

מעמדו של השופט בשיטת המשפט הישראלית

מאת

ברכיהו ליפשיץ*

א. פתיחה. ב. הפנייה אל המשפט האנגלי. ג. קונסנסוס חברתי-משפטי.
ד. עקרונות יסוד בלתי כתובים. ה. רצון העם. ו. משפט מקובל ישראלי.
ז. פרשנות תכליתית. ח. "דיני הפרשנות" וסמכותה של "הקהילה המשפטית".

א. פתיחה

1. דומה כי הכול מסכימים, שבמהלך השנים הלך וגבר בישראל כוחה של הרשות השופטת ביחס לכוחותיהן של הרשות המחוקקת ושל הרשות המבצעת. עניינה של רשימה זו הוא בבחינת ההצדקות הפורמליות שנותנים השופטים למהלכים הפרשניים שהם נוקטים להגברת כוחם וסמכותם, בעת שהם נוטלים לידיהם סמכויות "חוקתיות". לא טיעונים "מעשיים" ("אין גוף שלטוני אחר שיעשה את המלאכה"), "מוסריים" ("היכן היינו מצויים אלמלא עשה בית-המשפט את המלאכה?") או "מוסדיים" ("הכנסת שתקה בעת שבתי-המשפט עשו את המלאכה") ואף לא הסברים פוליטיים הניתנים למצב זה, יהיו מענייננו כאן.

הצד השווה שבכל העניינים שיידונו להלן הוא בהיותם מבוססים על ההנחה, או שהם מבססים את ההנחה, שלבית-המשפט יש סמכויות שהן מעבר לאלה הקבועות בחוק הכנסת, או אפילו מעבר לאלה הקבועות בחוקה. כל אלה יוצרות מערכת של מה שאפשר לכנות "נקודות ארכימדיות"¹, הניצבות כביכול מחוץ למערכת ואשר בזמן

* פרופסור, מופקד הקתדרה על שם הנרי ג' ופאני הרכבי למשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית בירושלים והמכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן. אני מודה לדויד הד ולמירי גור-אריה על הערותיהם הטובות.

1 ראו דברי השופט ברק בד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701, 715. כאמור להלן, לא נידונה כאן דרך הפרשנות המוצעת הזאת לגופה, כלומר בהנחה שלבית-המשפט הוענקה הסמכות לפרש בדרך זו. על כך ראו ח' גנו "שיקול דעת שיפוטי לאהרן ברק" משפטים יח

שבית-המשפט נשען עליהן הוא מסיט מדי פעם את עולם הנורמות הישראלי ממסלולו, כאילו היו נקודות אלה "נורמות בסיסיות", שעל-פי תורתו של הנס קלזן כל מערכת נורמטיבית מבוססת עליהן, אך הן עצמן מצויות מחוצה לה.

בעיקרו של דבר, תבוא להלן סקירה ביקורתית של טיעוניו של נשיא בית-המשפט העליון (בדימוס) פרופ' אהרן ברק, שהקדיש לסוגיות אלה מקום נרחב למדי בכתביו השונים. בהגינותו וכדרכו בכל עניין שבו הוא עוסק, הוא חושף בפומבי ובהרחבה את מכלול השיקולים והטיעונים הרלוונטיים. אלה אינם בגדר תורת הנסתר או בגדר תורה שבעל-פה, אלא תורה כתובה ומפורסמת הפתוחה לרבים. בוודאי יש אמירות מן הסוג שיידון כאן הבאות גם מפיהם של שופטים אחרים (וחלקן גם יובא להלן), אך לרוב הן כהלכה בלא טעם, נימוק והצדקה. אם הלכה היא נקבלנה, ואם לדין – יש תשובה.

מדבריו של הנשיא ברק נראה שהוא עצמו מקדיש מאמץ רב ליצור תשתית פורמלית לסמכות שהוא טוען לקיומה בידי בית-המשפט. כלומר הטיעון אינו מסתמך על עמדה מעין-דבורקיאנית, המבוססת כביכול על עצם טבעו של החוק, לכן הדברים שלהלן יהיו מכוונים אל עבר תשתית זו. לכן לא יהיה כאן דיון ברצייתם של כל אותן סמכויות ושל כל אותם תכנים שסמכויות אלה באות לשרת. נניח שהכול ראוי ורצוי. עדיין, כך נטען, אין זה המצב המצוי ויש לשמור על הפער הזה, שגם הוא מבטא ערך דמוקרטי ומשפטי רב-חשיבות. הצורך בהדגשה זו יכול שייראה תמוה ומיותר, אך מסתבר שכיום נצחונה של ה"פסיקה על-פי ערכים" הוא כבר כה ברור ומובן מאליו, גם לשופטים וגם לחלק מן כותבים של האקדמיה, עד שיש צורך לשוב על הראשונות. אכן, כפי שנראה גם להלן, הולכת ומצטברת ביקורת הפונה אל מאפיינים שונים של טיעוניו, הרואה בהם חריגה מן המוסכם ומן הסמכות. כאמור, למרות הנטייה אל עבר הערכים כדי לשפוט ישירות על-פיהם, הרי שבשאלת הסמכות לעשות כן, ניכר מאמץ להצדיק זאת בדרך הפורמלית "הרגילה" וזוהי הזדמנות מתאימה לבחון את השאלה מבחינה זו.

ב. הפנייה אל המשפט האנגלי

2. מסלול אחד שבו מוגדרים מעמדו של השופט במשפט הישראלי וסמכויותיו, הוא המסלול של הפסיקה המחודשת דין במקום של חסר, גם בלי שהשופט יצטרך לשם כך הסמכה מפורשת של המחוקק. בספרו של פרופ' ברק העוסק בתורת הפרשנות הכללית², מוקדש הפרק השישי ל"שיטת המשפט בישראל, מסורתה ודרכי פרשנותה". שם נערכת

(תשמ"ח) 509; א' הראל "הרהורים ספקניים על אופטימיזם של שופט" קתרוזים 4 (2005)

22.

2 א' ברק פרשנות במשפט, כרך א, תורת הפרשנות הכללית (תשנ"ב), 179 ואילך.

תחילה ההבחנה בין מסורות משפטיות ושיטות משפט, מחד גיסא, לבין "תרבות משפטית", העומדת מעל למשפחת השיטות³, מאידך גיסא. נטען שהתרבות המשפטית המערבית שונה מזו של המזרח הרחוק, וכן שהתרבות המשפטית האסלאמית והתרבות המשפטית של המשפט העברי שונות מכל אלה וגם זו מזו⁴. מהי התכלית של סיווג זה? על כך אנו למדים מדברי המחבר:

"נקודת המבט שלי אינה פדגוגית... לצורך הוראה. מטרתי גם אינה השוואתית... כדי למצוא פיתרון ראוי לסוגיה משפטית כלשהי. מטרתה היא מתודולוגית. ברצוני ללמוד ממיקומה ומאפיונה של שיטת המשפט הישראלית על מקורותיה המשפטיים בכלל ועל התפקיד השיפוטי בפרט"⁵.

עוד נקבע שם כי "שיטת המשפט שלנו משתייכת לתרבות המשפטית המערבית", ונזכרים המאפיינים המצדיקים, לדעת הנשיא ברק, את הגישה הזאת. בתוך מסורת זו נראה כי בעיקרו של דבר אנו חלק ממשפחת (מסורת) המשפט המקובל. מעבר לכמה עניינים של דמיון, מציין הנשיא ברק כי:

"מהמסורת של המשפט המקובל שאבנו את כללי הפרשנות, את מעמדו המיוחד של השופט בשיטה... עוד שאבנו ממשפחת המשפט המקובל את עקרון התקדים המחייב ואת התפישה כי השופט מוסמך ליצור משפט גם מעבר לפרשנות החוק. התפישה, כי ההלכה הפסוקה מהווה מקור משפט מחייב, היא תרומתה המרכזית של מסורת המשפט המקובל. בשל הקשר ההיסטורי בין משפחת המשפט המקובל לבין שיטת המשפט הארצישראלית נקלטה תפישה זו גם בשיטת המשפט הישראלית. אנו מכירים בלגיטימיות של הפעילות השיפוטית ביצירת משפט הלכתי, שאין בן כל פרשנות של נורמות משפטיות חקוקות... כך, למשל זכויות היסוד של האדם, 'שאינן כתובות עלי ספר', הן פרי ההלכה השיפוטית... אכן, אנו מכירים ב'משפט מקובל נוסח ישראל'. ישאל השואל; מהיכן סמכותו של שופט בישראל ליצור נורמות משפטיות, שאינן פרי פרשנותה של חקיקה עמומה ורב-משמעית? הרי אין כל דבר חקיקה המסמך אותו ליצירה משפטית זו? התשובה תהא, כי סמכות זו היא חלק מהמסורת

3 שם, שם.

4 שם, עמ' 182. אכן, שאלה היא לפי מה נעשית ההבחנה בין השתיים האחרונות. לכאורה אפשר למצוא, לפחות במאפיינים חשובים של המשפט העברי, דמיון למאפייני המשפט המערבי, שאותם מציין פרופ' ברק.

5 שם, עמ' 183.

המשפטית שלנו, מסורת בת למעלה מששים שנה, אשר קשרה את גורלן של שיטת המשפט הארצישראלית והישראלית למסורת המשפט המקובל. מכוחה של מסורת זו, כאשר שופט יוצר דין חדש, הקהילייה המשפטית הישראלית רואה פעולה זו כלגיטימית. כשם שבאנגליה מקובל ששופט יצור משפט הלכתי, גם בלא דבר חקיקה המסמיך אותו לכך במפורש, אף בישראל פעולה כזו תיחשב לגיטימית, גם בלא שדבר חקיקה קובע זאת במפורש. ישאל השואל: האין לומר כי השפעה זו של תרבות המשפט המקובל נפסקה עם חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, אשר ניתק את הקשר החי עם המשפט המקובל? התשובה לכך שלילית: ... הוא לא ביטל את הדינים שנקלטו כבר קודם לכך מהמשפט המקובל. יתר על כן: חוק יסודות המשפט פועל במסגרת מוגדרת וקבועה. הוא נועד להחליף את המשפט המקובל כמקור משלים לחסר בחקיקה המקומית. הוא לא נועד ליצור שידוד מערכות בכל יסודות המשפט בישראל, לעקור את ההלכה הפסוקה כמקור למשפט או לשנות את מעמד השופטים בישראל⁶.

אכן, גם לדעתו של הנשיא ברק אין להכחיש את השינויים שחלו במשפט הישראלי בנטייתו למשפט הקונטיננטלי, ויש הבדלים נוספים בין המשפט הישראלי למשפט המקובל שהנשיא ברק מודה בקיומם, אך הם מובילים אותו לקראת

"...אפשרות שלישית, הנראית לי כמתארת נכונה את המציאות הנורמטיבית שלנו... הגורסת, כי איננו משתייכים לאחת המשפחות המערביות המקובלות. חרף הדמיון בין שיטתנו לבין משפחת המשפט המקובל, אין לסווג אותה כחלק ממשפחה זו. הקשר ההיסטורי בין השיטות היה קצר כדי ליצור קשר משפחתי: המוסדות המשפטיים המרכזיים שלנו... אינם ידועים לאנגלים; מעמד החקיקה אצלנו שונה באופן מהותי מזה שבמשפחת המשפט המקובל; עקרון הקודיפיקציה... אינו מקובל, בצורתו זו, במשפחת המשפט המקובל. גם צורת החשיבה של המשפטן הישראלי אינה מאפיינת את המשפטן האנגלו-אמריקני... רבים מהמשפטנים שלנו... חושבים במושגים מופשטים... הגישה הפורמלית למשפט... אינה נחלתנו...⁷...נמצא, כי אמנם ניכרות בנו

6 שם, עמ' 185-186. כוונתו של הנשיא ברק בהשתמשו במונחים "תרבות" ו"מסורת" איננה ככוונתו של מ' מאוטנר בשימוש בהם במאמרו "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" וב"תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי (מ' מאוטנר, א' שגיא, ר' שמיר – עורכים, תשנ"ח) 545. ראו גם מאמרו של מ' מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט (תשס"ו) 223.

