

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

מאת

אחיון ברק

מתוך ספר אורי דין
כרך ב

הוצאת כורסי, תל אביב

חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל

מאת

אהרון ברק

א. הצגת הבעיה

חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, הביא לשינוי מהותי ביסודות המשפט הישראלי. על פי הדין אשר שרר בישראל בטרם הוחק חוק יסודות המשפט ואשר עוצב על ידי הוראת סימן 46 לדבר המלך במועצתו 1922, עם התגלותה של לאקונה בשיטתנו, היה על השופט למלא את החסר על-ידי פנייה ליסודות המשפט המקובל ולניקוי הישג 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, הישג והשלום של מורשת ישראל". נמצא כי השינוי הוא כפול: ראשית, בעבר נמנע מהשופט השימוש בהיקש מהדינים הקיימים. מקום שנתעוררה האפשרות לעשות שימוש בהיקש — כלומר: שהיתה לאקונה — היה על השופט להימנע מהיקש, והיה עליו למנות למשפט האנגלי. לעומת זאת, עתה, משמתגלית לאקונה, על השופט למלאה בראש וראשונה בדרך השימוש בהיקש. שנית, בעבר הופנה השופט הישראלי, במקרה של לאקונה, למשפט האנגלי. הפניה זו בוטלה. הקשר עם המשפט האנגלי נותק. הישגה "עצמאות החוק". השימוש בהיקש. שנית, בעבר הופנה השופט הישראלי, במקרה של לאקונה, למשפט האנגלי. הפניה זו היתה כי את החסר יש למלא בדרך החיקש, ומקום שזה אינו משמעותה של "עצמאות" או היתה כי את החסר יש למלא בדרך החיקש, ומקום שזה אינו אפשרי — על ידי פנייה אל "עקרונות החירות, הצדק, הישג ושלום של מורשת-ישראל". השינוי בדין שהוכנס על-ידי חוק יסודות המשפט מעורר שאלות קשות, מוחן של משפט רצוי ומחן של משפט מצוי. ברשימתי זו מבקש אני לעמוד על אחד הקשיים הללו. השאלה

1. ס"ח 978 תשי"ס 163.
2. ליתוח דין זה ראה בניקוי סדסקי, "בעיות הליקויים בחוק (Lacunae) וסעיף 46 דבר המלך במועצתו" מחקרים במשפט ארצנו (תשי"ב) 54; זלטנר, "סימן 46 דבר המלך במועצתו כהוראת משפט בין שכבתו", *המקליס* טו (תשי"ד) 300.
3. על ההיסטוריה החקיקתית, ראה נספח. בכוונתו של נספח זה נעזרתי בתוך החקיקה שבמשרד המשפטים 51431, לאחר קבלת היתר לכך מחו"ע המשפט לממשלה. תהליך תהיה לכל אגף שאפשרו לי לעיין ביהוסטוריו החקיקתית ובכך לסייע לפרשן של החוק.
4. ראה, בין השאר, זיינקן, "הכרזת על המשפט העברי", *המקליס* ה (1948) 3; שילה, "התבונן לנו משפט עברי *המקליס* כד (תשכ"ח) 363; שילה, "משפט עברי לאתרי", *עיוני משפט* א (1971) 25; אלון, "המשפט העברי במשפט המדינה", *המקליס* כה (תשכ"ט) 27; ברק, "לקראת קהידומיקציה של המשפט האזרחי, *עיוני משפט* ג (תשל"ג) 3; חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה" *זמנות אורח בישראל - קובץ מאמרים לכבוד חיים חי כהן* (בעריכת ר' בנימין תל אביב 1982) 47.
5. ראה, למשל, קשת, "חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980" *המקליס* לג (תשמ"א) 611; מרקזיניה, "חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980" *המקליס* 145; סדסקי, "יסודות עסקיית *המקליס* לה (1983).

ב. קפיצת הדרך

כנגד התמיכה המובנת בקטע שצוטט לעיל, ניתן לומר, כי אפילו על בסיס הנחותיה-שלה, שנייה 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 הראשונה, בדרך ההיקש, ורק אם דרך זו אינה צולחת מטעם זה או אחר, יש לפנות למודשת-ישראל. קפיצת הדרך מהכרה בקיומו של חלל משפט אל מודשת-ישראל, אסורה היא. קפיצת דרך זו אופיינית למשפטן הישראלי, אשר התרגל לגישה כי בהתקיים חלל בשיטתו, הוא מופנה אל מקור משפטי משלים. היום, קפיצת-דרך זו, שוב אינה מתרת. משקבע קיומו של חוסר, ליקוי בדיון — לחבדיל מהסדר חיובי או שלילי — על השופט הישראלי לבחון אם לא קיימת סוגיה דומה, המסדירה עניין דומה, שממנה ניתן להקיש. בכך עוץ אחד החידושים החשובים שבחוק יסודות המשפט¹⁶, אשר תחת פנייה למשפט האנגלי הקים את שיטת ההיקש מהדינים הקיימים¹⁷. שיטה זו, מקובלת היא מאוד בשיטות משפט אזרחיות. בצדק ציין פרופסור טדסקי כי:

"(נה) אנאלוגיה היא הטבעית ביותר בין חזרכים המקובלות למילוי ליקויי החוק, שכן יסודה בצורך השיוון המשפטי, לפיו ראויים מצבים דומים במציאות לזכות טיפול משפטי שווה — אשר על כן הכלל היוצא מאות המחוקק נראה לנו כניתן להעברה ממקרה אחד למקרה דומה לוי¹⁸.

אכן, גם שיטת ההיקש אינה נקיה מביקורת. מדוע יעשה היקש המביא לפיתרון דומה אך לא צודק? המשפט האנגלי-אמריקני, למשל, מעולם לא הגביל את עצמו, במילוי של חללים, לשיטת ההיקש בלבד¹⁹. הפסיקה האנגלי-אמריקנית חוותה ומצייתה 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 כאשר יהיה: ברור הוא בעיני כי אין כל אפשרות לדלג על ההיקש ואין כל אפשרות למלא חלל בשיטתנו על ידי פנייה ישירה למורשת ישראל בלא לבחון כלל את השאלה אם לא ניתן למלא את הלאקונה בדרך ההיקש.

