

מה מתחייב מתקדים מחייב?

לאי-הציות ולהתמרמרות של חלק משופטי ערכאות הדיון היה תפקיד מרכזי בביטול ההיסטורי של הלכת שמש על ידי בית המשפט העליון. גם במשטר של תקדים מחייב יש לערכאות הדיון הזדמנויות אסטרטגיות מגוונות לסטות מתקדים קיים או לערער את עוצמתו

אורי אהרונסון

בול" (לשונו של השופט נעם סולברג) ו"תוהו ובוהו" (מילותיו של הנשיא אשר גרוניס) בעניין תוכנה של הלכת שמש, רציונה ואף תוקפה ממש. הנשיא גרוניס מייחד למצב זה דיון ארוך ורועם בפסק דינו. בעיקר הוא מבקר, בחריפות של ממש, החלטות של כמה בתי משפט שלום ומחוזי מן השנים האחרונות שבחרו לסטות מהלכת שמש, להתעלם ממנה ואף לבטלה באופן גלוי ומוחצן. הנשיא גרוניס אמנם נזהר בכבר דו של מי שכיום הוא עמיתו לבית המשפט ואינו מזכיר את שמו, אך ניכר שעיקר ביקורתו מכוון לשתי החלטות של השופט יצחק עמית, שב-כהונתו כשופט בית המשפט המחוזי בחיפה קבע במפורש שחלף זמנה של הלכת שמש והורה על בטלותה. הנשיא גרוניס ראה בה-חלטות אלה, ובצדק, הפרה גלויה של חובתן החוקתית

ביטול הלכת שמש בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין רע"א 3749/12 ברעוז נ' סטר (1.8.13) היה האירוע הבולט השנה בתחום דיני הסמכויות. אכן, מבחינת ותיקותה של הלכת שמש ובהתחשב בכמות העיסוק השיפוטי והאקדמי שהיא פירנסה בדבר הסמכות העניינית בתביעות מקרקעין

שאין עניינן "שמירה על גוף הנכס", הפסיקה בפרשת בר-עוז היא רגע היסטורי ממש. אך ברשימה הנוכחית לא אעסוק במשמעויות השונות של ההחלטה לחלוקת הסמכויות בין בתי משפט השלום לבתי המשפט המחוזיים. אני מבקש להתרכז בהיבטים המוסדיים שהובילו לפסק דינו של בית המשפט העליון. כידוע, וכפי שתואר בפי-רוט בפסק הדין, טרם הפסיקה שררו בהחלטות בתי המשפט השונים - שלום, מחוזי ועליון כאחד - "בל-



ד"ר אורי אהרונסון, מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

הנשיא גרוניס אמנם נזהר בכבודו של מי שכיום הוא עמיתו לבית המשפט ואינו מזכיר את שמו, אך ניכר שעיקר ביקורתו מכוון לשתי החלטות של השופט יצחק עמית, שבכהונתו כשופט בית המשפט המחוזי בחיפה קבע במפורש שחלף זמנה של הלכת שמש והורה על בטלותה



לסטות מהלכת שמש. השופט יצחק עמית



תוהו ובוהו. הנשיא אשר גרוניס

שופטי ערכאות הדיון בשיטות המשפט המקובל מגלה שהמציאות המוסדית מורכבת יותר. בפועל, גם במשטר של תקדים מחייב, לערכאות הדיון יש הזדמנויות אסטרטגיות מגוונות, ברמות שונות של בוטות ושל לגיטימיות, לסטות מתקדים קיים או לערער את עוצמתו.

ראשית, בית המשפט העליון הוא אמנם הערכאה היוצרת את התקדים, אך חשוב לזכור שמי שקובע את תוכנו בפועל הן ערכאות הדיון המיישמות אותו. כפי שהפרשן של דבר החקיקה הוא שקובע את משמעותו המעשית של החוק הכללי, כך גם הערכאה המפרשת את התקדים, שהוא למעשה נורמה כללית (למעט בהקשר הנסיבות הקונקרטיות של התיק שנשמע בעליון), היא שקובעת את אופן תחולתו במקרים המסוימים. כל עוד בית המשפט העליון לא התייחס לפירוש שניתן לתקדים בפסיקה מאוחרת,

של ערכאות הדיון לקיים הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון, אשר "מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון" (סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה). הוא הזהיר מפני "הסכנות הרבות" הטמונות בהתנהגות זו של ערכאות הדיון, אשר הופכת את "מערכת המשפט שלנו ל'מערכת שופטים', בה כל שופט עושה כרצונו", הדין הופך לשרירותי, ובעלי הדין נמצאים בחוסר ודאות בנוגע לכלל החל. הנשיא ציין שערכאות הדיון רשאיות להביע את ביקורתן על הלכות בעייתיות ובדרך זו להציף לבית המשפט העליון את הצורך בבדיקתן המחודשת, אך הדבר אינו פוטר אותן מחובת הציות.

