

תקדימים, טעויות וחמקנות חוקתיים:

העליונים האמריקנים בתנועה

ד"ר שוקי שגב*

עבור בלוג "איזונים ובלמים" של הפורום הישראלי למשפט וחירות

(א) הקדמה

1. ב-20 באפריל, 2020 פסק בית המשפט העליון האמריקאי בעניין **רמוס נ' לואיזיאנה**,¹ כי החוקה האמריקאית מעניקה לנאשם זכות למשפט מושבעים "פה אחד" – כלומר, שהזכות למשפט מושבעים מחייבת שהנאשם יורשע רק בהחלטה פה אחד, ושהצבעה אחת בעד זיכוי מונעת הרשעה. החלטה זו הפכה החלטה של בית המשפט משנת 1972 בעניין **אפודקה נ' אורגון**.² החלטת העליון האמריקני בעניין **רמוס** בעלת חשיבות לא רק לגבי זכויות נאשמים, אלא גם בנוגע לכוחם של תקדימים חוקתיים. השופטים האמריקנים נחלקו בחריפות בשאלה מתי ראוי לבטל הלכה שנפסקה ("להפוך תקדים") ומתי ראוי לגלות סובלנות לטעויות חוקתיות. הדיון בשאלת כוחם המחייב של תקדימים חוקתיים שב ועולה בשלוש השנים האחרונות בארה"ב, ולעיתים הוא חופף את החלוקה האידיאולוגית המוכרת של שמרנים וליברלים. בעניין **רמוס** המחלוקת חצתה קווים אידיאולוגיים ויצרה ברית מפתיעה של שישה שופטים שאינם בעלי ברית טבעיים (גורסיץ', ברייר, גינצבורג, סוטומיור, קאונו ותומס) מול שלושה (רוברטס, אליטו וקגן). אחזור לנקודה זו בהמשך.
2. דיון בדוקטרינת התקדים המחייב נשמע לאוזן הישראלית משעמם, זניח ובעיקר מיושן: מורשת השופטים הבריטים, שבאו לארץ ישראל במסגרת המנדט.³ מרבית בוגרי המשפטים הצעירים בישראל,⁴ ששכלם בראשם, הצליחו להימנע מללמוד אותה לעומק מעבר למה שנחנך על מנת לעבור את הבחינה בקורס הכרת המשפט הישראלי בתחילת לימודיהם בפקולטות למשפטים. יחסי הציבור הגרועים של דוקטרינת התקדים אינם מקריים והם, בין היתר, ביטוי למצבה העגום לאחר המהפכה, שהתחוללה במשפט הישראלי בשני העשורים האחרונים של המאה העשרים.⁵ בית המשפט העליון בתקופה הנ"ל, כותב פרופ' מני מאוטנר, "חרג באופן קיצוני מהעיקרון הראשון במעלה שלו העומד ביסוד פעולתו, היותו כבול על ידי תקדימי העבר",⁶ ו-"יצר שבר עמוק בתרבות המקצועית שלו המחייבת כבוד לתקדימיו, והמאפשרת שינוי של המשפט בדרך של עקב בצד אגודל בלבד".⁷
3. יתכן כי ניתן לזהות סימנים לשינוי ולשיקום דוקטרינת התקדים המחייב, כששופטי בית המשפט העליון ומשפטנים (במיוחד מהאגף הליברלי אקטיביסטי) מעוררים את הדוקטרינה

* ד"ר שוקי שגב הוא מרצה בכיר בבית הספר למשפטים האקדמית נתניה וכן חבר הוועדה המייעצת של הפורום הישראלי למשפט וחירות. ברצוני להודות למנדי ברנדלר, גיוני גרין, בקי הדמן-סמולנסקי, נוי לינביץ, מני מאוטנר, ישראל רוזנברג, שאולי שארף, ואורן תמיר על הערותיהם ועזרתם.

¹ ראו: Ramos v. Louisiana, 590 U.S. ____ (2020) (להלן: עניין **רמוס**).

² ראו: Apodaca v. Oregon, 406 U.S. 404 (1972) (להלן: עניין **אפודקה**).

³ ראו יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 161 (מהדורה שנייה, 2019); חיים שיין **הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי** 385–411 (תשס"ח); גד טדצקי "על הלכת התקדים המחייב" **מחקרים במשפט ארצנו** 92 (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט).

⁴ פעם המצב היה שונה ודוקטרינת התקדים המחייב והגלויה לה קיבלו מקום של כבוד בחינוך המשפטי, ראו: יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** ו' 17, 34--36 (תשע"א).

⁵ מנחם מאוטנר **הליברליזם בישראל: תולדותיו, בעיותיו, עלילותיו** 30–31 (2019).

⁶ שם, בע' 33.

⁷ שם.

מרבצתה.⁸ עם זאת, לא בטוח שמדובר ב-"חדשות טובות" למחנה המשפטי השמרני בישראל וייתכן השימוש בדוקטרינת התקדים יתועל לבלימת מהפכת הנגד השמרנית.⁹ יכול להיות, שבדומה למתרחש בסצנה החוקתית האמריקנית,¹⁰ **המשטר החוקתי בו אנו מתבוססים אינו משטר של תקדימים ולא משטר של העדר תקדימים, אלא משטר של שיקול דעת שיפוטי.**

4. מחד, משטר זה תואם ממילא את עיקרי בית המשפט המהפכני של שמגר וברק ויש לצפות כי המחנה הליברלי יגביר את השימוש הרטורי בתקדים המחייב על מנת להגן על תקדימי בית המשפט של שמגר וברק. השופט הליברלי-אקטיביסט ברצותו פוסק בהתאם לתקדימי העבר וברצותו הופך תקדימים, מכרסם בהם ומתעלם מהם או משתמש בהם כדי לנגח את השופטים השמרנים על כך שהם אינם נאמנים לשמרנות. מאידך, **המשטר הנוכחי מעניק הזדמנות למחנה השמרני לפיתוח דוקטרינה של תקדים, שתאפשר לשופטים שמרנים לסנון, להתעלם, לכרסם ובמידת הצורך להפוך תקדימים הנוגדים באופן קיצוני את תפיסת עולמם השיפוטית ואת המשטר החוקתי ששרר עד שנות השמונים.** את הדיון במתרחש במשפט הישראלי אדחה להזדמנות אחרת.