16. ראה הספח המצביע על החשיבות שמכני התצעה ייחסו להיקש.
 17. ראה ברק *שיקול דעת שיומטי* (1987) 125.
 18. ראה טדסקי *ולעיל*, הערה 12, 69.
 19. ראה דברי השופט הלסברי (Lord Halsbury) במרות *Durant and co. v. Durant* (1901) A.C. 495, 506.
 20. ראה *Keigley Maesdad and Judge-Made Law* 98 Q.
 21. ראה *Lucke*, "The Common-Law - Judicial Impartiality and Judge-Made Law" (1982) 29 *af.*
 22. *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr. 2303; *National Bank of Greece v. Melliss* (1958) A.C. 819, 825.
 23. Pollock, "Judicial Caution and Valour" 45 Q. *Law Rev.* (1930) 293, 294.
 24. Tate, "The Law Making Function of the Law" *Q. L. Rev.* (1968) 211.
 25. Judge

שמבקש אני לעוסק בה היא זו: חוק ישראלי משתמש בביטוי המבטא ערך, כגון "מוסר"²⁵, "שיוויון"²⁶, "צדק"²⁷, "תום לב"²⁸, "סבירות"²⁹, או המפנה אל ערכים שאלה, כגון "תקנת הציבור"³⁰. 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 כרייתו של חוזה³¹, ובקיום חיוב הנובע מחוזה³², יש לנהוג "בתום לב". הנכונה הטענה, כי בעקבות חוק יסודות המשפט יש לפרש את הביטוי "תום לב" על פי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל; טענה זו מעלה השופט אלון בדישומה ארוכה של פסקי דין³³. ביטוי מובטח לגישתו זו ניתן למצוא בדבריו הבאים:

"כבר נפסק לא אחת, מפיהם של מספר שופטים בבית משפט זה כי מושגי משפט, שישודם במערכי מוסר וערכי תרבות — כגון המושגים: צדק, תום לב, תקנת הציבור וכיוצא באלה, המצויים במערכת המשפטית בישראל — צריך שתפרשו על פי השקפות היסוד, המורשתיות במערכי המוסר והתרבות שבמשפט העברי. מושגים ערכיים אלה, שפרט לכינוים אינם מפינים לתוכן סובסטיביבי כל שהוא, נראה לי שהצקות תוכן בהם היא בבחינת מילוי "שטח ריק", במיוחד לאור האמור בסעיף 2 לחוק יסודות המשפט הנ"ל, שממנה במפורש לעקרונות ערכיים אלה; אשר על-כן, דרך הפרשנות האמורה, שנקוטה היא בידי שופטים אלה, הריהי מעתה בבחינת מילוי לאקונה ולא עניין של פרשנות בלבד, על כל המשתמע מכך"³⁴.

לדעתו, יגושה זו מוטעית. מבקש אני להצביע על כך מוזויות-ראייה שונות.

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 סוד: 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.
 10. ראה סעיפים 7, 18, 20, 21, 25, 29, 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 עררה משפטית למדינות חוץ (נוסח משולב) התשל"ז-1977.
 12. סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
 13. סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.
 14. ראה, למשל, דברי *תולדס* ו- *קופט* *עם*, פד"י 12(2) 705, ד"ר 40/180 קנייני *ג' פולן*, פד"י 15(1) 701, ע"א 391/80 *לפרימן* ו- *שמן* *עובדים*, פד"י 12(2) 237, בר"ע 337/84 *חוקמה* ו- *שר המנים*, פד"י 12(2) 1826, ע"ב 2/84 *ניימן* ו- *ועדת הבחירות המרכזית לכנסת* *האחת* *עשרה*, פ"ד 25(2) 225, בר"ע 15/86 *מליגת ישראל* ו- *אבי צור*, פ"ד 10(1) 706, ע"ב 877/84 *מאלל* ו- *מדינת ישראל*, פד"י 14(1) 169, בר"ע 852/86 *מלנוני* ו- *שר המשפטים* *פד"י* 14(1).
 15. ד"ר 13/80 *לעיל*, הערה 16, 793.

ג. מושגי משפט ו"שטח ריק"

עד כה הנחתנו כי הדיון עם הגישה לפיה "הצקות תוכן" במושגים ערכיים, כמו "צדק", "תום לב", "מוסר" ו"תקנת הציבור" "היא בבחינת מילוי שטח ריק". גישה זו אינה מקובלת על כלל ולדעתי בטעות. כאשר המתקן 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 סדסקי כי:

"יש להודות במציאותו של ליקוי – כלומר באי-שלמותה של הגורמה – רק במקרה שיישאר ליקוי אף לאחר שמצה המפרש את כל אמצעי הפרשנות המתירים לו לשם התחקות אחר משמעותה של הגורמה. קיימים ליקויים כאשר לשון החוק אינה מספיקה להקניית הוראות מסוימות, אף לאחר שכיוון המפרש כלפיה את כל מכשירי הפרשנות המתירים לה"²⁴.

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 מצביעים אתגר לפרשן. עליו להתמודד עם אתגר זה. עליו לפרש ביטויים אלה ולקבוע את היקף התפרסותם בהקשר בו הם מופיעים. לשם כך עליו לבגש 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 הערכיים.²⁵ כך, למשל, כאשר המתקן קובע כי

24. ראה דברי דנין 13/80 לעיל הערה 14, 177.
 מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד כגון "צדק", גורם לכך "תקנת הציבור" וכיוצא בהם מושגים ערכיים, תפקידו של בית המשפט הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה על פי מטרות של החוק ובהתחשב בתנאי החיים, המצויים והרצויים בישראל. בניגויים אלה אין חשופים ניצב כלל בפני "שטח ריק" (לאקונה בלעז), שכן המתקן קצב נורמה, החלה בניגוי. על כן אינו רואה כל אפשרות להיזקק בניגוי זה להוראות חוק יסודות המשפט, שניגויים מלוי חלל בלבד.

25. סדסקי לעיל, הערה 12, 88.
 26. לעיתים יוצע השופט לזיי מסקנה, כי מטרת החקיקה וערכי-היסוד של השיטה אינם מצביעים על פירושו אחד ויחיד. במצב דברים זה התכרעו נתנה לשיקול-דעתו: ראה, ברק (הערה 17 לעיל) וכן Raz, The Authority of Law (1979) 197. עליו להפעיל את שיקול דעתו בסברות: ראה בג"צ 547/84 ע"פ חתומת נ' התעמנת המפקחות דגת נשי, פ"ד 113, 113. גם בניסוח אלה אין "שטח ריק", שכן פרשנותו הוראות של החוק מפניקת את שיקול הדעת, בבחירה בין האפשרויות, לשופט משתענה חזק שיקול דעת לשופט לבחור באפשרות הראויה אין לדבר על לאקונה. יצוין כי פרופסור סדסקי לעיל, הערה 2, בעמ' 171 מבהין בין הסמכה מפורשת של השופט לבין הסמכה שאינה מפורשת ונורם, 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".

"חזרה שכריתתו, תכנו או מטרותו 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, בלשון של השופט אשר,
 "עם התפתחותה התרבותית, הכלכלית והאידיאולוגית של החברה הנאורית"²⁸.

לשם כך עליו להיות – בלשון של השופט לנדוי – פרשן נאמן להשקפת המקובלת על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב.²⁹ בצדק ציין השופט שמגר, בהתייחסו לעיקרון של "תקנת הציבור" כי:
 "היסוגיה של תקנת הציבור היא בין הנשאים שהם בבואה לתפיסות עולם ולהשקפות החיים המיוחדות למסגרת חברתית או לאומית נתונה וכי התווית תחומיה של עילת פסלות זו ודרכי יישומה לניסוחיה של כל מקרה הן מלאכתה העצמאית והיחודית של כל שיטת משפט"³⁰.

