

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל*

א. הצגת הבעיה

חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980¹, הביא לשינוי מהותי ביסודות המשפט הישראלי. על-פי דין אשר שרר בישראל בטרם הוחק חוק יסודות המשפט ואשר עוצב על ידי הוראת סימן 46 לדבר המלך במועצתו 1922², עם התגלותה של לאקונה בשיטתנו, היה על השופט למלא את החסר על-ידי פנייה ליסודות המשפט המקובל ולעיקרי היושר האנגליים. עתה, לאחר חקיקתו של חוק יסודות המשפט, על השופט למלא את החסר בדרך של היקש; ומשדבר זה אינו עולה בידו, עליו למלא את החסר "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"³. נמצא כי השינוי הוא כפול: ראשית, בעבר נמנע מהשופט השימוש בהיקש מהדיגים הקיימים. מקום שנתעוררה האפשרות לעשות שימוש בהיקש — כלומר: שהיתה לאקונה — היה על השופט להימנע מהיקש, והיה עליו לפנות למשפט האנגלי. לעומת זאת, עתה, משמתגלית לאקונה, על השופט למלאה בראש ובראשונה בדרך השימוש בהיקש. שנית, בעבר הופנה השופט הישראלי, במקרה של לאקונה, למשפט האנגלי. הפנייה זו בוטלה. הקשר עם המשפט האנגלי נותק.

* הרשימה פורסמה בשנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265.

- 1 ס"ח 978, תש"ם, 163.
- 2 לניתוח דין זה ראה בעיקר טרסקי, "בעיית הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", מחקרים במשפט ארצנו (תשי"ב) 54; צלטנר, "סימן 46 לדבר המלך במועצתו כהוראת משפט בין שכבתי", הפרקליט טז (תש"ך) 300.
- 3 על ההיסטוריה החקיקתית, ראה נספח. בכתיבתו של נספח זה נעזרתי בתיק החקיקה שבמשרד המשפטים (51431), לאחר קבלת היתר לכך מהיועץ המשפטי לממשלה. תודתי נתונה לכל אלה שאפשרו לי לעיין ב"היסטוריה החקיקתית" ובכך לסייע לפרשן של החוק.

הושגה "עצמאות החוק". משמעותה של "עצמאות" זו הינה כי את החסר יש למלא בדרך ההיקש, ומקום שזה אינו אפשרי – על ידי פנייה אל "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום מורשת ישראל".

השינוי ברין שהוכנס על-ידי חוק יסודות המשפט מעורר שאלות קשות, מהן של משפט רצוי⁴ ומהן של משפט מצוי⁵. ברשימתי זו מבקש אני לעמוד על אחד הקשיים הללו. השאלה שמבקש אני לעסוק בה היא זו: חוק ישראלי משתמש בביטוי המבטא ערך, כגון "מוסר"⁶, "שוויון"⁷, "צדק"⁸, "תום לב"⁹, "סבירות"¹⁰, או המפנה אל ערכים שכאלה, כגון "תקנת הציבור"¹¹. הנכונה הטענה, כי בשל הוראות חוק יסודות המשפט יש למלא ערכים אלה תוכן על-פי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל? כך, למשל, חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, קובע כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה¹², ובקיום חיוב הנובע מחוזה¹³, יש לנהוג "בתום לב". הנכונה הטענה, כי בעקבות חוק יסודות המשפט יש לפרש את הביטוי "תום לב" על-פי עקרונות החירות, הצדק, היושר

- 4 ראה, בין השאר, דייקן, "הכרזה על המשפט העברי", הפרקליט ה (1948) 3; שילה, "הבו לנו משפט עברי", הפרקליט כד (תשכ"ח) 363; שילה, "משפט עברי לאלתר", עיוני משפט א (1971) 25; אלון, "המשפט העברי במשפט המדינה", הפרקליט כה (תשכ"ט) 27; ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג (תשל"ג) 5; חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה", זכויות אזרח בישראל – קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן (בעריכת ר' גביון, תל אביב, 1982) 47.
- 5 ראה, למשל, קשת, "חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980", הפרקליט לג (תשמ"א) 611; פרוקצ'יה, "חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980", עיוני משפט י (תשמ"ד) 145; טדסקי, "סודות עסקיים" הפרקליט לה (1983) 5.
- 6 ראה, למשל, סעיף 34 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965; סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
- 7 ראה, למשל, סעיף 4 לחוק יסוד: הכנסת.
- 8 ראה, למשל, סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
- 9 ראה, למשל, סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; סעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.
- 10 ראה סעיפים 7, 18, 20, 21, 29, 35, 41 ו-42 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
- 11 ראה, למשל, סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; סעיף 12 לחוק עזרה משפטית למדינות חוץ (גוסס משולב), התשל"ז-1977.
- 12 סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
- 13 סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

והשלום של מורשת ישראל? טענה זו מעלה השופט אלון ברשימה ארוכה של פסקי דין¹⁴. ביטוי מגובש לגישתו זו ניתן למצוא בדבריו הבאים:

"כבר נפסק לא אחת, מפיהם של מספר שופטים בבית משפט זה כי מושגי משפט, שיסודם במערכי מוסר וערכי תרבות – כגון המושגים: צדק, תום לב, תקנת הציבור וכיוצא באלה, המצויים במערכת המשפטית בישראל – צריך שיתפרשו על פי השקפות היסוד, המורשות במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי. מושגים ערכיים אלה, שפרט לכינוים אינם מפנים לתוכן סובסטנטיבי כל שהוא, נראה לי שהצקת תוכן בהם היא בבחינת מילוי 'שטח ריק', במיוחד לאור האמור בסעיף 2 לחוק יסודות המשפט הנ"ל, שמפנה במפורש לעקרונות ערכיים אלה; אשר עליכן, דרך הפרשנות האמורה, שנקוטה היא בידי שופטים אלה, הריהי מעתה בבחינת מילוי לאקונה ולא עניין פרשנות בלבד, על כל המשתמע מכך"¹⁵.

לדעתי, גישה זו מוטעית. מבקש אני להצביע על כך מזווית ראייה שונת.

ב. קפיצת הדרך

כנגד התפישה המובעת בקטע שצוטט לעיל ניתן לומר, כי אפילו על בסיס הנחותיה שלה שגויה היא. אפילו נקבל כי מושגים ערכיים, כגון "מוסר", "תום לב", "צדק" וכיו"ב יוצרים "שטחים ריקים", הרי מצוות חוק יסודות המשפט היא כי חללים אלה יתמלאו, בראש ובראשונה, בדרך ההיקש; ורק אם דרך זו אינה צולחת מטעם זה או אחר, יש לפנות למורשת ישראל. קפיצת הדרך מהכרה בקיומו של חלל

14 ראה, למשל, ד"נ 13/80 הנדלס נ' קופת עם, פ"ד לה (2) 785; ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 701; ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים, פ"ד לת (2) 237; בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פד"י לח (2) 826; ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט (2) 225; ב"ש 15/86 מדינת ישראל נ' אבי צור, פ"ד מ (1) 706; ע"פ 877/84 גאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ (4) 169; בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 1.

15 ד"נ 13/80 (הערה 14 לעיל) עמ' 793.

משפטי אל מורשת ישראל אסורה היא. קפיצת דרך זו אינה אופיינית למשפטן הישראלי, אשר התרגל לגישה כי בהתקיים חלל בשיטתו, הוא מופנה אל מקור משפטי משלים. היום קפיצת דרך זו שוב אינה מותרת. משנקבע קיומו של חוסר, ליקוי כדין – להבדיל מהסדר חיובי או שלילי – על השופט הישראלי לבהון אם לא קיימת סוגיה דומה, המסרירה עניין דומה, שממנה ניתן להקיש. בכך נעוץ אחד החידושים החשובים שבחוק יסודות המשפט¹⁶, אשר תחת פנייה למשפט האנגלי הקים את שיטת ההיקש מהדינים הקיימים¹⁷. שיטה זו מקובלת היא מאד בשיטות משפט אורחיות. בצדק ציין פרופסור טרסקי כי:

“(ה) אנאלוגיה היא הטבעית ביותר בין הדרכים המקובלות למילוי ליקויי החוק, שכן יסודה בצורך השויון המשפטי, לפיו ראויים מצבים דומים במציאות לזכות בטיפול משפטי שווה – אשר על כן הכלל היוצא מאת המחוקק נראה לנו כניתן להעברה ממקרה אחד למקרה דומה ל”¹⁸.

