

## ביטול ס' 46 לדבה"מ וכוח פעולתו

מאת

פרופ' גד טדסקי

א. מן המפורסמות הוא כי סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל היה הדרך הראשית בין הדרכים השונות שבהן התחולל "אינגול" המשפט בארץ. נדמה היה בעבר כי לס' 46 – בהתאם לכוחו ואף מעבר לכוחו, לפי שימוש היתר שעשו בו השופטים – נועד התפקיד ההיסטורי לספח את מערכת דינינו למשפחת ה"קומון לוא", בתור "קומון לוא במתכונת אנגלו-ישראלית".

בהמשך הזמן התאושש המשפט הישראלי ונעשה חסין יותר מפני השפעת המשפט האנגלי. לעומת תהליך האינגול הקודם התחיל תהליך של "די-אינגול", כך שאנו עדים להגירת המשפט האנגלי מן הארץ. כמובן, מדובר ביטולת מעמדו המיוחד של המשפט האנגלי בארץ ולא ביטולת קליטה ברהנית במערכת דינינו, ממשפט זה כמו מכל שיטת משפט אחרת.

באופק הקיקתנו ניתן כבר להבחין בביטולו הסיפי של ס' 46 המפורסם (כלומר ביטולו הגמור, מלבד ביטוליו החלקיים שכבר הוכרו עליהם בחוק זה או אחר). לא עוד נשאלת השאלה אם יש לבטלו אלא רק מתי וכיצד. על כל החלטה בדבר עיתוי הביטול ובדבר צורתו (שני דברים שכל אחד מהם עשוי להשפיע על האחר) תשפיע השקפת המחוקק על הכוח שיש ליחס לביטול (סתם ביטול, או ביטול מסוייג בסייגים). כוחו הגורף או המוגבל של סתם ביטול תלוי בהשקפה על טיבו של ס' 46, כלומר, מהו בדיוק טיבה של קליטת המשפט האנגלי הצפויה בהוראה זו.

ב. לגבי השאלה האחרונה הזאת קיימות שתי השקפות נוגדות. לפי הראשונה, קליטת המשפט האנגלי על-פי ס' 46 היא קליטה מכוח חקיקה: ס' 46 עצמו מנהיג בארץ את המשפט האנגלי, בסייגים ובשינויים מסוימים (שעליהם נוסף בהמשך הזמן הסייג הנובע מס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948), ועל בתי המשפט לודא אם במקרה הנידון קיימת הנחת המחוקק לתחולת דין אנגלי מסוים, ואם כן, לתחיל דין זה על הנידון – בהתאם לתפקיד הרגיל של השופט. לפי ההשקפה השנייה, הקליטה היא קליטה פסיקתית: ס' 46 אינו מנהיג את המשפט האנגלי בארץ כי אם מסמיך את בתי המשפט להנהיגו, בגבולות ובהתאמת הנ"ל.

1 ראה השופט השיון בע"א 81/55 מוכבי נ' בקר, פ"ד יא 225, בעמ' 245; פלקנשטיין, "החלות בדין הזר", הפרקליט יא (תשט"ו) 149; שילה, "תמורות בהשקפה על תורת התמורה", הפרקליט טז (תש"ך) 217, 221; ולאחרונה (א:ב שאלת ביטולו של ס' 46), לבונטין וגולדווסטר, כללי ברידת הדין בישראל והסימן 46 לדבה"מ (המכון למחקרי חקיקה על-שם הארי סאקר ומשרד המשפטים, 1974); זמיר, בדרי המינהל בישראל וס' 46 לדבה"מ (המכון למחקרי חקיקה על-שם הארי סאקר ומשרד המשפטים, 1974).

