

סימן 46 לדבר המלך וסדרי המינהל הציבורי

מאת

פרופ' יצחק זמיר

I. מבוא. II. סדרי המינהל הציבורי: מקור ההלכות. (1) ההלכות בתחום סדרי המינהל: הקשר עם המשפט האנגלי. (א) הלכות המסתמכות על המשפט האנגלי; (ב) הלכות המתעלמות מן המשפט האנגלי; (ג) הלכות הנוגדות את המשפט האנגלי. (2) מקור ההלכות: המשפט האנגלי? (א) ההלכות ככלי פרשנות; (ב) סימן 46 ותחולתו על רשויות מינהליות; (ג) המסקנה המתבקשת מן הפסיקה. (3) מקור אפשרי להלכות: סימן 43 לדבר המלך. III. ההשפעה של ביטול סימן 46 על ההלכות בתחום סדרי המינהל. (1) ההשפעה על הלכות שנקלטו מן המשפט האנגלי. (א) ההלכות שנקלטו לפני הקמת המדינה; (ב) ההלכות שנקלטו לאחר הקמת המדינה. (2) ההשפעה על קליטת הלכות חדשות. (א) הלכות שנפסקו באנגליה לאחר הקמת המדינה; (ב) הלכות העשויות להתחדש באנגליה לאחר ביטול סימן 46. (3) תוצאות מעשיות לביטול סימן 46. (א) אפשרות לפתח עקרונות שכבר נקלטו; (ב) אפשרות ליצור משפט מקובל מקומי; (ג) אפשרות ליצור הלכות מכוח סעיף 7 לחוק בתי-המשפט; (ד) אפשרות ליצור הלכות עלידי פרשנות חוקים. IV. סיכום.

I. מבוא

סימן 46 לדבר המלך במועצה משנת 1922 עשה את המשפט האנגלי מעין פרה חולבת של המשפט בארץ-ישראל. השופטים המקומיים, אשר רבים מהם גדלו על הלב זה, ינקו מן המשפט האנגלי הרבה ובתיאבון. לעתים מתוך להיטות, התעלמו אפילו מן התנאים והסייגים של סימן 46, ופנו אל המשפט האנגלי לקלוט הלכות גם בעניינים שהוסדרו במשפט המקומי. התוצאה מוכרת היטב: סימן 46 הפך, בעיקר לקראת סוף תקופת המנדט, לצינור רחב וגמיש מאוד, דרכו עברו ונקלטו במשפט המקומי ענפים שלמים של המשפט האנגלי כמעט ללא שינוי והתאמה. כך היה, לדוגמה, בתחום דיני החוזים. ודומה, לפחות במבט ראשון, שכך היה גם בתחום המשפט המינהלי, ובכלל זה בענין סדרי המינהל הציבורי, כלומר, הפרוצדורה של הרשויות המינהליות.¹

1 על התהליך של קליטת המשפט האנגלי בארץ-ישראל ראה: "The Reception and Development of Common Law and Equity in Israel," in *International Lawyers Convention in Israel, 1958* (Jerusalem, 1959), pp. 24 et seq. מאמרים על סימן 46 וקליטת המשפט האנגלי בארץ-ישראל בדרך כלל, ראה: J. R. Wegner, *A Bibliography of Israel Law in English and Other European Languages* (Institute for Legislative Research and Comparative Law, Hebrew University of Jerusalem, 1972), pp. 18-19.

אבל, כפי שאמר החכם מכל אדם, לכל זמן ועת לכל חפץ; עת לינוק ועת להיגמל. עם הקמת המדינה, שעה שהמשפט המקומי היה כבר רווי במשפט אנגלי, נראה היה שהגיעה העת גם לעצמאות משפטית. אכן, מאותה עת החל המשפט האנגלי יורד מגדולתו. בתי-המשפט ניסו להשתחרר מן התלות ולהימנע מקליטת – לפחות מן החובה לקלוט – הלכות חדשות של המשפט האנגלי. ואילו ההלכות הישנות, שנקלטו כבר בתקופת המנדט, רבות מהן נדחקו בהדרגה ופינו מקומן לחוקים חדשים, במיוחד בתחום דיני החוזים. החוקים החדשים קבעו בדרך כלל בלשון מפורשת וברורה, כי בעניינים המוסדרים בחוקים אלה שוב אין תחולה לסימן 46.²

עם זאת, לא היה משרד המשפטים שבע רצון מן ההתפתחות או, ליתר דיוק, מקצב ההתפתחות. שנות דור עברו, מאז הושגה העצמאות המדינית, וטרם הושגה העצמאות המשפטית. סימן 46 עדיין נמצא על ספר החוקים, ללא כל שינוי, ומסתבר שעדיין הוא מחייב למלא כל לקונה בפנייה אל המשפט האנגלי. אמנם הדרך לעצמאות, בה הלך המשפט הישראלי עד כה, היא דרך זהירה ובטוחה, המצמצמת בהדרגה תחולתו וחשיבותו. של סימן 46, עד כדי כך שכיום כבר קשה להבחין בקיומו. אולם מסתבר, כי התלות לא תבוטל באופן מוחלט, אלא אם סימן 46 יבוטל באופן מוחלט. מדוע, אם כן, אין מבטלים אותו?

אכן, לפני כשנתיים נתגבשה במשרד המשפטים הצעה לביטולו של סימן 46 מכל וכל. אך אז, במחשבה שנייה, נראה הענין מורכב יותר מכפי שנראה תחילה, ונתעוררו מספר שאלות מטרידות: כמה מן ההלכות האנגליות שנקלטו במשפט הישראלי עדיין קיימות ומחייבות? מה יעלה בגורלן של הלכות אלה אם וכאשר יבוטל סימן 46? ומה ייעשה לאחר הביטול בלקונות הקיימות במשפט הישראלי, אם כי טרם נתגלו, או בלקונות שתיווצרנה בשולי חקיקה חדשה?

כיוון שהשאלות נכבדות, והתשובות אינן ברורות, הוחלט להקפיא בינתיים את ההצעה לביטולו של סימן 46, ולערוך מחקר על נושא זה. משרד המשפטים פנה וביקש מן המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, שליד הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, לחקור את הנושא בתחומים אחדים של המשפט.³ אחד התחומים היה: סדרי המינהל הציבורי. רשימה זו מתבססת על המחקר שנערך בתחום זה.⁴

הרשימה גועדה לשרת שתי מטרות. ראשית, היא מתכוונת לברר ולהציג את הקשר בין סדרי המינהל הציבורי בישראל לבין המשפט האנגלי. בעצם, אין שוני ממשי

2 לדוגמא, חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 63: "בעניינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947".

3 המחקר בתחום המשפט הבינלאומי הפרטי הודפס והופץ על-ידי המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי: א' לבונטין וא' גולדוטר, כללי ברירת הדין בישראל והסימן 46 לדבר המלך, בהוצאת משרד המשפטים והמכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים 1974. מחקר זה סוקר את הפסיקה ואת התחיקה, ולאחר מכן (עמ' 24-41) עוסק בסימן 46 באופן כללי, ובמיוחד בשאלת ההשפעה שתהיה נודעת לביטול סימן 46 על ההלכות בתחום ברירת הדין. יש ענין רב בהערות ובמסקנות של המחקר בשאלה זאת, ויש טעם להשוות אותן לאלה המופיעות להלן ברשימה זאת.

4 יצחק זמיר, סדרי המינהל בישראל וסימן 46 לדבר המלך, בהוצאת משרד המשפטים והמכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים 1974. מחקר זה שוכפל במספר עותקים קטן.

בענין זה בין סדרי המינהל הציבורי לבין חלקים אחרים של המשפט המינהלי הכללי, ובעיקר העילות והשיטות לביקורת שפיטתית של מעשי המינהל. כיוון שכך, אפשר לקבל, באמצעות הדיון על סדרי המינהל הציבורי, תמונה כללית על הקשר בין המשפט המינהלי בישראל לבין המשפט האנגלי. מתוך הדיון ניתן יהיה ללמוד על מידת התלות של המשפט המינהלי במשפט האנגלי, להעריך את כיוון ההתפתחות של המשפט המינהלי, ולהגיע למסקנות בדבר ההשפעה האפשרית של ביטול סימן 46 בתחום המשפט המינהלי. מן הצד השני, אין הרשימה מוגבלת לתחום המשפט המינהלי, והיא עוסקת גם בסימן 46 באופן כללי. סימן זה, על אף החשיבות העצומה שנודעה לו, בעיקר בתקופת המנדט ובתקופה שמיד לאחר הקמת המדינה, ועל אף הבעייתיות הרבה הטמונה בו, מעולם לא נחקר באופן שיטתי ומלא. וכך נותרו עדיין שאלות מרכזיות, בדבר המשמעות והנפקות של סימן זה, ללא כל תשובה. בשל כך לא ראיתי אפשרות לדון במעמד של סימן 46 בתחום סדרי המינהל הציבורי, ובהשפעה האפשרית של ביטול הסימן על הנעשה בתחום זה, בלי לדון במעמד של סימן 46 באופן כללי. הדיון ברשימה זאת יתחלק לשני חלקים עיקריים. החלק הראשון יציג את ההלכות העיקריות בתחום סדרי המינהל וינסה לברר את מקור ההלכות. החלק השני יעסוק בהשפעה האפשרית של ביטול סימן 46 על הלכות אלה.

II. סדרי המינהל הציבורי: מקור ההלכות

סדרי המינהל הכלליים קבועים בחקיקה, בהלכה הפסוקה ובהוראות פנימיות של המינהל הציבורי. כך, לדוגמא, בקשר לאצילת סמכויות על-ידי רשות מוסמכת: החוק החרות מסדיר אצילת סמכויות על-ידי הממשלה או על-ידי שרים (חוק-יסוד: הממשלה, סעיף 31); ההלכה הפסוקה עוסקת באפשרות של אצילת סמכויות במקרים בהם אין הסדר מפורש בחוק החרות; ולעתים באות הוראות פנימיות של גוף מינהלי זה או אחר ומשלימות את ההסדרים שנקבעו בענין זה בתחיקה או בפסיקה. כידוע, אין בישראל חוק המסדיר באופן שיטתי ומקיף את סדרי המינהל. הוראות תחיקתיות בנושא זה פזורות בחוקים אחדים, ובעיקר בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] ובחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות הנמקות), תשי"ט-1958. אך עדיין נותרו עניינים רבים של סדרי המינהל ללא כל הסדר תחיקתי. כרגיל במקרים כאלה, החלל הריק נתמלא במידה רבה על-ידי הלכות שנפסקו על-ידי בתי המשפט. כמוכן, רק בקשר להלכות אלה, להבדיל מן התחיקה ומן ההוראות המינהליות, יש מקום לבדוק את היחס לסימן 46. נפנה, אם כן, ונבדוק מה ניתן ללמוד מן ההלכות עצמן בענין זה.

1) ההלכות בתחום סדרי המינהל: הקשר עם המשפט האנגלי

לענין הקשר בין ההלכות שנפסקו בתחום סדרי המינהל לבין המשפט האנגלי, ראוי לחלק את ההלכות לשלוש קבוצות: הלכות המסתמכות על המשפט האנגלי, הלכות המתעלמות ממנו, והלכות הנוגדות אותו.

(א) הלכות המסתמכות על המשפט האנגלי

הלכות אחדות שנפסקו על-ידי בתי-המשפט בישראל בתחום סדרי המינהל הולכות באופן ברור בעקבות המשפט האנגלי. כך הדבר במיוחד בשני נושאים מרכזיים: האחד – היחסים בין הרשויות המינהליות לבין עצמן, כולל אצילת סמכויות ומתן הוראות לרשות מוסמכת; הנושא השני – עיקרי הצדק הטבעי, והם הכלל בדבר משוא פנים והכלל בדבר זכות הטיעון.

1. גבדוק תחילה את ההלכות בענין אצילת סמכויות ומתן הוראות לרשות המוסמכת. ההלכה הישראלית בענין אצילת סמכויות אינה ברורה די הצורך, ומכל מקום אינה קובעת כלל נוקשה. לעתים היא מתירה לרשות המוסמכת לאצול את סמכותה ולעתים היא אוסרת את האצילה. מסתבר כי הדבר תלוי בטונת המחוקק בכל מקרה ומקרה, כלומר, בלשון החוק, במהות הסמכות, במידות הרשות, וכיוצא בזה. לפעמים עשוי בית-המשפט להניח שהמחוקק לא התכוון להתיר אצילת הסמכות, אך הנהה כונת תהיה לכל היותר נקודת מוצא בדרך בה הולך בית-המשפט, והיא תפנה מקומה בקלות לשיקולים התומכים באפשרות של אצילה. זוהי, באופן כללי, ההלכה העולה מפסקי הדין הישראליים, אף כי אין אפילו פסק-דין אחד, האומר זאת באופן כללי ומפורש.⁵ זוהי גם ההלכה האנגלית.⁶ ברור, שהפסיקה הישראלית הודרכה בענין זה על-ידי הפסיקה האנגלית. אך בשום פסק-דין לא נאמר, כי הפסיקה האנגלית בנושא זה נקלטה בארץ באמצעות סימן 46, והדבר אף לא נובע בהכרח מן ההקשר. הפסיקה הישראלית מניחה מקום לטענה, כי אף שהיא הודרכה על-ידי הפסיקה האנגלית, הרי היא מתבססת בכל מקרה על פירוש החוק הישראלי הנוגע לענין, או אולי על מקור אחר. כך, לדוגמא, נתעוררה באחד מפסקי הדין המרכזיים בנושא זה השאלה אם מועצת העירייה רשאית לאצול את סמכויותיה.⁷ בית-המשפט העליון בדק מספר רב של פסקי-דין זרים העוסקים בשאלה זאת, וחילק אותם לשלושה סוגים: (1) פסקי-דין אנגליים; (2) פסקי-דין של בית-המשפט העליון בארצות הברית; (3) פסקי-דין אמריקניים הדגים במחוקק-משנה שהוא רשות מקומית. נראה, שבית-המשפט לא הבחין בין סוגים אלה, וייחס לכולם אותה מידה של תוקף וחיוב.⁸

2. דברים דומים אפשר לומר לגבי שלוחה של הפסיקה בענין אצילת סמכויות, והיא השאלה אם רשות שאצלה סמכותה כדין, עדיין היא נשארת בעלת הסמכות, בצד הרשות הנאצלת. בשני פסקי-דין השיב על כך בית-המשפט העליון בחיוב. בראשון איזכר פסקי-דין אנגליים, וגם הפעם, כדרכו, בלי להבהיר אם הם מייצגים הלכה

5 ראה, לדוגמא, ע"פ 74/58 היועץ המשפטי נ' הורנשטיין, פד"י י"ד 365; ע"פ 103/60 פרושנבקי נ' תיק, פד"י י"ד 1666; בג"צ 165/69 איזנברג נ' המועצה להסדר הימורים, פד"י כ"ג (2) 463, 458.

6 See S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*, 3rd ed., p. 265; H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 3rd ed., pp. 61–62.

7 ע"פ 74/58 היועץ המשפטי נ' הורנשטיין, פד"י י"ד 365.

8 שם, 382. את הבדיקה סיים בית-המשפט במלים אלה: "נוכח ההנמקה האחידה שבכל האסמכתאות הללו, משוכנע אני כי ההלכה האמורה, המסייגת את העקרון של *delagatus non potest delegare* בשטח התחיקתי, יש לה מקום ושמן הדין להחילה בישראל" (שם, 387).