אכן, גם שיטת ההיקש אינה נקייה מביקורת. מדוע ייעשה היקש המביא לפתרון דומה אך לא צודק? המשפט האנגלו-אמריקני, למשל, מעולם לא הגביל את עצמו, במילוי חללים, לשיטת ההיקש בלבד¹⁹. הפסיקה האנגלו-אמריקנית חוזרת ומציינת, כי במקרה של לאקונה רשאי השופט להיזקק לעקרונות אחרים²⁰, כגון “צדק”²¹, “סבירות”²², “מוסר”, “השכל הישר” וכיוצא בהם עקרונות כלליים המקובלים בשיטה²³. אך יהא עניין זה אשר יהיה: ברור הוא בעיני כי אין כל אפשרות לדלג על ההיקש ואין כל אפשרות למלא חלל בשיטתנו על-ידי פנייה ישירה למורשת

16 ראה הנספח המצביע על החשיבות שמכני ההצעה ייחסו להיקש.

17 ראה ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 125.

18 ראה טרסקי (הערה 2 לעיל) עמ' 69.

19 ראה דברי השופט הלסבורי (Lord Halsbury) בפרשת *Keigley Mazsdcad and Co. v.* *Durant* (1901) A.C. 240, 244; *Quinn v. Leatham* (1901) A.C. 495, 506.

20 ראה Lucke, “The Common-Law — Judicial Impartiality and Judge-Made Law”, 98 *Q. Law Rev.* (1982) 29, 67.

21 ראה *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr. 2303; *National Bank of Greece v. Melliss* (1958) A.C. 509, 525.

22 Pollock, “Judicial Caution and Valour”, 45 *Q. Law Rev.* (1929) 293, 294.

23 ראה פולוק (הערה 22 לעיל), לוק (הערה 20 לעיל) וכן Tate, “The Law Making Function

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

ישראל בלא לבחון כלל את השאלה אם לא ניתן למלא את הלאקונה בדרך ההיקש.

ג. מושגי משפט ו"שטח ריק"

עד כה הנחתי כי הדין עם הגישה לפיה "הצקת תוכן" כמושגים ערכיים, כמו "צדק", "תום לב", "מוסר" ו"תקנת הציבור" היא בבחינת מילוי "שטח ריק". גישה זו אינה מקובלת עלי כלל, ולדעתי בטעות יסודה²⁴. כאשר המחוקק נזקק למושגים ערכיים, על השופט מוטלת החובה לפרש מושגים אלה. מושג החלל המשפטי קיים רק מעבר לתחום התפרסותו של החוק, על-פי פירושו. בצדק ציין פרופסור טרסקי כי:

"יש להודות במציאותו של ליקוי — כלומר באי-שלמותה של הנורמה — רק במקרה שיישאר ליקוי אף לאחר שמיצה המפרש את כל אמצעי הפרשנות המותרים לו לשם התחקות אחר משמעותה של הנורמה. קיימים ליקויים כאשר לשון החוק אינה מספיקה להקניית הוראות מסוימות, אף לאחר שכיוון המפרש כלפיה את כל מכשירי הפרשנות המותרים לו"²⁵.

על כן מקום שהחוק משתמש בביטוי ערכי, אין בכך כדי להצביע על קיומו של "שטח ריק". אמת הדבר, הביטויים הערכיים הינם מעורפלים, סתומים, ובעלי רקמה פתוחה. הם מציבים אתגר לפרשן. עליו להתמודד עם אתגר זה. עליו לפרש ביטויים

²⁴ 211 (1968) 28 Q. L. Rev. "of the Judge".

²⁴ ראה דברי בד"נ 13/80 (הערה 14 לעיל) עמ' 797: "מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד כגון 'צדק', 'תום לב', 'תקנת הציבור' וכיוצא בהם מושגים 'ערכיים', תפקידו של בית המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה על פי מטרותו של החוק ובהתחשב בתנאי החיים, המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט ניצב כלל בפני 'שטח ריק' (לאקונה בלע"ז), שכן המחוקק קבע נורמה, החלה בעניין. על כן איני רואה כל אפשרות להיזקק בעניין זה להוראות חוק יסודות המשפט, שעניינים מלוי חלל בלבד".

²⁵ טרסקי (הערה 2 לעיל) עמ' 89.

שיטת המשפט בישראל

אלה ולקבוע את היקף התפרסותם בהקשר בו הם מופיעים. לשם כך עליו לגבש את תכלית החקיקה ומטרותיה. על תכלית זו ילמד הפרשן מלשון החוק, מההיסטוריה החקיקתית, מערכי היסוד של השיטה ומהחזקות באשר לתכלית החקיקה. באמצעות השימוש בכלי פרשנות אלה על השופט לצקת תוכן למושגים הערכיים²⁶. כך, למשל, כאשר המחוקק קובע כי:

“חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל”²⁷.

הרי אין הוא יוצר “שטח ריק” בכל הנוגע למושג “תקנת הציבור”. על השופט למלא מושג זה תוכן באופן התואם את תכליתו של החוק. לשם כך יהא עליו להתחשב, בלשונו של השופט אשר:

“עם התפתחותה התרבותית, הכלכלית והאידיאולוגית של החברה הנאורה”²⁸.

לשם כך עליו להיות – בלשונו של השופט לנדוי – פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב²⁹. בצדק ציין השופט שמגר, בהתייחסו לעיקרון של “תקנת הציבור” כי:

26 לעתים יגיע השופט לידי מסקנה, כי מטרת החקיקה וערכי היסוד של השיטה אינם מצביעים על פירוש אחד ויחיד. במצב דברים זה ההכרעה נתונה לשיקול דעתו: ראה, ברק (הערה 17 לעיל) וכן Raz, *The Authority of Law* (1979) 197. עליו להפעיל את שיקול דעתו בסבירות; ראה בג"צ 547/84 עוף העמק ג' המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ(1) 113, 141. גם בנסיבות אלה אין “שטח ריק”, שכן פרשנותו הראויה של החוק מעניקה את שיקול הדעת, בבחירה בין האפשרויות, לשופט. משהעניק חוק שיקול דעת לשופט לבחור באפשרות הראויה אין לדבר על לאקונה. יצויין, כי פרופסור טדסקי (הערה 2 לעיל, עמ' 71) מבחין בין הסמכה מפורשת של השופט לבין הסמכה שאינה מפורשת, וגורס, כי רק במקרה הראשון אין לדבר על לאקונה, ואילו במקרה השני יש להכיר בלאקונה. גישה זו אינה נראית לי. לדעתי אין כל יסוד להבחין בין הסמכה מפורשת של השופט לבחור מבין כמה אפשרויות לבין הסמכה מסתברת. בשני המקרים אין לנו עניין ב“שטח ריק”.

27 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

28 ע"א 556/77 דיקר נ' מוין, פ"ד לב(2) 141, 149.

29 ע"א 461/62 צים חברת השיט הישראלית בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335.

"הסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנושאים שהם בכואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה וכי התויית תחומיה של עילת פסלות זו ודרכי יישומה לנסיבותיו של כל מקרה הן מלאכתה העצמאית והייחודית של כל שיטת משפט"³⁰.

באמצעות הכלים הפרשניים אותם מכוון הפרשן להוראה הערכית, הוא נותן לה תוכן נורמטיבי. בעשותו כן, אין הוא ממלא "שטח ריק"; שכן השטח אינו ריק אלא מלא, אם כי מהותו של אותו מילוי אינה עולה מלשון החוק בלבד אלא מפירושה היוצר על רקע תכלית החקיקה ומטרותיה.

יטען הטוען, כי על-פי גישה זו מעטים יהיו המקרים בהם תהא פנייה למורשת ישראל לשם מילוי לאקונוט בחוק. אכן כן הוא הרבר. אלה שהציעו בעבר להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי לעניין מילוי ליקויים, עמדו על כך בזמנו. הנה פרופסור אלון, בנסותו לשכנעו לבטל את סימן 46 לדבר המלך ולהחליפו בהפנייה למשפט העברי, כותב:

"ידידי, הבה נהיה כנים עם עצמנו, ונבדוק את ה'סיכון' הגדול שבקבלת סעיף כזה. מי כמונו יודע שנחלקו חכמי המשפט ביניהם, לקונה כזו מתי היא קיימת, מה טיבה ואימתי מותר שלא לראות בעצם שתיקתו של המחוקק תשובה שלילית לבעיה שהתעוררה. לאור כל אלה, אולי הגיעה השעה לחשב מחדש ההפסד שעלול לצאת מהפניה לעקרונות המשפט העברי באותם מקרים מעטים שבהם יצטרכו בתי המשפט לפנות לעקרונות אלה, לעומת השכר של קשירת קשר רשמי ופורמלי בין מערכת משפטה של המדינה העברית לבין מערכת משפטנו הלאומי"³¹.

