הערות לחקיקה

ביטול המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה *

מאת

פרופ' רות גביזון

I. מבוא. II. ביטול המג'לה ועקרונות הפיקה. III. ביטול המג'לה והמנהג כמקור משפטי. א. על המנהג, מקורות משפט, והמנהג כמקור משפטי. 1. מהותו של המנהג. 2. המשמעות של ההכרה במנהג כמקור משפטי. 3. הרציו להכיר במנהג כמקור משפט? (א) תובת הפעלה וחובת היזועצות. (ב) ביקורת שיפוטית על מנהגים. (ג) מנהג משנה, מבטל או מסייג חוק. 4. צורות להכרה במקורות משפטיים. ב. האם המג'לה קובעת את המנהג כמקור משפטי? 1. כללי. 2. מעמדם של עקרונות הפיקה. 3. מעמדם של סעיפי המנהג. 4. היקף תחולתו של המנהג מכוח המג'לה. 5. מאפייני ההכרה במנהג לפי המג'לה. ג. האם מוכר המנהג כמקור משפטי שלא מכוח המג'לה? 1. הוראות חוק ספציפיות. 2. הכרה בדרך של פסיקה ואכיפת החוק. ד. מעמדן של הוראות המג'לה בקשר למנהג לאור הפיקה מאוחרת. 1. ביטול מכללא על־ידי חוקים של משפט פרטי. 2. חוק יסודות המשפט, תש"מ—1980. ה. היש צורך בבסיס חקיקתי למנהג לאור ביטול המג'לה?

I. מבוא

ב־13 ביוני 1984 ביטל המחוקק הישראלי את המג'לה[1]. דברי ההסבר להצעת החוק מפרטים את מהות המג'לה ואת העובדה, כי אין כיום צורך בהוראותיה המהותיות כחלק ממשפט ישראל[2]. בסוף ההצעה מוצהר, כי אין ההצעה באה לפגוע במעמדו של המנהג

* רשימה זו הוצגה בסמינריון המחלקתי של הפקולטה למשפטים בירושלים, ואני מודה לכל משתתפיו על הערותיהם. תודה מיוחדת למירי גור־אריה ולאוריאל פרוקצ'יה שעמלו לא־מעט על המחקר.

1 חוק לביטול המג'לה, תשמ"ד—1984, סה"ח 1119, 156. סעיף 1 לחוק קובע:

"המג'לה — בטלה".

סעיף 2 לחוק קובע:

"(א) אין בחוק זה כדי לגרוע מהוראת חוק המקיימת, לעניין מיוחד, תוקפה של הוראה מהוראות המג'לה.

(ב) חוק זה לא יתפרש כאילו בא לגרוע מתוקפו של דין שלפיו דן בית־דין שרעי".

2 הצעת חוק לביטול המג'לה, תשמ"ד—1984, הצ"ח 1681, מיום 14.5.84, הצ"ח תשמ"ד, 246. הצעת החוק כללה רק את סעיף הביטול. דברי ההסבר מציינים כטעמי החוק את הרצון להשתחרר מהויקה למשפט המוסלמי ואת הבטחון המשפטי: לפי דברי ההסבר לא בוטלו עדיין באופן מפורש כ־600 סעיפים במג'לה, אולם בפועל אין עושים בהם שימוש.

בשיטת המשפט בישראל [3]. רשימה זו מבוססת על נייר־עבודה שהוגש למשרד המשפטים כחלק מעבודת ההכנה לקראת גיבוש הצעת חוק זו, שבמסגרתה נבדקו התוצאות המשפטיות של ביטול המג'לה.

כידוע, המג'לה הינה קודקס אזרחי מן התקופה העותמנית, המבוסס על עקרונות המשפט המוסלמי. כמו כל קודקס, אמורה המג'לה להיות ממצה. היא מורכבת מ־16 ספרים, המוקדשים לנושאים כלליים, ומהקדמה בת שני מאמרים. המאמר הראשון כולל סעיף אחד בלבד, ותוכנו הוא הסבר כללי על מבנה המג'לה והטעמים לחקיקתה. המאמר השני כולל 99 סעיפים, הנקראים העקרונות הכלליים של הפיקה. סעיפים 36—45 מתוך עקרונות כלליים אלה פורשו כקובעים את כוחו של המנהג כמקור משפטי. המג'לה היתה חלק מן המשפט המחייב בפלשתינה (א"י) מכוח סימן 46 לדבר המלך, ונקלטה לתוך שיטת המשפט הישראלית באמצעות סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט.

כבר בתקופת המנדט היתה אי־שביעות רצון בקהילת המשפטנים מחלקים אחדים בחוק העותמני, והמג'לה בכלל זה [4]. הדבר נבע, בין השאר, מן הניסוח הקוואיסטי של הכללים במג'לה ומן הבסיס שלהם במשפט המוסלמי הדתי, שלא נראה מתאים למדינה מודרנית ובעלת שיטת משפט חילונית. בתקופת המנדט התחילו אפוא להחליף חלקים של המג'לה בחוקים מנדטוריים [5], ותהליך זה התעצם בתקיקה הישראלית החדשה [6]. כיום בוטלו חלקים רבים של המג'לה בחקיקה מאוחרת יותר, ולמעשה אין הרבה תחומי משפט מהותיים שבהם נזקקים עדיין למג'לה [7].

כבר ב־1972 הציע משרד־המשפטים לבטל את המג'לה בשלמותה [8]. להצעה זו קמו מתנגדים הן בכנסת והן מקרב המלומדים [9]. הטענה העיקרית כנגד ההצעה היתה כי היא חפוזה, שכן ביטול המג'לה באופן גורף עתיד ליצור חללים בשיטת המשפט הישראלית [10]. במגמה לקדם פני ביקורת דומה ביקש עתה משרד־המשפטים לערוך בדיקה מוקדמת כזו של החללים שייווצרו בשיטת המשפט הישראלית אם תבוטל המג'לה. מטרת הבדיקה כפולה: ראשית, איתורם של חללים כאלה; ושנית, גיבוש החלטה אם אכן

3 הניסוח המדויק הוא: "יצוין כי בביטול המג'לה אין כוונה לעקור את המנהג במידה שהוא קיים כמקור משפטי בישראל".

4 לעמדת הרשויות בתקופת המנדט ראה ג' טדסקי וא' רוזנטל, פקודת הנויקין לאור תולדות התהוותה ותיקוניה, V—IV. ראה גם ג' טדסקי, "מאה שנה למג'לה" הפרקליט כה 1.

5 הביטול החשוב בתקופת המנדט נעשה בפקודת הנויקין האזרחיים, 1947.

6 לביטולי המג'לה בחקיקה ישראלית חדשה ראה עמ' 357 והערה 119 להלן.

7 מדברי ההסבר להצעת החוק (לעיל, הערה 2) עולה, כי לדעת משרד המשפטים לא משתמשים כיום כלל בסעיפי המג'לה. נראה כי על דצה זו יש מחלוקת. ראה, למשל, דברי ח"כ מ' שחל בקריאה הראשונה, 21.5.84. ראה גם להלן, הערה 10.

8 הצעת החוק לביטול דינים עותמניים, תשל"ב—1972, הצ"ח 978, תשל"ב, 149.

9 ראה דברים שנאמרו בקריאה הראשונה של הצעת החוק מ־1972, דה"כ (65) 331 מה־7.11.72 ואת דבריו של ג' טדסקי, "ביטול המג'לה — רקעו ומועדו" עיוני משפט ב (תשל"ב) 458.

10 כך, למשל, סבר זוסמן כי אין בחוק הישראלי הסדר נאות שיחליף את זה הקבוע בסעיף 1642 למג'לה. שר המשפטים הסכים אז עם דברים אלה ואמר, כי ייזום חקיקה חדשה שתחליף הסדרים אלה: דה"כ (65) 311. הדבר לא נעשה. ראה גם דברי ח"כ נחושתן, שם, 312, והדברים הנזכרים בהערה 32 להלן. התייחסות לאותה סכנה כלולה גם בקריאה הראשונה של החוק מ־1984, בדברי ח"כ מ' וירשובסקי (ישיבה מיום 16.5.84) ושחל (לעיל, הערה 7).

החללים מצדיקים הימנעות מביטול גורף של המג'לה או אם אפשר למלאם על־ידי חקיקה שתאפשר ביטול גורף כזה[11].

לפי החוק, בוטלה המג'לה כליל. ברשימה זו לא אדון בהשפעת ביטולם של הספרים המהותיים של המג'לה על הדין האזרחי המהותי. אדון רק בהשפעת ביטולם של עקרונותיה הכלליים, לרבות ההוראות בקשר למנהג, על שיטת המשפט, ואבדוק שתי שאלות מובחנות: ראשית, האם יש בביטול העקרונות הכלליים של הפיקה שינוי במצב המשפטי בישראל, והאם שינוי זה הוא רצוי? שנית, האם הביא צעד זה לביטול המנהג כמקור משפטי בשיטת המשפט הישראלית, ואם כן — האם הדבר הינו רצוי? השאלה השנייה הינה, במובן מסוים, מקרה פרטי של הראשונה, שכן אם המנהג הוא מקור משפטי בארץ מכוח המג'לה אזי היותו מקור כזה מסתמך על סעיפים מבין 100 העקרונות הכלליים של הפיקה. אולם, בשל העובדה שהמנהג משמש לא כלל משפטי גרידא, אלא מקור משפטי עצמאי, כלומר: דרך ליצירת משפט ולא רק כללים משפטיים מחייבים, ומכיוון שהפסיקה העניקה לסעיפים הדנים במנהג מעמד השונה מזה של כל 100 הסעיפים הראשונים — נראה כי השאלה ראויה לדיון נפרד.

ברור, כי המסקנה המתבקשת לגבי שאלת ביטולה הגורף של המג'לה תלויה גם בתשובה לשאלה של השפעות הביטול של ספרי המג'לה, שהם עדיין חלק ממשפטנו הנוהג. לפי דברי ההסבר, עמדת משרד־המשפטים בנקודה זו הינה, כי אין כל בעיה מהותית בביטול הוראות המג'לה. נראה כי העמדה בוטה ופשוטה זו של מצב הדברים יכולה להיות מטעה[12], אולם אני אניח כאן כי המסקנה שאליה הגיעו במשרד המשפטים לגבי החלק המהותי הינה נכונה ומוצדקת. אם כך, ניתן לראות רשימה זו כתומכת באופן מסויג בחוק שהתקבל. לדעתי, אכן לא היה מקום לדחות את ביטול המג'לה רק בגלל הרצון לשמר את סעיפי הפיקה או את ההוראות לגבי המנהג. בגוף הרשימה אפרט ואנמק את מסקנתי זו. כאן, בקצרה, אומר זאת: ביטול עקרונות הפיקה לא יגרום שינוי במצב המשפטי בישראל, ולכן אין העובדה שביטול המג'לה יביא לתוצאה זו יכול להיחשב כטעם להימנע מן הביטול. המצב מורכב הרבה יותר לגבי מעמדו של המנהג כמקור משפטי, כפי שיבואר ביתר־פירוט בפרק המתאים. בנקודה זו אני סבורה, כי הצעת החוק לא התייחסה אופן מלא לבעייתיותו של המצב המשפטי הקיים. בעקבות כך ייתכן, שלא תהיה עירנות מספקת לתוצאות הביטול של המג'לה על המצב המשפטי הקיים והרצוי. הצורך להשלים חסר זה הוא בין הנימוקים — לדעתי — שגם כיום, לאחר קבלת החוק, יש חשיבות לפרסום עבודה זו.

כל הדיון במחקר זה והחוק עצמו מבוססים על ההנחה שהמג'לה היתה עדיין, לפני ביטולה, חלק מן המשפט הישראלי, במידה שעדיין לא בוטלה במפורש על־ידי חקיקה מאוחרת יותר. הנחה זו אינה נקיה מספקות, לאור הניסוח הגורף של סעיף 2 לחוק

11 תמוה הדבר, כי לא היתה כל התייחסות לבדיקה שנערכה בדברי ההסבר או בשעה שהחוק הוצג בכנסת בקריאה הראשונה, דבר שחשף את ההצעה לשאלות במקומן מצד חברי־הכנסת.

12 ראה הדברים המוזכרים בהערה 10 לעיל. כך, למשל, תמיד סברנו כי אין לבטל את המג'לה בלי שיתקבל חוק להסדרת יחסי עבודה אישיים. חוק כזה — למיטב ידיעתי — לא נתקבל. ייתכן שניתן היה בקלות להשלים בדרך של חקיקה חדשה את כל החללים שייווצרו, אולם קשה לקבל את הקביעה כי לא אותרו כל חללים מסוג זה.

יסודות המשפט, תש"מ—1980, המבטל את סימן 46 לדבר המלך [13]. איני רוצה להיכנס כאן לפרטי סוגיא סבוכה זו, אם כי נראה לי שיכול להיות טיעון כבד משקל לטובת העמדת שתוצאת הביטול של סימן 46 כולו היא, כי אין בסיס חקיקתי עצמאי לעיגון הקליטה של החוקים העותמניים והמנדטוריים שהיו בתוקף כשנחקק סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט [14]. התוצאה היא — לפי טיעון זה — שרק אותם חלקים של המשפט העותמני שנקלטו במפורש על־ידי הפסיקה נשארו חלק מן המשפט הישראלי, כאמור בסעיף 2 (ב) לחוק יסודות המשפט. בהמשך אניח אפוא שביטול סימן 46 לא ביטל באופן גורף את כל המקורות המנויים ברישא שלו.

אני פועלת על־סמך הנחה זו, שכן אין ספק כי המחוקק לא התכוון למחוק, באמצעות חוק יסודות המשפט, את כל המשפט העותמני והמנדטורי שקיבל את תוקפו מכוח הרישא של סימן 46 [15]. אני מציינת הנחה זו במפורש, שכן, כאמור, איני בטוחה שהמחוקק הצליח לתת ביטוי הולם לאשר התכוון לעשות.

II. ביטול המג'לה ועקרונות הפיקה

עיון בסעיפים 2—100 של המג'לה מגלה כי אלה הם, ברובם, עקרונות כלליים שתחולתם על תחומים מסוימים של המשפט הפרטי [16], בצד עקרונות פרשניים שתחולתם אינה

13 סעיף 2 לחוק יסודות המשפט, תש"מ—1980, קובע:
"(א) סימן 46 לדבר המלך במועצתו לא"י, 1922—1947 — בטל.
(ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה".
הרישא של סימן 46 מונה את מקורות המשפט המחייבים בארץ־ישראל, ופותחת במשפט העותמני שהיה בתוקף ב־1914. הסיפא של סימן 46 קובעת כמקור משלים את עקרונות המשפט המקובל והיושר של המשפט האנגלי. למרות שמטרת הביטול היתה ניתוק הזיקה למשפט האנגלי — דבר שהיה מצדיק ביטולה של הסיפא בלבד — בחר המחוקק, מטעמים סמליים, כנראה, בביטול הסעיף כולו.

14 לפי פירוש זה, הביטול של הרישא של סימן 46 פירושו, כי בתי־המשפט בישראל אינם חייבים עוד ללכת לפי התקיקה העותמנית והמנדטורית, אלא במידה שכללים ממנה נקלטו לתוך המשפט הישראלי לפי סעיף קטן (ב).

15 על כוונת המחוקק בנושא זה ניתן ללמוד מדברי ההסבר לחוק יסודות המשפט, תשל"ח—1978, הצ"ח תשל"ח, 308, שם נאמר כי "ביטול סימן 46 אינו גורע מתחולת המשפט העותמני שהיה קיים עם קום המדינה ועודנו מחייב. תוקפו של משפט זה נובע ישירות מסעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח—1948, וסימן 46 אינו מוסיף לעניין זה". לדעה זו מסכים ג' פרוקצ'יה במאמרו "חוק יסודות המשפט, תש"מ—1980" עיוני משפט י (1984) 147. לדעתי, למרות שאין ספק כי לכך התכוון המחוקק, לא ברור שאכן זה מה שעשה, ואיני מסכימה עם פרוקצ'יה, שם, 148, הערה 10, כי הוויכוח שפתח בו טדסקי, "ביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו וכוח פעולתו" משפטים ח (1977) 180, נהיה אקדמי בלבד לאחר קבלת החוק.

16 ראה, למשל, סעיף 2: "דינו של מעשה הוא לפי כוונת המעשה", הנראה הולם דיני חוזים, ולעומתו סעיפים 92—93 (שהיחס ביניהם אינו ברור): "92. המזיק אחראי לנזק, אף אם הוא שוגג"; "93. אין הגורם אחראי לנזק, אלא אם הוזיד", הנראים מתאימים לדיני הנזיקין.

מוגבלת מעצם טיבם [17], ועקרונות של שכל ישר [18]. השפעת ביטולם על המצב המשפטי תלויה, ראשית, בשאלת מעמדם המשפטי לפי המג'לה עצמה; ושנית, ביחס ביניהם ובין הכללים המופיעים בספרי המג'לה האחרים.

בספרות קיימת מחלוקת לגבי מעמדם של עקרונות הפיקה. לפי דעה קיצונית אחת, שהדובר העיקרי שלה הוא מירון, אין לסעיפים אלה כל מעמד משפטי מחייב [19]. מירון בדק את ההיסטוריה של החקיקה ואת דברי הועדה שהכינה את המג'לה [20]. לדעתו, לא היתה כוונה שעקרונות אלה ייהפכו לחוק. לפיכך — הוא ממשיך — לא היו סעיפים אלה חלק מן המשפט העותמני שנקלט מכוח סימן 46 וסעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט. מירון מוצא חיזוק לדעתו, שלא היתה כוונה להעניק לעקרונות תוקף משפטי מחייב אף כעקרונות מפרשים ומסדרים של הלכות המג'לה, בכך שלמיצער חלקם — לטענתו — סותר את כללי המג'לה [21]. לדעת מירון, מטרת העקרונות היא רק לשלם מס־שפתיים לדוגמא המוסלמית [22], והדינים כלולים באופן ממצה בסעיפים היותר־מאוחרים.

לגירסתו של מירון אין, כמובן, כל נפקות לביטול העקרונות הכלליים של המג'לה, שכן ממילא אין הם חלק מן המשפט הישראלי מאחר שלא נכללו בחלק המשפטי המחייב של המג'לה.

אני נוטה להצטרף לדעתו של טדסקי, כי לא מה שנכתב על־ידי הועדה המכינה הוא החשוב, אלא מה שנחקק בפועל, וכי 100 הסעיפים אכן נחקקו [23] ולפיכך הפכו עקרונות משפטיים מחייבים. אולם אני פטורה מלהכריע במחלוקת, שכן גם העמדה ה"נדיבה" יותר, המעניקה לעקרונות מעמד של עקרונות משפטיים, הינה כי עקרונות הפיקה (פרט לאלה הדנים בכוחו של המנהג) אינם כללים משפטיים בעלי תוקף מחייב עצמאי, אלא עקרונות כלליים המשווים מבנה והכללה עקרונית לכללים המהותיים המפורטים בספרי

17 למשל, סעיף 12 : "חזקה על דיבור שפשוטו כמשמעו", או סעיף 14 : "אין לפלפל בדבר הכתוב במפורש".

18 סעיף 29 : "בוחרים בקלה שבשתי רעות" ; או סעיף 60 : "קיום הדיבור קודם לביטולו".

19 לעמדתו של מירון ראה :
I. Meron, "The Mejelle Tested by its Application 5 *Isr. L. Rev.* (1970) 203 ; "Is Custom A Source of Law in Israel ?" 9 *Isr. L. Rev.* (1974) 221.
(להלן, התייחסויות למירון הן למאמרו מ־1974).

20 בלשון המג'לה, עמ' 4 להקדמת הועדה (בתרגומו של פרומקין) :
"שופטי בתי־המשפט השרעיים אין להם לחתוך דין על יסוד אותם כללים בלבד, כל עוד לא ימצאו סמך לדבר. ואלו רב שימושם לשם דעת הלכות הפיקה, וכל ששנה אותם רכש לו את ידיעת ההלכות וטעמן, ויכולים גם שאר הפקידים לעיין בהם בשעת הצורך, וכן יכול אדם להתאים לפיהם את עסקיו לדין השרע, ככל האפשר".
לניתוחו של מירון ראה מאמרו (לעיל, הערה 19) (1974), עמ' 222—227.

21 ראה מירון, שם.

22 לניתוחו של מירון ראה שם, עמ' 225—226. זוהי, לדעתו של מירון, המשמעות של אי־הכנסת הכללים של הפיקה למסורת הפרקים והשערים, וזו משמעות האזהרה המופיעה הן במאמר הראשון והן בהקדמה כי אין להסתמך על העקרונות בלבד כדי לחתוך את הדין.

23 ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה (תשל"ג) 9 (להלן : טדסקי), עמ' 15. יש הבחנה ברורה בין הקדמת הועדה ובין החומר שנחקק, ו־100 הסעיפים הראשונים כלולים, ללא ספק, בחומר שנחקק.

המג'לה[24]. מעמדם של עקרונות אלה — גם לדעת התומכים במעמדם המשפטי המחייב — טפל אפוא להוראות המהותיות הכלולות בסעיפי המג'לה המאוחרים יותר.

מכל האמור עולה, כי צריך היה לראות את השאלה לגבי ביטול העקרונות כטפלה לשאלה של ביטול המג'לה באופן כללי: תוצאת כל הסדר שלפיו יבוטלו כל ההוראות המהותיות במג'לה היתה ממילא שלילת התוקף המחייב של העקרונות הכלליים של סעיפים 1—100 (שוב, למעט, אולי, ההוראות לגבי המנהג). על־כל־פנים, ברור שלא היו יכולים להיות שיקולים עצמאיים של שימור עקרונות אלה מעבר לשיקולים החלים על שימור הוראות מהותיות אלה או אחרות של המג'לה. או, במלים אחרות: אין שום צורך בשימור עקרונות מסדרים של חומר משפטי שבוטל.

מסקנה זו מייתרת את הצורך לבדוק את הסעיפים אחד לאחד, ולבדוק לגבי כל אחד מהם את התאמתו לעקרונות המשפטיים שאומצו בשיטה הישראלית לגבי אותו נושא. ייתכן שבבדיקה כזו היה עניין אינטלקטואלי או היסטורי, אך לצורך ההכרעה המעשית בשאלה אם היתה כאן מגיעה ממשית אפשרית לביטול המג'לה התשובה היא ברורה וחד־משמעית: במצב של ביטול גורף של ההוראות המהותיות ממילא לא היו העקרונות הכלליים מוסיפים דבר. מכיוון שכך, ממילא לא היה טעם טוב להימנע מביטול הסעיפים הכלליים כאשר נתקבלה ההחלטה בדבר ביטול גורף.

