

אל: חברי הוועדה המשותפת לדיון בהצעת חוק יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי  
מאת: הייעוץ המשפטי לוועדה

**מסמך הכנה לקראת הדיון בהצעת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי הקבוע ליום 11.12.2017 בעניין המשפט העברי (סעיף 12), סעיף הנוקשות (סעיף 14), פסקת הגבלה ושמירת דינים:**

**סעיף 12 להצעת חוק היסוד – משפט עברי**

הנוסח המוצע מבקש לעגן בחוק יסוד את העיקרון הקיים היום בחוק יסודות המשפט, ולפיו על בית המשפט לפנות ל"עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל" במצב שבו יש לקונה לעניין שאלה משפטית, וכן להוסיף במפורש את עקרונות המשפט העברי אל תוך מקורות המשפט המשלימים בשיטתנו, במובחן מעקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום. מוצע לדון במשמעות העלאת העקרונות של המשפט העברי לרמה החוקתית, בכל הנוגע לאיזון בין עקרונות אלה ובין עקרונות היסוד של הדמוקרטיה.

סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980 קובע כיום כי: "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."

הסעיף המוצע בחוק היסוד מבקש: ראשית, "לעלות" את הנורמה הקבועה בחוק יסודות המשפט לרמה חוקתית. שנית, להוסיף במפורש את עקרונות המשפט העברי אל תוך מקורות המשפט המשלימים בשיטתנו, במובחן מ"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". הסעיף המוצע תואם את נוסח הצעת חוק פ/2696/20 של יו"ר ועדת החוקה, חה"כ סלומינסקי ואח', הנדונה כעת בוועדת החוקה במסגרת הכנה לקריאה השנייה והשלישית.

הסעיף המוצע קובע כך:

המשפט העברי	12-13.	ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש- <u>מובחן</u> , יכריע בה לאור עקרונות <u>המשפט העברי</u> [החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת 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 שהפנה את בתי המשפט למשפט האנגלי כמקור משלים כשלא מצאו תשובה לשאלה משפטית במשפט הישראלי.

**השני**, קביעת מקורות משלימים **חלופיים** למשפט האנגלי כשבית המשפט אינו מוצא תשובה לשאלה משפטית בדיון הישראלי (מה שמכונה "לקונה"). בהקשר זה נקבע כי אם בית המשפט לא מצא תשובה 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.

בין הנימוקים שעמדו ביסוד השימוש בתיבה "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", היו החשש שהפנייה "קשיחה" למשפט העברי תעורר קשיים יישומיים משום שרבים מהשופטים אינם בקיאים במשפט העברי, וכן 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 בפסיקה של בתי 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>2</sup> משנת 1980, ו- ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה<sup>3</sup> משנת 1990. בשניהם ניתן למצוא שתי גישות עקרוניות. 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 הראה "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>4</sup>.

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

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

<sup>3</sup> בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר, פ"ד מה(1) 749.

<sup>4</sup> בדעת מיעוט בבע"מ 7141/15 פלונית נ' פלונית, פסי' 18 לפסק דינו (ניתן ביום 22.12.16).

בדומה, בפסק דין של השופט רובינשטיין בעניין **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים**<sup>5</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"**.

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>6</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>7</sup>.

**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".

### לסעיף 12 המוצע שלוש משמעויות עיקריות:

**ראשית**, הכללת הסעיף בחוק היסוד מעגנת את העיקרון הקיים היום בחוק יסודות המשפט, ומעלה אותו לנורמה חוקתית, מה שיכול להעצים את השימוש בסעיף, וכן יקשה על שינויו בעתיד.

**שנית**, הסעיף המוצע מבקש להכריע במחלוקת בדבר תוכנם של עקרונות **מורשת ישראל**, ולקבוע במפורש שהם כוללים בראש ובראשונה את "**עקרונות המשפט העברי**" (שינוי המהווה במידה רבה תיקון מבהיר ועיגון של הפסיקה).