שתי ההשקפות האלה מביאות לידי תוצאות שונות במקרה של ביטול ס' 46, הן לגבי הדינים האנגליים שבתי המשפט עשו שימוש בהם לפני הביטול והן לגבי כל דין אנגלי בר-קליטה שלא עשו שימוש בו בטרם בוטלה ההוראה הנ"ל. לפי תורת הקליטה החקיקתית ("תורת ההנהגה"), מיום היכנסו לתוקפו מסיר הביטול מן המשפט הישראלי את ה"העשרה" (כלשונה של מועצת המלך הפרטית בשעתה) שהעניקה לנו תחולת כל דין אנגלי הצפוי בס' 46, יהיה זה דין שלא השתמשו בו בתי המשפט או דין שהשתמשו בו<sup>2</sup>; ואולם הזכויות שכבר הוקנו עד ליום ההוא תישמרנה, בין שצמחו מן הסוג הראשון ובין מן הסוג השני משני הסוגים המדומים האלה; ה"שימוש" מצד בתי המשפט לא הוסיף דבר על כוחם של הדינים הנקלטים בשיטה הישראלית על-פי ס' 46, ואי-ה"שימוש" לא גרע מאומה מכוח זה.

אפשר היה להעלות על הדעת כי, לפי השקפה זו, ביטול (לא רטרואקטיבי) של ס' 46 לא היה פוגע בדינים האנגליים הנקלטים (אוטומטית) עד יום הביטול. ולא היא, משום טיבה המתמיד והמתחדש של הקליטה הצפויה באותה ההוראה. קליטת ס' 46 היא קליטה מתמדת ומתחדשת מיום ליום: לפי מצבה המשתנה של מערכת הדינים המקומיים, הקליטה תהא קיימת בכל רגע עד כדי הצורך, אם ביטול דין מקומי זה או אחר מחולל לקונה חדשה, תורחב הקליטה כדי למלאה. אם, לעומת זאת, חקיקה מקומית ממלאת לקונה קודמת, תצטמצם הקליטה בהתאם לכך. אין לאמר כי חקיקת דין חדש בארץ דוחקת את המשפט האנגלי הנקלט אלא שהיא מחוללת מצב שבו באותו העניין לא יהיה מקום לקליטת דין אנגלי, באין צורך בו. לשון אחרת: אין מקום לגרש את המשפט האנגלי על-ידי ביטול, מכיוון שהוא בעצמו נמנע מלהיכנס בנסיבות החדשות<sup>3</sup>.

לפי ההשקפה השנייה, תורת הקליטה הפסיקתית ("תורת ההסמכה"), דבר ה"שימוש" מכריע: ביטול ס' 46 יפעל כביטול ה"הסמכה" לבתי המשפט אך לא כביטול הדינים האנגליים שבתי המשפט הספיקו להנהיג על-ידי שימושיהם בהם עד יום הביטול. מצד אחר, יש לאמר כי, לפיה, כל דין אנגלי בר-קליטה על-פי ס' 46 שלא השתמשו בו בתי המשפט עד יום הביטול, אחרי הביטול אין להתחשב בו (אף לא בדונגו ביחס שכוננו אותו בעבר), כיוון שלא הספיק להיקלט<sup>4</sup> — אם כי בתי המשפט היו מפעילים אותו למפרע אילמלא הביטול.

ג. טוענים כי, בדיון על התוצאות שיש ליחס לביטול ס' 46, אין להתעלם מהוראת ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948.

כיוון שהוראה זו קובעת כי המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום הקמת המדינה ימשיך לעמוד בתוקפו, ביטול ס' 46 לא ישפיע על תוקפם של הדינים האנגליים שבהם השתמשו בתי המשפט מכוח ס' 46 — וביתר דיוק, על תוקפן של ההלכות האנגליות שבתי המשפט קלטו לפני קום המדינה<sup>5</sup>.

2 השווה דברי השופט זוסמן בע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. ואח' נ' מנהלי עובדו י. בירמן ואח', פ"ד כו (2) 781, 792, אגב ביטולו החלקי של ס' 46 שבחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

3 ועוד היבט לטיבת האמור של הקליטה הנדונה: אם יש לראות כי, אחרי הנהגת ס' 46, התחולל שינוי בדיני אנגליה הנדונים בו, מחייבת ההוראה שינוי לפיכך בדינים הנקלטים.

4 השווה זמיר, שם, הערת-שוליים 237 בעמ' 87.

5 זמיר, שם, בעמ' 84.

