

הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל בישראל

אהרן ברק*

שמח אני על שובו של "הפרקליט" לחיינו המקצועיים. הוא היה חלק בלתי נפרד לדורות של משפטנים – עורכי דין ומורים למשפט – אשר קראו אותו וכתבו בו. הייתי אחד מהם. הרשימות הראשונות שכתבתי פורסמו ב"הפרקליט". שמחתי להשתתף בכרך המיוחד, שפורסם בספר היובל של הפרקליט (התשנ"ד). בהפתעה מהולה בצער קיבלתי את ההודעה על סגירתו. שמח אני על חזרתו לחיינו המקצועיים. עלו והצליחו.

א. מבוא

ב. המשפט המקובל בישראל

1. המשפט המקובל כמקור ליצירת משפט בישראל

2. המאפיינים של המשפט המקובל

2.1 חקיקה שיפוטית

2.2 היחס בין המשפט המקובל לחקיקה

2.2.1 פרשנות החקיקה על ידי המשפט המקובל

2.2.2 התפתחות במשפט המקובל האנגלי

2.2.3 התפתחות במשפט המקובל הישראלי

3. הגבלות פנימיות במשפט המקובל

4. המשפט המקובל הפרטי בישראל

5. המשפט המקובל הציבורי בישראל

5.1 זכויות אדם הלכתיות כלפי רשויות השלטון

5.2 משפט מינהלי כללי באשר להפעלת סמכות מינהלית

5.3 הזכות המינהלית

ג. היחס בין הזכויות החוקתיות לבין הזכויות המהוות חלק מהמשפט המקובל הישראלי

ד. המשפט המקובל והקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי

1. דין החקיקה השיפוטית כדין החקיקה החרות

* נשיא בית המשפט העליון בדימוס; פרופסור למשפטים, בית-ספר הארי רדזינר למשפטים, אוניברסיטת רייכמן. רשימה זו מתבססת על פרק מתוך ספרי על חוק-יסוד: כבוד האדם והחירותו (טרם פורסם).

2. הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל הפרטי
 - 2.1 השפעת הקונסטיטוציונליזציה על חוקתיותו ועל תוכנו של המשפט המקובל הפרטי
 - 2.2 השפעת הקונסטיטוציונליזציה על חוקתיותו של המשפט המקובל הפרטי
 - 2.3 השפעת הקונסטיטוציונליזציה על תוכנו של המשפט המקובל הפרטי
 3. הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל הציבורי
 - 3.1 השפעת הקונסטיטוציונליזציה על חוקתיותו של המשפט המקובל הציבורי
 - 3.2 השפעת הקונסטיטוציונליזציה על תוכנו של המשפט המקובל הציבורי
 - 3.3 הקשיים בקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל
 - 3.3.1 הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל ופסקת ההגבלה
 - 3.3.2 הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל ועקרון חוקיות המנהל
- ה. לסיים

א. מבוא

מרבית המדינות המשתייכות למשפחת המשפט המקובל (ה-Common Law) כוננו חוקות והכירו בביקורת שיפוטית על חוקתיותו של המשפט התת-חוקתי.¹ בדרך התרחשה קונסטיטוציונליזציה של המשפט התת-חוקתי.² לקונסטיטוציונליזציה זו

1 על משפחת המשפט המקובל, ועל מקומנו ביחס אליה, ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ(ב) 197 (1992). פורסם גם באהרן ברק מבחר כתבים כרך א 41 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים 2000).

2 על המושגיות של קונסטיטוציונליזציה, ראו בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502 (1994) ("זכויות האדם החוקתיות הן חלק של המשפט החוקתי והן מכוונות, בראש ובראשונה, כנגד רשויות השלטון. עם זאת, הן מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט ובכך יוצרות קונסטיטוציונליזציה של המשפט") (המשנה לנשיא א' ברק); בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 421 (1995) ("משמעותה של קונסטיטוציונליזציה זו היא, כי כל ענף משפטי וכל נורמה משפטית מושפעים מהסדרים החוקתיים בדבר זכויות האדם. זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן על כל ענפי המשפט ומשפיעות על כל הנורמות המשפטיות") (המשנה לנשיא א' ברק). ראו גם פרנסיס רדאי "חוקתיות של דיני העבודה" שנתון משפט העבודה ד 151 (1994); רות בן-ישראל "השלכות חוקי היסוד על משפט העבודה ומערכת יחסי העבודה" שנתון משפט העבודה ד 27 (1994); שי שגב "על היחס שבין חוק-יסוד: כבוד-האדם וחירותו לבין תקנות סדר הדין האזרחי, בכלל, והסעדים הזמניים, בפרט" המשפט ב 53 (1994); אהרן יורן "המהפכה החוקתית במיסוי בישראל" משפטים כג 55 (1994); יוסף מ' אדרעי "מכשולים קונסטיטוציוניים

שני היבטים: האחד, השפעת החוקה על מובנו (פרשנותו) של המשפט התת-חוקתי; השני, השפעת החוקה על תוקפו (חוקתיותו) של המשפט התת-חוקתי. שתי שאלות אלה מעוררות שאלה שלישית: מה הדין במקום שהמשפט התת-חוקתי אינו משפט חרות (חוק, תקנה) אלא משפט מקובל? האם הקונסטיטוציונליזציה של המשפט התת-חוקתי משתרעת גם על הקונסטיטוציונליזציה המשפט המקובל?

שאלה זו – הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל – מתעוררת בכל מדינות המשפט המקובל. היא מתעוררת גם בישראל. אף שאיננו חלק ממשפחת המשפט המקובל, אנו נוטים למשפחה זו בהיבטים רבים.³ על כן יש מקום לשאול גם בישראל מהי השפעתם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – על המשפט המקובל הישראלי? על שאלה זו מבקשים אנו להשיב ברשימתנו.⁴

אנו פותחים את רשימתנו (הפרק השני) בניתוח השאלה: מהו מעמדו של המשפט המקובל כמקור למשפט בישראל? מסקנתנו היא שהמשפט המקובל הוא מקור משפטי ליצירת משפט בישראל.⁵ על רקע זה אנו בוחנים את היחס בין "החקיקה השיפוטית" לבין החקיקה החרוטה באנגליה ובישראל.⁶ מסקנתנו היא כי במסגרת מפעל חוקי היסוד, יד החקיקה החרוטה – חקיקה "רגילה" וחוקי היסוד – על העליונה. חוקתיותה של חקיקה "רגילה" הפוגעת במשפט המקובל תקבע על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה;⁷ חוקתיותו של חוק-יסוד הפוגע במשפט המקובל מותנית בכך שחוק היסוד אינו סוטה מעקרונות היסוד של הכרות העצמאות.⁸ גישתנו זו מבוססת על היקפו של המשפט המקובל, אשר הגביל את עצמו וקבע תחומים שאינם ראויים לחקיקה שיפוטית (כגון יצירת עבירות פליליות, הטלת מס, והכרה בעיקרון כי פגיעה בזכויות אדם למען

וערכיים בהטלת מס על רווחי הון בבורסה" מיסים ח/א-20 (1994); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ג – פרשנות חוקתית (1994); אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996).

3 ראו ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", לעיל ה"ש 1.

4 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ו 150; (תיקון מס' 1) ס"ח התשנ"ד 90, וכן, חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90; (תיקון מס' 1) ס"ח התשנ"ז 4; (תיקון מס' 2) ס"ח התשנ"ח 178.

5 ראו להלן בפרק ב. 1.

6 למושגיות "חקיקה שיפוטית", ראו אהרן ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג 25 (1983); ברק מבחר כתבים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 821.

7 ראו ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

8 ראו אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוונת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי" SSRN, (2021), <https://ssrn.com/abstract=3808990>.

האינטרס הציבורי חייבת הסמכה בחקיקה ולא במשפט המקובל).⁹ על רקע זה אנו בוחנים את התפתחות המשפט המקובל הפרטי (כגון הלכות שיתוף נכסים וידועים בציבור, דיני עבודה),¹⁰ והציבורי (זכויות אדם הלכתיות, כגון חופש הביטוי וחופש העיסוק)¹¹ בישראל.¹¹

בפרק השלישי של רשימתנו אנו בוחנים את היחס שבין הזכויות החוקתיות המעוגנות בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לבין הזכויות ההלכתיות (המשפט המקובל הציבורי). מסקנתנו היא כפולה:¹² ראשית, היחס בין הזכות החוקתית לבין הזכות ההלכתית הוא ביחס בין גורמה עליונה לגורמה תחתונה; שנית, אין לפרש את היקפן של הזכויות החוקתיות כהסדר שלילי לגבי זכויות הלכתיות.

בפרק הרביעי אנו בוחנים את תוצאות הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל הישראלי (הפרטי והציבורי). על פי גישתנו, דין חוקתיותו של משפט מקובל הפוגע בזכות חוקתית כדין חוקתיות של דין חרות הפוגע בזכות חוקתית. שניהם כפופים לחוקי היסוד. על כן המשפט המקובל הפרטי, הקובע יחסים בין פרטים בגדר המשפט התת-חוקתי, הפוגע בזכות חוקתית של אחד מהצדדים, יהא חוקתי רק אם הוא ממלא אחר הוראותיה של פסקת ההגבלה. בהקשר זה אנו סבורים כי המשפט המקובל הישראלי הוא "חוק" לעניין פסקת ההגבלה.¹³ הוא הדין מקום שהמשפט המקובל הציבורי פוגע בזכות חוקתית. פגיעה זו צריכה אף היא לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. גם בהקשר זה, המשפט המקובל הציבורי הוא "חוק" לעניין פסקת ההגבלה.¹⁴ לדעתנו, גישה השוללת את תחולתה של פסקת ההגבלה על המשפט המקובל (שכן משפט מקובל אינו "חוק") תוצאתה היא כי המשפט המקובל הישראלי חדל להיות מקור ליצירת משפט בישראל.

אנו נסיים את רשימתנו בהדגשת החשיבות הרבה בהמשך ההכרה במשפט המקובל הישראלי (הפרטי והציבורי) כמקור משפט בישראל. הייתה זו החקיקה השיפוטית של דורות שופטים בישראל – מיום הקמת המדינה ועד עצם היום הזה – שעיצבו את דמותנו כמדינה שערכיה דמוקרטיים. אסור לנו לוותר על תרומתו של המשפט המקובל הישראלי להמשך עיצובנו כמדינה שערכיה הם "כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹⁵

9 ראו להלן בפרק ב. 3.

10 ראו להלן בפרק ב. 4.

11 ראו להלן בפרק ב. 5.

12 ראו להלן בפרק ג.

13 ראו להלן בפרק ד. 3.3.

14 ראו שם.

15 ראו ס' 1א לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ("חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק-יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"); ס' 2 לחוק-יסוד: חופש העיסוק ("חוק-יסוד זה מטרתו להגן על חופש

ב. המשפט המקובל בישראל

1. המשפט המקובל כמקור ליצירת משפט בישראל

שיטת המשפט הישראלית היא מורכבת.¹⁶ אין היא משתייכת למשפחות (families) העיקריות של שיטות המשפט.¹⁷ כך למשל, אין אנו חלק מהמשפחה הרומנו-גרמנית או משפחת המשפט המקובל (Common Law). ערכיה של ישראל הם ערכיה "כמדינה יהודית ודמוקרטית".¹⁸ ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית אינם הופכים את תרבותה של ישראל למבוססת על צו אלוהי.¹⁹ בצדק ציין מנחם אלון כי "ערכיה של המדינה כמדינה יהודית, כתשתית של המערכת המשפטית, אכן אין בהם משום ביטוי דתי אבל יש ויש בהם משום ביטוי לאומי".²⁰ מדינת ישראל היא מדינת הלאום של העם היהודי, המבוססת על ריבונות העם ועל "תפישה מהותית של חירות ושל שוויון, לקיום זכויות יסוד של הפרט, ובכלל זה של בני קבוצות המיעוט, ולמנגנונים פתוחים ונגישים של שיה ושל הכרעה".²¹ הבסיס לקיום הלאומי הוא אידיאולוגיה של מדינת חוק, של שלטון החוק ושל זכויות האדם. כל אלה מצאו את ביטויים בהכרזת העצמאות, המהווה את החזון ואת ה"אני מאמין" של קיומנו הלאומי ותרבותנו המשפטית.²² המאפיין את התרבות המשפטית של ישראל הוא שהיא משתייכת לשיטות משפט בעלות אופי מעורב (mixed jurisdiction).²³ בין שיטות משפט אלה מונים את קוויבק (השפעה צרפתית, מעורבת עם השפעה אנגלית), סקוטלנד (השפעה צרפתית, בצד השפעה אנגלית), לואיזיאנה (השפעה צרפתית, בצד השפעה אמריקאית), דרום אפריקה (השפעה רומנו-הולנדית, בצד השפעה אנגלית) וסרי לנקה (השפעה רומנו-הולנדית בצד השפעה אנגלית). שיטת המשפט בישראל אף היא שיטת משפט מעורבת.

העיסוק כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית".

16 ראו ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה", לעיל ה"ש 1.

17 על משפחות המשפט, ראו שם, בעמ' 41.

18 ראו ס' 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 2 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

19 ראו חיים ה' כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודימוקרטית: עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 21 (1993).

20 מנחם אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב 253, 285 (1995).

21 ראו בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 44, פס' 14 לפסק הדין של השופט א' לוי (2012).

22 ראו בג"ץ 10/48 זיו נ' הממונה בפועל על האזור העירוני תל-אביב, פ"ד א 85, 89 (1948).

23 ראו ברק "שיטת המשפט בישראל", לעיל ה"ש 1, בעמ' 57. על שיטות המשפט המעורבות ראו MIXED JURISDICTIONS WORLDWIDE: THE THIRD LEGAL FAMILY (Vernon Valentine Palmer ed., 2003); Hope, *The Place of a Mixed System in the Common Law World*, 35 *ISR. L. REV.*1 (2001).

אופייה של שיטת המשפט הישראלית כשיטת משפט מעורבת מבוססת בעיקר על השפעה ממשפחות המשפט המקובל. החל עם הכיבוש הבריטי בשנת 1917 התרחשה "אנגליפיקציה" של המשפט הארץ-ישראלי.²⁴ הדבר נעשה באמצעות פסיקתם של בתי המשפט המנדטוריים ובראשם בית המשפט העליון, אשר החדירה למשפט הארץ ישראלי – על בסיס סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922 – את עקרונות המשפט המקובל ודוקטרינות האקוויטי הנוהגות באנגליה.²⁵ בבסיסו של המשפט המקובל מונחת התפיסה כי השופט מוסמך ליצור משפט גם מעבר לפרשנות החוק. על פי תפיסה זו ההלכה הפסוקה היא משפט מחייב.²⁶

עם הקמתה של המדינה נקבע 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 האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית, או על פיה ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".²⁷ ברוח הוראה זו המשיכה שיטת המשפט הישראלית להיות שיטת משפט מעורבת, המושפעת בהיבטים שונים מהמשפט המקובל.²⁸ רכיב מרכזי בהשפעה זו הוא התפיסה הרואה בהלכות שיפוטיות מקור ליצירת משפט.²⁹ עמד על כך משה לנדוי:³⁰

²⁴ ראו אליעזר מלחי תסקיר תולדות המשפט בארץ ישראל (תש"י). ראו גם אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689 (1998); Assaf Likhovski, *In Our Image: Colonial Discourse and the* (1995) 291 *ISR. L. REV.* *Anglicization of the Law of Mandatory Palestine*. ראו גם נתן ברון משפט, יצרים ופוליטיקה – שופטים ומשפטנים בסוף המנדט ובראשית המדינה (2014).

²⁵ כגון פקודת החברות, פקודת השטרות, פקודת השותפויות ופקודת פשיטת הרגל. פקודת החוק הפלילי ופקודת הנויקין לא הועתקו מחקיקה אנגלית מקבילה, אך אף הן מבוססות על המשפט המקובל האנגלי.

²⁶ ראו BENJAMIN N. CARDOZO, *THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS* (1921); KARL N. LLEWELLYN, *THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS* (1960); GUIDO CALABRESI, *A COMMON LAW FOR THE AGE OF STATUTES* (1982); *LEGAL THEORY AND COMMON LAW* (William Twining ed., 1986); MELVIN ARON EISENBERG, *THE NATURE OF THE COMMON LAW* (1988); Gerald J. Postema, *Philosophy of the Common Law*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY OF LAW* 588 (Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma & Scott J. Shapiro, eds., 2002); BRIAN H. BIX, *JURISPRUDENCE: THEORY AND CONTEXT* 1–13 (8th ed, 2019).

²⁷ ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, ע"ר תוס' א' 1, 3.

²⁸ ראו דניאל פרידמן לפני המהפכה: משפט ופוליטיקה בעידן התמימות 135 (2015).

²⁹ ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 230 (2004); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית 184, 612 (1992).

³⁰ ראו משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים א' 292, 293 (1969).

"סבות הנעוצות בהיסטוריה המודרנית של ארץ-ישראל גרמו לכך ששיטת המשפט הכללית של מדינת ישראל שייכת לעולם המשפט המקובל האנגלי, ממנו ירשנו גם את משקלה הרב של פסיקת בתי-המשפט בפיתוח המשפט. מגמה זו לא פחתה כלל במשך עשרים השנים שחלפו מאז הקמת המדינה. לפי שיטה זו הלכה יכולה להיות יציר המחוקק – חוק חרות – או יציר השופטים; ואילו שקול הדעת הוא התחום המיוחד לשופטים והוא משמש להם כמכשיר לפרשנות החוק החרות וגם ליצירה עצמאית של הלכות שופטים בענינים הקונקרטיים הבאים בפני בית-המשפט".

על כוחו של השופט הישראלי להיות מקור למשפט בישראל עמד בית המשפט העליון במספר פסקי דין. השופט א' ויתקון כתב בפסק דינו בפרשת כהן:³¹

"לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקה שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו עוד חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצדה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט".

ברוח דומה ציין הנשיא מ' שמגר בפרשת קוסי:³²

"כפי שנוצר באנגליה משפט מקובל, שלא היה רק בגדר פרשנות של ביטויים, כך נוצרה גם אצלנו האפשרות העצמאית לפתח משפט מקובל, לאו דווקא תוך פרשנות ביטויים כפשוטה".

בפרשת שליט נ' פרס כתב השופט א' ברק:³³

"ההיסטוריה של המשפט המקובל היא היסטוריה של פיתוח המשפט על-ידי השופטים. ההיסטוריה של חלקים נרחבים של

³¹ בג"ץ 29/62 כהן נ' שר-הבטחון, פ"ד טז 1023, 1027 (1962).

³² ד"נ 29/84 קוסי נ' בנק י. ל. פויכטונגר בע"מ, פ"ד לח(4) 505, 511 (1984).

³³ בג"ץ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353, 366 (1990).

