

הנשיא אגרנט: "קול העם" – קולו של העם*

"את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" **

א. פרשת "קול העם" – תרומה מרכזית למשפט

"אין לכחד, שעם שינוי העתים, משתנים אף הדינים עמהם"¹. אימרה נבונה זו יפה היא במיוחד לדינים העולים מפסקי הדין. חלוף השנים, המטביע חותמו על כל יצירה אנושית, אינו פוסח אף על פסקי הדין של בית המשפט העליון. רבים מהם מאבדים מחשיבותם עם עבור השנים. אמת, יש בהם פתרון למקרה הקונקרטי, הם משתלבים בהמשכיותה האין סופית של היצירה השיפוטית², אך אין הם נותנים מכוחם מעבר לסביבתם הקרובה. גורל אכזר זה אינו מנת חלקה של כל היצירה השיפוטית. בים הגדול של הפסיקה מצויים מספר פסקי דין, הנישאים משכמם ומעלה, והמאירים מאורם הגדול את סביבתם הקרובה והרחוקה. אלה הם ציוני הדרך³, הקובעים את דרכו של המשפט, שעה שהוא עומד על פרשת דרכים. אלה הם

* הרשימה פורסמה בגבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129.

** השופט אגרנט בבג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884 (להלן: פרשת קול העם).

1 סעיף 39 למגילה. המגילה בוטלה בחוק לביטול המגילה, התשמ"ד-1984.

2 על דימוי היצירה השיפוטית כיצירה נמשכת, ראה, Dworkin, "Natural Law Revisited", *U. of Florida L. Rev.* (1982) 165; Dworkin, "Law as Interpretation", *60 Texas L. Rev.* (1982) 527.

3 ראה Denning, *Landmarks in the Law* (1984) VI "So here these stories tell you of landmarks in the law. They are like stones which mark the boundaries of principles. They are like lighthouses from which our forefathers have taken their bearings. They have set the course of the law for future generations"

אותם מתי מעט של פסקי דין, המקרינים מעוצמתם הפנימית לעבר העתיד, ומכוונים את התפתחותו של המשפט⁴. מבין פסקי דין יחידי סגולה אלה מתבלט כחשיבותו פסק הדין של השופט אגרנט בפרשת קול העם. הוא ניתן בתחילת שנות החמישים. עם כתיבתו הורגשה תרומתו⁵. מאז הוא ממשיך להיות אחד מפסקי הדין המרכזיים של המשפט הישראלי⁶, ואחד מפסקי הדין החשובים ביותר שכתב השופט אגרנט. הפסיקה עמדה על הניתוח המעמיק והממצה שנעשה בפרשת קול העם⁷, ועל כך כי "הדברים הנוקבים והמאלפים הנ"ל היו לאבן פינה בשיטתנו המשפטית, והעקרונות הגלומים בהם מקובלים על הכל, עד שאין עוד להרהר אחריהם"⁸. מהו שמעניק לפרשת קול העם את חשיבותה המיוחדת? נראה לי שהתשובה על כך היא כפולה: ראשית, פסק הדין הוא מרכזי במשפט הישראלי בשל ההלכות שנקבעו בו לעניין חופש העיתונות בפרט, וחופש הדיבור ואופיה הדמוקרטי של המדינה בכלל; שנית, פרשת קול העם חשובה היא למשפטנו בשל דרכי החשיבה המשפטית בהן נקט השופט אגרנט כדי להגיע לגיבוש הדין. התשובה האחת, עניינה היבט ענייני והיא קשורה במרכזיותו של חופש הביטוי במשטר הדמוקרטי; התשובה השנייה עניינה היבט שיטתי, והיא קשורה למתודה המשפטית בה נקט השופט אגרנט בפסק הדין. על כל אחד משני היבטים אלה מבקש אני לעמוד בנפרד⁹.

- 4 על כוחה המקרין של הפסיקה, ראה Wurzel, "Methods of Juridical Thinking — Science of Legal Method", 9 *Modern Legal Philosophy Series* (1917) 286; ראה גם ברק, "כוונת המחוקק? — מציאות או דמיון", הפרקליט לו (1985) 165, 171.
- 5 ראה בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל נ' גרי, פ"ד טו 2407. השופט לנדוי עומד על "דבריו הנוקבים" של השופט אגרנט בפרשת קול העם, ועל עקרונותיו שבוטאו במילים "שכל המוסיף עליהן גודע" (שם, עמ' 2415).
- 6 ראה להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון", משפטים ז (1977) 375; וכן Lahav, "American Influence on Israel's Jurisprudence of Free Speech", 8 *Hastings Con. L. Q.* (1981) 21.
- 7 ראה בג"צ 644/81 עומר אינטרנשיונל אינק. נ' שר הפנים, פ"ד לו(1) 227, 231 (מ"מ הנשיא, השופט יצחק כהן).
- 8 בג"צ 243/82 זכרוני נ' הועד המנהל של רשות השידור, פ"ד לו(1) 757, 765 (השופט ד' לוי).
- 9 לפסק הדין בפרשת קול העם הקדישה פרופסור להב שתי רשימות מצוינות (הערה 6 לעיל). ברשימתי שלי אבקש להדגיש היבטים מספר, מבלי להקיף את מלוא העושר של הלכת קול העם. המבקש להעמיק עוד, יפנה למאמריה אלה של פרופסור להב.

ב. ההיבט הענייני

1. חופש העיתונות

ההיבט הענייני של פרשת קול העם מוצא ביטוי במספר מישורים, הקשורים זה בזה והנובעים זה מזה. המישור הראשון עניינו פירוש הסמכות הנתונה לשר הפנים בסעיף 19 לפקודת העתונות¹⁰. הפקודה מעניקה לשר הפנים כוח להפסיק פרסומו של עיתון מקום "שהפרסום עלול, לדעת שר הפנים, לסכן את שלום הציבור". הביטוי "עלול" מצביע על קשר סיבתי בין הפרסום לבין הסכנה לשלום הציבור. קשר סיבתי זה יכול שיהא רחוק, כגון שקיימת אפשרות, ולו רחוקה, שהפרסום יסכן את שלום הציבור. קשר סיבתי זה יכול שיהא קרוב, כגון שקיימת ודאות מלאה שהפרסום יסכן את שלום הציבור. בין שני קצוות אלה קיימות אפשרויות נוספות, כגון אפשרות "סתם", אפשרות סבירה, חשש רציני, קרוב לוודאי, ודאות קרובה וכיוצא בהן נוסחאות המצביעות על קשר בין הפרסום לבין סיכון שלום הציבור. פקודת העיתונות עצמה אינה מצביעה על הבחירה הראויה¹¹. לפנינו "מקרה קשה" (hard case) המעניק לבית המשפט שיקול דעת שיפוטי¹². הזקקות לקשר סיבתי

10 סעיף 19(2) לפקודת העתונות קובע לאמור: "רשאי שר הפנים על פי צו להפסיק במקרים דלקמן את פרסום העתון... (א) אם מתפרסם בעתון דבר העלול (likely), לדעתו של שר הפנים, לסכן את שלום הציבור".

11 עם זאת, הפקודה היא מנדטורית, ובעל הסמכות היה הנציב העליון. לאור הרקע החקיקתי ולאור משקלו של בעל הסמכות, ניתן היה לחשוב כי די בנוסחת סיבתיות רחוקה. זאת ועוד: הסמכות מנוסחת בלשון סובייקטיבית, דבר המגביר את כוחו של שר הפנים. לבסוף, בעבר כבר נתפרשה הוראה זו, במשפט בו היה מעורב קול העם, תוך שהוכרה סמכותו הרחבה של שר הפנים: ראה בג"צ 25/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 165, ובו נקבע כי "אם דברי השמצה אלה עלולים להרגיז במידה כזו, שיכולים להביא לידי סיכון שלום הציבור – לא עלינו לקבוע. דבר זה נתון לפי החוק, להכרעתו של שר הפנים". על "גלגוליה" השונים של פרשת קול העם, ראה שפירא, "הריסון העצמי של בית המשפט העליון והבטחת זכויות האזרח", עיוני משפט ג (1973) 640.

