



## סמכויות בג"ץ – "הוו מתונים בדין, והעמידו תלמידים הרבה ועשו סייג לתורה"

מאת

השופט (בדימ') הרן פינשטיין\*

### מבוא

הבעיה המרכזית אותה אני מבקש להאיר ברשימה זו נוגעת למושג "חקיקה שיפוטית" בתחום המשפט הפלילי. אבקש להבהיר כי במסגרת הפרדת הרשויות המקובלת, הכנסת, כריבון, היא בעלת הסמכות הייחודית לחוקק חוקים ואילו תפקיד בית המשפט הוא לפרש אותם. קרי, אין לבית המשפט סמכות ליצור עבירות חדשות בדרך של פסיקה – בפועל, נוטל בית המשפט העליון לעצמו חירות "לחוקק" עבירות או סעיפי חוק שלא נחקקו בכנסת. השופט משה זילברג התנגד להתנהלות כזו עוד בשנת 1954 כאשר טען:

"אין מחוקק מבלעדי מחוקק ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה; אין השופט רשאי לחרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה "משלו" על סמך שיקולי היגיון".<sup>1</sup>

### 1. סעיפי סמכויותיו של בג"ץ

תחילה אציג את סעיפי סמכויות בית המשפט בשבתו כבית משפט גבוה לצדק. סעיפי משנה ג ו-ד של סעיף 15 לחוק יסוד: השפיטה מגדירים את סמכויות אלו. סעיף משנה (ג) קובע:

"בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר".<sup>2</sup>

סעיף משנה (ד) מתחיל במלים הבאות:

"מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג) מוסמך בית המשפט

\* שופט בית המשפט השלום ברחובות בשנים 1988 – 2009. מחבר הספר "הגמילה מהגלימה" ומנהל עמוד הפייסבוק "מפנקסו של משפטן".

<sup>1</sup> ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נגד היועמ"ש, פ"ד ה' 785 (1954).

<sup>2</sup> ס' 15(ג) בחוק יסוד: השפיטה, ס"ח השתמ"ד 78.

העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק—[...]<sup>3</sup>."

בסעיפים אלו מפורטות ארבע סמכויות המתייחסות להוצאת צווים נגד המדינה ורשויותיה, נגד בתי משפט ובתי דין ולהוצאת צו המכונה "הביאס קורפוס". צווים אלה נשאבו מן הדין האנגלי והם מכונים Prerogative Writs.<sup>4</sup> כללים אלה חלו בצמצום בזמן המנדט והסתופפו בעיקר תחת ההגדרה הכללית שעניינה "סעד מן הצדק". המחוקק הישראלי הרחיב ופירט באופן קונקרטי את הסמכויות המפורטות בפסקאות אלו.

בנוסף, מסייג סעיף משנה (ה) את סמכויות בג"ץ וקובע:

"סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק".

לאחר הצגת המסגרת החוקית נפנה לדיון עצמו.

## 2. הסמכות שנטל לעצמו בג"ץ

בית המשפט העליון דן בשנים האקטיביסטיות שלו על פי הסעיף הכללי המעניק לו סמכות לדון בעניינים בהם הוא רואה צורך לתת סעד "למען הצדק". בביטוי "אקטיביזם" אני מתכוון לשינוי שחל בהשקפות השופטים מאיר שמגר ואהרן ברק. יש להודות כי שמגר היה זה שהחל באקטיביזם השיפוטי ובהחזרת המשפט לשטחים שאינם משפטיים, אך שמגר עצר את התערבות בית המשפט בכל הנוגע לנושאים ביטחוניים. לעומת זאת, השופט ברק, שהתמנה לאחר שמגר כנשיא בית המשפט העליון, לא קיבל את המגבלות של שמגר וכבר בשנת 1995 קבע [באמרת אגב], בניגוד ברור לחוק, הלכה חדשה לפיה חוקי-סוד: כבוד האדם וחירותו מקנה סמכות לבית משפט לבטל חקיקה של הכנסת. לא מיניה ולא מקצתיה. רק כדי לחדד את הפער בין האקטיביזם לבין הפסיקה הקלאסית שקדמה ל"מהפכה השיפוטית" נדגיש כי בתקופה הקלאסית השופטים ראו עצמם מחויבים לאי התערבות בנושאים ביטחוניים, בנושאים פוליטיים רגישים, בענייני דת מעוררי מחלוקת ובוודאי שלא ראו עצמם מוסמכים לבטל חקיקה של הכנסת. משלב "אקטיביסטי" זה ינקו ועדיין יונקים השופטים הנוהים אחרי תפיסת עולמו של ברק את "סמכותם" – שאינה סמכות כלל ועושים בבית המשפט כרצונם.

