

”את המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו”*

מאת

אהרן ברק**

1. על מערכת החיים הלאומיים בפרשת קול העם. 2. מהותה של מערכת החיים הלאומיים. 3. מערכת החיים הלאומיים ופרשנות תכליתית של החקיקה. 4. מערכת החיים הלאומיים ופיתוח הפסיקה. 5. מערכת החיים הלאומיים ופרשנות החוקה.

1. על מערכת החיים הלאומיים בפרשת קול העם

פסק-דין מרכזי – שהוא מגדלור המאיר את דרכנו – הוא פסק-דינו של השופט אגרנט בפרשת קול העם, שנפסק לפני כ-50 שנה (ביום 16.10.1953)¹. השופט אגרנט – ועמו בהרכב השופטים זוסמן ולנדוי – ביקש לדעת מהי כוונת המחוקק המונחת ביסוד הוראת סעיף 19(2) לפקודת העיתונות. הוראה זו קובעת כי הנציב העליון – וכעת שר הפנים – רשאי לנקוט סנקציות כלפי עיתון אם דבר המופיע בעיתון הינו, לדעת שר הפנים, “likely to endanger the public peace”.

השופט אגרנט מתמקד בהבנת הדיבור “likely” תוך שהוא מציין כי לדיבור זה ניתן לתת שני מובנים: לפי האחד “מספיק הוא... שדברי הפרסום יגלו אך נטיה – ואפילו נטיה קלה או רחוקה – בכיוון אחת התוצאות שכללנו במושג ‘סיכון שלום הציבור’”. לפי האחר, “בין דברי הפרסום... לבין האפשרות שתצמח אחת התוצאות הנ”ל נוצר קשר המחייב את המסקנה, שהאירוע של אותה תוצאה, הוא קרוב לוודאי במובן של

* השופט אגרנט בבג”ץ 73/53 חברת “קול העם” בע”מ נ’ שר הפנים, פ”ד ז 871 (להלן – פרשת קול העם), עמ’ 884.

** הרצאה בערב עיון (ביום 21.11.2002) במלאת עשר שנים לפטירתו של השופט שמעון אגרנט, נשיא בית-המשפט העליון.

1 ראו א’ ברק “קול העם” – קולו של העם” גבורות לשמעון אגרנט (תשמ”ז) 129.

'probable'". השופט אגרנט קבע כי המובן השני (קרוב לוודאי) הוא המובן הנכון. בנמקו גישתו זו הביא השופט אגרנט שני נימוקים: הנימוק הראשון – והוא העיקרי ובו נתרכז – הנו כי מבחן הנטייה (הרעה) מאפיין משטר אוטוקרטי או טוטליטרי ואינו עולה בקנה אחד עם משטר דמוקרטי. על רקע זה היה על אגרנט לקבוע כי בישראל שורר משטר דמוקרטי. הוא עשה כן במילים האלה²:

"מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיות. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושם, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה 'אין בה משום חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם'... אך במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו' (שם), מחובתנו לשים את ליבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; הלא זו אכסיומה ידועה, שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו. כאן, איפוא, סימן ראשון המצביע בכיוון של מתן פירוש למונח 'עלול', בהדבק יתר הדברים הכתובים בסעיף 19(2)(א), לפי המושג של 'ודאות קרובה' (probability), במקום ברוח ההשקפה הדוגלת בתורה של 'נטיה רעה' ו'סיבתיים אמצעית'".

הנה כי כן, מערכת החיים הלאומיים שלנו, אשר באספקלריה שלה נלמד משפטנו, מלמדת על היותנו דמוקרטיה, ואופיינו כדמוקרטיה מוביל – כנימוק ראשון ומרכזי – למבחן הקרוב לוודאי.

2. מהותה של מערכת החיים הלאומיים

מהי מערכת החיים הלאומיים שלנו, אשר באספקלריה שלה יש ללמוד את משפטנו? השופט אגרנט שם את הדגש על האופי הדמוקרטי של חיינו הלאומיים. הוא מציין, מחד גיסא, כי "מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל,

2 פרשת קול העם, עמ' 884.

עלי משפט ג' תשס"ד את המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו

מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים³. כאן הדגש הוא על ההיבט הפורמלי של הדמוקרטיה. השופט אגרנט מציין במקום אחר בפסק-דינו כי⁴:

"במדינה של משטר דמוקרטי – הוא משטר 'רצון העם' – רואים את 'המושלים' כמורשים וכנציגים של העם שבחרם, אשר על כן רשאי הוא בכל עת להעביר את מעשיהם המדיניים תחת שבטו, אם כדי לגרום לתיקונם של מעשים אלה ולעשיית סידורים חדשים במדינה, ואם כדי להביא לפיטורם המידי של 'המושלים' או להחלפתם באחרים בבוא מועד הבחירות".

