

נ א ר י ם

בתי המשפט והרשות המחוקקת *

מאת

ד"ר יואל זוסמן **

1. עצם הנרשא שאני עומד לדון בו, בתי המשפט והרשות המחוקקת, הוא תולדת החלוקה הקלסית של כוחות השלטון בין שלוש הרשויות. אמנם תגליתו של מונטסקי, שסבר כי באנגליה מחולק השלטון בין שלוש רשויות, וכי החלוקה הזאת מבטיחה את הנוהל התקין של עניני המדינה, תגלית זו היתה טעות. אם נמצא בכל זאת עוד אדם שסבר כך, היינו מזמינים אותו לבית הלורדים כדי שיסתכל בלורד שנסלור היושב לו שם על כסאו הרם, והיינו שואלים אותו לאיזו רשות בעל התפקיד הזה משתייך. התשובה היא, כמוכח, שאותו אדם שהוא חבר הממשלה וחבר באחד מבתי המחוקקים, הוא גם ראש השיפוט. ואם נמצא היום אדם בישראל שעדיין לא שוכנע בטעותו של מונטסקי, נשאל אותו לאיזו משלוש הרשויות הקלסיות הוא יוכל לשבח את מבקר המדינה. חוששני שלא יהא בידו לתרץ את הקושיה. אבל לא טעותו של מונטסקי היא חשובה, אלא התוצאה המבורכת שהוליד הרעיון שהוא הגה. כתוצאה מתורתו של מונטסקי כולם מסכימים היום, כי ריכוזייתר של כוחות השלטון בידי אדם אחד או בידי גוף אחד עלול להביא לעריצות ולדיקטטורה. מאידך גיסא, אם מחלקים את כוחות השלטון בידי גופים אחדים, מביא הדבר בהכרח לחיכוכים ביניהם. חיכוכים כאלה, כשהם לעצמם, אינם מעידים לא על מעלותיה של רשות אחת ולא על חסרונותיה של רשות אחרת. כדרך ששני אנשים אינם תמיד בדעה אחת, כך גם שתי רשויות יכולות להיות מחולקות בדעותיהן, וחילוקי דעות כאלה אינם מעידים אלא על דבר טבעי ואף רצוי: מעידים הם דוקא על נוהל תקין של השלטון. שלטון בו השופטים אומרים אמן אחרי כל מה שנאמר להם "מגבוה", אינו שלטון חפשי. ואין צריך להביא דוגמאות לכך. חלוקת הסמכויות חייבת להביא למעין איזון או שוויון בין הרשויות. אבל השוויון אינו יכול להיות מוחלט. מטבע ברייתה, ידה של הרשות המחוקקת על העליונה, כי בידה כוח החקיקה והחוק מחייב את הכל. ואולם החוק הוא הלכה מופשטת, ורק פסק הדין של בית משפט מתרגם את הלכת המחוקק למעשה החיוב כמו שהוא נאכף על הבריות. השופט הוא נותן לדין את צורתו הממשית והקונקרטית. משום כך ניתן לומר, שהצורה בה מתגבש החוק סופית, היא הצורה שהשופט נותן לו, וכאן מרחב גדול לפעילותו.

* הרצאה שנתינה בפקולטה למשפטים בירושלים ב־28 בפברואר 1971 לזכרו של ד"ר משה זמורה ז"ל, נשיאו הראשון של בית המשפט העליון.

** ממלא מקום קבוע לנשיא בית המשפט העליון.

1 ראה דברי השופט Brandeis בענין *Myers v. U.S.* (1926) 272 U.S. 52.

2. בשנת 1856 בא לפני בית המשפט העליון של ארצות הברית המשפט הנודע של *Dred Scott v. Sandford*². התובע היה עבד כושף, אשר טען לחרותו ותבע לשחררו על סמך העובדה, שבעליו עבר לאחת "המדינות החופשיות" של ארצות הברית, בהן בוטלה העבדות, ולקח אותו עמו לשם. הוא הסתמך על חוק שיצא מהקונגרס, אשר שם קץ לעבדות ברגע שהנוגעים בדבר עברו ל"מדינה חופשית". כדי להביא את המשפט בפני בית משפט פדרלי, היה צורך בכך, שבעלי הדין יהיו אזרחי שתי מדינות שונות של ארצות הברית; אחרת לא היו מגיעים לשיפוט הפדרלי. המשפט הוגש למעשה בצורת friendly action. העבד למעשה שוחרר כבר על-ידי בעליו, אבל הוא רצה לבחון את תקפו של חוק השחרור שהוחק על-ידי הקונגרס. התובע היה תושב מדינת מיסורי, וכדי ליצור מצב של שוני האזרחות, או diversity of citizenship, שיקנה סמכות-שיפוט לבית משפט פדרלי, מכרו את התובע pro forma לתושב ג'ורג'יה. אולם מכשול יותר גדול עמד עוד על דרכו של *Dred Scott*. כדי שיהא אזרח של מדינת מיסורי, לא די היה בכך שהוא יהא תושב המדינה הזאת. הוא היה זקוק להכרה כאדם, פשוטו כמשמעו, כי רק כזה יכול להיות אזרח. חפץ או סחורה אינם אזרחים היכולים לעמוד בדין. Chief Justice Taney הוכיח בפסק-דינו בענין הנ"ל באותות ובמופתים, בצורה המזעזעת כל מי שקורא דבריו היום, כי אדם שחור אינו בן אדם כלל, ואינו יכול להשתתף אל הגזע האנושי, וממילא לא אל משפחת העמים של מדינות הברית. ואלה דבריו: "In the opinion of the Court, the legislation and histories of the times, and the language used in the Declaration of Independence, show, that neither the class of persons who had been imported as slaves, nor their descendants, whether they had become free or not, were then acknowledged as part of the people, nor intended to be included in the general words used in that memorable instrument . . .