5. את המאמר אקדיש לבחינת הזירה האמריקנית, שמתאפיינת באתגר דומה: בית המשפט השמרני של רוברטס, שחלק ניכר משופטיו מעוניין להסיג לאחור תקדימים אקטיביסטים, שנקבעו על ידי בתי משפט קודמים ובמיוחד בתקופת בתי המשפט של הנשיאים וורן וברגר (1953—1969, 1969—1986).¹¹ תחילה אסביר לקורא הישראלי כיצד הפכה דוקטרינת התקדים לאחד משדות הקרב החשובים בין ליברלים לשמרנים במשפט החוקתי בארצות הברית (**פרק ב ופרק ג**). על רקע זה, אבחן את ההחלטה בעניין **רמוס** ואת הטקטיקות בהם השתמשו השופטים להתמודדות עם התקדים המחייב (**פרק ד**). על בסיס הדיון הנ"ל אפרט את הדרכים העומדות לפני השמרנים בישראל להתמודדות עם התקדימים האקטיביסטים של שמגר וברק (**פרק ה**).

ב) תקדימים והסצנה החוקתית האמריקנית

⁸ ראו בג"ץ 5769/18 פרו'פ' אמיתי נ' שר המדע והטכנולוגיה, פורסם בנבו (2019) העימות בין השופטים ג'ורג קרא ואלכס שטיין; בג"ץ 5124/18 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' שר האוצר, פורסם בנבו (2019) עימות בין השופטים עוזי פוגלמן ומני מזוז. ראו גם הוויכוח החרף שהתעורר בחודשים האחרונים בשאלה האם נהפכה ההלכה בע"מ א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995) על ידי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ, פורסם בנבו (2019). גיל ברניגר "דעה: העליון מטלטל את דיני החוזים בישראל: ביטל את 'הלכת אפרופים' גלובס (29.11.19); שחר בן מאיר "דעה: הבסטיליה לא נפלה והלכת אפרופים לא בוטלה" גלובס (1.12.19); חן מעניית "דעה: אפרופים חיה ובוטטת, אבל אולי נזרע זרע להלכה חדשה" גלובס (1.12.19); גבריאלה שלו ואפי צמח "דעה: אל תספידו את הלכת אפרופים – היא חיה קיימת ורלוונטית מתמיד" גלובס (24.2.20); דורון נחמיה "דעה: המחלוקת הפוליטית מאחורי סערת 'הלכת אפרופים' גלובס (1.12.19); מתן ברניר "העליון הבהיר: 'הלכת אפרופים' המנחה כיצד לפרש חוזים לא השתנתה" גלובס (19.4.20).

⁹ ראו למשל אפי צמח ועמרי בן-צבי "פרשנות חוזים: תיאוריה ופרקטיקה (בשולי ע"א 7649/18 ביבי כבישים עפר ופיתוח בע"מ נ' רכבת ישראל בע"מ)" משפטים נא (עתיד לראות אור 2020): "קשה שלא להבחין בכך שהשופט שטיין מתעלם באופן כמעט מוחלט מן הפסיקה והספרות האדירה שהצטברה... דווקא מי שמצדד בעמדה שמרנית ביחס לארגומנטציה משפטית צריך לבקר את השופט שטיין, שכן העמדה השמרנית מבקשת לכבד את פסקי הדין שניתנו בעבר הלא רחוק, בוודאי לא להתעלם מהם."

¹⁰ לטענה דומה בהקשר האמריקני העכשווי ראו: William Baude, *Precedents and Discretion*, 2019 SUPREME COURT REVIEW 313, 314 (2019). וויליאם בודו מעריך כי בבית המשפט של רוברטס דוקטרינת התקדים המחייב אינה רק יומרה, אלא מאפשרת שיקול דעת ושרירותיות.

¹¹ הציפיה כי בית המשפט של ברגר יהיה בעל נטייה משפטית שמרנית שתוביל למהפכת נגד התבדתה והוא נחשב על פי רוב כממשיך דרך של בית המשפט של וורן הגם שלא באותה עוצמה. ראו: Vincent Blasi ed., *THE BURGER COURT: THE COUNTER-REVOLUTION THAT WASN'T* (Vincent Blasi ed., 1983)

6. בניגוד לדעה רווחת, בית המשפט העליון האמריקני בראשות הנשיא ג'ון רוברטס אינו נוטה להפוך את תקדימיו.¹² עם זאת, בשלוש השנים האחרונות שבה ועולה מחלוקת חריפה בין שופטי העליון האמריקני באשר לקריטריונים להפיכת תקדימים חוקתיים: באלו מקרים ונסיבות ראוי להפוך תקדים.¹³ "דיבורים על תקדימים" מאפיינים לרוב בתי משפט הנמצאים בתנועה או בטרנספורמציה, כאשר שופטים המתנגדים לשינוי מעוררים ונאחזים בדוקטרינה על מנת למנוע אותו או למצער לעכבו.¹⁴ אבל לפני שצוללים לזיכרון לגופו, אסביר בקווים כלליים את דוקטרינת התקדים המחייב במשפט החוקתי האמריקני, שורשיה והלבטים המאפיינים אותה, ובחלק ג' גם אזהרה כמה "פילים" הנמצאים במרכז החדר של התקדימים החוקתיים האמריקנים. דיון זה נחוץ על מנת לקבל הבנה טובה יותר על טיב והיקף הוויכוח על תקדימים בארה"ב.

7. דוקטרינת התקדים המחייב ידועה במשפט האנגלו-אמריקני בביטוי הלטיני *stare decisis et non quieta movere*, שמשמעו "לעמוד לצד דברים שהוכרעו ושאינם מפריעים את השלווה" (ובקיצור *stare decisis*).¹⁵ משמעותו היא שהמקרה שלפני בית המשפט צריך להיות מוכרע באופן זהה או דומה למקרים אחרים שהוכרעו על ידי בית המשפט.¹⁶ ההצדקות השכיחות לדוקטרינת התקדים המחייב הן קידום יציבות, וודאות, יעילות והסתמכות.¹⁷ אבל גם יושרה, הגינות ושוויון בפני בית המשפט.¹⁸ במסורת המשפט האנגלו-אמריקני יש המזהים את דוקטרינת התקדים כאחד מהיסודות של שלטון החוק להבדיל משלטון האדם, ויש אפילו המאתרים את שורשי התקדים ברעיון החוק כשלעצמו.¹⁹ אם בית משפט יהיה חופשי להחליט מחדש אד הוק כל מקרה לגופו – לאור יתרונותיו וחסרונותיו – בלי קשר כיצד הוכרעו מקרים דומים אחרים בעבר, ההחלטה השיפוטית תלקה בשרירותיות ולמעשה לעולם לא נדע מה החוק אומר.²⁰

¹² ראו: SUPREME COURT DECISIONS OVERRULED BY SUBSEQUENT DECISION (Government Printing Office, 2017) <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CONAN-2017/pdf/GPO-CONAN-2017-13.pdf>; William Baude, *Precedent and Discretion*, 2019 SUPREME COURT REVIEW 313 (2019); Johnathan Adler, *The Stare Decisis Court?*, REASON: THE VOLOKH CONSPIRACY (July 18, 2018); BRANDON J. MURRILL, THE SUPREME COURT'S OVERRULING OF CONSTITUTIONAL PRECEDENT (Sep. 24, 2018).

