

המשפט בישראל בשנות ה-70*

פרופ' אמנון רובינשטיין**

הבא לבדוק ולבחון את השיטה המשפטית הישראלית, נחקל בחופעה אחת דומיננטית ויוצאת דופן. כוונתי להעדרה של חוקה, להעדרו של מסמך העומד מעל לחקיקה השוטפת ומגביל אותה. אמת הדבר, ישראל אינה בודדה במצבה זה. אף באנגליה אין חוקה פורמלית וכתובה, העומדת מעל לפרלמנט. למרות זאת, ניתן לומר, שהמצב הישראלי הוא מיוחד במינו. ראשית, משום שתכונות, שאיפשרו לאנגלים לחיות ללא חוקה — דהיינו ריסון עצמי, ביקורת עצמית, מסורת בת מאות שנים — נעדרות בחברה הישראלית. שנית, העדרה של חוקה כתובה באנגליה נובע מנסיבות היסטוריות¹, השונות לחלוטין מהנסיבות הקיימות בישראל. שלישית, קיים ספק אם באנגליה ניתן לקבל חוקה, שתעמוד מעל לריבונותו של הפרלמנט². באשר לישראל, ספקות כאלה, שהיו נחלת רבים בשנות החמישים³, הלכו ונעלמו במשך השנים, וכיום הן נחלת בודדים⁴. ולבסוף, כדאי לציין, שגם באנגליה אין הכל שבעים נחת מהעדרה של חוקה ונשמעו בעת האחרונה קולות רבים, ביניהם

* מאמר זה מבוסס על הרצאה, שניתנה ב-19.12.1971 במוסד ון ליר בירושלים, בחסות נשיא המדינה.

** דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

¹ Wade & Phillips, *Constitutional Law* (5th ed. 1957), pp. 32-38.

² *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health* [1934] 1 K.B. 590, 597; *Vauxhall Estates Ltd. v. Liverpool Corporation* [1932] 1 K.B. 733; *British Coal Corporation v. The King* [1935] A.C. 500; Wade, *Administrative Law* (Oxford, 1961), p. 9; Wade & Bradley, *Constitutional Law* (7th ed.), p. 48.

³ ראה דברי חבר הכנסת חיים צדוק ושר המשפטים (פנחס רוזן) בדברי הכנסת, כרך 27 (תשי"ט), ע' 2691; דברי היו"ר לשעבר של ועדת חוקה, חוק ומשפט (ח"כ משה אונג) בדברי הכנסת, כרך 40 (תשכ"ב), ע' 2055.

⁴ Likhovski, Can the Knesset Adopt a Constitution which will be the "Supreme Law of the Land?" 4 *Isr. L. Rev.* (1969), 61, 68; Likhovski,

קולו של הטיימס הלונדוני, התובעים מתן ערבויות חוקתיות כלשהן לזכויות האזרח.

העדרה של חוקה בישראל בולט שבעתים על רקע המבנה המשפטי שלנו. כוונתי לריבוי הרבדים והשכבות במשפט הישראלי. אין, כמדומני, עוד שיטה משפטית כה רבת גוונים ורבת רבדים כמו זו הקיימת בישראל. יש בשיטה זו אלמנטים שונים וזרים זה לזה: המשפט הטורקי-העותומני; כל שיטות המשפט של העדות הדתיות, שיש להן סמכות בענייני המעמד האישי בארצנו; שכבה מנדטורית, בה נמצאים מעשי החקיקה של הנציב העליון ומעשי החקיקה הבריטיים, שהוכנסו ארצה באותה תקופה; שיטת המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים; ויש בה שכבה ישראלית מקורית, ההולכת ומתרחבת לשמחתנו. אם נמשיל את השיטה המשפטית לבניין, הרי הבניין הישראלי הוא מזור ביותר. אין בו חדר אחד, הדומה בסגנונו למישנהו; יש בו חדרים בסגנון מיושן וארכאי בצד אלה, המרוהטים בסגנון חדשני. קשה להבין את התוכנית על פיה הורכב הבית. למעשה אין כלל תוכנית כזו. לא רק חוקה איננה, אף עקרונות חוקתיים מנחים — עקרונות לאורם יכלה הכנסת לבדוק את מעשי החקיקה שלה — אינם מגובשים.

סיבה שנייה בגללה העדרה של חוקה חמור במיוחד נעוצה במבנה הקונסטי-טוציוני של ישראל, על פיו מסורות לכנסת, כבית נבחרים ומחוקקים, סמכויות רחבות — חסרות תקדים וחסרות מקביל. הכנסת מרכזת בידה מבחינה משפטית וחוקתית סמכויות אדירות. מעשי החקיקה שלה יכולים להתקבל בכל קוורום⁶, וברוב פשוט⁷ — למעט מספר קטן של מקרים יוצאי דופן הנוגעים להוראות משוריינות בחוקי היסוד⁸; אין היא כפופה לסמכויותיו של בית שני, או לסמכויות ווטו ועיכוב של גוף אחר⁹. חוקה — שוב, פרט למקרים יוצאי דופן — אינם יכולים להבדק על ידי בית-משפט כלשהו¹⁰. הכנסת היא ריבונית במלוא מובן המילה¹¹.

The Courts and the Legislative Supremacy of the Knesset, 3 Isr. L. Rev. (1968), 345.

ומטעמים אחרים: הורנשטיין, שריון הוראות בחוק יסוד, הפרקליט, כרך כ"ה (1969),

ע' 654, 653, 648.

⁶ מיום 21.9.68.

⁷ ס' 24 לחוק יסוד: הכנסת, ס"ח 244, תשי"ח, ע' 69.

⁸ ס' 25 לחוק יסוד: הכנסת.

⁹ ס' 4, 44, 45, 46 לחוק יסוד: הכנסת; ס' 42 לחוק יסוד: הממשלה, ס"ח 540, תשכ"ח, ע' 226.

¹⁰ להבדיל מהמצב באנגליה, למשל, בה דבר חקיקה אינו נחשב Act of Parliament אלא אם הוא מוכיח על פניו, כי נתקבל בהסכמת שלושת הגופים המרכיבים את הפרלמנט: המלך, בית הלורדים ובית הנבחרים. ראה Phillips, Constitutional Law (2nd ed., 1957), pp. 56, 57; The Prince's Case (1606) 77 E.R. 481.

¹¹ בג"צ 188/63 — בצול ואלאזהרי נגד שר הפנים ואח'; פד"י כרך י"ט, ע' 337, 349; בג"צ 243/52 — ביאלר נגד שר האוצר ואח'; פד"י כרך ז', ע' 424, 429, 430; עמ"מ 9/55 — עו"ר פלוני נגד יו"ר וחברי המועצה המשפטית; פד"י כרך י', ע' 1720, 1736. ע"א 228/63 — עוזו נגד עזר; פד"י כרך י"ז, ע' 2541, 2547; בג"צ 188/63, הנ"ל. רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (תל-אביב, 1969), ע' 57—61.