They had for more than a century before been regarded as beings of an inferior order; and altogether unfit to associate with the white race, either in social or political relations; and so far inferior, that they had no right which the white man was bound to respect . . .

The unhappy black race was separated from the white by indelible marks and were never thought of or spoken of except as property.

. . . (Statutes) have continued to treat them as an inferior class; (they) are not by the institutions and laws of the State numbered among its people".

יוצא, כושי אינו בן אדם, אלא הוא בבחינת חפץ, merchandise, כמו שהוא נקרא באותו פסק-דין, והואיל והתיקון החמישי המפורסם לחוקת ארצות הברית מבטיח לאזרח, היינו לכן הגזע הלבן, שרכושו לא יילקח ממנו בלי הליך משפטי כיאות (without due process of law), גם חוק הקונגרס, המורה כי עבד יהא חופשי אם בעליו הביאו למדינה שאינה מכירה בעבדות—חסר תוקף הוא. בלשון זקן השופטים:

"An Act of Congress which deprives a citizen of the United States of his

Dred Scott v. Sandford, 60 L. Ed. 691 2

liberty or property, merely because he came himself or brought his property into a particular territory of the U.S. . . . could hardly be dignified with the name of due process of law.”

במלים אלה שלל בית המשפט תקפו של חוק הקונגרס שהעניק חרות לעבד שהובא על-ידי בעליו למדינה חופשית.

לעומת הדברים המחרידים האלה, לא נעלם מזקן השופטים Taney, כי מה שהוא אמר על הגזע השחור, לא שיקף כבר בשנת 1856 את דעת הציבור. אבל, אומר זקן השופטים, אנו חייבים לפרש את החוקה שלנו כמו שהבינוה אלה שחקקו אותה בסוף המאה הקודמת. “החוק מדבר לא רק באותן מלים, אלא גם עם אותה משמעות ובאותה כוונה בה דיבר כשיצא מידי המחוקקים”. שינוי בהשקפת הבריות אינו משנה ממש עותו של חוק.

3. בפני בית המשפט האמריקני עמדה בענין ההוא ברירתו. הוא לא היה מחוקק, אלא רק מפרש-חוק ופוסק, ובשטח זה, של הפרשנות, נוצרות הבעיות בין השופטים לבין המחוקק. אבל בית המשפט לא היה חייב לפרש את החוקה כחוק המכוון להקפיא את חיי החברה במדינה, עד לסוף כל הדורות, ולהצמידו לצמיתות למחשבות שרווחו בציבור בסוף המאה ה-18. הוא יכול היה לומר, שהחוקה מיועדת לשמש מסגרת לחיי האומה לא רק באותו דור, אלא גם בדורות הבאים, וזכותם של אלה היא לחיות על-פי השקפותיהם שלהם. השופטים של דור המתקומם נגד הדעה שבן אדם יכול להיות בבחינת חפץ עובר לסוחר, an article of merchandise, לא היו חייבים לפרש את המלה property בתיקון החמישי ככוללת אדם בעל עור שחור. מה שהיה “קניין” או property בשנת 1788, אינו חייב להיחשב כך בשנת 1856. יש אומרים כי פסק-דין אכזרי זה היה אחד הגורמים למלחמת האזרחים שפרצה זמן קצר לאחר מכן בארצות הברית.

אף אנו, כשאנו אומרים שמטרת הפרשנות היא לדלות מן הכתוב את “כוונת המחוקק”, מתכוונים למשמעות שגודעה לחוק, כאשר יצא מבית המחוקקים, שכן באותו רגע תם ושלם תהליך החקיקה. אך יחד עם זה אנו נוטלים לעצמנו רשות לומר, שאם השתנו הזמנים, החוק סובל פירוש גמיש די הצורך כדי להתאים אותו לשינויים. תרשו לי להדגים מה שאני חושב כדרך פרשנות נאותה על ידי דוגמה.

אילו נדרשנו היום לפסוק על פי חוק אנגלי שהוחק במאה השמונה עשרה ובו דובר על meat, ייתכן כי היינו חייבים לומר, שהכוונה היא לא לבשר בלבד, אלא לכל דברי מזון, כי זו היתה משמעותו של meat במאה השמונה עשרה, וכך הוגדר הדיבור במילונו המפורסם של ד"ר יונסון. אך אם יהא עלינו לקבוע, אם אשכולית היא בבחינת מזון לענין החוק ההוא, לא נאמר: הדבר לא ייתכן, מפני שהאשכולית לא הובאה לאנגליה עד למאה התשע עשרה, ולכן המחוקק של המאה הקודמת לא התכוון אליה ולא חשב עליה. פרשנות אינה צריכה למנוע התאמת חיקוק לתנאים חברתיים משתנים. *Dred Scott v. Sandford* מדגים מה שאמרתי; צורתו של חיקוק מתגבשת לעתים בפי השופט. הכרות העצמאית וחוקת ארצות הברית דיברו על האומה האמרי-

3 ראה *Amorette v. James* (1915) 112 L.T. 167. בצורת הדיבור “meat and drink” נשתמרה עדיין המשמעות העתיקה; meat פירושו כאן, אוכל.