נחזור, אם כן, לביטוי שמופיע בסעיף 15 – סעד "למען הצדק". ניסוח זה עמום ומשאר פתח כמעט בלתי מוגבל לבית המשפט. השיקול "למען הצדק" הפך בעצם לכלי בידי השופטים להקניית סמכות עצמית למעשה ללא כל מגבלה ברורה, שכן כל נושא ניתן להיכלל במונח "למען הצדק".

נוהג זה, וההחלטה של בית המשפט העליון לפיה יש לו סמכות לבטל חוקים של הכנסת, עומדים בניגוד לסעיף 15(ה), כי "סמכויות אחרות של בית המשפט העליון ייקבעו בחוק". ואכן, עד היום אין חוק המקנה לבית משפט סמכות לבטל חוקים

<sup>3</sup> שם, ס' 15(ד).

<sup>4</sup> הראשון בין המלכים הבריטיים שהכיר בזכויות האזרח היה המלך ג'ון אשר העניק את המסמך המפורסם ה-Magna Carta משנת 1215. תהליך זה במסגרת ההיסטוריה של המשפט האנגלי הכוללת שלבים שונים של השתחררות משלטון היחיד של המלך.

של הכנסת.<sup>5</sup> יש שטוענים כי הביטוי "למען הצדק" מכסה גם ביטול חוקים. לפי זה מתבקשת המסקנה כי סעיף 15(ה) מיותר לגמרי. מנגד, כל משפטן מכיר את כלל הפרשנות האומר כי המחוקק אינו משחית מילותיו לריק וכי יש לצקת משמעות לכל דבר חקיקה של הכנסת. יוצא אפוא כי המשמעות שניתן לביטוי "צדק" על ידי בית המשפט מיותר לגמרי את סעיף 15(ה).

### כך אין לנהוג.

זאת ועוד; אחד מכללי הפרשנות בניסוחו בלשון לעז הוא: *Ejusdem generis*. בעברית המשמעות היא: "מאותו סוג", כלומר "הסמכויות האחרות" אליהן מתכוון סעיף 15(ה) צריכות להיות מאותו סוג או מאותו אופי כסעיפי המשנה המפורטים בסעיף 15(ג). ביטול חוק של הכנסת על ידי בית משפט אינו קשור בשום אופן ובשום דרך לסמכויות המפורטות בסעיף משנה זה.

למשל, בד"נ 9/83 דן בית המשפט העליון בפרשנות סעיף 2(1) לחוק הגנת הפרטיות האוסר "בילוש או התחקות אחרי אדם העלולים להטרידו או הטורדה אחרת". הסנגור של הנאשם טען כי השקיה בכוח של מרשו על ידי שוטרים צבאיים לצורך גילוי סמים בבטנו משמעה "הטורדה אחרת". נשיא בית המשפט העליון, השופט מאיר שמגר, דחה (בדעת רוב) את טענת הסנגור באומרו:

"המונח "הטורדה אחרת" כולל באחד ממרכיביו, היינו המילה "אחרת", את ההפניה החוזרת אל המלים "בילוש" ו"התחקות" שקדמו לו [...] אין צורך לבנות את הפרשנות שיש ליתן להטורדה האחרת על הכלל של *ejusdem generis*, כי במקרה שלפנינו מדובר [...] בזיקה עניינית שנוצרה בין רכיביו של סעיף זה מכוח נוסחו".<sup>6</sup>