ודוק: פרופסור אלון צפה "מקרים מעטים" מקום שהליקוי צריך היה להתמלא על-ידי המשפט העברי בלא היוזקות להיקש. על אחת כמה וכמה, לשיטתו שלו, שהמקרים צריכים להיות מעטים, אם השופט, בטרם יפנה למורשת ישראל — חזו

30 ע"א 614/76 פלמוני נ' אלמוני, פ"ד לא (3) 85, 94.

31 ראה אלון (הערה 4 לעיל) עמ' 51.

אינה זהה כלל למשפט עברי – יהא עליו לפנות לשיטת ההיקש. אכן, מחקרים שנעשו בטרם בוטל סימן 46 הראו שה"יש" הוא ניכר, ומקרי הליקויים יהיו מועטים ביותר³². זאת ועוד: עיון בספרותן של אותן המדינות, בהן קיימות הוראות דומות לשלנו, מראה כי גם בהן קיימת תופעה דומה של מיעוט ההיזקקות לעקרונות הכלליים לשם מילוי לאקונות בחוק³³.

ד. חוק יסודות המשפט ופרשנות החוק לאור מורשת ישראל

ראינו, איפוא, כי מושגי המשפט הערכיים אינם יוצרים, מניה וביה, "שטחים ריקים" אשר מילויים חייב להעשות במישרין, מכוח חוק יסודות המשפט, באמצעותה של מורשת ישראל. בכך לא תמה בחינתנו המשפטית, שכן עלינו להתמודד עם הטיעון האפשרי הבא: משקבע המחוקק כי מורשת ישראל משמשת מקור משלים למילוי השטחים הריקים בדין המקומי, ממילא טבעי הוא שאותה מורשת תשמש גם מקור לפירוש הוראותיו הערכיות של החוק. לשון אחר: אם אמנם יש לפרש הוראות ערכיות על בסיס ערכי היסוד של השיטה, הרי מכוחו של חוק יסודות המשפט – ואם תרצה, מ"כוח כוחו"³⁴ – הפכו "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של

32 ראה לבונטין וגולדווטר, כללי ברירת הדין בישראל והסימן 46 לדבר המלך במועצתו (1974); זמיר, סדרי המינהל בישראל וסעיף 46 לדבר המלך (1974). ראה גם טדסקי, "ביטול ס' 46 לדבה"מ וכה פעולתו", משפטים ח (1977) 180.

33 ראה Von Overbeck, "Some Observations on the Role of the Judge Under The Swiss Civil Code", 37 *La. L. Rev.* (1977) 681.

34 דומה שהשופט אלון מבחין בין "כוחו" של חוק יסודות המשפט לבין "כוח כוחו" של חוק זה. "מכוחו" של חוק יסודות המשפט משמעו על-פי הוראותיו שלו. "מכוח כוחו" משמעו על-פי השפעתו העקיפה. דומה שתפישתו של השופט אלון בדבר היזקקות למשפט העברי לצורכי פרשנות, באה לשיטתו לא "מכוחו" של חוק יסודות המשפט, אלא "מכוח כוחו" בלבד. השופט אלון בד"נ 13/80 (הערה 14 לעיל) עמ' 794 אומר: "הדעה נותנת איפוא, שההשראה לפרשנותה של מערכת משפטה של המדינה היהודית תבוא, בראש ובראשונה, ממערכת משפטה הלאומית, שהיא היא רקעה התרבותי משפטי... ונימוק זה מקבל עתה משמעות מיוחדת לאור ההוראה שבסעיף 2 לחוק יסודות המשפט, בו דנו לעיל, שענינו אמנם, במקרה של לאקונה בחוק, אך הימנו משתמע במרומז, איזוהי המערכת המשפטית הרצויה והמוערפת בעיני המחוקק, גם במקרה שזו משמש כמקור השראה בלבד".

מורשת ישראל" לערכי היסוד של השיטה, אשר לאורם יש לפרש הוראות ערכיות אלה. כלום מתקבל על הדעת – כך ניתן להוסיף ולטעון – כי מורשת שנמצאה טובה וראויה לשמש מקור משלים, אינה טובה וראויה לשמש מקור מפרש? נראה לי, כי היא מקומה של מורשת ישראל בפרשנות החוק אשר יהיה, אין ללמוד על עניין זה דבר מחוק יסודות המשפט. הפיכתה של מורשת ישראל למקור משלים במקרה של לאקונה אינה הופכת את מורשת ישראל למקור מפרש בהיעדר לאקונה. כך, למשל, בעבר שימש המשפט האנגלי מקור משלים במקרה של לאקונה, אך היתה זו טעות להסיק מכך כלל משפטי כי המשפט האנגלי מהווה מקור לפרשנות החוק. פרשנות החוק ומילוי ליקויים בחוק הן שתי פעולות שונות בתכלית. בפירוש החוק אנו נותנים ביטוי ל"יש" שבחוק. במילוי לאקונות בחוק אנו מניחים "אין", ומשלימים את החסר באמצעות נורמה חדשה, שלא היתה קיימת קודם. בצדק ציין פרופסור טרסקי – בעקבות פרופסור ג'ני – כי:

"האנאלוגיה אינה אחת הדרכים לפירוש החוק פשוטו כמשמעו. להיפך, חורגת היא ממסגרת ניתוח החוק בלבד. אליבא דאמת, מהווה האנאלוגיה עיבוד משפטי עצמאי ותפקידה למלא ליקויים בחוק באמצעות מדרש העקרונות עליהם החוק מושתת"³⁵.

לדעתי, לא משתמע מחוק יסודות המשפט דבר – לא במפורש ולא במרומז – באשר למעמד הפרשני של מורשת ישראל³⁶.

35 ראה טרסקי (הערה 2 לעיל) עמ' 69.

36 על כן לא נראית לי ההשקפה כי בעקבות חוק יסודות המשפט, ביטויים 'רגילים' המשמשים בחקיקה הישראלית, יש לפנות, לשם פירושם, "בראש ובראשונה, לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראשי וראשון במעלה למען הנחתנו בפתרונה של הבעיה העומדת לפנינו" (השופט אלון בד"נ 13/80 (הערה 14 לעיל, עמ' 793)). לביקורת השקפה זו ראה ד"ר 13/80 הנ"ל, מפי השופטים לנדוי וברק. ייתכן כמובן, כי הסדר מסוים בחקיקה הישראלית נלקח מהמשפט העברי באופן שהמשפט העברי מהווה חלק מתכלית החקיקה עצמה. במקרה זה יהיה ניתן לפנות למשפט העברי לשם פירושה של ההוראה, וגם זאת אך כמקור אחד ממספר מקורות מהם לומדים על תכלית החקיקה. ראה המ' 89/51 מיטובה בע"מ נ' ד"ק קום, פ"ד 4, 12. ודוק: עצם העובדה שהמחוקק ראה לנגד עיניו את המשפט העברי, אימץ את לשונו, או אף קלט הסדר זה או אחר, אין בה כדי להפוך את כל פרטי ההסדר של המשפט העברי לחלק מתכלית החקיקה. חוק אינו קונפדרציה של סעיפים. חוק הוא מערך אורגני, אשר הוראותיו צריכות להשתלב זו בזו. תכלית החוק שאותה יש

ה. מורשת ישראל וערכי יסוד של השיטה

1. הצגת העמדה

האין לומר, כי מושגי משפט שיסודם בערכי מוסר וערכי תרבות – כמו "מוסר", "צדק", "תום לב", "שוויון" – יש לפרש על-פי מורשת ישראל וזאת ללא כל קשר לחוק יסודות המשפט? אכן, השופט אלון עצמו ביסס את גישתו בדבר הפנייה למשפט העברי עוד בטרם הוחק חוק יסודות המשפט³⁷, וראה בהוראותיו משום חיזוק ואישוש לעמדה שנקט מימים ימימה. נניח, איפוא, כי הצדק עמי וכי חיזוק או אישוש זה נופלים. עדיין עומדת הטענה במקומה, כי ערכי היסוד המובאים בחקיקה יש לפרש – או לפרש בראש ובראשונה – לאור מורשת ישראל. ביטוי מרשים לגישה זו נתן השופט אלון בדבריו הבאים:

"בבואנו לפרש בחוקיה של מדינת ישראל מושגי יסוד כגון תום לב, שאופיים הוא אוניברסלי והם נחלתה של חשיבה ערכית ומשפטית של כל מערכת משפט תרבותית, שומה עלינו לעיין בראש ובראשונה במשמעותם של מושגים אלה לאור עקרונותיו של המשפט העברי ומורשתה של ישראל. שהרי עקרון אוניברסלי כגון זה גילוינו

להגשים אינה התמונות הספציפיות שאותן ראה המחוקק, אלא התכלית הכללית והמטרות הכלליות שהחוק ביקש להשיג. ראה בג"צ 547/84 (הערה 26 לעיל) וכן ברק, "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?", הפרקליט לו (1985) 165. על כן אין לשאול את המחוקק – וממילא אף לא את המשפט העברי שממנו נשאב ההסדר – כיצד היה הוא פותר את הבעיה המשפטית הקונקרטית הניצבת בפני השופט? פתרון הבעיה חייב להעשות על-ידי השופט מתוך לשון החוק והמגמה להגשים את תכליתו הכללית. על כן אפילו מתבסס החוק על המשפט העברי, אין לפנות למשפט העברי כדי ללמוד ממנו פתרונות ספציפיים לבעיות ספציפיות. על אחת כמה וכמה שחוק שאינו מבוסס על משפט עברי אין לפנות למשפט העברי בראש ובראשונה לשם פרשנותו. פירוש החוק על-ידי מתן עדיפות ראשונית למשפט העברי תקרע את החוק לגזרים, תכניס בו חוסר אחידות ותשבש את הבנתו.

37 ראה, למשל, ע"פ 89/78 אפנגר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141; ע"א 148/77 רוט שאול נ' יושפה בניה בע"מ, פ"ד לג(1) 617.

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

הוא, אמנם, במערכות המשפטיות השונות שבימינו אנו, אך שרשיו שתולים הם בערכי יסוד שהונחלו לאנושות במערכות משפט שמימים ימימה. שהרי ררך הרוח שבמשפט מי ידע. ומחלחלת היא בתודעתם של דורות עדי הגיעה עד הלום. ואם במערכות המשפטיות של אומות העולם כך הוא, בוודאי ובוודאי שכך הוא בחוקיה של מדינת ישראל, שהתשתית לעקרונות היסוד שבה מצווים אנו למצוא בראש וראשונה במורשתה הקדומה, שלא כהתה עינה ולא נס ליחה"³⁸.

ועל אותו רעיון חזר בפסק דין אחר:

"כלל גדול בידינו, שאין מערכת משפטית יכולה להתפרנס מגופו של הדין בלבד. גופה של מערכת המשפט זקוקה הוא לנשמה, ויש אף לנשמה יתרה; נשמה זו תימצא למערכת המשפט בדמותן ובצלמן של נורמות ערכיות שונות, שיסודן בעקרונות העל של עשיית הישר והטוב ועקרון תום הלב הוא אחד החשובים והמיוחדים שבנורמות ערכיות אלה"³⁹.

הניתן לקבל דברים אלה?

2. הרקע לבחינתה

אכן, מקובל עלי כי את הוראות החוק – ובוודאי הוראות בעלות משמעות ערכית – יש לפרש על רקע "נורמות ערכיות שונות", המהוות את "הנשמה" או אף "נשמה יתרה" של שיטת המשפט⁴⁰. עמד על כך השופט חשין, באומרו:

38 ע"א 148/77 (הערה 37 לעיל) עמ' 631.

39 ע"א 391/80 (הערה 14 לעיל) עמ' 284.

40 עמדתי על כך בשורה ארוכה של פסקי דין. ראה, בין השאר, ע"פ 696/81 אזולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 565; בג"צ 47/83 תור אויר נ' המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים, פ"ד לו(1) 169; ע"א 165/82 קבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לו(2) 70; ע"ב 2/84 (הערה 14 לעיל) עמ' 307; ע"פ 677/83 ברוכוב נ' יפת, פ"ד לו(3) 205.

"חוק שכוונת מחוקקו לא הובעה בו בצורה ברורה די צורכה, יש לפרשו פירוש אשר יורה על כוונה העולה בקנה אחד עם גנחות, הגיון, צדק ועקרונות מקובלים"⁴¹.

ניתן לבסס גישה זאת על-פי שתי קונסטרוקציות משפטיות⁴²: האחת, הרואה בנורמות הערכיות הללו חלק ממטרת החקיקה, על בסיס החזקה שהמחוקק ביקש להגשים ערכים אלה⁴³.

הקונסטרוקציה השנייה רואה בנורמות ערכיות אלה אמת מידה פרשנית אשר על-פיה יתפרש החוק במקום שמטרת החקיקה אין בידה להנחות את הפרשן לפתרון חד משמעי. אכן מעשה החקיקה בכלל, והוראות חוק יסודיות בפרט, אינם מעשה חד פעמי המנותק מההוויה הכללית. החוק קורם עור וגידים במסגרת שיטה פוליטית ומשפטית נתונה. הוא מהווה לבנה אחת במבנה כולל המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט⁴⁴. החוק הוא, בלשונו של השופט זוסמן — "יצור החי בסביבתו"⁴⁵, וסביבה זו כוללת לא רק את ההקשר החקיקתי הקרוב, אלא אף מעגלים נרחבים יותר של עקרונות מקובלים.

במעשה הפרשנות, על הפרשן לשאוף ל"הרמוניה תחיקתית"⁴⁶ תוך שעליו לשלב את פרקי החוקים השונים למסכת החקיקה הכוללת. על כן עליו לפרש את החוקים היחידים על רקע עקרונותיה הכלליים של השיטה. עקרונות יסוד אלה מהווים מעין

41 ראה בג"צ 282/51 הסתדרות העובדים הלאומית בא"י נ' שרת העבודה, פ"ד ו 237, 245.

42 ראה בג"צ 953/87 פורו נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309.

43 ראה, למשל, בג"צ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1050: "בהעדר הוראה מפורשת אין להניח כי המחוקק התכוון לחומרה ולסטייה מעקרונות שהם בחינת מושכלות ראשונים". ראה גם ח' כהן, "פרשנות נאמנה — תלתא משמע", משפטים ז (1976) 5, 6: "וכשאנו מדברים במחוקק דמקורטי נאור, שהמנהגים הטובים והעקרונות הנשגבים ומושגי הצדק הם נר לרגליו, לא זו בלבד שאין להניח שהוא הוציאם וביטלם מן העולם, אלא שמא אין רבר המחוקק עצמו יכול להתפרש נאמנה, אם לא בהנחה שהחוק היוצא מתחת ידיו אמנם הותאם לתוך המסגרת של 'המשפט' הקיים, על מרכיביו המרובים והמגוונים".

44 דברי בע"ב 2/84 (הערה 14 לעיל) עמ' 307.

45 בג"צ 58/68 שליט נ' שור הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513.

46 ראה ע"פ 108/66 דן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כ(4) 253, 261.

"מטריה נורמטיבית" הפרושה מעל דברי החקיקה כולם⁴⁷. מקובל הוא, על כן, כי חוק בכלל, וביטויים בעלי משמעות ערכית בפרט, יש לפרש על רקע ערכיה המקובלים של השיטה.

