

# פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי

דניאל פרידמן \*

- א. מבוא
- ב. היבטים פוזיטיביים ונגטיביים של דרישות פורמליות
- ג. סטטיסטיקה היפותטית המדגימה את התועלת שבפורמליזם
- ד. פרשנות ופורמליזם
- ה. פורמליזם וקביעת יוצאים מן הכלל
- ו. אקטיביזם שיפוטי
- ז. אקטיביזם שיפוטי והמכנה המשותף של הקהילה
- ח. אקטיביזם שיפוטי, פרשנות וחלוקת סמכויות
- ט. אקטיביזם שיפוטי ושקיעת הפורמליזם
- י. סיכום

## א. מבוא

סברה מקובלת היא שקיים ניגוד בין פורמליזם לערכים. סברה זו משתקפת, למשל, בשיר העלילה "קרצו של יוד"<sup>1</sup>, שבו משמשת הקפדה על דייקנות באיות סמל לאטימות ולקשיחות<sup>2</sup>. הניגוד בין פורמליזם לערכים משתקף גם בכותרת ספרו של מנחם מאוטנר: "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי"<sup>3</sup>. הכותרת מצביעה על ירידת הפורמליזם בשיטתנו המשפטית, ועל כך דומני שלא ניתן לחלוק. אולם מכותרת זו עשוי גם להשתמע כי מכיוון שבתי המשפט מאז שנות השמונים הנם פחות "פורמליסטיים", הם גם ערכיים יותר מאלה שקדמו להם. על מסקנה זו אני מרשה לעצמי לחלוק. אינני סבור שבתי המשפט שפסקו בע"ב 1/65 ירדור נ'

\* פרופסור, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למינהל; פרופסור (אמירטוס) למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 י"ל גורדון "קרצו של יוד" כתבי יהודה לייב גורדון: שירה (תש"י) קכט.  
2 ראו גם: F. Schauer "Formalism" 97 *Yale L. J.* (1988) 509. אולם המחבר מצביע גם על יתרונות הפורמליזם, נושא שאדון בו בהמשך.  
3 מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים (תשנ"ג).

יו"ר ועדת הבחירות<sup>4</sup>, בבג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון<sup>5</sup> ובבג"ץ 75/53 קול העם נ' שר הפנים<sup>6</sup> השיגו תוצאות ערכיות פחות מאלה המושגות כיום. נראה לי שניתן להצביע על דוגמאות רבות שבהן מושגות כיום, לפחות לטעמי, תוצאות שהגן פחות ערכיות מאלה שהושגו בעבר<sup>7</sup>.

אגע אפוא בקצרה בסוגיה זו של ניגוד בין פורמליזם לערכים. בפתח הדברים אצביע על מה שייראה אולי כפרדוקס, והוא שדרישות פורמליות מיועדות כרגיל דווקא לבטא ערכים ולחזקם<sup>8</sup>. אפתח בדוגמה מספר דברים שבו נאמר: "על פי שניים עדים או שלושה עדים יומת המת. לא יומת על פי עד אחד"<sup>9</sup>. הפסוק מציב דרישה פורמלית בתחום דיני ראיות. בדומה לדרישות פורמליות אחרות הוא עלול לגרור תוצאות בלתי רצויות. למשל, אם ביצע אדם מעשה פשע חמור, אך נמצא רק עד אחד לחובתו, יצא העבריין נקי. למרות זאת ברור שפסוק זה מבטא ערך נעלה, שעליו הוא מבקש להגן באמצעות דרישה פורמלית. הערך הוא מניעת הרשעתו של אדם חף מפשע. הפסוק מושתת על ההנחה שהסיכון להרשעה על יסוד עדות יחיד הוא גדול מדי, והוא מבקש להתמודד עם הבעיה הערכית באמצעות כלל פורמלי. כללים פורמליים אחרים, לרבות אלה המצויים במשפט המודרני, מיועדים אף הם להגן על ערכים. לדוגמה, חוק הירושה, תשכ"ה–1965 (להלן: "חוק הירושה") מציב דרישות פורמליות כתנאי לתוקפה של צוואה. דרישות אלה כוללות כתב, ציון תאריך וכן חתימה בפני שני עדים הגדרשים לאשר בחתימתם שהמצווה הצהיר בפניהם שזו צוואתו ושהוא חתם עליה<sup>10</sup>. כל הדרישות הפורמליות הללו נועדו להבטיח ערך חשוב, והוא כיבוד רצונו של המנוח בכל הנוגע לחלוקת רכושו. בדומה לדרישות פורמליות אחרות, קיים תמיד סיכון שבמקום להבטיח את הערך שמדובר בו, הן יפעלו לסיכולו. כך, בעניין צוואה קיים סיכון שפגם "פורמלי" (למשל, נוכחות עד אחד במקום שניים<sup>11</sup>) יגרור את פסילת הצוואה ואת הכשלת רצון המנוח. למרות זאת, ברור שהנחת המחוקק היא כי דווקא הכלל הפורמלי הוא

4 ע"ב 1/65 ירדור נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.

5 בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399.

6 בג"ץ 75/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז 871.

7 ראו למשל ע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים, פ"ד מט (2) 265 (להלן: פרשת אפרופים); וכן את הדיון בע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט (1) 485 (להלן: פרשת נחמני), להלן הטקסט הנלווה להערות 35–37.

8 אכן, בעניין זה ניתן להבחין בין דרישות פורמליות המבטאות ערכים לבין דרישות טקסיות שמקורן בעולם העתיק או בנבכי ההיסטוריה, ושאולי ביטאו ערכים שהיו מקובלים בעבר, אך כיום חדלו למלא תפקיד זה. השוו לדברי השופט אגרנט בע"א 65/94 פריזלר נ' וויס, פ"ד ה 878, 889 (להלן: פרשת וויס), בעניין דרישות שמקורן בפורמליזם של המשפט הקדום.

9 דברים, יז, ו.

10 ס' 20 לחוק הירושה.

11 בעניין זה הכשיר לאחרונה בית המשפט העליון, ברוב דעות, ביטול צוואה באמצעות תצהיר בפני עורך דין, כך שהביטול נעשה למעשה בפני עד אחד: דנ"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני (טרם פורסם), פדאר 05 (5) 510 (להלן: פרשת אהרן).

שיבטיח בדרך כלל את הערך של כיבוד רצון המצווים, אף שבמקרים ספציפיים אחדים הוא עלול להכשיל מטרה זו.

דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין<sup>12</sup> מושתתת על שיקולים דומים. הדרישה הפורמלית נועדה להבטיח את הערכים שעליהם השיטה המשפטית מבקשת להגן, היינו לוודא שהעסקה אכן נעשתה, לוודא כי העסקה נעשתה מרצון וכי הצדדים היו מודעים למשמעותה ולחשיבותה של העסקה. אולם במקרה זה הדרישה חריפה פחות מזו הקיימת בהקשר של צוואות, וזאת משני טעמים: (1) בעת שפורץ הסכסוך יהיו שני הצדדים, כרגיל, בחיים ויוכלו למסור עדות; (2) מדובר בעסקאות בתמורה להבדיל מצוואה שהנה בעלת אופי של מתנה. אך כאמור, גם כאן נועדה הדרישה הפורמלית להבטיח ערכים.

בלשון כללית יותר ניתן לומר שהמשפט מושתת על שורה ארוכה של כללים, העשויים להיחשב נוקשים, ואשר משמעותם היא כי בהתמלא התנאים המפורטים בהם, נובעת בהכרח התוצאה שהם קובעים. ניתן לגרוס כי זהו פתרון פורמליסטי, אך האלטרנטיבה היא לאפשר לשופט לפתור כל סכסוך לפי שיקול דעתו. פתרון זה נראה לא אחת גרוע פי כמה מהסתמכות על הכלל ה"פורמלי". התוצאה היא שבמסגרת האפנות המשפטיות המתחלפות אנו עדים לכך שלאחר תקופה ארוכה של התנגדות לפורמליזם, חלה תפנית, וכיום אנו מוצאים ספרות ענפה הדוגלת במה שמכונה "הפורמליזם החדש"<sup>13</sup>. ביטוי מרחיק לכת לגישה זו ניתן למצוא בדברי השופט האמריקני סקליה (Scalia) המשבח את הפורמליזם ומציגו כגורם המבטיח את שלטון החוק להבדיל משלטונם של אישים אלה או אחרים<sup>14</sup>.

