

היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט*

מאת: אהרן ברק

א. הצגת הבעיה

שפיטה היא הכרעה בסכסוך¹. בפסק־דינו קובע השופט את העובדות, את הדין ואת התוצאה המתבקשת מהטלת הדין על העובדות. בכל אלה קיים היבט ספציפי, שאינו חוזר על עצמו. עם זאת, בכל הנוגע לקביעת הדין על ידי ערכאת השיפוט העליונה, קיימת בצד קביעת דין אינדיבידואלית, קביעת דין כללית, המחייבת בכל המקרים הדומים². בקביעתה של נורמה כללית זו, אין לעתים כל היבט יצירתי. השופט חוזר על מה שנקבע בעבר. אם החוק קובע שאסור לנהוג במהירות העולה על 90 קמ"ש, והשופט קובע בפסק דינו, שאסור לנהוג במהירות העולה על 90 קמ"ש, הרי אין בקביעתו של השופט כל יצירתיות משלו. השופט משמש – בדימויו של מונטסקיה – "פה" למחוקק³. הוא הדין אם השופט חוזר על הלכה שנפסקה בעבר. אך לעתים יש בקביעת הדין הכללית משום יצירתיות. השופט אינו חוזר אך על דין שנקבע בעבר. הוא יוצר דין חדש⁴. השופט ממשיך להוות "פה", אך מגרוננו יוצאים קולות שאינם אך חזרה על קולות העבר, אלא קולות חדשים. כאשר יצירתיות שיפוטית זו קיימת, אנו נוהגים לומר שהשופט עוסק ב"חקיקה שיפוטית"⁵. מהם סוגיה של יצירתיות זו? מהם המקורות לסמכותה, הקריטריונים להפעלתה, והבעיות שהיא מעוררת? בשאלות אלה מבקש אני לדון ברשימתי זו.

ב. שלושה סוגים של חקיקה שיפוטית

עיון מקרוב בקביעת הדין על ידי השופט – קביעה שיש בה לא רק הצהרה על הקיים אלא גם יצירת חדש – מגלה כי קביעת דין זו אינה מעורר אחד, וכי ניתן להבחין בה

- הרשימה נכתבה על בסיס הרצאה שנשאתי כערך לזכרו של עו"ד פולונסקי ז"ל, אשר התקיים בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב.
- 1. לא נעסוק בפעולות "מינהליות" של השופט, ואף לא בפעולות חקיקה שלו (מקום שזו קיימת), כמתקין תקנות. כן לא נעסוק בחפידים של מספר בתי-משפט עליונים לקבוע הנחיות כלליות, בלא שפעילות זו מעוגנת בהכרעתו של סכסוך אינדיבידואלי. ראה: R. David "Sources of Law: The Legal Systems of the World, Their Comparison and Unification" 2 Intern. Encycl. of Comp. Law (1984) 111.
- 2. מכוח עקרון התקדים המחייב: ראה סעיף 20 לחוק-יסוד: השפיטה.
- 3. ראה "The national spirit of the Laws, Book 11, Ch. 6, at p. 209" Montesquieu "The national spirit of the Laws".
"judges are no more than the mouth that pronounces the words of the law". מכאן גם כינוי תורתו כ"תיאורית הגרמופון" (phonograph theory): ראה M. Cohen Law and Social Order (1933) 112, 113.
- 4. ראה א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 44.
- 5. על החקיקה השיפוטית, ראה ברק, שם, בע' 147. לרשימה ביבליוגרפית, ראה שם, בע' 170.
- 6. אנו מתעניינים ביצירה הנורמטיבית הכללית של השופט. איננו עוסקים, אפוא, ביצירה הנורמטיבית האינדיבידואלית (ה res iudicate) ובהכרעה השיפוטית באשר לעובדות. למותר לציין, כי בין כל אלה קיימים קשרים הדוקים, המחייבים בחינה נפרדת. ראה J.C. Cueto-Rua Judicial Methods of Interpretation of the Law (1981) 25.

שלושה סוגים של קביעות דין: פרשנות, מילוי חסר ופיתוח המשפט. בפרשנות נציב השופט בפני טקסט חקיקתי (דבר חקיקה) או שיפוטי (פסק דין) שלא הוא יצר. הטקסט קיים, ותפקידו של השופט לקבוע את מובנו, כלומר, את היקף התפרסותו.⁷ לשון הטקסט היא נתון שהשופט אינו יכול לשנות. כאשר לשון הטקסט – בשל רבי-משמעותה⁸ או עמימותה⁹ – מעלה מספר משמעויות לשוניות, חייב השופט לבחור באותה משמעות לשונית, הקובעת את המשמעות המשפטית של הטקסט.¹⁰ בחירה זו נעשית על פי התכלית שלשון הטקסט באה להגשים¹¹. בבחירה זו מתבטאת היצירתיות השיפוטית. הדין לפני הפעילות הפרשנית והדין לאחריה אינו זהה¹². לפני היצירה השיפוטית הפרשנית, הקרינה הנורמה מתוכה מספר מובנים, בלא שהשיטה קבעה מהו המובן המחייב. הדין לאחר היצירה השיפוטית הפרשנית קובע איזה, מבין המובנים הלשוניים, הוא המובן המחייב¹³. הבחירה בין האופציות השונות העולות מהטקסט כרוכה בשיקול דעת¹⁴. אין היא פעילות מכנית. יש בה יצירתיות¹⁵. כמובן, יצירתיות זו מוגבלת היא¹⁶. גבול הפרשנות היא גבול הלשון. השופט אינו יוצר טקסט

7. A. Ross *On Law and Justice* (London, 1958) 117; R. Dickerson *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston, 1975) 34.
8. על הרבי-משמעות (ambiguity), ראה Dickerson, לעיל הערה 7, בע' 43, וכן G. Williams "Language and the Law" 61 *L.Q.R.* (1945) 179; M.S. Moore "The Semantics of Judging" 54 *S. Cal. L. Rev.* (1981) 151, 181; A. Miller "Statutory Language and the Purposive Use of Ambiguity" 42 *Va. L. Rev.* (1956) 23; Notting, "The Ambiguity of Unambiguous Statutes" 24 *Minn. L. Rev.* (1939-40) 509.
9. I. Schaffler *Beyond The Letter: A Philosophical Inquiry into Ambiguity, Vagueness and Metaphor in Language* (New York, 1979) 11; W. Empson *Seven Types of Ambiguity* (New York, 1947).
10. על העמימות (vagueness), ראה G.C. Christie "Vagueness and Legal Language" 48 *Minn. L. Rev.* (1964) 885.
11. להבחנה בין משמעות לשונית לבין משמעות משפטית, ראה F. Bennion *Statutory Interpretation* (London, 1984) 4. לעיל הערה 7, בע' 28, מבחין בין "literal meaning" לבין "legal meaning". בע"א 674/85 "אליהו" חברה לביטוח בע"מ נ' ז"ק, פ"ד מג (1) 356, אמרתי:
12. "הפרשן במשפט אינו מתעניין אך במשמעות הלשונית של הדיבור. פרשנות אינה אך בלשנות. הפרשן במשפט מתעניין במשמעות המשפטית של הדיבור. משמעותו המשפטית של הדיבור היא משמעותו הלשונית על רקע הקשר הרב-לשוני" (שם, בע' 364).
13. על מציאת תכליתו של החוק, כתכלית הפרשנות, ראה ברק, לעיל הערה 4, בע' 343. ראה גם א' ברק "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון?" הפרקליט לו (תשמ"ו) 165; א' ברק "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ב) 248.
14. ראה J. Kohler "Judicial Interpretation of Enacted Law" *Science of Legal Method* (Boston, 1917) 187, 190.
15. דין זה יעמוד בעינו, כל עוד לא שונה על ידי המחוקק, או כל עוד לא שינה בית-המשפט את פרשנותו: ראה W. Diplock *The Courts as Legislators* (1965).
16. על שיקול הדעת השיפוטי, ראה ברק, לעיל הערה 4.
17. ראה R. Pound "Mechanical Jurisprudence" 8 *Colum. L. Rev.* (1908) 605.
18. ראה M. Cappelletti "The Law-Making Power of the Judges and its Limits: A Comparative Analysis" 8 *Monash L. Rev.* (1981) 15.

חדש. הוא נותן מובן לטקסט קיים, ומובן זה חייב להיות לו עיגון, ולו מינימלי, בלשון של הטקסט¹⁷. ניתן לומר, כמובן, כי שופט המפרש טקסט רכי-משמעי או מעורפל, יוצר בכך טקסט חדש. זהו דיבור מטאפורי, המדגיש את היצירתיות השיפוטית-פרשנית. מבחינה עיונית, לא נוצר טקסט חדש. הטקסט לאחר מעשה הפרשנות נשאר כשהיה¹⁸. השינוי לא התרחש בטקסט, אלא בהבנתנו אותו. אכן, הפרשן אינו מוסמך לשנות את הטקסט. הוא מוסמך לשנות את מובנו, וגם זאת במסגרת המשמעויות הלשוניות הטמונות בו. ניתן לתאר חקיקה שיפוטית זו כחקיקת-משנה שיפוטית¹⁹. מתוך הפוטנציאל הטמון בחקיקה שולף השופט, כמו מחוקק משנה, משמעות משפטית מחייבת. משמעות זו חייבת לפעול במסגרת החקיקה "הראשית" – הוא הטקסט המתפרש – ואינה רשאית לחרוג ממנה. במסגרת שקובעת החקיקה "הראשית", קיים חופש שיפוטית-פרשני, בדומה לחופש של מחוקק המשנה.

הסוג השני של קביעת הדין על ידי השופט, הוא מילוי החסר²⁰ (לאקונה). תחילתה של פעילות זו היא פרשנות. השופט מעיין בטקסטים המשפטיים הרלבנטיים (דברי חקיקה, הלכות שיפוטיות), ומפרש אותם. לאור פירושם הוא מגיע למסקנה, כי הנורמות המשפטיות הקיימות אינן משתרעות על הבעיה המשפטית הטעונה הכרעה, וכי דבר זה נובע מתוך חוסר שלמות המאפיין נורמות אלה. קיים חסר מקום שנורמה משפטית או הסדר משפטי הוא בלתי שלם, ואי-שלמות זו נוגדת את תכלית הנורמה או תכלית ההסדר. כשם שקיים חסר בקיר אבנים, מקום שהבנאי שוכח להכניס אחת האבנים הנחוצות להשלמת הקיר, כך קיים חסר בנורמה המשפטית או בהסדר המשפטי, הנבנה על ידי המחוקק (בחקיקתו) או השופט (בהלכתו)²¹. לאור מסקנתו זו, משלים השופט את החסר באמצעות "דין שיור"²² המקובל בשיטתו, כגון על ידי היקש או על ידי פניה לעקרונות יסוד. פעילות זו, של השלמת החסר באמצעות דין השיור, אינה פעילות פרשנית. אם בפרשנות השופט קובע את מובנו של הטקסט, בהשלמת חסר

17. ראה ב"ש 67/84 חדר נ' פז, פ"ד לט (1) 667, 670; ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקוד השומה רחובות, פ"ד לט (2) 70, 74. השווה גם F. Frankfurter "Some Reflections on the Reading of Statutes" 47 Colum. L. Rev. (1947) 527, 544.

18. פרשן אחר עשוי ליתן לאותו טקסט משמעות שונה. בכך הוא לא שינה את הטקסט. אכן, כאשר בית-המשפט העליון סוטה מפירוש שנתן בעבר לנורמה משפטית, אין הוא משנה את הטקסט של אותה נורמה. הוא אך משנה את פועלה המשפטי.

19. ראה י' זוסמן "מקצת מטעמי פרשנות" ספר היוכל לפנחס רוזן (תשכ"ב) 158: "השופט הפוסק על פי פרשנותו אינו אלא מעין מחוקק משנה בעל סמכויות מצומצמות, וגדר סמכותו היא כוונת המחוקק המובעת". ראה גם ברק, לעיל הערה 4, בע' 163.

20. אנו מתרגמים כ"חסר" את הביטוי הגרמני "Lücke", הצרפתי "Lacunes", והאיטלקי "Lacune". יש המכנים זאת "שטח ריק" (ראה דברי ההסבר להצעת חוק יסודות המשפט, תשל"ח-1978). פרופסור טדסקי משתמש בדיבור "ליקוי": ראה ג' טדסקי "בעית הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שניה מורחבת, תשי"ט) 132, 133.

21. ראה W. Canaris Die Feststellung von Lucken im Gesets (Berlin, 1983), המשתמש בדימוי זה, וממנו הוא נלקח.

22. למשמעות ביטוי זה, ראה ח'ה' כהן "דין השיור" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 285.