הוא מציין, מאידך גיסא, כי "ישראל היא מדינה שוחרת חופש". זאת הוא למד מהכרזת העצמאות הקובעת, בין השאר, כי המדינה תהא מושתתת על יסודות החירות והבטחת חופש המצפון. הכרזה זו "מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו"⁵. כאן הדגש הוא על ההיבט המהותי של הדמוקרטיה⁶.

"מערכת החיים הלאומיים" היא מושג משתנה. אין זו מערכת חיים קפואה בזמן. לא הרי מערכת החיים הלאומיים ב-1933, שעה שהוחקה פקודת העיתונות, כהרי מערכת החיים הלאומיים ב-1953, שעה שנפסקה הלכת קול העם. ולא הרי מערכת החיים הלאומיים ב-1953 (שעה שנפסקה ההלכה בפרשת קול העם) כהרי מערכת החיים הלאומיים ב-2003. אכן, בגיבוש מושגיות זו של "מערכת החיים הלאומיים" יש ליתן ביטוי לערכי היסוד ולתפיסות היסוד של החברה הישראלית. במרכזם של אלה עומדת, כפי שציין השופט אגרנט, הדמוקרטיה הישראלית הפורמלית והמהותית, על מכלול ערכיה ותפיסותיה הבסיסיות. היטיב להביע זאת הנשיא שמגר באחת הפרשות בצינו⁷:

"אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל טבוע בה עמוק מיום הקמתה, והדבר גם עולה באופן ברור וגלוי ממילותיה של הכרזת העצמאות, המבטאת את תפיסות היסוד אשר מלוות את המדינה מראשיתה ועד ימינו אלה... התפיסה הדמוקרטית ותרגומה לשפת המעשה משתקפים במבנה השלטוני, במעמד החוקי והמעשי של אזרחיה ותושביה של המדינה, וכן בין היתר, בעיקרון של שלטון החוק, לרבות השיויון בפני החוק. מאפייניה של הדמוקרטיה שזורים בחייה המדיניים, החברתיים

3 שם, שם.

4 שם, עמ' 876.

5 דברי הנשיא זמורה בכג"ץ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85.

6 על ההבחנה בין דמוקרטיה פורמלית ודמוקרטיה מהותית, ראו A. Barak "Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy" 116 *Harv. L. Rev.* (2002) 19, p. 38.

7 ע"ב 1/88 ניימן נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מב(4) 177, עמ' 188.

והתרבותיים של המדינה. סממן בולט שלה הוא ההקפדה על קיומן של החירויות וזכויות היסוד.⁸

על כן העקרונות בדבר הפרדת הרשויות, עצמאות השפיטה ושלטון החוק הם חלק ממערכת החיים הלאומיים שלנו. ביסוד מערכת החיים הלאומיים שלנו עומדות זכויות האדם. אין אלה רק אותן זכויות מועטות המוזכרות במגילת העצמאות. אלה מלוא זכויות האדם בישראל, אשר חלקן קבוע בחוקי יסוד ובחקיקה רגילה, וחלקם הוא – בלשונו של השופט לנדוי – "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר" אלא הן נובעות מישרין מאופייה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש⁹. נוסף על כל אלה, אלה הם ערכי יסוד ותפיסות יסוד באשר למוסר, צדק, הגינות, סבירות ותום לב, המאפיינים את החברה הישראלית בתנועתה על פני ההיסטוריה.

מטבע הדברים, מושגיות דינמית זו באשר למערכת החיים הלאומיים מעוררת בעיות קשות. כיצד ידע בית המשפט מה הם ערכי היסוד ותפיסות היסוד של החברה הישראלית?⁹ שאלה זו התעוררה במלוא חריפותה בפרשת שליט¹⁰. הנשיא אגרנט הדגיש כי¹¹:

"הלוא העקרון של שלטון המשפט משמעותו היא, כי על השופט להתרחק, ככל האפשר, ממתן עדיפות לדעותיו הפרטיות על מה שתובע הצדק".