¹³ לפסקי דין מלבד עניין רמוס, שידון להלן בפרק ג, בהם התעמת בית המשפט של רוברט עם דוקטרינת התקדים המחייב ראו: Knick v. Township of Scott, 139 S. Ct. 2162 (2019); Franchise Tax Board of California v. Hyatt, 139 S. Ct. 1485 (2019); Gamble v. United States, 139 S. Ct. 1960 (2019); Kisor v. Wilkie, 139 S. Ct. 2400 (2019); Janus v. AFSCME, 138 S. Ct. 2448 (2018); South Dakota v. Wayfair, 585 U.S. ___ (2018).

¹⁴ לעיתים השינוי המשפטי נובע משינויים פרסונאליים בהרכב בית המשפט, למאמר המאתר שינויים בדוקטרינת התקדים כפועל יוצא של חילופי גברא ראו לדוגמה יורם שחר "לכידות ובין-דוריות בבית המשפט העליון: הפוליטיקה של התקדים" מחקרי משפט טז 161 (2000).

¹⁵ ראו: James C. Rehnquist, *The Power that Shall be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution and the Supreme Court*, 66 B.U.L. REV. 345, 347 (1987).

¹⁶ שם. חשוב להבחין בהקשר זה בין דוקטרינת התקדים המחייב לבין דוקטרינת מעשה בית דין, הקובעת כי החלטה שיפוטית מחייבת את הצדדים לסכסוך לא רק במסגרת הדיון הנוכחי, אלא בכל הליך נוסף שבו תתעורר אותה שאלה. עיקרון מעשה בית דין נועד למנוע דיונים חוזרים באותה סוגיה עובדתית ומשפטית, ועל מנת לשים קץ לסכסוך ולהתדיינות. דוקטרינת התקדים המחייב קובעת כי כוחה המחייב של ההחלטה השיפוטית כנורמה כללית המחייבת במקרים אחרים ובין בעלי בית דין אחרים. ראו אנגלרד, לעיל 3, בע' 160.

¹⁷ שם. ראו גם מיכל טמיר "עלותו השקועה של התקדים" דין ודברים א 211 (2005).

¹⁸ במילותיו של השופט וויליאם דאגלס: "לא יהיה שוויון בפני החוק אם כלל נזיקי ייאכף בבוקר אבל לא אחר הצהריים." William O. Douglas, *Stare Decisis*, 49 COLUM. L. REV. 735, 736 (1949).

¹⁹ ראו: Lewis F. Powell, Jr., *Stare Decisis and Judicial Restraint*, 47 WASH. & LEE L. REV. 281, 288 (1989). עם זאת, הכתיבה בנושא זה רבה וגם המחלוקת בין שופטים ומלומדים. ראו עמדת השופט סקליה בעניין South Carolina v. Earl Maltz, *The Nature of Precedent*, 490 U.S. 805, 825 (1989) (Scalia, J., dissenting); Daniel A. Farber, *The Rule of Law and the Law of Precedents*, 90 MINN. L. REV. 1173 (2006).

²⁰ ראו: BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS 149 (1921). הדבר נכון במיוחד במדינות המשפט המקובל, בהם הפסיקה של בית המשפט היא מקור חוק חשוב ומרכזי.

8. צור מחצבתו של התקדים המחייב הוא במשפט המקובל האנגלי של ימי הביניים, והוא נטוע היטב בצורתו הקדמונית של הצמדות למנהגים ולמסורות,²¹ ובהתפתחותו בהמשך, מבחינה היסטורית, כמערכת של החלטות שיפוטיות. זאת בשונה משיטות המשפט הקונטיננטלי בהן קובצי חקיקה מקיפים (הידועים בשם קודקס) הקושרים את השופט במישרין להוראות החוק.²² התקדים גם מוצא את יסודותיו בהקמתה של מערכת היררכית של בתי המשפט על ידי מלכי אנגליה: בתי משפט אזוריים ובתי משפט לערעורים המפקחים עליהם ומנחים את פעילותם.²³

9. במהלך המאה התשע עשרה, התגבש ונקלט התקדים בבתי המשפט האמריקנים,²⁴ ובמאה העשרים כבר הפך למושכל יסוד של מערכת המשפט הפדרלית, אשר בראשה עומד בית המשפט העליון הפדראלי; מתחתיו נמצאים בתי המשפט לערעורים (הסירקוט); ולבסוף בתי המשפט הנמוכים (הדיסטריקט).²⁵ במערכת זו, כוחו של התקדים משתנה בהתאם להקשרו, ונהוג להבחין בין שתי צורותיו הבסיסיות: **1) תקדים אנכי** – חובתו של בית משפט לפסוק בהתאם לתקדימיו של בית משפט הגבוה ממנו. זוהי חובה נוקשה במשפט האמריקני ללא יוצאים מהכלל.²⁶ לכן כאשר קיים תקדים של בית המשפט העליון הפדרלי, כל שאר בתי המשפט מחויבים לפסוק על פיו והם אינם רשאים לסטות ממנו או להפוך אותו בשום מקרה.²⁷ **2) תקדים אופקי** – חובתו של בית משפט לפסוק בהתאם לתקדימיו שלו עצמו. זוהי חובה המשתנה בצורתה ובעוצמתה בהתאם לסוג ודרגת בית המשפט, שבו מדובר.²⁸ בבתי המשפט הנמוכים (הדיסטריקט) אין תקדים אופקי, שכן הם אינם רואים עצמם מחויבים לפסיקת בתי משפט נמוכים אחרים. בבתי המשפט לערעורים יש תקדים אופקי, הבא לידי ביטוי באיסור מוחלט על הרכב של שלושה להפוך תקדים של הרכב אחר באותו סירקוט (באותו בית משפט לערעורים), והפיכת תקדימים יכולה להתבצע רק בהרכב מורחב ומלא של אותו בית משפט לערעורים.²⁹

