועיים, הרי שאיננו מוכן לקבוע, שההחלטות – בין היתר השיקולים – בצורך לחלק את הנטל הכספי המרוב כביצוע הפרויריקי באופן שווה בין תושבי העיר הינה שיקול זה, שבנינו עלינו לכטל את החלטת המהנדס". שם.

כרוגמא נוספת לפורמליזם של שנות החמישים ראה: ע"פ 117/50 היעממ"ש נ' חוד, פד"י ה' 1429. ערעור על פסק-דין של בית-משפט מחוזי, כהליך פלילי, הוגש בהתנתחו של "נציג היועץ המשפטי". דבר-החקיקה הרלוונטי הורה: "היועץ המשפטי רשאי לערער על פסק-דין". המש"ב טען אופאי, כי מכיוון שהערעור דנו לא נחתם עלי-ידי היועץ באומרו, כי מכיוון שדבר החקיקה דנו הקנה בחלק מסעיפיו סמכויות ליועץ המשפטי ובחלק אחר ליועץ המשפטי או לנציגו, הרי בכל מקרה של השמטת הנציג יש להסיק, שכונת המחוקק היתה להגביל את הפעלת הסמכות ליועץ המשפטי אישית: "כשבתוך חוק אחר מצויות הוראות המבחינות ומבדילות בין דבר היכול להיעשות על ידי אדם, לבין דבר היכול להיעשות על ידי אדם או בא כוח, עשויה לשון החוק ללמד, כי לגבי מקצת עניינים נתכוון המחוקק לשלול מאדם את וכות הייצוג על ידי בא כוח". בעמ" 1431. והדגשה במקורו, הנמקה זו היא פורמליסטית מכמה סיבות. ראשית, אין בפסק-הדין דיון בשאלה אם האופן שבו הקצה דבר-החקיקה האמור סמכויות ליועץ המשפטי ולנציגו מציית להיגיון כלשהו, או שמא הוא מקרי ובעל אפי טכני בלבד. שנית, אין בפסק-הדין דיון בשאלה מה חשיבות יש בכך שהסמכות המסוימת דנו תופעל על-ידי היועץ המשפטי אישית, ולא על-ידי נציגו. שליטת, אין בפסק-הדין דיון בשאלה אילו נפקויות יהיו לפסק-הדין מכהנת שיטות העבודה של התביעה הפלילית והעומס המוטל עליה. רביעית, הקרא את פסק-הדין אינו יכול לא לחוש א-נחות לנוכח הדייעה, כי מי שרואי, לרעת רשויות התביעה, לעונש על פשעיו יפסד מעונשו רק משום ש"נציג היועץ המשפטי", ולא היועץ המשפטי עצמו, הוא שחתם על הערעור שהוגש בעניינו. השווה: על"ע 11/86 נ' חיים, נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל אביב יפו, פד"י מא (4) 99. במקרה זה התעוררה שאלת חקווחת של הרשעה שהורשע עורך-דין על-ידי בית-דין משמעתי של לשכת עורכי-הדין. בית-הדין קיים

20. נקודת זו הודגשה במיוחד על-ידי בראון, לעיל הערת 14.

Hart, Are There Any Natural Rights?, 64 *Phil. Rev.* 175 (1955). 21  
reprinted in *Theories of Rights* (J. Waldron ed., 1984) 77

22. Michelman, Justification (and Justifiability) of Law in a Contradictory World, in *Justification, Nomos* vol. 28 (J. Roland Pennock & J. W. Chapman eds., 1986) 71, 87-88; Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 *Harv. L. Rev.* 1685 and *Substance in Critical Legal Studies* (1987) 15-63 (1976).

23. אכן, בהמשכו של פרק זה אנסה להכרית, שההנחות השליטות במשפט הפרטי ובמשפט הציבורי של ישראל תומכות בקביעות אלה.

24. הדברים מובאים, בהרנוס המחברת, אצל: להב, קוים להשקפת העולם המשפטי של השופט אגרונט, נבחרות לשמעון אגרונט, (התשמ"ז) 9, 16-15.

25. דבורקין, לעיל הערת 3, בעמ" 2. ההדגשות אינן במקור.

26. פד"י ד' 34.

27. שם, בעמ" 41, 42. עם זאת, פסק-הדין כולל גם הנמקה לא-פורמליסטית. השופט אגרונט מודיש את הפגיעה החמורה בחירות הפרט הכרוכה בהפעלתה של תקנה 101ו, ואת היותה מופעלת כלפי עצורים, בהבדל ממורשעים, דבר המקנה חשיבות מיוחדת לשאלה של מקום המעצר ותנאיו ומאפסד בחודה בין מגוון של אמצעי מעצר שונים במקרים שונים. בחלק זה של פסק-הדין נקשרת אופוא חסרת מקום המעצר מן הצו עם פגיעה בכוהיות-היסוד של העצור. לאפיין פסק-דינו של השופט אגרונט בפרשת אל-נורי, בפסק-דין פורמליסטי, ראה גם: להב, יד הרוקם: יריעת חירויות הפרט על-פי השופט אגרונט, עיוני משפט טז (התשמ"ב) 475, 490-488.

28. פד"י ד' 898.

29. שם, בעמ" 906.

30. שם, בעמ" 908-909. עם זאת, לא מן הנמנע שהשופט חשין הונע בהחלטתו על-ידי טעמים לא-פורמליסטיים, שאותם הוא נמנע מלהשוף בהנמקתו. העובדה שונמקה מטימת היא פורמליסטית אין פירושה בהכרח שהשופט לא שקל שקולים ערכיים. השווה: בג"ץ 667/87 גולן ואח' נ' ראש עיריית נתניה ואח', פד"י מב (4) 12. חוק-ערור לנתניה הסדיר גבייתו של היטל לצורך עשייתו של עבודות תישול וניקו. עריית נתניה החלה בהוצאתו לפועל של פרויקט מקיף לפתרון בעיות התישול והניקו בעיר. אף שהפרוייקט עמד להיות מוצא אל הפועל בשלבים, הכריז מהנדס-העיר על כל שטח העיר כעל "איזור-איסור", ובכך איפשר למועצת העירייה להטיל

- 328/60 מויסא נ' שר הפנים, פד"י טו 69, 73.
31. ע"א 150/50 קאופמן ואח' נ' מרגלניס, פד"י ו' 1005, 1010-1011.
32. שם, בעמ' 1033. עם זאת, פסק-הדין של השופט אנרנט בכללותו הוא לא פורמליסטי.
33. ע"פ 99/51 פודמסקי ואח' נ' היועץ המשפטי, פד"י ו' 341, 348-349. (והדגשה במקור). ראה גם: ע"א 376/46 לוזגנוים נ' לוזגנוים, פסקים ב' 5, 19, השופט זמורה ("המסקנות שאליו הגעתי הן המסקנות של *de lege lata* דוקא, ועל המחקק לשנות את החוק אם הן בלתי משביעות רצון"); שם, בעמ' 30, השופט חשין ("יתכן ... שהמצב אינו משביע רצון. ... אך אם אמנם ישנה נטייה כזאת בקרב הצבור, הרי קיים מוסד מיוחד אשר יש בידו הכוח להביא נטייה זו על ספוקה; מוסד זה הוא הכנסת, בית המחוקקים של המדינה"); ע"פ 99/51 פודמסקי ואח' נ' היועץ המשפטי, פד"י ו' 341, 349-350, השופט אנרנט (כפירה בקיומה של "הקיקה שיפוטית"); בג"ץ 99/52 פלמוני נ' האפוסטופולוס נכסי נפקדים ואח', פד"י ז' 886, 840, השופט לנדי ("עלנו לתת תוקף ללישונ הברורה של החוק, ואם הוציאה אינה רצויה, לא ביידינו לשינויה"); ע"א 316/56 קדמש ו"אג" (אש"י) בע"מ נ' דבי ואח', פד"י יא 1336; בג"ץ 163/57 לובני נ' עיריית תל אביב יפו, פד"י יב 1041, 1047, 1083; ע"פ 203/58 היועץ המשפטי נ' קורנגולד, פד"י יג 294; ע"א 460/61 פרקש נ' אוני, פד"י טז 1933, 1939. ראה גם: נאמנו של הנשיא ד"ר זמורה, בטקס פתיחת בית המשפט העליון, הפרקליט ד' (תש"ח"ט) 188, 187 ("אסור לנו להסיג את גבולו של המחוקק. ... עלינו לפסק את הדין לפי החוק החרות על הלוותה. לפעמים יוכלו אלי השופט לנהוג חרות בחוק החרות כדי להגיע לחלטה שהיא מתאימה לצורך הליישר, אבל לחרות הזאת יש גבולות. ואם השופט יראה שאיננו יכול להגביר על החוק הקיים, אין לו דרך אחרת מאשר לפסק על פיי ולהפנות את השומת לכך המחוקק לכת שהחוק טעון תיקון").
34. ראה למשל: ע"א 47/48 אנושביץ נ' פוטרמן, פד"י ה' 4; ע"א 76/51 בר-און נ' טופול, פד"י ח' 1065; ע"פ 35/52 רוטנשטריך נ' היועץ המשפטי, פד"י ו' 58; המ' 106/54 וינוטיון נ' קדימה אגודה שיתופית להסקת מים בע"מ, פד"י ח' 1317; ע"פ 80/55 פורת נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פד"י ט' 1013, 1013; ע"א 153/54 וידר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י' 1266; ע"א 279/54 וקסבלגר נ' טרייבלי, פד"י י' 1263; ע"א 68/56 רבניוביץ נ' מירלן, ואח', פד"י יא 1224; ע"א 134/56 הסוכנות היהודית לא"י נ' שכטר, פד"י יא 1329, 1331-1333; ע"א 257/57 ברנט נ' ברנט, פד"י יב 571, 575; ע"א 105/57 כהרב נ' גרונדלנד, פד"י יב 685; ע"א 416/58 גרונדלנד נ' סלימאן, פד"י יג 916,

את דיינו בהרכב של שני חברים. המב השלישי נעדר, משום שבמועד הדין הלק לייצג ללקוחו, שהיה נתון במעצר. סעיף 18 לחוק לשכת עורכי-הדין, תשיכ"א-1961, הורה, כי אם "נבצר" מחבר בית-הדין להשתתף בדין, יתקיים הדין לפני שני חברי בית-הדין הנותרים. השופט נתניהו הגיעה למסקנה, כי לא ניתן לומר על עורך-דין העוסק בענייני העבודה השופט של משרדו כי "נבצר" ממנו להשתתף בדין. התקנתה של השופט נתניהו היתה לא-פורמליסטית במובהק. היא פתחה באמרה, כי לצורך פירוש המושג "נבצר", צריכה הפרשנות המילולית לשמש נקודת-מוצא, ולא נקודת-סיים. "יש לבחון את מטרת ההוראה ואת תכליתה ולבחור בין האפשרויות השונות שיש להן נקודת אחיזה בלישון ההוראה את הפירוש שיביא להגשמת מטרתה." בעמ' 103. אחי"כ הביאה השופט נתניהו סקירה מקיפה של מקרים רבים בחקיקה הישראלית, שבהם קיימת התייחסות לשאלת ההרכב החסר בדיינים של גופים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים. אולם מסקנת הסקירה היא, כי "כנסיון להתחקות אחרי מטרת המחוקק כבתור בדרך האחת או האחרת נחשבה למצוא שיטה אחידה ומיינית ברורה". בעמ' 103. על חלק מהוראות אלה אמרת השופט נתניהו, כי "קשה לגלות את הרעיון התחוקתי שחורה על דבר ועל הפוכו בחקיקים אלה". בעמ' 105. דגן חזק שימוש בלישון "נבצר". לדבריה, אין לומר כי "הפרשנות של כולן אחי"כ רנה השופט נתניהו בהוראותיהם של חקיקים העוסקים בסוגיה אחי"כ רנה הליישר, הפרשנות צריכה להיעשות לגבי כל הוראה של ההוראה חייבת להיות אחת. הפרשנות צריכה להיעשות לגבי כל הוראה של ההוראה רקע החקיקה שאליה היא משתייכת, בשלמותו, לאור מטרתה של ההוראה והבעיה שהיא באה לפתור ולאור הפתרון שהיא נחמנת לבעיה ותוצאותיה. התשובה העשויה להיות אחת לגבי הוראה מסוימת ושונה לגבי הוראה אחרת." בעמ' 107. לסיים, בוחנת השופט נתניהו את השקולים השונים – הסותרים – החולשים על הסוגיה ואת תוצאות ביניהם, שקבע בהוראת סעיף 18 דגן, מסקנתו של דיון זה היא, כי "עיסוק בעניינים שוטפים של המקצוע אינו יכול לענות על דרישת הסעיף." בעמ' 111.

ראה גם: ע"א 136/52 בת גלים אגודה הדדית בע"מ, חרפה נ' מפעלי חוף ים בת גלים בע"מ, חרפה, פד"י ט' 775, 779-777; בג"ץ 98/54 לורנביץ ואח' נ' המפקח על המזונות, ירושלים, פד"י י' 49, 49; ע"א 279/54 וקסבלגר נ' טרייבלי, פד"י י' 1263, 1271-1270; המ' 127/57 עני"ד פלוגי נ' המועצה המשפטית, פד"י יא 1201, 1202; ע"פ 45/57 היועץ המשפטי המועצה המשפטית, פד"י יא 1218; ע"מ"מ 8/57 פלוגי נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פד"י יב 900; ע"א 163/57 לובני נ' עיריית תל אביב יפו, פד"י יב 1041, 1042, 1079-1077; ד"ג 13/58 קורנגולד, פד"י יג 294; ע"א 15/58 קסלר נ' גריינסקי ושמואלביץ, פד"י יג 768, 770-771; בג"ץ

אונה בגדר חוק, הרי "במידה שהיא מבטאה את חוון העם ואת האני-מאמין שלי... מחובתנו לשים את ליבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפשר ולתת מובן לחוקי המדינה... הלא זו אכזימה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו". ע"א 136/52 בת גלים אגודה הודיית בע"מ, חיפה נ' מופעלי חוף ים בת גלים בע"מ, חיפה, פד"י ט' 775, 783-782; בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל אביב יפו, פד"י יב 1041, 1050, 1051-1059, 1059; ד"ץ 13/58 עיריית תל אביב יפו נ' לובין, פד"י יג 118, 122, 130, בג"ץ 328/60 מויסא נ' שר הפנים, פד"י טז 69, 77-79, 78. ראה גם: ברק, הנשיא אגרנט: "קול העם" - קולו של העם, גבורות לשמעון אגרנט (התשמ"ז) 136-135 (בפסק-דין קול העם, גרונות לשמעון אגרנט את התשתית הנורמטיבית להודקקותם של בתי המשפט, בפרושי חוקים, לעקרונות היסוד של השיטה... קביעתו של המשפט אגרנט, כי 'את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו... שחורה את הפישנות של החוק מהפיסות פורמליות-טכניות, והעמידה את מלאכת הפישנות על בסיס יוצר...'. להתבטאויות בלתי-פורמליות במאמרים של שופטי שנות החמישים ואה: זוסמן, מקצת טעמי פרישות, ספר יובל לפנחס רוזן (תשכ"ב) 147; לנדוי, הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט, משפטים א' (תשכ"ט) 292. 813, 801.

38. בג"ץ 65/51 ערי 4/בטוניסקי ואח' נ' נשיא מדינת ישראל, פד"י ה' 813, 801.

39. פרופסור שפירא אומר על פסיקת שנות החמישים השישים בתחומים אלה כי "דומה שהשופטים נוטים להתוותם [אל המקורות הנורמטיביים של כללי המשפט הקונסטיטוציוני שלנו כדבר הגנת חירויות הפרט] כאל סטנדרטים חזק (או - על) משפטיים, הלוקטים מספידה שמעבר לדון הפורטיבי". שפירא, לעיל הערה 4, בעמ' 633. ראה גם: Bracha, The Protection of Human Rights in Israel, 12 Israel Yearbook on Human Rights 110 (1982); Shereet, Reflections on the Protection of the Rights of the Individual: Form and Substance, 12 Is. L. Rev. 32, 38.

40. לנדוי, גמגומת בפסיקתו של בית המשפט העליון, עיוני משפט ח' (תשמ"ב) 502-503.

41. ע"א 817/79 קוסוי ואח' נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ ואח'; דרורי נ' בנק קומריסריאל ס.א. גובה; בנק קומריסריאל ס.א. גנבה נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ ואח', פד"י לח (3) 285, 285. ראה גם: בג"ץ 112/77 פוגל ואח' נ' רשות השידור ואח', פד"י לא (3) 657, 664. השופט לנדוי; ע"פ 574, 565 (2) ל' פד"י ל' 337 (3) 337, 337. ברק: בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח', פד"י ל' 337 (3) 337, 337.

921, 924; ע"א 15/58 קסלר נ' גרייבסקי וטמואלביץ, פד"י יג 768, 770-771; ע"פ 141/59 טריביט ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י יג 1793.

35. ראה למשל: בג"ץ 85/49 סבוראי נ' שרת העבודה והבינוי ואח', פד"י ב' 887, 889. השופטים אולשן, חשין וזילברג ("יש להחריף את ההכרה, כי אין לפגוע ברכוש האזרח בלא אסמכתא חוקתית לכך, וכל פעולה הנעשית על ידי השלטונות צריכה שתהא לה אסמכתא חוקתית לפני ה"עלותה"); בג"ץ 46/50 אלאיובי נ' שר הפטוח ואח', פד"י ד' 222, 227-228; בג"ץ 54/50 פיינטטיין נ' שר החינוך והתרבות ואח', פד"י ד' 447, 450. השופט אולשן ("אין זה מתפקדו של בית משפט זה לכדוק אם פקיד, שניתן לו ע"י המחוקק כח למטרה מטרימה, משתמש בכוח באופן יעיל או לא. תפקידו זה נתון בידי הממשלה וכסופו של דבר בידי הכנסת, שבפניה היא נושאת באחריות למעשה ולמעשה המנגנון הסר למשמעתה; בית משפט זה ממונה על שמירת העקרון של 'שלטון החוק' ואין הוא רשות אוטוריטריטרית. אני רואה צורך להעיר על כך מפני שרבים מהפונים במוך האחרון לבית משפט זה אינם מגיירים כהלכה את התחומים שבין הרשויות השונות במדינה").

36. בג"ץ 287/51 ראם ואח' נ' שר האוצר ואח', פד"י ח' 494, 503. דכריי המפורסמים של השופט זמורה - "כדי לי שאין אני מולל בחשיבות של עיקר יציבות-ההלכה במתן פסקי דין, אבל, אמת ויציב - אמת עדיף", ע"א 376/46 רוזנבוים נ' רוזנבוים, פסקים כ' 5, 19, יכלי להשתמע כמכתבים תפיסה לא-פורמלית של המשפט, אולם, כוונת הדברים למעשה היתה הפוכה: ה"אמת" שלה תקנה השופט ומורה עדיפות היתה ה"אמת" של מה שגורא לו כפירוש הנכון של הדין; היינו, הוא ביקש לסתור מתקדים מושרש כדי לעקור טעות מן הדין: "מתחייב [אני] שלא לראות עצמי קשור לתקדימים, כי אם עלי להשתדל ולהעמיד את ההלכה על אמתותה". שם, בעמ' 18.

37. ע"א 61/48 "זבולון" אגודת יורדי ים נ' מלך, פד"י ב' 464, 473-472. ראה גם: ע"פ 40/49 תמייאס נ' היועץ המשפטי, פד"י ג' 127, 136. השופט זילברג ("לעולם ישפ בית המשפט - במידת האפשרות - את דברי הכתוב עם הכוונה האמיתית שבם"); ע"א 150/50 קאופמן ואח' נ' מרלינס, פד"י ו' 1005, 1031-1039. השופט אגרנט (צורכי המציאות צריכים לזכות בעדיפות על החינוך המשפטי כאמת-המידה לפיתוח הדין); בג"ץ 73/53 הכרת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פד"י ז' 871, 876, 881-879. השופט אגרנט (הכרעה בדרך של "העמדת ערכים מתחדים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם, לאחר שקילתה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה"); שם, בעמ' 884, השופט אגרנט ואף כי הכרעה העצמאית

מעקרונונית-על שביסוד מערכת הדין<sup>79</sup> (ההדגשות במקור); שם, בעמ' 839-842, 862, הושפט ברק (דין בעקרונית-היסוד המשמשים תשתית לפיתוח הדין החל על הסכמים פוליטיים); ע"פ 3027/90 חברת מוזייעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י מה (4) 364-396, השופט ברק; ע"פ 2251/90 חגי יחיאל נ' מדינת ישראל, פד"י מה (5) 221, 221, השופט אלון (להלכת וגוברת פסקה של בוח המשפט העליון, בענפי משפט שונים, שמעוגנת היא - בחלק ניכר - בשאיבה מעקרונית היסוד של השיטה, שיש שפרשנותם משתנה - ואין זה אלא טבעי - לפי ערכי היגיון והסקפות עולם מעולמ של השופט היושב על מדין<sup>80</sup>).

ראה גם: ברק, ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית, ספר זיסמן (ירושלים, תשד"ם), ז' 85 (להליך השיפוט, בהילוכו הטבעי, נזקק לעקרונות יסוד. המעבר מדין הלכתי קונקרטי אחד לדין הלכתי קונקרטי שני אינו נעשה ברמה של הדין הקונקרטי בלבד. המעבר מדין לדין נעשה באמצעותו של עקרון היסוד המשותף<sup>81</sup>); שם, בעמ' 86 (המעבר מדין אחד לדין אחר אינו מעבר מכני. השיטה אינה אקט מכני. המעבר מדין לדין נעשה תוך הקוקה לעקרונות היסוד של השיטה<sup>82</sup>); שמגר, דברים בטכס פתוחת שנת המשפט התשנ"ב - 15.9.91 (לבעת הותמללות על מרכיבי של החוק יש מקום לאבחון בין העיקר הערכי לבין ההוראות המבטאות את היישוב של העקרונות, הצפויים לשינוי במידה רבה יותר. הווי אומר, יש לאבחון בין תפיסות היסוד המולידות ומעצבות נורמות, לבין מיכלול הדינים הרגילים אשר מתאמים לתקופה נתונה<sup>83</sup>) (ההדגשות במקור); ברק, עם סיומה של תחילת הדרך, עיוני משפט טו (התשנ"ב) 211, 209 (בכך בא שוב לדיד ביטוי השוני בין המשפטן הפורמליסט לבין המשפטן שאינו פורמליסטי. הראשון אינו מכיר בעקרונות-היסוד או ממעיט בחשיבותם, ואילו האחרון מכיר בתפקידם המרכזי בחיי המשפט<sup>84</sup>); א' ברק, שיקול דעת שיפוטטי (תשנ"ו) 100-97, 146-145, 227-221, 367-360, 451-447; ברק, לעיל הערה 37, בעמ' 134-138.

42. ע"א 1651/82 קיבוץ מצור נ' פקיד שומה רחובות, פד"י לט (2) 70, 75, השופט ברק (עקרונות-היסוד של השיטה, "אין צורך לשוב ולחזור עליהם בכל חוק וחוק, אלא הם מהווים מעין 'מטריה נורמטיבית', הפרושה מעל דברי החקיקה כולם"); ע"ב 2/84 ניימן נ' י"ר ועודת המהירות לכנסת הראת עשרה, פד"י לט (2) 225, 320, השופט ברק (דין ב"על-עקרונות', המחלהים לתוך החק" ומשמשים לצורך פירוש); שם, בעמ' 321-320, השופט ברק (יש לפרש חוק על-פי סביבתו 'וסביבה זו כוללת לא רק את ההקשר החקיקתי הקרוב אלא אף מעגלים רחבים יותר של עקרונות מקובלים, משרות יסוד ואמה מידה בסיסית, המהווים מעין 'מטריה נורמטיבית' הפרוסה מעל דברי החקיקה כולם"); ע"פ 677/83

355, השופט שמגר; בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית, עמותת ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פד"י לח (2) 449, 456, השופט ברק; ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פד"י לח (3) 169-174, השופט נתניהו; ע"א 165/82 קיבוץ מצור נ' פקיד שומה רחובות, פד"י לט (2) 70, 75, השופט ברק (מקום שמטרותו הספיפית של חוק אינה ברורה, יש לפרשו "על רקע ערכיה המקובלים של שיטתו המשפטית"); ע"ב 2/84 ניימן נ' השופט שמגר; שם, בעמ' 307, השופט ברק ("החוק קורם עור וגידים במטרת שיטה פוליטית ומשפטית נתונה. הוא מהווה לבנה את המבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים, של מיסטר ומשפט, המהווים 'מושכלות ראשונות של אותה תברתי<sup>85</sup>"); ע"פ 677/83 נורוכוב נ' זפת, פד"י לט (3) 205, 217, השופט ברק (במצב שבו לשון החוק וההיסטוריה החקיקתית אינם מצביעים על מטרה ברורה, "על השופט לפנות אל העקרונות הכלליים של שיטתו המשפטית"); שם, בעמ' 218, השופט ברק (לישמה של עקרונות היסוד של השיטה); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח', פד"י מב (2) 309, 309-329, השופט ברק (יש לפרש את החקיקה לאור "ערכי היסוד של השיטה... התנה היא, כי תכליתו של כל דבר חקיקה היא להגשים את ערכי היסוד של השיטה ולא לנגוד להם... רשימתם של ערכי היסוד אינה סגורה. היא משתנה על פי השינויים במערכת החיים הלאומיים של העם"); בג"ץ 680/88 עניצר ואח' נ' הצנור הצבאי הראשי ואח', פד"י מב (4) 617, 626, השופט ברק (ידבר חקיקה מתפרש על רקע עקרונות היסוד של השיטה המשפטית<sup>86</sup>); שם, בעמ' 629, השופט ברק (בפרשנות יש להחשב, בין היתר, 'בערכי היסוד של השיטה, המשמשים תכלית כלליות, ואשר כל דבר חקיקה במדינה דמוקרטית מוחזק כבא להגשמתן<sup>87</sup>"); ד"צ 22/82 בית יוליס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פד"י מב (1) 441, 478, השופט אלון (אנו מצווים לפרש את החוק, את עקרוניתו ואת ערכיו, על פי עקרונות מערכת משפטנו וערכיה<sup>88</sup>); שם, בעמ' 484, השופט ברק (רמת ההתנהגות המקיימת את חובת תוסדהל המטלת על מי שמנוהל משא'ומתן לקראת כריתתו של חוזה "נקבעת על ידי 'הסנדרים הערכיים הראויים של החברה הישראליה כפי שביט המשפט העליון מכין אותם מעת לעת<sup>89</sup>"); ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פד"י מב (3) 840, 860, 874, השופט ברק; בג"ץ 1601/90 שילטי ואח' נ' פרס ואח', פד"י מד (3) 353, 367, השופט ברק (פיתוח המשפט על ידי בית המשפט בהתאם לעקרונות-היסוד של השיטה); בג"ץ 1635/90 זר/בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פד"י מה (1) 749, 773, השופט אלון (השופט היושב על מדין מלאכתו אינה נעשית מבחי גילוי הדין ושרת הדין בלבד. מלאכת השיפוט חובכה היא, המתפנטת מנשמת הדין והמתגלה

הדרומי של משטרת ישראל, פד"י לוח (2), 393, השופט ברק; בג"ץ 292/83 נאמני הרי הבית, עמותת, ואח' נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פד"י לוח (2), 449, 454, השופט ברק; ע"א 404/80 בני עטרות מושב עובדים להתעייבות חקלאות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פד"י לוח (4), 30, 47, השופט שי' לוי; ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ל ועדת הנחירות לכנסת האחת עשרה, פד"י לוח (2), 225, 275, השופט שמגר (מקום שוכרות-יסוד מתנגשת, "נודשים אל מכוון ערכי, המצדד בחופשי דרכים לקיומן של תוכיות ככל האפשר זו לצד זו"; שם, בעמ' 308-310, 314, 315, השופט ברק; ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ ואח' נ' צייזק ז"ל ואח', פד"י מא (3), 169, 183, השופט שי' לוי (במלאו בתוכן את עולת הרשלנות "שומה על הפרשן להדגיש את היסוד החברתי והמוסרי של העניין העומד לרוי... שומה על בית המשפט לאזן בין אינטרסים הראויים להגנה, ובכך יש לבית המשפט תפקיד נורמטיבי ויוצר"; בג"ץ 953/87 פוז' נ' ראש עיריית תל אביב פו' ואח', פד"י מב (2), 309, 335-336, השופט ברק; בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פד"י מב (2), 441, 481-482, השופט ברק (מתחילת של איזון והכרעה בין ערכים מתחרים מקיים על ירי בתי המשפט כמעשה יום יום; בעשותו כן, "בהעדר הכוונה החקיקתית, על בית המשפט לפנות לערכי היסוד של האומה"; בג"ץ 680/88 שניצל ואח' נ' הצנזר הצנאי הראשי ואח', פד"י מב (4), 617, 629, השופט ברק; ד"ר 22/82 בית יולט בע"מ נ' רבני משה נשות' בע"מ ואח', פד"י מב (1) 486, 441, השופט ברק; בג"ץ 896/87 אילון חבר'ה לביטוח בע"מ נ' רשות השידור ואח', פד"י מב (1) 701, 704-703, השופט ברק; ע"א 533/87 ארגון מושבי הפועל המזרחי בע"מ נ' ולך ואח', פד"י מב (2) 864, 874, השופט ד' לוי; בג"ץ 1601/90 שליט ואח' נ' פול ואח', פד"י מד (3), 353, 366, השופט ברק; ע"א 214/89 אבני ואח' נ' שפירא ואח', פד"י מב (3), 840, 855, 866, 874, השופט ברק; רע"א 5248/90 אנטין ואח' נ' פרנקל, פד"י מב (5), 139, 143, השופט נתנהר; ע"פ 2251/90 נחיא נ' מדינת ישראל, פד"י מב (5), 221, 236, השופט אר.

ראה גם: ברק, לעיל הערה 37, בעמ' 142 ("ביטויים אלה של איזון, שקילה, ימשקל, אינם אלה מטאפורות, מאחרותם עומדת תפיסה הלכתית לפיה לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בתעוד הכוונה חקיקתית, על בתי-המשפט להעריך את חשיבותם החברתית היחסית של העקרונות השונים"; ברק, עם סימונה של תחילת הדרך, לעיל הערה 41, בעמ' 212 "אכן, החשובה שבתורת-המשפט היא תורת המשפט של הערכים, היסוד החשוב בתורת משפט זו הוא בתורת האיזון"; א' ברק, שקול דעת שיפוטית, לעיל הערה 41, בעמ' 222-224; אנגלרד, תרומת

נורמטיב נ' יפת, פד"י לוח (3), 205, 212, השופט ברק (עקרונות היסוד של השיטה "מהווים" מעין מטריה נורמטיבית, הפרושה מעל דברי החקיקה כולם"; בג"ץ 953/87 פוז' נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח', פד"י מב (2), 309, 329, השופט ברק ("בצד המטרת המיוחדת והאינדיבידואלית לכל דבר חקיקה ספיציפית קיימות מטרת נוספות, המשותפות לכל דברי חקיקה... מטרת אלה מהות מעין מטריה נורמטיבית, הפרושה מעל דברי חקיקה כולם"; בג"ץ 680/88 שניצל ואח' נ' הצנזר הצנאי הראשי ואח', פד"י מב (4), 617, 626, השופט ברק (הסביבה המשפטית המשפיעה על כל נורמה כוללת גם מעגלים נרחבים של עקרונות-יסוד, המתווים "מעין מטריה נורמטיבית, הפרושה מעל דברי חקיקה כולם"; להתווים "מעין מטריה נורמטיבית של ה"המטריה הנורמטיבית" כאמצעי פרשנות לבקורות על הפעלת הגישה של ה"המטריה הנורמטיבית" כאמצעי פרשנות בדני העונשין ראה: לרמן, מטרת החקיקה, "המטרה הנורמטיבית" והפרשנות בפלילים, הפורמליס (תשמ"ז) 159, המתבר כותב, כי "ההתחל לגלות את מטרת החקיקה באמצעות מבחנים גורפים ומעורפלים, כאלה המרכיבים את "המטריה הנורמטיבית", מעורר את הסכנה כי לחקיקה יוחסו יעדים ומדיניות ויקבעו לו גבולות להם לא נועד מלכתחילה, ונמצא השופט עושה אצטלה לא לו". שם, בעמ' 171, ראה גם: פלר, בריחה מהמשמורת חוקית, במחלף, עיוני משפט ח' (תשמ"ב) 630; קרמניצר, בריחה מהמשמורת חוקית, במחלף - הערה נוספת, עיוני משפט י' (התשמ"ד) 195.

43. ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ל ועדת הנחירות לכנסת האחת עשרה, פד"י לוח (2), 225, 307, 315, השופט ברק.  
 44. בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר לב אחד ורוח חדשה ואח' נ' יו"ל הכנסת ואח', פד"י מד (3), 537, 554, ראה גם: א' ברק, שקול דעת שיפוטית, לעיל הערה, 41, בעמ' 285; בג"ץ 889/86 כח' נ' שר העבודה והרווחה, פד"י מא (2), 540, 543; הצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח 2100 (התשמ"ב), סעיף 35. השווה: זוסמן, בתי המשפט והרשות המחוקקת, משפטים ג' (תשל"א) 213, 216 (היעדר חוקה משמע, שהמלה האחרונה מטורה תמיד לא לביית-המשפט, כי אם לכנסת, ולכן, דווקא בתי-המשפט הישראלי יכול להיות אקטיביסטי יותר מביית-המשפט האמריקאי, שהרי הכנסת רשאית לתפור את הלכות של בתי-המשפט, מה שאין כן במקרה האמריקאי).