אך כיצד ניתן לקבוע את ערכי היסוד הללו באופן אובייקטיבי? על השופט להבין את מערכת החיים הלאומיים; עליו לחוש את קצב התפתחותה וכיווניה; עליו להכיר באותם ערכים אשר בשלל להכרה. עניין לנו אפוא בתהליך חברתי ממושך אשר השופט נותן לו ביטוי. ערכים שונים הולכים ונספגים, הולכים ובשלים, עד שמגיע הרגע שבו מן הראוי הוא לשופט להכיר בהם כחלק ממערכת החיים הלאומיים של חברתו. על תהליך זה עמד השופט אגרנט בפרשת שליט באמרו¹²:

"...אם עלינו להניח, שמידת הצדק (Justice) היא (בין השאר) המעניקה למדינה המאורגנת את הזכות להסדיר בצורה נאותה את היחסים בין אדם לחברו ובינו לציבור, כי אז יש לומר, שכור מחצבתן הראשוני של אמיתות הצדק (truths of justice) איננו מצוי בספירה של המדינה, כי אם בזו של החברה. לשון אחר: הורתן ולידתן של האמיתות הללו הינן פרי המחשבה החברתית; דבר התהוותן והתפתחותן הינה תולדה של

8 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407, עמ' 2415.

9 ראו א' ברק שיקול דעת שיפוטי (1987) 447.

10 בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, עמ' 520.

11 שם, עמ' 600.

12 שם, עמ' 602.

הבירורים והליבוניים המתקיימים באמצעות האורגנים הסוציאליים למיניהם (המפלגות, העתונות, האגודות השונות והארגונים המקצועיים וכו'). רק לאחר שהן עברו תהליך זה של התגבשות ראשונית, באה המדינה – קרי: החוקים של הרשות המחוקקת, התקנות והצווים של הרשות המינהלית ופסיקת בתי המשפט – ומעצבת את דמותן מחדש, מתרגמת אותן לשפת החוק ומטביעה עליהן את חותם המשפט הפוזיטיבי המחייב. ההסבר לעניין הזה הוא: תפקידה של המדינה הוא התפקיד – כך מלמדת התורה הדמוקרטית – למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרטים, אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן, כי דרוש שיתקיים קודם ההליך של השתכנעות משותפת (common conviction) אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרטים, לפני שנוכל לומר כי נוצר בקרבם רצון כללי (general will) שהם יהפכו להיות בעלי כוח מחייב וישאו את הגושפנקה והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי. יושם לב, כי תכנון של השכנוע האמור איננו שהנורמות והסטנדרטים ההם צריכים עדיין להיוולד בעתיד, אלא שהם כבר קיימים בהווה ויש בהם אמת, הגם שחסרה להם הגושפנקה הרשמית של החוק. נמצא, כי הקונסנסוס של החברה, באשר לאמיתותה וצדקתה של נורמה זו או אחרת, קודם לזכייתה להכרה משפטית על ידי המדינה, גם ברור, כי התהליך של היווצרות הסכמה חברתית שכזאת אינו מתחיל ומסתיים ביום אחד; זהו תהליך של התפתחות הדרגתית, הנמשך זמן רב ואף מתחדש בכל עת."

על כן ערכים ותפיסות שלא היו מקובלים עם קום המדינה עשויים להיות מקובלים כיום, וערכים ותפיסות שהיו מקובלים אז עשויים שלא להיות מקובלים היום. החיים הלאומיים נמצאים בתנועה מתמדת ובזרימה מתמדת.

על רקע זה יש לקבוע כיום כי נוסף על אופייה הדמוקרטי של ישראל, יש להכיר – כחלק ממערכת החיים הלאומיים שלה – את אופייה כמדינה יהודית בהיבט המורשתי והציוני גם יחד¹³. על אופי זה עמד השופט אגרנט כבר ב-1954 בפרשת סקורניק¹⁴. השופט אגרנט הדגיש באותה פרשה כי המשפט העברי הוא משפטו הלאומי – הלאומי ולא הדתי – של כל יהודי באשר הוא. כותב השופט אגרנט¹⁵:

"...ברגע שאנו מודים – כפי שאנו חייבים להודות – בהמשך קיומם של היהודים, בכל הדורות ובכל ארצות פזוריהם, כאומה נפרדת, שוב עלינו

13 להיבטים אלה ראו א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), עמ' 330.

14 ע"א 191/51 סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח 141.

15 שם, עמ' 177.

לבחון את אופיו של המשפט העברי על פי יחסה ההיסטורי של האומה היהודית אל משפט זה, ואזי בעל כרחנו נסיק כי אכן התייחסה האומה היהודית אל המשפט העברי, בכל תקופותיה ובכל תפוצותיה, כאל קניינה המיוחד, כחלק מנכסי צאן ברזל של תרבותה. פירושו של דבר, חוק זה שימש בעבר חוקם הלאומי של היהודים, ואף היום נושא הוא אופי לאומי זה לגבי היהודים באשר הם שם".