שבית-המשפט חייב לקלוט אותה, או רק תומכים במסקנה שבית המשפט הגיע אליה ממילא.⁹ בפסק הדין השני לא אוזכר כלל פסק-דין אנגלי, או אפילו פסק-דין ישראלי קודם, והמסקנה נתבססה על פירוש הוראות החוק הנוגעות לענין.¹⁰ אפשר, אם כן, לטעון גם בענין זה כי בית-המשפט בישראל פסק כפי שפסק על דרך הפרשנות של התחיקה הנוגעת לענין: כשם שהחוק המעניק את הסמכות נתפרש כמתיר אצילת הסמכות, כך הוא נתפרש גם כקובע שהרשות האוצלת אינה מאבדת את סמכותה.

3. בענין מתן הוראות לרשות המוסמכת, שהיא היפוכה של אצילת הסמכות, נפסק על-ידי בית-המשפט בישראל כי אסור לרשות מוסמכת להפעיל את סמכותה תוך ציות להוראות של רשות אחרת, אפילו אם זו הרשות הממונה בדירוג המינהלי; הרשות המוסמכת חייבת לפעול על-פי שיקול הדעת שלה, אף שהיא רשאית להתחשב בהנחיות ובעצות של כל רשות או אדם אחר.¹¹ פסק הדין הראשון שקבע הלכה זאת בישראל הביא כאסמכתא פסק-דין אנגלי.¹² אך אין זה ברור, לא מלשון פסק הדין ולא מניחות הענין, אם בית-המשפט הישראלי קלט כאן הלכה אנגלית, או קבע הלכה בעצמו כמסקנה העולה משילוב של עקרון חוקיות המינהל ועקרונות פרשנות.¹³ הפסיקה המאוחרת יותר אינה מבהירה ענין זה כלל ועיקר, שכן היא חוזרת על ההלכה הזאת, אך אינה פונה עוד אל המשפט האנגלי. כיוון שכך, קיימת גם כאן האפשרות לומר כי הפסיקה הישראלית, אף שהודרכה על-ידי המשפט האנגלי, יצרה הלכה מקורית, שבסיסה בפרשנות החוקים המסמיכים.

4. ומכאן לעיקרי הצדק הטבעי. קודם כל – הכלל בדבר משוא פנים. פסק הדין המנחה בסוגיה זאת קובע בלשון כללית מה מהווה משוא פנים הפוסל אדם מלמלא תפקיד שפיטתי או מעין-שפיטתי: נגיעה כספית או הפצית בנשוא הדיונים או אפשרות ממשית של משוא פנים או דעה משוחדת.¹⁴ נוסח ההלכה, כפי שנקבעה בפסק-דין זה, הינו בעצם תרגום מדוייק למדי של דברים שנאמרו בפסק-דין אנגלי. עם זאת דומה שהפסיקה הישראלית אינה אומרת בשום מקום בלשון מפורשת, ואפילו אינה מחייבת מסקנה, כי ההלכה האנגלית כמות שהיא נקלטה בישראל מכוח סימן 46. לכן אפשר אולי לומר אף כאן כי בית-המשפט בישראל הושפע מההלכה האנגלית ואימץ אותה אך לא קלט אותה מתוך חובה, אלא הסתמש בה לצורך פירוש חוקים שהעניקו סמכויות שפיטתיות, כאילו כל אחד מחוקים אלה נתכוון למנוע הפעלת הסמכות על-ידי אנשים שקיים חשש למשוא פנים מצידם. ניתן אף לתמוך גירסה כזאת במספר ניכר של

9 בג"צ 234/51 קואס נ' שר התחבורה, פד"י ר' 1192, 1196.

10 בג"צ 176/58 חברה חלקה 11 בנרש 6605 בע"מ נ' שר הפתוח, פד"י י"ג 1099, 1105.

11 בג"צ 70/50 מיכלין נ' שר הבריאות, פד"י ה' 319, 323; בג"צ 193/58 חברה אורתופדיה רוזנברג בע"מ נ' הרופא הראשי המספח, פד"י י"ג 1654, 1658; בג"צ 224/60 ברוך נ' שר הפנים, פד"י י"ד 2383, 2387-2388; בג"צ 72/62 רוסאיון נ' שר הפנים, פד"י ט"ז 2428, 2451.

12 בג"צ 70/50, לעיל הערה 11.

13 ראה לדוגמא בג"צ 144/50 ד"ר שייב נ' שר הבטחון, פד"י ה' 399, 406, בו נפסקה אותה הלכה, על יסוד עקרונות כלליים, ובלי להיזקק למשפט האנגלי.

14 בג"צ 174/54 שימל נ' רשות מוסמכת לצורך הסדר תסיפת מקרקעים, פד"י ט' 459, 462.

פסקי-דין ישראליים העוסקים במשוא פנים, ומפתחים את ההלכה בעניין זה, בלי לפנות ולבדוק את ההלכה המקבילה באנגליה.¹⁵

5. הכלל השני מכללי הצדק הטבעי, הוא הכלל בדבר זכות הטיעון, קובע כי, לפני שרשות מינהלית תפעיל את סמכותה בדרך העלולה לגרום לפגיעה בזכותו של אזרח, חובה עליה להודיע לאותו אזרח מבעוד זמן על כוונתה, ולאפשר לו לטעון בפניה באותו ענין.¹⁶ בין פסקי הדין הרבים העוסקים בזכות זאת, לא מעטים הם פסקי הדין, בעיקר בין אלה שניתנו בשנים הראשונות של המדינה, בהם בית-המשפט מאזכר ומסתייע בפסיקה אנגלית. אך גם בענין זה יש לחזור ולומר כי בין פסקי-דין אלה אין כמדומה אף אחד אשר נאמר בו במפורש, או עולה ממנו כמסקנה ברורה, כי ההלכה בדבר זכות הטיעון נקלטה מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46.¹⁷ לכן, בנושא זה, כמו בענין משוא פנים, יש מקום לטעון כי ההלכה אינה אלא גיבוש של כלל פרשני שנוצר ופותח על-ידי בתי-המשפט בארץ בהשפעת המשפט האנגלי, לפיו הנחה היא שהמחוקק לא התכוון לאפשר הפעלת הסמכות בדרך שתפגע באזרח בלי שתיתן לו קודם לכן הודמנות נאותה להשמיע טענותיו.

לסיכום יש לומר, ראשית, כי ברור שההלכה הישראלית בענין אצילת סמכויות, מתן הוראות לרשות מוסמכת וכללי הצדק הטבעי, וכן אף במספר עניינים נוספים של סדרי המינוחל, הולכת בעקבות ההלכה האנגלית. אולם, למרבית התמיהה, באף אחד מפסקי הדין העוסקים בעניינים אלה לא טרח בית-המשפט לברר ולקבוע את מהות הקשר בין המשפט הישראלי וההלכה האנגלית, ומכל מקום אין הם מחייבים את המסקנה שההלכה האנגלית נקלטה בישראל באמצעות סימן 46. אפשר, אם כן, לומר, כי פסקי-דין אלה הותירו את שאלת הקליטה מן המשפט האנגלי, להבדיל משאלת ההשפעה של המשפט האנגלי, כשאלה פתוחה. ואפילו אם הדעת נוטה לומר כי סביר להניח שבית-המשפט בארץ פנה אל המשפט האנגלי בתוקף סימן 46, אף שלא ציין זאת במפורש,

15 לדוגמא, בג"צ 279/60 אולמי ניל בע"מ נ' יערי ועיריית תל-אביב, פד"י ט"ו 673 ; בג"צ 332/61 איונר נ' פינקלשטיין, פד"י ט"ז 1841.

16 על זכות הטיעון באופן כללי ראה בג"צ 3/58 פרמן נ' שר הפנים, פד"י י"ב 1493, 1508.
17 אם כי במקומות מעטים ניתן למצוא בפסיקה אימרות הניתנות להתפרש בדוחק כאילו עיקרי הצדק הטבעי נקלטו כפי שהם ובאופן מחייב מן המשפט האנגלי. כך, לדוגמא, בע"א 104/52 לנגלייב נ' מלמד, פד"י ט"ז 1875, 1886, דיבר השופט חיים כהן על דיני המשפט המקובל האנגלי בענין עיקרי הצדק הטבעי "שעל פיהם אנו חיים בשטח זה". אולם, כנגד זה, באותו משפט עצמו (עמ' 1888) דיבר השופט לנדוי על עקרונות הצדק "בהם הורגלנו אנחנו בהשראת המשפט המקובל". משמע, השראה ולא קליטה מחייבת. מכל מקום יש בכך כדי להתמיה שבעשרות פסקי-דין שדנו בזכות הטיעון, ונוספים עליהם פסקי-דין הרבים שדנו במשוא פנים, לא נזכר, כמדומה, אף פעם אחת סימן 46 לדבר המלך, ולא נדונה השאלה אם כללי הצדק הטבעי נקלטו דרך סימן זה כדי למלא חלל משפטי, וזאת אף בפסקי-דין שלכאורה הומינו התייחסות לנושא זה. כך, לדוגמא, בעמ"מ 9/55 ע"ר פלוני נ' יריח וחברי המועצה המשפטית, פד"י י' 1720, נתעוררה השאלה אם יש תוקף לתקנה העומדת בניגוד לכלל הצדק הטבעי בדבר זכות הטיעון. בהקשר זה היה טבעי שבית-המשפט יתייחס לבעיה אם כלל זה נקלט באמצעות סימן 46 כדי למלא לקונה במשפט המקומי, ומה דין הכלל כאשר, לכאורה, הלקונה נסתמה על-ידי תקנה. שלושת השופטים שישבו לדין דנו בשאלת התוקף של התקנה, וברוב דעות פסקו שהיא תקפה, אך בלי להתייחס כלל לשאלה מה מקורו של הכלל בדבר זכות הטיעון.

עדיין יש חשיבות לכך שגם פסקי הדין בהם בית-המשפט ראה לנכון לפנות ולהסתייע במשפט האנגלי, משאירים פתח לטענה כי בית-המשפט ביסס את ההלכה המקומית על פרשנות של החוק הישראלי המעניק את הסמכות לרשות המינהלית בכל מקרה ומקרה או אולי על מקור אחר. טענה זאת מתחזקת והולכת בעקבות הבדיקה של פסקי-דין נוספים, כפי שיובהר להלן.

(ב) הלכות המתעלמות מן המשפט האנגלי

הלכות אחדות נפסקו על-ידי בית-המשפט בישראל בתחום סדרי המינהל, בעניינים בהם היתה קיימת לכאורה לקונה, בלי שבית-המשפט טרח, במידה שניתן ללמוד מפסקי הדין, לבדוק את ההלכה במשפט האנגלי. פסקי-דין אלה, כשהם לעצמם, עשויים לעורר רושם כי אין כלל בישראל הוראת המפנה במקרים כאלה אל המקור האנגלי, וכי בית-המשפט מוסמך ואף חייב לשאוב את ההלכה ממקורות אחרים. והנה דוגמאות אחדות.

1. לגבי אצילת שיקול הדעת, להבדיל מאצילת הסמכות כולה, נפסק על-ידי בית-המשפט כי ללא היתר של המחוקק אסור לאצול את שיקול הדעת.¹⁸ בית-המשפט לא איזכר בנושא זה פסיקה אנגלית ולא הצביע על מקור אחר להלכה. כיוון שכך, האם אייפשר לומר כי הלכה זאת לא נקלטה מן המשפט האנגלי, אלא היא יצירה מקורית, המתבססת על פרשנות החוקים המקומיים?¹⁹ או על עקרונות משפט כלליים?

2. בית-המשפט פסק כי חובה על הרשות המינהלית לעיין בכובר ראש בבקשה המופנית על-ידי האזרח, ולהחליט בה במהירות הראויה, ללא סחבת.²⁰ אף בנושא זה הפסיקה הישראלית לא נזקקה כלל לפסיקה האנגלית ולא הסתמכה על כל מקור משפטי אחר, אלא התבססה, ככל הנראה, על עקרונות של מינהל תקין.

3. לאחרונה נתחדשה הלכה בישראל בדבר זכות האזרח לעיין במסמכים המצויים בחזקתה של הרשות המינהלית. בית-המשפט העליון פסק כי בנסיבות מסוימות, ובסייגים מסוימים, נתונה לאזרח זכות לעיין במסמכים כאלה, כשיש לו עניין לגיטימי בידיעת החומר.²¹ ומה המקור לזכות זאת? בית-המשפט לא בדק כלל, במידה שהדבר משתקף בפסקי הדין, אם זכות כזאת מוקנית במשפט האנגלי. באחד מפסקי הדין,

18 בג"צ 21/48 סופר נ' שר המטרה, פד"י ב' 365, 375; בג"צ 31/48 יכימוביץ' נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1935, פד"י ב' 198, 202; בג"צ 214/52 שוחט נ' המפקח הכללי של משרת ישראל, פד"י ז' 987, 990; בג"צ 224/62 לוקוב נ' שר האוצר, פד"י ט"ז 1932, 1933. אך ראה בג"צ 77/58 סחן נ' שר העבודה, פד"י י"ג 80.

19 ראה לדוגמא בג"צ 214/52, לעיל הערה 18.

20 בג"צ 35/48 ברסלב נ' שר המבחן והתעשייה, פד"י ב' 330, 334; בג"צ 56/54 דיין נ' עיריית רמת גן, פד"י ט' 1237, 1239. נראה כי בית-המשפט יכול היה לבסס את ההלכה בעניין זה על סעיף 6 של פקודת הפרשנות, הקובע כי מעשה שלא גיהן זמן לעשייתו יש לעשותו בכל המהירות הראויה. אך בפסקי-הדין שצוינו לעיל, ובפסקי-דין נוספים שעסקו בעניין זה, לא אזכרו בתי-המשפט את סעיף 6 לפקודת הפרשנות, ונראה שלא נזקקו לו כלל.

21 בג"צ 337/66 טימל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון, פד"י כ"א (1) 69; בג"צ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פד"י כ"ה (1) 325.

שעסק בשאלה אם עיריה חייבת להרשות עיון בפרוטוקולים של ועדת השומה, אמר בית-המשפט כי אפשר למצוא אסמכתא לזכות זאת בפקודת העיריות, אך הוסיף והבהיר כי קיום הזכות אינו מותנה באסמכתא מעין זאת. וכך אמר: "סבורני איפוא שהעותר צדק בדרישתו לא רק מכיון שזכותו לעיין במסמכים נובעת מהוראות החוק, אלא — ובעיקר — מכיון שהשכל הישר וההגינות האלמנטרית ביחסי ציבור בין שלטון ואזרח מחייבים מסקנה זו"²².

4. פסקי הדין הדורשים שממצאים עובדתיים ייקבעו על-ידי הרשות המינהלית על יסוד חקירה ובדיקה זהירה, ולא על יסוד שמועות פורחות, אף הם אינם מתבססים על פסיקה אנגלית, אלא הם מסתמכים, ככל הנראה, על מושכלות כלליים בדבר סדרי מינהל תקינים, או על כוונה משתמעת של המחוקק בכל מקרה בו הוא מעניק סמכות לרשות מינהלית²³.

5. המערכת המסועפת של דיני מכרזים ציבוריים, השוכנת בגבול התחום של סדרי המינהל, נוצרה ופותחה ללא כל קשר עם המשפט האנגלי. היא מתבססת על שיקולים כלליים בדבר מהות המכרז ובדבר חובותיה של רשות מינהלית. אין ספק שמערכת זו הינה יצירה עצמאית ומקורית של בית-המשפט הישראלי²⁴.