המבנה ההיררכי המבוסס על עקרון התקדים המחייב הוא מאפיין ותיק ויסוד מוסד בשיטות המשפט המקובל, מהסוג שהשיטה הישראלית נוהגת לשייך את עצמה אליו. אך עיון במאפייני ההתנהגות של

למעשה ערכאות הדיון הן שקובעות את תוכן התקדים – מהו הרציו ומהו האוביטר בפסיקת העליון, מה משמעות המושגים שבהם השתמש ועל אילו נסיבות הם נועדו לחול. נתון זה מקנה להן כמובן שיקול דעת משמעותי בקביעת תוכנו של התקדים. מושגיות עמומה כגון "שמירה על גוף הנכס" הייתה כר פורה לתרגילים פרשניים מסוג זה.

גם כאשר תוכנו של התקדים ידוע וברור יכולות ערכאות הדיון לבצע אבחון של התקדים לאור נסיבות משתנות המופיעות בתיקים שנדונים לפניו. לעיתים הן יכולות גם לסווג שאלות הנתונות להכרעתן כעובדתיות ולא כמשפטיות, ובדרך זו לחסנן מפני העליונות המחיבת של משטר התקדים המשפטי.

שנית, כאשר התקדים ידוע ואין ספק שהוא חל על מקרה נדון, ערכאת הדיון יכולה ליישמו תוך "הבעת מחאה", בתקווה שהדבר ירמוז לבית העליון שדאי לערער על ההחלטה, ובהמשך לרמוז לערכאת הערעור שכדאי לה לבחון מחדש את ההלכה. כך פעל בית המשפט המחוזי בעניין ברע"ז. אמנם אין מדובר כאן בסטייה מהתקדים, אך גם בפעולה שיש פוטential כזאת יש כדי לערער את מעמדו, מכיוון שהיא חושפת מחלוקות על נכונות

תו בתוך הקהילה השיפוטית, בתהליך שלאורך זמן יכול להוביל לכרסום בעוצמתו של עקרון התקדים המחייב ולהשפיע על עיצוב הדין, בפסיקה תקדימית חדשה או בתיקון חקיקתי.

שלישית, ערכאות הדיון יכולות לפעול כפי שעשו חלק מבתי המשפט בנוגע להלכת שמש: הפרה בוטה

ומפגנת של ההלכה. אפשרות זו זמינה לשופטים באופן ייחודי; היא אינה נגישה באותה מידה למקבלי החלטות המצויים בתחיתן של היררכיות מוסדיות בגופים שלטוניים אחרים. הטעם לכך הוא הכלל החוקתי הייחודי בדבר העצמאות השיפוטית. היות שעל שופט חלה מרותו של הדין בלבד (סעיף

2 לחוק יסוד: השפיטה), אי אפשר להטיל עליו סנקציות מוסדיות כגון העמדה לדין משמעת או פיטורים בגין אי ציות להלכה של בית המשפט העליון (אכן, השופט עמית קודם לבית המשפט העליון למרות החלטותיו החריגות). כל שאפשר לעשות הוא לתקן את ההחלטה בערעור, אם ערעור כזה יגיע – דבר הנתון לשיקול דעתו של בעל הדין המפסיד. זה לא אומר ששופטים חופשיים לגמרי בהחלטותיהם – הרבות המוסדית והתמריצים הכרוכים בה תומכים בדרך כלל בציות להלכות – אך הם מצויים בעמדה ייחודית המאפשרת להם לסטות מהשורה מעת לעת, אם אמונתם המקצועית מחייבת זאת. איזו אסטרטגיה מבין החלופות הללו עדיפה מבחינה ציבורית? נראה שהחלופה הראשונה – אמצעי התגברות עקיפים – היא הנפוצה ביותר, ויש לה יתרונות. היא מאפשרת לשיטת המשפט לקיים מראית עין של ציות,

שימור ההיררכיה וכיבוד הבסיס החוקתי שלה. בה בעת היא נותנת מקום לערכאות הדיון לעצב פתרונות מקומיים לבעיות משתנות, בעוד בית המשפט העליון קובע את הקווים הכלליים של הדין. במובן מסוים, הלכותיו של בית המשפט הופכות בתפיסה זו להלכות מנחות (בדומה להלכותיו

התרבות המוסדית והתמריצים הכרוכים בה תומכים בדרך כלל בציות להלכות, אך שופטי ערכאות הדיון מצויים בעמדה ייחודית המאפשרת להם לסטות מהשורה מעת לעת, אם אמונתם המקצועית מחייבת זאת