### ב. היבטים פוזיטיביים ונגטיביים של דרישות פורמליות

לדרישה פורמלית שהדין מציב כתנאי לתוקפה של פעולה משפטית עשויים להיות שני היבטים. האחד נגטיבי – משמעותו היא שאם לא קוימה הדרישה, אין לפעולה תוקף. האחר פוזיטיבי – משמעותו היא שאם קוימו הדרישות הפורמליות, תהא הפעולה תקפה. בהקשר זה אציין רק שבמשפט הקדום ניתן למצוא דוגמאות לגישה שלפיה משקוימה הדרישה הפורמלית, הרי היא מקנה

12 דרישת הכתב מעוגנת בס' 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1967.

13 לנושא הפורמליזם בארצות-הברית הוקדש סימפוזיון מקיף המשתרע על יותר מארבע מאות עמודים, ונכללו בו מאמרים רבים. ביניהם גם המאמר על הפורמליזם החדש בדיני החוזים: D. Charny "Formalism in Commercial Law: The New Formalism in Contract" 66 *U. Chi. L. Rev.* (1999) 842. ראו גם: P. Cox "An Interpretation and (Partial) Defense of Legal Formalism" 36 *Ind. L. Rev.* (2003) 57.

14 A. Scalia *A Matter of Interpretation* (Princeton, 1997) 25. לדין ראו גם א' כנודר "חיי המשפט הם היגיון, ולכן לא הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" משפט וממשל ו (תשס"ג) 593.

לפעולה המשפטית תוקף, שאיננו ניתן לערער<sup>15</sup>. אין כוונתי להרחיב את הדיבור על ההיבט הפוזיטיבי, פרט לכך שאציין את העובדה שקיום הדרישה הפורמלית יוצר כרגיל במשפט המודרני חזקה בדבר תוקפה המחייב של הפעולה המשפטית, וככל שהדרישה הפורמלית חמורה יותר, כך גדלה עצמת החזקה. עם זאת, מדובר, כמעט ללא יוצא מן הכלל, בחזקה הניתנת לסתירה. כך, למשל, העובדה שקוימו כל הדרישות הפורמליות בצוואה, יוצרת חזקה בדבר תוקפה. אולם זו חזקה הניתנת לסתירה, למשל, באמצעות הוכחה שהמנוח פעל מחמת השפעה בלתי הוגנת. במקרה זה תהא הצוואה בטלה.

### ג. סטטיסטיקה היפותטית המדגימה את התועלת שבפורמליזם

את שיקולי התועלת שבפורמליזם ואת הגנת הערכים המושגת באמצעותו אבקש להדגים באמצעות נתונים היפותטיים המדגימים תוצאות אפשריות הנובעות מדבקות בכלל פורמלי או מסטייה ממנו. נחזור לדוגמת הצוואה, ונניח שפלוני מספר לידידיו כי בדעתו להוריש את רכושו לאחייניתו וכי הוא עומד לפנות לעורך דין לשם הכנת צוואה ברוח זו. אולם כעבור ימים אחדים נפטר פלוני, וזאת מבלי שהיה סיפק בידו לפנות לעורך דין להכנת הצוואה. בנסיבות אלה אין האחיינית זכאית לירושה מכיוון שלא התקיימו הדרישות הפורמליות שבחוק הירושה (היינו צוואה בכתב ובפני עדים). ניתן אמנם לטעון כי ההקפדה על הדרישות הפורמליות הללו מסכלות את רצון המנוח, וכי מבחינה זו הן פוגעות בערך שעליו אנו מבקשים להגן. אולם ראוי לשקול את האפשרות ההפוכה, היינו מה היה מתרחש אילו התאפשר לאחיינית להשמיע עדויות בעל פה בדבר כוונת המנוח, ולזכות בדרך זו ברכוש. ייתכן שבמקרה זה אכן היה בכך כדי להגשים את כוונת המנוח. כפועל יוצא של כך הייתה מושגת תוצאה ראויה. אולם כנגד זה יש להביא בחשבון את האפשרות שהעדים לא הבינו בדיוק את כוונת המנוח, וייתכן שהוא רק העלה רעיון בדבר ירושה מבלי שעדיין גיבש דעה נחרצת. ישנה גם אפשרות שהעדויות תהיינה ממש כוזבות וכי לא היו דברים מעולם.

סיכונים אלה יש לבחון לא רק על רקע המקרה האחד של אותה אחיינית, אלא על יסוד ההנחה, שאם יותרו עדויות כאלה בעל פה, ייתקלו בתי המשפט במאות ואולי באלפי מקרים כאלה מדי שנה. הבה נניח לצורך הצגת הבעיה, שמדובר באלף מקרים כאלה. נניח עוד שב-900 מהם לא גיבש המנוח כוונה חד-משמעית להוריש את רכושו למי שטוען שהוא הנהנה המיועד, ואילו ב-100 המקרים האחרים אכן התכוון המנוח להוריש את רכושו לאותו נהנה. כלל פורמלי

15 כך, למשל, נאמר כי בדין האנגלי לא ניתן היה בעבר להעלות טענת מרמה כנגד מסמך בחותם, וגם אפשרות לטעון לכפייה הייתה מוגבלת עד מאוד. ראו: A.W.B. Simpson *A History of the Common Law of Contract: The Rise of The Action of Assumpsit* (Oxford, 1975). לדיון ראו גם ד' פרידמן ונ' כהן חזוים (תשנ"א, כרך א) 390.

נוקשה, השולל לחלוטין עדויות בעל פה כתחליף לצוואה כתובה, יביא ב־90% מהמקרים לתוצאה צודקת, התואמת את הערכים שעליהם אנו מבקשים להגן, וב־10% מהמקרים לתוצאה בלתי צודקת<sup>16</sup>. לכך יצטרף היתרון הנעוץ בכך שיש להניח שכל המקרים הללו לא יהיו כרוכים כלל בהתדיינות, והעומס על בתי המשפט יפחת.

אולם השאלה היא מדוע לא ננסה להשיג תוצאה צודקת בכל המקרים (צדק של 100% ולא של 90% בלבד). אכן, לו הייתה ודאות שבתי המשפט יוכלו לאתר את 100 המקרים מתוך האלף שבהם הייתה למנוח כוונה מגובשת להוריש את רכושו לנהנה הטוען לכך, ראוי היה לוותר על הדרישה הפורמלית בדבר צוואה כתובה. אולם השאלה המכרעת היא באיזה אחוז מהמקרים יוכלו בתי המשפט להגיע, על יסוד עדויות בעל פה, לחקר האמת. זאת כאשר קיים חשש ממשי שבתי המשפט לא יוכלו לעמוד במשימה, באופן זה שאם יותר להם להכריע על יסוד עדויות בעל פה, עשוי אחוז הטעויות להיות גדול יותר. במילים אחרות, הערך שעליו אנו חפצים להגן, היינו כיבוד רצון המנוח, יזכה להגנה טובה יותר באמצעות הקפדה על הכלל הפורמלי מאשר באמצעות ויתור עליו. ויתור כזה מאפשר באופן תאורטי השגת תוצאה רצויה בכל המקרים, אולם הסיכון הוא שתושג תוצאה שגויה (המנוגדת לערכים) במספר גבוה יותר של מקרים, ממה שהיה קורה אילו נהגו לפי הכלל הפורמלי.

