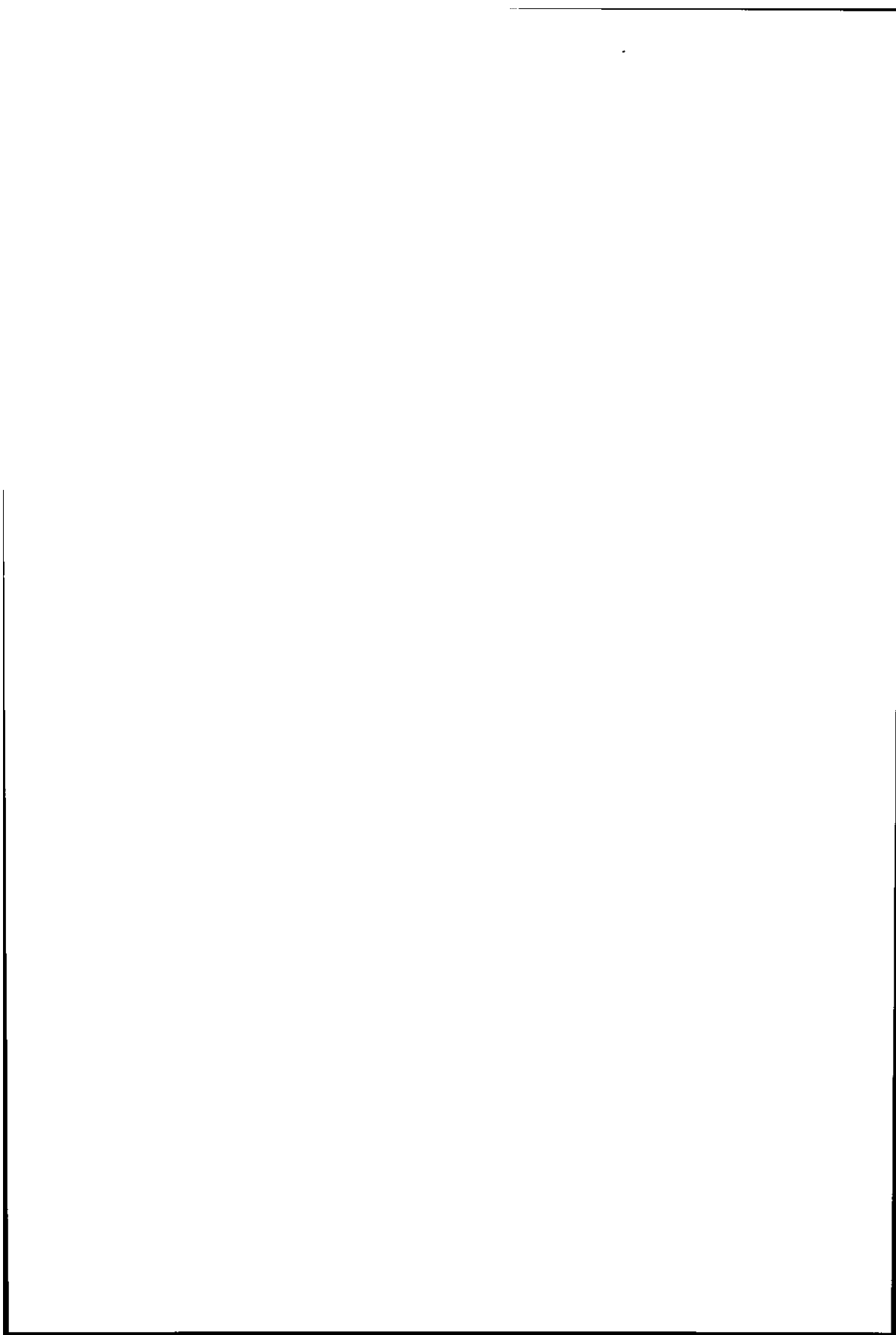


שער ראשון

שיטת המשפט בישראל



## שיטת המשפט בישראל — מסורתה ותרבותה\*

### א. שיטת משפט, משפחת משפט ותרבות משפטית

#### 1. שיטת משפט ומשפחת משפט

רבות הן שיטות המשפט בעולם<sup>1</sup>. לא הרי שיטת המשפט בצרפת כשיטת המשפט בגרמניה, ושתי אלה אינן כשיטת המשפט באנגליה או בארצות-הברית. לכאורה, בכל מדינה קיימת שיטת משפט המייחדת אותה; למעשה, לעתים מתרוצצות במדינה אחת כמה שיטות משפט, למשל במדינה פדרטיבית או במדינה כמדינתנו, שבה בצד משפט חילוני נוהג גם משפט דתי<sup>2</sup>. בצד ריבוי זה של שיטות משפט, קיימת הקבצה של שיטות שונות למשפחות (families)<sup>3</sup>. כך, למשל, מדברים על המשפחה הרומנו-גרמנית (אם כי יש המחלקים את המשפחה הרומנו-גרמנית לשתי משפחות — הרומניסטית והגרמנית), על משפחת המשפט המקובל, ועל משפחת השיטות הסקנדינביות. דובר בעבר על משפחת השיטות הסוציאליסטיות. מדברים

\* המאמר הוא על יסוד הרצאה בכינוס שהתקיים באוניברסיטת בר-אילן. לבקשת המערכת, הוספו הערות שוליים. המאמר פורסם בהפרקליט מ (1992) 197.

1 לסקירה על שיטות המשפט בעולם, ראה R. David & J. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today* (2nd ed., London, 1978).

2 על היחס בין שתי השיטות — החילונית והדתית — בתוך המדינה פנימה, ראה I. Englad, *Religious Law in the Israel Legal System* (Jerusalem, 1975); ראה גם י' אנגלרד, "מעמרו של הדין הדתי במשפט הישראלי" משפטים ב (תשכ"ט) 268, 510; משפטים ד (תשל"ב) 31; משפטים ו (תשל"ה) 5.

3 על משפחות של שיטות משפט, ראה A. Malmstrom, "The System of Legal Systems", R. David (ed.), *Structure and Divisions of the Law*, 2 *Int. Enc. of Com. Law* 3 (1969) 129; ראה גם R. David (ed.), *Structure and Divisions of the Law*, 2 *Int. Enc. of Com. Law* 3 (1969) 129.

על משפחת השיטות המוסלמיות, על משפחת השיטות השבטיות (באפריקה) ועל משפחת המשפט ההינדי. המשפט העברי מהווה אף הוא משפחה שכוון. משפחה של שיטות משפט אינה מתייחדת בזהות הדינים: אפילו ישונו הדינים בכל אחת מהשיטות, וייקבעו תחתם דינים חדשים, עדיין עשויות השיטות להשתייך ולו לתקופת-מה — לאותה משפחה. דיניה של צרפת שונים מדיניה של איטליה בתחומים נרחבים, ובכל זאת שתיהן משתייכות למשפחה הרומניסטית. מהו אפוא המייחד את משפחת השיטות? מהו אותו יסוד משותף וקבוע, המהווה את גרעין המשפחה ושומר על מסגרותיה, חרף השינוי המתמיד בתוכנם של הדינים?

## 2. מסורת משפטית

התשובה לשאלה, מהי משפחת משפט, שנויה במחלוקת<sup>4</sup>. יש הגורסים, כי הדבר המייחד משפחה של שיטות הוא הדמיון הקיים בין כמה שיטות בכל הנוגע לצורת החשיבה המשפטית ולמושגיה הבסיסיים, למוסדות המשפט, לגישתם המשותפת למקורות המשפט ולהיררכיה שלהם, לחלוקת המשפט לענפיו ולחלקיו, ואף הדמיון הקיים בעמדת המערכת המשפטית לנושאי-הכלים של המשפט — שופטים ועורכי-דין<sup>5</sup>. אחרים מדגישים את תפישת המשפט ומקומו בסדר החברתי של אותן שיטות ואת ההיסטוריה המשפטית המשותפת. רנה דוד (David)<sup>6</sup> מדגיש את יסוד האידאולוגיה (כלומר: דת, פילוסופיה או פוליטיקה), את הטכניקה המשפטית ובעיקר את תפישת הצדק. צוויגרט וקוטס (Zweigert & Kötz)<sup>7</sup> מציעים להחליף את יסודות האידאולוגיה והטכניקה — הנראים להם חדר-ממדיים וצרים מדי — במבחנים הקשורים לסגנון (style) או לצורה של שיטות המשפט, כלומר: הגורמים המהותיים התורמים לעיצובן של משפחות. בהקשר זה מדגישים השניים חמישה גורמים כאלה:

הראשון הוא הרקע ההיסטורי וההתפתחות ההיסטורית: כאן מודגשת ההתפתחות

4 David & Brierley, *supra* note 1, at p. 19.

5 ראה M.A. Glendon, M.W. Gordon & S. Osakwe, *Comparative Legal Traditions* (1985) 14.

6 ראה R. David, "The Different Conceptions of the Law", 2 *Int. Enc. of Comp. Law* (1975) 4.

7 ראה K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (vol. 1, 1987) 63.

ההיסטורית של המשפט המקובל ושל החלתו בשיטות משפט שונות. לעומתו מודגשים הפערים הקיימים בהתפתחות המשפט הקונטיננטלי, פערים העשויים להצדיק הכרה במשפחות נפרדות, כגון משפחה גרמנית (גרמניה, אוסטריה ושווייץ) ומשפחה רומניסטית (צרפת, איטליה ובלגיה).

הגורם השני הוא צורת החשיבה המשפטית: כך, למשל, המשפחה הרומנו-גרמנית מתאפיינת בחשיבה אבסטרקטית ושיטתית, שמייחד אותה יצירת תיאוריה כללית, ממנה גוזרים פתרון למקרה קונקרטי, תוך יצירת קשר בין מצב עובדתי לבין נורמה משפטית. החשיבה הינה בעיקרה מהותית ולא פורמלית. לעומת זאת, משפחת המשפט המקובל מתאפיינת בחשיבה קונקרטית, ממקרה למקרה, מפסק-דין לפסק-דין, המגלה חשדנות לשיטתיות ומעדיפה אימפרוביזציה המבוססת על ניסיון. שיטה זו מתפתחת באמצעות אינדוקציה — הליכה מהפרט אל הכלל, מהמקרים הקונקרטיים אל התפישה הכללית. גישה זו היא בעיקרה פורמלית ולא מהותית.

הגורם השלישי בעיצוב משפחה של שיטות משפט הם מוסדות המשפט המיוחדים לה. כך, למשל, את שיטת המשפט המקובל מייחדים מוסדות כמו התמורה, המניעות, השיטה האדברסרית בדיון הפלילי, הנאמנות, דוקטרינת האולטרה-וירס בתאגידים ותנאי קבילות לראיות. לעומת זאת, את המשפחה הרומנו-גרמנית מייחדים הסיבה (causa), האיסור על השימוש לרעה בזכות, עקרון תום-הלב והשיטה האינקוויזטורית בדיון הפלילי.