קאית ולא הוציאו את הגזע השחור, "האומלל", מכלל זה. בית המשפט הוא אשר עשה כך על דרך הפרשנות, כאשר מדעת בחר בפירוש זה לעומת פירוש אפשרי אחר, והיה צורך במלחמת האזרחים כדי לשנות את פני הדברים.

4. במתכונת קונסטיטוציונית כזאת יוצא לפעמים, כי ידה של הרשות השופטת — ולא המחוקקת — על העליונה. בדברי על מתכונת קונסטיטוציונית כזאת, אני מתכוון לארץ בעלת חוקה כתובה ונוקשה (rigid) כארצות הברית. חוקה כתובה פועלת בעיקר כהגבלת הרשות המחוקקת דוקא, ומצרה צעדיה. אין כל צורך בחוקה כדי לקבוע חובות הממשל או בתי המשפט, שכן לכך די בחוק רגיל. והואיל ואנו כאן בארץ חיים ללא חוקה כתובה, המחוקק שלנו אינו מוגבל כעמיתו האמריקאי. לא נחה דעתו של המחוקק מהלכה שבית המשפט קבעה, בידו הכוח והרשות לשנות את הדין. במבנה הקונסטיטוציוני של ישראל מעמד שתי הרשויות, המחוקקת והשופטת, מאוזן יותר; בדרך כלל אין מניעה לכך שהכנסת תמיר הלכה פסוקה בהלכה חקוקה משלה. חושבני שהשוני הזה, במבנה החוקתי, מצדיק גם שוני בגישתו של בית המשפט בישראל, כשזה עושה את מלאכתו: בעוד ש"טעותו" של בית משפט אמריקני, כלומר, הלכה הגראית כמוטעית בעיני המחוקק, אינה ניתנת לתיקון, או רק בקושי רב, לא כן הוא בישראל, שבה המחוקק תמיד חופשי לומר: פסק-דין זה אינו עולה בקנה אחד עם כוונתי ואני משנה את הדין מכאן ולהבא. ממילא מידת החיכוך שבין שתי רשויות אלה, או "העימות" הלא-רצוי ביניהן, אינה גדולה, וידה של הרשות המחוקקת על העליונה. עליונות זו של המחוקק הישראלי שאינו מוגבל על-ידי חוקה נוקשה וכתובה, מצדיקה לדעתי מסקנה זו לגבי מלאכתם של בתי המשפט: ההתאפקות השיפוטית לה הטיפו שופטי בית המשפט העליון האמריקני, פן ייקבעו דפוסי המדינה על-ידי מי שאינם נבחרים העם, והקונגרס יהא חסר אונים, התאפקות זו אינה הכרח בישראל, שהמחוקק בה הוא כל-יכול.

אמרתי שבדרך כלל כוח החקיקה של הכנסת אינו מוגבל, זולת אם היא עצמה הגבילה את עצמה, בחוקים הנקראים משוריינים, אשר יש בהם הוראה, כגון זו שבסעיף 46 לחוק היסוד: הכנסת, המונעת שינויי חוק מסויימים על דרך חקיקה רגילה. על השאלה הנכבדה, אם יפה כוחו של סעיף שריון שכזה, או שמא ניתן הוא גופו לביטול על ידי חוק רגיל, לא אומר אלא זאת, שאני מקוה כי לעולם לא נצטרך לדון בה. אך השאלה כמעט הגיעה לבירור, כשנמצא אורח אחד שביקש למנוע את שר האוצר מלפעול על-פי חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות ובקורת), תשכ"ט—1969, המכונה בפי העם חוק מימון מפלגות.⁴ השאלה לא הוכרעה במשפט זה, הואיל והיועץ המשפטי שטען לשר האוצר הכריז בעיקרי הטיעון שהגיש לבית המשפט, כי

"אין המשיבים נוקטים עמדה בשאלה אם כשרותו המשפטית של דבר חקיקה של הכנסת הוא ענין שפיט בפני בית משפט נכבד זה, באשר הם סבורים כי לגופו של ענין אין לעתירה על מה שתסמוך".⁵

4 בג"צ 98/69 אהרון בתנ"ן נ. שר האוצר ובבקר המדינה, כ"ג פד"י (1), 693.