משפטנו – המתאפיין בשיטת משפט מעורבת – היא היסטוריה של יצירה שיפוטית. מרבית המשפט המינהלי הוא משפט שיפוטי. דיני המכרזים, כללי הצדק הטבעי, הכללים בדבר איסור על ניגוד עניינים, תורת שיקול הדעת המינהלי – כל אלה הם יצירה שיפוטית, בה פעל בית המשפט לפיתוח המשפט. באופן דומה פעל בית המשפט גם בתחומי המשפט הפרטי".

על גישה זו חזר השופט א' ברק בפרשת ז'רז'בסקי:³⁴

"שיטתנו המשפטית היא שיטה מעורבת (mixed jurisdiction). קיימים בה היבטים קונטיננטליים (כגון קודיפיקציה וסמכות שיפוטית להשלים חסר בחקיקה) בצד היבטים אנגלו-אמריקניים (כגון הכרה 'במשפט מקובל' כמקור למשפט ועקרון התקדים המחייב). קיימת בה יצירה משפטית ושיפוטית עצמאית, הבונה עצמה ומהווה סינתזה של המקורות השונים. כשיטה מעורבת, אנו מכירים בכוחו של בית המשפט ליצור ולפתח 'משפט מקובל נוסח ישראלי'. חלקים נרחבים של משפטנו הם פרי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט המקובל הישראלי".

ברוח דומה כתב השופט א' רובינשטיין:³⁵

"כבר נשפכו דיואות לא מעטים באשר לתפקידה של הפסיקה בגישור על הפער בין המשפט למציאות החברתית והטכנולוגית המשתנה, ולכוחם של בתי המשפט ליצור על כרחם כמעט – נוכח הצרכים הדוחקים במציאות – זכויות מהותיות, שבעקבותיהן באות גם עילות תביעה".

כוחו של המשפט המקובל כמקור עצמאי ליצירת משפט לא השתנה עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט, התש"ם–1982 אשר ביטל את סימן 46 לדבר המלך במועצתו.³⁶ ביטול זה הפסיק את ההזרמה של המשפט המקובל האנגלי לתוך המשפט הישראלי.³⁷ ביטול זה לא שלל את ההכרה בכוחו של המשפט המקובל

34 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 859, 749 (1991).

35 רע"א 4447/07 מור נ' ברק אי.טי.סי. [1995] החברה לשרותי בנק בינלאומיים בע"מ, פ"ד סג(3) 722, 664 (2010).

36 חוק יסודות המשפט, התש"ם–1980, ס"ח 163.

37 ביטול הזרמה זו היה שנוי במחלוקת. ראו דניאל פרידמן "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה' 91 (1973); אהרן ברק

הישראלי ליצור משפט מקובל בישראל.³⁸ נהפוך הוא, חוק יסודות המשפט הכיר ב"הלכה פסוקה" כמקור עצמאי למשפט, בצד "דבר חקיקה".³⁹ יצוין כי אין בחוק יסודות המשפט רשימה ממצה של מקורות המשפט הישראלי. אין הוא מזכיר כלל את המנהג כמקור למשפט בישראל.⁴⁰ הדיבור על "דבר חקיקה" מכון כנראה לחקיקה של הכנסת כרשות מחוקקת ולא כרשות מכוונת. חוק יסודות המשפט נועד לפתור את בעיית ה"חסר" במשפט, ולא את בעיית המקורות של המשפט הישראלי.

2. המאפיינים של המשפט המקובל

2.1. חקיקה שיפוטית

מאפיין חשוב של שיטות המשפט המקובל (Common Law) הוא ההכרה כי הפסיקה של בתי המשפט היא מקור עצמאי ליצירת משפט כללי ומחייב. זאת לעומת שיטות המשפט הקונטיננטליות, אשר אינן מכירות בדרך כלל בכוחה של הפסיקה ליצור משפט.⁴¹ בשיטות אלה, בית המשפט מפרש את הטקסט החרות, אך לא יכול ליצור נורמה משפטית כללית ומיוחדת שאינה משום פירוש של נורמה חרותה. מובן שבשיטות המשפט המקובל – כמו גם בשיטות המשפט הקונטיננטליות – לבית המשפט תפקיד חשוב בפרשנות הנורמות החרותות,

"ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה – תשובה לפרופסור פרידמן" משפטים ה' 99 (1973); דניאל פרידמן "עוד הערה לענין ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' אשר בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה' 349 (1973); ראו גם אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג' 5 (1973). פורסם גם בברק מבחר כתבים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 187.

38 ראו אהרן ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" מבחר כתבים, לעיל ה"ש 1, בעמ' 69. פורסם גם בשנתון המשפט העברי יג' 265 (תשמ"ז).

39 ראו ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980: ("ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל").

40 על המנהג כמקור משפט בישראל, ראו חיים כהן המשפט 243 (1996); ג' דטסקי "המנהג במשפטנו הנהוג והעתידי" משפטים ה' 9 (1973); רות גביוון "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד' 325 (1984).

41 ההכרה ביצירת משפט מינהלי כללי ומחייב על ידי בית המשפט המינהלי של צרפת (מועצת המדינה – Conseil d'Etat) היא חריג. על ההשפעה ההדדית בין המשפט הציבורי הקונטיננטלי לבין המשפט המקובל הציבורי, ראו J. W. F. ALLISON, A CONTINENTAL DISTINCTION IN THE COMMON LAW: A HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE ON ENGLISH PUBLIC LAW (2004).

כלומר בשליפת נורמה משפטית מתוך הלשון החרותה.⁴² כמו כן, הן בשיטות המשפט המקובל והן בשיטות המשפט הקונטיננטליות, כללי הפרשנות של הטקסטים המשפטיים הם כללים שנוצרו על ידי בתי המשפט. המאפיין את שיטות המשפט המקובל, שהן מכירות בעשיית משפט שיפוטית (judicial law making) שאינה מבוססת על מתן מובן משפטי לטקסט חרות, אלא ביצירת טקסט משפטי מחייב.⁴³ עמד על כך איזנברג:⁴⁴

“Much of our law drives from rules laid down in constitutions, statutes, or other authoritative texts that the courts must interpret but may not reformulate. The common law, in contrast, is that part of the law that is within the province of the courts themselves to establish”.

כך למשל, המאפיין את שיטות המשפט המקובל הוא שחלקים ניכרים של המשפט הפרטי – ובהם דיני הנזיקין והחוזים – מקורם הוא בהלכות השיפוטיות, ואין הם אך פירוש של טקסט חרות. בדומה, שיטות המשפט המקובל מכירות בחלקים נרחבים של המשפט הציבורי – ובהם החלק הכללי של המשפט המינהלי וזכויות אדם הלכתיות – כמבוססים על ההלכות השיפוטיות, בלא שאפשר לייחסן לטקסט חרות אותו הן מפרשות.⁴⁵ המייחד את שיטות המשפט המקובל הוא שהן מכירות בכוחו של בית המשפט ליצור “טקסט” משפטי שאינו מצטמצם אך בפירושו של טקסט שרשות אחרת יצרה אותו. שיטות המשפט המקובל מכירות אפוא ב“חקיקה שיפוטית” (judicial legislation).⁴⁶ הביטוי “חקיקה שיפוטית” אינו מוצלח.⁴⁷ הביטוי “חקיקה” קשור קשר הדוק מדי ליצירה

42 ראו אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט (2003). בבסיס כללי פרשנות אלה מונחת התפיסה כי חזקה היא – חזקה הניתנת לסתירה – כי החוק החרות לא בא לפגוע בזכויות היסוד של הפרט; ראו גם ע"א 524/88 “פרי העמק” – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות חקלאית שיתופית בע"מ, פ"ד מה(4) 529, 561–565 (1991).

43 לפיתוח גישה זו, ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 52 (1987); וכן, BENJAMIN N. CARDOZO, THE NATURE OF THE JUDICIAL PROCESS (1921); KARL N. LLEWELLYN, THE COMMON LAW TRADITION: DECIDING APPEALS (1960); JULIUS STONE, LEGAL SYSTEM AND LAWYERS' REASONINGS 235 (1968).

44 ראו EISENBERG, לעיל ה"ש 26, בעמ' 1.

45 ראו J.W.F. ALLISON, A CONTINENTAL DISTINCTION IN THE COMMON LAW: A HISTORICAL AND COMPARATIVE PERSPECTIVE ON ENGLISH PUBLIC LAW (1996).

46 ראו ברק “חקיקה שיפוטית”, לעיל ה"ש 6.

47 שם, בעמ' 822.

חרותה-תחיקתית. לנו יש עניין ביצירת משפט שיפוטית, "משפט שיפוטי" או יצירת משפט על ידי בית המשפט (judicial law making).⁴⁸

2.2. היחס בין המשפט המקובל לחקיקה

2.2.1 פרשנות החקיקה על ידי המשפט המקובל

המשפט המקובל (בישראל ובמשפט המשווה) כולל מערכת מקיפה של כללים לפתרון סתירות בין נורמות משפטיות (חרותות והלכתיות).⁴⁹ כללים אלה מבוססים על התפיסה הכללית כי מקום שנורמה המעוגנת בחוק מתנגשת בנורמה המעוגנת במשפט המקובל – יד הנורמה החקוקה על העליונה. תפיסה כללית זו שנויה במחלוקת לעניין מצבים מיוחדים וחרגים.⁵⁰

כחלק מהתפיסה הכללית שאלת המפתח היא מתי מתרחשת סתירה בין נורמה המעוגנת בחוק לבין נורמה המעוגנת בזכות הלכתית.⁵¹ התשובה היא כי סתירה זו מתרחשת בסוף התהליך הפרשני של החוק ובסוף התהליך של קביעת היקפה של הנורמה ההלכתית.⁵² רק לאחר שהשופט הפעיל את מלוא כללי הפרשנות ואת מלוא הכללים באשר לקביעת היקפה של הנורמה ההלכתית הוא יבחן אם לפניו סתירה (אנטינומה) אמיתית,⁵³ שלפיה הנורמה האחת מחייבת או מתירה עשייתה של פעולה ואילו האחרת אוסרת אותה.⁵⁴

בית המשפט קבע כמה כללי פרשנות שיש בהם כדי למנוע את קיומה של הסתירה. כללים אלה משקפים חזקות (presumptions) באשר לתכלית החקיקה. מטבען, חזקות אלה ניתנות לסתירה. במצבים רבים הן נוגדות זו את זו. אכן,

48 ראו גד טדסקי "הלכת התקדים בזמן האחרון" הפרקליט כב 320, 326 (1966).

49 ראו ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 29, בעמ' 537 ("פרק חמישי: סתירות בין נורמות משפטיות").

50 שם.

51 שם, בעמ' 542.

52 שם.

53 שם, בעמ' 537. על ההבחנה בין סתירה אמיתית לסתירה מדומה, ראו שם, בעמ' 542.

54 ראו H. KELSEN, GENERAL THEORY OF NORMS 123 (M. Hartney trans., 1991), המגדיר סתירה בין נורמות: "A conflict exists between two norms when that which one of them decrees to be obligatory, is incompatible with that which the other decrees to be obligatory so that the observance or application of one norm necessarily or possibly involves the violation of the other" (ההדגשות במקור). קלון מבחין בין סתירה דו-צדדית לבין סתירה חד-צדדית. הסתירה היא דו-צדדית אם שמירה על כל אחת מהשתיים סותרת את רעותה. היא חד-צדדית אם שמירה על אחת, ועליה בלבד, סותרת את רעותה. הסתירה יכולה להיות מלאה או חלקית. הסתירה היא מלאה אם נורמה אחת מצווה את שהאחרת אוסרת. הסתירה היא חלקית מקום שתכנה של נורמה אחת שונה רק באופן חלקי מתכנה של האחרת.

חזקות באשר לתכלית אינן מעוצבות ככללים (rules) אלא כעקרונות (principles). עקרונות מצויים בסתירה מתמדת בינם לבין עצמם. לעניין היחס בין נורמה חקיקתית לנורמה הלכתית בדבר זכויות אדם יש מקום להתחשב במספר חזקות. ראשית, חוקה היא כי תכליתו הכללית של כל חוק היא להבטיח הרמוניה נורמטיבית.⁵⁵ חוק אינו יצירה בודדת של מחוקק. חוק הוא חוליה בשרשרת חקיקתית של מחוקק. מערכת החקיקה אינה יצירה בודדת בת-חלוף, אלא חוליה קבועה במערך המשפטי. חזקה על החוק הבודד שהוא משתלב במערכת המשפט, משפיע עליה ומושפע ממנה. חוק הוא "יצור החי בסביבתו",⁵⁶ וסביבה זו כוללת את ערכי היסוד ואת תפיסות היסוד העומדים בבסיס ההסדר המשפטי.⁵⁷ מכאן החזקה כנגד סתירות בין נורמות משפטיות במסגרת שיטת משפט נתונה, ומכאן החזקה המבקשת להגשים הרמוניה נורמטיבית.

שנית, בית המשפט יתחשב בחזקה כי תכליתו הכללית של כל חוק היא להגשים זכויות אדם (חרותות והלכתיות גם יחד). על כן מבין פירושים אפשריים יש לבחור באותו פירוש המקיים את זכויות האדם (לרבות הזכויות ההלכתיות).⁵⁸ אם המחוקק "השתמש בלשון הניתנת לפירוש סביר שעל-פיו לא תוגבל ולא תישלל הזכות היסודית של כל אדם לבחור לו את עיסוקו שלו, כי אז יעמיד בית-המשפט את המחוקק בחזקתו שלא התכוון להגביל זכות זו ולפגוע בחירויות-יסוד".⁵⁹

שלישית, חזקה פרשנית היא, כי חוק הפוגע בזכויות אדם צריך להיות מפורש באופן מצמצם.⁶⁰ "כלל ידוע הוא שחוק השולל מהאזרח זכויות או מצמצמן צריך לפרשו פירוש דווקני".⁶¹ עמד על כך השופט מ' עזיני, בצינו: 62

55 על הרמוניה נורמטיבית, ראו ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 29, בעמ' 537; KARL ENGISCH, EINFÜHRUNG IN DAS JURISTISCHE DENKEN (7th ed. 1977); 161; ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 219; NEIL MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY 106 (1978); JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 201 (1979); JOSEPH RAZ, THE CONCEPT OF A LEGAL SYSTEM 78, 172 (2nd ed. 1980).

56 ראו פרשת שליט, לעיל ה"ש 33, בעמ' 513 בפסק הדין של השופט י' זוסמן.
57 ראו ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 73 (1985); בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 626 (1989).
58 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה 553 (1993).
59 בג"ץ 252/77 בבאג'ני נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לב(1) 404, 415-416 בפסק הדין של השופט ח' כהן (1977).

60 ראו ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 555.
61 ע"א 165/50 עפשטיין נ' זילברשטיין, פ"ד ו 1201, 1220, בפסק הדין של השופט ז' צלטנר (1952). ראו גם ע"א 61/48 "זבולון" אגודת יורדי ים נ' מלך, פ"ד ב 464 (1949); בג"ץ 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 505, 511, בפסק הדין של השופט מ' עזיני (1971): "הנטיה של בתי-המשפט היא לתת פירוש מצמצם לסמכויות יוצאות

"וכשהמדובר בסמכות שיש בה פגיעה ממשית בזכות יסודית של אזרח בחברה חופשית, לא נהסס להכריע לטובת הפירוש אשר מצמצם את הפגיעה בזכויות האזרח, שכן חזקה היא שהמחוקק מכבד זכויות אלה".

ועל גישה דומה חזר השופט מ' אלון, בקבעו:⁶³

"כל הוראה שבאה לפגוע בחירותו ובזכויותיו האישיות של האדם יש לפרשה בדרך דווקנית ומצמצמת".

על כן נפסק כי חקיקה המגבילה את חופש ההתקשרות,⁶⁴ את זכות הקניין,⁶⁵ ואת חופש העיסוק תפורש בצורה מצמצמת ודווקנית.⁶⁶ בהתייחסו לפרשנותה של

דופן, שיש בהן משום פגיעה בזכויות היסוד של האזרח".

פרשת שמש, שם, בעמ' 513. 62

ב"ש 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב(2) 246, 240 (1978). ראו גם ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 423, בפסק הדין של השופט מ' אלון (1978): "מאחר ומדובר בשלילת זכות טבעית ויסודית של קשר בין הורה וילדו, מצויים אנו להקפיד ולפרש מהותם ותכנם של יוצאים-מן-הכלל אלה, שמאפשרים שלילת זכות מעין זו, בזהירות מרובה ובדרך הפירוש המצמצם".

ראו ע"א 99/75 הימנותא בע"מ נ' בדיחי, פ"ד ל(2) 421, 431 בפסק הדין של השופט מ' עצינוני (1976): "הכלל הוא, שלחוקים המגבילים את חופש ההתקשרות של הפרט, כמו חוקי הגנת הדייר, יש לתת פירוש דווקני ולא להרחיב את ההגבלות אלא לצמצמן". ראו גם ע"א 705/70 שמעוני נ' גרשון, פ"ד כה(2) 717, 728 בפסק הדין של השופט מ' עצינוני (1971): "חוקי הגנת הדייר הם חוקים הבאים להגביל את חופש ההתקשרות החוית של האזרחים, וכי בהתאם לכללי הפרשנות המקובלים יש לתת להם פירוש מצמצם". ראו גם ע"א 622/75 אבני נ' יונש, פ"ד ל(3) 203, 212 (1976).

ראו בג"ץ 249/64 ברוך נ' מנהל המכס והבלו, פ"ד יט(1) 486, 489 בפסק הדין של השופט ח' כהן (1965) ("הפקעות רכוש מבעלותו של הפרט, ולו גם בתמורה, היא התערבות בזכויות יסוד אשר לא תיתכן כל עיקר ללא הסמכה בחוק, אשר היא מפורשת וברורה ואינה משתמעת לשתי פנים. מקום שקיימת אפשרות סבירה לפרש הסמכה שכזאת לטובת האזרח ולהגביל היקף תחולתה, יאחזו בתי-המשפט באפשרות זו ויפרשוה על דרך הצמצום"); ע"א 170/66 פיאל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כ(4) 433, 436 בפסק הדין של השופט מ' לנדוי (1966): "אין לפגוע בנקל בזכות קנין בקרקע, ומכאן הצורך לפרש הוראה מעין סעיף 17(א) פרוש מצמצם"; ע"א 485/70 סייג נ' מנהלת עזבוני המנוח סייג, פ"ד כה(2) 62, 64 בפסק הדין של מ"מ הנשיא י' זוסמן (1971): "נוכח פני העובדה שהלכות הגנת הדייר גורעות מזכות הבעלות, אף לא יפרשן בית-המשפט על דרך ההרחבה".