כאשר ערכאת דיון מכירה בתוקפה של הלכה ומקיימת אותה, אפילו תוך מחאה, אין תמריץ משמעותי לערער על ההחלטה; ערכאת הדיון הרי הכריעה נכונה, והסיכוי שבית המשפט העליון יסטה מתקדימיו לעולם אינו גבוה

של בית המשפט המחוזי – סעיף 20(א) לחוק יסוד: השפיטה), יותר מהלכות מחייבות; הן קובעות את הכיוון, אך לא את תנאי מימושו המדויקים. עם זאת ניכר חסרונה של גישה זו: היא מאפשרת ערעור חשאי של ההיגיון ההיררכי של השיטה ותיקון סמוי של תקדימים שגויים, ולכן היא מקשה את פיתוחו של דיון ציבורי על הדין הראוי.

החלופה השנייה – ציות תוך מחאה – צוינה על ידי הנשיא גרוניס בעניין ברעזו כאפשרות העדיפה בעיניו. גישה זו מאפשרת לבית המשפט העליון ליהנות מיתרון הידע שיש לערכאות הנמוכות בכל הנוגע לקשיי היישום בשטח של ההלכות שהוא מייצר, אך זאת מבלי לערער על המבנה הפורמלי של השיטה ההיררכית. אלא שגם לשיטה זו יש מחיר. כאשר ערכאת דיון מכירה בתוקפה של הלכה ומקיימת אותה, אפילו תוך מחאה, אין תמריץ מועותי לערער על ההחלטה; ערכאת הדיון הרי כריעה נכונה בהתאמה להלכה הבעייתית, והסיכוי שבית המשפט העליון יסטה מתקדימיו לעולם אינו גבוה (יעידו 54 השנים שנדרשו לביטול הלכת שמש, במהלכן היא אושרה כמה פעמים בעליון). נדרש בעל דין בעל מחויבות ציבורית ניכרת כדי להמשיך להיאבק בהלכה שגם ערכאת הדיון מכירה בתחולתה.

החלופה השלישית – הפרה גלויה – נדמית על פניה כבעייתית ביותר, אך ראוי להתעכב גם על מעלותיה. במקרים כאלה ערכאת הדיון בוחרת ביודעין לתת פסק דין שגוי, לפחות לפי ההיגיון הפורמלי של עקרון התקדים המחייב. היא עושה זאת תוך הפרת חובה חוקתית, אך ראשית היא מזמינה בכך ערעור לתיקון השגיאה, ופותחת את הפתח הרחב ביותר לבית המשפט העליון לבחון מחדש את ההלכה, ושינית, וחשוב מזה, גישה זו גלויה ושקופה. היא אינה פונה לטכניקות סמויות של פרשנות ואבחון כדי לתקן את קשייה של הלכה בעייתית, אלא מנצלת את הגנתה של העצמאות השיפוטית כדי להודיע ברבים שההלכה שייצר בית המשפט העליון היא בעייתית בראיית השופט המסוים, ולמעשה מזמינה – באמצעות פסיקה סותרת – דיון פומבי על נכונותה של ההלכה, בין בתוך מערכת בתי המשפט ובין מחוצה להם (למשל בהליך חקיקה).

בשורה התחתונה ניכר שלא-הציות של חלק

משופטי ערכאות הדיון, ולהתמררות של שופטים רבים נוספים בערכאות האלה, היה תפקיד מרכזי בשינוי הסופי של הלכת שמש בבית המשפט העליון. ספק אם התוצאה הייתה זהה גם בהעדר המקרים הקיצוניים של הפרה גלויה של הלכת שמש; מקרים אלה חייבו ניסוח שיפוטי בהיר של הביקורות על הלכת שמש, הזינו את טיעוניהם של בעלי דין בהליכים רבים, ולבסוף מצאו ביטוי גם בפסיקתו של העליון. אף שהייתה בהם "אי-חוקיות" פורמלית – ומעניין להזכיר שבמשפטנו מוסמכות כל ערכאות הדיון לבטל חקיקה בלתי חוקתית של הכנסת, ועדיין אינן רשאיות לעשות כן להלכות של בית המשפט העליון – הייתה בהם גם תרומה לשיפורו של הדין, וזאת באופן גלוי המזמין דיון וביקורת.



**אנו נושאים על כתפינו
משא כבד של אחריות.
האור שמנחה אותנו אינו
אורה של השמש או אורם
של הכוכבים, שהם קניין
הכל. אין הוא אלא אורו של
הלפיד הקטן שביד כל אחד
ואחד מאיתנו, המאיר את
נתיבו**

השופט יעקב טירקל,

ד"ר א' 2401/95 נחמני נ' נחמני