ויתור על הכלל הפורמלי יגרור התפתחויות נוספות: יש להניח שתביעות רבות נוספות תוגשנה לבתי המשפט והעומס עליהם יגדל משמעותית. כמו כן ייפגעו קשה הערכים של ודאות וצפיות, המהווים תשתית לתפקודה של מערכת המשפט. עורכי הדין יתקשו לנחש מה תהיה התוצאה בכל אחת מהתביעות, וכל שיוכלו לומר ללקוחותיהם הוא: "אי־אפשר לדעת מה יקרה. תוכל, אם רצונך בכך, לנסות את מזלך".

כך תיפגע אמינותה של הרשות השופטת ויתפתח פער חריף בין הדרך שבה רואים בתי המשפט את האופן שבו הם ממלאים את תפקידם, לבין הדרך שבה נראים הדברים בעיני עורכי הדין והמתדיינים. בתי המשפט יהיו משוכנעים שהם "עושים צדק" בכל מקרה ומקרה. לעומת זאת, בעיני עורכי הדין והמתדיינים עלולה התוצאה להיראות מקרית, בלתי אפשרית לניבוי מראש, ואף שרירותית. ניתוח מקביל ניתן להציג לגבי דרישת הכתב והחתימה בעסקאות מקרקעין. דרישות כאלה הן דרישות פורמליות. הערך שעליו הן מבקשות להגן הוא הערך המונח בבסיס דיני החוזים, היינו הרצון של הצדדים להתקשר בעסקה הנדונה. דרישות כאלה המוחלות באופן דווקני, עלולות, ככל דרישה פורמלית, לגרום עוול,

16 מובן שאין בידי שום הוכחה שזהו אכן היחס בין המקרים השונים, והגישה עשויה להיות שונה, אם מניחים שהיחס הוא הפוך, כלומר שב־90% מהמקרים התכוון המנוח להוריש את רכושו לנהנה או לנהנים מסוימים, אף שלא הכין צוואה בכתב.

שמשמעותו פגיעה באותו ערך שעליו הן מבקשות להגן. כאשר אכן קיימת הסכמה אמיתית ומלאה, שלא מצאה את ביטויה במסמך כתוב, תשלול הדרישה הפורמלית הכרה בהסכם, ובכך תגרום עוול. אולם השאלה היא מה קורה כאשר מותרים כליל על הדרישה הפורמלית או מרוקנים אותה מכל תוכן. התשובה המובנת מאליה היא שבמקרה כזה נחשפים צדדים לסיכון שלפיו יקבע בית משפט שנקשר חוזה המחייב אותם, למרות היעדרה של הסכמה אמיתית מצדם ואף שמעולם לא התכוונו לכך. אין צריך לומר שתוצאה זו גוררת עמה עוול שאיננו נופל מחומרתו מהעוול שבאיי-הכרה בתוקפו של הסכם, מחמת העובדה שהדרישות הפורמליות לא קוימו. המעיין בפסיקה הישראלית לא יתקשה למצוא דוגמאות שבהן ההתעלמות מדרישות פורמליות אכן גרמה עוול שאיננו נופל בחומרתו מזה שגורמת עמידה על דרישות אלה<sup>17</sup>.

יתר על כן, בחינת המקרים שהתבררו בבתי המשפט, ואשר בהם לא קוימו הדרישות הפורמליות, מגלה שקו אופייני להם הוא התדיינות ארוכה וממושכת, לעתים עשר שנים ואף למעלה מזה, ושכמהלך ההתדיינות התגלעו מחלוקות עמוקות בין השופטים. המחלוקות הגיעו לא פעם לדין נוסף שבו הוכרעה השאלה בניגוד לעמדה של ערכאות קודמות<sup>18</sup>. על משמעות העיכובים הללו ומחירים, לרבות "הקפאת" הרכוש נשוא המחלוקת במשך שנים ארוכות, אין צורך להרחיב את הדיבור.

אחת התוצאות מכל אלה היא נטייה לשוב ולהכיר ביתרונות הפורמליזם, ולו בצורה מסויגת. בספרות האמריקנית באה נטייה זו לידי ביטוי בעניין מחודש בסוגיית הפורמליזם ובהכרה ביתרונותיו, ולו בכפוף למגבלות<sup>19</sup>.

## ד. פרשנות ופורמליזם

פרשנות חוזים מעוררת בעיה דומה. קיימת גישה הגורסת שלפחות בחוזים מסחריים (להבדיל מחוזים צרכניים), שאינם חוזים אחידים, יש לייחס משקל מרבי לתוכן המסמך ולאמור בו. אפשר לגרוס שזהו כלל פורמלי, אף שהשימוש במונח "פורמלי" בהקשר זה אולי איננו מקובל. מכל מקום כלל זה מצמצם את שיקול הדעת של בית המשפט. הוא מניח אפשרות שהמסמך שניסחו הצדדים הנו ברור, ובמקרה כזה מוטל על בית המשפט ליישמו, מבלי שנותרת לו אפשרות לפרש את המסמך בדרך שאיננה מתיישבת עם הכתוב בו (זאת לפחות בכל אותם מקרים שבהם ישום

17 ראו בהמשך את דיונונו בע"א 692/86 בוטקובסקי נ' גת, פ"ד מד(1) 57 (להלן: פרשת בוטקובסקי).

18 ראו, למשל, את פסק הדין שניתן לאחרונה בפרשת אהרן, לעיל הערה 11, בעניין ביטול צוואה בפני עד אחד. במקרה זה הוגשה התביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשנת 1995. פסק הדין בדיון הנוסף ניתן ביום 22.3.2005, כלומר כעשר שנים לאחר פתיחת ההליכים בנושא.

19 ראו לעיל הערות 2 ו-13.

המסמך כלשונו איננו מביא לתוצאה אבסורדית<sup>20</sup>. ההנחה שבכביסו של כלל זה היא שזו הדרך הטובה ביותר להבטיח את הערך של מימוש כוונת הצדדים. גישה המעניקה חופש מרבי לבית המשפט לפרש את החוזה תוך התעלמות מלשונו, או לצמצם את המשקל שמייחסים לו, חותרת כמובן אף היא לשמור על אותו הערך עצמו. היא מושתתת על ההנחה שלפיה עקרונות רחבים, המקנים שיקול דעת רחב לבית המשפט, יבטיחו את מימוש כוונת הצדדים טוב יותר מכלל החוזה את הדין אך ורק או בעיקר על סמך המילה הכתובה. התגובה הקשה לפרשת אפרופים<sup>21</sup> מלמדת על כך שציבור המשפטנים לא השתכנע שהוויתור על הכלל הפורמלי הניב תוצאה עדיפה על זו שהייתה מושגת על ידי שמירה על כלל זה.

### ה. פורמליזם וקביעת יוצאים מן הכלל

האמור בפסקאות הקודמות הושתת על בחירה בין שתי אפשרויות קיצוניות: האחת, כלל פורמלי נוקשה, והאחרת, חופש מוחלט או היעדרה של כל מגבלה פורמלית. אך קיימות אפשרויות ביניים, המניחות כנקודת מוצא את קיומו של הכלל הפורמלי, אלא שהן מאפשרות חריגים לתחולתו. חריגים אלה עשויים להיות מוגדרים באופן נוקשה, אך ייתכן שתהיה בהם גמישות מסוימת. בהקשר זה אפנה לדין 40/80 קניג נ' כהן<sup>22</sup>, שבו מצאה המנוחה את מותה בנסיבות טרגיות. נישואיה לא עלו יפה, ולא עלה בידה להתגרש מבעלה. היא שכרה חדר בקומה עשרים של בית מלון, וכתבה על פתק צוואה שבה הורישה את כל רכושה לאחיה. בפתק נוסף ביקשה שבעלה לא יבוא ללוויה שלה, וכעבור זמן קצר התאבדה בקפיצה מחדר המלון, כשהיא נוטלת בידה את הבת הקטנה שלה ושל בעלה. בדיון הנוסף נקבע ברוב דעות כי אין לאשר את צוואתה של המנוחה, כצוואה בכתב יד, שכן הפתק שהשאירה לא נחתם על ידה ולא נשא תאריך, כמצוות סעיף 19 לחוק הירושה. עוד פסקו שופטי הרוב כי לא ניתן להחיל על המקרה את הוראת סעיף 25 לחוק הירושה, המאפשר קיום צוואה על אף פגמים בחתימת המצווה או בתאריך, אם אין לבית המשפט ספק בדבר אמיתותה. לעומתם סברו השופטים ברק ואלון,

20 ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשס"ד, כרך ג) 244–245.