באמצעות הכלים הפרשניים אותם מכון הפרשן להוראה הערכית, הוא נוהג לה תוכן נורמטיבי. בעשותו כן, אין הוא ממלא "שטח ריק"; שכן השטח אינו אלא מלא, אם כי מהותו של אותו מילוי אינה עולה מלשון החוק בלבד אלא מפירושה היוצר על רקע תכלית החקיקה ומטרותיה.
 יסען הטוען, כי על-פי גישה זו מעטים יהיו המקרים בהם תהא פנייה למורשת ישראל לשם מילוי לאקונות בחוק. אכן כך הוא הדבר. אלה שהציעו בעבר להחליף את המשפט האנגלי במשפט העברי לעניין מילוי ליקויים, עמדו על כך בזמנו. הנה פרופסור אלון, בסותו לשכנענו לבטל את סימן 46 לדבר המלך ולהחליפו בהפניה למשפט העברי, כותב:
 "ידידי, הבה נהיה כנים עם עצמנו, ונבדוק את ה"סיכון" הגדול שבקבלת סעיף כזה. מי כמוני יודע שחלקו חכמי המשפט בינתם לקונה כזו מתי היא קיימת, מה טיבה ואימתי מותר שלא לראות בעצם שתיקתו של המתקן תשובה שלילית לבעיה שהתעוררה. לאור כל אלה, אולי היעה 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 המשפט של המדינה העברית לבין מערכת משפטו הלאומי"³¹.

27. סעיף 30 החוקים (החל כללי), התשל"ג-1973.
 28. ע"א 566/77 ע"פ נ' מנח, פ"ד 141, 149.
 29. ע"א 461/82 צ"ס חבדת קנטיש הישראליה נ"מ נ' מילר, פ"ד 139, 135.
 30. ע"א 654/76 מלמני נ' אלמני, פ"ד 134, 85.
 31. ראה אלון לעיל, הערה 14, 51.

עניין זה דבר מחוק יסודות המשפט. הפיכתה של מורשת ישראל למקור משלים במקרה של לאקונה אינה הופכת את מורשת ישראל למקור מפרש בהעדר לאקונה. כך, למשל, בעבר שימש המשפט האנגלי מקור משלים במקרה של לאקונה, אך היתה זו טעות להסיק מכך כלל משפט כי המשפט האנגלי מהווה מקור לפרשנות החוק. פרשנות החוק ומילוי ליקויים בחוק הן שתי פעולות שונות בתכלית. בפירוש החוק או נותנים ביטוי ל"יש" שבחוק. במילוי לאקונות בחוק או מניחים "אין", ומשלימים את החסר באמצעות נרמה חדשה, שלא היתה קיימת קודם. בצדק ציין פרופסור טדסקי — בעקבות פרופסור גני — כי "האנאלוגיה אינה אחת הדרכים לפירוש החוק פשוט כמשמעו. להיפך, חורגת היא ממסגרת ניתוח החוק בלבד. אליבא דאמת, מהווה האנאלוגיה עיבוד משפטי עצמאי ותפקידה למלא ליקויים בחוק באמצעות מדש העקרונות עליהם החוק מושתת"³⁵.

לדעתנו, לא משתמע מחוק יסודות המשפט דבר — לא במפורש ולא במרומז — באשר למעמד הפרשני של מורשת-ישראל.³⁶

35. ראה טדסקי ולעיל, הערה 42, 69.
 36. על כן לא נהיית לי ההשקפה כי בעקבות חוק יסודות המשפט, ביטויים ידגוליים המשמשים בחקיקה הישראלית, יש לפנות, לשיש פירושם, בראש ובראשונה, לעקרונות המשפט העברי, כמקור ראשי וראשון במעלה לפני תחומנו במתנה של הבעיה העומדת לפנינו (השופט אלון בד"ר 13/80 לעיל, הערה 14, 1973). בעיקורת השקפה זו ראה ד"ר 13/80 הל"ל, שפי השופטים לנדי וברק. ייתכן כמובן, כי הסדרי מסוימים בחקיקה הישראלית נלקח מתמשפט העברי באופן שהמשפט העברי מהווה חלק מנכלית החקיקה עצמה. במקרה זה יהיה נכון לפנות למשפט העברי לשיש פירושה של ההוראה, וגם זאת אך במקור אחד מספר מקורות מהם לומדים על תכלית החקיקה. ראה המ" 88/51 פישנברג בע"מ 2/47 ק"פ, פ"ד 1, 4, 12. דוגמו עם העובדה שתמוחקק ראה לגד עינו את המשפט העברי, אימץ את לשונו, או אך קלט הסדר זה או אחר, אין בה כדי לתפוך את כל פרטי ההסדר של המשפט העברי לחלק מנכלית החקיקה. חוק אינו קונפודרציה של סעיפים. חוק הוא מערך אורגני, אשר הוראותיו ערכיות להשתלב או בו. תכלית החוק שאותה יש להשיג אינה המנוגות הספציפיות שאותן ראה המחוקק, אלא התכלית הכללית והמסורת הכללית שהחוק ביקש להשיג. ראה בריג 547/84 לעיל, הערה 62 וכן בריק, "כוננת המחוקק: מציאות או דמיון", *המקלטה* לו (1985), 165. על כן אין לשאול את המחוקק — הממלא אף לא את המשפט העברי שממנו נשאב ההסדר — כיצד היה הוא פותר את תביעה המשפטית הקונקרטית הניבת בפני השופטו פתרון הבעיה חייב להיעשות על-ידי השופט מתוך לשון החוק והמנוגה להשיג את תכליתו הכללית. על-כן אפילו מתבסס החוק על המשפט העברי, אין לפנות למשפט העברי כדי למלא ממנו פתרונות ספציפיים לבעיות ספציפיות. על-אחת-כמה-וכמה שחוק אינו מבוסס על משפט עברי אין לפנות למשפט העברי בראש ובראשונה לשיש פרשנותו. פירוש החוק על ידי מותן עדיפות ראשונית למשפט העברי ותקיע את החוק לגורמים, תכניס בו חוסר אחידות והשלב את התבונה.

דוק: פרופסור אלון צפה "מקרים מעטים" מקום שהליקוי צריך היה להתמלא על-ידי המשפט העברי בלא הזדקקות להיקש. על אחת כמה וכמה, לשיטתו שלו, שהמקרים צריכים להיות מעטים, אם השופט, בטרם יפנה למורשת ישראל — זו אינה זהה כלל למשפט עברי — יחא עליו לפנות לשיטות התיקש. אכן, מתקרים שעשו בטרם בוטל סימן 46 הראו שה"יש" הוא ניכר, ומקרי הלכיים יחיו מועטים ביותר.³⁷ זאת ועוד. עינו בספרותו של אותן המדינות, בהן קיימות הוראות דומות לשלנו, מראה כי גם בהן קיימת תופעה דומה של מיעוט ההזדקקות לעקרונות הכלליים לשיש מילוי לאקונות בחוק.³⁸

4. חוק יסודות המשפט ופרשנות החוק לאור מורשת-ישראל

ראינו, אפוא, כי מושגי המשפט הערכיים אינם יוצאים מניה וביה, "שטחים ריקים" אשר מילויים חייב להיעשות במישורן, מכוח חוק יסודות המשפט, באמצעותה של מורשת ישראל. בכך לא תמה בהיענותו המשפטית, שכן עלינו להתמודד עם הטיעון האפשרי הבא: משקבע המחוקק כי מורשת-ישראל משמשת מקור משלים למילוי השטחים הריקים בהן 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"³⁹ — הפכו "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" לערכי היסוד של השיטה, אשר לאדם 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?