למען הסדר הטוב, שימו לב: לאחרונה התפרסם פסק דין של בית המשפט העליון, רע"פ 4743/20, בו נקבע כי יש לפרש את המונח "הטורדה אחרת" בדרך רחבה. מדובר בפרשנות של השופטים ולא בקביעה ברורה ומפורשת של המחוקק. בכל מקרה, מדובר במשפט פלילי וספק אם ראוי להסתמך עליו בעת פרשנות סמכויות כה עקרוניות של בית משפט. השופט ניל הנדל, שהיה ער לבעיות המתעוררות מ"חירות הפרשנות", כתב בפסק הדין הזה כי "על בית המשפט לנהוג בצמצום בבואו לפרש את העבירה".<sup>7</sup>

## 3. מהתם להכא- מספר הערות

### א. אין סמכות לבטל חוק על סמך ביטוי עמום.

הביטוי "סמכויות אחרות" המופיע בסעיף 15(ה) בחוק יסוד: השפיטה חייב להתייחס לסמכויות דומות מבחינת טבען לאלו המופיעות בסעיף 15(ג).

<sup>5</sup> לאחר פרישתו מכס השיפוט טענתי בבית המשפט העליון טענה המתייחסת לתוקפו של סעיף משנה זה. השופטים, באופן לא מפתיע, העדיפו להתעלם לגמרי מטענתי.

<sup>6</sup> ד"נ 9/83 בית הדין הצבאי לערעורים נ' ועקנין, פ"ד מב(3) 837, 853 (1988).

<sup>7</sup> רע"פ 4743/20 לייבל נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסקדינו של השופט הנדל (נבו), (21.7.2022).

המלים "סמכויות אחרות" אין משמען סמכות לבטל חוקים ובוודאי שאין לבית משפט סמכות לבטל חוק על סמך הביטוי העמום "למען הצדק". הענקת סמכות כה משמעותית לבית משפט חייבת להופיע במלים מפורשות [Expressis verbis] הקובעות סמכות כה קיצונית הפוגעת בעיקרון הפרדת הרשויות. הקניית סמכות עצמית לביטול חוק בדרך פרשנית אינה חוקית ואינה רצויה מכל בחינה שהיא.

### ב. תזכיר לחוק יסוד לסמכות בית המשפט לבטל חוקים

בחודש מרץ 2007 פרסם משרד המשפטים תזכיר הנושא כותרת "חוק יסוד: שפיטה (תיקון ביקורת שיפוטית על תוקפם של חוקים)". בשנת 2021 מונתה וועדה נוספת בראשות שר המשפטים גדעון סער הדנה שוב בנושא סמכויות החקיקה, סמכויות בג"ץ ונושאים נלווים, בדמות חוק יסוד: החקיקה. ההמלצה הסופית טרם פורסמה.<sup>8</sup> על פי האמור בתזכיר רק לבית המשפט העליון תוקנה סמכות לבטל דבר חקיקה בתנאי שהרכב בית המשפט יכלול תשעה שופטים ובתנאי שלפחות שני שלישי מהם יתמוך בביטול חוק. אומנם בית המשפט העליון נוהג כבר מספר שנים כאילו יש לו סמכות לבטל חוקים אך עצם תזכיר החוק בא ללמד כי לא כך הם פני הדברים. מכלל הן אתה למד על הלאו.

### ג. גישה פרשנית: קראו את החוק!

השופט פרינדלי מציין כי שופט בית המשפט העליון האמריקאי, פליקס פרנקפורטר, כתב כי ישנן שלוש דרכים ראויות לפרשנות חוקים: Three rules for mastering the meaning of the statute: 1. read the statute, 2. Read the Statute, 3. Read The Statute!<sup>9</sup>

מומלץ לכל שופט - בכל ערכאה - לאמץ גישה פרשנית זו.

### ד. אין (עדיין) חוקה בישראל

בדנ"פ 2316/95 כתב הנשיא אהרון ברק ללא כל בסיס משפטי – למעט 'הבסיס האישי' שלו – את השורות הבאות:

" לפני שלושה ימים החלטנו (!) כי חוק היסוד הוא חוק חוקתי על חוקי; כי הוא מהווה נורמה עליונה במדרג הנורמאטיבי של מדינת ישראל וכי הוא חלק מחוקתה של מדינת ישראל"<sup>10</sup>.

