

מינוס או על החוק

המשוחחים: סוקרטס וחברו

סוקראטס: החוק — מה הוא בעינינו?
חברו: לאיזה חוק מן החוקים מתכוון אתה בשאלתך?
סוקראטס: וכי מה? כלום נבדל חוק אחד ממשנהו מאותה
בחינה עצמה, כלומר — מבחינת היותו חוק? שכן עיין-נא במש-
מעות שאלתי. דומה היא כאילו שאלתיך זהב מה הוא; ולו ענית
לי על כך בשאלה, לאיזה זהב מתכוון אני, דומני שלא היה מקום
לשאלתך זו. שהרי אין הבדל בין זהב לזהב, ולא בין אבן לאבן,
מבחינת היותן אבן, והיותם זהב. כך גם חוק אינו נבדל מחוק,
אלא כולם הם אותו הדבר עצמו; שכל אחד מהם חוק הוא
בדומה לחברו, ולא זה במידה יתירה, וזה בפחותה. ועל כך,
אפוא, שואל אני: בכללו של הדבר — מה הוא חוק? ואם יש
בפיך תשובה, השמיענה נא.

חברו: וכי מה יוכל להיות חוק, סוקראטס, מלבד מה שנחקק,
ונוהגים על פיו?

סוקראטס: וכי גם דיבור הוא, לדעתך, אינו אלא המדובר,
או ראייה — הנראה, או שמיעה — הנשמע? או דיבור לחוד,
המדובר לחוד; ראייה לחוד, והנראה לחוד; שמיעה לחוד,
והנשמע לחוד; וכן חוק לחוד, ומה שנחקק — לחוד? האם כך
סבור אתה, או כיצד?

חברו: עכשיו נראה לי שזה לחוד, וזה לחוד.

סוקראטס: חוק אינו, אפוא, מה שנחקק?

חברו: דומני שלא.

סוקראטס: ובכן, מה יוכל להיות חוק? נתבונן-נא בבעיה
בדרך דלהלן. הרי אילו שאלנו השואל באותם הדברים שמנינו
זה עתה, והיה אומר: „לאחר שלדבריכם נראה הנראה מכוח

הראייה, — מה היא ראייה זו שמכוחה יראה? — היינו עונים לו שהיא אותה תחושה שמגלה לנו דרך העיניים את הנעשה; ואילו המשיך ושאל אותנו: „ומאחר שמכוח השמיעה נשמע הנשמע, מה היא שמיעה זו?” — היינו משיבים שהיא אותה תחושה שמגלה לנו דרך האזניים את הקולות. ואילו לפי אותה שיטה היה שואל אותנו אף זאת: „מאחר שמכוח החוק נחקק הדין שנתהגים על פיו, מה הוא אותו חוק שמכוחו ייחקק? האם תחושה הוא או מעין הוראה, כדרך שלפי הוראת הידיעה נלמד מה שגלמד, או האם הוא גילוי ממינס של שאר גילויים, כדרך שהרפואה, למשל, מגלה את הגורמים של בריאות ומחלה, או כדרך שלדברי הנביאים מגלה הנבואה את מחשבות האלים; שהרי לא נהסס לומר על טיבה של אומנות, שכמה כגילוי הדרך בה יעשה הנעשה; לא כן?”

חברו: בוודאי.

סוקראטס: ובכן, לאיזה סוג מן האמורים נשייך את החוק? חברו: דומני שהוא בגדרן של הכרעות והחלטות; שלאיזה סוג אחר ניתן לשייך את החוק? עד שנראה שענין זה ששאלת, כללו של החוק, אינו אלא החלטתה של מדינה.

סוקראטס: נראה, אפוא, שלפי דברייך החוק הוא סברה מדינית?

חברו: אמנם כן.

סוקראטס: ואולי הצדק אתך; אך ייתכן שבדרך דלהלן ניטיב יותר להבין זאת. האם יש אנשים שאתה קורא להם חכמים?

חברו: יש.

סוקראטס: וכי לא מכוחה של חכמה חכמים החכמים?

חברו: כן.

סוקראטס: והצדיקים? כלום לא מכוח הצדקה צדיקים הם?

חברו: בוודאי.

סוקראטס: וגם מקיימי החוק, כלום לא מכוח החוק יש בהם

תכונה זו?

חברו: כן.

סוקראטס: ומפירי החוק — כלום לא מכוחה של אי־חוקיות הנם מה שהנם?

חברו: כן.

סוקראטס: ומקיימי החוק — צדיקים הם?

חברו: כן.

סוקראטס: ומפירי החוק — עוולים?

חברו: עוולים.

סוקראטס: והרי דבר נאה עד מאוד הוא הצדקה והחוק?

חברו: כן.

סוקראטס: ואילו העוול והפרת החוק — דבר מגונה עד מאוד?

חברו: כן.

סוקראטס: וזה — מקיים את המדינות ואת כל השאר, ואילו זה — מכלה והורס?

חברו: כן.

סוקראטס: יש, אפוא, לחשוב על החוק בחינת דבר נאה, ולבקשו בחינת מה שהוא טוב.

חברו: כמובן.

סוקראטס: וכי לא קראנו לחוק „סברה של מדינה”?

חברו: אמנם כך קראנו לו.

סוקראטס: ואילו ישנן גם סברות הגונות, וגם גרועות?

חברו: ישנן.

סוקראטס: ואשר לחוק, נמצא שאין הוא גרוע.

חברו: לא כי.

סוקראטס: אין זה נכון, אפוא, להשיב כך בפשטות, שהחוק הוא סברה של מדינה.

חברו: דומני שלא.

סוקראטס: ולא יהא זה הולם את הגיון דברינו, לומר על

סברה גרועה שחוק היא.

חברו: ודאי שלא.

סוקראטס: אולם גם לי נראה שהחוק הוא סברת־מה. ומאחר שהסברה הגרועה איננה חוק, כלום לא ברור מתוך כך שהוא ההגונה. — אם חוק הוא סברה?

חברו: כן.

סוקראטס: ואילו סברה הגונה — איזו היא? כלום לא האמיתית?

חברו: כן.

סוקראטס: והרי הסברה האמיתית היא גילוי האמת.

חברו: אמנם כן.

סוקראטס: החוק מבקש, אפוא, להיות גילוייה של האמת.

חברו: וכיצד ייתכן, סוקראטס, שאם החוק הוא גילוי האמת, אין אנחנו נזקקים תמיד לאותם החוקים באותם העניינים, — אם האמת בעניינים אלו כבר מצויה בידנו?

סוקראטס: אף על פי כן רוצה החוק להיות גילוי האמת. ואילו בני האדם שכפי שנראה לנו אינם נזקקים תמיד לאותם החוקים, אינם מסוגלים תמיד לגלות את אשר מבקש החוק, דהיינו — את האמת. אך הבה נצא ונראה שמה מכאן יתברר לנו, אם תמיד נזקקים אנחנו לאותם החוקים, או פעמים לאלה ופעמים להללו, ואם הכל נזקקים לאותם החוקים עצמם, או קצתם להללו, וקצתם — לשונים מהם.

חברו: אולם אין שום קושי, סוקראטס, לעמוד על כך, שגם אותם האנשים אינם נזקקים תמיד לאותם החוקים, ושאינם שונים נזקקים לשונים. אצלנו, דרך משל, לא דין הוא, אלא חטא לאלים, להקריב בני אדם, ואילו אנשי קרתאגו מקריבים קרבנות כאלו, שכן הם נוהגים אצלם כדת וכדין, ויש מהם שאף מקריבים את בניהם הם לקרנוס¹, כפי שאולי שמעת גם אתה. ולא נכרים בלבד נזקקים לחוקים שונים משלנו, אולם גם אותם יושבי

¹ וזהו של הבעל הכנעני עם קרנוס, אביו של זיוס, שהיה מסמל ליוונים תרבות יס־תיכונית טרום־יוונית.

החבל הליקיא², וצאצאי אתאמאס³. — מה נוראים קרבנותיהם, אף על פי שיוונים הם! והנה גם לגבי ידינו, הרי שמעת גם אתה, וידוע לך, מה היו דיני קבורת המתים שנוקקנו להם בעבר: נזבחו זבחים לפני הוצאת המת, והוומנו נשים שתלקטנה את עצמותיו לתוך כד; ובתקופה קדומה עוד יותר אף קברו אבות אבותינו את מתיהם בתוך ביתם; ואנחנו איננו נוהגים שום מנהג כזה. דוגמאות מעין אלו ניתן להרבות עד אין מספר; ירחב מקומו של מי שיבקש להוכיח, שלא אנחנו נוהגים תמיד על פי אותם החוקים עצמם, ולא האנשים בדרך כלל לפי חוקי זולתם. סוקראטס: אולי לא יהיה שום תימה בכך, רחימאי, אם אתה צודק בדבריך, ומעיני נעלם הדבר, אולם כל עוד תרהיב אתה את הדיבור על פי מה שנראה לך, ואני — על פי מה שנראה לי, חוששני שלעולם לא נגיע בשום ענין לכלל דעה אחת; ואילו אם העיון ייעשה במשותף, אולי נסכים איש עם רעהו. אם רצונך הוא, אפוא, שאל־נא אותי שאלה, ועיין יחד עמי בענין השנוי במחלוקת; או — אם כך עדיף הוא בעיניך — היה־נא אתה המשיב.

חברו: נכון אני להשיב על כל שאלה שתשאל.

סוקראטס: ובכן, האם לפי דעתך מעשי הצדק — עוול הם, ומעשי העוול — צדק, או מעשי הצדק — צדק, ומעשי העוול — עוול?

חברו: לדעתי, מעשי הצדק — צדק הם, ומעשי העוול — עוול. סוקראטס: וכי דעה זו רווחת אצל כל בני האדם, כשם שהיא רווחת כאן?

² סביב להר ליקיאס שבארקאדיה (במרכז הפלופוניסוס) ששם היו חוגגים את ה־"ליקיאה" לכבוד "זיוס ליקיאס".

³ אתאמאס היה לפי האגדה היוונית בנו של איאולוס, ומלך תיבי. בנו פריכסוס ובתו הלי ברחו — כדי להימלט מפני אינו, אמם חורגתם — על גביו של איל בעל כנפיים ובעל עור זהב, וכשעברו על פני הים, נפלה הלי מעל האיל וטבעה. על שמה נקרא אותו חלק של הים, "הליספונטוס". אחיה הגיע בשלום לקולכיס. אין יודעים דבר על "צאצאי אתאמאס" וקרבנותיהם הנזכרים כאן.

חברו: כן.

סוקראטס: האם גם אצל הפרסים?

חברו: גם אצל הפרסים.

סוקראטס: ובכל הזמנים, כמובן?

חברו: כן.

סוקראטס: וכי דברים שמשקלם רב יותר, נחשבים כאן

לכבדים יותר, ושמשקלם מועט, לקלים, או להיפך?

חברו: לא כי; שמשקלם מרובה, נחשבים לכבדים, ושמשקלם

מועט, לקלים.

סוקראטס: והוא הדין גם בקרתאגו ובחבל הליקיא?

חברו: כן.

סוקראטס: והיפה, דומני, נחשב בכל מקום ליפה, והמגונה —

למגונה, ולא המגונה ליפה, אף לא היפה למגונה.

חברו: כך הוא.

סוקראטס: ובדרך כלל דין הוא: האמת, ולא השקר, נחשבת

לאמת — אצלנו ובכל העולם כולו.

חברו: כך נראה לי.

סוקראטס: המחטיא, אפוא, את האמת, מחטיא את הדין.

חברו: כך, סוקראטס, לפי דברך, מסתבר שאותו דין נוהג

אצלנו בכל הזמנים, ואין הבדל בינו לבין דינם של שאר בני

האדם. אולם כשאני מעלה על דעתי, שבלא הפסק אנו הולכים

ומשנים את חוקינו, אין אני יכול להאמין בכך.

סוקראטס: אולי אינך שם אל לב שהללו, בהיותם מועברים

ממקום למקום כאותם הכלים על גבי לוח המשחק, בכל זאת לא

יחול בהם שינוי. אבל עיין-נא בבעיה זו יחד עמי, בדרך

דלהלן: האם כבר נודמן לך כתב בענין ריפוי החולים?

חברו: נודמן לי.

סוקראטס: הידעת לאיזו אומנות שייך כתב מעין זה?

חברו: כן, — לחכמת הרפואה.

סוקראטס: ורופאים קורא אתה לאנשים הבקיאים בענין זה?

חברו: כך אני קורא להם.

סוקראטס: וכי הבקיאים הנם בדעה אחת ויחידה לגבי אותם

העניינים, או אלו — דעתם כך, ואלו — כך?

חברו: דומני שדעתם אחת.

סוקראטס: וכי רק היוונים בינם לבין עצמם דעתם אחת, או

גם הנכרים מסכימים בינם לבין עצמם ועם היוונים באותם

העניינים שידעום?

חברו: בהכרח גמור תהיה דעת המבינים אחת, בין יוונים הם

ובין נכרים.

סוקראטס: צדקת בתשובתך. והאם גם תמיד תהא דעתם

אחת?

חברו: כן, גם תמיד.

סוקראטס: והרי גם הרופאים כותבים על הריפוי את אשר

הם חושבים לאמת?

חברו: כן.

סוקראטס: דהיינו — כתבי הרופאים האלה הנם הוראות

רפואיות, וחוקים רפואיים?

חברו: בוודאי.

סוקראטס: וגם הכתבים החקלאיים הם חוקים חקלאיים?

חברו: כן.

סוקראטס: ושל מי הם הכתבים וההוראות בענין המטעים?

חברו: של הנוטעים.

סוקראטס: הללו הם, אפוא, חוקי מטע.

חברו: כן.

סוקראטס: שניתנו בידי הבקיאים לשלוט על מטעים?

חברו: כמובן.

סוקראטס: ובכך בקיאים הנוטעים.

חברו: כן.

סוקראטס: ושל מי הם הכתבים וההוראות בענין הכנת

התבשילים?

חברו: של הטבחים.

סוקראטס: הללו הם, אפוא, חוקי טבחות?

חברו: חוקי טבחות.

סוקראטס: של הבקיאים, כנראה, לשלוט על הכנת התבשיר לים?

חברו: כן.

סוקראטס: ולפי הדעה הרווחת, בקיאים בכך הטבחים?

חברו: ואמנם הם בקיאים בכך.

סוקראטס: גיחא; ושל מי הם הכתבים וההוראות בענין יישובה של מדינה? כלום לא של הבקיאים בממשל על מדינות?

חברו: כך נראה לי.

סוקראטס: וכי בקיאים בכך אנשים כל שהם, זולת אלה שמדינאים הם, ואנשים מלכותיים?

חברו: אלה בלבד.

סוקראטס: „החוקים” שנקראים בשם זה בפי הבריות, אינם, אפוא, אלא כתבים מדיניים שנכתבו בידי מלכים ואנשים מצויינים.

חברו: כדבריו כן הוא.

סוקראטס: והרי הבקיאים אינם כותבים לעתים כך ולעתים כך באותם העניינים עצמם?

חברו: לא.

סוקראטס: ולא יחליפו מדי פעם בפעם את הוראותיהם באותם העניינים?

חברו: ודאי שלא.

סוקראטס: ואם אנחנו רואים, אפוא, במקום כל שהוא אנשים שנחתגים כך, האם נגיד שהנחתגים כך בקיאים או אינם בקיאים?

חברו: אינם בקיאים.

סוקראטס: והרי מה שנכון לגבי כל ענין וענין, לזה גם נקרא „דין”, בין שהמדובר ברפואה, בין בטבחות ובין בגננות?

חברו: כן.

סוקראטס: ומה שאינו נכון, שוב לא נקרא לכך „דין”?

חברו: לא.

סוקראטס: שכן הוא נעשה שלא כדין.

חברו: בהכרח.

סוקראטס: וכן גם בכתבים בענין צדק ועוול, ובדרך כלל — על סדריה של מדינה ועל הבעייה כיצד יש ליישב מדינה, — הנכון בענין זה הוא חוק מלכותי, ומה שאיננו נכון, אף על פי שבעיני עמי הארץ נראה הוא כחוק, איננו כן; שכן הוא מנוגד לחוק.

חברו: כן.

סוקראטס: משמע, בצדק הוסכם בינינו, שהחוק הוא גילוי האמת.

חברו: כך נראה.

סוקראטס: אך נתבונן-נא גם בצד הבא של הענין. מי הוא בקי בהפצת הזרע על פני האדמה?

חברו: איכר.

סוקראטס: והלה מחלק לכל אדמה ואדמה את הזרעים הראויים לה?

חברו: כן.

סוקראטס: משמע, האיכר הוא מחלק בר-סמכא של הזרעים, וחוקיו וחלוקותיו של זה נכונים הם באותו תחום?

חברו: כן.

סוקראטס: ואשר לצלילים בתחום המנגינות, מי הוא בקי בחלוקתם של אלה ומחלקם כראוי? וחוקיו של מי נכונים הם?

חברו: חוקי המחלל והפורט בקתרוס.

סוקראטס: והמיטיב מאין כמוהו לקיים את החוק בתחום הזה, הריהו המחלל הטוב ביותר?

חברו: כן.

סוקראטס: ומי הוא זה המיטיב מאין כמוהו להקצות את המזון לגופיהם של בני האדם? האם לא זה שמקצה להם את המזון הראוי?

חברו: כן.

סוקראטס: משמע, הקצאותיו וחוקיו של איש זה טובים

ביותר, והמיטיב לקיים את החוק באותו תחום מאין כמותו, הריהו גם מצטיין ביותר בהקצאותיו.

חברו: בוודאי.

סוקראטס: ומי הוא זה?

חברו: המעמל.

סוקראטס: והוא הממונה המעולה ביותר על מזונו של העדר האנושי?

חברו: כן.

סוקראטס: ומי הוא מעולה ביותר בחינת ממונה על מזונו של עדר הצאן? מה שמו?

חברו: רועה.

סוקראטס: וחוקי הרועה הנם, אפוא, טובים ביותר לצאן.

חברו: כן.

סוקראטס: וחוקי הבוקר — לבקר.

חברו: כן.

סוקראטס: וחוקיו של מי טובים ביותר לנשמות בני האדם? וכי לא חוקי המלך? הגידה נא.

חברו: לפי דעתי, אמנם כן.

סוקראטס: ואכן, יפה דיברת. וכי יהא בפיד לומר, מי מן הקדמוניים הצטיין ביותר בחינת מחוקק בחוקי החליל? אולי אין הדבר עולה על דעתך, ואם רצונך בכך, אזכירנו לך.

חברו: בבקשה.

סוקראטס: האם לפי הסיפורים לא היה זה מארסיאס, ואהובו אולימפוס איש פריגיה?

חברו: כדברידך כן הוא.

סוקראטס: וגם מנגינותיהם של אלה הנן אלוהיות מאין כמותן, ורק מכוח מתגלים ומונעים אותם האנשים שהם זקוקים לאלים;⁴ ועל כן נשתמרו רק הן בלבד עד היום הזה, כיון שאלוהיות הן.

⁴ השווה „המשתה“, כרך ב של מהדורה זו, עמ' 145.

חברו: כך הוא.

סוקראטס: וכי אינך יודע מי הם היוונים הנזקקים לחוקים הישנים ביותר?

חברו: האם מתכוון אתה לאנשי ספארטה, ולמחוקקם ליקורגוס?

סוקראטס: אתה מדבר בסדרים שאולי אף שלוש מאות שנים לא מלאו להם עדיין, ואולי קצת למעלה מזה. אולם מיטב הסדרים הללו — מנין באו? הידעת?

חברו: לפי מה שנוהגים לומר, מוצאם הוא מקריטה.

סוקראטס: אנשי קריטה הם, אפוא, אותם היוונים שנזקקים לחוקים הישנים ביותר?

חברו: כן.

סוקראטס: וכי יודע אתה, מי היו מלכיהם הטובים של אלו? מינוס⁵ וראדאמאנתיס, בניהם של זיוס ואיורופי, והם גם מחוקקי החוקים הללו.

חברו: על ראדאמאנתיס מספרים, סוקראטס, שהיה איש צדיק; ואילו על מינוס — שהיה פראי, אכזר ורשע.

סוקראטס: זה סיפור אגדה, רחימאי, נוסח אטיקה, כפי שהוא מוצג על בימת התיאטרון שלנו.

חברו: וכי מה? האם לא כך מספרים על מינוס?

סוקראטס: מכל מקום, לא הומירוס ולא היסיאודוס מספרים כך; והללו מהימנים יותר מכל מחברי המחזות שעל סמך יצירותיהם ששמעת אומר אתה את אשר אמרת.

חברו: ומה אומרים הללו בדבר מינוס?

סוקראטס: אגיד לך זאת, לבל תחטא גם אתה בשפתיך, כמרבית בני האדם. שאין לך חילול קדש גדול יותר, ואין לך דבר שמפניו עליך להיזהר יותר משלפני חטא שתחטא לאלים בדיבור ובמעשה; ושני לחומרה יהיה החטא שתחטא לאנשים אלוהיים. על כן חייב אתה לשקוד שקידה רבה מאוד, מדי בואך

⁵ השווה „החוקים“ א, כרך ד של מהדורה זו, עמ' 29.

לגנות אדם או לדבר בשבחו, שמא תטעה בדברייך; ולשם כך גם דרוש שתלמד להבחין בין אנשים הגונים ונבילים. שכן מקפיד האל שעה שמגנה אדם את הדומה לו, לאל, עצמו, או משבח את מי שטיבו מנוגד לטיבו שלו; והדומה לאלוה הרי זה האיש המעולה. ואלינא תדמה בנפשך שישנם אבנים קדושות, ועצים, צפרים ונחשים קדושים, ולא אנשים קדושים. לא כי, האיש המעולה הריהו עולה בקדושתו על כל אלו, והנבל — תועבה שאין כמותה.

ואם לחזור אל מינוס: אגיד לך כיצד מהללים אותו הומירוס והיסיאודוס, ומתוך כך אניאך, שהנך איש ובנו של איש, מלחטוא בשפתך לגיבור שהיה בנו של זיוס. שהנה במקום שהומירוס מייחד את הדיבור לקריטה ואומר שיש בה אנשים לרוב ותשעים ערים, הריהו מוסיף: ⁶ „ואחת מהן היא קנוסוס, העיר הגדולה, בה מלך מינוס שבכל שנה תשיעית היה בן שיחו של זיוס“. והנה אין שום גיבור מן הגיבורים שהומירוס חלק לו כאותו שבח שחלק למינוס במלים קצרות אלו. גם כאן, כבשאר מקומות רבים, הריהו בא ללמדנו שזיוס הוא מורה חכמה, ושאומנות זו — כולה נאה. שכן נתכוון לומר שבכל שנה תשיעית נתרועע מינוס עם זיוס בשיח ושיג, והלך כתלמיד אל בית מדרשו, כדי ללמוד תורה מפיו. והנה בכך, שהומירוס לא הציג שום גיבור אחר כחניכו של זיוס, אלא למינוס בלבד נתן את הכבוד הזה — בכך יש משום שבח מופלא. וגם בתיאור ממלכת המתים שבאור דיסיאה הריהו מתאר את מינוס כשופט שבידו שבט זהב, ולא את ראדאמאנתיס. אותו לא הציג כשופט בתיאור הזה, אף לא אמר עליו בשום מקום שנתרועע עם זיוס. מטעם זה טוען אני שיותר מכל האחרים נמצא מינוס מהולל בפי הומירוס. שאם הוא מספר שבין ילדי זיוס נתחנך רק מינוס בלבד על ידי אביו, יש בכך שבח שאין למעלה ממנו; והלא משמעותו של

⁶ אודיסיאה יט, חרוז 178 וכו'.

⁷ אודיסיאה יא, חרוז 568.

החרוז: „שבכל שנה תשיעית היה בן שיחו של זיוס“ — אינה אלא זו, שמינוס היה תלמידו של זיוס. שכן התיבה „אואריסטיס“ פירושה שיח ושיג; ו„אואריסטיס“ פירושו אדם שמשתפים אותו בשיח ושיג. נמצאנו למדים, אפוא, שבכל שנה תשיעית ביקר מינוס במערת זיוס כדי ללמוד את אשר ילמד, וגם כדי להציג על דעת עצמו אותם הדברים שלפני תשע שנים למד אותם מפי זיוס. והנה יש המפרשים את התיבה „אואריסטיס“ במובן „חברו של זיוס למשתה ולמשחק“, אולם טעות היא בידי המפרשים, ואפשר להוכיח זאת בהוכחה דלהלן: בין כל היוונים והנכרים המרובים עד אין מספר אין לך עם המתנזר ממשתאות, ומאותו שעשוע שהיין משתייך אליו, חוץ מן הקריטים, ובמידה פחותה מהם גם הספארטאים שלמדו הינורות זו מאת הקריטים. ובין שאר החוקים שנתן מינוס קיים בקריטה חוק אחד האוסר על האזרחים לשתות במסיבותיהם עד שיכרה. הלא בלא ספק לא נתן לחבריו למדינה חוק שהיה מנוגד למה שחשב הוא עצמו לנאה; ובוודאי לא נהג מינוס כאדם קלוקל המאמין במה שהוא מאמין, ופועל שלא כאומנתו. לא כי, אותה התחברות היתה, לפי מה שאני טוען, שיח ושיג מילולי שמטרתו לחנך אל סגולת הטוב. זה גם איפשר לו לתת לאזרחיו את החוקים הללו שבזכותם רב אושרה של קריטה בכל הזמנים, וגם ספארטה זכתה לאושר מאז החלה נזקקת לאותם החוקים, באשר אלוהיים הם.

ואילו ראדאמאנתיס היה איש מצויין, כיון שנתחנך על ידי מינוס. אולם לא בכל האומנות המלכותית נתחנך, אלא בחלק המסייע לה, דהיינו — בישיבת ראש בבתי המשפט. לפיכך גם יצאו לו מוניטין שהיה שופט טוב. שכן מינה אותו מינוס להיות נטור החוקים בעיר הבירה, ולגבי שאר חלקי קריטה

⁸ מתייחס לחרוז הנ"ל של הומירוס, בו נאמר שמינוס היה בכל שנה תשיעית „אואריסטיס“ של זיוס, מלה שתרגמתי — לפי רצונו של מחבר הדיאלוג — „בן שיחו“.

מינה את טאלוס לתפקיד זה. שלוש פעמים בשנה היה טאלוס סובב בכפרים, לשמור בהם על החוקים, והוא נשא עמו את החוקים חרותים בלוחות נחושת, ומטעם זה נקראו „נחושים“.

ודברים דומים לכך מספר גם היסיאודוס על מינוס; שכן הוא אומר, במקום שהוא מזכיר את שמו: „זה היה מלכותי יותר מכל המלכים בני התמותה, ושלט על אנשים מרובים עד מאוד שהיו יושבים מסביב, ובידו שרביטו של זיוס; ובשביט זה היה מולך גם על הערים“.⁹ ובאותו „שרביט של זיוס“ לא נתכוון היסיאודוס אלא לחינוך שמינוס קיבל מזיוס, ושמוכוו היה נוהג את קריטה.

חברו: וכיצד, סוקראטס, נפוצה על אודות מינוס אותה שמועה, כאילו היה איש חסר חינוך ואכזרי?