ראו בג"ץ 75/76 "הילרון" חברה ליצוא ויבוא גידולי ומוצרי חקלאות בע"מ נ' מועצה ליצור פירות ושיווקם (מועצת הפירות), פ"ד ל(3) 645, 653 בפסק הדין של השופט מ' שמגר (1976) (להלן: פרשת "הילרון"): "ההוראה שבסעיף 31 לחוק באה לאפשר את

חקיקה הפוגעת בזכות יסוד (חופש העיסוק), ציין מ"מ הנשיא, השופט מ' שמגר: 67

"בשל המעמד החוקתי המיוחד של זכות יסוד [...] ייטה בית המשפט לפרש את ההסמכה באופן השולל כוונתו של המחוקק להגביל זכות יסוד על ידי הסמכתו של מחוקק המשנה [...]. קו מנחה פרשני כאמור עולה במישרין ממעמדן של זכויות היסוד במשפט שלנו".

הוא הדין בהגבלה על חופש הביטוי. אין להניח כי דבר חקיקה נועד להגביל את חופש הביטוי, והגבלה כאמור יש לפרש בצמצום. מבין שני פירושים אפשריים, יש לבחור בפירוש המקיים את חופש הביטוי ואינו מגבילו. עמד על כך השופט מ' שמגר, בצינו: 68

"כל הגבלה של תחומיה של זכות כאמור ושל היקפה, העולה מדבר חקיקה, תפורש באופן מצמצם ותוך מגמה לתת לזכות האמורה קיום מירבי ולא לסייגה כהוא זה מעל ומעבר למה שמתחייב ברורות ומפורשות מדבר המחוקק".

ובדין הנוסף בפרשה זו – שבו נשארה דעתו של השופט מ' שמגר דעת מיעוט – הוא הוסיף: 69

"קבלתה של נקודת המוצא המשפטית, כי ההכרה בחירויות היסוד

קביעתו של מונופולין בכל הנוגע ליצוא פירות ולהגביל על-ידי כך את חופש העיסוק במקצוע או במשלח-יד, שהיא לפי תפיסתנו והשקפתנו מזכויות היסוד של האדם והאזרח. אין חולק על כך, כי המחוקק מוסמך להגביל את חופש העיסוק מכוח דבר חקיקה, אך בשל מהותה המתוארת של הגבלה ממין זה, כהגבלה על זכות מזכויות היסוד, יש לפרשה כלשונה ובקנה-מידה של צמצום, משמע, כל ספק בדבר תחומיה ונוסח הוראותיה יתפרש באופן שיש בו ככל האפשר, כדי לשמור על חופש העיסוק וכדי לא לסייגו כהוא זה, מעל ומעבר למה שמתחייב מדבר המחוקק".

67 בג"ץ 337/81 מיטני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358, 360 (1983). ראו גם פרשת בבאג'ני, לעיל ה"ש 59, בעמ' 413 בפסק הדין של השופט מ' שמגר (1977): "מקובל עלינו מאז ומתמיד כי מקום בו מדובר על הגבלתו של חופש העיסוק, יתפרש כל ספק באופן שיש בו כדי לשמור על חירותו של האזרח ולא כדי להגבילה".

68 ע"א 723/74 הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד לא(2) 281, 295 (1977) (להלן: ע"א עיתון "הארץ").

69 ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון "הארץ" בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 359 (1978) (להלן: ד"נ עיתון "הארץ").

היא חלק מהותי מן המשפט בישראל טומנת בכנפיה גם את המסקנה כי חירויות-היסוד מהוות חלק מן המשפט, כשמן וכיעודן, היינו ככללי-יסוד המנחים ומגבשים דפוסי המחשבה והפרשנות המשפטית ומשפיעים עליהם מרוחם וממגמתם. הפועל היוצא מכאן הוא, בין היתר, כי ככל שהדבר יכול להתיישב עם נוסחו של החוק החרות, יש להעדיף בכל עת את קיומה של חירות הביטוי על סיוגה והגבלתה. [...] כל מקום בו מותר דבר המחוקק מקום לפירושה של הוראת חוק לכאן או לכאן, היינו כאשר דרכי הפרשנות מותרות בחירה בין גישה דוקנית הבאה להטות כפות המאזניים לחומרה ולהטיל צמצום על חופש הביטוי לבין דרך חלופית ליברלית, יש לנקוט בדרך השניה, הבאה לשמור ככל האפשר על חירות הביטוי ולקיימה" (ההדגשות במקור).

אכן, ממהותה של זכות האדם וממעמדה המרכזי בשיטת המשפט מתבקשת המסקנה כי הגבלה על הזכות תפורש בצמצום. כך, אין לפרש דבר חקיקה כפוגע בעקרון השוויון, שהוא "מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו".⁷⁰ כל הוראה הפוגעת או מצמצמת את השוויון יש לפרש על דרך הצמצום, ובין שני פירושים אפשריים יש לבחור בפירוש המשמר ומקיים את השוויון.⁷¹ רביעית, חזקה היא שחוק סותר זכות הלכתית רק אם הדבר עולה באופן ברור, חד-משמעי ומפורש מלשון החוק.⁷² עמד על כך מ"מ הנשיא, השופט מ' שמגר, באומרו:⁷³

"זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי [...] וכאשר מדובר על נושאים, שעניינם הגבלתן של חירויות היסוד, אין מחוקק המשנה מוסמך לפעול, לדעתי, בתחום האמור, אלא אם הוקנתה לו על-ידי

⁷⁰ בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 693, 698 בפסק הדין של השופט מ' לנדוי (1969).

⁷¹ ראו שם: "מן הדין הוא שבמקרי גבול דוקא, כאשר הוראה של החוק החרות ניתנת לשני פירושים, נעדיף אותו פירוש המקיים את שוויון הכל בפני החוק ואינו שם אותו לאל"; ע"א 245/73 פקיד השומה, ת"א 5 נ' תכנון המים לישראל בע"מ, פ"ד כט(1) 172, 181 בפסק הדין של השופט י' כהן (1974): "כשבין שני פירושים אפשריים יש לבחור אחד, מן הראוי להעדיף פירוש שאינו יוצר הפליה בלתי מוצדקת"; ע"א 527/76 קופרברג נ' פקיד השומה, חיפה, פ"ד לא(2) 138, 140 בפסק הדין של השופט א' ויתקון (1977): "כל פירוש המונע הפליה כזאת, ברור שהוא עדיף".

⁷² ראו ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 559.

⁷³ פרשת מיטרני, לעיל ה"ש 67, בעמ' 359–358.

המחוקק הראשי סמכות ברורה, גלויה ומפורשת לטפל בסוגיה האמורה בדרך ההגבלה או האיסור [...]” (ההדגשה במקור).

ועל אותה גישה חזר בית המשפט העליון בפרשת “פרי העמק”⁷⁴:

”אם המחוקק מבקש לפגוע בזכויות יסוד, הוא חייב להביע דעתו זו במידה כה ברורה וחד-משמעית, עד שיהא בה כדי לסתור את החזקה שזו אינה כוונתו [...]”.

ובפרשה אחרת ציין בית המשפט העליון:⁷⁵

”אין לפרש דבר חקיקה כמסמיך פגיעה בזכויות יסוד, אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה וחד-משמעית ומפורשת”.

היטיב להביע זאת השופט צ' ברנזון, בציינו:⁷⁶

”זכות טבעית' זו [...] אין לשלול אותה או לגרוע ממנה אלא על-פי הוראת חוק ברורה וחד-משמעית”.

ובפרשה אחרת ציין השופט צ' ברנזון כי זכותו של אדם:⁷⁷

”אין להפקיעה או להגבילה אלא על-פי הוראת חוק ברורה וחד-משמעית. לא-כל-שכן, כשזה נעשה על-ידי מחוקק-משנה שאין בכוחו לעשות אלא מה שהמחוקק הריבוני הסמיכו לעשותו, והסמכה כזאת צריכה להיות במילים ברורות ומפורשות [...]”.

אכן, “המחוקק הוא אשר הושיב את בתי-המשפט על משמרת זכויות הפרט שלא

⁷⁴ דברי השופט א' ברק בפרשת “פרי העמק”, לעיל ה”ש 42, בעמ' 561. ראו גם בג”ץ 122/54 אקסל נ' ראש העיר, חברי המועצה ובני העיר של אזור נתניה, פ”ד ח 1524, 1525, 1531 (1954): “על בית-המחוקקים להעניק את הכוח הזה [להגביל את חופש הפרט] במפורש ובדברים שאינם משתמעים לשתי פנים [...] אין ללמוד על הענקת כוח כזה מכללא” (הנשיא י' אולשן).

⁷⁵ בג”ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ”ד מה(4) 581, 600 בפסק הדין של השופט א' ברק (1991).

⁷⁶ בג”ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית-שמש, פ”ד יב 264, 268 (1958).

⁷⁷ בג”ץ 144/72 ליפסקי-הליפי נ' שר המשפטים, פ”ד כז(1) 719, 723 (1973); ראו גם בג”ץ 29/86 קיבוץ גבים, אגודה שיתופית הקלאית בע”מ נ' שר העבודה והרווחה, פ”ד מ(2) 36, 41 (1986).

יפגעו אלא על-פי הוראתו המפורשת".⁷⁸ "שאינן בדעת המחוקק לצמצם את זכויות האזרח או לשלול את התרופות הרגילות של המשפט המקובל, אלא אם הדבר נאמר ברורות ומפורשות".⁷⁹ "אין להטיל מעמסה כזאת על האזרח בלי שהמחוקק הורה על כך במפורש [...]. על בתי המשפט להחיל הוראה כזאת רק במקרה שהחוק מכיל הוראה מפורשת וברורה בכיוון זה".⁸⁰ עמד על כך הנשיא י' אולשן:⁸¹

"יש והבעיה היא כה חמורה וחשובה, שבהעדר הוראה מפורשת מצד המחוקק אין להניח, כי המחוקק התכוון לחומרה ולסטייה מן עקרונות שהם בחינת מושכלות ראשוניים, אפילו השתמש במילים כלליות רחבות".

ובפרשה אחרת ציין בית המשפט העליון:⁸²

"הצורך בהוראה מפורשת לשם פגיעה בזכויות יסוד של האדם פועל בכל רמות החקיקה. הוא קיים לעניין פירושה של החקיקה הראשית, לרבות הוראת ההסמכה שבה למחוקק המשנה, והוא קיים לעניין פירושה של חקיקת המשנה עצמה".

היטיב להביע זאת השופט מ' עציוני, בקבעו:⁸³

"וכשהמדובר בסמכות שיש בה פגיעה ממשית בזכות יסודית של אזרח בחברה חופשית, לא נהסס להכריע לטובת הפירוש אשר מצמצם את הפגיעה בזכויות האזרח, שכן חזקה היא שהמחוקק מכבד זכויות אלה ואם ימצא לראוי לפגוע באחת מהן – יעשה זאת באמצעות מילים מפורשות שאינן מותירות כל צל של ספק בדבר כוונתו זו".

78 בג"ץ 44/68 המועצה המקומית ראש העין נ' שר הפנים, פ"ד כב(2) 150, 157, בפסק הדין של השופט ח' כהן (1968).

79 ע"א 492/73 שפייר נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פ"ד כט(1) 22, 27, בפסק הדין של השופט ברנזון (1974).

80 ע"א 134/64 רשות הפיתוח נ' עיריית ראשון-לציון, פ"ד יח(3) 629, 635–636, בפסק הדין של הנשיא אולשן (1964).

81 בג"ץ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1050 (1958).

82 דברי השופט א' ברק בפרשת אביאל, לעיל ה"ש 75, בעמ' 595.

83 פרשת שמש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 513.

על רקע זה נפסק כי אין פוגעים בזכות ההלכתית לקניין,⁸⁴ בזכות ההלכתית לחופש העיסוק,⁸⁵ בזכות ההלכתית לחופש הביטוי,⁸⁶ או בזכות ההלכתית לשוויון,⁸⁷ אלא אם כן הפגיעה עולה מלשונו המפורשת, הברורה והחד-משמעית של החקיקה (הראשית או המשנית).

על רקע גישה פרשנית כללית זו עלתה – הן במשפט המקובל האנגלי והן במשפט המקובל הישראלי – השאלה, האם לעליונות הנורמטיבית של החקיקה על פני המשפט המקובל יש חריגים? האם ישנם מקרים – מטבעם יהיו אלה מקרים קיצוניים – שבהם המשפט החרות לא יוכל להתגבר על הזכות ההלכתית פרי המשפט המקובל? נפנה לבחינתה של שאלה זו במשפט המקובל האנגלי ובמשפט המקובל הישראלי.

2.2.2 התפתחות במשפט המקובל האנגלי

המשפט המקובל האנגלי עבר במהלך ההיסטוריה הארוכה שלו שינויים רבים.⁸⁸ אחד התחומים שבו חלו שינויים הוא ביחס בין המשפט המקובל לבין החקיקה של הפרלמנט האנגלי. לא הייתה מחלוקת על העיקרון כי חוק של הפרלמנט יכול לשנות ולבטל הלכה שהיא חלק מהמשפט המקובל. המחלוקת התמקדה באשר להיקף העיקרון, ולסמכות הביקורת השיפוטית על חוקתיות החוק במקרים קיצוניים. אחת הפרשות הידועות שבהם נבחנה שאלת היחס בין סמכות הפרלמנט וסמכות הביקורת השיפוטית של בית המשפט היא פרשת *Bonham*.⁸⁹ בפרשה זו נבחנה השאלה אם חוק יכול לאפשר לאדם להיות השופט בענייניו

84 ראו פרשת "פרי העמק", לעיל ה"ש 42, בעמ' 560; ע"א 377/79 פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן, פ"ד לה(3) 658, 645 (1981); פרשת אביאל, לעיל ה"ש 75, בעמ' 596; פרשת ברוך, לעיל ה"ש 65, בעמ' 489.

85 ראו פרשת ברנשטיין, לעיל ה"ש 76, בעמ' 268; פרשת בבאג'ני, לעיל ה"ש 59, בעמ' 415; פרשת מיטנרני, לעיל ה"ש 67, בעמ' 352-353, 358; בג"ץ 338/87 מרגליות נ' שר המשפטים, פ"ד מב(1) 112, 114 (1988).

86 ראו ע"א עיתון "הארץ", לעיל ה"ש 68, בעמ' 295; ד"נ עיתון "הארץ", לעיל ה"ש 69, בעמ' 359.

87 ראו בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 598, 639 (1964).

88 ראו THEODORE F.T. PLUCKNETT, A CONCISE HISTORY OF THE COMMON LAW (1956); S. F. C. MILSOM, HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW (1969); Gerald J. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence (part I)*, 2 OXFORD U. COMMONWEALTH L. J. 155 (2003); Gerald J. Postema, *Classical Common Law Jurisprudence (part II)* 3 OXFORD COMMON LAW L. J. 1 (2003); H. L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW (2nd ed, 1994); FREDERICK SCHAUER, THINKING LIKE A LAWYER: A NEW INTRODUCTION TO LEGAL REASONING 103 (2009).

89 *Thomas Bonham v College of Physicians*, 77 Eng. Rep. 638, 646 (1610).

שלו. השופט קוק (Lord Coke) סבר שסמכות כזו אינה נתונה לפרלמנט. בפסק דינו הוא כתב:

“when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will control it, and adjudge such Act to be void”.

בחלוף הזמן, גישה זו לא התקבלה. לקראת סוף המאה התשעה-עשרה התקבלה הגישה כי עקרון ריבונות הפרלמנט (Parliament Sovereignty) מונע ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק, יהא תוכנו אשר יהא.⁹⁰ על גישה זו נמתחה במשך השנים ביקורת הולכת וגוברת.⁹¹ הדוגמאות שנבחנו כוללות, בין השאר, חקיקה הקובעת כי סמכות החקיקה תועבר לרשות המבצעת, חוקים השוללים זכות בחירה ליחידים או לנשים, מניעת זכות לנישואין בין נוצרים לבין שאינם נוצרים, או חקיקה הקובעת שכל הרכוש של נשים אדומות שיער עוברות לבעלות המדינה.⁹² הביקורת על הדוקטרינה של ריבונות הפרלמנט הגיעה לשיאה בפרשת

⁹⁰ Lee v. Bude and Torrington Junction Railway Co. (1871) L.R. 6 C.P. 576; ראו JEFFREY GOLDSWORTHY, SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT: HISTORY AND PHILOSOPHY 252 (1999).

⁹¹ Taylor v. New Zealand Poultry Board [1984] 1 N.Z.L.R. 394, 398 ('common law rights presumably lie so deep that even Parliament could not override'); Robin Cooke, *Fundamentals* [1988] N.Z. LAW JUR. 158; John Laws, *Law and Democracy*, PUB. LAW 72 (1995); Harry Woolf, *Droit Public-English Style*, PUB. LAW 57 (1995).

⁹² ראו Cooke, Woolf, שם; בעמ' 10; T. R. S. ALLAN, CONSTITUTIONAL JUSTICE: A LIBERAL THEORY OF THE RULE OF LAW (2001) H. W. R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, 13 CAMBRIDGE L. J. 172 (1955); MARTIN LOUGHLIN, PUBLIC LAW AND POLITICAL THEORY (1992); T. R. S. ALLAN, LAW, LIBERTY, AND JUSTICE: THE LEGAL FOUNDATIONS OF BRITISH CONSTITUTIONALISM 10, 286 (1993); NOLAN & STEPHEN SEDLEY, THE MAKING AND REMAKING OF THE BRITISH CONSTITUTION 26 (1997); THE CHANGING CONSTITUTION (Jeffrey Jowell, Dawn Oliver & Colm Ocinneide eds., 5th ed, 2000); JOHN ALDER, GENERAL PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL AND ADMINISTRATIVE LAW 46 (2002); ADAM TOMKINS, OUR REPUBLICAN CONSTITUTION (2005); VERNON BOGDANOR, THE NEW BRITISH CONSTITUTION 13 (2009); Richard Gordon, *constitutional change and parliamentary sovereignty*, in THE BRITISH CONSTITUTION: CONTINUITY AND CHANGE: A Festschrift for Vernon Bogdanor 152 (Matt Qvortrup ed., 2013); JOHN LAWS, THE COMMON LAW CONSTITUTION 11 (2011); Jeffrey Jowell, *Parliamentary Sovereignty Under the New Constitutional Hypothesis*, PUB. LAW 562 (2006); Mark Elliott, *The Sovereignty of Parliament, the Hunting Ban, and the Parliament Acts*, 65 CAMBRIDGE L. J. 1 (2006).

Jackson שבה ציין השופט סטיין (Lord Steyn) כי ריבונות הפרלמנט הוא העיקרון הכללי של דיני החוקה האנגליים;⁹³ עם זאת, עיקרון זה הוא עיקרון שנקבע על ידי המשפט המקובל המוסמך לקבוע את גבולותיו:⁹⁴

“It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism. In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, the Appellate Committee of the House of Lords or a new Supreme Court may have to consider whether this is a constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish”.