12 על שיקול הדעת השיפוטי במקרים קשים ראה Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978) 81; Raz, "Legal Principles and the Limits of Law", 81 *Yale L. J.* (1971) 823; Greenawalt, "Discretion and Judicial Decision — The Elusive Quest for

"רחוק" תגביר את כוחו של שר הפנים, ותצמצם את חופש העיתונות. הזקקות לקשר סיבתי "קרוב" תקטין את כוחו של שר הפנים, ותגביר את חופש העיתונות. עניין לנו, איפוא, בהכרעה שיפוטית בעלת חשיבות רבה, שהשפעתה ישירה על חופש העיתונות במדינה דמוקרטית¹³. בית המשפט העליון, מפי השופט אגרנט, פסק כי נוסחת הסיבתי תהא זו של "הקרוב לוודאי". זו נוסחה הדרושת קשר סיבתי "קרוב" וממילא יש בה צמצום של הכוח השלטוני, והרחבת חופש העיתונות. זו תרומתה העניינית הראשונה של פרשת קול העם למשפטנו.

2. חופש הביטוי

המישור השני, בו תרמה פרשת קול העם תרומה חשובה למשפט הישראלי, עניינו חופש הביטוי בדרך כלל¹⁴. קביעתה של פרשת קול העם אינה מצומצמת לפירוש הביטוי "עלול" המופיע בפקודת העיתונות. היא "הועמדה על בסיס רעיוני רחב"¹⁵, שכן היא מבוססת על הכרה בקיומו של חופש הביטוי, הקשור קשר אמיץ להליך הדמוקרטי, והבא להגן על האינטרס החברתי של בירור האמת, ועל האינטרס הפרטי של ביטוי האדם, תכונותיו וסגולותיו האישיות¹⁶. נקבע עוד כי חירות הביטוי מהווה "את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות"¹⁷, ועל כן יש לראות בה "זכות עלילית"¹⁸. עם זאת, יש להבחין בין חופש לבין הפקרות. הזכות

the Fetters that Bind Judges", 75 *Col. L. Rev.* (1975) 359; MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978)

13 ראה Lahav (ed.), *Press Law in Modern Democracies* (1985).

14 ראה להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" (הערה 6 לעיל); להב וקרצמר, "מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל – הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים?", משפטים ז (תשל"ו) 149; Shetreet, "Reflections on the Protection of the Rights of the Individual — Form and Substance", 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 32.

15 השופט לגדי בבג"צ 243/62 (הערה 5 לעיל) עמ' 2418.

16 הבחנה זו בין האינטרס "הפרטי" לבין האינטרס "החברתי" מזכירה את הבחנותיו הידועות של פרופסור רוסקו פאונד (Pound) בין Individual Interest לבין Public Interest ו-Social Interest. לגיתוח גישתו של פרופסור פאונד וביקורת עליה ראה Stone, *The Province and Function of Law* (1961) 490.

17 פרשת קול העם, עמ' 578.

18 שם, שם.

לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת אלא זכות יחסית¹⁹. בכל הנוגע לסדר הציבורי יש לתת לאינטרס אחרון זה עדיפות, וזאת כאשר, ורק כאשר, הסכנה לפגיעה בסדר הציבורי בעקבות הפרסום היא "קרובה לוודאי"²⁰. בהעמידו את חופש הביטוי כזכות קונסטיטוציונית מרכזית בישראל, תרם השופט אגרנט תרומה רבה בגיבוש משטרה הדמוקרטית של המדינה ובתפישת זכויות האדם בה. בכך הוא העמיד את ישראל בשורה אחת עם הנאורות שבמדינות העולם. זאת ועוד: חופש הביטוי רחב מחופש העיתונות. הוא כולל בתוכו, בין השאר, בנוסף לחופש העיתונות, גם את החופש להפיץ, לקבל²¹ ולאסוף²² ידיעות, וחופש ההפגנה והתהלוכה²³. משהכיר בית המשפט העליון בחופש הביטוי, ממילא הכיר גם בקשת רחבה של זכויות נוספות, הנגזרות מחופש הביטוי, והנשענות עליו.

3. האופי הדמוקרטי של המשטר

המישור הענייני השלישי, בו הרים פסק הדין בפרשת קול העם תרומה מהותית למשפט הישראלי, עניינו הקשר ההדוק שבין המדינה לבין משטרה הדמוקרטית. הוצהר כי²⁴ "מערכת החוקים, לפיה הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיים. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות – ובפרט בדבר השתתת המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון – פירושים, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש". לגישה זו, בדבר

19 שם, עמ' 879.

20 שם, עמ' 884.

21 בג"צ 243/62 (הערה 5 לעיל) עמ' 2415: "כוונתי לזכות האזרח להפיץ ולקבל ידיעות על המתרחש מסביבו, בתוך גבולות המדינה, בה הוא חי, ומחוצה לה. זכותו זו קשורה קשר אמיץ עם הזכות לחופש הביטוי, ומשום כך שייכת גם היא לאותן זכויות יסוד 'שאינן כתובות על ספר'" (השופט לנדוי); בג"צ 243/82 (הערה 8 לעיל); בג"צ 1/81 שירן נ' רשות השידור, פ"ד לה(3) 365; ראה סגל, "זכות האזרח לקבל מידע בעניינים ציבוריים", עיוני משפט י (1984) 625.

22 בג"צ 259/84 מ.י.ל.ן נ' רשות השידור, פ"ד לח(2) 673.

23 בג"צ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169; בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393; ראה Kretzmer, "Demonstrations and the Law", 19 *Isr. L. Rev.* (1984) 47.

24 פרשת קול העם, עמ' 884.

חוקי יסוד וערכי יסוד

אופיה הדמוקרטי של המדינה, השלכות חשובות ביותר. היא משמשת מקור השראה ליצירתן וטיפוחן של זכויות נוספות, הנגזרות מאופיה הדמוקרטי של המדינה²⁵, כגון חופש ההתאגדות²⁶, כבוד האדם²⁷, חופש המצפון והדת²⁸, ושוויון בין בני אדם²⁹. היא משמשת מעיין ממנו נשאבים עקרונות יסוד, כגון הפרדת רשויות³⁰, טוהר השיפוט³¹, המשמשים לפירושם של חוקים. היא קובעת, בסופו של דבר, את "הסביבה" המשפטית אשר במסגרתה מופעל החוק³², ואשר על-פיה הוא מתפרש. אופיה הדמוקרטי של המדינה קובע את אורח חייהם של אזרחיה, ועל-פיו יש לפרש כל חוק³³. אכן, מושגיות זו של "דמוקרטיה" היא המגשרת בין ההיבט הענייני, עליו עמדת, לבין ההיבט השיטתי, אליו ברצוני לפנות עתה.