סוקראטס: מאותה סיבה, רחמיאי, שבגללה תיזהר גם אתה, אם יהא שכלך בראשך, וגם כל איש אחר שענין לו בשמו הטוב ייזהר בגללה, לבל ישניא את עצמו לעולם על משורר מן המשוררים. שכן רב כוחם של המשוררים אשר לשם שיצא לכני אדם, לפי מה שיאמרו עליהם בפיוטיהם דברי שבח או גנאי. והנה גם מינוס עשה שגיאה זו, ונלחם במדינתנו שנוסף על שאר חכמיה המרובים יושבים בה גם משוררים למיניהם, ובמיוחד — מחברי טרגדיות. שהנה מקדמת דנא מושרשת אצלנו אמנות הטרגדיה, ומוטעית הסברה שהיא לא הונהגה כאן אלא על ידי תספס ופריניכוס;¹⁰ ואם רצונך לשים דעתך על הענין, תמצא שהיא המצאה קדומה מאוד של מדינתנו. והלא אין לך שום סוג של שירה שהיא מקובל על העם יותר ממנה, ועשוי יותר לשובב את רוחו. אפוא, הבימה שעליה אנו מעלים את מינוס ומתנקמים בו על אותם המסים שהכריחנו לשלם לו.¹¹ משמע, מינוס שגה בזה שהשניא את עצמו עלינו.

⁹ חרוזים אלו לא נשתמרו במקום אחר.

¹⁰ במאה הששית.

¹¹ השווה „פידון“, כרך ב של מהדורה זו, עמ' 7, והערה 3.

ושגיאתו זו — והרי על כך שאלת — הבאיש את ריחו. שעל היותו איש מצויין וידע חוק, דהיינו — איש שלכמותו קראנו לפני שעה קלה „מחלק בר סמכא“ — על כך מעידה כמאה עדים העובדה שחוקיו עומדים על עומדם ללא כל שינוי, באשר נתן אותם איש שהיטיב למצוא את אמיתם של הדברים בתחום יישובה של מדינה.

חברו: דומני, סוקראטס, שטענתך יש לה רגליים. סוקראטס: והרי אם כדברי כן הוא, נראה לך שחבריהם למדינה של מינוס וראדאמאנתיס נזקקים לחוקים הקדומים ביותר?

חברו: בלא ספק.

סוקראטס: אלה היו, אפוא, הטובים שבין מחוקקיו הקדמך ניים, והיו שומרי האנשים ורועיהם, כדרך שגם הומירוס קורא למצביא הטוב „רועה עמים“.

חברו: בוודאי.

סוקראטס: הבה, אפוא, בחיי זיוס אלוהי הידידות! אילו שאלנו השואל: „אדם שהוא מחוקק ורועה טוב בענייני הגוף, — מה הם הדברים שבהקצותו אותם לגוף יעשנו משופר יותר משהיה?“ — הרי נצדק לכשנשיב בקצרה שהוא מקצה לו מזון ואימונים, ובזה הוא מגדל, באלה הוא מעמל ומייצב את הגוף.

חברו: ואמנם כן הוא.

סוקראטס: ואילו שאל אותנו לאחר מכן: „ומה הם, אפוא, אותם הדברים שהמחוקק והרועה הטוב יחלקם לנשמה כדי לעשותה משופרת יותר משהיתה?“ מה תהא התשובה שניתן לו, ושבה לא נבייש לא את עצמנו ולא את גילנו?

חברו: עדיין אין בפי תשובה על שאלה זו.

סוקראטס: והלא חרפה היא לנשמה שלך ושלי, אם נתברר שאינן ידעות אותם הדברים שבהימצאם בקרבן הריהם מקנים להן את אשר טוב ואת אשר גרוע להן עצמן, בעוד שהכירו לדעת את אשר טוב וגרוע לגוף ולכל השאר.

פרק חמישי

מקור התוקף של מערכת נורמטיבית

א. הנורמה הבסיסית

בתארנו את המבנה ההיררכי של המערכת הנורמטיבית הראינו את תלותה של נורמה יחידה בנורמה גבוהה יותר שממנה היא שואבת את תוקפה. אולם, את השאלה העיקרית בדבר תוקפה של הנורמה העליונה – ובכך של המערכת כולה – השארנו ללא מענה. כעת ננסה לענות על שאלה זו. להבהרת הנושא נשוב לדוגמה הנזכרת של התלמיד הנדרש על ידי המרצה שלא להפריע לו בשעת ההרצאה. בחקירתנו אחר מקור התוקף של דרישת המרצה עלינו בסולם הנורמות עד לשלב העליון – חוקי הכנסת, המעניקים לדרישת המורה את תוקפה המשפטי. המהות המשפטית של הנורמה תתגלה כשיסרב התלמיד לציית לדרישה. במקרה הקיצוני יזעיק המורה את המשטרה או את קציני הביטחון של האוניברסיטה, ואלה יפעילו סנקציה מידית של הרחקת התלמיד בכוח. סנקציה אפשרית אחרת היא העמדת התלמיד לדין משמעתי והטלת עונש. אם יסרב התלמיד לציית לפסק הדין המשמעתי (שגזר עליו, למשל, הרחקה מהלימודים או קנס), ייעזרו רשויות האוניברסיטה, במקרה הצורך, במוסדות המדינה לשם הוצאתו לפועל.

כעת עומד לדיון מקור התוקף של החוקים עצמם: מנין נובע הממד האובייקטיבי להבעת הרצון של הגוף הרואה את עצמו כמחוקק? במדינות שיש בהן חוקה פורמלית, ואלה הן הרוב המכריע של המדינות בעולם,⁸⁴ השאלה הסופית בדבר מקור התוקף נוגעת למסמך חגיגי זה, הנחשב לבעל כוח

84 המדינות שאין בהן חוקה פורמלית כתובה הן הממלכה המאוחדת של בריטניה הגדולה וצפון אירלנד, ניו זילנד, ולהבדיל – ערב הסעודית, שבה הוכרז בצו מלכותי כי השריעה היא החוקה.

נורמטיבי עליון. החוקים עצמם שואבים את תוקפם מהחוקה, ולכן השאלה העקרונית היא: מניין לחוקה תוקפה הנורמטיבי?

במדינת ישראל, שאלת קיומה של חוקה גררה תסבוכת מסוימת נוכח חקיקתם של חוקי יסוד על ידי הכנסת. האם יש לחוקי היסוד האלה מעמד חוקתי המעניק להם תוקף נורמטיבי גבוה יותר מזה של חוקים רגילים? בהנחה שיש לחוקי היסוד תוקף חוקתי, שאלה נוספת היא אם הם כפופים לביקורת שיפוטית, כך שבית המשפט מוסמך לבטל חוק רגיל של הכנסת העומד בסתירה לחוק יסוד. בהמשך נדון בשאלות אלה, שעוררו מחלוקת; כעת נסתפק במסקנה שהתקבלה על ידי בית המשפט העליון ומשיבה בחיוב על שתי השאלות: לחוקי היסוד יש תוקף חוקתי ולבית המשפט יש סמכות לבטל חוק רגיל העומד בסתירה לחוק יסוד.⁸⁵ כך, מקור התוקף הנורמטיבי במדינת ישראל מתייחס לחוקי היסוד של הכנסת.

תשובות רבות ומגוונות ניתנו לשאלה בדבר מקור התוקף של הנורמה העליונה במערכת המשפט. הנטייה המסורתית הייתה לבסס את תוקפה של המערכת המשפטית על עובדה שנחשבה מכרעת כגון הסכמה כללית של הכפופים למשפט בדרך של אמנה חברתית, הסכמת הרוב, רצון האל או התבונה. קלזן (Kelsen) טען, באופן משכנע, כי אין להסיק מקיומה של עובדה על מה שצריך להיות, מהמצוי על הרצוי.⁸⁶ כך, למשל, העובדה ש"הרוב קבע" עדיין לא עונה על השאלה מדוע דעת הרוב "מחייבת". לפיכך, התשובה לשאלה הנורמטיבית חייבת בעצמה להיות נורמה, כלומר: לא עניין של "יש" אלא עניין של "צריך להיות". מסקנתו של קלזן היא שתוקף המערכת מבוסס על הנחה מוקדמת – היפותזה שהיא בבחינת פיקציה – המורה לנו כי יש לנהוג על פי הנורמה העליונה במערכת (החוקה או החוק, לפי המקרה). פיקציה זו מכונה על ידו **הנורמה הבסיסית** של המערכת. הנורמה הבסיסית נמצאת ביסוד המערכת משום שכבר אין אפשרות לבסס אותה על נורמה נוספת. היא בבחינת כלי עזר מחשבתי חיוני שעליו נשענת המערכת כולה. היא בעלת אופי פיקטיבי

85 פסק הדין העקרוני שבו נקבעה הלכה זו הוא ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995).

86 על גישתו של קלזן בנוגע לנורמה הבסיסית ראו בהרחבה, תוך הבאת דבריו של קלזן, אצל עומר שפירא **תורת המשפט – פרקי מבוא** 111–117 (2007).

נוכח העובדה שאיש לא הביע אותה במפורש, ובעצם גם אין גוף שיכול היה לקובעה, בניגוד ליתר הנורמות במערכת נתונה.⁸⁷

אם כן, מקור התוקף של חוקי היסוד של הכנסת נמצא בנורמה הבסיסית (הפיקטיבית) שעליה נשען המשפט הישראלי כולו: "יש להתנהג על פי מה שנקבע בחוקי היסוד של הכנסת". זו התשובה הנורמטיבית הפנימית הסופית של המערכת ולפיה היא פועלת. מובן, כי יש להבדיל את שאלת קיומה של הנורמה הבסיסית משאלת הצדקתה המדינית והמוסרית; נשוב להיבט זה בהמשך דברינו.

לפי השקפתו של קלזן, המושתתת על גישה פוזיטיביסטית שבמרכזה התבוננות במציאות, אין לנתק כליל את שאלת התוקף של הנורמה הבסיסית – ושל המערכת הנשענת עליה – משאלת יעילותה. מערכת נורמטיבית שאינה ממומשת בפועל אינה תקפה מבחינה נורמטיבית. כך, למשל, המשפט הרומי – שדיניו מוכרים ואף משמשים מושא למחקר – כבר אינו שיטה נוהגת ואפשר לומר שאינו תקף. בדומה, אילו התברר כי חוקי הכנסת כולם אינם נשמעים, והפרתם ככלל אינה גוררת סנקציה – היינו מסיקים ממציאות זו כי השיטה אינה יעילה ולכן אינה תקפה. הנורמה הבסיסית מניחה אפוא, לשם קיומה, כי הנורמה העליונה, על תולדותיה, בדרך כלל ממומשת במציאות. בכך נוצר קשר בין העולם הנורמטיבי לבין המציאות. קשר זה – שאינו בבחינת זהות – הוא עניין עדין ובעייתי בתאוריה המקפידה על הפרדה מוחלטת בין ה"יש" לבין ה"צריך להיות", ורבים ראו בו נקודת תורפה בתורתו הנורמטיביסטית של קלזן.

האסכולה האנליטית של תורת המשפט, כפי שפותחה על ידי נציגה הבולט הארט (Herbert Lionel Adolphus Hart, 1907–1992), דוחה את רעיון הנורמה

87 המסקנה שהנורמה הבסיסית היא לא רק הנחה מוקדמת אלא רעיון פיקטיבי של "כאילו" היא התפתחות מאוחרת יותר במשנתו של קלזן. יש קשר בין גישתו של קלזן לבין הפילוסופיה של ה"כאילו" ("als ob") מיסודו של הפילוסוף הגרמני Hans Vaihinger (1852–1933). קלזן, שבצעירותו מתח ביקורת על הפילוסופיה של פאיהינגר, קיבל בתקופה המאוחרת של חייו את גישת הפילוסוף הגרמני בנוגע לנורמה הבסיסית. ראו Kelsen, General Theory of Norms, לעיל ה"ש 37, בעמ' 256; וכן, Hans Kelsen, *On the Pure Theory of Law*, 1 ISR. L. REV. 1, (1966) 6–7. השו' Neil Duxbury, *Kelsen's Endgame*, 67 CAMBRIDGE L.J. 51. (2008).

הבסיסית בצורתה הנורמטיביסטית.⁸⁸ המגמה הכללית של אסכולה זו היא לקרב את מושג המשפט לרקע חברתי. במקומה של הנורמה הבסיסית פיתח הארט מושג של "כלל הכרה" (rule of recognition), המבטא את המודעות של הגופים המפעילים את המשפט למבחני התוקף של המערכת ואת קבלתם של המבחנים האלה בפועל. גם מושג זה שנוי במחלוקת, ולדעתנו הוא לא הצליח לפתור באופן משביע רצון את בעיית הנורמטיביות של המשפט. בעינינו עדיפה תפיסתו הפורמלית של קלזן, הנשענת על מושג הנורמה הבסיסית.⁸⁹

את המשמעות של נורמה בסיסית אפשר לראות בנקל במקרה של חילופי שלטון מהפכניים. המערכת המשפטית אינה משתנית, בדרך כלל, מבחינת תוכן הנורמות; השינוי המידי הוא בנורמה הבסיסית המשקפת את המציאות החדשה: יש להתנהג על פי מצוות השליטים החדשים! דוגמה אופיינית לשינוי כזה היא מדינת ישראל עצמה. עד יום ה' באייר תש"ח התקיים בישראל שלטון מנדטורי בריטי. עם הקמת המדינה לא חלו שינויים מהותיים בתוכן המשפט, ומעשה החקיקה הראשון של המדינה אף קבע כי "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים אחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".⁹⁰ מבחינת תוכנו המשיך המשפט להתקיים בעיקרו, אך חל שינוי דרמטי בנורמה הבסיסית של המערכת: לא עוד "יש להתנהג על פי חוקי הפרלמנט הבריטי"⁹¹

HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, THE CONCEPT OF LAW (1961, 3rd ed. 2012). 88

השוו שפירא **תורת המשפט**, לעיל ה"ש 86, בעמ' 116–117. 89

סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948. 90

היישוב היהודי טען כי הנורמה הבסיסית של השלטון המנדטורי היא כתב המנדט הבינלאומי ולא חוקי הפרלמנט הבריטי. טענה זו הייתה מהותית בנוגע לשאלת חוקיותה של מדיניות "הספר הלבן" שהגבילה את המפעל הציוני. נוכח דחיית הטענה על ידי בתי המשפט המנדטוריים, היא חסרה את היעילות הנחוצה לקיום הנורמה הבסיסית. נמצא, כי לפי מבחן היעילות, הנורמה הבסיסית הייתה שיש לנהוג על פי חוקי הפרלמנט הבריטי. לאחר קום המדינה קיבלו בתי המשפט הישראליים את הגישה שהנורמה הבסיסית היא כתב המנדט הבינלאומי שתאם את עמדת היישוב, אך המציאות ההיסטורית אינה ניתנת לשינוי. מכאן, כי תחולתה בפועל של הגישה החדשה מוגבלת לתקופה שבה שולט המשפט הישראלי. 91

אלא "יש להתנהג על פי הפקודות של מועצת המדינה הזמנית", שהיא הגוף המחוקק שהקים היישוב היהודי.

עם הקמת המדינה עברה המערכת המשפטית להישען על הנחה מוקדמת חדשה. תוצאה הגיונית משינוי הנורמה הבסיסית היא שמקור התוקף של המשפט שהתקיים ערב הקמת המדינה השתנה גם הוא. המשפט המנדטורי עדיין תקף, אך תוקפו נובע כעת מכוחה של מועצת המדינה הזמנית. אם נדייק, המשפט שהיה קיים ערב הקמת המדינה לא **המשיך** – פורמלית – לעמוד בתוקף, אלא נקלט על ידי המערכת החדשה. קליטה זו היא כעין חקיקה חדשה, אך היא נעשתה בדרך נוחה וחסכונית – בהפניה כללית. במילים אחרות, המשפט המנדטורי אינו תקף במדינת ישראל על יסוד ההנחה שיש להתנהג על פי חוקי הפרלמנט הבריטי, אלא על יסוד ההנחה שיש לציית לחוקי מועצת המדינה הזמנית (קרי: חוקי הכנסת).

במהלך של ניסיון הפיכה יש לעתים מצב ביניים, שבו המורדים נלחמים בשלטון הקיים ומצליחים לשלוט בחלק מהטריטוריה. משמעות הדבר היא שהמערכת המשפטית מתפצלת לשתי מערכות שונות, אולי זהות בתוכנן, שכל אחת מתקיימת בתחום השלטון הממשי. עד לסיום המרד אין לדעת ידו של מי תהיה על העליונה. בארץ ישראל המנדטורית קרה דבר דומה במלחמת השחרור: חלק מהטריטוריה נהפך למדינת ישראל וחלק ממנה נכבש על ידי ממלכת ירדן. במקום המשפט המנדטורי נוצרו שתי מערכות חדשות בעלות נורמה בסיסית שונה, על אף הדמיון (לפחות הראשוני) מבחינת תוכן הנורמות.

ב. עיקרון דינמי ועיקרון סטטי

בחינה מקרוב של נורמה בסיסית במערכת משפטית מגלה כי מדובר בעיקרון פורמלי החסר לחלוטין תוכן מהותי. בקביעה שיש לנהוג על פי החוקה (או על פי הנורמות העליונות, שבישראל הן חוקי יסוד בעלי מעמד של חוקה), אין כל התייחסות לטיב הנורמה מבחינת תוכנה. לפי עיקרון זה נמצא כי בישראל כל מה שתחוקק הכנסת בחוק יסוד יהיה בעל תוקף נורמטיבי, יהא תוכנו אשר

יהא.⁹² משמעות הדבר היא שהעיקרון הוא בעל אופי מסמך גרדא, המעניק למוסד מסוים רשות כללית ליצור נורמות או מסדיר אחרת את הדרך הפורמלית להתהוות נורמות במערכת המשפטית (כגון הכרה במנהגים). כך, במדינה בעלת חוקה, יעניק העיקרון תוקף לכל הכתוב בחוקה; במערכת של משפט דתי, כל שיצוה האל הוא בעל תוקף. לפי המינוח של קלזן מדובר בעיקרון פורמלי-דינמי.

לעומת העיקרון הפורמלי-דינמי, האופייני למערכת משפטית, אפשר לבסס מערכת נורמטיבית על עיקרון שאינו מבוסס על רעיון הסמכות, המכשיר כל תוכן, אלא על רעיון של מהות תכנית. נניח, למשל, כי מערכת המבוססת על עיקרון של "ועשית הישר והטוב". עיקרון זה מאפשר ליצור נורמות נמוכות יותר בהליך של דדוקציה. כל נורמה במערכת תהיה תקפה אם תוכנה תואם את הרעיון המהותי של "הישר והטוב". כך, למשל, אפשר להסיק מרעיון זה כי עלינו לעזור לאדם במצוקה. מכאן נובע כי מוטלת עלי חובה לתרום סכום כסף לפלוני הזקוק לתמיכה עקב מחלה. במילים אחרות, הדרישה לתרום סכום כסף לצדקה עבור פלוני תהא תקפה משום שהיא נובעת מנורמה כללית יותר – יש לעזור לזולת – המבוססת מצדה על הנורמה הבסיסית "ועשית הישר והטוב". לעומת זאת, דרישה לגרום רעה כלשהי לאדם תיחשב חסרת-תוקף בהיותה נוגדת את העיקרון הבסיסי האמור.⁹³

נדגים מתוך התלמוד: "אמר רב יהודה אמר רב, אסור לאדם שיקדש אשה עד שיראנה, שמא יראה בה דבר מגונה ותתגנה עליו, ורחמנא [הרחמן, ה' בתורה] אמר 'ואהבת לרעך כמוך'".⁹⁴ וכן: "מנין למומתים בסיף שהוא מן הצואר [כלומר, מנין שיש לבצע הוצאה להורג של נידון למוות בסיף מן הצוואר, שהיא הדרך המהירה ביותר] [...] אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוח:

92 יש השקפה שלפיה מעל חוקי הכנסת יש מערכת-על בעלת תוכן מהותי שגם חוקי יסוד כפופים לה. השקפה זו מתבססת על כמה גישות: יש המניחים קיום של משפט טבעי, יש המסתמכים על תוכנה של הכרזת העצמאות ויש המתבססים על עצם מהותה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. ראו להלן פרק שביעי תת-פרק ג.

93 כפי שנראה בהמשך (להלן פרק שנים-עשר), הסקת מסקנות קונקרטיות מהעיקרון הכללי היא לרוב הליך של פרשנות המבוצע על ידי פעולה רצונית שאיננה הליך הגיוני פורמלי. לכן יש בהליך זה ממד דינמי.

94 בבלי קידושין, מא, ע"א.

אמר קרא [פסוק בתנ"ך] 'ואהבת לרעך כמוך' – ברור לו מיתה יפה".⁹⁵ שני כללי ההתנהגות הנזכרים הוסקו מהעיקרון של "ואהבת לרעך כמוך"; תוקפם המידי נובע מהתוכן המהותי של הנורמה הגבוהה יותר.⁹⁶

כאשר כל המערכת נשענת על עיקרון מהותי כזה אזי, לפי המינוח של קלזן, לפנינו נורמה בסיסית סטטית, נייחת. נייחותה מתבטאת בכך שכל הנורמות העשויות לנבוע ממנה כבר כלולות מהותית בעיקרון הבסיסי. תוכנן של הנורמות קבוע משום שהוא מוסק בדרך הגיונית מהנורמה הבסיסית. מערכת סטטית כזו עשויה להיות המוסר האישי המתבסס על מוסר אידאלי הקובע את העיקרון של הטוב, היפה והצודק. הן תוקפו והן תוכנו של כלל התנהגות קונקרטי נובעים, בדרך ההיגיון הדדוקטיבי, מהעיקרון האתי הבסיסי.

כאמור, המשפט הוא ביסודו מערכת דינמית, אולם במציאות נוצר בדרגות הנמוכות יותר של המערכת שילוב מעניין בין נורמות סטטיות לנורמות דינמיות. ניטול, לדוגמה, מדינה כגון ארצות-הברית של אמריקה שיש בה חוקה. הנורמה הבסיסית קובעת כי יש לנהוג על פי החוקה הפדרלית. עיקרון זה הוא דינמי, כי תוקפה של החוקה אינו תלוי בתוכן מיוחד: היא מחייבת, היא תוכנה אשר יהא. והנה, החוקה עצמה קובעת כנורמה עליונה תכנים ידועים המחייבים את הגוף המחוקק הפדרלי – הקונגרס. התוצאה היא שברמת החוקים הפדרליים מופעל עיקרון סטטי, שלפיו תוכן החוקים חייב להלום את תוכן החוקה.⁹⁷ סתירה בין תוכנו של חוק הקונגרס לתוכנה של החוקה גוררת אחריה את בטלותו – היעדר תוקפו – של החוק.⁹⁸ אולם, מאחורי העיקרון

95 בבלי כתובות, לו, ע"ב. ראו במיוחד מנחם אלון **המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** א 172, ה"ש 147 (מהדורה שנייה, תשל"ח).

96 Kelsen, Pure Theory of Law, לעיל ה"ש 25, בעמ' 195. השוו גם Kelsen, General Theory of Norms, לעיל, ה"ש 37, בעמ' 261–265. עם זאת יש לזכור כי במערכת הדתית הנורמה הבסיסית היא רצון ה', שהיא נורמה דינמית; ראו להלן סמוך לה"ש 106. נמצא כי הנורמה הסטטית אינה הנורמה הבסיסית. אנו מתעלמים מן המערכות המשפטיות של המדינות היחידות בארה"ב, שגם הן כפופות לחוקה הפדרלית. השוו את התיקון ה-14 של חוקת ארצות-הברית.

98 יש לציין כי לא בכל המדינות יש ביקורת שיפוטית על החקיקה בנוגע להתאמתה לחוקה. בהעדר ביקורת שיפוטית, חוק שתוכנו סותר את תוכן החוקה נשאר בתוקף, וזאת מכוח החוקה השוללת את הביקורת השיפוטית. השוו Kelsen, Pure Theory of Law, לעיל ה"ש 25, בעמ' 271–276. לדעתו של קלזן, הנורמה המבוקרת היא תקפה עד לביטולה על ידי בית המשפט, אם כי הביטול

הסטטי, הנובע מהוראות החוקה הפדרלית, עומד עיקרון דינמי נוסף, גם הוא בעל חשיבות מכרעת. מידת ההתאמה של חוקי הקונגרס לחוקת ארצות-הברית נקבעת באופן סופי על ידי בית המשפט העליון הפדרלי. הכרעתו תקפה ומחייבת, תהא מסקנתו אשר תהא. מכאן, כי בסופו של עניין סמכות ההכרעה נתונה בידי מוסד – וזה סימן לעיקרון דינמי. מובן שבית המשפט העליון אינו פועל באופן שרירותי אלא מתוך הכרה עקרונית בחיובה של החוקה. הדינמיות הטמונה ברעיון הסמכות הסופית של בית המשפט העליון ממותנת על ידי העיקרון הסטטי של החוקה, שמצדה נשענת על נורמה בסיסית דינמית. במילים אחרות, אין אפשרות לערער על תוכן החלטתו של בית המשפט העליון, אך תפקידו הוא עניין של פרשנות החוקה.

בשנת 1995 חל במדינת ישראל שינוי במעמדם של חוקי היסוד ביחס לחוקים רגילים של הכנסת. בפרשת **בנק המזרחי** החליט בית המשפט העליון, ברוב דעות, כי לחוקי היסוד מעמד חוקתי העולה על זה של חוקי הכנסת הרגילים.⁹⁹ לבית המשפט סמכות לביקורת שיפוטית, ולכן ככל שתימצא סתירה מהותית בין חוק רגיל לבין חוק יסוד, ההוראה הסותרת תבוטל.¹⁰⁰ לפני "המהפכה החוקתית" של פסק הדין בפרשת **בנק המזרחי** הופיע הממד הסטטי בדרגה אחת נמוכה יותר במערכת הנורמטיבית, דהיינו ברמה של חקיקת-משנה; כעת הוא חל כבר ברמה של חוקי הכנסת. במילים אחרות, אם תחילה לא חלה ביקורת שיפוטית על חוקי הכנסת (בהיותם הנורמות העליונות) והופעלה רק בנוגע לחקיקת-משנה, כעת נבדקים חוקי הכנסת לאור תוכנם של חוקי היסוד.

המשמעות המעשית של הממד הסטטי ביחס לממד הדינמי במערכת הנורמטיבית תלויה בכמה גורמים. הראשון הוא מידת הנוקשות של הנורמה בעלת המעמד החוקתי. ככל שקל יותר לשנותה כך נחלש הממד הסטטי. אם נתייחס לחוקי היסוד במדינת ישראל, אזי מקרב ארבעה-עשר חוקי יסוד רק

עשוי להיקבע על ידי בית המשפט כבעל תחולה רטרואקטיבית. שם, בעמ' 276–278.

99 ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221 (1995). ראו על כך להלן בעמ' 136 ואילך.

100 הביטול כפוף למבחנים של פסקת ההגבלה; נדון בה בהמשך.

ארבעה דורשים רוב מיוחס של 61 חברי כנסת לצורך שינוי שלהם.¹⁰¹ יתר חוקי היסוד אינם משוריינים, למעט כמה סעיפים הדורשים רוב מיוחד של חברי כנסת.¹⁰² כתוצאה מכך אפשר לשנות את רוב חוקי היסוד ברוב רגיל של חברי כנסת, בהליך של שינוי חוק יסוד המתנהל בכנסת.

