

**הצעת חוק לתיקון חוק יסודות המשפט של חה"כ ניסן סלומינסקי ואחרים -**

**מסמך רקע לקראת ישיבת הוועדה ביום 21.11.2017 – הכנה לקריאה השנייה והשלישית**

בסעיף 1 להצעת חוק יסודות המשפט (תיקון – עקרונות המשפט העברי), התשע"ו–2016, מוצע להוסיף במפורש את **עקרונות המשפט העברי** אל תוך מקורות המשפט המשלימים בשיטתנו, אשר בית המשפט יפנה אליהם כאשר לא מצא תשובה לשאלה משפטית הטעונה הכרעה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש.

יצוין כי הסעיף המוצע נכלל גם בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי, הנדונה בימים אלה בוועדה משותפת לוועדת הכנסת ולוועדת החוקה.

**סעיף 1 קובע כיום כך:**

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.

**הנוסח המשולב של התיקון המוצע לסעיף 1 הוא כדלקמן:**

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

**חלופה אפשרית לנוסח זה:**

הנותנת ביטוי ברור יותר לזיקה של עקרונות המשפט העברי לעקרונות "החירות, הצדק, היושר והשלום" - 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 **המשפט העברי ומורשת** ישראל.

**רקע**

חוק יסודות המשפט נחקק בשנת 1980 ומאז לא תוקן. החוק כלל שני חלקים:

**האחד**, ניתוק הזיקה הפורמלית למשפט האנגלי – באמצעות ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל אשר הפנה את בתי המשפט למשפט האנגלי כמקור משלים כאשר לא מצאו תשובה לשאלה משפטית במשפט הישראלי.

**השני**, קביעת מקורות משלימים **חלופיים** למשפט האנגלי כאשר בית המשפט אינו מוצא תשובה לשאלה משפטית בדין הישראלי (מה שמכונה "לקונה"). בהקשר זה נקבע כי אם בית המשפט לא מצא תשובה לשאלה משפטית בדבר חקיקה, בפסק דין או בדרך של היקש, יכריע בה "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית הובהר כי ההפניה לערכי היסוד של "מורשת ישראל" נועדה להימנע מ"לכפות עליו [על בית המשפט] את כל הוראות המשפט העברי". ואכן, מן הדיונים הרבים בממשלה שקדמו

להנחת הצעת החוק<sup>1</sup>, ובהמשך לכך, מהדיונים בכנסת שעסקו בהצעת החוק, עולה כי השימוש בביטוי "מורשת ישראל" (ובנוסף, ההפניה לעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום), נועד לאפשר חופש פרשני רחב - כשעבור האחד "מורשת ישראל" משמעותה המשפט העברי, ואילו עבור האחר "מורשת ישראל" כוללת גם כתיבה של סופרים עבריים מודרניים, יצירה יהודית לא דתית, פולקלור יהודי וכיו"ב. נוסחאות רבות נוספות שנבחנו כתחליף לביטוי "מורשת ישראל" נדחו על-ידי הוועדה אשר אישרה בסופו של דבר את הנוסח הממשלתי.<sup>2</sup>

בין היתר, הובע החשש שהפנייה "קשיחה" למשפט העברי תעורר **קשיים יישומיים** משום שרבים מן השופטים אינם בקיאים במשפט העברי, וכן הובע החשש שהפנייה "קשיחה" למשפט העברי תעורר קשיים **מטעמים ערכיים** בשל חוסר ההתאמה של משפט זה לעקרונות של משטר דמוקרטי מודרני והחשש להפליה כלפי אזרחי המדינה שאינם יהודים וכלפי נשים.