45. ע"פ 677/83 נורמוב נ' יפת, פד"י לוח (3), 205, 218, ראה גם: ד"ר 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח', פד"י לב (3), 337, 347, השופט לנדוי; שם, בעמ' 360-361, השופט שמגר; בג"ץ 355/79 קטל ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח', פד"י לוח (3), 294, 303, השופט ברק; ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י לוח (1), 769, 779, השופט ברק; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פד"י לוח (2), 565, השופט ברק; בג"ץ 153/83 לוי ואח' נ' מפקד המחוז

מנהל מוס שטח מקרקעין, נתניה, פד"י לו (4) 654, 659 השופט שמגר ("כאשר מכלול הנתונים העובדתיים והעיוניים מצביע על כך, שהוראת החוק מתייבט, מביחנת הגניזה וצדקת קיומה, פירוש פלוני דווקא, אין לראות את הפירוש המילולי בגדר סוף פסקה, ואין הוא יכול להטות את הפירוש אל דרך הפשטנות, אך זאת רק כאשר יש בכך כדי להפוך את הוראת החוק לבלתי סבירה ולמנוחת מן המציאות ומרקעה הכבדה"); ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פד"י לו (2) 565, השופט ברק; ע"פ 71/83 שרון ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י לו (2) 757, השופט ד' לוי (לא תמיד מלות החוק כשלעצמן נותנות משמעות ברורה ובלתי מסויגת של הכוונות הכלולות בהן, לפיכך ראוי לו לשופט, כבואו לפרש את החוק, לשאול את עצמו: חוק זה אינו תכליתי גורמטיבי, הכרזתי, הוא מבקש להשיג...? בג"ץ 47/83 תור אורי (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח', פד"י לו (1) 169, 175-174, השופט ברק ("באיו אפטרות מכל אלה נבחר? כולן לגיטימיות מבחינת הלשון, אך הפרשן אינו בלשון... עליו לבחור באותה אופציה לשונית, המגשימה את תכלית החוק"); ע"א 165/82 קובוץ חצור נ' פקיד שומה חוזמת, פד"י לו (2) 70, 74, השופט ברק ("לעולם יש לפנות בלשון החוק, אך לעולם אין לסיים בה. מבין האפשרויות השונות שהלשון פותחת יש לבחור באחת ויחידה כאפשרות יעבונה, בחירה זו נעשית על-פי מטרת ההוראה ועל-פי תכליתה"); שם, בעמ' 76, השופט ברק ("אין להסתפק בלשון בלבד, יש לפרש את החוק לפי התכלית החקיקתית... אין לשון שהיא ברורה כשלעצמה, כלומר, כל לשון מתייבט פירוש, והשאלה, אם הלשון היא ברורה אם לא, התגבר בסוף תהליך הפרשנות ולא בראשיתו"); בג"ץ 742/84 נתנה נ' יו"ר הנכסות ואח', פד"י לו (4) 93, 85, השופט ברק; בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודת חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי ואח', פד"י לו (1) 113, 141, השופט ברק ("יעל אותם מאוניים, שבצדם האחר לשון החוק ובצדם האחר מטרת החוק, נותן אני משקל נכבד למטרת החוק ולתכליתו"); ע"א 751/82 מנהל מוס שטח, אזולאי הממונ' נ' רשל ואח', פד"י לו (2) 830, 837, השופט מלץ ("הנחת היסוד, כי המתקן אמר את אשר התכוון לומר [היא] לכל היותר ... הנחה שנתרנה לטעיה, אם תגבר שלשון החקיקה סותרת את הגיונה, משרתה או תכליתה"); בג"ץ 428/86 בוזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פד"י לו (3) 505, 591, השופט ברק ("מבין האפשרויות השונות שהלשון מעלה יש לבחור אותה אפטרות, המגשימה את תכלית החקיקה"); ע"א 290/84 לביטוב נ' א' זמיר ואח' וערעור שכנגד, פד"י לו (3) 836, 839, השופט שמגר ("מבחינת המדיניות המשפטית הרצויה אין לקדם את שיטת הפישנות, אשר אינה חסרה, לצערי, באחדים מן המתמלים של סדרי הדין

הפסיקה להפתחות ברדין גורקין, עיוני משפט יא (תשמ"ז) 67, 90 (דין בתופעה של הדגשת איזון האינטרסים בפסיקה, שבתחום דיני תנויקין); זמיר, המשפט היצבורי - מהפכה או התפתחות?, משפטים יט (תשמ"ז) 563, 566 (על מעטרה של נוסחת "איזון האינטרסים" בפסיקה שבתחום המשפט המילולי; ברק, חופש הביטוי ומיזוגות, הפרקליט מ' (תשמ"א) 5 (איזון האינטרסים כמנגיית חופש הביטוי).

46. אנגלרד, לעיל הערה 45, בעמ' 90. ראה גם: M. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960* (1992) 18, 131.

47. מקור הנוסחה של איזון האינטרסים במשפט הישראלי הוא בפסק-דין של השופט אגרוט בבג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פד"י ז' 871. על-פי בדיקתי, בתקופה שבין 1953 לבין 1979, אזוכר פסק-דין קול העם על-ידי בית-המשפט, בהקשר הנוסחה של "איזון האינטרסים", ארבע פעמים, ואילו בתקופה שבין 1980 לבין 1989, אזוכר פסק-הדין, בהקשר האמור, תשע-עשרה פעמים. ראה גם: ע"א 136/52 נת גלים בע"מ נ' מפעלי חוף ים בת גלים בע"מ, חיפה, פד"י לו (2) 775, 782, השופט לנדוי ("את התשובה לכך נחפש לשוא בשטח ההגיון הצרתי, אלא על-יני לשקול את תביעות-הנוגדות, וזוהתה על-יית התמקנה של "איזון האינטרסים" בוה"). גם בארצות-הברית, וזוהתה על-יית התמקנה של "איזון האינטרסים" עם תהליך ירידתו של הפורמליזם המשפטי. דרך זו של התמקנה נפוצה בפסיקתו הקונסטיטוציונית של בית-המשפט העליון האמריקאי החל בסוף שנות השלושים של המאה, ונטען לגביה, שהיא משקפת את על-יית הגישה האינסטרומנטלית בפסיקתו של בית-המשפט. ראה: Aleinkoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, 96 *Yale L. J.* 943, 943-44, 948, 949, 958, 960 (1987).

48. *Curtis & Resnik, Images of Justice*, 96 *Yale L. J.* 1727 (1987).

49. ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פד"י לו (4) 427, 421, השופט ברק ("מלוחיו של החוק אינו מנצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על-פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הכסית של החוק"); ע"א 680/80 עזבון המנוח צבי פרימן ז"ל ואח' נ' חברת קו צינור הנפט אילת-אשקלון בע"מ ואח', פד"י לו (2) 578, 584, השופט שמגר ("ביטויי מפתח בהוראות החוק צריכים להתפרש מתוכו של אותו חוק ועל-פי מטרתו החקיקתית, ואין טעם לרקוק להגדרות המשמשות ייעוד על רקע שונה ולשם השגת מטרה שונה"); שם, בעמ' 585, השופט שמגר ("לא תועיל גם הפייה אל דברי חקיקה *in pari materia* במדינות אחרות, כי כל אחת ומדיניות המשפטית, התברזת או הכללית, המונחת ביסוד חקיקתה"); ע"א 507/79 ואונגאר (קורן) נ' חנים, פד"י לו (2) 757, 777; בג"ץ 151/82 בר אילן ואח' נ'

חדשה ואח'י נ' יי"ר הכנסת ואח'י, פד"י מד (3) 537, 544, השופט ברק (יעל הפרשן ליתן ללשון החוק אותה משמעות הנטלת כמחויבה לשונת והמגוימה את תכלית החקיקה"); ע"א 813/88 אסיטביליסמונט נהל בע"מ נ' בצרי, פד"י מה (4) 1, 5, השופט שמגר ("קורה לא פעם שמושג וזה פירושו שונה בחוק אחד מפירושו בחוק אחר, הכול בהתאם למחבש מתכילתו ומהכוונה הגלומה בו."); ע"א 524/89 דיניטל אקוופמונט (רק) בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י מה (4) 573, 577, השופט ד' לוי; ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י מה (4) 364, 396. השופט ברק.

לגישה הפוכה ראה: ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פד"י ל (3) 701, 742, השופט אלון; בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת ישי ואח'י, פד"י ב (1) 113, 125-124, השופט ש' לוי; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר לב אחז ורוח חדשה ואח'י נ' יי"ר הכנסת ואח'י, פד"י מד (3) 537, 566, 572, השופט אלון.

50. על"ע יפ, פד"י 11/86 קניג נ' כהן, פד"י ל (3) 701, 715, אבני-יפ, פד"י מא (4) 99, 103, ראה גם לעיל, ה"ש 30.

51. ר"ד 40/80 קניג נ' כהן, פד"י ל (3) 701, 715, ר"ע 277/82 וויסטא בע"מ ואח'י נ' מדינת ישראל, פד"י ל (1) 826, 831, 832.

53. ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל וערעור שכנגד, פד"י ל (4) 421, 427, ראה גם: ע"פ 677/83 בורנוב נ' יפ, פד"י ל (3) 205, לדיון ולביקורת ראו: לדומן, לעיל הערה 42, ראה גם: פלר, לעיל הערה 42; קרמנצר, לעיל הערה 42; לדומן, דיני עונשין, ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוז-צבי עורך, תשנ"ב) 388.

54. ע"א 862/80 ערייית חדרה נ' אוהר ואח'י, פד"י ל (3) 757, 770, ראה גם: ע"פ 186/80 ערי ואח'י נ' מדינת ישראל, פד"י ל (1) 769, 779, השופט ברק ("הקטגוריות של הרשלנות לעולם אינן סגורות, לעולם אינן נוקשות לעולם אינן שקטות על השמרים, אלא נקבעות הן בהתאם לתחושת המוסר והצדק החברתי והסוציאלי וצורכי החברה המשתנים"); ע"א 741/79 כלניות השינו השקעות (בניו 1978) בע"מ נ' הווביא, פד"י ל (3) 533, 540, השופט ברק (יאני גורס, כי ההבחנה בין ביטול מראש וביטול למפרע יש בה כדי להצמיח, כשמצמצמה, תוצאות רצויות בענייננו...הבחנה זו בין ביטול מראש לביטול למפרע היא שפחה הדין ולא אורנו"); ד"צ 40/80 קניג נ' כהן, פד"י ל (3) 701, 724, השופט ברק ("שאלות אלה יפות הן ומעניינות, אך מה בינן לבין מגמות היסוד של החקיקה שלפנינו? האם נעמיד את ההכרעה סופית על הכתנת דקות ודיקות אלה? ...הרצוי

האורחים שלנו, בהם ייחודן גורלה של הכרעה כגון זו שלפנינו, על-פי הבחנת דקיות או על יסוד לפלפול פורשני"; בג"ץ 852/86 אלוני ואח'י נ' שר המשפטים, פד"י מא (2) 1, 40, השופט שמגר ("מקובל עלינו מאז ומתמיד, כי פרשנותו של דבר חקיקה צריך שתיעשה על-פי תכליתו והמטות"); ע"א 486/85 מנרל מס רכשו וקרן פיעויים חופה נ' החברה הממשית למסחר בע"מ ואח'י, פד"י מא (2) 407, 402, קיימת תחה, שלפיה בטייזים הוים המופיעים באותו חיקוק הינם גם בעלי משמעות זהה... אך יש לזכור, כי זוהי תחה בלבד. מטרת הפרשן לגלות את כוונת המחוקק..."; על"ע יפ, פד"י 11/86 קניג נ' כהן, פד"י ל (3) 701, 742, השופט אלון; בג"ץ 107, 99, השופט נתניהו ("הפרשנות צריכה להיעשות לגבי כל הוראה לגופה, על רקע החיקוק שאליה היא משתייכת, בשלמותו, לאור מטרתה של ההוראה והבעיה שהיא באה לפתור ולאור הפתרון שהיא נותנת לבעיה ותוצאותיה, התשובה עשויה להיות אחר לגבי הוראה מסוימת ושונה לגבי הוראה אחרת."); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח'י, פד"י מב (2) 326, 309, השופט ברק; רע"א 68/88 זילבמן ואח'י נ' בנק אמרילקאי ישראלי, פד"י מב (2) 383, 389, השופט בן-פורת ("גם שעה שמלותיו של חוק ברורות, אין לקבל טענה, כאילו אין כל חשיבות למטרה החקיקתית הגלומה בו."); ע"א 621/85 למוניץ נ' פקיד שומה תל אביב 5, פד"י מב (3) 177, 180, השופט מלך ("כפסקתו של בית-משפט זה בשנים האחרונות...סתמנת נגמה להעדר בעיני פרשנות חוקים את המבחן של תכלית חקיקתית."); ד"ר 9/83 בית הדין הצנאי לערעורים ואח'י נ' ועקנון, פד"י מב (3) 837, 833, השופט שמגר ("מן הראוי לפרש את החוק שלפנינו על-פי מהותו ועל-פי מטרתו החקיקתית, ולא דווקא לפי פרשנותו המילולית האפשרית של נהוג זה או אחר"); בג"ץ 853/86 ר' לרנר ואח'י נ' מנב"ל משרד הבריאות ואח'י, פד"י מב (1) 63, 71, השופט ברק ("לישם קביעת תחום התפרסותם של הכטייזים... אין להיתפס להגדרות מילוניות של בטייזים אלה, הפרשן אינו כלשן. קשה גם להיעזר במשמעות שניתנה לכטייזים אלה בחוקים אחרים, העוסקים במאטריה שונה, אך טבעי הוא, כי את משמעותם של בטייזים אלה... יש ליתן על רקע תכליתה של החקיקה."); ע"א 674/85 "אלהי" חברה לביטוח בע"מ נ' זיק ואח'י וערעור שכנגד, פד"י מב (1) 356, 363, השופט ברק ("לשון יש לרוב מספר משמעויות, תוך שהבחירה בין האפשרויות נעשית על-פי ההקשר הרלוואנטי"); שם, בעמ' 364, השופט ברק ("אכן, הפרשן במשפט אינו מתעניין אך במשמעות הלשונית של הדיבור...ההקשר הראוי או הרלוואנטי, אשר במסגרתו נבחרה, מתוך שלל המשמעויות הלשוניות, המשמעות המשפטית, הינו התכלית או המטרה של הנורמה המשפטית."); בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר לב אחז ורוח

בעיה משפטית, חייב השופט להפעיל את הפרדוגנטיבה הריבונית של הכתרתה"; בג"ץ 73/85 סיעת "כד" נ יושב ראש המנסת, פד"י לט (3) 141, 161. השופט ברק (המבחן שנקבע בפסק-דין שריד "אינו מדויק; הוא מעניק שיקול-דעת נרחב לבית המשפט העליון... אך הניתן לגבש מבחן טוב יותר, שהוא מדויק, מכאני וקל להפעלה? והאם מבחן כזה רצוי הוא?"); בג"ץ 935/89 נגור ואח' נ' הוועץ המשפטי לממשלה ואח', פד"י מד (2) 485, 515-513. השופט ברק ("מושג הסכרות מניה תפיסה פלורליסטית, המכירה בקיומם של מספר שיקולים ראויים והמבקשת לאון ביניהם על-ידי מתן משקל ראוי להסטים הפנימיים שביניהם... למשקל ראוי לא נקבע על-פי דדוקציה לוגית.");

59. בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הכטחון, פד"י מב (2) 464, 441. ראה גם: ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י לה (1) 779, 779. השופט ברק; ע"א 245/81 סולטאן נ' סולטאן, פד"י לה (3) 169, 174. השופטת הנגידה (במילוויה בתוכן של העוולה של הפרת חובה הקוקה "בא לידי ביטוי תפקידו היוצר של השופט להפעיל שיקולי מדיניות משפטית."); ע"א 817/79 קוסיץ ואח' נ' בנק יל. פויכטוונג בע"מ ואח' דרויזי נ' בנק קומרסיאל ס.א. גזבה; בנק קומרסיאל ס.א. גזבה נ' בנק יל. פויכטוונג בע"מ ואח', פד"י לה (3) 253, 280. השופט ברק (עיקרונות יסוד אלה מקובלים על שיטתנו המשפטית. אמתי, הם לא קיבלו ביטוי פורמאלי בפקודת החברות [נוסח הרוש], שכן המחוקק השאיר סוגיה זו לפותחה של הפסיקה. הפקודה היא לעתים אך שלד, המקום עור וגידים בהלכתו השופטית של בית המשפט."); ע"א 593/81 מנעלי רכב אשיזוד בע"מ ואח' נ' ציזיק ז"ל ואח', פד"י מא (3) 169, 183. השופט שי' לויז (בהפעיל את עוולת הרשלנות, "שומה על בית המשפט לאון בין אינטרסים הראויים להגנה, ובכך יש לבית המשפט תפקיד נורמאטיבי ויוצר."); ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גינס ג.מ.ב.ה., פד"י מב (1) 221, 245. השופט ברק; ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח', פד"י מב (3) 840, 874. השופט ברק; בג"ץ 1604/90 שלט ואח' נ' פרס ואח', פד"י מד (3) 353, 367-366. השופט ברק ("ההיסטוריה של חלקים נרחבים של משפטנו... היא ההיסטוריה של יצירה שפוטית."); בג"ץ 1335/90 זיזביסקי נ' ראש הממשלה ואח', פד"י מה (1) 839, 840-844. השופט ברק; שם, בעמ' 859. השופט ברק ("אנו מכירים בכוחו של בית המשפט ליצר ולפתח 'משפט מקובל' נוסח ישראל, חלקם נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי.");

60. לנדוי, לעיל הערה 40, בעמ' 503-502. ראה גם: ברק, היצירה השיפוטית לסוגיה – פרשנות, השלמת הסר ופיתוח המשפט, המפקח לט (תש"ז) 267, ברק, ההלכה השיפוטית, לעיל הערה 41, בעמ' 93 ("השופט

לבנות מערכת נורמאטיבית, המבוססת על אבחנות שבהאלה?"); ע"א 518/82, 540 זינצוב ואח' נ' שאול כץ ואח', פד"י מ (2) 85, 120-121. השופט ברק (עדיף להסדיר את סוגיית החולדה בעוולה בדרך ההלכה הפסוקה מאשר בדרך החקיקה. עיין בחקיקה החלה באנגליה מנגלה "מה סכוכה החקיקה בענין זה. עד כמה שהחוק מבקש לתת תשובות לבציות השיונית, הוא יוצר הכנתות דקיקות, שקשה להצדקן"); ע"א 290/84 לב-סוב נ' א' זמיר ואח' וערעור שבנגז, פד"י מ (3) 836, 839. השופט שמגר ("אין לקדם את שיטת הפרשנות, אשר אינה חסרה, לצערי, באחרים מן החתומים של סדרי הדין האורחיים שלנו, בהם יתרחץ גורלה של הכרעה כגון זו שלפנינו, על-פי הכנתות דקיקות או על יסוד פלפול פורשני.");

57. ראה במיוחד, בעמ' 242-244, 257, 270-265, 273, 281. ראה גם: ע"א 630/78 ביטון ואח' נ' מזרחי, פד"י לג (2) 576 (טשטוש הגבולות בין דוקטרינת החוזה למראית עין ודוקטרינת אי החקיקות); ע"א 207/79 רבצב משה (שות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח' וערעור שבנגז, פד"י לו (1) 533 (טשטוש הגבולות בין המכרז הצבורי המכרז הפיסי; הולת דיני הנזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט דיני החוזים על שלב המשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה); ע"א 404/80 בני עטרות מושב עובדים להתיישבות חקלאית בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פד"י לה (4) 30, 48. השופט שי' לויז (טשטוש הגבולות בין המשפט הצבורי והמשפט הפרטי).

58. בג"ץ 547/84 ענף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רישומה נ' המועצה המקומית רמת-ישי ואח', פד"י מ (1) 113, 141. ראה גם: ע"א 133/79 בוכמן ואח' נ' אלסארה ואח', פד"י לה (2) 64, 70-68. השופט ברק (אמון הבנתו של הארס בין ה"גרעיין" של נורמה משפטית ובין "אזור האפילוית היחסית" של הנורמה; "במספר ניכר של דברי חקיקה יאה מקובל על רוב רובם של הפרשנים, העוסקים בפירושו של החוק, כי מספר מצבים כלולים בו במסגרתו של מונח פלוני, ואילו מצבים אחרים יכול שהיו כלולים בו ויכול שלא יהיו כלולים בו"); ע"א 165/82 קוביץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פד"י לט (2) 70, 74. השופט ברק; ע"ב 2/84 ניימן נ' יזיר ועודת החברות לכנסת האחת עשרה, פד"י לט (2) 225, 305-306. השופט ברק (הן גישת המיעוט והן גישת הרוב בפרשת ירדור אפשיזית על פי ה"שיעונים המשפטיים המקובלים בקהיליה הפרשנית" שלנו); שם, בעמ' 307-308. השופט ברק (מקום ששתי גישות הן אפשיזיות לצורך פתרון של

החדר כנר חרוץ... [הם מזהרים] 'מושכל ראשון... כעין כלל בקונטיסטיציה הכלתית כתובה שלנו'; בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הכנתון, פד"י מב (2), 441, 494, השופט ברק 'הכריח באי השפיות המוסרית... יש בה פגיעה בחוקה הכלתית כתובה שלנו'; ע"א 214/89 אבנרי ואח' נ' שפירא ואח' / פד"י מב (3), 840, 874. השופט ברק 'יעלינו לגבש את תפיסות היסוד שלנו. חווינו הוא, שתפיסות אלה ניתנו בסיועו של יעקב לוינאט ויסוד ובעיקר לזכריות האדם.'; בג"ץ 1604-1601/90 שלייט ואח' נ' פולס ואח' / פד"י מד (3), 366, 353, השופט ברק; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר לב אחז ורוח חדשה ואח' נ' יע"ר הכנסת ואח' / פד"י מד (3), 537, 554, השופט ברק 'באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על כשלוחו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסוד אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק יסוד משוררין, אין כל דבר אקסטרנטי בניגוד, כי חוק אינו נפסל בשל חכנו.'; ראה גם: ד"ר 9/77 תבלת המשמל לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת ענתו 'הארץ' בע"מ ואח' / פד"י לב (3), 337, 359, השופט שמגר; גב"ע, ארבעים שנה למשפט התוקף, משפטים יט (תש"ז), 612, 619 'ביית המשפט העליון שלנו עשה בהעדר חוקה, דברים שלעיתים הם מרשימים אף יותר ממה שעשה בית-המשפט העליון האמריקני בנוחות חוקה ומגילת-זכויות ו [ ] אין ספק שהמשפט התוקף שלנו הוא יצירתי ופעיל הרבה יותר מאשר זה של אנגליה.'; ובק, דיני הנזיקין והקורדיפיקציה של המשפט האזרחי, משפטים יט (תש"ז), 691, 631 'במשפט הצ'כוברי היינו עדים לגיבושה של חוקה מטריאלית... חלקה במסגרת זכויות-האדם, פרי עבודתו של בית-המשפט העליון'; לרכה, לעיל הערה 39. השווה: בג"ץ 163/57 לובני נ' עיריית תל אביב יפו, פד"י יב (1), 1041, 1059, השופט אולשן 'עקרון זה הינו בחינת מושכל ראשון, והינו כעין כלל בקונטיסטיציה הכלתית כתובה שלנו.'; ד"ר 13/58 עיריית תל אביב יפו נ' לובני, פד"י יג (1), 118, 122, השופט לנרתי (קיימת הנהגה דומה, הנרבעת מעקרון שלטון-החוק, עליו מושתתת החוקה הכלתית כתובה שלנו').

D. Lyons, *Ethics and the Rule of Law* (1984) 198; Wasserstein, 64 *Fassberg, Form and Formalism: A Case Study*, 31 *Am. J. Comp. L.* 627, 635-38 (1983); Fuller, *Consideration and Form*, 41 *Colum. L. Mauner*, "The Etemal Triangles of the", *Rev.* 799 (1941) *Law*: "Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties", 90 *Mich. L. Rev.* 95, 140 (1991).

65. מ' ובר, על הכאריזמה ובניית המוסדות (ירושלים, תש"ם, ש' נ' אינויטשטדט עורך, תרגום א' אמיר) 72:71; וטרשטיין-פסכברג, לעיל הערה 64, בעמ' 653; קולמן, לעיל הערה 22, בעמ' 15, 40; נתן, דפוס החיים

אינו ראי המשקף את תמונת הדין, אלא אמן היוצר את התמונה במר ידיו'; אנגלרד, לעיל הערה 45, בעמ' 76, 77, 89, 91 (בפסקי הדין בתחום דיני הנזיקין, מכריזים השופטים, פעם אחר פעם, על כוחם היוצרי).

61. ההגשתם של מימד הבחירה ומימד היצירה במסגרת ההכרעה השיפוטית אין משמעה שהמדובר בבחירה וביצירה הנחונים לבחירתו האישית, הסובייקטיבית של השופט. אומנם, ניתן למצוא בתורת המשפט כאלה המציגים את ההכרעה השיפוטית ככרוכה במיד בבחירה וביצירה, הנעשים על-פי המטען האינטלקטואלי או הפסיכולוגי המסוים של השופט הפרטיקולרי; אולם, לצד גישה זו, קיימת גישה, שאף כי היא מכירה בקיומם של בחירה ויצירה במסגרת ההכרעה השיפוטית, במקרים מסוימים, היא רואה אותם כמוגבלים במיד בצורה המורה על-ידי התוכן הנורמטיבי הקיים בשיטה. ה' ל' א' הארט הציג את אנשי הגישה הראשונה כאלה התופסים את ההליך השיפוטי כ"סיוטי"; את אנשי הגישה השנייה כינה בעלי "החזון הנאצל" בוחם להליך השיפוטי. ראה: *Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harv. L. Rev.* (1958) reprinted in H.L.A. Hart, (1983) 66 *Essays in Jurisprudence and Philosophy*; משמע: קיומם של בחירה ויצירה במסגרת החליך השיפוטי אינם חייבים להיות מוותרים בהכרח עם סובייקטיביות או שרירות. אכן, נראה, כי השופט ברק המדגיש יותר מכל שופט אחר של בית המשפט העליון את חוסר הכרלת להימנע מקיומם של בחירה ויצירה במסגרת ההכרעה השיפוטית, מדגיש מאד, בה במידה, את המגבלות הנורמטיביות המתמרות, שבכפיפות להן אמורות להיעשות הבחירה והיצירה השיפוטיות. א' ברק, שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 41.

62. אך ראה: בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר לב אחז ורוח חדשה ואח' נ' יע"ר הכנסת ואח' / פד"י מד (3), 537.

63. בג"ץ 112/77 פוגל ואח' נ' רשות השידור ואח' / פד"י לא (3), 657, 664, השופט לנרתי 'ההתפתחות הפסיקה... יסודה בהגנה... על חירות האזרח, אף שאלה אינן כתובות על ספר'. כך זכינו למעין מגילת זכויות שיפוטיות, בדומה למגילת כאלה הכתובות בחוקות של מדינות אחרות, אך להבדיל מאחרות מהן (לא כולן) כפופה מגילת הזכויות שלנו לרצונה הריבוני של הנכסת כרשות מהקמת.'; בג"ץ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה ואח' / פד"י לו (3), 337, 356, השופט שמגר (המשפט הישראלי מקנה הגנה לזכויות-היסוד של האזרח גם בהיעדר חקיקה להגנתו); ע"ב 2/84 ניימן נ' יע"ר ועדת המחירות לכנסת האחת עשרה, פד"י לט (2) 225, 264-259, השופט שמגר; בג"ץ 953/87 פולר נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח' / פד"י מב (2), 309, 330, השופט ברק (ערך היסוד של השיטה "עובדים מעצם מהותו של המשטר דמוקרטי, ומעצם מהותו של

69. פד"י מד (1) 57. ראה גם: ע"א 632/87 גרנט נ' מרדכי ואח', פד"י מה (1) 544.
70. ראה גם: 109-10, 116. P. Atiyah, *Essays on Contract* (1986).
71. כדוגמה למקרה כזה יוכל לשמש ע"א 565/79 רובינשטיין (שות' בע"מ נ' לויס, פד"י לך (4) 591).
72. ע"א 544/78 בנייני מג. גנדי הנזסה ופיתוח בע"מ נ' אפלול, פד"י לג (2) 9; ע"א 1/84 נתן נ' סטוד ואח', פד"י נב (1) 661, 670, השופט כ"שפורת (משותפו הצדדים על החוזה, עומדים הם בחוקתם שהסכימו לכל האמור בו, לשבט או לחסד, אם נגרום אחרת ונטשה מעקרון ההסתמכות על תוכנו של החוזה כפי שנחתם, יהיו לכך תוצאות בלתי רצויות של אי-יציבות וחוסר ודאות"); ע"א 758/85 ר. שנקמן מהנדסים יועצים בע"מ נ' שפל, שמואל, קבלן בנין בע"מ ואח', פד"י מג (1) 129; ע"א 665/86 רשות החינוך מושיורפה נ' ברגמן-מדלני, קבלני בנין שותפות רשומה, פד"י מג (3) 193; ע"א 325/88 סוויל נ' בית מנוחה לזקנים בני ברק, פד"י מד (1) 341; כהן, תום לב, לעיל הערה 66, בעמ' 2 (ההגהה... הוא כי החוזה שנכרת, והוא בלבד, משקף את רצון הצדדים. ההבטחה של נכילה בחוזה עברה תהליך של סינון. היא נותרה חלק מן המשא ומתן בלבד, ולא הצליחה לעבור את שער דיני החוזים. מתן תוקף מתייב להבטחה כזו נוגד את הרעיון שרצונם המשותף של הצדדים בא לידי ביטוי בחוזה בלבד"). שם, בעמ' 30-29 (ביטוי 'פרוצדורלי' לרעיון מהותי זה מצוי במשפט האנגלי-אמריקאי בכלל של שלמות המסמך או בכלל השולל הבאת ראיה חיצונית כנגד מסמך בכתב... כלל אחר... הוא תכלל שלפיו חתימה על מסמך יוצרת חוקת הסכמה. למתקשר שחתם על המסמך אין עומדת השענה כי לא קרא את המסמך וכי אין הוא מודע לתנאי החוזה").
73. ע"א 481/81 טבוליצקי נ' פרלמן, פד"י לח (4) 421. ראה גם: כהן, תום לב, לעיל הערה 65, בעמ' 43; ע"א 590/88 אברהם רובינשטיין (שות' חברת קבילניט בע"מ נ' א' פישל ואח', פד"י מד (1) 730.
74. ע"א 846/70 עטיה נ' 'אורט' חברה לביטוח בע"מ, פד"י לא (2) 780; ע"א 86/76 "עמדיר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אחרן, פד"י לב (2) 337; ע"א 790/81 American Microsystems Inc. שכרד לתת תוקף לאומד דעת הצדדים, ניתן להפעיל את הדוקטרינה של "שעות-סופר", באופן שמסמך שצורף לחוזה יחולף במסמך אחר. ע"א 424/89 פרקש נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פד"י מד (4) 31, 39, השופט ד' לויז ("למראית עין מפתה לחשוב, כי שעות סופר או שעות כיוצא בה' היא דווקא שעות קטנה, כגון שעות באת אחת או בפסיק שהישים

- ותם לב במשא ומתן: בין תכלת הפורמלי לעקידנות הצדק, הפרקליט לז (תשמ"ז) 13, 38-39; כהן, צורת החוזה, הפרקליט לח (תשמ"ט) 383, המקור לצמיחת כללים של אקוויטי בכל שיטת המשפט. ראה: Aristotle (J. Thomson trans.) 199-200 ("all law is universal, and there are somethings about which it is not possible to pronounce rightly in general terms. ... [T]he law takes account of the majority of cases, though not unaware that in this way errors are made. ... This is the essential nature of equity: it is a rectification of law in so far as law is defective on account of its generality").
- A. Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law* (1991) 4; Summers, 66 *Theory, Formality and Practical Legal Criticism*, 106 *L.Q.R.* 407 (1973); Kennedy, *Legal Formality*, 2 *J. Leg. Stud.* 351 (1973).
- הורביץ, לעיל הערה 46, בעמ' 261-262; עטיה וספרים, לעיל הערה 2, בעמ' 7; מייקלסון, לעיל הערה 22, בעמ' 74.
67. כדוגמת נגד בולטת ראה: ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פד"י לו (3) 701. ראה גם: כהן, צורת החוזה, לעיל הערה 65, בעמ' 434; וטרישייץ-ספדברג, לעיל הערה 64, בעמ' 638-651. השווה: ע"א 714/88 שנוצר נ' ריגליו וערעור שכנגד, פד"י מה (2) 89, 93. השופט בר ("נטיית הפסיקה הינה הקלה בדרישות הצורה הפורמליות, כל עוד משוכנע בית המשפט, כי המסמך הוא אותנטי... המבחן הוא, אם כן, פחות פורמאלי ויותר מהותי"). כדוגמת נגד נוספת ראה: ע"א 465/80 סולונץ בע"מ נ' "התנוף" חרושת ביזל בע"מ ואח', פד"י לח (3) 1630; ע"א 306/85 Datalab Management ואח' נ' פולק, פד"י מג (2) 309; ע"א 508/86 ברומברג נ' ורדי, פד"י מג (3) 555.
68. ע"א 571/79 זירות מקסים בע"מ נ' גרדני, פד"י לו (1) 589, 604 (יאם נתקלים אנו בחוזה בלתי חתום, ואחד הצדדים לחוזה ישען, כי לא הניעו הצדדים לגמירות דעת ועל כן אין תוקף לנוסח החוזה, הרי תהיה בהעדר החתימה בדרך כלל משום הוכחה מרחוקת לכח, ואולי כמעט קונקלוסיבית, לשוברת גירסתו"). אך ראה גם: שם, בעמ' 605. השופט בר (יאך יתכנו יוצאים מן הכלל, אם כי נדירים, בהם ישתכנע בית המשפט, על סמך חומר הראיות המובא לפניו, שאמנם הייתה גמירות דעת בין הצדדים, למרות העובדה, שחתימתם או חתימת אחד מהם חסרות על גבי ההסכם הכתוב). על חתימה כראיה למגירת דעת ראה גם: ע"א 566/71 פייג נ' שפיצקופר, פד"י כז (1) 355, 359-358; ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פד"י לו (3) 701, 709; כהן, צורת החוזה, לעיל הערה 65, בעמ' 433.