**שלישית**, הסעיף המוצע יקבע כי במצב של חסר (לקונה) במשפט ההפניה תהיה **לכלל העקרונות** של המשפט העברי, ולא רק לעקרונות המתיישבים עם "**החירות, הצדק, היושר והשלום**".

### שאלות לדיון:

#### **1. האם יש מקום לכלול את הסעיף בחוק היסוד?**

אף כי הסעיף המוצע מפנה ל"עקרונות המשפט העברי", ול"עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של **מורשת ישראל**", אין מדובר בסעיף "זהותי" מובהק, בשונה למשל מהסעיפים העוסקים בסמלי המדינה, בחוק השבות או בקשר התפוצות. בעיקרו של דבר מדובר בסעיף שעניינו בקביעת סדר המקורות המשלימים להכרעתו של בית המשפט – חקיקה, פסיקה, היקש ולאחר מכן עקרונות המשפט העברי/עקרונות מורשת ישראל. מבחינה זו, כלל אין זה ברור כי נוסף על עיגונו בחוק רגיל, יש מקום לעגן את הסעיף גם בחוק יסוד העוסק באופיה של המדינה כמדינת לאום של העם היהודי.

בנוסף, ההפניה המפורשת בסעיף המוצע ל"עקרונות המשפט העברי" עלולה לעורר מתח עם "עקרונות היסוד של השיטה" כשיטה דמוקרטית מודרנית. מתח זה עשוי להתעורר במיוחד בכל הנוגע לאופן שבו תופס המשפט העברי נשים ולא-יהודים, השונה מן התפיסה המקובלת בשיטה דמוקרטית מודרנית, וכן בכל הנוגע לנורמות משפטיות

<sup>5</sup> בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים (ניתן ביום 13.6.17), 44.

<sup>6</sup> שמואל שילה, "על חוק יסודות המשפט – הערות והארות", **שנתון המשפט העברי יג** 351 (תשמ"ז).

<sup>7</sup> חנינה בן-מנחם, "חוק יסודות המשפט-תש"ם-1980 – חובת ציות או חובת היוועצות", **שנתון המשפט העברי יג** 257 (תשמ"ז).

בדין הפלילי (ובמידה מסוימת בדיני המינהל הציבורי) תחומים שבחלקם המשפט העברי אינו מפותח דיו, ובחלקם הוא מבוסס על תפיסות שאינן עולות בקנה אחד עם אלה המקובלות במדינה מודרנית.

ככל שמדובר בעיגון הנוסח המוצע **בחוק יסודות המשפט**, אזי מכיוון שהפנייה למשפט העברי היא לא להלכות ספציפיות אלא ל"עקרונות" שהם מטבעם ברמת הפשטה גבוהה יותר, כאשר נוצר מתח בין הלכות המשפט העברי ובין עקרונות היסוד של השיטה, יכול השופט להימנע מסתירה מפורשת שכזאת ולבחור רק בעקרונות המתיישבים עם אופייה של המדינה כ"יהודית ודמוקרטית". ואולם, העלאת העקרונות של המשפט העברי **לרמה החוקתית**, עשויה לשנות את האיזון הקיים היום בין עקרונות המשפט העברי לבין עקרונות היסוד של השיטה, ובמיוחד בנוסח המוצע ולפיו "עקרונות המשפט העברי" מופיעים במובחן מ"עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". **בהתאם לכך, מוצע לדון באפשרות להשמיט את הסעיף מחוק היסוד ולהסתפק בעיגונו בחוק יסודות המשפט, או להפנות רק לעקרונות של מורשת ישראל, בהתאם לנוסח הקיים בחוק כיום.**

