

## עלותו השקועה של התקדים

מיכל טמיר\*

שיפוט הוא תהליך קבלת החלטות, וככזה הוא נתון למגבלות ולאילווצים. המאמר מתמקד באילוץ שיוצרות החלטות העבר, שלצורך קבלתן כבר הוצאו משאבים שהשבתם אינה אפשרית. אילוץ זה מכונה "עלות שקועה". עלות שקועה גוררת לרוב נטיית יתר של מקבלי החלטות להיצמד לדפוס פעולה שננקט בעבר. זו בעיית ההיצמדות. ביטוי של אילוץ החלטות העבר בתחום המשפט הוא בדוקטרינת התקדים, שלצד חשיבותה יוצרת גם אפקט של עלות שקועה. המאמר מתמקד בבית המשפט העליון הישראלי ומנסה להתחקות אחר הסיבות לכך שאף על פי שבית המשפט העליון אינו חייב לדבוק בתקדימו, סטייה מתקדים נתפסת כחריג, והעיקרון הוא שבית המשפט לא יסטה בנקל מתקדימו. נטען כי לעתים עיקרון זה טומן בחובו בעיית היצמדות, דהיינו נטייה להיצמד להחלטות גם במצבים שבהם ההשלכות העתידיות של סטייה מתקדים אינן מצדיקות פגיעה במקרה הקונקרטי. המאמר מציג טענה זו, ראשית, על רקע מאפיינים סוציולוגיים ומבניים של שיטת המשפט הישראלית; שנית, באמצעות ניתוח הרציונלים האוניברסליים לדוקטרינת התקדים והאופן שבו למרות תרומתם להכוונת ההתנהגות, הם טומנים בחובם מרכיבים שזוהו כמגבירים את בעיית ההיצמדות; ושלישית, באמצעות תובנות של הניתוח ההתנהגותי של המשפט. כל אלה מובילים לתיאור הפסיקה כהחלטה סדרתית אינקרימנטלית ותלוית דרך. מאפיינים אלו מודגמים באמצעות הלכת "ההבטחה המינהלית" משנת 1975, שהתפתחותה מגלמת מאפיינים טיפוסיים של היצמדות.

\* מרצה, מכללת שערי משפט; תלמידה לתואר דוקטור ומדריכה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אני מודה לדוד אנוך, אריאל בנדור, אהוד גוטל, אורן גזל, עופר טורסיני, רו טמיר, עמית לוי, ברק מדינה, אביטל מושינסקי, איל נון, יובל רוטמן וחברי מערכת דין ודברים, על הערותיהם המועילות. תודה מיוחדת לפרופ' חיים גנו על שמסר לי קטע מרשימותיו לשיעורו ב"תורת המשפט". תודה מיוחדת גם לקורא אנונימי שהערותיו סייעו לי מאוד.

א. מבוא. ב. עלות שקועה ובעיית ההיצמדות: 1. החלטה רציונלית; 2. אפקט העלות השקועה; 3. הסיבות לבעיית ההיצמדות; 4. בעיית ההיצמדות – האומנם בעיה? 5. עלות שקועה והחלטות סדרתיות; 6. סיכום. ג. דוקטרינת התקדים: 1. כללי; 2. דוקטרינת התקדים בישראל: (א) התפתחות; (ב) מאפיינים ייחודיים לשיטה הישראלית; 3. הרציונלים העומדים בבסיס דוקטרינת התקדים. ד. אפקט העלות השקועה או בעיית ההיצמדות בפסיקה: 1. הפסיקה כהחלטה סדרתית; 2. הרציונלים של התקדים כמגלמים את אפקט העלות השקועה: (א) ודאות, יציבות, ציפיות והסתמכות; (ב) שוויון; (ג) יעילות; (ד) אמון הציבור; 3. ההלכה הישראלית בדבר סטייה מתקדים: (א) בין אמת ליציב; (ב) מניעת עיוות דין בהחלטה הקונקרטי; (ג) פגיעה בוודאות המצב המשפטי; (ד) "ציפור הנפש" של שיטת המשפט; (ה) גיל ההלכה; (ו) תקדים שהתקבל בדיון נוסף; (ז) שינוי במצב החקיקתי; (ח) מאון עלות מול תועלת; 4. סיכום. ה. מגישה כלכלית לגישה התנהגותית: 1. הגישה הכלכלית למשפט והנחות היסוד שלה; 2. הניתוח הכלכלי של דוקטרינת התקדים; 3. הגישה התנהגותית למשפט וכלכלה; 4. הוויכוח באשר לעלות השקועה; 5. ניתוח ההתייחסות לתקדימים בכלים של הגישה התנהגותית: (א) יוריסטיקות; (ב) הטיות; (ג) היהס לסיכון והחלטות בתנאי אי־ודאות; 6. סיכום. ו. בעיית ההיצמדות לתקדים – הדגמה: 1. ההלכה הראשונית; 2. ההיזון החוזר; 3. אבהוגים, התחמקויות וסתירות: (א) בעל סמכות; (ב) כוונה לתת תוקף משפטי; (ג) יכולת קיום; (ד) אין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה; 4. ההלכה עומדת בעינה ז. סיכום ומסקנות.

## א. מבוא

התהליך השיפוטי המוביל למתן פסק דין הנו תהליך קבלת החלטות. שופטים, כמו מקבלי החלטות אחרים, כפופים לאילוצים ולמגבלות שונים המאפיינים תהליך מסוג זה. בתורת מדע המדינה קיים עיסוק רב בתחום קבלת ההחלטות והדרכים לקביעת מדיניות ציבורית, תוך פיתוח מודלים שונים לקבלת החלטות באילוצים מסוימים.<sup>1</sup> לעומת זאת השיט המשפטי המקובל נוטה להתמקד בניתוח תוצר השפיטה – פסק הדין – ומנתח אותו במונחים משפטיים,<sup>2</sup> מבלי להביא בחשבון את האילוצים העומדים בפני השופטת כמקבלת החלטה,

1. ראו גרעון דורון, להחליט ולבצע – פרקים במדיניות ציבורית (כיוונים, תשמ"ו), 51-81; אירווינג ל' ג'ניס וליאון מאן, תהליך קבלת החלטות (משרד הביטחון, תשמ"ט), 19-37; דוד דרי, יסודות המנהל הציבורי (האוניברסיטה הפתוחה, תשנ"ו), 162-213; יהוקאל דרור, "הימורי מדיניות: קביעת מדיניות כהימור עמום", מדיניות ומנהל – תיאוריה ויישומים לחינוך (רחל אלבוים-דרור – עורכת, האוניברסיטה העברית, תשמ"ז), 185.

2. זאת להבדיל מתאוריות משפטיות כגון הריאליזם ולימודי המשפט הביקורתיים Critical Legal Studies (CLS), שעניינן, בין היתר, בבחינת ההשפעות של גורמים לבר־משפטיים על המעשה השיפוטי. לריאליזם משפטי ראו: Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (1949), 42-47; Morton J. Horowitz, *The Transformation of American Law 1870-1960* (1992), 169-192;

ומבלי להיעזר במודלים שפותחו בדיסציפלינות אחרות – לרבות תורת קבלת ההחלטות שבמדע המדינה – לתיאור החלטות באילוצים דומים.<sup>3</sup> מאמר זה מנסה להציג את תהליך השיפוט מנקודת מבט של תהליך קבלת החלטות הנתון לאילוצים ולמגבלות כמו כל תהליך קבלת החלטות אחר, ולבחון את האופן שבו אילוצים ומגבלות אלו משפיעים על ההחלטה שהשופטים בוחרים לקבל.<sup>4</sup> המאמר מתמקד באילוץ המכונה "החלטות העבר", שביטוי בתחום המשפט הנו בהלכות קודמות המשמשות כמקור משפטי מחייב או מנחה מכוח דוקטרינת התקדים (*stare decisis*). בשיח מתחום המינהל הציבורי מתייחסים להשפעה של החלטות העבר כאילוץ המכונה "עלות שקועה" (*sunk cost*), שיש להיות מודעים לקיומו בשעת קבלתן של החלטות המנסות להשפיע על העתיד. עלות שקועה עניינה במשאבים (כספיים ושאינם כספיים), שכבר הוצאו בעבר ולא ניתן להשיבם בזמן קבלת ההחלטה הנוכחית. קיומה של עלות שקועה גורר על פי רוב נטיית יתר של מקבלי ההחלטות להיצמד לדפוס הפעולה שנגקט בעבר (*escalation of commitment*). להלן תכונה תופעה זו "בעיית החרפת ההיצמדות" או בקיצור "בעיית ההיצמדות".

המאמר מדגיש היבט מסוים של דוקטרינת התקדים – התקדים האופקי (שהתקבל באותה ערכאה), תוך התמקדות בבית המשפט העליון הישראלי ובאופן שבו הוא מתייחס לתקדימיו. אנסה להראות כי התקדימים יוצרים אפקט של עלות שקועה, הגורר בעיית היצמדות, וכי מאפייניה של בעיה זו באים לביטוי בפסיקה. ייאמר כבר עתה כי אין בכוונתי לערער על הרציונלים העומדים בבסיס דוקטרינת התקדים או לבקש את ביטולה. הנחת היסוד של המאמר היא כי ייחודם של שופטים כמקבלי החלטות הוא בכך שהחלטותיהם משפיעות על אחרים ואף על החברה כולה. לפיכך מלבד האילוצים הקיימים בפני מקבלי החלטות ככלל, קיימים בפני השופטים גם שיקולים מובחנים לתהליך השפיטה. בראש ובראשונה, תפקידם של השופטים הוא ליישם את הדין (שהתקדים הוא חלק ממנו) על המקרה הקונקרטי שבפניהם. זאת ועוד, בהחלטותיהם השיפוטיות השופטים אף יוצרים דין, שנועד לכוון את ההתנהגות האנושית וגורר ציפיות לגיטימיות להפעלתו במקרים דומים. לעתים התחשבות בתקדים תחת המטרה של קידום הצדק הקונקרטי במקרה הנידון, אך תקדם את היציבות והוודאות במשפט. לפיכך בניגוד למקבלי החלטות "רגילים", שופטים צריכים לאזן את השיקולים במצבים שבהם התחשבות בהחלטת העבר מקדמת מטרה אחת

Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence – The Next Step", 30 *Colum. L. Rev.* (1930) 431; J.W. Harris, *Legal Philosophies* (1980), 93-104.

ל-CLS ראו: David Kairys, *The Politics of Law – A Progressive Critique* (1990), 1-17.  
3. לביקורת כללית על היעדר היוקקות לספרות העשירה בתחום תורת המינהל שבמדע המדינה, ובפרט מודלים לקבלת החלטות, לצורך פיתוח המשפט בישראל, ראו אריאל בנדור, "המשפט המינהלי כתורת מינהל", *משפט וממשל* א (תשנ"ב) 145, בעמ' 146, 161, 164.

4. השו: Cass R. Sunstein, "Introduction", *Behavioral Law and Economics* (Cass R. Sunstein – ed., 2000) 1, p. 2: "Analysis of law should be linked with what we have been learning about human behavior and choice. After all, the legal system is pervasively in the business of constructing procedures, descriptions, and contexts for choice"

העומדת ביסוד עבודתם, אך חותרת תחת מטרה אחרת. על רקע הנחת יסוד זו, מטרתה להראות כי בצד חשיבותה של דוקטרינת התקדים לשיטת המשפט – היא יוצרת גם אפקט של עלות שקועה, וכי העיקרון שלפיו לא יטטה בית המשפט העליון בנקל מתקדימיו – טומן בחובו לפעמים בעיית היצמדות; דהיינו נטייה להיצמד להחלטות גם במצבים שהשלכות העתידיות של סטייה מתקדים אינן מצדיקות פגיעה במקרה הקונקרטי. לדעתי, היבטים אלו משפיעים על הדרך הראויה להפעלת דוקטרינת התקדים, על המשקל שיש לתת לתקדים ועל הנסיבות שבהן ראוי לסטות ממנו.

נקודת המבט של המאמר היא תיאורית בעיקרה. הכוונה היא להדגים את השפעת החלטות העבר (=אפקט העלות השקועה המתבטא בתקדימים) על הפסיקה ולהציג את התהליך השיפוטי כתהליך אינקרימנטלי (תוספתי, בנוי נדבך על נדבך) ותלוי דרך (החלטות מעוצבות על ידי הדרך ההיסטורית שהובילה אליהן), במטרה להצביע על בעיית היצמדות הנלווית לתופעות האלה. כל זאת מתוך אמונה כי גם אם לא ניתן לבטל לחלוטין את אפקט העלות השקועה, הרי שחלק גדול בהתמודדות עם בעיה טמון בהכרה בה. עם זאת המאמר כולל אף טענה נורמטיבית וטענה פוזיטיבית. מבחינה נורמטיבית, אני תומכת בעמדה שהתפקיד הראשוני של השופטים הוא לפתור את הסכסוך הניצב בפניהם בצורה הראויה והנכונה ביותר, המשרתת את "הצדק הקונקרטי" שבין הצדדים. לצד זה קיימת כאמור מטרה ראשונית נוספת, והיא הכוונת התנהגות, וכן מטרות חשובות אחרות – מסדר שני – כגון קידום שלטון החוק והנחלת ערכים נורמטיביים. הטענה הפוזיטיבית היא, שהניתוח הכלכלי של המשפט, שמתעלם מהעלות השקועה של התקדים, מפספס את בעיית היצמדות הנובעת מעלות זו ולפיכך אינו עומד על מלוא מורכבות הבעיה. ניתוח מתאים יותר ישתמש בכלים מתחום הניתוח ההתנהגותי של המשפט והכלכלה, ובעיקר בהטיות וביוריסטיקות, שזוהו כמשפיעים על פעולתם של מקבלי החלטות, ובכלל זה על עבודתם של שופטים.

הפרק הבא (פרק ב) יעסוק בהגדרת המושגים הרלוונטיים לדיון, בראש ובראשונה יובהר מהי "החלטה רציונלית", שהאילוצים העומדים בפני מקבלי החלטות גורמים לסטייה ממנה. לצורך העניין נבחרה הגדרה המדגישה את הקשר בין דרך קבלת החלטה למטרה העומדת ביסודה ואת חשיבות בחירת החלופה המגשימה באופן הטוב ביותר את המטרה האמורה. הפרק יבהיר את מהותו של האילוץ העומד במרכז המאמר – אילוץ החלטות העבר היוצר אפקט של עלות שקועה – ויסביר את הבעיה של חרפת היצמדות לדפוסי פעולה קודמים, את הסיבות לה ואת הדרכים העיקריות שבהן היא באה לידי ביטוי. כן יוסבר מהן החלטות סדרתיות – שאילוץ העלות השקועה קיים בעיקר במסגרתן – ויתואר המודל האינקרימנטלי, שעוסק באופן קבלת החלטות באילוץ כזה מתוך הכרה כי למקבלי החלטות "רציונליות מוגבלת". מושגים אלו יהיו חיוניים בהמשך להבנת האופן שבו הרציונלים של התקדים טומנים בחובם אפקט של עלות שקועה הגורר בעיית היצמדות; להצגת הפסיקה כהחלטה סדרתית; לתיאור האופן האינקרימנטלי ותלוי הדרך שבו היא מתפתחת; ולהדגמת ביטוייה של בעיית היצמדות בפסיקה.

על מנת שניטיב להבין מדוע הפסיקה בישראל מהווה קבלת החלטות סדרתיות החשופה לאפקט העלות השקועה, ומדוע הרציונלים של דוקטרינת התקדים – חשובים ככל שיהיו – טומנים בחובם גם רכיבים של בעיית היצמדות, פרק ג מתרכז בתיאור התפתחותה ומאפייניה

של דוקטרינת התקדים, מתוך ניסיון למפות את המושגים וההבחנות הרבות הקיימות בדוקטרינה, להבין את האפשרויות העומדות בפני בית המשפט שנתקל בתקדים אופקי שנראה ישים למקרה העומד בפניו, ולנסות להתחקות אחר הגורמים שהביאו את בית המשפט העליון הישראלי לייחס משקל גדול לתקדימיו. מאחר שבעיית ההיצמדות – שבה המאמר עוסק – קשורה קשר הדוק להיבטים חברתיים, מבניים ואינהרנטיים לסוג ההחלטות הנידון, תיעשה התחקות זו הן על רקע מאפיינים ייחודיים לשיטה הישראלית, והן באמצעות ניתוח הרציונלים האוניברסליים שהובאו – בארץ ובעולם – לתמיכה בדוקטרינה זו.

פרק ד יקשר בין שני הפרקים הקודמים לו במטרה להציג את בעיית ההיצמדות שהתקדים יוצר. לשם כך, ראשית, אנסה להראות כי במדינות המשפט המקובל, הפסיקה מהווה מעין החלטה סדרתית – דהיינו החלטה מהסוג הרגיש ביותר לאפקט העלות השקועה, אשר המודל האינקרימנטלי ישים לתיאור התפתחותה. שנית, אראה כי הרציונלים שהובאו כתמיכה לדוקטרינת התקדים, ואשר פורטו בפרק ג, בו בוזמן שמקדמים באופן רציונלי את מטרת השופטים בהכוננת התנהגות עתידית, טומנים בחובם מיניה וביה גם גורמים אשר זוהו בתורת קבלת ההחלטות כאחראים לאפקט העלות השקועה ולבעיית ההיצמדות, ואשר פורטו בפרק ב. לבסוף תיסקר ההלכה הישראלית בדבר סטייה מתקדים, מתוך ניסיון להעריך אם הקריטריונים הנשקלים על ידי בית המשפט העליון הישראלי מעודדים את בעיית ההיצמדות, או מתמודדים איתה ומנטרלים את אפקט העלות השקועה. קריטריונים אלו עניינם ברטוריקה שלפיה בית המשפט פועל. ניתוח בעיית ההיצמדות הקיימת אף מעבר לרטוריקה תיעשה באמצעות כלים של הגישה ההתנהגותית למשפט.

פרק ה יציג את הגישה הכלכלית והגישה ההתנהגותית למשפט, הנחות היסוד של הגישות האלה, המחלוקות ביניהן ויחסן לעלות השקועה. המטרה תהיה להראות כי השיח הכלכלי, אשר מונחה בעיקר על ידי קריטריון היעילות, מתעלם מאחת המטרות הראשוניות של המשפט בדבר השגת הצדק הקונקרטי, משתמש לעתים בטיעונים המחדדים את בעיית ההיצמדות, ואף יוצר תחזיות שלטעמי הן מוטעות, מאחר שהן מתעלמות מאפקט העלות השקועה. לאור זאת אציע לנסות ולהבין את מורכבות דוקטרינת התקדים והיחס של בית המשפט העליון אליה באמצעות תובנות של הניתוח ההתנהגותי למשפט, שכן תובנות אלו – ובעיקר הטיית ויוריסטיקות שזוהו גם בעבודתם של שופטים – מאששות מודלים שזוהו בדוקטרינת קבלת ההחלטות להתמודדות עם העלות השקועה במסגרתן של החלטות סדרתיות. בהקשר זה, הטענה המרכזית תהיה כי התקדים יוצר נקודת ייחוס, שביחס אליה השופטים מודדים את ה"רווחים" ו"ההפסדים" מהסטייה. מסיבות שונות, שופטים מייחסים משקל רב יותר להפסדים הנגרמים מסטייה מתקדים ולכן אף נוטים להיצמד אליו. המודלים המוצגים בפרק ד יחד עם הניתוח ההתנהגותי המובא בפרק ה, ישלימו אפוא את הצגתה של הפסיקה כההליך אינקרימנטלי ותלוי דרך.

פרק ו ידגים את הטיעונים המובאים במאמר באמצעות מקרה המשקף היטב את ההתפתחות האינקרימנטלית ותלויית הדרך של הפסיקה, את בעיית ההיצמדות ואת השלכותיה. לשם כך בחרתי את הלכת "ההבטחה המינהלית", שהתוותה בפסק דין משנת 1975, ומאו לא בוטלה מעולם, הגם שאובחנה ובוקרה פעמים אינספור. ניתוח התפתחותה של ההלכה יאפשר להדגים את שני המאפיינים הטיפוסיים של בעיית ההיצמדות: הדגשת ההיבטים

שבאו לביטוי במסגרת ההחלטה המקורית; והיעדר התייחסות למידע המרמז על שינויים, כולל שינויים משפטיים שחלו מאז קבלת החלטה. בהקשר זה ייטען כי גם כאשר בית המשפט יכול היה להחיל את דוקטרינת ההשתק – שבינתיים התקבלה במשפט המינהלי – הוא ביכר להמשיך ולאבתן את הלכת ההבטחה המינהלית. התוצאה הסופית היא הלכה מורכבת וקשה ליישום, שאינה משרתת את עקרונות הוודאות והציפיות שהתקדים אמור לשרת.

בפרק ז יסוכם המסקנות והשאלות שנוותרו פתוחות ואשר ראויות לבחינה מעמיקה בעתיד. במסגרת זו יוצע להגמיש את דוקטרינת התקדים באופן שבית המשפט העליון לא יתייחס אל התקדים כאל מקור מחייב אלא כאל מקור מנחה, בעל משקל רב יותר משל מקורות תוכן משכנעים אחרים. כן תוצע בדיקה פרטנית שלפיה ישקול בית המשפט בכל מקרה האם הנימוקים בדבר ודאות ויציבות הדין אכן קיימים במקרה הקונקרטי, או שהם משמשים מס שפתיים להיצמדות לתקדימים. במילים אחרות, על בית המשפט יהיה לבחון האם ההיצמדות לכלל היא רציונלית במובן זה שהיא באה לשרת שיקולים עתידיים או שהיא נובעת מעצם קיומו של הכלל.

#### ב. עלות שקועה ובעיית ההיצמדות

האם תעדיפו לשלם 500 ש"ח כדי לבלות במקום שאתם רוצים לשהות או במקום שאינכם רוצים לשהות? התשובה לשאלה זו נראית ברורה במבט ראשון, אך הבה ננסה את השאלה מחדש.<sup>5</sup> נניח שאתם מצויים באמצע הדרך לבילוי סוף שבוע במלון באילת. בעת שביצעתם את הזמנת המקום כבר שילמתם למלון תשלום בלתי חוזר על סך 500 ש"ח. לפתע תוקפת אתכם תחושה פיזית רעה וברור לכם שתיהנו הרבה יותר מבילוי סוף השבוע בבית מאשר במלון. עם זאת חבל לכם להפסיד את הסכום שכבר השקעתם. האם תמשיכו בדרככם לאילת או שתסבו על עקבותיכם? אם בחרתם להמשיך בנסיעה, הרי שלמעשה החלטתם שאתם מעדיפים לשלם 500 ש"ח ולבלות במקום שאינכם רוצים להיות ולא לשלם את אותו הסכום ולבלות במקום שאתם מעדיפים לשהות. האם העובדה ששילמתם כסף לפני ימים מספר מהווה סיבה מספקת להעדיפה שכזאת? מבחינה רציונלית, התשובה היא שלילית. אינכם משלמים עכשיו, הכסף כבר "בוזבז". ייתכן שבזמנו, כשהוצאתם את הכסף, הייתה זו החלטה נכונה, אך כיום לא תוכלו לקבל בחזרה את המשאבים שהשקעתם בעבר, ולפיכך אין מקום להתחשב בהשקעה זו לצורך החלטתכם הנוכחית. ואולם הניסיון מעיד כי במקרים רבים תהיה ההחלטה להמשיך בדרך. התשלום על סך 500 ש"ח מהווה במקרה זה עלות שקועה. עלות זו גוררת היצמדות לדפוס פעולה שנגקט בעבר (בעיית ההיצמדות), אף אם היצמדות מעין זו אינה מהווה החלטה רציונלית.

5. הדוגמה הבאה מבוססת על: Robyn M. Dawes and Jerome Kagan, *Rational Choice in an Uncertain World* (1988), 22-23.

## 1. החלטה רציונלית

בטרם ניכנס לנבכי סוגיית העלות השקועה ובעיית ההיצמדות, יש להגדיר מהי החלטה רציונלית, שאפקט העלות השקועה עשוי להביא לסטייה ממנה. רציונליות ניתנת להגדרה באופנים שונים שהם תלויי הקשר. לצורך המאמר בחרתי הגדרה המתמקדת בבחינת הקשר בין דרך קבלת ההחלטה לבין המטרה שהיא נועדה לשרת.<sup>6</sup> לפי הגדרה זו, החלטה רציונלית היא החלטה העונה על התנאים הבאים: (1) היעד העומד בבסיס ההחלטה מוגדר ומפורש; (2) ההחלטה מבוססת על המשאבים (כספיים ואחרים) הזמינים העומדים לרשותה של מקבלת החלטה; (3) זיהוי החלופות השונות לפעולה נעשה על יסוד אפשרויות השימוש השונות במשאבים הזמינים ומתוך התחשבות בנסיבות הקיימות במועד קבלת החלטה; (4) ההחלטה מבוססת על בחינת העלויות והתועלות האפשריות של כל חלופה, תוך שקלול ההסתברויות להתממשותן של תוצאות שהסיכוי להתרחשותן אינו ודאי.<sup>7</sup>

על פניהם, הדברים נראים פשוטים וברורים. אך במציאות קיימים אילוצים ומגבלות מסוגים שונים, המכבידים על קבלת החלטה, ולעתים אף יכולים להוביל לקבלת החלטה שאינה עומדת בקנה אחד עם "רציונליות" על פי המודל המתואר.<sup>8</sup> כך למשל, מקבלת החלטה עשויה להיזקק לקבלת החלטות בנושאים שהידע שלה לגביהם מוגבל ("עלות הלמידה"); ייתכן שהזמן העומד לרשותה אינו מספיק לבחינה מדוקדקת של כל חלופה, של ההשפעות האפשריות שלה ושל הסתברות התרחשותן ("אי-הוודאות"); גם הרצון להשיג את כל המידע האפשרי אינו סביר תמיד, והערכת התוצאות השונות של כל חלופת החלטה תחייב את מקבלת החלטות לעבד מידע כה רב עד שמשאביה וכושרה השכלי לא יעמדו במבחן ("עלות החיפוש אחר מידע").<sup>9</sup> חשוב לציין כי עצם קיומו של אילוץ אינו גורר בהכרח קבלת החלטות בלתי רציונליות. כל עוד מקבלת החלטות מודעת לאילוץ והוא משוקלל על ידה כחלק מהנתונים העומדים בפניה, הרי שאין הדבר סותר את הגדרת הרציונליות, אך עשוי להוביל לתוצאות שונות מאלה שהיו מתקבלות בעולם ללא אילוצים.

6. יצוין כי בחינת הרציונליות במובן זה, על אף היותה "פרוצדורלית", אינה זרה לעולם המשפט. כך למשל, בהפעילם ביקורת שיפוטית על החלטות של גופים שונים, בתי המשפט מפעילים, בין היתר, מבחנים הדורשים כי החלטתם של גופים אלו תהא רציונלית. המרכיב הראשון בעילת המידתיות הבוחנת את פעולתן של רשויות מינהליות, הוא קשר רציונלי בין האמצעי הפוגע בזכות לבין המטרה שהרשות מבקשת להשיג באמצעותו. ראו בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מט(5) 1, בעמ' 12. גם ההליך המוביל ליצירת תשתית של עובדות כבסיס להחלטה מינהלית צריך לעמוד בארבעה מבחנים (איסוף הנתונים; השייכות לעניין; אמינות הנתונים וראיות מהותיות), שמשקפים למעשה דרישה לקבלת החלטות רציונליות. ראו בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בעמ' 423-425.
7. השוו: Reid Hastie and Robyn M. Dawes, *Rational Choice in an Uncertain World* (2001), 67; Herbert A. Simon, *Administrative Behavior* (1957), 18; כן ראו דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 76-81; ג'ניס ומאן (לעיל, הערה 1), בעמ' 26-27.
8. לסקירה מפורטת של האילוצים השונים, ראו דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 52-76.
9. ג'ניס ומאן (לעיל, הערה 1), בעמ' 19-20.

כך למשל, מקבלת ההחלטות עשויה להיות מודעת לכך שאינה יודעת הכול, ולשקול האם להשקיע זמן לימוד או לקבל החלטה בהתבסס על המידע החלקי שברשותה. לאור זאת מקובל לדבר בתחום קבלת ההחלטות על רציונליות מוגבלת. תפיסה זו מכירה במגבלות המוח האנושי לחוות את העתיד, להכיר את המציאות שהוא פועל בה ולעבד מידע, ולכן מניחה שהחיפוש הוא סופי ומופסק על פי כלל הפסקה כלשהו (stopping rule).<sup>10</sup> על רקע זה, פיתח הרברט סימון (Herbert Simon) היפותזה המכונה "מודל קבלת החלטות של השבעת רצון" (satisficing), שלפיה מקבלת ההחלטות אינה מנסה להגיע בהכרח להחלטות הטובות ביותר אלא להחלטות שתהיינה להן תוצאות משביעות רצון בהתאם לרמת השאיפה, דהיינו: במקום מיצוי מרב התועלת, מקבלת החלטות נוקטת קו פעולה "מניח דעת", קו פעולה שהינו "טוב למדי" ועונה על כמה דרישות מינימליות.<sup>11</sup>

## 2. אפקט העלות השקועה

אחד האילוצים המוטלים בפני מקבלי החלטות הוא אילוץ "החלטות העבר". אילוץ זה, לא זו בלבד שיש בו כדי להכביד על מקבלת ההחלטה אלא במקרים מסוימים הוא עשוי לגרום לאפקט העלות השקועה ולגרור אף החלטות בלתי רציונליות. מקורו של המונח "עלות שקועה" בתורת קבלת ההחלטות שבתחום מדעי החברה, ונעשה בו שימוש רב גם בדיסציפלינות אחרות, כגון כלכלה ומינהל עסקים. המונח "עלות שקועה" מתייחס למשאבים (כספיים ואחרים) שכבר הוצאו בעבר בעקבות החלטה קודמת, ואין ניתן להשיבם. מאחר שהעלות השקועה כבר הוצאה, היא מהווה מרכיב קבוע ובלתי הפיך בכל אחת מן החלופות העומדות בפני מקבלת ההחלטות בהתייחס להחלטה הנוכחית העומדת בפניה.<sup>12</sup> כזכור, בהליך קבלת החלטות רציונלי - בהתאם להגדרה לעיל - החלטה צריכה להתקבל רק בהתבסס על תוצאותיה העתידיות האפשריות. מכך נובע כי רק עלויות ורווחים תוספתיים (incremental) צריכים להשפיע על החלטות, ואילו עלויות עבר צריכות להיחשב כלא

10. ראו: Gerd Gigerenzer, Peter M. Todd and the ABC Research Group, *Simple Heuristics That Make Us Smart* (1999), 15

11. James G. March and Herbert A. Simon, *Organizations* (1958), 140-141: "Most human decision-making, whether individual or organizational, is concerned with the discovery and selection of satisfactory alternatives: only in exceptional cases is it concerned with the discovery and selection of optimal alternatives"

לתיאור המודל ראו גם: Daniel Kahneman and Amos Tversky, "Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk", 47 *Econometrica* (1979) 263, p. 268; Paul Slovic, Baruch Fischhoff and Sarah Lichtenstein, "Facts versus Fear: Understanding Perceived Risk", *Judgment Under Uncertainty* (Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky - eds., 1982) 463, pp. 480-481; John Conlisk, "Why Bounded Rationality", *XXXIV J. Econ. Literature* (1996) 669, p. 675

ומאן (לעיל, הערה 1), בעמ' 23; דרי (לעיל, הערה 1), בעמ' 184.

12. ראו: Simon (לעיל, הערה 7), בעמ' 66.

רלוונטיות.<sup>13</sup> לאור כל זאת, תחת מודל קבלת החלטות רציונלי טהור, לעלות השקועה כשלעצמה לא אמור להיות כל משקל ואין היא צריכה להשפיע דווקא לטובת קבלת החלטה הנצמדת לדפוס הפעולה שננקט בעבר. ההחלטה הנוכחית צריכה להתקבל אך ורק על בסיס שקילת העלויות והתועלות האפשריות של כל חלופת פעולה אפשרית.<sup>14</sup> ואולם מקבלת ההחלטות כאמור אינה רציונלית באופן מוחלט. כמו שאר האילוצים, גם אפקט העלות השקועה משפיע על מקבלי החלטות בתחומים שונים,<sup>15</sup> לרבות בתחום האישי,<sup>16</sup> העסקי,<sup>17</sup> הציבורי<sup>18</sup> והלאומי.<sup>19</sup>

אפקט העלות השקועה הוא, אם כן, מכניוס שיש בו להסביר תופעות בתחום האנושי והארגוני. כך למשל זו הסיבה העיקרית להתמדה בדפוסי ההתנהגות (behavior-persistence), שכן כאשר למקבלת ההחלטות יש ספק אם לנקוט דפוס פעולה מסוים, העובדה שהושקעו זמן, מאמצים ומשאבים בדרך מסוימת מעודדת אותה להמשיך באותה הדרך.<sup>20</sup>

13. Richard H. Thaler, *Quasi Rational Economics* (1994), 11, 139.

14. Hastie & Dawes (לעיל, הערה 7), בעמ' 37-38; דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 57. וכן: Rafael Gely, "Of Sinking and Escalating: A (Somewhat) New Look At Stare Decisis", 60 *U.*

*Pitt. L. Rev.* (1998) 89, p. 95.

15. למחקרים על השפעה זו, ראו: Thaler (לעיל, הערה 13), בעמ' 49.

16. כך למשל, המשך המתנה לאוטובוס אחרון שמאחר להגיע, בשל ייחוס משקל רב מדיי לזמן שכבר הושקע בהמתנה; תיקון חוזר ונשנה של מכונית ישנה, המתקלקלת תדיר, במקום להחליפה; קושי לעבור הסבה מקצועית, כאשר אין ביקוש בשוק למקצוע הנוכחי, תוך ייחוס משקל רב מדיי לכך שהושקעו זמן, מאמץ וכסף ברכישת המקצוע הקודם. לדוגמאות ראו: Hastie & Dawes (לעיל, הערה 7), בעמ' 37-38; Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 96; Thaler (לעיל, הערה 13), בעמ' 11; ג'ניס ומאן (לעיל, הערה 1), בעמ' 32.

17. כך למשל, סיטואציה מוכרת היא המשך השקעה של חברה במיזם כלשהו, בשל המשאבים הרבים שכבר הושקעו בו בעבר, אף על פי שכעת ברור כי התשואה הצפויה מן המיזם נמוכה, גם בהתחשב רק בהוצאות שעוד צריך להוציא. דוגמה נוספת היא החלטתו של מעביד להמשיך להעסיק עובד שהשקיע בהכשרתו, בשל המשאבים הרבים שכבר הושקעו, אף אם ברור שהעלות השולית הכרוכה בהעסקתו של העובד עולה על התועלת השולית שהעובד מצמיח לעסק. לדוגמאות נוספות, ראו: John Sutton, *Sunk Costs and Market Structure* (1991), 7-8.

18. ניתן לתאר את משמעות העלות השקועה בתחום הציבורי במונחים של ההפסד הנגרם לחברה בשל טעויות בתכנון ובביצוע מדיניות ציבורית. אם קובע המדיניות החליט לאמץ חלופה מסוימת לביצוע משימה וטעה בבחירתו, יתבטא ההפסד, או העלות השקועה, בכמות המשאבים שבזבזו לפני שהוחלט לחזור ולבחור בחלופה הנכונה. ראו דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 57-58. לדוגמאות מן התחום הציבורי, ראו: Thaler (לעיל, הערה 13), בעמ' 12.

19. בספרות האמריקנית מקובלת הדוגמה של מלחמת ויטנאם, שיש המסבירים את המשך מעורבותה של ארצות הברית בה בכמות האבדות הרבות שכבר ספגה, אף על פי שבאופן רציונלי הדבר בוודאי לא צריך היה להוות סיבה למותם של חיילים נוספים. ראו: Hal R. Arkes & Catherine Blumer, "The Psychology of Sunk Cost", 35 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* (1985) 124, p. 126; כן ראו: Hastie & Dawes (לעיל, הערה 7), בעמ' 38; Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 96.

## 3. הסיבות לבעיית ההיצמדות

הדוגמאות שהובאו לעיל מעידות על כך שבמקרים רבים קיימת נטיית יתר של מקבלת ההחלטות להיצמד לדפוס הפעולה שננקט בעבר – נטייה שמכונה כאמור "בעיית ההיצמדות".<sup>21</sup> בעיה זו מתבטאת בשתי דרכים עיקריות:<sup>22</sup> האחת, היעדר התייחסות לכל המידע הזמין. מקבלי החלטות הנתונים לבעיית ההיצמדות נוטים להתעלם ממידע שמרמז על שינויים בנסיבות מאז התקבלה ההחלטה הראשונית. צורת הביטוי השנייה של הבעיה היא נטייה להתמקד בחלק מהמידע. מקבלי החלטות הנתונים לבעיית ההיצמדות מתמקדים בהיבטים מסוימים של ההחלטה ואינם רואים את התמונה בכללותה. תופעה זו נעוצה הן בסיבות פסיכולוגיות והן בסיבות סביבתיות או מבניות.<sup>23</sup>

ראשית, סיבות פסיכולוגיות, ובהן הצורך בהצדקה עצמית והצורך שלא להיתפס כ"בובון", גורמות לכך שאנשים מתקשים להודות בפני עצמם או בפני אחרים, כי החלטות קודמות שקיבלו היו שגויות.<sup>24</sup> ככל שההשקעה שנעשתה בעקבות ההחלטה המקורית גדולה יותר, גדל הצורך להצדיקה, והדבר עשוי להגביר את חוסר הנכונות להודות בכישלון ההחלטה ולחזק את הנטייה להיצמד אליה.<sup>25</sup> הדברים מקבלים משנה תוקף במקרה שבו ההחלטה המקורית הייתה שנויה במחלוקת וקמו לה מתנגדים בזמנו, כי אז סביר להניח שמקבלת ההחלטות תרגיש מחויבת יותר לדבוק בהחלטה על מנת להצדיק את בחירתה המקורית.<sup>26</sup>

20. Simon (לעיל, הערה 7), בעמ' 95.

21. להגדרת הבעיה ראו: Joel Brockner, "The Escalation of Commitment to a Failing Course of Action: Toward Theoretical Progress", 17 *The Academy of Management Rev.* (1992) 39.

22. Rafael Gely and Leonard Bierman, "Labor Law Access Rules and Stare Decisis: Developing a Planned Parenthood-Based Model of Reform", 20 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* (1999) 138, pp. 161-162.

23. לחשיבות ההבחנה בין הסיבות הפסיכולוגיות לבין הסיבות המבניות והסביבתיות המשפיעות על מקבלת ההחלטות בתחום המשפט, ראו: Thomas S. Ulen, "The Growing Pains of Behavioral Law and Economics", 51 *Vand. L. Rev.* (1998) 1747, pp. 1747-1753.

24. זאת ועוד, האדם הטיפוסי אינו רוצה להתעלם מעברו אלא שואף לחיות את חייו כרצף מלוכד, כאשר לאירועים מן העבר קיימת המשכיות בהווה ובעתיד. התכחשות להחלטות העבר עלולה לגרום לאדם להיתפס בעיני עצמו, לא רק כמי שנכשל בקבלת ההחלטה המקורית אלא כאדם הפכפך ובלתי יציב. השוו: Dawes & Kagan (לעיל, הערה 5), בעמ' 24; לסיבות הפסיכולוגיות ראו: Arkes & Blumer (לעיל, הערה 19); לתמיכה בטיעון ההצדקה העצמית כמקור לבעיית ההיצמדות, ראו מאמרו של Brockner (לעיל, הערה 21); למבנה הפסיכולוגי שלנו כגורם למתן משקל יתר לעלויות העבר בשעה שאנו מקבלים החלטות לגבי העתיד, ראו: Hastie & Dawes (לעיל, הערה 7), בעמ' 39.

25. ראו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 96, 99.

26. מאידך גיסא, בהיבט הסוציולוגי, ייתכן שדווקא במקרים כאלה בהם ההחלטה המקורית התקבלה בלא תמיכה רחבה ואף בהמשך לא זכתה לאהדה, סטייה ממנה עשויה להיחשב "פופולרית" יותר.

ייתכן כי גורמים אלו ייחלשו במידת מה במקרה שמקבלת ההחלטה אינה צריכה להודות בכישלונה של החלטה קודמת אלא אך בכך שהחלטה זו – שהייתה הולמת בשעתה – אינה יפה עוד בהתחשב בשינוי הנסיבות. עם זאת יש כאלה שמבחינה פסיכולוגית מתקשים להכיר גם בכך.<sup>27</sup> זאת ועוד, כמו כל אדם אחר, גם מקבלת ההחלטות חוששת משינויים ועשויה להעדיף לשמר את הסטטוס קוו על פני בחירה בתלם חדש ובלתי נודע.<sup>28</sup> היבט פסיכולוגי נוסף הפועל לטובת התנהגות פסיבית וחשש משינויים הוא הפחד מהרטה. מאחר שקיים חשש מפעולה אקטיבית, שתגרום לשינוי לא מוצלח שיוביל לחרטה, קיימת הטיה לטובת הימנעות מפעולה, גם אם הימנעות זו כשלעצמה עלולה להביא לתוצאות שליליות לא פחות.<sup>29</sup>

גם סיבות סוציולוגיות מספקות הסבר לבעיית ההיצמדות, כאשר הדגש בהן אינו באופן שמקבלת ההחלטות נתפסת בעיני עצמה אלא בעיני הסביבה. הרצון של מקבלת ההחלטות שלא להיות נפס בעיני החברה כמי שקיבלה החלטה בלתי נכונה בשעתו ובזווה משאבים יקרים לשווא, כמו גם רצונה שלא לאבד אמינות בעיני אחרים או להיתפס כבלתי יציבה, עשויים לגרום לה להתעקש על דפוס פעולה קודם, גם כאשר אין הדבר רציונלי.<sup>30</sup> שיקולים אלו חלים במשנה תוקף במקרים שבהם מקבלת ההחלטות פועלת מול קהל יעד גדול, ועליה להתמודד עם האפשרות של חוסר תמיכה מן החברה כתוצאה אפשרית של ההחלטה.<sup>31</sup> מובן שהשיקולים עשויים להתחזק במקום שיציבות משרתה של מקבלת ההחלטה תלויה בלגיטימציה שזוכות לה החלטותיה. במקרה כזה מתווספת לעתים גם בעיית היצמדות שאינה תוצאה של התחשבות בעלות השקועה אלא תוצאה של בעיית הנציג (agent problem), דהיינו התחשבות בשיקולים של תועלת עצמית. כך למשל, נושאי המשרה בחברה הבוחרים להמשיך להשקיע במיזם כושל, רוצים להימנע מיצירת מצג בפני בעלי המניות כאילו בזבוז משאבים לחינם. היצמדות זו יכולה להיחשב גם כהיצמדות "רעה" אך "רציונלית" מבחינתו של הנציג, שכן כדאי לו להיצמד לכלל הקיים על מנת לאותת לשולחו כי הוא טוב או כדי לחסוך לעצמו

27. ראו למשל המחקר המוזכר אצל Gely & Bierman (לעיל, הערה 22), בעמ' 161, וראו גם הערה 170 בעמוד זה.

28. אחת התובנות החשובות של ה־Behavioral Law and Economics היא שאנשים נוטים להעדיף את הסטטוס קוו ודרושה להם הצדקה משמעותית על מנת לסטות ממנו. באופן ספציפי יותר, אנשים מעריכים מצבים במידה רבה בהתייחס לנקודת ייחוס מסוימת (reference point). כל סטייה, רוח או הפסד, מנקודת הייחוס – קריטיים; ראו: Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 4; כן ראו: Russell Korobkin, "The Status Quo Bias and Contract Default Rules", 83 *Cornell L. Rev.* (1998) 608, pp. 625-630.

29. Ilana Ritov and Jonathan Baron, "Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity", *Behavioral Law and Economics* (Cass R. Sunstein – ed., 2000) 168, p. 170.

30. כך למשל, אדם השוקל הסבה מקצועית עשוי לחשוש, בין היתר, מגינוי חברתי על ש"בזבוז" את ההכשרה שקיבל ואת המשאבים שהשקיע ברכישת המקצוע הקודם. ראו ג'ניס ומאן (לעיל, הערה 1), בעמ' 32.

31. השוו: Hastie & Dawes (לעיל, הערה 7), בעמ' 39; Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 101-102.

עלויות, גם אם הייתה החלטה אחרת עדיפה לשולח. ודוק: גם אם היצמדות זו רציונלית מבחינתו של הנציג, אין היא רציונלית במובן שהוגדר, דהיינו אינה חותרת להשגת היעד נשוא ההחלטה.