השופט קובע את הטקסט עצמו²³. אם הלשון של הנורמה המשפטית קובעת את גבולותיו של הפירוש, הרי מילוי החסר פועל מעבר לגבולות הלשון, תוך שהוא מספק לשון (שיפוטית) חדשה. טול את סעיף 62 (א) לפקודת הנוזיקין, הקובע עוולה של גרם הפרת חוזה²⁴. מתן משמעות לדיבור "חוזה" היא פעילות שיפוטית פרשנית. על פיה עשוי השופט להגיע למסקנה כי "חוזה" משמעותו אותו חיוב הנוצר בדרך של הצעה וקיבול, כאמור בחוק החוזים (חלק כללי)²⁵, וכי חיוב מכוח חיקוק או מכוח פסק־דין, אינו בגדר חוזה, שגרם הפרתו מקים עוולה. השופט עשוי להגיע למסקנה שתוצאה זו גוררת אחריה חוסר שלמות הנוגד את התכלית החקיקתית, וכי על־כן קיים חסר בשיטה, שיש להשלים²⁶. השלמת החסר תעשה בהיקש מהדין הקיים, ולפיו תקבע הלכה שיפוטית כי גרם הפרת חיוב שמקורו בחוק או בפסק־דין מהווה עוולה. קביעה שיפוטית זו אינה קביעה פרשנית. השופט פועל מעבר לטקסט הקיים, ויוצר טקסט חדש באשר לחיוב מכוח חוק ומכוח פסק־דין. אם אמרתי, כי בפרשנותו פועל השופט כמחוקק משנה, הרי בהשלמת חסר פועל השופט כ"מעין־מחוקק".

הסוג השלישי של קביעת הדין על ידי השופט הוא בפיתוח המשפט²⁷. פעילות זו היא בעלת היבטים מגוונים²⁸. היא כוללת יישוב סתירות בין נורמות משפטיות²⁹, ותיקון טעויות בנורמות הקיימות³⁰. במרכז עומדת פעילות של השופט כיוצר נורמה משפטית חדשה, הגדרשת על פי צרכי החיים, בלא שהוא מפרש בכך טקסט נורמטיבי קיים, או יוצר טקסט נורמטיבי חדש כדי למלא חסר בטקסט נורמטיבי קיים. הדוגמא המובהקת לסוג פעילות זו הינה בפיתוח חלקים נרחבים של המשפט המקובל (ה-

23. ראה ע"א 804/80 סיידר סנקר קורפוריישן נ' קו צינור אילת אשקלון בע"מ, פ"ד לט (1) 393, 441: "אין השופט מפרש טקסט נתון אלא יוצר אותו, וזאת על־פי הרשאה, שניתנה לו על ידי המחוקק" ראה גם J.H. Merryman "The Italian Legal Style III: Interpretation" 18 Stan. L. Rev. (1966) 583, 593: "The problem of interpretation is to supply meaning to the . norm; that of lacunae is to supply the norm".

24. "מי שבידועין ובלי צידוק מספיק גרם לאדם שיפר חוזה מחייב כדון שבינו לבין אדם שלישי הריהו עושה עוולה כלפי אותו אדם שלישי, אולם האדם השלישי לא יוכל להיפגע פיצויים בעד עוולה זו אלא אם סבל על ידי כך נזק־ממון".

25. שאלה פרשנית היא, אם חוזה בטל או חוזה מסיכל הוא "חוזה" לעניין העוולה של "גרם הפרת חוזה שלא כדין": השווה ג' טדסקי מכוח המשפט (תשל"ח) 106.

26. ראה נ' כהן גרם הפרת חוזה (דיני הנוזיקין, ג' טדסקי עורך, תשמ"ו) 32.

27. "פיתוח המשפט" אינו ביטוי מוצלח. גם בפרשנות יוצרת ובהשלמת חסר יש משום פיתוח המשפט. כאשר אני נוקק לדיבור "פיתוח המשפט", כוונתי הינה ליצירה שיפוטית של נורמות חדשות, שאינן תוצאה של פעילות שיפוטית פרשנית, או של פעילות שיפוטית במילוי חסר.

28. ראה K. Engisch Einführung in Das Juristische Denken (Siebente Auflage, Stuttgart, 1977).

29. אכן, דעתי הינה, כי הכללים בדבר יישוב הסתירות בין שתי נורמות (כגון שני חוקים) אינם כללי פרשנות, אלא כללים לפיתוח המשפט. השופט חייב, כמובן, לפרש את הנורמה האחת ואת הנורמה השניה, ועל יסוד פעילות פרשנית זאת, עליו לקבוע קביעה פרשנית אם קיימת סתירה בין השתיים. משנקבעה הסתירה, על השופט להתליט איזו נורמה ממשיכה להתקיים, ואיזו נורמה מתבטלת. קביעה זו אינה קביעה פרשנית, אלא קביעה בפיתוח המשפט. כשם שאיננו אומרים כי קביעה מפורשת בנורמה כי נורמה אחרת בטלה הינה קביעה פרשנית, כן אין לומר כי קביעה שיפוטית על דבר בטלות משתמעת היא קביעה פרשנית.

30. לתיקון טעות בדבר חקיקה, ראה Bennion, לעיל הערה 10, בע' 337.

common law) ודיני יושר (ה־ equity) במשפט האנגלו-אמריקאי³¹. בישראל מהווים חלקים נרחבים של המשפט המינהלי³², של תורת הפיצויים³³, ושל דיני הראיות³⁴, פרי פעילות שיפוטית בפיתוח המשפט. בגרמניה מהווה עקרון תום הלב במשא ובמתן דוגמא לפעילות זו³⁵. עקרון זה אינו מופיע בחקיקה האזרחית הכללית, והוא מהווה פיתוח משפט על ידי השפיטה³⁶. חלקים נרחבים של המשפט המינהלי הצרפתי אינם מעוגנים בחקיקה והם התפתחו בדרך דומה³⁷. פעילות זו מבוססת על הצורך להתאים את המשפט למציאות החיים. מוסדות והסדרים משפטיים אשר שרתו את החברה בעבר, שוב אינם תואמים את צרכי ההווה והעתיד. מוסדות משפטיים חדשים מחליפים את הישנים³⁸. דוגמא טובה לסוג פעילות זו הם דין המכרזים של הרשויות הציבוריות. בית המשפט הגבוה לצדק פיתח, בשורה ארוכה של פסקי־דין, מערכת נורמות הקובעות כיצד על הרשות השלטונית לנהל משא ומתן לכריתת חוזה בדרך המכרזים³⁹. פעילות שיפוטית זו אינה מהווה פרשנות של טקסט כלשהו⁴⁰. התפתחות הפסיקה החלה עוד בטרם הוחק סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), והיא נמשכת בלא לעגן עצמה בהוראה זו. אין גם לומר, כי העדר דינים מיוחדים באשר לדרך ניהול מכרזים מהווה חסר הדורש מילוי. ניתן היה להפעיל את דין החוזים הרגיל, אשר נתן תשובה לבעיות המשפטיות שדיני המכרזים מעוררים. גם אם תשובה זו לא הניחה את הדעת, אין הדבר יוצר חסר בשיטה. הסדר, אף שאינו מניח את הדעת, הסדר הוא, וכל עוד הוא שלם, אין

31. ראה M. Eisenberg *The Nature of the Common Law* (Cambridge, Mass., 1988).
32. כגון דיני המכרזים: ראה ש' הרציג דיני מכרזים (תש"ן). הוא הדין בכללי הצדק הטבעי: ראה ש' שטרית "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ז) 42. בדומה, הכללים בדבר ניגוד עניינים הם במהותם כללים שיפוטיים אשר נפסקו כחלק מפעילות שיפוטית בפיתוח המשפט: ראה בג"צ 531/79 סיעת "הליכוד" בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד (2) 566.
33. ראה א' ברק "הערכת הפיצויים בנוקי גוף: דין הנוזקין המצוי והרצוי" עיוני משפט יא (תשמ"ג) 243.
34. הדוקטרינה המרכזית של דיני הראיות בישראל, לפיה עדות שמיעה (hearsay evidence) אינה קבילה, היא דוקטרינה שיפוטית: ראה א' הרנון דיני ראיות (תשל"ז, כרך שני) 131.
35. על ה־ culpa in contrahendo במשפט הגרמני, ראה ד' פלפל "תום־לב במשא ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ה (תשל"ז) 608; ד' פלפל "תום לב חווי ודיני הנוזקין" הפרקליט לח (תשל"ט) 454; ד' אבן "Culpa in Contrahendo" עיוני משפט ה (תשל"ז) 608; ו' זוסמן "תום הלב בדיני החוזים – הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (תשל"ח) 485; א' ראבלו "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), Culpa in Contrahendo" קובץ הרצאות כימי עיון לשופטים (תשל"ה) 57.
36. ראה K. Larenz *Methodenlehre der Rechts-Wissenschaft* (Berlin, 1983) 296.
37. ראה L. Brown & J.F. Garner *French Administrative Law* (London, 3rd. ed., 1983) 108.
38. ראה א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (תשמ"ד) 71.
39. פסק־הדין המרכזי הוא בג"צ 292/61 בית אריזה רהובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז (1) 20. ראה גם הרציג, לעיל הערה 32.
40. בכל הנוגע לשלטון המקומי, מעוגנים דיני המכרזים בדברי חקיקה. ראה, בעיקר, תקנות העיריות (מכרזים), תשמ"ח-1987, ק"ת 229, ותקנות העיריות (מכרזים לקבלת עובדים), תש"ט-1979, ק"ת 662. הפעילות השיפוטית כאן היא בעיקרה פרשנית. עיקר הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט בסוגיית המכרזים, היא לעניין מכרזים של השלטון המרכזי.

בו חסר⁴¹. אכן, בפיתוח דיני המכרזים פעל בית-המשפט מעבר לפרשנות ולהשלמת חסר. הוא פעל לפיתוח המשפט. הורגש הצורך להסדיר באופן מיוחד וחדש תחום פעילות שהוסדר בעבר בצורה שאינה מניחה את הדעת. בית-המשפט חש בצורך להבטיח הגינות ושוויון בתחום פעילות חשוב של המינהל הציבורי⁴². הוא פיתח המשפט בתחום זה. פעילות דומה בפיתוח המשפט גילה בית-המשפט בפיתוח חובות האמון. של בעלי מניות שליטה כלפי החברה⁴³, או בפיתוח דיני האימוץ לפני חוק האימוץ⁴⁴. ככל אלה, וברבים אחרים, פועל השופט ליצירת דין חדש הבא ליתן תשובה לבעיות החיים, מבלי שניתן לסווג את הפעילות השיפוטית כפירוש או כהשלמת חסר. פעילות שיפוטית כוללת זו לפיתוח המשפט אינה "חקיקת משנה" או "מעין חקיקה". זו חקיקה של ממש במובנה הפונקציונלי⁴⁵.

ג. קשיי ההבחנה בין סוגי הפעילות השיפוטית

ניתן לומר, כי שלושה סוגים אלה של פעילות שיפוטית יוצרים שלוש מדרגות. המדרגה הראשונה היא המדרגה הפרשנית. המדרגה השנייה שמעליה היא המדרגה של מילוי חסר. המדרגה השלישית והעליונה היא בפיתוח המשפט. ההבחנה העיונית בין המדרגות ברורה היא. הפעלתה, הלכה למעשה, קשה היא. הקשיים הם אובייקטיביים וסובייקטיביים גם יחד. הקשיים האובייקטיביים הם ארבעה:

41. חסר בהסדר אינו נקבע על פי מבחניו של המשפט הרצוי. השאלה אינה מהו ההסדר הטוב שיש לשאוב אליו. אי-שלמותו של ההסדר נקבעת על-פי בחינתו של המשפט המצוי. השאלה הינה, מהי התכלית העומדת ביסוד ההסדר הקיים, והאם הגשמתה שלה מצביעה על חוסר שלמות (חסר). כך, למשל, ייתכן ודיני הנויקין, המעניקים זכות לפיצויים בגין מותו של אדם רק לבני זוג, הורים וילדים, הם בלתי רצויים, שכן אחים ואחיות אינם כלולים בהסדר. עם זאת, אין לפנינו חסר. יש להבחין בין חסר לבין מדיניות משפטית בלתי ראויה. חסר אינו מהווה ביקורת על המשפט המצוי. חסר אינו מהווה תיקון המשפט המצוי לשם הגשמת המשפט הרצוי. חסר מהווה אי-שלמות בחוך המשפט המצוי עצמו. כע"א 208/51 הקר נ' ברש, פ"ד ח 566, 585, קבע השופט זילברג:

"מכיוון שכך, הרי זו סוגיית משפטית שנוצאה לה סידור כלשהוא, ואפילו בלתי ממצה ואפילו פגום, בפרקי ההלכה המקבילים של החוק הארץ-ישראלי (ע"א 167/47 א "פסקים" 1949, ע' 49, ובע' 52) ושוב אין להפעיל כאן את 'צינור היבוא' של סימן 46 לדבר המלך, ודי לו, לתוק הארץ-ישראלי, שיפקיע את עצמו במה שיש בו".

ניסוח זה, מעורפל הוא. עצם העובדה שסוגיית מסוימת הוסדרה על ידי המחוקק, אין בה כדי להבטיח כי אותה סוגייה היא שלמה, ואין בה חסר. עם זאת, נכון הוא, כי אם סוגייה מסוימת הוסדרה על ידי המחוקק, עצם העובדה שהסידור אינו ממצה ואף פגום, אין בו כדי להצביע על חסר. הביטויים "בלתי ממצה", ו"פגום" אינם שופכים אור על סוגיית החסר, ואין בהם כדי להכריע לכאן או לכאן. השאלה אינה אם הסוגייה ממצה, אם לאו. השאלה אינה אם הסוגייה פגומה, אם לאו. השאלה הינה, אם ההסדר אינו שלם, וחוסר השלמות נוגד את תכליתה של הנורמה.