תמיכה נוספת בהחלטה משולבת זו ניתן למצוא בטיעון, שאף לפני ביטול המג'לה באופן גורף היה קיומם של 100 הסעיפים הראשונים בלתי־רצוי. כאמור, בוטלו חלקים ניכרים מספרי המג'לה על־ידי חקיקה מאוחרת יותר, ללא ביטול מפורש של העקרונות המתאימים. אם נקבל את העמדה כי העקרונות מיסודם הינם בעלי אופי פרשני ונועדו לסדר ולהאחיד את החומר המשפטי המהותי, נראה כי חלקם הגדול איבד ממילא את תחולתו בגלל חקיקה מאוחרת יותר המסדירה את התחומים שעליהם חלים העקרונות[25].

24 זו היתה דעתו של פרומקין בע"א 5/40 כהן נ' קפלן, 7 פל"ר 80, שם הוא מבחין, לעניין זה, בין העקרונות בכלל ובין הסעיפים הנוגעים למנהג, וקובע כי לגבי הראשונים אכן יש למצוא ביסוס בהוראות המג'לה עצמן כדי לתת תוקף לעקרונות. לפסיקה זו יש ביסוס במאמר הראשון של המג'לה, שבו מבחינים המחברים עצמם בין 100 הסעיפים הראשונים ובין שאר ההוראות. הם אומרים שם כך:

"הוחל אפוא בחיבור מג'לה זאת על־ידי ליקוט פסקי הלכות שכיחים בדיני ממונות מתוך ספרים בני־סמך, לשם סידורם וחלוקתם לספרים, הספרים לשערים והשערים לפרקים.

הנה כי כן ההלכות אשר ינהגו על פיהן בבתי־המשפט, הן הן אותן ההלכות הכלולות בשערים ובפרקים דלקמן.

ברם, החכמים שהעמיקו חקר בתורת הפיקה הלבישו את ההלכות האלה כללים עיקריים, וכל אחד מהם, מתוך שהוא מכיל ומקיף כמה וכמה ענייניים, נעשה אות להוכיח על־פיו אמיתות הלכות אלה, שהרי הם מן האמיתות של ספרי הפיקה הקבועות ועומדות. הבנת כללים אלה, בראש־ובראשונה, מקנה בקיאות בהלכות הללו, ומשמשת אמצעי לקביעתן בזכרונו של אדם.

ולפיכך, בטרם הוחל עצם עניין החיבור, אוספו 99 כללי פיקה והובאו כמאמר שני של ההקדמה הזאת".

25 פרט לפקודת הנזיקין האזרחיים, 1947, שכללה בסעיף הביטולים על־תנאי שלה גם את סעיפים 1—100 למג'לה ככל שאינם מתיישבים עם הוראותיה, נראה כי סעיפי הביטול של החקיקה הישראלית הסתפקו בציון הסעיפים ה"מהותיים" של המג'לה שאותם באו

קיומם על ספר החוקים של סעיפים כאלה, שבהחלט ייתכן כי אינם מתיישבים עם רוח החקיקה המתיימרת להסדיר את התחום, עלול רק להטעות. מחוקק טוב צריך לשאוף לצמצם ככל האפשר הטעיות פוטנציאליות כאלה, הנובעות מארגון בלתי־הולם של החומר המשפטי[26].

ניתן אף להוסיף ולומר, אם כי הדבר אינו משנה את הטיעון, כי היה טעם חיובי לביטול עקרונות הפיקה אף אם היתה החלטה לשמר הוראות ספציפיות אלה או אחרות של המג'לה. עקרונות פרשניים ועקרונות כלליים הם המשווים לשיטת משפט את אופייה הייחודי ואת התחושה, כי למרות שהיא כוללת הסדרים שונים מדובר בשיטה בעלת רוח אחידה ומחויבויות אחידות[27]. זו היתה גם אחת המטרות שבהכללתם של עקרונות הפיקה במג'לה, אף לפי דעתו של מירון[28]. בשיטה הישראלית לא היה זה נכון מעולם כי עקרונות הפיקה הם שהעניקו לשיטה את אחידותה. כבר בסוף תקופת המנדט מילאו תפקיד זה בשיטה שהונהגה בפלשתינה (א"י) עקרונות היושר והמשפט המקובל האנגלי. לכן אין זה מקרה שהמאמץ להשתחרר מהשפעות משפטיות זרות לא כוון בעיקרו כלפי המשפט המוסלמי אלא כלפי המשפט האנגלי[29]. אם לא היה ביטול מכללא של עקרונות הפיקה על־ידי סימן 46 ותוצאותיו המשפטיות בחקיקה ובפסיקה, נראה כי חוק יסודות המשפט קבע שבשיטה הישראלית העקרונות המאחידים יהיו עקרונות מורשת ישראל דווקא. איני רוצה להיכנס לשאלה המרתקת, אם אכן הצליח חוק יסודות המשפט להשיג את מטרתו בנקודה זו, והאם יש סיכוי כי ישיגנה בעתיד, אולם ודאי שניתן לומר כי מטרת המחוקק היתה, למיצער, לשלול את המעמד של עקרונות מאחידים מכל יסוד משפטי אחר, ובוודאי מעקרונות הפיקה של המג'לה[30].

לבטל: ראה הערה 119 להלן. אולם קשה להניח, כי יש היום תוקף בשיטה הישראלית לסעיף 7: "אין יושן בגזיקין"; או לסעיף 71: "מקבלים את דברי המתורגמן לכל דבר".

26 בדברי ההסבר מצוין הבטחון המשפטי כטעם כללי לביטול 600 סעיפי המג'לה שעדיין לא בוטלו במפורש. בנקודה זו אני מצטרפת אפוא להנמקת דברי ההסבר.

27 תיאור מפורט של עובדה זו ניתן למצוא במ' חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה" זכויות אזרח בישראל — קובץ מאמרים לכבוד חיים ה' כהן (תשמ"ב) 47, בעמ' 76 ואילך.

28 לעיל, הערות 20—23.

29 כך בדברי ההסבר לחוק יסודות המשפט (לעיל, הערה 15) והדיון בחוק בקריאה הראשונה — הכול דנים בעצמאות מן המשפט האנגלי, ורק יחידים מזכירים את המג'לה; ראה, למשל, ד' שילנסקי, דה"כ 88, 1832. אולם יש לציין, כי בדברי ההסבר להצעת החוק לביטול המג'לה מצוי גם יסוד חזק של עצמאות, החוזר על עצמו בדברי שר המשפטים שהציג את הצעת החוק בכנסת. חשין (לעיל, הערה 27) אף מזכירנו (בעמ' 77), כי השופטים בארץ נהגו לפרש את הוראות המג'לה עצמה לפי המשפט האנגלי, ולא זו בלבד אלא שנטו להחיל את האחרון אף כאשר המג'לה חלה על המקרה. כדי להשלים את התמונה של המג'לה ועצמאותנו המשפטית ראה ג' טדסקי (לעיל, הערה 4), עמ' 8, האומר כי עלינו להכיר תודה למג'לה על שהאטה את ה"אנגליפיקציה" של שיטת המשפט הישראלית, ובכך סייעה לנו לשמור על עצמאות השיטה. עתה, כשנותק הקשר מן המשפט האנגלי ו"סכנתו" מותנה, פנה המחוקק לבטל גם את המחסום שאינו נחוץ יותר. אולם, למרות שיש בביטול המג'לה ערך סמלי מסוים, קשה לטעון ברצינות שהביטול משחרר את השיטה הישראלית מהשפעה זרה של ממש.

30 הרצון, שעקרונות מורשת ישראל יצבעו את היצירה השיפוטית והמשפטית בישראל מופיע הרבה בדברי הכנסת בקריאה הראשונה של חוק יסודות המשפט, כמו גם בדברי ההצגה

לסיכום, נראה כי ביטול העקרונות הכלליים של הפיקה אכן לא יצר שינוי של ממש במצב המשפטי, וכי יש לביטול ערך חיובי של הבהרה. החוק השיג אפוא בנקודה זו מטרה רצויה. אולם קשה שלא להעיר כאן על הדלות שבדברי ההסבר, המעלה את החשש כי החלטה טובה זו לא נתקבלה מתוך הבנה מלאה של משמעויותיה: דברי ההסבר אומרים על 100 הסעיפים הראשונים, כי "עניינם עקרונות משפט שאין להם עוד מקום במשפטנו האזרחי". לשון קצרה זו, שאיגה מפרשת את הטעם לכך שהעקרונות נעשו מיותרים, אין בה משום הסבר להמלצה לבטל סעיפים אלה. במקרה (או שלא במקרה) תואמים דברי ההסבר את מסקנתנו־אנו, אך נראה כי טוב היה להבהיר את הרקע העיוני לקביעה זו בהצגת החומר בפני המחוקקים.

III. ביטול המג'לה והמנהג כמקור משפטי

בעת הדיון שנתקיים בכנסת על הצעת החוק לביטול דינים עותמניים, תשל"ב—1972 [31], הושמעה טענה עיקרית נגד החוק כי זה יגרור, בין השאר, ביטול המנהג כמקור משפטי בשיטתנו [32]. זו היתה גם עמדתו של טדסקי, שהתנגד לביטול המג'לה, בין השאר, מטעם זה [33]. בדברי תשובתו של שר־המשפטים למתוכחים בכנסת היה עיקר הטיעון של השר כי בשיטת משפט מודרנית שוב אין צורך של ממש במנהג כמקור משפטי, בשל האיטיות של יצירת חוק בדרך זו, ומכיוון שהמחוקק יזאג להתאמות הנדרשות בחוק [34].

בניגוד לשר־המשפטים דאז אני סבורה כי ראוי שכל שיטת משפט, ושיטת המשפט הישראלית בכללה, תיבנה כתוצאה מהתגבשות מנהגים. למעשה, כפי שיובהר בהמשך, נראה לי כי אין שיטת משפט שאין בה יצירה כזו, וההבדל בין השיטות הוא בנכונותן להכיר במפורש ברשות ובחובה להסתמך על המנהג, ובתנאים להסתמכות זו. בין הנאה מיצירת משפט על־ידי מנהג שאינה מוכרת מפורשות מחד גיסא, ובין הסדרת ההכרה הזו וגבולותיה מאידך גיסא, אני מעדיפה את הדרך השנייה: היא מאפשרת לנו להכיר יותר טוב את הדרכים ליצירת משפט בשיטתנו ולהעמידן לדיון ביקורתי, וכן מגבירה את הוודאות המשפטית.

ברור, שאלה הסבורים כי אין לנו צורך במנהג כמקור משפטי, אינם חייבים להעמיק

של שר המשפטים: עיין דה"כ 83, 3972. לסיכויים ולסיכונים שבמטרה זו ראה, בין השאר, חשין (לעיל, הערה 27).

31 הצ"ח 978, תשל"ב, 149. הקריאה הראשונה נתקיימה בכנסת השביעית, מושב רביעי, דה"כ 65, עמודים 311 ואילך, ישיבה מיום 7.11.72.

32 ראה דבריהם של ג' אליעד, שם, בעמ' 315; י' גולדשמידט, עמ' 316; מ' שחל, עמ' 317, וא' אנקוריון, עמ' 319.

33 טדסקי (לעיל, הערה 9). התנגדותו של טדסקי לא היתה מבוססת רק על טעם זה, והוא הסתמך גם על טעמים כלליים של מדיניות חקיקתית. לא אכנס לנושא זה כאן אולם אומר בקצרה רק, כי הטעם שהוא מביא אינו נראה לי כמשכנע דיו נגד ביטול המג'לה כעיקרון, אלא רק נגד ביטולה בלי לבדוק את התוצאות המשפטיות של ביטול כזה.

34 לעמדתו של השר ראה לעיל הערה 31, בעמ' 311. לביקורת על עמדה זו ראה להלן. ראה גם א' ברק (להלן, הערה 122).

חקר בשאלה מהו המצב המשפטי שהיה קיים לפני קבלת החוק. לגביהם, אף אם יביא ביטול המג'לה לביטול המנהג כמקור משפטי, לא תהיה זו תוצאה בלתי־רצויה. המצב מורכב יותר לגבי אלה הסבורים, כמוני, כי רצוי שיוקנה למנהג תוקף מסוים כמקור משפטי. לגביהם, השאלה העומדת כאן לדיון מחייבת מתן תשובות למספר לא־קטן של שאלות נפרדות לגבי ההשפעות האפשריות של ביטול המג'לה על המצב המשפטי הרצוי. בשארית חלק זה אציג אפוא טיעון בעד הכרה במנהג כמקור משפטי, ואבדוק את ההשפעות המעשיות של קביעה כזו על שאלת ביטול המג'לה.

דברי ההסבר להצעת החוק החדשה אינם מטפלים בצורה מספקת בשאלה מורכבת זו. כזכור, נאמר בהם רק כי "בביטול המג'לה אין כוונה לעקור את המנהג במידה שהוא קיים כמקור משפטי בישראל"[35]. הצהרת־כוונות בלתי־ברורה זו לא מצאה ביטוי בלשון החוק שהתקבל. מצב זה מעורר כמה שאלות: אם היה המנהג קיים כמקור משפטי רק מכוח המג'לה, מה משמעות הכוונה הזאת לאור ביטולה של המג'לה? ומה פירוש ההת־חמקות מן הקביעה האם אמנם משמש המנהג כמקור משפטי בישראל? אף אם נסכים לתוצאה המעשית של החוק, כלומר: לביטול גורף של המג'לה, נראה שניתן לצפות לעזרה רבה יותר מצד מציע החוק כאשר הוא מציגו בבית־המחוקקים. יתירה מזו: החוק כפי שהתקבל, וכפי שהוא עלול להתפרש לאור דברי ההסבר, עלול להביא לתוצאות לא־רצויות בלי שהמחוקק נתן דעתו עליהן במפורש.

עתה, משנתקבל החוק, מכוונת הרשימה בעיקר להדרכת בתי־המשפט בבואם לפרש את תוצאות החוק.

א. על המנהג, מקורות משפט, והמנהג כמקור משפטי

השאלות התיאורטיות הנוגעות למקורות משפט בכלל והמנהג בפרט, הן מן המורכבות והמרתקות ביותר בתורת המשפט הכללית. ברשימה זו אין כוונתי לטפל בהן טיפול עמוק או ממצה, אלא רק להציג אותן שאלות שיש לפתרונן רלבנטיות מעשית וישירה לעצם השאלה העומדת לדיון בפנינו. אי־אפשר להחליט בעניין השפעות ביטולה של המג'לה על המנהג, בלי להבין מהו המנהג, מהי המשמעות של הכרה בו כבמקור משפטי, מדוע הוא רצוי, ומהן הצורות להכרה בו הפתוחות בפני שיטת המשפט. בדיון בשאלות אלה אסתפק, בשל מסגרת הדיון, בהערות חלקיות ודוגמטיות במידת־מה.

1. מהותו של המנהג

לאור מאמרו המקיף והיסודי של טדסקי בנושא זה[36], דומה כי פטורה אני מן החובה להרחיב יתר על המידה בשאלת מהותו של המנהג. אזכיר רק, כי המנהג הוא צירוף של נוהג עובדתי — העובדה שאנשים חוזרים בסדירות על התנהגות מסוימת — ותחושה

35 לעיל, הערה 2.
36 ג' טדסקי (לעיל, הערה 23).

של חיוב ללכת בעקבות הנוהג הזה[37]. תחושת החיוב אינה רק של האדם עצמו, והיא מוצאת גם ביטויים חברתיים: הכלל המנהגי הוא כלל חברתי מחייב[38]. המנהג הוא אפוא כלל התנהגות, שתוקפו אינו שאוב מהסכמת הצדדים או מידיעתם את הכלל, אלא מעצם קיומו. במובן זה דומה הכלל המנהגי, אף כאשר המנהג אינו מוכר כמקור למשפט, לכלל המשפטי. בכך שונה המנהג מן הנוהג החוזי או העיסקתי, שתוקפו בין הצדדים לעיסקה נובע מן ההסכמה[39].

מנהגים מתגבשים בחברות תדיר — לעתים מתוך התגבשות של נהגים עיסקתיים בתחומים מסוימים הנעשים יותר ויותר מקובלים, עד שהם לובשים צביון של מנהגים ממש; ולעתים מתוך כך שמצבים חדשים יוצרים צרכים חדשים, שתחילה לא חלים לגביהם מנהגים, ועם הזמן (שאינו חייב להיות ארוך מאוד) נהיה התחום החדש "רווי" מנהגים המעניקים לו מבנה משלו[40]. בקצרה: מנהגים הם כללים חברתיים מחייבים הקיימים בכל חברה ובכל עת.

2. המשמעות של ההכרה במנהג כמקור משפטי

אין חולק על כך, שמנהגים מהווים לעתים מזומנות מקורות מטריאליים למשפט: החוק נוטל מנהגים שהתגבשו ומשלבם במסגרתו. השאלה שבה אנו עוסקים כאן היא, האם צריך המנהג להוות גם מקור פורמלי למשפט, לאמור: האם צריך המשפט להכיר

37 ראה ג' טדסקי, שם, בעמ' 15—18; ראה גם Salmond, *On Jurisprudence* (12th ed., 1966), pp. 192—193.

38 ראה גם הניתוח הרלבנטי של מושג הכלל החברתי (הוזה לכלל המנהגי) אצל H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (O.U.P., 1961), pp. 54—59.

39 ההבחנה בין מקור התוקף של המנהג ושל הנוהג החוזי ברורה כאשר הנוהג החוזי מבוסס על הסכמה ממש. כידוע, לעתים נותנים תוקף לתנאים מכללא בחוזה. במקרים כאלה בסיס התוקף הוא, לכאורה, חוזי, אולם למעשה אין פה הסכמה ממש אלא אכיפת כלל משפטי. ראה, למשל, ג' טדסקי, שם, עמ' 21: "ככל שחורגים ממסגרת הרצון שהשערתו מבוססת על הנסיבות הקונקרטיות לקראת רצון המשוער השערת דין, כן מתרחקים יותר ויותר מדגמו המהור של הנוהג החוזי ומתקרבים לנוהג התוקפי". ראה גם סעיף 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, הקובע: "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על־פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה — לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים". בסיפא אנו רואים כי המשפט קובע הנחה חלוטה, היכולה להיות פיקטיבית, לגבי מקור החיוב של הנוהג. למעשה, יש פה קבלה של מנהג.

40 טבעי הוא כי כוחו של המנהג בולט במקומות שבהם, מטעם כלשהו, מכונת החקיקה אינה הולמת. מקרה אחד כזה הוא מקום שיש חוק מיושן שאין דרך פוליטית קבילה לבטלו. בשיטת המשפט הישראלית הדוגמא הבולטת ביותר לחוק כזה הינה האיסור על התנהגות הומוסקסואלית בין בוגרים מסכימים ברשות הפרט. הצורה שבה מטפלת השיטה בסוגיא זו היא בדרך של מנהג, שהתגבש להנחיית יועץ משפטי, שלא להעמיד לדין במקרים כאלה. על פעולה זו של המנהג ראה להלן, ליד הערות 58—66. תחום אחר שמנהגים מסייעים בו הוא זה של נושאים מתפתחים, שהחוק לגביהם עדיין לא יכול היה להתגבש. כיום, תחום כזה הוא תחום המחשבים. תחום אחר הוא זה של ההזרעה המלאכותית. לצורות שבהן יכולים מנהגים להשלים חסרים, ועל העובדה כי החוק מפגר בתחום זה אחרי צורכי התקופה ראה שיפמן, "קביעת אבהות בילד שנולד מהזרעה מלאכותית" **משפטים** י 63, בעמ' 84.

במנהג כדרך ליצירת כללים משפטיים מחייבים? [41] כדי לענות על שאלה זו יש להבהיר תחילה את משמעותה של האמירה כי המנהג מוכר כמקור משפטי, שכן יש לה מובנים אחדים. את משמעות ההכרה במנהג כמקור משפטי ניתן אפוא להציג לפי התשובה הניתנת לשלוש שאלות מובחנות:

השאלה הראשונה נוגעת לתפישת המקור המשפטי שלנו בהקשר זה: האם בכל מקרה מתאים חייב בית־המשפט לאכוף את המנהג (התפישה החזקה של מקור משפטי), או שמא הוא חייב להתייחס אל המנהג, אך הוא רשאי לסטות ממנו במקרים מסוימים (התפישה החלשה של היות המנהג מקור משפטי) [42]?

השאלה השנייה נוגעת ליחס שבין יצירת חוק באמצעות המנהג לבין דרכים אחרות ליצירת חוק המוכרות בשיטה. במלים אחרות: מהו היחס בין תוקפו של הכלל המנהגי לבין כללים המתגבשים כתוצאה מצורות אחרות ליצירת משפט? האם כוחו של המנהג מוגבל רק למקרים שבהם יש הפניה מפורשת אליו בחוק? אם לאו, המוגבל כוחו רק למקרים שבהם אין תשובה במקורות משפט אחרים? האם יכול המנהג לסייג חוק או להוסיף עליו? איך מתייחס המנהג לפסיקה? קבוצת שאלות אלה נוגעת גם לתפקיד שאנו מייעדים למנהג. אם המנהג הוא המקור ה"נחות" ביותר — עולה שהוא יכול רק להשלים חסרים בחוק או בפסיקה, אך לא לסייגם או לשנותם. יכולתו של המנהג למלא תפקידים אחרונים אלה מחייבת כי ייועד לו מקום גבוה יותר בהיררכיה של מקורות המשפט. במינוח המקובל במשפט המינהלי השאלה כאן היא, האם המנהג יקובל רק כמקור secundum legem, או שמא הוא יכול להיות גם praeter legem ואף contra legem? [43]

השאלה השלישית נוגעת להירותו של בית־המשפט לקבוע, כי בתנאים מסוימים לא יאכף מנהג בשל היותו בלתי־סביר או נוגד את תקנת הציבור, אף אם נתקיימו כל התנאים האחרים להכרזה על קיומו של מנהג (כגון משך זמן, ודאות או רציפות).

לפי מיון זה, נוכל לדבר על כמה מובנים שונים לגבי ההכרה במנהג כמקור משפטי. המובן החלש ביותר יהיה זה שבו לא תהיה חובה לאכוף מנהגים, אלא חובה להתייחס אליהם בלבד; שהמנהג יהיה כפוף לכל מקורות המשפט האחרים, וישמש לכן רק להשלמת פערים בחוק; ושתהיה לבית־המשפט סמכות שלא לאכוף מנהגים בלתי־סבירים. ניתן לחזק את המובן של ההכרה במנהג כמקור משפטי על־ידי מתן תשובה שונה לכל אחת משלוש השאלות.

