

ישיבה תיכונית מקור-חיים, כפר עציון

## ישן מפני חדש תוציאו?

שילוב המשפט העברי בבתי המשפט בישראל לאור חוק יסודות המשפט

עבודת גמר במשפטים

מנחה: דוקטור בני פורת

ת.ז. 029518271

מגיש: עמית גיאת

ת.ז. 206788374

תאריך הגשה:

# תוכן עניינים

הקדמה אישית.....	עמ' 4	<u>1.</u>
מבוא.....	עמ' 5	<u>2.</u>
שער ראשון: פרקי רקע		<u>3.</u>
3.1 חוק יסודות המשפט		
3.1.1 מבוא.....	עמ' 8	
3.1.2 המצב בארץ קודם תחילת החוק – השלטון העותומאני.....	עמ' 9	
3.1.3 המצב בארץ קודם תחילת החוק – המנדט הבריטי		
3.1.3.1 תוקף המנדט הבריטי.....	עמ' 10	
3.1.3.2 כתב המנדט .....	עמ' 11	
3.1.3.3 דבר המלך במועצה.....	עמ' 14	
3.1.4 המצב בארץ לפני החוק – לאחר הקמת המדינה.....	עמ' 17	
3.1.5 קביעת החוק.....	עמ' 21	
3.2 דרכי הפניה אל מערכות משפט חיצוניות בפסיקות בתי המשפט		
3.2.1 מבוא.....	עמ' 22	
3.2.2 מילוי לאקונות בחוק		
3.2.2.1 מטרת הפניה.....	עמ' 24	
3.2.2.2 דרך הפניה.....	עמ' 25	
3.2.2.3 גבולות הגזרה.....	עמ' 26	
3.2.3 פירוש לשון החוק		
3.2.3.1 מטרת הפניה.....	עמ' 28	
3.2.3.2 דרך הפניה.....	עמ' 29	
3.2.3.3 גבולות הגזרה.....	עמ' 30	

3.2.4 משפט השוואתי

3.2.4.1 מטרת הפניה..... עמ' 32

3.2.4.2 דרך הפניה..... עמ' 32

3.2.4.3 גבולות הגזרה..... עמ' 33

4 . שער שני: דיונם של החוקרים על חוק יסודות המשפט

4.1 דעות המשפטנים

4.1.1 מבוא..... עמ' 35

4.1.2 מהי לאקונה?:

4.1.2.1 השופט מנחם אלון..... עמ' 37

4.1.2.2 נשיא בית המשפט העליון שמעון אגרנט..... עמ' 38

4.1.2.3 פרופסור דניאל פרידמן..... עמ' 38

4.1.2.4 נשיא בית המשפט העליון יואל זוסמן..... עמ' 40

4.1.2.5 נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק..... עמ' 41

4.1.2.6 פרופסור גד טדסקי..... עמ' 42

4.1.3 מטרת החוק ופירושו הנכון:

4.1.3.1 השופט מנחם אלון..... עמ' 43

4.1.3.2 השופט צבי כהן..... עמ' 45

4.1.3.3 נשיא בית המשפט שמעון אגרנט..... עמ' 46

4.1.3.4 פרופסור חנינה בן מנחם..... עמ' 46

4.1.3.5 נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק..... עמ' 47

4.1.3.6 פרופסור גד טדסקי..... עמ' 49

4.1.4 דיסהרמוניה משפטית..... עמ' 51

5 . סיכום..... עמ' 54

6 . ביבליוגרפיה..... עמ' 59

# 1 – הקדמה אישית

כדרכן של התחלות, גם תחילתה של עבודה זאת הגיעה באופן בלתי צפוי בכלל. יום אחד, עת הלכתי לעיין במספר ספרים בספריית המכללה האקדמית הרצוג לצורך עבודה בהיסטוריה שהייתי אמור להגיש, ראינו אני וחברי לעבודה כתבה גדולה על השופט מנחם אלון שנפטר באותה התקופה. כאשר קראנו את הכתבה, נושא זה של שילוב המשפט העברי בבתי המשפט בישראל ריתק אותנו מאד, שכן עד לאותו יום כלל לא חשבנו שישנה חפיפה בין שתי מערכות המשפט. באותו יום, החלטנו שאנו משנים את נושא העבודה ועושים עבודה על נושא זה. מאז, העניינים התגלגלו, עד שהגעתי לכך שבחרתי להפוך את העבודה שהגשתי בזמנו לבסיס לעבודת גמר החוקרת באופן יותר מעמיק את אחת המחלוקות אותן הזכרנו בעבודה הראשונה.

במהלך כתיבת העבודה, נחשפתי לחומרים רבים ומגוונים, שפתחו בפניי צוהר לעולם חדש; עולם של לאקונות וערעורים, משפט משווה ופסקי דין. נחשפתי להתלבטות על עצם שילוב המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית, ועל עומק וסוג השילוב. כמו כן, גיליתי להפתעתי כי הנושא מצוי במחלוקת לא רק מהצד המשפטי של העניין, כי אם גם מצדו הדתי.

כאדם דתי, החי על פי חוקי מערכת המשפט העברי ואשר הוגה בה בישיבה יומם, וחוזר אליה עת מתחיל סדר ערב, יחסי האישי אל מערכת זו גרם לי לא מעט לחלק מהסקרנות שהביאה אותי לכתוב עבודה זו. כמו כן, יחס זה גם הביא אותי לכך שתהיה אף לי דעה אישית בנושא, אולם ככל יכולתי השתדלתי שדעה זו לא תשפיע על תוכן ומהות העבודה, אלא להציג את הדברים בצורה שווה והוגנת, המשקפת את המציאות הקיימת כיום.

כולי תקווה כי עבודה זו, שעמל רב ויגיע כפיים הושקע בה, תשא חן בעיני כל רואיה וקוראיה, תשיג את מטרתה המחקרית, ותעשה אך נחת רוח למעיינים בה.

**" ויהי רצון שיהיו כל מעשינו לשם שמיים ולא ימצא בהם שום פגם חלילה "**

ברידך רחמנא דסייען

## 2 – מבוא

בנושא המשפט העברי ושילובו במערכת המשפט הישראלית, בו עוסקת העבודה, רבו המחלוקות והוויכוחים בין שופטים ומחוקקים מאז כינונה של מערכת משפט ישראלית עצמאית במדינת ישראל. המחלוקות לא נסובו סביב נושא אחד, אלא הקיפו עשרות נושאים שונים ומגוונים; החל משאלת מקום המשפט העברי כמקור לפרשנות מונחים בחוק, וכלה במילוי חללים בחוק (לאקונות בלעז).

כמו כן, רבו הדיונים סביב רמת החיוב של השופט במקרים כגון אלו המפורטים למעלה (פרשנות מושגים ומילוי לאקונות) למשפט העברי. בעוד שחלק מהדעות טענו לחיוב מינימאלי בלבד, בו המשפט העברי לא יבוא לעולם כחיוב אלא כהמלצה לשופט וגם כאשר יפנה השופט אליו הוא יפנה כמקור לקבלת השראה בלבד ולא כמקור מחייב כלל, דעות אחרות ראו ורואות את המשפט העברי כמקור הראשון אליו צריך לפנות השופט כאשר נתקל השופט בכל ספק שהוא אינו יכול לפתור ע"י החוק הספציפי למקרה זה, או ע"י היקש (גזירה שווה) ממקום אחר בחוק. שאלה זו בלבד, טומנת בחובה הרבה נושאי משנה שונים, כמו איזה מצב נחשב כלאקונה בחוק או מתי נזקק השופט לפרש מושגים.

המחלוקות סביב נושא זה, העמיקו אחרי חקיקתו של חוק יסודות המשפט<sup>1</sup> בשנת התש"ם (1980), חוקקה הממשלה את חוק יסודות המשפט שקבע כי במקרים בהם השופט נתקל בלאקונה יפנה השופט אל עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל. החוק קובע כי במקרה של לאקונה יהיה השופט חייב לפנות, מעתה אל המשפט העברי. חוק זה, אינו ברור כל צרכו ולכן ניתן לפרשנויות רבות, מה שהגדיל את המחלוקות בעניין.

---

<sup>1</sup> חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980.

במהלך שנותיה של מדינת ישראל, נפסקו מאות פסיקות שהסתמכו על המשפט העברי. בעבודה אציג את הדיון ואת הדעות השונות מתוך פסקי דין וספרים שנכתבו בנושא.

בהצעת המחקר, מבנה העבודה שהוצע, כלל אף פרקים הבוחנים את הדיונים שקדמו לקבלת החוק<sup>2</sup>, ע"מ לנסות ולראות לאיזו דעה נוטה רצון המחוקק, ולהכריע במחלוקת זו, ע"מ לקבוע באופן חד ונחרץ כיצד באמת השפיעה חקיקת החוק על יכולת שופטי ישראל<sup>3</sup> לטעון את טענת השאיבה<sup>4</sup>. במהלך כתיבת העבודה, תוך כדי עיון ומחקר בדעות השופטים השונות, הבנתי כי דעות השופטים עצמן מסתמכות כבר בין היתר על דיוני הכנסת, וכן על כלי המחקר המקובלים<sup>5</sup> בכדי לרדת לעומק פירושו הנכון של חוק זה ומטרתו.

משהגעתי למסקנה זאת, הבנתי כי אל לי להכניס ראשי בין אבירי משפט שכאלה, דוגמת השופטים מנחם אלון, אהרון ברק, חיים כהן, משה לנדוי ואחרים. הרי איכה אני הקטן, אגיע ואפסוק דעתו של מי נכונה יותר, ופירושו של מי 'קולע' יותר לדעת ולרצון המחוקק? והרי על כגון זה נאמר "אלו ואלו דברי אלוקים חיים", וכן "שבעים פנים לתורה". כלומר, אין לפסול אף אחת מהדעות, שכן כולן נאמרו ונטענו 'לשם שמים', מתוך ההבנה האישית של כל אחד את המציאות המשפטית והתרבותית, וכן הבנתו את מערכת המשפט בישראל, מתוך ניסיונו המשפטי והמחקרי.

לכן, כאשר הבנתי זאת, נאלצתי לשנות במקצת את מבנה העבודה, ובמקום שמטרת עבודה זאת תהיה להכריע בוויכוחים הקיימים סביב נושא זה, מטרתה תהיה להציג את

---

<sup>2</sup> ע"י מחקר של פרוטוקולי ישיבות הכנסת שקדמו לחקיקת החוק.

<sup>3</sup> זאת למרות שצריך לזכור כי אין בדיוני הכנסת שקדמו לחקיקת החוק כדי לחייב את השופטים, והדבר המחייב היחיד הוא הנוסח הסופי שהתקבל. אולם, בשביל להבין את רצון המחוקק באופן מלא, ראיתי לנכון לבחון גם דיונים אלו.

<sup>4</sup> כפי שהוצגה בהצעת המחקר.

<sup>5</sup> גם כלים אלה הוצגו כאחת הדרכים בהן אברר את שאלת המחקר.

הדעות השונות בקשר למחלוקות הקיימות סביב חוק יסודות המשפט, ועל פיהן להציג את הנפקויות היוצאות מדעות אלה לעניין שאלת המחקר. אם כן, עבודה זו אינה מחפשת את 'האמת היחידה' בקשר לשאלת המחקר, כי אם את הדעות השונות בקשר לשאלה זו.

### 3 – שער ראשון: פרקי רקע

#### 3.1 חוק יסודות המשפט

##### 3.1.1 מבוא:

בשנת התש"ם (1980) נחקק חוק יסודות המשפט, הקובע שני דברים, וזוהי לשונו<sup>6</sup>:

1. ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.
2. (א) סימן 46 לדבר המלך במועצה לארץ ישראל 1922-1947<sup>7</sup> - בטל.  
(ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת החוק.

---

<sup>6</sup> ס"ח התש"ם, עמ' 163.

<sup>7</sup> חוקי א"י, כרך ג', עמ' 2738.

### 3.1.2 המצב בארץ קודם תחילת החוק – השלטון העות'מאני:

בשנת 1517, כבש הסולטאן סאלים הראשון את ארץ ישראל מידי הממלוכים, ומאז ועד לסיום שלטון התורכים בארץ, עת כבשו הבריטים את ארץ ישראל מידם בשנת 1917, שרר בארץ שלטון עות'מאני. העת היחידה במהלך פרק זמן זה, בה הופסק השלטון העות'מאני בישראל, הייתה בשנים 1831-1840 כאשר מוחמד עלי, ששלט מטעם הסולטאן במצרים, מרד בו בתמיכת הצרפתים. מוחמד עלי כבש את ארץ-ישראל וסוריה והתקדם לעבר בירת האימפריה קושטא. בעזרת בריטניה ורוסיה החזירו לעצמם העות'מאנים את השלטון. כאמור, בתקופה זאת השלטון בארץ היה עות'מאני, אשר לפי חוקיו כל שטח שבשליטתו יפעל באופן מלא על פי מערכת המשפט והדינים העות'מאנית. לפיכך, במשך כל אותם 200 שנים<sup>8</sup>, כל אוכלוסיית הארץ פעלה, נשפטה ונענשה ע"פ החוק והמשפט העות'מאני<sup>9</sup>. אמנם לקראת סוף השלטון העות'מאני בארץ נחתמו הסכמי ה"קפיטולציות", על פיהן אזרחים של מספר מדינות זרות שגרו בשטחי השלטון, זכו להישפט בקונסוליה של מדינתם, על פי חוקי מדינת מוצאם, אך דבר זה לא נבע מסדרי המשפט של השלטון העות'מאני, כי אם מאילוצים פוליטיים עקב עזרה של מדינות אירופאיות בכיבוש הארץ חזרה מידי מוחמד עלי.

אם כן, ניתן להכליל ולהגיד שהמשפט שהיה קיים בארץ לפני המנדט הבריטי על ארץ ישראל היה המשפט העות'מאני בלבד, ועל פיו התנהלו החיים בארץ בתקופה זאת<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> מאז 1715.

<sup>9</sup> מידע זה נכון אף לאותן השנים המפורטות להלן, בהן לא שלטה האימפריה העות'מאנית בארץ, משום שגם מוחמד עלי כמוסלמי, ניהל את שטחיו לפי השריעה (ההלכה המוסלמית) וסדרי המשפט והדינים אצלו התנהלו על פי המג'לה (החוקה העות'מאנית).

<sup>10</sup> ההתנהלות הכללית של הציבור בארץ, והחוקים הכלליים. ניהול דברים הנוגעים לפרט ולחיי קהילה (כגון נישואים/גירושים, כשרות וכד'), ניתן כפי הדין ע"פ חוקי עומר כאוטונומיה קהילתית לדתות השונות שתחת האימפריה העות'מאנית.

### 3.1.3 המצב בארץ קודם תחילת החוק – המנדט הבריטי:

כאמור לעיל, לקראת סוף מלחמת העולם הראשונה, בקיץ 1917 כבשו הבריטים את הארץ מידי השלטון העות'מאני. שיטת החקיקה בה נהגו הבריטים ע"מ לחוקק חוקים על שטחים שתחת שליטתם, ואשר השליטה בהם התנהלה ע"י נציב ולא ע"י מוסדות חקיקתיים אוטונומיים, נקראה "דבר המלך במועצה"<sup>11</sup>.

#### 3.1.3.1 תוקף המנדט הבריטי

המנדט הבריטי על פלשתינה (א"י)<sup>12</sup>, הוא המנדט שקיבלה בריטניה הגדולה, כמעצמה, ע"מ לסייע לתהליך ישוב היהודים בארץ<sup>13</sup> כדי לבנות את הבית הלאומי עליה הכריזה בריטניה בהצהרת בלפור, בד בבד עם השמירה על זכויותיהם של תושבי הארץ שאינם יהודים<sup>14</sup>.

מאז כיבושם בידי הבריטים מידי התורכים, לא הוסדר ונקבע מהם מעמדיהם הבין לאומיים והמשפטיים של שטחי ארץ ישראל, ובזמן זה השטחים עמדו תחת שלטון ממשל צבאי בריטי. למרות שעל פי הצהרת בלפור שטח הארץ יועד להקמת בית לאומי לעם היהודי, ולמרות דרישות הפוכות מצד הערבים<sup>15</sup>, עדיין היה נראה כי

<sup>11</sup> באנגלית: King's Order-in-Council.