- 25 ראה — Shetreet, "Reflections on the Protection of the Rights of the Individual — Form and Substance", 12 *Isr. L. Rev.* (1977) 32.
- 26 ראה בג"צ 253/64 ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673: "חופש ההתאגדות הוא מעיקרי המשטר הדמוקרטי ואחד מזכויות היסוד של האזרח" (השופט ויתקון).
- 27 ראה בג"צ 355/79 קטלן נ' שידות בתי הסוהר, פ"ד לר(3) 294.
- 28 ראה בג"צ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 449, 454: "כל אדם בישראל נהנה מחופש המצפון, האמונה, הדת והפולחן. חופש זה מובטח לכל אדם בכל משטר דמוקרטי נאור, והרי הוא מובטח, על כן, לכל אדם בישראל בהיותו אחד מעיקרי היסוד שמדינת ישראל מושתתת עליהם"; ראה גם ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי, פ"ד ה 481, 486: "חופש המצפון והפולחן הוא אחת מהרויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי נאור". השווה גם בג"צ 262/62 פרץ נ' המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101.
- 29 ראה ע"פ 112/50 (הערה 28 לעיל) עמ' 486; בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693; בג"צ 507/81 אבוחצירה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561; ע"א 507/70 ראונדנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 737, 794.
- 30 ראה בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט(3) 141.
- 31 ע"פ 126/62 דיסנצ'יק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 160.
- 32 חוק הוא "יצור החי בסביבתו": השופט זוסמן בבג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513. סביבתו של חוק כוללת מעגלים נרחבים של עקרונות מקובלים, ותפישות יסוד חברתיות: ראה בג"צ 262/62 (הערה 28 לעיל) עמ' 2116.
- 33 ראה ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75; ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 281, 307.

ג. ההיבט השיטתי

1. עקרונות היסוד

בצד חשיבותה העניינית של פרשת קול העם, עומדת חשיבותה השיטתית. בפרשת קול העם נקבעו אמות מידה מתוריות באשר לפתרון ההלכתי של בעיות משפטיות. אמות מידה אלה, מטבען, אינן מוגבלות לבעייתיות שעלתה בפרשת קול העם, והרי הן משמשות ציר עליו סובבת ההלכה הפסוקה כולה. מכוחן של אמות מידה אלה מתפתח המשפט ההלכתי הישראלי בכל תחומי המשפט. אכן, ההיבט השיטתי אינו מיוחד לחופש העיתונות או לחופש הדיבור. זהו היבט כללי החל בכל ענפי המשפט, ולגבי כל פעילות של השלטון והאזרח. מכאן חשיבותו יוצאת הדופן של פסק הדין בפרשת קול העם. הוא העניק למשפט הישראלי לא רק הסדרים נורמטיביים ראויים באשר לחופש הביטוי, אלא גם הסדרים נורמטיביים ראויים באשר לכלים אשר באמצעותם תפתח ההלכה הפסוקה, ועמה המשפט כולו.

היסוד השיטתי המרכזי³⁴ בפרשת קול העם קשור במעמד של עקרונות היסוד של השיטה המשפטית. השאלה הקונקרטית שעמדה בפני השופט אגרנט היתה שאלת פירושו של הביטוי "עלול" בסעיף 19 לפקודת העתונות. לשם פירוש ביטוי זה, נזקק השופט אגרנט לעקרונות היסוד של השיטה. בכך הקדים השופט אגרנט במספר שנים ויכוח הנטוש כיום בפילוסופיה של המשפט באשר למקומם של עקרונות (principles) וקווי מדיניות (policy) במשפט³⁵. כמו רבים מהפילוסופים

34 בצד יסוד מרכזי זה ניתן להצביע על יסודות שיטתיים משניים. כך, למשל, נקבע כי ההיזקקות לעקרונות היסוד של השיטה כאמצעי פרשני לא חלה רק לעניין חקיקה ישראלית, אלא גם לעניין חקיקה מנדטורית, שנקלטה לתוך שיטתנו (פרשת קול העם, עמ' 884). כן יש להצביע על חשיבותה של פרשת קול העם בפתיחת פתח למשפט האמריקני. דבר זה נעשה כבר לפני פרשת קול העם, אך הוא קיבל תנופה רבה בעקבותיו: ראה אפלבוים, "השראה טרנסאטלנטית", הפרקליט כא (התשכ"ה) 170, וכן, Apelbom, "Common Law a L'Americaine", 1 *Isr. L. Rev.* (1966) 562.

35 ראה דבורקין (הערה 12 לעיל); רוז (הערה 12 לעיל). ראה גם רוז, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי", משפטים ב 317; שפירא, "בעית 'שיקול הדעת השיפוטי', במקרי גבול", משפטים ג (1970) 57, ראה גם, Hughes, "Rules, Policy and Decision Making", 77 *Yale L. J.* (1968) 411.

המודרניים — בין אלה הנוקטים עמדה פוזיטיביסטית³⁶ ובין אלה הנוקטים עמדה נטורליסטית³⁷ — כך גם השופט אגרנט העניק מקום מרכזי בהליך השיפוטי לעקרונות היסוד של השיטה.

2. מקומם של עקרונות היסוד

כפי שראינו, הבעיה המיידית אשר ניצבה בפני השופט אגרנט היתה מתן פירוש לביטוי "עלול" (likely) אשר בהוראת סעיף 19 לפקודת העיתונות. על-פי הוראה זו מוסמך שר הפנים להפסיק הופעת עיתון אם דבר המתפרסם בו "עלול", לדעת שר הפנים, לסכן את שלום הציבור. כיצד יפורש הביטוי "עלול"? השופט אגרנט ציין כי "התשובה לשאלה זו תלויה בבחירה בין מספר גישות אפשריות". בחירה זו צריכה להעשות על-פי אמת המידה של "כוונת המחוקק"³⁸. אך כיצד נדע מהי כוונת המחוקק בעניין זה? תשובתו של השופט אגרנט היא, כי על כוונת המחוקק ניתן ללמוד מעקרונות היסוד של השיטה. אומר השופט אגרנט³⁹:

"מערכת החוקים, לפיהם הוקמו ופועלים המוסדות הפוליטיים בישראל, מעידים כי אכן זוהי מדינה שיסודותיה דמוקרטיות. כמו כן, הדברים שהוצהרו בהכרזת העצמאות ובפרט בדבר השתתפות המדינה 'על יסודות החירות' והבטחת חופש המצפון — פירושה, כי ישראל היא מדינה השוחרת חופש. אמנם, ההכרזה 'אין בה חוק קונסטיטוציוני הפוסק הלכה למעשה בדבר קיום פקודות וחוקים שונים או ביטולם' (בג"צ 10/48 פסקים, כרך א, עמ' 33, בעמ' 36), אך במידה שהיא 'מבטאה את חזון העם ואת האני-מאמין שלו', מחובתנו לשים את לבנו לדברים שהוצהרו בה, בשעה שאנו באים לפרש ולתת מובן לחוקי המדינה, לרבות הוראות חוק שהותקנו בתקופת המנדט ואומצו על ידי המדינה, לאחר הקמתה, דרך הצינור

36 ראה: Raz, *The Authority of Law* (1979) 180; Hart, *The Concept of Law* (1961) 120; MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978) 195.

37 ראה דבורקין (הערות 2 ו-12 לעיל) וכן Sartorius, *Individual Conduct and Social Norm* (1975).

38 פרשת קול העם, עמ' 882.

39 שם, עמ' 884 (ההדגשה שלי).

הנשיא אגרנט: "קול העם" – קולו של העם

של סעיף 11 לפקודת סררי השלטון והמשפט, תש"ח-1948; הלא זו אכסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".