32. ראה לבנטין ונלווטר, *לכלי בריית חז"ן בישראל וחשינו 46 לציב המלך פמוצנת* (1974); ומי, *שירי המנוגל בישראל ושעני 46 לציב המלך* (1974). ראה גם טדסקי, "ביטול ס' 46 לדב"ח"ם וכן עקרונות" *משפטים* ח (1977), 180.

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

34. דומה שתופט אלון טבחון בין "כוחה" של חוק יסודות המשפט לבין "כוח כוח" של חוק זה. "מכוח" של חוק יסודות המשפט משמעו על-פי הוראותיו שלו. "מכוח כוח" משמעו על פי השפעתו העקיפה. דומה שתופטו של חופט אלון בדבר הזדקקות למשפט העברי לצורכי פרשנות, באה לשיטתו לא "מכוח" של חוק יסודות המשפט, אלא "מכוח כוח" בלבד. השופט אלון בד"ר 13/80 לעיל, הערה 64, 114 אומר:

"חוק זה נותנת אפוא, שהוראה לפרשנותה של מערכת משפט של המדינה יהיה חזית תבוא, בראש ובראשונה, ממערכת משפט הלאומית, שהיא היא רקעה התרבותי משפטי... ונימוק זה מקבל ענה משמעות מיוחדת לאור הוראה שבסעיף 2 לחוק יסודות המשפט, בו דו לעיל, שענו אמנם, במקרה של לאקונה בחוק, אין הימנו משתמע במפורש, איווה המערכת המשפטית תרציה והמוערכת בעני המוחקק, גם במקרה שזו משמט במקור השראה בלבד".

2. תוקע 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 יתירה" של שיטת המשפט.⁴⁰ עמד על כך השופט שיגן באומרו:

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

ניתן לבסס גישה זאת על פי שתי קונסטרוקציות משפטיות⁴²: האחת, הרואה בנורמות הערכיות הללו חלק ממסרת החקיקה, על בסיס החוקה שהמחוקק ביקש להאשים ערכים אלה.⁴³ השנייה, רואה בנורמות ערכיות אלה אמות מידה פרישית אשר על פיה יתפרש החוק במקום שמסרת החקיקה אין בידה להתנות את הפרשן לפתרון חד משמעי. אכן, מעשה החקיקה, בכלל, והוראות חוק יסודיות, בפרט, אינם מעשה חד פעמי המנותק מהחוויה הכללית. החוק קורם עור וגידים במסגרת שיטה פוליטית ומשפטית נתונה. הוא מתווה לבנה אחת במבנה כלל המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט.⁴⁴ החוק הוא, בלשונו של השופט זוסמן – "יצור החי בסביבתו"⁴⁵, וסביבה זו כלולת לא רק את החקיקה החקיקתית הקרוב, אלא אף מעגלים נרחבים יותר של עקרונות מקובלים.

40. עמדתו על כך בשוה ארכה של מסק דין. ראה, בין השאר, ע"פ 696/81 אולאי נ' מדינת ישראל, פ"ד 35(2) 565, בבית דין 47/83 אוירי נ' המועצה למקומות על הגבלים עסקיים, פ"ד לבג" 165/82 קצנצ'ון חזור נ' עקדי השומה רחובות, פ"ד לבג" 70/84 יעב 2/84 לעיל, הערה 104, ע"פ 677/83 מורוזוב נ' ימ"ת, פ"ד לבג" 205.

41. ראה בבית דין 282/51 השתדלות העובדים הלאומית בא"י נ' שרת העובדות, פ"ד 237, 245.

42. ראה בבית דין 953/87 שיעות העבודה בעיריית תל-אביב-יפו נ' מועצת עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד 1041, 1041 יכ 3050, יכתועד הוראה מפורשת אין להצדיח כי המחוקק התכוון להטריה ולסייגה מעקרונות שהם בחינת מושגים ראשוניים. ראה גם ח' סון, "ישראליות נאמנה – תלמה משמית", משפטים 1(1976) 5.

י"כשאנו מדברים במחוקק דמוקרטי נאור, שתמנתנים הטובים והעקרונות הנשגבים ומשגי תודק הם נר לגילוי, לא זו בלבד שאין שחוא הציאים וביטולם מן העולם, אלא שטא אין דבר המחוקק עצמו יוכל להתפרש נאמנה, אם לא בזהות שהחוק היוצא מתחת ידיו אמנם תותאם לתוך המסגרת של המשפטי הקיים, על מרכיבי המרכיבים והמנוגדים".

43. דברי בע"פ 2/84 לעיל, הערה 104, 307.

44. בבית דין 58/88 שליסל נ' שר המנים, פ"ד לבג" 513,477.

1. הצגת העמדה

האין לומר, כי מושגי משפט שיסודם בערכי מוסר וערכי תרבות – כמו "מוסר", "צדק", "יתום לב", "שוויון" – יש לפרש על פי מורשת ישראל וזאת ללא כל קשר לחוק יסודות המשפט? אכן, השופט אלון עצמו ביסס את גישתו בדבר הפניה למשפט העברי עוד בטרם חוחק חוק יסודות המשפט³⁷, וראה בהוראותיו משום חיזוק ואישוש לעמדה שנקט מימים ימימה. נניח, אפוא, כי הדקדק עמו וכי חיזוק או אישוש זה נופלים. עדיין עומדת הטענה במקומה, כי ערכי יסוד המוכאים בחקיקה יש לפרש – או לפיש בראש ובראשונה – לאור מורשת ישראל. ביטוי מרשים לגישה זו נתן השופט אלון בדברים הבאים:

"ביבואנו 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 הוא, אמנם, במערכות המשפטיות השונות שבימינו אנו, אך שרשיו שתולים הם בערכי יסוד שהתחילו לאנושות במערכות משפט שמימים ימימה. שהרי זרד 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 מצויים אנו למצוא בראש ובראשונה במורשתה הקדומה, שלא כהתנה עינה ולא נס ליתיה"³⁸.

ועל אותו רעיון חזר בפסק דין אחר:

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

הניתן לקבל דברים אלה:

37. ראה למשל ע"פ 88/78 אמגני נ' מדינת ישראל, פ"ד לבג" 148/77 ווס שאלו נ' ישומת בניה בע"מ, פ"ד לבג" 617.

38. ע"פ 148/77 לעיל, הערה 137, 631.

39. ע"פ 391/80 לעיל, הערה 104, 284.