דוגמאות אלה די בהן כדי לעורר ספק רציני אם ההלכות שנפסקו בישראל בתחום סדרי המינהל, או לפחות חלק מן ההלכות האלה, נקלטו מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46. העובדה שבית-המשפט פסק הלכה חדשה בעניינים מסויימים בלי להסתמך כלל על המשפט האנגלי, ניתנת להתפרש באחת משתי דרכים: (א) יתכן שבית-המשפט לא הטריח עצמו לבדוק אם קיימת במשפט האנגלי הלכה המסדירה את העניין שלפניו, ואם כך הרי זו ראייה שבאותו עניין בית-המשפט לא ראה עצמו מחוייב לקלוט, מכוח סימן 46, את ההלכה האנגלית, וכנגד זה ראה עצמו מוסמך לפסוק הלכה משל עצמו; (ב) יתכן, לעומת זאת, שבית-המשפט חיפש במקורות האנגליים הלכה שתענה על הסוגיה שלפניו ולא מצא, ומשום כך ראה עצמו רשאי לפסוק הלכה משל עצמו²⁵.

22 בג"צ 337/66, לעיל הערה 21, בעמ' 72 מפי השופט ויתקון. גם בבג"צ 142/70, לעיל הערה 21, לא ראה בית-המשפט צורך לבסס את ההלכה, כולל הסייגים לזכות העיון כפי שנקבעו על-ידי בית-המשפט, על המשפט האנגלי, אלא הסתפק בציון שיקולים הנובעים ממהותו של המינהל הציבורי. השופט חיים כהן דיבר (שם, בעמ' 331) על הרשות המינהלית כנאמן של הציבור, להבדיל מגוף פרטי הרשאי להעלים מסמכים המצויים בידיו. השופט קיסטר, שהצטרף למסקנה, ביסס אותה (שם, עמ' 334-335) על פסוק מן התורה: "והייתם נקיים מה' ומישראל" (במדבר, ל"ב).

23 לדוגמא, בג"צ 1/49 בזרנו נ' שר המשטרה, פד"י ב' 80, 84; בג"צ 231/53 קליברסקי נ' הרשות המפקחת על-ידי תקנות ההגנה (מניעת רווחים מופקעים), פד"י ח' 122, 127.

24 ראה יצחק זמיר, "דיני מכרזים ציבוריים", הפרקליט, כ', (תשכ"ד), 226, 403.

25 קיימת לכאורה דרך נוספת: יתכן שבית-המשפט קלט ואימץ בנושא מסויים את המשפט האנגלי, בתוקף סימן 46, אך לא טרח לומר זאת בפה מלא או לאזכר במפורש את פסקי-הדין האנגליים. אפשרות זאת נראית רחוקה מן המציאות. ומכל מקום, היא יכולה לחול רק על חלק מן ההלכות הנוכחות, הדומות בעיקרן להלכות של המשפט האנגלי, אך אין היא יכולה לחול על הלכות אחרות, שאין להן מקבילה במשפט האנגלי. כך, לדוגמא, המשפט המקובל של אנגליה אינו מכיר בזכות האזרח לעיין במסמכים המצויים בחזקתה של רשות מינהלית, ואף אין הוא כולל מערכת של דיני מכרזים בדומה למערכת שנוצרה בישראל על-ידי הפסיקה.

אם כך ואם כך, מתבקשת, לכאורה, המסקנה שבית-המשפט פסק הלכה בעניינים אלה שלא על דרך הקליטה מן המשפט האנגלי אלא בדרך אחרת.

ג) הלכות הנוגדות את המשפט האנגלי

האפשרות שבית-המשפט פוסק הלכות שלא בדרך הקליטה מן המשפט האנגלי מתחזקת עוד יותר נוכח הלכות אחדות בהן פסק בית-המשפט בניגוד להלכה האנגלית.

1. דוגמא בולטת מתייחסת לחובת ההגמקה. המשפט המקובל האנגלי אינו מטיל על רשויות מינהליות חובה לנמק את החלטותיהן בפני האזרחים.²⁷ בדרך זאת הלך תחילה גם בית-המשפט העליון בישראל.²⁸ אך לאחר זמן שינה בית-המשפט את עמדתו, ובפסק-דין אחד אמר מפי השופט ברנזון: "פקודת התעבורה שממנה שואב המשיב את סמכותו עוברת בשתיקה על שאלת מתן נימוקים להחלטותיו. היא אינה מחייבת אותו לנמק את החלטותיו, אך גם אינה פוטרת אותו מחובת זו. במקרה כזה, סבורים אנו כי מן הדין הוא שהמשיב יתן נימוקים לכל החלטה התלויה בשיקול דעת, שיש בה כדי לפגוע באזרח. עליו להראות כיצד ועל סמך מה הגיע להחלטותיו, ולא רק כאשר הוא נדרש להראות טעם בבית-משפט זה, אלא מלכתחילה כאשר הוא נותן את ההחלטה".²⁹ בית-המשפט לא הזכיר כלל בפסק-הדין את המשפט האנגלי. חוקה שעשה זאת מתוך ידיעה כי המשפט המקובל אינו מטיל חובת הגמקה. אמור מעתה שבית-המשפט היה מוכן, וראה עצמו מוסמך, לפסוק הלכה באופן עצמאי, מכוח סמכות שלא הובהרה בפסק-דין זה. יתירה מזאת, עצמאות זאת אין להסבירה בכך שהמשפט המקובל לא היתה עמו תשובה לבעיה שבפני בית-המשפט, ולכן נאלץ בית-המשפט למצוא או להמציא תשובה ממקור אחר, שכן לפי סימן 46 התשובה היתה ברורה: המשפט המקובל, כאמור, לא חייב את הרשות המינהלית לנמק את החלטתה. כיוון שכך, משמעות הדבר שבית-המשפט ניתק עצמו במקרה זה, בלי לומר זאת במפורש, מסימן 46.³⁰

2. דוגמא נוספת מתייחסת להוצאות הדיון בפני בית-דין מינהלי. לאחרונה נתעוררה בפני בית-המשפט העליון השאלה אם בית-דין מינהלי מוסמך לפסוק הוצאות הדיון

See B. Schwartz and H.W.R. Wade, *Legal Control of Government*, 1972, Oxford, 26 pp. 155-156.

27 בג"צ 16/48 כרין נ' ראש הממשלה, פד"י א' 109. המשפט האנגלי לא אוזכר בפסק-דין זה.
28 בג"צ 143/56 אהגייג' נ' המפקח על התעבורה, פד"י י"א 370, 372. אמנם מבחינה עיונית היו דברים אלה רק אימרת-אגב. יחד עם זה ברור מן ההקשר שבית-המשפט היה מוכן לקבוע את חובת ההגמקה כהלכה מחייבת.

29 פסק-דין זה שימש גורם מדרבן לחקיקת החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והגמקות), תשי"ט-1958. בשנת 1958 נחקק גם באנגליה חוק המטיל חובה לנמק החלטות מינהליות, אם כי תחולת החוק האנגלי מוגבלת לגופים המפורטים בו, ובעיקר לבתי-הדין המינהליים, ומקום שאין הוא חל שורר עדיין הכלל הרחב הפוטר את הרשות המינהלית מחובת ההגמקה. על החוק האנגלי ראה: H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 3rd ed., pp. 270-271.

30 ראוי להדגיש כי קיים שוני מהותי בין מקרה כזה לבין מקרה בו בית-המשפט בארץ מסרב לקלוט את המשפט האנגלי משום שאין הוא תואם את תנאי הארץ ותושביה, שכן במקרה כזה הסירוב נעשה במסגרת סימן 46.

לצד הווכח, בהעדר הסמכה מפורשת לכך מטעם המחוקק.³¹ השופט ברנזון הניח, בהסתמכו על פסק-דין אנגלי ישן, "כי לפי המשפט המקובל, לא היה צד יכול לזכות בהוצאות המשפט, אלא אם הוענקה לו זכות זאת על-פי הוראת חוק".³² אף-על-פי כן לא היה השופט מוכן לקלוט הלכה זאת. וכך הסביר את עמדתו: "אנו איננו שותפים ליצירת ההלכה הקדומה של המשפט המקובל בענין זה ולפי סימן 46 (סיפא) לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל אנו רשאים לפרוק את עולה מעלינו באם לדעתנו היא אינה מתאימה לנו בהיותה בלתי-צודקת מעיקרה. אנו שואבים את השראתנו, בין השאר, מגביאי האמת והצדק, וכל דבר הבא ממורשת נכריה, שהוא בלתי-צודק בעינינו ואינו מחוייב על-פי החוק, אנו רשאים לדחותו".³³ דברים אלה, הם כשלעצמם, מלמדים על התרות שהשופט נוטל לעצמו בענין הקשר עם המשפט האנגלי: שהרי אם סימן 46 מאפשר לשופט לדחות כל הלכה אנגלית שאינה נראית צודקת בעיניו, לא נותר אלא מעט מאוד מן הכוח המחייב של סימן זה, וקביעת ההלכה שתמלא את החלל במשפט המקומי נמסרת בעיקרה לידי השופט. אכן, כך בדיוק נהג השופט במקרה זה: הוא הסביר שהצדק מחייב כי בנסיבות מסוימות בעל-דין יזכה בהוצאות המשפט, גם כשההתדיינות נערכת בפני רשות שיפוטית שאינה בית-משפט, ובהתאם לכך החליט לקבוע הלכה המסמיכה כל רשות שיפוטית לפסוק הוצאות ההתדיינות.³⁴ השופט ויתקון הביע חשש מן ההשלכות המעשיות של הלכה כזאת, ולכן נמנע מלהצטרף אליה. אך מדבריו עולה בבירור שאילו נחה דעתו בקשר להשלכות המעשיות, כגון כמה יעלה הדבר לציבור, לא היה נרתע מלקבוע הלכה המאפשרת פסיקת הוצאות, לפחות בנסיבות מסוימות. ומה יהיה הבסיס העיוני להלכה כזאת? יתכן שהתשובה נעוצה בדברים אלה: "גם בכוחנו ליצור משפט מקובל משלנו".³⁵ והשופט השלישי שישב בדין, השופט קיסטר, אף שגם הוא נמנע מלתת הסכמתו להלכה שהשופט ברנזון ביקש לקבוע, וחרץ את הדין לפי הנסיבות המיוחדות של המקרה, הביע דעתו שמידת הצדק דורשת כי בנסיבות מסוימות תהיה הרשות המינהלית חייבת בהוצאות ההתדיינות של האזרח. ומה היסוד לכך? התשובה: מקורות המשפט העברי.³⁶ הדומה שהשופט קיסטר היה מוכן להרחיק לכת, לו ראה צורך בכך, ולפסוק הלכה על יסוד מקורות אלה. בקיצור, פסק-דין זה יוצר רושם חזק שבית-המשפט היה פוסק הלכה המעניקה סמכות לכל בית-דין לפסוק הוצאות, בניגוד להלכה של המשפט המקובל, לו השתכנע כי ההלכה טובה. משמע, קיים כנראה מקור, מלבד סימן 46, המאפשר לבית-המשפט ליצור הלכות משל עצמו.

31 ע"א 180/71 לביא נ' קצין התגמולים, פד"י כ"ו (2) 501.

32 עמ' 504.

33 עמ' 506.

34 שם. אמנם, לאחר שהשופט ברנזון החליט וקבע הלכה כזאת, בהתבססו על שיקולים של צדק, הוסיף השופט והצביע על מקור אפשרי להלכה כזאת במשפט המקומי, דהיינו, ההלכה המסמיכה כל גוף שיפוטני להסדיר את הנוהל והפרקטיקה בענינים שלפניו, או סעיף 26 לפקודת הפרשנות המעניק סמכויות עזר לכל מי שניתנה לו סמכות כלשהי על-פי חיקוק. אך נראה שאסמכתאות מקומיות אלה הובאו כדי לסבר את האוזן ולא כבסיס להלכה. שהרי אם נתכוון השופט לבסס עליהן את ההלכה, צריך היה לומר כי המשפט המקומי נותן תשובה לבעיה שלפניו, ולכן אין כלל צורך או אפשרות לפנות אל סימן 46 בענין זה.

35 עמ' 509.

36 עמ' 511.

(2) מקור ההלכות: המשפט האנגלי?

על רקע ההלכות שנפסקו בתחום סדרי המינהל, כפי שנסקרו לעיל, אפשר לברר כעת באופן שיטתי את השאלה אם הלכות אלה נשאבו מן המשפט האנגלי, באמצעות סימן 46, או נתבססו על מקור אחר.

הטענה שהלכות אלה אמנם נקלטו מן המשפט האנגלי נראית במבט ראשון פשוטה והגיונית. ראשית, מסתבר שהשלטון העותומני לא חוקק כל חוק הקובע בצורה כללית סדרי פעולה למינהל הציבורי. לשון אחרת, מסתבר שתחום רחב זה נשאר בעיקרו בלתי מוסדר, מבחינת המערכת המשפטית, עד שנסתיים השלטון העותומני בארץ-ישראל³⁷. שנית, אם אמנם תחום זה היה בבחינת לקונה במשפט המקומי, ומסתבר שכך ראו אותו בתי המשפט המקומיים, חובה היתה על בתי המשפט להחיל בו את המשפט המקובל של אנגליה בהתאם להוראת סימן 46. ושלישית, למעשה ההלכות שנפסקו בתחום זה תואמות ברוב העניינים את ההלכות של המשפט האנגלי, ולא פעם הן נתמכות במפורש על-ידי פסיקה אנגלית. כיוון שכך, מתבקשת המסקנה שהלכות אלה אכן הוזרמו לארץ-ישראל באמצעות סימן 46.

אולם, כנגד טענה זאת עומדות טענות העשויות לתמוך במסקנה שונה. נבדוק אותן להלן.

(א) ההלכות ככללי פרשנות

ההלכות האנגליות בדבר סדרי המינהל, כמו הרבה הלכות אחרות בתחום המשפט המינהלי, נוצרו ופותחו בדרך של פירוש החוקים המעניקים סמכויות לרשויות המינהליות. כך, לדוגמא, כאשר המחוקק העניק סמכות לרשות מסוימת להרוס מבנה, או לפגוע באופן אחר בזכות האזרח, קבע בית המשפט כי בוודאי לא היתה כוונה לפני המחוקק להסמיק אותה רשות לפגוע באזרח בלי שתיתן לו קודם לכן הודמנות להשמיע טענותיו בפני הרשות באותו ענין. וכך התגבש בהדרגה הכלל בדבר זכות הטיעון, כשהוא נראה ככלל פרשנות יותר מאשר דין מהותי³⁸.

על רקע זה ניתן להבין מדוע אותן הלכות אנגליות בדבר סדרי המינהל שהתקבלו בארץ-ישראל כחוק חרות מצאו מקומן דווקא בפקודת הפרשנות. יתירה מזאת, גם בפקודת הפרשנות צמוד אליהן בדרך כלל הסייג האומר שהן חלות רק אם אין כוונה אחרת משתמעת. אף לגבי ההלכות שטרם נתגבשו במסגרת של חוק חרות, כגון כללי הצדק הטבעי, הלכה ברורה היא, הן באנגליה והן בישראל, שאין ההלכות חלות אם החוק המעניק לרשות את הסמכות משמיע כוונה אחרת³⁹.

אם נראה את ההלכות החלות בישראל בתחום סדרי המינהל בתור כללי פרשנות,

37 אין בכך כדי להתמיה כלל ועיקר, ולא רק בשל האופי הטוטליטרי של השלטון העותומני, אלא גם לאור העובדה שהחוק הראשון בעולם בדבר פרוצדורה מינהלית נחקק באוסטריה רק בשנת 1925.