<sup>12</sup> לעיל ולהלן 'כתב המנדט'.

<sup>13</sup> ראה כתב מנדט חבר הלאומים, באתר האו"ם:

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/2FCA2C68106F11AB05256BCF007BF3CB>

<sup>14</sup> המנדט ניתן לבריטניה מאת חבר הלאומים (לימים האו"ם), במסמך שמכונה 'כתב המנדט' (תרגום מאנגלית: "The Mandate For Palestine"). כתב המנדט, הוא יפוי כוח שכאמור העניק ארגון חבר הלאומים לבריטניה, ותוקפו וסמכותו הם של אמנה בין לאומית. בכתב המנדט קיבלה מועצת חבר הלאומים (בתאריך 24 ביולי 1922) את בריטניה כמעצמה השלטת בשטחי ארץ ישראל.

<sup>15</sup> כגון המלך פייסל הראשון, שראה עצמו כראוי לספח אל שטחיו (שטחי סוריה הגדולה), גם את שטחי ארץ ישראל.

משום שאין מוסדות מסודרים היכולים לפעול כמדינה עצמאית, נדרשת התערבות של מעצמה ש"תשגיח" על כינון מוסדות לאומיים והפיכת המוסדות הקיימים לראויים לשלטון עצמאי, כמעין "אפוטרופוס לנכסי יתומים". צורת שלטון מנדטורית זאת, הוענקה למדינות 'ההסכמה' (בריטניה וצרפת)<sup>16</sup>, על עוד שטחים רבים שנשלטו בידי האימפריות העות'מאנית והגרמנית<sup>17</sup> לפני מלחמת העולם הראשונה. לאחר פירוק האימפריות הנ"ל, עברה בשנת 1920 השליטה בטרטוריות אלו לידי חבר הלאומים. בגלל ההנחה כי בשטחים אלו נמצאת אוכלוסייה שעדיין לא בשלה לשלטון עצמאי, ניתן המנדט לאומה אחרת לשלוט באופן זמני על אותם שטחים<sup>18</sup>. בתאריך ה 24 באפריל 1920 החליטה ועדת "סן רמו"<sup>19</sup> למסור את שטחי ישראל לידי בריטניה, וב 10 באוגוסט 1920 נחתם הסכם סוור, בו נקבע כי שטחי ישראל יהיו בעתיד למדינה עצמאית. לאחר כשנתיים בהן נוסח כתב המנדט, ב 24 ביולי 1922 אושר ניסוחו הסופי של כתב המנדט בידי מועצת חבר הלאומים, ומעמדו הפך לאמנה בין-לאומית מחייבת. יום ה 11 בספטמבר 1922 הוא היום שבו באופן רשמי קיבל המנהל האזרחי הבריטי, בראשות הנציב העליון דאז, הרברט סמואל את המנדט על ארץ ישראל.

### 3.1.3.2 – כתב המנדט

כתב המנדט הוא הנוסח הסופי שמגדיר את זכויות, סמכויות וחובות בריטניה כמעצמה המנדטורית בארץ. כחלק מכך, מגדיר כתב המנדט את המוסדות הפועלים

---

<sup>16</sup> כגון: לבנון (צרפת), סוריה (צרפת), עבר הירדן המזרחי (בריטניה), קמרון (בריטניה וצרפת), עיראק (בריטניה), טוגולדנ (צרפת ובריטניה), ועוד מספר טריטוריות.

<sup>17</sup> כמו כן, גם שטחים שהיו בידי אומות אחרות שחברו לצד המפסיד במלחמת העולם הראשונה.

<sup>18</sup> כמעין יחסים של נאמן – פיקדון.

<sup>19</sup> ועידה שהתקיימה בסן רמו שבצרפת, במטרה לאשר את ההחלטות שסיכמו ביניהם ראשי המעצמות המנצחות במלחמת העולם השנייה, בנוגע לאופן חלוקת השטחים שנכבשו במלחמה.

בשטחו, ואת בעלי הסמכויות מטעם ממשלת אנגליה שמוסמכים לקבוע, לחוקק ולפעול בשטחי המנדט.

במבוא לכתב המנדט נכתב כי המנדט הוענק לבריטניה "כדי לממש את סעיף 22 לאמנת חבר הלאומים". באותו סעיף 22 נאמר כי:

קהילות שבעבר נשלטו בידי האימפריה הטורקית הגיעו לשלב התפתחות בו ניתן להכיר באופן זמני בקיומן כאומות עצמאיות, וזאת בכפוף למתן סיוע וייעוץ מנהלי על ידי המעצמה המנדטורית עד לרגע בו יוכלו לעמוד על רגליהן.

מנהיגי הפלסטינים, במשך כל זמן המנדט התבססו על סעיף זה כאשר טענו כי על בריטניה לסייע להם בהקמת מדינה פלסטינאית בשטחי פלסטינה.

בסעיף 2 לכתב המנדט, נקבע כי אחת ממטרות השלטון המנדטורי בארץ היא לעזור להקמת התנאים להקמת בית יהודי לאומי בארץ, תוך שמירה על זכויותיהם האזרחיות והדתיות של כלל יושבי הארץ. סעיף זה נכתב בהתאם להסכם עם בריטניה כי המנדט מוענק בין היתר בשביל לאפשר את מימוש הצהרת בלפור<sup>20</sup>.

על יסוד כתב המנדט, נחקק בשנת 1922 "דבר המלך במועצה"<sup>21</sup>, וכמו כן נקבעו בהמשך עוד תקנות על יסוד מסמך זה. באופן רשמי כתב המנדט היה ה"חוקה" המנחה של כל שלטון המנדט, אולם הייתה אפשרות לעקוף את כתב

---

<sup>20</sup> הצהרה שמסר הלורד ארתור ג'יימס בלפור לידי הלורד לינול וולטר רוטשילד, על מנת שיעביר את ההצרה לידי ההסתדרות הציונית העולמית. עיקרה של ההצרה קבעה שני עקרונות:

(1) בריטניה מכירה בזכות העם היהודי ל'בית לאומי' משלו ותפעל על מנת לעזור לו במילוי מטרה זאת.

(2) ההקמה של אותו 'בית לאומי' תתרחש ללא פגיעה בזכויות שאר האוכלוסייה בארץ.

<sup>21</sup> ראה פירוט להלן עמ' 14.

המנדט ולחוקק בצורות מיוחדות גם חוקים שאינם לפי הוראות כתב המנדט, כדוגמת תקנות העברת קרקעות (1940), תקנות שנוספו כהוראה מיוחדת לדבר המלך במועצה (1939)<sup>22</sup>, ולכן לפי טענת בית המשפט אליו הוגשה עתירה כנגד תקנות אלו, על סמך הטענה כי הן סותרות את כתב המנדט, אין הסעיף הכולל של דבר המלך במועצה הסותר למפרע כל תקנה שאינה עומדת בהוראות כתב המנדט תקף לגבי תקנות אלו משום שאינם חלק "רגיל" של דבר המלך במועצה. בית המשפט הנ"ל, טען שאם יש מקום אליו ניתן להגיש את העתירות זהו בבית משפט בין-לאומי ולא בבית משפט פנימי, משום שכאמור, חיקוק תקנות אלו, בצורה הנ"ל אינה אסורה ע"פ המעמד שנתנה אנגליה לכתב המנדט, ואם דבר זה אסור, הוא אסור רק על פי הדין הבין לאומי והמעמד שהוא נותן לכתב המנדט<sup>23</sup>.

צריך להדגיש, כי מעמדו המשפטי הבין לאומי של כתב המנדט לא השתנה בעת הפיכת ארגון חבר הלאומים לארגון האומות המאוחדות. מעמדו המשפטי ותוקפו של כתב המנדט במדינת ישראל יפורטו בהמשך.

בסעיף הראשון לכתב המנדט, הוסמך בעל המנדט לניהול וחקיקה בארץ, בגבולות תנאי כתב המנדט<sup>24</sup>, ומתוקף כך הוציא את קבצי 'דבר המלך במועצה' ואת התקנות המנדטוריות.

---

<sup>22</sup> לעיל הערה 21.

<sup>23</sup> לחובסקי אסף "בין מנדט למדינה: על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", **משפטים** כ"ט (התשנ"ח) עמ' 689, בעמ' 721.

<sup>24</sup> הנוסח המלא: "למנדטורי יהיה יפוי-כוח מלא לחקיקה וניהול, הכל במסגרת מגבלות תנאי מנדט זה".

### 3.1.3.3 - דבר המלך במועצה

דבר המלך במועצה הוא השם של צורת חיקוק שנשארה מאז ימי השלטון המלוכני בבריטניה, ומשמעותה היא חוק אשר מפרסם המלך או המלכה לאחר שהם מתייעצים עם המועצה המלכותית. לאחר ביטול סמכויות החקיקה למוסד המלוכני בבריטניה, הסכמת וחתימת המלך או המלכה על קובץ של חוק שהוחלט לחוקק בצורה זו, לאחר שהוצג להם ע"י יושב ראש המועצה<sup>25</sup> נהייתה פורמאלית בלבד<sup>26</sup>. במהלך המנדט הבריטי יצאו שלושה קבצים של "דבר המלך במועצה על ארץ ישראל", כלומר קבצי חוקים ותקנות, העוסקים בעיקר בסדרי השלטון והמשפט בארץ, עלייה יהודית לארץ, התאזרחות ודברים רבים אחרים הקשורים לסוגיות אזרחיות וביטחוניות בארץ. בנוסף, לאורך שנות המנדט הבריטי פורסמו מידי פעם קבצים של דבר המלך במועצה על פי דוחות הממשלה שכונו 'ספר לבן'<sup>27</sup>. הקובץ הראשון של דבר המלך במועצה על ארץ ישראל יצא כבר בתחילת השלטון הצבאי של בריטניה על ארץ ישראל, בשנת 1917, וקבע כי דיני המשפט העות'מאני (המג'לה) יישארו על כנם, אולם במקרה של לאקונה יפנה השופט אל דיני המשפט האנגלי. בשנת 1922 עת כונן השלטון המדיני של בריטניה על ארץ ישראל, פורסם קובץ נוסף, שעוסק בסדרי השלטון והמשפט, ניהול המנדט, אופי השלטון וכן חוקים

---

<sup>25</sup> כיום מכהן יו"ר המועצה כשר הפרלמנט.

<sup>26</sup> הרחבה: כיום נהוג בדרך כלל להשתמש בשיטה זו לצורך מינויים חדשים בכנסייה האנגליקנית, עניינים הקשורים ביחסי חוץ ובעובדי ציבור. בנוסף, משתמשת בריטניה בשיטת חקיקה זו על מנת לקבוע תקנות חוץ ארציות, כלומר, בטרטוריות שתחת שליטת בריטניה, כמו השטחים שהיו תחת המנדט הבריטי, או טריטוריות שמכירות במלכת בריטניה כמלכתם, כגון: קנדה, ניו-זילנד, ג'מייקה, אוסטרליה ועוד. כאמור, בשטחים שתחת שלטון המנדט הבריטי, ולא היו בעלי מוסד מחוקק מקומי, כי אם השליט במקום היה נציב מטעם בריטניה (כמצב בארץ ישראל), הדרך בה בריטניה חוקקה חוקים וקבעה תקנות, הייתה בשיטה זו של : דבר המלך במועצה.

<sup>27</sup> כינוי למסמך המפרט את מדיניות המשלה בבריטניה, ומובא לאישור בפני הפרלמנט.

יסודיים אחרים<sup>28</sup>. קבצים נוספים של דבר המלך במועצתו על ארץ ישראל פורסמו בשנים 1927, 1937.

מבנה המשפט לפי דבר המלך במועצתו: סימן 46 המפורסם לדבר המלך במועצתו קבע שהמשפט העותומאני, שהיה נהוג בארץ ישראל מאז 1914, ימשיך לעמוד בתוקפו, ויהיה תקף אלא אם כן הנציב העליון יחוקק חוקים חדשים, שיהיו כפופים לדבר המלך במועצתו ולכתב המנדט. החוקים שקבע הנציב העליון כונו בשם "פקודות". בנוסף לכך, קבע סימן 46 לדבר המלך במועצתו שהמשפט העותומאני יעמוד בתוקפו אבל בשינויים המחויבים מן המציאות החדשה בארץ ישראל. כלומר, יש לנו פה בעצם שלטון מנדטורי, שאימץ את כל הקודיפיקציה העותומאנית, לרבות כמובן המג'לה, הקודקס הפלילי והקודקס המסחרי, האוטונומיה לעדות הדתיות, דיני המקרקעין העותומאניים, ועוד.

הסיבה שבגינה הבריטים מאמצים את המשפט העותומאני רק מ-1914 ולא מ-1917 עת העותומאנים עזבו את הארץ, היא כי בשנים אלו חוקקו העותומאנים חוקים רבים אנטי-בריטים בשל המלחמה, וחוקים אלו לא רצתה בריטניה לאמץ. מהלך דומה נראה בעת אימוץ מערכת המשפט והחוק ששרה בארץ בעת המנדט בזמן הקמת מדינת ישראל, אז בוטלו רטרואקטיבית החוקים המפלים ומגבילים יהודים.

מקורות המשפט לפי דבר המלך במועצתו: בסימן 46 נאמר כי במקרה בו יש לאקונות במשפט המנדטורי, יש להשלימן באמצעות המשפט המקובל האנגלי; דהיינו, המשפט הנהוג אצל האנגלים, המשפט המקובל מאנגליה. בהסתמך על סימן 46, ועל כך שבריטניה קבעה כי המשפט שיכול בארץ יהיה המשפט שהיה קיים בארץ "בהתאמה לתנאי הארץ ותושביה", לאחר זמן מועט הוחל בשאיבת ענפים רבים מתורת המשפט האנגלית לארץ. בנוסף, חוקים רבים חוקקו הנציבים הבריטים

---

<sup>28</sup> דבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י), התרפ"ב-1922.

לא", שהייתה בידם הסמכות לכך. חלק מחיקוקיהם נלקחו באופן מלא מן המשפט האנגלי, וחלקם הותאמו במיוחד למציאות בארץ. אי לכך, לקראת סוף המנדט הבריטי בארץ, חלקים רבים מן המשפט שהיה נהוג בארץ<sup>29</sup>, מקורם היה במשפט האנגלי, ולא רק בעות'מאני.

נוסח סעיף 46 לדבר המלך במועצה:

46. בתי המשפט האזרחיים ישפטו בהתאם לחוק העות'מאני שהיה נהוג בפלשתינה (א"י) ביום 1 בנובמבר 1914, ובהתאם לאותם החוקים העות'מאנים המאוחרים יותר שהוכרז עליהם או שיוכרז עליהם במודעה רשמית כעל חוקים בני תוקף, ובהתאם לאותם דברי מלך במועצה ולפקודות ולתקנות הנוהגים בפלשתינה(א"י) בתאריך דבר מלך זה אשר ינהגו או יוחקו בעתיד, ובהתחשב עם החוקים, דברי המלך, הפקודות והתקנות האלה; ובמקרים שאלה לא יהיו נוהגים לגבם, ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה, ובהתאם לסמכויות הנתונות לבתי משפט שלום באנגליה ובהתאם לפרוצידורה ולמנהגים מקובלים אצל בתי משפט ושופטי שלום כאלה לפי גבולות השיפוט הסמכויות שלהם באותו תאריך, ובמידה שאותם הסמכויות, הפרוצידורה והמנהגים שזו או תוקנו או הוחלפו בכל הוראות אחרות לפני תאריך דבר מלך זה או לאחריו; בתנאי שהחוק המקובל ועיקרי הצדק המוזכרים לעיל יהיו תמיד נוהגים בפלשתינה (א"י) רק במידה שתנאי פלשתינה (א"י) ותנאי תושביה וגבולות שיפוטו של הוד מלכותו ירשו זאת ובהתחשב עם אותן ההגבלות שתנאי המקום יחייבו אותן.

---

<sup>29</sup> כולל כמובן משפט תקדימי.