7 ברק (לעיל, הערה 2), עמ' 189. ראו להלן, ליד הערה 9.

השפעות רבות ממשפחת המשפט המקובל, אך אין לשייך אותנו למסגרתה של זו. עשינו פעולות מכוונות כדי לנתק את עצמנו מהקשר הפורמלי עם משפחת המשפט המקובל. פעולות אלה אכן הצליחו להוציא אותנו ממסורת המשפט המקובל"⁸.

3. לאחר מכן בוחן הנשיא ברק את השתייכותו של המשפט הישראלי למשפחת המשפט הרומנו-גרמנית. השתייכות זו נדחית גם היא על-ידיו, בין השאר על-פי המאפיינים הללו:

"רבים מהמשפטנים שלנו – בשיפוט ובאקדמיה – אינם גורסים חשיבה אבסטרקטית ושיטתית, ומטיפים לחשיבה ממקרה למקרה; תפיסה פורמלית של משפט ושיפוט אכן מאפיינת תחומים נרחבים של משפטנו"⁹.

הנה כי כן, שיטת המשפט שלנו סובלת מ"פיצול אישיות" של ממש. על כן אנו "שיטה שהיא משפחה". מאפיינים אותה מעמדה "הבכיר" של החקיקה ומעמדו "המרכזי" של השופט. בכך, כאמור, עיקר ענייננו.

"מעמד מרכזי זה מתבטא בעיקר בשניים. האחד, כאשר מתגלה חסר בחקיקה, מוסמך השופט להשלים את החסר. הדין המשלים קבוע בחוק יסודות המשפט, והוא בנוי משני שלבים... יש להניח כי אם גם שלב זה (השני – ב' ל') אינו מניב פרי, יהא על השופט לעבור לשלב השלישי – שאינו נזכר בחוק יסודות המשפט אך הוא מתבקש ממהותה של שיטתנו המשפטית... סמכות זו להשלים חסר אינה הסמכות היחידה הנתונה לשופט ליצור נורמות חדשות. מעמדו המרכזי של השופט בשיטה הישראלית מתבטא גם בסמכות ליצור 'משפט מקובל נוסח ישראלי'. אף זו סמכות לחקיקה שיפוטית ומכוחה יוצר השופט בישראל הלכות שיפוטיות שאינן פרשנות של דין חקוק ואף אינן השלמת חסר בו, אלא הן יצירת נורמות משפטיות הלכתיות מעבר לחקיקה הקיימת. מכוח סמכות זו – שמקורה בקרבה המשפחתית למשפט המקובל – נוצר חלק ניכר מהמשפט המנהלי והחוקתי. סמכות השיפוט נתפסת כהיתר ליצירת דין... דומה שקיים קונצנזוס בקהיליה המשפטית שלנו, כי סמכות זו קיימת בכל מקרה שהיא אינה נוגדת את החוק הקיים. קונצנזוס זה ממשיך וקובע, כי

8 שם, עמ' 190.

9 שם, עמ' 191. יש להניח שרבים לא יסכימו להגדיר את עצמם כך. השוו למובא לעיל, הטקסט הסמוך להערה 7.

סמכותו של בית-המשפט לפתח משפט אינה קיימת כאשר הלכתו החדשה נוגדת וסותרת דבר חקיקה קיים. אולם נראה, כי בעניין אחרון זה מתחיל לחול שינוי בתפישתה של הקהילה המשפטית שלנו. נשמעים יותר ויותר קולות הדורשים להכיר בסמכותו של בית-המשפט להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות-על של השיטה (למשל: עקרון השוויון)¹⁰.

4. אך נראה שעיקרון אחרון זה אינו יכול לקום מכוח הקירבה המצויה, כביכול, עם המשפט המקובל, שבו סמכות כזאת אינה מוכרת. השואל יכול שישאל: האם באמת עד כדי כך נקשרו הגורלות של שיטות המשפט מכוחה של מסורת בת שישים שנה, או שמא זוהי תקופה קצרה מדי ליצירתו של קשר משמעותי כזה? כיצד דווקא סמכותו של השופט לחדש משפט נרכשה ולא בוטלה ואילו שאר סממני הדמיון כלל לא נרכשו או, אם נרכשו, בוטלו? האם באמת אין חוק יסודות המשפט קובע בדיוק ובדיוקנות את גבולות הסמכות למילוי החסר? האומנם על תירוץ נקום ונסמך את סמכותו המשווערת של השופט? ומהו תוקפו של "הקונסנסוס של הקהילה המשפטית"? האם יש בכוחו לשלול סמכות, לאשר סמכות וגם ליצור סמכות? ומניין בא לו כוח זה? והאם גם הוא יליד "מסורת משפטית" כלשהי? על כך ראו עוד להלן.

אמנם, אפשר לטעון שאין להבחין בין בחירה מבין אפשרויות פרשניות שונות בסוגיה שבתוך השיטה לבין שאלה העוסקת בסמכותו של בית-המשפט גופה: שתיהן עניין לפרשנות, כפי שנראה מדיונו של הנשיא ברק; ואולם יש לנו מקום גם לתהות האומנם כך הוא, ואם אין זה ראוי שמבחינה חוקתית לא בדרך זו תיקנה הסמכות, שהרי במהלך חוקתי אנו מהלכים.

5. הדמיון המבוקש בידי הנשיא ברק בין שיטת המשפט הישראלית לבין שיטת המשפט המקובל צריך עיון מצד עצמו. בשיטת המשפט האנגלית מעמדו של השופט נגזר, במידה רבה מן המאבק בין המלך לבין בתי-המשפט של ה-Common Law. השופטים של ה-Common Law טענו כלפי המלך שהם פוסקים לפי ה-Common Law והמלך אינו יכול להתערב בכך. טענה זו נועדה לבצר את עצמאותם של השופטים אל מול השלטון. האם זוהי הדמות הראויה למשפטנו להידבק בה ולקשור עמה את גורלו? האם נרצה לומר שהכנסת היא כשלטון המלך, העומד בניגוד לעם ומצוי בעימות עם נציגו של העם, הוא בית-המשפט? והלא גם באנגליה, כאשר מקור החוק הפך להיות ה- House of Commons נכנע בית-המשפט לחלוטין כלפי המחוקק ונותר לו לפסוק רק במקום שהמחוקק שתק וטרם אמר את דברו. זאת ועוד, המשפט המנדטורי עצמו התיר ל"משפט

10 שם, עמ' 193-194. קביעה זו עצמה, שעקרון השוויון הוא עקרון-על של השיטה, מוטלת בספק.

הילידי" למלא לקונה שהתגלתה רק על-ידי פנייה ליסודות המשפט המקובל ולעיקרי היושר האנגלי (סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922). הדעת נותנת ששלטונות המנדט לא חששו מקיומו של חסר שלא יוכל להתמלא מן המקורות האנגליים, אשר צוינו באותו דבר-מלך. אין לכך דבר עם הסמכות ליצור "משפט מקובל ארצישראלי". אדרבה, סמכות זו איננה מצויה בדבר המלך, כדברי הנשיא ברק עצמו:

"בתקופת המנדט נהג דין משלים הטרוגני. משמצא שופט חסר בחקיקה היה עליו להשלים את החסר על-ידי העקרונות של המשפט המקובל והדוקטרינות של דיני היושר. חל איסור על היקש מהדין המקומי וחל איסור על השלמת החסר מכול עקרונות היסוד של השיטה עצמה"¹¹.

אפילו נקבל את דבריו השופט של חיים כהן, אשר כתב:

"יכולה השאלה להתעורר, על-פי מה ישפוט השופט אם אין בידו לשאוב לא מחיקוקים העומדים בתוקפם ולא מן המשפט המקובל וכללי היושר האנגליים. לכאורה התשובה פשוטה: הוא חייב למלא את החסר כדרך ששופטי אנגליה עושים; או, לשון אחר, המשפט האנגלי מכיל בתוכו גם דין שיוור משל עצמו ומורה את הדרך שבה ילכו כשאין בחוק או בהלכות פסוקות נקודת אחיזה להכרעה..."¹².

אפילו כך הוא, הרי שזה הוא דין שיוור מצומצם מאוד, והוא "אינו אלא צדק ויושר, יראת-חטא ואהבת-הבריות"¹³. עכשיו, כשנתחדש לנו חוק יסודות המשפט, המפנה בסוף ההליך של השלמת חסר בחקיקה לעקרונות הצדק, היושר, החירות והשלום של מורשת ישראל, ודאי שאין לבית-המשפט כל הסמכה לעשות חוק במקום של לקונה וודאי שאין הוא רשאי לעשות כן מכוח "עקרונות היסוד של השיטה", שאינם מגויים בחוק.

בין כך ובין כך, כל אותן נקודות משען הן תולדה של הנחות בלתי מוכחות שאינן הכרחיות, ומכל-מקום הן מצויות מחוץ לשיטה עצמה.

ג. קונסנסוס חברתי-משפטי

6. בפרשת לאור ניתנה ההחלטה עוד קודם לקבלת חוקי היסוד בשנת 1992 וקודם לפרשת בנק המזרחי, שבה הכיר בית-המשפט בכוחו להכריז על בטלותו של חוק העומד

11 א' ברק פרשנות תכליתית במשפט (תשס"ג), 112.

12 ח' כהן "דין השיוור" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 285, 286.

13 שם, עמ' 287.

בניגוד לחוקי היסוד הנזכרים; ואולם, לדעתו של הנשיא ברק, עדיין יש מקום לדברים שאמר שם, והוא מוסיף לצטט גם לאחרונה. מכאן החשיבות הרבה לעיין בהם ולצטט מהם בהרחבה. הקטע המרכזי והמפורסם מדברי הנשיא באותה פרשה הוא זה:

"מה תוקפו של חוק, הסותר עקרונות יסוד, כגון עקרון השוויון? השאלה 'פשוטה' יחסית, אם עקרונות היסוד מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין. כפי שראינו, במקרה זה יד העקרונות על העליונה, שכן הם מעוגנים בנורמה משפטית עליונה, ומכוחם החוק בטל. בית המשפט מוסמך להצהיר על כך. אך מה הדין אם אין חוקה נוקשה, ואין בנמצא חוק-יסוד משוריינים: האם בכוחו של חוק 'רגיל' לקבוע הסדר, הנוגד את עקרונות היסוד של השיטה? והאם יכולים חוקה נוקשה וחוק-יסוד משוריין לנגוד עקרונות יסוד אלה? כפי שציינתי, שאלה זו אינה חדשה. כמוה כימי המאבק בין הפילוסופיה הפוזיטיביסטית לבין הפילוסופיה המבססת עצמה על משפט טבעי. ידועה עמדתו של השופט קוק (*coke*) במאה השבע-עשרה, לפיה –

'When an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudicate such act to be void...'