38 See H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 3rd ed., pp. 173, 174.

39 ראה, לדוגמא, לגבי הכלל בדבר משוא פנים, ע"פ 68/66 ע"ד פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י כ" (2) 322; בג"צ 18/68 ישראל פוטבולס (בוליפול) בע"מ נ' המועצה להסדר הימורים בספורט, פד"י כ"ב (1) 689, 683.

תעורר השאלה אם בדרך כלל הלכות פרשניות אף הן בגדר המשפט המקובל שיש לקלוט אותו באמצעות סימן 46. יש טעם לתינובה שלילית, שכן בפרשנות חוקים תפקידו של בית-המשפט הוא לגלות את כוונתו של המחוקק בכל מקרה ומקרה, ואין לכבול אותו לדרך מסוימת, המתבטאת בכלל פרשני זה או אחר, שכן כבילה כזאת יש עמה סכנה שתכביד או תמנע בעד השופט את גילוי הכוונה של המחוקק.⁴⁰ לכן ראוי לאפשר לשופט להשתמש בכללי פרשנות אנגליים, אם ימצא בהם תועלת, או להעדיף במקרה מסויים כלל פרשנות שהוטבע במשפט העברי או במשפט האמריקאי או בשיטת משפט אחרת. בהתאם, ראוי לאפשר לשופט להעזר בעבודות ההכנה של החוק אם לדעתו יש בכך כדי לסייע לגילוי הכוונה של המחוקק, או להימנע מכך, בלי להיות כבול להלכה האנגלית בנושא זה.⁴¹

עם כל זאת, נראה כי ההלכה היא שכללי הפרשנות של המשפט האנגלי נקלטו בארץ-ישראל מכוח סימן 46.⁴² אם כך, ואם נתייחס להלכות הקובעות את סדרי המינהל כאל הלכות פרשניות, צריך יהיה להסיק כי הלכות אלה נקלטו אצלנו באמצעות סימן זה. יתירה מכך, הטענה שההלכות בדברי סדרי המינהל אינן אלא כללי פרשנות מעדיפה את הצורה על התוכן, ולכן קשה לקבל אותה. נכון שהכללים נתגבשו בהדרגה באמצעות פרשנות החוקים שהעניקו סמכויות מסמכויות שונות לרשויות מינהליות, ואף כיום יש להם סממנים שונים של כללי פרשנות. אך למעשה הפרשנות שימשה רק מסווה או מכשיר ליצירת כללים מהותיים.⁴³ מכל מקום, כיום אפשר כבר לראות אותם, ואף רצוי לראות אותם בתור כללים של הדין המהותי. לדוגמא, סעיף 16(1) של פקודת הפרשנות

40 פרופ' אורי ידן, בסכמו את כללי הפרשנות של חוקי הכנסת אומר כי אין זה מדויק לראות בכללים אלה הלכות, אלא אלה הן נטיות מסוימות של בית-המשפט העליון, ולכן אין לראות בכלל פרשני שהכריז עליו בית-המשפט העליון הלכה המחייבת בית-משפט נמוך הימנו, לפי סעיף 33 לחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. אורי ידן, "שוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט, כ"ו, (1970), 190, 358 בעמ' 375. וראה גם דברי השופט זוסמן בד"ג 13/67 "בחוק" חברה לפיתוח בע"מ נ' רוזנצווייג, פד"י כ"ב (1) 569, 577: "לענין הפרשנות אין אני מייחס חשיבות רבה לשאלה, אם עלינו ללכת אחר העקרונות המקובלים עלינו, או אם עלינו לחקור מהם העקרונות הצרפתיים שאליהם אין לנו גישה קלה. כללי הפרשנות היו כללים שבהגיון, וההגיון איננו נכס לאומי המוחזק בידי אומה אחת ואינו ניתן בידי אומה אחרת. תהא אשר תהא שיטת הפרשנות, מאחורי לשון המחוקק עומדת תמיד מטרת החיקוק, ומשעלה בידינו לחשפה, הרי היא נותנת מצבינה לדיבור ומאפשרת לנו לקבוע משמעותו של החיקוק".

41 זהו בעיקרו הרקע לחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972 (ס"ח תשל"ב, 651, עמ' 51), המוסיף לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, את סעיף-קטן 15(ג) הקובע כך: "כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עיקרי פרשנות משפטית המקובלים באנגליה – לא תהיה עוד הוראה מחייבת". על הוראה זאת ראה: שילה, "לבטיית הזיקה אל המשפט האנגלי", עיוני משפט, ב' (תשל"ב), 192; ש. קוארט, "על פרשנות חוקי המנדט", שם, 197.

42 ראה דברי השופט זוסמן בבג"צ 15/56 סופר נ' שר הפנים, פד"י י' 1213, 1221; ע"א 108/59 פריצקר נ' "ניב" בע"מ, פד"י י"ד 1545, 1550. ראה גם אורי ידן, "על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט, י"ג, (1957), 305, 306.

43 See B. Schwartz and H.W.R. Wade, *Legal Control of Government*, p. 210: "The courts have developed administrative law by devising numerous different categories of *ultra vires* under the guise of statutory interpretation"

האומר כי הרשות שהתקינה תקנה רשאית לתקנה או לבטלה קובע דין מהותי; וכך אף ההלכה הקובעת כי בגסיבות מסוימות חייבת הרשות לאפשר לאזרח להשמיע טענותיו; אפילו אם דינים אלה ואחרים כמותם מתבטלים מפני הוראה אחרת, מפורשת או משתמעת, של המחוקק.

לסיכום, אין זה ראוי, לדעתי, להתייחס להלכות הקובעות את סדרי המינהל כאילו הן הלכות פרשניות בלבד, להבדיל מדינים מהותיים. אולם, אפילו אם נראה אותן כהלכות פרשניות הרי, כאמור, אין בכך כדי לשלול את האפשרות שהלכות אלה נקלטו באמצעות סימן 46 מן המשפט האנגלי.

(ב) סימן 46 ותחולתו על רשויות מינהליות

בשני פסקי-דין נאמר על-ידי השופט זילברג כי ההלכות של המשפט המקובל הוטלו כחובה, לפי לשונו של סימן 46, על "בתי המשפט האזרחיים" בלבד, ומכאן שאין הם חלים על בתי-דין דתיים, ובתי-דין אלה רשאים להתעלם מן ההלכה בדבר רס יודיקטה⁴⁴ וכן מן ההלכות של המשפט הבינלאומי הפרטי⁴⁵. אם אמנם כך, הרי קל וחומר שסימן 46 אינו מחיל את כללי המשפט המקובל על בתי-דין מינהליים, ובן בנו של קל וחומר שאינו מחיל אותם על רשויות מינהליות רגילות. בהתאם לכך יהיה עלינו לומר כי ההלכה האנגלית בדבר רס יודיקטה לא תחול על רשות מינהלית, והוא הדין לגבי ההלכות בדבר זכות הטעון, או משוא פנים או שאר ההלכות הקובעות כיצד על רשות מינהלית לנהוג.

אך ספק בעיני אם אמנם נכונה הדרך הזאת. אמנם נראה הדבר כי כללי המשפט המקובל אינם חלים מכוח סימן 46 במישרין על בתי-דין דתיים או על רשויות מינהליות אלא על בתי-המשפט האזרחיים בלבד. אך אם באה בפני בית-משפט אזרחי, ובכלל זה בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, שאלה אם פסקי-דין של בית-דין דתי הינו תקף או אם החלטה של רשות מינהלית מסוימת הינה תקפה, והשאלה מצויה בתחום סמכותו של בית-המשפט, חייב בית-המשפט, בהעדר הסדר במשפט המקומי, לפנות דרך סימן 46 ולקלוט את ההלכה האנגלית באותו ענין. התוצאה היא שהמשפט המקובל אינו חל במישרין על הרשות המינהלית, כיוון שאין היא בגדר בית-משפט אזרחי, אך הוא חל עליה בעקיפין מכוח החלטה שניתנה על-ידי בית-משפט אזרחי בתחום סמכותו. למה הדבר דומה? להלכה כלשהי מתחום דיני החוזים שנקלטו אצלנו מן המשפט האנגלי. ההלכה ודאי שאינה חלה במישרין על פלוני ואלמוני שהתקשרו ביניהם בחוזה, אך כיוון שהזקה על בית-המשפט שיחיל את ההלכה שנפסקה על ידו גם עליהם, נמצא שלמעשה הם כבולים על-ידי הלכה זאת. הסבר כזה עולה, לדעתי, מלשונו של סימן 46, ותואם את המטרה שעמדה בפני המחוקק המנדטורי⁴⁶.

44 בג"צ 111/63 אבו חורש נ' בית הדין השרעי, פד"י י"ח (1) 589, 592.

45 בג"צ 301/63 שברייס נ' הרב הראשי לישראל, פד"י י"ח (1) 598, 621.

46 כמובן, אין הכוונה בדברים אלה לומר כי הדין מחייב להחיל את הלכות המשפט הבינלאומי הפרטי, כפי שהן במשפט האנגלי, על בתי הדין הדתיים בארץ. נכון שקיים קושי עיוני להסביר מדוע אין מחילים הלכות אלה על בתי הדין הדתיים. אך קושי זה היה קיים שנים רבות, עד שהשופט זילברג הציע לו פתרון, ואם אין מאמצים פתרון זה מתוירים את הקושי

סימן 46 לדבר המלך וסדרי המינהל הציבורי

בהתאם לכך יש לומר כי סימן 46, כשהוא לעצמו, איפשר לבית-המשפט הגבוה לצדק לקלוט את הלכות המשפט המקובל בדבר סדרי המינהל, כמו כללי הצדק הטבעי, ומכוח קליטה כזאת להפוך אותן להלכות המחייבות את המינהל הציבורי.

מכל מקום, דבריו של השופט זילברג בענין זה היו מוגבלים לתחולת המשפט המקובל על בתי-דין דתיים, ואף בהקשר זה הם עומדים בפני עצמם ולא זכו לתמיכה נוספת בפסיקה מאוחרת, ולכן אין יסוד מספיק להקיש מהם ולומר כי כך המצב אף לגבי תחולת המשפט המקובל על רשויות מינהליות.

אפשר, אם כן, לסכם ולומר כי הטענה שההלכות בדבר סדרי המינהל לא נקלטו מן המשפט האנגלי, כיוון שהן מתייחסות לרשויות מינהליות ולא לבתי-המשפט האזרחיים, טענה זאת אף היא אינה עומדת בפני הביקורת.

ג) המסקנה המתבקשת מן הפסיקה

כאמור, הפסיקה הישראלית עצמה, אף שהיא קובעת ומפתחת הלכות רבות בתחום סדרי המינהל, מעולם לא גזקה באופן גלוי לשאלה אם הלכות אלה נשאבות מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46, ולא השיבה על שאלה זאת באופן ברור. עם זאת, דומה שהפסיקה מאפשרת להסיק מסקנה בענין זה.

כאמור, אותם פסקי-דין המאזכרים את ההלכה האנגלית, אף כי הם מתיישרים יפה עם המסקנה של קליטה באמצעות סימן 46, אינם מחייבים מסקנה זאת, לא במפורש ואף לא במשתמע, אלא הם מותירים פתח לטענה שההלכות מתבססות על מקור אחר. כנגדן, ההלכות המתעלמות לחלוטין מן המשפט האנגלי, תומכות במסקנה שבית-המשפט פסק הלכה באופן עצמאי. ומסקנה זאת מתחזקת על-ידי פסקי-דין אחדים הנוקטים עמדה בניגוד להלכה האנגלית, שכן קשה ליישב פסקי-דין אלה עם האפשרות של קליטת ההלכה האנגלית באמצעות סימן 46. בסך הכל, אם כך, הפסיקה נותנת יסוד חזק לטענה שההלכות בדבר סדרי המינהל, או לפחות חלק מהלכות אלה, לא נשאבו מן המשפט האנגלי בתוקף סימן 46, אלא נתבססו על מקור אחר.

טענה זאת נתמכת על-ידי פסקי-דין בתחומים אחרים, בהם אמר בית-המשפט הגבוה לצדק במפורש כי אין הוא כבול להלכה האנגלית. דברים ברורים אלה נאמרו כבר בתקופת המנדט⁴⁷, ולאחר הקמת המדינה חזר עליהם בית-המשפט בשינויי לשון ובהקשרים שונים⁴⁸. הדברים נאמרו לא פעם כדי להסביר ולבסס סטייה מן המשפט

למקומו בלי לפגוע בהלכה עצמה. ומן הצד השני, אם אין מקבלים את הפתרון שהוצע על-ידי השופט זילברג, קל יותר להסביר מדוע מחילים על בתי הדין הדתיים את כללי הצדק הטבעי, שאינם זהים עם ההלכות של הדין הדתי בענין זה. ראה, לדוגמא, בג"צ 295/72 בכר נ' בית הדין הרבני האזורי בירושלים, פד"י כ"ז (1) 568.

47 ראה בג"צ 78/39 הפקין נ' המפקח הכללי של המשטרה, 7 פל"ר 35, 41 (בתרגום שלי): "חושבני כי ברור הוא שבית משפט זה מפעיל סמכות, שהוענקה לו על-פי החוק, הרחבה מזו המצויה בידי בית המשפט העליון שבאנגליה, אלא שהשימוש בסמכות זו נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, אשר לא יעניק שום סעד, לבד אם דבר זה דרוש מבחינת הצדק".

48 בג"צ 108/49 בוכמן את שוליו נ' הממונה על כחוז חירפה, פד"י ג' 182, 187: "לא תמיד מותר לסמוך על תקדימים אנגליים, שכן סמכותו של בית-המשפט זה רחבה יותר מסמכותו של בית המשפט העליון באנגליה". וראה עוד באותו כיוון בג"צ 4/51 שוואלב נ' רשיש,

האנגלי. כך, לדוגמא, באחד המקרים נאמרו הדברים שעה שבית-המשפט החליט לסטות מן ההלכה האנגלית הקובעת כי בית-משפט רשאי לפסול החלטה מינהלית בשל טעות של דין רק כאשר הטעות גלויה על פני ההחלטה.⁴⁹ אמרות כאלה, ויותר מכך עצם הסטייה מן ההלכה האנגלית, אי-אפשר ליישבן עם החלטת סימן 46 על מקרים אלה: אם בית-המשפט היה אומר כי במקרה שלפניו קיים חלל במשפט המקומי – וכאמור, במקרים הנדונים, כגון חובת ההנמקה, הדרך לניהול מכרו, ופסילת החלטה מינהלית בשל טעות של דין, לא היה חוק חרות או הלכה פסוקה במשפט המקומי – חובה היתה עליו לקלוט את המשפט המקובל ולא היתה בידי רשות לפסוק בניגוד לו.⁵⁰ מכאן עולה השאלה: אם בענינים אלה לא החיל בית-המשפט את סימן 46, וההלכות שנפסקו על ידו נובעות ממקור אחר, מהו מקור זה?

3) מקור אפשרי להלכות: סימן 43 לדבר המלך

בראש התשובה ראוי להזכיר כי ההלכות הנוהגות בארץ בקשר לסדרי המינהל, כמו יתר ההלכות בתחום המשפט המינהלי, נפסקו בדרך-כלל על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק, שהוא למעשה בית-המשפט המינהלי העיקרי בארץ. כידוע סמכותו של בית-משפט זה נקבעה תחילה בסימן 43 לדבר המלך במועצה. סימן זה אמר כך:

"The Supreme Court, sitting as a High Court of Justice, shall have jurisdiction to hear and determine such matters as are not causes or trials, but petitions or applications not within the jurisdiction of any other Court and necessary to be decided for the administration of justice."