### 3.1.4 המצב בארץ לפני החוק – לאחר הקמת המדינה:

כשעזבו הבריטים את הארץ והוקמה מדינת ישראל, מוסדות השלטון החדשים ניצבו בפני בעיה. שלא כאנגלים וכתורכים, מדינת ישראל לא הייתה מדינה קיימת שסיפחה לשטחיה עוד אזור, אלא הייתה מדינה חדשה, ללא כל מערכות שלטון קיימות, ובכלל זה ללא מערכת של חוקים ומשפט. במצב הביטחוני הקשה ששרר אז בארץ (מלחמה קיומית), לא יכלה מדינת ישראל לפתח מערכת כזו, לא בחודשים מספר, ובטח שלא תוך כמה שבועות, ולכן נאלצה המדינה להסתמך באופן זמני על מערכת החוק הקיימת אז בארץ, הלא היא מערכת המשפט העות'מאנית עם הסייגים שהוסיף השלטון הבריטי בארץ, והחוקים הנוספים שהוא חוקק: כבר במעמד הקראת מגילת העצמאות, ב 14-במאי 1948 פורסם "מנשר" שנועד לקבוע את ההסדרים הבסיסיים ביותר בנוגע לחקיקה. מנשר זה קבע שלושה הסדרים:

1. מועצת המדינה הזמנית היא הרשות המחוקקת.
  2. הוראות החוק המנדטורי נותרות בתוקן.
  3. הוראות החוק המפלולות לרעת יהודים, הנובעות מהספר הלבן של שנת 1939, מבטלות באופן רטרואקטיבי, כאילו לא באו לעולם.
- כאשר קבעה המדינה אז להמשיך לפעול על פי המשפט המנדטורי, קבעה גם את הדרך לשינויו- חקיקה נגדית של מועצת המדינה הזמנית, הלא היא הרשות המחוקקת דאז שלימים תקרא הכנסת. הכרזה זו הייתה זמנית בלבד.

ארבע ימים לאחר הקמת המדינה, החליפה מועצת המדינה את ההכרזה מהקמת המדינה וחוקקה את "פקודת סדרי השלטון והמשפט"<sup>30</sup>. פקודה זו קבעה בסעיף 11 כי: "המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה". קביעה זו

<sup>30</sup> פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

הותירה בתוקף את סימן 46 הנ"ל, שהותיר את המשפט האנגלי כמקור אליו יפנה השופט למילוי לאקונות (ראה לעיל).

במצב זה, הזיקה שהייתה למערכת המשפט הישראלי למשפט העברי לא הייתה שונה מאשר מערכות משפט אחרות, כאשר השופט לכל היותר יכול<sup>31</sup> להשתמש במשפט העברי כמקור לקבלת השראה בלבד ולא במסגרת מערכת משפט משלימה למילוי לאקונות<sup>32</sup>.

לפני חקיקת החוק, עמדו השופטים בפני דילמה קשה. מחד, ברור היה לכל כי מצב זה, בו במדינת ישראל העצמאית, מערכת המשפט נאלצת להסתמך על חוקים אשר לא נחקקו בא"י ועל ידי מחוקקים ישראלים, ונשענת על מערכת חוקים זרה, הוא מצב הסותר את ערכי מדינת ישראל, ואת העקרונות עליה קמה, הלא הם: חיי קוממיות ממלכתית, חירות מדינית, עצמאות ממלכתית ותקומה לאומית. כן ברור היה ומובן, כי המדינה החדשה, שהיא גוף משפטי חדש השואף לעצמאות ולניתוק הקשרים עם השלטון הזר שקדם לו, חפץ במערכת משפטית עצמאית המנותקת מכל תלות בבריטניה, ובמיוחד כאשר מערכת משפטית זו כללה חוקים הסותרים את עצם מהותה של המדינה החדשה, כגון חוקים האוסרים על יהודים לעלות אל הארץ או חוקים האוסרים על יהודים לרכוש מקרקעין<sup>33</sup> ואכן, כבר בשנת 1954, עת בתי המשפט היו כבולים עדיין לפרשנות המשפטית האנגלית, פסק בית המשפט העליון בניגוד לפסיקה האנגלית המקובלת<sup>34</sup>, כי

---

<sup>31</sup> כלומר, השופט אמנם רשאי, כאופציה, ולא חייב.

<sup>32</sup> ראה עוד על צורות הפניה השונות אל מערכות משפט חיצוניות בפרק 3.2 – דרכי הפניה אל מערכות משפט חיצוניות.

<sup>33</sup> ועל אף שחוקים אלו בוטלו, מערכת משפט זו הייתה זכורה כאותה מערכת שחוקקה חוקים אלו, והם הטילו עליה "כתם קלון" בעיני הציבור בישראל.

<sup>34</sup> ע"א 106/54, צבי וינשטיין נ' קדימה אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, בכפר קדימה ואח', פ"ד ה' עמ' 1317.

ראה עצמו מחויב לפסוק כפי הנראה נכון על פי הדין וצודק לפי העניין, יותר מאשר מחויב לפסוק על פי הפרשנות המקובלת באותה עת בבריטניה<sup>35</sup>, בין היתר משום שהערכים עליהם מיוסדת המדינה קודמים בעיניו לאותה פרשנות שנשארה מהתקופה הקודמת.

בשנת 1972 – תשל"ב, נחקק חוק לתיקון פקודת סדרי שלטון ומשפט (מס' 14) ובו נקבע: "כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עקרי פרשנות משפטית המקובלים באנגליה, לא תהיה עוד הוראה מחייבת". מרגע שנחקק חוק זה אמנם בטלה באופן רשמי אותה כפיפות לפרשנות המשפטית האנגלית, אולם לפי החוק באותה שעה, עדיין לא הוכרה מערכת המשפט העברי כמערכת משפטית בעלת מעמד מיוחד, וודאי שלא כמערכת משלימה למערכת החוקים הישראלית.

לאורך השנים, אימץ המחוקק רעיונות רבים ותפיסות רבות מן המשפט העברי, וקלט ביטויים ודינים, לפעמים באופן מלא ולפעמים חלקי מן מערכת משפטית זו, כך לדוגמה בחוק לתיקון דיני המשפחה<sup>36</sup>, או בחידוש של חוק בתים משותפים<sup>37</sup>, לאפשרות לבעלות נפרדת בכל דירה ודירה בבית משותף, בחוק הגנת השכר<sup>38</sup>, שמקורו בדיני הלנת שכר מן המשפט העברי<sup>39</sup>, ובחוק השבת אבידה<sup>40</sup>, שמטרה ושם משותפים לו ולדיני השבת אבידה במשפט העברי<sup>41</sup>, ובחוקים רבים אחרים.

---

<sup>35</sup> ע"א 76/86, עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון, פ"ד לב(2), עמ' 337, בעמ' 348.

<sup>36</sup> חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) התשי"ט–1959.

<sup>37</sup> חוק בתים משותפים, התשי"ג–1952.

<sup>38</sup> חוק הגנת השכר, התשי"ח – 1958.

<sup>39</sup> שמגר מאיר "פתח דבר", המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל (נחום רקובר עורך התשמ"ט), עמ' ה'.

<sup>40</sup> חוק השבת אבידה, ה'תשל"ג – 1973.

<sup>41</sup> ע"א 546/78, בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח', פ"ד לד(3) עמ' 57, בעמ' 80.

בהקדמה לספרו: "המשפט העברי בפסיקות בתי המשפט בישראל"<sup>42</sup>, בשנת  
הארבעים לקום המדינה, כותב פרופ' נחום רקובר:

במשך ארבעים שנות קיומה של מדינת ישראל ניתנו מאות פסקי דין, על ידי  
בית המשפט העליון ועל ידי בתי המשפט המחוזיים, המתבססים על מקורות  
המשפט העברי, או המאזכרים מקורות אלו לצורך השוואה, ולצורך הרחבת  
המצע העיוני ששימש את השופטים כשבאו להכריע את הדין  
ברובם במכריע של פסקי הדין, שהובאו בספר, נזקקו השופטים למשפט  
העברי אף בלא שהיו מצווים על כך. אין זאת אלא שתפיסתם הטבעית  
הייתה, שיש לבסס את פסקי הדין הניתנים במדינת ישראל על מקורות  
המשפט העברי<sup>43</sup>.

ואכן, לאורך כל השנים ניתנו פסקי דין שנתמכים או שואבים את דינם/חלקו  
פסיקתם/חלקה מן מערכת משפט זו. אותה "תפיסתם הטבעית" של השופטים, עליה כותב  
רקובר לעיל, מנומקת באותם פסקי דין בסיבות רבות, כמו ניתוק מן הכבילה אל המערכת  
המשפטית האנגלית<sup>44</sup>, אימוץ של מערכת המשפט העברי מסיבה היסטורית<sup>45</sup>. שופטים  
אחרים, בקריאתם לשילובה של מערכת המשפט העברי התבססו על דברי בן-גוריון  
בהכרזת המדינה: "מדינת ישראל... תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום,  
לאור חזונו של נביאי ישראל"<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> רקובר נחום: המשפט העברי בפסיקות בתי המשפט בישראל, כרך ראשון, התשמ"ט.

<sup>43</sup> הערה 42 לעיל, בעמ' ז'.

<sup>44</sup> הערה 33 לעיל.

<sup>45</sup> ד"ר 22/73, בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2), עמ' 89 בעמ' 98, 100.

<sup>46</sup> הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר ה'תש"ח, 1, שורות 50-52.

### 3.1.5 - קביעת החוק:

בשנת 1980 נחקק חוק יסודות המשפט על ידי הכנסת, וקבע כי במידה ו"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל." כמו כן, קובע החוק, בטל סימן 46 לדבר המלך, כל עוד אין בביטול זה פגיעה במשפט שנקלט בארץ. משמעותו של הדבר היא, לכאורה, שאותם עקרונות יחליפו את המשפט האנגלי במילוי לאקוונות, ושמעתי השופט יהיה מחויב להם במידה ולא מצא תשובה בלשון החוק, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש. אולם, אף על לשון זו של החוק קמו לא מעט מחלוקות בנוגע להבנתו. לדוגמה: למרות שעם קבלת החוק ניתנה, לכאורה, גושפנקה רשמית למשפט העברי כמקור חוקי מחייב לפרשנות החוק במשפט מדינת ישראל, מתוך הנחה שיש זהות בין המשפט העברי לבין "עקרונות החירות הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", אולם שופטים אחדים התנגדו לזהות מוחלטת ויחידה בין העקרונות המפורטים בחוק יסודות המשפט לבין המשפט העברי. לא מעט שופטים יטענו, כי בבוא בית המשפט לדון בסוגיות כלל ציבוריות, או בסוגיות פרטיות הנוגעות בציבור הישראלי,<sup>47</sup> צריך בית המשפט, לפי חוק יסודות המשפט, להתחשב בדעת הקהל הישראלי באותם ימים, ולפרש מושגים כמו מוסר ציבורי וסדר כללי, וכמו כן עקרונות של מורשת ישראל, על פי דעת הקהל.

כאמור, חוק זה, לשונו אינה בהירה וברורה דיה, דבר שגרם למחלוקות ושאלות שלא נפתרו מאז חקיקתו ועד ימינו אלה.

---

<sup>47</sup> כדוגמת מקרה בו טענה המשיבה לאי-תקיפות של חוזה שערכה עם המערער כאשר עברו לגור ביחד לפני חתונתם, אך באותו זמן היה נשוי לאישה אחרת, בדיעתה. טענת המשיבה הסתמכה על כך שמעשה זה (החתימה על הסכם כביכול בין איש לאישה) נוגד את מוסר הציבור והסדר הכללי. דעת הקהל בישראל סערה באותם ימים סביב המשפט (ע"א 337/62, ריזנפלד נ' יעקובסון ואח', פ"ד יז.).

## 3.2 – דרכי הפנייה אל מערכת משפט חיצונית

### 3.2.1 – מבוא:

בעת פסיקתו, פונה השופט פעמים רבות אל מערכות משפט חיצוניות, לצורך הפסיקה. פנייה זו, יכולה להיעשות בדרכים רבות ושונות, כאשר לכל דרך המאפיינים שלה והסיבות שלה, ומשום כך, כל פנייה שונה מפנייה אחרת ביכולת השופט להשתמש בה, ובדרך בה הוא יכול לעשות זאת. משום שעבודה זו עוסקת ביכולת של שופטים לשלב בפסיקותיהם את מערכת המשפט העברי, מערכת שיש הרואים בה חיצונית למערכת המשפט הישראלית, ראיתי לנכון לשלב פרק זה, שיסביר ויפרט את דרכי הפנייה השונות, מאפייניהן, הסיבות להן ודיניהן.

פרק זה, יפרט את דרכי הפניה למערכות משפט חיצונית הבאות:

1. מילוי לאקונות (חוסר) בחוק.

2. משפט משווה.

3. פירוש לשון החוק

הסקירה על דרכי הפנייה תיעשה לפי הסעיפים הבאים:

1. מטרת הפנייה, כלומר מדוע ולשם מה פונה השופט אל המערכת

החיצונית.

2. דרך הפנייה, כלומר כיצד פונה השופט אל המערכת, בצורה השוואתית,

שואבת, השראתית וכו'.

3. גבולות הגזרה, כלומר עד איזו רמה יכול השופט לקלוט מן המערכת

החיצונית ועד כמה הוא מחויב לפנייה זו.

## 3.2.2 – מילוי לאקונות (חוסר) בחוק:

### 3.2.2.1 – מטרת הפנייה

תחילה צריך להסביר את פירוש המושג 'לאקונה'. לאקונה זוהי סיטואציה של חוסר בחוק, כלומר מצב בו אין חוק או פסיקה תקדימית המתייחסים למקרה מסוים. צריך להדגיש את ההבדל בין הסדר שלילי לבין לאקונה. בעוד שכאשר מדברים על לאקונה, מתכוונים למקום בו יש חוסר בחוק, משום שהמחוקק לא הספיק או בטעות לא התייחס למקרה הזה, אך ניתן להשלים את החוסר בצורה אנלוגית, בין אם על ידי היקש או על ידי פנייה למערכת משפט חיצונית. לעומת זאת, 'הסדר שלילי', זהו מצב בו המחוקק בכוונה תחילה לא החיל את הדין על מקרה מסוים. המטרה של המחוקק היא **אי הכללת** הדין על המקרה הספציפי, ולכן מצב זה אינו דומה ללאקונה. בעוד שבלאקונה ינסה השופט ללמוד ממקרים דומים בחוק על הדין במקרה זה, הרי שבהסדר שלילי אין לבית המשפט לעשות כן, שכן המחוקק קבע כי הדין לא יכול על מקרה זה. מיטיב להסביר זאת הקטע הבא<sup>48</sup>:

שתיקת החוק אינה מצביעה בהכרח על 'הסדר שלילי'. שתיקת החוק מדברת בכמה לשונות. לעתים השתיקה מהווה חסר (לאקונה); לעתים השתיקה מהווה חוסר נקיטת עמדה בסוגיה משפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש. לעתים השתיקה מהווה 'הסדר שלילי'... דבר זה יקרה מקום שתכלית החקיקה הנה לשלול הסדר משפטי מסוים. 'הסדר שלילי' קיים, אפוא, רק מקום ששתיקת החוק היא 'שתיקה מדעת'.

<sup>48</sup> רע"א, א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרי ומוצרי צריכה בע"מ ואח', פ"ד נב(4), עמ' 289.

אם כן, מטרתה של דרך פניה זו, היא השלמת חלל<sup>49</sup> משום שקיים בחוק חלל משפטי, נדרש השופט בפנותו למערכת המשפט החיצונית 'לייבא' דין חדש אל המערכת המקורית, שימלא את החלל שיש במערכת המקורית.