### המחלוקות באשר לפרשנות הסעיף

בשנים שחלפו מאז חקיקת החוק, ההתייחסות לחוק יסודות המשפט בבתי המשפט הייתה מועטה יחסית. עם זאת, בפסיקה שכן עסקה בסעיף ניתן למצוא כי המחלוקות ביחס לפרשנותו התמקדו בשני היבטים:

**ראשית**, למה התכוון המחוקק במונח "מורשת ישראל", ובפרט באיזו מידה ניתן לזהות את "מורשת ישראל" עם המשפט העברי. **שנית**, מתי יש לפנות ל"עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל" - האם רק במצב שבו יש **לקונה** - חסר בחוק, או גם לצרכי פרשנות, בפרט כשמבקשים לפרש מושגים עמומים כמו "תום לב" או "תקנת הציבור".

שני פסקי הדין הבולטים שבהם התחדדה מחלוקת זו היו **הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ**<sup>3</sup> משנת 1980, ו- **ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה**<sup>4</sup> משנת 1990. בשניהם ניתן למצוא שתי גישות עקרונית. האחת, מצדדת בהרחבת השפעתו של המשפט העברי, הרואה בהפניה למורשת ישראל בראש ובראשונה הפניה למשפט העברי, והמבקשת לעשות שימוש במשפט העברי גם כמקור פרשני במצב של ספק פרשני (אם כי לפי גישה זו, כשמדובר בפרשנות, המשפט העברי אינו מקור **מחייב** אלא מקור השראה "ראשון במעלה"). הגישה הנגדית רואה במורשת ישראל מושג רחב יחסית הכולל גם את המשפט העברי לצד מקורות רבים נוספים, והמבקשת להגביל את הפנייה ל"עקרונות ... מורשת ישראל" רק למצב של חסר במשפט, שאינו מצב נפוץ.

בשנים האחרונות, במספר פסקי דין, ניתן למצוא ניסיון לגשר בין שתי הגישות - לחזק מצד אחד את מעמדו של המשפט העברי, ומצד שני, לנסח את הפנייה למשפט העברי במושגים "רכים" יותר. למשל, השופט מלצר בעניין **פלונית נ' פלונית** הביע דעתו כי ההפניה בחוק יסודות המשפט "מכוונת לעקרונות הבסיסיים של מורשת ישראל, כפי שזו הוגדרה על ידי פרופ' אלון, ואולם לא בהכרח להסדרים המשפטיים הפרטניים שנקבעו בהלכה"<sup>5</sup>. בדומה, בפסק דין של השופט רובינשטיין בעניין **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**<sup>6</sup> הוא התייחס לגישות השונות בעניין מעמדו של המשפט העברי בשיטת המשפט שלנו, והביע דעתו כי "הגישות המנוגדות שהציגו המלומדים השופטים אלון וברק לא הוכרעו, וספק אם יוכרעו, ואולי בגדרי השכל הישר גם אינן זקוקות להכרעה בינארית מקוטבת אלא לשביל זהב של אמצע הדרך".

<sup>1</sup> אהרון ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", שנתון המשפט העברי, כרך יג 283 (תשמ"ז).

<sup>2</sup> בין היתר הועלו ההצעות הבאות: "לאור עקרונות המשפט המקובלים על אומות בנות תרבות ועיקרי המשפט העברי" (הצעתו של פרופ' עמוס שפירא), "לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום, וברוח מגילת העצמאות ו'המשפט העברי'" (הצעת יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט, חה"כ דוד גלס), "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום ברוח מגילת העצמאות ומורשת ישראל" (הצעתו של חה"כ משה שחל), "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום המקובלים בישראל" (הצעתו של חה"כ משה עמאר).

<sup>3</sup> ד"נ 13/80 אליעזר הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ ואח', פ"ד לה(2) 785.

<sup>4</sup> בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, פ"ד מה(1) 749.

<sup>5</sup> בדעת מיעוט בבע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פסי' 18 לפסק דינו (ניתן ביום 22.12.16).

<sup>6</sup> בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (ניתן ביום 13.6.17), 44.