הגורם הרביעי המאפיין משפחה של שיטות משפט הם מקורות המשפט המקובלים במשפחה. אלה הם המנהג, החוקים והדוקטרינה — כלומר כתביהם של חכמי המשפט והחוקים (אך לא ההלכה הפסוקה) של המשפחה הרומנו-גרמנית, או החוקים, המנהג וההלכה הפסוקה (אך לא הדוקטרינה) של משפחת המשפט המקובל. מההבדלים במקורות המשפט נגזר אף השוני בשיטת הפרשנות הנוהגת במשפחות השונות.

לבסוף, הגורם האחרון המרכיב משפחת משפט הוא האידיאולוגיה, כלומר: הדוקטרינות הפוליטיות והכלכליות המאפיינות את המשפחה, ובעיקר מקומה של הדת בה.

יש המכנים הקבצה של זו שיטות משפט כמסורות משפטיות (Legal traditions), ומבחינים בכך בין שיטת משפט (Legal system) לבין מסורת משפטית<sup>8</sup>. מה שמאפיין מסורת משפטית או משפחת שיטות היא תפישה משותפת בדבר תפקיד

8 ראה J.H. Merryman, *The Civil Law Tradition* (Stanford, 1969) 1; D. Clark, "The Idea

המשפט בחברה, בדבר התפקיד של שיטת המשפט ובתי המשפט, ובדבר הדרך שבה המשפט נוצר, מופעל ונלמד באותה שיטה. המסורת המשפטית קושרת את שיטת המשפט לחברה שבה היא פועלת. היא ממקמת את המשפט כחלק מהמסורת החברתית. איפיונה של שיטה במסגרת משפחה מסוימת או מסורת מסוימת אינה קבועה לעד, כמובן; חלים שינויים – ולו איטיים – בשיוך המשפחתי. משפחות ישנות – כמו משפחת השיטות הסוציאליסטיות – נעלמות, ומשפחות חדשות קמות. על כן, יש להבחין בין בחינה היסטורית של התפתחות משפחתית לבין בחינה מודרנית, המחפשת אחר המצב המשפחתי הקיים בנקודת-זמן נתונה.<sup>9</sup> לבסוף, אין להגזים בשוני בין משפחות המשפט. קווי הגבול אינם מדויקים. ככל שעוברות השנים, המשפחות מתקרבות זו לזו. כך, למשל, האיחוד הפוליטי באירופה משפיע על התקרבות הולכת וגדלה בין המשפחות האירופאיות העיקריות.

### 3. תרבות משפטית

משפחה של שיטות אינה הרמה הגבוהה ביותר בהקבצתן של שיטות משפט. בין המשפחות השונות קיימים קווים של דמיון ושל שוני. כך, היחסים בין המשפחה הרומנו-גרמנית לבין משפחת המשפט המקובל אינם כמו היחסים – או העדר-היחסים – שבין משפחות אלה לבין משפחת השיטות המוסלמיות או השבטיות. אכן, מעל למשפחת השיטות עומדת התרבות המשפטית<sup>10</sup>. המשפחה (או המשפחות) הרומנו-גרמנית ומשפחת המשפט המקובל מאוחדות בשיוכן לתרבות המשפטית המערבית. לעומתן, משפחת השיטות ההינדיות שייכות לתרבות המשפטית של המזרח הרחוק. קיים ספק לגבי שיוך המשפחה של השיטות הסוציאליסטיות לגדר התרבות המשפטית המערבית<sup>11</sup>. התרבות המשפטית (Legal culture) עניינה, אפוא, גישות-היסוד באשר למהות המשפט ובאשר למבנה הראוי

of the Civil Law Tradition" *Comparative and Private International Law* (D. Clark ed., 1990) 11, 16.

9 ראה Zweigert & Kötz, *supra* note 7, at p. 68.

10 ראה Merryman, "The Convergence (and Divergence) of the Civil Law and Common Law" *New Perspectives for a Common Law of Europe* (M. Cappelletti ed., 1978) 222.

11 למחלוקת זו, ראה Glendon, Gordon & Oskawe, *supra* note 5, at p. 15.

ולתפקיד של שיטת משפט. משפט הוא ביטוי לתרבות, וההיסטוריה של המשפט היא חלק מההיסטוריה התרבותית. כך אנו מבחינים בין התרבות המשפטית המערבית לבין התרבות של המזרח הרחוק, ואף התרבות המשפטית האיסלמית היא תרבות בפני עצמה. הוא הדין בתרבות המשפטית של המשפט העברי, אשר מאפיין אותה המקור האלוהי של המשפט מזה והסמכות המקיפה לפרש וליצור דין מזה ("תורה מן השמיים" ו"תורה לא בשמיים")<sup>12</sup>. כמובן מתאפיינת היא בהיקפה, שכן היא משתרעת על מכלול היחסים בהם מצוי האדם, הן יחסיו עם אלוהיו והן יחסיו — בין מתחום המשפט הפרטי ובין מתחום המשפט הציבורי — עם זולתו.

#### 4. התרבות המשפטית המערבית

מה משותף לתרבות המשפטית המערבית<sup>13</sup>? אף שאלה זו שנויה במחלוקת. יש המצביעים על הלגליזם כמאפיין מרכזי של התרבות המערבית. לגליזם, משמעותו שלטון החוק. עליונותו של החוק הוא הגורם המאפיין את התרבות המשפטית המערבית. אחרים מדגישים את העובדה, שבתרבות המערבית החברה והמשפט כרוכים זה לזה ללא הפרדה<sup>14</sup>. המשפט מסדיר את חיי החברה. משהופר כלל של המשפט, ונוצר סכסוך בחברה — בין החברה לבין פרט או בין פרטים בחברה לבין עצמם — הוא מוכרע בבתי-המשפט. על-פי דעה זו, בגרותה של שיטה היא במידת הכרתה, הלכה למעשה, במשפט ובבית-המשפט כמוסדות המכריעים בסכסוכים. זאת, למשל, לעומת התרבות המשפטית של המזרח הרחוק — כגון תורתו של קונפוציוס, הרואה בחוק אמצעי שליטה על הברברים, בעוד שהאזרח ההגון אינו מתעניין בחוק, מתרחק מבתי-המשפט ומהחוק, וחי — בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת — על-פי מסורת-אבות של מוסר, הגינות ויחסי-אנוש. בתרבות המשפטית של המזרח הרחוק, סכסוכים הם מחלה המצביעה על אי-תפקוד הגוף

12 ראה מ' אלון, המשפט העברי (מהדורה שלישית מורחבת ומתוקנת, תשמ"ה) 214.

13 ראה J. Barton, J. Gibbs, V. Li & J. Merryman, *Law in Radically Different Cultures* (1983) 7; H. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (1983) 1; J. Smith & D. Weisstub, *The Western Idea of Law* (1983); H. Ehrmann, *Comparative Legal Cultures* (1976); G. Sawyer, "The Western Conception of Law" *Int. Enc. of Comp. L. — The Legal Systems of the World* (1975) ch. 1, 311.

14 ראה David, *supra* note 6, at p. 3.

החברתי. התרופה אינה משפט, שבו יש זוכה ומפסיד, אלא קיומה של חברה שבה אין מנצחים ומנוצחים, וכולם שומרים על כבודם. כנגד שלטון החוק (המערבי) עומדת ההרמוניה החברתית. באותו אופן, מושג הזכות המשפטית – שהוא כה יסודי בתרבות המשפטית המערבית – אינו מקובל בתרבות המשפטית של המזרח הרחוק. אכן, בתרבות המשפטית המערבית, היחיד הוא נושא של זכויות וחובות גם יחד; לעומת זאת, התרבות המשפטית של המזרח הרחוק מתייחסת לחובותיו של הפרט ולא לזכויותיו. מאפיין אחר של התרבות המשפטית המערבית הוא החילוניות (secularism)<sup>15</sup>, כלומר: ההכרה בקיומם של מחוקק חילוני הפועל במדינה ריבונית, יוצר חוקים ומשנה אותם, ושל החברה הפועלת על-פי כללי משפט פוזיטיביים. קיימת הבחנה בין משפט פוזיטיבי למשפט טבעי, אף כי השאיפה לצדק מאפיינת את שניהם. מאפיין נוסף של התרבות המשפטית המערבית היא האמונה, כי בחברה מתקיימת קדמה (progress) וכי המשפט הוא אמצעי להשגתה. על כן, יש להילחם עבור המשפט – "המאבק למען המשפט", בלשונו של יהרינג<sup>16</sup> – ולמען הזכויות. אכן, ביסוד התרבות המשפטית המערבית עומד האדם כיצור רציונלי, המסוגל להגדיר לעצמו יעדים, אשר המשפט מסייע בהגשמתם. בהיבטים מרכזיים אלה, מבוססת תרבות מערבית זו על תפישה חברתית של ליברליזם, השואפת להכיר באוטונומיה של הרצון הפרטי כיסוד מרכזי של החברה והמשפט. למותר לציין, כי חלוקה זו למשפחות ולתרבויות – ואף אמות-המידה המשמשות אותה – אינה מדויקת. בסופו של דבר, הכול תלוי במטרה אשר לשמה נעשית החלוקה. משפחה של שיטות משפט אינה משפחה ביולוגית, ואיפיונה תלוי בנקודת-המוצא של המסתכל. נקודת-המבט שלי אינה פרגוגית: איני מבקש לחלק את שיטות המשפט למשפחות ולתרבויות לצורכי הוראה. מטרתי גם אינה השוואתית: איני מעוניין להשוות בין שיטות ומשפחות, כדי למצוא פתרון ראוי לסוגיה משפטית כלשהי. מטרתי היא מתודולוגית. ברצוני ללמוד ממיקומה ומאיפיונה של שיטת המשפט הישראלית על מקורותיה המשפטיים בכלל ועל התפקיד השיפוטי בפרט.

15 ראה Barton, Gibbs & Merryman, *supra* note 13, at p. 9.

16 ראה ר' יהרינג, המאבק למען המשפט (בתרגומו של ב' קרופניק, תל-אביב, 1947).