ובהסבירו רעיון זה הוא כותב¹⁶:

"בימים אלה כמעט למותר להסביר – מה שצריך להיות גלוי עתה לעיני כל – כי היהודים, גם לאחר שהוגלו מארצם, מעולם לא הפכו להיות, בעיני עצמם, כת דתית, ומעולם לא חדלו להיות, לפי תפיסתם הם, אומה אשר מקומה בין שאר אומות העולם; אשר העדרה מארצה, לה המשיכו בניה לשמור אמונים, הוא זמני, ואשר נשאה עימה, בכל תפוצותיה ובכל תקופות גלותה, את נכסי צאן הברזל של תרבותה – את הקניינים הלאומיים שלה, והמשפט העברי בכלל קניינים אלה.

אמנם במשך הזמן הארוך, בו נאלצו היהודים, בארצות פזוריהם, להסתגר מאחורי חומת הגיטו, לבש המשפט העברי יותר ויותר צורה דתית מובהקת. ואולם, הוא לא פסק אי פעם, בשל כך, לשמש חוקם הלאומי של היהודים גם אחרי שנפרצה אותה חומה והם יצאו לעולם הרחב; ודין זה חל גם לגבי אלה היהודים אשר – לאחר שטעמו טעם 'ההשכלה' ואף רכשו זכויות אזרחיות ומדיניות במדינות בהן ישבו – התחילו לראות כמה מדיניו של המשפט האמור, ואולי אף רבים מהם, כזרים לרוחם".

ובפרשת ירדור¹⁷ כותב הנשיא אגרנט¹⁸:

"...לא יכול להיות ספק בדבר – וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצהרו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה – כי לא זו בלבד שישראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה 'כמדינה יהודית בארץ ישראל', כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף 'זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל".

16 שם, עמ' 176.

17 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.

18 שם, עמ' 385.

ובהמשך הוא כותב¹⁹:

"למותר לציין, בשלב זה של חיי המדינה, כי הדברים האמורים מבטאים את חזון העם ואת האני מאמין שלו ושמחובתנו איפוא לשוותם לנגד עינינו 'בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה'... משמעותו של אותו 'אני מאמין' הוא, שדבר המשכיותה – ואם תמצי לומר: 'נצחיותה' – של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה – בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית – להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכיותיה. שאם לא תאמר כן, פירוש הדבר יהיה זלזול גמור בשתי המלחמות שנלחמה מדינת ישראל, מאז הקמתה, כדי למנוע את הכחדתה על ידי מדינות ערב העויינות; פירוש הדבר יהיה, סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי ולכיסופיו, לרבות הסתירה לעובדת השואה שנתחוללה על עם ישראל בתקופה שלפני הקמת המדינה, אותה שואה, בה הוכרעו לטבח מיליונים של יהודים באירופה ואשר הוכיחה מחדש – בלשון ההכרזה – 'את ההכרח בפתרון בעיית העם מחוסר המולדת והעצמאות על ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל'."

ולבסוף, בפרשת חוגים לאומיים²⁰, שנדונה בה זכות התפילה על הר הבית, כותב הנשיא אגרנט²¹:

"זכות התפילה של היהודים על הר הבית היא לאין ערוך זכותו הלאומית וההיסטורית הגדולה של עם ישראל; הם היו דבקים בה ונכספו לקיימה בכל דור ודור וחרפו נפשם כדי להגשים את מאווייהם לגביה; אף היו שהעזו והתגברו על הגזירות ובאו להתפלל אל הר הבית והקימו שם בית תפילה (ראה המקורות בסיכומי העותרים – סעיף 6; מאמרו של פרופ' ב' צ' דינור שאוזכר על ידי חברי הנכבד מ"מ הנשיא). ברם, אם גם קיומה של זכות התפילה על הר הבית, וחיותה המתמדת בתודעת העם היהודי, אינם מוטלים בספק ספיקא, הרי יש לציין כי, כפי שמראה מ"מ הנשיא בניתוחו המזהיר והמעמיק של ההלכה היהודית, היו דעות ושיטות שונות אצל הפוסקים לגבי השאלה, אם יש לאסור על הכניסה להר הבית בגלל אי ודאות המקום המיוחד, שעליו עמד מקודם בית המקדש."

19 שם, עמ' 386.

20 בג"ץ 222/68 חוגים לאומיים אגודה רשומה נ' שר המשטרה, פ"ד כד(2) 141.

21 שם, עמ' 228.