בגישה דומה נקטו שופטים נוספים באותה פרשה.⁹⁵ גישה זו התקבלה בביקורת, והסוגייה טרם הוכרעה.⁹⁶

2.2.3 התפתחות במשפט המקובל הישראלי

בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון כי מעקרון ריבונות הכנסת מתבקשת המסקנה כי הכנסת חופשית לחוקק כל חוק, יהא תוכנו אשר יהיה. “נעלה מכל ספק הוא שלפי המשטר החוקתי השורר במדינה, הכנסת היא ריבונית ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה. אין כלל להעלות על הדעת אפשרות של שלילת תוקפו של חוק הכנסת או של הוראה בחוק הכנסת שנעשה כדין על יסוד נימוק זה או אחר.”⁹⁷ “גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת

Jackson v. Attorney General [2006] 1 A.C. 262 93

שם, בעמ' 303–304. 94

ראו שם, בפסק הדין של Lord Hope; ובפסק הדין של Baroness Hale. 95

ראו GOLDSWORTHY, SOVEREIGNTY OF PARLIAMENT, לעיל ה"ש 90, בעמ' 240; TOMKINS, OUR REPUBLICAN CONSTITUTION, לעיל ה"ש 92. 96

ע"א 228/63 עוזו נ' עזר, פ"ד יז 2541, 2547, בפסק הדין של השופט צ' ברנזון (1963). 97

ראו גם בג"ץ 188/63 בצול נ' שר הפנים, פ"ד יט 337, 349, בפסק הדין של השופט צ' ברנזון (1965); ד"נ 3/62 שר-הפנים נ' מוסא, פ"ד טז 2467, 2470 (1962); בג"ץ 80/63 גורפינקל נ' שר-הפנים, פ"ד יז 2048, 2067 (1963); בג"ץ 193/66 המועצה המקומית אשדוד נ' יו"ר ועדת השומה, פ"ד כ(2) 670, 672 (1966); בג"ץ 108/70 מנור נ' שר האוצר, פ"ד כד(2) 442, 445 (1970); ע"א 780/70 עיריית תל-אביב-יפו נ' ספיר, פ"ד

להפליות, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן".⁹⁸ "רשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין".⁹⁹ חורג מגישה זו פסק דינו של השופט י' זוסמן בפרשת ירדור,¹⁰⁰ שהכיר בכוחו של בית המשפט לפסול את חוקתיותו של חוק הפוגע בקיום המדינה. כן חורגים מגישה זו חוקים אשר פגעו בהוראה בדבר הבחירות לכנסת בחוק-יסוד: הכנסת, על פיה "אין לשנות סעיף זה, אלא ברוב של חברי הכנסת".¹⁰¹ הגישה הייתה, אפוא, כי "חוקי הכנסת אינם נתונים לביקורת שיפוטית באשר לחוקיות תוכנם [...] בכפוף לביקורת אפשרית של חוק שהתקבל בדרך שסתרה הוראה משוריית [...]".¹⁰²

שאלת מעמדן של זכויות האדם שהמשפט המקובל הישראלי הכיר בהן (הזכות לשוויון) נבחנה בפרשת תנועת לאו"ר,¹⁰³ היה זה אחד מפסקי הדין אשר עסקו בבחירות לכנסת, ובהוראת השריון שבסעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת. פסק הדין ניתן (ב-1990) לפני ששני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם כוננו. פסק דינו של השופט א' ברק היה דעת מיעוט, ובגדריו הייתה אמרת אגב. בשאלת היחס שבין זכות אדם שהיא חלק מהמשפט המקובל הישראלי לבין חוק של הכנסת, עמד השופט א' ברק על המשפט המשווה (האנגלי והקונטיננטלי). לעניין יחס זה בישראל, ציין השופט א' ברק כי יחס זה מתמצה בשלש המסקנות הבאות:¹⁰⁴

"לדעתי, שלוש הן המסקנות המתבקשות: האחת, כי באופן עקרוני-תורתי, קיימת אפשרות שבית-משפט בחברה דמוקרטית יצהיר על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של השיטה; גם אם עקרונות יסודות אלה אינם מעוגנים בחוקה נוקשה או בחוק-יסוד משוריין. אין כל דבר אקסיומטי בגישה, כי חוק אינו נפסל בשל תוכנו. בפסילת חוק על-ידי בית המשפט בשל פגיעתו

כה(2) 486, 491 (1971); ע"א 450/70 רוגוזינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 129, 135

(1971); בג"ץ 112/77 פוגל נ' רשות השידור, פ"ד לא(3) 657, 664 (1977).

98 בג"ץ 120/73 טוביס נ' ממשלת ישראל, פ"ד כז(1) 757, 759 (1973).

99 פרשת לובין, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1079.

100 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט 365, 389 (1965).

101 ס' 4 לחוק-יסוד: הכנסת.

102 בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מ(4) 393, 399 (1986).

103 בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מד(3) 529 (1990). ראו גם בג"ץ 306/81 פלאטו שרון נ' ועדת הכנסת, פ"ד לה(4) 118, 135, בפסק הדין של הנשיא מ' לנדוי (1981): ("דעת הכול היא, לפי ההסדר החוקתי הקיים אצלנו לעת עתה, כי בנתון לבעיה המיוחדת של הוראות חוק משורייתות, אין בית-משפט זה נוטל לעצמו סמכות ביקורת על תוכן חקיקתה של הכנסת").

104 פרשת תנועת לאו"ר, שם, בעמ' 554.

הקשה בעקרונות יסוד אין משום פגיעה בעקרון ריבונות המחוקק, שכן הריבונות היא לעולם מוגבלת. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, שכן עיקרון זה בנוי על איזונים וריסונים, המגבילים כל אחת מהרשויות. אין בכך פגיעה בדמוקרטיה, שכן דמוקרטיה היא איזון עדין בין שלטון הרוב לבין זכויות האדם ועקרונות יסוד, ובאיזון זה, שמירה על זכויות האדם ועקרונות יסוד אינה יכולה להיתפס, כשלעצמה, כעניין בלתי דמוקרטי. אין בכך פגיעה בשפיטה, שכן מתפקידה של זו לשמור על שלטון החוק, לרבות שלטון החוק במחוקק. השנייה, כי על-פי התפיסה החברתית והמשפטית המקובלת אצלנו, אין בית המשפט נוטל לעצמו סמכות זו להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות יסוד של שיטתנו. תפיסה זו, קיבלנוה בירושה מהתפיסה האנגלית ופיתחנו אותה על רקע המציאות של הדמוקרטיה שלנו. כך אנו נוהגים זה למעלה מארבעים שנה. היא משקפת את ההסכמה החברתית בישראל, והיא נהנית מקונצנזוס של הציבור הנאור. רק על רקע תפיסה זו ניתן להבין את המחלוקת המפלגת אותנו באשר לצורך בחוקה נוקשה ובביקורת שיפוטית. השלישית, כי לאור התפיסות החברתיות-משפטיות הנהוגות בישראל, ולאור הפסיקה העקבית של בית-משפט זה במשך השנים, אין זה ראוי, כי נסטה מגישתנו המקובלת והמשקפת את המסורת המשפטית-פוליטית שלנו, ואין זה ראוי, כי נאמץ גישה חדשה, המכירה בכוחו של בית המשפט להצהיר על בטלותו של חוק – שאינו סותר הוראה משוריינת בחוק-יסוד – והנוגד עקרונות יסוד של השיטה. אם נעשה כן, ניראה בעיני הציבור כמי שחורג מהקונצנזוס החברתי באשר לתפקידו ולכוחו של שופט בחברה הישראלית. תפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי אינה עולה בקנה אחד עם פסיקה מרחיקת לכת זו. נראה לי, כי תפיסת הציבור היא, כי הכרעה כה חשובה ועמוקה צריכה להיעשות – בשלב זה של חיינו הלאומיים – על-ידי העם ונציגיו הנבחרים. מטעמים אלה יש, לדעתי, לדחות את טענותיו של ד"ר קוריןלדי בעניין זה, בלא לבחון לגופו של עניין את מידת הפגיעה בעקרון השוויון ובעקרונות אחרים שיש בו בחוק המתקן" (ההדגשות במקור).

נראה לנו אפוא, כי כל עוד מפעל חוקי היסוד נמשך, זכויות האדם בישראל צריכות למצוא את מקומן בגדר מפעל חוקי היסוד. חוקתיותו של חוק "רגיל" הפוגע בזכויות אדם שהן חלק מהמשפט המקובל הישראלי תיבחן במסגרת

פסקת ההגבלה. חוקתיותו של חוק-יסוד הפוגע בזכויות אדם המעוגנות במשפט המקובל הישראלי תבחן על פי המגבלות על כוחה של הכנסת כאספה מכוונת.¹⁰⁵ על כן חוק-יסוד שיקבע כי אדומי שיער אינם רשאים להצביע לא יהא חוקתי, שכן הוא חורג מסמכותה של הכנסת כאספה מכוונת בהיותו נוגד לעקרונות של הכרזת העצמאות, לפיה החוקה של ישראל "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה".¹⁰⁶

יש לקוות כי לקראת סיום מפעל חוקי היסוד תכונן את חוק-יסוד: החקיקה, בו תקבענה אמות המידה לחקיקה "רגילה" ולכינון חוקי יסוד. כן תקבע הביקורת השיפוטית על חוקיות החוק ועל חוקתיותו. כן תקבענה ההוראות על חוקתיותם של חוקי היסוד.

3. הגבלות פנימיות במשפט המקובל

היקפו של המשפט המקובל השתנה עם חלוף השנים. עם ריבוי המשפט החרות, הצטמצם הלכה למעשה היקפו של המשפט המקובל.¹⁰⁷ עמד על כך השופט הולמס (Holmes):¹⁰⁸

"I recognize without hesitation that judges do and must legislate, but they can do so only interstitially; they are confined from molar to molecular motions".

זאת ועוד, בכמה עניינים הגיעו השופטים עצמם להכרה, כי ראוי שעניינים אלה יוסדרו על ידי החוק החרות ולא על ידי המשפט המקובל. אלה הם מקרים של הגבלה עצמית של המשפט המקובל. במסגרת זו אפשר להצביע על מספר תחומים עיקריים: ראשית, המשפט הפלילי. תקופה ארוכה היה המשפט המקובל מקור ליצירתן של נורמות פליליות. עם חלוף השנים החלה להתפתח הגישה כי אין זה ראוי ליצור עבירות פליליות בדרך הלכתית. המשפט המקובל המשיך, עם זאת, להיות מקור ל"חלק הכללי" של המשפט הפלילי ולתורות באשר

¹⁰⁵ על מגבלות אלה, ראו אהרן ברק "מגילת העצמאות והכנסת כרשות מכוונת" חוקים יא 9 (2018); אהרן ברק "הכנסת כרשות מכוונת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 8.

¹⁰⁶ הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1, 2.

¹⁰⁷ ראו משה לנדוי "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט", לעיל ה"ש 30, בעמ' 297 ("ככל שמתרחב גבול החוק החרות, מתקיים השמוש בשקול דעתו של השופט בתוך גבולות אותו חוק פנימה ומצטמצם השטח הפתוח להפעלת שקול דעתו של השופט בדרך החקיקה השיפוטית העצמאית").

¹⁰⁸ ראו Southern Pacific Company v. Jensen, 244 U.S. 205, 221 (1917); ראו גם לנדוי, שם, בעמ' 297.

לפילוסופיה המונחת ביסוד המשפט הפלילי. שנית, דיני המיסים. התפתחה הגישה כי הטלת מס היא עניין למחוקק הדמוקרטי. הסיסמה "no taxation without legislation" – שכוונה תחילה כנגד הטלת מס על ידי המלך – התפתחה לגישה כללית שאין זה ראוי ששופטים יהיו מעורבים בהטלת מיסים. שלישית, בית המשפט לא רשאי להטיל משטר של רישוי או להקים מוסדות או קרנות הדרושות לפתרונה של סוגיה משפטית. כך למשל, בית משפט בשיטת המשפט המקובל רשאי לקבוע כי בתחומים מסוימים האחריות בנויקין תהא מוגברת. עם זאת, אין בית המשפט רשאי להקים קרן לתשלום פיצויים בדומה ל"קרנית".¹⁰⁹ רביעית, התפתחה הגישה שלפיה ביסוד המשפט המקובל המינהלי עומד עקרון החוקיות. על-פיו הפגיעה בזכויות האדם למען האינטרס הציבורי צריכה להיעשות על ידי המשפט החרות ולא המשפט המקובל.¹¹⁰ חמישית, כאשר השופט ניצב בפני שיקולים פוליטיים, מן הראוי שהוא ימנע מהכרעה בהם,¹¹¹ וישאיר את ההכרעה בהם למחוקק. שיקולים פוליטיים הם "שיקולים סבוכים של מדיניות כלכלית או חברתית, אשר לעתים קרובות אף שנויים הם במחלוקת, הדורשים מומחיות ומידע, ואשר עשויים לחייב הנחת הנחות והיפותיזות, שהן מצידן מחייבות הנחות נוספות".¹¹²

4. המשפט המקובל הפרטי בישראל

המשפט המקובל הפרטי מסדיר את היחסים בין הפרטים לבין עצמם.¹¹³ אין הוא סותר את החקיקה, אלא פועל "בין סדקיה".¹¹⁴ כך למשל, ברבות משיטות המשפט המקובל דיני החוזים ודיני הנזיקין הם חלק מהמשפט המקובל. הלכות אלה מכירות בזכויות בין הפרטים לבין עצמם ובסעדים בגין הפרתן. בישראל מוסדרים דיני החוזים ודיני הנזיקין על ידי הוראות חרותות. עם זאת, עדיין נותרו תחומים שבהם הזכויות בין הצדדים לבין עצמם הן חלק מהמשפט המקובל

109 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 250.

110 ראו דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 99 (2010); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 74 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

111 ראו Lon L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 HARV. L. REV. 353 (1984).

112 אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 255. ראו גם Jeffrey Jowell, *Of Vires and Vacuums: The Constitutional Context of Judicial Review*, PUB. LAW 448, 451 (1999).

113 על המשפט המקובל הפרטי וזכויות האדם, ראו Charles Fried, *Rights and the Common Law*, in UTILITY AND RIGHTS 215 (R.G. Frey ed., 1984).

114 ראו לנדוי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 297.

הישראל. במסגרת זו אפשר לכלול את הלכות שיתוף הנכסים בין בני זוג,¹¹⁵ הלכות הידועים בציבור,¹¹⁶ הלכות בדיני העבודה,¹¹⁷ והלכות נוספות.¹¹⁸

5. המשפט המקובל הציבורי בישראל

5.1 זכויות אדם הלכתיות כלפי רשויות השלטון

המשפט המקובל הציבורי התפתח בישראל בשני מסלולים. המסלול האחד עניינו זכויות הלכתיות של הפרט כנגד רשויות השלטון. זוהי מגילת זכויות הלכתיות המקובלת בשיטות המשפט המקובל (common law bill of rights).¹¹⁹ אלה הן "זכויות יסוד שאינן כתובות על ספר", אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש.¹²⁰ במסגרת הלכתית זו הכיר בית המשפט העליון בשורה ארוכה של זכויות הלכתיות,¹²¹ בהן חופש הביטוי,¹²² חופש הדת והמצפון,¹²³ חופש התנועה,¹²⁴ הזכות לשוויון,¹²⁵

- 115 ראו ברק שיקול דעת שיפוטי, לעיל ה"ש 43, בעמ' 258.
- 116 ראו מנשה שאוה "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ז 484 (1974); דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ז 459 (1974); חמן שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים ו 119 (1975); שחר ליפשיץ הידועים בציבור – בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005).
- 117 אהרן ברק כבוד האדם: הזכות החוקתית ובנותיה 827 (2014) ("הזכות לעבודה כזכות-בת של כבוד האדם").
- 118 כגון דניאל 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996); בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פ"ד סו(1) 274 (2013).
- 119 ראו PROMOTING HUMAN RIGHTS THROUGH BILLS OF RIGHTS: COMPARATIVE PERSPECTIVES (Philip Alston ed., 2003); PROTECTING RIGHTS WITHOUT A BILL OF RIGHTS INSTITUTIONAL PERFORMANCE AND REFORM IN AUSTRALIA (Tom Campbell, Jeffrey Goldsworthy & Adrienne Stone eds., 2006).
- 120 בג"ץ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2408, 2415, בפסק הדין של השופט מ' לנדוי (1962). הפסיקה המצוטטת על הזכויות "שאינן כתובות על ספר" היא מפסק דינו של השופט ש"ז חשין בבג"ץ 1/49 בז'רנו נ' שרי-המשטרה, פ"ד ב 80, 83 (1949). ראו גם פרשת כהן, לעיל ה"ש 31; פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 698; בג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים והבונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(3) 729, 745 (1980).
- 121 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל, פס" 1 לפסק הדין של השופט נ' הנדל (נבו 8.7.2021): ("זכויות וחירויות יסוד זכו להכרה עוד בטרם ניתן להן עיגון כתוב בספר החוקים – שלא לדבר על פרקי החוקה המתהווה").
- 122 לפסיקה ראו בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953). על פרשה זו, ראו כהן המשפט, לעיל ה"ש 40, בעמ' 514; פרשת אולפני הסרטה בישראל בע"מ, לעיל ה"ש 120, בעמ' 2415, שבו ציין השופט מ' לנדוי כי חופש הביטוי הוא אחת מאותן "זכויות יסוד, שאינן כתובות על ספר" אלא הן נובעות במישרין מאפיה של מדינתנו כמדינה דמוקרטית השוחרת חופש"; ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן-משה, פ"ד מב(2) 427, 435 (1968) (הנשיא ש' אגרנט); בג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של

משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393, 398 בפסק הדין של השופט א' ברק (1984); בג"ץ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421, 433 בפסק הדין של השופט א' ברק (1987); ע"א 105/92 ראם מהנדסים קבלנים בע"מ נ' עיריית נצרת עילית, פ"ד מז(5) 189, 201 בפסק הדין של השופט א' ברק (1993); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 9 (1994); ראו גם בג"ץ 4804/94 סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 66 (1997); ע"א עיתון "הארץ", לעיל ה"ש 68, בעמ' 295 (בפסק הדין של השופט מ' שמגר). ראו גם פנינה להב "על חופש הביטוי בפסיקה בית המשפט העליון" משפטים ז 375 (1977).