סימן זה שוכן בכפיפה אחת עם סימן 46 תחת אותה קורת גג. כלומר, לשני סימנים אלה יש מעמד שווה ואין האחד כפוף לשני. הניסוח הסתום של סימן 43, ניסוח מסתורי

פד"י ה' 207, 225-226; בג"צ 54/51 היועץ המשפטי נ' ד"ר מגורי כהן, שופט-שלום ת"א, פד"י ה' 1125, 1135; בג"צ 307/51 לאלו נ' ד"ר זוסמן, שופט בית המשפט המחוזי, פד"י ו' 1062, 1075-1076; בג"צ 219/53 זילברג נ' שר המבחן והתעסוקה, פד"י ח' 357, 361; בג"צ 176/54 נחום יהושע נ' ועדת קרקע לפי חוק הנכים, פד"י ט' 617, 634; בג"צ 79/63 טרודלר נ' פקדי הבחירות לוועדות החקלאיות, פד"י י"ז 2503, 2512-2514; בג"צ 292/63 גולדברג נ' עיריית ראשון לציון, פד"י י"ח (1) 453, 461; ד"נ 23/72 גולדשטיין נ' גולדשטיין, פד"י כ"ז (2) 197, 211.

49 בג"צ 79/63 טרודלר נ' פקדי הבחירות לוועדות החקלאיות, פד"י י"ז 2503, 2512-2516.
50 ראוי לציין כי במקרים אלה לא אמר בית המשפט כי הוא נמנע מלקלוט את המשפט המקובל, בהתאם לאמור בסימן 46 עצמו, בשל אי התאמה לתנאי הארץ או תושביה, או כי הוא קולט את המשפט המקובל בשינויים הנדרשים על-ידי התנאים המקומיים. לדעתו, בדיקת המקרים מלמדת כי אכן לא היה יסוד לומר כך. זאת ועוד: קיימת דעה שסימן 46 אינו מחייב לקלוט את המשפט המקובל על כל פרטיו ודקדוקיו, אלא מסתפק בכך שייקלטו "יסודות המשפט המקובל ועקרונות האקזיסטי". ראה ג' טדסקי, מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שניה, בעמ' 184. אך באף אחד ממקרים אלה לא אמר בית המשפט, במפורש או ברמז, כי הוא קולט את יסודות המשפט המקובל ומרשה לעצמו לסטות מן המשפט המקובל רק בפרטי ההלכות. יתירה מזאת, מבדיקת המקרים מתבקשת המסקנה כי למעשה לא כך נהג בית המשפט.

כמעט, מכביד על פירושו. אך דבר אחד ברור, ואף הובהר היטב בפסיקה, והוא שעיקר הכוונה של המחוקק בסימן זה היתה להסמיך את בית-המשפט העליון, בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, לדון בעניינים אשר באנגליה היו נדונים באמצעות הצווים הפררוגטיביים⁵¹. אולם כאן מתעוררת השאלה אם הדבר נעשה על דרך של שילוב סימן 43 וסימן 46, כלומר, שסימן 43 רק הגדיר את גבולות הסמכות של ב"צ, ואילו תוכן הסמכות נשאב כולו מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46, כיוון שהמשפט המקומי לא היה בו עד אותה עת דבר משל עצמו כדי להכניסו למסגרת הסמכויות שהותוותה בסימן 43.

כפי שכבר נאמר, בשום מקום בפסיקה המקומית לא ניתנה לכך תשובה חיובית, ואילו האמרות הרבות המציגות כי בית-המשפט הגבוה לצדק אינו כבול להלכה האנגלית מזמינות תשובה שלילית. אם אמנם כך, מתבקש פירוש אחר, האומר כי סימן 43 קובע לא רק את גבולות הסמכות אלא, במשתמע, גם את תוכן הסמכות. ומהו תוכן הסמכות? התוכן הוא פחות או יותר זה המצוי במסגרת הצווים הפררוגטיביים של המשפט האנגלי. תוכן זה בא לידי ביטוי חלקי בסעיף 6 של פקודת בתי-המשפט משנת 1924, ולאחר מכן בסעיף 7 של פקודת בתי-המשפט, 1940, שפרטו את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק⁵². אולם, אף שהתוכן דומה לזה של המשפט האנגלי, אין הוא אותו תוכן עצמו. לשון אחר, בית-המשפט הגבוה לצדק אינו מפעיל משפט אנגלי אלא משפט מקומי המבוסס על חוק חרות, הוא סימן 43. דומה המצב, על דרך ההיקש, למצב דיני העונשין או דיני הגזיקין, שבהם המחוקק המנדטורי התבסס על המשפט המקובל, ועשה את המשפט המקומי בצלמו ובדמותו, ואף-על-פי כן, המשפט המקומי שוב אינו המשפט האנגלי אלא משפט ארץ-ישראלי. בדיני עונשין ובדיני גזיקין נעשה הדבר על דרך של פירוש רב של כל הלכה והלכה, ואילו בדיני המינהל הציבורי נעשה הדבר בצורה גורפת וכללית, כלומר, באמצעות הלשון של סימן 43, ותוך סטיות בלתי-מוגדרות מן המשפט האנגלי. אך מבחינה עקרונית אין בכך כדי לשנות: בזה כמו באלה, מבחינה עניינית מקור הדינים במשפט האנגלי, אולם מבחינה פורמלית מקורם בחקיקה ארץ-ישראלית. ואם כך הדבר, הרי שוב אין לומר כי קיימם שילוב והפריה הדדית בין סימן 43 לסימן 46. להיפך, צריך לומר כי אין קשר ביניהם. סימן 43, כיוון שהוא קובע, לפי פירושו זה, לא רק את גבולות הסמכות אלא גם את תוכן הסמכות של בית-המשפט הגבוה לצדק, אינו מותיר הלל משפטי, ולכן אין לסימן 46 פתח להיכנס דרכו⁵³.

51 ראה יצחק זמיר, "סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק", מחקרי משפט לזכר אברהם רזונסל, הוצאת מאגנס, תשכ"ה, 225, 228-230.

52 כגון שהסמכות כוללת מתן "צווים הערוכים לפקידים ציבוריים או לגופים ציבוריים בנוגע למילוי חובותיהם הציבוריים והדורשים מהם לעשות מעשים ידועים או להמנע מלעשותם": סעיף 7(ב) של פקודת בתי המשפט 1940. ראה זמיר, שם, 226-227.

53 פירוש כזה אינו גקי מקשיים וספקות. בעיקר קשה השאלה מדוע יש לתת פירוש כזה רק לסיפא של סימן 43 לדבר המלך, הקובע את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, ואין לתת פירוש כזה לסימנים הסמוכים באותו דבר מלך הקובעים את סמכויותיהם של יתר בתי-המשפט האזרחיים. צריכה אמת להיאמר שאף כי יש הבדל-מה בניסוח בין סימן 43 לבין יתר הסימנים, קשה לתלות בהבדל לשוני זה הבדל גדול כל כך במשמעות. התשובה היא, אולי, שבית-המשפט הגבוה לצדק נבדל מכל יתר בתי-המשפט בכך שמבחינה מעשית

אכן, דברים אלה לא נאמרו בלשון מפורשת על-ידי בית-המשפט העליון בשום פסק-דין. אך הדברים משתמעים ומתיישבים עם אמרות של שופטים בהקשרים שונים. כך, לדוגמא, אמר השופט אגרנט (כתארו אז): "בשעה שבית משפט זה משתמש בכוח הניתן בידו לפי הסימן 43, סיפא, ישווה לנגדו את התרופות 'הבלתי רגילות' או 'הפררוגטיביות' הקיימות באנגליה, ומהן ילמד היקף וגזירה שווה. אך אין פירוש הדבר הזה, כי בכל מקרה ובכל המסיבות יראה את עצמו מגוע מלסטות מהתרופות האנגליות כמלוא הנימה — אם בדרך של 'הרחבת' סמכותו ואם בדרך של 'הצרתה'".⁵⁴

הדברים מתיישבים גם עם ההתפתחות התחקיתית בענין זה. סעיף 7 לפקודת בתי-המשפט, 1940, נתפרש בפסיקה כאילו הוא רק מפרט ומסביר את סימן 43.⁵⁵ כלומר, סימן 43 עצמו כבר קבע, אם כי בלשון סתומה, את פרטי סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק, ואם כך, אין מקום לקלוט בתחום זה את המשפט המקובל של אנגליה.⁵⁶ חיוזק נוסף לגישה זאת כלפי סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק ניתן עם חקיקת חוק בתי המשפט, תשי"ז-1957. כידוע, סעיף 7 של חוק זה חזר וניסח את סמכותו של בית-המשפט הגבוה לצדק בלשון דומה מאוד ללשון של סימן 43 לדבר המלך וסעיף 7 של פקודת בתי המשפט, 1940, ולכן גם הסיק בית-המשפט כי המחוקק הישראלי נתכוון לקיים המשיכות בפסיקה של בית-משפט זה.⁵⁷ אכן, ההמשכיות קיימת, ועדיין פונה בית-המשפט הגבוה לצדק ומסתייע מעת לעת במשפט האנגלי. אבל כעת ברור יותר מקודם כי בית-המשפט הגבוה לצדק שואב סמכותו מחקיקה מקומית, בה יש למצוא הן את גבולות הסמכות והן את תוכן הסמכות. ביטוי ברור לגישה זאת ניתן השופט ברנזון במלים אלה: "העולה מן האמור לעיל⁵⁸ הוא, כי מעולם לא היינו חייבים לנהוג לפי הכללים הנהוגים באנגליה לגבי מתן תרופות פררוגטיביות וגם לא נהגנו כך. לא-כל שכן, אחרי חקיקתו של חוק בתי המשפט משנת תשי"ז, אמנם חוק זה לא ניתק עצמו מן העבר בנוגע לסמכותו של בית-משפט זה. מניסוח הוראות סעיף 7 לחוק נראה הדבר

היה הוא היחיד שהמשפט המקומי לא המציא כל תוכן למילוי סמכותו, ולכן היה צורך וטעם שהמחוקק יעשה זאת בדבר המלך עצמו. מכל מקום, נראה שהפסיקה עצמה התייחסה לסיפא של סימן 43 בדרך מיוחדת ושונה מן היחס ליתר הסימנים שעסקו בסמכויות של בתי-המשפט האחרים. על כך מיד להלן.

54 בג"צ 307/51 לאלו נ' זוסמן, שופט בית המשפט המחוזי, פד"י ו' 1062, 1075-1076. ראה עוד בג"צ 4/51 שוואלב נ' רשיים, פד"י ה' 207, 225; בג"צ 14/51 היועץ המשפטי נ' עורך "דבר", פד"י ה' 1017, 1047; בג"צ 176/54 נחום יהושע נ' ועדת ערעורים לפי חוק הנכים, פד"י ט' 617, 634.

55 בבג"צ 54/51 היועץ המשפטי נ' ד"ר מגורי כהן, שופט שלום ת"א, פד"י ה' 1125, 1141, אמר השופט חשין: "סעיף 7 — על כל המקרים המנויים בו — כלול בתוך הסימן 43, או — לכל היותר — מסביר בהרחבת-מה את אשר נאמר בסימן אחרון זה".

56 אך יש מקום גם לטענה סותרת, כלומר, כי סעיף 7 לפקודת בתי המשפט, 1940, רק ממשיך ומתווה, ביתר דיוק ופירוט, את גבולות הסמכות של בית-המשפט הגבוה לצדק, ואין הוא ממלא את המסגרת בתיכון, ומשום כך יש לפנות ולקלוט את התוכן מן המשפט האנגלי באמצעות סימן 46.

57 ראה זמיר, שם, עמ' 226, 252-257.

58 כוונת השופט לפסקי-דין אחדים שאוחדו על-ידו, בהם נאמר כי בית-המשפט הגבוה לצדק אינו כבול להלכות של המשפט האנגלי. פסקי-דין אלה נכללים בין פסקי-הדין שאוחדו לעיל בהערה 48.

שהכנסת שיוותה לנגד עיניה את ההוראות הקודמות שהיו קיימות בסימן 43 לדבר המלך במועצה ובסעיף 7 לפקודת בתי המשפט, 1940, והלכה בעקבותיהן. כאמור, היו הוראות אלו מבוססות אך לא זהות עם התרופות הפרוגטיביות הניתנות באנגליה. ואם בעבר, אף בידענו את המעיין ממנו שאב החוק המקומי את מימיו, לא ראינו עצמנו כפותרים להלכה האנגלית ביחס לתרופות אלו, עכשיו שהחוק המקומי שיחרר אותנו מכבלי התקדים המחייב גם של הלכה פסוקה שלנו — לא כל שכן. זאת ועוד. סעיף 7(א) בחוק — כמו סימן 43 לדבר המלך במועצה שקדם לו — אין לו אח ורע באנגליה. הוא מפקיד בידי בית-משפט זה את הכוח לפתוח את שעריו בפני כל מי אשר הוא סבור שיש להושיט לו סעד למען הצדק. הוא רשאי להתערב בכל מקרה שנראה לו כי התערבותו דרושה לשם השלטת הצדק במדינה ובלבד שהעניין אינו בסמכותו של בית-משפט או בית-דין אחר. גם אם אנו נוהגים להעזר פה ושם בתקדימים אנגליים בעניינים כאלה, אין אנו קשורים בהם. אנו חופשיים לפלס לנו דרך משלנו, שתהלים את המציאות והתנאים בישראל המחודשת ואת צורכי העם הרוכב בתוכה. אנו חופשיים לצקת דפוסי מחשבה מקוריים שיביאו לעשיית צדק, כפי שאנו מבינים אותו⁵⁹.

הדעה, שבית-המשפט הגבוה לצדק מעולם לא היה מחויב לפנות ולקלוט את ההלכות של המשפט האנגלי מכוח סימן 46, אלא הוא פיתח את ההלכות שלו עצמו מכוח סימן 43, יש בה כדי ליישב בין פסקי-דין הגוראים מסוכסכים ביניהם. בהתאם לדעה זאת נאמר שבית-המשפט, בידעו את ההשראה והכוונה של המחוקק, פנה אל המשפט האנגלי כדי לקבל ממנו הדרכה וסיוע, וזה טעמם של פסקי-הדין האנגליים המשובצים בפסיקה שלנו; אך, כיוון שלא היה כבול על-ידי סימן 46, יכול היה לומר, כפי שאמר, שאין הוא תלוי בפסקי-הדין האנגליים, ובהתאם לכך ללכת לעתים בדרך משלו, הסוטה מדרכו של המשפט האנגלי.

