

הערות-פסיקת

גבולות הייצרה השיפוטית

בפקבות רע"פ 2524/01 סדריוק נ' התצ"ר, פ"ד נח(4) 279 (2004)

רון פרוי*

מאמר זה משרות את גבולות הייצרה השיפוטית, אגב דין בפסקידינו של בית-המשפט העליון בעניין סדריוק נ' התצ"ר. באותו עניין נקרא המערער לשירות סדייר לאחר שחלפה התקופה המותרת לקריאתו לשירות לפי חוק שירות ביטחון. הנשיא ברק סבר, עם זאת, כי בהתאם לפרשנות שניתנה לסעיף 49 לחוק בפסקה ותיקה יש להאריך את פרקי-זמן המותר לגיטם ובמידה שבה המועד לשירות גורם באש灭תו לעיכוב בהליכי החילוץ והסכים במשתמע לעיכוב כזה. המאמר מעלה וمبرר שלוש טענות בהקשר זה:

ראשית, ההלכה שניתן לאזרו מן הפסיקת שקדמה לעניין סדריוק צורה בהרבה מזו שנקבעה עלי-ידי הנשיא באותה עניין. בהתאם להלכת לוי, הנסמכת על פירושו של סעיף 49 לחוק שירות ביטחון, איז'יות לצו כליל המתויל על יוצאי הצבא חובה להתיצב לרישום ולבדיקות וחובה מותנית להתיצב לשירות סדייר מביא לידי עצירת מירוץ התתיישנות של סמכות הקראיה לשירות לאורך כל תקופת אי-ההתיעבות לרישום או לבדוקות. בהמשך אומננס הכיר בитет-המשפט בכך שהוכתו המותנית של יוצאי-הצבא להתיעב לשירות סדייר משתמעה גם מצוים אישיים הקוראים לו להתיעב לרישום או לבדוקה, ופואית, אולם הוא מעולם לא יותר על קיומו של צו כתנאי לישומה של הלהקה זו, וגם לא היה יכול לעשות כן.

שנייה, חרף יומרתה, ההלכה החדשה – המנותקת לגמורי מלשונו של חוק שירות ביטחון – אינה יכולה להיחשב לפרשנות לגיטימיות של הוראות החוק. המאמר בוחן את השיקולים השלולים פרשנות בניגוד לשון והתרכזות מן המשמעות הרגילה והטבעית של הלשון, ואת מימושם בשיטות פרשנות שונות. למשל, נקודת המוצא בשיטת הפרשנות הთכליתית המקובלת אצלנו היא שלמשמעות

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לתמר הראל, לאילן סבן, לאמנון רייכמן, לדון שפירא ולהברי מערכת משפט וממשל על הערותיהם לטיעות מוקדמות של המאמר.

המיוחסת לחוק בתהילן הפרשנות צריך להיות עיגון בלשון. יתר על כן, ההנחה היא שתכלית החוק באה לידי ביטוי במשמעות הטבעית והרגילה של לשונו. אומנם אין זה מן הרכוכות שהמשמעות הרגילה היא זו שתיחוס לחוק בסופו של דבר, אך סטייה ניכרת ממנה מחייבת הסבר. המאמר מציג את המצביעים שבאמת גילו בתי המשפט נכונות לסתות מן המשמעות הרגילה של הלשון במידה שהציגה את הפרשנות סמוך לאבולות הסקולת של הלשון (או אף מעבר להם), מבאר את ייחודם, ומראה כי מקרה סודיוון אינו נופל אף בגדרו אחד מהם. שלישיית, אי-אפשר לראות בחילכת סודיוון יצירה שיפוטית לא-פרשונית שמקורה בעקרונות-על יצירוי פסיקה. הפעלת העיקרון שלפיו "לא יצא החוטא נשכר" לשם הוספת סיוגים והגבלה להוראת חוק בלי כל בסיס בחוק גופו מחייבת בחרה מודעת ומונומקטת של בית המשפט במסלול זה, דבר שלא נעשה במקרה דנו. גם אילו היה בית המשפט מבקש לבסס את פסיקתו על העיקרון המסורי שלו אין לאפשר לחוטא לצאת נשכר, ספק אם היה אפשר להצדיק באמצעות עיקרון כזה את ההלכה הגורפת שנקבעה עליידין, אשר משתרעת גם על מקרים שבהם ה"אשמה" מועטה או אף חסרה. לבסוף, קרייה לשירות בלי הסמכה בחוק אינה עומדת בתנאייה של פסקת הגבלה של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, EINAה מתוישבת עם הוראותו של חוק-יסוד: הצבא.

מבוא. א. ההלכה וההילך: 1. חישפת החדשון ה"פרשני"; 2. נפקותו של תיקון מס' 12 לחוק השירות ביטחון. **ב. פרשנות בניגוד לשwon. ג. יצירה שיפוטית לא-פרשנית. ד. סיכום.**

מבוא

ולדימיר סודיוון (להלן: המערער) עלה לישראל ונעשה אזרח ביום 25.5.1996, בהיותו בן שמונה-עשרה שנים ועשרה חודשים. ביום 19.8.1997 נ.ג החל להשתתף בקורס קדם-צבאי בהיגת משאיות, המתנהל במסגרת אורטמית. הוא הונחה ליטול לפחות שלושה שיעורים בשבוע¹. בפועל השתתף סודיוון בשני שיעורים בשבוע בלבד, ואף נכשל בשלונה מבחני נהוגה. ביום 7.6.1998 הוא נפסל על ידי גורמי הצבא מהמשיך בקורס. לאחר פסילתו נשלת לו צו גיוס ליום 18.8.1998. לקרה מועד זה הוא זמן לבדיקות לבחינת רמותו בעברית, אך לא התייצב

1. לפי פסקי-דין של בית-הדין הצבאי לעורורים, "גורמי הצבא מבחרים לכל משתתף בקורס" כי הוא אמור לחת על לפחות שלושה שיעורי נהוגה בשבוע וכי מומלץ לחת חmittah שיעורים". ע/00/ 41 (ערעורים צה"ל) סודיוון נ' התובע הצבאי הראשי, פסקה 10 לפסק-דין לא הורסם, (26.2.2001), http://elyon1.court.gov.il/files_idf_crt/00/410/000/x01.htm .00000410.x01.htm, 19.4.2006

אליהם. ביום 18.8.1998 הוא התיציב על-פי צו הגיסו, אך או התברר שרמת העברית שלו עלתה וכן הוא לא התאים עוד לקורס העברית שלו ווד להציג לפחות גיסו. משום כך הוצא לו צו גיס חדש למועד שבו נפתח קורס המתאים לרמת העברית שלו (31.1.1999). בתאריך זה התיציב סדריך בסיס הקלהה והמיון, עבר את הליכי הגיסו, סופח לבית-הספר לעברית, ומשלא הגיע אליו – הוכרו כנפקד. לאחר שנותפס, הוגש נגדו כתבי-אישורם לבית-הדין הצבאי המחווי בגין עבירה של "העדר מן השירות שלא ברשות".² בפתח הדיון בבית-הדין העלה המעדער טענת-יסך שלפיה לבית-הדין הצבאי אין סמכות לשופטו, שכן הוא לא גיס כדין ולכון חוק השיפוט הצבאי אינו חל עליו.³

חוק שירות בathan [נוסח משולב], התשמ"ו-1986,⁴ קובע שורה של תנאים/ginוסו של אדם לשירות סדיר. ראשית, ניתן לקרוא לשירות רק מי שהוא (או היה) "ויצו-צבא" כמשמעותו של מוגה זה בסעיף 1 לחוק. ויצו-צבא הוא אזרח ישראלי או תושב קבוע שהוא גבר מגיל שמונה-עשרה עד גיל שלושים ושלוש שנים, ניתן לקרוא לשירות סדיר רק מי שהוא או נמצאו כשרים לשירות על יסוד בדיקות שונות.⁵ שלישי, ניתן לקרוא לשירות סדיר רק למי שמצוים בטוחם גילאים מסוימים. ככלל, ניתן לקרוא לשירות סדיר לאברים מגיל שמונה-עשרה עד גיל עשרים ותשעה עד בכלל, ולנשים מגיל שמונה-עשרה עד גיל עשרים ושש ועד ככלל.⁶ כאמור, טווח הגילאים המבואר בהגדרת המונח "ויצו-צבא" רחב יותר, וזאת מושם שמדובר זה עומד גם בבסיסה של סמכות הקריאת לשירות מילואים. האבללה נספה על הקריאת לשירות סדרי קבועה בסעיף 20 לחוק שירות בathan, אשר בתקופה הרלוונטית הורה בנו הלשון (ההדגשה של – ר' פ'):

(א) ויצו צבא לא ייקרא להתייצב לשירות סדיר אלא אם כן הזמן שנקבע להתייבותו הוא תוך תקופות אלה:

1. לגבי מי שהיה אזרח ישראלי או תושב קבוע בהגיעו לגיל שמונה עשרה – תוך עשרים וארבעה חודשים מיום שהגיע לגיל שמונה עשרה;

2. לגבי מי שהיה לאזרחה או לתושב קבוע לאחר הגיעו לגיל שמונה עשרה – תוך עשרים וארבעה חודשים מיום שהיה לאזרחה או לתושב כאמור, אולם לא תוך שש חודשים מאותו יום אלא אם כן הסכימים לכל.

.2. סעיף 94 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171 (להלן: חוק השיפוט הצבאי).

.3. סעיף 4 לחוק השיפוט הצבאי.

.4. חוק שירות בathan [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, ס"ח 107 (להלן: חוק שירות בathan).

.5. ככל זה כמפורט בסעיג הקבוע בסעיף 12 לחוק שירות בathan, שעליו ארchip את הדיבור בה"ש 36 לתלן.

.6. סעיף 13 לחוק שירות בathan.

(ב) יוצאי-צבא לשירותו הסדיר נדרה לפי בקשתו, בהתאם לסעיף 36,⁷ מותר לקראו לו להתייצב לשירות סדר, אם המועד שנקבע להתייצבותו הוא תוך שנים עשר חודשים מיום תום תקופת הדרכה או תוך תקופה שנקבעה בסעיף קטן (א), לפי המאומר.

על-פי העיקנון הרגיל החל על עולמים חדשים שהגיעו לאرض לאחר גיל שמונה-עשרה (סעיף 20(א)(2)) היה אפשר לגיים את המערער עד ליום 25.5.1998 (שנתיים לאחר קבלת האורחות). בפועל נקרא הלה לשירות ביום 1999.1.31, יותר משמנה חודשים לאחר מכן. בתקופה שפסק-הדין עוסק בה, קרייתו של אדם לשירות לאחר תום תקופת האמורה, בלי צידוק חוקי לחריגת, הייתה שלטת מניה וביה את תוקפו של צו הקראאת;⁸ ואם הצו שהוצע למערער לא היה תקין, לא הייתה לבית-הדין הציבי סמכות לשופטו.⁹

המחלקה נסבה, לפיכך, סיבב שאלת קיומו של צידוק חוקי לחריגת מתקופת הקראאה הרגילה לשירות סדר. בית-המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, אימץ בעניין זה את עמדתם של בית-הדין הצבאי המחווי ובית-הדין הצבאי לעוטרים, שלפיה השתוות של המערער במהלך הקורס הקודם-צבאי (דהיינו: השתפותו בשני שירותים בשבעו במקומם בשלושה), בצוירוף אי-התיצבותו לשני מבדקי העברית שאלייהם זומן, מגיעים כדי "התנהגות רעה", המביאה לידי השעית תקופת הגיוס בהתאם למשמעות החריגת שנוגמה עקב אותה התנהגות.¹⁰ אם גרם יוצאי-הצבא באשותו לעיכוב בהילבי החיויל או הסכימים במתהמע לעיכוב כזה, יוארך פרקי-זמן המתור לגיטו בתקופה מקבילה;¹¹ זו, לדעת הנשיא המלומד, תמציתה ותכליתה של הحلכה שנקבעה בפסק-הדין הותיקים ג'יסי¹¹ וקוקיה,¹² ואשר יושמה בשורה ארוכת של מקרים במשך יותר מחמשים שנה.

במאמר זה אראה תחילתה כי בית-המשפט שגה בפירוש ההלכה שנקבעה בפסק-הדין האמור, ואימץ למעשה הלהקה חדשה לחולין, שתחולתה רחבה במידה ניכרת מזו של

7. דאו, למשל, בג"ץ 136/56 רבי נ' שר הבטחון, פ"ד יא(1) 118 (1957); בג"ץ 246/89 רובין נ' ריאש מנחל גיוס אגף כוח אדם, צה"ל, תק-על 206 (3) 1989). על המצב המשפטי הנוגע ביום ארכיב את הדיבור בתapterק 22 להלן.

8. סעיף 13(א) לחוק והשיפוט הצבאי קובע כי "בית דין צבאי מוסמך לדון חיל שעשה מעשה מהוועה עבירה צבאית". "חיל" מוגדר בסעיף 1 לאווח חוק כמו שגננה עם הכוחות הסדריים או עם כוחות המילואים של הצבא על-פי חוק שירות ביטחון. סעיף 35 לחוק שירות ביטחון משלים את התמונה בקובעו כי יוצאי-צבא החייב להתייצב לשירות סדר, רואים אותו לעניין חוק השיפוט הצבאי כמו שגננה עם הכוחות הסדריים של צה"ל מן הזמנן שנקבע בצו להתייצבות. התגאי לסמכות השיפוט של בית-הדין הצבאי ביחס לאדם שטרם התיעצב לשירות הוא, אם כן, שאותו אדם אכן חייב להתייצב לשירות, והוא מהוועה כל חובה בחוקיות הצו.

9. רע"פ 2524/01 סדרook נ' התובע הצבאי הראשון, פ"ד נח(4) 279 (2004), פסקה 3 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

10. שם, בפסקה 6 לפסק-הדין של הנשיא ברק.

11. בג"ץ 15/52 ג'דרסי נ' משרד הבטחון, פ"ד ו(1) 630 (1952).

12. בג"ץ 12/58 קוקיה נ' סגן ראש אכ"א, פ"ד יב(1) 348 (1958).

הહלה המקורית. לאחר מכן אטען כי הלהקה חדשה זו חורגת מגבולות הפרשנות הלאויגיטימית. לבסוף, אסביר כי אי-אפשר להצדיקה אף במקרים של יזרעה שיפוטית לא-פרשנית, בין היתר משום שככזו פגיעה בזכויות היוצרים של יוצאי-הצבא, על-פי הגדרתו של מונח זה בחוק שירות ביטחון, אינה עומדת ב מבחן החוקתי.

א. ההלכה וההליך

1. השיפת החידוש ה"פרשני"

בבית-המשפט העליון בעניין סדריוק פסק, כאמור, כי אם גורם יוצאי-הצבא באשמהו לעיכוב בהלכי ה��יל או הסכים במשתמע לעיכוב כוה, יוארך פרקי-המן המותר לגיוסו בתקופה השווה לתקופת העיכוב. את הכלל הזה גוזר בית-המשפט מן הפרשנות שניתנה להוראות חוק שירות ביטחון בפסקיה-הדין ג'רסוי וקוקיה, כפי שיושמה בפסקה מאוחרת יותר, בענייננו נקבע כי המעדער הראשון לעיכוב בהלכי ה��יל, ראשית, הוא הפר את ההנחיות שקיבל בעת הרישום לקורס הקדם-צבאי, ובמוקם להתייצב לשולשה שיעורי נהיגה בשבוע לפחות, השתחף ללא יתר משני שיעורים בשבוע. זו "התנהגות רעה", המשאה את מירוץ התנויות המוחרות לגיוסו. בית-המשפט חישב ומצא כי העיכוב שאותו ניתן ליחס לא-יקום ההנחייה הנזכרת מגיע לכדי שלושה חודשים. שנית, איזה-תיאצבות לבודקי השפה הביא לידי כך שהשינוי בرمת העברית אצל המעדער התברר רק כאשר התיאצב לה��יל. לנוכח השינוי ברמת העברית, לא היה טעם לגייסו באותו מועד, והוא נכון לקבוע לו מועד גישת קורס שיטאים לרמת העברית שאובנהן אצלו.¹³

מסקנות אלה מעוררות קשיים מספר. בראש ובראשונה, פסקיה-הדין ג'רסוי וקוקיה אינם קובעים את אשר בית-המשפט מיחס להם. ודוק: ההלכה הפרשנית שהנשיאה מתיחס אליה לא נקבעה בעניין ג'רסוי, ובוודאי לא בעניין קוקיה. היא נקבעה עוד קודם לכן בפסקיה-הדין של השופט זילברג בעניין לוי.¹⁴ באותו מקרה סירב העותר, במסגרת התיאצבותו לבדיקות רפואיות, לעبور בדיקת עיניים, ובשל כך לא היה אפשר לקבוע את כשרותו לשירות ביטחון. כפי שהסבירתי לעיל, כל עוד לא נקבע כי אדם כשר לשירות, אי-אפשר לגייסו, ועל-כן התעכבה קריאתו לשירות של אותו עותר עד שהתייצב להשלמת הבדיקות, לאחר שכבר חלה תקופה תקינה המותרת לפי החוק. העותר טען, כמובן, כי אי-אפשר עוד לגייסו. בית-המשפט העליון דחה את הטענה על יסוד נימוק בן שני שלבים. בשלב הראשון ניתח בית-המשפט את הוראות צו הקראיה הכללי לרישום, לבדיקות ולשירות סדריר אשר חל על העותר.¹⁵ הצו הורה, בין היתר, כי –

13. עניין סדריוק, לעיל ה"ש, 9, בפסקות 8-10 לפסקידינו של הנשיא ברק.

14. בג"ץ 94/52 לוי נ' שר הביטחון, פ"ד (ו) (1) 325 (1952).

15. על-פי הוראות חוק שירות ביטחון, הקראיה לרישום, לבדיקות ואפילו לשירות איבה חייבות להיעשות בזמנים אישיים. ניתן לקרוא לאדם בצו כללי או בצו המופנה לקבוצת אנשים (למשל, לפי תאריך לידה). ראו סעיף 55(א) לחוק שירות ביטחון; ע/מ 96/328 (ערעורים צה"ל) ולפסקון נ' התוכע הצבאי הראשי (לא פורסם, 3.2.1997); ע"מ 41/98 שפרא נ' החצ"ר, פסקיה-הדין נבחרים של בית-הדין הצבאי לערעורים 1998(ב) 486, 483 (טובה אורלשטיין ובטי סגיר אורכו).

2. כל יוצא צבא נקרא בוה להתייצב לרישום ולמדיקה רפואית לשם קביעות כשרו הרפואי לשירות בathan...¹⁶

3. יוצא צבא שהתייצב כאמור בסעיף 2 ונמצא כשר לשירות בathan נקרא בוח להתייצב לשירות סדר במקום ובמועד שנקבע בסעיף 2.