גורם שני המחליש את הממד הסטטי של חוקי היסוד נמצא בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זו לשונה: "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו". הוראה דומה נקבעה בסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.¹⁰³ לכאורה, נוסח החוק מגביל את כוחו של המחוקק ובכך הוא מחזק את הממד הסטטי; אך נוכח ההלכה שהעניקה לחוקי היסוד מעמד חוקתי, ההוראה מאפשרת לכנסת לפגוע בזכויות הקבועות בחוקי היסוד באמצעות חוק רגיל של הכנסת בכפוף לתנאים של פסקת ההגבלה. התוצאה היא, כאמור, החלשה מסוימת של הממד הסטטי של חוקי יסוד וחיזוק הממד הדינמי. על ההיבטים המדיניים של קיום חוקי היסוד וחולשותיהם, וכן על המגמות הפוליטיות בנוגע אליהם בעת האחרונה, ראו להלן פרק שלושה-עשר, תת-פרק (2).

לבסוף, כפי שכבר ציינו, לביקורת שיפוטית על ידי בית המשפט העליון יש ממד דינמי, משום שההחלטה של מוסד זה היא סופית ומחייבת, יהא תוכנה אשר יהא. מידת הדינמיות תלויה, בין היתר, במידת ההפשטה של המושגים

101 סעיף 44 לחוק-יסוד: הממשלה; סעיף 7 לחוק-יסוד: חופש העיסוק – אך ראו סעיף 8(א) לחוק זה, המאפשר שינוי בחוק רגיל לתקופה מוגבלת (פסקת ההתגברות), וכן ראו את פסקת ההגבלה שבסעיף 4 לחוק; סעיף 5 לחוק-יסוד: משאל עם; סעיף 11 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

102 סעיפים 4, 9א, 34, 42(ג)(1), 45 לחוק-יסוד: הכנסת; סעיף 5(ו) לחוק-יסוד: הממשלה; סעיף 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל ("אין לשנות הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב חברי כנסת"); סעיף 3ג לחוק-יסוד: משק המדינה (50 חברי כנסת להצעת חוק תקציבית); סעיף 1 לחוק-יסוד: משאל עם (אין צורך במשאל עם בנוגע להחלטת הממשלה בעניין ויתור על שלטון בשטח, אם אושרה ההחלטה ברוב של 80 חברי כנסת).

103 בפרשת ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003) קבע בית המשפט, מפי השופט אליהו מצא, כי בית המשפט רשאי להפעיל את המבחנים של פסקת ההגבלה לחוקתיותו של חוק על כל חוקי היסוד – גם על אלה שבהם היא נעדרת.

הקובעים את הזכויות בחוקי היסוד. ככל שהמחשת המושגים האלה היא עניין של פרשנות, כך גדלה מידת הדינמיות במלאכת השפיטה. דבר זה נכון במיוחד בנוגע למושגים המשמשים מבחנים בפסקת ההגבלה לתקפות החקיקה הפוגעת בזכויות הקבועות בחוקי היסוד, כמו "ערכיה של מדינת ישראל", "חוק שנועד לתכלית ראויה" ו"במידה שאינה עולה על הנדרש".¹⁰⁴

השילוב של עיקרון סטטי עם עיקרון דינמי מתקיים לעתים גם במערכת של מוסר ובמיוחד מוסר דתי. הזכרנו את העיקרון של "ועשית הישר והטוב", הלכות מן התורה, אולם במקורו הפסוק אינו מסתיים כאן אלא מוסיף: "בעיני ה'".¹⁰⁵ סיומת זו הופכת את הכלל כולו לעיקרון דינמי – כל מה שישיר וטוב בעיני ה'. יתרה מזו, כל תוקפו של הכלל הנזכר מושתת בסופו של דבר על העיקרון הדינמי הבסיסי, שלפיו יש להתנהג על פי ציוויי הבורא – כפי שבאו לידי ביטוי בתורה וכפי שפורשו על ידי הפוסקים המוסמכים של ההלכה היהודית. הוא הדין בנוגע לכלל הגדול של "ואהבת לרעך כמוך".¹⁰⁶

זאת ועוד: לפי השקפתו של קלזן, החולק לעניין זה על צמנואל קאנט, אין להסיק את תוכנו של עיקרון מוסרי משום מציאות – ולכן גם לא מהתבונה האנושית, שהיא אמצעי להכרת המציאות.¹⁰⁷ תוכן נורמטיבי הוא בהכרח תוצאה של פעולה רצונית.¹⁰⁸ מסקנתו של קלזן היא שבעל המוסר האישי, המאמץ את העיקרון הבסיסי של המוסר האידאלי, פונה לאמתו של דבר לנורמה שקבע גורם החיצוני לו – ובכך, למעשה, לעיקרון דינמי.¹⁰⁹

104 על ממד הפרשנות של מושגים אלה מעידים חילוקי הדעות בין השופטים בדבר תחולתם; השוור, לדוגמה, בג"ץ 466/07 ח"כ גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה (2) 1 (2012).

105 דברים 18.

106 ויקרא יט 18; הסיומת של הפסוק היא: "אני ה'".

107 Kelsen, General Theory of Norms, לעיל ה"ש 37, בעמ' 79–82; קלזן מסתמך במיוחד על הפילוסוף הסקוטי David Hume. ראו שם, בעמ' 86; השוור גם Kelsen, Pure Theory of Law, לעיל ה"ש 25, בעמ' 195–198; קלזן מותח ביקורת על הצו הקטגורי של קאנט, במהדורה הגרמנית של ספרו, בנספח על בעיית הצדק, לעיל ה"ש 25, בעמ' 368–374.

108 השוור, באופן כללי, Kelsen, Pure Theory of Law, לעיל ה"ש 25, בעמ' 111–112; קלזן מדגיש את האופי היחסי של ערכי המוסר והצדק.

109 Kelsen, General Theory of Norms, לעיל ה"ש 37, בעמ' 83–85; Kelsen, Pure Theory of Law, לעיל ה"ש 25, בעמ' 195–198. יש לציין כי קלזן מותח ביקורת על השקפתו של קאנט בדבר חופש הרצון בנוגע לקביעה של תוכן

ג. תפקיד הנורמה הבסיסית: יצירה של אחדות המערכת

הנורמה הבסיסית, בהיותה מקור התוקף של המערכת כולה, משמשת גם מבחן עליון ובלעדי לתקפותה של כל נורמה: רק נורמה השואבת את תוקפה מהנורמה הבסיסית היא תקפה במערכת הנתונה. נובע מכך שהנורמה הבסיסית מהווה גם את היסוד המאחד של המערכת, כלומר הגורם המביא לאחדותה. אם נרצה לזהות מערכת מסוימת, הזיהוי ייעשה באמצעות הנורמה הבסיסית. זו קובעת את זהותה של כל נורמה יחידה כמשתייכת למערכת שלה, ובכך היא קושרת את כולן לחטיבה אחת. נמחיש את הרעיון: אפשר לזהות את המערכת הנקראת "משפט ישראלי", מבחינת הכללים המרכיבים אותה, באמצעות העיקרון – שהוא הנורמה הבסיסית – המחייב לציית לחוקי היסוד של הכנסת. פירוש הדבר הוא שכל נורמה הנשענת על הנחה זו, במישרין או בעקיפין, היא חלק מהמשפט הישראלי.

אחדות זו של המערכת, משמעותה כלפי חוץ היא בלעדיות וייחודיות. מאחר שהנחנו כי רק נורמה השואבת את תוקפה מנורמה בסיסית מסוימת היא חלק מהמערכת, ההיגיון מחייב כי נורמה שאינה עומדת בתנאי זה אינה יכולה להימנות במערכת זו. התוצאה היא שכל מערכת נורמטיבית היא סגורה כלפי העולם הנורמטיבי החיצוני. מערכת אינה יכולה להכיר בתקפות של כלל התנהגות אלא אם הוא שואב את תוקפו מהנורמה הבסיסית שלה. אפשר לבטא רעיון זה בדרך נוספת: אין כל אפשרות שנורמה השייכת למערכת אחת, יכולה, מכוח עצמה, לחדור למערכת אחרת כנורמה תקפה. הייחודיות של כל מערכת קושרת את תוקפה של כל נורמה בנורמה הבסיסית שלה, שהיא המבחן הבלעדי לתקפותה. מסקנה זו חשובה מאוד להבנת היחס הפורמלי בין מערכות נורמטיביות כגון בין מוסר לבין משפט או בין שיטות משפט. כך, אם נשוב לדוגמת המשפט הישראלי, כלל של משפט זר כגון המשפט הבלגי לא יהיה תקף במערכת המשפט הישראלי אלא אם העניק לו המחוקק הישראלי תוקף כזה במפורש. נשוב לסוגיה זו בהמשך.¹¹⁰

המוסר במהדורה הגרמנית של ספרו, בנספח על בעיית הצדק, לעיל ה"ש 25,

בעמ' 420–425.

פרק שני

מהות המשפט

בדברנו על חשיבות המשפט הנחנו כי המונח "משפט" מציין דבר ידוע. אכן, מונח זה מעורר בכל אזור אסוציאציה הקשורה לניסיונו האישי, לחינוכו ולהשכלתו. לתקשורת ההמונים יש תפקיד מכריע בעיצוב הדימויים ובסמיכות הרעיונות. בלי לנסות למצות את כל האפשרויות, יש המקשר את המונח עם משטרה, פשע ובית משפט; יש החושב על זכויות האדם ובית המשפט הגבוה לצדק; יש המהרהר על מושג הצדק ככלל ויש הכורך אותו במקצוע עריכת הדין. כל אלה אינם מבארים את מהות המשפט.

במקורות היהדות, שהמשפט תופס בהם מקום מרכזי מאוד, אין התייחסות להגדרה של מונח זה. היעדר ההגדרה והיעדר ניתוח עיוני של מהות המשפט קשורים לאופי החשיבה המשפטית של חכמי ישראל. חז"ל, ובעקבותיהם הדורות הבאים של חכמי ההלכה, לא נטו לעסוק במושגי המשפט ברמת הפשטה גבוהה. דרך החשיבה שלהם הייתה אנליטית יותר, בשונה מחכמי המשפט הרומי, שבהשפעת הפילוסופיה היוונית נקטו דרך חשיבה קטגורית, וזו הביאה אותם ליצירת הגדרות מקיפות.¹³ ככלל אפשר לציין שאין במסורת המשפט היהודי ענף מפותח של פילוסופיה של המשפט ואף לא של תורת משפט עיונית.¹⁴

13 השוו את דבריו של אשר גולאק **יסודי המשפט העברי – סדר דיני ממונות בישראל עפ"י מקורות התלמוד והפוסקים** ספר ראשון 16 (התרפ"ג): "עבודת ההיגיון של התלמודי המשתמש בגדרים קונקרטיים כאלה הפוכה היא מזו של היוריסטן המשתמש בטרמינים מופשטים. ההגדרה המופשטת דורשת התאמצות השכל כדי לגלות את סימניה הקונקרטיים, הממשיים ואת תכנה המעשי; בהגדרה הקונקרטית של התלמוד עבודת השכל צריכה להיות להפך: בהפשטת השמות הקונקרטיים ובבקשת הסימנים הכוללים של השמות הללו, המציינים בדיוק את הגדר המשפטי".

14 המשפטן האוסטרי Alfred Verdross, הדן בספרו (בנספח) ביחס שבין עם ישראל למשפט, מציין כי היעדר פילוסופיה של משפט במסורת היהדות נובע

בדרך לבירור של מהות המשפט לא נצא מהגדרה עיונית. אמנם הגדרות כאלה אינן חסרות אך כל אחת מהן שנויה במחלוקת, לרוב עיונית, שבירורה מצריך דיון מיוחד בהנחותיה הפילוסופיות. נשתדל להבהיר את מהות המשפט בשלבים, תחילה על ידי בחינת יחסו למדעים.

א. המשפט ויחסו למדעים

לכאורה מדובר בשאלה תמוהה. מה למשפט ולמדעים? מה יתרום בירור זה להבנה של מהות המשפט? למעשה, שאלה בסיסית זו נוגעת ליחס שבין המשפט לבין המציאות הטבעית – שאלה שהעסיקה את האדם משחר ימיו וממשיכה להטרידו עד עצם היום הזה.

שאלת הקשר בין התחומים עולה ומבצבצת תחילה בתחום הלשוני: הביטויים "חוק", "כלל" ואף "משפט" מופיעים גם בהקשר מדעי. כך, למשל, חוק ארכימדס, הנקרא על שם ממציאו, מציין את התופעה ההידרוסטטית של הפחתת משקלו של גוף הטבול בנוזל. עם זאת, בין החוקים של מדעי הטבע לבין החוקים של מערכת המשפט יש הבדל מהותי.

המטרה של מדעי הטבע הניסויים היא למצוא הסבר שיטתי לתופעות במציאות. הכוונה להסבר הנשען על רעיון הסיבתיות, כלומר על הקשר שבין סיבה למסובב. תיאור שיטתי של המציאות, והבנתה המעמיקה בדרך של הכללה, הם גם התכלית של מדעי החברה הנוגעים לתופעת החיים המשותפים של בני האדם. עם זאת, לא כל המדעים שואפים להגיע לתיאור המציאות באמצעות "חוקים" המהווים הכללה. הדבר נכון במיוחד במדעי הרוח, שבהם העיון מתמקד לעתים בתופעה יחידה וחד-פעמית כגון יצירה רוחנית. הבנה של ציור או של יצירה ספרותית אינה נסמכת על הכללה, וניתוחם אינו מכוון דווקא למציאת חוקיות.

מההשקפה שהמשפט ניתן לעם ישראל על ידי האל. ההנחה המוקדמת בדבר שלמות המשפט האלוהי ייתרה את הדיון שהעסיק את הפילוסופים היוונים בדבר מהות המשפט ויחסו לאדם ולטבע. A. VERDROSS, ABENDLÄNDISCHE RECHTSPHILOSOPHIE – IHRE GRUNDLAGEN UND HAUPTPROBLEME IN GESCHICHTLICHER SCHAU 49–50 (1958)

יש תחומים כגון היסטוריה, שבהם האפשרות למצוא "חוקים" העשויים לבסס ניבוי שנויה במחלוקת חריפה בין מלומדים. ההגדרה של "מדע" וחלוקתו לענפים הן בעיות יסוד בפילוסופיה של המדע ולא זה המקום לדון בהן. מבחינתנו חשובה העובדה שה"חוקים" המוכרים במדעים הנזכרים הם תיאור של המציאות. דבר זה נכון גם בנוגע למתמטיקה, שבה יש "חוקים" ו"משפטים" (כגון משפט פיתגורס), אלא שגופי המציאות – הלא הם המספרים והצורות – הם גדלים טהורים הנתפסים בדרך הדדוקציה. התוצאה היא שה"חוק" המדעי מתקיים מכוח המציאות שהוא מבקש לתאר. אם יתברר בתצפית כי יש אי־התאמה בין המציאות לבין החוק המדעי המתיימר לתארה, אזי החוק חסר תוקף וחסר משמעות. המציאות הסותרת הפריכה אותו ובכך שללה למפרע את קיומו.

לפי זרם חשוב בפילוסופיית המדע, מיסודו של קרל פופר, האפשרות של הפרכת כלל היא־היא המעניקה לו את אופיו המדעי, בשונה מהיגד אידאולוגי גרדא.¹⁵ אגב, יצוין כי יש שעמדו על התופעה הפסיכולוגית שלפיה אנשי מדע האמונים על תאוריה מדעית מסוימת לא בנקל משתכנעים מהפרכתה על ידי המציאות. לעתים הם ממשיכים לדבוק בתאוריה הישנה ומשקיעים מאמצים רוחניים ניכרים במטרה לתרץ את השאלות שהמציאות מעמידה לפניה.¹⁶

במערכת המשפט, שהיא תחום עיוננו, החוק שונה לחלוטין. אין הוא בא לתאר מציאות או להסבירה וכל מהותו היא דרישה המופנית כלפי בני אדם להתנהג בצורה מסוימת: "כבד את אביך ואת אמך" או "לא תגנוב". דרישות אלה מבטאות שאיפה ליצור מציאות מסוימת, דהיינו מציאות של התנהגות אנושית רצויה – במעשה או בהימנעות ממעשה. עקרונית, השאיפה לעיצוב המציאות אינה יכולה להיות מופרכת על ידי מציאות הנוגדת אותה. בהיותה

15 KARL R. POPPER (1902–1994), THE LOGIC OF SCIENTIFIC DISCOVERY (3rd ed. 1968). ראו את המאמר המעניין של ימימה בן־מנחם וחנינה בן־מנחם "עדות שאינה ניתנת להזמה ועקרון ההפרכה של פופר" **אקדמות** כד 128 (התש"ע).

המחברים עורכים השוואה בין עקרון ההפרכה של פופר, הנוגע לקביעת מעמדן של השערות מדעיות, לבין עיקרון דומה במשפט התלמודי לקביעת קבילותן של עדויות במשפט. המחברים מפרטים טענות מספר נגד עקרון ההפרכה של פופר. ראו תומאס סמואל קון **המבנה של מהפכות מדעיות** (תרגם מאנגלית יהודה מלצר, מהדורה חדשה, 2005). קון פיתח את הרעיון של "פרדיגמה" ותיאר את הדבקות של קהילת המדענים בה – עד ל"מהפכה" הגורמת לעזיבתה וליצירת פרדיגמה חדשה.

דרישה, היא עוסקת במה **שצריך** להיות; ב"רצוי" לעומת ה"מצוי". אם הרצוי נהפך למצוי – מה טוב! הדרישה נתקיימה והחוק השיג את מטרותיו. אם לא נתמלאה הדרישה, קיומה לא נפגם. המפר עלול להרגיש על בשרו את המשך קיומה שעה שיפול תחת ידה המענישה של המערכת שתגיב על הפרת הדרישה. למעשה, הפרת הדרישה היא המבליטה את קיומה. יתרה מזו, עצם האפשרות להפר את החוק היא ההצדקה לחקיקתו: אין טעם לצוות על אדם התנהגות מסוימת שהיא מחויבת המציאות.

הבחנה מהותית זו – בין חוקי טבע שהם ביטוי למציאות לבין חוקים משפטיים שהם דרישה להתנהגות רצויה – מושתתת על תפיסת עולם ועל מושג ה"מדע" שלפיהם אין אפשרות להסיק מהמצוי מסקנה הגיונית על הרצוי. והנה, לפי תפיסה דתית-מטפיזית, חוקי הטבע עצמם הם ביטוי לרצון הבורא, המפנה כביכול את צו-דרישתו כלפי גרמי השמים והארץ להתנהג על פי החוקים שקבע. הד פיוטי לתפיסה זו אנו מוצאים ביהדות בברכת חידוש הלבנה: ¹⁷ "ברוך אשר במאמרו ברא שחקים וברוח פיו כל צבאם, חוק וזמן נתן להם שלא ישנו את תפקידם, ¹⁸ ששים ושמחים לעשות רצון קונם [...]". ¹⁹ כמו כן, יש הגורסים כי מטבעו של האדם אפשר ללמוד על כללי התנהגות שמקורם ברצון האל-הבורא – כללים המהווים את "המשפט הטבעי" שבו נעסוק בהמשך. ²⁰

בקביעת ההבדל המהותי הנזכר לא מצינו עדיין את מכלול היחסים בין המשפט לבין מדעים אחרים. בשני מישורים יש ביניהם קשרים חשובים. ראשית, מאחר שהדרישה הכלולה בחוק "משפטי" מכוונת להשיג מציאות התנהגותית מסוימת, ההיגיון המעשי מחייב כי המחוקק יהיה מודע לסיכויי ההצלחה של משימתו החקיקתית. לשם כך עליו לדעת את חוקי המדע הקשורים לנושא טיפולו. ניטול לדוגמה מחוקק, שבדאגתו לשמירה על איכות

17 בבלי סנהדרין, מב, ע"א.

18 רש"י, סנהדרין, שם: "מצוה שצויתם להתנהג בהילוך תקופותיהם".

19 על רעיון זה חוזר הפיוט "אל אדון" בתפילת שחרית בשבת: "טובים מאורות שברא אלקינו, יצרם בדעת בבינה ובהשכל [...] שמחים בצאתם ושישים בבואם עושים באימה רצון קונם". השו"ר רמב"ם **משנה תורה**, ספר המדע, הלכות יסודי התורה, פרק ג, הלכה ט: "כל הכוכבים והגלגלים כולן בעלי נפש ודעה והשכל הם".

20 להלן פרק שביעי.

הסביבה חפץ לקבוע כללים למניעת זיהום. מחוקק כזה צריך להיות מודע לחוקי הטבע המסבירים את פעולת החומרים המסוכנים. יתרה מזו, ההגנה על הסביבה – באמצעות פיקוח על כללי המניעה או בהטלת אחריות לנזקי זיהום – היא בעלת משמעות מכרעת מבחינה כלכלית. נמצא כי על המחוקק להיות מודע גם לחוקי הכלכלה.

שנית, המשפט עצמו הוא תופעה של המציאות החברתית. קיומן של דרישות מסוימות, המופנות כלפי אנשים בחברה נתונה, הוא עובדה הראויה לשמש מושא למחקר מדעי רב־תחומי. כך, יש עניין רב בשאלות כגון מה הרקע החברתי לחוק מסוים? כיצד הוא מוגשם בפועל? מה השפעתו הממשית? שאלות אלה נבדקות על ידי כמה ענפי מדע ובהם סוציולוגיה, אנתרופולוגיה, מדע המדינה, היסטוריה, פסיכולוגיה, אתיקה ולאחרונה ביתר שאת גם כלכלה. אין ספק שבכוחם של מדעים אלה להעמיק את הבנתנו בדבר טיב המשפט.

קשר הדוק זה בין מערכת המשפט לבין תחומים מדעיים מעוררת שאלה עקרונית: האם תורת המשפט היא מקצוע עצמאי או שמא אין היא אלא מכלול של תובנות הנובעות מתחומי דעת הבוחרים את המשפט כתופעה חברתית? התשובה לשאלה זו תלויה קודם כל בהגדרת תחומה של תורת המשפט. יש לעניין כמה גישות עקרוניות השונות מהותית זו מזו. גישה אחת, המייצגת את עמדתנו, עוסקת בתיאור התכונות הכלליות של מערכת משפט, דהיינו בתיאור היסודות המשותפים לכל שיטת משפט, יהא תוכנם המהותי של הכללים הפרטניים של המערכת אשר יהא. בגישה כללית זו יש כמה וכמה זרמים. גישתנו הייחודית בספר זה מושפעת מתורתו של הנס קלזן, השואפת ליצור תורת משפט נקייה משיקולי מדיניות ומיסודות שמקורם בתחומי דעת אחרים. גישתנו מתמקדת בהכרת אופיו הייחודי של המשפט כמטרה של מדע עצמאי. נקודת המוצא של גישה זו היא תפיסת המשפט כמערכת נורמטיבית, כפי שעולה מדברינו בסמוך.²¹

גישה עקרונית אחרת עוסקת במהות התוכן הנורמטיבי של מערכת המשפט, דהיינו במהותם של כללי ההתנהגות הספציפיים. גם כאן יש כמה זרמים, שונים ומנוגדים. יש השמים את הדגש על פיתוח מושגיות מופשטת, המאפשרת הסקת מסקנות למקרים קונקרטיים בדרך של דדוקציה. המבקרים של גישה זו

מכנים אותה "דוגמטית", "פורמליסטית" או "לגליסטית". לדעתם, כדי למצוא את הפתרון המשפטי הרצוי על המשפט לנקוט פתיחות כלפי תחומי דעת אחרים ובמיוחד כלכלה. ההבדלים בין הגישות שלעיל משפיעים על טיב המחקר המשפטי האקדמי ועל דרך החינוך המשפטי באוניברסיטאות ובמכללות;²² כמו כן הם משפיעים על ההליך השיפוטי, על כתיבת פסקי דין ועל הפרקטיקה המשפטית ככלל.²³

ב. המשפט כמערכת נורמטיבית

המשפט מורכב מדרישות להתנהגות מסוימת המופנות כלפי בני אדם. ברי כי לא כל הדרישות המכוונות כלפי אדם ודורשות ממנו לנהוג בדרך מסוימת הן בבחינת משפט; השאלה היא אילו תכונות יסודיות מאפיינות דרישה "משפטית" ומבדילות אותה מאחרות. מדובר בשאלה מרכזית בתורת המשפט הכללית וניתנו לה תשובות רבות ומגוונות על ידי חכמי משפט. לדעתנו, את התשובה המוצלחת ביותר נתנה לה האסכולה של תורת המשפט הטהורה מיסודו של המלומד הנס קלזן (Hans Kelsen 1881–1973).²⁴ נקודת המוצא של קלזן – המתבססת על פוזיטיביזם נורמטיבי – היא שיש לתאר את מהות

22 ראו מיכל אלברשטין ושולמית אלמוג "חינוך משפטי ומדעי רוח – בין פרשנות לתורת פרשנות" **דין ודברים** ג 21 (התשס"ז); על בעיית החינוך המשפטי בישראל באופן כללי ראו צבי טריגר ומנחם מאוטנר "דיאלוג על החינוך המשפטי" **המשפט** יט 79 (התשע"ד); רועי כהן "דמות המשפטן בחינוך המשפטי: תהליך למידה משפטי-ליברלי וכישורים מקצועיים" **המשפט** יט 283 (התשע"ד); נויה רימלט "החינוך המשפטי – בין תיאוריה לפרקטיקה" **עיוני משפט** כד 81 (התש"ס); יצחק אנגלרד "הרהורים על הפקולטה למשפטים", לעיל ה"ש 11.

23 בנוגע למצב בארצות-הברית ראו Richard A. Posner, *The Decline of Law as an Autonomous Discipline*, 100 HARV. L. REV. 761 (1987); *id.*, *Legal Scholarship Today*, 115 HARV. L. REV. 1314 (2002); Deborah L. Rhode, *Legal Scholarship*, 115 HARV. L. REV. 1327 (2002). בעניין מהותו של ההליך השיפוטי ראו להלן פרק שנים-עשר.

24 על חייו של קלזן ועל עיקרי מפעלו ראו "פתח דבר" בספר **אלוהים, מדינה, טבע, אדם – הנס קלזן על תאולוגיה פוליטית ומשפט טבעי** 11–44 (יצחק אנגלרד עורך ומתרגם, 2010); חיים שיין **הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי** 226–242 (התשס"ח).

המשפט בלי להיזקק לסיבתיות הטבעית או למבחנים ערכיים של מוסר או של מדיניות.²⁵ גישתו הפורמלית של קלזן עוררה וממשיכה לעורר פולמוס חריף, ורבים חולקים ומשיגים על תורתו הטוענת למדעיות.²⁶ לדעתנו, ככלל, יסודות המבנה הרעיוני של תורת המשפט הטהורה עומדים על מכונם ותורה זו היא כלי מצוין להסברת ייחודו של המשפט.