### 3.2.2.2 – דרך הפנייה

דרך פנייה זו היא הדרך מקבלת וקולטת ביותר, כלומר בדרך זו ישנה ההתאמה הגבוהה ביותר בין הדין במערכת החיצונית, לבין הדין שייובא ממנו אל המערכת אליה ייובא הדין דבר זה, נובע בעיקר בשל מטרת הפנייה, הלוא היא שאיבה של דין חדש למערכת המקורית, כאמור לעיל. בשל העובדה שהדין החדש לא נכנס לתוך מסגרת מאד ספציפית, המגבילה אותו ודורשת ממנו התאמה לדין במערכת המקורית<sup>50</sup>, כבמקרה של פירוש מושגים בחוק או השוואת משפטים, הדין החדש יכנס כמעט במלואו למערכת המקורית, ללא סייגים רבים ועיוותים שונים. לפיכך, דרך הפנייה תהיה ישירה ביותר, והשופט ברוב המקרים יפנה אל המערכת החיצונית ויראה את הדין הנתון בה. אין בכל האמור לעיל, בכדי לפסול את הפעלת שיקול דעתו של השופט, במהלך 'שאיבה' זו, שכן, כדברי השופט ברק<sup>51</sup> תפקידו הפרשני של השופט אינו מסתכם בפנייה אל המערכת החיצונית בלבד, כי אם בבחירה בין אפשרויות השונות העומדות בפניו. אשר על כן, ברור שגם בדרך פנייה זו צריך השופט ב'שואבו' את הדין החדש לבדוק ולדאוג שישנה ההתאמה המינימאלית הדרושה בין הדין החדש לבין המערכת המקורית. דרישה להתאמה

---

<sup>49</sup> צריך לזכור שיש דרכים נוספות להשלמת חלל. למשל, שהשופט ישער בדעתו מה היה המחוקק אומר אילו הוא היה נתקל בלאקונה.

<sup>50</sup> הכוונה, כי במקרה של פירוש מושג או לשון החוק, צריך הפירוש המתקבל להתאים 'ולהיכנס' בדיוק לתוך החוק הקיים ודיניו. מציאות 'מגבילה' זו אינה קיימת כאן, כי השופט שואב דין שלם לתוך מקום ריק, ולא חלק דין אל תוך ה'מסגרת' של הדין הקיים.

<sup>51</sup> לעיל הערה 41, בעמ' 66-68.

מינימאלית זו ניתן לראות אף בתהליך קביעת דרכי המשפט בעת המנדט הבריטי, אז כאשר משאירים הבריטים את המשפט העותומאני על כנו, מגבילים זאת ומסייגים:

רק במידה שתנאי פלשתינה (א"י) ותנאי

תושביה ... ירשו זאת ובהתחשב עם אותן

ההגבלות שתנאי המקום יחייבו אותן<sup>52</sup>.

### 3.2.2.3 – גבולות הגזרה

'גבולות הגזרה', כביכול, של דרך פנייה זו, הינם רחבים במיוחד. מבחינת היכולת של השופט לקלוט מן המערכת החיצונית בפנותו להשלים לאקונה, הוא יכול לעשות זאת עד לרמה הגבוהה ביותר. אמנם הוא יכול וצריך להפעיל את שקול דעתו, ולא כל פעם שיפנה אל מערכת חיצונית יקלוט השופט את הדין במלואו, וברור שפעמים רבות יחליט השופט לשאוב רק עיקרון כלשהו ולא לשאוב דין ולהפכו לחוק אחד, אך ברצונו ובמקום בו זה שייך יכול השופט גם לשאוב את הדין במלואו ולהפכו לדין מוחלט במערכת המקורית<sup>53</sup>.

גם מהבחינה של רמת המחויבות של השופט לפנייה אל מערכת המשפט החיצונית, הרמה גבוהה במיוחד. בשני אופנים: באופן האוניברסאלי, ללא שום הוראה אחרת שמפורטת בחוק, וכהוראה כוללת לכלל מערכות המשפט בעולם, ניתן להגיד, שעל פי השכל הישר, יהיה חייב השופט לפנות למערכת חיצונית כלשהי, בין אם מערכת משפטית, או מערכת של ערכים, נורמות, דעת צבור וקהל או אקסיומות התנהגותיות. האופן השני, הלוא הוא האופן החוקתי, תלוי בכל מדינה ומדינה והחוקים שבה. ברוב המדינות, מערכת החוק מייצרת או מפנה אל המערכת שאליה יפנה השופט ברצונו להשלים לאקונוות. במקרים אלו, ברור כי החובה המוטלת על השופט היא המחייבת ביותר, באופן

---

<sup>52</sup> לעיל הערה 28, סימן 46.

<sup>53</sup> על ידי כך שחקיקתו הופכת לתקדים משפטי בעניין, וסותמת את החלל המשפטי שהיה עד לפני פסיקה זו.

יחסי לשאר דרכי הפניות, וכי על פי החוק הוא צריך להיזקק מערכת החיצונית הקבועה בחוק. כך למשל החוק יס"המ או בסימן 46 הנ"ל. כל זאת כמובן, ללא התייחסות לשאלה מהי לאקונה, שתידון בהמשך<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> ראה פרק דעות השופטים, חלק 4 להלן.

### 3.2.3 – פירוש לשון החוק:

#### 3.2.3.1 – מטרת הפנייה

מטרתה של דרך פנייה זו, היא לפרש מושגים שונים המופיעים בחוק. מקרה זה נחלק לשני תתי מקרים, אשר נתייחס לשניהם בפרק זה:

1. פירוש לשון החוק

2. פירוש מושגי יסוד

ב 'פירוש לשון החוק', הכוונה היא לפירוש מושגים שמופיעים בחוק העוסק במקרה אשר מופיע בפני השופט, אולם אינם ברורים כל צרכם, או אשר פירושם אינו חד משמעי והוא יכול להתפרש לצדדים שונים. במקרה זה, יפנה השופט אל מערכת חיצונית, בין אם מערכת זו היא מערכת משפטית גרידא, או שמדובר ב'אוצר של מחשבה משפטית תרבותית'. לעיתים אף מדובר במושגים אשר מקורם באותה מערכת חיצונית. המטרה של פנייה זו, אם כן, היא לפרש את המושג בכדי שיתאפשר לשופט להבין את החוק ולפסוק על פיו.

'מושגי יסוד' הם מושגים אשר אינם ברי הגדרה מדויקת, משום שאינם מושגים מופשטים, כמו חפצים או תפקידים, אלא הם מושגים אוניברסאליים המתארים תופעות, רגשות וערכים. מושגי היסוד, אינם מושגים רגילים המתארים מציאות כלשהי, מקום, או מצב מסוים (כמו: גנב, ביום או בלילה), אלא בהגדרתם הם 'מושגי שסתום', משמע, מתווים עיקרון לתוכו ניתן ליצוק תוכן באופן גמיש, לפי המקום והזמן (כמו: תום לב, צדק, רצון להיטיב, או טובת הציבור). תפיסת טובת הציבור היום אינה זהה לזו שהייתה בעבר וחלוף השנים משפיע על הנורמות החברתיות הנוהגות. כאן לא מדובר בפירוש של מקרה ספציפי כזה או אחר, שצריך להיות חד משמעי וברור, כגון: מה הפירוש של "רשות של אדם אחר", אלא במושג הניתן לפרשנויות שונות, במקרים השונים.

### 3.2.3.2 – דרך הפניה

בשני המקרים (פירוש לשון החוק ופירוש מושגי יסוד) ישנה מחלוקת במהות הפניה אל המערכת החיצונית. כמובן שלכל שופט ופרשן ישנו הפירוש שלו וכשם שפרצופיהם שונים כך גם דעותיהם שונות, אולם באופן כללי ניתן לחלק את המחלוקת לשני צדדים עיקריים<sup>55</sup>:

הצד הראשון טוען, כי חוק שאינו ברור כל צרכו ושהשופט אינו מצליח להבין בוודאות את כוונתו, ובוודאי מושגים אשר 'חסרי משמעות', הינם חוסר שקיים בחוק, משום שהחוק לא באמת יכול להורות לשופט מה וכיצד לפסוק במקרה זה. על כן, יטענו אותם שופטים, מקרה זה, גם אם אינו הפירוש הקלאסי של לאקונה, הרי הוא נכנס בהגדרתה. לכן יש להתייחס אל פניה זו כפנייה במקרה של לאקונה, המפורטת לעיל<sup>56</sup>.

לעומתם, יטען הצד החולק, כי לאקונה זהו מקרה אשר בו אין החוק מתייחס אל המקרה אשר בא לפני השופט, ואילו כאן החוק מתייחס אף מתייחס, אלא שאינו ברור כל צרכו, ולכן אין כאן לאקונה. בשל כך יטענו שופטים אלו, כי **כאשר יבחר** השופט לפנות אל מערכת חיצונית, אומנם הפנייה אינה תבוא בדרך כה ישירה כבמקרה של לאקונה<sup>57</sup>, אולם גם לא תבוא בדרך ה'עקיפה' כל כך כבמקרה של השוואת

---

<sup>55</sup> ההתייחסות העיקרית למחלוקת זו תבוא בפרק דעות השופטים (להלן פרק 4), כאן מובאת המחלוקת בקיצור רב לצורך פרק זה, ולכן ללא פירוט של השופטים אשר טוענים כל טענה והחילוק ביניהם, וללא מקורות לדברי השופטים.

<sup>56</sup> פסקה 3.2.2 לעיל.

<sup>57</sup> הסיבה לכך לא נעוצה בחוק יסודות המשפט ובתוקף נוסף כלשהו המתלווה אליו, אם כי בצורך הפרשן לפרש מושג, צורך שיותר גדול מהצורך להשוואת משפטים'.

משפטים<sup>58</sup>. לדעה זו, הפנייה תתרחש באופן שמחד גיסא אינו קולט משפט שלם, ואינו בא ב'ראש פתוח' לשאוב דין, ומאידך גיסא אינה באה למצוא סימוכין בלבד. לכן יפנו שופטים אלו למערכת המשפט החיצונית על מנת 'להיוועץ' בה, למצוא בה רעיון או השראה לפירוש נכון. שופטים אלו יפנו למערכת זו הן במובנה התרבותי והן במובנה המשפטי, על מנת למצוא את הפירוש שיביא באופן המדויק לקיום כוונת המחוקק.

### 3.2.3.3 – גבולות הגזרה

כמו דרך הפנייה כך גם גבולות הגזרה של פנייה זו תלויים במחלוקת לעיל. אי לכך, גם כאן נחלק באופן גס את החולקים לשתי קבוצות:

הקבוצה הראשונה<sup>59</sup>, תטען כי גבולות הגזרה רחבים כבמקרה של לאקונה, כלומר השופט מחויב לפנות אל המערכת החיצונית הקבועה בחוק לשם כך (באם ישנה כזאת), והפירוש אשר הוא מוצא במערכת החיצונית הרי הוא הפירוש אשר לפיו צריך השופט להבין את החוק ולפסוק במקרה אשר נידון בפניו. ההגבלות והסייגים המינימאליים אשר חלים על פנייה למערכת חיצונית במקרה של לאקונה תקפים וחלים גם במקרה זה, אולי אף ביתר תוקף משום שכאמור לעיל<sup>60</sup>, גם אם מקרה זה (פירוש לשון החוק) נכנס תחת ההגדרה של לאקונה, אין הוא המקרה ה'קלאסי' של לאקונה.

הקבוצה השנייה תראה את גבולות הגזרה בצורה הרבה יותר מצומצמת, כלומר, לפיהם השופט כלל אינו יהיה מחויב לפנות למערכת החיצונית הקבועה בחוק להשלמת לאקונות, אלא יוכל לבחור בעצמו ולפי שיקול דעתו האם לפנות אל מערכת חיצונית לצורך בירור הפירוש הנכון, ואם כן לאיזו מערכת חיצונית לפנות. לאחר שפנה,

---

<sup>58</sup> זוהי הדעה העיקרית. ישנן דעות מעטות הקיצוניות אף יותר, אולם זהו הזרם המרכזי בקרב השופטים הסוברים כי אין לראות בפירוש מושגים לאקונה.

<sup>59</sup> בהתאמה לסדר החלוקה בתת פרק הקודם. כמו"כ גם הביטוי: 'הקבוצה השנייה' תחילת הפסקה הבאה.

<sup>60</sup> 3.2.4.2 – דרך הפנייה בפירוש לשון החוק.

צריך השופט לחפש את הפירוש הנכון ביותר לפי דעתו, כאשר השיקול שמנחה אותו הוא למצוא את הפירוש אשר יכוון את השופט אל רצון המחוקק. בכדי להדגים כיצד תופסת קבוצה זו<sup>61</sup> את מהות הפנייה הזו, אצטט את דברי שופט העליון אהרון ברק: משחשפנו פירושו של ביטוי פלוני באוצרות תרבותנו, עלינו לבחון אם פירוש זה – בצד פירושים אחרים – משקף את כוונת החקיקה. כבר עמדתי על כך שבחינת המשמעות של ביטוי ... אינה סופה של הדרך אלא רק תחילתה. תפקידו של הפרשן<sup>62</sup> הוא לבחור באפשרות הראויה מבין האפשרויות העומדות לפניו. בחירה זו אינה פעולה טכנית. זו פעולה יוצרת. היא נעשית על פי כללים הקבועים במשפטנו, אשר החשוב שבהם הוא זה הקובע כי הוראת החוק תפורש על פי מטרת החקיקה<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> בהכללה, כאמור לעיל.

<sup>62</sup> הכוונה לשופט העוסק במלאכת פרשנות, בפירושו ביטוי או לשון החוק.

<sup>63</sup> ע"א 546/78 לעיל הערה 51.

## 3.2.4 – משפט משווה (Comparative Law):

### 3.2.4.1 – מטרת הפנייה

פנייה זו מתרחשת לצורך קבלת השראה, כאשר השופט רוצה לסמוך פסיקתו על מקור נוסף, וכמו כן לבאר יותר טוב את כוונת המחוקק על פי פנייה זו<sup>64</sup>. לצורך הבנה יותר מדויקת, ניתן לדמות ולהשוות פנייה זו אל המושג בתלמוד המכונה 'קרא אסמכתא בעלמא'<sup>65</sup>, כלומר ניתן ללמוד את הדין במקרה זה גם ללא פניה זו, אך השופט מבקש לקבל השראה על מנת לדייק את פסיקתו ולסמוך את הבנתו על מערכת נוספת ממנה משתמע כי הבנתו לחוק היא ההבנה הנכונה.

### 3.2.4.2 – דרך הפניה

במקרה זה דרך הפניה היא הכי פחות ישירה, משום שבדרך כלל אינה 'שואבת' דין של ממש ואף לא יוצקת תוכן ממשי אל תוך מושג עלום, אלא בסך הכל שואבת השראה או משמשת כסימוכין לפירוש השופט. השופט לא פונה אל המערכת החיצונית כמערכת של דינים שם הוא מחפש דין ספציפי אלא אל מערכת שלימה, ממנה הוא מבקש לשאוב עקרונות משפטיים ומוסריים על מנת לראות במערכת זאת מקור נוסף ומחזק להחלטתו ולהבנתו בעניין האמור במערכת המקורית. על כן, יפנה השופט אל המערכת החיצונית בצורה זהירה מאד ובררנית לא פחות, שאם לא כן, עלול השופט למצוא את עצמו שואב

---

<sup>64</sup> ע"א 546/78, לעיל הערה 51.

<sup>65</sup> ההשוואה שערכתי נעשית מצד זה ש קרא אסמכתא בעלמא, מתאר רמז שניתן למצוא בכתוב אך אינו באמת מלמד אותנו את הדין שהוא מדמה. אם לא היה את הלימוד הראשוני לא היינו יכולים לסמוך על הלימוד המשני בשביל לדעת דבר זה. כמ"כ במקרה זה, בו השופט מחפש להעמיק את פסיקתו ולהסמך אותה על מקור נוסף, למרות שלא היה יכול לפסוק ככה רק על פניה זו. אין לייחס להשוואה זו את הטענה כי כמו שה'קרא' הוא מקור פנימי, כלומר מאותה מערכת חוקים (מהתורה), כך גם דרך פניה זו נעזרת רק במקורות שלא ממערכות חיצוניות.