בכך הניח השופט אגרנט את התשתית הנורמטיבית להיזקקותם של בתי המשפט, בפירוש חוקים, לעקרונות היסוד של השיטה. בקביעתו, כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו", הוא העניק לגיטימציה וקבע כלים נורמטיביים להתפתחות ההלכה הפסוקה, המפרשת חוק, על רקע עקרונות השיטה. השופט אגרנט לא היה הראשון בכך⁴⁰. הקדים אותו הנשיא זמורה – אותו ציטט השופט אגרנט בפסק דינו – אשר קבע כי הכרזת העצמאות "מבטאת את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו"⁴¹; השופט חשין, אשר נתן ביטוי לכלל הגדול, בדבר "זכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה"⁴², והשופט לנדוי אשר הכריז כי⁴³ "חופש המצפון והפולחן הוא אחת מחרויות הפרט המובטחות לו בכל משטר דמוקרטי". אכן, פסיקתו של השופט אגרנט משתלבת בפסיקה שקדמה לה, ומקדמת אותה, תוך שהיא מביאה אותה לידי גיבוש אנליטי-דוגמטי, בקביעתו כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו". בכך הרחיב את המעגל מעבר להכרזת העצמאות, ומעבר לפירוש הוראת חקיקה. בקביעתו הניח אמת מידה כללית לקביעת המשפט של עם. מאז פרשת קול העם המשיך בית המשפט העליון וחזר על תפישה עקרונית זו, תוך שנוזקק לנוסחאות שונות ומגוונות⁴⁴. בין השאר, ניתן להזכיר את "העקרונות היסודיים עליהם מושחת שלטון החוק... עקרון... אוניברסלי בכל מדינה דמוקרטית... מושכל ראשון... כעין כלל בקונסטיטוציה הבלתי כתובה שלנו"⁴⁵ (השופט אולשן); "עיקרי

40 השופט אגרנט עצמו נזקק להכרזת העצמאות בפסיקה קודמת: ראה בג"צ 95/49 אלי-כורי נ' הרמטכ"ל, פ"ד ד 34, 37, שבו עמד על "הרוח המפעמת בהצהרה על הקמת המדינה, בה הוכרז, כזכור, כי מדינת ישראל תהא מושחתת (בין השאר) על יסודות החירות".

41 בג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 88.

42 בג"צ 1/49 בז'דנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80.

43 ע"פ 112/50 (הערה 28 לעיל) עמ' 486.

44 ראה שפירא, "בית המשפט העליון כמגן זכויות היסוד של הפרט בישראל – מבצר משוריין או נמר של נייר", עיוני משפט ג (1973) 625.

45 בג"צ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב, פ"ד יד 1041, 1059.

חוקי יסוד וערכי יסוד

היסוד שמדינתנו מושתתת עליהם⁴⁶ (השופט ויתקון); "מגילת העצמאות הבטיחה חופש הדת והפולחן לכל אזרחי המדינה, וגם אם לא העניקה המגילה עצמה זכות לאזרח הניתנת לביצוע על דרך של תביעה משפטית, אורח חייהם של אזרחי המדינה נקבע בה, ואת עקרונותיה חייבת כל רשות במדינה להניח נר לרגליה"⁴⁷ (השופט זוסמן); "עקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתקנות והנאורות"⁴⁸ (השופט ח' כהן); "זכויות יסוד 'שאינן כתובות על ספר', אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש"⁴⁹; "ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור"⁵⁰ (השופט לנדוי); "עקרונות שאינן כתוב בספר החוקים... הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה... כללים יסודיים, על חוקתיים"⁵¹ (השופט זוסמן); "העקרונות של שוויון הכל בפני החוק... שאינן כתוב על ספר, הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו"⁵² (השופט לנדוי); "מעקרונות חוקתיים המונחים ביסוד כל החקיקה הישראלית, והוא שחופש הביטוי האמנותי יישמר ולא ייפגע"⁵³ (השופט ח' כהן); "אך כבר עתה מעוגנות חירויות היסוד... בתפיסת היסוד המשפטית שלנו והן חלק מהותי של המשפט החל בישראל. שילובן של זכויות אלה לתוך המשפט שלנו, הוא כידוע תולדה של שיטת הממשלה

46 בג"צ 262/62 פרץ נ' כפר שמריהו, פ"ד טז 2101, 2113.

47 שם, עמ' 2116.

48 בג"צ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 612. השופט ח' כהן נזקק לא רק למגילת העצמאות אלא אף להצהרה האוניברסלית של האומות המאוחדות על זכויות האדם, וקבע כי "אם אין אלה מסמכים בני פועל תחיקתי המחייבים את בית המשפט, הרי יעמיד בית המשפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע על ידי מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתן של כל המדינות המתקנות והנאורות".

49 בג"צ 243/62 (הערה 5 לעיל) עמ' 2415.

50 ע"א 461/62 צים נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335; על השקפתו זו חזר השופט לנדוי גם בכג"צ 58/68 (הערה 32 לעיל) עמ' 530: "גם ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור הן מקור כשר לפסיקתנו, כאשר אין לנו מקור אחר".

51 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 389.

52 בג"צ 98/69 (הערה 29 לעיל) עמ' 698.

53 בג"צ 175/71 פסטיבל למוסיקה אבו־גוש נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כה(2) 821, 828.

והמדיניות אותה איוונו לנו⁵⁴ (השופט שמגר); "עקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית"⁵⁵; "ערכיה המקובלים של שיטתנו המשפטית... עקרונות מקובלים, מטרות יסוד ואמות מידה בסיסיות"⁵⁶.

קביעתו של השופט אגרנט, כי "את המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו", הניחה את היסוד לרצף פסיקה זה. היא שחררה את הפרשנות של החוק מתפישות פורמליות-טכניות, והעמידה את מלאכת הפרשנות על בסיס יוצר⁵⁷. השופט חייב תמיד להתחיל במלות החוק, אך הוא לעולם אינו יכול לסיים בהן. על השופט לפרש את מלות החוק על רקע הווייתו של העם, חיי הלאומיים והאני מאמין שלו. שלושים שנה לאחר פרשת קול העם אמר בית המשפט העליון: "מעשה החקיקה בכלל, והוראות חוק יסודיות בפרט, אינם מעשה חד פעמי המנותק מההוויה הכללית. החוק קורם עור וגידים, במסגרת שיטה פוליטית ומשפטית נתונה. הוא מהווה לבינה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט". בין קביעה זו לבין פרשת קול העם ישנו "קשר סיבתי משפטי" ישיר.

כמובן, אין לתלות בפרשת קול העם מה שאין בה. השופט אגרנט הזכיר אך בקצרה את "כוונת המחוקק", תוך שראה ב"מערכת החיים הלאומיים" אמת מידה לגילוי כוונת המחוקק. השופט אגרנט לא פיתח בפרשת קול העם את המושגיות של "כוונת המחוקק", ולא עמד על היחס שבינה לבין "מערכת החיים הלאומיים"

54 ע"א 723/74 הוצאת עתון "הארץ" נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295.

55 ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(2) 565, 574 (השופט ברק); ראה גם בג"צ 153/83 (הערה 23 לעיל); בג"צ 292/83 (הערה 28 לעיל).

56 ע"א 165/82 (הערה 33 לעיל) עמ' 75 (השופט ברק). ראה גם ע"פ 677/83 כורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, 217: "העקרונות הכלליים של שיטתנו המשפטית".

57 עמד על כך הנשיא אגרנט באומרו: "התפקיד הפרשני, המוטל על השופט – אין לראותו אך ורק כתפקיד של קריאת דברי-החקיקה הרלבנטי ויישומו מניה וביה ובאורח אוטומטי על המקרה בו נדרש הוא להוציא לאור משפט, כי אם כתפקיד המחייב לעתים פעולה יוצרת מצד השופט... הנסיון מלמד שלמלים חיים דינמיים משלהן. לאמור: עם השתנות תנאי החיים במרוצת הזמן והשנוי שחל בינתיים בהשקפות החברות למיניהן, הן 'פושטות' מעליהן בהדרגה את משמעותן המקורית ו"לובשות" איצטלה בעלת משמעות חדשה או שנרסקים אליהן מובנים וגונים נוספים" (אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י (1984) 233, 238).