בנסיבות אלה, כאשר יש בפנינו כנסת רבת כוח, הנבחרת על פי שיטת בחירות יחסיות, ואינה צפויה למערכת מעצורים חוקתיים או למגבלות המוטלות על סמכותה על ידי גופים אחרים, אפשר היה לצפות לכך שהעדר חוקה יהיו לו תוצאות הרסניות. כאשר גיתנות סמכויות ענק בידי גוף מחוקק ללא מגבלות חוקתיות במדינה צעירה וחסרת נסיון, שמרבית אוכלוסייתה עלתה ממדינות לא דמוקרטיות, יכול היה הצופה מן הצד לצפות לכך שהכנסת תשתמש לרע בסמכויותיה וכי חוקים הנוגדים את זכויות האזרח ואת המושגים המקובלים של שלטון החוק אכן יעברו ויתקבלו בסיטונות. אחד הדברים החיוביים והבולטים ביותר במשפט הישראלי מצוי בעובדה, שתהליך הרסני מסוג זה לא התרחש. אין פירוש הדבר כי הכל שפיר. רבים מאתנו חולקים על חוקים, שנתקבלו על ידי הכנסת, או תובעים קבלת חוקים נוספים, שיסדירו את ענייני זכויות האזרח. ניתן להצביע על שורה של פגמים בחקיקה הישראלית. אך מי שמתבונן ממעוף הצפור על ההיסטוריה המשפטית הקצרה של מדינת ישראל, וזוכר את שני הנתונים היסודיים שלה — את העדר חוקה ואת כוחה העצום של הכנסת — אינו יכול שלא להתרשם מן העובדה, שמרכזי הכוח הפוליטי במדינה לא השתמשו, בדרך כלל, בסמכויותיה הקיצוניות של הכנסת כדי לפגוע במושגים מקובלים של צדק וזכויות האזרח. למעשה, יש בפנינו תופעה מעודדת של ריסון עצמי, תופעה החסרה כאמור במרכיבי האופי של החברה הישראלית.

כיצד קרה תהליך זה?

אחראים לכך כמה וכמה גורמים: ראשית דבר, ראוי לציין כי דווקא בשל שיטת הבחירות היחסיות — שיטה שלעניות דעתי חסרונותיה רבים — מנעה ממפלגת הרוב את הרוב המוחלט אשר היה מאפשר לה לפעול בכנסת כרצונה. העדרו של רוב כזה והצורך בקואליציה מתמדת מיתנו שאיפות התפשטות שלטונית, שהיו אולי נותנות אותותיהן בתחום המשפט הישראלי. לכך יש לצרף, במקום שני, את השפעתו של בית-המשפט העליון, אשר עמד על משמר זכויות האזרח ונתן פירוש מצמצם לחוקים שהצרו זכויות אלה¹². גישתם של בתי-המשפט תרמה רבות להיסטוריה המשפטית החיובית של מדינת ישראל. ולבסוף, במקום שלישי, אך לא אחרון, הייתי מציין, כי האנשים שעמדו בראש מדינת ישראל בתקופה הפורמטיבית שלה היו אמונים על מושגים בסיסיים של דמוקרטיה ושל חריות אזרח ונמנעו לרוב מפגיעות קיצוניות במושגים אלה.

אך העדר חוקה חייב היה להשפיע, ואכן השפיע, באורח שלילי על מערכת המשפט בישראל. כוונתי היא לא רק לאותם מקרים חריגים, בהם ניתן היה לפסול חוקים של הכנסת לאורם של עקרונות חוקתיים מקובלים, אלא לתהליך עמוק יותר: להשקפה עולם פוזיטיביסטית, שהלכה והתגבשה בארץ בקרב הציבור הרחב — ואף, לדאבונו, בציבור המשפטנים — לגבי מהותו של המשפט החוקתי ומערכת הגומלין בין מוסר ציבורי לחוק מחייב. גישה פוזיטיביסטית זו היא פועל יוצא מן הגישה הישראלית הרואה את הדמוקרטיה בהשתקפותה הפורמלית; על פי השקפה זו, באה הדמוקרטיה לידי ביטוי ממצה באמצעות גיבוש רצונו של הרוב על ידי מעשה חקיקה מחייב. גישה פשטנית זו היא נחלת רבים, בהם גם משפטנים;

¹² ראה, בין היתר, בג"צ 87/53 + 73 — קול תעם נגד שר הפנים; פד"י כרך ז', ע' 871;

בג"צ 241/60 — כרדוש נגד רשם החברות; פד"י כרך ט"ו, ע' 1151.

כאשר אנו, באוניברסיטאות, מנסים להלחם בגישה זו, נתקלים אנו בקשיים לא מעטים. בוגר בית-הספר התיכון הישראלי מסיים את לימודיו בתפיסה פורמליסטית זו של דמוקרטיה; אין הוא רואה את התהליך הדמוקרטי כתהליך מורכב, הכולל מערכת של מעצורים תודעיים והטומן בחובו קונפליקט מתמיד; בעיניו, המשטר הדמוקרטי מתמצה בכך, שהרוב האלקטוראלי, מביע אמונו פעם במספר שנים במפלגה מסוימת. יחס ערכי אל מעשיו של אותו רוב בולט בהעדרו בקרב צעירים ישראליים רבים. כולנו יודעים, כי דמוקרטיה היא מושג מורכב ומסובך יותר ממשטנות פורמליסטיות זו. דמוקרטיה, במשמעותה האמיתית והמהותית, טומנת בחובה לא רק את עקרון רצונו של הרוב אלא גם את הגבלת רצונו של הרוב. המתח המתמיד שבין שני גורמים אלה — כוח הרוב ומגבלותיו — הוא צירו של התהליך הדמוקרטי: הוא מקנה זכויות מסוימות בפני הרוב למיעוט כלשהו, לאדם באשר הוא. למעשה, עצם התפיסה של זכויות אדם משוריינות מתנגדת לתפיסה של הדמוקרטיה במובנה הפורמלי האמור. במשמעותו הפורמליסטית, התהליך הדמוקרטי שולל קיומם של בתי-משפט, המגינים על זכויות אדם יסודיות. בארצות-הברית ניתן לשמוע טיעון זה בחריפותו: יש המשווים את בית-המשפט העליון לדיקטטורה של 9 אנשים ממוזגים, העומדים מעל לרצונו הנבחר של העם. בלי להתייחס לדוגמא האמריקאית הקיצונית, אפשר לומר כי ביסודו של עקרון הגנת המיעוט והגנת זכויות האדם, טמון רעיון אנטי-דמוקרטי, אם אכן מקבלים את הדמוקרטיה במובנה הפרימיטיבי של שלטון הרוב ותו לא. תפישה כזו של הדמוקרטיה כקונפליקט מתמיד נעדרת במדינת ישראל, בין השאר ואולי אף בעיקר בשל העובדה שאין קיימת חוקה כתובה. במדינה בה יש חוקה קל להסביר את התהליך הדמוקרטי המורכב. אתה חוזר ומשנן לתלמידי בתי-הספר כי יש כמה זכויות אורח, שבהם אין בית המחוקקים — הפרלמנט או הקונגרס — רשאי לפגוע, וזאת משום שקיים רצון עליון יותר, הבא לידי ביטוי במסמך בעל עליונות ערכית ומשפטית: בית המחוקקים אינו רשאי לסטות משררה של עקרונות יסוד, אפילו יגייס, בנסיבות הזמן והמקום, רוב גדול לצורך זה.