הנדונה היה רואה את תחילת כל כלל בשימוש שיעשה בו בית המשפט — כאילו שימוש כזה היה מברר סופית את מהות הכלל, כאילו פירוש הפרשן אינו נתון אף הוא לפרשנות נוספת בכל שימוש נוסף (והיא דוקא פרשנות חופשית יותר, באין בית המשפט העליון קשור בתקדימו).

אמת נכון הדבר כי צפיות האזרחים על פסיקת בתי המשפט הלכה למעשה אגב ס' 46 היתה כל הזמן לקויה במיוחד. אך בזה יש רק נימוק למתוח ביקורת, מבחינת ס' 46, על הדרך שבה מילאו השופטים את התפקיד שהוראה זו הפקידה בידיהם, וכן נימוק לביקורת על עצם ההסדר שס' 46 — כפי שיש אולי מקום לביקורת על המחוקק הישראלי כשהוא מורה על החלת כלליו "ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים" — במובחן מנימוק לפירוש הכללים עצמם בכיוון שטוענים חסידי ה"הסמכה".

ז. "תורת ההסמכה" היתה עשויה להתקבל על הדעת יותר אילו ההוראה הנדונה בס' 46 לא התכוונה לפעולה של בתי משפט אלא של רשות אחרת — דוגמת הדברים הנכללים בס' 46 עצמו אגב הכרזת חוקים עותמניים מסוימים כעל חוקים בעלי-חוקף בארץ-ישראל המנדטורית — או אפילו פנה ס' 46 לבתי המשפט אך הורה על פעולה שלא יעשו תוך כדי ביצוע תפקידם השיפוטי. במקרה זה כל הנהגת כללים מצד הרשות הנדונה היתה מן הסתם הנהגה פרוספקטיבית (לקראת העתיד) בלבד, היתה כרוכה בהכרזה מפורשת, והיתה הנהגת כללים בשלמותם — כך שהציבור יידע מה הם הכללים בתוקפם. לעומת זאת, הנהגה על-ידי שימוש בתי משפט היתה הנהגה למפרע, הנהגה עלולה לבוא ללא הכרזה מפורשת, הנהגה על-ידי שימוש חלקי של הדינים, לפי היבט מסוים שלהם בלבד, כך שלא תיקל המסקנה באילו גבולות יש לראות את הכלל כבעל תוקף. לפי שיקולים אלה, רצוי שהנהגת ההוראות תקדים את שימוש השופט בהן; ומשום כך מציג ס' 46 את הסדרו לפי "תורת ההנהגה".

ה. מציעים לבטל כבר עכשיו את ס' 46 בזה הלשון: "1(א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לא"י, 1922-1948, — בטל. (ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שהיה קיים בארץ ערב תחילת חוק זה".

הקורא הצעה זו מקבל את הרושם שהנוסחה הזאת היא בגדר "שיטר ושוברו בצדו", כי ס"ק (ב) נדמה לשתק את ס"ק (א). "תורת ההסמכה" עצמה חייבת לאמר כי, בגדר "המשפט הקיים בארץ" (כלומר: המשפט הקיים לפי שיטת המשפט הישראלית) מכוח ס' 46 יש להבין לא אך ורק את ה"הלכות שנפסקו" כבר אלא גם את "דין ההסמכה", דהיינו את הדין המסמיך את בתי המשפט, בגבולות הנקבעים בס' 46, לקלוט דיני אנגליה אף מעבר ל"הלכות הפסקות" הללו.

כיוון שעל הפרשן להניח שהמחוקק לא דיבר לריק, במקרה שייחקק חוק כהצעה הנדונה נצטרך להבין כ"משפט שהיה קיים בארץ ערב תחילת החוק" רק את ה"הלכות שנפסקו" כבר, אגב המשפט האנגלי הנקלט ככוח ס' 46, כלומר להסכים ל"תורת ההסמכה" בשינוי שאמרנו: דהיינו, בגרועת "דין ההסמכה".