חוקי יסוד וערכי יסוד

של העם. כך, למשל, מה הדין אם שני אלה אינם מתיישבים זה עם זה? זאת ועוד: בפרשת קול העם נזקק השופט אגרנט לערכי היסוד של השיטה לעניין פרשנותו של טקסט סטטוטורי הוא לא עסק כלל בשאלת מעמדם של ערכי היסוד בהיעדר טקסט סטטוטורי. חרף כל זאת, פרשת קול העם מהווה את הניסיון הראשון החשוב ביותר להנחת תשתית שיטתית באשר למעמדם של ערכי יסוד בגיבוש "המשפט של העם".

3. קביעתם של עקרונות היסוד

בפרשת קול העם עמד השופט אגרנט על חשיבותה של "מערכת החיים הלאומיים" בגיבוש משפטו של עס. על מערכת החיים הלאומיים למד השופט אגרנט ממקורות שונים. הוא הצביע בעיקר על שניים: מערכת החוקים והכרזת העצמאות. ממקורות אלה למד השופט על דבר אופיה הדמוקרטי של המדינה. מאופי דמוקרטי זה הסיק השופט אגרנט את דבר קיומו של חופש הביטוי. הפסיקה שבאה לאחר מכן המשיכה בקו שיטתי זה. מאופיה הדמוקרטי של המדינה הוסקו ערכים כמו שוויון⁵⁸, צדק⁵⁹ ומוסר⁶⁰; מטרות חברתיות כמו עצם קיום המדינה⁶¹, הפרדת רשויות⁶², טוהר השיפוט⁶³, שלום הציבור ובטחוננו⁶⁴; אמות מידה כמו תום לב⁶⁵, צדק טבעי⁶⁶, הגינות⁶⁷,

58 ראה בג"צ 98/69 (הערה 29 לעיל) עמ' 698; ע"א 507/79 (הערה 29 לעיל); בג"צ 507/81 (הערה 29 לעיל).

59 ע"א 251/73 הרשיש נ' שיינליכט, פ"ד כח(1) 572, 575.

60 ע"א 165/82 (הערה 33 לעיל).

61 ע"ב 1/65 (הערה 51 לעיל); ע"ב 2/84 (הערה 33 לעיל).

62 בג"צ 73/85 (הערה 30 לעיל).

63 ע"פ 126/62 (הערה 31 לעיל); ע"פ 696/81 (הערה 55 לעיל). ראה גם סגל, "איסור פרסום מטעמי 'סוביווידיצה' – הצעה להיתר ולהסדר אלטרנטיבי", מחקרי משפט ד (1985) 105.

64 ראה בג"צ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534; בג"צ 243/82 (הערה 8 לעיל).

65 ראה בג"צ 376/81 לוגסי נ' שר התקשורת, פ"ד לו(2) 449.

66 ראה בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך הסדר חכירת מקרקעין, פ"ד טו 459;

בג"צ 319/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493; בג"צ 685/78 עומרי מחמוד נ' שר

החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767; ראה גם שיטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי

והוראות דיוניות מן החקיקה", הפרקליט לא (תשל"ז) 42.

67 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729; ראה

סבירות⁶⁸, היעדר ניגוד עניינים⁶⁹; זכויות יסוד כמו החופש לקבל מידע⁷⁰ ולהפיצו⁷¹, חופש התהלכה⁷², חופש הפולחן⁷³, חופש העיסוק⁷⁴ וכבוד האדם⁷⁵.

"מערכת החיים הלאומיים" אינו מושג סטטי. זהו מושג דינמי. עם משתנה במהלך ההיסטוריה. מערכת החיים הלאומיים משתנה. מכאן גם שעקרונות היסוד של השיטה אינם קבועים ועומדים. אין רשימה סגורה של עקרונות היסוד. העקרונות משתנים עם שינוי בהווייתו של העם. עקרונות יסוד שהיו מקובלים בעבר מאבדים מחשיבותם. עקרונות יסוד חדשים נולדים ככור ההיתוך של המציאות החברתית. מציאות דינמית זו מעוררת בעיות קשות שלא התעוררו בפרשת קול העם. כך, למשל, על-פי אילו אמות מידה יכיר בית המשפט בעקרונות יסוד שטרם הוכרו בעבר? מהי מידת הבשלות הנדרשת מעקרונות חדשים כדי שיהפכו לחלק מהמשפט? מהי מידת הקונצנזוס החברתי החייבת ללוות אותם? מהי מידת האובייקטיביות השיפוטית המתחייבת מהכרה בעקרונות חדשים? שאלות אלה עומדות כיום במרכז הוויכוח הפילוסופי⁷⁶.

גם ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית – הזיקה אל עקרונות היסוד", ספר זוסמן (התשמ"ד) 71.

68 בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421. ראה גם שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 102; א' זמיר, "עילת הסבירות במשפט המינהלי", משפטים יב (תשמ"ב) 291.

69 בג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד לד(2) 566; ראה גם ברק, "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד", משפטים י 11.

70 בג"צ 243/62 (הערה 5 לעיל); בג"צ 807/78 עין גל נ' המועצה לבקורת סרטים ומחזות, פ"ד לג(1) 274.

71 בג"צ 1/81 (הערה 21 לעיל); בג"צ 243/82 (הערה 8 לעיל); בג"צ 259/84 (הערה 22 לעיל).

72 בג"צ 148/79 (הערה 23 לעיל); בג"צ 153/83 (הערה 23 לעיל).

73 בג"צ 292/83 (הערה 28 לעיל).

74 בג"צ 337/80 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337. ראה גם קלינגהופר, "חופש העסוק ורישוי עסקים", עיוני משפט ג (1973) 582.

75 בג"צ 355/79 (הערה 27 לעיל).

76 לאובייקטיביות השיפוטית מזווית הראייה השיפוטית, ראה Clark, "Limits of Judicial Objectivity", 12 Am. U. L. Rev. (1963) 1; Kaufman, "The Anatomy of

אין להן פתרון בפרשת קול העם. השופט אגרנט עמד על חלק מהן בפסיקה מאוחרת, בפרשת שליט, באומרו⁷⁷:

"כור מחצבתן הראשוני של אמיתות הצדק (truth of justice) איננו מצוי בספירה של המדינה, כי אם בזו של החברה. לשון אחר: הורתן ולידתן של האמיתות הללו הינן פרי המחשבה החברתית; דבר התהוותן והתפתחותן הינהו תולדה של הברורים והליבוניס המתקיימים באמצעות האירגונים הסוציאליים למיניהם (המפלגות, העתונות, האגודות השונות והארגונים המקצועיים וכו'). רק לאחר שהן עברו תהליך זה של התגבשות ראשונית, באה המדינה – קרי: החוקים של הרשות המחוקקת, התקנות והצווים של הרשות המינהלית ופסיקת בתי המשפט – ומעצבת את דמותן מחדש, מתרגמת אותן לשפת החוק ומטביעה עליהן את חותם המשפט הפוזיטיבי המחייב. ההסבר לענין הזה הוא: תפקידה של המדינה הוא התפקיד – כך מלמדת התורה הדמוקרטית – למלא את רצון העם ולתת תוקף לנורמות ולסטנדרדים אשר העם חפץ ביקרם. העולה מכאן, כי דרוש שיתקיים קודם ההליך של השתכנעות משותפת (common conviction) אצל בני החברה הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם של אותם הנורמות והסטנדרדים, לפני שנוכל לומר כי נוצר בקרבם רצון כללי (general will) שהם יהפכו להיות בעלי כוח מחייב וישאו את הגושפנקה והסנקציה של המשפט הפוזיטיבי. יורשם לב, כי תכנו של השכנוע האמור איננו שהנורמות והסטנדרדים ההם צריכים עדיין להיוולד בעתיד. אלא שהם כבר קיימים בהווה ויש בהם אמת, הגם שחסרה להם הגושפנקה הרשמית של החוק. נמצא, כי הקונסנסוס של החברה, באשר לאמיתותה וצדקתה של נורמה זו או אחרת, קודם לזכותה להכרה משפטית על ידי המדינה, גם ברור, כי התהליך של היווצרות הסכמה חברתית

Decisionmaking", 53 *Fordham L. Rev.* (1963) 1; Greene, *The Judicial Office* (1938); Frankfurter, *Of Law and Life* (1965) 188.
77 בג"צ 58/68 (הערה 32 לעיל) עמ' 602.