זאת ועוד: מקבל אני כי בין ערכיה המקובלים של שיטתנו מצויים "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"⁴⁸. דבר זה אין אני למד לא מכוחו ולא מכוח כוחו של חוק יסודות המשפט. דבר זה למד אני ממהותה של המדינה ויסודותיה. הגנו מדינה צעירה ועם עתיק. שירשינו נעוצים במסורת ארוכת השנים שלנו. תורתם של ישעיה וירמיהו — כמו גם של שפינוזה ואחד העם וז'בוטינסקי וכן גוריון, בוכר ושולם, אגרנט וזילברג — מעצבת את דמותנו כעם וכמדינה. מערכת החיים הלאומיים של עמנו — שעל פיהם אנו למדים על משפטנו⁴⁹ — מבוססת, בין השאר, על עקרונות החירות והצדק והיושר והשלום של מורשתנו, העתיקה והחדשה, כתנועתה על פני ההיסטוריה⁵⁰ — המהווים "נכס תרבותנו הלאומית"⁵¹ והמשמשים "מטריה" שבמסגרתם מתפרשים החוקים. נראה לי כי גישה זו, הרואה בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל עקרונות יסוד אשר במסגרתם יש לפרש את החקיקה שלנו, הינה גישה המשותפת לכל חלקי העם. היא נתמכת, לדעתי — כלשונו של השופט לנדוי — על-ידי "ההשקפות המקובלות על הציבור הנאור"⁵², והיא — כלשונו של השופט אגרנט — פרי:

- 47 ע"א 165/82 (הערה 40 לעיל) עמ' 74.
48 "מורשת ישראל" ולא "משפט עברי". ראה נספח, וכן דברי הנשיא לנדוי בד"ג 13/80 (הערה 14 לעיל) עמ' 798.
49 ראה דברי השופט אגרנט בכג"צ 73/53 חברת 'קול העם' בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871, 884: "הלא זו אכסיומה ידועה שאת המשפט של עם יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו".
50 בחינת מהותה של "מורשת ישראל" חורגת מרשימה זו. "מורשת ישראל" אינה זהה עם "משפט עברי", ואין היא כוללת בחובה את כל המשפט העברי. על כן לא נראית לי גישתו של השופט אלון בכג"צ 852/86 (הערה 14 לעיל), שלפיה "מורשת ישראל כוללת, בראש וראשונה, את כלל הלכותיו של המשפט העברי". לעומת זאת, נראית לי גישתו של השופט אלון, שלפיה יש לבחון את מורשת ישראל "בתקופות שונות שבהיסטוריה העברית בכל תפוצותיו של בני העם העברי".
51 לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292, 305.
52 דברי השופט לנדוי בכג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 530.

"השתכנעות משותפת (Common Conviction) אצל בני החברה
הנאורים בדבר אמיתותם וצדקתם"⁵³.

3. מקומה של מורשת ישראל בערכי היסוד

על רקע גישה זו מתברר מקומם של עקרונות מורשת ישראל בפירושה של מושגי משפט, שיסודם בערכי מוסר וערכי תרבות. מקומם של עקרונות אלה הוא כחלק מהמכלול של ערכי היסוד של שיטתנו. אין הם ערכי היסוד היחידים אליהם יפנה השופט הפרשן, ואין הם ערכי היסוד אליהם יפנה השופט "בראש ובראשונה". ערכי היסוד של שיטתנו כוללים מערכת מסועפת ורבת פנים של ערכי יסוד. נמצא בהם, למשל, אותם ערכי היסוד שהכרזת העצמאות – המבטאת "את חזון העם ואת 'האני מאמין' שלו"⁵⁴ – מכירה בהם. בין ערכיה של מדינתנו מצויים אותם ערכים המשקפים את אופיה הדמוקרטי⁵⁵, כגון שוויון⁵⁶, צדק⁵⁷, מוסר⁵⁸, הפרדת רשויות⁵⁹, חופש ביטוי⁶⁰,

53 שם, עמ' 602.

54 הנשיא זמורה בבג"צ 10/48 זיו נ' גוברניק, פ"ד א 85, 88.

55 בג"צ 73/53 (הערה 49 לעיל); ע"ב 2/84 (הערה 14 לעיל).

56 ע"א 507/79 ראונדנאף נ' חכים, פ"ד לו(2) 757; בג"צ 507/81 אבו-חצרה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה(4) 561; בג"צ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כג(1) 633, 698: "על כן מן הדין הוא שבמקרי גבול דווקא, כאשר הנראה של החוק החדות ניתנת לשני פירושים, נעדיף אותו פירוש המקיים את שיוויון הכל בפני החוק ואינו שם אותו לאל" (השופט לנדוי).

57 ע"א 251/73 תרשיש נ' שיינליכט, פ"ד כח(1) 572, 575. השופט ברנזון מבקש להביא "לעשיית הצדק הקורא אלינו ממעמקים".

58 ע"א 165/82 (הערה 40 לעיל).

59 בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141.

60 בג"צ 73/53 (הערה 49 לעיל); ע"פ 255/68 מדינת ישראל נ' בן משה, פ"ד כב(2) 427, 435; בג"צ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 393; בג"צ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233; בג"צ 14/86 לאור נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מא(1) 421; בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

תהלוכה⁶¹, עיסוק⁶², טוהר שיפוט⁶³, כבוד האדם⁶⁴, תום לב⁶⁵, צדק טבעי⁶⁶, הגינות⁶⁷, סבירות⁶⁸, אי ניגוד עניינים⁶⁹, וכיוצא בהם ערכי יסוד שכל מדינה דמוקרטית נאורה מתברכת בהם. ערכי היסוד של השיטה אינם מהווים רשימה סגורה. אין הם קבועים ועומדים; הם משתנים עם שינוי בהווייתו של העם. עקרונות יסוד שהיו מקובלים בעבר מאבדים מחשיבותם. עקרונות יסוד חדשים נולדים בכור ההיתוך של המציאות החברתית⁷⁰.

4. משקלם של ערכי היסוד

הנה כי כן, "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" — הישגה והחדשה גם יחד — משתזרים במערך הכולל של ערכי היסוד של המדינה ושל השיטה המשפטית. מקום שערכי יסוד אלה כולם מובילים לתוצאה אחת, לא יתקשה השופט בפסיקתו. אך לעתים קרובות נמצא, כי בין ערכי היסוד החלים בסוגיה משפטית הטעונה הכרעה, קיים ניגוד. לא כל ערכי היסוד מובילים לאותו כיוון. לעתים קרובות נתקל השופט בערכים יסודיים הסותרים זה את זה. לא פעם

- הראשי, פ"ד מב(4) 617; בג"צ 806/88 אוניברסל סיטי סטודיוס נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות (טרם פורסם).
- 61 בג"צ 153/83 (הערה 60 לעיל).
- 62 בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80; בג"צ 337/81 מיטוני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337.
- 63 ע"פ 126/62 דיסנציק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 169.
- 64 בג"צ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לר(3) 294.
- 65 בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828.
- 66 בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך החוק להסדר תפיסת מקרקעין בשעת חרום, פ"ד ט 459; בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493; בג"צ 685/78 עומרי מחמוד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767.
- 67 בג"צ 840/79 מרכז הקבלנים והכונים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד לר(3) 729.
- 68 בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421.
- 69 בג"צ 531/79 סיעת הליכוד נ' עיריית פתח תקוה, פ"ד לר(2) 566.
- 70 ראה ברק, "הנשיא אגרנט — קול העם — קול של העם", גבורות לשמעון אגרנט 1986, 129, 138; ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 221.

שיטת המשפט בישראל

נמצא כי בצד עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, וליד התיזה מצויה האנטיתזה. עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו⁷¹. במצב דברים זה יש להכריע בין הערכים המתנגשים. לשם כך יש לקבוע את משקלם וערכם ולאזן ביניהם בנקודת החיכוך⁷². עמד על כך השופט אגרנט בפרשת קול העם, באומרו:

"תיחום תחומים לשימוש בזכות לחפש הדיבור והפרסה (Press) נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם לאחר שקילה, של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה"⁷³.

ואתו רעיון חוזר אצל השופט שמגר:

"התהליך של העמדת ערכים מתחרים על כפות המאזניים מתאר את קו ההתחלה הפרשני אך אין בו כדי לגבש קנה מידה או משקלות ערכיים בעזרתם תיעשה מלאכת הפרשנות"⁷⁴.

עריכתו של איזון זה על בסיס המשקל החברתי הניתן לערכי היסוד השונים הוא מתפקידיו הקשים של השופט⁷⁵, ה"Agony of his duty", בלשונו של השופט פרנקפורטר⁷⁶. בקביעתו של איזון זה יתחשב השופט בכל ערכי היסוד. בהיעדר הכוונה חקיקתית, אין בכורה א־פריורית לערכי יסוד מסוימים על פני האחרים. "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", למשל, אינם שוקלים יותר מעקרונות אחרים הנובעים מאופיה הדמוקרטי של המדינה. לבו של השופט פתוח והכרעתו נעשית על-פי הכנתו, בשעת מתן החלטתו, את חיבותם היחסית של העקרונות השונים. בידו נתון מה שהשופט הולמס כינה The sovereign

71 ע"ב 2/84 (הערה 14 לעיל) עמ' 300. ראה ברק, שיקול דעת שיפוטי (1987) 101.