נשוב לשאלתנו. הדרישה להתנהגות מסוימת יכולה לבוא מאדם יחיד או מחבר בני אדם. במקורה היא הבעת רצון כלפי האדם שאליו היא מופנית: הדורש רוצה שהנמען ינהג על פי תוכן הדרישה הכלולה בפנייה אליו. ניטול לדוגמה מקרה פשוט שבו ראובן פונה לשמעון בדרישה שייתן לו סכום כסף. כולנו מודעים לכך שרצונו הסובייקטיבי של ראובן לדרוש משמעון התנהגות מסוימת – מתן כסף – אינו מספיק כדי להפוך את דרישתו לכלל התנהגות "מחייב" עבור שמעון. הבעת הרצון של ראובן היא בראש ובראשונה תופעה במציאות, דהיינו מצב נפשי ושימוש בדרך של תקשורת להעברת תוכן רצונו לידיעת שמעון. אין בכוחן של התרחשויות כאלה במציאות, כשלעצמן, כדי ליצור נורמה.

מונח זה טעון הסבר קצר. נורמה (norma) היא מילה בלטינית שמשמעותה היא מידה, הוראה, כלל התנהגות. אנו נשתמש בה במשמעות של כלל התנהגות שיש בו משום "חייב"; כלומר ממד החורג מהבעת רצון סובייקטיבית. ממד נוסף זה הוא שהופך את המציאות – את ה"יש" של רצון ראובן – ל"צריך להיות" בנוגע לנדרש שמעון. ה"צריך להיות"²⁷ הזה הוא הממד הנורמטיבי של הבעת הרצון. ממד זה הוא חלק מהמהות של הנורמה, במובן של כלל התנהגות ובלעדיו אין לה קיום.

25 הספר הבסיסי של קלזן על תורת המשפט הטהורה התפרסם בשנת 1934 והמהדורה השנייה בשנת 1960 HANS Kelsen, REINE RECHTSLEHRE (2. Aufl. 1960) Wien 1960) המהדורה השנייה תורגמה לאנגלית אך ללא הערות השוליים וללא הנספח החשוב על בעיית הצדק. HANS Kelsen, PURE THEORY OF LAW (Transl. Max Knight, 1967) ; המהדורה הראשונה תורגמה לאנגלית עם מבוא חשוב של המתרגמים: HANS Kelsen, INTRODUCTION TO THE PROBLEMS OF LEGAL THEORY (Transl. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, 1992) 26 ראו את הדיון על תורתו של קלזן ואת הביקורת עליה אצל עומר שפירא **תורת המשפט – פרקי מבוא** 99–135 (2007).

27 באנגלית ought to be, על פי הגרמנית sollen.

השתמשנו במונח "חיוב" כדי לבטא את ה"צריך להיות" החל על הנדרש, אולם יש להיזהר בהבנה של מונח זה בהקשר הנדון. הכוונה אינה לתחושה הסובייקטיבית של שמעון, הנדרש לשלם סכום כסף, שהוא חייב לציית לדרישה המופנית אליו מצד ראובן; הכוונה היא לממד האובייקטיבי של החיוב, בהבדל מתחושה אישית. החיוב הנורמטיבי קיים בהיעדר כל תחושת חיוב אצל האדם הכפוף לכלל ההתנהגות. כך, הדיבור "לא תגנוב" מחייב אף את הגנב שאינו מסכים ואינו רוצה בחיוב זה.

נשאלת השאלה: אם יסודה של הנורמה אינו נמצא ברצון הסובייקטיבי – לא של המצווה ולא של המצווה – מנין נובע כוחה המחייב? התשובה דורשת הפשטה מסוימת: הממד האובייקטיבי של החיוב נובע משייכותה של הנורמה למערכת שלמה של נורמות אחרות. ההוראה "לא תגנוב" מחייבת את הגנב משום שהיא נמנית במצוות "לא תעשה" שבתורה. כך, דרישתו של ראובן למתן הכסף תחייב את שמעון אם היא נסמכת על משפט המדינה או על מערכת נורמטיבית אחרת.²⁸ רעיון זה מודגם יפה במעשה התלמודי על אודות רבה בר רב חנה:²⁹ הלה שכר סבלים להובלת חבית יין. הסבלים שברו את החבית והוא לקח מהם את גלימותיהם כפיצוי בגין הנזק. הסבלים הלכו והתלוננו אצל רב. אמר לו רב לרבה בר רב חנה: "תן להם את הגלימות!" אמר לו רבה "האם כך הוא הדין?" השיב לו רב: "כן, 'למען תלך בדרך טובים'".³⁰ החזיר להם רבה בר רב חנה את הגלימות ואף שילם להם את שכרם.³¹

28 מלבד המשפט, סוג נוסף של מערכת נורמטיבית הוא המוסר; ראו להלן פרק שלישי.

29 בבלי בבא מציעא, פג, ע"א. בנוגע לשם האמורא יש כמה גרסאות: רבה בר רב חנן, רבה בר רב הונה ועוד. ראו Shmuel Shiloh, *On One Aspect of Law and Morals in Jewish Law: Lifnim Mishurat Hadin*, 13 ISR. L. REV. 359, 377, note 77 (1978).

30 משלי ב 20.

31 לפי המפרשים, החיוב של רבה בר רב חנה היה בבחינת "לפנים משורת הדין"; רש"י על אתר, ד"ה "בדרך טובים". בהלכה יש מחלוקת בין הפוסקים אם בית דין מוסמך לכפות על אדם התנהגות מסוימת על יסוד העיקרון של "לפנים משורת הדין". ראו טור שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, סעיף א, ונושאי הכלים שם. מבחינת ההבחנה בתורת המשפט, המחלוקת היא אם המדובר בנורמה משפטית, שמאחוריה סנקציה של כפייה פיזית, או בנורמה מוסרית, שאינה מלווה בסנקציה של כפייה כזו. על הבחנה זו ראו להלן פרק שלישי; על הסוגיה כולה ראו בהרחבה את מאמרו של Shiloh, לעיל ה"ש 29.

הסיפור מבליט את ההבדל בין המשמעות הסובייקטיבית של דרישה לבין משמעותה האובייקטיבית-נורמטיבית. העובדה שרוב הורה לרבה בר רב חנה: "תן להם את הגלימות" לא הספיקה לאחרון והוא שאל את "השאלה הנורמטיבית": "האם כך הוא הדין?", כלומר האם יש להוראה שלך ממד אובייקטיבי. דעתו של רבה בר רב חנה לא נחה עד שלא הובא לו בסיס בכתובים להוראתו של רב. הבסיס של רב נמצא אפוא מחוץ להוראתו.

במקום הביטוי הרב-משמעי "חיוב" עדיף להשתמש במונח "תקף" או "תקפות". נורמה היא כלל התנהגות תקף. המונח "תקפות" מבטא את הממד האובייקטיבי של דרישה להתנהגות מסוימת: ללא תקפות הנורמה כלל אינה קיימת. מן האמור אפשר להבין כי תוקפה של נורמה יחידה נובע מנורמות נוספות המהוות יחד מערכת שלמה. ישאל השואל: מה הרווחנו מההסתמכות על נורמות אחרות? מנין נובע תוקפן של נורמות אלו עצמן? הרי את הגנב הפנינו לעשרת הדברות, את ראובן ושמעון – לדין המדינה, את רבה בר רב חנה – לפסוק בכתובים, אך מנין תוקפן של הוראות אלה? מנין תוקפה של המערכת כולה? שאלה זו מוצדקת מאוד אך נצטרך להשהות את התשובה לה עד שנעמוד על כמה מונחים נוספים.³²

בשלב זה חשובה המסקנה שלא כוחה העצמי של המציאות מעניק להוראה כלשהי תוקף נורמטיבי. נשוב לדוגמה בדבר תביעתו של ראובן לקבלת סכום כסף משמעון. העובדה שראובן מצליח – בכוח פיזי או באיומים – להוציא כסף מידי שמעון אינה הופכת את דרישתו המוקדמת לתקפה מבחינה נורמטיבית. הראיה לכך היא שאנו, ושמעון, נגדיר את המעשה של ראובן "בלתי-חוקי" ונשתדל להשיב לשמעון את הגזלה. מכאן, כי בהעריכנו אם נורמה מסוימת היא תקפה אנו חורגים מעבר למציאות הפיזית; הכרעתנו תתבסס על התבוננות במערכת נורמטיבית שלמה.

ג. המבנה המודרג של מערכת נורמטיבית

לשם הבנת המבנה של מערכת נורמטיבית נניח כי מרצה באוניברסיטה מורה לתלמיד להפסיק לשוחח עם שכנו לספסל. לפנינו דרישה להתנהגות מסוימת –

לחדול מלדבר. דרישה זו מבטאת את רצון המרצה בשקט, שהרי הוא מעוניין ללמד ללא הפרעה. האם יש לדרישה זו ממד אובייקטיבי של תוקף מחייב? האם היא בעלת כוח נורמטיבי? האם היא מחייבת את התלמיד?

מבחינת המורה השאלה נוגעת למושג הסמכות, שמשמעותו היא הכוח ליצור נורמה. מכאן, שהשאלה היא אם הייתה למורה סמכות ליצור עבור התלמיד נורמה – כלל התנהגות של הימנעות מדיבור בשעת ההרצאה. האם מבחינה משפטית היה המורה מוסמך לדרוש זאת מהתלמיד?³³

התשובה לשאלת הסמכות – שהיא עצמה שאלה נורמטיבית – טמונה בהכרח בנורמה אחרת, מוקדמת וגבוהה יותר. יש להניח כי תפקידי המרצה מוגדרים בתקנון האוניברסיטה שהמרצה כפוף לו. תקנון זה מעניק למרצה את הסמכות לתת לתלמידים הוראות הנחוצות למילוי תקין של תפקידי ההוראה – ועדיין נשאלת השאלה מנין נובע תוקף הדרישה לשקט **כלפי תלמיד מסוים**, ובאופן כללי יותר – מנין תוקפו המחייב של התקנון כלפי התלמידים?³⁴

ובכן, כוחו המחייב של התקנון מבוסס על הסכמת התלמיד לקבל על עצמו את ההוראות שבתקנון האוניברסיטה, הסכמה שהביע עת נרשם ללימודים באוניברסיטה. הרשמה זו היא בבחינת **חוזה** בין האוניברסיטה לבין התלמיד – ונמצא כי תוקפה של דרישת המורה מהתלמיד לשקט מבוסס על חוזה. מצד אחד, חוזה זה העניק למורה, באמצעות התקנון, סמכות ליצור כלל התנהגות כלפי התלמיד; מן הצד האחר חייב החוזה את התלמיד להישמע להוראת המורה ואף קבע סנקציה עונשית על הפרת החובה האמורה. כוחו המחייב של החוזה בין האוניברסיטה לתלמיד טמון במישור של חוקי המדינה: חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, בשילוב עם חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970, קובע את חובתו של אדם לקיים את חיוביו על פי חוזה שכרת.³⁵

33 שאלה נפרדת היא אם הדרישה מחייבת את התלמיד מבחינה מוסרית; על כך ראו בהמשך דברינו, בראשית הפרק השלישי.

34 חובת התלמיד לא להפריע להוראה, וחובתו לציית להוראות המורה הניתנות במילוי תפקידו נקבעות, למשל, בתקנון משמעת התלמידים של האוניברסיטה העברית בירושלים, סעיפים 14(9)–10(10).

35 על מהותם החוזית של היחסים בין סטודנט לבין אוניברסיטה ראו ע"א 838/87 **שני נ' אוניברסיטת תל-אביב**, פ"ד מב(2) 380, 382, השופט אהרן ברק (1988).

אם כן, בדוגמה שלנו, החיפוש אחר מקור התוקף של דרישת המרצה לשקט בכיתה הוביל לחוק שחוקקה הכנסת, שהיא המוסד העליון במערכת המשפט של מדינת ישראל. המעקב אחר מקור התוקף עבר בכמה שלבים ומישורים, מהנמוך אל הגבוה: דרישת המרצה ← תקנון האוניברסיטה ← חוזה בין התלמיד לאוניברסיטה ← חוק הכנסת. המערכת הנורמטיבית אינה חד-מישורית; היא בנויה שלב על גבי שלב, כעין סולם בעל דרגות. העלייה מבטאת את הרעיון שכל נורמה כפופה לנורמה גבוהה ממנה. לכפופות זו כמה היבטים.

ראשית, הנורמה הנמוכה שואבת את תוקפה – ואת עצם קיומה – מנורמה גבוהה יותר; היא תולדה שלה. בדוגמה שלנו, חוק החוזים של המדינה מעניק תוקף לחוזה שבין התלמיד לבין האוניברסיטה, וחוזה זה מסמיך את המרצה להורות לתלמיד לחדול מלהפריע לו. אחת התוצאות החשובות של כפופות הנורמה הנמוכה לנורמה גבוהה ממנה היא שגבולות התוקף של הנורמה הראשונה (הנמוכה) נקבעים על ידי הנורמה האחרונה (הגבוהה). אם הנורמה הנמוכה מתיימרת לחרוג מהגבולות שנקבעו בנורמה הגבוהה ממנה – היא חסרת תוקף.

נשנה את עובדות הדוגמה: דרישתו של המרצה לשקט לא מולאה וכעת הוא מטיל קנס על התלמיד המפריע. דרישתו זו נעדרת תוקף נורמטיבי מאחר שתקנון האוניברסיטה אינו מסמיך אותו להעניש בעצמו את התלמידים, וממילא אין התלמיד חייב לשלם את הקנס שהמרצה התיימר להטיל עליו. לפי התקנון, הסמכות להטיל קנס על תלמיד נתונה לרשויות המשמעת של האוניברסיטה ולכן הטלת קנס על ידי המרצה היא חריגה מסמכות. בלשון מקצועית נאמר שהמעשה הוא *ultra vires* (מילולית: מעבר לכוחות). משמעות הדבר היא שהמרצה לא הצליח ליצור נורמה שתחול על התלמיד ודרישתו אינה יותר מהבעת רצון סובייקטיבית. המצב היה שונה לחלוטין אילו היה תקנון האוניברסיטה מסמיך את המרצה להטיל בעצמו קנס על התלמידים.

לעלייה בשלבי הסולם הנורמטיבי יש היבט נוסף. בדרך כלל, ככל שהנורמה גבוהה יותר היא גם כללית יותר ומופשטת יותר. נשוב לדוגמה המקורית: הדרישה לשקט יצאה ממרצה מסוים אל תלמיד מסוים, בזמן מסוים ובמקום מסוים. לעומתה, תקנון האוניברסיטה, המסמיך את המרצה לדרוש שקט, מכוון לכלל המרצים, לכלל התלמידים, לכלל ההוראה ולכלל ההפרעות. חוקי החוזים של הכנסת, המעניקים תוקף להסכם הלימודים בין המוסד לבין

התלמיד – הכולל את התקנון הנזכר – מכוון לכל החוזים האפשריים הנכרתים במדינת ישראל. כשם שהעלייה בסולם הנורמטיבי מבטאת הליך של הכללה והפשטה, כך הירידה בו היא בבחינת הפרטה והמחשה. התקנון הוא חוזה מיוחד ומוחשי בהשוואה לכלל החוזים האפשריים ודרישת המרצה היא הוראה מוחשית בהשוואה לכלל ההוראות האפשריות במסגרת התקנון.

התהוות של נורמה בכל שלב היא למעשה החלה של נורמה גבוהה ממנה; החלה של נורמה היא הגשמה והמחשה שלה. הליך ההחלה של נורמה כרוך אפוא ביצירת נורמה נמוכה יותר.

נסביר את העניין שוב באמצעות דוגמתנו: רישום תלמיד ללימודים היא כאמור כריתת חוזה בינו לבין האוניברסיטה, הכולל את הסכמת התלמיד לנהוג על פי התקנון. כריתת החוזה המיוחד נובעת מהחלה של חוק החוזים, המסדיר כריתת הסכמים באופן כללי. נוסף על כך, קיום החוזה משמעו יצירת נורמות קונקרטיות עבור המתקשרים, החייבים לנהוג על פי הוראות החוזה שביניהם. בדומה לכך, דרישת המרצה לשקט בכיתה היא החלה של תקנון האוניברסיטה והיא בבחינת יצירה של נורמה יחידה לגבי התלמיד.

בהסבירו את מקור התוקף של דרישת המרצה באמצעות חוק החוזים פישטנו בהרבה את התמונה המלאה של המערכת הנורמטיבית. מבחינת משפט המדינה, שאלת התוקף של דרישת המרצה נוגעת לשורה ארוכה של חוקים נוספים. כך, למשל, יש לבחון את תוקפו של תקנון האוניברסיטה עצמו על פי חוקים המסדירים הן את הקמתו של גוף כמו אוניברסיטה והן את הדרכים לקביעת מוסדותיו הפנימיים. כך, למשל, אפשר לשאול אם התקנון נתקבל כדין במסגרת הכללים החלים על האוניברסיטה.³⁶ מבחינת התלמיד, יש חשיבות לחוק המעניק לאדם כושר להתקשר בחוזים; במדינת ישראל זהו חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב–1962.

מן האמור עולה כי יצירת נורמה כלשהי היא הליך מורכב המחיל נורמות גבוהות יותר של המערכת – ובעצם, כפי שנראה להלן, את המערכת כולה. אם כן, לסיכום דיוננו עד כאן: נורמה יכולה להתקיים רק במסגרת מערכת שלמה והיררכית של נורמות.

פרק שלישי

סוגים של מערכות נורמטיביות: משפט ומוסר

א. ההבחנה בין משפט למוסר

בדוגמת המרצה הדורש שקט מתלמיד באוניברסיטה, ששימשה אותנו לניתוח המבנה המדורג של מערכת נורמטיבית, הגענו אל חוקי הכנסת בתור מקור התוקף לדרישת המרצה. חוק של הכנסת הוא נורמה משפטית – אך המערכת המשפטית אינה המערכת הנורמטיבית היחידה בחברה האנושית; היא אינה המסגרת היחידה היכולה להעניק משמעות אובייקטיבית של "כך צריך להיות" לדרישה המכוונת להתנהגות אנושית. בדוגמת המרצה הדורש שקט, ה"חיוב" לציית לו עשוי לנבוע מכללי הנימוס המקובלים של שומעי הרצאה. לפי המוסכמות החברתיות המרצה רשאי לדרוש מקהל שומעיו שלא יפריעו לו. להלן נכנה מערכת נורמות המבוססת על הסכמות חברתיות בשם **מוסר פוזיטיבי**. בין היתר, מערכת זו כוללת נימוסים וכללי התנהגות בתחומים המשפחתי, החברתי והמיני.

מקור אחר לתוקף הדרישה הנזכרת יכול להימצא בתלמיד עצמו, המרגיש חובה לציית למרצה. הרגשת החובה מבוססת על צו המצפון שהוא ביטוי ל**מוסר אישי** של היחיד. קלזן מתאר את הליך החקיקה העצמית כפיצול המודעות של הפרט לשתי יחידות: האגו (= האני) דורש שהאלטר-אגו (= האני האחר) יתנהג באופן מסוים. ההליך דומה לפעולה של בחינה עצמית.³⁷ המוסר האישי הוא אפוא מערכת נורמטיבית הקובעת כללי התנהגות. למונח "מוסר" משמעות נוספת, השונה מהותית משתי האחרות שהוזכרו: חקירה פילוסופית למציאת הטוב המוחלט. מוסר זה מכונה **מוסר ביקורתי**³⁸ או

HANS Kelsen, GENERAL THEORY OF NORMS 29–30 (M. Hartney, transl., 1991) 37
לפי המינוח של HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, LAW, LIBERTY, AND MORALITY 20 (1963) 38

מוסר אידאלי. החקירה מכוונת לענות על שאלת **התוכן** הנכון של כללי ההתנהגות; כלומר "איזוהי דרך ישרה שיבור לו האדם, כל שהיא תפארת לעושיה ותפארת לו מן האדם".³⁹ ביחס למוסר הפוזיטיבי ולמוסר האישי תחום חקירה זה מכונה **אתיקה**. היא קובעת את המבחנים להערכה נורמטיבית-ביקורתית של המוסר החברתי הפוזיטיבי ושל המוסר האישי. הכללים האידאליים להערכה נורמטיבית-ביקורתית של המשפט נכנסים תחת המונח **צדק**.

המוסר הביקורתי אינו מערכת הנקבעת לפי המוסכם בפועל על בני אדם אלא לפי הכרה רציונלית או מטאפיזית של הדרך הראויה. מוסר ביקורתי זה, בשופטו שיפוט ערכי את כללי ההתנהגות החלים בפועל, יגדיר את הנורמות האלה כטובות ("מוסריות" או "צודקות") או כרעות ("לא מוסריות" או "לא צודקות").

בעיה מרכזית בתורת המשפט היא מציאת קריטריון להבחנה בין נורמות משפטיות לבין נורמות של המוסר הנוהג, במיוחד אלה הנמנות במוסר הפוזיטיבי-חברתי. לפי תפיסתנו, הנשענת על תורתו של קלזן, המבחן המרכזי נמצא בטיב הסנקציה, דהיינו בטיב התוצאה הראויה להתקבל בעקבות הפרת הנורמה.⁴⁰ נורמה תיחשב בעלת אופי משפטי כשהיא – והמערכת שהיא חלק ממנה – קובעות שהתוצאה הראויה במקרה של הפרתה היא כפייה חברתית מאורגנת, המבוצעת במקרה הצורך גם באמצעים פיזיים. לעומת זאת, נורמה של המוסר הפוזיטיבי-חברתי אינה גוררת כפייה כזו אלא סנקציה חברתית של אי-הסכמה וגינוי, בדרך כלל לא מאורגנת ולא קבועה מראש, ועל כל פנים אין היא אמורה להיזקק לכוח פיזי.

נשוב פעם נוספת לדוגמתנו: אי-ציות של התלמיד עלול להביא לדין משמעתי ולהרחקה מן האוניברסיטה על פי תקנונה. במקרה של התנגדות מצד התלמיד, ההרחקה או כל סנקציה אחרת תבוצע באמצעים פיזיים בעזרת המשטרה, הממונה מטעם המדינה על הפעלת כוח פיזי. זו המשמעות ואף המהות של נורמה משפטית.

התגובה של ציבור הסטודנטים להפרת דרישתם-שלהם לשקט מצד התלמיד המפריע עשויה להתבטא בגינויו, אך צורת הסנקציה אינה ממהותה

של נורמה מוסרית-חברתית; בכל מקרה היא אינה אמורה להתבצע בדרך של כפייה מאורגנת מראש המסתמכת על כוח פיזי. מובן כי במציאות ייתכן שציבור התלמידים יפעיל כוח פיזי נגד תלמיד מפריע מסוים; אולם אין בהתרחשות חד-פעמית של הפעלת כוח כדי להפוך את המוסכמה החברתית לנורמה משפטית. רק כשהפעלת הכוח הפיזי היא סנקציה קבועה מראש, המתבצעת תדיר ובדרך מאורגנת – רק אז אפשר לדבר על נורמה בעלת מהות משפטית. בהקשר זה נעיר כי מדינה אינה מסכימה להפעלת כוח פיזי על ידי גורמים הפועלים שלא מטעמה ושלא בפיקוחה, ותשתדל למנוע הפעלת כוח כזו בכל האמצעים העומדים לרשותה.

לבסוף, התלמיד שהפריע למרצה עשוי להרגיש בעקבות מעשהו ייסורי מצפון או מוסר כליות, שהם תגובה אפשרית להפרת **המוסר האיש**. גם כאן אופן התגובה אינו ממהותו של המוסר האיש והוא אינו הכרחי לתוקף הנורמה שקיבל על עצמו היחיד.

מן האמור עולה מסקנה חשובה מאוד: השוני בין המערכות הנורמטיביות אינו טמון בהכרח בתוכן הנורמה. ארבע המערכות – המשפט, המוסר הפוזיטיבי-החברתי, המוסר האיש והמוסר הביקורתי-האידיאלי – עשויות לדרוש מהיחיד את אותה התנהגות עצמה, אך ההבדל ביניהן אינו אלא בטיב הסנקציה הראויה שתגרור הפרת הנורמה.

יש הבדלים נוספים בין מערכות המוסר – בין לבין עצמן ובין לבין מערכת המשפט. בראש ובראשונה, מבחינתו של מקור הנורמה: בעוד שהמשפט והמוסר הפוזיטיבי-החברתי מורכבים מכללי התנהגות המוטלים על היחיד הכפוף להם מבחוץ, המוסר האיש הוא מערכת של נורמות שהאדם מקבל על עצמו באופן אוטונומי. כאמור, הוא המחוקק של עצמו. אמנם מושג האוטונומיה האישית אינו נקי מספקות, נוכח השפעתם הברורה של גורמים חיצוניים על עולם הערכים של אדם: חינוך, סביבה ותורשה הם גורמים סיבתיים מכריעים בעיצוב אישיותו של אדם. עם זאת, לפחות מבחינה אישית, יש לאדם תחושה שהוא נהנה מחופש בחירה. הוא מאמין ביכולתו לגבש עצמאית את סולם הערכים שלו ולהגיע להכרעות מוסריות. תופעה אחרת היא שהיחיד מחליט לכפוף את עצמו למערכת נורמטיבית חיצונית כגון דין דתי. במקרה כזה, האוטונומיה מצטמצמת להכרעה (מוסרית) עקרונית אחת

(הכפיפות לדין הדתי), משום שתוכנן של כל הנורמות היחידות נקבע על ידי גורם חיצוני.⁴¹

הבדל אחר בין המערכות נמצא במטרתן העיקרית. כך, למשל, בחברה דמוקרטית-ליברלית מטרת המשפט היא לתאם בין חירויות הפעולה של אנשים הנמנים בחברה הזו. תכליתו להסדיר את היחסים הבין-אישיים בחברה. תכלית מעשית זו מבוססת על התכלית הרעיונית של המשפט – השגת הצדק, גם אם תוקפה של המערכת המשפטית אינו תלוי בהגשמה של מטרה אידאלית זו. יתרה מזו, מהות הצדק אינה ניתנת לקביעה על פי מבחן אובייקטיבי אלא תלויה בהשקפת העולם הסובייקטיבית.⁴² בשונה מהצדק בחברה ליברלית, המוסר האישי האידאלי מכוון להשגת שלמות אישית; להליכת האדם בדרך הישרה, בדרך המידות הטובות. האתיקה, הלוא היא תורת המידות, חותרת לקראת הכרה של הטוב המוחלט בחיי היחיד.

השוני הזה בין המטרה של הסדרת היחסים הבין-אישיים לבין התכלית של שלמות אישית חייב להתבטא בשוני בתוכן הנורמות. מבחינה מדינית, המשפט הפועל כהסדר כפייתי בחברה ליברלית אינו יכול (וגם אינו צריך) לדאוג להשגת שלמות אישית; נשוב לעניין זה בהמשך.

תוצאה אחרת הנובעת מההבדל במטרה היא התייחסות שונה למניעיו של האדם. באופן עקרוני, בראש מעייניו של המוסר האידאלי עומדים מניעיו ומחשבותיו של האדם הפועל. מרכזיותו של המניע מודגשת במיוחד בתורתו האתית של עמנואל קאנט (Immanuel Kant 1724–1804), מגדולי הפילוסופים של העת החדשה. לפי השקפתו, המעשה ה"מוסרי" נקבע כל כולו לפי המניע, שהוא ההכרה הטהורה בחובה להתנהגות מסוימת. לפיכך, עשיית מעשה מתוך מטרה תועלתנית או מתוך כפייה חיצונית שוללת את האופי המוסרי של המעשה. קאנט הרחיק לכת בקובעו כי אף התנהגות מתוך נטיית לב טבעית אינה בבחינת התנהגות מוסרית; רק התנהגות מתוך הכרת הצו המוסרי האישי האוטונומי ולשמו היא התנהגות מוסרית. לכן, למשל, מתן צדקה לנזקק מתוך רגש של רחמים אינו מעשה בעל משמעות מוסרית, משום שהוא חסר את הרגש הנדרש של חובה מוסרית טהורה. על גישה נוקשה זו של קאנט, המכונה

41 על כך ראו להלן בפרק רביעי בעמ' 44.