## 2. האם יש להפנות בסעיף לכלל העקרונות של המשפט העברי?

כאמור, התיקון מבקש לכאורה לקבוע כי במצב של לקונה במשפט, השופט יכריע בשאלה לאור כלל העקרונות של המשפט העברי, ולא רק לאור עקרונות המתיישבים עם "החירות, הצדק, היושר והשלום", כפי שנעשה היום. עם זאת, על-פי הנוסח המוצע, עקרונות "החירות, הצדק, היושר והשלום" עשויים להשליך על התשובה המשפטית המבוססת על עקרונות המשפט העברי שכן הם נותרים כחלק מן הסעיף וההפניה המוצעת תהיה ל"עקרונות המשפט העברי" [עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל]. **בכל מקרה, מוצע לדון באפשרות להגביל את הפנייה לעקרונות "המשפט העברי" רק לכאלה העולים בקנה אחד עם "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום".**

## 3. האם יש להפריד בין המשפט העברי לבין "מורשת ישראל"?

כאמור, כיום, הפסיקה מפרשת את המונח "מורשת ישראל" בראש ובראשונה כמתייחס למשפט העברי. לכאורה, ככל שהמשפט העברי יקבל ביטוי נפרד בסעיף, אזי המונח "מורשת ישראל" הנוטר בסעיף יתמלא בתוכן שבהכרח אינו חופף את "המשפט העברי". ניתן לראות במונח זה ככולל ספרות והגות עברית, הן כזאת הבאה מן העולם החילוני, והן כתיבה דתית שאינה בבחינת הלכה דוגמת מדרשים. **לכן מוצע לדון במשמעות הפרדה הזו.**

### \* נוסח מוצע לדיון:

#### 12. המשפט העברי

חלופה א': להשמיט את הסעיף.

חלופה ב': **ככל שמוותרים את הסעיף -**

**גרסה א':**

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 ו]מורשת ישראל.

**גרסה ב':**

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.

סעיף 14 המוצע קובע כלל נוקשות:

נוקשות 14. אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שקיבלה הכנסת ברוב חבריה.

בהיעדר חוק-יסוד המסדיר את הליכי החקיקה בכלל, לרבות את הליכי חקיקת חוקי היסוד, אין כללים ברורים במשפט החוקתי הקיים בנוגע לאופן השריון של חוקי יסוד מפני שינוי. בפועל, מרבית ההוראות המעוגנות בחוקי היסוד אינן משוריינות כלל, וניתן לשנותן כמו הוראה בחוק רגיל.

עם זאת, במהלך השנים חלק מהוראות חוקי היסוד, לרבות כל ההוראות המעוגנות בחוק-יסוד: הממשלה; מספר הוראות מרכזיות בחוק-יסוד: הכנסת; הוראות חוק-יסוד: חופש העיסוק, הוראות חוק-יסוד: משאל עם וחלק מהוראות חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל שוריינו כך שהרוב הדרוש לשינוין הוא 61 חברי כנסת (בנוסף שתי הוראות בחוק-יסוד: הכנסת הנוגעות להגנה על המשטר הדמוקרטי במובנו "הצר" דורשות רוב של 80 חברי הכנסת כדי לשנותן).

**המשמעות של כל סעיף שריון היא הגבלה עתידית של סמכותה של כנסת עתידית לחוקק, ועל כן מחייבת**

**הצדקה מיוחדת.** הצדקה מסוג זה קיימת ככל שמדובר בקביעת הוראות חוקתיות. כפי שהסביר הנשיא ברק בפסק הדין בעניין **בנק המזרחי**, "כוחה של הכנסת - שעה שהיא מפעילה את סמכותה המכוננת - לכבול את עצמה, ובכך 'לשריין' את הוראותיה, נגזר מעצם ההסמכה לכינונה של חוקה פורמאלית."<sup>8</sup>