מידע רלבנטי לביית המשפט ומקומים מכשול על דרך גילוי האמת במשפט. המגמה החולקת ומתגבשת בביית המשפט העליון היא לפתוח ככל שיותר את הפתח לקביעתן של ראיות רלבנטיות למשפט, ובכך לאפשר לביית המשפט לקיים את מלאכת בירור העובדות נושא הסכסוך, להשוף את האמת ולעשות משפט צדק... ככל שהיקפו של שלב הקבילות הולך ומצטמצם, כך חולקת ומתרחבת סמכות שיקול-הדעת של בית המשפט בשאלת מהימנותה של הראיה והערכת משקלה הפורמטיבי<sup>84</sup>; הרנון<sup>85</sup> ארבעים שנה לסדר הדין ודיני הראיות במשפטים פליליים, משפטיים יט (תש"ז) 703, 714 (כשנות השמונים חל פיתוח בתשבותה של החקירה הנגדית, כחלק מן המגמה למעט, ככל האפשר, בפסולת ראיות על הסף<sup>86</sup>); שם, בעמ' 716 (המגמה של המשפט בן-זמנו היא להצביר את מודכדוכובד מקבילות למהימנות<sup>87</sup>); שטיין, סעיף 104 לפקודת הראיות: פרשנותו ופסקתו של בית המשפט העליון, משפטים כא (תשנ"ב) 325-336.

84. ע"פ 115/82 מועזי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י לח (1) 197. ראה גם: ד"ר 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים ואח' נ' ועקנין, פד"י מב (3) 837.

85. נורמות המשפט אינן עשויות מעור אחד. הכנה מקובלת היא בין נורמות מן הסוג של כלל (Standard) נורמה מובהקת מן הסוג של כלל היא זו המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהתייחסותם של תנאי מקדם עובדתי אחד או תנאים מוקדמים עובדתיים אחרים, ששאלת התייחסותם נוגתה להכרעה בקלות. (למשל: "המורדות המתרת לנסיעה בשטח עירוני היא 35 קמ"ש.") לעומת זאת, נורמה מובהקת מן הסוג של סטנדרט היא נורמה המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהפעלתו של קריטריון (המגלם, לעיתים, ערך). (למשל: "יש לנהוג בשטח עירוני במהירות סבירה.") והבדל העיקרי בין כלל לבין סטנדרט מתבטא איפוא במידת הדיוק של התוכן הנמסר באמצעות הנורמה המשפטית. כלל הוא נורמה "סגורה": תוכנה של הנורמה נמסר בה מראש ברמה גבוהה יחסית של ספציפיות. הפעלתו של כלל אינו נדרש לתרום תרומה מצרובה שימוש בשיקול-דעת. מפעילו של כלל אינו נדרש לתרום תרומה מהותית כלשהי משלו לעיצוב תוכנה של הנורמה. לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה "פתוחה": תוכנה של הנורמה נמסר בה מראש באורח כללי, באופן המתייב הוספה בשלב שהינו מאוחר להתרחשות האירוע שלגביו מוחל הסטנדרט. מפעילו של הסטנדרט נדרש להפעיל שיקול-דעת במסגרת הקריטריון הקובע בסטנדרט. בעשותו כן, הוא יוצק לתוך הסטנדרט את תוכנו הסופי, המתאים לחול בנסיבות הענין שבפניו. לדין נרתב אה: מאשנר, הסופי, המתאים לחול בנסיבות הענין שבפניו. לדין נרתב אה: המשפט של החקיקה, משפטים יז (תשמ"ז) 321.

שלא במקומו; אך למעשה אין כל מניעה, שגם מה שנוראה על פניו כשעות גודלה יותר, כגון החלפת מסמך במסמך, יהיה בגדר זה. כל זאת מפני שהמבחן הקובע הוא המבחן המהותי... ולא המבחן הכמותי<sup>88</sup>.

75. ראה: ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (כרך א', תשנ"א) 291-299.  
76. סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 ("התחייבות לעשות עסקה במקרקעין שעונה מסמך בכתב").

77. לדין מפורט ראה: כהן, צורת החוזה, לעיל הערה 65, בעמ' 410-413, 438, 433-416. כחלק מן המגמה הנרונה כאן ניתן להצביע גם על נטייה שהביעו שניים משופטיו של בית המשפט, להעדיף את החובה לנהוג במשא-ומתן בתום-לב, הקבועה בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, על דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. ע"א ג-1973/579 זוננשטיין נ' אהים גבסו בע"מ, פד"י מב (2) 287. כהן, צורת החוזה, לעיל הערה 65, בעמ' 444-449. פירושה של העדפה זו

הוא, שביית המשפט יוכל להכפיף מוכרי מקרקעין לחבות חוזית אף אם אין התחייבותם מקיימת את דרישת הכתב, בנסיבות שבהן "יחשב שחוזרם מתכוון לבת"צ צודק".

78. חוק יחסי ממון בין בני-זוג, תשל"ג-1973, סעיף 1.

79. א. רוזן-צבי, דיני המשפחה בישראל בין קודש לחיל (תש"ז) 364-369. מגמה של מעבר מהפעלתם של מכתמים טכניים, מלאכותיים, למכתמים מהותיים, שעל-פיהם נבחנות הנסיבות האינדיווידואליות של כל מקרה, אופיינית כממתנגת בדיני המשפחה גם בסוגיית "זכרונה", בסוגיית המסכות ובסוגיית יכולתו של אב להזכיה שהסכם הגירושין שבינו לבין גרושתו מחייב גם את ילדיו. שם, בעמ' 54-55, 65, 381.

80. על הקשר בין פורמוליום משפטי והקפדה נוקשה על כלליהם של דיני הראיות ראה: ובר, לעיל הערה 65, בעמ' 71-70.

81. ע"פ 951/80 קנור נ' מדינת ישראל, פד"י לה (3) 505, 516.  
82. שם, בעמ' 516-517. ראה גם: ע"פ 115/82 מועזי נ' מדינת ישראל, פד"י לה (1) 197, 259, השופט אלון.

83. בר"ע 423/83 מדינת ישראל נ' עיזבון המנוחה ורד סילוורמן ז"ל, פד"י לו (4) 281, 287-286; ע"א 703/86 ברנשטיין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מג (4) 529. ראה גם: זלצמן, אמרה בכתב לפי סעיף 104 לפקודת הראיות [נוסח חדש] - שיקולי מדיניות משפטית מנחים בפירושה ההוראה, משפטים כא (תשנ"ב) 353, 355, 356 [ניכרת] מעורבות אקטיבית יותר של בית המשפט בתהליך הבירור העובדתי ובגישתו העקרונית כלפי כללי הפסילה הראייתיים, כאשר הם מוגעים את זרימתו של

636/78 ויצמן נ' אברמזון, פד"י לג (3) 295; ע"א 453/80 בן נתן נ' נגבי, פד"י לה (2) 141; ע"א 437/80 זינגל נ' רוזנר, פד"י לו (4) 29; ע"א 16/80 לולו ואחי' נ' סלמון ואחי', פד"י לו (4) 70; ע"א 391/80 מירח ומנאל לטרסון ואחי' נ' שכני עובדים בע"מ, פד"י לה (2) 237; ע"א 380/81 אחים שטראמלר בע"מ נ' פריסטון תשלובת טקסטיל בע"מ, פד"י לט (1) 663, 658.

90. ע"א 148/77 רוט נ' יטרופה בניה בע"מ, פד"י לג (1) 617, 636; ע"א 701/79 שוחט נ' לוביאנקר, פד"י לו (2) 113, 120; ע"א 289/78 אשד ואחי' נ' לובל ואחי', פד"י לג (1) 13; ע"א 453/80 בן נתן נ' נגבי, פד"י לה (2) 141; ד"ר 15/79 לזבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פד"י לה (3) 29; ע"א 437/80 זינגל נ' רוזנר, פד"י לו (4) 29; ע"א 16/80 לולו ואחי' נ' סלמון ואחי', פד"י לו (4) 70; ע"א 789/82 עזרא ואחי' נ' מונרבי ואחי', פד"י לו (4) 565; ע"א 391/80 מירח ומנאל לטרסון ואחי' נ' שכני עובדים בע"מ, פד"י לה (2) 237, 266; ע"א 499/81 עודה נ' חזרוני, פד"י לה (4) 729, 743-742; ע"א 118/83 עמר ואחי' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י לט (1) 693.

גישה דומה ניתן למצוא גם בשיטות משפט אחרות, כגון המשפט הגרמני והמשפט האמריקאי. ראה: צלטנר, לעיל הערה 88, בעמ' 122; פלפל, סניף 39 לזרוע החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 והזיקה לדרך הגרמני, המקליט Sussman, A Forecast of Problems in the Law of: 55, 53 Contracts, 2 Tel Aviv Studies in Law (1976) 17; Burton, Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code, 67 La. L. Rev. 1, 3 (1985); Summers, "Good Faith" in General Contract Law and Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, 54 Va. L. Rev. 195, 236 (1968); Farnsworth, Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code, 30 U. Chi. L. Rev. 666, 669, 672 (1963).

A. Giddens, *The Consequences of Modernity* (1990): N. 91  
Luhmann, *Trust and Power* (1979); G. Simmel, *The Sociology of Georg Simmel* (1964); G. Simmel, *The Philosophy of Money* (1907, 1978); Lewis & Weigert, *Social Atomism, Holism, and Trust*, 26 Soc. Q. 455 (1985); Lewis & Weigert, *Trust as a Social Reality*, 63 Soc. Forces 967 (1985).

92. לדין נרדה ראה: מאוטנר, "יוצרי סוכונים" ו"נקלעי סוכונים" - הגנתי של המסתמך על מצג הולת בחקיקה האזרחית החדשה, משפטים סו (תשמ"ז) 92.

המנהל החקיקה האזרחית החדשה מתייחס לשמונה-עשר חוקים בתחום המשפט האזרחי, שהתקבלו בכנסת החל בשנת 1962, והאמורים להורכיב את קודקס המשפט האזרחי של מדינת ישראל. ראה: הצעת חוק לעריכת קובץ דיני נמונות, תשמ"א-1980, ה"ח 1463.

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

87. בג"ץ 135/75 סאי-טקס בע"מ; אומן בע"מ ואחי' נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י ל (1) 673, 676; ע"א 402/76 אזרניקוב נ' מזינת ישראל, פד"י לא (1) 274, 270; בג"ץ 640/77 ברנובסקי ואחי' נ' מנהל אגף המכס (הבלו ואחי', פד"י לב (2) 78, 75; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבנונים בישראל ואחי' נ' ממשלת ישראל ואחי', פד"י לד (3) 749, 729; ד"ר 15/79 לזבל נ' הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957, פד"י לה (3) 29, 53; ע"א 314/79 שליון ואחי' נ' עו"ד ברק, מנהל עזבונו המנוחה בטי שיינוט ואחי', פד"י לה (3) 225, 238; בר"ע 305/80 שילה ואחי' נ' הצקובסקי ואחי', פד"י לה (3) 461, 462; בג"ץ 376/81 לונסי ואחי' נ' שר התקשורת ואחי', פד"י לו (2) 449, 449, 454, 457; ע"א 466-465, 466/81 עמלני נ' בית הדין הרבני הגדול ואחי', פד"י לו (2) 1; ע"א 789/82 עזרא ואחי' נ' מונרבי ואחי', פד"י לו (4) 565, 571; ע"א 391/80 מירח ומנאל לטרסון ואחי' נ' שכני עובדים בע"מ, פד"י לה (2) 237, 262; ע"א 132/81 ג"י בי טורס בע"מ ואחי' נ' האייק ואחי', פד"י לה (2) 440, 425; ע"א 700/81 פז, פד"י לה (2) 736, 742; ע"א 241/81 שמון התעשיות בע"מ ואחי' נ' חברת תבלין בע"מ ואחי', פד"י לט (1) 561, 577-578; בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה ואחי', פד"י טא (1) 469, 469; ע"א 579/83 זוננטיין ואחי' נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, ואחי', פד"י פב (2) 278; ע"א 207/83 ועד התאגדות לנכסי הקדש המוסלמי בתל אביב יפו נ' יוסי חברת להשקעות בע"מ ואחי', פד"י פב (2) 369, 369; ראה גם: ע"א 459/78 חברת בני פייפקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות, בע"מ ואחי', פד"י לה (3) 169, 181-182; ד"ר 21/80 ורטיהיימר ואחי' נ' הרלר ואחי', פד"י לה (3) 271, 279.

88. צלטנר, הרחוזים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970, עניני משפט ג (תשל"ל) 121, 122.

89. בג"ץ 59/80 שירותי התמורה ציבוריים נאר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה ברושלים, ואחי', פד"י לה (1) 828, 834; ע"א 838/73 חברת חלקה 677 בגוש 6133 בע"מ ואחי' נ' כרן ואחי', פד"י כט (1) 365; ע"א 640/77 שלמה נ' יעקב ואחי', פד"י לג (2) 103; בג"ץ 75/77 ע"א ברנובסקי ואחי' נ' מנהל אגף המכס והבלו ואחי', פד"י לב (2) 75; ע"א

92. לדין נרדה ראה: מאוטנר, "יוצרי סוכונים" ו"נקלעי סוכונים" - הגנתי של המסתמך על מצג הולת בחקיקה האזרחית החדשה, משפטים סו (תשמ"ז) 92.

פד"י מב (1) 221, 237, השופט שי' לויין ("הכלל הוא שיש לבצע תורה בתוס'... כאשר הוגש הוא על התנהגותו הראיה של בעל דין לחוזה, למען ינמנו באמונה עם רעותה, שעמו התקשר. מי שדורש מצד לחוזה להתנהג בתוס' לא יתייחס בסלחנות לצד אשר יפר תורה ממוצעים של רצון קוויקטורלי להתעשר על חשבון הצד האחר... התגיש החוויה האמורה... יש בה כדי להשתלב בתחושת הצדק הרווחת בתורה הישראלית של שעל פיה לא יצא החוטא נשכר, היא אמנם מנוגדת לאסכולה הכלכלית של המשפט, אך תפיסתה של אסכולה זו מתעלמת, לענייננו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברוכוסים"); שם, בעמ' 278, השופט ברק ("הוגישה הכלכלית אינה נותנת די משקל לשיקולים שלא ניתן לתת להם משקל כלכלי. דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית, הם באו לאפשר חיי תכרה תקינים... קיום הכשחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם"); שם, בעמ' 283, השופט ברק ("עדיף שהצד, אשר בתוס' לב רצה לקיים את החוזה, יוכה כרווח האמור, מאשר שהמפכ יוכל לטפוח לעצמו על השכם וליהנות מהתחושה, שהתפכה אכן הייתה כראיה; ומה שעוד גרוע מזה: שהחברה הטובת את הצדדים עלולה להיווצר, שתפתח הסכמים אכן משתלמת").

103. פד"י מב (1) 221, 237.

104. שם, בעמ' 278.

105. קלמן, לעיל הערה 22, בעמ' 12, 13. ראה גם: Taylor, The Diversity of Values, in *Utilitarianism and Beyond* (A. Sen & B. Williams eds., 1982) 129, 131-32, 138-39. ועי', לעיל הערה 13, פרק 3.

106. Friedmann, Restitution of Benefits Obtained Through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong, 80 Colum. L. Rev. 504 (1980).

107. פד"י לט (1) 113. ראה גם: ע"א 593/81 מפעלי רכב אשדוד בע"מ ואח' נ' ציווק ז"ל, פד"י מא (3) 169; ע"א 554/84 כרמלי נ' מזנינת ישראל, פד"י מא (3) 757. לדיון נרחב ראה: מור, פקודת הנייקן כראי ארבעים שנות הפסיקה, הפריקליט לט (תש"ץ) 344, 343-380, אנגלרד, לעיל הערה 45, בעמ' 73-69.

108. ראה: מור, לעיל הערה 107, בעמ' 365.

109. ראה לעיל, טקסט לה"ש 41-44.

110. ראה לעיל, טקסט לה"ש 85-106.

111. ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מזינת ישראל, פד"י לה (1) 769; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש ואח', פד"י לו (1) 113;

93. אכן, הטיועולוג הגרמני הגדול גיאורג זימל נקט, בהתייחסו למושג האמון, במונח "נאמנות" (Traue), הוזה למונח שנגקט בסעיף 242 של ה. B. G. B. הגרמני, לצורך קביעת תוכנה של תוכת תוס' הלב. ראה: ג' זימל, הטיועולוגיה של גיאורג זימל, לעיל הערה 91.

94. ג' של, דיני חוזים (תש"ץ) 43-42; של, ההליך הטרום חוזי, עיוני משפט די (תשמ"ט) 293, 297; א' ברק, שיקול דעת שיפוטי, לעיל הערה 41, בעמ' 473, 474.

95. T. Nagel, The Possibility of Altruism (1970): A. MacIntyre. Egoism and Altruism, in *The Encyclopedia of Philosophy* (1967, P. Edwards; קבד'י, לעיל הערה 22, ראה גם: מסכת אבות, קיג: "ארבע מידות באדם: האומר שלי שלך ושלך שלך - זו מידה בינונית, ויש אומרים: זו מידת סודם; שלי שלך ושלך שלי - עם הארץ; שלי שלך ושלך שלך - חסיד; שלי שלי ושלך שלי - רשע".

96. ניתן להצביע על שלושה תפקידים עיקריים, שהמדינה ממלאת בדיני החוזים ראשית, התפקיד של "סוכנות איכפה", האמורה להבטיח לצדדים בהווה איכפה עתידית של התחייבויותיהם ההדדיות וכן הכרעה באשר לתוכנו של התחייבויות אלה. שנית, התפקיד של הספקת נוסח של "חווה אחיד" (אופניולז'י) לצדדים (קרי: דיני החוזים הכלליים והספציפיים). שלישית, התפקיד של הכרה, באוני החברה בכללותה, על הערכים הראייים להיות מקוימים במסגרתם של יחסים חוזיים. בהקשר זה חלה חובה תוס' הלב. בדיני החוזים המודרניים נכרת עלייה במשקלו של התפקיד השלישי. אכן, חובת תוס' הלב (כמו, למשל, איסור אי-המצפוניות, הקיים בדיני החוזים האמריקאיים) היא ביטוי למגמה זו.

97. ראה לעיל, טקסט לה"ש 41-44.

98. השווה: Horwitz, The Rise of legal Formalism, 19 Am. J. Leg. History 251, 262-64 (1975) (1975) 251, 262-64. ובר', לעיל הערה 65, בעמ' 71-73.

99. ראה לעיל, השווה: בראון, לעיל הערה 14, בעמ' 137-177.

100. עם זאת, במקרים מסוימים, ניתן לגלות שימוש מצד בית-המשפט בחובת תוס' הלב כמקור עיקרי להכרעה, אך שיקימת בדין נורמה ספציפית המספקת פתרון לבעיה. ראה למשל: ע"א 636/78 ועמנו נ' אברמזון, פד"י לג (3) 295; ע"א 409/78 גולן ואח' נ' פרקש ואח', פד"י לד (1) 813; ע"א 467/84 הנצאת עתון הארץ בע"מ נ' שטולורק ואח', פד"י מב (1) 137.

101. פד"י מב (1) 221.

102. ד"ר 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד גוינס גמבה,

פרוקציה, בועות-משפט, משפטים כ' (תש"ז) 9.  
 124. ראה למשל: E. Shils, *The Academic Ethic* (1983).

ע"א עיריית ירושלים נ' גורדון, פד"י לט (1) 113. לדיון נרחב ראה:  
 גלעד, על יסודותיה של עוללת הרשלנות במשפט הניקיון הישראלי, עיוני  
 משפט יד (תשמ"ט) 319.

112. גלעד, לעיל הערה 111, בעמ' 366-368.

113. שם, בעמ' 322-323. ראה גם: הורביץ, לעיל הערה 46, בעמ' 51-53,  
 56, 60, 63; מור, לעיל הערה 107, בעמ' 367.

114. פד"י מא (3) 169. ראה גם: בן-ישראל, אתריות בשל נוקים שנגרמו  
 עקב שביחה, עיוני משפט יד (תשמ"ט) 149; כהן, נזקי שביחה, הרשלנות  
 הודונית, הנק' הכלכלי וגרם הפרת חוזה, עיוני משפט יד (תש"ז) 173.

115. גלעד, לעיל הערה 111, בעמ' 342-343. לדיון נרחב בנקודה זו ראה:  
 שם, בעמ' 337-357.

116. פד"י מב (2) 441.

117. שם, בעמ' 512-513. (ההדגשה במקור).

118. פד"י מה (1) 749.

119. שם, בעמ' 760. ראה גם: בג"ץ 482/88 וייסר ואח' נ' יז"ר הכנסת  
 ואח', פד"י מב (3) 142, 146, השופט שמגר ("המקרים הפרלמנטרי שנוצו  
 בכך יש בו במידה רבה כדי להראיג... ייתכן שהושגה מטרה מיידית... אך  
 יש חשש מפני השלכותיו של צעד זה על יציבות מוסדותיו של הגוף המחקק  
 ועל תדמיתו"); ע"ב 2/84 ניימן נ' יז"ר ועדת הבחירות לכנסת האחת  
 עשרה, פד"י לט (2) 225, 321, השופט ברק ("מבחינת המבנה התחוקתי  
 הכללי רצוי היה, כי סוגיה זו... תוסדר בחקיקה ולא תישאר פתוחה  
 לפרשנות שפוטית... אך הבעיה העיקרית היא תוכנה של אותה חקיקה.  
 בעיני ערוף המצב הקיים על פני חקיקה בלתי מאוזנת, אשר פגיעה  
 בדמוקרטיה עלולה לעלות על התועלת הצומחת ממנה להחליך  
 הדמוקרטיה"); בג"ץ 141/82 רובינשטיין ואח' נ' יעב ראש הכנסת ואח',  
 פד"י לז (3) 141, 155, השופט י' כהן (חוזה על דברי ביקורת של מבקר  
 המדינה על חקיקה רטרואקטיבית למויון הבחירות); שם, בעמ' 162-163,  
 השופט שמגר (כב"ל).

120. על ההבנת בין שיה אינטואיטיבי לבין שיה מדעי בתחומי המשפט  
 והאתיקה ראה: *the Constitution and the Private Property*, B. Ackeman,  
*Moral Thinking* (1981). (1977).

121. ראה לעיל, סקסט לה"ש 101-106.

122. ראה לעיל, פרק א, סקסט לה"ש 4.

123. לניסוח חריף של העמדה בוכות העיסוק הבין-תחומי במשפט ראה:

## פרק ג: הרחבת האחריות המשפטית – "בית המשפט המחשק"

לצד תהליך עלייתה של תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית, התהליך הכולט השני שבו היה נתון המשפט הישראלי בשנות השמונים הוא זה של הרחבת החיובים המשפטיים המוטלים על צדדים בתחומי החיים השונים. על משקל הדימוי הידוע, המשווה את נורמות המשפט לחיפוי חבית<sup>1</sup>, אני מצייע להתייחס לתהליך זה תוך שימוש במטבע-הלשון "בית-המשפט המחשק"; זאת, משום שבפעולתו זו, הצטייר בית-המשפט כמבקש לשים מוסרות ערכיות על התכרה ועל רשויות השלטון הפועלות במדינה, בניסיון לבלום תהליך של פירוח ערכים בכל תחומי החיים. שורה של נקודות-ציון מתנות תהליך זה.

### א. הרחבת החיובים המשפטיים בתחום המשפט הציבורי

#### 1. בית-המשפט כממונה על שמירת שלטון-החוק במדינה

בשורה של פסקי-דין, הדיגש בית-המשפט את תפקידו כמוסד העומד בראש הרשות המפקדת על שמירת שלטון-החוק במדינה. בהסתמך על תפקידו זה, הצדיק בית-המשפט הפעלת פיקוח משפטי נרחב מצידו על פעולותיהם של גופי השלטון? בהקשר זה, ניתן פירוש אקטיביסטי לעקרון הפרדת הרשויות. עד שנות השמונים, השימוש הטיפוסי שעשה בית-המשפט בעיקרון זה היה הצגתו כעילה להצדקת אי-התערבותו במעשיהן של רשויות השלטון האחרות. לעומת זאת, בשנות השמונים, שימש עקרון הפרדת הרשויות כסיס להפעלת פיקוח על-ידי בית-המשפט על מידת שמירת החוק על-ידי רשויות השלטון האחרות, תוך הדגשת

מסוימות אינו מתאימות להתגברר לפני בית-המשפט, משום שהן מעוררות נושאים השנויים במחלוקת פוליטית או ציבורית, נושאים הנתונים על-פי טיבם לטיפולן של רשות שלטונית אחרת (למשל: ענייני חוץ וכסחות) או נושאים שאין לבית-המשפט כלים משפטיים לדון בהם. דוקטרינת המעמד מניחה, כי תנאי לכך שתנימן לעותר רשות להשמיע את קובלנתו לפני בית-המשפט הגבוה לצדק הוא, שלעותר יהיה אינטרס מסוים בעניין נשוא העתירה. הדוקטרינה קובעת באילו תנאים יחשב עותר בעל אינטרס כזה,<sup>11</sup> בשנות השמונים, צמצם בית-המשפט במידה ניכרת את היקפן של דוקטרינת השיטיות ודוקטרינת המעמד.

בקשר לדוקטרינת השיטיות, הדיש בית-המשפט, כי בהתאם לעקרון שלטון-החוק, כפופות הפעולות על-פי דיין של כל רשות שלטונית לביקורת השיפוטית של בית-המשפט. תוך צמצום ניכר של כללי העבר, שעל-פיהם נחשבו כל פעולותיה של הכנסת, באופן עקרוני, בלתי שיפוטיות, קבע בית-המשפט, כי פעולותיה של הכנסת על-פי דיין, מלבד פעולות הכנסת לקביעת תוכנו של הדין החל במדינה,<sup>12</sup> יתר על-כן, צמצום דרסטי של דוקטרינת השיטיות הציג השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הכטחון.<sup>13</sup> השופט ברק הכחין בין "שיטיות נורמטיביות" לבין "שיטיות מוזיקליות". לדבריו, השיטיות הנורמטיביות באה להשיב על השאלה אם קיימות אמות-מידה משפטיות להכרעה בסכסוך העומד לפני בית-המשפט. בבטלן לחלוטין את מושג אי-השיטיות כמוכנו זה, כתב השופט ברק:

אין פעולה, שהמשפט לא חל עליה, כל פעולה נתפסת בעולם המשפט... אין 'חלל משפטי', שבו פעולות מתבצעות בלי שהמשפט נוקט כלפיהן כל עמדה. המשפט משתרע על כל הפעולות... לא ייתכן כלל מצב, שבו אין נורמה משפטית החלה על פעולה... כל פעולה – ותהא פוליטית או עניינית למדיניות ככל שתהא – נתפסת בעולם המשפט, וקיימת נורמה משפטית הנקטת עמדה כלפיה, אם מותרת היא או אסורה... המיזור הפוליטי והמישור המשפטי הם שני מיזורים שונים. אין הם מוציאים זה את זה ואין הם מיייתרים זה את זה. הם פועלים בתחומים שונים... 'הפוליטיות' של הפעולה לא שוללת את 'המשפטיות'

תפקידו של בית-המשפט כממונה על שלטון-החוק במסגרת הפרדת הרשויות. "על בית-המשפט בתכונה דמוקרטית", כתב השופט ברק, "מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק; תפיסה זו של התפקיד השיפוטי אינה עומדת בסתירה לעקרון הפרדת הרשויות ולתפקידו של בית המשפט במסגרתו של עיקרון זה. נהפוך הוא: גישה זו יונקת כוחה מעקרון הפרדת הרשויות ומכלילתו".<sup>14</sup> ומנציא שמגר כתב: "הכול חייבים בכיבודו של החוק, והביקורת השיפוטית משתרעת על חוקיות פעולתה של כל רשות; הפרדת הרשויות בונה את עצמאותן של הרשויות, אך אין בה כשלעצמה כדי להטום דרכה של הביקורת השיפוטית".<sup>15</sup> יתר על-כן, בהקשר זה הודג גם, כי תפקידו של בית-המשפט במסגרת רשויות השלטון במדינה אינו מתמצה בהכרעה בסכסוכים פרויקולריים של מדיינים, אלא עיקרו השלטת החוק במדינה.<sup>16</sup>

ברוח הדברים האמורים, קבע בית-המשפט, בין היתר, כשורה של פסקי-דין, כי סמכות הפיקוח שלו הכנסת סמכויות על-פי דיין, זולת מפעילים האורגנים השונים של הכנסת סמכויות על-פי דיין, זולת הדרך שבה מפעילה הכנסת את סמכותה לקבוע את תוכנם של החוקים המחייבים במדינה,<sup>17</sup> "בנושאים אלה", כותב פורפור יצחק זמיר, "חלה בשנים האחרונות התפתחות מהותית... היא הכניסה אל אולם בית-המשפט עניינים שקודם-לכן היו נותרים בחוץ... והובילה את בית-המשפט לפסול החלטות שקודם-לכן היה מסרב אפילו לברוק אם הן חוקיות".<sup>18</sup> בדומה לכך, אף זאת בסטייה מהלכות קודמות שלו, קבע בית-המשפט, כי גם פעולותיהם של הגופים המפקדים על בתחון המדינה כפופות לפיקוחו, כפעולותיהן של שאר רשויות המדינה,<sup>19</sup> ואף החלטותיו של היועץ המשפטי לממשלה כפופות למבחן הביקורת שמפעיל בית-המשפט לגבי החלטותיה של כל רשות מינהלית אחרת.<sup>20</sup>

## 2. שיטיות ומעמד

דוקטרינת השיטיות ודוקטרינת המעמד מציירות את בית-המשפט הגבוה לצדק ככלים המאפשרים לו להימנע מלדון בעתירות מסוימות. דוקטרינת השיטיות קובעת, כי עתירות

בצמצמו את היקפו של דוקטרינת השיטות ודוקטרינת המעמד, צמצם בית-המשפט את נמדיהם של שני מחסומים, שהיו עשויים למנוע אותו מלהפעיל פיקוח משפטי על פעולותיהן של הממשלה והכנסת; היינו, אף כי בית-המשפט לא שינה את תוכנו של המשפט המינהלי המהותי, הוא החזיב במידה ניכרת את היקף הפיקוח שלו על רשויות השלטון האזרחות.<sup>20</sup>

### 3. הסכמים פוליטיים

הסכמים פוליטיים הם הסכמים הנכרתים בין אישים או גופים פוליטיים בקשר לאיזו משרות ובקשר לדרכים של הפעלת השלטון על-ידי קואליציות פוליטיות. עד שנות השמונים, היה ניתן לסבור, לאור פסיקותו של בית-המשפט העליון, שהסכמים אלה נמצאים מחוץ לגדרו של המשפט, מן הטעם של היעדר כוונה של הצדדים להם ליצור יחסים חוזיים או מן הטעם של היותם בלתי-שפטיים;<sup>21</sup> בשנות השמונים, החל בית-המשפט לפתח ענף משפטי חדש, האמור להסדיר את תופעת ההסכמים הפוליטיים. במסגרת זו קבע בית-המשפט, כי הסכמים פוליטיים נחשבים למהותיים מן הכחינה המשפטית ולשפטיים.<sup>22</sup> משמע: ההנהגות חשובה ונפוצה בחיים הפוליטיים שלנו (ברובד הלאומי והמקומי כאחד) הוכפפה לנורמות המשפט ולפיקוחם של בתי-המשפט.<sup>23</sup>

## ב. הרחבת החיובים המשפטיים בתחום המשפט האזרחי

### 1. זיני החוזים

באופן מסורתי, על-פי המשפט האנגלו-אמריקאי והמשפט הישראלי, לא ישאו צדדים המנהלים משא-ומתן לקראת כריחתו של חוזה באחריות משפטית האחד כלפי האחר, כל עוד לא נכרת ביניהם חוזה. הכלל, שעל-פיו עשויים צדדים לשאת באחריות בניין ההנהגות במסגרת המשא-ומתן הטרום-חוזי, הוחדר למשפטנו בארצות שנות השבעים, בסעיף 20(א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שלפיו, "במשא ומתן לקראת כריחתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב." מכוח סעיף זה, הרחיב

שלה, והמשפטיות' של הפעולה לא שוללת את היפולטיות' שלה.