42 לשאלת המהות של הצדק נקדיש תת-פרק מיוחד בהמשך דברינו, להלן פרק שישי, סימא.

"אתיקה של כוונה" ("Gesinnungsethik"), הגיב המשורר הגרמני פרידריך שילר (1759–1805) במכתם לעגני:⁴³

היסוסי מצפון

ברצון משרת אני את ידידי, אך לצערי אני עושה זאת מתוך נטיית לב.

לכן אני לעיתים מוטרד מאד, מכך שאיני מוסרי.

החלטה

כאן אין עצה אחרת, אתה חייב להשתדל לבוז להם, ואז לעשות מתוך תיעוב, את אשר חובתך מטילה עליך.⁴⁴

יש החולקים על עצם האפשרות שאדם יפעל על יסוד חובה טהורה, ללא פניות אישיות כלשהן. על גישתו של קאנט נמחתה גם ביקורת עקרונית, בטענה שבעניין המוסר לא המניע והכוונה הם העיקר אלא התוצאה של ההתנהגות. על כך השיגו אחרים כי התוצאה אינה יכולה להצדיק שימוש באמצעים לא ראויים, ולכן המבחן של המעשה המוסרי הוא דרך ההתנהגות. עם כל זאת, אין ספק שלמניעיו של אדם יש מקום חשוב במוסר האידאלי.

המשפט, לעומת זאת, מסתפק בדרך כלל בתוצאה הרצויה של התנהגות מסוימת, משום שלרוב המניעים אינם ניכרים ואינם משפיעים על מצב הזולת. מאחר שהמשפט עוסק ביחסים בין-אישיים הוא מעוניין בראש ובראשונה בהגנה על אדם מפני התנהגות הזולת. אם בפועל הגנה זו מושגת, אין זה מעניינו של המשפט לבחון את מניעיו של האדם. המשפט מאיים בסנקציה פיזית על העובר על כלליו ולכן, אם עברייך בכוח נרתע מהפרת הכללים מתוך

FRIEDRICH SCHILLER, SÄMTLICHE WERKE Vol. III 256 (Winkler Verlag, 1990). 43

ALEXANDER EHRENFELD, DER PFLICHTBEGRIFF IN 'א' השוּר DER ETHIK DES JUDENTUMS 121 (1933) (להלן: אהרנפלד). אהרנפלד בדעה כי שילר עשה במכתם זה עוול לקאנט. לדיון מפורט על היחס בין שילר לקאנט בנוגע למוסר, ראו FREDERICK C. BEISER, SCHILLER AS PHILOSOPHER: A RE-EXAMINATION 169–190 (2005); השוּר דני סטטמן ואברהם שגיא דת ומוסר (1993). 227–226. 44

יראת העונש – המשפט השיג את תכליתו. מבחינה מוסרית, אין ספק כי "גדול העושה מאהבה יותר מן העושה מיראה";⁴⁵ אך בעיני המשפט שניהם שווים. ההבדל בין המוסר למשפט במישור המניעים והכוונות אינו מוחלט. לעתים המשפט מייחס חשיבות מכרעת לכוונותיו ולמניעיו של אדם ורואה בהם יסוד מהותי באחריותו הפלילית. כמו כן, כאשר דנים במידת העונש שיוטל על מבצע עברה, בדיקת המחשבות והמניעים שליוו את המעשה או המחדל היא נקודה מרכזית בהחלטה המשפטית. כמו כן, לעתים בחינת המוסר אינה מתעלמת לגמרי מהתוצאה של פעולה מסוימת: תוצאות חמורות עשויות להשפיע על השיפוט המוסרי שננקוט כלפי עושה המעשה על אף מניעיו הטהורים וכוונותיו הטובות.

לבסוף, בין המשפט לבין המוסר האידאלי עומד המוסר הפוזיטיבי-חברתי, המבטא את המוסכמות ההתנהגותיות בחברה נתונה מבחינת מטרותיו. אין הוא מסתפק בשיפוט ההשלכות החיצוניות של פעולות אדם (במישור הבין-אישי) והוא מעריך גם את שלמותו האישית של היחיד. טוהר המידות זוכה להערכה חברתית, אולם ברור כי הנורמות החברתיות הנוהגות אינן דורשות מכל אדם רמת התנהגות שהיא תכלית המוסר האידאלי. על כך בתת-פרק הבא.

ב. היחסים בין המשפט, המוסר הפוזיטיבי-חברתי והמוסר האיש

מנקודת המבט של מערכת משפטית יעילה, המצב האידאלי הוא זהות בתוכן הנורמטיבי של שלוש המערכות. כלל התנהגות הנדרש הן על ידי המשפט והן על ידי המוסר החברתי, והוא גם צו המצפון של היחיד – מרב הסיכויים שיוגשם בפועל; הוא אינו מהווה בעיה חברתית-מדינית. מספר ניכר של נורמות נוהגות נהנות מתמיכה משולשת זו.

עם זאת, לעתים יש פער בין תוכן הנורמות בכל אחת מהמערכות. הפער הוא טבעי ואינו בעייתי כשדרישות המוסר האיש האידאלי עולות על אלה של המשפט, כלומר מצב שבו המשפט אינו כופה על ההתנהגות הרצויה מבחינת

45 בבלי סוטה, לא, ע"א; השו"ר רמב"ם, **משנה תורה**, ספר המדע, הלכות תשובה, פרק י.

המוסר האידאלי. הסברנו את הפער הזה על רקע המגמה המחמירה יותר של המוסר האידאלי, השואף – בשונה מהמשפט – לשלמות המידות. מתן חירות מצד המערכת המשפטית מאפשר ליחיד לנהוג על פי דרישות המוסר: הוא רשאי למחול ולוותר על זכויותיו המשפטיות כלפי הזולת והוא רשאי להיחלץ לעזרת הזולת כמיטב הכרתו המוסרית גם כשלא מוטלת עליו חובה משפטית. הוא הדין בנוגע להבדלים בין דרישות המוסר החברתי לבין אלה של המשפט. יש מוסכמות חברתיות הנתמכות לעתים על ידי המוסר האידאלי ואינן נאכפות על ידי המשפט. אדם המפר מוסכמה כזו חשוף לסנקציה חברתית אך לא לסנקציה משפטית. דוגמה מעניינת לפער מעין זה במשפטנו הייתה עניין הצלתו של אדם הנמצא בסכנה. בעבר, בהשפעת המשפט האנגלי, לא הטיל המשפט הישראלי חובה כללית להציל אדם, בניגוד למוסר החברתי ולמוסר האידאלי. כך, למשל, לא הייתה במשפטנו חובה להציל ילד שעמד לטבוע בים גם אם האדם הנוכח – שאינו המציל המקצועי או האחראי לשלום הילד – יכול היה למנוע את האסון בלי להסתכן בעצמו. אדם כזה חשף את עצמו לגינוי חברתי ואפשר כי הביא על עצמו גם מוסר כליות, אך לא סנקציה משפטית. מצב דברים זה עמד בניגוד לתפיסת היהדות, שלפיה אדם כזה עובר על "לא תעמוד על דם רעך"⁴⁶ ואמנם, בשנת 1998, בעקבות כמה מקרים של אי-הושטת עזרה מצילת-חיים, חוקקה הכנסת את חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998. העובר על הוראות החוק צפוי לקנס ששיעורו המירבי כיום הוא 14,400 ש"ח.⁴⁷ לחוק עצמו תחולה מצומצמת למדי וספק רב אם הוא מסוגל לשנות דפוסי התנהגות של יחידים.

תחום נוסף שיש בו פער בין המוסר החברתי לבין המשפט נוגע ליחסים בין בני זוג. בהקשר זה קבע בית המשפט העליון כי "המשפט אינו מכיר בעוולת ניאוף ביחסים בין בני הזוג עצמם [...] ההתחייבות בין בני הזוג לקבל על עצמם

46 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תכו, סעיף א; נחום רקובר **עושר ולא במשפט** 178 (התשמ"ח); אליעזר בן שלמה "החובה להציל נפשות" **הפרקליט** לט 414 (תש"ן).

47 לפי הוראת סעיף 61(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כפי שנקבע בצו מטעם שר המשפטים משנת 2010 מכוח סמכותו לפי סעיף 64 לחוק העונשין. על החוק ורקעו ראו ניל הנדל "חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 – השראה ומציאות" **מחקרי משפט** טז 229 (2001).

את האיסור של 'לא תנאף' היא במישור החברתי-מוסרי-דתי, אך אין לייבאה אל תוך המשפט".⁴⁸

הפער בין המשפט לבין המוסר החברתי בולט במיוחד בנוגע לכללי הנימוסים החברתיים, שבהם נמנים גם כללי הלבוש. המפר כללים אלה אינו צפוי לסנקציה משפטית, משום שמבחינה משפטית, התנהגות הנוגדת את המוסכמות החברתיות נחשבת בתחומים אלה כעניין של חירות אישית. עם זאת, אין לזלזל ביעילותן של סנקציות חברתיות: לעג, קלס, נידוי וחרם, על צורותיהם המגוונות, הם מכשירים חדים ותכליתיים המסוגלים להמריץ את היחיד להישמע למוסכמות החברתיות; לעתים הסנקציות האלה אף יעילות יותר מאלו המשפטיות. הוא הדין בנוגע לסנקציות חברתיות חיוביות: שבח, הלל, כבוד והערכה ציבורית עשויים להיות תמריצים חזקים מאוד לעמידה בנורמות של המוסר החברתי.

ההתנגשות בין המערכות נושאת אופי רציני מבחינה מדינית כשהמשפט דורש מיחידים התנהגות האסורה עליהם על פי המוסר האישי שלהם. מצבים אלה אינם נדירים בחברה המודרנית, נוכח השסעים האידאולוגיים הרבים בה. דוגמה בולטת לכך הם סרבני השירות הצבאי הפועלים מתוך מניעים מצפוניים. מבחינת השלטון המדיני, המצב חמור במיוחד כשיחידים אלה נתמכים על ידי המוסר החברתי של חלקים ניכרים בציבור. בנסיבות אלה, החלת המשפט מחייבת כפייה מרבית – דבר העלול לסכן את יציבות השלטון עד כדי מרד גלוי.

התנגשות אפשרית אחרת נובעת ממצב נורמטיבי הפוך: המשפט אוסר על התנהגות מסוימת המותרת או אף מחויבת על פי המוסר האישי או החברתי. התנגשויות מסוג זה מתרחשות כיום במדינות רבות בתחום המיני והמשפחתי. בישראל המתח בין המערכות הוא תופעה שכיחה בתחום היחסית בין הדת למדינה.⁴⁹ ניטול לדוגמה את איסור הביגמיה המעוגן בסעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז–1977. איסור זה נוגד את המסורת הדתית והחברתית של

48 ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני, פסקה 6 מפי השופט יצחק עמית (פורסם בנבו, 29.10.2013). בעקבות פסק דין זה ראו תמ"ש (משפחה ת"א) 30423-12-15 י. ש. נ' א. מ., פסקה 66 ואילך (פורסם בנבו, 20.11.2017).

49 ראו באופן כללי בשיטות השונות THE PLACE OF RELIGION IN FAMILY LAW: A COMPARATIVE SEARCH (Jane Mair, Esin Örüçü, eds, 2011). אחד המאמרים עוסק בשאלת סירוב מתן הגט בישראל ובארצות אחרות. שם, בעמ' 207–233.

הבדואים בנגב,⁵⁰ שהתוצאה היא שהאיסור המשפטי על ריבוי נשים אינו מוגשם, בין היתר באמצעות תכסיסים משפטיים למיניהם.⁵¹ דוגמה אחרת היא איסור ההלכה היהודית על נישואין בין כהן לגרושה.⁵² עובדה היא שציבור יהודי רחב במדינת ישראל אינו רואה את עצמו מחויב לאיסור זה אף שעקרונית הוא נורמה של משפט המדינה.⁵³ מצב דברים זה מכביד מאוד על הגשמת הנורמה. בפועל רוקן האיסור המשפטי מתוכנו על ידי האפשרות לערוך נישואין פרטיים⁵⁴ וכן באמצעות נישואין אזרחיים בחוץ לארץ.⁵⁵ ככלל, הדרישה המשפטית לעריכת נישואין דתיים הובילה להתנגשויות לא מעטות, שבמרכזן אנשים הטוענים לחופש בתחום זה. התנגשויות אלה הביאו ליצירת הסדרים מעשיים שתכליתם למתן, בדרך של פשרה, את המתחים בין המשפט לבין המוסר החברתי והמוסר האישי.

ג. היחס הרצוי בין המשפט לבין המוסר כבעיה אידאולוגית

אנו מניחים, כאמור, שיש הבדל מהותי בין מטרת המשפט (הסדרת היחסים הבין-אישיים בדרך של כפייה) לבין המטרה של המוסר האידאלי (שלמות המידות של אדם). מובן שיש הבדל בין המוסר האישי לבין המוסר הפוזיטיבי-החברתי. הראשון, שהוא השקפת היחיד על המוסר האידאלי, מהווה ביטוי

50 ALEAN AL-KRENAWI, PSYCHOSOCIAL IMPACT OF POLYGAMY IN THE MIDDLE EAST 76 sqq. (2014).

51 עליאן אלקרינאוי וורד סלונים-נבו "נישואים פוליגמיים ומונוגמיים: השפעתם על מצבן הנפשי והחברתי של נשים בדואיות-ערביות" **"שמרי נפשך": בריאות נפשית בקרב נשים בישראל 149–167** (2005). על תופעות דומות בארצות אחרות ראו MAYA MAJUMDAR, SOCIAL STATUS OF WOMEN IN INDIA 105–110 (2012); MIRIAM KOKTVEDGAARD ZEITZEN, POLYGAMY: A CROSS-CULTURAL ANALYSIS (2008).

52 בנציון שרשבסקי ומיכאל קוריןאלדי **דיני משפחה א 151–153** (מהדורה חדשה, 2015).

53 בנוגע לקשרים בין מערכות נורמטיביות – כלומר קליטת נורמה ממערכת אחרת – ראו להלן בעמ' 93 ואילך.

54 ראו במיוחד בג"ץ 51/69 **רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים**, פ"ד כד(1) 704 (1970); שרשבסקי וקוריןאלדי, לעיל ה"ש 52, שם.

55 השוו ע"א 4590/92 **כהנא נ' כהנא** (פורסם בנבו, 30.1.1994).

מלא יותר וממצה יותר של שלמות המידות; לעומתו, המוסר החברתי מתרכז יותר ביחסים הבין-אישיים, אם כי אינו מתעלם משלמותו של היחיד. השאלה הבאה היא מה המידה הראויה של כללי מוסר שיש לכפות על יחידים באמצעות נורמות משפטיות, כלומר: אילו מכללי ההתנהגות המקובלים על החברה או על מנהיגיה יש להפוך לכללים משפטיים הנושאים סנקציות? כך, למשל, יש הסכמה כללית ששקרנות אינה מידה הגונה, אך האם על המדינה להעניש כל דובר שקר?

התשובה על השאלה העקרונית תלויה במישרין בפילוסופיה המדינית. כך, למשל, אם מקבלים את דעתו של הרמב"ם – המושפעת מגישתם של אפלטון ואריסטו – שלפיה הבאת היחיד לשלמות אישית היא מתפקידי המדינה,⁵⁶ אזי אין מניעה מלהטיל על החברה כלל משפטי המסוגל לקדם מטרה זו. לפי תפיסה זו, ראוי כי חלקים גדולים מהמוסר האידאלי יופיעו גם בלבוש משפטי, כלומר ראוי שהפרתם תגרוור סנקציה חברתית מוסדרת וקבועה מראש, שבמקרה הצורך תבוצע באמצעות כפייה פיזית.

בהקשר של רעיון הכפייה, אין בעיני ההלכה היהודית הבדל עקרוני בין מצוות שבין אדם לחברו לבין מצוות שבין אדם למקום. מחובתה של החברה למנוע מהיחיד לעבור על איסור דתי בכל דרך אפשרית; יש אף מקרים שבהם אפשר לכפות על היחיד לקיים מצוות עשה.⁵⁷

לא כך יגרסו אלה הרואים את תפקידי המדינה והמשפט כמוגבלים להסדרת היחסים הבין-אישיים. המדינה נתפסת כמסגרת לחיי חברה תקינים, המאפשרת ליחיד לחיות את חייו באופן אוטונומי על פי דרכו המוסרית, ולכן אל לה

56 רמב"ם, **מורה נבוכים**, חלק ג, פרק נד. לדעתו יש ארבע דרגות של שלמות אנושית: שלמות הקניין, שלמות הגוף, שלמות מעלות המידות (שלוש דרגות אלה הן בבחינת תיקון הגוף) ושלמות המעלות השכליות (שהיא בבחינת תיקון הנפש). את השלמות האחרונה, שהיא העיקרית, אפשר להשיג רק על ידי תורת משה. כל התחיקות האנושיות שאינן מבוססות על נבואה מצטמצמות לתכלית של תיקון הגוף, ואין בכוחן להביא את היחיד לעיקר שהוא הכרת האל; **מורה נבוכים**, חלק ב, פרק מ. על השקפתו המדינית של הרמב"ם ראו יצחק אנגלרד "יחסי דת ומדינה בישראל – הרקע ההיסטורי-הרעיוני" **עיוני משפט** יט 741–744 (1995), והמקורות המובאים שם.

57 השוו בבלי כתובות, פו, ע"א-ב; בבלי חולין, קלב, ע"ב: "[...] במצות עשה כגון אומרים לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, עשה ציצית ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו"; מיכאל צבי נהוראי "האם אפשר לכפות על מעשה דתי?" **דעת** יד 21–34 (תשמ"ה).

למדינה לכפות על היחיד התנהגויות שאינן נוגעות לזולת, יהא ערכן המוחלט אשר יהא. לפי ההשקפה הליברלית מיסודו של ג'ון סטיוארט מיל (1806–1873), ההצדקה היחידה להפעלת כפייה בחברה מפותחת היא מניעת נזק מן הזולת.⁵⁸ אם כן, לפי "עקרון הנזק", מבחינת משפט המדינה אדם רשאי לנהוג ככל העולה על רוחו כל עוד אין בהתנהגותו משום פגיעה ממשית בזולת. לפי גישה זו, במישור הבין-אישי המשפטי יש לוותר על כל שאיפה לשלמות מידות אצל היחיד. לא די במעשה הנתפס כרע על פי סולם ערכים מסוים, כשלעצמו, כדי להצדיק את הפעלת הכלים הכפייתיים של מערכת המשפט; יש להסתפק בסנקציות של המוסר החברתי ושל המוסר האישי.

אולם, במציאות, המושג "נזק" עצמו עשוי להיות שנוי במחלוקת אידאולוגית. לפי השקפה ליברלית-אינדיבידואליסטית, המבחן לקיומו של נזק אצל הזולת יהיה חמור בהרבה מזה שנוקטת השקפה קולקטיביסטית-תועלתנית. האחרונה תראה בעצם אי-תפקודו הנאות של היחיד משום נזק ממש לחברה כולה. יתרה מזו, לפי השקפת עולם דתית, המניחה את קיומן של סנקציות על-אנושיות, מושג הנזק החברתי מקבל משמעות רחבה מאוד.

ניטול לדוגמה את התפיסה המסורתית של היהדות האורתודוקסית בדבר המשמעות הטורנסצנדנטית של עברה על מצוות הדת, העשויה להביא עונש שמימי על כלל ישראל. ברוח זו אומרים בתפילת מוסף בחגי ישראל: "ומפני חטאינו גלינו מארצנו ונתרחקנו מעל אדמתנו". נמצא כי בעיני המאמין, התנהגות של היחיד האסורה על פי הדת גורמת במישורין נזק חמור לו ולמדינה כולה. לכן, בעקבות הרעיון הדתי של ערבות הדדית, מחובתה של המדינה למנוע מהיחיד לעבור על האיסור הדתי כדי למנוע את העונש הקולקטיבי.⁵⁹ תפיסה זו אינה מקובלת על אדם ליברלי שאינו בבחינת מאמין בדת ושולל את רעיון העונש הטורנסצנדנטי.

מחלוקת אידאולוגית זו בין התפיסות השפיעה וממשיכה להשפיע במדינת ישראל על יחסי הדת והמדינה בהקשר של גבולות המשפט בחיי הפרט. השאלה העקרונית היא כיצד ליישב בין יהדותה של מדינת ישראל לבין היותה

58 ג'ון סטיוארט מיל **על החירות** (תרגום מאנגלית עופר קובר, 2006).

59 בבלי שבועות, לט, ע"א: "כל ישראל ערביין זה בזה"; אברהם שרמן "חובת החקיקה הדתית וישומה על פי ההלכה" **תחומין** ה' 366 (תשמ"ד).

דמוקרטיה ליברלית. אין פלא שהמחלוקת הערכית בשאלה זו היא אחד הגורמים החשובים והמרכזיים למתחים בנוגע ליחסי דת ומדינה בישראל. הסוגיה של אכיפת מוסר באמצעות המשפט העסיקה וממשיכה להעסיק מדינות רבות בסוגיית היחס להומוסקסואליות ובסוגיית הזהות המגדרית. עד המאה העשרים היו יחסי מין בין גברים בבחינת עברה פלילית במדינות רבות באירופה⁶⁰ וגם בישראל.⁶¹ האיסור על יחסים בין בני אותו מין היה מעוגן במסורת הדתית והחברתית,⁶² אך ההשקפה החברתית באשר ליחסים אלה השתנתה והמגמה הליברלית לביטול האיסור הביאה לשינוי החוק במדינות רבות.⁶³ עם זאת, מחוץ לאירופה, ובמיוחד באפריקה ובמזרח התיכון, עדיין חל איסור פלילי על יחסי מין כאלה במדינות רבות.

60 באנגליה, בשנת 1957, הציע הדוכ של ועדת Wolfenden לבטל את האיסור הפלילי. הדוכ עורר מחלוקת בשאלת האכיפה של מוסר באמצעות משפט בין השופט Devlin לבין המלומד Hart. ראו אמנון רובינשטיין **אכיפת מוסר בחברה מתירנית** (תשל"ה). האיסור הפלילי בוטל בשנת 1967.

61 אמנם האיסור בחוק העונשין בוטל בשנת תשמ"ח (חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988), אך כבר שנים רבות לפני כן נהגו על פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה שלא להגיש כתבי אישום בגין עברה זו כתנאי שבוצעה בין גברים בוגרים בהסכמה.

62 ביהדות נקבע האיסור בתורה, ויקרא יח 22; כ 13. השוו בראשית רבה כו, ה: "ר' הונה בשם ר' יוסף אמר 'דור המבול לא נמוחו מן העולם עד שכתבו גמומסיות [שטרי נישואין] לזכר ולבהמה'. אמר רב שמלאי: 'בכל מקום שאתה מוצא זנות אנדרולומוסיה באה לעולם והורגת טובים ורעים'". כמו כן ויקרא רבה, כג, ט. ראו את המאמר המעניין בדבר המניעים הפוליטיים והאידיאולוגיים שהביאו לביטול האיסור הפלילי על יחסים מיניים בין גברים בישראל: אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה המשפטית ההומוסקסואלית" **המשפט** ז 195 (תשס"ב). לדעת המחבר היה זה צירוף של גישה סובלנית מצד חוגים שמרניים וגישה נאורה מצד חוגים ליברליים.

יעקב ירדור נגד יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית

בבית-המשפט העליון

[23.10.65 ,12.10.65 ,8.10.65]

לפני הנשיא (אגרנט), והשופטים זוסמן, כהן

1

1

בית-המשפט העליון, ברחותו את הערעור, ססק —

1

ב. בהתאם להכרזה על הקמת המדינה, מדינת ישראל הינה לא זו בלבד מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא היא

גם הוקמה „כמדינה יהודית בארץ ישראל“ ; האקס של הקמתה נעשה בראש ובראשונה בתוקף זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, והיה בו באקס זה משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל.

ג. (1) בשלב הנוכחי של המדינה מבטאים הרברים הנ"ל את תזוין העם ואת ה„אנימאמין“ שלו ומחובת בית־המשפט לשותם לנגד עיניו בשעה שהם באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה.

(2) משמעותו של אותו „אנימאמין“ הוא שדבר המשכיותה של מדינת ישראל מהדהד עובדת יסוד קונסטיטוציונית, אשר חלילה לה לרשות כלשהי של המדינה בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית, או מעין־שפוטית — להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכיותה.

(3) ברור הוא, כי המעמד של אזרחות ישראלית מקפל בתוכו את חובת הנאמנות למדינת ישראל.

ד. (1) הנתון הקונסטיטוציוני, ששומה על בתי־המשפט להתחשב בו בפרשו את חוקי המדינה, ובפרט חוקי בעלי אופי קונסטיטוציוני, הוא הנתון, שמדינת ישראל הינה מדינה בתיקומה, ואין להרהר אחרי המשכיותה ונצחיותה.

(2) מכאן שדין זה חל על הפירוש שיש לתת לאותה תוראת חוק, הקובעת את המוסד השלטוני, אשר למען בחירתו התקיימו הבחירות לכנסת השישית, והיא ההרואה שבסעיף 1 לחוק יסוד : הכנסת, שלשונה היא „הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה“.

(3) כחגת דיבור זה היא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על־ידי כלל האזרחים ואשר תפקידו לשקוף, באמצעות הממשלה הנושאת באחריות כלפיה, על הכשחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר השאלה, אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונותה ואם לאו, שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומה. משום שצטם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את תזונו ואת ה„אנימאמין“ שלו.

ה. (1) רשימת מועמדים הכופרים בעיקר האמור, אין לה כרשימה כל זכות להשתתף בבחירות לבית הנבחרים.

(2) אין ללמוד מכך שיש לפסול את זכותם של חותמי הרשימה המערערת לבחור לכנסת, או זכותם של מועמדי הרשימה האמורה, בתור יחידים, להיבחר לכנסת, וכן גם את זכותם לכך, ששמותיהם ייכללו ברשימת מועמדים פלוגית.

ו. והצבעה בבחירות לכנסת איננה הצבעה בעד מועמדים יחידים אלא אך ורק בעד רשימות מועמדים ; פירושה של שיטה זו היא שההצבעה בבחירות לכנסת כמורה כהצבעה בעד קבוצת אנשים, הדוגלת במטרה פוליטית מסוימת, כך שההנחה חייבת להיות שאם תיבחר הקבוצה הזאת לכנסת, יעשו שם תבריה כדי לגבש את רצון העם בכיוון המטרה הנ"ל.

ז. (1) אמנם, בדרך הרגילה, אין לה, לתעדת הבחירות המרכזית, שעה שהיא מפעילה את סמכותה להחליט בדבר אישורה של רשימת מועמדים זו או אחרת, לבדוק את ציטיותיהם של המועמדים, או לחרות על השקפותיהם הפוליטיות.