21 שם, בע' 245–249.

22 ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (להלן: פרשת קניג). לבעיית הפגמים בצוואה ראו גם פרשת אהרן, לעיל הערה 11. דיון בנושא הספציפי שהתעורר באותו עניין (ביטול צוואה באמצעות תצהיר בפני עורך דין, כך שהביטול נעשה למעשה בפני עד אחד) חורג ממסגרת רשימה זו. נציין רק שהאפשרות של הטלת אחריות על עורך הדין בשל העובדה שהביטול לא נעשה בפני שני עדים ובחתימתם לא נבחנה בפסק הדין ולמעשה לא נזכרה כלל. השוו: *White v. Jones* [1995] 2 A.C. 207 (להלן: *White case*). אולם מובן שמשנפסק כי הביטול תקף, אף שלא נעשה בפני שני עדים, ירדה מן הפרק שאלת אחריותו של עורך הדין לאי-תקפות הביטול, שהרי הסתבר – לאחר התדיינות קשה וארוכה – שהדרך שנבחרה לביטול השיגה בסופו של דבר את התוצאה המשפטית המבוקשת.

בדעת מיעוט, שיש לאשר את הצוואה. סבורני כי דעת המיעוט עדיפה,<sup>23</sup> מהטעם שלמרות החשיבות המיוחדת של דרישת הצורה בנוגע לצוואות, היו במקרה זה ראיות נחרצות ומשכנעות, ברמת ודאות גמורה, שהצוואה (הפגומה אמנם מבחינה פורמלית) משקפת את המהות, היינו את רצונה האמיתי והנחוש של המנוחה. לכך הצטרף אי-הצדק המקומם אשר נעוץ בכך שחורף כל מאמצייה של המנוחה, גרם פגם טכני לכך שרצונה סוכל, ורכושה חולק בניגוד מוחלט למה שהיה ברצונה. ואכן בעקבות מקרה זה תוקן חוק הירושה והקנה לבית המשפט סמכות להכיר בתוקפה של צוואה בכתב יד למרות היעדר תאריך וחתימה. מקרה קיצוני מעין זה מצדיק הכרה בקיומו של יוצא מן הכלל, שבמסגרתו לא תופעל הדרישה הפורמלית בכל חומריתה. אולם אף שבעיניי לפחות ברורה עדיפותה של דעת המיעוט בפרשת קניג, כרוכה גישה זו בסיכון של "המדרון החלקלק"<sup>24</sup> המשתקף בכך שהמשך התהליך עלול בסופו של דבר לגרור כרסום מופרז בדרישות הפורמליות. כרסום כזה, כפי שכבר צוין לעיל, עלול לפגוע במהות, וסופו שיגרור חלוקת רכוש שלא כהתאם לכוונת הנפטר.

נבחן זאת באמצעות הדוגמאות הבאות: (1) פלוני מספר לידידיו כי בדעתו להוריש את כל רכושו לאחייניתו וכי בימים הקרובים יתקשר עם עורך דין ויורה לו להכין צוואה ברוח זו. כעבור ימים אחדים נפטר פלוני, קודם שהיה סיפק בידו לעשות כן; (2) פלוני הורה לעורך דין להכין עבורו צוואה שבה יוריש את כל רכושו לאחייניתו. הוא מספר לידידיו כי הוא עומד לנסוע למשרדו של עורך הדין כדי לחתום על הצוואה, אך בדרכו למשרדו של עורך הדין אירעה תאונה שגרמה למותו של פלוני.

הדוגמה הראשונה, שכבר נדונה לעיל, היא קלה. הדרישות הפורמליות הנדרשות לגבי צוואה לא קוימו, ואין מקום במקרה זה להפעלת חריג המכיר בתוקפה של הצוואה שהיה בדעת פלוני לערוך. הטעם לכך הוא שאם נכיר בחריג במקרה זה, יתפוס היוצא מהכלל את מקומו של הכלל, ובכך תתרוקן הדרישה הפורמלית מכל תוכן. לכן, אפילו מוכן בית המשפט לסמוך על מהימנות העדים, אין הדבר מעלה או מוריד. הדרישה הפורמלית מושתתת על כך שבמקרה הרגיל לא ניתן לסמוך על בית המשפט שיכריע בנושא על סמך ראיות בעל פה. הסיכון שבית המשפט

23 ראו גם: J.H. Langbein "Excusing Harmless errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law" 87 *Colum. L. Rev.* (1987) 1 וכך, לעיל הערה 15, בע' 449.

24 השוו לפסק הדין שניתן ביום 9.8.2005 בע"מ (י"ם) 729/05 סובול נ' לויטין (טרם פורסם), (עותק שמור במערכת), שבו נפסק ברוב דעות, בעקבות פרשת אהרן, כי בהסתמך על עדות יחיד יש להכיר בתוקפה של צוואה נוטריונית ללא חתימה, כאשר האישור הנוטריוני הוסף חמש שנים לאחר כתיבת הצוואה ושנה לאחר פטירת המצווה. נקבע שהעובדה שבית המשפט שוכנע שהצוואה משקפת את רצון המנוח גוברת על הפגמים הצורניים. כיום לא ברור היכן, אם בכלל, ייעצר הכרסום בדרישות הפורמליות ומה יהיה היקף ההתדיינות שיגרור המאבק סביב נושא זה.



לא יוכל להבחין בין עדויות אמת לבין אלה שאינן אמת (בין שקרים מכוונים ובין כאלה שהם פרי טעות גרידא) הוא במקרה זה גדול מדי. לכך מצטרף הסיכון שהעדים, ובעקבותיהם בית המשפט, לא יצליחו להבחין בין המקרה שבו הביע המנוח רעיון או תכנית בדבר עתיד רכושו, לבין המקרה שבו גמר בדעתו והחליט החלטה נחושה מה יעשה בו.

הדוגמה השנייה קשה יותר. למרות זאת נראה לי כי גם בנסיבות אלה אין האחיינית זכאית לירושה<sup>25</sup>. החשש מפני כרסום הדרישה הפורמלית, שהיא כה חיונית במקרה זה, בצירוף האפשרות, הרחוקה אמנם, שפלוני היה משנה דעתו קודם לחתימה, די בו כדי למנוע במקרה זה הכרה בחריג לדרישת הכתב והחתימה. בדרך דומה ניתן להתייחס לכללים פורמליים בתחום דיני חוזים. דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין היא דרישה פורמלית. כמוה גם הכלל שלפיו חתימה על מסמך מצביעה על הסכמה לתוכנו, ואילו היעדר חתימה מלמד, לכאורה, על כך שהסכמה כזו עדיין לא הושגה. הקפדה קיצונית על כללים אלה עלולה לגרום עוול. כך הדבר, למשל, אם הסכים פלוני בעל פה למכור חלקת קרקע לאלמוני, שנתן את התמורה עבורה ואף הקים עליה בית מגורים. שלילת זכותו של אלמוני בנסיבות אלה מחמת היעדרו של מסמך חתום בידי המוכר תגרום עוול, שכן פעולת הצדדים ושינוי מצבם מהווים הוכחה נחרצת לכוונת הצדדים ולקיום הסכם ביניהם<sup>26</sup>. גישה דומה ניתן להחיל בעסקה צרכנית, שבה מחתימה חברה קבלנית לקוח על טופס חוזה של החברה, גובה מהלקוח חלק מהמחיר, מבהירה לו שהחווה נקשר, אך לאחר מכן נמנעת מלחתום על המסמך. בנסיבות אלה יש לקבוע כי נקשר חוזה למרות היעדר חתימה של החברה<sup>27</sup>. אולם יש לזכור שאלה הם יוצאים מהכלל. הסכנה הגדולה היא שבתי המשפט יאבדו את ההבחנה בין הכלל לבין היוצא מהכלל, ובהדרגה יתפוס היוצא מהכלל את מקומו של הכלל. כך אירע, למשל, בפרשת בוטקובסקי<sup>28</sup>, שבו רשמו הצדדים את פרטי ההסכמה שהושגה ביניהם על דף מחברת, שלא נחתם, והם נדברו להיפגש למחרת אצל עורך דין לצורך חתימה על החוזה. המוכר לא הגיע לפגישה והסתבר שהתגלעו חילוקי דעות בדבר הבטחת תשלומי הקונה. במקרה זה לא שולמו דמי קדימה, לא היה שינוי מצב ולא הייתה חתימה על המסמך. כל זה לא מנע מבית המשפט העליון להסיק שנקשר חוזה, וזאת בניגוד לעמדת בית המשפט המחוזי באותו עניין. פרשת בוטקובסקי יכולה לשמש דוגמה כיצד תפס היוצא מהכלל (היינו, שרק בנסיבות יוצאות דופן ניתן