...ישאל השואל: האם בכל מקרה ומקרה החלטה של רשות שלטונית שפטיה היא? האם, למשל, לצאת למלחמה או לעשות שלום אף הן החלטות 'שפיות' ועשויות להיחלף לנורמה משפטית ולדין שיפטי? תשובתי הינה בחיוב. ...הטענה, כי העניין אינו שפטי נורמטיבית, אינה אלא טענה, כי על הפעולה לא חלה נורמה אסרת, ועל-כן הפעולה מותרת.<sup>14</sup>

לדברי השופט ברק, השיפוט המוסדית באה להשיב על השאלה אם בית-המשפט הוא המוסד הראוי להכריע בסכסוך, או שמא ראוי שהסכסוך יוכרע על-ידי מוסד אחר. הוא בוחן, אחת לאחת, את ההצדקות המקובלות לקיומה של אי-שפיות במובן זה, ודוחה אותן. מסקנתו היא, כי "דוקטרינה זו פרובלמטית היא ביותר; כי יסודותיה המשפטיים רעועים, וכי מבוססת היא במידה רבה על 'שעמים אירציונליים'."<sup>15</sup> עם זאת, הוא מוכן להכיר בדוקטרינה הכרה מוגבלת, אך זאת, לא משום שיש לה הצדקה לגופה, אלא מן הטעם, שאם יפעיל בית-המשפט את הפיקוח השיפוטי שלו בלא להגביל עצמו בטעמים של שפיות מוסדית, עשוי הציבור לחשוב שביקורתו המשפטית של בית-המשפט על מעשיהן של רשויות המינהל היא ביקורת פוליטית, בהבדל מביקורת משפטית, ואמונו של הציבור בבית-המשפט יפחת.<sup>16</sup>

בקשר לדוקטרינת המעמד, היתה הגישה המסורתית של בית-המשפט, שתנאי למעמד הוא קיום אינטרס אישי, ממשתי וישר של העותר בעניין נשוא העתירה.<sup>17</sup> גישה זו נמשה בשנות השמונים, ונקבע תחתיה, כי לצורך קניית מעמד בבית-המשפט הגבוה לצדק, אין העותר צריך להצביע בהכרח על אינטרס כאמור, אלא מעמדו של העותר יוכר גם מקום שעותרו מעוררת בעיה בעלת אופי חוקי מובהק או כאשר נשוא העתירה הוא מעשה שמתחת של השלטון.<sup>18</sup> בית-המשפט עבר אפוא מתפיסה שעל-פיה תפקיד הביקורת השיפוטית שלו הוא להגן על אינטרסים אישיים של הפרט, שנפגעו באופן ספציפי וכמישורין, לתפיסה שעל-פיה תפקיד הביקורת השיפוטית הוא להבטיח מימושם של אינטרסים ציבוריים.<sup>19</sup>

## 2. דיני הנוזיקין וענפי משפט אחרים

תופעת ההרחבה של היקף האחריות המשפטית ניכרת גם בדיני הנוזיקין, בעיקר באמצעות הרחבה של היקף ההשתדעות של עוולת הנוזיקין. "חובת הזהירות נתפסת כיום על ידי הפסיקה בעיקר כמכשיר להרחבת האחריות בנוזיקין," כתב פרופסור יצחק אנגלרד באמצע שנות השמונים.<sup>40</sup> "אנו מצויים בעצומה של של פעילות שיפוטית שמטרתה להרחיב, תוך שימוש בעוולת הרשלנות, את האחריות בנוזיקין על מצבי-נוק נוספים."<sup>41</sup> אכן, בית-המשפט החיל את עוולת הנוזיקין לצורך הטלת אחריות על רשויות השלטון באשר לדרך שבה הן מפעילות את סמכויותיהן כלפי האזרח;<sup>42</sup> על דופאים לטובת ילדים במצבים של "הולדה בעוולה"<sup>43</sup>; על שובתים להתנתם של צדדים הנפגעים משבתתם;<sup>44</sup> על נפגעים עקב רשלנות רפואית ומקצועית;<sup>45</sup> על כעלי בתים להגנת דייריהם.<sup>46</sup> כמו-כן, לאחר שנים ארוכות של קיפאון, הורחב גם היקף תחולתה של העוולה של הפרת חובה חקוקה.<sup>47</sup>

ברומה לכך, בדיני החברות, ביסס בית-המשפט את חובת האמון המוטלת על מנהל חברה כלפי החברה, והטיל חובה אמון על בעל מניות כלפי החברה, לפחות במקרים שבהם בעל המניות הוא בעל מניות-שליטה, והוא מבקש למכור את מניותיו.<sup>48</sup>

## ג. עליית הערכים והרחבת האחריות המשפטית

תהליך ידירת הפורמליזם ועליית הערכים קשור בתהליך שבו הפך עצמו בית-המשפט לבית-משפט "מחשק". באמצעות הכללתם של השיקולים הערכיים, העומדים ביסוד הכרעות הדין שלו, פעל בית-המשפט כמוסד מתנן, המבקש לשגר לקהליו, בדרך הריטורית, מסרים ברורים בדבר הערכים שהוא מציד בהם. באמצעות הרחבת האחריות המשפטית בהקשרים שונים, הפפיק בית-המשפט את אורחי המדינה ואת רשויות השלטון במדינה לחובות התנהגות הממשות את הערכים המגולמלים בכללי המשפט, שהותחל על-ידי בית-המשפט. משמעי: במסגרת תהליך עליית הערכים במשפט הישראלי הטיל בית המשפט, מוסרות ערכיות בדרך החינוכית; במסגרת תהליך הרחבת האחריות המשפטית הטיל בית-המשפט מוסרות ערכיות בדרך של אכיפת נורמות משפט המגלמות ערכים.

בית-המשפט העליון מאזר את סוגי ההתנהגות של צדדים המנהלים משא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה, שהנוקט בהם י"ש באחריות משפטית.<sup>24</sup> כך הוכרה במספר פסקי-דין האפשרות, שצר המנהל משא-ומתן לא יהא רשאי לפרוש ממנו;<sup>25</sup> הורחבה החבות בגין יצירת מצג-שוא בשלב המשא-ומתן הטרם-חוזי;<sup>26</sup> הורחבה חובת הגילוי במשא-ומתן;<sup>27</sup> החבת בגין אי-גיהול משא-ומתן בתו-ס-לב הורחבה באופן פרסונלי, כך שהיא חלה גם על משתתפים "עקיפים" במשא-ומתן, היינו, משתתפים שאינם מתכוונים להיות צד לחוזה;<sup>28</sup> הוכרה אפשרות הפעלתו של סעד האכיפה בשלב המשא-ומתן;<sup>29</sup> הוכרה האפשרות של הגנה על אינטרס הציפייה החוזי בשלב המשא-ומתן.<sup>30</sup>

נוסף על כך, הוחיב בית-המשפט את סוגי המצבים שיצמחו אחריות חוזית. כך הוכרה האפשרות של חבות חוזית בעסקה למכירת מקרקעין גם כשהתחייבותו של המוכר אינה עומדת בדרישות מבחן הכתב של סעיף 8 לחוק המקרקעין;<sup>31</sup> דוכנו הדרישות להוכחת קיומם של גמירות-דעת;<sup>32</sup> ומסיומות;<sup>33</sup> כתנאים לכריתת חוזה; הורחב היקפם של המצבים שבהם תצמח חבות חוזית מכוח נכרון-דברים;<sup>34</sup> הוכנה דרישת הכתב במסגרת סעיף 8 לחוק המקרקעין.<sup>35</sup>

ברומה לכך, הורחב היקף החבות החוזית כשורה של פסקי-דין בדרך של יצירת תמריצים שליליים להפרת חוזה, היינו, בדרך של הקשיית תהליך הפרישה מחוזה.<sup>36</sup> כך, כדי להרתיע מוכרי מקרקעין מהפרת חוזהם, הוחל שיעור חלקי של המחיר החוזי שהיו קובי מקרקעין אמורים לשלם, מקום שמוכרים הפרו את חוזהם.<sup>37</sup> כמו-כן, בפסקי-דין בעל חשיבות עקרונית מן המעלה הראשונה, ד"נ 20/82 אדרס תמרי בנין בע"מ נ' הרלי אנו גוינס ג.מ.ב.ה.,<sup>38</sup> קבע בית-המשפט, כי הפרת חוזה, התנהגות הנחשבת על-פי הכללים המסורתיים של דיני החוזים האנגלו-אמריקאיים, כלת-מנונה כשלצמה (ואולי אף רצויה) בנסיבות מסוימות, היינו, כאשר תועלת ההפרה גדולה מנוקמה, היא התנהגות שיש בה פסול מוסרי. יתר על-כן, בית-המשפט אכף השקפה זו, כלומר, יצר תמריץ שלילי להפרה, בקובעו כלל משפטי, שעל-פיו עשויים הרווחים המופקים מן ההפרה להישלל מאת הנוקט בסוג זה של התנהגות.<sup>39</sup>

**תערוות פלרק ג:**

1. ראה למשל: ברק, ההלכה השיפוטית והמציאות התבררת, *ספר זוסמן*, (ירדלים, תש"ם) 71, 73 (ע"ם השינויים במציאות התבררת, רבות הן הנורמות המשפטיות אשר אינן מצליחות להתנגל למציאות החדשה. החישוב שהחוקק את חכית העץ שוב אינו מתפקד כראוי כאשר החכית היא מפלטיק. בניכוח אלה יש לשנות באופן פרמלי את הנורמה המשפטית עצמה. יש להסיר את... החישוב מהחכית."); Lahav, A Barrel Without Hoops: The Impact of Counterterrorism on Israel's Legal Culture, 10 *Cardozo L. Rev.* 529(1988).

2. בג"ץ 325/85 מיעארי ואח'י נ' יו"ר הכנסת שלמה הלל ואח'י, פד"י ל"ט (3) 122, 128-127, השופט שמגר: בג"ץ 73/85 סיעת "כד" נ' יושב ראש הכנסת, פד"י ל"ט (3) 141, 157, השופט ברק: בג"ץ 428/86 ברזילי ואח'י נ' ממשלת ישראל ואח'י, פד"י מ' (3) 505, 558-559, השופט שמגר; שם, בעמ' 621-623, השופט ברק: בג"ץ 852/86 אלוני ואח'י נ' שר המשפטים, פד"י מא' (2) 1, 26-23, 38, השופט שמגר: בג"ץ 620/85 מיעארי ואח'י נ' יו"ר הכנסת ואח'י, פד"י מא' (4) 169, 195, השופט שמגר; שם, בעמ' 250, השופט אלון: בג"ץ 910/86 ריסלר ואח'י נ' שר הפטוח, פד"י מב' (2) 441, 462-468, 469-491, 492-494, השופט ברק: בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחד ורוח החדשה ואח'י נ' יושב ראש הכנסת ואח'י, פד"י מד' (3) 529, 555, השופט אלון.

ראה גם: קרצמר, ארבעים שנה למשפט הציבורי, משפטים יט (תש"ז) 551, 552 (המגמה העולה מן הפסיקה בתחום המשפט הציבורי היא של "הגברה שיטתית של כוח של בית-המשפט העליון על ידי הרחבת היקפה של הביקורת השיפוטית והעמקות"); שם, בעמ' 554 "בהצדקת החלטתו להחזיק את הביקורת המנהלית, נזקק בית-המשפט פעם אחרי פעם לטעם אחד: יסוד של המשפט המנהלי, נזקק בית-המשפט פעם אחרי פעם לטעם אחד: תצורה לשמור על שלטון החוק"; השווה: זמיר, המשפט הציבורי - מהפכה או התפתחות? משפטים יט (תש"ז) 563, 567 (ניכרת בפסיקה "נכונות, לחיות פעיל יותר בהגנה על שלטון החוק... יש בכך משום התפתחות, אולם אין בכך משום שינוי בתפישה החוקית של בית-המשפט. מאז ומתמיד ראה בית-המשפט את עצמו מופקד על שלטון החוק, ואף נתן לכך ביטוי בפסקי-דין אינספור").

3. Kretzmer, *Judicial Review of Knesset Decisions*, 8 *Tel Aviv Studies in Law* 95, 100-03 (1988).

4. בג"ץ 910/86 ריסלר ואח'י נ' שר הפטוח, פד"י מב' (2) 441, 462, ראה

**ד. הערה על מושג האקטיביזם**

בשורות הקודמות טענתי, כי שתי התופעות הכוללות בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים היו התחזקותה של הגישה הלא-פורמליסטית למשפט והרחבת היקפם של החריבים המשפטיים. לא-אחת נטען, כי בשנות השמונים, נהג בית-המשפט העליון באקטיביזם שיפוטי.<sup>50</sup> השאלה המתעוררת היא: מהו הקשר בין שתי התופעות האמורות לבין תופעת האקטיביזם?

כנראה, מקורו של מושג האקטיביזם הוא בספרות העוסקת בפסיקתו הקונסטיטוציונית של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. בית-משפט זה מוצג כספרות זו כאקטיביסטי בכל שהוא מרבה להתערב בקביעת תוכן המדיניות של גופי המשל השונים, על-השבוך נסיונותיהם של גופים אלה לעצב בעצמם את המדיניות שיפעיל. נראה, כי כמובנו זה, יש למושג האקטיביזם רלוונטיות מוגבלת בהקשר הישראלי. ראשית, מכיוון שבית-המשפט העליון שלנו אינו נוהג להכריז על חוקים של חכמת כעל חוקים חסרי-תוקף, אין הוא מפעיל את המכשיר המוכהק ביותר שבו עושה שימוש בית-המשפט העליון האמריקאי, בהיותו אקטיביסטי. שנית, התופעות שהוצגו לעיל הן בעלות חיות מעבר לתחומי של המשפט הקונסטיטוציוני שלנו. עם זאת, תופעות אלה קרוכות כרוזן לתופעת האקטיביזם במובנה האמריקאי. התופעה של התחזקות הגישה הלא-פורמליסטית בפסיקה פירושה, שנית-המשפט משמיע את קולו באופן מודגש יותר ויותר לגבי הערכים שצריכים להתקיים בגזרות השונות של החיים בארץ. בית-המשפט הוא אופא "אקטיביסטי" מבחינה זאת, שהוא ממקם עצמו כביורר וכמובלט בעמדה של מי שאמור לקבוע את המבנים הערכיים של החיים בארץ (גם אם לא תמיד במישורין על-חשבון סמכותיותה של רשויות שלטון אחרות). התופעה של הרחבת ההיקף של החיובים המשפטיים פירושה, שההגנהויות, שנחשבו בעבר לתופעות שאין למערכת המשפט מה להגיד לגביהן, נחשבות כיום מוסדרות מן הבחינה המשפטית. בית-המשפט הוא אופא אקטיביסטי מבחינה זאת, שהוא מרחיב את היקף חלותו של נורמות המשפט ואת היקף הפיקוח שמפעילה המערכת המשפטית.

שם, בעמ' 250, השופט אלון; בג"ץ 761/86 מינעארי ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פד"י מב 4) 868, 873-872, השופט ברק; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחת ורונה חזשה ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פד"י מד 3) 529, 555, השופט אלון; בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd. נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י מה 3) 154; בג"ץ 1956/91 שמואי נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י מה 4) 313, השווה: בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחת ורונה חזשה ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פד"י מד 3) 529, 554, השופט ברק.

8. זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 567. ראה גם: קדצמר, לעיל הערה 3: קדצמר, לעיל הערה 2, בעמ' 552; מעוז, משפט חוקתי, ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 74-73.

9. בג"ץ 554/81 בראנסה נ' אלון פיקוד המרכז, פד"י ל 4) 247, 252-251; בג"ץ 393/82 גמעית אסכאן אלמעלמון אלמעאוניה אלמעחזורה אלמעאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פד"י ל 4) 785, 810; בג"ץ 428/86 ברוזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פד"י מ 3) 505, 623-621, השופט ברק; בג"ץ 680/88 שניצר ואח' נ' הצנור הצנאי הראשי ואח', פד"י מב 4) 617, 629-628, 640-639, השופט ברק. ראה גם: Bracha, Judicial Review of Security Powers: 28 Stan. J. Int'l L. 39 (1991); in Israel: A New Policy of the Courts, 12 Is. L. Rev. 32, 58-59 (1977) Sheuret, Reflections on the Protection of the Rights of the Individual: שנה למשפט החוקתי התמחויות בדיני חוק - סוגיות נבחרות, משפטים יט (תש"ץ) 573, 606-609; גביון, ארבעים שנה למשפט החוקתי, משפטים יט (תש"ץ) 617, 625.

10. בג"ץ 329/81 נוף נ' הינע המשפטי ואח', פד"י ל 4) 356; בג"ץ 223/88 שפטל נ' הינע המשפטי ואח', פד"י מב 4) 356; בג"ץ 943/89 גנור ואח' נ' הינע המשפטי ואח', פד"י מד 2) 485, ראה גם: בג"ץ 425/89 צפאן ואח' נ' הפע"צ ואח', פד"י מב 4) 718; ר' גביון, שיקול דעת מיוחד במשפט החוק (תשנ"א) 25-23; סגל, משפט מנהלי, ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ב) 110, 115-112.

11. ד' סגל, זכות העמידה בנית-המשפט הגבוה לצדק (תשמ"ז) 3-12.

12. בג"ץ 73/85 סיעת 'כד' נ' יושב ראש הכנסת, פד"י ל 3) 141; בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י ל 4) 85; בג"ץ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים, פד"י מא 2) 1; בג"ץ 620/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י מא 4) 169; בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש

גם: שם, בעמ' 465-462, 491-492, 494, השופט ברק; בג"ץ 73/85 סיעת 'כד' נ' יושב ראש הכנסת, פד"י ל 3) 141, 152-151, השופט ברק; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר - לב אחת ורונה חזשה ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פד"י מד 3) 529, 554, השופט ברק. כמו כן ראה: א' ברק, שיקול דעת שימוטי (תשמ"ז) 277-281.

ביטוס מעמוד של עקרון שלטון-החוק במשפטנו על-ידי בית-המשפט וכן הדגשת מרכזיותו של העיקרון עשויים לסלול את הדרך לפני בית-המשפט לטעבר מהחלטתו של העיקרון כמוכנו הפורמלי, כפי שהדבר נעשה עד כה, להחלה של העיקרון כמוכנו המהותי (ראה לעיל, פרק א'), היינו, לא מן הנמנע שבית-המשפט יבקש להתלות בעקרון שלטון-החוק כדי לצייר עצמו בקי-מידה ערכיים לצורך הפעלת פיקוח מהותי על מעשיהן של רשויות השלטון השונות. כפי שכותב רו' על המעבר מתפיסה פורמלית לתפיסה מהותית של שלטון החוק הריהו "Not uncommonly when a political ideal captures the imagination of large numbers of people its name becomes a slogan used by supporters of ideals which bear little or no relation to the one it originally designated."

J. Raz, The Authority of Law (1979) 210 (התשנ"ב). 209, 213 (ראנו מרבים לדבר על שלטון-החוק, עיוני משפט טו (תשמ"ב). את שלטון-החוק. אך אין לשכוח כי חוק יכול להיות רשע ושלטון-החוק יכול להיות שלטון-הרשע. על-כן עלינו לקדם את שלטונו של החוק הראוי - זה החוק המאזן בצורה ראויה בין צורכי היהוד לבין צורכי הכלל".

5. בג"ץ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים, פד"י מא 2) 1, 38. (מהדגשה במקור).

6. בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פד"י מב 2) 441, 465-462, השופט ברק. ראה גם: קדצמר, לעיל הערה 2, בעמ' 551 (בפסיקה נכרת זריחה של הגישה, שלפיה, עיקר תפקידו של בית-המשפט בתחום המשפט הציבורי הוא להפריע בסמכוים שבין האזרח לבין הרשות, לטובת הגישה "הרואה את בית-המשפט כמוסד האחראי לחוקיות המנהל הציבורי, או כפי שבית-המשפט עצמו נוהג להגדיר את העניין: לשלטון החוק").

7. בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פד"י ל 4) 118; בג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יו"ר הכנסת, פד"י ל 2) 197; בג"ץ 325/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת שלמה הלל ואח', פד"י ל 3) 122, 128-127, השופט שמגר; בג"ץ 73/85 סיעת 'כד' נ' יושב ראש הכנסת, פד"י ל 3) 141, 152-151, 158-156, השופט ברק; בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י ל 4) 85, 91-96, השופט ברק; בג"ץ 620/85 מיעארי ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י מא 4) 169, השופט שמגר;

מסויימים של תביעות ציבוריות. אך דעתי היא, שיש לקבוע מדיניות המצמצמת את המקרים מהסוג האמור... אכן, עדיין סבור אנוכי שהתפקיד העיקרי של בית-המשפט הגבוה לצדק הוא לפתור את סכסוכי של יחיד בריכו עם השלטון, ושניטיב לעשות, אם נפתח את הלכותינו, בשרה המשפט הציבורי, פרט למקרים נדירים, אנג הדיון בסכסוכי היחיד. כי כמו כן ראה: א' ברק, נוכח העמידה בעתירה הציבורית: מהנערה ובעיתות, עיוני משפט טז (תשנ"ב) 391, 396-393 בעמ' 396-395 בעמ' 396-395, שלפיה, המעמד במשפט הישראלי; סם, בעמ' 396-395 בעמ' 396-395, שלפיה, "שופט אקטיביסטי הוא שופט המוכן יותר מאחרים לבחון את חוקיות הפעולות של השלטון... ככל שהמגמה הכללית של השיפוט היא ליתר אקטיביזם, כן קיים סיכוי טוב יותר שתתחול ליברליזציה בדיני המעמד"; קרצמר, לעיל הערה 2, בעמ' 552 (נמצום היקפה של דוקטרינת המעמד, לטריעון מפורסם וחודקת קיומן של דוקטרינות השפיטות המעמד, הידוע כטיעון ה"Passive Virtues", ראה: A. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (1962) 111-243.

19. ד' סגל, לעיל הערה 11, בעמ' 6.
20. זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 568.
21. בג"ץ 313/67 אסקלולד נ' שר חזרתות, פד"י כב (1) 80.
22. בג"ץ 669/86 רובין נ' ברנר, פד"י מא (1) 73; בג"ץ 1523/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פד"י מד (2) 213; בג"ץ 1601/90 שליט נ' פריי, פד"י מד (3) 353; בג"ץ 1635/90 זיז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פד"י מד (1) 749. ראה גם: ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (תשנ"א) 366-359; שלן, המכמים פוליטיים, עיוני משפט טז (תשנ"ב) 215; כהן, הסכם פוליטי, המשפט, גליון מס' 1, פברואר 1992, עמ' 14; מועין, לעיל הערה 8, בעמ' 83-81.

23. פסקהדין המסמן את תחילת המגמה החדשה בהתייחסותו של בית-המשפט העליון להסכמים הפוליטיים הוא בג"ץ 669/86 רובין נ' ברנר, פד"י מא (1) 73. אני סבור, כי המגמה העולה מפסקהדין זה רצויה, מקודת-הראות של דיני החוזים, הבעיה שמעוררת סוגיית ההסכמים הפוליטיים היא בעיית זיהום של הצדדים המפופים לריני החוזים. בעיה זו אונה "יחודית להסכמים הפוליטיים. היא מתעוררת לגבי מדינות, ארגונים בניגאלומיים, המדינה כרוכשת "רכש ממשלתי", המדינה כמתקשרת ב"הסכמים שלטוניים", חוזה העבודה וכיוצא באלה. בכל המקרים האלה, המודב בצדדים העלטיים להיות מעוניינים להשתמש במכשיר החוזי, היינו להכפוף עצמם ברווח למרותו של גוף חיצוני, שיכטיח להם כדמה גבוהה של רדאות, כי זכויותיהם החוזיות ייכפף בעתיד. (תפקידה הראשוני של המדינה

עלרית תל אביב יפו ואח', פד"י מב (2) 309; בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פד"י מב (2) 441. ראה גם: קרצמר, לעיל הערה 2, בעמ' 552 (נמצום היקפה של דוקטרינת השפיטות); זמיר, לעיל הערה 2, בעמ' 567; סם, בעמ' 568-569 (רחבת הפיקוח השיפוטי על הרשות עקב צמצום היקפה של דוקטרינת השפיטות).

13. פד"י מב (2) 441.
14. סם, בעמ' 477, 488.
15. סם, בעמ' 496.

16. סם, בעמ' 495, 496. ראה גם: ע"פ 2251/90 תמ' יחיא נ' מדינת ישראל, פד"י מה (5) 221, 271, השופט אלון (לכך יש להוסיף את העובדה, שאף היא נתגברה לאחרינה, בדבר הרחבת התערבות בית המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, בנושאים מנושאים שונים, שלעצתם בעלי רגשות רבה הם מבחינה מדינית וחברתית"). לביקורת על גישתו של השופט ברק ראה: בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחת וויה חדשה ואח' נ' יושב ראש הכנסת ואח', פד"י מד (3) 529, 556, השופט אלון; בג"ץ 1635/90 זיז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פד"י מה (1) 749, 776-765, השופט אלון. להנוכח השופט ברק ראה: סם, בעמ' 857-855.

17. בג"ץ 100/64 מטעי עמק הארזים בע"מ נ' הממונה על מחוז ירושלים, פד"י יח (2) 278; בג"ץ 40/70 בקר נ' שר הבטחון, פד"י כד (1) 238; בג"ץ 28/71 התאחדות הברית לניטוח חיים בע"מ נ' שר האוצר, פד"י כו (1) 230; בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פד"י לא (3) 657. ראה כללית: ש' לין, האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?, הפריקליט לט (תשנ"א) 453, 457.

18. בג"ץ 217/80 סגל נ' שר הפנים, פד"י לד (4) 429; בג"ץ 609/85 אוקר נ' ראש עיריית תל אביב יפו ואח', פד"י מ (1) 775; בג"ץ 428/86 בוזילי ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', פד"י מ (3) 505; בג"ץ 852/86 אלוני ואח' נ' שר המשפטים, פד"י מא (2) 1; בג"ץ 910/86 רסלר ואח' נ' שר הבטחון, פד"י מב (2) 441. ראה גם: בג"ץ 1635/90 זיז'בסקי נ' ראש הממשלה ואח', פד"י מה (1) 749, 765-763, השופט אלון. אך ראה: ש' לין, לעיל הערה 17, בעמ' 457-458 ("אכן, ככל שמוסיף אני שינוי, מנצח אני את עצמי יותר ויותר נוסה להסכים לגישה העקרונית הכביטית הריאצינית", של חלק מדור השופטים הקודם בבית-המשפט העליון... צר לי, כי כשופט של בית-המשפט העליון, איני רואה עצמי, בראש ובראשונה, ובדרך כלל, כמי שמופקד במישרין על השלטת החוק ברווחת השלטון, וגם לא כ"ישוטר משפטי", שתפקידו להבטיח, כי השלטון פועל כחוק... וגם עלי מקובל, שממורה המציאות שומה על בית-המשפט לספל גם כסוגים

האופנה בהתנגדות מנהיגיו. השווה: J. Shklar, *The Faces of Injustice*; "The failure to live up to political promises entrenches representative government and encourages political cynicism and passivity" עם זאת, אם יוכח בסופו של דבר, כי בתי"המפשט מתקשים במתן סעדים בעקבות הפרתם של הסכמים כאלה, עשויה להיווצר דמורלרצויה בציבור בנוגע להתנהגות מנהיגיו, בנוגע למידת הקדושה של הבטחות חוזיות בכלל, ולא רק כאלה שהן חלק מהסכם פוליטי, ובנוגע למעמדו של בתי"המשפט. השווה: כהן, לעיל הערה 22.

24. ראה כללית: רנר, דיני חוזים – מגמות והערכה, משפטים כא (תשנ"א) 33.

25. ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' מבר, הברה לבנון, פד"י מד (3) 769; ע"א 692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' נ' גת, פד"י מד (1) 57; ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פד"י מב (2) 278; ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האלתית לשירותים באנויות בע"מ, פד"י מ (2) 785.

26. ע"א 86/67 "עמירד" החברה האלומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרן, פד"י לב (2) 337; ע"א 790/81 American Microsystems Inc. נ' מילמן, פד"י לח (4) 421.

27. ע"א 578/88 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נצר, פד"י מב (3) 828.

28. ד"ר 7/81 פנידז נ' קסטרו, פד"י לח (4) 673; ע"א 714/87 שר נ' כהן, פד"י מב (3) 159.

29. ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פד"י לח (1) 579; ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פד"י מב (2) 278; ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האלתית לשירותים באנויות בע"מ, פד"י מ (2) 785.

30. ע"א 651/82 מדינת ישראל נ' החברה האלתית לשירותים באנויות בע"מ, פד"י מ (2) 785; ד"ר 7/81 פנידז נ' קסטרו, פד"י לח (4) 673.

31. ע"א 579/83 זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פד"י מב (2) 278.

32. ראה: רנר, לעיל הערה 24, בעמ' 44-46.

33. פרידמן ונ' כהן, לעיל הערה 22, בעמ' 284, 287-289, 295-299; רנר, לעיל הערה 24, בעמ' 41-44.

34. ד' פרידמן ונ' כהן, לעיל הערה 22, בעמ' 293-295.

35. כהן, צורת החוזה, הפרקליט לח (תשס"ט) 383; רנר, לעיל הערה 24,

בתחום דיני החוזים הוא זה של "סוכנות אכיפה", המאפשרת לצדדים ליסתמך כהוזה על הבטחות ביחס לעתיד. כל המקרים האלה הצריכו איפוא פיתוח של ענף מיוחד של דיני החוזים, שאף כי הוא נסמך על דיני החוזים "יריגוליים", הוא מכיל שינויים התאמות, כמתחייב מהותם הייחודית של הצדדים. הכעיות שמעוררת תופעת הסכמים הפוליטיים אינה איפוא בעיה של דיני החוזים. אלה אמורים לחול כל אימת שיש במצא צדדים המעורריים להשתמש במכשיר החוזי, היינו, להכפיף עצמם למרותו של גוף אכיפה חיצוני. אלא, הסכמים פוליטיים מסוימים (אלה שהצדדים להם הנם גורמים הפועלים ברמה האלומית) עשויים לעורר בעיות מתחום המשפט החוקתי והמינהלי, היינו, בעיות של שפיטות, אפשרות אכיפתם של סעדים נגד הצדדים להסכמים וכיוצא באלה. אולם, בעיות אלו עשויות להתעורר במידת חריפות פחותה בהרבה לגבי הסכמים פוליטיים, שהצדדים להם פועלים ברמה המקומית (למשל: במועצה מקומית; במועצה דתית; באגודה מקצועית, כמו לשכת עורכי"הדין. מבחינה זו, העובדה שסוגיית הסכמים הפוליטיים החלנה ונבחנה במשפטנו כבר בראשית דרכה, בפרשה כמו זו של זריזנסקי נ' ראש הממשלה, היא מצערת. המצב הרצי הוא שנתק משפטי זה יתפתח במשפטנו בעשרות השנים הבאות, עקב בצד אגודל, דווקא תוך כדי דיון באורזעים עובדתיים מקומיים. יתר על-כן, מן הראוי להצביע על ארבע נקודות נוספות. ראשית, "בעיית הצדדים" מתעוררת גם כל-כילם של דיני החוזים "הירגוליים". דיני החוזים "הירגוליים" נחשבים לאמורים לחול על תאגידים שמטרתם רווח ועל בני-אדם, אולם כל מי שמצוי בדיני החוזים "הירגוליים" יודע, כי החלתו של אותו דין יצטוו על צדדים שונים כל כך אלה מאלה הינה בעייתית ביותר. שנית, התפיסה המתנגדת להכפתם של הסכמים פוליטיים לדיני החוזים משתמרת על תפיסה אידילסטית של ההליך הפוליטי, היינו, תפיסתו כהליך המשמש לצדדים המשתתפים בו אמצעי להגדרה של אינטרס ציבורי אחד, המשתתף לכולם, בנוסח ההליך הפוליטי של הפוליס היווני. אולם, ניתן להציג גם תפיסה אחרת של ההליך הפוליטי, תפיסה ריאליסטית, הרואה את המשתתפים בו כנבאים אלוי מלכתחילה, כשהם מייצגים תפיסות שונות באשר לאינטרס הפרטיקולרי של שולחיהם ובאשר לאינטרס הציבורי הכללי, וכנושלים חלק בהליך לפחות כדי לממש את האינטרסים הפרטיקולריים של שולחיהם, בדומה לאופן שבו צדדים הנושלים חלק ב"שוק" פועלים לזימוש האינטרס שלהם. שלישיית, מובן, כי הדין החל על הסכמים פוליטיים צריך להכיל "כלל השתמרות", בדומה לזה הקיים בענף של דיני החוזים החל על חוזים של "רכש ממשלתי" והסכמים שליוניים רביעית, פיתוח של ענף של דיני החוזים, שיהול על הסכמים פוליטיים ויהיה מצויד בסעדים נאותים, עשוי להקטין מגמות של דמורלרצויה בציבור,

בשל נזקים שנגרמו עקב שביתה, עיוני משפט יד (תשמ"ט) 149; כהן, נזקי שביתה, הרשלנות הדונית, הנזק הכלכלי וגרם הפרת חוות, עיוני משפט יד (תש"ז) 173.

45. מור, לעיל הערה 41, בעמ' 371, 373.

46. מור, לעיל הערה 41, בעמ' 374.

47. אנגלרד, לעיל הערה 40, בעמ' 86-88; ש' לרין, לעיל הערה 17, בעמ' 454; מור, לעיל הערה 41, בעמ' 379-380.

48. ע"א 817/79 קוסוי ואח' נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ ואח' דדורי נ' בנק קומרסיהל ס.א. גינבה; בנק קומרסיהל ס.א. גינבה נ' בנק י.ל.

פויכטונגר בע"מ ואח' פד"י לה (3) 253; ד"נ 29/84 קסוי נ' בנק י.ל. פויכטונגר בע"מ ואח' פילקו פיננס אנד אינוסטמנט קומפני נ' בנק י.ל.

פויכטונגר בע"מ ואח' פד"י לה (4) 505.

מגמת הרחבה של היקף האחיות המשפחיות ניכרת גם בתחום דיני העבודה. ראה: בן-ישראל, תפקידו ומקומו של בית הדין לעבודה במערכת המשפט הישראלית, המרקוליס לט (תשנ"א) 477; בן-ישראל, "משפטי" יחסי העבודה – תמונת מצב ישראלית – הרהורים ראשוניים, שנתון משפט העבודה א' (תש"ח) 8. כמו כן, מגמה של הרחבת האחריות ניכרת גם בתחום דיני הראיות החלים במשפטים פליליים, בעיקר בכל הנוגע בפרשנותו של סעיף סוא לפקודת הראיות [נוסח חדש]. ראה: הרנון, ארבעים שנה לסדר הדין הדיני הראיות במשפטים פליליים, משפטים יט (תש"ז) 714; שטיין, סעיף סוא לפקודת הראיות: פרשנותו ופסקתו של בית המשפט העליון, משפטים כא (תשנ"ב) 325, 343-336; ולצמון, אמרה בכחב לפי סעיף סוא לפקודת הראיות [נוסח חדש] – שיקולי מדיניות משפטית מנוחים בפירוש ההוראה, משפטים כא (תשנ"ב) 353, 353, 359-357.

49. ראה לעיל, מבוא, טקסט לה"ש 3.

50. ראה לעיל, מבוא, טקסט לה"ש 4.

בעמ' 39-41; ד' פרידמן ונ' כהן, לעיל הערה 22, בעמ' 433, 436-437, 447. ראה כללית: רנר, לעיל הערה 24, בעמ' 46-62.