מלשונו של הצו הטיק בית המשפט כי הוא מטיל על גמינו שתי חובות: האחת – חובה מוחלטת להתייצב לרישום ולבדיקה רפואית; אחרת – חובה מותנית להתייצב לשירות סדר, כאשר התנאי הוא שיווא-הצaba יימצא כשר לשירות. בשלב השני הסתמך בית המשפט על הוראה המחייבת שנקבעה בחוק שירות בathan לעניין תוקפו של צו. על-פי סעיף 49 לחוק (סעיף 16 בנוסח שעדתו בתקופה אזם ימים),¹⁷ אם ניתן לפי החוק צו המטיל על אדם למלא חובה בזמן נקוב, והוא לא מילא את החובה באותו זמן, ימודד הצו בתקופה עד שימושו את החובה. מכיוון שהצvo הכללי הטיל על העוטר חובה מותנית להתייצב לשירות סדר אם יימצא כשר לכך, והיות שהפר את חובתו, הצvo הכללי ממשיך לעמוד בתקופה כל עוד לא קיים את החובה, גם אם חלה התקופה הרגילה לкриיאתו לשירות סדר.¹⁸

ניתן לכואורה לפרש את פסק-הדין בשני אופנים. הפירוש האחד הוא שהויאל והצvo הכללי הטיל על העוטר חובה להתייצב לשירות סדר והוא לא קיים את חובתו זו (לאמורו: החובה להתייצב לשירות סדר), תריהי ממשיכת לעמוד בתקופה. אלא שפירוש לשירות מתකבל על הדעת משני טעמים. ראשית, הוא מוכיח מתוכן את הגבלת הזמן לкриਆ לשירות סדר. אם החובה להתייצב לשירות הקבועה בכל צו פוקדnelly מוטלת על יוצאי-הצaba מן המועד שנקבע dazu להתייבות ועד ליקומה, ניתן לגייס כל אדם המקיים את דרישות הוקפה לישראל והכשרות גם לאחר שליחת התקופה המותרת לכך בחוק.¹⁹ כל אדם שלא שירת בצבאה הרי נתפס ברשותו של צו כללי כזה או אחר, וכך גם אם לא גויס בתקופה המותרת – ותהא הסיבה לכך אשר תזה – החובה להתייצב לשירות עדרין כולה עליו. פירוש כזה מנוגד, כמובן, להוראות הברורה של חוק שירות בathan בעניין התקופה הקויה לשירות סדר, שנייה, פירוש זה מועלם מן ההכרה הבלתי-גמנעת בכך שהחובה להתייצב לשירות היא חובה

(1998). כל צו מהיב את הנמען מרגע שהגיע לידיתו (סעיף 55(ג) לחוק שירות בathan). צוים שאינם אישיים, אף שהם בגדר תקנות בעלות פועל תחיקתי (ספרסמן ברשומות מתחייב לכואורה לפי סעיף 16 לפకודת הפרשנות [נומת חדש], נ"ח התש"ד/2), אינם טענים פרטום ברשותם (סעיף 55(ב) לחוק שירות בathan). בדרך כלל הם מפורטים בעיתונות היומית, וקיימת חזקה הלוואה שלפיה פרטום כהה הגיע לידיית נמעני בתום ארבע שעות מזמן הפצת העיתונים במקום הימצאו (סעיף 55(ה)(4) לחוק שירות בathan, כפי שפורסם בע"פ 172/68 המפרט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(2) 3 (1968)).

16. בנוסח השני, משנת 1959, נמצאה הוראה בסעיף 37 לחוק.

17. עניין לוי, לעיל ה"ש 14, בעמ' 327.

18. על הגבלת הגיל לкриਆ ניתן להתגבר באמצעות הلتכת לו. ראו עניין ג'די, לעיל ה"ש 11.

מותנית, דהיינו, חובה שאינה כניסה ונינה יכולה להויכנס לתוקף כל עוד לא נקבע השירות של העותר לשירות;¹⁹ ואם החובה אינה כניסה לתוקף כל עוד לא נקבע שיעור הצבא כשר לשירות, כיצד ניתן לומר שהחובה והופרה בטרם נקבעה הנסיבות? הפירוש الآخر והבלתי-נמנע הוא שהואיל והופרה החובה להתייצב לרישום ולבדיקות ולאחר מכן מן החובה להתייצב לשירות סדר), האנו שבו נקבעה חובה זו, על כל מרכיביו, ממשך לעמוד בתוקפו עד לקיום החובה. لكن משך כל תקופת אי-ההתיצבות עומדות בעין-הן חובתו של יוצאי-הצבא להתייצב לרישום ולבדיקות, והן החובה המותנית להתייצב לשירות סדר אם יימצא כשר לשירות. עם קיומה של החובה הראשונה וקיומת הנסיבות נאר לא לפני כן), נכנסת לתוקפה החובה השנייה. פירוש זה אינו מורך מתוכן את הגבלת הזמן הקבועה בתוקף לקריאה לשירות סדר. הוא מבהיר כי מירוץ ה"התישנות" של סמכות הקריאה לשירות מושתת בכל עוד יוצאי-הצבא מפר את החובה להתייצב לרישום ולבדיקות, ובכך מוגע את קביעת כשרותו, שתיאו התאנאי לבנייתה לתוקף של חובה התיצבות לשירות סדר.²⁰ פירוש זה התקבל למעשה על ידי בית-המשפט העליון בפרשנת גרשין²¹ ובגינין קוקיה.²²

מן האמור עולה כי אם יוצאי-הצבה הפר צו כליל הפטיל עליו חובה להתייצב לרישום ולבדיקה וכן חובה להתייצב לשירות סדר אם יימצא כשר, תקופת אי-ההתיצבות לרישום או לבדיקה אינה גמונית לצורכי התקופות הקבועות בסעיף 20 לתוקף שירות ביטחון, הכליה זו מבוססת על קונסטרוקציה שיש לה אתיזה בלשונו של החוק (ובלשונו של צו הקריאה הכללי). במקרה סדריוק לא הופר צו כללי דו-שלבי, ועל-כן – לפחות בשלב זה – הלבת לוי אינה יכולה לבסס טענה בדבר צידוק חוקי לגיטומתו מעבר לתוקפה הקבועה בתוקף, הנשייא ברק ניטה להתגבר על מכשול זה על ידי הפניה לפסקי-דין מאוחרים, שמהם הסיק כי "בת"

19. עינוי והשו דניאל פרידמן ונילי כהן חזים ברק ג 60 (2003) (דיון במשמעותו של תנאי מתלה בדיני החזום).

20. כפוף להוראת סעיף 20 לתוקף שירות ביטחון, שעליה ארחיב את הוריבור בה"ש 36 למלן.

21. עניין גרשין, לעיל ה"ש 11, עמ' 632 (אוכור עניין לוי ובעמ' 634 (יישום ההלכתה).

22. עניין קוקיה, לעיל ה"ש 12, עמ' 351. במקרה זה הענק בית-המשפט להלכת לוי פירוש נוח עוד יותר לרשות הצבאי. נקבע, מפי השופט זילברג, כי סעיף 49 מקפיא את החובה המותנית עד שיצאי-הצבא יבדק ויימצא כשר לשירות (ראו שם), ככלומר: אי-ההתיצבות לבדיקות מארכיה את תקופת הקריאה לשירות עד להשלמת הבדיקות, ולא רק עד תום תקופת הקריאה הרילה בצירוף תקופת אי-ההתיצבות. עם זאת, השופט וסמן העיז, דעת יהוד, כי מן הרגע שיצאי-הצבא מתיצב לבדיקות, אין הצבאי רשאי להשוו את גיטומו לבלי חוק, אלא עומד לו ומן סביר בלבד להשלמתן (שם, עמ' 352). ראו גם עניין יהוחיב, להלן ה"ש 28, עמ' 380-381; עניין סדריוק, לעיל ה"ש 9, בפסקה 7 לפסקי-דין של הנשייא ברק, ודוק: מסקנתו של בית-המשפט בעניין קוקיה אינה נקייה מספק. היא מעניקה לרשות הצבאי פרקי-זמן נוספים לקריאת יוצאי-הצבא לשירות, לאחר שכבר חלה עבירה לה התקופה המותנית לקריאתו לשירות, כשתקופת אי-ההתיצבות אינה בא במניין. אולם לא זה העיקר בענייננו. העיקר הוא שפסק-הדין קוקיה אכן מישם את הלכת לוי, ואני מרחיב אותה למקרים של "התנהגות רעה" שאינה עולה כדי אי-ציותות לו.

המשפט לא דרשו תميد, לצורך החלטת ההלכה, הפרה של צו מפורש²³ וכי "רי היה ב'התנהנות רעה' של יוצאי-הצבא, שהביאה לעיכוב בהלכי החיל, או בהסכם משתמש לעיכוב, שגילה יוצאי-הצבא בתנהנותו, כדי להביא לדחיתת הגיס בהתאם".²⁴ אולם לטענה זו אין בסוד.

הנשיא התבפס בדבריו על חמישה פסקידין: אריה,²⁴ ברלינרבראו,²⁵ עוזרא,²⁶ אברהמי²⁷ ויוחיב.²⁸ אלא שאף לא אחד מלאה תומך בטענותו. באשר לפרשת אריה, לפרשת ברלינרבראו ולפרשת אברהמי, דומה בענייני כי הן איןנו נוגעות בעניין כלל. בשלושתן קיבל העוטר דחיתת שירות לפי בקשתו, ובמקרה כזה האפשרות לקראו לשירות בחלוף התקופה והרגילה הנזכרת בסעיף 20(א) קבועה באופן מפורש בחוק שירות ביטחון (סעיף 20(ב) לחוק בנוסחו האחרון).²⁹ המතולוקות שתעורררו באוטם מקרים היו בעיקר עובדות, ונגעו בשאלת קומה או העדרה של בקשה לדחיתת שירות.³⁰ אף באחד משלשות פסקידין הללו לא נפלה ההכרעה על יסור הלכת לוי. מילא, אף לא אחד מהם הרחיב את ה תלכה הו. בפרשת עוזרא ובפרשת יוחיב אכן נעשה שימוש בהלכת לוי, אולם מבלי להרחיבת באופן שהנשיא ברק טוען לו. מקרה עוזרא מוגע על ידי הנשיא כדוגמת לא-יתיחסות

23. עניין סדרוך, לעיל ה"ש 9, בפסקה 6 לפסקידינו של הנשיא ביך.

24. בג"ץ 121/55 אריה נ' שר הבטחון, פ"ד ט(2) (1955) 1277.

25. בג"ץ 35/57 ברלינרבראו נ' שר הבטחון, פ"ד יא(3) (1957) 1518.

26. בג"ץ 170/64 עוזרא נ' פוקד מנהל מחלקת הגיס במשרד הבטחון, פ"ד יח(4) 259 (1964).

27. בג"ץ 458/89 אברהמי נ' ראש מינהל גיס, אף כה אדר, צה"ל, פ"ד מד(1) (1990).

28. דע"פ 99/1057 יוחיב נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נג(3) 365 (1999).

29. בעבר הסדר הנושא בסעיף 6(ה) לחיק שירות ביטחון, התש"ט-1949, ס"ח 271 (להלן: חוק שירות ביטחון, התש"ט-1949). ביום נתן לקרו לשירות יוצאי-צבא שמועד התקופה נדחה לפי בקשו בהתאם לסעיף 36, אם המועד שנקבע לתחילה השירות נופל בתוך שנים-עשר החודשים מיום סיום של תקופת הדחיה או בתוך התקופה שנקבעה בסעיף 20(א), לפי המאהר, ההבדל בין הנוסח הנוכחי לנוסח הראשון ניכר במקרים של דחיתת שירות לתקופות קצרות, שאו נשמרות בידי הצבא (לפי הנוסח הנוכחי) הסמכות לגיס את יוצאי-הצבא תוך שנתיים מיום הגיעו לגיל שמונה-עשרה, אף אם התקופה של דחיתת השירות הסתיימה יותר ממשך שנים-עשר חדשים לפני כן.

30. עניין ברלינרבראו, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1519; עניין אברהמי, לעיל ה"ש 27, בעמ' 547. פסקידינו של השופט זילברג בפרשת אריה, לעיל ה"ש 24, אינו ברור למזרות זאת ועל-אף אזכורה, אגב אורחא, של הלכת לוי נדראה כי גם שם הסיק בית-המשפט, בסופו של דבר, כי הגיס לאחר התקופה הרגילה נעשה בעקבות דחיתת שירותו של יוצאי-צבא לפי בקשתו, מכוח הוראות המפורשת של סעיף 20(ב) לחוק שירות ביטחון. בית-המשפט קבע כי לעוטר ניתנו דוחות רפואיות שונות על-פי בקשו (פרשת אריה, שם, בעמ' 1278), וכי דובר בדוחות על-פי סעיף 12(ב) לחוק שירות ביטחון, התש"ט-1949 (שם, בעמ' 1279). לפי סעיף 6(ה) לחוק בנוסחו זה, "על אף ואמר בסעיף קטן (ד) [הקובע את תקופת הקראת הרגילה], יוצאי צבא שירותו נדחה, לפי בקשתו, בהתאם לסעיף 12, אפשר לקרו לו לשירות סדיר, אם הזמן שנקבע להתייבות הוא תוך שנים-עשר חודשים מיום תום תקופת הדחיה".

(לצורך התקופה הקבועה בסעיף 20) בעיכוב שנבע מהתmeshכות הליכים שהתקיימו ביזמת יוצאת-הצבא לפני ועדת פטור, אשר לבסוף לא פטרה אותה משירות. והי הצעה לא-מדוקית של המקרה. לא העיכוב שמקורו בהתmeshכות ההליכים במסגרת ועדת הפטור הוא שהכריע שם את הকף. העותרת אומנם ניסתה להתחמק ממשירות בתואנה ש"טעים שהכרוכה דתית מונעים אותה משלחת שירות בטחון", והלעיטה את רשות הצבא בבקשתות שונות בהקשר זה.³¹ אולם הקביעה כי קרייתה של העותרת לשירות הצבא על תקופת הרגילה הקבועה בסעיף 20 (או סעיף 15) הייתה חוקית לא התבססה על התmeshכות ההליכים שהתקיימו לפני ועדת הפטור, אלא על העובדה שלא צייתה dazu קריאה לבדיקה רפואית. ³² אפשר שהייתה כאן הרחבה מסויימת של הילכת לוי, שכן בית-המשפט הניתן את קיומה של החובה המותנית להתייצב לשירות אף שהעותרת נקרה בצו איש לחייב בדיקות בלבד לא היה כאן יותר על האzo. ביל' צו, הקונסטרוקציה המבוססת על סעיף 49 לחוק פשوط אינה רלוונטית. בפרשת יהוחיב הופעלה הילכת לוי באופן דומה. המערער לא התייצב לבדיקות רפואיות שאליהן נקרה בցוים אישיים, ואית-הציבותו שינה צדוק לקרייאתו לשירות יותר מאשר יוצאי לאחר התאורחותו בישראל. בית-המשפט הבתר היבט כי "ההבלגה היא, שאם יוצאי צבא לא קיימ את חובתו להתייצב לרישום ולבדיקה רפואית, געэр מירוץ הזמן, ואין מבאים בחשבון הגמן שנקבע בחוק לצורן קריאה לשירות סדר את התקופה בה הושעו הליכי החילול".³³ האותו לא. דומה אףו כי בית-המשפט קיבל את הרחבת תחומייה של הילכת לוי

.31. על יסוד סעיף 39(ג) לחוק שירות ביטחון ("יוצאי-צבא", אשה, שהוכיחה באופן שנקבע בתקנות לרשות שנקבעה על פיהן, כי טעמים שבמצפון או טעמים שבחווי משפחתי והי מונעים אותה משלחת בשירות בטחון, פטורה מהובת אותו שירות). לגבי אופן הטיפול בבקשתות פטור על-פי סעיף זה, ולגביו השיקולים עלי-ידי הועודו, ראו בג"ז 456/71 ברזוני נ' שר הביטחון, פ"ד כו(2) 543 (1972); בג"ז 136/73 עפרי נ' שר הביטחון, פ"ד כו(2) 459 (1973); בג"ז 302/79 יופה נ' השליחות הדואית צה"ל, פ"ד לג(3) 701 (1979). כמו פתו להנify יוצאת-צבא יהודיה שאינה מעוניינת לשרת בצבא מטעמים ותמים מסלול נוח יותר לוכייה בפטור מכוח סעיף 40 לחוק שירות ביטחון, המעניק פטור אוטומטי על יסוד תצהיר. עם חקיקת סעיף 40 לחוק שירות ביטחון הצטמצם מאוד תפקידו של סעיף 39(ג) לחוק, וכיום געשה בו שימוש בעיקר לצורך טיפול בבקשתות פטור מטעמי מצפון, באופן עקרוני יכול להשתמש בו גם יוצאת-צבא לא-יהודים המקשת לזכות בפטור מטעמי הכרה דתית.

.32. עניין עזרא, לעיל ח"ש 26, בעמ' 262-263.

.33. היה אפשר לטעון כי החובה המותנית להתייצב לשירות סדר מוטלת על יוצאת-הצבא מכוח המצו הכללי שפוזס בתקופה הרלוונטית, ואשר מהיבב אותה כל עוד הוא אינו סוחר צוים אישיים שנשלחו אליו. ראו בהקשר זה ע 52/96 (ערעורים צה"ל) תובע צבאי ראשי נ' גורביבסקי, פסקה 212 ב לפסק-הדין (לא פורסם, 13.8.96) ("חובת ההתייצבות של יוצאי צבא לשירות סדר באה בריגל לידי ביטוי בקבלת צו גויס אישי. ואולם, מדי תקופה מוצא, בחקוק, צו פוקד כללי, שנועד להAMIL את חובת ההתייצבות לשירות סדר גם על אלה שלא קיבלו צו גויס אישי"). במקרה כזה לא הייתה בפסק-הדין בעניין עזרא הרחבה של הילכת לוי. ברט, בית-המשפט לא העלה טענה כזו.

.34. עניין יהוחיב, לעיל ח"ש 28, בעמ' 373.

בעניין עזרה כמובנת מלאיה (שהרי גם הפעם דובר בצו אישיש שהורה למעערר להתייצב לבדיקה, ולא בצו כליל המטיל במפורש שתי חבות – האחת מוחלטת והאחרת מותנית), אולם לא היה יותר על הצו. כאמור, יותר כזו היה שומט את הקרע מתחת לרגילה של אותה הלהקה. חשיבותו הרבה של פסק הדין בעניין יוחיב נזוכה, אגב, בכך שבית המשפט הגן בו על החלטת לי מפני טענה משפטית בכבוד-مشקל שלפיה תיקון שנעשה בחוק שירות ביטחון בשנת 1971³⁵ מצדיק את ביטולה.³⁶ ניסיון להרחיב את תחולתה מעבר למקרה של אי-ציותות לזו קריאה לרישום או לבדיקה – בודאי לא נעשה שם.

ראינו, אם כן, כי החלטת לוי עוסקת במקרה של אי-ציותות לזו כללי הטומן בחובו שתי חובות – החובה המוחלטת להתייצב לרישום ולבדיקות והחובה המותנית להתייצב לשירות סדר. בפרשת עזרה ובפרשת יוחיב הניח בית המשפט העליון, ככל הנראה, כי חובתו המותנית של יוצאי-הצבא להתייצב לשירות סדר משתמעת גם מזמנים אישיים הקוראים לו להתייצב לרישום או לבדיקה רפואי. בכך יש משום הרחבה מסוימת של החלטת לוי. אולם בשום מקרה לא יותר בית המשפט על קיוומו של הצו כתנאי לישום הלהקה והמסקנה המתיחסת היא שתחלכה העומדת בסיסו תווית-ידעתו של הגשיא ברק בעניין סדריוק היא הלהקה חדשה, שאינה נתמכת על-ידי פסק הדין המובאים לעיל-ידיו.³⁷

35. חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 7), התשל"א-1971, ס"ח 148. ראו גם הצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 7), התש"ל-1970, ה"ח 276.