גישה זו לא נתקבלה באנגליה, ולקראת סוף המאה ה-19 נקבע, כי אין המשפט המקובל יכול להביא לבטלותו של חוק. ידועים דבריו של השופט וילס (*Willes J.*) שאמר:

'It was once said... that if an Act of Parliament were to create a man judge in his own case, the Court might disregard it. That dictum, however, stands as a warning, rather than an authority to be followed. We sit here as servants of the Queen and the legislature. Are we to act as regents over what is done by parliament with the consent of the Queen, lords, and commons? I deny that any such authority exists... The Proceedings here are judicial, not autocratic, which they would be if we could make laws instead of administering them'

מאז נוהגים על-פי גישה זו באנגליה... עם זאת, נשמעים בה גם קולות לשינוי הגישה... חלקם של קולות אלה נקשרים להתחדשות של השקפות, הדוגלות במשפט הטבעי בשנים האחרונות...

הגישה המקובלת באנגליה אינה הגישה היחידה האפשרית. אמת, מוכרת ריבונותו של בית המחוקקים. אך כמו כל ריבונות, גם ריבונות זו יכולה

להיות מוגבלת (ראה י' טל, 'מחוקק כל-יכול – האמנם?' עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 361). אכן, בגרמניה, למשל, הודגשה ההשקפה, כי המחוקק כבול לעקרונות יסוד מסוימים, גם אם לעקרונות יסוד אלה אין עיגון חוקתי. גישה זו התקיימה עוד לפני מלחמת העולם השנייה... והיא הלכה וגברה לאחר מלחמת העולם השנייה, לאור הניסיון המר בתקופת הנאצים... בית המשפט החוקתי בגרמניה הכיר בה, תוך שקבע, כי אפילו הוראה בחוקה עצמה, הנוגדת באופן קיצוני את הצדק, בטלה... על אפשרויות אלה עמדו גם מחוקי לגרמניה (ראה השופט ח' ה' כהן, 'פרשנות נאמנה – תלתא משמע' משפטים ז (תשל"ו) 5).

שאלת כוחו של חוק, הנוגד עקרונות יסוד של השיטה, התעוררה מספר פעמים בישראל (ראה טל, במאמרו הנ"ל). בע"ב 1/65, בעמ' 389 ציטט השופט זוסמן פסיקה גרמנית, אשר קבעה את העיקרון, 'כי השופט חייב לפסוק גם על-פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה, שאפילו הוראותיה נדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן', והוא הוסיף (בעמ' 390), כי 'אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה'. בבג"צ 130/66... העיר השופט זוסמן, כי 'לא נטען לפנינו שסעיף 2 הנ"ל מתבטל מפני מצוותה של הכרזת העצמאות, ולפיכך נמנע אני מלדון בשאלה זו'. בדומה, בבג"צ 889/86, בעמ' 543 ציין הנשיא שמגר, כי 'איני רואה צורך לדון כאן בשאלה החוקתית הרחבה, אם הביקורת השיפוטית של בית-משפט זה משתרעת גם על החקיקה הראשית של הכנסת, מעבר לביקורת בקשר להוראות החקוקות המשוריינות שבחוק היסוד'. בצד פסיקה זו, שלכאורה הכירה בכוח-העל של העיקרון על-פי החוק, או לפחות השאירה זאת בצריך עיון, קיימת רשימה ארוכה של פסקי-דין, בהם ציין בית המשפט העליון, כי 'נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשו כדין על יסוד נימוק זה או אחר' (השופט ברנזון בע"א 228/63, בעמ' 2547). 'הכנסת היא ריבונית בחקיקת חוקים. היא חופשייה בבחירת הנושא לכל חוק ובקביעת תוכנו, וכל חוק היוצא מבית היוצר שלה יש לתת לו ולכל חלק שבו תוקף. חושבני, כי הכל מסכימים שאין בתי-המשפט יכולים להרהר אחרי מידותיו של המחוקק הריבוני, כפי שהן מוצאות את ביטויין בחוקים המתקבלים על-ידיו. בית-המשפט יכול רק לפרש חוק הכנסת ולא להעמיד בסימן שאלה

תוקפו של חוק ונכונות הדברים האמורים בו' (השופט ברנזון, בבג"צ 188/63, בעמ' 349). 'דעת הכול היא, לפי ההסדר החוקתי הקיים אצלנו לעת עתה, כי בנתון לבעיה המיוחדת של הוראות חוק משורינות, אין בית-משפט זה נוטל לעצמו סמכות ביקורת על תוכן חקיקתה של הכנסת' (הנשיא לנדוי בבג"צ 306/81, בעמ' 135-136). 'רשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיי' (השופט זוסמן בבג"צ 63/57, בעמ' 1079). ועל עמדה זו חזר בית-משפט זה פעמים רבות... תפיסה זו הופעלה, בין השאר, גם באשר ליחס בין חוק לבין עקרון השוויון. 'גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפליית, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן' (השופט ח' כהן בבג"צ 120/73, בעמ' 759). על-כן הכיר בית המשפט בתוקפה של הוראת חוק, הנוגדת את עקרון השוויון הקבוע בהוראה משורינת אשר בחוק-יסוד, ובלבד שנתקבלה ברוב המיוחד (בג"צ 246/81, 260, בעמ' 13; בג"צ 60/77; בג"צ 148/73 הנ"ל, בעמ' 798). סיכום סוגיה זו הנשיא שמגר, בצינו:

'חוקי הכנסת אינם נתונים לביקורת שיפוטית באשר לחוקיות תכנם... בכפוף לביקורת אפשרית של חוק שהתקבל בדרך שסתרה 'הוראה משורינת' (בג"צ 669/85, 24/86, 131, בעמ' 399).

מהי המסקנה העולה מניתוח זה? לדעתי, שלוש הן המסקנות המתבקשות: האחת, כי באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין, אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית המשפט בשל פגיעתו הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להיתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק. השנייה, כי על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלונה בירושה מהתפיסה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות

של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור. רק על רקע תפיסה זו ניתן להבין את המחלוקת המפלגת אותנו באשר לצורך בחוקה נוקשה ובביקורת שיפוטית. השלישית, כי לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משוריית בחוק-יסוד – והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי העם ונציגיו הנבחרים¹⁴.

7. כלפי טענה זו אפשר לטעון כי אף אם אכן "אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו", עדיין יש צורך להצביע על מקור הסמכות של בית-המשפט לפסול חוק כזה. הרי גם ההפך הוא נכון: אין כל דבר אקסיומטי בכך שחוק יכול להיפסל בידי בית-משפט בשל תוכנו. יש דברים רבים שאינם סותרים כל אקסיומה, ואף-על-פי-כן, כנראה אין בית-משפט מוסמך לעשותם. יתר על כן, מדבריו של הנשיא ברק עולה שההגבלה על כוחו של בית-המשפט לפסול חוק בשל תוכנו, התקבלה בשיטת המשפט הישראלית מן המסורת האנגלית, וכמוה כסמכותו של בית-המשפט לחדש חוק שנסקרה לעיל. אלא שבעניין זה יכולים ורשאים בתי-המשפט לסטות מן המסורת הזאת והדבר תלוי אך ורק בכך אם "ראוי" לעשות כן אם לאו. בעניין כוחו של בית-המשפט לבטל חוק, לא היה זה "ראוי", לדעת הנשיא ברק באותם ימים, לסטות ממה שהיה מקובל רק משום החשש שבית-המשפט ייראה כמי ש"חורג מן הקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי העם ונציגיו הנבחרים".

14 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (להלן – עניין לאו"ר), 551-554. ראו גם להלן, סוף הערה 61, וכן אצל ר' עמית "העמדות של (ה)קאנון, הטקסט הברקי כקאנון בהתהוות" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 81, 120.

8. נדייק: הנימוק הזה הוא משני ותדמיתי והוא זמני בלבד; עם שינוי "תפיסת החברה" יכול שינוי כה עמוק להיעשות גם בידי בית-המשפט, גם בלי כל הוראת חוק המסמיכה אותו לעשות כן. ולכן, עם יצירתו, כביכול, של "שלב חדש בחיינו הלאומיים", כלומר עם חקיקתם של חוקי היסוד בשנת 1992, הנשיא ברק יכול היה להניח ביתר קלות, כלומר לטעון ביתר קלות, שתפיסת הציבור השתנתה ומעתה תתקבל בהבנה סטייה ממה שהיה נהוג עד כה בדבר סמכותו של בית-משפט לבטל חוק¹⁵. אמנם הנשיא ברק הכריז ש"הכנסת היא זו שחוללה את המהפכה החוקתית. בלעדיה לא הייתה המהפכה החוקתית מתרחשת בשנת 1992"¹⁶, אלא שמיד אנו למדים: "עם זה, לא היה זה תנאי מספיק. המהפכה לא הייתה מתרחשת... אילולא הכיר בית המשפט בכוחה של הכנסת לכונן חוקה... רק איחוד הכוחות... הוביל למהפכה החוקתית". גם בית-המשפט נעשה שותף לכינון החוקה, ולא עוד אלא שהוא שותף מכריע.

9. לא זו אף זו: "שינוי זה לא התבטא ביצירה של זכויות יש מאין"¹⁷, "זכויות אדם חקיקתיות והלכתיות הוכרו גם בעבר"¹⁸:

"זכויות אלה הוכרו כמובן בישראל עוד לפני כינונם של שני חוקי היסוד... חלקן העיקרי הוכר בפסיקה... פסיקה זו ראתה בזכויות אדם אלה חלק מהמשפט המקובל הישראלי"¹⁹.

דברים אלה מבוססים על האמור על-ידי הנשיא ברק בפסק-הדין המפורסם בעניין בנק המזרחי²⁰:

"המהפכה החוקתית אינה מתבטאת אפוא בעצם ההכרה בקיומן של זכויות האדם. הכרה זו קיימת בישראל על בסיס הפסיקה, מימים ימימה".

אכן, לדבריו, קיומו של הקונסנסוס או היעדרו אינו מכריע:

"דומה כי הציבור הרחב טרם הפנים את המציאות הנורמטיבית שלפיה יש לנו כבר, עכשיו ועתה, חוקה... העדרה של הפנמה מלאה כי לישראל יש חוקה נגרם, בין היתר, בשל הביקורת שהושמעה על המהפכה

15 ראו א' רובינשטיין, ב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה שישית, תשס"ה), 69, הערה 59.

16 א' ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א (תשס"ד) 3, 18.

17 שם, עמ' 13.

18 שם, שם.

19 שם, עמ' 7.

20 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי בע"מ, פ"ד מט(4) 221 (להלן – עניין בנק המזרחי), 354. בפסק-דין זה רבו הדיונים בשאלת סמכותם של הכנסת ושל בתי-המשפט מן הבחינה של סיבה ומסובב.

החוקתית, אשר לא הבחינה בין ביקורת הדין הקיים... לבין תיאור מציאות רצויה...²¹.

הרי לנו שלשיטתו, הדין – שיש חוקה – קיים למרות היעדר הקונסנסוס. על היעדר זה יש אמנם להצר²², אבל אין בכך כדי לשנות את המצב הנורמטיבי:

"אמת, עד לפסק־הדין בעניין בנק המזרחי היה אפשר לטעון... כי חוקי־היסוד... לא חוללו כל מהפכה חוקתית... אולם טענה זו אינה נכונה עוד לאחר פסק־הדין בעניין המזרחי. פסק־דין זה קבע כי חוקי־היסוד מצויים ברמה נורמטיבית גבוהה יותר מחקיקה רגילה... אין זה ראוי להתעלם ממקומו במשפט הפוזיטיבי של מדינת־ישראל... תיאור המצב הקיים תוך התעלמות מפסק־דין של בית־המשפט העליון אינו תיאור נכון של המציאות הנורמטיבית הקיימת, וממילא הוא חוטא להערכת השינוי שחוללו חוקי־היסוד במשפט הישראלי"²³.