5 הדיבור "שפיט" שגם בית המשפט השתמש בו בהקשר זה בבג"צ 98/69, אינו משמש למעשה לתיאור הבעיה. אוכרים על ענין שהוא אינו שפיט, כאשר בית המשפט מושך ידו ממנו מאין אפשרות לפסוק בו על פי קנה-מידה משפטי. כאן ניתן היה לפסוק בענין על-פי קנה

רק אם בית המשפט ירצה בכך, כך הוסיף היועץ המשפטי בשעת הטיעון, הוא ישמיע טענותיו גם בשאלה זו. היועץ המשפטי בחר שלא להעמיד להכרעה את השאלה, אם רשאי בית המשפט לפסוק בתוקפו של חוק, מפני שלפי גירסתו לא התעוררה שאלת מעמדו של סעיף השריון (מאין סתירה בין החוק שתקפו היה שנוי במחלוקת לבין סעיף השריון).

ואמנם השאלה נכבדה היא, לא רק מפני חשיבותה המשפטית אלא גם בשל "העימות" האפשרי, הפעם לא בין בית המשפט לבין בית המחוקקים, אלא בין הכנסת החמישית לבין הכנסת הששית. ההיא אמרה, שסעיף השוויון שבחוק הבחירות יהא משוריין בפני שינוי על דרך חקיקה רגילה; באה זו ושינתה את הסעיף על-ידי חוק רגיל. דברה של איזו כנסת עדיף?

5. על הימנעותו של בית המשפט מלפסוק בשאלה זו נמתחה בקורת, בארץ ובהוצא לארץ, ונמצאו אומרים, שבית המשפט חייב היה לדון בה, על אפו ועל חמתו של היועץ המשפטי, שלא הפץ להעמידה לדיון.⁵ למבקרים אלה, שמקצתם דברו בוודאי מתוך סקרנות אקדמאית, אני הפץ להשיב, שהם מתנכרים כליל לתפקידו של שופט. בשיטה האדורסרית הנהוגה אצלנו, אין בית המשפט חייב לפסוק בשאלה שבעלי הדין נמנעים מלהעמידה לדיון. משבחר היועץ המשפטי שלא להעמיד פלוגתה חוקתית, ואולי גם פוליטית, לדיון, ולו רק לחלופין, חוקה עליו, שטעמו היה עמו, ובית המשפט, שאינו אפטרופסם של בעלי הדין, אינו חייב לכפות עליהם הכרעה שאינם רוצים בה, אפילו תאכזב שתיקתו את מלומדי המשפט הקונסטיטוציוני.

כידוע, סיים בית המשפט את פסק-דינו במשפט מימון המפלגות בעצה שהשיא לכנסת כיצד תוכל לתקן את המעוות, וכך אמר:

"היא יכולה לחזור ולחוקק את הוראות המימון שבחוק המימון, למרות חוסר השוויון שבהן, אם ימצא להן הרוב הדרוש לפי הסעיפים 4 ו-46 של חוק היסוד; או שהיא יכולה לתקנו כדי להסיר את חוסר השוויון, והצבענו לעיל על דרך אפשרית בה ניתן לעשות זאת".

צעד לא-רגיל זה, של הבעת דעה מראש כיצד יוכל המחוקק להכשיר חקיקה, הוא לדעתי ראיה חותכת לכך, שבית המשפט העריך הן את מלוא אחריותו המוטלת עליו בדונו במשפט בעל השלכות פוליטיות, והן את הכרתו בכפיפות השיפוט למחוקק. 6. אם לימדתי עד כה זכות על בית המשפט, ארשה לעצמי עכשיו להיות סניגור לכנסת. בעקבות פסק-הדין חקקה הכנסת שני חוקים. באחד, חוק התיקון לחוק המימון, הסירה את המכשולים שגרמו לאי-השוויון בין הרשימות ולפסילת החוק המקורי,⁷ ובשני, חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), תשכ"ט—1969,⁸ נתנה תשריר, "למען הסר ספק", לכל הוראותיהם של חוקי הבחירות. גם על כך נמצאו עוררין, ופרופסור

מדה כזה, אך השאלה היתה, אם רשאי בית המשפט לעשות כן. לא היתה זאת שאלה של שפיטות, אלא של כוח השיפוט, ראה *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186.
6 ראה לאחרונה מאמרו של Prof. Melville Nimmer, "The Uses of Judicial Review in Israel's quest for a Constitution," 70 *Columbia Law Review* 1217.
7 חוק הבחירות לכנסת ולרשויות המקומיות בשנת תש"ל (מימון, הגבלת הוצאות וביקורת) (תיקון), תשכ"ט—1969, פה"ח תשכ"ט, 567, עמ' 201.
8 חוק הבחירות (אישור תקפם של חוקים), תשכ"ט—1969, פה"ח תשכ"ט, 568, עמ' 204.