37. ראה: ד' פרידמן, תוספות לספר דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ט) 11-23; פרידמן, שיערוך, פיצויים, ושיקולי עשיית עושר ולא במשפט, המרקוליס ל' (תשמ"א) 88; רנר, לעיל הערה 24, בעמ' 48-53; שם, בעמ' 51 (ימגמה זו של קביעת שיערוך חלקי בלבד על מנת להתייע את המפר מלהפך חוות, מהווה מגמת הקשחה ביציאה מתחום החבות החזוי בתשוואה לדין שקדם...); שם, בעמ' 52 (שיקול ההרחעה מפני הפרות חוזים נראה לי שיקול דומיננטי או לפחות מרכזי בפסיקה שקבעה שיערוך חלקי").

38. פד"י מב (1) 221. ראה גם לעיל, פרק ב'.  
39. ראה גם: רנר, לעיל הערה 24, בעמ' 59, 60, 77.  
40. אנגלרד, תרומת הפסיקה להתפתחות בדיני נזיקין, עיוני משפט יא (תשמ"ז) 67, 72.

41. שם, בעמ' 76. ראה גם: מור, פקודת הנזיקין בראי ארבעים שנות הפסיקה, המרקוליס לט (תש"ח) 344, 368.  
42. פורת, דיני נזיקין, ספר השנה של המשפט בישראל תשנ"א (א' רח"נ) 231 עורר, תשנ"ב (ב) 222, 256. (יכשנים האחרונות ניכרת מגמה בולרה להרחבת אחיות הנזיקית של רשויות ציבוריות בניהודה של עוללת השלמות... בשורה ארוכה של פסקי דין חוזר ומדגיש בית המשפט העליון, כי דווקא על הרשות הציבורית, שבידיה מופקד שיקול דעת בפתלתל סמכויותיה, מוטלת חובה מיוחדת להפעיל סמכויות אלה בהחלטה רבה. הגישה שעל פיה במקרים רבים חובתיה של הרשות אינו חובות במישור הפרטי, אלא חובות ציבוריות שאינן מקימות עילות הביעה בנזיקין, פינתה מקומה לגישה שונה לחלוטין, שעל פיה חבה הרשות בדרך כלל חובה וחירות לאזרח, ועל כן אם לא תנהג כפי שנוהגת רשות סבירה תחייב בדין... מהו זמן רב כמעט שלא ניתן למצוא פסקי דין של בית המשפט העליון בהם נקבע שהרשות או עובד שלה אינם חבים חובות הידורות לאזרח שנפגע). ראה גם: ע"א 126/85 ר.ג.מ. מרט נ' מדינת ישראל, פד"י מד (4) 272; ע"א 73/86 שטרנברג נ' עיריית בני ברק, פד"י מג (3) 343; מור, לעיל הערה 41, בעמ' 369-370.

43. ע"א 82/82 518 זייצוב נ' כץ, פד"י מ (2) 85.

44. ע"א 81/81 593 מפעלי רכב אטיזד בע"מ נ' ציזיק, פד"י נא (3) 169; ראה: ברק, דיני הנזיקין והקרקדיקציה של המשפט האזרחי, משפטים יט (תש"ז) 631, 639-640; מור, לעיל הערה 41, בעמ' 370; בן-ישראל, אחיות

פרק ז:

## בית-המשפט בהקשר התרבותי והפוליטי

ואף-על-פי שלא היה שמאלי בהשקפתו, אלא איש המרכז, טען שהמשלה מאפשרת התעדרות קלה של כל מיני טפילים ונגיפת רכוש הציבור ומעודדת את הרחבת הפער הסוציאלי, וכן טען שהמדיניות שהיא מנהלת מתנהלת מתוך ייחרות ומתוך עיוורון גמור שייבילו אותנו לשואה, ושהארץ הולכת ושוקעת בביצה של לאומנות מטומטמת ושל גסות ונתונה בתהליך של פאשיזציה והתגברות האלימות בכסות רתית או של תיאוריות אידיאולוגיות אחרות.

יעקב שבתאי, זכרון דברים (ספרי סימן קריאה, תשל"ז) עמ' 103.

### א. מבוא

מהן הסיבות העומדות ביסוד התופעה של עליות הגישה הלא-פורמליסטית והתופעה של הרחבת האחריות המשפטית ("בית-המשפט המחשק") בפסיקה של שנות השמונים?

במובן הרחב ביותר היה ניתן לטעון, כי שורשיהן של תופעות אלה נעוצים בתהליכים, העוברים על התרבות המערבית בעשרות השנים האחרונות. כך, הסוציולוג סקוט לש טוען כי התקופה שלפני ראשית "ההשכלה" (המאה השש עשרה), נבדלת בתקופה שלפני המתוצית השנייה של המאה התשע-עשרה, המתאפיינת בהיווצרותם של גבולות ברורים בין תחומים שונים של המברה, התרבות והדעת (למשל: בין הדת לבין האתיקה, בין התיאוריה לבין האסתטיקה,

בכך פעל בית-המשפט להקניית אופי יחודי לליברליזם המתגבש בישראל: מצד אחד, הדגשת המרכזיות של חירות הפרטי, ומצד אחר, ציפיה מן הפרטי למידה גבוהה יחסית של סולידריות עם הוולתי.

שני תהליכים בולטים שהתחוללו במערכת הפוליטית של ישראל בשנות השמונים היו התעצמות הקישוב הפוליטי והתגברות הסר והציבות הפוליטי. תהליכים אלה הולידו פיתוח ערכים בהתנהגותם של הגורמים הפועלים במערכת. תגובתו של בית-המשפט על פיתוח זה היתה חזוּק המוסריות הערכיים החלים על המערכת. בית-המשפט עשה זאת בעיקר בדרך של הרחבת היקף הפיקוח המשפטי על המערכת הפוליטית.

הטיעון שאציע בשורות הבאות יתמקד אפוא בניחתוח היחסים ההרדיים שבין בית-המשפט לבין החברה הישראלית בכללותה וכן בניחתוח היחסים ההרדיים שבין בית-המשפט והמערכת הפוליטית. הטיעון מוקדם אפוא במסגרת המתודולוגיה הידועה כ"תורת המערכות"? על-פי מתודולוגיה זו, הבנה של תהליכים ביולוגיים, חברתיים, תרבותיים, פסיכולוגיים ואחרים מחייבת בחינה של היחסים ההרדיים שבין המערכת נשוא הדיון והמערכות הקשורות אליה בקשר של השפעה; זאת, מתוך הנחה שכל מערכת מבקשת לשמר את עצמה, תוך שהיא פועלת כסכבה העשירה למנוע זאת ממנה. במסגרת מתודולוגיה זו אטען אפוא, כי יש להבין את ההתפתחויות שחלו בפסיקותיו של בית-המשפט העליון שלנו בשנות השמונים כמושגים של היחסים ההרדיים שבין המערכת המשפטית, מצד אחד, לבין החברה הישראלית והמערכת הפוליטית של ישראל, מצד אחר.<sup>3</sup>

עם זאת, תראו זו טעות לסבור שניתן להבין את המגמות הנרונות כאן אך ורק כמונחים של יחסי ההרדיים של בית-המשפט עם החברה ועם המערכת הפוליטית שבסביבתו. במידה מסוימת, ניתן לייחס מגמות אלה גם להתפתחויות שחלו בתוך מערכת המשפט הישראלית עצמה. בהקשר זה אטען, כי יש חשיבות להעתקת האוריינטציה של המשפט הישראלי מאנגליה לארצות-הברית, בשנות השבעים והשמונים, וכן להשלמת השלב הראשון במפעל הקודיפיצציה של המשפט האזרחי של ישראל, כסוף שנות השבעים.

תוך קיום אוטונומיה בכל אחד מן התחומים הנבדלים. לעומת זאת, טוען ליש, התקופה של עשרות השנים האחרונות מתאפיינת בתהליך הפוך, שבו הולכים ומיששטשים הגבולות המפרידים בין תחומים שונים של החברה, התרבות והדעת למשל: בין התרבות העולמית לבין תרבות המונים, בין מעמד העובדים לבין תכורגנות, ותחומים שונים מאבדים את האוטונומיה שלהם, מתערערים אלה באלה ומשפיעים אלה על אלה, במסגרת טיעון זה היה ניתן לטעון, שתהליך עלייתו של הפורמליזם המשפטי היווה חלק מתהליכים תרבותיים רחבי-היקף שעבר העולם המערבי, ואילו תהליך ירידתו של הפורמליזם המשפטי מהווה חלק מהתהליכים דומים שעבר העולם המערבי. בשורות הבאות אמנע מניסיון למקם את התהליכים העוברים על המשפט הישראלי במסגרתם של תהליכים תרבותיים רחבים כאלה. תחת זאת, אומקד בהסברים הקרוחים כולם מן ההווה הישראלית. בשורות הבאות אטען, כי התופעה של ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי והתופעה של "בית-המשפט המחוקק" קשורות זו בזו, וכי לשתיהן סיבות משותפות לא מיעוטות. אטען, כי בעיקרו של דבר, הן מהוות תגובה של בית-המשפט העליון על תהליכים שהתחוללו בשנות השמונים בחברה הישראלית ובמערכת הפוליטית של ישראל.

תהליך חשוב, שהחל מתחילת בחברה הישראלית בשנות השמונים, הוא חידוש המאבק על דמותה התרבותית של ישראל. במאבק זה החלו נוטלים חלק גורמים שערכיהם מנוגדים לאלה של בית-המשפט. בית-המשפט הדגיש את המימד הערכי של הכרעותיו, כחלק מהשתתפותו במאבק זה. בית-המשפט מיקם עצמו במרכז הכוחות הפועלים לעיצובה של מדינת-ישראל כמדינה ליברלית. בעשורתו כן, סמך בית-המשפט על גיבויים של חוגים בחברה ובעלייתות של ישראל.

תהליך חשוב נוסף שהתחולל בחברה הישראלית בשנות השמונים הוא התחזקות מערכת הערכים המסורתית, שבמרכזה עומד ערך וירידתה של מערכת הערכים המסורתית, שהמשפט עומד ערך הסולידריות. במסגרת תהליך זה, פעל בית-המשפט לבלמה של מה שנראה כפיתוח ערכים בחברה. הוא עשה זאת בדרך של הרחבת היקף האחריות המשפטית במשפט הפרטי (דיני החוזים, דיני הניקוז) ובדרך של הדגשת מעמדה של חובת תוס-הלב.

זו, בניגוד לתפיסה הקולקטיביסטית, נתפסת המדינה כמכשיר,

המיועד לאפשר לאוסף של פרטים, החיים זה לצד זה, לפעול באורח חרדי למימוש מירבי של האוטונומיה שלהם. אכן, בעוד שבמרכז תפיסת-העולם הקולקטיביסטית עומדת ההגנה שהמדינה והחברה רשאיות להתכחף את הפרט לייעודו, במרכז תפיסת-העולם הליברלית עומדת ההגנה שכל פרט, מעצם טבעו, הוא הבעלים של שורה של חירויות-יסוד, המכוונות לאפשר לו תחום פעילות אוטונומי, חסין מפני התערבותן של המדינה והחברה.

כאמור, בהשוואה לפסיקה של שנות השמונים, התאפיינה הפסיקה של שנות התמישים במידה גבוהה יחסית של פורמליזם. תפיסת-העולם הפורמליסטית שלטה בתת-התרבות המשפטית של ארץ-ישראל המנדטורית, שייקחה העיקרית היתה לעולמו של המשפט האנגלי. המשפט האנגלי, שלא כמו המשפט האמריקאי, לא ידע את המאבקים האינטלקטואליים החריפים בין הפורמליזם והאינסטרומנטליזם,<sup>9</sup> וגישתו היתה איפוא (ואולי גם נשארה עד עצם היום הזה) פורמליסטית בעיקרה.<sup>10</sup> גישת הפורמליזם המשפטי שירתה היטב את צרכיו של בית-המשפט לנוכח מעמדו הביעיתי, כ"רצ תרבותי" בתוכה שבה פעל. הפורמליזם איפשר לבינת-המשפט להצניע את המומד הערכי של החלטותיו ולהציג את ההליך השפופטי כהליך מכניסטי, המוליד הכרעות שהן בגדר הכרח ושאי-אפשר בלעדיהן על שום עצם מהותו של ההליך, ולא בגלל בחירה, ככניול, של בית-המשפט להפעילו, תוך מילוי בתכנים ערכיים מסוימים. הפורמליזם המשפטי איפשר איפוא לבינת-המשפט להצניע את הפער התרבותי, שהיה קיים באותה עת, בינו לבין החברה שבה פעל, ואת התפקוד האוטוריטטי הגדול, אך הביעיתי באותה עת, שמילא בית-המשפט למען המדינה והחברה. אכן, בית-המשפט פעל באורח שמרני-משהו על-פי אמות-המידה של תת-התרבות שלו, אך באורח רדיקלי על-פי אמות-המידה של התרבות הכללית, שבגדרה פעל.<sup>10</sup>

כדוגמה יכול לשמש בג"ץ 1/49 בז'רנו ואח' נ' שר המשטרה ואח' י', אשר לצד פסק-הדין בפישת קול העם,<sup>12</sup> הינו אחד משניים או שלושה פסקי-הדין הקונסטיטוציוניים החשובים ביותר בתולדות המשפט הישראלי, במקרה זה נדון איסור שהוטל על "מאבקים" לייצג לקוחות לפני רשויות משרד התחבורה והמשטרה.

## ב. בית-המשפט והתורה

### 1. סגירות הפער בין התרבות הכללית לבין תת-התרבות של בית-המשפט

בשנים הראשונות לפעולתו של בית-המשפט, התקיים ניגוד בין הערכים התרבותיים ששלטו בתוכה הישראלית לבין הערכים התרבותיים שהתגלמו בנורמות המשפט שהפעיל בית-המשפט. בשנות התמישים, שלטה בתרבות הישראלית תרבות קולקטיביסטית, שעל-פיה נתפס הפרט כמכשיר להגשמת יעדים של המדינה. "ראיית החזק כנושא איריאליים קולקטיביים וככפוף להם", כותבים הפודופוריים דן הרוביץ ומשה ליסק, "עברה כחוט השני הן במסורת של הצינונות החלוצית והן בוו של הימין הרדיקלי. שתי המסורות תבעו מהפרט, בצורות שונות, לוותר על האוטונומיה הפרטיים שלו ולהעמיד עצמו לשירות התנועה המייצגת אינטרסים אלו."<sup>11</sup> ופודופור יונתן שפירא כותב: "גם הרעיון הדמוקרטי נתקבל בארץ בגירסתו הקולקטיביסטית... התיבט הליברלי-אינדוידואליסטי של המחשבה הדמוקרטית, המדינשי את זכויות הפרט והמיליונטים כנגד רצונו של רוב, נדחק במחשבה הפוליטית בארץ לקרן זווית. הערך היסודי של החברה החדשה היה הדמוקרטיה הפדרודורלית או הפורמלית, ולא הדמוקרטיה הליברלית."<sup>12</sup> ערך-ציר בתרבות של שנות התמישים היה ערך זההקובה: הקרבת חיי הפרט למען הכלל (כפי שארע, בצורה חסריגית ביותר, במלחמת-העצמאות) או "הגשמה", היינו, הקרבה של תקופת החיים למען הכלל, בתחומים כמו התיישבות, ביטחון, קליטת עלייה וכו'.<sup>13</sup>

לעומת זאת, תת-התרבות המשפטית, שבתוכה פעל בית-המשפט, הושתתה על ערכי הליברליזם, שהתגלמו בכללי המשפט שייבא בית-המשפט מאנגליה ומארצות-הכרית.<sup>14</sup> (עוד חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, נמצאה בדין הישראלי הוראה שהייתה את בתי-המשפט להשלים חסרים בתחומים מסוימים בדרך של יבוא הפתרונות מהמשפט האנגלי.) ביסודם של ערכים אלה עומדת ראייה של הפרט כנורם אוטונומי עליון, שיש לתת תוקף מירבי לדעותיו כאשר לתכנים של חיי, בלא קשר למידה שיש בתכנים אלה כדי לתרום לקידום יעדי של הכלל. במסגרת תפיסה

במושג הונחה ובמושג החובה, ומיונים של שני מצבים עובדתיים אפשריים אל תוך הקטגוריות המשפטיות המתאמות, באופן שהמסקנות המשפטיות מתחייבות בעקבות המיון: כשאדם מבקש, כי ייעשה כלפינו מעשה על-ידי הרשות, עלינו להצביע על חוק המקנה לו זכות לכל כלי הרשות; כשאדם מבקש, כי הרשות תמנע מלעשות כלפינו מעשה, על הרשות להצביע על חוק המקנה לה זכות להמשיך בעשיית המעשה. במאמר מוסגר יצויין, כי אין זה ברור כלל שבמקרה זה הצותרים לא ביקשו עשיית מעשה מטעם הרשות כלפיהם, היינו שיתוף פעולה של רשויות משרד החקירה והמשיטה צפם, כדי לאפשר להם לעסוק במלאכה הייצוגי.

**בשנות השבעים והשמונים, בעקבות השפעתה המואצת של התרבות האמריקאית על התרבות הישראלית,<sup>15</sup> עלתה בישראל מערכת תרבותית מקבילה, לצד המערכת התרבותית המסורתית. מערכת חדשה זו הושתתה על ערכי המינוש העצמי והאינדיבידואליזם, ושורשיה נעוצים בתפיסת העולם הליברלית. מבחינת הזיקה לליברליזם המערבי, הקדים אפוא בית המשפט את החברה. אכן, דומה כי למן שנות השבעים, מתקיימות בחברה הישראלית, זו לצד זו, במקביל, שתי מערכות תרבותיות עיקריות, שערכי-הציר שלהן מנוגדים: מערכת המושתתת על ערך הקולקטיביזם ומערכת המושתתת על ערך האינדיבידואליזם.<sup>16</sup> עם עלייתה של המערכת התרבותית החדשה, מצא עצמו בית המשפט פועל כשתלמים לא-מבוטלים בחברה הישראלית מודחים עם הערכים התרבותיים שהוא מייצג ומוכנים להחגיגי לשלוחותו התרבותית.**

מאלף להשוות את היחס בין בית המשפט העליון והחברה ליחס שבין הספרות הישראלית והחברה. טענתי, כי בשנות התשיעים ייצג בית המשפט ערכים ליברליים ואינדיבידואליסטיים בחברה קולקטיביסטית. שרשיה של מערכת הערכים של בית המשפט נעוצים ברעיונות האוניברסליים של המשפט הטבעי הקלאסי. סיעה לבית המשפט לייצג מערכת ערכים נבדלת מזו של החברה התפיסה הפורמליסטית של המשפט ששלטה בישראל בשנות התשיעים. היחס בין המערכת הספרותית לבין החברה היה בשנות התשיעים – הפוך. על-פי נורמות הכתיבה של הממסד הספרותי, הספרות המוצרכת החתה "הספרות המגוייגסת", היינו זו שתארה

המדינה טענה, כי לעותרים לא היחה זכות מוקנית להמשיך בעיסוקם, ועל המדינה לא היחה מוטלת כל חובה לאפשר להם להמשיך בעיסוקם. השופט חשין דחה את טענת המדינה. בהנחת את היסודות לפיתוחם של המשפט המינהלי והמשפט הקונסטיטוציוני של ישראל ברוח הליברליזם, הוא כתב:

כאשר אדם מבקש מאת בית המשפט צו המטיל על פקיד ציבורי לעשות פעולה מסוימת... על המבקש להראות, כי קיים חוק המחייב את הפקיד הציבורי לעשות את אשר נדרש לעשותו. עקרון זה לא יחול, לדעתנו, במקום שאדם מבקש לא עשיית פעולה מסוימת, אלא הימנעות מעשות פעולה הפוגעת בו... במקרה כזה על המבקש להראות, כי זכות קניינית לו לעשות את אשר הוא מבקש לעשות, ועל הפקיד הציבורי, לעומת זה, להוכיח כי פעולתו המכוונת לאסור את השימוש בזכות זו בדין יסודה.

...כלל גדול הוא, כי לכל אדם קניינית זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק... אין אנו גורסים... כי כל זמן שאין החוק נותן למבקשים הכשר מפורש לעסוק במלאכתם – אין ונתם זכות. נהפוך הדבר: כל זמן שהחוק אינו אוסר עליהם את ההתעסקות באומנות, אשר בחרו לעצמם, וכל זמן שלא הוטל מטעם החוק, עליהם ועל שכמותם, כל תנאי מוקדם להכשרתם כבעלי אומנות זו, ונתם זכות. ואין לאסור עליהם את השימוש בזכות זו, אלא בשל סיבות אשר נאמרו בחוק.

...ומהי החובה המוטלת על המשיבים כלפי המבקשים? זוהי החובה הציבורית המוטלת על פקידים וגופים ציבוריים... לא להפריע לפרט מההתעסקות במלאכתו, מקום שמלאכה זו אינה אסורה מטעם החוק.<sup>13</sup>

פסקי-הדין כתוב בסגנון "הוכחה" מובהקת.<sup>14</sup> אמנם מדובר בו על זכותו הטבעית של הפרט לעסוק במשלח-ידו. אולם בעידן קולקטיביסטי, שבו תובעת המדינה מהפרט "הגשמה", קשה להבליט את החשיבות של חופש-העיסוק של הפרט. לפיכך, מובלע חופש-העיסוק, במה שהוא עיקרה של ההגנה, היינו, שימוש

חוקן מאור את בטחונו העצמי של בית-המשפט והקלו עליו להכריז על הערכים שהוא מייצג. משמע: פחת הצורך של בית-המשפט להציג עצמו כפועל על-פי הגישה המכניסטית, "המדעית", הגיטרלית מן הבחינה הערכית, של הפורמליזם המשפטי, והתאפשרה הצגה בגלוי ובמודגש של ערכיו של בית-המשפט.

## 2. חיזוי המאבק על זמותה של ישראל וקריאת-התיגר על ערכיו של בית-המשפט

בשרות הקודמות טענתי, כי הדגשת המימד הערכי בפסיקה של שנות השמונים יכולה להיות מיוחדת לסגירת הפער בין עולמו התרבותי של בית-המשפט לבין עולמם של חלקים לא-מבוטלים בחברה הישראלית ועולמן של העליות הפועלות בישראל. אולם סגירת הפער, על-אף השיבות, היא סיבה משנית לתופעה של הדגשת המימד הערכי בפסיקה. הסיבה העיקרית נעוצה בתפקיד שהחל בית-המשפט מהלא במאבק על עולמה התרבותי של ישראל, מאבק שהחל מתנהל במחצית השנייה של שנות השבעים.

כאמצע שנות השבעים, חזרה החברה הישראלית ל"נקודת-ההתחלה" שלה, או אם ננקוט ברימיי אחר, "קלפיה נטרפו מחדש". במשך שנים ארוכות, הנהיג את החברה הישראלית צופן תרבותי ברור. גרעינו הקשה היה תפיסת-העולם הקולקטיביסטית, שעל-פיה צוו הפרט הישראלי לפעול לקידום האידיאל של הקמת חברה צודקת במסגרת מדינה עצמאית. נושא של צופן זה היה אמור להיות "הצבר", האדם היהודי החדש, יציר הצינונות, שכולו אנטי-תייה לדמותו של יהודי הגולה.<sup>19</sup> אולם כבר בשנות החמישים, איבד צופן זה חלק ניכר מכוחו המנחה. האידיאל של הקמת המדינה מומש, ואילו האידיאל של הקמת חברה צודקת נקלע לקשיים ותחל דועך.<sup>20</sup> במהלך שנות השבעים, ספגה דמות האדם החדש של הצינונות שורה של מכות קשות: במלחמת יום-הכיפורים, כשהתחוויר כשלונות ההיערכות למלחמה וכשלונות ניהוליה; כאמצע שנות השבעים, כשראש הממשלה "הצבר" הראשון של ישראל התקשה להתגבר על התנגדות עקיפה במפלגתו; ובקבות "המתפר" הפוליטי של 1977, כשנחשף לעין קיומם של "בני-הארי", במספר רב ביותר, שאורחיהם שונות מאוד מאלה שהיו

באורח חיובי, מעודד ובלתי-ביקורתי את המציאות של הקמת המדינה ובניין הארץ. זאת, בהתאם לתפיסה שעל-פיה נמדד ערכה של הספרות בהתאם למידה שבה היא משקפת את המאזן הלאומי והרומט לקידומו. אולם, בסוף שנות החמישים ובשנות השישים, כבשה את מרכז הבמה הספרותית ספרות העוסקת בנושאים אוניברסליים, שאין להם קשר הכרחי להוויה הישראלית, והתפיסה השלטת ראתה את הספרות כיישור אוטונומית הצריכה להישפט על-פי אמות מידה ספרותיות, כמנותק משאלת התרומה החברתית שלה. יתר על-כן, בעור שבשנות החמישים היו הדמויות המובילות בספרות קשורות בעבותות מקצועיים ואישיים למערכת הפוליטית, קבוצת ההתייחסות העיקרית של הסופרים המובילים בשנות השישים נמצאה באוניברסיטה. משמע: כל עוד שהספרות נתפסה כחסרת מעמד אוטונומי, היו התכנים שלה דומים לאלו של המציאות החברתית שבגדרה היא נוצרה. לעומת זאת, כדומה למשפט של שנות החמישים, עליית התפיסה האוטונומית ("הפורמליסטית") של הספרות הייתה קשורה בניחוק הקשר בין התכנים של הספרות לבין המציאות שבגדרה היא נוצרה וביעיסוק של הספרות בשאלות אוניברסליות. תפיסה אוטונומית של המשפט והספרות כאחד הייתה כרוכה איפוא בפער תכני בינו לבין המציאות שבמרכזה פעלו.<sup>17</sup>

יתר על-כן, בויקתו לליברליזם המערבי, בשנות החמישים, היה בית-המשפט בורד בין העילות שפעלו בישראל באותה עת. שלא כבית-המשפט, חסרי עליות אלה נמלכד העילית האקדמית) כל זיקה למערב; נהפוך הוא, יחסן למערב, לפחות בגרסתו האמריקאית, היה יחס התנשאות של אנשי "עולם המחר" כלפי "עולם אתמול" דקדנטי ושוקע, ואילו את מקורות ההשאה הן מצאו דווקא במורח-אידומו.<sup>18</sup> אולם, בתהליך שהחל בשנות החמישים והתעצם מאוד מסוף שנות השישים, העתיקו העליות את ישראל את זיקתן באופן מוחלט למערב, וכמיוחד לאוצר-המדינה. בית-המשפט של שנות החמישים והשמונים מצא עצמו איפוא מוקף עיליות שעולמן התרבותי קרוב לעולמו שלו. סוגיה זו של הפער שבין תת-התרבות של בית-המשפט לבין התרבות הכללית שבה הוא פועל, ויצירת הקרבה בין תת-התרבות של בית-המשפט לבין ערכיהן של העליות האחרות הפועלות בארץ,

י"שלטון הרוב") והן במונחה המהותי (הכוחות היריריות-היטוד של האורח).<sup>28</sup> "האיום לערכי הטובלנות ולמימושם בפועל נראה משמעותי", סיכמו את ממצאיהם עורכי' של מחקר, שנערך בישראל בראשית שנות השמונים. "האמונה בנורמות דמוקרטיות מופשטות... היא גורם בלתי-משמעותי ביותר בקונטקסט הישראלי".<sup>29</sup> ריצ'רד רודרי מבוין בין שיה "נורמלי" ו"בלתי-נורמלי". שיה הוא "נורמלי" כשהוא מתקיים במסגרת הסכמה על מאפייניהם של השינויים שבאמצעותם ניתן לנסות לשכנע את משתתפי השיח. שיה הוא "בלתי-נורמלי" כשאין קיימת הסכמה על המדינות מתקנות מתגלל שיה "נורמלי", היינו, אף אם אין קיימת הסכמה על היעדים הלאומיים הראויים, קיימת הסכמה על הפרוצדורות לקביעתם של יעדים אלה. בישראל של שנות השמונים, התגלל שיה "בלתי-נורמלי": הסכמה חסרה לא רק לגבי היעדים הלאומיים, אלא אף לגבי הפרוצדורות לקביעתם.

להבדיל אפוא מבית-המשפט של שנות החמישים, שפעל "מול" החברה ככללותה ונבדל ממנה,<sup>31</sup> פעל בית-המשפט של שנות השמונים בתוך חברה מפולגת,<sup>32</sup> שההל מהחולל בה, במלוא העוז, ההליך של עיצוב דמותה התרבותית של ישראל, תוך שתלק מן החוגים הנוטלים חלק בתהליך מודחים עם מערכת הערכים שבשמה פועל בית-המשפט, בעוד חלק אחר, לא-דווקא מכוסל, קורא תיגר על מערכת ערכים זו.<sup>33</sup>

בנסיבות אלה היה בית-המשפט יכול לנהוג באחת משתי דרכים. הדרך האחת היא היצמדות לפורמליזם נוקשה, בנוסח של הכרה אקסומטית ולקונית על ערכיו, כאילו קיימת רק דרך אחת לעשיית משפט - דרכו של בית-המשפט. אכן, פרופסור שקלאר טוענת, כי הפורמליזם המשפטי הוא טכניקה ההנמקה הטובה ביותר מביניהן של בית-משפט הפועל בחברה מפולגת מן הבחינה הערכית, משום שהוא מאפשר לבית-המשפט להציג עצמו כמי שפועל בדרך של ניטרליות ערכית ותוך היצמעות העובדה שאין מתקיים בחברה קונסנזוס לגבי ערכיו של בית-המשפט.<sup>34</sup> בדומה לכך, פרופסור טויבנר טוען, כי העובדה שההנמקה השיפוטית הפורמליסטית נראית ניטרלית מן הבחינה הערכית ותוצר של הפעלת כישורים מקצועיים ייחודיים למשפטן מקנה לה לגיטימציה, בהופכה אותה למהות המתחייב על-פי הגיונם של

אמורות להיות אורחותיו של "הצבר".<sup>35</sup> החברה הישראלית הגיעה אפוא לסף-דרך תרבותית: הצופן התרבותי שהנחה אותה במשך שינים ארוכות נחלש מאוד והחל תהליך לעיצוב מחדש של הצופן התרבותי החדש של החברה.

בתהליך העיצוב מחדש של הצופן התרבותי של ישראל, החלו משתתפים, בשנות השמונים, חלקם לדאשונה בתולדות המדינה, חוגים שעללם עוין את עולמו התרבותי של הליברליזם המערבי והכופרים בעליונות הערך של היות ישראל מדינה דמוקרטית-ליברלית: ראשית, חוגים לאומניים, "בהתחששות האדיאולוגית החשובה והמשימה ביותר שתלה בתרבות הישראליה מאז מלחמת ששת הימים, הציונות הדתית המשיחית", כותב פרופסור אהוד שפרינצק, "ישנם גורמים אנטי-דמוקרטיים חזקים ביותר. דובריו הקיצוניים של מחנה זה... קובעים מדי פעם בגלוי כי הדמוקרטיה היא רעיון נכרי, משני בחשיבותו ובשם ערכים אחרים כמו קודשת המולדת או טוהר העם יש לדחוק לתחתית המדרגה. המדובר, חשוב לציין, איננו בציבור איזוטרי המתקיים בשולי המחנה."<sup>36</sup> שנית, חוגים לאומניים קיצוניים. "אולי נגמרו פעם לתמיד הקשוקשים על המוסר היהודי... הפשטופטים הישנים על עם סגולה ועל אור לגויים", אומר בן-שיחור של עמוס עוז ב"על הוד היענוג"<sup>37</sup> ומוסיף מאחר יותר בלעז: "תיכף אחרי שנגמור להגשים את הפרק הזה, פרק האלימות, בבקשה: יבוא תורכם לשחק את השקט שלכם. תעשו לנו כאן תרבות וערכים והומניזם... שכל העולם יתמוגג."<sup>38</sup> שלישיית, חוגים דתיים, המבקשים להשליט במדינה את עיקריה של הציוויליזציה היהודית (השונים, כמובן, מאלה של הציוויליזציה המערבית).<sup>39</sup> במקביל להקצנה הדתית של חוגים אלה, גברה מעורבותם במרכזי הכוח הפוליטיים והתרבותיים של ישראל.<sup>40</sup> רביעיית, חוגים של פנדמנטליזם דתי, אשר לראשונה מאז קמה המדינה, גילו מעורבות רבה במרכז המערכת הפוליטית, בניסיון להטביע עליה את חותמם.<sup>41</sup> במהלך שנות השמונים דומה היה פעם אחר פעם שהחוגים הלאומניים והחוגים הדתיים תכרו יחד למאבק נגד ערכי הליברליזם והדמוקרטיה, העומדים ביסוד המשפט הישראלי.

אכן, משאלי דעת-קהל הראו שוב ושוב, כי חוגים לא-מעשים בתורה היו מוכנים לוותר על הדמוקרטיה, הן במונחה הפרוצדורלי

ערכים שנתפסת על-ידי כמאיימת על ערכי-יסוד מסורתיים של החברה ועל הלכדות של החברה. הכוונה לעלייתה של תרבות כלכלת-השווק.

"המתפקד" הפוליטי של 1977 האיץ מגמות שהחלו מסתמנות בחשיבה הכלכלית בישראל למז השנים הראשונות לקיומה. כבר בשנות התמישים, הכירה הנהגת המדינה בחשיבותו של מנגנון השוק כמכשיר לבניית המשק, לצד המשק הציבורי.<sup>38</sup> אולם, רק בעקבות "המתפקד" ניתנה לגיטימציה מלאה לתרבות של ימות, כנמצעי לפתוח כלכלת המדינה תוך התעשרות הפרט.<sup>39</sup> נוסף להיות פרי של עידוד ממשלתי, צמחה תרבות זו בישראל כחלק מהחליף האמריקניצייה, שעבר על התרבות הישראלית בכללותה בשנות השבעים והשמונים. (אכן, ביטוי חשוב להשתרשותה של מגמה זו ניתן לראות בפעילות הנרחבת של הציבור בשוק המניות בסוף שנות השבעים וראשית שנות השמונים).<sup>40</sup> אולם, עלייתה של תרבות כלכלת-השווק בישראל. צמחה בסתירה לערכים מסורתיים של התרבות הישראלית הכללית. בעוד שערכי-ציר מסורתיים בתרבות הכללית היו סולידריות, אחווה, שוויון, צדקה, לנזקק, הסתפקות במועט ודכוי החתייה להשיגים חומריים אישיים,<sup>41</sup> מבוססת תת-התרבות של השוק על תחרותיות, אנוכיות, שימוש אינסטרומנטלי בזולת, דרוונינות, לגיטימציה של הפער בין "המצליח" ו"הנכשל", נהנתנות וצריכה מצידם של בעלי-היכולת.<sup>42</sup> בית-המשפט צמד אפוא לפני תופעה של שתוקה וכרסום בערכים מסורתיים של החברה, לנוכח עלייתה של מערכת ערכים נגדיה.