21 ברק (לעיל, הערה 16), עמ' 54. ראו גם מה שהביא עמית (לעיל, הערה 14), עמ' 129. ברור שבית־המשפט איננו קובע את קיומו של הקונסנסוס או את היעדרו "על בסיס נתונים אמפיריים שבית־המשפט אוסף... אלא על־פי השכל הישר של השופט... יתר על כן, אף שהרכיב האובייקטיבי מוצג כבעל תכנים אמפיריים, בפועל הוא מונע לא־אחת על־ידי התפיסות הנורמטיביות של בית־המשפט"; מ' מאוטנר "התערבות שיפוטית בתוכן החוזה ושאלת התפתחותם של דיני החוזים של ישראל" עיוני משפט כט (תשס"ה) 17, 57. דבריו עוסקים כמובן בעניין שבו הוא דן, אך סדנא דארעא חד הוא. וראו גם דברי הנשיא ברק בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 716, 780: "בקביעת ההשקפות המקובלות על 'רוב רובם של בני הציבור הנאור' אין השופט עורך משאל עם זוטא... עליו ללמוד על הקונצנזוס החברתי... לספוג את האתוס המשפטי... לבטא את המצפון הציבורי הכללי... לחשוף את הערכי והבסיסי", וכן את הערת עמית, שם, עמ' 129. השוו את הערותיהם של ע' זלצברגר, פ' עוז־זלצברגר "מסורת חופש הביטוי בישראל" שקט, מדברים! (מ' בירנהק – עורך, 2006) 27, על טענתו של הנשיא ברק בדבר קיומו של "מוסד חברתי של חירות הביטוי".

22 ברק (לעיל, הערה 16), עמ' 54, 56.

23 שם, עמ' 14. והשוו ר' גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה" משפטים כח (תשל"ז) 21. ראו גם ע' אהרנסון "שפיטה כפולמוס" משפט וממשל ט (תשס"ו) 497, 537: "ניתן לטעון כי ברק מאשר באופן מעגלי את שהתבקש להוכיח (כאשר הוא משתמש לצורך ביסוס טיעונו בהנחה העומדת בבסיס המחלוקת... דהיינו, כי התחוללה מהפכה חוקתית...)". כן ראו שם, עמ' 538: "כמו כל מהפכה מוצלחת, רכשה המהפכה החוקתית את הלגיטימיות שלה בדיעבד, בעקבות הצלחתה לשנות 'סדרי עולם'... ולא מכיון שברגע התרחשותה היא התנהלה תוך ציות לחוקיות הקיימת".

כפי שראינו לעיל, היעדרו של קונסנסוס בפועל איננו יכול להפריך את הטענה בדבר קיומו הנורמטיבי של קונסנסוס כזה.

10. מדברים אלה בוקע המתח בין דבריו של בית-המשפט לבין הסירוב המדהים של מבקריו לקבל את החוקתיות של מעשיו ולא רק את רציותם. לא כל "הקהילה המשפטית" מסכימה אפוא למהלך מהפכני זה.

והנה, "הכרה הלכתית" זו הייתה מעשה של יש מאין על-ידי חקיקה שיפוטית, הואיל ונראה שהיא מסתמכת, מן הסתם, על כוחו הנזכר של בית-המשפט ליצור משפט, המסתמך מצדו על המשפט האנגלי. על כך כבר עמדנו לעיל. לחקיקה שיפוטית זו היה כוח לבטל מעשים של הרשות המבצעת: "זכויות היסוד ההלכתיות הפכו עם חקיקתם של חוקי היסוד לזכויות 'כתובות עלי ספר'. הן מחייבות מעתה לא רק את האזרחים והתושבים, ולא רק את רשויות המינהל, כגון הממשלה והרשויות המקומיות. הן מחייבות מעתה את הכנסת עצמה"²⁴. באותם שלבים של חיינו הלאומיים נמנע עדיין בית-המשפט מלהרחיב את תחולת הביטול על חוקי הכנסת, אף שעקרונית היה רשאי, לדעתו, לעשות כן. הדבר נעשה כאמור רק עם חקיקתם של חוקי היסוד בשנת 1992. אכן נראה, שבית-המשפט האנגלי לא סבר מעולם שיש בידיו כוח כזה!

11. ראייה לכך שיש צורך בשילוב בין בית-המשפט לבין המחוקק כדי לכוון חוקה מביא הנשיא ברק מן העובדה שחוקי-היסוד לא הוכרו בידי בית-המשפט כחוקה אלא כחוקים רגילים. והנה, בעניין אחד²⁵ הביע הנשיא ברק את דעתו בדבר המעמד העל-חוקי שיש גם לחוקי היסוד האחרים שחוקקה הכנסת. ולאחר מכן הבהיר את עמדתו:

"על-פי גישתי שלי, כל חוק-יסוד מצוי ברמה חוקתית על-חוקית"²⁶.

אם היו ספקות באשר לתשובה לשאלה מהי עמדתו המדויקת של הנשיא ברק, הרי שלדעת ד"ר ה' סומר, מאמרו הנזכר לעיל של הנשיא ברק "שם קץ לוויכוח וקובע... שחוק רגיל אינו יכול לפגוע בחוק-יסוד ללא פסקת הגבלה"²⁷. ד"ר סומר מסיים את מאמרו שלו באומרו: "מאמרו של ברק נותן אפוא תשובה לשאלה חשובה ביותר, אולם תשובה זו אינה מסבירה בכל דרך שהיא את השינוי המשמעותי שחל בעמדתו, אף שהמדובר בסוגיה חשובה ביותר הנוגעת במבנה החוקתי הישראלי"²⁸. אכן, כאן ניתן

24 א' ברק "המהפכה החוקתית" מבחר כתבים (כרך א, ח' ה' כהן וי' זמיר עורכים, תש"ס) 351, 349.

25 בג"ץ 212/03 חרות התנועה הלאומית נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד נז(1) 750.

26 ברק (לעיל, הערה 16), עמ' 30.

27 ה' סומר "מילדות לבגרות: סוגיות פתוחות ביישומה של המהפכה החוקתית" משפט ועסקים א (תשס"ד) 59, 63.

28 שם, עמ' 65. לדעה שונה במידה מסוימת ראו א' קלגסבלד "סתירה לחוק-יסוד" הפרקליט מח (תשס"ו) 293. המחבר אינו דן לכף חובה את פסקי הדין החוקתיים, הקצרים והבלתי

ביטוי לכוחו העודף והמוקדם של בית-המשפט וליכולתו לבטל חוקים מכוחו שלו, כעולה מפרשת לאו"ר. כאשר התקבל העיקרון, וההנחה בדבר הקונסנסוס השנתנה, השאר הוא עניין של מידה, ומיצוי ההיגיון הפנימי של עמדה זו הכריח כביכול את התוצאה הזאת²⁹. אלא שגם היגיון משוער כשלעצמו, אינו יכול להעניק סמכות ולשנות את ההיררכיה החוקתית.

לפי תפיסה זו, כוחו של בית-המשפט הוא אפוא על-חוקתי, לכן אין תמה אם אנו קוראים: "מקובל עליי [כותב הנשיא ברק] כי עשויים להיות מצבים שבהם תידרש ביקורת שיפוטית גם בהעדר חוקה כתובה או אף באשר להוראות אותה חוקה [כתובה]"³⁰! אף זה הוא כנראה מיצוי הגיונה הפנימי של השיטה.

12. אך נראה שגם אם נכיר בכך ש"עשויים להיות מצבים בהם תידרש ביקורת" כזאת, אין בצורך הזה כשלעצמו ובתכלית הראויה כשלעצמה כדי להקנות לבית המשפט סמכות לעשות כן יותר מאשר לכל פרט או גוף אחר במדינה. אכן, אפשר לטעון שטוב להפקיד סמכות כזאת דווקא בידי בית-המשפט ולא בידי גוף מהפכני אחר, אך אין לטשטש את ההבדל בין מה שראוי לבין מה שמצוי. מבחן התוצאה אינו מקים מעצמו מדרג נורמטיבי. גם אין מקום להירגע מן ההבטחה ומן הניסיון שבית-המשפט לא יעשה שימוש מופרז בכוחותיו אלה ויפעיל אותם רק במקרים נדירים. גם מהפכות אינן דבר שבשגרה. שלטון החוק חשוב, וחשוב שגם בית-המשפט יהיה כפוף לו באופן מוחלט ולא לפי רצונו שלו.

ד. עקרונות יסוד בלתי כתובים

13. בהקשר זה יש לציין עוד שבפסיקה ובכתיבה האקדמית אנו מוצאים את הדעה, שיש "עקרונות יסודות חוקתיים בלתי כתובים"³¹, שלפיהם, בין השאר, "יש כוחות

מנומקים. הוא מסכים אמנם עם דבריו של א' רייכמן "ככה לא בנוים חוקה" עורך הדין 35 (2002), 42, כי "שינוי מעמד נורמטיבי מחייב דיון ציבורי ומקצועי... הבוחן... מהפיכה בסדר גודל שכזה", אך סבור "שלא אלה חייה של חוקה ה'נבנית על המים'!" עצם שאלת הסמכות לעשות כן כלל אינה עולה שם על הפרק.

29 ראו ברק (לעיל, הערה 16), הערה 135.

30 שם, עמ' 18.

31 רובינשטיין ומדינה (לעיל, הערה 15), עמ' 61-73. ראו גם דברי א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז), 114: "הלכה... מנוסחת לרוב במילים, אך כוחה הנורמטיבי אינו יונק מהמלים. על כן יש ותתקיים הלכה אף שלא נוסחה כלל במלים". השופט הוא הקובע שהלכה כזאת קיימת; וראו דברי השופט י' זמיר בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נון(3) 133, 187: "בית המשפט יכול, ולעתים ראוי שילך בדרך נועזת של חקיקה שיפוטית המנותקת לחלוטין מלשון החוק, ואולי אף מנוגדת ללשון החוק, כדי להשיג את תכלית

'נסתרים', הטבועים בעצם קיומה של הכנסת, ואשר יש בהם כדי להגביל את סמכותה³²; "אם הכנסת [תחוקק] חוק המבטל את הדמוקרטיה ותכונן משפט דיקטטורי... בית-המשפט יוכל – מבחינתו של הקונסנזוס החברתי בישראל – להכריז על החוק כבטל... הכנסת אינה 'מוסמכת' לבטל את הדמוקרטיה"³³, ועוד. מן הדיון בספרם הנזכר של רובינשטיין ומדינה עולה כי הטיעונים הללו הם פוליטיים בעיקרם ולא "משפטיים", אף כי הם מציגים את עצמם בתור שכאלה.

אכן, כל מהפכן טוען להיותו מסתמך על הסכמתו של העם, אך כל אלה הן הנחות ייאוש המנסות ליצור תדמית של סדר משפטי במקום שזה אינו מצוי. זוהי רטוריקה של סמכות במקרה של פריעת סמכות וכל דאלים גבר.

ה. רצון העם

14. דרך נוספת המוצעת בידי הנשיא ברק להצדקת התערבותו של בית-המשפט בגופו של דבר חקיקה ובתוקפו, היא זו: לדבריו, בעשותו כן השופט בוחר בין "שתי שכבות של רצון העם: השכבה העקרונית, הבסיסית, המשקפת את הקונסנזוס העמוק של החברה בתנועתה על פני ההיסטוריה, והשכבה האד-הוקית (העכשווית) המשקפת רוחות שעה חולפות"³⁴. המחוקק הנבחר והשופט שאיננו נבחר באים שניהם מטעם

החוק או להגן על ערכי יסודי; עמית (לעיל, הערה 14), עמ' 93. לעניין חידושו של המונח "המטריה הנורמטיבית" ומקומו ראו שם, עמ' 89.