גימר, במאמרו האמור, אומר⁹, כי "תגובת הכנסת (לפסק-הדין) היתה במובן מסויים שיצופרנית". חושבני שלא שיצופרנית היתה תגובת הכנסת, אלא נאה ונבונה. היא הסירה את אי-השוויון שנוצר בחוק המימון, אך יחד עם זה נתנה מלוא התוקף לחוקי הבחירות כדי שתקלה דומה לא תסרה עוד. די היה אמנם בחוק התשריר לבדו, אך איש לא היה משבח את הכנסת אילו הנציחה את הפגם המהותי שנתגלה בחוק המימון. 7. ואולם הנאמנות שבית המשפט הייב למחוקק ויחס הכפיפות לו אינם דרך חד-סטרית. כדי שבית המשפט יוכל למלא את תפקידו כיאות, מוטלות חובות מסוייכות על המחוקק, וכאן בא אני בטענה על שהמחוקק אינו עושה תמיד מלאכתו כראוי. טענתי הראשונה כלפי המחוקק היא, שאינו עוקב כדרוש אחרי הפסיקה של בתי המשפט, וכאשר נתגלתה פירצה בדיו, אין הוא סותם אותה באותה מידת המהירות הראויה, בה פעל בענין מימון המפלגות. ביום 20 בנובמבר 1952 נתן בית המשפט העליון פסק-דינו בע"א 207/51¹⁰, וממנו נתברר שאין בארץ חוק המוכה תובע בתביעת נזיקין בריבית בעד הזמן מיום הגשת התובענה ועד למתן פסק-הדין. הבענו אז את המשאלה, שהמחוקק יזכה תובע כזה בריבית על נזקו, שבאנגליה פוסקים לו אפילו למן יום היווצר העילה. המשפט הנ"ל נמשך שנתיים, ומדוע לא יבוא התובע, קרבן של תאונת דרכים, על פיצויו בשל עיכוב דמי הנזק המגיעים לו? לא עמדה כאן בפני המחוקק בעיה מסובכת, ולא היו לה השלכות פוליטיות; אף לא שמעתי שהיו קיימים לגביה חילוקי דעות בציבור. ובכל זאת עברו כמעט תשע שנים, עד שזכינו ביום 23 ביוני 1961 לחוק פסיקת ריבית, תשכ"א—1961, שהסמיך בית המשפט לפסוק לתובע 11% ריבית למן יום הגשת התובענה. מאות ואולי אפילו אלפים של תובעים נזוקים יצאו במשך השנים בהפסד עקב חוסר פעילותו של המחוקק. ומה המצב היום? היום אין אדם יכול עוד לקבל בבנק אשראי בריבית של 11%. כמה זמן יעבור עד שתתקן הכנסת את חוק פסיקת הריבית כדי שקרבן של תאונת דרכים לא יהיה עוד מלווה כפוי למזיק, בשער ריבית נמוכה?

דוגמה אחרת של איטיות המחוקק היא חוק נכי רדיפות נאצים, תשי"ז—1957. ביום 10 בספטמבר 1952 עשתה ישראל הסכם עם ממשלת גרמניה (הסכם לוקסמבורג), ובו התחייבה היא לפצות יהודים שעלו לישראל, ניצולי השואה, על נכותם עקב רדיפות הנאצים. עקב הסכם זה, שהיה מבוסס על שיקולים כלכליים מסויימים, חדלה גרמניה מלשלם פיצוי נכות ליהודים שעלו לישראל. יהודים שלא נתיישבו בישראל גבו פיצוייהם מהממשלה הגרמנית ששילמה להם ביד רחבה, ואילו יהודי שעלה לישראל, הופלה לרעה באשר הוא עלה לישראל, כי רק כעבור 4 שנים ומעלה, בשנת 1957, יצא חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז—1957, על-פיו התחילו שלטונות ישראל בתשלום תגמולים לאלה שעקב הסכם לוקסמבורג קיפחו את זכותם לקבל פיצוי מהשלטונות הגרמניים. בהפעלתו של חיקוק כזה אף יכול שתיווצר מתיחות מסויימת בין המחוקק ובתי המשפט; בראותו את קיפוחם של ניצולי השואה, יטה השופט להתייחס יחס ליברלי לתביעתו. אין אני בטוח אם עולה מגמה זו בקנה אחד עם רצון המחוקק. בשנת 1965 אישר בית המשפט העליון החלטה של ועדת הבחירות לכנסת הששית,

9 הערה 78 בעמ' 1233, למאמרו שם.

10 ע"א 207/51 "אגודת אנדרה שיתופית כע"מ ואח' נ. ש. כרנרים ואח' ר' פד"י, 1089.

לפיה נפסלה רשימת מועמדים שהתהברו לארגון בלתי-חוקי. פסלותה של רשימה כזאת לא נקבעה בחוק, והיתה זאת החלטה אמיצה שנתקבלה בוועדת הבחירות, לפסול רשימת בחירות לכנסת ללא אסמכתא בחוק התרות. כמה נכבדה הבעיה, על כך מעידה העובדה שבית המשפט פסק מה שפסק, ברוב דעות בלבד, ובבוא אותה השאלה מחדש לפני בית המשפט, הרכב אחר יוכל לפסוק אחרת. במשך שש שנים שעברו מאז, לא התפנה המחוקק לפתור בעצמו שאלה נכבדה זו, שבה נתחלקו דעות השופטים בבית המשפט. האם לא היה זה מן הראוי, בענין כזה, שלא לסמוך על רוב מקרי בבית המשפט?