קבוצה נוספת של גורמים לבעיית ההיצמדות נעוצה בסיבות מבניות.<sup>32</sup> החלטות אינן מתקבלות בחלל ריק, ולכל החלטה – הקשר מבני, שכן משנתקבלה החלטה היא קונה אחיזה בגוף שבו נתקבלה ואף מהוצה לו ויוצרת מציאות מסוימת. מתוך כך הדינמיקה של התהליכים החברתיים אינה מאפשרת חזרה לנקודת המוצא, וכוחות שונים, שאינם מצויים בשליטתה של מקבלת ההחלטות, מקשים עליה את שינוי דפוסי הפעולה.<sup>33</sup> ככל שחלף זמן רב יותר ממועד קבלת ההחלטה המקורית, כך היא נעשית מובנית יותר בתוך הארגון, והופכת חלק אינטגרלי ממנו ומהתהליכים המתרחשים בו. מכיוון שכך, כל ניסיון לסטות מן ההחלטה עלול לעורר זעזועים ולהצריך שינויים בכל רחבי הארגון. ההחלטה אף עשויה להפוך לחלק מן הזהות המבנית של הארגון, בבחינת "הסמל המסחרי" שלו, ושינויה עלול להקים התנגדות פנימית ולפגוע בתדמית החיצונית של הארגון. למשל, החלטתו של מנהל לסגור קו מוצרים מסוים עשויה להצריך לא רק את הפסקת הייצור אלא גם ארגון מחדש של התאגיד. ודוק: גם דוגמה זו ניתנת להסבר רציונלי, ככל שיש לה אפקט עתידי על ההחלטה. כאמור, עלות שקועה היא עלות שמהווה מרכיב קבוע בכל חלופת החלטה, ולכן אין היא צריכה לקחת חלק בתהליך קבלת ההחלטה. היותה של החלטה (כגון, ייצורו של מוצר מסוים) חלק מהזהות המבנית של הארגון היא נתון קבוע בכל חלופת החלטה. ואולם לקושי בהעברת שינויים ולעלותם של שינויים אלו תיתכנה גם השפעות עתידיות (כגון, שינוי שיגור פגיעה ברווחיות החברה בשל התסיסה שהוא ייצור). במצב כזה אין זו היצמדות בלתי רציונלית. לבסוף, יש לציין כי גורמים אינהרנטיים הקשורים למאפייני ההחלטה עצמה משפיעים על דרגת ההיצמדות אליה.<sup>34</sup> כך למשל, ככל שההחלטה המקורית התקבלה על בסיס תשתית רציונית רחבה יותר, שינוי שלה עשוי להיות קשה יותר, שכן הנטייה של מקבלי ההחלטות תהיה שלא לפתוח את הנושא מן השורש, ולקבל החלטות המהוות נדבכים או תוספות שוליות להחלטה.<sup>35</sup> גורם נוסף נעוץ במידת הפעילות שההיצמדות דורשת. ככל שההיצמדות לדפוס הפעולה הקודם אינה מצריכה נקיטת פעולה אקטיבית – תגבר הנטייה להיצמד, משום שקל יותר, פיזית ופסיכולוגית, לנקוט פעולה פסיבית (למשל, להמשיך להמתין לאוטובוס). לעומת זאת, מעבר לכך שלפעולה אקטיבית עשויות להיות גם עלויות עתידיות

32. ראו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 102-103.

33. השוו דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 60.

34. לדיון ומחקרים על השפעת גורמים אינהרנטיים כאלה, ראו: Brockner (לעיל, הערה 21), בעמ' 40. המחבר מציין, למשל, מחקר המגלה כי הנטייה להיצמד גדולה יותר כאשר הסיבות להיוון החוזר השלילי על דפוס הפעולה הקודם נתפסות כבלתי יציבות. מחקר אחר מראה כי הנטייה להיצמד גדולה יותר כאשר התחושה של מקבלי ההחלטות היא שהם קרובים להשגת היעד, וכן ככל שערכו של יעד זה גבוה באופן יחסי.

35. השוו ג'ניס ומאן (לעיל, הערה 1), בעמ' 31; דרי (לעיל, הערה 1), בעמ' 200-201; דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 59-60.

כהשקעת משאבים נוספים, הפעילות מחייבת קבלת החלטה מודעת לסטות מדפוס הפעולה הקודם (למשל, לקנות מכונת חדשה).<sup>36</sup> לפיכך תינתן עדיפות לפעולה סמי-אקטיבית (כגון, תיקון המכונת הישנה).

#### 4. בעיית ההיצמדות – האומנם בעיה?

גורמים שונים מביאים אפוא לכך שמקבלי החלטות נוטים לייחס משקל יתר להחלטות קודמות, ולהיצמד לרפוטי פעולה שננקטו בעבר. כפי שכבר ציינת, החלטה רציונלית צריכה להתקבל רק בהתבסס על תוצאותיה העתידיות האפשריות, בעוד שעלויות עבר כשלעצמן אינן אמורות להשפיע על קבלת ההחלטה. עם זאת יש להדגיש כי להחלטה לסטות מדפוס פעולה קודם עשויות להיות השלכות מידיות או עתידיות, שההתחשבות בהן עולה בקנה אחד עם הליך קבלת החלטה רציונלי; או במילים אחרות, יש מצבים שבהם ההתחשבות בעלויות עבר אינה ראויה לתואר "בלתי רציונלית".<sup>37</sup> כך למשל, אין חולק בדבר הלגיטימציה של אינטרס ההסתמכות כשיקול ענייני בכל תהליך של קבלת החלטות.<sup>38</sup> ההתחשבות באינטרס ההסתמכות מתיישבת אף עם מודל קבלת החלטות רציונלי, כפי שהוגדר לעיל, שכן פגיעה בהסתמכות היא אחת מהעלויות של החלטה לסטות מדפוס פעולה קודם, שיש להביאה בחשבון במסגרת שקילת תוצאותיה העתידיות האפשריות של ההחלטה. במישור הציבורי, הדבר בא לידי ביטוי בדינים החולשים על סוגיית סופיות המעשה המינהלי. מקובל כי רשות מינהלית יכולה לשנות החלטה שקיבלה<sup>39</sup> מטעמים של טובת הציבור, ואפילו לחזור בה מהבטחה מינהלית,<sup>40</sup> או להשתחרר מחוזה.<sup>41</sup> ואולם במסגרת איוון האינטרסים

36. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 98.

37. ראו: Hastle & Dawes (לעיל, הערה 7), בעמ' 39-40; השוו גם: Brockner (לעיל, הערה 21), בעמ' 40.

38. לאינטרס ההסתמכות באופן כללי, ראו מנחם מאוטנר, "יוצרי סיכונים ו'נקלעי סיכונים' – הגנתו של המסתמך על מצג הוולת בחקיקה האזרחית החדשה", משפטים טז (תשמ"ו) 92; דפנה ברק-ארו, "הגנת ההסתמכות במשפט המינהלי", משפטים (תשנ"ו) 17, בעמ' 19-29, 31-37; גבריאלה שלו, "הבטחה, השתק ותום לב", משפטים טז (תשמ"ו) 295, בעמ' 296; כן ראו: L.L. Fuller and William R. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale L.J.* (1936) 52, pp. 57-66.

39. ראו סעיף 15 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 302; יצוין שלא רק החלטה אינדיווידואלית המתייחסת לפרט מסוים ניתנת לשינוי אלא גם החלטה כללית, כגון קביעת הנחיות מינהליות, ניתנת לשינוי בהתאם להוראת סעיף 15. ראו יואב דותן, הנחיות מינהליות (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשנ"ו), 165-177; ברק-ארו (לעיל, הערה 38), בעמ' 59-56.

40. אלכס שטיין, "הבטחה מינהלית", משפטים יד (תשמ"ה) 255; ברק-ארו (לעיל, הערה 38), בעמ' 50-48.

41. גבריאלה שלו, חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית (דין, תש"ס), 68-67; ברק-ארו (לעיל, הערה 38), בעמ' 45-46.

שהרשות עורכת במקרים כאלה, עליה להתחשב בשיקולים ענייניים כגון: בקיומה של ההחלטה הקודמת, במציאות שנוצרה על יסודה ובפגיעה האפשרית באינטרס ההסתמכות.<sup>42</sup> שיקול לגיטימי נוסף של מקבלת ההחלטות הוא הצורך ביציבות ובוודאות שהסטייה מדפוס פעולה קודם עשויה לפגוע בהן.<sup>43</sup> במישור הציבורי מקובלת ההשקפה, כי צריך שבני אדם יוכלו להסתמך על החלטות מינהליות ולתכנן לפיהן את הליכותיהם.<sup>44</sup> אחדות ועקביות בפעולה המינהלית עשויים להגביר את צפיותה באופן שיספר את הביטחון של האזרח ואת יכולתו לכלכל את צעדיו מראש.<sup>45</sup>

נוסף על כך, כאשר ההחלטה לסטות מדפוס פעולה קודם עשויה לגרום לאבדן הלגיטימציה של מקבלת ההחלטות בקרב הציבור שהיא פועלת בו, הרי שגם זו עלות "חדשה", שבמקרים מסוימים ראוי לתת לה משקל מסוים במסגרת החלטה רציונלית כחלק מתחשיב העלויות והתועלות.<sup>46</sup> מובן שיש להיזהר שלא לייחס לשיקול זה משקל יתר בהשוואה לשיקולים אחרים. כמו כן, במישור הציבורי, חשוב להדגיש כי מכיוון שהרשות המינהלית פועלת כנאמן הציבור,<sup>47</sup> ראוי להתחשב בעלויות הפגיעה במוניטין רק אם הללו נוגעות לאינטרס ציבורי, להבדיל מפגיעה באינטרס האישי של מקבלת ההחלטות גרידא. לעניין זה תיתכן חשיבות לשאלה אם מדובר בגוף נבחר ותלוי, שאז רבים יותר הסיכויים ששיקולי מוניטין יהיו ודים לעניין; או גוף ממונה ועצמאי, כבית המשפט בישראל, שאז שיקולי המוניטין שלו עשויים להיות לגיטימיים במקרים רבים יותר.

סטייה מדפוס פעולה קודם יכולה לגרום אפוא השלכות מיידיות ועתידיות, שמהוות מרכיב תוספתי במסגרת ההחלטה הנוכחית, ולכן ניתן ואף ראוי להביאן בחשבון. ואולם בסופו של יום יש להבחין בין השלכות אלו לבין היצמדות בלתי רציונלית לדפוס פעולה קודם הנובעת מאפקט העלות השקועה, דהיינו מהתחשבות בגורמים קבועים ובלתי הפיכים הקשורים בעבר. גם אם לרוב הבחנה זו קשה ואולי אף מאולצת, בתהליך קבלת החלטות ראוי לנסות ולהימלט מאפקט העלות השקועה, שעלול לחתור תחת המטרה העומדת בבסיס ההחלטה. ההיאחזות העיקשת בהחלטת העבר והמשך הדבקות בה בכל צומת החלטה נוספת שבאותו עניין – עשויים להוביל לבובזו משאבים נוספים בכיוון הלא נכון. יתרה מזאת,

42. ראו יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (כרך ב, נבו, תשנ"ו), 1003 והאסמכתאות המובאות על ידו; דותן (לעיל, הערה 39), בעמ' 153-154, 173; שטיין (לעיל, הערה 40), בעמ' 272-274; שלו (לעיל, הערה 41), בעמ' 70; ברק-ארוז (לעיל, הערה 38), בעמ' 50-53.

43. על אודות הצורך בוודאות וביציבות המשפט ראו חיים כהן, המשפט (מוסד ביאליק, מהדורה שנייה, תשנ"ו), 130-133.

44. ראו זמיר (לעיל, הערה 42), בעמ' 983-984.

45. מיכל טמיר (יצחקי), "עילת חוסר-הוודאות במשפט הציבורי", משפט וממשל ה (תש"ס) 497, בעמ' 521.

46. ראו: Hastie & Dawes (לעיל, הערה 7), בעמ' 39-40.

47. ראו דבריו של השופט חיים כהן כנגד"ן 142/70 בנימין שפירא נ' הוועד המהווי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כח(1) 325, בעמ' 331.

הקושי המעשי "לחיות" עם ההחלטה (בבחינת unworkability),<sup>48</sup> שעלול אף להחמיר בחלוף הזמן, עשוי להוביל לניסיונות להתחמקות, להתעלמות או לסטייה ממנה, הגם שעדיין לא בוטלה באופן פורמלי.

##### 5. עלות שקועה והחלטות סדרתיות

אפקט העלות השקועה מתעורר באופן טיפוסי בסיטואציות שמערבות החלטות סדרתיות. החלטות סדרתיות מאופיינות בקיומה של החלטה ראשונית, שבה הושקעו משאבים מסוגים שונים על מנת להגשים מטרה כלשהי; שלב של הגעת היזון חוזר (feedback) ממקורות שונים אל מקבלת ההחלטה באשר להחלטה הראשונית; חוסר ודאות לגבי השאלה אם השקעת משאבים נוספים תביא להגשמת המטרה; ובחירה האם לדבוק בדפוס הפעולה של ההחלטה הקודמת או לנקוט קו פעולה חדש.<sup>49</sup>

בהתייחס להחלטות סדרתיות, אימץ הכלכלן האמריקני צ'ארלס לינדבלום (Charles Lindblom) נקודת מוצא דומה לזו של הרברט סימון באשר לרציונליות המוגבלת של מקבלי ההחלטות, והציג מודל קבלת החלטות של שינוי תוספתי (המודל האינקרימנטלי) המתמקד באילוץ החלטות העבר.<sup>50</sup> על פי מודל זה, החלטות המתקבלות בהווה ביחס לעתיד, מהוות מעין נדבך, תוספת שולית להחלטות הקודמות. מודל זה מכונה גם "החלטות מן הענפים", להבדיל מ"החלטות מן השורש", שהן החלטות המתחילות תהליך של קבלת החלטות ומטרתן לטפל מן היסוד בבעיה של מדיניות חדשה. לדעת לינדבלום, הסוג של החלטות מן השורש הוא נדיר מאוד, שכן רוב ההחלטות הן בבחינת ענפים מצומחים מענפים קודמים, דהיינו מהחלטות העבר. פעמים רבות הדינמיקה של התהליכים החברתיים אינה מאפשרת כלל לחזור אל השורש, ולכן השינויים שיתקבלו בעקבות ההחלטות יהיו שוליים ולא יסודיים. לינדבלום כינה את מודל ההחלטות הנידון "המדע של להסתדר איכשהו" (muddling through). אין הכוונה לקבלת החלטות במובן של יציאת ידי חובה אלא לקבלת החלטות שמתקדמת ליעד בצעדים קטנים, המעוררים פחות התנגדות, ומביאים בחשבון את המגבלות והאילווצים המופיעים במהלך המדיניות וביצועה.<sup>51</sup> המודל האינקרימנטלי מקבל חיזוק במחקרים מתחום מדעי ההתנהגות שזיהו יוריסטיקה<sup>52</sup> (heuristics), דהיינו כללי אצבע או מכניזמים שאנשים

48. לסוגיית ה"workability של תקדימים, ראו: Thomas R. Lee, "Stare Decisis in Economic Perspective: An Economic Analysis of the Supreme Court's Doctrine of Precedent", 78

*N.C. L. Rev.* (2000) 643, pp. 669-670

49. דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 57; Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 111-118; Brockner (לעיל, הערה 21), בעמ' 40.

50. David Braybrooke and Charles.E. Lindblom, *A Strategy of Decision* (1963), 81-110.

51. למודל של לינדבלום ראו גם דורון (לעיל, הערה 1), בעמ' 58-60; ג'ניס ומאן (לעיל, הערה 1), בעמ' 30-31; דרי (לעיל, הערה 1), בעמ' 198-201.

52. מקור המילה "יוריסטי" הוא יווני, ומשמעותו: "משמש למציאה וללמידה". במסגרת הניתוח ההתנהגותי משמעותה של יוריסטיקה הוא כלל שמטרתו לתאר את תהליך פתרון הבעיה לא רק על ידי תוצאתו.

משתמשים בהם לצורך ביצוע משימותיהם. אחד מהמכניזמים הללו קרוי case-based decisions, ועניינו בממצא שבשל הקושי של אנשים לאמוד את העלויות והתועלות של חלופות, קיימת נטייה לפשט את הנטל על ידי למידה ממקרים קודמים והתקדמות בצעדים קטנים.<sup>53</sup> המודל האינקרימנטלי נראה, לפחות מההיבט התיאורי, מפוכח ותואם את המציאות יותר מן המודל הרציונלי הטהור. עם זאת, בהיבט הנורמטיבי המודל מעורר את השאלה האם ההערכה החיובית של "שינוי תוספתני" ושל "לפתור איכשהו" (במובן של קביעת מדיניות על ידי השוואות תוספתיות מוגבלות) אינה מהווה תגובת יתר מסוכנת לרעיון הרציונליות המלאה.<sup>54</sup>

## 6. סיכום

תורת קבלת ההחלטות מכירה בכך כי הרציונליות היא מוגבלת בשל מגבלות המוח האנושי והאילווצים השונים העומדים בפני מקבלי החלטות. פרק זה התרכז באילוץ החלטות העבר היוצר אפקט של עלות שקועה והיצמדות לדפוסי פעולה קודמים, גם אם לעתים אין היצמדות זו מגשימה את המטרות הנוכחיות העומדות בפני מקבלת ההחלטה. אילוץ העלות השקועה מוצא את ביטויו בעיקר בהחלטות סדרתיות שבעקבות כך מאופיינות בשינויים אינקרימנטליים, וכל החלטה מוסיפה נדבך או תוספת שולית לקודמתה.

על מנת שניטיב להבין מדוע הניתוח האמור ישים לפסיקה בישראל, דהיינו הפסיקה מהווה קבלת החלטות סדרתית החשופה לאפקט העלות השקועה, יש לעמוד תחילה על התפתחותה ועל מאפייניה הייחודיים של דוקטרינת התקדים בישראל (כדי להבין את הסיבות התברתיות והמבניות להיצמדות), ולנתח את הרציונלים שהובאו בארץ ובעולם כתמיכה בדוקטרינת התקדים (כדי להבין את הסיבות האינהרנטיות להיצמדות). בפרק הבא יובהרו אפוא המושגים וההבחנות הרבות הקיימות בדוקטרינה, ותוארנה האפשרויות העומדות בפני בית משפט, שנתקל בתקדים אופקי שנראה ישים למקרה העומד בפניו. כל זאת, מתוך מטרה להתחקות, בסופו של דבר, אחר הגורמים שהביאו את בית המשפט העליון הישראלי לייחס משקל גדול לתקדימו ולברר את השפעתה של בעיית ההיצמדות בין הגורמים האלה.

## ג. דוקטרינת התקדים

### 1. כללי

תפקידם הראשוני של בתי המשפט הוא הכרעה בסכסוכים הבאים בפניהם.<sup>55</sup> להכרעה זו עשויות להיות מספר נפקויות מעבר להריצת הדין בין המתדיינים. ראשית, במישור היהסיים בין בעלי הדין עצמם, פסק דין חלוט יוצר מעשה בית דין (*res judicata*), שמטרתו למנוע

53. Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 5.

54. ראו יחזקאל דרור, "השיטה של 'לפתור איכשהו' – 'מדע' או שיגרה?", נתיבי ארגון ומינהל 71 (1965) 18.

55. ראו אהרן ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט", הפרקליט לט (תש"ן) 267.

דיונים חוזרים בבעיה העובדתית והמשפטית.<sup>56</sup> שנית, בפסק הדין עשויה להיקבע נורמה משפטית חדשה, אם בדרך של פרשנות החוק בידי בית המשפט או בדרכי יצירה שיפוטית אחרות.<sup>57</sup> לנורמה משפטית זו עשויה להיות תחולה כללית, דהיינו תחולה על צדדים זרים להתדיינות המקורית, מכוח עקרון התקדים, המקובל בעיקר בשיטות המבוססות על המשפט המקובל, ואשר הופך את הפסיקה לאחד ממקורות המשפט הנורמטיביים של השיטה.<sup>58</sup> דוקטרינת התקדים (*stare decisis*) היא אפוא התורה הקובעת את מעמדו של פסק דין בשיטת משפט מסוימת כיוצר נורמה משפטית כללית – שיחילו בתי המשפט במקרים מסוימים בעתיד, כשתתגלה מסכת עובדתית דומה.<sup>59</sup>

דוקטרינת התקדים אינה מקובלת בכל שיטות המשפט, ואף בשיטות המשפט המכירות בה, יש מתכונת והיקף שונים לתחולתה.<sup>60</sup> בטרם אעמוד על היקפה ועל טיבה של דוקטרינת התקדים במשפט הישראלי, אציג כמה הבחנות בסיסיות החיוניות להבנת הסוגייה. ראשית, יש להבחין בין תקדים מחייב לתקדים מנחה. כאשר יש לתקדים כוח מחייב (*authoritative/binding*), משמעות הדבר שעל השופט, בנסיבות מסוימות, מוטלת חובה לדבוק בתקדים, אם הוא נושא חן בעיניה ואם לאו. במילים אחרות, התקדים המחייב מהווה מקור משפטי נורמטיבי, המקביל לחקיקה במובנה הפונקציונלי.<sup>61</sup> לעומת זאת כאשר יש לתקדים כוח

56. ראו יצחק אנגלרד, מבוא לתורת המשפט (יהלום, תשנ"א), 127; בדרך כלל, משמעותו של מעשה בית דין היא כי הצדדים או חליפיהם מנועים מלהגיש תביעה נוספת המבוססת על אותה העילה ("השתק עילה") או להתכחש לממצאים מסוימים שנקבעו בהחלטה שיפוטית לגביהם ("השתק פלוגתא"). לדיון מפורט, ראו נינה זלצמן, מעשה בית-דין בהליך אזרחי (פפירוס, תשנ"א); להבחנה בין משמעות פסק הדין במישור היחסים בין הצדדים לבין משמעותו במישור הכללי, ראו: John. W. Salmond, *Salmond On Jurisprudence* (12th ed., P.J. Fitzgerald – ed., 1966), 175.

57. ליצירה השיפוטית לסוגיה, ראו ברק (לעיל, הערה 55); באשר לפיקציה, שאינה מקובלת עוד היום, שלפיה בתי המשפט רק "מצהירים על החוק הקיים", ראו: Salmond (לעיל, הערה 56), בעמ' 144-145.

58. Salmond שם, בעמ' 141; גד טרסקי, "על הלכת התקדים המחייב", מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט) 92; השווה אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז), 387-388.

59. אחת ההגדרות המובאות אצל Black's Law Dictionary (1990), 1406 היא: "Doctrine that, when court has once laid down a principle of law as applicable to a certain state of facts, it will adhere to that principle, and apply it to all future cases, where facts are substantially the same"; להגדרת דוקטרינת התקדים, ראו גם: Ronald A. Heiner, "Imperfect Decisions and the Law: On the Revolution of Legal Precedent and Rules", 15 *J. Legal Stud.* (1986) 227, p. 228.

60. ראו אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 127. לסקירה של עקרון התקדים בשיטות משפט שונות, ראו טרסקי (לעיל, הערה 58), בעיקר בעמ' 99-102, 111-112.

61. לתוקפו המשפטי הנורמטיבי של התקדים במובנו המחייב, ראו טרסקי (לעיל, הערה 58), בעמ' 92; ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 388.

משכנע בלבד (persuasive), אין השופטת מחויבת לפעול על פיו אלא אך להתחשב בו ולתת לו את המשקל הראוי בנסיבות העניין לפי שיקול דעתה.<sup>62</sup> עם זאת יש הרואים גם את התקדים במובנו זה כמקור משפטי שכוחו רב מכוחם של מקורות "משכנעים" אחרים, שכן לפחות בהקשרים מסוימים, אף על פי שהשופטת אינה חייבת לדבוק בו, ראוי שתלך אחריו אלא אם כן קיים טעם חזק שלא לעשות כן.<sup>63</sup> שנית, יש להבחין בין תקדים אנכי לתקדים אופקי. כאשר מדובר בתקדים אנכי (vertical), הכוונה היא לכוחו של תקדים שניתן על ידי ערכאה מסוימת ביחס למקרים שיידונו בעתיד בפני ערכאות נמוכות יותר בהיררכיה. לעומת זאת תקדים אופקי (horizontal), ענייננו בכוחו של תקדים שניתן על ידי ערכאה מסוימת ביחס למקרים שיידונו בעתיד בפני אותה הערכאה.<sup>64</sup> השאלה אם מדובר בתקדים אנכי או אופקי עשויה להיות רלוונטית לכוחו של פסק הדין כתקדים מחייב או מנתה.<sup>65</sup> הבחנה נוספת היא בין טעם הפסק (ratio decidendi) לבין אמרות אגב (obiter dicta). טעם הפסק הוא הכלל המשפטי (rule of law) שהיווה בסיס לפסיקת בית המשפט. מקובל לומר כי העובדות המהותיות של המקרה הדרושות להכרעה (לרבות קביעות משפטיות נחוצות) בצירוף התוצאה הסופית – מהוות את טעם הפסק. לעומת זאת, כאמרות אגב ייחשבו אותם חלקים בדברי בית המשפט שלא היה צורך כבסיס להכרעה.<sup>66</sup> ההבחנה בין

62. ראו: Salmond (לעיל, הערה 56) בעמ' 145. על פי Salmond, בעוד תקדים מחייב הוא מקור משפטי, הרי שתקדים משכנע הוא מקור היסטורי. תקדים הוא בעל כוח משכנע בלבד כאשר תקדים כזה משמש מקור לתוכנן של הכרעות עתידיות, אך אין הוא תנאי הכרחי לתוקפן, ואין הן חייבות מבחינה משפטית לינוק ממנו. לא כן לגבי תקדים מחייב, שמכתיב את ההחלטות במקרים עתידיים הדומים לו, בלא קשר לערך ששופטי המקרים העתידיים מיחסים לתוכנו. כאמור בתקדימים משכנעים, תוכנם הוא הקובע אם לנהוג לפיהם או לא, על פי שיקול דעתו של השופט.

63. פרופ' חיים גנז נוהג להבחין, במסגרת הרצאותיו בתורת המשפט, בין הכוח המשפטי של תקדים מנחה במובנו בסעיף 20 לחוק יסודי: השפיטה (ס"ח תשמ"ד 78), לבין הכוח המשפטי של מקורות תוכן משכנעים אחרים, כמו מאמרים בכתבי עת משפטיים. מחד גיסא, התקדימים המנחים הם מקורות תוכן שחובה משפטית להיוועץ בהם ולשקלם, ואילו האחרים הם מקורות מקריים לתוכני הכרעות משפטיות – מקורות שאין חובה אפילו להיוועץ בהם. מאידך גיסא, ההבדל בין תקדימים מנחים לבין תקדימים מחייבים הוא שבתקדימים מנחים יש חובה רק להיוועץ ואילו לגבי תקדימים מחייבים יש חובה לנהוג בהתאם להם. דהיינו, על פי פרופ' גנז "התקדים המנחה" אינו זהה ל"תקדים המשכנע" שסלמונד מדבר עליו, שכן בתקדים, בניגוד למקורות תוכן משכנעים אחרים, יש לכל הפחות חובה להיוועץ. ראו גם כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 237-238; והשווה הבחנתו של סלמונד בין תקדים "במובן החוק" לבין תקדים "במובן החלש", שדומה כי אינה חופפת לחלוטין את הבחנתו בין תקדים מחייב לתקדים משכנע – Salmond (לעיל, הערה 56, בעמ' 142).

64. ראו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 94; Lee (לעיל, הערה 48), בעמ' 649.

65. יודגש אפוא כי אותו פסק דין עצמו יכול שיהווה תקדים מחייב כלפי ערכאות מסוימות ותקדים מנחה כלפי ערכאות אחרות. ראו: Salmond (לעיל, הערה 56), בעמ' 146.

66. לתאוריות השונות לקביעת טעם הפסק, ראו: Arthur L. Goodhart, "Determining the Ratio

רציו לאוביטר אינה עניין טכני ולעתים אף מלאכה לא פשוטה.<sup>67</sup> לפחות להלכה (*de jure*), הכוח התקדימי מוקנה אך ורק לרציו של פסק הדין,<sup>68</sup> שכן, מטבע הדברים, השופטים מתייחסים באחריות רבה יותר בבואם לנמק סוגיות הנדרשות לצורך הכרעה בסכסוך,<sup>69</sup> ואף הראיות המצויות בידיהם, אשר על הבאתן אמונים הצדדים, מתייחסות רק לסוגיות האלה. יתרה מזאת, אמרת אגב לכאורה כלל אינה בגדר תפקידו של בית המשפט, שאמור לקבוע נורמות אך ורק באופן אינצידנטלי להכרעה בסכסוך הקונקרטי הנידון בפניו.<sup>70</sup> תוכנו של התקדים לא נקבע בעת מתן פסק הדין המקורי אלא הוא עניין לפרשנות אובייקטיבית מאוחרת בהתאם להערכה מהו טעם הפסק.<sup>71</sup> כאשר בית משפט, שדן במקרה חדש העומד להכרעה בפניו, נתקל בתקדים שלכאורה הל בנסיבות העניין, ניתן להבחין בין כמה דרכי פעולה אפשריות. אפשרות אחת היא לדבוק בתקדים (*follow*) ולהחילו על העניין החדש. כאשר מדובר בבית משפט שאינו מחויב לפעול על פי התקדים, ייתכן שיבחר לסטות ממנו ולא לאמצו (*refuse to follow*).<sup>72</sup> יש מצבים שבהם מדובר בערכאה שלא זו בלבד שיש לה סמכות לסטות מהתקדים ולא לאמצו אלא אף בסמכותה להפכו וליצור תקדים חדש שיחליפו מכאן ואילך (*overrule*).<sup>73</sup> גם כאשר מדובר בבית משפט שלכאורה מחויב

- Decidendi of a Case", *Essays in Jurisprudence and the Common Law* (1931) 1; Joseph Raz, *The Authority of Law* (1979), 180-209; Glanville Williams, *Learning the Law* (1982), 67-73; ראו גם כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 234-235; ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 117-118.
67. לקושי להבחין בין רציו לאוביטר ולמבטני עזר שונים שפותחו לצורך כך, ראו למשל: Williams (לעיל, הערה 66), בעמ' 67-82; Raz (לעיל, הערה 66), בעמ' 183-184; חיים ה' כהן, "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט - בעקבות בג"צ 164/97 קונטרם בע"מ נ' משרד האוצר, פ"ד (נב) 289", משפטים לא (תשס"א) 415, בעמ' 419-422.
68. לכלל המשפטי שרק הרציו מחייב, ראו: Black's Law Dictionary (לעיל, הערה 59) בעמ' 1406; גר טדסקי, "מימרת אגב - 'הלכה פסוקה'?", הפרקליט כ (תשכ"ד) 99; אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 133; לדעה כי כלל זה אבד עליו הכלח, ראו כהן (לעיל, הערה 67), בעמ' 419-426.
69. ראו טדסקי (לעיל, הערה 68), בעמ' 100; "ההבחנה בין *ratio decidendi* לבין *obiter dicta* ... מבוססת ... על ההשקפה שיש להתחשב, באורח עקרוני, באשר ידין הדיין ולא באשר יורה, משום שרק בהכרעו בעיה ריאלית וקונקרטית יכריע הוא במלוא ההכרה וירגיש במלוא אחריותו כשופט" (ההדגשות במקור - מ"ט).
70. השוו עלי ולצברגר, "הסמכות המכוננת בישראל", משפט וממשל ג (תשנ"ו) 679, בעמ' 680-686; רות גביון, "המהפכה החוקתית - תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?", משפטים כח (תשנ"ז) 21, בעמ' 144-147; כהן (לעיל, הערה 67), בעמ' 419, 426-428. מחברים אלה מבקרים את העדר ההבחנה בין טעם הפסק לאמרות האגב ואת ריבויין של אמרות האגב בפסיקת בית המשפט העליון בישראל.
71. ראו כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 234.
72. לסטייה מהלכת הפסק, ראו ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 119-124.
73. ראו: Salmond (לעיל, הערה 56), בעמ' 147; ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 388; Raz (לעיל, הערה 66), בעמ' 189-192.

להחיל את התקדים, קיימות כמה "טכניקות התחמקות" שבהן ניתן להשתמש על מנת להימנע מהחלת התקדים בנסיבות העניין. כך למשל, הקושי בהבחנה בין רציו לאוביטר עשוי לסייע, שכן בית המשפט יכול להיתלות בו בחלצו את הרציו באופן מגמתי, כך שהכלל שלכאורה אמור לחול בנסיבות המקרה יוכרו על ידו כאוביטר.<sup>74</sup> בדומה, בית המשפט יכול לאבחן (distinguish) בין עובדות המקרה החדש לבין עובדות המקרה שעמד ביסוד התקדים, ולהיתלות בשוני העובדתי – הרלוונטי והמהותי לטעמו – על מנת להימנע מהחלת התקדים.<sup>75</sup> מאחר שהאבחון טומן בחובו קביעה כי הלכת התקדים הקודם מצומצמת למערכת מסוימת של עובדות, הרי שהאבחון מביא אף לצמצום ההלכה הקודמת, דהיינו לצמצום תחולתו של התקדים מכאן ולהבא.<sup>76</sup>

כל האפשרויות הללו תלויות כמובן בשאלה איזה בית משפט יצר את התקדים ואיזה בית משפט נדרש להחילו (האם הקשר ביניהם אנכי או אופקי) ובמאפייניו של דוקטרינת התקדים בשיטת המשפט הספציפית שמדובר בה (האם בנסיבות העניין מוקנה לתקדים כוח מחייב, משכנע או אחר).

## 2. דוקטרינת התקדים בישראל

### (א) התפתחות

מקורה של דוקטרינת התקדים בישראל הוא במשפט האנגלי. באנגליה התקדימים מחייבים את בתי המשפט על פי ההיררכיה שביניהם. בראש המערכת ניצב בית הלורדים (House of Lords), שהחלטותיו מחייבות את כל בתי המשפט, וכל בית משפט אחר בהיררכיה קשור לתקדימיו של בתי המשפט הגבוהים ממנו.<sup>77</sup> השופטים הבריטים שבאו לישראל במסגרת המנדט הצליחו להחדיר את עקרון התקדים המחייב לתוך מערכת המשפט המקומי.<sup>78</sup> מסורת זו נמשכה גם לאחר קום המדינה, אף על פי שהבסיס הפורמלי לקליטתו של העיקרון בארץ מוטל היה בספק.<sup>79</sup> יתרה מזאת, בפרשת ואבם<sup>80</sup> קיבל עליו בית המשפט העליון את עקרון

74. ראו כהן (לעיל, הערה 67), בעמ' 419, 422; Raz (לעיל, הערה 66), בעמ' 183-184.

75. ראו: Williams (לעיל, הערה 66), בעמ' 73-77; Raz (לעיל, הערה 66), בעמ' 183-189; כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 235.

76. ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 119.

77. לפירוט על אודות דוקטרינת התקדים במשפט האנגלי, ראו למשל: Williams (לעיל, הערה 66), 84-91; 1261-1263; M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (1994), 287-313; Lord Denning, *The Discipline of Law* (1979), 287-313.

78. ראו אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 127-128; טרסקי (לעיל, הערה 58), בעמ' 102.

79. טרסקי טוען כי קליטתו של התקדים למשפט הישראלי הייתה "סמויה", הן משום שלא נזכר בדבר המלך במועצתו משנת 1922 או בפקודות מנדטוריות אחרות, והן משום שאינו משתייך למשפט המהותי האנגלי, שתוכנו נקלט למשפט הישראלי דרך סימן 46. מסקנתו היא שמדובר בנוהג של בתי המשפט הישראליים, שאינו מבוסס על יסודות מוצקים. ראו טרסקי (לעיל, הערה 58), בעיקר בעמ' 102-110.

80. בג"ץ 287/51 ראם נ' שר האוצר, פ"ד ח 494 (להלן: בג"ץ ראם).

"הויקה העצמית", אשר היה מקובל באנגליה,<sup>81</sup> וקבע כי למעט מקרים יוצאים מן הכלל, בית המשפט העליון ילך בעקבות תקדימיו.<sup>82</sup> הנימוקים ההיסטוריים לכך, שדומה כי אינם תקפים עוד כיום, התייחסו להיותה של המדינה מדינה חדשה הזקוקה "לא רק לחוק בהיר, אלא גם לפירוש של חוק אשר יהא יציב ובטוח".<sup>83</sup> אמנם בית המשפט לא שלל את האפשרות הנדירה לסטות מתקדים, אם כעבור זמן רב מיום הינתנו השתנו תנאי החיים בצורה יסודית ובלתי צפויה, עד שהתקדים הישן אינו הולם את תנאי החיים החדשים. ואולם ההלכה שאימצה את עקרון התקדים נתפסה בעצמה כתקדים מחייב,<sup>84</sup> ודעת מיעוט של השופט ויתקון, כי ראוי שלא לקבל את עול התקדים במשמעותו הדווקנית, נדחתה על ידי שופטי הרוב, על אף ניסוחה הזהיר.<sup>85</sup>

81. ההלכה המסורתית באנגליה הייתה כי בית הלורדים, בית המשפט לערעורים (Court of Appeal), ובחלקו גם בית המשפט הגבוה (High Court of Justice), קשורים כל אחד לתקדימים של עצמו. אולם בשנת 1966 הצהירו שופטי בית הלורדים, כי בעתיד הם יראו את עצמם חופשיים לסטות במקרה הצורך מתקדימי בית הלורדים. לנוסח ההודעה ראו: 3 ALLE. R 77 [1966].

82. בג"ץ ראם (לעיל, הערה 80), בעמ' 503. החריגים שצוינו הם: פסק דין בלתי מנומק; פסקי דין סותרים; ומצב שבו בנתינת פסק הדין הראשון התעלם בית המשפט מטעף של חוק או תקנה. 83. דברי השופט גויטיין שם, שם. מעניין לציין כי השופט אלון בע"פ 2251/90 חג' יחיא נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 221 (להלן: ע"פ חג' יחיא) משתמש בנימוק הגיל של המדינה דווקא לחיזוק הטענה לפיו יש חשיבות לחופש הכרעת הדין. ראו שם, בעמ' 270: "חשיבות רבה נודעת לחופש הכרעת הדין של שופטי בית המשפט העליון ולאי תלותם בתקדים המחייב. הצורך בקיומו של החופש האינטלקטואלי של השופט, למען אפשר שינוי הפסיקה הקיימת במקרה ראוי ורצוי, משנה חשיבות נודעת לו בחברה כחברתנו שהליך התגבשותה עדיין בעיצומו, וחילוקי דעות שבה נוקבים וחרפים בעמדות יסוד בתחום אמונות ודעות, הליכות עולם והליכות חברה, תרבות ואורח חיים, מדיניות וכלכלה"; לשימוש ב"מטפורת הילדות", ראו גם יורם שחר, "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון – הפוליטיקה של התקדים", מחקרי משפט טז (תשס"א) 161.

84. ראו דברי השופט ברנזון בבג"ץ 176/74 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים, פ"ד ט 617, בעמ' 631: "כוחם המחייב של התקדימים של בית המשפט זה כלפי עצמו – ואין צורך לומר כלפי כל בתי-המשפט האחרים במדינה – נקבע לאחרונה אחרי דיון ממצה בכג"צ 287/51, ע"י הרכב של חמשה שופטים ...". ודברי הנשיא אולשן, שם, בעמ' 1405: "... נראה לי שההחלטה הנ"ל צריכה לחייב את הכל בעתיד, כל עוד המחוקק לא התערב בדבר ולא שינה את ההחלטה ע"י מעשה חקיקה".

85. ראו דברי השופט ויתקון שם, בעמ' 627-628: "סבור אני שאף אנו, בבית המשפט זה, נטיב לעשות אם לא נקבל את עול התקדים במשמעותו הדווקנית. כאמור, אינני חושש מאנדרלמוסיה ומיתר מיני פורענויות. חוקה על השופט בישראל שידע לכבד אסמכתה ולא יסטה מן ההלכה הפסוקה אלא במקרים יוצאים מן הכלל. אין אני מתעלם מן הצורך ביציבות המשפט, אך אינני מוכן לקנות יציבות במחיר של הצדק". עמדה זו נדחתה, כאמור, על ידי דעת הרוב והנשיא אולשן והשופט ברנזון, אך היא זו שהתקבלה מאוחר יותר על ידי המחוקק. ראו דבריו של השופט ויתקון בע"א 29/59 עין חרוד נ' לוגסי, פ"ד יג 1883, בעמ' 1899: "כלום יש עוד צורך

בשנת 1957 נכנס לתוקפו סעיף 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957,<sup>86</sup> שכותרתו "הלכה פסוקה", ואשר קבע כדלקמן:

(א) בית משפט יוגח על ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו. (ב) הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון.

נוסח כמעט זהה של הסעיף מצוי כיום בסעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה,<sup>87</sup> שבשילוב עם סעיף 1 לחוק יסודות המשפט: תש"ם-1980, מבטט את מעמדה של הפסיקה כמקור משפטי מחייב במשפטנו.<sup>88</sup> הוראת סעיף 20 מאמצת את העיקרון ההיררכי באופן חלקי. הלכה של בית המשפט העליון מחייבת את בתי המשפט שמתחתיו,<sup>89</sup> וחייב זה הורחב על ידי הפסיקה גם לבתי הדין ולא רק לבתי המשפט השייכים למערכת בתי המשפט.<sup>90</sup> לעומת זאת, פסיקה של בית משפט מחוזי מנחה בלבד ואינה מחייבת את בית המשפט השלום שמתחתיו,<sup>91</sup> אם כי גם הוראה זו הורחבה על ידי הפסיקה.<sup>92</sup>

86. להוכיח – שהמחוקק הישראלי – בניגוד להשקפת בית המשפט הזה בעניין ראם נ' שר האוצר קבע – במלים ברורות בסעיף 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, כי הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט זולת בית המשפט העליון? (ההרגשה במקור – מ"ט).

86. ס"ח 148.

87. ס"ח תשמ"ד 78.

88. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 163 קובע: "ראה בית המשפט שאלה משפטיות הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר הדין, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"; לדעה לפיה יש הבדל בין המונח "הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון", המצוי בסעיף 20 לחוק יסוד: השפיטה, לבין המונח "הלכה פסוקה" שבחוק יסודות המשפט, ראו יוסף מ' אדרעי, "חוק יסודות המשפט כמקור סטוטורי לאקטיביזם שיפוטי", עיוני משפט יז (תשנ"ג) 597, בעמ' 619.

89. לחובה של בית המשפט המחוזי לפעול על פי תקדימי בית המשפט העליון, ראו ע"פ 392/80 מדינת ישראל נ' הלוי, פ"ד (ה) 698. יצוין שגם היקף הוראה זו היה שנוי במחלוקת; כך למשל, התקיים ויכוח בין פרופ' ירון לפרופ' טרסקי בשאלת תחולת הלכת התקדים המחייב על כללי פרשנות. ראו אורי ירון, "ושוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט כו (תש"ל) 190 ו-358; גד טרסקי, "כללי פרשנות והלכה פסוקה", הפרקליט כו (תשל"א) 42.

90. לחיוב בתי הדין של לשכת עורכי הדין לפעול על פי תקדימי בית המשפט העליון, ראו על"ע 3/73 מאירי נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, פ"ד כח(1) 828, בעמ' 831. בפסק דין זה קבע השופט זוסמן כי כל מערכת שיפוטית המאפשרת לבעל דין להביא את דברו אי פעם לבית המשפט העליון – כפופה לתקדימיו של בית המשפט העליון.

91. ראו כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 237; אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 138. כן ראו בג"ץ 653/83 מבע מוציאיים לאור בע"מ נ' סגן נציב מס הכנסה, פ"ד לט(3) 29, בעמ' 30.

92. במובן זה שלא רק את ערכאות השיפוט הנמוכות יותר ינחה פסק הדין של בית המשפט המחוזי, אלא גם את ציבור המשפטנים וציבור האזרחים הניצבים בפני שאלה שפסק דין של בית המשפט המחוזי מתייחס אליה. ראו בג"ץ מבע (לעיל, הערה 91), בעמ' 30; ע"פ (ירושלים) 17/91 מדינת ישראל נ' אבו כף (לא פורסם).