של ערכי היסוד של שיטתנו. אין הם ערכי היסוד היחידים אליהם יגנה השופט הפרטני, ואין הם ערכי היסוד אליהם יגנה השופט "בראש ובראשונה". ערכי היסוד של שיטתנו כוללים מערכת מסוימת ורבת פנים של ערכי יסוד. נמצא בהם, למשל, אותם ערכי היסוד שתכרות העצמאות — המבטאת "את חוון העם ואת יהאני מאמין שלי" — מכירה בהם. בין ערכיה של מדינתנו מצויים אותם ערכים המשקפים את אופייה הדימוקרטית⁵³, כגון שוויון⁵⁴, דקדק⁵⁵, מוסר⁵⁶, הפרדת רשויות⁵⁷, חופש ביטוי⁵⁸, תהלוכה⁵⁹, עיסוק⁶⁰, טוהר שיפוט⁶¹, כבוד האדם⁶², תום לב⁶³, דקדק טבעי⁶⁴, הגנות⁶⁵, סבירות⁶⁶, אי נגוד עניינים⁶⁷ וכיוצא בהם ערכי יסוד שכל מדינה דמוקרטית נאורה מתבדלת בהם. ערכי היסוד של השיטה אינם מהווים רשימה סגורה. אין הם קבועים ועומדים; הם משתנים עם שינוי בהוויתו של העם. עקרונות יסוד שהיו מקובלים בעבר מאבדים מחשיבותם. עקרונות יסוד חדשים נולדים בכוח היותך של המציאות החברתית⁶⁸.

53. הנשיא זמורה בבני 10/48 ז' 10/48, פ"ד 85, 88.
54. בני 73/53 לעיל, הערה 148; ע"ב 2/84 לעיל, הערה 114.
55. ע"א 507/79 דאונאן ז' הכינס, פ"ד 2/75; בני 507/81 חצרת ז' חייץ המשפטי לממשלה, פ"ד 14/81; בני 98/69 גרמני ז' שר האוצר, פ"ד 1/68; בני 633/83, "על כן מן הדין הוא שבמקרי גבול דווקא כאשר הוראה של החוק החרת ניתנת לשני פירושים, עדיף אותו פירוש המקיים את שיוויון הכל בפני החוק ואינו שם אותו לאלי (השופט לנדוי)."
56. ע"א 257/74 תרשיש ז' שיינליכט, פ"ד 1/72 (כ"ג); 575/72 השופט ברנזון מבקש להביא "לעניית הצדק הקואר אלנו ממעמקס".
57. ע"א 165/82 לעיל, הערה 140.
58. בני 73/85 שיעת "כ"י ז' ע"ד המנסת, פ"ד 1/81 (כ"ג).
59. בני 73/53 לעיל, הערה 148; ע"פ 255/68 מדינת ישראל ז' מן משות, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 153/83 לוי ז' סמק המוח חזרתי של משטרת ישראל, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 372/84 קלוסטר-גור ז' שר החינוך והתרבות, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 14/84 לאור ז' המועצת לבקורות סדרים ומחוזות פד"י מא"י 421/82 בני 78/80 שניער ז' הצנזור הצבאי הראשי פד"י מב"א 174/81; בני 806/88 אוניברסיטת סימי סטודיוס ז' המועצת לבקורות סדרים ומחוזות (סרס פורסס).
60. בני 153/83 לעיל, הערה 159.
61. בני 1/49 ב"דלו ז' שר המשטרה, פ"ד ב' 80; בני 337/81 מילרני ז' שר התחבורה, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 337/81.
62. ע"פ 126/82 דיסנציה ז' חייץ המשפטי לממשלה, פ"ד י' 169.
63. בני 355/79 קסין ז' שירות בתי הסוהר, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 284.
64. בני 59/80 שידורי תברחה יצויניים באג שבע ז' בית דין האזני לעבודה, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 828.
65. בני 174/54 שופל ז' רשות מסוימת לצורך החוק למסדו תמיסת מקרקעין בשעת חירום, פ"ד ט' 159; בני 767/3/58 ברנזן ז' שר המגים, פ"ד י' 1403; בני 685/78 עומרי מוחמד ז' שר החינוך והתרבות, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 767.
66. בני 840/77 מרכז הקבלים והבונים בישראל ז' פנמילת ישראל, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 729.
67. בני 389/80 ז' חזב ז' רשות השידור, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 421.
68. בני 531/79 שיעת חליבו ז' עניינת סמח תקווה, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 566.
69. ראה ברק "הנשיא ארנט — "קול העם" — קולו של העם", גבורות לשמרון ארנט (1986) 129, 138; ברק, שיקול דעת שימוטי 221.

במסגרת הפרשנות, נ"כ הפסדן לשאור ליהרמניה תדיקתית⁶⁵, תוד שלכו לשלב את פרקי החוקים השונים למסכת החקיקה המוללת. על כן עלו לפרש את החוקים היחידים על רקע עקרונותיה הכלליים של השיטה. עקרונות יסוד אלה מהווים מעין "מטרייה נורמטיבית" הפרושה מעל דברי החקיקה כולם⁶⁶. מקובל הוא, על כן, כי חוק, בכלל, וכינויים 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 והשלוש של מורשת ישראל"⁶⁷. דבר זה אין לא למד לא מכוחו ולא מכוח כוחו של חוק יסודות המשפט. דבר זה למד אני ממהותה של המדינה ויסודותיה. הגו מדינה צעירה ועם עתיק. שורשינו נעוצים במסורת ארוכת השנים שלנו. תורתם של ישעיה וירמיהו — כמו גם של שפינוזה ואחד העם וזיבויטסקי וכן גוריון, בברק ושולם, ארנט וזילברג — מעצבת את דמותנו עם וכמדינה. מערכת החיים הלאומיים של עמנו — שעל פיהם אנו למדים על משפטנו⁶⁸ — מבוססת, בין השאר, על עקרונות החירות והצדק והיושר והשלוש של מורשתנו, העתיקה והחדשה, בתנועתה על פני ההיסטוריה⁶⁹ — המהווים "גבס תרבותו הלאומית"⁷⁰ והמשמשים "מטרייה" שבמסגרתם מתפרשים החוקים. נראה לי כי גישה זו, הרואה בעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלוש 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 הנאורי"⁷¹, והיא — כלשונו של השופט ארנט — פרי "השתכנות משותפת (Common Conviction) אצל בני החברה הנאורים"

3. מקומה של מורשת ישראל בערכי היסוד

דבר אמיתותם וצדקותם⁷².
 על רקע גישה זו מתברר מקומם של עקרונות מורשת ישראל בפירושים של מושגי משפטן, שיעודם בערכי מוסר וערכי תרבות. מקומם של עקרונות אלה הוא כחלק מהמכלול המשפטי, שיעודם במוסר ומורשת ישראל בפירושים של מושגי משפטן.
 45. ראה ע"פ 108/66 ז' חייץ המשפטי לממשלה, פ"ד 1/65, 253, 261.
 46. ע"א 165/82 לעיל, הערה 140, 74.
 47. מורשת ישראל ולא "משפט עברי" ראה נספח, וכן דברי הנשיא לנדוי בד"י 13/80 לעיל, הערה 114, 798.
 48. ראה דברי השופט ארנט בבני 73/53 חצרת ז' חייץ המשפטי לממשלה, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 884/84, "הלא זו אכסומה דיועה שאת המשפט של עם יש ללמד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלי".
 49. בהיות מהותה של "מורשת-ישראל" חודגת מרישמה 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 בבני 852/86 לעיל, הערה 114, שלפיה "מורשת ישראל כוללת, בראש וראשונה, את כלל הכותבי של המשפט העברי".
 לעומת זאת, נראית לי גישתו של השופט אלון שלפיה יש לבחון את מורשת ישראל "בתקופות שונות שבהיסטוריה העברית בכל המוצאות של בני העם העברי".
 50. לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בענייני משפט", משפטים א (תשכ"ח) 292, 305.
 51. דברי השופט לנדוי בבני 58/68 שלום ז' שר המגים, פ"ד 1/82 (כ"ג); בני 477, 530.
 52. ע"פ 602, ע"פ 602.

