

עוד על אי הוודאות המשפטית בעידן של ימנו / עו"ד מאיר שריקי

בימים אלה בהם קהילת עורכי הדין בישראל מצרפת לשורותיה מידי שנה אלפי חברים חדשים, אני נזכר בערגה בימים עברו, בהם מנתה לשכת עורכי הדין כ-4,000 חברים, ועוד חקוק בזיכרוני המעמד המרגש שהתקיים לפני כ-37 שנים (1978) בבנייני האומה בירושלים, בטקס חלוקת תעודות ההסמכה במעמד נשיא בית המשפט העליון דאז השופט יואל זוסמן וראש הלשכה דאז עו"ד זאב טוניק. בחיל וברעדה לחצנו את ידיהם, עת עלינו (כולנו) אל במת הכבוד לקבלת התעודות הנכספות, לאחר ארבע שנות לימוד מפרכות באוניברסיטה, ובנוסף להן עוד שנתיים של התמחות.

ללא ספק, היו אלה ימים אחרים. ימים שבהם למעמדו של עורך הדין בקהילה העסקית והמשפטית היה מקום של כבוד ויקר. עורכי הדין, ובפרט אלה מאזור המרכז, הכירו לרוב איש את רעהו, והיחסים התאפיינו בכבוד הדדי ובקולגיאיות מקצועית, שהשליכה גם על העשייה המשפטית הן בתוך אולמות בתי המשפט והן מחוצה להם.

היו אלה ימים של טרום עידן המחשב, בהם בכל משרד נשמעו תקתוקי מכונות ההדפסה הכדוריות של IBM, שהדפיסו בלי הרף חוזים וכתבי טענות בנייר פוליו, עם נייר קופי כמספר העותקים הנדרשים, תוך שימוש נרחב בנוזל הפלא **טיפקס**, מלאכה שארכה לא פעם ימים שלמים, כדי להפיק הסכם ראוי לשמו, ולאחר שבוצעו בו תיקונים הלוך ושוב עד להשלמת המלאכה שסללה את הדרך לחתימה המיוחלת עליו.

היו אלה ימים שבהם החלה להתעצב החקיקה האזרחית בישראל, ובכלל זה חוקי החוזים למיניהם, והלימוד היחידי של הסוגיות המשפטיות שעמדו על הפרק נעשה מתוך כריכות התכלת של ספרי פסקי הדין (פ"ד) של בית המשפט העליון, כמו גם ספרי החוקים, קובצי התקנות וילקוטי הפרסומים. מלאכת החיפוש בפסיקה ובחקיקה נעשתה באופן ידני וסיזיפי, וארכה לעיתים ימים ואף שבועות, ובדיונים בבית המשפט הונחו על שולחן הפרקליטים כרכים עבי כרס של פסיקה וחקיקה, בנוסף לספרי מלומדים, לצורך הטיעון המשפטי והציטוט מהם.

אך מעל הכול, היו אלה זמנים של **וודאות משפטית**, וגיבוש עמדות והערכות משפטיות במקרה נתון, נעשה בהסתמך על פסקי דין ותקדימים של בית המשפט העליון, מבלי שריחפה בחלל אולם הדיונים עננת אי הוודאות והספק בתוצאה העתידה להתקבל. משעה שנבדקה לעומקה סוגיה משפטית בנושא מסוים, ומשעה שנמצא לה ביסוס איתן בתקדים ברור ומפורש בפסיקה של בית המשפט העליון, ניתן היה להניח, במידת מה של וודאות, כי תוצאת הדיון תעלה בקנה אחד עם התקדים, וכך נחסך מעורכי הדין הצורך להתפתל להסביר ללקוח את הדיסוננס שנוצר בין הערכת סיכויי התיק בשלב המוקדם שלו, לבין התוצאה שהתקבלה בפסק הדין, כמו גם תחושת האכזבה והתסכול הקשים של הלקוח מהתוצאה שהתקבלה בפסק הדין, לעומת הערכת סיכוייו בתחילת הדרך על-ידי פרקליטו לזכות במשפט.