באשר למישור האופקי, שבו מאמר זה מתמקד, הסעיף קובע במפורש כי בית המשפט העליון אינו מחויב על ידי תקדימיו, ואף לא נרמז כי הוא מונחה על ידם. ניסוח חקיקתי זה עורר שאלה עקרונית, האם כששלל את רעיון הזיקה העצמית לגבי בית המשפט העליון, יצר המחוקק "הסדר שלילי", ולמעשה אסר על בית משפט זה לדבוק בתקדים רק בשל היותו תקדים.<sup>93</sup> פרופ' גר טדסקי סבר כי שלילת הזיקה העצמית על ידי החוק היא הוראה קוגנטית המחייבת את בית המשפט העליון לא לראות את עצמו קשור לתקדים.<sup>94</sup> לפי גישה זו, הרעיון של הוראת המחוקק הוא כי המוסד השיפוטי העליון של המדינה יקיים זיקה ישירה אל החוק, ולא אל תקדימיו. דהיינו, הנאמנות לחוק הכתוב עדיפה על היציבות של ההלכה הפסוקה.<sup>95</sup> דא עקא, שאף אם זו הייתה כוונת המחוקק, אין היא באה לידי ביצוע למעשה. בית המשפט תופס את ההוראה כמתן רשות (להבדיל מחובה) שלא להיות כפוף לזיקה עצמית, המשאירה לו את האפשרות לא לסטות מן ההלכה הפסוקה לשם שמירה על היציבות.<sup>96</sup> הגוהג שהתפתח הוא שלא זו בלבד שבית המשפט העליון מנחה עצמו על פי תקדימיו שלו, אלא שבדרך כלל הוא דבק בהם ואינו סוטה על נקלה מתקדימיו על אף הרשות הנתונה לו על ידי המחוקק.<sup>97</sup>

#### (ב) מאפיינים ייחודיים לשיטה הישראלית

אם כן לעקרון התקדים מוקנה מעמד חשוב בשיטתנו המשפטית. יש להבין ולנתח את המעמד הזה על רקע מאפיינים הייחודיים לשיטת המשפט הישראלית. מאחר שבעיית ההיצמדות הנידונה במאמר קשורה קשר הדוק להיבטים חברתיים ומבניים, הרי שהתחקות אחר החשיבות שבית המשפט העליון מקנה לתקדימיו – אף על פי שאינו מחויב לכך – אינה יכולה להיעשות ללא התייחסות להיבטים האלה.

ראשית, יש להבין את הסביבה המשפטית שבה ניתן התקדים בישראל. שיטת המשפט הישראלית קיבלה את הסדר הכוחות בין המחוקק לשופט כפי שהתגבש באנגליה, ולפיו "השיטה המשפטית מניחה למחוקק לסמל את הריבונות הדמוקרטית באמצעות עיקרון עליונות החקיקה, בעוד מערכת המשפט משמרת בידה ... את השליטה המלאה על התכנים הנורמטיביים".<sup>98</sup> דהיינו, אמנם החקיקה היא נורמה המצויה בפירמידת הנורמות מעל

93. ראו אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 131; כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 238.

94. ראו טדסקי (לעיל, הערה 58), בעמ' 130-131.

95. ראו אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 131.

96. ראו אנגלרד (שם, שם); כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 238.

97. ראו דברי השופט ברנזון בד"ב 14/68 "לפידות" חברת נפט לישראל בע"מ נ' שליטר, פ"ד כג(1) 771, בעמ' 775: "אמת, אין אנו נוהגים לשנות הלכה פסוקה שלנו, הגם שמבחינה חוקית אין אנו קשורים לתקדימים שלנו"; ראו גם כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 238. המחבר מציין כי הראיה לכך שאין פסק דין של בית המשפט העליון בשאלה משפטית לא שגרתית, שאינו סוקר תחילה את הפסיקה שלו ושל בתי משפט אחרים, שקדמה לדיוניו.

98. ראו יורם שחר, מירון גרוס והנן גולדשמידט, "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי", משפט וממשל ז (תשס"ד) 243, בעמ' 244.

להלכה הפסוקה.<sup>99</sup> אך היא לקונית ונתונה לפרשנותה של השפיטה.<sup>100</sup> במסגרת החקיקה האזרחית, לקוניות זו אינה בולטת רק לעומת חוקים אנגליים אנליטיים וקוואיסיטיים, אלא גם לעומת פרקים מקבילים מספרי החוקים הקונטיננטליים.<sup>101</sup> נוסף על תוכנם הקצר והתמציתי, הסדרים רבים מובאים בחקיקה בדרך של קביעת עיקרון רחב וכללי האמור להסדיר סוגיה רחבת היקף, וכן רב השימוש במושגי שסתום (כגון: "תום לב", "סבירות", "דרך מקובלת", "צדק" ועוד) באופן שמשאיר לבית המשפט שיקול דעת רחב ואף מטיל על השופטים נטל לא מבוטל.<sup>102</sup> התוצאה היא ש"הקנון של המשפט הישראלי [נכתב] בהלכה הפסוקה לא בחקיקה ולא בכתבי המלומדים, ובמרכזו התקדימים המובילים של בית המשפט העליון לדורותיו".<sup>103</sup>

על מנת שיוכלו השופטים לעמוד בנטל האמור, השיטה המשפטית שלנו זקוקה לרשות שופטת עצמאית,<sup>104</sup> שנאמנותה נתונה רק לחוק ולא לגורם ציבורי כלשהו.<sup>105</sup> עצמאות הרשות השופטת בישראל היא מהותית ואישית. העצמאות המהותית מתבטאת בנורמה הקבועה בסעיף 2 לחוק-יסוד השפיטה, שלפיה: "בענייני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין". העצמאות האישית טמונה בהליכי הבחירה של השופטים, תקופת כהונתם, והוראות שונות המגיינות עליהם מפני העברה בלתי סבירה מכהונה, שינוי בתנאי עבודתם או הורדה במשכורתם.<sup>106</sup> המאפיין האמור בדבר עצמאות

99. עיגון ברור לכך קיים כיום בסדר העדיפויות שמונה חוקי-יסודות המשפט. ראו גם גואליטרו פרוקצ'יה, "חוקי-יסודות המשפט, תש"ס-1980", עיוני משפט י (תשמ"ד) 145, בעמ' 150-153; לפירמידת הגורמות ראו: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949), 123-162.

100. ראו אהרן ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג (תשל"ג) 5, בעיקר בעמ' 13.

101. ראו גד טרסקי, "על חוק המתנה-תשכ"ח-1968", משפטים א (תשכ"ח) 639; דניאל פרידמן, "יסודות ביני עשית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ח (תשמ"א) 26.

102. ראו מנחם מאוטגר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז (תשמ"ח) 321, בעמ' 331.

103. שחר, גרוס וגולדשמידט (לעיל, הערה 98), בעמ' 245.

104. על מנת לעמוד בנטל האמור יש צורך בשופטים אחראים - במובן זה שהם מפרשים את החוק ללא קשר להעדפותיהם האישיות; ועצמאיים - במובן זה שהם מפרשים את החוק בלא שהם נתונים ללחצים של רשויות אחרות. ראו: Eric Rasmusen, "Judicial Legitimacy as a Repeated game", 10 *J. L. Econ. & Org.* (1994) 63.

105. לעצמאות הרשות השופטת, ראו בנימין אקצין, תורת המשפטים (כרך א, תשכ"ח), 329; חיים ה' כהן, "הרהורי כפירה באמון הציבור", המשפט 14 (תשס"ב) 9.

106. ראו פרק ב לחוק-יסוד: השפיטה; כן ראו: Asher Maoz, "Constitutional Law", *The Law of Israel: General Surveys* (Itzhak Zamir and Sylviane Colombo - eds., 1995) 5, pp. 29-30; להשוואה עם עצמאות הרשות השופטת באנגליה, ראו: Ian Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights*. (2003), 57-58.

הרשות השופטת והמעמד הפורמלי של דוקטרינת התקדים קשורים זה בזה. יש הטוענים כי לשיטת התקדים תפקיד חשוב בכך, שלמרות עצמאות זו של השופטים, הם פועלים כ"נציגים" נאמנים של המחוקק. על פי טיעון זה, השופטת תרסן את עצמה ותדבק בהוראת החוק ובתקדימים הקודמים על מנת לזכות בהשפעה עתידית, דהיינו מאחר שהיא רוצה ליצור תקדימים בתחומים חדשים של המשפט שהשופטים האחרים יצייתו להם.<sup>107</sup> יש הטוענים כי שימור עצמאות הרשות השופטת הוא אינטרס של הרשות המחוקקת, שמעוניינת לאצול לשופטים סמכויות של יצירת דין ("חקיקה שיפוטית"), משום שאצילה זו מסייעת למחוקקים למקסם את התמיכה הפוליטית בהם ולהגביר את סיכוייהם להיבחר שנית.<sup>108</sup> ואכן ייחוד נוסף של השיטה הישראלית הוא שהחקיקה עצמה – בהיותה הסמכות העליונה – מפנה את בתי המשפט לשאוב מהפסיקה את הדין על ידי אימוץ עקרוני של דוקטרינת התקדים. דהיינו, שני מקורות המשפט קשורים עצמם זה לזה על מנת ליצור תורת משפט משולבת.<sup>109</sup> דוקטרינת התקדים קשורה גם למבנה ההיררכי של הרשות השופטת, שגורר שיטה של תקדים אנכי מחייב. שיטה זו מתחייבת בשל חלוקת העבודה בין הערכאות הנמוכות, האחראיות בעיקר על בירור העובדות, לבין הערכאה הגבוהה האחראית על השאלות המשפטיות.<sup>110</sup> אימוץ דוקטרינת התקדים המחייב מסויג בישראל רק למישור האנכי. דהיינו: הערכאות הנמוכות חייבות הישמעות לפסיקה מגבוה; אולם במישור האופקי, בערכאה העליונה השופטת אינה מחייבת לתקדים. זו מעין פשרה בין ויקה מוחלטת לתקדים (נוסח אנגליה) לבין פירוש שיפוטי חופשי לחלוטין של החוק, שכן אף על פי שבית המשפט העליון אינו מחויב לתקדימו, מוטל עליו ליצור דין יציב שמיושם בבתי המשפט האחרים. עם זאת קיימת דעה כי בניגוד למצב כאנגליה ובארצות הברית, להלכת התקדים המחייב במישור האנכי אין מקום מרכזי במשפט הישראלי, משום שבית המשפט העליון ממלא גם תפקיד של בית משפט לערעורים רגיל. לפי דעה זו, מאחר שכל החלטה שיפוטית בעלת חשיבות משפטית מגיעה, כעניין של שגרה, לבית המשפט העליון, אין סיכון ממשי כי הלכה מיושנת ובלתי מתאימה תעמוד זמן ממושך ותהיה לרועץ לבתי המשפט הנמוכים.<sup>111</sup> יתרה מזאת, שחרור בית המשפט העליון מויקה עצמית לתקדים שלו, יוצר מצב שכונה "פרדוקסלי", ולפיו שופטת מחוזית, שסבורה

107. ראו: Rasmusen (לעיל, הערה 104). המחבר מנגיד את המצב האמור למצב במדינות קונטיננטל שבהן השופטים כפופים לביורוקרטיה ואין נוהגת בהן שיטת התקדים. בעוד השיטה הקונטיננטלית מפחיתה את בעיית הנציג שבין מערכת המשפט והאזרחים; השיטה האנגלו-אמריקנית (שבה השופטים עצמאיים וגם יוצרים דין) מפחיתה את בעיית הנציג שבין שאר רשויות השלטון לבין האזרחים, ומאפשרת להפוך את ההתחייבויות השלטוניות למחייבות.

108. ראו: Eli M. Salzberger, "A Positive Analysis of the Doctrine of Separation of Powers, or: Why Do We Have an Independent Judiciary?", 13 *Int' Rev. L. & Econ.* (1993) 349.

109. ראו אריאל הכט, "הויקה לתקדים", מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (גד טדסקי – עורך; מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשכ"ד), 162, בעמ' 167-168.

110. ראו: Lewis A. Kornhauser, "Adjudication by a Resource-Constrained Team: Hierarchy and Precedent in a Judicial System", 68 *Southern Cal. L. Rev.* (1995) 1605, p. 1624.

111. ראו אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 137.

שהלכה של בית המשפט העליון מוטעית ושסביר מאד שתשונה, אינה יודעת כיצד לנהוג: אם תנהג על פי התקדים המחייב – יהא פסק דינה נאמן לדין, אך הוא יבוטל בערעור עם השינוי הצפוי בהלכה הפסוקה. לעומת זאת אם היא תסטה מהתקדים – החלטתה תהיה בניגוד להוראת סעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה, אך בערעור היא תאושר לאור נכונותה המהותית.<sup>112</sup>

אין ספק כי דווקא במישור האופקי להלכת התקדים המנחה בישראל משמעות רבה. דומה שהלכת "הזיקה העצמית" שאומצה על ידי בית המשפט העליון בתחילת דרכו השפיעה מאוד על תפיסתו, וסעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה שמשחרר את בית המשפט העליון במפורש מכבילות להלכותיו (אם כי אינו מחייב אותו שלא להיות כבול) לא שינה בהרבה את הנהגה המושרש והמעוגן היטב במחשבה המשפטית המקומית. אף על פי שנקודת המוצא העיונית שהדין הישראלי מצוי בה כיום, וזה לנקודת המוצא האמריקנית-הקנדית, שתקדים קודם אינו מחייב אך ניתן לנהוג על פיו;<sup>113</sup> שיטת המשפט הישראלית נוטה יותר לנקודת המוצא האנגלית שתקדים קודם מחייב, ורק מכוח החריג ניתן לסטות ממנו<sup>114</sup> – בכך שהפרקטיקה המשפטית דורשת נימוקים כבדי משקל לצורך סטייה מתקדים.<sup>115</sup> גם אם תקדימי בית

112. שם, בעמ' 132; הכט (לעיל, הערה 109), בעמ' 170-172. ראו גם כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 237 – המחבר מציין כי שופטים מהוויים פוסקים לעתים בניגוד לתקדים, על מנת שכאשר יובא פסק הדין לפני בית המשפט העליון, יוכל הוא לתקן את טעותו – אם ישכנע שאמנם טעה.

113. ראו ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 391.

114. ניתן לטעון כי הודעת בית הלורדים משנת 1966 (לעיל, הערה 81) לא ביטלה לחלוטין את "הזיקה העצמית" אלא הרחיבה את ההריגים והעמידה אותם על חריג רחב ומקיף, שלפני יסטה בית הלורדים מתקדימיו במקום שהוא סבור שהדבר נכון. ראו ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 391.

115. ראו ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 408-409: "השיקולים השונים מחייבים, לדעתי, את המסקנה כי סטייה מתקדים תהיה חריג ולא הכלל, וכי היא תעשה בנסיבות מיוחדות. נטל ההוכחה בעניין זה, מן הראוי שיוטל על זה המבקש לסטות מהתקדים, ולא על מי שמבקש לכבדו. על כן, מקום שכפות המאזניים הן מאויינות, יש לדבוק בתקדים ולא לזנוח אותו. רק כאשר כפות המאזניים נוטות בצורה ברורה לטובת סטייה מהתקדים, יש לבחור בדרך זו". לדרישת שיקולים כבדי משקל לצורך סטייה מתקדים, ראו למשל, דברי השופט אנגלרד בע"א 5472/98 מנהל מס שבח מקרקעין נ' חברת הדרי החוף מספר 63 בע"מ, פ"ד נו(1) 877, בעמ' 888: "כידוע, אין הלכה שנפסקה בבית המשפט הזה מחייבת אותו ורשאי הוא לסטות ממנה ... עם זאת, לשם שינוי ההלכה חייבים להתקיים נימוקים בעלי משקל, הנוטים את הכף לביטול ההלכה הקיימת"; דברי השופטת שטרסברג-כהן בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199, בעמ' 226: "בהתחשב בביקורת שהושתה על הלכת בוקר ובתוצאות הקשות שנבעו ממנה נשאלת השאלה האם יש לדבוק בהלכת בוקר או שמא ראוי לסטות ממנה או לשנותה ואם כן, כיצד. שאלה זו אינה קלה וקיימים שיקולים כבדי משקל לכאן ולכאן"; דברי השופט מצא בכג"ץ 4914/91 איראני נ' הוועדה המקומית, פ"ד מו(4) 749 (להלן: בג"ץ איראני), בעמ' 771: "סטייה מהלכה – חסרונה ידוע: היא פוגעת ביציבות ובוודאות הדין. הכלל שנתגבש הוא,

המשפט העליון אינם מחייבים אותו, בית המשפט רואה עצמו כמונחה על ידם, ולהנחיה זו משקל רב יותר ממשקלם של מקורות תוכן משכנעים אחרים.<sup>116</sup> עיון בפסיקת בית המשפט העליון בישראל מגלה, לא פעם, התבטאויות של שופטים בנוסח "התקדים המנחה עומד לרועץ",<sup>117</sup> שהקורא אותם יכול היה לסבור בטעות כי שופטי בית המשפט העליון אנוסים לפסוק על פי התקדימים של המוסד שהם משתייכים אליו.<sup>118</sup> מקרה קיצוני בהקשר זה מצוי כיום בדיון נוסף.<sup>119</sup> אחד משני המקרים שאוחדו לצורך דיון זה הוא על"ע אל נסאסרה,<sup>120</sup> ובו נידון סירוב של לשכת עורכי הדין לרשום אדם כמתמחה בשל עבר פלילי, אף על פי שהעבירה התיישנה כאשר ביקש להירשם והמידע על העבירה הובא ליריעת הלשכה באמצעותו. הלכה שהתקבלה לפני כעשור קבעה בעניין דומה כי ועדת נציגי שרים מוסמכת הייתה להביא הרשעות שהתיישנו כשיקול לבחינת התאמתו של אדם לכהן כחבר במועצה דתית.<sup>121</sup> כבר באותה הלכה הצביע השופט כך על האנומליה שאילו אותו אדם היה מעלים את דבר הרשעתו הקודמת לא ניתן היה לקבל את המידע ממקור אחר. בעל"ע אל נסאסרה השופט חשין סבר לגופו של עניין כי אין לסטות מהתקדים; השופט אנגלרד סבר כי יש לסטות מן

שלא בנקל יסטה בית המשפט העליון מהלכה שנפסקה על-ידי. כדי להצדיק סטיה מתקדים לא די בכך שאילו התעוררה השאלה לפניי בעבר הייתי פוסק בה באופן שונה ממה שפסקו בעבר".

116. ככל הנראה המחוקק שהבחין בין תקדים מחייב ומנחה אימץ את ההבחנה האנגלית בין תקדים מחייב ומשכנע, אם כי הפסיקה בארץ מקנה לתקדים המנחה משקל רב יותר מאשר למקורות תוכן משכנעים אחרים. לדיון נרחב יותר, ראו לעיל, הערה 63. השוו גם אנגלרד (לעיל, הערה 56), בעמ' 138.

117. ראו למשל, דברי השופט לנדוי בבג"ץ 537/81 שטנגר נ' ממשלת ישראל, פ"ד לה (4) 637, בעמ' 682.

118. יצוין כי ההיזקקות לתקדימים משפטיים אך הולכת וגדלה עם השנים. מחקר על נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון העלה שוני ב"הרגלי הצריכה" של בית המשפט העליון במהלך שנות פסיקתו, עד להעדרה מוחלטת כמעט של תקדימים מעשי ידיו – שוני שאינו יכול להיות מוסבר רק בגידול מצאי תקדימים אלה. ראו יורם שחר, רון חריס ומירון גרוס, "נוהגי ההסתמכות של בית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים", משפטים כז (תשנ"ו) 119, בעמ' 176. המחברים מתארים תהליך של התכנסות עולם הסמך העשוי, מאז שנות השמונים המוקדמות של המאה העשרים, כמעט כולו מחומרים עצמאיים. לדעתם, בהינתן מעמדו של בית המשפט העליון בראש פירמידה שיפוטית יחידה במדינה לא פדרטיבית, התכנסותו אל המשפט המקומי היא התכנסותו אל עצמו. ראו שם, בעמ' 179-182. במחקר אחר נמצא כי מרחב הסמך מצומצם מאד גם במובן זה שהוא מתקיים בתוך אליטה קטנה של הלכות שיפוטיות. קיימים תקדימים שהם "אליטת ההלכה הפסוקה" והם מתפקדים גם ככלי סמך לאחרים, דהיינו מאוזכרים בעיקר בתקדימים אחרים. ראו שחר, גרוס וגולדשמידט (לעיל, הערה 98), בעמ' 299-300.

119. ההחלטה התקבלה על ידי שופטי ההרכב בעל"ע 3761/00 קוסטין נ' לשכת עורכי הדין בישראל – הוועד המרכזי, פ"ד נו(2) 227.

120. על"ע 8856/00 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נו(1) 258 (להלן: על"ע אל נסאסרה).

121. בג"ץ 1935/93 מחפור נ' השר לענייני דתות, פ"ד מח(1) 752.

ההלכה, בהיותה שגגה שיצאה מלפני בית המשפט (*per incuriam*); ואילו השופט טירקל אמר דברים קשים על ההלכה אך סירב לסטות ממנה בשל דוקטרינת התקדים:

גם אני סבור כי ההלכה שנפסקה בפרשת מחפור היא מעיקה, ואולי אף קשה ממש; כך גם אימוצה בפרשה שלפנינו. כביכול אומרים אנו למועמד להתמחות שטוב לו שיהיה רשע, וטוב יהיה לו משיהיה צדיק, ורע יהיה לו. אולם, למרות גטיית הלב נראה לי כי בבואנו לפסוק את הדין בפרשה שלפנינו אל לנו לסטות מאותה הלכה ... אינני בטוח שהפרשה שלפנינו אכן מצדיקה סטייה מן ההלכה שנפסקה בפרשת מחפור ואם ראוי לעשות זאת במותב תלתא. מכל מקום, סבורני שהדיון בשאלה אם יש לסטות מאותה הלכה ראוי שיהיה לפני מותב גדול יותר, אם ימצא נשיא בית משפט זה לנכון להורות על דיון נוסף.<sup>122</sup>

יש לראות את הדברים האמורים גם על רקע העובדה שפסק דין של בית המשפט העליון הוא על פי רוב תוצאה של הכרעה קולגיאלית שבה נוהגת אצלנו שיטת הכרעה פשוטה בעניינים אזרחיים ושיטת הכרעה מרוכבת בעניינים פליליים.<sup>123</sup> הדבר מעורר לעתים החלטות אסטרטגיות, דהיינו החלטה של שופטת בניגוד לעמדה המהותית, על מנת להשיג תוצאה שהיא לגיטימה צודקת יותר במסגרת משחק הכוחות בין יתר דעות השופטים החברים באותו מותב.<sup>124</sup> למותר לציין כי גם הרכבו של המותב, ודרך קביעתו הם גורמים שמשפיעים מאוד על גורלה של ההלכה הפסוקה.<sup>125</sup> גורם נוסף שיש לזכור הוא היותו של ההליך המשפטי בישראל הליך אדוורסרי, שבו ניהול המשפט וההחלטות לגביו נתונים בעיקרו של דבר לצדדים והשופטת אינה נוקטת בדרך כלל תפקיד פעיל בגילוי האמת.<sup>126</sup> שיטה זו מטילה על

122. על"ע אל נסאסרה (לעיל, הערה 120), בעמ' 291-292 (ההדגשות שלי - מ"ט).

123. ראו סעיף 80 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198:

"בית משפט שנהלקו בו הדעות

(א) בית משפט הדין במותב ונחלקו דעות השופטים, תכריע דעת הרוב.

(ב) באין רוב לדעה אחת בעניין אזרחי, תכריע דעת אב"בית-הדין.

(ג) באין רוב לדעה אחת בעניין פלילי -

(1) יראה בית המשפט אם יש רוב דעות לגבי כל ממצא עובדתי, יסוד מיסודות העבירה או נושא אחר, המחייבים הכרעה לחיוב או לזיכוי, ויכריע בהתאם;

(2) לא הייתה דעת רוב לעניין סוג העונש או מידתו, תצורף הדעה המחמירה יותר לדעה המקילה הקרובה אליה; נחלקו הדעות לגבי החומרה של סוג העונש או מידתו, תכריע דעת אב"בית-הדין."

124. ראו אייל נון, "הכרעות במותב שיפוטי קולגיאלי: דין קשה ותוצאות קשות מחוק השיפוט הצבאי לחוק בתי המשפט", משפט וצבא 14 (2000) 247.

125. השוו שחר (לעיל, הערה 83), בעיקר בעמ' 177-178, 181-182; כן ראו סעיפים 26 ו-27 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב].

126. לשיטה האדוורסרית מול השיטה האינקוויזיטורית ראו מרדכי קרמניצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים", משפטים יז

עורכי הדין להציג את הטענות המשפטיות, ובהקשר זה דומה כי לדוקטרינת התקדים השפעה על התרבות המשפטית הכללית שלנו. מטבע הדברים, עורכי הדין אוזנים בהלכות קיימות ואינם משקיעים בפתחת סוגיות מן השורש או בהעלאת דוקטרינות חדשות.<sup>127</sup> מאחר שעורכי הדין הם אלה שכאמור אמונים על העלאת הטענות המשפטיות בפני השופטים, התוצאה היא שבדרך כלל אין השופטים נדרשים לעסוק בדוקטרינות חדשות אלא מופנים אל הלכות קיימות, שעליהן מתבסס עיקרו של הדין.<sup>128</sup>

התחקות אחר החשיבות שבית המשפט העליון מייחס לתקדימיו צריכה להיעשות אפוא על רקע המאפיינים האמורים, אך לא במנותק מרציונלים אוניברסליים שהובאו לדוקטרינת התקדים. נעבור, אם כן, לסקירת הרציונלים.

### 3. הרציונלים העומדים בבסיס דוקטרינת התקדים<sup>129</sup>

אחד הטיעונים החזקים לטובת דוקטרינת התקדים הוא עקרון הצפיות.<sup>130</sup> על פי טיעון זה, בשיטה שבה מקבל החלטות מבסס את החלטתו במקרה מסוים על סמך מקרה קודם, תהיה לצדדים יכולת טובה יותר לצפות את התוצאות המשפטיות העתידיות של התנהגותם. יכולת זו תיפגע באורח משמעותי אם בתי המשפט יוכלו לסטות בנקל מתקדימם.<sup>131</sup> דוקטרינת התקדים תורמת אפוא לוודאות המשפטית וליציבות הדין,<sup>132</sup> במישור הציבורי מקובל

(תשמ"ח) 475; לשיטה האדוורסרית הנוהגת בישראל, באנגליה ובארצות הברית, ראו רות גביוון, שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק: הסמכות לעכב הליכים פליליים ולהדשם (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש סאקר, תשנ"א), 80, 90, 94 בהתאמה. במדינות הקונטיננטל נוהג הליך אינקוויזטורי, שבו השופט הוא זה שנוטל על עצמו את הליך בירור האמת, הוא זה שמומן וחוקר את העדים ומחליט על סדר שמיעת הראיות, ואילו לצדדים יש רק תפקיד משני בניהול המשפט.

127. הדבר יודגם בפרק 1 העוסק בהלכת ההבטחה המינהלית. אין ספק כי אחת הסיבות לכך שבית המשפט מתעלם כמעט מדוקטרינת ההשתק – היכולה להוות תחליף להלכת ההבטחה המינהלית – היא שעורכי הדין אינם מודעים לדוקטרינה זו ואינם מבססים את טענותיהם עליה.

128. לכך כי "עולם הסמך" מורכב ברובו מהלכות קיימות, ראו לעיל, הערה 118.

129. רציונלים אלה משמשים הן לדוקטרינת התקדים המחייב, והן כתמיכה בטיעונים כנגד סטייה מתקדים מנחה, ולפיכך רלוונטיים לסוגיית הויקה העצמית של בית המשפט העליון לתקדימיו.

130. להגנה על הציפייה במשפט, ראו דפנה ברק-ארוז, "הגנת הציפייה במשפט המינהלי", עיוני משפט כז (תשס"ג) 209, בעמ' 212-225.

131. ראו: Earl Maltz, "Precedent", 39 *Stan. L. Rev.* (1978) 571, p. 597; Frederick Schauer, "The nature of Precedent", 66 *N. C. L. Rev.* (1988) 367, p. 368.

132. ראו מאיר שמגר, "על התקדים ועל ודאות הדין", משפטים יז (תשמ"ח) 433, בעמ' 436; ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 399; Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 108; כן ראו כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 130-131 – המחבר נותן הסברים פסיכולוגיים לצורך ביציבות. יש אומרים שהנטייה להידבק במסורת, אף זו המתבטאת במשפט, מקורה בצורך הילדותי בסמכות אבהית המגלמת ביטחון, חוסר אפשרות לטעות ולשגות, ידיעה ברורה וסמכותית ומהימנות מתמדת.

להדגיש את עקרון היציבות של החלטות מינהליות,<sup>133</sup> שכן ההשקפה היא כי צריך שבני אדם יוכלו להסתמך על החלטות מינהליות ולתכנן לפיהן את הליכותיהם.<sup>134</sup> בדומה לכך גם בהקשר להחלטות של בית משפט נטען כי הוודאות חשובה יותר מהניסיון להתקרב לאידאל כלשהו, בעוד החלטה בלתי רצויה מאוד של בית המשפט תהא ניתנת תמיד לשינוי על ידי המחוקק.<sup>135</sup> הוודאות מאפשרת הסתמכות של פרטים על הדין כפי שהוא בא לביטוי בפסיקה, ואילו בשיטה משוללת עיקרון זה היה גוצר אי-ביטחון משפטי ו"בייחוד לא היו יכולים להתקיים חיי חברה תקינים מהמת מצב ההפקר השורר טרם נתרקמה, תוך מהלך איטי ויגע, רשת תקדימים פחות או יותר שלמה".<sup>136</sup> מידתו והיקפו של אינטרס ההסתמכות משתנים על פני טווח רחב של אפשרויות ותלויים באופיו של הכלל המשפטי הנידון.<sup>137</sup> כאשר למשל, בית המשפט מפתח משטר חדש של סמכויות שלטוניות או של זכויות פרטיות, הוא מערער מוסדות שנבנו על בסיס ההלכות הקודמות. במקרים כאלה תקדים חדש גורר במונחים כלכליים עלויות התאמה (adjustment costs) של המוסדות למשטר החדש.<sup>138</sup> לעומת זאת הוודאות ויכולת ההסתמכות מפחיתים את התמריץ להתדיינות בכל הרמות של המערכת המשפטית, או במונחים כלכליים חוסכים עלויות התדיינות (litigation costs).<sup>139</sup> עקרון התקדים מאפשר אפוא את הצפייה מראש של התוצאה המשפטית ואת ההסתמכות עליה, מגביר את היציבות המשפטית, הכלכלית והחברתית, ואגב כך מפחית את עלויות ההתאמה ואת התמריץ להתדיינות.<sup>140</sup>

מקובל אף לומר כי התקדים מקדם את השוויון בפני החוק ואת ההגינות. על פי גישה זו עקרון השוויון מחייב ש"מקרים דומים יטופלו באופן דומה", שאם לא כך ההכרעה היא שרירותית וכפועל יוצא מכך גם בלתי צודקת. הכללים שהתקדים המחייב יוצר מאפשרים עקביות לאורך זמן, ובכך מאפשרים להגינות ולצדק לא רק להיעשות אלא גם להיראות.<sup>141</sup>

133. ראו לעיל, פרק ב, סעיף 4.

134. לקשר בין אינטרס ההסתמכות לאינטרס הציפייה, ראו ברקארזו (לעיל, הערה 130), בעמ' 223.

135. Salmond (לעיל, הערה 56), בעמ' 143; ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 406-407.

136. טדסקי (לעיל, הערה 58), בעמ' 118.

137. Richard J. Pierce, "Reconciling Chevron and Stare Decisis", 85 *Geo. L.J.* (1997) 2225, p. 2245.

138. Lee (לעיל, הערה 48), בעמ' 652.

139. Jonathan R. Macey, "Symposium on Post-Chicago Law and Economics: The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis", 65 *Chi.-Kent. L. Rev.* (1989) 93, p. 107; כן ראו: Lee (לעיל, הערה 48), בעמ' 650.

140. לכך שעקרון התקדים חוסך את העלויות הנובעות מחוסר ודאות בשינוי כללים, ראו גם: Isaac Ehrlich and Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", 3 *J. Legal Stud.* (1974) 257, p. 278.

141. Schauer (לעיל, הערה 131), בעמ' 596-595; Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 107; Maltz (לעיל, הערה 131), בעמ' 369; Pierce (לעיל, הערה 137), בעמ' 2243; Freeman (לעיל, הערה 77), בעמ' 1268; שמגר (לעיל, הערה 132), בעמ' 435; ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 406-407.

מטעמים אלו נובע כי שיטת התקדים תורמת אף לאמון האזרח בשלטון החוק ולאמונתו שייעשה דין צדק, שכן תחושת חוסר שוויון כמו גם שינוי תכופ בהלכות גורמים לאי-נחת, להיעדר ביטחון ולאבדן אמון.<sup>142</sup> מוסד שמשנה את כללי ההחלטה שלו בתדירות גבוהה נוטה לאבד מהמוניטין שלו ולעורר ציניות בקרב מי שמודע לתכונה המוסדית הזאת.<sup>143</sup> שיטת התקדים מעורדת גם יעילות. מאפיין בולט של כל מערכת מינהלית ובפרט מערכת העוסקת באכיפת החוק, הוא פעולה תחת מחסור ומגבלות של משאבים, אנושיים, חומריים ומופשטים (כגון, זמן או מידע).<sup>144</sup> משטר של תקדימים מאפשר היסכון במשאבים על ידי הסתמכות על הכרעות בסוגיות שכבר נידונו, והפניית המאמצים והמשאבים להכרעה בשאלות אחרות, שכן אין לבית המשפט פנאי להתייחס לכל סוגיה בכל מקרה שהיא מתעוררת מחדש כאילו הוא נתקל בה לראשונה.<sup>145</sup> בהקשר הזה מקובל לצטט את דבריו של השופט קרדוזה (Cardozo):

... the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one's own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him.<sup>146</sup>

עוד נטען, כי עקרון התקדים תורם להשתלבותו של השופט במקום המשפטי הקיים ולהפחתת ההבדלים בין הפסיקות של השופטים השונים.<sup>147</sup> מקובל לומר שהעקרונות המנחים את החברה צריכים להיות כללים של משפט ולא דעות של פרטים אלו או אחרים, שבאופן זמני מכהנים כשופטים. החשש הוא שבמשטר ללא תקדים, שבו כל שופט יכול לנהוג כרצונו, הרי שכלשונו של השופט זילברג: "במרוצת הזמן ייהפך המוסד השיפוטי מ'בית משפט' ל'בית שופטים', אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו, בכל אחת ואחת מן השאלות

402. לקשר בין עקיבות, שוויון, והיעדר שרירות, ראו גם טמיר (לעיל, הערה 45), בעמ' 521-

525.

142. שמגר (לעיל, הערה 132), בעמ' 435; מישאל חשין, "אמון הציבור בבית המשפט", המשפט 5 (2003) 4, בעמ' 6; לקשר בין עקיבות פנים מוסדית לאמון חיצוני, ראו: Schauer (לעיל, הערה 131), בעמ' 600.

143. Pierce (לעיל, הערה 137), בעמ' 2240.

144. George F. Cole, "United States of America", *Major Criminal Justice Systems* (George F. Cole, Stanislaw J. Frankowski and Marc G. Gertz – eds., 1987) 29, p. 43.

145. Schauer (לעיל, הערה 131), בעמ' 599; Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 107; Pierce (לעיל, הערה 137), בעמ' 2238; Maltz (לעיל, הערה 131), בעמ' 370; Lee (לעיל, הערה 48), בעמ' 648.

146. Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921), 149.

147. ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 402; Pierce (לעיל, הערה 137), בעמ' 2242; Schauer (לעיל, הערה 131), בעמ' 600.

לאין ספור שניקרו על דרכו במהלך שיפוטו.<sup>148</sup> מאחר שמבחינה פרסונלית, השופטים המכהנים במערכת המשפט מתהלפים ואף המותבים היושבים בתקופה נתונה שונים זה מזה, עקרון התקדים מאפשר להתגבר על השינויים הרבים שהיו נוצרים עקב חילופי האישים,<sup>149</sup> בשני אופנים: ראשית, התקדים מספק מקור נייטרלי לכאורה שהשופטים יכולים להתייחס אליו להצדקת החלטותיהם, שכן תפקידם המסורתי של השופטים על פי עקרון הפרדת הרשויות הוא יישום המשפט ולא יצירתו; שנית, דוקטרינת התקדים ממתנת את ההשפעה שיש לשופט היחיד על יצירת המשפט.<sup>150</sup> יצוין כי יש הטוענים, מגגד, כי הלכת התקדים נוגדת את עקרון הפרדת הרשויות, הרבה יותר מחירות של השופט בדיונו במקרה המיוחד שלפניו, שכן התקדים שקול כנגד העמדת כללים מופשטים העשויים לחול אף בעתיד ולא רק לגבי המקרה הגידון בלבד.<sup>151</sup>

שיטת התקדים כורכת גם אחריות שיפוטית מיוחדת וצורך בראייה לטווח רחוק, הנובעים מן הסמכות לעצב כעת תקדים לעתיד, שיחייב את מי שיכריעו בנושאים דומים מעתה ואילך, וזאת זמן רב לפני שנתקלים בקונקרטיזציה החוזרת של העיקרון המנחה.<sup>152</sup> מצד אחד, השיטה מאלצת את השופטים לנסות ולצפות מגוון של מקרים עתידיים שבהם יהיה צורך ליישם את הכלל החדש שהם קובעים כעת, וכן לנסות ולחזות את התוצאות העתידיות של יישום הכלל החדש.<sup>153</sup> מן הצד האחר של השופטים שפוסקים בעניין שקיים תקדים קודם לגביו, קיימת טענה ששיטת התקדים מונעת טעויות כך שהיא מאפשרת להם לבחון את החלטותיהם מול החלטות שקיבלו שופטים אחרים שנתקלו באותה הבעיה. במונחים כלכליים, נוסף על עלויות ההתדיינות ועלויות ההתאמה השיטה חוסכת גם את העלויות שהיו נגרמות אילו הייתה מתקבלת החלטה מוטעית (error costs).<sup>154</sup>

148. ד"נ 23/60 בלן נ' המוציאים לאור של צוואת ליטווינסקי, פ"ד טו(1) 71, בעמ' 75.
149. ראו גם טדסקי (לעיל, הערה 58), בעמ' 117: "הואיל והמשפט היה מתהווה באורח אמפירי בלבד, ללא כיוון מתוכנן וללא הדרכה, על פי השקפותיהם של השופטים השונים, מן ההכרח היה יוצא משפט רבגוני, חסר התאמה וחסר קשר ...".
150. ראו: Maltz (לעיל, הערה 131), בעמ' 371; והשוו: Macey (לעיל, הערה 139), בעמ' 105: "One of the attributes of a regime of stare decisis is that it imposes a constraint upon judges who might otherwise overrule preceding cases simply because their values differ from those of previous judges".
151. ראו טדסקי (לעיל, הערה 58), בעמ' 117.
152. שמגר (לעיל, הערה 132), בעמ' 434.
153. Pierce (לעיל, הערה 137), בעמ' 2238.
154. Lee (לעיל, הערה 48), בעמ' 652-653; Macey (לעיל, הערה 139), בעמ' 102-106. יצוין כי חלק מהמחברים המעלים טיעון זה מסכימים כי מתן אפשרות לבית המשפט לסטות מהתקדים, תשרת דווקא את הקטנת עלויות הטעות, שכן בית המשפט יוכל לבחון תקדימים קודמים ולסטות מהם במידה שהוא מוצא לנכון. דהיינו היתרון במניעת טעויות הוא גם העלות הגדולה של דוקטרינת התקדים, משום שהיא מחסנת תקדימים ישנים מביקורת.

### ד. אפקט העלות השקועה או בעיית ההיצמדות בפסיקה

פרק זה יקשר בין שני הפרקים הקודמים לו במטרה להציג את בעיית ההיצמדות שהתקדים יוצר. ראשית, אנסה להראות כי במדינות המשפט המקובל, הפסיקה היא מעין החלטה סדרתית; דהיינו החלטה מהסוג הרגיש ביותר לאפקט העלות השקועה, שהמודל האינקרימנטלי ישים לתיאור התפתחותה. שנית, אראה כי הרציונלים שפורטו בפרק ג והובאו כתמיכה לדוקטרינת התקדים, בו בזמן שמקדמים באופן רציונלי את מטרת השופטים בהכוונת התנהגות עתידית, טומנים בחובם מיניה וביה גם גורמים אשר זוהו בתורת קבלת ההחלטות כאחראים לאפקט העלות השקועה ולבעיית ההיצמדות, ואשר פורטו בפרק ב.

#### 1. הפסיקה כהחלטה סדרתית

לכאורה ניתן לטעון כי החלטות של שופטים אינן החלטות סדרתיות, שכן כל החלטה עניינה הכרעה בסכסוך קונקרטי בין מתדיינים מסוימים, ובמובן זה אין לה קשר להחלטות קודמות או עתידיות. אלא שבשיטת המשפט המקובל, שבה התפתח עקרון התקדים, החלטות מתקבלות במידה רבה על סמך הלכות שנקבעו בעבר, בתהליך שניתן לתארו כתלת-שלבי: זיהוי דמיון בין מקרים; הכרזה על הכלל המשפטי הטבוע במקרה הראשון; יישום הכלל במקרה השני.<sup>155</sup> התוצאה היא שהמשפט נבנה במעין "רומן שרשרת",<sup>156</sup> שההתייחסות אליו חייבת לכלול ראייה לעבר ולעתיד.<sup>157</sup> דומה כי שיטת המשפט הישראלית, שאין חולק על הקשר ההיסטורי

155. ראו: Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1948), 1.

156. ראו: Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), 228-232. מדמה את מלאכת השפיטה למלאכה בה קבוצה של סופרים כותבים רומן בשרשרת. כל סופר מפרש את הפרקים שקיבל מאלה שלפניו, על מנת לכתוב פרק חדש בשרשרת, שמתווסף לפרקים שלפניו ומועבר יחד עם שאר הפרקים לסופר הבא בתור; ראו גם מיכאל ד' בירנהק, "דרישת המקוריות בדיני זכויות יוצרים ושליטה תרבותית", *עלי משפט ב (תשס"ב)* 347, בעמ' 365: "למעשה, תוכנת הבנייה היא עיקרון יסוד של שיטת המשפט המקובל: פסקי-דין נסמכים על קודמיהם. תופעה זו מוכרת לנו היטב. בשיטת המשפט הישראלית היא איננה רק תאור הפרקטיקה אלא גם הנחיה חקיקתית. מטפורת רומן השרשרת של דבורקין היא ביטוי נוסף לנוכחותו של רעיון הקדמה במשפט".

157. ראו: Oliver W. Holmes, *The Common Law* (1881), 1-2: "The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics. In order to know what it is, we must know what it has been, and what it tends to become. We must alternatively consult history and existing theories of legislation. But the most difficult labor will be to understand the combination of the two into new products at every stage". ראו גם: Oona A. Hathaway, "The Path dependence of the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System", 86 *Iowa L. Rev.* (2001) 601, p. 602: "In a system of law that adheres to the doctrine of stare decisis, it is impossible to understand the law as it is today without understanding the law as it has been in the

שלה למשפחת המשפט המקובל, משתייכת עדיין למשפחה זו – למרות שנות עצמאותה.<sup>158</sup> במדינות שמקובלת דוקטרינת התקדים הפסיקה היא אפוא תהליך קבלת החלטות סדרתי, שבו ההחלטה הראשונית היא הלכה שנפסקה בסוגיה מסוימת תוך השקעת משאבים של זמן ומאמצי מחקר על ידי השופטים. החלטה זו כורכת עמה גם עלות הודמנות<sup>159</sup> משום שהמאמצים לא הושקעו בהכרעתן של סוגיות אחרות. על ההחלטה הראשונית בית המשפט מקבל היזון חוזר מהמחוקק (על דרך הבהרת החוק); מערכאות אחרות (על דרך יישום התקדים או סטייה ממנו, ריבוי הבתנות וכדומה); ומהאקדמיה.<sup>160</sup> על רקע זה חסרה ודאות באשר לשאלת הכרעיות של השקעת מאמצים בפיתוח הלכה חדשה, ועל בית המשפט להחליט אם לדבוק בתקדים וליישמו במסגרת ההחלטה הנוכחית או לפתח הלכה חדשה שתיושם בעובדות המקרה הנוכחי.<sup>161</sup>

בהקשר הזה מתעוררת השאלה מהי מטרת השפיטה או לאיזו מטרה על השופטת לחתור בתהליך קבלת ההחלטות שלה. יש הטוענים כי אין צורך להכריע בשאלה זו לגבי דיון באפקט העלות השקועה של התקדים, שכן די לומר שהשופטת חותרת תמיד למטרה מסוימת, וברגע שקיבלה החלטה, הרי שמטרה זו תשמש כנקודת הייחוס שלפיה תוערך מידת ההצלחה

past. Reliance upon binding precedents leads courts to begin every new case with an examination of the past. The resolutions that arise in turn form a foundation for future cases. The doctrine of stare decisis thus creates a seamless web connecting the past to the present and future”

158. לכאורה ניתן לטעון כי שיטת המשפט הישראלית נעה אל עבר המשפט האזרחי לאור תהליך הקודיפיקציה. עם זאת, מהקדם של שחר, הריס וגרוס (לעיל, הערה 118) תומך במסקנה ההפוכה, שכן מהמחקר עולה כי פסקי הדין של בית המשפט העליון אינם מתקצרים אלא מתארכים בעקיבות; חלקן היחסי של אסמכתאות מהחקיקה אינו גדל אלא קטן ביחס לאסמכתאות מהפסיקה; וחלקן של האסמכתאות שמקורן במשפחת המשפט האזרחי אינו עולה אלא יורד. ראו שם, בעמ' 154-156; והשוו לאון שלף, מרות המשפט ומרות המשטר (פפירוס, 1996), 13: "אמנם, בתחילת דרכה הייתה שיטת המשפט בישראל שיטת המשפט המקובל ... שמקורו ומרכזו באנגליה, אך ... כיום ישראל ניתקה את עצמה משיטת המשפט המקובל – אם כי רישומיה של אותה שיטה עדיין ניכרים במידה רבה – והיא מושפעת במידה גדלה והולכת מהשיטה הנהוגה בארצות הברית”.