36. סעיף 12, שהיתווסף לחוק בשנת 1971, קובע – כחריג לעיקרונו שלפיו אין לגיס אדם שטרם נמצא قادر לשירות – כי אם מיועד לשירות ביטחון נקרא להתייצב לבדיקה כשרותו לשירות ולא התייצב, או התייצב וסירב להידבק, רשאי פוקד לקרווא לו להתייצב לשירות אף שCarthyו טרם נקבעה, להסכמה זו יש שני סיגים חמוצים: ראשית, אדם שגוט לפיה הוראה זו אוינו יכול לתחילה באמון צבאי כל עוד לא נברך ונמצא כשר לשירות; שנית, הבדיקה חייבת להיות תוך רוח וודש מן התייצבות. סעיף 12 נועד לתת מענה ועליל למקרים של אי-התיחסות שיטתית לבדיקות רפואיות. הגיסים לפיו זה אפשרレ לצבאו להשלים את הבדיקות בנקל. יוצאי-הצבא מצוי בחוקת הצבא, ואם ימושך לעמוד במריו, יהיה אפשר לשופטו בנית-דין צבאי. המערער בעניין יוחיב, לעיל ה"ש 28, טוען כי חקיקת סעיף 12 שינתה את נקודת האיזון בין הצורך הצבורי להחיל ממשטחים שלא חווילו בתוך התקופה הקבועה בסעיף 20 לבין האינטנס של יוצאי-הצבא לא להיות מחוליל לאחר התקופה שנקבעה בסעיף 20. עתה, טוען טען המערער, אפשר לטעילמי שלא התייצב לבדיקה לפיו סעיף 12, וכך אין עוד גזירה להריגת מהתקופות הקבועות בסעיף 20 (שם, בעמ' 375). בתי-המשפט דהה את הטענה, וקבע כי חקיקת סעיף 12 נועדה לחזק את המאבק בהשתמטות, ולא להחולשו, וכי את הסמכות הקבועה באוטו סעיף יש להפעיל בלבדו היכי במקרים מוחדים בלבד (שם, בעמ' 377-378). מכאן שחיקיקת סעיף 12 לא נועדה לבטל את הוקה בין סעיף 20 לסעיף 49, שנוצרה בעניין לוי (שם, בעמ' 378). הצבא רשאי אם כן לבחר בכל אחד מן המסלולים (גיס מידי לפיו סעיף 12 או גיס מאוחדר על יסוד סעיף 49), אולם הבחירה בין השניים כפופה ל מבחן של מידותיות (שם, בעמ' 379).

37. נראה כי הديدוש נוגע אך ורק בה衲שות הקורס הקדם-צבאי, אשר נבעה מאי-ציותות להגנות שאינו עולה כדי אי-ציותות לזו, ולא בעיכוב שנבע מאי-הציגות לזו קריאה למדקי העברית.

2. נפקותו של תיקון מס' 12 לחוק שירות ביטחון תיקון מס' 12 לחוק שירות ביטחון, אשר כלל רוויזיה יסודית בנוסחו של סעיף 20, התקבל חדשמים ספורים לאחר שהורשע המערער בבית-הדין הצבאי המזוין בגין עבירה של "העדך מן השירות שלא ברשות".³⁸ מטעם זה לא חל הנוסח המתוקן על המקרה דנן, הגם שהערער על החלטתו של בית-הדין המזוין והערעור השני על החלטתו של בית-הדין הצבאי לעירורים נידונו רק לאחר כניסה לתוקף, תיקון מס' 12 נוגע בעניינינו בשני מישורים: דוקטריני ו邏輯י.

ראשית, הוא מוכיח קמעה את הטענה הדוקטרינית שהוצאה בתק"פrik הקודם. אחד מהשינויים הגדולים של תיקון מס' 12 נועז בהוספת שורה של עילות לוריגה מן התקופה הרגילה לקריאה לשירות הסדר. בראש ובראשונה זכה הכלל שנקבע בעניין לויל בלבוש חוקי מפורש. עתה אין עוד צורך בקונסטרוקציה הארכאית (שאינה נקייה מספקות) המכוסת על סעיף 49, שכן סעיף 20(א)(1) קובע ברורות שבמנין התקופות להתייצבויות לפי סעיפים קטנים (א) ו(ב) לא תבוא תקופה שלפה עקב אי-קיים חובה על-פי דין על-ידי מיועד לשירות ביטחון, לרבות אי-התיאצויות של המיעוד לשירות ביטחון לרישום או לבדיקת כשרותו לשירות ביטחון, או סיורבו להוכיח או להשלים את הבדיקות. בטוראה זו יש הרתבה מסוימת של הכלל שנקבע בעניין לויל, שכן היא חלה לא רק על איזיות לצוו קריאה לרישום ולבדיקה, אלא על כל מקרה של אי-קיים חובה שבדין. יתר על כן, בנוסח המתוקן נקבע כי לא יבואו במניין גם תקופת הטיפול בבקשת מיזוחות של המיעוד לשירות ביטחון וכן תקופה העולה על הוודים שבה מחוץ לישראל.³⁹

לדעתי, תיקון עשוי לשמש ראייה נוספת לכך שהלכת סדריוק אכן נטולת אסכמה, אילו היה קיים במשפטנו כלל שלפיו ניתן לחרוג מן התקופה הקבועה בסעיפים קטןים (א) ו(ב) אם יוצאי-הצבא הוא שגרם לעיכוב על-ידי התנהגות רעה או הסכימ במשמעותו לעיכוב זה, לא יהיה צורך בתיקון כלל. ככל עילות המריגה החדשנות הרי נבלעת בהלכת סדריוק, אשר רתבה מכלן גס-יתה. אמת, לעיתים תיקון קיימה גנו להעלות הלכה פסוקה לדרגת חוק חרות, ולא לייצר דין חדש לחלוון. אלא שמן היסטורייה התקיקית של תיקון מס' 12 עולה בכידור כי לא כך הם פנוי הדרברים במרקם דין. בדברי החסבר להצעת החוק נאמר: "מושע לתקן את סעיף 20 לחוק ולקבוע בו כי תקופות שלוף באשmeno של יוצאי-הצבא לא יבואו בחשבון התקופה שבה רשאי פוקד לקרווא ליזוא הצבא לשירות צבאי". האותו לא נאמר שם כי מדובר בקודיפיקציה של הלכה פסוקה, ועובדה זו מתבלטת אל מול ההודאה המפורשת בכך שהוספה סעיף 20(ג) לחוק (שאליו אותו מידי) נועתה בהשראת פסיקתו

38. חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 12), התש"ס-2000, ס"ח 266. הצעת החוק ודברי ההסבר פורסמו בהצעת חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 12), התש"ס-2000, ה"ח 239. לפניו חודשים ספורים תיקון סעיף 20 פעם נוספת (חוק שירות ביטחון (תיקון מס' 13), התש"ס-ד-2004, ס"ח 294). תיקון הנוסף, הקובע תקופה מיוחדת לקריאה לשירות במסלולי העתודה ולשירות ללא תשלום, אינו נוגע בעניינינו.

39. סעיפים 20(ג)(2)-(3) לחוק שירות ביטחון.

של בית המשפט העליון.⁴⁰ לא זו אף זו: כאשר הbia סגן שר הביטחון אפרים סנה את הצעת החוק המתקין לאישור המילאה בקရיאה ראשונה, הוא חשיב בשלילה על השאלה אם תיקונו של סעיף 20(ג) נועד לעגן בחוק תחרותת את המצב המשפטי שהיה קיים בללא הci.⁴¹ שנית, חשיבותה המעשית של הלכת סדריוק הוצמצמה מאוד בעקבות תיקון מס' 12, ועובדיה זו מחדדת ומודגישה את ייועדה של רשיימה זו. בראשית הדברים ציינתי כי לפני התקיון לא היה אפשר לקרוא ליזא-צבא להתייצב לשירות סדריר לאחר תום התקופה הקבועה בסעיפים 20(א) ו-20(ב) לתוכך. קרייה לשירות בתלוף השנתיים המותרות הייתה שוללת את תוקפו של הצו (כפוף להאלכת לו).⁴² תיקון מס' 12 הוסיף לחוק, בין היתר, את סעיף 20(ג2), אשר משנה באופן מהותי את תוכנות החריגה מתוקופת הקרייה המותרות על-פי סעיפים קטנים (א) ו-(ב). הסעיף מורה כי אם חלה התקופה המותרת לקרייה לשירות לפי סעיפים קטנים (א)-(ג), רשאי פוקד לקרוא ליזא-צבא להתייצב לשירות סדריר תוך שניים-עשר חודשים מיום תוקפה זו, וב└בד שופחת ממשך השירות שיזא-צבא חייב בו משך הזמן שחלף מיום התקופה האמורה.⁴³ במילים אחרות, לרשות הצבא ניתנת ארכה של שנה נוספת לקרייה לשירות סדריר, אבל הוואיל והנחה היא שהזוקקות למן נוסף מעבר לתקופה הקבועה בסעיפים קטנים (א)-(ג) היא תוכאה של סחבת שמקורה ברשות הצבא עצמוני, מנכימים את תוקופת העיכוב ממשך השירות שיזא-צבא מוחיב בו. אילו היה סעיף 20(ג2) קיים בתוקופה שבה נשלחו הצוויים לمعدער בעניינו, לא היה אפשר לעורר טענה בדבר אי-חוקיות הקרייה לשירות. ככל-היוון היה המערער יכול לטעון שנקרא לשירות ממשך מדין. המשמעות ברורה: מאבקים משפטיים מן הסוג שפסק-הדין סדריוק עוסק בו הם ככל הנראה נחלת העבר. ייזא-צבא לא יוכל עוד לנוטה לפטור את עצמו לחלוון מעתה בבחינת משך השירות, ומכל התוצאות המשפטיות הנגזרות הימנה, עלי-ידי הוכחת חריגת كلלה מתוקופת הקרייה הקבועה בסעיפים 20(א) ו-20(ב). הלכת סדריוק תשמש עתה בעיקר לבחינת משך השירות שניתן ליזא-צבא, ולא להכרעה בשאלת חוקיותה של הקרייה לשירות. יתר על כן, לנוכח הוספת העילות הסטוטוריות לחיריגת מתוקופת הקרייה הרגילה, תפקידה של הלכת סדריוק מצטמצם למקרים נידרים יחסית של "התנהגות רעה" שאינה עולה כדי אי-יקום חובה שברון, ולמקרים של "הסכם משתמש" לחיריגת שאינה גמורה מדרתית שירותו של המיעוד לשירותים על-פי בקשו, טיפול בבקשתו שהוגשו עלי-ידיו לרשות הצבא או שהוא שלו מחוץ לישראל. לנוכח צמצום השיבות המעשית של ההלכה, מתמעטים הצורך והעוני האקדמי בבדיקה על ההלכה גופה. ואומנם, ביקורת על פסק-הדין אינה מתמקדת בתוכנה של ההלכה ובמשמעותה האופרטיבית, אלא באופן שבו נקבעה.

40. הצעת חוק שירות בטහון (תיקון מס' 12), התשס-2000, ה"ח 239, 240-241 (בדברי הסביר לסעיף 3).

41. ד"כ כג 6329 (התש"ס). לאחר הגגת התקיון נשאל סגן השר עלי-ידי חבר-הគננת נסים זאב "האם זה לא היה קיים עד היום?" והשיב "לא, זה התקיון. הרעיון הוא, שמי שמתפקידו איןנו ייזא נשכר ממשוי".

42. ראו, למשל, עניין רובין, לעיל ה"ש 7, בפסקה 10 לפסק-הדין.

43. תיקון זה געשה בהמלצת בית-הדין הצבאי לערעוריהם ובית-המשפט העליון בעניין יוחייב, לעיל ה"ש 28, בעמ' 383-384. ראו גם את הטקסט ליד ה"ש 40 לעיל.

ב. פרשנות בניגוד לשון

יטען התוען כי גם אם ההלכה שנקבעה בעניין סדריוק נטולת כל אסמכתה, הריהי הלכה ראוייה. בלעדיה עלול החוטא – המעכבר את גינויו – לצאת נשכר ולהויפטר כליל מוחבות השירות (כל עוד העיכוב אינו גובל מאיציותו לצו התיקיבות לרישום או לבדיקה). אכן, יתכן שהכלל שנקבע בעניין סדריוק – כלל ראוי הוא. אולם דעתיה היא שלא היה אפשר לקבועו בדרך שבה נקבע, דהיינו – דרך הפרשנות. הפירוש שיויחס לסעיף 49 לחוק שירות ביטחון בעניין סדריוק נוגד את לשונו המפורשת. הסעיף מורה כי צו שניין לפי החוק ולא קיים ממשך לעמוד בתוקפו. הפירוש שלפיו אי-קיים צו התיקיבות לרישום ולבדיקות משעה את מירוץ ה"התישנות" של הסמכות לקרוא אדם לשירות סדיר לפי סעיף 20 לחוק אינו נקי מספקות, אולם יש לו אחיזה בלשונו של סעיף 49. אולם לפירושו שלפיו "התנהגות רעה" שאינה עולה כדי אי-ציותות לצו או הסכמה משתמשת בעיכוב משעות אף הן את מירוץ הזמן לצורך סעיף 20 אין כל אחיזה בלשונו של החוק. בהuder צו אי-אפשר לדבר על אי-קייםו של צו, ולסעיף 49 – על-פי לשונו המפורשת – אין תחולת. ככלות ניתן ליחס להוראות חוק ממשימות שאינה מתיחסת עם לשונון בדרך של פרשנות?

אמת, מראשית המאה השש-עשרה ועד לסוף המאה השמונה-עשרה גילו בתי-המשפט האנגליה, ולאחר מכן גם בארצות-הברית, נכונות רבת להרחיב או למצמצם את תחולתו של הוראות חוק לפי מובן הלשוני, או אפילו לבטלה, על יסוד התפיסה האמורפית-משוואת "הגינותות החוק" (equity of the statute)⁴⁴, רם, עם התגבשותה העקרונית של ריבונות הפרלמנט והפרדת הרשותות, ועם התגברות המחויבות השיפוטית לעקרונות אלה, נזנחה נטיה פרשנית זו.⁴⁵ התפתחות דומה חלה לגבי העיקרון של communis opinio, שלפיו יש ליתן חוק לפרשנות הבאיה בידי ביטוי בנווה רב-שנים של נמעני החוק.⁴⁶ בשנותיו הראשונות פסק בית-המשפט העליון של ארצות-הברית פעמים אחדות כי יש לפרש חוק בהתאם לנוהג המקובל גם כאשר פרשנות זו אינה מתיחסת עם לשונו.⁴⁷ אולם כבר בסוף המאה התשע-עשרה התקבלה הדעה כי ניתן לפרש חוק בהתאם ל-*communis opinio* רק כאשר לשון

William N. Eskridge, *All About Words: Early Understandings of the 'Judicial Power'*⁴⁴ in *Statutory Interpretation, 1776–1806*, 101 COLUM. L. REV. 990, 998-1009 (2001)

John F. Manning, *Textualism and the Equity of the Statute*, 101 COLUM. L. REV. 1, 53⁴⁵ (2001); Robert Weisberg, *The Calabresian Judicial Artist: Statutes and the New Legal Process*, 35 STAN. L. REV. 213, 232 (1983)

Michael P. Healy, *Communis Opinio and the Methods of Statutory Interpretation: Interpreting Law or Changing Law*, 43 WM. & MARY L. REV. 539, 545 (2001)

שם, בעמ' 576-575. לדוגמה, ב-*M'Keen v. Delancy's Lessee*, 9 U.S. 22, 32-33 (1809).⁴⁷ דרש החוק אישור של שופטי שלום לעסקות מקרקעין. בפנדילוונה אושרו עסקות כאלה על ידי ערכאות אחרות כעניין שבגירה. בית-המשפט העליון של ארצות-הברית פסק כי יש לפרש את החוק בהתאם לנוהג ובניגוד לשונו, כדי לא לסקן אינטרסים קנייניים שנוצרו בהסתמך על אותו נוהג.

החוק עמו^{תא},⁴⁸ ולפניהם אחדות אף קבע בית המשפט העליון של ארצות הברית (הנוטה בעית הוועיל לגישת פירוש טקסטואלית)⁴⁹ כי בפרשנות חוק אין ולא צריכה להיות נפקות לנוגה המקובל בין נמעני.⁵⁰

הכל הבהיר ימורע בשיטות הפרשנות המודרניות הווא, אם כן, שלפירוש החוק צריך להיות עיגון בלשון, המשמעות המיויחסת לחוק בתחילה הפרשנות אינה יכולה לעמוד בסתריה לשונו. הנשיא ברק, אשר כתב את פסק הדין בעניין סדריוק, ציין לפניו שנים רבות כי "מלאת הפירוש אינה מוגבלת אך למיללים, אך המילים מגבילות את הפירוש",⁵¹ וחזר על הנחה זו הן בפסקתו המאוחרת⁵² והן בכתיבתו המדעית.⁵³ זאת ועוד: כפי שאראה בהמשך, רוב שיטות הפרשנות, לרבות זו המקובלת אצלנו, מיחסות משקל רב – ולעתים אף מכריע – למשמעות הרגילה והטביעה של לשון החוק במסגרת התחום הפרשני. סביבת המשמעות הרגילה והטביעה ומתחם המשמעות שאין להן אחיזה בלשון הם לאmittio של דבר שני קצויות על-פני רצף אחד: כל תרחקות מן המשמעות הרגילה היא תרකנות אל גבולות הטענות (עד כדי הציתם), ולהפוך, ברכ, קו הגבול דהוי ומעורפל. לעיתים קרובות אין זה ברור כלל אם משמעות המצויה באוצר הספר שוכנת מעברו האחד של קו או מעברו الآخر. עליכן יש לצפות שהיחס לכל המשמעות אשר רוחקدين מזו הטביעית והרגילה היא חשוני וזהיר באותה מידה, גם אם מבחינה עיונית צרופה זו משתיכות לשני מרחבים נבדלים. השיקולים השולטים את חזית הגבול ותשיקולים המצדדים במניעת תרחקות מן הגבולין צריכים אףו להיות דומים. להציגם של שיקולים אלה אנו פונים בעת.

כמה טמים עומדים ביסודה של הנאמנות לשון בכלל, ולשון לפי מובנה הטבעי והרגיל בפרט. הטעם הראשון הוא טעם פורמלי הנוגע במסמאותו של המושג "פרשנות". הפועל "לפרש" הוא פועל יוצא שיש לו אובייקט מוגדר: הטקסט. הפרשן מנסה לבירר מהי המשמעות של הטקסט, להסביר את הכתוב. אם למשמעות שאדם מיחס לטקסט אין אחיזה בטקסט, פועלתו אינה יכולה לתקרא "פרשנות". זהה יצירה של טקסט חדש. התבנית

McPherson v. Blacker, 146 U.S. 1, 27 (1892); United States v. Graham, 110 U.S. 219, .48
221 (1884); Swift & Co. v. United States, 105 U.S. 691, 695 (1881); United States v.

.Temple, 105 U.S. 97, 99 (1881)

.49. לדין בטקסטואליום רואו להלן ה"ש 85-80 והtekst הסמוך להן.

.50. Brogan v. United States, 522 U.S. 398, 407-408 (1998).

.51. ד"נ 40/80 קניינ' בchan, פ"ד לו(3) (1982).

.52. רואו, למשל, בגז' 142/89 תנועת לאייז – לב אחד ווותה החדש נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 544, 529 (1990) (כל משמעות משפטית ששותן לשון החקיקה צריכה להיות מעוגנת בלשון החוק); ע"א 3622/96 הכם נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 646, 638 (1998) (המשמעות המשפטית חייכת להתיישב עםichert מבין הנסיבות הלשוניות של החוק).

.53. רואו, למשל, אהרון ברק פירושות במשפט ברק שני – פירושות החקיקה 81 (1993) (להלן: ברק פירושות במשפט ב); אהרון ברק פירושות הכללית במשפט 55 (2003) (להלן: ברק פירושות הכללית); אהרון ברק "היצירה השיפוטית לסתוגיה: פירושות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט 267, 268 (2000) (להלן: ברק "היצירה השיפוטית").