42. ראה בג"צ 368/74 גוולן נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד לא (1) 505, 511.

43. ראה ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק פויכטונגר, פ"ד לח (3) 253.

44. ראה ע"א 50/55 הרשקובין נ' גרינברגר, פ"ד ט 791. ראה גם ש' ו' חשין ילדי אימוצים (תשט"ז).

45. חקיקה במובנה הפונקציונלי, משמעותה יצירתן של נורמות משפטיות כלליות: ראה י' ה' קלינגהופר משפט מינהלי (תשי"ז) 7. ראה גם ע"פ 219/56 י"מ לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695.

(1) ראשית, קו הגבול המבחין בין המדרגות השונות הוא עמום. אנו נתקלים במקרי גבול, אשר שיוכם למדרגה זו או אחרת מעורר קשיים וחילוקי דעות. האם קביעת התוכן הנורמטיבי למושגים ערכיים הקבועים בנורמה משפטית, כגון עקרון תום הלב בחוק החוזים, היא פעילות פרשנית או פעילות בהשלמת חסר⁴⁶? המישנה לנשיא, השופט אלון, קבע כי פעילות זו היא בהשלמת חסר, ועל כן הקריטריון לפעילות צריך להמצא בדין השיור הקבוע בחוק יסודות המשפט⁴⁷. אני לעומתו פסקתי, כי פעילות זו היא פרשנית, ועל כן הקריטריונים לפעילות זו לא צריכים להמצא בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980⁴⁸. בדומה, האם דיני שיתוף הנכסים בין בני זוג, שפותחו על ידי בית המשפט, הם בגדר פעילות פרשנית של ההסכם שבין הצדדים, או בגדר פעילות בפיתוח המשפט ובהתאמתו לצרכי החיים המשתנים⁴⁹?

(2) הקושי האובייקטיבי השני מקורו בכך, כי המשפט האנגלו-אמריקאי לא פיתח את מושג החסר, לא בחקיקה ולא בהלכה הפסוקה. כתוצאה מכך טושטשה ההבחנה בין פרשנות לבין מילוי חסר מזה⁵⁰ ובין מילוי חסר לבין פיתוח המשפט מזה⁵¹; למשפטן האנגלו-אמריקאי מושג החסר הוא זר, וההבחנה בינו לבין פרשנות המשפט היא מלאכותית. פעילותו של השופט מעבר לפירושו של טקסט נתון נתפסת אצלו –

46. לשאלה זו ראה J. Raz The Authority of Law (Oxford, 1979) 72, 193. גם Engisch, לעיל הערה 28, בע' 14; Canaris, לעיל הערה 21, בע' 26.

47. ראה ד"ר 13/80 הנדלם נ' קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 793, 785. ראה גם ד"ר 40/80 פניני נ' כהן, פ"ד לו (3) 701; ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח (2) 237; בג"צ 337/84 הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח (2) 826; ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט (2) 225; ב"ש 15/86 מ"י נ' אבי צור, פ"ד מ (1) 706; ע"פ 877/84 גאלי נ' מ"י, פ"ד מ (4) 169; בג"צ 852/86 אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא (2) 3. ראה גם מ' אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227, 241.

48. ראה עניין הנדלם, לעיל הערה 47, בע' 797. לדעתי, כאשר המחוקק נזקק למונח ערכי (כגון תום לב, שוויון, מוסר, צדק, סביר), הוא קובע הסדר. אין לפנינו חוסר שלמות, ואיננו עומדים במצב של חסר. המחוקק נזקק במכוון למונח ערכי, על מנת להעניק גמישות לנורמה המשפטית, ולאפשר התאמתה לצרכי החיים המשתנים, ולצרכים אינדיבידואליים. אמת, הלשון הערכית מחייבת פירוש, ופירוש זה מבוסס, מעצם טבעו, על שיקול דעת פרשני נרחב. אין בכל אלה כדי ליצור חסר. כל נורמה דורשת פירוש, ורבות הן הנורמות אשר פירושו מחייב שימוש בשיקול דעת פרשני נרחב. ראה כהן, לעיל הערה 22, בע' 292; ש' שילה "על חוק יסודות המשפט – הערות והארות" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 351, 358. ראה גם D. Friedmann "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel" 10 Isr. L. Rev. (1975) 324, 363. מרבית המחברים הקונטיננטליים נוקטים עמדה דומה: ראה Engisch, לעיל הערה 28, בע' 106; Canaris, לעיל הערה 21, בע' 26.

49. דומה, שתחילת התפתחותה של הלכת שיתוף הנכסים בפירוש החוזה שבין הצדדים, או בהשלמת חסר בו: ראה א' רוזנצבי יחסי ממון בין בני זוג (תשמ"ב). במשך השנים ניתן להלכה מעמד עצמאי: ראה ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה, פ"ד כה (1) 561, 573: "יהא מקורן של הלכות אלו אשר יהא ותהיה התפתחותן בארצות מהן נשאבו אשר תהיה, הן מהוות כיום נכס צאן ברזל של היורדיקטורה שלנו ועלינו לפסוק לפיהן".

50. כגון הטשטוש בין פרשנות מרחיבה לבין מילוי חסר: להבחנה זו ראה טדסקי, לעיל הערה 20.

51. שתי הפעולות נתפסות כפעולה אחת של פיתוח המשפט המקובל.

ובדין, מבחינתו שלו – כפעילות בעלת אחדות, בלי הבחנות מישנה בתוכה.

(3) קושי אובייקטיבי שלישי מקורו בקשיים הנגרמים משתיקת המחוקק. שתיקת המחוקק מתפרשת במספר מובנים. במובן הראשון, יש ושתיקת המחוקק משמעותה, שאת שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש – זו השתיקה – הוא השאיר כפי המצב בטרם התערבותו. במצב דברים זה אין חסר ואין מקום לפעילות שיפוטית בהשלמת החסר⁵². עם זאת, יש מקום לפעילות שיפוטית בפיתוח המשפט⁵³. אך יש ולשתיקה מן הראוי ליתן משמעות שניה, לפיה את שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש הוא הסדיר במשתמע. במצב דברים זה, הפעילות השיפוטית היא פרשנית. השופט קובע את הזיקה התפרסותה של הנורמה על פי המשתמע ממנה⁵⁴. אין הוא עוסק בהשלמת חסר או בפיתוח המשפט. אך אין אלה המשמעותיות היחידות של שתיקת המחוקק. קיימת משמעות שלישית. על פיה יש ושתיקת המחוקק משמעותה, שאת שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר לחיוב, ואת אשר לא הסדיר במפורש לחיוב הוא הסדיר במשתמע לשלילה⁵⁵. הפעילות השיפוטית במקרה זה היא פרשנית. השופט מפרש את הנורמה, ומסיק ממנה את הסדריה החיוביים ואת הסדריה השליליים. מתוך

52. ראה טדסקי, שם, בע' 160-161: "עלינו לומר כי אין ליקוי בחוק... אם ברצונו (של המחוקק) לייחד הסדרם של ענינים מסוימים לכוחות חברתיים אחרים, כגון הדת, המוסר וכו', או אפילו למרכז הוראות משפטיות עצמאיים". אכן, כאשר המחוקק ביקש מראש להשאיר תחומים מסוימים מחוץ לגדר הסדריו, אין לומר כי בתחומים אלה קיים חסר. תכלית החוק היתה שלא להסדיר תחומים אלה באמצעות חוק, אלא להשאירם לאוטונומיה של הפרט. אוטונומיה זו קיימת מכוח תפיסה כללית, לפיה מותר לאדם לבצע כל פעולה משפטית, כל עוד לא נאסרה עליו.

53. פיתוח המשפט יתבטא בכך, שתחומים שונים, אשר בעבר המשפט איפשר הסדרתם על ידי האוטונומיה של הרצון הפרטי, יוסדרו עתה על ידי המשפט במישורין, תוך שלילה – מלאה או חלקית – של האוטונומיה הפרטית. ראה, למשל, בג"צ 669/86 רובין נ' ברגר, פ"ד מא (1) 73.

54. משמעות משתמעת קיימת לגבי כל דיבור, וממילא גם לגבי כל נורמה משפטית. מדרכה של לשון, כי היא מדברת לא רק במפורש, אלא גם במשתמע. "לעיתים הדברים משתמעים במפורש ולעיתים מכללל. לעיתים הדברים בולטים, ולעיתים יש ללמוד עליהם בין השיטין": ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד השומה רחובות, פ"ד לט (2) 70, 76.

55. ראה ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ (כפירוק), פ"ד יד 1545, 1549: "כיצד עלינו להתייחס לשתיקת המחוקק המקומי? האם נראה בה שתיקה מדעת, יצירה מכוונת של הסדר שלילי... או שמא נראה בה מעין שכחה, בהיסח הדעת, השמטה בלתי-מוכנת של עקרון משפטי שיחול באותו עניין" (השופט זוסמן). ראה גם ע"א 167/47 מינהובין נ' פישצנר, פ"ד ב 39:

"יש ושתיקתו של המחוקק יפה מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו, ואם הוא נמנע מלקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת בעדה, ואומרת לנו, כפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה הנדונה" (השופט זילברג, שם, בע' 43).

ראה גם ש' ז' פלר יסודות בדיני עונשין (תשמ"ז, כרך ראשון): "משמעותו של חסר נורמטיבי הוא שתיקה שהיא לאקונה, ולא שתיקה המהווה, לאמיתו של דבר, הסדר שלילי, לעומת הסדר חיובי שקיים לגבי המקרים האחרים. אי-לכך, שומה עלינו לאבחן תחילה את שתיקת החוק – שמא משמעותה היא דווקא קיום דין על דרך של הסדר שלילי ועקב כך הימצאות תשובה לשאלה המשפטית שהתעוררה" (שם, בע' 197).

פעילותו הפרשנית בקביעת ההסדר השלילי, מתבקשת המסקנה כי אין חסר⁵⁶, ועל כן אין מקום לפעילות שיפוטית בהשלמת החסר⁵⁷.

לכסוף, יש ושתיקת המחוקק מובנת כך: את שהמחוקק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש, אך הוא עשה כן באופן לא שלם, תוך השארת חסר המחייב השלמה. במצב דברים זה הביאה הפעילות השיפוטית הפרשנית לידי זיהוי של חסר. משלב זה ואילך תחל הפעילות השיפוטית בהשלמת החסר⁵⁸. והנה, ההבחנה בין ארבעת מצבי השתיקה – קשה היא. קשה לעתים להבין את דברו של המחוקק. שבעתיים קשה לעתים להבין את שתיקתו. בשל קושי זה להבין את שתיקת המחוקק, קשה ההבחנה בין סוגי הפעילות השיפוטית השונים. אין אתה יודע כברור אם לאור שתיקת המחוקק, הפעילות השיפוטית היא פעילות פרשנית במתן משמעות משתמעת לשתיקת המחוקק או בקביעת הסדר שלילי המתבקש מתוכה, או שמא הפעילות היא פעילות שיפוטית לבר-פרשנית בהשלמת חסר, או אולי היא מהווה פעילות שיפוטית לבר-פרשנית בפיתוח המשפט, בתחומים שנתרו פתוחים מעבר לגורמה, כפי שפורשה או שהושלמה.

(4) קושי אובייקטיבי רביעי נעוץ בכך, שמספר קריטריונים משותפים הם לכל הפעילויות השיפוטיות. כתוצאה מכך, קשה ההבחנה ביניהם. כך, למשל, עקרונות היסוד של השיטה ממלאים תפקיד הן בפרשנות (כחלק מתכלית החקיקה⁵⁹), הן בהשלמת חסר (כחלק מדין השיור על פיו מושלם החסר⁶⁰), והן בפיתוח המשפט (כקריטריון העיקרי לפיתוח המשפט⁶¹). אין פלא, שלא תמיד ניתן לעמוד במדויק על סוג הפעילות השיפוטית, בו נעשה השימוש בעקרונות יסוד אלה.

56. ראה טרסקי, לעיל הערה 20:

“עלינו לומר כי אין ליקוי בחוק כאשר נמנע המחוקק מלהוציא הוראות על נושא כלשהו מתוך... שברצונו כי בעניין הגדון יחול הסדר שלילי (כלומר שלא תידרשנה לשכלולה של עסקה משפטית צורות ומידות פרט לאותן המפורטות בחוק; או שלא יצרפו חובת תשלום פיצויים לשום מעשים, פרט לאותם מעשים המפורטים בחוק; או שכל מעשה מותר, פרט למעשים מסויימים שהחוק מטיל עליהם איסור ומצרף להם עונש)” (שב, בע' 156).

57. מבחינה זו דומה המובן השלישי של שתיקת המחוקק למוכן השני של השתיקה. בשני המקרים, עניין לנו בפעולה פרשנית, הפועלת בתחום המשתמע. בשני המקרים אין מקום לחסר ולהשלמתו, ואין מקום לפיתוח המשפט. השוני בין שני המצבים הוא זה: במוכן השני של שתיקת המחוקק, מורחב ההסדר המפורש לתחום המשתמע. לעיתים ניתן להעזר כאן בטיעון של “מקל ותומר” (argumento a fortiori). על פיו, אם תוצאתו המשפטית של החוק נקבעת בהתקיים תנאים מסויימים, קל וחומר שאותה תוצאה ממש מתבקשת לגבי תנאים הכלולים במשמע בהסדרו של החוק. לעומת זאת, במוכן השלישי של שתיקת המחוקק מוטל על התחום שאינו מוסדר במפורש, הסדר שהוא היפוכו של ההסדר המוטל על התחום המוסדר במפורש. דבר זה מתקבל באמצעות הטיעון “מתוך ניגוד” (argumento a contrario). אכן, כשם שהטיעון הפרשני “מקל ותומר” קובע את היקפו של ההסדר החיובי, כך הטיעון הפרשני “מתוך ניגוד” קובע את היקפו של ההסדר השלילי. יצוין, כי הטיעון “מקל ותומר” עשוי להיות לעיתים גם טיעון לבר-פרשני, בתחום מילוי חסר.