לפסיקה ראו ע"פ 112/50 יוסיפוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ה(1) 481, 486 (1951); בג"ץ 103/67 "דה אמריקן ארופיין בית-אל מישון" נ' שר הסעד, פ"ד כא(2) 325, 332 בפסק הדין של השופט ח' כהן (1967); בג"ץ 353/70 אייזיק (שי"ק) נ' משרד הפנים, פ"ד כה(1) 544, 550 בפסק הדין של השופט ח' כהן (1971); פרשת רוגוזינסקי, לעיל ה"ש 97, בעמ' 131; בג"ץ 866/78 מורד נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(2) 657 (1980); בג"ץ 292/83 נאמני הר הבית נ' מפקד משטרת מרחב ירושלים, פ"ד לח(2) 454, 454 בפסק הדין של השופט א' ברק (1984); בג"ץ 563/77 דורפלינגר נ' שר הפנים, פ"ד לג(2) 97, 102 בפסק הדין של השופט מ' שמגר (1984); בג"ץ 650/88 התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(3) 377, 381 בפסק הדין של השופט מ' שמגר (1988); בג"ץ 47/82 קרן התנועה ליהדות מתקדמת בישראל נ' שר הדתות, פ"ד מז(2) 661, 692 בפסק הדין של השופט מ' אלון (1989); בג"ץ 3872/93 מיטראל בע"מ נ' ראש הממשלה ושר הדתות, פ"ד מז(5) 485, 506 בפסק הדין של השופט מ' חשין (1993); בג"ץ 257/89 הופמן נ' הממונה על הכותל המערבי, פ"ד מח(2) 265, 340 (1994); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 686 (1995); בג"ץ 4298/93 ג'בארין נ' שר החינוך, פ"ד מח(5) 199, 203 (1995); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 233 (1995); ראו גם בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 136 (1997); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 631 (1999); בג"ץ 1514/01 גור אריה נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נה(4) 267, 277 (2001); בג"ץ 10356/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 461 בפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (2004); בג"ץ 1890/03 עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פ"ד נט(4) 736, 750 בפסק הדין של השופטת ד' ביניש (2005); בג"ץ 10907/04 סולודוך נ' עיריית רחובות, פס' 71 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (נבו 1.8.2010).

ראו בג"ץ 83/49 אל-כורי נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד ד(1) 34, 37 (1950); בג"ץ 220/51 אסלאן נ' המושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480, 1481, 1486 בפסק הדין של השופט ב' שרשבסקי (1951); בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 536 בפסק הדין של השופט מ' זילברג (1953); ע"פ 217/68 יזראמקס בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 343 (1968); בג"ץ 531/77 ברוך נ' המפקד על התעבורה, פ"ד לב(2) 160 (1978); בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169 (1979); בג"ץ 658/80 טאהא נ' שר הפנים, פ"ד לה(1) 249 (1980); פרשת לוי, לעיל ה"ש 122; ר"ע 451/85 עדין חברה לשיווק בע"מ נ' פלאטו שרון, פ"ד לט(3) 303 (1985); בג"ץ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701 (1986); ב"ש 1064/86 הארכיגמון אג'מיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 83 (1986); בג"ץ 672/87 עתאמללה נ' אלוף פיקוד הצפון, פ"ד מב(4) 708 (1989); פרשת לב, לעיל ה"ש 2, בעמ' 506 (בפסק הדין של המשנה לנשיא א' ברק).

123

124

זכות הקניין, 126, חופש ההתאגדות, 127 הזכות לחינוך, 128 הזכות לשם הטוב, 129

ראו פרשת שטרייט, לעיל ה"ש 87, בעמ' 612 (בפסק הדין של השופט ח' כהן): "אילו זו הייתה התוצאה מפירוש החוק, כי אז היה בכך משום הפליה פסולה, העומדת בניגוד גמור להכרות העצמאות של מדינת ישראל ולהצהרה האוניברסלית של האומות המאוחדות על זכויות האדם – ואם כי אין אלה מסמכים בני פועל תחיקתי המחייבים את בית-המשפט, הרי יעמיד בית-משפט 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 המתוקנות והנאורות". ראו גם בג"ץ 71/49 קוויטנסקי נ' הממונה על מחוז ירושלים, פ"ד ד 815, 828 (1950); ע"א 257/57 ברנט נ' ברנט, פ"ד יב 565, 569 (1958); פרשת ברגמן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 698 (בפסק הדין של השופט מ' לנדין); בג"ץ 51/69 רודניצקי נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד כד(1) 704, 712 (1970); עניין פקיד השומה, ת"א 5, לעיל ה"ש 71, בעמ' 181; עניין קופרברג, לעיל ה"ש 71; בג"ץ 114/78 בורקאן נ' שר האוצר, פ"ד לב(2) 800, 806 בפסק הדין של השופט מ' שמגר (1978); בג"ץ 310/80 דרור הדרום חברה לפיתוח בע"מ נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד לה(1) 253, 261 (1980); בג"ץ 507/81 אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561, 585 (1981); ע"א 507/79 ראונדנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757, 794 (1982); בג"ץ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221 (1988); בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 332, בפסק הדין של השופט א' ברק (1988); ע"ב 2/88 בן שלום נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה, פ"ד מג(4) 221, 272 (1989); בג"ץ 104/87 נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(4) 749, 760, בפסק הדין של השופט ג' כך (1990); בג"ץ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(2) 191 (1991); ראו גם בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 503, בפסק הדין של השופט מ' חשין (1996); בג"ץ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650, בפסק הדין של השופט מ' חשין (1998); בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258 (2000); בג"ץ 2618/00 חברת פארות בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד נה(5) 49, 57, בפסק הדין של השופט א' לוי (2001); בג"ץ 4112/99 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נו(5) 393, 414, בפסק הדין של הנשיא א' ברק (2002); בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619, 774, בפסק הדין של המשנה לנשיא מ' חשין (2006); עע"ם 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן, פס' 17 לפסק הדין של השופטת ע' ארבל (נבו 6.10.2009); בג"ץ 7426/08 טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך, פס' 17 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (נבו 31.8.2010); בג"ץ 6304/09 לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 76 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (נבו 2.9.2010).

ראו ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 467; ראו גם בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 בפסק הדין של השופט מ' לנדין (1979): "זכות הקניין של הפרט היא ערך משפטי חשוב המוגן בדין האזרחי והפלילי"; בג"ץ 67/79 שמואלון נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 281 בפסק הדין של השופט א' ברק (1979): הפקעה "פוגעת קשות באחת מזכויות היסוד של האזרח היא הזכות לקניין"; פרשת פייצר, לעיל ה"ש 84, בעמ' 656; פרשת "פרי העמק", לעיל ה"ש 42, בעמ' 546; בג"ץ 5091/91 נוסיבה נ' שר האוצר, פס' 4 לפסק הדין של השופט ד' לוי (נבו 9.8.1994) ("זכות הקניין הינה מזכויות היסוד של האדם בישראל. זהו עקרון מושרש

וחופש העיסוק.¹³⁰ פסיקה זו הכירה בזכות הלכתית כללית של האדם כלפי

ומקובל עלינו מזה כבר, ובית משפט זה נתן לו ביטוי ברור בפסיקתו העקבית במרוצת השנים("); בג"ץ 3956/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' ראש הממשלה, פס" 6 לפסק הדין של השופט ת' אור (נבו 22.12.1994); ("עוד קודם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] הוכרה במשפטנו זכות הקניין כאחת מזכויות היסוד"); בג"ץ 4146/95 עזבון המנוחה דנקנר ז"ל נ' מנהל רשות העתיקות, פ"ד (נב) 774, בפסק הדין של השופט י' זמיר (1998): ("זכות הקניין מוכרת מאז ומתמיד כאחת מזכויות היסוד"); ע"א 3901/96 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורוויץ, פ"ד נו(4) 913, 936, בפסק הדין של השופט א' ברק. (2002).

127 ראו ד"נ 16/61 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טז 1202 (1962); בג"ץ 253/64 סברי ג'ריס נ' הממונה על מחוז חיפה, פ"ד יח(4) 673 (1964); פרשת שמש, לעיל ה"ש 61, בעמ' 509 (בפסק הדין של השופט מ' עציוני); בג"ץ 789/78 אופק נ' שר הפנים, פ"ד לג(3) 480, 484, 486 (1979); ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 264 (1985); בג"ץ 507/85 תמימי נ' שר הביטחון, פ"ד מא(4) 57, 59 (1987); בג"ץ 753/87 בורשטיין נ' שר הפנים, פ"ד מב(4) 462, 473 (1989); ע"א 1282/93 רשמת העמותות נ' כהנא, פ"ד מז(4) 100 (1993).

128 לפסיקה ראו בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל"ת" נ' שר החינוך, פ"ד נ(3) 2, 24, בפסק הדין של השופט ת' אור (1996); בג"ץ 4363/00 ועד פוריה נ' שר החינוך, פ"ד נו(4) 203, 214, בפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (2002); בג"ץ 2599/00 יתד – עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך, פ"ד נו(5) 834, 841, בפסק הדין של השופטת ד' דורנר (2002) (להלן: פרשת יתד); בג"ץ 5108/04 אבו גודה נ' שרת החינוך, פ"ד נט(2) 241, 244, בפסק הדין של השופט א' ברק (2004); בג"ץ 7351/03 ועד הורים עירוני ראשון-לציון נ' שרת החינוך התרבות והספורט, פס" 4 לפסק הדין של השופטת ד' ביניש (נבו 18.7.2005); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 29, בפסק הדין של הנשיא א' ברק (2006); בג"ץ 4805/07 המרכז לפלורליזם יהודי – התנועה המתקדמת בישראל נ' משרד החינוך, פ"ד סב(4) 571, 613, בפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה (2008); בג"ץ 1067/08 עמותת "נוער כהלכה" נ' משרד החינוך, פס" 12 לפסק הדין של השופט א' לוי (נבו 6.8.2009); פרשת טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה, לעיל ה"ש 125, בפס" 15 לפסק הדין של השופטת א' פרוקצ'יה.

129 ראו ע"א 90/49 בנטוב נ' קוטיק, פ"ד ה 593, 595, בפסק הדין של השופט י' אולשן (1951): ("זכותו של כל אדם היא ששמו הטוב לא ייפגע", והחוק, בהגינו על זכות זו, מניח לכאורה, שכל אדם הוא בעל שם טוב"); ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, בפסק הדין של השופט א' ברק (1985): ("בהקשר שלפנינו יש להביא בחשבון ארבעה עקרונות יסוד, המהווים את 'המטריה הנורמטיבית', אשר במסגרתה יש לפרש את הוראת סעיף 6 לחוק. עקרונות אלה הם: הזכות לשם הטוב של האדם הנפגע; חופש הביטוי של הפוגע; [...]"); ע"א 214/89 אבני נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 856–857, 860, בפסק הדין של השופט א' ברק (1989); רע"א 3418/91 העולם הזה בע"מ נ' סני שירותי החזקה וניקיון בע"מ, פ"ד מה(4) 283, 286 (1991); ע"א 809/89 משעור נ' חביבי, פ"ד מז(1) 1, 10 (1992).

130 פרשת בזרנו, לעיל ה"ש 120, בעמ' 82–83 (בפסק הדין של השופט ש"ז חשין); ראו גם בג"ץ 161/52 חברת המזקקים של א"י בע"מ נ' ראשון לציון, פ"ד ז 113, 122 (1953);

רשויות השלטון לחירות. על פי גישה זו אדם הוא בן-חורין, אלא אם כן החוק הגביל חירות זו. פגיעה בחירותו של אדם ללא הסמכה בחוק פוגעת בעקרון שלטון החוק.¹³¹ מתפקידו של בית המשפט להגן "על חירויות האזרח, דהיינו הזכויות שאין בצדן חובה, חוץ מן החובה שלא להפריע את ההנאה מאותה חירות. את ההגנה הזאת מפעיל בית-המשפט מכוח העקרון של שלטון החוק".¹³² עקרון שלטון החוק קובע כי "ההגבלות – שאין להימנע מלהטילן על חירות הפרט, כדי שחירות זו לא תהיה עשויה לפגוע בחירות הזולת או באינטרסים של החברה – צריכות להקבע על ידי החוק".¹³³

יצירה שיפוטית זו לא היה בכוחן של זכויות הלכתיות אלה להתגבר על כוחו של החוק.¹³⁴ בהתנגשות בין הוראת חוק ובין זכות הלכתית, יד החוק הייתה על העליונה. השופטים היו שותפים במפעל עשיית בית המשפט, אך פעלו כשותפים זוטרים בצד השותף הבכיר – הוא המחוקק.¹³⁵ בית המשפט, בפרשו דבר חקיקה, הניח כמה הנחות באשר לכוונתו של המחוקק לפגוע בזכות הלכתית. ההנחה היא כי המחוקק הדמוקרטי מבקש לקדם זכויות אדם ולא לפגוע בהן.¹³⁶ עם זאת הנחה זו נסתרת מקום בו המחוקק אמר את דברו ב"לשון מפורשת, חד משמעית

פרשת ברנשטיין, לעיל ה"ש 76, בעמ' 268; בג"ץ 199/60 רייף נ' הממונה על מחוז הצפון, פ"ד טו 869, 873 (1961); בג"ץ 311/60 מילר נ' שר-התחבורה, פ"ד טו 1989, 1996 – 1997 (1961); בג"ץ 152/71 קרמר נ' עיריית ירושלים, פ"ד כה(1) 767, 782 (1971); פרשת ליפנסקי-הליפי, לעיל ה"ש 77, בעמ' 724–725; בג"ץ 413/73 ביקל נ' שר החקלאות, פ"ד כח(2) 827, 832 (1974); פרשת "הילרון", לעיל ה"ש 66, בעמ' 653–654; פרשת בבאג'ני, לעיל ה"ש 59, בעמ' 415; בג"ץ 314/78 אגבריה נ' מועצת הפירות, פ"ד לב (3) 794, 798–797 (1978); פרשת מיטרני, לעיל ה"ש 67, בעמ' 352–353; בג"ץ 868/86 טרודלר נ' ראש המועצה המקומית רמת השרון, פ"ד מא(1) 694, 699–670 (1987); פרשת מרגליות, לעיל ה"ש 85, בעמ' 114–115; בג"ץ 734/88 התאחדות בעלי המלאכה, אשקלון נ' עיריית אשקלון, פ"ד מג(3) 665 (1990).

131 בג"ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ' שר הבטחון, פ"ד ב 5, 15 (1949); פרשת אל-כורי, לעיל ה"ש 124.

132 פרשת פוגל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 663.

133 בג"ץ 144/50 שייב נ' שר הבטחון, פ"ד ה 399, 411, בפסק הדין של השופט ש"ז חשין (1951).

134 על החקיקה השיפוטית, ראו ברק "חקיקה שיפוטית", לעיל ה"ש 6.

135 ראו שמעון אגרנט "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה" עיוני משפט י 233 (1984); ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 47; ראו

גם P.S. Atiyah, *Common Law and Statute Law*, 48 MOD. L. REV. 1 (1985).

136 ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, שם, בעמ' 553. ראו גם פרשת "פרי העמק", לעיל ה"ש 42, בפסק הדין של השופט א' ברק: "ההנחה הינה, כי המחוקק (הראשי או המשני), שעה שהוא מוציא תחת ידיו דבר חקיקה, מבקש לקיים ולשמר את זכויות היסוד".

וברורה".¹³⁷

על פי המבחן החוקתי ששרר באותה עת הייתה הרשות המחוקקת "כול-יכולה",¹³⁸ "ובכוחה לחוקק כל חוק ולמלאו תוכן כעולה על רוחה".¹³⁹ ביטוי יפה לכך נתן השופט ש"ז חשין, כאשר הגדיר את היקפה של הזכות לחופש העיסוק:¹⁴⁰

"כלל גדול הוא, כי לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-יד, אשר יבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במשלח-יד אינה אסורה מטעם החוק".

על פי גישה זו, חופש העיסוק של האדם מוכר כל עוד הוא אינו אסור על ידי החוק. אומנם נקבע כי רק איסור מפורש יש בכוחו לפגוע בחופש העיסוק,¹⁴¹ אך מקום בו איסור מפורש כזה קיים, נסוג חופש העיסוק שהוכר בהלכה הפסוקה. בפרשת פוגל הבחין השופט מ' לנדוי בין הזכות לחירות, אשר אין בצידה חובה של הרשות כלפי הפרט, לבין הזכות כשלצידה קיימת חובה כזו. תונכה של הזכות לחירות הוא כי האדם "בן-חורין על-פי הדין לעשות פעולה או להימנע מעשייתה, מבלי שנוצרת עקב זאת חובה [...] חוץ מן החובה, הקיימת בדרך-כלל, שלא להפריע את בעל-החירות מליהנות מחירותו".¹⁴² על זכויות אלה עמד השופט ש' אגרנט בפרשת פודמסקי בכנותו אותן "זכויות החופש או ההיתרים".¹⁴³ תכנן של זכויות אלה הוא – בכל הנוגע לרשות השלטונית – כי "אני חפשי, בגבולות ידועים, לעשות בשביל עצמי דברים שונים – או להימנע מעשייתם – בלי כל הפרעה מטעם המדינה, כלומר, בלי שהתנהגותי תיראה כבלתי חוקית. זכויות אלו יסודן מונח בחוסר כל חוק האוסר על השימוש בהן".¹⁴⁴ בהתייחסו לחופש הביטוי ציין השופט ש' אגרנט בפרשת חברת "קול העם" – תוך הפנייה לפרשת פודמסקי – כי "בצדן של זכויות החופש – וזו למעשה

137 ברק פרשנות במשפט כרך ב – פרשנות החקיקה, שם, בעמ' 558.

138 ראו דברי השופט זוסמן בפרשת לובין, לעיל ה"ש 81, בעמ' 1079: ("רשאי המחוקק הכל-יכול להתיר את הפגיעה באזרח ללא דין וללא דיין [...]"); ראו גם פרשת טוביס, לעיל ה"ש 98, בפסק הדין של השופט ח' כהן: ("גזירת המחוקק היא, ואם היא גורמת להפלות, הרי הפליות חקוקות ועל-כן כשרות ולא פסולות הן"). לביקורת גישה זו לפני המהפכה החוקתית, ראו יזהר טל "מחוקק כלי-יכול – האמנם?" עיוני משפט י 361 (1984).

139 פרשת עוזו, לעיל ה"ש 97; פרשת בצול, לעיל ה"ש 97.

140 ראו פרשת בזרנו, לעיל ה"ש 120, בעמ' 82.

141 ראו פרשת מיטרני, לעיל ה"ש 67.

142 פרשת פוגל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 662.

143 ע"פ 99/51 פודמסקי נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 341 (1952).

144 שם, בעמ' 354 (ההדגשה במקור).