72 ראה ברק (הערה 70 לעיל) עמ' 140.

73 בג"צ 73/53 (הערה 49 לעיל) עמ' 879.

74 ד"נ 9/77 חברת התשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עתון 'הארץ' בע"מ, פ"ד לב(3) 337, 361.

75 ראה ברק (הערה 70 לעיל) עמ' 142.

76 ראה Frankfurter, *Of Law and Men* (1956) 31, 43.

77. prerogative of choice.

חופש בחירה זה אסור לו שיהיה שרירותי. על השופט לשקף את מה שנראה לו כחשיבות היחסית של ערכי החברה בעיני החברה. על השופט להימנע מלהטיל על החברה את מה שנראה לו סובייקטיבית כסדר עדיפויות ראוי⁷⁸. עמד על כך השופט לגדוי, באומרו:

"אין זאת אומרת שבית המשפט יכול לפסוק לפי השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב ומועיל בעיניו מבחינות עקרוניות אלה, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב"⁷⁹.

וגישה דומה הביא השופט קרדונו, באומרו:

"A Judge, I think, would err if he were to impose upon the community as a rule of life his own idiosyncrasies of conduct or belief. He would be under a duty to conform to the accepted standarts of the Community, the *Mores* of time"⁸⁰.

כאשר שופט חייב לאזן בין ערכים שונים על-פי משקלם, הוא ישאף לעשות כן על-פי מה שנראה לו כתפישות היסוד של החברה. הוא יימנע מלעשות כן על-פי תפישות היסוד האישיות שלו. על השופט לפעול באיזון בין ערכי השיטה ובאובייקטיביות. עליו לשקף את ה"אני מאמין" הקיים, הבנוי על שתי וערב של עקרונות וערכי יסוד. מובן שבמסגרת תהליך מורכב זה יתן השופט משקל ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". אין לקבוע מראש את מהותו של משקל זה. הכל תלוי בהיקף הניתן למושג "מורשת ישראל" מזה – וכאמור, דעתי היא כי היקפו נרחב, והוא כולל בחובו עבר ועתיד, ואין הוא זהה

77 ראה *Holmes, Collected Legal Papers* (1921) 239.

78 ראה בג"צ 58/68 (הערה 45 לעיל) עמ' 600 (הנשיא אגרנט). ראה גם *Cardozo, The Nature of the Judicial Process* (1921) 89; *Frankfurter, Of Law and Life and Other Things that Matter* (1965) 188.

79 בג"צ 58/68 (הערה 45 לעיל) עמ' 520.

80 ראה קרדונו (הערה 78 לעיל) עמ' 108.

כלל למשפט עברי – ובמהותם של הערכים האחרים הבאים לידי ביטוי בהתנגשות מזה. אל לו לשופט לראות בעקרונות אלה "עקרונות על" שידם על העליונה, ואל לו ליצור חזקה כי אלה העקרונות אליהם יש לפנות בראש ובראשונה. עליו ליתן להם אותו משקל המתבקש מההשקפות המקובלות על הציבור הנאור. יש לבחון כל סוגיה לגופה, תוך נכונות להכיר בכך, כי ייתכנו מצבים בהם העקרונות הנזכרים של מורשת ישראל חייבים לפנות את דרכם לעקרונות אחרים, המשקפים בצורה אמיתית יותר את ה"אני מאמין" של החברה הישראלית.

ו. מקומה של מורשת ישראל – סיכום

הנה כי כן, כאשר חוק מחוקי המדינה נזקק למושגי משפט, שיסודם בערכי מוסר וערכי תרבות, כמו "תום לב", "מוסר" ו"צדק", אין בכך משום יצירת "שטח ריק" המחייב פנייה ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". עניין לנו בסוגיה שנמצאה לה תשובה בדבר החקיקה. במסגרת תהליך יוצר זה אין השופט ממלא חלל, אלא מעניק תוכן לדבר המחוקק, וזאת על רקע תכלית החקיקה ועקרונות היסוד של השיטה. במסגרת פרשנותם של מושגי המשפט, שיסודם בערכי מוסר וערכי תרבות, על השופט להיזקק לתכלית החקיקה ולעקרונות היסוד של השיטה. בין אלה ימצא השופט בישראל את "עקרונות החירות, הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל". "מורשת ישראל" משמעותו מורשתה של ישראל, הישנה והחדשה גם יחד. אין הם העקרונות היחידים ואין לקבוע מראש את משקלם. כאשר העקרונות השונים, המהווים את עקרונות היסוד, מתנגשים, יש ליתן להם משקל על-פי חשיבותם החברתית היחסית. חשיבות זו נקבעת על-פי תפישתו הערכית של "הציבור הנאור" בישראל. אין להניח מראש עדיפות לעקרונות אלה או אחרים. יפים דבריו של ד"ר חשין, באומר:

"נביא משפט עברי אל ביתנו, אורח רצוי הוא ובמאור פנים נקבלהו;
ואולם לא נוכל עמוד במצווה אם אדון בביתנו נקראהו מערב עד
בוקר"⁸¹.

81 חשין (הערה 4 לעיל) עמ' 83.

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

יטען הטוען: גישה זו למורשת ישראל, יש בה כדי להביא לדיסהרמוניה בשיטתנו. לאקונה בה מתמלאת בהיעדר היקש מתאים, על-פי "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל"; מושגי משפט, שיסודם בערכי מוסר ותרבות, אינם מתמלאים תוכן אך על בסיס עקרונות אלה. האין לומר כי תוצאה זו אינה יצויה וכי דווקא הצורך להשיג "הרמוניה חקיקתית" מחייב גישה לפיה עקרונותיה של מורשת ישראל ישמשו מכשיר בלעדי, הן לעניין הפירוש והן לעניין מילוי הליקויים? טענה זו אין לקבלה, וזאת משני טעמים: ראשית, כבר ראינו⁸² שפירוש לחדד ומילוי לאקונות לחדד, ודבר אפשרי הוא שהמקורות המשמשים לפירוש והמקורות המשמשים למילוי לאקונות — שונים הם; שנית, חוסר ההרמוניה אין מקורו בגישתי-שלי, אלא במציאות החברתית בה אנו נתונים. המתח בין שורשינו ההיסטוריים לבין הווייתנו המודרנית הוא היוצר דיסהרמוניה זו. אכן, חוק יסודות המשפט משקף דיסהרמוניה, היא הדיסהרמוניה המאפיינת את מערכת חיינו הלאומיים.

חוק יסודות המשפט מבוסס על פשרה⁸³. מחד גיסא, ניתן מעמד משפטי למורשת ישראל בכל הנוגע למילוי לאקונות שאינן מתמלאות בדרך ההיקש; מאידך גיסא, נשמר החופש השיפוטי לעצב את ערכי היסוד, על-פיהם מתפרש החוק, על בסיס, ה"אני מאמין" הלאומי, המשקף את ההווה המודרנית שלנו, אשר גם בה יש מקום למורשתנו, אך לא כמי שיש לו עמדת בכורה, אלא כמי שצריך להתחרות עם מכלול רחב של ערכי יסוד. על איזון עדין זה ועל פשרה עדינה זו עלינו לשמור. אל לנו, הלא דתיים, לדוקנה מכל תוכן. על כן נהיה כנים בהכרה בקיומה של לאקונה ובמילוייה — בהיעדר היקש מתאים — על-ידי עקרונותיה של מורשת ישראל⁸⁴. אל לנו, הדתיים, למלאה תוכן שלא נועדה להכילו ושיש בו שיבוש של אותו איזון עדין. לדעתי, עמדה שיפוטית שלפיה מושגי משפט אשר יסודם בערכי מוסר ותרבות — כמו תום לב — יוצרים "שטח ריק" המחייב מילוי על-ידי מורשת ישראל, משבשת איזון עדין זה; עמדה שיפוטית, שלפיה יש לתת עמדה בכורה למשפט העברי או למורשת ישראל — ושני אלה אינם היינו הך — כפרשנות החקיקה

82 ראה טקסט ליד הערה 35.

83 ראה 145, 162 *Isr. L. Rev.* (1979) 14, *Tedeschi*, "The Law of Laws".

84 ראה ד"ר 13/80 (הערה 14 לעיל); ע"א 148/77 (הערה 37 לעיל).