41 לדיון כללי בהבחנה בין מקורות מטריאליים ומקורות משפטיים פורמליים ראה סלמונד (לעיל, הערה 37), עמ' 109—112.

42 הבחנה דומה בין תפישה חזקה ותפישה חלשה של מקור משפטי קיימת לגבי התקדים, שם מבחינים בין הלכת התקדים המחייב (הגישה החזקה) וגישת התקדים המשכנע (התקדים הוא מקור משפטי, אך דרגת החיוב שלו נמוכה יותר). במשפט הישראלי זכתה הבחנה זו לדיון ממצה בפסק־דין המיעוט של ויתקון בבג"צ 176/54 יהושע נ' ועדת שרעור, פ"ד ט 617, 624—628.

43 לביאור ההבחנה במשפט המינהלי ראה ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה" הד המשפט א (1975) 202—207, 222—226, 254—257.

3. הרצוי להכיר במנהג כבמקור משפט?

בראשית התפתחותן של שיטות משפט נודע למנהג מקום מרכזי וראשוני בפיתוח המשפט. כיום אין חולק על כך, כי בשיטות משפט מודרניות מקום הבכורה ביצירת החוק שמור למחוקק — הן המחוקק הראשי והן מחוקק־המשנה[44]. רק במשפט הבין־לאומי, שבו אין מחוקק ממש, יש עדיין מקום חשוב למנהגים ביצירתו של המשפט ובפיתוחו[45]. לפיכך, כאשר שואלים אם רצוי להכיר במנהג כבמקור משפטי, ממילא אין הכוונה להחזיר את עטרתו ליושנה. להיפך, השאלה הינה אם במצב נתון זה של שיטות מודרניות יש עדיין מקום להכיר בכוח משפטי כלשהו למנהגים.

ברור כי התשובה לשאלה זו תלויה בתשובות לשלוש השאלות שציינתי בקטע הקודם, וכי תשובות אלה אינן בלתי־קשורות: ככל שנחשוב כי תפקידו של המנהג מצטמצם למילוי חסרים, יכול שנהיה נוטים יותר לקבלתו של המנהג כמקור במובן החזק של המלה. כמו־כן, אם נקבל את התפישה החלשה לגבי המנהג, ייתכן שנהיה מוכנים יותר לקבוע לו מקום חשוב בהיררכיה בהשוואה למקורות אחרים, או להקפיד פחות על תנאי ההכרה בו, מתוך הנחה שאנו משמרים גמישות מספקת בעצם קיומם של תנאים שבהם מותר לבית־המשפט שלא להכיר במנהג. לעומת זאת, אם נקבל את התפישה החזקה של המנהג כמקור משפטי יכול שנרצה לקבוע מפורשות, כי הוא אחרון בהיררכיה של מקורות המשפט, ולדרוש כי יהיו תנאים קשים להוכחת קיומו וביקורת שיפוטית רציונית על תנאי ההכרה בו.

(א) חובת הפעלה וחובת היוועצות

לגבי ההכרה במנהג במובן החלש — חובת היוועצות במנהג במקום שאין מקור משפטי אחר הקובע תשובה חד־משמעית לשאלה, ובכפיפות לסמכות שלא לקבל פתרונות בלתי־סבירים או נוגדים את תקנת הציבור — דומה שאין חולק על כך שהמנהג אכן משמש דרך טובה ליצירת משפט. רוחב הקליטה וההסתמכות על מנהגים לפי תפישה זו ישתנה לפי היקף המקרים שבהם אין החוק קובע תשובה חד־משמעית. לפי תפישתי, מקרים אלה של "פערים" קיימים לא רק במקרים של "לקונות" הנובעות משתיקת המחוקק שאיננה הסדר שלילי, אלא גם במקרים שבהם עמימות החוק פותחת פתח לשני פירושים, או אף כאשר מה שהיתה לשון ברורה מולידה דו־משמעות בגלל השתנות

44 ראה, למשל, סלמונד (לעיל, הערה 37), בעמ' 130. העורך של המהדורה ה־12 של סלמונד אף מרחיק לכת ואומר כי ייתרונות החקיקה על־פני כל דרך אחרת ליצירת משפט הם כה ברורים, עד ששיטות מתקדמות נותנות לחקיקה תוקף ייחודי כמקור של משפט, ורואות בכל צורות יצירת המשפט האחרות שרידים מתקופות ינקות של המשפט (שם, עמ' 124). על דעה זו, בקיצוניותה, יש חולקים.

45 ראה, למשל, Oppenheim—Lauterpacht, *International Law*, 8th ed., §17. להבחנה בין משפט בינלאומי מנהגי והסכמי חשיבות מיוחדת במשפט הישראלי, כפי שהודגם לאחרונה בפרשת גירוש ראשי־הערים, בג"צ 698/80 קוסמה נ' שר הבטחון ואח', פ"ד לה (1) 617.

בערכים או בציפיות[46]. זוהי תפישה רחבה של "פערים", המשאירה מקום רחב להסתמכות על מנהגים. תפישה רחבה זו של פערים מצביעה גם על כך, שבמקרים לא־מעטים זקוק השופט לקני־מידה המכוונים את השלמת החומר המשפטי שבפניו. בהעדר הוראות אחרות, מנהגים במובן החלש הם מקור טוב להשלמות כאלה. חלק מתהליך השלמתם של פערים והתאמתם של הדינים לצרכים מתחדשים נעשה, כמובן, על־ידי המחוקק, ולפי התפישה החלשה שאנו עוסקים בה כאן במקרים כאלה לא תתעורר שאלת המנהג. אולם יש פערים וצרכים שהמחוקק אינו יכול או אינו רוצה להיפגוש אליהם במועדם[47]. דרך טבעית וטובה להשלים חסרים כאלה ולבצע את ההתאמות במקרים כאלה היא דרך ההסתמכות על המנהגים. ייתרונם של המנהגים הוא בכך שהם מבטאים הסדרים שהגוגעים בדבר, שהם בדרך כלל השופטים הטובים ביותר של צרכיהם, מוצאים אותם למתאימים[48]. למנהג יש אפוא ייתרון של ממש על דרכים אחרות להשלמת חסרים, ותמיד מותר לסטות ממנו אם אכן קיים טעם טוב לכך[49]. זהו טיעון ברור, הן

46 שאלת הפערים בחוק ודרך השלמתם היא שאלה בסיסית של תורת המשפט, וטיפול בה חורג, כמובן, ממסגרת מאמר זה. תשיבותה לענייננו אינה עקרונית, אולם ברור שחשיבות המנהג כמשלים־חוק גדולה יותר ככל שרבים יותר המקרים שבהם יש אכן צורך להשלים את החוק. התפישה המקובלת בין חכמי המשפט הינה, כי פערים או חסרים בחוק הינם בלתי־נמנעים מעצם טיבה של שיטת משפט, ומעצם טיבן של מגבלות כלליות של שימוש בשפה. ראה ג' טדסקי, "בעיית הלקונה וסימן 46 לדה"מ" **מחקרים במשפט ארצנו** (מהדורה 2, תשי"ט) 132. אך ראה מאמרו של רז, שבו הוא מגן על תפישה זו כנגד עמדתו החולקת של דוורקין: J. Raz, "Legal Reasons, Sources and Gaps" *The Authority of Law* (1979) 53. תפישתו של רז, במאמר הנ"ל, את המקרים שבהם יש פער בחוק רחבה יותר מן התפישה המקובלת, שכן הוא רואה כפער כל מקרה שבו לשון החוק אינה מצביעה על תשובה חד־משמעית לשאלה המתעוררת. מקרים של צורך ב"פרשנות" יהיו — לדעת רז (שאותה אני מאמצת) — מקרים של פער בחוק. בשיטתנו נראה כי בית־המשפט העליון דחה גישה זו: ראה ד"נ 13/80 **הנרלם נ' קופת עם**, פ"ד לה (2) 793, שם מסכימים הן השופט ברק והן השופט אלון, כי יש הבחנה בין קיום לקונה ובין צורך בפרשנות לעניין תחולת העקרונות המשלימים של מורשת ישראל.

47 בניגוד לדברי שר המשפטים (לעיל, הערה 35) ברור הוא, שאף בשיטות המתקדמות ביותר אין המחוקק יכול ורוצה לטפל בכל הבעיות שבהן דורש המשפט שיגוי או השלמה. ראה ג' טדסקי (לעיל, הערה 23) עמ' 41—43. אך ראה עמדתו של ויתקון בע"א 47/49 **זילביגר נ' דיקמן**, פ"ד י 252, בעמ' 260 (תאריך הגשת הערעור מטעה. פסק־הדין ניתן ב־21.2.56). ויתקון מציין, כי הנוהג כמקור משפטי אינו ברור ויוצר התדיינויות ממושכות, וכי אין הוא "בזמנו ובמקומו במדינה ריבונית, שכוח החקיקה מרוכז בה בידי הרשות המחוקקת". נראה לי, כי יש לראות את דברי ויתקון כהמרצת המחוקק להשלים את החסר. דומה שאף ויתקון יסכים כי עד שיעשה זאת המחוקק, מוטב להשלים את החסר בדרך של הכרה במנהגים. חוק פיצויי פיטורין לא נחקק עד 1963, ואין זה נראה מוצדק לשלול מעובדים זכות לפיצויי פיטורין רק בשל אילוצי המחוקק.

48 אמירה זו נכונה בדרך־כלל, בעיקר בהקשרים עסקיים שבהם יש פחות או יותר שוויון בין המתקשרים. באותם מקרים יש באמת עדיפות למנהגים על דרכים אחרות להשלמת חסרים. אולם יש לזכור כי שני חלקי האמירה אינם בהכרח נכונים: לעתים פרטים אינם השופטים הטובים ביותר של האינטרסים שלהם, ולא תמיד מבטאים המנהגים הסדרים שאלה הכפופים להם סבורים שהם אכן הטובים ביותר. לנקודה שנייה זו ראה להלן, הערה 52.

49 יש מקרים שבהם הפרטים אמנם סבורים כי המנהג הוא ראוי, אולם מבחינה חברתית אין הוא ראוי, כפי שנראה בפיסקה הבאה. לפי התפישה החלשה, מצב כזה הוא טעם טוב שלא להסתמך על המנהג.

לטובת המנהג כמוסד secundum legem ואף כמקור משפטי שהוא praeter legem.

על אותם טעמים ניתן לסמוך את הטיעון לטובת ראייתו של המנהג כמקור משפטי במובן החזק, כאשר לשתי השאלות האחרות התשובות הן קבועות: חיובם של בתי־המשפט להיזקק למנהגים, לשם השלמת החומר המשפטי שבידיהם, לפני שהם פונים למקורות משלימים אחרים, בכפיפות לסמכות שלא לאכוף מנהגים העוגדים את תקנת הציבור. הטעמים שהוזכרו למעלה די בהם כדי שנעדיף את המנהגים הקיימים, אם ישנם כאלה, על פנייה לאמונותיו של השופט או למקורות משלימים אחרים. נראה כי אלה היו הטעמים שעמדו ביסוד המנהג השיפוטי להשלים חסרים בחוק באמצעות פנייה למוסר הנוהג בחברתם, שאינו אלא שם אחר למנהגי החברה אשר עליה הם מחילים את החוק[50].

חשוב להדגיש מסקנה זו: הטיעונים לגבי חיובם של בתי־המשפט לאכוף מנהגים בלי להפעיל ביקורת שיפוטית על תוכנם, וטיעונים לגבי הכרה במנהגים כמסייגים חוקים, כמשנים או מבטלים אותם — הם בעייתיים יותר מאשר הטיעון שהעליתי כאן לגבי מנהגים כמשלימים וכמתאימים. אולם די להסכים לכוח מוגבל זה של המנהג כדי להסכים, שרצוי הוא כי המשפט יכיר במנהגים כמקור משפטי, במובן המסויג שאותו ציינתי כאן.

(ב) ביקורת שיפוטית של מנהגים

אני נוטה לדעה, כי אין זה רצוי להכיר באופן גורף במנהגים בלי לאפשר לבית־המשפט, המתבקש לאכוף אותם, לבדוק את תוכנם במונחים של תקנת הציבור או הסבירות. ייתכן שיש מידה מסוימת של שרירות ב"ביקורת שיפוטית" על המנהגים, וכי יש פה העדפה פטרונית של שיפוטם של שופטים נבחרים ומקצועיים על השיפוט העממי ורב־השנים של "רוח העם". אולם יש לזכור, כי בהכרה על־ידי המשפט יש יותר מאשר נכונות להסכים עם קיומו של המנהג. קיימת כאן גם נכונות מצד שיטת המשפט לאכוף את קיומו של המנהג. אם נכיר בעובדה שייתכנו בחברה מנהגים שהינם בלתי־רצויים אף בעיני בני החברה עצמם, דומה כי תהיה זו משום איוולת לומר, שהמערכת המשפטית חייבת לקבל את המנהגים על קרבם ועל כרעיהם.

ודאי שאין זה נכון — כפי שאומר השופט קופלנד בבהן נ' קפון[51] — שמעצם קיומו של המנהג ניתן ללמוד כי בני־החברה סבורים שהוא סביר, שאם לא כן — לא היה קיים. מחקרים אנתרופולוגיים לא־מעטים מצביעים על כך, שחברות חיות תקופות ממושכות

50 הניסוח הקלאסי לעיקרון זה הוא בדבריו של השופט האמריקני קרדוזו, המדבר על פנייה לעיקרון הסוציולוגי, שהיא בעצם פנייה למוסר הנוהג בחברה: B. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, pp. 98 seq. בפסיקה שלנו בא אותו רעיון לידי ביטוי בהחלטתו של השופט ויתקון ברייזנפלד נ' יעקובסון, מקום שהוא פונה אל דעתו של הציבור הנאור בישראל כדי להחליט בדבר אי־מוסריותו של חוזה: ע"א 337/62 רייזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009. באותו מקרה אמנם היה מדובר בפירוש הביטוי "לא מוסרי" בחוק, אולם לפי גישתי הנורסת כי גם במקרים כאלה מתעוררת בעיית השלמתו של החוק (ראה לעיל, הערה 46), יהיו אף מקרים כאלה כשרים להיות דוגמאות להשלמת החוק מתוך פנייה אל מנהגים.

51 C.A. 5/40, *Cohen* v. *Capun*, 7 P.L.R. 80, 89.

תחת עולם של מנהגים שהכול חשים כי אינם רצויים, אולם אין לאיש הכוח לגבור עליהם ולדרוש את שינוים [52].

מנהגים עשויים להיות בלתי־רצויים לא רק מהטעם שהם משקפים נורמות מוסריות ששוב אין רואים אותן כמקובלות, אלא גם מפני שהם מנציחים עיוותים כלכליים או הקצאות לא־יעילות. גם במקרים כאלה אין טעם טוב לדרוש מן המשפט להנציחם. ייתרונם של המנהגים הוא, שהם מספקים נורמות משלימות שעל־פיהן ניתן לנהוג במקום שנורמות משפטיות "ממש" חסרות. ניתן בהחלט לקבל ייתרון זה מבלי להיגרר לאכיפה גורפת של כל המנהגים.

ביקורת שיפוטית על מנהגים תאפשר גם להתאים את קליטת המנהגים לנורמות המקובלות בחברה בתקופות שונות: ככל שהסטנדרטים המנהגיים של החברה טובים יותר, כן ייקל לדרוש שהביקורת השיפוטית תהיה מינימלית. אולם לא ניתן לקבוע, מראש ובאופן כללי, כי אכן בחברה נתונה יהיו רק "מנהגים" חיוביים. כדי לאפשר לשיטה לפלוט או לדחות מנהגים המקובלים כבלתי־רצויים (הן מטעמים מוסריים והן מטעמים של יעילות או מטרות רצויות אחרות) מן הראוי להעניק לשופטים סמכות לדחות מנהגים מסוימים.

בנקודה זו יש להזכיר, כי המגמה לאכוף את המנהג באשר הוא וללא ביקורת שיפוטית עשויה להיות מוצדקת מכוח ציפיותיהם הסבירות של האנשים שיודעים על קיומו ומצפים כי יופעל אף הפעם. אולם התביעה להכרתה של המערכת המשפטית במנהג היא מעבר לתביעה כי אנשים ימשיכו ללכת בעקבות המנהגים. הצורך לפנות אל המערכת המשפטית גובע מכך שבפועל אנשים לא הלכו בעקבות המנהג. התביעה היא אפוא שהמדינה תפעיל את כוח הכפייה הייחודי שבידה לטובת המנהג שאת אכיפתו מבקשים. לא נראה לי שהחברה חייבת להיענות אוטומטית לתביעה כזו, בלי להעביר את תוכנו של המנהג תחת שבט הביקורת. יתירה מזו: כאשר המנהג נתפש על־ידי רבים כבלתי־רצוי, ייתכן שאף בסיס הציפיות הסבירות לאכיפתו הוא חלש: בצד העמידה על המנהג,

52 דוגמא טובה המובאת על־ידי ג' טדסקי היא חברה שבה עדיין נוהג המנהג של הזמנה לדו־קרב. תיאור חזק בספרות של התוצאות הבלתי־רצויות של הליכה בעקבות מנהג זה ניתן למצוא בספר **אפי בריסט**, שם הורג הבעל הנבגד את מאהבה לשעבר של אשתו, והורס בכך את חייו־הוא ואת חיי אשתו ובתו. הנקודה החשובה לענייננו היא, כי הגיבור קרוע בין התחושה כי המנהג אינו רצוי וכי תוצאות ההליכה בעקבותיו תהיינה רעות, ובין התחושה כי אין לו חירות, בהיותו בן לחברה, שלא ללכת בעקבות המנהג. השווה גם הסייג שבסימן 45 לדבר המלך במועצתו, המגביל את ההכרה במנהגי השבטים בכך שלא יהיו סותרים את הצדק הטבעי ואת המוסר. דוגמא אחרת היא זו של חברה שבה נהוג לקבור את האשה יחד עם בעלה. לגבי שני מקרים אחרונים אלה ניתן, אולי, לטעון כי אין המדובר כאן במנהג שמקובל אך נתפש על־ידי בני החברה עצמם כבלתי־סביר, אלא בשיפוט חיצוני שהמנהג הוא בלתי־סביר, הנאכף על תת־קבוצה שרואה אותו כסביר. נדמה לי כי תיאור זה הוא, במקרים רבים, פשטני. התיאורים הרבים של חברות הנאבקות במנהגיהן־שלהן להקריב קורבנות־אדם הם דוגמא מצוינת לכך שגם בתוך החברות עצמן המנהגים נראים כבעייתיים. תיאור קלאסי הוא זה של חברה, שבה מקריבות משפחות קורבנות־אדם, כאשר הציות לחוק מבוסס על פחד בלבד. כאשר פרט מעז לחטוף את ה"קורבן" ובכך להביא לשינוי החוק, שמחים לראותו כגיבור — אותרי תקופת־זמן — ולא כעבריין. ראה גם ג' קרסל, **ריבי דם בקרב בדווים עירוניים** (מאגנס, 1982).

ניתן לדרוש מאנשים המכירים את החברה שבה הם חיים כי יהיו ערים גם לתחושה הנרחבת ששוב אין המנהג רצוי. פליאתם על הסירוב לאכיפתו לא תוכל אפוא להיות שלמה [53].

(ג) מנהג משנה, מסייג או מבטל חוק

השאלה הקשה ביותר לגבי המנהג נוגעת לכוחו לסייג או לשנות כלל משפטי חקוק או אף תקדים. בדרך־כלל מדובר בכוחו של המנהג לבטל חוק — דסוטודו. במקרים מסוימים ניתן לדבר גם על שינוי חיובי של ההסדר המשפטי החקוק: לצד הביטול יש גם שינוי חיובי, מכוחו של מנהג. אולם, אם נכיר בכוחו של המנהג לבטל את ההסדר החקוק עלול להיווצר מצב של פער, והתרומה החיובית של המנהג תהיה השלמה. אתרכז, לכן, בדיון בדסוטודו בלבד.

לכאורה, הפתרון הפשוט לקושי זה הוא להכריע מראש, כי כוחו של המנהג יפה רק להשלמה. אולם, עיון מעמיק יותר מגלה כי פתרון זה אינו פשוט כלל־ועיקר. ראשית, לא ברור אם ניתן לקבוע באופן יעיל כלל מעין זה. שנית, ולא פחות חשוב, לא ברור שכלל נוקשה מעין זה הוא רצוי. בהמשך המחקר אתייחס לבעיה הראשונה, וכאן אסביר רק מדוע אי־אפשר לומר בפשטות, כי לעולם לא רצוי להתיר למנהג לבטל חוק.

ראשית, יש להדגיש כמה דברים: בשיטות מודרניות, כאמור, אין מחלוקת כי הדרך המרכזית לשינוי החוק היא בדרך של חקיקה. מוסכם גם על הכול כי בראש־ובראשונה על השופט לבדוק אם יש חוק החל על המקרה שלו. במהלך הדברים הרגיל, חובתו של השופט היא לאכוף את החוק. השאלה הנדונה כאן היא האם יש נסיבות חריגות שבהן מן הראוי להכיר בכוחם של מנהגים לסייג חוקים או לשנותם.

טיעון עקרוני אחד נגד מתן כוח למנהג לשנות חוקים מתבסס על האופי הדימוקרטי של המשטר. לפי טיעון זה, הרשות המחוקקת, הנבחרת על־ידי העם, היא המופקדת על יצירת החוק. מתן כוח למנהג לסייג חוקים שנחקקו כדין הוא, למעשה, סיכול רצונו של המחוקק, וזוהי תוצאה שאינה דימוקרטית. יש ממש בטיעון זה, והוא אחד מן הטעמים שבגינם נרצה להגביל את כוחו של המנהג לבטל חוק. אולם יש להזכיר, כי טיעון זה נסמך על תפישה של דימוקרטיה ייצוגית. לפחות לגבי אלה הרואים בדימוקרטיה ייצוגית רע הכרחי, המבטא קירוב לאידיאל האמיתי של דימוקרטיה עממית מלאה, ניתן גם לטעון, מכוח האידיאל הדימוקרטי, כי המנהג הוא יצירה פופולרית, מעין תרצר של דימוקרטיה ישירה, ולכן יש להעדיפו, אף מטעמים של דימוקרטיה, על חוקים חקוקים [54].

53 לדיון דומה בטענה, כי אסור לשופטים ליצור חוק מפני שיש בכך הפתעת הצדדים, בהיות הפסיקה מוחלת רטרואקטיבית, ראה: H. Wellington, "Common Law Rules and Constitutional Double Standards: Some Notes on Adjudication" 83 *Yale L.J.* 221 (1972).