ההצדקה לכבילה עתידית של הכנסת בהוראות חוקתיות מתבססת על כך שהמכונן "שואב את כוחו מהסכמה רחבה בציבור,"<sup>9</sup> ועל כך שהוראות הנוקשות והעליונות של חוק היסוד אינן סותרות את העיקרון הדמוקרטי של שלטון הרוב. לכן גם מוצע שכל תיקון חוקתי אותו מבקשים לשריין, וקל וחומר חוק יסוד חדש שמהווה את "תעודת הזהות" של המדינה, יתקבל אף הוא מתוך קונצנזוס רחב ככל הניתן. **נציע אם כן רק תיקון ניסוחי לסעיף המוצע:**

14. נוקשות

אין לשנות חוק-יסוד זה אלא בחוק-יסוד שנתקבל **קיבלה הכנסת ברוב של חברי הכנסת**.

**סעיפי שמירת דינים ופסקת הגבלה (אינם נכללים בהצעת חוק היסוד)**

לחוק היסוד המוצע יש אופי משולב:

**מצד אחד**, חוק היסוד המוצע מבקש לקבוע את "תעודת הזהות" של המדינה כמדינת הלאום של העם היהודי, ואת הסמלים המובהקים ביותר המבטאים את אופייה היהודי של המדינה.

**מצד שני**, חוק היסוד המוצע מבקש לעגן ברמה החוקתית **זכויות קונקרטיות**, הן לבני הרוב היהודי, והן לבני קבוצות המיעוט המתגוררים במדינה: סעיף 6 כולל התייחסות לזכות לשבות המוקנית ליהודי העולם (ובני

<sup>8</sup> עא 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, מט (4) 221, עמ' 408-407.

<sup>9</sup> רובינשטיין ומדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, מהדורה שישיית, עמ' 76.

משפחתם); סעיף 8 כולל התייחסות לזכות לתרבות המוקנית לכלל תושבי המדינה, וסעיף 13 מקנה זכות גישה ל"בני הדתות" אל המקומות המקודשים להם. בנוסף, בדיוני הוועדה עלו הצעות להוסיף לחוק היסוד התייחסות לכך שהמדינה מכבדת זכויות אדם בכלל, ואת הזכות לשוויון בפרט. כל הזכויות האמורות, כמו כל הזכויות החוקתיות בשיטה המשפטית שלנו, אינן זכויות מוחלטות, ועשויים להיות מקרים בעתיד שבהם המחוקק ירצה להגביל אותן.

**לכן נציע להוסיף לחוק סעיף שיאפשר הגבלה או פגיעה כזו במקרים המתאימים - "פסקת ההגבלה" בדומה לזו המופיעה בסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.** יצוין כי לפי גישות מסוימות אף אם לא ייכלל סעיף מסוג זה בחוק היסוד, מוחלים העקרונות הקבועים בפסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם על הוראות בחוקי יסוד אחרים (מה שמכונה פסקת הגבלה "שיפוטית" או "משתמעת")<sup>10</sup>, ואולם, לדעתנו, ראוי שהמחוקק עצמו יקבע את התנאים לאותה הגבלה.

**בנוסף, מכיוון שהוועדה לא ביקשה לבטל חוקים קיימים שעלולים לכלול פגיעה מסוימת באותן זכויות, מוצע לקבוע בחוק כי החוקים הקיימים יהנו מ-"שמירת דינים".** כלומר, לכלול בהצעת החוק הוראה ולפיה אין בחוק היסוד החדש כדי לפגוע בתקפן של הוראות שהיו בתוקף לפני תחילתו של חוק היסוד (בדומה לאמור בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). נציין כי אם סעיף "שמירת דינים" ייכלל בחוק היסוד, יהיה בו כדי להגן על חקיקה קיימת מתקיפה חוקתית, אך הפרשנות שלהן עשויה להשתנות נוכח הזכויות החוקתיות החדשות.

**\* נוסח מוצע:**

**"פגיעה בזכויות**

15. אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

**שמירת דינים**

16. אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד."

<sup>10</sup> להתפתחות הלכה זו, ר' אהרן ברק, "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)", מתוך ספר אליהו מצא (2015), עמ' 77-97.