התסכמה המשוערת הזאת למסקנות "תורת ההסמכה" (אף אם היא הסכמה מסויגת, כאמור) מביאה לידי כך, שאחרי חוק הביטול נצטרך לשלול כי גם בעבר נרכשו זכויות על סמך דין אנגלי הצפוי בס' 46 יבתי המשפט לא עשו שימוש בו. תוצאה זו מהחוק המוצע אינה נראית לנו רצויה וצודקת. נניח כי בתחום מסוים היתה לקונה מובהקת

במערכת הדינים הישראלית. כל עוד ס' 46 היה בתוקפו האזרח היה רשאי להאמין שבעניין זה יחול המשפט האנגלי, גם במקרה שלבתי המשפט לא היתה עדיין הזדמנות לדון בו; ואכן, אילו היתה התדיינות, היה בית המשפט מחליט כך. לא ייתכן שביטול ס' 46 יפעל למפרע ויכפור בזכויות שנרכשו כדין לפני הביטול, במקרה שאמרגו. אף במסגרת ההצעה הנדונה היה כדאי להבהיר כי הישמרנה הזכויות המוקנות האלה.

מצד אחר יש להעיר כי היקף הדינים הנשמרים בתוקפם, לפי כוונת ההצעה המוצעת, אינו ברור כפי שאולי מניחים מחברי ההצעה וחסידי "תורת ההסמכה". "שימוש" במשפט האנגלי עלול להתפרש פירושים שונים: האם הוא קיים רק כאשר דין אנגלי מסוים הונח כ"הגיון ההחלטה"? או גם כאשר נזכר ב"מימרת אגב"? אפשר אפילו להרחיק לכת עוד יותר ולראות כמותרת אנאלוגיה להלכות הפסוקות הנדונות, בתור הרחבה סבירה של הקורפוס האנגלי הנקלט בארץ<sup>14</sup>.

ב. קל להבין כי ביטול גמור של ס' 46 בשעה זו דורש שבאיוו צורה יישמרו לעת עתה הדינים האנגליים שנקלטו בחומים שהמחוקק הישראלי לא הספיק להסדירם<sup>15</sup>. כלומר, דבר והיפוכו: הביטול הגמור לא ייתכן שיהיה גמור.

אם כך המצב, יהיה אולי מן המוטב לותר כעת על הביטול הגמור ולדחותו לזמן שבו יהיה אפשרי. לעת עתה אפשר להסתפק בכך, שנמשיך בביטולים חלקיים כפי שכבר נעשה בחוק זה או אחר. כד בבד עם התקדמות החקיקה הישראלית לקראת הסדר כללי ילך ויצטמצם תחום תחולתו של ס' 46, וביטולו הגמור יבוא ממילא.

ג. גם הביטולים החלקיים מעמידים אותנו בפני הצורך לבחור בין "תורת ההנהגה" לבין "תורת ההסמכה", וכבר הזכרנו את ע"א 726/71 גרוסמן נ' מנהלי עובדן בירדמן, שהחלטתו מתאימה ל"תורת ההנהגה". בקשר לביטולים החלקיים פתרון זה נראה לנו משיבוע רצון הן מבחינה עיונית, לפי הנאמר לעיל, והן מבחינה מעשית: בהנחה שהמחוקק הישראלי הסדיר את העניין הסדר ראוי לשמו (כלומר הסדר שלם, פחות או יותר), אין להמשיך ולקיים בארץ כללים אנגליים, אף לא "הלכות פסוקות" לפיהם. אם יחוקק המחוקק ביטול כללי של ס' 46 לפי הגירסה המוצעת, אין הדבר עשוי להשפיע על פירוש הביטולים החלקיים בהתאם להחלטה הנ"ל, כיוון שנוסחתם שונה מנוסחת הביטול הכללי. לפיכך יהיה מקום לראות יסוד מוסמך לשתי השקפות מנוגדות על טיב ס' 46: "תורת ההנהגה" ו"תורת ההסמכה".

14 ראה לבונטין וגולדוטר, שם, בעמ' 25.

15 ראה גם ברק, מהותו של שאר 147, והחיבורים של לבונטין וגולדוטר ושל זמיר שכבר נזכרו.