159. עלות הודמנותית (opportunity cost) מייצגת את הערכים של החלופות שוויתרו עליהן כאשר הוחלט לבחור בחלופה מסוימת לביצוע המשימה.

160. יושם לב כי בהחלטות סדרתיות "רגילות" ההיזון החוזר הוא לגבי ההחלטה הקודמת, ואילו בפסיקה ההיזון החוזר אינו בהכרח ביחס להחלטה באשר למתדיינים קודמים. ההיזון החוזר הרלוונטי כאן מתייחס להלכה הפסוקה, כלומר לכלי המשפטי שנעשה בו שימוש בעבר ומתיימרים לעשות בו שימוש גם בהווה. במובן זה הפסיקה שונה מהחלטות סדרתיות "רגילות”.

161. יושם לב להבדל נוסף בין הפסיקה לבין החלטות סדרתיות "רגילות”. בעוד בהחלטות הרגילות הדילמה היא בעיקרה האם להשקיע משאבים נוספים באותו דפוס פעולה, הדילמה בפסיקה היא האם להשקיע משאבים נוספים בסטייה מתקדים וביצירת תקדים חדש. עם זאת, כמובן שניתן להשקיע גם משאבים בכיוון הקודם, כמו למשל במסגרת של אבחון התקדים הקיים.

של החלטתה.<sup>162</sup> אכן אין ספק כי המטרה היא במידה מסוימת תלויה הקשר.<sup>163</sup> עם זאת, לשיטתי, לצורכי הדיון הנוכחי דווקא, ראוי להביע עמדה נורמטיבית בנושא המטרות הכלליות שאמורות להנחות את השופטים. לעניין זה מקובלת עליי הגישה שהמטרה הראשונית של השופטת היא להכריע בסכסוך הניצב בפניה בהתאם לדין בניסיון להגיע לתוצאה הנכונה (ובמידת האפשר, הצודקת) ביותר מיישום הדין במקרה הקונקרטי שלפניה (להלן: "הצדק הקונקרטי").<sup>164</sup> לצדה קיימת מטרה ראשונית נוספת של גיבוש הדין והכוונת ההתנהגות האנושית.<sup>165</sup> למטרות האלה מתלוות גם מטרות מסדר שני כגון הנחלת ערכים ותפיסות נורמטיביות<sup>166</sup> וקידום עקרון שלטון החוק.<sup>167</sup> המטרות מסדר ראשון ושני מקבילות במידה

162. ראו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 112-113.

163. כך למשל, כאשר ההכרעה דורשת פרשנות של חוק, אזי המטרה הבסיסית של השופטת מוכתבת על ידי המחוקק ועליה לפרש את החוק במגבלות שהוכתבו על ידי המחוקק.

164. ראו למשל, דבריה של גביון (לעיל, הערה 70), בעמ' 144: "תפקידו העיקרי של השופט הוא להכריע בעניינים הבאים לפניו ולעשות צדק בין הצדדים, קשה להשתחרר מן הרושם כי את מרכז הבמה מתחיל לתפוש תפקיד מעין-חיקתי או תפקיד של תיקון עולם והשלטת נורמות ראויות בחברה". לאידאל המשפטי של השגת התוצאה הצודקת והנכונה במקרה הקונקרטי, ראו: Richard Epstein, *Simple Rules for a Complex World* (1995), 37.

165. לתפיסה שלפיה כאשר מדובר בבית המשפט העליון, הרי שגיבוש הדין הוא מטרתו העיקרית של השופט, ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 5364/94 ולנר נ' "המעורר" מפלגת העבודה, פ"ד מט(1) 758, בעמ' 786: "... גיבוש הדין - והפעלתו המהיבבת מכח עקרון התקדים המחייב - הוא התפקיד המרכזי של בית המשפט העליון, אכן, בעוד שבית המשפט לערעורים נועד לתקן טעויות שנפלו בהחלטתה של הערכאה הראשונה והמשפיעות על זכויותיהם של הצדדים, הרי בית המשפט העליון נועד לתקן טעויות שנפלו בערכאות האחרות והמשפיעות על המשפט במדינה. הסכסוך המונח בפני בית המשפט העליון אינו אך סכסוך באשר לעובדות. זהו בעיקר סכסוך באשר לדין, אשר יחול לא רק בין הצדדים, אלא בשיטה כולה".

166. על פי גישת הבחירה הציבורית (public choice) המטרה העיקרית של השופטת היא להחיל את התפיסות הנורמטיביות שלה על החברה. ענף הבחירה הציבורית של הגישה הכלכלית למשפט מטפל בשאלות מעולם המשפט באמצעות מודלים כלכליים שלא נבנו לשימוש במסגרת השוק; ראו: Daniel Farber and Philip Frickey, *Law and Public Choice* (1991). גישת הבחירה הציבורית דימתה את המערכת הפוליטית כשוק לכל דבר שבו פועלים פוליטיקאים, ביורוקרטים וקבוצות אינטרסים, כל אחד במטרה להשיא לעצמו את המרב; ראו איל בנבנשתי, "בלמים ואיוונים בחסות בית המשפט", משפטים לא (תשס"א) 797, בעמ' 799; עלי ולצברגר, "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט", משפטים כב (תשנ"ג) 261, בעמ' 266; לניתוח בהקשר לתורת התקדים המחייב, ראו: Erin O'hara, "Social Constraint or Implicit Collusion?: Toward a Game Theoretic Analysis of Stare Decisis", 24 *Seton Hall L. Rev.* (1993) 736, p. 738. המאמר יוצא מנקודת הנחה ששופטים מונעים בעיקר על ידי הרצון להשליט את השקפותיהם הנורמטיביות ואת אמונותיהם בחברה שהם חיים בה. המאמר משתמש בכלים מתורת המשחקים על מנת להראות, שכאשר שופטים חולקים בהשקפותיהם הנורמטיביות, הסכמה לדבוק בתקדימים של אחרים מפחיתה תחרות לא פרודוקטיבית שהייתה מתרחשת בעקבות חוסר הגבלה של השופטים להשליט את דעתם (להבדיל מדעתם של שופטים אחרים)

רבה למטרות של המשפט. מקובל לומר כי המטרות הראשוניות של המשפט הן לפתור סכסוכים ולכוון את ההתנהגות האנושית (שליטה חברתית במובן של הכוונה לכללי התנהגות ראויים), ואילו מטרות מסדר שני הן להגן את מפרי החוק, להפיץ את הנורמות המשפטיות ולשכנע את הציבור לפעול בהתאם להן.<sup>168</sup> בהקשר זה ראוי להבהיר כמה נקודות חשובות: ראשית, המטרות מסדר שני של המשפט אינן חשובות פחות, אך הן תוצר לוואי של המטרות הראשוניות. כך גם לעניין מטרתה של השופטת, הנחלת הנורמות או השמירה על שלטון החוק – כולן מטרות חשובות ביותר אלא שהן תוצר לוואי של ניסיונה של השופטת להגיע לתוצאה הנכונה ביותר מיישום הדין בעובדות המקרה הקונקרטי שבפניה. שנית, האמירה כי המטרה הראשונית של השופטת צריכה להיות חתירה לפתרון הנכון ביותר מיישום הדין במקרה הקונקרטי, אינה טומנת בחובה בהכרח הסכמה עם התפיסה שקיימת תמיד פרשנות אחת נכונה, תפיסה המזוהה עם פרופ' רונלד דבורקין (Ronald Dworkin)<sup>169</sup> ואשר זכתה לביקורת רבה.<sup>170</sup> על השופטת לחתור להשגת התוצאה הנכונה ביותר מיישום הדין במקרה

- כאשר הם נדרשים להכריע בתוצאות משפטיות של התנהגות מסוימת. דהיינו, דוקטרינת התקדים התפתחה משום שבסופו של דבר שופטים מעדיפים אותה.
167. ראו דברי השופט ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, בעמ' 462: "אכן, על פי תפיסתי שלי על בית משפט בחברה דמוקרטית מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק".
168. ראו: Lawrence M. Friedman, *Law and Society – An Introduction* (1977), 599-603; והשוו להבחנתו של Raz באשר למטרות ישירות ועקיפות: Joseph Raz, *The Authority of Law* (1979), 165-177.
169. לפי תפיסתו של דבורקין, המשפט מבוסס על יושרה רעיונית (integrity) ועיקרון זה הל גם על הפסיקה (integrity in adjudication), כשהכוונה היא לכך שמי שאחראי לקביעה מהו משפט יעשה זאת בדרך קוהרנטית (coherence in principle). בפרשנות החקיקה על השופט לתת לדבר החקיקה את הפירוש הנותן לחוק את ההצדקה הטובה ביותר על רקע חקיקתו, ומסננת פרשנית זו נותנת פתרון חוקי אחד. דבורקין קורא תגר נגד התפיסה המבחינה בין "is" ו-"ought" – בין המשפט המצוי לרצוי. לשיטתו, העיסוק המשפטי הוא עיסוק של פרשנות ופרשנות זו כרוכה בקשר בלתי נפרד עם משפט ראוי, מתן הפרשנות הטובה ביותר לטקסט. קיימת תפיסה מינימלית משותפת לכולם המכונה על ידי דבורקין "concept" – זו הסכמה על פרופוזיציות כלליות ומופשטות המהוות את הגזע של העץ, אך קיימת מחלוקת על תת-פרשנויות של הפרופוזיציות הכלליות, כלומר על ענפי העץ. לכל שופט "conception" שונה והוא מקדם תאוריה שונה לגבי המשמעות של ה-concept. ראו: Dworkin (לעיל, הערה 156), בעיקר עמ' 45-86.
170. ביקורת ראשונה היא מכיוון תורתו של הארט שעל פיה גם לאחר הפעלת כלל הפרשנות של Dworkin יהיו מקרים שבהם לא יצמיח הטקסט פתרון אחד, שכן לעתים חוסר הוודאות המאפיין את הנורמה המתפרשת, מאפיין גם את הנורמה המפרשת וכללי הפרשנות עצמם נתונים לפרשנות. ואכן Hart, בתשובתו לדבורקין ב-postscript של המהדורה החדשה של ספרו, מציין כי הפרשנות הקונסטרוקטיבית של Dworkin אינה מיתרת את שיקול הדעת השיפוטי, ותיכנן התנגשות בין העקרונות, והשופט יצטרך להסתמך על ההיגיון המוסרי שלו

שבפניה, כפי שהיא רואה אותה כמקבלת ההחלטה בעניין. ויודגש כי השופטת, כאדם, אינה יכולה להימלט מתהליכי קטגוריזציה המבוצעים באופן אוטומטי וקבוע מראש. כך למשל הגדרותיו וסיווגיו של החוק הם נתון מקדמי העומד בפני השופטת. המידע שהשופטת מקבלת על המקרה הקונקרטי גורמת לה לסווג אותו תחת אחת הקטגוריות הקיימות. לכן גם מה שנתפס כ"צודק" מושפע מאותה קטגוריזציה.<sup>171</sup> לענייננו, חשוב להדגיש כי גם אם השופטת כפופה לקטגוריזציות ונתונים קבועים מראש, עדיין עליה להתור למטרה הנכונה והצודקת בעבור המקרה הקונקרטי שבפניה ובעבור הציבור שהכלל החדש מיועד להכווין את התנהגותו.<sup>172</sup> שלישית, כאמור, אחת ממטרות המשפט הראשוניות היא הכוונת ההתנהגות. מאחר שמאמר זה מתמקד בבית המשפט העליון הישראלי, הרי שבהתאם, גם אחת מהמטרות הראשוניות של השופטת, שתקדימה מחייבים את בתי המשפט הנמוכים, היא יצירת דין וכפועל יוצא מכך הכוונת ההתנהגות האנושית. חתירה להגשמת מטרה זו, גם אם אינה קשורה במישרין לסכסוך הקונקרטי, היא שיקול צופה פני עתיד, שכן יש בו לבחון את

על מנת לבחור בין העקרונות; ראו: Herbert L.A. Hart, *The concept of Law* (1994), 126. 275; כן ראו אהרן ברק, פרשנות במשפט (כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית, נבו, תשנ"ב), 413. ביקורת שנייה היא של פרופ' מרמור, שסבור כי הטענה שהפרשנות היחידה הנכונה היא זו שמציגה את אובייקט הפרשנות באור הטוב ביותר מתעלמת מהאנקומנסורביליות של הפרשנות. לכל אדם שיפוט ערכי שונה, ושיפוט שונים יכולים להיות חסרי מידה משותפת (בעיית ה-incommensurability). ייתכן מצב שבו פרשנויות A, B, C תהיינה כולן פרשנויות טובות של X, באופן שלא נוכל לומר מי טובה יותר, ו-D תהייה פרשנות גרועה יותר משלושתן. ראו: Andre Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (1992), 54. ביקורת שלישית היא מכיוון ה-CLS, ומייצג אותה בעיקר Fish, שתוקף את הטענה של Dworkin, שהתאוריה קודמת לפרקטיקה, וטוען כי בתי המשפט אינם מקבלים את החלטותיהם על בסיס תאוריה. לשיטתו, הפרקטיקה מושפעת משיפוט קונקרטיים שנוגעים בהרבה מאד גורמים הקשורים: יחסי כוחות, שיקולים פוליטיים ואינטרסים שונים. ראו: Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally* (1989); ראו גם: Stanley Fish, *There is No Such Thing as Free Speech and it's a Good Thing Too* (1994), 224-230.

171. ראו: Claire .A. Hill, "Beyond Mistakes: The Next Wave of Behavioral Law and Economics", 29 *Queen's L. Rev.* (2004) (forthcoming): "In a world where categorizations are found, not made, choice sets are predetermined; one simply gets information ... as to which choice ought to be made" [URL: <http://papers.ssrn.com/toptens/>] (בעמ' 17-18 למאמר).

172. טענה אפשרית כנגד ההנחה כי על השופטת להגיע לתוצאה הצודקת ביותר, היא שאין החלטה אובייקטיבית צודקת, שכן השופטת כאדם כפופה לקטגוריזציות קבועות מראש. הניתוח הכלכלי מניח כי עלויות העסקה הן המכשול היחיד בפני מידע מלא, אך אין הוא מתייחס לשאלה מה הופך דבר למידע רלוונטי או כיצד נקבעות הקטגוריות. נושא זה מקבל לאחורונה תשומת לב במחקרי הכלכלה ההתנהגותית (ראו בהרחבה מאמרה של Hill, שם). בהקשר זה, שאלה לגיטימית היא האם עצם קיומו של כלל משפטי משפיע על השאלה מה צודק. שאז, הכלל המשפטי הקבוע בתקדים יכול להיתפס כצודק רק מעצם קיומו, וכפועל יוצא מכך סטייה מתקדים עשויה להיות בלתי צודקת. דיון זה חורג מגבולות המאמר.

העלויות העתידיות של הפסיקה. הניסיון לכוון את ההתנהגות, אפילו אם אין זו התנהגותם של הצדדים הקונקרטיים, תואם אפוא הליך של קבלת החלטות רציונלי.<sup>173</sup> במובן זה התהליך השיפוטי הוא מורכב במיוחד, שכן בעוד מקבלת החלטות "רגילה" אינה צריכה להתחשב בהחלטות עבר, שאינן תורמות להגשמת המטרה הקונקרטית שביסוד ההחלטה הנוכחית; הרי שהשופטת כמקבלת החלטה אינה יכולה להתעלם לחלוטין מתקדים שיש לו רלוונטיות לסכסוך הקונקרטי המופיע בפניה. לעניין זה ייתכן שהתחשבות בהחלטת העבר אינה תוצאה של אפקט העלות השקועה ואינה מגלמת בעיית היצמדות. יתרה מזאת, ייתכן שהחלטת העבר מושכת לכיוונים מנוגדים בהתייחס לכל אחת ממטרותיה הראשוניות של השופטת, באופן שהתחשבות בתקדים חותרת תחת הצדק הקונקרטי, אך - בו בזמן - מקדמת ודאות ויציבות. במובן זה לשופטת, כמקבלת החלטות, נוספת מורכבות בצורך לאזן בין השיקולים<sup>174</sup> במצבים שהשפעת החלטות העבר חותרת תחת מטרה אחת (צדק קונקרטי) אך מקדמת מטרה אחרת (הכוונת ההתנהגות). דהיינו, עליה להחליט עד כמה היא מוכנה לקבל החלטה שת-אופטימלית מבחינת הצדדים למקרה הקונקרטי, על מזבח שיקול יציבות הדין המכוון את בתי המשפט האחרים ואת ההתנהגות האנושית.

על רקע זה יש לבחון את אפקט העלות השקועה של התקדים. על השופטת לחתור כאמור ליעד של קבלת ההחלטה הנכונה והצודקת ביותר. לשופטת משאבים מוגבלים של זמן, ועליה לחלק את מאמצי המחקר שלה בין התיקים השונים הנתונים לטיפול. אחת החלופות העומדות בפניה היא יישום תקדים קודם שחל לכאורה על עובדות המקרה. הלופה אחרת היא פיתוח הלכה חדשה, כשבמקרה כזה מתווספות לעלויות המחקר גם העלויות החברתיות העתידיות של סטייה מתקדים. על פי המודל הרציונלי הטהור, למצער במקרים שבהם הפגיעה בתועלת הציבור, שהכלל יחול עליו, אינה קשה במיוחד - יש לבחור את החלופה שתגשים בצורה הטובה ביותר את המטרה של השגת הצדק הקונקרטי. הוודאות והצפייות המשפטית אינן חוות הכול. אין די בכך שנושא יהיה סדור מראש, ראוי שיוסדר גם בדרך הנכונה,<sup>175</sup> והדרך הנכונה - מבחינתו של המקרה הקונקרטי - מחייבת לעתים סטייה מתקדים. יש לזכור כי למרות מאפייני השיטה הישראלית, ההופכים את השופטים למעין מחוקקים ומטילים עליהם נטל כבד של יצירת דין - קיים הבדל מכריע בין דרך הפעולה של המחוקקים לבין זו של השופטים. מחוקקים פועלים באופן מופשט וקובעים הסדרים כלליים

173. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 142.

174. לצורך באיזון, ראו דברי השופט מצא בבג"ץ איראני (לעיל, הערה 115), בעמ' 772: "ההכרעה בשאלה, אימתי ראוי לסטות מתקדים ואימתי ראוי לכבדו, תלויה באיזון בין שיקולים שונים וסותרים. לעיתים הסטייה 'אסורה', לעתים היא מותרת, ולעתים היא הכרחית ונדרשת".

175. ראו שמגר (לעיל, הערה 132), בעמ' 436. היטיב לבטא זאת הנשיא זמורה במטבע הלשון שטבע "אמת ויציב - אמת עדיף" - ראו ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב 235, בעמ' 253. אך השוו לאמירתו המפורסמת והמנוגדת של השופט Brandies, שלפיה: "stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right" ראו: *Burnet v. Coronado*, *Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932).

- שאינם אמורים לחול רק על אדם אחד מסוים. לעומת זאת שופטים חודרים תמיד להייהם של בני אדם מסוימים, לא פעם בדרך שיש לה לעתים השלכות מרחיקות לכת.<sup>176</sup> תחת הנחות יסוד אלו, מטרת המאמר תהיה להראות כי גם במצבים שתועלת הציבור לא תסוכל בעקבות הסטייה מתקדים קיימת נטיית יתר של שופטים להיצמד לתקדימים.<sup>177</sup> במסגרת זו אראה להלן כי הרציונלים שבאים להצדיק את דוקטרינת התקדים, בו בזמן שמגשימים את המטרה של הכוונת התנהגות עתידית, טומנים בחובם מיניה וביה גם גורמים שאחראים לאפקט העלות השקועה ובעקבות כך "לבעיית ההיצמדות".

## 2. הרציונלים של התקדים כמגלמים את אפקט העלות השקועה

אחד הגורמים החשובים בדוקטרינת התקדים הוא גורם הזמן. "המדובר על השימוש בתקדימים של יום האתמול, לצורך הכרעה בנושא אשר פרוש בפנינו בעת הזאת".<sup>178</sup> על רקע זאת שואל פרופ' שאוור (Schauer):

176. ראו מנתם מאוסנר, "המשפט הסמוי מן העין", מנחה ליצחק - קובץ מאמרים לכבודו של השופט יצחק שילה בגבורותיו (אהרן ברק ומנשה שאוה - עורכים, לשכת עורכי-הדין, תשנ"ט), 59, בעמ' 69-70.

177. כדוגמה לרתיעתו של בית המשפט מסטייה מהלכה פסוקה, הגם שלא הייתה בכך פגיעה בציפיות וביכולת לכוון התנהגות, ראו בג"ץ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 33 (להלן: בג"ץ שי"ק), בעמ' 42-46, שבו סירב בית המשפט לסטות מהלכה שנפסקה חמש שנים קודם לכן בבג"ץ 73/66 זמולון נ' שר המשפטים, פ"ד כ(4) 645, שלפיה שינוי שם משפחתה של ידועה בציבור לשם משפחתו של האיש שהייתה איתה כבעל עם אשתו עלול להטעות את הציבור לחשוב כי היא נשואה לו כדיון, ולפיכך פסילת שינוי השם על ידי שר הפנים היא מוצדקת. השופט אג'נט בבג"ץ שי"ק הסכים שיש שיקולים כבדי משקל לטובת סטייה מהתקדים ואמר: "הבאתי את שתי הדעות הנוגדות, על נימוקיהן, כדי להראות ראשית, כי הבעיה שלפנינו זכתה לליבון מלא ... ושנית, שגם הנמקת שופטי הרוב, גם זו של שופטי המיעוט, היא כבדת משקל ולפיכך לא יהיה זה מן המידה, אם ניכנס מחדש לעבי הקורה של הבעיה, כי אם יפה כאן הגישה השיפוטית ... [לפיה] מגמת יציבות ההלכה מחייבת שבית-משפט זה לא ימהר לסטות מההלכה הפסוקה, ובייחוד אם היא נקבעה - ולו רק ברוב דעות - בדיון שנתקיים בפני הרכב של תמשה שופטים". רק למעלה מעשרים שנה לאחר מכן שונתה ההלכה בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1) 749 (להלן: בג"ץ אפרת), שבו ציין השופט ברק כי "אין לנו עניין כאן בהלכה קיימת אשר עקרון ההסתמכות יצר בעקבותיה ציפיות, אשר תיפגענה קשות בגין שינוייה. עניין לנו באופן הפעלת סמכות שלטונית, אשר כתוצאה משינוי ההלכה לא תוטל, מחד גיסא, כל מעמסה נוספת על הציבור או על פרט, ומאידך גיסא, יורחבו זכויות אדם. במצב דברים זה, הקשר הקושר אותנו עם העבר - אף שהוא קיים תמיד - אינו חזק מספיק, כדי למנוע - לאחר עבור למעלה מעשרים שנה - בחינה מחדשת ואף שינוי של ההלכה הקיימת" (ההדגשות שלי - מ"ט).

178. ראו שמגר (לעיל, הערה 132), בעמ' 433 (ההדגשות במקור - מ"ט).

Why should the best decision for now be distorted or thwarted  
by obeisance to a dead past.<sup>179</sup>

העבר אינו מת. החלטות העבר יוצרות אילוצים. בחלקן אכן ראוי להתחשב בהווה. אך לחלק מהחלטות העבר קיים אפקט של עלות שקועה. אכן בחינת הרציונלים של התקדים מגלה כי רציונלים אלו, הגם שמגשימים את המטרה העתידית של הכוונת התנהגות, טומנים בחובם בדיוק את המרכיבים שיש בהם לעודד את אפקט העלות השקועה. אפקט זה גורר היצמדות יתר להחלטות העבר, דהיינו חותר תחת המטרה של הגשמת הצדק הקונקרטי, גם כאשר הגוף החברתי העתיד מסטייה מתקדים איגו מצדיק זאת.

(א) ודאות, יציבות, צפיות והסתמכות

הטיעונים בדבר ודאות ויציבות הדין טומנים בחובם מינה וביה גורמים שזיהנו כגורמים לבעיית ההיצמדות. טיעון הודאות משמיע, בראש ובראשונה, חשש למוניטין המוסדי של בית המשפט כבית משפט יציב.<sup>180</sup> עם זאת, גורם זה פועל גם במישור האישי, שכן גם השופטת כפרט, חוששת מפגיעה במוניטין העצמי שלה כאדם עקבי, בעיקר לגבי תקדימים שהיא הייתה שותפה לקבלתם.<sup>181</sup> חששות אלו עשויים לעודד היצמדות לתקדימי עבר, גם במחיר פגיעה בהחלטה רציונלית, כפי שהוגדרה, תוך היתלות בטיעונים בדבר יציבות וודאות הדין.<sup>182</sup>

179. Schauer (לעיל, הערה 131), בעמ' 571.

180. אכן, ברוב המקרים בעיית ההיצמדות, כפי שהוגדרה לעיל, נובעת דווקא מהחשש של מקבלת ההחלטות מפגיעה במוניטין העצמי שלה, אך גם חשש למוניטין של המוסד אליו משתייכת מקבלת ההחלטות, כמוסד יציב – גורר אפקט של עלות שקועה ובעיית היצמדות. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 121-122.

181. למחקר אמפירי מקיף שנערך בארצות הברית ואשר מסקנתו ששופטים מושפעים מתקדימיהם האינדיווידואליים, ראו: Youngsik Lim, "An Empirical Analysis of Supreme Court Justices' Decision Making", 29 *J. Legal Stud.* (2000) 721; גם שחר, גרוס וגולדשמידט מציינים במחקרם על התקדימיים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון (לעיל, הערה 98), הן את הנטייה לאזכור עצמי, והן את הסיכוי הרב שהשופט המאזכר לראשונה תקדים יֵשב בהרכב שבו התקבל אותו תקדים (ראו שם, בעמ' 293-294).

182. חיזוק לכך ניתן אולי למצוא בכך ששופטים אינם נוטים לשנות במסגרת דיון נוסף את דעתם כפי שהובעה בפסק הדין נשוא הדיון הנוסף (אם כי, יש לזכור כי בדיון נוסף העובדות והות לאלה שבפסק הדין הקודם, בעוד ההחלטה אם ליישם תקדים קודם טומנת בחובה גם החלטה בדבר מידת הדמיון של העובדות). ראו למשל דברי השופט אור בדנ"א 3768/98 קרית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ובניה, ירושלים, פ"ד נו(5) 49, בעמ' 116: "מדעתי בפסק הדין בערעור לא שיניתי, ואף נתחזקתי בה"; דברי השופט זמיר בדנ"א 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נד(5) 330, בעמ' 372: "קראתי את פסק הדין של הנשיא ברק, ולא שיניתי את דעתי, כפי שהבעתי אותה בדיון המקורי"; דברי השופט חשין בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ ו-4 אח' נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, בעמ' 59: "אכן, בפסק הדין שכתבו חבריי – פסקדין רגיש, טובל-בהגינות, אנושי – ניסחו חבריי היטב את תחושותי.

טיעון הצפיות וההסתמכות של פרטים על הדין הקיים בעוין עמוק גם בסיבות המבניות, שהופכות את התקדים לא רק לחלק מן הדין אלא אף לחלק מן הזהות הפוליטית של בית המשפט או של שופטים מסוימים. זו אף הסיבה לכך שככל שהלכה פסוקה ישנה יותר, כך היא נחשבת למבוססת ומושרשת יותר,<sup>183</sup> ואף הנטייה לסטות ממנה הלשה יותר,<sup>184</sup> בעוד קל יותר לבית המשפט לסטות מהלכה "שטרם היכתה שורשים".<sup>185</sup> כלל זה חל ביתר שאת כאשר מדובר בהלכות ישנות המפרשות דבר חקיקה, שכן הנחת בית המשפט היא שהמחוקק יכול היה לשנות את הדין.<sup>186</sup> הנחה זו יכולה להוביל לךבקות של שנים בתקדימים, אף על פי שלא ניתן להימלט מהתחושה כי אינם ראויים.<sup>187</sup> ויתרה מזאת, הטיעון בדבר היכולת של המחוקק לשנות את הלכת התקדים, כטיעון המובא לטובת יציבות ואי־סטייה מתקדימים, אינו תואם הליך רציונלי של קבלת החלטות, הן משום שההיסטוריה מעידה כי קשה להסתמך

חזרתי עתה ועיינתי בכתובים ומדעתי לא שיניתי. דעתי נותרה כשהייתה"; דברי השופט אור בדנ"פ 3391/95 בן ארי נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 377, בעמ' 423-424: "סברתי, בדעת מיעוט שיש לזכות את המערער ... מאשמות שוד ורצח בהן הורשע על ידי בית המשפט המחוזי. מדעתי זו לא שיניתי". למקרה שונה, שבו שינה הנשיא ברק את דעתו במסגרת הדיון הנוסף ראו דנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הבטחון, פ"ד נד(1) 121 (להלן: דנ"פ פלוניס), בעמ' 744: "מסקנתי זו נוגדת את המסקנה שאליה הגעתי בפסק הדין נשוא עתירה זו. משמע – שיניתי את דעתי. אכן, מאז מתן פסק הדין – ועל רקע הדיון הנוסף עצמו – לא חדלתי מלבחון את עצמי אם גישתי בדין יסודה. איני נמנה עם אלה הגורסים כי סופיות ההחלטה מעידה על נכונותה. כל אחד מאתנו עשוי לטעות. יושרנו המקצועי מחייב אותנו להודות בטעותנו אם שוכנענו כי אכן טעינו".

183. ראו למשל רע"פ 1057/99 יוחייב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365, בעמ' 371; בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר - אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב(1) 289, בעמ' 309.

184. ראו דברי השופט זמיר בבג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, בעמ' 194: "זוהי הלכה ישנה ומבוססת. עם זאת, מזה שנים מקננים בי הרהורי כפירה: האם הלכה זאת נובעת בהכרח מסעיף 17 לפקודת הפרשנות? האמנם הלכה ראויה היא?"; והשוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 123.

185. ראו דברי השופט ברק ברע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מו(5) 159 (להלן: רע"א בוסקילה), בעמ' 175: "אחד הנימוקים העיקריים כנגד סטייה מהלכת התקדים, הינו הנזק לציפיות (הסבירות) של הציבור, אשר סמך על הדין הקודם. שיקול זה אינו קיים בענייננו ... הלכת רביבו - ממנה אנו סוטים - נפסקה ב־1985 (והיא עצמה סתתה מהלכה קודמת אשר נפסקה ב־1966) וטרם הספיקה להכות שורשים". רע"א בוסקילה ניתן בתאריך 9.11.1992.

186. ראו בג"ץ איראני (לעיל, הערה 115), בעמ' 771.

187. בעייתיות ההסתמכות על המחוקק ניתנת להדגמה באמצעות הלכת "השנים האבודות". לפני כעשרים שנה נפסקה בע"א 295/81 עיזבון המנוח שרון גבריאל נ' גבריאל, פ"ד לו(4) 533 הלכה, בדעת רוב של שלושה שופטים כנגד שניים, שלפיה במשפט הישראלי אין הניזוק זכאי לפיצויים בראש נזק של אבדן יכולת השתכרות בשנים שבהן קוצרה תוחלת חי העבודה שלו. הנשיא י' כהן שכתב את פסק הדין של דעת הרוב ציין כי יש להותיר את הסוגיה למחוקק. לאחרונה נהפכה ההלכה בע"א 140/00 עיזבון המנוח אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ (טרם פורסם) (להלן: ע"א עיזבון אטינגר),

על כך,<sup>188</sup> והן משום שהשופטת היא מקבלת ההחלטה בעניין הנידון ועליה לקבל את ההחלטה הנכונה ביותר, בלא להסתמך על גורמים הייצוגיים לקבלת ההחלטות.<sup>189</sup> העובדה כי המחוקק לא פעל, היא עובדה מוגמרת לנקודת הזמן של קבלת ההחלטה, ואינה משתנה בהתייחס להלופות השונות.<sup>190</sup>

הוודאות, היציבות והצפיות המשפטית הם אכן עקרונות חשובים של כל מערכת משפט, אך יש לזכור כי על מנת להתקיים, כל מערכת נורמטיבית, צריכה להתפתח ולהתאים את עצמה לצרכים המשתנים.<sup>191</sup> על כן מערכת המשפט היא מערכת גמישה שאסור לה לקפוא על שמריה, ואף הנורמה המשפטית גמישה במובן זה שניתן לשנות ולבטל אותה בדרכים משפטיות.<sup>192</sup> דא עקא, ששינויים אלו פוגעים במידה מסוימת בצפיות. הצפיות מושגת, אם כן, על ידי התפשרות עם היכולת להסתגל לתנאי החיים המשתנים.<sup>193</sup> אין ספק כי בשיטת

השופט ריבלין ציין כי "חלפו כעשרים שנים מאז ניתן פסק-הדין בפרשת גבריאלי. השינוי החקיקתי המיוחל בושש מלהגיע ... המסקנה האחת המתבקשת [היא] ... כי יש להכיר בזכותו של הניזוק לפיצויים בגין שנות ההשתכרות האבודות ... אין מניעה, כמובן, שהמחוקק יביא לשינוי במצב המשפטי ... אולם סבורני כי עד שיבוא שינוי כזה - אם יבוא - ראוי לאמץ את התפיסה ... לפיה זכאי הניזוק-החי, או עובדו, לפיצויים בגין הנזק של אובדן יכולת ההשתכרות 'בשנים האבודות'".

188. השוו: Salmond (לעיל, הערה 56), בעמ' 143. סלמונד מציין גם עובדה מעניינת, שההיסטוריה באנגליה מעידה שהפרלמנט אינו נוטה להפוך הלכות של שופטים, אלא לעדן את הכלל או לקבוע לו יוצאי דופן וחריגים. למקרה שבו המחוקק אכן תיקן חוק בעקבות תחושת חוסר צדק שנוצר, ראו סעיף 25 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 287, שעניינו קיום צוואה על אף פגם או חסר בצורתה, ואשר תוקן בעקבות תוצאת דעת הרוב בד"כ 40/80 קניג ג' כהן, פ"ד (לו) 3) 701. יושם לב כי בעוד פסק הדין ניתן בתשמ"ב (28.7.1982), תיקון החוק נעשה בתשמ"ה (3.4.1985).

189. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 131.

190. ע"א עיזבון אטינגר (לעיל, הערה 187) מדגים גישה ראויה של ניתוח הסוגיה מראשיתה בלא לייחס משקל לכך שהמחוקק לא אמר דברו. המחוקק לא אמר דברו כעשרים שנה וזה נתון לגבי כל חלופת החלטה. בית המשפט בחר בחלופה הראויה בעיניו, והצביע שוב על יכולתו של המחוקק לשנות את ההחלטה.

191. על הפער בין משפט ומציאות עמדו הריאליסטים המשפטיים. ראו: Horowitz (לעיל, הערה 2), בעמ' 188.

192. ראו דבריו של ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 402-403: "המשפט מסדיר את מערכת היחסים בין בני אדם, ועם שינוי במערכת יחסים זו, מן הדין שיחול גם שינוי במשפט. ההסטוריה של המשפט היא ההסטוריה של התאמת המשפט לצרכי החברה המשתנים. מערכת נורמטיבית שאינה מאפשרת צמיחה סופה הסתיידות. הנה כי כן, אין להבטיח יציבות, וראות, עקביות והמשכיות, בלא להבטיח שינוי. עמידה על הקיים אינה מבטיחה יציבות"; ראו גם דברי השופט מצא בבג"ץ איראני (לעיל, הערה 115), בעמ' 772: "אך גם לדבקות יתרה בעיקרון התקדים - חסרונותיה שלה: היא מעכבת את פיתוח ההלכה ואת התאמתה לנסיבות משתנות ולחשיבה המשפטית"; כן ראו כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 131.

193. Schauer (לעיל, הערה 131), בעמ' 597.

משפט המכבדת תקדימים, מצומצם יותר חופש השופט לבצע שינויים בד בבד עם קדמת חיי התברה.<sup>194</sup> בשיטה כזאת השאלה הופכת להיות אפוא עד כמה מקבלת ההחלטות והסכיבה שהיא פועלת בה מוכנות לקבל תוצאות תת־אופטימליות, על מנת שאנשים יוכלו לתכנן את חייהם על בסיס החלטות קודמות. התפשרות על ההחלטה במקרה הקונקרטי לטובת הצפיות עלולה להוביל לבעיית היצמדות, ככל שהיא נובעת מנכונות לדבוק בהחלטות עבר, גם במצבים שבהם החלטה – החותרת להכרעה בסכסוך הקונקרטי בצורה הנכונה ביותר – מחייבת סטייה ונקיטה של דפוס פעולה אחר.<sup>195</sup>

יש גם לב גם לכך שטיעון ההסתמכות של הפרטים על הדין הוא במידה רבה מעגלי, שכן ההסתמכות נובעת מהידיעה שבית המשפט אינו נוטה לסטות מתקדימים.<sup>196</sup> נטייה גדולה יותר של בית המשפט לגמישות תעביר מסר כי בית המשפט לא יקריב את נכונות התוצאה ואת הצדק הקונקרטי לטובת היציבות והוודאות המשפטית, ותגרוור אף הסתמכות מתונה ושקולה יותר על תקדימים.<sup>197</sup>

194. טרסקי (לעיל, הערה 58), בעמ' 123. יכולת גדולה יותר של התאמה לקדמה קיימת בשיטת הקודפיקציה. כך למשל, לבתי המשפט הצרפתיים קל יותר לפתח את עקרונות האחריות מחמת מעשי נזק, באמצעות פירוש פרוגרסיבי של סעיפים בחוק האזרחי, מאשר לבתי המשפט האנגליים להתגבר על התקדימים שהצטברו בעניין האמור.

195. ודוק: השאלה היא כמובן שאלה של מידתיות. שיקול הצפיות כשלעצמו הוא כמובן רציונלי, שכן, זו דוגמה לדרך שבה לעבר (כולל החלטות בעבר) עשויות להיות השלכות עתידיות, דהיינו עלויות שאינן שקועות ושמן הראוי להתחשב בהן. יש להבחין זאת ממצבים של התפשרות יתר עם התוצאה הקונקרטית על מנכח הצפיות. מצבים כאלה מגלמים בעיית היצמדות.

196. Freeman (לעיל, הערה 77), בעמ' 1267; כן ראו: Lewis Kornhauser, "Symposium on Post-Chicago Law and Economics: An Economic Perspective on Stare Decisis", 65 *Chi.-Kent. L. Rev.* (1989) 63, p. 78.

197. ראו למשל טענת משרד הבריאות להסתמכות על תקדים בבג"ץ 5012/97 מתן שירותי בריאות סיעוד ורווחה בע"מ נ' משרד הבריאות, פ"ד נב(1) 49 וסירובו של השופט חשין לקבל טענה זו. משרד הבריאות החליט לספק חלק מהשירותים הניתנים לילדים בבתי ספר באמצעות עמותה פרטית. חברות אחרות שמתמחות במתן שירותי בריאות, קבלו על בחירת העמותה ללא מכרז. השופט חשין קבע שעל משרד הבריאות להיערך מיד לפרסום מכרז ודחה את טענת משרד הבריאות לתחולת ה"תקדים" שנקבע בבג"ץ 4721/94 קר שירותי רפואה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נא(1) 29, באמרו כי "כפי שהודגש בפסק־הדין, פרשת קר הייתה מקרה ייחודי – שונה מעניינינו עתה – ואין ללמוד ממנו לעניינינו". אכן, מקרה קר היה מקרה קשה ונימוקיה המשפטיים של השופטת שטרסברג־כהן, אשר דחתה עתירה התוקפת התקשרות של משרד הבריאות ללא מכרז עם קרן רפואית פרטית הנותנת שירותים רפואיים בבתי החולים – לא היו משכנעים. הסיבה האמיתית לאי חיוב המדינה במכרז באותו עניין הייתה שמדובר ב"הכרח בל יגונה", שכן השופטת לא רצתה לגרום להפרטת בתי החולים בעוד ועדת נתניהו יושבת על המדוכה. למרות זאת, כאמור טען משרד הבריאות בעניין מתן לתחולת תקדים קר. השופט חשין דחה את הטענה אף על פי שהבדלים בין המקרים מעשיים ולא משפטיים.

וידגש כי טיעון ההסתמכות יכול להתיישב עם החלטה רציונלית ככל שהוא צופה פני עתיד. כפי שציינתי, פגיעה בהסתמכות היא אחת מהעלויות של החלטה לסטות מדפוס פעולה קודם, שיש להביאה בחשבון במסגרת שקילת תוצאותיה העתידיות האפשריות של החלטה. על כן כאשר ההתייחסות היא צופה פני העתיד, כגון ההשלכה שתהיה להפיכת התקרים על דפוסים חברתיים, בחינת שיקול זה תואמת הליך של קבלת החלטות רציונלי.<sup>198</sup> עם זאת לעניין זה יש להבחין הבחן היטב בין הסתמכות של פרטים על החלטות והבטחות מינהליות לבין הסתמכות של פרטים על תקדימים של בית המשפט. בעוד החלטה או הבטחה מינהלית היא נורמה אינדיווידואלית שהתקבלה בהתייחס לפרט הנידון, והסטייה ממנה נעשית משיקולי טובת הציבור המאוזנים עם הפגיעה הנגרמת לפרט המסתמך; הרי שהסתמכות של פרטים על הלכות של בית המשפט היא הסתמכות על נורמה כללית שלא התקבלה בהקשר אליהם, והסטייה מנורמה זו נעשית דווקא על מנת להשיג צדק לפרט במקרה הקונקרטי.<sup>199</sup> לאור זאת, בעוד ההסתמכות במשפט המינהלי תהיה תמיד שיקול בתהליך קבלת החלטות רציונלי, ההסתמכות על תקדימים אינה שיקול רציונלי כל עוד יש בה היצמדות יתר להלכה שיש בה לפגוע בצדק הקונקרטי של המקרה הנידון.<sup>200</sup>

#### (ב) שוויון

אחת ההצדקות החשובות לעקרון התקרים היא ש"מקרים דומים צריכים להיות מוכרעים בצורה דומה". ברמה המופשטת אין על כך חולק, והכול יסכימו כי אם שני מקרים נידונים באותו בית משפט התרחשו באותו הזמן ובאותו מקום, ומגלים עובדות זהות פרט לזהות הצדדים – ראוי שיקבלו טיפול זהה. ואולם למעשה כמעט אין מקרים כאלה, וכל שני מקרים ייבדלו האחד מן האחר בהיבטים כאלה ואחרים. ללא הכרעה בשאלה הקשה "מהם מקרים דומים", האמירה כי "מקרים דומים יוכרעו בצורה דומה" חסרת משמעות. אם הסיווג

198. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 142.

199. להבחנה בין נורמות כלליות ואינדיווידואליות, ראו דותן (לעיל, הערה 40), בעמ' 28-29; סמיר (לעיל, הערה 45), בעמ' 500; וכן חיים גנו, "על כלליותן של נורמות משפטיות", עיוני משפט טו (תשנ"ג) 579 – גנו מבחין בין כלליות נורמות מבחינת נתיניהן לבין כלליות מבחינת הזדמנויות לביצוע הפעולה שאליה מתייחסת הנורמה. הכלליות בהקשר של מאמר זה היא כלליות מבחינת נתינים.