## ב. שיטת המשפט בישראל ותרבות המשפטית

### 1. שיטת המשפט בישראל, המשפט העברי והתרבות המערבית

מהי התרבות המשפטית אליה משתייכת שיטת המשפט הישראלית? אילו נהג בישראל המשפט העברי, התשובה לשאלה זו היתה פשוטה, יחסית: היינו אומרים כי שיטת המשפט הישראלית היא חלק מהתרבות של המשפט העברי. בפועל, כידוע, המשפט העברי נוהג בישראל מכוח החקיקה החילונית. גם תחולת דין תורה בתחומי הנישואין והגירושין בין יהודים נובעת מחוק חילוני. על-אחת-כמה-וכמה בתחומים אחרים, שבהם השפעת המשפט העברי מתבטאת בתוכן הדין ובלשונו, אך לא במקורו המחיב. מבחינת משפט המדינה, המחוקק החילוני מוסמך לאמץ לעצמו תוכן פלוני של דין דתי ולדחות תוכן אלמוני. תחולתו של הדין הדתי נובעת, אפוא, מפעולת קליטה של הדין החילוני<sup>17</sup>. מכוח קליטה זו הופך הדין הדתי לדין בעל מקור חילוני. גם מאפיינים אחרים של שיטת המשפט הישראלית מרחיקים אותה מהתרבות של המשפט העברי. כך, למשל, המוסדות המשפטיים העיקריים שלנו אינם לקוחים מהמשפט העברי. אף האידיאולוגיה שלנו אינה דתית-יהודית. מעניין לציין, כי חוק יסודות המשפט, המפנה אל מורשת ישראל להשלמת חסר בחקיקה, מפנה אל עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. אין הוא מפנה אל העיקרון הבסיסי של עבודת האלוהים, אלא אל עקרונות כללי-אוניברסליים<sup>18</sup>. על אחת כמה וכמה שאין אידיאולוגיה דתית כיסוד הדין עצמו. יש אפוא לקבוע בבירור – ותהא העמדה הערכית כלפי קביעה זו אשר תהיה – כי שיטת המשפט הישראלית אינה משתייכת לתרבות של המשפט העברי, אם כי תרבות זו משפיעה על עיצובה. נראה, כי שיטת המשפט שלנו שייכת לתרבות המשפטית המערבית. האידיאולוגיה שלנו היא זו של מדינת חוק ושל שלטון החוק<sup>19</sup>; הגישה הבסיסית היא חילונית, ליברלית ורציונלית; המחוקק החילוני יוצר את החוק על בסיס תפישה רציונלית והוא יכול לשנותו; השאיפה של המערכת

17 על קליטת הדין הדתי לדין המדינה, ראה לעיל הערה 2.

18 ראה כהן, "דין השיוור" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 285, 296; א' ברק, "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" משפטים כ (תשנ"א) 233.

19 על שלטון החוק בישראל, ראה א' רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (מהדורה רביעית מורחבת, כרך א, תשנ"א) 262; ראה גם א' ברק, "שלטון החוק" המועצה

החברתית היא לפתרון בעיות באמצעות המשפט ובאמצעות בתי-המשפט; המשפט נתפש כמושג מרכזי ועיקרי שיש להיאבק עליו, תוך אמונה, כי עם פיתוח רצוי של המשפט ניתן להבטיח קידמה ושינוי חברתיים; היחיד נתפש לא רק כבעל חובות אלא גם כבעל זכויות. צורת החשיבה, מוסדות המשפט ומקורותיו, והאידיאולוגיה החילונית – כל אלה מאפיינים את התרבות המשפטית המערבית ואת תרבותנו שלנו. אמת, ישראל היא "מדינה יהודית ודמוקרטית"<sup>20</sup>, אך יהדותה של המדינה אינה הופכת אותה לחלק מהתרבות המשפטית של שיטת המשפט העברי. הביטוי של יהדות המדינה אינו ביטוי דתי, אלא חילוני.

## 2. השפעות מהמשפט המקובל

כאמור, התרבות המשפטית המערבית כוללת כמה משפחות משפט – או מסורות-משפט – כגון משפחת המשפט הרומנו-גרמנית, משפחת המשפט המקובל ומשפחת המשפט הסקנדינבית. האם ניתן לסווג את שיטת המשפט הישראלית לאחת המשפחות או המסורות הללו? ובעיקר: האם ניתן לכלול אותנו במשפחה או במסורת של המשפט המקובל, או במשפחה או במסורת הרומנו-גרמנית? אין ספק, כי קיים דמיון ניכר בין משפחת המשפט המקובל לבין שיטת המשפט הישראלי. יש לנו היסטוריה משותפת<sup>21</sup>. מאז הכיבוש הבריטי ב-1917 ועד להכרזת העצמאות ב-1948 – ואף לאחר-מכן, עד ל-1980, כאשר בוטל סימן 46 לדבר-המלך במועצתו – התקיים קשר חי ואמיץ בין המשפט המקובל לבין המשפט

הלאומית לקידום ערכי שלטון החוק והדמוקרטיה; "זמיר, "שלטון החוק במדינת ישראל" הפרקליט – גליון מיוחד לכבוד 25 שנים ללשכת עורכי-הדין (תשמ"ז) 61.

20 ראה סעיף 1 לתוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

21 על היסטוריה משותפת זו, ראה א' מלחי, תסקיר תולדות המשפט בארץ-ישראל (תש"י). לסקירה בדבר השפעת המשפט האנגלי על המשפט הישראלי, ראה D. Friedmann, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel", 10 *Isr. L. R.* 324 (1975); מעטה היא הספרות המשפטית בישראל, העוסקת בהיסטוריה של המשפט הארצישראלי והישראלי. על כך יש להצטער. יש לקוות כי חוקרים צעירים ימצאו עניין בהיסטוריה המשפטית המרתקת שלנו. שיטת משפט שאינה רגישה להיסטוריה שלה אינה רגישה לעצמה. כבר ציין השופט הולמס (Holmes) בפרשת *New York Trust Co. v. Eisner* 256 U.S. 345, 348: "[A] page of history is worth a volume of logics".

הארצישראלי<sup>22</sup>. ניתן לומר, כי התרחשה "אנגליפיקציה" של המשפט הארצישראלי. הדבר נעשה הן באמצעות החקיקה שנחקקה בארץ-ישראל המנדטורית, שהיתה לעתים קרובות בעלת תוכן אנגלי<sup>23</sup> והן באמצעות ההלכה הפסוקה, אשר החדירה למשפט הארצישראלי – באמצעות סימן 46 לדבר-המלך במועצתו, 1922<sup>24</sup> – את עיקרי המשפט המקובל ואת הדוקטרינות של האקוויטי. כתוצאה מכך, מוסדות משפט רבים המאפיינים את משפטנו הם מוסדות של המשפט המקובל. בין אלה די להזכיר את המניעות (estoppel), את דיני הקבילות (בראיות), את השליחות הנסחרת, את הנאמנות ואת השיטה האדברסרית בדיון הפלילי. מעבר לכך: מהמסורת של המשפט המקובל שאבנו את כללי הפרשנות<sup>25</sup>, את מעמדו המיוחד של השופט בשיטה, ואת המבנה המיוחד של מערכת כתיבת המשפט – מבנה של פירמידה – שבקצהו העליון בית-משפט עליון המורכב ממספר קטן של שופטים (12 בישראל, 10 באנגליה, 9 באמריקה ובקנדה, 7 באוסטרליה), השולטים על מערכת השיפוט כולה, מעין מנצח על התזמורת השיפוטית כולה<sup>26</sup>. עוד שאבנו ממשפחת המשפט המקובל את עקרון התקדים המחייב<sup>27</sup> ואת התפישה כי השופט מוסמך ליצור משפט גם מעבר לפרשנות החוק. התפישה, כי ההלכה הפסוקה מהווה מקור משפט מחייב, היא תרומתה המרכזית של מסורת המשפט המקובל<sup>28</sup>. בשל הקשר ההיסטורי בין משפחת המשפט המקובל לבין שיטת המשפט הארצישראלי נקלטה תפישה זו גם בשיטת המשפט הישראלית. אנו מכירים בלגיטימיות של הפעילות

22 ראה ג' טרסקי, "בעית הליקויים בחוק" מחקרים במשפט ארצנו (מהדורה שנייה מורחבת, תשי"ט) 132.

23 כגון פקודת החברות, פקודת השטרות, פקודת השותפויות ופקודת פשיטת הרגל. פקודת החוק הפלילי ופקודת הנזיקין לא הועתקו מחקיקה אנגלית מקבילה, אך הם מבוססים על המשפט המקובל האנגלי.

24 ראה טרסקי, לעיל הערה 22; פרידמן, לעיל הערה 21, בעמ' 352.

25 ראה המ' 89/51 מיטובה נ' כאזם, פ"ד 4, 12; בג"צ 15/56 סופר נ' שר הפנים, פ"ד י 1213, 1221; בג"צ 163/57 לובין נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד יב 1041, 1077; א' ברק, "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ה) 467.

26 על הדימוי של בית-המשפט העליון בשיטה, כמנצח של התזמורת השיפוטית, ראה א' ברק, "כיתת המשפט העליון ופיתוח המשפט בישראל" ספר יצחק כהן (תשמ"ט) 287, 298.

27 ראה טרסקי, לעיל הערה 22, בעמ' 92; פרידמן, לעיל הערה 21, בעמ' 352.

28 ראה M. Eisenberg, *The Nature of the Common Law* (Cambridge, 1988).

השיפוטית ביצירת משפט הלכתי, שאין בו כל פרשנות של נורמות משפטיות חקוקות.<sup>29</sup> במסגרת פעילות שיפוטית זו נוצרו חלקים ניכרים של משפטנו הציבורי. כך, למשל, זכויות היסוד של האדם, "שאינן כתובות עלי ספר", הן פרי ההלכה השיפוטית<sup>30</sup>, וכן הכללים בדבר שיקול-הדעת המנהלי, כללי הצדק הטבעי<sup>31</sup>, כללי המכרזים של רשויות הציבור<sup>32</sup> והכללים בדבר הפרסום<sup>33</sup> והתוכן<sup>34</sup> של הסכמים ציבוריים. בדומה, חלקים משמעותיים מדיני הראיות<sup>35</sup> — כגון הכלל הפוסל עדות שמועה — ומדיני התרופות<sup>36</sup> והאמון<sup>37</sup> בישראל הם הלכתיים. אכן, אנו מכירים ב"משפט מקובל נוסח ישראל". ישאל השואל: מהיכן סמכותו של שופט בישראל ליצור נורמות משפטיות, שאינן פרי פרשנותה של חקיקה עמומה ורב-משמעית? הרי אין כל דבר-חקיקה המסמך אותו ליצירה משפטית זו? התשובה תהא, כי סמכות זו היא חלק מהמסורת המשפטית שלנו, מסורת בת למעלה משישים שנה, אשר קשרה את גורלן של שיטת המשפט הארצישראלית והישראלית למסורת המשפט המקובל. מכוחה של מסורת זו, כאשר שופט יוצר דין חדש, הקהילייה

29 ראה א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה — פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט הפרקליטי לט (תש"ץ) 267; ראה גם בג"צ 29/62 כהן נ' שר הבטחון, פ"ד טז 1023, 1027; ע"א 150/50 קאופמן נ' מרגינס, פ"ד ו 1005, 1034; ד"נ 29/84 קוסוי נ' בנק פויכטונגר, פ"ד לח(4) 505, 511.

30 ראה בג"צ 243/62 אולפני הסרטה בישראל בע"מ נ' גרי, פ"ד טז 2407.

31 ראה ש' שטרית, "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא (תשל"ז) 42; ש' שטרית, "מגמות חדשות בעיקרי הצדק הטבעי" הפרקליט לו (תשמ"ז) 325.