## מכתבים למערכת

### מי מפחד מהמחוקק הישראלי?

לאחרונה האירנו שופט בית המשפט העליון חיים כהן במאמרו "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" (משפטים כרך ו' עמ' 5). וכה גילה לנו השופט כהן, בתארו את חובת נאמנות השופט לחוק:

"שתי פנים לה [לנאמנות – ד.ה.]: חב אתה נאמנות לדברו וחב אתה נאמנות לכונתו או לרוחו [של החוק – ד.ה.]" ושתי אלה "משלימות זו את זו – עד כדי שאין הנאמנות לדברו יכולה לעמוד בלעדי הנאמנות לרוחו של החוק". ... "רק על ידי שנופחים לתוך המילים של החוק נשמת חיים (Anima Legis) יכול החוק לפעול פעולתו ומתקיים רצונו של המחוקק הלכה למעשה – החוק מתחיל, כביכול, לראות ולשמע ולהגיב תגובותיו".

איזו היא רוח החוק לה שומר השופט כהן אמונים ואשר אותה הוא נופח לתוך מילות החוק? אין זה אלא יופיו הפנימי של החוק; אן, בסגנונו הציורי של השופט כהן, "היפוי המשיב נפש והמשמח לב והמאיר עיניים, העושה את החוקים 'נחמדים מזהב ומפזרר' ומתוקים מדבש ונופת צופים' (תהילים י"ט, 8–11)". עד כאן הכל טוב. אולם, השופט כהן אינו מסתפק בכך, אלא מוסיף ומבהיר לנו, כי על אף יפי כונתו וטהר רוחו "יש מחוקקים שרוחם 'רעה' עליהם, וחוקיהם חוקי רשע ואפליה ורדיפה ורודנות, הנעשים לשמם ולשם השלטון הטוטליטרי". ואם לא די בכך מבהיר השופט כהן,

"מכלל הן אתה שומע את הלאו: אין אתה חב חובת נאמנות למחוקק שרוחו 'רעה' עליו כאמור; ולא זו בלבד אלא חובה מוטלת על שופט שלא לציית לחוקיו הרעים של מחוקק כזה ולא לבצעם" [ההדגשה שלי – ד.ה.].

כיד בקיאותו הטובה עליו לא התאירנו השופט כהן ללא סימוכין לדברים קשים אלה. בהערת שוליים מצטט השופט כהן מפיו של המשפטן הגרמני Anselm von Feuerbach, אשר בשנת 1817 כתב, "במילוי תפקידם השיפוטי אין השופטים עבדים [ההדגשה שלי – ד.ה.] של הרשות המחוקקת...". אכן דברים כדורבנות. ואם לאחר כל זאת, שמץ ממוחצו ניסה להרגיענו, כי הכוונה הינה רק למחוקק המחוקק "לשם השלטון הטוטליטרי", בא השופט כהן והוסיף לאמור "אבל מה הדין כשהמחוקק הוא מחוקק דמוקרטי העומד בחוקת צדקתו, אלא חוקיו הם חוקים בלתי צודקים (Leges Injustae) העלולים להזים את החוקה?" שואל השופט, ולא רטורית שואל – גם תשובה הוא נותן. אין נאמנות השופט מצמצמת רק "ללשונו של החוק ולרוחו של החוק". אליבא דהשופט כהן, נאמנות השופט מתפרסת לה גם על "רוחו של המחוקק". ומי שעדיין לא הבין לטעם מה דרושה לו גם רוחו של המחוקק, בא השופט כהן ומבהיר, כי "יש והחוקה אשר בה מעמידים את המחוקק, שהוא מחוקק צדק, הופכת לניצחת

(*praesumptio iuris et de iure*) ואף הוא [המחוקק — ד.ה.] אין בכוחו להזימה: ואז חב לו השופט חובת נאמנות כמחוקק צדק, אשר יהיו חוקיו". כל זאת כנראה, משום שרוח המחוקק חזקה הרבה יותר מלשונו של החוק ורוחו. לכן גם, אליבא דהשופט כהן,

"יש נאמנות למוסר ולצדק שהיא עדיפה על הנאמנות ללשון החוק ולרוחו — והיא אותה הנאמנות שאני כניתי בשם הנאמנות למחוקק-צדק, לאמור: על ידי שאין אני מבצע חוק בלתי מוסרי, אני מפגין ומביע נאמנותי למחוקק אשר אינו מסוגל לחוקק חוק בלתי מוסרי".