בישראל, בה מכהנת הכנסת, בנוסף לתפקידה כבית מחוקקים גם כיושרתה של האסיפה המכוננת (זו שהיתה צריכה לתת חוקה למדינה), קשה להסביר תפישה מורכבת זו של הדמוקרטיה על המתח המתמיד שבה. בשל כך נתקלים אנו בפקולטה למשפטים בקושי להסביר את העקרונות הבסיסיים של שלטון החוק בישראל.

מהו שלטון חוק זה?

ניתן לראותו משתי בהיגות: על פי התפישה הפורמליסטית של דמוקרטיה כביטוי מיכניסטי של הרוב, שלטון החוק הוא אחד ויחיד: זה הוא שלטונו של אותו חוק, אשר קיבל רוב בתהליכי החקיקה המקובלים. על פי תפישה זו במדינה דמוקרטית, אין חוק יכול להיות סוטה מעקרונות שלטון החוק. אך מי שרואה את הדמוקרטיה במשמעותה המהותית, דהיינו לאורו של המושג עליו עמדת, רואה אף את שלטון החוק כעקרון מורכב, שקיימים בו גורמים ערכיים העומדים מחוץ לטכניקה המשפטנית המקובלת. שלטון החוק מבחינה זו הוא המדריך המוסרי לאורו נשפטים מעשיו של הרוב. מדריך מוסרי זה, מורה דרך ערכי זה, קובע כמה לאוויים: לא תפלה בין אדם לאדם בשל דתו או גזעו; לא תזון אדם אלא על פי חוק, שנתקבל ופורסם ברבים כדין. אלה הן רק

שתי דוגמאות בודדות, המבטאות עקרון רחב יותר. במילים אחרות: שלטון החוק על פי תפישה זו מניח לנו לשפוט את החקיקה השוטפת. תפקידו של המשפטן להשתמש בחושי ובמומחיותו, כדי לבדוק את המערכת המשפטית לאורה של תוכנית סמויה — ובארצנו היא סמויה בשל העדרה של חוקה והעדרו של חוק בסיסי על זכויות האזרח — ולקבוע בעזרת הכלים האנליטיים שלו, אם המבנה הנדון אכן תואם עקרונותיה של תוכנית זו. בהרצאה זו, אני מאמץ לעצמי את הגישה השניה, וכאשר אדבר על שלטון החוק אתכוון למשמעותו המהותית.



הבוחן את המשפט הישראלי יכול לעשות זאת משתי נקודות מבט. האחת היא זו הפונה אחורה ומשווה את המשפט הישראלי הקיים עם אותו משפט מנדטורי, שקלטה מדינת ישראל לתוכה ערב הקמתה. נקודת המבט השניה היא זו הפונה קדימה ושואלת לכיווני התפתחותו העתידה של המשפט הישראלי. כל מי שבדק את התפתחות המשפט הישראלי, זה שנפסק בבתי-המשפט וזה שנחקק בספר החוקים, אינו יכול שלא להגיע למסקנה, כי אנו עומדים בפני תהליך של ליברליזציה מואצת, שתחילתו אותו משפט מנדטורי שקלטנו במאי 1948. המשפט המנדטורי, על כל רבדיו, שיקף שלטון ריכוזי הדואג בראש ובראשונה למצות את סמכויותיו ולהשליט את רצונו. שלטון זה היה קולוניאלי, ממונה, ולא היה כפוף לבוחרים. ואכן, בכל שנה, כמעט ללא יוצא מהכלל, שבו הוחלף המשפט המנדטורי במשפט ישראלי מקורי אנו רואים שיפור ניכר. כך הוא המצב לגבי שורה של חוקים, כגון הדינים הנוגעים להפקעות¹²; למעמדה של המדינה בהתדיינות עם האזרח¹³ ובחסיון שיש למדינה בדיני הראיות¹⁴. באותם מקרים בהם לא התערב המחוקק הישראלי והשאיר על כנו את ההסדר המנדטורי, נוצרה לא פעם אנומליה. במקרים אלה אנחנו עומדים בפני מעשי חקיקה דרקוניים, ובפני תפישת עולם סמכותית, שאינם עולים בקנה אחד עם משמעותו המהותית של שלטון החוק. כוונתי בעיקר לתקנות ההגנה (שעת חרום),

¹² החוק לחיקוק דיני הרכישה לצרכי ציבור, תשכ"ד—1964, ס"ח 428, תשכ"ד, ע' 122, אשר צמצם את כוח הרכישה לצרכי ציבור על פי הפקודות הבאות: פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943, ע"ר 1305, 1943, תוס' 1, ע' 32; פקודת בניין ערים, 1936, ע"ר 589, 1936, תוס' 1, ע' 153; פקודת הדרכים ומסילות הברזל (הגנה ופיתוח), 1943, ע"ר 1305, 1943, תוס' 1, ע' 40.

¹³ החוק לחיקוק סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958 (ס"ח 251, תשי"ח, ע' 118), אשר ביטל את פקודת המשפטים הממשלתיים (חא"י, כרך א', פרק ל"ח, ע' 472), והרחיב מאד את האפשרויות של הגשת חביעות נגד המדינה. בעקבות החוק יצאו גם תקנות הוצאה לפועל של פסקי-דין נגד המדינה, תשכ"ט—1969, ק"ת 2387, תשכ"ט, ע' 1436.

¹⁴ פקודת הראיות (נוסח חדש), דיני מדינת ישראל, נ"ח 18, ע' 421, הכוללת בס' 44—46 את הסדרי ס' 1 (2) לחוק לחיקוק דיני הראיות, תשכ"ח—1968, ס"ח 535, תשכ"ח, ע' 892, אשר צמצם חסיון של ראיות, כאשר החסיון מתבקש על ידי המדינה, ברוח דבריו של בית-המשפט העליון ב-ע"א 65/57 — העצני ואח' נגד בן-גוריון; פד"י כרך י"א, ע' 397.