32 ראה בג"צ 292/61 בית אריזה רחובות בע"מ נ' שר החקלאות, פ"ד טז 20; י' זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים" הפרקליט כ (תשכ"ב) 226, 403; ה' הרציג, דיני מכרזים (חלק ראשון, תשל"ו).

33 ראה בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353.

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

35 ראה, למשל, החסיין היחסי של עיתונאי, שהינו פרי ההלכה השיפוטית: כ"ש 298/86 ציטרין נ' בית-הדין המשמעתי של לשכת עורכי-הדין במחוז תל-אביב, פ"ד מא(2) 337.

36 ראה א' ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970 (מהדורה שנייה, תשל"ט); א' קציר, תרופות בשל הפרת חוזה (תשנ"א); ד' קציר, פיצויים בשל נזק גוף (מהדורה שנייה, תשמ"ו); א' ברק, "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף — דין הנוזיקין המצוי והרצוי" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 243.

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

המשפטית הישראלית רואה פעולה זו כלגיטימית. כשם שבאנגליה מקובל ששופט יצור משפט הלכתי, גם בלא דבר-חקיקה המסמך אותו לכך במפורש, אף בישראל פעולה כזו תיחשב לגיטימית, גם בלא שדבר-חקיקה קובע זאת במפורש<sup>38</sup>. ישאל השואל: האין לומר כי השפעה זו של תרבות המשפט המקובל נפסקה עם חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, אשר ניתק את הקשר החי עם המשפט המקובל? התשובה לכך שלילית: חוק יסודות המשפט סתם אמנם את צינור הייבוא של דין פוזיטיבי מהמשפט המקובל האנגלי, אך הוא לא ביטל את הדינים שנקלטו מהמשפט המקובל<sup>39</sup>. יתר על כן: חוק יסודות המשפט פועל במסגרת מוגדרת וקבועה. הוא נועד להחליף את המשפט המקובל כמקור משלים לחסר בחקיקה המקומית. הוא לא נועד ליצור שידור מערכות בכל יסודות המשפט בישראל, לעקור את ההלכה הפסוקה כמקור למשפט או לשנות את מעמד השופטים בישראל<sup>40</sup>.

### 3. השפעות מהמשפחה הרומנו-גרמנית

בצד הדמיון בין שיטת המשפט הישראלי לבין משפחת המשפט המקובל, קיים אף דמיון בינה לבין המשפחה הרומנו-גרמנית. אף כי דמיון זה חלש יותר מהדמיון למשפחת המשפט המקובל. ההיסטוריה של הקשר הזה אף היא ארוכה למדי<sup>41</sup>: תחילתה במשפט העות'מאני שחל באזורנו למעלה מארבע-מאות שנה. משפט זה הושפע במאה התשע-עשרה, בתחומים רבים, מהמשפט האירופאי. כך, למשל, סעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית — שבמשך שנים רבות היווה הוראת-יסוד — הושפע מהמסורת הרומניסטית. הוא-הדין בסעיף 80 לאותו חוק, העומד עדיין בתוקפו. חקיקה עות'מאנית נוספת, כגון חוק הביטוח העות'מאני, נשאבה אף היא מהדין הקונטיננטלי. המשכו של קשר זה לאחר קום המדינה, עם תחילת תהליך הקודיפיקציה של המשפט האזרחי שלנו. הן במהותו, הן במטרתו

38 ראה א' ברק, "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" הפרקליט לט (תש"ן) 267, 281.

39 סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

40 ראה א' ברק, "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" משפטים כ (תשנ"א) 233, 292.

41 ראה D. Friedmann, "The Effect of Foreign Law on the Law of Israel", 10 *Isr. L. Rev.* 192 (1975).

והן כתוכנו, הושפע תהליך זה עמוקות מהמשפט הקונטיננטלי<sup>42</sup>. מכוחו של תהליך זה אימצנו מוסדות משפטיים המאפיינים את המשפט הקונטיננטלי, כגון עקרון תוס-הלב (הן במשא-ובמתן<sup>43</sup> והן בכיצוע כל חיוב)<sup>44</sup>, עיקרון האיסור על שימוש לרעה בזכות<sup>45</sup>, עיקרון החוזה לטובת צד שלישי<sup>46</sup>, העיקרון כי התחייבות למתנה מחייבת<sup>47</sup>, ועיקרון הקודיפיקציה עצמו. זאת ועוד: בהשפעת התפישות הקונטיננטליות אימצנו לעצמנו את העיקרון — העומד ביסודו של חוק יסודות המשפט — כי שופט מוסמך להשלים חסר בחקיקה<sup>48</sup>. עיקרון זה נקבע אמנם כבר בסימן 46 לדבר-המלך במועצתו, 1922, אך עמו גם נקבע, כי הדין המשלים יהא המשפט המקובל עצמו. נאסר על שופט להקיש מדבר-חקיקה לשם השלמת חסר, והוא הופנה אך אל המשפט ההלכתי. היתה זו אפוא הפנייה של השופט, במקרה של חסר, אל "רשת הביטחון" של המשפט המקובל, ובעצם שלב נוסף באנגליפיקציה של המשפט הארצישראלי. לא כן חוק יסודות המשפט. על-פי

42 על תהליך הקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל, והקשר בינו לבין המשפט הקונטיננטלי, ראה א' ידן, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל" עיוני משפט ג (תשל"ג) 26; א' ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית" עיוני משפט ו (תשל"ט) 506; א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5; א' ברק, "ארבעים שנה למשפט הישראלי — דיני הנזיקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי" משפטים יט (תש"ן) 631.

43 סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

44 סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ראה גם סעיף 61(ב) לחוק האמור.

45 על עיקרון זה, ראה סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. ראה גם ד' צלטנר, "שימוש לרעה בזכות" משפטים ב (תשל"ל) 465. על מקורותיו הקונטיננטליים של עיקרון זה, ראה H. Gutteridge, "Abuse of Rights", 5 *Camb. L. J.* (1933) 22; J.E. Scholtens, "Abuse of Rights", 75 *South African L. J.* (1958) 39; Cueto-Rua, "Abuse of Rights" 35 *La. L. Rev.* (1975) 965; Bolgar, "Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine", 35 *La. L. Rev.* (1975) 1015; Sono & Fujioka, "The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan", 35 *La. L. Rev.* (1975) 1037; Brunner, "Abuse of Rights in Dutch Law", 37 *La. L. Rev.* (1977) 729.

46 סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

47 סעיף 5 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

48 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. להיסטוריה של החקיקה, ראה א' ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 265. לניתוח ההוראה, ראה ברק לעיל הערה 40.

הוראותיו, חסר בדבר-חקיקה יושלם על-ידי היקש, ובהיעדר היקש, על-ידי עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת-ישראל. המבנה של הוראה זו השופע מהמבנה של הוראות דומות המצויות במשפחה הרומנו-גרמנית<sup>49</sup>. כך, למשל, סעיף 12 לקודקס האיטלקי קובע כי חסר בחקיקה יושלם בדרך של היקש, ובאין היקש מתאים – על-פי העקרונות הכלליים של הסדר המשפטי של המדינה; סעיף 6 לקודקס האזרחי הספרדי קובע, כי חסר בחקיקה יש להשלים על-ידי פנייה למנהג או לעקרונות הכלליים של המשפט; הקודקס האזרחי ההולנדי קובע, כי השלמה תיעשה על-פי היושר; וסעיף 7 לקודקס האזרחי האוסטרי קובע, כי חסר יושלם בדרך של היקש, ואם אין די בכך – על-פי העקרונות הטבעיים של הצדק. אך לא רק המבנה של חוק יסודות המשפט דומה למבנה של הוראות דומות בקודיפיקציות קונטיננטליות, אלא גם מהותו דומה. כמו במשפחת השיטות הרומנו-גרמניות, כך גם אצלנו, הדין המשלים הראשוני הוא ההיקש<sup>50</sup>. בכך התרחשה מהפכה-זוטא בשיטתנו: השופט הוסמך להשלים חסר בדבר-חקיקה בדרך של היקש מדבר-חקיקה אחר. נמצא, כי דבר-חקיקה אינו מוגבל אך לד' אמותיו שלו, אלא בכוחו להקרין מעקרונותיו לתוך מערכת המשפט עצמו – שהרי עקרונות אלה מהווים דין משלים לגיטימי. זהו שינוי מהותי ביותר. שוב אין החוק מוגבל בתחולתו אך לעניינים הנורוים בו, אלא – כמו המשפט המקובל במסורת המשפט המקובל – החוק הוא בעל תחולה כללית; הוא רשת הביטחון שבה נתפס השופט בחפשו אחר דין המשלים חסר בחקיקה. נמצא, כי כשם ששופט אנגלי פונה למשפט המקובל במקום שיש חסר בחקיקה, כך פונה שופט ישראלי, כחברו השופט מהמשפחה הרומנו-גרמנית, אל מערך החקיקה כולו, ומבקש לגזור ממערך כולל זה פתרון לבעיית החסר בדבר-חקיקה. בכך התקרבה שיטת המשפט הישראלית אל המסורת הרומנו-גרמנית.

#### 4. שיטת המשפט הישראלית אינה חלק ממשפחת המשפט המקובל

נמצא, כי יש לה, לשיטת המשפט הישראלי סגנון או צורה – אם להשתמש

49 ראה ג' פרוקצ'יה, "חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980" עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 145.

50 ראה ברק, לעיל הערה 40, בעמ' 304.

במינוחם של צוויגרט וקוטס<sup>51</sup> — הדומה בעניינים מסוימים לסגנון או לצורה של משפחת המשפט המקובל, ובעניינים אחרים — לסגנון או לצורה של המשפחה (או המשפחות) הרומנו-גרמניות. דומה שהדמיון למשפחת המשפט המקובל עולה על הדמיון למשפחה הרומנו-גרמנית. אילו היה עלי לסווג עצמנו לאחת משתי המשפחות הללו, בלא אפשרות נוספת, הייתי קובע כי אנו משתייכים למשפחת המשפט המקובל<sup>52</sup>, תוך שאנו מצויים בשולי המשפחה, ונעים ממרכז הכובד האנגלי לעבר מרכז הכובד האמריקאי. דא עקא, שקיימת אפשרות שלישית, הנראית לי כמתארת נכונה את המציאות הנורמטיבית שלנו. אפשרות זו גורסת, כי איננו משתייכים לאחת מהמשפחות המערביות המקובלות. חרף הדמיון בין שיטתנו לבין משפחת המשפט המקובל, אין לסווג אותה כחלק ממשפחה זו. הקשר ההיסטורי בין השיטות היה קצר מכדי ליצור קשר משפחתי; המוסדות המשפטיים המרכזיים שלנו — כגון תוס-לב<sup>53</sup>, איסור על שימוש לרעה בזכות<sup>54</sup>, ואכיפה כסעד עיקרי<sup>55</sup> — אינם ידועים לאנגלים; מעמד החקיקה אצלנו שונה באופן מהותי מזה שבמשפחת המשפט המקובל; עיקרון הקודיפיקציה — העומד ביסוד המשפט האזרחי — אינו מקובל, בצורתו זו, במשפחת המשפט המקובל. גם צורת החשיבה של המשפטן הישראלי אינה מאפיינת את המשפטן האנגלו-אמריקאי. זה האחרון חושב, כאמור מהפרט אל הכלל; כאמרתו הידועה של השופט הולמס, שחיי המשפט הם ניסיון ולא היגיון<sup>56</sup>. המשפטן של המשפט המקובל מתרחק מהכללות, ומתרכז בפסיקה קונקרטית. נראה, כי המשפטן הישראלי אינו שותף במלואו לצורת חשיבה זו. דומה כי רבים מהמשפטנים שלנו — בין בני הדור שהתחנכו בקונטיננט ובין בני הדור שהתחנכו בארץ — חושבים כמושגים מופשטים. רבים מאתנו יוצאים

51 ראה לעיל הערה 7.