32 השופט מ' חשין בעניין בנק המזרחי (לעיל, הערה 20). לדבריו (שם, עמ' 545) יש "הגבלות 'בנות משפט הטבע' החלות על סמכותה של הכנסת לחוקק לזולתה". השוו גם לדבריו בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 178 על כך ש"עקרון 'הרצחת וגם ירשת'... הינו עיקרון החי לעצמו במשפט הישראלי, וקומת חוק לו. אכן, עיקרון זה – בצדו של עקרונות אחרים כמותו(!) – הינו מקור בין מקורות המשפט הישראלי, בצדו של החוק החרות ושאר מקורות המשפט". ראו גם שם, עמ' 155, 164, על משפט הטבע שלבש בגדי חוק וכן על העדפת הדרך של קביעת עקרון-העל על פני דרך הפרשנות.

33 ברק (לעיל, הערה 2), עמ' 632.

34 א' ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" מבוחר כתבים (כרך א, ח' ה' כהן וי' זמיר – עורכים, תש"ס) 293, 305. ראו גם א' ברק "את המשפט של העם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" עלי משפט ג (תשס"ד) 377, 379: "...בגיבוש מושגיות זו של 'מערכת החיים הלאומיים' יש ליתן ביטוי לערכי היסוד ולתפיסות היסוד של החברה הישראלית"; ושם, עמ' 380: "...אלה הם ערכי יסוד ותפיסות יסוד באשר למוסר, צדק, הגינות, סבירות ותום לב, המאפיינים את החברה הישראלית בתנועתה על פני ההיסטוריה". אך כיצד ניתן לקבוע את ערכי היסוד הללו באופן אובייקטיבי? והשוו דברי השופט חשין בעניין בנק המזרחי (לעיל, הערה 20), עמ' 519, 522. במקום אחד ניסח זאת פרופ' ברק כך: "זו גחלת העוברת מדור אחד של שופטים לדור אחר... לא כתובה אך חודרת לתודעה... האובייקטיביות מחייבת את השופט לחדור לעומק הכרתה של האומה. עליו

העם, אלא שהאחרון בא כביכול מן העם הערטיילאי, בני כל הדורות אשר יצרו את "הקונסנזוס העמוק של החברה בתנועתה על פני ההיסטוריה". ואולם כמו הטיעונים הקודמים, אף זהו טיעון סיבובי, "נורמטיבי", שאין להוכיח ממנו דבר וערבותו שלו אף היא זקוקה לערבות. אותן תפיסות בסיסיות העומדות בתשתיתו של העם, אף הן אינן אלא יציר נורמטיבי, מעשה ידיו של בית-המשפט עצמו. נטילת הייצוג והפעולה בשם המיוצג הן מעשה חד-צדדי לעילא. כמוכן, גם לא נעשה כל ניסיון לגבש כללים כיצד ייקבעו תפיסות אלה; מי יתייצב לפני בית-המשפט כמומחה וכטוען בשמם של כל אלה שעל גביהם נעה החברה הישראלית על פני ההיסטוריה; מה הם המרכיבים של תפיסות אלה; מהו המשקל שיינתן להם; כיצד יפעלו הדברים בעולם השולל קיומה של אמת אחת. על כל אלה ראוי שהמחוקק ייתן תשובות.

1. משפט מקובל ישראלי

15. לעיל הוזכר "המשפט המקובל נוסח ישראל". נוסף ונעיין במעמדו של גוף זה אליבא דהנשיא ברק:

"שופט בישראל מוסמך ליצור משפט מעבר לפירושם של חוקה, חוק... הוא מוסמך ליצור משפט שיפוטי או משפט מקובל... סמכות זו באה לשופט הישראלי מהמסורת המשפטית של משפחת המשפט המקובל... זוהי החקיקה השיפוטית או היצירה ההלכתית המאפינת את המשפט המקובל. בכוחו של המשפט המקובל להתפתח וליתן פתרונות חדשים לבעיות חדשות בלא צורך בכל הסכמה חקיקתית... כך נוהגים גם שופטיה של ישראל מאז קום המדינה..."³⁵.

"פסקת ההגבלה הישראלית מאפשרת פגיעה בזכות אדם חוקתית אם הפגיעה הנה ב'חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה...'. האם ניתן לומר כי הפגיעה של המשפט המקובל הישראלי בזכות מוגנת היא פגיעה 'בחוק'? תשובתי היא בחיוב. הדיבור 'חוק' בפסקת ההגבלה – כמו הדיבור 'חוק' ב'שלטון החוק' – מתייחס למשפט (law). חוק היסוד לא בא לשנות את מקורות המשפט הישראלי. הוא לא נועד לשלול מההלכה הפסוקה את מעמדה כיצירת משפט בתחום זכויות

לשאוב מתוך 'מקורות התודעה החברתית של העם בתוכו יושבים השופטים'" (לעיל, הערה 2), עמ' 96. אין זה ברור מהי משמעותם של דברים אלה ואם הם ניתנים למימוש. א' ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004), 230.

האדם. חוק היסוד בא ליתן מעמד נורמטיבי חוקתי-על-חוקי לזכויות האדם. הוא לא בא לשלול משיטת המשפט הישראלי את אופייה כשיטת משפט מקובל"³⁶.

16. על כך יש מקום לשאול אם ההנחה שחוק היסוד האמור לא בא לשנות את מקורות המשפט הישראלי היא הנחה מוכרחת כל כך עד שנאלץ להיכנס בדוחק כה רב בפירוש המלה "חוק"? האומנם הדיבור "חוק" בביטוי "שלטון החוק", שאינו נמצא בחקיקה, כפוף מבחינה נורמטיבית לחוק הפירושים ממש כמו הביטוי "חוק" המצוי בחוקי היסוד?
17. ועוד למדנו מדבריו של הנשיא ברק כי:

"יש להכיר בכך שהמהפכה החוקתית הבהירה כי התפיסה האנגלית בדבר 'ריבונות הפרלמנט' אינה תופסת עוד בישראל. הריבונות היא של העם, והעליונות היא של החוקה..."³⁷.

18. ועל כך יש להקשות: אם עד כדי כך אוצרים חוקי היסוד כוח לפעול, מדוע לא נוכל להניח, במידה רבה של נוחות, שהריבונות היא של העם, העליונות היא של החוקה ופגיעה בחוקה ושינוי בה יכולים להיעשות רק בידי העם ובידי הכנסת? "יתחיל מצב רגיל של שינויים חוקתיים על-פי הוראות החוקה. אם ייקבע כי השינויים בחוקה ייעשו על-ידי הכנסת, תמשיך הכנסת לפעול לא רק במישור החקיקה, אלא גם במישור החוקה"³⁸. לבית-המשפט ישמר הכוח "הגבוה" לפרש את החוקה ולא ליצור משפט חוקתי, שמעמדו "נמוך" ממעמדה של חקיקה³⁹.

ז. פרשנות תכליתית

19. מבנה הטיעון הנזכר של הנשיא ברק ביחס לחוקי היסוד הוא –

"הדיבור 'חוק' בפסקת ההגבלה – כמו הדיבור 'חוק' ב'שלטון החוק' – מתייחס למשפט (law). חוק היסוד לא בא לשנות את מקורות המשפט הישראלי. הוא לא נועד לשלול מההלכה הפסוקה את מעמדה כיוצרת משפט בתחום זכויות האדם. חוק היסוד בא ליתן מעמד נורמטיבי חוקתי-

36 שם, עמ' 234.

37 ברק (לעיל, הערה 16), עמ' 49.

38 שם, עמ' 50.

39 ברק (לעיל, הערה 35), עמ' 232.

על-חוקי לזכויות האדם. הוא לא בא לשלול משיטת המשפט הישראלי את אופייה כשיטת משפט מקובל⁴⁰.

זהו מבנה הדומה לזה שהעלה הוא עצמו בקשר עם חוק יסודות המשפט, כפי שצוטט לעיל⁴¹, אלא שכאן המבנה שלם יותר בעיצובו. הוא מיישם את הטכניקה של "הפרשנות התכליתית", ולפיה אנו בוחנים את מכלול הפירושים האפשריים מן הבחינה המילונית-בלשנית למלה או לביטוי המצויים בחוק, לאחר מכן נקבעת "תכליתו של דבר החקיקה" על-פי סימנים מסימנים שונים, ואם היא נמצאת מתאימה לאחת מן האפשרויות המילוניות הנזכרות, או אז זוהי הפרשנות המוכרזת כמשמעותו של דבר החקיקה. כך, למונח "חוק" יכולות להיות כמה משמעויות, ביניהן זו הניתנת לו בחוק הפירושים והיא פורמלית ומדויקת, והאחרת היא זו המופיעה במונח "שלטון החוק". הואיל ונקבע, לכאורה, בלא כל הנמקה, ש"חוק היסוד לא בא לשנות את מקורות המשפט הישראלי", והואיל וכבר מונחת ההנחה כמקובלת ואינה צריכה עוד הוכחה בדבר זיהויים של מקורותיו של המשפט הישראלי, הרי שממילא אפשר ומותר, ואפילו צריך, לבחור במשמעות הכללית של "חוק". יש לשער שיתווסף לכך עוד מהלך פרשני שישלול את תחולתו של חוק הפירושים על חוקי היסוד ויש לשער שהדבר יסתמך על "כוונת החקיקה" ועל מעמדם החוקתי העל-חוקי של חוקי היסוד, והרי לנו שימור כוחו של השופט לעשות חוקה. מהלך כזה אינו נכון, וכל עוד אין לו ביטוי בפסיקה הרי שגם אין הוא משקף כל מציאות משפטית.

בין כך ובין כך, יש להוסיף את "הפרשנות התכליתית" אל מגוון האמצעים ה"ארכימדיים", אשר על-ידי השימוש בהם נקבע מרכז כוח חיצוני לחוק ואשר יש ביכולתו לקבוע את היקפו של החוק.

20. תכליתו של החוק היא משוערת ונקבעת בידי בית-המשפט כאילו הוא היה המחוקק. הרצוי בעיניו הופך לרצוי למצוי:

"ידועה האמרה כי מקרים קשים מביאים לדין רע. כשלעצמי סבור אני כי האמרה צריכה להיות כי דין רע מביא למקרים קשים. תפקידנו כשופטים הינו לגרום לכך כי במסגרת האפשרויות החלקיות העומדות לרשותנו מקרה קשה יביא לדין טוב... נקודת המוצא שלי – כמו גם נקודת הסיום שלי – הייתה השאיפה לפתרון צודק... אני סבור כי הצדק דורש... כך גם הדין. המקרה הקשה הופך לדין קל"⁴².

40 שם, עמ' 234. ראו גם ר' פרי "גבולות היצירה השיפוטית" משפט וממשל ט (תשס"ו) 541, 574, הערה 155.

41 בסמוך להערה 6.

42 הנשיא ברק בדנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נו(2) 632, 693.