ולבסוף, אפילו אם דעה זאת, המשחררת את בית-המשפט בנושא זה מתלות במשפט האנגלי, אינה משכנעת עד כדי כך שתסלק באופן מוחלט את האפשרות של קליטה מחייבת באמצעות סימן 46, לפחות צריך לומר, לדעתי, כי זוהי דעה אפשרית וסבירה שניתן לאמץ אותה. ואם אמנם כך, נראה לי כי רצוי לבחור בה, ולהעדיף אותה על פני הדעה המתחרה, כיוון שהיא מאפשרת לבית-המשפט בישראל לפתח ולשפר את ההלכה המקומית. המשפט האנגלי בתחום סדרי המינהל, כמו בתחום המשפט המינהלי כולו, קפא על שמריו במשך תקופה ארוכה, כשהוא משועבד לכללים טכניים שאבד עליהם הכלח, ונעדר מעוף ויוזמה. בשלבים הראשונים של התפתחות המשפט המינהלי בישראל היה הכרח ללמוד ממנו. גם כיום עדיין רצוי לעקוב אחריו וניתן לעתים למצוא בו רעיון חדש והתפתחות מעניינת. אך ברור כי אין יותר צורך או צידוק להיצמד אליו בכבלים. לכן, בסיכום, נראה לי כי אפשר וראוי לומר כי ההלכות שנפסקו על-ידי בית-המשפט הגבוה לצדק בדבר סדרי המינהל אינן שאובות מן המשפט האנגלי

59 בג"צ 79/63 טרודלר נ' פקדי הבחירות לוועדות החקלאיות, פד"י י"ז 2503, 2513–2514. ראה גם בג"צ 3/58 כרמון נ' שר הפנים, פד"י י"ב 1493, 1509; בג"צ 292/63 גולדברג נ' עיריית ראשון לציון, פד"י י"ח (1) 453, 461; בג"צ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פד"י כ' (1) 309, 329; המ' 525/63 שמואל נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י י"ח (3) 452, 463; בג"צ 298/70 פולק בע"מ נ' שר הבטחה והתעשייה, פד"י כ"ה (2) 3, 9; ד"ג 23/72 גולרשטיין נ' גולרשטיין, פד"י כ"ז (2) 197, 211.

באמצעות סימן 46 לדבר המלך, אלא הן הלכות עצמאיות, ואם כך אין לחשוש שביטול סימן 46 ישמיט את הקרקע מתחת הלכות אלה.⁶⁰

עם זאת, מכיוון שאי-אפשר לומר בבטחון כי ההלכות הקובעות את סדרי המינהל הן יצירה מקומית, אמשיך ואבדוק את המצב המשפטי לאור ההנחה כי הלכות אלה, או חלק מהלכות אלה, נקלטו באמצעות סימן 46 מן המשפט האנגלי.⁶¹

III. ההשפעה של ביטול סימן 46 על ההלכות בתחום סדרי המינהל

ההנחה כי חלק מן ההלכות שנפסקו על-ידי בתי-המשפט בארץ בתחום סדרי המינהל נקלטו מן המשפט האנגלי, באמצעות סימן 46, מחייבת לבדוק את ההשפעה האפשרית של ביטול סימן זה בשני מישורים: ראשית, ההשפעה על אותן הלכות שנקלטו כבר מן המשפט האנגלי והפכו חלק מן המשפט המקומי; ושנית, ההשפעה על התפתחות המשפט המקומי לאחר שינותק מן המשפט האנגלי ולא יעמוד לרשותו הצינור המאפשר שאיבה מאותו מקור לשם מילוי חללים שיתגלו בעתיד.

1) ההשפעה על הלכות שנקלטו מן המשפט האנגלי

שאלת ההשפעה של ביטול סימן 46 על אותן הלכות שנקלטו כבר מן המשפט האנגלי הינה, כפי שנראה במבט ראשון, שאלה בעלת חשיבות מעשית רבה, כיוון שהיא מתייחסת להלכות רבות וחשובות ובהן כללי הצדק הטבעי. אם הלכות אלה תעמודנה בתוקפן גם לאחר שיבוטל סימן 46, יהיה למשפט המקומי בסיס רחב וטוב, לא רק כדי להשתית עליו תשובות לבעיות שגרתיות, אלא גם כדי לבנות עליו ולפתח ממנו הלכות חדשות כפי שידרש. אם כנגד זה ביטול הסימן ישמיט את הבסיס ויגרום מפולת של כל ההלכות האלה, יוצר חלל גדול במשפט המקומי, והתהליך של מילוי החלל מחדש עלול להיות ממושך וקשה מבחינת הצרכים של יומיום.⁶²

60 הדברים האמורים לגבי סדרי המינהל חלים גם, לפי אותו הגיון ובאותה מידה, על יתר ההלכות הפסוקות של המשפט המינהלי. ואכן, גם בתחומים אחרים של המשפט המינהלי ראה עצמו בית המשפט הגבוה לצדק חופשי לסטות מן ההלכות האנגליות. ראה לדוגמא, לעיל, טקסט להצעה 49, לגבי ביקורת על טעות של דין שאינה גלויה על פני ההחלטה. מעניין לציין כי כיוון שבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק התרגל לראות עצמו משוחרר מתלות במשפט האנגלי, לא הקפיד, ואולי אף לא שם לב, ונהג כך גם כשישב כבית-משפט לערעורים פליליים או אזרחיים. כך, לדוגמא, בע"א 311/57 היועץ המשפטי נ' דיונוף ושות' (שיט) בע"מ, פד"י י"ג 1026, חידש בית-המשפט העליון הלכה כאשר פסק כי ניתן לפסול תקנות של המינהל המרכזי בשל חוסר-סבירות, שעה שבמשפט האנגלי לא השתמשו בעילה זאת אלא לפסילה של חוקי עזר של רשויות מקומיות.

61 קיימת פסיקה קובעת כי כללים מסוימים המתייחסים לסמכות של רשות מינהלית (להבדיל מסדרי המינהל) נקלטו מן המשפט המקובל באמצעות סימן 46. ראה ע"א 187/52 הלפרין נ' ראש העיר ת"א, פד"י ח' 219, 222-223; ע"פ 34/52 היועץ המשפטי נ' אהרונוביץ, פד"י ח' 647, 651. וראה על פסקי-דין אלה קלינגהופר, משפט מינהלי, 60-62. מבחינה עקרונית קליטה כזאת אפשרית, כמובן, גם לגבי סדרי המינהל.

62 השאלה אינה מיוחדת לתחום סדרי המינהל, אלא היא שאלה כללית, המתייחסת לכל ההלכות שנקלטו מן המשפט האנגלי בכל תחומי המשפט. התשובה, אם כך, אף היא אינה

מצד אחד ניתן לומר, בתשובה לשאלה זאת, כי לא יהיה קיום לכל ההלכות של המשפט המקובל אשר נקלטו בישראל מאותה שעה בה יבוטל סימן 46.⁶³ משל למה הדבר דומה? לבנין ששומטים ממנו את הבסיס, ובהכרח מתמוטט כל הבנין כולו. ואולי מוטב להביא משל אחר ולומר כי סימן 46 כמוהו כצינור הנוטל מימיו מן המשפט האנגלי, ומביאם יום יום אל בית המשפט בישראל, כדי שישמשו אותו במשפטים בהם אין לו מקור אחר. בית המשפט לפי משל זה, נזקק לצינור באופן קבוע, לצורך כל משפט ומשפט מחדש. ואין די בכך שבמשפט אשר בא בפני בית המשפט לפני שנים, בענין דומה, כבר השתמש בית המשפט בצינור זה כדי לייבא הלכה אנגלית. שכן היום, כאשר פעם נוספת עולה בפני בית המשפט בעיה שאין לה תשובה במשפט המקומי, ואפילו נפתרה כבר הבעיה פעם קודמת על ידי קליטה מן המשפט האנגלי, שוב צריך בית המשפט לפנות אל סימן 46 כדי לעשות בו שימוש חוזר. ואם נסתם בינתיים צינור הקליטה, אין יותר בידי בית המשפט לקלוט את המשפט האנגלי כדי להשיב על הבעיה שלפניו. ועוד אפשר לדמות את היחס שבין סימן 46 לבין ההלכות של המשפט המקובל שנקלטו באמצעותו ליחס שבין חוק לבין תקנות שהותקנו מכוח אותו חוק. התקנות אין להן כוח חיות משלהן, אלא הן צריכות כל הזמן את הבסיס של החוק, ממנו הן נוטלות את תוקפן. אם בא המחוקק ומבטל אותו חוק, שוב אין לתקנות על מה לסמוך, והן מתמוטטות ומתבטלות.⁶⁴

אולם, מן הצד השני, טענות חזקות תומכות בגירסה הפוכה, כלומר, שביטול סימן 46 לא יגרור ביטול ההלכות שכבר נקלטו באמצעותו.

א) הלכות שנקלטו לפני הקמת המדינה

קודם כל, יש מקום לומר כי הלכות המשפט המקובל שנקלטו בארץ ישראל באמצעות פסקי-דין עד יום הקמת המדינה הפכו חלק מן המשפט המקומי.⁶⁵ כיוון שכך, נתפסו הלכות אלה על-ידי סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, הקובע

מיוחדות לתחום סדרי המינהל, אלא היא חייבת לחול על כל התחומים. החשיבות והכלליות של השאלה מצריכים מחקר נפרד, יסודי וכללי, וההערות שלהלן לא נועדו לבוא במקומו של מחקר כזה.

63 לדעת זאת ראה ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתיד", משפטים, ה', (תשל"ג), 59-58, 9.

64 למעשה אין זה כך, שכן המחוקק נתן דעתו לקושי זה, והמציא לו תרופה בסעיף 15 לפקודת הפרשנות: סעיף זה קובע כי "כל תקנות שניתנו ומינויים שנעשו בכוחו של החוק המבוטל, והיה להם תוקף בשעת הביטול, יעמדו בתקפם, במידה שאינם סותרים את הוראות החוק המבוטל, עד שיבוטלו או שיוחלפו בתקנות שניתנו ובמינויים שנעשו לפי החוק המבוטל, והוא כשאין כוונה אחרת משתמעת". אבל באנגליה, בה אין הוראת חוק דומה, ההלכה קובעת כי עם ביטולו של חוק, בטלות מאליהן גם תקנות שהותקנו מכוחו, אם אין הוראה מפורשת אחרת. ראה: Craies on Statute Law, 7th ed., p. 414.

65 סביר לומר שלפי פירושו הנכון של סימן 46 זוהי משמעות הקליטה. אפשר אולי לומר גם כי ההלכות שנקלטו מן המשפט המקובל נעשו חלק מן המשפט המקומי כתקדימים מחייבים שיצאו מבתי המשפט המקומיים.

כי המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום הקמת המדינה ימשיך לעמוד בתוקפו.⁶⁶ סעיף זה רואים אותו כאילו הוא מחוקק מחדש, בדרך של איזכור כללי, את כל המשפט המנדטורי.⁶⁷ לפיכך, שוב אין קיומן של הלכות המשפט המקובל שנקלטו בארץ-ישראל עד הקמת המדינה כותנה בקיומו של סימן 46, אלא יש להן כעת קיום מכוח סעיף 11. ומכאן שביטולו של סימן 46 לא יהיה בו כדי להשפיע על תוקפן של הלכות אלה.⁶⁸

(ב) הלכות שנקלטו לאחר הקמת המדינה

יש הלכות שנפסקו באנגליה לפני הקמת המדינה, אך לא נודמן לבית-המשפט בארץ להחליט, עד שהוקמה המדינה, אם הן נקלטות למלא לקונות במשפט המקומי. שאלה היא אם בית-המשפט חייב לקלוט הלכות כאלה, מכוח סימן 46, אף לאחר הקמת המדינה. לפי דעה אחת, יש להשיב על השאלה בשלילה, שכן חובת הקליטה של הלכות זרות אינה מתיישבת עם רבונות המדינה.⁶⁹ אם אמנם כך, ברור שביטול סימן 46 אינו עשוי לפגוע במעמדן של הלכות כאלה במשפט ישראל, שהרי ממילא, אפילו כאשר הסימן קיים ועומד, אין להן אלא כוח משיכנע.

66 הביטוי "המשפט" בסעיף זה כולל את דיני המשפט המקובל ועקרונות היושר של אנגליה כפי תוקפם בארץ-ישראל. ראה בג"צ 5/48 ליון ג' נובמבר, פד"י א' 58, 67; ע"א 19/54 נורלי ג' דיסקין, פד"י ח' 521, 531.

67 ראה בג"צ 40/58 ליפקוביץ ג' המועצה המקומית בת"ר, פד"י י"ג 210, 213.

68 שאלה היא אם דברים אלה תופסים רק לגבי הלכות שנקלטו בארץ-ישראל עד הקמת המדינה על-ידי החלטות כפורשות של בתי-המשפט. דעה אפשרית היא שסימן 46 כשהוא לעצמו, ומיד כשנחקק, הורים לארץ את כל המשפט המקובל שהיה נדרש כדי למלא את כל הלכות המשפט המקומי, והוא המשיך והזרים לאחר מכן את החידושים של המשפט המקובל מיד כשחודשו באנגליה, לפחות עד הקמת המדינה. לפי דעה זאת, פסק-דין מקומי שקבע כי הוא מחיל על הענין שלפניו הלכה של המשפט המקובל, לא קלט הלכה זאת באותו זמן אלא יצא הצהיר על קליטת הלכה שנעשתה על-ידי סימן 46 עצמו, כבר בשנת 1922, או לאחר מכן. מיד כשנתקבלה ההלכה במשפט המקובל של אנגליה. זוהי דעתו של פרופ' ג' טדסקי, ביטוי תמציתי ניתן לכך במאמרו "המנהג במשפטנו הנוהג והעתיד", משפטים, ה' (תשל"ג), 9, 58. אם דעה זאת נכונה, הרי גם הלכות אלה נקלטו במפורש על-ידי בתי-המשפט, הפכו חלק מהמשפט של ארץ-ישראל, ובאמצעות סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, נעשו לאחר מכן חלק מהמשפט של ישראל. אולם דעה זאת כרוכה בקשיים. קודם כל, סימן 46 עצמו מתנה את הקליטה בהחלטה ענינית, ולא בהצהרה גרידא, של בית-המשפט. שכן ההלכה האנגלית עשויה להיקלט בארץ רק כשנתקיימו שני תנאים: א. במידה שתנאי הארץ ותושביה מתירים זאת; ב. כפוף לסייגים שהתנאים המקומיים מצריכים. החלטת בית-המשפט עשויה לקבוע, אם כך, לא רק אם אמנם ההלכה האנגלית תיקלט, אלא גם את תוכן ההלכה, כפי שמתחייב מן התנאים המקומיים. כיוון שאין לדעת מראש מה תהיה ההחלטה של בית-המשפט, נראה שאין זה נכון או רצוי לדבר על קליטת הלכה קודם שניתנה ההחלטה בענין זה על-ידי בית-המשפט. במיוחד כך משום שקליטה גורפת ואנונימית של גוף הלכות גדול ומורכב, המפורר בקבצי הפסיקה של אנגליה, עלולה לחזק את התחושה של מבוכה וחוסר-בטחון המלווה ממילא את המשפטן בישראל. מכל מקום, בין אם הדעה נכונה ובין אם לאו, אין בכך כדי להשפיע על המסקנה כי לגבי תוקף ההלכות שנקלטו בארץ עד 1948, יהיו אשר יהיו, לא תהיה נודעת השפעה לביטול סימן 46.

69 ראה ע"א 81/55 כוכבי ג' בקר, פד"י י"א 225, דברי השופט ויתקון בעמ' 236.

אולם כנגד דעה זאת אפשר לטעון כי סימן 46 עצמו נקלט ממשפט המגדט ונעשה חלק ממשפט ישראל, ואין פסק-דין הקובע ההיפך, ואם עדיין הוא קיים על ספר החוקים, כוחו עמו להמשיך ולהעביר הלכות של המשפט המקובל. למרבית התמיהה, מעולם לא הכריע בית-המשפט העליון במפורש בשאלה זאת, אף שהיא אחת משאלות היסוד של שיטת המשפט שלנו.⁷⁰ אבל מפסקי-הדין מסתבר כי השופטים, חלקם או רובם, הניחו שגם לאחר הקמת המדינה נשאר הצינור של סימן 46 פתוח לקליטת הלכות שנפסקו באנגליה לפני הקמת המדינה. משום כך ראוי שגם אנחנו נניח כי הלכות של המשפט המקובל נקלטו בארץ אף לאחר הקמת המדינה, ונבדוק את שאלת ההשפעה האפשרית של ביטול סימן 46 על הלכות אלה.