הנשיא אגרנט: "קול העם" – קולו של העם

שכזאת אינו מתחיל ומסתיים ביום אחד; זהו תהליך של התפתחות
הדרגתית, הנמשך זמן רב ואף מתחדש בכל עת."

דעה זו, שגם השופט לנדוי היה שותף לה בפרשת שליט⁷⁸, אינה היחידה
האפשרית. השופט ויתקון הביע בפרשת שליט דעה נוגדת, באומרו⁷⁹:

"לפעמים חייב בית-המשפט לנקוט עמדה בשאלות אידיאולוגיות,
ואל יחשוב שאינו מסוגל לכך או שהדבר יפגע ביוקרתו... הן מבחינת
המצוי והן מבחינת הרצוי כמעט שאין עוד ממש בטענה השגורה, כי
שאלות אלו חורגות מן התחום השיפוטי. דעתם של חברי הנכבדים,
הנשיא והשופט לנדוי, בנושא זה אינה איפוא אלא אלת הדעות
הרווחות בעולם המשפט שבימינו ולא היחידה... אף אם לא תתקבל
דעתו של בית המשפט בשאלה אידיאולוגית קונטרוברסלית על דעת
הציבור כולו, אלא על דעת חלק ממנו בלבד, מי יפקפק שאף אז
ממלא הוא פונקציה שיפוטית לגיטימית וחשובה?"

עניין לנו איפוא במחלוקת הלכתית-פילוסופית היורדת לשורש ההליך השיפוטי.
כל שיטת משפט חייבת להתמודד עם מחלוקת זו. פתרונה לא ימצא אך ורק
בפסיקה, שכן שורשיה קובעים את עצם הלגיטימיות השיפוטית. אך הפסיקה חייבת
לתרום את חלקה במחלוקת זו, שכן מספר הנחות החשובות להכרעתה, קשורות
בתפישת התפקיד השיפוטי על-ידי הפסיקה עצמה. אכן, כאשר הפסיקה חוזרת
וקובעת כי הדינים הספציפיים מושפעים מעקרונות היסוד – אם בדרך פירוש ואם

78 שם, עמ' 520: "מכיון שטרם הושגה הסכמה כללית, אף לא ברובו המכריע של ציבורנו,
בשאלות הנוקבות הללו, יכול 'השופר' להשמיע רק דסוננסים, והתוצאה העגומה היא
שבית המשפט כאילו נוטש את מקומו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור,
ושופטיו יורדים בעצמם אל תוך הזירה, וכמו שאמר חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, בפסק-דין
אחר, בית המשפט הופך לבית שופטים, הנעשים כעלי פלוגתה במחלוקת הציבורית. דעתי
היא שעלינו להימנע בכל כוחנו מלהיגרר אל דרך זו. ודאי, לכל אחד מאתנו השקפתו
האישית בעניינים העומדים ברומו של עולמנו, אולם אל ייחשב שופט 'הכובש את נבואתו'
בשבתו על כס המשפט כמתחמק מהכרעה. לפי מיטב הכרתי חובתנו היא זאת לנהוג
התאפקות בכגון אלה."

79 שם, עמ' 532. השופט ויתקון פיתח את השקפתו זו בהרחבה במקום אחר: ראה ויתקון,
פוליטיקה ומשפט (1965).

חוקי יסוד וערכי יסוד

בדרך של יצירה הלכתית חדשה – וכי עקרונות היסוד נקבעים על-ידי הפסיקה בדרך של מתן ביטוי ל"מערכת החיים הלאומיים" של העם, נוצרת דינמיקה הלכתית, הנותנת מעצם הילוכה לגיטימציה ליצירה השיפוטית. מתגבש "כלל הכרה" – על-פי גישתו של פרופסור הארט – המכיר בלגיטימיות השיטה.

4. עקרונות יסוד מתנגשים – איזון עקרוני

כל המכיר בחשיבותם של עקרונות יסוד⁸⁰, חייב להתמודד עם המציאות הנורמטיבית, בה עקרונות יסוד אינם מתיישבים זה עם זה⁸¹. "לעתים קרובות נתקל השופט בערכים יסודיים הסותרים זה את זה. לא פעם נמצא כי בצד עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד התיזה מצויה האנטייתזה... עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו"⁸². עמד על כך השופט קרדוזו⁸³:

"Again the task of judging is found to be a choice between antithetical extremes. We seem to see the working of an hegelian philosophy of history whereby the tendency of every principle is to create its own antithesis".

השופט אגרנט נתקל במצב דברים זה בפרשת קול העם. ליד העיקרון של חופש הביטוי עומד העיקרון של שלום הציבור. שני עקרונות אלה אינם מתיישבים זה עם זה. כפי שאומר השופט אגרנט בפרשת קול העם⁸⁴:

"עיקר הסכך מקורו בתופעה, שקיימת כאן התחרות בין שני סוגים של אינטרסים, אשר כל אחד מהם הוא בעל חשיבות מדינית-חברתית ממדרגה ראשונה".

80 על היבטים נוספים ראה ברק, "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית – הזיקה אל עקרונות היסוד" (הערה 67 לעיל).

81 ראה 113 (1929) 29 *Col. L. Rev.* "The Law Behind the Law", Dickson.

82 ע"ב 2/84 (הערה 33 לעיל) עמ' 308 (השופט ברק).

83 ראה 62 (1928) *Cardozo, The Paradoxes of Legal Science*.

84 פרשת קול העם, עמ' 880.

כיצד יותר הסבך? תשובתו של השופט אגרנט בפרשת קול העם היא, כי הפתרון הוא באיזון בין העקרונות המתנגשים. לעתים, המחוקק עצמו קובע את האיזון הדרוש⁸⁵. אך לרוב מוטל תפקיד האיזון על בית המשפט. על בית המשפט לאזן בין העקרונות המתחרים. עמד על כך השופט אגרנט בפרשת קול העם באומרו⁸⁶:

"מן ההכרח שתעורר השאלה – ודוקא משום שאין אותה גישה מכילה בקרבה נוסחה מדוייקת וצרה – מהו העקרון הרציונלי שצריך לשמש לה, לרשות המבצעת, שעה שהיא עוסקת בתהליך האמור, לשם הכרעת הכף לצד זה או זה משני האינטרסים הנזכרים."

האיזון בין העקרונות אינו יכול להיות תמיד מקרי. האיזון חייב להיות לעתים עקרוני⁸⁷. על בית המשפט לשאוף לגיבושו של "עקרון רציונלי", אשר יחול במקרה שלפניו ובמקרים דומים אחרים. עליו לשאוף אל "אמת-המידה הנושאת בתוכה קו מנחה ערכי", תוך התרחקות מ"אמת מידה פטרנליסטית מקרית, אשר איש לא יוכל להעריך מראש כיווניה וטיבה"⁸⁸.