משמעותן החוקית – קיימות הגבלות מטעם החוק,¹⁴⁵ והדגמנו רעיון זה כך: 'לכל אחד הזכות של חופש הדיבור וחופש הביטוי, אך השימוש בזכות זו נתון להגבלה מטעם החוק'.¹⁴⁶

לעומת הזכות לחירות העמיד השופט מ' לנדוי "אינטרס שיש עמו יחס של זכות כנגד חובה לעשות או שלא לעשות".¹⁴⁷ על מהותה של זכות זו עמד השופט ש' אגרנט בפרשת פודמסקי,¹⁴⁸ בציינו כי "משמעותה של זכות ממין זה היא, שאני זכאי לדרוש כי אחר יעשה דבר מה בשבילי או יימנע למעני מעשיית מעשה מסויים. מקום שיש בידי זכות כנ"ל, קיימת בצדה חובתו של זולתי לעשות את הפעולה שאני זכאי לה או להימנע מהמעשה אשר אני זכאי לדרוש כי לא ייעשה".¹⁴⁹

לדעת השופט מ' לנדוי, המשפט המקובל הישראלי מכיר בזכות מסוג החירות של הפרט כנגד הרשות השלטונית ולא בזכות שבצדה קיימת חובה. לשם ביסוסה של הזכות מהסוג השני כלפי הרשות השלטונית נדרש דבר חקיקה. על כן פסק כי "אין לאזרח זכות שרשות השידור תספק לו שידורים צבעוניים דוקא", שכן זכות זו לא הוכרה בחקיקה הרלבנטית.¹⁵⁰ בדומה, בפרשת כהן לא הכיר השופט א' ויתקון "בזכותו של עיתונאי" לקבל משלטונות הצבא אותה עזרה ואותן ידיעות שהם נאותים לתת, מרצונם החופשי, לעיתונאים אחרים.¹⁵¹ הבחנות אלה – של השופט ש' אגרנט בפרשת פודמסקי ושל השופט מ' לנדוי בפרשת פוגל – מתבססות על הבחנות שעשה הופלד (Hohfeld), בין סוגים שונים של זכויות, והמכונות "טבלת הופלד".¹⁵²

בית המשפט העליון השתמש לא פעם בטבלת הופלד.¹⁵³ יש בה כדי להבהיר את מושגי המשפט. על חשיבותם של אלה ועל מגבלותיהם עמד בית המשפט בפרשת סרוסי:¹⁵⁴

-
- 145 פרשת חברת "קול העם", לעיל ה"ש 122.
- 146 שם, בעמ' 878–879.
- 147 פרשת פוגל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 662.
- 148 פרשת פודמסקי, לעיל ה"ש 143, בעמ' 354.
- 149 שם, בעמ' 354 (ההדגשה במקור).
- 150 פרשת פוגל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 665.
- 151 פרשת כהן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1028.
- 152 ראו Hohfeld N. Wesley, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in* *Judicial Reasoning*, Yale L. J. 16 (1913); ראו חיים שיין הפילוסופיה של המשפט: עיון ישראלי 368 (2008).
- 153 ראו שיין, שם, בעמ' 368.
- 154 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית-הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826–827, בפסק הדין של הנשיא א' ברק (1998).

"אל לנו להתעלם ממושגי המשפט. איננו נדרשים להמציא בכל עת מחדש את הגלגל. מושגי המשפט משקפים תבונה וניסיון של דורות. הם מבטיחים יציבות וודאות. בכך חשיבותם. הם מזככים את מחשבתנו. הם מבטיחים כי נשקול את מכלול השיקולים הראויים. אכן, מושגי המשפט הם נקודות מוצא ראויות. מכאן חשיבותם. אל להם להיהפך לנקודות סיום מחייבות. מכאן סכנתם. אכן, תורת המשפט מפתחת מושגי משפט. לכל מסורת ותרבות משפטית מושגי משפט ותורת משפט משלהן. לאלה חשיבות רבה. הם מסכמים את הניסיון המשפטי המצטבר. המשפטן אינו צריך להתחיל את עיונו מבראשית. הוא רשאי וצריך להמשיך במקום שסיימו קודמיו. אין צורך להתחיל תמיד מלוח חלק. זאת ועוד: ההנחה עשויה להיות, כי יוצרי הנורמות הניחו את המושגיות הקיימת כתשתית ליצירתם. כמו כן, בכך ניתן להבטיח יציבות, ביטחון ושמירת המסורת. עם זאת, מושגי המשפט אינם אדונים. אין הם אלא עוזרים מסייעים. הם פרי השקילה והאיזון בין שיקולים מתנגשים. הם תוצאה של התנגשות בין ערכים נוגדים. אין הם הערכים עצמם. על-כן, עלינו להיעזר במושגים היוריספרודנטליים. עלינו לראות בהם מסד לפעולותינו. אך עלינו להיות מוכנים, בכל מקרה, לסטות ממושגיות קיימת, לשנותה או לבנות מושגיות חדשה. איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עוטה המשפט".

עיקר חשיבותה של טבלת הופלד היא במשפט הפרטי. חשיבותה במשפט הציבורי מוגבלת.¹⁵⁵ לדעתנו, כאשר בית המשפט מכיר באינטרס של אדם כנגד הרשות השלטונית כאינטרס המצדיק בחינה שיפוטית והוא פוסק לטובתו שכן הרשות השלטונית הפרה את כללי המשפט המינהלי, הוא מכיר בכך בזכותו של אותו אדם ובחובתה של הרשות השלטונית.¹⁵⁶ עמד על כך בית המשפט העליון בפרשת מרכז הקבלנים והבונים:¹⁵⁷

155 ראו אלפרד ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט 5, 22 (1983).
 156 ראו בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 465, בפסק הדין של השופט א' ברק (1988) ("אם זכות היא רצון או אינטרס המוגנים על-ידי המשפט, הרי בהכרעה השיפוטית, הנותנת את הגנת המשפט, נוצרת הזכות עצמה").
 157 פרשת מרכז הקבלנים והבונים בישראל, לעיל ה"ש 120, בפסק הדין של השופט א' ברק.

"זכות אינה אלא אינטרס המוגן על-ידי המשפט. הסעד שבית-משפט זה מושיט לעותר שהאינטרס שלו נפגע, הוא המוליד את הזכות [...]. זכותו המהותית של אדם בישראל היא כי הרשות השלטונית תפעיל את שיקול דעתה כדין שעה שהיא פוגעת באינטרס לגיטימי שלו. העותרים שלפנינו נפגעו באינטרס לגיטימי משלהם. אין בכוחם להצביע על זכות אשר כנגדה עומדת חובתה של המדינה להתקשר עמם, ואין ביכולתם להראות כי חופש העיסוק שלהם נפגע פגיעה חמורה. אך בכך לא נסתם הגולל על עתירתם [...]. זכותם המהותית היא כי החלטתה של המדינה שלא להתקשר עמם בחוזה תהא החלטה כדין, כלומר על-פי הכללים המהותיים והדינוניים החלים על הפעלת שיקול דעת מינהלי".

לעניין זה אין מקום להבחנה בין ההיבט השלילי להיבט החיובי של הזכות.¹⁵⁸ על כן, אם ההחלטה של הרשות המינהלית בפרשת פוגל שלא לשדר שידורים צבעוניים נתקבלה מתוך הפליה, חוסר סבירות או פגם אחר שהמשפט המינהלי הישראלי מכיר בו כפוגע בתוקף ההחלטה המינהלית, עומדת לפוגל הזכות ההלכתית שהשידור יהיה בצבעים. בדומה, עומדת לעיתונאי בפרשת כהן זכות ההלכתית להיות מוזמן למפגש עיתונאים שיוזמת רשות שלטונית במקום ששאר העיתונאים מסוגו מוזמנים.¹⁵⁹ בפרשת פוגל ציין השופט מ' לנדוי כי "שונה הדין כאשר השלטון מפלה בין אזרח לאזרח, כי אז יכולה לקום לאזרח זכות מהותית בשל עצם ההפליה".¹⁶⁰ אם בהפליה כך, מדוע לא בפגמים אחרים של ההליך המינהלי? זכותם של פוגל, של כהן ושל כל אדם אחר בישראל היא שהמינהל יפעל כדין ולא יפגע באינטרס שלהם, וכנגד זכות זו עומדת החובה של הרשות השלטונית לממש זכות זו.

5.2 משפט מינהלי כללי באשר להפעלת סמכות מינהלית

עמדנו עד כה על המסלול הראשון שבו התפתח המשפט המקובל הציבורי אשר עניינו הוא בהכרה בזכויות הלכתיות של הפרט כנגד הרשות השלטונית. המסלול השני שבו התפתח המשפט המקובל הציבורי הוא בפיתוח הלכות באשר לאופן הפעלת הסמכות המינהלית ובאשר לסדרי הדין המינהליים והסעדים

158 ראו להלן בפרק ג'.

159 שלא כנפסק בפרשת כהן, לעיל ה"ש 31.

160 פרשת פוגל, לעיל ה"ש 97, בעמ' 666.

המינהליים, 161. דוגמאות לכך הן ההלכות של המשפט המקובל בישראל בעניין חובת השימוע, 162 החובה לשקול שיקולים ענייניים, 163 החובה לפעול בסבירות. 164 כנגד חובות אלה, עומדת זכותו של הפרט כנגד הרשות השלטונית.

5.3 הזכות המינהלית

יצחק זמיר מכנס שני מסלולים אלה לכדי מסלול מרכזי. על פיו המשפט המקובל הציבורי בישראל הכיר ב"זכות המינהלית". שותפים אנו לגישה זו. השופט א' ויתקון עמד על כך בפרשת כהן, 165 ובמאמר אותו כינה "הזכות המהותית במשפט המינהלי". 166 אנו עמדנו על כך בפרשת אסולין, 167 בה ציינו כי "זכותו של הפרט כלפי השלטון, נחותה היא ביחס לזכות המהותית במשפט הפרטי". 168 דבר זה בא לידי ביטוי בסדרי הדין המינהלי. זכות מינהלית זו היא חלק מהמשפט המקובל הציבורי והיא מתפתחת בצד הזכויות ההלכתיות במשפט הפרטי, המהוות גם הן חלק מהמשפט המקובל הישראלי.

ג. היחס בין הזכויות החוקתיות לבין הזכויות המהוות חלק מהמשפט המקובל הישראלי

מהו היחס בין הזכויות החוקתיות המעוגנות בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לבין הזכויות המהוות חלק מהמשפט המקובל הישראלי? מקובל על הכול כי בהתנגשות בין זכות חוקתית לבין זכות הלכתית – יד הזכות החוקתית על העליונה. תוצאה זו מתבקשת מהמדרג הנורמטיבי, בו זכויות חוקתיות מצויות ברמה גבוהה יותר מזכויות הלכתיות. בהתנגשות ביניהן חל כלל "ברירת הדין" לפיו נורמה עליונה גוברת על תחתונה (lex superior derogat inferiori). 169

161 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ג – הביקורת השיפוטית: כללי הסף 1629 (2014); דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ד – משפט מינהלי דיוני 413 (2017).

162 ראו יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי 1183 (2011); ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ד, שם, בעמ' 461.

163 ראו ברק-ארוז, שם, בעמ' 635; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ה – עליות הביקורת המשפטית 3493 (2020).

164 ראו ברק-ארוז, שם, בעמ' 723; זמיר, שם, בעמ' 3849.

165 פרשת כהן, לעיל ה"ש 31, בעמ' 1027; ראו גם זמיר הסמכות המינהלית כרך ג, לעיל ה"ש 161, בעמ' 1643.

166 ראו ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי", לעיל ה"ש 155.

167 בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת, פ"ד מב(1) 678, 692 (1988).

168 שם, בעמ' 692.

169 על כלל ברירת דין זה, ראו ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית, לעיל ה"ש 29, בעמ' 582.

השאלה היא האם עצם הקיום של שתי מערכות זכויות – זכויות חוקתיות וזכויות הלכתיות – באותו נושא, כגון זכות חוקתית לפרטיות וזכות הלכתית לפרטיות, יש בה כדי להצביע על סתירה בין שתי המערכות הללו? סתירה כזו תתקיים, אם הנחתנו היא כי עם כינון של הזכויות החוקתיות נקבע הסדר שלילי באשר להמשך קיומן של זכויות הלכתיות כחלק מהמשפט המקובל הישראלי. אין מקום להנחה בדבר הסדר שלילי.¹⁷⁰ מקובל הוא במשפט המשווה כי הכרה בזכויות חוקתיות אינה מהווה הסדר שלילי להמשך קיומן של זכויות המעוגנות במשפט התת-חוקתי, כגון חוק או משפט מקובל. במספר חוקות יש בעניין זה הוראה מפורשת, לפיה הכללתן של כמה זכויות במגילת הזכויות החוקתיות אין בה כדי לשלול זכויות שלא נכללו.¹⁷¹ הוראה דומה אינה מצויה בשני חוקי היסוד שלנו בדבר זכויות האדם. אין בכך כדי לקבוע כי אותן זכויות הלכתיות המהוות חלק מהמשפט המקובל הישראלי ואשר לא נכללו בגדרם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם חדלו מלהתקיים.¹⁷² אכן, אין בהעלאת מעמדן של מספר זכויות יסוד הלכתיות למעמד חוקתי כדי לשלול את תוקפן של זכויות היסוד ההלכתיות שלא הועלו למעמד זה. זכויות האדם המעוגנות בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם אינן מהוות הסדר שלילי ביחס לזכויות האדם – חקוקות או הלכתיות.¹⁷³ בגישה זו נקט בית המשפט העליון. בפרשת יתד ציינה השופטת ד' דורנר:¹⁷⁴

”זכות היסוד לחינוך – יצירת החוק, המשפט הבינלאומי והפסיקה – עומדת על רגליה שלה, ללא קשר הכרחי לזכות לכבוד האדם הקבועה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.”

בפרשת אדם טבע ודין כתב בית המשפט:¹⁷⁵

- 170 על ההסדר השלילי, ראו שם, בעמ' 467.
- 171 ראו התיקון התשיעי לחוקה האמריקנית לפיו: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”; סעיף 39(3) לחוקת דרום אפריקה לפיו: “The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill”.
- 172 ראו גרשון גונטובניק “המשפט החוקתי: כיווני התפתחות שלאחר המהפכה החוקתית” עיוני משפט כב 129 (1999).
- 173 ראו אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 166 (2010).
- 174 פרשת יתד, לעיל ה"ש 128, בעמ' 843.
- 175 בג"ץ 4128/02 אדם טבע ודין – אגודה ישראלית להגנת הסביבה נ' ראש-ממשלת ישראל, פ"ד נח(3) 503, 517, בפסק הדין של הנשיא א' ברק (2004).

"זכויות אדם כאלה [זכויות הלכתיות – א.ב.] – עד כמה שהוכרו בעבר או יוכרו בעתיד – קיימות בלא שיש להסיק מעיגונן של כמה זכויות אדם בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משום הסדר שלילי לגבי קיומן של זכויות אדם הילכתיות מחוץ לחוק היסוד".

בגישה דומה נקט בית המשפט העליון בפרשת פלונית¹⁷⁶:

"ב-1992 הוכרה הפרטיות כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 7). עם זאת, אין בכך כדי למנוע המשך התפתחות של המשפט המקובל הישראלי באשר לפרטיות".

על פי גישה זו, אין בהוראת חוק-יסוד: חופש העיסוק, לפיה הזכות לחופש העיסוק נתונה "לכל אזרח או תושב"¹⁷⁷ כדי למנוע את קיומה של הזכות לחופש העיסוק המעוגנת במשפט המקובל הישראלי ולפיה "לכל אדם קנויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במשלח-היד אשר יבחר לעצמו"¹⁷⁸. בדומה, עד כמה שזכות הבת לחופש הביטוי – הנגזרת מזכות האם לכבוד האדם – אינה מוענקת לתאגיד, אין מניעה שהזכות לחופש הביטוי ההלכתית, המהווה חלק מהמשפט המקובל הישראלי, תוענק לתאגיד – כפי שהיה הדבר בפרשת חברת "קול העם"¹⁷⁹, שהיא הבסיס ההלכתי לחופש הביטוי בישראל.

מה דינן של זכויות היסוד שהן חלק מהמשפט המקובל הישראלי ואשר לא נכללו כזכויות עצמאיות העומדות על רגליהן בגדרם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם? האם יש להסיק מהכללתן של כמה זכויות הלכתיות בגדרי חוקי היסוד את שלילת תוקפן של שאר זכויות היסוד ההלכתיות שהיוו חלק מהמשפט המקובל הישראלי? חוקות אחדות קובעות הוראה מפורשת שלפיה הכללתן של כמה זכויות במגילת הזכויות החוקתיות הוראה דומה אינה מצויה בחוקי היסוד שלנו. אין בה כדי לשלול זכויות שלא נכללו.¹⁸⁰ האין בכך כדי לקבוע כי אותן זכויות הלכתיות שלא נכללו בגדרם של חוקי היסוד חדלו מלהתקיים?

לדעתנו, אין בהעלאת מעמדם של מספר זכויות יסוד הלכתיות למעמד חוקתי כדי לשלול את תוקפן של זכויות היסוד ההלכתיות שלא הועלו למעמד זה.¹⁸¹

176 בג"ץ 6650/04 פלונית נ' בית הדין הרבני האיזורי בנתניה, פ"ד סא(1) 581, 596, בפסק הדין של הנשיא א' ברק (2006).

177 ס' 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

178 פרשת בז'רנו, לעיל ה"ש 120, בעמ' 83, בפסק הדין של השופט ש"ז חשין.

179 פרשת חברת "קול העם", לעיל ה"ש, 122 בפסק הדין של השופט ש' אגרנט.

180 ראו התיקון התשיעי לחוקה האמריקנית וס' 39(3) לחוקה של דרום אפריקה, לעיל ה"ש 171.

181 ראו גונטובניק, לעיל ה"ש 172.

מלשון ההן בחוקי היסוד אין משתמעת לשון לאו. אין מדובר בהסדר שלילי.¹⁸² זכויות אדם המוסדרות בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אינן הסדר שלילי ביחס לזכויות אדם הלכתיות.¹⁸³

כוח היצירה של המשפט המקובל באשר לזכויות יסוד לא נעצר עם כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. המשפט המקובל של זכויות היסוד של האדם שהוכר בישראל לפני כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם ממשיך להתפתח כזכויות הלכתיות גם לאחר מכן. זכויות אדם הלכתיות שלא הוכרו בעבר עשויות להתפתח בעתיד. כך למשל, היבטים מסוימים של הגנת הסביבה ניתנים לפיתוח הלכתי. פיתוח זה צריך להיעשות ברוח עקרונות היסוד המונחים בבסיס חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. הוא צריך לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. בגישה דומה יש לנקוט לעניין ההיבט של הזכות המינהלית למינהל תקין, כגון זכות הטיעון. אף היבט זה לא קפא על שמריו עם ההכרה בהיבט זה כחלק מהזכות החוקתית להליך הוגן כזכות-בת לזכות החוקתית לכבוד האדם ולזכות החוקתית לחירות אישית.

ד. המשפט המקובל והקונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי

1. דין החקיקה השיפוטית כדין החקיקה החרותה
המשפט המקובל הישראלי הוא חלק מהמשפט הישראלי.¹⁸⁴ כשם שחוקים של הכנסת ותקנות של הממשלה כפופים להוראות חוקי היסוד, כך גם החקיקה השיפוטית של השופטים כפופה לאותן הוראות עצמן. אין לנו שתי מערכות משפט – המערכת החוקתית מזה והמשפט המקובל מזה. יש לנו מערכת אחת בלבד. בראש מערכת זו עומדת החוקה – ואצלנו חוקי היסוד. דין זה חל לעניין כל מערכת נורמטיבית הפועלת בישראל, כגון המשפט המנהגי והמשפט הדתי. דין זה חל גם על המשפט המקובל. אין לו קיום מחוץ למערכת שבראשה עומדים חוקי היסוד.