10. **בבית המשפט העליון האמריקני התקדים המחייב הוא "כלל רך", יותר עניין של מדיניות שיפוטית מאשר "חובה חמורה".**³⁰ בכך הוא דומה לבית המשפט העליון הישראלי שרשאי לסטות מתקדימיו, אך אינו מקל בחשיבות השיקול של ייצוב ההלכה.³¹

11. עם זאת, חשוב לציין כי עוצמת התקדים המחייב משתנה גם בהתאם לתוכנו המשפטי המהותי, ובית המשפט העליון הבחין בין שלוש קטגוריות: **1)** תקדימים בפרשנות חקיקה, שזוכים להגנה החזקה ביותר. **2)** תקדימים של משפט המקובל, שזוכים להגנה בינונית. **3)** תקדימים חוקתיים, שזוכים להגנה חלשה והכי קלים להפיכה.³²

²¹ ראו: Antony T. Kronman, *Precedent and Tradition*, 99 YALE L.J. 1029 (1990); מאוטנר, לעיל הערה 5, בע' 30—31.

²² אנגלרד, לעיל הערה 3, בע' 161.

²³ שם.

²⁴ ראו: Amy Coney Barrett, *Stare Decisis and Due Process*, 74 U. COLO. L. REV. 1011, 1065 (2003).

²⁵ ראו: Amy Coney Barrett, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, 91 TEX. L. REV. 1711, 1712 (2013). שם.

²⁶ ראו: Rodriguez de Quijas v. Shearson/Am. Express, Inc., 490 U.S. 477, 484 (1989).

²⁷ Barrett, לעיל הערה 25, בע' 1713.

²⁸ מכיוון שהתקדים האופקי חל רק בתוך הסירקוט עצמו, עשויים להיווצר תקדימים סותרים בין בתי המשפט לערעורים וכתוצאה מכך "פיצול של הדין" במחוזות השונים. מצב זה נקרא circuit split והוא יכול להוות סיבה למתן צו לביקורת שיפוטית של בית המשפט העליון. ברגע שבית המשפט העליון יפסוק הלכה, שתחייב את כל בתי המשפט למטה (תקדים אנכי).

²⁹ ראו: Payne v. Tennessee, 501 U.S. 808, 827-828 (1991).

³⁰ אנגלרד, לעיל הערה 3, בע' 165.

³¹ Barrett, לעיל הערה 25, בע' 1713.

12. נימוק השכיח ביותר להגנה הנמוכה של תקדימים חוקתיים, הוא שהחוקה האמריקנית היא החוק העליון של המדינה ויש לתת לה עדיפות על פני תקדימים, שהם אחרי הכול פרשנות בלבד של הטקסט החוקתי על ידי בית המשפט העליון. נימוק שכיח נוסף הוא, שבעוד שהקונגרס יכול לתקן בקלות יחסית פרשנות מוטעית של חקיקה פדרלית על ידי בתי המשפט, הקושי הרב לתקן פורמאלית את החוקה האמריקנית יותיר את האומה עם טעויות פרשניות, וכי מנגנון איזונים ובלמים מאפשר תיקון טעויות חוקתיות כאשר שופטי המיעוט מצליחים לשכנע בצדקת פרשנותם החוקתית.

13. נימוקים אלה רחוקים מליישב את הסוגיה, ויש משפטנים אמריקנים רבים הסוברים כי יש להעניק מידת הגנה גבוהה גם לתקדימים חוקתיים. נימוק שכיח בהקשר הנ"ל הוא, שגם פעילותו של בית המשפט העליון האמריקני כפרשן חוקתי נקבעה על ידי החוקה, ובית המשפט העליון "מפרש" את הטקסט החוקתי באמצעות תקדמיו. נימוק שכיח נוסף הוא, שהמשפט החוקתי אינו משתנה רק בגלל שזהות השופטים השתנתה או שהרוב התחלף מליברלי לשמרני (ולחיפך).³³

14. המחלוקת בדבר כוחם המחייב של תקדימים חוקתיים במשפט האמריקני מתלווה לסוג נוסף של מחלוקות הנוגעות בשיטות העבודה הלגיטימיות עם תקדימים. תקדימים מגבילים את שיקול הדעת השיפוטי, אבל כפי שידוע לכל משפטן מנוסה במסורת המשפט אנגלו-אמריקני קיימות דרכים לעקוף את התקדימים אם על ידי הבחנת העובדות,³⁴ אם על ידי פרשנות,³⁵ ואם על ידי "חמקנות",³⁶ התעלמות או כרסום הדרגתי בתקדימים ולא בדרך של התעמתות ישירה עימם. הראליסטים האמריקנים הצביעו כבר בשנות השלושים של המאה הקודמת, כי בהעדרה של שיטת עבודה אחת, אחודה, סדורה וברורה, שיטת התקדים המחייב יוצרת מתחם של חוסר קביעות של החוק ומותירה לשופט מרחב גדול של שיקול דעת לבחור כיצד לפסוק ולאיזה כיוון לפתח את החוק.

ג) הפילים שבחדר התקדימים האמריקנים

15. הדיון שבפרק הקודם נותן לנו רקע ומסגרת לוויכוח האמריקני על תקדימים: רוב שופטי העליון האמריקני מסכימים כי תקדימים חוקתיים ראויים למידה מסוימת של כבוד ונאמנות. אבל יש לאזכר כמה "תקדימי על" או "סופר תקדימים", שיוצקים תוכן פוליטי משפטי קונקרטי ומסבירים מדוע "דיבורים על תקדימים" בארה"ב חשודים כבעלי אג'נדה או כמונחי התוצאה הסובסטיבית שהשופט רצה להגיע אליה.³⁷

16. הראשון הוא התקדים הנודע בעניין **רו נ' וייד**,³⁸ שניתן בשנת 1973, וקבע כי חוקים האוסרים על הפלות מלאכותיות סותרים את הזכות לפרטיות, הכלולה במשתמע בתוך ל"הזכות להליך הוגן", שבחוקה האמריקנית. תקדים זה עורר מחלוקת משפטית, פוליטית וחברתית הנמשכת

³³ בכך הם כופרים בהערה (שאולי נאמרה בציניות) של וויליאם ברנן, השופט הפרוגרסיבי הנערץ של בית המשפט העליון האמריקאי: "אם יש לך חמישה קולות מתוך תשעה, הכול אפשרי".