הדברים שהובאו לעיל לא נועדו לשמש הקדמה לרשימה נוסטלגית על ימים שחלפו. לצורך זה יש להקדיש רשימה נפרדת. הקדמת דברים זו נועדה להמחיש את הקושי איתו מתמודדים עורכי הדין בהווה, בשאלת ה**וודאות המשפטית** כיום, לעומת זו ששררה בשלושת העשורים הראשונים לקום המדינה, שבמהלכם נשען המשפט הישראלי, בעיקרו של דבר, על עקרונות המשפט האנגלי, בטרם התרחש הניתוק הסופי ממנו בשורה של דברי חקיקה, שביטלו את הזיקה אליו, ואשר מאפיין עיקרי שלו היה הוודאות המשפטית, שיסודותיה היו נטועים מקדמת דנא, בהיסטוריה משפטית ארוכת שנים של בית הלורדים בממלכה הבריטית עוד בימיה של המאה ה-19.

כדי להמחיש את ההבדל בין עבר להווה בשאלת ה**וודאות המשפטית**, נספר כאן על פסק-דין שניתן לפני חודשים אחדים בבית המשפט לענייני משפחה בקריית-גת (תמ"ש 2641/09), במסגרתו נדונה תביעה של בן משפחה אחד, אשר הגיש בשנת 2009 תביעה נגד שאר בני משפחתו, ועתר לאכוף עליהם הסכם שנכרת בעל-פה, לפיו התחייבו בני המשפחה למכור לו את חלקם ביחידת משק חקלאי באחד המושבים באזור השפלה. במקרה זה טען התובע כי בפגישה שהתקיימה במשרד פרקליטו, בהשתתפות **חלק** מבני המשפחה, התגבש והשתכלל ההסכם האמור, ועל אף העובדה שלאחר אותה פגישה הוחלפו 4 טיוטות הסכם ביניהם, שבסופן לא נחתם ההסכם, הוא זכאי לקבלת צו האכיפה. טענות בני המשפחה כי לא השתכלל ולא התגבש כל הסכם כזה נדחתה, וכפועל יוצא מכך ניתן פסק דין שאכף עליהם את ההסכם, **'ועם זאת, על מנת להביא את העסקה לכדי גמר, הגעתי למסקנה כי על הצדדים להשלימה תוך 60 יום מיום מתן פסק דין זה. היה ומי מהצדדים לא יעמוד במועד זה, הרי שבאפשרות הצד הנפגע לעתור לקבלת סעד מתאים מבית המשפט בהתאם להוראות כל דין'**, כך פסק בית המשפט בדברי הסיום של פסק הדין.

על פסק הדין האמור הגישו בני המשפחה (המעוררים) ערעור לבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, ובו העלו שורה של טענות כלפי הקביעות בפסק הדין, אולם כבר עתה נקדים ונציין כי בית המשפט של ערעור הודיע בפתח הדיון, בלי אומר ובלי דברים, שאין בכוונתו להתערב בממצאי פסק הדין, והמליץ לצדדים בחום לחתום בו ביום על הסכם מכר, לצורך אישורו במסגרת הערעור. המעוררים אכן חתמו בחריקת שיניים על ההסכם, וזה אושר במסגרת פסק הדין שניתן בפשרה ע"י בית המשפט המחוזי.

אף על פי כן, ועל אף "הפשרה" שהושגה במסגרת הדיון בערעור, ונוכח ההערה המקדימה של הרכב השופטים לפיה יש בכוונתו לדחות את הערעור, מן הראוי להקדיש תשומת לב מיוחדת למספר טענות אותן העלו המעוררים בערעורם, טענות שהרכב הערעור הודיע כאמור כי יש בכוונתו לדחותן. בין יתר הטענות, העלו המעוררים שלוש טענות עיקריות:

(א) פסק הדין של בית משפט קמא ניתן באיחור ניכר, כ- 3 שנים לאחר שהסתיימה מסכת העדויות;

(ב) לא הייתה "גמירות דעת" מצד כל בני המשפחה למכור את חלקם במשק החקלאי לתובע;

(ג) לא הייתה "מסוימות" מספקת ונדרשת, כדי להגיע למסקנה לפיה השתכלל הסכם מחייב;

בשאלת **האיחור הניכר** במתן פסק הדין, טענו המעוררים כי לאור הזמן הרב שחלף מאז נשמעו העדויות האחרונות בבית משפט קמא, כ- 3 שנים קודם לכן, ועד למתן פסק הדין בחודש אוגוסט 2014, יש לבטל את פסק הדין של בית משפט קמא. המעוררים הוסיפו והדגישו כי בית משפט קמא לא הקדיש דברי הסבר בפסק דינו לאיחור שבמתן פסק הדין, ולאור הסתמכותו הרבה על עדותו המרכזית של התובע שנשמעה בפניו עוד כ- 4 שנים לפני מתן פסק הדין, תוך ציטוט נרחב בפסק הדין מעדותו, לא ניתן להסתמך עוד על עדות זו בשל ריחוק הזמן הרב שחלף מאז מסירתה ועד למתן פסק הדין. בעניין זה הסתמכו המעוררים על האמור בתקנה 190 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 לפיה **"בית המשפט הן בערכאה ראשונה ייתן החלטתו לא יאחר משלושים ימים לאחר תום הדיון"**. המעוררים הדגישו בערעורם, כי לא היה להם כל חלק באיחור במתן פסק הדין, שכן כתבי הסיכומים שלהם הוגשו במועדם, ולא הייתה כל הצדקה למתן פסק הדין בחלוף תקופה כה ארוכה ממועד מסירת העדויות, ואף ממועד הגשת הסיכומים לתיק בית המשפט.