1945¹⁶, הגותנות סמכויות קיצוניות למפקדים צבאיים, ושעל פיהן ניתן למעשה לשלול זכויות אזרח בסיסיות, כולל הזכות לחופש אישי ולחופש התנועה, ללא דין, ללא משפט וללא כל ביקורת שיפוטית של ממש. דרך אגב, השארתו של המשפט המנדטורי מטבירה כמה מן הפרדוקסים והסתירות של המשפט הישראלי. אגו מוצאים, למשל, שעיריה המייצגת מספר בוחרים גדול, יש לה סמכויות מצומצמות יותר והיא תלויה יותר בחסדי השלטון המרכזי מאשר מועצה מקומית קטנה. הסיבה לכך היא פשוטה: פקודת העיריות המנדטורית נשארה עדיין בתוקף¹⁷, ואילו המועצות המקומיות הוקמו על פי דבר הקיקה הישראלי סביר יותר¹⁸. בשטח זה, כבשטחים אחרים, התערבותו של המחוקק הישראלי היתה לברכה מבחינת פיזור הסמכויות ומבחינת דאגה לשמירה על זכויות האזרח.

יתר על כן, כאשר דנים בתהליך של ליברליזציה מסוג זה, אי אפשר להסתפק ולהצטמצם בתחום של בדיקת ספר החוקים הגלוי. ביצוע החוקים וגישתם של שלטונות המדינה ורשויותיה השונות קובעים את האקלים המשפטי, הקיים בחברה מסוימת, לא פחות ממערכת חוקיה. אם אנו משווים, למשל, את היחס לערביי ישראל בימים אלה, לזה שבא לידי ביטוי בשנות החמישים נראה הבדל ניכר מבחינת זכויותיהם, מעמדם וההגבלות, המוטלות עליהם. שינוי זה הושג ללא כל ביטוי היצוגי בספר החוקים, אלא אך ורק על ידי הפעלה שונה של סמכויות קיימות — או ליתר דיוק, אי הפעלה של סמכויות קיימות. משום כך, צריך גם לבדוק לא רק את מעשיו של המחוקק אלא את הצורה, שבה מוצאים דבריו מן הכוח אל הפועל על ידי רשויות המדינה.

גם בשטח זה, כך נדמה לי, חלה התפתחות חיובית. בשנות החמישים ידענו כמה מעשים יוצאי דופן: אזכיר רק שניים מהם: האחד, הסגרתו של ד"ר סובלן לארצות-הברית ללא סמכות חוקית ובלי לאפשר לו פניה לבית-המשפט הגבוה לצדק. השני, הריסתו של הכפר הערבי רבסייה בתחומה של מדינת ישראל, ללא סמכות חוקית ובניגוד לרוחו של פסק-דין של בית-המשפט העליון¹⁹. שני מעשים אלה ארעו בשנות החמישים וקשה לי להאמין, כי ניתן היה בישראל של היום להעלות על הדעת חריגה כה חמורה של השלטונות מכללי שלטון החוק והציות למשפט.

אין כל ספק, כי האקלים המשפטי בארץ השתפר מבחינה זו במשך השנים. ושוב כל הדברים האלה אמורים, בלי שנכנס לפרטי הפרטים של חוקים ותוראות ספציפיים. אנו מתבוננים בתהליך זה ממרחק ומנסים לסמן לעצמנו כיוון התפתחות כללי. אך גם בכיוון כללי זה מצטיירים שני חריגים לכיוון החיובי אותו הזכרתי. החריג הראשון נוגע לעניין של שמירת החוק ואכיפתו. מבחינה זו, עדים אנו להתדרדרות מואצת: חוקים, שנתקבלו על ידי הכנסת, הפכו להיות אות מתה בטרם נוסו כלל. הדוגמאות לאי-ביצוע חוקים הן רבות מאד. למעשה, קשה לחשוב על חוק אחד — בתחום הסדר, הנקיון, הפיקוח על איכות הסביבה, טיב

השרות הניתן לצרכנים — המבוצע כהלכה. כולנו עדים לכך יום ויום ושעה ושעה, שחוקים, שנכתבו ונחתמו ונתקבלו, מופרים בריש גלי ואין פוצה פה ומצפצף. כדי להמחיש את חומרת המצב לא אביא את הדוגמה הקלאסית של החוק למניעת מפגעים, תשכ"א—1961²⁰, הידוע בציבור כ"חוק כנוביץ", אלא שתי דוגמאות אחרות.

האחת נוגעת לשיווק דומרים רעילים בבקבוקים מיוחדים, המסומנים באות מיוחד, כך שהציבור יוכל להזהר בעניין העלול להיות עניין פיקוח נפש²¹. תקנה זו, למרות שהותקנה כבר לפני שנתיים, לא הוצאה מן הכוח אל הפועל ולא נעשה ניסיון קל שבקלים להפעילה.

דוגמה שניה וחשובה במיוחד נוגעת לזיהום מקורות המים. חוק המים כולל הוראות חמורות ביותר לגבי זיהום מקורות מים ומקנה לנציב המים ולרשויות אדמיניסטרטיביות אחרות סמכויות רבות לעשות ולנקוט פעולות כדי למנוע זיהום מקורות מים²². למרות זאת, ראינו, כי חלה הרעה ניכרת בעניין זה במקורות המים בישראל — בין השאר, גם באגם הכנרת — בלא שיעשה שימוש, ולו אחד בלבד, בחוק המים.

יכולתי להמשיך ולהרבות בדוגמאות מסוג זה, משום שמספר החריגים מכלל זה של ביצוע החוק הוא כה גדול, עד כי לעתים קרובות נשאלת השאלה: לשם מה טורחת הכנסת במלאכת חקיקתה. נדמה לי, כי חומרתו של תהליך זה אינה נתפסת תמיד על ידי רשויות המדינה. העקרון הוא שהחוק וביצועו אינם ניתנים לחלוקה. מרגע שאתה מערער את אמונו של הציבור בתחולתו הכללית של החוק, ובהפעלתו השווה לגבי הכל, אתה שומט את בסיסו של הבניין המשפטי כולו. אין תופעה מרגיזה ומסוכנת יותר מאשר ביצוע סלקטיבי של חוקים. ביצוע מסוג זה יכול, כשלעצמו, להביא להפלייה חמורה ביותר. שלטון החוק דורש, על כן, ביצוע שווה של אותם חוקים. אין די בכך שחוקים יבוצעו, ביצועם חייב להיות מלא, תקיף ושווה לכל. אם לא יעשה כך, יצא שבידי הרשות המבצעת תהיה האפשרות להפלות בין אדם לאדם על ידי אי הפעלה שווה של חוק מסויים. בצורה זו חוק מסויים, שהפך, למעשה, להיות אות מתה יכול להפך לרועץ יום אחד לאנשים מסויים, שהשלטון אינו חפץ ביקרם.