(2) אולם כלל זה לא חל ברבע שתשומת לבה של ההעדה הופנתה לעובדה, כי הרשימה המערערת זהה עם קבוצת האנשים אשר לגביה קבע בית־המשפט הגבוה לצדק שהיא מהדהה אגורה בלתי־חוקית, הואיל ומטרתה לשלול שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט, כן הופנתה תשומת לבה של ההעדה לעובדה שבעקבות הקביעה הזאת הוכרזה אותה קבוצה כארגון בלתי־חוקי.

(3) נוכח עובדות אלו, לא נותר בידי ההעדה המרכזית כל שיקול דעת ולא היתה לה כל ברירה אלא להחליט שלא לאשר את הרשימה המערערת.

ה. אם כי, לפי תורת המרע המדיני, חופש ההתאגדות הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחת מזכויות היסוד של האזרח, הרי שום משטר חפשי, וביחוד לאור הלקת של ההיסטוריה בימינו, לא יתן ידו והכרתו לתנועה החותרת תחת אותו משטר עצמו.

פסק־דין ישראליים שאוּכְרוּ:

- [1] בג"צ 253/64 — סברי ג'ריס נגד הממונה על מחוז חיפה: פד"י, כרך יח (4), תשכ"ד/תשכ"ה-1964, ע' 673, 677, 679.
- [2] בג"צ 73/53; 87/53 — חברת "קול העם" בע"מ: עתון אל אחיחאד נגד שר הפנים: פד"י, כרך ז, תשי"ג/תשי"ד-1953, ע' 871, 874; פ"מ, כרך יג, תשי"ג/תשי"ד-1953, ע' 422.

פסק־דין אנגליים שאוּכְרוּ:

- [3] *John Pritchard v. The Mayor, Aldermen and Citizens of the Borough of Bangor*: (1888), 13 App. Cas. 241; 57 L.J.Q.B. 313; 58 L.T. 502; 52 J.P. 564; 37 W.R. 103, H.L.
- [4] *Harford v. Linskey*: (1899), 1 Q.B. 852; 68 L.J.Q.B. 599; 80 L.T. 417; 47 W.R. 653; 43 Sol. Jo. 381; sub nom. *Harford v. Lynskey, Re Liverpool, South Scotland Ward Case*: 63 J.P. 263; 15 T.L.R. 306. D.C.

פסק־דין איריים שאוּכְרוּ:

- [5] *New Ross Case*: (1853), 2 Pow. R. & D. 188. *The English and Empire Digest*, Vol. 36, p. 274, note c. ראה:

פסק־דין גרמניים שאוּכְרוּ:

- [6] *Verf GE 5/142*
A. Hamann, *Grundgesetz*, 2., Auflage, 1956 מובא בספר
H. Luchterhand Verlag, Berlin, S. 219
- [7] *VRG 11/53 (Gutachten) 347 L (BGHZ 11, 36)*

תוספת לכרך 11 של קובץ פסק־דין, ע' 34, 40.

חוקים אנגליים שאוּכְרוּ:

The Forfeiture Act, 1870 (33 & 34 Vict. c. 23), s. 2.

השופט כהן

חוקים אמריקניים שאוּכרוּ:

The Constitution of the United States, Art. I, s. IV (1); Art. II, s. V (2); Amendment to the Constitution, Art. XIV, s. 3.

חוקים גרמניים שאוּכרוּ:

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1949, Art. 21.

חוקים בינלאומיים שאוּכרוּ:

The Universal Declaration of Human Rights of 10.12.1948, Art. 21, 29 (2).

הערות:

1. על חופש ההתאגדות, ע"ן גם

Schmeiser, Civil Liberties in Canada, p. 221.

2. על הסיבות מכוחן ניתן לפסול מועמדים בבחירות, השווה גם:

Dawson and Wightwick, *The Law Relating to Local Elections*, p. 17 et seq. *Schofield Parliamentary Elections*, 2nd Ed., p. 79 et seq.

3. על פסקידין בעניני בחירות, ע"ן גם: ע"ב 1/61 ; 2/61 — ישעיהו שאלתיאל ארצי, ואח:

נגד יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת החמישית; פד"י, כרך טו, תשכ"א/תשכ"ב:1961, ע' 1522 ; בג"צ 206/61 — המפלגה הקומוניסטית הישראלית נגד ראש העיר ירושלים (מ' איש שלום), ואח'; פד"י, כרך טו, תשכ"א/תשכ"ב:1961, ע' 1723 ; בג"צ 272/65 — משה יפת נגד שר הפנים, ועדת הבחירות למועצה המקומית פרדסיה, ואח'; פד"י, כרך יט (3), תשכ"ח/תשכ"ט:1965, ע' 311 ; בג"צ 297/65 — ד' הרשקוביץ, קסינה, ר"י הרשקוביץ נגד ס' מרכוס, ואח' ו-ערעור-שכנגד; פד"י, כרך יט (3), תשכ"ח/תשכ"ט:1965, ע' 269.

ערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, מיום 29.9.65, בה סירבה

הוועדה לאשר את רשימת הסוציאליסטים לבחירות לכנסת השישית. הערעור נדחה ברוב דעות כנגד דעתו החולקת של השופט כהן.

ד"ר י' ירדור טען לעצמו: מ' בן זאב, היועץ המשפטי לממשלה;

צ' טרלו, סגן פרקליט המדינה ו-ש' גוברין, עוזר ראשי ליועץ המשפטי — בשם המשיב

פסק-דין

השופט כהן: ערעור זה בא לפנינו לפי סעיף 24 לחוק הבחירות לכנסת, תשי"ט-

1959, הקובע לאמור:

„(א) סירבה הוועדה המרכזית לאשר רשימת מועמדים תודיע הוועדה על כך, לא יאוחר מהיום ה-29 לפני יום הבחירות, לבא-כוח הרשימה ולממלא מקומו, והם רשאים לערער על הסירוב, לא יאוחר מהיום ה-25 שלפני יום הבחירות, בפני בית-המשפט העליון.

השופט כהן

לזמן, וכן חבר בני האדם המאוגד בתור חברת אל-ארד בע"מ, לרבות חבר בני אדם שנוצר על-ידי פעולה משותפת של בעלי המניות של החברה האמורה או של כל חלק מהם, הם התאחדות בלתי חוקית. פה עלי להוסיף שלפני הפניה להתארגן בתור אגודה לפי חוק האגודות, העתמאני, היתה פניה לרשם החברות לרשום חברת מניות בשם חברת אל-ארד בע"מ, ורשם החברות סירב לרשום אותם. הם פנו אז לבית-המשפט העליון והוא ציווה על רישום החברה. ההכרזה של שר הבטחון חלה גם על ההתארגנות הזאת בתור חברה בע"מ.

אלו הן העובדות שרצייתי למסור לכם בשלב זה; וכפי שאני מבין, השאלה שתעמוד בסופו של דבר תהיה, האם יש לאשר את הרשימה הזאת או לא. מטרת הדיון של היום, כפי שאני מבין אותו, הוא שתתייחסו היום לעובדות האלו שהבאתי בפניכם, ואם תתקבל הדעה שהרשימה הזאת צפויה לפסילה, אני מבין שמחובת המליאה להזמין בפניה את באי-כוח הרשימה הזאת כדי שיוכלו להשמיע את טענותיהם נגד הפסילה (ע' 5—6).

תוך כדי דיון על ההודעה הזאת, אמר אחד מחברי הוועדה כי „הקבוצה קיבלה עידוד משידורי רדיו קהיר. אם קיימת אפשרות, הייתי מבקש שנצטייד בהעתקים של אותם שידורים. אחת העצות שהם קיבלו מרדיו קהיר היתה לרכוש חסינות פרלמנטרית על מנת שלא יוכלו לרדוף אותם“ (ע' 14). על כך ענה היושב ראש, שהוא מוכן להפיץ את תחומר בין חברי הוועדה; הוא הוסיף ואמר וזו לשונו:

„אני חושב כי לוועדה זאת סמכות שיפוטית. הזכירו את חוק יסוד: הכנסת; בחוק יסוד: הכנסת, קיים סעיף 6 האומר שכל אזרח ישראלי שביזם הגשת רשימת המועמדים הכוללת את שמו, הוא בין 21 שנה ומעלה, זכאי להיבחר לכנסת, אם בית-משפט לא שלל ממנו זכות זאת על-פי חוק. אני מביא את הדבר לידיעתכם, וכל אחד יעשה בכך שימוש לפי הבנתו“ (שם).

בסופו של דיון נתקבלה החלטה להזמין את באי-כוח הרשימה לטעון לפני הוועדה, מדוע לא תיפסל הרשימה מן הטעם (תוך השאר) „שהרשימה וקבוצת המועמדים יש לראותן כהתאגדות בלתי חוקית ועל כן אין לאשרה“ (ע' 16).

4. בשיבה השביעית של ועדת הבחירות ביום 24.9.1965 הופיע העותר כבאי-כוח הרשימה לפני ועדת הבחירות, ויושב ראש הוועדה פנה אליו בדברים האלה:

„..... אני רוצה להסביר לאדוני במה בקוים כלליים מדובר. הוועדה סבורה שיש בפניה חומר לכאורה לכך שיוזמי הרשימה הזאת הם אנשי אל-ארד, ומתברר מבדיקת השמות, ששישה מן המועמדים הם מיוזמי

השופט כהן

חברת המניות אל-ארד (קורא השמות), ושחמישה מן היוזמים של אגודת אל-ארד הם בין המועמדים (קורא השמות). ידועה לנו הכרזת שר הבטחון, שפורסמה בילקוט הפרסומים 1134. נוסף על כך הובא לידיעת הוועדה פסק-דין של בית-המשפט העליון בענין בקשת אל-ארד נגד המתונה על המחוז ב"בג"צ 253/64 (1). אני מפנה את אדוני לאותו סעיף בחוק האגודות, העתמאני, שעליו דובר גם באותו פסק-דין, סעיף 3, ביחד עם ההגדרה של אגודה בסעיף 1 לחוק. זה היה החומר שהמריץ את הוועדה להזמין את אדוני לטעון את טענותיו" (ע' 27).

העותר הפנה תשומת לב הוועדה לסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת, וטען כי "שום חוק לא נותן לוועדת הבחירות את הסמכות לשלול מכל אורח את זכותו להיבחר לכנסת בסענה שהרשימה היא התאחדות בלתי חוקית. שום פסק-דין בהתאם לסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת לא שלל מאף אחד מהמועמדים שברשימה הזאת את הזכות להיבחר." (ע' 28). לאחר מכן עבר העותר לענין מטרתה של הרשימה, ואלה דבריו:

"הרשימה הזאת שואפת לחסל את התופעה של גויים של שבת' במפ' לגות היהודיות, הדוגלות בשוויון לעם הערבי והענקת מלוא האפשרויות לעם הערבי, וגם בשטח מדינת ישראל לבטא סולידריות ושותפות עם גלי השחרור הלאומי בזירת המזרח התיכון באותה המידה שהעם היהודי בארץ הזאת דרש והשיג זכות זו משלו, וכל זאת לטובת המדינה. מבחינה ציבורית, ביטול הרשימה פירושו מגיעה מהעם הערבי הגר בישראל לומר את דברו בענינים הרגישים לו ביותר, בפורום היחידי שיאפשר לו להתבטא באופן חפשי. ההגיון מחייב לאפשר לערבים להגיע לכנסת ברשימה ערבית עצמאית, דבר שימנע מאלמנטים בלתי אחראיים להידבר בדרכים פסולות על מחתרות למיניהן. אני מסכם וחוזר שאין כל חשיבות, מבחינת החוקים שעל-פיהם פועלת הוועדה הנכבדה הזאת, לכל מה שקדם, לכל אופי של כל התאחדות שהיא. מדובר פה בזכות להיבחר, בזכות להציע מועמדים, וזכות זו לא נשללה בשום מקום, בשום הכרזה, בשום פסק-דין, ואין — בכל הכבוד — בכוחה של ועדה זו לשלול אף אחת מן הזכויות הללו" (שם).

5. בישיבתה השמינית שהתקיימה ביום 29.9.1965, קיימה ועדת הבחירות דיון מלא ומקיף בענין זה. אחרי שחברי הוועדה הביעו דעותיהם, חיווה יושב ראש הוועדה את דעתו באריכות, ומאחר והיועץ המשפטי המלומד אימץ לעצמו את דעת יושב ראש הוועדה לצורך טיעונו לפנינו, אביא את הקטעים מנאומו, הנוגעים לשאלה המשפטית השנויה במחלוקת, כמסירתם וכרישומם בפרוטוקול; ואלה הם:

"ברור שאנחנו דנים בשאלה הזאת בסמכותנו השיפוטית. השאלה העו-
מדת לפנינו היא מטבעה שאלה משפטית. (ע' 24).

הנאפט כהן

אנחנו יושבים פה לא בתור בית-משפט, ולכן איננו דורשים הוכחות כפי שבית-משפט דורש על-פי חומרת דיני הראיות. אנחנו יכולים להסתפק בפחות ממה שהיה עומד במבחן בתביעה משפטית כבית-משפט. ובית-המשפט העליון, לפי דעתי, יעמיד את עצמו במצבה של הוועדה הזאת, כאשר יבוא לדון גם בשאלות העובדתיות הקשורות עם ההחלטה המשפטית. ובכן, השאלה היא חמורה מאד, כי נכון נאמר כאן, אם אנחנו פוסלים את הרשימה הזאת, אפשר לשאול, איפה יהיה סוף לדבר? אולם התפקיד שלנו הוא להציב את הגבול, על-פי שיקולים משפטיים, ולקבוע באיזו גקודה יהיה הסוף לדבר. ולפי דעתי אפשר וצריך להציב את הגבול הזה. (שם).

..... אגודה היא לא רק אגודה רשומה או המבקשת להירשם, אלא היא מוגדרת בלשון הרחבה ביותר בסעיף 1 של אותו חוק (העתמאני). בתור גוף מורכב ממספר אנשים המצרפים את ידיעותיהם או את פעילותם לשם השגת מטרה שאינה חלוקת רווחים. זוהי הגדרה רחבה ביותר, והיא חלה על אותם האנשים שביקשו לרשום את אגודת אל-ארד. ואני אומר שבאין שום ראיה אחרת לפנינו, היא חלה על אותם האנשים גם כיום. לפי דעתי האגודה שעלינו לראות אותה כאן, איננה 750 החותמים על הרשימה, אלא אלה הם 10 המועמדים. הלא לפי החוק, כל אחד מהמועמדים צריך לתת את הסכמתו בכתב להיות מועמד. ויש להניח שהוא מסכים להיות מועמד, אחרי שבדק עם מי הוא הולך לרשימה זו. ובכן, ישנה פה אותה הסכמה של 10 אנשים אלה, עליה מדובר בסעיף הראשון של חוק האגודות. העתמאני. וכשעצמי נחה דעתי, על-פי החומר שנמצא לפנינו, שיוזמי רשימת המועמדים הזאת הם אותה קבוצת אל-ארד שעשתה נסיונות קודמים להתארגן. ואחר כך בא שר הבטחון, ובהכרזתו. הפך גם את הקבוצה של יוזמי חברת המניות, להתאחדות בלתי חוקית לפי תקנות ההגנה לשעת חירום מ-1945, וגם כל חלק מחבר בני האדם האלה. אולם ההכרזה משמשת לי רק מכשיר עזר בהסקת מסקנתי; כי היסוד לפי דעתי, הוא בסעיף 3 לחוק האגודות. ופה אינני מתקשה כלל להציב את הגבול בין הרשימה הזאת, שמטרותיה הוגדרו באותו תקנון שחלקים ממנו הוזכרו גם בפסק-הדין של בית-המשפט העליון, ובין מפלגות אחרות השואפות לשנות את המשטר הקונסטיטוציוני הפנימי במדינה (ע' 25).

אני רואה הבדל עצום, כרחוק מזרח ממערב, בין קבוצת אנשים החזרת תחת עצם קיומה של המדינה, או בכל אופן תחת שלמותה הטריטוריאליה, ובין מפלגה המכירה בישות המדינית של המדינה אלא רוצה לשנות את משטרה הפנימי. השאלה שנשאלה כאן היתה, מה יהיה מחר אם נלך לפי אותו סעיף נגד מפלגות אחרות. אינני מכיר מפלגה אחרת במדינה, נגדה הייתי יכול ללכת לפי אותו סעיף. (ע' 26).

הנאפט כהן

..... אני רוצה לומר כי חוק יסוד: הכנסת אינו דף כלל בסוגיה בה אנחנו עוסקים כאן. הוא מדבר על פסלות אישית של המועמד. בעוד שאנחנו מדברים על פסלותה של רשימה בתור התאגדות. כשאנחנו רואים את המשטר המשפטי שלנו בתור שלמות, מותר לנו לקרוא גם את חוק יסוד: הכנסת, ובוודאי את חוק הבחירות לכנסת, ביחד עם חוק האגודות, ואנו יכולים לקרוא אל תוך חוק הבחירות לכנסת תנאי מכללא שהתאחדות בלתי חוקית אינה יכולה להתאשר כרשימה (שם).

א

..... אני אומר שצריך להוסיף לתנאים האלה המפורטים בחוק, תנאי מכללא, לפי אותו כלל האומר לנו בדיני חוזים, ומה היה אומר אדם העומד מהצד, לו היו שואלים אותו את השאלה הזאת, האם צריך לקרוא תנאי אל תוך חוזה שנעשה בין הצדדים ולא פורט בחוזה, ותשובתו תהיה, הרי זה דבר מובן מאלי — כי אז מותר לך לקרוא תנאי מכללא אל תוך אותו חוזה. באותה דרך צריך לגזור פה את פירוש החוק. עתה רצוני להזכיר לכם רעיון אחר, שוב מדיני חוזים; הרעיון הקובע כי *ex turpi causa non oritur actio* מעילה בת עוולה לא תקום תביעה. גם הדבר הזה אינו כתוב בשום חוק, אבל אנחנו קוראים אותו אל תוך כל חוזה, אם כי אצלנו ישנם דיני החוזים הקבועים בחוק החרות. אני חושב שהוועדה הזאת, בגישתה השיפוטית, צריכה ללכת לפי אותה דרך ולומר — רשימה שהיא בלתי חוקית במובן זה, שהיא שוללת את עצם קיום המדינה, איך לאשר אותה, מאותם טעמים שהוסברו בפסק־הדין של בית־המשפט העליון, מפני שאין לשותף בכנסת, שהוא המוסד הריבוני במדינה, המוסד הנותן ביטוי לרצון העם, גורם השולל את עצם קיום המדינה. כפי שנאמר בפסק־הדין, אין להשתמש ברעיונות דימוקרטיים כדי לחתור תחת עצם המשטר הדימוקרטי. אלה הם רעיונות יסודיים של משטרנו הקונסטיטוציוני, שמותר לנו לקרוא אותם אל תוך סעיפי חוק הבחירות לכנסת" (ע' 27).

ב

ג

ד

ה

6. תמים דעים אני עם היושב ראש הנכבד של ועדת הבחירות, שהשאלה שעמדה לפני הוועדה, והעומדת עתה לפנינו, היא שאלה קונסטיטוציונית מכובדת וחמורה עד מאד; והעובדה שהחוק מחייב אותנו למסור פסק־דינו תוך ארבעה ימים, ובהם יום שבת ויום חג, אינה מקלה עלינו את תפקידנו הקשה. נעזרתי בהרבה על־ידי חברי הוועדה, שבנאור־מיהם בוויכוח שהתנהל בוועדת הבחירות האירו והבהירו את הבעיה על כל צדדיה, איש איש לפי גישתו והשקפתו שלו — ובמיוחד על־ידי חוות דעתו המלאה והברורה של היושב הראש הנכבד, שהבאתי מקצתה לעיל, ואשר בעקבותיו אדון בכל השאלות המתעוררות כאן, לפי הסדר שהוא קבע לעצמו. אקדים ואומר שמן הבחינה העובדתית, לא נהרהר אחרי קביעתה של הוועדה שהמועמדים של הרשימה הזאת הם הם אנשי קבוצת אל־ארד, שהיא התאחדות בלתי חוקית, אם לפי סעיף 3 לחוק האגודות, העתמאני, ואם לפי תקנה 84 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, ואם לפי שני החיקוקים גם יחד; ולענין זה אין

ו

ז

השופט כהן

נפקא מינה שלא כל המועמדים ברשימה היו פעילים או ידועים כאנשי קבוצה זאת קודם לכן, שהרי — כדברי יושב ראש הוועדה — כשהחליטו ללכת ברשימה אחת עם אנשי אל-ארד, חזקה עליהם שבדקו תחילה עם מי הם הולכים ולקראת מה. וכן לא נהרהר אחרי קביעת יושב ראש הוועדה שאי חוקיות זאת נובעת, כולה או מקצתה, מכך שאנשי קבוצה זו "חותרים תחת עצם קיומה של המדינה, או בכל אופן תחת שלמותה הטריטוריאלית".

א

7. השאלה המשפטית העומדת לפנינו אינה אלא זאת, אם יש לוועדת הבחירות המרכזית סמכות על-פי דין, אם על-פי דין מפורש ואם מכללא, לפסול רשימת מועמדים לכנסת. באשר היא בגדר "התאחדות בלתי חוקית", אך בטרם אבדוק את הדין, עלי לומר כמה דברים להבהרת השאלה.

ב

בהחלטתה של הוועדה נאמר, כזכור, שהרשימה נפסלה בתורת "התאחדות בלתי חוקית, היות ויוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה". הוועדה אומר שבהתאחדות בלתי חוקית לבד לא סגי: "הגבול", שלדעת יושב ראש הוועדה יש להציב הוא, כנראה, הקו המפריד בין התאחדות בלתי חוקית שאי חוקיותה היא בחתירה תחת קיום המדינה או שלמות שטחה, לבין התאחדות שהיא בלתי חוקית מחמת אי חוקיות אחרת. אם אמנם יש לקרוא את הוראות סעיף 3 לחוק האגודות, העתמאני, לתוך חוק הבחירות לכנסת, כי אז נמצא שגם רשימות מועמדים המתנגדים "לחוק ולמוסר", ובכלל זה לחוק פלוני ומסויים, או שמטרתם היא "לשנות את אופן הרכבת הממשלה הקיימת", או "להשפיע על התבדלות בין הגזעים השונים אשר במדינה" — בלתי חוקיות הן. ואם אמנם רשימת מועמדים היא התאחדות בלתי חוקית, כמשמעותה בחוק האגודות, העתמאני, אין אני יכול לראות כיצד ועדת הבחירות — אם היא מוסמכת לפסול רשימה מחמת היותה התאחדות בלתי חוקית — תוכל לאשר רשימה שכזאת. אבל כולי עלמא לא פליגי, היושב ראש הנכבד הסביר זאת לוועדה בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים, שרשימת מועמדים המתנגדים לחוק פלוני ורוצים לבטלו או לשנותו, או המתנגדים להרכב הממשלה הקיימת ורוצים לשנותו, וכל כיוצא באלה — רשימות כשרות הן בתכלית, ולא יעלה על דעת איש לפסלן.

ה

והוא הדין לענין תקנה 84 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945: לפי תקנת משנה

1 (א), יכולה התאחדות להיות בלתי חוקית אך באשר היא מסיתה לאיבה נגד הממשלה, למשל; ולפי תקנת משנה 1 (ב) — היא תקנת המשנה לפיה הוכרז על אנשי קבוצה זו כהתאחדות בלתי חוקית — מסור שיקול דעת חפשי לשר הבטחון, והוא יכול להכריז על חבר בני אדם כהתאחדות בלתי חוקית מכל טעם וסיבה שייראו בעיניו.

1

יוצא שעצם היות רשימת מועמדים פלונית התאחדות בלתי חוקית, אם לפי חוק האגודות, העתמאני, ואם לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, אינה עילה בעיני ועדת הבחירות לפסלה; העילה היא שהאי חוקיות היא בחתירה תחת קיום המדינה או שלמותה. אלא העילה המשמשת לוועדה בסיס להחלטתה, אין בה כשלעצמה כדי להצביע על סמכות

1

השופט כהן

הוועדה וגבולותיה: יכול והוועדה מוסמכת לפסול רשימה באשר היא התאחדות בלתי חוקית, יהא אשר יהא טיב אי חוקיותה, ואילו היא אינה רואה להשתמש בסמכות זו אלא במקרה של אי חוקיות פלוגית; או יכול והוועדה אינה מוסמכת לפסול רשימה אך מן הטעם בלבד שהיא התאחדות בלתי חוקית, אבל מוסמכת היא לפסול רשימה כאשר האי חוקיות המדוברת בה היא חתירה תחת קיום המדינה ושלמותה דוקא. לאפשרות הראשונה רמז, כנראה, היושב ראש הנכבד של הוועדה, כאשר הציע לקרוא את סעיף 3 לחוק האגור דות, העתמאני, לתוך חוק הבחירות לכנסת; ולאפשרות השניה, רמז, כנראה, כאשר הציע לוועדה להציב את הגבול האמור בין רשימות שבעליהם חותרים תחת קיום המדינה לבין רשימות שבעליהם מבקשים לשנות רק את משטרה הפנימי.

הבה אבדוק את שתי האפשרויות הללו אחת אחת.

8. סמכויות ועדת הבחירות לענין אישורן או פסילתן של רשימות מועמדים, קבועות בסעיפים 22 ו-23 לחוק הבחירות לכנסת. סעיף 22 קובע וזו לשונו: -

„הוגשה רשימת מועמדים שלא בהתאם לסעיפים הקודמים, תודיע הוועדה המרכזית לבא-יכות הרשימה ולממלא מקומו על הליקוי, והם רשאים לתקן את הליקוי; היה בין החותמים על רשימת מועמדים מי שלא היה זכאי לבחור, ייחשב הדבר לליקוי, אולם מספר בלתי מספיק של חותמים פוסל את הרשימה.“

„הסעיפים הקודמים“ האמורים בסעיף זה הם הסעיפים 18 עד 21. בסעיף 18 נאמר כי רשימת מועמדים תיחתם ותוגש בידי 750 בעלי זכות בחירה, או תוגש על-ידי סיעה של הכנסת היוצאת; והיא תכיל שמותיהם וכתובותיהם ומשלח ידם של מועמדים שמספרם לא יעלה על 120. „הזכאים להיבחר“, ואשר הסכמתם להיבחר צורפה לרשימה; וכן נקבע שם מועד הגשת הרשימה לוועדה המרכזית. סעיף 19 קובע כי אדם אחד יוכל להיות מועמד ברשימה אחת בלבד. סעיף 20 מחייב את מגישי הרשימה לציין שני אנשים, אחד כבא-יכות הרשימה ואחד כממלא מקומו. סעיף 20 מחייב הפקדת פקדון בסך 5.000 ל"י, שבלעדי הפקדתו לא תקבל הוועדה את הרשימה. וסעיף 21 קובע שכל רשימת מועמדים „תשא כינוי עם אות או עם אותיים של האלף-בית העברי“, למטרת הבדלתה מרשימות אחרות.