דין או מפרש את המושגים שבחוק בפנייה זו, למרות שלא על מנת כן פנה לכתחילה אל המערכת החיצונית. ואם יתמה השואל וישאל, ומה בכך שיפנה השופט תחילה לשם מטרה אחת ולבסוף ימצא עצמו נעזר במערכת החיצונית בדרך אחרת? שאלה זו נכונה בהחלט ומקומה ראוי במקרה הפוך, שכן אם חשב השופט שהמקרה שמולו הינו לאקונה, או שאחד מן הביטויים שבחוק אינו ברור ועל כן יש לפנות אל המערכת החיצונית על מנת להשלים חוסר זה, אולם בפנותו אל המערכת החיצונית יגלה כי השראה שקיבל לפירוש שחשב עליו, אולם לא היה בטוח בו ורצה לקבל סימוכין נוספים לו, אכן נכון והוא קיבל את הסימוכין הנדרשים. במקרה כזה אכן אין שום סיבה שלא תשתנה מטרת הפנייה ודרכה, ואכן אין בכך ולא כלום. אולם במקרה הנידון, מצב זה בדיוק הפוך. מצוי חוק הפוסק את הדין במקרה שלפנינו, אולם כאשר רוצה השופט לסמוך דעתו על מקור נוסף, לרוב תרבותי, מחליט פתאום לפי המערכת החיצונית שאין בחוק המצוי במערכת המקורית די, או שהוא לא נכון ומתבסס על שיקולים מוטעים, הרי אז התהפכו היוצרות בין מערכת המשפט המקורית לפנימית, ובין התוקף הניתן לכל אחת מהן. ועל כן כעיקרון מנחה שצריך להנחות את השופט בפנותו אל המערכת החיצונית, נאמר שאין לבלבל בין מעמדה של המערכת המקורית כמערכת המשפט הראשית והמחייבת ביותר, ובין מעמדה של המערכת החיצונית כמערכת משנית ומחליפה, שבאה לעזור למערכת הראשית בתפקידה ליצור מערכת חוק ומשפט שתיצור בסיס לחיים משותפים בין אזרחי המדינה.

### 3.2.4.3 – גבולות הגזרה

פניה זו, היא בעלת התוקף הנמוך ביותר. גם כאשר בוחר השופט לפנות אל מערכת משפטית חיצונית לצורך השוואת משפטים, ואכן פניה זו היא בחירתו של השופט<sup>66</sup>, אין הוא מחויב למסקנות שיופיעו מתוך ההשוואה, אלא רשאי הוא להיעזר בהם לצורך פסיקתו ורשאי הוא להחליט כי אין במקורות מהמערכת החיצונית בכדי לשנות את פסיקתו. אם כן,

<sup>66</sup> ע"א 546/78, לעיל הערה 51.

להלכה, אין השופט מחויב לפנות למערכת משפטית לצורך זה, וגם במקרה בו הוא פונה אין בממצאי הפניה בכדי לחייב את השופט לשנות פסיקתו, וגם כאשר מחליט השופט לקבל מפנייה זו, אין קבלה זו של דין והלכה אלא של רעיונות וסימוכין, לדין הנמצא במערכת המקורית. פנייה זו למערכת החיצונית אינה במובן המשפטי של המערכת כי אם במובנה התרבותי, אוצר של הגות ומחשבה משפטית, בה 'צולל' השופט לחפש תמיכה לדרך פירושו את החוק.

לצורך חיזוק והדגמה של הנאמר בתת-פרק זה, אצטט את דברי שופט בית-המשפט העליון, נעם סולברג<sup>67</sup>:

אין ספק, שבשימוש במשפט העברי, יכול שתהיה תועלת למשפט הישראלי, וכך אנחנו יכולים לברור לנו, מה שמתאים לקבל, מה שלא מתאים, לדחות. אפשר להתווכח אם לדבר הזה יש תועלת הלכתית כן או לא, אבל תועלת מעשית בשימוש היום-יומי בעקרונות הללו של המשפט העברי, לבטח יש... ואציג בפניכם כיצד אני הקטן משתדל מעת עת לעשות את זה, אני עושה את זה במשפט העברי בכלל וההרצאה הזאת מוקדשת לרמב"ם, כתנא דמסייעא לבית המשפט, ואני אביא בפניכם דוגמאות כיצד אכן הרמב"ם מסייע לי, אני הקטן בפסיקה היום יומית בבית המשפט, לאו דווקא להלכה, אלא להציג השקפה, להציג גישה, להציג אנטי תזה, להתעמת עם הדברים, להפיק מהם ולקבל מהם.

---

<sup>67</sup> דברי שופט בית המשפט העליון נעם סולברג, הרצאה בכנס השישי למורשת הרמב"ם, טבריה 2015.

הדברים מוסרטים וזמינים לצפייה בקישור:

<http://www.inn.co.il/News/News.aspx/291304>

## 4 שער שני: דיונם של החוקרים על חוק יסודות

### המשפט

#### 4.1 – דעות שופטי ישראל

##### 4.1.1 – מבוא:

כמבוא לפרק, נקדים ונאמר שדעות השופטים בישראל אשר נכתבו על שילוב המשפט העברי בבתי המשפט בישראל הינם רבות ומגוונות, אולם אף על פי כן, רבים הדברים שלא אוכל להביא לדיון בעניין, וזאת בשל חקיקת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו. החוק נחקק בשנת 1992, כשתים-עשרה שנים בלבד לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט, ומפאת חוסר הקשר לענייננו לא נעסוק בו כרגע, אולם הוא שינה מאד את פני הדברים והוסיף נדבך חשוב מאד לוויכוחים בנושא שילוב המשפט העברי בבתי המשפט בישראל, שאמנם תרם רבות לעניין, אך פסקי הדין שניתנו לאחריו ועוסקים בשילוב הנ"ל מתייחסים אליו רבות, ולכן אינם רלוונטיים לעבודה זאת המנסה לבחון את השינויים שעורר חוק יסודות המשפט, ללא השפעות שונות ממקורות שונים.

משום כך, פסקי הדין שניתנו ורלוונטיים לעניין עבודה זאת, הינם מועטים מאד באופן יחסי לזמן שעבר מחקיקת החוק ועד לכתיבת העבודה, דבר המאלץ אותנו להסתפק במספר שופטים מכובד, אך לא מגוון מידי, שפסקו בשתיים עשרה שנים אלו פסיקות הרלוונטיות לענייננו.

דבר נוסף שצריך לזכור הוא, שמטבע הדברים ישנם שופטים מסוימים אשר יוצא להם להתייחס לנושא העבודה מספר רב של פעמים, ולעומתם ישנם שופטים שכמעט ואך במקרה זכינו ובידנו דעתם בעניין. משום כך, נוצר מצב בו חלק מדעות השופטים שיוצגו

להלן יהיו גדולות, ארוכות ומפורטות יותר, לעומת דעתם של שופטים אחרים אשר יהיו קצרות וכלליות יותר.

דבר אחרון שחשוב לדעתי להזכיר בפתח פרק זה, הוא העובדה שדעתם האישית של השופטים בנוגע לחשיבות שילוב או אי שילוב המשפט העברי במערכת החוק והמשפט הישראלי, משפיעה מאד על פירושם את החוק, ואת דעתם בנוגע למטרת החוק. אין זה בא לשלול את כוונתם של השופטים לבחון את החוק והמקרה בדרך אובייקטיבית וללא משוא פנים, כראוי לשופטים היושבים על מדין, אך למרות כל הזהירות שלא יפורש החוק בניגוד למטרת המחוקק, דברים שונים משפיעים על דרך הפירוש, מהם דברים אובייקטיביים, כגון פרטי המקרה, ומהם דברים שאינם אובייקטיביים כגון נטיית הלב הטבעית<sup>68</sup>.

הדעות שיוצגו בפרק זה<sup>69</sup>, יסודרו ויוצגו לפי הסדר הבא:

- ❖ מהי לאקונה, כלומר מהו המקרה עליו מדבר חוק יסודות המשפט?
- ❖ מטרת חוק יסודות המשפט, כלומר פירוש החוק, הוראותיו ודיניו והמשמעות העקיפה שלהן על פי מטרתם (ראוי לו לחוק שיתפרש על פי מטרתו)
- ❖ דיסהרמוניה משפטית
- ❖ נפקות לעניין שאלת המחקר

כאמור לעיל, מקצת מהשופטים יפורטו דעתם יותר ומקצתם פחות. כמ"כ, חלק מדעות של שופטים שקיימות בידינו לא יבואו כלל, בין אם משום שבפירוט זה יש משום חזרה רבה מידי על דעה אחת של כמה שופטים שונים, ובין אם משום שאין שום ערך לדעה זו כלפי שאלת המחקר המובילה את העבודה.

---

<sup>68</sup> אלון מנחם "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי י"ג, (התשמ"ז), עמ' 227 בעמ' 229, 230. וראה שם, הערה 4.

<sup>69</sup> הכוונה לחלוקה הפנימית בתוך כל שופט. כמובן שכפי האמור לעיל, יהיו שופטים אשר יתייחסו לכל השאלות המוצגות ולעומתם שופטים אשר יתייחסו רק לחלק מהשאלות.

## 4.1.2 – מהי לאקונה?:

### 4.1.2.1 – השופט מנחם אלון

בראש ובראשונה, קובע אלון כי סוגיה זו של הבחנה בין לאקונה לבין היזקקות אל המשפט העברי בצורה ובדרך פניה שונה, אינה מן הקלות. ומוסיף וכותב אלון, כי אין לקבוע בה מסמרות, וכי הגו והוגים בשאלה זו מלומדים וחוקרים למיניהם<sup>70</sup>.

לפי אלון, לתוך המושג 'לאקונה', נכנס כל מצב אשר בו על השופט למלא תוכן למערכת החוק, בין אם במקרה אשר אין כל תוכן ראשוני במערכת החוק לגבי המקרה הנידון, ואף במקרים בהם משתמש המחוקק במושג חסר תוכן ממשי. אלון מחזק טענה זאת מניסוחו של חוק יסודות המשפט, אשר מפנה אל העקרונות המפורטים בו במצב בו מתעוררת "שאלה משפטית הטעונה הכרעה"<sup>71</sup>. "בהגדרה זאת, בניסוחה הנ"ל", כותב אלון, "נכללים לא רק מקרים בהם הנושא המשפטי אינו נידון כל עיקר במערכת המשפטית, אלא גם כאשר הנושא מובא בצורה כה כוללת שאין בה כל משמעות סובסטנטיבית-תוכנית"<sup>72</sup>. כמ"כ אלון כותב ומביע את הסכמתו לגישתו של הנשיא אגרנט לשאלה זאת<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> ד"נ 13/80, הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח', פ"ד לה(2), עמ' 785.

<sup>71</sup> חוק יסודות המשפט, לעיל הערה 1, בסעיף 1.

<sup>72</sup> אלון מנחם: המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרך שלישי, הוצאה שלישית עמ' 1546 ואילך. ועוד ראה ברשימה ארוכה של פ"ד, למשל: ד"נ 13/80, לעיל הערה 70, וכן ד"נ 40/80, קניג נ' כהן, פ"ד לו(3), עמ' 701, וכן ע"א 391/80, לסרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2), עמ' 237, וכן בג"צ 337/84, הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2), עמ' 826, וכן ע"ב 2/84 ניימן נ' וועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2), עמ' 225, וכן ב"ש 15/86, מדינת ישראל נ' אבי צור, פ"ד מ(1), עמ' 706, וכן ע"פ

#### 4.1.2.2 – נשיא בית המשפט העליון, שמעון אגרנט

הנשיא אגרנט, מונה את הסיטואציות שלהגדרתו הן המקרים הטיפוסיים של לאקונה, ופשט הוא להגיד כי לשיטתו מקרה בו לא התייחס המחוקק כלל שהרי הוא בבחינת לאקונה, אך מוסיף הוא ומונה גם את המקרה בו "המחוקק נזקק למונח-מפתח, בלי להגדירו", ובכך בעצם מתווסף אל דעתו הכללית של אלון בשאלה זו<sup>74</sup>.

#### 4.1.2.3 – פרופסור דניאל פרידמן

דעתו של פרופסור דניאל פרידמן, אף מכלילה יותר מקודמותיה. בספרו של מנחם אלון, המשפט העברי<sup>75</sup>, כולל אלון את פרידמן כחלק מהחוקרים המכלילים אף את עבודת פירוש הכלול במושגי משפט כללים, כגון רשלנות, בגדר מילוי לאקונה<sup>76</sup>. על הסוגיה הדנה בפירוש העיקרון הראשי בחוק עשיית עושר ולא במשפט<sup>77</sup>, בנוגע לחיוב השבה במקרה של "קבלת זכות שלא כדין", כותב פרידמן:

וכבר עמדו על כך שאם בכלל קיים הבדל בין פרשנותה של הוראה כה כללית מסוג זה לבין מילוייה של לאקונה, הרי ההבדל הוא דק למדי ואפשר שאין זה אלא הבדל במינוח. ניתן גם לומר כי בעוד הלאקונה

---

877/84, גאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) עמ' 169, וכן בג"צ 852/86, אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2) עמ' 1.

<sup>73</sup> להלן, הערה 74.

<sup>74</sup> אגרנט שמעון "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י' (התשמ"ד), עמ' 233 בעמ' 239. וראה בנוסף שם, עמ' 240, וכמ"כ שם, הערה 23.

<sup>75</sup> אלון מנחם: המשפט העברי, לעיל הערה 72.

<sup>76</sup> אלון, מנחם, שם, עמ' 1546.

<sup>77</sup> חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.

הרגילה, הנובעת משתיקת המחוקק, היא נסתר, הרי הנוסחה הכללית והמעורפלת, 'המסמיכה את בית המשפט לחוקק' היא בגדר לאקונה מוצהרת וגלויה<sup>78</sup>

פרופסור פרידמן מסמיך דעתו בין היתר על מקרה בו פסק הנשיא יואל זוסמן כי המושג 'צדק' הוא 'מסגרת ריקה' אליה ניתן ליצוק תוכן. לגבי פסיקה זו הוא כותב:

ומהי ריקנות זו במסגרת שקבע המחוקק אם לא לאקונה? אפשר שבעבר היה אצלנו הבדל בין פרשנות הוראה כזו לבין לקונה. כך, אם היה מדובר בהוראה עותומאנית ממקור צרפתי, ייתכן שלשם פירושה היו פונים לדין צרפתי, ואילו למילוי לאקונה היו פונים לדין האנגלי. אך הבחנה זו מתבטלת למעשה אם בשני המקרים אנו פונים לאותו המקור. זהו, אכן, המצב לגבי החקיקה הישראלית החדשה. בשני המקרים (הן "פרשנות" שהיא למעשה, לאקונה, והן לאקונה "רגילה") אנו פונים לדין הקודם (ס' 2) (ב) לחוק יסודות המשפט), להלכות שנקבעו בפסיקה, לאנלוגיה ולעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל (ס' 1 לחוק יסודות המשפט). כמו כן, הפניות לאותם מקורות הן למילוי סעיף כללי (שהוא, כביכול, "פרשנות") והן למילוי לאקונה אחרת נגזר מן הצורך ליצור, בסופו של דבר, שיטה משפטית אחידה<sup>79</sup>

פרופסור פרידמן מעלה בקטע זה שתי טענות, המנמקות את דעתו כי אף פירוש מושגים כלליים נכלל בבחינת לאקונה. הראשונה, יוצאת מהנחת מוצא של פרידמן כי סעיף 1 לחוק יסודות המשפט חל ומורה לא רק במצבים בהם קיימת לאקונה<sup>80</sup>, כי אם גם

---

<sup>78</sup> פרידמן דניאל "יסודות בידיני עשיית יושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ח' (התשמ"א), עמ' 22 בעמ' 32.

<sup>79</sup> פרידמן דניאל, שם.

<sup>80</sup> בשאלה זו נדון בחלק 4.1.2- מהי לאקונה?.