58. ראה Canaris, לעיל הערה 21, בע' 51. ראה גם עניין קניג, לעיל הערה 47, בע' 725.

59. ראה ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ"י, פ"ד לו (2) 565, 574; ברק, לעיל הערה 4, בע' 97.

60. ראה כהן, לעיל הערה 22.

61. ראה להלן הערה 129.

בצד הקשיים האובייקטיביים בהבחנה בין סוגי הפעילות השיפוטית היוצרת, עומדים שני קשיים סובייקטיביים.

ראשית, קיימת גטיה אצל שופטים רבים להציג את פעילותם כולה כפעילות פרשנית. חוששים הם, פן "יואשמו" בחריגה מסמכות, ובנטילת סמכויות חקיקה לא להם, ועל כן נוטים הם לדחוס עצמם לפעילות פרשנית, שהלגיטימיות שלה מקובלת על הכל⁶². כתוצאה מכך מוטלת מעמסה כבדה על הפעילות הפרשנית, החובקת לפתע את מלוא הפעילות השיפוטית. מה שהינו פעילות שיפוטית בהשלמת חסר או בפיתוח המשפט, נתפס כפעולה פרשנית. הלחץ על הלשון של הטקסט גובר, תוך שניתנת ללשון משמעות חריגה ויוצאת דופן. לעתים הנורמה עומדת לפני התמוטטות, ואינה יכולה לשאת לחץ זה. חרף זאת, ממשיכים שופטים, בלשונו של השופט זילברג "לפתור את השאלה הנ"ל מתוכו של החוק גופו, ולדחוס אותה, בצמצום או בריווח לתוך לשונו של החוק"⁶³. הם מציגים כפעילות פרשנית, מה שצריך להיות, ומהווה למעשה, פעילות בהשלמת חסר, כלומר תוספת לשון הלכתית מעבר ללשון החקיקתית, או בפיתוח המשפט מעבר ללשון של הנורמה. בכך מקשים הם על ההבחנה בין סוגיה השונים של הפעילות השיפוטית.

קושי סובייקטיבי שני מקורו בכך שומספר שופטים – והם מיעוטם של השופטים – נוטים לתופעה הפוכה מקודמתה. שופטים אלה מבקשים לזנוח במהירות את הנורמה הקיימת ופרשנותה, תוך מציאת מפלט בפעילות השיפוטית בהשלמת החסר. כך ניתן להסביר, למשל, את נטייתם של מספר שופטים לצאת במהירות רבה מתחום הפרשנות – תחום בו מצוי השופט שעה שעליו ליתן תוכן לביטויים ערכיים, כגון מוסר, צדק, תום לב – ולמצוא עצמם פועלים במסגרת "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", שהוא דין השיור במקרה של חסר⁶⁴. אף על כך יש להצטער. אל לו לשופט לדחוס לתוך הפעילות הפרשנית פעילות במילוי חסר ובפיתוח המשפט. אלה אינן פעילויות פרשניות, וסופן אבדן כל אמת מידה לפעילות הפרשנית ולפעילויות האחרות גם יחד. בדומה, אל לו לשופט לדחוס לתוך הפעילות של השלמת חסר או פיתוח המשפט, פעילות שהיא פרשנית במהותה. סופה של דחיסה זו, אבדן כל אמת מידה להשלמת החסר, וטשטוש התחומים בין הפעילויות השיפוטיות השונות.

ד. חשיבות ההבחנה בין סוגי היצירה השיפוטית

להבחנה בין שלושת הסוגים של היצירה השיפוטית: פירוש, השלמת חסר, פיתוח המשפט, חשיבות רבה בכל שיטת משפט. חשיבות זו נעוצה בעובדה, שהדינים החלים על כל אחת משלוש הפעילויות הללו שונים הם. שוני זה מתבטא, בין השאר⁶⁵, בשתי הסוגיות הבאות: הסמכות והלגיטימיות הפורמלית של סוגי הפעילות השונים; הקריטריונים לפעילות השיפוטית. אנתח כל אחת מסוגיות אלה בנפרד.

62. ראה A.E. Vou Overbeck "Some Observations on the Role of the Judge Under the Swiss Civil Code" 37 La. L. Rev. (1977) 681, 690.

63. ראה ע"א 83/68 עובד המנוח פינקלשטיין נ' פינקלשטיין, פ"ד כב (1) 618, 619.

64. ראה, למשל, השופט אלון בעניין הנדלם, לעיל הערה 47; עניין קניג, לעיל הערה 47; עניין לפרסון, לעיל הערה 47. תופעה דומה ניתן למצוא אצל חסידי "המחקר

המדעי-המשפטי-החופשי" ובראשם ג'ני (Geny): ראה F. Geny Methode D'Interpretation et Sources en Droit Prive Positif (Eng. Tran, 1963).

65. חשיבות נודעת להבחנה בין סוגי הפעילות השיפוטית מבחינת התוקף הנורמטיבי של תוצאת הפעילות. התוקף הנורמטיבי של הפירוש השיפוטי כתוקף המשפטי של הנורמה המתפרשת.

(1) סמכות ולגיטימיות

סמכותו של השופט לפעילות פרשנית אינה מוטלת כיום בספק. כל שיטות המשפט המודרניות מכירות בה. חקיקה היא האצלה לפרשנות⁶⁶. במספר שיטות משפט נהג בעבר הכלל, לפיו מקום שהפרשן מגיע למקרה קשה, עליו להימנע מפירוש יוצר, ועליו להעביר את ההכרעה בשאלה הפרשנית לגוף המחוקק⁶⁷. הסדר זה, אבד עליו הכלח⁶⁸. אין נוהגים עוד על פיו. הכל מכירים כיום בסמכותו של השופט לפרש חוק, גם אם פירוש זה הוא יצירתי.

לעומת זאת, סמכותו של השופט למלא חסר בנורמות משפטיות אינה מובנה מאליה. זוהי סמכות מעין-חקיקתית, והיא מחייבת הכרעה מודעת. שיטות משפט שונות נוקטות בענין זה בגישות שונות, תוך הבחנה בין מקורות המשפט השונים. המשפט הקונטיננטלי מכיר בסמכותו של השופט להשלים חסר בחקיקה⁶⁹. בחלק משיטות

פסק-דין המפרש חוקה, תוקפו הנורמטיבי כתוקף החוקה. רק שינוי בחוקה (או בהלכה השיפוטית הפרשנית) יכול להביא לביטול תוצאות הפירוש. לעומת זאת, התוקף הנורמטיבי של הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט, כתוקף "משפט מקובל" בשיטת המשפט. שאלה יפה היא, מהו תוקפה הנורמטיבי של הלכה שיפוטית הממלאת חסר בנורמה או בהסדר משפטי לדעת, תוקפה המשפטי של ההלכה השיפוטית המשלימה חסר כתוקפו המשפטי של הדין החסר, אותו משלימה ההלכה השיפוטית.

66. ראה בג"צ 73/85 סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד לט (3) 141, 152: "כל הוראה חקוקה כוללת בחובה, כדבר טבעי ומובן מאליו, האצלה של סמכות הפירוש לבית המשפט". ראה גם C.P. Curtis "A Better Theory of Legal Interpretation" 3 Vand. L. Rev. (1950) 407, 424.

67. ראה E. Freund "Interpretation of Statutes" 65 U. Penn. L. Rev. (1917) 207; T. Plucknett A Concise History of the Common Law (London, 5th. ed., 1956) 330 גם Merryman, לעיל הערה 23; Geny, לעיל הערה 64, בע' 51; טסדקי, לעיל הערה 50, בע' 144.

68. דומה, כי במשפט העברי הוא לא התקיים לעולם. עמדתו של המשפט העברי הינה, כי עם יצירת הנורמה, חל ניתוק בין יוצרה לבין הפועלים על פיה. מניתוק זה מתבקשת המסקנה, כי הפירוש המוסמך של הנורמה נעשה על ידי אלה החיים על פיה, ולא על ידי יוצרי הנורמה. אמת, "תורה מן שמים" היא, אך "תורה לא בשמים" היא: ראה מ' אלון המשפט העברי (מהדורה שלישית, תשמ"ח) 214. מכאן, שאין לו ליוצר הנורמה שליטה על פירושה. כאשר קיימים "חילוקי דעות" בין "המחוקק העליון" לבין מפרשיו – יד המפרשים על העליונה. עקרון זה בא לידי ביטוי באגדה בדבר "תנור של עכנאי": ראה בבא מציעא, דף נט, ע"ב. ראה גם אלון, שם, בע' 231; מ' זילברג כך דרכו של תלמוד (מהדורה שניה, תשכ"ד) 68; "אנגלרד" "תנורו של עכנאי – פירושה של אגדה" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 45.

69. הספרות הקונטיננטלית בסוגיית החסר היא מקיפה ביותר. לניתוח התפיסה הגרמנית ראה Canaris, לעיל הערה 21; Engisch, לעיל הערה 28; Larenz, לעיל הערה 36. לניתוח התפיסה האיטלקית ראה M. Corsale (1961); N. Bobbio Teoria Dell Ordinamento Giuridico (1961); N. Bobbio "Lacune dell Ordinamento" 23 Enciclopedia Del Diritto (1973) 257; N. Bobbio "Lacune Del Diritto" 9 Novissimo Digesto Italiano (1963) 419. לתפיסה בשווייץ, ראה Le Meier Hayoz, Berner Kommentar, Bond (1) (1966). לאסופת מאמרים, ראה A. Meier Hayoz, Berner Kommentar, Bond (1) (1966). Problème Des Lacunes on Droit (Bruxelles, ed. by C.H. Perlman, 1968).

המשפט הקונטיננטליות, כגון איטליה⁷⁰, אוסטרליה⁷¹, שווייץ⁷², הדבר קבוע במפורש בקודיפיקציה האזרחית⁷³. בחלק אחר של השיטות הקונטיננטליות כגון גרמניה⁷⁴ וצרפת⁷⁵, הדבר כה מובן מאליה, עד שלא נמצא צורך בהוראה מפורשת. לעומת זאת, מרבית המשפט הקונטיננטלי אינו רואה בפסיקה מקור למשפט⁷⁶, ועל כן לא פיתח מדע משפט המאפשר השלמת חסר בהלכה הפסוקה. המשפט האנגלו-אמריקאי נוקט בעמדה שונה לחלוטין. הוא מכיר ללא קושי בסמכות השופט להשלים חסר בהלכה הפסוקה⁷⁷, אם כי אינו מבחין בין פעילות זו לבין פעילות בפיתוח המשפט. לעומת זאת, אין הוא מכיר בסמכות השופט להשלים חסר בחקיקה⁷⁸, תוך שהוא מפנה את השופט, במקרים מתאימים, למשפט המקובל⁷⁹.

ישראל היא שיטת משפט מעורבת⁸⁰. והמאפיין שיטת משפט זו הוא, כי הן החקיקה והן הפסיקה מהווים בה מקורות משפט. על כן, ברור כי יש להכיר בישראל בפעילות שיפוטית בהשלמת חסר בחקיקה. אכן, אין כל קושי במסקנה, כי השופט בישראל מוסמך, כמו עמיתו בקונטיננט, להשלים חסר בחקיקה. בעבר נעשה הדבר באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו, על ידי פניה למשפט המקובל ולאקויטי⁸¹. כיום נעשה הדבר, על פי חוק יסודות המשפט, החש"ם-1980, על-ידי פניה להיקש ולעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. אך המוסמך שופט בישראל להשלים חסר בהלכה הפסוקה? האם חוק יסודות המשפט משתרע גם על תחום זה?