54 לדיון בטיעונים מדימוקרטיה בעד ונגד כוחו של המנהג ראה גם ג' טדסקי, עמ' 43—44. אין זה המקום, כמובן, להיכנס לסוגיה מורכבת זו. אציין רק, כי אין זה ודאי שמנהגים הם תוצר של דימוקרטיה ישירה. ראשית, לעתים יש מנהגים שבני החברה אינם מקבלים (לעיל, הערה 52). שנית, גם לגבי התגבשות מנהגים ייתכן שיש קבוצות מסוימות שלהן יותר השפעה מאשר לאחרות. יצוין גם, כי בדימוקרטיה הייצוגית אין זה תמיד נכון שמה שמתקבל בבית־המחוקקים אכן משקף את דעת רוב האוכלוסיה.

ודאי שאין זה המקום להיכנס לדיון על תפישות שונות של הדימוקרטיה. הטיעון הראשון, המסתמך על האופי הדימוקרטי של המשטר כטעם נגד תכוח המבטל חוק של המנהג, הוא בוודאי תואם יותר את המציאות המדינית הקיימת. אולם נראה, כי ביטול חוקים על־ידי מנהגים עדיף — מבחינת הדימוקרטיה — על ביטולם על־ידי בית המשפט[55]. אולם, אף אם היה זה ברור שמתן כוח מבטל־חוק למנהגים אינו מתיישב עם דרישות אידיאליות מסוימות של משטר דימוקרטי, לא היה טיעון זה יכול להכריע את הכף. כידוע, יש בעיות של התיישבות עם הדימוקרטיה גם בכוחם היוצר־חוק של שופטים, ומקובל למדי לטעון כי כוח כזה המוענק לשופט הינו בלתי־נמנע ואף רצוי[56]. דומה, כי כך הדבר גם בסוגיא שלפנינו וכי בעוד שאין זה רצוי שמנהגים יבטלו חוקים בדרך־כלל, אין לשלול על הסף את האפשרות שבמקרים מסוימים עדיף יהיה להכיר בכוח מבטל־חוק של מנהג על פני אכיפת "עיוורת" של החוק עצמו[57].

דוגמא בולטת למצבים כאלה הם מנהגי אכיפת חוק, בין כשהם מנוסחים בצורה של הנחיות ובין שהם נגזרים ישירות מהתנהגותן של הרשויות אוכפות־החוק. בכל שיטות המשפט מוכרת התופעה של חוקים שאינם נאכפים. במקרים מסוימים אי־האכיפה מקובלת על חלקים ניכרים בציבור כדרך יעילה ורצויה לטפל באילוצים חקיקתיים[58]. הידיעה כי יש חוקים שאינם נאכפים מאפשרת חקיקתם של חוקים שכבר ברגע חקיקתם

55 מדובר על ביטול חוקים באמצעות מנהגים סותרים שהתגבשו לאחר קבלת החוק. מקום שחוק ניסה לבטל מנהג קיים ולא הצליח בכך יש בכך סיכול ברור של רצון המחוקק. לעומת זאת, אין זה מופרך לומר שהמחוקק מתכוון, כללית, כי חוקיו יהיו כפופים לתחרושת הציבור. מנהגים חברתיים רחבים הם "יותר" דימוקרטיים מהחלטות של שופטים, שהם אנשי מקצוע הנהנים מאי־תלות.

56 לדוגמא חדשה של טיעון כזה — בהקשר המשפט החוקתי האמריקני — ראה J. Ely, *Democracy and Distrust* (Harvard U.P., 1980).

57 ניתן להשתמש כאן בדוגמא רלבנטית לנושא המאמר. יש טענה רצינית כי המג'לה, אף באותם חלקים שלה שלא בוטלו במפורש, בוטלה מכללא באמצעות נוהג של עורכי־הדין, השופטים והקהילה המשפטית בכללה שלא לחפש פתרונות משפטיים במג'לה, אלא ללכת ולחפשם במשפט המקובל לפני ביטול סימן 46, או בעקרונות כלליים של שיטות אחרות כיום. לאחר זמן נראה כי הנוהג הפך למנהג: הוא היה מלווה תחושת חובה לחפש פתרונות משפטיים במקורות ה"רגילים". מנהג זה עמד בניגוד לחוק כפי שהיה בתוקף, שציווה על בתי־המשפט ועל קהילת המשפטנים להפעיל את המשפט, לרבות המג'לה. נראה כי *ההימנעות* מביטול המג'לה לא נבעה משיפוט של מישהו כי ביטול כזה אינו רצוי. שיקולים שונים חברו ומנעו את ביטולן ושל הוראות המג'לה והחלפתן בחקיקה אחרת. האם לא טוב הוא שכיום, לאחר התגבשות המנהג שלא לחפש פתרונות משפטיים במג'לה, שוב לא מעוררים את השאלה מחדש בכל עניין היכול להיות רלבנטי? במלים אחרות: אף אם מבחינה משפטית־היסטורית טעתה הקהילה המשפטית בכך שלא פנתה למג'לה, דומני שאין טעם להילחם בה ולתבוע את עלבונה של המג'לה בלי לראות את הטעמים שהביאו להתעלמות ממנה ואת המציאות שנוצרה בעקבות כך. זהו הטעם העיקרי לכך שאינני מסכימה עם הערתו הכללית של טדסקי (לעיל, הערה 9).

58 סקירה מאירת־עיניים על מקרים שבהם מוטב לחוק להכיר בהצדקה לסטיה מן החוק, בדרך של מנהג או בדרכים אחרות, ניתן למצוא בספר Kadish and Kadish, *Discretion to Disobey, A Study of Lawful Departures from Legal Rules* (Stanford U.P., 1973); ראה גם הפירוט בספרו של A. F. Wilcox, *The Decision to Prosecute* (Butterworth, 1972).

ברור, כי אי־אפשר לאוכפם, וטעם קבלתם הוא סמלי במידה רבה[59]. במקרים אחרים מתפתחים במשך הזמן מנהגים של אי־אכיפה, חלקית או מלאה, כאשר נוצר מתח בין תפישות הציבור ובין לשון החוק[60]. במקרים אלה המנהגים שבהם מדובר אינם בהכרח מנהגים של בני החברה. מדובר כאן במנהגי הרשות אוכפת־החוק לגבי ההחלטה לאכוף. אולם יש מקרים שבהם נרצה לתת תוקף ישיר למנהג המבטל את החוק עצמו, ולא רק את הציפיה הסבירה שאכן הוא ייאכף. כך, למשל, במשפט האזרחי לא ניתן לדבר כלל על סיוג החוק באמצעות מנהגי אכיפתו. אולם אם החוק דורש התראה נוטריונית, וקיים מנהג מפורש שלפיו אין צורך בהתראה כזאת, ומנהג זה ידוע לכול עד כדי כך שרוב העיסקאות נעשות בלי ציון מפורש של החובה — יהיה בכך משום חוסר־צדק לתכשיל תביעתו של אדם רק משום שלא עמד בדרישה אשר בחיי המסחר אבד עליה הכלח. מצד שני, במקרים לא־מעטים ההחלטה שלא לאכוף את החוק נובעת מההכרה, כי זוהי תקנה שרוב הציבור אינם יכולים או אינם נוהגים לפעול לפיה.

סיוג החוקים נעשה, במשפט הפלילי שלנו, באמצעות שיקול־הדעת הקיים שלא להעמיד לדין מטעמים של חוסר־עניין לציבור[61]. לעתים מתקבלות החלטות כאלה לגבי מקרים ספציפיים[62], ולפעמים — לגבי קבוצות של מקרים, בין באמצעות הנחיות ובין באמצעות מנהגים. לגבי האחרונים אנו רוצים לאפשר למנהגי אכיפה לסייג חוקים, לפחות באופן זמני. אם לא נודה במפורש, שאכן זוהי התוצאה של מנהגי אי־האכיפה (באותם מקרים שבהם אנו מקבלים את פעולתם מסייגת־החוק כמוצדקת), אנו עלולים לגרום לתקלה חמורה: חוקים שאינם נאכפים עלולים לשמש כלי להטרדה. במדינה שבה קיים, למשל, איסור נגד ניאוף שאינו נאכף, מה יהיה דינו של אדם המועמד לדין על ניאוף רק מפני שהמשטרה אינה מצליחה למצוא עבירה אחרת המצדיקה העמדתו לדין? אם לא ניתן נפקות למנהג שלא לאכוף את החוק, "ייאלץ" בית־המשפט להרשיע ולענוש. יתירה מזו: מן הראוי שלא להשאיר מצב כזה לשיקולו של בית־המשפט. האם מוצדק לעשות שימוש כזה בחוק מיושן במקום שבית־המשפט שותף לתחושת המשטרה, כי

59 יש הטוענים כי זה הדבר שאיפשר אצלנו את חקיקתו של חוק למניעת מפגעים, תשכ"א—1961.

60 שוב, אין אני רוצה להיכנס כאן לסוגיה סבוכה שאינה צריכה ישירות לעניין. אין מחלוקת על כך, שהלגיטימיות של הנחיות לאי־אכיפת חוקים היא בעייתית. יחד עם זאת, מקובל הדבר כרע במיעוטו במקומות שבהם קיימים חוקים, אשר מוסכם על הכול או כמעט על הכול שאין להפעילם, אך אין אפשרות לשנותם בדרך של חקיקה. דוגמאות סטנדרטיות למנהגים כאלה: אי־אכיפת האיסור על נסיון התאבדות ועל התנהגות מינית "שלא כדרך הטבע" בין בוגרים מסכימים ברשות הפרט. אלה הם טיפוסי המקרים שבהם ההנחיה שלא לאכוף אינה מבוססת על כך שרוב בני החברה אינם נוהגים לציית לחוק. אין "מנהג" של ניסיון להתאבדות או של התנהגות הומוסקסואלית, במובן נורמה חברתית המחייבת (או אף מתירה) התנהגות זו. השיפוט כאן הוא, שאין למשפט צידוק להתערב ולאסור את ההתנהגות. במקרים אחרים, כגון התפתחות "מנהג" שלא למסור דיווחי אמת למס־הכנסה, המנהג הוא בהתנהגות שלא לפי הכלל. אם יש מנהג מקביל של אי־אכיפה, זהו מנהג המשקף את המנהג החברתי. ראה להלן, הערה 64.

61 ראה סעיפים 59, 62 לחוק סדר־הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב—1982.

62 כך, למשל, ניתן שלא להעמיד לדין אדם החולה במחלה מארת ונוטה למות, למרות שיש ראיות כי ביצע את העבירה.

את האדם הזה יש לשים מאחורי סורג ובריח ? הדרך להימנע משימוש־לרעה כזה היא לחייב את בית־המשפט לתת תוקף לכוחו מבטל־החוק של המנהג במקרה כזה [63].

שאלה מעניינת תהיה מה על בית־המשפט לעשות כאשר הוא נתקל במדיניות של אי־אכיפה שעמה אין הוא מסכים. אי־הסכמה זו יכולה לנבוע מכך שבית־המשפט אינו שותף לשיקולי התביעה, אם מחמת שהם מקבלים שלא כדין מנהג שהשתרש שלא לקיים את החוק, ואם מפני שהם יוצרים מנהג של אי־אכיפה מטעמים אחרים. כך או כך, מצד אחד, הצדק כלפי העבריין הספציפי ש"נבחר" להיות מועמד לדין מחייב, לכאורה, שלא לאכוף רק כלפיו. מצד שני, החלטה כזו פירושה אישור של בית־המשפט לנוהל בלתי־רצוי של רשויות החוק [64]. ראוי לציין, כי יש כאן א־סימטריה מסוימת,

63 שאלה מעניינת, שלא נדונה עדיין בפסיקה, היא איך ניתן להעלות טענה מסוג זה. האם הדרך היחידה הינה לבקש עיכוב הליכים או לפנות לבג"צ ולתקוף את החלטת היועץ המשפטי להעמיד לדין, או שמא ניתן גם להעלות טענה כזו בבית־המשפט השומע את האישום ולבקש ממנו, למעשה, לתת תוקף למנהג שלא לאכוף ? לפי סעיף 42 להצעת החלק הכללי של חוק העונשין (משפטים י 209), ניתן יהיה, כנראה, להעלות טענה כזו בבית־המשפט : "מצא בית־המשפט כי אדם ביצע עבירה, אך לאור טיבו של המעשה ונסיבותיו לא יהיה זה מן הצדק להרשיעו, וכי אינטרס הציבור לא ייפגע אם לא יורשע — רשאי בית־המשפט לפטור אותו מאחריות פלילית". לפי המשפט הפלילי המהותי כיום, נראה כי אין טענת הגנה כזו, ובית־המשפט יהיה חייב להרשיע. בית־המשפט יוכל, כמובן, לנזוף בתביעה ולהטיל על הנאשם עונש סמלי. מכל־מקום, גם החלטה של הבג"צ להתערב מטעם כזה היא, למעשה, חיוב הרשות שלא לפעול על־סמך החוק שבוטל או "הושעה" בעקבות המנהג.

64 בית־המשפט העליון שלנו התמודד עם בעיה קשה זו בבג"צ 665/79 וינגורד נ' היועמ"ש ואח', פ"ד לד (2) 634, ומחילוקי־הדעות בין השופטים נראה שאין לנו הלכה ברורה בנושא : המדובר היה שם בהחלטת היועץ־המשפט להעמיד לדין משמעתי פקידים שדיווחו על הוצאות פיקטיביות, והעתירה הוגשה בידי אדם שתבע העמדה לדין פלילי ממש. נטען שם כי חלק מן הטעם שלא להעמיד לדין פלילי היתה העובדה שדיווחים כאלה היו "שקר מוסכם", מעין "מנהג מדיגה". בית־המשפט קבע, כי בהחלטה עצמה לא הסתמכו הרשויות על טעם זה וכי להיפך, בדעתן להילחם בנגע. בית־המשפט היה מאוחד בדעתו כי היו טעמים אחרים, לגיטימיים, להחלטה שלא להעמיד לדין פלילי, וכי לכן לא היה מקום להתערבותו. יחד עם זאת, מצאו כל השופטים שישבו בדין לנכון להתייחס, באוביטר, לשאלת הלגיטימיות של התחשבות בעובדה שהיה זה אכן שקר מוסכם. כל השופטים היו בדעה כי הנוהג הזה הוא רע, אולם ויתקון סבר שמוצדק לקחת בחשבון את עובדת היותו נוהג (עמ' 639), בעוד ששמגר הסתייג באופן חד־משמעי מהתחשבות כזו (640) ובייסקי ציין שיש לבדוק שוב באופן כולל את המערכת שיכולה ליצור נורמות שכאלה ; שכן לא ראוי לתוקף איסורים שרוב הציבור אינו יכול לעמוד בהם ואשר מטבע הדברים יביאו לבעייתיות באכיפת החוק. נראה כי ווסמן היה נוטה לדעתו של ויתקון, לפי פסיקתו בע"פ 838/76 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 249, שם קבע כי מקום שאדם מגיש דו"ח כוזב על רקע ידיעה כי התפתחו מנהגים ביחסים בין הרשויות והנישום שלפיהם הדו"ח הוא רק בסיס למו"מ, אין להרשיעו בהטעיה בזדון : "כאשר הגשת דו"ח לא נכון . . . שמטרתו הינה רק לפתוח במו"מ . . . נהפכה להרגל ולנוהג, יש אמנם צידוק שלא להרשיע את הנאשם בעבירה [של כוונה להשתמט ממס]" (עמ' 250). השופט ווסמן רואה אפוא את היווצרות המנהג כמבטלת את יסוד ההטעיה שבהתנהגות. אולם מכיוון שממלא הדו"ח ידע בשעת שמילאו כי הוא כוזב, יש בהחלטתו משום גזיפה ברשויות התביעה שלא בחרו לתת תוקף למנהג ולהתחשב בו במסגרת ההחלטה על בחירת סעיף האישום.

הנובעת מטבע התפקיד השיפוטי: בית־המשפט יכול להתייחס למנהגי אי־אכיפה כאשר אכן מגיע לפניו מקרה של אכיפה. קשה יותר לבית־המשפט להתייחס למנהגי אי־אכיפה בלתי־רצויים אם הם אכן "מצליחים" וגורמים לכך שהמקרים פשוט אינם מגיעים לבית־המשפט[65].

שאלה מעניינת אחרת היא, איך יוכל המינהל לשנות מדיניות ולתבוע בגין חוק שלא נאכף עד עתה, בלי להיתקל בכוחו מבטל־החוק של המנהג. יש לזכור כי דסוטודו אינו מוחק את החוק מספר החוקים, אלא רק יוצר טעם טוב שלא להפעיל את החוק. נראה כי הפתרון הנכון יהיה, שהמינהל יפרסם הצהרת מדיניות על כוונתו לשנות את מנהגי האכיפה, וכי לאחר הכרזה זו שוב לא יהיה ניתן לטעון נגדו דסוטודו, אם אמנם יפעיל את החוק באופן שוויוני ובהתאם לדרישות החוק.

איני רוצה לתת כאן טיעון שלם לגבי השאלה, האם רצוי להכיר בדסוטודו, וזאת בעיקר לאור מסקנתי כי גם ללא הכרה כזו רצוי להכיר במנהג כמקור משפטי מחייב, ולאור אמונתי כי דסוטודו יהיה קיים גם ללא הכרה מפורשת — כפי שאטען להלן. אולם אין ספק, שדווקא בגלל החומרה של כוח הדסוטודו מבחינת שיטת המשפט ראוי שיהיה פיתוח שיטתי של הנסיבות שבהן תהיה נטיה ולגיטימיות להכיר בכוח כזה של המנהג, כדי לצמצם את אי־הבהירות לגבי מקורות המשפט.

4. צורות להכרה במקורות משפטיים

אם סיכמנו, כי טוב לשיטת המשפט שלא לוותר על הכוח היוצר־משפט של מנהגים, נותרת השאלה: כיצד כדאי לתת למסקנה זו ביטוי בשיטת המשפט?

כדי לענות על שאלה זו, יש לדעת באלה דרכים ניתן להכיר במקורות משפטיים בשיטות משפט. זוהי שאלה של תורת־המשפט הכללית, ושוב לא אוכל לפרט את כל הדקויות והמורכבויות הרבות שלה. יש משהו מעגלי בניסיון לברר כיצד ניתן לקבוע את מקורות המשפט של שיטה, שכן את קביעת המקורות עצמם נחפש בתוך השיטה, ואת השיטה נזהה באמצעות מקורות המשפט המוכרים בה.

עקרונית תיתכנה שתי גישות, מבחינה תיאורטית, לגבי איפיונם של דרכים מקובלות ליצירת משפט: גישה נורמטיבית־דוגמטית, וגישה סוציולוגית. שתי עמדות תיאורטיות אלה תהיינה בעלות התייחסות שונה גם כלפי מושג המשפט עצמו. לפי הגישה הנורמטיבית, שהמייצג הגדול ביותר שלה בטוהרתה הוא קלזן, ניתן ליצור משפט רק בדרכים שהנורמה הבסיסית של השיטה מכירה בהן כדרכים ליצירת משפט; שכן יצירת משפט הינה פעולה משפטית, ואין פעולה משפטית שאינה נגזרת מן הנורמה הבסיסית[66]. ממילא מתחייב, שאם בפועל דרך מסוימת מוכרת כיוצרת משפט, יהיה צורך ליישבה

65 בפרשת וינוגרד (לעיל, הערה 64) מודגם היוצא־מן־הכלל שבו יגיעו אל המערכת השיפוטית גם מקרים של תלונות על אי־אכיפה. אולם זהו מקרה חריג. בדרך־כלל התמריץ לתקוף אי־אכיפה הוא פחות חזק, ואם יש הטיה בלבם של "קורבנות" אי־האכיפה שמא זו נובעת מסטיה של המערכת, יהיו גם טעמים, כמו פחד או חוסר־אמון, שיפעלו נגד הבאת אי־האכיפה בפני בית־המשפט. לעומת זאת, המקרים שבהם יש מנהגי אכיפה בלתי־רצויים יגיעו תמיד, בהגדרה, לבית־המשפט השומע את המשפט. ראה לעיל, הערה 63.

66 ראה, למשל, הדיון בנורמה הבסיסית ודרכים ליצירת משפט ב־H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (N.Y., 1961) 115 seq.

עם הנורמה הבסיסית[67]. הגישה הסוציולוגית לא תעסוק בשאלת ההצדקה של יצירת משפט בדרך זו או אחרת, ותתרכז בניסיון לתאר נכונה את הדרכים שבפועל בתי־המשפט מכירים בהן כיוצרות כללים שאותם הם חייבים להפעיל או שאליהם הם חייבים להתייחס[68]. לענייננו אין צורך לנקוט עמדה לגבי הייתרונות והחסרונות התיאורטיים של כל אחת משתי הגישות. חשוב רק להדגיש כי לפי שתיהן יש טעם לבדוק, כאשר ניגשים לזהות את מקורות המשפט של שיטה מסוימת, הן את חוקי השיטה והן את מנהגי הרשויות אוכפות־החוק.

בשיטות מודרניות, כאמור, המקור העיקרי ליצירת משפט הוא החקיקה על כל צורותיה. ברור גם כי המחוקק יכול לקבוע בחוק את מקורות המשפט של השיטה, ולציין גם את היחסים ביניהם ואת התנאים הנדרשים כדי שנאמר שאמנם נוצר משפט לפי אחת מן הדרכים המוכרות. בהקשר שלנו חשוב יותר להדגיש את הצד השני של אותה מטבע: באופן מעשי, המחוקק אינו יכול לקבוע באופן ממצה את מקורות המשפט, שכן בפועל תמיד ניתן יהיה לעקוף את הוראות החוק, כך שחכם המשפט יקבע כי קיימים בשיטה מקורות משפט אחרים. כך, למשל, אם ינסה המחוקק לקבוע כי אין ליצור משפט אלא בדרך של חקיקה, ייתכן שבתי־המשפט יכריעו כי יש לתקדים כוח של מקור משפטי מחייב, אם בדרך של הכרזה ואם בדרך של מנהג, וחכם המשפט הצופה מן החוץ יצטרך להודות כי אכן הצליחו, ובשיטתם, למרות ההכרזה החקיקתית, מהווה התקדים מקור משפטי מחייב[69].