במקרה של פירוש מושגים הזקוקים ליציקת תוכן, וכאמור לעיל, לדעתנו של פרידמן אף כל פירוש הנעשה בלשון החוק, כשאינה ברורה כל צרכה ולא רק המקרה אותו כינינו<sup>81</sup> 'פירוש מושגי יסוד'. מתוך הנחת מוצא זו, מבין פרידמן כי לא ניתן כבר לחלק עתה בין שני המקרים<sup>82</sup>, משום שגם במקרה של לאקונה "רגילה" וגם במקרה של פירוש לשון החוק, הדין יהיה אותו דין, ונפנה לאותו מקום אליו מפנה החוק<sup>83</sup> על מנת למלא החסר. הטענה השנייה אותה מביא פרידמן, היא שאלת הסיבה והכוונה של המחוקק. כבר עמדנו על כך שאחד הכללים המנחים את מלאכת הפרשן עת הוא מפרש את החוק, הוא לפרש כפי כוונת המחוקק ובהתאם למטרתו. אי לכך, ובהתחשב בזה שהסיבה של הפניה למערכת החיצונית במקרה של פירוש לשון החוק ובמקרה של לאקונה "רגילה" הינה אותה סיבה<sup>84</sup>, אין כיום שום סיבה להפריד בין פירוש המונחים, להפך, ההבדל קיים כיום רק במינוח של כל מקרה.

#### 4.1.2.4 – נשיא בית המשפט העליון יואל זוסמן

הנשיא זוסמן, בדברו על האחריות שיש בידי בתי המשפט להפעיל שיקול דעת, טוען כי החלק העיקרי של שיקול דעת שמטיל המחוקק על בית המשפט להפעיל, אינו נמצא בהוראות המפורשות של החוק, כי אם בהוראות הכלליות ובטכניקת החקיקה המתבססת על עקרונות רחבים, ומפחיתה את השימוש בהוראות ספציפיות. דרך חקיקה זאת, מגדילה את הנטל, כמו גם את הסמכות, שבידי השופט, 'לחוקק', ביטוי מגובש

<sup>81</sup> לעיל, 3.2 - דרכי הפנייה למערכות חיצוניות בפסיקות בתי המשפט.

<sup>82</sup> בין פירוש מושג כלשהו ובין מילוי לאקונה "רגילה", כדבריו.

<sup>83</sup> בראש ובראשונה להלכה פסוקה, דבר חקיקה והיקש. ואם לא נמצאה תשובה באחת משלושת מקורות אלו, אזי יפנה השופט אל ערכי החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל. וכן הכוונה לעיל ולהלן.

<sup>84</sup> לדבריו. סיבה זו היא: "הצורך ליצור, בסופו של דבר, שיטה משפטית אחידה".

לגישתו זו ניתן למצוא בדבריו הבאים: "המחוקק מניח בידועין את קביעת הדין בידי השופט, ומסמיך אותו לחקיקה"<sup>85</sup>.

#### 4.1.2.5 – נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק

לעומת השופטים והמשפטנים שהובאו עד כה, שבאופן כללי אוחזים בהסכמה משותפת לכך שיש בהגדרת הלאקונה מקום למקרים של פירוש לשון החוק או לחלקם, השופט אהרון ברק שולל דעות אלו מכל וכל, ואף מגדיר כי בטעות יסודם<sup>86</sup>. ברק טוען כי כאשר המחוקק נזקק למושגים ערכיים<sup>87</sup>, מביע הוא בכך כי על השופט לפרש אותם, וחלילה שיחליט השופט בראותו כי המחוקק הטיל עליו משימה א', להחליט למלא ב'. המושג הקרוי חלל משפטי קיים רק "מעבר להתפרסותו של החוק, על פי פירושו" כדברי ברק<sup>88</sup>. בד"נ 13/80<sup>89</sup>, מפרט ברק את הדרך בה צריך השופט ללכת עת הוא מבקש ליצוק תוכן למושגי יסוד:

מקום שדבר חקיקה ישראלי נזקק למונחי יסוד כגון "צדק", "תום לב",  
"תקנת הציבור" וכיוצא בהם מושגים "ערכיים", תפקידו של בית המשפט  
הוא לצקת תוכן קונקרטי במושגים אלה על פי מטרתו של החוק

---

<sup>85</sup> זוסמן יואל "מקצת מטעמי פרשנות", ספר היובל לפנחס רוזן (חיים כהן עורך, התשכ"ב), עמ' 147, בעמ' 156.

<sup>86</sup> ברק אהרון "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", "שנתון המשפט העברי י"ג", (התשמ"ז) עמ' 265, בעמ' 268.

<sup>87</sup> כינוי נוסף למושג אותו הגדרנו: מושגי יסוד. להגדרה המלאה, ראה פרק 3.2.4 – פירוש לשון החוק. וכן לעיל ולהלן.

<sup>88</sup> ברק, אהרון שם.

<sup>89</sup> ד"נ 13/80, לעיל הערה 70, בעמ' 797.

ובהתחשב בתנאי החיים המצויים והרצויים בישראל. בעניינים אלה אין השופט ניצב השופט בפני "שטח ריק" (לאקונה בלע"ז), שכן המחוקק קבע נורמה החלה בעניין. על כן איני רואה כל אפשרות להיזקק בעניין זה להוראות חוק יסודות המשפט, שעניינם מילוי חלל בלבד.

#### 4.1.2.6 - פרופסור גד טדסקי

אף פרופסור גד טדסקי, רואה לנכון לנקוט בגישה המצמצמת את תכולתו של מושג הליקוי. במאמרו "בעיית הליקויים בחוק"<sup>90</sup>, דן טדסקי במחלוקת שבעניין הרחבת או צמצום הגדרת הליקוי, ושם הוא טוען:

למעשה, אם המשפט מעומעם אין עובדה זו כשלעצמה מהווה ליקוי; רק כאשר ניתקל בדו-משמעות, או בסתירה פנימית אשר אין להתגבר עליה במכשירי הפרשנות המקובלים, - רק אז יהיה עלינו להודות במציאותה של לאקונה. והרי התנאים הדרושים לקיומה של לאקונה הם דווקא: רצון המחוקק להסדיר יחס מיוחד, ואי יכולתה של הנורמה הכתובה על ידו לבצע הסדר מספיק.

ומוסיף בהמשך להגדיר את הליקוי:

יש להודות במציאותו של ליקוי כלומר באי שלמותה של הנורמה - רק במקרה שיישאר ליקוי רק לאחר אף לאחר שמיצה המפרש את כל אמצעי הפרשנות המותרים לו לשם התחקות אחר משמעותה של הנורמה<sup>91, 92</sup>.

---

<sup>90</sup>טדסקי גד "בעיית הליקויים בחוק", **מחקרים במשפט ארצנו**, (מהדורה ראשונה, התשי"ב), עמ' 54, בעמ' 86.

<sup>91</sup>שם, בע' 89.

---

<sup>92</sup> ישנם לא מעט, ואף יותר שופטים ומשפטנים כללים שעוסקים בבעיה זו של הגדרת הלאקונה לעומת הגדרת הפירוש, ומיקום הגבול אשר עובר, אם בכלל, בין שתי הגדרות אלו. רבים מהם, אף השפיעו על השיטות הנהוגות כיום בישראל, כדוגמת המלומדים ציטלמן וברלינג, אשר מהם וממחלוקתם שואב פרופסור טדסקי את עקרונותיו ודעותיו בעניין, שהובאו להלן. ואולם, למרות כל הנ"ל, בשל העובדה כי עבודה זו באה לסקור את המצב במדינת ישראל על פי תחולת החוקים בישראלים, וביניהם חוק יסודות המשפט, ובשל קוצר היריעה, דעות אלו לא משולבות בעבודה, ואינן מפורטות בה.

### 4.1.3 – מטרת החוק ופירושו הנכון:

#### 4.1.3.1 – השופט מנחם אלון

לפי מנחם אלון, ההתייחסות הכללית של שופטי ישראל בפרשם חוק זה שונה מאשר אם החוק היה מפנה אל המשפט האנגלי<sup>93</sup>. אלון, מוכיח זאת מן השוואה ספקולטיבית שהוא עורך<sup>94</sup> בין הפירוש שנותנים חלקים גדולים מציבור השופטים והמשפטים לחוק יסודות המשפט, לעומת היחס והפירוש שהוא משער שהיה ניתן לו חוק יסודות המשפט היה מפנה אל מקורות המשפט האנגלי והמורשת האנגלו-סקסית. האם גם אז, אלון מקשה, היה הפירוש הניתן מנסה ככל האפשר להקטין את מידת תקפותו של החוק, לצמצם את המקרים המופיעים בו, ואת ההוראות אשר חלות במקרים אשר אף הם מודים שחוק זה מדבר עליו? האם גם אז, ממשיך וספק תוקף ספק מקשה אלון, הנימה הדומיננטית בפסיקה הייתה קובעת כי למורשת האנגלו-סקסית פונים רק כשבחוק הישראלי יש לאקונה, כלומר אין אף לא מילה באשר למקרה המופיע בפני השופט, בחוק הישראלי? האם היו טוענים כי אין לשופט לפנות אל המורשת האנגלו-סקסית לפני שיעין ברמב"ם ובתשובות הרשב"א והר"ן? האם אף במקרה זה היה סובר הזרם המרכזי בפירוש לשון החוק כי הכוונה לכתבי שייקספיר ולורד ביירון, ולא ליצירות משפטיות של גדולי השופטים והלורדים האנגלים למיניהם?

ואולם, כנגד הזרם אשר אלון מדבר עליו, אלון סובר ההפך:

- חוק יסודות המשפט, מדבר (בסעיף 1) על לאקונה בלבד, אך הגדרתה של לאקונה רחבה, והיא כוללת גם מקרים אשר לא ברורים כל צרכם, למרות שהחוק כן מתייחס אל המקרה, וזאת משום כי במושג אשר חסר תוכן ומשמעות כלשהי, מצויה לאקונה, הרי למעט צירוף של מספר אותיות אין החוק נותן שום ידע

<sup>93</sup> עוד על הטיית פירוש החוק בשל דעה אישית, ראה במבוא לפרק.

<sup>94</sup> אלון, מנחם, לעיל הערה 68.

לשופט<sup>95</sup>. אלון טוען, כי לסבור שהמחוקק חקק חוק אשר מדבר על מקרה בו אין שום התייחסות אל המקרה שמופיע בפני השופט, עד כדי צמצום הוראות החוק למקרה כה נדיר אשר כמעט לא קיים, אם בכלל, זה מייחס למחוקק חוסר שיקול דעת, והיגיון. הסיבה שבגינה אלון סובר שסעיף א' מדבר רק על מקרה של לאקונה, גם אם יש לו נפקות לעניינים שאינם לאקונה, היא משום ש"אין גוזרים על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה". אלון טוען, כי משום שסעיף א' מדבר על חיוב לפנות למקורות מורשת ישראל, אם ירחיבו חיוב זה לכל מקרה אשר בו מתלבט השופט, תיווצר מציאות לא הגיונית וריאלית, בין אם משום חוסר הידע, הגישה והבקיאות של רוב שופטי ישראל למקורות אלה, ובין אם משום תחולתו של החוק על פני מספר רחב של מקרים. משום שכאמור לעיל כלל נקוט בידינו, וכלל זה חשוב מאוד במלאכת הפרשנות, כי "אין גוזרים על הציבור גזירה שאינו יכול לעמוד בה", מסתמא לא דיבר המחוקק בסעיף א' כנגד המקרים אשר אינם בבחינת לאקונה.

• בפירוש אובייקטיבי לחוק יסודות המשפט<sup>96</sup>, תוך התעלמות מהמקורות אליו הוא מפנה, הנימה הדומיננטית בפסיקות ובמאמרים צריכה להיות שסביר להניח כי מטרת החוק היא<sup>97</sup>: פרט למקרה שבו קיימת הוראה מפורשת אחרת בחוק או בפסיקה, החוק יתפרש לפי אותם עקרונות אליהם מפנה חוק יסודות המשפט<sup>98</sup>. בנוסף, טוען אלון כי ע"פ פירוש החוק ע"פ מטרתו ורצונו, ברור

---

<sup>95</sup> ראה פירוט 4.1.2.1 – מהי לאקונה?: השופט מנחם אלון.

<sup>96</sup> טענה זו נסמכת על ההשוואה הספקולטיבית שעורך אלון, לעיל תחילת הצגת דעת אלון.

<sup>97</sup> ע"א 546/78, לעיל הערה 41, בעמ' 80.

<sup>98</sup> החוק יתפרש, שונה מאשר חיוב פנייה לצורך קליטת דין, עליה טוען אלון מדבר סעיף 1 לחוק בפירוש. עניין זה של פירוש החוק ע"פ המקורות הנ"ל, לומד אלון מהבנת מטרת החוק, ולא מהוראתו המפורשת.

שמערכת זו כוללת גם את הפן המשפטי של מקורות מורשת ישראל<sup>99</sup>, ולא רק את הפן התרבותי של עקרונות אלו<sup>100</sup>.

• התעלמות של שופטים ומשפטנים רבים מחלקו העיקרי של חוק יסודות המשפט, במקרים רבים לא נעשית בזדון, שכן היא מצויה אף במקומות אשר גם בהם גם לדידם החוק מפנה את הפרשן אל המקורות הנ"ל. לפי אלון, רבות מהפעמים שבהם שופטים לא מתייחסים להוראת חוק יסודות המשפט, נעשית מחוסר ידע, נגישות והתמצאות ברחבי במקורות אליהם מפנה החוק. כדוגמה, מביא אלון מקרה<sup>101</sup> בו גם לדעת השופט אהרון ברק צריך לפנות אל הציווי בסעיף 1 בחוק יסודות המשפט<sup>102</sup>, והוא כותב בפ"ד כי אין תשובה למקרה זה ע"פ שאר הדרכים המפורטות בסעיף<sup>103</sup> 1, אולם אינו פונה אחר כך אל עקרונות החירות היושר הצדק והשלום של מורשת ישראל<sup>104</sup>.

#### 4.1.3.2 – השופט צבי כהן

נסתייע בידי למצוא, לאחר יגיעה, כי הבעיה הנדונה, ... נדונה בהרחבה בכמה מקומות ב'הלכה'. אני רואה, איפה, חובה לעצמי להביאם ולפרטם, לא רק כדי להגדיל תורה ולהאדיר, אלא גם משום שאין אנו פטורים, לדעתי מלהיזקק להם, העדר מקורות מחייבים אחרים

---

<sup>99</sup> כלומר, מערכת המשפט העברי.

<sup>100</sup> אלון, מנחם, לעיל הערה 68. וכן שם בעמ' 251, ובעמ' 235.

<sup>101</sup> בג"צ 669/86, יעקב רובין נ' מנחם ברגר, פ"ד מא(1), עמ' 73.

<sup>102</sup> על פי דברי ברק בד"נ 13/80, לעיל הערה 70, וכן ב: ברק אהרון, לעיל הערה 86.

<sup>103</sup> דוגמת היקש.

<sup>104</sup> אלון, מנחם, לעיל הערה 100.

כמצוות המחוקק בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, שלא נאמרה

לתפארת המליצה בלבד אלא כדי ליישמה הלכה למעשה<sup>105</sup>

#### 4.1.3.3 – נשיא בית המשפט העליון שמעון אגרנט

הנשיא אגרנט<sup>106</sup>, בוחן בפרשת סקורניק<sup>107</sup> את ההתייחסות של העם היהודי כלפי המשפט העברי במשך הדורות ולאורך ההיסטוריה. בבחינה זו, הוא מוצא וקובע כי תמיד, ובכל תפוצות ישראל, היה המשפט העברי חלק מנכסי צאן הברזל התרבותיים של העם היהודי, חלק מהקניינים הלאומיים של אומה זו. משקבענו זאת, טוען הנשיא אגרנט, צריך להבין כי אף היום נושא המשפט העברי אופי לאומי זה לגבי היהודים.

על דברים אלו של הנשיא אגרנט, טוען אלון כי: "דברים אלו, כידוע, נאמרו לא לתפארת המליצה בלבד, אלא כיסוד לפסיקה להלכה ולמעשה."

#### 4.1.3.4 – פרופסור חנינה בן מנחם

בניגוד לשתי הגישות העיקריות המצויות בפסיקה, בנוגע לפירוש של חוק יסודות המשפט ע"פ מטרתו, בן מנחם מציע פרשנות אחרת. לפי בן מנחם, אין בהוראות סעיף 1 לחוק, בכדי לחייב ציות ופסיקה לפי הדין המצוי לשופט בעקרונות הנ"ל. בן מנחם משווה את הלשון של החוק ואת לשונו של סעיף 46 לדבמ"ב, בעוד שבסימן 46 הנוסח הוא: "ישפטו בתי המשפט באזרחיים בהתאם ליסודות החוק ולעקרונות המקובלים בבריטניה" בחוק יסודות המשפט כתוב: "יכריע בה לאור עקרונות החירות הצדק וכו'." בן מנחם מביא

<sup>105</sup> ע"פ (ת"א) 1419/86, טסה יהושע נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ח (א) עמ' 309, בעמ' 322.