"פרשנות של טקסט בנייגוד ללשון" היא לפיך אוקסימורון שאין לו זכות קיום בעולם המעשה, ומן הכלל אל הפרט: כאשר בית-משפט מחליט לחוק ממשמעות שאינה מתוישבת עם לשונו, הוא אינו מפרש את החוק, אלא יוצר דין חדש אשר מתקן את אותו חוק.⁵⁴ כמו כן, ככל שביית-המשפט מייחס ללשון ממשמעות רחוקה יותר ממשמעותה הרגילה והטביעהן גשל החשש מפני חיצית גבול הפרשנות אל ממלכת החוקיקה. או בלשונו של השופט חסין בפרשת רוקר נ' סלומון:⁵⁵ "כל מילה, כל ביטוי בשפה ניתן לפחותם בנסיבות וניתן לפחותם בנסיבות... ואולם ככל שנרchip ונוסף ונרתיב נגיע לנוקורה שבת ימתח קרום המעטפת עד לקצה-יכולתו. משחגנו לכאן, ואם נסיף ונרתיב, יפקע הקروم והAMILה או הביטוי יאבדו ממשמעותם הנՐעינית".⁵⁶

שנית, פרשנות בנייגוד ללשוןchein מתוישבת עם עקרון הפרדת הדרישות. בהתאם לעיקרין זה, תפקידם המרכז של בתיה-המשפט הוא הכרעה בסכסוכים, ואילו המדיניות צריכה להיקבע על ידי הרשות המחוקקת.⁵⁷ גם בפרשנות של חוק יש לשמר על ההפרדה: השופט נדרש להוציא אל הפועל את מדיניותה של הרשות המחוקקת, ולא את רצונו שלו.⁵⁸ בלשונו של השופט חיים כהן: "השופט מפרש ומבצע את החוק כפי שהוא מוצאו (*lex lata*,

William J. Michael, *The Original Understanding of Original Intent: A Textual Analysis*.⁵⁴
26 OHIO N.U.L. REV. 201, 211 (2000): "If a jurist deviates from the text... as written and originally understood, the jurist necessarily makes law"

ה"ש 53, בעמ' 55: "הפרשנות היא פעלות רציינלית הנוגנת לטקסט המשפט מובן שהוא יכול לשאת בשפותו... גבול הפרשנות במשפט הוא גבול הטקסט וגבול המשפט נקבע על ידי גבולות הלשון"; שם, בעמ' 82: "شوופט הנוגן לטקסט מובן החורג ממשמעותו הלשונית חידל לעסוק בפרשנות".

ר"ע"א 97/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 253 (1999).

דברים דומים נאמרו בעמ' 1004/04 בן אברהם נ' עיריית חרחה, תק"ע 2005(1) 521, פסקה 8 לפסקידינו של השופט חסין (2005).

John F. Dillon, *Codification*, 20 AM. L. REV. 13, 14-15 (1886): "For myself I would prefer to have no more judicial legislation. I prefer to have that function of our government performed by the department to which it belongs, under our American system"; Mark D. Rosen, *What has Happened to the Common Law? – Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development*, 1994 WIS. L. REV. 1119, 1122-1123: "Allowing unelected judges to make law was inconsistent with democracy"; Karen M. Gebbia-Pinetti, *Statutory Interpretation, Democratic Legitimacy and Legal-System Values*, 21 SETON HALL LEGIS. J. 233, 265 (1997): "Law should be created by democratic methods, through the legislature as the representative of the people".

המובחים של חוקת ארצות-הברית: III-I U.S. CONST. art. 1.⁵⁹
אהרן ברק "על השקפת עולם כרך משפט ושיפוט ואקטיביים שיפוטיים" עיוני משפט יז(3) אהרן ברק פירושות משפטי במשפט ברק ראשון – תורה הפרשנות הכללית 495-494, 475 (להלן: ברק פירושות משפטי א).⁶⁰

לא כפי שהוא היה רוצה לחוקקו (*lex ferenda*).⁵⁹ פרשנות חוק בגיןו ללשון היא בוגדר יצירת חוק חדש, ועל כן יש בה משום הסוגת גבולו של המחוקק.⁶⁰ גם כאשר לפרשנות יש אותה מסויימת בלשון, ככל שהיא מרווחקת יותר מן המובן הטבעי והרגיל של הטקסט כן גודל החחש מפני הסוגת גבולו של המחוקק. יטען הטעון כי בשיטת המשפט יש רק היפוטית נחנית מlgicamente. ברם, הפרשנות – ככל שהיא נחשבת ל”חוקיקה” שיפוטית – נהנית מlgicamente להיות אינה נתפסת כחוקיקה עצמאית להלוטין, אלא כהוזאה לפועל של החוקיקה הפרלמנטרית.⁶¹ ואילו הלגיטימיציה של היצירה השיפוטית הלבר-פרשנית נובעת, בין היתר, בכך שהיא משתמשת בעקרונה למלוי הלים בחוקיקה הפרלמנטרית (פעולה המשרתת צורך חינמי של כוחות המשפט), ולא ליצירת תכנים מתחרדים לחוקיקה זו.⁶² יתרה מזאת, היא נעשית לרוב על בסיס הסמכה חוקתית⁶³ או מכוח הסכמתו המפורשת של המחוקק,⁶⁴ ועל כן אי-אפשר בכללו בכלי לראות בה משום הסוגת גבולו של الآخرון.

שלישית, פרשנות בגיןו לשון אינה מתיישבת עם עקרון *עלילונות הפרלמנט* (legislative supremacy).⁶⁵ החברים ברשות המחוקקה, להבדיל מן השופטים, נבחרים על ידי הציבור

59. חיים ה' בדין המשפט 194 (מהדרה שנייה, 1999).

60. ראו בג"ץ 9098/01 גניס' נ' משרד הבינוי והשיכון, תק"ע-ל (2004) 1390 (4), פסקה 3 לפסק ידינו של השופט ריבלין; ברק פרשנות כלכלית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 54: ”המשפט כפרשן לא הוסמך ליצור טקסט משפטי חדש. אכן, עם סיום הפעולות הפרשניות מסתיימות הלגיטימיות השיפוטית היונית חייתה מעkörperן הפרדת הרשותות”; שם, בעמ' 57: ”במסגרת עקרון הפרדות הרשותות תפקידו החקני של השופט כפרשן והוא לפחות טקסט שנוצר על ידי המוסמכים לכך. תפקידו כפרשן אינו מסמיך אותו ליצור טקסט חדש. לשם כך עליו למזוא עיגון מחוץ לדיני הפרשנות”; שם, בעמ' 102: ”המשפט רשאי להזיק לנורמות לבן פרשניות רק אם שיטת המשפט מאפשרת לו לעשות כן.”

61. ברק ”היצירה השיפוטית”, לעיל ה"ש 53, בעמ' 269.

62. ברק מבחן, כידוע, בין השלמת חסר לבין פיתוח משפט (שאינו בגין החלטת חסר). הבחנה זו נראית לי כמתניתית יותר מאשר ארכומית, שהרי בסופו של דבר גם פיתוח המשפט (לפחות לפי הדוגמאות המבואות עליידי ברק עצמו, שם, בעמ' 271) נועד למלא תפקידים משפטיים. לא תמיד מדובר או מנמנם בחוסר שלמות של הוראה מסוימת או של חוק מסוים, אולם ניתן בהחלה לומר שבית-המשפט נדרש להתמודד עם הוסר שלמות של מכלול החקיקה. כך, למשל, בתחום המשפט הציבורי ודרני הפסיכיות.

63. סעיפים 15(ג)-(ד) לחוק יסוד: המשפט, ס"ח התשמ"ד 78, כפי שהתרשו, בין היתר, במג"ץ 731/86 מיקרו-ידף נ' חב'ת החשמל לישראל בעמ' פ"ד מא(2) 458 (1987); ”בדרכן כלל, משעהניך המחוקק לבית-משפט סמכות לזרן בטוגה פלונית, בלי שניתן לו זין וזקוק לפיו יdone, מילא אצל לו את הסמכות ליזור הלבכות שיפוטיות בעניין נושא הסמכות”.

64. כך הדבר בהשלמת לקונה מכוח סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, ס"ח 163. לישום הוראת זו ראו, לאחרונה, עניין חכם, לעיל ה"ש 52, בעמ' 648-650.

65. ראו והשוו: Jane S. Schacter, *Meta-Democracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation*, 108 HARV. L. REV. 593, 594 (1995): ”Our legal culture's understanding of the link between statutory interpretation and democratic theory verges on the canonical and is embodied in the principle of ‘legislative supremacy’”

ואחראים כלפיו, ואם הם מ מלאים את שליחותם נאמנה, הציבור יכול להחליפם. לאור זאת ולאור העובדה שההכרעות הפרלמנטריות מתקבלות ברוב דעת, המחוקק נחשב לנציג אוננטי של רצון הרוב, שางשמו – כפוף להגנה החוקתית על זכויות הפרט – עמדת ביסודה של הדמוקרטייה. השופטים אינם נבחרים על ידי הציבור, הציבור אינו רשאי להחליפם, והם אינם רשאים להניח שעדותיהם האישיות משקפות את עמדות הרוב. פסיקה שיפוטית שאינה מתישבת עם הכרעת המחוקק מתחילה קריינית-תיגר על הדמוקרטייה עצמה, אלא אם כן הפסיקה מבוססת על נורמה חוקית על-חווקית (למשל, נורמה המגבילה פגיעה בוכוות אדם).⁶⁶ לפיכך, כל עוד לשון החוק מבטא את הכרעת המחוקק (ועל כך עוד נרחב את הדיון בהמשך), בית המשפט נדרשים לדבוק בה.⁶⁷

כמו כן, מכיוון שלשון החוק מיועד לשדר מסר נורמיין לציבור, והוא יוזר תוקן מעוניין מסתמא שה następ יקלט אצל נמענו כדבבי, יש להניח ש"החוק מקודם בלשון בני אדם".⁶⁸ לבן, לפחות ברוב המכירים, ההכרעה הרובנית מתבטאת במסמאות הטבעית והרגילה של לשון החוק, ועקרונות עלונות הפרלמנט מחייבים את בית המשפט לחקק אותה במסמאות. ככל שהמשמעות המיויחסת לשון עליידי בית המשפט רוחקה יותר מן המשמעות הטבעית והרגילה בכך מעצם החשש שהפרשנות אינה מוציאה לפועל את רצון הרוב. אמת, עקרון שלטון הרוב אינו עמוד-ההתווך היחיד של מבנה הדמוקרטי; לצדיו שוכנת ההכרה בערכי-יסוד חוקתיים, ובמיוחד בוכוות אדם.⁶⁹ פירוש הדבר הוא שלא תמיד ההכרעה הרובנית היא התכרעה הדמוקרטית; לא תמיד ידו של רצון הרוב הארצי צריכה להיות על העילוגה.⁷⁰ אולם ככל שאנו מבקשים לחתת תוקף לרצון הרוב המבווע באמצעות נציוו, علينا ליחס משקל לא-эмボול למשמעות הטבעית של לשון הוראותינו.

טען הטוען כי פרשנות שיפוטית המנגנת לשון החוק אינה גורעת מעליונות הפרלמנט, שתורי זה יכול לשוב ולתבע את עליונותו על-ידי תיקון החוק וביטול הפרשנות הביעית. אלא שטייען זה מעורר קשיים מסוימים. מן הבינה העקרונית, פרשנות חוק בגיןו לשונו מבטאת חוסר כבוד להכרעה הרובנית, גם אם בסופה של דבר המחוקק יכול לעמוד על

JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 103 (1980): "In a representative society, .66. עיננו והשוו: democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office" בرك פרשנות במשפט, א,

לעיל ה"ש 58, בעמ' 274, Michael ;275-274, לעיל ה"ש 54, בעמ' 223.

השו: If Albert Tate, *The New Judicial Solution*, 54 TUL. L. REV. 877, 913 (1980): ".67 judges freely ground their new solution on a nonlegislative text – such as ideas based on substantive due process or the individual judge's conception of natural law – the door is open to the arbitrary imposition of rules founded primarily upon the conceptions of judges rather than of legislators" לעיל ה"ש 58, בעמ' 277.

ע"א 781/86 עוזיאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 212, 210 (1989).

ראו והשוו ברכ פרשנות כלכלית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 434-433, 432, 398-397.

השו יואב דותן "תוקה למדינת ישראל? – הדיאלוג הקונסטיטוציוני לאחר 'ההפקה ה חוקתית'" משפטים כח(1) 156-152, 149 (1997).

זכויותיו. מן הבדיקה המעשית, תהליך החוקה הוא תהליך ממושך ומורכב שטשו אינו ידוע מראש. אפשר שהמחוקק לא יוכל לבטל פרשנות עיתית או לא יוכל לעשות כן בנסיבות הרואה בשל אילוצים קוואליציוניים, בעיות תקציביות, לחץ ציבורי, הצורך לטפל בסוגיות בערות יותר או כיווץ באלה. יתר על כן, ספק אם בית-משפט הקורא תיגר על עליונותו של החוקק יהסס ל לעשות פלטשר אף את התקיקון לחוק המבטל את הפרשנות העיתית. הוא יכול לעשות זאת עליידי פירושו של החוק המתוקן כפי שפורש החוק המקורי, מתוך נימוקים לב-רטקסטואליים דומים. להלופין, הוא יכול לקבוע כי התקיקון לחוק גנуж בפגם חוקתי המחייב את ביטולו.

רביעית, פרשנות בגיןוד ללשון עלולה לערער את הוואות המשפטית. ומליה החוקקה במשמעותה הרגילה מעניקה לחוק את ודותו: הקורה את מילוט החוק מבין אותן בהתחם למשמעותן הרגילה, ופועל על-פי הבנה זו.⁷¹ ככל שפטיתם של בית-המשפט מן המשמעות הרגילה והטבעית של הלשון גדולה יותר, וככל שאמות-המידה שהסתירה נעשית על-פיין מופשיות יותר, יתקשו גמפני החוק להסתמך עליו. הם לא יכולים לחשות את התוצאות המשפטיות של התנחות הוותת ועל-כן לא יכולים לככל את צעדיהם בצורהמושכלת.

חמישית, כאשר השופט מפרש את החוק בגיןוד ללשונו, הוא יוצר, הילכה למעשה, דין בעל תחולת רטוראקטיבית, לפחות ככל שמדובר בהחלה על נסיבות המקחה שבו נדרשת הפרשנות.⁷² קביעה נורמה בעלת תחולת רטוראקטיבית מגורמת לעקרון שלטון החוק במובנו המקורי.⁷³ דין בעל תחולת רטוראקטיבית הוא בלתי-הוגן, שכן לאדם המושפע ממנו לא הייתה הזדמנות לדעת את תוכנו, לראות מראש תוצאות החלטתו, ולנהוג בהתחאם.⁷⁴ החומרה שנדרסר ניכרת במידת מקרים שבהם החוקה למפרע מפלילה התנחות שקדום לכך לא הייתה בת-יעונשין או מחמירה ענישה בגין עבירות מסוימות.⁷⁵ במקרה שלפנינו פירושו של בית-המשפט מפליל למשעה התנחות שלא הייתה פלילת קודם לכך, דהיינו, אי-ציותות לצו קרייה לשירות אשר לפני פסיקתו של בית-המשפט העליון היה נחשב לבלי-חוק. במובן זה מדובר בחיקאה (שיפוטית) רטוראקטיבית מן הון הבעייתי ביותר.

71. כהן, לעיל ה"ש 59, בעמ' 197. השוו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 422 (החוקה שליפה תכלית החוק עלתה מן המשמעות הטבעית והרגילה של הלשון היא אחת מהזאות התכלית המשקפות את השאיפה לביטחון ולודאות בבית-משפט).

72. ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 10–11 (1997); John Gardner, *Legal Positivism: 51 Myths*, 46 AM. J. JURIS. 199, 214 (2001) (referring to Dworkin).

73. ראו, למשל, ברק פרשנות בבית-משפט א', לעיל ה"ש 58, בעמ' 292 והאסמכתאות המובאות שם.

74. Gebbia-Pinetti, לעיל ה"ש 57, בעמ' 317. ועיינו עוד אריאל בנדר "הגבילות של השופט ברק (או האם באמת קיימ שיקול דעת שיפוטי)" משפט ומשפט ט (2005) 290–288, 261.

75. אכן, חוקה כזו נאסרה במפורש בחוקה האמריקאית: (1) U.S. CONST. art. I, §§ 9(3), 10(1). לדיוון בהוראות אלה ובשאלת השפעתן על גבולות הפרשנות של החוק הפלילי ראו: Harold J. Krent, *Retroactivity of Law: Should Bouie Be Buoyed?: Judicial Retroactive Lawmaking and the Ex Post Facto Clause*, 3 ROGER WILLIAMS U. L. REV. 35 (1997).

אין פלא, אפוא, שהמחויבות לשון ניכרת ברוב שיטות הפרשנות, ובו המקובלת אצלנו בפרט. ניתן לסווג את שיטות הפרשנות השונות על-פי שתי אמות-מידה מרכזיות.ראשית, ניתן להבחין בין שיטות פרשנות סובייקטיביות, המיחסות משקל מכריע לכונתו של יוצר הטקסט (ובעניננו – המשפט); שיטות אובייקטיביות, המבוססות על אמת-מידה שאינה תלולה בכונת היוצר; ושיטות היברידיות.⁷⁶ שנית, ניתן להבחין בין שיטות פרשנות סטטיות, שבهنן הפרשן מנשה לזהות את משמעות הטקסט בשעת הקיקטו (שהיא אחת ותדרה), ואינה משתנה במהלך העיתים), לבין שיטות פרשנות דינמיות, שבهنן משמעות הטקסט נקבעת תוך התחשבות בנסיבות שהתקיימו לאחר מועד החקיקה, ובמיוחד באלה הקיימות בשעת הפירוש. שיטה סטטית יכולה להיות סובייקטיבית, אובייקטיבית או היברידית. שיטה דינמית יכולה להיות אובייקטיבית או היברידית, אך לא סובייקטיבית, מכיוון שכונות היוצר היא עובدة ההיסטורית קבועה.⁷⁷ רוב שיטות הפרשנות הנוגנות כיום להלכה או למעשה בעולם המערבי מתייכות לשני קבוצות:⁷⁸ (1) שיטות אינטנציאונליסטיות (intentionalist), שבهنן נעה גישון לזהות מתוך הטקסט, ולרוב גם לאור ההיסטורית החקיקתית, את הכוונה הסובייקטיבית של המשפט;⁷⁹ (2) שיטות אלה הן סטטיות-סובייקטיביות. (2) שיטות מילוליות (textualist), שבهنן הפירוש נקבע על-פי המובן הטעני והרגיל של לשון התקוק בשעת החקיקה, שיטות אלה הן סטטיות-אובייקטיביות. (3) שיטות דינמיות-היברידיות (דוגמת הפרשנות הפרגמטית, או הפרשנות התכליתית של ברק),⁸⁰ השואפות לייחס לחוק את המשמעות המטיבית בשעת הפרשנות, ואשר מתחשבות לשם כך בכל מקור ורلونטי, לרבות לשון, ההיסטורית החקיקתית ובתר-חקיקתית, תכליות-על של החקיקה בכללותה וערכי-יסוד של השיטה בזמן הפירוש.⁸¹

.76. להבנה בין שיטות פרשנות סובייקטיביות, אובייקטיביות והיברידיות השוו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 72-77. שיטות היברידיות יכולות להיות אינטגרטיביות או לא-אינטגרטיביות. שם, בעמ' 75-77.

.77. שם, בעמ' 72, 165, 170, 171-201.

.78. ניתן כמובן לחשוב גם על שיטות אחרות, אולם אלה ימצאו בעיקר בתחום ההגות, ופחות בתחום המעשה.

.79. להבנות בין סוגים שונים של אינטנציאולים ועוד ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 69, 72, 73-72. לגישות אינטנציאולות שאינן מתיירות פניה להיסטוריה החקיקתית (טקטואליים קיצוניים ראו שם, בעמ' 186-187). לגישות אינטנציאוליות המתירות פניה להיסטוריה החקיקתית רק במקרים מסוימים (כنان אבסורד או עממות – טקטואליים מトン ישן) ראו שם, בעמ' 188-187.