25 שאלה יפה היא אם הנהנית המיועדת זכאית לתבוע את האחראי לתאונה על כך ש"סיכל" את סיכויי הירושה שלה. ניתן להניח שהתשובה לכך היא שלילית (אלא אם כן התאונה נגרמה במכוון, על מנת לסכל את הצוואה). לנסיבות שבהן זכאי הירוש המיועד לתבוע צד שלישי שסיכל זכותו לירושה ראו: *White case, supra note 22*, וכן פרידמן וכהן, לעיל הערה 20, בע' 118–119.

26 ראו בעניין זה ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד (1) 185.

27 ע"א 565/79 רובינשטיין נ' לויס, פ"ד (4) 591.

28 לדין ראו פרידמן וכהן, לעיל הערה 15, בע' 451–452.

להכיר בקיום חוזה למכירת מקרקעין למרות היעדר חתימה) את מקומו של הכלל (הראייתי), שלפיו כרגיל אין להכיר בקיום חוזה למכירת מקרקעין בהיעדר מסמך חתום בין הצדדים. יתר על כן, אם עדיין לא גובשה במקרה זה כוונת הצדדים לקשור חוזה, הרי שהתעלמות מהכלל "הפורמלי", שלפיו כרגיל בהיעדר חתימה על המסמך לא נקשר חוזה, לא רק שלא הביאה לשמירה על הערך שעליו מבקשת שיטת המשפט להגן, אלא להפך, גררה פגיעה בערך זה.

## ו. אקטיביזם שיפוטי

שקיעת הפורמליזם כרוכה בהתגברות האקטיביזם השיפוטי בשיטתנו. המושג "אקטיביזם שיפוטי" זכה לשורה ארוכה של הגדרות<sup>29</sup> שעליהן לא ארחיב את הדיבור. אני הייתי מגדיר אקטיביזם שיפוטי כמגמה שיפוטית להרחיב את סמכויות כתי המשפט ואת התחומים שבהם ניתן להם: (1) להפעיל שיקול דעת; (2) להחיל את שיקול הדעת הלכה למעשה; (3) לצמצם ואף לבטל כללים שנקבעו בחקיקה או בדין קודם, המגבילים או מצמצמים שיקול דעת זה.

אקטיביזם שיפוטי עשוי להשתקף בכל תחומי המשפט<sup>30</sup>. עיקר תשומת הלב הציבורית הופנתה לתחום המשפט הציבורי, שבו באה המגמה האקטיביסטית לידי ביטוי בביטול הכללים הנוגעים לזכות העמידה, בשלילה מוחלטת, או כמעט מוחלטת, של העיקרון הנוגע להיעדר שפיטות ("הכול שפיט"), בפיתוח עילת התערבות של בג"ץ בהחלטת הרשויות מנימוקי אי-סבירות, ובפרשנות הקובעת כי כתי המשפט מוסמכים לבטל חקיקה של הכנסת, אם היא סותרת לדעתם חוקי-יסוד. בכל אלה לא אדון במסגרת זו. אך, כאמור, אקטיביזם שיפוטי עשוי להשתקף בשורה ארוכה של תחומים נוספים, לרבות בתחום הרחב של פרשנות, בין שמדובר בפרשנות חוקים, תקנות, צווים, חוזים או צוואות. הכלל היסודי הוא שכאשר הטקסט הוא ברור, אין לשופט כרגיל כל שיקול דעת, ועליו ליישם אותו כמו שהוא<sup>31</sup>. במילים אחרות, במקרה כזה אין מקום לאקטיביזם שיפוטי. ביטוי אופייני לגישה זו מצוי בפסיקה שקבעה בעבר שאין מקום לפרשנות של חוזה "שלשוננו ברורה [...]" ואינה משאירה מקום לא לספקות ולא לפירושים<sup>32</sup>. הגישה הנגדית גורסת כי כל טקסט טעון פרשנות וכי בכל טקסט ניתן למצוא אי-בהירות, אם כי "לא כל החוזים הם בלתי ברורים באופן שווה"<sup>33</sup>. ברור שאם כל החוזים הם בלתי ברורים, אף שהם

29 ראו א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (תשס"ד) 390-398.

30 שם, בע' 398.

31 זאת כפוף כמובן לכללים הנוגעים לאי-חוקיות ולתקנת הציבור.

32 דברי השופט ח' כהן בע"א 383/77 מוצרי אספלט ואבן גב נ' מ"י, פ"ד לג(1) 641, 642 (להלן: פרשת מוצרי אספלט).

33 א' ברק פרשנות במשפט (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה) 60. אולם ראו א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג) 51, שבו מכיר השופט ברק באפשרות קיומו של טקסט ברור.

נבדלים בדרגת אי-הבהירות, יש לשופט בכל מקרה שיקול דעת לבחור את הפירוש המתאים לדעתו. גישה זו מבטאת אקטיביזם שיפוטי המשתקף בהרחבה דרסטית של שיקול הדעת בתחום הפרשנות בהשוואה לזו המניחה שקיימים טקסטים ברורים רבים שלגביהם אין לשופט כל שיקול דעת בפירושו.

דוגמה בולטת לגישה החדשה בתחום הפרשנות, הפעם בנוגע לחקיקה, ניתן למצוא בסוגיית הדיון הנוסף. סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (להלן: "חוק בתי המשפט") מסמיך את בית המשפט העליון לקיים דיון נוסף "בענין שפסק בו בית המשפט העליון בשלושה". במשך עשרות שנים הובנה הוראה זו כפשוטה. וכך ציין השופט זוסמן בספרו על סדרי הדין האזרחי, שהיה האורים והתומים בתחום זה: "היה מספר השופטים גדול משלושה, אין דיון נוסף. והוא הדין כאשר בית המשפט העליון דן באחד, כגון בבקשת רשות ערעור"<sup>34</sup>. כך עולה מלשון חוק בתי המשפט, וזה היה הדין בישראל במשך עשרות שנים. והנה הגיע לבית המשפט העליון המקרה המפורסם של פרשת נחמני, שבו איבדה המשיבה את יכולתה להרות היריון טבעי. המשיבה ובעלה הסכימו לנסות להביא ילדים לעולם על ידי הפריה חוץ-גופית של ביציות המשיבה והשתלתן ברחמה של אם פונדקאית. כעבור זמן נפרדו בני הזוג, והבעל עבר לגור עם אישה אחרת, שילדה לו בת. המשיבה ביקשה מבית החולים שאצלו הופקדו בזמנו הביציות המופרות לשחררן לצורך הליך הפונדקאות, שהיה אמור להתבצע בארצות-הברית, ואילו הבעל (המערער) התנגד לכך. בית המשפט העליון, בהרכב של חמישה שופטים, פסק ברוב דעות (ארבעה נגד אחד) לטובת הבעל, וקבע שאין לכפות עליו הורות בניגוד לרצונו. השאלה אם ניתן לקיים דיון נוסף בפסק דין זה נדונה בפני הרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, שהחליט ברוב דעות (שמונה נגד שלושה) כי ניתן לקיים דיון נוסף גם בפסק דין שניתן על ידי הרכב של חמישה שופטים<sup>35</sup>. החלטה זו ניתנה בפברואר 1996, כלומר זמן לא רב לאחר פרסום המהדורה השביעית של ספרו של השופט זוסמן. השופט שלמה לוי, שערך מהדורה זו, לא נכלל בין שופטי ההרכב המורחב. כידוע, בהמשך הדברים ביטל בית המשפט בדיון הנוסף את פסק דינו שבערעור ופסק לטובת האישה<sup>36</sup>. עם זאת, לפי מה שנמסר בתקשורת, נראה שגב' נחמני לא הצליחה לממש את תכנית הפונדקאות. האנרגיה השיפוטית העצומה שהושקעה במקרה זה<sup>37</sup> הייתה אפוא לריק. אולם ההלכה בסוגיית הדיון הנוסף, שהסירה את מגבלת ההרכב בן שלושת השופטים, נותרה בעינה.