³⁴ חיים כהן שאף הציע להיפטר ממנה כליל. חיים ה' כהן "אוביטר ז"ל והגינות לאי"ט" **משפטים** לא 415 (2000).

³⁵ הפרשנות של תקדימים על פי רוב מערבת את ההבחנה המפורסמת בין רציו (טעם ההכרעה) המחייב את השופט לבין האוביטר (אמרת האגב) שאינו מחייב את השופט ויש לשופט שיקול דעת שלא לפסוק על פיו. על הבעייתיות והקושי בהבחנה זו ראו גישתו של חיים כהן, שם, שאף הציע להיפטר ממנה כליל.

³⁶ Barry Friedman, *The Wages of Stealth Overruling (With Particular Attention to Miranda v. Arizona)*, 99 GEO. L.J. 1 (2010).

³⁷ ראו: Lawrence S. Ebner, *Supreme Court Justices Continue to Debate When to Overturn "Bad" Precedent*, WFL LEGAL PULSE (April 22, 2020).

³⁸ ראו: Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973) (להלן: עניין רו).

עד היום, כשחלק מהמשפטיים האמריקנים הבכירים רואים בעניין **רו** טעות משפטית ואולי אפילו אוזורפציה (תפיסת שלטון בכוח) שיפוטית, כשבית המשפט העליון קורא לתוך החוקה את מה שאין בה. היו אפילו שהרחיקו לכת וכינו את ההלכה בעניין **רו** "חילול קודש חוקתי". למרות זאת בשנת 1992 בית המשפט העליון שב לדון ולאשרר את עיקריו בפסק הדין בעניין **פלאנד פרנטהוד נ' קייסי**,³⁹ כשחלק משופטי הרוב (במיוחד השופטים סנדרה אוקונור ואנטוני קנדי) מנמקים את היצמדותם לעניין **רו** כעניין של מחויבות ונאמנות לתקדימים. עם זאת, הימין האמריקני הפוליטי והמשפטי מעולם לא זנח את משאלתו להפוך את עניין **רו** ושאלת מחויבות שופטים שמרנים לעניין **רו** שבה ועולה בשימועים בסנאט. שני השופטים השמרנים האחרונים שמונו לעליון – ניל גורסיץ' וברט קאונו – נחקרו ארוכות בהליכי השימוע בסנאט טרם אישור מינויים על מחויבותם לתקדימים באופן כללי ולתקדים בעניין **רו**. הגם ששניהם הביעו מחויבות כללית למה שהגדירו כ-"חוק התקדים" ולתקדימים "מוצקים", הם סירבו להשיב ישירות לשאלה האם יהפכו את עניין **רו**.

17. השני הוא התקדים המפורסם בעניין **בראון נ' ועדת החינוך של טופיקה**,⁴⁰ שניתן בשנת 1954, וקבע כי סגרגציה בין שחורים ללבנים בבתי הספר הציבוריים, שהייתה נהוגה במדינות הדרום בארה"ב, אינה חוקתית שכן היא מפרה את העיקרון של יחס שווה הקבוע בתיקון ה-14 לחוקה האמריקנית. החלטה זו – שניתנה פה אחד בהנהגת הנשיא ארל וורן – הפכה תקדים אחר של העליון האמריקני שניתן כמעט 60 שנה קודם בעניין **פלסי נ' פרגסון**⁴¹ משנת 1896, שאימץ את העיקרון של "נפרד אבל שווה" לגבי נסיעה בקרונות רכבת והכשיר את הסגרגציה במדינות הדרום ואת חוקי ג'ים קרואו (Jim Crow Laws) הגזעניים.⁴² עניין **בראון** והצורך להפוך את עניין **פלסי** נמצא היום בקונצנזוס משפטי, אבל קיימים עדין שרידים בתקדימי בית המשפט העליון לאותו משטר של הפרדה גזעית, נקודה שאחזור אליה בבחינת עניין **רמוס נ' לואיזיאנה**. יתרה מזאת, זה המקום לציין כי בתי המשפט של וורן והתקדימים שקבע רחוקים מלהיות בקונצנזוס, והשמרנים האמריקנים במיוחד מתנגדים לתפיסות החוקתיות היסודיות: כי החוקה היא מסמך חי אותו יש להתאים למציאות המודרנית וכי בית המשפט הוא מכשיר לקידום צדק חברתי. עמדה שיפוטית לגבי התקדים המחייב חייבת לקחת בחשבון שכבה זו של תקדימי בית המשפט של וורן.

18. השלישי הוא התקדים בעניין **מרבורי נ' מדיסון**,⁴³ שאימץ את מוסד הביקורת השיפוטית וקבע כי לבית המשפט העליון הסמכות לקבוע כי חוק סותר את החוקה האמריקנית ולכן הוא בטל. בהקשר זה מסופר על הנשיא לשעבר ווליאם רנקוויסט, כי בעת ביקוריו באחד מבתי הספר למשפטים באוניברסיטאות העילית נשאל לגבי עמדתו באשר לנסיבות בהם יהיה מותר להפוך תקדים ועד כמה הוא רואה עצמו מחוייב לתקדימי העבר. רנקוויסט השיב כי אם מדובר בתקדים שנפסק לפני מספר שנים, ברוב דחוק של ארבעה מול חמישה, ואפילו תקדים שלו, הוא אינו מייחס לו משקל רב במסגרת שיקול דעתו, "אולם, אם אתה רוצה להפוך את **מרבורי נ, מדיסון**, כדאי שיהיה לך טיעון ממש טוב". כל השופטים האמריקנים היום מאמינים כי בית המשפט העליון נהנה מסמכות לבטל חוקים והרהורי הכפירה לגבי עצם הסמכות מוגבלים

³⁹ ראו: Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 854 (1992).

⁴⁰ ראו: Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

⁴¹ ראו: Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

⁴² עוד. על תקופה זו, ראו: Michael J. Klarman, *The Plessy Era*, 1998 SUP. CT. REV. 303 (1998).

⁴³ ראו: Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803).