לא הוגשה הרשימה תוך כדי קיום כל ההוראות הללו, כי אז חלה הוראת סעיף 22 הנ"ל. ומה הדין כשהוגשה רשימה, וכל ההוראות הללו קוימו במועדן וכהלכתן? בא סעיף 23 וקובע לאמור:

„רשימת מועמדים שהוגשה כהלכה או שתוקנה לפי הסעיף הקודם, תאשר אותה הוועדה המרכזית ותודיע על כך לבא-יכות הרשימה ולממלא מקומו.“

השופט כהן

טענות בעל-הדין לפנינו נסובו לא במעט על פירוש סעיף 23 הנ"ל. זה טוען, "רשימה שהוגשה כהלכה", פירושו רשימה שהוגשה "בהתאם לסעיפים הקודמים", כלשון המחוקק בסעיף הקודם; וזה טוען, "רשימה שהוגשה כהלכה", פירושו רשימה שאין בה פגם או פסול מבחינת ההלכה, אם לפי הסעיפים הקודמים שבחוק הבחירות לכנסת, ואם לפי כל דין אחר. זה אומר, "תאשר" לשון ציווי קטיגורי הוא, ואין לוועדת הבחירות כל שיקול דעת אם לאשר או לאו; וזה אומר, "תאשר", קרי רשאית לאשר, ולשון הציווי היא לאו דוקא.

לדעתי הצדק עם העותר. סעיף 22 קובע מה תעשה הוועדה כשרשימה פלונית הוגשה שלא כהלכה, כלומר כפי שהיתה צריכה להיות מוגשת בהתאם לסעיפים הקודמים, וסעיף 23 קובע מה תעשה הוועדה כשרשימה פלונית הוגשה כהלכה, כלומר כפי שהיתה צריכה להיות מוגשת בהתאם לסעיפים הקודמים. הדגש הוא על ה"הגשה", גם בסעיף 22 וגם בסעיף 23; והמונח "הגשה" מצביע על דרך עריכת הרשימה ומסירתה, דהיינו על כל אותם הדברים המפורטים בסעיפים הקודמים כאמור. והיה אם נמצאה רשימה ערוכה כדן, וכל הוראותיהם של הסעיפים הקודמים נתקיימו בה ככתוב, כי אז אין החוק מעניק לוועדה שיקול דעת: רוצה, תאשר את הרשימה, רוצה, תסרב לאשרה; אלא אין אז לפני הוועדה כי אם דרך אחת בלבד, והוא לאשר את הרשימה.

מוסיף היועץ המשפטי המלומד וטוען, אם לא תבוא הישועה מסעיף 23, הרי ישנם עוד סעיפים אחרים בחוק הבחירות לכנסת שמהם יבוא לנו ריחוק והצלחה. הנה סעיף 9 (א), הקובע כי ועדת הבחירות המרכזית מוקמת לשם "ביצוע הבחירות"; וביצוע הבחירות — כמותו כביצועו של חוק — מונח רחב הוא החובק זרועות עולם הבחירות, ויש בו כל הדרוש והמועיל לעשותו בהכנתן של הבחירות ובהוצאתן לפועל. והא ראייה וחזוק, שבסעיף 70 נמסרה לסמכותה היחידה של הוועדה "כל קובלנה בקשר למעשה או מחלל לפי חוק זה", ובסעיף 71 הוסמכה הוועדה לתת הוראות "בכל הנוגע להכנת הבחירות, הנהלתן וקביעת תוצאותיהן".

לדידי, יהא אשר יהא כלליותן של ההוראות הללו — ואין אני רואה צורך לפרשן בהזדמנות הנוכחית — אין הן יכולות לעמוד כנגד ההוראות המיוחדות הנוגעות להגשתן ולאישורן של רשימות המועמדים. אלה נוסחו בלשון ברורה, ואין עלינו לפרשן אלא פשוטן כמשמען.

זאת היתה, כנראה, גם דעתו של יושב ראש הוועדה. הוא אמר לוועדה וזו לשונו:

"מה זו רשימת מועמדים שהוגשה כהלכה? כשאני קורא זאת יחד עם סעיף 22, אני סבור שהתשובה שאני מוצא בתוך מסגרת חוק הבחירות לכנסת היא: רשימה הממלאה אחרי התנאים הנקובים בסעיפים הקודמים. לא נאמר כאן, בנוסח החוק, שלוועדה יש עדיין שיקול דעת, אלא כתוב: תאשר אותה. אחרי שנתמלאו התנאים האלה, ובכן, פה אני רואה את החומרה של הבעיה המשפטית...." (פרוטוקול מיום 29.9.65, ע' 26).

השופט כהן

הדגש, בדבריו אלה של יושב ראש הוועדה, הוא על המלים „בתוך מסגרת חוק הבחירות לכנסת“; ונשאלת השאלה אם מחוץ למסגרת חוק הבחירות לכנסת אמנם מצוי דין כלשהו המסמך את ועדת הבחירות לפסול רשימת מועמדים.

9. אם ירדתי לסוף דעתו של היושב ראש הנכבד, הרי רואה הוא את ועדת הבחירות המרכזית כרשות בעלת סמכויות מעין שיפוטיות (ובכך בוודאי איש לא יחלוק עליו); וכשם שבית-משפט, מתוך כוח וסמכות הטבועים בעצם קיומו, יסרב להושיט סעד על-פי עילה בלתי חוקית או למטרה בלתי חוקית, כן רשות מעין שיפוטית מוסמכת, מכוח סמכות טבעית הטבועה גם בה, לסרב מתן סעד על-פי עילה או למטרה שכאלה.

חוששני, עם כל הכבוד והיקר, שזאת היא הכללה כללית יתר על המידה. רבות מן הרשויות המינהליות, סמכויות מעין שיפוטיות בידיהן; ולא ייתכן כלל להעלות על הדעת שיהיו רשאיות לסרב מילוי תפקידיהן על-פי דין, רק באשר בקשת האזרח המוגשת להן פגומה, לדעתן, באי חוקיות. היועץ המשפטי המלומד הביא לפנינו תקדימים בהם סירב בית-המשפט הגבוה לצדק להושיט סעד, כשהרשות המוסמכת סירבה לתת רשיון לניהול עסק פלוגי, כשהיה בניהול העסק משום עבירה על החוק. פשיטא שאין להביא ראייה ממקרים כאלה — ראשית, באשר בית-המשפט הגבוה לצדק לא יושיט יד עוזר לעוברי עבירות; ושנית, באשר סמכותה של רשות פלוגית לסרב מתן רשיון למטרה בלתי חוקית, אינה מוכיחה סמכותה של רשות אחרת לסרב עשיית פעולה המוטלת עליה על-פי דין, אפילו בנסיבות דומות, ולא כל שכן בנסיבות שונות.

מוסיף היועץ המשפטי המלומד וטוען, שאפילו אינו חל הכלל על כל הרשויות למי-ניתן, על כל פנים חל הוא על ועדת הבחירות המרכזית, שהיא אינה סתם רשות בעלמא, אלא מעין „כנסת זוטא“, אשר כל מפלגות הכנסת היוצאת מיוצגות בה, ואשר בראשה יושב שופט של בית-המשפט העליון. הרכבה המיוחד ומעמדה הרם של ועדה זו, מחייבים את ההנחה שהמחוקק לא התכוון להעניק לה אך סמכויות מיניסטריאליות בלבד; ואם העניק לה שיקול דעת וחופש פעולה בכלל, הרי שיקול הדעת המדובר בו כאן קודם לכל.

הייתי מתייחס לטענה זו של היועץ המשפטי המלומד ביתר אהדה, אילו ניתנה סמכות כלשהי ליושב ראש הוועדה להכריע, לפי שיקול דעתו שלו, בשאלות כגון אלו כשהן מתעוררות בוועדת הבחירות. אבל אין החוק מעניק ליושב ראש כל שיקול דעת וכל זכות יתר, ובקבלת החלטות הוועדה הרי הוא כאחד החברים, וחברי הוועדה, כפי שכבר אמרתי, כולם מייצגים מפלגות פוליטיות, כל אחת ואחת בעלת אינטרסים מובהקים משלה, הן בהכנת הבחירות והן בהנהלתן. אינטרסים אלה אינטרסים פוליטיים הם, ולו גם לגיטימיים; אבל כשהחלטותיה של רשות פלוגית, מטבע ברייתה, מתקבלות מתוך שיקולים ומניעים פוליטיים, הדעת נותנת שהמחוקק לא יסמוך על שיקול דעתה כשהמדובר הוא בהענקת זכויות או בשלילת זכויות להשתתף בבחירות לכנסת. גם אילולא ההוראה המפורשת בחוק יסוד: הכנסת, יש להעמיד את המחוקק בחזקתו שלא יבוא לשלול את הזכות לבחור או להיבחר לכנסת, אלא על-פי חוק מפורש או על-פי הכרעה שיפוטית של בית-משפט מוסמך.

רשופט כהן

נראה לי שאף אם קיימת, בדרך כלל, סמכות, טבועה גם ברשות מינהלית, לסרב עשיית פעולה כשהבקשה או המבקשים לכך פגומים באי חוקיות, הרי הייתי שולל סמכות זו מוועדת הבחירות לכנסת, כל עוד המחוקק לא העניקה לה במפורש. צא וראה מה תוצאות הרושם סכנות יכול ויצמחו מהענקת שיקול דעת שכזה: מפלגה, או קבוצה פוליטית אחרת, הרוצה בשינוי השלטון או בביטול חוקים מסויימים, היא התאחדות בלתי חוקית כמשמעותה בחוק האגודות, העתמאני, כאמור; והמפלגות הנמצאות בשלטון, ואשר להם יש, כמובן, רוב בוועדת הבחירות המרכזית, יוכלו למנוע בעד מפלגה או קבוצה שכזאת להגיש רשימת מועמדים לבחירות, שהרי התאחדות בלתי חוקית היא, ולוועדת הבחירות נתונה הסמכות לסרב אישור רשימה מחמת אי חוקיות! והוא הדין לענין הכרזתו של שר הבטחון לפי תקנה 84 (1) (ב) לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945: מפלגה או קבוצה פוליטית שאינה מוצאת חן בעיני השר או שאינה לרוח מפלגות הקואליציה, יכריז עליה כהתאחדות בלתי חוקית, ובוועדת הבחירות יפסלוה בשל אי חוקיותה, והכל על מקומו יבוא בשלום קואליציוני. אמרתי, תוצאות הרושם סכנות הן; ויכלתי לומר, תוצאות אבסורדיות הן, ואין הדעת סובלתן.

10. ברם, אין אני סבור שאפשר לקרוא את הוראות סעיף 3 לחוק האגודות, העתמאני, אל תוך חוק הבחירות לכנסת, ולהחילן על רשימות מועמדים. אמת נכון הדבר שהגדרת ההתאחדות שבסעיף 1 לחוק היא רחבה עד כדי להקיף גם את היוזמים של רשימת מועמדים לכנסת או את המועמדים ברשימה אחת. אבל חוק הבחירות לכנסת הוא, לדעתי, חוק מיוחד לענין זה, והוראותיו בדבר רשימות המועמדים עומדות בפני עצמן, באורח בלתי תלוי ובלתי קשור בחוקים אחרים הנוגעים להתאגדויות של בני אדם, על אף ההגדרה הרחבה והמקיפה שבסעיף 1 לחוק האגודות, העתמאני לא יוזמי רשימת המועמדים ולא המועמדים עצמם, הם אגודה על-פי החוק ההוא: לא מפני שהגדרה אינה מכסה אותם, אלא מפני שהתחברותם יחדיו באה למטרה האמורה בחוק הבחירות לכנסת ולמטרה זו בלבד, ובדרך ובצורה שנקבעו לכך בחוק הבחירות לכנסת. אין הם צריכים לשלוח הידעה על התאגדותם לממונה על המהוו; אין הם צריכים ועד או פנקסים; ואין הם יכולים לתכוע או להיתבע במשפט; אבל אילו ההגדרה שבסעיף 1 היתה תופסת בהם, הרי כל יתר הוראות החוק — ולא דוקא סעיף 3 בלבד — ממילא היו חלות עליהם.

גם יוזמי רשימות מועמדים וגם המועמדים שברשימה אחת, התחברויות *sui generis* הם, מיוחדות במינן; ושום אי חוקיות אינה יכולה לפגום ולתפוס בהן אלא אי חוקיות הנובעת מהוראה מפורשת של חוק הבחירות לכנסת בלבד.

אשר על כן אין באי חוקיות אגודתם של יוזמי הרשימה הנדונה או של מועמדיה, כדי להסמיק את הוועדה לפסול את הרשימה.

11. בשארית האפשרות השניה, והיא שמוסמכת הוועדה לפסול רשימות מועמדים, אם אלה חותרים תחת קיום המדינה או שלמותה, המדובר הוא בבחירות לכנסת, המגלמת

השופט כהן

בריבונותה את ריבונות המדינה; ושלילת ריבונותה של המדינה, ושיבה בכנסת. תרתי דסתרי הם שאינם עולים בקנה אחד. כיון שכך, מן הדין — ואולי מן ההכרח — הוא שתהא מצויה בידי ועדת הבחירות המרכזית הסמכות למנוע כניסתם לכנסת של הכופרים בעיקר הריבונות.

אומר מיד שמסכים אני בכל לב שיש הכרח בדבר שתהא נתונה הסמכות בידי גוף כלשהו, אם ועדת הבחירות המרכזית, או אם הכנסת עצמה, או אם בית-המשפט, להוציא מן הכנסת כופרים בעיקר שכאלה הבוגדים במדינה והמסייעים בידי אויביה. אבל אין זאת אומרת שסמכות זו אמנם מצויה בידי גוף כלשהו, לרבות ועדת הבחירות המרכזית, לפי החוק הקיים. במדינה אשר בה שולט החוק, אין שוללים זכות מאדם, ויהא הוא הפושע המסוכן והבוגד הנבזה ביותר, אלא בהתאם לחוק בלבד. לא ועדת הבחירות המרכזית ולא בית-משפט זה מחוקקים במדינה הזאת: הכנסת היא הרשות המחוקקת, והיא אשר מסמיכה את מוסמכיה, אם רצונה בכך, לעשות לאיש כדרכיו וכפרי מעלליו. בהעדר הסמכה כזאת מאת המחוקק, לא ההגיון ולא הכורח ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יתא אשר יהא — מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושלילת זכות הזולת.

12. טוען היועץ המשפטי המלומד ואומר, אם אמנם אין בחוק הסמכה מפורשת של ועדת הבחירות המרכזית, הסמכה משתמעת ונרמזת יש בו: ודי לוועדה ברמיזה, ומה גם שיש ברמיזה זו משום גילוי כוונתו ורצונו של המחוקק. טענה זו מבוססת על הוראה המצויה בסעיפים 1 ו-2 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948, ובשמיעה ראשונה עשתה עלי רושם; ואולם לאחר עיון ראיתי שאין בה בהוראה זו אף שמץ רמיזה לכוונת המחוקק או לגישתו לענף השאלה העומדת לפנינו. וזאת והוראה:

”נציגיהם של ערבים תושבי המדינה המכירים במדינת ישראל ישותפו במועצת המדינה הזמנית (בסעיף 2: בממשלה הזמנית) כפי שיוחלט על-ידי המועצה“

הטענה היא — ולענין פירושה של ההוראה עצמה, טענה נכונה היא — שמכלל הן אתה שומע לאו, ערבים תושבי המדינה, המכירים במדינת ישראל, ישותפו במועצת המדינה: ערבים, ולו גם תושבי ישראל, שאינם מכירים במדינת ישראל, לא יכירם מקומם במועצת המדינה. הוראה זו משתלבת יפה עם האמור בהכרזה על עצמאות המדינה, בה נקרא בני העם הערבי תושבי מדינת ישראל ליטול חלקם בבנין המדינה, על יסוד אזרחות מלאה ושווה ועל יסוד נציגות מתאימה בכל מוסדותיה, הזמניים והקבועים — אם רצונם ליטול חלקם בבנין המדינה, כי או תובטח להם נציגות מתאימה במוסדות המדינה; מה שאין כן כשלא רק אינם נוטלים חלק בבנין המדינה, אלא אף מתכוונים להרסה כליל.

אמת נכון הדבר שבמקומה של מועצת המדינה הזמנית עומדת עתה הכנסת; ועל כן,

השופט כהן

טוען היועץ, מה שיאה היה למועצת המדינה, נאה עתה לכנסת; ומאחר ורשימת הסוציאליסטים רשימת ערבים היא, שאם כי תושבי ישראל הם, אין הם מכירים במדינה ואין הם רוצים ליטול חלק בבנינה, אלא, להיפך, רוצים הם בהריסתה ובחיסולה — חוק הוא שלא יכירם מקומם בכנסת.

א טענה זו מתעלמת מן הרקע הפוליטי והמשפטי, עליו הוכרז על עצמאות מדינת ישראל וחוקקה פקודת סדרי השלטון והמשפט. רוב רובם של הערבים שהיו אז תושבי המדינה, חשודים היו כאויביה של המדינה, אם לא בפועל כי אז בכוח; וכפי שהתברר עד מהרה, רבים מהם לא רק סירבו להכיר במדינה, כי אם לחמו בה ושיתפו פעולה עם אויביה מבחוץ להשמידה. לעומתם היו מהם מן הערבים שמלכתחילה, או במרוצת הימים, הכירו בקיום המדינה והחליטו להישאר ולהיבנות בה. פשיטא שבמצב המלחמה של הימים ההם, מן ההכרח ומן הדין היה להבדיל ולהבחין בין אלה לאלה, בין אויב לאוהב, או אף בין אויב לנייטרלי — לא רק כדי למנוע שתהא לאויב דריסת רגל במוסדות המדינה, אלא גם כדי להבטיח שהאוהד לא יופלה לרעה בשל דתו או לאומיותו.

ג בינתיים נתחלפו העתים ונשתנו הזמנים ונתגבשו הדינים. האויבים מבין הערבים תושבי המדינה, רובם ככולם עזבו את הארץ; והתושבים הערבים שמיום הקמת המדינה עד יום תחילתו של חוק האזרחות, תשי"ב-1952, לא עזבו את הארץ, או חזרו אליה כדין, היו מכוח סעיף 3 לחוק ההוא לאזרחי מדינת ישראל; והוא הדין בערבים שנולדו להם בישראל לאחר קום המדינה; ויש להניח שמספר נוסף של אזרחים ערבים זכו לאזרחותם מכוח התאזרחות על-פי סעיף 5 לחוק ההוא. כל אלה — אין ביניהם ובין האזרחים היהודים דים והאחרים של המדינה הזאת כל הבדל, לא לענין זכותם לבחור לכנסת ולא לענין זכותם להיבחר לכנסת, ולא לכל ענין משפטי אחר: כולם שווים לפני החוק, וחוק הבחירות לכנסת בכלל זה; והוא — אם אין בחוק מיוחד (כמו, למשל, חוק השבות, או פקודת ימי מנוחה) הוראה מפורשת אחרת.

ה אין בחוק יסוד: הכנסת או בחוק הבחירות לכנסת, כל הוראה, מפורשת או משתמעת, המתירה הפליה כלשהי, ומאינו סיבה שהיא, בין אזרחים יהודים לבין אזרחים שאינם יהודים; ממילא אין מקום להבחין ולהפלות בין אזרחים יהודים שאינם נאמנים למדינה או אינם מכירים בה, לבין אזרחים ערבים שאינם נאמנים למדינה או אינם מכירים בה. זכינו, בעיונותינו הרבים, גם לקבוצת יהודים המכריזה השכם והערב, בדיבור ובמעשה, על אי הכרתה במדינה; אך היועץ המשפטי המלומד הודה, לשאלתי, שאיש לא יעלה על דעתו למנוע בעדם מלהגיש רשימת מועמדים בבחירות לכנסת, אם ירצו בכך. הטענה היא שאינם דומים אלה לאלה, שאלה יש להם קשרים עם אויבינו מסביב, ואלה מוסגרים תוך ארבע אמות חומותיהם הנטורות (תדתי משמע). אבל כבר ראינו בבתי־משפט אלה אזרחי ישראל, לא ערבים, ששירתו את האויב ונתנו על כך את הדין — ואיש לא העלה על הדעת לשלול מהם זכויות אזרחות; לא מפני שלא היו אולי ראויים לכך, אלא מפני שלפי החוק הקיים אין אפשרות לכך.

השופט כהן

מדברי אחדים מתחברי הוועדה שהשתתפו בוויכוח נשמעת הנימה שיש רגליים לחשש שאנשי אל־ארד, הם אנשי הרשימה הנדונה, מנסים להיכנס לכנסת על־פי הוראות האויב אשר אתו הם עומדים בקשר, ובהצלחתם במזימתם זו יהא משום נצחון האויב ומשום מפלה ובזיון למדינה. מוכן אני להניח, שמבחינה אינפורמטיבית, הנחה זו נכונה היא, ומבחינה פוליטית, הרי השיקול המבוסס עליה בוודאי סביר ולגיטימי הוא. אבל מן הבחינה המשפטית נראה לי שאין בה בהנחה זו ואין בו בחשש זה, כדי להעלות או להוריד לכאן או לכאן. ייתכן גם ייתכן שהממשלות האוסרות מלחמה על ישראל, יודעות היטב את פרטי משטרה החוקתי של ישראל, והחליטו לנצל אותו למטרותיהן הנפסדות; אך איך בכך — בהעדר חוק — כדי הצדקה או טעם להתכחש מצדנו למשטרנו החוקתי כמות שהוא. נהפוך הוא: גאוותנו היא על חופש הדעה וחופש ההתאגדות והעדר ההפליה במדינת ישראל, ואין אנחנו מסתכלים אלא בכוח ובשאת נפש במשטרים, כמו אלה של אויבנו, שבהם מותרת אך מפלגה אחת, היא מפלגת השלטון, או בהם מרוכז כל כוח השלטון בידי רודן או בידי כת צבאית. בשעה שצרכי המלחמה, שאויבנו יכפות עלינו, יחייבו זאת, ידע המחוקק בישראל — ובכלל זה מחוקק המשנה המוסמך להחקיק תקנות שעת חירום — להסמיק את כל מי שטעון הסמכה, לנקוט בכל אמצעי ההתגוננות הדרושים, ולא רק בשדה הקרב בלבד; אבל מדינת ישראל נבדלת מאויביה בכך שלדידה גם מטרת המלחמה אינה מקדשת אמצעים פסולים; וכל אמצעי אשר נוגד את החוק, או אשר נעשה ללא הסמכה חוקית כשיש בו כדי לשלול מזכויות האזרח — פסול הוא, ושופט בישראל לא יסמוך עליו ידו.

ולא זו אף זו: אפילו מקום שהיתה קיימת הסמכה מפורשת בחוק לשלול מאזרח זכות פלוגנית, והזכות היא מזכויות היסוד של האזרח, כמו חופש הדעה והדיבור, לא סמך בית־משפט זה את ידו על השימוש בסמכות חוקית זו, אם השלילה לא באה למנוע סכנה ממשית, ברורה ומידית (בג"צ 73/53 : 87/53, פד"י, כרך ז, ע' 871, (2)). אין אני יכול לראות את הסכנה הממשית או הברורה או המידית הצפויה למדינה או למוסד ממוסדותיה או לזכות מזכויותיה, מהשתתפות רשימת מועמדים זו בבחירות לכנסת. ואם תמצני לומר, סכנה זו מן הנסתריות היא לבתי־המשפט ומן הגלויות אך ורק לשירותי הבטחון של הממלכה, אף אני אשיב שבחומר שהיה לפני ועדת הבחירות המרכזית, ושהוגש גם אלינו, לא היה כדי להצדיק, ולא כל שכן לחייב, מימצא שקיימת סכנה כאמור, ותשומת לב חברי הוועדה אף לא הופנתה לסכנה של ממש כאילו היא קיימת ומרחפת עלינו.

בהעדר ראיות מכריעות לקיום סכנה שכזאת, הרי שלילה זו של זכויות האזרח עלולה להיראות כסנקציה על התנהגותו ודעותיו בעבר; וסנקציה שכזאת בוודאי אין ועדת הבחירות המרכזית מוסמכת להטיל.

אשר על כן אין גם בעובדה, שהמועמדים שברשימה הזאת הם ערבים שאינם מכירים במדינת ישראל והאזהדים את אויביה, כדי להסמיק את ועדת הבחירות המרכזית שלא לאשר את רשימתם.

השופט כהן

13. יש מהן מן המדינות אשר בהן בטחון המדינה, או קדושת הדת, או הישגי הריבולוציה וסכנות הקונטרבולוציה, וכל כיוצא באלה ערכים מערכים שונים, מכסים על כל פשע ומכפרים על כל מעשה שנעשה ללא סמכות ובניגוד לחוק. יש מהם אשר המציאו להם "משפט טבעי" הגבוה מכל חוק, והמבטל אותו במקרה של צורך, בחינת עת לעשות הפרו התורה. כל אלה אינן דרכיה של מדינת ישראל: דרכיה דרכי חוק, והחוק ניתן מפי הכנסת או מכוח הסמכתה המפורשת.

הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת היא אחת מזכויות היסוד של האזרח, לא רק במדינת ישראל (סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת), כי אם בכל מדינה נאורה (ראה סעיף 21 להצהרה האוניברסלית של האומות המאוחדות על זכויות האדם). פשיטא שזכות זו אינה יכולה להילקח או להיפגע מטעם השלטון, אלא בהתאם לחוק. וכך קובע סעיף 29 (2) להצהרה האוניברסלית על זכויות האדם:

"לא יוטלו מיגבלות על זכויותיו וחירויותיו של אדם אלא בחוק, ורק במטרה להבטיח הברתן ושמידתן של זכויות וחירויות הזולת ולספק את הדרישות הצודקות של המוסר, והסדר הציבורי, ושלוש הכלל בחברה דמוֹ-קרטית."

ואם כי הצהרה זו אינה בגדר משפט בינלאומי מחייב, על כל פנים קובעת היא סטנדרדים מינימליים להתנהגותן התחקיתית של מדינות דמוקרטיות; ובל ניפול אנחנו מסטנדרדים אלה.

14. ואמנם הוסדרה הבעיה המעסיקה אותנו במדינות רבות בדרך חקיקה מפורשת.

באנגליה, הרי היו, עוד לפני דיני המשפט המקובל, פסולים להיבחר לבית הנבחרים, כל שהורשעו בבגידה או בפשע, בלשונן של בלקסטון, אלה הפסולים להיבחר: "זרים, קטינים, שופטים (מפני שאלה יושבים בבית-הלורדים); כמרים (מפני שאלה יושבים בקונ-בוקציה); ואנשים שהורשעו בבגידה או בפשע (מפני שאלה אינם ראויים לשבת בשום מקום)" (כרך 1, ע' 175). בימי המלכה ויקטוריה חוק חוק לאמור, שכל מי שהורשע בבגידה או בפשע ונידון למות או לעבודת פרך או למאסר לתקופה העולה על שנה אחת, הרי הוא פסול להיבחר לבית הנבחרים או לשבת בו, עד אשר ירצה את ענשו או יקבל חנינה (33+34 Vict. c. 23, sect. 2).

חוק זה חל גם על אירלנד (ראה Rogers on Elections, 20th ed. p. 26); ובאיר-לנד היה מעשה שמועמד לבחירות לפרלמנט הואשם בבגידה והושם במעצר עד לגמר דינו, והממונים על הבחירות פסלו את מועמדותו. פסק בית-המשפט שכל עוד לא הורשע כאמור בחוק, כשר הוא ככל מועמד אחר (New Ross Case; (1853), 36 English and Empire Digest, p. 274 note c (5)).