אכן, אשרי הדמוקרטיה הסובלת פרשנות רחבה זו, אותה רואה השופט כהן, כ"מעידה על תודעת אחריות לעשיית משפט, בחינת 'לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלוהים הוא' (דברים א' 17)". אך יתרה מזו, בסוף דבריו קובע השופט כהן:

"ואילו שופט שנאמנותו נדרשת למחוקק אשר הוא, מטבע ברייתו, מחוקק-עוול, הברירה בידו: או שיחדל להיות שופט או שידחה נאמנותו למחוקק מפני נאמנותו לערכי הצדק כהכרתו וכמצפונו שלו". [ההדגשות שלי — ד.ה.]

לא כך סבר השופט ברנזון (בג"צ 328/60 גימאל נגיב נ' שר הפנים, פ"ד טו (1) 69, 75):

"...אנו השופטים חייבים בנאמנות לתת תוקף לדברי המחוקק כמות שהם, בדרך כלל במובנם הפשוט והרגיל, ואל לנו לעקם את הכתוב כדי להגיע לתוצאה אחרת הנראית לנו כצודקת" [ההדגשה שלי — ד.ה.] אמנם לכלל זה יוצא מן הכלל, והוא כאשר פירוש דווקני עשוי להביא לאי-נוחות אבסורדית (שם, בעמ' 76), אך הן דברי השופט כהן במאמרו הנ"ל הן תגובתו לדבריו עוסקים בכלל ולא בחריג לו.

כידוע, סעיף 13 לחוק השופטים, תשי"ג-1953 קובע: "אין על השופט מרות בענייני שפיטה זולת מרותו של החוק"; ואילו המונח "חוק" מצומצם הוא (השווה סעיף 2(א) לחוק המעבר, תש"ט-1949, הקובע: "לדבר חקיקה של הכנסת ייקרא 'חוק' — עם הגדרת "דין" שבסעיף 1 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש)). בסעיף 13 הנ"ל לא תמצא כל התייחסות לרוחות המחוקק, שהוא כידוע גוף דינמי ולא רוח. גם חזקה ממין החזקה שמציע השופט כהן לא תמצא בספר החוקים; ומהטעם הפשוט, שחזקה על חוק אשר נתקבל בתהליך הדמוקרטי וחזקה על המחוקק שקיבל חוק זה, שהוא ללא פגם, הן במישור המשפטי והן במישור החברתי; ואילו המישור המוסרי אינו ממין העניין כפעולה השיפוטית. יתרה מזו, הצהרת האמונים, אותה על כל שופט להצהיר (סעיף 11 לחוק השופטים, תשי"ג-1953) אף היא אינה עוסקת באמונים לרוחות, אלא אמונים לחוק ולמחוקק שהוא יוצרו הבלעדי של החוק; יצירה אשר אין המחוקק מתחלק באחריות לה, עם השופט, אלא שעל השופט לציית לה במסגרת לשונו של החוק הרוח הנובעת ממנו. לכן, אל לו לשופט לתת ציונים למחוקק על יצירותיו.

גם ההשוואה לעבודת השופט למחוקק קשה למצוא לה על מת שתסמוך. עבד איננו כידוע בן חורין, ואילו השופט בן חורין הוא. בן חורין הוא לנטוש את כס המשפט ואז אין חובה עליו לנהוג בניגוד למצפונו. לכן, אם קשה על השופט מלאכת הציות למצוא פיו של המחוקק, פתוחה בפניו הדרך לנטוש את כס המשפט. דלתות בית