.80. שם, בעמ' 77, 201.

.81. לדין בסיסי בשלוש הפרדיגמות הרוחות (טקטואליים, אינטנציאולים ודינמיים) ראו- Gebbia-Pinetti, לעיל ה"ש 57, בעמ' 237, 267, 308-271. Gebbia-Pinetti מבינה בין textualism, originalism ו-dynamism. היא מגדירה originalism כמושג הכלול גם intentionalism וגם purposivism מהן הפטטי (השו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 75). עיננו עוד: Theo I. Ogunc, *Judges and Statutory Construction: Judicial Zombism or Contextual intentionalism ,textualism ,Activism?* 30 U. BALT. L. F. 4, 14-19 (2001)

הדוגלים בגישה פרשנית מילולית נאמנים להלוטין ללשון, הם מפרשים את מילות החוק בהתאם למובן הרגיל בשפט בני-אדם, ואת משפטו החוק – בהתאם לכליי התהbir המקבילים. ככל-העור היחידים שניתן לשימוש בהם בתהיליך הפרשנות, על-פי תפיסה זו, הם מיולוגים, ספרי דקדוק ותאביר וכיוצא בהלה.⁶² הנחותו של הטקסטואליזם תחיש חיה שתפקידו החזק הינו המוצר היחיד שנחנה מ"לגיטימציה דמוקרטית", מכיוון שהוא המוצר היחיד שנוצר בתהיליך דמוקרטי ומיצג את הכרעת הרוב באמצעות נבחריו.⁶³ לפי תפיסה זו, אם שופטיהם יורשו להשתמש במקורות שMahon⁶⁴ לזרך למסטט, הם יבחרו באופן סלקטיבי את המקורות המתאימים להעדפותיהם האישיות, ובכך יציגו את גבולו של המחוקק הנבחר.⁶⁵ הדוגל בגישה פרשנית מילולית לא יסכים לפירושו של חוק בגיןוד למשמעות הרגילה של הלשון,⁶⁶ אף אם נראה בעיניו כי הלשון כפושטה מובילת לתוצאה לא-ארצית. כפי שציין השופט Scalia, מהסידר הגישה הטקסטואלית החדשה, בעניין *Brogan v. United States*: "Courts may not create their own limitations on legislation, no matter how alluring the policy arguments for doing so".⁶⁷ גם בשיטות הפרשנות האינטנציונליות המשמעות הרגילה של הלשון היא אבן-יסוד בתהיליך הפרשנות: נקודת המוצא היא שכונת המחוקק באה ידי ביתוי במשמעות הטבעית והרגילה של לשון החוק.⁶⁸ מובן שהמשמעות המוחסת לחוק אינה יכולה לעמוד בסתירה ללשונו. יתרון של שיטות

ונרשה סטטית של purposivism.

- .82 Gebbia-Pinetti, לעיל ה"ש 57, בעמ' 272-273. לביקורת על שיטת הפרשנות המילולית מנקודת-המבט של תורה הבלשנות ראו: Alani Golanski, *Linguistics in Law*, 66 ALB. L. REV. 61 (2002).
- .83 Gebbia-Pinetti, לעיל ה"ש 57, בעמ' 276-278, 314; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 332. להבחנה בין טקסטואליזם יعن לבין טקסטואליזם חדש ראו שם, בעמ' 340-324. באופן כללי ניתן לומר כי הטקסטואליזם הישן ראה במשמעות הרגילה של הטקסט ביתוי מכוון לצוות המחוקק, ואילו הטקסטואליזם החדש אינו מתעניין כלל בכוונת המחוקק.
- .84 Gebbia-Pinetti, לעיל ה"ש 57, בעמ' 278, 314.
- .85 Lawrence C. Marshall, *Fighting the Words of the Eleventh Amendment*, 102 HARV. L. REV. 1342, 1344 (1989).
- .86 .Brogan v. United States, 522 U.S. 398, 408 (1998).
- .87 INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 452 (1987) (Scalia, J., concurring): "If the language of a statute is clear, that language must be given effect – at least in the absence of a patent absurdity."
- .88 לגבי פרשנות לפי הכוונה ראו, למשל, ElY, לעיל ה"ש 66, בעמ' 16: "The most important datum bearing on what was intended is the constitutional language itself." N.Y. Stat. Law 92(b) (2005): "The intention of the Legislature is first to be sought from a literal reading of the act itself, but if the meaning is still not clear the intent may be ascertained from such facts and through such rules as may, in connection with the language, legitimately reveal it"; N.Y. Stat. Law 76 (2005): "Where words of a statute are free from ambiguity and express plainly, clearly and distinctly the legislative intent,

פרשנות דינמיות-היברידיות (דוגמת זו של Dworkin) למשמעות הרגילה והטבעית של לשון החוק איינו אחיד או מנמם, אך גם שיטות אלה שוללות ייחוס משמעות הנעדרת עיגן בלשון, מתוך הכרה בכך שפעולה כזו אינה פרשנות כלל.⁸⁸ אצלונו מקובלת שיטת הפרשנות ה"תכליתית" מבית-מדרשו של הנשיא ברק, שהיא שיטת פרשנות דינמית-היברידית.⁸⁹ בסודה של שיטה זו מונחים לשון החוק ותכליתו, כאשר התכלית מרכיבת מן התרבות הסובייקטיבית שameda לנגד עניין היוצר ההיסטורי של החיקוק (כוונת המחוקק) ומהתכלית האובייקטיבית, המשקפת, בין היתר, את ערכיה של שיטת המשפט (כוונת המחוקק הסביר או "כוונות השיטה"). הכלל הוא שעם חישפת תכליתו של התקוק "יתן הפרשן לשון הדין אותה משמעות, אשר יותר מכל משמעות אחרת, מגשימה את תכליתו".⁹⁰ המהויבות ללשון מתבטאת בכלל היסודי שלפיוAi-אפשר לתת לשון מובן שהיא אינה יכולה לשאת מבהינה בלבדנית, אף אם הדבר מתיישב לכואורה עם ראיות חזוניות בדבר תכליתו (הסובייקטיבית או האובייקטיבית) של התקוק. למשמעות הנבחרת צריך להיות עיגן, ולז מזרע, בלבדן התקוק.⁹¹ יתרה מזו, אף שהפירוש המגשים את התרבות צריכה זהה בתקחה למשמעות הרגילה והטבעית של הלשון, חוקה היא ש"דיבר המחוקק בלבדן בני אדם" וש"אין מקרה יוצא מיד פשטו".⁹² חוקה זו פועלת הן ברובד הסובייקטיבי והן בדובד האובייקטיבי. בראש ובראשונה, חוקה היא שהמחוקק ביטה את רצונו (הסובייקטיבי)

. resort may not be had to other means of interpretation" ראו גם ה"ש 92 להלן.

88. לבניתה תפיסתו הפרשנית של Dworkin, ועל השיבות הלשון במסורת תפיסה זו, ראו ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 343-345 (ובמיוחד בעמ' 351).

89. השימוש במרקאות נועד להבהיר כי שיטת הפרשנות מבית-מדרשו של ברק, אשר הוגדרה על ידי כ"תכליתית", אינה שיטת הפרשנות היחידת המתהדרת בתואר זה. למעשה, חלק מסוית הפרשנות המכוננת "תכליתית" הן אינטנציאליות. ראו שם, בעמ' 131-132. לגבי הדינמיות של שיטתו של ברק ראו, למשל, שם, בעמ' 412.

90. דנ"פ 03/1558 מדינת ישראלibi אס"ד, פ"ד נח(5), 547, פסקה 17 לפסק-דין של הנשיא ברק (2004). על עיקרי הפרשנות התכליתית ראו גם ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 159-157, 134-132.

91. ראו ע"א 165/82 קיובץ הוצר נ' פקיד שומה רחבות, פ"ד לט(2) 1985; רע"א 3527/96 אקסלברד נ' מנהל מס ו بواس - איזור חרחה, פ"ד נב(6) 385, 399-398 (1998) (העיגן הלשוני העשי לשימוש בסיס לפרשנות התקוק תליי בכך שמהבינה בלשונית תוכל לשון התקוק לשאת את הפרשנות המוצעת. אם הדבר אכן כך, והפירוש המוצע מצוי בוגר מתחם האפשרויות הלוגיטומיות לפרשנות, אז גם אם הוא הפירוש המקורי הטבעי, אין לשלול אותו כפירוש אפשרי; עניין אסה, לעיל ה"ש 91, בפסקה 18 לפסק-דין של הנשיא ברק; עניין חכם, לעיל ה"ש 52, בעמ' 647-646; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 55-60, 133, 136, 137, 147, 191-190, 195, 410-409; ברק "היצירה השיפוטית", לעיל ה"ש 53, בעמ' 269-268.

92. ברק פרשנות במשפט ב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 117 והאסמכתאות המובאות שם. ראו גם שם, בעמ' 118: "קיימת חוקה כי תכלית התקיקה תוגשם אם תינגן לשון דבר החקיקה ממשמעות טבעית, פשוטה ורגילה".

בלשון טבעית ורגילה.⁹⁴ לחזקה זו יש משקל מיוחד מיוון בקביעת התכליות הסובייקטיבית. לכן, כאשר הפרשן ניצב לפני נתונים סותרים על התכליות הסובייקטיבית של החוק, יש להעדיף את התכליות העולה מלשונו הטבעית והרגילה על זו העולה ממוקורות חיצוניים.⁹⁵ באופן דומה, חזקה היא שהתכלית האובייקטיבית של הנורמה מבוססת בלשונה הטבעית והרגילה.⁹⁶ עם זאת, במישור האובייקטיבי, חזקה זויקה בין התכליות לבין המשמעות הטבעית של הלשון אינה נהנית בדרך כלל ממשקל מיוחד בגין החזרות הפועלות לצידה.

סבירומו של דבר: פרשנות שאין לה כל אחיזה בלשון אינה אפשרית כלל ברוב שיטות הפרשנות, לרבות בו הוגנת בישראל. פרשנות בגיןוד למשמעות הטבעית והרגילה של הלשון תיתכן רק בשיטות הפרשנות הלא-AMILIOLET, ורק כאשר ניתן להציג לסתיה וזוהר שעצמתו עומדת ביחס ישר למරחק בין המשמעות המיוווסת לחוק לבין יכולת הבינה של הלשון. כאמור לעיל, קו הגבול בין פרשנות המותחת את הלשון עד לקצה היכולת לבין פרשנות שאין לה כל עיגון בלשון הוא דק מזק. لكن פרשנות שבענגי אחד היא אפשרית מבחינה בלבנית, אם כי מרתתקת לכתחילה, תיראה לאחר חריגתה מן הלשון, ודוגמאות יש למכביר.⁹⁷ הדריון שלhallן יתמקד באורח הספר כולם, על בסיס ההנחה שמיוקמת המדוייק של משמעות המזוויה בתוך אותו אזור, ביחס לכך הגלול, תלוי לעתים קרובות בנסיבות המבנה של הפרשן.

קייםים כמה מצבים טיפוסיים שבהם בתיאום-משפט המפעלים שיטות פרשנות לא טקסטואליות נכוניות, הילכה למעשה, לסתות מן המשמעות הרגילה של הלשון במידה כזו המזכירה את ה"פרשנות" סמוך לגבולות הפסוק של הלשון או אף מעבר להם (בהתאם לזרות-הראייה). היצדוק העומד ביסודו של התחракות מן הפשט בסביבות אלה הוא בדרך כלל שהתחракות מקדמת במידה המרבית את הרצון הקולקטיבי העומד ביסוד החוק. במובן זה, יהו משמעות שאין לה אחיזה בטקסט או שאחיזתה בו רופפת איננו עומדת, לפחות לכאורה, בסתריה לעקרון הפרדת הרשות ולעקרון עליונות הפרלמנט, גם שקשה לכנותו "פרשנות". עתה נגשה לוחות את המצבים המיוויסים הללו, ובדרך אם מקרה סדריוק נופל בגדרי אחד מתחם לפחות.

ראשית, סטייה ניכרת מן המשמעות הרגילה של הלשון, עד כדי שינוייה, נועשית כאשר יש ראיות פווייטיביות ברורות לכך שהלשון כפושטה אינה מבטאת גאונת המחוקק, דהיינו, כאשר ניתן לבסס טענה מן הסוג הבא: אנו יודעים בבירור למה התכוון המחוקק,

94. ברק פרשנות תכליות, לעיל ה"ש 53, בעמ' 403; "על תכליות התקיקה לומד הפרשן מלשونة הטבעית והרגילה של החוקה... יש להנify שהמחוקק מיטה את תכליותו בלשון טבעית ורגילה", ראו גם שם, בעמ' 122, 150, 151; ברק פרשנות משפטי ב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 323: "על תכליות התקיקה לומר השופט מלשונה הטבעית והרגילה של החוקה... בדרך כלל... לשון התקיקה תינגן המשמעות הטבעית והרגילה שלה".

95. ברק פרשנות תכליות, לעיל ה"ש 53, בעמ' 428-429.

96. שם, בעמ' 224, 422.

97. ראו, למשל, את ההתנגדות בין השופטים עניין גניט, לעיל ה"ש 60, ואת ביקורתו של השופט חסין על מHALCI של השופט שי לויון בע"א 3798/94 פלוני נ' פלוני, פ"ד נ(3) 133 (להלן: עניין פלוני).

ואנו משוכנעים שהתקפט אינו משקף במדוק כוונה זו.⁹⁸ בנסיבות אלה יטען הפרשן כי החוק נסות בראשול או בחוסר תשומת-לב. אלא שמסקנה בדבר חוסר התאמה בין הכוונה ללשון בנסיבות שבתן הלשון בורחה וחד-משמעות היא נדרלה למדי, וטעונה הסבר משכני 매우.⁹⁹ ניסיון לתת הסבר כזה נעשה, למשל, ביחס לתיקון האחד-עשר לחוקת ארצות-הברית, תיקון האחד-עשר קובע מפורשות כי סמכות השיפוט של בית-המשפט הפדרליים לא תשתרע על תביעות המוגשות נגד מדינה חברה אחרת או עלי-ידי אורהיהן של ארציות שאין חברות. בפועל קבע בית-המשפט העלוי של ארציות-הברית כי סמכות השיפוט הפדרלית לא תשתרע גם על תביעות המוגשות נגד מדינה חברה עלי-ידי אורהיה שללה¹⁰⁰ או עלי-ידי מדיניות זות.¹⁰¹ בית-המשפט סבר שככל הוא מגשים את כוונתם של מנשי החקיקה להעניק למדיינות החברות חסינות מפני תביעות בערכאות פדרליות¹⁰² – סברה שאינה נקייה מספק.¹⁰³

אצלנו נעשה לכאהה מהלך דומה בעניין שיח, ביחס לפרשנותו של סעיף 57 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.¹⁰⁴ הסעיף מורה כי בית-משפט אורהיל איפעל עונש מאסר על-תנאי שהוותל עלי-ידי בית-דין צבאי אם בית-המשפט "סביר" שהועוגש הוותל בגין "עבירה צבאית" כמשמעותה בחוק השיפוט הצבאי. המושג "סבירה צבאית" הוגדר בחוק השיפוט הצבאי כעבירה לפי חלק בחוק, והמעערר אכן הורשע בבית-דין צבאי בעבירה המזוהה בחלק זה. لكن, לכאהה, לא היה אפשר להפיע עונש מאסר על-תנאי שנוצר עליו בבית-הדין הצבאי.¹⁰⁵ ברט, על רקע ראיות חזקות בדבר כוונתו הособית-תקנית של המחוקק, הסיק בית-המשפט העליון כי "עבירות צבאיות" לצורך סעיף 57 הן "עבירות צבאיות מובהקות" בלבד.¹⁰⁶ עם זאת, אפילו במקרה זה, שבו נראה כי הועדפה כוונה בורחה של המחוקק על

98. השוו Marshall, לעיל ה"ש 85, בעמ' 1349 (לגביו פרשנות החקיקה); ברק פרשנות כלכלית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 181.

99. ראו Marshall, לעיל ה"ש 85, בעמ' 1349, 1351 (כאשר הלשון בורחה וחד-משמעות, הנintel הרובין על אלה הטוענים כי המחוקק התכוון לדבר שונה מזו העולה מדבריו המפורטים הוא כבד מאוד).

100. (Hans v. Louisiana, 134 U.S. 1 (1890). ראו גם את אופן הצעתה של ההלכה בפסקין-הדין הבאים: FMC v. S.C. State Ports Auth., 535 U.S. 743, 754 (2002); College Sav. Bank v. Fla. Prepaid Postsecondary Ed. Expense Bd., 527 U.S. 666, 669-670 (1999); Seminole Tribe of Fla. v. Fla., 517 U.S. 44, 54 (1996).

101. Principality of Monaco v. Mississippi, 292 U.S. 313 (1934).

102. עניין Hans, לעיל ה"ש 100, בעמ' 1349; Marshall, לעיל ה"ש 85, בעמ' 1349; John Randolph Prince, *Forgetting the Lyrics and Changing the Tune: The Eleventh Amendment and Textual Infidelity*, 104 Dick. L. Rev. 1, 9, 41-42 (1999).

103. ראו Marshall, לעיל ה"ש 85, בעמ' 1371-1356 (לשונו של תיקון האחד-עשר מייצגת באמצעות ובתמים את הכוונה המקורית של מתקני החקיקה).

104. ע"מ 6070/04 שיח נ' מדינה ישראל, תיק-על (1) 3356 (2005).

105. שם, בפסקה ד(1) לפסקין-הדין.

106. שם, בפסקות ה, ו(7)-(9) לפסקין-הדין.

הלשון המפורשת של החוק, התאמץ בית-המשפט לרזראות שהפרשנות אינה עומדת בסתירה ללשון, ההסבר היה שלשונו של סעיף 57 דו-ערכית: מחד גיסא, הסעיף מפנה להגדרת המונח "עכבה צבאית" בחוק השיפוט הצבאי; מצדך גיסא, המונח "סביר" מעניק לבית-המשפט שיקול-ידעות, ומושם בכך לא ייתכן שמלאכתו לפי סעיף 57 זהה טכנית (כפי שמתבקש מאימוץ הגדולה שבחוק השיפוט הצבאי).¹⁰⁷ הניסיון לספק עוגן לשוני למסקנה פרשנית "רצואה" בדרך של ליליניות פילולוגית הוא לעיתים תואזה בלתי-邏輯ית של המחייבת הבלתי-邏輯ית של שיטת הפרשנות הタルיתית ללשון,¹⁰⁸ ועל-כן הוא עלול להציג את הדבקות בלשון כמתעתעת או כרטורית גרידא. נראה לי, לפיכך, שהגשה היוצאת ב글וי מוגדי הלשון במקרים יש ראות פוזיטיביות ברורות לכונה נוגדת של היוצר היא עדיפה, ولو מפני שהיא ישרה יותר. על כל פנים, הסטייה מהוראות המפורשת של המשפט בעניין סדריוק אינה ניתנת להצדקה על בסיס ראות פוזיטיביות לקויה של כוונה העומדת בסתירה ללשון.