גישה זו מקובלת גם במשפט המשווה. עמד על כך נשיא בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה צ'סקלסון (Chaskalson):¹⁸⁵

182 להסדר שלילי, ראו לעיל בתחילת פרק זה.

183 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 173, בעמ' 166.

184 ראו לעיל בפרק ב 1.

185 Pharmaceutical Manufacturers Association of South Africa and Another: *In re Ex Parte* President of the Republic of South Africa and Others (CC) 2000(2) S.A. 674, para 44.

"I cannot accept this contention which treats the common law as a body of law separate and distinct from the Constitution. There are not two systems of law, each dealing with the same subject matter, each having similar requirements, each operating in its own field with its own highest court. There is only one system of law. It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control".

ברוך דומה כתב לורי אקרמן (Ackermann):¹⁸⁶

"The Common Law in existence before the coming into effect of the Interim and 1996 Constitution was not abolished, but continued in existence subject to its consistency with the constitutions and subject to statutory amendment. It is essential to appreciate that the common law continues so to exist, not as a body of law separate and distinct from the constitution, but under and subject to it".

כפי שראינו,¹⁸⁷ בפרשת *Jackson* צוין כי עיקרון "ריבונות" (או "עליונות") הפרלמנט הוא עצמו עיקרון שתוקפו הוא הלכתי, בהיותו חלק מהמשפט המקובל. יהא כוחה של גישה זו אשר יהיה באנגליה, בישראל כוחה של הכנסת כרשות מחוקקת בא לה מחוקי היסוד ולא מתוך המשפט המקובל הישראלי. הכנסת כרשות מחוקקת אינה "עליונה" ואינה "ריבונית". הריבונות היא של העם. העליונות היא של חוקי היסוד, להם כפופה הכנסת כרשות מחוקקת. הכנסת כרשות מכווננת אף היא אינה "כל יכולה".¹⁸⁸ חוקי היסוד הם עליונים על כל הנורמות – החרותות והבלתי חרותות. עם זאת, הכנסת כרשות מכווננת מוגבלת בעקרונות היסוד של הכרזת העצמאות.¹⁸⁹ עקרונות אלה מגבילים את היקף

186 ראו LAURIE ACKERMANN, HUMAN DIGNITY: LODESTAR FOR EQUALITY IN SOUTH AFRICA 258 (2012).

187 ראו לעיל ה"ש 93.

188 ראו ברק "הכנסת כרשות מכווננת ושאלת התיקון החוקתי שאינו חוקתי", לעיל ה"ש 8.

189 שם, בעמ' 37.

הסמכות של האספה המכוננת. עליה לפעול במסגרת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.¹⁹⁰ נמצא כי תוקפו והמשך התפתחותו של המשפט המקובל הישראלי חוסים תחת כנפיהם של חוקי היסוד בכלל וחוקי היסוד בדבר זכויות האדם בפרט. בפיתוח המשפט המקובל הישראלי על השופטים – בדומה למחוקקים ולמבצעים – לפעול במסגרת הערכים, העקרונות וההגבלות הקבועים בחוקי היסוד. ביטוי ברור לכך ניתן בחוקה של דרום אפריקה:¹⁹¹

“When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights”.

הוראה דומה אינה מצויה בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. עם זאת, גישה זו מתבקשת מהתפיסה החוקתית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי שלנו. כשם שהרשות המחוקקת, המחוקקת חוק, חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות, כך גם הרשות השופטת, המפתחת את המשפט המקובל, חייבת לכבד את הזכויות החוקתיות המעוגנות בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם:¹⁹² בפרשה הוראה זו כתבה השופטת אוריגן (O'Regan):¹⁹³

“The overall purpose of section 39(2) is to ensure that our common law is infused with the values of the Constitution. It is not only in cases where existing rules are clearly inconsistent with the Constitution that such an infusion is required. The normative influence of the Constitution must be felt throughout the common law... The obligation imposed upon courts... is thus extensive, requiring courts to be alert to the normative framework of the Constitution not only when some startling new development of the common law is in issue, but in all cases where the incremental development of the rule is in issue”.

190 ראו שם.

191 ראו ס' 39(2) לחוקה של דרום אפריקה.

192 ראו ACKERMAN, לעיל ה"ש 186, בעמ' 261. ראו גם Carmichele v. Minister of Safety and Security, (CC) 2001(4) S.A. 938.

193 K v. Minister of Safety and Security, (CC) 2005(6) S.A. 419, para 16–17.

כנגד גישתנו זו העלה אמנון רייכמן את הטענות, כי למשפט המקובל הקובע יחסים בין פרטים לבין עצמם יש היגיון פנימי משלו.¹⁹⁴ היגיון פנימי זה שונה הוא באופן מהותי מההיגיון הפנימי המונח ביסוד הזכויות החוקתיות.¹⁹⁵ הכפפת המשפט המקובל לזכויות החוקתיות כמוה כמהילת שמן במים. שתי המסגרות הנורמטיביות הללו אינן נפגשות. כל אחת צריכה להתפתח על פי הגיונה הפנימי. כותב רייכמן:¹⁹⁶

“[A]s long as the common law has not been displaced by constitutional law and as long as the common law is conceived of as a reason-based legal regime, the common law cannot, and should not, be subjected to *Charter*-based judicial review... the only imperative that is compatible with the respective natures of the constitutional and common law legal regimes, is the duty on the common law (and the common law courts) to strive for internal consistency and coherence within common law norms and principles — this, and nothing more or less”.

גם אם נניח כי לזכויות ההלכתיות פרי המשפט המקובל הגיון שונה מזה המונח ביסוד הזכויות החוקתיות – הנחה זו אינה מובילה למסקנה כי המשפט המקובל יכול להתפתח מחוץ למסגרת הנורמטיבית של החוקה וחוקי היסוד. הגיונו הפנימי של המשפט המקובל צריך להתאים עצמו להגבלות המוטלות בחוקה ובחוקי היסוד לפגיעה בזכות חוקתית. פגיעה זו יכול שתעשה בחוק, במנהג, במשפט דתי או במשפט מקובל. הדין בכל המקרים צריך להיות זהה.

2. הקונסטטוטיונליזציה של המשפט המקובל הפרטי

2.1 השפעת הקונסטטוטיונליזציה על חוקתיותו ועל תוכנו של המשפט המקובל הפרטי

המשפט המקובל הפרטי כולל מערכת דינים הקובעים את היחסים הפנימיים בין צדדים. כיצד משפיעה הקונסטטוטיונליזציה של המשפט התת-חוקתי בישראל

194 על הפילוסופיה של המשפט המקובל, ראו EISENBERG, לעיל ה"ש 26; Postema, לעיל ה"ש 26.

195 ראו Amnon Reichman, *A Charter Domain: In Defense of Dolphin Delivery*, 35 UBC *LAW REV.* 329 (2002).

196 שם, בעמ' 329–330.

על המשפט המקובל הפרטי הישראלי? השפעה זו היא כפולה: היא משפיעה על חוקתיותו של המשפט המקובל הפרטי והיא משפיעה על תוכנו של המשפט המקובל הפרטי. נבחן כל אחת משתי השפעות אלה בנפרד.

2.2. השפעת הקונסטיטוציונליזציה על חוקתיותו של המשפט המקובל הפרטי
 מערכת היחסים בין הפרטים לבין עצמם המהווה את המשפט המקובל הפרטי, פוגעת ביחסים החוקתיים בין כל אחד מהפרטים האלה לבין הרשות השלטונית השיפוטית. טול את דיני החוזים של המשפט המקובל. בדומה לדיני החוזים בחוק החרות (כגון חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973), גם דיני החוזים של המשפט המקובל פוגעים במרבית הזכויות החוקתיות שבשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. כך למשל על פי זכויות אלה יש לאדם אוטונומיה לממש את מלוא רצונו. בכניסתו של אדם לחוזה בינו לבין הצד השני הוא מממש אוטונומיה זו ומגביל אותה גם יחד. הגבלה זו – שנקבעת על פי דיני החוזים של המשפט המקובל – פוגעת בזכויות החוקתיות השונות של שני הצדדים לחוזה ביחסיהם כלפי הרשות השלטונית השיפוטית. הוא הדין בדיני הנזיקין של המשפט המקובל. כל הסדר הנקבע בדיני הנזיקין של המשפט המקובל – בדומה לכל הסדר הקבוע בפקודת הנזיקין [נוסח חדש] – המעניק זכות למזיק או ניזוק עשוי לפגוע במרבית זכויותיו החוקתיות של כל ניזוק ומזיק כלפי הרשות השלטונית על פי חוקי היסוד.

מגיתוחנו עולה כי המשפט המקובל הפרטי הקבוע מערכת יחסים בין צדדים, פוגע בעת ובעונה אחת בזכויות החוקתיות של כל אחד מאותם צדדים כלפי הרשות השלטונית השיפוטית. פגיעה זו – בדומה לפגיעה של המשפט החרות באותן נסיבות – אינה חוקתית, אלא אם כן היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. נמצא כי חוקתיותו של המשפט המקובל הפרטי – כחוקתיותו של המשפט הפרטי החרות – מותנית בכך שהמשפט המקובל הפרטי מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. לא די בכך שלמשפט המקובל הפרטי צידוק על פי מערכת העקרונות המנחים את התפתחותו. על המשפט המקובל הפרטי להצדיק את פגיעתו בזכויות החוקתיות על פי העקרונות הקבועים בפסקת ההגבלה. כשם שהזכויות החוקתיות מטילות על המחוקק את החובה להצדיק את פגיעתו של החוק בזכויות חוקתיות על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה, כן מוטלת חובת ההצדקה לקיום ההוראות של פסקת ההגבלה על השופטים היוצרים את המשפט המקובל הפרטי. המשפט המקובל הפרטי יהא חוקתי רק אם יש לו צידוק על פי תנאיה של פסקת ההגבלה.

דוגמה לתפיסתנו זו אפשר למצוא בפרשת *Sullivan* האמריקנית.¹⁹⁷ פרשה זו

¹⁹⁷ ראו *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

דנה באחריות בנוזיקין של עיתון באשר לפרסום לשון הרע על שמה הטוב של דמות ציבורית. דין הנוזיקין של מדינת אלבמה הוא בחלקו סטוטורי ובחלקו משפט מקובל. בפרשת *Sullivan* קבע בית המשפט העליון האמריקני כי העיתון המפרסם פרסום כזה אחראי בנוזיקין רק אם הוא פועל מתוך זדון או מתוך פזיזות. הלכה זו היא חלק מהמשפט המקובל האמריקני. היא קובעת את מערכת הזכויות והחובות שבין שני פרטים במסגרת המשפט המקובל האמריקני. עם זאת, לכל אחד מהפרטים זכות חוקתית כנגד המדינה: לעיתון זכות חוקתית לחופש ביטוי כנגד המדינה, ול-*Sullivan* זכות חוקתית לשם טוב כנגד המדינה. בקביעת הזכויות במשפט הפרטי בין הצדדים בחן בית המשפט את תוכנו של המשפט המקובל הפרטי. כותב השופט ברנן (Brennan J.):¹⁹⁸

“Although this is a civil lawsuit between private parties, the Alabama courts have applied a state rule of law which petitioners claim to impose invalid restrictions on their constitutional freedoms of speech and press. It matters not that that law has been applied in a civil action and that it is common law only, though supplemented by statute... The test is not the form in which state power has been applied but, whatever the form, whether such power has, in fact, been exercised”.

2.3. השפעת הקונסטיטוציונליזציה על תוכנו של המשפט המקובל הפרטי
 עקרונות היסוד המונחים ביסוד הזכויות החוקתיות מקרינים עצמם על כל המשפט התת-חוקתי.¹⁹⁹ עקרונות יסוד אלה מוקרנים על כן גם על המשפט המקובל הפרטי. בהתפתחותו של משפט מקובל זה ובמובן שהשופטים נותנים להוראותיו יש להביא בחשבון את עקרונות היסוד החוקתיים. המשפט המקובל התפתח עד לקונסטיטוציונליזציה של המשפט, על פי עקרונות היסוד המאפיינים אותו. עתה, עם הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל הפרטי, עליו להתפתח תוך התחשבות בעקרונות היסוד החוקתיים. אלה הם חלק בלתי נפרד של העקרונות הצריכים לקבוע את תוכנו של המשפט המקובל בהתפתחותו במשך השנים. עמדה על כך השופטת אוריגן (O'Regan) בפסק דינה בפרשת *K*:²⁰⁰

198 שם, בעמ' 265.

199 ראו ההפניות לעיל בה"ש 2.

200 עניין *K v. Minister of Safety and Security*, לעיל ה"ש 193.

“The overall purpose of s 39(2) is to ensure that our common law is infused with the values of the Constitution. It is not only in cases where existing rules are clearly inconsistent with the common law ... The obligation imposed upon courts ... is therefore extensive, requiring the courts to be alert to the normative framework of the Constitution not only when some startling new development of the common law is in issue, but in all cases where the incremental development of the rule is in issue”.

3. הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל הציבורי

3.1 השפעת הקונסטיטוציונליזציה על חוקתיותו של המשפט המקובל הציבורי
 המשפט המקובל הציבורי – הזכות המינהלית במינוחו של יצחק זמיר – כולל בחובו את זכויות היסוד ההלכתיות ואת הדינים באשר להפעלת הסמכות המינהלית וסדר הדין המינהלי.²⁰¹ הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל הציבורי משפיעה הן על חוקתיותו והן על תוכנו של משפט מקובל זה. השפעה על חוקתיותו של המשפט המקובל הציבורי כיצד? כל זכות מינהלית שמקורה במשפט המקובל הישראלי, הפוגעת בזכות חוקתית, תהא חוקתית רק אם היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. על כן, ההבחנה שהמשפט המקובל הציבורי הכיר בה, בין פגיעה בזכויות יסוד הלכתיות על ידי שיקולים של טובת הציבור (איזון אנכי) לבין פגיעה בזכות הלכתית על ידי שיקולים זכות הלכתית של אחר (איזון אופקי) צריכה להיבחן במסגרת פסקת ההגבלה ועל פי תנאיה. טול את פרשת מילר.²⁰² בפרשה זו נבחנה הפגיעה בזכות היסוד של המשפט המקובל לשוויון. פגיעה זו נבעה מסירובו של הצבא לקבל את אליס מילר לקורס טיס. סירוב זה התבסס על הוראות הפיקוד העליון. הניתוח בפסקי הדין של השופטת ט' שטרסברג-כהן נעשה על פי ההלכות השיפוטיות של המשפט המקובל הציבורי. השופטת ט' שטרסברג-כהן קבעה כי מדיניות הצבא פגעה בזכות ההלכתית לשוויון של החיילת. פגיעה זו אפשר להצדיק באמצעות נוסחאות האיזון המקובלות על המשפט המקובל הציבורי. כתבה השופטת ט' שטרסברג-כהן;²⁰³

201 ראו זמיר הסמכות המינהלית כרך ג, לעיל ה"ש 165, בעמ' 1642. ראו גם HARDING A.J., PUBLIC DUTIES AND PUBLIC LAW 6 (1989).

202 בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995).

203 שם, בעמ' 124.

"בהתנגשות בין ערך השוויון לבין ערך ביטחון המדינה כפועל יוצא מצורכי הצבא, ניתן לראות את ביטחון המדינה כערך עדיף ובעל מעמד גבוה ממעמדו של ערך השוויון, על-אף חשיבותו של האחרון. אלא שביטחון המדינה איננו מילת קסם, ועדיפותו אינה קמה בכל מקרה ובכל נסיבות שהן ואינה שווה בכל רמה של ביטחון ושל פגיעה בו. נוסחת האיזון בין ערכים מתנגשים שאינם שווי מעמד איננה אחידה והיא נעה מן הקל אל הכבד בהתאם למעמד הערכים וליחס ביניהם. יש שדי בכך שקיימת אפשרות סבירה לפגיעה ממשית בערך העדיף, ויש שנדרשות ודאות קרובה וסכנה של ממש לפגיעה. בענייננו גובר הערך הגבוה (צורכי הצבא והביטחון) על הערך הנמוך יותר (השוויון), רק אם קיימת ודאות קרובה לפגיעה ממשית ולנזק ממשי לביטחון המדינה. מדיניות חיל האוויר בנושא גיוס נשים לטיס אינה עומדת במבחנים אלה" (ההדגשה במקור).

גישתה של השופטת ט' שטרסברג-כהן היא ביטוי לגישה של המשפט המקובל הציבורי שלפני כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם. לעומתה, ניתחה השופטת ד' דורנר את הבעיה המשפטית באמת המידה של פגיעה בזכות חוקתית לכבוד האדם (מניעת השפלה של נשים). שתי השופטות הגיעו לפתרון זהה וראוי. האחת לפי דיני המשפט המקובל הציבורי לפני הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל, האחרת לפי המשפט החוקתי. בשני המקרים לא נבחנה חוקתיותה של הוראה בחוק אלא של הוראה בחקיקת משנה. נראה לנו כי לאור הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל הציבורי, אי אפשר לומר עוד כי "בהתנגשות בין ערך השוויון לבין ערך בטחון המדינה [...] ניתן לראות את ביטחון המדינה כערך עדיף ובעל מעמד גבוה ממעמדו של ערך השוויון"²⁰⁴. נקודת המוצא היא כי נורמה ביטחונית – בין בחוק ובין בחקיקת משנה – פוגעת בזכות חוקתית ועל כן אינה חוקתית, אלא אם כן היא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. במסגרת זו יש לבחון אם הנורמה הביטחונית היא לתכלית ראויה והולמת את ערכיה של מדינת ישראל. בכך לא די. עליה לקיים את דרישת המידתיות. לדעתנו, ההוראה ההלכתיות בדבר "ודאות קרובה" היא חלק ממרכיב המידתיות במובן הצר.²⁰⁵

204 שם, בעמ' 124.

205 לגישה שונה, ראו ברק מדינה והגר שגב "התנגשות בין זכויות: אפיון מחדש של איזון אנכי ואופקי" משפטים 535 (2017).