<sup>106</sup> דברים אלו, נאמרו שנים רבות לפני חיקוק חוק יסודות המשפט, אך הם מלמדים על הבנתו של הנשיא אגרנט את היחס של עם ישראל למשפט העברי, ובעקבות זאת את היחס שראוי שמדינת ישראל ומערכת משפטה יתנו למערכת המשפט העברי.

<sup>107</sup> ע"א 191/51, סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח עמ' 141, בעמ' 176-177.

את פירושו של מילון אבן שושן למושג 'לאור': "לאור הדברים, ... לאחר עיון והתבוננות"<sup>108</sup>,  
ואם נכניס פירוש זה לתוך לשון החוק נקבל: "כריע בה לאחר התבוננות ועיון בעקרונות  
החירות וכו'". משהגענו למסקנה זאת, נבין כי החוק קובע את דרך, אופן ואופי קבלת  
ההכרעה והפסיקה, אך לא את תוכנה, כלומר, החוק מטיל על השופט את חובת ההיוועצות  
בעקרונות מורשת ישראל, אך לא לפסוק על פיהם. לדבריו של בן מנחם, מודל זה, הוא  
מודל של תקדים מנחה. , שכוחו בכך שבית המשפט אינו רשאי להתעלם ממנו או לפנות  
אל מקורות משפט אחרים, אך אינו מחויב לפסוק על פיו<sup>109</sup>.

#### 4.1.3.5 – נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק

כמו לאלון, גם לברק יש מספר טענות שונות שיוצגו להלן:

- מקרים של פירוש מושגים אינם כלולים בלאקונה. משום כך ומשום שחוק יסודות המשפט מדבר רק על מקרה של לאקונה<sup>110</sup>, אין לפרש מושגים ואת לשון החוק במקום בו היא צריכה לכך, דווקא על פי עקרונות מורשת ישראל, אלא יפנה השופט למקור אשר נראה לו הכי מתאים ותואם את רצון המחוקק<sup>111</sup>.

- אותם הסוברים כי על פי חוק יסודות המשפט, כאשר השופט נתקל בלאקונה עליו לפנות אל עקרונותיה של מורשת ישראל, טועים, משום שהמחוקק לא מצווה זאת. ציווי המחוקק אומר כך:

---

<sup>108</sup> אברהם אבן שושן, המילון החדש, (ירושלים, תשכ"ו) 44.

<sup>109</sup> בן-מנחם חנינה: חוק יסודות המשפט – חובת ציות או חובת היוועצות?, לעיל הערה 68, עמ' 257, בעמ' 260.

<sup>110</sup> לאורך כל דבריו, מסרב ברק להכיר בתוצאה עקיפה של חוק יסודות המשפט, שכן הוא טוען כי החוק מדבר על מקרה א', ועליו בלבד, ואם היה ברצון המחוקק להוסיף מקרים נוספים לתחום השפעתו, היה עושה זאת בפירוש ע"י הוספת סעיף נוסף לחוק. פירוט נוסף בהמשך הפרק.

<sup>111</sup> פירוט של הטענה ומקורה, בחלק 4.1.2.5 – מהי לאקונה? נשיא בית המשפט העליון אהרון ברק.

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא

לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש,

יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של

מורשת ישראל

ולפי ברק הפירוש הנכון הוא כך: והיה ונתקל השופט במקרה של 'לאקונות אמת', עליו לפנות אל דרכי השלמת המשפטים שקבע המחוקק, והן: דבר חקיקה, הלכה פסוקה או היקש. ניסה כל זאת ונשאר השופט עדיין עם שאלה משפטית הטעונה וכו', או אז על השופט לפנות אל אותם עקרונות, אך אין לו רשות לעשות זאת לפני שמיצה את כליו הפרשניים הקודמים למקורות המשפט המשלימים<sup>112</sup>.

• אף כנגד הטענות אשר טוען ברק כי מועלות כנגדו, באשר לצמצום ומיעוט המקרים אשר לפי דעתו תקף לגבם חוק יסודות המשפט, משיב ברק. לטענתו, אכן כך המציאות, ולשיטתו, אין המקרים אשר בהם החוק חל רבים. אלא שלשיטתו של אלון, לפני חיקוק החוק, רוב האנשים ידעו והסכימו כי המקרים בהם צריך שופט להיזקק אל מקורות משפט משלימים הם מועטים, ומביא ראיה לכך ממספר לא מבוטל של מאמרים, מחקרים והתבטאויות<sup>113</sup> ששייכים לאנשי משפט למיניהם<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> ברק, אהרון, לעיל הערה 86, בעמ' 267.

<sup>113</sup> דוגמת: אלון מנחם "המשפט העברי במשפט המדינה", הפרקליט, כה (התשכ"ט) עמ' 27, בעמ' 51. וכן אביגדור לבונטין, "כללי ברירת הדין במדינת ישראל והסימן 46 לדבר המלך במועצתו" (1974); י' זמיר, "סדרי המינהל בישראל וסעיף 46 לדבר המלך" (1974); טדסקי גד "ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו וכח פעולתו", משפטים ח' (1977) עמ' 180.

<sup>114</sup> ברק אהרון, לעיל הערה 86, בעמ' 270.

• ברק לא רואה דרך ללמוד מהוראותיו המפורשות של החוק, המדברות על מקרה של לאקונה בלבד<sup>115</sup>, גם למקרים שאינם לאקונה לפיו ולכן אין החוק מדבר עליהם באופן ישיר, משתי סיבות. הראשונה, משום שאם המחוקק היה רוצה להרחיב את הוראותיו ודיניו של החוק, כמו את המקרים שבהם הוא חל, היה מורה על כך בחוק. סיבה שניה היא משום שלדעת ברק יש הבדל בין שתי המלאכות אשר מבצע השופט, הלא הן מילוי לאקונה, ופרשנות החוק. גם אם מורשת ישראל 'מונתה' בחוק יסודות המשפט לביצוע תפקיד א', של מילוי לאקונות, אין בכך כדי להטיל עליה את הזכות והנטל להיות מקור לפירוש החוק, גם אם אכן זהו מקומה<sup>116</sup>. ומדגיש ברק, כי לא רק שלטענתו אין ללמוד על כך מ'כוחו' של החוק, אלא אפילו מ'כוח כוחו'<sup>117</sup> של החוק לא ניתן ללמוד על כך.

#### 4.1.3.6 – פרופסור גד טדסקי

גם הפרופסור טדסקי, מסכים עם האמרה כי הדרך הראשונה במעלה, מבחינה רציונאלית ומשפטית, היא האנאלוגיה. דבריו הוא מנמק בקטע הבא:

---

<sup>115</sup> אף לדעת אלון, ראה לעיל בפירוט דעותיו של אלון ראש הפרק.

<sup>116</sup> כלומר, טוען ברק שלא משנה מה מקומה האמיתי של מורשת ישראל ביחס לפרשנות החוק, בכל אופן אין להסיק על מקום זה מחוק יסודות המשפט.

<sup>117</sup> שכן, ברק עושה חילוק בדברי אלון, בין הדברים הנלמדים מ'כוחו' של החוק, הלא הם הוראותיו המפורשות של החוק, לבין דברים הנלמדים לדעת אלון מ'כוח כוחו' של החוק, כלומר דברים הנלמדים מן החוק בצורה עקיפה בלבד. חילוק זה ברק לומד מדברי אלון בד"נ 13/80 (לעיל הערה 70): "הדעה נותנת איפה, שההשראה לפרשנותה של מערכת משפטה של המדינה היהודית תבוא, בראש ובראשונה, ממערכת משפטה הלאומית, שהיא היא רקעה התרבותי-משפטי...ונימוק זה מקבל עתה משמעות מיוחדת לאור ההוראה שבסעיף 2 לחוק יסודות המשפט, בו דנו לעיל, שענינו אמנם, במקרה של לאקונה, אך הימנע משתמע במרום (ההדגשה אינה במקור) איזוהי המערכת המשפטית הרצויה והמועדפת בעיני המחוקק, גם במקרה שזו משמשת כמקור השראה בלבד.

אנאלוגיה היא הדרך הטבעית ביותר בין הדרכים המקובלות למילוי ליקויי החוק, שכן יסודה בצורך השיון המשפטי, לפיו ראויים מצבים דומים במציאות לזכות בטיפול משפטי שווה – אשר על כן הכלל היוצא מאת המחוקק נראה לנו כניתן להעברה ממקרה אחד למקרה דומה לו<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> טדסקי, גד, לעיל הערה 90, בעמ' 69.

#### 4.1.4 – דיסהרמוניה משפטית:

בדיון זה, בולטות בעיקר דעתם של השופטים מנחם אלון ואהרון ברק. קשה למצוא דעות מפורטות וברורות של שופטים אחרים, אשר רלוונטיות באמת לעיקר שאלתנו, הלכך אציג בחלק זה של העבודה את דיונם של שני השופטים לעיל, טענותיהם קושיותיהם ותשובותיהם.

טענתו הראשונה של אלון היא, כי על פי פירושו של ברק לחוק, כאשר עקרונותיה של מורשת ישראל 'ראויים' להוות מקור משפטי משלים במקרה לאקונה, אך אינם ראויים להוות מקור משפטי שיסייע בפירוש לשון החוק, נוצרת דיסהרמוניה במשפט הישראלי. מעבר לכך, אין לפרש את החוק כפי פירושו של ברק לעיל, משום שפירוש כזה עם הדיסהרמוניה שהוא יוצר, מייחסות למחוקק חוסר שיקול דעת והבנה, משום שיצר מצב אבסורדי זה.

על טענה זו, מגיב ברק וטוען, כי הוא אינו היוצר של דיסהרמוניה זו. אותה דיסהרמוניה מקורה 'קדום' יותר, והיא קיימת כתוצאה ישירה של המציאות החברתית בה אנו חיים. לפי ברק, אחד מתפקידיו של חוק יסודות המשפט הוא לשמור על איזון בתוך החברה בה אנו חיים, ועל שני הצדדים (המאמינים ואלו שאינם מאמינים) לשמור על איזון זה, על ידי כך שאלו שאינם מאמינים אכן יפנו אל מקורות המורשת היהודית כאשר החוק מחייב זאת, ואלו שמאמינים יפנו אל אותם מקורות רק כאשר החוק באמת מחייב זאת<sup>119</sup>. לדעתו, פסיקה כי פירוש מושגים ופירוש לשון החוק הינם בבחינת לאקונה, פוגעת באיזון זה. קביעה כי מ'כוחו' ומ'כוחו' של חוק יסודות המשפט צריך לייחס לעקרונות מורשת ישראל מעמד של בכורה בבואנו להיוועץ במערכת חיצונית שלא במקרה לאקונה, מהווה פגיעה באיזון עדין זה שמבקש החוק ליצור, ובכך אינה מממשת פירוש של החוק על פי מטרותו.

---

<sup>119</sup> כלומר הפניה תהיה, אבל רק במצב של לאקונה.

יש לשים לב, כי תשובה זו של ברק אינה עונה או מתעתדת לענות על השאלה במובנה הפרשני של דרך פירוש הוראות חוק יסודות המשפט, אלא עונה בצד הרעיוני-מחשבתי. כלומר, ברק לא עונה בתשובה זו על הטענה כי לפי הבנתו את לשון החוק, לפי פירושו המשפטי ללשון החוק אין החוק מורה לבכר מערכת זו או אחרת. ברק טוען כי לפי הבנתו את הנפקויות שיש לפירוש של אלון, והבנתו את המגמות שהחוק בא לקדם, אין פירושו של אלון תואם את מטרת החוק.

אלון, מסרב לקבל תשובה זו של ברק, ואחלק את דבריו לשתי קושיות על דברי ברק:

1. התשובה לא עונה על גוף השאלה, משום שאין טענתו הראשונה של אלון

נסובה על כך שלעיתים מתקבלות הוראות מורשת ישראל ולעיתים לא. דיסהרמוניה זו אכן מקורה בשיטת החיים ובמציאות החברתית הנהוגה, ומופיעה ביתר שאת בדיני נישואים וגירושים, ושמירת שבת. הדיסהרמוניה עליה מדבר אלון היא ספציפית יותר ומכוונת לחוסר תשתית משפטית מרכזית אחידה היכולה להימצא במורשת ישראל. כלומר, הדיסהרמוניה עליה מדבר אלון, היא אותה דיסהרמוניה שנובעת מכך שמושגים ספציפיים, כגון 'צדק' ו'יושר' של מורשת ישראל, ישמשו לעיתים למילוי לאקוונות, אך על מנת לפרש מושגים אלו ממש, כאשר מופיע בחוק הצורך לפסוק על פי ערכים אלה<sup>120</sup>, אי אפשר לפרש מושגים אלו על פי אותה מורשת ישראל.

2. אין קשר, טוען אלון, בין איזון בין מאמינים ולא מאמינים, כמו גם מיעוטים לא

יהודים, לבין עניין חוק יסודות המשפט. וכך כותב אלון:

וכי בתי-הדין הרבניים נדרשו, לפי חוק יסודות המשפט, לתת את התשובה במקרה של לאקונה על עקרונות מורשת ישראל, או בתי המשפט הכלליים, האזרחיים – המה אשר נדרשים להשתמש, לפי הבנתם, במשפט

---

<sup>120</sup> דוגמת חוק העונשין.

העברי בתור מערכת משפטית עיונית – כדי להכריע

בבעיות העולות בפניהם?<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> אלון מנחם, לעיל הערה 68, בע' 244.

## 5 – סיכום

במהלך העבודה, התחקיתי אחר מקורותיו, משמעויותיו וההיסטוריה של חוק יסודות המשפט. עקבתי אחר שיטות החוק והמשפט שהיו נהוגות בארץ בטרם חקיקת החוק, מאז ימי השלטון העות'מאני בארץ. ניסיתי להבין את הרקע המשפט שקדם לחוק, ואת ההרגשה וההתייחסות הציבורית למערכת המשפט לפני חקיקת החוק ולאחריו. בדקתי את דעות השופטים בקשר לפירושו הנכון של החוק והמשמעויות העקיפות של פירושו זה. כל זה נעשה, על מנת להבין כיצד השפיע חוק יסודות המשפט באופן עקיף על יכולת שופטי ישראל לשלב את המשפט העברי בפסיקותיהם.

הטענה אותה ביקשתי לברר, יצאה מתוך נקודת השקפה, כי כאשר חוק נחקק, מלבד להוראותיו הברורות, יש בכוחו לתת הוראות עקיפות אשר אינן מפורטות בו, משום שחקיקתו מעידה על רצון כלשהו של המחוקק, ועל מגמה אליה הוא מכוון. במהלך העבודה, נתקלתי כמובן גם בדעות החולקות על נקודת השקפה זאת, ואשר על כן טוענות כי מה שרצה המחוקק שיקרה, פירט והורה בדיני החוק, ואילו מה שלא נכנס אל הוראות החוק, כנראה שלא אמור לקרות/להיות.

חוק יסודות המשפט זכה להתייחסויות רבות, ע"י שופטים ומשפטנים רבים, והנושא הכללי של שילוב המשפט העברי במערכת פסיקות בתי המשפט, נידון אף במקומות רבים אף יותר: בפסקי דין, במאמרים ואף בספרים. במהלך פרקי המחקר בעבודה, השתדלתי להביא את הדעות השונות והמפורטות ביותר, בצורה אשר תדגיש את הגיוון והמרחב הרב שקיים בין הדעות השונות. התייחסתי בעבודה זאת בתחילה אל דעות השופטים לגבי פירושו הנכון של החוק, ולאחר מכן למדנו מכך את הנפקויות השונות היוצאות מדעותיהם של השופטים<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> בשל העובדה שבפרק זה נציג את הנפקויות היוצאות מדעות השופטים שפורטו לעיל, רוב ההפניות אל מקור הדעות, מופיעות לעיל, ומקום שאין חידוש כי אם רק חזרה על הדעה שפורטה לעיל, פירוט של הדעה ומקורותיה נמצאים לעיל בפרק "דעות השופטים".