70. סעיף 12 לקודקס האזרחי מ-1942.
71. סעיף 6 לקודקס האזרחי מ-1811.
72. סעיף 1 (א) לקודקס האזרחי מ-1911.
73. ראה גם סעיף 16 לקודקס האזרחי הפורטוגזי מ-1967; סעיף 6 לקודקס האזרחי הספרדי מ-1989; סעיף 16 לקודקס האזרחי הארגנטינאי מ-1967.
74. ראה Larenz, לעיל הערה 36, בע' 243.
75. ראה 5 (1980) *Juris Classeur* "Application De La Loi par Le Juge" A. Rieg.
76. ראה David, לעיל הערה 1.
77. ראה E. W. Patterson *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law* (Brooklyn, 1953) 586.
78. רבה הספרות בשאלה זו. ראה R. Pound "Common Law and Legislation" 21 *Harv. L. Rev.* (1908) 383; J. Landis "Statutes and the Sources of Law" *Harvard Legal Essays* (1934) 213; R. Traynor "Statutes Revolving in Common-Law Orbits" 17 *Cath. U.L. Rev.* (1968) 401; Borrows "The Interrelation Between Common Law and Statute" 3 *Otago L. Rev.* (1976) 583; G. Calabresi *A Common Law for the Age of Statutes* (1982); P.S. Atiyah "Common Law and Statute Law" 48 *Mod. L. Rev.* (1985) 1.
- נסיונו של השופט דנינג לשנות הגישה, בפרשת 2 [1950] *Magor v. Newport Corporation* All E.R. 1226, 1236 נתקל בסירוב של בית הלורדים: *Magor v. Newport Corporation* [1952] A.C. 189. גם בקנדה, אוסטרליה וארצות-הברית, סרבה הפסיקה למלא חסר בחקיקה: ראה 10 [1973] 35 D.L.R. (3d) 10; *Marshall v. Re Certain Titles to Land in Ontario* [1972] C.L.R. 640, 649 Sutherland Stat. Const. ראה Watson [1972] C.L.R. 640, 649. § 54.03 (4th ed., vol 2A).
79. ראה טקסט ליד הערה 108 להלן.
80. ראה U. Yadin "Judicial Lawmaking in Israel" *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (Louisiana, ed. by J. Dainow, 1947) 296.
81. ראה טדסקי, לעיל הערה 20.

שאלה זו אינה נקיה מספיקות. מחד גיסא, ניתן לומר, כי חוק יסודות המשפט מסמיך את השופט להשלים חסר בחקיקה ובפסיקה גם יחד. כידוע, קובע חוק יסודות המשפט לאמור⁸²:

“ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל”.

הוראה זו, ניתן לפרשה באופן שסמכות בית המשפט להשלים חסר משתרעת הן על חסר בחקיקה והן על חסר בפסיקה. ה“הלכה הפסוקה” הנזכרת בחוק יסודות המשפט היא גוף של הלכות שיפוטיות, הקובעות מערכת נורמטיבית מקיפה, אשר מסדירה את היחסים המשפטיים בין בני האדם. אין אלה אך הלכות שבאו מפירוש דבר חקיקה. אלה הן גם – ואם תרצה לומר, בעיקר – הלכות המהוות את “המשפט המקובל” שלנו. גם בהן, כמו בחוק, יכול שיהא חסר, אשר יש להשלימו. על פי גישה זו, מושג ה“חסר” תופס אצלנו, הן לענין החקיקה והן לענין ההלכה הפסוקה. מושג החסר אצלנו איננו מוגבל לחקיקה בלבד. אין גם לומר, כי מושג החסר, מעצם מהותו, אינו יכול לחול לענין ההלכה הפסוקה. חסר קיים מקום שההסדר אינו שלם, ואי-שלמות זו נוגדת את תכלית ההסדר⁸³. גם להסדר הלכתי שמקורו ב“משפט מקובל” ולא בפרשנות חקיקה, יש תכלית, ועל כן תתכן בו אי שלמות, הנוגדת את התכלית. אמת, אין לו, ל“משפט המקובל”, תכנון מראש, אך בכך אין כדי לשלול את מושג החסר. מושג החסר קשור לרעיון אי-השלמות, ולא לרעיון התכנון⁸⁴.

כנגד השקפה זו, ניתן לומר, כי חוק יסודות המשפט בא להחליף את הוראות סימן 46 לדבר המלך במועצתו. סימן 46 לדבר המלך חל רק לענין חסר בחקיקה, וממילא גם חוק יסודות המשפט מוגבל – על פי תכליתו – רק לחסר בחקיקה. זאת ועוד: מושג החסר, מעצם מהותו, אינו יפה להלכה הפסוקה, אשר התפתחותה היא מקרית, בלא כל תכנון, ממקרה למקרה. לא השלמת החסר היא המביאה להתפתחותה של ההלכה הפסוקה, אלא פיתוח המשפט מעבר למושג החסר (והפרשנות).

סמכותו של השופט לפתח משפט (מעבר לפרשנות ולהשלמת חסר) היא הפרובלמטית מבין שלוש פעילויותיו. פעילות זו אינה מעוררת קשיים מיוחדים בשיטה האנגלו-אמריקאית. כל קיומו של המשפט המקובל והאקוויטי מעוגן בפעילות זו, תוך שטושטשה ההבחנה בין פעילות זו לבין השלמת חסר. כך יצרו שופטי המשפט המקובל את דיני החוזים, הנוזיקין, הפלילים והמשפט הציבורי. איש לא מעלה על הדעת לטעון, כי הם חרגו מסמכותם בעשותם כן. אמת, קיימת במשפט האנגלו-אמריקאי מחלוקת בין חסידי התורה הדקלרטיבית, הרואים בדין החדש הצהרה על הטמון בנבכי השיטה, לבין חסידיים של תורות פוזיטיביסטיות וריאליסטיות, הרואים בדין החדש יצירה חדשה, שאך פיקציה היא לראות בה הצהרה על דין קיים⁸⁵. אך כל התורות מכירות בכוחו של המשפט המקובל להתפתח וליתן פתרונות חדשים לבעיות חדשות⁸⁶,

82. סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש”ם-1980, ס”ח 163.

83. ראה לעיל הערה 20.

84. על כן לא מקובלת עלי הגדרה של מושג החסר, הקושרת אותו אך לתכנון החקיקתי: ראה Larenz, לעיל הערה 36, בע’ 248, ר’ Canaris, לעיל הערה 21, בע’ 31. שני המתברים מגדירים חסר כאי-שלמות הנוגדת את התכנון. על התכנון למדים המתברים מתוך התכלית הפנימית ומתוך עקרונות היסוד. לדעתי, עדיף לפנות במישרין לתכלית, ולא להתמקד בתכנון.

85. לניתוח המחלוקת, ראה ברק, לעיל הערה 4, בע’ 166.

86. אכן, גם פרופסור דבורקין, הנוטה לתפיסה דקלרטיבית-טבעית, מכיר בכוחו של המשפט המקובל

בלא כל צורך בהסמכה חקיקתית. סמכותו של שופט ליצור "משפט מקובל" היא טבעית לשיטה, אם כי קיימת בתוכה אי-הסכמה לבסיס העיוני של יצירה זו.

שונים פני הדברים במשפט הקונטיננטלי. הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט, להבדיל מפרשנות והשלמת חסר, פרובלמטית היא בשיטות משפט אלה. בשיטות אלה מוצגת השאלה: האם ניתן להכיר, במסגרת שיטת משפט, אשר בה ההלכה הפסוקה אינה כרגיל מקור למשפט, בלגיטימיות של הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט, פעילות שאינה מעוגנת בפירוש טקסט חקוק (כגון קודיפיקציה), או בהשלמת חסר בוז חרף הקשיים, מוכרת כיום פעילות שיפוטית זו בחלק מהארצות הקונטיננטליות⁸⁷, כגון צרפת⁸⁸ וגרמניה⁸⁹. הרבו לעסוק בכך חכמי המשפט בגרמניה⁹⁰. מקובל על חלקם, כי במסגרות מצומצמות למדי, ומבוקרות, רשאי השופט לפתח המשפט, בלא שלפעילותו זו יהא עיגון בפעילות פרשנית או בפעילות בהשלמת חסר בשיטה. כך הם מסבירים את ההכרה במוסדות משפטיים שונים, כגון הדוקטרינה בדבר האשם בכריתת חווה, שאינם נזכרים בחקיקה האזרחית.

מה הדין בישראל? האם לענין פיתוח המשפט אנו משתייכים למשפחת המשפט המקובל או למשפחת שיטות המשפט הקונטיננטליות? המוסמך שופט בישראל לפתח המשפט, בלא שפעילות זו תהא פרשנות של טקסט או השלמת חסר בוז לדעת, לענין פיתוח המשפט, המסורת שלנו היא מסורת של משפט מקובל, המכירה בסמכותו של שופט לפתח את המשפט. אכן, שיטת המשפט בישראל מכירה בפעילות שיפוטית זו. בתי המשפט נוהגים, הלכה למעשה, לפתח את המשפט, ולקבוע הלכות חדשות, מעבר לפירוש טקסט קיים או מילוי חסר בו. לדעתי, הם גם מוסמכים לכך. עמד על כך השופט ויתקון, באומרו:

"לא פעם הכיר בית-משפט זה בזכויות, שלא בא זכרן בשום הוראה משפטית, ואלו, בקבלן גושפנקא שיפוטית, לבשו צורה והתגבשו לזכויות מוכרות בדין. דברים שבנוהג ובמושגי הצדק הטבעי, שרק תמול שלשום היו עוד חסרי דמות ובלתי גדורים, עולים בדרך זו על דרך המלך וזוכים לדרגה של זכות. זוהי

ליחן פתרונות חדשים לבעיות חדשות. ראה 34 "Natural Law Revisited" R.M. Dworkin, U. Florida L. Rev. (1982) 165.

87. ראה M.A. Glendon, M.W. Gordon & C.O. Osakwe *Comparative Legal Traditions* (St. Paul Minn., 1985) 212:

"A fourth, and entirely different set of intellectual operations is involved when the usual gap-filling or ambiguity - resolving methods fail to yield a solution; when the law is completely silent on a problem; or when an old law, because of changed circumstances, has become completely unsuitable to current conditions. Though the judges activity in these situations is often disguised or characterised as interpretation, it is clear that whatever process he or she engages in is not interpretation in the sense of the search for the meaning of a legislative text. In this fourth group of situations, judges develop the law on their own, but there is great variation in the extent to which this is openly acknowledged and in the manner in which judges proceed in modern civil law systems"

88. ראה R. David "Supereminent Principles in French Law" *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and In Mixed Jurisdictions*, supra note 80, at p.

133.

89. ראה Larenz, לעיל הערה 36, בע' 287.

90. Larenz, שם, שם.

ההתפתחות השיפוטית, המתנהלת בצידה של פעולת החקיקה ואינה נכנסת לתחומה, ולא הייתי רוצה להצר את צעדיה. סמכות זו ערובה היא לחופש הפרט⁹¹.

ועל גישה דומה עמד השופט אגרנט, באומרו:

"במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדישים, אשר לא לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה הגיונית (logical premise), עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים, אם בדרך של הרחבה ואם בדרך של הצרה, והן במטרה – כאשר אין מוצא אחר – לזנוח כליל אותה הנחה הגיונית, המשמשת משענת להלכה הקיימת, ולהשתמש, במקומה, בנורמה משפטית אחרת – ואפילו תהא זו נורמה משפטית חדשה שלא ידועה קודם לכן"⁹¹.

כשלעצמי, רואה אני סמכות זו כטבעית לסמכות השיפוטית. מקום שיש שופט, יש פיתוח המשפט על ידי השופט. בוודאי שסמכות זו טבעית היא לשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות, המבוססות על ההלכה הפסוקה כמקור למשפט. אכן, המכיר בהלכה הפסוקה כמקור "משפטי" (ולא היסטורי גרידא), מכיר גם בפיתוח המשפט על ידי הפסיקה. סמכות טבעית זו עברה גם לשיטות המשפט "המעורבות" אשר ישראל נמנית עמן. אכן, הסמכה זו אינה נעוצה בלשונה של נורמה חקוקה זו או אחרת. אין היא נובעת מחסר הקיים בשיטתנו לענין זה. חוק יסודות המשפט אינו דן בכך. סמכותו של השופט נגזרת ממהות המשפט והשיפוט, מהמסורת המשפטית שלנו, ומאופייה של שיטתנו כשיטה מעורבת. היא פרי התפתחות פוליטית-חברתית-משפטית, אשר העמידה אותנו, לאור הקשר עם המשפט האנגלי, בשורה אחת עם מדינות אחרות (כגון סקוטלנד, לואיזיאנה, קויבק, דרום אפריקה, סרי-לנקה), כמדינה בעלת שיטת משפט מעורבת. בשיטת משפט כזו קיימים יסודות אנגלו-אמריקאיים חזקים, בצד יסודות קונטיננטליים. מהצד הקונטיננטלי שאבנו את הסמכות של השופט למלא חסר. מהצד האנגלו-אמריקאי אנו שואבים את הסמכות של השופט לפתח את המשפט. סמכות זו נגזרת, במשפט המקובל, מעצם הסמכות לשפוט⁹². תפיסה זו נתקבלה גם אצלנו. בית-המשפט העליון חזר וציין, בעיקר בתחום המשפט המינהלי, כי מסמכות הביקורת שלו על המינהל, נובעת מסמכותו ליצור את הדין על-פיו נעשית ביקורת זו⁹³.

אך מעבר לכך: בכל הנוגע למעמד הפסיקה, צורותיה, דרכיה, מקורותיה וסמכותה, אנו רואים עצמנו כשיטה של משפט מקובל. ביטוי לכך ניתן בפסיקתו של בית-המשפט העליון עם קום המדינה, שהכיר בתחולתו של התקדים המחייב⁹⁴. בכך ניתן ביטוי להכרה חברתית-משפטית, כי תופסים בשיטתנו זרמים חזקים שמקורם בהלך המחשבה המשפטי האנגלי. מכוחם של זרמים אלה אנו מכירים בקיומו של "משפט מקובל נוסח

91. בג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023, 1027. ראה גם א' ויתקון "הזכות המהותית במשפט המינהלי" עיוני משפט ט (תשמ"ז) 5; א' ויתקון משפט ושופט (תשמ"ח) 147.

91א. ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ו 1005, 1034.