בסוגיה זו של איחור ניכר במתן פסק הדין ע"י הערכאה הדיונית, ששימש לא אחת בפסיקת בית המשפט העליון עילה לביטול פסק הדין, הסתמכו המעוררים על הפסיקה שנקבעה בפס"ד ג'בור משנת 1974 (ע"א 322/74 פורסם בנבו), שקבע הלכה לפיה **"על השופט השומע את המשפט להזדרז במתן פסק הדין, אם לא מיד בתום הדיון, כי אז לפחות בהקדם האפשרי, כשהכול עוד טרי ושמור בזיכרונו, כדי למנוע את האפשרות של עשיית עוול או גרימת עיוות-דין לאחד הצדדים שלא בכוונה, כתוצאה משכחה, טשטוש או היסח הדעת עקב ריחוק הזמן בין כתיבת פסק-הדין ושמיעת המשפט... בנסיבות אלה נראה לנו כי הפגם של מתן פסק הדין באיחור כה רב (27 חודשים), כפי שקרה במקרה זה הוא כה חמור עד שאין להוציא מכלל אפשרות שאמנם נגרם בעטייו עיוות דין למערער, דבר הפוסל את פסק הדין כליל"**.

במקרה אחר שבו ניתן פסק-דין באיחור של 32 חודשים ממועד שמיעת עדות התובע, קבע בית המשפט העליון בפס"ד מונרוף משנת 1975 (ע"א 803/75, פורסם בנבו) כי **"השופט לא שעה לא לדברי בית המשפט העליון ולא להוראה המפורשת שבחוק המחייבת מתן פסק-דין לא יאחר מ-30 יום לאחר תום הדיון, ואם נהג כפי שנהגו בעניין ג'בור, לא יהיה מנוס, מטעם זה בלבד, מביטול פסק-הדין..."**

על אף הלכות ברורות ונחרצות אלה, שהיו מונחות בפני הרכב הערעור בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע, לא מצא הרכב השופטים הנכבד להקדיש ולו מילה אחת לסוגיה זו, מִשָּׁל לא נפל כל פסול במתן פסק הדין באיחור כה רב, ומִשָּׁל לא נדרש בעבר בית המשפט העליון לסוגיה זו מעולם.

מיותר לציין את מפת הנפש שנגרם למעוררים על ההתעלמות המוחלטת של הרכב הערעור מטענה כבדת משקל זו שעלתה בערעור, אך מעל כל זה, את התסכול העמוק של פרקליטי המעוררים, אשר סברו כי הסתמכותם על הלכות ברורות וחד משמעיות של בית המשפט העליון, בהן מצא לבטל בלא היסוס פסקי דין שניתנו באיחור, אף בנסיבות פחותות יותר ובתקופות איחור קצרות אף יותר מאלה שנדונו בערעור, ולמרבית הצער נמצא כי בנקודה זו ספג עיקרון הודאות המשפטית מכה אנושה.

בשאלת **העדר גמירות הדעת** טענו המעוררים, כי גם בסוגיה זו טעה בית משפט קמא, שכן לא הייתה מחלוקת על כך שבפגישה שהתקיימה בשנת 2009 במשרדו של פרקליט התובע, לא הייתה השתתפות מלאה של כל בני המשפחה, בעלי הזכויות במשק, ונעדרו ממנה שניים מבני המשפחה, ועל כן, נעלה

מספק כי לא ניתן לייחס למוכרים נעדרים אלה כל הסכמה למכירת המשק לתובע. בכך טעה בית משפט קמא שעה שקבע כי על אף היעדרותם של שניים מהמוכרים, התקיים יסוד גמירות הדעת במסגרת ההסכם שנקשר בעל-פה בפגישה זו.