שיטת המשפט בישראל

"הרגילה"⁸⁵, משבשת איזון עדין זה; עמדה שיפוטית, שלפיה מ"כוחו וכוח כוחו" של חוק יסודות המשפט יש לאמץ פירוש של חוק פלילי⁸⁶ או חוק הסגרה⁸⁷ התואם את מורשת ישראל, משבשת איזון עדין זה. אכן, "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" הפכו לעקרונות יסוד במשפטנו. על-פיהם מתמלאות לאקונות. הם משמשים, יחד עם עקרונות יסוד אחרים, בגיבוש ה"אני מאמין" של משפטנו. אין להתעלם מהשינוי המהותי שחל בשיטתנו עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט. עם זאת, מן הראוי שלא להסיק מ"כוחו וכוח כוחו" של חוק יסודות המשפט מה שאין בו. רק כך נוכל לשמור על אותו איזון עדין המאפיין את חוק יסודות המשפט מזה, ואת החברה שלנו מזה. ביטוי לאיזון זה נתן הנשיא לנדוי באומרו:

"נפרה את מחשבתנו המשפטית מאוצרותיו העשירות של המשפט העברי, המגלם את חכמת החיים של קדמונינו, תוך יחס של יראת כבוד אליו, אבל נשמור נא על חופש הבחירה שלנו, בני הדור הזה, לפי צרכי זמננו, ללא קביעת סדר קדימה למקורות השראתנו"⁸⁸.

נספח: ההיסטוריה החקיקתית

1. עם התמנותיו כיועץ משפטי לממשלה, ראיתי זאת אחד מתפקידי העיקריים לפעול לקידומו של הרעיון הישן נושן בדבר ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922. עסקתי בכך בעבודתי האקדמית, ועתה, עם מינויי כיועץ משפטי לממשלה, ביקשתי לקדם מחשבות אלה. שר המשפטים, מר חיים צדוק, תמך ברעיון. ביום 10.11.76 הופצה הצעת תזכיר-הצעת-חוק לתיקון דבר המלך במועצתו לא"י אשר כללה סעיף אחד ובו שני סעיפי משנה. האחד קבע כי סימן 46 לדבר המלך במועצתו — בטל; והשני קבע כי אין בביטול "כדי לפגוע במשפט שהיה קיים בארץ ערב תחילת חוק זה". ההצעה לא כללה כל הוראה למילוי ליקויים בחוק. הרעיון היה כי עניין זה ישאר פתוח, תוך שבתי המשפט ינקטו בטכניקות שונות (כגון היקש

85 ראה ד"ר 13/80 (הערה 14 לעיל).

86 ראה ע"פ 89/78 אפנר נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 141; ע"פ 877/84 (הערה 14 לעיל).

87 בג"צ 852/86 (הערה 14 לעיל).

88 ד"ר 13/80 (הערה 14 לעיל) עמ' 799.

היזקקות לעקרונות כלליים) למילוי החסר. משרד הדתות הביע התנגדות להצעה, תוך שהציע להוסיף הוראה לפיה "במקום שישנו חסר (= לקונה) בדין הישראלי יחול המשפט העברי" (מכתב הרב ש' מירון מיום 2.12.76). ביום 8.2.77 הונחה ההצעה, בנוסחה המקורי, על שולחנה של ועדת השרים לענייני חקיקה. בטרם הספיקה הוועדה לדון בהצעה נערכו בחירות, ונבחרה ממשלה חדשה בראשותו של מר בגין. תחילה שימש בה מר בגין עצמו כשר משפטים, ולאחר מכן נתמנה מר תמיר שר המשפטים. ביום 3.2.78 כתבתי לפרופסור ידין:

"האם נוכל לפתור הבעיה של מילוי מקום המשפט האנגלי — עם ביטול סימן 46 — על ידי החלפתו בעקרונות מגילת העצמאות?"

בו ביום השיב פרופסור ידין כי לדעתו ההצעה אינה טובה.

"הפניה לעקרונות אלה אינה יכולה לדעתי, לבוא במקום ההפניה אל המשפט האנגלי שבסימן 46 הנ"ל, וזאת לא מפני שהם אינם טובים ורצויים כלשעצמם, אלא מפני שאין בהם מלאי של הלכות שממנו ניתן היה למלא חללים (לאקונות) שבמשפט הישראלי. מי שמאמין בקיום של חללים כאלה, צריך להשאיר את סימן 46 על תלו או להחליפו בהפניה אל גוש הלכות אחר, כגון המשפט העברי. מי ששולל, כמוני, את קיומם של חללים ורואה במשפט הישראלי יצור בריא המסוגל לצעוד בלי קביים, אינו זקוק להפניה, לא אל המשפט העברי ולא אל מקור משפט חיצוני אחר. מכל מקום סבורני שהפניה אל עקרונות הכרזת העצמאות אין לה מקום כאן. אם בכלל דרוש לנו מה שהוא במקום סימן 46 — ולא פשוט ביטולו — הייתי מעדיף לאמץ הצעתך להכניס במקומו הוראה דומה לחוק השוויצרי. עקרונות ההכרזה ממילא יעמדו בעינם כמכשיר פרשני מדריך".

בעקבות זאת ביקשתי (ביום 13.2.78) מפרופסור ידין —

"למצוא נוסחה שיהיה בה מזיגה של מבחן השוויצרי + אותו קטע מהכרזת העצמאות הקובע כי מדינת ישראל יתהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל".

שיטת המשפט בישראל

משהו כגון, 'הלאקונה תתמלא לפי מה ששופט סובר כי הכנסת היתה מחוקקת, שעה שהכנסת מכוונת על פי יסודות החירות...' עצם ההפניה למושגים הסתומים של חירות, צדק ושלום — מקובלת מאד במילוי ליקויים בקודיפיקציות זרות".

שבוע לאחר מכן (ב-20.2.78) כתב אלי פרופסור ידין כי —

"הדבר הקרוב ביותר לרעיונותיך היא בהוראה בזו הלשון: ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, על פי נוסחו או על פי פירושו, יכריע בה על פי הלכה שהיה קובע בהיותו מחוקק. לאור העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

פרופסור ידין הוסיף דברי הסבר להצעתו, תוך שציין כי —

"ככל שאני מנסה לתת לענין לבוש חקיקתי מתחזק אני בדעה שמוטב להוראה זו — בכל צורה שנרצה לתת לה — שלא תהיה כלל. סבורני שזה אחד הנושאים שאינם 'חקיקים' (על משקל 'שפיטים') ויש להשאירו להתפתחות הפסיקתית, ללא התערבות מצד המחוקק. לפיכך אני מציע להשאיר את הצעת ביטול סימן 46 כמו שהיא נוסחה בדרך 14, ואם לא נוכל לעמוד בפני הדרישה להכנסת המשפט העברי כמקור משפטי חיצוני — מוטב שלא נטפל כלל בכל הסוגיה ונתן לסימן 46 להמשיך למות מות טבעי".

התכתבות זו הובאה על-ידי לתשומת לבו של שר המשפטים, מר תמיר, אשר כתב לי (ביום 15.3.78) כי —

"אני משוכנע ששינוי נשוחח על כך בפגישתנו הקרובה וניתן יהיה להגיע לכלל החלטה".

2. ביום 15.3.78 ביקשתי מהגברת שוקרון לבדוק סעיפים מקבילים בקודסקים של מדינות שונות. מפרופסור נחום רקובר, ביקשתי:

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

"לסייע במציאת נוסחה אשר תתן גוון עברי. כוונתי לא רק ללשון, אלא גם למהות, כגון הקטע המודגש במגילת העצמאות (יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל)". למיטב זכרוני מנחם אלון כתב על כך. אין כוונתי להפניה ספציפית למשפט העברי".

אכן, גב' שוקרון העמידה לרשותי נוסחאות בקודיפיקציות שונות (איטליה, ונצואלה, פיליפינים, מקסיקו, אוסטרליה, יוון, סוריה). פרופסור רקובר הציע (27.3.78) את הנוסח הבא:

"...על פי עקרון עשיית הישר והטוב המתגלם במסורת המשפט (או): ביצירה המשפטית של העם היהודי".

על רקע חומר זה כתבתי (ביום 5.4.78) לפרופסור ידין:

"מה דעתך על הנוסח הבא: 'ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, על פי נוסחו או על פי פירושו ואף לא בדבר חקיקה שראוי לפנות אליו בדרך ההיקש, יכריע בה על פי הלכה שהיה קובע בהיותו מחוקק, לאור עקרונות הצדק והיושר של מסורת ישראל'".