לדעת הנשיא ברק, הדין הוא רע אם הוא יוצר מקרים קשים ולכן אפשר להיטיבו על-ידי הפיכת הדין לדין קל באמצעות הצבת ה"צדק" כמטרה כללית ובהתכוונות אליה. דין השיוור, הוא דין היושר, הפך לדין כללי. אלא שהדין הוא דין כשלעצמו, ובאופן כללי הוא דין טוב ומטרתו היא אמנם לעשות צדק, אף שאי-אפשר להימנע מכך שייווצרו לפיו מקרים קשים, כפי שעמדו על-כך פילוסופים וחכמי משפט לדורותיהם. הפתרונות שהוצעו לא כללו את הפיכת הדין לאחר ממה שהוא, אלא כללו שימוש בסמכות חיצונית כדיני היושר או שימוש בפרשנות הכוללת בתוכה הודאה בעשיית הדין ל"רע" – אילו היה הדין במקרה הקשה דין טוב, לא היה זה "מקרה קשה". בכך מתנצלים השופטים בפני הדין ונותנים לו כבוד על שנאלצו להרע עמו רק בגלל קושיו של המקרה שבא לפניו למשפט. על דבריו של הנשיא כבר העיר (שם) השופט אנגלרד:

"השיקולים הערכיים אינם ערכיו האישיים של השופט, אלא לרוב הם ערכיו של המחוקק כפי שהם עולים מן ההסדר המשפטי עצמו. יש לזכור, כי כל הסדר חקיקתי הוא בבחינת הכרעה ערכית, ומושגי המשפט גם הם מגלמים בתוכם הכרעות ערכיות"⁴³.

אין צריך לומר, שהפנייה הישירה לערכים גם היא בגדר הסתמכות על "נקודה ארכימדית", העוקפת את ה"פורמליות", כלומר את כל מה שמגולם בחוק עצמו. 21. הבה נעיין עוד בענייניה של "הפרשנות התכליתית" כפי שהיא עולה ממשנתו של הנשיא ברק, שהוא הגדירה באופן מיוחד וייחודי בספרו:

"...מבקש אני להגדיר את עמדתי שלי באשר לפרשנות התכליתית. שונה היא מהשימוש הרגיל במונח זה בספרות האנגלו-אמריקנית או הקונטיננטלית"⁴⁴.

והוא הולך ומונה את מעלותיה ביחס לשאר דרכי הפרשנות ומפרט לתלפיות את הדרכים ואת השיקולים להפעלתה מן המסד ועד הטפחות. לדברי הנשיא ברק, "הפרשנות התכליתית מבוססת על שלושה מרכיבים: לשון, תכלית ושיקול דעת"⁴⁵. מן הדיון במרכיב הלשון אנו למדים שעל השופט למצוא את מתחם האפשרויות הלשוניות ורק מתוכו רשאי הוא לבחור את "המשמעות המשפטית של הטקסט". אין הוא רשאי לחרוג מן המתחם הזה כי עניינו בפירושו של טקסט, ומה

43 שם. ראו גם דברי השופט מ' חשין בבש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (להלן – בש"פ גנימאת), 397: "המושג 'איזון'... אינו אלא קוד וצפנת-פענח למושג חוק; שהרי 'חוק' איננו אלא ביטוי ל'איזון' אינטרסים על דרך נורמה במשפט".

44 ברק (לעיל, הערה 11), עמ' 132.

45 שם, עמ' 133. ראו גם נ' קידר "המהפכה הפרשנית: עלייתה של שיטת הפרשנות התכליתית בישראל" עיוני משפט כו (תשס"ג) 737.

שמעבר לאותו מתחם איננו מצוי בטקסט המתפרש. גם קביעה זו עצמה "הינה קביעה חוקתית-חיצונית... היא נגזרת משיקולים חוקתיים"⁴⁶. קיומו של מרכיב זה הוא הכרחי, אבל בסופו של דבר, אין הוא בעל משמעות רבה. לעומת זאת מרכיב התכלית הוא חשוב לאין ערוך ממנו:

"זוהי הפונקציה אשר הטקסט נועד להגשים. תכלית הטקסט היא מושג נורמטיבי. זהו 'מוסד משפטי' – בדומה לזכות או לאישיות משפטית – אשר הפרשן מעצב אותו. זוהי קונסטרוקציה משפטית... זו אינה עובדה. זהו דין. יוצר הטקסט עיצב את הטקסט. את תכלית הטקסט מעצב הפרשן"⁴⁷.

התכלית שהטקסט נועד להגשים היא מושג נורמטיבי הנקבע על-ידי הפרשן⁴⁸.

- 46 ברק (לעיל, הערה 11), עמ' 57.
- 47 שם, עמ' 133. השקפה זו הורחבה מן המחוקק הלאומי גם אל "המחוקק הפרטי" בחוזים ובצוואות שהוא עורך עם זולתו. גם זה וגם זה הם "יוצרי טקסטים" ובית-המשפט נותן להם את משמעותם; ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים, פ"ד מט(2) 265 (להלן – עניין אפרופים).
- 48 שם, עמ' 158. השוו לדברי פרופ' ש"ז פלר "ראיון עם פרופ' ש"ז פלר לרגל יום הולדתו ה-90" עלי משפט ג (תשס"ד) 363, 367: "אם משמעות הפרשנות התכליתית היא זניחה של מילות החוק והעדפה של תכליות ומטרות מעורפלות אז אני מייד אומר שאני נגד פרשנות שכזו. יש לפרש את החוק מתוך מילותיו. אני נגד פרשנות שמוציאה מן החוק את התוכן... החוק הוא מושג הטעון גם עדכון, גם שינוי וגם החלפה, אך לא באמצעות פרשנות כי אם באמצעות חקיקת הכנסת". על "השליטה בלשון" ראו עמית (לעיל, הערה 14), עמ' 88 ואילך, שם כתב: "הזות המילונים הצידה חושפת את אחת הפרקטיקות רבות-העוצמה והבסיסיות ביותר העומדות לרשותו של הקאנוניזטור: השליטה בלשון". על השליטה ב"שיח" וב"פרדיגמה" ראו אהרנסון (לעיל, הערה 23). ראו גם את טענתו שם, עמ' 525: "ככל שהשאלה שמבררים מוצבת במסגרת על הקשרים רבים ומגוונים יותר, נשחק בהדרגה הכוח המגביל של לשון החוק עצמו על שיקול-הדעת השיפוטי... בפנייה לדין הזר כאל ההקשר הראשוני שבמסגרתו יש לחשוב על השאלה... נשחק המדרג המקובל בין החוק המקומי לבין מקורות פרשנות חילופיים. בעקבות כך מתרחבת יכולתו של השופט לתמרן בין מקורות הפרשנות שבהם הוא מוצא חיזוק לעמדתו... מיניה וביה, ברק מרחיב בדרך זו את יכולתו לעקוף את הוראות הדין המקומי, אם יחפוץ בכך". אכן, כדי להיות נאמן לתפקידו כ"פרשן", על השופט למצוא קשר מילוני-בלשני כלשהו בין הטקסט לבין המשמעות הניתנת לטקסט על-ידי השופט, אחרת הוא יוצא אל מחוץ לטקסט. על כך ראו פרי (לעיל, הערה 40), בייחוד עמ' 553 ואילך. במאמר זה טוען פרי שהנשיא חצה בפסק-הדין הנדון שם את הקו המבדיל בין פרשנות של דין לבין יצירתו.

"המרכיב השלישי בפרשנות התכליתית הוא מרכיב שיקול הדעת. זו הבחירה שהפרשנות התכליתית נותנת לשופט בין כמה אפשרויות פרשניות..."⁴⁹.

"אין זה ראוי כי בית המשפט ייתן עדיפות לפירושו של הגוף המכונן בפירוש החוקה או לפירושו של הגוף המחוקק לפירוש החוקה והחוקים... השאלה אשר בית המשפט צריך להציב לעצמו אינה אם הפירוש של הרשות המכוננת, המחוקקת והמבצעת הוא סביר או אפשרי. השאלה אשר בית המשפט צריך להציג לעצמו היא אם זהו פירושו שלו... כל הרשויות השלטוניות וכל הפרטים צריכים לנהוג על פי שיטת פרשנות אחת... ובמסגרתה של אותה שיטה פרשנית אחת צריכים כל רשות וכל פרט ליתן אותו פירוש שלפי הערכתם יינתן על-ידי בית המשפט אם העניין יובא בפניו"⁵⁰.

אבל אין זה נכון לטעון שהמחוקק יצר סתם "טקסט". הוא יצר "טקסט נורמטיבי", המורה לנמעניו – בראש ובראשונה – לקיימו על-פי פשוטו ועל-פי כוונתה של החקיקה, כעולה מנוסחה. הרי לא תישמע טענתו של פלוני, שלפי "תכליתו של החוק" זו הנראית בעיניו, אין פגם במעשיו. אין להניח, ובוודאי שאין חובה להניח, שמתן הסמכות לבית-המשפט לפרש את החוק, אף שהיא סמכות הכרחית, כולל גם את הסמכות לעצב את "תכליתו" של דבר החקיקה. אדרבה, סביר יותר להניח שכוונת המחוקק היא שגם בתי-המשפט יהיו כשאר נמעניו של החוק. אין להניח שטיבה של הוראת החוק ומהותה ישתנו לאחר שבית-המשפט ייתן לה את פירושו. מבחינה זו – אפילו נעמוד על ההבחנה בין לשונו של חוק לבין לשונו של פסק-דין ועל מטרותיהם השונות של שני סוגי הטקסט הללו – אין כל עדיפות ל"טקסט השיפוטי", זה היוצא מתחת ידיו של בית-המשפט, על-פני הטקסט היוצא מכבשן החקיקה. אם טקסט טעון פרשנות, או אז שניהם טעוני

49 ברק (לעיל, הערה 11), עמ' 135.

50 שם, עמ' 91. פרוף ברק הוסיף וכתב: "אפילו נכיר בפרשנות של המחוקק ובפרשנות של המנהל, הכרה זו מטבעה היא זמנית בלבד. כאשר עת ההכרעה מגיע[ה], הפרשנות השיפוטית היא הקובעת"; א' ברק פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה (תשנ"ג), 160. והשוו לדברי השופט ברק בר"ע 279/82 מנהל המכס נ' פאהמה ג'ועבה, פ"ד לז(4) 542, 554: "מי שפונה לבית המשפט לקבל את חוות דעתו... חייב לפעול על פיה... בית המשפט הוא מוסד אשר המדינה הטילה עליו את הסמכות לקבוע לבעלי הדין את הדין במדינה. משנקבע הדין, חייבים בעלי הדין לנהוג על פיו. אם אין אסמכתא לפרופוזיציה זו, יהא פסק דיני שלי אסמכתא לכך". לפי פסק-הדין בפרשת אפרופים (לעיל, הערה 47) מובהר שאם הפרט לא ינהג בדרך זו, בית-המשפט "יפרש" את המסמך שנוצר בידי הפרט באופן שיתאים לעקרונות השיטה.

פרשנות הם, ואם לחוק כטקסט אין כל משמעות במובן הדקונסטרוקטיבי – כך הוא גם באשר לפסק-דין של שופט. אם יש לטקסט משמעות נורמטיבית עצמית, שניהם טעונים משמעות כזאת, כל טקסט בגבולותיו, אולם אין לטעון שהטקסט הנוצר בידי המחוקק הוא "טקסט" שאין לו משמעות, ואילו זה הנוצר על-יד פרשנותו של בית-המשפט הוא "טקסט נורמטיבי" שמשמעותו ברורה כביכול מעצמה. אין לומר על החוק שהוא "חסר משמעות" כטענת הדקונסטרוקציה. הוא איננו טקסט ספרותי, שבאשר לו אין כל חשיבות מעשית לפירושו לעניין התנהגותם של הבריות ולכן איש הישר בעיניו יחווה. ייתכן שכך הוא מן הבחינה העיונית הטהורה, אך מכוח סמכותו המוכרת של המחוקק הוא רשאי לקבוע מה הן הדרכים "הנכונות" לפרשו. אכן, הטקסט של החוק, מתוכו וכשהוא לעצמו, כולל הוראות נורמטיביות משתמעות בדבר הדרך הראויה לפרשו. על-פי התפיסה החוקתית הנוהגת רשאי המחוקק לקבוע זאת, ואין להניח שהוא ויתר על סמכותו זו והעניק לבית-המשפט את הכוח לעשות שימוש בקליפת הלשון, על-פי התפיסה הדקונסטרוקטיבית, ולמלאה תוכן נורמטיבי כרצונו⁵¹.