52 ראה גם D. Friedmann, "Independent Development of Israeli Law", 10 *Isr. L. Rev.* 515 (1975).

53 ראה לעיל הערות 43 ו-44.

54 ראה סעיף 14 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. נראה לי כי להוראה זו תחולה כללית: ראה לעיל הערה 45.

55 סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. ראה ע"א 158/77 רבינאי נ' מן שקד בע"מ, פ"ד לג(2) 281. ראה גם קציר, תרופות בשל הפרת חוזה, לעיל הערה 36, בעמ' 294.

56 ראה O.W. Holmes, *The Common Law* (Boston, 1881).



מעיקרון כללי של תוס'לב וגוזרים ממנו דינים ספציפיים; אנו יוצאים מעיקרון כללי של חובת זהירות (מושגית) ומפתחים מתוכו חובות קונקרטיות<sup>57</sup>; או יוצאים מעיקרון כללי של סבירות ויוצקים ממנו כללי התנהגות ראויה של הפרט ושל השלטון<sup>58</sup>. אך מעבר לכך: הגישה הפורמלית למשפט, המאפיינת חלקים נרחבים של המשפט המקובל<sup>59</sup> (בעיקר באנגליה ובאוסטרליה, אך לא בארצות-הברית) אינה נחלתנו. נראה לי, כי שיטת המשפט הישראלית מתאפיינת במגמות מהותיות ולא פורמליות<sup>60</sup>. חופש-החוזים והאוטונומיה של הרצון הפרטי שולטים במשפט הפרטי, ולא דרישות נוקשות של צורה<sup>61</sup>. כך, למשל, בדיני צוואות מקובל העיקרון כי גם צוואה בעל-פה תופסת בנסיבות מסוימות<sup>62</sup>; וכאשר במקרים אחרים דרישות הצורה מתנגשות בדרישות תוס'הלב – יד תוס'הלב על העליונה<sup>63</sup>. אף את המשפט הדיוני – הפלילי והאזרחי גם יחד – מאפיינת תפישה לא פורמלית. כך, למשל, דיני משקל הראיות מחליפים את דיני הקבילות<sup>64</sup>: בית-המשפט מבקש

57 ראה ע"פ 186/80 יערי נ' מ"י, פ"ד לה(1) 769. לביקורת גישה זו, ראה י' אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחויות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 67.

58 לעילת הסבירות, ראה בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421. לביקורת גישה זו, ראה מ' שקד, "הערות על ביקורת הסבירות במשפט המינהלי" משפטים יב (תשמ"ב) 102; מ' לגורי, "על שפיטות וסבירות בדין המינהלי" עיוני משפט יד (תשמ"ט) 5.

59 על פורמליזם ומהותיות במשפט המקובל, ראה P. Atiyah & R. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law* (Oxford, 1987).

60 נושא זה מחייב מחקר עצמאי ונפרד. דבריי משקפים תחושה שיש להוכיחה, וההוכחה טרם ניתנה. מקווה אני כי ימצאו חוקרים אשר ימצאו עניין במחקר מסוג זה.

61 לאוטונומיה של הרצון הפרטי, ראה ג' שלו, דיני חוזים (תש"ן) 23; ד' פרידמן ונ' כהן, חוזים (כרך א, תשנ"א) 10. ליחס בין נוקשות לבין גמישות בדרישת הצורה, ראה ג' כהן, "דפוסי החוזים ותוס'לב במשא-ומתן – בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (תשמ"ז) 13. ראה גם מ' מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 321.

62 ראה סעיף 23 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. על פורמליזם וריאליזם בצורת הצוואה, ראה ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701.

63 ראה ע"א 579/83 זונגשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278. ראה גם פרידמן וכהן, לעיל הערה 61, בעמ' 457.

64 ראה, למשל, סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש).

להיכנס לטרקלין ולא להישאר בפרוזדור, תוך שאיפת הדיון לגילוי האמת<sup>65</sup>. באותה מידה, פגם בהליך שאין בו כדי לגרום לעיוות-דין, אינו עילה לפסילת ההליך<sup>66</sup>. תפישה לא-פורמלית זו של המשפט מאפיינת גם את המשפט הציבורי, ודי להזכיר את ירידת קרנן של דרישות המעמד (standing)<sup>67</sup> ושל דוקטרינת השיהוי (laches)<sup>68</sup> במשפט המנהלי. נמצא, כי אמנם ניכרות בנו השפעות רבות ממשפחת המשפט המקובל, אך אין לשייך אותנו למסגרתה של זו. עשינו פעולות מכוונות כדי לנתק עצמנו מהקשר הפורמלי עם משפחת המשפט המקובל. פעולות אלה אכן הצליחו להוציא אותנו ממסורת המשפט המקובל.

##### 5. שיטת המשפט הישראלית אינה חלק מהמשפחה הרומנו-גרמנית

כשם שאין לשייך אותנו למשפחת המשפט המקובל, כן אין לשייך אותנו למשפחה הרומנו-גרמנית. דומה, כי בעניין זה התמונה ברורה הרבה יותר, וקשה למצוא טענות של ממש לשיוך זה. אכן, ההיסטוריה של שתי השיטות היא שונה מעיקרה, ומגבלות השפה מונעות היזון הדדי בין השיטות. ההתפתחויות המתרחשות בשיטות המשפט הרומנו-גרמניות — בין בספרות ובין בפסיקה — הם כספר החתום לרוב-רובה של הקהילייה המשפטית בישראל. מוסדות רבים של משפטנו — כגון נאמנות (trust) ומניעות (estoppel) — אינם מוכרים במשפחה זו. ההלכה הפסוקה, המהווה מקור משפטי מרכזי בשיטה הישראלית, והלכת התקדים המחייב, המהווה מכשיר מרכזי בשיטתנו, אינם מהווים יסודות מרכזיים במשפחה הרומנו-גרמנית; מעמד השופט בישראל אינו זהה למעמד השופט במשפחה הרומנו-גרמנית; מכנה מערכת בתי-המשפט, ובעיקר מעמדו של בית-המשפט העליון כמוסד העומד בראש הפירמידה השיפוטית, אינו מקובל במשפחה הרומנו-גרמנית, המתאפיינת בכמה

65 ראה ע"פ 1/48 סילוסטר ג' י"מ, פ"ד א 5, 18; ע"פ 639/79 אפללו ג' מ"י, פ"ד לר(3) 561.

66 ראה סעיף 215 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

67 ראה בג"צ 852/85 אלוני ג' שר המשפטים, פ"ד מא(2) 1; בג"צ 910/86 רסלר ג' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441; ראה ז' סגל, זכות העמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק (התשמ"ו); אסתר ברק, "זכות העמידה בעתירה הציבורית: מבחניה ובעיותיה" עיוני משפט טז (תשנ"א) 391. לביקורת מגמה זו, ראה ש' לוי, "האם יש זכות עמידה לזכות העמידה" הפרקליט לט (תשנ"א) 453.

68 ראה בג"צ 170/87 אסולין ג' ראש עיריית קרית-גת, פ"ד מב(1) 678.

בתי-משפט עליונים, שבהם מכהנים מאות שופטים עליונים; רבים מהמשפטים שלנו – בשיפוט ובאקדמיה – אינם גורסים חשיבה אבסטרקטית ושיטתית, ומטיפים לחשיבה ממקרה למקרה; תפישה פורמלית של משפט ושיפוט אכן מאפיינת תחומים נרחבים של משפטנו. די להזכיר את כללי הקבילות בכלל והכללים בדבר עדות שמועה בפרט, שהם במהותם כללים פורמליים; ניתן להזכיר גם את דרישת הצורה, כדרישה קונסטיטוטיוכית בהתחייבות למתנה<sup>69</sup>, ולעסקה במקרקעין<sup>70</sup> ובעצם עדיין מקובלת על רבים התפישה כי דיון פלילי ואזרחי אינם אלא "משחק אשקוקי שבו מהלך אחד בלתי נכון קובע את גורל המשחק"<sup>71</sup>.

## 6. משפחת השיטות המעורבות

שיטתנו הושפעה ממשפחת המשפט המקובל, אך אין היא חלק ממנה; בדומה, שיטתנו הושפעה מהמשפחה הרומנו-גרמנית, אך אין היא חלק אף ממנה. לאיזו משפחה משתייכים אנו, אפוא? האם יתומים אנו מאב ואם? ניתן לומר, כי משתייכים אנו למשפחה של שיטות, שכל אחת מהן מושפעת חלקית ממשפחת המשפט המקובל וחלקית מהמשפחה הרומנו-גרמנית. בספרות המשפטית ההשוואתית מקובל לציין כי קיימות שיטות משפט בעלות אופי מעורב (mixed jurisdiction), כלומר: יש בהן עירוב של השפעות מהמשפט המקובל ומהמשפט האזרחי<sup>72</sup>. בין שיטות אלה מונים את קוויבק (השפעה צרפתית מעורבת, עם השפעה אנגלית), סקוטלנד (השפעה צרפתית, בצד השפעה אנגלית), לואיזיאנה (השפעה צרפתית, בצד השפעה אמריקאית), דרום-אפריקה (השפעה רומנו-הולנדית, בצד השפעה אנגלית), סרילנקה (ציילון – השפעה רומנו-הולנדית, בצד השפעה אנגלית) וישראל. אכן, התופעה של שיטות המשפט המעורבות היא מוכרת. אין אנו בודדים בהיכרדיות שלנו,

69 ראה סעיף 5(א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

70 סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.

71 בדבריו של הנשיא זמורה בע"פ 1/48 סילוסטר נ' י"מ, פ"ד א 5, 18, הנשיא זמורה מתח ביקורת על מגמה זו, אך לא תמיד נתקבלה דעתו.

72 על השיטות המעורבות, ראה Smith, "The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdictions" *Civil Law in the Modern World* (A. Yianropoulos (ed.), Louisiana, 1965) 3; J. Dainow, *Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and in Mixed Jurisdictions* (Louisiana, 1974).