הנה כי כן, מרכיב מרכזי במערכת החיים הלאומיים שלנו – בצד המרכיב הדמוקרטי – הוא המרכיב היהודי הן בהיבט הציוני הן בהיבט המורשת. היבט נוסף של מערכת חיינו הלאומיים שלנו כעת קשור בהיותנו מדינה שחי בה מיעוט ערבי, אשר על זכויותיו יש לשמור. בפרשת ירדור עמד הנשיא אגרנט על כך כ²²:

”כדי למנוע אי הבנה שומה עלי להזכיר – ועל עניין זה עמד היועץ המשפטי בטיעונו – כי בהכרזה על הקמת המדינה נקראו ‘בני העם הערבי תושבי מדינת ישראל ליטול חלקם בבנין המדינה על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים’. המלים ‘ליטול חלקם בבנין המדינה’ מדברות בעד עצמן. לקריאה זו ניתן ביטוי מוחשי משפטי בסעיף 1(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש”ח-1948: ‘נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו במועצת המדינה הזמנית...’; וכן בסעיף 2(א): ‘נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו בממשלה הזמנית...’. אמנם, עם חקיקת חוק האזרחות, תשי”ב-1952, לפיו נתאפשר לתושבים הערבים, בתנאים מסויימים, לרכוש אזרחות ישראלית, הפכו שתי ההוראות האמורות למיותרות. אולם ברור, כי המעמד של אזרחות ישראלית מקפל בתוכו את חובת הנאמנות למדינת ישראל (סעיף 5ג) לחוק האמור)”.

דומה שעניין זה שייך בעיקרו להיבט הדמוקרטי של חיינו הלאומיים כעם, אשר מן הראוי להעניק לו חשיבות רבה²³.

לא אוכל להקיף היום את מלוא העושר של “מערכת החיים הלאומיים” שלנו כעם. די במה שצינתי – ואשר בוודאי איננו המכלול כולו – כדי להצביע על חשיבות העיקרון ועל מורכבותו. כמו כן איני עוסק בסוגיה הקשה המתעוררת כאשר היבט אחד של מערכת החיים הלאומיים (כגון ההיבט הדמוקרטי) מתנגש עם היבט אחר של מערכת החיים הלאומיים (כגון ההיבט היהודי). כמובן, יש לעשות הכול למציאתן של סינתזה והרמוניה במערכת חיינו הלאומיים. על סינתזה והרמוניה אלה עמד רבות חברי המשנה לנשיא השופט אלון, עם זאת לעתים ההרמוניה אינה קיימת, ואין ליצור אותה באופן מלאכותי. יש להכיר במתח הפנימי העשוי להתקיים במסגרת מערכת חיינו הלאומיים ובמשמעויותיו על הפעלתו של עיקרון זה הלכה למעשה.

22 פרשת ירדור, עמ' 386.

23 ראו בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258.

3. מערכת החיים הלאומיים ופרשנות תכליתית של החקיקה

בפרשת קול העם מילאה "מערכת החיים הלאומיים" תפקיד פרשני. הייתה זו אמת מידה פרשנית שעל פיה נקבע היקף הפריסה של הדיבור likely אשר בסעיף 19(2) לפקודת העיתונות. השופט אגרנט לא עסק בחיפוש אחר כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק המנדטורי: הוא לא שאל את עצמו מה באמת רצה להשיג הנציב העליון המנדטורי ב-1933 שעה שנקבעה ההוראה שבסעיף 19(2) לפקודת העיתונות. השופט אגרנט ביקש לתת לדיבור "likely" את מובנו האובייקטיבי. הוא שאל את עצמו: מה צריך להגשים שר הפנים של ישראל הדמוקרטית ב-1953? גישתו הפרשנית של השופט אגרנט הייתה אפוא דינמית. השאלה אינה מה חשב המחוקק המנדטורי ההיסטורי, אלא מה מובנו של הטקסט בישראל המודרנית. תפיסה זו תאמה את גישתו הכללית של השופט אגרנט לפרשנות. בפרשה אחרת אשר נפסקה עוד לפני פרשת קול העם, כתב השופט אגרנט²⁴:

"בבואנו לתת מובן לכלל האמור ברישא של סעיף 80, לא נוכל להתעלם מהתמורה החשובה, אשר חלה בארץ הזאת מאז שהמחוקק העותומני גמר אומר להגשים את השאיפה הנזכרת ואף מהזמן שבו נאמרו הדברים שהובאו לעיל. הוקמה מדינת ישראל, אשר האוכלוסיה שבה – על אף הרכבה השוטף ואופייה המשתנה וההולך מחמת המשימה של קיבוץ גלויות – הינה היום ועתידה להיות תמיד, רובה ככולה, בעלת רמה מוסרית, שהיא גבוהה מזו שהיתה מיוחדת לחלק המכריע של התושבים, שישבו בזמנם ברחבי הממלכה העותומנית. כמו כן, שופטי ישראל, השומעים תביעות בדרגה ראשונה, הם אנשי משפט מקצועיים היושבים בתוך עמם והמסוגלים, בדרך כלל, להבין יפה לרוחם של הצדדים המתדיינים ולעמוד על טיבם של האנשים המוסרים עדות. אמנם איננו משלים את עצמנו, שלא יקרה הדבר שעדים מסויימים יצליחו להערים על האמת, מזמן לזמן, גם בפני השופטים הנ"ל, אך הסכנה, בנדון זה, לפחות אינה חריפה במידה שתוארה בדברים שהובאו לעיל לגבי המצב שהיה קיים בעבר.

כפי שנרמז, אנו סבורים שעלינו להביא בחשבון מסיבות חדישות אלו. במלא בית המשפט את תפקידו לתת תוקף לחוק החרות, אסור לו, כמובן, לעשות צעד כלשהו לקראת ביטול הכתוב או הפיכתו לאות מתה, אך מאידך גיסא, בתנו את דעתו (כפי שהוא חייב לעשות) על המטרה

24 ע"א 65/49 פריזלר נ' וויס, פ"ד ה' 878, עמ' 892.

העומדת מאחורי סעיף החוק הנדון, גם חלילה לו, לבית המשפט, להתעלם מתנאי הזמן המתחדשים שלאורם יש לקיים אותה מטרה".

על גישה זו חזר השופט אגרנט בפרשה נוספת – פרשת קאופמן נ' מרגינס²⁵ – שאף היא נפסקה לפני פרשת קול העם. באותה פרשה נידונה פרשנותה של פקודת הגבלת שכר דירה (דורות) 1940. כותב השופט אגרנט²⁶:

"מהו הרעיון המרכזי הגלום בכל קטעי הדברים הנ"ל? אכן ברור הדבר, כי אין משמעותו כי לשופט הכוח, כדי שיוכל להגיע לתוצאה 'הרצויה', להתעלם כליל מן האות הכתובה של החוק, או אפילו כי הוא מוסמך שלא להיזקק לדרכי מחשבה הגיוניים לשם עשיית 'הצדק' בין בעלי הדין שבאו להתדיין לפניו. גם למעלה מכל ספק הוא שהכוח לפרש חוקים, הנתון בידי השופט, הוא כוח מוגבל ומצומצם, ושקיימים גבולות ותחומים, אשר אסור לו לעבור עליהם, ומן ההכרח הוא שיניח את מלאכת ה'תיקון' בידי המחוקק. נראה לי שאין הרעיון הנזכר בא לערער על כל ההנחות הידועות האלה, אלא כל מהותו היא, כי במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדישים, אשר לא לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה ההגיונית (logical premise), עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים, אם בדרך של הרחבה ואם בדרך של הצרה, וכן במטרה – כאשר אין מוצא אחר – לזנוח כליל אותה הנחה הגיונית, המשמשת משענת להלכה הקיימת, ולהשתמש, במקומה, בנורמה משפטית אחרת – ואפילו תהא זו נורמה משפטית חדשה שלא ידעוה קודם לכן".

מהי הקונסטרוקציה המסבירה גישה פרשנית זו של השופט אגרנט? התשובה הנה כי גישתו של השופט אגרנט מבססת את השיטה הפרשנית התכליתית²⁷. חוק יפורש על-פי תכליתו תוך שהפרשן אינו רשאי לחרוג מלשון החוק, ועליו לתת ללשון אותו מובן המגשים את תכליתו. תכלית זו הנה הן התכלית הסובייקטיבית, כלומר כוונתו הריאלית של המחוקק, הן התכלית האובייקטיבית, כלומר כוונתו ההיפותטית של המחוקק המשקפת את המציאות הדינמית. היחס בין שתי תכליות אלה אינו קבוע. כאשר חל שינוי חברתי ניכר בין מועד החקיקה לבין מועד הפרשנות (כפי שהתרחש בפרשת פריזלר ובפרשת קאופמן), או כאשר חל שינוי במבנה הפוליטי (כפי שהתרחש בפרשת קול העם), יש להעדיף את התכלית האובייקטיבית על פני הסובייקטיבית. במצבים אלה

25 ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד 1 1005, עמ' 1033.

26 שם, עמ' 1033.

27 על הפרשנות התכליתית, ראו א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג).