51 השוו א' מרמור "כוונת המחוקק וסמכות החוק" עיוני משפט טז (תשנ"א-תשנ"ב) 593. לביקורת ראו ג' וולדרון "כוונת המחוקק וחקיקה נטולת כוונות" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 437. לתשובה על הביקורת ראו א' מרמור "על סמכות המחוקק וחקיקה נטולת כוונות: תשובה לפרופ' וולדרון" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 63. לדעתו של השופט ברק בסוגיה זו ראו מאמרו "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" הפרקליט לו (תשמ"ד-תשמ"ו) 165. הטיעון הנזכר בדבר הזהות בין הטקסט שיוצר המחוקק ובין זה שיוצר השופט נכון אפילו לפי הגדרתו של י' זוסמן "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א) 213: "החוק הוא הלכה מופשטת, ורק פסק-הדין של בית המשפט מתרגם את הלכת המחוקק למעשה החיוב כמו שהוא נאכף על הבריות. השופט הוא הנותן לדין את צורתו הממשית והקונקרטית", אך פשיטא שלא תמיד כך הוא. על הפרשנות "הדקונסטרוקטיבית" בהלכה ראו מ' אברהם "בין מחקר לעיון" אקדמות ט (תש"ס) 161. תהיה עמדתו של העיון הפילוסופי כאשר תהיה, דומה שבית-המשפט אינו שולל את כוונת המחוקק ואת סמכותו. אכן, אם לדעתו של השופט, המחוקק כותב רק טקסט, בלא כוונה, ובית-המשפט הוא הנותן לטקסט משמעות משפטית, הרי הוא נוטל מן המחוקק את סמכותו. הצגתו של בית-המשפט את עצמו כפרשן בלבד, היא המעטה רבה מדי בערכו של בית-המשפט. על "מערכות של הנמכה והגבהה, צניעות ועוצמה" בניסוחיו של הנשיא ברק ראו עמית (לעיל, הערה 14), עמ' 107. שם, עמ' 94, טען עמית כי "ליוצר הטקסט מודבקת התווית הסובייקטיבית, ואילו להבנת הקורא מודבקת התווית האובייקטיבית. ההנחה היא שהבנה אובייקטיבית מדורגת גבוה יותר בסולם נורמטיבי חברתי וכללי יותר, ממנו שואב המשפט, כמערכת, את כוחו הגדול ואת הלגיטימציה לפעולתו... הקורא הוא השופט ועל כן כוונתו היא האובייקטיבית. כוונת היוצר (מחוקק בדרך כלל...) מדורגת ככוונה סובייקטיבית, ועל כן נחותה יותר".

ח. "דיני הפרשנות" וסמכותה של "הקהילה המשפטית"

22. מכל אלה עולה המקום המרכזי ש"הפרשנות התכליתית" מעניקה לשופט בעיצוב החוק ובעיצוב דעת החברה המשפטית המפרשת. בייחוד נכון הדבר ב"רמת ההפשטה העליונה", שבה הפרשן פונה ל"ערכים הכלליים של שיטת המשפט":

"...כל אלה – עיקרים ערכים ועקרונות – מקומם הוא לכאורה לבר-החוק, ואולם משמשים הם מצע לחוק... נושאים אנו על גופנו 'אשפת פרשנות'... ובאשפה זו כל אותם ערכים ועקרונות ודוקטרינות שבלעדיהם לא היינו מה שאנו: עקרונות יסוד של השיטה, מוסר, הגינות, צדק"⁵².

אכן, "בהצהירו על ערכי יסוד נותן השופט ביטוי לקונסנסוס החברתי שהתגבש בשיטתו. הוא מכיר רק בערכים אשר בשלו להכרה... ערכים שלא התגבשו דיים... אינם צריכים לחדור לשיטת המשפט בדרך שיפוטית"⁵³. עם זאת אנו שומעים ש"השאלה אינה, מה השופט רוצה, אלא מה החברה צריכה"⁵⁴! בין כך ובין כך, קווי מדיניות ועקרונות "שהוכרו על-ידי בתי המשפט, הם מהווים חלק מן המשפט עצמו"⁵⁵.

23. לדברי הנשיא ברק, אין דרך אחת לפרשנות. "אין פרשנות 'אמיתית'"⁵⁶. לכך יש להסכים, אך לדעתו (שם) יש פרשנות "טובה" ויש גם פרשנות "נכונה". יש להניח, שמשמעותה של האחרונה היא "פרשנות ראויה"⁵⁷. אלה אם כן קביעות ערכיות ויחסיות. בין כך ובין כך, "שיטות הפרשנות והדינים הנגזרים מהן הן רבות ומגוונות"⁵⁸, ולכן יש להכריע ביניהן לפי מידת טובן וראויותן.

24. יש אפוא לעיין במהותם של "דיני הפרשנות":

"משיטות הפרשנות נגזרים דיני הפרשנות... דיני הפרשנות הם בחלקם כללים של לשון... בחלקם האחר – והחשוב לענייננו – הם דינים

52 דברי השופט מ' חשין בדנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס, פ"ד נב(3) 1, 74-72. הדברים הובאו אצל ברק (לעיל, הערה 21), עמ' 199. ראו גם דבריו בבש"פ 537/95 (לעיל, הערה 43), עמ' 401: "את עוצמתן המוסרית והחברתית שואבות זכויות היסוד לא מחוק היסוד באשר הוא אלא מתוך עצמן". והשוו לאמור לעיל, בסמוך להערה 17 ואילך.

53 ברק (לעיל, הערה 21), עמ' 215.

54 שם, עמ' 214.

55 שם, עמ' 213.

56 שם, עמ' 273.

57 שם, עמ' 45.

58 שם, שם.

הקובעים כיצד נקבעת המשמעות המשפטית של הטקסט. הנה כי כן, הפרשנות במשפט קובעת את מובנו של הטקסט המשפטי"⁵⁹.

"דיניה של הפרשנות התכליתית קובעים כיצד נקבעת התכלית אשר הטקסט נועד להגשים; הם קובעים את גדריה של התכלית הסובייקטיבית ואת גדריה של התכלית האובייקטיבית; הם קובעים את היחס בין שתי התכליות. יחס זה מגבש את התכלית (הסופית) אשר הטקסט נועד להגשימו"⁶⁰.

25. יש לשים לב לכך של"קהיליה המשפטית" ניתנת, אליבא דהנשיא ברק, סמכות להכריע בין כמה אפשרויות העומדות לבחירה בפני השופט, ולקבוע אלו מהן "חוקיות", כדבריו:

"אפשרות היא חוקית אם הקהיליה המשפטית רואה בה כחוקית... אפשרות היא בלתי חוקית אם הקהיליה המשפטית רואה בה כבלתי חוקית ורואה כבלתי מתקבל על הדעת שמשפטן בר־דעת יבחר באותה אפשרות.

...עם זאת לשם איתור תפיסתה של הקהיליה המשפטית אין השופט צריך לערוך משאל דעת קהל. ההכרעה בדבר תפיסתה של הקהיליה המשפטית צריכה להיעשות על ידי כל שופט לעצמו"⁶¹.

59 שם, שם.

60 שם, עמ' 158.

61 ברק (לעיל, הערה 35), עמ' 30. ראו גם לעיל, ליד הערה 60. סוגיה זו מעלה דמיון עם הפנייה אל "הציבור הנאור", כאסמכתה לפרשנות ולסמכות, שכבר נדונה ונדושה כה הרבה. לביקורת חריפה על ספר זה ראו R.H. Bork "Barak's Rule" 27 *Azure* (2007) 125. על הפער בין דרך פרשנותו של בית-המשפט העליון את הדרישות לפורמליות צורנית ומספרית המצויות במפורש בחוק, עד כדי ביטולן, לבין היעדר ההסכמה בקהיליה המשפטית לדרך זו ותוצאותיו של פער זה ראו ד' פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט 21 (2006) 2. אבל השוו עם דברי הרא"ש, העוסק בשאלת הסמכות של חכם הלכה מאוחר לחלוק על קודמיו, האומר: "...אבל אם לא ישרו בעיניו דבריהם [של קודמיו לאחר ששמע אותם], ומביא ראיות לדבריו, המקובלות לאנשי דורו – יפתח בדורו כשמואל בדורו, אין לך אלא השופט אשר יהיה בימים ההם. ויכול לסתור דבריהם...". אך הנושא הוא של פרשנות ולא של עצם הסמכות לחלוק על הקודמים, שקיומה הוא הנחה מוקדמת אצל הרא"ש. הקונסנסוס יפה ל"פרשנות" במונח הצר יותר, ולא ל"פרשנות מחוללת סמכות". כמו כן ברור שלפי עמדת הרא"ש אנשי הדור הם הקובעים את הלגיטימיות של מעשה החכם, ולא הוא עצמו. לכל הדעות ברור, שיש עמדה מוגדרת, מובנת ומוסכמת, שאין בה עמימות ושהיא ניתנת לזיהוי.

הפיקטיביות, או "הנורמטיביות" שיש בעמדה זו בולטת מאוד. מכאן נובע שהואיל וזו קביעה נורמטיבית, אי אפשר להפריכה על-ידי הצגת עובדות הפוכות. זו תהיה טענה לא רלוונטית, הניצבת על מישור שונה ממה שכלפיו היא טוענת. להלן נראה שכך הוא אמנם המצב.

26. כיצד נבחרת שיטת פרשנות מסוימת מבין השיטות האפשריות? כפי שמובן עכשיו, זוהי אפוא השאלה החשובה מכל. על שאלה זו עונה פרופ' ברק בדברים אלה:

"הקהילייה המשפטית יונקת את תפיסותיה המשפטיות מהתרבות החברתית ומהמסורת המשפטית שלה. כללים לפרשנותם של טקסטים משפטיים מהווים חלק מהתרבות ומהמסורת הזו"⁶².

"לכל שיטת משפט יש תורת משפט אופרטיבית משלה. זו נגזרת מתרבותה וממסורתה המשפטית. זו קובעת את המושכלות הראשונים ואת מושגי המפתח היוריספרודנטליים... הם משקפים תרבות משפטית ומסורת משפטית... הם משקפים תפיסות יסוד משפטיות. הם נגזרים מה"משפחה" (המסורת) המשפטית שאליה משתייכת השיטה ומהתרבות המשפטית... המקובלת באותה שיטה, משפחה ותרבות... כל טקסט נוצר בקהילייה משפטית. תפיסות היסוד של תרבות משפטית ושל יוריספרודנציה של קהילייה זו משפיעות על גיבוש תכליתו של הטקסט. יוצר הטקסט הניח תפיסות אלו כבסיס ליצירת הטקסט. הפרשן של הטקסט צריך להניח תפיסות אלה כבסיס לפירוש הטקסט. בעזרתן של תפיסות אלה ניתן לגבש את תכליתו של הטקסט"⁶³.