לפוליטיקה ולמחקר אקדמי.⁴⁴ עם זאת, אין המדובר באמונה עיוורת והיקפה וגבולותיה של דוקטרינת הביקורת השיפוטית עדין מצויים תחת מחלוקת קשה בבית המשפט העליון. הסיפור לגבי רנקוויסט מבהיר לנו כי מוסד הביקורת השיפוטית עצמו בנוי מיסודותיו ועד קומותיו העליונות מתקדימים על גבי תקדימים בעלי עוצמה משתנה.⁴⁵ עמדת השופט באשר לכוחו של התקדים המחייב באופן כללי וכוחו המחייב של תקדים ספציפי הוא חלק בלתי נפרד מהאידיאולוגיה השיפוטית שלו ומסביר ומנחה כיצד הקומות (התקדימים) השונות חוברות לכדי בניין לתלפיות. ברצוני עתה לעבור לדיון בפסק הדין בעניין **רמוס** ולבחון את הדרכים בהם התמודדו השופטים השמרנים עם התקדים בעניין **אפודקה** על מנת להבין אלו אופציות וטכניקות עומדות לשופטים שמרנים ישראלים כאשר הם ניצבים מול תקדימי בית המשפט של שמגר וברק.

ד) עניין רמוס נ' לואיזיאנה (2020)

19. ב-48 מדינות ארה"ב ובמערכת הפדרלית הצבעה של מושבע אחד בעד זיכוי הנאשם מספיקה כדי למנוע הרשעה.⁴⁶ אולם בשתי מדינות – לואיזיאנה ואורגון – במשך תקופה ארוכה מאוד הורשעו נאשמים ונענשו גם ברוב של 10 מול 2 מושבעים.⁴⁷ הנאשם אוונגליסטו רמוס הורשע בפשע חמור בבית משפט של לואיזיאנה במשפט מושבעים ברוב של 10 מול 2 ונשלח למאסר עולם ללא אפשרות לשחרור מוקדם. רמוס טען כי הרשעתו שלא פה אחד מפרה את זכותו על פי התיקון השישי לחוקה האמריקנית למשפט מושבעים.⁴⁸ בית המשפט העליון קיבל את טענתו והפך החלטות בתי המשפט בלואיזיאנה.

20. את פסק הדין של בית המשפט כתב השופט ניל גורסיץ', שקבע כי הזכות למשפט מושבעים שבתיקון השישי לחוקה – המשולבת בחמישים המדינות באמצעות התיקון ה-14 לחוקה – מחייבת הכרעת מושבעים פה אחד בהרשעה בפשעים חמורים. גורסיץ' הסביר כי הטקסט והמבנה החוקתי מעידים כי המונח "משפט על ידי חבר מושבעים חסר פניות"⁴⁹ מכיל בתוכו משמעות לגבי התוכן והדרישות של משפט מושבעים. אחת מהדרישות היא החלטת המושבעים פה-אחד להרשיע. ההכרה בזכות למשפט מושבעים פה אחד החלה במשפט המקובל האנגלי במאה ה-14, זכתה לעיגון בחוקות המדינות המושבות באמריקה ועמדה ברקע הניסוח והאשרור של התיקון השישי לחוקה. אמנות ומסמכים משפטיים שונים, הסביר גורסיץ', מאששים פרשנות זו. בית המשפט העליון האמריקני נדרש לסוגיה פעמים רבות, וכי הזכות למשפט מושבעים הקבועה בתיקון השישי משולבת במדינות תחת התיקון הארבע עשרה. גורסיץ' כתב: אם הזכות למשפט מושבעים פה אחד נדרשת בבתי המשפט הפדראליים, היא גם נדרשת בבתי המשפט של המדינות.

⁴⁴ ראו: Jeremy Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, 115 YALE L.J. 1346 (2006).
⁴⁵ על האנלוגיה של תקדימים לקומות במקדש החוקתי של הביקורת השיפוטית ראו דברי השופט ג'קסון בעניין:

Douglas v. City of Jeannette, 319 U.S. 157, 181 (1943).

⁴⁶ ענין **רמוס**, לעיל הערה 1, דעת בית המשפט בע' 1.

⁴⁷ שם, שם.

⁴⁸ תיקון מס' 6 לחוקת ארצות הברית של אמריקה קובע: "בכל תביעה פלילית זכאי הנאשם למשפט מהיר ופומבי, על ידי חבר מושבעים חסר פניות מבני המדינה והמחוז שבו בוצע הפשע, כשאותו מחוז נקבע מראש על ידי החוק, ולקבל מידע על מהות האשמה וסיבתה; לעמוד פנים אל פנים מול העדים המעידים נגדו; ליהנות מהזכות לפעולת כפייה להשגת עדים לטובתו, ולהסתייע בעורך-דין להגנתו." תרגום לעברית על ידי פרופ' ארנון גטפלד:

https://photos.state.gov/libraries/amgov/133183/constitution/US_Constitution_Hebrew.pdf

⁴⁹ התיקון ה-6, שם.