בכתבי מלומדים שעסקו בסעיף ניתן למצוא מחלוקות רבות נוספות ביחס לפרשנות הסעיף, למשל, באשר ליחס שבין "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום" וכיצד מתמודדים עם הסתירות האפשריות ביניהם<sup>7</sup>, וכן באשר לשאלת המעמד המחייב של עקרונות אלה – האם מדובר ב"חובת ציות" לעקרונות מורשת ישראל, או שמא נוכח השימוש בניסוח "**לאור עקרונות** ... מורשת ישראל" ולא "**על-פי דין**" מדובר רק ב"חובת היוועצות"<sup>8</sup>. דיון מעניין נוסף הנוגע למקומו של המשפט העברי, וההצדקה לתיקון חוק יסודות המשפט ניתן למצוא בפולמוס שבין ד"ר בני פורת ופרופ' מרדכי קרמניצר מהמכון לדמוקרטיה.<sup>9</sup> הראשון מביע תמיכה במתן מעמד משמעותי יותר למשפט העברי כמקור משלים, אף כי לא כמקור מחייב, והאחרון מביע חשש רב מכך.

**במישור המעשי**, ניתן לראות שהפנייה ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" אינה נפוצה. במקרים שבהם יש פנייה מוצהרת לעקרונות אלה, דומה **שהפניה נעשית בפועל לעקרונות המשפט העברי**, ולא למקורות אחרים שניתן לזהותם עם "מורשת ישראל".

### התיקון המוצע

כאמור, במסגרת הצעת החוק מוצע להוסיף התייחסות מפורשת **לעקרונות המשפט העברי** כמקור משלים בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, כך: "**ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות המשפט העברי ועקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל**".

### לתיקון המוצע שתי משמעויות עיקריות:

**ראשית**, כאמור, התיקון המוצע מבקש לקבוע במפורש כי "**עקרונות המשפט העברי**" מהווים מקור משלים בשיטה המשפטית שלנו. תיקון זה מהווה במידה רבה **עיגון של הפסיקה** שכאמור, ממילא פנתה לעקרונות המשפט העברי כשנדרשה להתייחס ל"עקרונות ... מורשת ישראל" במצב של חסר (לקונה) במשפט.

**שנית**, התיקון מבקש לכאורה לקבוע כי במצב של חסר במשפט ההפניה תהיה **לכלל העקרונות** של המשפט העברי, ולא רק לעקרונות המתיישבים עם "החירות, הצדק, היושר והשלום". עם זאת, אנו סבורים כי העקרונות האמורים עדיין עשויים להשפיע על התשובה המשפטית הניתנת במצב של חסר במשפט שכן הם נותרים כחלק מן הסעיף וההפניה המוצעת היא ל"עקרונות המשפט העברי" [עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל].

### שאלות לדיון:

1. האם התיקון המוצע מחייב שימוש נרחב במשפט העברי במשפט הישראלי?

### מוצע לדון בשאלה זו:

**מצד אחד**, ההפנייה המפורשת ל"עקרונות המשפט העברי" הקודמת להפנייה העמומה יותר ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", עשויה לכאורה לתת משנה תוקף למעמדו של המשפט העברי כמקור משלים בשיטה המשפטית, משום שמעמדו מעוגן ברמה הפורמלית, ולא רק על דרך הפרשנות למונח "מורשת ישראל".

<sup>7</sup> שמואל שילה, "על חוק יסודות המשפט – הערות והארות", שנתון המשפט העברי יג 351 (תשמ"ז).

<sup>8</sup> חנינה בן-מנחם, "חוק יסודות המשפט-תש"ס-1980 – חובת ציות או חובת היוועצות", שנתון המשפט העברי יג 257 (תשמ"ז).

<sup>9</sup> בנימין פורת ומרדכי קרמניצר, חוק יסודות המשפט – הצעה לתיקון ודברי ביקורת, פרסומי המכון הישראלי לדמוקרטיה – הצעה לסדר 11, 96 (נובמבר 2016).