למעשה נראה לי כי ניתן אף לחזק מסקנה זו, הן לגבי התקדים והן לגבי המנהג. לא זו בלבד שבתי־המשפט יכולים להכיר במקורות משפט שאינם מנויים בחוק, אלא שתהיה להם נטיה חזקה מאוד לעשות זאת, ככלים להשגת מטרות קיימות והכרחיות בכל שיטת משפט. אקצר לגבי התקדים ואומר רק, כי אף בשיטות המשפט הקודיפיקטיביות, המתיימרות שלא להכיר בכוחו המחייב של התקדים, אין ספק כי בפועל בתי־המשפט מסתמכים רבות על החלטות קודמות ומקבלים אותן כמקור משפטי, לפחות במובן החלש[70]. מצב זה עורר את השאלה אם אמנם רב ההבדל בין שיטות המשפט

67 אך חשוב לציין כאן, כי קלון מונה את תנאי התקפות של הנורמה המשפטית כך: היא נוצרה בדרך המוכרת על־ידי שיטת המשפט ולא בוטלה בדרך המוכרת על־ידי השיטה, באמצעות דסווטודו, או מפני שהשיטה כולה איבדה את שליטתה בפועל (עמ' 120). מכאן ניתן ללמוד, שהדסווטודו אינו נחשב אצל קלזן כדרך יצירה (או ביטול) של נורמות המוכרות על־ידי השיטה.

68 במובן זה תהיה גישתו של הארט (לעיל, הערה 38) סוציולוגית בעיקרה. כלל הזיהוי שלו, שבאמצעותו אנו מזהים את הנורמות אשר אותן חייב בית־המשפט להפעיל, אינו כלל משפטי "תקף" אלא כלל חברתי־מנהגי.

69 מקרה דומה קרה, כנראה, אצלנו. בג"צ 424/52 **ראם נ' שר האוצר**, פ"ד ת 494 קבע, כי בישראל מקובלת הלכת התקדים המחייב, וזו היתה ההלכה עד לחקיקת סעיף 33 לחוק בתי־המשפט, תשי"ז—1957. לגישה הגורסת כי פסיקה זו עמדה, בעצם, בניגוד לחוק, ראה ג' טדסקי, "על הלכת התקדים המחייב" **מחקרים במשפט אוריצנו** (מהדורה 2, תשי"ט) 92, בעיקר עמ' 107—109. לטיעון כי בעיה זו משותפת, אינהרנטית, לכל שיטות המשפט, ראה, למשל: J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning* (1968), pp. 212 seq.

70 הן בגרמניה והן בצרפת מסתמכים על פסקי־דין ומשתמשים בהם כאסמכתאות. במקרים מסוימים אף עושים קודיפיקציה של גופי הלכות פסוקות כאלה. ראה, למשל, סטון (לעיל, הערה 69).

המקובל, המכירות בכוחו המחייב של התקדים, ובין השיטות הקונטיננטליות שאינן מכירות בו כפי שמקובל לחשוב [71]. ויכוח דומה התנהל בארץ לגבי הנפקות המעשית של סעיף 33 (ב) לחוק בתי־המשפט, תשי"ז—1957 [72].

בהקשר שלנו חשוב לומר, כי מצב דומה קיים לגבי המנהג. קשה לראות איך אפשר להוציא או למנוע באופן מלא הסתמכות על מנהגים, המתארים ציפיות ודפוסי התנהגות, במקרים שבהם אין טעם חיצוני טוב שלא ללכת בעקבותיהם [73]. קלזן אף סבר כי הצורך בדסווטודו, למשל, הינו הכרחי בכל שיטת משפט, וכי בפועל תמיד יופעל מוסד זה, אף כאשר השיטה כוללת נסיונות חקיקתיים מפורשים להגבילו או למונעו [74]. דווקא אם הסייג למנהג הינו ספציפי, בהקשרים מסוימים, יכול שהניסיון למנוע פעולתו יצלית [75].

על רקע הבהרה זו נשאלת השאלה, האם כדאי לקבוע את כוחו של המנהג כמקור משפטי מחייב בשיטתנו בדרך של חקיקה, או שמא ניתן להשאיר את ההכרה בו, או חלק מפרטיה, להתפתחות השיפוטית. קשה להשיב על שאלה זו באופן כללי לגבי כל שיטות המשפט. היא שייכת לסוג השאלות הקשורות בנטייתם של השופטים לפעול באופן מסוים, באילוצים החקיקתיים הקיימים בשיטה, בנוהגי השפיטה ובהיסטוריה החקיקתית. לפיכך עדיף לדחות את הדיון המפורט בשאלה לסוף החיבור, לאחר שנסקור את המצב בשיטה הישראלית. ישנם אמנם גם שיקולים כלליים האוצלים על התשובה, אולם לשם מניעת כפילות ארכז אף אותם בפרק המסכם של החיבור.

ב. האם המג'לה קובעת את המנהג כמקור משפטי?

1. כללי

הרלבנטיות של שאלה זו לענייננו ברורה. אף אם נאמר, כי רצוי שהמנהג יהווה מקור משפטי בשיטה הישראלית, הרי שאם המג'לה לא כללה הוראות ההופכות אותו לכזה, שוב אין נפקות לביטול המג'לה מבחינת הרצון שלא לפגוע בכוחו של המנהג. ואכן, יש דעה כזו בספרות [76]. לדעתי, יש לדחות עמדה גורפת זו, אולם יחד עם זאת התשובה לשאלה המוצגת כאן היא מסויגת. כאמור, דברי ההסבר להצעת החוק אינם מתייחסים כלל לנקודה זו, ונראה כי להתעלמות זו אין הצדקה.

71 ראה, למשל, A. L. Goodhart, "Precedent in English Law and Continental Law" 50 *L.Q.R.* (1934) 40.

72 ראה, למשל, ג' טדסקי, "כללי פרשנות והלכה פסוקה" **הפרקליט** כו 3; א' ידין, "אמת ויציב" **הפרקליט** כח (תשל"ב) 152.

73 הוכחה לטענה זו נמצאת בדוגמאות המובאות בהערות 93, 109 להלן.

74 ראה אופי הדיון של קלזן בדסווטודו (לעיל, הערה 66), עמ' 119—120.

75 אם חוק מסוים, כגון חוק קניין, יקבע במפורש כי לא תהיה יצירת זכות קניין בדרך של מנהג, סביר להניח כי בית־המשפט יטה לפרש את החוק כשולל את כוחו של המנהג. אולם לפי הניתוח של קלזן אין אפשרות של חוק פוזיטיבי כלשהו לשלול את כוחו מבטל־החוק של מנהג מתמשך שלא להפעיל אותו. ראה גם להלן, הערה 120.

76 זוהי דעתו של מירון, שאותה תיארתי בפירוט בפרק הראשון של מחקר זה; ראה הערות 19—22, לעיל.

העמדה המקובלת היגה, כי המג'לה קובעת את המנהג כמקור משפטי מחייב, לפחות לגבי תחום המשפט הפרטי שאותו היא מסדירה. עמדה זו מבוססת על הוראות סעיפים 36—45 למג'לה, שהאחרון בהם קובע, באופן הכללי ביותר, כי "כל שקבעו המנהג כאילו קבעו הכתוב" [77]. בתי־המשפט, הן בתקופת המנדט והן לאחר קום המדינה, הסתמכו על סעיפים אלה, ובעיקר על סעיף 45, כדי לתת תוקף למנהגים שונים, שהידועים בהם הם המנהג לשלם פיצויי פיטורין והמנהג לשלם דמי־תיווך [78].

הבעייתיות בעמדה זו גובעת מכמה מקורות, שאותם אפרט להלן :

2. מעמדם של עקרונות הפיקה

כפי שציינתי למעלה, יש הסוברים כי לכל עקרונות הפיקה, ולעקרונות המנהג בכללם, אין מעמד משפטי מחייב [79]. אם תתקבל תפישה זו תהיה התשובה לשאלתנו שלילית. אולם, בנוסף למה שאמרתי בנושא זה בפרק הראשון של מחקר זה, ראוי לציין, כי פסיקת בית־המשפט בכהן נ' קפון [80], שאושרה בזילביגר נ' דיקמן [81] ובשורה של פסקי־דין מאוחרים יותר [82] (שבכולם דנו בסעיפי המנהג, ולא בסעיפים הכלליים האחרים) סותמת את הגולל על הפרשנות שלפיה אין לעקרונות הפיקה שבפתח המג'לה מעמד משפטי מחייב. בפסק־דין זה אמנם נעשתה הבחנה בין הכללים הנוגעים למנהג ובין העקרונות האחרים לעניין מעמדם, כפי שאפרט בפיסקה הבאה, אולם לא היה כל ספק כי לכל העקרונות מעמד משפטי מחייב.

3. מעמדם של סעיפי המנהג

השאלה כאן היא, האם לסעיפי המנהג אותו מעמד כמו ליתר עקרונות הפיקה, מעמד של כללי פרשנות, מעין עקרונות מסדרים שתוקפם בא להם מהוראות ספציפיות בגוף המג'לה; או שמא לסעיפים אלה מעמד שונה, עצמאי ? אם ניטה לקבל את הפרשנות

77 הסעיפים הנוגעים לעניין קובעים :

"36. המנהג — בורר. כלומר : המנהג וההרגל, בין שהוא כללי ובין שהוא פרטי, נעשה בורר להוכיח על־פיו דין השרע.

37. מעשי בני־אדם, ראיה, ונוהגים לפיהם.

38. כל שלא ייתכן על־פי המנהג, רואים אותו כנמנע באמת.

39. אין לכחד שעם שינויי העתים משתנים אף הדינים עמהם.

40. יש להזניח פשוטו של דבר על־פי הוראת המנהג.

41. אין כוחו של מנהג יפה, אלא כשהוא מתמיד, או מכריע.

42. אין ערך למכריע, אלא כשהוא מפורסם ולא נדיר.

43. כל הידוע על־פי המנהג הרי זה כאילו התנו עליו.

44. כל הידוע בקרב הסוחרים, הרי זה כאילו הותנה ביניהם".

78 לעניין פיצויי הפיטורין ראה, למשל, כהן נ' קפון (לעיל, הערה 51) ; זילביגר נ' דיקמן (להלן, הערה 81).

79 ראה גם דיון בג' טדסקי (לעיל, הערה 23), עמ' 13—15.

80 לעיל, הערה 51.

81 ע"א 47/49 זילביגר נ' דיקמן, פ"ע כב 148.

82 ראה פסקי הדין המאוזכרים בג' טדסקי, עמ' 53, הערה 192.

הראשונה[83], יהיה בזה כדי לשלול את המסקנה שיש לפנינו קביעה של מקור משפטי, של דרך ליצירת משפט. פרשנות זו תאמר, כי כל מה שיש לנו הוא כלי לפירוש המשפט הכלול כבר בסעיפים המפורטים של המג'לה.

אם היה כיום מקום לתת פירוש של הוראות המג'לה מתוכן, נראה לי שהיה טיעון חזק לטובת הפירוש כי המג'לה לא התכוונה ליצור מקור משפטי נוסף. קשה לראות, מדוע היו מכניסים סעיפים כה חשובים באמצע קבוצה שלמה של סעיפים שאין להם כוח משל עצמם. יתירה מזו: נראה כי עקרונות הפיקה עצמם אינם מכירים במנהג כבמקור משפטי מחייב עצמאי, אלא שהוא מוכר באמצעות עקרונות אחרים, באופן הדומה למעמדם הכללי של העקרונות כלפי הוראות המג'לה[84]. אולם, גם בהקשר זה איני סבורה כי לדיון כזה חשיבות כיום. פסק־הדין המנחה, שאומץ יותר מאוחר, הוא כהן נ' קפון. הן קופלנד[85] והן פרומקין[86] קובעים במפורש, כי הם רואים את הסעיפים הנ"ל במג'לה כקובעים תוקף של משפט למנהגים באופן כללי, וכי המנהג אינו שואב

83 פרשנות זו מסתמכת על הדברים שנאמרו בדו"ח הוועדה המכינה את המג'לה ובמאמר הראשון שלה. ראה לעיל, הערות 20 ו־24; ג' טדסקי (לעיל, הערה 23), עמ' 13—15.

84 מירון אף טוען כי המשפט המוסלמי הביר בהבחנה זו, וכי במקרים רבים עמד על כך שלא כל מנהג הוא גם חוק (מירון, עמ' 229—232). לדעה זו מצטרף, כנראה, ד"ר גדעון לייבזון. אולם ראה הדיון בג' טדסקי, שם.

85 קופלנד מתייחס באופן מפורש לטענה, שסעיפי המנהג הם רק מקסימות פרשניות שאין להן תוקף משפטי מחייב אם לא נמצא לכך תימוכין בתוך עצמן, ואומר (עמ' 84):

"I do not agree... that those of the first hundred articles of the Mejelle which refer to customs, at any rate, are only maxims and are not of general application and must be read subject to the remainder of the articles. When one reads those articles such as articles 36, 41, 43 and 45, it is clear, I think, that they amount to substantive law, and further there is nothing in them from which one could say that only customs in existence at the time of the promulgation of the Mejelle are recognised. The articles are perfectly general, and are, to my mind, the tests to be employed in determining whether the existence of a custom has been established. If the alleged custom passes these tests, it will be enforced by the courts of this country".

86 פרומקין (לעיל, הערה 24), עמ' 87 מבחין בין הכללים לגבי המנהג ושאר 100 העיקרים. לדעתו, לגבי כל העיקרים, פרט לאלה הקובעים את המנהג, תוקפם מצטמצם להכללה ולפישוט של סעיפי המג'לה בפרקים המתאימים; משום־כך אין להם תוקף עצמאי, ללא הפניה לסעיף מפורש במג'לה. לעומת זאת, לגבי המנהג אין מקום לצפות להרחבה במקרים ספציפיים. כל שהמחוקק צריך לעשות הוא לקבוע באופן כללי את התנאים להכרה במנהג, וזה מה שהוא עושה בעיקרים לגבי המנהג, ומסקנתו היא (עמ' 88):

"It follows that, in so far as it comes within the framework of the principles laid down in the maxims of the Mejelle, any custom, whether in existence at the time of the compilation of the Mejelle or not, and whether it is referred to in any of the articles in the text of the Mejelle or not, has a valid effect".

טיעונו של פרומקין חלש, שכן ניתן להעלות על הדעת פרשנות שלפיה העקרונות לגבי המנהג אף הם בגדר הכללות לסעיפים ספציפיים של המג'לה המכירים במנהג. סעיפים ספציפיים כאלה קיימים בכמות לא־מבוטלת. ראה הרשימה המובאת אצל מירון (לעיל, הערה 19), עמ' 228.

את כוחו מהוראות ספציפיות במג'לה. אף אם פרשנות זו לא התחייבה אז מלשון החוק, מרוחו ומההיסטוריה שלו — היום אנו חיים מפיה ולפיה [87].

4. היקף התחולה של המנהג מכוח המג'לה

במאמר מוקדם שלו קבע טדסקי כי היקף תחולתן של הוראות המג'לה מצטמצם למשפט הפרטי [88]. במאמר מאוחר יותר הוא חוזר בו וקובע, כי המג'לה נתנה תוקף של מקור משפטי למנהג בכל תחומי המשפט [89]. לדעה זו מצטרפת גם דליה אבן [90]. לדעתי, עדיפה משנת הראשונים של טדסקי בנקודה זו על משנת האחרונים שלו [91].

בפסיקה היה אמנם שימוש אחד לפחות בהוראת סעיף 45 למג'לה כדי לבסס מנהג בתחום המשפט הציבורי [92], אולם באותה פרשה עצמה היו שפסקו על קיומו של מנהג ללא הסתמכות על המג'לה [93]. בעניין זה לא נוצרה אפוא פרשנות מוסמכת, ובהעדרה

87 ראה גם עמדתו הדומה, לעניין זה, של ג' טדסקי (לעיל, הערה 23), בעמ' 16. למעשה יש בקביעה זו חיזוק נוסף לכך, שהחוק עצמו אינו מסוגל למנוע שינויו או פירושו על־ידי בתי־המשפט. יתירה מזו : ייתכן שהפירוש אשר התקבל על־ידי בית־המשפט לא היה הפירוש היחיד שבכוחו היה להביא את התוצאה הרצויה באותו מקרה. ניתן בהחלט לטעון, כי במקרה של פיצויי הפיטורין לא היה צורך לקבוע דווקא כי המנהג הוא מקור משפטי עצמאי, ואפשר היה לבסס אותה תוצאה על קביעה של תנאי מכללא בחוזה. יהיו אף חכמי משפט שיטענו, כי במקרה כזה ניתן ל"בטל" את לשון השופטים ולהגביל את טעם הפסק. טיעון זה יהיה בנוי על דרך מסוימת ללמידת טעם הפסק שלפיה אין מתייחסים למה שאמרו השופטים (כאמור, בדיקה זו תוליכנו למסקנה שהמנהג הוכר כמקור חיובים עצמאי) אלא לצירוף של ההחלטה הספציפית באותו מקרה והעובדות המטריאליות שלו. זהו המבחן לזיהוי טעם הפסק המכונה מבחן גודהארט, ויש לו כמה ייתרונות רציניים. למהותו של מבחן גודהארט לאיתור טעם הפסק ראה סלמונד (לעיל, הערה 37), עמ' 181—183. אולם הפוסק האחרון בעניינים אלה הוא בית־המשפט, והלה פסק באופן עקבי כי המנהג הוא מקור משפט. מבחינת המשפט הפוזיטיבי אין כיום ספק כי אכן זהו המצב המשפטי.

88 ג' טדסקי, "על הלכת התקדים המחייב" (לעיל, הערה 69), בעמ' 109 : "אולם ספק אם כללים אלה [סעיפי המנהג במג'לה] על כל רוחב לשונם, מכוונים לחול על עניינים החורגים ממסגרת המשפט הפרטי והנוגעים לעצם מקורות המשפט". הדברים נאמרו לגבי קליטת המנהג השיפוטי של הליכה בעקבות החלטות קודמות והפיכתו של התקדים למקור משפטי למרות שאין הוא מוזכר בין מקורות המשפט המנויים בסימן 46 של דבר המלך במועצתו.

89 ג' טדסקי (לעיל, הערה 23), בעמ' 52 : "אין המג'לה מגבילה את כלליה בדבר המנהג לענף משפטי זה או אחר ואין לראות מאיזה מקור אחר תבוא המניעה".

90 דליה אבן, "מעמדו של המנהג בתחום המשפט הציבורי — בעקבות דו"ח ועדת אגרנט" משפטים ז 201, בעמ' 205—207.

91 אבן מסתמכת על הקטעים שהוזכרו למעלה מפי קופלנד ופרומקין (לעיל, הערות 85—86). לדעתה, ניתן ללמוד מהם כי אין הגבלה לתוקף הכללים לגבי ענפי משפט שונים. לדעתי, אין כל הכרח לקרוא כך את הדברים ; הם נאמרו כדי לסתור טענה שלכללים בדבר המנהג, כשלעצמם, לא היה כל תוקף מחייב מעבר להיותם עקרונות פרשנות לסעיפים ספציפיים במג'לה. כאמור, השופטים דחו פירוש זה. אולם אין ללמוד מדבריהם שלמנהג יש תחולה מעבר לתחום חלותה של המג'לה עצמה.

92 ע"פ 131/67 קמיאר נ' מיי, פ"ד כב (2) 85, 98, מפי השופט ח' כהן.

93 שם, בעמ' 113, מפי השופט לנדוי, המפרש את חקיקת הכנסת כאישור של הנוהג שהתגבש לפני החקיקה וכקבלתו אלא־אם־כן ישונה במפורש על־ידי חקיקת הכנסת. הסתמכות כללית

nevo.co.il

של זו, יש לדון בעניין לפי עקרונות פרשניים רגילים. נראה לי, כי אין סיבה להניח שהמג'לה התכוונה לקבוע את מקורות המשפט המחייבים בתחומי משפט שלגביהם לא היתה לה כל נגיעה. האם היינו אומרים, למשל, כי בהסתמך על המג'לה ניתן יהיה להטיל אצלנו אחריות פלילית מכוח מנהג? נראה לי כי התשובה לשאלה זו חייבת להיות שלילית[94], וכי תשובה זו הינה הגיונית ורצויה כאחד[95].

לסיכום נראה לי, כי המג'לה צריכה להיתפש כאילו היא קובעת שבתחום המשפט הפרטי יש למנהגים תוקף משפטי מחייב. המג'לה לא אסרה עלינו, כמובן, להשתמש במנהגים גם בתחומי משפט אחרים, אולם בכל תחום אחר יש, וצריך היה, לבדוק את השאלה לגופה ולראות אם עצם ההסתמכות על המנהג, או התנאים להכרה בו המנויים במג'לה, מתאימים לתחום הנוסף. כל עוד היתה המג'לה קיימת, ומכוח הכרתה במנהג, צריכים היו שיקולי עקביות להוביל למסקנה כי אם נכיר במנהג, למשל, בתחום המשפט החוקתי או המינהלי, כדאי שנשקול האחדת תנאי ההכרה, כך שההסדר של המג'לה יורחב גם לתחומים אלה. אולם הרחבה כזו לא התחייבה אוטומטית, ובכל מקרה צריך היה לבדוק התאמת ההסדר של המג'לה לתחום הנבדק. כיום, משבוטלה המג'לה, שוב לא ברור אם יהיה מקום אף לבדיקה היקשית כזו של תנאי ההכרה במנהג בתחומי משפט אחרים. יחד עם זאת, אם מאפייני ההכרה של המנהג במג'לה רצויים, כדאי להחילם גם על הכרה במנהגים בענפי משפט אחרים. שיקולי עקביות עדיין יכולים להצדיק התייחסות למאפיינים אלה, שכן חלק מן המנהגים שנקלטו בעבר נבדקו בשעתם בהתאם למבחני ההכרה של המג'לה.

אחרת על המנהג, שלא ברור אם היא מתייחסת למג'לה ומה תחום חלותה הוא פסק־הדין של השופט ברנזון בע"א 48/64 **בית חנניה בע"מ** נ' פרידמן, פ"ד יח (3) 21, 26. באותו עניין ביקשו חברים במושב לבטל תיקון תקנון באסיפה הכללית בטענה שנשות החברים הצביעו בעוד שלפי התקנון לא היתה להן זכות הצבעה. המרשם טען, בין השאר, כי לפי הנוהג נשות חברים נחשבות כחברים מלאים בעלי זכות הצבעה. ברנזון קובע, באופן כללי, כי תקנון של אגודה הוא הסכם בין החברים, וכי הסכמה יכולה להצדיק גם סטיה ממנו: "כשהסטיה היא מתמידה ורצופה במשך זמן מספיק, ידועה לכל הנוגעים בדבר ומכריעה ביחסיהם ההדדיים, היא מקבלת כוח של מנהג מחייב שהחוק מכיר בו כמו שהוא מכיר בכל מנהג או נוהג עסקי אחר שהנוגעים בדבר אינם יכולים לכפור בו". בהמשך מפנה ברנזון לבתן נ' קפון ולוולפסון נ' **ספורנים** לעניין התנאים להוכחת המנהג, אולם אין הוא מזכיר כלל את סעיפי המג'לה; נראה, כי הטיעון שלו מבוסס על היגיון כללי של מניעות להתכחש, ולא על הוראות חוק אלה או אחרות.