שנית, כאשר לשון החוק לפי מבנה הרגיל מובילה לתואזה אבסורדית (דהיינו – תואזה שאינה מתישבת עם ההיגון הצרוף או השכל הישר), אשר לא ייתכן שהמשפט הוכח אליה, בית-המשפט רשאי לפרש את החוק באופן המשנה את המובן הרגיל של המילים ואף את מבנה המשפטים של החוק.¹⁰⁹ אמת, המושג "אבסורד" עצמו נתון לפרשנותו. מה שבענייני האחד נראה אבסורד עשוי להיות בענייני האחר תואזה שניית לחווית עימה.¹¹⁰ לכן ישומו של הכלל הפרשני הנוגע באבסורד לשוני עלול לעורר קשיים ומחולקות במקרים קונקרטיים. אולם הטעם העומדabis solo של הכלל ברור: התנהה היא שבהעדר ראות לסתור המשפט לא הייתה מעוניין בתוצאות אבסורדיות, ומכאן שפרשנות המובילת לתואזה כזו אינה עולה בקנה אחד עם כוונתו המשוערת ואינה מובילה להגשה.¹¹¹ מדובר אפוא בחקיקה אשר מתייחסת לכוונות המשפט ומעניקה לה עדיפות על הניסוח הタルיתית של אותה כוונה. נראה

107. שם, בפסקות ה(5), ו(1)-(6) לפסקהה דין.

108. לעניין המתויבות ללשון ראו ה"ש 53-51, 92 והטקסט הסמוך להן.

109. ע"פ 231/76 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד ל(1) 309 (1976); ב"ש 7323/98 מדינת ישראל נ' רגיאן, פ"ד נג(4) 134, 126 (1999). ראו גם ברק פרשנות המשפט ב, לעיל ה"ש 53, בעמ' 186-187, 285-277; ברק פרשנותタルיתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 122. וכן: WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 60 (1765), available at www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/introa.htm#3: "Where words bear either none, or a very absurd signification, if literally understood, we must a little deviate from the received sense of them"

110. בג"ן 2257/04 סיתת חד"ש-יתעל נ' יושבת ראש ועדת הבחירות המרכזית לבנטה הי' 17, פ"ד נח(6) 685 (2004), פסקה 39 לפסקהה דין של הגשיא ברק. ראו גם ברק פרשנותタルיתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 330.

111. השוו Marshall, לעיל ה"ש 85, בעמ' 1351: "I am not exactly sure what was really intended. but I am very sure that the text does not reflect what was really intended" שם לשימוש בכלל האבסורד במוגרת פרשנות של התיקון האחרון-עשר לחוקה האמריקאית, אשר נידון לעיל.

כ"י בשיטת הפרשנות הנוגאת אצלו, התנהה הפרשנית שלפיה החוק אינוمولיך לאבטورد פועלות אין כחוק שבעובדה בדבר ה��כלית הסובייקטיבית (כוונת המחוקק)¹¹² והן כחוק שבדין בדבר ה��כלית האובייקטיבית.¹¹³ ומן הכלל אל הפרט: לשונם של הסעיפים 20 ו-49 לחוק שירות ביטחון לפי משמעוatha הרגילה אינה מובילה לתוצאה אבסורדית, ועליכן גם עיקרון זה אינו יכול להוכיח את הפרשנות שניתנה לשילובם בעניין סדרiotic.

שלישית, כאשר לשון החוק לפי מובנה הרגיל מובילת לפגיעה הנחוצה בבלתי-חוקית בוכויות-יסודה, בית-המשפט משתדל לפרש את החוק באופן שמתישב עם הוראות החוקה (ואצלו – חוקי-היסוד), גם אם הפרשנות המתקבלת רוחקה כרוחק מורה ממערב מן המשמעות הרגילה של לשון החוק. כך אידיע, למשל, במקרים הדועץ של *Bob Jones Univ. v. United States*,¹¹⁴ שבו פסק בית-המשפט העליון של ארצות-הברית כי הוראת חוק שפטה מוסדות חינוך מסוים הכנסה אינה חלה על מוסדות שיש בהם מדיניות קבלה מפללה על בסיס גזע, אף שלקכיבעה זו לא הייתה בסיס בלשון החוק. אילו התפרש החוק לפי מובנו הלשוני הרגיל, הייתה בו ממשום פגיעה בזכות החוקית לשווין.

היגיון דומה עומד, לדעתו, בכיסיו של פסק-הדין שניתן לאחרונה בפרש גניס נ' משרד הבינוי והשיכון.¹¹⁵ באותו עניין העניקה הוראת חוק לעותרים זכות לקבלת מענקים (להלן): ההוראה המזוכה. הוראות חוק מאוחרת דחתה את מועד תחילתה של ההוראה המזוכה והחילה את הדחיה למפרע (להלן: ההוראה הרטרואקטיבית). הנחת-המשפט מצא של כל השופטים הייתה של הפרשן לעשותות כל שביכולתו כדי לחת לחוק פירוש שיעלה בקנה אחד עם הוראות חוקי-היסודה, ורק אם דרך זו אינה אפשרית – להעמיד את החוק לביקורת חוקית, המסכנת את תוקפו.¹¹⁶ משמעוatha האופרטיבית של קביעה זו בנסיבות המקרה היהיה, לדעת השופטים חסין, ברק, פרוקצ'יה ובינייש, שההוראה הרטרואקטיבית אינה חלה על מי שהסתמך על ההוראה המזוכה ושינה את מצבו עלי-פה, אלא רק על מי שלא הסתמך עליה.¹¹⁷ זאת, אף שלשונה המפורשת של ההוראה הרטרואקטיבית לא הותירה פתח להבחנה כזו, שופט המיעוט מצא (שאליו הצטרפו השופטים טירקל וריבלין) הרגיש כי פרשנות זו מהוות, הלכה למעשה, שינוי של לשון החוק, לדידו, "פרשנות" כזו חורגת מגבולותיה הלגיטימיים של הפעולות

112. בرك פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 156 (ניתן להגיה הנחתה שבעובדה, המבוססת על נסיוון-התיים של הקהיליה המשפטית, ביחס לרצונו המשמי של המחוקק). לגבי מהותן של החקוקות בדבר ה��כלית האובייקטיבית ראו שם, בעמ' 225 ("חוקות ה��כלית הן עניין שבדין... אין הן עניין שבעובדה").

113. שם, בעמ' 225 (חוקה שהתקcept לא יביא לתוצאות אבסורדיות). ראו גם שם, בעמ' 425 (חוקה שחחקיקה מבקשת להשיג דברים שבהיגיון).

114. Bob Jones Univ. v. United States, 461 U.S. 574, 593-596 (1983).

115. לעיל ה"ש 60.

116. שם, בפסקה 15 לפסק-דינו של השופט חסין, פסקה 5 לפסק-דינו של הנשיא ברק, פסקה 2 לפסק-דינו של השופט ריבלין, פסקה 1 לפסק-דינה של השופט בגיןש וכן בפסק-דינו של השופט טירקל.

117. שם, בפסקה 22 לפסק-דינו של השופט חסין (שאליו הצטרפו הנשיא ברק והשופטות בגיןש ופרוקצ'יה).

הפרשנית, לאוסף העניין פסק השופט מצא כי ההוראה הרטראקטיבית פוגעת בוכות הקניין של העותרים במידה העולה על הנדרש ועל-כן בטלה. מננות עמדותיהם של השופטים בפרשנת גניות עולה כי פרשנות מוצמצת בנייגו לשון במרקם שבתוכם הלשון הפשטota מובילה לתוצאה בלתי-חוקית משורת יעד השופט; היא מאפשרת לבית-המשפט להימנע מביטולן של הוראות חוק, התנהה היא שמהזוקק וצינורי יעדיפה תמיד פרשנות המחייבת הוראת חוק ורק על חלק מן המקרים שעיליהם היא נועדה לחול מלכתילה על פרשנות המוביילה לביטולה המוחלט. הסיג לעליונות הלשון מביא את כוונת המוחזק לירוי מימוש מרבי לנוכח התנגולות החוקית על תוכנם של חוקים. בשיטת הפרשנות הთכליתית היג�ן זה מוצא את ביטויו בשתיים מן החוקות החשובות בדבר הთכלית האובייקטיבית (שהן גם חזות שבעובדה לנבי הთכלית הסובייקטיבית): (1) החזקה שלפיה החוק תקף; (2) החזקה שלפיה החוק תואם את הוראות החוקה.¹¹⁸ לענייננו: מכיוון שסעיפים 20 ו-49 לחוק שירות ביטחון מוגנים עליידי פסקת שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹¹⁹ לא היה אפשר לטעון שפירושם בנייגו לשלון מיועד להציגם מבקרות חוקית; וגם אילו היה אפשר להעמיד את הסעיפים הללו כפשותם במחני פסקת ההגבלת, יש להניח ששניהם היו ממשיכים לעמוד על תילם.

רביעית, כאשר לשון החוק בפשטה מובילה לתוצאה הפטורית את תקנת הציבור, השופטים מגלים בכוננות לפרש את החוק תוך התרתקות מן המשמעות הטבעית והרגילה של לשונם. ניתן להניח שהחוק אין מכוון בדרך כלל לחוק חוקים הפטורים את תקנת הציבור. ניתן לתוסיף ולומר שהשאיפה למגוון פגיעה בתקנת הציבור נמנית עם ערכיה-יסוד המונחים בסיסי הთכלית האובייקטיבית של החוק, ורulen: בעניין פלוני¹²⁰ הגיעו הרבה לכך שאחד השופטים "פירש" הוראת חוק בדרך של הוספה סייג שאין לו שום אחיזה בלשון על יסוד שיקולים של תקנת הציבור. המערער דתתם היה אדם נשוי שלא הצליח להביא ילדים לעולם עם אשתו החקית, ואילך פיתה נערה בת חמיש-עשרה לקיים עימיו יחסי מין, תוך ניצול מצוקתה, וגרם לה בטענות-יכוב לחיינע מהפללה לאחר שהתגלה דבר הריוונה. הנערה ביקשה למסור את הילד לאימוץ, אולם המעדער התנגד ודרש כי הילד יימסר לידי. השופט שלמה לוין סבר כי בנסיבות המקורה לא מתקיימת אף אחת מן העילות הקבועות בחוק להכרזה על הילד כבר-איימוץ בניגוד לעמדת אביו. ברם, "יש לקרווא לחוק [החוק] ככל נוסף הקובל שאין תורה ושאי לסדר להכרזות קטין כבר-איימוץ אם הדבר נוגד טעמי שבתקנת הציבור הקשורין בנסיבות שהביאו להולדתו של הקטין. הכל האמור יהול ללא קשר לעילות הנזירות [בתוך], והוא מתחווה יישום לכל האוניברסלי שלא יצא חוטא נשכර".¹²¹ לדידיו, הוספת הכלל האמור היא בוגדר "פרשנות מרחיבת", אף שהיא יכולה לתממש גם בדרך של השלמת "חדר סמו" בחוק.¹²²

118. ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 224, 423-422, 425, 429.

119. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ת התשנ"ב 50.

120. לעיל ה"ש 97.

121. שם, בעמ' 155.

122. ברק פרשנות במשפט א, לעיל ה"ש 58, בעמ' 481-482;

ניתן לכואורה לטעון כי גם הפרשנות שניתנה להוראותיו של חוק שירות ביחסו בעניין סדריוק מתבקסת מן העיקרונות הכללי שלפיו "לא יצא החוטא נשכਰ". תשובתי לטענה זו מושלתה. בראש ובראשונה, סברוני כי שיקולים כליליים של התקנת הציבור יכולם אומנם להרחיק את השופט הפרשן מן המשמעות הרגילה והטבעית של הלשון, אך אין בכך יכולם ליציר יש מאיין סייגים או תגבורות שמנוגדים לשפה החוק ואשר אין מתייחסים עמו כוונתו המוצחרת של המשפט, להבדיל מכונגה משוערת. אין מדובר כאן במצב שבו מתייחס הלשון או הrigue ממנה נדרשים לשם הסרת החשש מפני חוסר תקיפות לווי (כמו במקרה של אבסורד) או חוקתי (כמו במקרה של פגיעה בזכותו יסוד לא על-פני תנאה של פסקת ההגבלה). הrigue מן הלשון כפושטה ללא ראיות פוזיטיביות בדבר כוונה נוגדת של המשפט אינה נזוצה להצלה החוק מאינזון או בטלות, ולכן אין הצדקה לייחס למחוקק כוונה שאין לה שום עוגן לשוני. אשר על-כן נראה בעיני כי מחלוקת של השופט לוין בעניין פלוני אין יכולם להיחשב לפרשנות, אפילו לפי הגישה הנדיבת ביותר, ואין עולמים בכך מה שקבעה האחד עם עקרון הפרדת הרשותות ועם עקרון עליונות הפרלמנט. מאותן סיבות אי-אפשר להצדיק על בסיס שיקולים של התקנת הציבור את הrigue מן הלשון בעניין סדריוק.

לא זו אף זו: אפילו היהתי מקבל את עדותו של השופט לוין בעניין פלוני, ספק גדול אם היה אפשר לגור גורה שווה מתחם להבא. כאשר הכיד השופט המלמד בקורס שועליל איטין שלא בא זכרה בחוק, על יסוד העיקרונו שלפיו "לא יצא החוטא נשכר", והחיל אותה על המשפט שלפניו, היה זה משומם נסיבותו החריגות בחומרתן. לדבריו, "קשה לתאר במילים את עלילותיו של המערער שעשה שימוש חסר מעוזרים בגופה של נערה צעירה כדי לנצלה כמכשיר לצורך סיפוק רצונו בילד תוך ביוי רגשותיה, תומתה, כבודה וככבוד בני משפחתה".¹²³ התוצאה של מסירת הילד לאביו הייתה "נוגדת כליל יסוד בסיסיים של התקנת הציבור".¹²⁴ השופט המלמד הדגיש כי חותמת-עדתו אינה מתייחסת לכל מקרה שבו הוועגה הולדה של קtiny בעברה, אלא אך ורק למקרה המתיוחד שנידון לפניו.¹²⁵ פירוש הדבר הוא שאפילו לדעת השופט לוין, פרשנות בגיןו ללשון על בסיס שיקולים של התקנת הציבור אפשרית אך ורק במקרים קייזן חריגים ונדרירים.¹²⁶ מעשהו של המערער בעניין סדריוק לא הגיע – ואף לא

"חסר סמי קיים מקום שהנורמה, על-פי לשונה, תלה על מצב הדברים הדורש הכרעה. עם זאת, על-פי תכליתה של הנורמה,מן ראוי היה להזכיר בחരיג או בהגבלה לעניין מצב דברים זה. הנורמה חסורה משום שהחריג או ההגבלה לא הוכרו בה, והשופט מלאה את החסר על-ידי הכרה בהם. במצבים אלה, השופט אינו עומד בפני ביריה של שלמת החסר או סירוב לשפט. גם בלא שלמת הנורמה היא תלה על מצב הדברים העומד להכרעה, שכן לשונה משתרעת על מצב דברים זה. עם זאת, החלטת הנורמה על אותו מצב דברים נוגדת את תכלית הנורמה. החסר הוא "סמי", שכן משלו הנורמה עצמה ניתן להסיק, כי היא חלה על מצב הדברים הדורש הכרעה, ורק מחוק עין בתכלית של החקיקה יש להסיק כי אין להחיל את הנורמה על אותו מצב דברים".

.123. עניין פלוני, לעיל ה"ש 97, בעמ' 146.

.124. שם, בעמ' 154.

.125. שם, בעמ' 155-154.

.126. השוו שם, בעמ' 190, מפי השופט בר ("גם אנו כי, אין בראתי לשלול את האפשרות שבמקרים

התקרב – לדרגת החומרה של מעשי המערער בעניין פלוני, ועל כך עוד נרחיב בהמשך. לבסוף, כאשר בית-המשפט מפרש את החוק בגיןו לשונו או תוך מתייחס הלשון עד קצה היכולת על יסוד שיקולים של תקנת הציבור, נדרשות, למצער, הودאה שיפוטית בכך שמדובר במקרה חריג וכן הצדקה גלויה וMSC נמצאת למחרך כזה. בית-המשפט בעניין סדריוק לא היה ככל הנראה מודע לכך שההלך שנקבעה על-ידי מוסיפה סייג להוראותו המפורשת של סעיף 20 בלי אחזיה בלשון החוק, והוא הרி סבר בטעות כי הקונסטרוקציה המבוססת על סעיף 49 לחוק שירות ביטחון משתרעת גם על המקרה הנידון, הנשיא לא ראה לנגד עניינו הוראת חוק שיפורומה בנסיבות המקרא עלול להוביל לתוצאות הנוגדות את תקנת הציבור, ועל-כן לא ראה צורך להשתמש בעיקרו שלפיו חוטא לא יצא נשכר באופן שבו השתמש בו השופט לויין בעניין פלוני.¹²⁷ אילו זאת אין כאן הודה בחריגה מן הלשון, לא כל שכן הצדקה מפורשת לחירינה זו.

ג. יצירה שיפוטית לא-פרשנית

עד לכואן הראינו כי פסק-הדין בעניין סדריוק, המתימר להוציא אל הפועל את הפרשנות שניתנה לסעיף 49 לחוק שירות ביטחון בפסקה ותיקת, קובע למעשה הלבנה מחדש הוראות החוק (פרק א), ואינה יכולה אלא בכדי להיחשב לפרשנות לגיטימית של הוראות החוק (פרק ב). טוען הטוען כי גם אם ההלכה נטולת אסמכתה ואינה יכולה להתקרא "פרשנות", הדריה רואית, ומשום כך היה בית-המשפט רשאי לקבועה בבחינות חקיקה שיפוטית לבר-פרשנית.¹²⁸ יצירה שיפוטית לבר-פרשנית אינה בדיחה במשפט ארצנו, אלא שעל-פי-רוב היא מסדרת תחומי משפט שלא הוסדרו בחקיקה כלל (ורוגמת המשפט הציבורית ודיני היפויים)¹²⁹ או מלאת חלים בחוקים ספציפיים (לקונה), ולא קובעת תנאים המוגדים להוראות החוק. יצירה שיפוטית שתכליתה למלא חלים במשפט נהנית מLAG-מציה, בין היתר מפני שהיא משרת צורן ציבורי חשוב מבלי לתסיג את גבולו של המשפט.¹³⁰ ברם, הלהת סדריוק אינה ממלאת חסר גלי ואמיתי: סעיף 20(א) לחוק שירות ביטחון קובע את המועד האחרון לקריתו של אדם לשירות סדיר, כפוף לנסיבות שמקורם בתוראות החוק

חריגים ווצאי דופן ימצא בבית המשפט צורך להוסף להוראות המפורשות של חוק הוראה אשר אינה כלולה בו, בדרך של מעין פרשנות כללית, בפרט למשמעותו תוצאה אינה סובליתן, או העוסקת את החוק פלטמר, או הנוגעת בעיל את תקנת הציבור").

¹²⁷. בית-המשפט בעניין סדריוק ראה בהלהת הوثיקת, כפי שהתרשה עלי-ידיו, ביטוי לאותו עיקרוון כללי, ולא תימר לגורו מן העיקרון הכללי הלהת הדרשה.

¹²⁸. השוו בדק פרשנות הכללית, לעיל ה"ש 53, בעמ' 59: "שינוי לשון החוק – אם בהוספה ואם בגירעה – מחייב היזקקות לדוקטרינות לבר-פרשניות, כגון השלמת חסר בחוק"; שם, בעמ' 60: "МОВН שאין לו עיגן לשוני... אין מובן שניית להגיא אליו בדרך פרשנית והוא מחייב היזקקות לדוקטרינות לבר-פרשניות".

¹²⁹. ראו בדק "היצירת השיפוטית", לעיל ה"ש 53, בעמ' 271.

¹³⁰. ראו ה"ש 62-64 לעיל והתקסט הסמוך להן.