הוספתי עניין ההיקש, היות והוא חשוב ומקובל במספר קודיפיקציות. תיקנתי במקצת את נוסחתו של רקובר. לא הפנייה למשפט או ליצירה המשפטית של העם היהודי, אלא "לעקרונות צדק ויושר של מסורת ישראל". תגובתו של פרופסור ידין לא איחרה לבוא (ביום 9.4.78):

"אשר לענין ההיקש: כל הכבוד להיקש, אך הוא אינו הדרך היחידה שבה ניתן ללמוד ולפרש. הפירוש 'מתוך ניגוד' אינו פחות חשוב, ועל כל פנים אין לשלול אותו על ידי הדגשת ההיקש בלבד. הייתי, איפוא, מעדיף — אם בכלל — את הנוסח הסתמי של 'התייחסות' לדברי חקיקה אחרים הנמצא בחוקים של אוסטרליה ואיטליה. אך לדעתי אין להזכיר גם את זה. לאחר שהתייחסות (של היקש או

שיטת המשפט בישראל

של ניגוד גם יחד) כלולה די צרכה במלים "על פי פירושו" (לשון רבים עדיף כאן), גם כללי פרשנות כגון 'לקס פוסטריורי' או 'לקס ספציאליס' אינם טעונים הדגשה חקיקתית, ולמה נדגיש דווקא 'התייחסות'?

אשר ל'הלכה שהיה קובע בהיותו מחוקק' אני מפנה אל חוות דעתי מ-20.2.78. אני עדיין שולל חלק זה. במקום מליצה זו הייתי מזכיר כאן את הדין הפסיקתי – 'הלכה פסוקה' – כמקור נוסף לפתרון של שאלות. הפרטים בנדון זה כבר נמצאים בסעיף 33 לחוק בתי המשפט, ואמנם סבורני שיש למקם את ההוראה החדשה מיד אחרי סעיף זה. אשר לסיפא, הייתי מעדיף הצעתו של ד"ר רקובר. המטבע 'עשית הישר והטוב' היא בעלת מטען יהודי וענייני יותר מן הפורמולה הכללית-סתמית של 'צדק וישר', אך מסכים אני שבמקום 'מסורת המשפט של העם היהודי' תבוא 'מסורת ישראל'. לפיכך היה מתקבל בערך נוסח זה:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, על פי נוסחו או על פי פירושו, או בהלכה הפסוקה, יכריע בה לאור מסורת ישראל של עשיית הישר והטוב". עם זאת אני ממשיך לכפור בעיקר ומציע לגנוז כולו את הטיפול בסימן 46 – או לקבל את ההצעה שבדף 14" (הצעת התזכיר המקורי).

3. לאחר חילופי מכתבים אלה, התקיימו מספר שיחות ביני לבין פרופסור ידין, תוך שניסינו למצוא נוסחאות שונות לפתרון הבעיה. במכתב מיום 12.4.78 כתב לי א' ידין:

"לקראת עריכת הנוסחאות בענין הנ"ל, תרשה לי לחזור על שתי נקודות:

א) דימוי 'השופט כמחוקק' אינו רצוי והוא גם מטעה. על השופט להכריע בסכסוך שלפניו, ותו לא – על המחוקק, ורק עליו, ליצור הלכות כלליות.

ב) איכור ההלכה הפסוקה נראה לי חיוני לאחר שהסעיף החדש

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

מסכם את מקורות המשפט (העיקריים), ואסור שידלג על סוגיית התקדים הפסיקתיים.

זמן מה לאחר מכן (21.5.78) כותב לי פרופסור ידין:

"בהמשך להערותי הקודמות ולשיחתנו מהיום – הנה נוסח מתוקן של הסעיף (המיותר): 'ראה בית המשפט שאלה משפטיות הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור מסורת ישראל של עשיית הישר והטוב' (או סיפא דומה מבין הנוסחאות שרשמתי למבחר): הוספתי את המלים 'בדרך של היקש' בהנחה (המסופקת) שהכל יבינו שהיא אינה מתכוונת להקש הטכני-הצר, אלא ליצור פתרון משפטי מתוך מכלול הדינים, כולם או מקצתם; לא מצאתי נוסח קצר שיביע רעיון זה בצורה חדרמשמעית יותר. אשר לסדר העדיפות בין 'דבר חקיקה', 'הלכה פסוקה' ו'היקש' סבורני שמוטב להביאם סתם בזה אחר זה ולא להדגיש את עליונות הראשון על האחרים או עליונות שני הראשונים על השלישי".

4. עתה הופנתה הבעיה כולה לשר המשפטים. הפניתי אותו (ביום 21.5.78) למכתבו האחרון של פרופסור ידין. הוספתי עוד מספר דוגמאות לניסוח הסיפא:
נוסח א': העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.
נוסח ב': לאור עקרונות הצדק והיורש של מסורת ישראל.
נוסח ג': לאור מסורת ישראל של עשיית הישר והטוב.
נוסח ד': לאור יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל.
שר המשפטים ביקש (ביום 24.5.78) כי "נקיים דיון נוסף בין שנינו".

5. ביום 28.5.79 קוימה פגישה בין שר המשפטים, מר תמיר, לביני. דנו בנוסח האחרון שעובד בחילופי הדברים שביני לבין פרופסור ידין, ושבא לידי כיטוי במכתבו של ידין אלי מיום 21.5.78. אשר לסיפא, התמקדנו בנוסח ד' מבין הניסוחים שהוצגו בפני השר, ולאחר שקלא וטריא הסכמנו על הנוסחה הבאה:

שיטת המשפט בישראל

"...לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

עם סיום הפגישה כתבתי לפרופסור ידין:

"בשעה טובה ומוצלחת, יש לנו נוסחה כדלקמן: ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של הקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. אודה לך אם יוכן תזכיר לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה".

6. פרופסור ידין הכין תזכיר-הצעת-חוק, שנדונה בוועדת השרים לענייני חקיקה ביום 14.6.78 ואושרה על-ידה. ההצעה הונחה על שולחנה של הממשלה, ואושרה ביום 2.8.78 להגשה מיידית לכנסת. הצעת חוק יסודות המשפט, התשל"ח-1978 (ה"ח 1361, תשל"ח, עמ' 301) הונחה על שולחן הכנסת. הדיון בקריאה הראשונה בה החל ביום 2.8.78 (ראה ד"כ 188) עמ' 1817-1836, 88(2) עמ' 2340-2344). בקריאה הראשונה הסתמנו שלושה מחנות. אלה התומכים בהצעת הממשלה על-פי נוסחה; אלה הגורסים שהנוסח אינו מספק ויש לקבוע במפורש פנייה למשפט העברי, ואלה הסבורים כי הנוסח מרחיק לכת מדי, וסופו להכניס לשיטתנו את המשפט העברי. בגמר הדיון הועברה הצעת החוק לוועדה.

7. לאחר הקריאה הראשונה נתקבלו במשרד המשפטים הצעות שונות לשינוי ההוראה בדבר מילוי ליקויים. חלקן ביקשו להחליף את הנוסח המוצע בהצעת הממשלה בהפנייה למשפט העברי. כן הוצעו הצעות אחרות, כגון שילוב המשפט העברי עם נוסחאות נוספות: "עקרונות המשפט המקובלים במדינות הנאורות ועיקרי המשפט העברי", או זניחת ההפנייה למורשת ישראל, תוך הפנייה לעקרונות הכרות העצמאות או להכרזה הכללית על זכויות האדם של העצרת הכללית של האומות המאוחדות. הוצע גם להחליף את ההפנייה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל, בהפנייה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מדינת ישראל.

8. פרופסור זמיר, היועץ המשפטי לממשלה – הביא בפני את ההצעות השונות,

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

ושאל לדעתי על נוסח חילופי כדלקמן:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדין, בהלכה שנפסקה על ידי בית המשפט העליון או בדרך של היקש, יכריע בה לאור העקרונות הכלליים של המשפט במדינת ישראל, או לאור עקרונות המוסר והצדק של מורשת ישראל, או לאור עקרונות המשפט המקובלים במדינות אחרות, כפי שיראה לבית המשפט".

ציינתי, כי נוסח זה מקובל עלי. ב-23 ביולי 1980 הציג יושב ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט, חבר הכנסת גלס, בפני המליאה את הצעת החוק לקריאה שנייה ושלישית. בוועדה נעשו בחוק תיקונים לא מהותיים. הצעת החוק הפכה לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