מבלי להתעכב כאן על הסתירות הרבות שנמצאו בין עדויות התובע לבין שאר עדי התביעה מטעמו, נציין רק זאת כי בית משפט קמא לא ייחס כל חשיבות להיעדרם מהפגישה של אותם שניים מבני המשפחה, ואעפ"י כן, הוא מצא לקבוע בפסק-דינו כי התקיים יסוד גמירות הדעת למכור לתובע את המשק.

חומרה יתרה יש לראות גם בעובדה, כי אחת מבני המשפחה שנעדרה מהפגישה, הגישה תצהיר עדות ראשית מטעם הנתבעים, ובו הצהירה כי היא לא נטלה חלק בפגישה, היא לא הסכימה לאשר התרחש בה, ולא נתנה את הסכמתה למכירת חלקה במשק לתובע, לא מראש ואף לא בדיעבד. במועד שהיה קבוע למסירת עדותה, התייצבה מוכרת זו בבית משפט קמא כדי להיחקר על תצהירה, אולם כבר בתחילת העדות הודיע התובע לבית משפט קמא כי הוא מוותר על חקירתה. למרות זאת, ועל אף שלפי ההלכה הפסוקה (ע"א 296/82, נבנצאל נ' ג'רסי), יש לראות בנסיבות כאלה את תצהירה כעדות שלא נסתרה ולא הופרכה, התעלם בית משפט קמא מתצהירה של מוכרת זו, ובוחר לדבוק בקביעה כי אכן נקשר קשר חוזי מחייב בין התובע לבין המוכרים כולם במהלך אותה פגישה.

כידוע, יסוד מוסד הוא בדיני החוזים, כי תנאי לקביעה שיפוטית אודות היווצרות קשר חוזי מחייב בין שני צדדים הוא יסוד גמירות הדעת ע"י כל מי שהוא צד לחוזה, וחתימה על הסכם מהווה ביטוי עליון לגמירות דעת זו, ופסיקת בית המשפט העליון משופעת בדוגמאות לרוב. כך למשל קבע בית-המשפט העליון בפס"ד **בוטקובסקי** (ע"א 692/86, פורסם בנבו) כי **"הסכמת הצדדים להיפגש לצורך חתימה על חוזה מעמידה אותם בחזקתם, כי לא התכוונו להתקשר התקשרות חוזית מחייבת, אלא רק לאחר החתימה על החוזה"**. תקצר היריעה מלהכיל את כל האסמכתאות בפסיקה בסוגיה זו, ואף על פי כן, מצא בית משפט קמא לפסוק כי נוצר קשר חוזי מחייב בין כלל המוכרים לבין התובע-הקונה, והרי לנו קביעה שיפוטית המעלה תהיות קשות אודות הכרסום במידת ה**וודאות המשפטית** הנדרשת בסוגיית גמירות הדעת.

בשאלת **מסוימות ההסכם** שנכרת באותה פגישה טענו המערערים כי גם בסוגיה זו טעה בית משפט קמא שעה שקבע כי ההסכם שהתגבש במהלך אותה פגישה מסוים דיו, עד כי ניתן לאוכפו על הנתבעים, ובערעור אותו הגישו, הם הצביעו על הסתירה הפנימית שבה לוקה פסק הדין עצמו. המערערים טענו כי התובע עתר לאכוף עליהם הסכם בעל-פה, מבלי שמתקיים בו יסוד המסוימות, שהוא תנאי לאכיפת הסכם. המערערים הצביעו על כך שבית משפט קמא אכף את ההסכם מחד גיסא, אולם הורה לצדדים **"להשלימה תוך 60 יום מיום מתן פסק דין זה"** מאידך גיסא, ומכאן שהוא הותיר בידי הצדדים את המלאכה לגבש באופן סופי את תוכנה של העסקה נשוא ההסכם שנאכף, ובהעדר הסכמה – עומדת לכל צד הזכות לשוב ולעתור לבית משפט קמא, ואם כך הוא הדבר, **היש ביטוי טוב יותר מזה לעובדה כי אין בפנינו הסכם מסוים דיו !?**