לגבי הנפקויות היוצאות מדעות השופטים בקשר לפירושו הנכון של החוק, ניתן להסיק מדברי אלון<sup>123</sup> את שתי הטענות הבאות:

1. אלון, טוען כנגד המגמה שלדבריו יוצרת דיסהרמוניה משפטית<sup>124</sup>, כי לא ניתן להגיד שהמשפט העברי ראוי למלא דין חסר בדיני נזיקין<sup>125</sup>, אך אינו 'מספיק' על מנת לפרש את המושגים המופיעים בחוק, משום שדעה כזאת מייחסת למחוקק חוסר הבנה ויצירת מציאות לא הגיונית. על כן, מ'כוח כוחו' של חוק יסודות המשפט, יכולים השופטים להיזקק למשפט העברי כאשר הם נתקלים בשאלה משפטית כלשהי. בוודאי שכך הוא, כאשר המחוקק מראה ומצביע על כך שחוק זה מבוסס על מקורות מורשת ישראל, בדיניו, ביטוייו או שמו<sup>126</sup>. כלומר, משום שכלל נקוט בידינו כי יש לפרש את החוק על פי רצונו, כאשר המחוקק מראה בחוק כי חוק זה שאוב ממקורות מורשת ישראל, כנראה שרצה שגם הפסיקה במקרה זה תתבסס על אותם מקורות. טענה זאת מתחזקת לאור חקיקת חוק יסודות המשפט, משום שאם עד כה יכולנו לטעון כי המחוקק רצה לתת מקום למקורות לעיל, אולם לא לתת יותר מקום מאשר המקום שהוא נתן בחקיקו חוקים הנסמכים על מקורות אלו, הרי שעכשיו, הורה המחוקק כי עקרונות אלו אמורים לבוא לידי ביטוי אף בפסיקה<sup>127</sup>.

2. טענה נוספת שאפשר להסיק מדבריו של אלון, מוצאת את מקורה דווקא בסעיף 2 של חוק יסודות המשפט. עוד בטרם נחקק חוק יסודות המשפט,

---

<sup>123</sup> בהמשך הפרק, יובהר כי לגבי הנפקויות היוצאות מדברי השופטים, אלון מייצג קבוצה של מספר שופטים, ולא דווקא את עצמו בלבד.

<sup>124</sup> פירוט ומקורות לטענות ניתן לראות בחלק 4.1.4 – דיסהרמוניה משפטית.

<sup>125</sup> כדוגמא, לאו דווקא נזיקין.

<sup>126</sup> ע"א 546/78, לעיל הערה 41, וכן ד"נ 13/80 לעיל הערה 70.

<sup>127</sup> ע"א 604/77, מוברמן נ' סגל, פ"ד לב(3) עמ' 85 בעמ' 97.

בשנת התשל"ב נחקק חוק תיקון לפקודת סדרי שלטון ומשפט<sup>128</sup>, המבטל את החובה להיזקק להוראות המשפט האנגלי כאשר מצווה על כך החוק<sup>129</sup>. וכך כותב אלון בעקבות חיקוק החוק בפ"ד עמידר נ' אהרון<sup>130</sup>:

והלא הדברים קל וחומר: אם בשנת 1954, בטרם זכינו ל"חירות" משפטית זאת, מהכפיפות לפרשנות המשפטית האנגלית, הרהיב עוז ופסק בית משפט זה מה שפסק בוינשטיין נ' קדימה בניגוד לפסיקה האנגלית הנהוגה אותה שעה בוודאי ובוודאי שמצווים אנו עתה, משבטלה גזירת הכפיפות, לבור את דרכנו על פי מה שנראה לנו נכון על פי הדין וצודק לפי העניין בבואנו להכריע בשאלה העומדת בפנינו.

מדבריו אלה של אלון, לא ניתן יכולים להסיק דבר כלשהו אשר מהווה שינוי מהותי מדעותיו שהסקנו לעיל, למעט חיזוק ונתינת תוקף מחוזק לדעות לעיל. זאת משום, שאף כאשר עדיין לא עוגן בחוק סעיף 1 של חוק יסודות המשפט, ראה אלון בסעיף 2 לחוק הנ"ל, את היכולת לתת כוח לשופט לפנות אל עקרונות מורשת ישראל. לפי ה'קל וחומר' שעשינו מדבריו הקודמים, והסקנו את מה שהסקנו, כמובן שאלון בדבריו אלה נותן משנה תוקף ליכולת השופט לפנות אל העקרונות הנ"ל במקרה בו אפשר לטעון את טענת השאיבה, לאחר חקיקת חוק יסודות המשפט, וכמפורט לעיל, רק על פי סעיף 2, אף ללא הכוח שהוא נותן לסעיף 1 בעניין זה.

על כן, ניתן להגיד באופן מכליל, כי לדעת השופט מנחם אלון ו'ההולכים בדרכו' המשפטית, חוק יסודות המשפט אכן משפיע אף מעבר ל'תחום שיפוטי' המובהק. לדעתם, החוק מעיד על מגמה רחבה אותה מעביר המחוקק, והיא לתת מקום ובמה למערכת המשפט העברי בפסיקותיהם. לכן, לדעתם, בין יתר ההשפעות העקיפות שיש לחוק יסודות

<sup>128</sup> חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, התשל"ב-1972 (תיקון מס' 14).

<sup>129</sup> אך לא מבטל את סעיף 46 לדבר המלך במועצתו לעיל.

<sup>130</sup> ע"א 86/76, לעיל הערה 35.

המשפט, וודאי שמשפיע הוא גם על היכולת של שופטי ישראל לטעון את 'טענת השאיבה', משום שכאמור הוא מעיד על רצון המחוקק לשלב מערכת זו במערכת המשפט הישראלי, וטענת השאיבה מעידה גם היא על רצון כזה, ולכן חקיקת החוק נותנת משנה תוקף לטענת השאיבה במקרים בהם היא חלה.

בד"נ 40/80<sup>131</sup>, מפרט אלון באופן הברור ביותר את טענתו בנוגע לשאלת המחקר,

וכך כותב הוא שם:

אם גם לעניין הסוגיה שלפנינו...עדיין אין בו בחוק יסודות המשפט כדי להעניק למערכת המשפט העברי מעמד כלשהו בנוסף למעמד "ההשראה" של כל מערכת משפטית אחרת, אם כך הוא, סעיף 2 לחוק שהוא לא רק מחציתו של החוק, אלא כולל את מצות ה"עשה" שבו – לשם מה הוא בא ומה חידוש יש בחקיקתו? הרי גם בטרם חוק זה לעולמה של מערכת המשפט בישראל, מותר היה לו לבית המשפט לעסוק בתפקיד הנכבד של שימוש במשפט העברי לשם "הרחבת והרחקת האופק ושדה הראייה הפרשניים, ובכך ליצור עומק נוסף ליצירה הפרשנית", ומה נתחדש עתה, עם קבלת חוק אשר בשם חוק יסודות המשפט ייקרא? ואם תאמר שיומו של המשפט העברי יגיע במקרה של לאקונה, הרי לפי פירושו של חברי הנכבד – בניין הנדלס (ד"נ 13/80 הנ"ל) למושג הלאקונה ומה לא כלול במושג זה, תאב אני לדעת, אימתי וכיצד ייתן שתימצא לאקונה, שאין לה תשובה "בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך שלח היקש". האומנם ייתכן לפרש חוק באופן שדברי המחוקק הם נטולי משמעות משפטית, אפילו פחות מכדי "גרוגרת דרבי צדוק"? ככמה ויכוחים התווכחו וכמה ניסוחים ניסחו – חברי הכנסת בפרט וציבור המשפטנים בכלל – עובר לחקיקתו של חוק יסודי זה, וכל זה לא נעשה אלא כדי לענות על בעיית לאקונה שלא באה לעולם, וספק

---

<sup>131</sup> ד"נ 40/80 לעיל הערה 72 בעמ' 742-743.

גדול אם אי פעם יכול שתבוא לעולם, וספק עוד יותר גדול אם וכאשר

תבוא לעולם לא יוחלט ברוב דעות, שאין זו לאקונה כל עיקר? אתמהה.

לעומתם, השופטים אשר ניתן לסווג אותם כאלו ההולכים בדרכו המשפטית של הנשיא אהרון ברק, לא יסכימו לעמדה זאת, ויטענו כי אין לחוק משמעויות נוספות מעבר להוראותיו המפורשות בו<sup>132</sup>. התייחסותם אל טענת השאיבה לבדה ועמדתם לגביה לעיתים תהייה שונה ואף הם יטענו כי ע"פ טענה זאת ניתן לשלב את המקורות העבריים בפסיקה, אך ללא השפעה של חוק יסודות המשפט על טענה זאת<sup>133</sup>.

כל זאת, מתייחס אל ההשפעות התיאורטיות של חקיקת החוק. ברמה המעשית, גם לקבוצה הראשונה, ההולכת בדרכ אלון, אין השפעה על יכולת השילוב, וזאת משום שלדעתם, אנו לומדים מחוק גם השפעות עקיפות, ועל כן, אם מדובר במקרה עליו חלה טענת השאיבה, בכל מקרה על אותם שופטים לטעון כי השפעות העקיפות של החוק מורות לנקוט בשימוש במקורות המשפט העברי לצורך פירוש החוק. על כן, אם מדובר בשופט אשר 'דורש השפעות עקיפות'<sup>134</sup>, הוא ידרוש את ההשפעות העקיפות הנובעות מהיכולת לטעון את טענת השאיבה, ולעומת זאת, אם מדובר בשופט אשר סובר כי אין 'לדרוש השפעות עקיפות', אזי לא יסכים כי לחוק יסודות המשפט יש משמעות עקיפה המחזקת את היכולת לטעון את טענת השאיבה.

לפי כל המפורט לעיל, ניתן לבוא ולומר כמסקנה סופית, כי ברמה התיאורטית חלק מהשופטים והפרשנים יסברו כי חוק יסודות המשפט אכן משפיע על היכולת לשלב את המשפט העברי בפסיקה על פי טענת השאיבה, למרות שלדעתם אין בהשפעה זאת בכדי לשנות באופן מעשי את השילוב הנ"ל, בעוד שופטים אחרים כלל לא יסכימו כי יש השפעה עקיפה כלשהי לחוק.

<sup>132</sup> לדוגמה דברי השופט ח' כהן בד"נ 13/80 לעיל הערה 70.

<sup>133</sup> ד"נ 40/80 לעיל הערה 131, בעמ' 725-726.

<sup>134</sup> על משקל 'דורשים תחילות' (ביטוי המופיע בתלמוד). כלומר, שופט אשר סובר כי על השופט להתייחס

בפסיקתו גם לדברים הנובעים מתוך החוק, ולא רק להוראותיו המפורשות.

## ביבליוגרפיה

### ספרים

- אברהם אבן שושן, המילון החדש, (ירושלים, תשכ"ו) עמ' 44
- אלון, מנחם: **המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, כרך שלישי**, הוצאה שלישית.
- י' זמיר, **סדרי המינהל בישראל וסעיף 46 לדבר המלך** (1974).
- לבונטין אביגדור "כללי ברירת הדין במדינת ישראל והסימן 46 לדבר המלך **במועצתו**" (1974).
- רקובר נחום: **המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל**, כרך ראשון, התשמ"ט.

### מאמרים

- אגרנט שמעון "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", **עיוני משפט י'** (התשמ"ד), עמ' 233.
- אלון מנחם "המשפט העברי במשפט המדינה", **הפרקליט**, כה (התשכ"ט) עמ' 27.
- אלון מנחם "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" **שנתון המשפט העברי י"ג**, (התשמ"ז), עמ' 227.
- בן-מנחם חנינה "חוק יסודות המשפט – חובת ציות או חובת היוועצות?" **שנתון המשפט העברי י"ג** (התשמ"ז), עמ' 257.
- ברק אהרון "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", " **שנתון המשפט העברי י"ג**, (התשמ"ז) עמ' 265.
- זוסמן יואל "מקצת מטעמי פרשנות", **ספר היובל לפנחס רוזן** (חיים כהן עורך, התשכ"ב), עמ' 147.

- טדסקי גד "ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו וכח פעולתו", **משפטים ח'** (1977) עמ' 180.
- טדסקי גד "בעיית הליקויים בחוק", **מחקרים במשפט ארצנו**, (מהדורה ראשונה, התשי"ב), עמ' 54.
- לחובסקי אסף "בין מנדט למדינה: על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות", **משפטים כ"ט** (התשנ"ח) עמ' 689.
- פרידמן דניאל "יסודות בדיני עשיית יושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", **עיוני משפט ח'** (התשמ"א), עמ' 22.
- רקובר נחום "הקדמה", **המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל**, (נחום רקובר עורך, התשמ"ט) עמ' ז'.
- שמגר מאיר "פתח דבר", **המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל** (נחום רקובר עורך התשמ"ט), עמ' ה'.

### פסקי דין

- ע"א 106/54, **צבי וינשטיין נ' קדימה** אגודה שיתופית להספקת מים בע"מ, בכפר קדימה ואח', פ"ד ה עמ' 1317.
- ע"א 76/86, **עמידר החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון**, פ"ד לב(2), עמ' 337.
- ע"א 546/78, **בנק קופת עם בע"מ נ' הנדלס ואח'**, פ"ד לד(3) עמ' 57.
- ד"נ 22/73, **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כח(2), עמ' 89 .
- ע"א 337/62, **ריזנפלד נ' יעקובסון ואח'**, פ"ד יז, עמ' 1009.
- רע"א, **א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרי ומוצרי צריכה בע"מ ואח'**, פ"ד נב(4), עמ' 289.
- ד"נ 13/80, **הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח'**, פ"ד לה(2), עמ' 785

- ד"נ 40/80, קניג נ' כהן, פ"ד לו(3), עמ' 701.
- ע"א 391/80, לסרסון נ' שיכון עובדים, פ"ד לח(2), עמ' 237.
- בג"צ 337/84, הוקמה נ' שר הפנים, פ"ד לח(2), עמ' 826.
- ע"ב 2/84 ניימן נ' וועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2), עמ' 225.
- ב"ש 15/86, מדינת ישראל נ' אבי צור, פ"ד מ(1), עמ' 706.
- ע"פ 877/84, גאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4), עמ' 169.
- בג"צ 852/86, אלוני נ' שר המשפטים, פ"ד מא(2), עמ' 1.
- בג"צ 669/86, יעקב רובין נ' מנחם ברגר, פ"ד מא(1), עמ' 73.
- ע"פ (ת"א) 1419/86, טסה יהושע נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ח (א), עמ' 309.
- ע"א 191/51, סקורניק נ' סקורניק, פ"ד ח עמ' 141.
- ע"א 604/77, מוברמן נ' סגל, פ"ד לב(3) עמ' 85.

## חוקים

- דבר המלך במועצתו על פלשתינה (א"י), התרפ"ב-1922.
- הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח, 1.
- חוק בתים משותפים, התשי"ג-1952.
- חוק הגנת השכר, התשי"ח-1958.
- חוק העונשין התשל"ז-1977.
- חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973.
- חוק יסודות המשפט התש"ם-1980.
- חוק לתיקון דיני המשפחה (מזונות) התשי"ט-1959.
- חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט, התשל"ב-1972 (מס' 14).
- חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.
- כתב המנדט הבריטי על פלשתינה (א"י), התרפ"ב-1922.

- פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

### מקורות אינטרנט

- דברי שופט בית המשפט העליון נעם סולברג, הרצאה בכנס השישי למורשת הרמב"ם, טבריה 2015. מוסרטים וזמינים לצפייה בקישור:

<http://www.inn.co.il/News/News.aspx/291304>

- כתב מנדט חבר הלאומים, באתר האו"ם:

<http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/2FCA2C68106F11AB05256>

[BCF007BF3CB](#)