92. על היחס בין הסמכות לשפוט לבין הסמכות ליצור דין, ראה הערה 93 להלן, וכן ויתקון, לעיל הערה 91.

93. ראה בג"צ 101/74 בינוי ופיתוח בננב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח (2) 449, 455; בג"צ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא (2) 449, 458.

94. ראה בג"צ 287/51 ראם נ' שר-האוצר, פ"ד ח 494; בג"צ 176/54 יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים, פ"ד ט 617.

ישראל⁹⁵, ובכוחו של בית המשפט להשלים חסר במשפט זה ולפתחו על פי צרכי החיים. ביטוי מובהק נתן לכך השופט חשין, אשר הכיר בכוחו של בית המשפט להכיר ב"זכות שאינה כתובה על ספר, אך נובעת מזכותו הטבעית של כל אדם לחפש מקורות מחיה ולמצוא לעצמו מלאכה המפרנסת את בעליה"⁹⁶. כך הוכרה, בדרך שיפוטית, זכות היסוד לחופש העיסוק. כמוה הוכרו זכויות יסוד נוספות, כגון חופש הביטוי⁹⁷, חופש התנועה⁹⁸, וזכויות יסוד אחרות המאפיינות מדינה דמוקרטית נאורה⁹⁹.

אכן, מתוך תורת המשפט מזה, ומסורת המשפט המקובל מזה, הכרנו בכוחה של הפסיקה ליצור דין הלכתי. כוח זה אינו מוגבל אך להשלמת חסר בשיטתנו. כוח זה קיים גם במקום שאין חסר, אך יש לפתח את המשפט לשם התאמתו לחיים. נראה לי כי תפיסה זו של סמכות השופט לפתח את המשפט, אשר תחילתה בתקופת המנדט, עברה עם קום המדינה לשיטה הישראלית העצמאית, אשר המשיכה לראות בשיטה מקור ל"משפט מקובל נוסח ישראל". הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט גברה ללא היכר בתקופת המדינה, בהשוואה לתקופת המנדט. כמובן, כוחה של הפסיקה ליצור דין חדש במקום שקיים חסר מוסדר עתה בחוק יסודות המשפט. אך משלא קיים חסר, ואף אין הסדר שלילי, עדיין עומד כוחה של ההלכה הפסוקה ליצור דין חדש. אין לפרש את חוק יסודות המשפט כשולל פעילות שיפוטית בפיתוח המשפט. חוק זה בא ליתן תשובה ישראלית לבעיית החסר (לאקונה). חוק זה לא בא כלל להתמודד עם בעיית פיתוח המשפט מעבר לחסר, ואין הוא נוקט בענין זה כל עמדה. אכן, שתיקת חוק יסודות המשפט באשר לפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט אינה צריכה להתפרש כהסדר שלילי⁹⁹. כשם שסמכותם של בתי המשפט לפתח את המשפט היתה קיימת לפני חוק יסודות המשפט, היא קיימת גם כיום.

כך, למשל, בית המשפט העליון פסק כי חובת האמון כלפי החברה מוטלת לא רק על מנהלי החברה (זהו דין קיים, שפותח בדרך של השלמת חסר), אלא גם על בעלי מניות שליטה¹⁰⁰. פיתוח הלכתי זה, אין לראותו כפירוש טקסט קיים או כמילוי חסר. יש לראותו במסגרת סמכותו של בית המשפט לפתח המשפט, מעבר לפירוש ולהשלמת חסר, לפי צרכי החיים המשתנים. עמד על כך הנשיא שמגר, באומרו:

"כפי שנוצר באנגליה משפט מקובל, שלא היה רק בגדר פרשנות של ביטויים, כך נוצרה גם אצלנו האפשרות העצמאית לפתח משפט מקובל, לאו דווקא תוך פרשנות ביטויים כפשוטה"¹⁰¹.

בדומה, נתונה הסמכות לבית המשפט לשנות ולפתח דינים הלכתיים שנתקבלו בעבר בדרך של השלמת חסר. אינני סבור כי ניתן לומר שמכיוון שהחסר כבר הושלם בעבר, שוב אין מקום לפיתוח הלכתי נוסף.

95. בג"צ 1/49 בז'רנו נ' שר המשטרה, פ"ד ב 80, 83.

96. ראה בג"צ 73/53 חברת "קול העם" בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד ז 871. ראה גם פ' להב "על חופש הביטוי בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים ז (תשל"ז) 375.

97. ראה בג"צ 448/85 דאהר נ' שר הפנים, פ"ד מ(2) 701.

98. ראה ב' ברכה וע' שפירא "המעמד החוקתי של זכויות הפרט" עיוני משפט ב (תשל"ב) 20; א' ברק "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" נבחרות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129.

99. ראה טקסט ליד הערה 58 לעיל.

100. ע"א 817/79 קוסוי נ' בנק פויכטונגר, פ"ד לח (3) 253.

101. ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק פויכטונגר, פ"ד לח (4) 505, 511.

(2) הקריטריונים לסוג הפעילות

לכל אחת מהפעילויות השיפוטיות קריטריונים משלה. מכאן החשיבות באיתור הפעילות ובסיווגה הנכון. הפעילות השיפוטית הפרשנית מכוונת על ידי כללי הפרשנות. אלה משתנים משיטה לשיטה. עם זאת, רוב השיטות מכירות במרכזיותו של כלל הפרשנות, לפיו יש לפרש את הטקסט באופן המגשים את תכליתו. שיטות המשפט חלוקות ביניהן באשר למהותה של התכלית ודרכי גילוייה¹⁰².

הפעילות השיפוטית בהשלמת החסר מכוונת על-ידי "דין השיור" של השיטה¹⁰³. במשפט הקונטיננטלי מופעל דין השיור לענין חסר בחקיקה בלבד. דין השיור יכול להיות הומוגני, כלומר משלים השיטה באופן שהוא טבעי לה – כגון היקש או עקרונות היסוד של השיטה. דין השיור יכול להיות הטרוגני, כגון משפט טבעי או צדק¹⁰⁴. כפי שראינו¹⁰⁵, בשיטות הקונטיננטליות לא פותח הרעיון של חסר בהלכה הפסוקה, וממילא לא נקבעו קריטריונים לענין זה. התמונה סבוכה יותר במשפט האנגלו-אמריקאי. שיטות משפט אלה אינן מכירות לרוב בסמכותו של השופט להשלים חסר בחקיקה¹⁰⁶. כאשר קיים חסר בחקיקה, על השופט לנתק עצמו מהחקיקה, לפנות למשפט המקובל, ולמצוא התשובה בו. אל לו להשלים את שהמחוקק החסיר. ודוק: המשפט המקובל אינו גורס שהחקיקה מושלמת היא, ועל כן אין צורך להשלימה. המשפט המקובל מניח את המובן מאליו, כי ככל יצירה אנושית גם החקיקה עשויה להיות, והיא גם בפועל, לא שלמה. עמדתו של המשפט המקובל היא, כי השופט אינו מוסמך להשלים את שהחסיר המחוקק. השופט אינו מוסמך למלא חסר בחקיקה. עליו לפנות למשפט המקובל, בו ימצא תשובה לשאלתו¹⁰⁷.

התפיסה האמורה אינה מבוססת על חוסר אמון בשופט, שאינו מסוגל להשלים חסר בחוק. נהפוך הוא: המשפט המקובל נותן אמון רב בשופט, ומסמך אותו לפעול בהיקף נרחב במסגרת המשפט המקובל. אכן, תפיסתו של המשפט המקובל מבוססת על גישה מצמצמת לחקיקה¹⁰⁸, ועל חוסר נכונות השיטה להכיר בכוחו של החוק להקרין מתוכו פתרונות למקרים שאינם מוסדרים על ידו. לעומת זאת, התפיסה הינה כי למשפט המקובל יש כוח חיות פנימי, המקרין פתרונות חדשים למצבים חדשים. לחוק אין כוח חיות כזה. הוא מסדיר אותם עניינים שלשונו משתרעת עליהם, אך הוא אינו מקרין עצמו לתוך השיטה, והוא לא מקור להיקש ולפיתוח עקרונות כללים ודינים ספיציפיים¹⁰⁹.

102. ראה ברק, לעיל הערה 4, בע' 343. ראה, למשל, ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל, פ"ד כט (1) 516, 505: "חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו" (השופט זוסמן).

103. "דין השיור", משמעותם הכללים על פיהם מתמלא חסר בשיטה. לדיבור זה, ראה כהן, לעיל הערה 22. ראה גם פרידמן, לעיל הערה 48, בע' 380.

104. על ההבחנה בין דין שיור הומוגני לבין דין שיור הטרוגני, ראה Carnelutti *Teoria Generale Del Diritto* 83 v(2^o ediz., 1946).

105. ראה טקסט ליד הערה 76 לעיל.

106. ראה לעיל הערה 78.

107. N. Marsh *Interpretation in a National and International Context* (Brussels, ראה, 1974) 67.

108. R. Dias *Jurisprudence* (London, 4th. ed., 1976) 222 ראה

109. על גישה מסורתית זו של המשפט המקובל נמתחה ביקורת קשה: ראה A. Lenhoff *Comments, Cases and other Materials on Legislation* (London, 1949) 599, 945; J.P. Witherspoon "Administrative Discretion to Determine Statutory Meaning: The

ומה הדין בשיטת המשפט המקובל, אם גם המשפט המקובל חסר? כאן הוכר כוחו של השופט להשלים את החסר¹¹⁰. עם זאת, כפי שראינו, לא נעשתה כל הבחנה בין פעילות שיפוטית בהשלמת החסר לבין פעילות שיפוטית בפיתוח המשפט. שתי הפעילויות נערכו על פי אותם קריטריונים עצמם. מהם קריטריונים אלה? אף בענין זה לא פיתח המשפט המקובל קריטריונים ברורים. קריטריון חשוב הוא זה של השוויון¹¹¹, לפיו מקרים דומים יקבלו פתרון דומה. בכך פותח עקרון ההיקש, המקובל גם במשפט הקונטיננטלי. אין זה הקריטריון היחיד הבא בחשבון במשפט המקובל. שופט אנגלו-אמריקאי רשאי לפנות לשיקולים של צדק, מוסר, סבירות והגיון¹¹². קיימת במשפט המקובל מחלוקת עיונית, אם השופט מוגבל אך לשיקולים אתיים¹¹³ ("עקרונות" – principles) או שהוא רשאי לפנות גם לשיקולים של מדיניות משפטית¹¹⁴ ("מדיניות" – policy). נראה כי ההשקפה המקובלת היא כי השופט רשאי להתחשב הן בשיקולים אתיים והן בשיקולים של מדיניות משפטית, בלא שנקבע דירוג בין השיקולים השונים¹¹⁵. דומה כי הדבר הושאר לשיקולו של השופט, תוך שהשיטה האנגלו-אמריקאית ביקשה להמנע מכללים נוקשים, ותוך שהעדיפה הסדר גמיש, המאפשר חופש מבוקר למילוי חסר ולפיתוח המשפט.

בישראל קיימת, כפי שראינו¹¹⁶, שיטת משפט מעורבת. הננו מכירים הן בחקיקה והן בפסיקה כמקורות משפט, ואנו מודים באפשרות קיום חסר בחקיקה, ואולי אף בהלכה הפסוקה, תוך שאנו מסמיכים את השופט למלא את החסר בחקיקה (ואולי אף בהלכה הפסוקה). דין השיור (היקש, מורשת ישראל) משותף הוא לחסר בכל המקורות. השופט חייב לפנות לדין שיור זה. אין הוא יוצא ידי חובתו אך בהיוועצות עמו¹¹⁷. דין שיור זה הוא מציגה בין דין הומוגני לבין דין הטרוגני. השופט מופנה להיקש, ובמקום שזה לא ממלא החסר, הוא מופנה למורשת ישראל. ההיקש נותן ביטוי לעקרון השוויון, והוא

Dickerson, Middle Road" 40 Texas L. Rev. (1962) 751, 753. לעיל הערה 7, בע' 250. המחבר מותח ביקורת על התפיסה האנגלו-אמריקאית, ומציין כי לא מוקדשת מספיק תשומת לב לסוגיה זו. הוא מוסיף: "This area of judicial lawmaking with respect to statutes cries for further study".

110. ראה לעיל הערה 77.

111. ראה *Mirehouse v. Rennel* 1 Cl. & Fin. 527; 6 E.R. 1015 (1833).

112. ראה טדסקי, לעיל הערה 20, בע' 141: "פסקים חדשים רבים מנומקים לא בדרך הסתמכות על כללים הנובעים כביכול מעקרונות קיימים מקדמת דנא, אלא בדרך הסתמכות על עקרונות הצדק, היושר או ה'Common sense of the thing' פשוטו כמשמעו". השווה גם כהן, לעיל הערה 22, בע' 287.

113. כדעתו של דבורקין: ראה: R.M. Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1978) 84; R.M. Dworkin *Law's Empire* (London, 1986) 221, 338.

114. כדעתו של Eisenberg, לעיל הערה 31, בע' 14.

115. ראה Raz "Legal Principle and the Limits of Law" 81 *Yale L.J.* (1972) 823; Tur "Positivism, Principles and Rules" *Perspective in Jurisprudence* (ed. by Attwood, 1977) 42; N. McCormick *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford, 1978) 251; G. Hughes "Rules, Policy and Decision Making" 77 *Yale L.J.* (1968) 411.