"כל 'קהילייה משפטית' מפתחת במשך השנים מסורת משפטית ותרבות משפטית. בגדריה של זו נקבע אילו שיטות פרשנות הן לגיטימיות ואילו שיטות פרשנות אינן לגיטימיות. נקבע 'מתחם' של לגיטימיות פרשנית'. אך מהי השיטה הפרשנית הטובה ביותר בגדר מתחם הלגיטימיות הפרשנית?... מהפרופוזיציה שאין פרשנות 'אמיתית' וכי כל פרשנות היא

יש להבדיל בין הקונסנסוס של "הקהילייה המשפטית" לבין "הקונסנסוס החברתי". "בחירה באפשרות פלונית מפני שהיא מתבקשת מדרישה נורמטיבית החיצונית לשופט... והיא נקבעת על פי תפישות היסוד של החברה בה חי השופט. היא משתקפת בקונצנזוס החברתי"; א' ברק פרשנות במשפט, כרך ג, פרשנות חוקתית (תשנ"ד), 659. וראו עמית (לעיל, הערה 14), עמ' 104, וכן עמ' 126 ו-129. לאחרונה קם ערעור גם על הדרישה לזכות באמון הציבור; ראו ח' כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" המשפט יד (תשס"ב) 9.

62 ברק (לעיל, הערה 11), עמ' 78. ראו גם לעיל, בסמוך להערה 14.

63 שם, עמ' 209.

פרי הסכמה חברתית אין נובע כי כל שהוסכם על-ידי בני החברה הוא טוב באותה מידה. יש מקום לבחור מבין התפיסות המוסכמות את הטובה ביותר"⁶⁴.

27. "הקהילה המשפטית" היא אפוא זו שאליה על בית-המשפט לפנות לצורך זיהוי הכללים, העקרונות והדינים.

"הפרשנות התכליתית" נוהגת הלכה למעשה בבתי-המשפט בארץ. האם לאור חידושה של ה"פרשנות התכליתית", כפי שהתחדשה כאמור בידי הנשיא ברק, אפשר היה לומר שהיא נולדה על ברכיה של הקהילה המשפטית? האם הייתה שיטה פרשנית זו, על כלליה ופרטיה, מצויה ב"מתחם הסבירות הפרשנית"? כזכור, שיטה זו אינה מוכרת גם בתרבות ובמסורת המשפטית של המשפט המקובל, וכזכור נאמר על-ידי הנשיא ברק⁶⁵ שממנה "שאבנו את כללי הפרשנות"; האם היה מקום "לבחור" בה או שמא נעשה הדבר משום ש"החברה הייתה צריכה לכך"?

28. להשלמת העניין נשוב ונביא כאן מן הדברים שכבר צוטטו לעיל בעניין סמכותה של "הקהילה המשפטית" להעניק לבית-המשפט סמכות לקבוע חוק גם מעבר לכוחות שהוענקו לו בחוק יסודות המשפט:

"...דומה שקיים קונצנזוס בקהילה המשפטית שלנו, כי סמכות זו קיימת בכל מקרה שהיא אינה נוגדת את החוק הקיים. קונצנזוס זה ממשיך וקובע, כי סמכותו של בית-המשפט לפתח משפט אינה קיימת כאשר הלכתו החדשה נוגדת וסותרת חוק קיים. אולם נראה, כי בעניין אחרון זה מתחיל לחול שינוי בתפישתה של הקהילה המשפטית שלנו. נשמעים יותר קולות הדורשים להכיר בסמכותו של בית-המשפט להכריז על בטלותו של חלק הנוגד עקרונות-על של השיטה (למשל: עקרון השוויון)"⁶⁶.

28. הבחירה ב"פרשנות התכליתית" מוצדקת בידי הנשיא ברק בטעמים "חוקתיים". הבחירה במרכיבים שונים שבה נעשית, גם היא, מנימוקים "חוקתיים". השיקולים בהגדרת התכלית הם שיקולים "חוקתיים". האם ראוי היה שכל הבחירות הללו ייעשו בידי בית-המשפט? תשובתו של הנשיא ברק היא בחיוב:

"בדרך כלל אין למצוא בחוקה דינים באשר לפרשנות. בשיטות משפט שונות ניתן למצוא דיני פרשנות בחקיקה... לעיתים ניתן למצוא בחוקי

64 שם, עמ' 273.

65 לעיל, ליד הערה 5.

66 ברק (לעיל, הערה 11).

פרשנות גם דיני פרשנות. דומה שהגישה המקובלת במרבית שיטות המשפט... הינה כי המקור העיקרי לדיני פרשנות הוא בהלכה הפסוקה. עם זאת, יש הסבורים כי ראוי הוא למחוקק לקבוע דיני פרשנות סטטוטוריים. ספק בעיני אם רעיון זה ראוי הוא. הניסיון מלמד כי חוקים שקבעו דיני פרשנות לא שינו מן הפרקטיקה הנוהגת. לרוב היו כלליים מדי. נראה אפוא כי ראוי הוא בענין זה להשאיר המלאכה בידי ההלכה הפסוקה. כחריג הייתי מציע לשקול הסדרים חקיקתיים במקרים מיוחדים...⁶⁷.

29. סרבנותם של בתי-המשפט להישמע לחוקים אינה יכולה לשמש שיקול ראוי להימנע מחקיקתם במקום שהדבר נחוץ, ואין לרפות מראש את ידיו של המחוקק מלעשות כן. בין כך ובין כך נראה כי כל מה שקשור לקביעה הראשונה בחשיבותה, זו העוסקת בקביעת דרך הפרשנות גופה, ראוי שייחשב על ה"מקרים המיוחדים". על אחת כמה וכמה במקרה של העברת כוח וסמכות כה גורפים לבתי-המשפט כפי שנעשה לפי דרך ה"פרשנות התכליתית".

אין זה ראוי לעשות מהפכה חוקתית כזאת בדרך של פסיקה – ולאור האמור לעיל זו המהפכה החוקתית האמיתית כי רק מכוחה הוכרה ה"מהפכה החוקתית" המדוברת⁶⁸. אם סבור העם שיש להפקיד את המשפט כולו בידי השופטים, הוא זה הצריך להחליט על כך ישירות. ייתכן שטוב הדבר וראוי לעשותו, אולי כי שלטון הפילוסופים עדיף על

67 שם, עמ' 89.

68 בספרו שופט בחברה דמוקרטית (לעיל, הערה 35), עמ' 378, מסתמך הנשיא ברק על דברי התלמוד הידועים (בבא מציעא נט ע"ב) על פרשת תנורו של עכנאי, והוא מוכיח מהם ש"כאשר קיימים 'חילוקי דעות' בין 'המחוקק העליון' לבין מפרשיו, ידי המפרשים על העליונה". דברים אלה אמנם נתפרשו בדרכים שונות, אך נראה שאילו הייתה תרבותו של המשפט העברי תרבותו של המשפט הישראלי, היה אפשר ללמוד מפרשה זו, כמו גם מפרשיות אחרות בתלמוד, על סילוקו של המחוקק העליון מכל סמכות במשפט, אפילו זו החקיקתית! מהפכה זו הייתה הכרחית באותה תקופה, אבל דומה שאנו איננו סבורים כך ואיננו צריכים לכך. יש גם להזכיר, שלעומת הנינוחות לכאורה המצויה בסוגיית הבבלי, הרי שבתלמוד הירושלמי מתואר זעף גדול שהיה באותו יום; האל התקומם כנגד מי שסילקוהו ממעמדו.

על כוחה של הפרשנות בהלכה באופן כללי, ועל פרשנות תכליתית בייחוד ראו I. Gruenwald "Midrash and the 'Midrashic Conditions': Preliminary Considerations" 6 *The Midrashic Imagination* (M. Fishbane ed., 1993), ושם בהערה מזכיר המחבר את ספרו של הנשיא ברק שיקול דעת שיפוטי (לעיל, הערה 31). במאמר זה נזכרת ההבחנה בין פרשנות אטימולוגית, לקסיקאלית וכדומה, לבין הפרשנות הנותנת "משמעות", וכן נזכרת בו "הפרשנות התכליתית" (interpretative), הנהוגה במשפט העברי, אך כאמור, אין זו תרבותנו המשפטית.

שלטון המחוקק, אך גם טוב הוא שהמהפכה תיעשה בידי העם מתוך הסכמה מודעת. כל ההכרעות הנזכרות נעשו "מטעמים חוקתיים"; שאלת חלוקת הסמכויות והכפיפויות בין הרשות המחוקקת לרשות השופטת היא שאלה חוקתית לעילא ולעילא; תפקידו ומעמדו של השופט בחברה הדמוקרטית המודרנית, כפי שהוצגו בידי הנשיא ברק, אינם מובנים מעצמם; מן הסתם לא הכול יסכימו על כך שהם ראויים ונכונים; כל אלה מצדיקים הכרעה מפורשת בחוקה, ואם לא תהיה חוקה – ראוי שהדבר יובא לדיון בהליכים של חקיקה רגילה. הואיל ואלו הן התאוריה והפרקטיקה היחידות המצויות וכתובות, שתיקה תיחשב כהסכמה מכללאל להן, וכאמור אין זה ראוי שמהפכה כזאת תיעשה בשתיקה, אלא על-ידי מחוקק המודע למעשיו ועל-ידי עם היודע ומבין שהוא משנה את תפיסת המשטר שלו⁶⁹. יש להניח שעדיין אפשר גם להתנגד לכך, ולא תושמע הטענה, כפי שנשמעה בהזדמנויות שונות, שהלכות אלו כבר מושרשות ואין חולקים עליהן עוד⁷⁰.

69 כאמור, רשימה זו לא עסקה ב"זכות העמידה". נזכיר בקשר לכך את דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 465: "אם זכות היא רצון או אינטרס המוגנים על ידי המשפט, הרי בהכרעה השיפוטית, הנותנת את הגנת המשפט, נוצרת הזכות עצמה". הנה כי כן, בית-המשפט הוא היוצר את הזכות והוא המגן עליה. בית-המשפט רואה את עצמו כמגן על "שלטון החוק", אך למעשה הוא יוצר אותו. על מצב דברים זה כתב לאחרונה י' שגב "דברים בזכותה של זכות העמידה המסורתית" הפרקליט מח (תשס"ו) 499, 535: "בזניחת דוקטרינת המעמד המסורתית יש משום נקיטת עמדה אידיאולוגית המצויה אפילו מעבר לקידומה של הדמוקרטיה הליברלית. ניתן לכנות עמדה זו בשם 'עליונות שיפוטית'. גישה זו גורסת כי בית המשפט הוא המוסד המוביל והעליון במשטר של מדינת ישראל לפתרון סכסוכים. הסכנה בגישה זו... השתתת החוק והמשפט על יסודות אנטי-דמוקרטיים. העובדה שבית המשפט העליון סירס ומסרס סכנות אלו באמצעות אימוצה של תיאוריה דמוקרטית ליברלית, אינה צריכה להשקיט את פחדנו. בית משפט המתרכז בתיאוריה ובחשיבה תיאורטית מנתק את המשפט מהרצונות והמאווים של אזרחי המדינה". מובן שה"סבירות" וה"מידתיות" הן כלי העבודה של בית-המשפט בהגשמת המדיניות הזאת.

70 בהצעת החוקה שנוסחה בידי המכון לאסטרטגיה ציונית, תשס"ו, יש סעיפים המגדירים את שיטת המשפט הישראלית ואת דרכי הפרשנות של החקיקה ברוח האמור כאן.