עמדה שיטתית זו, בדבר הצורך באיזון עקרוני בין עקרונות יסוד מתחרים, מהווה

85 כפי שמציין השופט אגרנט בפרשת קול העם: "יש והמחוקק עושה את מלאכת השקילה והאיזון בעצמו" (שם, עמ' 881). דוגמא לאיזון סטטוטורי מהווה סעיף 44(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), תשל"א-1971. האיזון הסטטוטורי לא מייחר את האיזון ההלכתי: ראה כ"ש 838/84 ליכני נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 729.

86 פרשת קול העם, עמ' 881.

87 על האיזון העקרוני (Principled Balancing) כתחום חופש הביטוי, ראה Mendelson, "On the Meaning of the First Amendment — Absolutes in the Balance", 50 *Cal. L. Rev.* (1962) 821; Frantz, "The First Amendment in the Balance", 71 *Yale L. J.* (1962) 1424; Frantz, "Is the First Amendment Law? — A Reply to Professor Mendelson", 51 *Cal. L. Rev.* (1963) 729; Mendelson, "The First Amendment and the Judicial Process — A Reply to Mr. Frantz", 17 *Vand. L. Rev.* (1964) 479; Kalven, "Upon Rereading Mr. Justice Black on the First Amendment", 14 *U.C.L.A. L. Rev.* (1967) 428; Gunther, "In Search of Judicial Quality on a Changing Court, The Case of Justice Powell", 24 *Stan. L. Rev.* (1972) 1001. למקורות נוספים, ראה Gunther, *Constitutional Law* (10th ed., 1980) 1113–1117.

88 השופט שמגר בר"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון 'הארץ' בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361.

חוקי יסוד וערכי יסוד

תרומה מרכזית של השופט אגרנט בפרשת קול העם. מאז נהג בית המשפט העליון בדרך זו לא פעם שעה שנתקל בעקרונות מתנגשים⁸⁹. כך נהג כאשר חופש הביטוי התנגש עם טוהר השיפוט⁹⁰, המוסר הציבורי⁹¹, כבוד האדם⁹² ושלום הציבור⁹³; כאשר החופש להפיגין התנגש עם חופש הקניין, חופש התנועה ושלום הציבור⁹⁴; כאשר חופש המצפון והדת התנגש בחופש הקניין, התנועה ושלום הציבור⁹⁵; כאשר החופש האישי התנגש בטוהר השיפוט⁹⁶, בשלום הציבור⁹⁷, בטחוננו⁹⁸ ושלמות הרכוש והגוף⁹⁹.

אף כאן, אין לקרוא בפרשת קול העם מה שאין בה. השופט אגרנט הניח את היסוד לשיטה של "איזון עקרוני", אך לא קבע את היקפה. השאלה, מהם המקרים בהם ייעשה שימוש כמתודה זו, ומהם המקרים בהם לא ינהג בית המשפט על-פיה, נשארה פתוחה. כך, למשל, בפרשת ירדור היה מקום, לדעתי, לאזן בין הערך בדבר קיום המדינה לבין הערך בדבר חופש הבחירה¹⁰⁰. הנשיא אגרנט לא נהג בדרך זו. הוא ראה בקיום המדינה "נתון קונסטטיטוציוני" שאין לעמתו מול עקרון אחר כלשהו. מהי אמת המידה על-פיה יש לנהוג במקרים אלה? מהו "האיזון

- 89 יצויין כי השופט אגרנט עצמו נמנע מלנקוט את שיטת האיזון העקרוני בפרשת ירדור (ע"ב 1/65, הערה 51 לעיל). הוא לא ראה מקום לאיזון בין העיקרון בדבר קיום המדינה לבין העיקרון של חופש הבחירה. בתחום זה גישתו היתה "מוחלטת" ולא "מאוזנת". לביקורת גישה זו ראה ע"ב 2/84 (הערה 33 לעיל) בפסק דינו של השופט ברק, וכן להב, "חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" (הערה 5 לעיל) עמ' 416.
- 90 ראה ע"פ 126/62 (הערה 31 לעיל); ע"פ 696/81 (הערה 55 לעיל).
- 91 ראה בג"צ 243/62 (הערה 5 לעיל).
- 92 ראה ע"א 723/74 (הערה 54 לעיל); ד"נ 9/77 (הערה 88 לעיל).
- 93 ראה בג"צ 243/82 (הערה 8 לעיל).
- 94 ראה בג"צ 148/79 (הערה 23 לעיל); בג"צ 153/83 (הערה 23 לעיל).
- 95 ראה בג"צ 292/83 (הערה 28 לעיל).
- 96 ראה ע"פ 696/81 (הערה 55 לעיל).
- 97 ראה ע"א 165/82 (הערה 33 לעיל).
- 98 ראה ב"ש 838/84 (הערה 85 לעיל).
- 99 ראה המ' 106/54 וינשטיין נ' קדימה, פ"ד ח 1317; ד"נ 6/66 שחאדה נ' הלוי, פ"ד כ(4) 617; ע"א 144/60 מדינת ישראל נ' חואטי, פ"ד טז 209; ע"פ 186/80 יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לז(1) 114; ע"א 343/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113.
- 100 ראה הערה 89 לעיל.

הנשיא אגרנט: "קול העם" – קולו של העם

העקרוני" באשר לשאלה אם יש לנקוט ב"איזון עקרוני"? שאלות אלה ואחרות נשארו פתוחות, אך היסוד להן הונח בפרשת קול העם.

5. מתן משקלות לעקרונות היסוד המתנגשים

איזון בין עקרונות אינה פעולה מיכנית. הוא מחייב שקילה ועימות. בכך הכיר השופט אגרנט בפרשת קול העם, כאשר דיבר על כך כי "הפתרון צריך לבוא בדרך של שקילת האינטרסים של בטחון המדינה מזה וחופש הביטוי מזה"¹⁰¹. והוא מוסיף¹⁰²:

"הזכות לחופש הביטוי אינה זכות מוחלטת ובלתי מוגבלת, אלא זכות יחסית, הניתנת לצמצום ולפיקוח לאור המגמה של קיום אינטרסים מדיניים-חברתיים חשובים, הנחשבים כתנאים ידועים כעדיפים מאלה המובטחים על-ידי מימוש העקרון של חופש הביטוי. תיחום התחומים לשימוש בזכות לחופש הדיבור והפרסה (press) נערץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה".

פעולת "האיזון" ו"השקילה" מחייבת מתן "משקל" לעקרונות השונים. ביטויים אלה של "איזון", "שקילה" ו"משקל" אינם אלא מטאפורות. מאחריהם עומדת תפישה הלכתית לפיה לא כל העקרונות הם בעלי חשיבות זהה בעיני החברה, וכי בהיעדר הכוונה חקיקתית, על בית המשפט להעריך את חשיבותם החברתית היחסית של העקרונות השונים¹⁰³. אכן, לא תיתכן כלל הבחנה בין עצם קביעתו

101 פרשת קול העם, עמ' 881.

102 שם, עמ' 879 (ההדגשה שלי).

103 ראה בג"צ 153/83 (הערה 23 לעיל) עמ' 401, שבו עומד בית המשפט על כך כי מתחייב איזון המצריך "קביעת עמדה שיפוטית – בהעדר הדרכה חקיקתית – כאשר למעמד היחסי של האינטרסים השונים, תוך הכרעה בשאלה אם שווי מעמד הם או שיש לאחד עדיפות על פני רעהו. כן מחייב איזון עקרוני זה באינטרסים שהם שווי מעמד, קביעת עמדה שיפוטית, באשר למידת הנסיגה אשר האחד צריך לסגת כדי לקיים את האחר. מתחייבת איפוא עמדה שיפוטית באשר לגבול הסבילות של הזכויות השונות".