34 דברים אלה עדיין מופיעים במהדורה האחרונה של הספר: "זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, ש' לוי עורך, תשנ"ה) 871.

35 כש"א 1481/96 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(5) 598.

36 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661.

37 פסק הדין בדיון הנוסף, שם, נדון בהרכב של אחד-עשר שופטים, ומשתרע על למעלה ממאה עמודי דפוס.

בכך לא הסתיים דין הדיון הנוסף. לפני זמן לא רב התברר בבית המשפט העליון ערעורו של מר שמעון שבס על הרשעתו בפלילים. בערעור זוכה מר שבס ברוב דעות<sup>38</sup>. פרשת שבס בדומה לפרשת נחמני, זכתה להתעניינות התקשורת, ושוב התעוררה השאלה אם יש מקום לדיון נוסף. הפעם ניצב מכשול אחר, הנעוץ בהוראת סעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט, שלפיה ייתן דיון נוסף, רק לגבי פסק דין שקבע הלכה בסתירה להלכה קודמת של בית המשפט העליון או "שמפאת חשיבותה, קשיותה או חידושה של הלכה שנפסקה בענין, יש, לדעתם, מקום לדיון נוסף"<sup>39</sup>. מדובר אפוא בפסק דין שקבע הלכה חדשה או שקבע הלכה שחשיבותה, קשיותה או חידושה מצדיקים דיון נוסף. הכוונה הברורה של המחוקק הייתה להבחין בין דיון נוסף לבין ערעור סתם, העשוי לעסוק בשאלות שבעובדה או במשגה שנפל ביישום הלכה קיימת. ספק אם תנאי זה התקיים בפרשת שבס, שכן לא נראה שפסק הדין בערעור שבו זוכה מר שבס קבע הלכה כזו. אך הדבר לא מנע דיון נוסף, שהרשיע את מר שבס<sup>40</sup>, ואשר במהלכו ציין השופט ברק כי:

"בהחלטתו קובע בית המשפט כי 'הדיון הנוסף יוגבל לבירור עיקריה ותחומי פרישתה של עבירת המירמה והפרת אמונים, במגמה לקבוע מיבחן ברור ומדויק ככל הניתן ליסודותיה של העבירה וליישומו של הדין על עניינו של שבס'. עוד יוער כי במסגרת העתירה התבקשה העותרת על ידי בית המשפט לוותר מראש על גזירת עונש מאסר על שבס למקרה בו תזכה. בתגובתה, העותרת הסכימה לוותר מראש על גזירת דינו של שבס למאסר וזאת בשל ייחודו של הדיון הנוסף הנוכחי כעתירה שאינה עוסקת בהלכה חדשה שנפסקה"<sup>41</sup> (ההדגשה שלי – ד.פ.).

לסיכום השתלשלות העניינים בנושא הדיון הנוסף: המחוקק קבע שתי מגבלות מרכזיות לקיומו של דיון נוסף. האחת, הרכב של שלושה שופטים, והשנייה, הלכה שנפסקה, שחשיבותה, קשיותה או חידושה מצדיקים דיון כזה<sup>42</sup>. בית המשפט העליון שחרר עצמו משתי מגבלות אלה, והותיר את הנושא כולו בתחום שיקול הדעת. המשמעות היא שבית המשפט העליון חופשי בכל מקרה להחליט אם לקיים ערעור על החלטתו שלו, וזאת ללא מגבלה ממשית כלשהי, למעט זו הנעוצה בשיקול הדעת שלו עצמו. במאמר מוסגר אציין שעל פי הפרשנות הנוכחית אין

38 ע"פ 332/01 מ"י נ' שבס, פ"ד נז(2) 496 (להלן: פרשת שבס). כתב האישום נגד שמעון שבס הוגש בשל מעשים שיוחסו לו בתקופת כהונתו כמנכ"ל משרד ראש הממשלה בשנים 1992–1995.

39 ס' 30(ב) לחוק בתי המשפט. מגבלה זו חלה כאשר ההחלטה על דיון נוסף ניתנת לבקשת אחד הצדדים לאחר מתן פסק הדין. המגבלה איננה קיימת אם בית המשפט עצמו, בפסק דין שנתן בהרכב של שלושה שופטים, החליט על הדיון הנוסף: ראו ס' 30(א) לחוק בתי המשפט.

40 דני"פ 1397/03 מ"י נ' שבס (טרם פורסם), פדאור 04(17) 426.

41 שם, בפסקה 21 לפסק דינו של הנשיא ברק.

42 אולם ראו דיון בנוגע למגבלה השנייה, לעיל הערה 40.

מגיעה לקיים דיון נוסף על דיון נוסף, למעשה ללא הגבלה, וכי הדיון הנוסף יכול בפועל להוות הליך של ערעור.

אפשר מאוד שההלכות החדשות בסוגיית הדיון הנוסף משקפות התייחסות ללשון המחוקק כאל פורמליזם שיש להתנער ממנו<sup>43</sup>. שאלה אחרת היא, אם הן משקפות עליית ערכים, כלומר, אם הן צודקות או "ערכיות" יותר מהדין הקודם, כפי שתואר בספרו של השופט זוסמן. בעיניי התשובה לכך היא בבירור שלילית. אינני יודע אם ערכאת ערעור נוספת מגדילה את הסיכוי להשגת תוצאה ערכית יותר. למעשה יש הסוברים שההחלטה הראשונה של בית המשפט העליון בפרשת נחמני ערכית יותר מזו שניתנה בו בדיון הנוסף<sup>44</sup>. מכל מקום ברור שההליך הנוסף ייקר את הוצאות ההתדיינות, יאריך את משך ההתדיינות ויתרום לסחבת בכתיב המשפט. אולם הבעיה הבסיסית נובעת מהמתח שבין לשון החוק לבין הפרשנות של בית המשפט. לשון החוק נראית ברורה וחדה והובנה ככזו כמשך עשרות שנים. פרשנותו של בית המשפט מבטאת התעלמות מהמילה הכתובה של המחוקק, התעלמות מן הדרך שבה הובנה במשך שנים רבות, וזאת מבלי שניתן להצביע על שיקול כבד משקל שיצדיק מהלך זה (מלבד התעניינות התקשורת בנושאי ההתדיינות בפרשת נחמני ובפרשת שבס שבהן התרחש המהפך). התוצאה של כל זה היא ערעור המכנה המשותף הנדרש בין הקהילה המשפטית לבין בית המשפט. המכנה המשותף הנו הכרחי לביטחון המשפטי, הכרחי לוודאות המשפטית והכרחי לאמון הקהילה המשפטית בבית המשפט. לכל אלה נלווית התחושה שבית המשפט יכול להשיג כל תוצאה הנראית לו וכי הדיבורים על מגבלות המוטלות כביכול על בית המשפט אינם אלא מס שפתיים לכוח בלתי מוגבל.