בהקשר זה אי אפשר שלא להזכיר את תהליך הגיוון התמור, שחל בכל הנוגע לדינים הפיסקליים. למעשה, הסכים השלטון — ליתר דיוק, הסכים משרד האוצר והסכימה הממשלה — להפרות סיווגאיות של דיני מס הפנסה ודינים אחרים. במקרים מסוג זה, למרות שהחוק הופך להיות אות מתה ולמרות שרובות של אזרחים הופכים להיות עבריינים שלא ברצונם, קיימת עדיין לשלטון הסמכות להפעיל את החוק כנגד עברייני ספציפי. קשה לתאר מצב מסוכן מזה לאקלים

²⁰ ס"ח 332, תשכ"א, ע' 58.

²¹ תקנות הרוקחים (אריזתם ושיווקם של סמים, רעלים וכימיקלים מזיקים), תשכ"ט—1969, ק"ת 2374, תשכ"ט, ע' 1286.

²² עד לפני זמן לא רב היו סמכויות אלה מוקנות בס' 9 (3) (4), 11, 12, 156 (א) (1), לחוק המים, תשי"ט—1959, ס"ח 288, תשי"ט, ע' 166. לאחרונה הורחבו סמכויות נציב המים ושר החקלאות לעניין שמירת מקורות המים מפני זיהום, במידה ניכרת, בחוק המים (תיקון מס' 5), תשל"ב—1971, ס"ח 640, תשל"ב, ע' 8.

¹⁶ ע"ר 1442, 1945, תוס' 1, ע' 855.

¹⁷ פקודת העיריות [נוסח חדש], דיני מדינת ישראל, גו"ח 8, ע' 197.

¹⁸ צו המועצות המקומיות (א), תשי"א—1950, ק"ת 127, תשי"א, ע' 178.

¹⁹ בג"צ 288/51 — אצלאל נגד מפקד ומושל צבאי של הגליל; פד"י כרך ט', ע' 689.

ראה גם רובינשטיין, שם, ע' 99—100.

המשפטי של חברה כלשהי. יתר על כן, כאשר בהסכמתו של השלטון הופך אורה ממוצע ורגיל לעברית של מדעת, קיימת תמיד הסכנה, שקו הגבול בין מותר לאסור, בין עבירה ש"הותרה", לבין עבירה ש"לא הותרה", ימחק ויטשטש. היכן מצוי קו הגבול, כאשר החוק עצמו חדל לשמש קריטריון לגבי האסור והמותר?

השטח השני בו חלה לדעתי נסיגה בהשוואה למשפט המנדטורי הוא דיני האישות. השלטון המנדטורי השאיר על כנו את ההסדר הטורקי-עותומני לגבי העצמאות השיפוטית של העדות הדתיות בעניינים מסוימים של הדין האישי. מדיניותו היתה שלא להתערב בעניינים רגילים של מה שנראה בעיניו קבוצות "ילידים" שונות. יחס זה של אי התערבות ומשיכת ידיים מענייני העדה קיבל משמעות חדשה ושונה לגמרי בימינו. במדינת ישראל מונחה השיטה העותומנית — שיטת ה-Millet — בהסתמך על נימוק שונה בתכלית מזה, שהדריך את השלטון המנדטורי בארץ. לא אי התערבות, אלא, להיפך, התערבות אקטיבית בענייני העדות, ובעיקר בענייני יהודי ישראל, היא המדיניות את הממשלה והכנסת. ההסדר העותומני-מנדטורי נשאר על כנו משום — כך נטען השכם והערב — שהוא דרוש, כדי לשמור על אחדותו של העם היהודי ולמנוע גישואי תערובת. שגי טעמים אלה אינם תופשים, אך לא בכך עסקינו. אנו עוסקים בשינוי הגישה, שנחרשה בישראל בהשוואה לתקופה המנדטורית. ממדיניות של אי התערבות עברנו למדיניות של התערבות שלטונית עזה בדיני המעמד האישי. שינוי אידיאולוגי זה בא לכלל ביטוי בכמה שינויים תחוקתיים. ראשית, השלטון המנדטורי, בשל מדיניות אי-ההתערבות האמורה, קבע כמה כללים, שנעלמו בתהליך קליטתם במשפט הארץ. כאשר נוכחו השלטונות המנדטוריים לדעת, כי החברה הארץ-ישראלית הופכת להיות האתרוגנית וכי העדות הסגורות בתוך עצמן של התקופה העותומנית מאבדות את צביון הספציפי, התעוררה השאלה מה דינם של אותם אנשים, שאינם חברים בשום עדה דתית, או שביכרו לצאת ממנה. השלטון המנדטורי נתן תשובה חלקית לבעיה זו בשתי הוראות. ההוראה הראשונה נתנה ליהודים אפשרות לצאת מכנסת ישראל על ידי מחיקת שמם מפנקס הבחורים²³; ההוראה השניה היא משנת 1939, שאז נתקבל דבר מלך, שקבע במפורש את האפשרות לקבוע בפקודה דיני גישואין וגירושין אזרחיים. לאותם אנשים, שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת²⁴, דבר המלך נתקבל ערב מלחמת העולם השנייה וזמן קצר לאחר חקיקתו בא תורן של דאגות אחרות. דבר המלך לא הוצא מן הכוח אל הפועל והפקודה לא נחקקה. אך לצרכינו חשובה הכוונה ליצור מנגנון אזרחי לגישואין ולגירושין לאנשים, שאינם חברים בעדה דתית מוכרת. כוונה זו מעידה

על כך, כי השלטון המנדטורי ראה בקיומם של אנשים אלה בעיה משפטית שיש לפתרה, ולא הסתפק עוד בשיטה העותומנית של עדות סגורות.

מאז שקמה מדינת ישראל נעלמו שני עקרונות אלה — הוולונטריות והדאגה לאנשים שאינם משתייכים לעדה דתית מוכרת. אדרבא, המצב הלך והתחמר. סמכותם של בתי הדין הרבניים הוטלה בכוח החוק על כל יהודי ישראל, כולל אזרחים זרים²⁵, שבעבר היו פטורים ממנה²⁶, ולא הותנה עוד בהשתייכות לעדה דתית. מעמדם של אנשים זוטרי עדה דתית מוכרת, שמספרם הלך וגדל עקב העלייה הגדולה, הוחמר. היום מצויים אנו במצב בלתי נסבל מבחינתו של המשפטן: בפנינו קבוצה שלמה של אנשים, שאין להם דין אישי. למעשה, הם מוצאים מחוץ לתחום החוק הישראלי ומרחפים בוואקום משפטי. מצב זה אינו מפתר ומרומם את שמה של מדינת ישראל. כאמור, פרט להריגים אלה, התמונה הכללית היא תמונה של התקדמות וליברליזציה במשפט הישראלי.