האמור במשפט זה אינו נכון; הסיבה לכך היא כי הקביעה "החלטנו" אינה משקפת אסמכתא משפטית אלא מבטאת קביעה, בכל הכבוד, מתנשאת על הריבון, לפיה "אנו המחוקקים" ולא רק פרשנים. אין כל אפשרות הגיונית-משפטית לאמץ קביעה כה קרדינלית במשפט הישראלי ללא קביעה מפורשת של הריבון – היא הכנסת. אם השופטים ברק ושמגר סוברים כי הם הריבון כי אז טעות גדולה בידם.

תורת המשפט למדנו בירושלים זמן לא רב לאחר הקמת המדינה והיא הייתה ברורה והחלטית. בהשאלה מדברי משיחם ניתן לומר: "תנו לכנסת את אשר לכנסת ותנו לבית משפט את אשר לבית משפט".

<sup>8</sup> לתזכיר המעודכן בעניין זה משנת 2017, ראו: [תזכיר חוק יסוד: החקיקה](#).

<sup>9</sup> H. Friendly, Benchmarks 202 (Chicago: U. of Chicago Press, 1967).

<sup>10</sup> דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

## ה. הפרדת רשויות

הרי שהאמור בדנ"פ 2316/95 אינו תואם את החוק והמשטר בישראל. יותר מכך. האמור במשפט זה מחייב כל אדם להתנגד לאמור בו. הדברים מכוונים לכל אזור השואף להפרדת רשויות, לא רק בתיאוריה אלא גם בפועל. מן המפורסמות היא מימרת חז"ל כי: "אין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא הנימה"<sup>11</sup>. השארת המצב המשפטי כפי שהוא היום משמעה הענקת היתר בלתי חוקי, שאינו מופיע "על ספר", לקבוצת שופטים אשר אינם חושפים לפני המינוי שלהם את השקפותיהם הפוליטיות והחברתיות. השארת המצב כפי שהוא כיום מאפשר לשופטים להביע דעות פוליטיות במסגרת פסקי דינם, שאינם ניתנים לשינוי. עיקרון הגילוי הנאות ועיקרון תום הלב אינם חלק מהליך המינוי של שופטים לבית משפט עליון הואיל וחברי הוועדה אינם נחשפים לדעות הפוליטיות של המועמדים, בעוד שהאחרונים יודעים גם יודעים מהן הדעות של הממנים אותם. בעניין זה רצוי שנלמד מהשיטה בארצות הברית בה נחקרים המועמדים בפומבי ומתבקשים לפרוש את השקפותיהם בנושאים הפוליטיים, החברתיים הנוגעים לאזרחי המדינה.

## ו. שפטת מרובה- לא שפטת

פורום קהלת פרסם לאחרונה חוברת בשם "שפטת מרובה לא שפטת: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל"<sup>12</sup>. זהו מחקר מקיף, מעניין ומאיר עיניים בסוגיה 'כיצד התפתחה חדירת הביקורת השיפוטית לתחומי עיצוב המדיניות שהיו בעבר בבלעדיות נבחרת הציבור'. בין השאר, מציעים הכותבים, אהרון גרבר ושירה סולו, חלופה מקדמית לפני דיון לגופה של עתירה בבג"ץ. ההצעה היא כי טרם הדיון הענייני תבחן על-ידי בית המשפט שאלת השפיטות של נושא העתירה. אכן, הצעה נכונה וראויה. אם תתקבל, ימנע חלק לא מבוטל של דיונים תיאורטיים, טרחניים "כבדי משקל", חוץ-משפטיים המשקפים הנצחה ו"אני מאמין" של שופטים.

העמדה המפורטת ברשימה זו היא פן אחד נוסף לדיון בנושא השפיטות של בית המשפט העליון. אין ספק כי חובה על הכנסת לקבוע בלשון ברורה שאינה נותנת מקום לפרשנויות מהן סמכויות הממשל ומהן סמכויות בית משפט. העדר הגדרה מפורשת מנוצל באופן טבעי על ידי שופטי בית המשפט העליון.

## סיכום

הפתגם הלטיני *Summum ius summa iniuria* – "קיצוניות בדין היא קיצוניות בעוול" – מבטא את דעתנו לפיה על בית המשפט העליון להימנע מ"אגירת סמכויות" ללא חקיקה מפורשת וחד-משמעית. המצב הנוכחי משמר אנדרלמוסיה משפטית וכתוצאה מכך איבוד האמון כלפי בג"ץ על ידי רבים וטובים במדינה.