200. להדגמה ראו דברי השופט טירקל בע"א 6585/95 מ.ג.ע.ר. מרכז גביה ממוחשבת נ' עיריית נשר, פ"ד נ(4) 206, בעמ' 219-220. השופט סבר כי הדין הראוי הוא כי עירייה אינה רשאית לנהל מו"מ עם המציעים במכרו, אך למרות זאת קבע כדלקמן: "יש לכבד, לדעתי, את התקדימים הקיימים, ובכלל זה לאשר את המכרו הנדון, וזאת בעיקר, בשל גורם ההסתמכות. עם זאת קיימים טעמים משכנעים לסטות בעתיד מתקדימים אלה, וזאת, בעיקר, בשל החששות הנזכרים. במצב דברים זה נראה לי שיש מקום לשקול את השימוש בטכניקת הסטייה הפרוספקטיבית ... טכניקה זאת מאפשרת פסיקה לפי הדין הקיים תוך הצבעה על כך שהוא עומד להשתנות בעתיד". יצוין כי ההלכה שונתה על ידי מחוקק המשנה, שקבע בסעיף 18 לתקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987 "לא ינהל משא ומתן עם משתתף במכרו בטרם נקבע הווכה במכרו".

לשאלת הדמיון יוצר קטגוריות קטנות מאוד, שמביאות בחשבון משתנים רבים המבדילים בין המקרים, אזי עקרון השוויון אכן נשמר במידה רבה, אך לעקרון התקדים משמעות מועטה; לעומת זאת, אם יוצרים קטגוריות גדולות, שכוללות בתוכם מקרים רבים ושונים, אזי הסתמכות על התקדים היא מגבלה משמעותית ביישום עקרון השוויון.<sup>201</sup> השאלה היא אפוא אילו הבדלים בין המקרה הנוכחי למקרה התקדימי ייחשבו משמעותיים מספיק על מנת שלא להחיל את הלכת התקדים ולטעות ממנו או לאבחנו.<sup>202</sup>

מטבע הדברים המקרים הרלוונטיים לנושא שבו עסקינן הם המקרים שבית המשפט אינו בטוח כי החלת התקדים מובילה לתוצאה הנכונה והצודקת ביותר במקרה הנידון. בין שהסיבה לכך היא שהתקדים מוטעה ובין שהסיבה לכך היא שוני מהותי בין המקרים, הרי שאין הצדקה להחלת כלל "מוטעה" רק בשם עקרון השוויון.<sup>203</sup> אלא שרציונל השוויון גורר בעיית היצמדות, הנובעת מרצונם של השופטים להיראות כשופטים הוגנים המטפלים שווה בשווה במקרים דומים. הדבר מתבטא בהחלת תקדימים, הגם שהם נראים מוטעים; או ביצירת קטגוריות רחבות, במובן זה שאף מקרים בעלי היבטים מהותיים שונים – נכללים באותה הקטגוריה.<sup>204</sup> במקרים האלה אין החלת התקדים משרתת את המטרה של קבלת ההחלטה הנכונה והצודקת ביותר במקרה הנוכחי.

בחינת פסיקתו של בית המשפט העליון מגלה כי התופעה האמורה באה לביטוי ברתיעה של בית המשפט מסטייה מתקדימים באופן מפורש. דהיינו, כאשר בית המשפט העליון מחיל את התקדים הוא קובע כי השוני בין המקרים אינו משמעותי. הבעיה במצבים כאלה היא שלעיתים בית המשפט מקדיש את רוב הנמקתו לבחינה מדוקדקת של שאלת "הכניסה לתוך ההלכה", ומשהוא מגיע למסקנה כי ההבדלים בין המקרה התקדימי לנוכחי אינם מהותיים, הוא מחיל את ההלכה התקדימית, ובכך משרת לכאורה את עקרון השוויון. אלא שבהחילו את התקדים, בית המשפט מרחיב את הקטגוריה של המקרים שעליהם הל התקדים, בלא לבחון את עצם נכונותה של ההלכה המקורית.<sup>205</sup> לעומת זאת, כאשר בית המשפט אינו

201. Schauer (לעיל, הערה 131), בעמ' 598; Maltz (לעיל, הערה 131), בעמ' 369.
202. השוו: Freeman (לעיל, הערה 77), בעמ' 1267; יצוין כי שאלה זו כשלעצמה כרוכה בשיפוט ערכי שיכול להשתנות בין שופט לשופט. ראו: Kornhauser (לעיל, הערה 196), בעמ' 75.
203. השוו: Pierce (לעיל, הערה 137), בעמ' 2243.
204. השוו: Levi (לעיל, הערה 155), בעמ' 3; "... this kind of reasoning is open to the charge that it is classifying things as equal when they are somewhat different, justifying the classification by rules made up as the reasoning or classification proceeds". לתופעה שלפיה תוכנה של קטגוריה מושפע מהמטרה שהקטגוריה אמורה לשרת, ראו: Hill (לעיל, הערה 171), בעמ' 7.
205. מקרה שבו החיל בית המשפט תקדים בשם עקרון השוויון תוך מתן הסבר נרחב מדוע "המקרה נכנס בגדר ההלכה" ניתן להדגים באמצעות על"ע 12/71 הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין בתל-אביב-יפו נ' פלוני, פ"ד כו(1) 185. הרטוריקה בפסק הדין מגלה בעליל היצמדות להלכה התקדימית בשל עצם קיומה. ההתמקדות בשאלת "הכניסה לתוך ההלכה" הסיטה לחלוטין את תשומת הלב משאלת נכונותה של ההלכה, ומבחינה מספקת של השאלה האם הלכה זו

מעוניין להחיל את התקדים, הגם שלכאורה התקדים הל, אזי נעשים ניסיונות "התחמקות" שונים כגון אבחונים מלאכותיים<sup>206</sup> או הכרזה על הלכה כאוביטר, שגם הוא מכשיר נוח להתחמקות מתקדים "מפריע" שלא ניתן להתעלם ממנו בשל עקרון השוויון.<sup>207</sup>

מובילה לתוצאה הנכונה והצודקת ביותר בנסיבות המקרה הנוכחי. באותו עניין זיכה בית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין את המשיב מאשמה של עשיית פרסומת לעצמו, באמצעות ארגון הגנת הדייר, שהמשיב שימש כיועצו המשפטי. בית הדין הארצי עשה השוואה מפורטת ומדוקדקת בין עובדות המקרה לבין מקרה תקדימי שנפסק בבית המשפט העליון, והגיע למסקנה כי יש הבדלים חשובים המוציאים את המקרה הנוכחי מתחולת ההלכה שנקבעה שם. על כך אמר בית המשפט העליון מפי השופט ברנזון: "הפכתי והפכתי בדבר ושקלתי בכובד ראש את הממצאים הנ"ל, שהרוב בבית הדין הארצי הצביע עליהם, ולא יכולתי למצוא בהם הבדל מהותי שיצדיק תוצאה שונה בשני המקרים מבחינה משפטית. בשניהם היה עורך הדין יועץ משפטי קבוע של הארגון והיה נותן עצה משפטית חינוך לחברי הארגון שהיו פונים או מופנים אליו מטעם הארגון; ולרעתי אין נפקא מינה אם העצה הזאת הייתה ניתנת במשרדי הארגון או במשרדו של עורך הדין ... כמו כן, במקרה הנוכחי - כמו במקרה ההוא - לא היו חברי הארגון חייבים למסור את המשך הטיפול המשפטי בענייניהם דווקא לעורך הדין היועץ המשפטי של הארגון ... בכך נכנס המשיב לתחום ההלכה שנקבעה" (שם, בעמ' 188-189) (ההדגשות שלי - מ"ט). בית המשפט הרחיב את האיסור לפרסם גם למצב שבו הארגון ולא עורך הדין הפנה את חברי הארגון לקבלת ייעוץ במשרדו של עורך הדין. ההתמקדות בשאלת "הכניסה לתוך ההלכה" הסיטה את המוקד מהשאלה העיקרית, שהיא: האם בכלל מדובר בפרסומת פסולה.

206. דוגמאות רבות לאבחונים מלאכותיים, ראו להלן פרק ו, סעיף 3.

207. דוגמה לכך הוא בג"ץ 1000/92 כבלי נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד (מח) 221. בפרשה זו נידונה השאלה האם הלכת שיתוף הנכסים שפותחה בבית המשפט העליון חלה בבית הדין הרבני, או שלעניין נכסי בני הזוג על בית הדין לדון על פי דין תורה. לעניין זה היו קיימים שני תקדימים של בית המשפט העליון בפרשות וילודיני (בג"ץ 323/81 וילודיני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לו(2) 753) ובעהם (בג"ץ 609/92 בעהם נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד מז(3) 288) שבהן קבע השופט אלון כי "הדין הולך אחר הדיין" וכי "הסמכות, שהוענקה לבתי הדין הרבניים, לפי חוקי המדינה, היא לדון - בעניינים שנמסרו לסמכות שיפוטם - על פי המשפט שלפיו דן בית הדין הרבני, היינו המשפט העברי, פרט למקרה שמצויה הוראת חוק מיוחדת, המופנית אל בית הדין הרבני והקובעת מפורשות, כי על בית הדין הרבני לדון לפי הוראת חוק זו". דומה כי השופט ברק סבר כי הלכות אלו יסודן בטעות והיה מעוניין לסטות מהן, תחת זאת הוא הקדיש כשלושה עמודים וחצי מפסק דינו לניתוח הפרשות הללו והגיע למסקנה כי קביעותיו של השופט אלון הן בגדר אמרות אגב: "כפי שראינו בפרשת וילודיני ובפרשת בעהם נפסק, מפי השופט אלון, כי כל עניין הנדון בבית הדין הרבני - לרבות השאלה האזרחית, מהו הרכוש העומד לחלוקה - הוא דן בו על-פי המשפט העברי, למעט באותם עניינים שבהם מצויה הוראת חוק מיוחדת המופנית אל בית הדין הרבני, והקובעת מפורשות, כי על בית הדין הרבני לדון לפי הוראת חוק זו. הצבעתי על כך כי אלה הן אימרות אגב. עם זאת, אלה הן אימרות של בית-משפט זה, בהן עלינו להתחשב במלוא כובד האחריות. לדעתי, אימרות אלה בטעות יסודן ומן הראוי הוא לסטות מהן. הן יוצרות 'קטגוריות סיוטיות' שיש להימנע מהן" (בג"ץ כבלי, בעמ' 251-252). יוסם לב כי השימוש במכשיר "האוביטר"

מדוע בית המשפט מעדיף דרכים שונות של התחמקות מהחלת הלכה על פני סטייה ברורה מההלכה התקדימית? נראה כי הדבר נעוץ, בין היתר, ברכיב אינהרנטי שעמדנו עליו ושמשפיע על דרגת ההיצמדות להחלטת העבר. כאמור, כאשר ההיצמדות לדפוס הפעולה הקודם אינה מצריכה נקיטת פעולה אקטיבית, הנטייה להיצמד תגבר, משום שקל יותר למקבלת החלטות לנקוט פעולה פסיבית. באנלוגיה לדוגמאות מתחומים חוץ-משפטיים:<sup>208</sup> החלת תקדים היא פעולה פסיבית בדומה להמשך המתנה לאוטובוס, בעוד פיתוח תקדים חדש הוא פעולה אקטיבית, בדומה להחלטה להפסיק להמתין לאוטובוס ולקחת מונית. במצב שבו בית המשפט אינו מעוניין להחיל בשום אופן את התקדים הישן, הוא עדיין יעדיף לאבחנו, בדומה להשקעת משאבים נוספים בתיקון מכונית ישנה; על פני הפיכת התקדים ופיתוח חדש, הדומה יותר לקניית מכונית חדשה. העובדה שהושקעו משאבים בעבר בתיקון המכונית הישנה, או שהושקעו משאבים בפיתוח תקדים ישן – מהווה עלות שקועה, שאינה צריכה להשפיע על ההחלטה הנוכחית. למרות זאת, הנטייה היא להיצמד אל החלטת העבר. אמנם ההיצמדות כאן אינה פסיבית לחלוטין משום שהיא גוררת השקעת משאבים נוספים כגון כסף בתיקון הרכב או זמן באבחון תקדים, אך היא דורשת פעולה אקטיבית פחות מסטייה מוחלטת מדפוס הפעולה הקודם (דהיינו, רכישת מכונית חדשה או פיתוח תקדים חדש).

### (ג) יעילות

יש הטוענים<sup>209</sup> כי בית המשפט מסתמך על תקדימים במצב שהסדר לו מידע מספק על היבטים מהותיים של הסכסוך, ובכך הופך את קבלת ההחלטות ליעילה יותר.<sup>210</sup> דהיינו, השופטת נוטה להסתמך על התקדים כאשר המידע באשר להיבטים מהותיים של המקרה הנוכחי אינו זמין, אינו ברור או חסר תועלת.<sup>211</sup> זו התגלמותה של בעיית ההיצמדות, שכן

במקרה זה, גם אם נועד לשרת את עקרון השוויון (ואולי אף למנוע התקפות על בית המשפט העליון בשל הפיכת הלכות המבוססות על המשפט העברי הדתי), אינו משרת עיקרון אחר שנועד התקדים לשרת – היעילות. השופט ברק נזקק כאן לפעולה כפולה: הן השקעת משאבים בהוכחה שמדובר באוביטר והן השקעת משאבים על מנת להסביר מדוע אותה עמדה (שזה עתה קבע שהיא אוביטר) אינה מקובלת עליו לגופה.

208. ראו לעיל, הערה 16.

209. ראו למשל: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 118-119.

210. טיעון ביקורתי זה מזכיר את אחת ההצדקות של התאוריה הכלכלית לדוקטרינת התקדים. לפי הצדקה זו, דוקטרינת התקדים היא מכניזם יעיל להשגת מידע, בכך שהיא מאפשרת לשופטת להסתפק בכישרון אחד – היכולת לקבוע מתי מקרים הם "דומים", על מנת להכריע במגוון של מקרים שבהם השופטת אינה מתמחה. בעולם המודרני שבו עורכי הדין מתמקצעים ואילו השופטים אמורים לפסוק בתחומים רבים – יש לכך יתרון רב. ראו: Macey (לעיל, הערה 139), בעמ' 95.

211. השוו: Kornhauser (לעיל, הערה 196), בעמ' 77 – במצב כזה, שבו השופטת אינה נכנסת להיבטים המהותיים של המקרה ומיישמת את הקריטריונים שנקבעו במקרים קודמים, ייתכן כי היא אינה יודעת כלל האם היא פוסקת נכון.

לעתים היעילות אינה אלא "מסך עשן", המכסה על שימוש במידע קיים בהיעדר מידע אחר.<sup>212</sup> במקרים הקשים – דהיינו, אלה שבית המשפט סקפטי באשר לשאלה האם תחלת התקדים מובילה לתוצאה הנכונה והצודקת ביותר<sup>213</sup> – ממילא נראה מוצדק להשקיע את המשאבים הנחוצים לשקילתו מחדש של התקדים,<sup>214</sup> שהרי היעילות כשלעצמה היא תכונה פורמלית שאינה יכולה לבוא על חשבון המטרה המהותית. במילים אחרות, המטרה לפעול ביעילות אינה יכולה לבוא על חשבון אחת המטרות הראשוניות של השופטים בדבר השגת הצדק הקונקרטי.<sup>215</sup> זאת ועוד, השאלה אם התקדים חל על עובדות המקרה הנוכחי מעוררת פעמים רבות קשיים וגוררת דיונים והשקעת משאבים, לא פחות מניתוח מחדש של הכלל המשפטי הנידון.<sup>216</sup> אכן, השאלה היא כמובן שאלה של מידתיות, ועדיין ניתן לטעון כי דוקטרינת התקדים חוסכת יותר משאבים מאלה שהיא צורכת וכי עלויות ברור אינן עלויות שקועות אלא עלויות שיש להתחשב בהן במסגרת קבלת ההחלטה. דא עקא, שהבעייתיות

212. השוו: Heiner (לעיל, הערה 59), בעמ' 255: "The basic reason underlying these features [the tendency to preserve the substantive reasoning of past decisions] is people imperfect ability to reach optimal decisions, meaning those that maximize the posterior expected utility contingent on received information. As a result, their decisions come to be governed by rules and procedures, including inward psychological mechanisms, that establish a direct link between the scope of information they can reliably use and the range of decisions they can thereby benefit from making"

213. על פי התאורמה של Priest & Klien, המקרים שמגיעים לבתי המשפט הם המקרים הקשים, שבהם אין הצדדים מגיעים לפשרה. מקרים כאלה הם "קרובים" (close cases) במובן זה שניתן להצדיק תוצאה לכאן ולכאן. ניתן לטעון כי מקרים אלה, שבהם פשרה לא הייתה אפשרית, הם גם המקרים שתחולתו של התקדים אינה ברורה. לתאורמה ראו: George L. Priest and Benjamin Klein, "The Selection of Disputes for Litigation", 13 *J. Legal Stud.* (1984) 1.

214. ראו: Pierce (לעיל, הערה 137), בעמ' 2238.

215. ניתן להמחיש זאת על דרך האבסורד ולומר, כי הטיעון שחשוב יותר לשפוט במהירות מלשפוט נכון יכול היה לכאורה להצדיק אף שפיטה על פי הטלת מטבע. ראו: Freeman (לעיל, הערה 77), בעמ' 1268; Maltz (לעיל, הערה 131), בעמ' 370-371. אלא שהשאלה היא כמובן שאלה של איזון. ייתכן שמוצדק לשלם מהיר כלשהו בנכונות לטובת היעילות, אבל לא יותר מדי. יש בכך כדי לשלול את הטלת המטבע, אבל לא מספיק כדי לשלול את ההסתמכות על התקדים.

216. יתרה מזאת, עצם גמישותו של עקרון התקדים והיכולת לסטות ממנו גוררת פעמים רבות ויכוחים ודיונים בשאלה האם המקרה ראוי לסטייה. במובנים האלה עקרון התקדים מוסיף מורכבות לפסיקה. ראו: Maltz (לעיל, הערה 131), בעמ' 370. דוגמה למקרה שבו עסק בית המשפט בשאלה אם חלה הלכה או האבחון המאוחר שלה, באופן שהפך את הפסיקה למורכבת ומסורבלת, ראו למשל ע"א 31/77 חברת גוש 6914 חלקה 6 בע"מ נ' קטרי, פ"ד לא(3) 440 (נשאלה שם שאלת תחולתה של הלכה שלפיה עם עויבת אחד השוכרים המשותפים, ממשיכים האחרים להיות דיירים מוגנים. הלכה זו אובחנה מאוחר יותר על בסיס קיומה של הוראה פוזיטיבית שאסרה העברת זכויות בין השותפים).

קיימת כאמור במקרים שהשימוש בתקדים אינו משרת את היעילות אלא מהווה את אחד הביטויים שעמדנו עליהם לבעיית ההיצמדות,<sup>217</sup> ולפיו בהיעדר נתונים מספיקים על מנת לקבל החלטה, מקבלת ההחלטות מסתמכת על העלות השקועה כעל מקור מידע.<sup>218</sup>

#### (ד) אמון הציבור

אמון הציבור ברשות השופטת הוא ללא ספק טיעון הגורר בעיית היצמדות הנובעת מהצורך לשמור על המוניטין המוסדי של בית המשפט. אלא שייחודו של בית המשפט ממוסדות אחרים הוא בכך שבמצבים מסוימים ניתן לראות בעלות זו שיקול לגיטימי,<sup>219</sup> מעין עלות "חדשה", שראוי לתת לה משקל מסוים במסגרת התחשיב הרציונלי של עלויות ותועלות של ההחלטה הנוכחית. כפי שציינתי, החלטה לסטות מדפוס פעולה קודם עשויה לגרום לאבדן הלגיטימציה של מקבלת ההחלטות בקרב הציבור שהיא פועלת בו. כאשר עסקינן בבית המשפט, אמון הציבור בתהליך קבלת החלטות הכפוף לעקרון שלטון החוק הוא שיקול חשוב ביותר, שחייב להישקל במסגרת קבלת החלטה רציונלית. בית משפט שמשנה לעתים תכופות את קביעותיו, מסתכן בכך שהציבור יראה בו מוסד פוליטי המחליף מדיניות חדשות לבקרים, ולא מוסד שיפוטי, עצמאי ובלתי תלוי, הכפוף לשלטון החוק בלבד.<sup>220</sup>

לעניין זה חשוב להדגיש, ראשית, כי שיקול זה לגיטימי כל עוד עניינו במוניטין של בית המשפט כמוסד בלתי תלוי ועצמאי, ולא בשיקולים פרטניים של שופטים בדבר מוניטין אישי כפונקציה של היצמדות להלכה זו או אחרת. שנית, אף על פי ששיקולי אמון הציבור ברשות השופטת הם שיקולים לגיטימיים, אין להעריך אותם יתר על המידה.<sup>221</sup> יש לזכור כי גם החלטות המקריבות את הצדק הקונקרטי לטובת דבקות בתקדים, או אמירות בנוסח

217. ראו לעיל, הערה 22 והסקסט שלידה.

218. דוגמה שלפחות מהבחינה הרטורית נראית כהסתמכות על התקדים כמקור מידע, מהווה דעת הרוב של הנשיא ברק בע"א 8746/96 בר חמה נ' מנהל מס שבה מקרקעין, פ"ד נד(2) 704, בעמ' 710: "נמצא, כי לשני חלקיו של הערעור שבפנינו, ולשתי טענותיה של המערערת בפנינו, ניתנה התשובה בעניין לויט. באשר לחלק הראשון, נפסק כי שר האוצר לא הרג מסמכותו על פי החוק המסמיך כשהתקין את [התקנה]. ובאשר לחלק השני, נפסק כי התקנה חלה גם אם אין מלאכותיות בעיסקה, וגם אם המוכר מוכר את כל חלקו (שאיננו הדירה השלמה) בדירה, וגם אם הרוכש כבר בעלים של חלק בדירה. לאחר ששקלנו בדבר, נחה דעתנו כי אין לבחון מחדש נכונות הלכת לויט. לפיכך, דין טענותיה של המערערת להידחות. ודין הערעור, על שני חלקיו, להידחות". יצוין כי דעת המיעוט של השופט אנגלרד הייתה כי יש לסטות מהתקדים האמור משום שהתקנה הנידונה, שהתקדים קבע את תקפותה – יוצרת הסדר בלתי סביר.

219. בהקשר לשוני בין בית המשפט לרשויות האחרות נהוג לצטט את דברי השופט Frankfurter, ולפיהם: "The Court's authority – possessed of neither the purse nor the sword – ultimately rests on sustained public confidence on its moral sanction". ראו: *Baker v. Carr* 369 U.S. 186, 267 (1962).

220. השוו: *Pierce* (לעיל, הערה 137), בעמ' 2240.

221. לגישה קיצונית שלפיה התפיסה של "אמון הציבור" מיותרת בשיטת המשפט ועלולה להסיח

"התקדים עומד לרועץ" – אינן מקדמות את אמון הציבור, שרואה ברשות השופטת אחראית על עשיית צדק, התובנה בדבר היעדר הזהות והפער הקיים בין "משפט" ו"צדק", מוכרת אולי בתורת המשפט,<sup>222</sup> אך "הציבור" שמבקשים לקדם את אמונו מתקשה להבינה לעתים.<sup>223</sup> דבקות בתקדים גם במצבים שהצדק הקונקרטי דורש אחרת תורמת להרחבת הפער האמור, וכפועל יוצא מכך עלולה אף לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט – ערך שדוקטרינת התקדים אמורה לקדם.<sup>224</sup> בהתאם לכך, השינוי שיוצע במאמר הנו אבולוציוני ולא רבולוציוני, ועניינו בעיקר במשקל שעל בית המשפט לייחס לקיומו של תקדים מנחה, במודעות לקיומה של העלות השקועה ובניסיונות למוער את בעיית ההיצמדות הנובעת ממנה.

### 3. ההלכה הישראלית בדבר סטייה מתקדים

ראינו כי הרציונלים של התקדים תורמים במידה רבה לאפקט העלות השקועה הגורר בעיית היצמדות לדפוסי פעולה שננקטו בעבר, אף אם אין בכך לשרת הליך קבלת החלטות רציונלי האמור לצפות את פני העתיד. נזכיר כי בית המשפט העליון בישראל אינו מחויב בתקדימיו, וההוק אף אינו מורה לו להיות מונחה על ידם. כיבוד תקדימים הוא תוצאה של מסורת משפטית, שעומדת מדי פעם בפעם במבחן בפסיקה הדנה בסוגיית הסטייה מתקדים. אם כן מעניין לבחון האם הכללים שקבע לעצמו בית המשפט העליון הישראלי מחריפים או מתמודדים עם בעיית ההיצמדות.

בטרם יחליט אם לסטות מהלכה, בית המשפט מציב לעצמו כמה מבחנים רלוונטיים, שאינם רשימה סגורה.<sup>225</sup> להלן נדון במבחנים האלה אחד לאחד:

את הדעת מגופם של עניינים, ראו כהן (לעיל, הערה 105), בעמ' 20. לדבריו, "... ההליכה אחר דעת הציבור וההימנעות מליצור לך דיעה עצמאית, היא התעצלות שכלית. אל תתעצלו! הוא הצו הראשון לכל שופט. אל תוותר לעולם על עצמאותך, איתנותך, חירותך השיפוטית! אך תנהג ותפסוק כך שהצדק לא רק נעשה אלא גם נראה לעיני כול; תנהג ותפסוק כך אילו היה הציבור כלשהו טעם ושכל טוב, היית זוכה לאהבתו ולאמונו". לדברי תגובה, ראו חשין (לעיל, הערה 142).

222. לחוסר זהות בין "צדק" ו"משפט", ראו כהן (לעיל, הערה 43), בעמ' 8-3, Kelsen; 142 (לעיל, הערה 99), בעמ' 5-6.

223. לקשר בין "אמון במשפט" ו"צדק", השוו כהן (לעיל, הערה 221), בעמ' 9; לאבדן אמון הציבור בשל פער בין תפיסת הצדק של הציבור ותפיסת הצדק של בית המשפט, ראו דן ביון, "פצעים בתפיסת הצדק", גלובס (19.8.2003).

224. השוו דברי הנשיא ברק במ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334, בעמ' 354: "אין לך דבר הפוגע יותר באמון הציבור בשפיטה מאשר התחושה כי השפיטה סגרה עצמה ונעלה עצמה מפני אפשרות לתקן הרשעה שלא כרין. אכן, כוחה של שפיטה ואיתנותה באים לידי ביטוי בפתירות ליבה ונכונותה לבדוק עצמה ולהודות בטעותה". דברים אלו נאמרו לעניין תיקון הרשעה, אך דומה כי הקטר בין אמון הציבור ליכולת להודות בטעות – יפה גם לעניינים אחרים.

225. ראו בעיקר דבריו של השופט בכ בע"פ חג' יחיא (לעיל, הערה 83), בעמ' 244. לגופו של

## (א) בין אמת ליציב

האמרה "בין אמת ויציב - אמת עדיף" משקפת גישה המשתלבת דווקא עם תהליך קבלת החלטות רציונלי משום שהיא מעדיפה את הצדק הקונקרטי בהחלטה הנוכחית על פני היצמדות להחלטות העבר.<sup>226</sup> אך תיתכן בעיה באמרה "בין אמת לאמת - יציב עדיף". הדברים מתייחסים למצב שבו השופטת המאוחרת (המכריעה בהחלטה הנוכחית ועומדת בפני הלכה תקדימית) אינה סבורה שפסק הדין התקדימי מוטעה אלא סבורה שפסק הדין הקודם בחר באפשרות אחת לגיטימית, ואילו היא מעדיפה אפשרות אחרת - לגיטימית גם היא. במצב דברים זה, לפי גישתו של אהרן ברק כפי שהובעה בספרות<sup>227</sup> ובפסיקה,<sup>228</sup> לא זו בלבד שאין חובה לסטות מהתקדים הקודם אלא יש להתחשב בעצם קיומו של התקדים, וגם אם לבית המשפט הסמכות לשנות את ההלכה, אין לו הזכות לעשות כן. גישה זו נובעת, לשיטתו, "מהכבוד הנרכש לאחינו, שתורתם עולה מהספרים, מהצורך להבטיח ביטחון ויציבות ומתוך הכרה כי יש להגשים ציפיות סבירות של בני הציבור, המבססות עצמן על פסיקתו של בית המשפט".<sup>229</sup>

הסיפא של הצדקה זו מגלם שיקולי עתיד ראויים, שעניינם מידת הפגיעה של שינוי ההלכה בביטחון וביציבות. במקרים שבהם השיקולים הלגיטימיים מתנגשים באופן חזיתי עם שיקולי הצדק הקונקרטי, ההחלטה הקשה היא כאמור עד כמה מוכנים לקבל החלטה תת-אופטימלית מבחינת הצדדים, על מזבח היציבות.<sup>230</sup>

לעומת זאת, הרטוריקה ברישא של ההצדקה האמורה מגלמת בחובה את בעיית ההיצמדות, שכן "הכבוד" להחלטה הקודמת אינו סיבה מספקת להיצמד אליה במקרה הנוכחי. מקבלת ההחלטות צריכה לקבל את ההחלטה הטובה ביותר שתוביל לצדק הקונקרטי במקרה העומד לפניו. אם האפשרות הפרשנית שנפסקה בעבר, לגיטימית, אך לדעתה אינה משרתת את

עניין, בדיון הנוסף שנערך בפרשה זו (דנ"פ 4390/91 מדינת ישראל נ' הג' יהיא, פ"ד מז(3) 661) היה השופט בך בדעת מיעוט.

226. ראו דברי הנשיא ברק בדנ"פ פלונים (לעיל, הערה 182), בעמ' 744: "כוכב הצפון אשר צריך להדריך אותנו הינו השיפת האמת המובילה להגשמת הצדק בגדרי המשפט. אל לנו להתבצר בדעותינו הקודמות. עלינו להיות נכונים להודות בטעותנו". אמנם הדברים נאמרו בהקשר של סטייה במסגרת של דיון נוסף מדעה קודמת, אך הודגש שהם ישימים גם לסטייה מתקדים.

227. ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 441.

228. ראו למשל ע"א 420/83 אבו סקייק נ' "מגדל" חברה לביטוח, פ"ד מד(2) 627, בעמ' 634-635: "הלכה שיפוטית נכונה, שניתנה על ידי בית משפט זה במקרה פשוט, אינה ניתנת לשינוי על ידי בית משפט זה שכן הלכתו החדשה תהא מוטעית. מצוי בידי בית המשפט הכוח לשנותה אך לא הזכות לעשות כן. השינוי האפשרי הוא אפוא, רק באותם מקרים קשים, בהם ניתן היה לפסוק בעבר אחרת, ואף עתה ניתן עדיין לעשות כן. אף כאן יש להתחשב בציפיות הסבירות שנבנו סביב ההלכה הקודמת ויש לבהון אם ראוי הוא - גם אם הדבר אפשרי - להכניס שינוי בהלכה הקיימת. 'אמת ויציב - אמת עדיף' ... אך 'בין אמת לאמת - יציב עדיף' ...".

229. ראו דבריו בבג"ץ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-ישי, פ"ד מ(1) 113, בעמ' 145-144.

230. ראו לעיל, סעיף 2(א).

התוצאה הנכונה ביותר במקרה הנוכחי, הרי שבתהליך קבלת החלטות רציונלי, אין היא אמורה להתחשב בהחלטת העבר רק משום שהיא קיימת.<sup>231</sup> מובן שכאשר התקדים משרת את הצדק הקונקרטי, אין סיבה לסטות ממנו רק משום שקיימת דרך אחרת להגיע אל אותה התוצאה. במקרה כזה לא זו בלבד שהחלטת התקדים היא רציונלית אלא היא החלופה הנכונה לאור המטרה הראשונית הנוספת שביסוד עבודתם של השופטים – מעבר להשגת הצדק הקונקרטי – והיא הכוונת ההתנהגות באמצעות יצירת הדין.<sup>232</sup>

(ב) מניעת עיוות דין בהחלטה הקונקרטי

זה שיקול שיש בו לנטרל את בעיית ההיצמדות (de-escalation) מאחר שהוא מתמקד בהחלטה הנוכחית ובוחר האם החלטת העבר משרתת את המטרה בדבר השגת התוצאה הנכונה והצודקת ביותר. החלטת העבר נבחנת בהקשרה הנוכחי ולא בהקשר המקורי שבו הוחלטה.

(ג) פגיעה בוודאות המצב המשפטי

בהקשר הזה, לאופן שבו השאלה מוצגת יש חשיבות מכרעת.<sup>233</sup> ככל ששיקול זה מתמקד בעלויות העבר, תוך הצגת השאלה עד כמה הסתמכו הפרטים על התקדים, אוי יש בכך להנציח את הפגם הטיפוסי המוביל להיצמדות (יותר מדיי כבר הושקע ...). לעומת זאת, אם ההתייחסות היא צופה פני עתיד, דהיינו בחינת ההשלכה שתהיה להפיכת התקדים על דפוסים חברתיים, הרי שבחינת שיקול זה עקבית עם התאוריה של אי-היצמדות.<sup>234</sup> יצוין שיש חוסר בהירות בדין הישראלי באשר להבחנה בין דין דיוני למהותי בהקשר של סטייה מתקדים. מחד גיסא, יש הטוענים כי בפרט אין לסטות מתקדימים הקובעים את

231. לסיטואציה שבה שיקול היציבות כיסה על היצמדות להלכה אך בשל "הכבוד הנרכש לאחינו",

ראו בג"ץ ש"ק (לעיל, הערה 177) והניתוח המובא בהערה זו.

232. השוו לדברי השופט שמגר ברע"א בוסקילה (לעיל, הערה 185), בעמ' 171: "מקובל עלינו מקדמת דנא כי אמת ויציב, אמת עדיף. אולם מתוך דברי עיון משפטיים עולה לעתים סברה מוטעית כי עצם הסטייה מן היציב מוליכה תמיד גם אל האמת, ולא היא. במה דברים אמורים. אם ההיצמדות לכלל נוקשה מוליכה לאי צדק, וניתן ליישב את הבעיה תוך פיתוחו של הרעיון המשפטי הרלבנטי, בדרך שהיא אומנם נאמנה לחוק ולרוחו, אך אינה כפותה וכפופה לכלל הנוקשה הקיים המוליך כאמור לאי צדק, אין להירתע מן ההידוש, ויש לצעוד בדרך המוליכה לפי מיטב ההבנה המשפטית והמצפון השיפוטי אל הפתרון הצודק, שהרי, כאמור, 'אמת עדיף'. אולם, אין לשגות באשליה שעצם הסטייה וההדשנות או הבריחה מן הכלל המקובל והמוסכם יוצרים אמת או משרתים אותה. זוהי טעות אופטית, ומן הנכון שנהיה ערים לכך שניתן לפעמים לגרום באמצעותה לאי צדק, לא פחות מאשר זה שייגרם אם נישאר נאמנים לפרשנות הקיימת".

233. השאלה הוצגה על ידי השופט בך בע"פ חג' יחיא (לעיל, הערה 83), באופן זה: "מהי התקלה הציבורית העלולה להיווצר בשל אי-הוודאות לגבי המצב המשפטי בסוגיה הנדונה, ומהי הומרתה של תקלה אפשרית זו לעומת התקלה שבהשארת אותה הלכה, הנראית לשופט שגויה, בתוקפה?" (שם, בעמ' 244).

234. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 142.

סמכות שיפוטם של בתי דין או הקובעים סדרי דין, משום שבעניינים כאלה נודעת חשיבות מכרעת ליציבות ולוודאות.<sup>235</sup> מאידך גיסא, יש הטוענים כי מאחר שבדרך כלל הסתמכות הציבור היא על הדין הראשוני (הקובע זכויות וחובות) ולא על הדין המשני (הקובע סמכויות וסעדים), יש מקום להבחין בין הדינים ולהירתע פחות מסטייה מדין דיוני דווקא.<sup>236</sup> לכאורה הבחנה זו בין דין דיוני ומהותי מבוססת על הנחות בדבר השפעת הסטייה מהתקדים, שייתכן שהשימוש בהן מוצדק על מנת למנוע עלויות בירור גבוהות, שיידרשו אם יהיה צורך לקבוע את המשקל שיש ליתן להסתמכות בכל מקרה לגופו. דא עקא, שעצם הוויכוח הקיים בשאלה על איזה סוג של דין קיימת הסתמכות רבה יותר, מעיד על כך שהנחות אלו אינן מבוססות על אדנים מוצקים דיים, על מנת שייקבע לפיהן המשקל שיינתן לטיעון ההסתמכות, וכפועל יוצא מכך מידת הדבקות בתקדים. נראה אפוא כי הבחנות קטגוריות אלו יש בהן לתמוך בבעיית ההיצמדות, משום שהן נתלות בטיעון ההסתמכות בלא בחינה קונקרטית של מידת ההשפעה העתידית של הסטייה.

(ד) "ציפור הנפש" של שיטת המשפט  
על פי מבחן זה השאלה הנשאלת היא:

האם יש להלכה בה מדובר, לדעת השופט הנוגע בדבר, נגיעה ל"ציפור הנפש" של שיטת המשפט שלנו? בה במידה שתשובת השופט על שאלה זו היא בחיוב, הרי תתחוק אצלו ההכרה, כי לא רק דשאי הוא במקרה כזה לתרוג מתקדים קודם, הנראה לו מוטעה, אלא מחובתו לעשות כן.<sup>237</sup>

שיקול זה מזכיר את ההבחנה הקיימת בארצות הברית בין תקדימים במישור החוקי ובמישור החוקתי. בתי המשפט נוטים להיצמד יותר לתקדימים שעניינם פרשנות של חוק ולא חוקה, שכן אלה ניתנים לשינוי של המחוקק בקלות יחסית. לעומת זאת שיוניים חוקתיים דורשים הליכים מיוחדים ורוב מיוחס. בפרשנות חוקתית יש לשופטים תפקיד מרכזי יותר, ולכן גם ההנחה בדבר היצמדות לתקדימים הלשה יותר.<sup>238</sup> גישה זו זכתה לביקורת בארצות הברית, בין היתר מהכיוון של בעיית ההיצמדות. נטען כי עובדת קיומו או אי-קיומו של מקבל החלטות אחר, המוסמך לבקר את ההחלטה, אינה צריכה להשפיע על כווד משקלו של

235. ראו דברי השופט חיים כהן בד"נ 39/75 רשות הנמלים נ' אררט בע"מ, פ"ד לא(1) 533, בעמ' 536; השוו לדברי השופט בך, בדנ"פ חג' יחיא (לעיל, הערה 83), בעמ' 689: "גם דעתי היא, כי אין לראות בדיני הראיות ודיני הפרוצדורה הפלילית משום 'פרות קדושות', שלא ניתן לבחון מזמן לזמן את הצורך בהם ואת התאמתם לנסיבות משתנות. לא רק שמותר לנו לעשות כן, אלא אף מחובתנו לפעול בכיוון זה ... אך הייתי נוהר מ'שפיכת התינוק עם האמבטיה'...".

236. ראו ע"א 5610/93 זלסקי נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה, פ"ד נא(1) 68, בעמ' 107.

237. ראו בג"ץ חג' יחיא (לעיל, הערה 83), בעמ' 244.

238. ראו: Michael J. Gerhardt, "The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory", 60 *Geo. Wash. L. Rev.* (1991) 68, p. 74.

התקדים.<sup>239</sup> ואכן, השופטת היא מקבלת ההחלטה בעניין הנידון, ועליה לקבל את ההחלטה הנכונה ביותר בכלים העומדים ברשותה בכל רגע נתון, בלא להיתמך בשיקולים חיצוניים לקבלת ההחלטות. גם לגופו של עניין, בארץ אין מקום להבחנה האמורה, ולו בשל הקלות היחסית שבה ניתן לשנות חוקי-יסוד.<sup>240</sup> אמנם בפרשת בנק המזרחי<sup>241</sup> הביעו השופטים ברק ושמגר את דעתם כי שינוי חוקי-יסוד ראוי שיעשה בחוקי-יסוד.<sup>242</sup> אך ראשית, אמירות אלו הן בגדר אמרת אגב בלבד; ושנית, היות שהכנסת היא גם זו המחוקקת את חוקי-היסוד, אין בכך להקשות בהרבה מעבר לשינוי חוק רגיל. המסקנה היא כי בארץ אין מקום להבחנה האמריקנית בין תקדים חוקי לחוקתי. אם בכלל, ראוי שתקדימים חוקתיים יהיו יציבים יותר, שכן הם עוסקים באשיות יסוד כגון זכויות אדם, ולעניין זה דווקא דומה שיש להיזהר משינויי פרשנות.<sup>243</sup>

## (ה) גיל ההלכה

על פי מבחן זה נשאלת השאלה:

האם המדובר בהלכה שהיכתה שורשים במשך תקופה ממושכת ושציבור המשפטנים והמתדיינים הפוטנציאליים נהג על פיה כל אותה עת, או האם שנוי הנושא במחלוקת והובעו בעניין דעות לכאן ולכאן?<sup>244</sup>

הרישא של המבחן עניינו בגיל ההלכה. מחד גיסא, שיקול זה הוא רציונלי, שכן ככל שההלכה ותיקה יותר היא מוכרת יותר והסתמכות עליה רבה יותר.<sup>245</sup> לכן גדל הסיכוי ששינוי הלכה כזאת יהיה כרוך בעלויות עתידיות של שינוי דפוסים חברתיים ואף יפגע בוודאות הדין. מאידך גיסא, שיקול זה יכול גם לטמון בחובו את הכשל הבסיסי של בעיית

239. ראו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 130-131.

240. ראו למשל סעיף 46 לחוקי-יסוד: הכנסת, ס"ח תשי"ח 69, הקובע כי דרישת "הרוב המיוחס" לשינוי ההוראות "המשוריינות" שבחוקי-היסוד תחול בקריאות הראשונה, השנייה והשלישית. תיקון זה התקבל בעקבות בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(2) 529, שקבע כי גם בקריאה טרומית המתקיימת בהצעות חוק פרטיות נדרש רוב מיוחס.

241. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.

242. שם, בעמ' 313-314, 430-431.

243. חינוק לכך ניתן לראות בדברים שנאמרו בע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות, פ"ד לט(2) 225, בעמ' 259: "הכרעות שיפוטיות בנושאים חוקתיים בדין שיעוצבו אף במקרים הקשים מכוחם של עקרונות ועל יסודם ולא על פי טעמיה ומניעיה של מדיניות, הבנויה על מה שנראה כרצוי מבחינת צרכי הרגע או רגשות הרוב".

244. ראו בג"ץ חג' יחיאל (לעיל, הערה 83), בעמ' 244.