**מצד שני, נראה כי קיימים טעמים משמעותיים לסבור שהתיקון המוצע אינו כופה את ההוראות הספציפיות של המשפט העברי על המשפט הישראלי, ואף אינו הופך את המשפט העברי למקור ההשלמה המרכזי בשיטת המשפט שלנו:**

**ראשית,** על-פי הנוסח המוצע, חובת הפנייה ל"עקרונות המשפט העברי" תיעשה רק במצב שבו לא נמצאה תשובה לשאלה משפטית בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש. מדובר במצבים שאינם נפוצים, שהרי בדרך כלל בית המשפט ימצא את התשובה המשפטית באחד מהמקורות האמורים (והדבר אף מצוי במידה רבה בידי בית המשפט).

**שנית,** גם הפנייה למשפט העברי אינה פנייה "נוקשה" לפסוק לפי הלכות ספציפיות של המשפט העברי, אלא הפניה "רכה" יותר המפנה את בית המשפט לפסוק "**לאור עקרונות** המשפט העברי". ברור שיש עמימות מסוימת בעניין זה שהרי "עקרונות המשפט העברי" יכולים לכלול הן עקרונות מוסריים יסודיים יותר דוגמת "לא תרצח" או "לא תגנוב", והן עקרונות ספציפיים יותר דוגמת "גרמא בנזיקין פטור" (אין נושאים באחריות על נזק שנגרם בעקיפין), ואולם, בכל מקרה, עמימות זו מעניקה חירות רבה יותר לבית המשפט בבואו להכריע אילו עקרונות של המשפט העברי יחולו על סוגיה מסוימת.

**שלישית,** חסם מעשי העומד בפני הענקת מעמד נרחב יותר למשפט העברי בבתי המשפט הוא היעדר נגישות למקורות אלה מבחינת שופט הנעדר רקע בתחום. ספק אם עיבוי אחת היחידות הכפופות לשרת המשפטים בתחום המשפט העברי (בהתאם להסכמה שהושגה בין היוזם ובין נציגי הממשלה) תיתן מענה שלם לכך.

**2. האם ההפניה ל"עקרונות המשפט העברי" במקום ל"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" יכולה לעורר מתח עם "עקרונות היסוד של השיטה" כשיטה דמוקרטית מודרנית?**

המתח עשוי להתעורר במיוחד בכל הנוגע לאופן שבו תופס המשפט העברי נשים ולא-יהודים, השונה מן התפיסה המקובלת בשיטה דמוקרטית מודרנית, וכן בכל הנוגע לנומרות משפטיות בדין הפלילי (ובמידה מסוימת בדיני המינהל הציבורי) תחומים שבחלקם המשפט העברי אינו מפותח דיו, ובחלקם הוא מבוסס על תפיסות יסוד שאינן עולות בקנה אחד עם התפיסות המקובלות במדינה מודרנית.

למרות שניתן להבין את החששות בהקשר זה, נראה כי: (1) נוכח חוקי היסוד המדגישים את אופייה של מדינת ישראל כ"מדינה יהודית ודמוקרטית" ואשר חוק יסודות המשפט כפוף להם; (2) נוכח העובדה שגם הפנייה למשפט העברי היא לעקרונות שהם ברמת הפשטה גבוהה יותר מהלכות ספציפיות; (3) ונוכח העובדה שעקרונות "החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל" נותרו כחלק מהסעיף ויכולים "להקרין" על התשובה המשפטית המוצעת, **אזי אם נוצר מתח בין הלכות המשפט העברי ובין עקרונות היסוד של השיטה, יוכל השופט לבחור בעקרונות המתיישבים עם אופייה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית". ואולם, ראוי לדון בסוגיה זו בוועדה.**

יצוין כי משמעות נוספת של התיקון המוצע היא לכאורה כי המונח "מורשת ישראל" הנותר בסעיף יתמלא בתוכן **שבהכרח** אינו חופף את "המשפט העברי", שהרי ההתייחסות לשני המושגים היא נפרדת. כאמור, ניתן לראות במונח זה ככולל ספרות והגות עברית לאורך השנים, הן כזאת הבאה מן העולם החילוני, והן כתיבה דתית שאינה בבחינת הלכה דוגמת מדרשים.