21. ההסדר "הבלתי קונבנציונלי" של לואיזיאנה ואורגון נבחן לראשונה בפסקי הדין בעניין **אפודקה נ' אורגון** ובעניין **ג'ונסון נ' לואיזיאנה**, אותם תיאר גורסיץ' "מערכת מקוטעת של חוות דעת", שבשל מחלוקת קשה שהתגלעה בין השופטים ספק אם היא בכלל יצרה תקדים מחייב. ארבעה מהשופטים בעניין **אפודקה**, תהו האם כלל ההכרעה "פה אחד" הוא בעל תפקיד חשוב בחברה המודרנית. שופטים אלה סברו כי חסרונות הכלל של "הכרעה פה אחד" עולים על יתרונותיו, ולכן הסיקו כי הזכות למשפט מושבעים בתיקון השישי אינו דורש הרשעה פה אחד. ארבעה שופטים אחרים גרסו כי התיקון השישי מייסד זכות למשפט מושבעים פה אחד, וכי זכות זו חלה הן בבתי המשפט הפדרליים והן בבתי המשפט של המדינות. הקול המכריע נותר בידי השופט התשיעי (לואיס פאוול), שקבע כי התיקון השישי מעניק זכות למשפט מושבעים פה אחד בבתי המשפט הפדרליים אבל לא בבתי המשפט של המדינות.
22. אבל גם אם יש בעניין **אפודקה** תקדים, התאונן גורסיץ', הרי שאף אחד מהשופטים המכהנים היום בבית המשפט העליון אינו טוען כי ההחלטה הנ"ל נכונה מבחינה חוקתית מהותית, ודוקטרינת התקדים המחייב "אינה האומנות המתודולוגית של להתעלם ממה שכולם יודעים שהוא אמת".
23. השופטת סוניה סוטומיור (אשר הסכימה באופן חלקי) הבהירה בחוות דעתה "כי אין זה מקרה בו אנו משליכים הצידה תקדים רק מכיוון שהרוב בבית המשפט חולק עליו". סוטומיור ציינה כי עניין **אפודקה** ניצב על קרקע רעועה מלכתחילה, והוסיפה כי הכוח המחייב של התקדים נמצא בשפל הגדול ביותר בעניינים המערבים הליכי פלילים הפוגעים בהגנות חוקתיות יסודיות.
24. גם השופט ברט קאונו (הסכים בחלק) כתב דעת יחיד, כדי להבהיר כיצד דוקטרינת התקדים מיושמת במקרה זו. קאונו מפרט בחוות הדעת שורה ארוכה של מקרים בהם הפך בית המשפט העליון את תקדימיו וכל זאת כדי להבהיר כי "אף אחד אינו מחזיק ברצינות בעמדה כי בית המשפט אינו הופך תקדימים מוטעים אף פעם". קאונו ציין את עקרונות התקדים המחייב, שזוהו בעבר על ידי בית המשפט העליון, אבל הסביר כי גורמים אלו לא הופעלו באופן עקבי ושיטתי. לגישתו, שלטון החוק דורש אימוצה של מפת דרכים ושיטה מובנית להפעלת שיקול הדעת השיפוטי המתכנסים לשלושה שיקולים רחבים: (1) האם ההחלטה בעבר אינה רק טעות, אלא טעות קשה או מצערת. (2) האם ההחלטה המוקדמת השלכות שליליות על התיאוריה המשפטית או בעולם המעשה והמציאות? (3) האם הפיכת ההחלטה המוקדמת תפגע שלא כדין באינטרס ההסתמכות?
25. השופט קלרנס תומס, שהסכים לתוצאת פסק הדין בלבד בנוגע לפרשנות הנכונה של התיקון ה-6, חזר על עמדתו המפורסמת כי דוקטרינת התקדים החוקתית "משדרגת" החלטות מוטעות של בית המשפט העליון למעמד שהוא מעל לטקסט של החוקה ומעל חוק פדראלי אחר שנחקק כדין. כלומר, אין ליתן עדיפות לפרשנות חוקתית מוטעית (בצורת תקדים) מעל תוכן החוקה עצמה.
26. השופט סמואל אליטו (בדעת מיעוט אליה הצטרפו הנשיא רוברטס והשופטת אלנה קגן) התלונן כי דעת הרוב טיפלה באופן נוקשה בדוקטרינת התקדים, הנמיכה את הרף להפיכת תקדימים חוקתיים, ואף העיר בציניות כי "רוב מקוטע ומשוסע" של שופטים בעניין **רמוס**, החליט להשליך הצידה החלטה חשובה ארוכת שנים בלי להתחשב כמעט להסתמכות העצומה והסבירה שנוצרה סביבה: בתי המשפט בלואיזיאנה ואורגון הסתמכו על התקדים בעניין **אפודקה**, שפטו והרשיעו אלפי נאשמים בהתאם לפרוצדורה שהוכשרה שם, והפיכת התקדים

מעמידה בספק את חוקתיותם של הליכים אלה.⁵⁰ אליטו חלק בחריפות על הטענה כי עניין **אפודקה** אינו מייסד תקדים חוקתי, ואמר כי החלטת הרוב סותרת מושכלות יסוד, פסיקה של העליון עצמו, ואת השכל הישר, ואף חותרת תחת סמכות ההנחיה של העליון עצמו. אליטו מסיים את פסק דינו בהטלת ספק האם שופטי הרוב ימשיכו ליישם את הסטנדרט החדש שקבעו להפיכת תקדימים בעתיד לבוא.

27. שורה תחתונה: למרות שהדיון בעניין רמוס מראה עד כמה מפולג העליון האמריקני למחנות ומחנות משנה בעניין התקדים המחייב, הרי שהעקרונות, היסודות, המרכיבים של התקדים המחייב נהירים ומוכרים. הבעיה היא – כפי שעולה מחוות הדעת של השופט קאוונו – האם וכיצד ניתן לשלב מרכיבים אלה לתיאוריה שתהיה מקובלת על כל או על רוב שופטי העליון והאם תיאוריה זו תופעל ותיושם ממקרה למקרה באופן עקבי, נטרלי ורציונלי. די ברור שהדוקטרינה – גם אחרי ליקוט וליכוד המרכיבים על ידי השופט קאוונו – נהנית מגמישות רבה המאפשרת לשופט לבחור מתי להיצמד לתקדים ומתי לזנוח אותו לגמרי.

ה) מסקנה כללית ולקחים עבור משפטנים ישראלים

28. למרות שכמעט כל השופטים האמריקנים – השמרנים והליברלים (מלבד תומאס) – מכריזים על מחויבותם לתקדימים חוקתיים, ספק רב אם ניתן לכוון תיאוריה אחודה של תקדים, המגבילה באופן משמעותי את שיקול דעתם במקרה הספציפי העומד להכרעתם. ספק רב יותר אם תיאוריה כזו תזכה לתמיכה של כל או רוב שופטי העליון האמריקני בעת הנוכחית. בהעדרה של תיאוריה מעין זו, לכל שופט יהיה שולחן ערוך של תקדימים מחייבים משלו הנובעים ומגשימים את האידיאולוגיה השיפוטית שלו. אולם גישה הכופרת בתקדימים באופן מוחלט⁵¹ מוותרת מלכתחילה על האפשרות שבית המשפט ישמש פרום וכלי לכינון זהות ותרבות חוקתית והופכת את המשפט החוקתי לתוצר וביטוי לדעת רוב מזדמן של השופטים באותו רגע נתון.

29. אבל מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקני לגבי האופציות והטכניקות העומדות לשופטים שמרנים בישראל בהתמודדות עם שכבת תקדימים אותם הם תופסים כמוטעים?