עלי משפט ג תשס"ד את המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו

השאלה שוב אינה מה רצה המחוקק (סובייקטיבית) להשיג, אלא מה ניתן (אובייקטיבית) להגשים באמצעות לשונו בהתחשב במציאות (העובדתית והערכית) החדשה בעת הפירוש. גישה זו נוקט בית-המשפט העליון מאז ומתמיד. כך למשל ציינתי באחת הפרשות²⁸:

"...הפירוש שיש ליתן לתקנות ההגנה במדינת ישראל אינו זהה לפירוש שהיה מקום ליתן להן בתקופת המנדט. תקנות ההגנה הן כיום חלק מדיניה של מדינה דמוקרטית. הן צריכות להתפרש על רקע עקרונות היסוד של מערכת המשפט הישראלית. כך נהג בית משפט זה ברשימה ארוכה של דברי חקיקה מנדטוריים... בדרך זו יש לנהוג גם לעניין פירושן של תקנות ההגנה."

וברוח דומה קבע השופט מ' חשין בפרשה אחרת²⁹:

"דברי חוק שהורתם ולידתם בתקופת המנדט... פירוש אחד היה להם בתקופת המנדט ופירוש אחר נודע להם לאחר קום המדינה, והרי ערכיה של מדינת ישראל – מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית – שונים הם תכלית שיוני מערכי היסוד שבעל המנדט השליט בארץ. עקרונות היסוד שלנו – ובימינו – הם עקרונות היסוד של מדינת חוק דמוקרטית השוחרת חופש וצדק, ועקרונות אלה הם שייטנו רוח חיים בפירוש דברי חוק אלה ואחרים."

4. מערכת החיים הלאומיים ופיתוח הפסיקה

"מערכת החיים הלאומיים" בתנועתה על פני ההיסטוריה משמשת אמת מידה פרשנית לפרשנותה של החקיקה. אין היא מוגבלת לכך. השופט אגרנט ציין כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו". משפטו של עם רחב מדברי החקיקה. הוא משתרע על תחומים נוספים. אציין רק שניים: הפסיקה ופרשנות החוקה.

ודאי שמערכת החיים הלאומיים שלנו משפיעה על פיתוחו של המשפט המקובל נוסח ישראל. כך למשל המשפט המינהלי הכללי שלנו הוא משפט מקובל. אין לראות בו אך פרשנות של החקיקה. יש לראות בו חטיבה של משפט מקובל "נוסח ישראל". חטיבה זו מעוצבת על רקע מערכת החיים הלאומיים שלנו. היא מושפעת מהיותנו מדינה

28 בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, עמ' 628.

29 בג"ץ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו(3) 693, עמ' 705.

דמוקרטיה שוחרת חופש³⁰. אין להבין את משפטנו המינהלי בלא לעמוד על יסודותיו הדמוקרטיים. כך, למשל, צמצום היקף שיקול הדעת המינהלי – שממלא-מקום הנשיא השופט אגרוט עמד עליו בפרשת כרדוש³¹ – נגזר מאופייה הדמוקרטי של המדינה. כך גם ההלכה הקובעת כי הסדרים ראשוניים צריכים להיקבע על-ידי המחוקק הראשי ולא על-ידי מחוקק המשנה³². למותר לציין כי מקורן של זכויות האדם ההלכתיות שבית-המשפט העליון עמד עליהן מיום היווצרותו הוא בתפיסה דמוקרטית של מערכת חיינו הלאומיים. זהו הבסיס לדבריו של השופט ש"ז חשין בפרשת בז'רנו³³:

”זוהי זכותם; זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה”.

5. מערכת החיים הלאומיים ופרשנות החוקה

מערכת החיים הלאומיים שלנו משפיעה על הפרשנות החוקתית³⁴. ממלא-מקום הנשיא השופט אגרוט הדגיש בפרשת מתאנה³⁵ כי:

”כאשר העניין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' (spacious view) על הסמכויות האמורות בו”.

בכך נתן השופט אגרוט ביטוי לגישה כי יש ייחוד לפרשנות החוקתית³⁶. הוא ציטט באותה פרשה את דבריו של זקן השופטים האמריקני מרשל באחת הפרשות³⁷, ולפיהם “יש להביא בחשבון, שעה שבאים לפרש חלק זה או אחר של חוקת ארצות-הברית, כי 'it is a constitution we are expounding'” גישה זו בדבר פרשנות מתוך מבט רחב משמעותה הנה שאין ליתן לחוקה פרשנות לגליסטית או פדנטית. פרשנות מתוך “מבט

30 ראו ד' ברק-ארז “האתגר הדמוקרטי של המשפט המינהלי” עיוני משפט כד (2000) 369.
 31 בג”ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ”ד טו 1151.
 32 בג”ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ”ד נב(5) 481.
 33 בג”ץ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ”ד ב 80, עמ' 83.
 34 ראו ברק (לעיל, הערה 27), עמ' 460.
 35 ד”נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ”ד טז 430, עמ' 442.
 36 ראו ברק (לעיל, הערה 27), עמ' 435.
 37 ראו *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) 407.