האמצעי הראשון במעלה, שכאמצעותו התמודד בית-המשפט עם תופעה זו, היה חובת תוסף-לב. טענתו,<sup>43</sup> כי הפעלתה של חובה זו מכוננת להחיל את ערך האלטרואיזם ולהגביר את מידת יכולתם של צדדים להסתמך על כך שיתגשמו היציפות הסבירות שלהם מן הזולת. באמצעות החלה נרחבת של חובת תוסף-לב, ביקש אפוא בית-המשפט לזמן את החת"ך של ירידת הסולידריות ועליית האטומיזם בחברה. אכן, נקודה מעניינת היא שדווקא בשנות התמישים, עת שלטו בתרבות הכללית של המדינה ערכי הסולידריות והאחוה, הרישה לעצמו בית-המשפט התערבות מצמצמת בקביעת תוכנם של חוזים (כאמצעות הדקטרינה של תנאי מכללא), בהכריזו שוב ושוב, כי התפקיד של קביעת תוכנם

הדברים.<sup>35</sup> **הזדך האחרת** היא ורידה אל מרכז הזירה של הדיון הציבורי והכרה מצד בית-המשפט, בגלוי ובקול צליל, על ערכיו, מתוך כוונה להדוף את אלה החותרים תחת מפעלו ולספק דלק רעיוני לאלה התומכים בו, ומתוך תקווה שבסופו של דבר, ינצחו ערכיהם של בית-המשפט והחוגים המודרניים עימו במאבק על נפשו של ישראל. "להיות פורמליסטי", כותב פורפור שאור, "זה לומר על משהו שהוא אינו מעניין, ואין זה משנה עד כמה הוא קורא להתערבות."<sup>36</sup> פסקתו של בית-המשפט בשנות השמונים מסמנת הכרעה לטובת דרך הפעולה השנייה ותפיסה הרואה פורמליזם המשפטי כלי קהה מדי במאבק על דמותה של המדינה.<sup>37</sup> (דומה, כי גם בהקשר זה ההשוואה בין המשפט והספרות - מאלפת, דומה, כי יש מקום לסברה שכמו בית-המשפט, גם הסופרים המוכילים של שנות השמונים נמנעו מלהסמג במחזות הספרות וירדו פעם אחר פעם למרכז הזירה של הדיון הציבורי, ותוך שימוש באמצעי ביטוי מנוונים נטלו חלק פעיל במאבק על עיצוב דמותה של ישראל).

(בנקודה זו שמונות, כמוכן, הסכנות שאליהן חשף עצמו בית-המשפט בפעולתו. הזדהותו של בית-המשפט עם עולם הערכים של קבוצה אחת מביא אלה הנאבקות על דמותה של ישראל היתה עשויה לחשוף אותו לסכנה של אובדן הלגיטימיות בעיני קבוצות אחרות, שתפיסת-העולם שלהן שונה. יתר על-כן, השינויים בתורת המשפט של בית-המשפט - הדגשת משקלם של "איוון עקרונות-היסוד על חשבון משקלם של כללים ספציפיים"; איוון האינסטרסטיים; הדגשת משקלה של התכלית על חשבון משקלה של הלשון; הדגשת יסוד הבחירה ויסוד היצירה בפעולת השיפוט וכיוצא באלה - היו עשויים ליצור פער בין היציפות של קהילת המשפט והציבור בכללותו באשר לדרך שבה על בית-המשפט למלא את תפקידו לבין תפיסתו של בית-המשפט את תפקידו. בכך, שוב, היתה עשויה להיפגע הלגיטימיות של בית-המשפט. משמע: בית-המשפט של שנות השמונים חשף עצמו לסיכון של אבדן כפול של הלגיטימיות של פעולתו.)

**3. עלייתה של תרבות כלכלת-השווק**

בשנות השמונים, פעל בית-המשפט לא רק כסביבה שנמצאו בה קוראי-תיגר על ערכיו, אלא אף כסביבה שבה עלתה מערכת

עמודותיהם של חוגים אלה זכו בביטוי פוליטי בעמודותיהם וכדבריהם של גורמים שונים בכנסת. בצמרת המערכת הפוליטית של ישראל נמצא אפוא גורמים שעולמם התרבותי עיין את זה של בית-המשפט. יתר על-כן, לצד עלייתה של כפירה זו בשלטון-החוק "המהותי", התאפיינו שנות השמונים גם בתופעות של פגיעה בשלטון-החוק במונחי "הפורמלי". זאת, במעשרים של גורמים שלטוניים שונים ובהתבטאויותיהם של גורמים מכל קצות המפה הפוליטית.<sup>44</sup> התנהלות שונת על הממשלה,<sup>45</sup> אינפה פריטית של החוק ב"שטחים"<sup>46</sup> "מחוקת יהדות" ומסע שתדלנות רחב-היקף של פוליטיקאים לתנונת חבריה,<sup>47</sup> סירוב לשרת בלבנון וב"שטחים"<sup>48</sup> עלייתה של לאומנות דתית קיצונית, שכפרה במרות השלטון החלוני,<sup>49</sup> פרשת השב"כ "על סף העשור המישי למדינת ישראל ובמוצאה - להציב את עצמה ואת שליחיה הנכבדים מעל בגלוי ובמוצהר - להציב את עצמה ואת שליחיה הנכבדים מעל לחוק"<sup>50</sup>; הגילויים בעקבות "פרשת נאפטו", בדבר נוהג נרחב של מתן עדיפות-שקר על-ידי חוקרי השב"כ בבת-המשפט;<sup>51</sup> סדרת פגיעות מצד חברי-כנסת וחוגים שונים ביועץ המשפטי לממשלה<sup>52</sup> ובאנשי פרקליטות המדינה;<sup>53</sup> הפליה בתנאי הכליאה של אסירים שהופעל למענם לחץ פוליטי;<sup>54</sup> פרוטקציוניזם נרחב מצד בעלי-תפקידים לשם הבטחת הצלחתם הפוליטית במפלגותיהם; הפעלה נרחבת יחסית של מוסד התנונה על-ידי נשיא המדינה.<sup>58</sup> בית-המשפט ביקש לבלום מגמות אלה של התרופפות הישוקי החוק, (אחר שביטא עמדה תקיפה נגד הקלה בדרישותיה של דוקטרינת המעמד, כתב השופט שלמה לזין כדברים האלה: "כל הדברים שהוכרחתי עד כה נאמרו מזווית הראייה של בית-המשפט, תפקידי ומעמדו. עם זאת, עד אני למציאות העגומה שבנדרה רבים והולכים המקרים של הפרות חוק מצד רשויות השלטון, ומתעוררת השאלה מי, זולת בית-המשפט, יוכל לעמוד בפנין כשאין לפנינו עותר בעל אינטרס ממישי וישידי? הנושא הוא רציני מכדי לפטור אותו במחיר יד, ולדעתי ישי להקדיש לו מחשבה."<sup>59</sup>) בית-המשפט פעל בשתי דרכים: ראשית, הוא הדיגיש מאוד את המימד היערכי בהתמקדותו. בכך פעל בית-המשפט בעיקר במישור החינוכי: הכוזה על נורמות התנהגות, מתוך תקווה שהן ישמשו כסנדרים מגבילים ביחס להתנהגויות עתידיות. שנית,

של חוזים מסור לצדדים המתקשרים, ולא למדינה, באמצעות בית-המשפט.<sup>44</sup> (הקשר בין האתוס של לסה-פר לבין התערבות מצומצמת של בית-המשפט בקביעת חכום של חוזים והקשר בין האתוס של "מדינת הסעי" לבין התערבות נרחבת של בית-המשפט בקביעת חוכנם של חוזים הובהר לא-אחת, בספרות על דיני החוזים.<sup>45</sup> פסיקתו של בית-המשפט בנוקדה זו מהווה אפוא דוגמא טובה לפער שהתקיים בשנות הכללית שבגדרה פעל.) לעומת זאת, בית-המשפט לבין תרבות הכללית שבגדרה פעל, לעומת זאת, דווקא בשנות השמונים, שבהן עלתה בישראל התרבות של כלכלת-השוק, הרשה לעצמו בית-המשפט חידות נרחבת להתערב בקביעת חוכנם של חוזים, וכאמצעי ראשון במעלה לצורך זה שימישה בידיו חובת תוס'לה, שבסעיף 39 לחוק החוזים.<sup>46</sup>

ויצא, שבקור אשר ככל הנוגע ביחסי האורח המדינה, מצאו עצמו בית-המשפט, בשנות השמונים (כבשנות החמישים, חלוץ לפני המחנה, המסמן, באמצעות פסיקתו בעניין חיריות-היסוד של האורח, את דרכה של ישראל אל חיק הלברליזם המערבי, הרי כשמודבר בתחום הכלכלי, מצא עצמו בית-המשפט, לנוכח נסיגתם של ערכי הסולידריות מפני ערכי הקפיטליזם האמריקאי, בעמדת הבלם והמרוסן, המבקש לשמר ערכים ראויים של העבר מפני כרסום והתפוררות, או כמילים אחרות, בעמדת "בית-המשפט המחוקק". משמע: אף שבת-המשפט הושפע רבות מפסיקתו הקונסטיטוציונית של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בכל הנוגע ביחסי האורח המדינה, הרי בכל הנוגע בתחום הכלכלי, נמנע בית-המשפט מלאמץ את ערכיה של ארצות-הברית, ותחת זאת פעל להשלתו בישראל של ליברליזם שיש בו תערובת של הקפדה על חירויות האורח ביחסיו עם המדינה, מצד אחד, והשלטת חובת על הפרט, קרי, הגבלת חירות הפעולה שלו ביחסיו עם זולתו, מצד אחר.

## ג. בית-המשפט והמערכת השלטונית-הפוליטית

1. איינמים על שלטון-החוק  
הצבעתי על כך, שבשנות השמונים, עלו בחברה הישראלית חוגים שקראו תיגר על ערכי המסורתיים של בית-המשפט.

הפוליטיקה הישראלית היא... פוליטיקה מכוונת. זוהי פוליטיקה שהסתבכה במאבקי כוח ויזקקה חסרי תקדים שמנהלות דמויות קטנות ובעלות כישורים ירודים במגוון משפיל ומעורר תלחלה. מימד הפיעור שאליו אני מתייחס איננו נגזר אך ורק ממאבקי הכוח והיזקה, אלא גם מן השייכות שבין אלה ובין הרמה האישית הירודה של המתמודדים והלוחם העמוק בשוכת הציבור... השייכות הזו שבין הוכנות בניהול ענייני הציבור, בזכו כספי הציבור, ולזול מדהים באיזה שהם כללי משחק מחייבים, עם פומפוזיות, ציניות והתעלמות מחוצפת מן הגלים הנגזאים של הביקורת הציבורית - מעורר תלחלה... הפוליטיקאי הישראלי של עכשיו מכווץ - כי איננו מחיישי; איננו מחיישי בכבודו, בשנאתו, בתכניו, בהשמעותיו ובלשונו המוכפשת... התוצאה מדהימה. האזרח הישראלי חייב להתבייש היום עבור מנהיגיו... המערכת הפוליטית הישראלית [עוברת] מרפובליקה דמוקרטית לאוטורי-קרטית ביזאנטינינית, ממשטר שמנחה אותו טובת הציבור למשטר שמנהיגיו שטופים בניצול משאבי כוח, שיחודים פומביים ונרמנות אישית חסרת התשובות במה שקורה מסביב.<sup>62</sup>

דברים אלה נאמרו בראשית שנות השמונים. דומה, כי הם לא איבדו מתוקפם לגבי התהליכים ששלטו במערכת הפוליטית של ישראל במהלך שנות השמונים ושהגיעו לשיאם בשלהי העשור, בניסיון הנפל (שהעסיק את בית-המשפט פעמים אחדות)<sup>63</sup> להפלת הממשלה באמצעות עריקים פוליטיים.

התהליכים האמורים השפיעו על תהליך ירידתו של הפורמליזם המשפטי ותהליך עלייתו של "בית-המשפט המחשק" בפסיקה של שנות השמונים. ראשית, כפפות מכניסיות, נכנעת ולא-מבוקרת, למצוותם ולשקול-דעתם של אלה שהאמון ברמתם האישית נמדד עשויה להיות בעייתית ומסוכנת. שנית, התחשה שתלה תירודדות ברמתה האישית של הנהגת המדינה הזלידה אצל בית-המשפט תחושה, שעליו להטיל מוסרות משפטיים וערכיים על פעולותיהן של רשויות השלטון האחרות, כדי למנוע התפרדות צרכים בהנהגה. בית-המשפט של שנות השמונים היה בית-משפט

בית-המשפט הרחיב את היקף הפיקוח המשפטי שלו על הכנסת ועל רשויות השלטון, בעיקר על-ידי הצרת דרישותיהן של דוקטרינות השפיות והמעמד ועל-ידי הכפפתם של הסכמים פוליטיים לפיקוח משפטי.

## 2. הפיחות במעמד ההנהגה הפוליטית

בשנות החמישים, נתפסה הנהגת המדינה כהנהגה הראויה לכבוד ולאמון. בניצוחה של הנהגה זו, שכל אחד ואחד מאנשיה הגשים כמו-גופו את דרישת "החלוציות", התגשם חלום הדורות של הקמת המדינה היהודית מחדש. (עם זאת, הכבוד והאמון לא הביאו להתבטלות, דומה, כי אף בהקשר זה השוואה בין המשפט והספרות מעניינת. דן מירון כותב כי, עם קום המדינה נהגו הסופרים "בכניעות ובהתבטלות, שמצאו את כסותן האופייני והפאתטי ביחסם של סופרים רבים אל דמותו של דוד בן-גוריון... הספרות, כפי שיוצגה על-ידי מרבית הדמויות הסמוכותיות שלה, אף היא עמדה לפני רמת, "דומה, כי ההשוואה בין סופרי שנות החמישים לבין שופטי שנות החמישים מתמיהה לאחורנים. יתכן שסיבת הדבר נעוצה בכך, שלרשות השופטים עמדה תה-התרבות שלהם, שנבדלה מן התרבות הכללית, בעוד שהסופרים פעלו בחיק התרבות הכללית ובמסגרתה של תה-תרבות "מגויסות", שעל-פיה הם היו אמורים לתאר את המציאות כאורח מעורר ובלתי-ביקרתי.) בשנות השבעים והשמונים, התחלף יחס זה ביחס של ספקנות ואי-אמון. שורה של שגיאות קשות מצד הנהגת המדינה (מלחמת יום-הכיפורים; מלחמת ששת ימי-הכיפורים; התמוטטות המערכת הבנקאית בעקבות "משבר המניות") הכליטו את מנגלולתיה וחולשתיה של הנהגה. שורה של שעורריות, יבתי היו מעורבים אי-שיצמרת; התחרות קשה על הנהגה בכל אחת משתי המפלגות הגדולות; התעוררותה מחדש, בחריפות, של תופעת המינוריים הפוליטיים; תופעות שונות של מקח וממכר קואליציוני ותקציבי, פרי חוסר היציבות הפוליטי של שנות השמונים - יצרו תחושה שחל פירות חריף ברמתה האישית והמוסרית של הנהגת המדינה. בהרצאת הפתיחה של הכנס הארצי של האגודה למדע המדינה הישראלי, שהתקיימה בשנת תשמ"א, אמר פרופסור אהוד שפרנצק את הדברים האלה:

על מעשיהם לציבור בכללותו, כי אם למגורים הספציפיים של שולחיהם.

התופעה של אי-מתן דיווחות ודיווחות שווא לציבור על-ידי המערכת השלטונית באה לביטוי בהתנהגות ביוורוקרטיה, שעל-פיה מתחלפים כניכול פקיד-הציבור והאורה בתפקידיהם: במקום שפקיד-הציבור ישרת את האורה, מוכפף האורה לדרושות הנגזרות לו להיראות כמי שמושרת את פקיד-הציבור, וברוב תריפים בעניין זה אמר נשיא בית-המשפט העליון, **השופט מאיר שמגר**, בטקס הפתיחה של שנת-המשפט תשנ"ב:

מתגלים מצד לעת ליקויים במידת היעילות והמוטיבציה של פקיד הציבור האינדיבידואליים. הנסיון להתמודד עם הביורוקרטיה המתסכלת והמייאשת – תופעה שהיא תמורה במיוחד בישראל – היא סיבתן של רבות מהפגניות לבית-המשפט העליון...בתי המשפט עדים לכך שאיננו מצליחים עדיין להתחרות מן הביורוקרטיה התנוקת, מדרחית האורה באמירות לך ושוב, מן היחס המתנכר והמעליב, מן ההעסקה האינסופית של נירת ודרושת אשורים. הפתרון מצוי בידיו של כל שר בתחום משרדו ושל כל מנהל בתחום אחריותו. יש להגביר את התקשבה לתלונות הקשות החוזרות ונשנות והמצביעות על ידה, הקשה של הביורוקרטיה, המתלווה גם בשל עצם מהותה, בחוסר יעילות מינהלית וארגונית; בידי הרשות המבצעת שיצרה אותה גם האמצעים לחסלה. ביוורוקרטיה היא יצירתה של בני אדם ולא של כח עליון, וכידי מי שיצר את הגולם גם האפשרות לחסלו.<sup>69</sup>

במסגרת התחקותה של הגישה הלא-פורמלסטית בפסיקה של שנות השמונים, הדגיש בית-המשפט מאור את חשיבותם של הערכים והעקרונות הכלליים, האמורים לשמש עיקרי-אמונה אורכי-טווח ובלתי-משתנים של ישראל. הדגשה זו יכולה להתבטא כניסיון של בית-המשפט להכפיף את המערכת הפוליטית והשלטונית לאמות-מידה כלליות, שעל-פיהן יישפטו מעשיה; זאת, בתגובה על עליית הפרטיקולריזם במערכת הפוליטית והירידה במידת מתן הדין-חשבון מצד חלקים במערכת הפוליטית והשלטונית לאורחי המדינה בכללותם.

חרד, בפרפרזה על הלל<sup>64</sup> ניתן לומר, שפסיקתו מבטאת הלך-דרך של "אם אין אני לה [למדינת ישראל], מי לה?... ואם לא עכשיו, אימתו?" שלישית, לנוכח הפיחות בדימויה של ההנהגה הפוליטית התחזק בטחונו העצמי של בית-המשפט, מבחינת מעמדו ביחס לרשויות השלטון האחרות, ועוברת זו איפשרה לו לפעול בתור תקיפות להשלטת ערכיו ולהטלת מוסריותו על רשויות אלה.<sup>65</sup>

### 3. קשיי התפקוד של המערכת השלטונית-הפוליטית

בעקבות חוסר היציבות הפוליטי, שאפיין את ישראל במשך כל שנות השמונים כמעט, התגלו קשיי תפקוד ניכרים ברמות שונות של המשלה והכנסת. בשנות החמישים, יכלו להתקבל בטבעיות קביעות מצד בית-המשפט המיוחדות קיומו של ממשל תקין ומתפקד; כגון, שעל בית-המשפט להכות להתערבות הכנסת לשם שינויו של חוק פגום; או שיש להשאר את הפיקוח על מעשי הממשלה לכנסת, התלויה באמון העם ושכאמונה תלויה הממשלה.<sup>66</sup> עקב בישראל של שנות השבעים והשמונים נוצר מצב הפוך. עקב קשיי התפקוד של המערכת השלטונית, הלכו ורבו ההכרעות שהועברו להכרעותם של בעלי-תפקידים משפטיים בשירות המדינה ושל ועדות-חקירה בראשות משפטיים.<sup>67</sup> אווירה זו הקלה על בית-המשפט להרחיב את היקף הפיקוח שלו על המערכת הפוליטית והשלטונית, תוך שהוא מבליט את המימד הערכי של הפיקוח.<sup>68</sup>

### 4. התגברות הפרטיקולריזם ואי-מתן דין-חשבון

שנות השמונים התאיינו בעלייתם של פרטיקולריזם קיצוני ו"קבוצות-אינטרס"<sup>69</sup> כפוליטיקה הישראלית. תמקד-הממכר הקאליציאטי והתציבני, שהתנהלו בצורות שונות כמעט בלא הפסקה במשך כל העשור, גילו דפוסי-פעולה המתאפיינין ביצירת קואליציות ובריתות אד-הוק, לא לצורך קידום של מטרות ציבוריות כלליות, אלא לצורך קידום אהדי של מטרותיהם הפרטיקולריות השונות של השותפים. המתלוקות שהתגלעו בהליך הפוליטי של ישראל לא היו רק לגבי הדרך שבה יש להנהיג את המדינה בכללותה, אלא לא פחות מכך לגבי דרכי החלוקה של משאבים בין קבוצות שונות במדינה. נוצרה איפוא אווירה, שלפיה חלקים ניכרים במערכת הפוליטית אינם אמורים לתת דיווח-חשבון

הירשות המחוקקת) לכין יישום כתיב-המשפט.<sup>72</sup> חקיקה זו מותרת מקום נרחב להפעלה של שיקול-דעת, ליצירה ולפיתוח של המשפט על-ידי הרשות השופטת; היינו, היא מחייבת תרומה ערכית נרחבת מצד הרשות השופטת, ומידת ההתאמה שלה להפעלתן של הנמקות משפטיות פורמליסטיות אינה גבוהה. ניתן אפוא לייחס את ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי בשנות השמונים גם לעובדה, שבתחום המשפט האזרחי, ניתן בידי בית-המשפט כלי, שהינך והרגיל את כתיב-המשפט להפעלה של גישה לא-פורמליסטית.<sup>73</sup>

### ה. בין האישיות והתרבות

המגמות הנודנות כאן קשורות בפעילותן השיפוטית של שופטים מסוימים יותר מאשר בזו של שופטים אחרים. לפיכך, קיים פיתוי להציע טיעון העושה רדוקציה של מגמות אלה לטיב ההשקפות, מבנה האישיות או הניסיון האישי של אותם שופטים המזוהים עימן. אף כי טיעון זה אינו בלתי-רלוונטי, הוא נראה לי בעל חשיבות חלקית בלבד.

נהרות של די ריי נכתבו על שאלת מעמדו של החיד בהיסטוריה: היוונו משפיע על הסביבה שבה הוא פועל, ובה בשעה מושפע ממנה. אין ברצוני להוסיף על כך. אומר רק זאת: מובן, כי כדברנו על בית-המשפט העליון, אין אנו דנים רק כמוסד מופשט, אלא כאנשים בשירותם, המאיישים אותו. מכתובה זו, אין ספק כי דרך פעולתו של בית-המשפט מושפעת מן ההשקפות, מבנה האישיות והניסיון האישי של שופטיו. אולם, דרך פעולתם של מוסדות מותרות באופן חלקי בלבד בהותם של בני-האדם המאיישים אותם. ניתן להניח, כי טיפוסי האדם המאיישים מוסדות (למשל, בתי-משפט) הינם דומים פחות או יותר במקומות ובזמנים השונים שבהם המוסדות פועלים: תמיד ישנם שאפתנים וענווהנים, בעלי ביטחון עצמי והסגנים, בעלי חזון וכולא המסתפקים בשמירת הקיים וכיצא באלה. אולם, בעלי-תפקידים, יהיה אופיים אשר יהיה, מוצאים עצמם תמיד מוגבלים על-ידי מספר מסוים בלבד של דרכי פעולה, שמעמידה לרשותם הסביבה שבגדרה הם פועלים, ובין היתר, על-ידי מספר מסוים בלבד של אופציות תרבותיות, העומדות לרשותם כדרכי פעולה שייחשבו קבילות ואפשרות על-ידי בני-האדם שבקרבם הם פועלים. בני-אדם מפעילים

### ד. התפתחויות פנימיות במשפט

בשורות הקודמות הצעתי הסברים לתופעה של ירידת הפורמליזם במשפט הישראלי ולתופעת עלייתו של "בית-המשפט המחשק", הקרויים במסכת הוחסים ההדדיים שבין בית-המשפט, מצד אחד, לבין החברה והמערכת הפוליטית, מצד אחר. אולם ניתן לייחס תופעות אלה, במידה מסוימת, גם להתפתחויות שחלו בתוך מערכת המשפט הישראלית עצמה: העתקת האוריינטציה של המשפט הישראלי מאנגליה לארצות-הברית והשלמת השלב הראשון במפעל הקודיפיקציה של המשפט האזרחי, בסוף שנות השבעים.

### 1. העתקת האוריינטציה של המשפט מאנגליה לארצות-הברית

יש מקום לסברה, כי התרבות המשפטית של אנגליה משייכה להיות נאמנה לגישת הפורמליזם המשפטי במידה גדולה בהרבה מזו של התרבות המשפטית האמריקאית.<sup>74</sup> בשנות החמישים, היה המשפט האנגלי המקור העיקרי להשפעה חיצונית על המשפט הישראלי. בשנות השבעים והשמונים, העתיק המשפט הישראלי (כמו החברה ככלולה) את האוריינטציה שלו מן המשפט האנגלי אל המשפט האמריקאי. סימונים לתפנית זו ניתן למצוא למכביר בפסיקת בית-המשפט<sup>75</sup> ובהערכת הזיקה המקצועית של שופטים, עורכי-דין ומלומדי-משפט ישראלים מקהילת המשפט של אנגליה לזו של ארצות-הברית. ניתן אפוא לדאוג את ירידת מעמדו של הפורמליזם במשפט הישראלי כאחת מתוצאות ההשפעה של תורת המשפט של ארצות-הברית על זו המתפתחת בארץ.

### 2. הקודיפיקציה של המשפט האזרחי

בסוף שנות השבעים, הסתיים השלב הראשון במפעל של הכנת הקודקס האזרחי של המשפט הישראלי, שהחל בראשית שנות השישים. בסטייה רבתי מתפיסת הקודיפיקציה הקלאסית המקובלת באירופה, החקיקה האמורה להרכיב את הקודקס האזרחי של ישראל היא רשת נורמטיבית רופפת, שמורכבת בה הנורמות מן הסוג של סטנדרט (סבירות, תוס-לב, צדק וכיצא באלה), היינו, נורמות המחייבות את בית-המשפט להפעיל "חקיקה שיפוטית" והמטשטשות את הכתנתו של הפורמליזם המשפטי בין חקיקה

הנדרונות כאן נמננה אותן כחודגות ממה שראוי להיעשות במסגרת השפטיה, או אילו היו מגמות אלה נחשבות שוליות במסגרת כלל שפטיה של בית-המשפט, כי אז היה ניתן לטעון, שקיים קשר דופף בין המגמות הנדרונות כאן לבין התרבות הכללית, הפוליטית והמשפטית שבגדרן הן התפתחו ושאותן הן אמורות הכללית, הפוליטית מ' שמצוי בעולמו של המשפט הישראלי יודע, כי אין זה המצב. על-ידי של המגמות הנדרונות כאן נתקלה בביקורת מועטה ביותר בפסיקה ובספרות המשפטית,<sup>75</sup> וכבר מראשיתן הן נחשבו ממוקמות במרכז העשייה השיפוטית של בית-המשפט.

יתר על-כך, תודעתו של כל אדם מעוצבת במידה מכרעת על-ידי תרבות שבה הוא חי ושכבמגרתה הוא עובר תהליכים של סוציאליזציה. אנשים המתחנכים ופועלים בגדרן של תרבויות שונות יפתחו איפוא בהכרח תודעות שונות.<sup>76</sup> מנקודת-ראות זו, המגמות העולות מפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים משקפות לא רק את ההרכב האנושי של בית-המשפט, אלא גם את התרבות הכללית, הפוליטית והמשפטית של ישראל בעשור זה, לא רק מבחינה מה שהיה יכול להחשב קביל במסגרתן של תרבויות אלה, אלא גם מבחינת הדרגים שבהן עיצבו תרבויות אלה את תודעתיהם באותן מובחנות הדרגים שבהן עיצבו תרבויות אלה את תודעתיהם באותן עשור. גם מבחינה זו איפוא הבנת אופן הפעולה השונה של בית-המשפט בשנות השמונים בהשוואה לזה של שנות החמישים מחייבת התחקות אחר הסביבה התרבותית שבה פעלו השופטים בשנות השמונים ובשנות החמישים.

## הערות לפרק ד:

1. S. Lash, *Sociology of Postmodernism* (1990).
2. Even-Zohar, *Polysystem Theory*, 11 *Poetics Today* 9 (1990); *System Analysis. Int'l Encyclopedia of the Social Sciences* (1968);

מוסדות באופן שונה בתקופות שונות, בהתאם לנסיבות ולמגבלות הסביבתיות שבגדרן הם פועלים.

דורקא למשפטנים קל להשתכנע בנכונותו של טיעון זה. לא-אחת ניסן, כי בהפיעלים שיקול-דעת ובחירה, מודרכים שופטים על-ידי השקפותיהם ואישיות. אולם כל משפטן יודע, כי טיעון זה נכון במידה חלקית בלבד. שופט אינו יכול להכריע בידן ככל העולה על דעתו, אלא רק במסגרת מספר מסוים של אופציות משפטיות-נורמטיביות, העומדות לרשותו כמציעות פתרון שיוכל להחשב קביל. במצב דומה נמצאים גם אמנים; מחקר התרבות והאמנות עולה, כי יצירה תיחשב חסרת חשיבות ונוצרה אם לא תשקף את הנורמות האמנותיות המקובלות בתקופת היווצרה.<sup>74</sup> בדומה לכך, גם אנשי מדינה מוצאים עצמם תמיד מוגבלים בהפעלת סמכויות השלטון שבידיהם, בין היתר על-ידי מספר מסוים של אופציות תרבותיות העשויות להיחשב קבילות בסביבתם. מגמות ההתפתחות של המשפט הישראלי מותנות איפוא באופן חלקי בלבד בהשקפות, במבנה האישיות ובניסיון האישי של שופט זה או אחר. במידה לא-פחותה הן מותנות במה שיכול להחשב, בתקופות שונות, קביל בעיני קהילת המשפט והחברה בכללותה, שבגדרן פועלים השופטים. בשנות השמונים פיתח בית-המשפט העליון תורת משפט שונה לגמרי מזו שפיתח בשנות החמישים, משום שהתרבות הכללית, התרבות הפוליטית והתרבות המשפטית שבגדרן פעל בשנות השמונים היו שונות לגמרי מאלה של שנות החמישים. המפתח להבנת אופן הפעולה השונה של בית-המשפט בשנות השמונים בהשוואה לזה של שנות החמישים מצוי איפוא בהבנת האופציות התרבותיות השונות שעמדו לרשות שופטי בית-המשפט בעשורים אלה לא פחות, ואולי אף יותר, מאשר בהתחקות אחר ההרכב האנושי השונה של בית-המשפט בשנות החמישים ובשנות השמונים.