חופש בחירה זה אסור לו שיהיה שרירותי. על השופט לשקוף את מה שראה לו כתשובות ליחסית של ערכי החברה בעיני התברה. על השופט להימנע מלהטיל על התברה את מה שראה לו סובייקטיבית כסדר עדיפויות ראוי.⁷⁷ עמד על כך השופט לפדוי באומרו:

"אין זאת אומרת שביית המשפט יכול לפסוק לפי השקפתו הפרטית של השופט על מה שטוב וזמני בעיני מבחינות עקרוניות אלה, אלא עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב."⁷⁸

וגשה דומה הביא השופט קרדוזו, 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 standards of the Community, the *Mores of time*".⁷⁹

כאשר שופט חייב לאון בין ערכים שונים על פי משקלם, הוא ישאף לעשות כן על פי מה שראה לו כהפישות היסוד של החברה. הוא יימנע מלעשות כן על-פי תפישות-היסוד האישיות שלו. על השופט לפעול באיוון בין ערכי השיטה ובאובייקטיביות. עליו לשקוף את "האני מאמני" 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. הכול תלוי בהיקף הניתן למושג "מורשת ישראל" מזה – וכאמור, דעתי היא כי היקפו נרחב, והוא כולל בחובו עבר ועתיד, ואין הוא אתה כלל למשפט עברי – ובמהותם של הערכים האחרים הבאים לידי ביטוי בהתנגשות מזה. אל לו לשופט לראות בעקרונות אלה "עקרונות עליו שידם תמיד על העליונה ואל לו ליצור חוקה כי אלה העקרונות אליהם יש לפנות בראש ובראשונה. עליו ליתן להם אותו משקל המתבקש מההשקפות המקובלות על הציבור הנאור. יש לבחון כל סוגיה לנפרד, תוך נכונות להכיר בכך כי ייתכנו מצבים בהם העקרונות הנזכרים של מורשת ישראל חייבים לפנות את דרכם לעקרונות אחרים, המשקפים בצורה אמיתית יותר את "האני מאמני" של החברה הישראלית.

77. ראה במצב 58/68 לעיל, הערה 44, 600 ותשנ"א אגרוט. ראה גם – Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (1921) 89; Frankfurter, *Of Law and Life and other Things that Matter* (1965) 188.

78. במצב 58/68 לעיל, הערה 44, 520.

79. ראה קרדוזו לעיל, הערה 77, 108.

הנה כי כן, "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" – הישנה 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 לעיתים קרובות נמצא, כי בין ערכי היסוד החלים בסוגיה משפטית הטעונה הכרעה, קיים ניגוד. לא כל ערכי היסוד מובילים לאותו כיוון. לעיתים קרובות נתקל השופט בערכים יסודיים הסותרים זה את זה. לא פעם נמצא כי בצד עיקרון מצוי הניגוד לאותו עיקרון, ולדך הניזיה מצויה האנטיטה. עקרונות היסוד של השיטה צועדים לא פעם זוגות-זוגות, כאשר לכל אחד מהם כיוון משלו.⁸⁰ במצב דברים זה יש להכריע בין הערכים המתנגשים. לשם כך יש לקבוע את משקלם וערכם ולאון כיניהם בנקודות החיכוך.⁸¹ עמד על כך השופט אגרוט בפרשת "קול העם", באומרו:

"ניתוחם תחומים לשימוש בזכות לחפש הדיבור והפרסה (Press) נעוץ, איפוא, בתהליך של העמדת ערכים מתחרים שונים על כפות המאזניים ושל בחירתם לאחר שקילוף של אלה אשר, לאור המסיבות, ידם על העליונה".⁸²

ואותו רעיון חזר 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 בצורתם היעשה מלאכת הפרשנות".⁸³

ערכים של איוון זה על בסיס המשקל התברתי הניתן לערכי היסוד השונים, הוא מתקדדו הקשים של השופט⁸⁴, ה-Agony of his duty - בלשונו של השופט פרנקפורט⁸⁵. בקביעתו של איוון זה יתחשב השופט בכל ערכי היסוד. בהעדר הכוונה חקיקתית, אין בכורה א-טריווית לערכי יסוד מסוימים על פני האחרים. "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", למשל, אינם שוקלים יותר מעקרונות אחרים הנובעים מאופייה הדימוקרטי של המדינה. לבו של השופט פתוח והכרעתו נעשית על פי הבנתו, בשעת מתן החלטתו, את חשיבותם היחסית של העקרונות השונים. בידו נתון מה שהשופט הולמס כנה⁸⁶ The sovereign prerogative of choice.

70. עיב 2/84 לעיל, הערה 14, 300 ראה ברק, שקילוף זעת שימושי 101.

71. ראה ברק לעיל, הערה 69, 140.

72. במצב 73/53 לעיל, הערה 48, 879.

73. ד"ר 9/77 חברת חושפל לישואל בע"מ ו חוצאת עמון זמארי בע"מ פ"ד (352) 357, 361.

74. ראה ברק לעיל, הערה 69, 142.

75. ראה 31, 43 Frankfurter, *Of Law and Men*.

76. ראה 239 Holmes, *Collected Legal Papers*.

1. מקומה של מורשת ישראל – סיכום

נהגה כי כן, כאשר חוק מחוקי המדינה נטקס 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 חקיקה, אם כי יזוהי מתן התשובה מחייב פישנות יוצרת של דבר החקיקה. במסגרת תהליך יוצר זה אין השופט ממלא חלק, אלא מעניק תוכן לדבר המחוקק, וזאת על רקע תכלית החקיקה ועקרונות היסוד של השיטה. במסגרת פישנותם של מושגי המשפט, שיסודם בערכי מוסר וערכי תרבות, על השופט להודק 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 לתתה מראש עדיפות לעקרונות אלו או אחרים. יפים דבריו של ד"ר חשין, באומרו:

"עבא משפט עברי אל ביתנו, אורח רצוי הוא ובמאור פנים נקבלהו; ואלם לא נוכל עמוד במצווה אם אדון בביתנו נקראו מערב עד בוקר"⁸⁰.