עלי משפט ג' תשס"ד את המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו

רחב" משמעותה, בין השאר, פרשנות הנותנת ביטוי מלא למערכת החיים הלאומיים של העם. עמד על כך השופט הולמס באחת הפרשות בציינו³⁸:

"The provisions of the Constitution are not mathematical formulas having their essence in their form; they are organic living institutions transplanted from English soil. Their significance is vital, not formal; it is to be gathered, not simply by taking the words and a dictionary, but by considering their origin and the line of their growth".

על כן יש לפרש את חוקי היסוד שלנו מתוך שאיפה להגשים את מערכת החיים הלאומיים שלנו. מכאן שיש לפרש את חוקי היסוד שלנו כולם מתוך מטרה להגשים את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית גם יחד.

בהקשר זה יש לציין למשל כי בפרשת קול העם ביסס השופט אגונט את הזכות לחופש הביטוי על אופייה הדמוקרטי של המדינה. לאחר שהשופט אגונט מסביר בפרשת קול העם את הדמוקרטיה כמשטר של רצון העם, הוא כותב³⁹:

"תפיסה פשוטה זו של המשטר הדמוקרטי מביאה בהכרח, איפוא, להטלת העיקרון של חופש הביטוי בכל מדינה המושתתת על משטר כנ"ל".

האין להסיק מכאן את חופש הביטוי הפוליטי מההיבטים הדמוקרטיים של המדינה כפי שמצאו ביטויים בחוק-יסוד: הכנסת ובחוק-יסוד: הממשלה? החשיבות של גישה אפשרית זו הנה בכך כי לחופש הביטוי יינתן מעמד חוקתי-על-חוקי בהיותו נגזר מחוקי יסוד. יצוין כי גישה זו עצמה נקט בית-המשפט העליון של אוסטרליה. ברשימה ארוכה של פסקי-דין⁴⁰ נקבע על ידיו כי בהיעדר מגילת זכויות אדם חוקתית נפרדת משתמע חופש הביטוי מכללא מההסדר החוקתי בדבר שיטת הבחירות זכות אדם חוקתית בעלת מעמד על-חוקי. דומה שעלינו להרהר באפשרות זו בצד הכרה בחופש הביטוי כזכות חוקתית בהיותו חלק מכבוד האדם⁴¹.

38 ראו 610 (1914), 233 U.S. 604 *Gompers v. United States*.

39 פרשת קול העם, עמ' 876.

40 ראו *Nationwide News Pty Ltd. v. Wills* (1992) 177 CLR 1; *Australian Capital Television Pty Ltd. v. Commonwealth* (1992) 177 CLR 106; *Theophanous v. Herald & Weekly Times Ltd.* (1994) 182 CLR 104; *Stephens v. Westrn Australian Newspaper Ltd.* (1994) 182 CLR 211; *Cunliffe v. Commonwealth* (1994) 182 CLR 272; *McGinty v. Western Australia* (1996) 186 CLR 140; *Lang v. Australian Broadcasting Tribunal* (1997) 789 CLR 520.

41 ראו ברק (לעיל, הערה 13), עמ' 427; ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136.

המושגיות של "מערכת החיים הלאומיים" אינה מקרינה מתוכה מובן אחד ברור ויציב. עניין לנו במושג הדורש פיתוח וגיבוש. משימה זו מוטלת על השופטים, ובראשם שופטי בית-המשפט העליון. בהגשימם אותה הם ממלאים את התפקיד המרכזי המוטל עליהם בחברה הדמוקרטית: גישור על הפער בין המשפט למציאות החברתית המשתנה והגנה על הדמוקרטיה. במלאם משימה זו יפעלו השופטים בניטרליות ובאובייקטיביות תוך שמירה על אמון הציבור בהם. לעתים הגשמתה של משימה זה היא בעלת אופי הצהרתי. לרוב יש בה אופי יוצר. היא הביטוי האותנטי של קול העם העולה ממעמקי הווייתו הלאומית של העם. השופט אגרנט הגשים תפקידו זה במלואו ובאופן השלם ביותר. את הבסיס לכך הוא הניח בפרשת קול העם, וממנה עולה דמותו של השופט אגרנט כמבטא את קולו של העם⁴².

42 ראו ברק (לעיל, הערה 1).