נראה שגם הלכות אלה, כמו ההלכות שנקלטו לפני הקמת המדינה, לא יאבדו את תוקפן עם ביטולו של סימן 46. הכיצד? אפשר לומר בתשובה כי השכל הישר וטובת המערכת המשפטית מחייבים לומר כי מה שנקלט ונעשה חלק מן המשפט המקומי, שוב אין טעם והצדקה לעקור ולבטל אותו, ובדרך זאת לפתוח מחדש לקונות שנסתמו ולעורר מבוכה וקשיים. על דרך המשל ניתן להגיד כי מה שזרם דרך הצינור של סימן 46 ונספג באדמה המקומית, אין אתה יכול ואין אתה צריך להוציא אותו, כביכול, מאדמה זאת, ולהורים אותו בכיוון הפוך, שעה שאתה סוחם ומסלק את הצינור.

אפשר להגיע לאותה תשובה בעזרת כללים משפטיים מובהקים. פקודת הפרשנות קובעת בסעיף 14(ב)(2) (לאמור: "חוק המבטל דין אין כוחו של הביטול יפה... להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל, או על מה שנעשה או נגרם כשורה לפי אותו דין"). פסקה זאת תחול, מסתמא, על החוק שיבטל את סימן 46, ואפשר יהיה לומר, בהתאם, כי הביטול אינו משפיע על פעולה קודמת של סימן 46, כלומר, על תוקף ההלכות שנקלטו באמצעות סימן 46 לפני ביטולו.⁷¹ אותה תוצאה עולה גם מכלל הפרשנות הקובע כי אין לפרש חוק באופן שיקנה לו תוקף למפרע אם אין הדבר נדרש לפי לשונו של החוק.⁷² לפי כלל זה אפשר יהיה לומר כי החוק שיבטל את סימן 46, אם לא תקבע בו תחולה למפרע, לא יפגע בתוקפן של ההלכות שכבר נקלטו קודם לכך דרך סימן זה.⁷³

מכל הדברים האלה מתבקשת המסקנה כי אותן הלכות של המשפט המקובל אשר נקלטו בישראל באמצעות סימן 46, בתחום סדרי המינהל כמו בתחומים אחרים, לא ייפגעו כלל על-ידי חוק שיקבע כי סימן זה שוב לא יהיה לו תוקף בישראל.⁷⁴ זוהי גם תוצאה רצויה. אם אמנם עיקרי הצדק הטבעי, לדוגמא, תקפים ופועלים בישראל מכוח קליטה מן המשפט המקובל, באמצעות סימן 46, חשוב הדבר, לשלמות

70 השאלה נשארה פתוחה בע"א 81/55 כוכבי נ' פקר, פד"י י"א 225. ראה בעמ' 246.

71 אמנם סעיף 14(ב) מוסיף: "והכל כשאין כוונה אחרת משתמעת". לכן אפשר באופן עקרוני, שהחוק שיבטל את סימן 46 יתפרש כאילו נתכוון לבטל גם את כל ההלכות שנקלטו באמצעות סימן זה. הדבר תלוי בנוסח החוק ובנטיית השופטים. אך קשה להניח שהחוק ינוסח בצורה כזאת שתחייב את השופטים להגיע לפירוש בלתי-סביר כזה.

72 Craies on Statute Law, 7th ed., pp. 389 et seq.

73 בדומה לכך יש לומר, כמדומה, לגבי החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972. ראה לעיל הערה 41. לשון אחרת, הלכות שנפסקו לפני שחוק זה נכנס לתוקפו, והן קובעות פירוש חוק לפי דיני אנגליה, עדיין הן תקפות ומחייבות.

74 לאותה דעה, לגבי דיני שטרות, ראה ברק, מהותו של שטר, עמ' 147.

המערכת המשפטית ולצרכים מעשיים, שישארו בתוקפם גם לאחר שיבוטל סימן זה. שיקול מעשי זה עשוי, במקרה שגו, ספק מן הבחינה העיונית, להכריע את הכף לצד המסקנה האומרת כי ביטול סימן 46 לא יביא לביטול ההלכות שכבר נקלטו במשפט המקומי.

אולם, כיוון שתיתכן דעה הגורסת, בניגוד לדברים שנאמרו עד כאן, כי ביטול סימן 46 יגרור ביטול תוקפן של הלכות אלה, אפשר, כדי להבהיר ולהסיר ספק, לקבוע במפורש בגוף החוק שיבטל את סימן 46 כי אין הוא בא לבטל הלכות שכבר נקלטו באמצעות סימן זה.⁷⁵

(2) ההשפעה על קליטת הלכות חדשות

עד כאן דיברנו על שני סוגים של הלכות שנקלטו מן המשפט האנגלי: האחד – הלכות שנקלטו עד הקמת המדינה; השני – הלכות שנפסקו באנגליה לפני הקמת המדינה אך נקלטו בארץ רק לאחר הקמת המדינה. כעת יש לבדוק את המעמד של הלכות אנגליות שאינן נמנות על אחד הסוגים האלה.

(א) הלכות שנפסקו באנגליה לאחר הקמת המדינה

הדעה המקובלת היא שהלכות אשר נפסקו באנגליה לראשונה לאחר הקמת המדינה מעולם לא היה להן תוקף מחייב בישראל. פירושו של דבר, שסימן 46, אף שהוא קיים ותקף, אין כוחו לפתח לחייב קליטה של הלכות המתחדשות והולכות באנגליה מאז שהוקמה המדינה, משום שקליטה כזאת אינה עולה בקנה אחד עם סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון המשפט, תש"ח-1948, ועם האופי הריבוני של המדינה.⁷⁶ מכאן, שגם לגבי הלכות אלה, שאף כיום אין להם תוקף בישראל, לא יבוא שינוי במעמד עם ביטולו של סימן 46.

75 הוראה שתנוסח בלשון כללית מעין זאת תשאיר בעינה את השאלה מה הוא גדר ההלכות שנקלטו למעשה במשפט המקומי, ובעיקר, אם נכללות בהן הלכות של המשפט המקובל שנפסקו באנגליה לפני הקמת המדינה, בענינים בהם אין הסדר במשפט המקומי, אך עדיין לא נודמן לבית המשפט בארץ להחליט ולהודיע על קליטתן. אני סבור שאפשר ורצוי להשיב לשאלה זאת בשלילה. ראה לעיל הערה 68. אני נוטה לחשוב שכך תהיה התשובה שתינתן על-ידי בית המשפט, אם המחוקק יימנע מתשובה אחרת בחוק.

76 ראה ע"פ 125/50 יעקובוביץ' נ' היועץ המשפטי, פד"י ו' 514, 564; ע"פ 53/54 אשר נ' היועץ המשפטי, פד"י ח' 785, 828; כוכבי נ' בקר, פד"י י"א 225, 236, 244; ע"א 245/60 אמריקן פיאנמיר קומ. נ' לשמים ס.פ.א., פד"י ט"ז 788, 799. וראה גם לאותה דעה, קלינגהופר, משפט מינהלי, 66, הערה 7; רובינשטיין, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה 2, 52. אך ראה דעה אחרת, טדסקי, מחקרים במשפט ארגוני, מהדורה שנייה, 186, הערה 133. העובדה שחוק בתי המשפט, תשי"ז-1957, סעיף 33, שחרר את בית המשפט העליון מכבילות להלכות שנפסקו על-ידו, ודאי חיוקה, מן המבחינה המעשית, את התנגדותו של בית המשפט העליון לראות עצמו כבול על-ידי הלכות המתחדשות והולכות באופן מתמיד בבתי המשפט של אנגליה. ראה ע"א 245/60 אמריקן פיאנמיר קומ. נ' לשמים ס.פ.א., פד"י ט"ז 788, 799; ע"א 98/62 מדינת ישראל נ' גיטר, פד"י י"ז 2073, 2077.

(ב) הלכות העשויות להתחדש באנגליה לאחר ביטול סימן 46

אותם דברים תופסים לא רק לגבי הלכות אנגליות שנפסקו לראשונה מאז קיום המדינה ועד ליום בו יבוטל סימן 46, אלא כמובן גם לגבי הלכות אנגליות העשויות להתחדש מאותו יום ולעתיד לבוא.

קיים כנראה חשש כלשהו מפני השפעה שלילית של ביטול סימן 46 על התפתחות המשפט בישראל, שכן הביטול עלול, לכאורה, להקפיא את המשפט המקובל כפי שכבר נקלט אצלנו, ולמנוע בעדנו את כל הטובה הצפונה בהתפתחות המתמדת של המשפט האנגלי, שהיא מקדמת ומשכללת ללא הרף את המשפט המקובל. אך חשש כזה אין לו על מה לסמוך.

ראשית דבר, עלינו להזכיר לעצמנו את הכוונה המוליכה אל ביטול סימן 46. ביטול הסימן יהיה מכוון לתת, אף בתחום זה, ביטוי לריבונות המדינה. עיקר תכליתו יהיה להצהיר ולהדגיש את ניתוק התלות מן המשפט האנגלי, אותה תלות נמשכת המחייבת את המשפטן בישראל לעקוב יום יום אחר חידושים המתרחשים בהלכה האנגלית, כאילו היו אלה חידושים היוצאים מבתי המשפט שלנו. עם ניתוק התלות, נמצא עצמנו כאילו אמרנו להלכה האנגלית המתחדשת: לא מעוקצך ולא מדובשך. ביטוי זה של ריבונות דורש, לכאורה, נכונות לוותר על הדבש שאפשר היה לרדות מכוורת זרה. אך, למעשה, אפילו ויתור כזה אינו כרוך בביטול סימן 46. שכן, כאמור, לפי הדעה המקובלת, גם כיום אין סימן 46 משמש לקליטת הלכות שנתחדשו במשפט האנגלי מאז הקמת המדינה. משמע, אפילו ישאר סימן זה בתוקפו כפי שהוא, לא יהיה בכוחו להעביר אלינו הלכות של המשפט האנגלי שיתחדשו בעתיד. ומן הצד השני, כשם שבתי המשפט נוהגים כיום לפנות ולבדוק את חידושי ההלכה של המשפט האנגלי, ולאמץ אותם כשהדבר נראה להם אפשרי ורצוי, אף שאינם חייבים לקלוט אותם, כך גם בעתיד, לאחר שיבוטל סימן 46, יוכלו בתי המשפט להמשיך ולנהוג באותה דרך.⁷⁷

(3) תוצאות מעשיות לביטול סימן 46

עם כל זאת, לא יהיה זה מדויק לומר כי חוק שיבטל את סימן 46 לא תהיה לו כל תוצאה מעשית. התוצאה המעשית של חוק כזה אפשרית בטיני סוגים של בעיניים. בסוג הראשון נכללות הלכות שנפסקו במשפט האנגלי לפני הקמת המדינה, בעיניים שבהם

77 ואם דרושה לכך ראייה, ניתן למצוא אותה בפסקי הדין הדנים באותם חוקים חדשים השוללים במפורש תחולתו של סימן 46 בעניינים שאותם חוקים דנים בהן, כגון, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, סעיף 24, או חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיף 160. בפסקי דין אלה אין השופטים רואים עצמם מנועים לפנות אל המשפט האנגלי, לבדוק אותו וללמוד ממנו. בע"א 564/71 אדלר נ' נשר, פד"י כ"ו (2) 745, 748, אמר השופט ברנזון: "ברור ומובן מאליו, כי בדוננו בפירושו ובהחלתו של חוק מקורי (השונה גם בלשונו ובתוכנו מהחוק האנגלי המקביל), אין אנו נזקקים להלכות המשפט האנגלי, ולא עוד אלא שסעיף 150 לחוק הירושה מורה במפורש כי בעניני ירושה לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל. אבל מותר לנו ללמוד מהנסיון ומחכמת החיים של אחרים, ונראה לי כי הכלל הנ"ל (כלומר, הלכה של המשפט האנגלי) הוא נכון ונכון, וגיטיב לעשות אם גם אנו נוהג על-פיו". אך ראה ביקורת על גישה זאת, י" שילה, "חוק הירושה, תשכ"ה-1965, בראי הפסיקה", עיוני משפט, ג', 34, 49-50.

קיימת לקונה במשפט המקומי, ולכן היה מקום לקלוט אותן דרך סימן 46, אך למעשה לא בוצעה הקליטה עד היום כיוון שלא נזדמן הדבר לבתי-המשפט, כלומר, לא בא בפני בתי-המשפט מקרה שחשף את הלקונה. בעניינים כאלה, אם תינתן ההודמנות לבית-המשפט, היום או בעתיד, כל זמן שלא בוטל סימן 46, יהיה עליו כנראה, לפי דקדוקי הדינים, לקלוט ולהחיל את ההלכות של המשפט המקובל. ואילו אם יבוטל סימן 46, שוב לא יהיה בית-המשפט חייב, או אפילו רשאי, לעשות זאת, ויהיה עליו לשאוב תשובה ממקור אחר.⁷⁸

בסוג השני נכללים מקרים בהם אין כיום לקונה במשפט המקומי, אולם לקונה כזאת עשויה להיווצר בעתיד, כתוצאה משינויים במשפט, ובעיקר כתוצאה מחקיקת חוקים קודיפיקטוריים, כגון חוקי החוזים שנחקקו בשנים האחרונות.⁷⁹ אם תתגלה לקונה כזאת בעתיד, כאשר סימן 46 יעמוד עדיין בתוקפו, יתכן שצריך יהיה למלא אותה על דרך הקליטה כן המשפט האנגלי.⁸⁰ אבל אם סימן 46 יבוטל קודם לכן, או אז יהיה על בית-המשפט למלא את הלקונה בדרך אחרת.

בשני סוגים אלה, אם כך, קיימת האפשרות שביטול סימן 46 ישלול מבית-המשפט מקור שיוכל לשמש אותו לפתרון בעיות שלא זכו להסדר במשפט המקומי. צריך, לכן, לבדוק ולסקול מה חומרת הנזק הצפוי במקרים אלה מביטול הסימן. דומה כי, למעשה, הנזק יהיה מועט מאוד, לפחות בתחום סדרי המינהל, וייתכן כי אף לא יורגש כלל ועיקר. כמה טעמים לדבר:

78 התוצאה המעשית הזאת מביטול סימן 46 אין לה קיום לפי כל אחת משתי הדעות הבאות. הדעה הראשונה גורסת כי עם הקמת המדינה הפך סימן 46 לאות מתה, ומה שלא נקלט במפורש על-ידי בתי-המשפט עד אותו מועד, שוב לא ייקלט לאחר מכן, ואפילו מדובר בהלכות שנפסקו באנגליה לפני הקמת המדינה. לדעה זאת ראה לעיל הערה 69. הדעה השנייה אומרת כי כל ההלכות של המשפט המקובל שנפסקו באנגליה לפני הקמת המדינה נקלטו ומילאו את כל הלכות של המשפט המקומי מכוח סימן 46 עצמו, כשהחלטות של בתי-המשפט בארץ לקלוט הלכה זו או אחרת אין להן אלא ערך הצהרתי. לפי דעה זאת, כל הקליטה האפשרית של המשפט המקובל שנוצר עד הקמת המדינה בוצעה ונסתיימה עם הקמת המדינה ויותר אין לנו מה לקלוט. לדעה זאת ראה לעיל הערה 68.