אם אנו מפנים את מבטנו מן העבר אל העתיד ושואלים את עצמנו באלו כיוונים חייב המשפט הישראלי להתפתח, כדי לשרת את צרכי החברה הישראלית, חשוב שנדע את מגבלותיו של בית-המשפט בהתפתחות מסוג זה. רק במקרים נדירים יכולים בתי-המשפט, כשלעצמם, לקדם ולעמוד לפני המחנה. מצבים מסוג זה מתרחשים, כאשר חברה עוברת הליכי שינוי דרמטיים ובית-המשפט יש לו הכוח והסמכות — המשפטית והמוסרית — לקדם הליכי שינוי זה. כך פעל בית-המשפט העליון בארצות-הברית בתקופתו של השופט ווארן: פסקיו יצרו אקלים חברתי חדש בענייני חריות האזרח וחכויותיהם של הכוששים. תהליך דומה, אם כי בקנה מידה קטן יותר, התרחש בישראל, כאשר בית-המשפט העליון נתן פירוש מצמצם ביותר לסמכויות האדמיניסטרציה בעניינים של חופש הביטוי²⁷ ופגיעה בחופש הדת וחופש המצפון²⁸. אך, בדרך-כלל, כדברי השופט ברזון, אין השופטים "רשאים לצאת חלוצים לפני המחנה ולפסוק היום את אשר נראה לנו שהוא בוא יבוא במשך הזמן". כדבריו, "המשפט הולך בעקבות החיים ולא החיים בעקבות המשפט"²⁹. תפקיד קידומו של המשפט הישראלי יפול, איפוא, בהכרח על הכנסת. תפקיד זה מחייב התאמת המערכת המשפטית למציאות עליה מורכבת אותה מערכת.

מהי מציאות זו?

זוהי מציאות של חברה האתרוגנית, העומדת בעיצומו של תהליך שינוי; זוהי חברה רבת רבדים, בה קיימים אלמנטים המתקרבים לשלב של החברה הפוסט-תעשייתית בצד אלמנטים נחשלים; זוהי חברה שיש בה אורח חיים

²⁵ ס' 1 לחוק שיפוט בתי-דין רבניים (גישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ס"ח 134, תשי"ג, ע' 165. ראה וילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, 1965), ע' 362.

²⁶ סימן 47 לדבר המלך במועצתו, 1922.

²⁷ בג"צ 87/53, הג"ל; בג"צ 243/62 — אולפני הכרמה בישראל בע"מ נגד לוי גרי והמועצה לביקורת פרטים ומהווה; פד"י כרך ט"ז, ע' 2497.

²⁸ בג"צ 262/62 — סימן נגד כפר שמריהו; פד"י כרך ט"ז, ע' 2101.

²⁹ בג"צ 72/62 — רופאיון נגד שר הפנים; פד"י כרך ט"ז, ע' 2429, 2455.

²³ תקנה 7 (3) לתקנות כנסת ישראל, כפי שתוקנה בתקנות כנסת ישראל (תיקון), 1937. ע"ד 662, 1937, חוס' 2, ע' 25. ראה גם ע"א 98/47 — חלו נגד חלו; פד"י כרך ב', ע' 16, 21-22.

²⁴ ס' 13 לדבר המלך במועצה (תיקון), 1939 (ע"ר 898, 1939, חוס' 1, ע' 381), אשר הוסיף לדבר המלך במועצתו, 1922 (חא"י, כרך ג', ע' 2738), את ס' 65 א', ראה ע"פ 112/50 — וויסנר נגד היועץ המשפטי; פד"י כרך ה', ע' 481, 490; ברכה, מעמדם האישי של חסרי עדה דתית מוכרת, עיוני משפט, כרך א' (1971), ע' 156, 170, 178.

מסקנה שנייה מכיוון התפתחותה של החברה הישראלית היא זו: החברה הישראלית עומדת, כאמור, על סף הפיכתה לחברה תעשייתית, חברת המונים. הולך ותתפרק של ישראל כחברה משפחתית סגורה, המוכרת לכולנו מתקופת הישוב העברי, ומתחיל פרק חדש בו חייבים אנו להתמודד עם בעיות חדשות. אחת הבעיות האלה היא, כיצד לאן את אינטרס הפרט עם אינטרס הציבור בחברה צרכנית ותעשייתית, בה חי הרוב המכריע בצפיפות בריכוזים עירוניים גדולים. הצורך באיזון זה יחייב אותנו לתת את דעתנו לשאלה העיקרית: כיצד נחיה בצפיפות יחידה. החוק אינו יכול לתת מענה מלא לשאלה זו. מבחינה זו הוא מכשיר בעל חשיבות משנית. אך בכמה שטחים — כמו מניעת זיהום הסביבה, הקפדה על מינימום של סדר ברשות הרבים — החוק הוא מכשיר עיקרי. כל מי שגר בעיר גדולה בישראל יודע, כי חלה מבחינה זו התדרדרות מדאגה, וכי אורח החיים היומי מופרע ומוטרד על ידי מעשים, שניתן להתגבר עליהם באמצעים חוקיים אפקטיביים. בשנות השבעים יהיה תפקידו העיקרי של המחוקק והמשפטן לדאוג לאורח החיים התקין של העיר הישראלית.

מסקנה שלישית, הנובעת מהתעצמותה וגידולה הכמותי של ישראל, קשורה בפיקוח המינהל על הפעילות המשקית בישראל. דומני, כי אין צורך לומר בימים אלה, שהשיטה הקיימת נתגלתה במלוא פגמיה בכל שטחי פעולתה, וזאת אם נבקש לשון המעטה. יסודותיה של שיטה זו הם סמכויות מינהליות רחבות, שיקול דעת

עושיהם שהם פושעים הראויים לעונש. עבירות הן אשר באו אלינו בירושה משיטות עתיקות ומדורות עבר, ואין מקומן בדיני העונשין של מדינה בת זמננו. הן נוצרו כדי להגן על 'הטבע', כלומר על אבסטרקציה של התנהגות מינית נורמלית; והענישה עליהן מחייבת היתה, כלשונו של בלקסטון, מצד הטבע ומצד התבונה ומצד הצו המפורש שבתורת אלהים כאחד... 'הטבע' בתור שכוה אינו עוד זקוק להגנת דיני העונשין; מה שזקוק ועל כן זכאי להגנתם, הם כבודו וגופו וחירותו של אדם, שלא ייפגעו שלא בהסכמתו. מוכיות-היסוד של האזרה היא שהמדינה לא תתערב בחיי הפרטים ובהתנהגותם בחדרי-חדרים, כל עוד אינו פוגע בזכות הכוללת שלא כדיו; ואין פגיעה בזכות הכוללת כשהלה מסכים להיפגע. אדם המחול על כבודו, כבודו מחול; ואדם המוסר גופו להנאתו או להנאת זולתו (ובלבד שלא יסכן את חייו או את חי הכוללת), גופו מחול; אין להם לבתי-המשפט לשם עצמם אפוסטרופסים על העריות".