94 אף טדסקי מודה כי מעמדו של המנהג במשפט הפלילי הוא חלש ביותר (לעיל, הערה 23, עמ' 51). יצירת אחריות פלילית מכוח מנהג עומדת בסתירה מוחלטת לעקרון החוקיות בפלילים.

95 הגיונית, שכן יש בענפי משפט שונים קריטריונים שונים לגבי צורות השלמה ויצירה של כללים משפטיים. בענפי משפט שונים יש ערך שונה ליציבות, לבהירות או לגמישות, והדבר אוצל בבירור על העכונות להכיר במנהג כדרך ליצירת כללים מחייבים. מבחינה פרשנית, יש משמעות לעובדה שכללים מסוימים הם חלק מקודקס אזרחי ולא פלילי. אין זה מקרה, שהסעיף בחוק השוויצרי המפנה למנהג הוא בספר־החוקים האזרחי דווקא (סעיף 1). אין זה גם מקרה, שפרוצדורות שונות נהוגות במשפטים פליליים ואזרחיים. יחד עם זאת, יש לציין שאף אם היתה המג'לה קובעת את המנהג כמקור כללי יכול להיות שהיינו מסייגים את פעולתו בענפי משפט מסוימים. יש הסוברים כי כך יש לנהוג, למשל, בהפנייתו של חוק יסודות המשפט להיקש.

5. מאפייני ההכרה במנהג לפי המג'לה

אמרנו למעלה, כי ישנן שלוש שאלות נפרדות שעליהן יש להשיב בהקשר זה: תפישה חזקה לעומת תפישה חלשה של המנהג, ההיררכיה של המנהג כלפי חוק ותקדים ותנאי ההכרה במנהג. סעיפי המג'לה הם כלליים ולא ברורים במיוחד, ובפסיקה לא נעשה רבות להבהיר את התשובות לשאלות אלה. לפיכך תהיינה תשובותינו כאן חלקיות בהכרח.

(1) תפישת המנהג כמקור משפטי: האם חובה לאכוף מנהגים העומדים בתנאים, או שמא מצטמצמת החובה בשקילתם ובאכיפתם אלא־אם־כן קיים טעם טוב שלא לעשות כן? לא מצאתי עיון מפורש בשאלה זו אולם מן הפסיקה נראה שבתי־המשפט ראו את המנהג כמקור במובן החזק. נראה כי כך יש לפרש את ההחלטה להכיר במנהג לשלם פיצויי פיטורין. בתי־המשפט לא עסקו בנפרד בשאלה אם יש טעם טוב לאכוף את המנהג לאחר שסיכמו כי אכן הוכח קיומו של מנהג כזה לשביעות־רצונם[96].

(2) ההיררכיה של מקורות המשפט: בעוד שחלק מסעיפי המג'לה (43, 44) דנים במפורש במנהג כמשלים דיספוזיטיבי של עיסקאות והסכמים, יש שני סעיפים שעליהם ניתן היה לבסס, עקרונית, טיעון שלפיו המנהג הוא שווה־ערך לחוק; אלה הם סעיפים 36 ו־45[97]. בנוסף לכך ניתן היה, אולי, להתבסס על סעיף 39 ומיקומו ולהחליט כי מנהגים יכולים למלא את הפונקציה של התאמת הדין להשתנות העתים, וכי בתפקיד זה הם יכולים לשנות את החוקים החרוטים עצמם. אולם נראה, כי לא היה שימוש של ממש בסעיפים אלה כדי לבסס עליהם דסווטודו — שינוי או ביטול של חוק באמצעות מנהג — וכי פירשו את המג'לה כאילו היא מקבלת את עליונות החוק על המנהג[98].

(3) תנאי הקליטה של המנהג: לא אעמיק כאן בשאלת צורת ההוכחה של המנהג לפי המג'לה, אלא אדון רק בשאלה מה הם התנאים הנדרשים מן המנהג כדי שיהיה מוכר. סעיפים 41—42 למג'לה דנים בנושא זה במפורש וקובעים כי על המנהג להיות מתמיד, מפורסם ולא נדיר. המג'לה אינה דורשת כל "עתיקות", ומקובל על הכול כי עמדת המג'לה בנקודה זו עדיפה על עמדת המשפט האנגלי הדורש, לפחות עקרונית, שהיווצרות המנהג תהיה לפני שנת 1189[99].

לגבי דרישת הסבירות, או ההתיישבות עם תקנת הציבור, יש להבחין בין פרשנות

96 אמנם, אין ספק שבתי־המשפט סברו כי המנהג הוא טוב, ולכן ניתן לטעון כי אין ללמוד הרבה מן העובדה שלא נכנסו לגופה של שאלה זו. יחד עם זאת, ניתן לצפות כי בפסקי־דין עקרוניים לגבי המנהג היו מציינים גם שלב זה של הבדיקה. ניתן היה גם לצפות, לפחות עקרונית, שהמעביד יטען טענה זו כטענה חילופית אם היה חושב שהיה לה סיכוי, ואז היינו מקבלים פסיקה בנושא זה. אולם נכון הוא שלא ניתן ללמוד יותר מדי משתיקת בית־המשפט.

97 לטקסט של סעיפי המג'לה הנוגעים לעניין ראה לעיל, הערה 77.

98 ראה טדסקי (לעיל, הערה 23), עמ' 34, 52. דברי זילברג בדעת המיעוט בע"א 25/50 וולפסון נ' ספיתים, פ"ע ד 26, 35, אינם יכולים להתפרש — לדעתי — כסטיה של ממש מקביעה זו. זילברג מנסה שם לתת משמעות לקביעת המג'לה כי המנהג הוא שווה מעמד לחוק ולא נחות ממנו, אולם הוא אינו דן כלל בשאלה אם המנהג יכול לגבור על חוק. הדיון כולו נעשה כדי להבחין בין מנהג ובין נוהג.

99 טדסקי (לעיל, הערה 23), עמ' 36—40. לא אכנס כאן לפרטי הדרכים שבהן מתגבר המשפט האנגלי עצמו על הדרישה הזאת של עתיקות, אולם מעצם הצורך בעיקופים כאלה ניתן ללמוד שהדרישה אינה רצויה. ראה גם זילברג (לעיל, הערה 98), בעמ' 63.

המג'לה והעמדה הכללית לגבי מנהגים. לגבי פרשנות המג'לה יש לנו רק התבטאותו של פרומקין בבחן ג' קפין, שם הוא מציין כאחד מן ההבדלים בין המשפט האנגלי והמג'לה את העובדה שהראשון דורש כי מנהגים יהיו סבירים, בעוד שהשנייה אינה מעלה דרישה כזו[100]. פרומקין ממשיך ואומר כי ההבדל אינו משמעותי, שכן חזקה חלוטה היא שאם קיים מנהג, הרי שאלה הכפופים לו ומקבלים אותו רואים אותו כסביר. ציינתי כבר למעלה מדוע חזקה זו נראית לא־הכרחית ולא־רצויה[101]. באשר לשאלה הפרשנית לגבי עמדת המג'לה, אין בידי לקבוע מעבר לחזרה על האמירה שסעיפי המג'לה עצמם יכולים להתפרש לכמה פנים. ברור שהדרישה אינה מצוינת במפורש, ואין כל סימן בלשון הסעיפים לכך שיש מקום להתייחס לתוכנם של מנהגים מעבר לקביעת קיומם. יחד עם זאת, העקרונות מנוסחים בצורה כללית ביותר, וניתן לתאר ללא קושי פרשנויות של דרישות המג'לה שיכללו התייחסות מסוימת לדרישת סבירות או התאמה עם תקנת הציבור. מקובלת עלי הגישה שכאשר החוק מניח מקום לכמה פירושים, יש לאמץ את הפירוש הרצוי. במקרה זה, נראה לי כי הפירוש הרצוי הוא זה הנותן בידי בתי־המשפט כוח לבדוק את תוכנם של המנהגים והתאמתם לתקנת הציבור, ואניח אפוא כי זוהי עמדת המג'לה.

*
* *

לסיכום חלק זה: יש לראות את המג'לה כקובעת כי המנהג משמש כמקור משפטי לגבי תחום המשפט הפרטי. כאשר היתה המג'לה בתוקף, ניתן היה להרחיב במידת־מה את הקביעה הזאת לתחומי משפט אחרים, במובן זה שלא היה במג'לה, ואין בכל חוק אחר שום סימן לכך שיש עוינות כלפי מנהגים והשימוש בהם בתחומי משפט אחרים. לפני ביטול המג'לה נראה היה, כי אפשר היה לתת לשאלות הקשורות בתנאי ההכרה במנהג בתחומים אחרים תשובות אנלוגיות לאלה הניתנות על־ידי המג'לה, וכי עקביות כזאת היתה אף מוצדקת אלא־אם־כן קיימים בתחומים האחרים שיקולים מיוחדים המחייבים שינוי תנאי ההכרה במנהג ובתנאי אכיפתו. כיום, לאחר ביטול המג'לה, נחלש הטיעון לטובת עקביות שתתבטא בהרחבת תנאי ההכרה של המג'לה על מנהגים בתחומי משפט אחרים.

קליטת המנהג מכוח המג'לה היא לפי התפישה החזקה של המנהג כמקור משפטי; אין המג'לה דורשת עתיקות או סבירות כתנאי לאכיפת מנהגים, וכנראה שאינה מקנה למנהג כוח לסייג חוקים חקוקים או לבטלם.

ג. האם מוכר המנהג כמקור משפטי בשיטת המשפט הישראלית שלא מכוח המג'לה?

שוב, הרלבנטיות של שאלה זו לענייננו ברורה. אם התשובה לשאלה זו חיובית, אין ביטול המג'לה משפיע על כוחו של המנהג, שכן כוחו של זה אינו תלוי בה. לעומת

100 ראה לעיל, הערה 51.
101 ראה לעיל, ליד הערות 52—53.

זאת, אם התשובה לשאלה זו שלילית, חלקית או בלתי־ברורה, חוזרת השאלה למקומה. דברי ההסבר להצעת החוק אינם מתייחסים לשאלה זו, אולם רק אם התשובה עליה הינה חיובית הרי שיש בהם היגיון.

אין ספק, כי לאחר ביטול המג'לה אין כל מקור חקוק המעניק תוקף משפטי כללי למנהגים, אף לא בענף שלם של המשפט כמו המשפט הפרטי. יחד עם זאת, כפי שאמרנו בפיסקה (4) לעיל, יש דרכים אחרות ליצירת משפט, לרבות מקורות משפטיים. מנהגים קיבלו תוקף משפטי מחייב במסגרת השיטה הישראלית בשתי דרכים: הוראות חוק ספציפיות המפנות אל המנהגים, וקליטה של מנהגים כמחייבים על־ידי הפסיקה. הוראות החוק הספציפיות מבטאות עמדה כללית של חוסר עוינות כלפי המנהג. לעומת זאת, הפסיקה יכולה להתפרש כמתן תוקף כללי למנהגים להשלמת החוק.

1. הוראות חוק ספציפיות

החקיקה הישראלית מלאה הפניות רבות למנהגים, לנהגים, לדרכים מקובלות וכדומה [102]. חלק מהוראות אלה באות לקבוע נהגים חוזיים, כלומר: הן באות להשלים במידה מסוימת את רצון הצדדים לעיסקה, ומקור החיוב הראשוני של הכלל אינו החוק אלא הרצון [103]. אולם, בחלק מן המקרים ברור, כי הרצון הוא משוער ואין כל דרך לסתור את ההסכמה לכלל [104]; ובמקרים אחרים מנוסח החוק באופן ישיר כמבוסס על מנהגים קיימים, ללא תלות ברצון הצדדים או אף בידיעתם את המנהג [105].

מהוראות אלה לא ניתן ללמוד כללית על כוחם של המנהגים באופן מפורש, אולם מותר להסיק מהם כי אין בשיטה עוינות כללית למנהגים, המוצאת ביטוי בסירוב להכיר בהם במשפט. במקרים מסוימים יכול להיות, כי מכלל הן ניתן ללמוד לאו — לפחות לגבי התחומים המוסדרים באופן ממצה. באותם מקרים ייתכן שהפניות ספציפיות למנהגים מבטאות כוונה שלא לאפשר הסתמכות על מנהגים בנוסף לאלה שאליהם אנו מופנים ספציפית. זוהי שאלה פרשנית הצריכה להיחתך בכל מקרה בנפרד [106]. מכל־מקום, אין הדבר אוצל על המעמד הכללי של מנהגים כמקור משפט.

ברור, כי אין כל מניעה לוגית לכך שהפניות ספציפיות למנהגים תעמודנה בצד קביעה כללית לגבי כוחו המחייב של המנהג כמקור משפטי. גם במג'לה היו, אלה בצד אלה,

102 טדסקי מביא דוגמאות רבות כאלה בהערות 6—8 במאמרו (לעיל, הערה 23), עמ' 10.

103 זהו המצב, למשל, ברישא של סעיף 5 לחוק המכר, תשכ"ח—1968, הקובע:
"פרטים של חוזה מכר שלא נקבעו בהסכם בין הצדדים יהיו לפי הנוהג שהצדדים להסכם ראו אותו כמקובל עליהם בעיסקאות קודמות שביניהם . . ."

104 זוהי, כנראה, המשמעות של סעיף 5 (ב) לחוק המכר, לגבי תחולת העקרונות הפרשניים הנהוגים:
"נזקקו הצדדים לביטויים או לתגיות שנוהגים להשתמש בהם בהליכות סחר, יפורשו הביטויים והתגיות בהתאם למשמעות הנודעת להם בסחר הנדון".

105 בצורה ברורה קובע זאת סעיף 31 לחוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג—1963: "חוק זה אינו בא למעט מכל זכות הנתונה לעובד על־פי חוק, הסכם קיבוצי או חוזה עבודה, ולעניין סעיף 12 [לעניין שיעור הפיצויים] גם לפי הנוהג . . .".

106 ראה הדיון בביטול מכללא להלן, עמ' 357—358.

הפניות ספציפיות וקביעה כללית לגבי כוחו של המנהג [107]. זהו אחד מן הטעמים לכך שאי־אפשר ללמוד מן ההפניות הספציפיות לגבי השאלה הכללית. מצד שני, מדיניות עקבית של הפניות רבות למנהגים יכולה להתפרש לא רק כרצון לפרש ככל האפשר את האופנים להשלמת חסרים בתחומים מסוימים, אלא גם כצמצום של הצורך להשתמש במנהג, באופן כללי, כמקור משפטי. צמצום כזה יכול להתפרש כהבעת רצון, שלמנהג לא יהיה תוקף של מקור משפטי מעבר להפניות הספציפיות.

את היישוב של ההכרה במנהג כמקור כללי עם ההפניות הספציפיות ניתן להשיג באמירה, שההפניות הספציפיות מבטאות הסתמכות על המנהג כמקור מטריאלי למשפט, וההפניה המפורשת בחוק באה להזהיר את הצדדים, בתוך ההקשר החוקי המיוחד שבו הם עשויים לחפש הדרכה, על התחולה של המנהג לעניינם. לעומת זאת, ההכרה במנהג כמקור משפטי היא הכרה בו כמקור פורמלי. נכון הוא שהכרה זו היתה יכולה לייתר, במידת־מה, את ההפניות הספציפיות, אולם ההסתפקות בה היתה יכולה להטעות את הנזקקים לחוק לצורך הכוונת התנהגותם.

לאור מסקנתי בפיסקה הבאה לגבי ההכרה במנהג בדרך הפסיקה, עולה בבירור כי אכן ההפניות הספציפיות אינן ממצות את ההסתמכות על המנהג במשפט הישראלי.

2. הכרה בדרך של פסיקה ואכיפת החוק

אמרנו לעיל, כי בחשבון אחרון יזוהו המקורות המשפטיים של השיטה מתוך ראיית פעולותיהם של בתי־המשפט ושל הרשויות אוכפות־החוק. כללים שאלה רואים כמחייבים נראים בעיני חכמי משפט רבים כ"משפט", וחרכי יצירתם של אותם כללים הם־הם מקורות המשפט [108].

בשיטה הישראלית קלטו מנהגים ואכפו אותם בהקשרים רבים ושונים, מבלי להזכיר בדרך־כלל את הוראות המג'לה בעניין זה כל־עיקר [109].

אין ספק, כי הפסיקה הישראלית יצרה בצורה זו תכנים נוספים לחומר המשפטי. אולם נראה לי, שניתן להרחיק לכת ולומר כי בתי־המשפט הצהירו בעקיפין שהם רואים את

107 זוהי הסיבה שסברנו, כי טיעונו של פרומקין לגבי המעמד המיוחד של המנהג אינו חזק. ראה לעיל, הערה 86.

108 בהעמדה זו יש מתן העדפה לתורותיהם של חכמי משפט כמו גריי: (J. C. Gray, *The Nature and Sources of Law*, 2nd ed., 1963). הארט (לעיל, הערות 38 ו־68) ורז (J. Raz, *The Concept of a Legal System*, 2nd ed., 1980, Ch. 8) על דעתו הידועה של אוסטין, למשל, שהגדיר את המשפט כציווי של המחוקק. הצורות האתרות ליצירת משפט הוסברו על־ידו כנגזרות בדרך של הסכמה, מפורשת או בשתיקה, של המחוקק: J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*. להשפעותיה של תורת אוסטין על ההכרה במנהג ראה Dias, *Jurisprudence*, 2nd ed., 144—145.

109 ראה, למשל, פסקי־הדין המוזכרים לעיל, בהערות 92—93. ראה גם שני פסקי־דין פליליים שניתנו בראשית שנות המדינה: ע"פ 26/49 פ"ד ב 837; ע"פ 69/49 פ"ד ד 89 (לעניין ראיית הנוהג להכיר בטענה המיקדמית של no case); ומאוחר יותר: ע"א 80/71 מרשיזב נ' פוגז, פ"ד כו (1) 360, 362 (השופט קיסטר מדבר על יצירת חיוב חוזי על־סמך מנהג כללי שייראה כתנאי מכללא אף אם אינו מפורש בחוזה); ודיונה של אבן (לעיל, הערה 90), עמ' 207—210.

עצמם מוסמכים ורשאים להכריע בשאלות משפטיות הבאות לפניהם מתוך התחשבות במנהגים. במלים אחרות: למרות שלא היה דיון מפורש בשאלה זו בפסיקה — דימוי הדיון לגבי משמעותן של הוראות המג'לה בקשר למנהג לשלם פיצויי פיטורין — נראה כי ניתן ללמוד מן הפסיקה שיש נכונות לפעול על־סמך ההנחה שהמנהגים יקבעו את הדין במקום שהם רלבנטיים, או שלפחות יילקחו בחשבון בעת ההכרעה.

השאלה היא, אם ניתן לומר שהפסיקה קבעה כי המנהג הוא מקור משפטי בשיטה הישראלית. קביעה זו היא חזקה למדי, שכן אין תשובה ברורה כזו בפסיקה, למיצער לגבי התפישה החזקה של המנהג כמקור משפטי. אולם הפסיקה אומרת בבירור, כי אין בתי־המשפט סבורים שיש הסדר שלילי לגבי קליטת מנהגים, וכי הם שומרים לעצמם את הזכות להשלים את הדין על־ידי מנהגים, ואף נוהגים לעשות זאת במקום שהדבר נדרש לצורך הכרעה צודקת.

למרות זאת, נראה לי כי קיומו של מנהג יוצר יותר מאשר חירות להפעילו ולנהוג לפיו. אחד העקרונות הבסיסיים של שלטון חוק הוא שוויון בפני החוק. שוויון כזה אינו מושג כאשר לעתים נאכפים המנהגים ולעתים אינם נאכפים. לכן, לפחות במקום שבית־המשפט פעל על־סמך מנהג, נוצרה מעין חובה להמשיך ולהפעילו גם במקרים דומים. ניתן לומר אז שהמנהג מזכה אז כתקדים, באמצעות קליטתו בהחלטה שיפוטית, אולם לגבי אין הדבר משנה: הדבר שיהפוך לדין בדרך זו הוא המנהג הראשוני של החברה או תת־החברה הנוגעות בדבר[110]. כל עוד בית־המשפט רואה את עצמו חייב להתייחס למנהג ולתת נימוק להחלטה שלא ללכת בעקבותיו (מבחן הדומה למבחן המאומץ לגבי התקדים עצמו, בתפישה החלשה שלו) ניתן לראות אז את המנהג עצמו, ולא רק את התקדים, כמקור משפטי. בפסיקה שלנו הוכרו מנהגים כאלה אף כאשר דעתו של בית־המשפט לא היתה נוחה מן המנהג כשלעצמו, משום שנראה בעיניו כ"רע הכרחי"[111].

עולה מכאן, כי הפסיקה יכולה להתפרש כאילו הכירה במנהג כבמקור משפטי במובן החלש של המלה: כאשר יש מנהג יש להתייחס אליו ולהסביר מדוע אין הולכים לפיו. מכאן עולה השאלה, איך ענתה הפסיקה הישראלית לשאלת ההיררכיה של המנהג ויחסו לחוק. גם התשובה לשאלה זו אינה ברורה, מה שאינו מפתיע לאור העדרו של דיון מפורש בתנאי הכרתה של השיטה במנהג. לפחות בתחומים מסוימים הביעו שופטים העדפה ליצירת חוק בדרך של חקיקה על יצירת חוק באמצעות מנהג[112]. במקרים רבים התבטאו שופטים במונחים של ריבונות המחוקק, ומכאן עולה, לכאורה, שלא היו מניחים

110 דוגמא מאלפת לשילוב של הסתמכות על מנהג עם הסתמכות על מניעות הוא ע"א 48/64 (לעיל, הערה 93).

111 דוגמא בולטת להכרה במנהגים מסוג זה היא נכונותו של בית־המשפט להכיר בנוהג של התביעה לעשות הסכמים עם עדי מדינה ומשתפי פעולה וכן עיסקות טיעון. ראה ע"פ 532/71 בחמצקי נ' מ"י, פ"ד כו (1) 543. בעוד שהשופט ח' כהן מצהיר, כי הנוהג הזה הפך מנהג מחייב והוא אף מוגה את ייתרונותיו (עמ' 549—550), מביעים השופטים קיסטר ולנדוי (עמ' 554, 559) הסתייגות מן המנהג, אך הכרה בצורך ללכת עמו. ראה גם לעיל, הערה 64. פסק־דין זה אינו מהווה, כמובן, ראיה להכרה במנהג סותר או מבטל־חוק, שכן המנהג הוא בסמכות החוקית של רשויות התביעה.

112 ראה, למשל, הערתו של ויתקון לגבי הצורך לחוקק את המנהג ביחס לפיצויי פיטורין (לעיל, הערה 47).