עצמיו; במקורה דנן לא חל אף אחד מן הסיגנים, ומושום כך לא היה אפשר לקרווא לمعدער לאחר תום התקופה הנוקובה בסעיף 20(א). הנה כי כן, הטענה כי ניתן לבסס את תלכת סדריוק על יצירה שיפוטית לבר-פרשנית מניחה כי הייצירה השיפוטית הלבר-פרשנית יכולה לא רק למלא חללים ממשיים בחוק ספציפי או בחקיקה בכללותה, אלא גם לשנות את הוראותיו המפורשות של החוק ללא הסמכה חוקית או חוקית.¹³¹ מהו העוגן הנורטטיבי ליצירה כאמור? כדי להסביר על שאלה זו נשוב ונפנה אל פרשת פלוני. כזכור, באתו מקרה הוסיף השופט לויין לחוק עיליה להכרות ילד כבר-איימוץ בניגוד לעמדת הוrhoו בדרכ ש"פרשנות". השופט חשין הגיעו לאותה תוצאה על בסיס נימוק שוניה קמעה. לדבריו, העיקרון שלפיו "מי שעשה מעשה נבלה – מעשו לא יזכה" הוא עקרון-יסוד נפרד ועצמאי בשיטונו, "שכוחו כוח של חוק", ועל כן יש לנוהג על-פיו כל עוד לא הוראה המתווך במפורש אחרת.¹³²

אפשר לכואורה לטעון כי טעם דומה עומדת אף ביסודה של תלכת סדריוק, אלא שטענה זו אינה תקפה בענייני מכמה טעמיים.ראשית, נימוקו של פסק-ידין צריכים להתפרש בפסק-הדין גופו. בית-המשפט בעניין סדריוק הסתמך על פסק-ידין מוקדמים שפירושו ויישמו את הוראותיו של חוק שירות ביטחון, והציג את הحلכה העולה מהם כמסקנה מצירופם של סעיפים 20 ו-49 לחוק, דהיינו – כהלה שמקורה בפרשנות החוק, ולא ביצירה שיפוטית לבר-פרשנית.¹³³ את העיקרון שלפיו אין החוטא יוצא נשכר הוא לא הציג כצדוק לחיקקה שיפוטית לא-פרשנית, אלא כרצינגל העומד ביסודה של הפרשנות שניתנה לחוק בעניין לוי. אילו היה בית-המשפט מעוניין לתקן את הוראותו של סעיף 20 לחוק שירות ביטחון על יסוד עקרון-על, היה עליו לציין כי זו הדרך שבה בחר לילך, ולהצידק את בחרינו. אלא שהדבר לא געשה. ברי כי פסק-ידין הנגע בפגם (כאן – חריגה מגבלות הפרשנות הלא-פלונית) אינו יכול להיוושע מצורתו על בסיס נימוקים שאינם מובאים בו כלל אלא מושמעים רק בדיעד, לאחר חישפת חולשתם של הנימוקים שבהם געשה שימוש בפועל.

שנית, הכרה בסמכותו של בית-המשפט להוסף לחוק סיגנים והגבלות שאין להם כל בסיס בחוק גופו, על יסוד "עקרונות-על" יצירוי פסיקה, מעוררת קשיים דומים לאלה, שמעוררת פרשנות קוגנרטקטואלית. זהה למעשה הסמכה לחיקקת שיפוטית contra legem, שבית-המשפט עלול לעשותה בה שימוש כל אימת שלא יחווץ לחייב את הוראותו המפורשת של החוק על נסיבות המקהלה לפניינו ממניינים ערביים-סובייקטיבים. הקיקה שיפוטית הגוררת את הוראת החוק, יהא כינויו אשר יהא, מתקעת את עקרון הפרotta הרשוית ואת עקרון עליונות הפרלמנט, מערערת את הוואדיות המשפטית, קובעת חוק בעל תחולת רטיאקטיבית ופוגעת באמון הציבור בבתי-המשפט, שכן אין נפקא מיננה, לדעתו, אם יצירה שיפוטית כזו נקראת "פרשנות מרוחיבה" של החוק (כאמarrow של השופט לויין בעניין פלוני), השלמת "חסר סמי" בחוק (כפי שהוצע אגב אורחא על-ידי השופט לויין בעניין עניין) או פיתוח המשפט על יסוד עקרונות-על (כגישתו של השופט חשיין שם), הגם שלידיagi הגישה

131. יש שיטענו כי לפניו "חסר סמי". לגדות מושג זה ראו ה"ש 222 לעיל, לביקורת על רעיון החסר הסמי ראו ה"ש 134 להלן והטקסט הסמור לה.

132. עניין פלוני, לעיל ה"ש 97, בעמ' 178.

133. עניין סדריוק, לעיל ה"ש 9, בפסקה 6 לפסק-ידין.

האהדונה מייצגת בצורה הנאמנה ביותר את טיב הייצרה.¹³⁴ כך או כך, מדובר בדרך "שכרכוכים בה, בחשבון סופי ואמתי", סיכונים למערכת המשפט ולמערכת השיפוט".¹³⁵ לפיכך, גם המצדדים בקיומה של סמכות לסייע הוראת חוק מפורשת על יסוד עקרונות-על.¹³⁶ מביןם כי השימוש בסמכות כזו יכול להיעשות אך ורק במקרים נידירים וקיצוניים במיוחד,¹³⁷ על אחת כמה וכמה כאשר הפעלה פוגעת בזכותו-יסוד מוגנת (סוגית שעוד ידועה בה להלן). אכן, ככל המקרים שבhem נעשה שימוש בסמכות האמורה היו הגסיבות יוצאות-דין, גם השופט חסין הבahir, עניין פלוני, כי הנסיבות המוחdot של המקרה הן שהביאותו למסקנתו:

הערער נרדה בעיני כמי שאנס קטינה... ולאחר האונס סובב את הקטינה בכח ובמירות עד אשר הפך העובר להי ולא עוד ניתן להפילו, או אז עוזב את הקטינה לנפשה בעוד ברסה בין שנייה, ומשהעמידה ולדתי עמד ותבע זכות... הקטינה-יאם מבקשת ומתהננת שהילד יימסוד

¹³⁴. אני מקבל את הטענה כי פרשנות של חוק אינה יכולה להוביל למסקנה הפוכה מזו שთוווק מורה עליה מפורשות (עניין פלוני, לעיל ה"ש, עמ' 174-172, מפי השופט חשין), הפרשנות היא פعلاה הנעשית ביחס לשפה, ולכן, אף שתיתכן בה מידת יצירתיות, היא אינה יכולה להיות מנוטקת לחולוטין מן הלשון. אני נוטה לקבל גם את הטענה כי "חסר סמי" איננו חסר של ממש, אלא "חסר שאנו רואים בעינו רוחנו משום שלדעתנו ראיו שנראה חסר" (שם, עמ' 174-177, מפי השופט חשין).

¹³⁵. שם, עמ' 187, מפי השופט זמיר.

¹³⁶. יש כמובן כאלה שאים מכירים בסמכות כזו כלל וכלל. כך, למשל, כתוב שופט המיעוט, השופט כהן, בע"ב 65/1 ידרור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965): "במדינה אשר בה שלוט החוק, אין שלולים זכות אדם, והוא הוא הפושע המשוכן והבוגד הנבזה ביהו, אלא בהתאם לחוק בלבד... [לא] בית משפט זה [מחוקק] במדינה זאת; הכנסת היא הרשות המחוקקת, והוא אשר מסמיקה את מוסמכתה, אם רוצה בכך, לעשות לאיש כורכי וכפרי מעלוין. בהעדר הסמכה כזאת מעת המחוקק, לא התגין ולא הברחה ולא אהבת המולדת ולא שום שיקול אחר, יהא אשר יהא - מצדיקים עשיית דין על דעת עצמו ושלילת זכות הולת".

¹³⁷. עניין פלוני, לעיל ה"ש, עמ' 97, בעמ' 187, מפי השופט זמיר ("בית המשפט יכול, ולעתים ראוי, שילך בדרך נזעת של חקיקה שיפוטית המנוטקת לחולוטין מלשון החוק, ואולי אף מנוגדת לשון החוק, כדי להציג את תכלית החוק או להגן על ערכיו יסוד. אך זהו דרך שעת תירום... לבן עזקה, אם ורק אפשר, שבית המשפט יילך בזרק הסוללה והבטוחה של פרשנות הזומה מתוך לשון התקוק"). ראו גם עניין ידרור, לעיל ה"ש 136, שבו נקבע, וגם זאת כנגד דעת מיעוט תקיפה, כי חורף העובدة שרישימת מועמדים לכנסת קיימה את כל התנאים הקבועים בחוק לאישורה על-ידי ועדת הבחירות המרכזית, העובدة רשימה וחותרת תחת קיומה של המדינה או שלמותה מזכירה את אי-אישורה על-ידי הוועדה. כאן לא מדובר בהפעלת העיקנון שלפיו לא יצא החונא נשכר, אולם בית-המשפט הוסיף לחוק סייג בלוי עיגון לשוני, על יסוד העיקנון "שמידינת ישראל הינה מדינה בת קיימת ושאנן להרהר אחריה המשכוותה ונצחיתתה" (שם, עמ' 386, מפי הנשיא אגרנט). השופט זוסמן הבahir והציג את חומרה

לאימוץ לודים. מבקשת היא לבורוח מפני חימם קשה זו שעברת... אך המערער בשלו. המערער עשה מעשה נבלה שמעטים ידמו לו או ישו לו...¹³⁸ אם נוכה את האב-המעערר בancockשו, כך אמדנו אל לבנו, נחש בחריפות מקאיבכה כי עשינו את אשר לא יעשה.¹³⁹

ה"חטא" שעליינו ניסה המערער דחתם לבסס את זכותו היה פשע על-פי הגדרתו המשפטית של מונח זה) שאימוסרתו וועקת השמייה.¹⁴⁰ כך היה גם במרקחה תידוע שבוי ביקש נבד שרצצת את סבו לרשות את הסב בהתאם לצוואה, המובא כדוגמה הקלות ליישומו של העיקרון הכללי שלפיו "לא יצא החוטא נשכר".¹⁴¹ ההלכה שנקבעה על-ידי בית-המשפט העליון בעניין סדריוק, לא כל שכן החלטת על המקרה הספרטני, איןן מתיחסות עם תפיסת מינימליסטית זו. ההלכה משתרעת על כל מקרה שבו העיכוב נבע מ"התנהגות רעה" של יוצאי-הצבאה, בין אם היא אסורה על-פי דין ובין אם לאו, ובלי קשר למידת חומרתה מנוקדת.

המקרה. רשות המועמדים לא הייתה בלתי-חוקית טרידא, אלא חורה תהא אושיות קיומה של המדינה, ו"מדינה אינה חייבה להסכים שיחוללה וימתקווה מן המפה. שופטיה אינם רשאים לשבת בחיקוק ידים ולוחתייאש מהודר דין פוליטיבי כשבעל-דין מבקש מהם, שיוציאו לו יד עזר כדי להביא את הקץ על המדינה" (שם, בעמ' 390. עיינו והשוו: Kraut v. Morgan & Bro.

:Manhattan Storage Co., 38 N.Y.2d 445, 454 (1976)

Where the maintenance of a cause of action would be "manifestly injurious to the public interest or shocking to our morals or contrary to fundamental principles of justice or 'deep rooted traditions of the common weal'", the courts may properly refuse to enforce it.

.138. עניין פלוני, לעיל ח"ש 97, בעמ' 155-156.

.139. שם, בעמ' 164. ראו גם שם, בעמ' 167: "עניינו לנו שהוא בתוsha המחלחלת בנו, תחושה חריפה של עול מוסרי אשר נעול - לנעה-האם, למשפחתה, לבני החברה שבה אנו חיים לנו עצמנו - אם אך ניעתר למערעד וניתן את בנו בידיו". השופט חזין חורן ומדגש כי פסיקתו מתייחסת למקרה "יחיד ומוחדר", שם, בעמ' 183.

.140. הפליליות של המעשה והודגשה גם בכתב הטענות של באתיוכו היוזן המשפטי לממשלה בעניין פלוני, שם, בעמ' 142 על-פי העיקרון הכללי, "אין אדם רשאי וכות על-ידי ביזוע מעשה פלילי".

.141. *In re Estate of Riggs v. Palmer*, 115 N.Y. 506, 511-512 (1889). ראו עוד בעניין זה: *In re Estate of Kiejlches*, 740 N.Y.S. 2d 85, 87 (2001) (אישה שרצצת את בעלה אינה זכאית לדשת אותו); *In re Estate of Mathew*, 706 N.Y.S. 2d 432 (1999) (אדם שרצצת את רעייתו אינו זכאי למלא התקובלות בגין מכירת רכושם המשותף); Michael G. Walsh, *Homicide as Precluding Taking under Will or by Intestacy*, 25 A.L.R. 4th 787 (1983) (מושב New York Mutual Life Insurance Co. v. Armstrong, 117 U.S. 591, 600 (1886) בთווה ביטוח חיים אשר רצח את המביטה אינו זכאי לתגמוליהם); F. S. Athmer, 178 F.3d 473, 475-476 (1999) (כאשר יש כמות מוטבים בთווה ביטוח חיים, אחד רצח את המביטה, הוא וرك והוא אינו זכאי לתגמוליהם); F. S. Tinio, *Killing of Insured by Beneficiary as Affecting Life Insurance or Its Proceeds*, 27 A.L.R. 3d 794 (1969)

המבחן המוסרי, וכן על כל מקרה שבו הייתה הסכמה משתמשת של יוצאי-הצבא לעיכוב. לא נדרשת פליליות ואף לא חומרה יתרה. ככל שמדובר ב"הסכם משתמש" לעיכוב, אף לא נדרשת התנהגות בלתי-מוסרית של יוצאי-הצבא. נוסף על כן, בנסיבות המקרה שבו עסוקין ברשימתו, קשה לומר שאירועות של המערער להנחתיתן של רשות הצבא להשתחף בשלושה שיעורים בשבוע עולה כדי התנהגות יוצאת-ידיון בחומרתה.

שלישית, אילו הייתה הילה הילכה שנקבעה בעניין סודיק יצרה שיפוטית לביר-פרשנית, יש להניח שהיא לא הייתה עומדת במבחן החוקתי. בראש ובראשונה, הרחבה סמכות הקראיה לשירות בעניין סודיק, להבדיל מהרחבתה של סמכות זו בעניין לוי, אינה עולה בקנה אחד עם הוראותיו של חוק-יסודו: כבוד האדם וחירותו. הגיסות לצבא נושא עימם פגיעה בפועל או בכוח בשורה של זכויות חוקתיות, החלקן מנויות בחוק-היסוד וחלקן מוגנות על-ידי מכות פרשנות.¹⁴² הדוגמאות העיקריות לפגיעה בזכויות מנויות הן האבלת החירות האישית במבנה הפיזי-הצרך¹⁴³ וכן חיבורו של החייל לעמדת בסכנה של אובדן חיים או פגעה גופנית.¹⁴⁴ הגיסות לצבא עלול לפגוע גם בזכויות בלתי-מנויות, כגון חופש המיצפון (שכן החייל נדרש לבצע גם פעילות שהוא מתנגד לביצועה מבחינה אידיאולוגית),¹⁴⁵ החופש מدت (החייל מנוע, למשל, מהכנסת מזון לא-יכשר לביסיס צבאי),¹⁴⁶ חופש האספה וההתאגדות (זוות שהחיל אינו יכול להיות חבר בארגון חילים או להשתתף באספת חילים),¹⁴⁷ החופש הביטוי (החייל מנוע, למשל, מהתבטאות פומביות בנושאים מדיניים)¹⁴⁸ ועוד. הלכת סודיק, כמו הלבת לוי, מרחיבה את סמכות הקראיה לשירות סדר, ובכך מאפשרת פגיעה בזכויותיהם של אלה שלא היו מוגיסים בלבד. למרות זאת, השתיים נקבעות-המבחן החוקתי.

142. עניין יהוהיב, לעיל ה"ש 28, בעמ' 378. ראו גם עניין גורביבסקי, לעיל ה"ש 33, בפסקה 9 לפסק-הדין ("השירות לצבא כרוך מיניה ובה... בפגיעה בזכויות יסוד").

143. עניין יהוהיב, לעיל ה"ש 28, בעמ' 378; וכן שם, בעמ' 383 ("החייב לשירות בטחון... יש בו גם האבלת השירות"). ראו גם בג"ץ נס 4062/95/95, תק"על 479 (1995), פסקה 2 לפסק-הדין ("אין ספק בדבר שיש בכפיה השירות הצבאי על האורח מסוים פגיעה בחירותו האישית"); עניין גורביבסקי, לעיל ה"ש 33, בפסקה 9 לפסק-הדין ("בג'וס לשירות סדר יש בודאי משום פגיעה, פשוטה, בתירותו הפיסית של הנקרה לשירות"); מרדכי קרמניצר ואדריאל בנדורן חוק יסוד: הצבא 70 (2000).

144. כך, סעיף 3 לפקודה צבא הגנה לישראל, התש"ח-1948, ע"ד תוס' א 9, קובע כי "כל אדם המשרת לצבא הגנה לישראל חייב להישבע שבאותו ותויל מתייחס לתקביש את כל כוחתי ואף ולשלטונויה המוסכמים", במסגרת שבאותו ותויל מתייחס לתקביש את כל כוחתי ואף להקריב את חייו להגנת המולדת ולثورות ישראל" (פ"מ 33.0915 "שבועת אמונים לעזה' וחולקת נשך לטירונים").

145. ראו במיוחד בג"ץ 734/83 שין י' שר הבטחון, פ"ד לח(3) 393 (1984) (מספרונות סלקטיבית אינה יכולה לשמש עילה לפטור משירות צבאי).

146. פ"מ 34.0101 "ביטחונות".

147. פ"מ 33.0116 "פעולות ציבורית של אנשי צבא, והתבטאות פומביות וקשר עם עיתונאים".

148. שם.

היסוד.¹⁵³ דא עקא, הפגעה בזכויות של יוצאי-צבא בעניין סדריוק (ושל כל יוצאי-צבא המgoיס מכות הכלל שנקבע שם) אינה עומדת בדרישות אלה, הטעם לכך פשוט. פגעה בזכות-יסוד יכולה להיות אך ורק בחוק או "לפי חוק... מכות הסמכה מפורשת בו".¹⁵⁴ המונח "חוק" בפסקת ההגלה משמעו חוק של הכנסת.¹⁵⁵ הדגש מושם בקיומה של נורמה

153. נזכיר כי עניין לנו באדם שטרם גויס לשירות ביטחון, ועליכן לא חלה לביו פסקת ההגלה המיזהה הקבועה בסעיף 9 לחוק-היסוד.

154. על טעםיה של דרישת זו איןנו מתכוון להרחיב את הדיון כאן, שכן לצורך דיננו די בעצם קיומה. לדין בצדוקים לרישיה כי פגעה בזכות-יסוד תיעשה אך ורק בחוק ראו אוון גול "על פגעה בזכות-יסוד בחוק או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 382, 381 (1998).

155. שם, בעמ' 395-393; אהרן ברק "המחפה החוקית – זכויות אדם מגנות" משפט וממשל א, 28-27 (1992) (להלן: ברק "המחפה החוקית"). עיינו והשו בג'ז 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג' (4) 835-833, 817 (1999) (במים'ין חוק אין סמכות לפגוע בזכות-יסוד בעלי הסמכה בחקיקת ראסית, או בחקיקת-משנה מכוח הסמכה מפורשת לכך בחקיקת ראסית).