245. ראו ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 426: "הלכה צעירה, שטרם היכתה שורשים, אינה יוצרת אינטרס של הסתמכות"; כן ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בע"א 1570/92 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ציגלר, פ"ד מט(1) 369 (להלן: ע"א ציגלר), בעמ' 379. לדעה יוצאת דופן שהלכה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון אינה מחייבת אותו כל עוד אין היא בבחינת "הלכה פסוקה" במובן של חוקי-יסודות המשפט, דהיינו כל עוד אין היא "הלכה מושרשת", ראו

ההיצמדות, אם משתמעת ממנו אמירה של מקבלת ההחלטות, כי "יותר מדי הושקע מכדי שנפרוש עכשיו".<sup>246</sup> זאת ועוד, יש לבחון היטב האם השיקולים המבניים בדבר "מושרשות" ההלכה עניינם בעלויות הפרוספקטיביות של שינויה ולכן הם רציונליים, או שמא הם נעוצים בסיבות מבניות, כמו היותה של ההלכה חלק מהזהות הפוליטית של בית המשפט או של שופטים מסוימים ולא רק חלק מהדין. הסיבות האלה הן נתון קבוע בכל חלופת החלטה, שאמור להיות מנטרל בתהליך קבלת החלטות רציונלי.<sup>247</sup>

הסיפא של המבחן עוסק בשאלה שונה: האם ההלכה שנויה במחלוקת והובעו בה דעות לכאן ולכאן. בשיקול הזה יש להתמודד עם בעיית ההיצמדות, שאחד מהגורמים הפסיכולוגיים שלה הוא הקושי של מקבלת ההחלטות לסטות מהחלטה שנויה במחלוקת שקיבלה בעבר. נטייה לסטות מתקדים בשל היותו שנוי במחלוקת, יש בה משום התמודדות עם ההודאה בטעות. דא עקא, שלא ברור אם הסיפא האמור של המבחן משקף במדויק את הדין בישראל, שכן הפסיקה מרבה להדגיש כי הלכה הנקבעת ברוב דעות מחייבת באותה המידה כמו הלכה שנתקבלה פה אחד, כל עוד לא אושר כמובן דיון נוסף.<sup>248</sup>

#### (ו) תקדים שהתקבל בדיון נוסף

לכאורה בחינת השאלה אם התקדים ניתן בדיון נוסף, נעוצה ברכיבים אינהרנטיים הקשורים למאפייני ההחלטה עצמה, אשר זוהו כמשפיעים על דרגת ההיצמדות אליה. כאמור, ככל שההחלטה התקבלה על בסיס תשתית רעיונית רחבה יותר, הנטייה של מקבלי ההחלטות תהיה שלא לפתוח את הנושא מן השורש, ולקבל החלטות המהוות נדבכים או תוספות שוליות להחלטה. הלכה שהתקבלה בדיון נוסף היא הלכה שבאופן אינהרנטי נשקלה לעומק, בין משום שהפכה הלכה קודמת ובין משום שרואים בה קושי או חשיבות מיוחדים.<sup>249</sup> ההלכה התקבלה הן על ידי מותב רחב יותר של שופטים והן מתוך שקילה נוספת של העניין הנידון, ולכן סטייה ממנה נתפסת מוסדית ואישית כחוסר עקביות. עם זאת, הגם ששיקולים אלו גוראים כטיפוסיים לבעיית ההיצמדות, אין ספק שהעובדה שהלכה התקבלה בדיון נוסף היא שיקול ראוי, שכן עצם קיומו של הדיון הנוסף מעיד על נכונות להורות בטעות קודמת.

אדרעי (לעיל, הערה 88), בעמ' 619. לדעת המחבר, הלכה מושרשת היא מקור משפטי המגוי בחוקיסודות המשפט ולכן מחייב גם את בית המשפט העליון.

246. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 144.

247. ראו לעיל, פרק ב, סעיף 3.

248. ראו דברי השופטת שטרסברג-כהן בדנ"א 2485/95 אפרופים נ' מדינת ישראל (לא פורסם), בסעיף 6 להחלטה: "... אין הלכה הנקבעת ברוב דעות, כשלעצמה, מהווה עילה לדיון נוסף, והלכה שיצאה מלפני בית משפט זה, שרירה קיימת ומחייבת באותה מידה כאשר נתקבלה פה אחד או ברוב דעות, ועל פיה יישק דבר. לא בכדי נקבע הדבר, בסעיף 80 לחוק בתי המשפט ובסעיף 20(ב) לחוקיסוד: השפיטה. לא נראה לי ראוי, שהלכה הנקבעת על ידי בית משפט זה, על ידי רוב של הרכב כלשהו, תשונה, רק משום שהרכב אחר יכול ויחליט אחרת"; ראו גם ע"א ציגלר (לעיל, הערה 245), בעמ' 377.

249. סעיף 30 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ס"ח 198.

אילולא התקיים הדיון הנוסף יכולה הייתה להיות נטיית יתר של השופטים, שקיבלו בדעת רוב את ההלכה המקורית, להיצמד לתקדים. הסיבה לכך נעוצה בגורם הפסיכולוגי שציינו, שלפיו החלטה שנויה במחלוקת שהתקבלה מתוך התנגדות גוררת היצמדות של מקבלי ההחלטות כדי להצדיק את בחירתם המקורית. במובן זה דוקטרינת התקדים ממתנת את ההשפעה שיש לשופטים יחידים על יצירת המשפט.

#### (ז) שינוי במצב החקיקתי

על פי מבחן זה, אם חל שינוי או ביטול במצב החקיקתי כפי שהיה בעת שנפסק התקדים, ואם הסיבה לכך מקורה בעמדה חקיקתית שהפירושו הקודם אינו ראוי, כי אז יש בכך להחליש את כוחו של התקדים הקודם.<sup>250</sup> בחינת השינוי במצב החקיקתי הוא בהחלט שיקול התואם את שיפור תהליך קבלת ההחלטות, משום שמקבלת ההחלטות משקללת לתוך החלטתה את ההיוון החוזר שקיבלה ההחלטה הקודמת, ומכירה בצורך לבחון אותה מחדש. מסגרת עבודה זו מסייעת לשופטת לתפוס את ההחלטה הקודמת כעלות שקועה, משום שהשינוי החקיקתי (כמו גם שינויי נסיבות אחרים) מאלצים אותה להכיר בכך שההחלטה הקודמת התקבלה בהקשר ספציפי, שאינו צריך להיות – רק בשל היוחסין ההיסטורי שלו – גורם מכריע בקבלת ההחלטה הנוכחית.<sup>251</sup>

#### (ח) מאזן עלות מול תועלת

הדילמה של סטייה מתקדים מוצגת פעמים רבות על ידי אהרן ברק, כבחינת מאזן התועלת והנזק שבסטייה מתקדים, ומשמעה כי:

כבואנו לבחור בין שני פירושים, בין הפתרון הקודם לבין הפתרון החדש, עלינו לבחור באותו פירוש שהתועלת הצומחת ממנו עולה על הנזק הצומח ממנו ... השאלה היא אם השיקולים התומכים בדין החדש משקלם עולה על השיקולים התומכים בדין הישן והנזק שנגרם בשל עצם השינוי.<sup>252</sup>

אכן, בניגוד למקבלי החלטות "רגילים" שופטים צריכים לאזן את השיקולים במצבים שבהם התחשבות בהחלטת העבר מקדמת מטרה אחת העומדת ביסוד עבודתם – הכוונת ההתנהגות – אך חותרת תחת מטרה אחרת – השגת הצדק הקונקרטי. עם זאת, דומה שהניסוח האמור של השאלה ממקם את נקודת הייחוס לבחינת הסוגיה בתקדים הקודם, ונותן משקל רב לשיקולים הכלליים שאינם קשורים במקרה הקונקרטי. כך או כך, גם אם מבחן זה מביא בחשבון את המקרה הקונקרטי, הרי שהצגת הבעיה כמאזן עלות מול תועלת אין בה להוסיף

250. ע"א ציגלר (לעיל, הערה 245), בעמ' 380; וראו גם ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 435.

251. השוו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 144.

252. ע"ע"ם 1966/02 המועצה המקומית מגיאר נ' אבראדיים, פ"ד נז(3) 505 (ההדגשות שלי – מ"ט); ראו גם ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית (לא פורסם), בסעיף 28 לפסק הדין של הנשיא ברק; ע"א 5/84 יחזקאל נ' "אליהו" חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מה(3) 374, בעמ' 384.

הרבה על התובנה הבסיסית, שיש לבחור בחלופה המגשימה בצורה הטובה ביותר את המטרות שביסוד ההחלטה, ובכך אנו למעשה חוזרים לנקודת המוצא. השאלה המעניינת היא כיצד נתפסות ה"עלויות" וה"תועלות" שבסטייה מתקדים ואיזה משקל מיוחס ל"נוק". מכאן שהרטוריקה האמורה בדבר מאזן העלות מול תועלת אינה מסייעת לנו בבחינת השפעתה של בעיית ההיצמדות על התהליך השיפוטי או בבחינת השאלה האם קיימת נטייה להיצמד להחלטות גם במצבים שבהם ההשלכות העתידיות של סטייה מתקדים אינן מצדיקות פגיעה במקרה הקונקרטי.

#### 4. סיכום

פרק זה קישר בין שני קודמיו, דהיינו בין בעיית ההיצמדות לבין דוקטרינת התקדים, במטרה להציג את בעיית ההיצמדות שהתקדים יוצר. הראיתי כי במדינות המשפט המקובל הפסיקה מהווה מעין החלטה סדרתית, דהיינו החלטה מהסוג הרגיש ביותר ל"אפקט העלות השקועה". הראיתי כי הרציונלים שהובאו כתמיכה לדוקטרינת התקדים, ואשר פורטו בפרק ג, בו בזמן שמקדמים באופן רציונלי את מטרת השופטים בהכוונת התנהגות עתידית, טומנים בחובם מיניגה וביה גם רכיבים שווהו בתורת קבלת החלטות כאחראים לאפקט העלות השקועה ולבעיית ההיצמדות, ואשר פורטו בפרק ב. מדיון זה ניתן להסיק כי היצמדותו של בית המשפט העליון לתקדימיו קשורה הן למאפיינים הייחודיים לשיטת המשפט הישראלית שמהווים מרכיבים אובייקטיביים הגורמים בפועל לבעיית ההיצמדות, והן לרציונלים אובייקטיביים שיש להניח שלפחות מקצת השופטים מסתמכים עליהם בפועל כשהם שוקלים לסטות מתקדים. ואכן סקירת הרטוריקה בהלכה הישראלית בדבר סטייה מתקדים גילתה כי זה לצד זה קיימים הן שיקולים פרוספקטיביים ורציונליים, והן שיקולים שיש בהם להצביע על בעיית היצמדות. השיקול האחרון שהוזכר במסגרת הרטוריקה של ההלכה הישראלית – דהיינו מאזן העלות מול תועלת – מוביל אותנו במישור אל הפרק הבא, שבו אנסה להסביר את בעיית ההיצמדות ולתאר את האופן שבו מתפתחת הפסיקה גם באמצעות הניתוח ההתנהגותי למשפט. אנסה להראות כי כל נוסחה או תאוריה המציגה את הסטייה מתקדים בהתעלם מהעלות השקועה – חוטאת לאמת. התקדים יוצר נקודת ייחוס, שביחס אליה השופטים מודדים את ה"רווחים" ו"ההפסדים" מהסטייה. מסיבות שונות שיובהרו בהמשך, באמצעות כלים של הגישה ההתנהגותית למשפט, שופטים מייחסים משקל רב יותר להפסדים הנגרמים מסטייה מתקדים, ולכן אף נוטים להיצמד אליו. מטרת הפרק הבא היא להראות כיצד התובנות של הניתוח ההתנהגותי, וההטיות והיוריסטיקות שווהו גם בעבודתם של שופטים, מאששים למעשה את המודל האינקרימנטלי של לינדבלום להתמודדות עם העלות השקועה במסגרתן של החלטות סדרתיות. הפרק יקשר בין התובנות שהוצגו במסגרת דוקטרינת קבלת החלטות באשר לעלות השקועה ובין התובנות של הניתוח ההתנהגותי על מנת להשלים את הצגתה של הפסיקה כתהליך אינקרימנטלי ותלוי דרך.

## ה. מגישה כלכלית לגישה התנהגותית

## 1. הגישה הכלכלית למשפט והנחות היסוד שלה

הגישה "החדשה" של משפט וכלכלה רואה במערכת המשפטית כולה כר לניתוח כלכלי.<sup>253</sup> המייצג המובהק של גישה זו הוא ריצ'רד פוזנר (Richard Posner), שמבסס את התאוריה שלו על שלושה עקרונות כלכליים בסיסיים: חוק הביקוש (the law of demand) המצביע על היחס ההפוך בין המחיר לביקוש בשוק;<sup>254</sup> גישת העלות ההודמנותית (opportunity cost) והעלות השקועה (sunk cost), שלפיהן העלות השקועה אינה אמורה להשפיע על החלטות בדבר מחיר וכמות, מאחר שמוכר רציונלי יעדיף למכור במחיר נמוך מהעלות, אם החלופה היחידה היא לא למכור כלל;<sup>255</sup> והתאורמה של קוז (coase theorem), שלפיה במצב שאין עלויות עסקה, ההקצאה הראשונית של הזכות הקניינית לא תשפיע על השימוש הסופי בה, דהיינו בתנאי חליפין וולונטריים ייטו המקורות להגיע לשימוש היעיל ביותר שלהם.<sup>256</sup>

הגישה הכלכלית מקבלת את נקודת המוצא של התאוריה המוסרית שהוצעה על ידי ג'רמי בנתהם (Jeremy Bentham), אבי תורת התועלתנות, ולפיה האדם הוא יצור רציונלי ומעשיו מוכתבים על ידי שיקול מחושב של התועלת שתצמח לו מהמעשה לעומת עלותו. הנחת הרציונליות במודלים הכלכליים משמעה, בין היתר, שאנשים חותרים למקסם את האינטרסים האישיים שלהם.<sup>257</sup> עם זאת, פוזנר מציע עיקרון מוסרי שונה מזה של התועלתנות – "מקסום העושר המצרפי"<sup>258</sup> (במקום "מקסום האושר"), ולפיו הקצאת המשאבים בתורה

253. זאת להבדיל מהגישה "הישנה" המתמקדת בתחומי המשפט המשפיעים על פעולות השוקיים הכלכליים. ראו ולצברגר (לעיל, הערה 166), בעמ' 265.

254. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (1998), 4.

255. שם, בעמ' 7-8.

256. שם, בעמ' 8. Coase מסביר שהסיבה שבכל זאת יש צורך בכללים משפטיים נעוצה בקיומם של כשלי שוק. ראו: 1 *J.L. & Econ.* (1960) 3, Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost".

257. ראו: Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (1976), 14: "All human behavior can be viewed as involving participants who (1) maximize their utility (2) from a stable state of preferences and (3) accumulate an optimal amount of information and other inputs in a variety of markets". משמעות נוספת של הנחת הרציונליות היא עקביות פנימית, שלפיה אנשים מזהים בכל מצב את האפשרויות העומדות בפניהם ומדרגים אותן. הדירוג מקיים דרישות מינימליות של שלמות, עקביות וטרנוטיביות. לדרישות המינימליות בדבר cancellation, transitivity, dominance and invariance, ראו: Richard L. Hasen, "Efficiency Under Informational Asymmetry: The Effect of Framing on Legal Rules", *UCLA L. Rev.* (1990) 391, p. 394, note 10.

258. להבדלים בין גישתו של Posner לבין גישת התועלתנות, ראו: Richard A. Posner, "Utilitarianism, Economics and Legal Theory", 8 *J. Legal Stud.* (1979) 103. לקשר ולהבדל בין Bentham ובין Posner, ראו גם: Mark, *The Oxford Handbook of Criminology* (Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner – eds., 1997), 1097-1098.

צריכה להיות מונחית על פי הרצון למקסם את העושר או את "הרווחה החברתית". לפיכך הסדר משפטי המגדיל את סך העושר בחברה הוא רצוי נורמטיבית, והסדר המשפטי הטוב ביותר הוא זה הממקסם את עושרה המצרפי של החברה.<sup>259</sup> גישה זו מזוהה עם קריטריון ה"יעילות", שמהווה קנה מידה לתיאור כללים ומוסדות משפטיים, לניתוחם ולהערכתם.<sup>260</sup> על הגישה הכלכלית למשפט, על ההנחות העומדות ביסודה ועל ניסיונה להוות תאוריה חובקת כל נמתחה ביקורת נוקבת מכיוונים שונים.<sup>261</sup> לאחר שאציג את הניתוח הכלכלי לתורת התקדים, אסביר את הביקורת מהכיוון של הניתוח ההתנהגותי למשפט וכלכלה.

## 2. הניתוח הכלכלי של דוקטרינת התקדים

ניתוח דוקטרינת התקדים עורך עניין בקרב אנשי כלכלה ומשפט, בין היתר מתוך מטרה לספק תובנות על דפוסי העדפות ועל פונקציות תועלת של שופטים.<sup>262</sup> בניתוח כלכלי תאורטי ואמפירי של דוקטרינת התקדים התייחסו המלומדים לנדס ופוזנר (Landes & Posner) לתקדימים שנוצרו בעבר על ידי החלטות שיפוטיות כמצבור הון שיוצר שטף של שירותי מידע, שערכו פוחת עם הזמן כאשר נוצרים תנאים חדשים, והון חדש נוצר באמצעות השקעה ביצירת תקדים חדש.<sup>263</sup> תפיסת התקדימים כהון אינפורמטיבי מדגישה את השיקול בדבר היסכון בעלויות שהוא פרוספקטיבי ורציונלי. עם זאת, מנקודת המבט של המטרה להשיג את הצדק הקונקרטי, הניתוח האמור מרמז על התובנה שהתקדים טומן בחובו בעיית היצמדות, שאחד מביטוייה הוא היעדר התייחסות לכל המידע הזמין ונטייה להתמקד בהיבטים מסוימים של הבעיה, דהיינו במידע חלקי.

על השאלה הנורמטיבית<sup>264</sup> "כיצד על שופטים לקבל החלטות?", משיב פוזנר, כי שופטים צריכים להכריע באופן המקדם את היעילות. על פי טיעון זה, העיקרון הנורמטיבי המנחה הוא מקסום הרווחה החברתית. המדינה מקדמת את היעילות וממקסמת רווחה זו על ידי הספקת הטובין הציבוריים, דהיינו שירותים שניתנים גם למי שאינו משלם בעבורם

Richard A. Posner, "The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman", 259 *Overview and Economic Analysis of Property and Criminal Law* (J.B. Wahl - ed., 1998); ראו גם זלצברגר (לעיל, הערה 166), בעמ' 280.

260. לקריטריון היעילות ולביקורת עליו, ראו: Posner (לעיל, הערה 254), בעמ' 17-12.

261. ראו למשל: Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (1986), 275-289; להתייחסותו של פוזנר לביקורת עליו, ראו מאמרו (לעיל, הערה 259) וספרו (לעיל, הערה 254), בעמ' 29-31; לסקירה של הביקורת על התאוריה הכלכלית, ראו זלצברגר (לעיל, הערה 166), בעמ' 279-290.

262. ראו: Macey (לעיל, הערה 139), בעמ' 93.

263. William M. Landes and Richard A. Posner, "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis", 19 *J.L. & Econ.* (1976) 249, pp. 250-251.

264. ניתוח כלכלי נורמטיבי של המשפט משתמש בכלים כלכליים כדי לדרג רציות או לשפוט באופן ערכי כללים ומוסדות משפטיים, כלומר בוחן האם הכלל המשפטי ראוי. ראו זלצברגר (לעיל, הערה 166), בעמ' 271.

(free rider), ולכן מיוצרים בכמות תת-אופטימלית בשוק הפרטי. אחד ממוצרים אלו היא המערכת המשפטית שאמורה לתקן כשלי שוק.<sup>265</sup> בהתאם לכך פוזנר תומך בגישה "חלשה" של עקרון התקדים (שמאפשרת לשופטים לסטות מהתקדים בנסיבות מסוימות), שכן יש נקודה שבה העלות הנובעת מכך שהתקדים אינו תואם את התקופה, עולה על התועלת הנובעת ממינימליזציה של חוסר הוודאות באשר לשאלה איזה כלל יהול.<sup>266</sup>

תפיסת הצורך בשינוי תקדימים כנובע אך ורק משינוי תנאי התקופה, ואיזון בין שינוי זה לבין מידת הפגיעה בוודאות, מחטיאה, לשיטתי, את אחת מהמטרות הראשוניות של השפיטה, דהיינו החתירה להגשמת הצדק הקונקרטי במקרה המסוים. כאמור על השופטת לאזן בין השיקולים התומכים בדבקות בתקדים ובין שיקולים התומכים בסטייה ממנו לטובת המקרה הקונקרטי. במסגרת זו עליה גם להחליט עד כמה היא מוכנה לקבל החלטות תת-אופטימליות מבחינת המקרה הקונקרטי, לטובת הוודאות והיציבות. אלא שהדגש בניתוח הכלכלי הנורמטיבי האמור מושם רק בצד אחד של המטבע. שכן גישה זו תומכת בהיצמדות ככל שהיצמדות זו תורמת לוודאות.

קיימים גם כמה ניתוחים פוזיטיביים<sup>267</sup> של דוקטרינת התקדים, העוסקים בשאלה "כיצד באופן מעשי שופטים מקבלים החלטות?". לעתים ניתוחים אלו שנויים במחלוקת אף בקרב תומכי הגישה הכלכלית למשפט. מטרתי העיקרית היא להציג את אופיו של השיח, שבהיותו מונחה בעיקר על ידי קריטריון היעילות ומתעלם מהמטרה של השגת צדק קונקרטי, הוא משתמש לעתים בטיעונים המחדדים את בעיית ההיצמדות, ואף יוצר תחויות שלטעמי הן מוטעות, מאחר שהן מתעלמות מאפקט העלות השקועה. כך למשל, לואיס קורנהאוור (Lewis Kornhauser) בוחן את השאלה "מהי ההצדקה להיצמדות להחלטה מוטעית?", ומציג מודל שבו בית המשפט יכול למקסם את הרווחה החברתית לאורך זמן, רק אם הוא דבק בכלל משפטי, הגם שאינו ממקסם את הרווחה החברתית בתקופה מסוימת.<sup>268</sup> ג'ונתן מייסי (Jonathan Macey) מבקר את הניתוח האמור,<sup>269</sup> בעיקר בשל ההנחה המונחת ביסודו, כי שופטים יודעים מהי העלות החברתית של החלטה מוטעית שדבקה בתקדים כנגד העלות של הפיכת התקדים. הנחה זו מייחסת לשופטים דרגה גבוהה של ודאות באשר לתוצאה החברתית הרצויה

265. ראו: Richard A. Posner, "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", 8 *Hofstra L. Rev.* (1980) 487, pp. 502-503.

266. Ehrlich & Posner (לעיל, הערה 140), בעמ' 278.

267. ניתוח כלכלי פוזיטיבי מנסה לנסח מערכת של הנחות או תחויות הניתנות לאימות בעזרת כלים אמפיריים. מודל כלכלי פוזיטיבי מבקש למצוא קשרים בין משתנים מסוימים המרכיבים את המודל, כששאר המשתנים מקובעים. ראו זלצברגר (לעיל, הערה 166), בעמ' 270.

268. Kornhauser (לעיל, הערה 196), בעמ' 66. לשיטתו קיימים ארבעה מקורות אפשריים לטעות: שוני בערכים; שינויים "בעולם"; שיפור במידע; קבלת החלטות לא מושלמת. ראו שם, בעמ' 73-69.

269. Macey (לעיל, הערה 139); לתגובתו של פרופ' קורנהאוור לביקורת, ראו: Lewis A. Kornhauser, "Symposium on Post-Chicago Law and Economics: Response to Macey", 65 *Chi.-Kent. L. Rev.* (1989) 115.

במקרה מסוים ובכך מוחמצת, לשיטתו, נקודה חשובה, שלפיה דוקטרינת התקדים היא עצמה מכניזם יעיל להשגת מידע.<sup>270</sup> נקל לראות כי קורנהאוזר נכון להקריב את הצדק הקונקרטי על מובה מקסום "הרווחה החברתית", דהיינו אמנם המודל שלו אינו מגלם את בעיית ההיצמדות, אך מתעלם מאחת המטרות הראשוניות של השפיטה. ואכן אף המחבר עצמו מניח מראש כי בית המשפט אינו בוחן את פונקציית התועלת של הצדדים למקרה, במסגרת החלטתו בשאלה אם המקרים דומים לצורך החלת התקדים.<sup>271</sup> לעומת זאת, הביקורת של מייסי מחזקת את הניתוח של דוקטרינת התקדים מנקודת המבט של בעיית ההיצמדות. על פי שיטתו, ה"יעילות" טמונה במידה רבה בכך שהתקדים מהווה מקור מידע תחליפי לניתוח מהותי של המקרה. כמו כן, גם ניתוח זה אינו עולה בקנה אחד עם המטרה הראשונית (אך לא היתירה) של ההליך השיפוטי, בדבר החתירה לצדק הקונקרטי.

תומס לי<sup>272</sup> (Thomas Lee), שאף הוא הציג ניתוח פוזיטיבי, טען כי בית המשפט סוטה מתקדים כאשר התועלת בכך עולה על העלות, דהיינו בית המשפט חותר למוער את פונקציית העלות החברתית המורכבת מעלויות ציבוריות ואישיות.<sup>273</sup> בהתאם לכך, בית המשפט יהפוך תקדים, אם עלות הטעות (EC) הכרוכה בדבקות בתקדים עולה על עלויות ההתאמה (AC) וההתדיינות (LC) שייגרמו מהפיכת התקדים.<sup>274</sup> לכן, בהנחה ש-X מסמל החלטה להפוך תקדים ו-Y מסמל החלטה שלא להפוך תקדים, אזי בית המשפט צריך להפוך תקדים, דהיינו לבחור X אם עלות הטעות הכרוכה בדבקות בתקדים, עולה על עלויות ההתאמה וההתדיינות שייגרמו מהפיכת התקדים  $EC(Y) > AC(X) + LC(X)$ .

נוסחה זו מתעלמת להלוטין מאפקט העלות השקועה, בהניחה שמקבלי החלטות רציונליים אינם מתחשבים בגורמים שאינם אמורים להשפיע על ההחלטה. שוב, נוסחה זו אינה מביאה לידי ביטוי גם את הבעייתיות באי-השגת הצדק הקונקרטי בעניין מסוים, דהיינו אינה מביאה לידי ביטוי את אחת המטרות הראשוניות שביסוד ההחלטה. עלות "הטעות" נמדדת במונחים של חוסר יעילות הכלל ועלויות העסקה הנובעות מהצורך להתחמק ממנו, אך אינה נמדדת במונחים של הפגיעה בצדדים עצמם.<sup>275</sup>

270. Macey (לעיל, הערה 139), בעמ' 95.

271. Kornhauser (לעיל, הערה 196), בעמ' 84.

272. Lee (לעיל, הערה 48).

273. שם, בעמ' 646-647. פונקציית ההפסד (the loss function) מורכבת מסכום של שלושה סוגים טיפוסיים של עלויות: עלויות התדיינות (litigations costs); עלויות התאמה (adjustment costs); ועלויות טעות (error costs). תפקיד בית המשפט הוא, כאמור, למוער את פונקציית ההפסד שהיא:  $fL=LC+AC+EC$ .

274. שם, בעמ' 658.

275. שם, בעמ' 705. ואכן, אף המחבר מציין כי המודל הכלכלי אינו נותן תשובה ברורה לשאלה מתי טעות תהווה בסיס מספיק להפיכת התקדים.

### 3. הגישה ההתנהגותית למשפט וכלכלה

הגישה ההתנהגותית למשפט וכלכלה (behavioral law and economics) היא פיתוח של הגישה הכלכלית,<sup>276</sup> המנסה לתת מודל מדויק ונאמן יותר למציאות של תיאור ההתנהגות האנושית במטרה לבחון כיצד אנשים "אמתיים" (ולא "היפותטיים") נבדלים מ"האדם הכלכלי".<sup>277</sup> על פי גישה זו ההתנהגות האנושית נתונה למגבלות, שמטילות בספק את הנחות היסוד של הכלכלה בדבר מקסום תועלת, העדפות קבועות, ציפיות רציונליות, ומידע אופטימלי.<sup>278</sup> בעוד המודלים הכלכליים של "רציונליות בלתי מוגבלת" בוחנים את ההתנהגות האנושית מתוך הנחת קיומו של מידע מלא ללא עלויות, הגישה ההתנהגותית מתייחסת אל האדם כ"אנושי" ובוחרת את התנהגותו בהינתן מחסור של זמן וידע. על פי גישה זו, אנשים הם בעלי רציונליות מוגבלת, כוח רצון מוגבל, ואינטרס עצמי מוגבל.<sup>279</sup> אבי רעיון הרציונליות המוגבלת<sup>280</sup> (bounded rationality) הוא סִימון, שפיתח את מודל "השבעת הרצון".<sup>281</sup> ביסוד תורתו שני מרכיבים השזורים זה בזה: מגבלות המוח האנושי (כישורים קונספטואליים מוגבלים וזיכרון מוגבל) והסביבה שבה המוח פועל.<sup>282</sup> מחקרים שנעשו בשני העשורים האחרונים של המאה העשרים היוקו את תורתו בהגיעם למסקנה כי המודלים המתבססים על תאוריית הבחירה הרציונלית (rational choice) – ששלטה במדעי

276. לסקירת המעבר מניתוח כלכלי לניתוח התנהגותי, ראו: Donald C. Langevoort, "Behavioral Theories of Judgment Decision Making in Legal Scholarship: A Literature Review", 51 *Vand. L. Rev.* (1998) 1499, pp. 1499-1502.

277. ראו: Jennifer Arlen, "Comment: The Future of Behavioral Economic Analysis of Law", 52 *Vand. L. Rev.* (1998) 1765, p. 1766.

278. לביקורת של Posner על כך שאין הגדרה פוזיטיבית ל-"behavioral economics", ומשתמעת הגדרה שלילית שמדובר בניתוח כלכלי, מינוס ההנחה כי אנשים הם רציונליים ופועלים למקסום שאיפותיהם, ראו: Richard A. Posner, "Rational Choice, Behavioral Economics and the Law", 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1551, p. 1552.

279. ראו: Christine Jolls, Cass R. Sunstein and Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", 50 *Stanford L. Rev.* (1998) 1471, p. 1476.

280. "הרציונליות המוגבלת" מנוגדת לתפיסות "רציונליות בלתי מוגבלת", שרווחו עד אמצע המאה העשרים ואשר הגיחו אדם כל יכול, שמסוגל לבצע חיפוש אין-סופי. את תפיסת הרציונליות הבלתי מוגבלת התליפה בהמשך התפיסה של "אופטימיזציה תחת מגבלות" שמניחה חיפוש סופי, אך קובעת כלל הפסקה במצב שהעלות השולית עולה על התועלת. אך גם מודל זה דורש ניתוח רב של מידע. מודל הרציונליות המוגבלת קובע כללי הפסקת חיפוש פשוטים יותר. ראו: Gigerenzer, Todd and the ABC Research Group (לעיל, הערה 10), בעמ' 5-15.

281. ראו לעיל, הערה 11 והטקסט שלידה.

282. יצוין כי החלק השני בעבודתו של Simon, דהיינו ההתאמה לסביבה, נזנה במדעים הקוגניטיביים. הממד הסביבתי חוזר כיום לתודעה בכתיבה העוסקת ביוריסטיקות של רציונליות מוגבלת ומשתמשת במונח ecological rationality – היוריסטיקה שעל פיה פועל האדם היא אקולוגית-רציונלית ככל שהיא מותאמת למבנה הסביבתי. ראו: Gigerenzer, Todd and the ABC Research Group (לעיל, הערה 10), בעמ' 12-14.

החברה בתקופה היא – מובילים לתחזיות לא נכונות.<sup>283</sup> אנשי הניתוח ההתנהגותי טוענים כי קיימות סטיות סיסטמיות של אנשים מהתנהגות רציונלית. דהיינו, לא זו בלבד שחוסר הרציונליות אין משמעו התנהגות אקראית, חסרת כללים ובלתי צפויה,<sup>284</sup> אלא שניתן לתאר, להשתמש ואפילו לבנות מודלים באשר להתנהגות האנושית.<sup>285</sup> בשל מגבלות המוח האנושי, ועל מנת להתמודד עם רוב המשימות העומדות בפניהם, אנשים עושים שימוש בשיטות קירוב (approximate methods), שניתן לאתר בהן שני סוגים של סטיות מהמודל הכלכלי הסטנדרטי של רציונליות בלתי מוגבלת: השיפויים (judgments) שאנשים מבצעים מעידים על קיומן של הטיות (biases), וקבלת ההחלטות סוטה מהאקסיומה של מקסום תועלת.<sup>286</sup> דניאל קהנמן (Daniel Kahneman) ועמוס טברסקי (Amos Tversky), במחקרים פורצי הדרך שלהם, טוענים כי אנשים מקבלים החלטות על בסיס של כלים יוריסטיים או "כללי אצבע", העשויים להוביל לטעויות סיסטמיות.<sup>287</sup> הם מראים בעבודתם ש"קיצורי הדרך" ו"כללי האצבע" הללו פועלים במקרים רבים, אך מובילים לטעויות בנסיבות מסוימות. דהיינו, אדם שמשתמש ביוריסטיקה מסוימת יכול לפעול באופן רציונלי במובן זה שהוא מנצל נכון את הזמן שברשותו, אך עדיין עלול לייצר תחזיות שונות מאלה שהיו עולות במודל רציונלי טהור.<sup>288</sup> קהנמן וטברסקי אף פיתחו מודל קבלת החלטות (המכונה Prospect Theory), המצליח להסביר מאפיינים רבים של ההתנהגות האנושית. כך למשל, לפי מודל זה במסגרת קבלת החלטות ניתן משקל קטן בהרבה לתוצאות לא ודאיות בהשוואה למשקל

283. Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 1.

284. נהוג לצטט בהקשר זה את דבריו של הפילוסוף Jon Elster, שלפיהם זיהוי סטיות מהתנהגות רציונלית אין משמעו גילוי של אי-רציונליות. ראו למשל: Langevoort (לעיל, הערה 276), בעמ' 1506: "identifying a departure from rationality is not the same as discovering irrationality".

285. לביקורת על כך שחלק מאנשי הניתוח ההתנהגותי נופלים באותו כשל של אנשי הניתוח הכלכלי, בכך שהם מנסים ליצור תאוריה "חובקת כול", במקום להתייחס למחקרים ככלי פרשנות, ואינם מכירים בכך שאופי הנתונים של המחקרים הללו אינו חד-משמעי, ראו: Mark Kelman, "Behavioral Economics as Part of a Rhetorical Duet: A Response to Jolls, Sunstein and Thaler", 50 *Stan. L. Rev.* (1998) 1577, p. 1579.

286. ראו: Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעמ' 1477.

287. ראו למשל: Amos Tversky and Daniel Kahneman, "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", *Judgment Under Uncertainty* (Daniel Kahneman, Paul Slovic & Amos Tversky – eds., 1982) 3. אחד מכללי האצבע שהם מזהים הוא ה"availability", שלפיו אנשים שופטים סיכונים על פי מידת הנגישות שיש להם לאירועים כאלה בזיכרון. הדבר יכול להוביל למסקנות מוטעות. כך למשל, אדם עשוי להעריך את הסיכון של התקף לב בגיל העמידה, על בסיס מספר מכריו שחוו אירוע כזה. ראו שם, בעמ' 11. כן ראו: Amos Tversky and Daniel Kahneman, "Availability A Heuristic for Judging Frequency and Probability", *Judgment Under Uncertainty* (Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky – eds., 1982) 163.

288. ראו: Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעמ' 1477-1478.

שניתן לתוצאות ודאיות יותר (certainty effect),<sup>289</sup> חקר היוריסטיקות והשימושים השונים שנעשים בהן נמצא עדיין בעיצומו.<sup>290</sup>

נוסף על הרציונליות המוגבלת, אנשים נוטים גם להיות בעלי כוח רצון מוגבל (bounded will power), במובן זה שהם פועלים פעמים רבות באופן המתנגש עם האינטרסים ארוכי הטווח שלהם.<sup>291</sup> באשר לפונקציית התועלת של אנשים, בניגוד לניתוח הכלכלי המניח רצון למקסום תועלת אישית, המחקרים במישור ההתנהגותי מעידים על אינטרס עצמי מוגבל (bounded self interest) במובן זה שלאנשים אכפת, או למצער הם מתנהגים כמי שאכפת להם מאנשים אחרים. לאנשים רצון להיות ולהיראות הוגנים כלפי האחרים, אם האחרים הוגנים כלפיהם. התוצאה היא שהאדם במודל ההתנהגותי הוא נחמד יותר, אך בה בעת – כאשר מתייחסים אליו שלא בהגינות – הוא מלא טינה יותר (*homo reciprocans*) מאשר האדם הכלכלי (*homo economicus*) במודל הנאו־קלסי.<sup>292</sup>

#### 4. הוויכוח באשר לעלות השקועה

כאמור, הניתוח הכלכלי מבוסס על שלושה עקרונות בסיסיים, שאנשי מדעי ההתנהגות חולקים עליהם. באשר לחוק הביקוש, קיימת הסכמה ליחס ההפוך בין הביקוש למחיר, אך בעוד הכלכלנים תולים זאת ברצון של הפרט למקסם את עושרו, הניתוח ההתנהגותי יאמר שאנשים ייטו לצרוך פחות כאשר המחיר עולה משום שמשאביהם מוגבלים.<sup>293</sup> באשר לעלות

289. ראו: Kahneman & Tversky (לעיל, הערה 11), בעמ' 265; כן ראו: Paul Slovic, Baruch Fischhoff and Sarah Lichtenstein, "Facts versus Fear: Understanding Perceived Risk", *Judgment Under Uncertainty* (Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky – eds., 1982) 463, pp. 480-481.

290. אנשי ה־ABC Research Group עוסקים כיום בחקר יוריסטיקות מהירות ופשוטות שיש בהן להסיק מסקנות על אספקטים לא ידועים בסביבה. במובן מסוים יש בעבודה זו המשך לעבודתם של קהנמן וטברסקי, שכן שני המחקרים מדגישים את התפקיד החשוב של היוריסטיקות במחשבה האנושית ועניינם חיפוש המצבים שבהם עושים שימוש בכלים אלו. אלא שאנשי ה־ABC מדגישים כי בעוד המחקרים של קהנמן וטברסקי לא התרכזו בקשר שבין המכניזמים הקוגניטיביים לסביבה, הרי שהמחקר שלהם רואה ביוריסטיקות דרך שבה המוח האנושי שואב יתרון מהאופן שבו מידע מצוי בסביבה על מנת להגיע להחלטות סבירות. ראו: Gigerenzer, Todd and the ABC Research Group (לעיל, הערה 10), בעמ' 25-29.

291. Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעמ' 1479. מחקרים אחרים מכנים את התופעה "regret and unwanted habituations", ראו: Kelman (לעיל, הערה 285), בעמ' 1578. רבים מהאנשים יודעים כי כוח הרצון שלהם מוגבל ונוקטים אמצעים שונים כדי למתן את השפעת המוגבלות הזאת. כך למשל, מעשנים המעוניינים להפסיק לעשן מצטרפים לקבוצות גמילה; אנשים נמנעים מהחזקת דברי מתיקה בבית בתקופת דיאטה וכולי.

292. ראו: Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 9-8; Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעמ' 1479; Arlen (לעיל, הערה 277), בעמ' 1775-1776.

293. Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעמ' 1481.

ההזדמנותית, בניגוד להנחה של הכלכלנים, נטען כי אנשים אינם מתייחסים שווה בשווה לעלות זו (שעניינה החלופות שלא ננקטו) ולעלות ששולמה בפועל. הסיבה לכך היא שהזכות המשפטית על הרכוש יוצרת אפקט הענקה (endowment effect), הגורם לכך שאדם מעריך יותר רכוש שיש לו, במובן זה שהוא ידרוש בעבורו יותר ממה שיהיה מוכן לשלם בעדו.<sup>294</sup> כך למשל, אדם המחזיק כרטיסים למשחק כדורגל יוקרתי, לא יהיה מוכן למכור אותם ב-1,000 דולר, משום שהוא מעריך אותם ביותר, אף על פי שבמקור הוא גם לא היה מוכן לקנות אותם במחיר הזה.<sup>295</sup> לעומת זאת, ושוב בניגוד להנחת הכלכלנים, העלות השקועה אכן משפיעה על ההתנהגות האנושית ועל קבלת ההחלטות. כך למשל, הוכח כי כאשר ניתנת לאנשים הנחה על מנוי לתאטרון, קל להם יותר לוותר על הצגות, שכן העלות השקועה ברכישת המנוי קטנה יותר.<sup>296</sup> גם התאורמה של קוז נשללת על ידי הניתוח ההתנהגותי, כי ההקצאה הראשונית של המשאבים אכן משנה, משום שאלה שמחזיקים בידיהם את המשאבים מעריכים אותם יותר בשל אפקט ההענקה.<sup>297</sup> זאת ועוד, רווח והפסד נמדדים ביחס לסטטוס קוו, שהוא נקודת הייחוס.<sup>298</sup>

להוכחת השפעתה של העלות השקועה על התנהגותם של אנשים, ג'ולס, סנסטיין ותאלר (Jolls, Sunstein & Thaler) מציגים במאמרם ניסויים שונים,<sup>299</sup> שאחת ממסקנותיהם היא שאנשים מוכנים להקריב את טובתם האישית על מנת להעניש את מי שאינו הוגן כלפיהם. פוזנר, במאמר תגובה,<sup>300</sup> מסכים כי רגש הנקמה מהווה אנטי-תזה להתנהגות רציונלית, משום שהוא מפרך את הציווי הכלכלי להתעלם מעלות שקועה (כך למשל, לא משנה כמה תזיק לאדם שפגע בכך, לא תצליח לבטל את הנוק שנגרם לך). אך בעוד אנשי הניתוח ההתנהגותי מייחסים זאת להתנהגות לא רציונלית, פוזנר סבור כי לכשל העלות השקועה יש שורשים ביולוגיים-גנטיים, שאחראים לצורך בנקמה. עם זאת, גם הוא סבור כי ניתן להגך או לטפל באופן פסיכולוגי, בנטיית האנשים להתחשב בעלות השקועה.<sup>301</sup>

מהאמור עולה כי התאוריה הכלכלית והתאוריה ההתנהגותית מסכימות שקיימת עלות שקועה ושהיא גוררת תוצאות תת-אופטימליות, אך הן מספקות הסברים שונים להתחשבות

294. ראו: Richard Thaler, "Toward a Positive Theory of Consumer Choice", 1 *Journal of Economic Behavior and Organization* (1980) 39.
295. לדוגמה ראו: Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעמ' 1482.
296. בניסוי שנערך על מנויים שנבחרו באופן אקראי, הקבוצה שקיבלה הנחה על המנוי הגיעה לפחות הצגות, אף כי מאזן העלות מול התועלת מהיציאה לתאטרון אמור להיות זהה. לניסוי ותוצאותיו ראו: Arkes & Blumer (לעיל, הערה 19), בעמ' 127-128.
297. ראו בהרחבה: Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch and Richard H. Thaler, "Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem", *Behavioral Law and Economics* (Cass R. Sunstein - ed., 2000) 211.
298. Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעמ' 1483; Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 6.
299. Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעיקר בעמ' 1489-1494.
300. Posner (לעיל, הערה 278), בעמ' 1562-1563.
301. שם, בעמ' 1575.

בעלות זו.<sup>302</sup> כאמור, בניתוח הפוזיטיבי של מודלים לטטיית בתי המשפט מתקדימים, הנחת הרציונליות וחוסר ההתחשבות של הכלכלנים בעלות השקועה גורמת, לדעתי, להתעלמות מבעיית ההיצמדות הנובעת מן העלות השקועה, ולפיכך ל"החטאה" של היבט חשוב במורכבות הבעיה. לעומת זאת התובנות של הניתוח ההתנהגותי מסייעות להבנת היבטים של בעיית ההיצמדות, מאששות ניתוחים של תורת קבלת ההחלטות באשר להחלטות סדרתיות ומסייעות בהבנת הפסיקה כתהליך אינקרימנטלי ותלוי דרך.

##### 5. ניתוח ההתייחסות לתקדימים בכלים של הגישה ההתנהגותית

"סטייה מתקדים קודם של בית המשפט העליון הוא עניין רציני ואחראי ... זהו תהליך שיש להתמודד עמו באופן רציונלי ולא אמוציונלי".<sup>303</sup> אכן קשה לחלוק על דבריו של אהרן ברק, כי אין להתמודד עם סטייה מתקדים באופן אמוציונלי, אלא שגם בתהליך קבלת ההחלטות בהקשר של סטייה מתקדים, כמו בתהליכי קבלת החלטות אחרים, קיימות סטיות מהתנהגות רציונלית. על כן, גם אם אין משמעות הדבר כי השופטים הם בלתי רציונלים,<sup>304</sup> ספק אם ניתן לתאר את התהליך כתהליך רציונלי טהור במובן שהוגדר במאמר זה או במובן שאנשי הניתוח הכלכלי של המשפט מייחסים לרציונליות.

כאמור, קיומו של התקדים יוצר אפקט של נטייה להיצמד אליו. הדבר מוצא את ביטויו בפסיקת בית המשפט העליון, שאף שאינו מחויב לתקדימיו, ואפילו אינו מונחה על ידם, מתייחס לסטייה מתקדים כאל חריג, ולשם כך דורש נימוקים כבדי משקל.<sup>305</sup> מכאן שהתובנה של הניתוח ההתנהגותי, שלהקצאה הראשונית של המשאבים יש חשיבות (בניגוד לתאורמה של קוז),<sup>306</sup> היא בעלת משמעות רבה לסוגיית התקדים. פסק הדין הראשוני, דהיינו "המקום" שבו הציבה שיטת המשפט את המשאבים הראשוניים, מהווה נקודת הייחוס שמתייחסים אליה פסקי הדין המאוחרים יותר.<sup>307</sup>

302. ראו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 124.

303. ברק (לעיל, הערה 58), בעמ' 399.