3.2 השפעת הקונסטיטוציונליזציה על תוכנו של המשפט המקובל הציבורי
 הקונסטיטוציונליזציה של ענף משפטי תת-חוקתי משפיעה לא רק על חוקתיותו של המשפט המקובל הציבורי אלא גם על תוכנו. הדבר מתבטא בהקרנתם של העקרונות המונחים ביסוד הזכויות החוקתיות אל תוך המשפט המקובל הציבורי. הקרנה זו משפיעה על תוכנו של ההלכות השיפוטיות באשר להפעלת הסמכות המינהלית, סדר הדין המינהלי והסעדים המינהליים. כך למשל, ההלכות באשר לסבירות שיקול הדעת המינהלי מושפעות ממבחניה של פסקת ההגבלה בעניין המידתיות.²⁰⁶ דומה כי המידתיות מחליפה את הסבירות. הכללים החוקתיים בדבר פומביות החוק,²⁰⁷ נגישות החוק,²⁰⁸ ובהירות החוק,²⁰⁹ חלים עקרונית גם על חקיקת המשנה. כך למשל, זכות השמיעה פותחה במשפט המקובל הציבורי לעניין אקטים מינהליים אינדיבידואליים. דומה כי יש מקום לשקול את ההרחבה של זכות השמיעה גם לחקיקת המשנה.²¹⁰ אלה כאלה הם חלק מעקרון שלטון החוק התורני המעוגן בפסקת ההגבלה.²¹¹

סדרי המינהל הציבורי – ובהם הדרישה להוצאת צו-על-תנאי (להבדיל מתביעה רגילה), כללי הסף בעניינים מינהליים,²¹² ובהם כלל הבשלות,²¹³ דרישת ניקיון הכפיים,²¹⁴ כלל השיהוי²¹⁵ – פוגעים בזכות החוקתית לגישה לבית

-
- 206 ראו זמיר הסמכות המינהלית כרך ה, לעיל ה"ש 163, בעמ' 3876; דפנה ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב 771 (2010).
- 207 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א – עקרונות יסוד 296 (2005).
- 208 שם, בעמ' 296; יניב רוזנאי ונדיב מרדכי "על נגישותה של החקיקה" משפט וממשל יט 429 (2018); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 98 (1995); ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 173, בעמ' 154.
- 209 ראו ברק, שם, בעמ' 155.
- 210 ראו בג"ץ 975/89 nimrodi land development ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154, 157 (1991). ראו גם יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב, לעיל ה"ש 162, בעמ' 1163; ברק-ארוז משפט מינהלי כרך א, לעיל ה"ש 110, בעמ' 476.
- 211 ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 207, בעמ' 285. ראו גם LON L. FULLER, THE MORALITY OF LAW (1969).
- 212 ראו זמיר הסמכות המינהלית כרך ג, לעיל ה"ש 165, בעמ' 1665; ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב, לעיל ה"ש 206, בעמ' 806.
- 213 ראו ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ד, לעיל ה"ש 161, בעמ' 406; זמיר הסמכות המינהלית כרך ג, שם, בעמ' 1824, 1893.
- 214 ראו ברק-ארוז, שם, בעמ' 378; זמיר, שם, בעמ' 2024.
- 215 ראו זמיר הסמכות המינהלית כרך ב, לעיל ה"ש 162, בעמ' 1076; ברק-ארוז, שם, בעמ' 355.

המשפט. 216 כדי להצדיק כללים של סדרי המינהל הציבורי ושל סדרי השיפוט המינהלי יש לקיים את תנאייה של פסקת ההגבלה. הסעדים המינהליים החלים מקום שנפגעת זכות מינהלית, 217 צריכים להתאים עצמם לתורת הסעדים החוקתיים, המבוססת על אופיו של הסעד החוקתי כזכות חוקתית שהפעלתה צריכה להיעשות על פי תנאיה של פסקת ההגבלה. 218

3.3. הקשיים בקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל

3.3.1 הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל ופסקת ההגבלה

המשפט המקובל הישראלי (הפרטי והציבורי) פוגע בזכויות חוקתיות. המשפט המקובל הפרטי קובע זכויות וחובות בין פרטים. כל אחת מקביעות אלה של המשפט המקובל הפרטי פוגעת בזכותו החוקתית של כל אחד מהפרטים כלפי הרשות השלטונית-השיפוטית. 219 טול את הנורמה של המשפט המקובל הפרטי שלפיה לידועים בציבור בעלות משותפת על רכושם. מימושה של נורמה זו עשוי לפגוע בזכות החוקתית לקניין שיש לכל אחד מהידועים בציבור כלפי הרשות השלטונית. המשפט המקובל הציבורי קובע את זכותו של הפרט כלפי הרשות המינהלית. כל קביעה כזו עשויה לפגוע בזכותו של פרט אחר כלפי הרשות השלטונית. טול את זכות היסוד של האדם לפי המשפט המקובל הציבורי לחופש הביטוי. 220 נורמה זו עשויה לפגוע בזכות החוקתית של מושא הביטוי לשם טוב (כזכות-בת לכבוד האדם), 221 ולפרטיות (כזכות חוקתית עצמאית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) כלפי הרשות השלטונית. 222 כמו כן עשויה זכות זו לפגוע באינטרס הציבורי.

216 על הזכות החוקתית לגישה לבתי המשפט, ראו ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577 (1997); רע"א 2142/13 נעמאת נ' קרמין, פס' 6 לפסק הדין של השופט נ' הנדל (נבו 13.11.2014).

217 על הזכות המינהלית, ראו זמיר הסמכות המינהלית כרך ג, לעיל ה"ש 165, בעמ' 1629; ברק-ארוז משפט מינהלי כרך ב, לעיל ה"ש 206, בעמ' 828.

218 ראו אהרן ברק "על תורת הסעדים החוקתיים" משפט ועסקים כ 301, 334 (2017).

219 דפנה ברק-ארוז וישראל גלעד "זכויות אדם בדיני החוזים ובדיני הנוזיקין: המהפכה השקטה" קרית המשפט ח 11 (2009); אהרן ברק "הזכות החוקתית ודיני החוזים" ספר גבריאלה שלו: עיונים בתורת החוזה 173 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים) (2021).

220 ראו פרשת חברת "קול העם", לעיל ה"ש 122, בפסק הדין של השופט ש' אגרנט.

221 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 117.

222 ס' 7 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוקתיותה של הנורמה המעוגנת במשפט המקובל הישראלי (הפרטי והציבורי) תקבע על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה.²²³ אם יש צידוק לפגיעתו של המשפט המקובל בזכויות חוקתיות, הפגיעה אינה הפרה.²²⁴ לעומת זאת, אם אין צידוק לפגיעה, דינה של הנורמה של המשפט המקובל להיקבע במסגרת הסעדים החוקתיים. נמצא כי חוקתיותן של נורמות המשפט המקובל הישראלי הפוגעות בזכויות חוקתיות מותנית בקיום צידוק לפגיעה על פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. זהו, כמובן, הדין כשנורמה תת-חוקתית חרותה (כגון חוק או תקנה) פוגעת בזכויות חוקתיות. דין זה חל גם מקום שהנורמה התת-חוקתית הפוגעת היא נורמה המעוגנת במשפט המקובל הישראלי.

תחולתה של פסקת ההגבלה על המשפט המקובל היא בעייתית. הטעם לכך הוא שפסקת ההגבלה מעניקה צידוק לפגיעה בזכות חוקתית אם הפגיעה מעוגנת "בחוק" [...] או לפי חוק". זהו יסוד החוקיות. לכאורה הצידוק של פסקת ההגבלה חל רק מקום שהפגיעה בזכות החוקתית היא בנורמה המעוגנת במשפט החרות ולא במשפט המקובל. קושי זה התעורר גם במשפט המשווה, שכן פסקאות ההגבלה בשיטות המשפט השונות מעניקות צידוק לפגיעה בזכות חוקתית אם הפגיעה היא ב-"Law".²²⁵ ביטוי זה מתפרש כחל הן על המשפט החרות והן על המשפט המקובל.²²⁶ בישראל הביטוי שנקבע הוא "חוק". הניתן לומר כי נורמה של המשפט המקובל היא נורמה המעוגנת ב"חוק"?

עמדנו על שאלה זו במסגרת דיוננו בפסקת ההגבלה.²²⁷ מודעים אנו לקושי הלשוני. עם זאת, בלשון העברית ניתן לכלול בגדריו של המונח "חוק" – כמו בביטוי שלטון החוק – גם נורמה משפטית שאינה חוק שנחקק על ידי הכנסת. על

²²³ ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

²²⁴ ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית ובנותיה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל יט 187, 231 (2018).

²²⁵ ראו ס' 1 ל- Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"; ס' 36 לחוקת דרום אפריקה: "The right in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors [...]".

²²⁶ ראו The Sunday Times v. United Kingdom, 2 Eur. Ct. H.R. 245 (1980); Du Plessis v. De Klerk, (CC) 1996(3) S.A. 850, sec. 136; GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHT: A STUDY OF THE EUROPEAN CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHT 136 (2005).

²²⁷ ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 173.

רקע זה נראה לנו כי ניתן לכלול במסגרת הדיבור "חוק" בפסקת ההגבלה גם את המשפט המקובל. גישה זו התקבלה בפסק דינו של הנשיא א' גרוניס בפרשת דיראני.²²⁸ אם לא נלך בדרך זו, נשלול מהמשפט המקובל הישראלי את מעמדו כמקור למשפט בישראל. יחד עימו יישלל מענפי משפט אחרים מעמדם כמקור למשפט בישראל, ובהם המנהג והמשפט הדתי. אין להעמיד על כתפיה של פסקת ההגבלה המעוגנת בשני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם מעמסה כה כבדה. פסקת ההגבלה לא נועדה לשנות את מקורות המשפט הישראלי. היא מקבלת אותם כנתון. על כן יש לפרש את הביטוי "חוק" כמשתרע על כל מקורות המשפט הישראלי, לרבות המשפט המקובל.

3.3.2 הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל ועקרון חוקיות המינהל

עיקרון מרכזי במשפט המינהלי הישראלי הוא עקרון חוקיות המינהל. על פיו, הרשות המינהלית מוסמכת לפעול רק אם החוק מסמיך אותה לכך.²²⁹ הביטוי "חוק" במסגרת זו מתפרש כחוק של הכנסת. על פי גישה זו, הסמכה של רשות מינהלית המעוגנת בנורמה של המשפט המקובל אינה מקיימת את עקרון החוקיות. גישה זו נהגה גם באנגליה עצמה. הביקורת המשפטית על פעולות המינהל עוגנה בגישה כי המינהל חרג מסמכותו (*ultra vires*). בהיעדר הסמכה בחוק, הסמכות המינהלית אינה קיימת. במשך השנים שונתה גישה זו. תורת ה"אולטרה וירס" שוב אינה שולטת בכיפה.²³⁰ תחתיה באה הגישה כי הסמכות המינהלית צריכה להיות כדין (*lawful*).²³¹ שיקול משפטי זה הוא עקרון שלטון החוק שהוא עקרון חוקתי שהוא חלק מהמשפט המקובל עצמו.²³² על גישה זו עומד יצחק זמיר:²³³

228 ראו דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 69 לפסק הדין של הנשיא א' גרוניס (נבו 15.1.2015).

229 זמיר הסמכות המינהלית כרך א, לעיל ה"ש 110, בעמ' 73; ברק-ארז משפט מינהלי כרך א, לעיל ה"ש 110, בעמ' 97.

230 ראו Dawn Oliver, *Is the "Ultra Vires" Rule the Basis of Judicial Review?*, PUB. LAW 543 (1987); Paul Carig, *Competing Models of Judicial Review*, PUB. LAW 428 (1999); Christopher Forsyth, *Of Fig Leaves and Fairy Tales: Laws*, לעיל ה"ש 91; *The Ultra Vires Doctrine, the Sovereignty of Parliament and Judicial Review*, 55 C.A.M.B. L.J. 122 (1996); Christopher Forsyth & Mark Elliott, *The Legitimacy of Judicial Review*, PUB. LAW 286 (2003).

231 ראו DE SMITH'S JUDICIAL REVIEW 13 (Woolf et al eds., 8th ed. 2018).
232 שם. ראו גם: JUDICIAL REVIEW AND THE CONSTITUTION (Christopher Forsyth ed., 2000);

233 זמיר, לעיל ה"ש 110, בעמ' 77. בה"ש 17 כותב זמיר: "מבחינה זאת, הביטוי המקובל באנגליה לעיקרון בדבר חוקיות המינהל, כלומר, *legality administrative*, מוצלח יותר מן הביטוי בעברית: הביטוי בעברית קשור מבחינה לשונית לחוק, ואילו הביטוי באנגלית אינו קשור דווקא לחוק, אלא הוא דורש שהמעשה המינהלי יהיה מעוגן במקור משפטי".

"אף כי בדרך כלל הסמכות של רשות מינהלית נובעת מן החוק, אין הכרח בכך, שכן אפשר שהסמכות תהיה מעוגנת במקור אחר, ובלבד שיהיה זה מקור משפטי מוכר ותקף. כיצד? אפשר שהמקור יהיה הלכה פסוקה של בית המשפט. יתירה מזאת. אפשר גם שהמקור יהיה כלל של המשפט הבינלאומי שקיבל תוקף של מקור משפטי בישראל".

בגישה שונה נוקטת ד' ברק-ארז:²³⁴

"אני סבורה שלאור מעמדו האיתן של עקרון חוקיות המינהל בתקדימיו של בית המשפט העליון, ראוי שלא לאמץ פרשנות חוקתית הנוגסת במעמדו ומסיגה את הישגיה של הפסיקה אחר. ההלכה הפסוקה אמורה לשמש בסיס להרחבת ההגנה על זכויות, ולא לצמצומה".

עם זאת, ד' ברק-ארז מציינת כי אפשר להכיר בחריגים לעקרון חוקיות המינהל. בין אלה היא מציינת את החריגים המשתמעם, בהם ההגנה על זכויות אדם של צדדים שלישיים.²³⁵

התוצאה במקרים של הגנה על זכויות צד שלישי אליה מגיעה ד' ברק-ארז זהה לתוצאה שגם אנו מגיעים אליה. המתודולוגיה היא שונה. ד' ברק-ארז רואה בהגנה על צד שלישי חריגה מהעיקרון כי שלטון החוק הוא שלטונו של החוק החרות. לשיטתנו, עקרון החוקיות הוא עקרון ה"לגאליות" על פיו הסמכה במשפט המקובל היא הסמכה "בחוק". עם זאת, המשפט המקובל הטיל על עצמו מגבלות.²³⁶ על פי אחת מהן אין למצוא במשפט המקובל הסמכה לרשות המינהלית לפגוע בזכות אדם כדי להבטיח את ביטחון הציבור. כאשר הפגיעה בזכותו של אדם באה להגן על צד שלישי, המשפט המקובל לא הגביל עצמו. הוא ממשיך להכיר בהסמכה שהוא מעניק לרשות המינהלית לפגוע בזכות האחת כדי להגן על הזכות האחרת. פסקת ההגבלה דורשת, במצב זה, צידוק לפגיעה. זו גם דרישתו של המשפט המקובל לאחר הקונסטיטוציונליזציה שלו.²³⁷ הלגאליות השלטונית צריכה לפעול במסגרת הלגיטימיות השלטונית.

גישתנו פותרת גם בעיות שהיו מתעוררות אם גישתנו הייתה נדחית, באשר לתחולתו בישראל של המשפט הבין-לאומי המנהגי. על פי הגישה הנוהגת

234 ברק-ארז, לעיל ה"ש 110, בעמ' 99.

235 שם בעמ' 128.

236 על הגבלות אלה, ראו לעיל בפרק ב.3.

237 ראו לעיל בפרק ד.

בישראל, אמנות בין-לאומיות קובעות סמכויות שלטוניות וזכויות אדם בתוך ישראל רק אם הן אומצו על ידי חקיקה ישראלית.²³⁸ עם זאת, גישתה של מדינת ישראל מיום הקמתה הייתה כי המשפט הבין-לאומי המנהגי הוא חלק מהמשפט המקובל הישראלי.²³⁹ על פי הגישה לפיה "בחוק" בפסקת ההגבלה אינו כולל בחובו משפט מקובל, מתבקשת המסקנה כי המשפט הבין-לאומי המנהגי אינו מקור מחייב בישראל.

ה. לסיום

מעמדו של המשפט המקובל הישראלי (הפרטי והציבורי) יקר הוא בעיני ובעיני רבים מבני דורי.²⁴⁰ ראיתי עצמי תמיד כשופט ישראלי בשרשרת של פסיקה המאפיינת את שופטי המשפט המקובל – הישראלי והמשווה – לדורותיהם. אני רואה בדאגה את האפשרות כי כינונם של שני חוקי היסוד בדבר זכויות האדם יביא לקיצו של המשפט המקובל כמקור למשפט בישראל. הכרכים של הפרקליט מיום היוסדו (ב-1943) ועד לקיצו מלאים הם בניתוח, עיון וביקורת של המשפט המקובל הישראלי והמשווה. מקווה אני כי חידושו של הפרקליט יביא גם לחידוש העניין בעשייה השיפוטית במסגרת המשפט המקובל, על כל היבטיו.

לא אוכל לסיים משימה זו דרך טובה יותר מלהביא בפני הקורא דברים שנשאתי ב-12.5.1998 בטקס שהתקיים ב-Middle Temple בלונדון. בטקס זה התקבלתי כעמית כבוד בלשכת עורכי הדין הבריטית (Honorary Bencher):²⁴¹

"חוב גדול חבים אנו בישראל לכם, על שנתתם לנו את אחד היקרים בנכסים שלכם – את המשפט המקובל. אנו שומרים עליו; אנו מפתחים אותו; אנו מתאימים אותו לצרכי הזמנים המודרניים. דווקא עם הקונסטיטיוציונליזציה של המשפט, עולה חשיבותו ומתפתחים ערכיו. ובעיקר – ההגנה על ערכי היסוד המונחים ביסוד המשפט המקובל. זהו הלקח שלמדתי מההיסטוריה האישית

238 ראו תומר ברודי "מעמדו של המשפט הבינלאומי במשפט המדינתי" משפט בינלאומי 69, 73 (רובי סיבל עורך 2010).

239 שם, בעמ' 71. ראו ה"מ 41/49 "שמשון" בתי חרשת ארץ-ישראליים למלט-פורטלנד, בע"מ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ד 143 (1950); ע"פ 174/54 שטמפר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י 5 (1956); בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 4 (1988).

240 ראו פרידמן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 99.

241 אהרן ברק "על חובנו למשפט המקובל" מבוחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 275 (2017).

שלי: הכרה בכבוד האדם ובחירותו, כבסיס האיתן לבניית השלטון והמשטר.

ולשופטים שבינינו אומר: המשפט המקובל העמיד את השופטים במרכז העשייה המשפטית. הם יוצרי המשפט המקובל. הקונסטיטוציונליזציה של המשפט המקובל מטילה אחריות נוספת על השופטים. הם מגיני הדמוקרטיה; הם המגינים על ערכי היסוד; הדבר מחייב זהירות ותבונה. האדם הסביר מוצא ביטויו גם כאן. איפוק שיפוטי הולך יד ביד עם אקטיביזם שיפוטי. המשימה היא כבדה. כפי שאמרה תלמודית ישנה אומרת, ביחס לשופטים:

'כמדומין את ששררה אני נותן לכם? עבדות אני נותן לכם'."