דברים אלה נכונים במיוחד לנוכח העובדה, שגם אם מגמות שונות השמונים הנדרונות כאן מזוהות עם שפיטתם של שופטים מסוימים יותר מאשר עם זו של שופטים אחרים, שפיטתם של השופטים המזוהים עם מגמות אלה נחשבת לא רק תקינית בעולם המשפט הישראלי, אלא גם חלק מן "הזרם המרכזי" שלו. אילו היה הזרם המרכזי בשפיטה ובאקדמיה המשפטית יוצא נגד המגמות

- המשפטי שירת היטב גם צורך אחר שלפניו עמד בית-המשפט בשנות המורשים. כידוע, במסגרת "המדינה שכדור", שפותח היישוב היהודי בארץ-ישראל בתקופת המנדט, לא התגסה היישוב בניסיון של הפעלת כלי שלטון ממלכתיים במסגרות של דפוסים משפטיים. ראה: ד' הורוביץ ומ' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 52, 57, 58, 66, 67, 205. עם קום המדינה נדרש אפוא בית-המשפט לטעת בקרב גופי השלטון של המדינה הצעירה ערכים של לגלים, היינו, פעולה בהתאם לגלים קבועים מראש. הפורמולזיום המשפטי, ששלט באתה עת בתת-התרבות של בית-המשפט שירת היטב גם מגמה זו: הוא איפשר חינוך של השלטון לשמירת שלטון החוק במובנו הפורמלי. לדיון מאלף בנקודה זו ראה: ויתקון, המשפט בארץ מתפתחת, ספר יובל לנחמס ווזן (תשכ"ב) 66, 74-70. ראה גם: להב, יד הרוקס, לעיל הערה 7, בעמ' 485-484; ת' שגב, 1949 הישראליים הראשונים (תשמ"ז) 83-104.
11. פד"י ב' 80.
12. בג"ץ 73/53 תמרת "קול העם" בע"מ ג' שר המנים, פד"י ז' 871.
13. שם, בעמ' 82-83.
14. ראה גם: דינגטייך, תופעות המורות של מגידה לשלטון החוק, ראיין עם ג' שטרסמן, עורך חדין, מס' 6 (1999) (כסטודנטים קראנו את פתח"ד הזה ואמרנו: העברית, נופת צופים, אבל מנין האסמכתאות המשפטיות לביהמ"ש שקבע את שמקעו?).
15. ד' הורוביץ ומ' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 180 (ילאחר הקמת המדינה נפתחה התרבות הישראלית למגעים מקיפים ואונטנוטיוויים עם תרבות המערב ובראש ובראשונה עם הגוון האמריקאי שלה. פתחה זו השפיעה על כל מדרגי החברה הישראלית החל באל"טה האינטלקטואלית וכלה בתרבות העממית); שם, בעמ' 182 (יכתובה הישראלית תקיפה השפעת הבישיים האוכלוסייה... אמצו המערב שכבות אוכלוסייה נרחבות... שככבות והחודרנית של אורחות חיים במתכונת דגם התרבות האמריקאי... מורכבות של הדור הצעיר יוצאי ארופה חלק ניכר ממחור הצעיר של יוצאי המורה אומץ את דפוסי הנידוד התצריכה וסגנון החיים הבין-אישיים על-פי הדגם האמריקאי כפי שהוא מצטייר באמצעי-התקשורת המוניניים...).
16. ראה: איינוטהרט, לעיל הערה 6; הרצוג, האישיה המפוצלת של האינדיבידואליזם, פוליטיקה, (מס' 42-43, ינואר 1992) 48. על ההבנתה בין תרבויות של קולקטיביזם ותרבויות של אינדיבידואליזם ראה: Triandis et al. Multicultural Probes of Individualism and Collectivism, 59 J. Personality & Soc. Psych. 1006 (1990); Triandis, The Self and Social

3. **ראה גם:** P. Papp, *The Process of Change* (1983).  
 Burt, *Inventing Judicial Review: Israel and America*, 10 *ראה גם:* Cardozo L. Rev. 2013, 2014-15 (1989) ("The central comparative historical lesson that emerges from the Israeli experience is the influence of social and political conflict in pressing judges toward the practice of judicial review").
4. ד' הורוביץ ומ' ליסק, *מעולות באוטופיה* (תש"ץ) 153-154.
5. י' שפירא, *עליות ללא מומיניזם* (תשמ"ד) 26.
6. **ראה גם:** נ' גרף, *חידת חיצה והבוקר שלמחרת* (תשמ"ז); י' שפירא, שם, בעמ' 73-83; איינוטהרט, תהליכים ומגמות בעיצובה של החברה הישראלית, *אנשים ומדינה* החברה הישראלית (ש' סטמפלר עורך, תשמ"ט) 41; ליסק, *קונפליקטים אידאולוגיים וחברתיים בישראל*, שם, בעמ' 61, 64-65, לאוסף נרחב של התבטאויות של ראשי מערכת החינוך במדינה בראשית שנות החמישים, המשקפות תפיסת-עולם קולקטיביסטית מורכבת, ראה: א' כפכפי, *מדינה מתפתחת עם – ניטול זרם העורבים* בחינוך (1991).
7. **ראה גם:** להב, יד הרוקס: יריעת חרויות הפרט על-פי השופט אורנט, עיוני משפט טז (תשנ"ב) 475, 488, 494-495; להב, העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו, עיוני משפט יד (תשמ"ט) 479, 480, 490, 501; שפירא, בית המשפט העליון כמגן זכויות הפרט של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר, עיוני משפט ג' (תשל"ג) 625, 628; י' אולשן, זין ודגלים (1987) (יבהחשת במשימות המסולות על מדינת ישראל בניין הארץ, קליטת עלייה המונית ומינוג תגלויות, היה ברור לנו כי מן ההכרח הוא שבישראל תגבר התערבות המדינה בחיי הפרט עוד יותר...אף היה ברור, כי במדינת ישראל יהיה הכרח יותר גדול לתוקק חוקים המגבילים את חירות האזרח בתחומים השונים של הכלכלה והמגבילים במידה גדושה את האינדיבידואליזם בכלכלה").
8. **ראה לעיל**, פרק א, סקס לה"ש 14-19.
9. P. Atiyah & R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (1987) 1-41.
10. **ראה גם:** להב, העוז והמשרה, לעיל הערה 7, בעמ' 498, 500; גביון, ארבעים שנה למשפט החוקתי, משפטים יט (תש"ץ) 617, 623; שטרית, ארבעים שנה למשפט החוקתי התפתחותי בדיני חוקה – סוגיות נבחרות, משפטים יט (תש"ץ) 573, 574-573, 601, 600. יתר על-כן, הפורמליזם

127-126; עי' עזון, ויכוח על החיים ועל המוות (א) (בכ), פה ושם בארץ ישראל בסתיו 1982 (1983) 83 (קריאת-התייגר של "גוש אמונים" על מקומם של הלברליים וההומניזם המערבי בהווה הישראלית).

23. עי' עזון, לעיל הערה 22, בעמ' 71.

24. שם, בעמ' 75. ראה גם: להב, יד הרוקם, לעיל הערה 7, בעמ' 513.

25. דון-יחיא וליבמן, הוילמה של תרבות מטרתית במדינה מודרנית: תמונות והתפתחויות ב"דת האזרחית" של ישראל, מגמות כח (תשמ"ד) 141; גל-נור, דת אזרחית בישראל, מדינה ממשל וחסים בינלאומיים (מס' 24, תשמ"ה) 86; ברינקר, על גבולות "מלחמת התרבות" בישראל, אנשים ומדינה החברה הישראלית (ש' סטמפלר עורך, תשמ"ט) 276; שברד, והחסים בין דתיים לבין חילוניים במדינת ישראל, שם, בעמ' 286; ליסקי, לעיל הערה 6, בעמ' 67-66, 72; איינשטייט, לעיל הערה 6, בעמ' 46, 54-55, 59. בראיון שהתפרסם ב"הארץ" ב-10.5.91, אמר הרב שלמה גורן כדלהלן: "אני עברתי על כל התורה, המלמוד השולחן-ערוך והרמב"ם ולא מצאתי את המצווה הזאת ששמה דמוקרטיה. המש שנים למדתי פילוסופיה, וגם אפלטון ואריסטו קובעים, שבין כל המשטרים, המשטר הדמוקרטי הוא הנרדע ביותר שיכול להיות קיים".

26. ד' הורוביץ ומ' ליסקי, לעיל הערה 4, בעמ' 98-99.

27. שם, בעמ' 103, 189-190.

28. א' שפרינצק, לעיל הערה 22, בעמ' 167-168; גלנור, הדמוקרטיה הישראלית על פרשת דרכים, אנשים ומדינה החברה הישראלית (ש' סטמפלר עורך, תשמ"ט) ט', י"ט; גלנור, הסכמה ומחלוקת בתוכרה הישראלית שלאחר מלחמת השחרור, שם, בעמ' 28, 40; איינשטייט, לעיל הערה 6.

29. שמיר וסאלניבן, סובלנות פוליטית בישראל, מגמות כט (תשמ"ה) 145, 165, 166.

30. R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* (1979) 320.

31. גם בשנות החמישים לא ייתה החברה הישראלית הומוגנית. אולם עיון בפסיקה של תקופה זו מגלה, כי בית-המשפט נתקל, שוב ושוב, בהטרדנות שמקורה ב"קיצוצי הגלוינות", ראה למשל: ע"פ 53/54 אשד, מרכז זמני לתחבורה נ' הועימה"ש, פד"ח 785, 820, השופט זילברג. להודגשת נקודה זו ראה: ויתקון, לעיל הערה 10, בעמ' 85-78. בשנות השמונים, נתקל בית-המשפט בחוסר הומוגניות במובן של קישור בנוגע לייעים הלאומיים: עלייתם של גורמים שכפרו בערכים שביקשו בנית-המשפט והחוגים המודחים את להשליט במדינה. שנות החמישים היו אופוא

*Behavior in Differing Cultural Contexts*, 96 *Psych. Rev.* 506 (1989); Wheeler, Reis & Bond, *Collectivism - Individualism in Everyday Social Life: The Middle Kingdom and the Melting Pot*, 57 *J. Personality & Soc. Psych.* 79 (1989); Triandis et al., *Individualism and Collectivism: Cross-Cultural Perspectives on Self-Group Relationships*, 54 *J. Personality & Soc. Psych.* 323 (1988).

17. ד' מירון, מייצרים ובוטנים לבני כלי בית, אם לא תהיה ירושלים (1987) 9; נ' גרץ, לעיל הערה 6, ראה גם: שקד, מובא, חיים על קול הקו (גי' שקד וי' גולן עורכים, תשמ"ב) 9.

18. השופט ויתקון כתב, כי דוד מייסדי המדינה הונע על-ידי "אידאליזם סוציאליסטי" ו"חלוציות", שכינו את אנשי "בראש ובראשונה, להתיישבות החקלאית ולגאולת הקרקע, בה ראו תנאי ראשוני לתחית העם. ואילו המקצוע המשפטי, כיתר מיני התעסוקות בהן הצטיינו יהודים במרכז הגולה, היה להם לורא". ויתקון, לעיל הערה 10, בעמ' 72. בדומה לכך, כתבת רות בונרי, כי עם הקמת המדינה, יעד בין גוריו לפניהם ריון את תיק המשפטים כממשלתו, משום ש"בעיני כן גוריון כבעיני חבריו למפלגה היה זה משרד לא חשוב במיוחד שאפשר לתת אותו לאחת השותפות הזוטרות". ר' בונרי, פליקס - פנחס ריון זמנו (1990) 386. אבל, ביטוי לריחוק של בית-המשפט נמצא לא רק במישור האידאולוגי, אלא גם במישור האישי. השופט אלשן כותב בכינוגרפיה שלו, כי "בעיני שרים אחדים, ובעיקר בעיני פקידים בכירים אחדים - אפילו לא נתנו לכך פומבי - נראו שופטי בית המשפט העליון כיצורים יתור מלי עליונים"....היה עלינו ליעזרים קדוחים לעמוד כנגד זילוח מצד חלק של המנגנון הפקידותי. הענין לא היה בפגיעה בכבוד אישי של משהו מן השופטים, אלא תוך צרות עין לגבי מעמדו של השופט. ...הזילוח היה מתבטא על פי רוב כאי הזמנת שופטים לטכסים, או בקביעת מקומות בלתי ראויים להם בטכסים, או בהימנעות מלהזכיר את נוכחותם וכל כיוצא באלה." י' אלשן, לעיל הערה 7, בעמ' 240, 349.

19. א' הובינשטיין, עלייתו ושקיעתו של העבר המתחלוגי, להיות עם מפשי (תשל"ז) 101; בוד-אליעזר, הפלמ"ח כראי דודר - מקורות חברתיים להיווצרות התניה בין עליונות חברתית לנחיתות פוליטית, מדינה ממשל וחסים בינלאומיים (מס' 23, תשמ"ד) 29; אלמוג, עמוד אש חדש, פוליטיקה (מס' 43-42, ינואר 1992), 10.

20. לתיעוד של תהליך זה ראה: א' כפכפי, לעיל הערה 6.

21. איינשטייט, לעיל הערה 6, בעמ' 54.

22. א' שפרינצק, איש הישר בעיני (תשמ"ז) 167-166; שם, בעמ'

האידאולוגיה כלפי סמלי המסטוס הכרוכים בהצלה כלכלית לרבות צריכת ראווה. לפי, נושאי סמלי סטטוס אלה הפכו לקבוצות התייחסות המשמשות דגם לחיקוי<sup>31</sup>. (מהוגשה במקור<sup>32</sup>.)

40. זי"ח ועזרת החקירה לענין ויסות מניעות הנגזרים ("ועדת בייסקי") (ירושלים, התשמ"א).

41. ראה גם: ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 176 (תנועת הברוד הישראליית בייקשה "לעצב דמות אדם חדש - יצרני... נכון לדחיית טפוסים, בעל צרכים תרבותיים מפתחים ותביעות תמריזות צנועות"); שם, בעמ' 176-177 ("הדגש האסקטי בסגנון הלבני וההופעה שיקף את הדחייה של דפוסי צריכה בורגניים שנתפסו כצריכה ראווה או לפחות צריכה לא חיונית"); אייזנשטדט, לעיל הערה 6.

42. ראה גם: ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 186 ("בניגוד לאידאולוגיה הקונסטרקטיוויסטית של תנועת העבודה ששמה את הדגש על צמיחה, פתוחה השקעות, ואשר התה גלומה בה נימה אנטי-צרכנית, נטתה תנועת החירות יותר ויותר למתירנות כלכלית שהתבטאה ביצירת תנאים להגבלת הביקוש ועידוד הצריכה"); שם, בעמ' 185-184 (בקשר למדיניות הכלכלית ופריחה הבורסה בראשית שנות השמונים, "השיבה לא פחות הייתה הלגיטימציה שניתנה לשכרון הצריכה המוגברת שאזו בכל שכבות האוכלוסייה לרבות השכבות העמיתיות"); אייזנשטדט, לעיל הערה 6.

43. ראה לעיל, פרק ב, סקסט לה"ש 94-96.  
44. ראה למשל: ע"א 39/47 אשר נ' בילגנבאום, פד"י ב' 533, 540, השופט ארנוט; ע"א 79/49 פולני נ' רוזנזאן ואח', פד"י ד' 387-388, השופט זילברג; המ' 162/52 נטינול אינטווליס אנד גרנטי קורפוריישן לימטד נ' מובינוביץ, פד"י ז' 238, 246, השופט זוסמן; ע"א 18/50 וייספלד נ' שילמבר וראק, פד"י ז' 275, 281-280, השופט זוסמן; ע"א 310/54 גולד ואח' נ' גולד, פד"י ט' 1465, 1470, השופט לנדר.  
45. לדין ראה: מאוטנר, עיסוק היסוד ומכתב האשראי: תרמית וביטול החוזה כדרך של התנהגות, עיוני משפט י"א (תשמ"ז) 519-518.

46. אכן, ניתן להציג את עמדתו של בית-המשפט נגד ה"שק" גם במונחי טיעוניו של ובר (ראה לעיל, פרק א'), שלפיו, תפקיד תקיין של "השק" מתייב משפט המתאפיין ברוציונליות פורמלית, בהבדל מרוציונליות מהותית: הפעלתה הנהרסה של חובת תום-הלב על-ידי בית-המשפט בתחום דיני החוים יהיה מכוונת להגביר את רמת הרוציונליות המהותית של הדין המסדיר את פעולת ה"שק" (על חשבון רמת הרוציונליות הפורמלית של דין זה). ראה גם: ברק, ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית, ספר זוסמן (ירושלים, תשד"ם) 71, 84-83 "החולך וגובר חוסר השוויון הכלכלי בין

שנים של הטרונגניות. שנות השמונים היו שנים של קיטוב וקריאת-תגוב.

32. ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, מאפיינים את הוכחה הישראלית כחברה עתידת-שטחים ומפוצלת מן הבחינה הבורחת. ראה גם: אייזנשטדט, לעיל הערה 6.

33. אפילו השלטון עצמו יצא, במובן מסוים, נגד בית-המשפט, בכך שהנהיג מדיניות פופוליסטית. ראה: י' שפירא, לעיל הערה 5, בעמ' 153-152 ("האידאולוגיה הפופוליסטית... מכוונת לקביעות המוציאות עצמן מקפוחות ומנותקות מהתרבות הדמוקרטית ומתמרכזי הפוליטי, וניחנה משנאתן לממש ולקביעות המבוססות... [מעוררי הפופוליסט] בנו את הפופולריית שלהם על השנאה לממש ולמסדות השונים"); שם, בעמ' 154 ("מאתר ששלטון פופוליסטי כאמור, אינו יציב, קיים בכל חברה הנשלטת על ידי תנועה פופוליסטית 'פוטנציאל טוטליטרי'... גדל הפיתוי העומד בפני מנהיגים פופוליסטיים לתרגם את התלהבות המונים ואת הקשר המיסטי אשר נוצר בינם לבין תומכיהם לביטול הדמוקרטיה ולהקמת משטר טוטליטרי"). ראה גם: ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 184-185, 223-222, 239-238; גלנור, הדמוקרטיה הישראלית, לעיל הערה 28, בעמ' י"ט.

J. Shklar, *Legalism* (1964, 1986) 10-11, 13, 34.  
Teubner, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17, 35 (1983).  
Law & Soc. Rev. 239, 253 (1983).

36. Schauer, *Formalism*, 97 *Yale L. J.* 509, 543 (1988).  
37. ראה גם: ברט, לעיל הערה 3, בעמ' 2028 ("The political aftermath 2028 of the 1967 war raised profound and disquieting questions about the viability of democratic theory in Israeli society. The role that the Court has claimed for itself with progressively increasing clarity since 1979, as the independent embodiment of the rule of law, is in effect its answer to these questions").

38. ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 152, 159; אייזנשטדט, לעיל הערה 6, בעמ' 44-45; גלנור, הסכמה ומחלוקת, לעיל הערה 28, בעמ' 34-35.

39. ראה גם: ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 140 ("ידידת היוזמות הכלכלית הציבורית ועליית היוזמות הכלכלית הפרטית בעידוד קבוצתי המשק הלאומי... התה כרוכה בהכרח בהסרת המסגורה האידאולוגית מעל עיסוקים בורגניים. כתוצאה מכך עלה משקלה של הצלחה כלכלית אישית כמקור של יוקרה חברתית. כך נעלמה גם המסגורה

ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 89.

52. א' שפרינצק, לעיל הערה 22, בעמ' 143; ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 223.

53. מי' נגבי, מעל לחוק, לעיל הערה 48, בעמ' 9; שם (פה אחד החליטה הממשלה, בצעד חסר תקדים, על הדחתו לאלתר של יעצה המשפטי... יסא'י של היועץ, פורפטר ומר, היה בכך שעמד בנהיגתו על מימוש העקרונות המקודש של שוויון לפני החוק, וסירב להתיר לממשלה למלט מחקירה ומשפט פלילי אנשי צמרת בשידות הבטחון..."); שם, בעמ' 10 ('הממשלה והעומדים בראשה נחלצו למתקפה דרבתי על היועץ המשפטי וכפרו בגלוי בכוונתו לאכוף את החוק על הצמרת הבטחונית. זרובה לנהוג על פי החוק', אמר ראש הממשלה שמעון פרס, אבל ישנם ענייני בטחון שחובה להביאם בחשבון..."); שם, בעמ' 117 ('בפרשה זו - לראשונה בתולדותיה של מדינת ישראל - העזה הממשלה לזלזל במצח נחושה בהחייטו החד-משמעית של היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה פלילית נגד השורים... כאשר עמד היועץ המשפטי לממשלה לפתוח בחקירה לפתוח בחקירה נגד ראש השב"כ, סירב שר-המשטרה להתחייב כי ההנחה אמנם תתבצע, אלא הגיב בניסוח התמקני 'צהיה ונראה...'); שם, בעמ' 118 ('כאשר התברר לאורונו פרס, שמור וחבריהם כי הפרת חוק זו לא תצלה... הם החלו במסכת לחצים שותלים להגיע את היועץ המשפטי לחזור בו מהכרעתו. פרופ' זמיר עתיד להגדיר לחצים אלה ככדים ביותר' הן מבחינת תוכנם והן מבחינת סגנונם... כאשר גם הלחצים לא העיילו, והיועץ המשפטי לא נשבר', החליטה הממשלה להדחיק מתפקידו, בתקווה שמחליפו יהיה פחות 'עקשן' בעמידתו על שלטון החוק. גם החלטת הוחה היתה, כמובן, חסרת תקדים...); קרמניצר, תנינת השב"כ - האם עמד בית המשפט הגבוה לצדק במבחן?, עיוני משפט 21 (תשמ"ז) 618, ('כפרשת השב"כ היעמד שלטון החוק בישראל במבחן אמור, שספק אם היה כמותו בעבר. אם להשתמש בלשון בוטה יותר: השלטון בישראל קרא בפרשה זו תיגר על שלטון החוק, שכן הפנייה לשיא להעניק תנינה, כאקט מוגע חקירה, היא בבחינת חסימת החוק בשערי שירות הבטחון הכללי...'); דו"ח צוות הבדיקה בראשות הגב' י' קרפ בענין "פרשת השב"כ", הארץ 30.12.86.

54. ראה: דו"ח ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות תכלנית עויינת (ועדת לנדוי), הארץ, 11.11.87.

55. ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 208-207; מי' נגבי, מעל לחוק, לעיל הערה 48, בעמ' 107, 145, 146. על סירוב הכנסת להסיר חסינותו של חבר-כנסת בניגוד לעמדת היועץ המשפטי לממשלה ראה: שם, בעמ' 103. על התנגדות הכנסת בפרשה של הסרת חסינות של ח"כ יאיר

הצדדים המתקשרים, הולך וגובר התמוסס הכלכלי. חופש ההתקשרות הוא לעתים אילויה בלבד... אחד הכלים החשובים העומדים לרשותה של השפיטה הם עקרונות היסוד של דיני החוזים. אחד מאותם עקרונות יסוד הוא זה הקובע כי משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה ופעולה לכיצועו של חוזה ישי לעשות בתום לב ובדרך מקובלת...").

47. ראה גם: א' שפרינצק, לעיל הערה 22, בעמ' 15 ('יותר ויותר נראה, כי קבוצות רבות בעלות אופי ציבורי, נוטלות את החוק לידתן ומולות במערכת הנורמטיבית שעל פיה אמורה הפוליטיאה הישראלית לתפקד. זה עושות זאת בגלוי ומתוך תחושה עצמית חזקה של צדק ושל לגיטימציה ציבורית...'); שם, בעמ' 145 ('בראשית שנות ה-80 הפכו האלימות והאליגליות לנהוג מקובל. החיזק-פרלמנטריזם חדר לפרלמנט ואווירת המאבק הגם הפכה לסדר היום...'); ליסק, לעיל הערה 6, בעמ' 72 ('אנו עדים לגילויים של פוליטיקה קיצונית; הדבר בא לכיטוי בפעולות חזק-פרלמנטריות, בשכרות כללי משחק דמוקרטיים, באי-סובלנות גוברת כלפי ריבנים פוליטיים ואידיאולוגיים וביצירת מובלעות חברתיות-פוליטיות, שאינן מהמסות לערער על אחדות השלטון ושלטון החוק בפרהסיה...'); ליסק, התרבות הפוליטית בישראל המשכונת מול שינוי, אנשים ומדינה החברה הישראלית (ש' סטמפלר עורך, תשמ"ט) 115, 125 ('התרבו המסוגנות של פעילות חזק-פרלמנטרית, שהיא אי-כיבוד שלטון החוק ושל התנגדות האלימות המילולית והפיזית, היתה אמור - התגברות אלמנטים ברורים של אנרכיה בחיינו הציבוריים...'); אייזנשטדט, לעיל הערה 6, בעמ' 57 ('ביתר עצמה התפתחה תופעה של פעילות פוליטית חזק-פרלמנטרית, בכלל, וקיצונית, בפרט - אשר הולידה לחוסר סובלנות ניכר ואלימות הולכת וגוברת...'). לניתוח מעניין של הביעיתיות שבקיום שלטון החוק בישראל ראה גם: ויתקון, לעיל הערה 10, בעמ' 74-71.

48. ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 85 ('התפתח בדעת הקהל הישראלית, ובארה לחיק גם במנגנוני הממשלה והסוכנות היהודית, יחס מתרני להפרות חוק מטעמים פטריטיים' בעיקר על-ידי מתנגלים בגדה המערבית...'); שם, בעמ' 89, 86-85, 228; א' שפרינצק, לעיל הערה 22, בעמ' 122-123, 131-132, 144-145, 154; מי' נגבי, מעל לחוק (תשמ"ז) 115, 134-131; מי' נגבי, נבלים של צדק (תשמ"ב) 69. ראה כללית: זמיר, שלטון החוק במדינת ישראל, הפירקליט גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי הדין (תשמ"ז) 61, 72-73.

49. א' שפרינצק, לעיל הערה 22, בעמ' 132.

50. שם, בעמ' 135-141; מי' נגבי, מעל לחוק, לעיל הערה 48, בעמ' 86-85, 128-127, 131, 141; ד' הורוביץ ומי' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 86-85.

המונייים הפוליטיים חוזר ונעשו תופעה רווחת.": א. שפרינצק, לעיל הערה 22, בעמ' 112, 156; ד' הורוביץ ומ' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 209, 224; אייזנשטדט, לעיל הערה 6, בעמ' 59.

62. שפרינצק, לדוה של הפוליטולוגיה הישראלית, מדינה ממשל ויחסים בינלאומיים (מס' 21, תשמ"ג, 95. ראה גם: בג"ץ 1635/90 אלוך (י"רבו) מופלג ראש הממשלה ואח', פד"י מה (1) 749, 760, השופט אלוך (י"רבו) מופלג של זה של עותרים ועמידות מקורן בחולשת תרבות פוליטית, שנתקפה בה של זה של עולות ישראל, שיש והגיעה בקורן לקיי מאורות פוליטי. לאחורונה המערכת הפוליטית, ועלתה איריאולוגיה, שהמטרה גבולות האסור והמותר הפוליטיים נפרצו, ומקשת את כל האמצעים, ולא הפוליטית, הנשגבה בעיני זה או אחר, מקשת את כל האמצעים, ולא דווקא אלה שהם פוליטיים.": ברק, לעיל הערה 46, בעמ' 76 ("הולכת וגוברת ההתענות של הפרט במעשי המלטרן, הולך ופוחת האמון כי השלטון מסוגל לתת פתרון הולם לבעיות החברתי.": שפירא, לעיל הערה 5, בעמ' 128, 129, הדמוקרטיה הישראלית, לעיל הערה 28, בעמ' י"ט.

63. ראה: בג"ץ 1523/90 לוי נ' ראש ממשלת ישראל, פד"י מה (2) 213; בג"ץ 1601/90 שליט נ' פריס, פד"י מה (3) 353; בג"ץ 1635/90 אלוך/בסיק נ' ראש הממשלה ואח', פד"י מה (1) 749.

64. אבות א, י"ד.

65. ראה גם: ומיר, המשפט הציבורי – מהפכה או התפתחות, משפטים יט (תש"ן) 563, 571 (כיוון שהממשלה והכנסת איבדו במשך השנים יוקרה ותדמית, וכחוצאה מכך נחלש מעמדן... נטתה הכת, יותר מאשר בעבר, לצד תרבות המעורבות של בית-המשפט במאבק על שלטון החוק.":

66. ראה לעיל, פרק ב, סקסט לה"ש 31-33. להתבטאויות עכשוויות של העמדה שהכנסת היא שתתקן לקיימים בחוקים ראה: בג"ץ 547/84 עוף העמק, אגודה חקלאית שיתופית רשומה נ' המועצה המקומית רמת-יעיש ואח', פד"י מה (1) 113, 125; בג"ץ 620/85 מינעאר ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י מה (4) 169, 245; בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר לב אחז ורוח חדרה ואח' נ' יו"ר הכנסת ואח', פד"י מה (3) 555, 556, 572, 574; בג"ץ 1635/90 אלוך/בסיק נ' ראש הממשלה ואח', פד"י מה (1) 749, 774, 813, 816, 817; ע"פ 3027/90 חברת מוזיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י מה (4) 364, 403, השופט מליץ; ע"פ 2251/90 תיא נ' מדינת ישראל, פד"י מה (5) 221, 264, 267, השופט אלוך. אך השווה: שם, בעמ' 238-239, השופט אור.

67. רובינשטיין, המשפטים בחלק, המשפטיזציה של ישראל (ב), תארץ 7.6.87 ("על המערכת הפוליטית ירדו שתי מכות קשות: נוצר בה חלל של ממש מבחינת האנשים המאיישים אותה, והתעמק בה שיתוק המצפאת את

לוי ראה: מ' נגבי, לזכא את המרד, חזשות, 15.11.91.  
56. ראה למשל: ע' בנימין, דורון ומלחמה, תארץ, 22.3.91.  
57. ראה למשל: ד' רובינשטיין, שחרור במרכאות כפולות, תארץ, 4.1.91 (התופעות הארוכות שניתן לחברי "המחתרת"); ע' בנימין, ניתוח "הבחירות השוכים", תארץ, 28.12.90 (תנאי הכולאה של עצורי "המחתרת"); ר' שפירא, יהושע הלפרין מקבל תופעות חריגות מהכלל בשל להצגים של המסד החדי, תארץ, 12.11.91.

58. מ' נגבי, מעל לחוק, לעיל הערה 48, בעמ' 88, 124. ניתן לטעון כמובן, שגם בשנות החמישים היו בישראל פגיעות קשות בשלטון-החוק. אכן, לא מן הנמנע שבפרספקטיבה היסטורית, מצב שלטון-החוק בישראל השתפר דווקא בשנות השמונים, בהשוואה למצבו בשנות החמישים. אולם, כדי להבין נגמות בפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות החמישים ובשנות השמונים, אין לקיים השוואה כזו, אלא דומה שהשוואה הנכונה היא זו שבין מצב התודעה של שופטי שנות החמישים לגבי המציאות שבה פעלו ורמת הציפיות שלהם ממוציאות זו לעומת מצב התודעה והציפיות של שופטי שנות השמונים ביחס למציאות שבה פעלו. במסגרת השוואה כזו, דומה ששופטי שנות השמונים, בהבדל משופטי שנות החמישים, ניצבו לפני שטרף של תופעות שיכלו להיחשב על-ידם כאיום על שלטון החוק. דומה גם, ששופטי שנות השמונים יכלו לקבל תופעות כאלה במידה פחותה בהרבה של השלמה משופטי שנות החמישים.

59. שי, לוי, האם יש זכות עמידה לזכות העמידה?, הפרקליט לט (תשנ"א) 460, 466. ראה גם לעיל, פרק ג'.

60. ד' מירון, לעיל הערה 17, בעמ' 57; ראה גם: שם, בעמ' 58-60 ("התפקיד שמילא בגוריון בהחלטה על הקמת המדינה... ובניהול מלחמת השחרור עורר כלפיו יראת-כבוד עצומה... ניתן להעלות רשימה ארוכה של דברי תנופה, נמיכות-קומה ועלילנות-נפש שאמרו וכתבו סופרים עבריים מכובדים על ואל בגוריון במשך שנות החמישים.": מ' קרן, בג' גוריון והאטקטולאליזם (תשמ"ח) 74 ("בשנות ה-50 מילאו האינטלקטואלים ברצון תפקיד נומינלי במרכז כריזמטי ששלטה בו דמותו הערצת של בג' גוריון."): שם, בעמ' 112-143 (יחס הכבוד של סופרי שנות החמישים לבג' גוריון). נ' גרין, לעיל הערה 6.

61. ומיר, מוניים פוליטיים, משפטים כ' (תש"ן) 19, 20 (המונייים הפוליטיים היו תופעה נפוצה בשירות הציבורי בשנים שלאחר הקמת המדינה. במשך הזמן הלכה התופעה ונחלשה... אכן, בשנות השישים והשבעים רכש לעצמו שירות-המדינה יותר ויותר מעמד של שרות ממלכתי, מקצועי וא-פוליטי. אולם בשנות השמונים חל שינוי במצב.

and the Individual Talent (1920) in *The Great Critics* (J. H. Smith E. Winfield Parks eds., 3rd ed., 1967) 713, 715 ("The historical sense compels a man to write not merely with his own generation in his bones, but with a feeling that the whole of the literature of Europe from Homer and within it the whole of the literature of his own country has a simultaneous existence and composes a simultaneous order. ... No poet, no artist of any art, has his own complete meaning alone. His significance, his appreciation is the appreciation of his relation to the dead poets and artists"); Shavit, *The Entrance of a New Model into the System*, in *Issues in Slavic Literary and Cultural Theory* 598 ("any writer has (K. Eimmemacher et al eds., 1989) 593, basically two options: either to work in the frame of existing models or to manipulate them to such an extent that the text produced will be a new model"); later accepted in the framework of a new model"; ת' שוונה: ת' קון, *המבנה של מהפכות מודרניות* (1972), תרגום י' מלצר, תשל"ז 119 (יהואל ופאראינגמות הדשות נולדות מתוך ישנות, יש בתן בודד-כלל הרבה מאוצר המלים והמבנה, הן המודרניים והן הביצועיים, ששימשו בעבר את הפאראינגמות המסורתית").

75. דומה שאת הביקורת התקיפה ביותר על תורת המשפט שפירח ברת-המשפט. בשנות השמונים הכניע נשיא ברת-המשפט בדימוס, השופט משה לרנר, ואה: לרנר, על שפיטות וסבירות ברין המינוחלי, עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5; לרנר, לעיל הערה 73, בבית-המשפט העליון עצמו, בלטה בשנות השמונים המחלוקת – החריפה לעתים – שהתגלעה בין השופטים ברק ואלון לגבי שורה של נושאים, כגון, היקף החלטה של חוכת תוס'ה'לכ הטרום-חוזית; היקף החלטה של חוכת תוס'ה'לכ החוזית; היקף החלטה של דוקטרינת השפיטות; פירושו של חוק יסודות המשפט, תש"ס:1980. לכאורה, מחלוקת אלה נראת כמתייחסות לשאלות "צקודותיות". למעשה, כמעט בכל אחת מהן באה לביטוי התנגדות של השופט אלון להיבט כלשהו של תורת המשפט החודשה של ברת-המשפט. כמובן הודח ביותר, המחלוקת בין השופטים ברק ואלון היא על היותה התרבותית של ישראל; התנהו מדרגה שמקורות ההשראה שלה מציבים בליברליזם המערבי (משופט ברק או בציוריליצייה של ההנהגות (משופט אלון).

76. חיבור קלאסי על האופן שבו מעצבת התרבות את תודעת האדם הוא P. Berger & T. Luckmann, *The Social Construction of Reality* (1966). בתחום המשפט, הציגו את הטעון, שלפני תודעת האדם היא, במידה לא-מצטעה, תוצר של התרבות שבה הוא פועל, אנשי ה'Legal Studies'; זאת, במסגרת הביקורת שלהם על האופן שבו תופס הליברליזם

יכולת הכרעתה. לא רק בטבע אין חלל...המערכת המשפטית מבלאת את התסה"; שטרית, לעיל הערה 10, בעמ' 599 (כשלוון הגופים הפוליטיים בפתרון בעיות" כסיבה "להרחבת תפקידה של המערכת השופטית בתוכה הישראלית"); ד' הורוביץ ומ' ליסק, לעיל הערה 4, בעמ' 207-209, 239 (השלטון נתקן בקשיי תפקוד ונאלץ להעביר הכרעות שונות למשפטים); ליסק, לעיל הערה 47, בעמ' 126; גלנור, הדמוקרטיה הישראלית, לעיל הערה 28, בעמ' י"ט; ברט, לעיל הערה 3, בעמ' 2042.