<sup>11</sup> מסכת ברכות, מח, ב.

<sup>12</sup> ראו: אהרון גרבר ושירה סולו "שפטת מרובה, לא שפטת: דוקטרינת השפיטות בבית המשפט העליון בישראל" (פורום קהלת, נייר מדיניות מס' 81, 2022).

הצעד הראשון לשיפור ולשינוי חייב לבוא מבית המשפט. על שופטי בית המשפט העליון להפנים את העובדה כי הם בסך הכול פרשנים של חוק על פי לשונם. אין להם סמכות והם אינם מתבקשים להשתמש במונחים ערטילאיים כסבירות, או מידתיות שאינם נהירים לאיש, כולל השופט עצמו אשר "ברצותו מרחיב וברצותו מקצר" – כלשון התפילה ביום הכיפורים.

"דיברה תורה כלשון בני אדם", כך למדנו. ואכן, המתדיין מן הישוב המגיע לבתי המשפט אינו מעוניין בתיאוריות משפטיות אלא רק בפתרון הסכסוך בגינו הגיע לבית המשפט. פילוסופיה משפטית, הגיגים, תקדימים בינלאומיים – כל אלה יפים וטובים אך לא במסגרת פסק דין. כבר כתב השופט זוסמן בע"פ 424/63 את המלים הבאות: "אין זה מתפקידנו, אף לא מסמכותנו לומר אמרות אגב, וככל שנימנע מלעשות כן, הרי זה משובח".<sup>13</sup> קצר וקולע.

נסיים עם המדרש המופיע בכותרת הרשימה, מפרקי אבות, פרק א, המלמד אותנו על עמדת המשנה ביחס לתפקיד השופטים:

"משה קיבל תורה מסיני ומסרה ליהושע ויהושע לזקנים וזקנים לנביאים, ונביאים מסרוהו לאנשי כנסת גדולה. הם אמרו שלושה דברים: הווי מתונים בדין, והעמידו תלמידים הרבה ועשו סייג לתורה".

פרשני המשנה מציינים כי הזקנים, הנביאים, ואנשי כנסת גדולה הדריכו את השופטים מה הם שלושת הציוויים על פיהם השופטים חייבים לנהוג. ראש וראשון: "מתניות בדין". אביגדור שאנן מבהיר בספרו "פרקי אבות פירוש ישראלי חדש" את המונח "מתניות" בתור "הקשבה בסבלנות לכל העדים, בדיקת מהימנותם הצלבת מידע, קריאת תקדימים והרהור ועיון בנושא שעל הפרק – היא מידה טובה וראויה לכל שופט".<sup>14</sup> הניסיון מלמד כי חלק משופטי בית המשפט העליון מתקשה למלא את הדרישות הללו. הציווי השני לפי פרופ' שאנן הוא כלפי המורים, המחנכים והשופטים – שעליהם לפתוח את שערי הלמידה והניסיון, ולא רק כלפי המוכשרים ביותר. כמות התלמידים שתיחשף ללימוד חשובה ביותר. הציווי השלישי – "עשו סייג לתורה" ברור מאילו. הוא פונה אל המחוקק ואל השופטים בדרישה להימנע מלמצות את הדין עד תומו. במילים אחרות, הוא מורה לא לדחוק את האדם מלהגיע אל הקצה ממש, כדי שלא ייכשל.<sup>15</sup> מי ייתן ושופטנו יאמצו הדרכות אלו.

ציטוט מוצע: הרן פינשטיין "סמכויות בג"ץ – הווי מתונים בדין, והעמידו תלמידים הרבה ועשו סייג לתורה" בלוג רשות הרבים (1.12.2022)

<sup>13</sup> ע"פ 424/63 היועמ"ש נ' שלבי, פ"ד יח(2), 478, 481.

<sup>14</sup> אביגדור שאנן פרקי אבות פירוש ישראלי חדש 2 (2011).

<sup>15</sup> הוראה זהה מופיעה גם פרק ג, משנה יז. בשל חשיבותה והשלכותיה הרבות בחיי היומיום.