למנהג לבטל חוק [113]. במקרים אחדים אף אמר בית־המשפט במפורש, כי כאשר בית־משפט פעל בעבר על־סמך פירוש לא־נכון לחוק, אין בכך הצדקה להמשיך ולתת פירוש לא־נכון לחוק — ריבונות החוק מתפרשת כאי־מתן כוח למנהג לסכל את החוק [114]. דומה אפוא שבית־המשפט הישראלי לא נתן מעולם תוקף, בהתלטה שיפוטית, למנהג הסותר חוק. אולם יש לזכור שבשיטת המשפט שלנו קיימים אף קיימים מקרים שבהם מנהגים בפועל מסייגים חוקים [115]. המסקנה חייבת להיות אפוא שגם בשיטה הישראלית אי־אפשר לומר כי למעשה אין המנהג יכול לבטל חוק. קביעה זו מחזקת — כך נראה לי — את הטענה כי כוח הדסוטודו של המנהג אינו דבר ששיטת המשפט יכולה לשלול לחלוטין, אף אם תנסה לעשות זאת בדרך של חקיקה מפורשת [116].

לפחות בנקודה אחת יש הבדל ברור בין מבחני הפסיקה ובין פירוש אפשרי למג'לה: מכוח הפסיקה לא יתן בית־המשפט תוקף למנהג או לנוהג הנוגד את תקנת הציבור [117]. כפי שראינו, אין זה ברור כלל שניתן לשלב את דרישת הסבירות בקני־המידה להכרה במנהג של המג'לה.

לסיכום שאלת היחס בין ההכרה במנהג מכוח המג'לה וההכרה בו מכוח הפסיקה נראה לפחות בתחום המשפט הפרטי, שתוקפו של המנהג לפי המג'לה היה יותר חזק וחד־משמעי מאשר תוקפו מכוח הפסיקה. בעוד שלפי הפסיקה ניתן לומר רק, כי אפשר לפרש את התנהגות בית־המשפט כמקנה מעמד של מקור משפטי חלש למנהג, לפי המג'לה יש בסיס חקוק לקביעה שהמנהג הוא אכן מקור משפטי, וקרוב לוודאי שתפישת המנהג

113 ראה טדסקי (לעיל, הערה 23), עמ' 33—36, והאסמכתאות המובאות שם. עיון מפורט בהקשרים שבהם הובאו התבטאויות כאלה יכול לרמז כי כוחן מוגבל, שכן לא היה עיון מפורט וישיר בבעיה של המנהג כמסייג חוקים. דוגמא טובה היא התבטאותו של השופט ח' כהן בעניין זה בפרשת שעון הקיץ, בג"צ 217/80 פנל ג' שר הפנים, פ"ד לד (4), בעמ' 435. השופט כהן מפרש את הפקודה כמטילה חיוב על שר־הפנים לקבוע שעון קיץ, ואומר: "כל עוד עומדת הפקודה בתוקפה . . . אין שר־הפנים מוסמך לשנות את החוק על־ידי שהוא נמנע לקבוע תקופת תחולה זו; הימנעותו מביאה את החוק לידי סיכול וביטול (בחינת מנהג "מבטל" הלכה) — אך במדינה שהחוק שולט בה, שינויו וביטולו של חוק, עניין הם למחוקק ולא לרשות המבצעת לענות בו". קשה להימנע מן הרושם שדברים אלה אינם מתיישבים עם הנוהג השיפוטי להכיר, בהקשרים אחרים, בכוחם של מנהגים כאלה לסייג את החוק, ואין לחוסר־התיישבות זו ביאור. מצב זה מחליש את כוחן של ההתבטאויות משני הסוגים כמשקפות שיפוט ענייני ומדוקדק לגבי הסוגיה האמורה.

114 ראה ע"פ 19/53, פ"ד ז 561: "כידוע נהג אין בכוחו להכשיר פירוש מוטעה של החוק"; בג"צ 148/71, פ"ד כו (1) 18, 25 (ברנזון אומר שם, כי בדרך־כלל יכול להיותצר מנהג לגבי פירוש שיחייב בעתיד, אולם לא כאשר לשון התוק ברורה והפירוש הוא מוטעה. זה, כמובן, פותח פתח נרחב למדי לשאלות פרשניות). וראה גם לעיל, הערה 111.

115 ההקשר המובהק ביותר לכך הוא זה של מנהגי אי־אכיפה, שבפועל מסייגים חוקים. ראה הדיון בהערות 60—65 לעיל. ראה גם מאמרה של ד' אבן, "מנהג מבטל הלכה? מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק" הצדק החברתי־צדק (קובץ מאמרים בעריכת מרסלו דסקל, 1977) 127—131.

116 ראה הדיון בעמדתו של קלזן בנושא זה, לעיל, עמ' 344.

117 זוהי עמדה של היגיון פרשני, ולאו דווקא עמדה המבוססת על אסמכתאות. דווקא בתחום של דסוטודו יכולים להיות שיקולים גם לטובת אכיפת מנהגים פסולים. ראה לעיל, הערה 111. ניתן למצוא בבתי־המשפט בארץ התבטאויות בזכות הדחיה של מנהגים בלתי־סבירים או מנוגדים לתקנת הציבור ראה: ג' טדסקי (לעיל, הערה 23), עמ' 31, הערה 87.

היא אף תפישה חזקה. יתירה מזו: ישנם גם הבדלים מסוימים, שאינם בלתי־חשובים, בין ההכרה במנהג לפי המג'לה וההכרה בו לפי הפסיקה.

חשוב לציין בנקודה זו, כי הפסיקה לא פיתחה את ההכרה במנהגים מתוך אנלוגיה לדרישותיה של המג'לה כלפי המנהג, או אף מתוך דיון ביקורתי בדרישות אלה. התפתחות ההכרה במנהג היתה בעלת פרופיל נמוך למדי מבחינת ההתייחסות המפורשת של בתי־המשפט למשמעות ההחלטות. לכן, כדי להעריך באופן מלא את השפעתו של ביטול המג'לה על היות המנהג מקור משפטי, יש לבדוק את השאלה מה היה תוקף הוראות המנהג של המג'לה עובר לביטולה, לאחר חקיקה מסיבית בתחום המשפט הפרטי, ולאחר חקיקת חוק יסודות המשפט.

ד. מעמדן של הוראות המג'לה בקשר למנהג, לאור חקיקה מאוחרת

כבר בראשית הדברים יש להקדים ולומר, כי הדיון בפרק זה לא יפתור את הבעיה. לכאורה, אם נגיע למסקנה כי חקיקה יותר מאוחרת ביטלה מכללא את הוראות המנהג במג'לה תיפתר השאלה המעשית — משמעות ביטולה של המג'לה — העומדת בפנינו: מכיוון שהוראות המנהג במג'לה כבר בוטלו, אין משמעות משפטית — כך ניתן לטעון — לביטולן המפורש במסגרת ביטול כללי של המג'לה. אולם, למעשה יש הבדל בין ביטול מכללא ובין ביטול מפורש: ביטול מפורש, בעיקר כשמצטרפים אליו דברים המראים על עירנות לתוצאותיו, הוא חד־משמעי; ביטול מכללא, לעומתו, הוא תוצאה של פרשנות. בעיקר כאשר הביטול לא נתזה ולא היה בו דיון, יש להיזהר מפרשנות המבטלת חוקים (ומקורות משפטיים) לפני שנוודא כי הביטול הוא אמנם רצוי. מכיוון שלגבי נקודה זו עצמה יש מחלוקת, נראה כי לא ראוי להישען כאן על פרשנות של ביטול מכללא כטיעון מכריע לטובת ביטול מפורש.

לכאורה, החוק החדש פותר את הבעיה בכך שעתה יש לנו ביטול מפורש של המג'לה. אולם עדיין לא ברור מהן התוצאות של ביטול זה לגבי המנהג. ואם נאמר כי עובר לביטולה נועד למג'לה תפקיד ייחודי בהכרה במנהג — תתעורר השאלה מהו התוקף הפרשני שיינתן לחוק הביטול ולדברי ההסבר שלו ביחס למנהג.

1. ביטול מכללא על־ידי חוקים של משפט פרטי

עוד לפני תום תקופת המנדט נחקקה פקודת הנזיקין האזרחיים, שהביאה לביטול על־תנאי של חלק מסעיפי המג'לה, לרבות סעיפים 1—100 [118]. מאז ועד היום הוחלפו חלקים רבים של המג'לה בחקיקה ישראלית חדשה [119]. בתחומי חקיקה אלה, האם עדיין יש

118 סעיף 71 לפקודת הנזיקין האזרחיים, 1947, והתוספת המתאימה. יש לציין, כי בחוק המנדטורי ביטול כל סעיפי המג'לה הוא במידה שאינם מתיישבים עם הוראות הפקודה. בחוק הקפריסאי סעיף הביטולים מבחין בין ביטולים מותנים וביטולים מוחלטים. סעיפים 1—100 מבוטלים שם באופן מותנה, כצפוי. ראה ג' טדסקי וא' רוזנטל, פקודת הנזיקין האזרחיים לאור תולדות המחוקה ופיקהיה 166—167.

119 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973 (ביטול סעיפים 658, 948, 949, 1003—1007 והספר ה־12 של המג'לה, סעיף 62 לחוק); חוק תורה קבלנות, תשל"ד—1974 (ביטול מסויג של הספר השני, סעיף 9 לחוק); חוק הירושה, תשכ"ה—1965 (סעיף 156 (א) 1 לחוק); סעיף

תחולה להוראות הנוגעות למנהגים, או שמא ייקלטו מנהגים רק בצורה ובמידה המוסדרים על־ידי החקיקה החדשה? פקודת הנזיקין מחדדת את הנושא בקובעה במפורש בסעיף הביטולים, כי הוראות הסעיפים הראשונים של המג'לה תבוטלנה רק אם אינן מתיישבות עם פקודת הנזיקין. לאור מטרתה של הפקודה להסדיר באופן חקיקתי ממצה את התחום בשלמותו, היש מקום לומר כי נועד למנהג כוח יוצר־משפט עצמאי?

שאלה זו לא נדונה — למיטב ידיעתי — בספרות, היא מעוררת מחדש, וביתר תוקף, את שאלת מעמדם המיוחד של סעיפי המנהג בין הסעיפים 1—100. לגבי כל הסעיפים הכלליים, אין ספק שביטול סעיפים ספציפיים במג'לה אוצל על כוחם ומחליש אותם. הביטול המסיבי לא מחליש רק את הסעיפים עצמם, אלא את כל הקונצפציה של קוד אזרחי אחד, שעקרונות כלליים אחידים חלים על כולו. אם נראה את סעיפי המנהגים כבעלי מעמד דומה, לא יהיה מנוס מקביעה כי כוחם נפגע על־ידי החקיקה המסיבית החדשה.

לעומת זאת, אם נקבל במלואו את ההיגיון של כהן ג' קפון, סעיפי המנהג במג'לה קובעים, כללית, את התנאים שמנהגים צריכים למלא כדי שיוכרו במשפט (הפרטי). היגיון זה אינו מושפע מן החקיקה הישראלית החדשה. ייתכן שחקיקה זו, עם ההפניות הרבות למנהגים ונהגים השזורות בה, היא מלאה יותר, ולכן יתעורר פחות הצורך להסתמך על מנהגים להשלמת החוק. אולם צמצום זה בצורך לפנות אל המנהגים אינו פוגע בכוח המנהג כמקור משפטי; הוא פוגע רק בתדירות שבה תיעשה פנייה למקור משלים זה. צמצום כזה יקטין את חלקו של המנהג בפיתוח המשפט בישראל, אולם אין הוא מחליש את כוחו של המנהג, העומד בתנאים הנדרשים, להפוך כלל התנהגות מחייב.

לצורך דיון זה יש להבחין אפוא בין הוראות האוסרות במפורש יצירת חיובים שלא בדרך הקבועה בחוק[120], ובין הוראות המסדירות תחום בלי להוסיף כלל כזה. רק הראשונות יכולות להיראות כמבטלות את כוחו של המנהג באותה נקודה. הסדרים אחרים ימשיכו להיות כפופים, לפי פרשנות זו, לכוח המשלים של המנהג.

2. חוק יסודות המשפט, תש"מ—1980

סעיף 1 לחוק זה מפנה את בית־המשפט לחקיקה ולפסיקה כמקורות שמהם יישאב חומר להכרעה בשאלות משפטיות. לאחר הפניה נוספת להיקש, מופנה בית־המשפט אל עקרונות מורשת ישראל. חוק זה מונה את מקורות המשפט בשיטה הישראלית, והמנהג

82 (1) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962; סעיף 16 לחוק המטלטלין, תשל"א—1971; סעיף 36 לחוק המכר, תשל"ח—1968; סעיפים 158—159 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969; סעיף 26 לחוק המשכון, תשכ"ז—1967; סעיף 7 לחוק המתנה, תשכ"ח—1968; סעיף 19 לחוק הערבות, תשכ"ז—1967; סעיף 15 לחוק השומרים, תשכ"ז—1967; סעיף 32 לחוק השכירות והשאילה, תשל"א—1971 (ביטול מותנה); סעיף 20 לחוק השליחות, תשכ"ה—1965.

כל סעיפי הביטול בחקיקה הישראלית מתייחסים רק לסעיפים מהותיים במג'לה, ואין התייחסות ישירה ל־100 העקרונות.

120 ראה, למשל, סעיף 161 לחוק המקרקעין, שבו נאמר במפורש כי אין יצירת זכות במקרקעין שלא לפי חוק זה. הסדר חקוק זה נועד, בין השאר, למנוע יצירת זכויות במקרקעין בדרך של מנהג.

אינו מוזכר בו. השאלה היא כפולה: מהו מעמדו של המנהג לאחר חוק יסודות המשפט? ואם נאמר כי המנהג אינו מוכר — האם ניתן לראות בחוק זה ביטול מכללא של הוראות המג'לה הנתפשות כקובעות מקור חקיקתי למנהג[121]? (כאמור לעיל, המסקנה לגבי כוחו של המנהג יכולה להיות רחבה יותר מאשר לגבי תוקף הוראות המג'לה, מאחר שייתכן כי יש למנהג מקורות אחרים בשיטתנו פרט לאותן הוראות. אך בהקשר בדיקה של תוצאות ביטול המג'לה אדגיש במיוחד היבט זה של הבעיה. לדיון בהשפעות של חוק יסודות המשפט על מצבו של המנהג כמקור משפטי באופן כללי ראה להלן).

ניתן לטעון, כי החוק הוא ביטול מכללא של המנהג כמקור משפטי עצמאי, שכן אין בית־המשפט מופנה אליו כדרך לזיהוי חומר שיכולה להיות לו חשיבות בהכרעה בש־אלות משפטיות. טיעון זה מתחזק לאור העובדה שהחוק מונה את שני מקורות המשפט הסטנדרטיים האחרים — החקיקה והפסיקה — וקשה להניח שנשמט מזכרונו המקור השלישי — המנהג[122].

מצד שני, בדיון שהתקיים בכנסת לפני חקיקת חוק יסודות המשפט לא הוזכר כלל, בין שאר הנושאים הדורשים עיון, כי אחת מתוצאות־הלוואי של החוק תהיה ביטול המנהג כמקור משפטי עצמאי[123]. ניתן היה לראות בכך מעין כוונה שבשתיקה כי לא תהיה לחוק תוצאה כזאת, בייחוד כאשר משווים את המצב לעירנות הרבה לבעיית המנהג שליוותה את הדיון בהצעת החוק לביטול חיקוקים עותמניים[124]. פירוש אחד להבדל זה, שיהיה לטובת המנהג, הוא שמרכז הדיון סביב חוק יסודות המשפט היה לגבי הכפיפות לסיפא של סימן 46, וכי הוראות המג'לה בקשר למנהג שומרו כחלק מן ה"חקיקה"[125] אולם טיעון זה נחלש כאשר נזכרים, שאף הפסיקה במשפטנו יונקת את

121 הקונסטרוקציה שמכוחה יהיה ביטול מכללא היא בכך, שחוק מאוחר מבטל חוק מוקדם יותר שעמו אינו מתיישב. אם חוק יסודות המשפט אכן מבטל את כוחו של המנהג, ואם המנהג אכן מוכר כמקור משפטי מכוח הוראות המג'לה — אזי התוצאה הפרשנית המצטברת של שתי המסקנות הינה ביטול מכללא של הוראות המנהג במג'לה.

122 הטיעון מתחזק אף יותר לאור העובדה שיש הפניה נוספת להיקש, שבדרך כלל אינו נחשב כמקור משפטי, אלא כחלק מן הטכניקה של ההכרעה השיפוטית הרגילה. אמת שיש הטו־ענים כי הפניה למקורות משפט משלימים שוללת פניה אל ההיקש (זו היתה עמדתו של סדסקי לענייו סימן 46. ראה מאמרו בהערה 46 לעיל, בעמ' 151), וניתן היה להצדיק הכללתו של ההיקש כאן כדי לסתור טענות מסוג זה. אף־על־פי־כן, מעמדו של ההיקש אינו זה של מקור משפטי, ובצדק. חיזוק נוסף לטיעון זה יכול להימצא בעובדה שהועלתה הצעה לכלול את המנהג כמקור משפטי: א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג 5, בעמ' 17. לעובדה זו חשיבות מיוחדת לאור זה שברק היה היועץ המשפטי בתקופה שבה נוסח והועבר חוק יסודות המשפט.

123 לדיון בכנסת בחוק יסודות המשפט, ולהשתמעויות של הביטולים המנויים בו, ראה דברי הנצגה של שר המשפטים, הצעת חוק יסודות המשפט, תשל"ח—1978, דה"כ 83, עמ' 3972; הקריאה הראשונה, 11.2.1980, דה"כ 88 (1) 1817—1836, 2145—2152, שם אין כל התייחסות לשאלת המנהג; והקריאה השנייה, דה"כ 89. ראה במיוחד דברי חה"כ ד' גלס בקריאה השנייה, שם הוא מדגיש כי כוונת החוק אינה להכניס שינוי של ממש במצב המשפטי, שם, עמ' 4205.

124 לעיל, הערות 8—9.

125 אין ספק, כי מרכז הדיון אכן היה ההשתחררות מן המשפט האנגלי. ראה כל רוח הדיונים בהערה 123, לעיל.

כוחה כמקור משפטי מן החקיקה — סעיף 33 לחוק בתי־המשפט. לפי אותו היגיון, לא היה כל צורך להפנות במפורש ובמובחן אל הפסיקה.

בתפישה הקובעת שחוק יסודות המשפט לא ביטל את המנהג, וכן לא ביטל את הוראות המג'לה בנושא זה, תומך גם ג' פרוקצ'יה במאמרו[126], ואכן נראה כי זוהי פרשנות סבירה של משמעות החוק.

בשלב זה איני רואה צורך לקבוע מסמרות בנושא. יתירה מזו: הכוח לקבוע מסמרות כאן אינו בידי מלומדים אלא בידי הפרשנים המוסמכים של החוק[127]. לענייננו כאן כל שצריך לומר הוא, כי חקיקת חוק יסודות המשפט הוסיפה עוד סימן־שאלה לגבי תוקפו של המנהג כמקור משפטי מחייב בשיטתנו, הן מכוח המג'לה והן מכוח צורות הברה אחרות. עתה, משבוטלה המג'לה, נשאר סימן־השאלה נוגע רק להכרה במנהג מכוח הפסיקה או בדרכים אפשריות אחרות (כמו פנייה לעקרונות מורשת ישראל, המכירים, אולי, במנהג כבמקור משפטי. בהנחה שעקרונות אלה אכן מכירים במנהג כבמקור משפטי, תתעורר השאלה האם מטרת ההפניה לעקרונות אלה מתיישבת גם עם קליטת מקורות משפטיים נוספים, להבדיל מקליטת פתרונות לשאלות משפטיות מהותיות).

ה. חיש צורך בבסיס חקיקתי למנהג לאור ביטול המג'לה?

יש שיטות משפט, כמו השיטה השוויצרית, שבהן מוזכר במפורש בחוק כי המנהג הוא מקור משפטי מחייב[128]. בשיטות אחרות אין איזכור חקיקתי מפורש לכוחו המשפטי המחייב של המנהג[129], ובכמה מהן אף הוחלט שלא לעשות כך לאחר דיון שהיתה בו עמדה חיובית לגבי המנהג ותרומתו לעיצוב המשפט[130]. כל שיטה צריכה להחליט לגבי עצמה מהי הדרך הרצויה, במסגרתה, להסדיר את שאלת מקורות המשפט בכלל ואת שאלת המנהג בפרט.

נראה לי, שאכן קיים טיעון חזק לטובת ההשקפה כי כל שיטת משפט מגיעה, בסופו

126 ראה לעיל, הערה 15, בעמ' 155. למרבה הצער, לא מלווה קביעה מסתברת זו בטיעון של ממש.

127 ראה לעיל, הערות 57 ו־87, והדיון בעמ' 341.

128 סעיף 1 לקוד האזרחי השוויצרי קובע את המנהג כמקור משפטי מחייב.

129 באנגליה, למשל, מבוסס כוחו של המנהג על פסיקת בית־המשפט. מצב זה עורר ויכוח יוריספרודנטי באנגליה לגבי השאלה אם המנהג הוא מקור עצמאי או שמא הוא שואב את כוחו מן הפסיקה. ראה הדיון היפה בספרו של Dias (לעיל, הערה 108), עמ' 144—146. בעיני עדיפה עמדתו של Allen, כי המנהג הוא מקור עצמאי למרות שהוא זקוק להכרה שיפוטית כדי להיאכף בתחילת דרכו: C. K. Allen, *Law in the Making* (7th ed., 1964), chs. 1—2.

130 זהו, כנראה, המצב בקודקס האזרחי הגרמני. ראה ג' טדסקי (לעיל, הערה 23), בעמ' 59. הוראה מפורשת השוללת את כוחו של המנהג לבטל חוק היתה כלולה בטיוטה הראשונה והושמטה ממנה, לאחר דיון ער. טדסקי אומר, כי אף בצרפת מוכר כוחו של המנהג למרות שאין לכוח זה ביטוי או מקור חרוט. יש לציין שדבר זה תשוב במיוחד בשיטות הקונטי־ננטליות, המעניקות משקל־יתר לתפקיד הממצה של חקיקה.

של דבר, להכרה מסוימת במנהגים כיוצרי נורמות משפטיות מחייבות, ולו רק מהסיבה הפשוטה שמנהגים הם מועמדים טבעיים הן להשלמת החוק והן לסיוגו במקרי הצורך. כאמור, התפתחות כזו צפויה במיוחד כאשר הנורמות החקוקות או הפסוקות המכסות תחום מסוים אינן רבות (למשל, מפני שהתחום עדיין אינו מפותח) או במקרים שבהם יש אי־התאמה של ממש בין הנורמות הכתובות ובין תחושות הציבור ורשויות האכיפה לגבי מידת ההצדקה להמשך קיומן של נורמות אלה. נטיה זו תגבר אם אין בשיטה כלל משפטי הנוקט עמדה ברורה נגד הסתמכות על מנהגים — אם באופן כללי ואם בהקשרים מסוימים[131].