116. ראה לעיל הערה 80.

117. לגישה אחרת, לפיה די בחובת ההוועצות, ראה ח' בן-מנחם "חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 – חובת ציות או חובת הוועצות?" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 257.

מבוסס על תפיסה כי מצבים שווים צריכים לקבל פתרון שווה¹¹⁸. הוא משלים השיטה בצורה קוהרנטית וטבעית לה. ההיקש בנוי על דמיון בין המצב המוסדר לבין המצב החסר. הדמיון נקבע על פי מבחנים נורמטיביים¹¹⁹. הבעיה אינה לוגית, אלא תלולוגית¹²⁰. הפעילות ההיקשית יוצרת מעבר מלפרט לפרט, תוך שהיא כוללת בחובה אינדוקציה ודוקציה גם יחד¹²¹. אנו עורכים אינדוקציה מהנורמה המוסדרת לעבר ההכללה העומדת ביסודה, ולאחר מכן דדוקציה מהכללה זו לעבר נורמה חדשה, המשלימה את הנורמה החסרה¹²².

ההיקש אינו מוגבל אך לדבר חקיקה. השופט רשאי לערוך היקש הן מהחקיקה והן מהפסיקה. מורשת ישראל משלימה את החסר, מקום שההיקש אינו עושה כן. מורשת ישראל אינה זהה למשפט עברי¹²³. זהו מושג לאומי, החובק את המורשת של האומה, הישנה והחדשה גם יחד¹²⁴. היא משקפת את רצף ההיסטוריה של העם. היא כוללת את מורשתו של הרמב"ם ואת מורשתו של שפינוזה; את מורשתו של הרצל ואת מורשתו של אחד-העם; את המורשת שלפני הקמת המדינה ואת המורשת שלאחר הקמתה; את המורשת העולה מהספרות התורנית ואת המורשת העולה מהספרות החילונית גם יחד. מתוך מורשת זו מופנה השופט לארבעה עקרונות של חירות, צדק, יושר ושלום. אין השופט מופנה לעקרונות אחרים¹²⁵. אין הוא מופנה לנורמות אינדיבידואליות. הוא מופנה לעקרון ולא ליישום המיוחד שלו¹²⁶. כיצד ינהג השופט, אם דין השויר אין בו כדי למלא חסר? לדעתו, על השופט לפנות לכל עקרונות היסוד של השיטה, ולהשלים מהם את החסר. זהו "דין שויר משני", בעל אופי הומוגני, המתבקש באופן טבעי, מקום שקיים חסר בשיטה¹²⁷.

מהם הקריטריונים לפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט? על שאלה זו אין תשובה

118. ראה טדסקי, לעיל הערה 20, בע' 150.

119. מדברים על "מיון מטריאלי": ראה Peschka "Analogical Reasoning in the Methods of Interpreting and Applying the Law, According to the Differences of the National Laws" General Reports of the 10th. International Congress on Comparative Law (1981) 91. אחרים מדגישים את הצורך בתכונות משותפות רלבנטיות.

120. ראה Engisch, לעיל הערה 28, בע' 149; Larenz, לעיל הערה 36, בע' 256.

121. ראה Bobbio, לעיל הערה 69.

122. ראה Engisch, שם, בע' 147; Larenz, שם, בע' 259.

123. ראה עניין הנדלס, לעיל הערה 47, בע' 798; א' ויתקון משפט ושיפוט (תשמ"ח) 12 (אנגלית). לדיעה אחרת, ראה א' שוחטמן "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 307.

124. ראה א' ברק "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265, 278.

125. ראה כהן, לעיל הערה 22, בע' 297. לדיעה אחרת, ראה שוחטמן, לעיל הערה 123, בע' 312. על פי השקפתו של פרופסור שוחטמן:

"כוונת המחוקק היא להפנות לכלל עקרונות המשפט העברי, שהם עקרונות חירות, צדק וכי'. כלומר: רשימת עקרונות זו לא לצמצם באה, אלא לתאר את אופיים של עקרונות המשפט העברי, שהם עקרונות של חירות, צדק וכי'".

126. ראה ברק, לעיל הערה 124, בע' 141.

127. ראה גם טדסקי, לעיל הערה 20, בע' 178; כהן, לעיל הערה 22. לדיעה אחרת, ראה שוחטמן, לעיל הערה 123, בע' 314; שילה, לעיל הערה 48, בע' 362.

ברורה במשפט הקונטיננטלי. כפי שראינו¹²⁸, עצם סמכותו של השופט לפעילות זו אינה נעדרת קשיים, וממילא סבוכים הם הקריטריונים להפעלתה של הסמכות. באותם מקרים מצומצמים בהם הוכרה הסמכות, הופעלו קריטריונים הקשורים בעקרונות היסוד של השיטה, כגון צדק, תום לב ושוויון¹²⁹. הקריטריונים לפיתוח המשפט פותחו בצורה מקיפה הרבה יותר במשפט האנגלו-אמריקאי. ראינו¹³⁰, כי לא נעשתה הבחנה בין קריטריונים למילוי חסר לבין קריטריונים לפיתוח המשפט. שתי הפעילויות נתפסו כאחדות אחת, ולגבי שתיהן הופעלו קריטריונים אתיים וקריטריונים של מדיניות משפטית, בלא לקבוע דירוג בינם לבין עצמם.

מה הדין בישראל? ראינו¹³¹, כי לאור המסורת המשפטית שלנו, כשיטה מעורבת, מוכר כוחו של השופט לפתח את המשפט. כך התפתחו בישראל ענפים שלמים של המשפט, כגון המשפט המינהלי, דיני התרופות, דיני הראיות, משפט מעבודה וכיוצא בהם ענפי משפט, בהם פיתח בית המשפט את המשפט, מבלי שיוכל לעגן את פעילותו זו בפירוש טקסט או בהשלמת חסר בו. זאת ועוד: על פי המסורת המשפטית האנגלית, בית המשפט לא עשה הבחנה של ממש בין פעילותו במילוי חסר לבין פעילותו בפיתוח המשפט. כמו במשפט האנגלי, כך גם אצלנו, נתפסה פעילות זו כשייכת לרשות השופטת, הפועלת על פי מגוון של שיקולים, מהם בעלי אופי אתי ומהם בעלי אופי של מדיניות משפטית, בלא כל נסיון לקבוע מראש את יחסי הגומלין ביניהם. כמו שופט אנגלי, כך גם שופט ישראלי רואה עצמו חופשי לגבש נורמות הלכתיות חדשות, תוך שימוש בקריטריונים שמקובל להשתמש בהם במשפט המקובל בנסיבות דומות. עם חקיקתו של חוק יסודות המשפט עלינו לעיין מחדש בפעילותנו השיפוטית. החוק מחייב אותנו להבחין בין פעילות שיפוטית בהשלמת חסר לבין פעילות שיפוטית בפרשנות ובפיתוח המשפט. כאשר ענין לנו בהשלמת חסר, עלינו לפנות לחוק יסודות המשפט, ולפעול על פי דין השיור הקבוע בו. כאשר ענין לנו בפרשנות, עלינו לפעול על פי כללי הפרשנות שבשיטתנו, ולא על פי דין השיור שבחוק יסודות המשפט. כאשר ענין לנו בפיתוח המשפט, אל לנו לפנות לכללי הפרשנות, ואל לנו לפנות לחוק יסודות המשפט. דין השיור הקבוע בו קובע כיצד למלא חסר בשיטתנו. דין שיור זה אינו קובע, כיצד עלינו לפתח את המשפט¹³².

חוזרת, איפוא, השאלה למקומה: מהם הקריטריונים לפיתוח המשפט בישראל? האם עלינו לאמץ לנו את הגישה המצמצמת הנוהגת בשיטות המשפט הקונטיננטליות, או שמא נאמץ הגישה הנוהגת בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית, שאינה מבחינה בין הקריטריונים להשלמת חסר לבין הקריטריונים לפיתוח המשפט? הנרחיב את דין השיור שבחוק יסודות המשפט, תוך שימוש בקריטריונים שלו לפיתוח המשפט? נראה לי, כי עלינו לפתח לעצמנו קריטריונים משלנו התואמים את תפיסותינו, את ההיסטוריה שלנו, ואת מעמדנו כשיטת משפט מעורבת. נוכל להעזר, בענין זה, בנסיון של שיטות משפט אחרות, אך בסופו של דבר יהא עלינו לגבש לעצמנו קריטריונים התואמים את אופיינו. כן לא ראוי הוא שנרחיב את דין השיור שבחוק יסודות המשפט ונראה בו מקור לפיתוח המשפט, שכן זהו דין שיור שבחלקו הוא הטרוגני, ועל כן לא

128. ראה טקסט ליד הערה 87 לעיל.

129. ראה Larenz, לעיל הערה 36, בע' 295.

130. ראה טקסט ליד הערה 51 לעיל.

131. ראה טקסט ליד הערה 91 לעיל.

132. ראה טקסט ליד הערה 99 לעיל.

מתאים להוות קריטריון כללי לפיתוח המשפט. אכן, אין כל צידוק לראות בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל כעקרונות היחידים אליהם רשאי השופט להזקק בפיתוח המשפט. אמת, במשפט האנגלו-אמריקאי, הקריטריונים להשלמת חסר והקריטריונים לפיתוח המשפט זהים הם. לא נוכל, עם זאת, להמשיך במסורת זו, וזאת משני טעמים:

האחד, משום שבמשפט האנגלו-אמריקאי אין עושים הבחנה חדה בין השלמת חסר לבין פיתוח המשפט, ואילו עלינו לעמוד על הבחנה זו.

הטעם השני הוא, שבמשפט האנגלו-אמריקאי דין השיוור הוא הומוגני. הוא מפנה לכלל עקרונות השיטה. אין הוא מייחד אך עקרון זה או אחר. במצב דברים זה, ניתן להשתמש בדין השיוור המשלים חסר, כדין שבאמצעותו מתפתח המשפט. לא כן אצלנו. דין השיוור שלנו להשלמת חסר הוא הטרוגני, ואין הוא מתאים כדין שיוור לפיתוח המשפט. אכן, עלינו לפתח קריטריונים משלנו, בעלי אופי כללי¹³³. יהיו אלה בוודאי קריטריונים המבססים עצמם על כלל עקרונות היסוד של השיטה, לרבות מורשת ישראל, והקובעים את הדירוג בינם לבין עצמם, על פי תפיסות היסוד של הציבור הנאור בישראל. הם יהיו מכוונים לפיתוח הדרגתי וקוהרנטי של שיטתנו המשפטית, תוך התחשבות במגבלות המוסדיות המוטלות על השפיטה, ובתפיסת החברה הישראלית את התפקיד השיפוטי¹³⁴.

ה. הפעילות השיפוטית לסוגיה ובעיותיה הפתוחות

הנה כי כן, מה שנראה ממבט מרוחק כפעילות שיפוטית בעלת אחדות, נתפס, ממבט מקרוב, כפעילות שיפוטית מסוגים שונים, עליה חלים דינים מגוונים. משלוש הפעילויות עליהם עמדתי, הפעילות "הקלאסית" היא הפעילות הפרשנית. סמכותו של השופט לעסוק בפעילות זו מוכרת על ידי הכל, וההלכה והספרות המשפטית עוסקות כבר מאות בשנים בקריטריונים לפעילות זו. פרי הפעילות הזו הוא דל. יש לנו דיני פרשנות, אך אין לנו תורת פרשנות ראויה לשמה¹³⁵. רובנו מוכנים להכיר ב"תכלית החקיקה" כאמת המידה הראויה לפעילות השיפוטית הפרשנית, אך אין לנו תפיסה ברורה באשר למהותה של תכלית זו. האם זו תכליתו של המחוקק ההיסטורי, או שזו תכלית דינמית, המשקפת צרכים בהווה¹³⁶? האם הגישה היא סובייקטיבית או

133. ראה דברי השופט ויתקין בע"א 284/70 בלילתי נ' אגודה חינוכית רפואית יוונית קתולית בישראל, פ"ד כה (1) 578, 585:

"שעה שכית המשפט קובע הלכה בשאלה, שאין לה עדיין תקדים, רשאי הוא לשוות לנגד עיניו שיקולים מעשיים ומציאותיים ואת ההשלכות החברתיות הנובעות מפסיקתו. זוהי הדרך שהמשפט מתפתח בה באפיקים רצויים לפי צרכי הזמן".

134. ראה ברק, לעיל הערה 4.

135. הן במשפט הקונטיננטלי והן במשפט האנגלו-אמריקאי קיימת חוסר בהירות רבה בתחום הפרשנות, וביקורת עצמית נוקבת כשל העדר תפיסה פרשנית מגובשת. ראה K. Zweigert & M.S. Puttfarken "Statutory Interpretation - Civilian Style" 44 Tulane L. Rev. (1970) 704; H. Hart & A. Sacks *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (Boston, 1958) 1201.

136. להבחנה בין תכלית דינמית לתכלית היסטורית, ראה W.N. Eskridge "Dynamic Statutory Interpretation" 135 U.Pa. L. Rev. (1978) 1479.