8. טענתי השניה כלפי המחוקק היא, שאינו מקפיד על ניסוח החקיקה במידת הדיק הדרושה והאפשרית. המחוקק אינו מצווה להיות נביא ואינו חייב לחזות מראש את כל הבעיות שיקומו ויעסיקו את בתי המשפט בעתיד. אך הוא חייב להקור את נושא החקיקה, ולנסח את דברו בפרספקטיבה של כללי הפרשנות המקובלים, מתוך ידיעה שלפי אלה יבצעו בתי המשפט את החוק. ניסוחו של חוק חייב להיות מלווה ערנות מתמדת לכללי הפרשנות המקובלים, שדרכם תהא הלכת המחוקק למעשה-בית-דין. אחד מכללי הפרשנות הידועים לכל אומר, שאם שינה המחוקק, בדונו באותה סוגיה, מלשונן, שינוי הלשון מעיד על שינוי הכוונה. בסעיף 28 לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, הוגדרה סמכות השיפוט של בתי משפט השלום. מהסעיף הנ"ל עולה, שהכנסת לא חפצה לגרוע מן הכלל המקובל עלינו— מפני שהמחוקק חטורקי היה סבור כך— שידו של שופט שלום אסור לה שתגע בתביעת מקרקעין, וזולת בתביעות חוקת מקרי קעים וחלוקתם. הדבר היה כה חשוב עד שהמחוקק ראה צורך לקבוע כך פעמים, באותו סעיף 28, אלא שבסעיף 28(2) נאמר ששופט שלום ידון בתביעות אורחיות, "למעט תביעות הנוגעות למקרקעין", ובסעיף 28(3) נאמר שלא ידון "בתביעות... הנוגעות במקרקעין". אינני יכול להעלות על דעתי, שהכוונה בשני סעיפי-משנה אלה לא היתה לאותו דבר ממש, ואף על פי כן לא הרי זה כהרי זה. ראויים היו בתי המשפט לכך שלא יטל עליהם הטורח לעסוק במלאכה של פרשנות-סרק; פרשנות-סרק, הואיל וכשלעצמי משוכנע אני שלא התכוונו להבדיל. אבל שופטים אחרים ראו חובה לעצמם לגלות צפונות ולהעלותם מחיק החקיקה.

9. דוגמה אחרת של פגם בחקיקה אשר ניתן היה למנוע אותו משמש חוק לתיקון דיני העונשין (עבירות זנות), תשכ"ב—1962. המניע העיקרי לחקיקתו היה הרצון להחמיר בעונשין על עבירות הקסורות בנגע הזנות. אבל משום מה צץ הרעיון להחליף כליל את סעיפי פקודת החוק הפלילי משנת 1936, הנוגעים לאותן עבירות, בחוק ישראלי מקורי. משפתחו יוזמי החוק במשימה זו, סברו— בצדק— כי הגיע הזמן לבטל את הגדרתו הקלסית של "בית בושת" או "בית זנות", שהועברה אלינו מהמשפט האנגלי והיתה אצלנו לסעיף 151 לפקודה. לפי הגדרה זו, אין לך "בית זנות", אם לא מצויות בו שתי נשים לפחות, לצרכי זנות. לשם תיקון הדברים היה די בשינוי קל של ההגדרה שבסעיף 151, אבל הרעיון של חקיקת חוק חדש, מקורי כאילו, קסם ומשך.

11 *Stephen, Commentaries of the Law of England*, אמר:

"Even where the Counsel in chambers is merely 'advising on a case'..., he is really thinking of what view the court and the judges will take of his advice."
 הייתי רוצה שהמחוקק יחשוב כך כאשר הוא מעלה דברו על ספר החוקים.