אני Ur לך שבכתיבתו המואחרת טען הנשיא ברק כי הגבלת זכויות-יסוד בהלכה פסוקה כמוות הגבלה הזכות "בחוק". ראו ברק פרשנות במשפט ג, לעיל ה"ש 151, בעמ' 514-507 (זהות בנויגוד לameda שתציג קודם לנו: ראו ברק "המחפה החוקית", בעמ' 27). אולם מעבר לכך שטרם נקבעה בעניין זה הלכה מחייבת, ניתנו נראית לי מוקשית. הנשיא ברק התמקדש בספריו במקרים שבהת浩ות הזכות מעוגנת בהלכה הפסוקה ובבה בלבד, לתבדיל ממקרים שבהם מקור ההגבלה בפרשנות או בהשלמת חסר, מפני שבמקרים של פרשנות והשלמת חסר לא מתעוררת לידי בעיה מיווחות ביחס לדרישת כי הפגיעה תעשה "בחוק". במקרה של פרשנות, מקור הפגיעה דו-בדרך החקיקה המצריך פירוש, ובמקרה של השלמת חסר המקור הפגיעה הוא בחוק יסודות המשפט (ברק פרשנות במשפט ג, לעיל ה"ש 151, בעמ' 507). את טענותו ביחס להשלמת החסר יש לדחות מכל וכל. חוק יסודות המשפט אינו כולל הוראות מפורשות אשר פוגעות או מאפשרות פגעה בזכויות אדים, והרי לפי התפיסה שהנשיא ברק מגדם – פגעה בזכות-Megonaח חייבות להיעשות מכוח הוראות חוק מפורשת (שם, בעמ' 490).

מכל מקום, התנגדותי העיקרית מתייחסת דווקא למקרים שבהם הגבלות הזכות מעוגנת בהלכה הפסוקה ובבה בלבד. לדעת הנשיא, הגבלה במוגדרת "המשפט המקובל נוסת ישראל" מקימת את התנאי של פגעה "בחוק". נימוקו הראשון והמרכזי מבוסס על שתי הנחות: (א) המשפט המקובל היישראלי מהוות גם כום מקור עצמאי לזכויות ולחוויות; (ב) פועלה של פסקת ההגבלה בחוק-היסוד כפול – היא מטילה איסור עקרוני על פגעה בזכות-יסוד ובcheinhet מעמידה תנאים שrisk בתקיימם מותרת פגעה כו (שם, בעמ' 509-508; ראו גם שם, בעמ' 474). מי (א) הסיק הנשיא ברק כי ההלכה הפסוקה רשאית לפגוע בזכות-יסוד; ומיב (ב) הוא הסיק כי אי-אפשר לפגוע בזכות-יסוד אלא "בחוק". משתי מסקנות-היבניים הסיק הנשיא כי ההלכה הפסוקה היא "חוק". אין ספק בעיני כי אכן היו שתי מסקנות-היבניים נכונות, גם המסקנה האחרונה הייתה תקפתה. אולם לא כך הדבר. לדעת, או שהמעבר של הנשיא ברק מההנחה הראשונה למסקנת-היבניים הראשונה שגוי או שההנחה הראשונה עצמה שגוייה. נדמה בעיני כי האפשרות הפרשנית המתאפשרת מיותר על הדעת היא שאזרחות המכוננת התכוונת למגוע פגעה בזכות-המוגנות בחוק-היסוד לא יותר מפורש מן הפרלמנט הנבחר, ועליכן דעתך היא

شمוקה בראשות המחוקקת להצדקת מעשה שיש בו פגיעה בזכות-יסוד.¹⁵⁶ הגitos לצבא, שיש בו מושם פגעה חמורה בזכויותיו של האדם, חייב להיעשות מכוח סמכות שנקבעה בחוק או לפיקוח, מכוח הסמכה מפורשת בו). חוק שירות ביטחון קובע בסעיף 20 הגבלה על תקופת הקראיה לשירות סדר. א"י אפשר לתרוג מתוקפה זו אלא על-פי הוראת החוק עצמו (למשל, הוראותו של סעיף 49), שאם לא כן מדובר בפגיעה בזכויות-יסוד אשר אינה מקיימת את התנאי הראשוני של פסקת ההגבלה.¹⁵⁷ קראיה לשירות סדר לאחר התקופה הקבועה בסעיף 20 על יסוד "התנהגות רעה" של צבא-הצבא, שאינה עליה כדי איז'יות לזו, היא – לפי

כ"י הרשות המכוננת קיצזה את סמכותם של בתי-המשפט לvizר משפט מקובל נוסח ישראל, במובן זה שאין הם רשאים עוד לפגוע בזכויות המוגנות על-ידי חוק-היסוס. אין כאן חיסול מוחלט של הסמכות, שכן בתיה-המשפט בראשיהם עדין לקבעו כללים אשר אינם פוגעים בזכויות-יסוד או פוגעים בזכויות שאינן מוגנות על-ידי חוק-היסוס. ואם יטעןពו כי אין כל משפט שיאינו פוגע בזכות שוגנת על-ידי חוק-היסוס (טענה מפוקפקת כשלעצמה), אשי לו; אם כך, הנחתו הראושונה של ברק שוגיה. אם א"י אפשר לייצר כללים משפטיים שאין בהם פגעה בזכויות המוגנות על-ידי חוק-היסוס, או הוראתה המפורשת של הרשות המכוננת אכן שולחת מבתי-המשפט את הסמכות לסתור משפט מקובל נוסח ישראל.

הנימוק השני של ברק נסמך על "השראה" מהמשפט הוא. לדמיון, "בכל המקומות שבהם [שאלה זו] נבחנה והוכדעה, הדעה האחדה הייתה כי פסקת ההגבלה משתרעת גם על המשפט המקביל" (שם, בעמ' 612). רם, בכל המקומות שבו שורק מתייחס אליו (אנגלית, קנדה ונורו-וילנד) נקבע כי פגעה בזכויות-יסוד אפשרית רק אם היא "prescribed by law", המונח האנגלי law (די) רתב מן המונח "חוק" לפי פירושו המקורי – הן בלשונם של בני-אדם והן בעגה המשפטית. ראו גם גול, לעיל ה"ש 154, בעמ' 394-393, 423.

יתר על כן, הנשיא ברק חתולם מתכוונה יהודית של המשפט המקורי אשר אינה מאפשרת לנו לראות בו "חוק" לצורך פסקת ההגבלה. על-פי תפיסתו שלו, הדרישה כי פגעה בזכות-ইעשה "בחוק" אין פירושה שדי בכך שקיימת נורמה שנצורה על-ידי גורם בעל סמכות حقיקת. כדי לעמוד בדרישתה של פסקת ההגבלה, החוק צריך לקיים דרישות מסוימות שתן טבעיות ומהותיות לקיוםו של משפט כגורם המכובן התנהגות אנושית, כגון כלויות, פומביות, בהירות ופרוספקטיביות. ראו ברק פרשנות במשפט ג, לעיל ה"ש 151, בעמ' 489-491. מכאן שפגיעה בזכות-יסוד אינה יכולה להיעשות באמצעות חוק בעל תחוללה רטראקטיבית או רטראנסקטיבית. נורמה בעלת תחוללה רטראקטיבית אינה "חוק" לפי מונח של מונח זה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כאשר בית-המשפט פוסק הכלכה יש מאין ומחיל אותה על שעבודות המקרה שלפניו, לנניינו עירupon בעל תחוללה רטראקטיבית, אשר אינו יכול לפיקח להיחשב ל"חוק".

¹⁵⁶. אמן רוביינשטיין וברק מדינה המשפט הקונSTITוציוני של מדינת ישראל כרך ב 981 (מהדורה חמישית, 1996).

¹⁵⁷. מובן שהוראת החוק צריכה לקיים גם את דרישותיה האחריות של פסקת ההגבלה. במשמעות זו אני מתכוון לחוות את דעתך לגבי התאמתה של הלכת סדריוק לתנאים האחרים של פסקת ההגבלה, הגם אני נוטה לדעתה כי היא מקיימת תנאים אלה, השוו עניין יוחיב, לעיל ה"ש 28, בעמ' 378-379 (הדברים המובאים בה"ש 152 לעיל).

הנחתנו בפרק זה – חסרת כל בסיס בחוק שירות ביטחון או בהוראות שהוציאו מכוח הסמכה מפורשת בו, ועל כן אינה עומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה.¹⁵⁸

זאת ועוד, סעיף 4 לחוק יסוד: הצבא¹⁵⁹ מורה במפורש כי "החובה לשרת בצבא והגiros לצבא יהיו כפי שנקבע בחוק או מכוחו". הוראה זו מבטאת עקרוני-יסוד אוניברסלי, לפחות ככל שמדובר במדינות דמוקרטיות מתקנות, שלפיו אין לכפות על אדם שירות ביטחון בלי הוראת חוק מפורשת או בניגוד להוראה כזו. חובת השירות נקבעת לכל-הפחות בחוק החרות, ובדרך כלל קביעות בחוק גם ההגבלות על קריאה לשירות מבחינת הויקה הדורשה בין המגויס לבין המדינה, גילו, כשירותו וככל. כך הדבר, למשל, בארצות הברית,¹⁶⁰ באנגליה¹⁶¹ ובקנדה.¹⁶² יש שיטות שבهن החובה לשרת בצבא נקבעה בחוקה, ולא בחוק רגיל. בגרמניה, למשל, הן החובה לשרת בצבא והן עילית הפטור העיקרי משירות כזו (העליה המצוונית) קביעות בסעיף 12א לחוקה. עקרוני-יסוד הוא, אם כן, כי החובה לשרת בצבא חייבות להיקבע בחוק (או מכוחו, ובלם שההסדרים הראשוניים יקבעו בחוק נופו);¹⁶³ ואם החוק מגביל את

¹⁵⁸. גם גול, לעיל ה"ש 154, בעמ' 395, מגע למסקנה כי הענקת סמכות הפוגעת ביכולת יסוד בלא בסיס בחקיקה של הכנסת נוגדת את הוראותיה של פסקת ההגבלה.

¹⁵⁹. חוק יסוד: הצבא, ס"ח התשל"ו.¹⁶⁴

¹⁶⁰. בארצות הברית סמכות הקריאה לשירות נתונה בידי הקונגרס. ראו: Selective Draft Law Cases, 245 U.S. 366, 377 (1918); Lichten v. United States, 334 U.S. 742, 756, 765 (1948); United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 377 (1968); 53 Am. Jur. 2d Military Selective Draft Act of May 18, 1917, Ch. 15, 40 Stat. 76, codified as amended 50 U.S.C.S. App. §§ 201-214 (2004); Selective Training and Service Act of Sept. 16, 1940, Ch. 720, 54 Stat. 885 (1940), codified as amended 50 U.S.C.S. App. §§ 301-318 (2004); Military Selective Service Act of June 24, 1948, Ch. 625, 62 Stat. 604, codified as amended at 50 U.S.C.S. App. §§ 451-473 (2004); Universal Military Training and Service Act of June 19, 1951, Ch. 144, 65 Stat. 75 (1951), incorporated in 50 U.S.C.S. App. §§ 451-473 (2004); Military Selective Service Act of June 30, 1967, 81 Stat. 100, incorporated in 50 U.S.C.S. App. §§ 451-473 (2004).

¹⁶¹. ר.א., למשל: Selective Draft Law, 1916, 5 & 6 Geo. 5, Ch. 104, amended by the Military Service Act, 1916, 6 & 7 Geo. 5, Ch. 15; National Service (Armed Forces) Act, 1939, 2 & 3 Geo. 6, Ch. 81; National Service (Armed Forces) Act, 1940, 4 & 5 Geo. 6, Ch. 22; National Service Act 1948, 11 & 12 Geo. 6, Ch. 64 A.W. Bradley & K. D. Ewing, Constitutional and Administrative Law 374 (12th ed. 1997).

¹⁶². עקרוני, השירות בצבא קנדי הוא התרבותי. גיוס חובה נערך במהלך שתי מלחמות העולם באמצעות חוקה מיוחדת: Military Service Act, S.C. 1917, c. 19; National Resources Mobilization Act, S.C. 1940, c. 13.

¹⁶³. עיינו והשו בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(ט) 481 (1998), פסקה 8 לפסק-דין של השופט חשיין: "כולנו נסכים, כי חיובם העקרוני של יוצאי-צבא לשרת בצבא –

החווכה, הרחבה בניגוד להגבלות אלה פירושה הטלה חובת שירות ללא בסיס בחקק.¹⁶⁴ בתקופה שפסק יהדין סדריוק עוסק בה לא הייתה בחוק שירות ביטחון והראת המשחה את מירוץ הומן הקבוע בסעיף 20 בשל התנהגות רעה של יוצאי-הצבא שאינה עליה כדי איז'יות לזו, ומכאן שגיאום לצבא לאחר התקופה שנקבעה בסעיף 20 (כפוף להאלת לוי, שאינה אלא יישום של סעיף 49 לאותו חוק) סותר גם את הוראות סעיף 4 לחוק-יסוד: הצבא.¹⁶⁵ היהות שתכליתו של סעיף 4 לחוק-היסוד הייתה, בין היתר, לקבוע את המסגרת המשפטית לפגיעת בוכויות-יסוד של חיילים-עתידי עליידי גיוס, כדי כי מבחינה מהותית ה"עלול" החוקתי שנעשה ליוצאי-הצבא עקב הפרת הוראה זו הוא עלול דומה, אם לא זהה, לעול שגורם לו מחמות אי-העמידה בתנאי הראשוני בפסקת ההגבלת של חוק-יסוד: בכוד האדם וחירותו. אבל מבחינה פורמלית לפניינו שתי תקלות חוקתיות מצטברות. העובדה שגיאום של אדם מעבר לתקופה המותרת בחוק סותרת שתי הוראות חוקתיות מדגישה את מחדלו של בית-המשפט העליון בעניין סדריוק.

ד. סיכום

בפרשת סדריוק קבע בית-המשפט העליון כי השתאותו של המערער במהלך הקורס הדרמי צבאי, בצוירוף אי-התיקצבותו לשני מבדקי העברית שאליהם זומן, מגעים כדי "התנהגות רעה", המביאה לידי השהייה תקופת הגיס בהתאם לשfnן החריגת שנגרמה עקב אותה התנהגות. את מסקנותו ביטס בית-המשפט על "הלכה ותיקת" שלפיה אם גרים יוצאי-הצבא באשmeno לעיוב בהילוי החילוא או הסכים במשתמע לעיוב כזה, יוארך פרק-הומן המותר לגיאומו בתקופה השווה לתקופת העיוב.

פרק א הריאתי כי ההלכה שניתן לגזר מן הפסיקה שקדמה לעניין סדריוק צרעה בהרבה מזו שנקבעה עליידי הנשייה באותו עניין. בהתאם להלכה שנקבעה בעניין לוי, אי-ציות לזו

בשירות סדיר או בשירות מילואים – חייב שיבוא בחוק גוףנו. חייב לשרת בצבא, כמווחו חייב לשלים מיטים, לעולם לא היינו מסכימים – אף לא היה עולה על דעת איש – כי יבוא מכוחה של حقיקת-משמעות... אכן, משנתברר לה כי נפלה לكونה באשר לחובותם של יוצאי-צבא לשרת שירות סדיר בן שלושים ושישה חודשים, נתעשתה הכנסת, תיקנה את חוק שירות ביטחון, וקבעה בטנו חובת שירות סדיר בן שלושים ושישה חודשים.

¹⁶⁴ לך בדיקת מתייחס השופט חסין בפסקה 8 המובאת לעיל כשהוא מדבר על הקריאה לשירות סדיר בן שלושים ושישה חודשים. בעבר התיר חוק שירות ביטחון קריאה גברים לשירות סדיר של שלושים וחודשים בלבד, אלא שר הביטחון עשה שימוש במסכוונו לפי סעיף 34 כדי להאריך את השירות בשישה חודשים נוספים. בעקבות עתירה שהוגנסה בעניין הארכת השירות מעבר למותר בחוק, נחקקה הוראות-ישעה אשר העמידה את משך השירות של גברים על שלושים ושישה חודשים. ראו חוק שירות ביטחון (הוראת שעה), התשנ"ה-1995, ס"ח 332, כפי שתוקן בס"ח התשס"ד 336 (תיקון מס' 7).

¹⁶⁵ הפעם אין ספק לגבי כוונתה של הרשות המכוננת: גiros חייב להיעשות בחוק – ככלומר, באקט של הכנסת – או מכוחו.

כלי הטייל על יוצאי-הצבא חובה להתייצב לרישום ולבדיקות מוגננות להתייצב לשירות סדר או מביא לידי עצירת מירוץ התיאשנות של סמכות הקרייה לאורך כל תקופה איה-התיאשנות (לנוחת הוראותו של סעיף 49 לחוק). בפרשת עזרא ובפרשת יוחנן הניה בית-המשפט העליון, כנראה, שוחטו המותגנית של יוצאי-הצבא להתייצב לשירות סדר משותמת גם מצוים אישים הקוראים לו להתייצב לרישום או לבדיקה רפואי. لكن גם אין צוות לצו איש ה庫רא לוצאי-הצבא להתייצב לרישום או לבדיקה בלבד עצר את מירוץ התיאשנות של סמכות הקרייה לשירות. בכך הוחבה כמעט הלכת לוי. אולם בית-המשפט העליון מעולם לא ויתר על קיומו של צו כתנאי לישומה של הלכה זו. הסברתי שהוא גם לא היה יכול לעשות כן. בהעדר צו אין כל יסוד להשאלה תקופת הקרייה הקבועה בסעיף 20 על-פי הוראותו של סעיף 49.

בפרק ב הראיתי כי חרף יומרתה, ההלכה החדשה – המונתקת למגררי מלשונו של חוק שירות ביטחון – אינה יכולה להיחשב לפירושות לגיטימית של הוראות החוק. נקודת המוצא בתורת הפרשנות התכליתית המקובלת אצלנו (כמו בשיטת פרשנות אחרות) היא שלמשמעות המיויחסת לחוק בתהילך הפרשנות צריכה להיות עיגון בלשון. יתר על כן, ההנחה היא שתכלית החוק באה לידי ביטוי במשמעות הטכנית והרגילה של לשונו. אומנם אין זה מן ההכרח שהמשמעות הרגילה היא זו שתויחס לחוק בסופו של דבר, אך סטייה ניכרת ממנה מהיבית הסביר. בכך הוא שגם בשיטתנו יש מצבים מסוימים שבהם בית-המשפט מוכנים לסתות מן המשמעות הרגילה של הלשון במידה המזכיבה את הפרשנות סמוך לגבולות הפקולט של הלשון (או אף מעבר להם), אולם ההלך סדריוק אינה נופלת אף בגדרי אחד מהם.

בפרק ג הסברתי כי אי-אפשר לראות בההלך סדריוק יצירה שיפוטית לא-פרשנית שמקורה בעקרונות-על יצידי פסיקה. ציינתי כי הפעלת העיקרון שלפיו "לא יצא החוטא נשרך" לשם הוספת סיגים והגבלוות להוראת חוק בלי כל בסיס בחוק גוף מהיבית בהירה מודעת ומונתקת של בית-המשפט במסלול זה, דבר שלא נעשה במרקחה דן. טענתי כי גם אילו היה בית-המשפט מבקש לבסס את פסיקתו על העיקרון המוטרי שלפיו אין לאפשר להוציא לצתת נשרך, ספק אם היה אפשר להצדיק באמצעות עיקרון כוה את ההלכה והגורפת שנקבעה על-ידיון, אשר משתרעת גם על מקרים שבhem ה"אשמה" מועטה או אף חסרה. לבסוף, הצביע על כך שקרייה לשירות בליך הסמוכה בחוק אינה עומדת בתנאייה של פסקת ההגבלה של חוק-יסוד: כבוד האלים ותירותו, ואני מתישבת עם הוראותו של חוק-יסוד: הצבא.

חשוב להדגיש, בשולי הדברים, את המובן מאליו. אין בליך שום אהדה למשתמטים. להפוך, אני חש תרעומת כלפי כל אדם המנסה להיתלות בדקדוקי עניות כדי לפטור את עצמו ככל מאתה החובות והוראות הראשונות במעלה במדינתנו. אבל חוסר האהדה אינו יכול להצדיק הכשרה של צווי קרייה בalthi-חוקים בדרך עקלתון.