של עיקרון לבין קביעת משקלו. "מערכת החיים הלאומיים" של עם, הקובעת את עקרונות היסוד שלו, קובעת ממילא את משקלם של אותם עקרונות, כלומר, את חשיבותם היחסית. כמובן, לעתים קובע המחוקק את המשקל הראוי של כל עיקרון. אך במקום שהמחוקק נמנע מכך, נקבעת חשיבותו הערכית של העיקרון על-ידי בית המשפט. האיזון בין העקרונות המתחרים אפשרי רק לאחר שנקבעת עמדה שיפוטית כאשר לחשיבותם היחסית¹⁰⁴. עמד על כך השופט שמגר, באומרו¹⁰⁵:

"התהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים מתאר את קו ההתחלה הפרשני אך אין בו כדי לגבש קנה-מידה או משקלות ערכיים בעזרתם תיעשה מלאכת הפרשנות".

אכן, השופט אגרנט היה מודע לצורך זה של מתן משקלות כתנאי לאיזון. כפי שראינו, הוא התייחס להעמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים ושל בחירתם "לאחר שקילה" של אלה אשר ידם על העליונה¹⁰⁶. בפרשת קול העם בחן השופט אגרנט את חשיבותו של העיקרון בדבר חופש הביטוי. הוא ראה בו "זכות עילאית"¹⁰⁷, אשר מהווה "את התנאי המוקדם למימושן של כמעט כל החירויות האחרות"¹⁰⁸. בדומה, הוא ראה את חשיבותו המכרעת של האינטרס בדבר "שלום הציבור". האיזון בין השניים נעשה באמצעות נוסחת ההסתברות של "הקרוב לוודאי". חופש הביטוי נסוג כאשר קיימת הסתברות של "קרוב לוודאי" כי שימוש בחופש הביטוי יביא לסיכון שלום הציבור. מלים אינן חשובות מדם, אך רק הסתברות קרובה לוודאי לשפיכת דם יש בה כדי למנוע את המלים. זאת ועוד: אך טבעי הוא, כי נוסחת האיזון בין העקרונות המתחרים תשתנה מעניין לעניין. עם שינוי באינטרסים המתנגשים, משתנה נוסחת האיזון. כפי שאמר בית המשפט העליון¹⁰⁹:

104 ראה ע"ב 2/84 (הערה 33 לעיל, עמ' 309): "במקום שערכי היסוד של השיטה המשפטית מובילים לכיוונים מנוגדים על בית-המשפט להתחשב בכולם. עליו להביא לעימות ולאזון בין הערכים השונים, על משקלם ועוצמתם בנקודת החיכוך".

105 ד"ר 9/77 (הערה 88 לעיל) עמ' 361.

106 פרשת קול העם, עמ' 879.

107 שם, עמ' 878.

108 שם, שם.

109 בג"צ 153/83 (הערה 23 לעיל) עמ' 401.

"רב־הגוניות של המצבים האפשריים, מחייבת רב־גוניות בנקודות האיזון. אין לנקוט באמת מידה אחת ויחידה, שיהא בה כדי לפתור את כל הבעיות. הטעם לכך הוא, שהאינטרסים המתנגשים אינם תמיד בני אותה רמה נורמטיבית והבעייתיות שבהתנגשות היא מסוגים שונים".

אכן, הנוסחה בדבר "קרוב לוודאי" היא יפה כאשר חופש הביטוי מתנגש בשלום הציבור. אין נוסחה זו תופסת כאשר חופש הביטוי מתנגש עם טוהר השיפוט¹¹⁰, או זכות הקניין¹¹¹, או האינטרס בדבר קיום המדינה או אופיה הדמוקרטי¹¹². הנה כי כן, התפישה השיטתית בדבר "איזון עקרוני על בסיס משקל" מקורה בפרשת קול העם. בכך חשיבותה וייחודה של הלכה זו. מאז פותחה תפישה זו והופעלה במצבים רבים ומגוונים. עם התפתחותה התגלו בעיותיה¹¹³. לאלה לא ניתן פתרון בפרשת קול העם. הפתרון לכל אלה מחייב פיתוח נוסף, שאינו נעשה, לא בפסק דין אחד או במאמר אחד, ולא בשנה אחת או דור אחד. בהבנת מושגיות זו של "איזון עקרוני על בסיס משקל" חייבים ליטול חלק שופטים וחכמי משפט כאחד. מושגיות זו יורדת לשורש ההליך השיפוטי. היא קשורה בבעיות של הפרדת רשויות, ובמקומה הראוי של השפיטה בחברה דמוקרטית. היא משפיעה במישורין על אופן הציבור ברשות השופטת ועל תפקידה של השפיטה בפיתוח המשפט. אכן, פרשת קול העם לא פתרה בעיות אלה, אך היא עוררה אותן ונפתחה בהן רוח חיים. היא הציבה את המסד האינטלקטואלי לעריכת האיזון העקרוני, ונתנה לו את הלגיטימיות הפורמלית. עתה יש להעמיק שיטה זו ולשכללה.

110 ראה ע"פ 126/62 (הערה 31 לעיל).

111 ראה הערה 94 לעיל.

112 ראה ע"ב 2/84 (הערה 33 לעיל).

113 כך, למשל, כיצד יש להפעיל שיטה זו לעניין פיורשו של חוק פלילי? השופט אגרנט עצמו התלבט בשאלה זו: ראה אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" (הערה 57 לעיל) עמ' 241. הבעיה היא, אם יש לאזן בתחום זה בין החופש האישי ממאסר לבין שלום הציבור, או שמא יש לתת ערך "מוחלט" לחופש האישי? בדומה, כבר ראינו את הבעייתיות שמעלה פרשת ירדור, אשר בה לא נעשה איזון בין הערך בדבר קיום המדינה לבין חופש הבחירה (ראה הערה 89 לעיל). כמובן, אלה אינם המצבים היחידים.

ד. סיכום

עמדתי על היבטים ענייניים ושיטתיים בפרשת קול העם, על ההלכות המהותיות בדבר חופש העיתונות, חופש הביטוי, ואופיה הדמוקרטי של המדינה; על המתודה ההלכתית הקשורה בעקרונות יסוד, מקומם כמשפט, קביעתם ואיזונם העקרוני על בסיס משקלם. שני היבטים אלה גם יחד מעוגנים בתפישה דינמית של המשפט. השופט הוא פרשן נאמן של מערכת החיים הלאומיים של העם. השופט מעצב את "אמיתות הצדק" של החברה בה הוא חי, ומתרגם אותן לשפת הנורמה המשפטית המחייבת. במובן מסוים, תפקידו הצהרתי. אך במובן עמוק יותר, תפקידו הוא מהותי ויוצר¹¹⁴. הוא הביטוי האוטנטי של קול העם העולה ממעמקי הווייתו הלאומית. ביטוי לכל אלה ניתן בפרשת קול העם. ממנו עולה דמותו של השופט אגונט כמבטא את קולו של העם.

114 דבר זה בא לידי ביטוי בפרשת שליט עצמה. ראה גם ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ר 1005, 1034: "במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדישים, אשר לא לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה ההגיונית (logical premise) עליה מושחתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים, אם כדרך של הרחבה ואם בדרך של הצרה, וכן במטרה — כאשר אין מוצא אחר — לזנוח כליל אותה הנחה הגיונית, המשמשת משענת להלכה הקיימת, ולהשתמש, במקומה, בנורמה משפטית אחרת — ואפילו תהא זו נורמה משפטית חדשה שלא ידעוה קודם לכן".