68. ישי, קבוצות אינטרס בישראל, אנשים ומדינה החברה הישראלית (שי סטמפלר עורך, תשמ"ט) 235; בוד-אליעזר, מבתה של דמוקרטיה? ביקורת על הספר: י' ישי, קבוצות אינטרסים בישראל: מבתה של דמוקרטיה (1986), מנגמות לב (תש"ץ) 555.

69. שמגר, דברים בטקס פתיחת שנת המשפט התשי"ב – 15.9.91 (ערתק נמצא בריי המתבר), ואה גם: ד"ר 9/77 תורת המשפט לישראל בע"מ ואח' נ' הוצאת עתון "הארץ" בע"מ ואח', פד"י לב (3) 337, 368, תשופט שמגר; ע"א 63/87 טויסטור ואח' נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י מג (3) 803, תשופט ד' לרין; ליסק, לעיל הערה 47, בעמ' 125-126.

70. עטיר ומסרם, לעיל הערה 9.

71. ואה למשל: ד"ר 29/84 קוטיוו נ' בנק י.ל. פוינטונגר בע"מ ואח' פילקו פיניס אוז אינוסטמונט קופמני נ' בנק י.ל. פוינטונגר בע"מ ואח', פד"י לח (4) 505; ע"א 214/89 אבירי ואח' נ' שפירא ואח', פד"י מג (3) 840, 853, ואה גם: ברק, דיני הנוזיקין והקודיפיקציה של המשפט האורחי, משפטים יט (תש"ץ) 631, 640 (תחלשות נטייתם של שופטים לפנות למשפט האנגלי במסגרת הפעלתה של פקודת הנוזיקין); Kretzmer, *Judicial Review of Knesset Decisions*, 8 *Tel Aviv Studies in Law* 95, 99, 145-46 (1988).

72. לדיין נרתב ואה: מאטנר, כללים וסטנדרטים בתקיקה האורחית החודשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה, משפטים יז (תשמ"ח) 321, ואה גם: ברק, לעיל הערה 71, בעמ' 634-637.

73. ואה גם: לרנר, מנגמות בפסיקתו של בית המשפט העליון, עיוני משפט ת' (תשמ"ב) 500, 502 (הניסוחים "המצמתיים" ו"הכובללניים" של החקיקה האורחית החודשה כגורם ל"תמורות בשיטות הפסיקה" שתלו בשנות התשעים).

74. פ' בודרייה, אבל מי יצר את היוצרים? אבל מי יצר את היוצרים – מנחר מאמרים (א' אבן-זוהר – עורך, תרגום – נ' כן-ארי, הוצאת המכון לפואסיקה וסמיולוגיה על שם פורטר אוניברסיטת תל-אביב); מ' ביש, *T. S. Eliot, Tradition* (1977) 83-85 (1977).

## ירידת הפורמליזם והתרבות הכללית

פרק ה':

בפרקים הקודמים טענתי, כי מגמה חשובה, העולה מפסיקתו של בית-המשפט העליון בשנות השמונים, היא זו של ירידת משקלה של הגישה הפורמליסטית למשפט. שאלה מעניינות שמתעוררת היא: מה הקשר בין מגמה זו לבין מגמות מקבילות בתרבות הישראלית? מכיוון שהשאלה מורכבת, לא אוכל להציע בשורות הבאות יותר מאשר מחשבות ראשוניות לדיון בה. עם זאת, בעוד שבפרק הקודם של הספר ביקשתי להציע הסברים של קשרים סיבתיים בין מגמות בתחום המשפט, מצד אחד, לבין מגמות בתחום התרבות הכללית והתרבות הפוליטית של ישראל, מצד אחר, לא יוצע קשר כזה בשורות הבאות. אלא, כרצוני להצביע על כך, שבמקרים מסוימים, הולכות המגמות המסתמנות במשפט הישראלי יד-ביד עם מגמות מקבילות הקיימות בתרבות הכללית של ישראל, בעוד שבמקרים אחרים, כיווני ההתפתחות של המשפט והתרבות מנוגדים.

**א. ירידת הפורמליזם ומעמדתו של נורמות בחברה**  
מבחינות רבות, מהווה תהליך ירידתו של הפורמליזם במשפט הישראלי סגירת פער בין יחסו של בית-המשפט לנורמות לבין יחסו של החברה אליהן.

אנתרופולוגים מניינים חכרות, בין היתר, על-פי המידה שבה נהוג בהן יחס של כבוד לכללים. אחת ההבחנות המקובלות היא זו שבין חכרות הנהוגות בכללים ביחס קשיח לבין חכרות שיוסן לכללים גמיש<sup>1</sup>. חכרות מן הסוג הראשון מצטיינות בכיבוד נוקשה וקפדני של כללים, בעוד חכרות מן הסוג השני נוהגות גמישות וחירות ביחסן לכללים. במסגרת חלוקה זו, דומה, כי אין חלק שהחברה הישראלית צריכה להחשב לחברה מן הסוג השני. במסגרת הניגוד בין כללים, מצד אחד, לבין העקרוניות והשעמם העשויים להצדיק קיומם של כללים, מצד אחר, דומה, כי החברה הישראלית היא כמוחבק חברה שבה, מקום שנשקלת פעולה, נתון משקל מועט יחסית לעצם קיומם של כללים שהינם רלוונטיים

(ובעקבותיו, המשפט הפריטי האנגלו-אמריקאי) את האדם כמי שאמור ומסוגל להחליט החלטות אוטונומיות לקידום האינטרסים שלו. ראה: Balkin, *Ideology as Constraint*, 43 *Stan. L. Rev.* 1133 (1991); Heller, *Structuralism and Critique*, 36 *Stan. L. Rev.* 127 (1984).

הפעלה נכונה של כללים, הלא הם כללי ההנמקה המשפטית (Legal Reasoning) המקובלים במסורתה. לעומת זאת, תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית המעיישה בהשיבותם של כללי ההנמקה המשפטית ככלים להגעה לפתרון המשפטי, ותחת זאת, היא מרגישה את השקילה הישירה של הערכים והעקרונות שפתרונות משפטיים שונים עשויים לקדם. גם בכך איפוא מתיישבת תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית עם היחס לכללים המקובל בחברה הישראלית.

החברה הישראלית מצויה במלכוד מבחינת יחסה לכללים. מצד אחד, מכיוון שהיחס אליהם גמיש מדי, הרי לפחות כשמדובר בכללים שתוכנם ניתן לקביעה מראש (למשל, כאלה הנקבעים על-ידי מוסדות), מושקע מאמץ מוגבל מלכתחילה כדי לעצבם ברמה גבוהה של רציונליות אינסטרומנטלית (קרי: במובן של התאמת אמצעים ליעדים). מצד אחר, מכיוון שהכללים הינם לא-פעם בלתי-רציונליים, הם מולידים מידה נמוכה של ניכור. נתיחה זה מוגזם לומר, שמוסדות המכפיפים את האזרח לכללים בלתי-רציונליים תורמים, במשהו, למשל לתאונת אימונים, שמקורן באי-הקפדה על כללי הבטיחות, בהגדלים את האזרח ליחס של חוסר כבוד לכללים? אולם קביעה רציונלית של תוכנם של כללים וכיבודם של כללים הם הפרה. בהגברתם את הודאות, כללים הם גורם משכך חרדה. ואכן, החברה הישראלית נמצאת במצב הייחודי והקשה, שבו גורמים של חרדה מחדדים אליה תז ממישור יחסיה עם העולם הסובב אותה – במובן הצר והרחב כאחד – והן ממישור הפעילות היומיומית של הפרט, כתיצאה מהיעדרם של כללים קשיחים במישור "הפנימי" של הקיום הישראלי בונה ומזינה החרדה הקיימת במישור "החיצוני" (כללים מגבילים את הדרכים שבהן ניתן לפעול על הפרט. בכך הם יוצרים למענו תחום מוגן של חירות ואוטונומיה. כללים מאפשרים לפרט תכנון. בכך הם מכטאים כבוד להיותו יצור רציונלי. כללים תורמים ליעילות. כללים תורמים להשגתה של החושף כלפי זולתו במימד הצר של כללים מאפשרים לפרט להישקף כלפי מוגנים דמוקרטיים. התפקיד (role) שהוא ממלא כלפיו, בלא צורך להשקיע באינטראקציה עם הזולת את האישיות בכלייתה. רומה, כי

לגביה, ועיקר המשקל ניתן לעקרונות ולטעמים שפועל הפעולה מוצא אותם רלוונטיים לגבי פעולתו. וייתכן שניתן לומר, שבישראל מתקיימת רמה נמוכה של שלטון-החוק הפורמלי ביחס לכללים, ושיחסו של הישראלי לכללים הוא כשל תועלתן-פעולות, Utilitarian, אכן, היחס הגמיש לכללים בחברה הישראלית משתקף גם בדמותם של ארבעה מניכוריה הראשיים של החרכות הישראלית: "הפרארי", זה שמקבל כללים כפשוטם, בלא לנסות לעצב ולשפר אותם לטובתו; "המאכר", זה שרכש לעצמו מיומנות בעיצובם וביפורם של כללים לטובת אלה המוסדרים על-ידם; "השוויצרי", זה שמונע בגלוי ובמוצהר על-ידי אידיאולוגיה של אי-קיום כללים; ו"הניצניטי", זה שמצליח להגשים את יעדיו למרות מגבלותיהם של הכללים החלים עליו.

אם אפיונים אלה לגבי מעמדם של כללים בחברה הישראלית הינם נכונים, יוצא, שהפורמליזם זר לרוח הישראלית, וכעוד אשר גישת הפורמליזם המשפטי, שהנחתה את בית-המשפט בשנות החמישים, היחה מנוגדת לתרבות הכללית שבגדרה פעל בית-המשפט<sup>4</sup>, התחזקותו של אי-הפורמליזם בשנות השמונים דווקא מתייבשת היטב עם גישתה של החברה בכללותה לכללים. תלילה לי, כמובן, מלטיעון, שבית-המשפט של שנות השמונים פעל כפסקתו שלא על-פי כללי המשפט הקיימים. עם זאת, במסגרת עלייתה של תפיסת-העולם הלא-פורמליסטית בשנות השמונים, חל פיתוח במעמדם של כללים כחומר-הגלם לעיצוב הפתרון המשפטי בהשוואה למעמדם בשנות החמישים: העתקה הדגש על-ידי בית-המשפט מכללים לעקרונות; תעלאת משקלם של שיקולי המהות על-על-השבון שיקולי הלשון; העלאת משקלם של שיקולי המהות על-לשולחם ולשיונים של כללים – מאפיינים אלה של פסקת בית-היחס של כללים והגדלת החשיבות היחסית של עקרונות, ובכך הם מתייבשים עם גישתה של החברה הישראלית בכללותה לכללים. יתר על-כן, תפיסת-העולם הפורמליסטית מרגישה מאד את חשיבותם של כללים בכך שהיא מניחה, כי במצבים של היעדר כלל ברור וישר, ניתן להגיע אל הפתרון המשפטי הנכון באמצעות

פירושו פעולה מתוך הבנה, שלגבי כל עניין קיימת יותר מנקודת-ראות אחת; שגם מי שמשוכנע בצדקת ערכיו חייב לגלות סובלנות לערכיו השונים של הזולת; שהתחשבות בנקודת-הראות של הזולת מצריכה כפיפות למגבלות; שהעולם הוא מקום בלתי-מושלם, אשר בו הצורך לספק את רצונותיהם של כלם פירושו שאיש לא יוכל לצפות לסיפק מלא של רצונותיו; שאין פתרונות מהלטיים, אלא רק פתרונות יחסיים; שהפשרה היא מרכיב בלתי-נפרד של האנושי; שכל בחירה בערך עשויה להיות טרגית, בהיותה כרוכה בהפסד של ערך אחר, ראוי כשלעצמו; בניגוד לעולם הפשטני, הנרקטיסטי, הלדותי, הנשלט על-ידי ערך הכוח, מציעה איפוא נוסחת "איזון האינטרסים" לתכונה הישראלית היים בעולם הומני, מורכב, טרגי-משהו, בוגר וריאליסטי.<sup>9</sup>

אכן, במאמר מוסגר ניתן לטעון שהפורמליזם המשפטי מנוגד להגיונו העמוק של החליך השיפוטי. כזכור, הפורמליזם המשפטי מניח קיומו של פתרון נכון אחר לכל בעיה משפטית. ההנחה העומדת ביסוד קיומו של החליך השיפוטי הפוכה. המסד האוניוורסלי וההומניסטי הגדול הטמון בחליך השיפוטי הוא זה של ספק ופלורליזם, היינו, שביחס לכל בעיה אנושית קיימת יותר מנקודת ראות אפשרית אחת. החליך השיפוטי מושתת על מיסודה של הנחה זו בדרך של יצירת מנגנון להצגתן של שתי נקודות-ראות לפחות, כל אימת שמתעורר הצורך להכריע בשאלה משפטית, קרי: בשאלה ערכית. אכן, במדינות טוטליטריות, שבהן קיימת אמת אחת, האמת של המדינה, נתפסים עורכי-הדין המשתתפים בחליך השיפוטי כעומדים בצד אחד של המתרס וכשותפים למאגץ של חשיפת האמת האחת.<sup>10</sup> במדינה הלירלית, החליך השיפוטי הוא, על-פי עצם מהותו, החליך של "איזון אינטרסים" והכרעה בין ערכים מתנגשים, ולא חליך של הגעה ל"פתרון הנכון".

### ג. ירידת הפורמליזם ועליית הרציונליות

הפורמליזם המשפטי מדגיש את הרציונליות הפורמלית על-חשבון הרציונליות המוחתית. על-פי הגישה הפורמליסטית, תשומת-הלב של המשפטן מושקעת בעיקרה בהפעלתם של כללי ההנמקה המשפטית (Legal Reasoning), האמורים להביא אל

היעדרם של "תפקידים", עקב היעדרם של כללים, מהוות סיבה חשובה לשתוקה הכרוכה בחיי היומיום בארץ) כל מי שסבור שישאל זקוקה דווקא לחיזוק מעמדם של כללים בתרבותה יוכל אפוא לטעון, כי אחת תעלייות החברתיות הכרוכות בירידתו של הפורמליזם במשפט הישראלי קשורה בכך, שמגמה זו ממעיטה במשקלם של כללים כטעם לפעולה, ובכך היא תורמת לפגיעה במעמדם הרעוע ממילא של כללים בתורה.

### ב. איזון אינטרסים ונחם

מטכות מוכנות, הנעוצות בהיסטוריה הארוכה של העם היהודי ובהיסטוריה של מדינת ישראל, מאדירה התרבות הישראלית את ערך הכוח עם זאת, עם כל ההבנה לחשיבותו של ערך זה בהוויה הישראלית, אין להעלים עין מן המחיר הכרוך במרכוזיותו. פעולה בגבולות הכוח היא הפוכה של פעולה הכרוכה בריסון. באיפוק ובכפיפות למגבלות עצמיות או חיצוניות (למשל: נורמות), מתוך סובלנות, הבנה והתחשבות בצרכים, ברצונות ובתופש של הזולת, כוח גם חולך יד-ביד עם אגף של ערכים סמוכים; בטווח, נחרצות, תרי-משמעיות, אמונה בפתרונות של "זבנג וגמרנו" ו"כאסח".

לא תמיד מצליחות תרבויות למדד את תחומי חלותם של הערכים החשובים להן. האדרת הכוח, שכאמור, ניתן להבינה בתקשרים מסוימים של החוויה הישראלית, מיתרגמת בהקשרים אחרים למצב שבו, מקום שהיו צריכות לשרור נורמות, שורה, תחת זאת, "מצב-הטבע", שבו פועל כל פרט בגבולות כוחו, מתוך אגודים גמור.

אחד הגילויים הבולטים, שבהם באה לכיטוי ירידת הפורמליזם בפסיקתו של בית-המשפט העליון, הוא עליית השימוש מצד בית-המשפט בנוסחת "איזון האינטרסים".<sup>5</sup> נוסחה זו היא בלתי-פורמליסטית, משום שהיא צופה מצב שבו אין הבעיה המשפטית מכילה בהיקף פתרון נכון אחר, שיש לחשפו (בדרך ההוכחה) באמצעות הפעלה נכונה של כללי ההנמקה המשפטית (Legal Reasoning), אלא הנוסחה צופה מצב שבו ערכים, שכל אחד כשלעצמו יכול להיחשב ראוי ורלוונטי, מתחרים זה בזה על עיצוב הפתרון המשפטי. מטענה הערכי של נוסחת "איזון האינטרסים" עומד איפוא ביחס מקוטב לזה של ערך הכוח.<sup>6</sup> איזון אינטרסים

הימים, חלק מהנהגות שהוצעו במסגרת השיח הפוליטי של ישראל לדבקות ביעד של השגת ריבונות לגבי "השטחים" (תוך שמירת אפיה היהודי של ישראל), התאפיינו בחוסר רציונליות במובן האמור.

העלאת משקלה של הרציונליות המהותית במשפט הישראלי בשנות השמונים, במסגרת הגרלת משקלה של הגישה הלא-פורמליסטית למשפט, מנוגדת למגמות אלה. היא מגדילה את משקלה של הרציונליות המהותית בחרכות הישראלית. זאת, בשלוש דרכים.

**ראשית,** הערכים שאותם הבליט ביתי-המשפט בשנות השמונים נשאבו על-ידי מתורת המשפט הטבעי הקלאסית ומהלברליות המערבי. תנועות אלה, ילדות "ההשכלה", מייצגות נסיון להקמתם ולהפעלתם של מוסדות מדינה במתכונת רציונלית. הבלטתם של ערכים אלה על-ידי ביתי-המשפט הוצעה איפוא לישראל חיים במתכונת המנוגדת לו. השאובה מן המפיסות הכופרות ברציונליות.<sup>14</sup>

**שנית,** בכל פסק-דין קיים יסוד ערכי ויסוד אופרטיבי. היסוד הערכי מבטא את מערכת הערכים המשמשת כסיס להכרעתו של ביתי-המשפט. היסוד האופרטיבי הוא השינוי במצב העולם, שעליו מצווה ביתי-המשפט בפסק-דינו (ראובן ישלם לשמעון סך 100; שר המסחר יתן לראובן רשיון-יבוא, וכו'), או מתן האישור על-ידי ביתי-המשפט למצב העולם, שכדי לשנותו נזוים החליך המשפטי (מינויו של ראובן על-פי מפרז ישאר בתקפו; ראובן ימשיך לנהל אולם-שפתות, למרות ששמעון טוען שהדבר מטרדי את מנחתו, וכו'). משמע: פסק-דין, על-פי עצם מהותו, הוא מליד המונטג'ז-עולם ערכית כלשהי עם צו מעשי. (אכן, שופטים תמיד מביאים בחשבון לא רק את המימד הערכי של ההכרעה, אלא גם את המימד המעשי שלה).<sup>15</sup> פסק-דין, על-פי עצם מהותו, הוא איפוא מסמך, שאם הוא כתוב בתוס-לב (קרי: תוצאתו האופרטיבית) אכן יכולה להמוך ביסוד הערכי שבנו, מתקיימים בו תנאי הרציונליות המהותית, היינו, הוא מציע יעדים ערכיים בצירוף דרכים מתקבלות על הדעת למימושם. אם כן, על-ייתה של הגישה הלא-פורמליסטית בפסיקתו של ביתי-המשפט העליון פירושה, שביתי-המשפט חזק את היסוד של הרציונליות המהותית

הפתרון הנכון של הבעיה שלפניו, ותשומת-לב מעטה מושקעת בריון בשאלה מה יהיה מצב העולם, מכחינת הערכים שיקודמו בו והמשאבים שיוקצו בו, אם פתרון משפטי זה או אחר הוא שיאומץ. תיפוך-ייצרות חל בדגשים אלה מקום שחלה הגישה הלא-פורמליסטית: הדיון המשפטי מתמקד בשאלות הערכיות, וניתן משקל מועט יחסית לכללים המסורתיים של ההנפקה המשפטית. משמע: המעבר לגישה הלא-פורמליסטית במשפט הישראלי בשנות השמונים הוא מעבר מהתמקדות ב**דרכים** המובילות לפתרונות משפטיים להתמקדות ב**יעדים** שהמשפט עשוי לקדם.

עליית המשקל של הרציונליות המהותית במשפט הישראלי מעוררת את השאלה: מה הקשר בין השינוי במעמדה של הרציונליות המהותית בתחום המשפט לבין מעמדה של רציונליות זו במרכות הכללית של ישראל?

מציעהם של יעדים הם בלתי-רציונליים מהבחינה המהותית כשהם מציעים הצעות, שעל-פי הידוע על העולם הן בלתי אפשריות או קשות מאוד בהגשמה, בלי שיאמרו יעז בכל זאת ניתן להגשים את הצעותיהם.<sup>16</sup> כהוויה הישראלית קיים יסוד של "אירציונליות מהותית, היינו, אירציונליות המתבטאת בהצבה של יעדים שעל-פי הידוע על מצב העולם הם בלתי-מציאותיים." אם תרצו אין זו אנדרה, "אמר הרצל על ערש הולדתה של הציונות. כידוע, הציונות הצליחה להגשים בצורה מהירה את היעד של הקמת מדינה יהודית ומאו סוכרים רבים בארץ, כי בנוגע להגדרת יעדים לאומיים, כוחו של הרצון למוסס את מיצגולות המציאות. בשנות החמישים, שלט בארץ "החזון המשיחי" הכי-גוריוניסטי, שהתאפיין בחזירה להשגתם של יעדים לאומיים תוך השתחררות מחוקיהם של מדעי-החברה ומתנסיון ההיסטוריו.<sup>17</sup> בשנות השישים, בהפרש של שנים ספורות, נטלה החברה הישראלית חלק במשפט אייכמן, שהיקם במרכז הנידעה שלה, בעיצמה ובחזות, את חזיית השואה; בשלושת השבועות של "ההמנוה", לפני מלחמת ששת-הימים, שעורר מחדש את החוויה של שואה קרבה; וכמלחמת ששת-הימים. הצירוף של השואה ונצחונות המלחמה בתוך פחות משנות-דור הבליט מאוד את התפוכות שחלו במצבו של האדם היהודי בעולם בפרק-זמן קצר, והגביר מאוד את משקלו של המימד המשיחי והמיסטי בהוויה הישראלית.<sup>18</sup> בשנים שלמן מלחמת ששת

מבני התרבה אינם מורחים אתן עוד. אדם הממשיך לזוהר על נחיצותו, להקריב ולהשקיע, ואינו מקבל עוד את החיזוקים ואת התגמולים החיוביים מצד המברה.".

3. אחיו הצעיר של "השווייצר" הוא זה שאומר "סמורד" ו"יהיה בסדר". להלן דברים שאמר ראש המשפחה, יצחק רבין, בטקס סיום קורס פיקוד ומטה של צה"ל, ביום 27.8.92, כפי שפורסמו בהארץ מיום 28.8.92: "יהיה בסדר, מלווה אותנו כבר זמן רב, שנים, והוא סממן לאווירה הנגובלת בתוסר אחריות ברבים מתחמי חינו. יהיה בסדר, אותה טפחת-כחף הברמנית, אותה קרצת-עין, אותו 'סמורד' עלי, הוא סממן לחוסר סדר ומשמעת, למקצועיות שאיננה, לפסלנות שישנה. אוירת ה'זפוף' היא לצערי הרב נחלת צעירים רבים בישראל, לא דווקא בצה"ל, היא אוכלת בנו בכל פה, ואנחנו כבר למדנו בדרך הקשה והכואבת ש"יהיה בסדר" פירושו שהרבה מאד לא-בסדר".

4. ראה לעיל, פרק ד, טקסט לה"ש 4-18.

5. ראה לעיל, פרק ב, טקסט לה"ש 48-45.

6. על אפיים ה"כרתו" של טיעונים הוכחתיים ראה לעיל פרק ז'. על המתח בין משפט וכוח ראה גם: West, Law, Rights, and Other Totemic Illusions: Legal Liberalism and Freud's Theory of the Rule of Law, 134 U. Pa L. Rev. 817 (1986).

7. ראה גם: ברק, חופש הביטוי ומינגולתיות, הפרקליט מ' (תשנ"א) 5, 18 (יטבע הדברים מתבקשת פשרה, שתאזן בין האוטורסיס השונים. פשרה אינה את לחלשה. פשרה היא הנאי חיוני לסובלנות ולחיים משותפים. תורה דמוקרטית, המבוססת על פלוראליזם וסובלנות, חייבת לבסס עצמה על פשרה ולא על 'הליכה עד הסוף'; בג"ץ 148/79 סער, עו"ד ואח' נ' שר המנים והמטרה ואח', פד"י לד (2) 169, 178, השופט ברק (יבחייה המאורגנים של המברה אין להכל או לא כלום, יש 'תן וקח', ואיזון בין האוטורסיס השונים)."

8. Taylor, The Diversity of Values, in Utilitarianism and Beyond (A. Sen & B. Williams eds., 1982) 129; B. Williams, Moral Luck (1987) chapter 5; Moral Dilemmas (C. W. Gowans ed., 1981).

9. בוח המשפט לא פתה כל תיאוריה (לקסיקלית? תועלתנית?) כאשר לרדכי הפעלתה של נוסחה "איזון האוטורסיס". אם כן, הפעלת הנוסחה על-ידי בית המשפט חשבה על שום המטרים החיוביים בה, שתלקם הזוכר כאן, לא פחות, ואולי אף יותר, מאשר על-שום זרכי הפעלתה. ראה גם: Kretzmer, Judicial Review of Knesset Decisions, 8 Tel Aviv Studies in Law 95, 128-29, 133 (1988).

בתרבות הישראלית: בית-המשפט הכריז על תפיסתו הערכית בצורה ברורה ומפורשת, תוך שהוא מלווה זאת בצווים אופרטיביים, המורים מה צריך להיעשות כדי שתפסתו של בית-המשפט יתגשמו.

שלישית, הרציונליות המהותית כרוכה במושג האמת. היא מהיבט בחירה ביצרים בהסתמך על מודע נכון בדבר מצב העולם. בהנמקותיו של בית-המשפט בשנות השמונים נדרכו יתר הדגשה של המימד הערכי של המשפט (קרי: הרציונליות המהותית של המשפט) והצגה אמיתית של פשר ההליך השיפוטי. חלק מהנמקותיו של בית-המשפט הצטיינו בריאליזם חושפני ונוקב, מבהינת דרך הרצגה של תהליך ההכרעה השיפוטי; במקום ההנמקה הלוקנית, המכניסית, התד-משמעית, המאפינת את הפורמליזם המשפטי, משתפת ההנמקה של העשור האחרון את הקורא בלבטיו של השופט, הניצב מול הדטרמיניזם החלקית של המשפט; הנדרש לאזן בין ערכים מתנגשים; הנדרש לפתח גזרות משפט חדשות, כדי להתמודד כהלכה עם צרכיה של מציאות משתנה; והנדרש לבחור לעצמו פירוש אפשרי אחד מבין כמה, המציעים עצמם כאפשריים מן הבחינה הלשונית. אכן, דומה שגישוה זו של בית-המשפט מוטטה לגמרי במשפט הישראלי את המיתוס בדבר הדטרמיניזם המוחלט של המשפט ובדבר תפקידו האורקלי של השופט. משמע: ירידת הפורמליזם פירושה, שהעיסוק במימד הערכי של ההכרעה השיפוטיית ייעשה מעתה מתוך תפיסה ריאליסטית של החליך השיפוטי, ולא עוד, כעכבר, מבעד לצעף העבה של מיתוס משטטש ומטעה. גם מבהינה זו איפוא, ירידת הפורמליזם המשפטי פירושה חיזוק של הרציונליות המהותית בהוויה הישראלית.

**הערות לפרק ה:**

- 1. R. Edgerton, Rules, Exceptions, and Social Order (1985); 129; A. Sen & B. Williams, Moral Luck (1987) chapter 5; Embree, Thailand - A Loosely Structured Social System, 52 Am. Anthropologist 181 (1950).
- 2. ראה גם: בנצור, איי לפראריים - ולנו, שנות החיזוק (א' פלגי עורך, תשמ"ח) 47, 46 [לתפאיר הוא] אדם שהוא קונפורמי לגורמת שרבים

16. יתכן, כי כדוגמא לפסקי-דין שנכתבו בתוסר תוס-לכ יוכלו לשמש פסקי-דין אמריקאיים שונים, שנכתבו לפני מלחמת האזרחים של ארצות-הברית. פסקי-דין אלה קבעו, מצד אחד, שהעבדות מוגנה, בדיוחה מנוגדת לתפיסה הרוואה את כל בני האדם כשווים. מצד שני, נתנו פסקי-הדין תקף לתוצאות שהתחייבו על-פי חוקים שונים שמיסדו את העבדות. ראה: R. Cover, *Justice Accused* (1975).

10. להלן דברים שכתב פרופסור למשפטים גרמני ב-1935: "בשהדורנו עצמו ממושמע של צדדים להלך השיפוטי, אנו משהדורים עצמנו מן הנישה הלילבולית, הרוואה במשפט והנוגשות של יעדים ומאבק למציאת האמת... אנו משהדורים אפוא להקים, כנגד השיטה הלילבולית של כוחות מנוגדים, סדר חדש, שבמסגרתו יש לכל הצדדים יעד והי, "הכריז מובאים אצל: I. Mulder, *Hitler's Justice* (D. Lucas Schneider trans., 1991) 64. Reifner, *The Bar in the Third Reich: Anti-Semitism and the Decline of Liberal Advocacy*, 32 *McGill L.J.* 96 (1986).
11. להנגדרות שונות של מושג הרציונליות המהותית ראה: J. Elster, *Sour Grapes* (1983) 15-26; יונה, על מעמדן הרציונלי של הכרעות ערכיות א-מטריות, עיין לט (תשי"ז) 123.
12. מ' קרן, ב-גוריון (והאינטלקטואלים (1988) 90-95, ראה גם: קולית, ציונות ומשיחיות, משיחיות ואסכטולוגיה (צ' ברס, עורך, תשמ"ד) 419.
13. ראה גם: א' טל, משיחיות מול ריסון מדיני בציונות הדתית; יסדרות המשיחיות הפולישית בישראל, **מתוס ותמונה ביהדות מינו** (תשמ"ז) 125-126; ד' מידן, מעודה בישראל, **נוגע בדבר** (תשנ"א) 382-339; ליסק, התרבות הפולישית בישראל המשיחית מול שינוי, **אנשים ומדינה התמורה הישראלית** (ש' סמפלר עורך, תשמ"ט) 115, 125 (הירידה במעמדם של נימוקים רציונליים בוירות על עתיד "השטחים").
14. אכן, מרתק להשוות את דבריו של בן-גוריון בנוגע צרות האופק של אנשי מדינה-התמורה, כפי שהם מובאים אצל מ' קרן, לעיל הערה 12, עם כתביהם של הוגים אנטי-רציונליסטיים שונים, כפי שהם נדונים אצל י' ברלין, **נגד הזרם** (תרגום א' אמיר, תשמ"ז) במיוחד עמ' 84-57. בדומה לכך, אני מניח שיהא זה מרתק להשוות את כתביהם של דוברים מסוימים של הימין המשיחי בישראל עם כתביהם של הוגים אנטי-רציונליסטיים. ראה גם: ב' איש שלום, **הרב קוק** (תשי"ז).
15. דוגמא קלאסית היא פסקי-דין 347 *Brown v. Board of Education* (1953) US 483. כידוע, בפסקי-דין זה קבע בית-המשפט העליון של ארצות-הברית שהדוקטרינה של "equal but separate" היא בלתי-שוויונית ולפיכך חסרת תחולה לגבי מערכת החינוך הציבורית של ארצות-הברית. פסקי-הדין ביטל אפוא את הפרדת הנועים שהיתה נהוגה במדינות מסוימות של ארצות-הברית. אולם, בית-המשפט לא ליווה את הכרעתו בצו מעשי. אלא, בפסקה האחרונה בפסקי-הדין, קבע בית-המשפט, כי בכל הנוגע ליישום המעשי של הכרעתו, יימשכו ההליכים לפניו. זאת, כדי לאפשר אימוץ הדרגתי של הכרעתו הקונסטיטוציונית של בית-המשפט, במדינות השונות.

## אחריות דבר

בראשיתה, הוציעה הציונות לאנשיה את חוון הקמתן של מדינה יהודית וחברה המושתתת על צדק חברתי. בשנות התמישים, מצאה עצמה הציונות כשכוח השליטה של חוונה הולך ומתפוגג. חוון הקמת המדינה הוגשם; חוון הצדק החברתי נתקל בקשיים והחל דועך. החל בשלב זה בדרכה, מצאה עצמה הציונות מושפעת יותר ויותר על-ידי שתי ציוויליזציות העונק, עשירות-התכנים, שבסביבתה: הציוויליזציה של המערב והציוויליזציה של היהדות. בשנים שלאחר מלחמת ששת-הימים, התעצמו, במקביל, כל שלושת הגורמים הנוטלים חלק במאבק על דמותה התרבותית של ישראל: האומנות (ילידת הציונות), היהדות והליברליזם המערבי. עם זאת, בשנים אלה היה דומה לא-אחת, שכוחות האומנות והיהדות חברו יחדיו לדחיקת רגלין של הליברליזם המערבי מחייה של ישראל. מאז ומתמיד היתה לביית-המשפט העליון תרומה חשובה, אולי מכרעת, לביצור זיקתה הערכית של ישראל למערב הליברלי. בשנות השמונים, יצא ביית-המשפט נגד אלו שקראו חניג על זיקתה של ישראל לערכיו של המערב ופעל בתקיפות ובנהישות למען המשך קיומה של זיקה זו. כל מי שסבור כי בשנים שיבואו, צריכה זיקתה של ישראל למערב הליברלי להימשך ואף להתעצם, חייב לקוות שביית-המשפט יצליח במאבקי.