

תגובות

השופט מישראל חשין

להרצאתו של ד"ר יהושע (שוקי) שגב. בבע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי¹ הצגתי באריכות – יהיו מי שיאמרו: באריכות-יתר – את דעתי באשר לסמכותה המכוננת, כביכול, של הכנסת. דעתי לא נשתנתה מאז ולו כהוא-זה, וגם לא שמעתי תשובות ראויות לקושיות שהעליתי. אין זה מדויק לומר, למשל, כי טיעונים שהעליתי "הועלו רובם ככולם בעבר", ובוודאי אין באמירה סתמית זו תשובה לטיעונים לגופם. הענקת סמכות מכוננת לכנסת בפסק-הדין בעניין בנק המזרחי ראיתי, ואני רואה בה עד היום, מעין מעשה-כשפים, אל-כימיה במיטבה, יצירת יש-מאין. הנה-כי-כן, לילה אחד הלכנו לישון באין חוקה ולמחרת העירתנו השמש והודיעתנו כי זכינו בחוקה. דומני שאין, ולא הייתה, אומה או לשון – בכל מהלך ההיסטוריה האנושית – שבית משפט העניק סמכות מכוננת בה לרשות מרשויות המדינה. לא זה הדרך לכינונה של רשות מכוננת. לא זה הדרך לקבלת חוקה. עיקר-העיקרים הוא בהכרזה על הקמת מדינת ישראל שהכריזה מועצת המדינה הזמנית, ביום 14 במאי 1948. וכך הודיעה אותנו ההכרזה:

"אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתיקבע על-ידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ-1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית, ומוסד הביצוע שלה, מנהלת-העם, יהווה את הממשלה הזמנית של המדינה היהודית, אשר תיקרא בשם ישראל."

הנה הוא סדר האירועים שההכרזה הורתה עליו: מועצת העם תפעל כמועצת המדינה הזמנית; תיערכנה בחירות לאסיפה מכוננת; עד ליום 1 באוקטובר 1948 תקבע האסיפה המכוננת חוקה; בהתאם לאותה חוקה יוקמו השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה. כנדרש בהכרזה, הלך העם לבחירות לאסיפה המכוננת, אלא שזו לא

1 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995) (להלן: עניין בנק המזרחי).

קבעה כל חוקה כנדרש בהכרזה על הקמת המדינה, אלא הכריזה על עצמה להיותה הרשות המחוקקת, "הכנסת הראשונה". הרשות המכוננת – ובשמה שהעניקה לעצמה: "הכנסת הראשונה" – לא הוסמכה על ידי העם להעביר לזולתה את סמכותה לקביעתה של חוקה, ומכאן שהוחמצה השעה לקביעתה של חוקה כדבר ההכרזה. כל השאר אינו אלא משחק במילים. אם כך בהכרזה על הקמת המדינה, לא-כל-שכן לעניין התיאוריות של ה.ל.א. הארט (H.L.A. Hart), הנס קלזן (Hans Kelsen) ורונלד דבורקין (Ronald Dworkin). אני נוטל לעצמי היתר להניח כי הארט וקלזן ז"ל היו מתהפכים בקיברם בתדהמה, ואילו דבורקין מושך בכתפיו בחוסר נחת, למישמע התיאוריה על דבר סמכותה המכוננת של הכנסת. לא זה הדרך לכינונה של סמכות מכוננת.

להרצאתו של פרופ' מיכאל קורין אלדי. פסק-הדין בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני² השתוקית מהווה דוגמה יחידה במינה לצורך הדוחק בבית-המשפט להתאים את המשפט לחיים. להציל עשוק מיד עושקו על דרך דיפוזיה של משפט הטבע אל תוכו של המשפט הנוהג.

להרצאתו של ד"ר דניאל שפרינג. מעולם לא ראיתי עצמי נמנה עם חסידיה של אסכולה זו או אחרת במשפט. אודה עם זאת שאני קרוב ברוחי לאסכולת משפט הטבע. המשפט הוא לעולם מסגרת לערכים – ערכים "פנימיים" וערכים "חיצוניים" – ערכי-תשתית של החברה. ואשר ל"כללי הפרשנות", אלה – בעיקרם – אינם אלא קונסולידציה של ערכים, של שכל ישר ושל יעילות. המשפט מהווה שריג בתרבותו של עם ושריגי התרבות יונקים אלה מאלה. ועקרונות המוסר זורמים בדמו של המשפט.

להרצאתה של פרופ' דפנה ברק-ארז. חיי במשפט נחלקו לשלושה חלקים, כמעט שווים באורכם: בראשית, שירתתי בשש-עשרה שנים (1962–1978) במשרד המשפטים כפרקליט וכמישנה ליועץ המשפטי לממשלה; בהמשך, כארבע-עשרה שנים (1978–1992) שלחתי ידי בעריכת-דין; ולבסוף, כארבע-עשרה שנים (1992–2006) שפטי בבית המשפט העליון. בכל אחת משלוש תקופות אלו למדתי דרכיו של היחיד ואורחותיו של איש-השררה. וכך, על חוכמה שקניתי בבית אמא-אבא ובבית האולפנה של תורת המשפט, נוספה חוכמת-הנסיון, חוכמת המעשה, חוכמת-החיים. וחוכמה באה בחוכמה. כל אלו הינחתי בצקלוני שעל שכם, ובהלכי בדרכי המשפט חוכמה וחוכמה הורוני הדין והינחוני כיצד אכריע, כיצד אפסוק, כיצד אגזור. כך בין אדם לחברו וכך בין היחיד לבין הרשות, וניחוח החוכמה עולה מדבריה הנאים של פרופ' דפנה ברק-ארז.

2 פ"ד מט(3) 578 (1995) (להלן: עניין פלונית).