30. **האופציה הראשונה היא סינון וטיהור של תקדימים.** לא כל אמרה או החלטת עבר ראויים לתואר תקדים. בהקשר זה כמובן יש צורך להשתמש בארגז הכלים הידוע והמפורסם של המשפטן האנגלו אמריקאי. אבל אין להסתפק בכך, כפי שמודגם בחוות הדעת של גורסיץ', החלטות מסוימות של בתי משפט אינם ראויות להיקרא תקדים כי הן מפורקות, שסועות, נזילות או שהדיון בסוגיה לא היה ממצה. גישה מעין זו ניתן למצוא אצל השופט שטיין בעניין **פרופ' אמיתי**, כאשר דחה טענה לגיבושו של תקדים מחייב באשר להלכה כי היועמ"ש קובע את עמדת המדינה בערכאות משפטיות:

⁵⁰ יתכן וההחלטה בעניין **רמוס** תחול רטרואקטיבית גם על אסירים שהליכיהם הסתיימו ממזמן והמרצים את עונשם בבתי הכלא. פחות משבועיים לאחר ההחלטה בעניין **רמוס**, נתן בית המשפט העליון צו כי שימע את העתירה בעניין *Edwards v. Vannoy* (להלן: עניין **אדוארדס**). העותר פדריק אדוארס הוא שחור אמריקני, שנשפט למאסר עולם על מספר מעשי שוד ואונס שהתרחשו במשך שלושה ימים בשנת 2006. במהלך משפטו, מדינת לואיזיאנה פסלה את כל השחורים האמריקנים מלשמש מושבעים מלבד מושבע אחד. לפחות מושבע אחד הצביע לזכות את העותר בכל אחד מהאישומים. לטענת אדוארדס, הוא לא היה מורשע אילו היה נשפט במערכת הפדראלית או באחת מחמישים מדינות ארצות הברית, שאינה לואיזיאנה או אורגון. בהחלטתו לשמוע את העתירה, מאותת העליון האמריקני על רצונו להכריע כבר עתה האם אדוארדס, שהרשעתו הפכה לחלוטה בשנת 2010, ואחרים כמוהו יוכלו להיעזר בתקדים שנקבע בעניין **רמוס**, על מנת לפסול את ההרשעה ולקבל משפט חוזר העומד בדרישה להרשעה פה אחד בידי המושבעים.

⁵¹ ראו העמדה שהביע פרופ' מארק טושנט: *Mark Tushnet, Abandoning Defensive Crouch Liberalism: Constitutionalism, BALKINIZATION* (May 6, 2016).

"הנני מסכים עם השופט קרא כי הדעה הרווחת בבית משפט זה היא ש'עמדתן של הרשויות [...] בשאלות משפטיות נקבעת, כעניין מוסדי, על-ידי היועץ המשפטי לממשלה'... על קיומה של דעה רווחת זו אינני כמובן בא לחלוק, אולם לא אוכל להצטרף אליה עד אשר תזכה – אם תזכה – למעמד של תקדים מחייב ומוצק שאין עליו עוררין, וזאת אחרי דיון ממצה בסוגיה, כיאה בקביעת תקדימים."⁵²

ניתן להשתמש בגישה דומה ביחס לע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**,⁵³ אליו מתייחס השופט ברק כהלכה מחייבת באשר לסמכותה המכוננת של הכנסת.⁵⁴ מלומדים רבים סברו כי מדובר באמרת אגב בלתי מחייבת, הן בשל העובדה כי הקביעות החוקתיות היסודיות לא נצרכו לשם ההחלטה לגופו של עניין והן בשל פיצול חוות הדעת של השופטים.⁵⁵ אבל ניתן לזהות אצל השופט מישאל חשין, טעם נוסף מדוע בעניין בנק המזרחי לא נקבעה הלכה מחייבת:

"[בעניין **בנק המזרחי**] הצגתי באריכות – יהיו מי שיאמרו באריכות יתר – את דעתי באשר לסמכותה המכוננת, כביכול, של הכנסת. דעתי לא נשתנתה מאז ולו כהוא-זה, וגם לא שמעתי תשובות ראויות לקושיות שהעליתי. אין זה מדויק לומר, כי טיעונים שהעליתי 'הועלו רובם ככולם בעבר', ובוודאי אין באמירה סתמית זו תשובה לטיעונים לגופם."⁵⁶ כלומר, העדר תשובה ראויה לטיעונים שוללת מחוות הדעת באשר לסמכות המכוננת את כוחה המחייב.

31. **האופציה השנייה היא התעלמות מתקדימים מוטעים או דילוג מעליהם.** זוהי גישתו של תומאס המתנגד לשרוג של תקדימים מוטעים לדרגת על חוקתית ולהעדפתם על פני החוקה שהיא החוק העליון. בית המשפט של שמגר וברק עיגן כמה הלכות החורגות ממתחם התפקיד הלגיטימי של בג"ץ ובמיוחד בנוגע לשפיטות, זכות עמידה וסבירות, או באשר לעצם קיומה של חוקה ישראלית וביקורת שיפוטית מלאה ורחבה. ההלכות הללו סתרו את המסורת החוקתית של מדינת ישראל ואינן יכולות לקבל עדיפות עליה.

32. **האופציה השלישית היא פיתוח דוקטרינה להפיכת תקדימים מוטעים בעליל.** תקדימים יש לכבד, אבל כל עוד הם אינם מוטעים בעליל. זוהי גישתו של השופט קאונו. השיקולים יתכנסו לתוך שלושה מבחנים: (1) האם ההחלטה בעבר אינה רק טעות, אלא טעות קשה או מצערת. (2) האם להחלטה המוקדמת השלכות שליליות על התיאוריה המשפטית או בעולם המעשה והמציאות? (3) האם הפיכת ההחלטה המוקדמת תפגע שלא כדין באינטרס ההסתמכות? גישה זו מחייבת את השופטים השמרנים לאתר את התקדימים המוטעים בעליל, כגון למשל ההלכה בעניין פנחסי, שמלומדים רבים תופסים כמוטעית בעליל.

⁵² עניין **פרופ' אמיתי, לעיל** הערה 8, בפסקה 20 לפסק הדין של השופט אלכס שטיין.

⁵³ פ"ד מט(4) 221 (1995).

⁵⁴ אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 79 (2004): "מודע אני לכך, כי יש המבקרים את פרשת בנק המזרחי המאוחד.

... כל עוד הלכת בנק המזרחי המאוחד עומדת על מכונה, היא משקפת את הדין במדינה."

⁵⁵ כהן, **לעיל** הערה 34.

⁵⁶ השופט מישאל חשין "תגובות" **מאזני משפטי** ו 503 (תשס"ז).