המשפט אינן נעולות בפני השופט. בן חורין הוא אפוא השופט, שלא לבצע וסלא לנהוג כמצוות המחוקק, אך זאת אך ורק במחיר נטישת כס המשפט. בן חורין הוא השופט, אף להפנות את שימת לב המחוקק לפגם, לקושי או לאי הצדק שבמוצא פי המחוקק. אולם אין השופט בן חורין להמרות פי המחוקק בעזרת פיקציה אשר את תוצאותיה מי יכיר. אין השופט רשאי להעמיד את המחוקק בחזקת צדקתו כאילו היה זה בן אלמוות ללא חת, כאילו היו מעשיו "נחמדים מזהב ומפזירב ומתוקים מדבש ונופת צופים", כאילו היו מנותקים מן הדינמיקה של התהליך הדמוקרטי ומן הורמים המרכיבים ופועלים במשטר הרוב הדמוקרטי. גם הצהרת האמונים של השופט מוחלטת היא ולא מסוייגת. אין השופט מצהיר אמונים רק לחלקו הצודק של מוצא פי המחוקק; וגם אין השופט מצהיר אמונים למחוקק צדק. לכן, כל עוד אין מתירים לשופט הצהרות אמונים מסוייגות, אך ברירה אחת למעמיד המחוקק בחזקת צדקתו — נטישת כס המשפט. בשום אופן אין הדעת סובלת שפיטה הבוררת לה את העידיית מן הזיבורית עליפי אמת המידה יפת הנפש של צדק ומוסר, שהם לכל הדעות עניינים שבהשקפת עולם, זרמים ודעות. יתרה מזו, מיהו שיקבע מהי העידיית ומהי הזיבורית שבמוצא פי המחוקק? וכי מדוע זה תהא דעתו של השופט, בנושא זה, עליונה לדעת הרוב בעם, העומד כידוע מאחורי פירות יצירת המחוקק? מה רמתו המוסרית של השופט עליונה על רמתו המוסרית של הרוב בעם? ובמה יפי נפשו של השופט טהור יותר מיפי נפשו של העם? הרי מן העם בא השופט, וזאת, אל לו לשכוח לעולם.

אכן, כאשר מגיעים לצדק, הכל כבר פרוץ לכל עבר, והחופשיות בה ניתן לפעול רבה ומרובה. אין כידוע ביקורת על חוש הצדק. או כלשונו של פרופ' זמיר ("על הצדק בבית המשפט הגבוה לצדק", הפרקליט כ"ו 212 בעמ' 226):

"הסכנה הטמונה בהפעלת חוש הצדק, להבדיל משיקול הדעת, כמכשיר עיקרי לתריצת הדין, הרי היא ממשית וברורה. בית המשפט עשוי לשחרר עצמו בנקל, לא רק מחובת ההיזקקות לחוק ולכללים, אלא גם מן הצורך לחישוב באורח הגיוני ויסודי. וכיון שאין לפניו שום סימני דרך שינחו אותו, עלול הוא להסתף על ידי תחושות חולפות, שאפילו אינן משקפות את התחושה הרווחת בציבור — ולהיות מושפע מגורמים שאינם שייכים לענין".

דברים אלה של פרופ' זמיר אף קיבלו אישור מפי השופט כהן עצמו, וזאת בבג"צ 83/70 איחנה ואח' נ' ביה"ד הצבאי לערעורים, (פ"ד כד (1) 771):

"הצדק' האמור בסעיף 7(א) שונה מן הדין ומצוי הוא מחוץ לדין. וכנגד אלה הטוענים שאי אפשר להגדירו, באשר מושגיו טונים, אצל כל אדם ואצל כל שופט, אף אני אסען שאין כל צורך להגדירו... [ההדגשה שלי — ד.ת.].