כפי שציינתי קודם, כוחה של שלילה כללית של המנהג יהיה קטן יותר מאשר שלילה או הגבלה בהקשרים ספציפיים, וככל שיש טעמים טובים יותר, באותו הקשר, לשלילת ההסתמכות על המנהג. כך, למשל, שלילה כללית של המנהג לא תתפרש, קרוב לוודאי, כאוסרת כל הסתמכות על מנהגים. לעומת זאת, נראה שיתייחסו ביתר־רצינות להוראת חוק מיוחדת האוסרת הסתמכות על מנהגים בהקשר לדרך העברת או יצירה של זכויות קנייניות מסוימות (שם יש חשיבות מיוחדת לוודאות), או במשפט הפלילי (שם יש חשיבות מיוחדת לדרישת עקרון החוקיות שלא תוטל אחריות בלא שההתנהגות נאסרה באופן מפורש בחוק).

הייתרונות הבולטים של הסדרת מקור משפט בדרך של חקיקה מפורשת היגם הוודאות והבהירות שמספקת צורה זו של הכרה. צורה זו גם מאפשרת למחוקק לקבוע את התנאים להכרה במקור מסוים ואת מגבלותיו בלי לחכות להתפתחות הפסיקה, שעליה אין לו שליטה. לגבי המנהג, למשל, הסדרה חקיקתית ממצה היתה מפרטת את התנאים הנדרשים כדי להוכיח מנהג, את עילות הביקורת השיפוטית הקיימת (אם תוכר) לגבי אכיפת מנהגים ואת הנסיבות שבהן יוכל להיות למנהג כוח מבטל חוק או מסייגו (אם יזכר). מובן כי גם סעיף כזה יהיה פתוח לפרשנות, ומטבע הדברים יהיו בו מלים עמומות לא־מעטות, אולם לפחות תהיה מסגרת חקוקה שבה יצטרך בית־המשפט להחליט על מנהגים ספציפיים, ואשר תהיה ידועה לצדדים ותאפשר להם לשפר את יכולתם לצפות ולזהות את המצב המשפטי.

לטובת הסדרה מפורשת ניתן להוסיף, כי קיומה של מסגרת חקוקה חשוב במיוחד לגבי מקורות משפטיים מכיוון שכך "נחסכת", במידת־מה, הציפיה לפסיקת בית־המשפט שממנה ניתן יהיה ללמוד את ה"פרופיל" של המנהג כמקור משפטי. קיומו של החוק המסדיר את המנהג כמקור משפטי מהווה גם הכרה מפורשת בתרומתם של מנהגים לשיטה, ומפנה את תשומת־הלב של השופטים והצדדים לקיומו של מקור משפט נוסף שייתכן כי הצדדים לא היו ערים לקיומו.

מצד שני, לו בדקנו שאלה זו בחלל ריק, בלי שום חקיקה קודמת ולא על רקע ביטול המג'לה שהיא המקור החקיקתי הנטען למנהג כמקור משפטי מחייב — הייתי נוטה לדעה שאמנם רצוי, מן הטעמים שפירטתי, לכלול את המנהג כמקור משפטי במפורש, אלא

131 כלל זה יהיה הגיוני בשיטת משפט "מהפכנית", הרוצה להדגיש כי אין רציפות בין המצב המשפטי החדש ובין "המשטר הישן". אולם נראה, כי אף בנסיבות כאלה הצלחת שבירתה של הרציפות חייבת להיות מוגבלת.

שאין הדבר הכרחי. מבחינה מהותית, חזקה על המנהגים שימצאו את דרכם להשפעה חיובית על המשפט באמצעות הפסיקה והעיסקאות המשפטיות הרגילות. את תנאי ההכרה במנהג ניתן יהיה ללמוד מן הפסיקה. ואמנם חבל על כך שלא תהיה בהירות מירבית לגבי מקורות המשפט בשיטה, אולם אין סכנה של ממש בעובדה ששתיקת המחוקק תתפרש כהסדר שלילי לגבי מנהגים כמקור משפטי מחייב.

אולם אצלנו אין הדיון בשאלה נעשה בחלל ריק. ראשית, יש אצלנו ניסיון לקבוע באופן ממצה את מקורות המשפט בדרך של חקיקה, במסגרת חוק יסודות המשפט. חוק זה אינו רק מונה את מקורות המשפט. הוא קובע מפורשות, כי אם לא קיימת תשובה באחד המקורות המנויים בו, יש לפנות למקורות משלימים מסוימים המנויים אף הם בחוק. בתנאים כאלה, העדר ציונו של המנהג יכול להתפרש כ"הסדר שלילי". שנית, המג'לה היתה דבר חקיקה, שהיה ככל הנראה תקף, המעניק תוקף משפטי כללי למנהגים בתחומי משפט מסוימים, וביטולה יכול להתפרש, שוב, כעמדה של אי־איכפתיות לגבי המשך פעולתו של המנהג. שני נתונים אלה מחייבים לדאוג לכך, במסגרת האפשר, שביטול המג'לה לא יביא לתחושה של "הסדר שלילי" לגבי כוחו של המנהג.

דרך אחת, שיש לה גם ייתרונות אחרים, למנוע יצירת תחושה של הסדר שלילי כזה היא הוספת המנהג לחוק יסודות המשפט. זו תהיה הצהרה חיובית בדבר כוחו של המנהג בשיטת המשפט הישראלית. מבחינת המיקום, זוהי הדרך הטובה ביותר לטפל בבעיה: חוק יסודות המשפט מתיימר למנות את מקורות המשפט בשיטה שלנו, ואם אנו רוצים לתת בסיס חקיקתי למנהג — זהו המקום המתאים לעשות זאת. דומה כי להצהרה כזאת צריך שתילווה חקיקה נוספת המגדירה את התנאים שבהם יש להכיר במנהגים כמחייבים, ואת התשובות לגבי מקומו של המנהג בהיררכיה של מקורות המשפט. איני יודעת אם דרך זו היא מעשית, אולם יש להזכיר ולהדגיש כי פתרון כזה לא רק יחזיר את מצב המנהג למצבו הקודם, היינו: לפני ביטול המג'לה, אלא יחזקו באופן מובהק ובכמה מישורים: למנהג יהיה תוקף בכל ענפי המשפט[131*], והוא לא יהיה חשוף לשאלות בדבר כוחו לאחר התקיקה המאוחרת בתחום המשפט הפרטי. לדעתי, במגבלות לגבי כוחו של המנהג שתוארו למעלה, פתרון כזה אין בו סכנה והוא אף רצוי. הוא יביא האחדת תנאי ההכרה במנהג בכל התחומים שבהם יוכר ויכיל תשובות יותר ברורות מאשר אלה הקיימות כיום, מבית־מדרשו של המחוקק הדימוקרטי, לשאלות של טיב ההכרה במנהג שאנו מעוניינים בו בשיטתנו כיום.

העדפתי הראשונה היתה אפוא הכנסת הוראה בקשר לכוחו של המנהג לחוק יסודות המשפט וביטול הוראות המג'לה בקשר למנהג. ביתתיים לא הלך המחוקק בדרך זו, אולם אין זה מאוחר מדי לשקול אותה. לא מדובר כאן בדבר חקיקה חפוז, אלא בבדיקה יסודית של התנאים הרצויים להכרה במנהגים ובמתן ביטוי חקיקתי למסקנות הבדיקה. איני מוציאה מכלל אפשרות טיעון שלפיו מוכר המנהג כבר היום, לפי חוק יסודות המשפט, כחלק מן הפסיקה. אולם נראה לי שכשם שעדיף המצב לפי סעיף 33 לחוק

131* למנהג יהיה תוקף כללי, אולם אין זאת אומרת שלא ייתכנו עקרונות משפטיים כלליים שיגבילו את תחולתו בענפי משפט מסוימים. כך אף לגבי ההיקש, למרות שהוא נמנה בחוק יסודות המשפט, יש הטוענים כי אין הוא חל במשפט הפלילי, או, לפחות, שתחולתו בענף משפטי זה צריכה להיות מוגבלת.

בתי־המשפט על המצב שהיה קיים לאחר הלכת **ראם**[132], כן עדיפה הסדרת המנהג בחוק יסודות המשפט על הכרתו מכוח הפסיקה. איני מוציאה מכלל אפשרות גם את הפירוש שלפיו המנהג מוכר כמקור משפטי לפי חוק יסודות המשפט מפני שהוא כלול בעקרונות מורשת ישראל שאליהם אנו מופנים בו. אולם נראה לי שאף אם טיעון זה נכון, עדיפה התייחסות ישירה ומפורשת למנהג כמקור משפטי על הפניה מוסווית ושנויה־במחלוקת אליו דרך עקרונות מורשת ישראל[133].

העדפתי השנייה היתה דומה, בעיקרון, לפתרון החקיקתי שאומץ על־ידי המחוקק, בתוספות חשובות אשר נעדרו מן הצורה שבה נתקבל החוק: נראה היה לי, כי ניתן לטעון לטובת פתרון של ביטול המג׳לה, בליווי דברי הסבר שיפרטו את המצב המורכב של המנהג כמקור משפטי ערב הצעת הביטול, עם הדגשת החלקים שבהם מופר המנהג במחייב מכוח הוראות חוק ספציפיות ומכוח הפסיקה. פתרון כזה היה מאפשר המשך ההסתמכות החיובית והפורה על מנהגים ללא קשירת נוהג זה להוראות המג׳לה דווקא, וללא מסגרת חקיקתית מפורשת. יתירה מזו: הוא היה מרמז, שכוונת המחוקק הינה להגיע למצב כזה, או לפחות שהוא בדק את השאלה וזה נראה לו הכיוון הרצוי.

מובן כי להצעה זו חסרונות רבים. ראשון וחשוב ביותר הוא שכידוע אין לדברי הסבר מעמד מחייב, ויש אף המצמצמים מאוד את מעמדם הפרשני, כפי שקרה במג׳לה עצמה: אין הכוונות חשובות, ואף לא ברור שדברי ההסבר אמנם משקפים את הכוונות. העיקר הוא החוק שנתקבל, והחוק מבטל את הבסיס החקיקתי היחיד למנהג כמקור משפטי. אולם בצד חיסרון זה קיים הייתרון שהמצב המשפטי הקיים לגבי המנהג הוא אכן מורכב. בעבר הכירה הפסיקה במנהגים, גם בלי להסתמך על הוראות המג׳לה. הפסיקה לא חדלה ממנהגת זה ואף לא רמזה כי תשנה אותו לאור העובדה שבחוק יסודות המשפט לא הוזכר המנהג. ניתן אפוא לקוות, שביטול המג׳לה לא יביא לשינוי מהותי במעמדו של המנהג כמקור משפטי בשיטת המשפט הישראלית.

אולם ההצעה, כפי שהוגשה על־ידי משרד המשפטים, אינה מנסה אף לעשות את מה שחייבים לעשות, לדעתי, לצמצום הסכנה של שינוי במעמדו של המנהג — וחבל. צריך היה להקפיד יותר על ניסוח דברי ההסבר בנקודה זו בהצעת החוק ובדברי הפתיחה

132 קביעה זו נכונה למרות שיש הטוענים כי סעיף 33 לא שינה, למעשה, בהרבה את התנהגות בתי־המשפט לגבי תקדימים מחייבים ומשכנעים, וכי עדיין יש צורך לבדוק את התנהגות בית־המשפט עצמו ולא את הוראות החוק. ראה, למשל, א׳ ידין (לעיל, הערה 72). לפחות סוג אחד של מחלוקות נמנע לאחר הקיקת הסעיף, והיא המחלוקת בין ויתקון וברנזון בפסק־הדין בפרשת יהרשע (לעיל, הערה 42) אודות חובתם של שופטים לקבל את ההלכה השיפוטית לגבי מעמדו של התקדים.

133 לפי מסלול זה נצטרך להתחיל בשאלה האם מורשת ישראל מכירה במנהג כמקור משפטי. סביר להניח כי ל״מורשת ישראל״ אין תשובה בעניין זה, ואז תהיה פנייה למשפט העברי; אולי ההפניה היתה מכוונת להיות דווקא לעקרונות המורשת ולא למשפט העברי ככזה? אז יתחילו ויכוחים פרשניים לגבי עמדת המשפט העברי בשאלה זו. כל הדיון יחמיץ את כוחו של המנהג כמקור משפטי: דרך להתפתחות אורגנית של שיטת המשפט מתוכה ובהתאם לתנאיה־היא, ולא השלמה מכוח שיטה אחרת; שכן אז תתעורר השאלה אם הפניה למנהג דרך עקרונות ההשלמה היא למנהג כמקור משפטי או למנהגים של המשפט העברי עצמם. דומני, כי קליטת המנהג בדרך זו אינה דרך רצויה.

בדיון בחוק, כך שהיתה התייחסות של ממש של חברי־כנסת לנושא. לאור תגובות אלה, שמעמדן הפרשני חזק יותר משל דברי הסבר, ניתן היה לשקול מחדש הכללת הוראה מתאימה בחוק יסודות המשפט, אם אכן היה מתקבל הרושם שביטול המג'לה יגרום לשיגוי בלתי־רצוי לגבי מעמדו של המנהג. כידוע, דיוני ועדות־הכנסת הינם חסויים. בהעדר דיון עקרוני הולם בקריאה השנייה [134], נמצאנו מקבלים את הצעת החוק ומבטלים את המג'לה בלי להבין את המשמעויות המורכבות של צעד כזה.

לפני שנתקבל החוק פתוחה היתה, עקרונית, אפשרות נוספת: לאלה החוששים מפני תוצאות ביטולם של סעיפי המנהג ניתן היה להציע ביטול המג'לה פרט לסעיפי המנהג, ועל שימור המצב בנוגע למנהגים בדרך זו. בהצעה זו אין אלגנטיות, שכן היא מונעת מאתנו לבטל באופן גורף את כל ששרד מן המג'לה, אולם אין בה גם פגם. כפי שראינו למעלה, אחד התסרונות העיקריים של המג'לה, המצדיקים את ביטולה, הוא העובדה שאין עוסקים בה ובלימודה. אם כל שייוותר הם סעיפי המנהג, הידועים ממילא, בכללם או בחלקם, לא יהיה זה קושי רציני. ייתכן שהיה זה פתרון טוב כל עוד אין אנו יכולים להבטיח חקיקה של הפתרון הרצוי. לגבי אלה החוששים מאוד מן הסכנות של התעלמות מדברי הסבר, ומכך שביטול הוראות המנהג במג'לה יתפרש כהסדר שלילי — היה זה יכול להיראות פתרון טבעי. יכול להיות שהמחוקק, שנבהל לרגע מהביטול הגורף, חשב על שמירת אפשרויות כאלה פתוחות כאשר ניסח את סעיף ב (1) לחוק. אולם נראה, שאפשרויות כאלה נשארו פתוחות רק לגבי הוראות שכאשר בוטלה המג'לה באופן גורף היתה לגביהן הודאת שימור מיוחדת. ההוראות על המנהג אינן נופלות, כנראה, למס־גרת זו.

כיום, כמובן, שוב אין אפשרות זו ריאלית. אחד התסרונות של חקיקה מהירה הוא בדיוק זה שאפשרויות אשר יכלו לשרוד לו היינו זהירים ואיטיים יותר — נעלמות. אולם לגופו של עניין אין בלבי צער על צמצום זה של האפשרויות, שכן אני עצמי איני נמנית עם אלה החוששים מאוד לגורלו של המנהג ללא בסיס חקיקתי. הנושא של המנהג אינו נושא פוליטי השנוי במחלוקת שיש אילוצי חקיקה מסיביים לגביו, וגם לא נראה כאילו יש עוינות שיטתית כלפיו בבית־המשפט או בקהילה המשפטית. במצב כזה איני רואה צידוק לצעד חריג, כמו שימור נפרד של סעיפי המנהג של המג'לה, מה גם שלא ברור כי סעיפים אלה ביטאו את ההסדר המשפטי הרצוי ביותר לגבי ההכרה במנהגים.

אסור לסיים מחקר מעשי מסוג זה בלי לחזור ולהדגיש את שנאמר במהלך התיבור: לעולם לא יהיה אפשר לקבוע באופן ממצה את ההסדר לגבי מקורות המשפט והיחסים ביניהם בחקיקה, ולא יהיה אפשר לתת ביטוי שלם ומחייב למקום שהיינו רוצים לתת למנהג בשיטת המשפט. פרשנות בתי־המשפט והרשויות אוכפות־החוק האחרות תהיה

134 ישיבה 318, 13.6.84. דברי הפתיחה של חה"כ א' קולס, יו"ר ועדת החוקה — חוק ומשפט, אינם מסבירים את הטעם להוספת סעיף שמירת הדינים, ואינם מפרשים את משמעותו של סעיף ב (1): האם קיימות הוראות כאלה? האם תיחקקנה? כאשר תיחקקנה, איך תוכלנה להחיות הוראות חוק שכבר אינן קיימות? ההסתייגות היחידה שהוגשה היתה בקשתו של חה"כ תופיק טובי לבדיקה יותר יסודית ומפורטת לפני ביטול גורף. נושא מעמדו של המנהג כמקור משפטי כלל לא הועלה. תשובתו של חה"כ קולס להסתייגות אינה משכנעת.

תמיד חזקה יותר ותבטיח מידה מסוימת של גמישות ליד מידה מסוימת של חוסר־צפיות וחוסר־ודאות בהסדרים המשפטיים, לרבות ההסדרים לגבי מקורות המשפט. יחד עם זאת, אין לעבור לקיצוניות השנייה האומרת כי מכיוון שלעולם לא יהיה ההסדר שלם וסגור מוסב להגיח את כל פרטיו לכוחות יוצרי־חוק אורגניים. הסכנה בדרך זו היא, כי ניטה להתעלם מדרך חשובה ליצירת משפט ופיתוחו; ומכיוון שאין חסרונות של ממש להכרה מסויגת במנהגים כיוצרי־חוק, קשה להבין את הטעם להימנעות מהכרה מפורשת במקור זה בשיטת המשפט.

אולם דווקא עכשיו, כאשר אין לצפות לחקיקה מהירה בתחום זה, חשוב להדגיש גם כי מסקנות הניתוח הזה הינן שראוי לשיטת המשפט להכיר בכוחו של המנהג, לפחות כמשלים וכמגמיש הסדרים משפטיים. לאור המצב החקיקתי בנקודה זו חשוב להזכיר לבתי־המשפט כי יש להם חירות מלאה, מבחינת שיטת המשפט, לעשות שימוש כזה במנהגים. כאן עולה באופן ברור העמימות המסוכנת של דברי ההסבר: ניתן להעלות פירוש שלפיו חוק יסודות המשפט אכן מבטל את המנהג כמקור משפטי מחייב. אם נקבל פירוש זה גם לגבי ההסתמכות על מנהגים כמשלימי הסדרים משפטיים, הרי שההפניה של חוק יסודות המשפט לעקרונות מורשת ישראל תהיה לא רק מקור אפשרי למנהג, אלא גם שלילה מפורשת של הסתמכות של מנהגים בצורה שהפסיקה נקטה בה עד כה. לדעתי, אין פירוש זה של חוק יסודות המשפט הכרחי, מתחייב או רצוי. הוא אינו הכרחי מפני שניתן לומר — כפי שאמרתי — שהמנהג מוכר כמקור משפטי מכוח הפסיקה, ולכן הוא מוכר ככזה גם לפי חוק יסודות המשפט. הוא אינו מתחייב, מפני שלא נעשתה עדיין עבודה פרשנית מוסמכת על התנאים שבהם יש לפנות למקורות המשלימים לפי חוק יסודות המשפט; והוא אינו רצוי מפני שהסתמכות ישירה על מנהגים — בהתאם לתנאי הכרה המפותחים על־ידי בית־המשפט כיום, מתוך עירנות לדרישות החברה שלנו — עדיפה על נסיונות לחפש את פרופיל המנהג (אם הוא קיים) במקורות המורכבים, ובמקרים רבים אף השנויים במחלוקת, של המשפט העברי או מורשתו[185].

טיעון אפשרי נוסף שיש להבהיר כי אינו חוסם את הדרך הזו הוא העובדה שבחוק — להבדיל מהצעת החוק — הוסיפו סעיף שמירת דינים, וכי אף בסעיף זה לא צוין המנהג כלל. לכאורה ניתן היה לטעון, כי הצעת החוק הסתפקה בציון המנהג בדברי ההסבר כי לא רצתה לפגוע באלגנטיות הפשוטה של הביטול. אולם טעם זה ודאי לא היה קיים משהוחלט להוסיף סעיף של שמירת דינים. לכן — ניתן לטעון — מהעובדה שחוק הכרזה ברורה, כי המחוקק לא רצה בשימור המנהג כמקור משפטי עצמאי. כאמור, זו תהיה שאלה של פרשנות. בפרשנות כזו יש לתת, לדעתי, משקל רב לעובדה שבדיון בחוק לא היה כל דיון בשאלת המנהג. נראה שדיון כזה לא נערך אף בוועדה. עולה מכאן שאין בפנינו שלילה של המנהג, אלא אי־התייחסות לשאלה. במצב כזה, כאמור, נשארת השאלה פתוחה ובתי־המשפט מוזמנים לטפל בה לפי עקרונות רצויים.

לכן דומני כי מוטב שנפרש את ביטול המג'לה, ככל שהדבר נוגע למנהג, כאילו אין הוא מונע את בתי־המשפט מלהסתמך על מנהגים כדי להשלים הסדרים משפטיים קיי־

135 ראה לעיל, הערה 133. ראה גם הדיון של זילברג במנהג מכות המשפט העברי בע"א 25/50 (לעיל, הערה 98).

מים. דווקא לאור החסר החקיקתי שנוצר כדאי להזמין את בתי־המשפט, כאשר הם נתקלים בשאלות שבהן מתבקשת הסתמכות על מנהגים, לגלות עירנות למעשיהם ולנסות לפתח במפורש את תנאי ההכרה במנהג כמקור משפטי שאותם הם מוצאים כראויים.

אמרתי למעלה שיש טיעון חזק לטובת הכרה מפורשת. אם המחוקק אינו רוצה להעניק הכרה זו, מטעמים השמורים עמו, אין שום סיבה שבית־המשפט לא יקבל על עצמו את התפקיד. התפקיד עצמו חשוב מכדי שייצא קרח מכאן ומכאן.