צמד נוסף לאור גישה זו נעשה בארץ ב-1966, עת בוטל ס' 225 (1) לפקודת החוק הפלילי, 1936 (ע"ר 652, 1936, חוס' 1, ע' 263), אשר קבע, כי "כל המנסה לאבד עצמו לדעת יאשם בעוון". ראה חוק לתיקון פקודת החוק הפלילי (מס' 28), תשכ"ו-1966, ס' 6, ס"ח 48, תשכ"ו, ע' 64.

לאחרונה התעוררה השאלה, עד כמה רשאי המחוקק להתערב בשלום הפרט — מבחינה בריאותית, לא מבחינה מוסרית — בבג"צ 332/71 — עלי ואח' נגד שר התחבורה ואח' — פד"י כרך כ"ו (1), ע' 105. מ"מ הנשיא, השופט זוסמן, אמר את הדברים הבאים: "אין ספק שנאה לו למחוקק לכבד את רשות הפרט ולא לחדור לתוכה אלא לצרכי ציבור חיוניים, ולמחוקק משנה לא-כל-שכן, אם כי לא ניתן בנקל לסמן את הגבול, בו חייבת המדינה להעצר בהתערבותה". עם זאת, "אין מטרתו של חוקק לשמור על בריאותו של אדם מוקצית מחמת איסור" (שם, ע' 111).

חילוני בצד אורח חיים דתי. זוהי חברה שיש בה יוצאי גלויות שונות ובני כל הדתות — מוסלמים, נוצרים ויהודים; זוהי חברה ההופכת בקצב הולך ומואץ להיות חברה מפותחת, תעשייתית ועשירה. ומעל לכל: החברה הישראלית הופכת להיות חברה גדולה, חברת המונים — על כל מצוקותיה של חברה זו. המחוקק חייב לקחת בחשבון נתונים אלה, ולתת דעתו על קצב השינוי. מספר מסקנות משפטיות מתחייבות מאפיה המתהווה של החברה הישראלית. הפועל היוצא מן ההאטרונגיות הישראלית הוא, שהחוק חייב להגביל את התערבותו בנושאים הקשורים בהשקפות מוסריות, דתיות ואחרות חיים. נסיונו של מדינות אחרות וגם נסיונה הקצר של ישראל מוכיחים, כי שוט החוק אינו יכול לשמש מכשיר יעיל במלחמה להשליטת השקפות מוסריות או דתיות. דברים אלה נכונים שבעתיים לגבי חברה, הנעדרת עקרונות אתיים אחידים והמצטיינת במגוון השקפותיה. בחברה כזו ייכשל כל נסיון להשליט בכוח את השקפתו המוסרית של האחד על השני. משום כך, מה שקרוי לעתים, "מתירנות משפטית" אינו אלא הודאה בקוצר ידו של המחוקק והשוטר להתערב בתחום הנחון מבחינה משפטית לרשות הפרט. על ידי צמצום התערבותו במישור המשפט הפלילי, אין המחוקק אומר אלא זאת: "בכך אין אני יכול להתערב". אין הוא נותן גושפנקה מוסרית לאותם שטחים שבהם נמנעת התערבותו.³⁰

שוב: אם דברים אלה נכונים בכל מקום, יפים הם במיוחד לגבי החברה הישראלית החדשה רבת הרבדים והגיונים. המחוקק חייב, מבחינה זו, להצטמצם במינימום של איסורים הנדרשים על ידי החברה עצמה. אין צורך לומר, כי בכל מקרה של פגיעה בזולת רשאי וחייב המחוקק להתערב. אך שאלה גדולה היא, אם רשאי המחוקק להתערב באותו תחום, בו אין פגיעה בזולת. העקרונות שנוסחו בסעיפים 4 ו-5 של הכרזת זכויות האדם והאזרח הצרפתית משנת 1789 יפים לתקופתנו ולחברתנו. שני משפטים מחוך הכרזה זו מבטאים במלוא הבהירות את המדיניות המשפטית הנכונה בתחום המשפט הפלילי: "החרת באה לזה. ביטוי בכוח לעשות את כל מה שאינו פוגע בזולת"; "החוק חייב לאסור רק את אותן פעולות המזיקות לחברה".

החוק בא להגן על אינטרס מצומצם ביותר. אין הוא בא לעשותנו טובים ובעלים יותר; הוא בא למנוע אותנו מלהתנכל איש לרעהו, ואם יצליח במשימה קשה זו — דיינו. עקרונות אלה חייבים, לדעתי, להנחות את המחוקק הישראלי בשנות ה-70.³¹

³⁰ האם גם הולפך נכון? כלומר, האם התערבות פוזיטיבית של המחוקק בסוג התנהגות מסויים יש בה ראייה להודאת המחוקק במוסריותה של התנהגות זו? ראה הדעות השונות ב-ע"א 563/65 — יגר נגד פלמין ואח'; פד"י כרך כ' (3), ע' 244; ע"א 4/66 — פרץ נגד הלמוט; פד"י כרך כ' (4), ע' 337.

³¹ גישה זו אומצה גם על ידי "ועדת הולפנד" האנגלית (The Committee on Homosexual Offences and Prostitution) בסעיף 13 לדו"ח הוועדה. בארץ ניתן ביטוי לגישה זו ב-ע"פ 224/63 — בן עמי נגד היועץ המשפטי לממשלה; פד"י כרך י"ח (3), ע' 225, 238, מפי השופט חיים כהן: "משכב-אשה-שלא-כדרכה, וכן משכב-זכר, כשהמעשה נעשה בצנעה ועל ידי בני-אדם בגירים מרצונם הטוב, אינם מעשים שיש בהם קלון, ואין הם מעידים על

איש, ויצירת משטר של הנחות במקרים ספציפיים. הזכויות המשקיות אינן מוגדרות בחוק בצורה משביעת רצון, ולעתים אין בא זכרן בחוק כלשהו. כך, למשל, כל תעשיית היצוא מותנית, למעשה, ברצונו הטוב של המינהל, בלא שליטתן זכות לקבל את התמריץ על פי החוק. הוא הדין בשורה שלמה של סובסידיות, מענקים ותשלומים, שכל כולם מצויים מחוץ למסגרת חוקית כלשהי. מצב זה יכול היה אולי לפעול בחברה הקטנה, שיצאה מחיתוליה של משפחת הישוב העברי, המנסה להתמודד עם בעיות המשק בעזרת כשרון אישי של אבות המשפחה. אך פרק זה, כאמור, הולך ותם והחוק הישראלי חייב לתת מענה לצרכים של החברה הישראלית החדשה.