לו היה מדובר בהסכם גמור, סופי ומסוים דיו, הרי שמלאכתו של בית משפט קמא הייתה מסתיימת בהכרזה על אכיפתו, ואולם, עצם העובדה שבית משפט קמא הותיר בידי הצדדים את מלאכת השלמתו וגיבושו של ההסכם, ומורה להם לשוב ולהגישו לאישורו, היא הנותנת כי אין מדובר כלל ועיקר בהסכם מסוים דיו, וממילא אין מדובר בהסכם אכיף או שניתן לאכיפה. בנסיבות אלה ניתן לומר כי הלכה למעשה, בית משפט קמא לא סיים את מלאכתו, ופסק דינו אינו מסדיר סופית את המחלוקות בין הצדדים ואינו מכריע סופית בזכויותיהם ההדדיות, ועוד מותיר לפתחו מחלוקות עתידיות ביניהם באותו עניין ממש, ומכאן קצרה הדרך לקביעה כי ההסכם נעדר את יסוד המסוימות, עד כי לא היה מקום לאכוף אותו על המוכרים בניגוד להלכה שנקבעה בפס"ד **קפולסקי** משנת 1973 (ע"א 649/73, פורסם בנבו).

תוצאת פסק דינו של בית משפט קמא, מצביעה איפוא על כשל אינהרנטי בסוגיית המסוימות, אך במבט רחב יותר יש לומר, כי מידת ה**וודאות המשפטית** יצאה חבולה אף היא. בעוד פסיקת בית המשפט העליון מצביה אמות מידה ברורות בשאלת המסוימות של החוזה, מצא בית משפט קמא לחרוג מהן באופן ניכר עד כי הוא הורה לצדדים להשלים את מלאכת גיבוש ההסכם ביניהם.

בוודאי ישאל הקורא הסביר, מה לנסיבותיו המיוחדות של המקרה המתואר לעיל, ולמסקנה כי נגרמה פגיעה אנושה לעיקרון ה**וודאות המשפטית**. המענה לתהייה זו מצוי בדברי ההקדמה לעיל, ולא בכדי עשינו שימוש ברשימה זו בפסקי דין ובהלכות מבית מדרשו של בית משפט העליון משנות ה-70 של המאה הקודמת, הלכות המשמשות נכסי צאן ברזל עד היום למשפטנים שבינינו. בהינתן הלכות מוצקות

אלה, ולו רק בשאלת האיחור הניכר במתן פסק הדין, שבוודאי אינו נתון לפרשנות סובייקטיבית, או להערכות של מהימנות עדים, נשאלת השאלה האם תוצאה כזו הייתה עומדת במבחן הביקורת השיפוטית בימי שפוט השופטים זוסמן, ברנזון, ויתקון, עציוני, שמגר ואחרים, ענקים בני דורם?! האם היה בנמצא בימים ההם שופט בערכאת ערעור, שהיה מעלה על דעתו להתעלם כליל מטענות כבדות משקל אלה ומודיע כבר בפתח הדיון על כוונתו לדחות את הערעור, אף מבלי לערר דיון בשאלות נכבדות אלה?! רוצים אנו לקוות כי שופטי ישראל עושים מלאכתם נאמנה, ומקדישים לכל סכסוך המובא לפתחם את מיטב זמנם וכישוריהם, ויחד עם זאת, מתגנב ללב חשש כבד, כי היסודות והתקדימים שהונחו ביסוד העשייה המשפטית בימים עברו מתכרסמים לנגד עינינו, ובכלל זה הוודאות המשפטית, עד כי לא ייוותרו עוד כלים בידי המשפטן הסביר לבצע את מלאכתו ולהעריך נכוחה את סיכויי לקוחו לזכות במשפטו, בהסתמך על תקדימים ברורים ומובהקים בעניינו, וכך יוצא שכרה של מלאכת השיפוט בהפסדה.

מסקנתנו העגומה לעיל אין בה כל חידוש, והיא העסיקה רבות את טובי המלומדים. כך פרופ' אהרון ברק בספרו **"שיקול דעת שיפוטי"** (בהוצאת פפירוס, תשמ"ז) ובספרו **"שופט בחברה דמוקרטית"**, הוא קובע כי **"שיקול הדעת השיפוטי מתקיים בגדרו של מתחם סבירות שיפוטית, המכיל כמה פתרונות שכולם סבירים"**, ובתוך כך הוא מכיר בקיומה של אי וודאות במשפט, וכך גם פרופ' מנחם מאוטנר במאמרו המאלף **"על אי-הוודאות במשפט"** (משפט וממשל, כרך ט' תשס"ו), המגיע אף הוא למסקנה כי **"עלינו להשלים עם כך שבמקרים רבים תוצאת ההליך השיפוטי שבו נתון אדם תהא עניין של אקראיות ומזל... חוסר הוודאות הוא אינהרנטי למשפט"**. ואם ארזי משפט אלה מכירים בקיומה של אי הוודאות במשפט, מה נאמר אנו אזובי הקיר!?