יטען הסועף: גישה זו למורשת ישראל, יש בה כדי להביא לדיסדרמוניה בשיטתנו. לאקונה בה מתמלאת בהעדר 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 רצויה וכי דווקא הצורך להשיג "הרמוניה חקיקתית" מחייב גישה לפיה עקרונותיה של מורשת-ישראל ישמשו מכשיר בלעדי, הן לעניין הפירוט והן לעניין מילוי הליקויים? טענה זו אין לקבלה, וזאת משני טעמים: ראשית, כבר ראינו⁸¹ שפירוט לחוד ומילוי לאקונות לחוד, רדבר אפשרי הוא שהמקורות המשמשים לפרש והמקורות המשמשים למילוי לאקונות – שונים הם; שנית, חוסר ההרמוניה אין מקורו בגישת-שלי, אלא במציאות החברתית בה אנו נתונים. המתח בין שרשינו ההיסטוריים לבין הוויתנו המודרנית הוא יוצר דיסדרמוניה זו. חוק יסודות המשפט משקף דיסדרמוניה, היא הדיסדרמוניה המאפיינת את מערכת חינוך האומיים.

חוק יסודות המשפט מבוסס על פשרה⁸². מחד גיסא, ניתן מעמד משפטי למורשת ישראל בכל הנוגע למילוי לאקונות שאינן מתמלאות בדרך ההיקש; מאידך גיסא, נשמר החופש השיפטי לעצב את ערכי היסוד, על-פיהם מתפרש החוק, על בסיס "האני מאמין" הלאומי, המשקף את החוויה המודרנית שלנו, אשר גם בה יש מקום למורשתנו, אך לא כמו

80. חשין לעיל, הערה 46, 83.

81. ראה סקסט ליד הערה 35.

82. ראה 162, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

שיש לו עמדת בבורה, אלא כמי שצריך להתחרות עם מכלול רחב של ערכי-יסוד. על איוון עדין זה ועל פשרה עדינה זו עלינו לשמור. אל לנו, הלא-דתיים, לזנקת מכל תוכן על-כן נהיה כנים בהכרח בקיומה של לאקונה, ובמילוייה – בהעדר היקש מתאים – על-ידי עקרונותיה של מורשת ישראל⁸³. אל לנו, הדתיים, למלאה תוכן שלא נועדה להכילו ושיש בה שיבוש של אותו איוון עדין. לדעת, עמדה שיפוטית שלפיה מושגי משפט אשר יסודם בערכי מוסר ותרבות – כמו תום לב – יוצרים "שטח ריק" המחייב מילוי על-ידי מורשת-ישראל, משבשת איוון עדין זה; עמדה שיפוטית, שלפיה מ"כוחו וכוח כוחו" של חוק יסודות המשפט יש לאמץ פירוש של חוק פלילי⁸⁴ או חוק הסגרה⁸⁵ התואם את מורשת-ישראל, משבשת איוון עדין זה; ואכן, "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", הפכו לעקרונות יסוד במשפטנו. על-פיהם מתמלאת 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 וכוחו" של חוק יסודות המשפט מה שאין בו. רק כך נוכל לשמור על אותו איוון עדין המאפיין את חוק יסודות המשפט מזה, ואת החברה שלנו מזה. ביסוסי לאיוון זה נתן הנשיא לנדוי באומרו:

"נפיה 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"⁸⁶.

83. ראה דין 13/80 (לעיל, הערה 14); ע"א 148/77 (לעיל, הערה 37).

84. ראה דין 13/80 (לעיל, הערה 14).

85. ראה ע"פ 88/78 ממ"ג נ' מליצט ישראל, פ"ד 141 (נ"ג), ע"פ 877/84 (לעיל, הערה 14).

86. ב"צ 852/86 (לעיל, הערה 14).

87. דין 13/80 (לעיל, הערה 14), 799.

שבע לאחד מכן (ב-20.2.78) כתב אלי פרופסור ידן כי —
 "הדבר הקרוב ביותר לרעיונותיך היא בחוראה בזו הלשון: ראה בית המשפט
 שאלה משפטיות הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, על פי
 נוסחו או על פי פירושו, יכריע בה על פי הלכה שהיא קובע בהיותו מחוקק,
 לאור העקרונות שבהכרעה על הקמת מדינת ישראל".
 פרופסור ידן 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 'חוקיקסי' נעל משקל 'שפיטיסי' ויש להשאירו
 להתפתחות הפסיקית, ללא התערבות מצד המחוקק. לפיכך אני מציע
 להשאיר את הצעת ביטול סימן 46 כמו שהיא נוסחה בדף 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 נסוחו על כך בפגישתנו הקרובה וניתן יהיה להגיע לכלל
 החלטת".

2. ביום 15.3.78 בקשתי מהגברת שוקרון לבדוק סעיפים מקבילים בקודקסים של
 מדינות שונות. מפרופסור נחום רקובר, בקשתתי
 "לסייע במציאת נוסחה אשר תתן גוון עברי. כוונתי לא רק ללשון, אלא גם
 למהות, כגון הקטע המודגש במגילת העצמאות (יסודות החירות, הצדק
 והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל)". למיטב זכרוני מנחם אלון כתב על
 כך. אין כוונתי להפניה ספציפית למשפט העברי".
 אכן, גבי שוקרון העמידה לרשותי נוסחאות בקודיפיציית שונות (אטלית, ונצאלה,
 פלפצינים, מקסיקו, אוסטרליה, יו, סוריה). פרופסור רקובר הציע (27.3.78) את הנוסח הבא:
 "...על פי עקרונות עשית הישר והטוב המתגלם במסורת המשפט (או: ביצירה
 המשפטית) של העם היהודי".

על רקע חומר זה כתבתי (ביום 5.4.78) לפרופסור ידן:
 "מה דעתך על הנוסח הבא: ראה בית המשפט שאלה משפטיות הטעונה
 הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, על פי נוסחו או על פי פירושו
 ואף לא בדבר חקיקה שראוי לפנות אליו בדרך החיקש, יכריע בה על פי
 הלכה שהיא קובע בהיותו מחוקק, לאור עקרונות הצדק והישר של מסורת
 ישראל".

חוספתי ענין החיקש, היות והוא חשוב ומקובל במספר קודיפיצייות. תקנתי במקצת
 את נוסחתי של רקובר, לא הפניה למשפט או ליצירה המשפטית של העם היהודי, אלא
 "לעקרונות צדק וישר של מסורת ישראל". תגובתו של פרופסור ידן לא אחרה לבוא (ביום
 9.4.78):
 "אשר לענין החיקש: כל הכבוד לחיקש, אך הוא אינו הדרך היחידה שבה ניתן
 למדוד ולפרש. הפירוש ימתד ויגוד. אינו פחות חשוב, ועל כל פנים אין לשלול

נספח: ההיסטוריה החקיקתית

1. עם התמנותי 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 הופעה הצעת
 תזכיר-הצעת-חוק להיקון דבר המלך במועצתו לא"י אשר כללה לענין 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 ענין זה יישאר פתוח, תוך שבתו המשפט יינטקו
 בטכניקות שונות (כגון היקש והזדקקות לעקרונות כלליים) למילוי החסר. משרד הדרגות
 הביע התנגדות להצעה, תוך שהציע להוסיף הוראה לפיה "במקום שישנו חסר (=לקונה)
 בדן 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 לעניני חקיקה. בטרם הספיקה
 הועדה לדון בהצעה נערכו בחירות, ונבחרה ממשלה חדשה בראשותו של מר בגין. תחילה
 שמש בה מר בגין עצמו כשר משפטים, ולאחר מכן נתמנה מר תמיר שר המשפטים. ביום
 3.2.78 כתבתי לפרופסור ידן:

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

בו ביום השיב פרופסור ידן 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
 כשלעצמם, אלא מפני שאין בהם מלאי של הלכות שממנו ניתן היה למלא
 חללים (ולאקונות) שבמשפט הישראלי. מי שמזמין בקיום של הללים כאלה,
 צריך להשאיר את סימן 46 על תלו או להחליפו בהפניה אל גוש הלכות אחר,
 כגון המשפט העברי. מי ששולל, כמוני, את קיומם של הללים ורואה במשפט
 הישראלי יצור בריא המסוגל לצעד 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
 ממלא יעמדו בעינם כמכשיר פרשני מדויק".