### שיטת המשפט בישראל

אולם, ספק בעיני אם ניתן לקבץ שיטות מעורבות אלה לכדי משפחה. דומה כי סימני-ההיכר המאפיינים משפחת שיטות אינם מתקיימים במקבץ-שיטות זה<sup>73</sup>. אם להשתמש במבחן של צוויגרט וקוטס, מאפייני הסגנון של כל אחת מהשיטות הם כה שונים, עד שכמעט בלתי-אפשרי – ובעצם, מלאכותי – לקבץ למשפחה קוהרנטית אחת. בוודאי שאין להן היסטוריה משותפת, והמוסדות המשפטיים המוכרים בכל אחת מהן אינם מוכרים בהכרח באחרות. גם מעמד ההלכה הפסוקה שונה בכל אחת מהשיטות המעורבות. בדרום-אפריקה ובסקוטלנד היא מוכרת כמקור למשפט, אך לא בקוויבק; חסר בחוק, המאפשר השלמה על-פי דין משלים, מקובל בקוויבק ובלואיזיאנה, אך לא בסרילנקה ובדרום-אפריקה; ולא הרי מעמד השפיטה בדרום-אפריקה, בסקוטלנד ובישראל (הדומה למשפחת המשפט המקובל) כמעמד השפיטה בקוויבק (הדומה למשפחה הרומני-גרמנית). נראה לי, אפוא, כי אין די בתכונתן של שיטות משפט כשיטות מעורבות כדי לקרבן זו לזו, עד כדי משפחה אחת. אמנם משותף להן אותו אופי מעורב של השפעות קונטיננטליות ואנגלו-אמריקאיות, אך משותף זה נופל בהרבה מהמפריד ביניהן. נדרשת קרבה נוספת, מעבר למעורבות של השיטה, כדי לקבץ את השיטות השונות במסגרת משפחתית אחת, וקרבה כזו אינה קיימת.

### ג. המשפט בישראל –

#### שיטה שהיא משפחה: מאפייני המסורת המשפטית הישראלית

נראה לי, אפוא, כי שיטת המשפט בישראל – המשתייכת לתרבות המשפטית המערבית – אינה משתייכת לאחת המשפחות המקובלות של התרבות המשפטית המערבית. לדעתי, אנחנו שיטה בעלת סגנון משלה במסגרת התרבות המערבית, תוך קרבה ניכרת למשפחת המשפט המקובל. ניתן לאפיין את שיטתנו המשפטית בכמה מאפיינים<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> ראה 3. *Smith, ibid*, at p.

<sup>74</sup> מורגש חסר ניכר בכתיבה מדעית על דבר איפיוניה של השיטה המשפטית שלנו. רשימת האיפיונים המובאת על-ידי היא, מטבע הדברים, אימפרסיוניסטית. מקווה אני כי המחקר הישראלי יעסוק בנושאים אלה, תוך שישכלל כלי עבודה מדעיים בתחום חשוב זה.

## 1. בכורה לחקיקה

ראשית, ניתן בה מעמד בכורה לחקיקה. מעמד זה אינו רק הטפחות של שיטת המשפט, אלא אף המסד שלה<sup>75</sup>. רוב רובו של המשפט הוא חקוק. במרכזו של המשפט החקוק הפרטי עומדת הקודיפיקציה האזרחית, שהיא מערך משפטי השואף לשלמות<sup>76</sup>. מערך זה מבוסס על הפשטה ועל גישה שיטתית. הוא מקיף תחומי משפט נרחבים, תוך ניסיון ליצור התחלה נורמטיבית חדשה, שאין בה אך ניסוח של ניסיון העבר<sup>77</sup>. מעבר לכך: החקיקה בישראל אינה משלימה את הפסיקה, ואין היא בן-חורג של השיטה. נהפוך הוא: החקיקה היא אבן-היסוד של שיטתנו. החקיקה פותרת לא רק את הבעיות המוסדרות בה, אלא גם מהווה מקור ליצירתן של נורמות חדשות, בדרך של היקש. עקרונות-היסוד החקיקתיים מקרינים את עצמם לתוך השיטה, ובדומה לעקרונות-היסוד ההלכתיים הם מהווים מקור להשלמת-חסר ולפיתוח המשפט. אכן, כאשר שופט בישראל דן בחקיקה, הוא אינו רואה בה גוף של נורמות משפטיות חקוקות, אשר מתחתן מונחת רשת-ביטחון של משפט הלכתי בלבד. בתפישה הדוגמטית שלנו, רשת-הביטחון שמתחת לנורמות החקוקות אף היא בחלקה רשת-חקוקה, והיא כוללת את מכלול הנורמות החקוקות המשמשות כסיס להיקש ואת עקרונות-היסוד החקוקים של השיטה, המהווים מקור להיקש ולפיתוח המשפט.

מעמד זה של החקיקה משפיע במישרין גם על פרשנותה<sup>78</sup>. פרשנות זו אינה מילולית גרידא: פרשנות מילולית אינה מתחשבת בתפקיד החקיקה בשיטה ובתפקיד שדבר-חקיקה נועד להגשים. היא נותנת לחוק משמעות מילולית, למרות שזו אינה תכליתו של החוק. הפרשנות גם אינה חופשית: פרשנות חופשית אינה מתחשבת במעמד המחוקק, ומעניקה לשופט-הפרשן כוח שאינו עולה בקנה אחד עם מעמד החקיקה בשיטה. הפרשנות היא תכליתית. השופט-הפרשן נותן לטקסט החקוק

75 על כך עמד פרופסור טרסקי בעבר: ראה טרסקי, לעיל הערה 22, בעמ' 58.

76 על הקודיפיקציה האזרחית שלנו, ראה ברק, לעיל הערה 42.

77 על הקודיפיקציה האזרחית כ"קודקס", במובנו הקונטיננטלי, ראה ברק, שם.

78 קיים קשר הדוק בין מעמד החקיקה בשיטת המשפט לבין שיטת הפרשנות של החקיקה: ראה א' ברק, "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ה) 467.

אותו מובן אשר מגשים בצורה האופטימלית את תכלית החקיקה. תכלית זו היא הן התכלית הסובייקטיבית, המשקפת את כוונתו של המחוקק ההיסטורי, והן תכלית אובייקטיבית המשקפת את ערכי היסוד של החברה. בכך ניתן ביטוי למעמד המרכזי של החקיקה בשיטה.

## 2. מעמד מרכזי לשופט

שנית, השיטה הישראלית מבוססת על תפישה המעניקה מעמד חשוב לשופט בשיטה<sup>79</sup>. מעמד מרכזי זה מתבטא בעיקר בשניים. האחד, כאשר מתגלה חסר בחקיקה, מוסמך השופט להשלים את החסר. הדין המשלים קבוע בחוק יסודות המשפט, והוא בנוי משני שלבים<sup>80</sup>. בשלב הראשון השופט מבקש להשלים את החסר בחקיקה באמצעות היקש מהדין הקיים, חקוק או הלכתי. כאשר לא קיים היקש מתאים, עובר השופט לשלב השני, שבו נעשית ההשלמה באמצעות פגייה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. יש להניח כי אם גם שלב זה אינו מניב פרי, יהא על השופט לעבור לשלב השלישי – שאינו נזכר בחוק יסודות המשפט, אך הוא מתבקש ממהותה של שיטתנו המשפטית – ובו מתמלא החסר על-ידי העקרונות הכלליים של שיטתנו המשפטית<sup>81</sup>. שנית, סמכות זו להשלים חסר אינה הסמכות היחידה הניתנת לשופט ליצור נורמות חדשות. מעמדו המרכזי של השופט בשיטה הישראלית מתבטא גם בסמכות ליצור "משפט מקובל נוסח ישראל". אף זו סמכות לחקיקה שיפוטית, ומכוחה יוצר שופט בישראל הלכות שיפוטיות שאינן פרשנות של דין חקוק ואף אינן השלמת חסר בו, אלא הן יצירת נורמות משפטיות הלכתיות מעבר לחקיקה הקיימת<sup>82</sup>. מכוח סמכות זו – שמקורה בקרבה המשפחתית למשפט המקובל – נוצר חלק ניכר מהמשפט המנהלי והחוקתי. סמכות השיפוט נתפשת כהיתר ליצירת דין. כך, למשל, פסיקתו של בית-המשפט העליון כי הסכם פוליטי יש לפרסם<sup>83</sup>, וכי בתנאים מסוימים

79 ראה ברק, לעיל הערה 38. כן ראה Dainow, *supra* note 72.

80 ראה ברק, לעיל הערה 40, בעמ' 304.

81 ראה ברק, לעיל הערה 40, בעמ' 317.

82 ראה ברק, לעיל הערה 38.

83 ראה בג"צ 1601/90 שליט נ' פרס, פ"ד מד(3) 353.

הוראות שבו פגומות<sup>84</sup>, אינה מעוגנת בפירוש של דבר-חקיקה או בהשלמת-חסר בו. כמו במשפחת המשפט המקובל, היא נגזרת מכוחו של בית-המשפט לפתח את המשפט, וליצור הלכות שיפוטיות המגשרות על הפער בין החיים לבין המשפט. דומה שקיים קונצנזוס בקהילייה המשפטית שלנו, כי סמכות זו קיימת בכל מקרה שהיא אינה נוגדת את החוק הקיים. קונצנזוס זה ממשיך וקובע, כי סמכותו של בית-המשפט לפתח משפט אינה קיימת כאשר הלכתו החדשה נוגדת וסותרת דבר חקיקה קיים<sup>85</sup>. אולם נראה, כי בעניין אחרון זה מתחיל לחול שינוי בתפישתה של הקהילייה המשפטית שלנו. יותר ויותר נשמעים קולות הדורשים להכיר בסמכותו של בית-המשפט להכריז על בטלותו של חוק הנוגד עקרונות-על של השיטה (למשל: עקרון השוויון)<sup>86</sup>. בעניין זה מצויה שיטתנו בתקופת-מעבר מעניינת. יצוין, כי מעמדו המרכזי של השופט — המבטא את האמון הרב שנותן בו המחוקק — מטיל על השופט הישראלי אחריות כבדה. הוא אינו רשאי להגשים שאיפות אישיות; עליו לפעול באובייקטיביות<sup>87</sup>, כלומר: על-פי אמות-מידה שהן חיצוניות לו; עליו ליתן ביטוי לעקרונות-היסוד של השיטה ולערוך את האיזונים הדרושים בין הערכים והעקרונות המתנגשים על-פי מעמדם בסולם הערכים הלאומי (ולא על-פי תפישותיו וערכיו הסובייקטיביים)<sup>88</sup>. עם זאת, לעתים ההדרכה של השיטה מסתיימת, והשופט ניצב אך עם עצמו: ניסיון-חייו והפילוסופיה השיפוטית שלו הם המצפן היחיד שיכול להדריכו. אז עליו לשאוף לפתרון הנראה לו כצודק ביותר. המשפט והצדק, שדרכיהם נפרדות לעתים קרובות, נפגשים בצומת של שיקול-הדעת השיפוטי.