304. כאמור סטייה מהתנהגות רציונלית על פי הכלכלה ההתנהגותית אינה בהכרח חוסר רציונליות. ראו לעיל, הערה 284 והטקסט שלידה.

305. ראו הערה 115 והטקסט שלידה.

306. המחקרים באשר לאפקט ההענקה, שיש בהם להפריך את התאורמה של קוז (Coase), אינם מוגבלים רק למקרים המערבים טובין פיזיים או זכויות משפטיות. נקודת הייחוס של פרטים וחברות גוררת פעמים רבות ציפייה באשר להמשכיות של הסדרים מסוימים. ראו: Kahneman & Thaler (לעיל, הערה 297), בעמ' 228; ליישום המשפטי של חשיבות ההקצאה הראשונית של שיטת המשפט, ראו גם: Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 6.

307. לתפיסה שיצירת כללים משפטיים היא "השקעה" במובן הכלכלי, ראו: Francesco Parisi, Vincy Fon and Nita Ghei, "The Value of Waiting in Lawmaking" *George Mason L. & Econ. Research Paper* (paper no. 01-16) (2001) 1, p. 4: "Investment is the choice of an economic agent to incur a present cost in the expectation of future benefits ... A legal system can be regarded as making investment decisions when incurring present lawmaking costs that will generate benefits over time"

תוכנה חשובה נוספת של הניתוח ההתנהגותי, שלפיה האדם הוא *homo reciprocans*,<sup>308</sup> יכולה להשליך אור על התנהגותם של שופטים. נראה שחלק מהרתיצה של שופטים מלסטות מתקדים נעוצה ברצונם להיראות הוגנים במונח זה שהם מחילים סטנדרטים שווים על מקרים דומים.<sup>309</sup> דא עקא, שלעתים הדבר גורר את התוצאה ההפוכה דווקא: אמירות כגון "התקדים עומד לרועץ", יש בהן להקריב את הצדק הקונקרטי על חשבון אידאל בלתי מושג של שוויון. עם זאת, אין ספק כי הסטייה מהצדק הקונקרטי אינה נובעת רק מכך שהשופטים רוצים למקסם את תועלתם האישית (כפי שטוענת התאוריה הכלכלית), או מכך שהם רוצים לכפות את השקפותיהם הנורמטיביות (כפי שטוענת גישת הבחירה הציבורית). אכן שיקולי ההוגנות והמוניטין האישי בסיטואציה זו משולבים יחדיו, אך חשוב להדגיש כי מחקרים שבודדו מצבים שבהם לא הייתה שום משמעות לשיקולי מוניטין, הוכיחו שאנשים פועלים על סמך מניעים הוגנים גם כאשר הדבר נוגד את האינטרסים האישיים שלהם וגם כאשר אין חשש מיריעה של אחרים.<sup>310</sup>

## (א) יוריסטיקות

זאת ועוד, אין ספק כי השופטים, כמו מקבלי החלטות אחרים, נתונים להטיות ופועלים על פי יוריסטיקות וקיצורי דרך קוגניטיביים,<sup>311</sup> שיש בהם סטייה ממודל רציונלי טהור, ואשר יכולים להוביל לשיפוטיות מוטעים.<sup>312</sup> ואכן, חלק מהטיות ו"כללי האצבע" שנחקרו ואובחנו על ידי אנשי הניתוח ההתנהגותי, יכולים לסייע בהבנת משקל היתר שניתן לתקדימים.

308. ראו לעיל הערה 292 והטקסט שלידה.

309. ראו לעיל הדיון בפרק ד, סעיף 2(ב).

310. להוכחת ה"הוגנות" של אנשים, שאינה ניתנת להסבר על ידי שיקולי מוניטין ולמצבים שבהם השיקולים מעורבים, ראו גם: Jolls, Sunstein & Thaler (לעיל, הערה 279), בעיקר בעמ' 1492.

311. יוריסטיקות אלו כוללות תהליכי הכרה שמסירים את הצורך בחיפוש נוסף של מידע, כללים שמנחים את החיפוש וקובעים מתי הוא נפסק וכן כללים פשוטים לקבלת החלטות כאשר המידע קיים. ראו: Gigerenzer, Todd and the ABC Research Group (לעיל, הערה 10), בעמ' 16-17.

312. זאת אף על פי שלכאורה שופטים אינם אמורים לפעול על פי יוריסטיקות "מהירות" או "דלות". ראו: Mandeep K. Dhali, "Psychological Models of Professional Decision Making", 14 *Psychological Science* (2003) 175. מהמחקר המתואר במאמר עולה כי שופטים מבססים החלטות בדבר שחרור או אי-שחרור בערבות על Matching Heuristic, דהיינו מכניזם הבחון כמות מועטה של סימנים ומבסס את ההחלטה על סימן אחד בלבד. באופן ספציפי, עלה מן המחקר כי השופטים מבססים את החלטותיהם על החלטות קודמות של המשטרה, ערכאות אחרות והתביעה. במילים אחרות, השופטים "הטילו את האחריות על אחרים". ראו שם, בעמ' 177. במחקר אמפירי מקיף יותר, שבדק חמש הטיות ויוריסטיקות שונות בקרב מאה שישים ושבעה שופטי שלום פדרליים בארצות הברית, נמצא גם כי בנסיבות מסוימות שופטים אכן מסתמכים על יוריסטיקות שיכולות להוביל לשיפוטיות מוטעים. ראו: Chris Guthrie, Jeffery

יוריסטיקה, המאששת את המודל האינקרימנטלי במסגרת קבלת החלטות סדרתית, מכונה case-based decisions. מכניזם זה עניינו נטייה של אנשים לפשט את נטל אומדן העלויות והתועלות של החלופות השונות, על ידי למידה ממקרים קודמים והתקדמות בצעדים קטנים.<sup>313</sup> בעבר הפרדיגמות העיקריות, שעמדו בבסיס המודלים לקבלת החלטות באי-ודאות, התרכזו בשיקולי הסתברות וסיכוי ושיקולים המבוססים על כללים דדוקטיביים, ואילו כיום יש הכרה בחשיבותה של פרדיגמה שלישית, כי אנשים פועלים על סמך אנלוגיות, וכי בכך יש למכניזם זה חלק בקבלת ההחלטות.<sup>314</sup> יוריסטיקה זו מסבירה את המכניזם של שיטת התקדים, שעניינו למידה ממקרים קודמים,<sup>315</sup> והקלת הנטל של עיבוד כל המידע הרלוונטי באמצעות שימוש ברציונליוזיה של ההחלטה הקודמת.<sup>316</sup> כפי שאדגים בפרק הבא, יוריסטיקה זו אף מחזיקת את המודל האינקרימנטלי של לינדבלום להתמודדות עם העלות השקועה. לעתים בית המשפט נרתע מלפתוח את הסוגיה מבסיסה, דהיינו לקבל "החלטה מן השורש", ופסקי הדין המאוחרים להחלטה הראשונית מהווים תוספות שוליות לנדבכים קודמים, דהיינו "החלטות מן הענפים".

יוריסטיקה גוספת, שיכולה להשליך אור על כוחם של תקדימים מספריים (כגון גודל קנס, מספר שנות מאסר, גובה פיצויים וכדומה),<sup>317</sup> מכונה anchoring.<sup>318</sup> מכניזם זה מתייחס לנטייתם של אנשים לבצע הערכות מספריות, על בסיס ערך התחלתי מסוים – "עוגן", שאליו הם מבצעים התאמות בלתי מספיקות.<sup>319</sup> הערך ההתחלתי, או נקודת הייחוס, עשויים

J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, "Inside the Judicial Mind", 86 *Cornell L. Rev.* 777 (2001).

313. Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 5.

314. ראו: Itzhak Gilboa and David Schmeidler, *A Theory of Case-Based Decisions* (2001). הרעיון כי אנשים פועלים על סמך אנלוגיות אינו חדש וכבר עמד עליו הפילוסוף יום. ראו דויד יום, מסכת טבע האדם (יוסף אור – מתרגם, מהדורה שנייה, מאגנס, האוניברסיטה העברית, תשנ"ח), 13-44; החידוש בספר של Gilboa & Schmeidler הוא בכך שהם קושרים את המכניזם של אנלוגיות לתהליך קבלת החלטות ומציעים מודל לקבלת החלטות בתנאי אי-ודאות, המכונה "case – or analogy – based decision".

315. ראו: Levi (לעיל, הערה 155), בעמ' 1: "The basic pattern of legal reasoning is reasoning by example. It is reasoning from case to case".

316. ראו: Heiner (לעיל, הערה 59), בעמ' 255 (ציטוט מופיע לעיל, בהערה 212).

317. אכן אין מדובר בתקדימים במובן של הלכות שהן בגדר רציו, שכן ברוב המקרים הרציונל שביסוד קביעה מספרית יתייחס לצדדים למקרה המסוים. אך לאור ההבדל הקלוש בארץ בין רציו לאוביטר, ולאור ההשפעה שיש להחלטות קודמות, נראה שגם להחלטות מספריות יש השפעה מתוות דרך.

318. Tversky & Kahneman (לעיל, הערה 287), בעמ' 14; Langevoort (לעיל, הערה 276), בעמ' 1504.

319. ה-anchoring עניינו בשיפוטים המושפעים "ממה שבא קודם". דוגמה להטיות גוספות שוהו הן ה-Representativeness שעניינו בשיפוטים המושפעים "ממה שטיפוסי", וה-availability שעניינו בשיפוטים שמושפעים "ממה שנגיש למחשבה". ראו: Hasen (לעיל, הערה 257), בעמ' 395-396.

להתבסס על מקור שרירותי או בלתי רציונלי בשל אופן הצגת הבעיה או בשל חישוב חלקי שנערך, ועקב כך גם השיפטים שנעשים לפיהם עלולים להיות מוטעים.<sup>320</sup> ממכניזם זה עולה גם כי נקודות ייחוס התחלתיות שונות יכולות להוביל להערכות שונות.<sup>321</sup> לאור מחקרים שהוכיחו את השפעתו של עוגן מספרי כלשהו על החלטות של שופטים ולא רק של מושבעים,<sup>322</sup> נראה כי גם נקודת הייחוס הנוצרת מאופן הצגתה והתווייתה של פסיקה קודמת בעלת ביטוי מספרי כלשהו, עשויה להשפיע על החלטותיהם של שופטים.<sup>323</sup>

## (ב) הטיות

אחת התובנות החשובות של ה־"prospect theory", היא הטיה המכונה status quo bias. עניינה של הטיה זו בהעדפה של אנשים לסטטוס קוו ובצורך שלהם להצדיק כל סטייה ממנו. נמצא כי אנשים מעניקים ערך רב לסטטוס קוו כשלעצמו, ולפיכך הבחירות המבוצעות על ידיהם הן "תלויות דרך" (path depending) במובן זה שהתוצאה המועדפת תלויה בבחירה הראשונה.<sup>324</sup> הדבר נוגד את ההנחה הכלכלית שאדם מבצע בחירות על פי העיקרון של

320. Tversky & Kahneman (לעיל, הערה 287), בעמ' 14.

321. ראו: Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 5.

322. ראו: Guthrie, Rachlinski & Wistrich (לעיל, הערה 312), בעמ' 787-794.

323. כך למשל, לאחרונה ביקר בית המשפט העליון את הפרקטיקה הנהוגת שבתי המשפט, בפוסקם פיצויים בנוזקין באב הנזק של "כאב וסבל", נוטים להיצמד למשוואת הפיצויים שחוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים קובע, ושעוסק במאטריה נויקית שונה. ראו דבריו של השופט אור בע"א 398/99 קופת חולים של ההסתדרות הכללית נ' דיין, פ"ד נה(1) 765, בעמ' 767-768: "ראשית, סכומי הנזק הלא ממוני הקבועים בדין לעניין תשלום פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ... וכן תקנות הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים ... אינם רלוונטיים לעניין שיעורו של הנזק הלא ממוני הנפסק בתביעות בשל נזקי גוף אשר נגרמו בגין רשלנותו של המזיק. בתביעות האחרונות שיעור הנזק הלא ממוני צריך להיקבע בהתחשב בנסיבות המיוחדות של המקרה הקונקרטי, הכאבים והסבל של התובע במקרה הנדון ... סכום הפיצויים שייפסק אינו צריך להיות מושפע מסכומי הנזק הלא ממוני הנפסקים על פי הסטנדרטים של חוק הפיצויים והתקנות, אשר אינם עונים, ואינם מתיימרים לענות, על נסיבותיו המיוחדות של מקרה אינדיבידואלי ... שנית, על אף האמור לעיל, קיימת פרקטיקה, על פיה נקבע שיעור הנזק הלא ממוני בתביעות לפיצוי על נזקי גוף שאינן לפי חוק הפיצויים, בהשפעת סכום הפיצויים הנפסק בתביעות לפי חוק הפיצויים, כמכפלה של סכום אחרון זה. פרקטיקה זו זכתה לא אחת לביקורת ... היא גם גורמת במקרים רבים להפחתה בשיעור הפיצויים הנפסק בגין נזק לא ממוני בתביעות שאינן לפי חוק הפיצויים. הפרקטיקה האמורה גורמת לכך, ששיקולים החשובים לקביעת גובה הפיצויים נשכחים, או מתעלמים מהם. אכן, על בית המשפט להקפיד שתובעים לא יקופחו בשל הפרקטיקה האמורה, וכי הפיצוי הנפסק על נזק לא ממוני ייתן ביטוי לנזק האמיתי שנגרם לתובע בנסיבותיו של כל מקרה".

324. המושג "path dependence" משמעו שתוצאה או החלטה מעוצבת באופן סיסטמטי על ידי הדרך ההיסטורית שהובילה אליה. מכאן נובע קשר סיבתי בין הצעדים שנגקטים, וכל צעד משפיע על הכיוון של הצעד הבא. לאור זאת, ברמה הבסיסית ביותר משמעותו של המושג היא,

מקסום תועלת, ללא קשר לסדר הצגת החלופות בפניו.<sup>325</sup> התוצאה היא שאנשים מעריכים מצבים ומודדים רווחים והפסדים ביחס לסטטוס קוו שהוא נקודת המוצא, או נקודת הייחוס.<sup>326</sup> ניתן לראות אפוא בתקדים שנקבע בעבר כנקודת ייחוס מועדפת, היוצרת צורך של הצדקה במצבים של סטייה ממנה, ואשר בהתייחס אליה הרווחים וההפסדים נמדדים במסגרת קבלת ההחלטות השיפוטית.<sup>327</sup>

הטיה גוספת הקשורה ל-"status quo bias" היא הטיית ההימנעות (omission bias), שמשמעה שאנשים מרגישים יותר חרטה, אם באופן אקטיבי (להבדיל מפסיבי) נקטו פעולה שגרמה לשינוי לא מוצלח. לעומת זאת, אותו מצב לא מוצלח, שלא נגרם בעקבות פעולה אקטיבית, ייתפס כחמור פחות למרות השלכותיו הלא רצויות.<sup>328</sup> ההימנעות מפעולה משמשת כנקודת הייחוס או כסטטוס קוו במובן זה שנוקים הנגרמים מתוך הימנעות מפעולה נתפסים יותר כרווחים שהופסדו, שהם חמורים פחות מהפסדים "טהורים" שנגרמו מפעולה.<sup>329</sup> כך למשל, הימור הגורם להפסד נתפס כחמור יותר ממצב זה שאינו תוצאה של הימור.<sup>330</sup> הטיית ההימנעות יכולה להסביר את נטיית השופטים לטובת אי-סטייה מתקדים דהיינו

שמה שנעשה בנקודת זמן קודמת משפיע על התוצאות של סדרת אירועים שמתרחשים בנקודה מאוחרת יותר בזמן. ראו: Hathaway (לעיל, הערה 157), בעמ' 603-604. מושג מפתח המתקשר לכך הוא - "increasing returns", שמתאר תהליכים של חיזוק עצמי או חיזון חוזר חיובי. על פי מושג זה, בהקשרים חברתיים מסוימים עלויות המעבר בין חלופות שונות גדלות לאורך זמן. בהקשרים אלה, השאלה אינה רק "מה קורה" אלא "מתי זה קורה". ראו: Paul Pierson, "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics", 94 (Issue 2) *American Political Science Rev.* (2000) 251.

325. ראו: Arlen (לעיל, הערה 277), בעמ' 1772.

326. Kahneman & Tversky (לעיל, הערה 11), בעמ' 274; Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 4.  
327. מעבר להטיה לטובת הסטטוס קוו הקיימת לשופטים כמו מקבלי החלטות אחרים, ראוי לציין כי יש הטוענים כי לשפיטה פונקציה מיוחדת בשימור הסטטוס קוו החברתי והכלכלי. על פי טענה זו, המתבססת על ניתוח נאו-מרקסיסטי, במדינות ה-"common-law" שבהן השופטים פותרים שאלות פרשניות על רקע פער, קונפליקט או עמימות שקיימת במערכת החוקים, הפסיקה משמשת להפחתת היכולת של קבוצות רוב אידיאולוגיות להביא לשינויים משמעותיים בנושאים שנשלטים על ידי החוק. באופן זה מתעצמת מראית הנייטרליות, ההכרחיות והצדק היחסי של הסטטוס קוו - ככל שיהיה - על פני מה שהוא "באמת" או שהיה יכול להיותפס בתהליך קבלת החלטות שיפוטי "שקוף" יותר. ראו: Duncan Kennedy, *A critique of Adjudication (fin de siècle)* (1997), 2, 236, 290-294.

328. ראו: Ritov & Baron (לעיל, הערה 29), בעמ' 170. מחברים אלו מדגימים זאת במחקרים על החיסונים. נמצא כי אנשים נמנעים מלחסן ילדים משום שהחיסון עלול לגרום למוות, גם כאשר ההסתברות לתוצאה זו קטנה הרבה יותר מההסתברות למוות מהמחלה שהחיסון בא למנוע.

329. שם, בעמ' 171.

330. Jonathan Baron and Ilana Ritov, "The Omission and the Bias Exist: Reply to Connolly and Reb" [URL: <http://www.sas.upenn.edu/~baron/>]

לטובת הימנעות מפעולה, על פני ביצוע פעולה שיכולה להוביל להשלכות שליליות, אף על פי שתוצאת ההימנעות יכולה להיות שלילית לא פחות. מצבי הביניים של אבחונים ניתנים להסבר על ידי הטיה נוספת – שנאת הקיצוניות (extremeness aversion). הקיצוניות תלויית הקשר, במובן זה שהגדרתה נגזרת מהחלופות העומדות על הפרק. הרתיעה מקיצוניות גוררת את אפקט הפשרה (compromise effect), שלפיו בין החלופות השונות יחפשו רוב האנשים פשרה. דהיינו, אותה חלופה תוערך יותר כאשר היא תוצג כאפשרות ביניים בין חלופות שונות ולא כחלופה קיצונית.<sup>331</sup> כאמור, במצבי חוסר ודאות באשר לתחולתו של התקדים, שופטים מעדיפים אבחונים שיש בהם משום פעולה סמי-אקטיבית על פני אקטיביות מוחלטת של סטייה מתקדים או פסיביות מוחלטת המתבטאת בהחלת התקדים.<sup>332</sup>

### (ג) היחס לסיכון והחלטות בתנאי אי-ודאות

הטיה נוספת בעלת קשר הדוק להטיית הסטטוס קוו זוהתה כ-"loss aversion"<sup>333</sup> בניגוד להנחה הרציונלית שלפיה יחסם של אנשים לסיכון תלוי ביחס שבין עושרם לערך שעומד בסיכון, עמדו קהנמן וטברסקי על כך שלאנשים יחס שונה לרווחים ולהפסדים. לגבי רווחים אנשים הם שונאי סיכון (יעדיפו רווח בטוח על פני תוחלת רווח גבוהה יותר), אבל לגבי הפסדים הם אוהבי סיכון (יעדיפו סיכון להפסד על פני הפסד בטוח, גם אם תוחלת ההפסד גבוהה יותר בערכה המוחלט).<sup>334</sup> במחקרים מאוחרים יותר<sup>335</sup> הורחבה התאוריה על קבלת

331. Mark Kelman, Yuval Rottenstreich and Amos Tversky, "Context-Dependence in Legal Decision Making", *Behavioral Law & Economics* (Cass R. Sunstein – ed., 2000) 61. המסקנה של המחברים היא שגם קבלת החלטות שיפוטיות (כמו קבלת החלטות של צרכנים) היא תלוית הקשר. לדעתם, הרבר בעייתי משום שקבלת החלטות שיפוטיות אמורה להיות מוגנת על ידי שיקולים רלוונטיים ובלתי רלוונטיים והיא בעלת השפעה על הכלל (בעוד החלטת הצרכן משפיעה בעיקר על עצמו) ולכן צריך להיות מודעים לרבר.

332. ייתכן שיש כאן קשר להטיה נוספת המכונה trade-off contrast, ולפיה אותה חלופה מוערכת יותר אם היא מוצגת יחד עם חלופות אחרות – בבירור פחות טובות ממנה – מאשר בהיעדר חלופות כאלה. סטייה מתקדים נתפסת כפגיעה ביציבות ולכן מעדיפים אבחון. ייתכן שהאבחון יוצר הלכה חדשה, שבית המשפט לא היה קובע אילו לא היה זה אבחון. אך ההטיה לטובתה נובעת מכך שהחלופה העומדת בפניו היא סטייה מתקדים. להטיה זו ראו מאמרם של Kelman, Rottenstreich & Tversky (שם).

333. לקשר בין שתי ההטיות, ראו: Langevoort (לעיל, הערה 276), בעמ' 1503-1504.

334. ראו: Amos Tversky and Daniel Kahneman, "Rational Choice and the Framing of Decisions", 59 *J. Business* (1986) S251, p. S255; Kahneman & Tversky (לעיל, הערה 11), בעמ' 268-269. כך למשל, בניח שמוצע לאנשים רווח בטוח של 3,000 ש"ח או סיכוי של 80% לרווח של 4,000 ש"ח, רוב האנשים יבחרו ברווח הבטוח, אף על פי שתוחלת הרווח בחלופה השנייה היא 3,200 ש"ח. לעומת זאת, כאשר צריכים אנשים לבחור בין הפסד בטוח של 3,000 ש"ח לבין 80% סיכון להפסד של 4,000 ש"ח, הם יבחרו בסיכון אף על פי שתוחלת ההפסד היא 3,200 ש"ח, דהיינו גדולה יותר בערכה המוחלט. את התופעה של היפוך המגמה במעבר מרווח להפסד כינו המחברים: "the reflection effect".

החלטות בתנאי סיכון באופן שהיא חלה על כל מצב של אי-ודאות כמו גם על תנאי סיכון בעלי תוצאות אפשריות רבות.<sup>336</sup> על פי גרסה זו של התאוריה, הגישה של הפרט לסיכון היא תוצאה של שני גורמים מצטברים: תפיסתו את חלופות ההחלטה כ"רווח" או "הפסד" על פי נקודת הייחוס הרלוונטית; והשאלה אם הוא מעריך את החלופה כבעלת הסתברות "בינונית עד גבוהה" או "נמוכה".<sup>337</sup> לפרטים נטייה להעריך בחסר הסתברות בינונית-גבוהה, דבר המעודד שנאת סיכון באשר להסתברות בינונית-גבוהה לרווח, ואהבת סיכון באשר להסתברות בינונית-גבוהה להפסד. לעומת זאת, פרטים נוטים להעריך ביתר הסתברות נמוכה, דבר המעודד אהבת סיכון ביחס להסתברות נמוכה לרווח ושנאת סיכון במצב של הסתברות נמוכה להפסד.<sup>338</sup> בהתאם לכך התאוריה מזהה ארבעה סוגי תבניות החלטה, המתייחסות אל: (1) רווח בהסתברות בינונית-גבוהה; (2) הפסד בהסתברות בינונית-גבוהה; (3) רווח בהסתברות נמוכה; (4) הפסד בהסתברות נמוכה.<sup>339</sup>

קהל הנבדק וטברסקי המחישו את קבלת ההחלטות בהסתברות בינונית-גבוהה לרווח מול הפסד באמצעות גרף המתאר את פונקציית הערך שאנשים מייחסים לרווחים ולהפסדים (גרף 1).<sup>340</sup> פונקציה זו מוגדרת בהתאם לנקודת ייחוס שממנה נמדדים הרווחים וההפסדים. כפי שנקל לראות בגרף, העקומה מתונה יותר בצד הרווחים ותלולה יותר בצד ההפסדים, שכן שנאת הסיכון בתחום הרווחים מתבטאת בכך שלסיכוי לרווח מיוחס ערך תוספתי קטן יותר מאשר לסיכון להפסד זהה בערכו המוחלט. דהיינו, הסיכון לגידול בהפסד הוא בעל ערך תוספתי גבוה יותר.<sup>341</sup> על פי ה"prospect theory", אנשים הם אפוא: (1) שונאי סיכון

335. ראו: Amos Tversky and Daniel Kahneman, "Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty", 5 *J. Risk & Uncertainty* (1992) 297.

336. הן סיכון והן חוסר ודאות מתייחסים למצב שקיימת תחזית בלתי ברורה לגבי העתיד, ואולם בתנאי סיכון הסתברות ההתרחשות ידועה, ואילו בתנאי אי-ודאות ההסתברות אינה מוגדרת או אינה ניתנת לחישוב. מצבים של תנאי סיכון בעלי תוצאות רבות אפשריות, הם מצבים שבהם יש הסתברויות שונות (אך ידועות) להרבה תרחישים אפשריים. לעתים שני המצבים מופיעים בספרות כ-"risk" ו-"ambiguity" כקטגוריות משנה של uncertainty. ראו: Alon Harel and Uzi Segal, "Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime", 1 *Am. L. & Econ. Rev.* (1999) 276, pp. 291-292.

337. ראו גם: Chris Guthrie, "Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory", 67 *U. Chi. L. Rev.* (2000) 163, p. 167.

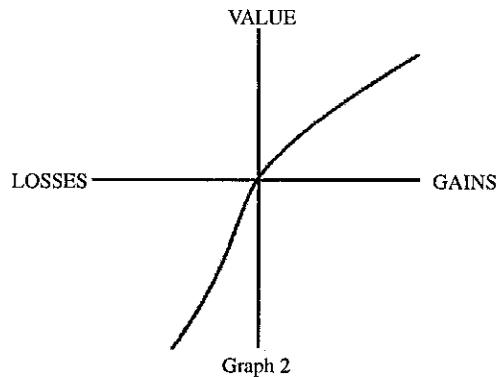
338. Tversky & Kahneman (לעיל, הערה 335), בעמ' 303. קיימים שני גבולות טבעיים: נקודת הוודאות (הסתברות 1) ונקודת אי-התכנות (הסתברות 0). נמצא כי רגישותם של אנשים הולכת ופוחתת ככל שמתרחקים מהגבולות האלה (diminishing sensitivity).

339. Tversky & Kahneman (לעיל, הערה 335), בעמ' 306; לסיכום ממצא ראו גם: Guthrie (לעיל, הערה 337), בעמ' 177-180.

340. הגרף לקוח מתוך: Kahneman & Tversky (1979) (לעיל, הערה 11), בעמ' 279.

341. אפקט נוסף הבא לביטוי בגרף הוא אפקט הרגישות הפוחתת ככל שמתרחקים מנקודת הייחוס.

בתחום הרווחים; (2) מחפשי סיכון בתחום ההפסדים; (3) רגישים יותר להפסדים מאשר לרווחים.<sup>342</sup>



Kahneman & Tversky (1979)

ניתן ליישם את האמור על סוגיית התקדים, שכן כפי שכבר ציינתי, התקדים שנקבע בעבר נתפס כנקודת הייחוס (הסטטוס קוו המועדף) שבהתייחס אליה הרווחים וההפסדים נמדדים. יישום זה מוביל לכמה תובנות חשובות: ראשית, הפסיקה היא תלויה דרך (path depending) במובן זה שלהחלטות שהתקבלו בעבר יש השפעה רבה על החלטות שמתקבלות כיום, והתפתחות המשפט תלויה במידה רבה בסדר שלפיו הסכסוכים מגיעים לבית המשפט.<sup>343</sup> כפי

אפקט זה בא לידי ביטוי בקמירותו/קעירותו של הגרף. ראו: Kahneman & Tversky (לעיל, הערה 11), בעמ' 279.

342. לסיכום התובנה ראו גם: Hasen (לעיל, הערה 257), בעמ' 396.

343. זו גם מסקנתו של Hathaway (לעיל, הערה 157). לשיטתו, דוקטרינת התקדים גורמת להיסטוריה להשפיע על התוצאות המשפטיות באופן התואם את שלושת הרבדים של דוקטרינת ה-path dependence (1); increasing returns path dependence (2); evolutionary path dependence (3) sequencing path dependence. ראו שם, בעמ' 605-606: "Because each legal decision increases the probability that the next will take a particular form, the common law exhibits increasing returns path dependence. Because the law changes through a process of punctuated yet historically constrained evolution, the common law exhibits evolutionary path dependence. And because the legal process involves sequential decision making in a process marked by competing alternatives and multiple actors, the common law exhibits sequencing path dependence. Therefore, just as biological and social processes are constrained by history, the law is firmly guided by the heavy hand of the past" path depending כ"לפסיקה כ"hand of the past" Lim (לעיל, הערה 181); Lewis A. Kornhauser, "Modeling Collegial Courts. II. Legal Doctrine", 8 *J.L. Econ. & Org.* (1992) 441, p. 445: "The development of the law will ... depend upon the order in which disputes arrive before the court"

שיודגם בפרק הבא, נקודת הייחוס גורמת לשופטים המאוחרים להתייחס להיבטים של הבעיה, שהודגשו במסגרת הלכת התקדים. שנית, בשל המשקל הרב ששיטת המשפט הישראלית מייחסת לתקדימים, שופטים מסווגים<sup>344</sup> (framing) סטייה מתקדים כ"הפסד" – גם אם לא הפסד אישי; וכן מעניקים לו משקל יתר מאחר שהפסד זה נתפס כוודאי (certainty effect).<sup>345</sup> הדבר מקבל את ביטויו בנטיית ההיצמדות אל התקדים. מאחר שהבעייתיות של סטייה מתקדים מתעוררת בעיקר במצבים של דרגת הסתברות גבוהה לרווח או להפסד עקב סטייה מתקדים (דהיינו הסתברות גבוהה למדיי שסטייה תשפר את התוצאה במקרה הקונקרטי, כמו גם הסתברות גבוהה להשלכות בעייתיות של סטייה מתקדים),<sup>346</sup> ניתן לגזור גם מסקנה שלישית, שכאשר סך "הרווחים" מסטייה מתקדים זהה לסך "ההפסדים" הנובעים מסטייה ממנו, שופטים נוטים להיצמד לתקדים מאחר שהם שונאי סיכון בהקשר לרווחים פוטנציאליים, ומחפשי סיכון בהקשר להפסדים פוטנציאליים. שופטים, כמו אנשים אחרים, מגלים חוסר שביעות רצון להפסדים במידה רבה יותר משביעות הרצון שהם מגלים מרווחים השווים בערכם המוחלט.<sup>347</sup> הטיה זו מוכיחה את בעיית ההיצמדות, שניתנת גם להמחשה באמצעות הגרף המתייחס כאמור למצבים של הסתברות בינונית גבוהה לרווח והפסד.

נתבונן בגרף 2. ראשית הצירים מסומנת כנקודת הייחוס – היא התקדים הקיים.<sup>348</sup> ברירת המחדל של השופטת היא דבקות בתקדים, וההחלטה העומדת על הפרק היא האם לסטות מתקדים לצורך המקרה הקונקרטי שלפניה, אם נסמן את השינוי החיובי העתידי עקב הסטייה מהתקדים ב-X; ואת השינוי השלילי העתידי עקב הסטייה ב-Y, הרי שמאחר שפונקציית הערך מתונה בצד הרווחים ותלולה בצד ההפסדים, נקל לראות כי  $Y > X$  בעבור שינוי זה ברווחים ובהפסדים. התוצאה היא שהשופטת תיתן משקל רב יותר לחסרונות מאשר ליתרונות של הסטייה מהתקדים ותדבוק בו. זו, אם כן, הדגמה גרפית לבעיית ההיצמדות.<sup>349</sup>

344. המינוח Framing מתייחס לקטגוריזציה של כל חלופה של החלטה מסוימת ל"הפסדים" ול"רווחים" פוטנציאליים עקב סטייה מהסטטוס קוו. אופן הצגת החלופה משפיע על הנכונות לקחת סיכונים. מחקרים הראו כי שופטים מושפעים מאופן הצגת החלופה (כגון פשרה המוצגת מנקודת מבטו של התובע או הנתבע). ראו: Guthrie, Rachlinski & Wistrich (לעיל, הערה 312), בעמ' 794-799; Tversky & Kahneman (לעיל, הערה 335), בעמ' 298.

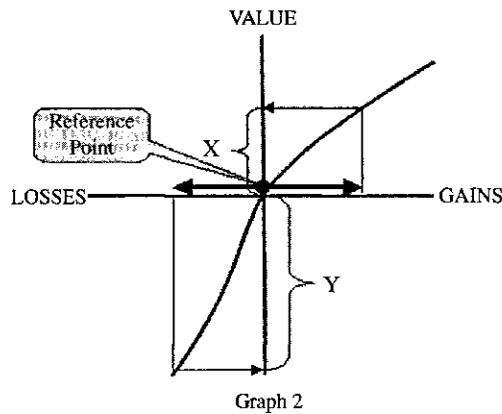
345. השוו: Gelly (לעיל, הערה 14), בעמ' 122.

346. כאמור, ההנחה היא שלבית המשפט מגיעים המקרים ה"קשים". ראו לעיל, הערה 213.

347. ראו: Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 5.

348. יישום התקדים במקרה נתון נושא עמו תוצאות חיוביות (רווחים) ותוצאות שליליות (הפסדים), על כן לכאורה נקודת הייחוס צריכה הייתה להיות בעלת ערך חיובי ושלילי ולא בראשית הצירים. הבחירה בראשית הצירים נעשית על מנת להקל על ההדגמה.

349. יודגש שמסקנה זו הייתה מתהפכת אילו דובר בהסתברות נמוכה הן לרווח מסטייה מתקדים (דהיינו לשיפור התוצאה הקונקרטי) והן להפסד (נזקים מסטייה). במצב זה קיימת, כאמור, על פי התאוריה אהבת סיכון דווקא בתחום הרווחים, דבר שיוביל דווקא לנטייה לסטות מהתקדים.



## 6. סיכום

הניתוח ההתנהגותי למשפט גילה בהקשרים שונים כי שופטים, כמו מקבלי החלטות האחרים, נתונים להטיות ופועלים על פי יוריסטיקות וקיצורי דרך קוגניטיביים, שיש בהם סטייה ממודל רציונלי טהור, ואשר יכולים להוביל לשיפוטים מוטעים. כפי שנוכחנו, חלק מההטיות והיוריסטיקות שווה יכולים אף לסייע בהבנת בעיית ההיצמדות בפסיקה.

במסגרת זו להטיית הסטטוס קוו תפקיד מרכזי, והיא מהווה מושג מפתח להבנת המרכזיות של התקדים ולהבנת הטיות אחרות, המשליכות אף הן אור על היחס המוענק לתקדים בשיטתנו. ניתן לראות בתקדים שנקבע בעבר נקודת ייחוס מועדפת, שיוצרת צורך של הצדקה במצבים של סטייה ממנה, ואשר בהתייחס אליה הרווחים וההפסדים נמדדים במסגרת קבלת ההחלטות השיפוטית. להטייה זו לטובת הסטטוס קוו קשורות הטיות נוספות, כמו הטיית ההימנעות שמסבירה את נטייתם של השופטים לטובת החלת תקדימים (הימנעות מסטייה) על פני סטייה מהם. מצבי הביניים של אבחונים מוסברים על ידי שנאת הקיצוניות – הטייה אחרת הגוררת אפקט של פשרה. הטיית הסטטוס קוו משליכה אף על היחס לסיכון ולהחלטות בתנאי אי-ודאות. במצבים של דרגת הסתברות גבוהה לרווח או להפסד עקב סטייה מתקדים (דהיינו הסתברות גבוהה למדיי סטייה תשפר את התוצאה במקרה הקונקרטי, כמו גם הסתברות גבוהה להשלכות בעייתיות של סטייה מתקדים), שופטים יתנהגו כשונאי סיכון ביחס לרווחים ומחפשי סיכון ביחס להפסדים ויגלו חוסר שביעות רב יותר מההפסדים שייגרמו מהסטייה מאשר שביעות רצון לרווחים הוהים בערכם המוחלט. הדבר מתבטא בעיית ההיצמדות.

תפיסת התקדים כנקודת הייחוס מסבירה אף את היותה של הפסיקה אינקרימנטלית ותלוית דרך במובן זה שלהחלטות שהתקבלו בעבר יש השפעה רבה על החלטות שמתקבלות כיום והתפתחות המשפט תלויה בסדר שלפיו הסכסוכים מגיעים לבית המשפט. בהקשר זה יש משמעות רבה לתובנה של הניתוח ההתנהגותי, שלפיה להקצאה הראשונית של המשאבים יש חשיבות, שכן התקדים הוא "המקום" שבו הציבה שיטת המשפט את המשאבים הראשוניים, ולכן הוא מהווה את נקודת הייחוס שמתייחסים אליה פסקי הדין המאוחרים יותר. דרך

התייחסות פסקי הדין המאוחרים לקודמים מתוארת באמצעות יוריסטיקה המכונה case based decisions, ואשר עניינה רציונליזציה ממקרים קודמים והתקדמות בצעדים קטנים באופן המאשש אף את המודל האינקרימנטלי של לינדבלום לקבלת החלטות סדרתיות. אם כן הניתוח ההתנהגותי מסביר אף הוא מאפיינים שעמדנו עליהם כבר בפרקים הקודמים, כמו בעיית ההיצמדות בפסיקה והיותה של הפסיקה אינקרימנטלית ותלוית דרך. מאפיינים אלו יודגמו בפרק הבא באמצעות ניתוח התפתחותה של הלכת ההבטחה המינהלית.

### ו. בעיית ההיצמדות לתקדים – הדגמה

להדגמת בעיית ההיצמדות בחרתי לנתח את דוקטרינת "ההבטחה המינהלית" שפותחה לראשונה בג"ץ סאיי-טקס.<sup>350</sup> מוסד זה נוצר על ידי בית המשפט העליון "יש מאין" ו"עשה היסטוריה", שכן קודם לכן סירב בג"ץ להכיר בתוקף משפטי של הבטחות שניתנו על ידי רשות מינהלית מוסמכת, ובפסק דין שלעיל הוא ראה לראשונה בעצם קיומה של הבטחה מצד הרשות עילה להתערב ולצוות עליה לממש את שהובטחה.<sup>351</sup> כפי שאראה, ניתוח התפתחותה של הפסיקה בסוגיה זו מגלה מאפיינים טיפוסיים של היצמדות לתקדים החשוב, אך הבעייתי, שנקבע בג"ץ סאיי-טקס. היצמדות זו גררה אבחונים מלאכותיים של ההלכה וניסיונות התחמקות כאלה ואחרות ממנה, אך למרות ההיוון החוזר (feedback) הביקורתי, מעולם לא התנער בית המשפט ממנה. יתרה מזאת, ניתוח האזכורים מגלה את שני המאפיינים הטיפוסיים של בעיית ההיצמדות:<sup>352</sup> הדגשת ההיבטים שבאו לביטוי במסגרת ההחלטה המקורית (כגון חשיבות מתן ההחלטה על ידי בעל סמכות) והיעדר התייחסות למידע המרמז על שינויים, כולל שינויים משפטיים (כגון תחולת דוקטרינת הבטחות היחסית). בהקשר זה ייתען כי גם כאשר בית המשפט יכול היה להחיל את דוקטרינת ההשתק – שבינתיים התקבלה במשפט המינהלי – הוא ביכר להמשיך ולאבחן את ההלכה. התוצאה הסופית היא הלכה מורכבת וקשה מאוד לצפייה וליישום, ופסקי דין רבים וסותרים המחילים אותה. אלו תוצאות האופייניות למצבים של השפעת אפקט העלות השקועה.<sup>353</sup> בג"ץ סאיי-טקס ופסקי הדין המאוחרים לו מדגימים היטב את התפתחותה האינקרימנטלית ותלוית הדרך של הפסיקה.

#### 1. ההלכה הראשונית

בחוזר של משרד התעשייה והמסחר שהוצא ליצואנים הובטח להם סיוע מיוחד. בטרם המועד לקבלת המחצית השנייה של הסיוע, חל פיתוח של המטבע הישראלי באופן שהעלה את שער

350. בג"ץ 135/75 סאיי-טקס קורפוריישן בע"מ נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ל(1) 673 (להלן: בג"ץ סאיי-טקס). פסק הדין מופיע כאחד ממאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון במאמרם של שחר, גרוס וגולדשמידט (לעיל, הערה 98), בעמ' 249.

351. ראו שטיין (לעיל, הערה 40), בעמ' 261; יואב דותן, "הבטחה מינהלית לציבור", משפט וממשל ה (תש"ס) 465, בעמ' 472-473.

352. ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 22.

353. ראו לעיל, בעיקר הטקסט ליד הערה 48.

הדולר, דבר שעתידי היה להזרים כסף רב ליצואנים. בעקבות כך בוטלה ההעדפה המיוחדת של המפעלים הזכאים. העותרות, שנפלו בגדר המפעלים הזכאים על פי החוזר, טענו שזה שולל מהן "זכויות מובטחות". השופט ברנזון אכף על משרד התעשייה והמסחר את קיום ההבטחה וקבע את ההלכה הבאה:

הבטחה שניתנה על ידי בעל שררה בגדר סמכותו החוקית בכוונה שיהיה לה תוקף משפטי והצד השני מקבל אותה בצורה זו, ההגנות הציבורית דורשת שההבטחה תקיים הלכה למעשה, כאשר בכוחו של המבטיח למלא אחריה, אפילו לא שינה האזרח את מצבו לרעה בעקבות ההבטחה ... ובאין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה.<sup>354</sup>

מקובל לומר כי הלכה זו כוללת ארבעה מרכיבים, שבהתקיימם תחייב הבטחה של המינהל:<sup>355</sup> (1) ההבטחה ניתנה על ידי בעל הסמכות לתתה; (2) המבטיח התכוון לתת לה תוקף משפטי מחייב; (3) היא בת ביצוע; (4) אין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה.

## 2. ההיזון החוזר

הלכת סאי־טקס וכתה לכינוי "הלכה גורפת". כינוי זה, שניתן לה במסגרת ביקורת אקדמית,<sup>356</sup> אומץ על ידי הפסיקה ואפייץ את ההתייחסות הברורה אליה, כפי שעלתה מאמרות אגב רבות של שופטים.<sup>357</sup> בפסיקה אף דובר על הצורך לסייג את ההלכה,<sup>358</sup> ואכן "כמעט כל מלה שיצאה מפיו של השופט ברנזון בפרשת סאי־טקס קיבלה פירוש 'נורמטיבי' בפסיקה מאוחרת

354. בג"ץ סאי־טקס (לעיל, הערה 351), בעמ' 676.

355. שטיין (לעיל, הערה 40), בעמ' 270; דותן (לעיל, הערה 352), בעמ' 466. אומנם, בהלכה קיים מרכיב נוסף שלפיו "הצד השני מקבל אותה [את ההבטחה] בצורה כזו", כלומר, כמחייבת. אך בדרך כלל בית המשפט לא ציין מרכיב זה. ייתכן כי בית המשפט מניח כי עצם הדבר שצד תובע בבית משפט קיום הבטחה מוכיח כי הוא קיבל את הבטחה, כאשר ניתנה לו, כמחייבת. 356. ראו משה הנגבי, "חובת המדינה למלא את הבטחותיה", הפרקליט לא (תשל"ו-תשל"ז) 376, בעמ' 383. להתייחסות לביקורתו של הנגבי ראו גם שטיין (לעיל, הערה 40), בעמ' 263-264; דותן (לעיל, הערה 352), בעמ' 473.

357. ראו דברי השופט בכור בבג"ץ 640/78 קצאן את הרשטיג בע"מ נ' יושב־ראש הוועדה המקומית, פ"ד לד(2) 1, (להלן: בג"ץ קצאן את הרשטיג), בעמ' 8: "על ההלכה הנ"ל בצורתה הגורפת קמו עוררין"; דברי השופטת בן־עיתו בבג"ץ 282/80 אלון נ' המועצה המקומית נתיבות, פ"ד לה(1) 601, בעמ' 608: "לכל הדעות [ההלכה] הקיצונית ביותר מבחינת הקפדה על מילוי הבטחות, שניתנו לאזרח על־ידי הרשות או על־ידי בעל שררה"; דברי השופט שמגר בבג"ץ 778/79 זילברשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד לד(3) 356, בעמ' 363: "הקביעה הרחבה הזאת"; דברי מ"מ הנשיא לנדוי בבג"ץ 250/78 אביוב נ' שר החקלאות, פ"ד לב(3) 742 (להלן: בג"ץ אביוב), בעמ' 747: "דברים אלה בפרשת סאי־טקס גורפים מאוד".