בעקבות זאת ביקשתי (ביום 13.2.78) מפרופסור ידן —

"למצוא נוסחה שיהיה בה מדינה של המבחן השוויצרי + אותה קטע מהכרזת
 העצמאות הקובע כי מדינת ישראל יתהא מושתתת על יסודות החירות,
 הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל. משוה כגון, והלאקונה תתמלא
 לפי מה ששופט סובר כי הכנסת היתה מחוקקת, שעה שהכנסת מכוננת על
 פי יסודות החירות...". עצם ההפניה למושגים הסתומים של חירות, צדק
 ושלום — מקובלת מאד במילוי ליקויים בקודיפיציית זרות".

אחר זה ולא להדגיש את עליונות הראשון על האחרים או עליונות שני הראשונים על השלישי⁴.

4. עתה הופנתה הבעיה כולה לשר המשפטים. הפניתי אותו (ביום 21.5.78) למכתבו האחרון של פרופסור דין. הוספתי לעיונו עוד מספר דוגמאות לגיטוח הסיפא:
 נוסח א: העקרונות שבתכרזה על הקמת מדינת ישראל.
 נוסח ב: לאור עקרונות הצדק והיושר 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 בקש (ביום 24.5.78) כי "עקיים דיון נוסף בין שנינו".

5. ביום 28.5.79 קויימה פגישה בין שר המשפטים מר תמיר לבני. דנו בנוסח האחרון שעובד בחילופי הדברים שבני לבין פרופסור דין, ושכא לדי ביטוי במכתבו של דין אלי מיום 21.5.78. אשר לסיפא, התמקדו בנוסח ד' מבין הניסוחים שהוצגו בפני השר ולאחר שקלא וטריא הסכמו על הנוסחה הבאה:
 "...לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

עם סיום הפגישה כתבתי לפרופסור דין:
 "בשעה טובה ומוצלחת, יש לנו נוסחה כדלקמן: ראה בית המשפט שאלה משפטי הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של חקש, יכרע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. אודה לך אם יזכר לדין בעיני השרים לענייני חקיקה".

6. פרופסור דין הכין תזכיר-הצעת חוק, שנדונה בוועדת השרים לענייני חקיקה ביום 14.6.78 ואושרה על ידה. ההצעה הונחה על שולחנה של הממשלה, ואושרה ביום 28.7.78 להגשה מיידית לכנסת. הצעת חוק יסודות המשפט, חתשלי"ח-1978 (הי"ח 1361, תשלי"ח, עמ' 301) הונחה על שולחן הכנסת. הדיון בקריאה הראשונה בה החל ביום 2.8.78 (ראו ד"כ 1388) עמ' 1817-1836, 2340-2344). בקריאה הראשונה הסתמנו שלשה מחנות. אלה התומכים בהצעת הממשלה על פי נוסחיה; אלה הגורסים שהנוסחה אינו מספק ויש לקבוע במפורש פניה למשפט העברי, ואלה הסבורים כי הנוסח מרחיק לכת מדי, וסופו להכניס לשיטתנו את המשפט העברי. בגמר הדיון העברה הצעת החוק לועדה.

7. לאחר הקריאה הראשונה נתקבלו במשרד המשפטים הצעות שונות לשנינו החוראה בדבר מילוי ליקויים. חלקן בקשו להחליף את הנוסח המוצע בהצעת הממשלה בהפניה למשפט העברי. כן הוצגו הצעות אחרות, כגון שילוב המשפט העברי עם נוסחאות נוספות: "עקרונות המשפט המקובלים במדינות תנאורות ועיקרי המשפט העברי", או זניחת ההפניה למורשת-ישראל, תוך הפניה לעקרונות הכרזת העצמאות או להכרזה הכללית על זכויות האדם של העצרת הכללית של האומות המאוחדות. הוצע גם להחליף את ההפניה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל, בהפניה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מדינת ישראל.

אחוזו על ידי הדגשת החקש בכבד. הייתי, איפוא, מעדיף — אם בכלל — את הנוסח הסתמי של 'התניחותו לדברי חקיקה אחרים הנמצא בחוקים של אוסטרליה ואיסלנד. אך לדעתי אין להזכיר גם את זה. לאור שהתניחותו (של חקש או של נגודו גם יחד) כלולה די צרכה במלים "על פי פירושינו" (לשון רבים עדיף כאן). גם כללי פרשנות כגון 'לקס פוסטריורי' או 'לקס ספציאליס' אינם טעונים הדגשה חקיקתית, ולמה נדגיש דווקא 'התניחותו'?

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

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

3. לאחר חילופי מכתבים אלה, התקיימו מספר שיוחות ביני לבין פרופסור דין, תוך זמינו למצוא נוסחות שונות לפתרון הבעיה. במכתב מיום 12.4.78 כתב לי א. ידן:

"לקראת עריכת הנוסחאות בענין הנייל, תרשה לי לחזור על שתי נקודות:
 א) דימוי 'השופט כמחוקק' אינו רצוי והוא גם מטעה. על השופט להכריע בסמכוך שלפניו, ותו לא — על המחוקק, ורק עליו, ליצור הלכות כלליות.
 ב) איזכור ההלכה הפסוקה נראה לי חיוני לאחר שהסעיף החדש מסכם את מקורות המשפט (העיקריים), ואסור שידלג על סוגיית התנאים הפסיקתיים".

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

"בהמשך להערותי הקודמות ולשיחתנו מהיום — הנה נוסח מתוקן של הסעיף (המיוותר): ראה בית המשפט שאלה משפטי הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של חקש, יכרע בה לאור מסורת ישראל של עשיית הישר והטוב" (או סיפא דומה מבין הנוסחאות שרשמת למבחר): הוספתי את המלים 'בדרך של חקש' בתנחה (המסופקת) שהכל יבינו שהיא אינה מהכוננת להקש הטכני — הצר, אלא ליצור פתרון משפטי מתוך מכלול הדינים, כולם או מקצתם, לא מצאתי נוסח קצר שיכרע רעיון זה בצורה חד-משמעית יותר. אשר לסדר העדיפות בין דבר חקיקה, 'הלכה פסוקה' ו'היקש' סברתי שמוטב להציגם סתם בזה

3. מריספורט זמיר, חינוך המשפט לממשלה — הביא בפני את המענות השונות, ושאל לרעיו על נוסח חלופי כדלקמן:

"ראה בית המשפט שאלה משפטיות הטענה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדיון, בהלכה שנפקדה 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".

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