אובייקטיבית¹³⁷? כיצד למדים אנו על דבר התכלית¹³⁸? האם די בעיון בלשון הנורמה המתפרשת, או שמא מותר לצאת מחוץ לגדר הטקסט כדי לעמוד על תכליתו? ואם כן, באילו נסיבות: האם מותר לצאת מחוץ לטקסט בכל הנסיבות, או רק כאשר הטקסט אינו "ברור", או רק כאשר הטקסט הברור מביא לאבסורד, ואם כן, מהו המבחן להיות הטקסט "ברור", ומהו המבחן לקיום "אבסורד"? ובאותם מקרים בהם מותר לצאת מחוץ לטקסט, לאלו מקורות (ספרותיים) מותר לפנות? האם מותר לעיין בדברי הכנסת ובדינים וחשבונות של ועדות¹³⁹? בשאלות אלה ואחרות נדרשת עדיין עבודה רבה. עם זאת, מסלולי החשיבה הם ידועים ומקובלים. הקוביות הנורמטיביות קיימות מוזמן. יש צורך לבנות אותן מחדש.

הפעילות השיפוטית בהשלמת החסר, אף היא בעלת ותק. חלקה האחד הוא בתחום הפילוסופיה של המשפט, תוך בחינת השאלה האם בכלל קיים חסר בנורמה, או שמא כל דבר שלא הוסדר, הוסדר באופן שלילי, והאם תתכן בעיה משפטית שאין לה כלל פתרון¹⁴⁰? האם המשפט היא שיטה "סגורה" או "פתוחה"¹⁴¹? שאלות אלה קשות הן. הן קשורות במהות המשפט, וביחסים שבינו לבין החברה. הן שזורות במהותה של מערכת נורמטיבית, בשאיפתה לשלימות, וביכולתה להשיג שאיפה זו. הן עוסקות ביחס שבין משפט טבעי לבין משפט חיובי, והן מחדדות ההבחנה בין משפט מצוי לבין משפט רצוי. חלקה האחר הוא בתחום המשפט הפוזיטיבי. תהא עמדתו של הפילוסוף אשר תהיה, המחוקק רשאי לקבוע, כפי שקבע אצלנו, כי הוא מכיר בקיום חסר בנורמה משפטית או בהסדר משפטי, וכי הוא קובע דין שיוזר להשלמת החסר. במצב דברים זה מתעוררת השאלה כיצד נגדיר חסר, ועל פי אלו מבחנים ייקבע¹⁴²? האם קיומו של חסר נקבע על פי בחינתו של המשפט המצוי או המשפט הרצוי? האם כל ליקוי בהסדר גורר חסר בו? בענין זה נוכל להעזר בנסיון של מדינות אחרות, אך יהא עלינו לגבש תפיסת חסר משלנו, המשקפת את נסיונו המשפטי. לא נוכל לאמץ ללא שינוי, את תפיסות החסר המקובלות בקונטיננט, וזאת ממספר סיבות:

ראשית, מספר מחברים קונטיננטליים נותנים הגדרה רחבה מאד של חסר, באופן שהוא משתרע על חלקים ניכרים של הפעולות השיפוטיות בתחום פיתוח המשפט¹⁴³. מטרתם היא להעניק לגיטימיות לפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט. הם מדגישים כי הקריטריונים להשלמת החסר (עקרונות היסוד של השיטה) חלים ממילא גם בתחום זה, ואין איפוא כל רבותא בהכפפת הפעילות כולה לתורת החסר. לא נוכל לקבל גישות אלה. הלגיטימיות של הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט מוכרת אצלנו כחלק מהמסורת האנגלו-אמריקאית, המאפיינת אותנו כשיטת משפט מעורבת. אין לנו צורך

137. להבחנה בין השניים, ראה Ross, לעיל הערה 7, בע' 142; Engisch, לעיל הערה 28, בע' 85; Larenz, לעיל הערה 36, בע' 192.

138. ראה א' ברק "כוונת המחוקק: מציאות או דמיון" הפרקליט לו (תשמ"ה) 165.

139. ראה ח' כהן "דברי הכנה" ספר אורי ידיו (כרך ב, תש"ן) 79.

140. ראה M. Corsale "Lacune Dell Ordinamento" 23 Enciclopedia Del Diritto (1973) 188; J. Stone Legal Systems and Lawyers Reasonings (London, 1968) 257.

141. ראה I. Tammelo "On the Logical Openness of Legal Orders" 8 Am. J. of Comp. L. (1959) 187; A.M. Rabello "Non Liqueur: From Modern Law to Roman Law" 9 Isr. L. Rev. (1974) 63.

142. להגדרת חסר, ראה Canaris, לעיל הערה 21, בע' 31; Larenz, לעיל הערה 36, בע' 248.

143. ראה, למשל, Canaris, שם, בע' 31.

בדיני החסר כדי להעניק לפעילות זו לגיטימיות.

קושי שני באימוץ התפיסה הקונטיננטלית הוא זה: אצלנו קיים דין שיור הטרונגי. המבחנים להשלמת חסר ולפיתוח המשפט שונים הם. הכפפת חלקים ניכרים של הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט לדיני החסר, תביא להרחבת תחולתו של דין השיור המיוחד את תורת החסר שלנו, ובכך יגביר את הדיסהרמוניה בשיטתנו שלנו. לבסוף, הגדרת החסר בקונטיננטל ממקדת עצמה בחסר בחקיקה. אין היא משתרעת על חסר בהלכה הפסוקה. כך, למשל, מקובלת הגדרה, לפיה חסר הוא אי-שלמות הנוגדת את התכנון החקיקתי. הגדרה כזו אינה יכולה לתפוס לענין חסר בהלכה הפסוקה. אם יוכר, הן בחקיקה והן בהלכה הפסוקה, יהא עלינו לגבש תפיסת חסר אחידה, אשר תחול הן לעניין החקיקה והן לעניין ההלכה הפסוקה. יהא זה מלאכותי לפתח שתי תפיסות שונות לחסר, כאשר ההסדר הנורמטיבי מעוגן באותה הוראה עצמה. אכן, יהא אז עלינו לפתח הגדרה משלנו, אשר תוכל לנצל את הנסיון שהתגבש בקונטיננטל, אך אשר תצטרך לתת ביטוי למורכבות של בעית החסר בשיטתנו. יהא על השפיטה ועל מדע המשפט בישראל לפתח תורת חסר משלנו, אשר תעניק תשובה ראויה לבעיות שהחסר מעורר בשיטת משפט מעורבת.

הפעילות השיפוטית המעניינית ביותר, והבעייתית ביותר, היא בפיתוח המשפט. ראינו¹⁴⁴, כי בית-משפט בשיטת משפט מעורבת כשלנו, מוסמך לפעילות זו. אך מהם הקריטריונים הראויים לה¹⁴⁵? כיצד יופעל שיקול הדעת השיפוטי במסגרתה של פעילות זו? האם השיקולים בתחום זה של שיקול דעת חופפים את השיקולים שיש לקחתם בחשבון במסגרת שיקול הדעת בפרשנות ובהשלמת חסר? ובעיקר, מהם הגבולות לפעילות זו? בענין זה הדיעה המקובלת הינה, כי הפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט חייבת להתקיים במסגרת החקיקה, ולא בניגוד לה¹⁴⁶. עם זאת, קיימת גישת מיעוט, לפיה בתנאים מסוימים רשאי וצריך השופט לפתח המשפט אף בניגוד לחקיקה הקיימת¹⁴⁷. שורשיה של תפיסה זו במשפט הטבעי, הזוכה לאחרונה לפריחה מחודשת¹⁴⁸. היא הוכרה בעבר על ידי מספר שופטים במשפט האנגלי¹⁴⁹, אך לקראת סוף המאה התשע-עשרה נס ליחה¹⁵⁰. היא קמה לתחייה לאחר מלחמת העולם השנייה במספר מדינות קונטיננטליות¹⁵¹. יש לה אף הדים¹⁵² במשפט האנגלי. הדבר נגרם בעיקר לאור הנסיון המר עם משפטן של הארצות הפשיסטיות. האם לא היה רשאי וחייב

144. ראה טקסט ליד הערה 91 לעיל.

145. לפעילות השיפוטית בפיתוח המשפט היבטים שונים. נכללים בה, בין השאר, הדינים בדבר פתרון סתירות בין נורמות, והדינים באשר לתיקון טעות בנורמות (ראה לעיל הערה 29). אני מצטמצם לאותו היבט, שעניינו פיתוח המשפט וקידומו לשם התאמת המשפט לחיים.

146. אסור לה שתהא נוגדת את החוק (Contra Legem): ראה Larenz, לעיל הערה 36, בע' 299.

147. לספרות העניפה בתחום זה, ראה Engisch, לעיל הערה 28, בע' 170. ראה גם ח'ה' כהן "פרשנות נאמנה – תלתא משמע" משפטים ז (תשל"ז) 5.

148. ראה J.M. Finis Natural Law and Natural Rights (Oxford, 1980).

149. בעיקר השופט קוק (Coke), במאה השבעה-עשר: ראה Bohhams Case (1610) 8 Rep. 114, 118. לניתוח גישה זו, ראה C. Allen Law in the Making (Oxford, 7th ed., 1964) 447.

150. ראה דברי השופט וילס (Willes J.), בפרשת Lee v. Bude & Ry. Co. (1871) L.R. G, C.P. 576, 582.

151. ראה J. Stone Human Law and Human Justice (Stanford, 1968) 193.

152. ראה A.T. Denning What Next in the Law (London, 1982) 319.

שופט בארצות אלה לפתח את המשפט גם בניגוד לחקיקה הנאצית? האין להסמיך אותו להצהיר על בטלותה של חקיקה זו בשל הניגוד שבינה לבין המשפט הטבעי, או עקרונות כלליים של משפט¹⁵³? ביטוי מסויים לדרישה זו נתן השופט זוסמן ב"פרשת ירדור"¹⁵⁴, כאשר הוא הפנה אל הפסיקה של בית-המשפט החוקתי בגרמניה המערבית, אשר קבע, בלשונו של השופט זוסמן¹⁵⁵:

"את העקרון כי השופט חייב לפסוק גם על-פי הלכות דין שאינן כתובות בספר החוקים, והן עומדות לא רק מעל חוק רגיל אלא אפילו מעל החוקה, שאפילו הוראותיה נדחות מפניהן אם אינן מתיישבות עמן".

עמדה זו מעוררת שאלות מהקשות ביותר. האם היא מתיישבת עם מעמד השופט בחברה? האם יש לנהוג על פיה במדינה דמוקרטית? האם נוכל לאמץ בישראל, מעבר לתחום הצר, בו היה מוכן השופט זוסמן לאמץ¹⁵⁶? המתיישבת היא עם המסורת המשפטית שלנו, ועם הקונסנסוס של הקהילה המשפטית בישראל? האם מותר יהא לנו לאמץ גישה זו, אם יחול שינוי בתפיסות שלנו על דבר תפקיד השפיטה בחברה דמוקרטית?

1. סיכום

הנה כי כן, היצירה השיפוטית לסוגיה מעמידה בפנינו אתגרים קשים. כל עוד הנחנו כי המשפט נותן תשובה לכל שאלה בלא סיועו של בית-המשפט, לא היינו צריכים להתמודד עם אתגרים אלה. יכולנו להסתפק בתורת משפט של מושגים¹⁵⁷, ובתפיסה כי בעורת ההגיון נוכל לגזור תמיד דין ספציפי מנורמה כללית. כיום איננו נאיביים עד כדי כך. הננו מכירים בתפקידו היוצר של בית-המשפט בתחום המשפט¹⁵⁸. הננו מכירים בחיוניות של הפעילות השיפוטית בהוצאת הנורמה המשפטית מהכוח אל הפועל. הננו מודעים לכך, כי הגיון הוא תנאי הכרחי, אך לא מספיק, לגזירת דין ספציפי מדין כללי. עם זאת, איננו רואים חזות המשפט אך בבית-המשפט. הננו מכירים בכוחו של השופט ובמגבלותיו. כל אלה צריכים להתחדד לתורת משפט ולתורת שיפוט, המשקפת תפיסה זו של היצירה השיפוטית על-סוגיה וגוניה; המכירה בחופש השיפוט ובצורך לרסנו; המכירה בחשיבותה של היצירתיות השיפוטית ובתפקידה המשני במשפט; העומדת על החשיבות והמגבלות של השיטתיות במשפט ובשיפוט, והמכירה באפשרות שהיצירה השיפוטית תשתלב בתפיסה שיטתית של המשפט והשיפוט, תפיסה שאינה סוגרת את השיטה אלא פותחת אותה, שאינה מכניעה את השיפוט, אלא מפתחת אותו.

153. ראה Engisch, לעיל הערה 28, בע' 173. ראה גם Radbruch Rechtsphilosophie (1950) 4.

154. ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד יט (3) 365.

155. שם, בע' 389.

156. לניתוח יפה של שאלות אלה, ראה י' טל "מחוקק כלייכול – האומנם? עיוני משפט ג (תשמ"ה) 361.

157. זוהי ה־Begriffsjurisprudenz, אשר שלטה בכיפה במאה התשע-עשרה. נקודת המפנה באה עם פיתוח ה־Interessenjurisprudenz בסוף המאה התשע-עשרה. ראה Larenz, לעיל הערה

36, בע' 9, וכן J. Stone The Province and Function of Law (Cambridge, Mass., 1961).

164.

158. ראה ברק, לעיל הערה 4, בע' 165.