84 ראה בג"צ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749. בפרשה זו קבע המשנה לנשיא, השופט אלון, כי הפעילות השיפוטית בתחום זה מהווה השלמת חסר.

85 ראה בג"צ 142/89 תנועת לאו"ר נ' יושב-ראש הכנסת (טרם פורסם).

86 סעיף 35 להצעת חוק יסוד: החקיקה (ה"ח התשנ"ב 147) קובע, כי בית-המשפט העליון, כבית-משפט חוקתי, מוסמך להכריז על בטלותו של חוק אשר סותר "עקרון מעקרונות היסוד של מדינת ישראל". יש בכך בוודאי ביטוי לתפישתה של הקהילייה הישראלית בעניין זה. ראה גם י"טל, "מחוקק כל יכול — האמנם?" עיוני משפט י (תשמ"ד-תשמ"ה) 361; רשימה זו נכתבה בטרם הוחקו חוק יסוד: חופש העיסוק וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולכן איננה בוחנת את השפעתם של חוקי יסוד אלה על חופש הפעולה השיפוטי.

87 ראה א' ברק, שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז) 187.

88 ראה בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505.

### 3. מעמד האקדמיה

שלישית, מקום חשוב בעשייה המשפטית נתון לדוקטרינה, כלומר לאקדמיה שלנו. דווקא בשלב ראשוני זה של משפחת המשפט שלנו, מוטל עליה תפקיד נכבד של גיבוש דוקטרינה, של הכללה והפשטה ושל כיוון דרכי ההתפתחות בעתיד. לא הגענו במשפטנו למצבה של המשפחה הרומנו-גרמנית, שבה דבריהם של חכמי המשפט מהווים מקור משפטי פורמלי. אך בוודאי שמעמד האקדמיה שלנו הוא מרכזי יותר מאשר במשפחת המשפט המקובל. לכתביהם של חכמי המשפט השפעה רבה על ההלכה הפסוקה. השופטים קוראים את כתביהם של חכמי המשפט, מתעמקים בהם ומצטטים אותם בפסקי-הדין שלהם. דומה כי בתקופת בראשית זו של משפטנו, יש לאקדמיה הישראלית תפקוד חשוב במיוחד, כמי שמסייעים לעיצוב המבנה השיטתי של מסורתנו.

### 4. המנהג

רביעית, בצד החוק וההלכה, מכירה שיטתנו המשפטית במנהג, כמקור למשפט<sup>89</sup>. המנהג הוכר כמקור משפטי בעבר, וחרף ביטולה של המג'לה, בו נמצא לו עיגון חקיקתי, נראה כי הוא ממשיך לעמוד כמקור משפטי מוכר ומחייב, וזאת כחלק מהמסורת המשפטית שלנו<sup>90</sup>.

### 5. משפט השוראתי

חמישית, בגיבוש פתרונות שיפוטיים — מקום שלשופט מוענק שיקול דעת שיפוטי — השופט הישראלי מושפע מהמשפט המשווה<sup>91</sup>. מקור חשוב להשראה שיפוטית מהווה המשפט העברי, שהוא אחד מנכסינו התרבותיים החשובים ביותר. בעבר

89 על המנהג בישראל, ראה ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתיד" משפטים ה (תשל"ד) 9; ר' גביוון, "ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה" משפטים יד (תשמ"ה) 325; ג' פרוקצ'יה לעיל הערה 49, בעמ' 156; ד' אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי — בעקבות דו"ח ועדת אגרנט" משפטים ז (תשל"ו) 201, 213; וכן Y. Meron, "Is Custom a Source of Law in Israel?", 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 221.

90 ראה ברק, לעיל הערה 40, בעמ' 303.

91 ראה ד"ר 13/80 הנדלס ג' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה (2) 785; ראה גם א' ידין, "על פירוש חוקי הכנסת — ברביעית" הפרקליט לא (תשל"ז) 395. לחשיבותו של המשפט



נטלנו ממנו מספר מוסדות משפטיים<sup>92</sup>, כגון פיצויי פיטורין, מאסר על חוב, מזונות מן העיזבון, וצוואת שכיב מרע. מן הראוי שנמשיך בזאת, ועל-ידי כך נקרב את המסורת המשפטית שלנו אל מסורת המשפט העברי, שהוא אחד מכנסיו הלאומיים החשובים ביותר<sup>93</sup>. לצד המשפט העברי עומדות המשפחות האחרות של המשפט, אשר גם מהן מקבל המשפטן הישראלי השראה פרשנית.

## 6. איזון בין צורה למהות

שישית, מבחינה אינטלקטואלית, חשיבתו של המשפטן הישראלי אינה אך אבסטרקטית ושיטתית, ואינה אך קונקרטית וקואסיסטית: נראה לי, כי המיוחד את שיטתנו-משפחתנו הוא השימוש בשתי דרכי החשיבה גם יחד. אנו רגישים לתפקידה של הנורמה הלכה למעשה, ולשיקולים של ניסיון ותקדים; האוניה השיפוטית נעה, מטבעה, ממקרה למקרה<sup>94</sup>. עם זאת, אנו רגישים אף לצורך בהכללה ובשיטתיות: המעבר ממקרה ספציפי למקרה ספציפי אינו נעשה במישורין, אלא באמצעות הכללה מופשטת, המבוססת על שיטתיות ויונקת את חיותה מעקרונות-היסוד. אכן, אנו פועלים על בסיס עקרונות-יסודיים<sup>95</sup> (הן בתחום המשפט הציבורי, בו הדבר בולט במיוחד, והן בתחומי המשפט הפרטי) ועל בסיס הרצון לקבוע מערכת משפטית שיטתית, הבנויה על קווים-מדיניות עקרוניים שמהם נגזרים פתרונות אינדיבידואליים. כך, למשל, הקודיפיקציה האזרחית שלנו מבוססת על מספר תפישות-יסוד מהותיות, כגון האוטונומיה של הרצון הפרטי, הגנה על אינטרס ההסתמכות, עקרון תום-הלב והדגשת המהות על-פני הצורה. מאבק מתמיד זה בין מהות לצורה הוא דוגמא לעמדת-ביניים שאנו נוקטים: אין אנו פורמליסטים<sup>96</sup>

המשווה, ראה Zweigert & Kötz, לעיל הערה 7, בעמ' 13. ראה גם ק' צוויגרט, "משפט השוואתי וקידום הדין" עיוני משפט ב (תשל"ב) 607.

92 ראה אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 1357.

93 ראה א' מעוז, "מקומו של המשפט העברי במדינת ישראל" הפרקליט מ (תשנ"א) 53.

94 ראה מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292.

95 לעקרונות היסוד, ומקומם בשיטתנו, ראה ברק, לעיל הערה 87, בעמ' 221. ראה גם מאוטנר, לעיל הערה 61. ראה גם א' ברק, "הנשיא אגרנט: 'קול העם' – קולו של העם" גבורות לשמעון אגרנט (תשמ"ז) 129; א' פרוקציה, "הערות בדבר שינוי תכנם של ערכי-היסוד במשפט" עיוני משפט טו (תש"ץ) 377.

96 לפורמליזם במשפט, ראה א' ורהפטיג, "על צדק ופורמליזם" הפרקליט כט (תשל"ד)

בחשיבתנו<sup>97</sup>, ואיננו גורסים כי הבנת הטקסט כיצירה לשונית הוא תנאי הכרחי ומספיק לשליפת הנורמה המשפטית מתוכו. הננו מבינים כי תוכנה של הנורמה חייב לבטא את תכליתה, וכי תכלית זו מורכבת הן מכוונתו של המחוקק ההיסטורי והן משיקולים אובייקטיביים של ההווה, ובמרכזם עקרונות-היסוד של השיטה. אנו אף איננו נעדרים שיקולים פורמליים: שיטתנו מבוססת הן על שלד סטטי-פורמלי והן על מעטפת מהותית, אשר רק האיזון העדין ביניהם שומר על תפקודה של המערכת כולה. על כן אנו נוקטים פורמליות בתחומי משפט מסוימים (כגון פגיעה בזכות הקניין, עברות פליליות), ובתחומים אחרים (כגון משפט מנהלי ונזיקין) אנו נוקטים מהותיות. בכל אלה אנו שומרים על מוסדות המשפט הקיימים, ואף מפתחים מוסדות משפט חדשים, המאפיינים את מהותנו כשיטה – ומייפחה. כך, למשל, השליחות הנסחרת מיוחדת היא לנו<sup>98</sup>, והוא-הדין בנאמנות. כך, דיני הראיות שלנו צריכים לשקף את מהות שיטתנו, הנעדרת חבר-מושבעים ומבוססת על שיפוט מקצועי<sup>99</sup>; הקודיפיקציה האזרחית מגיעה עתה לשלב גיבוש וסיום עם האחרת, כל החוקים למסגרת אחת, ותהליך דומה צריך להתרחש בתחומי משפט אחרים, כגון תאגידים ועבודה. עקרונות-היסוד החוקתיים, אשר עד כה עוגנו בחוקי-יסוד

352. ראה גם D. Kennedy, "Legal Formality" *J. Leg. Stud.* 351; M.S. Horwitz, "The Rise of Legal Formalism", 19 *Am. J. Leg. His.* (1975) 251; D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication", 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685; L.S. Paine, "Instrumentalism v. Formalism: Dissolving the Dichotomy" [1978] *Wisc. L. Rev.* 997; C.C. Goetsch, "The Future of Legal Formalism", 24 *Am. J. Leg. His.* (1980) 221; W. Simon, "Homo Psychologicus: Notes on a New Legal Formalism", 32 *Stan. L. Rev.* (1980) 487; Lyons, "Legal Formalism and Instrumentalism — A Pathological Study" *Law Morality and Rights* (M.A. Steward (ed.), 1983) 949; S.M. Quevedo, "Formalist and Instrumentalist Legal Reasoning and Legal Theory", 73 *Cal. L. Rev.* (1985) 119; R.A. Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and Constitution", 37 *Case. W. Res. L. Rev.* (1986–1987) 179; F. Schauer, "Formalism", 97 *Yale L. J.* (1988) 509.

97 מידת הפורמליזם של השיטה המשפטית הישראלית טרם נחקרה. טרם נקבעו אמות-המידה המרעיות, וטרם יושמו אמות-מידה אלה להלכה הפסוקה. דומה שאף עניין זה ממתיך ליד גואלת.

98 סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965. לפרשנות ההוראה, ראה ג' פרוקציה, דיני שליחות בישראל (תשמ"ו) 269.

99 על כן יש לעיין מחדש בכלל האוסר עדות שמיעה. עמדתו של בית-המשפט בפירושו של

ובהלכות שיפוטיות צריכים עיגון בחוקה נוקשה ובביקורת שיפוטית על חוקיותם של חוקים<sup>100</sup>.