## ז. אקטיביזם שיפוטי והמכנה המשותף של הקהילה

קיומו של המכנה המשותף של הקהילה המשפטית, הנו פרי חינוך ותרבות משפטית, והוא חיוני לביטחון המשפטי ולקיום שלטון החוק. מכנה משותף זה מקיף שלושה ציבורים ומשקף שלוש נקודות ראות. האחת, זו של הנסח; השנייה, זו של הנמענים, אלה שאליהם מכוונת הנורמה; והשלישית, זו של מי שאמור לפרשה. כאשר מדובר בחוזה קיימת כרגיל זהות בין אלה האחראים על הניסוח (כלומר הצדדים לחוזה) לבין נמעניו, אלה הנדרשים לנהוג לפיו. המצב שונה בכל הנוגע לניסוח חוק: כאן אין כמובן חפיפה בין המנסח לבין נמעניו, שהם הציבור שאילו

43 מובן שניתן לצפות במקרה שייראה לו, יחזור בית המשפט ויסתמך על "הכלל הפורמלי" השולל דיון נוסף. ראו למשל דנ"א 7542/04 עובדיה נ' סיבל נהריה (טרם פורסם), פדאור 655 (18)05. לכן הקושי מבחינת המתדיינים הוא שאין להם יכולת לנבא מראש מתי יחזור בית המשפט ל"כלל הפורמלי" ובאילו מקרים יבחר להתעלם ממנו.

44 ח' גנו "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 83; ח' גנו "העובדים המוקפאים של הזוג נחמני: תגובה לאנדרי מרמור" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 453.

מופנית ההוראה החוקית (לרבות מערכת אכיפת החוק הכוללת גופים דוגמת המשטרה ומנגנון המס). נקודת המבט השלישית היא כרגיל בית המשפט, המפרש את מה שנקבע על ידי הנסח, בין שמדובר בחוזה, בצוואה או בחיקוק. מנקודת ראותו של הנסח, השאלה היא אם יש בכוחו לנסח את החוזה (או החיקוק) בדרך שתבטיח את ההתנהגות שהוא חפץ בה. מנקודת ראות הצדדים, השאלה היא אם יש בידם להבין את תוכנה של הנורמה המכוונת אליהם כך שיוכלו לנהוג בהתאם. ראוי להדגיש שהכלי היחיד שבאמצעותו יכולים הגופים המעורבים להבין זה את זה הוא הלשון (אם כי בתחום דיני חוזים ניתן לעתים ללמוד על כוונת הצדדים גם מהתנהגותם). הספרות בתחום המשפט ובתחומים נוספים מרבה לדבר על מגבלות הלשון. בחיי היומיום נתקלו רבים מאתנו באי-הבנות הנובעות ממגבלות אלה. פרט לכך, לעתים עשויות הנסיבות להשתנות כך שהניסוח המקורי איננו מתאים למציאות החדשה. שיקולים ידועים אלה עשויים להצדיק סטייה מהמובן הרגיל של הכתוב ומתן פרשנות שאיננה עולה בקנה אחד עמו. אולם הכול הוא עניין של מידה ושל גישה.

כאמור, התנאי לתקינותה של הפעילות החברתית והכלכלית הענפה המושחתת על המשפט, הוא קיומו של מכנה משותף לקהילה המשפטית. הבסיס העיקרי לתפקודה של המערכת כולה הוא טקסטים כתובים (חוקים, תקנות, פסקי דין, חכים וכו'). משמעותו של המכנה המשותף היא שחברי הקהילה המשפטית מייחסים אותו מובן לרובם המכריע של הטקסטים הללו. תמיד יהיו בשוליים מספר טקסטים הניתנים לפירושים שונים, שלגביהם יהיה צורך בהכרעה שיפוטית, אולם מן ההכרח הוא שלרובם המכריע של הטקסטים ייחסו חברי הקהילה המשפטית משמעות זהה. נחזור ונבחן את פרשת הדיון הנוסף שזכרה לעיל. אני משוכנע שאילו, לפני שניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת נחמני, הייתה נאספת קבוצה של כמה עשרות או מאות משפטנים, עורכי דין, אנשי אקדמיה ושופטים, והייתה מועלית שאלה בדבר משמעות הוראת סעיף 30 לחוק בתי המשפט, היו רובם המכריע של המשתתפים ואולי אף כולם, משמיעים תשובה זהה לזו שניתנה בספרו של השופט זוסמן. אך הנה מסתבר שבית המשפט העליון, ברוב דעות, פירש את סעיף 30 לחוק בתי המשפט באופן שונה לחלוטין, והעניק לעצמו שיקול דעת במקום, שלפי הדעה המקובלת לא היה לו מעולם. התוצאה הנלווית להחלטה כזו היא ערעור המכנה המשותף של הקהילה המשפטית. אם נשוב ונרכז אותה קבוצה ונציג בפניה טקסט חוזי, שבעבר היו חבריה, כולם או לפחות רובם המכריע, מבינים אותו באופן זהה, אנו עשויים כעת לקבל תשובה שונה. ייתכן מאוד שיהיו רבים שיאמרו כי כיום אין לדעת מהי המשמעות שבית המשפט ייחס לטקסט, וזאת לנוכח פרשת נחמני ופסקי דין נוספים דוגמת פרשת אפרופים וע"א 3833/93 לוי' נ' לוי<sup>45</sup>, ולנוכח העיקרון שלפיו: "יש לפרש חוזה לפי תכליתו.

45 ע"א 3833/93 לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 862, שבו נחתם בין בני זוג חוזה גירושין. בהסכם

תכלית החוזה הם האינטרסים, המטרות, הערכים, היעדים, המדיניות והפונקציה שהחוזה נועד להגשים<sup>46</sup>.

### ה. אקטיביזם שיפוטי, פרשנות וחלוקת סמכויות

גישה קיצונית אחת לנושא הפרשנות תדבק בלשון הכתובה, תראה בה חזות הכול ותתעלם הן מתוצאות אבסורדיות הנגרמות מהחלת הלשון כפשוטה והן משינויים ולו דרסטיים שחלו בנסיבות.

הגישה הקיצונית האחרת תניח שבשום מקרה לא ניתן ללמוד מלשון המסמך (יהא זה חיקוק, חוזה או צוואה) על משמעותו ה"אמיתית". שום מסמך איננו ברור, וכל מסמך מחייב פרשנות. המסמך נועד לשרת מטרה מסוימת, שאיננה עולה בהכרח מן הכתוב, והשופט הוא המפרש, הוא הקובע מהי מטרתו, והוא היוצק בו תוכן באמצעות פרשנות.

ברור ששתי הגישות הקיצוניות אינן ראויות, ולהנחתי אף לא אחת מהן נוהגת למעשה. במציאות קיים רצף של אפשרויות ביניים בין שתי הגישות. חלקן קרוב יותר לאפשרות הראשונה, ואילו אחרות קרובות יותר לאפשרות השנייה.

בעיניי לפחות ראוי לייחס משקל כבד ביותר ללשון שבה השתמש המחוקק או שבה השתמשו הצדדים (בחוזה או בצוואה). סטייה מלשון הכתוב מהווה יוצא מהכלל, ומוצדק לעשותה רק כאשר קיימים שיקולים כבדי משקל שעליהם ניתן להשתית סטייה כזו. גישה זו משמרת את המכנה המשותף של הקהילה המשפטית, מעודדת ניסוח זהיר ושיקול, ועם זאת, מאפשרת במקרים יוצאים מהכלל סטייה מהכתוב, כאשר קיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת.