358. ראו, למשל דברי השופט שמגר בבג"ץ 653/79 עזריאל נ' מנהל אגף הרישוי, פ"ד לה(2) 85, בעמ' 95; כן ראו דברי השופט י" כהן בבג"ץ 594/78 אומן מפעלי סריגה בע"מ נ' שר התעשייה, פ"ד לב(3) 469 (להלן: בג"ץ אומן), בעמ' 473-474.

יותר, ודבריו – כניסוחם המילולי – היו לפורמולה משפטית<sup>359</sup>. כפי שאראה, כמה ממרכיבי ההלכה מעוררים בעיות שהצדיקו את פתיחת הסוגיה מן היסוד, ואף ניתנים לפתרון באמצעות כלים אחרים הקיימים במשפט המינהלי. עם זאת, ההלכה ממשיכה להתקיים ואף לא אחד ממרכיביה בוטל בפה מלא.<sup>360</sup>

### 3. אבחונים, התחמקויות וסתירות

כל אחד מארבעת התנאים בהלכת סאי־טקט זכה לאבחונים ולהסתייגויות מאוחרות בפסיקה.

#### (א) בעל סמכות

כלל זה יוצר בעיה קשה במקרה שהאזרח מקבל מהרשות הבטחה בלתי מוסמכת, מסתמך עליה ולעתים אף משנה את מצבו לרעה.<sup>361</sup> חריג שהוזכר בפסיקה לכך שלהבטחה יש תוקף רק אם ניתנה על ידי הרשות המוסמכת לתתה, הוא "כלל הניהול הפנימי", שנשאב מדיני החברות. על פי חריג זה, במקום שיש למבטיח סמכות פונקציונלית לקיים את ההבטחה, בתנאי שיתקיימו הליכים פנימיים מסוימים בתוך הרשות, הרי שהנבטח רשאי להגיח שהליכים פנימיים אלה אכן התקיימו. שאלת חלותו של הכלל בסוגיית ההבטחה המינהלית הושארה בצריך עיון,<sup>362</sup> נידונה באמרת אגב,<sup>363</sup> וכנראה הוכרעה לחיוב בפרשת דשון.<sup>364</sup> עם זאת, מאחר שלא נאמרה אמירה ברורה בדבר תחולת הדוקטרינה והיקפה בהקשר המינהלי, קשה לומר שההלכה המקורית הדורשת סמכות וההסתייגויות המאוחרות, נותנות יחד תמונה ברורה של המצב המשפטי בסוגיה באופן המשרת את הוודאות והצפיות שההיצמדות לתקדים נועדה לשרת. ואכן לאחריה בעניין קלכמן<sup>365</sup> נדחתה עתירה של אלמנות טייסי מילואים כנגד הצבא, בין היתר מן הטעם שההבטחה שעל יסודה בוססה העתירה היא פעולה מחוץ לגדר הסמכות הנתונה לגורמי חיל האוויר שיוזמו את המהלך.<sup>366</sup>

359. שטיין (לעיל, הערה 40), בעמ' 266.

360. על פי מאמרם של שחר, גרוס וגולדשמידט (לעיל הערה 98), בעמ' 249, עד שנת 2000 בג"ץ סאי־טקס אוזכר בארבעים ושלושה פסקי דין של בית המשפט העליון. בדיקה מעלה כי בשנים 2000-2004 אוזכר פסק הדין בלפחות עוד שבעה פסקי דין של בית המשפט העליון.

361. שם, בעמ' 280.

362. ראו בג"ץ קצאן את הרשטיג (לעיל, הערה 358), בעמ' 8.

363. בג"ץ 69/70 חירם נ' שר הביטחון, פ"ד לה(4) 505, בעמ' 511.

364. בג"ץ 142/86 "דשון" כפר שותפי להתיישבות נ' שר החקלאות, פ"ד מ(4) 523 (להלן: בג"ץ דשון), בעמ' 528: "רשאית הייתה העותרת להניח כי כאשר יו"ר המועצה כותב בשמה של זו, חזקה עליו שהחלטה עברה כל ההליכים הנדרשים ועל פיהם נקבעו המכסות עליהן הודע רשמית".

365. ראו בג"ץ 585/01 קלכמן נ' הרמטכ"ל, פ"ד נח(1) 694 (להלן: בג"ץ קלכמן). נטען על ידי האלמנות כי כאשר בעליהן היו בחיים הם חתמו על טופסי תמימה על התחייבות לגיוס רטרואקטיבי לשירות קבע. דהיינו, ניתנה להם הבטחה על ידי הצבא שיוכר בהם לאחר מותם כטייסי קבע. להכרה רטרואקטיבית זו משמעות כספית.

366. שם, בעמ' 710-711.

ההיצמדות במקרה זה מתבטאת במתן משקל יתר לאינטרס שעמד ביסוד הפסיקה המקורית – עקרון החוקיות שלפיו אין הרשות מוסמכת לפעול אלא מכוח מה שהוענק לה בחוק;<sup>367</sup> ולהתעלמות מאינטרסים חשובים אחרים, כמו אינטרס הפרט המסתמך על החלטות הנחזות כמוסמכות, וכן האינטרס כי "לא יצא חוטא נשכר" – אינטרסים שלא זכו לדיון הולם בהלכה הראשונית, וההיצמדות אליה הובילה במידה רבה להזנחתם עד היום.<sup>368</sup> הדעת נותנת כי אילו בבג"ץ סאייטקס הייתה סוגיית הסמכות מעוררת בעיה, אוי גם ההלכה הייתה מוצגת באופן שונה, ה"עוגן" של המקרים העתידיים היה שונה, וכך גם ההתאמות הנעשות בהתייחס לנקודת המוצא. התוצאה היא היעדר פיתוח וניתוח של דרישת הסמכות מהבסיס, ומחסור שקיים עד היום בדוקטרינה הנותנת תשובה ברורה למצבים של "סמכות נחזית". ההיצמדות מתבטאת אף בהתעלמות מהתפתחויות משפטיות שחלו מאז קבלת ההלכה המקורית, שיכלו לסייע בהתמודדות עם הבעיה. כך למשל, נקבע כי במצב שבו הרשות מנסה ליהנות משפטית מהטאיה שלה (באמצעות העלאת טענה של חוסר סמכות) – בית המשפט רשאי להעריך את מידת הצדק על מידת הדין ולזקוף את חזקת תקינות המינהל הפעם כנגד הרשות, שתצטרך להרים את הנטל להפרכת ההנחה כי פעלה כדין.<sup>369</sup> זאת ועוד, בשנים האחרונות התפתחה דוקטרינת הבטלות (תוצאה) היחסית, שלפיה לא כל הפרה של כלל, אפילו אם היא חמורה, תביא לתוצאה של בטלות, ובידי בית המשפט אף שיקול דעת

367. ראו זמיר (לעיל, הערה 42), כך א, בעמ' 49.

368. היעדר דיון מספק בסוגיית הסמכות הנחזית בולט בייחוד בבג"ץ 1773/01 בלום נ' שר החקלאות, פ"ד (3) 320. בעניין זה טענו העותרים להכרה בזכותם לקבל הקצאה של מים שפירים בתעריף מוזל על בסיס הבטחה מינהלית שניתנה לטענתם על ידי מנכ"ל משרד החקלאות בהנחיית שר החקלאות. בית המשפט קבע כי הסמכות להקצות מכסות של מים לחקלאות נתונה לנציב המים לבדו, ולפיכך כל החלטה שנתן מנכ"ל משרד החקלאות אינה מהווה מעשה מינהלי מחייב. בהתאם לכך קבע בית המשפט כי יש להכריע בעתירה על פי המציאות הנורמטיבית שיצרו החלטות שניתנו על ידי נציב המים בלבד, והדגיש כי הבטחת השר או המנכ"ל לא יצרו כל אינטרס מוכר.

369. ראו למשל דברי השופט זמיר בע"א 1188/92 הועדה המקומית לתכנון ולבניה נ' ברעלי, פ"ד מט(1) 463, בעמ' 474-475: "יש נסיבות בהן טוב תעשה הרשות המינהלית אם תימנע מלהעלות בפני בית המשפט טענות מסוימות, אפילו יש להן יסוד כדין, אם אין הן מתיישבות עם עקרונות יסוד של מינהל תקין או סותרות באופן ברור את מידת הצדק ... זאת ועוד. בית משפט זה דן, בלשונו של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, 'בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק'. כך כלפי האזרח בריבו עם הרשות המינהלית: מידת הצדק גוברת לעתים על מידת הדין, כגון, כאשר עתירת האזרח לוקה בשיהוי או בחוסר נקיין כפיים. והאם לא כך גם כלפי הרשות המינהלית? הצדק אינו חד-סטרי. כשם שהוא עשוי לחסום טענה של האזרח, כך הוא עשוי לחסום גם טענה של הרשות ... ניתן להגיע לתוצאה זאת מטעם נוסף. הטעם נעוץ בחוקת החוקיות. חוקה זאת מניחה כי הרשות המינהלית פעלה כדין. מי שטוען אחרת, עליו הראיה ... אם חוקה זאת תופסת כלפי כל אדם, קל וחומר שהיא תופסת כלפי הרשות המינהלית. משמע, כאשר רשות מינהלית טוענת שהיא פעלה בניגוד לדין, ולכן אין תוקף להחלטתה, עליה הראיה".

להכיר בתוקפה של הפעולה חרף הפגם שנפל בה.<sup>370</sup> גם הפגם של חוסר סמכות גורר תוצאות שונות שאינן בהכרח בטלות מוחלטת על פי שיקול דעתו של בית המשפט שיתחשב בכלל נסיבות העניין.<sup>371</sup> לפיכך ההלכה שהבטחה שניתנה בחוסר סמכות היא תמיד חסרת תוקף, ראויה לבחינה מחודשת. ולבסוף, בית המשפט התעלם מדוקטרינת ההשתק שהתקבלה במשפט המינהלי.<sup>372</sup> תורה זו אוסרת התכחשות למצגים ולהבטחות פגומים, אם היו אלה מושא להסתמכות. הוסרת נותנת תוקף לפעולות משפטיות פגומות שבלעדיה היו ניתנות לביטול, דהיינו באמצעותה ניתן לעקוף את דרישת הסמכות.<sup>373</sup>

דומה כי התייחסות להתפתחויות המשפטיות שחלו מאז בג"ץ סאי-טקס יכולה הייתה למנוע את ההנמקה האומללה, שהבטחה שניתנה לטייסים (אלה שמלבד פקודה "בלתי חוקית בעליל" אמורים לבצע כל המוטל עליהם על ידי רשויות הצבא), היא הבטחה חסרת תוקף בשל חוסר סמכותן של הרשויות.

#### (ב) כוונה לתת תוקף משפטי

בית המשפט לא קבע כללים ברורים באשר למהות מבחן הכוונה, וניתן ללמוד על יישומו מאמירות שונות בפסיקה שהוא גידון בה<sup>374</sup> ומדרישה בפסקי דין אחדים כי ההתחייבות תינתן בלשון "מפורשת ושאינה משתמעת לשתי פנים".<sup>375</sup> מבחן זה היווה גם מקור לא אכזב

370. ראו זמיר (לעיל, הערה 42), בעמ' 683. רעיון הבטלות היחסית מקורו בצורך לרכך את הנוקשות של תוצאת הבטלות ואת השלכותיה הקשות, כמו למשל הפגיעה הנגרמת ליציבות ולביטחון המשפטי, בעקבות הכרזה של מעשים כלליים או אינדיווידואליים באופן רטרואקטיבי כבטלים, חרף העובדה שבוצעו פעולות בהסתמך על מעשים אלו. לקשיים שעוררה תפיסת הבטלות, ראו יואב דותן, "במקום בטלות יחסית", משפטים כב (תשנ"ד) 587, בעמ' 598-603.

371. ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד ג(1) 793, בעמ' 816; רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, בעמ' 687-688.

372. ראו ע"א 6996/97 חברת א.עבאדה בע"מ נ' רשות הפיתוח על-ידי מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נג(4) 117, בעמ' 123-124; בג"ץ 840/97 סבית נ' ממשלת ישראל, פ"ד נו(4) 803.

373. ליסודות תורת ההשתק ראו אריאל בנדור, תורת ההשתק במשפט המינהלי (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשנ"ד), 2; מאוסגר (לעיל, הערה 38), בעמ' 106-109.

374. בג"ץ אביוב (לעיל, הערה 358), בעמ' 747 (נקבע כי הודעה "בלשון מוחלטת, בלתי-מסויגת" – מלמדת על כוונה לתת תוקף משפטי); בג"ץ 49/83 המחלבות המאוחדות בע"מ נ' המועצה לענף החלב, פ"ד לו(4) 516, בעמ' 522 (הבעת דעה כללית ועקרונית בלבד בשיתת טלפון – אינה הבטחה מינהלית מחייבת).

375. בג"ץ 5941/91 החברה האמריקאית ישראלית לגז בע"מ נ' משרד האנרגיה, פ"ד מו(2) 806 (להלן: בג"ץ החברה האמריקאית ישראלית), בעמ' 813: "מקום שטוען העותר שרשות שלטונית התנתה והגבילה את סמכותה השלטונית הנורמטיבית, עליו להראות התחייבות מפורשת שאינה משתמעת לשתי פנים מצד אותה רשות שלטונית"; בג"ץ 580/83 אטלנטיק חברה לדייג וספנות נ' שר התעשייה, פ"ד לט(1) 29, בעמ' 36; ראו גם ע"א 394/82 מייזלר נ'

לאבחונים, לעתים מלאכותיים של הלכת סאי־טקס. כך למשל, בבג"ץ התאחדות בתי המלון בישראל,<sup>376</sup> נדחתה עתירה שהסתמכה על הבטחה שניתנה לעותרים להכיר בענף התיירות כענף מייצא לצורך תמריצים שונים. בית המשפט אבחן את הלכת סאי־טקס וקבע כי שם הובטח סכום קצוב לתקופה מסוימת, ואילו ההבטחה שניתנה למלונאים לא נקבעה בסכום מסוים.<sup>377</sup>

שאלה קשה, שהיוותה מקור לפסקי דין סותרים, היא היכולת לתת הבטחה בעלת תוקף משפטי בנושאים של מדיניות כלכלית. בבג"ץ אומן נקבע כי אין לאדם זכות קנויה כי מדיניות כלכלית מסוימת תימשך,<sup>378</sup> ודברים אלו צוטטו בהסכמה בשורה של פסקי דין.<sup>379</sup> למרות זאת בבג"ץ דשון,<sup>380</sup> לאחר ציטוט ההלכה האמורה,<sup>381</sup> חויבה הרשות לקיים הבטחה בנושא של מדיניות כלכלית (הקצאת מכסות ייצור). הבלבול נובע במידה רבה מכך שההלכה בבג"ץ סאי־טקס התייחסה לעובדות קונקרטיות שעסקו, למעשה, בהנהיגות מדיניות כלכליות.<sup>382</sup> לאור זאת, יש הטוענים כי ספק אם בפועל הייתה בעניין סאי־טקס הצדקה לראות הבטחה מינהלית מחייבת, ועל כל פנים לו יושמו קביעות פסק הדין כפשוטן הייתה כל החלטת מדיניות שגרתית הופכת להבטחה מינהלית מחייבת, והכלל היסודי שרשות מינהלית רשאית לשנות את מדיניותה בכל עת, היה מבוטל.<sup>383</sup> אכן בעקבות פסק הדין הוצף בית המשפט בשורה של עתירות של גורמים כלכליים שניסו לכפות על רשויות מינהל להימנע משינוי מדיניות בתחומים שונים. העתירות נדחו ברובן תוך שבית המשפט ביקר את

המועצה המקומית נשר, פ"ד לז(4) 42, בעמ' 48 (שם נאמרו הדברים בהקשר של פרשנות חוזה שלטוני); בג"ץ 856/83 לידור נ' שר האוצר, פ"ד ל"ח(1) 602, בעמ' 610 (שם נאמרו הדברים בהקשר לסמכויות חקיקה מינהליות).

376. בג"ץ 534/75 התאחדות בתי מלון בישראל ואח' נ' שר התיירות, פ"ד ל(1) 837.

377. "ההבדל היסודי בין עניין סאי־טקס, לבין ענייננו הוא אפוא ששם ניתנת הבטחה מפורשת בסכום קצוב לתקופה מסוימת ובית־משפט זה מצא כי מן הראוי לתת תוקף להבטחה זו; ואילו כאן לא הוכחה הפרת הבטחה, העותרת הראשונה בעצמה השלימה במשך תקופה ארוכה עם הסדרים שונים ומשתנים לעניין תשלום התמריץ, כפי שהצדיק שינוי העתים מדי פעם, ונשוא העתירה כולו אינו מתאים להכרעה שיפוטית, כי לא במתן תוקף לזכויות אנו נדרשים לפסוק כאן אלא באיוון אינטרסים לחלוקה זו או אחרת של 'העוגה' התקציבית, על רקע המצוקה התקציבית הקיימת כיום יותר מאי־פעם" (שם, בעמ' 840).

378. לעיל, הערה 359, בעמ' 474-475.

379. ראו למשל, בג"ץ 198/82 מוניץ נ' בנק ישראל, פ"ד לו(3) 466, בעמ' 470; בג"ץ 5018/91 גדות, תעשיות פטרוכימיה בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(2) 773, בעמ' 780; בג"ץ 402/89 ההתאחדות לכדורגל בישראל נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד מג(2) 179, בעמ' 182.

380. לעיל, הערה 365.

381. שם, בעמ' 529.

382. דובר בחוור מנכ"ל משרד התעשייה והמסחר. זה מכשיר קלסי שבו הרשות מצהירה על מדיניותה כלפי היצואנים, כפי שהיא עומדת בשעה שהחוזר מופץ, וכל עוד לא יצא חוזר אחר להחליפו. ראו דותן (לעיל, הערה 352), בעמ' 474.

383. ראו דותן, שם, שם.

הקביעות של השופט ברנוון בבג"ץ סאיי-טוקס ואבחן אותן,<sup>384</sup> אך ההלכה התקדימית לא בוטלה והיא נותרה עומדת בעינה.

מרכיב "הכוונה לתת תוקף משפטי" הוא מרכיב מהותי ביותר בהלכה, והבעייתיות שיצר עקב היחס בין ההלכה הכללית לעובדות הקונקרטריות שעל בסיסן היא נקבעה, הצדיק את הגדרתה של ההלכה מחדש. בעיית ההיצמדות מודגמת כאן אפוא במלוא צעמתה, שכן השופטים המאוחרים ציטטו את ההלכה ונתלו במרכיבים "קלים" יותר שלה, המאפשרים את תחולתה (כמו קיומה של סמכות וקיומה של הבטחה), תוך אבחון מרכיב "קשה", המצדיק כשלעצמו את שינויה של ההלכה.

### (ג) יכולת קיום

באשר לתנאי זה מתעוררת השאלה אם מדובר אך ורק ביכולת משפטית<sup>385</sup> לקיים את ההבטחה, או שמה גם ביכולת טכנית או תקציבית.<sup>386</sup> בדרך כלל, בפסיקה שבה נמצא חוסר יכולת לקיים את ההבטחה, הדבר נקשר עם התנאי הראשון בדבר חוסר סמכות ראשונית לתתה, דהיינו דובר בחוסר יכולת משפטית.<sup>387</sup> הדגר הודגם לאחרונה בפסק הדין קלכמן, שבו דרשו אלמנות טייסי מילואים מרשויות הצבא לקיים הבטחה מינהלית.<sup>388</sup> השופטת פרוקצ'יה ראתה בנהול שעמד בבסיס הטענה להבטחה מינהלית (חתימה על טופסי התחייבות) פעולה מחוץ לגדר הסמכות, ומכאן הסיקה אף חוסר יכולת למלא אחר ההבטחה.<sup>389</sup> אשר לחוסר היכולת התקציבית, מקומו הטבעי של הריון בנושא זה הוא במסגרת התנאי הרביעי בדבר הצידוק לחזרה מן ההבטחה.<sup>390</sup> לא ברור אפוא הערך המוסף של הריון בתנאי בדבר "יכולת קיום" באופן עצמאי. דומה כי גם כאן הדבר נובע מההיצמדות להלכת סאיי-טוקס, ומה"ריטואל" שנוצר בדבר פירוט ארבעת המרכיבים של ההלכה ובחינת התקיימותם אחד לאחד.

384. ראו דותן, שם, בעמ' 474-475 והאסמכתאות המובאות על ידו.

385. כך למשל, דומה כי אין חולק שאם הרשות הבטיחה לפעול על פי חוק מסוים ובינתיים בוטל החוק המסמיך, הרי שההבטחה אינה בת ביצוע עוד ואין לה תוקף.

386. הנושא של חוסר יכולת תקציבית, עלה בבג"ץ 636/86 נחלת ז'בוטינסקי נ' שר החקלאות, פ"ד מא(2) 701, בעמ' 709, שבו הטיל ספק השופט וינוגרד אם בכוחה של המדינה לעמוד בהתחייבות הכספית שהיא נטלה עליה בשל מצבה הכלכלי, אך הוא נמנע מלהכריע אם יש במצב הכספי משום חוסר יכולת כדרישת התנאי בדבר יכולת הקיום, משום שהגיע למסקנה כי בכל מקרה אין מתקיים התנאי הרביעי שאין צידוק לשנות או לבטל את ההבטחה.

387. ראו למשל, בג"ץ 778/79 זילברשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד לד(3) 356 (שם דובר בהקצאת קרקעות והיתר להקמת תחנת דלק. ראש צוות ההקמה בקצרין נדרש להסכמות, לאישורים ולהיתרים של אגף השיקום, הוועדה הבין-משרדית, מינהל מקרקעי ישראל והוועדה האזורית לתכנון ולבנייה); בג"ץ 267/76 מגן נ' שר החקלאות, פ"ד לא(1) 634 (שם נשלח חוזר על ידי מי שאין בכוחו לאשר מועמדים להתיישבות ואין בכוחו לקיים את ההבטחה).

388. ראו, לעיל, הערה 366.

389. שם, בסעיף 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

390. ראו למשל, בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הביטחון, פ"ד כה(2) 449; בג"ץ החברה האמריקאית הישראלית (לעיל, הערה 376).

## (ד) אין צידוק חוקי לשנותה או לבטלה

סייג זה פורש בהרחבה, והכללים שנקבעו מכוחו מכונים "הלכת ההשתחררות". על פי הלכה זו, אם איוון האינטרסים יחייב סטייה מההבטחה, הרשות רשאית לסטות ממנה. במסגרת זו נשקלים אינטרס הציפייה ואינטרס ההסתמכות של הנבטח מול האינטרס בחופש הפעולה של המינהל, המייצג את טובת הציבור.<sup>391</sup> מטבעו של איוון אינטרסים, שהוא נערך באופן קונקרטי לגופו של העניין הנידון, ולכן אין בפסיקה תשובה היפה לכל המקרים,<sup>392</sup> וניתן רק להדגים את השימוש במבחן בפסקי הדין השונים שבהם הוא יושם.<sup>393</sup> מדובר אפוא בתנאי שמטבע הגדרתו מתקשה לשרת את הוודאות והצפיות המצופים מהלכה תקדימית. אך כפי שאראה, גם לגבי סיטואציות קונקרטיות קיימת חוסר אחידות בפסיקה, באופן שקשה גם לומר כי התקדים בסוגיה זו משרת את עקרון השוויון.

ניקה לדוגמה את השאלה האם ניתן לאכוף על הרשות לבצע הבטחה שניתנה לפלוני בניגוד לעקרון השוויון; או במילים אחרות, האם הפרת עקרון השוויון מהווה צידוק חוקי לסגת מהבטחה, אף על פי שההבטחה עצמה ניתנה בסמכות. בהקשר זה קבע השופט שלמה לויז בעניין מצגר,<sup>394</sup> כי עצם הדבר שהבטחה ניתנה בניגוד להנחיות מהווה שיקול כבד משקל התומך בהתנערות מן ההבטחה. גם השופטת פרוקצ'יה בעניין קלכמן ראתה צידוק חוקי באי-קיום ההבטחה הגלומה בטפסים שהיו נהוגים בחלק מבסיסי חיל האוויר, בין היתר בשל הפגיעה בעקרון השוויון.<sup>395</sup> לעומת זאת, בעניין מרדי<sup>396</sup> קבע השופט זמיר, כי כאשר ההנחיה המינהלית עשויה להגיע כדי הבטחה מינהלית, הרשות חייבת לקיים בדרך כלל את ההבטחה, והיא רשאית להשתחרר ממנה רק בתנאים מסוימים.<sup>397</sup>

בעיית ההיצמדות גרמה לפסיקה המאוחרת להתמודד עם סוגיית הסטייה מההנחיות בהקשר של הבטחה מינהלית, במונחים של התנאי הרביעי בדבר צידוק חוקי לסטייה מההבטחה.<sup>398</sup> מאחר שתנאי זה פורש בהרחבה באופן שמאפשר לרשות להשתחרר מהבטחותיה במצבים

391. לסיכום ההלכה ראו בג"ץ 4383/91 שפקמן חיים נ' עיריית הרצליה, פ"ד מו(1) 447, בעמ' 455-454.

392. ראו דברי השופט בך בע"א 433/80 נכסי י.ב.מ. ישראל בע"מ נ' מנהל מס רכוש, פ"ד לו(1) 337, בעמ' 343-344.

393. כך למשל, בבג"ץ דשון (לעיל, הערה 365) לא התאפשר לרשות להשתחרר מהבטחה שנתנה בדבר מכסות לייצור פטימים בשל שינוי הנסיבות - ירידה בביקוש לפטימים; לעומת זאת בבג"ץ החברה האמריקאית הישראלית (לעיל, הערה 376), הותר לרשות לסגת מההבטחה שנתנה לחברות הגז שלא להטיל פיקוח על מחירי הגז, כיוון שעקב הסרת הפיקוח זינקו המחירים מעלה.

394. בג"ץ 903/87 מצגר נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מב(2) 773.

395. בג"ץ קלכמן (לעיל, הערה 366), בעמ' 715-718.

396. בג"ץ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה(4) 540 (להלן: בג"ץ מרדי).

397. שם, בעמ' 550. באותו המקרה לא נדרש העניין להכרעה משום שנקבע שגם אם ניתנה הבטחה, הייתה ההבטחה מסויגת באופן שאפשר שיגוי וסטייה.

398. ראו גם הדין בבג"ץ 715/89 שריג נ' שר החינוך והתרבות (לא פורסם) שם נקבע כי הבטחה שניתנה במסגרת סטייה לגיטימית ממדיניות היא תקפה.

רבים, נוצר מצב שהעובדה שהבטחה ניתנה בניגוד להנחיות (דהיינו, תוך פגיעה בשוויון) יכולה להוות עילה להשתחררות. הדבר מנוגד להלכה המתירה סטייה מהנחיות, למהותן של ההנחיות כנורמות גמישות, ואף למידת הצדק, שהרי ניתן לטעון כי העובדה שניתנה לפלוני הבטחה מהווה כשלעצמה צידוק לסטייה מההנחיות הכלליות. ואכן הלכה פסוקה היא כי לא זו בלבד שרשות רשאית לסטות לעתים מהנחיות מינהליות אלא במצבים מסוימים היא אף חייבת לעשות כן.<sup>399</sup> בעיית ההיצמדות גררה אפוא את הרטוריקה של דיון על פי תנאי סאי-טקס, בסוגיה שאינה מתאימה לכך. מאחר שהפסיקה בסוגיה זו רחוקה מלהיות חדר-משמעותי, הרי שהיצמדות זו בוודאי אינה משרתת, לא את הוודאות ולא את השוויון.

#### 4. ההלכה עומדת בעינה

למרות כל ההסתייגויות, האבחונים וההתחמקויות של בית המשפט מהלכת סאי-טקס, הלכה זו, על ארבעת מרכיביה, עומדת בעינה ומצוטטת<sup>400</sup> גם בפסיקה העכשווית.<sup>401</sup> דומה שזה מקרה קלסי להלכה שהפכה עם השנים להיות חלק מוסדי-מְכַנֵּי של בית המשפט.<sup>402</sup> כל

399. ראו בג"ץ 10/79 הורמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ג לג(3) 60, בעמ' 65; ראו גם דותן (לעיל, הערה 39), בעמ' 136-138.

400. באשר לנטייתו של בית המשפט העליון לצטט אסמכתאות (להבדיל מאזכורן ללא ציטוט), מעניין לציין כי ממחקרם של שחר, הריס וגרוס (לעיל, הערה 118) עולה כי קיימת מגמה מתונה של עלייה במשך השנים. המחברים מסיקים ממגמה זו בצידוף המגמה הכללית של גידול בנטייה לאזכר אסמכתאות, כי בהנחה שציטוטה של אסמכתה מגדיל את נפחה הפיזי, גדל במשך השנים גם מספרן של האסמכתאות בפסק אופייני וגם נפחן הפיזי; ובהנחה שציטוטה של אסמכתה מעיד במקצת על עומק השפעתה, בין על ההחלטה ובין על ההנמקה, גדל במשך השנים לא רק מספרן של האסמכתאות אלא גם עומק השפעתן. ראו שם, בעמ' 184-188.

401. ראו למשל בג"ץ מרדי (לעיל, הערה 397), בעמ' 550; בג"ץ 4915/00 רשת חברת תקשורת והפקות נ' ממשלת ישראל, פ"ד נד(5) 450, בעמ' 477.

402. השוו דבריו של שחר בדבר חשיבות הלכידות בבית המשפט העליון (לעיל, הערה 83), בעמ' 161: "אני מאמין כי כלי שלטון הכרחי ... בידו של בית המשפט העליון הוא לכידותו, דהיינו כוחו ליצור עמדה מוסרית אפקטיבית ולשמור עליה באמצעות משמעת וריסון פנימי". שאלה מעניינת היא אם ניתן לומר שבית המשפט "מפגר" כאן אחר ההתפתחויות החברתיות. לקשר בין התפתחויות משפטיות וחברתיות ולדעה כי אין מדובר ב"פיגור" אלא באינטראקציה מתמדת בין החברה והמשפט, ראו: Lawrence M. Friedman and Jack Landinski, "Social Change and the Law of Industrial Accidents", 67 Colum. L. Rev. (1967) 50, p. 73: "... there are explanations why no change or slow change occurs. The legal system is a part of the total culture; it is not a self-operating machine. The rate of response to a call of change is slow or fast in the law depending upon who issues the call and who (if anybody) resists it ... Legal change, like social change, is a change in behavior of individuals and groups in interaction. The rate of change depends upon the kind of interaction. To say that institutions lag is usually to say no more than that they are slow to make changes of a particular type. But why are they so? Often the answer rests on the fact that this

מקרה המערב בצורה כלשהי הבטחה שניתנה על ידי רשות מינהלית מסווג מיד כדורש בדיקה על פי מבחני ההבטחה המינהלית,<sup>403</sup> ובית המשפט מונה את מרכיבי ההלכה ובודק אותם אחד לאחד במעין ריטואל קבוע. לכך יש להוסיף את העובדה שההלכה כשלעצמה נחשבת כמבטאת "תחושה נעלה של צדק מינהלי" בהעניקה הגנה לאינטרסים של הפרט.<sup>404</sup> אכן הלכתו של השופט ברנזון היא ללא ספק "יצירת מופת" מבחינת היכולת לנסח הלכה משמעותית וחדשנית במשפט קצר ותמציתי. זו אף הלכה שהיגיון רב ביסוד המניע שלה – להגן על אינטרס ההסתמכות והציפייה של פרט שקיבל הבטחה מרשות מינהלית. אלא שכפי שנוכחנו לראות, ההיצמדות למרכיבי ההלכה גררה מתן דגש מופרז להיבטים שבאו לביטוי בהלכה המקורית (כגון עקרון החוקיות במסגרת התנאי הראשון של הסמכות) ולהזנחת עקרונות חשובים אחרים (כגון מניעת הרשות מלעשות רווחים מהעלאת טענות בדבר חטאיה שלה עצמה). יתרה מזאת, ההיצמדות גררה התעלמות מדוקטרינות חדשות במשפט (כמו בטלות יחסית והשתק), שתחת יישומן ביכר בית המשפט לאבחן את ההלכה המקורית ולהסתייג ממנה.<sup>405</sup>

הפסיקה הענפה והמורכבת שנוצרה מהאבחונים (שחלקם מלאכותיים) להלכה הראשונית, יצרה מצב משפטי שאינו משרת, לא את עקרון הוודאות והציפיות ולא את עקרון השוויון שאותם אמור עקרון התקדים לקדש. פסיקות סותרות בסוגיות כגון הבטחה בנושא של מדיניות כלכלית או הבטחה הסוטה מהנחיות מינהליות גורמות במידה רבה ל-"unworkability" של ההלכה.<sup>406</sup> עם זה, סטייה מההלכה במקרה זה לא תפגע בציפיות, שכן עניינו של הציבור בהסתמכות על הבטחות מינהליות ולא בהסתמכות על הכלל המשפטי החולש על הבטחות אלו. לא זו אף זו, הציבור רק יצא נשכר מהרחבת ההגנה באמצעות שיפור הכלל המשפטי

institutions are controlled by or respond to groups or individuals who are opposed to the specific change"

403. לכך כי קטגוריזציה היא תלוית דרך, ראו: Hill (לעיל, 171), בעמ' 8.
404. הנגבי (לעיל, הערה 357), בעמ' 383; שטיין (לעיל, הערה 40), בעמ' 264; דותן (לעיל, הערה 352), בעמ' 473.
405. השוו למה שמוחה על ידי Heiner (לעיל, הערה 59), בעמ' 255 כ-"type 1 error". המחבר מסביר כי דוקטרינת התקדים היא חלק ממכניזמים שפותחו, ואשר באמצעותם השופטים מקלים על עיבוד כל המידע ואומדן כל החלופות על ידי צמצום המידע שהם משתמשים בו. הבעיה היא שנוצר מצב של התעלמות מהחלטות אופטימליות שהיו מתקבלות בהינתן ההתחשבות במידע נוסף. טעות זו מובילה לעיכוב ההסתגלות לתנאים משתנים, אף על פי שלהסתגלות זו יש פוטנציאל להביא לשיפורים משמעותיים.
406. פקטור ה-"workability" של ההלכה דורש מבית המשפט לבחון, בין היתר, האם התקדים גורם נזק לקוהרנטיות ולעקביות של המשפט. הדבר מצריך את מקבל ההחלטות להיות מודע להיוון החוזר שהתקבל על התקדים וליישומו בפסיקה המאוחרת. ראו: Gely (לעיל, הערה 14), בעמ' 141-140.
407. דומה שגם לכאן יפים דברי השופט ברק בבג"ץ אפרת (לעיל, הערה 177), בעמ' 797: "עניין לנו באופן הפעלת סמכות שלטונית, אשר כתוצאה משינוי ההלכה לא תוטל, מהד גיסא, כל מעמסה נוספת על הציבור או על פרט, ומאידך גיסא, יורחבו זכויות אדם".

החולש על הסוגיה.<sup>407</sup> תקדים סאי-טקס הוא, אם כן, הדגמה לאפקט העלות השקועה. פסקי הדין המאוחרים לו מאששים את המודל האינקרימנטלי של לינדבלום להתמודדות עם העלות השקועה. כל החלטה מהווה מעין נדבך, תוספת שולית, לנדבכים קודמים, "החלטה מן הענפים". אך מאז בג"ץ סאי-טקס לא הייתה "החלטה מן השורש", דהיינו החלטה המתחילה תהליך של קבלת החלטות מן היסוד, שמטרתה לטפל בבעיה של מדיניות חדשה בהקשר של הבטחה מינהלית.

## ז. סיכום ומסקנות

אמנם המונח "עלות שקועה" לקוח מתחומים חוץ-משפטיים, אך יש בו להאיר את התופעה ששופטי בית המשפט העליון מייחסים משקל כה רב לתקדימים, הגם שאינם מהויכבים לדבוק בהם ואפילו אינם מונחים על ידם. הגיתוח הכלכלי הפוזיטיבי של תאוריית התקדים, המייחס לשופטים התנהגות רציונלית, מתעלם מאפקט העלות השקועה, שאינו אמור לקחת חלק בתהליך קבלת החלטות רציונלי, ובכך "מפספס" את בעיית ההיצמדות הנובעת מן העלות השקועה ואת מכלול המורכבות של הסוגיה. לפיכך מוצע להשתמש בתאוריות שפותחו במסגרת תורת קבלת החלטות במדעי הנדונה בהתייחס לאילוף החלטות העבר (הגורם לאפקט העלות השקועה), וכן בנייתוח ההתנהגותי של קבלת החלטות, שכן השופטים, כמו מקבלי החלטות אחרים, נתונים להטיות ופועלים על פי יוריסטיקות שיש בהן סטייה ממודל רציונלי טהור.

יתרון נוסף שיש לתאודיות ההתנהגותיות על פני התאודיות הכלכליות העוסקות בקבלת החלטות, היא היכולת ללמד במובן זה שהבנת הסטיות מההתנהגות הרציונלית מאפשרת לכוון את ההתנהגות האנושית.<sup>408</sup> אכן הגיתוח ההתנהגותי עדיין נמצא בראשית דרכו, ובין יתר השאלות שמתעוררות ושהתשובה עליהן עדיין אינה ברורה לחלוטין, היא עד כמה ניתן לטפל בהטיות קוגניטיביות ולמזער את השפעותיהן על ידי חינוך.<sup>409</sup> עם זאת אין ספק כי מודעות והכרה בבעיה מהווים חלק חשוב מההתמודדות איתה,<sup>410</sup> וגם אם לא ניתן לנטרל לחלוטין את אפקט העלות השקועה, יש לשאוף למזער את השפעתו, לא רק על ידי ניתוח

408. Einhorn (לעיל, הערה 412), בעמ' 269.

409. Sunstein (לעיל, הערה 4), בעמ' 9-10; עם זאת, ברור כי בקלות רבה יותר ניתן למזער באמצעות חינוך שימוש בהטיות שהן "כללי אצבע" מאשר לטפל בהטיות אחרות. ראו: Arlen (לעיל, הערה 277), בעמ' 1769. לביקורת על כך שהגישה ההתנהגותית אינה מספקת הסבר מספק לקבלת החלטות בתחום המשפטי, ראו: Samuel Issacharoff, "Can There Be a Behavioral Law and Economics", 51 *Vand. L. Rev.* (1998) 1729.

410. השוו: Guthrie, Rachlinski & Wistrich (לעיל, הערה 312), בעמ' 830: "A greater understanding of these cognitive processes can only improve the legal system, whereas ignorance can only undermine it".

411. השוו: Hillel J. Einhorn, "learning from experience and suboptimal rules in decision making", *Judgment Under Uncertainty* (Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky – eds., 1982) 268, p. 282: "The basic theme ... has been that outcome

התוצאות אלא אף על ידי ניתוח התהליכים המובילים אליהן.<sup>411</sup> נושא חשוב שיש לתת עליו את הדעת קשור אפוא לדרך שבה ניתן לכוון שופטים באופן שיוביל לנטרול ההטיות הנובעות מן העלות השקועה (de-biasing).<sup>412</sup> בהקשר הנידון, לדעתי, יש לזכור את הביטויים העיקריים של בעיית ההיצמדות ולנסות לתקוף אותם התקפה חזיתית. כך למשל, בכל מקרה על השופט לשאול את עצמה: האם ניתן דגש רב מדי להיבטים שבאו לביטוי בהחלטה המקורית? האם אין התקדים משמש "מסך עשן" לכך שחסר מידע לפתרון הבעיה? האם חלו שינויים שיכולים לשנות את נקודת המבט על הסוגיה?

למרות תרומתה של דוקטרינת התקדים לבעיית ההיצמדות, אין להתעלם מתפקיד חשוב שלה בשיטת המשפט, והוא קידום אמון הציבור בכך שבית המשפט הנו מוסד עצמאי, הכפוף רק לשלטון החוק ואינו משנה החלטות חדשות לבקרים כמו מוסדות פוליטיים. יתרה מזאת, השופטים אינם מקבלי החלטות "רגילים", והחלטותיהם משפיעות על אחרים. שופטי בית המשפט העליון בשיטת המשפט שלנו, אף יוצרים את הדין המחייב את בתי המשפט האחרים. המודעות לאפקט העלות השקועה אינה צריכה להוביל אפוא לביטול דוקטרינת התקדים אלא ליישומה במידה פחותה יותר של דווקנות.<sup>413</sup>

במסגרת הגמשת דוקטרינת התקדים ראוי לשים לב לכמה עיקרים: ראשית, על בית המשפט העליון להתייחס אל תקדימיו לא כאל מקור מחייב (במובן זה שחובה לפעול על פיו) אלא כמקור מנחה (במובן זה שחובה לשקול אותו). מכאן נובע העיקר השני, שסטייה מתקדים לא תוגדר עוד כחריג אלא כאפשרות שיש לשקול אותה במקרה הצורך. עם זאת, עיקר שלישי הוא שמשקלו של התקדים רב יותר משל מקורות תוכן משכנעים אחרים במובן זה שחובה לשקול את התקדים גם אם בסופו של דבר יוחלט שלא להחילו – בעוד מקורות תוכן משכנעים אחרים (כגון כתיבה אקדמית) אין חובה לשקול.<sup>414</sup> רביעית, על בית המשפט לשקול בכל מקרה האם הנימוקים בדבר ודאות ויציבות הדין אכן קיימים במקרה הקונקרטי, או שהם משמשים מס שפתיים להיצמדות לתקדימים. לעניין זה, לדעתי, אין לאמץ הבחנות נוקשות וראוי שבית המשפט יבחן לגופו של עניין האם אכן מדובר בכלל שקיימת עליו הסתמכות שיצרה ציפיות, או שמא מדובר בכלל ששינויו ייטיב עם המקרה הקונקרטי כמו גם עם הציבור בכללותו. במילים אחרות, על בית המשפט לבחון האם ההיצמדות לכלל היא רציונלית, במובן זה שהיא באה לשרת שיקולים עתידיים או שהיא נובעת מעצם קיומו של הכלל. ולבסוף, במצבים של התנגשות קשה בין שתי המטרות הראשוניות של השופטים

information, without knowledge of task structure, can be irrelevant for providing self-correcting feedback about poor heuristics"

412. למחקר שעסק ב-de-biasing של שתי הטיות ספציפיות (hindsight bias; overconfidence), ראו: Baruch Fischhoff, "Debiasing", *Judgment Under Uncertainty* (Daniel Kahneman, Paul Slovic and Amos Tversky – eds., 1982) 422.

413. השוו דבריו של הלורד Denning בספרו (לעיל, הערה 77), בעמ' 314: "All that I am against is its [the doctrine of precedent] too rigid application – a rigidity which insists that a bad precedent must necessarily be followed"

414. בכך תאומץ הבחנתו של גנז (לעיל, הערה 63).

בדבר השגת הצדק הקונקרטי והכוונת ההתנהגות, על בית המשפט לשקול היטב עד כמה הוא מוכן לקבל תוצאה תת־אופטימלית מבחינת המקרה הקונקרטי על מזבח הוודאות. אכן, "צדק" ו"משפט" אינם זהים בהכרח, אך השאיפה צריכה להיות לצמצום מקסימלי של הפער. דבקות לתקדים גם במצבים שבהם הצדק הקונקרטי דורש אחרת תורמת להרחבת הפער האמור ואף לאבדן אמון הציבור במערכת המשפט – ערך שדוקטרינת התקדים אמורה לקדם. אכן הדרישה לקוהרנטיות במונח זה שמקרים דומים יטופלו באורח זהה נראית כשלעצמה דרישת מינימום של מערכת רציונלית. ואולם יש לזכור כי קוהרנטיות היא אכן אידיאל חשוב אך אינה המרכיב היחיד בתנאי הצדק, ושיטה לא קוהרנטית עדיפה על שיטה קוהרנטית בלתי צודקת.<sup>415</sup>

415. ראו: Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade and Ilana Ritov, "Predictably Incoherent Judgments", 54 *Stan. L. Rev.* (2002) 1153, p. 1203: "Coherence is important; it seems to be a minimum requirement of rationality. But coherence is not a trumping value, and a system displaying incoherence may well be better than one that is coherent but pervasively unjust"