תוך כדי מלאכת הגיסוח הגיעו המחוקקים לידי מסקנה, כי הדרך המועילה ביותר תהא לזוותר על כל הגדרה של המונח, ולא להשתמש בכלל בדיבור "בית זנות". אמרו ועשו ופתחו בניסוח ללא הגדרה, אבל כאשר הגיעו לסעיף 2(א) לחוק, דיברו שם, בלי משים, על עיכוב של אשה "בבית זנות". זו היתה בודאי פליטת קולמוס, ולו היה כל השינוי הישראלי רק זה, שמקודם נענש אדם על עיכוב אשה בבית זנות כמוגדר בחוק, ואילו עכשיו עיכובה בבית זנות לא-מוגדר עבירה היא, לא היה נגרם נזק רב, כי העבירה הזאת היא נדירה. הבעיות הרציניות לא נוצרו עד שלא הגיעו לסעיפים 5 ו-6 לחוק. לא חפצו להגדיר "בית זנות" מהו, אבל חפצו כמובן בכך שהחוקת בית זנות תוסיף להיות עבירה כבעבר. החידוש שנתחדש בסעיף 5 לחוק היה, שבאין הגדרה של "בית זנות" לא החוקת בית זנות נעשתה עבירה, אלא החוקת "מקום לשם עיסוק בזנות". לכאורה, דברים פשוטים בתכלית. אך למעשה נוצרה תסבוכת עצומה. כאו כן עתה, לא עשה המחוקק מעשה הזנות של אשה לעבירה. אין מענישים עליו לא את האשה שלקחה אתנו זנונים, ולא את הגבר שנתן אותו. החוק אוסר רק תוצאות-לוואי מזיקות, כגון החזקת מקום לעיסוק בזנות, שידול, וסרסרות במעשי זנות. אך לא עבר זמן רב ואף נשים עצמן שעיסוקן היה בזנות הובאו לדין, אמנם לא באישום של עיסוק בזנות שאינו בגדר עבירה, כי אם באישום החזקת מקום לעיסוק בזנות. באיזה מקום החזיקו, לשם עיסוק בזנות? בחדר מגורים אחד, ששימש להן בעת ובעונה אחת גם קורת-גג מעל ראשן וגם מקום לעסוק בו בעיסוקן. האם זו עבירה או לא? מקודם, כאשר היו דרושות לפחות שתי נשים כדי לעשות מקום פלוני לבית זנות, ידענו את התשובה. עכשיו הוסיף אמנם המחוקק הישראלי בסעיף 7 לחוק הסבר, שגם כלי שיט "מקום" הוא, ובכך מנע מבעליהם של בתי זנות להעתיק את מתקניהם לאניה בים התיכון או לסירה בירקון. אך על השאלה מה יהא דין האשה הזקוקה, ככל אדם אחר, לגג מעל לראשה, אלא שהיא עוסקת באותו מקום גם במקצועה, שהוא אמנם מאוס, אבל לא נאסר עליה, על סאלה זו לא השיבו. חמישה שופטים נתכנסו בבית המשפט העליון כדי לקבוע פירושו של סעיף 5 החדש, ואין חימה בכך שהתחלקו בדעותיהם. הרוב סבר שהמחוקק נקט לשון החלטית, והמיעוט גרס שאין זה מתקבל על הדעת שהחוקת מקום למטרה פלונית תהא עבירה, אם אין נענשים על אותה עבירה גופה¹². מומחים לדבר בודאי יאשרו כי אחת התוצאות של דבר החקיקה החדש היתה, שהזנות הוצאה ממחבואיה בחדרי חדרים, ועברה אל השדות שמעבר לירקון ולחדרי המדרגות, כי אלה אינם "מקום" שהאשה מחזיקה בו, ורק כך פטורה היא מעונש. עיסוק בזנות בחדרה של אשה, דינו חמש שנות מאסר.

כאשר חמשת השופטים של בית המשפט העליון ישבו על המדוכה, טרחו, כל אחד על פי דרכו, לגלות את "כוונת המחוקק". זו היא הנוסחה שאנו השופטים משתמשים בה בעוסקנו במלאכת הפרשנות, אך על הרוב מחפשים אנו דבר שאינו בנמצא, כי החוק נשאר סתום מהטעם שהמחוקק לא הקדיש מחשבה לבעיה שצצה לאחר מכן, ובעיה שנעלמה מעיניו, בעיה כזאת בודאי לא התכוון לפתור. למעשה חייבים אנו, השופטים, במקרה כזה, לעשות בעצמנו גם את מלאכת המחוקק ולמצוא את הפתרון המשתלב עם מגמת החיקוק. ומה שגקרא "כוונת המחוקק", אנו יכולים לדלות רק

12 ע"פ 94/65 טרים תרנ"ט נ. היועץ המשפטי לממשלה, י"ט פד"י (3), 57.

מן הקליפה החיצונית, מן הכתוב בספר החוקים, ולא מן התווך, מרצון חברי הכנסת שהצביעו בעד החוק, כי זה נשאר בשבילנו בדרך כלל בבחינת נעלם.

את סעיף 5 לחוק הזנות אני מביא בפניכם, מפני שזה אחד המקרים הנדירים, שכוונתו האמיתית של המחוקק נתגלתה לי, אמנם לאחר מעשה. חדשים אחדים לאחר שפסקנו בדבר, נזדמן לי להיפגש עם אחד משני חברי הכנסת שהיו נתבי החוק. הוא פנה אלי מפני שקרא את פסק דינו, והיה נדהם מן העובדה שבכלל לא חשבו בכנסת על אותה אשה-זונה המשתמשת בחדרה העלוב לצרכי מגורים ופרנסה כאחד. כל מה שחפצנו — כך אמר לי — היה לנתק את עצמנו מן ההגדרה המיושנת האנגלית של בית זנות, ותו לא. מה שאתם פסקתם, שלאשה יהא צפוי עונש מאסר של 5 שנים, אם לא העתיקה עיסוקה אל מתחת לכיפת השמים, דבר זה בכלל לא העלנו על הדעת. זהו אחד המקרים הנדירים שמפי בעל הדבר עצמו אנו יודעים, כי בית המשפט לא קלע למטרה, והחטיא את כוונת המחוקק. אבל לא בית המשפט אשם בכך, אלא הוא הועמד במבוכה על-ידי ניסוח לקוי של דבר החקיקה.¹³