אולם הפסיקה של השנים האחרונות, ולא פחות מכך הרטוריקה של בית המשפט, יצרו כיום בקרב הקהילה המשפטית תחושה, שאנו קרובים יותר לגישה הקיצונית השנייה, שבה קיים היפוך בין הכלל לבין היוצא מן הכלל. לפי גישה זו קובע השופט, לנוכח מכלול רחב של שיקולים, המנוסחים בלשון כללית, מהי התוצאה הצודקת לדעתו, ורק במקרים שבהם לא מצא כל שיקול לסטות מהכתוב הוא מיישם אותו כלשונו. אין צריך לומר שמגמה זו משקפת אקטיביזם שיפוטי חריף, אשר כאמור, עיקרו הוא הרחבת שיקול הדעת של השופט. הרחבה זו משמעותה צמצום היכולת של הצדדים המנסחים – שהם אלה המוסמכים ליצור את נורמת ההתנהגות – לקבוע את המותר והאסור, ומצמצמת עד מאוד את

נקבע, בין היתר, כי "החוזה יהיה חסר תוקף משפטי ויהווה קניינו בלבד של הבעל ביום מתן הגט". כל זה לא מנע מבית המשפט העליון לקבוע שההסכם שהצדדים הסכימו שיהיה חסר תוקף משפטי, הוא בעל תוקף משפטי מלא. לביקורת על פסק דין זה ראו גם א' פורת "שיקולי צדק בין הצדדים ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני חוזים בישראל" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 647, 661–667.

46 ברק, לעיל הערה 29, בע' 199.

יכולתם של הצדדים הכפופים לנורמה החוזית או לנורמה החוקית לדעת כיצד עליהם לנהוג.

לעניין זה משמעות גם לגבי חלוקת סמכויות בין הצדדים המעורבים. בתחום המשפט הציבורי חלוקת הסמכויות היא בין הכנסת, המחוקקת את החוקים, לבין בית המשפט המפרש אותם. חלוקה זו מבטאת את ערכי הדמוקרטיה. בתחום דיני החוזים החלוקה היא בין הצדדים הקובעים את הנורמה לעצמם (החווה הוא "החוק הפרטי" של הצדדים) לבין בית המשפט המפרש אותו. חלוקה זו מבטאת את ערך האוטונומיה של הפרט. אקטיביזם שיפוטי קיצוני בתחום המשפט הציבורי מערער את חלוקת הסמכויות בין הרשות המחוקקת (המחוקק הציבורי) לבין הרשות השופטת. בתחום המשפט הפרטי מערער אקטיביזם כזה את החלוקה בין האוטונומיה של הפרט ("המחוקק הפרטי") לבין הרשות השופטת.

### ט. אקטיביזם שיפוטי ושקיעת הפורמליזם

מן האמור לעיל ברור גם הקשר בין אקטיביזם שיפוטי לבין שקיעת הפורמליזם. דרישות פורמליות מצמצמות את שיקול הדעת של השופט. הקפדה על דרישות כאלה משמעותה כרגיל היא, שאם לא התקיימה הדרישה הפורמלית, חייב השופט לדחות את התביעה או את העתירה. אקטיביזם שיפוטי מתון, המשקף בעיניי גישה ראויה, לא ישלים עם תוצאה זו, כאשר קיימות נסיבות יוצאות דופן, וכאשר לנסיבות אלה מצטרפות ראיות חזקות שבכוחן לשמש תחליף לדרישה הפורמלית. במילים אחרות, לפי גישה זו, במקרה הרגיל לא יהיה מקום להפעלת שיקול דעת של השופט, ושיקול דעת כזה יופעל רק במקרים יוצאים דופן.

לעומת זאת, גישת האקטיביזם השיפוטי החרیف לא תשלים עם שלילת שיקול דעתו של השופט מחמת הדרישות הפורמליות, ותחתור לשימור שיקול הדעת בכל מקרה או כמעט בכל מקרה. התוצאה הבלתי נמנעת תהיה צמצום חריף ביישום הדרישות הפורמליות ואולי אף ריקונן מכל תוכן.

### י. סיכום

עם הקמתו של בית המשפט העליון במדינת ישראל נתגלתה בו נטייה לאקטיביזם שיפוטי, שהיה אקטיביזם מרוסן, מתון וזהיר. מגמה זו הביאה להתפתחות פסיקתו של בג"ץ והקנתה לו את מעמדו המרכזי. בתחום המשפט הפרטי הביאה מגמה זו להתפתחויות משמעותיות דוגמת הלכת השיתוף בין בני זוג<sup>47</sup> ולהתפתחות הראשונית בדיני עשיית עושר ולא במשפט<sup>48</sup>. מטבע הדברים הוא שמגמה זו תגרור

47 ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה (1) 561.

48 ע"א 412/54 עירית תל-אביב נ' אהרונוביץ, פ"ד י 1835; ע"א 280/73 פלאימפורט נ' גייגי, פ"ד כט (1) 597; ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב (1) 153.



עמה את ירידת הפורמליזם, למשל, בכל הנוגע לדרישת הכתב<sup>49</sup>. אולם הייתה זו כאמור מגמה זהירה ששימרה את חשיבות המילה הכתובה והכבוד לה בכל הנוגע לפרשנות חוקים וחוזים, כפי שמשתקף, למשל, בפסק דינו של השופט ח' כהן בפרשת מוצרי אספלט ובספרו של השופט זוסמן בסוגיית הדין הנוסף.

משנות השמונים של המאה הקודמת לערך החלה תפנית, שבמסגרתה אנו עדים למעבר מאקטיביזם שיפוטי מתון וזהיר לאקטיביזם שיפוטי חריף, שהרחיב באופן דרסטי את שיקול דעתם ואת כוחם של בתי המשפט. דרישות פורמליות, שצומצמו כבר בתקופה הקודמת, נמחו כמעט לחלוטין, והערכים שעליהם ביקשו דרישות אלה להגן נותרו לחסדו של שיקול דעת בית המשפט, שתפיסת עולמו החלה לדחוק את לשון החוק ואת לשונם של המסמכים הכתובים. כל זה נעשה כמובן בשם ערכים שבית המשפט מאמין בהם, אולם התהליך גבה מחיר כבד. המכנה המשותף של הקהילה המשפטית התערער, ובתחום האזרחי נפגע קשות הביטחון המשפטי.

יחד עמו נפגעו לא אחת האוטונומיה של הצדדים, הציפיות הסבירות שלהם והאמון בבתי המשפט, והתחזקה התחושה, המופרזת לדעתי, שבית המשפט הוא כול יכול ואיננו כפוף למגבלות כלשהן. גבר גם הדחף להתדיינות במקרים שבעבר איש לא היה מעלה על דעתו שניתן להגיש תביעה, ועמו גדל גם העומס על בתי המשפט. בתחום המשפט הפרטי התערער האיזון שבין האוטונומיה של הצדדים לבין תפקידו של בית המשפט כמי שמפרש ומיישם את אשר הוסכם ביניהם. בתחום המשפט הציבורי התערער האיזון שבין הרשות המתוקקת לבין הרשות השופטת. לשאלה שהוצגה בתחילת רשימה זו, כלומר האם ירידת הפורמליזם, פרי האקטיביזם השיפוטי החריף, הייתה מלווה בעליית הערכים, נראה לי שיש להשיב בשלילה. אינני חולק על כך שניתן למצוא דוגמאות, שבהן הושגה בשיטה החדשה תוצאה עדיפה מבחינה ערכית (או בלשון אחרת, תוצאה התואמת את תחושת הצדק של ציבורים רחבים) על זו שהייתה מושגת בשיטה הקודמת. אולם מחיר השיטה החדשה, לרבות במושגים ערכיים וחברתיים, היה כבד. אין גם קושי למצוא דוגמאות הפוכות, שבהן גרר האקטיביזם המוגבר תוצאות ערכיות פחות ורצויות פחות מאלה שהיו מושגות בעבר, לפי הגישה הקודמת.

49 ראו למשל פרשת וייס, לעיל הערה 8.