אם מצוי אפוא הצדק מחוץ לדין, מה לו לשופט כי יעסוק בו, שהרי שופט של דין הוא השופט, וכל עיסוקו בדין הוא, מכוחו ועל פיו (אלא אם כן המחוקק עצמו, ובמפורש, הפנהו אל הצדק). ואם השופט יעסוק לו מחוץ לדין, עד היכן יפלוש? ומה גבולות והגבלות יטיל על עצמו בפלישתו? שהרי בשר ודם הוא השופט, ואת גבולות פעולתו הלגיטימית צריך שיהא ניתן לצפות מראש ולא בדיעבד ונאמר אמן. זאת לדעת,

בעניינים שמחוץ לדין, דעתו של השופט שקולה כנגד דעתו של כל אחד ואחד מהאזרחים מן השורה. דעה מול דעה. ואל לו לשופט לחמוד לעצמו משקל רב יותר לדעתו מאשר המשטר הדמוקרטי מעניק לו כאזרח מן השורה. זאת ואף זאת, הכוח בידי השופט להקנות לדעתו שמחוץ לדין משנה תוקף. אך אל לו לעשות כן. במקרה כזה עליו לגזור על עצמו איפוק, יהא הדבר קשה ככל שיהא. חוסר איפוק כמוהו כעירעור יסודות המשפט, ולא נראה לנו שמחיר זה מצדיק גמישות משפטית או חקיקתית.

לסיכום, אביא להלן מעט מהמימרות השנונות והחריפות, שנכתבו בנושא זה על-ידי מורנו הדגול פרופ' טדסקי, אשר דבריו של השופט כהן נכתבו לכבודו ועם פרישתו מן ההוראה. ואכן כותב, מטיף ומתריע פרופ' טדסקי, במאמרו המאלף "קוצר הכלל המשפטי ונאמנות הפרשן" (דברי האקדמיה הלאומי הישראלית למדעים, כרך 1 חוב' 4), "גם דעת המשפטנים מופשטת היא, כמותה כחוק, והסומך על זו יסמוך על משענת קנה כאותו הסומך על הכללים". ולמטה מן הענין כותב פרופ' טדסקי: "גם זה הוא 'מאבק למשפט' (כביטוי המפורסם של יירינג), כלומר, מאבק למשפט הרצוי לבעל-המאבק. אך יחד עם זאת זהו מאבק נגד המשפט, כלומר נגד המשפט החיובי הנהג, שעורכים הפרשנים, בנסיבות מסוימות".

ועל פריקת העול כותב פרופ' טדסקי:

"הפרשן יראה את עצמו מחוייב דווקא לקבל את מרות החוקים ויתר הכללים, ולהקריב את דעותיו ואת עניניו הפרטיים; ולא המשפטן בלבד כן, אלא כל אזרח טוב (על דעת מי אינה עולה דמותו הגדולה של סוקראטס שנכנע לדינים אפילו לא היו צודקים כלפיו, ושעל מזבחם הקריב את חייו?)."

ואילו על הניסיון להתעלות על המחוקק, מזכיר פרופ' טדסקי מכתביו הקודמים ואומר, "כנגד מאמצים אלה, לסלק את המחוקק מכס המלכות, ולהעמיד במקומו את 'דעת המשפטנים', נמתחה הביקורת שעמדה זו... ריאקציונרית ואנטי דמוקרטית, ושהיא נוגדת את מגמת זמננו לפיה מרכז הכובד בשיטת המשפט הוא המשפט הכתוב דוקא".

גם את תרעומתו על חוסר הסנקציה שבהפרת השבועה לא נרתע מלהביע, באומרו "אך משמתגלה ניגוד-מגמות בין המחוקק לבין השפיטה בכללה... הרי לסמוך אז אך ורק על נאמנות השופטים לדיני המולדת (אפילו הובטחה בשבועה), בלא סנקציה אפשרית, אין בכך כלל כדי להניח את הדעת".

ואילו את חוסר האונים הוא מתאר כך:

"אפשר שחכמי חלם — אילו היו עוד בחיים — היו מעלים עצה מחוכמת: הקמת גוף שיפוטי חדש, שיבקר את פעולת שאר השופטים וישקוד על נאמנותם. אך מי ישמור על השומר? דומה איפוא שאין אלא להשלים עם קיום מצב... בו מישוהו יכול לעשות, למעשה, יותר מאשר מותר לו; להסלים עם האפשרות של שמוש לרעת, כפי שהמשפט לעולם נאלץ הוא להסלים עם אפשרות העוול".