#### 7. דואליות נורמטיבית: משפט אזרחי ודתי

שביעית, שיטתנו המשפטית בנויה על דואליות של משפט אזרחי ומשפט דתי. קיבלנו זאת בירושה מהמסורת העות'מאנית, בלא שנצליח להשתחרר ממנה. דואליות זו משפיעה על תוכן הדינים ועל התפתחותם. מעמד הדין הדתי במדינה הוא ייחודי לנו, כשיטת משפט המשתייכת לתרבות המערבית. חרף היותנו שיטת משפט יונטירית, הרי השיפוט בענייני המעמד האישי מכניס מעין גורם פדרטיבי, הפוגע במבנה האחיד של השיטה. כתוצאה מכך נוצר מתח חריף בין ההיבטים השונים של מסורתנו המערבית – ובעיקר הלגליזם, הליברליזם והסקולאריזם – לבין המעמד המיוחד של הדין הדתי בשיטתנו. מתח זה הינו "פצצת זמן", אשר אם לא יטופל כראוי – כלומר, תוך התחשבות באינטרסים הלגיטימיים של כל הנוגעים בדבר – עשויה להביא לתוצאות קשות לחברה ולמשפט בישראל.

#### 8. בית-המשפט הגבוה לצדק

שמינית, נראה לי כי המוסד של בית-המשפט הגבוה לצדק הוא ייחודי לנו. אנו יודעים, כמובן, שבית-המשפט הגבוה לצדק הוא בית-משפט (גבוה) למשפט ולא לצדק. הצדק אשר נעשה בבית-המשפט הגבוה לצדק הוא כצדק הנעשה בכל בית-משפט אחר. זהו צדק במסגרת החוק. עם זאת, יש לו לבית-המשפט הגבוה לצדק ייחוד משלו בחברה הישראלית<sup>101</sup>. מעמדו והשפעתו חורגים ממסגרת של

סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש) משקפת מגמה זו: ראה ד"ר 23/85 מ"י נ' טובול, פ"ד מב(4) 309; ע"פ 254/88 מ"י נ' לוי, פ"ד מר(4) 663.  
100 ראה סעיף 35 להצעת חוק יסוד: החקיקה, ה"ח התשנ"ב 147.  
101 על בית-המשפט הגבוה לצדק ושלטון החוק, ראה בג"צ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 462; על מעמדו של בית-המשפט הגבוה לצדק, ראה י' זמיר, השיטה בעניינים מינהליים (תשל"ה) 80; ר' הר-זהב, סדר הדין בבית-המשפט הגבוה לצדק (תשנ"א) 171; ראה גם מ' לגרוי, "כוחו של בית-המשפט ומגבלותיו" משפטים י (תשמ"מ) 196; י' זוסמן, "בית-המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג (תשל"א) 213.

בית־משפט זה או אחר, והם משפיעים על מכלול היחסים בין האזרח למדינה, בין הפרט לחברה. הם משקפים את מרכזיותו של הפרט ואת הצורך להגן עליו מפני המדינה, תוך שמירה על האינטרסים הבסיסיים של הפרט והכלל גם יחד. כהלכותיו של בית־המשפט הגבוה לצדק מתבטא יחס כפול זה שלנו כלפי המדינה. מחד גיסא, המדינה היא המסגרת בה חפצנו, עליה חלמנו שנים רבות ואותה רקמנו בקרבנות רבים. היא מהווה הגשמת חלומם של הדורות. מאידך גיסא, המדינה היא מסגרת שלטונית, העשויה לפגוע בפרט ובזכויותיו, והמחייבת פיקוח שיפוטי נרחב<sup>102</sup>. אכן, הגיבוש של הפיסת הסדר החברתי שלנו — המשקף את עצמאותנו — משפיע על הלכתו של בית־המשפט הגבוה לצדק ומושפע ממנו. אין בנו אותה אמונה בשלטון — ממנו סבלנו בגלות ובתקופת השלטון הזר בארץ — המאפיינת חלקים ניכרים של השיטות הרומנו־גרמניות. אך גם אין בנו — לאור חלום הדורות של עצמאות מדינית — גישה שלילית כלפי השלטון, המאפיינת חלק משיטות המשפט המקובל. דומה שגיבשנו לעצמנו, בפסקי־הדין של בית־המשפט הגבוה לצדק, עמדה מאוזנת כלפי המדינה, עמדה המאזנת בצורה ראויה בין צורכי הכלל לבין צורכי הפרט<sup>103</sup>.

#### ד. התפישה היוריספרודנטלית של השיטה הישראלית

עמדתי על הגישה, כי שיטת המשפט הישראלית מהווה חלק מהתרבות המשפטית המערבית<sup>104</sup>. במסגרתה, אין היא משתייכת למשפחת המשפט המקובל, אם כי היא קרובה לו. היא אף אינה משתייכת למשפחה הרומנו־גרמנית. הננו שיטה־משפחה עצמאית. מצב דברים זה מעורר את השאלה, מהי תורת המשפט האופרטיבית המאפיינת אותנו. כוונתי אינה לתורת המשפט הכללית, שעניינה מהות המשפט והגדרתו. תורה זו אוניברסלית היא. כוונתי לאותו חלק מתורת המשפט, שעניינו מושגי יסוד יוריספרודנטליים, המוכרים ומופעלים, הלכה למעשה, בכל שיטה<sup>105</sup>. זו

102 מכאן הרחבת הביקורת השיפוטית, מעבר למקובל במסגרות הידועות של התרבות המערבית.

103 לאיזון זה, ראה למשל בג"צ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617.

104 ראה פסקה 1 לעיל.

105 ראה ברק, לעיל הערה 87, בעמ' 142.

הדוגמטיקה של השיטה, והיא כוללת נקיטת עמדה בבעיות כגון מהותה המשפטית של ההתיישנות – האם היא דיונית או מהותית<sup>106</sup> – ומהו הבסיס לעצם ההבחנה בין דיון לבין מהות<sup>107</sup>; האם בטלות היא מוחלטת או יחסית<sup>108</sup>; מהי "פעולה משפטית"<sup>109</sup>; היש הבדל בין תקיפה ישירה לבין תקיפה עקיפה; מהם כללי הפרשנות של השיטה, הן לעניין פירושם של טקסטים חקוקים (חוקה, חוק ותקנות) והן לעניין פירושם של טקסטים מהמשפט הפרטי (חוזה, צוואה)<sup>110</sup>; היקפה של תורת האולטרה-דירס במשפט הציבורי והפרטי; מהותה של הזכות הקניינית<sup>111</sup>, ושל החיוב. בשאלות אלה ורבות אחרות ינקנו בעבר מהמשפחות השכנות – בין משפחת המשפט המקובל ובין המשפחה הרומנו-גרמנית – בלא שיצרנו תפישה יוריספרודנטלית משלנו<sup>112</sup>. חייבים היינו לעשות כן, שכן לא עמדה לרשותנו תורת משפט אופרטיבית משלנו. עתה, משהתבססנו כשיטת משפט עצמאית, מן הראוי שניתן דעתנו למושגי יסוד אלה. ייחודנו כשיטת משפט בעלת סגנון משלה, מצדיק קיומה של דוגמטיקה משלה. במצבים נורמליים, הדוגמטיקה קודמת לחקיקה ולפסיקה ומולידה אותה. אצלנו, החקיקה והפסיקה צריכות להוליד את הדוגמטיקה עצמה. הצמח המשפטי יוצר את האדמה ממנו הוא צומח<sup>113</sup>. אכן, עלינו לבחון מחדש את מושגי היסוד היוריספרודנטליים שלנו, תוך בדיקה אם המושגיות שקלטנו בעבר מתאימה לנו. אם לא, עלינו להחליפה במושגיות התואמת את הייחוד של שיטתנו המשפטית. שינויים אלה יש לעשות, מטבע הדברים, בזהירות מרבית, אך אין להימנע מהם רק בשל אופיים היסודי.

106 על טיבה המשפטי של ההתיישנות, ראה י' גלעד, "התיישנות בנוזקין" – הצעה לשינוי החוק "משפטים יט (תש"ץ) 81, 369.

107 ראה מ' בן-פורת, "מבחינים לסיווג ההוראה בדין כמהותית או כדיונית" הפרקליט לח (תשמ"ח) 5.

108 להבחנה בין בטלות מוחלטת לבין בטלות יחסית, ראה ע"פ 768/80 שפירא נ' מ"י, פ"ד לו(1) 337.

109 לשאלה זו, ראה י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשמ"ב-1962 (תשל"ב) 24; ג' פרוקצ'יה, לעיל הערה 98, בעמ' 74.

110 ראה ברק, לעיל הערה 25.

111 ראה י' ריסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין" – סקירה ביקורתית "משפטים יא (תשמ"א) 41.

112 ראה ברק, לעיל הערה 25, בעמ' 467.

113 ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד) 12, 14.

## ה. סוף דבר

הגנו מדינה ושיטת משפט צעירה, ועם עתיק, בעל מסורת לאומית מקיפה. עברו עלינו משברים ואסונות, אשר לא עברו על עמים אחרים. עתה הגענו לעצמאות מדינית ומשפטית. כל אלה הטביעו את חותמם עלינו, לטוב ולרע. הם הציבו אותנו על מפת המשפט העולמית, כשיטה-משפחה מיוחדת במינה. ייחוד זה יש בו קשיים רבים. כפי שראינו, טרם פותחה אצלנו תורת-משפט-אופרטיבית, המשמשת בסיס להבנת הדינים ולהפעלתם. יצירתה של תורה שכזו יש מאין היא משימה קשה ביותר, אשר ספק אם נוכל – בכוחות העומדים לרשותנו – לעמוד בה. העתקה של תורת-משפט-אופרטיבי זרה אינה ראויה, לאור עצמאותנו המדינית והמשפטית. נקלענו איפוא, למצב משפטי קשה למדי. אין מנוס מתקופת מעבר ארוכה למדי וקשה, בה תשתזר יצירה עצמאית והשראה פרשנית, אשר תתפתח במקביל לחיי היום-יום במשפט. הדבר מטיל על כולנו – חכמי משפט, שופטים ועורכי דין – אחריות רבה. במיוחד כבדה היא האחריות המוטלת על השופטים. השיטה שלנו מבוססת על אמון רב בשופטים כפרשנים, כמשלימי חסר בחקיקה וכמפתחי משפט מקובל נוסח ישראל. על השופטים לנווט את פעולותיהם במסגרת המאפיינים המרכזיים של שיטתנו. אל לנו להשתעבד למשפחות משפט אחרות, אך אל לנו להמציא מחדש את הגלגל. עלינו לשאוב השראה פרשנית מכל מקור ראוי. עלינו לפתח את הייחוד הלאומי שלנו. עלינו לשמור על תרבותנו המשפטית. מי יתן ויצלח הדבר בידנו.