לדעתי, הפיקוח המשפטי והחוקי על המשק טעון בדק בית יסודי. כמה עקרונות ברזל חייבים להיקבע: אין הוצאה כספית של הממשלה ללא חוק; מהותי של הכנסת, הקובע את יעד ההוצאה ואת הקריטריונים להוצאה. כיום די לממשלה בהסמכה תקציבית, כדי להוציא כספים המצויים ברזרבות תקציביות, גלויות וסמויות. מצב זה הוא בלתי משביע רצון: כשם שאין הממשלה רשאית לגבות כסף מן האזרח בלא שהחוק יגדיר את הקריטריונים לגביה זו³², כך צריך דין זה לחול גם על סעיף ההוצאה הממשלתית. הממשלה אינה רשאית, על פי השקפה זו, להעניק תשלום או טובת הנאה אחרת, אלא לפי קריטריונים, שנקבעו בחוק של הכנסת. צידו השני של מטבע זה אומר, כי אין לאדם זכות לקבל מן הממשלה תשלום כלשהו בלא שזכותו תקבע בחוק. אם רוצה הממשלה להמשיך במדיניות של ריבוי שערים, של מתן תמריצים, פרמיות ומענקים — מדיניות שהיא עצמה שנוייה במחלוקת — חייבת היא לפחות להגדיר בחוק את מערכת החובות והזכויות עליה יוכל להסתמך כל אזרח המרגיש את עצמו מקופח. יתר על כן, התחומים בין משפט ציבורי למשפט פרטי נטשטשו בימינו, ובשל טשטוש זה קיימת מגמה מסוכנת — עליה התריע כבר מבקר המדינה לא פעם — של המלטות הממשל אל תוך המשפט הפרטי. המלטות זו נעשית בצורת הקמת חברות ממשלתיות, דהיינו חברות מגיות רגילות, שבהן יש לממשלה שליטה. בצורה זו מוצא עניין מסוים מהגן מסגרתו של המשפט הציבורי, לרבות הפיקוח של בית-המשפט הגבוה לצדק. תופעה זו היא מסוכנת לחברה הישראלית ולמשק הישראלי. בצורה זו יכול אוצר המדינה לעקוף את מגבלות חוק התקציב ויכולה הממשלה לעקוף את הכללים, החלים בשרות הציבורי. הדוגמא הפשוטה והמובהקת ביותר להמלטות כזו אל תחום המשפט הפרטי נמצא במקרה שהרשות מקימה חברה פרטית, מעבירה אליה קרקעות הציבור; כתוצאה מעיסקה פשוטה זו דיני המכרזים החלים על הרשות אינם חלים על אותה קרקע, וזאת למרות שמבחינה מהותית אין הבדל בין החברה לבין הרשות, שניהם נאמני הציבור ורכושו הם. משום כך, יש לדעתי להתמודד עם בעיה זו על ידי קיום פיקוח מתמיד של בית המחוקקים על הקמת החברות הממשלתיות והעירוניות. לדעתי הקמתה של חברה ממשלתית חייבת לקבל את הסכמתו של בית המחוקקים והסכמה זו חייבת להינתן רק לאחר שיוכח כי הובטחו כל הכלים לפיקוח יעיל על אותה חברה³³.

³² ס' 6 לפקודה סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, ע"ר 2, תש"ח, תוס"א, ע' 1.

³³ שר האוצר, מר פנחס ספיר, בדבריו בכנסת, הודיע על הגשתו הקרובה של חוק חברות ממשלתיות שמטרתו להגביר את הפיקוח הממשלתי על פעולת החברות

אכן, בשטה זה של פיקוח משפטי על פעולות המינהל במשק, מצוי אחד הפגמים התמורים של חברתנו. נוצרה אסימטריה משועת בין כוח ההתערבות העצום של הממשל בענייני כלכלה ומשק לבין מידת ההגנה המשפטית שזכה לה הפרט הנפגע מהתערבות זו. ממלא מקום נשיא בית-המשפט העליון, ד"ר זוסמן, ביטא את חוסר הנחת ממצב זה, באמרו:

"כשלעצמי הייתי מעדיף, כי לעומת משטר הפיקוח השורר אצלנו... תינתן לאזרח הגנה מרחיקת לכת על זכויותיו מאשר בית-משפט זה יכול לחיתה"³⁴.

דברים אלה נאמרו בעניין, בו עתרה חברה לבית-המשפט הגבוה לצדק בקובלנה כנגד ההסכם, שערכה ממשלת ישראל עם חברת ליינגד הבריטית, הסכם שהעניק עדיפות ויתרונות ליצרן אחד על פני מתחרים אחרים. השופט זוסמן, בדחותו את העתירה, ולאחר שהוא מסביר את מגבלות סמכותו של בית-המשפט. אומר³⁵:

"לא אוכל ליטול לידי את התפקיד לבקר אם בצדק טוברים המשיבים, כי ההסכם עם ליינגד משרת את ענייני המדינה... בעניין זה אין לנו אלא לסמוך על תבונת [שרי הממשלה] ועל כשרם המקצועי של יועציהם".

דומני, כי דווקא בימים אלה, כאשר תבונת היועצים נחשפה בפומבי, ראוי לציין כי אותה הגנה מרחיקת לכת, עליה דיבר השופט זוסמן, אינה קיימת בארצנו. בשנות השבעים יהיה זה מתפקידה של הכנסת לדאוג למילוי החסר ולתת הגנה כלשהי למי שנפגע מהתערבות הממשל במשק.

אלה הם, בקצרה, כיווני ההתפתחות המשפטית הרצויה, לעניות דעתי, בשנות השבעים. כיוונים אלה צויירו כאן במגמה להעמיק תהליך חיובי ביסודו של ליברליזציה במשפט הישראלי. השאלה באיזו מידה יתגשמו ציפיות אלה תלויה בגורמים חברתיים ופוליטיים רבים.

הממשלתיות. דברי הכנסת השביעית, מושב שלישי, ע' 581. הצעה זו תהיה מבוססת על דו"ח הוועדה להכנתה של הצעת חוק חברות ממשלתיות (פרסומי המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"א-1970). על פי הצעה זו, "הממשלה רשאית להחליט על הקמת חברות ממשלתיות לפי שיקול דעתה, במסגרת שתקבע על ידה ושתפורסם ברבים".

³⁴ בבג"צ 331/60 — מילר נגד שר התחבורה; פד"י כרך ט"ו, ע' 1989, 1996.

³⁵ שם, שם.