79 על האפשרות של היווצרות לקונה ושימוש בסימן 46 במקרים כאלה, ראה ג' סדסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968", משפטים, א', (תשכ"ט), 639; א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, ג', (תשל"ג), 5, 14, 17-18; א' ברק, "ההוראה בדבר עצמאות החוק ובעיית הלקונה בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים, ה', (תשל"ג), 99; ג' פרוקצ'יה, "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת", עיוני משפט, א', (תשל"א), 41, 44-46; ג' פרוקצ'יה, "עקרונות הפרשנות של הדין הישראלי ובמיוחד של דיני החוזים לאור המשפט האנגלי", עיוני משפט, ג', (תשל"ג), 112, 120. אך ראה דעה אחרת, א' ידון, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט, ג', (תשל"ג), 27, 29.

80 אולם לא יהיה מקום לקלוט את המשפט האנגלי, במקרה כזה, לפי הדעה הגורסת כי ממילא חדל סימן 46 לפעול עם הקמת המדינה (ראה לעיל הערה 69), או לפי הדעה האומרת כי החוקים החדשים, אפילו אין הם מבטלים את סימן 46 במפורש, הרי הם מבטלים אותו מכללא, והם מחייבים את בית המשפט להסדיר בעיות שאין להן תשובה מפורשת בחוק מתוך מקורותיו של החוק (ראה א' ידון, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט, ג', (תשל"ג), 26, 29).

(א) אפשרות לפתח עקרונות שכבר נקלמו

בתחום סדרי המינהל נקלטו וחלים כבר בישראל, באופן ברור ומפורש, כמעט כל העקרונות, אם לא כל העקרונות כולם, החלים במשפט המקובל, ולא רק בתחום זה, אלא גם בתחום המשפט המינהלי כולו, וכדומה אף בתחומים אחרים של המשפט. מדובר אמנם רק בעקרונות ולא בפרטים. כך, לדוגמא, חלים בארץ עיקרי הצדק הטבעי, אך אין זה אומר כי כל ההלכות הרבות של המשפט המקובל, המסדירות בפרטי פרטים את הכלל בדבר זכות הטיעון או הכלל בדבר משוא פנים, נקלטו במפורש בארץ. למשל, באנגליה קיימים פסקי-דין העוסקים בשאלה אם יחסים של קירבת מקצוע, או יחסים של עובד ומעביד, די בהם לפי ההלכה בדבר משוא פנים כדי לפסול דיין, ואילו בישראל טרם נודמן לבית-המשפט לפסוק הלכה בנקודות אלה. אך מבחינה מעשית אין בית-המשפט בישראל נזקק לקליטת ההלכות מן המשפט האנגלי בפרטים כאלה. די לו בקיום העקרון, כגון, שיש לפסול דיין אם קיימת אפשרות ממשית של משוא פנים או של דעה משוחדת, על מנת להסדיר כראוי פרטים והשלכות של עקרון זה, כשהוא נזקק למשפט האנגלי, אם ירצה בכך, לשם הנחייה בלבד. יתירה מזאת, לפי לשונו של סימן 46 אין בית-המשפט קולט אלא את "יסודות המשפט המקובל ועיקרי האקוויטי"⁸¹. אמור מעתה, אם סימן 46 עצמו אינו מחייב קליטה של פרטים, אלא הוא דורש ומסתפק בקליטה של העיקרים, יש להסיק מכך שהמחוקק נתכוון להסמך את בית-המשפט לפתח ולקבוע את הפרטים על יסוד העיקרים שנקלטו.

(ב) אפשרות ליצור משפט מקובל מקומי

ראוי להניח שלעתים, אם כי כנראה לעתים רחוקות בלבד, יתברר כי עקרון כלשהו של המשפט המקובל, ולא רק פרט, טרם נקלט במשפט המקומי. אף במקרה כזה אפשר להניח שבית-המשפט יצליח להגיע לפתרון רצוי, גם כאשר לא יוכל יותר להיעזר בסימן 46 כדי לקלוט את העקרון מן המשפט המקובל. הנחה זאת מתבססת במידה רבה על הנסיון לגבי הלכות שנתחדשו במשפט המקובל לאחר הקמת המדינה: אף שלפי הדעה המקובלת אין כוחו של סימן 46 יפה כדי לחייב או לאפשר קליטה של הלכות אלה⁸², לא נראה שהיה בכך כדי להקשות ולהביך את בתי-המשפט. בדרך כלל בתי-המשפט לא ראו עצמם, במקרים כאלה, מנועים מלבדוק ולדון בהלכות אלה, ואפילו ללכת בעקבותיהן, אם ובמידה שנראו להן טובות והולמות את התנאים המקומיים. אכן, כאן מתעוררת שאלה קשה: אם סימן 46 אינו יכול לשמש בסיס להחלטות כאלה, המאמצות הלכות אנגליות מאוחרות, על מה הן מתבססות? נראה כי שאלה זאת אין לה תשובה אחת ואחידה: הבסיס עשוי להיות שונה מעניין לענין, ולעתים קשה יהיה למצוא בסיס שיתקבל על הדעת. אך אפילו כשנתקשה למצוא את הבסיס, לא יהיה זה אלא קושי עיוני, ולא קושי מעשי. מבחינה מעשית ביהמ"ש אינו מוטרד ע"י השאלה ואינו נוהג לחפש ולהציג בסיס, אלא הוא רואה עצמו, על-פי רוב, מוסמך לאמץ הלכות אנגליות שאינו חייב לקלוט אותן, או לסטות מעט מהלכות כאלה, או להסתייג ולדחות אותן

81 ראה טדסקי, מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שנייה, עמ' 184.

82 ראה לעיל טקסט להערה 76.

לחלוטין ובמקומן לקבוע הלכות משלו. ואילו מן הבחינה העיונית נראה שיש לומר כי בית-המשפט בישראל יוצר משפט מקובל משל עצמו. כפי שהזכרנו ויתקון אמר לאחרונה במפורש: "גם בכוחנו ליצור משפט מקובל משלנו"⁸³. אכן, בית-המשפט זקוק לסמכות ליצור משפט מקובל; ניתן למצוא גם בסיס עיוני לקיום הסמכות בידי בית-המשפט⁸⁴; וחשוב מכך, מסתבר שלמעשה הוא מפעיל סמכות כזאת, וכי דיני המכרזים הציבוריים, לדוגמא, אינם משפט מקובל מקומי?

מכל מקום, בין אם יהיה בית-המשפט מוכן להצהיר כבר עכשיו על קיומה של סמכות כזאת ובין אם לאו, אפשר לומר, על יסוד דרכו של בית-המשפט עד כה, כי אין לחשוש שעם ביטול סימן 46 ימצא עצמו בית-המשפט לפני שוקת שבורה ולא ידע כיצור למלא אותה^{85, 86}.

ג) אפשרות ליצור הלכות מכוח סעיף 7 לחוק בתי-המשפט

במיוחד בתחום סדרי המינהל, ומעבר לזה בתחום המשפט המינהלי כולו, אין לחשוש שמא ביטול סימן 46 יעמיד את בית-המשפט במצב קשה, כלומר, ימנע בעדו להחיל הלכות אנגליות מסוימות שייראו לו טובות ונדרשות לפתרון בעיות מעשיות. שהרי

83 ע"א 180/71 לכיא נ' קצין התגמולים, פד"י כ"ו (2), 501, 509.

84 ראה השופט מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטיה, א', (תשכ"ט), 298, 292. גם מ' שדבק בהפעלה דווקנית של סימן 46, על חשבון הסמכות של בית המשפט למלא לקונות במשפט המקומי באמצעות היקש או דרכים אחרות, יודה כי סימן 46 אינו מספיק למילוי כל הלקונות במשפט המקומי, כגון, במקרה שאין לקלוט הלכה של המשפט המקובל למילוי לקונה בגלל הסיפא של סימן 46 המונע קליטת הלכה שאינה מתיישבת עם תנאי הארץ ותושביה. ראה טדסקי, מחקרים במשפט ארצי, מהדורה שנייה, 178. פרוץ טדסקי אומר (שם) כי במקרה כזה ימלא השופט את החלל בדרך של היקש לכללים הקיימים במשפט המקומי, והרי זו בעצם סמכות ליצור משפט מקובל מקומי. למעשה סמכות זאת, כפי שהיא מופעלת על-ידי בית המשפט, אינה מוגבלת למקרים חריגים כאלה. כך, לדוגמא, לא מעט הלכות בתחום סדרי המינהל, אף שניתן היה לסמוך אותן על הוראות מפורשות בפקודת הפרשנות, נפסקו על-ידי בית המשפט, תוך התעלמות מהוראות אלה, כאילו היה יוצר משפט מקובל מקומי.

85 אין דברים אלה באים לשלול את האפשרות שבמקרה מסויים בית-המשפט לא יהיה מוכן, או יראה עצמו מנוע, לקבוע הלכה שתפתור מבחינה מעשית קושי אשר יוצר עם ביטול של סימן 46. כך, לדוגמא, על יסוד סעיף 160 של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, הקובע כי בענייני מקרקעין לא יחול סימן 46, פסק בית-המשפט כי בתקופת הביניים, מיום שנכנס לתוקפו חוק המקרקעין ועד היום שנכנס לתוקפו חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, אין בכוחו לתת סעד של ביצוע בעין בענייני מקרקעין. ע"א 726/71 גרופמן את ק.ב.ק. נ' בירדמן, פד"י כ"ו (2), 781. במקרים כאלה, אשר ניתן להניח כי יהיו נדירים, אפשר יהיה לפתור את הקושי באמצעות חקיקה. כך נעשה, לדוגמא, לענין מתן צו של ביצוע בעין בענייני מקרקעין. ראה חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ג-1972, סעיף 5.

86 כמובן, לא יהיה מקום לספק או לקושי בענין זה אם החוק שיבטל את סימן 46 יוסיף ויקבע מקור אחר שיתפוס את מקומו של המשפט האנגלי לצורך מילוי חללים במשפט המקומי, כגון המשפט העברי. ראה הצעה כזאת, "י שילה", הבו לנו משפט עברי, הפרקליט, כ"ד, (תשכ"ח), 363, 375; "י שילה", "לבעיות הויקה אל המשפט האנגלי", עיוני משפט, ב', (תשל"ב), 192.

בתחום זה עומד לבית-המשפט סעיף 7 של חוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957. מכוח סעיף זה, אמר בית-המשפט הגבוה לצדק, "הוא רשאי להתערב בכל מקרה שנראה לו כי התערבותו דרושה לשם השלטת הצדק במדינה ובלבד שהענין אינו בסמכותו של בית-משפט או בית-דין אחר... אנו חופשים לפלס לנו דרך משלנו, שתהלוך את המציאות והתנאים בישראל המחודשת ואת צורכי העם היושב בתוכה. אנו חופשים לצקת דפוסי מחשבה מקוריים שיביאו לעשיית צדק, כפי שאנו מבינים אותו"⁸⁷. ואין אלה דברים בעלמא, אלא דברים המתבססים ומשקפים את דרכו של בית-המשפט למעשה, ואפשר לסמוך שהם ינחו את בית-המשפט גם להבא.

ד) אפשרות ליצור הלכות על-ידי פרשנות חוקים

בתחום המשפט המינהלי, כולל סדרי המינוחל, עומדת לו לבית-המשפט דרך נוספת שיוכל ללכת בה כדי לפסוק הלכות חדשות, אם בהשראת המשפט האנגלי ואם בהשראה אחרת. כידוע, המשפט המינהלי בנוי רובו ככולו על חוקים חרותים המעניקים סמכויות לרשויות המינוחל הציבורי. ההלכות הפסקות של המשפט המינהלי מרכיבות עצמן על הוראות החוק המעניקות את הסמכות וקובעות דרכים ותנאים להפעלת הסמכות. לכן ניתן לומר כי, מבחינה מסוימת, ההלכה אינה אלא פירוש של הוראת החוק, כלומר, ביטוי לכוונת המחוקק, כגון, שבהוראה מסוימת המעניקה סמכות כלשהי לא בתכונת המחוקק לאפשר הפעלת הסמכות אלא לאחר שניתנה לאזרח הודמנות להשמעת טענותיו, או שהוא נתכוון להסמיק את הרשות המינהלית גם לפסוק הוצאות הדיון, וכיוצא בזה⁸⁸. במצב זה קל יהיה לבית-המשפט לפתח, בדרך הפרשנות, אותן הוראות שייראו לו, כשם שבתי-המשפט באנגליה פיתחו במשך הדורות את רוב ההלכות של המשפט המינהלי. למה הדבר דומה? להלכות של המשפט המקובל שאינן אלא גיבוש של נוהג מסחרי או של תנאים-מכללא בחוזים. במקרה כזה, גם אם ינותק הציבור של סימן 46, עדיין יוכל בית-המשפט בארץ לפסוק כפי שנפסק במשפט האנגלי, כשהוא מבסס את החלטתו בכל מקרה על הנוהג הקיים בישראל או על תנאים-מכללא בחוזה שלפניו, ובדרך זאת ליצור בהדרגה הלכה מקומית.

IV. סיכום

לסיכום, לא זו בלבד שנראים הדברים כי למעשה לא ייגרם נזק ממשי מניתוק התלות במשפט האנגלי, על-ידי ביטול סימן 46, אלא נראה כי להיפך, אפשר לצפות לתועלת ויתרון מניתוק כזה. הויקה למשפט האנגלי אמנם הביאה תועלת רבה למשפט המקומי בתקופת המנדט, ולאחר מכן בשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה, אך כיום

87 בג"צ 79/63 פרדלר נ' פקודי הבחירות לועדות החקלאיות, פד"י י"ז 2503, 2514, מפי השופט ברנזון.

88 על הטענה שהלכות המשפט המינהלי הינן בעיקרן כללי פרשנות, ראה לעיל. אף כי לדעתי יש לראות את כללי המשפט המינהלי כפי שהם כיום כדינים מהותיים ולא כללי פרשנות בלבד, עדיין קיים ועומד המכשיר של פרשנות, כאמצעי העשוי לסייע בידי בית-המשפט, כשם שסייע בידי בעבר לפתח הלכות מהותיות.

השתנתה התמונה. המשפט הישראלי התקדם מאוד, עד כדי כך שהפער בינו לבין המשפט האנגלי כמעט שנעלם, ובעניינים רבים אף הקדים את המשפט האנגלי. בתחום המשפט המינהלי, המשפט האנגלי אינו מהווה שיטה משוכללת במיוחד, שיש לנו עדיין הרבה מה ללמוד ממנה, ולכן גם כדאי להיצמד אליה⁸⁹. הניתוק הרשמי מן המשפט האנגלי עשוי לעודד את בית המשפט לפנות ולבקש הדרכה, בצד המשפט האנגלי, אצל שיטות משפט מתקדמות יותר, ובעיקר המשפט של ארה"ב. הדברים אמורים אמנם בתחום סדרי המינהל, ומעבר לזה אף בתחום הרחב של המשפט המינהלי, אך ייתכן מאוד כי בדיקה נוספת תלמד שאין הם מוגבלים לתחום זה בלבד.

89 במיוחד כך הדבר משום שזיקת החובה קיימת רק לגבי המשפט המקובל כפי שהיה בשנת 1948, והתפתחויות מאוחרות יותר, בין מכות חוקים חרותים ובין מכות הלכות שנתחדשו, ממילא אינן נקלטות אצלנו לפי סימן 46.