השופט כהן

והרי הדברים קל וחומר: מקום שקיים חוק חקוק הפוסל בוגדים מלהיבחר, אין החוק פוסל את הנאשם בבגידה. אף כשהוא כבר עומד בדין; קל וחומר מקום שאין חוק הפוסל בוגדים כאמור; קל וחומר בן בנו של קל וחומר כשהמועמד טרם הואשם בבגידה.

יצוין עוד שבאנגליה (וכן ברוב מדינות ארצות הברית של אמריקה) פריבילגיה של בית הנבחרים היא לגרש מתוכו אדם, אף שנבחר כדין, אם לדעת הפרלמנט אין הוא ראוי לשבת בו (ראה Rogers, שם, ע' 27).

הסמכויות הנתונות לפי חוק הבחירות לכנסת בידי ועדת הבחירות, להכין ולנהל את הבחירות, נתונה באנגליה לפקיד המכונה returning officer. קרה ופקיד כזה התיימר לקבוע אם מועמד פלוני פסול או כשר היה לפי החוק; ובתיהמשפט פסלו החלטות אלו כחורגות מסמכותו (3), (Pritchard v. Mayor of Bangor; (1888), (4), Harford v. Linskey; (1899)). ואם כי אינו דומה הפקיד האנגלי ההוא לוועדת הבחירות המרכזית שלנו, יש ללמוד מן התקדימים האלה לא רק שמוטב להפריד בין הפיקוח הטכני על ניהול הבחירות ובין קביעת כשירותם או פסלותם של מועמדי פלוני או של רשימת מועמדים פלונית, כי אם גם מה מאד יש להקפיד, דוקא בדיני בחירות, שהרשויות הממונות על עריכתן לא יחרגו ממסגרת סמכותם כפי שהיא קבוצה בחוק.

15. הדוגמה השניה שברצוני להביא היא מארצות הברית של אמריקה.

לפי סעיף 3 לתקון ה-14 לחוקת ארצות הברית, פסול להיבחר כחבר בית הנבחרים או הסניט כל מי שאי פעם נשבע אמונים לחוקת ארצות הברית, ולאחר מכן השתתף במרד או בהתקוממות נגדה או סיוע לאויביה.

מאחר וזאת היא הפסלות החקוקה היחידה, דין הוא בארצות הברית שאין להוסיף פסלות נוספת או אחרת אלא על-ידי תיקון נוסף של החוקה בלבד (Willoughby, Constitution of the United States, 2 ed. Vol. 1. p. 602). יאולם למעשה לא היה צורך בכך, שהרי לפי סעיף 1.41 של החוקה, כל אחד מבתי הקונגרס הוא השופט היחידי על הבחירות ותוצאותיהן ועל כשירותם של חבריו; ולפי סעיף 2.51 של החוקה רשאי כל אחד מן הבתים האלה, ברוב של שני שלישים, לגרש חבר מחבריו, אף שנבחר כדין. בסמכויות המשלימות הללו, לשפוט על כשירות החבר שנבחר, ולגרש חבר אף שכבר כיהן בתור שכזה, השתמשו שני בתי הקונגרס פעמים רבות כדי למנוע שאנשים בלתי ראויים או בלתי נאמנים יכהנו בהם.

16. לבסוף אזכיר את החוקה (Grundgesetz) של הרפובליקה הפדרלית של גרמניה, הקובעת בסעיף 21 לאמור:

„(1) המפלגות משתתפות ביצירת הרצון הפוליטי של העם. ייסודה

הנשיא (אגרנט)

של מפלגת חפשי. על תקנונה הפנימי להיות תואם עקרונות דמוקרטיים. על המפלגות למסור דינים וחשבונות פומביים על מקור האמצעים שבידיהם.

(2) מפלגות אשר לפי מטרותן או לפי התנהגותן שוחרות, מתכוונות להגביל סדרי היסוד של דמוקרטיה חפשית או לסכן קיומה של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית, הן מנוגדות לחוקה. בשאלת הניגוד לחוקה מכריע בית־המשפט הקונסטיטוציוני.

(3) פרטים ייקבעו בחוקים פדרליים.

נשמעו דעות שהוראה זו אינה עולה בקנה אחד עם חופש הדעה הפוליטית; אך בית־המשפט הקונסטיטוציוני הגרמני פסק שיש כאן משום ביטוי לדמוקרטיה לוחמת, שמטרתה היא למנוע חתירה, במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית, תחת סדרי הדמוקרטיה החפשית, על־ידי אלמנטים בלתי דמוקרטיים: יש כאן אמצעי מניעה והתגוננות, ולא סנקציה על מעשים שכבר נעשו (פסק־דין 5/142, (6), מובא לפי Hamann).

Grundgesetz, 2 ed. p. 219

וזאת היא, לדעתי, דרך חקיקה אשר יכולה לשמש דוגמה גם למחוקק שלנו.

17. סעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת, בו מובטחת לכל אורה בישראל שהוא בן עשרים ואחת ומעלה, הזכות להיבחר לכנסת, קובע זכות זו אך סייג אחד ויחיד, והוא "אם בית־משפט לא שלל ממנו זכות זו על־פי חוק". החוק המסמך את בית־המשפט לשלול זכות זו, לא חוקק עוד; אפילו לגבי פסולי דין אינה מצויה הסמכה כזאת, לא בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, ולא בכלל.

אם ענין זה שהיה לפני ועדת הבחירות המרכזית ואשר בא עתה לפני בית־משפט זה, והתוצאה שאליה אני הגעתי, אנוס על־פי החוק, או, ליתר דיוק, על־פי שתיקת החוק והעדרו — יביעו את המחוקק לעשות מעשה חקיקה שיהא בו כדי להגן על המדינה מפני חתרנים וחבלנים מבפנים, כי אז דיון זה לא יהא לשוא, והבעיה החמורה העומדת לפנינו תבוא על פתרונה בדרך הנאותה הראויה לה.

אני הייתי מקבל את הערעור ומבטל החלטת ועדת הבחירות המרכזית שלא לאשר את רשימת הסוציאליסטים.

הנשיא (אגרנט): קראתי בעיון רב את פסק־דינו המאלף — ואם מותר לי להוסיף: האמיץ — של חברי הנכבד, השופט כהן, אך אין בידי להסכים למסקנה הסופית, אליה הגיע, שכן דעתי היא, שהערעור חייב להידחות. נוכח הזמן הקצר, שעמד לרשותנו, אוכל לציין רק בקווים כלליים את ההגמקה שהניעה אותי לחלוק על מסקנת חברי.

(הנשיא (אגרנט)

המימצא העובדתי, אשר לאורו יש לדון בערעור זה ושאינ להרהר אחריו, הוא המימצא אשר בגללו סירבה ועדת הבחירות המרכזית לאשר את הרשימה המערערת («רשימת הסוציאליסטים»), והמוזכר במכתבו של המשיב, מיום 29.9.65, לבא-כוח הרשימה. נאמר שם, כי הנימוק לסירוב זה הוא: «רשימת מועמדים זו היא בלתי חוקית, היות ויוזמיה שוללים את שלמותה של מדינת ישראל ואת עצם קיומה». וביתר פירוט: מהחומר שהיה בפני הוועדה עולה ברורות, כי רוב המועמדים ברשימה האמורה הם אנשים השייכים ל«קבוצת אל-ארד» אשר מטרותיה הוגדרו בפסק-הדין שניתן בתיק בג"צ 253/64, תפ"ד, כרך יח, חלק רביעי, ע' 673, 677, (1), כמטרות השוללות «שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט». זאת ועוד, תמים דעים אני עם חברי, באמרו שאין נפקא מינה, ששאר מועמדי הרשימה לא היו פעילים או ידועים כאנשי התנועה הנ"ל שכן, משהחליטו ללכת ברשימה אחת עם אנשי אל-ארד, חזקה עליהם שהם בדקו תחילה עם מי הם הולכים ולקראת מה, משמעותו של המימצא העובדתי הנדון היא, איפוא, כי לפנינו רשימת מועמדים, שמטרתה להביא לידי היסולה של מדינת ישראל.

הנימוק העובר כחוט השני בפסק-דינו של חברי הנכבד נעוץ ברעיון, שסירובה של ועדת הבחירות המרכזית לאשר את הרשימה המערערת פירושה, פגיעה בעקרון של שלטון החוק, שכן בסעיף 23 לחוק הבחירות לכנסת, תשי"ט-1959, כתוב במפורש שאם «רשימת מועמדים הוגשה כהלכה או שתוקנה לפי הסעיף הקודם, תאשר אותה הוועדה המרכזית»; הוות אומר, אם נתקיימו, לגבי הרשימה שהוגשה, הדרשות המוזכרות בסעיפים הקודמים — וביניהן הדרשות, שחותמי הרשימה הם אזרחים ישראלים ובני 18 שנה ומעלה ולכן בעלי זכות בחירה; המועמדים הם אזרחים ישראלים ובני 21 שנה ומעלה ולכן, זכאים להיבחר לכנסת — כי אז לא נותר בידי הוועדה אלא התפקיד המיניסטריאלי לאשר את הרשימה, תפקיד שאינו טומן בחובו שימוש בשיקול דעת כלשהו. מכאן יוצא, כי נבצר מהוועדה לכלכל את החלטתה מתוך התחשבות בהשקפותיהם הפוליטיות של מועמדי הרשימה, תהינה השקפות אלו נפסדות כמה שתהינה, הואיל והוועדה כפופה למרותו של החוק והחוק — קרי סעיף 23 הנ"ל — חייב אותה לאשר את הרשימה.

אכן, מסכים אני כי הדברים האחרונים משקפים, בדרך כלל, את תוכן סמכותה של הוועדה המרכזית בבואה להחליט בדבר האישור של רשימת מועמדים זו או אחרת. אולם, גם חברי רמז בדבריה, שהבעיה שעמדה לדיון אינה כה פשוטה ולא עוד, אלא אף הטעים, שהיא «שאלה קונסטיטוציונית מכובדת וחמורה»; ואם כך הדבר, הרי ברור, שכדי לעמוד על תוכן סמכותה הנזכרת של הוועדה, מחובתנו לשים קודם אל לבנו את «הנתונים» הקונסטיטוציוניים, השייכים לשאלה זו. והנה, לא יכול להיות ספק בדבר — וכך מלמדים ברורות הדברים שהוצגו בשעתו בהכרזה על הקמת המדינה — כי לא זו בלבד שישיראל הינה מדינה ריבונית, עצמאית, השוחרת חופש ומאופיינת על-ידי משטר של שלטון העם, אלא גם שהיא הוקמה «כמדינה יהודית בארץ ישראל», כי האקט של הקמתה נעשה, בראש וראשונה, בתוקף «זכותו הטבעית וההיסטורית של העם היהודי לחיות ככל עם ועם עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית, וכי היה בו, באקט זה, משום הגשמת שאיפת הדורות לגאולת ישראל».

הנשיא (אגרנט)

למותר לציין, בשלב זה של חיי המדינה, כי הדברים האמורים מבטאים את חוזה העם ואת האני מאמין שלו ושמחובתנו איפוא לשוותם לנגד עינינו „בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה“ (בג"צ 73/53 : 87/53, קול העם נגד שר הפנים, פד"י, כרך ז, ע' 871, 884, (2)). משמעותו של אותו „אני מאמין“ הוא, שדבר המשכיותה — ואם תמצי לומר: „נציגותה — של מדינת ישראל מהווה עובדת יסוד קונסטיטוציונית“, אשר חלילה לה, לרשות כל שהיא של המדינה — בין רשות מינהלית ובין רשות שיפוטית או מעין שיפוטית — להתכחש אליה בבואה להפעיל סמכות מסמכיותה. שאם לא תאמר כן, פירוש הדבר יהיה זלוזל גמור בשתי המלחמות שנלחמה מדינת ישראל, מאז הקמתה, כדי למנוע את הכחדתה על־ידי מדינות ערב העוינות; פירוש הדבר יהיה, סתירה מוחלטת להיסטוריה של העם היהודי ולכיסופיו, לרבות הסתירה לעובדת השואה שנתחוללה על עם ישראל בתקופה שלפני הקמת המדינה, אותה שואה, בה הוכרעו לטבח מיליונים של יהודים באירופה ואשר הוכיחה מחדש — בלשון התכרזה — „את ההכרח בפתרון בעיית העם מחוסר המולדת והעצמאות על־ידי חידוש המדינה היהודית בארץ ישראל“.

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

וגם זאת לדעת: כאשר המחוקק קבע את עבירות הבגידה, הנזכרות בסעיף 7 (א) ו־(ב) לחוק לתיקון דיני העונשין (בטחון המדינה), תשי"ז-1957 — העבירות של פגיעה בריבונות המדינה ובשלמותה — הרי מטרתן היתה אך להמחיש, הלכה למעשה, את העקרון המחייב את הבטחת קיומה של מדינת ישראל, ריבונותו והמשכיותה.

על כן, אם הנתון הקונסטיטוציוני, ששומה עלינו להתחשב בפרשנו את חוקי המדינה — ובפרט חוקים בעלי אופי קונסטיטוציוני — הוא הנתון, שמדינת ישראל הינה מדינה בת קיימא ושאינו להרהר אחרי המשכיותה ונציגותה, כי אז ברור שדין זה חל גם על הפירוש שיש לתת לאותה הוראת חוק, הקובעת את המוסד השלטוני, אשר למען בחירתו מתקיימות הבחירות הנדונות, הלא היא ההוראה הבאה בסעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, ואשר לשונה היא: „הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה“. הדיבור הזה מה כוונתו אם לא למוסד המורכב מהנציגים שנבחרו על־ידי כלל האזרחים ואשר מתפקידו לשקד, באמצעות

הנשיא (אגרנט)

הממשלה הנושאת באחריות כלפיו, על הבטחת קיומה של מדינת ישראל ושלמותה, ואשר מכל מקום השאלה, אם יש לעשות לשם חיסול המדינה ושלילת ריבונותה, ואם לאו — שאלה זו אינה יכולה כלל לעלות על סדר יומו; שהרי עצם הצגתה נוגדת את רצון העם השוכן בציון, את חזונו ואת האני מאמין שלו.

הפועל יוצא מהדברים הללו הוא, שרשימת מועמדים הכופרים בעיקר הנ"ל אין לה, qua רשימה, כל זכות להשתתף בבחירות לבית הנבחרים. יודגש ויושם לכ, שאין ללמוד מדברי, שאני פוסל את זכותם של חותמי הרשימה המערערת לבחור לכנסת ואף איני פוסל את זכותם של מועמדי הרשימה הזאת, בתורת יחידים, להיבחר לכנסת ולכן, גם לא את זכותם לכך, ששמותיהם יכללו ברשימת מועמדים פלוגית. אבל ההצבעה בבחירות לכנסת איננה הצבעה בעד מועמדים יחידים אלא אך ורק הצבעה בעד רשימות מועמדים (סעיף 4 (א) לחוק הבחירות לכנסת, תשי"ט-1959). פירושה של שיטה זו הוא, שההצבעה בבחירות לכנסת כמותה כהצבעה בעד קבוצת אנשים, הדוגלת במטרה פוליטית מסוימת, כך שההנחה חייבת להיות שאם תיבחר הקבוצה הזאת לכנסת, יעשו שם חברה כדי "לגבש את רצון העם" בכיוון המטרה ההיא (ראה הספר *Unity in Diversity* מאת Van Den Bergh, ע' 18, 38). ברור, שקבוצת אנשים, אשר מטרתם הפוליטית הגלויה איננה סתם, כפי שהדגיש יושב הראש של ועדת הבחירות המרכזית, "לשנות את המשטר הקונסטיטוציוני הפנימי של המדינה" אלא, "לחתור תחת עצם קיומה" לא תוכל *a priori* להיות בעלת זכות ליטול חלק באותו תהליך של גיבוש רצון העם ולפיכך גם לא תוכל לעמוד להצבעה בבחירות לכנסת.

כאמור, מסכים אני, שבדרך רגילה, אין לה, לוועדת הבחירות המרכזית, שעה שהיא מפעילה את סמכותה להחליט בדבר אישורה של רשימת מועמדים זו או אחרת, לבדוק את ציצייתיהם של המועמדים או לתהות על השקפותיהם הפוליטיות. אולם כלל זה לא חל על עניננו ברגע שתשומת לבו של הוועדה הופנתה לעובדה, כי הרשימה המערערת וזה עם קבוצת האנשים אשר לגביה קבע בית־המשפט הגבוה לצדק שהיא מהווה אגודה בלתי חוקית, הואיל ומטרתה לשלול שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט, וכן, לעובדה, שבעקבות הקביעה הזאת הוכרזה אותה קבוצה כארגון בלתי חוקי, נוכח עובדות אלו, לא נותר בידי הוועדה המרכזית כל שיקול דעת ולא היתה לה כל ברירה אלא להחליט שלא לאשר את הרשימה המערערת.

ולאחרונה: לא נעלם ממני, שתורת המדע המדיני מלמדת, כי במדינה דמוקרטית הריבון הוא העם בעצמו; כי הדמוקרטיה, היא בראש וראשונה משטר של הסכמה שהתהליך הדמוקרטי הוא איפוא תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן על־ידי הבירור המילולי והחלפת דעות בצורה חפשית; ושהבירור הזה מתקיים, בין השאר, באמצעות הבחירות הכלליות והדיונים בבית הנבחרים. הדברים האלה מחייבים לכאורה את ההשקפה, שמן הנמנע לכבול את ידיה של קבוצת אנשים — מהסיבה בלבד שהיא דוגלת במטרה לשלול את קיומה של המדינה — מלהעמיד את עצמה לבחירות

הנשיא (אגרנט)

לכנסת כדי להשפיע לטובת המטרה הזאת ולביא לידי הגשמתה. אולם, להשקפה זו תשובה ניצחת, היא התשובה שנתן לה השופט ויתקון ב"בג"צ 253/64 (שס, 3), ע' 679, באמרו:

"חופש ההתאגדות הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחת מזכויות היסוד של האזרח. חלילה לנו לשלול זכות זו ולפסול אגודה בשל כך בלבד, שמת" רתה או אחת ממטרותיה היא לשאוף לשינוי המצב החוקי הקיים במדינה. המצב הקיים עלול להיות טעון תיקון מבחינה זו או אחרת, ותנועה, המבקשת לארגן את דעת הקהל במדינה לקראת תיקון המצב, רשאית לעשות זאת במסגרת אגודה רשומה כחוק. אך שום משטר חפשי לא יתן ידו והכרתו לתנועה החותרת תחת אותו משטר עצמו."

והוא הוסיף:

"לא פעם קרה בהיסטוריה של מדינות בעלות משטר דמוקרטי תקין, שקמו עליהן תנועות פשיסטיות וטוטליטריות למיניהן, והשתמשו בכל אותן הזכויות של חופש הדיבור, העתונות וההתאגדות, שהמדינה מעניקה להן, כדי לנהל את פעילותן התרסנית בחסותן, מי שראה זאת בימי הרפובליקה של ויימר לא ישבח את הלקח."

זו גם הדעה שהביע בשנת 1942 אחד מגדולי המומחים לתורת מדע המדינה (Ernest Barker מאת Ernest Barker ע' 405):

"..... the democratic State would seem false to itself if it adopted such a policy towards any body of men who could claim to represent some section of popular opinion. Yet a party owing a foreign allegiance, and only acting in the democratic system in order to overthrow the system, can hardly in justice claim the benefit of the system."

אכן, הבעיה הקונסטיטוציונית, שהעסיקה אותנו בערעור זה, כבר עלתה — בשינויים המתאימים לענין — בארצות הברית באמצע המאה הקודמת. כזכור, הכריזו אותו זמן מדינות הדרום שהן מנתקות את עצמן מהמדינה הפדרלית ובעקבות המאורע הזה שלח הנשיא אברהם לינקולן לקונגרס את אגרתו המפורסמת מיום 4.7.1861. בה הגדיר את השאלה בלשון אשר רק תשובה אחת ויחידה מתבקשת ממנה:

"It forces us to ask: 'Is there, in all republics, this inherent and fatal weakness? Must a Government, of necessity, be too strong for the liberties of its own people, or too weak to maintain its own existence?'"

(State Papers by Abraham Lincoln (1907), p. 9)

התשובה שנתן הנשיא המהולל לשאלה הזאת, הלכה למעשה, ידועה לכל.

דעתי היא איפוא שוועדת הבחירות המרכזית נתגה כדין ולכן, חייב הערעור להידחות.

השופט זוסמן: הכל מסכימים שערעור זה מעלה שאלה חוקתית (קונסטיטוציונית) בעלת חשיבות שאין למעלה הימנה. לפיכך אין תימה בדבר, שאחר שמיעת טענותיהם של בעלי-הדין לא הודענו התלטתנו, אלא היינו זקוקים לשהות כדי לעיין בפסק-דיננו. שהות זו, היא, על-פי מצוות המחוקק, כה קצרה, שלא היה סיפק בידי להעלות את גימוקי על הכתב כאשר הודענו ביום 12 אוקטובר ש.נ. את פסק-הדין הדוחה את הערעור. אותה שעה גם טרם היתה לי הזדמנות לעיין בגימוקיו של כבוד הנשיא.

בינתיים שמעתי וגם קראתי את פסק-דינם של חברי הנכבדים, ולא נשאר לי אלא למלא אחרי דבריו של הנשיא הנכבד, שאני מצטרף אליהם.

2. גם בלבי אין ספק בכך שחוק הבחירות לכנסת לא הסמיך את ועדת הבחירות המרכזית לאשר או לסרב לאשר רשימת מועמדים לפי שיקול דעתה. היפוכו של שיקול דעת כזה, משתמע מהוראת סעיף 23 לחוק הנ"ל, ומתן שיקול דעת אף אינו עולה בקנה אחד עם הרכב הוועדה שהוא גוף המורכב על טהרת עקרונות פוליטיים, לפי מתכונת הכנסת היוצאת, פרט ליושב ראש הוועדה שהוא שופט בית-המשפט העליון. אך לא זו היתה השאלה שעמדה לפנינו, אלא השאלה היתה, כפי שהגדיר אותה יושב ראש הוועדה בשיבתה מיום 29.9.65 (בע' 27 לרשימות הוועדה), אם רשאית הוועדה לבחון את כשרות הרשימה על-פי עקרון שאינו כתוב בספר החוקים. בשיבה הנ"ל הצביע יושב ראש הוועדה על כך, שעל אף העדר כל הוראה בדיני החוזים והחרוטים, אין בית-המשפט מבצע חוזה שמטרתו אינה חוקית. נוכח גימוקיו של הנשיא הנכבד אין אני חייב לחזור ולומר, כי "מטרה לא חוקית" לעניננו אין פירושה — מטרה השואפת לשנות סדרי השלטון. סדרים אלה אינם קדושים. ושינויים אינו פשע שנענשים עליו, אלא "מטרה לא חוקית" לעניננו היא מטרה השואפת לחסל את המדינה. להמיט שואה על רוב תושביה שלמענם הוקמה, ולהתחבר עם אויביה.

3. בפסק-דינו ב"ג"צ 253/64, פד"י, כרך יח (4), ע' 673, (1), הזכיר חברי הנכבד, השופט ויחקון, את הצורך ללמוד לקח מן הנסיון שעבר על הרפובליקה של ויימר. אולי אין זה מקרה שביית-המשפט העליון של הרפובליקה הפדרלית הגרמנית שקמה לאחר תום מלחמת העולם השנייה, הוא, עד כמה שידעתי מגעת, בית-המשפט הראשון שקבע את העקרון 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. בחוות דעת שמסר בית-המשפט העליון הגרמני ביום 6 בספטמבר 1953 (קובץ פסק-דין, כרך 11, ב"ע 34, (7)), הוא מביא, תוך הסכמה (ב"ע 40, (8)), דברים אלה מפסק-דינו של בית-המשפט לחוקה של מדינת באוואריה:

השופט זוסמן

„אין לשלול פסלותה של הוראה בחוקה על שום כך בלבד שההוראה עצמה היא חלק מן החוקה. ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דינ-על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה בכבודו ובעצמו; הוראות חוקה אחרות, שאינן בעלות דרגה כזאת והן עומדות בסתירה לכללים אלה, יכולות להיפסל.“

א

4. אם בארץ בעלת חוקה כתובה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה על אחת כמה וכמה. כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקוה מן המפה. שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתיימש מהעדר דין פוזיטיבי כשבעל-דין מבקש מהם, שיושיטו לו יד עזר כדי להביא את הקץ על המדינה. כיצא בזה גם רשות אחרת מרשויות המדינה אינה צריכה לשמש מכשיר בידי מי ששם לעצמו את חיסול המדינה כמטרה, ואין לו — אולי — מטרה אחרת זולתה.

ב

5. אני מרשה לעצמי לחזור על הדוגמה שהצגתי בזמן שמיעת הערעור. פלוני חפץ לזרוק פצצה בכנסת כדי לרצוח את חברי הכנסת, אך מיציע האורחים אין הדבר ניתן לביצוע, לכן הוא מגיש רשימת מועמדים לבחירות לכנסת, ומטרתו המוצהרת היא שבתור חבר כנסת, הנהנה מחסינות, יוכל להיכנס לאולם הישיבות ולבצע בו את זממו. פלוני זה מגיש רשימת מועמדים שאין בה פגם. החייבת ועדת הבחירות על-פי סעיף 23 הנ"ל, לאשר את הרשימה, ולסייע בידו, בדרך זו, לבצע פשע? או שמא רשאית הוועדה לומר שלא למטרה זו קיים במשטר דמוקרטי בית הנבחרים, והשימוש שפלוני מבקש לעשות בסדר המשטר שימוש לרעה הוא שאין הוועדה חייבת להשלים עמו? ואם רשאית הוועדה לסרב לאשר רשימת מועמדים שהוגשה לה לשם קידומה של עבירת רצח, כלום אינה רשאית לסרב לאשר רשימה שהוגשה לקידומה של בגידה במדינה?

ד

6. הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים, אינם בעצם, לגבי עניננו, אלא זכות ההתגוננות של החברה המאורגנת במדינה. בין אם נקרא לכללים בשם „דין טבעי“ (natural law) ללמדך שמטבע ברייתה של מדינת דיו הם (ראה Friedman, Legal Theory מהדורה ד', בע' 44—45), ובין אם נקרא להם בשם אחר, שותף אני לדעה, שהגסיון שבחיים מחייב אותנו שלא לחזור על אותה שגיאה שכולנו היינו עדים לה. כמו שאמר חברי הנכבד, השופט כהן, בית-המשפט הגרמני לחוקה, בדונו בשאלת חוקיותה של מפלגה, דיבר על „דמוקרטיה לוחמת“ שאינה פותחת את שעריה למעשי חתירה במסווה של פעילות פרלמנטרית לגיטימית. כשלעצמי, לגבי ישראל, מוכן אני להסתפק ב„דמוקרטיה מתגוננת“, וכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידינו גם אם לא מצאנום מפורטים בחוק הבחירות.

ה

לפיכך הסכמתי לדחיית הערעור.

לפיכך הוחלט, ברוב דעות, לדחות את הערעור.

נימוקים אלה נכתבו ביום 23.10.1964.