10. תקלה אחרת קרתה בסעיף 6 לאותו חוק. מקודם היה דין, שאם הורשע דיירו של בית בהחזקת בית זנות, היו מודיעים על כך לבעל הבית וזה היה רשאי, בתוקף עצם ההרשעה, לפנות את הדייר; לא עשה כן, אלא התיר לדיירו להמשיך ולהחזיק במושכר לצרכי זנות, היה הוא עצמו עובר עבירה. זו היתה הוראה פשוטה, ובמידה שהשתמשו בה, אף היתה יעילה. אבל גם בענין זה התבררנו בחידוש. סעיף 6 לחוק החדש קובע עונש למשכיר שאינו מפסיק השכרתו של מקום לאחר שנודע לו כי המקום משמש לאשה למעשה זנות. פירושו של דבר, משכיר הרוצה לבצע את כוונת המחוקק ולפנות את דיירו, הייב עכשיו להוכיח בראיותיו הוא, בבית המשפט האזרחי, ולא רק בעזרת פסק-הדין המרשיע, שהמושכר שימש לצרכי זנות, ואם נמנע מלתבוע, לא עבר עבירה, אלא אם יוכח שהוא עצמו ידע על השימוש שעשו בביתו. חושבני שאין זו דרישה מוגזמת אם נדרוש מהמחוקק אותה ידיעה, שהיא נחלת כל משפטן, שפסק-דין פלילי אינו משמש ראיה במשפט אזרחי, בין צדדים אחרים, אלא אם נקבע כך בחוק, כמו שנקבע בזמנו בפקודת החוק הפלילי, 1936. קשה לי למצוא נימוק סביר לשינוי כזה של הפקודה המנדטורית.

אביא לפניכם, לבסוף עוד חוק-תיקון אחד, בו אנו בודאי נסתבך בעתיד, הפעם מדיני השטרות. דיני השטרות של העמים מחולקים לשתי קבוצות, האחת היא האנגלו-סכסית והאחרת היא הקונטיננטלית. על פי השיטה האנגלית, שגם אנו נמנים עליה, שטר — ושיק בכלל זה — אינו נפגם בשל כך שהמסמך אינו נושא תאריך הוצאתו. כך נקבע אצלנו בסעיף 3(ד)(1) לפקודת השטרות. בחוקים הקונטיננטליים תאריך ההוצאה (או העריכה) הוא בדרך כלל הכרחי, והעדרו פוסל את תוקפו של המסמך. כאשר עסק המחוקק בשנת 1964 בבעית השיק המאוחר, שדבר אין לה עם שיק שתאריך הוצאתו אינו רשום בו, פנה לחוק החיובים של שוייץ, והעתיק משם סעיף 73א לפקודת השטרות. שם מצינו הוראה, שאם הוצא שיק ללא ציון יום הוצאתו, יראו את תאריך

13 הכותרת לפסק הדין כמו שפורסם אומרת, כי "אין לייחס, בשום פנים, למחוקק את הכוונה, כי איסורו בסעיף 5... יפגע במי שמחזיק מקום... אך ורק לצורך עיסוק בננות". אבל בדיוק זאת הייתה הכוונה, אלא שלא נתגלתה בבהירות הדרושה.

הוצאתו בפועל של המסמך כתאריך השיק. הוראה כזאת מועילה במשפט השוייצרי, הואיל והיא פוטרת את בעיית השיק שהוצא, בהיסח הדעת, ללא תאריך, אך במשפט הישראלי היא מיותרת. עקב התיקון בו התברכנו שלא לצורך, קיימות עכשיו בפקודת השטרות שלנו, זו בצד זו, שתי הוראות: סעיף 3(ד)(1) אומר שהשיק אינו צריך רישום יום עריכתו; ואילו סעיף 73א' מטביע כאילו על שיק בו לא נרשם יום עריכתו תאריך, כך שלא יהא עוד שיק שאין יום עריכתו רשום בו. על הסיבוכים הצפויים לנו מכאן לא ארחיב את הדיבור, כדי לא לפתוח פה לסטן. עורך דין מוכשר יגלה בסוגיה זו חומר למכביר להתדיינות.

אלה הן תקלות שאפשר היה למנוע אותן, ואני מעז לומר שניתן היה למנוע אותן אילו געורה הכנסת, כדרך פרלמנטים אחרים, בנסח פרלמנטרי, יועץ משפטי משלה ומומחה לדבר חקיקה.

11. השמעתי שתי טענות כלפי המחוקק, האחת על חוסר מעקב כראוי אחרי פירצות שבדין, שמן הצורך לסתום אותן כדי שלא ייפגע האזרח, והשניה על ניסוח לקוי של דבר חקיקה, אם מפני חוסר דיון מעמיק בנושא החקיקה ואם מסיבה אחרת. אסיים בטענה שלישית שעליה לא אעמוד בפרטים. באו לפני בית המשפט העליון בשנים האחרונות ענינים אחדים בעלי משמעות פוליטית מרובה, ואם תמצי לומר, בעלי חומר נפץ פוליטי. אין בית המשפט נרתע מהכרעה בענין כזה כאשר ניתן לפסוק בו על-פי קנה מידה משפטי. אבל בדרך כלל חייב המחוקק בעצמו להכריע בשאלה פוליטית, כגון שיהיה זה או אחר עליידי העם, ובינו לבין הבוחרים קיים קשר ישיר עקב הבחירות, המתחדשות כל ארבע שנים. יש לי הרושם כי לפעמים גמנעת הכנסת מהכרעה פוליטית, ומשאירה בידי בית המשפט לגלות בדבר חקיקה צפונות, על דרך הפרשנות. זוהי מעמסה על מלאכתו של בית המשפט, אשר יש בה משום הכבדה יתירה על השיפוט. בית המשפט לא נוצר למטרה זו, וההליך השיפוטי אינו מתאים לכך.